

## 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)

渡 邊 泰 彦

目次

はじめに

第1章 ドイツ

I 養子法の概略

- 1 養親となることができる者
- 2 転縁組の禁止
- 3 生活パートナーシップ法

II 連れ子養子縁組

- 1 バイエルン州による規範統制の訴え
- 2 連邦憲法裁判所 2009年8月10日決定
- 3 小括

III 養親の生活パートナーと養子の縁組(交差縁組)

1 原審

- 1) ハム上級州裁判所 2009年12月1日決定
- 2) ハンブルク上級州裁判所 2010年12月22日決定

2 連邦憲法裁判所 2013年2月19日判決

- 1) 親による養育と教育を国家が保障することへの子の権利
  - (1) 権利の内容
  - (2) 本件で問題となる場面
  - (3) 結論
- 2) 親の基本権
  - (1) 同性の2人の親
  - (2) 社会的家族関係にある者と基本法6条2項1文
- 3) 家族基本権
  - (1) 基本法6条1項の保護対象
  - (2) 婚姻によらない家族と基本法6条1項
  - (3) 結論
- 4) 一般平等原則違反
  - (1) 一般平等原則について

- (2) 夫婦の一方の養子との比較における不平等扱い
  - (3) 子の利益
  - (4) 共同縁組との関係
  - (5) 実親の権利
  - (6) 基本法6条との関係
  - (7) ヨーロッパ養子条約
  - (8) 生活パートナーシップの当事者の実子との比較
- 3 2013年2月27日連邦議会（以上本号）

第2章 オーストリア

第3章 スイス

おわりに

## はじめに

夫婦は男性である夫と女性である妻の組合せであり、両親とは男性である父と女性である母の組合せとされる。日本民法は、父母という表現を用いて両親を表している。これは、婚姻した夫婦から子が生まれ、家族が形成されるという家族観からすれば当然のことと考えられてきた。

性別の組合せのうち、日本では、男性と女性という性別の概念について見直しがなされている。2004年（平成16年）に「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」が施行され、法律上の性別が生物学的性別とは必ずしも一致しない。それにより、性別の取扱いを変更した者は生物学的に同性の者と婚姻するが、法律上は男女の婚姻という組合せを維持している。

父である男性、母である女性という観点では、2013年（平成25年）末に大きな変化があった。女性から男性に性別を変更した者を夫とする夫婦において、妻が非配偶者間人工授精によって懐胎し、出産した子について、東京家審平成24年10月31日<sup>(1)</sup>とその抗告審である東京高決平成24年12月26日（判タ1388号284頁）<sup>(2)</sup>は、嫡出生届を不受理とした扱いを肯定していた。つまり、生物学的に女性である夫は、実父となることができな

かったが、特別養子縁組により養父となり、男性の父と女性の母の組合せとなることを認めていた。<sup>(3)</sup>これに対して、前記東京高決を破棄自判した最三決平成 25 年 12 月 10 日は、妻が婚姻中懐胎した子が民法 772 条による嫡出推定を受け、夫の嫡出子となることを認めた。

次に、性別の「組合せ」は、カップルと両親それぞれについて考えられる。カップルでは、男女の夫婦の他に、男性と男性、女性と女性の同性カップルという組合せがありうる。また、同性カップルが自然生殖により子をもうけることがないということは、同性カップルと子からなる家族が存在しないことを意味するのではない。同性カップルの一方が以前に異性との間で子をもうけており、その子とともに同性のパートナーと生活することがある。同性カップルの当事者は異性と性的関係を持っていないのではなく、例えばバイセクシュアルであることもあれば、ホモセクシュアルと自覚しつつ、あるいは自覚する前に異性の者と結婚して子をもうけた後に離婚して同性パートナーと生活することもある。したがって、男女の父母の他に、事実上、父と父、母と母という組合せで子の世話をすることがあり得る。

日本において、同性間の婚姻やパートナーシップは法律で認められていない。同性カップルと当事者の一方の子が共に生活している家族では、夫婦の場合と異なり、連れ子養子縁組（民法 795 条）はできない。もっとも、不完全養子である日本法では、同性カップルの当事者の一方の子と他方が縁組しても、実親である一方と子の間の親族関係は消滅しない。だが、親権者が養親である当事者の他方となり（民法 818 条 2 項）、共同親権が行使できない点で、夫婦が養親の場合と異なる。また、他人の未成年の子と共同縁組することも（民法 795 条）、完全養子である特別養親縁組も、同性カップルには認められていない（民法 817 条の 3 第 1 項）。子を育てるという観点からすると、同性カップルと子の家族は、里親を含めて、日本において想定されていない。<sup>(4)</sup>むしろ、縁組は、同性カップルの当事者による縁組として、同性婚・同性パートナーシップの代替という異なる文脈において問題となっている。<sup>(5)</sup>

生殖補助医療について、女性間のカップルでは、非配偶者間人工授精が考えられるが、日本産婦人科学会の「非配偶者間人工授精に関する見解」では、「被実施者は法的に婚姻している夫婦」としており、婚姻できない女性カップルの施術は認められない。男性間のカップルが、代理母により子をもうけるとしても、精子を提供した一方と子との父子関係が成立するのみである。<sup>(6)</sup>

これに対して、欧米では、まず、性別について、日本よりも前から性同一性障がい<sup>(7)</sup>を理由とする性別の変更が認められてきた。変更後の性別において、婚姻することができる点に問題はない。

男性の父、女性の母については、性別適合手術を性別変更の要件としな  
い場合には、女性から男性に性別を変更した者が子を懐胎すること、男性  
から女性に性別を変更した者が女性を懐胎させることも否定できない<sup>(8)</sup>。さ  
らに、男性が性別変更前に冷凍保存した精子で女性が懐胎した場合、女性  
が性別変更前に受精卵を冷凍保存し、他の女性がそれにより懐胎した場合<sup>(9)</sup>  
も、父と母の性別が問題となる。<sup>(10)</sup>

次に性別の組合せでは、カップルについて、同性パートナーシップおよび同性婚を認める国がある。1990年頃から同性パートナーシップの導入により、同性カップルは、法的保護の対象となり、2001年にオランダで同性婚が認められてからは、婚姻＝男女カップルという枠組み自体が自明のものではなくなっている。<sup>(11)</sup>ヨーロッパ人権裁判所は、2010年6月24日判決（シャルクとコプフ対オーストリア事件）において、同性カップルがヨーロッパ人権条約8条の「家族生活」に含まれ、保護の対象となることを明らかにした。<sup>(12)</sup>同性パートナーシップ・同性婚を導入する動きは、世界的には広がりを見せており、2013年10月現在において、これらの制度を導入した国がないのはアジアのみである。<sup>(13)</sup>

同性の親の組合せについては、1999年にデンマークで同性登録パートナーシップの当事者に連れ子養子縁組が認められ、2001年にはオランダで共同縁組が認められるようになった。<sup>(14)</sup>同性カップルによる他人の子との共同縁組を認めているのは、オランダ、ベルギー、スペイン、アンドラ、

イギリス<sup>(15)</sup>、アイスランド、ノルウェー、スウェーデン、アルゼンチン、ブラジル、ウルグアイ、仏領ギアナ、ニュージーランド、南アフリカ<sup>(16)</sup>である。共同縁組は認めず、連れ子養子縁組のみを認める国は、ドイツ、フィンランド、スロベニア、ポルトガル、オーストリア<sup>(17)</sup>である。

同性カップルによる縁組が社会的にどれだけ受け入れられているのかに関して、アメリカのマーケティング・リサーチ会社 ipsos が 2013 年 5 月に 16 개국<sup>(18)</sup>で行った同性婚に関するアンケート調査<sup>(19)</sup>がある。同性カップルが男女カップルと同じように子と縁組する権利を有するべきかという問いに対して、賛成の割合（カッコ内は強く賛成の割合）は、スウェーデン 78% (56%)、スペイン 73% (52%)、ドイツ 71% (37%)、カナダ 70% (45%)、オーストラリア 67% (37%)。ベルギー 67% (41%)、ノルウェー 67% (41%)、イギリス 65% (34%)、アメリカ合衆国 64% (38%)、日本 59% (15%)、フランス 53% (31%) であり、最低はポーランドの 27% (13%)<sup>(20)</sup>であった。

ベルギーのフランデルン地域では、2012 年に養子斡旋所により 30 人の国内養子縁組（連れ子養子縁組を除く）が斡旋されたが、そのうち半数近くの 14 人が同性カップルを養親とするものであった<sup>(21)</sup>。

生殖補助医療により、女性カップルの一方が他の男性の精子によって懐胎する場合、代理母が認められているならば男性カップルの一方の精子によって代理母が懐胎する場合がある。また、非配偶者間人工生殖を独身の女性にも認めている場合には、この女性がヘテロセクシュアルであるか、ホモセクシュアルであるのかは問題とならず、女性カップルの一方が子を出産することがある。たとえ医療機関が同性カップル（未婚の女性）の施術を受け付けなくても、女性カップルが知り合いの男性から精子を譲り受けるなどして、自ら懐胎することは可能である。これらの場合において、夫婦と同様に、同性カップルの当事者は、生まれてきた子が自分たちの実子として扱われること、精子提供者・代理母と子の親子関係が成立しないことを希望するだろう。そのため、同性カップルによる生殖補助医療を合法とするのか、合法とした場合またはしない場合それぞれについて、

子の親は誰であるのかは問題となっている。

本稿では、同性カップルによる両親に関する問題について、ドイツ、オーストリア、スイスにおける状況を紹介し、検討の素材とする。ドイツでは連邦憲法裁判所が、オーストリアにはヨーロッパ人権裁判所が、ともに2013年2月19日に縁組に関する判断を下している。同時期には、スイスでも、登録パートナーシップの当事者に縁組を認めるかどうかの立法が進みつつあった。世界的な動きの一部にすぎないが、日本における同性カップルの問題、親子の問題の検討に寄与する部分があると思ひ、とりあげた次第である。

#### 注

- (1) 渡邊泰彦「判批」新・判例解説 Watch vol. 12 (2013) 121 頁、水野紀子「性同一性障害者の婚姻による嫡出推定」松浦好治・松川正毅・千葉恵美子編『市民法の新たな挑戦 — 加賀山茂先生還暦記念』信山社 (2013) 601 頁。
- (2) 二宮周平「性別の取扱いを変更した人の婚姻と嫡出推定」立命館法学 345・346号 (2013) 576 頁。
- (3) 神戸家審平 24・3・2 家月 65 巻 6 号 112 頁。
- (4) 東京都の里親認定基準では、里親申込者について、配偶者がいない場合には要件が加重されており、配偶者がいることが原則とされる。その要件に「起居を共にし、主たる養育者の補助者として子供の養育に関わることができる、20歳以上の子又は父母等がいること。」がある。この父母「等」には、親族が考えられるが、社会通念上事実上の婚姻関係にある同居者も、同居状態の安定などを考慮して「含めることは差し支えない」とされる。  
ここに同性カップルが含まれるかについて、RFC (Rainbow Foster Care) が東京都福祉保健局に問い合わせたところ、同性パートナーは含まないと解釈しているとの回答を得たとのことである。  
RFC ホームページ、[online]、[2013年10月25日検索]、インターネット < URL : <http://rainbowfostercare.jimdo.com/>里親制度とは/>
- (5) 鈴木伸智「成年養子縁組と同性愛」青山法学論集 41 巻 1・2・3 号 (1999) 55 頁。
- (6) 最二決平 19・3・23 民集 61 巻 2 号 619 頁。
- (7) 大島俊之『性同一性障害と法』日本評論社 (2002)、同「性同一性障害に関する諸問題」戸籍時報 693 号 (2013) 27 頁を参照。
- (8) ドイツのトランスセクシュアル法が生殖能力のないこと及び性別適合手術

を要件としないことについては、渡邊泰彦「性別変更の要件の見直し —— 性別適合手術と生殖能力について」産大法学 45 巻 1 号 (2011) 31 頁を参照。

性別適合手術を受けていない FtMGID が、子を懐胎した例がアメリカではすでに存在するようであり、ドイツでも 2013 年 3 月に FtMGID が子を出産したとの報道がある。

Das Baby-Wunder des Jahres. [online] Bild. de. 2013. [retrieved on 2013-10-27]. Retrieved from the Internet: < URL: <http://www.bild.de/news/inland/geburt/berliner-mann-brachte-zu-hause-einen-gesunden-jungen-zur-welt-32308812.bild.html> >

- (9) ドイツでの事案であるケルン上級州裁判所 2009 年 11 月 30 日決定 (NJW 2010, 1295=FamRZ 2010, 741) については、渡邊・前掲 (注 8) を参照。
- (10) 日本でも生じうる可能性について、渡邊・前掲 (注 1) を参照。
- (11) 本山敦・大島梨沙・渡邊泰彦・田巻帝子・鈴木伸智「同性婚」比較法研究 74 号 (2012) 269 頁、渡邊泰彦「ヨーロッパにおける同性カップルの法的保護」東北学院大学論集法律学 63 号 (2004) 1 頁。
- (12) 渡邊泰彦「ヨーロッパ人権条約における同性婚と登録パートナーシップ —— ヨーロッパ人権裁判所シャルクとコプフ対オーストリア事件とその後のオーストリア憲法裁判所判例より ——」産大法学 47 巻 1 号 (2013) 51 頁。
- (13) オセアニアでは、ニュージーランドが、2004 年にシビル・ユニオンを、2013 年には同性婚を導入している。シビル・ユニオンについては、梅澤彩「ニュージーランド家族法 —— 抄訳 (10) 2004 年シビル・ユニオン法 (1)」戸籍時報 658 号 (2010) 65 頁、「同 (2)」同 659 号 (2010) 85 頁、「同 (3)」同 660 号 (2010) 20 頁、「同 (4・完)」同 662 号 (2010) 53 頁を参照。
- (14) 2004 年までの状況については、渡邊泰彦「同性カップルと親子関係 —— ヨーロッパの状況をめぐって ——」東北学院大学論集・法律学 63 号 (2004) 125 頁、140 頁以下を参照。

アジアでは、台湾の市民団体が 2013 年行った同性婚合法化の調査で、回答者の 53% が同性婚に賛成であった (10 年前の調査では 25%)。フォーカス台湾、[online]、2013 年 8 月 8 日、[2013 年 10 月 25 日検索]、インターネット、< URL: <http://japan.cna.com.tw/news/asoc/201308080003.aspx> >

- (15) 田巻帝子「英国の同性カップルの子育てと養子」民商法雑誌 138 巻 4 号・5 号 (2008) 407 頁。
- (16) その他、アメリカ合衆国やオーストラリアなど、一部の州でのみ縁組を認めている国もある。
- (17) 縁組と同性婚及び登録パートナーシップが結びつく傾向があるとはいえ、パートナーシップ制度が必ずしも親子関係と結びつくわけではない。実親子関係、とりわけ父子関係の推定は、婚姻に留保されていることが多い。同性

カップルに限らず、男女のカップルも利用が可能なフランスのバクス、ベルギーの法定同居、オランダの登録パートナーシップでは、パートナーシップの効果と親子関係を切断し、当事者間の子が生まれた場合でも男性パートナーを子の父とは推定しない。

(18) アメリカ合衆国、アルゼンチン、イギリス、イタリア、オーストラリア、カナダ、韓国、スウェーデン、スペイン、ドイツ、日本、ノルウェー、ハンガリー、フランス、ベルギー、ポーランド。

(19) Same-Sex Marriage. [online]. Ipsos. 2013, [retrieved on 2013-10-27]. Retrieved from the Internet: < URL: <http://www.ipsos-na.com/news-polls/pressrelease.aspx?id=6151> >

同性婚についての質問を中心に、各国 1000 人以上（一部の国では 500 人）を対象に実施された。

(20) 日本は、賛成の割合は高く見えるが、強く賛成の割合を見ると、賛成の割合が最も低いポーランドとほぼ同じである。反対はしないが、積極的に賛成もしないというのが、日本人のスタンスとみえる。

その他、ヨーロッパ諸国については、2006 年に EU が行った「養子縁組は全ヨーロッパで同性カップルに認められるべきか」という調査がある。こちらは単に賛否を集計したため 2013 年の ipsos 調査と単純に比較することはできないが、賛成の割合は、各国で増えている。渡邊泰彦「資料・同性パートナーシップ法」東北学院法学 66 号（2007）140 頁を参照。

(21) Adoptie via erkende diensten in 2012. [online]. Kind en Gezin. 2013. [retrieved on 2013-10-27]. Retrieved from the Internet: < URL: <http://www.kindengezin.be/nieuws-en-actualiteit/2013/20130122-adoptie-via-erkende-diensten-in-2012.jsp> >

国際養子縁組は、養子の出身国が同性カップルによる縁組に反対しているため、Kind en Gezin では、斡旋していない。

## 第 1 章 ドイツ

### I 養子法の概略

#### 1 養親となることができる者

ドイツの養子縁組は、日本法の特別養子と同じ、いわゆる完全養子である<sup>(22)</sup>。縁組により、原則として実親との親族関係、それにより生じる権利と義務が終了する（民法 1755 条 1 項）。

民法が認めている養親と養子の組合せは、次のとおりである。

- ・婚姻していない者は、単独で縁組することができる（民法 1741 条 2 項 1 文）。
- ・夫婦は、共同でのみ縁組することができる（民法 1741 条 2 項 2 文）。
- ・夫婦の一方は、他方の子と単独で縁組することができる（民法 1741 条 3 文）。
- ・養子は、養親子関係が存在している限りで、養親の生存中に、その配偶者と縁組することができる（民法 1742 条）

夫婦が子と共同で縁組する、または夫婦の一方が他方の子と縁組する場合には、子は、夫婦の共通の子（ein gemeinsames Kind）の法的地位を得る（民法 1754 条 1 項）。夫婦の一方が他方の子と縁組する場合には、親の他方とその親族との関係においてのみ解消し（民法 1755 条 2 項）、親の配慮は養親を含む夫婦双方に帰属する（1754 条 3 項）。夫婦以外が養親となる場合には、養子は養親の子の法的地位を得て（民法 1754 条 2 項）、親の配慮は養親に帰属する（1754 条 3 項）。

性的指向は養親の要件ではないため、同性愛者も養親となることができ、同性カップルの当事者の一方が子と単独縁組することは認められる。むしろ、縁組を禁止することは、ヨーロッパ人権条約 8 条に関連する 14 条に違反する<sup>(23)</sup>。

## 2 転縁組の禁止

共同縁組及び転縁組という、1 人の子について複数の縁組が行われることは、夫婦が養親となる場合を除いて、原則として禁止されている。その理由として、まず、複数の縁組が並立する場合には、相互に矛盾する親の権利が生じ、扶養及び相続の権利と義務が重複することが挙げられる<sup>(24)</sup>。次に、望まれない縁組の連鎖（Kettenadoption）により、子が家族から家族へと引き渡されていくことが原則的に子の福祉に有害となる<sup>(25)</sup>ことが挙げられる<sup>(26)</sup>。また、縁組関係の解消を例外的にのみ許す厳格な規定を、第一の縁組を解消せずに転縁組することで潜脱することを許さないことも理由とさ

れる。<sup>(27)</sup>

禁止の例外は、夫婦にのみ認められている。同時であれ、順次であれ、子が夫婦それぞれと縁組する場合には、子がたらい回しされる危険がないからである。民法 1741 条 2 項は「婚姻していない者は、単独でのみ子と縁組することができる。夫婦は、共同でのみ子と縁組することができる。」と定め、共同縁組を夫婦にのみ許している。また、1742 条は「養子は、養親子関係が存続している限り、養親の生存中にその配偶者とのみ縁組することができる。」と定める。

### 3 生活パートナーシップ法

同性間の登録パートナーシップは、民法ではなく、特別法である生活パートナーシップ法 (Lebenspartnerschaftsgesetz) に定められている。

2001 年に施行された最初の生活パートナーシップ法でも、同性カップルと子が事実上の家族共同体で生活する状況は想定されていた。生活パートナーシップ法旧 9 条は、生活パートナーシップの当事者の一方が子の単独配慮権者である場合に、小配慮権 (das kleine Sorgerecht) を他方に認めることで、生活パートナー双方が子の世話に関与できるようにしていた。しかし、縁組の規定はなく、婚姻していない者として単独で子と縁組することができるのみであった。そのため、生活パートナーシップの当事者の一方の実子と他方が単独縁組すると、実親である一方と子との間の血族関係が解消するという問題を抱えていた。

2004 年に成立し、2005 年から施行された生活パートナーシップ法改訂法により改正された生活パートナーシップ法は、生活パートナーシップの当事者の一方の実子と他方が縁組する連れ子養子縁組を認めた。<sup>(28)</sup>

しかし、共同縁組は、生活パートナーシップには認められなかった。また、生活パートナーシップの当事者の一方の実子ではなく、養子と他方との縁組について、生活パートナーシップ法 9 条 7 項は、民法 1742 条を準用しない。これは、2 つの縁組によって、共同縁組の禁止を潜脱することを防ぐためであるとされる。<sup>(29)</sup> また、単独縁組に同意した親が、後に養親の

生活パートナーによって補充的になされる縁組にまで常に同意しているのではないことを挙げる見解もある<sup>(30)</sup>。これに対して、養親の生活パートナーと養子との縁組を認めない点については、すでに2004年の改正の時点から批判があった<sup>(31)</sup>。

立法機関があえて準用規定から外していることから、法の欠缺はなく、民法1742条を類推適用することもできないとされる<sup>(32)</sup>。

そのため、生活パートナーシップにおける継親子養子では、養親が死亡した後に、実親が他の者と新たに生活パートナーシップを創設した場合には、実親の新たな生活パートナーと子は縁組することができる。しかし、実親が死亡した後に、養親が新たに生活パートナーシップを創設した場合には、養親の新たな生活パートナーと養子が縁組することはできない<sup>(33)</sup>。

## 注

- (22) 1976年に改正された養子法については、佐藤義彦「西ドイツの新養子法(一)」ジュリスト636号(1977)83頁、「同(二・完)」637号(1977)137頁、川井健「西ドイツの養子法(上)」ジュリスト782号(1983)23頁、「同(下)」ジュリスト783号(1983)48頁、大森政輔・南敏文・高柳輝雄「[資料]西ドイツの『養子縁組に関する法律』連邦政府草案の立法理由(抄)(一)」ジュリスト782号(1983)55頁、「同(二)」ジュリスト783号(1983)60頁、「同(三・完)」ジュリスト784号(1983)116頁を参照。

本稿で扱う規定は、2002年に改正されている。現行法の状況については、鈴木博人「ドイツの養子法 — 福祉型養子と連れ子養子を中心に —」民商法雑誌138巻4・5号(2008)64頁を参照。

- (23) Case of E.B. v. France, Judgment 22 January 2008 (App. No. 43546/02).  
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84571>  
齊藤笑美子「性的指向と養子縁組 — E. B. 対フランス」谷口洋幸・齊藤笑美子・大島梨沙編著『性的マイノリティ判例解説』信山社(2011)206頁。
- (24) MünchKomm/Maurer 6. Aufl., § 1742 Rn. 4. しかし、1976年養子法改正により完全養子縁組が導入された現行法においては、子が複数の家族に属することが防止されており、その論拠の対象が失われているとされる(Staudinger/Frank (2007) § 1742 Rn. 3.)。
- (25) Staudinger/Frank (2007) § 1742 Rn. 4.
- (26) MünchKomm/Maurer 6. Aufl., § 1742 Rn. 4.

- (27) Staudinger/Frank (2007) § 1742 Rn. 4.
- (28) 連れ子養子縁組導入の経緯については、渡邊泰彦「ドイツ生活パートナーシップ法の概観 (二・完)」東北学院法学 66 号 (2007 年) 1 頁、10 頁以下を参照。
- (29) Staudinger/Frank (2007) § 1742 Rn. 14; MünchKomm/Maurer 6. Aufl., § 1742 Rn. 13.
- (30) Staudinger/Frank (2007) § 1742 Rn. 14.
- (31) 渡邊・前掲注(28) 17 頁、25 頁。
- (32) Staudinger/Voppel § 9 LPartG Rn. 103.
- (33) Staudinger/Frank (2007) § 1742 Rn. 15 ; MünchKomm/Maurer 6. Aufl., § 1742 Rn. 13.

## II 連れ子養子縁組

### 1 バイエルン州による規範統制の訴え

2005 年 1 月 1 日から施行された生活パートナーシップ法改訂法に対して、とりわけ連れ子養子縁組が認められることに対して、バイエルン州は、連邦憲法裁判所に規範統制の訴えを提起したが、2009 年 8 月 10 日に訴えを取り下げた。<sup>(34)</sup>

### 2 連邦憲法裁判所 2009 年 8 月 10 日決定

連邦憲法裁判所 2009 年 8 月 10 日決定<sup>(35)</sup>では、生活パートナーシップの当事者の一方の実子と他方との連れ子養子縁組を認める生活パートナーシップ法 9 条 7 項 2 文が、民法 1754 条 1 項と 3 項を準用して養親である生活パートナーを子の実親と同じ地位とすることにより基本法 6 条 2 項 1 文からの親の権利 (Elternrecht) に違反しているかが問題となった。

#### 1) 事実関係

女性 A と女性 B は 2006 年 5 月 2 日にバイエルン州で生活パートナーシップを創設し、A は 2006 年 7 月に子 C を産んだ。B は 2007 年 3 月 21 日に子 C との縁組を申し立て、子の母 A と実父 D は縁組に同意した。管轄の少年局は、養親となる B と子 C の間には母と子の関係 (Mutter-

Kind-Beziehung) が存在し、すでに存在している社会的親子関係は縁組によって法的にも強固となるとして、子の福祉の観点のもとで縁組に賛成した。

## 2) 区裁判所の判断

バイエルン州シュヴァインフルト区裁判所は、養親の個人的能力には全く疑問がなく、民法 1741 条の要件も存在するとする。少年局の報告により、養親と子の間には母と子の関係が既に存在しており、養親と子の母が同性パートナーシップで生活しているという点を除けば、この縁組は子の福祉に資するとは考えていた。だが、生活パートナーシップ法 9 条 7 項 2 文が、民法 1754 条 1 項と 3 項を準用して養親である生活パートナーを子の実親と同じ地位とすることにより基本法 6 条 2 項からの親の権利 (Elternrecht) を侵害しており違憲で無効であると、次の理由から区裁判所は判断し、縁組手続を中止した。

養親である生活パートナーシップの当事者に民法 1754 条 1 項、3 項との関係における生活パートナーシップ法 9 条 7 項 2 文によって父母の一方と同じ地位を与えられるから、基本法 6 条 2 項 1 文の意味における父母の一方となるというのは循環論法であって、憲法以外の法律で保障されていることでは法的地位の憲法上の維持可能性を左右できないことを見誤っている。むしろ、立法機関は、基本法 6 条 2 項 1 文の基本法の判断に反しない場合にのみ、養親である生活パートナーに実親と同じ地位を認めることが許される。基本法 6 条 2 項 1 文は、教育の任務を与えられた他のすべての者に優先して、父母に子の教育についての「自然権」を承認している (Rn. 6)。

連邦憲法裁判所 2003 年 4 月 9 日決定から、基本法 6 条 2 項 1 文の意味における親が子の父と母であることを基本法は当然の前提としており、父と母は異なる性別の人を意味し、性別とは生物学的 (biologisch) 性別と理解される。同決定は子が一組の父母からのみ生まれるという事情から、基本法の制定者は、一組の父母のみに子のための親の権利を与えることを

望んだのである (Rn. 7)。

したがって、連邦憲法裁判所は、親の権利を憲法以外の法律で形成するために構成された構造のメルクマール (Sturkturmerkmal) に合わせている。この構造のメルクマールは、人間の生物学的な性質に由来し、憲法制定者によって見いだされ、自明のものとして前提とされるものである。縁組によって複数の父または母が生じることを許すという実定法上の条文も、同性の「両親」の法的な存在につながる縁組を予定し、場合によっては許すことも、この構造のメルクマールと基本法上の価値秩序に相応しない (Rn. 8)。

### 3) 決定理由

連邦憲法裁判所は、書類の形式的瑕疵の他に、次の理由から、区裁判所からの裁判官提出 (Richtervorlage) が許されないと判断した。

区裁判所の見解は、誰が親の権利の担い手となり得るかについて連邦憲法裁判所の判例及び学説で主張されている見解を不十分にしか説明していない<sup>(37)</sup> (Rn. 13)。

区裁判所は、養親を実親と同等の地位に置くことが生活パートナーシップの当事者による縁組のみならず、夫婦による縁組のさいにも生じることに理解を示していない。連邦憲法裁判所の判例によれば、親の権利をもたらすには生物学的な血縁と並んで法的及び社会的要件にも意義を認めることができること、基本法 6 条 2 項 1 文の意味における子に対する親の地位が血縁のみならず社会家族的責任共同体によっても仲介されること、後者が同様に基本法 6 条 2 項 1 文の内容を形成していること、実親子関係が法的及び社会一家族的親子関係に対して優先的地位を占めるのではないことを、区裁判所は説明していない (Rn. 14)。

連邦憲法裁判所 2003 年 4 月 9 日決定が父母の間に存在する性別の組み合わせの問題ではなく、親の権利の担い手の限界づけと取り組んだことを、区裁判所は誤解している。基本法 6 条 2 項 1 の親の権利の担い手が、共同体としての親ではなく、それぞれ親自身であることも考慮していない。誰

がどのような要件の下で基本法 6 条 2 項 1 文の親の権利の担い手でありうるかの問題についてここから生じうる結論も究明していない (Rn. 15)。

### 3 小 括

一連の訴えをとおして、生活パートナーシップにおける連れ子養子縁組について、憲法上の疑義はなくなった。次にみるように、生活パートナーシップにおける縁組の範囲の拡大が議論されている状況の中で、縁組自体を否定するキリスト教社会民主同盟およびシュヴァインフルト区裁判所の見解は少数派であった。そのため、区裁判所の誤解を指摘するのみで、新たな方向性を指し示すものではない連邦憲法裁判所 2009 年決定は、現状を肯定する他に大きな影響を与えるものではないと評価できる。

もっとも、同性カップルによる両親が、基本法 6 条 2 項 1 文にある親の権利の担い手であることが確認された点は、後述の連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決につながるものである (後述 III 2 2) (1) 同性の 2 人の親)。

#### 注

- (34) 渡邊泰彦「ドイツ同性登録パートナーシップをめぐる連邦憲法裁判所判決—家族手当と遺族年金について—」産大法学 43 巻 3・4 号 (2010) 411 頁を参照。
- (35) FamRZ 2009, 1653.
- (36) BVerfGE 108, 82. 本件は生物学的な父母ではなく、いわゆる生物学的父であるが、法的には父ではない者が問題となった事案であるが、基本的な考えはここでも妥当すると区裁判所は考える。後述注(52)(53)も参照。
- (37) 区裁判所が基本法 6 条の成立史も検討せず、成立史から親の権利の担い手を帰納的に推論することもせず、基本法 6 条の解釈に影響を与える親の法的理解の変遷も検討していないことも指摘する。

### III 養親の生活パートナーと養子の縁組 (交差縁組)

前述 (I 3 生活パートナーシップ法) のように、生活パートナーシップの当事者の一方の養子と他方との縁組 (交差縁組<sup>(38)</sup>) は、生活パートナー  
304 (535)

シップ法9条7項が民法1742条を準用していないことを理由に、認められなかった。

以下では、生活パートナーシップ法9条7項が違憲であると判断した連邦憲法裁判所2013年2月19日判決を、2つの原審から紹介する。交差縁組の禁止について、原審では、<sup>(39)</sup>ハム州上級裁判所2009年12月1日決定が合憲と判断し、<sup>(40)</sup>ハンブルク州上級裁判所2010年12月22日が違憲と判断していた。<sup>(41)</sup>原審の判断の違いは、連邦憲法裁判所2009年7月7日決定の<sup>(42)</sup>評価の違いから生じている。同決定をその直後に示されたハム州上級裁判所決定は重視しないのに対して、ハンブルク上級州裁判所は完全にその影響下にあるといえる。そして、連邦憲法裁判所2013年2月19日判決は、同2009年7月7日決定の示した方向性を、生活パートナーシップと婚姻の当事者の比較のみならず、親子関係にも拡大していくことを示している。

## 1 原審

### 1) ハム上級州裁判所2009年12月1日決定

女性Aは、1999年10月にブルガリアで生まれた子Bとブルガリアの裁判所の決定によって2004年7月9日に縁組した。ブルガリア法によって、Bとその血族との親族関係は縁組により終了している。Bは出生後からAのもとで育てられており、ドイツ国籍も取得していた。2005年にAは、女性Cと生活パートナーシップを創設し、A、B、Cの3人で共同の家政において生活していた。2008年5月にCは、Bとの縁組を申し立てたが、<sup>(42)</sup>ミュンスター区裁判所（後見裁判所）2008年8月30日決定は、生活パートナーシップの当事者双方が他人の子と共同で縁組をすることはできないとして、申立てを棄却した。これに対して、Cは抗告したが、ミュンスター地方裁判所2009年3月16日決定は、抗告を棄却した。Cは、ハム上級州裁判所に抗告した。

ハム上級州裁判所2009年12月1日決定は、民法1742条の趣旨を俯瞰したうえで（Rn. 10, 11）、同条が生活パートナーシップ法9条7項2文で準用されていないこと（Rn. 12）、同性カップルによる共同縁組を認める

法案が成立しなかったこと (Rn.13) を指摘し、次の理由から、法律の規定が合憲であると結論づけた (Rn.14)。

まず、当事者 C と B の間の感情的および社会的親子関係は、たしかに、基本法 6 条 1 項における家族の保護領域に含まれるが、未成年者との共同縁組を同性生活パートナーに認めるという縁組の家族法上の法制度の形成を立法機関に強制しない。

次に、連邦憲法裁判所 2002 年 7 月 17 日判決から、生活パートナーシップ制度の導入は、憲法上の保護を具体化して優先的に受ける婚姻の構造原理 (Strukturprinzip) の形を整えるという立法者の権限と任務に触れるものではない。そして、婚姻と縁組という 2 つの法制度は、子の教育はまず父と母と子からなる家族の任務と見られているという、一致した教育像を約束している。これが、婚姻に対する同性生活パートナーの不平等扱いについての重要な実質的理由である。

それに対して、遺族年金に関する連邦憲法裁判所 2009 年 7 月 7 日決定は、婚姻と縁組の構造原理を形作ることとは関係ないから、本件では異なる判断を導き出すことができる。

## 2) ハンブルク上級州裁判所 2010 年 12 月 22 日決定

男性 D は、ルーマニアで 2000 年 3 月に生まれた子 E と縁組するルーマニアの裁判所の確定判決を 2002 年 11 月 8 日に受け、この判決は 2006 年 11 月にはハンブルク区裁判所の決定によってドイツ国内で承認され、確定した。それにより、E と実親との親子関係が終了した。養子 E は、2002 年 12 月から、D とその同性パートナー F との共同の家政において生活している。D と F は、E との生活を開始した 20 日目に生活パートナーシップを創設した。

F は、2005 年 10 月に E との縁組を、ハンブルグ区裁判所 (後見裁判所) に申し立てた。ハンブルク区裁判所 2008 年 6 月 16 日決定は、生活パートナーシップ法 9 条 7 項と民法 1742 条から明らかになるように、生活パートナーシップの当事者が連続して縁組することは予定されていない

として、縁組の申立てを棄却した。Fは抗告したが、ハンブルク地方裁判所2009年2月16日決定は、それを棄却した。さらに、Fは、ハンブルク上級州裁判所に抗告した。

ハンブルク上級州裁判所2010年12月22日決定は、次の理由から、交差縁組を禁じる生活パートナーシップ法9条7項は、基本法3条1項の平等原則に反して違憲であると考え、具体的規範統制（基本法100条）のために連邦憲法裁判所に移送する決定をした。<sup>(44)</sup>

### (1) 前提

まず、2010年当時の生活パートナーシップ法9条7項が民法1742条を準用していないため、当時の法状況から交差縁組は認められない。交差縁組を生活パートナーシップ法9条7項が排除しないという見解は取らない(Rn. 11)。民法1742条の類推適用により縁組を認めるという見解も、立法機関が生活パートナーシップ法改訂法において生活パートナーによる同時または順次の縁組に意図的に反対していたこと、法務委員会において妥協案として連れ子養子縁組のみが許されたことからなどから、取ることができない(Rn. 12)。そのため、生活パートナーシップ法9条7項と民法1742条の憲法に合致した(verfassungskonform)解釈に基づいて、本件縁組を認める可能性は低い(Rn. 13)。

### (2) 平等原則違反

しかし、生活パートナーシップ法9条7項と民法1742条から生じる、養親の生活パートナーとの交差縁組の禁止は、基本法3条1項からの平等原則に違反している(Rn. 14, 40)。

夫婦の一方の養子と他方による縁組が認められるのに(民法1742条)、生活パートナーシップの当事者では同様のことができないという不平等扱いは、憲法上の正当化を必要とする(Rn. 15, 16)。連邦憲法裁判所の判例から、不平等扱いの憲法上の正当化への要請は、不平等扱いの基準が基本法3条2項により禁止された基準に類似すればするほど、それゆえ人的集

団の不平等扱いが少数者の差別へと導く危険が存在すると、より強まる。それにより、性的指向を理由とする区別に対しては、不平等扱いの憲法上の正当化のための「重大な (ernstlich) 理由」が必要となる<sup>(45)</sup> (Rn. 16、後述 2 4) (1) に対応)。この要請からすると、婚姻と生活パートナーシップの不平等扱いは正当化されない (Rn. 17) (後述 2 4) (1) に対応)。

共同縁組を夫婦に限定した 1976 年養子法改正の立法理由は過度のものである。そして、連邦憲法裁判所 2009 年 7 月 7 日決定が述べるように、生活パートナーシップと婚姻は、継続的に引き受け、法的に拘束するパートナーに対する責任という点では区別されず、これは養子法にも妥当する (Rn.18、後述 2 4) (2) に対応)。

### (3) 子の福祉の観点

次に、子の福祉の観点も、不平等扱いを正当化することに適しない (Rn. 19, 34)。まず、関係者 (Bezugsperson) であり 2 人の同性愛者である生活パートナーシップの当事者とともに子が成長することによって、子の福祉は、通常は害されない。むしろ、すべての縁組と同様に、民法 1741 条 1 項 1 文による縁組許可の個別審査が決定的である (後述 2 4) (3) (c) に対応)。2001 年生活パートナーシップ法の立法理由も、共同縁組の可能性を排除することによって同性愛者の教育能力について否定的に述べることを意図してはいなかった (Rn. 20, 21) (後述 2 4) (3) (a) に対応)。

#### (a) 生活パートナーシップにおいて成長する子の存在

また、本件当時の法状況からしても、生活パートナーシップの当事者の一方が子と縁組することができ (生活パートナーシップ法 9 条 6 項、民法 1741 条 2 項 1 文)、子が生活パートナーシップの家庭共同体に受け入れられて成長することがあり得る。さらに、生活パートナーシップ法 9 条 7 項は、生活パートナーシップの当事者の一方の実子と他方との連れ子養子縁組による父と父または母と母の家族を、父と母と子の家族と等しい地位においている。共同縁組の際に養子の福祉が一般的に害されるが、実子の福

祉であれば害されないとすれば、立法機関は、矛盾する論拠を憲法上許されない方法であげている (Rn. 22、後述 2 4) (3) (a)に対応)。

#### (b) 縁組の必要性

むしろ、子の福祉の観点からすると、すでに生活パートナーシップの当事者の一方と縁組している養子と共同縁組することができないことは、単独縁組の養子が実子に比べて広い保護をより多く必要としているかもしれないことから、理解しがたい (Rn. 23)。生活パートナーシップの当事者の一方の養子と他方が縁組するならば、最初に縁組した養親が死亡するなどしていなくなる場合を恐れる必要がなくなるだろう。さらに、子は第2の縁組によって追加的な相続権と扶養請求権を得る (後述 2 4) (3) (b)に対応)。生活パートナーシップの当事者も、継親であるのみならば、所得税の控除 (Kinder-, Betreuungsfreibetrag)、公務員の家族手当などを受けることができないという経済的な不利益を受けている (Rn. 24)。夫婦であれば連れ子養子縁組で不利益を回避できるが、生活パートナーシップの当事者はこの可能性<sup>(46)</sup>を有していない (Rn. 25)。

#### (c) 連れ子養子縁組との違いを正当化できるか

立法機関は、生活パートナーシップの一方の養子と他方の縁組 (第二縁組) ができない理由を十分には示していない (Rn. 27)。このような縁組にも、連れ子養子縁組を認め<sup>(47)</sup>た理由が妥当する (Rn. 28、後述 2 4) (2)に対応)。第二縁組についての不平等扱いは、子の福祉の視点から正当化できない。なぜならば、立法機関は、不平等扱いを正当化することを望むならば、首尾一貫した論拠を示さなければならないからである。さもなければ、立法機関は、基本法 3 条 1 項の範囲内において立法上の裁量の余地を有さない (Rn. 30、後述 2 4) (8) に対応)。

#### (d) 研究結果

本件当時の経験的研究からも、ドイツで生活パートナーシップにおいて

子の福祉が一般的に害されるという研究結果はないが、生活パートナーの平等が子の福祉に役立つとする研究結果が存在する<sup>(48)</sup> (Rn. 31, 32、後述 2 4) (3) (a) に対応)。この研究の結論では、同性カップルの家族 (Regenbogenfamilie) において子は、他の家族スタイルにおける子と同じく、よく成長しているとし、子の成長にとって決定的なのは、家族の構成ではなく、家族内関係の質であることに同意する。

そして、前記ハム上級州裁判所のような否定的な見解はとらない (Rn. 33)。

#### (4) ヨーロッパ養子条約、基本法 6 条 1 項

縁組の禁止は、1967 年ヨーロッパ養子条約 6 条によっても正当化されない (Rn. 35、後述 2 4) (7) に対応)。

また、連邦憲法裁判所 2009 年 7 月 7 日から、基本法 6 条 1 項の婚姻の保護によっても正当化されない (Rn. 36~38、後述 2 4) (6) (a) に対応)。

## 2 連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決

連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決は、生活パートナーシップの当事者の一方の養子と他方との縁組を可能としない限りで、生活パートナーシップ法 9 条 7 項が違憲であると判断した。

そのさいに連邦憲法裁判所が検討した理由は、基本法 6 条に関する事項と基本法 3 条 1 項に関する事項に二分できる (Rn. 39)。基本法 6 条に関連する事項とは、1) 親による養育 (Pflege) と教育 (Erziehung) を国家が保障することへの子の権利、2) 親の基本権、3) 家族基本権である。そして、基本法 3 条 1 項の平等原則の違反に関して、4) 生活パートナーシップの当事者の一方の養子に対する、夫婦の養子及び生活パートナーシップの当事者の一方の実子と比較した不平等扱いの問題 (一般平等原則違反)、5) 嫡出子と嫡出でない子の不平等扱い、6) 実親の生活パートナーと養親の生活パートナーの間の不平等である。このうち、本判決は、4) の平等原則をもとに違憲判断を導き出している。なお、5) については

具体的には検討されず<sup>48</sup> (Rn. 103)、6) については結論のみを挙げている (Rn. 105)。

## 1) 親による養育と教育を国家が保障することへの子の権利

### (1) 権利の内容

親による養育 (Pflege) と教育 (Erziehung) を国家が保障することへの子の権利は、基本法 6 条 2 項と結びついた、同 2 条 1 項の一般的人格権から子に与えられる<sup>(49)</sup> (Rn. 41)。

連邦憲法裁判所の確定判例によれば<sup>(50)</sup>、子は、その人格の自由な発展への権利を自ら有しており、自己責任による (eigenverantwortlich) 人格へと社会共同体の内部において発展できるように保護と助けを必要とする。人格の自由な発展への権利は、健康な発育のために必要な子の生活条件を保障することを立法機関に義務づけている。両親と国家は、子の人格の発展に対する保護責任を、基本法によって分け合っている。両親が子の養育と教育について優先して義務を負うとともに (基本法 6 条 2 項 1 文)、国家は親による養育と教育の任務を支え、補充するという独自の義務を子に対して負う。さらに、国家は、養育と教育の義務が両親のもとにある領域においても、基本法 6 条 2 項 1 文との関連における 2 条 1 項からの保障義務 (Gewährleistungspflicht) を負い、子がその両親の庇護のもとで自己責任による人格へと実際に発展することができるためにコントロール責任と保障責任 (Sicherungsverantwortung) を負う (Rn. 42)。

この国家の保障任務 (Gewährleistungsauftrag) には、監督機能 (基本法 6 条 2 項 2 文) のほかに、親が子と向かい合うこと (Hinwendung) を基本的に可能にし、保障するという責任がある。それには、実親が親の機能を引き受ける状況になく、親の責任を他の者が引き受けることができない状況において、国家が法的に事前の備えをとるという義務も含まれる。その限りで、両親による実際上の義務の引受けを目指すという子の国家に対する主観的保障権 (ein subjektives Gewährleistungsrecht) が<sup>51</sup>、基本法 6 条 2 項 1 文との関連における 2 項 1 項により基礎づけられる (Rn. 43)。

## (2) 本件で問題となる場面

このような権利は、本件において、次のような場面で問題となりうる。まず、生活パートナーシップの当事者の一方の養子との縁組を望む他方は、第2の縁組がなければ、法的に親の地位に就くことができず、子の福祉と保護のために、法的な意味における親の責任を引き受けることができない。本件当時の規定によれば、夫婦の場合とは異なり、生活パートナーシップの当事者の一方の養子と他方が単独縁組することで養親であった一方との親族関係が解消し、子は、縁組によって2人の親を得ることができない (Rn. 44)。

## (3) 結論

基本法6条2項1文との関連において2条1項から生じる子に対する保障責任 (Gewährleistungsverantwortung) に国家機関は反していない。実質的な基本権保護についての義務を国家がどのように履行するかは、まず立法機関が判断し、国家機関によりその自己責任において決定されなければならない。連邦憲法裁判所の確定した判例<sup>(51)</sup>によれば、法益保護のために措置の介入が基本的に義務づけられている場合に、保護計画 (Schutzkonzept) の立案と規範への変換には、原則的に、評価の余地、価値判断の余地、形成の余地が与えられる (Rn. 45)。

そして、本件では、立法機関に与えられている余地の限界を超えてはいない。本件の子は、親がいいるのではなく、法的意味における親の一方は有している。さらに、養親の生活パートナーは、小配慮権により子の日常生活の事務において共同で決定する権限 (生活パートナーシップ法9条1項) を、遅滞の危険がある場合には子の福祉のために必要なすべての法的行為を行う権限 (同条2項) を有している。生活パートナーが子の福祉のために担うことができる親類似の責任の範囲は、親の権利と結びつきうる法的責任の範囲に劣るとしても、立法機関の憲法上の裁量の余地の中にある (Rn. 46)。

## 2) 親の基本権

本件と基本法6条2項の親の権利 (Elternrecht) との関係について、本決定は、(a) 親と見なされる2人の者が同性であることは許されるのか、(b) 法的に親子関係はないが社会家族的結びつきがある者は基本法6条2項の親といえるかという点から検討する (Rn. 47)。

### (1) 同性の2人の親

憲法以外の法律が2人の同性の者による法的親子関係を基礎づける限りで、憲法上の意味においても親と見なさなければならぬ。基本法6条2項1文は、異性の親を保護するのみならず、同性の2人の親をも保護している (Rn. 48)。

子の福祉は、基本法6条2項の本質を定める構成部分であり、親の権利の憲法上の保障は、第一に子の保護に役立つものである。親の権利は子の意思に反する国家の介入から保護される。子の福祉のために保障される親の権利の国家に対する保護必要性について、両親が同性であるか、異性であるかの区別はない (Rn. 49)。

さらに、基本法6条2項は、母と父ではなく、性別を明確にしない両親 (Eltern) という文言である。基本法では、親が複数であることを概念的に確定しているが、基本法6条2項の親の権利の担い手は、異性の共同体としての父母ではなく、性別とは無関係な親それぞれ自身である (Rn. 51)。

母とともに血縁上の父と法律上の父がある事案で基本法6条2項の親の権利について判断した連邦憲法裁判所2003年4月9日決定<sup>(52)</sup>は、2人の同性の人による親子関係の憲法上の承認を排除していない。同決定では、親の性別の組合せの問題ではなく、責任の不明確性と権限の衝突を避けるために、親の権利の担い手の限界付けを問題としていた (Rn. 52)。

また、基本法6条2項が、親の自然権について定めることも、同性の両親を憲法上承認することと矛盾しない。親として、子に命を与えた者がまず考えられるが、その他の者が親の権利の担い手から排除されるのではな

い。前記連邦憲法裁判所 2003 年決定のように、嫡出子の出生の際の民法上の父性推定（民法 1592 条 1 号）によって、および父性承認（民法 1592 条 2 号）によって、憲法以外の法律では生物学的父子関係と法的父子関係が分裂することが起こりうるが、<sup>(53)</sup>憲法上の親子関係はここでは原則的に「法的にのみ父である者」にも認められる。養親子関係も血縁に基づかないが（民法 1754 条）、<sup>(54)</sup>基本法 6 条 2 項 1 文による憲法上の保護を享受する（Rn. 53）。

その他に、基本法 6 条 2 項の起草時（1949 年）に同性の親は想定されていなかったが、故意に排除したわけではない。基本法制定時に比べて、制定法のみならず、同性関係および同性カップルの生活状況に対する社会の考え方も著しく変遷している（Rn. 55）<sup>(55)</sup>。

## (2) 社会的家族関係にある者と基本法 6 条 2 項 1 文

例えば X がその生活パートナー Y とその養子 Z と社会一家族的共同体（sozial-familiäre Gemeinschaft）において生活している場合であっても、単なる社会的親子関係が憲法上の親子関係を基礎づけないことから、X 自身は、縁組前は親の権利の担い手ではない（Rn. 57）。憲法上の親の権利の担い手は、血縁関係によって、あるいは憲法以外の法律によって基礎づけられる親子関係を有する者であるが、本件では、それを欠いている（Rn. 58）。

ある者がそのパートナーの子に対して 2 人で親の社会的機能を引き受けていることのみでは、基本法の意味における親とならないのが、原則である。社会的親子関係が憲法上の意味を有する場合もあるが、<sup>(56)</sup>社会的親子関係だけでは、原則として基本法 6 条 2 項 1 文の意味における親の地位を基礎づけず、したがって縁組への権利にはつながらない。子と、法的な親ではないがこの子のために社会的な親の役割を引き受けている者の間の家族的な結びつきへの憲法上の保護の要請は、次にみる、形式的な親の資格とは関係のない基本法 6 条 1 項の家族保護によって考慮される（Rn.59）。

### 3) 家族基本権

#### (1) 基本法6条1項の保護対象

継続的、かつ、包括的な共同体として生活する同性生活パートナーシップも家族基本権の保護を受けるとするのが通説である (Rn. 61)。

連邦憲法裁判所の判例によれば、<sup>(57)</sup>親と子の実質的な生活共同体と教育共同体 (Erziehungsgemeinschaft) は、家族として、基本法6条1項により保護される。家族基本権が家族的結びつきに固有の心理的および社会的機能の保護を目指しており、基本権保護は、法的な血族関係の存在を要件としない。基本法6条1項による家族保護は、「社会的家族」として法的親子関係の存在とは無関係な広義の家族共同体 (里親なども) を含む限りで、親の権利 (基本法6条2項1文) よりも広いものである (Rn. 62)。

同性の生活パートナー2人と子からなる、継続的で、社会-家族的な共同体も、法的親子関係がパートナーの一方と子の間にのみ存在する場合であっても、憲法の意味における家族である。パートナー双方が法的な意味において両親であることは、要件ではない。2人の同性パートナーとその一方の子との家族的共同生活は、男女カップルのステップファミリーと同様に、保護に値する家族的結びつきを作り出している。法的親子関係において、実子であるか、養子であるかは、基本法6条1項の保護については重要ではない (Rn. 63)。

#### (2) 婚姻によらない家族と基本法6条1項

子がある同性カップルへと家族基本権の保護を拡大することが、基本法6条1項が婚姻を基礎とする家族のみを保護しているとして、排除されるのではない。連邦憲法裁判所の判例によれば、<sup>(58)</sup>基本法6条1項の家族基本権による保護について、親が互いに婚姻しているか否かは問題とならない。非婚家族も含んでいる (Rn. 64)。

また、家族基本権は、少なくとも原則的に婚姻可能なパートナーシップを対象とするのではなく、婚姻できないパートナーシップを含むことも排除しない。同性カップルが継続的に子と事実上の親子関係において生活し

ている家族に家族基本権の保護を拒絶するならば、社会的家族共同体に向けられた家族基本権の意義に矛盾することとなる<sup>(59)</sup> (Rn. 65)。

### (3) 結論

しかし、本件では、基本法6条1項に違反していない。家族構成員の共同生活、並びに家族的共同生活の方法および形成について自ら判断する自由を保障する防御権としての家族基本権は、侵害されていないからである。交差縁組を認めないことは、生活パートナーシップの当事者と子の間の実質的な共同生活には関係しない。たしかに、縁組を認めないことにより親としての典型的な法的権限が妨げられている限りで、家族的共同生活に影響を与え、生活パートナーシップの当事者双方が養育の任務について同じ権限で引き受けることができない。だが、このような縁組を認めないことは、家族の法的形成についての立法機関の権限に含まれている (Rn. 67)。

生活領域である家族は家族関係を展開することができる法的な構造を必要とし、これは、相互的な義務と権限にとりわけ妥当する。そのような法的構造を備えることを、立法機関は、基本法6条1項により義務づけられている。しかし、立法機関は、法的意味における家族の形成について、実際に目の前にある家族共同体をそのまま写し取ることを義務づけられているのではない (Rn. 68)。

縁組の可能性を保障しないという立法機関の判断も、原則的に、基本権の形成局面に属する。形成は、一定の展開の可能性を妨げることも含んでいる (Rn. 69)。

交差縁組を認めないことは、立法機関の裁量を越えるものではない。親の権利 (基本法6条2項1文) によっては把握されないが、親子関係と同等である関係を家族基本権が含むとはゆえ、立法機関は、基本法6条1項から事実上の親子関係の事案においてすべての親の権利を保障する義務を負うのではない。生活パートナーシップ法9条にある親の権限について、養親の生活パートナーが子を世話することを可能にする小配慮権の規定がある。これに対して、基本法6条1項から、養親の配偶者と同じように養

親の生活パートナーによる縁組を可能とすることへの請求権が生じること  
はほぼない (Rn. 70)。

#### 4) 一般平等原則違反

本判決では、基本法6条の家族の問題ではなく、同3条1項の一般平等  
原則の問題から、違憲の判断を導き出す。

生活パートナーシップに交差縁組が許されないことは、子について、平  
等扱いの原則の権利を侵害している。縁組の不許可により、生活パート  
ナーの養子は、夫婦の一方と縁組した他方の養子と比べても、生活パート  
ナーシップの当事者の一方と縁組した他方の実子と比べても、違憲な方法  
で不利益を受けている (Rn. 71)。

##### (1) 一般平等原則について

連邦憲法裁判所の確定した判例によれば、一般平等原則は、次のように  
定義される。本質的に同じものは等しく、本質的に同じでないものは等し  
くなく扱うことを、一般平等原則は、規範制定者に命じる。<sup>(60)</sup> 規範の対象者  
または当事者である集団が他の集団との比較において、双方の集団の間で  
の異なる扱いを正当化できる性質と重要性がないにも拘わらず、異なって  
扱われる場合には、平等原則に違反する。基本法3条1項は、立法機関に、  
いかなる差異をも禁じているのではない。しかし、差異は常に差異の目的  
と不平等扱いの範囲に適した実質的理由による正当化を必要とする。<sup>(61)</sup> 不平  
等扱いを支える実質的理由への憲法上の要請に関して、緩やかな恣意の禁  
止に限定される拘束から、厳格な比例性要請に及ぶ立法機関に対する様々  
な限界が、それぞれの規定の目的と差異のメルクマールにしたがって生じ  
る。<sup>(62)</sup> 厳格な拘束は、とりわけ、該当するそれぞれの自由権から生じうる  
(Rn. 72)。

本件では、単なる恣意の禁止に留まらず、より厳格な審査基準が適用さ  
れなければならない。人格の展開 (Persönlichkeitsentfaltung) にとって  
交差縁組の禁止は子の基本権に関わることから、憲法上の要請は、単なる

恣意の禁止を越えている (Rn. 73)。

前記「1) 親による養育と教育を国家が保障することへの子の権利」と「3) 家族基本権」では、子の基本権を立法機関が侵害していないとした。しかし、本判決は、平等原則の観点から、親が婚姻している養子と生活パートナーシップの当事者の実子を一方に、生活パートナーシップの当事者の一方の養子を他方において、前者には親の配偶者（生活パートナー）との縁組による生活形成の発展の可能性が開かれているが、後者には妨げられているという違いに着目する。

そして、このような生活パートナーシップの当事者の一方の養子の状況は、親の養育の保障（基本法6条2項1文との関連における2条1項）に触れるものである。交差縁組を禁じることで、すべての領域において子の発育のために憲法によってまずは親に与えられる配慮 (Sorge) を委ねることができる第2番目の法的な親を子が有することを排除している。法的に完全な親の地位を妨げることから生じる親の権限の制限は、生活パートナー双方が親の責任を同じ権限で引き受けることを阻害するため、子の親との、基本法6条1項によって保護される、家族的共同生活をも困難にする。そのうえ、生活パートナーシップの当事者の一方の養子の家族構成 (Familienkonstellation) にのみ継親による縁組を禁止することで、親が婚姻しているステップファミリー、または生活パートナーシップの当事者の実子のステップファミリーの家族関係と比べて価値の低いという印象を子に与えうるから、子の発育に重要であり、基本法6条1項が保護する、家族の安定化機能を侵害している (Rn. 73)。

## (2) 夫婦の一方の養子との比較における不平等扱い

夫婦の一方の養子が養親の配偶者と縁組できることと比べて、生活パートナーシップの当事者の一方の養子が他方（養親の生活パートナー）と縁組できないという不平等扱いは、次の理由から正当化されない (Rn. 74)。

民法1742条は、養子とさらに縁組することを、原則として不可能としており、夫婦にのみ許している。養子との縁組を一般的に禁止する正当な

目的の観点から正当化できる形で、生活パートナーシップが婚姻と区別されているのではない (Rn. 75)。

夫婦にのみその一方の養子と他方との縁組が許される理由 (前記 I 2 参照) からみて、生活パートナーシップの当事者の一方の養子と他方との縁組を禁止することは説明できない。

まず、親の権利が競合するため紛争が生じるということでは、夫婦の子と比べて、生活パートナーシップの子が不利益を受けることを説明できない。生活パートナーシップの当事者双方が、共通の子に対する親の権利を夫婦と比べると少なくとも一致して行使できないことを示すものはない (Rn. 76)。

次に、縁組により子が家族から家族へとたらい回しにされる危険もない。民法 1742 条が夫婦にその一方の養子と他方との縁組を許している理由は、夫婦と同じく継続的であり、拘束的な責任の引受けによって特徴付けられる生活パートナーシップにおいても妥当する (Rn. 77)。

### (3) 子の利益

同性の両親との成長が子の利益を害するという不利益は無く (後記(a))、むしろ縁組が子の利益に資するものである (後記(b))。

#### (a) 子の利益を害しない理由

子の利益を害するかについて、次の 2 つの点を指摘する。まず、同性カップルのもとで子が発育することへの疑念を、多数の考えが否定している<sup>(63)</sup>。2001 年生活パートナーシップ法の立法段階においても、共同縁組を認めないことが、同性愛者の教育能力を消極的に評価するものではないとしていた<sup>(64)</sup> (Rn. 80)。

交差縁組の禁止によって、養子と養親とその生活パートナーの共同生活を妨げることはできず、そのようなことは許されず、すべきではない。たとえ同性の両親は子の発育に危険をもたらすという立場に立つとしても、縁組の禁止によってその危険を取り除くことはできない。同性愛者は養子

と単独で縁組できる。生活パートナーシップの当事者の一方が子と単独で縁組することで、他方と養子との縁組がなくても、2人の同性パートナーとその一方の養子との事実上の家族共同体を形成することができる。同性愛者による単独縁組を妨げることも、生活パートナーシップの当事者の一方の子との事実上の共同生活を妨げることも、基本法の重大な違反無しに行うことはできない<sup>(65)</sup>。しかし、立法機関は同性愛者の単独縁組を許すだけでなく、生活パートナーシップ法によって、子が養親とその生活パートナーと共同生活を<sup>(66)</sup>することを助成している (Rn. 81)。

(b) 子の利益に資する理由

交差縁組は、以下のように、心理学の観点からも、法律の観点からも、子の福祉に資するものである。

心理学の側での評価によれば、交差縁組は、安定した発達心理上の影響を有している。実親との別れにより、子には特に負荷がかかっている。交差縁組は、実親によって養子に出されたことに伴って生じる子の結びつきの不安定 (Bindungsunsicherheit) を強めないどころか、新たな家族における子の安定化と統合に役立つものである。子は、親の一方を失った場合でも、他方がいるという確信を有することができる。家族における2人の親の法的な平等は、安定化に影響しうるとともに、親の共同配慮権により子の帰属感情と親の責任を強化して、共同の教育を容易にする。反対に、子が社会的親との関係の法的承認を拒絶されるならば、それを自らの人格と自らの家族の拒絶として受け止めるだろう (Rn. 83)。

法律の観点からは、養親の生活パートナーシップ解消時における子の法的地位並びに扶養および相続における請求権という2つ点から、子の福祉に資する。

まず、養親の生活パートナーと縁組することで、この生活パートナーと子との感情的結びつきを生活パートナーシップ解消時に考慮するという子の福祉の要請を考慮した配慮権の定めをすることができる。このような縁組により、子は、生活パートナーシップの当事者の共通の子としての法的

地位を得る。生活パートナーシップ解消後も、当事者双方は共同配慮権者となり、<sup>(67)</sup> 配慮権とそれに含まれる居所指定権を、子の福祉を考慮し、事情に<sup>(68)</sup> 応じて、適切に定めることができる (Rn. 85)。

次に、特に扶養法と相続法の観点において、二重の親子関係により子が利益を得ることができる。

扶養義務は直系血族関係にのみ基づくため (民法 1601 条)、生活パートナーシップの当事者の一方の養子は、他方と法的に有効な縁組することによって、他方に対して血族関係に基づく扶養請求権を有する (Rn. 87)。

もっとも、縁組により加わる 2 人目の親に対して子は扶養義務者となるが、親への扶養は、子への扶養と比べると弱いものである。また、親を扶養する義務が顕在化するのは稀であり、子が親に対し扶養義務を負うのは通常は所得を得る年齢になってからである。むしろ、経済的に自立できない子は、親による経済的な支えを、それを必要とする時期に得る (Rn. 88)。

子は、交差縁組により、養親の生活パートナーとの血族関係が生じ、養親の生活パートナーに対する相続権を有し、相続法上もよりよい地位を得る (Rn. 89)。

実親との間の血族関係、扶養請求権、相続権、親の配慮、面会交流権は、すでに最初の縁組によって終了しており、交差縁組により子がさらに権利を喪失することはない (Rn. 90)。

### (c) 子の利益の危険の回避

交差縁組により子の利益が危険にさらされることがあるかもしれないが、家庭裁判所は、縁組の個別的な不利益を考慮する審査をして、子の福祉に資する場合にのみ縁組の許可を言い渡している (民法 1741 条 1 項)。家庭裁判所は、子を斡旋した縁組斡旋所の専門的意見を求めなければならない<sup>(69)</sup> (家事事件法 189 条 1 文)、その協力を得て審査が行われる。

#### (4) 共同縁組との関係

共同縁組を認めない立法機関の判断を潜脱することを妨げるという目的も、登録パートナーシップの当事者に、その一方の養子と他方との縁組を禁止することを正当化しない。交差縁組と共同縁組はその過程において互いに区別されており、その限りでは交差縁組を可能としても共同縁組の禁止が効果を失わないのであるから、交差縁組によって共同縁組の禁止が完全に潜脱されるのではない (Rn. 92)。

禁止されている共同縁組と同じように、生活パートナーによる交差縁組の際に、異性の父母による協力という相補的 (komplementär) 要因を欠く同性の父母の共同体へと子が、国家の積極的な協力をとおして、斡旋されることに潜脱への疑念が関係している。子が一国家的に斡旋されて一継続的に同性カップルとともに家族的共同体において生活することは、交差縁組の禁止では妨げられない。子は単独縁組により同性愛者である養親と縁組し、その生活パートナーとともに家族的共同体において生活するから、共同縁組の禁止に影響を与えるのは、交差縁組ではなく、単独縁組である。しかし、国家が同性愛者にのみ単独縁組を禁じることはできない。同性愛者との単独縁組によって、異性のパートナーを継続的に欠く家族に子は斡旋されており、これが子の福祉に資するかどうかは、具体的事案における当事者の個別の生活状況をもとにして判断される (Rn. 93)。

#### (5) 実親の権利

第三者 (実親) の親の権利の観点においても、生活パートナーによる交差縁組の禁止は正当化されない。交差縁組において、子の実親の親の権利 (Elternrecht) は、すでに最初の縁組において消滅していることから、その親の権利は関係しない。最初の単独縁組への同意によって、実親は、家庭裁判所による2つ目の縁組判断への影響を放棄している (Rn. 94)。

(6) 基本法 6 条との関係

(a) 婚姻の保護（基本法 6 条 1 項）

婚姻の保護（基本法 6 条 1 項）は、次の理由から、交差縁組の禁止を正当化しない（Rn. 95）。

このような縁組は、防御権としての婚姻基本権を侵害せず、婚姻締結の自由にも婚姻の内部形成の自由にも触れるものではない（Rn. 96）。婚姻基本権に含まれる制度保障とも関係しない。婚姻に法的枠組（rechtliche Rahmen）を与え、婚姻締結に法律効果を与える規定は害されていない（Rn. 97）。

基本法 6 条 1 項が定める国家秩序による婚姻の特別の保護も、夫婦の養子に比べて、生活パートナーシップの当事者の養子が不利益を受けることを正当化しない。連邦憲法裁判所 2009 年 7 月 7 日決定が示した基本法 3 条 1 項の平等原則と 6 条 1 項の婚姻保護との関係にならい、婚姻と比較可能な生活共同体への不利益の正当化には、基本法 6 条 1 項に基づくことだけでなく、それぞれの規定対象と規定目的を比べて他の生活スタイルの不利益を正当化できる十分に重要な実質的理由を必要とする。しかし、本件には、そのような実質的な理由はない（Rn. 98）。

(b) その他

親の権利（基本法 6 条 2 項 1 文）は、生活パートナーシップの当事者の 1 人とともに他の者が親の地位に就くことによっては侵害されない。前記 2) のように、基本法 6 条 2 項 1 文は、親子関係を男女カップルに制限することを求めておらず、親の権利が憲法以外の法律で承認される限り、同性の両親も保護する（Rn. 99）。

家族の憲法上の保護も、交差縁組を男女カップルに限定することを正当化しない。基本法 6 条 1 項は、婚姻を基礎としない多様な家族も保護しており、前記 3) のように、生活パートナーと子の家族的共同体も、家族基本権の保護のもとにある（Rn. 100）。

### (7) ヨーロッパ養子条約

夫婦に配偶者の養子との縁組を許すヨーロッパ養子条約6条1項も、交差縁組の禁止を理由づけない。ヨーロッパ閣僚委員会によって改正された条約8条a号は、交差縁組を許している。ドイツ連邦共和国は、すでに施行されているこの改正された条約に参加するか、必要な限りで従来の条約の破棄通告をするかができる (Rn. 101)

### (8) 生活パートナーシップの当事者の実子との比較

生活パートナーシップの当事者の実子との比較においても、養子の不平等扱いは正当化されない。生活パートナーシップの当事者の一方の実子と他方との縁組と、養子と他方との縁組の間には、区別された扱いを正当化できるような区別は存在しない。前記(2)～(7)と同様の考えがここにも妥当する。養子と縁組することを制限する理由である連鎖縁組による子の福祉の危険は、子が養親の配偶者または生活パートナーと縁組する場合には存在しない (Rn. 102)。

## 3 2013年2月27日連邦議会

2013年2月27日の連邦議会では、連邦憲法裁判所判決をめぐって、与党のキリスト教民主同盟 (CDU) とキリスト教社会同盟 (CSU) のユニオン対与党の自由民主党 (FDP) と野党 (社会民主党、連合90/緑の党、左翼党) という構図が見られた。<sup>(70)</sup>

連合90/緑の党の議員は、新しいアンケート調査においてドイツ国民の74%が生活パートナーシップと婚姻を完全に平等とすることには意味があると答えたことを明らかにした。そして、政治的判断を裁判所にアウトソーシングしていると政府を批判した。さらに、子の福祉が同性パートナーによる縁組の際に害されるという論拠を認めなかった。

社会民主党 (SPD) の議員は、婚姻の優遇はもはや維持できず、それを連邦憲法裁判所も縁組に関する判決で追認していると述べた。

自由民主党の議員は、同じ義務を負う者は同じ権利も受けるに値すると

述べ、交差縁組も、完全縁組（共同縁組を意味すると考えられる）も歓迎するだろうとし、同性の両親による子への不利益は見られないとする。

それに対して、ユニオンの議員は、婚姻が特別な地位にあることを固く保持すると述べた。そして、連邦憲法裁判所は平等についての判決で誤った道にあり、これに賛成する者は、自らで認めることを望まずに、憲法を変更するものであると批判した。さらに、同性愛カップルに対する完全な縁組の権利に賛成する者は、子の福祉に心を配っておらず、大人のみの視点であると批判し、「子にとって一番よいのはママとパパと成長することで」、本来そういうものであると述べた。他の議員は、離婚手続きにおいて父と母の意味を再三強調しているのは正しいと発言した。

#### 注

- (38) 養子とさらに縁組する場合には、連鎖縁組（Kettenadoption）と呼ぶ場合もあるが、後記連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決では、生活パートナーシップの当事者の一方の養子と他方がする縁組に、交差縁組（Sukzesivadoption）という語を用いている。
- (39) NJW 2013, 847.
- (40) NJW 2010, 1259=FamRZ 2010, 1259.
- (41) FamRZ 2011, 1312.
- (42) BVerfGE 124, 199. 同決定については、渡邊・前掲注(34)409 頁以下を参照。
- (43) 当時は、家事事件手続法（FamFG）施行前であり、縁組事件の管轄を後見裁判所が有していた。現在は、後見裁判所は廃止され、家庭裁判所が管轄を有する。
- (44) 違憲とする結論においては、後述の連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決と同様であることから、上級州裁判所の決定理由において、連邦憲法裁判所判決の理由と対応する点には、後述の場所を記載する。
- (45) 連邦憲法裁判所 2009 年 7 月 7 日決定の見解に従っている。
- (46) 生活パートナーシップの当事者と夫婦との差異について、後述の連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決は、子についての平等扱いの原則が問題となることから採り上げていない。
- (47) BT-Drucks. 15/3445, S. 15 では、「子がそのもとで生活する父母の一方が生活パートナーシップを創設する場合に、通常は共同の家族が存在する。親の一方ではない生活パートナーも、子に対する責任を引き受けている。廃止ま

たは当事者の一方の死亡による生活パートナーシップの解消の際に、子にとっては不安定な状況が生じうる。たしかに、相応した契約によって助けとすることはできるが、常にこれで足りるのでもない。第2の縁組によって、父母ではない者に対する子の法的地位は著しく改善される：生活パートナーシップの当事者の一方によって保障された、他方の子に対する責任は、縁組によって共同での親としての責任がさらに継続することができる。」

(48) Marina Rupp (Hrgs), Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften, 2009.

(49) 基本法6条2項「子の養育と教育は、両親の自然権であり、かつ、彼らに優先的に負われた義務である。その実行について、国家共同体は、監督する。」

基本法2条1項「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法秩序または良俗に反しない限りで、自らの人格の自由な発展への権利を有する。」

基本法6条2項については、横田光平『子ども法の基本構造』信山社(2010)が詳細に歴史的背景及び判例・学説を紹介している。

(50) 連邦憲法裁判所 2008年4月1日判決 (BVerfGE 121, 69 [92 f.]) においても、「子に対する親の権利は、その正当性を、基本法の間人像に相応する自己責任による人格へと子が発展していくために子が保護と助けを必要とするところに見いだしている」と述べる (Rn. 71)。同判決は、拒否する父母の一方と子の面会交流の強制的実行は、人格保護の基本権への介入であり、通常は子の福祉に資するものではないとした事案である。

(51) 連邦憲法裁判所 1997年5月6日決定 (BVerfGE 96, 56 [64])。「法益の保護のために措置を介入させる義務を負う場合、保護計画を立案し、規範に変換することは立法者の仕事であることを、連邦憲法裁判所は、確定した判例において強調している (vgl. BVerfGE 88, 203 [262])」(Rn. 30)。嫡出でない子が父の名の情報提供請求権を母に対して有するか否かの問題のさいに、嫡出ではない子の利益と母の利益の比較衡量において、対立する基本権での裁判所の衡量の余地が問題となった事案である。

(52) BVerfGE 108, 82. 血縁上は父であるが法的には父ではない者が子と社会的家族関係にある場合においても、父性承認の取消権と面会交流権について、血縁上の父を例外なく排除することは部分的に違憲であるとした事案である。ここでは、血縁上の父と法律上の父という2人の父が存在している。

(53) 連邦憲法裁判所 2003年4月9日決定 (BVerfGE 108, 82. [100 f.])。「憲法上異議を唱えられていない法律上の(父性：引用者注)推定規定の結論は、個別事例において法律上の推定に反して法的父性関係と生物学的父性関係の相互に分裂することがありうる。そのときに、ともに基本法6条2項1文によって保護される親の権利に基づくことができる2人の父を子は有する」

(Rn. 56)。「基本法 6 条 2 項 1 文の保護は、法的な親子関係を要件としない。子が血縁を有する男性は、彼が法秩序によって父として承認されていない場合であっても、父である。この血縁に基づく親子関係を越えるものを、基本法 6 条 2 項 1 文が、その保護領域に親を取り入れるための要件とはしていない。もっとも、このことのみで、血縁上の父でもない者が法的父と並んで基本法 6 条 2 項 1 文からの親の権利の担い手となるのではない」(Rn. 57)。

(54) 民法 1754 条 (1) 夫婦が子と縁組をする、又は夫婦の一方が他方の子と縁組するときは、子は、夫婦の共通の子の法的地位を得る。

(2) その他の場合において、子は、養親の子の法的地位を得る。

(3) 親としての配慮は、第 1 項の場合においては夫婦に共同に、第 2 項の場合には養親に帰属する。

(55) 男性間の同性愛行為が刑罰の対象から外されたこと、生活パートナーシップ法の制定 (2001 年) と改正 (2004 年)、同性カップルと男女カップルの平等と同性カップルによる縁組を認めるヨーロッパの動向を指摘する (Rn. 56)。

(56) 例えば、連邦憲法裁判所 2003 年 4 月 9 日決定 (前記注(53)) では、血縁上の父と法律上の父が憲法以外の法律である民法において競合する場合に、社会的家族関係の存在が考慮された。

(57) 連邦憲法裁判所 1989 年 1 月 31 日判決 (BVerfGE 79, 256 [267])。「婚姻と、両親と子どもの共同体としての家族を保護するという憲法上の要請は、子がその母の夫を出自とすることによっては左右されない、つまり配偶者の継子、養子、里子および嫡出でない子も家族に属する (vgl. BVerfGE 18, 97 [105 f.]」(Rn. 40)。自己の出自を知る権利に関する事案である。

連邦憲法裁判所 2003 年 4 月 9 日決定 (BVerfGE 108, 82 [112])。「基本法 6 条 1 項は、両親と子の共同体としての家族を保護する。その際に、子が両親を出自とするか、および子が嫡出であるのか、嫡出でないかは、重要ではない (vgl. BVerfGE 10, 59 [66]; 18, 97 [105 f.]; 79, 256 [267])。家族は、子と、子のために責任を負う親の間の事実上の生活共同体および教育共同体である。子が両親と共同生活しているときは、彼らは共同で家族を形成する。そうではない場合であるが、両親が子に対して事実上の責任を負っているときは、子は、基本法 6 条 1 項によって保護される 2 つの家族を有している：母との家族と父との家族である (vgl. BVerfGE 45, 104 [123])」(Rn. 90)。

(58) 連邦憲法裁判所 1959 年 7 月 29 日判決 (BVerfGE 10, 59 [66])。「婚姻は、基本法についても、原則的に不解消な共同体に対する 1 人の男性と 1 人の女性の合意であり、家族は、とりわけ子の養育と教育についての権利と義務が両親に生じる両親と子の包括的な共同体である」(Rn. 27)。親権 (旧法の elterliche Gewalt) において、父の権限を優先する規定について、父母の間

の平等が問題となった事案。

連邦憲法裁判所 1964 年 6 月 30 日判決 (BVerfGE 18, 97 [105 f.])。「夫婦の共通課税が違憲であることは、基本法 6 条 1 項における婚姻に対する差別的規定の禁止から明らかであり、ここでは同じ憲法規定に含まれる家族への侵害の禁止が介入する。少なくとも『家族』として親と子から存在する共同体を理解することは、子について、そして継子、養子、里子並びに(母との関係において)嫡出でない子も、一般に承認されている」(Rn. 38)。所得税法による親と子の共通課税 (Zusammenveranlagung) が問題となった事案。

連邦憲法裁判所 1977 年 6 月 8 日決定 (BVerfGE 45, 104 [123])。「嫡出でない子と父の間の血族関係を排除した民法 1589 条 2 項の削除により、基本法 6 条 1 項は、この関係についても適用される」(Rn. 67)。

連邦憲法裁判所 1989 年 1 月 31 日判決 (BVerfGE 79, 256 [267])。「婚姻と、親と子の共同体である家族とを保護する憲法上の要請は、子がその母の夫を出自とするかには左右されず、配偶者の継子、養子、嫡出でない子も家族に含まれる (vgl. BVerfGE 18, 97 [105 f.])」(Rn. 40)。成人の子の自己の出自を知る権利が問題となった事案。

前掲注(59)・連邦憲法裁判所 2003 年 4 月 9 日決定 (BVerfGE 108, 82 < 112 > )。

(59) その他、ヨーロッパ人権裁判所 2010 年 6 月 24 日判決 (シャルクとコプフ対オーストリア事件) を指摘する。同判決については、渡邊・前掲注(12)を参照。

(60) 参照、連邦憲法裁判所 1998 年 7 月 15 日決定 (BVerfGE 98, 365 [385])。

「基本法 3 条 1 項の一般平等原則は、正義の考えを常に指向して、本質的に同じ者ものと同じに、本質的に異なるものを異なって扱うことを立法機関に命じる (vgl. BVerfGE 1, 14 [52]; 13, 46 [53]; 確定判例)」(Rn. 63)。

(61) 参照、連邦憲法裁判所 2011 年 6 月 21 日決定 (BVerfGE 129, 49 [68 f.])。

「基本法 3 条 1 項は、不平等扱いがその性質に従って実質的に正当化された区別の判断基準と結びつくことを命じるのみならず、差異の程度についても、存在する相違と、十分に重要な実質的に主張可能な区別の視点であることを証明する異なる規定との間の内部的連関を要求する (vgl. BVerfGE 124, 199 [220])」(Rn. 68)。

(62) 参照、連邦憲法裁判所 2012 年 2 月 7 日決定 (BVerfGE 130, 240 [254])。

(63) 連邦議会法務委員会公聴会での意見については、次章以下で紹介する。

(64) BTDrucks 14/4550, S. 6。「共同縁組の可能性を排除することによって同性愛者の教育能力について否定的に述べることを意図していないのは当然である」。

(65) 同性愛者に単独縁組を認めないことがヨーロッパ人権条約に違反すること

については、注(23)を参照。

- (66) 生活パートナーシップ法9条では、生活パートナーシップの当事者の一方が子の実親であり、単独配慮権者である場合に、その生活パートナーが子の日常生活の事項について共同で決定する小配慮権を有すること（同条1項）、子の福祉に必要な場合にはすべての法的行為をする権限を有すること（同条2項）を認めている。さらに、当事者の一方の実子と共同の家政において生活している場合には、子が生活パートナーシップ氏を称することも認めている（同条5項）。
- (67) ドイツでは、夫婦が共同配慮権者であるならば、その離婚後も原則として共同配慮が継続する（民法1671条）。生活パートナーシップにおいて当事者の一方の実子が他方と連れ子養子縁組をすることで共通の子となる場合も同様である。
- (68) 単独縁組のみを認める場合には、生活パートナーシップの当事者の一方の養子は、他方との間で法的な親子関係を有しない。他方は、子を世話し、子との間に緊密な結びつきがある場合でも、配慮権を有せず、生活パートナー双方が別居すれば、他方の小配慮権も終了する（生活パートナーシップ法9条4項）。面会交流は、親として（民法1684条）ではなく、子と密接な結びつきを有する関係者として（民法1685条2項）認められる。
- (69) 家庭裁判所での許可手続きの前に、縁組斡旋所は、斡旋の準備のために、縁組希望者、子とその家族について適切な調査を遅滞なく行う（養子斡旋法7条1項1文）。
- (70) Nur die Union hält an der Ehe-Privilegierung fest. [online]. Deutscher Bundestag. 2013. [retrieved on 2013-10-27]. Retrieved from the Internet: < URL: [www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2013/43141836\\_kw09\\_de\\_lebenspartnerschaften/index.html](http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2013/43141836_kw09_de_lebenspartnerschaften/index.html) >

左翼党は、後に連邦憲法裁判所2013年5月7日決定で違憲とされた所得税の問題についてのみ意見を述べた。