

## 科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成24年 5月24日現在

機関番号：17102

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2009～2011

課題番号：21530108

研究課題名（和文） 遺伝診断に関する法的問題の検討

研究課題名（英文） legal problems of genetic diagnosis

研究代表者

小池 泰（KOIKE YASUSHI）

九州大学・法学研究院・准教授

研究者番号：00309486

研究成果の概要（和文）：

本研究は、DNA 鑑定が実親子関係の成否の問題にいかなる意義を有するかを検討するものである。遺伝診断の法的問題の検討では、遺伝診断の結果を知る・知らないに関する利益が決定的役割を果たしている。他方で、法的な親子関係は、血縁だけで決定されるわけではない。実親子関係の成立または否定をめぐる判断において、遺伝診断およびその結果を利用することの意義と問題点を、ドイツ法の議論を参照して、検討した。

研究成果の概要（英文）：

This study examined the significance of DNA-analysis in the problems of parent-child relationship. In the legal problems of genetic diagnosis the interest to decide whether to know about the results of genetic diagnosis plays a decisive role, while the parent-child relationship doesn't depends solely on the genetic facts. In this study is researched, in comparison of the discussion of German law, how genetic diagnosis and its result should be treated in deciding a legal parent-child relationship.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2009年度	1,000,000	300,000	1,300,000
2010年度	800,000	240,000	1,040,000
2011年度	600,000	180,000	780,000
年度			
年度			
総計	2,400,000	720,000	3,120,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・新領域法学

キーワード：医事法

## 1. 研究開始当初の背景

ヒトの遺伝的性質は、個人のプライバシーのうちでも特にセンシティブな情報でありながら、その社会的な利用価値の高さから自己以外の者の関心の対象となることが多い。たとえば、保険契約や労働契約の締結にあたり、相手方の遺伝的性質を調査して、将来どのような疾病に罹患するかを知ることができるのであれば、高リスク者との契約を回避

できることになる。このように、ヒトの遺伝的性質は社会的差別を招く原因になるため、遺伝診断の実施条件、あるいはそもそもいかなる局面で実施が許されるのかなど、法的に検討すべき問題は多い。

しかし、現在のところ、遺伝診断については特別な法的規律はなく、規範的なルールとしては関連学会のガイドラインや見解があるにすぎない。これらは、相手方へのカウン

セリングや説明の必要性などを説いている点で評価すべき内容を持つものの、自主規制にとどまる点に問題を残す。

遺伝診断については、これまで倫理的な検討が盛んだったが、今後必要なのは、個別具体的な場面で遺伝診断を適正に実施するための法的枠組を確立するための議論である。そして、この問題は、遺伝診断の結果判明した遺伝的事実が問題になる法的文脈に即して検討しなければならない。そこで、本研究では、実親子関係の成否という文脈において、遺伝診断（DNA 鑑定）にどのような意義を認めるべきかを検討することにした。その際、ドイツ法の近時の展開を調査することで、日本法の示唆が得られると考えた。

## 2. 研究の目的

本研究は、DNA 鑑定の訴訟法上の評価と、遺伝診断に対する法規律という、これまで別個の領域で検討されていた問題を関連づけて検討する。遺伝情報をめぐって生じる問題は親子法・労働法・保険法など、様々な分野で生じるが、遺伝情報の解明およびその取得プロセスの適正化などは共通の課題である。そこで、まずは法的な実親子関係の成否に絞った上で、なされるべき精密な利益衡量を明らかにし、その一般化可能性を検討するのが、本研究の目的である。

## 3. 研究の方法

本研究は、比較法の手法により、遺伝診断の法的問題を検討していく。その際、ドイツ法を比較の対象とする。

遺伝診断全般についての一般的枠組を念頭に置いた上で、親子鑑定という具体的事例を中心に検討をすすめる。焦点をあてるのは、ドイツ法におけるDNA 鑑定の取り扱いについての一般的な法的枠組、および、無断で採取された試料によるDNA 鑑定を考慮できるかについて消極的判断を下した2007年2月13日の連邦憲法裁判所の判決からドイツ民法改正に至る過程で議論された論点の検証である。さらに、これらの前提として、連邦通常裁判所が父子関係の否定のための訴訟について設けた前提要件の内容およびその是非も検討する。

## 4. 研究成果

実親子関係の成否の判断において遺伝的事実がいかなる意義をもつか、という問題については、近時のドイツ法の展開が示唆的であった。

ドイツでは、1989年1月31日と1994年4月26日に連邦憲法裁判所が下した判断を受

けて、1997年に親子法改正が実現した。「自己の出自を知る権利」という憲法上保障された基本権を実現する手段として、実親子関係の成否の規律以外にも、親子という身分とは切り離して純粹に出自の認識に絞った制度を用意することができるという示唆を連邦憲法裁判所が与えていた状況の下で、改正法はこの示唆を採用せず、実親子関係法の中で出自を知る権利の実現を図ったものであった。

他方、改正法の施行を間近に控えた1998年4月22日に下された連邦通常裁判所の判決は、嫡出推定に基づく父子関係の取消の訴えにあたって、たんに自己の子でないと言っただけでは有理性を欠き、また、職権探知も発動されず、訴えは棄却される、とした。その結果、法的父と推定される者が子・その母に無断で試料を採取してDNA 鑑定を実施し、父子関係がないという鑑定結果を法廷に提出する事態が多発した。これは、法的父と推定される者としては、子・その母が協力しない状況において、取消の訴えに有理性を具備させる数少ない手段だったのである。

もっとも、このような子の人格権（遺伝的出自を知る・知らない、について自ら決めるという情報自己決定権）を侵害するような私的鑑定結果は、裁判では考慮されない、とされた（連邦通常裁判所2005年1月12日）。この問題はさらに連邦憲法裁判所で判断され、2007年2月13日、同裁判所は連邦通常裁判所の解釈論を是認する判断を示した。また、2009年に制定された遺伝診断法（2010年施行）は、親子鑑定について条文を置いて、試料採取について説明・同意の原則が妥当することを明らかにし（同法17条）、これに反した場合には罰則も用意するものである（同法25条）。

さらに、2007年の連邦憲法裁判所の判決は、遺伝的出自を知る手段を確保することも、立法者の責務であるとして、親子関係の成否にかかわらずに遺伝的出自を解明する法制度を整備することを立法者に求めた。その結果、民法が改正され、遺伝検査のための試料の提供を求める権利が定められた（ドイツ民法1598a条）。これは、1997年の民法改正が採用しなかった選択肢の立法化といえる。すなわち、身分関係の成否と関係なく出自の有無を明らかにすることができるようになったのである。なお、この1598a条は、条文が置かれた位置こそ実親子関係の成否に関する規定の中だが、その内容は、出自を知ること的人格的利益と把握したことに対応して、父が母・子に、母が父・子に、そして子が父・母にそれぞれ遺伝的出自の解明のために鑑定の試料の提供に同意し、その採取を甘受することを求める権利を認めるものとなっている。そして、この権利の行使については、

理由は問われず、たんに遺伝的出自を知りたい、という関心からでたものであっても構わないとされる。

以上の結果、ドイツ法では、原則として遺伝的事実の有無で実親子関係が判断されるという命題と、遺伝的事実についての認識が保障されるという命題が分離して並存する事態となった。しかし、遺伝的事実を実親子法と人格権法に分離してあつかうことが妥当かは、検討の余地がある。とりわけ、日本法におけるこのような立法的選択の妥当性には疑問が残る。

ドイツ法では、取消権の除斥期間の起算点が主観化されており、親子関係の存在を疑う事実を認識したときから2年間は取消権を行使して親子関係を否定することができる。これに対して、日本法では、否認権の除斥期間は子の出生を知ったときから起算される。また、嫡出否認とは別の否定手段である親子関係不存在確認の訴えを用いるには、「嫡出推定の及ばない子」に該当する必要がある。以上の相違があるため、ドイツ法の議論は日本法にそのまま反映させることはできないのは当然である。これに加えて、ドイツ法においても指摘されていることだが、遺伝的出自の解明を実親子関係の成否と分離したとはいっても、たとえば父子関係を疑う法的父が遺伝的連続性なしという結果を得たならば、多くの場合は法的父子関係の否定を求めるとされる。立法時には、本当は遺伝的連続性があるのにないを疑う場合には、DNA鑑定の結果は疑念を払拭して家庭に安心を与える、という点が強調された。しかし、裁判で問題となってきた事例は、いずれも法的父子関係の否定を求める訴えにおいて、DNA鑑定を利用できないか、ということであった。そうだとすると、立法時の観測はやや楽観的に過ぎたと思われる。

なお、上記の連邦通常裁判所 1998 年判決では、実親子関係の存否にかかる訴訟においては、職権探知主義が手続原則とされる以上、原告が「父子関係がない」と主張すれば、あとは職権により証拠調べをすればよいのではないか、という問題点も扱われている。ドイツ法では、鑑定強制が認められており（ドイツ民事訴訟法 372a 条・ドイツ家事事件手続法 178 条）、仮に上記問題点が肯定に解されていれば、ドイツ民法 1598a 条の実際上の必要性はなかったともいえる。しかし、連邦通常裁判所は、この点を消極に解して、すでに述べたような「根拠ある疑い」の裏付けがない限り、訴えを棄却するという立場を採った。ここでは、手続法上の問題が争われているが、実体法上の要証命題が「血縁関係の存在不存在（存在）」である以上、もっとも確実な証明手段はDNA鑑定なのだから、実親子関係の不存在・存在の訴えがあれば速やか

に裁判所のイニシアティブで鑑定を実施する、という対応もありえたと思われる。しかし、連邦通常裁判所は、子（およびその母）をむやみに鑑定の負担にさらすべきではない、という観点を前面に押し出して、このような対応を認めなかった。そして、この立場は連邦憲法裁判所によっても是認されている（前掲 2007 年判決）。しかし、連邦憲法裁判所は、遺伝的出自の解明手段を確保するために、試料提供請求権を認めるよう求めている。確かに遺伝的出自の解明について、当事者が主導的な役割を果たすべきか、あるいは裁判所が主導すべきか、という点に大きな違いはあるが、それでも「むやみな鑑定にさらされない利益」の尊重の観点が、試料提供の場面では後景に退いている。そして、身分関係とは直結しない人格的利益の問題であること、という理由付けは、十分とはいえないと思われる。この意味でも、遺伝的出自の解明にかかる利益を人格的利益と位置づけることによって、身分関係の判断枠組における様々な制約を完全に免れるとすることには、法的評価の整合性の観点から問題があるといえる。

ドイツにおいては、1980 年代末から「遺伝的出自を知る権利」が実親子法改正の原動力となり、子の取消権要件の緩和、遺伝上の父への取消権の限定的付与が実現したが、そもそも「遺伝的出自を知る権利」を法的にどう評価するか、ということ自体、再考すべき時期に来ているように思われる。「出自を知る権利」という概念は、実親との身分関係を切断するタイプの養子制度を導入する際に登場したものであり、その後、人工生殖によって誕生した子についても問題とされた。そうした中で、出自を知ること自体は、法的利益として肯定的に受け止められてきている。しかし、母子関係については分娩者を母とする規律が 1997 年の法改正によって創設されており、しかも、このような規律が必要とされた際に念頭に置かれた卵子提供型の代理母の事案では、出自を知る権利への考慮は背後に退けられていた。しかし、ドイツ民法 1598a 条は、このような場合にも妥当してしまう。そのため、母子関係について、遺伝的出自と異なることを理由とする否定制度がないことが問題ではないか、という疑問を呼び起こすことになった。これも、親子関係の判断枠組と分離して人格法の領域で出自問題を処理できるのか、という疑問を裏付ける一例といえる。

ドイツの遺伝診断法は、遺伝診断の安全性・質の確保と実施条件に係る総論規定と、遺伝診断が問題となる個別分野（親子法、保険法、労働法）での実施条件などを規律している。遺伝診断の法的規律については、まず、このような技術的側面に対する規制とその

法的実施条件の整備が不可欠である。とりわけ、遺伝診断を受ける者への説明、その者の同意、さらには遺伝カウンセリングなどを明確に規律した点は評価できる。もっとも、それだけでは遺伝診断に対する法的規律としては十分とはいえない。遺伝診断によって明らかになる事実を法がどのように評価し、またどのような意義を与えるか、という問題は個別の文脈に即して検討されなければならないからである。この点を端的に示したのが、上述のドイツ法の経緯である。よって、遺伝診断の法的問題は、その利用が問題となる個別の文脈において、すでに存在する法的評価とのすり合わせをしつつ判断していくべきであろう。

日本法では、現在、親子鑑定は、親子関係を成立させる局面（認知）での積極的活用が主張される一方で、親子関係を否定する局面（嫡出否認・認知無効）の局面での利用については消極的な見解が多い。実体法的には血縁を基礎に親子関係の成否を決めるのが原則だとしても、それを完全に実現するような手続法的手段を整備すべきか、議論は分かれる。事実、実体法自体、血縁が法的親子関係に反映されることに対して一定の制約を設けている。そこで、親子鑑定においては、実体法的な評価を尊重しつつ、親子鑑定の可否の判断や実施条件整備の問題を検討する必要がある。もちろん、鑑定技術が技術として確立されていることを積極的に評価し、たとえば「遺伝的出自を知る権利」を人格権として認めることで、実体法上の受け皿を創出する、という対応も考えられる。これは遺伝情報に対して、親子法ではなく人格権法の観点からあらたな意味を与えることでもある。もっとも、ドイツ法について述べたような問題点がある。以上からすると、遺伝的出自およびその解明手段の保障という問題は、実親子関係の法的枠組との整合性を常に意識して議論する必要があるといえる。そして、出自を知る権利という概念自体についても、日本法での検討が不十分であり、この概念を日本法においてどう位置づけるかを、ドイツ法の展開をも参考として、いっそう検討を深めていくべきである。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

なし。

〔雑誌論文〕(計0件)

〔学会発表〕(計0件)

〔図書〕(計0件)

〔産業財産権〕

○出願状況(計0件)

○取得状況(計0件)

〔その他〕

ホームページ等 なし

#### 6. 研究組織

(1) 研究代表者

小池 泰 (KOIKE YASUSHI)

九州大学・法学研究院・准教授

研究者番号：00309486

(2) 研究分担者

なし

(3) 連携研究者

なし