

同性の両親と子

—— ドイツ、オーストリア、スイスの状況 —— (その6)

渡 邊 泰 彦

目次

はじめに

第1章 ドイツ

I 養子法の概略

II 連れ子養子縁組

III 養親の生活パートナーと養子の縁組(交差縁組)(以上、47巻3・4号)

IV 共同縁組の議論の経緯(以上、48巻1・2号)

V 共同縁組に関する法務委員会公聴会(以上、49巻1・2号)

VI 同性カップルと生殖補助医療(概説)

VII 女性カップルと生殖補助医療

VIII 男性カップルと代理懐胎

IX 性別変更による男性の出産(以上、49巻4号)

第2編 オーストリア

I 概説

II 同性カップルによる継親子縁組

III 共同縁組

IV 生殖補助医療

V 二人目の母

VI 小活(以上、51巻2号)

補遺

I 縁組

1 同性婚と共同縁組

2 非登録・非婚の同性カップルによる連れ子養子縁組

3 連邦法務・消費者保護省による中間試案

(1) 草案1766条a

(2) 確立した生活共同体

II 実親子関係

1 外国法によるコ・マザー関係の承認

(1) 連邦通常裁判所2016年4月20日決定

2 ドイツ国内でのコマザー

(1) 事実関係

- (2) ドレスデン上級州裁判所 2018 年 5 月 2 日決定
- (3) 連邦通常裁判所 2018 年 10 月 10 日決定
 - a) 1592 条 1 号の適用
 - b) 1592 条類推適用
 - c) コ・マザーを認めないことの違憲性
 - d) ヨーロッパ人権条約 8 条
- 3 凍結保存した胚の認知（以上、本号）
- Ⅲ 「ワーキング・グループ 実子法」最終報告書
- Ⅳ 緑の党法律案
- Ⅴ 2019 年 3 月 18 日連邦議会法務委員会公聴会
- Ⅵ 議論部分草案「実子改正のための法律草案」

補遺

長期にわたる連載の間に、ドイツでは本稿で紹介した裁判例の上告審の判断が下され、また立法に向けても新たな動きが見られる。そのため、今回は、これまで本稿で紹介した状況から後の 2019 年までの間の進展について補うこととする。

I 縁組

1 同性婚と共同縁組

本連載の（その 2）、（その 3）で扱った生活パートナーによる共同縁組の問題は、2017 年 10 月 1 日からの同性婚の導入により、概ね解消された。

2017 年 7 月 20 日に成立し、同月 21 日公布、10 月 1 日から施行された「同性の人のために婚姻締結の権利を導入する法律（Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts⁽¹⁾）」は、民法 1353 条（婚姻上の生活共同体）1 項 1 文を「婚姻は、異性又は同性の 2 人の者により終生にわたり締結される。」と改めた⁽²⁾。この改正で新たに設けられた生活パートナーシップ法 20 条 a、身分登録法 17 条 a⁽³⁾により、生活パートナーは、生活パートナーシップの廃止と婚姻の締結という 2 つの手続を経なくても、婚姻に転換することができる。婚姻を締結した、ま

たは生活パートナーシップから婚姻に転換した同性カップルは、婚姻当事者 (Ehepaar) として、未成年の子と共同でのみ縁組することができる (民法 1741 条 2 項 2 文)。

最初の共同縁組は、2017 年 10 月 4 日にベルリンのテンペルホフ・クロイツベルク区裁判所決定により言い渡された⁽⁵⁾。本件は、42 歳と 46 歳の男性カップルと彼らが出生から養育してきた里子との間での縁組であった。当事者は、2016 年に縁組手続を申し立て、その当時は共同縁組が認められず、憲法裁判所への提訴も考えていたが、同性婚導入により、生活パートナーシップを婚姻に転換して共同縁組が認められた。

同性婚導入により新たな生活パートナーシップは設定できないが、すでに生活パートナーシップを設定している同性カップルが婚姻に転換しない場合には、共同で縁組できないことに変わりはない。

2 非登録・非婚の同性カップルによる連れ子養子縁組

連れ子養子縁組 (Stiefkindadoption) は、婚姻当事者 (民法 1754 条)、生活パートナー (生活パートナーシップ法 9 条 6 項による準用) に認められていたが、同性または異性にかかわらず非登録または非婚のカップルは、そのパートナーの子と連れ子養子縁組をすることはできなかった⁽⁶⁾。

連邦憲法裁判所 2019 年 3 月 26 日決定は、非婚の家族のみが連れ子養子縁組から完全に排除されている状況が基本法 3 条 1 項の一般平等要請に違反し、違憲であると判断した。親の一方の配偶者による縁組の場合にはこの親の一方と子の間の血族関係が解消せず、婚姻当事者双方の共通の子の地位が子に認められるのに対して、子が非婚の生活共同体において親の一方との血族関係を解消することなしには親の一方と生活する継親と縁組できないことから、民法 1754 条 1 項、2 項、1755 条 1 項 1 文、2 項が基本法 3 条 1 項に違反するとした。(Rz. 130)⁽⁷⁾

この決定は、異性カップルによる連れ子養子縁組に関する事案であるが、同性カップルにも同様に妥当する。

決定理由では、継親が法的な親と婚姻していない非婚の継親子家族

(Stiefkindfamilie) における子は、婚姻上の継親子家族に比べて不平等な扱いを受けているとした。そして、その不利益は、不平等扱いの目的と範囲に適した実質的理由によって正当化されてはいないとする。

同決定で連邦憲法裁判所は、次のような考えも示している。⁽¹¹⁾

連れ子養子縁組に対する一般的な疑念というものは、非婚の家族における連れ子養子縁組だけではなく、婚姻している、または非婚の継親子家族に同じく妥当するものであるから、非婚の家族における連れ子の不利益を端から正当化できるものではない (Rz. 77)。

これに対して、不利な家族の結びつきのもとで子が成長しなければならないことを阻止するという、立法者が連れ子養子縁組の排除によって追求する目的は、確かに正当である。この目的は、子が通常はすでに親の一方と継親と現実の家族において生活していることから、連れ子の具体的な状況において縁組の排除によっては達成できない。法的な親の一方と継親が婚姻していない限りで、婚姻上の家族とは子の意のままにはならないものであって、婚姻上の家族が子により有利な条件を提示するかもしれないということは、何の役割も果たさない。(Rz. 82)。

安定が約束された生活共同体にのみ連れ子養子縁組を許すという、非婚家族における連れ子養子縁組の排除によって追求される目的も正当である。継親と子の間の持続的な関係が形成することができる前に親の一方と継親が別れたが、別れた後も縁組によって継親と結びついたままである場合に縁組によって子が負担を負うかもしれない不利益から子は保護される。しかしながら、非婚家族における連れ子養子縁組の完全な排除が、この目的の達成のための適切な手段ではない。(Rz. 90 ff.)

立法機関が養子法において親の関係が婚姻であること (Ehelichkeit) を安定の指標として使用することに、憲法上異議は唱えられない。両親が婚姻しているならば、これは、短期間の関係を望むだけではない結びつきへの意志とそれによる関係の安定性を物語っている。しかし、法律の規定は、親の関係が婚姻であることを必須の安定性指標として使用しており、その他の指標によって安定性への期待を理由づけることを許していないのであ

るから、安定した非婚の家族を把握するには不適切である。(Rz. 95 ff.)

個別事案における具体的な安定性の予測に合わせた縁組の規定によって達成される子の保護よりも、非婚の継親子家族を完全に縁組から排除することによって達成可能な保護の方が効果的である限りで、少なくとも、このような利益は、縁組の完全な排除の不利益と適切な関係にはない。この利益は、親の関係が安定しており縁組が総じて子の福祉に資する場合であっても縁組が禁じられたままであることによって非婚の継親子家族における子に生じうる不利益と釣り合っていない。婚姻に正当な方法で期待することが許される安定性を非婚の生活共同体に予想することを立法機関に妨げずに、具体的な安定性の予測を目指す縁組の規定により、不都合な縁組からの連れ子の保護を、十分に効果的に保障できる。(Rz. 111)

規定が非婚家族における連れ子養子縁組を完全に排除しており、安定した非婚の継親子家族にも禁じていることは、立法機関が有する簡素化と類型化の権限によっても正当化できない。(Rz. 112)

不可避的に結びつく個人の不利益のみを理由に一般平等原則に違反するのでなければ、類型化された規定を立法機関が使用することも許される。(Rz. 113)

法律上の類型化は最初から排除されていない。このことは、ここでのカップル関係の存在の安定性のように、詳細に個別事案を考慮する場合であってもさえはっきりと決められない不確実な状況または出来事について規定しなければならない場合においても、法律上の類型化は考慮に値する。代表的なメルクマールとして不確実な状況または出来事をできる限り正確に把握する明確にまとめられた構成要件に立法機関が法律効果を典型的に結びつける場合には、法的安定性に寄与することができる。従来からの関係の期間と結びついた、ここで考慮される縁組の規定のより緩やかな手段も、その限りで類型化された規定である。(Rz. 114)

類型化と結びついた不平等扱いは、一定の要件のもとで憲法上正当化される。(Rz. 115)

とりわけ、立法機関が非典型的な事案を典型として選択することは許さ

れず、現実に応じた基準としての典型事例に基づかなければならない。それにより生じる苛酷と不当性が相対的に少数の者にのみ該当することは許される。(Rz. 116)

それを超えて、不平等扱いの程度が非常に高いことは許されない。(Rz. 117)

非婚の継親子家族における連れ子養子縁組の排除を、基準としての典型事例とすることは現実に適っていない。非婚の家族は、婚姻と並んで、その他の形の家族と比べてより一層多く設けられている。非婚の継親子家族内でのカップル関係が特に壊れやすいのが典型で、そのわずかのみが安定しているだろうという推定を今日正当化するような理解は存在していない。規定は、相対的に少数の部分について不当だけでなく、より長く存在しているので、しっかりとした親子関係が生じており、継親による縁組が子の福祉に資するであろう非婚の継親子家族には常に不当となるだろう。(Rz.120)

不平等扱いの程度は高い。子にとって、その親の家族内身分(Familienstand)をもとにして、子がその社会的親を法的親として有することができるか否かは重大である。これは、子の人格的発達の基礎的な要件に該当する。(Rz. 121)

非婚の継親子家族を縁組から厳格に排除しないことによって、苛酷を過度の困難なしに回避できる。子の福祉に資するかをこの家族構成でも個別事例において調査し、婚姻を基準とする代わりに、またはそれと共に、例えばその関係のこれまでの期間のような代替的な安定性指標を利用することは可能であろう。申立てを現行法を指摘して典型的に拒絶する代わりに、縁組要件について非婚の継親子家族でも調査を行うと費用が増大するということでは、どのみち縁組の際に個別事案の調査が行われるのであるから、該当する子の不利益を正当化できない。(Rz. 122)

婚姻上と非婚の家族における連れ子の異なる扱いは、基本法6条1項にある婚姻に有利な価値判断によっても正当化されない (Rz. 123)

基本法は、6条1項において婚姻と家族を国家秩序の特別な保護のも

とにしている。それによって、憲法は、婚姻制度のみを保障するのではなく、拘束的な価値判断として、私法および公法に関連する婚姻と家族のすべての領域に対して国家秩序による特別の保護を命じている。そこから、侵害禁止と助成の要請（ein Beeinträchtigungsverbot und ein Förderungsgebot）が生じる。憲法上の婚姻保護を理由に、婚姻を他の生活スタイルよりも有利に扱うことは、立法機関に禁じられていない。（Rz. 124）

もっとも、他の生活スタイルがと比較可能であるにもかかわらず、婚姻の助成が他の生活スタイルの不利益と同時に生じるならば、単に婚姻保護の要請を指摘することで正当化されるのではない。他の生活スタイルの不利益それ自体を正当化できるとされる差異の要請または不利益要請（ein Abstands- oder Benachteiligungsgebot）は存在しない。なぜならば、憲法上の助成任務の実現と形成において婚姻を他の生活スタイルに対して優遇する権限から、他の生活スタイルを婚姻に比べて不利に扱うという基本法6条1項に含まれてもいない要請を導き出すことはできないからである。他の生活スタイルを婚姻から距離をおいて形成し、より少ない権利を与えるということを婚姻の特別の保護から導き出すことは、憲法上理由づけられない。むしろ、婚姻とその他の生活スタイルの間の違いに存在し、まさに規定されている事実関係に実際に重要でなければならないような特別な区別の理由が必要である。ここでは、単に基本法6条1項に基づくことでは足りず、規定の対象と目的それぞれに比べて他の生活スタイルの不利益を正当化し、その際に婚姻の抽象的な助成に留まらない、十分に重要な実質的理由が必要である。（Rz. 125）

規定は、非婚家族の継子に、この家族が婚姻家族と同様に実際に安定している場合であってすら継親による縁組を厳格に与えずにおく限りで、比較可能な生活スタイルに不利益を与えている。非婚の継親子家族での連れ子養子縁組の排除について、規定対象と規定目的を比べて、十分に重要な実質的理由は存在しない。（Rz. 126）

ここでの規定対象は、一方で婚姻家族での連れ子養子縁組を許し、他方

で非婚家族での連れ子養子縁組を禁止することである。婚姻上と非婚のパートナーシップの間では、全くもって違いがある。とりわけパートナーが拘束的な規範に服さないことにより、非婚生活共同体は、婚姻と区別される。非婚のカップルの関係に該当する家族法上の規定は、共に親であることと結びついているが、カップルとしての相互的な責任義務を基礎づけるものではない。事実上の生活共同体の解消も、婚姻の終了の際とは異なり、当事者の一方または双方の単なる意思に係っており、法的な要件や手続とは結びついていない。(Rz. 127)

規定目的と比べると、婚姻上と非婚の家族における継子の不平等扱いは、正当化されない。不平等扱いは、不安定な継子家族における縁組を妨げることに役立つものである。これは、非婚の継親子家族が不安定で、一時的な状態に過ぎないとする、反論を許さない推定に基づいている。しかし、この推定は、その徹底性において十分に支持できるものではないことが示されており、非婚の家族の状況が婚姻家族の状況に比べて例外なく劣後することを正当化することはできない。(Rz. 128)

その結果、立法機関は、2020年3月31日までに新たな規定を定めなければならない。立法機関による新规定まで、現行法が非婚の継親子家族に適用される。(Rz. 132)

3 連邦法務・消費者保護省による中間試案

(1) 草案 1766 条 a

2019年8月21日に連邦法務・消費者保護省は、「非婚家族における連れ子養子縁組の排除に対する2019年3月26日の連邦憲法裁判所の判断の実施のための法律草案」の中間試案(Referentenentwurf)⁽¹²⁾を提出した。

前記の連邦憲法裁判所2019年決定は、すべての非婚のカップルに連れ子養子縁組を認めることまでを求めるのではなく、安定した関係において共同生活を送る非婚カップルを排除する点が違憲であると判断した。そのため、中間試案では、確立した(verfestigt)生活共同体におけるカップルについて連れ子養子縁組を認めるものとして、次の条文を提案している。⁽¹³⁾

1766 条 a 非婚のパートナーによる養子縁組

- (1) 配偶者の子との縁組に関する本節の規定は、確立した生活共同体において共同の家政で生活する 2 人の者に準用する。
- (2) 前項の意味における確立した生活共同体は、パートナーの一方が第三者と婚姻しているときは、存在しない。生活共同体は、通常は、次に掲げる場合に存在する。
 1. 最低でも 2 年間にわたり婚姻類似の共同生活をしているとき。
 2. 共通の子の親としてこの子と共同生活をしているとき。

1766 条 a 第 1 項により、親族編第 7 章縁組の第 1 節「未成年養子縁組」の規定を確立した生活共同体にあるカップルに準用する。同性カップルも生活パートナーシップ類似の共同体のみならず、婚姻類似の共同体で生活することができるため、対象に含まれる。⁽¹⁴⁾

1741 条 2 項 3 文「婚姻当事者の一方は、その配偶者の子と単独で縁組することができる」という規定が準用されることで、親の一方との血族関係が解消することなく子が親のパートナーと縁組することができる。非婚カップルの一方の養子と他方が縁組する交差縁組 (Sukzessivsdoption) も可能となる (1742 条の準用)。非婚カップルでは共通の氏を称しないことから、養子の氏は、別氏の婚姻当事者と同様に、縁組の言い渡しまでに家庭裁判所に対して表示することで定める⁽¹⁵⁾ (1757 条 2 項)。それに対して、養親となる者の配偶者の所在が継続的に不明である場合にその同意を不要とする規定 (1749 条 2 項) は、確立した共同生活を要件とする非婚カップルには準用されない。⁽¹⁶⁾

1766 条 a 第 1 項が定める共同の家政における確立した生活共同体の存在とともに、連れ子養子の要件に関するその他の規定も適用される。とりわけ、縁組が子の福祉に資するもので、養親子間に親子の関係 (Eltern-Kind-Verhältnis) が生じているかが審査される (1741 条 1 項)。連れ子養子縁組では、例えば子がパートナーのためだけに養子となるのか否かが⁽¹⁷⁾ 審査され、これが肯定される場合には縁組は認められないことになる。⁽¹⁸⁾

(2) 確立した生活共同体

1766条a第1項によると、共同の家政で「確立した生活共同体 (verfestigte Lebensgemeinschaft)」において生活している非婚カップルにのみ連れ子養子が認められる。この概念は、離婚後扶養が義務者に極端な苛酷となる場合に権利者が元配偶者（義務者）に対する離婚後扶養請求権を失う、減額または期間制限される1579条2号で用いられている概念である。もっとも、離婚後扶養の苛酷条項である 1579 条 2 号では共同の家計に重点があるのに対して、1766 条 a 第 1 項では子に対して共同で責任を引き受けることが問題となる。連れ子養子縁組について、1766 条 a 第 1 項は、確立した生活共同体という概念を狭く解するために、「共同の家政で」という要件を補っている⁽¹⁹⁾。

共同の家政での確立した共同生活により、養親のカップル関係の存続への展望がないような不安定な家族状況において子が養子となることが避けられる。非婚の生活共同体が婚姻と比較可能な程度に確立している場合であれば、存続している婚姻内での連れ子養子縁組と同様に、継続的で円満な家庭が子のために約束されている⁽²⁰⁾。

継続的であって、他の同種の生活共同体と並存しておらず、パートナー双方が相互に責任を負うこと (Einstehen) に基づいており、家政共同体および経済共同体に留まらない生活共同体がここでは対象となる。そのことから、パートナーの一方が第三者と婚姻または生活パートナーシップを行なっているときは、配偶者(生活パートナー)と別居している場合であっても(民法 1567 条 1 項、生活パートナーシップ法 15 条 5 項)、確立した生活共同体ではない⁽²¹⁾。

このような生活共同体が存在している通常の事案として、1766 条 a 第 2 項 2 文は、1 号で 2 年間の婚姻類似の共同生活、2 号で共通の子との共同生活をあげている。

草案では、すでに最低でも 2 年間共同の家政で婚姻類似の共同生活を行なっていることにより、確立した生活共同体の推定が正当化されるとする。共同の家政における関係がすでに試されており、関係が十分に安定してい

ることを示し、単なる短期間の関係以上への望みをパートナー双方が抱いていることに基づく。だが、2年の共同生活であっても唯一の関係ではないなど、具体的にはこのような状況にはない場合には、1号の通常事例の例外とみられる。⁽²²⁾

カップルが共通の子の親であり、この子と共同生活している場合も、短期間の関係以上のものを望んでいると推定される。この場合に、パートナー双方は、子に対する責任を共同で引き受けており、すでに共同での家族生活を行なっている。パートナーの一方が他でも非婚の関係を有しているというように通常事例とは異なる場合には、生活共同体が確立しているかをその背景から調べなければならないとされる。⁽²³⁾

1766条a第2項2文1号および2号は、限定列举ではない。そのため、個別事例において、共同生活が2年に満たないが、それまでのカップルの関係の期間がそれよりも長く、前記の意味での生活共同体であるという具体的な根拠があるときは、確立した生活共同体が存在しうる。通常事例との相違について根拠があるのかは、個別事例ごとに調べなければならない。⁽²⁴⁾

注

- (1) BGBl. I S.2787.
- (2) 同性婚導入の経緯については、渡邊泰彦「ドイツにおける同性婚導入」京都産業大学総合学術研究所所報13号（2018）1頁を参照
- (3) 生活パートナーシップ法第20条a「2人の生活パートナーが相互に自ら、同時に出席して、互いに婚姻を終生にわたり行うことを望むことを宣言するときは、生活パートナーシップは、婚姻に転換する。宣言に条件又は期限を付すことはできない。宣言は、身分登録官の前で行われたときは、効力を生じる。」
- (4) 身分登録法第17条a（生活パートナーシップから婚姻への転換及びその認証）

生活パートナーは、その生活パートナーシップを婚姻へ転換する時に生活パートナーシップの存在を公的証書で証明しなければならない。

生活パートナーシップの婚姻への転換については、第11条、第12条第1項及び第2項第1号から第3号まで並びに第14条から第16条までを準用する。

- (5) LSVD Berlin Brandenburg “ Erste Adoption durch schwules Paar – Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg stimmt zu” [URL] <https://berlin.lsvd.de/neuigkeiten/erste-adoption-durch-schwules-paar/>
- (6) 連れ子養子縁組(Stiefkindadoption)とは、法律上の実親の一方の配偶者(生活パートナー)と子が縁組しても、この実親との血族関係が解消せず、子がこの実親とその配偶者(生活パートナー)を両親とする共通の子となる縁組である。
- (7) NJW 2019, 1793.
- (8) 基本法 3 条 1 項
「すべての者は、法の前で平等である。」
- (9) 民法 1754 条
1 項「婚姻当事者双方が養子縁組を行う、または婚姻当事者の一方が他の一方の子と縁組するときは、子は、婚姻当事者双方の共通の子の法的地位を得る。」
2 項「その他の場合において、子は、養親の子の法的地位を得る。」
- (10) 民法 1755 条
1 項 1 文「子及びその卑属とその以前の血族との親族関係並びに親族関係から生じる権利及び義務は、縁組によって終了する。」
2 項「婚姻当事者の一方が他の一方の子と縁組するときは、親の他方及びその血族との関係においてのみ終了する。」
- (11) 以下の要約は、連邦憲法裁判所による 2019 年 5 月 2 日のプレスリリースを参考にし、決定理由の一部を訳出したものである。
BVerfG, Pressemitteilung Nr. 33/2019 vom 2. Mai 2019, [URL] <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/bvg19-033.html>
- (12) Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz, „Gesetz zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. März 2019 zum Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien“ [URL] https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Ausschluss_Stiefkindadoption_nichteheliche_Familien.html
- (13) その他に、民法施行法 (EGBGB) 22 条 1 項において国籍ではなく、法廷地または常居所地とすることにともない、民法 1746 条 1 項 4 文の規定が削除された。
- (14) Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. März 2019 zum

Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien, S. 10.

- (15) Referentenentwurf, S. 12.
- (16) Referentenentwurf, S. 11.
- (17) A. a. O., S. 10.
- (18) Vgl. Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter, Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung 7. Fassung, S. 41. 同報告書では、その他に、縁組が婚姻の条件となっている場合、他方の親を完全に疎外するため、外国法の適用を回避するためなど、を関係のない動機の例としてあげている。
- (19) Referentenentwurf, S. 10.
- (20) A. a. O., 11.
- (21) A. a. O., 12.
- (22) A. a. O., 13.
- (23) A. a. O., 13.
- (24) A. a. O., 12.

II 実親子関係

実親子関係については、外国法によるコ・マザー関係を承認したベルリン高等裁判所 2014 年 12 月 2 日決定の上告審である連邦通常裁判所 (BGH) 2016 年 4 月 20 日決定、凍結保存した胚の認知に関するデュッセルドルフ上級州裁判所 2015 年 7 月 31 日決定の上告審である連邦通常裁判所 (BGH) 2016 年 8 月 24 日決定が出ている。

さらに新たに、ドイツ法によりコ・マザーが認められるかについて、連邦通常裁判所 (BGH) 2018 年 5 月 10 日決定が出された。並行して、ドイツ連邦法務・消費者省による「ワーキンググループ 実子法」の最終報告書が 2017 年 7 月 4 日に提出された。2019 年 3 月 13 日に改正の中核部分を含んだ議論部分草案「実子改正のための法律草案⁽²⁶⁾」を公表した。また、緑の党は、2018 年 6 月 12 日に「同性の人のための婚姻締結の権利の導入に関する法律への実親子法規定の適合に関する法律草案⁽²⁷⁾」を提出し、2019 年 3 月 18 日に連邦議会法務委員会で同法案に対する公聴会が開催された。

1 外国法によるコ・マザー関係の承認

「Ⅶ 女性カップルと生殖補助医療」「2 出生登録簿への登録」「3) 外国で認証された親子関係の登録」(本連載(その4))において、ドイツと南アフリカ共和国の二重国籍を有する女性 A と南アフリカ共和国国籍を有する女性 B が南アフリカ共和国において同国の法律による同性婚(婚姻タイプのシビルユニオン)を締結し、B が人工授精により子 C を出産し、南アフリカ内務省により、A を親 1 (parent1)、B を親 2 (parent2) と表記する出生証書が発行された事案を紹介した。

同事件では、A と B の双方を親とする C の出生登録簿への登録をドイツの身分登録所が拒絶したが、ベルリン高等裁判所 2014 年 12 月 2 日決定⁽²⁸⁾は、子の出生登録簿に B を親として登録するように命じた。

連邦通常裁判所 2016 年 4 月 20 日決定は、以下のように、控訴審の判断を是認し、B を母として、A を親 (Elternteil) として C の出生登録簿に記載するように命じる判断を下した。

(1) 連邦通常裁判所 2016 年 4 月 20 日決定

2017 年 10 月 1 日の同性婚導入前の事案であるため、南アフリカのシビルユニオン(婚姻型)の性質決定が問題となり、この点について、登録生活パートナーシップと性質決定した控訴審の判断を認めた (Rz. 31 以下)。そのため、本件のコ・マザー A と子 C の親子関係について、生活パートナーシップに関する当時の民法施行法 17 条 b の適用の可否が問題となった⁽²⁹⁾。

南アフリカ法によって母の妻が子の親になることは民法施行法 17 条 b によって妨げられない。同条 4 項は、公序の特別な形として、外国で登録された生活パートナーシップの効果を民法典と生活パートナーシップ法の条文によってこれに予定されている効果に限定する。(Rz. 41)

法律により母の妻または生活パートナーが子の親となることを、民法施行法 17 条 b 第 4 項の意味における生活パートナーシップの効果とみることはできない。(Rz. 43)

公序の特別の留保という規定の性質とその重大な効果から、拡大解釈には難点がある (Rz. 44)。

2001年2月16日「同性共同体への差別の撤廃のための法律」(生活パートナーシップ法)の施行時点において、その当時まだ外国法においても定められていなかった血縁上の親の一方の同性パートナーと子の法的実親子関係は、生活パートナーシップの効果という概念では把握されていなかった。民法施行法17条b第4項に疑いなく含まれる効果では、生活パートナーシップの存続と結びつく、または解消の直接的な効果としての典型的な生活パートナー間の法律効果が問題となる。民法施行法17条b以外で予定されている法律効果を生活パートナーシップの効果として考慮してもよい限りで、同様に、生活パートナーシップの存続または解消と結びつき、かつ、それにより基礎づけられる権利関係から導き出されるものが問題となる。(Rz. 45)

このような理解は、民法1592条1号⁽³⁰⁾における父との実親子関係の法規定によって裏付けられる。たしかに、子の出生時に存在する婚姻は、夫の法的父子関係について連結のメルクマール(Anknüpfungsmerkmal)である。しかし、実親子関係(Abstammung)は、婚姻の効果としてではなく、血族(Verwandtschaft)法における独立した父子関係要件として起草された。民法施行法17条bの上限規定(Kappungsregelung)を適用する際に、法的実親子関係は、父母の一方が法的親でなくなるかもしれない子も第三者として関連する。婚姻は、子に何ら直接的効果ももたらすことができない。そのことと、法的親子関係(rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung)の存続も、父子関係の取り消しも、父の実親子関係に関する法的により、婚姻の存在から独立していることとは合致している。民法1592条1号により設定された法的実親子関係が離婚によって解消するのでもなければ、婚姻の存続によって民法1600条による父子関係の取消しが妨げられるのでもない。(Rz. 46)

たしかに、民法典の体系とは異なり、生活パートナーシップ法では、連れ子養子縁組の規定(同9条7項)が第2章生活パートナーシップの効果に定められている。しかし、この配列から、法的実親子関係に関して民法施行法17条bの異なる解釈を事後的に導き出すことはできない。それに

もかわらず、もし法実親子関係を縁組と同じに扱うことを望むとしても、本件事案は生活パートナーシップ法9条7項による連れ子養子縁組と同一視されるであろう。その限りでドイツの生活パートナーシップ法が同性カップルの共同の親子関係を2005年1月1日から適用される法状況により予定していることから、ドイツ法との相違がなく、民法施行法17条b第4項における上限規定を適用する余地はない。それゆえ、少なくとも本件事実関係について、立法機関が民法施行法17条b第4項によって法実親子関係をも把握することを望んでいたという帰納的推理が、縁組に關係する新規定によって正当化されるのではない。(Rz. 47)

控訴審裁判所が、民法施行法19条における国際私法の規定を法的な親子關係の設定について民法施行法17条b第4項に対しても優先すると見たことは正当である。民法施行法17条b第4項は、援用される外国法により母の妻が子の親となることを排除していない。(Rz. 48)

連邦憲法裁判所の判例⁽³²⁾では、同性生活パートナーに設定された親の地位がそれ自体で公序違反という結果を伴うのではない。むしろ、この判例は、登録生活パートナーシップの關係が、婚姻と同様に、子の發育を促すことができることを出発点としている。異性の（依頼）親の大多数が遺伝上の親でありうることは、子とのより親密な結びつきを基礎付けることができるものの、親子關係が長期間で法的に安定している場合に生活パートナーによる社会的に同等の親子關係を排除するのではない。(Rz. 50)

この手続法上の公序についてなされた衡量は、民法施行法6条による国際私法上の公序の枠組みについても妥当する。したがって、外国で締結された同性婚である本件においても、法的親が同性であることは外国の実親子規定の承認の妨げとなるのではない。(Rz. 51)

また、精子提供者が法的親子關係から排除されることによっても、公序違反を理由づけることはできない。南アフリカ親子法（Children's Act）40条の規定は、ドイツ法では民法1600条5項が予定する合意されたヘテロ生殖に相應する。ドイツ民法1600条5項は、依頼親が異性であることが公序について意味を有しないこととは無關係に、同じ結果を示している。

その限りでは効果が類似するドイツ法の規定と相違がないことから、子の福祉の観点から異なる結果を導き出すことができないことが明らかになる。最後に、子の遺伝的または生物学的出自を知る権利は、法的な親子関係の設定（die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung）によって害されるのではない。

2 ドイツ国内でのコマザー

2017年10月1日からドイツで同性婚が導入され、父性推定の規定（1592条）が女性間の婚姻に適用されるかが問題となったのが、BGH2018年10月10日決定⁽³³⁾である。

すでに、オーストリアが同性婚導入前から、女性カップルが人工授精でもうけた子について、母のみならず、その女性パートナーを親の一方とすることを認めていた。それに対して、本決定は、女性間の婚姻に1590条1号は直接適用も、類推適用もされず、母の妻はもう一人の母（コ・マザー（Co-Mutter））とはならないと判断した。

(1) 事実関係

申立人 X1 と X2 は、2014年5月に生活パートナーシップを設定し、2017年10月12日に婚姻に転換した。X1 と X2 の合意の上で、X1 は、精子バンクの精子提供者の協力を得て人工生殖を施術し、2017年に子 A を出産した。

2017年11月9日に、身分登録所により出生登録簿に、子 A と母 X1 の氏名を記載した。縁組をすることなく共同で配慮権を有するために、X1 と妻 X2 は、子が婚姻内で生まれたことを理由に、それぞれを親として登録することを求めた。そして、婚姻と家族が基本法により特別の保護にあることがここでも妥当するという理由をあげた。また、夫がその妻から生まれた子について、その子と実際に血縁関係があるかに関係なく親の他方となることについて、同性の婚姻当事者も異性の夫婦と同じく扱われなければならないと述べた。

それに対して、身分登録所は、民法 1592 条の文言を指摘して、このよ

うな登録を拒絶した。X1 は、ケムニッツ区裁判所（AG Chemnitz）に、身分登録所に X2 をもう一人の母（weitere Mutter）として記載するように命じることを求めて申し立てた。

第一審手続において、身分登録所は、同性婚を認める法律が制定されたが、民法 1591 条、1592 条を改正されていないと主張した。それに対して、⁽³⁴⁾監督官庁は、同性婚の導入後には類推適用が必要であると考えていた。

ケムニッツ区裁判所 2018 年 2 月 26 日決定（未公開）は、監督官庁の見解に同調し、A の出生登録簿に X2 を親の他方（weitere Eltern）または母の他方（weitere Mutter）と登録するように命じた。これに対して、身分登録所が抗告した。

(2) ドレスデン上級州裁判所 2018 年 5 月 2 日決定

ドレスデン上級州裁判所 2018 年 5 月 2 日決定は、⁽³⁵⁾以下の理由から母の妻を子の出生登録簿に親の他方または母の他方として登録できないとして、第一審決定を取り消した。

縁組により同性の 2 人の者が子の法的親となることができることは当然であるが、現行のドイツ法では X2 は子 A の親ではないから本件で求められているような登録はできない（Rz. 16）。憲法上の親の権利の担い手は、血縁関係によって、または憲法以外の法律によって基礎づけられる親子関係を有する者であるが、本件では、それを欠いている⁽³⁶⁾（Rz. 17）。

分娩者が母であるとする民法 1591 条から、X2 は A の母ではない（Rz. 18）。また、民法 1592 条の文言から（「子の父は、次に掲げる男性である」）父は男性のみがなることができ、X2 は、A の父でもない（Rz. 19）。X2 と A は、縁組をしていない（Rz. 20）。

同性婚導入にともない、実親子関係の規定は変更されなかった。しかし、婚姻において生まれた子を母の妻の子とみなす法律上の規定も存在しない（Rn. 21）。

その他の方法、民法 1591 条 1 号の類推適用によっても、X2 は、婚姻の存在に基づいて妻が出産した子の法的親となることはない（Rz. 22）。

生物学的親でもなく、縁組もしていない X2 は、子と社会家族的関係に

において生活しているのみであり、親の一方として基本法 6 条 2 項による保護を受けるのではない (Rz.23⁽³⁷⁾)。

前記 BGH2016 年 4 月 20 日決定は南アフリカ法によるコ・マザーを承認したが、これは南アフリカ法が同性の婚姻当事者のコ・マザーについて規定を定めているからであり、ドイツ法が適用される本件とは異なる (Rz. 24, 25)。

1591 条 1 号は、類推適用されない。判例は法と法律に拘束され、ここで実親子関係 (Abstammung) と親の権利の新規定を作り出すことは許されない。そのような新規定を定めることは立法機関に留保されなければならない。同性婚導入の立法資料からは、同性婚において生まれた子に 1591 条 1 号を直接適用する立法者意思はうかがえず、縁組における異性婚と同性婚の平等に言及されているに過ぎない。 (Rz. 26)

基本法上保障される婚姻と家族の保護 (基本法 6 条 1 項)、基本法上保護される親の権利 (6 条 2 項)、平等扱いの要請 (3 条 1 項) から、同性婚に民法 1591 条 1 号を類推適用することは求められていない。 (Rz. 27)

民法 1592 条 1 号の規定は、夫が子を懐胎させ、子が生物学的にこの者と血縁があるという推定を基礎としている。2 人の女性の間の婚姻ではこのような推定は存在しない。むしろ、ある女性から生まれた子が他の女性と血縁にあるということは、生物学的に不可能であって、最初から排除される。このような場合には、自然生殖であれ、人工生殖であれ、生物学的父が常にいる。 (Rz. 29)

基本法 6 条 1 項により保護される X1 と X2 の間の婚姻の領域は、実親子の規定が婚姻当事者相互の法的関係にも、婚姻当事者としての外部との関係においても該当しないため、その規定を欠くことで、害されてはいない。 (Rz. 30)

基本法 6 条 1 項からの家族に関する基本権から、民法 1592 条 1 号の類推適用を強いるのではない。 (Rz. 31)

子が生育する社会家族的共同体 (sozial – familiäre Gemeinschaft) が基本法 6 条 1 項の意味における家族として保護される。家族基本権の保護に

について、両親が婚姻しているか、パートナー双方が法的意味における親であることは、同性カップルについても重要な前提ではない。(Rz. 32)

X1、その妻 X2、子 A の防御権としての家族基本権は、現行の実親子⁽³⁸⁾の規定によって侵害されていない。実親子関係の法律規定は、婚姻当事者と子の実際の共同生活に直接に関係するのではない。親として典型的な一定の法的権限を母の妻が子に対して有しておらず、婚姻当事者が養育の事務において同じ権限を簡単には保障されないという限りで、家族の共同生活に影響を有する。しかし、母の妻が完全な親の地位を得ることができる方法として連れ子養子縁組の規定（1741 条 2 項 3 文）がある。(Rz. 33)

現行の実親子の規定は、基本法 3 条 1 項にも違反していない。現行規定により、母が男性と婚姻している子では、誰により懐胎されたか、自然生殖か人工生殖によるかに関係なく、民法 1592 条 1 号により出生時点で夫婦双方が法的父母となるが、母が女性と婚姻している子は異なる扱いを受ける。登録生活パートナーシップおよび同性婚における子は、法的親を得るために縁組という方法が示されている。(Rz. 34)

実親子法の新たな法律規定がないことが、基本法 3 条 1 項に違反する違憲な不平等扱いであるとは考えない。実親子関係について異性間の婚姻と同性間の婚姻で生まれた子について異なる規定は、実質的に正当化される理由がある。(Rz. 35)

異性間の婚姻とは異なり、女性と婚姻した母については子の出生において生物学的父として婚姻外の男性を必然的に伴う。したがって基本権を同様に尊重しなければならない人が常にさらに存在している。生物学的父であるが、法的父ではない者は、連邦憲法裁判所の判例によると基本法 6 条 2 項 1 文からの親の権利をまだ有していないが、基本法規範は子の父としての法的地位を占める利益において生物学的父を保護する。⁽³⁹⁾連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決が述べるように、生活領域である家族は家族関係を展開することができる法的な構造を必要とし、そのような法的構造を備えることを立法機関は基本法 6 条 1 項により義務づけられている。⁽⁴⁰⁾しかし、実際に目の前にある家族を写し取ることを義務づけているのではない。

(Rz. 36)

生活パートナーシップ法において、母のパートナーが親の他方であると推定されないことは、この推定が子の生物学的出自に基づき、生活パートナーでは理由づけられないことから、不平等扱いではなかった (Rz. 37)。この点について、同性の配偶者でも異なって判断されるのではない (Rz. 38)。

立法機関は、民法 1741 条以下の規定、とりわけ連れ子養子縁組という、同性の婚姻当事者でも母、子、母の妻、生物学的父それぞれの基本権を保障して親 - 子 - 関係 (Eltern - Kind - Verhältnisse) を形成できる適切な手段を用意している⁽⁴¹⁾。(Rz. 39)

同性の婚姻当事者がさしあたりこの手続法上の方法を採用しなければならないことは、基本法 3 条 1 項を顧慮しても、期待不可能でもなく、違憲でもない (Rz. 40)。

本件では、生物学的父が精子提供との関係で父の法的地位を占めることをすでに放棄しており、X2 が A の配慮権を有する親の他方となることが子の福祉の利益にも適っている。しかし、このことは、現時点で出生登録簿に子の親の他方として登録されるかという問題との関連では、申立人の助けとなるのではない。

そのようなことを調査し、確定することは、身分登録所の責務ではなく、少なくとも法律上新たに規定されるまでは家庭裁判所に留保されねばならない。(Rz. 41)

(3) 連邦通常裁判所 2018 年 10 月 10 日決定

連邦通常裁判所は、上告を棄却した。X2 は A の法的親の一方ではないことから、出生登録簿の記載は身分登録法 48 条の意味における不実 (unrichtig) ではないと述べた。その理由は、同様の結論に至った原審と同様であるが、BGH 決定はより詳しく説明している。

a) 1592 条 1 号の適用

i) 前提

民法 1591 条によると、本件で子の母は X1 である。ドイツ民法は、法律による唯一の母子関係の設定 (Zuordnung) のみを定めている。立法機関は、他にありうる実子法の母子関係の設定、とりわけ代理懐胎の事案における卵子提供者との母子関係を意図的に排除している。母子関係の認知は現行法では予定されていない。両親が女性の親子関係の発生の他の形式について、例えば同意された非当事者間人工授精でのコ・マザー関係 (Mit- oder Co - Mutterschaft) もドイツ法において予定されていない。(Rz. 10)

ii) 本件における 1592 条の適用

1592 条は子の母の妻である X2 に直接適用も類推適用もされないことから、縁組をしていないことから唯一考慮される 1592 条にしたがった、または相応した X2 の親の地位は、排除される。(Rz. 11)

iii) 1592 条直接適用

1592 条 1 号は、その明確な文言により、父子関係のみを規定しており、一定の男性を父とすることから、1592 条 1 号の直接適用は考えられない。この文言に反する解釈の余地はない。(Rz. 12)。

1592 条は、母と父との親子関係の設定 (Eltern - Kind - Zuordnung) を対象とする民法 1591 条以下の実親子の規定に含まれる。その限りで、法律は、子が男性の親と女性の親を有することを起点に、異性の二人の親を子に割り当てている。それに応じて、1592 条の規定は、その意味と目的により、同性の親子関係を規準としていない。立法者意思を同性婚導入から読み取ることもできない。(Rz. 13)

b) 1592 条類推適用

子 A の出生時点で X1 と X2 は、生活パートナーシップから転換して、

婚姻していた (Rz. 15)。しかし、1592 条 1 号を類推適用するため要件である、法の欠缺または事実関係の比較可能性⁽⁴²⁾が存在しない (Rz. 16)。

i) 法の欠缺

法律には、同性の婚姻当事者の共同親子関係 (Mit- Elternschaft) の問題について意図に反する規定の欠缺はない (Rz. 17)。

たしかに 立法機関は、同性婚の導入により、性的アイデンティティーに基づく同性生活パートナーと同性愛者への差別をすべての社会的領域において撤廃した。しかし、実子法において存在する区別を立法機関が誤って廃止し損ねたという結論になるのではない。(Rz. 18)

同性および異性のカップルの間の異なる法的扱いすべてを新規定が撤廃するのではなく、立法機関は法改正でも考慮した一定の領域を把握しようとしていた。これには、法体系によると婚姻の効果ではなく、血族関係法における独立した要件である実親子関係は含まれていない。

立法機関は実子法の改正を従来から意図的に断念していた。同性婚法可決の少し前の 2017 年 7 月 4 日に法務・消費者保護省のワーキンググループ (Arbeitskreis) が同性の親子関係を積極的に評価する報告書を提出したという時間的流れを考えると、同性婚の実親子関係法上の効果を規定することを全く忘れていたということはない。それに加えて、実子法の規定を同性婚導入法に適合させるための法律草案を緑の党が提出しているが、これは 1592 条 1 号の条文がまだ母の妻に拡大されておらず、1592 条 2 号をレズビアンカップルに類推する可能性がないという状況に対処するものであった。

ii) 事実関係の比較可能性

子の母と婚姻している夫の 1592 条 1 号に規定された親子関係と、2 人の女性の同性婚の間に類推適用に必要な比較可能性もない。(Rz. 21)

1592 条の要件は、子が生物学的血縁を有する男性を通常は法的父と把握するという判断基準と結びついている。婚姻による父子関係は、この法

的な親子関係の設定が通常は事実上の血縁関係を反映していることに基づく。法律の規定が基礎におく推定は、子の母と婚姻した女性について理由づけられない。むしろ、この女性は、1592 条 1 号の通常事例とは相違して、子の生物学的父とは違う人である。(Rz. 22)

2 人の女性の間の婚姻から生まれた子の実親子関係について立法機関が 1592 条 1 号の基礎にある衡量の結果を考慮したのかも不明である。母の妻との実親子関係の取消しの問題は、法律上定められた血族関係と遺伝的血族関係が分離していることから現行の 1599 条以下によっては答えられない。さらに、2 人の男性の婚姻当事者について、比較可能で、出生の際に存在する婚姻に基づく親子関係を基礎づけることができるか否か、またどのような方法によるのかを立法上明らかにする必要もある。最後に、どのような場合に民法 1600 条 d 第 4 項⁽⁴⁴⁾の適用事例ではないのかという、立法機関による回答が留保されており、現行の 1592 条の範囲内で問われていない問題がある。現行の規定とは異なり、生物学的父が、同性の女性の両親と子の間の法的関係からみて第三者として排除されるかもしれない。(Rz. 23)

c) コ・マザーを認めないことの違憲性

i) 家族基本権（基本法 6 条 1 項）

基本法 6 条 1 項の家族基本権は、その保護領域とは関係ないことから、侵害されていない。この憲法規範は、子が親と血縁関係にあるのか、嫡出か否かに関係なく、親と子の事実上の生活共同体および養育共同体としての家族を保護し、家族の共同生活と交流への権利を保障する。X2 を出生登録簿にその妻の子の共同親（Mit-Eltern）として登録すること（しないこと）は、婚姻当事者と子の家族関係には該当しない。出生登録簿は、特に子の法的な実親子関係に関する、認証機能を有するのみである。出生時に子の母と婚姻していた、または認知した男性が子の父であるという推定と子の実親子関係を結びつける 1592 条 1 号の法律規定も、それ自体が家族の権利に介入するものではない。(Rz. 25)

ii) 親の権利（基本法6条2項）と一般的人格権

同様に、基本法6条2項1文からの親の権利も侵害されていない。親の権利の担い手は、生物学的または法的親である。X2は、この意味における子の親の一方ではなく、この身分を得ることを求めているのであり、この基本権の保護には含まれない。妻が子に対して法的な親の地位を有しないことによって、子の母の親の権利が害されるのでもない。基本法1条1項の関連における2条1項によるX2とX1（子の母）の一般的人格権についても同様である。身分登録簿に親子関係が登録されないことは、その限りで何の効果ももたらさない。(Rz.27)

子の一般的人格権についても、実子法によって法的親として生物学的に血縁のない者を子の親とする憲法上の必要性は、この者がすでに親の責任を引き受ける状態にある場合であっても、生じない。むしろ、子は、自己の出自を知る法的可能性への憲法上保証された請求権を有している。それに基づいて、原則として相応する実子法での設定を達成することができる。このことは、本件の法的状況によると、生殖補助医療の場合にも、2018年7月1日からの民法1600条d第4項が民法施行法229条46の経過規定に基づき適用されないことから、保障されている。子を懐胎させた精子は、2017年7月17日精子の非配偶者間利用の場合における出自を知る権利の規定のための法律が2018年7月1日に施行される前に使用された。それと関係なくとも、現行法は、民法1741条2項3文により子の母の妻が縁組する可能性を認めている。(Rz. 27)

iii) 不平等扱い（基本法3条1項）

子の母の妻が、夫とは異なり、出生時点に存在する婚姻に基づいて法律により子の法的親とはならないことは、基本法3条1項の意味における不平等扱いではない。むしろ、立法者が夫が子の生物学的親であることを通常の事案と推定し、民法1592条1号の条文がこれに基づくのに対して、妻が子の生物学的親となることができない限りで、異なっている。この違いは、実親子法の範囲において依然として存在する同性と異性の婚姻当事

者と子の相違する扱いを正当化する。(Rz. 28)

本件 X2 のように子の母の妻は、少なくとも新たな規定が定められるまでは、法的な親の地位を得るために民法 1741 条 2 項 3 文による縁組を指し示されるにとどまる。この法的な方法で、子の権利を守ること、1747 条によってもこのような事案において婚姻当事者双方の他に必然的に存在する生物学的父の権利も守られる。(Rz. 29)

d) ヨーロッパ人権条約 8 条

ヨーロッパ人権条約 8 条による私的生活および家族生活の尊重への権利それ自体への侵害も、同条約 14 条の差別禁止の違反もない。妻が出産した子が第 2 の妻と血縁関係にあるという推定には、事実上の基礎を欠いている。それゆえ、同性の婚姻当事者は、出生時点での出生登録簿への登録に関して、異性の夫婦と著しい程度で比較可能な状況にはない。

3 凍結保存した胚の認知

「VIII 男性カップルと代理懐胎」「6 凍結保存されている胚の認知」(産大法学 49 巻 4 号 79 頁)で紹介したデュッセルドルフ上級州裁判所 2015 年 7 月 31 日決定では、アメリカでの代理懐胎により子をもうけた男性カップルが、その際に使用されずに凍結保存された残りの胚を、精子提供者である男性カップルの一方が認知できるかが問題となった。

胚の認知を認めなかった同決定に対して申立人は上告し、連邦通常裁判所 2016 年 8 月 24 日決定は上告を棄却した。そして連邦憲法裁判所 2017 年 1 月 11 日決定は上告不受理の判断を下した。連邦憲法裁判所 2017 年 1 月 11 日決定⁽⁴⁵⁾では、外国で凍結された胚の保護のために出生前の父子関係の身分または同様の身分の帰属が必要となることを上告人が示していないとして、上告不受理とした。

BGH2016 年 8 月 24 日決定⁽⁴⁶⁾は、カリフォルニア州にある生殖補助クリニックで凍結保存されている胚が問題となっている本件で、詳細な理由づけ(Rz. 11 ~ 27)については割愛するが、カリフォルニア法ではなく、ドイ

ツ法が適用されると判断した。

ドイツ法では、子の出生前の父子関係確認を予定していない (Rz. 28)。民法 1594 条 4 項は「認知は、子の出生前から許される。」と定めるが、その効力は、出生によって効力を生じる⁽⁴⁷⁾ (Rz. 29)。

また、民法 1600 条 d と家事事件手続法 169 条 1 号による裁判上の父性確認の請求に基づいて民法 1594 条 4 項を類推適用して、出生前の認知が可能となるのでもない。このことは、民法 1600 条 d に法の欠缺がないことから推論される。さらに、原審裁判所が述べたように、胎児のための保護 (Pflegeschaft) の規定 (民法 1912 条) も類推適用されない。同条の規定からは、出生前の父性確認について何も読み取ることはできない。(Rz. 30)

その他に、BGH2016 年決定は、凍結胚が、どの時点から、どの範囲で基本法上の保護を享受するのかという問題と、胚保護法による禁止を潜脱するために意図して外国に赴いた当事者が、外国にある胚の保護に役立つと推定される身分 (ein Status) をドイツ法により得ることをどの範囲まで援用できるのかという問題を、本件で判断する必要がある問題とした (Rz. 32)。

注

- (25) なお、性別を男性に変更したトランスセクシュアルが子を出産した事案に関するベルリン高等裁判所 (KG) 2014 年 10 月 30 日決定の上告審である連邦通常裁判所 (BGH) 2017 年 9 月 6 日決定について、日本の性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律 3 条 1 項 4 号の生殖不能要件を最二決平成 31 年 1 月 23 日が合憲したこととの関連で別稿、渡邊泰彦「性別の変更と親子関係——ドイツ連邦通常裁判所判例をもとに」国際公共政策 24 巻 1 号 (2019) 1 頁にて紹介している。
- (26) Diskussionsteilentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts.
- (27) Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der abstammungsrechtlichen Regelungen an das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung

für Personen gleichen Geschlechts . BT – Drucks. 19 / 2665.

- (28) FamRZ 2015, 943 = NZFam 2015, 187.
- (29) 民法施行法17条bは、2017年の同性婚の導入により生活パートナーシップ、同性の者の間の婚姻を対象とする規定となり、2019年の第3の性別（ディヴァース）の導入により現在では第3の性別を有する当事者を含む婚姻をも対象とする規定となっている。
- (30) 民法 1592 条 父子関係
「子の父は、次に掲げる男性である
1 出生時に子の母と婚姻していた者
2 父性を承認した者
3 第 1600 条 d 又は家事事件非訟事件手続法第 182 条 1 項によりその父子関係が裁判上確定された者」
- (31) 生活パートナーシップにおける連れ子養子の規定は 2005 年から、一方の養子と他方との縁組の規定は 2013 年から施行されている。
- (32) 連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決 BVerfG 133, 59.
- (33) BGHZ 220, 58 = NJW 2019, 153 = FamRZ 2019, 1919.
- (34) 民法 1591 条 母子関係
「子の母は、子を出産した女性である。」
- (35) FamRZ 2018, 1165 = NZFam 2018, 759.
- (36) 連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決 (BVerfGE133, 59) Rz. 58. 渡邊泰彦「同性の両親と子（その1）」産大法学 47 卷 3・4 号（2014）290 頁、314 頁を参照。
- (37) 憲法裁判所判例が考える基本法 6 条 2 項により保護される親については、渡邊・前掲 315 頁を参照。
- (38) 基本法 6 条 1 項の家族基本権の性質については、連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決 Rz. 67 で述べられている。渡邊・前掲 316 頁を参照。
- (39) BVerfG FamRZ 2003, 816, 818; vgl. auch BVerfG FamRZ 2013, 521, 524
- (40) 連邦憲法裁判所の見解について本稿では要約しているが、原文では渡邊・前掲 316 頁の Rn. 68 に該当する部分が、そのまま引用されている。
- (41) 本決定では、縁組への生物学的父の同意権（民法 1747 条 1 項 2 文）を民法 1600 条 2 項 1 文の要件を満たすときには精子提供者も有するという BGH2015 年 2 月 18 日決定、父が縁組手続に参加しうること（家事事件手続法 188 条 1 項 1 号 b）を指摘する。他方で、明白な事実に基づいて生物学的父の不参加が疑いない場合には、家庭裁判所による父への通知が不要であり（バンベルク上級州裁判所 2017 年 4 月 26 日決定）、子の父という法的地位を占めるという基本法上保護される利益を最初から放棄していた場合も同様であること（BGH2015 年 2 月 18 日決定）を指摘する。

- (42) 判断される事実関係が法的観点において、立法者が定めた要件と、援用される法律規定を公布した際と同じ原則から立法者が導かれるであろう利益衡量と同じ衡量の結果に至ることが推定できるほどに比較可能でなければならぬというのが、確定判例である
- (43) BT-Drucks. 18/6665 S. 1; vgl. auch BR-Drucks. 274/15
- (44) 民法 1600 条 d 父子関係の裁判上の確認
4 項「精子提供者から精子提供登録法第 2 条第 1 項の意味における精液採取施設に委ねられた提供精子を使用して臓器・組織移植法第 1 条 a 第 9 号の意味における医療供給施設において生殖補助医療により子を懐胎したときは、精子提供者をこの子の父と確認することはできない。」
- (45) NJW 2017, 948 = FamRZ 2017, 446.
- (46) NJW 2016, 3174 = FamRZ 2016, 1849.
- (47) 例えば、出生前に男性が子を認知しても、子の出生前に母が他の男性と婚姻すると、父子関係は民法 1592 条により夫との間で発生する。