

同性の両親と子

—— ドイツ、オーストリア、スイスの状況 —— (その3)

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

III 養親の生活パートナーと養子の縁組 (交差縁組)

- 1 原審
- 2 連邦憲法裁判所 2013年2月19日判決
- 3 2013年2月27日連邦議会 (以上 47巻3・4号)
- 4 2014年改正法
- 5 小活

IV 共同縁組の議論の経緯

- 1 概説
- 2 2001年生活パートナーシップ法制定の前後
- 3 2004年10月18日法務委員会公聴会
- 4 2008年6月18日法務委員会公聴会
- 5 バンベルク大学家族調査国立研究所報告書
- 6 2008年から2010年までの状況
- 7 2011年6月6日法務委員会公聴会
- 8 連邦憲法裁判所 2014年1月23日決定
- 9 2014年5月5日法務委員会公聴会
- 10 小活 (以上 48巻1・2号)

V 共同縁組に関する法務委員会公聴会

- 1 両公聴会の概要

- 1) 背景
- 2) 2011年6月6日法務委員会公聴会の公述人
- 3) 2014年5月5日法務委員会公聴会の公述人
- 2 共同縁組と交差縁組の共通性または相違
 - 1) 賛成説
 - 2) 反対説
- 3 子の福祉
 - 1) 同性カップルの養育能力
 - 2) 縁組による子の福祉の実現
 - (1) 賛成説
 - (2) 反対説
- 4 社会学的調査
 - 1) 社会学的調査の位置づけ
 - (1) 賛成説
 - (2) 反対説
 - 2) スティグマ
 - (1) 賛成説
 - (2) 反対説
- 5 縁組手続
 - 1) 賛成説
 - (1) 個別審査
 - (2) 縁組手続の一回化
 - 2) 反対説
 - (1) 個別審査
 - (2) 共同縁組の利用可能性
- 6 外国の状況
 - 1) 賛成説
 - 2) 反対説
- 7 共同縁組賛成説の理論構成
 - 1) 一般平等原則（基本法3条1項）
 - 2) 婚姻と家族の保護（基本法6条1項）
- 8 共同縁組反対説の理論構成
 - 1) 基本法6条1項の理解
 - 2) 基本法6条2項の理解
 - 3) 縁組による基本権への介入
 - 4) 比例原則
 - 5) 立法機関の裁量の余地

9 小活（以上 本号）

第2章 オーストリア

第3章 スイス

おわりに

第1章 ドイツ

V 共同縁組に関する法務委員会公聴会

前節で述べたように、2011年6月6日法務委員会公聴会（IV 7）と2014年5月5日法務委員会公聴会（IV 9）においては縁組のみがテーマとなり、共同縁組の導入について、賛成の立場からのみならず、反対する立場からも積極的に意見が述べられた。本節では、これら2つの公聴会で公述人が述べた意見の内容を整理していく。

まず、両公聴会での公述人の立場を明らかにするために、それぞれの意見の概要を説明する（後記1）。そして、共同縁組に関する検討された主たる論点について、賛否の理由を整理していく⁽¹⁾（後記2以下）。

次に、賛成説と反対説の出発点を明確にするために、交差縁組（前記Ⅲ）と共同縁組との関係をどのように捉えているのかを簡略に対比する（後記2）。そして、同性カップルによる共同縁組に関する具体的な要素である、子の福祉（後記3）、社会学的調査（後記4）、縁組手続き（後記5）、外国の状況（後記6）に対して、賛成説と反対説がどのように評価しているのかを対比する。

これらの状況を基礎において、どのような論理に基づいて賛成説（後記7）、反対説（後記8）が結論に至るかを、憲法上の観点を含めて、最後に紹介する。このうち、反対説については、これまで取りあげてこなかった基本法6条1項と2項に対する考え方を含めて紹介する。

1 両公聴会の概要

1) 背景

2011年の公聴会では、連合90/緑の党から提出された共同縁組を導入する法案が検討の対象となった（前記Ⅳ 7および9）。その後、連邦憲法裁判所2013年2月19日判決（前記Ⅲ 2）は、生活パートナーによる養子と他方が縁組する交差縁組（Sukzessivadooption）を認めた。さらに共同縁組の禁止も違憲と判断するののかについては、2014年1月23日決定では明らかにしていなかった（前記Ⅳ 8）。

2014年公聴会では、与党ウニオン（CDU/CSU）と社会民主党が2013年判決の内容を実施するのみで共同縁組を導入しない民法改正案が提出し、連合90/緑の党の法案とともに検討の対象となった（前記Ⅲ 3、4およびⅣ 9）。連合90/緑の党の法案は、連邦憲法裁判所の判例の動きを考慮に入れつつも、2011年の公聴会の対象となった法案の理由から大きな変化はない（前記Ⅳ 7、9）。両公聴会における賛否それぞれの意見は、連邦憲法裁判所2009年7月7日決定の考え方とバンベルク大学家族調査国立研究所報告書（前記Ⅳ 5 3））に対する評価を基礎として展開していった。

2) 2011年6月6日法務委員会公聴会の公述人

2011年6月6日法務委員会公聴会では、9人の公述人⁽²⁾が、連合90/緑の党が提出した法案⁽³⁾に対して意見を述べた（前記Ⅳ 7）。連邦憲法裁判所2013年判決の前に開催された公聴会であることから、共同縁組だけではなく、交差縁組の導入の可否も大きな問題となっていた。

生活パートナーに共同縁組と交差縁組を認めることに賛成したのは、次の4人である（共同縁組に関する部分に絞って紹介する）。

① デトロフ（ボン大学・家族法⁽⁴⁾）

生活パートナーと子の家族の問題について生活パートナーシップ法制定当初から積極的に意見を述べ⁽⁵⁾、2004年公聴会（前記Ⅳ 3）、2008年公聴会（前記Ⅳ 4）でも共同縁組の導入を主張してきた。デトロフは、意見書の冒頭で次のようにまとめている。

1. 登録生活パートナーによる共同縁組、場合によっては交差縁組の現行の禁止は、子の福祉に矛盾する。
2. 同性パートナーシップにおいて成長する子の事実上の親子関係は、包括して法的に保障されなければならない。
3. 子の発達 は 家族内関係の質によって決定的に特徴づけられるのであり、子がそのもとで成長する人の性別ではないことは、社会科学の調査が裏付けている。
4. それに相応して、同性カップルに連れ子養子縁組のみならず共同縁組も可能にする外国の法秩序が増えてきている。
5. 生活パートナーと夫婦の現在の不平等扱いは、子の福祉の理由から正当化されず、基本法3条1項に反する。

② グルチヴォッツ（レーゲンスブルク大学・家族法⁽⁶⁾）

多様化した社会的家族関係の保護の観点を出発点とし、生活パートナーのもとで成長する子の福祉から生活パートナーによる共同縁組を認める意見を述べる。

③ ジークフリード（弁護士・公証人⁽⁷⁾）

連合90/緑の党による法案に全面的に賛成するとして、それを補足する意見のみを述べる。

④ ケルナー（同性愛者団体LSVD ベルリン・ブランデンブルク⁽⁸⁾）

同性愛者当事者団体からの公述人として意見を述べた。パートナーシップ関係にある同性カップルが子を望むが増えていることを指摘し、法律改正により状況は改善しているものの、共同縁組の禁止を始めとする不利益な規定が家族形成を困難にしていることを指摘する。

反対の立場から意見を述べたのは、次の3人である。

① ゲルディッツ（ボン大学・公法⁽⁹⁾）

基本法6条1項による婚姻と家族の保護と3条1項による平等原則の関係について連邦憲法裁判所2009年7月7日決定の考え方に懐疑的である。基本法6条1項と2項を重視し、子の福祉を理由に共同縁組を導入するこ

とに反対する。また、2009年決定の考え方に従うとしても、共同縁組により子の福祉が害されないという予測はいまだ不確実なものであり、将来への配慮（Vorsorge）の考えおよび子の福祉の点から、共同縁組の導入には慎重であるべきと考える。

② グルツェスチック（ハイデルベルク大学・憲法、法哲学⁽¹⁰⁾）

連邦憲法裁判所 2009年決定に対して懐疑的であり、従来の連邦憲法裁判所の判例から逸脱したものであると評価する。2009年決定の考えに従うとしても、婚姻の構造原理と子の福祉から、婚姻と生活パートナーシップの差異を正当化する理由が存在すると考える。

③ バッハ（プレーメン・ハンブルク・ニーダーザクセン・シュレスヴィヒホルシュタイン州総合中央縁組機関⁽¹¹⁾）

生活パートナーによる共同縁組自体に反対してはいない。現在のドイツの状況では、同性カップルが実際に他人の子と縁組できる可能性が低いことから、生活パートナーによる共同縁組を認めることに疑問を呈する。

3) 2014年5月5日法務委員会公聴会の公述人

2014年5月5日公聴会では、連邦憲法裁判所 2013年2月19日判決により交差縁組の問題には決着が付いていたため、共同縁組の可否が焦点となった。同判決が判断した交差縁組についてのみ改正する与党（ウニオンと社会民主党）の法案と、共同縁組も同時に導入する連合 90/緑の党の法案に対して、7人の公述人から意見が述べられた（前記IV 9）。

共同縁組を認めることに賛成したのは、次の3人である。

① プロシウス・ゲースドルフ（ハノーファー大学・公法、社会法、公的経済法、行政学⁽¹²⁾）

交差縁組のみを認め、共同縁組を認めない与党の法案は、連邦憲法裁判所 2013年判決に適合しておらず、基本法に違反していると述べる。憲法上許されるのは、夫婦と生活パートナーを養子法において平等に扱うように、2013年判決を組み込むことであるとする。その理由として、婚姻開

始後には夫婦が交差縁組を行うことができない点で、婚姻への差別があり基本法6条1項に違反することをあげる（前記IV 9参照）。

これに対して、連合90/緑の党の法案では、基本法6条1項に反することなく、婚姻と生活パートナーシップを平等に扱うことができるとする。

② ゲッツ（ミュンヘン上級州裁判所裁判官⁽¹³⁾）

生活パートナーによる縁組を、社会的スティグマへの対応を含めた子の福祉の観点から肯定する。単独縁組を2つ連続して行い共同縁組と同様の効果を得ることは正当化されないことなどから、共同縁組を認めることに賛成する。

与党草案に対しては、連邦憲法裁判所2013年判決を越えるものではなく、その理由も明らかではないと述べる⁽¹⁴⁾。

③ カッツェンシュタイン（ドイツ少年保護補導及び家族法研究所⁽¹⁵⁾）

共同縁組の代替として交差縁組が利用されるのであれば、共同縁組では1回ですむ手続を2回行わなければならないことから、実務への影響と困難が生じると推定され、共同縁組を可能とすることに意味があると述べる。

生活パートナーシップにおける血縁上の親、法的親、社会的親という複数の親子関係の問題では、婚姻におけるのと同様に、相互のバランスをとって取り組まなければならないことを指摘する。

共同縁組に反対し、与党の法案に賛成したのは、2人であった。

① グルツェスチック（ハイデルベルク大学・憲法、法哲学⁽¹⁶⁾）

2011年公聴会に続いて、共同縁組に反対する立場から意見を述べる。立法機関には裁量の余地があり、共同縁組の平等扱いに反対する視点から、婚姻と生活パートナーシップの区別を認めたとしても憲法に違反しないと

する。
共同縁組における平等扱いに反対する視点として、既に存在している子との関係が強化されるのが常ではないこと、子に法的不利益が及ぶこと、子の福祉において差別の危険があること、子にスティグマを与えること、縁組手続の個別審査では潜在的危険が排除されないこと、同性の両親によ

る子への心理社会的影響をあげる。

② ウーレ（ドレスデン工科大学・公法、憲法⁽¹⁷⁾）

家庭裁判所によって行われる縁組の判断は、高権的措置（hoheitliche Maßnahme）であり、縁組は基本権への介入であるという理解に基づいている。このような基本権介入は、子の福祉の利益によってのみ正当化することができるとする。

与党の法案に対しては、連邦憲法裁判所 2013 年判決を一对一（eins zu eins）で完全な範囲で実施するものであり、憲法上のリスクを負っていないと評価する。

連合 90/緑の党草案に対しては、連邦憲法裁判所 2013 年判決の射程が交差縁組に限定され共同縁組には及ばないこと、共同縁組が子の福祉に資することについて基本権への介入を正当化するまでは学問的に証明されていないことをあげて反対する。

また、連合 90/緑の党の法案が、代替案として、婚姻の制度を同性カップルに開放することを提案している点について、連邦憲法裁判所の判例からも基本法 6 条 1 項における婚姻は異性の夫婦を要件としており、明白に違憲であると述べる。

2 共同縁組と交差縁組の共通性または相違

交差縁組と共同縁組の共通性を強調するか（賛成説）、違いを強調するか（反対説）は、交差縁組について連邦憲法裁判所が 2013 年 2 月 19 日判決（前記Ⅲ 2）で命じた夫婦と生活パートナーシップの平等扱いが共同縁組にも及ぶかという問題と関連する。

1) 賛成説

共同縁組の導入を提案する 2014 年の連合 90/緑の党の法案は、生活パートナーによる交差縁組を認めた連邦憲法裁判所 2013 年判決からも共同縁組も認めるべきこと、共通性や連続性を強調する（前記Ⅳ 9）。

まず、連邦憲法裁判所 2013 年判決から、共同縁組において婚姻と生活

パートナーシップを平等とする義務が立法者に生じていた。生活パートナーと夫婦が親の責任を引き受ける能力において違いがないことから、養子法の問題すべてにおいて平等にしなければならない。さらに、2013年判決と共同縁組の問題が「部分的に類似または一致する憲法上の基礎問題を投げかけるものである」と2014年1月23日決定（前記IV 8）が述べていた。（プロシウスーゲースドルフ 2014、ゲッツ 2014）。

2) 反対説

まず、交差縁組に関する連邦憲法裁判所 2013年判決と共同縁組に関する2014年1月23日決定（前記IV 8）の関係、とりわけ後者が実質的判断に立ち入らなかったことを重視する。

2013年判決では「ここで法律が共同縁組を夫婦に対して許しているにもかかわらず、共同縁組を排除することが基本法と合致するか否かについて判断する必要がない」（Rz. 92）と述べていたことから、生活パートナーによる共同縁組に関する憲法上の問題は未解決である。また、2014年決定においても未決定とされていた。（ウーレ 2014、同旨グルツェスチック 2014）

他人の子との共同縁組では、縁組手続の開始時点では、どの子どもが養子となるかが予測できない。養親希望者は養子となる子を最初は知らず、ましてや事実上長期間にわたり養親希望者と共同生活しているということはない。したがって、交差縁組の事案とは異なり、子の福祉への消極的な影響を避けるために法が考慮し、配慮しなければならない養親との間の子の事実上の結びつきも存在しない。交差縁組を認める理由とされた、縁組によって事実上既に存在している養親とその生活パートナーとの新たな生活共同体への統合の促進、事実上存在している生活状況の法的承認、養子が扶養法上および相続法上の請求権を親とその血族に対して縁組により失うのではなく利益を得るという点は、共同縁組では論拠とならない。したがって、事実上の共同生活の存在を対象とする連邦憲法裁判所 2013年判決の説明は、共同縁組には関係しない。（ウーレ 2014、同旨グルツェス

チック 2014)⁽¹⁸⁾

交差縁組は養子にとって扶養法および相続法上の請求権が増えるのみであるが、他人の子との縁組では養子の実親などとの血族関係ならびにそれによる扶養法および相続法上の請求権を失うことになる。(グルツェスチック 2014)

連邦憲法裁判所は、その判断の範囲において、利益と不利益の全体考慮を行った。この観点において、共同縁組の状況が交差縁組と明らかに区別される。連邦憲法裁判所が生活パートナーシップによる交差縁組を許可した全体的考慮は、共同縁組については異なる結果となる。立法機関は十分な理由として利益と不利益の異なるバランスをとって、その評価により共同縁組を夫婦のみに留めておくことができる。(グルツェスチック 2014)

3 子の福祉

民法 1741 条 1 項 1 文は、「縁組は、子の福祉に資する場合に」許可されると定める。

子の福祉は、養子法の主題である。また、基本法 6 条 2 項 1 文からの親の権利、国家の監督の正当性および内容的義務基準として、憲法上の地位 (Verfassungsrang) を有する。これらから、子の主体的な地位ならびに世話、助成および保護への子の憲法上の権利が導き出される。(ゲッツ 2014)

生活パートナーによる共同縁組を認めるか否かにおいて、同性カップルの利益ではなく、子の福祉が最重要である点に、賛成説も反対説も違いはない。結論の違いは、何をもって子の福祉と考えるのか、一定の事実を子の福祉に資するものと評価するか否かによる。

1) 同性カップルの養育能力

連合 90/緑の党による法案の理由 (前記 IV 7) は、「共同縁組からの一般的な排除は、子の教育についてレズビアンとゲイの能力を政治的理由から包括的に疑問視している」と述べる。

賛成説も、一定のカップルの組合せが一般的に養親に適していないという考えは、子の福祉という中心問題を無視していると述べる（ケルナー 2011）。

そして、共同縁組を認める理由として、バンベルク大学家族調査国立研究所報告書（前記Ⅳ 5 3）に基づき、同性カップルの養育能力が男女のカップルと異なるものではないことをあげる。

しかしながら、公聴会での反対説も、同性カップルの養育能力に疑問を持っていない。

そもそも、生活パートナーに共同縁組を認めないという規定を定める際に、共同縁組の可能性を排除することで同性愛者の教育能力について否定的な評価をする意図はなかった。法律上の差異は、社会的な親子関係についての能力の有無に基づくのではなく、同性カップルに同じく抽象的な教育適合性（Erziehungseignung）を想定する場合であってさえ不利益が生じうる子の福祉からの典型的な要請に基づく。（ゲルディッツ 2011）

2) 縁組による子の福祉の実現

生活パートナーによる共同縁組により子に生じる良い影響を強調するのか、悪影響の回避を強調するのかという違いは、社会科学的調査から強調する点の違いに現れる

(1) 賛成説

まず、賛成説は、縁組による家族が子の発育により影響を与える点を強調する。縁組が子の福祉に資する理由として、グルツイヴォッツは次のように述べている。

子の福祉は、確立した社会的安定にかかっている。子の発育、自己の価値を認める感情の形成と人格的統合にとって、社会的関係島（Soziale Beziehungenseln）が不可欠であり、親の家（Elternhaus）が決定的な役割を演じる。子が親の家で経験する承認と愛情が重要である。（グルツイヴォッツ 2011）

そして、同性カップルによる縁組を法律で許すことは、子にとって、将

來的に安定した状況において成長することに導く。血縁上の親か、法的親の一方のみか、継親か、同性カップルか、田舎にある大家族のような多数人であるかは、二次的なものである。真の、法的に保障された LGBT 家族 (Regenbogenfamilie) を許すことが、子の利益である。(グルツィヴォツ 2011)

養子が同性愛者のパートナーシップにおいて生活することになる単独縁組を許すことにより、すでに立法機関は、生活パートナーと子の共同生活が子の福祉を害しないことを明確にしていた。また、ある家族から他の家族へ替わることは、子にとって通常は負担となる。しかし、これは不可避のもので、交差縁組の最初の単独縁組の前にも生じる。そのさいに、異性の父母による養子縁組と同様に、子の福祉が常に焦点となる。(ゲッツ 2014)

もっとも、すべての共同縁組が子の福祉に資するとまで賛成説が考えているのではない。現行の民法で生活パートナーによる共同縁組が、少年局と家庭裁判所を含めたすべての当事者の一致した評価によれば縁組が子の福祉に資する場合ですら禁止されていることが問題視される (ジークフリード 2011)。具体的事案における子の福祉は、家庭裁判所の個別審査 (後記 5 1) (1))、試験監護期間 (民法 1744 条) において考慮される。

次に、反対説に対しては、共同縁組の禁止によって子の福祉へ不利益が回避されるのではないと批判する。

差別は、子の法的保護の結果ではなく、同性生活パートナーシップにおいて成長していることの結果である (グルツィヴォツ 2011)。法的な形式による縁組ではなく、LGBT 家族での共同生活によって社会的なステイグマが生じる。

そのような観点から、民法 1744 条により養親が子を監護する適切な長さの期間として家庭裁判所が縁組を言い渡す前に設けられる試験監護期間の存在も、共同縁組の禁止を正当化しない理由となる。

生活パートナーによる共同縁組は、子の福祉について、生活パートナーによる交差縁組よりも不利益となるのではない。子の福祉に対する危険が

生活パートナーと子の事実上の共同生活をとおして縁組に先行する試験監護 (Adoptionpflege) において生じるかもしれない。それは、交差縁組と同様に、共同縁組の禁止によって妨げるものではない。共同縁組の禁止が、子の福祉に対する何らかの危険を排除することには適していない。(プロシウス-ゲースドルフ 2014)

(2) 反対説

法が様々な効果と結びつけ、子にとって重大な情緒的影響を及ぼす身分登録法上および家族法上の子の身分に関する高権的処分であると縁組を理解することから (後記 8 3)、縁組は、将来の配慮の原則 (Vorsorgeprinzip) の意味において、抽象的考慮の際に子の福祉への特別な危殆化が予期されない典型的な事案類型に制限される (ゲルディッツ 2011)。正当化の基準に関しては、縁組が子の福祉に役立つことが積極的に確定できる場合にのみ、縁組を成立させる規定が許される (ウーレ 2014)。

さらに、反対説は、共同縁組の議論において、子の福祉以外の要素が入り込んでいることを指摘する。

子の福祉と関係のない利益は、共同縁組の正当化について無用なものである。養子法は、社会的な承認に向けての生活パートナーの戦いにおける正当な道具ではない (ウーレ 2014、同旨グレッツェスチック 2011)。法的な不平等扱いの除去が社会的な先入観を撤廃する確実な (試験済みの) 手段であるか否かについても争いがあり得る。そのような政治が少なくとも当該子どもの負担において生じることは許されない (ゲルディッツ 2011)。

婚姻と生活パートナーシップの同列化は、生活パートナーが直面している差別を撤廃するための手段となる。しかし、第一に (広義の) 親の福祉 (Elternwohl) が問題となり、縁組法において前面にあるべき子の福祉はもはや問題となっていない。(ゲルディッツ 2011)

4 社会学的調査

1) 社会学的調査の位置づけ

(1) 賛成説

バンベルク大学家族調査国立研究所報告書が「子の発育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。」(前記Ⅳ 5 3))と結論づけたことが、連合 90/緑の党の法案において重要な理由となっていた(前記Ⅳ 7)。公聴会の賛成説も、報告書に基づいて、社会学的調査からも生活パートナーによる共同縁組を禁じる理由はないとする(デトロフ 2011、カッツェンシュタイン 2014、ケーナー 2014)。

また、ゲッツは、他の論考を参照して次の点を指摘する。まず、異性の両親と同性の両親の間では、子について、人格の発育ならびに認識的および社会的能力(Kompetenz)において意義ある違いは存在しない。性的アイデンティティと性的指向においても同様であり、子が同性愛者となる割合は伝統的家族におけるのと同様である。異性の父母を欠くことは簡単に補われ、子を取り巻く環境において同性の両親が他方の性別の役割をはたそうと努力していることは、母子家庭で父の交流がなく成長している子におけるのと同様である。子が最初に世話と授業を受ける教育者である小学校の教員のほとんどが近年では女性であるが、このように女性が多くを占めることによる子の福祉の侵害は議論されていない。(ゲッツ 2014)

(2) 反対説

同性カップルによる子の教育によって生じうる心理社会的影響に関して学問的に広がっている経験的基礎は貧弱であるとする(ゲルディッツ 2011、グルツェスチック 2014、ウーレ 2014)。

ウーレは、賛成説が依拠するバンベルク大学の調査がいくつかの弱点を有していることから、一般に承認されず、決定的な学問的論拠を訴える力を認めることができないとする。弱点として、業績などで証明された専門家による包括的で多元的な参加がないこと、反対の立場の価値をも認めず、その立場を様々な慎重な比較考量において理由づけていないことをあげる。(ウーレ 2014)

父と母をとおして教育にもたらされる相補的な要素を同性カップルが補うことができるかについて、前記の肯定的なゲッツとは異なり、懐疑的である。(ウーレ 2014、ゲルツェスチック 2014)

子の人格発展のためには、父母との関係に根付くことが中心的な意義を有する。自己の性的アイデンティティーの形成のために、自らと同じ性別の親との同一視 (Identifikation) は自らと異なる性別の親との緊張状態 (Spannung) の際に非常に重要である。同性カップルの共同縁組において成長する子は、とりわけ他の子どもとの交流という非本質的とはいえない社会的環境の一部において、ためらい、拒絶、仲間はずれに遭うことが有り得るという見解が出されている。(ウーレ 2014)

社会学的調査に対するこのような評価を、反対説は、同性カップルによる共同縁組の規定に対して比例原則により審査するにあたり基礎においている (後記 8 4)。また、社会学的調査の結果に対しても、立法機関は、従来から存在する経験的資料を独自の権限から評価する義務を負っている (後記 8 5) とする⁽¹⁹⁾ (ゲルディッツ 2011、ゲルツェスチック 2014)。

2) スティグマ

同性の両親と生活する子には、社会生活において友人にからかわれることなどにより、スティグマが生じるという可能性についても⁽²⁰⁾、賛成説と反対説では評価が異なる。

(1) 賛成説

生活パートナーに共同縁組を禁じるという恣意的な差別が、同性の両親と形成される家族のスティグマ化を促進させ、最適な養親の範囲を不自然に縮小していることで子の福祉を害していると、連合 90/緑の党による 2011 年法案の理由では述べられていた (前述 IV 7)。

同性の両親の家族であることから子がその環境において否定的な反応に直面するというおそれは真剣に受け止めなければならないが、不平等扱いが同様に正当化されるのではない。父母の一方または双方の法的身分は、消極的反応を基礎づけたり強めたりするのではない。むしろこのような家

族の正統性を強調し、社会的偏見をなくすことに適しており、子の福祉に役立つ。(ゲッツ 2014、同旨グルチヴォッツ 2011、カツエンシュタイン 2014)

法的枠組みと並んで、偏見などをなくすために一貫した社会政策が必要である。(ゲッツ 2014)

(2) 反対説

共同縁組を認めることで将来的に社会的スティグマが減少するという予測ではなく、養子となる子が共同縁組により社会的スティグマが生じている状況に入るといふ現状を重視する。⁽²¹⁾

生じうるスティグマを回避するという観点から、立法機関は、子の福祉の利益において、あるべき社会ではなく、実際にある社会に適合させなければならない。(ゲルディッツ 2011、グルツェスチック 2014)

グルツェスチックは、子ども情緒的抵抗力 (emotionale Widerstandskraft) を有しており、差別とスティグマ化に対処できることは否定しない。それでも、他人の子との共同縁組の状況は、交差縁組との対比において、より多くの負荷を子に与え、壊れやすいものであると見る。

縁組と結びついた差別とスティグマを、交差縁組では、生活パートナーの一方との第一の縁組、他方との第二の縁組と段階的に、そして時期的に順番に克服することができる。共同縁組では、新たな親子関係の設定時という特に過敏な段階において、縁組と結びついた差別とスティグマ化の大部分を克服しなければならない。社会的に通常の事案が差別の危険を減少させ、子の福祉に抽象的により相応することから、社会的に通常の事案に縁組の要件を合わせることが正当化された法律上の判断である (グルツェスチック 2014)

5 縁組手続

1) 賛成説

(1) 個別審査

生活パートナーによる共同縁組を一般に禁止する現行法および公聴会で

の共同縁組反対説に対して、賛成説は、子の福祉の危険を縁組前の家庭裁判所による個別審査によって回避できることを主張する（プロシウス・ゲースドルフ 2014、ケルナー 2011）。

養子が同性愛カップルとの事実上の家族において生活することがしばしば生じる単独縁組（生活パートナーシップ法6条1文）が、間接証拠のようではあるが、子の福祉への侵害を否定するものとしてあげられる。縁組前の子の福祉の調査は積極的にならなければならないが、単独縁組が子の福祉に反しない場合において、十分に法的に保障された地位が考慮できるときは、子の福祉の視点は、交差縁組とも、共同縁組とも矛盾するものではない。連邦憲法裁判所は、婚姻と同様に生活パートナーシップの保護された関係が子の成長を促すことができると考えている。家族内の関係が重要な促進要因であり、これの質は、性別とは関係なく、個別事案に関連して縁組の際に調査されなければならない。（ゲッツ 2014）

(2) 縁組手続の一回化

また、連邦憲法裁判所 2013 年判決により交差縁組が認められたことにより 2014 年公聴会では、共同縁組を禁止を維持することは不必要であるとの指摘が賛成説の多くを占めた。

カツェンシュタインによれば、共同縁組が禁じられている状況で、交差縁組は 2 つに分類できる。一つは、真正交差縁組（echte Sukzessivadoption）であり、養子は、養親の新たな生活パートナーシップの後に生活パートナーの他方と縁組する。もう一つは、不真正交差縁組（unechte Sukzessivadoption）であり、既に共同生活しているパートナー双方が計画している共同縁組の代わりとして交差縁組の手続がとられる。（カツェンシュタイン 2014）

連邦憲法裁判所 2013 年判決以降に実務では行われている 2 つの連続する縁組手続、不真正交差縁組は、養親だけではなく、手続に参与する縁組幹旋機関と裁判所にとっても、時間がかかるだけであり、意味がない。⁽²²⁾（カツェンシュタイン 2014）

まず、縁組幹旋機関が養子の将来の生活状況を視野に入れていることが

ら、養親のパートナー（第二の縁組での養親）の陳述と調査は、すでに第一の縁組の手続において役割を演じている（カッツェンシュタイン 2014）。第一の縁組の調査において養親の生活状況として、生活パートナーの他方を含めた家族全体が視野に入れられている。養親の適格性の審査では、一方についてのみ適格性が認められる（ケーナー 2014）。第二の縁組の手続きでは、もう一度鑑定を行い、包括的な鑑定意見を作成しなければならない。（カッツェンシュタイン 2014、同旨 ケーナー 2014）

裁判官による2つの縁組手続は、1日で行うことができる。生活パートナー双方による共同縁組は、家族と、判断を下す機関にとって意義がある。（ケーナー 2014）

2つの連続した家庭裁判所の決定による交差縁組は共同縁組と同然である。子の福祉の視点のもとでは、同時に共同縁組するか、生活パートナーの一方との縁組の法学的1秒（juristische Sekunde）の後に他方と縁組するかは、違いが生じない。（プロシウス・ゲースドルフ 2014）

第一の縁組の試験監護期間において、第二の縁組の養親となる生活パートナーとの間で親子関係が存在していることから、共同縁組の代わりとなる交差縁組では、試験監護期間を2度続けて行うことは不必要である。（カッツェンシュタイン 2014）

さらに、養子となる子にとっては、連続した2つの縁組手続は、差別と長期間の不安定を生じさせる⁽²³⁾。連続した交差縁組では、同意の付与を2回行われなければならない⁽²⁴⁾（民法1746条）、養親を含めた当事者は、意見聴取を2回受けなければならない（家事事件手続法192条1項）。未成年の子については不利益が生じる場合に意見聴取を行わないことができるが（家事事件手続法192条3項⁽²⁵⁾）、二重の手続に起因する不利益により意見聴取が2回行われなるときには、共同縁組ができないのが問題となる。（カッツェンシュタイン 2014）

縁組斡旋機関にとっても、連続する2つの縁組手続における二重の作業への時間と労力は負担となる。むしろ、縁組関係者への助言と支援のためのリソースを不必要な手続のために投入することは適切ではない。（カッ

ツェンシュタイン 2014)

そのほか、交差縁組という外観のみが維持され、婚姻に対する生活パートナーシップの欠缺の外観が維持されることで、偏見が継続する危険を指摘する意見もある。(カッツェンシュタイン 2014)

2) 反対説

(1) 個別審査

反対説からは、総論的に個別審査には馴染まないこと、各論的には個別審査では不十分なことが指摘される。

まず、個別事案における縁組希望者の教育適合性とは関係なく、構造的な子の福祉の危殆化が問題となる(ゲルディッツ 2011)。

更なる家族上の結びつきを国家機関(Einrichtung)によって定められる子にとって有利なように、将来の配慮の視点から、疑わしい場合には、不利益な予測から出発することが、その予測が覆されただろうと見なされるまでは、妥当する。それまで、国家は、養子法を生活パートナーの自由に委ねること、場合によっては高権行為により個別事案において縁組を許可することも妨げられる。経験的な基礎は、心理学的、社会学的に探られなければならない、これについて法律学の視点から立場を決めることはできない(ゲルディッツ 2011)

次に、家庭裁判所での個別事案の審査では子の福祉に対する危険を排除するには十分ではないことを反対説は主張する。

裁判所は外部の任意に出された情報を指示するに留まり⁽²⁶⁾、家庭裁判所での審査は実際上制限されたものである。(ゲルディッツ 2011)

同性愛者である養親の社会的環境の注意深い調査によっても、子の福祉の問題には不十分である。予測には、後になって、妥当しないとはっきりと示されるというリスクがある。生活パートナーの社会的環境は、例えばプライベートの、職業上の、もしくは財産上その他の理由から、または心境の面もしくは親密な社会的環境における変化によって急速に変化する。そのような変化は、生活パートナーのみならず、他の市民の自由な判断に

も基づく。しかし、調査が対象とする予測の期間が通常15年から20年を越えるものでなければならぬことから、予測は、必然的に、夫婦による他人の子との縁組と同じ程度では子の福祉を十分に保証できないという大きな不確実性を抱えている。この限度でのみ、生活パートナーによる共同縁組により生じうる子の福祉への危険から防御することができる（グルツェスチック 2011、2014）

（2）共同縁組の利用可能性

反対説からは、生活パートナーによる共同縁組が認められたとしても、縁組の現状と実父母による同意の2点から実際に利用されないのではないかとする意見がある。

まず、ドイツにおける縁組の現状について、養子となる子に比べて縁組希望者が数倍であり⁽²⁷⁾、それにもかかわらず他人の子との縁組の数は1970年代より毎年2～5%ずつ減少してきた。生活パートナーに共同縁組を認めると、縁組希望者がますます過剰となり、それによりすべての面でフラストレーション、様々な費用、苦勞が生じる。（バッハ 2011）

次に、生活パートナーによる共同縁組が認められたとしても、養子となる子の実親が、同性カップルを養親とする縁組に同意（民法1747条⁽²⁸⁾）を与えないのではないかと指摘する⁽²⁹⁾。

実親の同意は、実親が知り、かつ、すでに確定した（民法1747条2項2文）養親による縁組に対して行わなければならない。白地の同意は禁止されている。実親（実母）は、通常、社会的に、そして家族的に困難な状況において生活しており、低い教育水準である。そのため、実親は、自らの家族の理想像に合った恵まれた環境での良き市民の（普通の）家族を選択する。同性愛者の生活パートナーとなることは稀である。（バッハ 2011）

6 外国の状況

1) 賛成説

賛成説は、これまでの公聴会と同じく（前記IV 3、4）、他国において同

性カップルによる共同縁組が認められてきたことを指摘している。

このような国際的な状況から、子が同性パートナーシップにおいて成長する際に害を受けるといった疑問が貫徹できなくなったことは明らかである。子の福祉において、同性パートナーの社会的親子関係の法的保障は、一貫したものであり、歓迎される。(デトロフ 2011)

2) 反対説

他国において同性カップルによる他人の子との縁組が認められたとしても、有効な論拠にはならないと反論する。

他国が縁組を実体法上許可しているという事実があるとしても、この許可がドイツ法の基準から許容される判断であるか否かについて述べることはできない。子の福祉の概念にとって決定的な判断基準が異なり得ること、重要な社会的状況が非常に異なる部分もあり他国の経験評価をドイツに持ち込むことはできないことから、他国からドイツへと直接に帰納的推論をすることはできない。多くの国が同性カップルによる他人の子との共同縁組を予定しておらず、ドイツの立法機関が同じ判断をすることを、比較の観点において独自である、または主張可能ではないと見ることはできない。(グルツェスチック 2011、2014)

7 共同縁組賛成説の理論構成

1) 一般平等原則 (基本法 3 条 1 項)

連邦憲法裁判所 2009 年 7 月 7 日決定 (前記 IV 6 2)) を、連合 90/緑の党による法案も、生活パートナーによる共同縁組を認める理由としてあげている (前記 IV 7、9)。賛成する公述人は、法案の理由に補足する意見を述べていた (デトロフ 2011、シークフリード 2011、プロシウス・ゲースドルフ 2014、ゲッツ 2014)。

この連邦憲法裁判所 2009 年決定は、次のように述べている⁽³⁰⁾。

「規定にある生活事実状態と、その規定により追求される目的からすれば、婚姻と比較可能な (vergleichbar) 生活スタイルであるにもかかわらず

ず、他のその生活スタイルへの不利益によって婚姻の特権化が生じているならば、婚姻保護の要請だけを理由にして正当化することはできない。他の生活スタイルが婚姻よりも不利益を受けるということを、憲法上の助成への責務を果たしていくために他の生活様式に対して婚姻に特権的地位を与えるという権限から、基本法6条1項で導き出すことはできないからである。婚姻との差異をもって他の生活共同体を形成し、婚姻よりも少ない権利を予定するということを、婚姻の特別の保護から導き出すことは、憲法上理由づけることはできない。単に基本法6条1項に基づいているということだけではなく、その他に、他の生活スタイルの不利益を規定の対象と目的に合わせて正当化する特に重要な実質的理由が必要となる。」(Rz. 105)

ここでいう婚姻と比較可能な生活スタイル (Lebensformen) に生活パートナーシップが当てはまる。そして、この基準を共同縁組に当てはめると、共同縁組が夫婦には認められ、生活パートナーシップには認められない状況が基本法6条1項に基づく婚姻保護 (婚姻の優遇) というだけでは、正当化することはできない。生活パートナーによる共同縁組を禁止する特に重要な正当な実質的理由は、前記3~7で紹介した事情からみて存在していない。そのため、基本法3条1項の一般平等原則に違反した状態にある。この違憲状態を解消するためにも、生活パートナーによる共同縁組を認める必要がある。

2) 婚姻と家族の保護 (基本法6条1項)

前記1)の一般平等原則による理解は、共同縁組の可否において生活パートナーシップが婚姻と比べて不利益を受けているという前提に基づいていた。これに対して、基本法6条1項における婚姻と家族の保護から、共同縁組を認めるべきとする意見も出されている。

まず、プロシウス・ゲースドルフは、交差縁組と単独縁組では婚姻が差別されていることを指摘する。

与党の法案 (前記Ⅲ 4) は、生活パートナーに交差縁組を認めるのみで

ある。そのため、生活パートナーには第一の縁組が登録後であっても第二の縁組（交差縁組）が可能となるのに対して、夫婦では第一の縁組が婚姻前である場合にしか第二の縁組が許されない（民法 1742 条）。また、生活パートナーの一方は子と単独で縁組できるのに対して、夫婦の一方には禁じられており（民法 1741 条 2 項）、婚姻継続中に夫婦は共同でしか縁組することができない。生活パートナーシップとの比較において婚姻への差別が存在しており、基本法 6 条 1 項に反する（プロシウス・ゲースドルフ 2014、同旨ゲッツ 2014）。

養子法における婚姻と生活パートナーシップの完全な平等により、婚姻への差別は回避され、基本法 6 条 1 項による婚姻基本権の侵害も回避できる。そのためには、まず、単独縁組は、婚姻も生活パートナーシップも行っていない者にのみ許す。婚姻または生活パートナーシップ継続中の当事者による交差縁組は、第一の縁組が婚姻または生活パートナーシップ開始前に行われていた場合にのみ許される。共同縁組は、夫婦と同じく、生活パートナーにも許される。（プロシウス・ゲースドルフ 2014、同旨ゲッツ 2014）

次に、基本法 6 条 1 項の家族基本権によって、生活パートナーとその実子または養子からなる社会家族的共同体 (sozial-familiäre Gemeinschaft) は、継続的かつ包括的な共同体として生活している限りで保護されるとする見解もある。（ゲッツ 2014）

ゲッツによると、憲法の親概念は、暗黙のうちに異性の人々と関連づけられているのではない。異なるが同価値の親の種類が存在しており、血縁による親の地位のみならず、社会家族的責任共同体に基づく親の地位も成立することを出発点⁽³¹⁾としている。

8 共同縁組反対説の理論構成

反対説は、2011 年公聴会と 2014 年公聴会において、重点をおく論拠に違いが見られる。まず、2011 年公聴会では、それ以前の学説の理解に沿って、基本法 6 条 1 項による優遇を強調し、連邦憲法裁判所 2009 年 7

月7日決定（前記Ⅳ 6 2）の示した判断基準の特異性を指摘した。⁽³²⁾ グルツェスチックは、2009年決定が従来の判例から逸脱したものであり、次の連邦裁判所の判断まで静観すべきとしていた（グルツェスチック 2011）。ゲルディッツは、2009年決定が共同縁組まで射程に入れていないと理解していた⁽³³⁾（ゲルディッツ 2011）。

連邦憲法裁判所 2009年決定に従うとしても、生活パートナーのために他人の子との共同縁組を導入することは命じられておらず、生活パートナーと配偶者との差異を正当化する実質的理由が存在すると述べる。⁽³⁴⁾（グルツェスチック 2011、ゲルディッツ 2011）

その理由として、グルツェスチックは、婚姻の構造原理⁽³⁵⁾（Strukturprinzipien）、子の福祉、連れ子養子縁組および単独縁組との違い、比較法、立法機関による予測と評価の余地をあげる（グルツェスチック 2011）。ゲルディッツは、基本法6条1項による婚姻の優遇、子への不利な心理社会的影響の観点における将来への配慮、社会的スティグマによる不利益をあげる（ゲルディッツ 2011）。

それとともに、2011年公聴会では、2009年決定を認めた場合であっても、比例原則による審査と立法機関の裁量から共同縁組の禁止は正当化されることを述べていた。連邦憲法裁判所 2013年2月19日判決（前記Ⅲ 2）により2009年決定の考え方が維持されることが明らかになった2014年公聴会では、こちらに重点を移している。

反対説の理論構成は、本稿がこれまで述べてきた近年の連邦憲法裁判所判例の考え方とは異なることから、その前提からみていく。

1) 基本法6条1項の理解

基本法6条1項による婚姻の保護と優遇について、ゲルディッツは、2011年公聴会で次のような意見を述べた。

核となる関係としての親子関係（Elternschaft, 基本法6条2項）に基礎づけられた、法的意味での家族と、基本法6条1項は結びついている。親—家族の出発点—は、血縁上または法的な親のみである。これらに

は、家族保護が自動的に与えられる。だが、基本法6条1項は、家族の法律上の形成の際に、実際に存在している生活共同体を模写すること、法的防御への事実上の需要の意味において家族法をできるだけ完全な状態とすることを求めている。(ゲルディッツ 2011)

連邦裁判所の判例を考慮しなければ、養子法における婚姻と生活パートナーシップの不平等扱いについての根本的な実質的理由は、基本法6条1項による婚姻の優遇である⁽³⁶⁾。婚姻に縁組を限定することには憲法に内在する是認された正当化理由が存在する。婚姻家族には養子法において優遇される模範機能 (Leitbildfunktion) が与えられている。養子となる子がまずどこで発育すべきであるのかを決定するにあたり、婚姻生活している養親に有利に優先して判断することは、基本法6条1項、2項、5項からの憲法上の評価に相応する⁽³⁷⁾。(ゲルディッツ 2011)

基本法6条1項に含まれる婚姻の優遇を一般的家族保護から再び独立させる可能性は、連帯共同体 (Solidargemeinschaft) としての婚姻の経済的保護を越えて、婚姻または婚姻上の家族の非経済的な特別性を際立たせる点にある。その残り少ないアプローチの1つが、養子法である。(ゲルディッツ 2011)

2) 基本法6条2項の理解

基本法6条1項と2項は親子関係を定義しておらず、立法機関が、身分登録法上、家族法上の関係を形成する義務を負っている。しかし、子を親子関係に任意に(恣意的に)帰属させる権限を与えているのではない。基本法6条2項に意味における親は、まず生物学的な父と母である。十分な理由が存在する限りで、生物学的親子関係と異なる法的親子関係を形成することができる。父と母との親子関係が基本法で前提とされる通常事例である限り、父と母の生物学的親子関係が家族法上の構造の出発点であり続け、血縁を基礎としない法的親子関係の形成では基本法6条2項1文が基礎におく父と母と子のモデルを模して形成されなければならないことが前提となる⁽³⁹⁾。憲法上の意味における親子関係には、概念的に異性であること

が含まれており、同性の両親と子の親子関係の設定は、基本法6条2項1文に合致しない。(ゲルディッツ 2011)

3) 縁組による基本権への介入

反対説は、子の福祉を守るための方法として生活パートナーによる共同縁組が適切であるかという観点から、比例原則 (Verhältnismäßigkeit) により判断することを主張する。

比例原則に従って判断する前提として、国家行為による基本権への介入 (Eingriff) が存在しなければならない。この点について、家庭裁判所の判決という高権的 (hoheitlich) 判断による縁組は基本法6条2項の親の権利 (Elternrecht) ⁽⁴⁰⁾ への介入を含んでいると理解する。

養子となる子にとって、縁組についての家庭裁判所による高権的判断 (民法1752条) は、一般的人格権 (基本法1条1項との関連における基本法2条1項) への侵害であり、それ以前に存在している家族法上の関係を切断する点では家族基本権 (基本法6条1項) への介入 (侵害) である。この基本権への介入が特に強烈で継続的であることから、その正当化が必要となる (ウーレ 2014、ゲルディッツ 2011)。

ゲルディッツは、国家の共同責任を基礎づける国家の高権的行為 (Hoheitsakt) によって縁組が生じることを考慮しなければならないとする。国家が高権的縁組をとおして家族関係の法的構成に積極的に関与する場合に、共同縁組権の拡大には、社会的生活のスタイルの法律上の確定と助成がともなう。この場合に国家は、スティグマが生じるシステム的な社会的リスクも、自ら責任を引き受けることによって、考慮に入れなければならない。この背景から、法律上の縁組の要件を社会的に通常の事案に合わせることは、通常事案が子の福祉に抽象的に最も適しているのであるから、正当化される法律上の判断である。(ゲルディッツ 2011)

縁組において法的な家族関係を成立させるのが国家であり、これと結びつく効果に対しても、期待される社会的反応 (Reaktionsweisen) に対しても、包括的な責任が国家にある。縁組される子がまさにその人生のそれ

までの経過に基づいて他の子に比べて不利益を受けており、それゆえ国家はさらなる負担からも守る特別な義務を負うことから、このことはより妥当する。(ウーレ 2014)

4) 比例原則

ウーレは、裏付けられた経験的な、または学問的に広く保証された基礎がないことから、縁組と結びついた基本権介入が比例原則の3つの部分原則のすべてに当てはまらないと考える。まず、国家行為が規制目的の達成に適合しているかの適合性審査の段階で、心理社会的 (psychosozial) 結果について経験的な、または学問的に広く保証された認識なしに、子の福祉の強化に共同縁組権が適することから出発することはできない。養子がその環境において社会的スティグマに曝されうることを生活パートナーによる共同縁組権については考慮しなければならないのであるから、尚更である。

国家行為が規制目的のために必要不可欠かという必要性審査にも、裏付けられた経験的な、または学問的に広く保証された認識がないことから、当てはまらない。子が人生の多様性の母親的および父親的部分を知ることができ、それにより社会的なスティグマ化の危険により少ない程度で曝されるような縁組が、子の福祉の視点からより緩やかな手段であることが容易に思いつく。⁽⁴¹⁾

狭義の比例性も、十分な経験的な、場合によっては学問的に十分に保証された基礎に基づく立法行為を求めている。(ウーレ 2014)

5) 立法機関の裁量の余地

グルツェスチックは、立法機関の裁量の余地を考慮して、共同縁組における婚姻と生活パートナーシップの不平等扱いは、現在の認識状況からは排除できないとする。

連邦憲法裁判所 2013 年判決に基づいても、生活パートナーによる共同縁組を導入する憲法上の義務はない。(グルツェスチック 2014)

連邦憲法裁判所 2013 年判決は、保護計画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、形成の余地が立法機関に与えられることを述べている（前記Ⅲ 2 1）（3）。この観点は、生活パートナーによる共同縁組の導入が第一に予測的な要素に基づくものであり、とても重要な評価と結びついていることから、重大な意義を有する。この状況において、平等権の強いコントロールを適用する場合でも、立法機関には、個別観点の評価および判断並びにその全体的考慮についての余地が存在している。（グルツェスチック 2014、同 2011）

この裁量の余地は、区別の理由という平等法におけるコントロールをとおして原則的に狭められてはいる。それでも、国家は、縁組許可による子の基本権への介入の結果において、子の福祉を最善に助成し、その際にリスクを最低限にする義務を負っている。子の福祉への確実ではないが、排除されず、存在しうる不利益を可能な限り排除する、または減少させる考慮が、立法機関の裁量の余地にも存在する。（グルツェスチック 2014）

子の福祉への疑念からみて、従来からの共同縁組を禁止する状況の維持が理由付け可能であり、主張可能であり、それゆえ憲法上の危惧のない立法機関の判断であると認められる。（グルツェスチック 2014、同 2011）

9 小 活

生活パートナーによる共同縁組を認めるべきか、禁止すべきか。どちらの立場でも、この問題を考えるあたり、法的な論拠だけではなく、社会学的、心理学的またはその他の領域の専門的知見に基づくことに違いはない。他の学問領域の知見に基づく考えを、法的には、子の福祉という概念をとおして立法という局面で正当化理由としている。

しかし、例えば社会学的調査の知見がすべてを決定するのではなく、その調査に対する子の福祉概念をとおした評価から、正反対の結論が導き出されることも示している。

法律の面からドイツにおける同性カップルと縁組を見ると、生活パートナーシップ法制定時から生活パートナーの一方による単独縁組は禁じられ

ず、2004年改正法で連れ子養子縁組が導入され、連邦憲法裁判所2013年判決により一方の養子と他方との縁組が認められたように徐々に拡大してきた状況がある。反対説には、共同縁組のみを否定するために、共同縁組に特化した理由をあげる必要に迫られていた。

このような状況から、共同縁組反対説は矛盾を抱えているように思われる。反対説の論拠に立てば、共同縁組のみならず、同性愛者による単独縁組まですべてを否定する方が一貫する。とりわけ、他人の子との共同縁組で事前に社会的親子関係が存在しないことを強調するならば、同じことが単独縁組にも当てはまる。しかし、単独縁組を否定することは、ヨーロッパ人権裁判所E.B対フランス事件判決から不可能であった⁽⁴²⁾。

他方で、反対説が示した疑問が的外れでもない。性的指向により差別されないという夫婦と生活パートナーの平等が、当事者間の関係を越えて、賛成説のように親子の問題にもそのまま妥当するのであろうか。

社会学的調査においても、同性カップルのもとで生活する子が差別を受ける可能性は否定していない。バンベルク大学家族調査国立研究所報告書(前記IV5)は家族内関係の質を強調するが、すべての家族において保証されるかは不明である。反対説は、将来への配慮という立法者の責務からこの点を批判していると捉えられる。

日本において、同性カップルの当事者双方が子の法的な親となることは、ドイツの未成年養子縁組に対応する特別養子では不可能であっても、普通養子縁組では転縁組により可能である。その点では、転縁組を認めないドイツの状況(前記II)をそのまま日本に当てはめることはできない。それでも、縁組をとおして同性の両親が認められるかという基礎的な問題を考えるためには、参考となる。単独縁組を認めるのであれば、社会的親子関係のみならず、法的親子関係においても同性カップルによる家族形成を否定することはできないといえる。

ドイツにおいて同性カップルによる共同縁組という限定された場面で行われた議論は、日本においてより広い場面で参考となるかもしれない。伝統的な家族観と平等原則との対立は、嫡出でない子の法定相続分における

議論との繋がりを有する。また、子をもつことを望むカップルの強い意志、子に将来生じるかもしれない心理的負担への配慮、そのような議論を支える社会学的調査の必要性は、同性カップルに限らず、男女のカップルにおける非配偶者間人工授精にも関係するかもしれない。

注

- (1) 各公述人の意見を紹介するにあたっては、公述人と出席した公聴会の年度を本文中に示していく。例：(デトロフ 2011)
- (2) メイアー(ライプチヒ市緑組幹旋機関)は書面での意見を提出せず、ケーナーは書面の意見を提出したが公聴会には出席していない。以下、公述人の肩書きは、公聴会当時のものである。
- (3) 公聴会開催後、公述人から提出された意見書は連邦議会のホームページからダウンロードすることができたが、現在では削除されている。概要については、Grüne: Lebenspartnern gemeinsame Adoption ermöglichen [online] Bundestag, 2011. [retrieved on 2014-09-24]. Retrieved from the Internet: <URL: https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2011/34440998_kw23_pa_recht/205366>
- (4) Nena Dethloff, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 06.06.2011 zu einem Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN "Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes und anderer Gesetze im Bereich des Adoptionsrechts" (BT-Drs. 17/1429). 全4頁。
以下では、公述人の意見書について、その文章量を示すために総ページ数を記していく。ただし、書式は統一されていないので、あくまでも目安にすぎない。
- (5) Nena Dethloff, Die Eingetragene Lebenspartnerschaft — Ein neues familienrechtliches Institut, NJW 2001, 2598, 2062 f.
- (6) Herbert Grziwotz, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes und anderer Gesetze im Bereich des Adoptionsrechts, BT-Drucksache 17/1429. 全6頁。
- (7) Dirk Siegfried, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des LPartG und anderer Gesetz im Bereich des Adoptionsrecht (BT-Drucksache 17/1429). 全3頁。
- (8) Constanze Körner, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des LPartG und anderer Gesetze im Bereich des Adoptionsrecht

- (BT- Drucksache 17/1429). 全2頁。
- (9) Klaus F. Gärditz, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes und anderer Gesetze im Bereich des Adoptionsrechts. 全15頁。
公聴会後に公刊されたものとして、Klaus Gärditz, Gemeinsamen Adoptionsrecht Eingetragener Lebenspartner als Verfassungsgebot?, JZ 2011, 930.
- (10) Bernd Grzeszick, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes und anderer Gesetze im Bereich des Adoptionsrechts. 全16頁
- (11) Rolf P. Bach, 無題。全3頁。
- (12) Frauke Brosius-Gersdorf, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 5. Mai 2014. 全8頁。
- (13) Isabell Götz, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 5. Mai 2014. 全10頁。
- (14) 法案において、縁組に関する文言を民法施行法22条に、「生活パートナーによる縁組は、第17条b第1項第1文により生活パートナーシップの一般的効力について基準となる法の下にある」という文言を加えて、国際私法において適用される法が明らかにされる点を評価している。
- (15) Henriette Katzenstein, Hinweise. 全7頁。
- (16) Bernd Grzeszick, Stellungnahme zu den Gesetzesentwürfen im Bereich des Adoptionsrechts BT-Drs. 18/841, 18/577 (neu) , 18/842. 全17頁。
- (17) Arnd Uhle, Stellungnahme. 全16頁。
- (18) ゲルツェスチックは、2011年の公聴会では、生活パートナーの一方による他人の子との単独縁組も憲法上命じられているものではなく、むしろ違憲であると述べていた。
生活パートナーの一方による他方の子との連れ子養子縁組（生活パートナーシップ法9条7項）は、他方と子の間に親子関係がすでに法的および事実上存在していること、縁組の許可が子の福祉に適合することから、例外的に許されるとする。連れ子養子縁組は、単独縁組と異なり、婚姻との部分的な平等は特別な理由に基づくものである。そのため、生活パートナーが他人の子との共同縁組を許す必要はないとする。（ゲルツェスチック 2011）
- (19) ゲルディッツは、この点から、バンベルク大学の調査結果を評価することなく学問的認識として基礎においたのは短絡的であるとして、2013年判決の原審であるハンブルク上級州裁判所2010年12月22日決定（前記Ⅲ12）(3) (d) を批判する。

- (20) バンベルク大学大学家族調査国立研究所報告書については、前記 IV 5 4) を参照。
- (21) 将来における社会的差別の減少という予測自体を否定しているのではない (グルツェスチック 2014)。
グルツェスチックは、以前には、社会的差別が将来にはさらに減少するという予測は納得のいくものでありそうだが、差別とスティグマ化の事実を変えるものではないとも述べる (グルツェスチック 2011)。
- (22) ゲッツ 2014 も共同縁組の代わりに2つの縁組を連続しなければならないことは正当化されないとする。
- (23) 子からすると、実際に自分を世話している私の両親 A と B となぜ共同で縁組できないのか、なぜ最初に A とその後すぐに B と縁組するのか、誰が最初の養親となるのかを私は一緒に判断すべきなのかという疑問が生じるという例があげられる。
そのことから、縁組手続が子に対して有する事実上の負担とシンボリック的意義が実際よりも低く評価されていると述べる。(カッツェンシュタイン 2014)
- (24) 縁組には子の同意が必要である。14 歳に達した子は、自ら同意を行う。14 歳に達しない子については、法定代理人が同意を付与する。子が自ら同意できない場合には、意見を聴取しなければならない (2008 年ヨーロッパ 11 月 27 日ヨーロッパ養子協定 6 条)。
- (25) 家事事件手続法 192 条 (当事者の意見聴取)
- (1) 裁判所は、縁組または離縁の手続において養親及び子から個人的に意見を聴取しなければならない。
 - (2) その他の場合において、関係者から意見を聴取しなければならない。(soll 規定)
 - (3) 未成年の当事者の発育、教育若しくは健康に対する不利益のおそれがある、又は年少のため意見聴取から明らかになることが期待できないときは、未成年の当事者からの意見聴取は、行わないことができる。
- (26) 縁組斡旋機関の専門的陳述について家事事件手続法 189 条が、少年局からの意見聴取について同 194 条が定めている。
- (27) 2009 年で 4.5 倍 (バツハ 2011)、2012 年には 6 倍 (ウーレ 2014) といわれる。
- (28) 民法 1747 条 子の親の同意
- (1) 縁組について、父母の同意は、必要である。(2 文以下略)
 - (2) 子が 8 週間に達したときに初めて、同意は、与えることができる。同意権者が既に確定している養親を知らない場合であっても、同意は、効力を生じる。

3 項以下略

- (29) 賛成説では、実親の同意の問題について、交差縁組における第二の縁組にまで実親が同意しているかという点から、次のような意見が述べられている。

実父母が縁組への同意について、例えば養親の宗教、性的指向について一定の要件を提示できるか否かについて、判断は一致していない。実父母が希望やイメージを述べたとしても、それは縁組斡旋機関も家庭裁判所も拘束するものではない。(ゲッツ 2014)

- (30) 連邦憲法裁判所 2009 年 7 月 7 日決定の詳細については、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 卷 3・4 号 (2010) 409 頁以下を参照。

- (31) 社会家族的関係が取り入れられている例として、子と法律上の父の間に社会家族的関係が存在していない場合にのみ血縁上の父からの父性取消しを認める民法 1600 条 2~4 項をあげる。

- (32) グルツェスチックは、ヨーロッパ司法裁判所の判例からみても、連邦憲法裁判所判例が 2009 年決定のように解釈する義務はないとする。そして、ヨーロッパ法の影響を受けるとしても、婚姻の保護を無視して、基本法 6 条 1 項が基本法 3 条に劣後すると解釈する必要はないとする。(グルツェスチック 2011)

マルコ事件と連邦憲法裁判所判例については、渡邊泰彦「ドイツ同性登録パートナーシップをめぐる裁判例 — 退職金と相続税について」産大法学 45 卷 3・4 号 (2012) 111 頁以下を参照。

- (33) 遺族年金に関する連邦憲法裁判所 2009 年決定、相続税法における婚姻と生活パートナーシップの平等扱いを命じた連邦憲法裁判所 2010 年 7 月 21 日決定における財産法的アプローチは、構造的な差異に基づき、家族法上の縁組には適用されないとする。(ゲルディッツ 2011)

連邦憲法裁判所 2010 年 7 月 21 日決定については、渡邊・前掲 (注 30) 産大法学 45 卷 3・4 号 111 頁以下を参照。

- (34) グルツェスチックもゲルディッツも、前記のとおり、2009 年決定に賛成しているわけではない。賛成説の考え方をとったとしても、生活パートナーによる共同縁組は認められないという趣旨である。

グルツェスチックは、婚姻の保護を定める基本法 6 条 1 項が基本法 3 条に劣後するのではなく、相互に競合する緊張関係にあると捉える。その緊張関係を解消するために、規律の規範プログラムにおいて衝突する点を可能な限り寛大に調整する相互的考量を規範に付け加えるとする。その結果として、婚姻の更なる優遇はさらに続くが、この保護は基本法 3 条を尊重しなければならないことから従来と比べると低い水準となる。この憲法上許された、または必要な婚姻の保護水準を個別事例においてどのように見るのかは、それ

ぞれの状況に関連して判断しなければならない。しかし、婚姻と生活パートナーシップの間の不平等扱いが、差異の正当化として、さらに婚姻と並んで存在する理由を常に求めているのではない。(グルツェスチック 2011)

(35) 連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決の原審であるハム上級州裁判所 2009 年 12 月 1 日決定 (前記 III 1 1) と同様の考え方をとる。

(36) ゲルディッツは、基本法 6 条 1 項による婚姻の優遇はさらなる正当化 (Rationalisierung) を必要としないとする。また、婚姻と生活パートナーシップは比較可能な制度ではないことから、婚姻が法的に有利な地位にあることは原則として許されるとする。

グルツェスチックは、連邦憲法裁判所 2009 年決定が基本法 6 条 1 項に違反すると評価する。婚姻との差異について正当化理由を求めるのであれば、基本法 6 条 1 項の婚姻の保護は放棄されており、解釈ではなく、憲法改正により行うものとする。(グルツェスチック 2011)

(37) ゲルディッツは、父母が未成年の子を共同で養育することが子の福祉に最も資することから基本法は出発しているとする。これは、基本法 6 条 1 項、2 項、5 項から導き出されるものであり、社会科学的経験を指し示すこともなく、社会科学的経験によって揺らぐこともない規範的判断であるとする。

(38) 基本法 6 条 2 項

子の養育と教育は、親の自然権であり、かつ、彼らに優先的に負わされた義務である。その実行について、国家共同体は、監督する。

(39) 基本法 6 条 2 項が「親の自然権 (das natürliche Recht der Eltern)」という文言を用いる点で、憲法起草者が自然的、前法的 (vorrechtlich)、前国家的 (vorstaatlich) な事象を意図的に援用していることを指摘する。

(40) 子に対する義務の重大な違反の場合、実親が重大な精神病である場合という例外的な場合であるが、家庭裁判所による同意の代行 (民法 1748 条) では、実親 (遺伝的親) の意思に反しても、縁組が成立することを指摘する (ゲルディッツ 2011)。

(41) ウーレは、安定したパートナーシップ関係にある男女カップルによる縁組希望が、養子となる子の数よりもはるかに多いことを指摘する。この点については、前記 5 2) (2) を参照。

(42) Case of E. B. v. France, Jugement 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。