

令和3年(ワ)第28700号 生物学上の親調査義務確認等請求事件  
原告 江藏 智  
被告 東京都

## 原告第1準備書面

令和4年5月6日

東京地方裁判所民事第16部乙B係 御中

原告代理人弁護士 海 渡 雄 一

同 弁護士 小 川 隆太郎



原告は、被告答弁書に対して、以下のとおり弁論を準備する。

### 第1章 本案前の答弁に対する反論

第1 請求の趣旨1（分娩助産契約ないし自由権規約2条3項に基づく調査実施請求）に係る訴えの適法性

1 訴訟物の特定について（答弁書9頁「第3」「1」「(2)」）

(1) 被告の主張

被告は、原告の被告に対する請求の趣旨1の給付請求は、その実現すべき結果のみが記載されており、そのような結果を実現するために被告においてなすべき作為の具体的な内容や方法、程度等が全く示されていないから、請求の特定性を欠くと主張する。

(2) 原告の反論

ア 被告自身も分析しているとおおり、請求の趣旨1は、①原告の生物学上の親等を特定すること、②当該親等に対して同人の子が原告である可能性等を通知すること、③当該親等において原告と連絡先を交換することについての意思確認

を行うこと、という具体的な作為を被告に求めるものである。請求の内容は十分特定されており、請求の特定性を欠くとの被告の主張は当たらない。

イ 近年、医療過誤訴訟においては、医師の説明義務の一類型と位置付けられる「顛末報告義務」が認められており、本件でも参考になろう。

「顛末報告義務」とは、診療後、主に診療行為が不首尾な結果に終わった場合における、診療経過や結果、患者の死亡に至る経緯や原因等についての患者や遺族に対する医師の説明や、患者や遺族の納得を得るための医師及び病院開設者・管理者の説明を行う義務とされる。

その発生根拠には諸説あるが、「顛末報告義務」のリーディングケースとされる広島地判平成4年12月21日判タ814号202頁の下記判示など（甲39）、遺族が患者死亡に至る経緯や原因を知りたいと強く願うのは、人としての本性に根差す当然のことであり、患者本人にとっても特に重篤な後遺症等の場合その経過を知りたいと考えることには十分な理由があること、すなわち法的保護に値する患者・遺族の感情、知る権利に求める裁判例が複数存在する。

「 医師の本来の責務が、患者の生命、健康を保持するための診療行為にあることはいうまでもない。しかし、医師の診療の甲斐なく不幸にも患者が死亡するに至ることも、医療の場面でしばしば直面する事態であり、それは、医療の性格上やむを得ないことでもある。このような事態に直面した場合、それが死という人の一生において最も重大な事態であるだけに、患者の遺族が、患者が死に至った経緯及びその原因を知りたい、知って少しでも心を落ち着けたいと考え、それに対する説明を診療を行った医師に対して求めることも、いわば人としての本性に根ざすともいい得ることであり、至極当然のことである。

そして、生命の重要性、これを前提に高度の専門的知識を有する者が特別の資格に基づいて行う業務とされる医療の特殊性、

医師が患者に対する診療契約関係においては診療内容について報告義務を負うとされること（民法六四五条参照）、死亡の経過及び原因は、多くの場合診療に当たった医師にしか容易には説明できず、少なくとも当該医師によって説明されるにふさわしい事項であることなどの事情を総合的に考察すると、死亡の経過及び原因の説明を診療を行った医師に対して求める患者の遺族の側の心情ないし要求は、それが医師の本来の債務である診療行為の内容そのものには属しないことを踏まえても、なお、法的な保護に値するものと解するのか相当である。

以上に述べたところによれば、自己が診療した患者が死亡するに至った場合、患者が死亡するに至った経緯・原因について、診療を通じて知り得た事実に基づいて、遺族に対し適切な説明を行うことも、医師の遺族に対する法的な義務であるというべきである。」

この点、東京高判平成16年9月30日判時1880号72頁（甲40）も、「診療契約に付随する説明義務に違反したことにより遺族が被る精神的苦痛は、被害者の死亡に端を発しているものの、被害者の死亡自体から生ずる精神的苦痛とは別個のものであるから、独立に法的保護に値する。」として、上記顛末報告義務は死亡とは別個独立した法的保護に値する利益に基づくものであることを認めている。

そして、顛末報告としての適切な説明をするための前提として、顛末報告義務の一内容として、解剖の提案その他の死因の解明に必要な措置の提案をすべき義務が医師に認められる。さらに死因の解明のみならず、事故原因の調査義務が認められることもある。たとえば、京都地判平成17年7月12日判時1907号112頁（甲41）は、「受任者である医療機関ないし医師は、診療契約上の債務ないしこれに付随する債務として、患者の治療に支障が生じる場合

を除き、委任者である患者に対し、診療の内容、経過及び結果を報告する義務があるといえ、このことから、委任者である患者について医療事故が起こった場合、委任者である患者に対し、医療事故の原因を調査し、報告する義務があるといえる。」と判示している。

このように医療事故が起こった場合に、医師及び病院開設者・管理者に対して、その原因調査が求められることは少なくとも社会的・道義的責任としては異論がなく、さらに近年の医療事故訴訟の実務では法的義務としても認められているのである。

本件分娩助産契約の付随義務としての調査実施義務は、本件取り違えの原因究明を直接求めるものではないが、医療事故において付随義務として信義則上認められている顛末報告義務の一内容としての事故原因調査義務と同様、現在も有効な分娩助産契約における原告を真の親に引き渡す義務（以下「本来の債務」という。）の前提をなす付随的義務として、真の親にかかる事実調査を実施する義務は、信義則上、当然に認められるものであり、その内容の特定にも欠けるところはない。

なお、本件取り違え事件は、死亡事故ではないが、2組の親子が生き別れになっているのであり（そのうち少なくとも原告の父親は既に死亡）、事件の重大性としては死亡事故に勝るとも劣らないことは言を俟たない。

## 2 被告に求められる墨田区に対する作為義務の範囲について（答弁書9頁「第3」「1」「(3)」

### (1) 被告の主張

- ① 被告は、原告の生物学上の親ないし当該親が死亡している場合はその相続人を特定するためには、被告自身は原告の生物学上の親ないし当該親が死亡している場合のその相続人を特定するための手がかりとなる情報を保有していないから、他の行政機関等が当該情報を被告に開示することがその履行の前提とさ

れるところ、原告・被告間の給付請求の債務名義をもって被告以外の第三者に対する履行を強制できるという性質のものではないと主張する。

- ② 被告は、原告の生物学上の親ないし当該親が死亡している場合のその相続人を特定するためには、まず、これらに該当する可能性のある者らに対して事実を告知した上でDNA鑑定等を実施する必要があるが、DNA鑑定等を実施するか否かは専ら当該第三者の意思に委ねられるのであるから、原告・被告間の給付請求の債務名義をもって履行を強制できるという性質のものではないと主張する。

## (2) 原告の反論

### ア 上記①の被告主張について

「原告の生物学上の親ないし当該親が死亡している場合のその相続人を特定するための手がかりとなる情報」は、本件においては、本件産院の所在する墨田区が保管する戸籍受付帳および出生届に記載されている。そして被告は、墨田区に対する戸籍法10条の2第2項に基づく公用請求(甲42)、墨田区個人情報保護条例16条に基づく情報提供請求(保有個人情報の外部提供。甲43)、又は墨田区情報公開条例第5条に基づく情報公開請求(甲44)のいずれかの方法により、墨田区から当該情報の開示を受けることが可能である。

すなわち、本訴訟で原告が被告に対して求めているのは、上記「①原告の生物学上の親等を特定すること」の作為義務の具体的内容として、被告が墨田区に対して、公用請求、情報提供請求、及び情報公開請求の全てを実施し、いずれかの方法により「原告の生物学上の親ないし当該親が死亡している場合のその相続人を特定するための手がかりとなる情報」を取得することであり、それは法的に可能であるから、原告が被告に対して不可能を強いているとの被告の反論は当たらない。

### イ 上記②の原告主張について

原告は、本訴訟において、被告に対して必ずしもDNA鑑定を実施すること

までをも求めるものではない。原告の生物学上の親ないし当該親が死亡している場合のその相続人の氏名や住所を特定することは、戸籍や住民票等を調査することにより十分可能であるところ、原告が求めているのは、被告においてそのような調査を経て当該相続人の連絡先を得て、当該相続人に対して原告との連絡先交換について意思確認を行うことに過ぎない。被告の上記主張は失当である。

現に、調査対象者の血液型と出生した産院名を聴取することにより、相当程度特定可能である（関係の無い者を除外できる）ことは、原告が過去に実施した調査結果からも明らかである。

それでもなお特定できない場合には、DNA鑑定等を実施する必要があるが、原告としても、上記①の作為義務の具体的内容として、調査対象者へのDNA鑑定の実施までを求めるものではなく、調査対象者に事情を丁寧に説明し、DNA鑑定実施への協力を要請するという限度での作為を求めているのである。被告に対して実施可能な作為を求めているにすぎず、被告に対して不可能を強いるものではない。その際に必要であれば、血液型と出生した産院名から、原告の生物学上の親ないし当該親が死亡している場合のその相続人である可能性があることが判明した時点で、その調査対象者が該当者である可能性は相当程度存在するのであるから、その段階で、原告との面談などを調整して、DNA鑑定実施への協力を求めることも考えられる。

## 第2 請求の趣旨2（自由権規約2条3項に基づく調査実施義務の確認請求）に係る訴えの適法性

### 1 対象選択の適切性について（答弁書11頁「(2)」）

#### (1) 被告の主張

被告は、請求の趣旨2記載中の「当該親ないし当該相続人に対して、原告の出自を知る権利の侵害について原告に対する効果的な救済措置の実施に向けた

連絡を行う」との点について、「効果的な救済措置の実施」が具体的にいかなる内容及びいかなる程度の作為を意味するのか不明であり、仮に確認判決があっても、債務名義の債務者において義務の履行を果たしたかどうかを客観的に判断することが不可能であり、対象選択の適切性を欠くと主張する（11頁）。

## （2）原告の反論

「効果的な救済措置」とは日本が批准する自由権規約上の法概念であり、その定義は明確である。すなわち、自由権規約は2004年に公表された条約の解釈基準を示した自由権規約2条に関する一般的意見31（2004年4月21日 CCPR/C/74/CPR.4/Rev.6）には、次のように述べられている。

「15. 第2条3項は、規約の効果的な保護に加え、可能かつ効果的な救済を個人が有し、そうした救済を締約国が確保するよう求めている。そのような救済は、特に子供を含む、一定のカテゴリーの個人の特別な脆弱性の配慮に応じて、適切になされるべきである。委員会は、国内法の下で権利侵害の請求を扱う、適当な司法的及び行政的な制度を締約国が設立することが重要であると考える。委員会は、規約の下で認められた権利の享受は、さまざまな方法により、司法部によって効果的に確保されることに留意をする。それらの方法には、例えば、規約の直接適用、規約と同等の権利を保障する憲法またはその他の国内法規定の適用、あるいは国内法適用の際の規約の解釈指針としての効果が含まれる。行政は、特に独立かつ公平な組織をとおして、即時に、徹底的にかつ効果的に違反の申し立てについて調査する一般的義務の実施に必要である。この点に関しては、適切な権限を賦与された国内人権機関が貢献できるだろう。締約国が、違反の申し立ての調査を怠った場合、それ自体、別途、規約違反となりうる。違反状態の継続を停止することは、効果的な救済を受ける権利の本質的な要

素である。」

子どもの権利条約には救済に関する明文規定はないが、子どもの権利委員会  
は一般的意見で、以下のとおり、人権侵害に対する効果的な救済の必要性は条  
約に内在するものであるとしている。

「24. 権利が意味を持つためには、侵害を是正するための効果的  
救済措置が利用可能でなければならない。この要件は条約にも黙  
示的に含まれており、また他の6つの主要国際人権条約では一貫  
して言及されている。子どもは特別な状況にあり、かつ他者に依  
存していることから、権利侵害に対する救済を追求するのはまっ  
たく困難である。したがって国は、子どもおよびその代理人が利  
用できる効果的な、子どもに配慮した手続が存在することを確保  
するよう、とくに注意する必要がある。このような手続には、子  
どもに優しい情報、助言、アドボカシー（セルフ・アドボカシー  
のための支援も含む）を提供することや、必要な法的その他の援  
助とともに独立した苦情申立て手続および裁判所へのアクセスを  
用意することが含まれなければならない。権利が侵害されたと認  
められたときは、適切な被害回復措置（賠償も含む）と、必要な  
場合には、第39条で求められているように、身体的および心理  
的回復、リハビリテーションおよび再統合を促進するための措置  
がとられるべきである。」

したがって、本件請求にかかる債務名義の履行の有無を客観的に判断するこ  
とは可能であり、対象選択の適切性を欠くものではない。

## 2 方法選択の適格性について（答弁書11頁「(3)」）

### (1) 被告の主張

被告は、給付請求について請求が認容されればその権利の存在について既判



力が生じ、棄却されればその権利の不存在について既判力が生じることとなるのであるから、給付請求と同一の権利について重ねて確認請求をすることは、方法選択の適格性を欠くものであるとも主張する（12頁）。

## （2）原告の反論

しかし、請求の趣旨1は、主位的に分娩助産契約の履行として、予備的に自由権規約2条3項に基づく効果的救済の実施義務の履行として給付請求を求めるところ、請求の趣旨2は、当該予備的請求にかかる、選択的請求として、行政訴訟上の実質的当事者訴訟としての確認請求を行っている。行政訴訟上、義務づけの訴えと実質的当事者訴訟としての確認請求を選択的に請求することは、裁判例上認められているため、方法選択の適格性を欠くものではない。

## 第2章 本案の答弁に対する反論

### 第1 請求の趣旨3の主位的請求（調査不実施による不法行為に基づく損害賠償請求）について

#### 1 分娩助産契約以外の調査実施義務の法的根拠について（答弁書13頁「第4」「1」「(1)」「ア」）

##### （1）被告の主張

- ① まず被告は、自由権規約2条3項の効果的救済としての調査実施義務については、その具体的な内容が特定・明確化されていないため、同義務の懈怠なるものも観念することができないと主張する（13頁）。
- ② 次に被告は、子どもの権利条約7条1項に係る「子の出自を知る権利」は、当該権利の内容や保障の範囲、権利行使の方法等についての具体的な立法措置は日本ではなされておらず、同条約から原告主張の請求権が直接生じるとする法律上の根拠を認めることはできないとも主張する（13頁）。
- ③ さらに被告は、子どもの権利条約に関して、加害者とされる者が金銭によ

る損害賠償のみならず調査の実施義務も負うとする法的根拠も不明であるとも主張する（13頁）。

## （2）原告の反論

### ア 上記①の被告主張について

自由権規約2条3項の効果的救済としての調査実施義務の具体的な内容は、本書面第1章「第1」で主張したとおり、自由権規約委員会の一般的意見等を踏まえ、原告は十分に特定・明確化しているため、上記①の被告主張は当たらない。

### イ 上記②の被告主張について

これは、子どもの権利条約の直接適用可能性に関する争点である。通常の条約では、国民に具体的な権利義務関係を生じさせるためには国家を名宛人にした条約を国内法で補完・具体化しなければならない。しかし、名宛人が個人の場合には、そうする必要はなく、条約が内容上そのままの形で国内法として直接に実施され、私人の法律関係について国内の裁判所と行政機関の判断根拠として適用できるのであり、その条約は自動執行条約といわれる。

子どもの権利条約規定の中には、自由権的規定と社会権的規定が混合している。

子どもの権利条約の条約機関である子どもの権利委員会も、一般的意見5において、以下のとおり述べて、子どもの権利条約7条及び8条は直接適用可能であることを明示している。

「6. 第4条は、国の全般的実施義務を反映したものではあるものの、市民的・政治的権利と経済的・社会的・文化的権利との間に区別があることを第2文で示唆している。『経済的、社会的および文化的権利に関して、締約国は、自国の利用可能な手段を最大限に用いることにより、および必要な場合には、国際協力の枠組の中でこれらの措置をとる』。人権一般にせよ条約上の権利にせよ、

それらをこの2つのカテゴリーに単純にまたは有権的に分類することはできない。委員会の報告ガイドラインでは第7条、第8条、第13～17条および第37条(a)が「市民的権利および自由」の見出しのもとにまとめられているが、その文脈から、これらの条項だけが条約上の市民的・政治的権利というわけではないことが示されている。実際、条約第2条、第3条、第6条および第12条を含む他の多くの条項にも市民的・政治的権利の構成要素が含まれており、このようにしてあらゆる人権の相互依存性および不可分性が反映されているのである。経済的・社会的・文化的権利の享受は市民的・政治的権利の享受とわがちがたく結びついている。後掲パラ25で示すように、委員会は、市民的・政治的権利のみならず経済的・社会的・文化的権利も裁判適用可能なものとしてとらえられるべきだと考えるものである。

また、横田洋三氏（東京大学教授・法務省特別顧問・国連人権促進保護小委員会委員等）や宮崎繁樹氏（明治大学名誉教授・元国際人権法学会理事長等）等の著名な国際人権法学者らの見解においても、少なくとも自由権的側面を有する、子どもの権利条約7条1項の「出自等を知る権利」や、12条2項「司法・行政手続における児童の意見表明権」、13条1・2項「児童の表現の自由、情報を得、伝える自由」、16条1・2項「プライバシー、通信・名誉の保護、干渉からの保護」等が直接適用可能であることについては、見解が一致するところである。

したがって、子どもの権利条約のうち、少なくとも本件で原告が直接適用を主張している同条約7条及び8条については、直接適用可能性が認められることは確実である。

#### ウ 上記③の被告主張について

子どもの権利条約8条1項は、「締約国は、児童が法律によって認められた国

籍、氏名及び家族関係を含むその身元関係事項について不法に干渉されることなく保持する権利を尊重することを約束する。」と定め、同条2項は「締約国は、児童がその身元関係事項の一部又は全部を不法に奪われた場合には、その身元関係事項を速やかに回復するため、適当な援助及び保護を与える。」と規定している。

子どもの権利条約8条1項が定める身元関係事項について不法に干渉されることなく保持する権利は、同条約7条1項の定める子の出自等を知る権利を前提として、子の出自等について不当に干渉されることなくその身元関係事項を保持する権利を定めたものである。同条2項は、特に身元関係事項が不法に干渉された場合を念頭に、その救済措置を受ける権利を定めたものであり、子どもの権利という文脈において、上記自由権規約2条3項を具体化したものと理解される。

本件では、原告は、被告による赤ちゃんの取り違えという不法行為により、原告の氏名及び家族関係を含む出自というその身分関係事項に対して、不法に干渉を受けたという事案である。まさに子どもの権利条約8条2項が適用されるべき状況であり、自由権規約2条3項及び子どもの権利条約8条2項を重疊的に適用した上で、その効果的救済を受ける原告の権利のいわば「裏返し」として、被告の調査実施義務が導かれるものである。

## 2 墨田区に対する情報公開請求による調査実施について（答弁書14頁「イ」「(イ)」）

### (1) 被告の主張

被告は、原告からの申入れに対する回答（甲21）において、墨田区長が、区審査会の本件当審の判断を踏まえて、当該非開示情報の開示に応じることはできない旨とともに、仮に東京都からの情報公開請求があったとしても、原告に対して開示したのと同じ内容の部分公開となり開示することはできない旨

を回答しており、被告では、原告主張の「墨田区より取り寄せ、本件取り違えられた子を調査特定し、その意向を確認すること」はできないから、被告がこれを実施する義務を負っているということもできないと主張する。

## (2) 原告の反論

原告ではなく、本件産院の開設者であり、かつ地方公共団体でもある被告が、墨田区に対して、原告の出自を知る権利の被害回復を目的として、戸籍受付帳の開示請求を行った場合には、その必要性は出自を知る権利の重要性に鑑みれば極めて高いものといえ、一方、当該開示による戸籍受付帳に記載された者たちのプライバシー権への侵害は、被告職員らは公務員として高い倫理規範と守秘義務を負っていることから、侵害の程度は低く、また漏洩のおそれも低いものといえる。戸籍受付帳については、「戸籍謄本等」に対する公用請求に準じた取扱いがなされるべきである。上述した自由権規約2条3項及び子どもの権利条約8条2項の趣旨も踏まえれば、開示の必要性が上回ることは一層明らかである。

さらに市区町村は、戸籍法上、誤った戸籍を訂正する義務を負うところ、誤った戸籍が発見された場合に、当該市区町村が自ら戸籍を訂正することが出来ないのであれば、せめて真実の戸籍を明らかにしようとする者に対して戸籍訂正に必要な情報を積極的に開示するべきである。したがって、原告の申し入れに対する墨田区長の回答（甲21）は被告が墨田区から戸籍受付帳の開示を受けることのできない根拠とはならない。

## 3 墨田区に対する戸籍法に基づく公用請求による調査実施について（答弁書16頁「ウ」）

### (1) 被告の主張

- ① 被告は、戸籍受付帳は戸籍関連文書であり、戸籍法に基づく公開制度の適用がないため、被告が墨田区から戸籍法の制度に基づき受付帳の開示を受けるこ

とはできないから、被告が墨田区長に対して同法に基づく請求を行う法的義務を負っているということもできないと主張する（16～17頁）。

- ② また被告は、自由権規約、子どもの権利条約はいずれも地方公共団体の事務を直接規定したものとは解されないから、被告は墨田区に対して原告主張に係る戸籍受付帳の公用請求を行う法律上の権限を有していると認めることはできず、被告がこれらを根拠として戸籍法の公用請求を行うことはできないとも主張する（17～18頁）。

## （2）原告の反論

### ア 上記①の被告主張について

（ア）戸籍法における戸籍公開制度が有する戸籍の正確性を保つという制度趣旨に鑑みれば、戸籍の記載の誤りが明確であり、その修正のために必要な限度において、現存する限りにおいて、受付帳も含む戸籍関連文書も対象となると解すべきである。換言すれば、そもそも戸籍の正確性を保つという戸籍公開制度の趣旨は、戸籍に記載された者が戸籍を参照して、その正確な家族関係等（親子関係等）を知ることができるようにするということを意味しており、そのために必要な戸籍関連文書については戸籍公開制度の対象に含まれると理解することが制度趣旨にも合致するのである。

（イ）また、被告は憲法98条2項に基づき条約を誠実に遵守する義務を負うところ、子の出自を知る権利は子どもの権利条約7条1項により保障された権利であるから、被告としては、戸籍法を同条約と適合するように解釈しなければならない。

すなわち、日本は条約の「自動的受容」ないし「一般的受容」と呼ばれる体制を取り、国が批准した条約は、公布のみによって国内的効力を持つ（憲法98条2項の国際協調主義による）。また、国内法上の序列としては、条約は、同じく憲法98条2項によって、法律に優位するというのが政府見解・通説・判例である。したがって、法令は条約に適合するように制定さ

れ、また解釈適用されなければならない（条約適合的な法解釈）。例えば、退去強制令書発付処分取消等請求控訴事件（いわゆる残留孤児訴訟）で福岡高裁が、永住帰国した日本人残留孤児の妻の連れ子に対して出された退去強制令書発付処分につき、この連れ子が孤児家族にとって実子以上ともいえるべき深い関係をもつ存在であったことをふまれば「このような家族関係は、日本国がその尊重義務を負う B 規約に照らしても十分に保護されなければならない」と述べ、本件におけるこのような事情を「日本国が尊重を義務づけられている B 規約及び児童の権利条約の規定に照らしてみるならば、入国申請の際に違法な行為... があったことを考慮しても、本件裁決は、社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らか」として、法務大臣の裁量の範囲を逸脱・濫用した違法があると認めた例がある（甲 4 5：福岡高判平成 1 7 年 3 月 7 日判タ 1 2 3 4 号 7 3 頁）。また、不法行為法の関連では、私人や団体がヘイトスピーチのような人種差別行為を行った場合に、それを人種差別撤廃条約 1 条にいう人種差別とみなして不法行為を認定し、かつ、差別行為の悪質性に応じて高額な損害賠償を命ずる司法判断が今日、定着している（甲 4 6：損害賠償請求控訴事件〔京都朝鮮学校事件〕大阪高判平成 2 6 年 7 月 8 日判時 2 2 3 2 号 3 4 頁、甲 4 7：損害賠償請求控訴事件〔徳島教職員組合事件〕高松高判平成 2 8 年 4 月 2 5 日 LEX/DB25543016。いずれも最高裁で上告棄却により確定）。

加えて、条約適合的な国内法解釈の手法は、法律のみならず憲法の人権規定についても行われる。憲法の通説においても、かねてから、「人権条約の規定が日本国憲法よりも保障する人権の範囲が広いとか、保障の仕方がより具体的で詳しいとかいう場合」は、「憲法のほうを条約に適合するように解釈していくことが必要」とであると説かれてきた（芦部信喜「人権の普遍性と憲法」法学セミナー 4 3 7 号 2 9 頁）。条約の誠実遵守義務を定める憲法 9 8 条 2 項は、そのような憲法の「人権条約適合的解釈」を要請しているとみ

るべきである（近藤敦『人権法 [第2版]』日本評論社、2020年1頁）。

そのような憲法解釈は実際に、最高裁によって採用されているところである。最高裁は近時、婚外子差別をめぐる2つの法令違憲判断で、出生を含めいかなる理由によっても子どもを差別してはならないという人権条約（自由権規約、子どもの権利条約）の規定の趣旨を憲法解釈に反映させて、国籍法と民法の規定をそれぞれ違憲とする判断を導いた。

最高裁は、平成20年の国籍法違憲判決では、「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ、我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する。さらに、国籍法3条1項の規定が設けられた後、自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認める旨の法改正が行われている。以上のような我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである。... そうすると... 国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法14条1項に違反するものであったというべきである」と述べて、自由権規約や子どもの権利条約の規定をもふまえて、国籍法3条を違憲と判断した（甲48：最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）。

さらに最高裁は、平成25年の相続分差別違憲決定では、「我が国は、昭和54年に『市民的及び政治的権利に関する国際規約』（昭和54年条約第7号）を、平成6年に『児童の権利に関する条約』（平成6年条約第62号）をそれぞれ批准した。これらの条約には、児童が出生によっていかなる



差別も受けない旨の規定が設けられている。また... 前者の条約に基づき自由権規約委員会が、後者の条約に基づき児童の権利委員会が設置されており、これらの委員会は、上記各条約の履行状況等につき、締約国に対し、意見の表明、勧告等を行うことができるものとされている。我が国の嫡出でない子に関する上記各条約の履行状況等については、平成5年に自由権規約委員会が、包括的に嫡出でない子に関する差別的規定の削除を勧告し、その後、上記各委員会が、具体的に本件規定を含む国籍、戸籍及び相続における差別的規定を問題にして、懸念の表明、法改正の勧告等を繰り返してきた。最近でも、平22年に、児童の権利委員会が、本件規定の存在を懸念する旨の見解を改めて示している。... 昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。... したがって、本件規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していたものというべきである」として、婚外子の法定相続分を嫡出子の半分としていた民法の規定を違憲としたのである（甲49：最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁）。

以上より、子どもの権利条約7条1項、自由権規約2条3項及び子どもの権利条約8条1項の条約に適合するよう法令を解釈することを要請する憲法98条2項に鑑みても、子の出自を知る権利の侵害から被害者を救済するために必要な戸籍関連文書、少なくとも戸籍受付帳については、戸籍法の公用請求の対象に含まれると解釈されるべきである。

イ 上記②の被告主張について

前記一般的意見 3 1 の 4 項によれば、「規約の義務は、一般的に、また、第 2 条は特に、すべての締約国を全体として拘束するものである。政府のすべての部門（行政、立法および司法）および他の公的もしくは政府機関は、全国、地域、もしくは地方といかなるレベルにあっても、締約国の責任を引き受ける地位にある。委員会の場も含めて通常国際的に締約国を代表する行政部門は、規約違反の責任から逃れる手段として、政府の他の当局が規約と一致しない行動をとったと指摘するようなことがあってはならない。このような理解は、条約法条約第 2 7 条の原則、すなわち締約国は、『条約の不履行を正当化する根拠として自国の国内法を援用することができない』から直接由来するものである。」とされており、地方公共団体も規約に直接拘束されることが明らかである。

## 第 2 請求の趣旨 3 の予備的請求（分娩助産契約の付随義務としての調査実施義務違反に基づく損害賠償請求）について

### 1 調査実施義務の具体的内容・特定について（答弁書 1 9 頁「(2)」「ア」)

#### (1) 被告の主張

被告は、付随義務としての調査実施義務について、債務の内容が不特定・不明確である以上、同債務の履行ないし不履行の状態を観念することはできないし、仮に同債務が履行されない状態が存在したとしても、それは債務者の帰責事由がないと主張する。

#### (2) 原告の反論

原告は、付随義務としての調査実施義務の具体的内容について、①原告の生物学上の親等を特定すること、②当該親等に対して同人の子が原告である可能性等を通知すること、③当該親等において原告と連絡先を交換することについての意思確認を行うこと、という具体的な作為に特定しているから、その不履行を観念することは可能であるし、次項に述べるとおり被告において当該調査

実施義務を履行することは可能であるから、被告の上記主張は誤りである。

## 2 調査実施義務の履行可能性について（答弁書19頁「(2)」「イ」「(イ)」）

### (1) 被告の主張

被告は、原告主張に係る戸籍受付帳の情報公開請求に対して墨田区長は非開示の決定をしており、その判断は被告から請求された場合であっても同様であるとされていること、被告が墨田区長に対して戸籍受付帳の公用請求をする法律上の根拠を欠くことから、被告は、墨田区に対して、原告主張に係る戸籍の受付帳の開示を請求する法的義務を負っているということはできず、被告に同義務の不履行があるとする原告の主張は前提を欠くから、原告の被告に対する損害賠償請求には理由がないと主張する。

### (2) 原告の反論

- ア まず、前訴控訴審判決は、「本来の履行請求権は、誤った引渡しが行われた後も存続していると解される。被控訴人は控訴人らの損害賠償請求権は履行不能による損害賠償請求権であると主張するが、必ずしもそのようには解されない。」と明示しており(甲1・21頁)、本来の債務が履行不能になったものではない。したがって、本来の債務が存続している以上、その付随義務としての被告の調査実施義務もなお履行不能とならず、存続していることは明らかである。
- イ 確かに甲17の回答書によれば、墨田区は、被告からの照会に対して、「区は、誰が請求するかに関わらず、請求が法令の根拠に基づいていることや、請求目的が正当であることを基準に判断する」と回答している。しかし、地方自治体である被告からの前訴確定判決を踏まえた情報公開請求に対して、墨田区がどのような判断を行うかは明確でなく、地方自治体の病院事務はまさしく法令の定める被告の事務であることに加え、通常、裁判の確定判決の結果にもとづいてなされた情報公開請求は開示の必要性が高いことから、不開示となるとは考え難く、少なくとも異なる結果となる可能性が高い。

また、墨田区情報公開条例5条に基づく情報公開請求以外にも、戸籍法10条の2第2項に基づく公用請求や墨田区個人情報保護条例16条に基づく情報提供請求（保有個人情報の外部提供）の方法があることは上述した。

したがって、被告において調査実施義務の履行は十分に可能であったと考えられるし、少なくとも、その履行に向けての具体的行動をとることができた。

### 3 分娩助産契約の本来の履行請求権および付随義務としての調査実施請求権が弁済により消滅したとの被告主張、及び消滅時効の予備的抗弁について（答弁書19頁「(2)」「イ」「ウ」）

#### (1) 被告の主張

- ① 被告は、前訴判決のいうように原告が被告に対して分娩助産契約について本来の履行請求権を取得していたとしても、前訴控訴審の口頭弁論終結の日である平成18年8月22日の時点では、同請求権に係る債務が履行不能となったことにより、填補賠償請求権に転化しており、前訴控訴審判決後の被告の弁済により消滅したと解するのが相当であると主張する。
- ② その上で、分娩助産契約に基づく本来の履行請求権と本訴訟で原告が主張している付随的義務に基づく調査実施請求権とを比較すると、両請求権に係る債務の内容は、「原告の生物学上の親を特定する」ことが履行の前提になっているという点で、その実現すべき結果は同一であるといえるから、本来の履行請求権が履行不能となった時点で付随的義務に基づく調査実施請求権も履行不能になり、同一の損害賠償請求権に転化したとして、前訴控訴審判決に基づく被告の弁済により、被告の原告に対する分娩助産契約における付随的義務の債務不履行に基づく損害賠償債務は消滅し、原告の被告に対する損害賠償請求には理由がないと主張する。
- ③ また、被告は、予備的に、前訴判決が平成18年10月26日の経過をもって確定した時点で、原告は被告に対して本件の付随義務の債務不履行に基づく

損害賠償請求権を行使することが可能であったから、その10年を経過した平成28年10月「16日」(※原告註：26日の誤記と思われる)の経過をもって時効が完成したとして消滅時効を援用する。

## (2) 原告の反論

### ア 上記①の被告主張について

被告の主張は、前訴控訴審の口頭弁論終結の日である平成18年8月22日に本来の債務が履行不能となったことを前提としているものと考えられる。しかし、まず前訴控訴審判決は、「本来の履行請求権は、誤った引渡しが行われた後も存続していると解される。被控訴人は控訴人らの損害賠償請求権は履行不能による損害賠償請求権であると主張するが、必ずしもそのようには解されない。」と明示しており(甲1・21頁)、誤った引渡しが行われた時点(昭和33年4月17日ころの退院のころ)において本来の債務が履行不能になったものではないとしている。その当該本来の債務が、前訴控訴審の口頭弁論終結日(平成18年8月22日)の時点において、時の経過のみにより履行不能となる理由はないから、被告の主張は失当である。

前訴控訴審の口頭弁論終結日(平成18年8月22日)において、分娩助産契約に基づく本来の債務は、「誤った引渡し」により履行不能になったものではなく、不完全履行となっているに過ぎない。本件分娩助産契約は、なお有効に現在も存続している。本件における損害賠償請求は、あくまでその不完全履行についての請求であり、履行不能による填補賠償請求を行ったものではない。

したがって、繰り返しとなるが、前訴控訴審判決後の被告の弁済により消滅したのは、同不完全履行に基づき同口頭弁論終結時までに発生した損害についての原告の被告に対する損害賠償請求権に過ぎない。履行不能ではない以上、本件分娩助産契約はなお存続しており、同契約に基づく原告の被告に対する本来の履行請求権は、前訴確定判決を受けた被告による弁済によっても消滅していないのである。本来の債務が存続している以上、その付随義務としての被告

の調査実施義務もなお存続していることは明らかである。

イ 上記②の被告主張について

被告の当該主張も、本件分娩助産契約の本来の債務が履行不能となったことを前提としているところ、前述のとおり、当該前提は誤りであるから、被告主張は失当である。

ましてや本来の債務そのものではなく、付随義務としての調査実施義務については、上述のとおり、現時点においても少なくとも戸籍法10条の2第2項に基づく公用請求や、墨田区個人情報保護条例16条に基づく情報提供請求(保有個人情報の外部提供)、墨田区情報公開条例5条に基づく情報公開請求といった方法による調査が法的に可能なのであるから、社会通念上、履行が不可能となっていないことが明らかである。

さらに、東京高判平成16年9月30日判時1880号72頁は、医療事故における診療契約の付随義務としての顛末報告義務について、「病院側が説明をすべき相手方は、通常は診療契約の一方当事者である患者本人であるが、患者が意識不明の状態にあたり死亡するなどして患者本人に説明をすることができないか、又は本人に説明するのが相当でない事情がある場合には、家族(患者本人が死亡した場合には遺族)になることを診療契約は予定していると解すべきであるので、その限りでは診療契約は家族等第三者のためにする契約も包含していると認めるべきである。患者と病院開設者との間の診療契約は、当該患者の死亡により終了するが、診療契約に付随する病院開設者及びその代行者である医療機関の遺族に対する説明義務は、これにより消滅するものではない。」と述べており、診療契約が履行不能により契約終了となっても、診療契約の付随義務が消滅するものではないと判示している。したがって、仮に被告主張のとおり本件分娩助産契約における本来の債務が履行不能になったとしても、その付随義務としての調査実施義務が消滅するものではないことは、この東京高等裁判所の裁判例からも明らかである。

ウ 上記③の被告主張について

被告は、前訴判決が平成18年10月26日の経過をもって確定した時点で、本件分娩助産契約の付随義務としての調査実施義務は履行不能となり、原告が被告に対して当該付随義務の債務不履行に基づく損害賠償請求権を行使することが可能となったとして、同時点を当該損害賠償請求権の消滅時効の起算点であると主張しているようである。

しかし、前述したとおり、本件分娩助産契約の本来の債務（原告側から見れば、履行請求権）は本件取り違えによっても履行不能になっておらず、当然、前訴判決の確定という事実をもってしても、本来の債務が履行不能になるものではなく、なお本件分娩助産契約は存続しているものである。

したがって、前訴判決の確定日（平成18年10月26日）の経過をもってしても、付随義務である調査実施義務についても履行不能となるものではない。前訴判決の確定をもってして、付随義務である調査実施義務についても履行不能となったことを前提とする被告の主張は誤りである。

加えて、被告が分娩助産契約の付随義務である調査実施義務違反についての原告の損害賠償請求権が時効消滅したとの主張は言語道断である。すなわち、被告は自ら管理運営する本件産院において赤ちゃん取り違え事件を引き起こした張本人であるが、本件取り違えは、産院としての基本的な過誤であり、本件当時の状況においても、被告の過失は重大であり、被告は重大な過失によって原告の人生を狂わせたのである（甲2・26頁）。しかも被告は、前訴判決後、原告からの度重なる調査実施請求に対して、被告には戸籍受付帳を保管する墨田区に対して同文書の開示請求するための法令の根拠が無いなどと虚言を弄して（被告自身も認める分娩助産契約の付随義務としての調査実施義務や、その他にも子どもの権利条約7条1項等に基づく子の出自を知る権利など、法令の根拠は明確に存在する）、付随義務としての調査実施義務の履行を拒絶してきた（甲6～17号証）。このような事情に鑑みれば、被告によるかかる消滅時効

の援用は、信義則に違反し、権利濫用であるから認められない。

以上