

ドイツ実子法改正の動向

—— ワーキンググループ実子法から討議部分草案まで ——

渡 邊 泰 彦

はじめに

- 1 日本における実子法改正の状況
- 2 ドイツにおける実子法改正の状況
- 3 本稿の構成
- I ワーキンググループ実子法の設置から討議部分草案まで
- II 現行の実子法への評価
- III 基本的概念
 - 1 実子法
 - 2 親概念
- IV 基本的原則
 - 1 ワーキンググループ実子法の基本原則
 - 2 主要な提言
 - 3 中心的テーゼ
 - 4 討議部分草案における基本原則
- V 改正の大枠
- VI 母子関係
 - 1 分娩者＝母ルール
 - 2 卵子提供・胚提供
 - 3 生母以外との母子関係の否定
 - 4 母子関係取消しの否定
 - 5 代理懐胎における母子関係
- VII 父子関係とコマザー関係
 - 1 討議部分草案における規定の構造
 - 2 父子関係の設定
 - 3 女性カップルと親子関係
 - 4 コマザー関係の設定
- VIII 婚姻に基づく親子関係
 - 1 婚姻に基づく父子関係
 - 2 婚姻に基づくコマザー関係
 - 3 三者間表示
 - (1) 現行法

- (2) 最終報告書による提言
- (3) 討議部分草案

IX 任意認知

- 1 父子関係の認知
- 2 コマザー関係の認知
- 3 認知の要件
- 4 被認知能力
- 5 認知能力
- 6 認知への同意
 - (1) 母の同意
 - (2) 子の同意
- 7 認知および同意の様式と撤回
- 8 濫用的認知
- 9 認知の効果、認知などの無効

X 裁判上の確認

- 1 生物学的関係に基づく父子関係の確認
- 2 人工生殖による親子関係の確認
 - (1) 人工生殖と親子関係
 - (2) 同意の位置づけ
 - (3) 草案 1598 条 c の趣旨
 - (4) 対象となる当事者
 - (5) 精子提供者
 - (6) 人工生殖への同意
 - (7) 文書による表示
 - (8) 撤回
- 3 効果

XI 父子関係・コマザー関係の取消し

- 1 取消権者
- 2 取消理由
 - (1) 概説
 - (2) 父、母、コマザーによる取消し
 - (3) 子による取消し
 - (4) 推定される生物学的父による取消し
 - (5) 意図する父または意図するコマザーによる取消し
- 3 社会的家族的関係の存在
 - (1) 原則
 - (2) 社会的家族的関係の存在
 - (3) 例外
 - (4) 遺伝上の親と法的親の競合

- 4 人工生殖の場合における取消権の排除
 - (1) 父、コマザーまたは母の取消権の排除
 - (2) 子の取消し
 - (3) 最終報告書
 - 5 認知後の取消しの排除
 - (1) 虚偽認知による父
 - (2) 虚偽認知によるコマザー
 - (3) 虚偽認知に同意した母
 - 6 取消権者の行為能力
 - 7 取消期間
 - (1) 子以外の取消権者の取消期間
 - (2) 子の取消期間
 - (3) 起算点
 - 8 取消手続における父子関係の推定
 - 9 面会交流と情報提供請求権
 - XII 生物学的血縁関係の解明
 - 1 概説
 - 2 請求権者・請求相手方
 - (1) 1号から3号まで
 - (2) 4号
 - (3) 5号
 - (4) 6号
 - 3 年齢制限、期間制限、失権
 - 4 子の保護のための手続停止
 - 5 鑑定結果の閲覧など
 - XIII 別型の性別アイデンティティー
 - XIV 多数親子関係
- おわりに

はじめに

1 日本における実子法改正の状況

民法第4編第3章第1節772条以下の実子に関する規定（実子法）は、明治31年（1898年）7月に施行された明治民法から基本的構造は変わっていない。子が親から生まれるという生物学的な事実が変わらない限り、実子法に大きな変更は必要ないともいえる。法曹は、シンプルで、耐久性

のある明治時代からの道具を、必要に応じて修理しながら使っている職人と考えることもできる。明治民法の施行と同時期にディーゼルエンジンが發明された（1895年）ことを考えると、古いから使えないとも言えない。それでも、職人技にも限界はあり、時代の変化に応じた改善が必要となり、場合によっては新しい枠組みにとって代わらなければならない状況は生じる。

実子法における大きな変化が人工生殖の発展であることに異論はないだろう。人工授精の歴史自体は新しくなく、明治時代には日本に入ってきているとされるが、非配偶者間人工授精（AID）は1948年に慶應義塾大学で試みられたのが最初であるとされてきた⁽¹⁾。生殖補助医療が社会的に認知され、広がるなか、法的父子関係は、従来からの民法の枠組みによって対処されてきた。まず、夫の精子を用いた生殖補助医療では被実施者と子の遺伝上の父子関係と法的父子関係が一致するため問題は生じない。提供精子を用いた人工授精の場合には、日本産婦人科学会の見解により被実施者を法的に婚姻している夫婦とすることから、法的父子関係の発生を嫡出推定の規定に委ねることができた。それでも、精子提供型人工授精の事案で血縁関係の不存在を理由とする父からの嫡出否認を防ぐ方法を法律では予定していない。子を真摯に望んで提供精子による人工授精を実施した夫婦が父子関係を否定はしないという性善説的な期待のもと、1年という短い出訴期間によって否認権の行使を実際に制限することで対処してきたのだろう。

生殖補助医療に関連する実子法の改正は、すでに平成13年（2001年）4月24日から開催された「法制審議会——生殖補助医療関連親子法制部会」によって検討された。その動きと連動して民法学会においても議論が盛んとなり、日本私法学会は2002年にシンポジウム「生命科学の発展と私法——生命倫理法案——」を開催した⁽²⁾。しかし、平成15年（2003

(1) 日本における最初のAIDについては、由井秀樹「日本初の人工授精成功例に関する歴史的検討——医師の言説を中心に——」Core Ethics Vol. 8 (2012) 423頁を参照。

(2) 「生命科学の発展と私法」私法65号（2003）3頁。

年)に法制審議会の生殖補助医療関連親子法制部会が「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案」を取りまとめて、パブリックコメントの募集まで行われたにもかかわらず⁽³⁾、平成15(2003年)年9月16日開催の第19回会議を最後に議事の公開はなく、活動は止まっている。

2004年には、日本人夫婦の依頼によりアメリカで行われた代理懐胎により子を出産したことが依頼者夫婦により公表され、その子の出生届をめぐる訴訟が始まり、最高裁平成19年3月23日決定(民集61巻2号619頁)は、依頼者と子の母子関係を認めなかった。

その後も、家族法改正の一部として実子法の改正提案がなされていった。2009年には民法改正委員会家族法作業部会の共同研究をもとに私法学会でシンポジウム「家族法改正」が開催され⁽⁴⁾、2016年には家族法改正研究会は日本家族〈社会と法〉学会でシンポジウム「家族法改正——その課題と立法提案」を開催した⁽⁵⁾。

近年では、提供精子による生殖補助医療をめぐる、生まれた子どもが後にその事実を知った場合の自己の出自を知る権利が問題となっている。また、海外の精子バンクの日本への進出により、あるいは個人の精子提供サイトを通じて精子提供が行われることにより、法律上の婚姻関係にない女性という日本産婦人科学会の見解では対象とならない者が私的に人工授精を実施することも可能となっている。

令和元年(2019年)6月20日に開催された法制審議会184回会議において「民法(親子法制)部会」が設置され、懲戒権(民法822条)に関する規定の見直しとともに、嫡出推定制度に関する規定の見直しを検討されている。これに先行して、「嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会」(座長・大村敦志)が平成30年(2018年)10月から令

(3) 法務省ホームページ[URL] http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00071.html

(4) 「家族法改正」私法72号(2010)3頁。その後の検討を加えて、中田裕康編『家族法改正——婚姻・親子関係を中心に』有斐閣(2010)としてまとめられている。

(5) 家族〈社会と法〉vol.33(2017)。

和元年7月まで開催され、「嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会報告書」を作成し、比較法研究の成果としては大村敦志監修「各国の親子法制（養子・嫡出推定）に関する調査研究」（商事法務）が平成30年（2018年）12月にまとめられている。

2 ドイツにおける実子法改正の状況

ドイツにおいては、1997年制定、1998年施行の親子法改正法（Kindschaftsrechtsreformgesetz（KindRG）⁽⁶⁾）により、代理懐胎を禁止するという前提で母を定義する規定が設けられ、認知、父子関係の取消しの規定が大きく変わった。しかし、父子関係における精子提供者の扱いについては精子提供に関する法律がないことから定められなかった。

その後も実子法に関する規定の改正は続けられている。例えば、2002年4月9日「子の権利のさらなる改善に関する法律」（BGBl. I 1239）により、第三者の提供精子を使用した人工授精に同意した男性が父子関係を取り消せないことが規定された（旧1600条2項）。2004年4月23日「父子関係の取消し、子の関係者の面会交流に関わる条文の改正、事前配慮処分の登記及び職業世話人の報酬の書式の導入に関する法律」（BGBl. I 598）により、父子関係の取消しについて改正された。2008年3月13日「父子関係の取消権の補足に関する法律」（BGBl. I 313）により社会的家族的関係が存在する場合の父子関係取消の制限が導入され（1600条）、同年3月26日「取消手続から独立した父子関係解明に関する法律」（BGBl. 441）により自己の出自を知る権利が明確にされ、同年12月17日「家事事件および非訟事件手続の改正に関する法律」（BGBl. I 2586）にともない父子関

(6) BGBl. I 2942. 親子法改正法については、岩志和一郎「ドイツ『親子関係法改正法』草案の背景と概要」早稲田法学72巻4号（1997）37頁、床谷文雄「ドイツ家族法立法の現状と展望（一）」阪大法学44巻2・3合併号（1995）394頁、「同（二）」同46巻6号（1997）866頁、「同（三）」同47巻2号（1997）302頁、「同（四）」同48巻1号以下、渡邊泰彦「ドイツ親子法改正の政府草案について（一）」同志社法学49巻1号（1997）37頁以下、「同（二）」同49巻2号（1998）267頁、ライナー・フランク（松嶋真澄訳）「ドイツ親子法改正の最近の展開」家族〈社会と法〉13号（1997）1頁以下を参照。

係取消しでの家庭裁判所の管轄に関する旧 1600 条 e が削除された。2013 年 7 月 4 日「生物学的であるが、法的ではない父の権利の強化に関する法律」(BGBl. I 2176) により、生物学的父であるが法的父ではない者の面会交流と情報提供請求権 (1686 条 a) が導入された。

そして、2015 年 2 月には、連邦法務・消費者保護省により設けられたワーキンググループ実子法が実子法の改正提案を行う最終報告書を 2017 年 7 月に提出した。この提案を基礎にして、2019 年 3 月 13 日に連邦法務・消費者保護省は、討議部分草案 (Diskussionsteilentwurf) 「実子法改正法案」(Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts⁽⁷⁾) を公表し、実子法の大きな改正を提案している。

実子法における法改正と判例の発展とは別に、討議部分草案に至る過程を明らかにするには、補助線が必要である。それは、2001 年の生活パートナーシップ法導入から 2017 年の同性婚導入に至る、同性カップルの法的保護の流れである⁽⁸⁾。同性カップルが子と家族を形成する方法として、縁組のほかに、女性カップルではその一方が第三者からの精子提供により子を出産する方法、男性カップルでは代理懐胎により子をもうける方法がある。前者の女性カップルについては、2014 年にオランダでデュオマザーが導入され同性カップルが法的にも親となることができるようになった。ドイツは 2017 年に同性婚を導入したが、親子法の規定を準用しなかったため、実子法・養子法 (共同縁組) における異性の婚姻当事者と女性の婚姻当事者の間の平等扱いが問題となった。

連邦議会では、緑の党/連合 90 は 2018 年 6 月 12 日に「同性の人のため

(7) Diskussionsteilentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts. 以下、Diskussionsteilentwurf と略する。

(8) 「同性の両親と子 —— ドイツ、オーストリア、スイスの状況 —— (その 1) ~ (その 6)」(未完) 産大法学 47 巻 3・4 号合併号 (2014) 290 頁、48 巻 1・2 号合併号 (2015) 217 頁、49 巻 1・2 号 (2015) 94 頁、49 巻 4 号 (2015) 1 頁、51 巻 2 号 (2017) 63 頁、53 巻 3・4 号 (2020) 229 頁を参照。世界的な動向については、渡邊泰彦・大島梨沙・田巻帝子・鈴木伸智・マルセロ・デ・アウカンタラ・梅澤彩「ミニシンポジウム 同性カップルと家族形成」比較法研究 79 号 (2018) 164 頁を参照。

の婚姻締結の権利の導入に関する法律への実子法規定の適合に関する法⁽⁹⁾案」を提出し、同法案について2019年3月18日に連邦議会法務委員会は公聴会を開催した。

3 本稿の構成

本稿では、ドイツでの実子法改正の動向を明らかにするために、ワーキンググループ実子法による最終報告書と連邦法務省による討議部分草案について両者を対比して紹介していく。討議部分草案は最終報告書の内容をもとに改正が必要な部分について新たな実子法の規定を提案するものであり、必ずしも実子法全体について説明はしていない。むしろ、実子法の全体像については、最終報告書の内容を参考にすることで、討議部分草案の内容、規定の位置づけをよりよく理解することができる。

そのために、本稿では、実子法改正の原則的な考え方について、より詳細に述べているワーキンググループ実子法の最終報告書の総説部分を紹介し、連邦法務省による討議部分草案の方向性を概観する。そのうえで、個別の規定を、討議部分草案の構成に従って紹介する。その際に、討議部分草案による各規定の内容を、現行法から変更がない部分も含めて説明し、変更される部分に関して討議部分草案による理由を示す。そして、規定内容に対応する最終報告書のテーゼを示し、その解説を必要な範囲で加える。討議部分草案が改正を予定しないが、最終報告書では検討されたテーマに関しては、条文内容の概説に続けて、最終報告書のテーゼと解説を紹介する。すでに「精子提供者登録簿の調製に関する、及び精子の非当事者間使用後の精子提供者に関わる情報提供に関する法律」(精子提供者登録法(Samenspenderegistergesetz-SaRegG)として立法され⁽¹¹⁾、討議部分草案

(9) 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.

(10) 討議部分草案では、血族関係について定義する1598条の改正も含んでいるが、内容が大きく変わるのではなく、本稿のテーマに直接には関連しないことから、割愛する。

(11) 精子提供者登録法については、泉真樹子「ドイツにおける生殖補助医療と出自を知る権

の対象となっていない精子提供者登録簿に関する最終報告書の内容は割愛している。

討議部分草案の規定、現行法の規定、最終報告書のテーゼの対応関係は、別稿で整理しているので参照してもらいたい⁽¹²⁾。

I ワーキンググループ実子法の設置から討議部分草案まで

ドイツの親子法では、1998年7月1日に親子法改正法（Kindschaftsrechtsreformgesetz）による改正後も、家族構成の多様化と生殖補助医療の可能性から、次の問題が生じていた⁽¹³⁾。

- ・ 法的親子関係設定にとって、遺伝上の親子関係は、社会的親子関係の枠内で親の責任の事実上の引き受けは、また親の責任を引き受ける希望は、どのような役割を果たすのか？
- ・ 法的父子関係をめぐる遺伝上の父と社会的父の競合をどのように解消するのか？
- ・ 同性の親子関係について特別の規定を設けるべきか？
- ・ 例えば卵子提供または代理懐胎というドイツで禁じられている人工生殖の方法を外国で行うことが求められていることに実子法は応えるべきか、これを肯定する場合にはどのようにして？
- ・ 生殖補助医療技術の発展により（例えば法的—社会的父子関係と遺伝上の父子関係の乖離、分娩した母と遺伝上の母の乖離という）「乖離した（gespaltene）」親子関係は実子法にとってどのような意味を有するのか？ 「多数の」親子関係（2人を超える人による家族設定）を可能

ㄨ 利 —— 精子提供者登録制度と血縁関係に関する立法 ——」外国の立法 277（2018）33 頁を参照。

(12) 渡邊泰彦「ドイツ実子法改正討議部分草案条文対象表」産大法学 54 巻 2 号（2020）。

(13) Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) (Hrsg.), Arbeitskreis Abstammungsrecht-Abschlussbericht, Bundesanzeiger Verlag (2017), S.17. 以下、Abschlussbericht と略する。同書は、連邦法務・消費者保護省のホームページ (<https://www.bmjv.de>) からダウンロードすることもできる。

とすべきか？

2015年2月にハイコ・マース連邦法務・消費者保護大臣（当時）は、実子法（Abstammungsrecht）改正が必要かを調査し、改正提案を行うことを目的に、以下のメンバーによるワーキンググループ（Arbeitskreis）を設置した。

Dr. Meo-Micaela Hahne, ワーキンググループ実子法委員長、元連邦通常裁判所第7部家族法管轄首席裁判官

Prof. Dr. Dr. h.c. Dagmar Coester-Waltjen, ドイツ法、ヨーロッパ法、国際私法・訴訟法 ゲッチンゲン大学名誉教授、2016年よりドイツ倫理委員会（Deutschen Ethikrat）委員

Prof. Dr. Rüdiger Ernst, ベルリン高等裁判所首席裁判官

Prof. Dr. Tobias Helms, 民法、国際私法、比較法 マールブルク大学教授

Prof. Dr. Matthias Jestaedt, 公法、法理論 フライブルク大学教授、

Dr. Heinz Kindler, 社団法人ドイツ少年研究所（Deutschen Jugendinstitut e. V.）「家族および家族政策部門」心理学ディプロム

Dr. Thomas Meysen, ドイツ少年援助・家族法研究所専門部局長

Prof. Dr. Ute Sacksofsky, 公法、比較法 フランクフルト大学教授、

Prof. Dr. Eva Schumann, ドイツ法制史、民法 ゲッチンゲン大学教授

Wolfgang Schwackenberg, ドイツ弁護士会家族法委員会委員長、弁護士、公証人

Prof. Dr. Christiane Woopen, 倫理学、医学理論 ケルン大学教授、2016年4月までドイツ倫理委員会委員長

ワーキンググループは、2015年2月から2017年4月にかけて10回の会議を行い、過半数の賛成を得た91のテーゼをまとめた最終報告書（Abschlussbericht）を2017年7月4日に提出した。

最終報告書は、第1部：総論、第2部：ワーキンググループの基本的な結論、第3部：ワーキンググループの提案と理由、第4部：ワーキンググループのテーゼ（概要）から構成され、付録として用語の定義と各委員による2頁程度の個別意見が付されている。ワーキンググループ全体で一致

した、または大多数が支持した内容がテーゼとしてまとめられ、反対が多数を占めた案はテーゼの理由の中で触れられている。

ワーキンググループの中心的なテーマの1つは、提供精子を使用した生殖補助医療における法的親子関係であった。そして、最終報告書では、法的母子関係（代理懐胎の事案を含む）、父子関係、女性カップルにおけるコマザー関係、自己の出自を知る権利に関する提案が多くを占める。その他に、胚提供の事案における法的親子関係、トランスセクシュアルとインターセクシュアルの親子関係、3人以上の多数親の問題も対象となった。これに対して、現時点でドイツでは認められていない代理懐胎、胚提供という生殖補助医療を将来的にドイツで認めるべきかという問題は、ワーキンググループの検討対象とはされていない⁽¹⁴⁾。

最終報告書の提出後、2018年9月1日に緑の党は連邦議会において小質問 (kleine Anfrage) で、2人の女性の同性婚で生まれた子が最初から2人の法的親による保護を得ることを連邦政府は計画しているのか、ワーキンググループ実子法の提言に従った法律規定を定めることを計画しているのかを質問した⁽¹⁵⁾。これに対して、連邦政府は、2018年10月10日に連邦議会において、連邦法務・消費者保護省が討議部分草案の作成作業を始めたこと、ワーキンググループ実子法の提言に従うかについては連邦政府の意見形成がまだ行われていないため答えられないと回答した⁽¹⁶⁾。

2019年3月13日に、連邦法務・消費者保護省は、討議部分草案を公表した。討議部分草案は、ワーキンググループ実子法の最終報告書を基礎とするが、最終報告書の内容をすべてそのまま条文化したのではない。一部では、最終報告書の提案を採用せずに、新しい案を提示している。

(14) Abschlussbericht, S. 13.

(15) BT-Drucks. 19 / 4433, S. 2 f.

(16) BT-Drucks. 19 / 4892, S. 3.

II 現行の実子法への評価

討議部分草案と最終報告は、改正提案の前提として、次のように現行法を評価している。

民法典起草者が第4編親族編の条文を起草する際に想定していた、遺伝上、法的小よび社会的親子関係が一致する伝統的な家族像は、1998年の親子法改正以降も実子法を特徴付けている⁽¹⁷⁾。しかし、新たな家族構成と生殖補助医療の発展が実子法の改正を必要としている⁽¹⁸⁾。現行法は、今日の実際の家族構成を十分に反映しておらず、子と親の利益に対応できていない場面もある。

まず、生殖補助医療の発達により、卵子提供や胚提供により子を出産した女性が子と遺伝上の血縁関係を有しない家族、または第三者の提供精子を使用した人工生殖により懐胎された子では2人目の親が誰であるのか⁽¹⁹⁾が問題となる家族が生じていることを指摘する。自然懐胎の場合でも、婚姻している女性が離婚申立前に新たなパートナーと子をもうけた場合に現行法では満足のいく解決が用意されていない。または遺伝上の父ではないが法的父である者も、遺伝上の父とともに子と親密な関係を有しており、双方とも法的親の地位を巡って争っている場合にも、満足のいく解決は得られない。

さらに、民法1591条、1592条が前提とする父・母・子の家族像に2人の母または2人の父の余地はないことから、2人の同性の者が親の役割を引き受ける家族に、実子法を対応させねばならない。すでに同性婚導入前から、ワーキンググループは、同性カップルにおいて生まれた子は今日ではまれではないと指摘していた⁽²⁰⁾。2017年にドイツで同性婚を導入する法律が施行されたが、婚姻を認めるのみで、実子法の規定は対象外であった。

(17) Diskussionsteilentwurf, S. 1.

(18) Abschlussbericht, S. 23, Diskussionsteilentwurf, S. 1 und 16.

(19) Diskussionsteilentwurf, S. 1 und 16.

(20) Abschlussbericht, S. 23.

また、連邦通常裁判所の判例は、婚姻による父子関係の規定を母の女性配偶者に類推適用することを否定している（連邦通常裁判所 2018 年 10 月 10 日決定⁽²¹⁾）。

III 基本的概念

1 実子法

精子提供を使用した人工生殖も実子法の対象となることから、血縁関係を意味する“Abstammung”という語を用いる「実子法（Abstammungsrecht）」という概念は、遺伝上の血縁関係にある人が対象となると連想させることから妥当ではないと、ワーキンググループは指摘する。そして、これまでの“Abstammungsrecht”という概念に代えて「法的親子関係設定（rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung）」という概念を使用することを提案した⁽²²⁾。この概念において遺伝上の血縁関係（Abstammung）は、法的親子関係設定において中心的なものとはいえ、原則の一つに過ぎないことになる。

これに対して、討議部分草案は、この提案を反映させてはならず、親族編第 2 章第 2 節の見出しは「実子（Abstammung）」のみである。設定（Zuordnung）という文言を条文には用いてはいない。

2 親概念

また、ワーキンググループでは、親（Eltern）、父（Vater）、母（Mutter）が日常用語と法律用語では意味が異なることから、親の概念を次の 4 種類に分類する⁽²³⁾。

(21) BGHZ 220, 58=NJW 2019, 153=FamRZ 2019, 1919. 同決定については、渡邊泰彦「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）」産大法学 53 巻 3・4 号（2020）229 頁、249 頁以下を参照。

(22) Abschlussbericht, S. 19.

(23) Abschlussbericht, S. 21 f.

1 つめが、「法的親 (rechtliche Eltern)」である。法的親は、法律に基づいて、または裁判上の判断により子と法的に親子関係が設定される者である。

2 つめが、遺伝上の親 (genetische Eltern) である。遺伝上の (genetisch) 親のほか、生物学的 (biologisch) 親、実 (leiblich) 親という概念で表されることがある。この3つは、父については同じ意味で用いられている。しかし、生物学的母と実母 (leibliche Mutter) は子を分娩した女性であるが、遺伝上の血縁関係を基礎づける卵子が彼女のものである必要はない。自然懐胎では3つは一致するが、卵子提供・胚提供・代理懐胎では遺伝上の母は分離する。そこで、ワーキンググループは、「遺伝上の父 (genetischer Vater)」、「遺伝上の母 (genetische Mutter)」、「生母 (Geburtsmutter)」の概念を用いる。

討議部分草案では、推定される生物学的父 (mutmaßlich leiblicher Vater) という概念を、母と受胎期間中に同衾したことについて宣誓に代わる保証をした者に用いている (草案 1600 条 1 項 2 号)。「遺伝上の」という文言を、自己の出自を知る権利との関連で、遺伝上のみの母という概念の他に、DNA 鑑定 (eine genetische Abstammungsuntersuchung) および遺伝子検体 (genetische Probe) という医学的専門用語に用いている (草案 1600 条 g)。

3 つめが社会的親 (soziale Eltern) である。子と確立した社会的家族的関係 (eine verfestigte sozial- familiäre Beziehung) を有しており、実際に責任を負うことで子の配慮を担っている者である。子の法的親であるか、生物学的親であるかはここでは関係がない。

討議部分草案の条文では、社会的家族的関係という用語が現行法 (1600 条 3 項) と同様に用いられるが (草案 1600 条 a)、社会的親という概念は用いられていない。

4 つめが、意図する親 (intendierte Eltern) である。生殖補助医療を利用した子の懐胎に同意し、将来には遺伝上の出自に関係なく親の責任を子に対して保障することを望む者、親の役割の果たすことを意図する親であ

る。英語の“intended parents”を直訳している⁽²⁴⁾。討議部分草案でも、この概念が採用されている（草案1600条1項3号）。

IV 基本的原則

1 ワーキンググループ実子法の基本原則

ワーキング・グループは、法的親子関係設定（rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung）の指導原理（Leitprinzipien）として、I 法的明晰性、法的安定性、信頼性、II 第一次の設定と第二次の設定の区別、III 遺伝上の血縁関係と生物学的血縁関係、IV 法的親子関係への意思：親の責任の引受けの表示または親の責任の放棄、V 原因者原則（Verursacherprinzip）、VI 事実上の責任引受け—社会的親子関係、VII 反差別原則、VIII 子の福祉およびその他の当事者の利益、IX 2人の親の原則への適応、X 子の自己⁽²⁵⁾の出自を知る権利の保障の10点をあげる。

I 法的明晰性、法的安定性、信頼性

法的明晰性（Rechtsklarheit）とは、早い時点で身分関係の効果を把握することができるために、できる限り子の出生時にまたは直後に（第二段階での事後の修正は留保して）明確かつ迅速に子に一定の法的親との関係が設定されることである。法的親子関係の設定による身分は、親の配慮、扶養、法定相続権、国籍など私法上・公法上の多くの法律効果と結びついていることから、法的明晰性が求められる。

次に、身分関係は、それが親と子の内部関係においても外部関係においても確定し、原則として継続することから、法的安定性（Rechtsicherheit）に資する。

そして、法的親子関係の設定は、親と子に対して信頼性（Verlässlich-

(24) ドイツでは希望親（Wunscheltern）、依頼親（Bestelleltern）という用語が用いられているが、ワーキンググループが避けたいと考えるニュアンスが含まれるため、新たな概念を用いている。

(25) Abschlussbericht, S. 23 ff.

keit) を与えるべきである。誰が親の責任を担い、そこから何が生じるのか(例、子がどの国籍を有するのか)は、とりわけ未成年の子の発育にとって根本的な問題であり、成人にも、その潜在的な子孫にとっても重要な意義を有する。信頼性には、例えば、法律により母の夫が妻が生んだ子の父となるというように、社会一般で承認される期待を法律の規定が考慮することも含まれる。

II 第一次的設定と第二次的設定の区別

第一次的設定とは、誰が出生によって、または出生直後に法律によって親となるのか(例えば生母、生母の夫、その他)という問題である。第二次的設定は、例えば親子関係の取消しによる第一次的設定を修正する可能性である。この2つの区別は、現行法においても法的親子関係の設定の原則であり、将来においてもその中心となる。

法的安定性と信頼性の原則から、第一次的設定は、ほぼ全ての事案において修正が必要ないように形成されるべきである。もっとも、夫婦が子の懐胎の時点ですでに別居生活しており、夫が子の生物学的父ではない場合のように、推定、または第一次的設定が基づく仮定が妥当しない場合には、第一次的設定を修正できなければならない。

ワーキンググループでは、第一次的設定をより矛盾なく形成する可能性を探り、第一次段階での親子関係の設定が正確であって、第二次段階での修正ができる限り不要となるよう努めていた。

III 遺伝上の血縁関係と生物学的血縁関係、

法的親子割当が遺伝上の血縁関係に対応していることは、通常は、当事者、とりわけ子の利益に相応する。母子関係では、遺伝上の血縁関係とともに、誰が妊娠し、出産したかという「生物学的 (biologisch)」設定基準を考慮しなければならない。

法的親子関係設定において遺伝上の血縁関係が他の設定原則とどのような関係にあるのかは、あらかじめ定まてはいない。例えば、連邦憲法裁判所 2003 年 4 月 9 日決定 (BVerfGE 108, 82) は、生物学的親子関係と社会的親子関係が乖離している場合に、「基本法規範は、親子関係を定める

べき双方のメルクマールのどちらに優先を認められるかについて硬直的な判断をあらかじめ定めてはおらず、その限りで生物学的親子関係と社会的親子関係の間の優劣関係は定まっていない。むしろ、立法者は、子が誰と親子関係を有するのかの判断の際に双方の利益を考慮して、衡量しなければならない。その際に、立法者は、血縁関係とともに、法的小よび社会的要件にも意義を認めることができる⁽²⁶⁾」と述べる。

以前から法律が自然懐胎の場合に例外なく遺伝上の血縁関係に合わせていたのではなく、現行法も推定と社会的事実（例えば婚姻、父子関係の認知）によって機能している。例えば、取消しの期間制限および排除による身分原則（Statusprinzip）の観点、存在する社会的家族的関係の保護（遺伝上の父の取消しの制限）の観点から、遺伝上の血縁関係と法的実親子を一致させる修正を制限している。

一方で、遺伝上の血縁関係は、遺伝子診断により迅速に低価格でほぼ100%の蓋然性をもって確認しうる点で、信頼できる判断基準である。他方で、親として考慮しうる者全員が遺伝上の血縁関係と異なる親子関係設定を望んでいる場合（後記Ⅳ）、または遺伝上の親以外の者も子の誕生に本質的に寄与していた場合（後記Ⅴ）に、遺伝上の血縁関係にどのような意義が与えられるのかが問題となる。この問題は、精子、卵子または胚を提供する生殖補助医療の事案において生じる。

Ⅳ 法的親子関係への意思：親の責任の引受けの表示または親の責任の放棄

親子関係への意思、意欲的要素（voluntative Elemente）は、父子関係の任意認知のように現行法を構成するものであり、非婚の関係の増加と、生殖補助医療における親子関係設定の観点から重要となっている。

親子関係への意思が従来よりも重視される前提として、責任を引き受けると親が公言している場合に通常は子の良い発育への条件が最善となるという考えがある。その際に、他の原則と抵触することもある。また、意思が変化を免れないことから、当事者の意思に基づく親子関係設定が、生涯

(26) BVerfGE108, 82, 106 (Rz. 71).

にわたる設定を目指した身分原則 (Statusprinzip) に一致するものであるのか、遺伝上の血縁関係からの乖離が社会の受容 (Akzeptanz) に反しないのが問題となる。それにともない、意思表示の前に説明を受けることの必要性、文書様式、瑕疵ある意思表示の扱いが問題となる。

V 原因者原則

誰が子の誕生に本質的に寄与したのか、この意味において誰が子の存在の原因を生じさせたのか (verursachen)、それにより誰が子に対して親の責任を負うべきなのかという問題である。自然生殖の場合には、当事者が懐胎を意図していなかった場合であっても親子関係が設定される。生殖補助医療の場合には、子の誕生の本質的な条件を提供精子の使用への同意に見いだすことができ、同意は遺伝上の血縁関係とは関係なしに法的親子関係設定の基準となり得る。女性が遺伝上の血縁関係のない子を妊娠することも、妊娠中に生じる社会生物学的結びつき (sozio-biologische Verbindung) とともに、本質的な寄与と理解される。

VI 事実上の責任引受け—社会的親子関係

これまで長期間にわたって実際に責任を果たしてきたのかも、法的親子関係設定について重要となり得る。

もっとも、子は出生時に生母以外の潜在的な親と社会的家族的関係を有していないことから、社会的親子関係は、法的親子関係の第一次の設定における適切な基準とはならない。その代わりに、一定の親子関係設定の要件について、配偶者と子の親子関係設定または認知の場合に親子関係が生じる典型的な場面と推定することができる。

第二次的設定において社会的親子関係は、例えば遺伝上の父が社会的父の法的親子関係を取り消すことができるかという、第二次段階における修正が可能かという問題にかかわる。その限りで、法的親子関係を維持する防御機能を有しており、様々な利益の衡量に含めることができる。

VII 反差別原則

当事者である子が差別されないために、婚姻している親と婚姻していない親、異性のカップルと同性カップルが様々な生殖方法の観点において親

子関係設定の際に法的に異なって扱われることに実質的理由が存在するか否かという問題である。ワーキンググループは、その点でも調和した全体構想を發展させることを目的とした。

VIII 子の福祉およびその他の当事者の利益

法的親子関係設定によって誰が子に対する包括的な責任を負うのかが定まることから、子の利益（とりわけ未成年の子の利益）と、親と考えられる者の利益を考慮した規定によって法的親子関係は生じなければならない。

現行の実子法では、抽象的で典型的な考察によって子の福祉を事前に考慮して、子の良好な発育を保障すると期待できる者を、できる限り子の出生時に親として⁽²⁷⁾いる。個別事案における子の福祉の調査が必要であるかは、例えば遺伝的で社会的父である者と法的で社会的父である者が競合する場合、あるいは胚提供の場合について、ワーキンググループでは議論された。

IX 2人の親の原則への適応

現行の実子法は、生物学的観点を基礎に、子に常に2人の親があることを前提とする。連邦憲法裁判所の判例も、基本法6条2項1文の親の権利の担い手が子にとって母と父のみであり、子のために親の権利を憲法起草者が1組の両親にのみ与えることを望んでいたと推論されると述べる⁽²⁸⁾。また、同性カップルによる縁組の判例において、基本法6条2項1文が異性の両親のみならず、同性の両親も保護すると述べる⁽²⁹⁾。つまり、親子関係設定の場合には、親の役割について社会的に構成された割り当てが問題となることを示す。

例えば独身女性が精子バンクを利用して生殖補助医療により出産した子

(27) 配慮権、面会交流権は、具体的な子の福祉の調査を行って定められる。親が責任を果たしていない、または十分に果たしていないときは、子の保護措置、扶養請求権の失権、遺留分権の剥奪という親子関係と結びついた法律関係において考慮される。Vgl. Abschlussbericht, S. 29.

(28) 連邦憲法裁判所 2003年4月9日決定 BVerfGE 108, 82, 101 (Rz. 58 f.).

(29) 連邦憲法裁判所 2013年2月19日判決 BVerfGE 133, 59, 77 (Rz. 48). 渡邊泰彦「同性の両親と子 —— ドイツ、オーストリア、スイスの状況 —— (その1)」産大法学47巻3・4号(2014)290頁、313頁を参照。

に親の一方とのみ法的親子関係が設定されることが憲法上および実質的に妥当であるのか、またレズビアンカップルの一方が知り合いの男性の精子により懐胎し、3人全員で親の責任を果たすことを望む場合に3人以上の法的親も可能であるのが、ワーキンググループでは検討された。

X 子の自己の出自を知る権利の保障

子の自己の出自を知る権利は、法的親子関係設定から独立したものであり、人格権の一部を形成する。自己の出自を知る権利にどのようにして法的、かつ、制度的に最善の保障を与えることができるかが、ワーキンググループでは検討された。さらに、法的身分関係から独立した血縁関係の解明への請求権を拡大するべきか、親も遺伝上の血縁関係の解明のための請求権を有するべきかも検討された。

2 主要な提言

最終報告書では冒頭の「最終報告書のまとめ」において前記の10の基本原則に続けて、91のテーゼの重要な内容として次の8点を提言している。⁽³⁰⁾これは、次節で紹介する最終報告書の中心的テーゼと重複する（対応する中心的テーゼの番号を付記した）。

- ・ 提供精子による生殖補助医療の際に、2人目の親は、精子提供者が親子関係を放棄している限りにおいて、母とともに生殖補助医療に同意した者である。胚提供でも同様のことが妥当するべきである。（中心的テーゼ10）
- ・ 2人目の法的親を合意で定める現在の可能性⁽³¹⁾を拡大すべきである。（中心的テーゼ7に対応）
- ・ 2人目の親は、母と共に、男性（父）でも、女性（コ・マザー）でもありうる。（中心的テーゼ5）

(30) Abschlussbericht, S. 15 f.

(31) 現行1599条2項によると、離婚申立の係属中に子が生まれ、第三者が遅くとも離婚申立の認容決定の確定から1年以内に父子関係を認知する場合には、父性推定に関する規定（現行1592条1号、1593条）は適用されない。後記VIII 3(1)を参照。

- ・ 子に対する親の責任を最初から引き受けることを望む遺伝上の父の地位を、強化するべきである。(中心的テーゼ8に対応)
- ・ その他の場合に、親子関係の取消しによる親子関係設定の事後的な修正の可能性は、制限されるべきである。(中心的テーゼ9前半)
- ・ その法的親子関係を同時に変更することなしに、自らの遺伝上の出自を「身分関係から独立して」裁判で明らかにする権利をすべての者が有するべきである。(中心的テーゼ12前半)
- ・ 提供精子および提供胚を使用した生殖補助医療の事案では、それにより生まれた者がその遺伝上の親の身元について情報を得ることができる中央提供者登録簿が設けられるべきである。(中心的テーゼ12後半)
- ・ 社会的親および遺伝上の親は、—— 現行法を超えてでも —— 法的な親の身分とは無関係に、個別の権利と義務(例えば、情報提供、面会交流、親の配慮の範囲での共同決定)を有することができる。(中心的テーゼ2に対応)

3 中心的テーゼ

最終報告書は「中心的テーゼ (Kernthese)」として次の12点をあげる。⁽³²⁾

- 1 「実子法 (Abstammungsrecht)」の概念に代わり、「法的親子関係設定 (rechtliche Eltern- Kind-Zuordnung)」の概念を使用するべきである。なぜならば、遺伝上の血縁関係は、確かに最も重要であるが、すでに現行法のように子の法的親となる唯一の連結点ではないからである。
- 2 子は、2人を超える法的親を同時に有するべきではない。しかし、社会的および遺伝上の親には、法的な親の身分とは関係なく、個別の権利と義務(例、情報提供、面会交流、親の配慮の範囲における共同決定)を有することができる。
- 3 父子関係取消しの方法による事後的な修正をできる限り避けるために、法的親の第一次的設定は、できる限り正確に行われるべきである。

(32) Abschlussbericht, S. 30 f.

- 4 法的母は、今後も、子を出産した女性とするべきである。
- 5 2人目の親は、母と共に、男性（父）でも、女性（コ・マザー）でもありうる。
- 6 誰が母とともに2人目の親であるかは、現行法のように、推定または証明された遺伝上の父子関係、期待される、または存在する社会的家族的関係、並びに意欲的（voluntativ）要素からの組み合わせに基づいて判断されるべきである。
- 7 第三者は、妊娠した女性とその夫の同意を得て子の出生前にその父子関係を認知できるべきである；同様のことが、出生後の短期間のうちでも妥当すべきである（三者間表示（Dreier-Erklärung））。
- 8 法的父子関係を有することを望む遺伝上の父は、先に存在している法的父子関係を、法的父と子の間の社会的家族的関係を考慮することなく、子の出生直後に取り消すことができる。
- 9 その他において、取消しによる法的親子関係設定の事後的な修正の可能性は、制限されるべきである。これは、存在する社会的家族的関係を強化するものであり、また独立し身分関係とは無関係に遺伝上の血縁関係を解明する可能性を同時に拡大することから実質的に妥当である。
- 10 提供精子による生殖補助医療の際に、2人目の親は、精子提供者が親子関係を放棄している限りにおいて、母とともに生殖補助医療に同意した者である。胚提供でも同様のことが妥当すべきである。その限りにおいて、この表示は、自然生殖行為に代わるものである。それに対して、生殖補助医療によらないその他すべての人工生殖の方法では（とりわけいわゆる「容器提供（Becherspende）」の方法）、法的親子関係は、自然懐胎に適用される規定に従って生じるべきである。
- 11 すべての者の一般的人格権から導き出される自己の出自を知る権利は、（代理懐胎の事案において）遺伝上の母子関係と生物学的母子関係が乖離する場合に、遺伝上の親を知ること、分娩した母を知ることをも含む。
- 12 その法的親子関係を同時に変更することなしに、自らの遺伝上の血縁

関係を「身分関係から独立して」裁判で明らかにする権利をすべての者が有すべきである。提供精子および提供胚を使用した生殖補助医療の事案では、それにより生まれた者がその遺伝上の親の身元について情報を得ることができる中央提供者登録簿が設けられるべきである。

4 討議部分草案における基本原則

討議部分草案では、同様の基本的原則が改正草案を先導する考慮（Den Reformentwurf leitende Erwägungen）として次の6点にまとめられている（見出しは筆者が便宜的につけたものである）。

a) 遺伝的・生物学的血族関係

実子法での親子関係設定についての本質的な連結点は、今後も、子のその親との遺伝的・生物学的血族関係である⁽³³⁾。

まず、遺伝的・生物学的血族関係は、親子間の重要な繋がりである。子が法的親と遺伝上の関係にあることは、通常予想と一致するだけでなく、今日でも大多数の家族に該当している。

生物学的親は、その子に対して特別の責任を感じているのが通常であり、子について特別の利益を有しているので、子に対する責任を引き受ける準備ができていることを前提とすることができる。

生物学的親子関係が変化しないことから、親子間の遺伝上の血縁関係に親子関係の設定を合わせることで、継続性も安定性も約束される。

b) 第一次的設定の正確性

出生に伴う、または出生直後での法律による親子関係の設定である第一次的設定が第二次局面において修正されることができると限り少なくしなければならぬ。そのために、草案は、実子法の親子関係設定の安定性と信頼性の利益において、より正確に合致するように第一次的設定を形成することを目的とする⁽³⁴⁾。しかし、実子法では、その一部が母の夫と子の父子

(33) Diskussionsteilentwurf, S. 19.

(34) Diskussionsteilentwurf, S. 19.

関係のように推定に基づいており、その推定が妥当しないという事案もある。⁽³⁵⁾

c) 精子提供型人工受精への同意

精子提供型人工授精に同意した男性は、その同意によって子の誕生に決定的な寄与をしている。⁽³⁶⁾この男性は、改正草案により、原因寄与（Verursachungsbeitrag）と法的親子関係への意思に拘束される。

d) 反差別原則

性的指向と身分関係とは無関係に、一方で自然的親子関係と、他方で提供精子を使用した生殖補助医療の事案における意図された親子関係との平等を改正草案は予定する。⁽³⁷⁾自然懐胎とは異なる方法への決定によって子の誕生を引き起こした希望親は、このようにして懐胎された子に対する自らの責任を、自然的親と同様に、免れない。

トランスセクシュアル、インターセクシュアルの当事者も、実子法において別異に扱われない。

e) 子の福祉の事前考慮

個別事案での子の福祉の調査が、信頼性をできる限り証明された迅速で拘束的な親子関係設定への子の需要とは両立しないことから、実子法では、類型化された考慮に基づいて原則として事前に子の福祉を顧慮する。⁽³⁸⁾もともと、生物学的父ではない法的父が社会的父としての役割を果たしているが、推定される生物学的父が法的父となることを望む場合には、どちらの関係が子にとってより重要であるかを個別事案で考慮する必要がある。

f) 自己の出自を知る権利の拡大

推定される遺伝上の父または推定される遺伝上の母と血縁関係にあるか

(35) 草案では、母の夫との第一次的設定と相違して、母と夫と第三者の三者が合意する場合に母の夫に代わり、第三者が父子関係を認知できる規定を定めている（草案 1599 条 2 項）。後記Ⅷ 3 を参照。

(36) Diskussionsteilentwurf, S. 19.

(37) Diskussionsteilentwurf, S. 20.

(38) Diskussionsteilentwurf, S. 20.

否かをより詳しい要件のもとで子が解明できるために、解明請求権（der Klärungsanspruch）の拡大が必要である⁽³⁹⁾。他方で、推定される遺伝上の父も、実際に子の遺伝上の父であるか否かを解明できるべきである。

V 改正の大枠

討議部分草案では「現行法に対する本質的な変更」として a)～f) の 6 点を示している⁽⁴⁰⁾（見出しは、筆者が便宜的につけたものである）。

a) コマザーの導入

子の 2 人目の親の地位に関して、一人の男性に代わり、コマザー（Mit-Mutter）である女性との親子関係を設定できる。コマザー関係には、父子関係設定と同様の要件が適用される。したがって、コマザー関係も婚姻に基づいて、認知により、または裁判上の確認によって設定できる。

b) 認知への子の同意

父子関係またはコマザー関係の認知には、現行法とは異なり、常に子の同意が必要である。

c) 三者間表示

現行 1599 条 2 項によると、離婚申立係属後に子が出生した場合において、第三者が離婚認容判決確定から 1 年以内にこの子を認知し、母とその夫がこの認知に同意するときは、母の夫と子の間の父子関係を婚姻に基づいて設定する 1592 条 1 号と 1593 条の規定が適用されない。つまり、第三者は、母の夫と子の間の父子関係を否認することなしに、認知することができる。

この可能性を拡大して、婚姻に基づいて配偶者の父子関係またはコマザー関係が設定されたときは、母とこの配偶者と認知者の一致した表示によって、認知者が父子関係またはコマザー関係を認知することができる。

(39) Diskussionsteilentwurf, S. 20.

(40) Diskussionsteilentwurf, S. 20 ff.

る。

d) コマザー関係の裁判上の確認

生物学的親子関係と意図する親子関係の平等を実現するために、意図する両親の同意ならびに精子提供者による親の役割の放棄および精子提供者登録簿への精子提供者の情報の記載を要件としてコマザー関係の裁判上の確認が可能となる。しかし、これは、対応した施設における生殖補助医療の事案に制限される。私的に実施された人工生殖の事案では、従来と同様に、遺伝上の血縁関係に基づいて親子関係を確認する。

証明上の理由から、母および父またはコマザーの同意、および精子提供者による親の役割の放棄は書面によって行う。意図する親は、受精卵を母に移植した時点から同意を撤回することができなくなる。

e) 親子関係の取消し

親子関係の取消しの規定は、女性が母とともに2人目の親となるという状況に対応させる。さらに、親子関係の取消しに関して草案による以下の変更が予定される。

aa) 取消権者

第三者の提供精子を使用した生殖補助医療に子の母と共同で同意した者、したがって意図する父または意図するコマザーも、父子関係またはコマザー関係の取消権者となる。

bb) 社会的家族的関係の存在

子と父またはコマザーとの間に社会的家族的関係が存在する場合でも、その外にいて家族に属さない者（推定される生物学的父、意図する父または意図するコマザー）は子の出生から6ヶ月以内であれば父子関係またはコマザー関係を取り消すことができる。子の出生から6ヶ月の期間の満了後では子と父またはコマザーとの間に社会的家族的関係が存在する場合に取り消せないのかという問題について、子と取消権者との間の社会的家族的関係の存在も考慮しなければならない。それぞれの社会的家族的関係のうちどれが子にとってより重要であるのかにより決まる。

cc) 取消権の排除

認知による父子関係またはコマザー関係で、父またはコマザーが認知の際に、または母が自身で、もしくは子を代理して同意した際に父子関係またはコマザー関係の取消原因を積極的に知っていた場合には、父、コマザーおよび母は、取り消すことができない。

f) 自己の出自を知る権利

現行 1598 条 a より、法的父、母および子は互いに、遺伝上の血縁関係の調査への同意の請求権と調査に適した遺伝子検体の採取への受忍への請求権を有する。それに対して、1598 条 a は、推定される遺伝上の父に対する請求権を子に認めていない。また、法的親子関係がない子を懐胎させたと考える男性の側から遺伝上の血縁関係を解明する請求権も認めていない。そのため、子は、存在している法的父子関係を取り消してから、推定される父が法的父であるとの裁判による確認を申し立てる（現行 1600 条 d 条）ことのみでしか、推定される遺伝上の父との遺伝上の血縁関係を確かめることができない。

人は、その法的親子関係も同時に変更される必要なしに、遺伝上の血縁関係を「身分関係から独立して」裁判上解明させる権利を有する。現行法の拡大において、子には、推定される生物学的父に対して、この者が精子提供者である場合であっても、自らの生物学的血縁関係の解明への請求権が与えられ、そして推定される母に対する請求権も与えられる。さらに、推定される生物学的父には、子との生物学的血縁関係の解明への請求権が、同意による精子提供型人工授精が実施されたのではない限りで、与えられる。

VI 母子関係

1 分娩者=母ルール

子を分娩した女性を母と定める現行 1591 条の変更を討議部分草案は予定していない。

最終報告書では、母子関係についてテーゼ (1) で 1591 条の規定を維持することを提言する⁽⁴¹⁾。その理由として、早期に、一義的に、確実に母子関係を決定できるよう保障することが子の福祉に適うことをあげる。また、1591 条の立法時には、妊娠により母子間で身体的および心理的に密接な結びつきが生じることも考慮されていた⁽⁴²⁾。

同じく女性の親であっても、コマザー (Mit-Mutter) は、法律上は「母 (Mutter)」とは異なる概念である。むしろ、後述のように、2 人目の親としてのコマザー関係は、父子関係に類似したものである。

2 卵子提供・胚提供

卵子提供はドイツにおいて禁止されているが (胚保護法 1 条 1 号、2 号、2 項)、実際には EU 内で認められている国へ希望者が出向いて卵子の提供を受けて子をもうけている。

「分娩者=母」ルールによると、外国で実施された卵子提供または胚提供の場合に遺伝上の関係を有する女性は法的母ではない。むしろ、卵子提供を受けた女性が生母として法的親となるという求めていた結果を、このルールによって達成することができる。母子関係の設定は、母子間の密接な結びつきのほか、親の責任を引き受ける生母の意思にも基づく。また、卵子提供の際には、生母が子の存在に本質的な寄与を果たしていることから、原因者原則も考慮される⁽⁴³⁾。

胚提供は、ドイツでは禁止されておらず、斡旋団体の活動により胚提供により子が生まれている。意図する父母と子の間に遺伝上の血縁関係がなく、生まれた子が提供者の子と生物学的に全血の兄弟姉妹となるという縁組と類似する面もあることから胚縁組 (Embryo adoption) を呼ばれることもある。しかし、縁組とは異なり、胚提供の個別事案において具体的な

(41) テーゼの内容については、渡邊泰彦「ドイツ実子法改正討議部分草案条文対象表」産大法学 54 巻 2 号 (2020) を参照。

(42) Abschlussbericht, S. 34.

(43) Abschlussbericht, S. 35.

子の福祉の審査は行われ⁽⁴⁴⁾ない。

3 生母以外との母子関係の否定

ワーキンググループ実子法では、法的親子関係を放棄して、親の役割を引き受ける用意のある他の者に譲ることが父子関係では可能であるのに、母子関係では許されないことは平等の観点から問題となることを指摘する意見もあ⁽⁴⁵⁾った。さらに、卵子または胚を取り違えたという事案において、生母との母子関係を合意によって変更することを認めるか否かについて議論された。代理懐胎を除くと、このような例外的な事案でのみ問題となることから、合意による母子関係の移譲ではなく、縁組により解決するのが妥当であるとした。また、合意による母子関係の移譲を認めると、その当然の帰結として代理懐胎を認めなければならないことも考慮された。さらに、遺伝上の母でも、生物学的母でもない女性への母子関係の移譲を認めるとすれば、同様に男性への移譲も考えられること（つまり、男性の親が2人となる）も理由となった。

4 母子関係取消しの否定

遺伝上の母子関係と一致しない法的母子関係を取り消すことができないという現行法の考えを維持することから、討議部分草案において改正は予定されていない。

最終報告書のテーゼ(4)は、外国で行われた卵子提供または胚提供の事案においても法的母子関係は取り消せないことを提言して⁽⁴⁶⁾いた。遺伝上の母が、法的母と子の間の法的母子関係を取り消して認知する、または裁判により母子関係を確認することはできない。自らの卵子を用いた体外受精によってその女性パートナーが子をもうけた場合に、コマザーとなることができるのみである。

(44) Abschlussbericht, S. 35.

(45) Abschlussbericht, S. 35.

(46) Abschlussbericht, S. 36.

受精卵を取り違えたという事案についても、前記のように、縁組によって対処することで十分であるとする。

5 代理懐胎における母子関係

ドイツでは代理懐胎とそのあっせんは禁止されている（胚保護法1条1項7号、養子あっせん・代理母あっせん法13条c）。代理懐胎においても、子を分娩した代理母が民法1591条により子の法的母となる。もっとも、代理懐胎を認める国において法律または裁判所の決定により依頼者と子の間の親子関係が設定された場合には、ドイツにおいてもこの親子関係が承認される⁽⁴⁷⁾。

母子関係に関する規定の改正を予定しない討議部分草案は、代理懐胎が認められないことを前提としている。

ワーキンググループ実子法でも、代理懐胎の可否については検討せず⁽⁴⁸⁾、現行法により代理懐胎が禁じられていることを前提に議論がなされた。その際に、代理懐胎の事案において意図する母または意図する父との親子関係の設定を簡略化できるように改正するべきかが検討された⁽⁴⁹⁾。無国籍状態などの不利益が子に生じることを避けるために出生直後に親子関係が設定される必要があることを考慮して、代理母（生母）に代わって意図する母または父が最初から親となるための要件が検討された⁽⁵⁰⁾。しかし、最終的には、法律で禁止されている代理懐胎を事実上許可するという意味を有しかねないことから、意図する母または父との法的親子関係の設定を不可能とする立場が多数となった。そして、テーゼ（5）では、現行法によりドイ

(47) BGHZ 203, 350. BGH 2014年12月10日決定について、渡邊泰彦「同性の両親と子——ドイツ、オーストリア、スイスの状況（その4）」産大法学49巻4号（2016）59頁以下を参照。

(48) Abschlussbericht, S. 17.

(49) Abschlussbericht, S. 37.

(50) 次の3種類の要件が検討対象となった。(1) 意図する親と代理母による出生後の合意、(2) 代理母、意図する遺伝上の母、意図する遺伝上の父による公正証書での合意、(3) 懐胎から出生までの間になされた意図する親による代理懐胎への同意の表示。Abschlussbericht, S. 37.

ツでは代理懐胎が禁止されていることから、代理懐胎の場合の親子関係設定に関する規定を設けないことを提言する⁽⁵¹⁾。

これに対して、外国において合法に実施された代理懐胎による親子関係では、委員の多数は次の点を考慮した。子が出生した後には代理懐胎の禁止を達成することはできないのであるから、代理懐胎に関与しておらず、むしろ保護を必要とする第三者である子にとって、法的親子関係を認めないことは、親の行為のために罰せられることを意味するかもしれない⁽⁵²⁾。また、一般予防の観点から代理懐胎から生まれた子の福祉を考慮しないということは許されない⁽⁵³⁾。連邦通常裁判所 2014 年 12 月 10 日決定のように代理懐胎が外国で適法に行われ、かつ、親の一方が子の遺伝上の親である（男性カップルの一方が精子を提供していた）事案では、外国法による親子関係の設定を維持するというのが多数意見となった。しかし、例えば代理母からの搾取による子の懐胎ではないことという規定などを定める合意を形成することまではできなかった。そこで、最終報告書のテーゼ（6）は、外国で適法に行われた代理懐胎について、子に外国法により与えられた親が国内で維持され続けるための要件を規定することを提言する⁽⁵⁴⁾。

Ⅶ 父子関係とコマザー関係

1 討議部分草案における規定の構造

草案 1592 条は、母との婚姻（1号）、認知（2号）、裁判上の確認（3号）による設定を父子関係について同条 1 項で、コマザー関係について同条 2 項に規定する⁽⁵⁵⁾。

(51) Abschlussbericht, S. 38.

(52) Abschlussbericht, S. 38.

(53) Abschlussbericht, S. 38. BGH2014 年 12 月 10 日決定も同旨。渡邊・前掲産大法学 49 巻 4 号 74 頁以下を参照。

(54) Abschlussbericht, S. 38.

(55) 裁判上の確認について、父子関係では生物学的血縁関係に基づく確認の規定（草案 1598 条 b）が適用されるが、コマザー関係の確認には適用されないという違いはある。

婚姻に基づく（法律による）親子関係の例外として、草案 1593 条が配偶者死亡後に出生した子の親子関係について定める。

草案 1594 条から 1598 条までは、父子関係およびコマザー関係の任意認知（草案 1592 条 1 項 2 号、2 項 2 号）の要件を定める。コマザー関係の認知を導入する以外に内容の大幅な変更はないが、行為能力と同意に関する規定を切り分けて構成が整理されている。

草案 1598 条 a から 1598 条 c までが、裁判上の確認（草案 1592 条 1 項 3 号、2 項 3 号）について定める。父子関係の確認にのみ適用される遺伝上の血縁関係に基づく確認の規定（草案 1598 条 b）と、父子関係およびコマザー関係の双方に適用される人工生殖による親子関係の確認に関する規定（草案 1598 条 c）とに区別されている。

草案 1599 条から 1600 条 f までが、父子関係またはコマザー関係の不存在、取消しという第一次的設定を修正する規定となる。草案 1599 条 2 項では、母、母の配偶者、認知者の 3 名の合意によって、母の配偶者ではなく、認知者が 2 人目の親となる三者間表示について定めている。

草案 1600 条 g は自己の出自を知る権利について、子と法的親との間のみならず、子から生物学的父または遺伝上の母に対して、さらに推定される生物学的父から子に対する解明請求権を認める。

草案 1600 条 h は、トランスセクシュアルまたはインターセクシュアルの当事者という別型の性自認を有する者との親子関係も同様に扱うことを規定する。

2 父子関係の設定

草案 1592 条 1 項は、母との婚姻（1 号）、認知（2 号）、裁判上の確認（3 号）という父子関係を設定する 3 つの方法を、現行 1592 条と同様に定めている。

内容を変更しない討議部分草案は父子関係を定めるために考慮する要素について具体的に述べていない。最終報告書のテーゼ（7）は、父と子の法的第一次親子関係を設定するにあたり、(1) 推定される/証明される遺

伝上の父子関係、(2) 期待される、または存在する社会的家族的関係の保護、(3) 意欲的要素から総合的に判断することを提言している⁽⁵⁶⁾。現行 1592 条にあげられている婚姻に基づく父子関係、認知、裁判上の確認という要件が適切であることが大多数の事案で実証されていることから、現行法における判断要素を維持する。

また、最終報告書では、これらの要素が競合する場面として、社会的父と遺伝上の父の双方が最初から父の役割を引き受けることを望む事案をあげている。この場合に、責任を引き受けるという社会的父の準備を過大評価することはできないとする。社会的家族的関係と違い、変化しない遺伝上の血縁関係が、一義的、継続的、かつ安定した親子関係設定に最も適しているとする⁽⁵⁷⁾。

これに対して、法的父の地位を合意により交代する場合について、テーゼ (8) は、第一次の設定において合意による表示が一定の要件のもとで他の要件に優先しうるとする。これは、草案 1599 条 2 項の三者間表示 (Dreier-Erklärung) として具体化された。

3 女性カップルと親子関係

2001 年に生活パートナーシップ法が施行され、抽出国勢調査によると 2018 年には、130,000 組の同性カップルが存在し、そのうち 54,000 組が女性カップルであった⁽⁵⁸⁾。同性婚導入により新規に登録できなくなった 2017 年には 53,000 組の生活パートナーシップが存在していた (うち 23,000 組が女性間)⁽⁵⁹⁾。2018 年は、37,000 組の同性婚 (うち 15,000 組が女性間)、

(56) Abschlussbericht, S. 41.

(57) Abschlussbericht, S. 41.

(58) Statistisches Bundesamt, „Gleichgeschlechtlichen Paare (darunter: gleichgeschlechtliche Ehepaare und eingetragene Lebenspartnerschaften)“, [URL] <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Haushalte-Familien/Tabellen/3-4-gleichgeschlechtliche-lebensgemeinschaften.html>.

(59) 同性カップルは、同性の 2 人以上の者が生活する家政であり、婚姻しておらず、親族関係もないものを統計上まとめたものである。いわゆる同性カップルとは合致せず、上限値としての意味がある。

38,000 組の生活パートナーシップ（うち 16,000 組が女性間）である。⁽⁶⁰⁾ 2001 年と比較すると、同性カップルの数は 50,000 組（うち女性間 26,000 組）から 2.5 倍以上増加している。

生活パートナーシップ導入当初は、以前の異性との関係でもうけた子とともに、新たな同性パートナーと家族を形成するという連れ子の形が多かった。しかし、現在では、精子提供型人工授精によって子をもうける女性カップルの方が多くなっている。ドイツ連邦医師会による 2006 年生殖補助医療実施に関するガイドライン（Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion）に合わせた州医師会によるガイドラインでは、生殖補助医療を夫婦に限定していたが、ガイドラインに拘束力がないため、女性カップルに施術する医療施設が増加している。⁽⁶¹⁾ また、EU 内の他国において提供精子を使用した生殖補助医療を受けることもある。その他に、知り合い、インターネットで探した提供者からの精子提供により、またはこれらの人と同衾することで子をもうけるカップルもある。

2018 年には、同性間の婚姻で生活する子の数が 4,000 人、同性の生活共同体で生活する子の数が 8,000 人となっている。⁽⁶²⁾ 判例では、南アフリカで認められたコマザー関係をドイツで承認することを認めたドイツ連邦通常裁判所 2016 年 4 月 20 日決定（BGHZ 210, 59）、ドイツ国内で子をもうけた女性カップルについてコマザーとしての身分登録簿への登録を認めなかった連邦通常裁判所 2018 年 10 月 10 日決定（BGHZ 220, 58）が出ていた。⁽⁶³⁾

(60) 生活パートナーシップの新規登録が停止され、生活パートナーシップから婚姻に転換したカップルがあるため、生活パートナーシップの数は大幅に減少している。

(61) Abschlussbericht, S. 68.

(62) Statistisches Bundesamt, Haushalte und Familien 2018, Ergebnisse des Mikrozensus, 2019, S. 77. それぞれ、総数から異性間の婚姻当事者または共同生活者の数を控除した数である。

(63) 判例については、渡邊泰彦「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）」産大法学 53 卷 3・4 号（2020）229 頁、「同（その 4）」産大法学 49 卷 4 号（2016）1 頁を参照。

4 コマザー関係の設定

父子関係を定める 1592 条の規定は、討議部分草案では、出生時に定まる 1 人目の親である母とともに 2 人目の親となる者について定める草案 1592 条「父子関係およびコマザー関係」の規定となる。

討議部分草案は、2 人目の女性の親を母ではなく、「コマザー (Mit-Mutter)」と呼び、母 (生母) と区別する⁽⁶⁴⁾。別の概念が必要な理由として、母という親の役割において女性の親を区別できないとしても、裁判上の親子関係確認と親子関係の取消しにおいて生母と他の女性では区別が必要であることをあげる⁽⁶⁵⁾。例えば、コマザー関係は裁判で確認 (裁判認知) でき、生母の母子関係は取り消すことができないという違いがある。

子の母の女性配偶者もしくは生活パートナー、または子の出生時に母と婚姻していない (生活パートナーシップを設定していない) 女性パートナーに、父子関係と同様の規定が適用される (草案 1592 条 2 項)。

父は男性の親であり、コマザーは女性の親であるという違いがある。父子関係が自然懐胎による生物学的親子関係に基づいて成立することができるのに対して、コマザー関係においては女性間での自然懐胎はなく、子との間に生物学的親子関係は存在しない⁽⁶⁶⁾。しかし、精子提供による生殖補助医療で母の配偶者またはパートナーが子と血縁関係を有していない点、精子提供者と子の親子関係を遺伝上の血縁関係に基づいて設定するべきではない点で、父子関係とコマザー関係に違いはない。父かコマザーかという

(64) 連合 90 / 緑の党が 2018 年に発議した法律案 (BT-Drucks. 19 / 2665) では、コマザーの規定は、父子関係の規定 (1592 条) ではなく、母子関係の規定である 1591 条に置かれていた。同法律案については、渡邊泰彦「同性の両親と子——ドイツ、オーストリア、スイスの状況 (その 7)」産大法学掲載予定を参照。この法律案の構成は、母 (Mutter) を上位概念として、その下位概念として生母、デュオマザーをおくというオランダ法の考え方に近い。もっとも、オランダ法は、「母 (moeder)」概念に、生母、デュオマザー、養母を含めている (オランダ民法第 1 編 198 条 1 項)。オランダ法については、渡邊泰彦「子と母の女性パートナーとの母子関係の成立：オランダにおける子とデュオマザーの親子関係」産大法学 50 巻 3・4 号 (2017) 661 頁を参照。

(65) Diskussionsteilwurf, S. 24.

(66) コマザーが提供した卵子によって母が子をもうけた場合には、子とコマザーの間に、分娩による生物学的母子関係はないが、遺伝上の血縁関係が存在する。

性別の違いを捨象して2人目の親を定めるという観点からすると、精子提供による生殖補助医療に同意した者との親子関係の第一次的設定という点では同じである。

生殖補助医療の事案において、遺伝上の親のみならず、生殖補助医療への同意によって子の懐胎に本質的に寄与し、親の責任を引き受ける意思を明確にしている意図する親が問題となる点でヘテロカップルとレズビアンカップルは異ならない。最終報告書のテーゼ(55)では、法律による、または認知に基づく2人目の親の地位の第一次的設定は、父子関係とコマザー関係の間で区別しないことを提言する⁽⁶⁷⁾。つまり、テーゼ(50)で生殖補助医療において、テーゼ(53)では私的な人工授精および自然懐胎において、父子関係とコマザー関係は第一次的設定での法的父子関係と法的コマザー関係を平等に扱うとして、1. 出生時に母と生活パートナーシップを行なっている女性は、出生時に母と婚姻している男性と同様に2人目の親となる(民法1592条1号の拡大)、2. 女性は、コマザー関係を認知することができる(民法1592条2号の拡大)⁽⁶⁸⁾とする。

まとめとしてテーゼ(56)では母と並ぶ親の他方(父またはコマザー)は、次に掲げる者とするものとする。

- 「1. 子の出生時に母と婚姻している、または生活パートナーシップを行なっている者(民法1592条1号の拡大)
2. 親子関係を認知した者(1592条2号の拡大)
3. その親子関係が裁判で確認された者⁽⁶⁹⁾」

私的な人工授精に関するテーゼ(53)については、コマザー関係での現行1592条の規定の拡大は生殖補助医療の事案に限定すべきであるという反対意見も出されていた。しかし、子が自然生殖による懐胎か、私的な人工授精による懐胎かどうか、または医師による生殖補助医療により生まれ

(67) Abschlussbericht, S. 71.

(68) Abschlussbericht, S. 70. 最終報告書作成時点では同性婚は認められていなかったが、現在では女性間の婚姻にも妥当する。

(69) Abschlussbericht, S. 71.

たのかは否かによって、男性による認知を区別しないのと同様に、女性による認知も区別すべきではないという理由から否定された⁽⁷⁰⁾。同様のことが、婚姻または生活パートナーシップに基づく親子関係の設定にもいえる。

VIII 婚姻に基づく親子関係

1 婚姻に基づく父子関係

母が子の出生時に婚姻している場合にその夫が父となることは（草案1592条1項1号）、現行法と同じである。討議部分草案では、現行規定を維持する理由は述べられていない。

最終報告書では、母の夫との父子関係設定により、出生によって直接に2人目の親を子に保障する明確な緒が示されるとする⁽⁷¹⁾。通常は、母の夫が実際に遺伝上の父であり、母と共に子のために責任を引き受けることを望んでいる。そのことから、テーゼ(9)は、子の出生時に母が婚姻しているときは、原則として母の夫が子の父となることを提言する。

遺伝上の父子関係の推定のみならず、子の懐胎が少なくとも夫婦による決断に基づくものであって、夫婦が共同で親子関係を引き受けることを望み、そして引き受けると推定されることも前提となる。したがって、原因者原則、親子関係への意思、期待される社会的親子関係に基づいている⁽⁷²⁾。

最終的には採用されなかったものの、ワーキンググループ実子法では、子の出生時での第一次段階における遺伝上の父との父子関係の設定をより確実にするために、現行法とは異なるアプローチも検討された⁽⁷³⁾。

例えば、父子関係を明確に認めるために、緩和した条件のもとであっても夫がさらに認知しなければならないという考えは、複雑で、官僚主義的であるとして否定された。強制的に血縁関係を調べる義務的DNA鑑定は、

(70) Abschlussbericht, S. 71.

(71) Abschlussbericht, S. 41.

(72) Abschlussbericht, S. 42.

(73) Abschlussbericht, S. 42.

人格権への多大な侵害となるとともに、親となる意思など他の要素が考慮されなくなることから否定された。また、遺伝上の父または夫が子の出生前に父子関係を取り消すことができるかについても、出生前に父子関係が存在しないため取消しの基点がないという理由から否定された。

婚姻が死亡解消した場合には、現行法と同様に、解消から 300 日以内に生まれた子について草案 1592 条 1 項 1 号が適用され、死亡した夫が父となる（草案 1593 条 1 文）。子が死亡から 300 日より前に懐胎されたことが確定した場合には、この 300 日を超える期間が基準となり（同条 2 文）、死亡した夫が父となる。夫の死亡後に妻が再婚した場合において、前婚の夫が父となると同時に、再婚の配偶者も父またはコマザーとなるときは、再婚の配偶者が父（コマザー）となる（同条 3 文）。もっとも、この父子関係（コマザー関係）が取り消され、再婚の配偶者が子の父（コマザー）ではないときは、前婚の夫の子となる（同条 4 文）。

2 婚姻に基づくコマザー関係

前記Ⅶ 4 の最終報告書の提言（56）に対応して、討議部分草案も、父子関係を定める草案 1591 条 1 項 1 号と同様に、同条 2 項 1 号により子の出生時に母と婚姻している女性をコマザーとする。女性間の生活パートナーシップについても同様に、母の生活パートナーがコマザーとなる（生活パートナーシップ法⁽⁷⁴⁾ 21 条）。

草案 1592 条 2 項 1 号の規定は、母の妻が母とともに第三者の提供精子を使用した生殖補助医療に同意することによって、生物学的父と同様に、子の誕生について通常は共同で責任を負うという推定により正当化される。母の配偶者についても、継続的に子を世話することが期待される。父の場合と同様に、迅速、一義的であり、かつ、複雑でない 2 人目の親子関係

(74) Diskussionsteilentwurf, S. 24 f

生活パートナーシップ法 (LPartG) 21 条「2018 年 12 月 18 日以降に施行される婚姻当事者および婚姻に関する規定は、別段の定めのない限り、生活パートナーおよび生活パートナーシップに準用する。」

(ここではコマザー関係) の設定を可能にし、子の利益ともなる。⁽⁷⁵⁾

女性間の婚姻が死亡により解消した場合に、解消から 300 日以内に生まれた子について草案 1592 条 2 項 1 号が適用され、死亡した女性配偶者がコマザーとなる (草案 1593 条 1 文)。その他、1593 条の規定は父子関係と同様にコマザー関係に適用される (前記 1 参照)。それにより、前婚のコマザー関係と後婚のコマザー関係の重複、前婚の父子関係と後婚のコマザー関係の重複、前婚のコマザー関係と後婚の父子関係の重複も対象となる。⁽⁷⁶⁾ さらに、生活パートナーシップにも準用されることから (生活パートナーシップ法 21 条)、先の実生活パートナーシップが対象となる事案も生じる。⁽⁷⁷⁾

3 三者間表示

(1) 現行法

婚姻締結から離婚までの間に子が生まれた場合に、草案 1592 条により婚姻に基づく親子関係が設定される。そのため、例えば異性間の婚姻で別居中に妻が夫以外の男性との間の子を産んだ場合に、原則どおりであれば、婚姻に基づいて夫と子の間に設定された父子関係を取り消した後に、遺伝上の父が認知するという過程を経なければならない。だが、現行 1599 条 2 項は、離婚申立係属後に子が出生した場合に、離婚判決の確定から 1 年経過するまでに夫の同意を得て第三者が認知すれば、夫を父とする規定 (1592 条 1 号) は適用されない。この場合に、認知に母の同意も必要である (1595 条 1 項)。つまり、母、その夫と認知者が合意すれば、裁判で父子関係を取り消すことなく、夫と子の親子関係の第一次的設定を変更することができる。離婚判決確定前に第三者が認知した場合であっても、認知は、離婚判決の確定によって効力を生じる。

(75) Diskussionsteilentwurf, S. 24.

(76) 草案 1593 条の文言は、「新たな夫の子」から「新たな配偶者の子」に変更される。

(77) 2017 年の同性婚の導入により新たに生活パートナーシップを設定することはできないため、後婚に代わる生活パートナーシップは存在しない。

(2) 最終報告書による提言

妻が長期間の別居で新たなパートナーとの子を妊娠する状況は稀ではなく、その場合に夫と妻とそのパートナーの三者の間で夫ではなく新たなパートナーが子の法的父となることを合意していることもある。現行法の問題点として、最終報告書は、時間と費用がかかる父子関係取消しの手続を認知の前に行ななければならないこと、1599条2項では子の出生から認知者との親子関係の設定までの期間が長くなることを指摘する⁽⁷⁸⁾。

そして、子の出生時またはその直後に母の夫ではなく認知者との親子関係を設定するために、テーゼ(16)で、現行1599条2項による父子関係の認知の可能性を拡大することを提言した⁽⁷⁹⁾。これにより、認知者には、子の遺伝上の父であり、親の責任を引き受けるということを認知に基づいて期待でき、この者が長期間にわたる取消手続なしに迅速に法的親となることができる。

この三者間表示(Dreier-Erklärung)の具体的な内容について、テーゼ(17)と(18)で次のように提言された。

「(17) 母となる者が婚姻しているときは、第三者も父子関係を妊娠者とその夫の同意を得て出生前に認知できるものとし、第三者は婚姻にもかかわらず子の出生により子の法的父となることができる。」

「(18) 母が子の出生時に婚姻しているときは、第三者は、父子関係を母とその夫の同意を得て子の出生から8週間内に認知できるべきである。」

ここでは、出生前の認知に対しての子自らが同意できないことのほか、通常の認知とは異なる次の2つの理由から母の同意が必要とされる⁽⁸⁰⁾。まず、2人目の親がまだいない場合に行われる認知とは異なり、三者間表示では法的父が交代する。さらに、1592条1号が予定する夫と子の親子関係設定を変更することで、母の法的地位も通常の認知より大きな影響を受ける。

また、子の出生後短期間における三者間表示による認知(テーゼ(17)、

(78) Abschlussbericht, S. 45.

(79) Abschlussbericht, S. 44.

(80) Abschlussbericht, S. 45.

(18) だけではなく、現行 1599 条 2 項による離婚に付帯する認知も原則として維持する（テーゼ⁽⁸¹⁾ (19)）。離婚前の認知は、離婚の確定によってではなく、三者間表示がなされることで効力を生じるとして、テーゼ⁽⁸²⁾ (20) では離婚の既判力を父子関係の認知の前提とせず、新たに規定することも提言⁽⁸³⁾した。

(3) 討議部分草案

討議部分草案は、最終報告書の提言を受けて三者間表示 (Dreier-Erklärung) の規定を設けている。このような規定を設ける理由と目的について、最終報告書と同様に、手続の簡略化、認知者が親の責任を引き受けることを期待できることが述べられている⁽⁸⁴⁾。

草案 1599 条 2 項で、子の出生前または出生後 8 週間内に認知したとき (1 号)、または離婚申立ての許可決定の確定から 1 年の経過までに認知し、かつ、離婚申立てが子の出生時に係属していたとき (2 号) には、子の出生時に母と婚姻していた者の同意を得ると、婚姻に基づく親子関係の規定 (草案 1592 条 1 項 1 号、2 項 1 号、草案 1593 条) の規定は適用されないことを定める。これにより、第三者は、父子関係またはコマザー関係を認知することができる。同様のことが、生活パートナーシップにも適用される (生活パートナーシップ法 21 条)。

草案 1599 条 2 項 1 号では、離婚手続の係属を要件としないことから、妻が不貞行為により子を産んだが、離婚が申し立てられていない場合において、不貞行為の相手方が法的親子関係を引き受けるという合意が存在するときにも、認知者が法的親となることができる。その他に、8 週間という短期間に制限することで、法的安定性と法的明晰性に配慮している⁽⁸⁵⁾。

草案 1599 条 2 項 2 号は現行 1599 条 2 項を基本的に維持する。だが、最

(81) Abschlussbericht, S. 44.

(82) Abschlussbericht, S. 45.

(83) Abschlussbericht, S. 44.

(84) Vgl. Diskussionsteilentwurf, S. 40.

(85) Diskussionsteilentwurf, S. 41.

終報告書と同様に、認知が有効となるために離婚判決の確定は必要としていない。認知は、母による同意、法的父または法的コマザーの同意が存在する時点で効力を生じる。これにより、係属している離婚手続の判断を待つことなく、母とともに法的親として責任を負うことを望む者を、子は親とすることができる⁽⁸⁶⁾。

もともと、2号の事案において、三者間表示による認知の後に婚姻当事者が離婚申立てを取り下げたときであっても、認知者が生物学的父である場合、第三者の精子を使用した人工生殖に母とともに同意していた場合、または裁判上の父子関係もしくはコマザー関係の確認の要件が存在する場合（草案 1598 条 a、草案 1598 条 c）には、認知による親子関係を取り消すことはできない。そのため、認知者が法的親に留まる⁽⁸⁷⁾。

前記 1号と 2号の事案における三者間表示による認知には、原則として認知の規定が適用される。例外として、他の者が父またはコマザーであるときに認知が効力を生じないとする草案 1594 条 2 項 1 文は適用されない（草案 1599 条 2 項 2 文）。子の同意については、母が認知の同意について配慮権を有しない限りで必要となり、後見人または代行保護者（Ergänzungspfleger, 1909 条）が法定代理人として、家庭裁判所または世話裁判所の許可を得て同意する⁽⁸⁸⁾。

母と婚姻している者としての法的父または法的コマザーによる同意には、認知への同意の規定が準用される（草案 1599 条 3 項）。

(86) Diskussionsteilentwurf, S. 41.

(87) Diskussionsteilentwurf, S. 42.

(88) Diskussionsteilentwurf, S. 41. 14 歳に達している子が認知に同意する規定（草案 1596 条 2 項 1 号）は、出生時に係属していた離婚手続が認知時に子が 14 歳になるまで続くことは通常あり得ないので、三者間表示において実務上の意義はない。

IX 任意認知

1 父子関係の認知

討議部分草案 1592 条 1 項 2 号は、現行法の規定を維持している。

ワーキンググループ実子法でも認知を親子関係の設定方法として維持することで意見が一致していた（テーゼ (10)）。その他に、父子関係の認知に遺伝上の親子関係の証明が必要であるかが検討されたが、次の理由から否定された⁽⁸⁹⁾。父子関係の認知は、認知者が子の遺伝上の父であるという推定によってのみ正当化されているのではなく、それとともに意欲的要素として、空いている 2 人目の親の地位を引き受ける準備があるという宣言とみることもできる。子の同意、または法定代理人である母の同意を必要とすることで、親の責任を母とともに、つまり典型的な方法で、子の利益において果たすことが期待できる。そして、テーゼ (11) で、父子関係の認知では認知者の遺伝上の父子関係の証明を求めないことを提言した。

2 コマザー関係の認知

討議部分草案は、認知によるコマザー関係の設定を認め（草案 1592 条 2 項 2 号）、父子関係と同様の要件を適用する。この点について、最終報告書も、同様の考えを示していた（テーゼ (50) (53) (55) (56)）。

3 認知の要件

父子関係とコマザー関係の間で認知の要件に違いはない。基本的に現行法における父子関係の認知の規定がコマザー関係の認知にも適用される。討議部分草案では、そのために必要な文言の変更が行われている。内容面では、父子関係またはコマザー関係の裁判上の確認の手続が係属中には任意認知ができないこと（草案 1594 条 2 項 2 文）と、認知に対する未成年

(89) Abschlussbericht, S. 42.

(90) Diskussionsteilentwurf, S. 25.

子の同意が必要となる場合（草案 1596 条 2 項）について、新たに規定された。その他では、現行法では同じ条文に定められていた認知能力と同意の規定が、認知能力が草案 1595 条に、同意が草案 1596 条に分けて整理されている。

子の出生前から認知できることは、現行法と同様である（草案 1594 条 4 項 1 文）。討議部分草案では、懐胎前には認知できないことが明文で定められている（同条 4 項 2 文）。これは、移植前の胚を認知できないとする判例・通説を反映している⁽⁹¹⁾。

条件または期間を付した認知が効力を生じないことも、現行法と同様である（草案 1594 条 3 項）。

4 被認知能力

父またはコマザーを有する子の認知は、その効力を生じない（草案 1594 条 2 項 1 文）。すでに父がある子に対して、コマザーがいないという理由で母以外の女性がコマザー関係を認知することはできない。

父子関係またはコマザー関係の裁判上の確認が係属しているときは認知することができない（草案 1594 条 2 項 2 文）。これは、連邦憲法裁判所 2018 年 9 月 25 日決定⁽⁹²⁾に基づくものである。この確認手続係属時の変更遮

(91) Diskussionsteilentwurf, S. 27.

具体的には、凍結保存されている胚を移植前に認知できるかが問題となる。連邦通常裁判所 2016 年 8 月 24 日決定（NJW 2016, 3174=FamRZ 2016, 1849）では、アメリカのカリフォルニア州にある生殖補助クリニックに男性カップルが代理懐胎で使用しなかった残りの胚を凍結保存していた場合に、精子提供者であるカップルの一方がこの胚を認知できるかが問題となった。同決定については、渡邊泰彦「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）」産大法学 53 卷 3・4 号（2020）229 頁、254 頁を、事実関係および原審については、渡邊・前掲産大法学 49 卷 4 号 79 頁以下を参照。

(92) NJW 2018, 3773=FamRZ 2019, 124.

「法的父の地位を得る手続は、十分に実効的でなければならない。それゆえ、その父子関係の確認の要件を満たす時点で裁判上の父子関係確認手続を開始した生物学的父が父の地位を得ることを、他の男性が父子関係確認手続係属中に父子関係を認知することによって妨げることは原則として許されない。このことは、少なくとも、生物学的父による裁判上の父子関係確認手続の係属時点で子と他の男性の間の社会的家族的関係が存在しておらず、かつ、生物学的父自身がその子と社会的家族的関係を築いていた場合に妥当する。」^ノ

断（Veränderungssperre）は、例えば生物学的父と推定される男性が父子関係の裁判上の確認の訴えを提起した場合に、これに対して母の同意を得た第三者が認知することで、確認手続が排除される事態を避けることを目的とする。⁽⁹³⁾ 変更遮断の規定は、意図するコマザーによるコマザー関係の裁判上の確認、意図する父による父子関係の裁判上の確認にも適用される。⁽⁹⁴⁾

この規定は、懐胎させたと推定される子に対して、または同意した人工生殖によって出生した子に対して責任を引き受けることを望む旨を親子関係確認の申立てによって明確に示している者が法的親となることが、通常は子の福祉に最も適するという考えに基づいている。⁽⁹⁵⁾

推定される生物学的父、意図する父または意図するコマザーが親子関係の裁判上の確認を行い、それに対して反対していた母が手続係属中にこの親子関係を承認したときは、裁判手続の終了により変更遮断も終了する。

5 認知能力

認知能力に関する規定は、現行 1596 条から草案 1595 条に移されるが、内容面での変更はない。

制限行為能力者は自らで認知することができるが、法定代理人の同意を得なければならない（草案 1595 条 1 項 1 文、2 文）。行為無能力者については、その法定代理人が家庭裁判所の許可を得て認知することができる（同条 1 項 3 文前段）。法定代理人が世話人であるときは、家庭裁判所に代わり、世話裁判所が許可する（同条 1 項 3 文後段）。行為能力を有する被

↘ (Rz. 19)

「最終口頭弁論の時点で法的父と子の間に社会的家族的関係が存在する場合であっても、このことは、そのような状況において法的親の地位を得ることから生物学的父を終局的に排除することを直ちに正当化するのではない。」(Rz. 22)

(93) Diskussionsteilentwurf, S. 26. 母の同意を得た第三者による認知を推定される生物学的父が後で取り消すことを望んでも、第三者と子の間に社会的家族的関係が存在すれば取り消すことができない（草案 1600 条 a 第 2 項）。

(94) 母または子からの裁判上の親子関係の確認においても変更遮断が生じるが、その相手方以外の者に認知の同意を与えることは考えられない。Vgl. Diskussionsteilentwurf, S. 27.

(95) Diskussionsteilentwurf, S. 27.

世話人は、自らで認知することができる（草案 1595 条 2 項）。

任意代理人が認知の意思表示をすることはできない（同条 3 項）。

6 認知への同意

(1) 母の同意

認知は、母の同意を得なければならない（草案 1596 条 1 項 1 文）。同意に条件または期限を付すことはできない（同条 1 項 2 文、草案 1594 条 3 項準用）。子の出生前に同意を与えることはできるが、子の懐胎前にすることはできない（同条 1 項 2 文、草案 1594 条 4 項準用）。母が制限行為能力者または行為無能力者である場合については、認知者と同様である（同条 1 項 2 文、草案 1595 条準用）。これらは、現行法と同様である。

(2) 子の同意

(a) 討議部分草案

現行法において、認知に対する子の同意は、母が認知に関して配慮権を有していない場合を除き、原則として必要とされていない。母が配慮権を有していない場合として、母が配慮権を剥奪されている場合（1666 条）、子が成年に達している場合がある。

討議部分草案では、子が 14 歳に達しているときにも、母の同意に加えて、子の同意も必要とする（草案 1596 条 2 項 1 文 1 号）。これにより、14 歳に達している子、成年に達している子、または母が認知について配慮権を有していない子が認知に同意する。14 歳に達した制限行為能力者は、自らでのみ同意することができる（同条 2 項 3 文）。この場合に、現行法（1596 条 2 項 2 文）とは異なり、法定代理人の同意は必要ない。⁽⁹⁶⁾

子が 14 歳未満の場合、または行為無能力である場合には、法定代理人のみが同意することができる（同条 2 項 2 文）。14 歳未満の子については、多くの場合において、配慮権者（法定代理人）である母が同意することになる。子の利益が関係していることから、14 歳未満の子であっても一般

(96) Diskussionsteilentwurf, S. 29.

に子の同意を必要とするかもしれないが、通常は法定代理人である母が同意を与えると考えられている。討議部分草案の理由では、母は自らが同意権者としてするのと同じ判断を法定代理人としても下すだろうし、それにもかかわらず2つの同意を必要とするというのは単なる形式主義であると述べられている⁽⁹⁷⁾。

法定代理人による同意には、家庭裁判所（世話人については世話裁判所）の許可が必要である（同条2項2文後段、草案1595条1項3文準用）。

子の同意に条件または期限を付けることはできない（世話人については草案1596条2項4文、1594条3項準用）。行為能力を有する被世話人は自らでのみ同意することができ、一身専属的意思表示である同意を任意代理人によって行うことはできない（草案1596条2項4文、1595条2項および3項準用⁽⁹⁸⁾）。

(b) 最終報告書

ワーキンググループ実子法では、年長の未成年子または成年子について母の同意のみで十分とするのでは子の自己決定権に合致しないことから、子の同意を必要とするという点で意見が一致していた⁽⁹⁹⁾。最終報告書のテーゼ(12)は、2人目の親がない場合に父子関係の認知が効力を生じるためには、母の同意に代わり、子の同意を必要とすることを提言していた⁽¹⁰⁰⁾。この点については、討議部分草案と同じ考えであるが、具体的な内容では両者の間で違いがある。

最終報告書のテーゼ(13)は、未成年の子については子の法定代理人が同意を表示し、14歳からは法定代理人の同意を得て子自らが同意し、成年に達してからは子による同意の表示のみを必要とするというように、子の同意について段階的に定めることを提言していた⁽¹⁰¹⁾。14歳という年齢は、

(97) Diskussionsteilentwurf, S. 29.

(98) 子の出生前から認知できるとする草案1594条4項の規定は、子の同意には準用されない。

(99) Abschlussbericht, S. 43.

(100) Abschlussbericht, S. 42.

(101) Abschlussbericht, S. 42.

縁組の承諾 (Einwilligung) に合わせたと考えられる (1746 条)⁽¹⁰²⁾。

テーゼ (13) では、縁組への承諾と同様に (1746 条 1 項 3 文) 法定代理人の同意を必要としていたが、討議部分草案は採用しなかった。

テーゼ (14) は、子またはその法定代理人が父子関係の認知への同意を拒絶するときは、未成年の子について、被認知者の父子関係について判断する父子関係確認手続が職権により開始することを提言した。最終報告書では、認知者が認知の意思表示によって親の責任を引き受ける用意のあることを明確にしている場合に、職権によって 2 人目の親子関係を設定することは子の利益になると述べる⁽¹⁰³⁾。しかし、討議部分草案は、職権による手続開始を明確に否定した⁽¹⁰⁴⁾。

さらに、一部の委員からは、事前に少年局が配慮権者にアドバイスをすることを定めるという意見もあった⁽¹⁰⁵⁾。だが、親に代わって父子関係の確認を行う官庁後見 (Amtsvormündern) または官庁保護 (Amtspflegern)⁽¹⁰⁶⁾ によるパートナーリズムの復活を警戒する考えから多数とはならなかった。

7 認知および同意の様式と撤回

認知と同意は、公的認証を受けなければならない (草案 1597 条 1 項)。認知の認定書および認知の効力について意味を有するすべての意思表示の認証証書は、父、コマザー、母および子並びに身分登録官に送付される (同条 2 項)。

認知が認証から 1 年経過しても効力を生じないときは、認知者は、認知を撤回することができる (同条 3 項 1 文)。撤回にも公的認証が必要であり、条件または期限を付すことはできない (同条 3 項 2 文)。制限行為能

(102) Vgl. Abschlussbericht, S. 43.

(103) Abschlussbericht, S. 44.

(104) Diskussionsteilentwurf, S. 30.

(105) Abschlussbericht, S. 44.

(106) 1998 年補佐法 (Beistandschaftsgesetz) による補佐の制度の導入にともない廃止された。

旧法下において、非嫡出子について官庁保護人が親子関係の確定と変更に関係する事務を管轄し、その限りで母の親権が制限されていた。

力者および行為無能力者による撤回には、認知と同様に草案 1595 条の規定が準用される。そのため、制限行為能力者による撤回には、法定代理人の同意が必要である。任意代理による撤回はできない。

以上の点について、コマザー導入による文言の変更の他に、内容面での変更はない。

8 濫用的認知

子、認知者もしくは母の入国許可、滞在許可または子の国籍取得による入国許可もしくは滞在許可を目的とした認知は、濫用的認知として許されない（草案 1597 条 a）。

最終報告書が作成された時点では、管轄を有する官庁が濫用的認知を取り消すことができる規定（旧 1600 条 1 項 5 号）が連邦憲法裁判所 2013 年 12 月 17 日決定（BVerfGE 135, 48）により違憲とされていた。そのため、テーゼ（15）では、例えば滞在許可を得るためのみに濫用的になされた父子関係の認知に官庁が異議を唱える規定は必要ないと提言した。

その後、2017 年 7 月 20 日に制定、同月 29 日に施行された「出国義務の実施改善のための法律（Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht）」により濫用的認知を禁止する 1597 条 a が新たに設けられた。討議部分草案は、現行 1597 条 a の規定を原則として維持し、コマザー関係の導入に合わせるほか、濫用的と評価されない例外を人工生殖による事案にも拡大している（5 項）。

濫用的な認知をすることはできない（草案 1597 条 a 第 1 項）。濫用的認知として、次の 2 つがあげられている。ひとつは、子、認知者または母の入国許可または滞在許可に必要な法律上の要件を満たすことを目的とした認知である。もう一つは、国籍法第 4 条第 1 項⁽¹⁰⁷⁾または第 3 項第 1

(107) 国籍法 4 条 1 項「親の一方がドイツ国籍を有するときは、子は、出生によりドイツ国籍を取得する。子の出生時に父のみがドイツ国籍を有し、かつ、ドイツ法による実親子関係設定のために認知又は父子関係の確認が必要となるときは、取得の主張のために、ドイツ法により効力を生じる認知又は父子関係の確認を必要とする；子が 23 歳に達する前に、認

⁽¹⁰⁸⁾文によりドイツ国籍を取得して子の入国許可または滞在許可に必要な法律上な要件を満たすことを目的とした認知である。

父子関係の濫用的認知について具体的な論拠があるときは、認証した官庁または認証者は、これを認知者と母への聴聞の後に外国人庁 (Ausländerbehörde) (外国においては在外公館) に通知し、認証を停止しなければならない (草案 1597 条 a 第 2 項 1 文)。具体的な論拠が存在する兆候として、次の 5 つをあげる (同条 2 項 2 文)。

1. 認知者または母若しくは子の執行可能な出国義務があるとき。
2. 認知者または母若しくは子が難民申請を行い、かつ、難民法第 29 条 a による安全な出身国の国籍を有しているとき。
3. 認知者と母または子の間に個人的な関係がないとき。
4. 認知者がすでに数回にわたり別の外国人の母の子との父子関係またはコマザー関係を認知しており、かつ、子が認知によりドイツ国籍を得た場合であっても子または母の入国許可または滞在許可に必要な法律上な要件を認知のたびに満たしていたという疑いがあるとき。
5. 認知者または母に父子関係またはコマザー関係の認知またはその同意に対して財産的利益が保証されている、または約束されているとき。

これらの場合に、認証した官庁または認証者は、認知者、母および身分登録官に認証の停止を通知しなければならない (同条 2 項 3 文)。外国人庁 (外国においては在外公館) は、父子関係の濫用的認知の存在を確認し、かつ、この判断を取り消すことができないときには、認証を拒否しなければならない (同条 2 項 4 文)。

認証が 2 項 1 文により停止するとき、および 2 項 4 文の要件が存在する

ゝ 知の表示をしなければならない、又は確認手続を開始しなければならない。」

(108) 国籍法 4 条 3 項 1 文「外国人が親である子は、次に掲げる場合において国内での出生によりドイツ国籍を取得する。

1. 8 年にわたり適法にその常居所を国内に有しているとき。
2. 永住権を有する、又は自由通行に関するヨーロッパ共同体及びその加盟国とスイス連邦共和国の間の 1999 年 6 月 21 日協定に基づいてスイス人若しくはその家族として滞在許可を有するとき。」

ときは、認証する他の官庁または認証者は認知を有効に認証することができない（同条3項）。草案1596条1項による母の同意についても、認知と同様のことが適用される（同条4項）。

しかし、認知者が認知される子の生物学的父であるときは、父子関係またはコマザー関係の認知は、濫用的なものではない（同条5項）。この規定により、生物学的関係と一致する親子関係を設定する認知は、草案1597条aの意味における濫用的認知とは見なされないことを明らかにする。滞在権を得ることを望む場合であったとしても、生物学的父は、有効に認知することができる。草案により、提供精子を使用した生殖補助医療において草案第1598条cによる父またはコマザーとしての裁判上の確認のための要件が存在する場合も同様に扱われる（同条5項）。自然懐胎による親子関係と人工生殖に基づく親子関係を異なって扱うことは憲法上の疑問を生じさせることからとする。自らが懐胎させた子を認知する者も、人工生殖に同意したことによって誕生した子を認知する者も、認知によって責任を負う場合に濫用的な行為をしていないことから、区別することはできない。草案1598条cの要件である生殖補助医療に費用がかかることから、適用対象の拡大によって濫用がさらに増加するという危惧は正当化されないとする。⁽¹⁰⁹⁾

9 認知の効果、認知などの無効

認知の法律効果は、法律に別段の定めのない限り、認知が有効となる時点から主張することができる（草案1594条1項1文）。認知の効力が子の出生時に遡及することが新たに草案1594条1項2文に定められているが、条文上明確にするだけであり、従来と比べて内容に変更はない。

認知、同意、撤回は、被認知能力の要件を満たさない場合（草案1594条2項）、条件または期限を付した場合（同条3項）、懐胎前に行った場合（同条4項）、行為能力に関する規定に反した場合（草案1595条）、必要な

(109) Diskussionsteilentwurf, S.31 f.

同意を得ていない場合（草案 1596 条）、様式違反の場合（草案 1597 条）にその効力を生じない（1598 条 1 項）。もっとも、これらの場合であっても、ドイツの身分登録簿に登録されてから 5 年を経過しているときは、認知は、その効力を生じる（同条 2 項）。1598 条について、討議部分草案では、改正を予定していない。

X 裁判上の確認

婚姻または認知に基づく父子関係またはコマザー関係が存在しないときは、裁判で確認することができる（草案 1598 条 a 第 1 項）。

討議部分草案は、親子関係の裁判上の確認について、生物学的血縁関係に基づく父子関係の確認を草案 1598 条 b に、第三者の精子を使用した生殖補助医療に基づく父子関係およびコマザー関係の確認を草案 1598 条 c に定める。

最終報告書は、裁判での親子関係の確認に関して、テーゼ（21）が法的父子関係について改正は必要ないとしており、コマザー関係についてはテーゼ（51）が、生殖補助医療の場合において、意図する父と同じ要件のもとで可能となると提言していた。

1 生物学的関係に基づく父子関係の確認

子と血縁関係を有する男性を父として裁判で確認することができる（草案 1598 条 b 第 1 項）。人工生殖に基づく父子関係（草案 1598 条 c）との区別のために、血縁関係を有することを明確にしている。最終報告書のテーゼ（57）も、裁判において、法的な親の一方として、原則として、遺伝上の親の一方を確定しなければならないと提言していた。

草案 1598 条 c において生物学的父である精子提供者との父子関係が認められない場合には、草案 1598 条 b は適用されない⁽¹¹⁰⁾（草案 1598 条 b 第 1

(110) Diskussionsteilentwurf, S. 33.

項後段)。

草案 1598 条 b の規定は、女性カップルの一方が卵子を提供した体外受精によって他方が出産した場合における卵子提供者とのコマザー関係には適用されない。その理由として、まず、血縁関係に基づくコマザー関係の確認では卵子提供によるコマザーと子の間の血縁関係の存在が前提となるが、卵子提供がドイツにおいて胚保護法によって禁止されている。次に、草案 1598 条 c 第 1 項により精子提供者が父とならない場合を除き、生物学的父とともに草案 1598 条 b によって卵子提供者もコマザーとして裁判で確認することができる⁽¹¹¹⁾とすると、親が 3 人となるかもしれず、2 人の親の原則に反することがあげられる。さらに、卵子提供以外の事案において子がコマザーと生物学的血縁関係を有することはないため、男性に適用される規定をコマザー関係に拡張する必要はないとする。

その他に、父子関係の裁判上の確認手続においては、受胎期間中に母と同食した男性を父と推定する (草案 1598 条 2 項 1 文)。もっとも、父子関係に重大な疑いが存在する場合には、推定されない (同条 2 項 2 文)。

2 人工生殖による親子関係の確認

(1) 人工生殖と親子関係

人工生殖 (künstliche Befruchtung) は、性交によらない懐胎であり、医療施設において医師により行われる生殖補助医療の他に、私的に行われた人工授精も含む広い概念である。そして、生殖補助医療 (eine ärztlich assistierte Befruchtung) は、精子注入による人工授精 (Insemination) と体外受精などの生殖補助医療技術 (ART) を含む概念である。そして、親子関係の規定で問題となるのは、第三者が提供した精子によって受精する人工生殖となる。

最終報告書では、提供精子を使用した人工生殖を次の 4 つに類型に分類

(111) Diskussionsteilentwurf, S. 32 f.

している。⁽¹¹²⁾

第1の類型は、公的な提供精子を使用した生殖補助医療である。国内もしくは外国の精子バンクまたは同様の施設における匿名の提供者による精子を使用して行われている。

第2の類型は、私的な提供精子を使用した生殖補助医療である。精子バンクを利用しないで、意図する親が精子を親族もしくは友人から入手して、またはインターネットで精子提供者を見つけて生殖補助医療を行う。この場合に、意図する親は、精子提供者が誰であるかを知っていることになる。

第3の類型は、私的な提供精子を使用した私的な精子注入である。どの範囲でドイツにおいて認められるのかという問題とは関係なく、ドイツにおいて実際には多数行われている。現行1600条5項は、私的な精子注入の事案も含めて、父子関係の取消権を合意によって排除することを認めている。私的な精子注入では、精子提供者が子の生活に積極的な役割を果たすことを望む場合（Yes-Spender）と、公的な提供精子と同様に親の責任を負うことを望まない場合（No-Spender）がある。

第4の類型は、公的な提供精子を使用した私的な精子注入である。外国の精子バンクから取り寄せた精子を私的に注入して行われる。

ワーキンググループ実子法では、第1の類型である公的精子提供による生殖補助医療における法的父子関係の設定の基準が検討された。その他の類型については、第1の類型と同様に扱われるのか、または自然懐胎と同様に扱うべきかが検討された。⁽¹¹³⁾

(2) 同意の位置づけ

第三者の精子を使用した生殖補助医療への同意を親子関係の設定においてどのように位置づけるかについて、最終報告書では、次の2つの考え方が検討された。⁽¹¹⁴⁾

(112) Abschlussbericht, S. 54.

(113) Abschlussbericht, S. 55.

(114) Abschlussbericht, S. 59. f.

第1案は、従来からの1592条による父子関係設定に取り込むものである。自然懐胎の場合に遺伝上の父に与えられる地位が、生殖補助医療への同意に基づいて意図する父に与えられる。意図する父は、当初に表示した意思に拘束されることから、子の母と婚姻しておらず、かつ、父子関係の認知を拒否する場合には、裁判により法的父と確認される。さらに、母が妊娠中に他の男性と婚姻した場合、または他の男性が父子関係を認知した場合⁽¹¹⁵⁾には、この男性との法的父子関係を取り消すことができる。

第2案は、1592条とは関係なく、第三者の精子を使用した生殖補助医療への同意に基づいて法律により親子関係を設定するものである。この場合には、母と意図する父が婚姻していない場合に、父子関係を認知する必要がなくなる。また、意図する父が認知を拒否する場合であっても、父子関係を裁判で確認する必要はない。

最終報告書では、テーゼ(39)⁽¹¹⁶⁾が、1592条の現行の規定システムに組み込む第1案を採用した。

第一次段階での親子関係の特別な設定方法となる第2案を採用しなかった理由として、まず、懐胎の方法を身分登録所に明らかにしなければならないことがあげられた。次に、同意の表示の有効性、または子の誕生の仕方について争いがある場合に裁判上の手続を開始することになれば、迅速で確実な親子関係の設定という目的は達成できない。両親が合意している場合には現行法の認知によって当事者がその望む法律効果を得られることができると述べる⁽¹¹⁷⁾。

最終報告書のテーゼ(40)は、第1類型の公的な精子提供について、公的な精子提供による生殖補助医療の場合も、母と出生時に婚姻している者、父子関係を認知した者または裁判上父として確認された者が子の法的父で

(115) これはオーストリア法と同様の考え方である(Abschlussbericht, S.59)。オーストリア法については、渡邊泰彦「同性の両親と子——ドイツ、オーストリア、スイスの状況——(その5)」産大法学51巻2号(2017)63頁、91頁以下を参照。

(116) Abschlussbericht, S.59.

(117) Abschlussbericht, S.59 f. 子の出生前に母と意図する父が別れた場合、母が他の男性と婚姻した場合にも、通常の親子関係設定によって対処できるとする。

あるとする。⁽¹¹⁸⁾

まず、母が婚姻している場合には、母の夫が通常は意図する親でもあることを前提として、現行 1592 条 1 号（草案 1592 条 1 項 1 号）により、母の夫が子の父となる。別居時に第三者の精子を使用した生殖補助医療を母が行った場合には、この第三者が母とその夫の同意を得て認知することができる（三者間合意）。あるいは、三者間で合意できないときには、自然懐胎の事案において遺伝上の血縁関係の不存在を理由とするのと同様に、夫は、同意の不存在を理由に自分と子の間の父子関係を取り消すことができる。

次に母が婚姻していない場合には、父子関係を認知した者が法的父となる。懐胎後に母が意図する父と別れて、父の役割を引き受けることを望む新たなパートナーを得た場合には、この新たなパートナーが認知することもできる。意図する父は、法的父となることを望むのであれば、この父子関係を取り消すことができる。⁽¹¹⁹⁾

このように、第三者の精子を使用した人工生殖への同意は、婚姻に基づく親子関係または認知では、親子関係の取消しの段階で問題となる。これに対して、裁判による親子関係の確認では、親子関係の設定の要件となる。

(3) 草案 1598 条 c の趣旨

提供精子を使用した人工生殖の場合には、まず遺伝上の父である精子提供者を父とは確認できない場合に（草案 1598 条 c 第 1 項）、人工生殖に同意した者を父またはコマザーとして裁判で確認することができる（同条 2 項）。

この規定は、次のような考えを前提としている。⁽¹²⁰⁾ まず、人工生殖による子の誕生に自ら同意することで決定的な役割を果たした者は、自然懐胎により子をもうけた男性と同様に扱うことができ、扱われねばならない。それに対して、知らない人が妊娠の目的で使用するために精子を精子バンク

(118) Abschlussbericht, S. 60.

(119) Abschlussbericht, S. 60 f.

(120) Diskussionsteilentwurf, S. 33.

に提供した精子提供者、または明確に親の役割を放棄したうえで私的に精子を提供した者は、法的父となるべきではない。それゆえ、精子提供者が親の責任を放棄していることを考慮して、討議部分草案は、彼に代わって意図する父が法的に父となること、意図するコマザーが法的にコマザーとなることを典型例とする。

(4) 対象となる当事者

母と婚姻していない男性が親となるために第三者の精子を使用した人工生殖に同意していたにもかかわらず、その約束に反して子の出生後に認知することを望まない場合であって、この男性が事前に表示した意思を確定することができるというのが、草案 1598 条 c の典型的な事案である。

同様のことは、女性カップルの事案においても妥当することを最終報告書⁽¹²¹⁾と討議部分草案⁽¹²²⁾は指摘する。典型事案で同意した男性も、コマザーとなることを望む女性も、子と遺伝上の関係がなく、意図する親として生殖補助医療に同意することで子の懐胎に本質的に寄与し、親の責任を引き受ける意思を予告していた。そのため、異性カップルと女性カップルを区別して扱う理由はないとする。

討議部分草案では、母と合意して人工生殖に同意した者を、父またはコマザーとして裁判で確認することができる⁽¹²³⁾と定める（草案 1598 条 c 第 2 項 1 文）。最終報告書のテーゼ（51）も、生殖補助医療の場合に、意図した父と同じ要件のもとで、意図したコマザーの法的親子関係を⁽¹²³⁾確認できると提言していた。

(5) 精子提供者

(a) 討議部分草案

第三者の精子を使用する生殖補助医療の場合に、生物学的親子関係が存在するにもかかわらず精子提供者を父として裁判で確認できない要件を、草案 1598 条 c 第 1 項は規定する。

(121) Abschlussbericht, S. 70.

(122) Diskussionsteilentwurf, S. 34.

(123) Abschlussbericht, S. 70.

草案 1598 条 c 第 1 項が定める第 1 の要件は、第三者の精子を使用して臓器移植法 1 条 a 第 9 号の意味における医療施設⁽¹²⁴⁾において医師による人工生殖により子を懐胎したことである。ここでいう精子提供者には、胚提供の場合に自らの精子によって胚を発生させた男性も含まれる（草案 1598 条 c 第 1 項 2 文）。

第 2 の要件として、精子提供者も次の 2 つのうちどちらかの要件を満たすことが求められる。

まず、精子提供者が採取施設（精子提供者登録法 2 条 1 項 1 文）に精子を委ねたことである（1 号）。この点は、第三者の精子を使用した人工生殖に基づく父子関係に関する現行 1600 条 d 第 4 項と同様である。

次に、このような採取施設で提供していないが、親子関係を明確に放棄し、かつ、精子提供者登録簿に自己の情報を記載することを承諾していることである（2 号）。この類型は、討議部分草案によって新たに加えられた。私的な提供精子を使用した生殖補助医療の場合でも、公的な精子提供（1 号）の場合と同様に精子提供者を父と確認することができないことがあることを意味する。この 2 号の要件を満たさない場合には、私的に精子を提供した男性は、母の同意を得て認知すること、父子関係を認めることができ、または父子関係を子の側から確認されることがある。親の地位を放棄した精子提供者が必要な同意を得て父子関係を認知することも、理論上は可能である⁽¹²⁵⁾。

また、2 号では、明確に親の地位を放棄しなければならない。放棄したと推断されるという程度では不十分である⁽¹²⁷⁾。意思表示は、文書で行わなければならない（草案 1598 条 c 第 3 項 1 文）。

(124) 臓器移植法第 1 条 a 第 9 号の意味における医療施設とは「常時の医学的監督のもとで専門医療により、かつ、医師による医療において提供される看護を直接に患者に行う病院またはその他の施設である」。

(125) 採取施設で精子を任意に委ねていないことは、「前号に掲げる要件が存在せずに」という文言で示されている。

(126) Diskussionsteilentwurf, S. 35; Abschlussbericht, S. 61.

(127) Diskussionsteilentwurf, S. 35.

精子提供者登録簿は、ドイツ医学文書・情報機関（Deutschen Institut für Medizinische Dokumentation und Information）に設置・管理されている（精子提供者登録法（Samenspenderegistergesetz（SaRegG）1条）。この登録簿には、氏名、生年月日、出生地、国籍、宛先が記載される（同2条2項1文1～5号）。登録の有無ではなく、精子提供者が父とならないという意味を示していることが重要なことから、2号は登録簿への記載の「承諾」を要件としている⁽¹²⁸⁾。

(b) 最終報告書

前記の第1の類型である公的な提供精子を使用した事案について、最終報告書のテーゼ（37）も、採取施設での精子提供の引渡しにより、精子提供者による法的父子関係の放棄が推断されるとしていた⁽¹²⁹⁾。さらに、テーゼ（42）では精子提供者は子の法的父と確認できるべきではないと提言していた。これらは、討議部分草案1598条c第1項1文1号と同様である。

私的な精子提供では精子提供者と意図する親との間に社会的接触があり、精子提供者が法的親になることを望まないことを一般的な前提とはできない点で公的な精子提供と異なる。むしろ、精子提供者が子の関係者（Bezugsperson）となり、子の生活において積極的な役割を果たすことも考えられる。他方で、意図する役割分担をしばしば明確に取り決めていないこと、または親と仲の良い精子提供者が子に対する親の責任の引受けを望むなど当事者の態度が変わることもある⁽¹³⁰⁾。そのため、最終報告書では、私的な精子提供の事案を一定の要件の下でのみ、公的な精子提供の事案における親子関係設定と同様に扱うことができるとする。

私的な提供精子を使用した生殖補助医療の事案について、テーゼ（48）

(128) Diskussionsteilentwurf, S. 35.

実際に登録されることにまで精子提供者も意図する親もその力を及ぼすことはできないからである。精子提供者を父とする、または意図するコマザーを親の一方とする（意図する父を父とする）ことは、データが記載されているか否かに左右されるべきでないとも述べる。

(129) Abschlussbericht, S. 57.

(130) Abschlussbericht, S. 64.

は、1. 意図する親が同意する、2. 提供者が法的父子関係を文書で放棄している、3. 医師から提供者登録簿に情報を転送できるために、提供者が提供者登録簿へのその情報の記載に同意を表示しているという3つの要件のもとで親子関係が設定されることを提言していた。⁽¹³¹⁾ 第1の要件が草案1598条c第2項1文に、第2および第3の要件が同条1項1文2号および3項1文に相応する。

私的な精子提供では、それが精子提供者による法的父子関係の放棄を意味しているとは理解できない。そのため、法的父子関係を明確に放棄しており、意図する親の同意が明確なときにのみ公的な精子提供と同様に扱われるとする。⁽¹³²⁾ また、提供者登録簿への登録の同意を要件とすることで、私的な精子提供の場合にも子の自己の出自を知る権利が登録によって保障される。⁽¹³³⁾

私的に提供された精子を使用する場合には、医師が関与する生殖補助医療の事案でのみ、前記テーゼ(48)の要件の遵守が保障されるとする。その理由として、医師が当事者に事前の説明を行い、放棄または同意の意思表示を文書にし、精子提供者の情報を転送することをあげる。

これに対して、私的な提供精子を使用した(「容器提供」、類型3)、または公的な提供精子を使用した(類型4)私的な精子注入の事案について、テーゼ(49)は、親子関係設定は原則として自然懐胎に適用される条文によると提言する。⁽¹³⁴⁾ これらの場合には生殖が完全に私的な領域に留まるものであり、当事者間で合意した第三者との性交による自然懐胎と同じに扱われることも考慮された。そのため、自然懐胎に一般に適用される規定に従って法的親子関係を設定する。つまり、第一次の設定において、子の遺伝上の父である私的な精子提供者を、子の法的父として裁判で確認することができる。

(131) Abschlussbericht, S. 64.

(132) Abschlussbericht, S. 65.

(133) Abschlussbericht, S. 65.

(134) Abschlussbericht, S. 67.

(6) 人工生殖への同意

草案 1598 条 c 第 1 項により精子提供者を父として確認できない場合には、母と合意して人工生殖に事前同意した者を父またはコマザーとして裁判で確認することができる（同条 2 項 1 文前半）。最終報告書のテーゼ (35) も、同意者は生殖補助医療への同意によって懐胎された子に対する責任を引き受け、原則としてそれを維持すべきことを提言していた（この同意者には母も含む）。

合意であるから母と同意者の意思表示の内容は一致していなければならない。これらの意思表示は、同時にではなく順次に表示することができる⁽¹³⁵⁾。

母も同意者も、成人の場合にのみ同意することができる（同条 2 項 1 文後半）。これにより、人工生殖によって未成年者が親となることを、子の福祉の利益において、妨げることができる⁽¹³⁶⁾。

複数の者が順次に人工生殖に同意したが、先の同意が撤回されていなかった場合には、複数の者の同意が併存する。このような場合には、母への精子注入または受精胚の移植の前に最後に同意した者との親子関係を裁判で確認することができる（同条 2 項 2 文）。最後に同意した者が 2 人目の親としての役割を果たすことを望み、それをきちんと果たすと最も強く推定されるからである。また、同意者の関与なしに、複数の父またはコマザーの中から 2 人目の親を選択するということが妨げられる⁽¹³⁷⁾。

(7) 文書による表示

親子関係の放棄および精子提供者登録簿への情報記載の同意に関する精子提供者による意思表示（草案 1598 条 c 第 1 項 2 号）、人工生殖への母と同意者の意思表示（同条 2 項）は、文書による要式行為である（同条 3 項 1 文）。この文書を電子形式で作成することはできない（同条 3 項 1 文後半）。立証の確実性のみならず、子の懐胎に関与する人への警告機能

(135) Diskussionsteilentwurf, S. 36.

(136) Diskussionsteilentwurf, S. 36.

(137) Diskussionsteilentwurf, S. 36.

(Warnfunktion) も満たすために文書様式としているのであり、電子方式による意思表示では後者を満たせないからである。⁽¹³⁸⁾

精子提供者の意思表示（草案 1598 条 c 第 1 項 2 号）および母と意図する親の同意（同条 2 項）に条件または期限を付すこともできない（草案 1598 条 c 第 3 項 2 文、草案 1594 条 3 項準用）。これらの意思表示が身分法上の親子関係設定という意義で父子関係またはコマザー関係の認知と同等であることから、認知の規定を準用している。⁽¹³⁹⁾

行為能力については、認知の同意に関する規定（草案 1595 条）が準用される（草案 1598 条 c 第 3 項 2 文）。これにより、行為無能力の場合には、家庭裁判所または世話裁判所の許可を得て法定代理人が同意の表示をすることができる。未成年の精子提供者は、制限行為能力者として自らで意思表示を行う。それに対して、未成年者による人工生殖への同意はそもそも想定されていないので、代理の可否は問題とならない。⁽¹⁴⁰⁾

最終報告書では、テーゼ (37) で精子提供者は精子バンクなどへの提供精子の引き渡しにより法的親子関係を放棄するが、さらに法的父として確認されないことを文書により確認されねばならないとする。文書によらない場合であっても、親子関係の放棄の効果と、それによる親子関係確認からの免除に影響を与えない。⁽¹⁴¹⁾

これに対して、テーゼ (36) では、母および意図する父の同意は、公的認証しなければならずと提言していた。⁽¹⁴²⁾ コマザー関係の裁判上の確認は、テーゼ (51) により生殖補助医療の場合において、意図した父と同様に扱われる。

ワーキンググループ実子法では、提供精子を使用した生殖補助医療に関する母と意図する父の意思表示は、設定にとって重要であることから要式

(138) Diskussionsteilentwurf, S. 37.

(139) Diskussionsteilentwurf, S. 38.

(140) Diskussionsteilentwurf, S. 38. 草案 1598 条 c 第 1 項 2 号における意思表示を行為無能力である精子提供者に代わって法定代理人が行うことも可能であるが、実務上の意味はない。

(141) Abschlussbericht, S. 58.

(142) Abschlussbericht, S. 57.

とする点で意見が一致していた。それについて、公的認証が、確実な証明手段であるのみならず、法的効果について知らせることとも結びつくことから適切であるとされた。⁽¹⁴³⁾

それとともに、私的な精子提供における精子提供者による親子関係を放棄する意思表示についても公証人による認証を要件とするという考えも検討された。しかし、父子関係を放棄した者の精子が実際に使用されたの保障することができないという理由から採用しなかった。⁽¹⁴⁴⁾

討議部分草案では、前記のように最終報告書の提言を採用せず、生殖補助医療に関する意思表示について公的認証までは求めていない。その理由として、公的認証という様式ではハードルが高すぎることをあげる。母と意図する父、または意図するコマザーが人工生殖に同意したという証明は、文書様式を求めることでも保障される。公証人という他人が関与する公的認証を必要としないことにより、精子提供者、母、意図する父または意図するコマザーがより容易に法律上の要件を遵守できる。討議部分草案では、第三者の精子による子の懐胎の場合に親子関係確認の要件が過剰になることなく、子にできる限り2人目の親との関係を設定できるように配慮している。とりわけ、公的認証なしに、不妊治療クリニックで生殖補助医療が行われた場合に、母が婚姻しておらず、子が認知されない事案で、裁判で親子関係を確認できないという事態を避けるべきとする。⁽¹⁴⁵⁾

その他に、公的認証とは別に、ワーキンググループ実子法では、社会心理学的および医学的な助言が親になされるべきであるという見解で一致していた。この点について、討議部分草案では、草案1598条1項により医療施設において人工授精が行われることから、不妊治療クリニックにおいて十分に説明を行うことができ、説明義務の定めを不妊治療における義務

(143) Abschlussbericht, S. 57. 公的認証「しなければならない (müssen)」に6人が賛成し、公的認証「するべき (sollen)」に3人が賛成。

(144) Abschlussbericht, S. 65.

(145) Diskussionsteilentwurf, S. 37.

一覧に取り込むこともできるとする。⁽¹⁴⁶⁾

(8) 撤回

母または将来の父もしくはコマザーによる同意は撤回することができる(草案 1598 条 c 第 4 項 1 文)。精子提供者は、親子関係の放棄などの意思表示を撤回できない(草案 1598 条 c 第 4 項 1 文が「第 2 項に掲げる」と明文で示している)⁽¹⁴⁷⁾。親子関係の放棄の意思表示をした後に精子提供者が撤回によって親となることが可能となると、意図する親を 2 人目の親として裁判で確認することができなくなる。そのため、撤回の禁止によって意図する親の地位が保護される。

3 項を準用しないことから、撤回は文書による必要はなく、口頭で行うこともできる。撤回の期限が迫っている状況で手元に筆記用具がないため文書を作成できない場合でも同意を撤回できることから、文書様式による立証責任の軽減は放棄される⁽¹⁴⁸⁾。撤回にも同意と同様に公的認証を必要とする⁽¹⁴⁹⁾と最終報告書では述べられていたが⁽¹⁴⁹⁾、討議部分草案では採用されなかった。

母への精子注入または受精胚の移植の後は同意を撤回することができない(同条 4 項 3 文)。母への精子注入または胚の移植により懐胎の過程が完了し、子の誕生が自然の経過にのみ委ねられている場合に、意図する親は自らがした同意に拘束されるべきであると述べる。懐胎の完了後には親子関係に向けての生物学的過程を自然懐胎と同じく阻止できないことから、撤回の可能性について第三者の精子を使用した生殖補助医療と自然懐胎が同様に扱われるとする⁽¹⁵⁰⁾。最終報告書のテーゼ(38)も、同意の存在についての基準時は母への提供精子の注入または受精卵もしくは胚の移植であるとし、この時点まではすべての同意は撤回できると提言していた⁽¹⁵¹⁾。その理

(146) Diskussionsteilentwurf, S. 37.

(147) Diskussionsteilentwurf, S. 38.

(148) Diskussionsteilentwurf, S. 38.

(149) Abschlussbericht, S. 59.

(150) Diskussionsteilentwurf, S. 39.

(151) Abschlussbericht, S. 57.

由として、体外受精において胚は卵子の受精によって生じるが、受精卵を長期間にわたり凍結保存できるため、母へ移植する時点まで当事者は一身専属的判断としての同意を撤回できることがあげられる⁽¹⁵²⁾。

撤回に条件または期限を付すことはできず、行為能力について認知の規定（草案 1595 条）が準用される（草案 1598 条 c 第 4 項 2 文）。

その他、同意が撤回とは関係なくどれだけの期間にわたり効力を有するのか、意図する父の死後に同意は効力を失うべきかについてワーキンググループ実子法では議論されたが提言には至らず、立法でこれらの問題を考えるべきとした⁽¹⁵³⁾。しかし、討議部分草案では触れられていない。

3 効果

父子関係またはコマザー関係の法律効果は、法律から別段のことが明らかとならない限り、確認の時点から主張することができる（草案 1598 条 a 第 2 項 1 文）。確認の効力は子の出生時点に遡及することが新たに定められた（同条 2 項 2 文）。認知の効果と同様に、条文で明確にするための変更であり、従来と比べて内容に変更はない。

XI 父子関係・コマザー関係の取消し

法律に基づく父子関係（1592 条 1 項 1 号）とコマザー関係（同条 2 項 1 号）、認知による父子関係（同条 1 項 2 号）とコマザー関係（同条 2 項 2 号）という親子関係の第一次的設定が正しくない場合には、取り消すことができる（草案 1599 条 1 項）。最終報告書のテーゼ（52）と（54）では、第二次段階での訂正の可能性についても、法的父子関係と法的コマザー関係は平等に扱われると提言する。

草案 1599 条 1 項は、現行 1599 条 1 項と同様に、父子関係またはコマ

(152) Abschlussbericht, S. 58 f.

(153) Abschlussbericht, S. 59.

ザー関係の不存在が確認された場合に、第一次的設定の規定が適用されないという形で定められている。

草案 1600 条では取消権者について、草案 1600 条 a では不存在確認の要件および法的親と子の間に社会的家族的関係が存在する場合の例外について、草案 1600 条 b では第三者の精子を使用した人工生殖の事案における取消権の排除について、草案 1600 条 c では認知者または同意した母が取り消せないことを、草案 1600 条 d では取消権者の行為能力について、草案 1600 条 e では取消期間について、草案 1600 条 f では錯誤・詐欺・強迫による認知を取り消す場合における父子関係の推定について定める。

草案 1599 条 2 項、3 項は、母が婚姻している場合に父子関係またはコマザー関係を母とその配偶者と認知者の合意により配偶者が父またはコマザーとならず、裁判上の取消手続を経ることなく認知することができるという三者間表示について定める（前記Ⅷ 3）。

1 取消権者

取消権者として、草案 1600 条 1 項は、次の 5 人の者を列挙する。婚姻に基づいて、または認知により子との間に父子関係またはコマザー関係がある者（1 号）、推定される生物学的父（2 号）、意図する父または意図するコマザー（3 号）、母（4 号）、子（5 号）である。

2 号の推定される生物学的父とは、法的父ではないが、子の母と受胎期間中に同衾したことについて宣誓に代わる保証をした男性である。現行 1600 条 1 項 2 号と同様であり、規定内容も変わらない。連邦通常裁判所 2013 年 5 月 15 日判決（BGHZ 197, 242）は、現行 1600 条 1 項 2 号が「子の懐胎に先だって、希望親である第三者の（排他的な）父子関係に向けた民法 1600 条 5 項（注：現行法では 4 項）の意味における合意がない場合（いわゆる合意による精子提供型人工授精）には、性交なしに可能な遺伝上の父子関係に適用され」、同衾した者に精子提供者が含まれるとした。そのため、生物学的父とは別の男性が法的父となること、または女性がコマザーとなることがすべての当事者による取り決めから明らかとなってい

る場合には、精子提供者は取消権を有しない。また、現行法と同様に、宣誓に代わる保証を要件とすることから、匿名の精子提供者は取消権者とはならない。⁽¹⁵⁴⁾

3号の意図する父または意図するコマザーとは、第三者の精子提供を使用した生殖補助医療に母とともに同意した者を指す（同条1項3号）。草案1598条cが定める要件を満たす場合に母と合意して人工生殖に同意した者を父またはコマザーとして裁判で確認できるのであるから、他の者がすでに2人目の親となっている場合にこの親子関係を取り消す権限を有していなければならない。そのために、討議部分草案で新たに明文で定められている。最終報告書のテーゼ（46）も、意図する、非法的父は、自然懐胎の事案における遺伝的で非法的父と同じ要件のもとで、他の男性の法的父子関係を取り消すことができると提言していた。⁽¹⁵⁵⁾草案1598条cの定める父またはコマザー関係の要件を満たしているかは、意図する親が取消権限を有しているのかという取消申立ての許可の段階ではなく、取消理由の存否の範囲（草案1600条a第1項3号）で判断される。⁽¹⁵⁶⁾

母（4号）が取消権を有する点は、現行法と同じである。その理由として、最終報告書では、法的親は親の責任を原則として共同で行使することから、母もその親の地位において、誰が彼女と共にこの2人目の法的親であるのかにより影響を受けることをあげる。⁽¹⁵⁷⁾最終報告書のテーゼ（26）も、母の取消権が法的父の取消権に対応したものであるべきと提言していた。⁽¹⁵⁸⁾

子（5号）も、現行法と同様に、取消権を有する。

これらに対して、精子提供者は、草案1598条c第1項により父として裁判で確認できない場合には、取消権者とはならない（草案1600条2項）。最終報告書のテーゼ（47）も、「同衾」の概念が多義的であり法律上明確

(154) Diskussionsteilentwurf, S. 43.

(155) Abschlussbericht, S. 63. テーゼ（52）により、コマザー関係についても同様とする。

(156) Diskussionsteilentwurf, S. 44.

(157) Abschlussbericht, S. 49 f.

(158) Abschlussbericht, S. 49.

にする必要があることから、精子提供者には、公的精子提供の場合に取消権が与えられないと提言していた。⁽¹⁵⁹⁾

2 取消理由

(1) 概説

どのような要件のもとで父子関係またはコマザー関係を取り消せるのかについて、草案 1600 条 a が定めている。現行法では生物学的父による取消しについてのみ 1600 条 2 項に定めていたが、草案 1600 条 a 第 1 項では、生殖補助医療の事案を含めて、取消権者を 3 つに分類し、取消しの要件を定めている。同条 2 項と 3 項は社会的家族的関係について定める。

第二次的設定である親子関係の取消し（不存在の確認）の要件は、第一次的設定である親子関係の裁判上の確認の規定（草案 1598 条 a から 1598 条 c まで）に対応している。これにより、現行法と同様に親子関係の確認の規定と取消しの規定の間に価値矛盾が生じないようにされている。例えば、法的父が生物学的父ではない、つまり父子関係を裁判上確認できない場合にのみ、その法的父子関係を取り消すことができる。裁判で親子関係を確認できる者は、原則として、親子関係を確認できない者に勝るという現行法の原則は、草案でも維持されている。⁽¹⁶⁰⁾

草案 1600 条 a 第 1 項により取消しの要件を満たしている場合であっても、草案 1600 条 b または草案 1600 条 c（後記 4、5 参照）により取消権が排除されるときは、取り消すことができない（草案 1600 条 a 第 1 項 2 文）。

(2) 父、母、コマザーによる取消し

まず、父（草案 1600 条 1 項 1 号）、母（4 号）、コマザー（1 号）は、婚姻に基づいて、または認知により法的父となる者が生物学的父ではない場合、または提供精子を使用した生殖補助医療の場合に父もしくはコマザー

(159) Abschlussbericht, S. 64.

(160) Diskussionsteilentwurf, S. 45.

として裁判で確認する要件（草案 1598 条 c）が存在しない場合に、父子関係またはコマザー関係を取り消すことができる（草案 1600 条 a 第 1 項 1 号）。提供精子を使用した人工生殖の事案では、人工生殖が生殖補助医療として行われていない場合、母と合意して同意していない場合（草案 1598 条 c 第 1 項、2 項参照）に取り消すことができる。コマザー関係は、父と異なり生物学的血縁関係を理由とする裁判上の確認の規定がないことから（草案 1598 条 b 参照）、草案 1598 条 c の要件が存在しないという人工生殖の事案でのみ取り消すことができる⁽¹⁶¹⁾。

父による取消しについて最終報告書のテーゼ（22）では法的父子関係が母との婚姻に基づくときは、父は、現行法と同様に、彼が子の遺伝上の父ではないことを理由に取り消すことができると提言していた⁽¹⁶²⁾。夫が子の遺伝上の父ではない場合に、たとえ社会的父として長期間にわたり親の責任を実際に引き受けていた場合であっても法的父子関係に拘束する理由とはならないとする⁽¹⁶³⁾。さらに、自然懐胎の事案において遺伝上の血縁関係がなく法的父子関係のみが設定されることは、原因者原則にも、父子関係の意図的な引き受けにも基づくことができないことも指摘する⁽¹⁶⁴⁾。

(3) 子による取消し

(a) 討議部分草案

草案 1600 条 a 第 1 項 5 号は、子による取消しを、父、母、コマザーによる取消しと同じ要件の下で認めている。

(b) 最終報告書

これに対して、最終報告書のテーゼ（27）は、子による父子関係の取消しを現行法に比べて制限することを提案していた。

そもそも、身分関係から独立した自己の出自の解明を、連邦憲法裁判所

(161) Diskussionsteilentwurf, S. 45.

(162) Abschlussbericht, S. 47.

(163) Abschlussbericht, S. 48.

(164) Abschlussbericht, S. 48. その他、女性が妊娠している子が自らと遺伝的血縁がないことを知りながら、その女性と婚姻した男性について、一定の事案において取消権を排除できるかという問題については、ワーキンググループ実子法では提言には至らなかった。

の判例が認められるかもしれないとしてもかかわらず、1998年親子法改正法では、法律効果のない父子関係確認はないとして導入せずに、子の取消権を拡大した⁽¹⁶⁵⁾。その後自己の出自を知る権利に関する規定が設けられ（現行1598条a）、最終報告書では、自己の出自の解明への権利を拡大するのに対して、子の取消権を制限する提言を行っている。そして、テーゼ（28）で、法的父との遺伝上の血縁がないことを理由とする子の取消権が認められる例として、1. 父が死亡しているとき、2. 父が子に対して重大な過誤を行ったとき、3. 父が同意しているとき、4. 父との確立した社会的家族的関係が生じていないときをあげていた⁽¹⁶⁶⁾。

遺伝上の血縁関係と法的親子関係設定の一致という子の利益は、原則的に認められる。しかし、法的父と子が長期間にわたり生活し、社会的家族的関係が存在する場合において、子が父子関係を取り消すときに、遺伝によって決着をつけ、関係する親の利益の衡量を行っていない点に委員の多数は疑問を抱いていた⁽¹⁶⁷⁾。精子提供もしくは胚提供による懐胎に同意している、または父子関係に関する事情を知らず認知した、もしくは父子関係の取消しを行わないという法的親の多くは、自覚した責任の引受けを判断している。子との確立した社会的家族的関係が存在する場合の法的父子関係について、精子提供、胚提供または自然生殖による第三者の子への責任の意図的な引き受けとは異なる扱いがされる理由が不明確であるとする。そのことから、父との確立した社会的家族的関係が存在しない場合、または重大な理由から取消しが必要となる場合にのみ、子が法的父子関係を取り消すことができるとして、テーゼ（28）に前記4つの事案をあげた⁽¹⁶⁸⁾。子

(165) Abschlussbericht, S. 50.

(166) Abschlussbericht, S. 50.

(167) Abschlussbericht, S. 50. 最終報告書では、養親家族への統合という子の利益を優先して子が未成年の間は子の福祉から重大な理由がある場合にのみ離縁を認める未成年養子縁組と対比している。

(168) Abschlussbericht, S. 51. 1年以上生活している子と法的父の間の社会的家族的関係が存在を考慮することで、成年の子が、未成年の間に監護してくれた法的父に対する扶養義務から逃れることを防げるとする。

の取消権の制限により、遺伝上の血縁関係以外の親子関係設定に重要な要素、生活している社会的家族的関係、法的親子関係の安定性と信頼性を考慮に入れることができるとする。

これに対して、少数派は、子は成年に達するまで法的親子関係設定に影響を及ぼすことができず、共同発言権もないという理由から反対した。子はその遺伝上の父を知るだけでなく、その法的親子関係を遺伝上の血縁関係と一致させ、そのために既存の法的親子関係を取り消すことを求めるのは正当であるとする。成年の子の取消権が法的父の取消権に明らかに劣っていることは平等扱いの原則にも反するとする。また、子の取消権を拡大し、制限しないのが世界的な傾向であることを指摘した。そして、精子提供による人工授精では精子提供者が通常は法的父とはならず、取消権は排除されるが、その他の事案では取消権を制限する必要はないことから、子の取消権を自然懐胎と精子提供による人工授精に分けて形成できるとも述べていた⁽¹⁶⁹⁾。

(4) 推定される生物学的父による取消し

推定される生物学的父は、実際に子の生物学的父であるときに、他の者と子の間の法的父子関係またはコマザー関係を取り消すことができる（草案1600条a第1項2号）。推定される生物学的父が法的父ではないが、父となることを望んでいる事案である。

(5) 意図する父または意図するコマザーによる取消し

意図する父または意図する母は、草案1598条cの規定により自らを父またはコマザーと裁判で確認するための要件が存在するときに取り消すことができる（草案1600条a第1項3号）。草案1598条c第1項の場合には、生物学的父である精子提供者を父として裁判で確認することはできない。他の者が子の出生時に母と婚姻（生活パートナーシップ）を行っていた、または認知したことにより子の法的父またはコマザーとなっている場

(169) Abschlussbericht, S.51 f. 未成年養子縁組が例外的に離縁できることとの対比についても、少年局による縁組の適合性の審査、試験監護期間、法的親の同意、裁判所による子の福祉の調査に基づいて未成年養子縁組が認められることから参考にならないとする。

合に、その親子関係を意図する父またはコマザーは取り消すことができる。

3 社会的家族的関係の存在

(1) 原則

法的父もしくはコマザーと子の間に社会的家族的関係 (sozial-familiären Beziehung) が存在しない場合、または法的父もしくはコマザーの死亡時に存在していなかった場合に、推定される生物学的父、意図する父または意図するコマザーは父子関係またはコマザー関係を取り消すことができる (草案 1600 条 a 第 2 項 1 文)。現行 1600 条 2 項の規定を基本的に引き継いでいる。

草案 1600 条 a 第 2 項は、現行法と同様に、取消権者と法的親の基本権上の立場 (基本法 6 条) を比較衡量する。子との間に社会的家族的関係が存在する、または死亡時に存在していた場合には、婚姻に基づく (1592 条、1593 条) 法的親に有利な結果が、この衡量から導き出される。推定される生物学的父、意図する父または意図するコマザーによる取消権の制限は、法的親との社会的家族的関係の維持への子の利益にかなうものであり、身分関係における法的安定性と信頼性の原則にも相応する。取消しにおいて、生物学的父と意図する親とは平等に扱われる⁽¹⁷⁰⁾。

最終報告書のテーゼ (29) は、より以前からだが存続していない法的父との社会的家族的関係は、考慮すべきではないと提言していた。これにより、法的父が母との離婚後に子の世話をしていない、または死亡しているというように、法的父と子の社会的家族的関係が取消時点で存在しない場合には取り消せることを明確にしていた⁽¹⁷¹⁾。

(2) 社会的家族的関係の存在

どのような場合に法的親との社会的家族的親子関係が存在するのかにつ

(170) Diskussionsteilentwurf, S. 47.

(171) Abschlussbericht, S. 52 und 53.

いて、草案 1600 条 a 第 3 項は、現行 1600 条 3 項と同様の内容を定める。

推定される生物学的父または意図する父もしくは意図するはコマザーによる取消しの時点に、父またはコマザーが子に対して現実の責任を負うとき、または負っていたときは、子とその父またはコマザーの間の社会的家族的関係が存在する（草案 1600 条 a 第 3 項 1 文）。

現実の責任の引受けは、父またはコマザーが子の母と婚姻しているとき、または子と長期間にわたり住居共同体において共同生活していたときに、通常は存在する（同条 3 項 2 文）。

子と取消権者の間の社会的家族的関係についても同様の基準で判断される（同条 3 項 3 文）。

(3) 例外

子が生後 6 ヶ月に達していない場合には、社会的家族的関係の存在を考慮することなく、親子関係を取り消すことができる（草案 1600 条 a 第 2 項 1 文ただし書き）。

懐胎させたと推定される子、または人工生殖への同意によって母とともに誕生のきっかけを与えた子に対して責任を負うことを親子関係取消しにより示している者が法的な親となることが、子の福祉に通常は最もよく資する。子にとっては、父がいなくなるのでなければ、代わりとなる者なしに現在の 2 人目の親を失うこともなく、継続的な子に対する責任を請け合う 2 人目の法的親を得ることとなる⁽¹⁷²⁾。

6 ヶ月という期間は、社会的家族的関係が法的父またはコマザーとの間で確立しておらず、親子関係が設定される者と生活の拠点に関する重要な判断をこの期間内に行うことが心理学の観点から推奨されることから採用された。6 ヶ月を経過すると、関係者と生活拠点の変化の際に子に生理学のおよび心理学的な分離不安が明らかに観察されることから、法的父またはコマザーとの社会的家族的関係が存在する場合には、生物学的父または

(172) Diskussionsteilentwurf, S. 47. この場合に、家事事件手続法 (FamFG) 182 条により、親子関係取消しの確定した決定は、職権による取消権者の父子関係の確認を含む。コマザー関係についても、同様に確認されることになる。

意図する父もしくはコマザーは親子関係を原則として取り消せないとする。

最終報告書のテーゼ (30) は、出生から短期間のうちは、法的父と子の社会的家族的関係を考慮することなく、遺伝上の父が取り消すことができる⁽¹⁷³⁾と提言していた。ここでも、出生直後に父子関係が取り消されるときには、子と法的父の間の関係が重要とはならないことを前提とする。遺伝上の父が子に対する責任を引き受ける望みを取消権の行使により明らかにしている場合には、親子関係への意思と結びついた遺伝上の父子関係は、法的父と母の意思よりも重要とする。社会的家族的関係を考慮せずに取り消せる期間について、ワーキンググループ実子法では6ヶ月から2年の間の期間で結論は出ず、立法に委ねるとして⁽¹⁷⁴⁾いた。

(4) 遺伝上の親と法的親の競合

子の社会的家族的関係が取消権者との間に存在し、かつ、この関係が子にとってより重要であるときは、推定される生物学的父、意図する父またはコマザーは、法的親の親子関係を取り消すことができる（草案 1600 条 a 第 2 項 2 文）。

比較衡量が必要となる重要な親子関係設定原則が競合しているため、法的親との社会的家族的親子関係だけではなく、推定される生物学的父または意図する父もしくはコマザーの側での子との社会的家族的関係も考慮される。取消権者との間で有する社会的家族的関係が子にとってより重要である場合には、法的親子関係を取り消すことができることを草案は明確にしている。実子法における親子関係設定の場面であるため、より良い父を法的父に、またはより良いコマザーを法的コマザーにすることが問題となるのではない⁽¹⁷⁵⁾。どの社会的家族的関係が子にとって重要であり、決定的な影響を与えるのかから判断され、その限りでは子の福祉に焦点を合わせて

(173) Abschlussbericht, S. 52.

(174) Abschlussbericht, S. 53.

(175) この点で、親の配慮または面会交流において子の福祉を重視する判断基準は、親子関係設定では妥当しないとす (vgl. Abschlussbericht, S. 52)。

いない。この判断のためには、社会的家族的関係の質の評価が必要であり、また一方では法的父もしくはコマザーとの社会的家族的関係と他方で推定される生物学的父、意図する父もしくはコマザーとの社会的家族的関係の間の比較衡量が必要である。そして、子にとってより意義のある社会的家族的関係に、これがいつ成立したのかに関係なしに、優先が与えられる⁽¹⁷⁶⁾。

最終報告書のテーゼ (29) は、取消しについて、法的父との子の社会的家族的関係とともに遺伝上の父と子の社会的家族的関係も考慮され、重要性を判定すべきと提言する。重要な親子関係設定原則が競合していることから、個別事案において競合する利益の比較衡量のみが可能だからである。

4 人工生殖の場合における取消権の排除

(1) 父、コマザーまたは母の取消権の排除

母および父またはコマザーの同意により第三者の提供精子を使用した人工生殖によって子を懐胎したとき、または胚提供により子が生まれたときは、父、コマザーまたは母は、父子関係またはコマザー関係を取り消すことができない (草案 1600 条 b)。コマザー関係と胚提供について付け加えられたほか、基本的な規定の内容は現行 1600 条 4 項と同様である。

生殖補助医療に限らず、私的に行われた人工生殖の場合であっても、子と母の利益の保護から、父子関係またはコマザー関係を取り消すことはできない⁽¹⁷⁷⁾。

第三者の提供精子を使用した人工生殖への同意が文書によってなされていない場合であっても、取消権の排除の要件としては同意が存在しており、取り消すことはできない (草案 1600 条 b 後半)。この規定がなければ、文書様式を守らないことによって、取消権の排除を潜脱しかねないからである。また、母と共に 2 人目の親となることを意図する者に同意の法的効

(176) Diskussionsteilentwurf, S. 48.

(177) Diskussionsteilentwurf, S. 49.

果に関して説明がなされたのかも、草案 1600 条 b において同意が有効であるかとは関連しない⁽¹⁷⁸⁾。

草案 1598 条 c 第 1 項 2 文で胚提供について規定していることから、取消権の排除は、胚提供の事案にも適用される。第三者の提供精子を使用して体外受精された卵子か、すでに存在する胚を母に移植するかに区別なく、同意した親は子に対する責任に拘束されるべきとする⁽¹⁷⁹⁾。

(2) 子の取消し

討議部分草案によると、懐胎の原因となった事象に子は関与していないことから、父またはコマザーと母の同意による第三者の精子を使用した人工生殖の場合に、子は、原則としては、父子関係またはコマザー関係を取り消すことができる。しかし、父またはコマザーが草案 1598 条 c による裁判での確認の要件を満たしている場合には、草案 1600 条 1 号による不存在確認の要件が存在せず、正しい者が父またはコマザーとなっていることから、子は、取り消すことができない⁽¹⁸⁰⁾。

子の法定代理人による父子関係またはコマザー関係の取消しが子の福祉に資するときのみ許されることから（草案 1600 条 d 第 4 項）、子の不利益となる形で、法定代理人による取消権を利用して父またはコマザーが取消権排除を潜脱することはできない⁽¹⁸¹⁾。

(3) 最終報告書

人工生殖の場合における第二次段階での修正（取消し）について、最終報告書では、自然懐胎と同様に扱われ、生殖補助医療への同意が自然懐胎に代わるだけとする。精子提供の場合には、生殖補助医療に同意した男性が正しい父であり、遺伝上の父子関係ではなく、その同意の有無が取消しの基準となる⁽¹⁸²⁾。

(178) Diskussionsteilentwurf, S. 49.

(179) Diskussionsteilentwurf, S. 50.

(180) Diskussionsteilentwurf, S. 50.

(181) Diskussionsteilentwurf, S. 50.

(182) Abschlussbericht, S. 62.

生殖補助医療の事案における法的父による取消しについて、テーゼ (43) では、生殖補助医療に有効に同意した法的父は、彼が遺伝上の父ではないことを理由にその父子関係を取り消すことができないと提言する。しかし、生殖補助医療に同意していなかった、または子が生殖補助医療によって生まれたのではない（他の男性により自然に懐胎された）ことのみを理由に取り消すことはできるとする。テーゼ (44) は、母にも同様のことが妥当し、母が生殖補助医療に有効に同意したときは、母も、意図する父の父子関係を取り消すことができないと提言する。⁽¹⁸³⁾

子による取消しについては、自然懐胎の場合における取消権の制限（テーゼ (28)）と同様に（前記 2 (3) 参照）激しい議論がなされた。そして、テーゼ (45) は、テーゼ (28) と同様に、公的な精子提供から生まれた子は、制限された取消権を有するとする。子が意図する父との法的父子関係を遺伝上の血縁関係が存在しないことを理由に取り消すことができる場合として、1. 父が死亡しているとき、2. 父が子に対する重大な過誤を行ったとき、3. 父が了承したとき、4. 父との確立した社会的家族的関係が生じていないときをあげる。⁽¹⁸⁴⁾

これらの要件が存在する場合には、遺伝上の血縁関係と一致せず、通常は社会的家族的関係とも一致しない法的親子関係設定を解消するという子の利益と対立する利益がない。このことから、生殖補助医療の場合に意図する親の同意が自然生殖に代わるというテーゼ (34) の原則に対する例外が正当化される。また、意図する父の法的父子関係を裁判で確認した場合にも子が取り消せることで論理一貫すると多数意見は考えた。だが、取消後には、意図する父を再び法的父として裁判で確認することはできないとする。⁽¹⁸⁵⁾

それに対して、少数意見は、意図する親の同意が自然生殖に代わるというテーゼ (34) の原則的な評価により意図する父が自然懐胎の場合の遺伝

(183) Abschlussbericht, S. 62.

(184) Abschlussbericht, S. 62.

(185) Abschlussbericht, S. 63.

上の父と同様に扱われることから、公的な精子提供の事案において子の取消権を認めないことに賛成した。精子提供者を法的父として裁判で確認できないことから（テーゼ（42））、子による取消しを認めると、子に父がないことが生じうることを指摘した。これに対して、多数意見は、子の利益は自己の出自を知る権利で保障されると反論した。⁽¹⁸⁶⁾

その他の少数意見として、子は生殖補助医療の場合にも遺伝上の父ではない者との法的父子関係を制限なしに取り消すことができるという見解もあった。⁽¹⁸⁷⁾

精子提供による「私的な人工生殖」の事案では、テーゼ（49）により自然懐胎と同様に扱われることから、最終報告書では、第二次段階で、法的で意図する父であるが、遺伝上の父ではない者との父子関係を、自然懐胎の場合と同様に、取り消せることとした。私的な精子提供者による親子関係の放棄の表示は、この者の取消権をほぼ制限しない。⁽¹⁸⁸⁾生殖補助医療での特別規定とする最終報告書での提案に比べると、人工授精である限りで私的な人工授精の事案において取消権を排除するという判例の方がより取消権を制限している。何人かの委員は、判例の原則を維持することに賛成した。その結果、私的な人工生殖と、第三者と申し合わせた自然懐胎の事案との間の正確な線引きなどについて立法段階で調べられねばならないとして、ワーキンググループ実子法では採決に至らなかった。⁽¹⁸⁹⁾

5 認知後の取消しの排除

虚偽認知またはそれに同意をした者が認知による親子関係を取り消すことができないという規定が、新たに設けられた（草案1600条c）。父またはコマザーとして裁判上確認できない事情を知りながら法的親子関係を認知した者は認知に拘束されるべきであり、それゆえ、親子関係確認の要件

(186) Abschlussbericht, S. 63.

(187) Abschlussbericht, S. 63.

(188) Abschlussbericht, S. 67.

(189) Abschlussbericht, S. 67 f.

を満たさないことを理由に、引き受けた責任から免れることを法が認めるべきではないという考えに基づく。また、認知者は、父子関係またはコマザー関係の認知の認証の際に（1597条1項）認知の効果について説明を受けていることから、真実に反した認知の法律効果についてははっきりと認識していなければならないとする。⁽¹⁹⁰⁾

草案1600条cでは、認知者である父（1項）、コマザー（2項）と同意者である母（3項）を区別して規定している。父およびコマザーの区別は、生物学的血縁関係が子と父の間には存在しうるが、子とコマザーの間では存在しないことから必要となる。⁽¹⁹¹⁾⁽¹⁹²⁾

(1) 虚偽認知による父

虚偽認知による父について、自然懐胎の場合と、第三者の精子提供を使用した人工生殖の場合に分けて規定している（草案1600条c第1項）。

生物学的父ではないことを知りながら父子関係を認知した虚偽認知の場合に、この父は、父子関係を取り消すことができない（草案1600条c第1項1文）。最終報告書のテーゼ（24）では、遺伝上の父子関係がないことを知りながら認知した法的父は父子関係を原則として取り消すことができないことを、テーゼ（25）では法的父が父子関係の認知の際にその遺伝上の父子関係に反する事情を知っていたときには取り消すことができないことを提言していた。⁽¹⁹⁴⁾

精子提供を使用した人工生殖または胚提供に同意した場合にも、父は自らが生物学的父ではないことを知っている。しかし、同意したのとは異なる方法で子が懐胎された場合には、認知した父は取り消すことができる（草案1600条c第1項2文）。例えば、母が実際には第三者との自然生殖によって子を懐胎していた事案がこれに当たる。もっとも、父が他の方法

(190) Diskussionsteilentwurf, S. 50.

(191) ドイツで禁止されている卵子提供についてはここでは考慮していない。

(192) Diskussionsteilentwurf, S. 51.

(193) 例として、父に生殖能力がない場合、長期間の不在により受胎期間内に母と同食できなかった場合をあげている（Diskussionsteilentwurf, S. 51）。

(194) Abschlussbericht, S. 48.

で懐胎されたことを知っており、それにもかかわらず認知したときは、取り消すことはできない（同条1項2文ただし書き）。父は認知について重要な情報を知りながら認知したのであるから、草案1600条c第1項1文の場合と同様に考えることができる。⁽¹⁹⁵⁾

(2) 虚偽認知によるコマザー

コマザー関係を認知したコマザーは、認知を取り消すことができない（草案1600条c第2項）。コマザーでは、卵子を提供した事案を除くと、コマザーは生物学的親ではあり得ず、子との間に遺伝上の関係がないことを常に知っていることから、原則として認知を取り消すことができない。

だが、父と同様に、同意したのとは異なる方法で子が懐胎され、このことをコマザーが知らない場合には取り消すことができる（同条2項2文）。

最終報告書のテーゼ（52）は第二次段階での訂正でも法的父子関係と法的コマザー関係は平等に扱われるべきであるとし、テーゼ（58）では、その際にも私的な人工授精または生殖補助医療のいずれであるのかが重要であると提言していた。

(3) 虚偽認知に同意した母

認知者が子の生物学的父ではないことを知りながら母が父子関係の認知に同意したとき、または母がコマザーの認知に同意したときは、母は取り消すことができない（草案1600条c第3項）。

ここでは、父子関係の認知への同意とコマザー関係の認知への同意を区別して規定している。まず、父子関係の認知については、認知した法的父と子との間に遺伝上の父子関係がないことをはっきりと知っている場合にのみ、認知を取り消すことができない。そのため、例えば、母が受胎期間に複数の男性と性関係を有していたため、誰が子の生物学的父であるかわからないときには、取消権を失わない。

それに対して、コマザー関係では、認知に同意した母は、すべての場合において取り消すことができない。認知者が人工生殖に同意していたか、

(195) Diskussionsteilentwurf, S.51.

精子提供・卵子提供または自然懐胎のうちどのような方法で子が懐胎されたのかという認知の同意に関して重要な情報を母が知らないということは考えられないからである。⁽¹⁹⁶⁾

最終報告書のテーゼ (26) も、母が子の代理人として同意した場合には、認知の時点で認知者の他に他の男性も子の父として考慮されるか否かについてすでに知っていることから、母は取消権を有しないとする。しかし、数名の委員は、この場合にも母は取消権を有するという立場であった。⁽¹⁹⁷⁾

6 取消権者の行為能力

取消権者が制限行為能力者または行為無能力者である場合についても、コマザー関係が対象となる他、現行 1600 条 a 第 2 項以下と内容に変わりはない。

1600 条 1 項 1 号から 4 号に掲げられた者、すなわち婚姻に基づいてまたは認知により父子関係またはコマザーである者 (1 号)、推定される生物学的父 (2 号)、意図する父または意図するコマザー (3 号)、母 (4 号) は、父子関係またはコマザー関係を自らでのみ取り消すことができる (草案 1600 条 d 第 2 項 1 文)。これらの者が制限行為能力者である場合も自らでのみ取り消すことができ、法定代理人の同意を要しない (同条 2 項 2 文)。これらの者が行為無能力であるときは、その法定代理人のみが取り消すことができる (同条 2 項 3 文)。行為無能力者は、その法定代理人が適時に取り消さなかったときに、行為能力を回復した後に自らで取り消すことができる (草案 1600 条 e 第 4 項 1 文)。

子が取消権者である場合において (草案 1600 条 1 項 5 号)、行為無能力または制限行為能力であるときは、法定代理人のみが取り消すことができる (草案 1600 条 d 第 3 項)。つまり、未成年の子は自らで取り消すことはできない。法定代理人が適時に取り消さなかったときには、成年に達し

(196) Diskussionsteilentwurf, S. 52.

(197) Abschlussbericht, S. 50.

てから自らで取り消すことができる（草案 1600 条 e 第 3 項 1 文）。

法定代理人による取消しは、本人の福祉に資する場合にのみ認められる（同条 4 項）。

行為能力を有する被世話人は、父子関係またはコマザー関係を自らでのみ取り消すことができる（同条 5 項）。

任意代理人が父子関係またはコマザー関係を取り消すことはできない（草案 1600 条 d 第 1 項）。現行 1600 条 a 第 1 項と同様である。

7 取消期間

(1) 子以外の取消権者の取消期間

父子関係またはコマザー関係は、それに反する事情を取消権者が知ったときから 1 年以内に裁判により取り消すことができる（草案 1600 条 e 第 1 項 1 文前半、2 文）。社会的家族的関係が存在することによって、期間の進行は妨げられない（同条 1 項 2 文後半）。

現行 1600 条 b 第 1 項 1 文は期間を 2 年とするが、討議部分草案では父子関係またはコマザー関係の継続が不確実な期間が、子と母の利益において短縮される。一方で、父子関係またはコマザー関係に反する事情を知り、取り消せることを知った取消権者は、認識したことを整理して今後どのようにするかを検討できるべきではある。他方で、取消可能であるため父子関係またはコマザー関係が不確実となることは、子と母にとって著しい負担となる。このような負担となる状況をできる限り短くするために、1 年とされた⁽¹⁹⁸⁾。

最終報告書では、法的父についてテーゼ (23) で取消しは遺伝上の父子関係に反する事情を知った時から 1 年以内は許されるものとする。その他の取消権者についても、テーゼ (33) で取消期間を知るに至ったときから 1 年とすると提言していた⁽¹⁹⁹⁾。その理由として、以下の要素をあげる。まず、

(198) Diskussionsteilentwurf, S. 53.

(199) Abschlussbericht, S. 53.

法的明晰性、法的安定性、信頼性の原則から、取消期間は限定される。次に、熟慮期間としての取消期間は、遺伝上の父ではないことを法的父が知り、それを明らかにして、対処するために、短すぎる期間を予定するべきではない。さらに、心理学的知見によると、人生における困難な出来事を乗り越えるには、およそ1年から2年の期間が必要とされる。他方において、父子関係の存続が不確定となる状況は、存続への信頼性がないことがとりわけ子にとって著しい負担となることから、子と母の利益においてできる限り制限されることとなる⁽²⁰⁰⁾。

少数意見は、不確定な状況をできる限り早く終わらせることよりも、取消権者が判断するために十分な時間を有することの方が重要であるとして、2年の期間のままとする⁽²⁰¹⁾ことに賛成していた。

(2) 子の取消期間

子による取消しの期間は、父子関係またはコマザー関係に反する事情を知ったときから3年である（草案1600条e第1項1文後半、2文）。社会的家族的関係が存在することによって、期間の進行は妨げられない（同条1項2文後半）。取消期間を短縮することが子にとって過大な要求となることから、現行法の2年から3年に延長された。この点で、すべての取消権者について取消期間を1年とする最終報告書のテーゼ（33）は採用されなかった。

制限行為能力者である未成年の子は自らで親子関係を取り消すことができず、法定代理人が取り消す（草案1600条d第3項）。そして、未成年の子の法定代理人が父子関係またはコマザー関係を適時に取り消さなかったときには、子は、成年に達した後自らで取り消すことができる（草案1600条e第3項1文）。成年に達した者が父子関係またはコマザー関係に反する事情を知った場合に、短い期間に追い立てられることなく、情報を整理して導き出した推論とそこから下した判断をはっきりとさせる可能性

(200) Abschlussbericht, S. 48 f.

(201) Abschlussbericht, S. 48 f.

が与えられるべきことから、3年に延長することとなった。それにより、誰が父またはコマザーであるかが不確定となる期間も長くなるが、親子関係を取り消す、または取消しを断念するかによって不確定な状況を終わらせることが子に委ねられることから、子を害するものではないとされる⁽²⁰²⁾。

(3) 起算点

取消期間は、子の出生前または認知が有効となる前には進行を始めない(草案1600条e第2項1文)。母の再婚後に新たな配偶者との親子関係が取り消され、前の配偶者の子となるときは(草案1593条4文)、新たな配偶者が父でもコマザーでもないことを確認する判決の確定前には、期間は進行を始めない(草案1600条e第2項2文)。

成年に達するまで、または父子関係もしくはコマザー関係に反する事情を知り始める時点まで、3年の期間は進行を始めない(草案1600条e第3項2文)。行為無能力者が行為能力を回復し自らで取り消す場合も、行為能力を回復するまで、または父子関係もしくはコマザー関係に反する事情を知り始める時点まで、期間は進行を始めない(同条4項2文)。

1600条d第2項による取消しの手続、すなわち婚姻に基づいてまたは認知により父またはコマザーである者(草案1600条1項1号)、推定される生物学的父(同2号)、意図する父または意図するコマザー(同3号)、母(同4号)による取消しの手続が開始したときは、取消期間は、新たに進行を始める(草案1600条e第5項1文)。時効の停止は、判決の確定または手続の終了から6ヶ月で終了する(草案1600条5項1文後半、204条2項)。取消権者が強迫により取り消すことができないときは、期間は、その状況を脱したときから新たに進行を始める(草案1600条e第5項2文)。その他、消滅時効に関する規定(204条1項4号、8号、13号、14号および2項並びに206条から210条)を準用する(同5項3文)。

(202) Diskussionsteilentwurf, S. 53.

8 取消手続における父子関係の推定

草案 1600 条 a 第 1 項 1 号から 3 号までの父子関係またはコマザー関係の取消要件が存在することを裁判所が確信するに至る完全な証明がなされた場合にのみ、親子関係を取り消すことができる。したがって、草案 1600 条 a 第 1 項の要件の存在について裁判所が疑いをもつ場合には、法的親との父子関係またはコマザー関係が存続する。これにより、例えば親子鑑定を入手できない、または父が一卵性双生児などの理由により鑑定から明確な結果が判明しないために裁判所が確信に至らない場合に、法的親が子の親であり続けることになることから、2 人目の親を失うという子の負担は生じない⁽²⁰³⁾。

内容の錯誤もしくは表示の錯誤 (119 条 1 項) または詐欺もしくは強迫 (123 条) により認知した男性が父子関係を取り消す場合には、男性が受胎期間中に母と同衾していたときに (草案 1598 条 b 第 2 項、3 項) 父子関係手続において父と推定する (草案 1600 条 f)。現行 1600 条 c 第 1 項の規定を削除し⁽²⁰⁴⁾、同条 2 項と同じ内容を規定している。

第三者の精子提供または胚提供による生殖補助医療への同意の場合には、必要な表示が文書で有効になされているのか、第三者の提供精子を使用した生殖補助医療であるのかなど草案 1598 条 c に定める要件を簡単に解明できることから、草案 1600 条 f は適用されない⁽²⁰⁵⁾。

9 面会交流と情報提供請求権

法的親と子の間に社会的家族的関係が存在することから法的親子関係を取り消すことができないため、または取消期間が経過したために、草案 1598 条 a および草案 1598 条 c により父またはコマザーとして裁判で確認

(203) Diskussionsteilentwurf, S. 54.

(204) 父子関係取消手続において婚姻に基づく、または認知により父となった男性と子の間の血縁関係の存在を推定するという現行 1600 条 c 第 1 項の規定については、草案 1600 条 a 第 1 項がその役割を果たす。そのため、現行 1600 条 c 第 1 項に対応する規定は、討議部分草案では定められなかった。

(205) Diskussionsteilentwurf, S. 55.

できない場合でも、意図する父または意図するコマザーは、子との面会交流権と子に関わる情報の提供請求権を有することができる（草案 1686 条 1 項 2 文）。法的親とはなれない生物学的父（同条 1 項 1 文）と同じように扱われる。

子への真摯な関心を示している、意図する父または意図するコマザーは、子の福祉に資する場合に面会交流が認められる。正当な利益を有し、かつ子の福祉に反しない場合には、子の個人的状況に関する情報の提供を親に請求することができる。

XII 生物学的血縁関係の解明

1 概説

子の生物学的血縁関係を解明するために DNA 親子鑑定への同意および検査に適した遺伝子検体採取への受忍を求める請求権について定める現行 1598 条 a は、連邦憲法裁判所 2007 年 2 月 13 日判決（BVerfGE 117, 202）に基づいて、2008 年 3 月 26 日「取消手続から独立した父子関係の解明に関する法律⁽²⁰⁶⁾」により導入された。この請求権は、遺伝上の父と推測される者に対して請求するのではなく、法的父と母と子がそれぞれ相互に請求するものである（現行 1598 条 a 第 1 項）。遺伝上の父と推定される者との遺伝上の血縁関係は、子が法的父子関係を取り消して、遺伝上の父と推定される者を法的父と裁判で確認する申立てをした場合に（現行 1600 条 d）、確かめることができる。法的父ではないが自らが子を懐胎させたと考える者から子との遺伝上の血縁関係を解明する請求権はない。

連邦憲法裁判所 2016 年 4 月 19 日判決（BVerfGE 141, 186）は、生物学的父と推定されるが法的父ではない者との血縁関係を身分関係から独立して解明する手続を設けることが子の一般的人格権から立法機関に義務づけ

(206) Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren vom 26. 03. 2008 (BGBl I 441).

られるのではないと判断した。それでも、この判決では、立法機関に義務はないものの、そのような請求権を子に認めることまで憲法上妨げられるものではないとした。

最終報告書では、91 のテーゼのうち (75) から (91) までの 17 のテーゼを身分関係から独立した遺伝上の親子関係の解明に割いている。

討議部分草案では、現行 1598 条 a を草案 1600 条 g とし、DNA 親子鑑定への同意と検査に適した遺伝子検体採取への受忍を、子から生物学的父と考える男性、遺伝上の母と考える女性へ請求すること、さらに推定される生物学的父から母と子に請求することを認めている。

2 請求権者・請求相手方

子の遺伝上の親子関係を解明するための DNA 親子鑑定への同意および検査に適した遺伝子検体採取への受忍について請求することができる。遺伝子検体は、学会で承認された原則にしたがって採取されねばならない (草案 1600 条 g 第 1 項 3 文)。請求相手方が同意を与えないときは、解明権利者の申立てにより、家庭裁判所が検体採取への受忍を命じることができる (同 2 項)。これらの点について、現行 1598 条 a と変わりはない。

請求権者と請求相手方の組合せを草案 1600 条 g 第 1 項 1 号から 6 号までが列挙する。討議部分草案により 4 号から 6 号までが新たに加えられた。

(1) 1 号から 3 号まで

父が母と子に対して (草案 1600 条 g 第 1 項 1 号)、母が父と子に対して (同 2 号) 請求することができる。

子は、母と父に対して請求することができる (同 3 号)。現行 1598 条 c 第 1 項 3 号の「両親 (beide Elternteile)」という文言を「母及び父」に変更することで、2 人目の親がコマザーである場合に、通常は子と遺伝上の血縁関係がないコマザーに対して 3 号の請求権を子が有しないことを示す。コマザーに対する子からの解明請求は、3 号ではなく、遺伝上の母に対す

る請求権（5号）となる。⁽²⁰⁷⁾

これに対して、最終報告書では、代理懐胎の場合における遺伝上の母子関係の確認のために、テーゼ（87）で生母を知ることにも生物学的血縁関係を知る権利を含むことを提言していた。これは、身元を確認できる外国文書の閲覧による生物学的血縁関係の解明であり、遺伝上の母子関係または父子関係の解明が対象となるのではないとする。⁽²⁰⁸⁾

(2) 4号

子は、状況に応じて生物学的父と考える者に対して請求することができる（草案 1600 条 g 第 1 項 4 号）。例えば、子の母が受胎期間中に同衾した男性、人工生殖のために精子を提供した男性に対して、子は、自己の出自に関する解明請求権を有する。

これは、身分関係から独立した（すなわち法的親子関係設定に効果が及ばない）解明へ権利が子に認められるとして、遺伝上の血縁関係を解明する可能性を現行法よりも拡大する最終報告書のテーゼ（75）を引き継いでいる。このテーゼ（75）の理由では、精子提供により懐胎された子、養子が提供者登録簿、身分登録簿、縁組関係書類から遺伝上の血縁関係を知ることができるのに対して、自然懐胎により生まれた子にはこのような手段がないことから、解明請求権が重要であると述べていた。⁽²⁰⁹⁾

勝手に選んだ男性に対するでたらめな申立てを防ぐために「状況に応じて」生物学的父と考える男性への請求に限られる。そのため、子は解明請求権の相手方となる男性をなぜ遺伝上の父と考えるのかを具体的に陳述しなければならない。⁽²¹⁰⁾この点について、最終報告書のテーゼ（79）では、恣意的に選んだ人へ請求することを避けるために、請求を受けた男性との遺伝上の父子関係の推測の証明を要件とすることを提言していた。⁽²¹¹⁾この場合

(207) Diskussionsteilentwurf, S. 56.

(208) Abschlussbericht, S. 87.

(209) Abschlussbericht, S. 84 ; Diskussionsteilentwurf, S. 56.

(210) Diskussionsteilentwurf, S. 56.

(211) Abschlussbericht, S. 83.

に、立証の程度に高い要求をしてはならないとする。

成年の子は、遺伝上の血縁関係の解明（草案 1600 条 g）と生物学的父の裁判上の確認（草案 1598 条 a、草案 1598 条 b）の双方が可能な場合には、どちらを行うのか選択することができる。最終報告書のテーゼ（77）も、成年の子は、法的父を有さず、それゆえ父子関係確認手続が可能である場合にも、身分関係から独立して遺伝上の父子関係を解明できることを提言していた⁽²¹²⁾。

それに対して、未成年の子は、まだ 2 人目の親となる者がおらず、裁判で確認する可能性が残っている場合には、身分関係から独立した解明請求権を有しない（草案 1600 条 g 第 1 項 4 号ただし書き）。例えば扶養請求権のような法的親子関係と結びついた権利において法的父子関係の設定が重要であることから、未成年の子は、父子関係の確認と遺伝上の血縁の解明のどちらを行うのかの選択権を有するべきではないとする。この点について、最終報告書のテーゼ（78）も、2 人目の親がおらず、2 人目の法的親の確認の法的可能性がある場合に、未成年の子は、身分関係から独立した遺伝上の父子関係を解明できず、選択権がないことを提言していた⁽²¹³⁾。親の配慮に基づく親の責任と、基本法 6 条 2 項による国家の監督義務から、未成年の子ができる限り法的父を有することが支持されるとする。そして、法的父子関係の存在が子の意のままとなるべきではなく、身分関係から独立した解明手続は、法的父子関係を確認できない場合、または存在する法的父子関係を取り消せるに違いない場合にのみ役立つとする⁽²¹⁴⁾。この多数意見に対して、自己の出自を知る権利の重大な意義を考慮すると、選択権を排除する必要はないという意見も出された⁽²¹⁵⁾。

これに対して、認知していない意図する父がその人工生殖への同意に基

(212) Abschlussbericht, S. 83.

(213) Diskussionsteilentwurf, S. 56.

(214) Abschlussbericht, S. 83.

(215) Abschlussbericht, S. 84.

(216) Abschlussbericht, S. 85.

づいてのみ子の父であると裁判で確認できる場合には、遺伝上の血縁関係の解明は制限されない。この場合には、意図する父の裁判での確認は、子との遺伝上の関係ではなく同意に基づくものであることから、これとともに遺伝上の血縁関係を解明することが子には必要だからである。⁽²¹⁷⁾

さらに、精子提供者との父子関係を草案 1598 条 c によって裁判で確認できない場合には、子からは、推定される生物学的父に対する解明請求のみが可能である。これに対して、私的な精子提供で草案 1598 条 c 第 1 項の要件を欠くため、子が遺伝上の父である精子提供者との父子関係を裁判で確認できるときは、遺伝上の血縁関係のみを解明する請求権を子は有しない。⁽²¹⁸⁾

子の遺伝上の血縁関係の解明請求権は、精子提供者登録法 (Samenspenderregistergesetz-SaRegG) 10 条による精子提供者登録簿からの情報提供請求権とは別のものである。もっとも、親子鑑定の結果を入手しなければならぬ遺伝上の血縁関係の解明では費用がかかることから、実務では、代わりに精子提供者登録簿からの情報提供請求権を選択することも考えられるとする。⁽²¹⁹⁾最終報告書のテーゼ (84) では、提供精子を使用した生殖補助医療の場合も、子は、身分関係から独立した遺伝上の父子関係の解明請求権を有すること、この請求権が精子提供者登録簿からの情報提供請求権とは別であることが提言されていた。情報提供が不十分な場合があること、または施術された生殖補助医療で妊娠せずに実際には自然懐胎であったということが排除されないことについて具体的に陳述できる場合には、登録された精子提供者が遺伝上の父ではないことを確認できるべきとする。⁽²²⁰⁾この点から、テーゼ (85) では、一般に遺伝上の父子関係の解明について求められるように、ここでも当初の推測の説明が必要であることも提言する。⁽²²¹⁾

(217) Diskussionsteilentwurf, S. 56. f

(218) Diskussionsteilentwurf, S. 57.

(219) Diskussionsteilentwurf, S. 57.

(220) Abschlussbericht, S. 86.

(221) Abschlussbericht, S. 86.

(3) 5号

子は、誰が遺伝上の母であるのかについて知ることに利益を有しており、状況に応じて遺伝上のみの母と考える女に対して請求することができる(草案1600条g第1項5号)。子の遺伝上の母が子を出産した女性と一致するとは限らないことから、状況に応じて父と考えられる男性への請求権に対応して、状況に応じて母と考えられる女性に対して自己の出自を知る権利を子は有する。「遺伝上のみの母と考えられる」とすることで、3号における生母に対する請求権と区別される。「状況に応じて」とするのは、4号の場合と同様の理由からであり、手続においては申立人である子の側でこの状況について陳述しなければならない⁽²²²⁾。

草案1591条により、推定される遺伝上の母を子の法的母として確認することはできない。そのため、親子関係を裁判で確認できるときに解明請求権を排除するという4号のような限定は必要ない⁽²²³⁾。

最終報告書のテーゼ(86)では、胚提供の際の遺伝上の両親および卵子提供の際の遺伝上の母との遺伝上の親子関係を知ることに関明請求権を拡大することを提言していた⁽²²⁴⁾。卵子提供が国内で禁じられているが、例えば卵子移植が外国で実施された場合に遺伝上の母子関係の解明が子に必要とする。もっとも、卵子提供者がドイツ国内に居住している場合、例えば母の友人が関わっていると推定される場合にのみ、請求できるとする⁽²²⁵⁾。

(4) 6号

子の母と受胎期間に同衾したことについて宣誓に代わる保証をした男性は、母と子に対して請求することができる(草案1600条g第1項6号)。現行法でも、推定される生物学的父は、法的父子関係を取り消すほかに、取消期間経過後に子との面会交流と情報提供請求(1686条a)の手続において、生物学的父子関係の解明が必要である限りで、血液型などの鑑定を

(222) Diskussionsteilentwurf, S. 57.

(223) Diskussionsteilentwurf, S. 57.

(224) Abschlussbericht, S. 86.

(225) Abschlussbericht, S. 86.

各当事者が受忍する（家事事件 167 条 a 第 2 項）ことで生物学的父子関係を解明することができる。このような迂回が、草案 6 号によって不必要となる。⁽²²⁶⁾

解明請求権を主張する男性は、草案 1600 条 1 項 2 号の取消権者と同様に、子の母と受胎期間中に同衾したことについて宣誓に代わる保証をしなければならない。これにより、関係のない男性によって提起された手続において個人情報漏洩され、親密な事情を公開されることから、子と母が保護される。⁽²²⁷⁾

生殖補助医療における公的な精子提供者、私的な人工授精における公的な精子提供者、胚提供の事案において公的な精子提供による精子が胚の作製に使用された男性は、同衾がないことから、解明請求権を有さない。しかし、私的な精子提供者は、草案 1600 条 1 項 2 号の同衾に関する連邦通常裁判所判例から推定される生物学的父であり（前記 XI 1）、同意された精子提供型人工授精の事案を除き、解明請求権を有する。⁽²²⁸⁾

最終報告書のテーゼ（88）も、推定される遺伝上の父にも、身分関係から独立した、子との遺伝上の父子関係を解明する請求権を認めることを提言する。遺伝上の血縁関係のみの解明は、子の社会的家族が存在する場合に、その保護に値する利益への侵害が小さいことから、遺伝上の父にも認められるべきとする。⁽²²⁹⁾ 生殖補助医療での精子提供者については、テーゼ（90）が、子が成年に達している場合であっても、自らの精子提供によって懐胎した子の身元に関する情報提供請求権は認められるべきではないと提言する。⁽²³⁰⁾ なお、推定される遺伝上の父と子に対する母からの遺伝上の血縁関係の解明請求権は、テーゼ（91）では、他の男性の法的父子関係が存在する場合には、正当な利益がなく、認められるべきではないと提言する。⁽²³¹⁾

(226) Diskussionsteilentwurf, S. 57 f.

(227) Diskussionsteilentwurf, S. 58.

(228) Diskussionsteilentwurf, S. 58.

(229) Abschlussbericht, S. 87.

(230) Abschlussbericht, S. 87.

(231) Abschlussbericht, S. 87 und 88.

3 年齢制限、期間制限、失権

16歳に達した子は、草案1600条g第1項3号から5号までの請求権を、自らでのみ主張することができる（草案1600条g第1項2文）。これは、精子提供者登録簿の情報提供請求権における年齢制限（精子提供者登録簿10条1項2文）に合わせられている。すでに、最終報告書のテーゼ（80）は、子による請求権の年齢制限は、精子提供者登録簿と同一の方向で（14歳または16歳から）定められることを提言していた⁽²³²⁾。

解明請求権に期間制限はないと考えられる。最終報告書のテーゼ（81）では、年齢が高くなっても遺伝上の血縁関係を知る利益はあることから、解明請求権の主張に（例えば、知るに至ってからという）期限は必要ないとする。

さらに、テーゼ（82）では一身専属権である解明請求権は失権せず、放棄できないことを提言している⁽²³³⁾。

4 子の保護のための手続停止

生物学的血縁関係の解明が未成年にとって著しく、かつ、期待不可能な侵害を意味する場合には、子の特別な保護の必要性は、血縁関係の解明という解明権利者の利益に優先する⁽²³⁴⁾。生物学的血縁関係の解明が解明権利者の利益を考慮しても子に期待不可能であるほどに未成年の子の福祉を著しく害するときは、その限りにおいて、裁判所は、父から母および子に対する請求または母から父および子に対する請求の事案で手続を停止する（草案1600条g第3項1文）。現行1598条a第3項の規定では、定めているすべての手続（草案1600条g第1項1号から3号に対応する）が停止されたが、草案では子から母および父に対する請求の事案が除かれている。

子自身が解明を求める事案（草案1600条g第1項3号から5号まで）では、手続は停止されない。その理由として、討議部分草案は次の2つを

(232) Abschlussbericht, S. 83.

(233) Abschlussbericht, S. 83.

(234) Diskussionsteilentwurf, S. 58 f.

あげている。まず、自己の出自を知る権利は憲法上の保護を享受しており、子は自らが求める解明を自身の保護必要性を理由に否定されるべきではない。次に、子のために法定代理人が解明請求権を主張するときであっても、子自らが解明を求めている場合には、子の福祉に強いられる著しい侵害が通常は存在しないと推定される⁽²³⁵⁾。

子の母と受胎期間に同衾したことについて宣誓に代わる保証をした者（推定される生物学的父）から母と子に対する請求（草案 1600 条 g 第 1 項 6 号）の事案において、生物学的血縁関係の解明が未成年の子の福祉を著しく害するときは、裁判所は手続を停止する（草案 1600 条 g 第 3 項 2 文）。外部から、すなわち推定される生物学的父によって家族に不和がもたらされるかもしれない事案について、より厳格な基準が適用される。生物学的出自の解明が子に期待不可能であることは、1 文とは異なり手続停止の要件としていない。解明が子の福祉への著しい侵害を理由づけるときは、衡量において、推定される生物学的父の解明への利益が子の利益に劣後することを明確にしている。草案 1600 条 g 第 2 項による裁判所の同意代行を求める推定される生物学的父は、まだ生物学的父子関係が明らかになっていないため、法的親の基本法上の地位と同様の、子の福祉と競合する基本法上の地位を有していないからである⁽²³⁶⁾。

5 鑑定結果の閲覧など

DNA 親子鑑定に同意し、かつ、遺伝子検体を提出した者は、親子鑑定を実施させる解明権利者に対して親子鑑定書の閲覧または謄本の手交を求めることができる（草案 1600 条 g 第 4 項 1 文）。この請求に関する争訟については、家庭裁判所が判断する（同条 4 項 2 文）。現行 1598 条 a 第 4 項と同じである。

(235) Diskussionsteilentwurf, S. 59.

(236) Diskussionsteilentwurf, S. 59.

XIII 別型の性別アイデンティティー

民法典第4編第2章第2節「実子（Abstammung）」の規定は、別型の性別アイデンティティーを有する者（Personen mit Varianten der Geschlechtsidentität）に適用される（草案1600条h）。これにより、「女」、「男」または「母」、「父」、「コマザー」に関する規定がトランスセクシュアル、インターセクシュアルの当事者に類推適用される。

この規定があることで、第2節「実子」の規定の内容をトランスセクシュアル、インターセクシュアルの当事者についても一度規定する必要がなくなる。また一般に使われている「父」「母」という用語で記載することにより、シスジェンダーである大多数の者にとって耳慣れない記載を選択する必要がなくなる。⁽²³⁷⁾

一方では連邦通常裁判所判例のようにトランスセクシュアル法（TSG）⁽²³⁸⁾11条を考慮して、他方では当事者の身分登録法上の性別から切り離して、母、父またはコマザーとしての実子法上の分類を行う。それにより、連邦通常裁判所の判断と同様に、FtM トランスセクシュアルの当事者が子を出産した場合には母となり（草案1591条）、身分登録では女性に性別を変更したMtF トランスセクシュアルの当事者が子を懐胎させた場合には父となる（草案1592条1項）⁽²⁴⁰⁾。

次に、インターセクシュアルの当事者が身分登録簿にその性別を「ディバース」として記載されている場合（身分登録法22条3項）、または性別が記載されない場合に、母、父、コマザーのいずれかとなるかが問題とな

(237) Diskussionsteilentwurf, S. 60.

(238) トランスセクシュアル法11条1文「申立人が異なる性別に属するとみなす判断は、申立人とその親及びその子との間の権利関係に触れるものではない、しかし、縁組の際には、判断の確定前に縁組した子との権利関係に限る。この子の卑属との関係においても、同様とする。」

(239) 連邦通常裁判所2017年9月6日決定（BGHZ215, 318）と同2017年11月29日決定（NJW 2018, 471=FamRZ 2018, 290）については、渡邊泰彦「性別変更と親子関係——ドイツ連邦通常裁判所判例をもとに」国際公共政策研究24巻1号（2019）1頁を参照。

(240) Diskussionsteilentwurf, S. 60.

る。まず、子を出産した者は、母である（草案 1591 条）。父子関係について基準となるのは、草案 1592 条を構成する要素が存在しているか否かである。第三者の提供精子を使用した人工生殖の場合に、子を出産しなかった者は、父またはコマザー⁽²¹⁾となる。

つまり、実子法においては、性別ではなく、その他の草案 1591 条、1592 条での母子関係または父子関係もしくはコマザー関係を構成する要素が考慮される。草案によって選択された、または維持される概念は、実子法での考慮における正しい法的親子関係設定のみに役立つとされる。実子法上で子と親子関係が設定される者を身分登録法でどのように把握するのかは、草案によるとこれとは別の問題となる。

最終報告書のテーゼ (60) も、トランスセクシュアルまたはインターセクシュアルであり、子を分娩した親の一方が 1 人目の親となり、2 人目の親は、これに適用される条文に従うとする。テーゼ (61) は、どの性別で、またはどの記載（父、母、コ・マザー、「親の（他の）一方」としての性中立的記載）で親それぞれが「出生登録簿」に登録されるかを、ここで先に決めるべきではないと提言していた⁽²²⁾。

XIV 多数親子関係

討議部分草案では、母と父または母とコマザーというように親が 2 人であることを前提とした規定を提案している。子が 3 人以上の法的な親を有する多数親子関係（Multiple/plurale Elternschaft）を認める規定を提案しておらず、またこれを認めない理由も述べていない。

最終報告書では、基本原則で「IX 2 人の親の原則への適応」（前記 IV 1 を参照）をあげているように、法的親子関係の前提として検討対象としていた。

(21) Diskussionsteilentwurf, S. 60.

(22) Abschlussbericht, S. 74.

多数の法的親子関係は、原則として、意図された親子関係、遺伝上の親子関係、社会的親子関係が一致しておらず、このうち2人以上の親が法的な親となることを望むという事案において生じる問題である。例えば、法的父である母の夫が遺伝上の父と法的親子関係について争っている場合、あるいは継親が法的親子関係を引き受けようとする場合である。また、社会学からは、すでに子は実際に2人より多くの親を有しているが、法がこれまで十分には形成されていないことが指摘されている。そこで、二元的な法的親概念を超えて、多数または複数の法的親子関係の道を開くという要求が一部から出されていた⁽²⁴³⁾。

多数親子関係 (multiple Elternschaft) の問題が同性カップルによる家族形成でも実際に重要であるとも指摘される。例えば、ヨーロッパ内の他国で女性カップルの一方の卵子で提供精子により体外受精し、他方にその胚を移植して、この者が妊娠する場合がある。その場合に、レズビアンカップルの知り合いが精子提供者であり、女性カップルの了承を受けて、彼女たちとともに能動的な父親の役割を果たすことがある (ゲイ・レズビアン親子関係 (Schwul-lesbische Elternschaft))⁽²⁴⁴⁾。望む場合に、生母とともに、遺伝上の母も遺伝上の父も含めて3人全員が法的な親となることができるのか問題となる。多数親子関係が憲法上認められるかについて、連邦憲法裁判所は判断を下していない⁽²⁴⁵⁾。

最終報告書のテーゼ (62) では、子は、今後も2人を超える親を同時に有することができるべきではないと提言し、多数親子関係を否定した⁽²⁴⁶⁾。

すべての権利をともなう身分 (Vollrechtsstatus) の意味における2人の親の原則の維持に、そのような制限が憲法上あらかじめ定められているのかという問題とは関係なく、ワーキング・グループの多数意見は賛成した。2人を超える者が同時に法的親子関係の設定を望むことで生じる問題

(243) Abschlussbericht, S. 75.

(244) 精子提供者がその男性パートナーとともに父親の役割を果たすこともある。

(245) Abschlussbericht, S. 75 f.

(246) Abschlussbericht, S. 76.

は、すべての権利をともなう身分関係の設定では解決できないとする。むしろ、次の5点との関係でより複雑な法状況を生じさせると指摘する。

- ・ 別居後の親の配慮の保持と行使
- ・ 氏名法
- ・ 扶養法（養育扶養と世話扶養の支払いについての親の義務、親の扶養の支払いについての子の義務）
- ・ 法定相続権
- ・ 家族法以外で、法的親子関係と結びついた領域（例、国籍法）

現在の医学的知見によると生物学的には体細胞核移植では2人の一部遺伝上の母、生母、遺伝上の父の4人の親を子が有することができ、これに意図された親子関係、社会的親子関係を加えると、潜在的な親子関係の数の明らかな限定というものは存在しないかもしれない。しかし、限定がなければ、機能面からすべての権利をともなう身分を有する親と、「補助的 (subsidiär)」身分を有する親を法的に区別し、一部の法的な親子関係がすべての権利をともなう身分ではなくなる事となる。しかし、このような考えは否定された。⁽²⁴⁷⁾

その代わりに、テーゼ (63) では、法的親ではないが社会的および遺伝上の親である者に、現行法と同様に (1686 条 a) 共同配慮権、面会交流権という個別の権利と義務が帰属するのは適切であるとする。⁽²⁴⁸⁾

例えば親の配慮、面会交流、扶養のような親の責任の個別領域を現行法の範囲を超えてでも2人を超える親に認めることは可能であると、ワーキング・グループの多数意見は考える。もっとも、個々の事案において個々の親がどのような権利を有するのかという問題は、委託内容を超えるものとしてワーキング・グループでは検討されなかった。⁽²⁴⁹⁾

一般論として、個別の親の権利と義務を有する者の範囲の拡大については子の状況を視野に入れておかなければならないことを指摘する。そして、

(247) Abschlussbericht, S. 76.

(248) Abschlussbericht, S. 76.

(249) Abschlussbericht, S. 77.

例えば面会交流権を法的親の面会交流に相応する範囲で認める必要はなく、訴え可能な請求権の代わりに、単に法律上の期待またはプログラム規定の形で定めることも考えられるとする。⁽²⁵⁰⁾

おわりに

ドイツの実子法改正の提案で、最もわかりやすい変化は、コマザー関係の導入である。この点は、オランダ、オーストリアが先行するなかで、同性婚を導入したドイツもようやく手をつけたと評価できる。注目すべきは、コマザー関係の導入により、従来の実子法の構造に及ぼした影響である。すなわち、精子提供による生殖補助医療への同意という意思の要素を、血縁関係とならぶ親子関係の基礎とすることを明確にした点である。

異性のカップルであれば、その大部分において、子の生物学的な父が母の配偶者またはパートナーである。そして、そのことを前提にして、社会において他の者是对応するだろう。精子提供型人工生殖によって生まれる、あるいは法的な父以外との関係から生まれるという事案は例外として位置づけることができる。

これに対して、女性カップルが子をもうけるためには、第三者である男性が関与する必要がある。自然生殖による懐胎であれ、提供精子を使用した人工生殖であれ、女性カップルの一方が子を出産した場合に、他方は子と遺伝上の親子関係がない（卵子提供の場合を除く）。このことを誰もが知っており、子もある時期になると必ず知ることとなる。

つまり、コマザー関係の導入は、血縁関係に以外に親子関係を基礎づける根拠を必要とする。さもないと、コマザー関係は、卵子提供の場合を除き、血縁関係の不存在を理由に取り消すことができ、不安定なものとならかねない。

例えば、日本法のように、嫡出否認の厳格な要件によって身分関係の安

(250) Abschlussbericht, S. 77.

定をはかり、そのために精子提供型の生殖補助医療を法律婚の夫婦に限るという手段もありうる。この場合には、非婚のカップルが精子提供型の生殖補助医療を利用できない理由を示さなければならないはずである。身分関係の安定の維持という子の利益を理由とするのであれば、父子関係についての規定がないため身分関係が安定しないという立法の不備を問うべきである。嫡出推定を婚姻に留保するとしても、非婚のカップルにおいて生殖補助医療に同意した男性が認知した場合に、その認知が血縁関係の不存在を理由に無効とならないようにすることが求められる。

だが、親子関係の否定を制限することによって、身分関係を安定させるという方法にも限界があると考えられる。否定されないから肯定される、いわば「反対の反対は賛成なのだ」ということだが、これでいいのだとは言えない。子は、自らの親子関係がより積極的に理由づけられることを望んではいないだろうか。また、親が子に精子提供による生殖補助医療によって生まれたことを告げる場合にも、血縁関係に代わる何かが親子関係を支えていることを法律の側から提示することで、その心理的負担は軽減されるのではないだろうか。

ドイツの実子法改正では、精子提供による生殖補助医療への同意という意思の要素を、血縁関係と並ぶ親子関係の基礎とする。コマザー関係は、この要素にのみ基づく。遺伝上の親子関係と法的親子関係の不一致は、父子関係では例外事例であるが、コマザー関係では原則となることから、法的親子関係を基礎づける意思の要素を明確にすることが重要となる。

しかし、実子法において意思の要素を前面に押し出した場合に、縁組との違いが不明瞭になる恐れが生じる。とりわけ、合意と届出のみによる普通養子縁組を認める日本法では境界線が曖昧になりそうである。

血縁に基づく実親子関係と、血縁に基づかない養親子関係を並列する分類を、ドイツの実子法改正は、第一次的設定と第二次的設定という概念によって再考している。出生による親子関係を定める第一次的設定が実子法であり、養子法は第一次的設定を変更する第二次的設定に位置づけられる。同じく意思の要素を重視しても、両者の段階は異なる。

意思の要素を重視することで、遺伝上の親子関係と法的親子関係が乖離することを正面から認めることになり、遺伝上の関係がない者との法的親子関係は安定する。他面で、遺伝上の親であるが、法的親ではない者の存在も明らかになる。そのため、自己の出自を知る権利がより重要となる。ドイツの実子法改正でも、血縁関係を解明するための請求権を拡充し、法的親ではない、推定される生物学的父にも、一定の要件のもとで請求を認めることを提案している。

このように意思の要素を重視するとしても、血縁関係と異なる面は当然にある。血縁関係の存否は、客観的に定まり、それが変化することはない。それに対して、親の責任を引き受ける意思の存在は、事後に争いとなる場面では意思を翻した本人が意思の存在を否定し、他の者が立証しなければならないことから、難しい問題となる。そもそも、本人が理性的に考えたうえで出した結論であるのかという点から、問題となる場面も生じる。様式を厳格にすると、意思の要素を実際に考慮できない場面が増えてしまう。カウンセリング、説明を受けたうえで、親の責任を引き受ける意思を文書の形で残すためには、それに応じた体制が必要となる。

同性婚、同性登録パートナーシップを認めていない日本において、コマザー関係の導入を提案するドイツ法の動向は参考にならないと一蹴するのではなく、コマザー関係を考慮することによって明らかになる実子法の一般的な問題点を今からでも考えるべきであろう。

*本研究は、JSPS 科研費 JP18K01375 の助成を受けたものです。