

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13準備書面

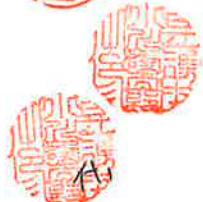
2024年8月22日

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



同復代理人弁護士 平 岡 秀 夫



標記事件について、原告は、申教授作成にかかる意見書と関連する判例の内容などに基づいて、以下のとおり弁論を準備し、また、第三者の人権侵害の可能性を排除できる調査方法についての新たな請求の趣旨の案を提案する。

目次

第1 請求の趣旨第1項についての新たな提案	2
第2 申惠丰教授による意見書について	2
第3 わが国が批准している国際人権条約の法源性と本件に関連する国際人権条約規定	6
第4 ヨーロッパ人権裁判所の判例法理の法源性と本件と関連する先例	10
第5 本件へのあてはめ	17
第6 ヨーロッパ人権裁判所の判例について(補充)	24

第7 当事者ではない第三者の人権侵害の可能性を排除できる調査方法を提案する

.....27

第1 請求の趣旨第1項についての新たな提案

1 原告は、2021年12月7日付訴状訂正申立書（2）3頁記載の請求の趣旨の第1項について、その後さらに検討を進め、本件調査による第三者のプライバシー権等への影響を最小限に留め（以下の方法であれば調査に協力した第三者は原告母親との親子関係の存否という事実のみを知ることになる）、かつ、調査方法を簡略化するために、以下のとおり訂正することを検討している。この点は今後の審理も踏まえて最終的に確定する予定である。

「1 被告は、被告が昭和33年4月10日頃に都立墨田産院において発生した原告と他の新生児との取り違え事件に関し、別紙の方法による事実調査を実施せよ。」

2 この請求の趣旨を提案する理由については、国際人権法に基づく類似例における、人権間のバランスについての先例的な判断の内容を、申教授作成にかかる意見書と関連する判例の内容などに基づいて論じたうえで、本準備書面の末尾において論ずることとする。

第2 申惠丰教授による意見書について

1 申惠丰教授の経歴について

青山学院大学法学部の申惠丰教授は、我が国の国際人権法研究の第一人者である。

2015年11月から2018年11月まで、国際人権法学会の理事長を務められた。

2020年4月～2024年3月まで、青山学院大学法学部長を務められた。

国際人権法の大学における教科書である『国際人権法—国際基準のダイナミズ

ムと国内法との協調〔第2版〕』(信山社、2016年)を著わされたばかりでなく、一般市民向けの岩波新書『国際人権入門—現場から考える』(岩波書店、2020年)も著わされている。

多くの人権訴訟で意見書を裁判所に提出され、法廷で証言され、その意見が取り入れられた判決例や和解成立事案も多い。

2 申惠丰教授作成の意見書(甲第66号証)の概要

申惠丰教授作成の意見書(甲66号証)は、その冒頭で、意見書の概要を次のとおりまとめられている。

「 本件は、1958（昭和33）年4月10日頃に東京都立墨田産院で発生した原告と他の新生児（以下、本件男子）との取り違えに関して、原告の生物学上の親（以下、生みの親）ないし当該生みの親が死亡している場合にはその相続人を特定し、当該生みの親ないし相続人に対して当該生みの親の生物学上の子が原告である可能性及び原告が連絡の交換を希望していることを通知した上で、当該生みの親ないし当該相続人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調査義務を負うことを確認することを求める訴訟である。併せて原告は、取り違えの事実が本件に先立つ損害賠償請求訴訟（以下、前訴）において確定（東京高判2006（平成18）年10月12日。以下、前訴判決）した後も、原告の再三の要請にもかかわらず被告が調査を行わないことによって受けた精神的苦痛に対し、不法行為による損害賠償請求を行っている。

前訴判決が認めた通り、子を取り違えて引渡すということは「産院として基本的な過誤」であり、産院の管理運営者であった被告には「重大な過失」があったところ、原告はこの「重大な過失によって人生を狂わされた」甚大な被害を受けている。被告は、原告及びその育ての両親に対してそれぞれ被告が損害賠償を支払う旨言い渡した前訴判決を受けて、損害賠償を支払った。しかし重要な事実は、このように取り違えの事実が明らかになり被告がその責任を認め

た後も、人生被害（この語は、優生保護法に基づき不妊手術を受けさせられた人々が被った継続的かつ甚大な精神的苦痛について、東京地裁が 2020（令和 2）年 6 月 30 日の判決で形容した言葉であるが、本件のような事案もこれに類似した継続性・重大性があると言えよう。）とも言うべき被害を受けた原告の人権侵害は、根本的には救済されていないということである。すなわち、原告は、生みの親を知ることも、生みの親ないしその相続人の意思を確認した上で連絡を取り合うということもできておらず、その可能性は、被告が事実調査を行わないという拒否行為によって阻まれている。結果として、原告は、前訴の口頭弁論終結時（2006（平成 18）年 8 月 22 日）までに発生した精神的苦痛についてはこれを算定した慰謝料の支払いを受けたとはいえ、依然として、自分の出自を知ることができず、生みの親との間に本来築かれるはずであった家族生活を享有することも全くできていないのである。このことは、現在も継続している人権侵害の問題として、責任が問われてしかるべき事柄であり、本件はそのことを問うて人権侵害の救済を求めている訴訟と位置づけられる。

本件においては、憲法上の人権の問題が生じているのは無論であるが、適切な司法判断を下すためには、国際人権法の観点からの検討も不可欠である。本件では、日本が批准している人権条約のうち、とりわけ、市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下、自由権規約）が定める、私生活や家族への恣意的又は不法な干渉に対して法律の保護を受ける権利（17 条）、家族が社会及び国による保護を受ける権利（23 条）、規約上の権利侵害があった場合に効果的な救済を受ける権利（2 条 3 項）、並びに、子どもの権利条約（政府公定訳では「児童の権利条約」であるが、日本で「児童」というと学童期の子どもを指すことが多いところ、同条約は 18 歳未満の人を「子ども（child）」としているので、研究者は一般に「子どもの権利条約」と呼称している）が定める、子どもが父母を知る権利（7 条）、子どもが身元確認事項を不法に奪われた場合にこれを回復する援助・保護を与える国の義務（8 条）、子どもがその父母の意思に反して

父母から分離されないことを確保する国の義務（9条）が関連する。日本では国が批准した条約は国内的効力を有するのみならず、序列として法律に優位するから、民法の解釈・適用も、人権条約の規定をふまえ、これに適合するものである必要がある。また、これらの人権条約は国が憲法適合的として批准したものであるから、憲法解釈の指針となり、憲法の人権規定も、人権条約適合的に解釈・適用することが求められる（近藤敦『人権法〔第2版〕』日本評論社、2020年）。最高裁大法廷も、婚外子差別をめぐる2つの法令違憲判断で、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自由権規約や子どもの権利条約の規定の趣旨をふまえて、国籍法と民法の規定をそれぞれ違憲とする判断を導いており（退去強制令書発付処分取消等請求事件〔国籍法違憲訴訟〕最大判2008（平成20）年6月4日、遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件〔婚外子法定相続分差別違憲訴訟〕最大決2013（平成25）年9月4日）、日本が批准している人権条約の規定に適合的な憲法解釈を採用している。

そして、国際人権法としては、ヨーロッパ人権条約に基づいて設置されているヨーロッパ人権裁判所の判例を参照することも重要である。ヨーロッパ人権条約は日本が締結している条約ではないが、自由権規約と近似した規定内容であるところ、この条約の下で1959年来膨大な数の事案を審理してきたヨーロッパ人権裁判所の判例は権威ある人権法理として国際的に参照されており、同様の人権問題に直面している日本の裁判所にとっても有益な引照基準となるからである。最高裁大法廷も2023年、性同一性障害特例法の「生殖不能要件」を全員一致で違憲と判断するにあたり、生殖能力の喪失を要件とすることについては2017年にヨーロッパ人権裁判所がヨーロッパ人権条約違反の判決をしたことなどから現在では欧米諸国を中心にこれを要件としない国が相当数に及んでいることを理由の一つに挙げている（性別の取扱いの変更申立て却下審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件〔性別の取扱いの変更申立訴訟〕

最大判 2023（令和 5）年 10 月 25 日）。ヨーロッパ人権条約は 8 条で私生活及び家族生活の尊重を受ける権利を定めているが、同裁判所の判例では子どもの引き離しと関連して 8 条の権利の継続的侵害が認められているものがあり、本件のような事案ではその判例法理も参照されるべきである。

本意見書は、国際人権法に照らして本件を検討し、結論として、被告は原告の生みの親について調査義務を負うことを明らかにするものである。」

第3 わが国が批准している国際人権条約の法源性と本件に関連する国際人権条約規定

1 自由権規約一家族に対して干渉されない権利及びそれに対する法的保護を受ける権利（17 条）、家族が社会及び国による保護を受ける権利（23 条）、人権侵害に対して効果的な救済を受ける権利（2 条 3 項）

自由権規約は 2 条で締約国の条約実施義務について定め、締約国はその領域内にありかつ管轄下にあるすべての人にいかなる差別もなく規約上の権利を尊重し及び確保する（1 項）とともに、規約の認める権利を実現するための必要な立法措置その他の措置を取ることを義務づけている（2 項）。

自由権規約 17 条は、「何人も、その私生活、家族、住居もしくは通信に対して恣意的にもしくは不法に干渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。」

（1 項）、「すべての者は、1 の干渉又は攻撃に対する法律の保護を受ける権利を有する。」（2 項）と定める。1 項が、私生活や家族、住居、通信に恣意的にもしくは不法に干渉され又は名誉や信用を不法に攻撃されない、という権利を保障し、国や自治体のみならず他の主体からもそのような干渉や攻撃を受けることがあってはならないことを規定しているのに対し、2 項は、そのような干渉や攻撃に対して国に積極的な権利保護を要求している規定である。自由権規約委員会の下で設置されている条約機関である自由権規約委員会は、本条に関する「一般的意見」（条約の解釈・適用に関する委員会の所見を全締約国に対して提示した文書）の中で、本条は、干渉及び攻撃が国家権力によってなされるか、又は自然人もしくは法人によってなされるかにかかわらず、私生活、家族、住居もしくは通信に対する個人の権利が保護されることとしたものであり、締約国に、そのような干渉及び攻撃を禁止しつつ権利を干渉及び攻撃から保護するための立法

措置その他の措置をとることを要求するものである、としている（17条に関する一般的意見 16、1 項。英語原文は UN Treaty Database,

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/

15/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx、邦訳は日本弁護士連合会国際人権ライブラリー

https://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights.html#liberty で参照できる）。

自由権規約はまた 23 条 1 項で、「家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する。」と定める。本項は、家族が「社会及び国による保護を受ける権利」を有するとした、射程の広い内容の規定であり、様々な場面における家族関係の保護に関して考慮に入れられなければならない人権規定である。日本でも例えば、出入国管理及び難民認定法（入管法）に基づく退去強制手続において、密接な関係をもって暮らしてきた家族を引き裂くこととなる処分につき、本条に照らして当該処分を違法として取り消した裁判例がある。中国残留日本人孤児が日本に永住帰国した後、中国で長年同居してきた家族（孤児の妻の連れ子）が、孤児夫婦と同居するため来日していたところ、連れ子に対して退去強制令書が発付された事件（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）で福岡高裁は、この連れ子は帰国する孤児に代わって孤児の高齢の中国人養父を介護するなど、孤児家族にとって実子以上ともいうべき深い関係をもつ存在であったことに留意して、「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〔＝自由権規約のこと〕に照らしても十分に保護されなければならない」と述べ、「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、退去強制令書発付は法務大臣の裁量の範囲を逸脱・濫用した違法なものと認めた（福岡高判 2005（平 17）年 3 月 7 日）。この判決で福岡高裁は、日本が自由権規約を批准しておりその遵守義務を負っていることをふまえた上で、条文番号は挙げていないものの明らかに 23 条 1 項に照らして、この連れ子に対する退去強制令書の発付を違法として取り消している。また、この判決では子どもの権利条約も援用されており、これも条文番号への言及はないが、後述する 9 条などが念頭におかれていると考えられる。この残留孤児訴訟では連れ子はすでに成人であったが、子どもの権利条約にも照らした判断が行われている（親と子の家族関係がかかわる局面では、子どもの権利条約の規定は実際に重要な引照基

準になるのであって、その趣旨を汲むことは妥当であろう）ことも、注目に値する。

自由権規約はさらに、2条3項では、「この規約において認められる権利及び自由を侵害された者が、公的資格で行動する者によりその侵害が行われた場合にも、効果的な救済措置を受けることを確保すること」((a))として、規約上の権利を侵害された者に対し効果的な救済措置を確保することを締約国に義務づけている。国は、救済措置を求める者の権利は、権限のある司法上、行政上もしくは立法上の機関、又は国の法制で定める他の権限ある機関によって決定されることを確保しなければならない((b))し、救済措置が権限ある機関によって執行されることも確保しなければならない((c))。

2 子どもの権利条約—子どもが父母を知る権利(7条)、子どもが身元確認事項を不法に奪われた場合にこれを回復する援助・保護を与える国の義務(8条)、及び子どもがその父母の意思に反して父母から分離されないことを確保する国の義務(9条)

子どもの権利条約は7条で、子どもは出生の後直ちに登録され、出生の時から氏名を有する権利及び国籍を取得する権利を有すること、また、できる限りその父母を知りかつその父母によって養育される権利を有することを規定する(1項)。

この7条1項は、「できる限り」父母を知る権利という規定になっているが、これは、子どもが出自を知る権利を認めつつも、事情があって身元を明かしたくないという父母の利益との調整を図ることも可能にした規定であり、実際、そのような法制度が多くの国で作られている。例えばフランスでは、子どもを育てることを望まなくても病院で安全に出産できる匿名出産が法律で認められているが、子どもが出自を知る権利も法制化され、子どもが実母に会いたいと望めば国家機関(「出自情報のアクセスに関する国家諮問委員会」)が女性の身元を調査するが、女性が身元を子どもに伝えたくないと望めばその願いを尊重する措置をとっている(日本でこれを紹介した最近の記事として、朝日新聞の連載「望まぬ妊娠の責任—フランス匿名出産の現場から」、特にその第3「『幸せになって』実母の手紙で救われた」朝日新聞2024年5月9日を参照)。

日本は 1994 年に子どもの権利条約を批准したが、子どもが出自を知る権利を保障する法律はなく、特別養子縁組などで迎えられた子どもや生殖補助医療で生まれた子どもが生物学的な親を知る権利をめぐって様々な議論が続けられている。安全な内密出産に取り組む病院なども出てきている。但し、子どもが出自を知る権利が、身元を明かしたくないという父母（又は精子提供者など）の利益と衝突し、両者の調整を図る必要がある場合と異なり、本件では、少なくとも原告を出産した時点では、生みの親がそのような希望をもっていたという事情は全くもって存在しない。もっぱら、産院側の過誤によって、生みの親の意思に完全に反するかたちで、原告と本件男子とが取り違えられてしまったケースであることに留意が必要である。

子どもの権利条約はまた 8 条では、締約国が、子ども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となく保持する権利を尊重することを義務づける（1 項）。同 2 項では、締約国は、「子ども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。」と規定する。本件のように、不法な子どもの取り違えがあったことがすでに明らかになっているケースでは、国籍は別として、本来の氏名及び生みの親との家族関係という子どもの身元関係事項の重要な一部が不法に奪われた場合にあたり、国としては、その身元関係事項を速やかに回復するために適当な援助及び保護を与えることが要請される。本件では被告は東京都であるが、裁判所が適切な救済を認めることを通して、国として権利救済を行うことが求められており、かつそのことは、効果的な救済措置を確保することを定めた上述の自由権規約 2 条 3 項にも合致する。

締約国は「子どもがその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する」とした子どもの権利条約 9 条 1 項も、本件に大いに関係する。本件はまさに、もっぱら産院側の過誤によって、子どもが生みの親から引き離されてお

り、しかもその状態が是正されることなく、生みの親を知る手段すら奪われたままで放置されているという事案である。

このほか、子どもの権利条約における一般規定である「子どもの最善の利益」の規定、すなわち、子どもに関するすべての措置を取るにあたっては「公的もししくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、子どもの利益が主として考慮されるものとする」とした3条も重要である。子どもに関して自治体が取る措置は当然これに含まれるし、裁判所が行う司法判断も同様である。

第4 ヨーロッパ人権裁判所の判例法理の法源性と本件と関連する先例

1 ヨーロッパ人権条約とその判例法を参照する意義

1950年にヨーロッパ評議会（Council of Europe）で採択されたヨーロッパ人権条約は、国連創設直後に国連憲章の人権規定を具体化するために国連総会で採択された世界人権宣言（1948年）中の権利のうち、市民的及び政治的権利の保障を目的としており（前文）、その規定内容は、世界人権宣言をその後国際人権規約で条約化したうちの一つである自由権規約と重なっている。そのため、ヨーロッパ人権裁判所が個人通報事案を審理して示したヨーロッパ人権条約の解釈法理は、自由権規約の類似の規定の解釈においても重要な指針になる。また、そもそも、日本国憲法第3章が定める人権の大半は、ヨーロッパ人権条約や自由権規約が定める人権と同種のものであるから、ヨーロッパ人権裁判所がヨーロッパ人権条約に関して示した判断は「我が国の裁判所においても参考に倣し、国際的水準の人権規範を形成していく上においての重要な指針になる」ものといえる（甲68：泉徳治「ヨーロッパ人権裁判所との対話」小畠郁・江島晶子ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例 II』信山社、2019年、xxviii頁）。

実際に、日本でも、自由権規約の規定の解釈にあたって、ヨーロッパ人権裁判所の判例を参照した裁判例は少なくない。①在留外国人に対し指紋押捺義務を課

し違反に対して刑罰を科していた旧外国人登録法の規定が、自由権規約 7 条にいう「品位を傷つける取扱い」にあたるか否かの検討に際し、自由権規約委員会の一般的意見や見解を「規約の解釈の補足的手段として依拠すべきもの」とみなした大阪高裁判決（大阪高判 1994（平 6）年 10 月 28 日判時 1513 号 71 頁）は、続けてヨーロッパ人権条約とヨーロッパ人権裁判所の判例にも言及し、「更に、ヨーロッパ人権条約等の同種の国際条約の内容及びこれに関する判例も B 規約の解釈の補足的手段としてよいものと解される」とした。そして、ヨーロッパ人権裁判所が 1978 年のタイラー事件判決で、刑罰の一種である体罰（少年へのむち打ち刑）が「品位を傷つける刑罰」にあたるとして了一ることも一考慮要素として、旧外国人登録法の指紋押捺制度は在留外国人一般については違法とはいえないものの、平和条約国籍離脱者（サンフランシスコ平和条約発効に伴い日本国籍を喪失した旧植民地出身者）に適用される限りでは自由権規約の禁ずる「品位を傷つける取扱い」の禁止に違反する疑いを否定できないと判示したのである。②また、受刑者が刑務官に対して提起した民事訴訟のための弁護人ととの接見を刑務所から妨害されたことに対する国賠請求訴訟で高松高裁は、自由権規約 14 条 1 項が定める公正な裁判を受ける権利は受刑者が自己の民事事件の訴訟代理人である弁護士と接見する権利も保障していると解するのが相当であるとし、「ところで、B 規約草案を参考にして作成されたヨーロッパ人権条約では、B 規約 14 条 1 項に相当するその 6 条 1 項で、同規約と共通する内容で公正な裁判を受ける権利を保障しており、右条約に基づき設置されたヨーロッパ人権裁判所におけるゴルダー事件においては、右 6 条 1 項の権利には受刑者が民事裁判を起こすために弁護士と面接する権利を含む、との判断が、また同裁判所におけるキャンベル・フェル事件においては、右面接に刑務官が立ち会い、聴取することを条件とする措置は右 6 条 1 項に違反する、との判断がなされている（甲 62、63 の 1、2、72 の 1、2、証人北村泰三）。ヨーロッパ人権条約は、その加盟国が B 規約加盟国の一員にすぎず、我が国も加盟していないことから、条約法条約 31 条 3 項（c）の「当事国の

間の関係において適用される国際法の関連規則」とはいえないとしても、ヨーロッパの多くの国々が加盟した地域的人権条約としてその重要性を評価すべきものであるうえ、前記のようなB規約との関連性も考慮すると、条約法条約31条3項における位置づけはともかくとして、そこに含まれる一般的法原則あるいは法理念についてはB規約14条1項の解釈に際して指針とすることができるというべきである。」と判示している（高松高判1997（平9）年11月25日判時1653号117頁）。

ヨーロッパ人権裁判所の判例は、最高裁判決にも影響を与えているほか、近時は多数意見で明示的に言及される例も現れている。前述した2013年の相続分差別違憲決定で最高裁大法廷は、婚外子の相続分につき差別する民法900条4号但し書き前段の規定を憲法14条違反としたが、その理由の中で、「[民法の上記規定を合憲としていた] 平成7年大法廷決定時点での差別が残されていた主要国うち、ドイツにおいては1998年（平成10年）の『非嫡出子の相続法上の平等化に関する法律』により、フランスにおいては2001（平成13）年の『生存配偶者及び姦生子の権利並びに相続法の諸規定の現代化に関する法律』により、嫡出子と嫡出でない子の相続分に関する差別がそれぞれ撤廃されるに至っている。」と摘示していたが、このフランスの2001年法改正は、ヨーロッパ人権裁判所がその前年のマズレク対フランス事件で「姦生子」の相続差別をヨーロッパ人権条約違反の差別と判断したことを受けたものだった（甲68：泉「前掲論文」xxx頁）。

性同一性障害者特例法に基づき性別の取扱いを変更するには「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」が必要であり性別適合手術による卵巣又は精巣の摘出が求められることにつき、最高裁第二小法廷は2019年、同法の規定は現時点では憲法13条、14条1項に違反しないとしたが、鬼丸かおる・三浦守裁判官は補足意見を付し、意思に反してそのような身体への強度の侵襲を求められることは憲法13条違反の疑いがあることは否定できないとした。そして、この点で「世界的に見ても、性同一性障害者の法的な性別の取扱いの変

更については、特例法の制定当時は、いわゆる生殖能力喪失を要件とする国が数多く見られたが、2014年（平成26年）、世界保健機関等がこれを要件とすることに反対する旨の声明を発し、2017年（平成29年）、欧州人権裁判所がこれを要件とすることが欧州人権条約に違反する旨の判決をするなどし、現在は、その要件を不要とする国も増えている。」と付言している（性別の取扱いの変更申立て却下審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件最決2019（平31）年1月23日）。

2023年には、前述した最高裁大法廷判決において、この補足意見の立場が、全員一致の多数意見となるに至った。性別の取扱いの変更申立て却下審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件（性別の取扱いの変更申立訴訟）で最高裁大法廷は、2023年10月25日、「性同一性障害を有する者を取り巻く社会状況等」として、「特例法の制定当時、法令上の性別の取扱いを変更するための手続を設けている国の大半は、生殖能力の喪失を上記の変更のための要件としていたが、その後、生殖能力の喪失を要件とすることについて、2014年（平成26年）に世界保健機関等が反対する旨の共同声明を発し、また、2017年（平成29年）に欧州人権裁判所が欧州人権条約に違反する旨の判決をしたことなどから、現在では、欧米諸国を中心に、生殖能力の喪失を要件としない国が増加し、相当数に及んでいる」ということを挙げて、憲法13条違反を導く理由づけの一つとしたのである。

2 私生活及び家族生活の尊重を受ける権利（ヨーロッパ人権条約8条）の下での関連判例

ヨーロッパ人権条約は1条で、締約国に対し、その管轄内にあるすべての者に対して、同条約の第1節（2条から18条）に規定する権利及び自由を保障することを義務づけている。

私生活や家族生活の尊重を受ける権利を定めた8条は、ヨーロッパ人権裁判所に付託される事案の中でも非常にしばしば主張に用いられ、実際に解釈・適用さ

れて豊富な判例法理を形成している条文である。同条は、「すべての者は、その私生活、家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有する」と規定する(1項)。同2項は権利の制約事由について定め、「この権利の行使に対しては、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全もしくは国の経済的福利のため、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由に保護のために民主的社會において必要なもの以外のいかなる公の機關による干渉もあってはならない。」としている。本条の下では、締約国は2項の禁ずる干渉をしてはならないというだけではなく、1項から生ずる積極的義務として、1項の権利を実効的に確保するために積極的な立法、行政その他の措置を取らなければならない(よって、その不作為が、2項とは関係なく1項に違反するとされることがありうる)ということは、ヨーロッパ人権裁判所において確立した判例法理である(比較的初期の代表的な判例として、婚外子の家族生活を尊重するために8条1項から要請される積極的義務を怠ったとして締約国の条約違反が認定された、1979年のマルクス対ベルギー事件判決。井上典之「非嫡出子に対する不利益取扱いと家族生活の尊重—マルクス判決」戸波江二・北村泰三ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』信山社、2008年を参照)。

ヨーロッパ人権裁判所の判例では、出自を知る権利は8条の保障する「私生活及び家族生活」の一部であるという解釈が確立している。母の死後、自治体の機関(英國リバプール市カウンシル)による保護を受け、その間様々な里親に預けられたガスキン氏が、自治体が保管していた彼についての記録へのアクセスを拒否されたために提訴した事案(ガスキン対イギリス事件)でヨーロッパ人権裁判所は1989年、自治体が保管しているファイルに含まれる記録は疑いなくガスキン氏の「私生活及び家族生活」にかかわり8条が適用されたとした上で、当事国イギリスは彼の私生活及び家族生活に「介入した」とは言えない(よって、8条2項による違反があるわけではない)が、記録へのアクセスを拒否することによって、8条によって要求されるガスキン氏の私生活及び家族生活の尊重を保障しな

かった、として 8 条違反を認定した（甲 6 9：榎原秀訓「私生活の尊重と自己情報開示請求権—ガスキン判決」戸波・北村ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』前掲を参照）。

匿名出産における事案でも、2003 年のオディエーヴル対フランス事件判決（甲 54・甲 55：*Odièvre v. France*, application no. 42326/98. なお、ヨーロッパ人権裁判所の判例はすべて、同裁判所ウェブサイト <https://www.echr.coe.int/> の HUDOC データベースで検索し参照できる）で同裁判所は、自分の出生の状況について知ることは、個人のアイデンティティの重要な一部をなし、8 条の保障する私生活に含まれることを認めている。「8 条は、アイデンティティ及び人格の発展、並びに、他の人間や外の世界との関係を作り発展させる権利を保護している。…精神的安定の確保はその文脈で、私生活の尊重を受ける権利の実効的な享有の不可欠な前提条件である。人格の発展に関連する事項には、一人の人間としてのアイデンティティ、並びに、親のアイデンティティ [=誰であるかということ] のように個人のアイデンティティの重要な側面に関する真実を発見するために必要な情報を得ることにおいてヨーロッパ人権条約が保護している重要な利益が含まれる。出生、特に、子どもが生まれたときの状況は、子どもの、そしてその後には大人になったその人の、本条約 8 条によって保障される私生活の一部をなすものである。」。

ヨーロッパ人権裁判所はオディエーヴル対フランス事件（甲 54・甲 55）では、女性が適切な医療条件の下で匿名出産する利益も認め、両者の均衡を国内法が図っているかどうかを検討するとした上で、フランス法では子どもが生物学的なルーツを辿る手続があり、母の同意があれば、母の身元に関する秘密の開示を申請し、身元を特定できない情報にアクセスすることができることから、8 条違反はなかったとした。これに対し、イタリア法上、実母の情報を一切知り得なかった申立人が提訴した事案（ゴデッリ対イタリア事件）（甲 70 号証、甲 71・翻訳甲 72 号証）では、イタリアの 8 条違反が認定されている。ヨーロッパ人権裁判所は、「出

生及びその状況は、子ども、及び成人の私生活であり、それはヨーロッパ人権条約によって保障されているから、8 条は本件に適用される」とした上で、フランス法の場合と異なりイタリア法では、申立人は、第三者の利益の保護を尊重しつつ自らの履歴をたどることを可能とするような、実の母と家族に関する情報に一切アクセスできず、母の身元を特定しない範囲での情報にアクセスすること、あるいは秘密の開示を要請することのいずれについても、一切の可能性を認めていないことから、8 条違反となると判断した（小林真紀「匿名出産における子の出自を知る権利—ゴデッリ判決」小畠郁・江島晶子ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例 II』信山社、2019 年も参照）。オディエーヴル対フランス事件では申立人は提訴時 33 歳、ゴデッリ事件では申立人は提訴時すでに 69 歳であったが、ヨーロッパ人権裁判所が未成年者だけでなく成人にも出自を知る権利が保障されることを認めている点も重要である。

国営病院で健康な男児を出産した 2 日後、男児が新生児室に連れて行かれ、翌日には男児が死亡したと医師から告げられたのみで遺体が引渡されず死亡に関する記録も一切開示されなかつたというジョヴァノヴィッチ対セルビア事件 (*Zorica Jovanović v. Serbia*, application no. 21794/08 甲 52 の 1, 2 判決の評価 甲 53 号証) は、人の死亡や失踪の場合に国が積極的な調査を行う義務にかかわって、8 条の解釈をヨーロッパ人権裁判所が展開した重要な事案であり、また、家族がどうなつたのかという真実を知る権利が侵害されかつその状況が継続していたという点で本件に類似する側面をもつ事案である。ヨーロッパ人権裁判所の判例法では、生命権や、拷問・虐待を受けない権利、身体の自由と安全に対する権利に関して、権利侵害の主張があつた場合には実効的な調査を行う手続的義務があるという法理が確立している（米州人権裁判所の判例法や自由権規約委員会の先例法でも同様。申惠丰「人権保障のための積極的義務としての手続的義務一人権侵害に対する実効的な調査義務をめぐる法理の展開」国際法外交雑誌 112 卷 4 号、2014 年）が、ヨーロッパ人権裁判所は、この事件では子どもの死亡

が問題となっていることから、その法理を 8 条に基づく積極的義務としても展開した。この事件における 2013 年の判決でヨーロッパ人権裁判所は、親と子が一緒にいることを相互に享受することは、ヨーロッパ人権条約 8 条にいう「家族生活」の基本的な要素をなしている、とする。「8 条の本質的な目的は、公的機関による恣意的な干渉から個人を保護することであるが、それに加えて、この規定に内在する積極的義務がありえ、それは特に、家族生活に関する調査手続の実効性にも及びうる」。当事国は、国の医療体制に当時深刻な欠陥があったことを自ら認めているにもかかわらず、申立人の要求に対して不十分な回答しかしておらず、従って「両親は子どもの本当の運命についての真実を知る権利を引き続き有している (remain entitled to know the truth)」。よって申立人は、「息子の運命について信頼できる情報を提供することを当事国が継続して怠ってきたことによつて、家族生活の尊重を受ける権利の継続的侵害 (continuing violation) を受けている」。ヨーロッパ人権裁判所はこのように述べて、当事国セルビアの 8 条違反を認定したのである。

第 5 本件へのあてはめ

1 前提的理解—条約適合的な法解釈の必要性

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。よって、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）し、条約に抵触する限りにおいて、裁判では適用を避けられなければならない（条約の直接適用）。

後者は、国内法に存在しない（解釈によっても読み込めない）人権保障が条約に定められている場合に用いられる方法である。裁判例では、①大麻取締法違反・

関税法違反被告控訴事件において東京高裁が、自由権規約 14 条 3 項 (f) が保障する「裁判所において使用される言語を理解すること又は話すことができない場合には、無料で通訳の援助を受ける」権利の規定から、「裁判の結果被告人が有罪とされ、刑の言渡しを受けた場合であっても、刑訴法 181 条 1 項本文により被告人に通訳に要した費用の負担を命じることは許されない」として刑訴法の適用を退けた（東京高判 1993（平 5）年 2 月 3 日東京高等裁判所（刑事）判決時報 44 卷 1~12 号 11 頁）例や、②拷問禁止条約 3 条が定めるノン・ルフルマン規定の内容がまだ出入国管理及び難民認定法（入管法）上に明記されていなかった時期に、退去強制令書執行停止申立事件で名古屋地裁が、「拷問禁止条約 3 条は、『締約国は、いずれの者をも、その者に対する拷問が行われるおそれがあると信ずるに足りる実質的な根拠がある他の国へ追放し、送還し又は引き渡してはならない。』と定めているところ、右規定は、その一義性からみて、自動執行的なものであり、直接適用されるべきである。」と述べ、エリトリア系エチオピア人である可能性のある申立人の送還先をエチオピアと指定する退去強制令書発付処分は「拷問禁止条約 3 条に反し、無効である可能性を否定できない。」として送還部分の一部執行停止を認めた例（名古屋地決 2000（平 12）年 5 月 16 日判例集未登載）等がある。

多くの場合は、前者すなわち、条約規定の趣旨に鑑み、ありうる解釈の中でできる限り条約適合的な法解釈を採用することが可能であり、現に日本の裁判例でもこの方法をとったものは少なくない。先にみた、いわゆる残留孤児訴訟における福岡高裁判決（当該事件における家族の事情を「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と、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」）はその一例である。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（「人種、皮膚の色、世系又は民族的若しくは種族的出身に基づくあらゆる区別、排除、制限又は優先であって、政治的、経済的、社

会的、文化的その他のあらゆる公的生活の分野における平等の立場での人権及び基本的自由を認識し、享有し又は行使することを妨げ又は害する目的又は効果を有するもの」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の損害賠償を命ずる司法判断が今日、定着している（損害賠償請求控訴事件〔京都朝鮮学校事件〕大阪高判 2014（平成 26）年 7 月 8 日判時 2232 号 34 頁、損害賠償請求控訴事件〔徳島教職員組合事件〕高松高判 2016（平成 28）年 4 月 25 日 LEX/DB25543016。いずれも最高裁で上告棄却により確定）。

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必要がある。人権条約の保障する人権は、日本国憲法の保障する人権と重なる内容を多くもつが、人権条約の規定の方が憲法の規定よりも詳しいことは少なくない。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」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437 号、1991 年、29 頁）。条約の誠実遵守義務を定める憲法 98 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『前掲書』1 頁）。そのような憲法解釈は実際に、最高裁によっても採用されていることはすでにふれた。最高裁は、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のである。

また、ヨーロッパ人権裁判所がヨーロッパ人権条約に関して示した判断は、日本の裁判所を拘束するものではないにしても、日本国憲法の保障する人権と同条約上の人権の共通性はもとより、自由権規約と類似の人権規定についてヨーロッパ人権裁判所が多数の個人申立事案を審理して判例法を構築していることからすれば、日本の裁判所においても参考に倣し、国際的水準の人権規範を形成してい

く上においての重要な指針になるものである。同裁判所の判例法は、近時は最高裁判決にも影響を与えていることは前述した。ヨーロッパ人権裁判所の判例法は、具体的な事案における人権条約の解釈・適用について司法機関が積み重ねた法理として世界でも比類ない価値を有するものであり、人権保障に関する国際的なスタンダードを体現するものとして、日本の最高裁にとっても無視しえない規範的地位を獲得しているためである。

2 本件へのあてはめ

個人の人格にかかわる利益について保護を求める権利としての人格権は、今日、憲法 13 条が保障する幸福追求権から導き出される人権と解されている（戸波江二『憲法〔新版〕』ぎょうせい、1998 年、179 頁、近藤『前掲書』89 頁）。特に、一定の個人的事柄（個人が自己の人生を築いていく上で基本的重要性をもつ事柄、具体的には①自己の生命・身体の処分にかかわる事柄、②家族の形成・維持にかかわる事柄、③リプロダクション [=子どもをもうけること] にかかわる事柄などについては、公権力から干渉されることなく自ら決定することができる事が、人格的自立権（自己決定権）として幸福追求権の一部を構成するとされる（佐藤幸治『日本国憲法論』成文堂、2011 年、188 頁）。出自は個人の人格形成に深くかかわり、出自を知っていることは人生を築いていく上で基本的重要性をもつ事柄であるから、出自を知る権利は人格的自律権にあたり、憲法 13 条の保護を受ける権利であると解すべきである。そして、そのような解釈は、以下に再掲するような、日本が批准している自由権規約や子どもの権利条約の諸規定によって補強される。なお、子どもの権利条約については、成人である原告の事案に直接に適用されることはないとせよ、条約規定の趣旨を国内法の解釈・適用において参照することはできる。

先にみた通り、子どもの権利条約は 7 条で、子どもは出生の後直ちに登録され、出生の時から氏名を有する権利を有すること、また、できる限りその父母を知り

かつその父母によって養育される権利を有することを規定する(1項)。ここで「できる限り」とは、子どもが出自を知る権利と身元を明かしたくない父母の利益との調整を図るための文言であって、本件のように、少なくとも原告を出産した時点においては子どもと離れることなど考えもしなかったケースでは、同じ問題は生じない。調整が必要であるとすれば、それは、取り違え後数十年たった現時点において、生みの親ないしその相続人の側が、この期に及んで実の子どもを知つたり連絡を取り合つたりしたくないと考える場合への配慮である。しかし本件では原告は、生みの親ないし相続人が希望しなくとも無理やりに連絡を取りたいと言っているのではなく、あくまで、生みの親ないしその相続人を特定し、当該生みの親ないし相続人に対して当該生みの親の生物学上の子が原告である可能性及び原告が連絡の交換を希望していることを通知した上で、当該生みの親ないし当該相続人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調査を被告に行ってほしいと求めているのであって、原告の請求は、子どもの権利条約7条1項の趣旨とも十分に整合的である。

子どもの権利条約8条は、締約国が、子どもが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とし(1項)、子ども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こととしている(2項)。また同9条は、締約国は子どもがその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保することも義務づけている。本件はまさに、氏名と家族関係という重要な身分確認事項が不法に奪われた場合に該当すると同時に、子どもがその父母の意思に反してその父母から分離されたままになっている事案である。本件では被告は東京都であるが、国家機関としての裁判所は、原告に適切な救済を認めることによって、権利救済を与えることができるのであり、そのことは、子どもの権利条約8条2項及び9条の趣旨に合致する。子どもの権利条約における一般規定である「子どもの最善の利益」の規定、すなわち、子ど

もに関するすべての措置を取るにあたっては「公的もしくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、子どもの利益が主として考慮されるものとする」とした3条も重要であり、裁判所が行う司法判断も、同条をふまえたものであることが求められる。

自由権規約17条2項は、私生活や家族への恣意的又は不法な干渉・攻撃に対して国が積極的に権利保護を行うことを求めている。同規約はまた23条1項で、「家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する。」として、家族が社会及び国から保護を受ける権利を保障している。この規定は、入管法の適用によって家族を分離することとなる場合に、行政や司法によってこの規定の趣旨に照らした判断が求められるようなかたちで用いられるほか、本件のように家族関係の確認が求められている事案にももちろん関係する。本件ではすでに前訴判決において産院での取り違えの事実が認められており、生みの親と原告との家族関係は、当然に、国から保護を受けなければならない人権の問題である。本件では、裁判所が適切な救済を認めることを通して、国としてこの権利の保護を行うべきであり、かつそのことは、17条の権利の侵害に対する効果的な救済（2条3項）を実現することにもなる。

さらに、ヨーロッパ人権裁判所の判例では、出自を知る権利がヨーロッパ人権条約8条の保障する「私生活及び家族生活」の一部であるという解釈が確立している。自治体が保管していた児童保護記録についての本人のアクセスが拒否されたガスキン対イギリス事件でヨーロッパ人権裁判所は、当事国はアクセス拒否によってガスキン氏の私生活及び家族生活の尊重を保障しなかったとして8条違反を認定している。オディエーヴル対フランス事件判決では、「出生、特に、子どもが生まれたときの状況は、子どもの、そしてその後には大人になったその人の、本条約8条によって保障される私生活の一部をなすものである」とされ、子どもが出自を知る権利と匿名出産した女性の利益の均衡がとれていたか否かについて検討がなされた。同じく匿名出産の事案でもゴデッリ対イタリア事件では、第三

者の利益の保護を尊重しつつ自らの履歴をたどることを可能とするような、実の母と家族に関する情報に一切アクセスできないことは、8条違反になるとされた。これら匿名出産の事案でヨーロッパ人権裁判所は、申立人が30代や60代という年齢の成人であっても、出自を知る権利があることを認めている。このような「私生活及び家族生活」の解釈は、類似の規定である自由権規約17条についても、同様に考えることができる。

ヨーロッパ人権裁判所の判例ではまた、死亡したとされる家族の行方が分からぬままであることについて、継続的な人権侵害という法理も示されている。ジヨヴァノヴィッチ対セルビア事件で同裁判所は、人の死亡がかかわっていることもふまえて、生命権や拷問・虐待を受けない権利などの規定で確立している条約解釈（積極的な調査義務）を8条でも展開した。「8条の本質的な目的は、公的機関による恣意的な干渉から個人を保護することであるが、それに加えて、この規定に内在する積極的義務がありえ、それは特に、家族生活に關係する調査手続の実効性にも及びうる」。両親は子どもの本当の運命について「真実を知る権利」を有しており、それは調査義務が果たされていない現在も継続しているのであって、当事国が調査と情報提供を怠ったことにより「家族生活の尊重を受ける権利の継続的侵害」が発生している、と同裁判所は認定した。本件では、家族が死亡したとされたわけではないものの、生きているのか死んでいるのかすら全く分からぬという点では、被告が調査を怠っていることによって家族生活の保護がなされていないと言いうる。本件を審理している裁判所は、被告の調査義務を認めることによって、そのような継続的な権利侵害の状況を是正し、権利救済を与えることが求められており、またそのことは、自由権規約の締約国としての義務を果たす結果ともなる。締約国は、自由権規約上の権利を確保するため、立法措置その他の措置を取ることを義務づけられており（2条2項）、司法措置も条約遵守のための国内措置の一翼をなしているし、かつ、国は、権利侵害があった場合には、権限のある司法機関その他の機関によって効果的救済を与えることが義務づけら

れている（2条3項）からである。

第6 ヨーロッパ人権裁判所の判例について（補充）

1 既に詳細に紹介したヨーロッパ人権裁判所の先例

2013年3月26日のゾリカ対セルビア事件判決（ZORICA JOVANOVIC v. SERBIA）については、原告第3準備書面において紹介した。

2003年2月13日のヨーロッパ人権裁判所 Odiele v. France 事件判決（publication no. 42326/98）判決（甲54, 55号証）については、原告第5準備書面において紹介した。

この判決では、1978年7月17日に制定された法律により、捨て子や養子も母親、父親、その他の実の家族に関する特定できない情報を得ることができるようになり、自分たちの歴史を再構築することができるようになったこと、1996年7月5日に法律が制定されて以来、家族法第62条に基づいて秘密保持を要求した母親に対して、身元を特定しない情報を提供することに加えて、デパートメント評議会の会長に連絡すれば身元を明らかにできることを伝え、子供やその子孫から明確に要求されるまでその身元を秘密にできるように規定されているため、母親が秘密保持要求に対する決定を放棄しやすくなっていたことなどを認定して、この出自を知る権利と母親の匿名出産による利益のバランスが図られていると判断した。

これらの規定を通じて、国内法は、出産を公表しないという女性の利益と、自分の出自に関する情報にアクセスできるという子どもの利益の間で、慎重なバランスを取っていた。

2 ゴデッリ対イタリア事件について

今回提出した、申教授の意見書において引用されたゴデッリ対イタリア事件の内容は本件における司法判断にとって重要であるから、以下に紹介する。

イタリア法上、実母の情報を一切知り得なかった申立人が提訴した事案であ

るゴデッリ対イタリア事件((申請番号 33783/09) 2012 年 9 月 25 日 甲 70、甲 71、72 号証) では、イタリア政府の 8 条違反が認定されている。

このケースでは、出生時に遺棄された子が、非特定情報へのアクセスや、母親に対して守秘義務の放棄を求めることができないことが条約違反を構成するとされた。

本件の事実関係は次のとおり要約できる。申請者は出生時に母親に捨てられ、母親は出生証明書に名前が記載されることに同意しなかった。2006 年、申請者は出生証明書の訂正を求めた。裁判所は、法律第 184/1983 号に従い、出生時に母親が身元を開示されることに同意していなかったため、申請人が自分の出自に関する情報にアクセスすることは禁止されているとして、申請人の請求を拒否した。この判決は控訴審でも支持された。

本件に関連するヨーロッパ人権条約の条項は第 8 条である。本事件の争点は、問題となっている競合する権利と利益、すなわち、一方では申請者が自分の出自について知る利益、他方では母親が自分の身元を開示しないという利益を秤にかけて、公正なバランスが取られているかどうかであった。自分の親を知るという個人の利益は、年齢とともに消滅するものではなく、その逆である。*Odièvre v. France* 判決で検討されたフランスの制度とは対照的に、イタリアの法律は、問題となっている競合する権利と利益の間でバランスを取る努力をしていなかった。申請者は、第三者の利益の保護を確保しつつ、自分のルーツの一部をたどることを可能にするために、母親と生家に関する情報へのアクセスを求めたが、上訴の可能性もなく、包括的かつ最終的な拒否に遭った。申請者の出自を知る権利と、母親の匿名性を守る権利や利益とのバランスをとる仕組みがないため、自動的に後者が優先された。実母が身元を開示しないことを選択した場合、イタリアの法律は、養子縁組され、出生時に正式に認知されていない子どもが、出自に関する身元を特定しない情報へのアクセスや、母親による秘密保持の放棄を要求するための手段を規定していなかった。さらに、フランスでは法改正によりそれが

可能になったが、イタリアでは制度改革法案が4年前から議会に提出されていたが、いまだに可決されていなかった。従って、裁判所は、イタリア当局が関係者の利益のバランスを取り、均衡を確保しようとしなかったため、その許容範囲を逸脱したと判断された。結論として、条約違反が6対1で判定された。

この判断において、ヨーロッパ人権裁判所は、「出生及びその状況は、子ども、及び成人の私生活であり、それはヨーロッパ人権条約によって保障されているから、8条は本件に適用される」とした上で、フランス法の場合と異なりイタリア法では、申立人は、第三者の利益の保護を尊重しつつ自らの履歴をたどることを可能とするような、実の母と家族に関する情報に一切アクセスできず、母の身元を特定しない範囲での情報にアクセスすること、あるいは秘密の開示を要請することのいずれについても、一切の可能性を認めていないことから、8条違反となると判断したのである（小林真紀「匿名出産における子の出自を知る権利—ゴデッリ判決」小畠郁・江島晶子ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例 II』信山社、2019年も参照）。

本件においても、原告は第三者の利益の保護を確保しつつ、自分のルーツの一部をたどることを可能にするために、両親とその家族に関する情報へのアクセスを求めているにすぎないのであり、これに対する東京都の対応はイタリア政府と全く同様で完全拒否であった。ヨーロッパ人権裁判所は、自らの出産を匿名にするという母親の判断がある場合でさえ、申請者が自分の出自について知る利益、他方では母親が自分の身元を開示しないという利益を秤にかけて、公正なバランスが取られているかどうかを審判すべきであると判断したのである。本件においては、取り違えの当事者の可能性のある者に対する調査は、当人の同意を要件とするのであり、真実の親子関係が判明した場合にも、その当事者の情報を原告に知らせるかどうかは、その同意にかかる提案をしているのであるから、本来人権の間のバランスの問題は生じないはずである。

第7 当事者ではない第三者の人権侵害の可能性を排除できる調査方法を提案する

1 人権侵害状態が継続している

取り違えの事実が前訴判決で認められ、被告はその責任を受け入れたにもかかわらず、原告にとっては、生みの親を知る手段を被告の調査拒否によって完全に奪われたまま、人権侵害がその後も継続している状態である。その人権とは、憲法上は、幸福追求権（13条）の一部である人格的自律権であり、国際人権法がより具体的に規定している内容としては、自由権規約で保障されている、私生活及び家族が法的に保護を受ける権利（17条）や、家族が社会及び国から保護を受ける権利（23条）である。そして、私生活及び家族が保護を受ける権利については、同様の規定をもったヨーロッパ人権条約の下で、成人も含めて出自を知る権利があるとする、確立した判例法理がある。また、できる限り父母を知る権利や子どもがその父母の意思に反してその父母と分離されない権利は子どもの権利条約でも規定されており、本件では原告は子どもではないものの、これらの規定の趣旨も司法判断において参考することが可能である。

2 ヨーロッパにおける先例と本件との関係者の利害の構造の相違

本準備書面において論じ、また、原告第5準備書面でも強調したように、生殖補助医療による出産などにおいて子どもが出自を知る権利が父母の利益と衝突する場合と異なり、本件は、出産当時、父母の意思でも子どもの意思でもなくひとえに産院側の重大な過失によって、生みの親と原告が別々の人生を歩むことになってしまった事案である。本件ではそれゆえに権利救済の必要性が非常に高い一方、配慮が必要であるとすれば、現時点において生みの親ないし相続人が原告との連絡を取り合うことを希望するかどうかの確認が必要なことくらいである。しかるにこの点も、原告は決して一方的に連絡をしようとしているのではなく、被告が調査を通して生みの親ないしその相続人を特定し、当該生みの親ないし相続人に対して当該生みの親の生物学上の子が原告である可能性及び原告が連絡

の交換を希望していることを通知した上で、当該生みの親ないし当該相続人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」ことを求めてい るだけである。そのような調査及び意思確認は、当事者の意思にも十分に配慮 した、合理的な方法として首肯できる。

3 血液型の確認にもとづいて DNA 検査の対象を絞る方法をとらない

ところが、本件において、問題とされていることは、墨田産院で原告の出生に 前後した男児を探す方法として、カルテが喪われているため、墨田区からの情報 取得、及び戸別訪問による聞き取り調査の方法によることを提案している。

さらに、本件の審理の過程では、血液型の適合を確認したうえで、適合する可 能性のある対象者に対して DNA 検査を行うという 2 段階の調査方法を提案してき た。この方法では、当該家庭における赤ちゃんの取り違え以外の、たとえば、妻 による不貞行為に基づく出産などにより血液型の親子間不適合の事実が偶然に明 らかになり、人権侵害をもたらす危険性があることが指摘されてきた。そのよう な事例は極めてまれなケースであると考えられるが、その発生の可能性を完全に 否定することはできなかった。

この方法は、原告代理人らが DNA 検査を実施する事例を減らすために考えた調 査方法であった。しかし、この準備書面の第一において提案した、本件取り違え 事故時に、墨田産院で出生した男児に、原告の母親との DNA 適合審査だけを受け ていただき、その結果だけを告知する方法を採用すれば、本件取り違えの事実以 外の調査対象者の秘密が偶然に調査に伴って発覚する可能性を完全に排除するこ とができる。

原告代理人は、近時未認知の子が、亡くなった父親に対して強制認知を求めた 訴訟を担当したが、父親の兄弟との DNA 鑑定実施によって、高い確率で DNA が合 致し、親子関係が確定するという経験をした。そして、DNA 鑑定が極めて簡便に 実施でき、資料の採取も一瞬でき、高い精度で親子関係を証明できることを改

めて知ることができた。

今回新たに提案した調査方法では、血液型などの調査は一切行わないで、調査の結果判明することは、原告の両親と、調査対象者の親子関係が存在するかどうかだけである。この調査の過程で、調査対象者の過程において、原告の両親と調査対象者の親子関係の存否の問題以外に、別の家族関係における秘密が露見するような可能性は全くない。

4 原告に対する人権救済の実現が切実に求められている

原告の生みの親は、存命であるとしても相当に高齢化しているはずであり、被告がこのような調査を実施することによって原告の人権救済を図ることは、時間の猶予を許さない喫緊の必要性のある事柄である。ヨーロッパ人権裁判所は、ゴデリ事件の判決において、「自分の親を知るという個人の利益は、年齢とともに消滅するものではなく、その逆である。」と判示したが、けだし卓見であり、本件における原告に対する人権侵害の深刻さを裏付けている。

併せて、前訴判決後も続いている被害についての損害賠償請求も認容されるべきである。

貴裁判所が、本件における判断基準として参考しうる国際人権法を十分にふまえて、それを法解釈に反映させることを通して、東京都が原告に対する人権救済の措置を実施すべきことを命じていただきたい。

- 1 被告は、訴外墨田区から昭和 33 年 3 月 25 日から 4 月 30 日までの間に作成された戸籍受附帳のうち、「件名」が「出生」となっている届出全部に記載された「届出事件本人の氏名」、「本籍」、及び「備考」欄の情報（以下、「本件戸籍受附帳情報」という）を取得すること。
- 2 被告は、本件戸籍受附帳情報に基づき住民票及び戸籍等を取り寄せ、届出事件本人全員の性別及び現住所、並びに戸籍上の両親（既に死亡している場合を除く）の現住所を調査すること。
- 3 被告は、本件戸籍受付帳情報に記載された届出事件本人のうち、性別が男性である者全員及びその戸籍上の両親に対して、平成 18 年 10 月 12 日付東京高等裁判所判決において認定された昭和 33 年 4 月 10 日頃に東京都立墨田産院において発生した原告と他の新生児との取り違え事件に関する事実関係を説明し、原告が血縁上の両親との連絡を希望していることを記載し、原告の血縁上の両親を特定するための調査協力を依頼する文書を郵送すること。
- 4 被告は、本件戸籍受付帳情報に記載された届出事件本人のうち、性別が男性である者全員に対して、戸別訪問を実施し、届出事件本人の出生病院を調査すること。
- 5 被告は、上記 4 の調査の結果、届出事件本人の出生病院が都立墨田産院である場合には、当該届出事件本人全員に対して、原告が指定する手紙ならびに原告及びその両親の写真を手交した上で、原告の母親との親子関係を確認するための DNA 鑑定調査への協力を依頼すること。
- 6 被告は、上記 5 の手続により協力を得ることのできた当該届出事件本人について DNA 鑑定を実施すること。
- 7 被告は、上記 6 の DNA 鑑定の結果、原告母親との親子関係が確認できた場合には、その事実を当該届出事件本人に報告し、原告母親及び原告が当該届出本人と連絡を取ることを強く希望していることを伝えた上で、原告母親又は原告と連

絡を希望するか意思確認を行うこと。

- 8 被告は、上記1ないし7の調査を完了した時点で、遅滞なく調査対象者（上記7の手続により原告母親又は原告との連絡を希望した者は除く）の個人情報を明らかにしない範囲で、調査の顛末について原告に対して書面及び口頭で報告すること。