

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)

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

- 2 共同縁組と交差縁組の共通性または相違
- 3 子の福祉
- 4 社会学的調査
- 5 縁組手続
- 6 外国の状況
- 7 共同縁組養成説の理論構成
- 8 共同縁組反対説の理論構成
- 9 小活（以上 49 卷 1・2 号）
- VI 同性カップルと生殖補助医療（概説）
- VII 女性カップルと生殖補助医療
 - 1 概説
 - 2 出生登録簿への登録
 - 1) 分娩者の卵子による懐胎
 - (1) 事実関係
 - (2) 申立人の主張
 - (3) 事実審
 - (4) 連邦憲法裁判所 2010 年 7 月 2 日決定
 - (5) ヨーロッパ人権裁判所 2013 年 5 月 7 日判決
 - 2) 生活パートナーによる卵子提供
 - (1) 事実関係
 - (2) 原審
 - (3) ケルン上級州裁判所 2014 年 8 月 27 日決定
 - 3) 外国で認証された親子関係の登録
 - (1) 事実関係
 - (2) ベルリン高等裁判所 2014 年 12 月 2 日決定
 - 3 精子提供者との関係
 - 1) 精子提供者による父性取消し
 - (1) 概説
 - (2) 事実関係および第一審
 - (3) 控訴審
 - (4) 連邦通常裁判所 2013 年 5 月 15 日判決
 - (a) 同意による精子提供型人工授精(1600 条 5 項)との違い
 - (b) 親子法の体系との関係
 - (c) 継親子縁組の意図
 - 2) 精子提供者による縁組への同意の要否
 - (1) 事実関係など

- (2) 連邦通常裁判所 2015 年 2 月 18 日決定
 - (a) 抗告審との違い
 - (b) 精子提供者による同意
 - (c) 同意が不必要な場合
 - (d) 1747 条 4 項 1 文の類推適用
 - (e) 精子提供者への通知
 - (3) 匿名精子提供者の縁組手続への参加
 - 3) 精子提供者による情報請求
 - (1) 事実関係
 - (2) ハム上級州裁判所 2014 年 3 月 7 日決定
 - 4 縁組手続
 - 1) 匿名精子提供の場合の継親子縁組許可
 - (1) 事実関係
 - (2) カールスルーエ上級州裁判所 2014 年 2 月 7 日決定
 - 2) 試験監護期間
 - (1) 事実関係
 - (2) エルムスホルン区裁判所 2010 年 12 月 20 日決定
 - (3) ゲッチングゲン区裁判所 2015 年 6 月 29 日決定
 - 5 小活
- Ⅷ 男性カップルと代理懐胎
- 1 概説
 - 1) 男性カップルと親子関係
 - 2) 裁判所の判断の概要
 - 3) 代理懐胎に関する法規制
 - (1) 胚保護法・養子あつせん法
 - (2) 民法
 - 4) 公序違反
 - 2 事実関係
 - 3 第一審
 - 4 抗告審
 - 1) 抗告理由
 - 2) 決定理由
 - (1) A と C の親子関係について
 - (2) B と C の親子関係について
 - (3) 一般予防効果
 - (4) 子の福祉
 - (5) 自己の出自を知る権利

- 5 連邦通常裁判所 2014 年 12 月 10 日決定
 - 1) 公序違反
 - (1) 立法における代理母の扱い
 - (2) 家事事件法 109 条 1 項 4 号
 - (3) 同性の両親と公序違反
 - 2) ドイツ法の本質的原則との関係
 - 3) 一般予防効果との関係
 - (1) 一般予防と公序
 - (2) 代理母の権利
 - 4) 遺伝上の血縁関係について
 - 5) 子の福祉
 - (1) 概要
 - (2) 両親への法的帰属を保障される権利
 - (3) 社会的家族関係について
 - (4) 縁組との関係
 - (5) 実質的再審査の禁止
 - 6) 自己の出自を知る権利について
 - 6 凍結保存されている胚の認知
 - 7 小活
 - IX 性別変更による男性の出産
 - 1 概説
 - 2 事実関係
 - 3 原審
 - 4 ベルリン高等裁判所 (KG) 2014 年 10 月 30 日決定
 - 5 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

VI 同性カップルと生殖補助医療 (概説)

生活パートナーの一方の実子は他方と縁組することができ (生活パートナーシップ法 9 条 7 項)、一方が生活パートナーシップ設定の前後を問わず他人の子と単独縁組しているならば他方も縁組することができる (前掲

Ⅲ)⁽¹⁾。だが、他人の子と共同縁組することはできない。Ⅰ～Ⅴ章で扱った縁組の問題では同性カップルによる養育能力という個別具体的な問題が中心であった。

それでも、同性カップルが自然生殖により、当事者双方と遺伝上の関係を有する子をもうけることはできない。同性カップルは、当事者の一方または双方に不妊の原因がある男女カップルと同様に、生殖補助医療により子をもうけることはできないのであろうか。⁽²⁾ここでは、親子関係の成立という枠組みの成否が問題となる。

日本においても、この問題は意識されている。例えば、座談会での水野紀子と棚村政行のやりとりは、賛否の観点の違いを端的に表している。⁽³⁾水野紀子は、「男の精子と女の卵子によって子どもが生まれる。1人の父と1人の母が出生に関与する。子の実存にかかわる問題ですから、そこは大前提として崩してはいけないと思います。」「この基本的な観念枠組みの中で子どもを守りながら、育てなければならぬと思います。その意味で私は、同性愛者が生殖補助医療を使用して子どもをつくることには反対です。」と述べる。

これに対して、棚村政行は、アメリカで同性カップルによる生殖補助医療を認めていることを指摘し、「婚姻が拓かれていったときに、性同一性障害で性別変更した人のAIDもそうですが、嫡出推定という婚姻制度で子どもがしっかりと育つ環境が与えられていれば、血のつながりはなくても認める。それが、だんだんと広がりつつあります。」と述べる。

同性カップルと生殖補助医療の問題は、1) 生殖補助医療の一般的法規制、2) 同性カップルによる生殖補助医療の規制、3) 法律上の実親子関係の3つの平面、さらに 4) 同性婚と嫡出推定の問題から考えられる。

1) 生殖補助医療の一般的法規制

第1に、同性カップルに限らず夫婦も含めて、生殖補助医療をどの範囲で認めるべきか否かという総論的な問題がある。近年は日本において、非配偶者間人工授精（AID）について、これを行う夫婦だけではなく、そ

から生まれた子の苦悩にも焦点が当てられている。⁽⁴⁾ 性同一性障害を理由に女性から男性に性別を変更した夫の夫婦において非配偶者間人工授精により生まれた子の嫡出推定が問題となった最高裁平成 25 年 12 月 10 日第三小法廷決定（民集 67 卷 9 号 1847 頁）に関連して、通常の不妊男性の事案と異なり「AID 子は、あらかじめ『自己の出自を知らされないでおく権利』を奪われて出生する」と指摘されていた。⁽⁵⁾

代理懐胎については、⁽⁶⁾ 日本産婦人科学会による「代理懐胎に関する見解」（2003 年）により禁止されている。法律による規制はないことから、一部の医療機関で行われている。

ドイツにおいて、生殖補助医療は、男女カップルでは、望んでいるが子がないということを要件とし、1～2 年にわたり避妊せずに性交渉をしたが妊娠していない場合に問題となる。⁽⁷⁾ 人工授精を行うのは、医師に限られる（胚保護法 9 条 1 項）。ドイツ医師会の生殖補助医療ガイドライン⁽⁸⁾によると、生殖補助医療は子の福祉を考慮して原則として夫婦にのみ用いられる。ただし、婚姻していない女性についても、婚姻していない男性と確立したパートナーシップにおいて共同生活しており、この男性が懐胎された子との父子関係を承認している場合には、用いることができる（ガイドライン 3.1.1）。原則として夫またはパートナーの精子のみを使用することが許される（ガイドライン 3.1.1）。第三者の精子は、医学的観点、心理学的助言、法律の観点からの説明、精子提供者などに関する文書作成という特別の要件のもとで使用することが許される（ガイドライン 5.3）。

第三者からの卵子提供（胚保護法 1 条 1 項 1 号）、代理懐胎（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）は、禁じられている。

生殖補助医療の可否は、以下の記述の基礎となる観点である。生殖補助医療に関する法制度が整備されていない日本と異なり、本稿で扱うドイツでは、非配偶者間人工授精（ドイツでは配偶者に限られないので精子提供型人工授精とする）は一定の範囲において認められていることを前提に、この論点の検討をここでは回避したい。むしろ、精子提供型人工授精から

生じるものの、男女カップルでは隠れていた問題が、同性カップルにおいて顕在化することを示し、今後の議論の資料となることを目的としたい。その意味で、後記Ⅶ～Ⅸ章は、同性カップルが当事者となる場合のみならず、生殖補助医療一般の問題と重なる部分がある。

2) 同性カップルによる生殖補助医療の法規制

男性と女性という自然生殖が可能な組み合わせに生殖「補助」医療の利用を認めるとすれば、自然生殖による子の懐胎が不可能な同性カップルに認められるかは問題となる。日本においても最近この問題について賛否の見解が述べられている。

前記の「自己の出自を知らされないでおく権利」の観点からは、親が同性カップルであれば、戸籍（身分登録）の記載を見るまでもなく、子のみならず第三者も子がAIDにより出生したことは客観的に明白となり、否定的な結論が導き出される。

ドイツにおいて、医師会ガイドラインによると、同性カップルがドイツの医療機関において生殖補助医療を受けることはできない（例外について、後記Ⅶ1）。その理由として、「婚姻していないカップルについて精子提供型人工授精は特に慎重に行わねばならない；これは、懐胎された子が両親の安定した関係を保証されるという目的から明らかである。この理由から精子提供型人工授精は、現時点では、パートナーシップ関係にない、または同性パートナーシップで生活する女性を除いている。⁽⁹⁾」

もっとも、これは、施術する医療機関、つまり供給者側の行為を規制するにすぎない。ドイツ国内の医療機関で施術を受けられないのであれば、同性カップルは、可能であれば自らで行う、または外国の医療機関で受けることができる。女性カップルは、人工授精は海外で行うほか、国内で自らの手によって精子を注入することが行われる。男性カップルでは、その一方が精子を提供し、海外で代理懐胎により他の女性が子を出産することになる。

3) 法律上の実親子関係

第3に、精子提供型人工授精、卵子提供、代理懐胎が行われた場合に、誰が法律により実親となるかという問題がある。⁽¹⁰⁾本来、生殖補助医療の可否(前記1)と2)と法律上の親子関係は別問題である。⁽¹¹⁾現実には、依頼者は自らが子の実親となることを望んで行っていることから、生殖補助医療により子をもうけることができても、法律上の親子関係が認められなければ、その目的の半ばは達せられないことになる。その意味では、法律上の親子関係を認めないということは、需用者側への事実上の法的規制という側面も有する。⁽¹²⁾

代理懐胎一般について、日本では最高裁平成19年3月23日第二小法廷決定(民集61巻2号619頁)がアメリカで行われた代理出産により出生した子の親を依頼者とするネバダ州裁判の承認を民訴法118条3号にいう公の秩序に反するとして認めなかった。また、日本産婦人科学会の見解によらない医療機関において代理懐胎により生まれた子も、依頼者の実子となるのではなく、特別養子縁組が行われている。

同性カップルの観点から考える際に、同性の両親が生物学的な血縁上の親子関係においては存在しないことを、法律上の実親子関係においてどの程度考慮するのかが問題となる。

まず、法律と医師会のガイドラインに則って行った男女のカップルと同様に、同性カップルにおいて生殖補助医療により生まれた子の親子関係、父と父または母と母という組合せの実親子関係が成立するのかが問題となる。「生殖可能性の不存在を理由に人工生殖子の親子関係が否定された場合には、親子関係の空白が生じる」⁽¹³⁾という問題もある。

次に、依頼者との実親子関係を認めることには、精子提供者、卵子提供者、代理母との関係で、遺伝上または血縁上の親であるにも拘わらず、法律上の親子関係を遮断することが含意されている。しかし、例えば女性カップルにおいて一方が子を分娩し母となっても他方は父とはならない。精子提供者との父子関係を遮断する法律上の父は存在していない。同性カップルと生殖補助医療により生まれた子の家族に血縁上の親が介入する

ことを避けるためには、この遮断は重要な意味を有する。精子提供者または代理母の側からも、そもそも法律上の親子関係を有しないことを前提にしていたのであれば、子に対する扶養義務、子の相続権が生じる実親子関係の遮断が望まれる。

同性の両親による実親子関係が認められないのであれば、縁組により（生活パートナーシップ法9条7項）血縁上の親による介入をある程度は防ぐことができる。親の他方との血族関係は消滅し、生活パートナー双方のみが法律上の親となる。

他方において、法律上の親と血縁上の親の間の緊張関係が生じず、むしろ血縁上の親との関係を維持することを求めることもありうる。男性カップルの一方が精子を女性カップルの一方に提供し、この女性が人工授精により子を産み、精子提供者が父性承認を行い、母の女性カップルと父の男性カップルがともに親として子を監護する場合である。この場合には、継親子縁組は行われず、分娩者である母と精子提供者である父の親子関係が法律上は維持される。婚姻していない実父母が共同配慮の宣言（1626条a）をして共同配慮権者となることができる。社会的親子としては、二人の母カップルと二人の父カップルを有する子といえる。

4) 同性婚との関連

婚姻において妻が生んだ子の父は、夫とされる⁽¹⁴⁾。同性婚を認めた場合に、父子関係成立（嫡出推定）の規定が、適用されるのかが問題となる⁽¹⁵⁾。ドイツにおいては、現時点で同性婚は認められていないため、婚姻時の父子関係を定める規定を同性カップルにも認めるかという問題は生じていない。

だが、同性カップルをめぐる実親子関係の問題は、同性婚の導入によって解決するのではない。同性婚を認めても、父子関係成立の規定は適用されていない（例、オランダ民法199条）。また、男女間の登録パートナーシップにおいては親子関係を含まず、婚姻をパートナー間の規律と親子の規律の交差点として位置づける⁽¹⁶⁾観点が過去のものになってきている（オランダ民法199条）。

一方で、同性婚に対して父子関係成立の規定を適用しないのであれば、婚姻の中に、父子関係が成立する異性間の婚姻と、一方の子と他方の間に実親子関係が成立しない同性婚という下位概念が存在することを意味する。

他方で、同性カップルにも嫡出推定のような親子関係成立を認めることは、親子法の根本的な変革を意味する。日本法の嫡出推定（772条）など婚姻の存在を要件に父子関係を成立させる規定では、夫婦間の自然生殖、夫と子の血縁関係の推定を基礎においている。同性婚において一方の子と他方との血縁関係の存在は推定されないことから、その親子関係は、法律によって婚姻の存在を理由として生み出されることになる。

親子関係を婚姻の存在により定めるとすれば、それを覆す可能性も考慮しなければならない。例えば、女性間の婚姻において一方が生んだ子と他方との母子関係をまずは定めるとしても、血縁関係の不存在を理由に第三者が否認することができれば、母子関係を認めたとと言えるかは疑問である。例えば日本法における772条の推定の及ばない子として判例となっている外観説と同じ考えに立てば、同性婚における一方の子と他方の親子関係には嫡出推定が及ばないことも考えられる⁽¹⁷⁾。

このようなことから、同性婚の存否とは別に、親子法自体が同性の両親、実親子関係を認めるのかが定まっていなければならない。そのうえで、婚姻による父の決定（嫡出推定）が、同性婚においても親子関係を定めることができるのか、血縁関係の存在を前提としない実親子関係を創りだすのかが問われる。

以上4つの平面は分離しがたい面もあるが、どの平面で議論するのがはっきりとしないと、議論がかみ合わないことになる。

以下では、同性カップルによる生殖補助医療に関して生じる問題を、人工授精により一方が子を出産する女性カップル（後記Ⅶ）、一方が精子提供をして代理懐胎を行う男性カップル（後記Ⅷ）について、ドイツにおける近年の判例を紹介することで明らかにしていきたい。

注

- (1) 縁組をしていない場合であっても、実親である生活パートナーの一方が単独配慮権者であれば、この者の了承を得て、他方は子の日常生活の事務について共同決定する権限（小監護権）を有することができる（生活パートナーシップ法9条1項）。
- (2) アメリカにおける状況について、中村恵「アメリカにおける同性カップルと生殖補助医療によって生まれた子との親子関係」東洋法学 50 卷 1=2 号合併号 67 頁（2007）、同「アメリカにおけるセカンド・ペアレント・アダプション」東洋法学 58 卷 3 号 85 頁（2013）がある。
- (3) 二宮周平・棚村政行・水野紀子・窪田充見「座談会 親子法のあり方を求めて」法律時報 87 卷 11 号 4 頁、21 頁以下（2015）。
- (4) 水野紀子「性同一性障害者の婚姻による嫡出推定」松浦好治他編『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、613 頁以下。
- (5) 水野・前掲 616 頁。
- (6) 最高裁平成 19 年 3 月 23 日第二小法廷決定（民集 61 卷 2 号 619 頁）以降、代理懐胎について議論が深められている。最近の文献として、幡野弘樹「代理懐胎と親子関係 — ヨーロッパ人権裁判所とフランス法を参照としつつ」法律時報 87 卷 11 号 24 頁（2015）、同「代理懐胎と合意と公序（1）」立教法学 89 号 204 頁（2014）がある。
- (7) Vgl. Herbert Grziwotz, Kinderwünscherfüllung durch Fortpflanzungsmedizin und Adoption, NZFam 2014, 1065, 1065.
- (8) (Muster-) Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion- Novelle 2006-, Deutsches Ärzteblatt 2006, Jg. 103, A 1392.
- (9) Kommentar der Bundesärztekammer zu Nr. 3.1.1. der (Muster-) Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, Jg. 103, A 1398 (1400).
- (10) 一般的な問題については、中村恵「生殖補助医療と親子関係」法律時報 86 卷 6 号 14 頁（2014）を参照。
- (11) 石井美智子「生殖補助医療の法規制と親子法」法律時報 79 卷 11 号 51 頁、54 頁（2007）。
「生殖補助医療によって生まれた子の法的親子関係を認めることと、当該生殖補助医療を認めるかどうかは別問題である。近親婚関係から生まれた子の法的親子関係を認めることが近親婚を認めるのではないのと同じである」と述べる。
- (12) しかし、法律上の親子関係の否定により法的に規制する方法が正当であるとはいえない。フランスにおける、代理懐胎による子と依頼者妻の特別養子縁組を認めなかった判例とその限界について、幡野弘樹「代理懐胎の合意と

- 公序」私法 77 号 185 頁 (2015)、同「代理懐胎と合意と公序 (2)」立教法学 91 号 189 頁 (2015) を参照。
- (13) 羽生香織「嫡出推定される人工生殖子と生殖可能性の不存在」法学セミナー 706 号 14 頁、17 頁 (2013)。
- (14) 婚姻中に懐胎されたか、出産したか、夫を父と推定するのか、父と定めるのかという違いは、日本法 (民法 772 条) とドイツ法 (民法 1592 条 1 号) にはあるが、優先的に夫を父とする点では同じである。
- (15) 二宮・棚村・水野・窪田、前掲 (注 (3)) 22 頁では、日本民法 772 条と同性婚の関係について意見が交わされている。
- 窪田「同性カップルにおいて 772 条を適用した場合、嫡出否認の可能性があるのかなのかという点です。」
- 棚村「それは先ほどの意思の要素で、婚姻制度に入り、子の養育の責任を引き受けたからには、いったん認めたら禁反言や承認のような要件で否定されるのではないのでしょうか。」
- 窪田「そうすると、それは 772 条の話とは実は違いますよね。」
- 棚村「民法 772 条を維持しながら、同性パートナーに婚姻を認めれば、性同一性障害の AID と同じように、適用を認めざるを得ない。立法論的には、親決定命令について第三者機関の判断を仰がざるを得ないと思います。」
- 窪田「本来は 772 条の機能とは違う部分で、形式的には 772 条を使うということなのだと理解しました。」
- (16) 渡邊泰彦「同性パートナーシップの法的課題と立法モデル」家族〈社会と法〉27 号 24 頁、46 頁 (2011)。
- (17) FtMGID を夫とする夫婦における子については、少なくとも戸籍上は男女の夫婦であること、生殖不能の夫に含めることで、外観説による推定の及ばない子ではないと言えるであろう。

Ⅶ 女性カップルと生殖補助医療

1 概説

女性カップルでは、その一方が子を懐胎し、出産することができる。母子関係を承認するまでもなく、分娩した者は当然に母である (1591 条)。

第三者である男性からの精子提供による人工授精は、女性カップルに対しては、ハンブルクを除き、ドイツの医療機関では原則として行われぬ。ハンブルクでは、州医師会の生殖補助医療ガイドライン 3.1.1 身分法上の要件において、女性が婚姻していない男性と確立したパートナーシップに

において共同生活していることとともに、「登録生活パートナーシップにおいて女性が他の女性と共同生活している」という判断に医師が達した場合にも人工授精の施術を認めている⁽¹⁸⁾。

医療機関外であれば、国内で人工授精のキットを使い精子を注入して行うこともできる。ただし、医師ではない者が人工授精を行った場合には1年までの自由刑または罰金に処される（胚保護法11条1項）。もっとも、人工授精を行った女性本人と精子提供者は罰せられない（同2項）。しかし、女性のパートナーなど本人以外の者（懐胎する女性の生活パートナーなど）が、精子を注入して人工授精を実施するならば、処罰の対象となる。

女性カップルでは、一方の卵子を用いて、他方が子を出産することで、子がカップル双方と血縁上または遺伝上の母子関係を有することができる。このような卵子提供型体外受精の施術であれば、個人では不可能であり、医療機関で行うしかない。第三者への卵子提供は、ドイツにおいて禁じられており（胚保護法1条1項1号）、外国の医療機関で行われる。

費用負担の面では、夫婦では一定の要件を満たした場合に、妊娠を惹起させる医療上の措置を法定健康保険の給付対象に含み、費用の50%を健康保険で引き受ける（社会法典第5編27条a第1項、第3項）。保険給付を受けるには、夫婦が婚姻していなくてはならず（同1項3号）、夫の精子と妻の卵子による配偶者間人工授精に限られる（生殖補助医療に関する医師及び健康保険連邦委員会ガイドライン⁽¹⁹⁾）。そのため、女性カップルが法定健康保険から給付を受けることはできない。

本章では、女性生活パートナーの一方が、男性から精子提供を受けて子を出産した場合に生じる問題に関する判例を紹介していく。まず、生活パートナーの一方が出産した子について、他方を子の出生登録簿に二人目の母として記載することができるのかについて、ヨーロッパ人権裁判所2013年5月7日判決（後記21）とケルン上級州裁判所2014年8月27日決定（後記22）の事案をみる。前者は分娩者の卵子による人工授精の事案であり、後者は生活パートナーの一方の卵子を用いた体外受精により他方が懐胎した事案である。外国で同性婚を行い、その国で両親として

登録されている場合に、ドイツにおいてもこの女性カップルが両親として登録されるかについて、ベルリン高等裁判所 2014 年 12 月 2 日決定（後記 23）で簡単に紹介する。

次に、このような子について、精子提供者がどのような地位に立つかが問題となった事案を紹介する（後記 3）。精子提供者の血縁上の父としての地位について、虚偽の父性承認に対して父性取消しが可能かについて連邦通常裁判所 2013 年 5 月 15 日判決の事案をみる（後記 31）。名を秘すことを求めている精子提供者も血縁上の父として縁組に同意が求められるのかに関して、連邦通常裁判所 2015 年 2 月 18 日決定の事案を紹介する（後記 32）。さらに、血縁上の父であるが人格的に問題のある精子提供者から子に関する情報請求が問題となったハム上級州裁判所 2014 年 3 月 7 日決定も紹介する（後記 33）。

最後に、女性生活パートナーの一方が人工授精により生んだ子と他方との継親子縁組において生じうる問題について、裁判所による許可に関するカールスルーエ上級州裁判所 2014 年 2 月 7 日決定（後記 41）と、試験監護期間の短縮に関するゲッチンゲン区裁判所 2015 年 6 月 29 日決定（後記 42）にふれる。

2 出生登録簿への登録

ドイツでは同性婚が認められておらず、出生時点で母と婚姻していた男性を父とする父性推定（1592 条 1 号）の規定が女性カップルに直接に適用されることはない。女性生活パートナー双方が子を二人の子とすることを望み、その一方が人工授精により出産した場合に、他方と子との親子関係に父子関係の規定（1592 条）を類推適用することができるかが問題となる。生物学上の父である精子提供者ではなく、生活パートナー双方が子の実親として両親となることができるかである。

その際に、精子提供者が有する血縁上の父という地位に基づく権利をどのように扱うかを考えなければならない。

1) 分娩者の卵子による懐胎

(1) 事実関係

女性 A と B は、2001 年に生活パートナーシップを設定した。B は、A の同意を得て行った精子提供型人工授精により 2008 年 12 月 22 日に子 C を出産した。2009 年 1 月 19 日に C の出生証明書に B は母として登録された。A については、生活パートナーシップ存在証書 (Verpartnerungsurkunde) 提出したが、C の出生証書に登録されなかった。

2009 年 2 月 25 日に縁組の申立てがなされ、第三審ハンブルク上級州裁判所決定の翌日である 2010 年 1 月 27 日に、ハンブルク区裁判所は縁組を申し渡している。

A、B、C は、2009 年 3 月 17 日にハンブルク区裁判所に対して、A を「親の他方」、「母の生活パートナー」または「法律上の母」のいずれかとして C の出生証書に記載することを命令するように申し立てた。

(以下では、引用に際して、第一審ハンブルク区裁判所決定については①、第二審ハンブルク地方裁判所決定については②、第三審ハンブルク上級州裁判所については③、連邦憲法裁判所決定については④、ヨーロッパ人権裁判所判決については⑤と表す。ただし、未公開の第三審は④より引用する)。

(2) 申立人の主張

第一審から連邦憲法裁判所まで原告の主張は基本的に同じであり、次のようにまとめることができる。

(a) 親の概念

身分登録法 21 条の意味における両親 (Eltern) の概念は、生物学的親子関係に限られず、生活パートナーシップに継親子縁組が導入されてからは父と母に限られない。(② Rz. 1)

(b) 父子関係の規定 (民法 1592 条) の類推適用

まず、パートナーシップ継続中に懐胎された子の生物学的母の生活パートナーを「法律上の (gesetzlich) 母」とみなす規定はなく、その限りで子の出生時に母と婚姻していた男性を父とする 1592 条が類推適用されな

ければならない。社会の発展が考慮されず、女性生活パートナー双方が夫婦に比べて差別されていることから、意図しない、体系に反した法の欠缺が存在している。事実上の母の生活パートナーが子の生物学的母ではないことは問題とならない。なぜならば、立法機関と連邦憲法裁判所判例は、父子関係について、生物学的父子関係ではなく、形式的、法的父子関係に優先的に合わせている。1592 条に掲げられた男性は、実際に子を懐胎させたかに関係なく、子の父となる。(① Rz. 3)

1592 条 2 号は、父子関係について、父の公的認証による表示と母の同意の表示のみを求めている。それゆえ、この規定を生活パートナーシップ内で生まれた子との親子関係について適用しない理由はない。(④ Rz. 20)

(c) 継親子養子縁組の規定と法の欠缺

次に、生活パートナーシップ法 9 条 7 項は、生活パートナーの一方の妻子と他方との縁組を定める。この規定は、法律上の父子関係または母子関係に対する同価値の権利を表していない。むしろ、差別するものであり、基本法 2 条⁽²¹⁾に違反する。(① Rz. 4)。生活パートナーとなる二人の女性または男性が共通の子を生むと決めた事案については規定がなく、意図しない法の欠缺が明らかに存在している。(④ Rz. 21)

(d) 基本法違反

A が C の出生証書に直接に記載されないことで、C との親子関係から生じる自らの権利を主張する可能性を A は拒絶されている。基本法 6 条 1 項、2 項、3 条 1 項に違反する。(④ Rz. 20)

生活パートナーシップ内で生まれる子の親を子の法律上または血縁上の父と平等に扱わない実質的理由はない。(④ Rz. 22)

A が子と縁組しなければならない場合に、出産した母と同じような共通の子との近い関係が A に生じていたか否かを、縁組あっせん機関が判断する点で、基本法 1 条 1 項との関連における 2 条 1 項からの親密圏への介入となる。さらに、A と B は、縁組手続の範囲において、経済的および個人的状況を明らかにしなければならない。場合によっては、懐胎させた者の同意も予定される。(④ Rz. 23、同旨① Rz. 4)

(3) 事実審

このような原告の主張に対して、監督官庁は次のように主張した。

1592 条は類推適用できない。実親子関係法は血縁血族関係 (Blutverwandschaft) を基礎としており、生活パートナーシップにおける第二の母について生物学的血縁関係 (血縁血族関係) は不可能である。法律も連邦憲法裁判所判例も、事情に基づき生物学的父子関係が法律上推定されるから母の夫または認知者が子の父と推定されるとしている。この父子関係は、男性が血縁上の父ではないことが裁判上確定した場合であっても、言い渡すことができる。(① Rz. 6)

第一審ハンブルク区裁判所 2009 年 6 月 24 日決定⁽²²⁾、第二審ハンブルク地方裁判所 2009 年 11 月 4 日決定⁽²³⁾、第三審ハンブルク上級州裁判所 2010 年 1 月 26 日決定 (未公刊) は、申立人の主張を認めなかった。3 つの決定の内容を申立人の主張に対応してまとめると以下のようになる。

(a) 親の概念

身分登録法 21 条 1 項 4 号⁽²⁴⁾により、出生登録簿には、親の氏名が記載される。子の親は子と血縁を有する者であり、父と母である (④ Rz. 10、① Rz. 10)。両親が婚姻しているか否かは重要ではない。血族関係 (1589 条) の基礎となる血縁関係 (Abstammung) が原則として父と母との遺伝的—生物学的血筋をとおして基礎づけられ、定められる (① Rz. 11)。

出生登録簿への登録をとおして、親、母と父からの子の血縁関係は証明される。子の母は、1591 条により子を分娩した B である。A を C の母として登録することはできない。(④ Rz. 10)

1741 条以下の縁組の規定は、血縁関係に関する規定を含んでいない。法的な縁組は自然に生じた血縁関係を変更する効果を有しない。配偶者と縁組した養子が夫婦の共通の子の法的地位を得て、その他の単独縁組では子は養親の子の法的地位を得る (1754 条 1 項、2 項)。立法機関は、従前の血縁関係と子の「法的地位」との間を養子法においても区別している。(② Rz. 3)

(b) 父子関係の規定（民法 1592 条）の類推適用

1591 条により C との関係では B が母として出生登録簿に登録される（① Rz. 12）。1592 条の趣旨から、母の生活パートナーとの母子関係は、1592 条の類推適用によって出生登録簿に登録することができない（① Rz. 17）。生活パートナーシップの女性と婚姻の男性を区別することが生物学的に基礎づけられることから、2 人の女性の生活パートナーシップに 1592 条 1 号が適用されないのは、配偶者との関係で正当化されない不平等扱いとはならない。（④ Rz. 15）

A を「第 2 の」母として出生登録簿に登録する法的基礎は認識されない。A は C を分娩しておらず、1591 条の意味における母ではないことから、C が A と血縁関係を有することは不可能である（① Rz. 14）。1592 条による法律上の推定は、この女性に関する生物学的親子関係を介入することはできない（④ Rz. 13）。子の母と生活パートナーシップにおいて生活している女性は、生物学的理由から、トランスセクシュアル法 10 条により女性とみなされるのではない場合、生活パートナーから生まれた子の父であることはできない（④ Rz. 14）。生活パートナーシップの状況は、生物学的母の生活パートナーと子との血縁関係を推定させず、むしろ排除する（① Rz. 17）。

出生登録簿によって記録される身分登録は、子の母とそのパートナーとの法的関係とは無関係に、むしろ血縁に従った子の帰属からのみ母として定まった一人の女性と父として一人の男性を明らかにする。そのことから、子の母と出生時点で生活パートナーシップを行っていたという事情のみでは、さらなる母、つまり親として登録することを正当化しない。（① Rz. 14）

1591 条と 1592 条が基礎におく親の概念は、女性と男性の親であること（Elternschaft）のみを含み、同性パートナーの単なる社会一家族的親子関係（die sozial-familiäre Elternschaft）を含まない（④ Rz. 13、① Rz. 17）。子の母と生活パートナーシップにおいて生活している女性の社会一家族的親子関係を法的親子関係まで強めるには、縁組という特別な法的行為が必

要である。(④ Rz. 14)

1592 条において推定される形式的父子関係には優先的な意味はなく、法的小よび生物学的血縁関係の一致を守るために法律上の父子関係を取り消すことができる。実際上の生物学的血縁関係を裁判上確認することをとおして、子の父への帰属が「最終的なもの」となる。(① Rz. 16)

父性承認(同条 2 号)の類推適用については、変化した社会的評価の観点からも求められていない(② Rz. 4⁽²⁵⁾)。

(c) 継親子養子縁組の規定と法の欠缺

生活パートナーシップは、生活パートナーが子とも特別な法的関係を作り出し記録するための理由でもありうる。そこで、2005 年施行の生活パートナーシップ法改訂法(Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts)により、継親子縁組の規定を立法者は定めた(生活パートナーシップ法 9 条 7 項)。(① Rz. 18)

この規定は、立法機関が生活パートナーの他方の子との法的関係に関する一方の権利を規定していることを明らかにしている。意図せず計画に反して 1592 条に適合させておらず、比較可能な他の生活への同条の類推適用を考慮していたということから出発することはできない。(① Rz. 19)

(4) 連邦憲法裁判所 2010 年 7 月 2 日決定

A と B は、基本権侵害を理由に憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所 2010 年 7 月 2 日決定⁽²⁶⁾は、憲法異議の不受理を決定した。

(a) 家族の保護・親の権利

基本法 6 条と、基本法 1 条 1 項との関連における 2 条 1 項違反について、縁組なしには A が子の出生証書に登録されないことにより基本権が侵害されているのではない。自らの出生証書に一定の人を登録することについて、基本法上保障される権利を子が有しているかは未決定である。(④ Rz. 26)

基本法 6 条 1 項について、生活パートナーの一方を他方の子の出生証書に登録することは、子と生活パートナーの家族関係に該当しない。出生証書は、子の法的な血縁関係のみを証明するべきである。証明機能により外

部にこの法的に重要な事実のみを証明する文書が問題となる。家族の範囲における子とその親との共同生活に触れるものではない。身分登録証書への登録は、権利発生機能を有しない。1592条1号、2号の規定自体、家族の権利への介入ではない。(④ Rz. 27)

基本法6条2項について、この基本権の担い手は、子の生物学的または法的親のみである。Aは、Cの出生時点において、縁組前であり、生物学的にも法的にも親ではなく、ここでの基本権保護の対象ではない。Bは、基本法6条2項による保護を要求できる者であるが、子Cの出生証書にAが登録されないことにより生物学的母として基本法6条2項からの親の権利を害されているのではない。(④ Rz. 28)

(b) 一般的人格権

基本法1条1項との関連における2条1項について、AとBの一般的人格権は侵害されていない。出生証書にAが登録されない場合に、AとBの親密圏への介入が問題となるのではない。この場合に、当事者の秘密情報が第三者に対して公にされるのではない。Aが縁組後に登録され、縁組手続で一定の個人的関係を縁組あっせん機関に公にすることを強られるという事情には、養親となるAの自由意志での決断が付け加わっており、因果関係として隔たった、不登録の間接的効果にすぎない。(④ Rz. 29)

(c) 平等違反

基本法3条1項について、Bについてその生活パートナーが子の出生証書に登録されないことによりその人格に関して不平等扱いがあるとは認識されない。Aも子の出生証書への登録に関して、子の法的または生物学的父との平等扱いへの請求権を有していない。父子間では事実上の生物学的父子関係または法的父子関係に基づいて相互の権利と義務を伴う法律関係が存在するのに対して、生活パートナーシップでは縁組していない限りそのようなことはないことから、比較グループとして区別される。夫婦と異なり、生活パートナーシップで母のパートナーが子の親の他方であると法律上推定されないことは不平等扱いではない。この推定は、子の生物学的血縁関係を基礎とし、生活パートナーには理由づけられないからである。

(④ Rz. 30)

(5) ヨーロッパ人権裁判所 2013 年 5 月 7 日判決

(a) 提訴理由

A と B は、以下の理由から、ヨーロッパ人権裁判所に提訴した。

A と B は性別に基づいてその家族生活に関して差別されており、ヨーロッパ人権条約 8 条それ自体とその関連における 14 条⁽²⁷⁾に違反している。生物学的母の夫が子の父として出生証書に登録されるのに対して、生物学的母の同性パートナーの登録が拒否されることに、理性的な理由はない。

(⑤ para. 21)

生活パートナーシップ法 9 条は、生活パートナーシップを行う時点で生活パートナーの一方がすでに子を有している事案についてのみ適用されるべきものである。生活パートナーシップ継続中に出生した子の法的身分について適切に規定することをドイツの立法機関は怠っている。民法 1592 条は、生物学的父子関係が排除される場合でさえも適用されている。同じく保護される利益が問題となることから、子が生活パートナーシップにおいて出生した場合において、1592 条 1 号は類推適用されるべきである。

(⑤ para. 23)

さらに、縁組が必要となることは子の福祉を害しうる。縁組前には、生物学的母（パートナーの一方）の同意を得てのみ、パートナーの他方は日常生活の事務において共同決定することができる。懐胎中または出産後にパートナー間で重大な紛争が生じた場合に、子が見捨てられる危険が存在する。生活パートナー双方が共同の家政において生活していない場合には、生物学的母のパートナーによる縁組が拒否されることもありうる。

(⑤ para. 24)

(b) 判決理由

ヨーロッパ人権裁判所 2013 年 5 月 7 日判決は、⁽²⁸⁾訴えを棄却した。

その判断にあたり、裁判所は、A と C の縁組がすでに申し渡されて C が A と B の子という法的地位を得ていること、縁組にあたり特別な困難には遭っていないこと、縁組前にその家族生活の観点において具体的な法

的または実際の困難にも遭っていないことを確認した。(⑤ para. 25)

A が C の親の他方としての法的地位を得ているという事実を鑑みると、A と B が条約 34 条の意味における権利侵害の犠牲者であると主張できるかについては疑問である。しかし、A が C の親の他方として承認されるためには縁組手続を終えなければならない点から、条約の権利への侵害の被害者であることを主張できるため、さらに審査する。(⑤ para. 26)

同性カップルによる安定した事実上の関係は、同様の状況における異性カップルの事案と同様に、まさに「家族生活」の概念に含まれる。A と B は登録生活パートナーシップにおいて生活しており、共同で C を養育している。それにより、A、B、C の間の関係は条約 8 条の意味における「家族生活」である。その結果、条約 8 条との関連における 14 条を本件に適用できる。⁽³⁰⁾(⑤ para. 27)

ヨーロッパ人権裁判所の確定判例によると、相当な程度で比較可能な状況における人々が異なって扱われた場合のみ条約 14 条の問題となる。そのような異なる扱いは、客観的、かつ、適切な正当化がない場合、すなわち正当な目的を追求していない、または用いられた手段と追求される目的との間に適切な関係が存在しない場合に差別となる。同じ状況にある差異が異なる扱いを正当化するか、およびどの範囲においてかという問題の判断について、締約国は、ある程度の裁量の余地を有している。同性カップルのために登録生活パートナーシップのような承認の代替的様式を作り出す場合に具体的に与えられる身分に関してある種の裁量の余地を国家が有する。⁽³¹⁾婚姻締結の行為が夫婦に与える特別の身分に鑑みると、条約 8 条との関連における 14 条は締約国に、同性カップルを継親子縁組の観点において夫婦と同じ権利を与えることを義務付けてはいない。⁽³²⁾(⑤ para. 28)

B が子を出産した時に登録生活パートナーシップにおいて共同生活していた A と B が、妻が子を出産した婚姻している異性カップルと相当な程度で比較可能であるか否かが、まず明らかにされねばならない。(⑤ para. 29)

出生時に子の母と婚姻している男性が実際に子の生物学的父であるとい

う反証可能な推定を民法 1592 条が含んでいるという国内裁判所の論拠を裁判所は承知している。この原則は、この法律上の推定が実際の血縁関係を常に反映してはいないことで疑問視されているのでもない。そのほかに、本件はトランスジェンダーまたは代理懐胎の親子関係に関する事案の問題ではない。その結果、同性パートナーの一方が子を出産した場合に、子が他方と血縁関係があることを、生物学的理由から排除することができる。この事情のもとにおいて、子が女性パートナーの他方と血縁関係を有するという法律上の推定について事実的基礎が存在しないと認められる。(⑤ para. 30)

このような考慮から、出生時に行われた出生証書への登録に関して A と B が相当な程度において夫婦と比較可能な状況にあったかについて述べないことができる。その結果、条約 8 条との関連における 14 条違反は明らかではない。(⑤ para. 31)

2) 生活パートナーによる卵子提供

前記のヨーロッパ人権裁判所の事案では子は分娩した生活パートナーの一方の卵子から懐胎されており、遺伝上は他方とは繋がっていないかった。次に見るケルン上級州裁判所 2014 年 8 月 27 日決定⁽³³⁾では、生活パートナーである生物学的母（分娩者）と遺伝上の母（卵子提供者）の双方が法律上も母として認められるかが問題となった。

（以下では、引用に際して、第一審ケルン区裁判所決定については①、第二審ケルン上級州裁判所決定については②と表す）。

(1) 事実関係

ドイツ国籍を有する女性 A とフランス国籍を有する女性 B は、2010 年 10 月 22 日に生活パートナーシップを設定した。A から採取した卵子と匿名提供者の精子により受精した胚を B の子宮に着床させることにより、B は懐胎した。2013 年 8 月 8 日に B は、C を出産し、身分登録官により C の出生登録簿に母として記載された。2013 年 9 月 13 日に、A と B は、彼女たちがドイツ法により定めた氏を C の氏とした。

2014年2月14日に、AとBは、身分登録所に、Aも出生登録簿に母として記載されることを申し立てた。その理由として、AはCの遺伝上の母であり、提出された血液鑑定により証明されていることを述べた。身分登録所は、本件申立てが不完全な記載の修正ではなく、更正申立てであるとして、申立てを拒否する意向をもって、区裁判所に提出した。⁽³⁴⁾

AとBは、区裁判所に対して、次のように主張した。

民法1591条を参照して出生登録の補充を拒否することは、基本法3条1項、6条1項2項ならびにヨーロッパ人権条約8条に違反する。そして、「二重の母子関係（doppelten Mutterschaft）」の承認への請求権を有している。Cが2人の母と血縁関係を有しているとする事情は、それ自体でドイツの公序に反していない。継親子養子縁組または交差縁組の方法によりドイツの法秩序は二重の父子関係または母子関係を承認している。(② Rz. 4)

(2) 原審

ケルン区裁判所2014年5月30日決定⁽³⁵⁾は、次の理由から、出生登録簿の記載は正しいとして申立てを棄却した。

子の実親子関係（Abstammung）は、民法施行法19条にしたがい、子とその常居所を有する国の法、本件ではドイツ法のもとにある。ドイツ法によると、母子関係は分娩の事実のみによって明らかとなる（民法1591条）。分娩した女性Bが母である。遺伝上の母子関係は家族法では顧慮されない。立法機関は、親子法改正法において、二重で分裂した母子関係に反対し、遺伝上の母と分娩した母のうち後者を母と選択している。⁽³⁶⁾(① Rz. 8)

母との関係においては、民法施行法19条1項2文にしたがい母の本国法により定めることができる。フランス法は、代理懐胎を禁じている。母に関して、実親子関係は、フランス民法311条の25により、出生証明書における氏名によって確定する。これによりBが子の母とみなされ、フランス法の適用によってもAをさらに母とする登録は考慮されない。(① Rz. 9)

また、基本法6条、3条2項、2条1文、ヨーロッパ人権条約8条にも

違反していない。(① Rz. 10)

A は、縁組により親の権利を主張することができる。A は子の懐胎のためにその卵子を提供したが、自らが臨月まで懐胎しなかったことにより、民法 1591 条による法律上の母子関係を自由な意思決定において放棄していた。それゆえ、基本法 6 条違反は存在しない。⁽³⁷⁾(① Rz. 11)

実父と比較した不平等扱いを申立人が主張することはできず、基本法 3 条にも違反していない。取消不可能な母子関係と取消可能な父子関係の不平等扱いによって現行法が特徴づけられるというのは的確である。これに対して、二重の父子関係の登録は法律によっては、母子関係と同様に、ほとんど予定されていない。血縁上の父による登録上の父の取消しは、両者が法的に子の父とみなされることになるのではない。これは、裁判による父子関係の確定についても同様である。(① Rz. 12)

ヨーロッパ人権条約 8 条違反は、子が自己の出自を知る権利を有しているという観点から認めることはできる。しかしながら、この権利は、母子の実親子関係の観点ではなく、匿名精子提供者を選択したことに鑑みて、父子の実親子関係の観点に関わるものであり、本件手続の対象ではない。(① Rz. 13)

このような区裁判所の判断に対して、A、B、C は抗告したが、区裁判所は抗告を認めず、判断のために事件を上級州裁判所に提出した。

(3) ケルン上級州裁判所 2014 年 8 月 27 日決定

ケルン上級州裁判所 2014 年 8 月 27 日決定⁽³⁸⁾は、出生登録簿の更正を身分登録所が拒否したのは正当であり、A を C の母と記載しなかったのは誤記ではないとして、抗告を棄却した。以下に見るように、原審と同様に、C の母はドイツ法により B であり (② Rz. 10)、基本法 3 条 1 項、6 条 1 項、2 項、ヨーロッパ人権条約 8 条に違反していないとした。

(a) 基本法 6 条 1 項

連邦憲法裁判所 2010 年 7 月 2 日決定とほぼ同じこと (前記 2 1) (4)

(a) ④ Rz. 27) を述べている。(② Rz. 12)

(b) 基本法 6 条 2 項

基本法6条2項、とくに養育と教育への親の権利についても違反していない。(② Rz. 13)

まず前提として、父子関係で法的親子関係と血縁上の親子関係が分裂するときに子は基本法6条2項1文により保護される親子関係に基づきうる二人の父を有する。⁽³⁹⁾同様に、卵子提供に基づき遺伝上の母と分娩した母が存在する場合にも、遺伝上の母は、基本法6条2項1文からの基本権の担い手である。AとBが生活パートナーシップを維持しているという事情も、憲法規範の適用と矛盾しない。(② Rz. 14)

しかし、基本権の保護領域が開かれたからといって、母双方が憲法上の理由から家族法によって同一の法的地位が認められること、したがって分娩した母と共に遺伝上の母を法的意味における母と定めなければならないのではない。立法機関には、憲法上保障された基本権を憲法以外の法令でどのように考慮するかについて判断の余地が与えられている。実父からの父性取消しに関する判例において、法的に父の地位を有する可能性を血縁上の父のために作り出すことを命じているが、家族法上で遺伝上の親の一方に最初から法的な親の地位を認めることまでは命じていない。民法1591条の合憲性を疑問視する学説も、分娩した女性の母子関係を取り消すことができることしか求めている。憲法上の理由から、遺伝上の母も立法機関により簡単に法的母として、子が二人の法的母を有しているという結果を伴って扱われることは、学説でも主張されていない。二重の法的な母子関係を承認するという憲法上の要請は存在しない。(② Rz. 15)

生活パートナーシップにおける親の養育の国家的保障への子の権利は、実親子法での解決を強いられているのではなく、生活パートナーシップ法9条に示す他の方法、とりわけ縁組によっても考慮することができる。(② Rz. 16)

これらと同じ理由から、ヨーロッパ人権条約8条にも違反していない。同条から、二重の母子関係の承認への要請を読み取ることはできない。(② Rz. 22)

(c) 基本法3条1項

まず、嫡出でない子の父とは異なり、遺伝上の母に承認（認知）が認められない点で⁽⁴⁰⁾平等原則に反するのではない。他の男性と父子関係が存在する限り 1592 条 2 号による父性承認は効力を生じず、2 人の父を有することにはならない。そのため、遺伝上の母が分娩した母と並んで直接に法律上の母であると出生登録簿に登録されなければならないことは、平等扱いの原則から導き出されない。(② Rz. 18)

次に、嫡出子の父と異なり 1592 条 1 号の推定によって利益を得ていない点で、夫婦と比較して正当化されない不平等扱いの存在も認められない。父子関係の推定は、婚姻において出生した子は母の夫によって懐胎されたという推定を基礎にしている。それに対して、女性の生活パートナーの一方が産んだ子が生殖補助医療の方法で他方から提供された卵子に由来すると法律上推定する基礎はない。この点に、推定を生活パートナーシップには予定しないことを許す事実の本質に存する区別の判断基準がある。(② Rz. 19)

推定の基礎がないため、証拠調べの方法による遺伝上の母子関係の確認が必要となるが、そのようなものは身分登録所での登録手続に予定されてはいない。(② Rz. 20)

3) 外国で認証された親子関係の登録

前記 1)、2) がドイツ法による母子関係の成立が問題となったのに対して、外国法により女性カップルを両親とする登録が認められていた場合に、同様にドイツでも身分登録を認めるかが問題となった。次章で紹介する男性カップルによる代理懐胎の事案と比較すると興味深いものである。ここでは国際私法の問題には踏み込まず、本稿の対象となる範囲でのみ紹介する。

(1) 事実関係

ドイツと南アフリカ共和国の二重国籍を有する女性 A と南アフリカ共和国国籍を有する女性 B は、南アフリカ共和国において 2008 年に同国の法律による同性婚（婚姻タイプのシビルユニオン）を締結した。2010 年

には、Bが人工授精により懐胎した子Cが生まれ、南アフリカ内務省により、Aを親1 (parent1)、Bを親2 (parent2)と表記する出生証書が発行された。AとBの同性婚は、2012年にベルリン第一身分登録所の生活パートナーシップ登録簿に登録された。

領事館により認証された2012年7月23日付の宣言により、AとBは、両親を彼女たち双方としてCの出生をベルリン第一身分登録所の出生登録簿に登録するよう申し立てた。AとBは、彼女たちが共同で決断して人工授精によりCが懐胎されており、Aも親の一方(母)と見なされると主張した。CはAと血縁関係を有しておらず、それによりドイツ国籍も取得していないとして、身分登録所は、2013年4月10日に登録を拒否した。AとBは身分登録所に登録を命じるようにショーネベルク区裁判所に申し立てたが、同裁判所は2013年11月8日決定により棄却した。これに対して、A、B、Cは、抗告した。

(2) ベルリン高等裁判所 2014年12月2日決定

ベルリン高等裁判所 2014年12月2日決定⁽⁴¹⁾は、抗告を認容した。裁判所の命令(身分登録法49条1項)の要件が存在するとし、Cの出生は身分登録法36条⁽⁴²⁾にしたがいベルリン第一身分登録所の出生登録簿に登録される。正当性について疑いのないAとBの陳述は、提出された文書と結びついて、事後登録についての十分な理由である。(Rz. 4)

外国で出生したCは、身分登録法36条1項1文の意味におけるドイツ人である。ドイツ国籍を有するAがCと血縁関係を有するか否かのみが出生による国籍取得(国籍法4条1項)について問題となるときは、親子関係は、身分登録手続において明らかにされる。国籍確認につき私法の要件と結びついた先決問題が問題となっているからである。国籍官庁は、実親子関係の法の状況について独自の調査を行わず、身分登録簿と身分登録証書の証明力(身分登録法54条)に基づくことができる。その他において、官庁による積極的確認は、国籍法30条1項2文にしたがい国籍の存在に関してのみ拘束的であり、Aが身分登録法21条1項4号により親の一方として身分登録簿に登録されるかという問題についてのものではない

であろう。(Rz. 5)

A が親の一方であることから、C は、出生によりドイツ国籍を取得している（国籍法 4 条 1 項 1 文）。A と C の間の関係について基準となるのは民法施行法 19 条⁽⁴⁴⁾である。(Rz. 6)

民法施行法 19 条における血縁関係の概念のもとには、法律によって子の出生または後の承認（認知）により生じ、民法施行法 22 条の意味における別個の縁組が必要ない、すべての法的親子帰属（rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung）が入る。国際私法が抵触規範の適用範囲を言い表す概念の解釈のためにはそれぞれの抵触規範を作出した法秩序から出発するのは正しい。しかし、そのことが、民法施行法 19 条の意味における血縁関係を民法 1589 条、1591 条以下にしたがった血族関係のみと理解することを意味するのではない。ドイツ抵触規範の法概念は、ドイツ実体法の法概念と一致せず、外国規定に適合できるように広く解釈しなければならないことがしばしばある。外国の実質法がドイツ抵触規範の指定概念と機能的に相応するか否かが決定的である。考慮される南アフリカ法の親子帰属について、同性の親に法的に割り当てることが子の生物学的出自に結びつきえない場合であっても、このことが当てはまる。(Rz. 7)

C の血縁関係は、出生から常居所を有する南アフリカ共和国法が適用される（民法施行法 19 条 1 項 1 文）。同国法によれば、子が夫婦である A と B の合意により人工授精によって懐胎され、B が分娩したのであるから、A は、C の親の一方とみなされる（南アフリカ共和国 2005 年親子法第 40 条⁽⁴⁵⁾）。(Rz. 8)

南アフリカのシビル・ユニオン法⁽⁴⁶⁾13 条の読替規定によりシビル・ユニオンのパートナーも婚姻している者（married person）と配偶者（spouses）に含まれ、南アフリカ法では性別の組み合わせに関係なく婚姻（marriage）か、シビル・パートナーシップ（civil partnership）かを選択することができる。(Rz. 13)

A と B の間には、血縁関係に関する南アフリカの規定の意味における婚姻が存在する。そのさいに、この先決問題が独立連結か従属連結である

かは問題とならない。⁽⁴⁷⁾(R. 20)

Cの血縁関係は、Aとの関係において民法施行法5条1項2文との関連における19条1項2文にしたがってドイツの実質法により定まるのではない。ドイツ法によると、CはAと血縁関係を有しない(民法1591条)。民法1592条以下にしたがって、南アフリカ親子法第40条3項によるのと同様に、第三者との法的父子関係も存在しない。選択的連結(民法施行法19条1項)により、子の福祉にとって有利な法が優先する。優先原則により、通常は、血縁関係をまずは有効に確定する法秩序、ここでは二人の親についての南アフリカ法となる。それに対して男性と女性からの血縁関係がより有利とみなすことができるかもしれないという検討は必要ない。そのような場合であったとしても、考慮される実質法によって父子関係が今日まで存在しておらず、そのような確定も望まれていない。(Rz. 24)

結局、南アフリカのシビル・ユニオン法13条2項との関連における親子法40条1項の適用は、公序(民法施行法6条)によって排除されない。南アフリカ法の適用がドイツ法の本質的原則と一致しない結果に導くのではない。懐胎の状況とそれに結びついた規定において、代理懐胎の場合と異なり、基本権違反は見られない。具体的事案における子の利益の侵害についての論拠は存在しない。同性の親の共同体(Elterngemeinschaft)は異性の両親と同様に子の成長を促進できると推定される。(Rz. 26)

3 精子提供者との関係

1) 精子提供者による父性取消し

(1) 概説

前提として、男女間での精子提供型人工授精において男性と母が同意して子が懐胎した場合にこの男性と母が父子関係を取り消すことはできない(1600条5項)。精子提供者による父性取消しを1997年親子法改正では認めなかったことを、連邦憲法裁判所2003年4月9日決定は、基本法6条2項1文に反して違憲と判断した。2004年民法改正により、条件付きではあるが生物学上の父に否認権が認められた。1600条2項は、法律上の父

と子の間に社会-家族的関係が存在していない、または彼の死亡時点で存在しておらず、かつ、取消権者が子の血縁上の父である場合に、父性取消しを認める。ここでいう血縁上の父は、懐胎期間中に子の母と同衾したと宣誓に代わる保証をしている者である（1600条1項2号）。

これに対して、女性生活パートナーの一方が男性からの精子提供により子を出産した場合に、他方が第二の母として出生登録簿に記載されない（前記21）、2）。人工授精により生活パートナーの一方が出産した子が法的に双方の子となるには、他方と継親子縁組（生活パートナーシップ法9条7項）をすることとなる。縁組により子と親の他方との血族関係、精子提供者と子との父子関係が解消する（1755条）。それでも、縁組には、子の親の同意（1747条）が必要となる。

他方、精子提供者が父性承認（1592条2号）を行うことは妨げられないが、子の母がその生活パートナーとの間の子として育てることを望んでいる場合には、子の母の同意を得ること（1595条）は事実上不可能である。裁判上の父性確認（1592条3項、1600条d）を精子提供者が申し立てるならば、子の母の同意は必要なく、子と血縁関係を有していることにより父子関係が確定される。

継親子縁組を求める生活パートナーと、父子関係を解消したくない精子提供者というように、双方の思惑が精子提供の時点から異なることがある。この場合に、血縁関係を有しない男性が縁組の同意をするためだけに父性を承認したことを発端とするのが、次にみる連邦通常裁判所2013年5月15日判決である。

この場合に、精子提供者が1600条1項により不実の父性承認を取り消す権利を有するのかが問われた。そこで、懐胎期間中に子の母と同衾したことについて宣誓による保証をして（1600条1項2号）、精子提供者が取消権者となることが認められるか、同衾と精子の引渡しと同視できるのが問題となった。

この問題は、女性生活パートナーに限らず、男女カップルが私的に行った精子提供型人工授精においても生じうる。

(2) 事実関係および第一審

A と B の女性カップルは生活パートナーシップを設定して、生活していた。男性 X は、他の男性との間で生活パートナーシップを設定していた。X から容器に入れた精子の提供を受けた B は、自らで人工授精を行い、2008 年 7 月に子 C を出産した。

この人工授精により、精子提供者 X は、子の母 B およびその生活パートナー A との間で、C に対し父として共同で親責任を担うことを合意していたと主張した。それに対して、B は、子 C と生活パートナー A との縁組を予定しており、X による父の役割の引き受けは予定していなかったと主張した。

2009 年 1 月に X は C に対して父性承認を行おうとしたが、B の同意を得ることができなかった。2009 年 3 月に別の男性 Y が、B の同意を得て、C に対する父性承認を行った。C が A と縁組するにあたり父の同意が必要となることから（生活パートナーシップ法 9 条 7 項、民法 1747 条）、C との父子関係に興味を持っていない Y に父性承認させ、Y から縁組の同意を得ることを目的としていた。

2009 年 8 月に、X は、懐胎期間中に子の母と同衾したという宣誓に代わる保証を提出し（1600 条 1 項 2 号）、Y と C の父性取消しを求める訴えを提起した。

第一審ケルン地方裁判所 2010 年 8 月 10 日判決は、⁽⁴⁸⁾精子を容器に入れて提供したという事案に 1600 条 1 項 2 号にいう同衾 (beiwohnen) は存在せず、同条の類推適用が基本法 6 条 2 項 1 文から強いられるものではないとして、X の請求を棄却した。1600 条 1 項 2 号の改正のきっかけとなった連邦憲法裁判所 2003 年 4 月 9 日決定を参照していた。⁽⁴⁹⁾(① Rz. 15)

これに対して、X は、C が Y の子でないこと、X が C の父であることの確認を求めて控訴した。控訴理由では、生物学的父である X の憲法上保護される親の利益に関連して、精子提供と結びついて法的父子関係を包括的に放棄する場合にのみ父性取消権の排除が考慮され、子に対する父の責任を引き受けうると了解して精子を提供した者について取消権を排除で

きないとする (② Rz. 8, 9)。また、B の同意を得て、社会—家族的関係が存在しない Y がした父性承認は、生物学的父が子と面会交流を通じて子との関係を形成する可能性を奪ったとする (② Rz. 10)。

それに対して、被控訴人である C の側では、B と X の間で C の出生後に A と縁組することについて合意が成立しており、B のみが C の出生登録簿に登録されることを X は知っていたとする (② Rz. 21)。また、X と C の間には社会—家族的関係が存在していないのに対して、B の生活パートナー A は C とその出生後から共同生活しており、教育のために育児休暇を取得し、縁組を申し立てて、法的な責任への望みを明らかにしているとする (② Rz. 22)。

(3) 控訴審

ケルン上級州裁判所 2011 年 5 月 17 日判決は、X が 1600 条 1 項 2 号により父性取消権を有することを認めた。血液検査の鑑定結果から Y ではなく X が父であることが確認されたことを、2 年の期間内 (1600 条 d 第 1 項) に提起した訴えにより確定し、原判決を取り消し、X の控訴を認容した。

2009 年 8 月 11 日の宣誓に代わる保証において、合意したように子の母の懐胎が通知されるまで幾度も短期間の要請により、婦人科医が排卵させた時点で、子の母が懐胎を期待して注入するために彼の精子を使用したことを X は保証した。これにより、子の母が懐胎期間中に「同衾した」ことを保証する 1600 条 1 項 2 号の要件を満たすとみられる。(② Rz. 28)

同衾のメルクマールは、取消権限を生物学的父と考えられる者に制限することに役立つものである。このことは、本件での精子の引渡しでも、直接に性交した事案と同じである。同衾による父性推定 (1600 条 1 項 2 号) の範囲においても、精子の引渡しの証明は、人工授精の際には性交と同じとなる。(② Rz. 29)

本件においては、連邦憲法裁判所 2003 年 4 月 9 日判決に基づき、法的な父の地位を占めるという生物学的父の利益を含んで憲法上保護される基本法 6 条 2 項による生物学的父の権利が侵害されないよう、父性取消しを

排除しない。⁽⁵⁰⁾ (② Rz. 31)

1600 条 1 項 2 号の同衾の概念により精子提供者を取消権者から排除するという立法者意思は、ドイツ医師会ガイドラインに従った手続への参加により精子提供者が法的父子関係と取消権を推断的に放棄することなどを念頭に置いたものである (② Rz. 32)

しかし、そのような手続に本件当事者は参加していない (② Rz. 33)。C の出生前に当事者間で父の責任に関して法的に拘束する取り決めはなされていなかった (② Rz. 34)。

取消権を精子の引渡し的方式に係らしめることは、基本法上保護される生物学的父の親の権利にとって正当ではない。他に法律上の父子関係が存在しない場合には 1600 条 d により法的承認をすることができるという生物学的父の権利が、母の意思にのみ係っていることは許されない。⁽⁵²⁾ (② Rz. 35)

生物学的父の親の権利の憲法上の意味を考慮すれば、父の権利と義務を許される限りで法的拘束力をもって放棄して免れる手続において精子の提供を表明した場合にのみ、精子提供者を取消権者から排除することができる。法的に拘束されない意図での表示では、精子の引渡しの際に、一夜限りの関係と同じように、父の権利は、ほとんど制限されない。(② Rz. 36)

この意味において、1600 条 1 項 2 号における「同衾した」は、1600 条 d 第 2 項におけるのと同様に、憲法に適合して、直接的な身体接触なしに精子が引き渡された事案をも含むように拡大して解釈される。(② Rz. 37)

もっとも、このような取消権が社会的父に対して生物学的父が優先することを認めるのではない。Y と B が仲のよい同僚にすぎない本件では、1600 条 2 項と 5 項により子と法律上の父の間の家族的関係を理由として取消権を排除する要件、核家族的コンタクト、は存在していない。A と C の縁組のために、X の父としての感情に反する影響を与えるよう、Y が阻止父 (Sperrvater) として選ばれたことを、B も隠していない。(② Rz. 38)

母 B のパートナー A が C の法律上の父ではないことから、A と C の間

の家族社会的関係は、Y に対する取消権の排除（1600 条 2 項、4 項）に何ら役割を演じない（② Rz. 39）。X と C の間に社会的関係が存在していないが、その存在が父性取消しの要件ではない（② Rz. 41）。

Y らは上告した。

(4) 連邦通常裁判所 2013 年 5 月 15 日判決

連邦通常裁判所 2013 年 5 月 15 日判決⁽⁵³⁾は、1600 条 5 項の要件が存在しない場合には 1600 条 1 項 2 号による父性取消権を精子提供者は有するとして（③ Rz. 31）、以下の理由から上告を棄却した。

他の男性を唯一の法的な地位とする取り決めに基づかずに精子が提供された本件では、父性取消しは排除されない。（③ Rz. 16）

控訴審と同様に、連邦憲法裁判所 2003 年 4 月 9 日判決の趣旨、1600 条 1 項 2 号の同衾の要件が定められた理由をあげる（③ Rz. 17～20）。

(a) 同意による精子提供型人工授精（1600 条 5 項）との違い

同衾自体は宣誓に代わる保証の対象のみであり、父性取消しを認める要件ではないことから、精子提供者である第三者が血縁上の父として取消権を有しないことは条文に明記されなかった。父性取消しの訴えに理由があるかは、血縁関係の有無に係っている（1600 条 2 項）。（③ Rz. 20）

依頼男性の同意による精子提供型人工授精（1600 条 5 項）において、母、依頼男性、精子提供者とともにすべての関係者では、依頼男性が父子関係を有するとすることで一致している。この場合に、親の責任の引き受けが依頼男性に委ねられ、法的に許される範囲で（またはそれを超えて）匿名であることを望む代わりに、精子提供者は精子の引渡しに限られる。精子提供者は協力により黙示的に法律上の父子関係と取消権を放棄したといえる。（③ Rz. 21、22）

しかし、本件は、そのような事案とは異なる。懐胎時の役割を後に子に明らかにするものとされる時は、精子提供者は、1600 条 5 項にいう精子提供者というより、配偶者間人工授精における血縁上の父に近いものである。1600 条 1 項 2 号の同衾の要件は、宣誓に代わる保証の真实性とは関係なく満たされる形式的障壁に過ぎないとみなされており、血縁上の父

から取消権を排除することを目的とはしていない。(③ Rz. 22)

1600 条 5 項とは異なり、精子提供が親の権利の設定の放棄と結びつかないときは、精子提供者には、その遺伝上の父子関係に基づいて、憲法上の考量から、少なくとも父子関係への到達が原則として可能でなければならない。(③ Rz. 23)

(b) 親子法の体系との関係

父性承認と異なり、同意による精子提供型人工授精では、子の帰属と存在が関係者の合意に負うものである点に特徴がある。そして、この事情から 1600 条 1 項 2 号の文言を越えて、取消権者が十分に宣誓による保証を行い、法律上の父と子の間の社会一家族関係がもはや存在しない場合であっても、1600 条 5 項の事案において精子提供者の取消権の排除は正当化される。(③ Rz. 24)

それに対して、依頼者からの人工授精に対する同意を欠いているときは、裁判上の父性確認 (1600 条 d) により精子提供者が父として確定する。2009 年 9 月 1 日に廃止された 1600 条 e と同様に家事事件手続法 171 条による申立てでも、母子のみならず、精子提供者も血縁上の父として権限を有する。そして、人工授精に同意しておらず、後に父性承認した男性との父子関係の存在は、承認者も母も取り消すことができることから、法律によって特に保障されていない。第三者の精子提供による人工授精への男性の同意なしに 1600 条 5 項による取消権の排除は生じない。それゆえ、精子提供者を取消権から排除することは正当化されない。父性承認した者と子の間に社会一家族関係が存在しない場合には、精子提供者も父子関係を取り消せなければならない。(③ Rz. 25)

(c) 継親子縁組の意図

母 B と生活パートナー A が継親子縁組に努めていたことは、X がその意図を理解していたか否かに拘わらず、本件父性取消しについて決定的なものではない。(③ Rz. 27)

母の生活パートナー A が親の権利を得ることができるかは、父性取消手続ではなく、継親子縁組 (生活パートナーシップ法 9 条 7 項) において

判断される。親の一方の生活パートナーは、縁組前では子と社会一家庭的関係において生活している場合であっても、基本法6条2項1文による親の権利の担い手ではなく、憲法上の親子関係を基礎づけない（連邦憲法裁判所2013年2月19日判決、前記Ⅲ2）（2）参照）。Xが縁組を了承していたか否かも、子の福祉への有益性において縁組手続で考慮される。（③ Rz. 28）

母の生活パートナーであるAの基本法6条1項からの家族への権利も、父性取消しが社会的家族に直接に介入しないことから、本件では問題とならない。父性取消しを妨げるのは、1600条2項により、法律上の父との社会一家庭関係のみである。（③ Rz. 29）

社会的親子関係を求めている第三者による父性承認は、親子関係に関心を持たない法律上の父が縁組に同意することで（生活パートナーシップ法9条7項、民法1747条）縁組を容易にするための正当な手段ではない。このようなやり方は、縁組手続における家庭裁判所の判断の基礎を歪めるのみならず、父性承認によって得た親の権利を血縁上の父を継続的に親の地位から排除する目的で濫用している。このような権利濫用を阻止し、血縁上の父が親の地位を得ることを可能とすることが、1600条1項2号に定められた父性取消しの目標設定に合致する。（③ Rz. 30）

2) 精子提供者による縁組への同意の要否

前記連邦通常裁判所2013年5月15日判決では、精子提供が1600条1項2号にある「懐胎期間中に子の母と同衾していた」と同視できることを述べていた。この「懐胎期間中に子の母と同衾していた」ということは、1600条dにより、父子関係確認の手続において父と推定する要件ともなる（1600条d第2項1文）。さらに、縁組手続において、1592条により他の男性が父とみなされない場合には（つまり法律上の父がない場合には）、1600条d第2項1文の要件である「懐胎期間中に子の母と同衾していたこと」を疎明した男性も、同意を必要とする父と推定される（1747条1項2文）。

精子提供者が血縁上の父として同意してくれるのであれば、女性生活パートナーの意図通りに縁組手続は進んでいく⁽⁵⁴⁾。それに対して、子の母が精子提供者の身元を知っているが、身元を明かさないことを約束して精子の提供を受けている場合には、彼が縁組への同意で名を明かすことを望まないこともある。これを、匿名の精子提供者であり所在が知れない場合と同視できれば、同意は必要ない（1747条4項1文）。だが、精子提供者が身元を明らかにしたくないという申立人（生活パートナー）の申述から、それが真実であるのか、同意の要件を潜脱する方便に過ぎないのか、家庭裁判所が判断するのは困難である。他方において、常に精子提供者による同意を求めるならば、約束どおりに精子提供者の名を明かさなかった生活パートナーは、継親子縁組ができないことになる。

(1) 事実関係など

女性AとBは生活パートナーシップにおいて生活しており、Bが男性Dから精子の提供を受け、2010年10月に子Cを出産した。Aは、Cとの縁組を申し立てた。Dの氏名と住所を知っていたが、2010年10月31日にDから名を出さないように頼まれていたため、Dからの同意の表示を提出しなかった。その代わりに、子が精子提供により懐胎されたことを述べた。Dは縁組に反対していないようである。

テンペルホフ-クロイツベルク区裁判所2013年1月25日決定⁽⁵⁵⁾は、実父の同意がなく縁組の形式的要件を満たしていないとして、以下の理由から縁組の申立てを棄却した。

母が精子提供者の身元（Identität）と住所を知っている本件では、1747条4項にいう継続的に所在が知れない、または表示する状況にないという要件を満たしていない。また、人工授精の範囲における精子の引渡しは同衾と同視され、精子提供者は、1600条d第2項1文との関連における1747条1項2文の意味での父とみられる。そのため、法的な父が存在しないと推定する余地はない。このことは、本来の意味における同衾を欠くことで、精子提供者が父として確認され扶養支払いの義務を負うことを妨げられるのではないという事情からも明らかである。その逆の推論から、

精子提供者は縁組の際に父として関与しなければならない。

これに対して、A は抗告した。

ベルリン高等裁判所 (KG) 2013 年 7 月 30 日決定 (未公開) は、次の理由から控訴を棄却した (決定理由は後記連邦通常裁判所 2015 年 2 月 18 日決定から引用する)。

縁組には親の同意が必要であり (1747 条 1 項 1 文)、他の男性が 1592 条により父と推定されない限りで、懐胎期間中に母と同衾したことの要件 (1600 条 d 第 2 項 1 文) を疎明した者が父と見なされる (1747 条 1 項 2 文)。連邦通常裁判所 2013 年 5 月 15 日判決 (前記 3 1)) から、1600 条 d 第 2 項 1 文は、第三者の精子提供での人工生殖による子の懐胎についての男性と母の同意 (1600 条 5 項による合意) を前もってしていない場合には、精子提供者に類推適用される。

本件は、1600 条 5 項の意味における同意がなされた精子提供型人工授精とは同じではない。父と母と養親の間で縁組を最初から合意していた場合であっても、1600 条 5 項の意味における合意では第三者が母の夫としてまたは父性承認により父となることから決定的な違いがある。このような縁組に関する合意が私的な人工授精においてなされたか否かは、生物学的な父の参加なしには調査できない。そのため、生物学的父による縁組への同意が必要となる。公平の視点から、同意の必要性を放棄することはできない。養親 A が父 D との取り決めに基づいて D の身元を明かすことを望まない場合であっても、法律上の同意の必要性を無視する理由とはならない。(Rz. 6)

生物学的父が同意権を放棄したという A の主張についても、生物学的父が手続に参加する前には裁判所はそれを確認できない。父が縁組に同意したという主張は、それだけでは不十分で、父の同意が裁判上の手続においてのみ表示できるとする 1747 条 1 項 1 文の意義と目的に矛盾する。(Rz. 8)

父が表示する状況に継続的になかった、またはその居所を継続的に知られていない場合に同意を不必要とする 1747 条 4 項が、父の身元を述べる

ことを母が拒否する事案に適用できるか否かについて、養親として A も父の身元を知っていた事案においては、判断する必要がない。(Rz. 9)

この抗告審決定に対して、A と B は上告した。

(2) 連邦通常裁判所 2015 年 2 月 18 日決定

(a) 抗告審との違い

連邦通常裁判所 2015 年 2 月 18 日決定⁽⁵⁶⁾は、上告を認容し、破棄差戻とした。同決定は、控訴審の考え方を基本的に支持しているが、縁組への同意を例外なく要求する点を否定した。

まず、縁組手続において 1747 条 1 項 2 文により女性カップルに精子を提供した男性が同意権者に含まれるという基本原則は認めている。ただし、子の血縁上の父が 1747 条 1 項 2 文による疎明をして縁組手続に積極的に参加している場合にのみ、同意が必要であるとする (Rz. 28)。

そして、D が縁組を了承していると養親 A と母 B が述べていることだけでは不十分であり、職権調査によっても血縁上の父 D に縁組手続について通知しなければならなかったとする。血縁上の父の氏名と住所を明らかにするためにすべての手段が尽くされていないとして、差し戻したのである。

(b) 精子提供者による同意

1600 条 d 第 2 項 1 文との関連において⁽⁵⁷⁾1747 条 1 項 2 文は、その特別な目的に基づき、精子提供者を含んでいる。法律上の父子関係がまだ確定されていない場合に父として考えられる男性をあげてこの者に縁組手続への参加の可能性を与えるという目的に、1600 条 d 第 2 項 1 文は、1747 条 1 項 2 文との結びつきにおいて役立つ。(Rz. 13)

立法理由によると、嫡出でない子の父の同意権限は、第三者と子との縁組前に母の意思に反してでも父子関係を主張する場合に効果的となる⁽⁵⁸⁾。血縁上の父は、父子関係を確定させ、親の権利を縁組手続において主張することができる。このことは、基本法 6 条 2 項 1 文に相応する⁽⁵⁹⁾。(Rz. 14)

基本法 6 条 2 項 1 文、これと合致する民法 1747 条 1 項 2 文の保護の方向性に基づき、推定される父が縁組手続に参加できる。これは、自然懐胎

のみならず、精子提供の事案にも妥当する。連邦通常裁判所 2013 年 5 月 15 日判決（前記 3 1）により裁判上の父性確認において同衾を要件としないのと同じ衡量は、1747 条 1 項 2 文の適用範囲にも介入する。この規定も、親の地位に就くという推定される血縁上の父の基本上保護される利益を考慮に入れており、その可能性が子の出生から短期間で行われる縁組により失われるべきではないからである。（Rz. 15）

(c) 同意が不必要な場合

推定される血縁上の父の同意は、この者が血縁上の父子関係の可能性を疎明した場合に必要である（1747 条 2 項 1 文）。疎明を必要とすることで、条文は、父性を主張する者（Vaterschaftsprätendent）が手続において自らでその利益を守ることを前提としている。それに対して、血縁上の父である可能性を有する者が家庭裁判所により家事事件手続法 188 条 1 項 1 号⁽⁶⁰⁾にしたがい手続に参加させられる必要まではない。可能性のある父性を主張して手続に関わる場合にのみ参加しなければならない。疎明しないのであれば、縁組への同意は必要ない。手続への積極的関与がなければ、血縁上の父は子の父としての法的地位を占めるという基本法上保護される利益を利用しておらず、保護を受ける必要がない。（Rz. 16）

もっとも、手続への協力の放棄は、血縁上の父の可能性を有する者が、子の出生と縁組手続を知っていることを前提とする。知らなければ、この者に基本法上保護される利益を保障することができない⁽⁶¹⁾。例えば、血縁上の父が自らに父子関係を秘密とされることを母への働きかけによって回避できたという理由で、血縁上の父に知らせる必要性が否定されるのではない。不知のみから、血縁上の父の無関心までは推論できない。（Rz. 17）

それに対して、匿名での精子提供のように、血縁上の父が子との法律上の父子関係を有することを最初から望んでいない場合には、異なることとなる。生殖補助医療による懐胎という事情から、血縁上の父が基本権地位の保障を望んでいないことが明らかである。縁組への同意も、手続への関与も必要なく、家庭裁判所が血縁上の父である者とその所在を探查する必要もない。（Rz. 18）

(d) 1747 条 4 項 1 文の類推適用

血縁上の父である可能性を有する者が縁組手続を知ること、または基本法上保護される利益を最初から放棄していたに違いないことにより縁組が制限されるならば、親の一方が表示をする状況に継続的にない場合、またはその所在が継続的に知れない場合に親の一方の同意を要しないとする 1747 条 4 項 1 文を類推適用する必要がある。血縁上の父である可能性を有する者は、同意できる状況にない、または所在が知れない者よりも有利ではない。1747 条 4 項 1 文の要件のもとで親の一方の同意を子の利益から必要としないときは、同じことが妥当する。(Rz. 19)

(e) 精子提供者への通知

精子提供者を考慮に入れることが、憲法上の理由から不必要となるのではない。母の生活パートナーは、正当化される基礎なしには、母の夫と異なる扱いをされない。なぜならば、母の夫は、たいていの場合に子の血縁上の父ともなりうる。子の母と婚姻せず、その同意を得て父性を承認する男性と類似する状況にある。縁組手続が困難となることは、法的な父の地位を得られるという、同様に憲法上保護される、父となり得る者の利益を考慮に入れている。(Rz. 20)

基本法上保護される血縁上の父の利益は、この者が手続に参加できるように家庭裁判所が手続を通知することで(家事事件手続法 7 条 4 項)、手続法で保障される。裁判所は血縁上の父の氏名と住所を職権探知(家事事件手続法 26 条)により調査しなければならない。関係人は、事実の調査に協力し、陳述を完全かつ真実に従ってしなければならない(家事事件手続法 27 条)。(Rz. 21)

血縁上の父の権利の保障に役立つためには、養親と母の申述のみに基づいて裁判所が血縁上の父は縁組に了承しているとするだけでは不十分である。(Rz. 22)

包括的に解明された事情に基づいて、血縁上の父の参加が考慮されないことに疑いがない場合に、つまり血縁上の父が前記の憲法上保護された利益を最初から放棄している場合に、例外的に血縁上の父への手続の通知を

行わないことができる。それ以外では、1747条4項1文の要件のもとでのみ通知は不要となる。(Rz. 23)

このような通知義務の例外が存在せず、かつ、通知をすることができないときには、血縁上の父である可能性を有する者に基本法とヨーロッパ人権条約により保護された利益を侵害することになるから、縁組の申立ては却下されねばならない。(Rz. 24)

縁組では親の権利と縁組希望者の利益とともに子の利益も考慮せねばならず、家庭裁判所がとり得るすべての解明可能性を利用し尽くした場合にのみ、当事者側から父に関する情報提供を拒否したことを理由に、縁組申立ての却下をすることができる。(Rz. 31)

(3) 匿名精子提供者の縁組手続への参加

その後、連邦通常裁判所 2015 年決定が示した考えに基づき、匿名精子提供による人工授精を行った女性カップルにおける継親子縁組手続において、ゲッチング区裁判所 2015 年 6 月 29 日決定⁽⁶²⁾ (後記 4 2)) は、精子提供者の身元について職権調査を行わずに、縁組を言い渡した。

外国で得られた精子提供者が匿名であることから、血縁上の父の参加は、不可能であり、必要でもないとした。匿名精子提供の場合に通常であるように、血縁上の父が基本法上保護される参加権を最初から放棄しているのであるから参加を考慮しないことが全体の事情に基づいて疑いない場合には、縁組手続への血縁上の父の参加を見合わせるすることができる。(Rz. 5)

3) 精子提供者による情報請求

女性カップルの一方が人工授精により子を出産した場合に、当事者双方の子として養育する場合には、母と子とそのパートナーの共同生活が営まれる。その場合には、精子提供者との間で、子と生活パートナーの継親子縁組に同意することなどを合意していることがある。しかし、血縁上の父である精子提供者は、合意に反して縁組への同意を拒否し、父性確認の訴えを提起することで子の法的父となることができる。母とそのパートナーが子を養育する場合でも、法的父である精子提供者は、面会交流権 (1684

条)、子の情報の請求権(1686条)を有する。匿名での精子提供により人工授精を行ったはずが、後に精子提供者が父性確認を行い父となる場合であっても、血縁上の父の権利に違いはない。精子提供者との事前合意が精子提供者との将来の紛争の回避に役立たなくなるのであれば、女性カップルにとっては重大な問題となる。

ハム上級州裁判所 2014年3月7日決定では、インターネットで探した匿名精子提供者の人格に問題がある場合に、この血縁上の父からの情報請求を制限できるかが問題となった。

(1) 事実関係

申立相手方である女性 Y は、女性 A と生活パートナーシップを設定し、ミュンスターで生活している。Y は、自らと A が子の母となることを望んで、インターネットのポータルサイトを通じて、自分の精子を提供することを明らかにしていた申立人 X と知り合った。Y は、生活パートナー A と子が縁組して、親の一方のすべての権利と義務を A に移譲することを明確にしていた。X も、Y の生活パートナー A による継親子縁組に当然に同意することを精子提供の前に確約していた。検尿容器に入れた X の精子を使い捨て注射器で注入する人工授精を、Y は、生活パートナー A によってデュッセルドルフにある X の住居で実施した。⁽⁶³⁾ Y は懐胎し、2012年11月に娘 B を出産した。

しかし、X は、A と B の継親子縁組に同意せず、B との父子関係を裁判上確認した。X は、他の女性に対しても精子提供者として申し出ており、この方法で父となっていた。そして、X は下品で処罰の限度を超えた暴言を数え切れないほどの電話と E メールで伝えることにより、Y を含め彼の望みに従わない女性に恐怖を与えていた。Y に対しては、父としての権利を主張することで強迫していた。A に対しても非難中傷することで、Y と生活パートナー A の間の関係を害しようとしていた。X は、Y に対して、B に関する情報と写真を請求した。⁽⁶⁴⁾ しかし、Y は、情報提供の準備をしなかった。

Y からすると、女性の生活に独占的な影響を及ぼすことを望む X に

とって子とは、子の母を X が束縛するためのものに過ぎないと思われた。X は、子の養育と親の責任を引き受けることはできず、人格に問題がある人物であるとする。

原審のミュンスター区裁判所は、X が情報請求権によって Y とその生活パートナー A への影響を行使するために、単に子の福祉に有害な目的を追求しているとして、申立てを棄却した。X は、即時抗告した。

(2) ハム上級州裁判所 2014 年 3 月 7 日決定

ハム上級州裁判所 2014 年 3 月 7 日決定⁽⁶⁵⁾は、次の理由から、抗告を認容した。

1686 条による情報請求において、子の福祉は、情報を与えるための基準ではなく、単にこれを制限するものとされる。情報請求権の濫用は防止される。例えば加害目的のみの行為（シカーネ、226 条）の場合、または親の配慮への干渉のように情報を求めるのとは別の目的に役立たせる場合という、権利濫用の場合にのみ請求権を排除または制限できる。(Rz. 8)

本件事案では、申立人 X の求める情報が子の福祉と矛盾することが、十分には確定されていない。(Rz. 9)

E メールから確認される X の態度に基づいても、彼が父として原則として情報請求権を有していることに変わりはない。情報提供、情報請求が子の福祉に反することについて十分な論拠はない。子 B は、Y 側からの情報提供について知ることができず、これにより感情を害されることはない。Y が述べるように、彼女の私的領域と生活パートナーとの関係に介入するために X が情報請求を濫用するかもしれず、Y に対して独占的および強迫的な態度をとるために B に関する情報を利用することでは、不十分である。Y が情報を求められること、執拗な付きまといにより例えば身体的および精神的健康を害するかもしれない場合でも、必要であれば少年局や弁護士という仲介者をとおして情報を提供することで、X による付きまといに対処することができる。その他に、情報請求によって求められている情報が今後の強迫や付きまといにどの程度で利用されるのかは明らかでなく、Y によって示されていない。情報請求が X の気まぐれ

よる場合であっても、この請求は本件事情によると情報請求権の主張についての見当違いの動機に基づくものではない。Xによるシカーネ行為も現時点では認識されない。結局、Xは、当事者とYの生活パートナーがまだ心からの関係を互いに絶やさなかったときに懐胎の前提として暗黙の了解であったこと、つまりは一定の範囲においてBの発育と幸福を知らされることを求めているのである。XがBの血縁上の父、法的父であること、情報請求権がXに帰属する基本法6条1項、2項からの親の権利から導かれるものであることを、Yは受け入れなければならないだろう。この情報請求権は、XY当事者間の関係が破綻した後に、Xにとっては、Bの発育について情報を受け、その生活に関与する唯一の可能性である。(Rz. 11)

4 縁組手続

1) 匿名精子提供の場合の継親子縁組許可

女性カップルの一方が人工授精により子を出産する場合に、自分たちの子であるという考えから、匿名による精子提供を選択することがありうる。この場合に、親となる女性カップルが匿名精子提供者の氏名を知りたくないことは、子にとっては、自己の出自を知る権利に係わる問題となる。人工授精による懐胎と子の自己の出自を知る権利は、自然懐胎がない同性の両親の場合に、隠しようがない問題として生じる。

子の母とその生活パートナーが子の自己の出自を知る権利に対してどのような態度をとるのが、継親子縁組への裁判所の許可の段階で問題となったのが、次にみる事案である。

(1) 事実関係

AとBは、2009年8月に生活パートナーシップを設定した。Bは、匿名精子提供により2011年に子Cを出産した。AとBは、子の血縁上の父の氏名を知ることが望んでいない。精子提供者の匿名性を保証しており、精子提供者の氏名を照会しないことを彼女たちに約束させる病院を選んで施術を行った。

Bは単独配慮権者であり、Aは子の日常生活の事務について共同決定する権限（小配慮権、生活パートナーシップ法9条1項）を有している。

2012年2月にAは、Cとの養子縁組を家庭裁判所に申し立てた。同時にBは、母、Aの生活パートナー、子の法定代理人として、縁組に同意した。ハイデルベルク区裁判所（家庭裁判所）の求めにより、少年局は、2013年4月にAとCの縁組に賛成する文書を提出した。区裁判所は、2013年7月22日決定により、Cの自己の出自を知る権利の観点から縁組に疑問があるとして、弁護士Dを手續補佐人に選任した。

2013年8月28日に、AとBは、施術した病院と医師を記した封書をCのために保管するよう公証人に渡した。封書は、2027年11月25日から16才に達したCの求めによってのみCに引き渡すことが許される。

2013年9月15日の文書で、手續補佐人は、次の理由から縁組に反対した。母Bと養親AがCのアイデンティティーの問題（Identitätsproblem）と自己の出自を知る権利についてほとんど評価していないという態度が認識された。生物学上の父の氏名を知り、裁判文書に載ることがAとBにとって全く問題ないものであるにもかかわらず拒否し、その拒否を尊重するよう要求している。AとBは、Cのアイデンティティーの確認を実際に不可能とすることを、自身の利益よりも小さいものと評価している。また、封書に本当に病院の名が記されているかは誰もわからず、虚偽を述べていることもありうる。

ハイデルベルク区裁判所2013年10月18日決定（未公刊）は、Aの申立てを棄却した。これに対して、Aは抗告した。少年局は、2013年12月17日の文書で、2013年9月15日の手續補佐人による意見に賛成すると補足する文書を提出した。

カールスルーエ上級州裁判所は、2014年1月9日釈明決定（Hinweisbeschluss）で、AとCの縁組が生活パートナーシップ法9条7項、民法1741条により許可され、縁組が子の福祉に資するもので、養親と子の間に親と子の関係（Eltern-Kind-Verhältnis）が生じていると述べていた（Rz. 10）。この決定と口頭弁論なしの判断にAとBは同意した（Rz. 11）。

しかし、手続補佐人は縁組に反対し、上級州裁判所への2014年1月10日と28日の文書で従来意見を再び述べた (Rz. 12)。

(2) カールスルーエ上級州裁判所 2014年2月7日決定

カールスルーエ上級州裁判所 2014年2月7日決定は、⁽⁶⁶⁾ 抗告を認め、AとCの縁組を言い渡した。

縁組を言い渡さない状況に対して言い渡した場合に期待される子の人格の発展への利益と不利益を比較衡量し、子の福祉を特徴付ける生活条件が縁組により子について明確に改善されるという結論に至った。(Rz. 16)

子の個人的生活状況がAとBによって子の福祉のために形成され、AとCの間に親と子の関係が生じていることに当事者の誰もが疑いを抱いていない (Rz. 17)。縁組により、子は将来においても法的地位が保障され、発育することができる (Rz. 18~20)。

子の血縁上の父が現時点で知られていないことは、原則として、縁組を妨げるものではない。裁判例では、一般的人格権から導き出される自己の出自を知る権利と子の縁組が相容れないという見解はとっていない。(Rz. 21)

公証人のもとで病院と医師の名を記した封書が保管されていることは、Cが16歳になると血縁上の父を探索して知りたいのかを自らで決めることを保証している。父の探索が持続的に困難となるという事実上の論拠もない。(Rz. 22)

AとBがその一般的人格権の行使においてCの氏名を知ることを望まないと決めたことについて、賛否の評価はなされない。いつ、どのような形でAとBがCの出自を知らせるかは、立法者意思によれば国家の側から介入してはならない、親による子の教育の問題である。AとBの双方では血縁上の親となりえないことを、遅くとも小学校での性教育授業でCは知ることができる。(Rz. 23)

手続補佐人が提出した意見にも、賛成しない。(Rz. 26)

AとBの態度と考え方により子Cがそのアイデンティティの発見 (Identitätsfindung) において放っておかれ、自己の出自を知る権利への

Cの必要性を軽視しているという、区裁判所と手続補佐人の心配には与しない。封書の内容の真实性への手続補佐人の疑問について、事実上の論拠はない。精子提供者の匿名性を保証する病院を選択したことも、AとBが自己の出自に関わる問題でCに協力しようとしないう結論を正当化するのではない。(Rz. 27)

精子提供者に関する匿名性の約束は、現行法に一致しないものとして通説によれば否定されている。精子提供者の側での個人情報保護や秘密保持も、子の自らの出自を知る権利に、触れるものではない(臓器移植法(TPG) 14条3項1文)。Cは、自己の出自を知る権利に関して、その母、関与した病院、施術した医師に対して情報提供請求権(Auskunftsansprüche)を有している。自己の出自を知るという子の利益は、比較衡量において、精子提供データの秘匿への医師と精子提供者の利益よりも、通常は高く評価されねばならない。(Rz. 28)

数年経つとCが自ら主張できるようになる情報提供請求権が期間の経過と縁組により困難となることは推測されない。AとBが探した病院は、通説と医師のガイドライン(Standesrecht)が承認する文書作成義務を守っており、AとBそしてCも後に問題なく情報を得られる。匿名性の合意を援用して病院がこの義務に反するならば、誰一人として必要な情報を得られなくなる。(Rz. 29)

自己の出自を知る権利を満足するために血縁上の父を確認することは、区裁判所と手続補佐人の見解と異なり、縁組の後にも許される(Rz. 30)。子の福祉を特徴付ける生活条件は縁組によりCにとって明確に改善される(Rz. 31)。

2) 試験監護期間

女性カップルの一方が精子提供型人工授精により子を生み、二人で育てており、他方が子と継親子縁組をする際に、試験監護期間(Probezeit、1744条)⁽⁶⁷⁾を短縮することができるかが問題となった事案が、エルムスホルン区裁判所2010年12月20日決定(以下事例①とする)⁽⁶⁸⁾とゲッテンゲ

ン区裁判所 2015 年 6 月 29 日決定⁽⁶⁹⁾（以下事例②とする）である。

(1) 事実関係

事例①では、女性 A と B が 2007 年に生活パートナーシップを設定し、パートナー双方が共同で決めて、2009 年にデンマークの病院において匿名の提供者による精子と A の卵子による人工授精の施術を B が受けて子 C を出産した。事例②では、女性 A と B は 2013 年に生活パートナーシップを設定し、パートナー双方で決めて、B は匿名の精子提供により 2014 年 7 月 7 日に子 C と D を出産した。

双方の事案とも、A が子 C (D) との縁組を申し立てたが、事例①では少年局が、事例②では総合中央縁組あっせん機関 (die Gemeinsame Zentrale Adoptionsstelle) が、専門的意見として、同性の生活パートナーによる縁組と精子提供者の匿名性を理由に法定試験監護期間の短縮に反対した (事例②で少年局は縁組に賛成)。

事例①決定は、1 年の試験監護期間 (Adoptionspflegejahr) を堅持する必要はないとし、事例②決定はそもそも試験監護期間が条文から 1 年とはされていないとして、1 年未満の短い試験監護期間を認め、縁組を許可した。

(2) エルムスホルン区裁判所 2010 年 12 月 20 日決定

エルムスホルン区裁判所 2010 年 12 月 20 日決定は、次の理由をあげている。

養親子間にすでに存在している社会的親子関係が縁組により強化される (① Rz. 11)。

1 年の試験監護期間は、子の福祉の予測と、実際の親と子の関係の発生の予測を容易にすることを目的としている。パートナー双方から望まれた子である本件では、縁組が子の福祉に合致すること、養親子間に母と子の関係が存在していることに疑いはない (① Rz. 12)。この親と子の関係が変化しうることも予想されない (① Rz. 13)。

短い期間での縁組の言い渡すことについて、嫡出子、嫡出でない子、生活パートナーシップにおいて生まれた子の平等扱いが求められている。基

本法3条1項は、前記のグループの間の不平等扱いの調査について厳格な平等基準を用いることを要求している（① Rz. 14）。

嫡出子は、出生時から両親を有している。嫡出でない子は、父性承認により出生前から、あるいは出生後すぐにも両親を有することができる。匿名の精子提供による人工授精により生活パートナーシップにおいて生まれた子が、実際には二人目の親である者との法的結びつきを1年待つことを実質的には正当化しない。この法的結びつきは、父母の一方の死亡時などに重要だからである。⁽⁷⁰⁾（① Rz. 15、17）

州少年局連邦作業部会の提言が継親子縁組において1年の試験監護期間を尊重すべきと述べているが、これは二人の親が別れていた事案に関するものである。（① Rz. 18）

（3）ゲッチェンゲン区裁判所 2015年6月29日決定

エルムスホルン区裁判所決定が1年の試験監護期間（Adoptionspflegejahr）と述べていたが、1744条の文言では「養親が子を適切な期間にわたり養育した場合」である。1744条の意味において、必要な予測判断のために適切な試験監護期間が存在しているか否かは、結局のところ裁判所により個別事案において判断されねばならない。州少年局連邦作業部会の提言から⁽⁷²⁾も、カップル関係の安定と、子の存在がカップル関係に与える負担の適切な実証（Erprobung）が、親と子の関係と子の福祉の予測的判断にとってより重要な視点である。本件では、子はその出生からほぼ1年にわたり生活パートナーシップにおいて成長しており、これまでに関係の破綻はない。匿名精子提供者により懐胎された子が血縁上の母の夫または女性生活パートナーと縁組する事案において、この事案構成は、縁組専門の理由からも、むしろ短期の試験監護期間を後押しするものである。短期の試験監護期間が同性生活パートナーの特別扱いとなるという総合中央縁組あっせん機関の見解は、試験監護期間が硬直した期間設定と結びつくものではなく、本件のようにこれまで関係破綻がない安定した生活パートナーシップにおいて子が生まれたことが決定的であるという事実を無視している。そのほかに、この事案構成は、異性の夫婦の場合にも

短期の試験監護期間を後押しできるものである。

5 小活

女性カップルが人工授精により子をもうけた場合に、ドイツ法は特別扱いをしていない。婚姻も安定したパートナー関係もない女性が1人で精子提供型人工授精を行ったのと変わりがない。唯一異なる結果を示しているのは外国判決の承認の事案（前記23）のみであり、これは男性カップルにおける代理懐胎と同じく（後記Ⅷ）、外国法により認められた同性の両親を承認する結果に導いている。

ドイツ法において、女性カップルの両親に実親子関係を認めないことは、親子法の規定が男性である父と女性である母の血縁上の親子関係を基礎においてることにより理由づけられる。分娩者＝母ルールから母は一人であり、女性パートナー双方が母となることはない。また、分娩していないパートナーの一方が、父に代わる実親の一方となるのでもない。

男女のカップルによる精子提供型人工授精に対しては、婚姻していない場合でも、認知した男性と子の間の社会-家族的関係が存在している限り、精子提供者である血縁上の父からの父性取消しを否定する。それに対して、女性カップルを親として生活する子には、父がないのであるから、精子提供者からの父性確認を防ぐ術はない。父性確認が認められた精子提供者は、法的な父として権利を行使することができる（反面、義務も負う）。このような状況は、分娩した母の同性パートナーに、パートナー関係終了後も積極的に親としての権利と義務を認める州があるアメリカの状況とは異なる⁽⁷³⁾。同性婚導入前から同性カップルによる親を認めてきたアメリカと本稿で紹介したドイツでの結論の違いは、同性婚の存否ではなく、親子法の構造から導き出される。

縁組により血族関係が解消される血縁上の父の権利は、自ら父の地位を放棄するというのではない限り、基本法6条2項の親の権利として保障されている。同様のことは、日本法の特別養子縁組における父母の同意⁽⁷⁴⁾（817条の6）でも考えられる。ドイツの判例では生まれた子と母の生活

パートナーの縁組を精子提供者が予め了解していた場合であっても、血縁上の父としての権利は禁反言などにより制限されない。縁組への同意が得られれば、その後の手続は、生活パートナーシップ法9条7項で認められる継親子縁組であるから、養親が男女であるか、同性カップルであるかの区別なく進められる（試験監護期間について前記42）。

女性カップルと子の家族は、とりわけ母のパートナーと子の関係において事実上の家族関係として保護されるに過ぎない。継親子縁組により母のパートナーと子の関係が法的に保障されるためには、血縁上の父による同意を必要とする。そのため、血縁上の父の権利に対して弱い立場にある。女性カップルの一方が人工授精により子を生んだ場合に他方が実親となるには、現行法にさらに別の要素を加えない限り認められないのかもしれない。⁽⁷⁵⁾

注

(18) Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion Anhang zur § 13 Abs. 2 der Berufsordnung der Hamburger Ärzte und Ärztinnen vom 27. 03. 2000 i. d. F. v. 02. 12. 2013. [online] Ärztekammer Hamburg [retrieved on 2015-12-13] Retrieved from the Internet: < URL: http://www.aerztekammer-hamburg.org/files/aerztekammer_hamburg/aerztinnen_aerzte/recht/berufsordnung/Richtlinie_zur_assistierten_Reproduktion_Anhang_Paragraf_13_072015.pdf >.

(19) Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung („Richtlinien über künstliche Befruchtung“), S. 2. [online] Gemeinsamer Bundesausschuss [retrieved on 2015-12-13] Retrieved from the Internet: < URL: https://www.g-ba.de/downloads/62-492-933/KB-RL_2014-08-21.pdf >

そのほかに、州医師会のガイドラインにおいて医師自身の判断に委ねられているとして、チューリンゲン州の医療機関が、女性カップルの一方に体外受精を行った事案が報道されている。

Künstliche Befruchtung: Lesbisches Paar und der lange Weg zur eigenen Familie [online] Thüringische Landeszeitung 2015-02-11 [retrieved on 2015-12-13] Retrieved from the Internet: < URL: <http://www.tlz.de/startseite/detail/-/specific/Kuenstliche-Befruchtung-Lesbisches-Paar-und->

der-lange-Weg-zur-eigenen-Familie-708467340 >.

- (20) 民法 1592 条（父子関係）
子の父は、次に掲げる男性である
- 1 出生時に子の母と婚姻していた者
 - 2 父性を承認した者
 - 3 第 1600 条 d 又は家事事件手続法第 182 条 1 項によりその父子関係が裁判上確定された者
- (21) 基本法 2 条（人格の自由）
- (1) 何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道徳律に違反しない限り、自らの人格の自由な発展を求める権利を有する。
 - (2) 何人も、生命に対する権利および身体を害されない権利を有する。人身の自由は不可侵である。これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみ、介入することができる。
- (22) AG Hamburg, Beschluss vom 24. Juni 2009 -60 III 35/09-, juris.
- (23) LG Hamburg, Beschluss vom 04. November 2009 -301 T 596/09-, juris.
- (24) 身分登録法 21 条（出生登録簿への登録）
- (1) 出生登録簿には、次に掲げる事項を登録する。(1~3 号略)
 4. 父母 (Eltern) の氏名、及び父母の希望により宗教団体又は公法上の団体への法的帰属
- (25) その他に、第二審決定では基本法 3 条 1 項の平等原則との関係で民法 1592 条が類推適用されないことも指摘したが、連邦憲法裁判所決定では顧慮されなかった。第二審決定は、生活パートナーによる継親子縁組の規定（生活パートナーシップ法 9 条 7 項）が当時の連邦議会の多数派による政治的妥協によるものとする。基本法上の要請ではないことから、基本法 3 条 1 項の一般平等原則による婚姻と生活パートナーシップの同列化は求められていないことなどを述べた。(② Rz. 4)
- (26) NJW 2011, 988 = FamRZ 2010, 1621.
- (27) ヨーロッパ人権条約 8 条
- (1) すべての者は、その私的及び家庭生活、住居及び通信の権利を有する。
(以下略)

同 14 条

条約において承認される権利と自由の享受は、性別、人種、皮膚の色、言語、宗教、政治的もしくはその他の信条、出身国もしくは社会的出自、国内少数派への帰属、財産、出生またはその他の身分を理由により差別することなく保障する。

本章でのヨーロッパ人権条約の訳は、「人権及び基本的自由の保護のための条約（ヨーロッパ人権条約）」ミネソタ大学人権図書館 [online] [2015

年 12 月 13 日検索] < URL : <http://www1.umn.edu/humanrts/japanese/Jz17euroco.html> > による。

- (28) NJW 2014, 2561 = EuGRZ 2013, 668.
- (29) ヨーロッパ人権条約 34 条
裁判所は、締約国の一つによる条約又は議定書に定める権利の侵害の被害者であると主張する自然人、非政府団体又は集団かの申立を受理することができる。(以下略)
- (30) ヨーロッパ人権条約 8 条における家族生活概念と同性カップルについては、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 51 頁、59 頁以下(2013)を参照。
- (31) このような判断基準を導き出したシャルクとコプフ事件判決について、渡邊・前掲 産大法学 47 巻 1 号 68 頁以下を参照。
- (32) ヨーロッパ人権裁判所 2013 年 2 月 19 日判決 (X and others v. Austria) (Application no. 19010/07)、2011 年 3 月 15 日判決 (Gas and Dubois v. France) (application no. 25951/07) が参照されている。前者については、後に本稿のオーストリア編で取りあげる予定である。
- (33) NJW-RR 2014, 1409 = FamRZ 2015, 156.
- (34) 身分登録法 48 条 1 項 1 文により、47 条に列挙された他には、完了した登録は、裁判所の命令によってのみ更正することが許される。更正の申立ては、当事者の他、身分登録官も行うことができる (同条 2 項)。
- (35) AG Köln, Beschluss vom 30. Mai 2014 -378 III 35/14-, juris.
- (36) BT-Drucks. 13 / 4899, S. 51 f.
- (37) 望まれない代理懐胎、卵子及び胚の提供の回避に 1591 条が役立つものであること、公法上禁止された生殖補助医療からの保護のための理性的な考量の範囲において立法機関が血族原理 (Verwandtschaftsprinzip) をも制限していることを付け加えて述べている。
- (38) NJW-RR 2014, 1409 = FamRZ 2015, 156.
- (39) BVerfG NJW 2003, 2151, 2152.
- (40) ドイツ民法は、承認 (認知) を父子関係についてのみ認めている。日本法と異なり、母の認知の規定はない。母子関係は、1591 条により、分娩によってのみ定まる。
- (41) FamRZ 2015, 943 = NZFam 2015, 187.
- (42) 身分登録法 49 条 (裁判所による命令)
(1) 身分登録所が職務行為を拒否するときは、裁判所は、当事者又は監督官庁の申立てにより職務行為を身分登録所に命じることができる。

- (43) 身分登録法 36 条 (外国での出生又は死亡)
- (1) ドイツ人が外国で出生又は死亡したときは、身分登録事件は、申立てにより出生登録簿又は死亡登録簿に登録することができる；ドイツ国籍保有については、申立ての時点を基準とする。…(2 文略)…申立権者は、次に掲げる者である。
- 1 出生については、子の親及び子、親の配偶者、生活パートナー又は子 (以下略)
- (44) 民法施行法 19 条 (親子関係)
- (1) 子の親子関係は、子の常居所地法による。子の親子関係は、父母の一方との関係においてこの父母の一方の本国法によって定めることができる。母が婚姻しているときは、さらに血縁関係は、第 14 条第 1 項により出生時に婚姻の一般的効力に適用される法によって定める。(4 文略)
- (45) 条文については、CHILDREN'S ACT 38 OF 2005. [online] The doj& cd [retrieved on 2015-12-13]. Retrieved from the Internet: < URL : <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf> >. を参照した。
- (46) 条文については、CIVIL UNION ACT 17 OF 2006. [online] The doj& cd [retrieved on 2015-12-13]. Retrieved from the Internet: < URL : http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/a17-06_1.pdf >. を参照した。
- (47) 従属連結 (Rz. 21)、独立連結 (Rz. 22)、民法施行法 17 条 b 第 4 項 (Rz. 23) の説明は省略する。
- (48) AG Köln, Urteil vom 11. August 2010 -315 F 226/09-, juris.
- (49) BVerfGE 108, 82. 内容については、野澤紀雄「ドイツにおける父性否認訴訟の手續原則と『生物学上の父』の否認権」石川敏行ほか編『共演 ドイツ法と日本法』中央大学出版部 (2007) 267 頁を参照。
- (50) 連邦憲法裁判所 2003 年 4 月 9 日判決は、「血縁上であるが、法的ではない父は、連邦憲法裁判所の判例によれば、確かにまだ基本法 6 条 2 項 1 文による親の権利の担い手ではない。しかし、基本権規範は、血縁上の父を、子の父としての法的地位を占める利益において保護する。子の保護も、まだ、いずれの場合においても法的父に優先して父の地位が認められる権利を仲介するのではない。立法機関は、基本法 6 条 1 項によって存在する社会的家族の結びつきの維持への子とその法的親の利益に優先を認めることができる。しかし、それに対して、子とその法的親の間の家族上の関係の保護と矛盾せず、子の血縁上の父である場合に、血縁上の父には、憲法に基づき、法的な父の立場 (Waterposition) を得る可能性を開かれている。」と述べる。(Rz. 54)
- (51) BT-Drucks. 15 / 2492, S. 9.
- 連邦議会法務委員会では、取消権者が懐胎期間中の同衾について宣誓に代

- わる保証しなければならないことにより、当てずっぽうになされる取消しを妨げるとともに、精子提供者である第三者が取消権を有することを妨げるものとしていた。(② Rz. 30)
- (52) 父の共同配慮権に関する連邦憲法裁判所 2010 年 7 月 21 日決定 (BVerfGE 127, 132) との共通点を指摘する。同決定については、ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見 (一) — ドイツ家族法注解」民商法雑誌 142 巻 6 号 111 頁、121 頁 (2010) (床谷文雄) を参照。
- (53) BGHZ 197, 242.
- (54) 縁組に同意しないために精子提供者が血縁上の父として登場することもある。その場合には、彼が子に対する義務に継続して著しく反しているなどの要件のもとでのみ、子からの申立てにより、家庭裁判所が同意を代行することができる (1748 条)。
- (55) AG Tempelhof-Kreuzberg, Beschluss vom 25. Januar 2013 -140 F 4500/11-, juris.
- (56) NJW 2015, 1820.
- (57) 母と懐胎期間中に同衾した者を父と推定する 1600 条 d 第 2 項 1 文が精子提供者にも適用されるか否かという問題は学説で争いがあるが、ここで判断する必要はないとする。
- (58) BT-Drucks. 13 / 4899, S. 113.
- (59) 連邦憲法裁判所 2003 年 4 月 9 日判決 (前掲注 (50)) を引用している。
- (60) 家事事件手続法 188 条 (関係人)
- (1) 次に掲げる者を、関係人とする。
1. 第 186 条第 1 号の規定による手続において、
 - a) 養親となる者及び養子となる者
 - b) 養子となる者が未成年であり、かつ、民法第 1747 条第 2 項第 2 文若しくは第 4 項の場合に該当しないとき、又は民法第 1772 条に規定するときは、養子となる者の両親 (以下略)
- 条文訳は、青木哲、浦野由紀子、八田卓也「家庭事件及び非訟事件の手続に関する法律」(第 2 編、第 3 編、第 4 編及び第 7 編) 法務省 [2015-12-13 検索]、インターネット < URL : <http://www.moj.go.jp/content/000012248.pdf> > による。
- (61) ヨーロッパ人権裁判所 1994 年 5 月 26 日 (ケーガン対アイルランド事件) (Application no.16969/90) を参照する。
- (62) JAmt 2015, 394.
- (63) 決定理由に表れていない事実関係については、Der Wsten 紙 2014 年 5 月 16 日記事、Lesbische Paare fürchten nach Urteil Pflichten gegenüber Samenspendern [online] WZA 2014. [retrieved on 2014-12-13]. Retrieved from

the Internet : < URL : <http://www.derwesten.de/staedte/hagen/lesbische-paare-fuerchten-nach-urteil-pflichten-gegenueber-samenspendern-aimp-id9354132.html> > による。

(64) 民法 1686 条

父母の一方は、正当な利益がある場合に、子の福祉ない限りにおいて、他の一方に対し、子の個人的状況に関する情報を求めることができる。

条文訳と同条の内容については、ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見（三）—ドイツ家族法注解」民商法雑誌 144 巻 1 号 146 頁（2011）（遠藤隆幸）を参照した。

(65) NJW 2014, 2369 = FamRZ 2014, 1386.

(66) NJW 2014, 2050 = FamRZ 2014, 674.

(67) 民法 1744 条（試験監護期間）

縁組は、通常、養親が子を適切な期間養育したときに言い渡さなければならない。

(68) NJW 2011, 1085.

(69) JAmt 2015, 394.

(70) 実母である生活パートナーの一方が死亡しても、他方と子が縁組していれば、子は生存パートナー（他方）の推定相続人となり、生存パートナー（他方）は配慮権者として子を保護することができる。前記Ⅲ 2 4) (3) (b)を参照。

(71) Die Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter, Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung -5., neu bearbeitete Auflage 2006- [online] [retrieved on 2015-12-13]. Retrieved from the Internet : < URL : <http://www.bagljae.de/downloads/pm-empfehlungen-zur-adoptionsvermittlung.pdf> >.

(72) Die Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter, Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung -7., neu bearbeitete Fassung 2014- S. 69 f. [online] [retrieved on 2015-12-13]. Retrieved from the Internet : < URL : http://www.bagljae.de/downloads/120_empfehlungen-zur-adoptionsvermittlung_2014.pdf >.

「新生児と幼児については、統合の困難が通常はより少なく、年上の子よりも試験監護期間を短くすることができる。最も稀な事案において 1 年未満の試験監護期間が適切となるかもしれない（例、子の存在を通してカップルの関係が新たな活力を得ることができることを顧慮してその関係の破綻がない新生児の場合）」とする部分を本決定では引用している。

さらに、「血族間の縁組または継親子縁組の場合でも、適切な試験監護期間は尊重しなければならない。生活パートナーシップ法による継親子縁組の際にも、同様のことが妥当する。」と提言では続けている。

(73) 中村・前掲（注（2））東洋法学 50 巻 1=2 号合併号を参照。

- (74) 血縁上の父からの認知の可能性と特別養子縁組手続への関与に関する最高裁平成7年7月14日第二小法廷判決（民集49巻7号2674頁）では、血縁上の父の権利を、817条6ただし書きの要件を満たさない場合には保護する。
- (75) 日本法について、棚村政行は、座談会・前掲（注（15））で、「立法論的には、親決定命令について第三者機関の判断を仰がざるを得ない」と指摘している。

VIII 男性カップルと代理懐胎

1 概説

1) 男性カップルと親子関係⁽⁷⁶⁾

男性カップルの一方が他の女性との間で子をもうけることはできる。男性カップルの一方が女性と自然性交により子をもうけ、この女性が生んだ子の父性承認をすることができ（民法1592条2号）、胎児の父性承認をすることもできる（1594条4項）。父性承認に際しては、母の同意が必要であり（1595条1項）、母が同意を拒む場合には、裁判により父性確認（1600条d）をすることになる。他の男性が先に子の父性承認していた場合には、血縁上の父は、父性取消権を有する（1600条1項2号）。

出産した女性が婚姻していれば子の父は女性の夫となり（1592条1号）、血縁上の父は、父性取消し（1600条）の後に父性承認しなければならない。この場合に、1600条1項2号の「子の母と懐胎期間中に同衾したことを宣誓した」男性として、血縁上の父である男性カップルの一方が取消権者となる。男性カップルが子を引き取って育てている場合には、母の夫と子の間に社会-家族的関係（Sozial-familiäre Beziehung）が存在しないため、血縁上の父である男性カップルの一方に父性取消権が認められる（1600条2項）。

自然性交ではなく、男性カップルの一方が既婚または未婚の男女カップルに精子を提供して、その女性が生んだ場合にも、精子提供者による父性取消しは、同様の要件のもとで考えられる⁽⁷⁷⁾（連邦通常裁判所2013年5月15日判決、前記Ⅶ31）。

法的父子関係が認められない場合には、血縁上の父として、出自を解明

するための遺伝的検査への同意請求権を、子とその母に対して有する（民法 1598 条 a）。

それに対して、精子を提供していない、子の血縁上の父ではない男性カップルの他方も加えて男性カップル双方を実親とするには、代理懐胎の合意とその効果が認められなければならない。ドイツ国内において禁止されている代理懐胎（後記 3）が、実際に外国において男性カップルが代理母となる女性と合意して行われている。ここで、男性カップルに限らず夫婦でも行われる、いわゆる代理懐胎ツーリズム⁽⁷⁸⁾と国内での代理懐胎禁止との関係が問題となる。⁽⁷⁹⁾

連邦通常裁判所 2014 年 12 月 10 日決定は、外国で行われた代理懐胎による実親子関係一般の問題からこの問題を検討する。（以下では、引用に際して、第一審ショーネブルク区裁判所決定については①、第二審ベルリン高等裁判所決定については②、連邦通常裁判所決定については③と表す。）

2) 裁判所の判断の概要

本件では、まず、代理懐胎によって生まれた子 C の親を A および B とするカリフォルニア州最高裁判所（Superior Court of the State of California）の外国判決が下されている。その点で、アジアでの代理懐胎ツーリズムで生じるような、男性カップルの依頼により代理懐胎した分娩者が現地の法により母となるという親子関係の問題を考える必要はない。次に、本件代理懐胎は、代理母の卵子ではなく、第三者による提供卵子と男性カップルの一方の精子によって行われている。そして、生まれた子の引渡しについて、当事者間で争いはなく、依頼者カップルが子を養育している。

本件で中心となる問題は、この外国判決がドイツにおいて承認されるか、家事事件手続法 109 条 1 項 4 号⁽⁸¹⁾にいう「裁判の承認がドイツ法の本質的原則と明らかに合致せず、とりわけ承認が基本権に合致しない場合」に該当するか否かであった。具体的には、子 C を分娩した女性 J を母とせず、B を親とする代理懐胎契約が公序に反しないかについて、下級審と連邦通

常裁判所の見解が異なった。

第一審シヨーンネベルク区裁判所 2012 年 10 月 25 日決定⁽⁸²⁾と抗告審ベルリン高等裁判所 (KG) 2013 年 8 月 1 日決定⁽⁸³⁾は、カリフォルニア州最高裁判所判決が公序に反し承認されないとして申立てを棄却し、AB 双方を親とする身分登録を行う命令を下さなかった。第一審決定は、精子を提供した A と子 C、B と C の親子関係双方を認めなかった。それに対して、抗告審は、カリフォルニア州最高裁判所判決について、A と C、B と C の親子関係を分けて、それぞれについて外国判決の承認が承認障碍 (家事事件手続法 109 条) に該当するか否かを検討した上で、BC の親子関係についてのみ、公序に反して認められないとした。

上告審である連邦通常裁判所 2014 年 12 月 10 日決定は、BC の親子関係についても公序に反しないとして原審の判断を破棄した。

共通の前提から出発しながら、次のように抗告審と上告審では、BC 間の親子関係についてカリフォルニア州判決を承認するか否か、結論が異なった。

まず、抗告審と上告審とも、ドイツ法における代理懐胎の評価として、とりわけ民法、胚保護法、養子あつせん法の立法理由を参照する。立法理由から導きだされる代理懐胎禁止の一般予防効果を、家事事件手続法 109 条 1 項 4 号の公序と結びつけることができるかという点で見解が異なった (後記 4 2) (3) と 5 3))。

次に、カリフォルニア州判決の承認が公序に反するか否かの判断において子の福祉が最も重要である点で抗告審と上告審に違いはない。しかし、何を子の福祉として考慮するのか (後記 4 2) (4) と 5 5))、また男性カップル双方を親として出生登録簿に登録され子が出自を知る権利を制約されるかについても (後記 4 2) (5) と 5 6)) 考え方が異なっている。

そして、上告審は、カリフォルニア州最高裁判所判決を承認するにあたり、「判決承認の法は、主たる目的として、国際的な判決一致 (Entscheidungseinklang)、— とりわけ身分登録に関する問題においては— いわゆる跛行的な権利関係の回避を追求する」ことを強調している。

(後記55)(2)

以下では、結論の異なる抗告審と上告審の判断について、まず、双方がともに前提とする事項について概説し、それぞれの決定理由の内容を紹介する。国際私法および手続法に特有の問題には言及しない。⁽⁸⁴⁾

3) 代理懐胎に関する法規制

(1) 胚保護法・養子あっせん法

代理懐胎契約による法的な親子関係、または女性が子を他人のために臨月まで懐胎しその他人に子を出産後は継続的に委ねるという代理懐胎契約に基づく法的な親子関係を、ドイツ法は、一貫して否定している(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条および民法1591⁽⁸⁵⁾条)。

胚保護法1条1項7号⁽⁸⁶⁾は代理懐胎の施術の禁止に違反した者に、養子あっせん法14条b⁽⁸⁷⁾は代理懐胎あっせんの禁止(同13条c)⁽⁸⁸⁾に違反した者に刑罰を科している。

養子あっせん・代理母あっせん法の草案において述べられた次のような理由を抗告審と上告審は、承認法上の公序に違反するか否かを判断するための前提として参照した。

代理懐胎の位置価値(Stellwert)について、一方では望まずに子が無いという運命(Schicksal)が、他方では代理懐胎のための現代の生殖補助医療技術の様々な可能性が影響を与えている。このことに対して、「代理懐胎の評価については、とりわけこの方法で生まれた子の人格への深刻な侵害(Eingriff)、この利益の実現のために利用された女性の人格への深刻な侵害、および同様に妊娠によってすでに開始している母子関係(Mutter-Kind-Beziehung)への影響が対立する⁽⁸⁹⁾」(③ Rz. 39)。

出生前の子の利益について、草案では次のように述べている。

「子の人格の発展に対する子宮における発育の意義、妊婦と子の間の生物学的および心理学的関係の子の発育への重要な寄与が無視されるかもしれないことから、この方法で生まれる子の本質的利益を代理懐胎の合意は

無視している⁽⁹⁰⁾」(② Rz. 29)。さらに「請負給付の一種として妊娠を引き受けることは、このような状況のもとでは子の発育にとって本質的な妊婦と子の間の親密な人的関係がほぼ成立不可能であるので、まだ生まれていない命と母の間のこの特殊な関係により禁止される⁽⁹¹⁾」(③ Rz. 39, ② Rz. 29)。

「出生後の健康上及び身上の危険からの保護を母と子に保障することも重要である。子に対してはとりわけアイデンティティーの発見 (Identitätsfindung) が妨げられないこと、および家族への帰属 (Zuordnung) の保証が問題となり、女性に対しては請負としての妊娠の引受けにより人間の尊厳を害する紛争を排除し、とりわけ子の引渡しをめぐって生じうる争いを排除することが問題となる⁽⁹²⁾」(③ Rz. 39, ② Rz. 29)。

(2) 民法

ドイツ法は血縁関係に基礎づけられた共通の親子関係を原則として父と母にのみ予定している。

父子関係は民法 1592 条に基づいており、父子関係の裁判上の確認 (3 号) のみが遺伝上の血縁の確認を要件とする⁽⁹³⁾。

母子関係については、代理懐胎の施術とあっせんを禁止し刑罰を科す規定との関係で、民法 1591 条が、1998 年 7 月 1 日施行の親子法改正法により新たに定められた。母は、子を分娩した女性である (民法 1591 条)。分裂した母子関係を子の利益において避けることを目的としている⁽⁹⁴⁾。子が他の女性と遺伝上の血縁関係を有する場合でさえ、他の女性との母子関係は排除される。

立法理由では、家族法の意味における遺伝的または生物学的母の母子関係についての判断の際に、分娩した女性のみが妊娠中並びに出産またはその直後に身体的および心理的關係を子と有するという視点が決定的でなければならないとしていた⁽⁹⁵⁾。(③ Rz. 37)

ドイツ法においては、子が父母の一方の生活パートナーに法律によって帰属しないのと同様に⁽⁹⁶⁾、父性を承認した二人の男性の共通の親子関係は予定されていない。したがって、代理懐胎において親の他方は、ドイツ法によれば、子を分娩した女性である代理母となる (民法 1591 条)。ドイツ法

が母子関係取消しを定めていないことから、代理母から生まれた子は卵子を提供した遺伝上の母に縁組の方法でのみ法的に帰属することができる。

(③ Rz. 35)

父母の一方が性別を変更した例外事例においてのみ、同性の者の血縁関係による親子関係が存在しうる。⁽⁹⁷⁾それ以外では、同性の二親の共通の子となる親子関係は、継親子縁組または交差縁組よってのみ基礎づけることができる。⁽⁹⁸⁾(③ Rz. 36)

4) 公序違反

家事事件手続法 109 条 1 項 4 号によると、外国判決の承認は、ドイツ法の本質的原則と明らかに合致せず、とりわけ承認が基本権に合致しない場合、公序違反の場合に排除される。

判例により、外国判決の承認の際には、民法施行法 6 条の国内⁽⁹⁹⁾（国際私法上）公序（der nationale (kollisionsrechtliche) ordre public）ではなく、より大まかな承認法上の国際公序（der ordre public international）に合わせられる。「具体的事案における外国法の適用の結果がドイツの規定の基本的考えと、そこに含まれる正義のイメージに、ドイツのイメージによれば耐え難いと思われるほど強く矛盾しているか否かが基準である。⁽¹⁰⁰⁾」。

家事事件手続法 109 条 1 項 4 号は判決一致の利益において制限的に解釈され、⁽¹⁰¹⁾公序違反を理由とする承認の拒否は例外事例にとどまる。代理懐胎契約による公序違反の問題では、子の福祉が最も重要なものとなる。

本件において、どの部分がドイツ法の本質的原則と問題になるのかについて、第一審は「実親子関係について子が母と父を有するように定める」点とした（① Rz. 10）。これに対して、抗告審と上告審は代理懐胎契約と外国判決によって基礎づけられた BC 間の親子関係であるとする（② Rz. 27）。

2 事実関係

ドイツ国籍を有しベルリンに住所を有する男性 A と B は、2010 年 8 月

に、アメリカのカリフォルニア州において、アメリカ人女性Jとの間で、代理懐胎契約を合意した。この契約は、Aの精子と匿名提供者による卵子による受精卵をJに移植し、JがAとBのために子を臨月まで妊娠するという内容であった。2010年9月に受精卵がJの子宮に移植され、双子の妊娠が確認された。

2010年12月21日に、サンフランシスコ市のドイツ総領事のもとで、双子の胎児について、Aが父性承認の認証（民法1594条4項）をJの同意を得て（1595条1項）行い、AとJによる共同での配慮の意思表示（Sorgeerklärung, 1626条a第1項）の認証を行った。父性承認の認証において、Jは、Aによって懐胎したこと、2011年6月に双子の出生が期待されることを表明していた。

2011年4月6日に、AとBの申立てにより、カリフォルニア州プレサー郡カリフォルニア州最高裁判所は、2010年9月16日から2011年6月16日の間に生まれる子の親はAとBであり、Jは子の法律上の親ではないという内容の判決を下した。AとBは、2011年4月26日に生活パートナーシップを設定した。同年5月13日に子Cがカリフォルニア州で出生した（双子の他方は、妊娠30週に自然流産していた）。

AとBはCを連れて2011年6月にドイツのベルリン市へ戻り、9月12日に外国出生の事後登録をA、B、Cは申し立てた。身分登録所は、子にドイツ国籍がなく、申立人には申立権限がないことを2011年12月30日の通知で説明して、この申立てを拒否した。また、身分登録所は、子がドイツに常居所地を有していることから子の血縁関係についてはドイツ法により判断されること、ドイツ法によれば子を分娩した女性が子の母であること（1591条）、Aの父性承認が提出されておらず父子関係が確認されていないこと（1592条）を説明した。

2012年2月9日に、A、B、Cは、決定通知を取り消してAとBの共通の子としてCの出生を登録する命令を身分登録所に対して下すように（身分登録法49条1項）ショーネベルク区裁判所に申し立てた。

A、B、Cは、カリフォルニア州最高裁判所の確定判決が特別の手續を

必要とせずに承認され（家事事件手続法 108 条 1 項⁽¹⁰²⁾）、外国判決承認の問題は民法施行法 19 条により適用する法規定の問題に優先するという意見であった（① Rz. 6）。

身分登録監督官庁（Die standesamtliche Aufsichtsbehörde）は、次のように主張した。実親子関係の規則は常居所地の変更によって変わりうる。そして、ドイツ法の適用では、子の法律上の親は確定されていない。2011 年に生まれた子の親子関係は、子の母が出生証明書から判明しないため、証明されていない。J がその母子関係の証明なしに父性承認に有効に同意することはできないから、父性承認は効力を生じない。（① Rz. 7）

3 第一審

ショーネベルク区裁判所 2012 年 10 月 25 日決定は、次の理由から、A と B を両親とする内容での出生登録の要件は存在しないとして、A、B、C の申立てを棄却する決定を下した。

まず、身分登録法 36 条⁽¹⁰³⁾による子の出生の登録（Beurkundung）は、子がドイツ国籍を有していることを要件とする。本件では、出生によるドイツ国籍の取得が問題となる。（① Rz. 9）

子の出生時に父のみがドイツ国籍を有している場合に国籍法 4 条 1 項⁽¹⁰⁴⁾により子が国籍を取得するには、ドイツ法による実親子関係を基礎づけるために、ドイツの法律によって有効な父性承認が必要となる。そして、手続法が国際私法に優先する原則に基づき、外国判決が手続法の原則により承認できるか否かが審査される。本件で、2010 年から 2011 年までに出生した子の両親が A と B であり、J は子の法律上の父母の一方ではないとするカリフォルニア州最高裁判所の判決は、実親子関係について子が母と父を有するように定めるドイツ法の本質的原則と抵触しており（家事事件手続法 109 条 1 項 4 号）、承認されない。（① Rz. 10）

ドイツ法では、実親子関係について子が母と父を有するように定められており（民法 1591 条、1592 条）、代理母 J が子の母ではないと判断したカリフォルニア州最高裁判所判決は、ドイツ法に違反している。ドイツの

出生登録簿においては、一定の女性が子を分娩した事実が登録される。分娩した女性が子の母となることは終局的であり、その取消手続は法律では意図的に定められていない。(① Rz. 10)

また、A と B を親とする出生登録は、基本法 1 条 1 項との関連における 2 条 1 項の人格権から導き出される自己の出自を知る権利を侵害する。⁽¹⁰⁵⁾
(① Rz. 10)

次に、カリフォルニアではなくドイツに常居所地を有していた C にはドイツ法が適用され (民法施行法 19 条 1 項 1 文)、A と B は、C の親ではない (① Rz. 11, 12)。C と遺伝上の血縁関係を有する A との関係においても、父子関係が存在しないことになる。

本件において、A が J の有効な同意を得て C に対する父性承認をしていた場合には、出生により C がドイツ国籍を取得することが考慮される。しかし、A は、J が母であり、A が父であるという出生の登録を申し立ておらず、そのような登録を身分登録所が拒否したのではないから、身分登録法 49 条による命令の申立ては許されない。(① Rz. 13)

A、B、C は、抗告した。

4 抗告審

1) 抗告理由

まず、カリフォルニア州最高裁判所の判決を承認しても、ドイツ法の本質的原則と合致しない結果に導くことにはならない。連邦憲法裁判所 2009 年 7 月 7 日決定、同 2013 年 2 月 19 日決定 (前記 III 2) から、子が少なくとも母を有し、多くとも 1 人の父を有することはドイツ法の本質的原則ではないことが確定している。A と B は、C の母であるとは主張しておらず、民法 1591 条に違反するのではない。(② Rz. 13)

次に、C の自己の出自を知る権利に関しても、カリフォルニア州最高裁判所の判決において J の氏名が明確に挙げられており、C にはっきりと知らされている。さらに、(卵子提供より) C は、J と遺伝的には実親子関係にない。ドイツ法は、子の福祉および生活している社会一家族的関係の

考慮のような他の利益に対して遺伝上の出自を知ることが優先することを無条件に求めているのではない。(② Rz. 14)

最後に、ドイツ法において代理懐胎を全般的に否定する一般予防的考慮によっても、カリフォルニア州裁判所の判決を承認しないということは正当化されない。カリフォルニア州裁判所の判決が下された時点でCはすでに懐胎されており、存在する社会-家族的関係を尊重するというJを含むすべての当事者の理解に合致しているからである。また、Jは、本人の希望によっても、彼女が生活する州の法によっても、Cに対する責任を負っていない。(② Rz. 15)

2) 決定理由

ベルリン高等裁判所 2013 年 8 月 1 日決定は、以下の点から、抗告を棄却した。⁽¹⁰⁷⁾

(1) A と C の親子関係について

精子提供者である A と C の父子関係について、次のように本件では公序違反ではないとした。

ドイツ人である A が父であることから、C はドイツ国籍を有している(国籍法 4 条 1 項 1 文、2 文)。A と C の父子関係は、カリフォルニア州最高裁判所判決により確定しており(国籍法 4 条 1 項 2 文)、この判決は、特別な手続を必要とせずに承認される(家事事件手続法 108 条 1 項)。(② Rz. 18)

A と C の親子関係について、カリフォルニア州最高裁判所の判決は、ドイツ法の本質の原則と明らかに矛盾するのではない(家事事件手続法 109 条 1 項 4 号)。A と C の父子関係は、ドイツ法の本質の原則と矛盾する代理懐胎契約に基づくものであるが、ドイツ実質法(民法 1592 条)を適用する場合にも A が C の法的な父であることから、結論においてはドイツ法と合致しないものではない。なぜならば、A は、J の同意を得て(1595 条 1 項⁽¹⁰⁸⁾)、方式にしたがって(1597 条 1 項⁽¹⁰⁹⁾)、C との父子関係を承認している(1592 条 2 号)。C がドイツに居所を有していることから、C の

親子関係についてドイツ法を適用することができる（民法施行法 19 条 1 項）。（② Rz. 20）

J は父性承認への同意の時点で独身であるから、A が父性承認を行ったときに、C と他の男性との間に父子関係が存在していない（民法 1594 条⁽¹¹⁰⁾ 2 項）。（② Rz. 21）

(2) B と C の親子関係について

B と C の親子関係について、カリフォルニア州最高裁判所の判決は、特別の手続なく承認されるのではない（家事事件手続法 108 条 1 項）。承認すれば、ドイツ法の本質的原則と明らかに合致しない結果となる（家事事件手続法 109 条 1 項 4 号）。（② Rz. 24）

本件では公序違反が存在し（② Rz. 25）、カリフォルニア家族法により⁽¹¹¹⁾基礎づけられた親子関係はドイツ法には馴染みのないものであり、ドイツ法の本質的原則にも耐え難い形で矛盾しているものである。（② Rz. 27）

代理懐胎契約は否定されている（民法 1591 条、胚保護法 1 条 1 項 7 号、養子あっせん法 13 条 c）。養子あっせん法の立法理由では、代理懐胎を認めないという立法機関の基本判断の目的は、当該女性と子の人間の尊厳の保護、したがって基本法 1 条 1 項による我々の法体系の最高の財の保護であった。（② Rz. 29）

代理懐胎の手続について自らで承諾の表示をしていたことで、当該女性に有利な保護措置が不必要となるのではない。人間の尊厳は、当事者自身が問題のある行為を了承していた場合であっても害されうる客観的で処分不可能な価値だからである。代理懐胎が純粋な利他主義的動機から提案されるのが希有であることも顧慮しなければならない。むしろ、通常は、重大な経済的動機付けのみが代理懐胎の準備へと導いている。当該女性と子の人間の尊厳の保護は、女性が経済的窮状から妊娠の負担とリスクに巻き込まれ、懐胎されねばならない子が取引の対象となるのを妨げることである。（② Rz. 29）

代理懐胎の否定は、それゆえにドイツ法の基礎となる価値判断および中核構成部分とみなされる。他国での相違する法律規定との関連において、

立法機関は、代理懐胎を妨げるものとする民法 1591 条の規定が必要であると考えていた。⁽¹¹²⁾ (② Rz. 30)

(3) 一般予防効果

(a) 一般予防と公序

本件カリフォルニア州最高裁判所の判決とそれによる代理懐胎契約のみに基づく法的親子関係を承認することを一般予防の効果から否定した。

契約と子の引渡しに既に実行されていたことを理由に保護目的をおろそかにするような運用は、国内で承認されることを期待して外国での代理懐胎契約により子への望みを達成することを、代理懐胎を希望する他の依頼者 (Wunscheltern) に奨励するかもしれない。それにより、民法 1591 条、胚保護法 1 条 1 項 7 号、養子あつせん法 13 条 c によって法律化された代理懐胎の否定は著しく弱体化される、または完全に放棄されることとなるかもしれない。このことは、保護しなければならない基本権が優越する意義を有するという観点から耐え難いものと思われる。(② Rz. 31)

(b) 家事事件手続法 109 条 1 項 4 号との関係

代理懐胎を否定することで回避される危険に、本件事案においても、母と子は実際にさらされていた。そのため、個別事案の結果に合わせるといふ家事事件手続法 109 条 1 項 4 号の要件が単なる一般予防的效果では満たされないことは矛盾しない。(② Rz. 32)。

(4) 子の福祉

公序違反の判断で最も重要となる子の福祉について、縁組手続、社会的家族関係、事実関係の国内関連の 3 点から検討した。

まず、子の福祉は、縁組手続以外に法律上の親子関係を創りだすことを求めている。縁組手続での裁判所による審査は、依頼者との法律上の親子関係が子の福祉に相応するか否かを包括的に審査する場として予定されている。審査には、縁組の必要性、実親側の事情、依頼者側の親としての適性が含まれる。この審査は、子の福祉を考慮するために十分な法律上予定された手段であるのみならず、子の福祉の調査に本質的により適している。⁽¹¹³⁾ (② Rz. 33)

さらに、Cがその生活している社会的家族の結びつきから引き離されることになるかを判断することは、本件では、必要もなければ、期待されてもいない。Cは、すでにAとの間での法的に保障された関係において生活している。父AとそのパートナーであるBとともにCが生活することを阻害する事情が何であるかは、明らかではない。このことは、すくなくとも、BとCの間の法律上の親子関係とは関係のないものである。(② Rz. 34)

事実関係の国内関連 (die Inlandsbeziehung des Sachverhalts) が、BとCがドイツ国籍を有しており継続的なドイツ滞在を望んでいる本件では重要である。AとBはドイツにおいて法的に承認されない手続を実行する目的でカリフォルニアに旅立った。彼らは、ドイツの法秩序に違反することを望んでいなかった場合でも、ドイツの立法機関が阻害しようとしたことを、ドイツの出生登録簿への登録をとおして受け入れるべきである。(② Rz. 35)

(5) 自己の出自を知る権利

カリフォルニア州最高裁判所の判決を承認することでAとBを親とする出生登録は、基本法1条1項との関連における2条1項の一般的人格権から導き出されるCの自己の出自を知る権利を侵害する。

血縁関係の証明は、出生登録簿における親の氏名の登録をとおしてなされることから、子の母の名が出生登録簿から判明しない場合には不可能となる。子を分娩した母との血縁関係が登録されないならば、子Cにとっては、自己の出自に関して入手可能な情報が与えられないこととなる。

(① Rz. 10)

Jを示さない登録では、自己の出自に関して存在する情報がCに与えられない。このことに、CがJと遺伝上は血縁関係がないこととの矛盾はない。自己の出自を知る権利に関する従来の連邦憲法裁判所の判例は、⁽¹¹⁴⁾実父子関係に関するものであり、遺伝的血縁関係とその他の血縁関係(出自)の間を区別する根拠を有していなかった。血縁関係は、個々人の遺伝的構成を確定するのみではなく、アイデンティティーの発見 (Individualitätsfindung)

と自己理解のための要点であることから、個性（Individualität）の展開にとって根本的な要素として表される。アイデンティティーの発見と自己理解については、生物学的に確実な認識だけが決定的ではない多面的な事象が問題となる。子宮における発育が子の発育にとって重要と見られることに関連して、自己の出自を知る基本権については、民法 1591 条において定義された血縁関係も考慮しなければならない。これは、C のような子が母の側の自己の遺伝的血縁関係に関する情報を伝えられないままであることが見込まれる場合には、特別な程度で重視されなければならない。そのような状況は、最低でも、情報を求めている子を懐胎し出産した女性に関して既存の情報を得ることができる利益の権限を強化する。(② Rz. 36)

承認された判決において女性 J が明確に挙げられていることから基本権違反は存在しないとする A、B、C の論拠は否定される。⁽¹¹⁵⁾カリフォルニア州最高裁判所判決に遡ることによってその母に関する情報を得ることを、C 自身が実際に知ることができる時点まで、身分登録所、その他の国家機関が保障することができない。(② Rz. 37)

5 連邦通常裁判所 2014 年 12 月 10 日決定

連邦通常裁判所 2014 年 12 月 10 日決定は、⁽¹¹⁶⁾原審を破棄し、上告を認容した。

生活パートナー A と B は、子 C に対して親の地位を有している。この点は、カリフォルニア州最高裁判所判決に基づき、拘束的に定まっている。この判決は、ドイツにおいて家事事件手続法 108 条によりすべての範囲において承認される。(③ Rz. 19)

1) 公序違反

A は、C の親である (③ Rz. 30, 31)。さらに、B と C の親子関係についても、以下の理由から、カリフォルニア州最高裁判所の判決は承認法上の公序に反していないとする。

代理母の合意に基いて注文者または依頼者との親子関係を基礎づける、

または確認する親子関係の外国判決がドイツの公序に合致しているか否かについて、裁判例と学説において、見解が分かれていた (③ Rz. 33)。代理懐胎の事案における外国判決が法律上の親の地位を依頼者または注文者に割り当てる事情から、— 代理母とは別に — 依頼者の一方が子と遺伝上の血縁関係を有する場合にはドイツの公序にはなおも違反しないという見解を適切とする (③ Rz. 34)。

公序に反しない理由として、連邦通常裁判所決定は、民法の実親子関係の規定 (前記 1 3) (2))、立法における代理母の扱い (前記 1 3) (1)、後記 (1))、家事事件手続法 109 条 1 項 4 号による公序違反 (前記 1 4)、後記 (3))、同性の両親と公序違反 (後記 (4)) について状況を確認したうえで、カリフォルニア州最高裁判所判決の承認がドイツ法の本質的原則に耐え難い程度で矛盾しているのではないとした。

(1) 立法における代理母の扱い

胚保護法、養子あっせん法の立法趣旨 (前記 1 3) (1)) のうち、次の 2 点を指摘する。

まず、胚保護法 1 条 3 項 2 号、養子あっせん法 14 条 b 第 3 項によっても、代理母、子と縁組を望む者、依頼者は罰せられない。(③ Rz. 38)

次に、代理懐胎を原因とする特別な紛争は、障害をもつ子が生まれた後に注文者がこの子の引き取りを望まない場合、代理母が出産後に子と別れることを望まない場合、または妊娠中には墮胎の問題が生じるときに発生する。⁽¹¹⁷⁾ (③ Rz. 39)

(2) 家事事件法 109 条 1 項 4 号

代理母については、人間の尊厳 (基本法 1 条 1 項) が問題となる。依頼者の権利は、基本法 2 条 1 項、6 条 1 項、場合によってはヨーロッパ人権条約 8 条 1 項から生じる。子については、親による養育と教育の保障への権利 (基本法 6 条 2 項 1 文との関連における 2 条 1 項) の尊重が問題となる。この子の権利は、身分関係としての現存の法律上の親子の帰属 (Eltern-Kind-Zuordnung) が排除される場合に侵害されている。⁽¹¹⁸⁾ 法律上の意味における親の責任を子の福祉と保護のために引き受けることができ

ない（依頼者である）父母の一方への身分法上の帰属が子に認められない場合も、親による養育と教育の保障への子の権利が関係する。⁽¹¹⁹⁾そのことは、外国で基礎づけられた代理母関係の事案においても同様に考慮される。子の福祉は、国連子どもの権利条約3条1項、EU基本権憲章24条により、子が関係するすべての措置について優先的に考慮される。(③ Rz. 41)

ヨーロッパ人権裁判所の判例も、ヨーロッパ人権条約8条1項の私的生活（private life）の尊重に法的な親子関係を基礎づける子の権利を含めている。個人のアイデンティティーの一部としての法的な親子関係を認めないならば、子のアイデンティティーが損なわれるとしている。⁽¹²⁰⁾(③ Rz. 42)

(3) 同性の両親と公序違反

親の地位が夫婦の代わりに同性カップルに外国判決によって割り当てられること自体が、公序違反となるのではない。⁽¹²¹⁾異性の依頼者が完全に子の遺伝上の親となりうることは、たしかに、子との近い結びつきを基礎づけることができるが、社会的に同価値である生活パートナーの親子関係を、親子関係が継続的に意図されて法的に安定している場合に排除するものではない。(③ Rz. 43)

2) ドイツ法の本質的原則との関係

すべての事情の全体的観点により、子と依頼者の間に法的な親子関係が存在するという外国法に基づいてなされた裁判所の確認は、そのような判断の承認が結論において耐え難いと思わせる程度でドイツ法の本質的原則に矛盾してはいない。代理母および子の基本権または人権は、判決の承認を原則として禁じていない。むしろ、子の福祉は、承認を肯定するものである。(③ Rz. 44)

3) 一般予防効果との関係

胚保護法と養子あっせん法が代理母を認めず、違反に対して刑罰を科すのは、代理懐胎を阻止するという一般予防の考えに基づいている。しかし、本件では、すでに代理懐胎が実施され、子が引き渡されており、一般予防

の側面からのみ語ることはできない。(③ Rz. 45)

また、個別事案の結果を対象とする家事事件手続法 109 条 1 項 4 号の公序の要件を一般予防効果が満たすことができるのかも問題となる。

そこで、一般予防効果が、本件カリフォルニア州最高裁判所判決の承認との関係でどのような意味を有するかについて、抗告審と異なる考えを述べている。

(1) 一般予防と公序

本件ではすでに代理懐胎が外国で実施されており、子も権利の担い手として考慮に入れられる点で区別される。分娩した女性が母となること（民法 1591 条）は養子あっせん法と胚保護法の評価、一般予防的な考量に基づく。しかし、子の権利を包括的に含めて現在生じている状況を独立して評価するという必要がなくなるのではない。民法 1591 条におけるドイツの規定が強行法規として形成されていること、および刑事罰の規定の適用が国内で実施された代理懐胎に限定されること（刑法 7 条）を超えて外国での代理懐胎の回避を目的とすることが、公序に含まれるのではない。

(③ Rz. 46)

(2) 代理母の権利

立法時に代理母と子の福祉に関して考慮されたことは、主として妊娠によって生じる代理母と子の間の身体的および心理的な関係に関わる。(③ Rz. 47)

しかし、代理母の権利は、代理母自らが子に対する親の地位を占めることを決意し、出産後に子を依頼者に引き渡さない場合に重要となる。ここで依頼者と代理母の間で生じる紛争は、子の出生国の裁判所で決着が付けられる。代理母が任意に子を生活パートナーに引き渡しており、親の地位を占めることを望んでいない本件では、外国での裁判上の引渡し命令がドイツにおいて承認されるか否かを、判断する必要がない。(③ Rz. 47, 48)

子を懐胎し出生後に依頼者に引き渡すという代理母が下した判断の任意性の確保が、代理懐胎の合意と実施について外国裁判所が適用する法により保障されている場合には、⁽¹²²⁾子を依頼者に引き渡すために代理母が準備す

る状況は、縁組と比較可能である。したがって、管轄を有する外国裁判所による法治国家の要請に相応する手続において代理懐胎の合意の有効性と依頼者との法律上の親子関係が確認されている場合には、代理母の自由な判断と、依頼者への子の引渡しの任意性が保証をされている。(③ Rz. 49)

出産後の代理母の状況は、縁組に同意した母の状況と比較可能である。少なくとも現実の観点では、親の責任を一方的に解消することが、近年の法律で認められている。秘密出産（妊娠葛藤法（Schwangerschaftskonfliktgesetzes (SchKG)）25条以下⁽¹²³⁾）と匿名縁組（民法1747条4項2文⁽¹²⁴⁾）では、遺伝的母子関係、懐胎期間中に生じた結びつきにもかかわらず、母子の分離が生じる。子が縁組されないときは出産した女性が法律上の母であるが（民法1591条）、子が16歳になるまで母に法律上保障された匿名性により、子は、母の身元（Identität）を知ることすら妨げられる（妊娠葛藤法31条⁽¹²⁵⁾）。(③ Rz. 50)

4) 遺伝上の血縁関係について

ドイツ法では、精子提供型人工授精において、遺伝上の血縁関係のない依頼者男性との法律上の親子関係を、依頼者男性と母と精子提供者の間の合意に基づいて生じさせている（民法1600条5項⁽¹²⁶⁾）。代理懐胎の場合と同じように、合意の実施に子の存在が帰せられる。(③ Rz. 52)

依頼者と子の間に遺伝的血縁関係が存在しない場合、代理母が子の遺伝上の母である場合に異なる判断が示されるか否かは、代理母JとCの間に遺伝上のつながりがなく依頼者AがCの遺伝上の父である本件について判断する必要はない。(③ Rz. 53)

5) 子の福祉

(1) 概要

本件事案において決定的なのは、子の福祉、とりわけ両親への法的帰属を保障される子の権利（基本法6条2項との関連における2条1項、ヨーロッパ人権条約8条1項）である。(③ Rz. 54)

そして、抗告審決定が公序違反を理由づけるにあたり考慮した要素である縁組手続と社会的親子関係（前記4 2）（4）、自己の出自を知る権利（前記4 2）（5）が主要な考慮要素とはならないことを示す。それとともに、実質的再審査の禁止から、本件では公序違反という判断に導かれないことを述べる。

（2）両親への法的帰属を保障される権利

判決が承認されない場合には、民法施行法19条1文の要件のもとでドイツ法からのみ子が代理母に帰属することとなる。これに対して、代理母の本国においては、依頼者を子の法律上の親と定めるという代理母の本国での裁判所判決に基づくことから、代理母への帰属が基準とはならない。このことには、代理母が子に対して親の地位を有していないこと、子の世話も教育も引き受けることを望んでいないことが対応する。（③ Rz. 55）

ドイツ国内において2人の依頼者への帰属を子に認めないならば、法的な親子の結びつきを基礎づけることができるというヨーロッパ人権条約8条1項からの権利を侵害している。依頼者の一方を法律上の親として構成すると、基本法6条2項の事案と相違して子が2人ではなく1人の親しか有さないことから、この権利は守られない⁽¹²⁸⁾。ドイツ法によれば代理母が母となるが、代理母の本国法では効力を有さないという跛行的な血族関係（das hinkende Verwandtschaftsverhältnis）⁽¹²⁹⁾は、基本法6条2項との関連における2条1項とヨーロッパ人権条約8条1項からの要請を満たさない。したがって、代理母の国内での禁止を潜脱することを阻止するという一般予防的な考量のみから判決の承認を拒否することを、国内の立法機関が妨げられることは許されるだろう。子の福祉が考慮の中心にあるときは、子が自らの出生の状況に影響を有せず、これについて子に責任を負わせることができないことを維持しなければならない。子の福祉の判断は子と代理母の間の心理社会的関係の観点に限られるものではない。むしろ、代理母ではなく依頼者が親の地位を有し、子に対してその実りある発育のために必要な愛情や出捐（Zuwendung）を与えることを望む点を、包括的な考慮の範囲において、考慮外におくことは許されない。（③ Rz. 56）

(3) 社会的家族関係について

抗告審の考えとは異なり、法律上の親子の帰属は、これがなくとも子が依頼者の庇護のもとに留まることができるという理由から、意味を有しないというのではない。子の福祉と悩み（Wehe）について継続的な責任を引き受ける者としての親への信頼できる法的な帰属も、子の福祉には含まれる。(③ Rz. 57)

(4) 縁組との関係

縁組以外の方法で親子関係を創りだすことを子の福祉は求めていないという抗告審の考えを（前記 4 2）（4）、上告審はとらず、次のように述べる。

まず、優先して依頼者に子が帰属するという代理懐胎の事案において外国法により下された評価を、縁組では子の福祉の個別審査で代えている。生活パートナーの一方の子と他方との継親子縁組が通常は認められることから、両者とも同じ結論に至る。このような一致した結論は、公序違反の推定を明らかに否定する。(③ Rz. 58)

次に、縁組の場合には、子の出生後に、子を自己の子として受け入れるのか、あるいは子が障害を負っている場合に子への望みを取りやめるのかが、依頼者の意向によるという危険がある。子が出生国で親がないままとなり、ドイツ法による代理母への帰属も効力が生じないということが起こりうる。(③ Rz. 59)

これに対して、依頼者が生殖補助医療による懐胎を主導し、子が存在するのが依頼者の判断に帰せられるにもかかわらず、依頼者が責任を免れることになるかもしれない。そのような状況は、代理懐胎の合意なしには子が懐胎されず出生しなかった点で、縁組と区別される。縁組とは異なり、代理懐胎の事案における依頼者は、後に子がアイデンティティーを見いだすために、子の誕生についてともに責任を負う者として、中心的な役割を引き受ける（この役割は、相応する法的な親責任に反映されないかもしれない）。(③ Rz. 60)

(5) 実質的再審査の禁止

外国判決の承認が国内法秩序との関係においてより良く子の福祉を実現するか否か、親の教育と教育の保障への権利をとおして承認が必要であるか否かを承認の範囲で判断することは、家事事件手続法 108 条により禁止される外国判決の実質的再審査にあたる。その限りで、外国判決の承認の排除は、承認がドイツ法の本質的原則に明らかに合致しない例外事案に限られる（家事事件手続法 109 条 1 項 4 号）。（③ Rz. 61）

憲法上の考量に基づいて子が依頼者に法的に帰属することが当然であるのか、むしろやむを得ないのかという問題について答える必要もない。なぜならば、ドイツ法と相違する子の福祉の法的評価と判断に基づくものであるという理由から、外国裁判所判決が公序と合致しないのではないからである。代理母の保護という限定条件を満たしている代理懐胎合意を法的に承認するという結論に外国法が至っており、意図されて生涯にわたり引き受けられた社会的親子関係に子の福祉の観点において優先が認められているならば、依頼者の一方が子の血縁上の親であり、代理母が子と遺伝的血縁関係にない本件事案において公序に反していない。（③ Rz. 62）

6) 自己の出自を知る権利について

自己の出自を知る権利は、身分登録簿によって保障されるものではない。身分登録法は、法律上の親子関係に関連するものであり、例えば精子提供など他の観点において生物学的または遺伝的親子関係に関する情報について定めるものではない。それに対して、自己の出自を知る権利は事実に関する情報収集である。また、自己の出自を知る権利は、抗告審が想定したような生物学的に出生した母を知ることのみならず、遺伝上の母である卵子提供者を知ることにも対象となる。（③ Rz. 63）

6 凍結保存されている胚の認知

連邦通常裁判所 2014 年 12 月 10 日決定の事案は、代理懐胎による出生後に生じる問題であった。これに対して、デュッセルドルフ上級州裁判所

2015年7月31日決定⁽¹³⁰⁾は、代理母の子宮に着床される前の人の胚の段階で精子提供者が父性確認をできるかが問題となった。同性カップルに限らず生じうる問題ではあるが、同決定の事案では男性カップルが当事者であったこと、代理懐胎と関連することから、ここでとりあげる。

1) 事案

男性Xは、Aと生活パートナーシップを設定している。XとAは、アメリカのカリフォルニア州で代理懐胎を行った。第三者から卵子提供を受けて、Xが精子を提供して、人工授精により胚が複数つくられた。その胚の一部を用いて代理母が双子を出産した。残りの胚は、カリフォルニア州にあるクリニックで冷凍保存されている。Xは、残りの胚により、さらに代理出産を行うことを意図していた。そして、Xは、これらの胚からさらに子が生まれた場合に自動的に配慮権者とみなされるために、胚との父性確認を求める本件申立てをするとともに、親としての配慮に関する手続を申し立てた。

ノイス区裁判所2014年2月26日判決（未公刊）は、申立てを棄却した。Xは、抗告した。

2) デュッセルドルフ上級州裁判所2015年7月31日決定

子の出生前に父性確認をする可能性が法律上はないとして、デュッセルドルフ上級州裁判所2015年7月31日決定は抗告を棄却した。

子との法的父子関係は、ドイツ法によれば、子の出生により初めて確定する。民法1592条1号により、子の父は、出生時に母と婚姻していた者である。この規定は、子の出生時点で初めて母が婚姻しているか否かが確定されることから、法的父子関係を出生時に初めて確かに宣言することができるという立法者意思を明確にしている。1592条2号（父性承認）、1594条4項（胎児への父性承認）により父子関係を子の出生前に承認できることは、異なる立法者意思を表しているのではない。1594条2項により他の男性との間の父子関係が存在しない限りにおいてそのような父性

承認が効力を有するからである。しかし、出生時点で1592条1号の規定に基づき他の男性との父子関係が定まることもありうる。その他に、申立人は、父性承認ではなく、胚の段階にある人の生命体との父性確認を求めている。1594条4項の例外的性質と、対応する規定が裁判上の父性確認(1600条d)にはないことから、意図しない法の欠缺は存在せず、子の出生前の父性確認を可能にするための1594条4項の類推適用は否定される。(Rz. 3)

胎児の将来の権利の保障のために保護人を選任する1912条も適用、類推適用されない。子の出生時に申立人が配慮権者になるだろうことは(1912条2項)確認されず、また未解決にしておくことができる。申立人は、本件手続において、1912条に基づいて人の胚の将来の権利を主張するのではなく、父性確認により卵子提供者の意思なしに、または意思に反してでも胚について一種の処分権限(Verfügungsbefugnis)を期待している。これについて、同条の単なる類推適用の余地もない。(Rz. 4)

胚が保存されているアメリカ合衆国またはカリフォルニア州の法で現時点での父性確認が可能か否かは、本件手続で外国法が適用されないことから、明らかにする必要はない。胚は、民法施行法19条1項1文にいう子ではなく、凍結胚の保存地は常居所地ではないから、同条は適用されない。卵子を採取した女性を妊娠させる以外の目的で卵子を受精させることに対して、立法機関は、明確に胚保護法1条1項2号で刑罰を科している。これに反する胚との関連において、冷凍保存された胚との父性確認を認める外国法の適用を民法施行法19条により望んでいるとは推定できない。(Rz. 5)

7 小活

本章で扱った2つの事案は、同性カップルだから生じる問題ではなく、生殖補助医療を利用することにより生じうる一般的な問題の当事者が男性カップルであったに過ぎない。

連邦通常裁判所2014年決定は、男性カップルに限らず、代理懐胎全般

を対象とした判断である。日本における最高裁平成19年3月23日第二小法廷決定（民集61巻2号619頁）とは逆の結論を導き出している。女性カップルにおいてドイツ実質法では同性の実親の組合せを認めていないが（前掲Ⅷ21）、2）、外国判決の承認では二人の実母を認めた前記ベルリン高等裁判所2014年12月2日決定（前記Ⅶ23）と比較検討した方がよいであろう。ベルリン高等裁判所2014年決定は、「代理懐胎とは異なり」という限定を付して、二人の母からなる実親子関係を、ドイツの本質的原則にも、基本権にも違反しないとしていたからである。

連邦憲法裁判所2014年決定は、第一審と抗告審とは異なり、代理懐胎の禁止および依頼者と子の親子関係を連続した平面では捉えていない⁽¹³²⁾。代理懐胎において依頼者カップルと代理母が処罰されない点では、ドイツ医師会のガイドラインに沿わない女性カップルによる精子提供型人工授精と異ならない。胚保護法と養子あっせん法がいわば業法であり、実親子関係を決定するのは民法の仕事である。ドイツ法が適用される範囲においてのみ、ドイツ法によって実親子関係が決定される。代理懐胎による親子関係を認める外国判決を承認しても、ドイツ法では代理懐胎に親子関係を認めおらず、代理懐胎は禁止されたままである。

例えば、ドイツ国内で代理懐胎が行われたとしても、依頼者と子の親子関係は、胚保護法や養子あっせん法によってではなく、民法の規定から生じない。母は分娩者であるから、代理母が母となる（民法1591条）。精子提供者が父性承認をすれば父となる。男女のカップルの場合に、ドイツ民法は、遺伝上の母であっても母からの認知を認めておらず、母子関係は分娩の有無で定まる。男性カップルにおいて、その一方が父性承認をしていれば、他方が重ねて父性承認をすることはできない（民法1594条2項）。生活パートナーであるという理由で二人目の父として登録されないことは、女性カップルによる精子提供型人工授精で二人目の母として登録されないのと同じである（前記Ⅶ21）。ドイツ国内で行われた代理懐胎であれば、跛行的な血族関係は生じない。

それでも、ドイツ法の本質的原則に反しないのかという問題は残る。連

邦憲法裁判所 2014 年決定は、子の福祉、とりわけ両親への法的帰属の権利を強調している。ドイツ国内で禁止されている代理懐胎を行った依頼者に対してその望む実親子関係を与えないという制裁とは捉えていない。また、ドイツでは、精子提供型人工授精において合意に基づく親子関係を明文で認めていることから（民法 1600 条 5 項）、同じく合意に基づく実親子関係を生じさせる代理懐胎が本質的原則に反するとは言い難くなる（前記 5 4）。この点は、日本において、「実親子関係が公益及び子の福祉に深く関わるものであり、一義的に明確な基準によって一律に決せられるべきであること」（最高裁平成 19 年決定）とするにもかかわらず、ドイツとは違う結論が導き出された理由の 1 つであろう。最高裁平成 19 年決定の法廷意見は、日本法では分娩者＝母ルールすら明確に定義されていないことを示している⁽¹³³⁾。そうであるならば、ドイツ法が認めているから日本でもという単純な考え方はできないことになる。

最後に、凍結保存されている胚への父性承認（認知）も、同性カップルに限らず、男女カップルでも生じる問題である。人の胚の段階では認知できないとするデュッセルドルフ上級州裁判所の考え方は明快である。これに対して、胚は子でないことに疑問を呈することも可能かもしれない。さらに、精子提供型人工授精では胚の形成前に行われた合意、意思表示に基づいて親子関係を成立させていることを考えると、胚に対する父性承認という意思表示ではなぜ親子関係が認められないのかを問うことができるかもしれない。

注

- (76) ドイツの親子関係規定については、野沢紀雅「比較法的検討 — ドイツ —」家族〈社会と法〉第 28 号 52 頁（2012）を参照した。
- (77) 民法 1600 条 5 項は、カップルの男性と女性が合意に基づいて精子提供により人工授精を行った場合に、このカップル双方による父性否認を認めていない。子から父性取消しをすることは認められる。
- (78) アジアにおける代理懐胎（出産）ツーリズムについては、日比野由利「ルポ 生殖ビジネス 世界で『出産』はどう商品化されるか」朝日選書 933

朝日新聞出版社（2015）に、現地での状況が紹介されている。

(79) 連邦通常裁判所 2014 年 12 月 10 日決定前の状況については、トビアス・ヘルムス（野澤紀雅 訳）「代理懐胎：生殖ツーリズムと実親子法」比較法雑誌 48 巻 3 号 81 頁（2014）を参照。

(80) かつては、出生証明書の発行手続が簡単であったインドで男性カップルが代理懐胎を依頼することが多かったが、2012 年から医療ビザの発行にあたり「2 年以上の間、法律婚をしている夫婦」、「母国が代理出産を認めていること」という要件を加えたため、実質的に不可能となっている。参照、日比野・前掲 24 頁以下。

(81) 家事事件手続法 109 条（承認障碍）

(1) 外国裁判の承認は、次に掲げる場合には、排除する。

1. 他国の裁判所がドイツ法により管轄を有しない場合。

(2～3 号略)

4. 裁判の承認がドイツ法の本質の原則と明らかに合致せず、とりわけ承認が基本権に合致しない場合。

(82) AG Schöneberg, Beschluss vom 25. Oktober 2012 -70 III 70/12-, juris

(83) StAZ 2013, 348.

(84) 実親子関係事件の管轄は、子、母、父の国籍または常居所地により定まる（家事事件手続法 100 条）。カリフォルニア州の裁判所の国際管轄が認められると、カリフォルニア州最高裁判所の判決は、家事事件手続法 109 条 1 項 1 号に該当せず、承認される。

もっとも、抗告審がアメリカ移民国籍法 1401 条 (a) にしたがって C は出生によりアメリカ国籍も得ていること（二重国籍）に基づいたのに対して（② Rz. 19）、上告審は子の国籍および常居所とは関係なく、カリフォルニア州にある代理母の常居所に基づくとした（③ Rz. 26）。

参照：家事事件手続法 100 条

子、母、父が、又は母とその懐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が次に掲げる者である場合には、ドイツの裁判所は、管轄を有する。

1. ドイツ人である。

2. 国内にその常居所を有する。

参照：アメリカ移民国籍法（Immigration and Nationality Act of 1952）1401 条

次に掲げる者は、出生の時にアメリカ合衆国の国民であり、かつ、市民であるものとする。

(a) アメリカ合衆国において出生し、その裁判権の対象となる者

(85) ドイツにおける生殖補助医療の概要については、床谷文雄「ドイツ」総

合研究開発機構・川井健共編『生命科学の発展と法 生命倫理法試案』有斐閣（2001）201 頁以下を参照。

(86) 胚保護法 1 条 1 項 7 号

自己の子をその出生後に第三者に永続的に引き渡す用意のある女性（代理母）を人工的に受精させ、又はその女性に人の胚を移植することを企図した者には 3 年までの自由刑又は罰金刑に処する。

胚保護法 (Embryonenschutzgesetz - ESchG) については、齋藤純子「胚保護法」外国の立法 30 巻 3 号（1991）99 頁以下に立法の経緯と翻訳が、床谷・前掲 226 頁以下に翻訳がある。床谷・前掲 215 頁に紹介されている文献も参照。

(87) 養子あっせん法 14 条 b

(1) 第 13 条 c に反して代理母あっせんを業とする者は、1 年までの自由刑又は罰金に処する。

(2) 代理母あっせんについて財産的利益を得ている、又はその約束をする者は、2 年までの自由刑又は罰金に処する。行為者が業務上の行為をしているときは、3 年までの自由刑又は罰金刑に処する。

(88) 養子あっせん法 (Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG) 13 条 c
代理母あっせんは、禁止する。

(89) BT-Drucks. 11 / 4154, S. 6.

(90) BT-Drucks. 11 / 4154, S. 6.

連邦法務省・研究技術省共同による生殖補助医療に関する委員会（委員長の名をとって、ベンダ (Benda) 委員会と呼ばれる)「体外受精、遺伝子解析、遺伝子療法」報告書、連邦及び州の作業グループ「生殖補助医療」の最終報告書は、草案に先立って同様の内容の報告書を提出していた。

ベンダ委員会を含む、人工生殖に関するドイツの立法過程については、床谷・前掲 205 頁以下、木村隆人「生殖補助医療と法的母子関係—ドイツ法での議論を手掛かりにして」GEMC journal no.5 104 頁、107 頁以下（2011）を参照。

(91) BT-Drucks. 11 / 4154, S. 6.

(92) BT-Drucks. 11 / 4154, S. 6 f.

(93) 子の父は、出生時点に子の母と婚姻していた男性（民法 1592 条 1 号）、父性承認をした男性（2 号）、または民法 1600 条 d または家事事件手続法 182 条 1 項により父子関係の裁判上の確認をした男性（3 号）である。

(94) BT-Drucks. 13 / 4899, S. 52 und 82.

(95) BT-Drucks. 13 / 4899, S. 82.

(96) 連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決（前記Ⅲ 2）、2013 年 5 月 7 日判決（前記Ⅶ 2 1）(5)、ケルン上級州裁判所 2014 年 8 月 27 日決定（前記Ⅶ 2

- 2) (3)) を参照。
- (97) トランスセクシュアルによって生じる同性の親の問題については、後記IXで扱う。
- (98) 連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決 (BVerfGE 133, 59、前記Ⅲ 2) を参照。生活パートナー双方が他人の子とする共同縁組は認められていない点については前記Ⅳ、Ⅴを参照。
- (99) 民法施行法 6 条
外国の法規範は、その適用がドイツ法の本質的原則と明らかに合致しないときは、適用しない。とりわけ、適用が基本法に合致しないときは、適用しない。
- (100) BGH 1998 年 4 月 21 日判決 BGHZ 138, 331, Rz. 16.
- (101) BGH 2011 年 3 月 30 日決定 BGHZ 189, 87.
「家事事件手続法 109 条 1 項 4 号は、制限的に解釈しなければならない、例外的事情に限定されなければならない、そのさいにとりわけ手続の違い (Verfahrensunterschied) すべてが国内公的秩序への違反に影響を及ぼすのではない。」 (Rz. 25)
- (102) 家事事件手続法 108 条 (その他の外国判決の承認)
(1) 婚姻事件における判決を除き、外国判決は、これについて特別の手続を必要とせず、承認する。(以下略)
- (103) 身分登録法 36 条 (外国における出生と死亡)
(1) ドイツ人が外国において出生又は死亡したときは、身分登録事件は、申立てにより出生登録簿又は死亡登録簿に登録することができる；ドイツ国籍を有することは、申立ての時点を基準とする。(2 文、3 文略)。申立権者は、次に掲げる者である。
1. 出生時に父母並びに子及びその配偶者、生活パートナー又はその子 (2 号以下略)
(2) 登録の管轄は、外国で出生した者がその住所又は常居所を有している管轄地域の身分登録所が有する：(以下略)
- (104) 国籍法 (StAG) 4 条
(1) 父母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ており、かつ、ドイツ法による実親子関係の基礎づけのために父性承認又は父性確認が必要なときは、国籍取得の主張のためには、ドイツの法律により有効な父性承認又は父性確認が必要である；子が 23 歳に達するまでに、父性承認の意思表示を行う、又は父性確認の手続を開始しなければならない。(以下略)
- (105) 自己の出自を知る権利に関しては、抗告審決定理由 (後記 4 (5)) にお

いて、第一審の理由とともに紹介する。

- (106) BVerfGE 124, 199. 決定理由などの内容については、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 巻 3・4 号 409 頁、426 頁（2010）を参照。2009 年 7 月 7 日判決と記載しているが、決定の誤りである。
- (107) 以下の (1)～(5) の他に、民法施行法 19 条の論点に関する部分があるが（② Rz. 39 以下）、本稿の対象から外れるため割愛する。
- (108) C を分娩した J は、ドイツ法の適用において母である（民法 1591 条）。
- (109) 民法 1597 条（要式；撤回）
（1）承認と同意は、公的認証をしなければならない。
- (110) J が婚姻していれば、C は、J の夫の子と推定されるため、A は父性承認ができないことになる。
民法 1594 条（父性の承認）
（2）他の男性と父子関係が存在する限りにおいて、承認は、その効力を生じない。
- (111) カリフォルニア家族法 sec. 7672 lit. f. (2)
- (112) BT-Drucks. 13 / 4899, S. 82.
- (113) 自動承認（家事事件手続法 108 条）の範囲においてのみ代理懐胎契約の当事者の希望を受け入れ、すでに依頼者のもとで子が慣れていることが子の福祉にとって決定的な基準とする場合であっても、縁組の審査が適しているとする。
- (114) 連邦憲法裁判所 1989 年 1 月 31 日判決 BVerfGE 79, 256.
- (115) A, B, C は、カリフォルニア州の判決の承認により、2011 年 9 月 12 日の申立てにおいて届け出られた情報をドイツの規定に従って司る出生登録簿に登録することになると主張していた。そのような登録によると、代理母への指示を含まない登録簿とそこからの証書によって身分登録が証明されることになるだろうと本決定は述べる。
- (116) BGHZ 203, 350 = NJW 2015, 479.
- (117) BT-Drucks. 11 / 4154, S. 7.
- (118) 連邦憲法裁判所 2013 年 12 月 17 日決定 (BVerfGE 135, 48 = FamRZ 2014, 449)

「官庁による取消しの訴えが成果を収めるならば、子の出生にまで遡って、従来の父性の帰属 (Vaterschaftszuordnung) は失われる。子にとっては、官庁による父性取消しの訴えが認められたことにより、法律上の父を取りあげられる。このことは、親による養育と教育の保障への子の権利を侵害する。

子の権利への侵害は、滞在法の潜脱のためになされたのではない父性承認に官庁による取消しが関係する限りで、比例的ではない。これに対して父性

- 承認が単に滞在法上の目的のために行われたときは、父性の社会的意義 (Gehalt) が子にとって典型的に高いものではない。立法機関が滞在法上の目標設定の実施への利益を父性の社会的意義に対して優先することには、憲法上、異議を唱えることはできない。」(Rz. 102, 103)
- (119) 連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決 (BVerfGE 133, 59) Rz. 44 f. 前記 III 2 1) (2) および (3) を参照。
- (120) ヨーロッパ人権裁判所 2014 年 6 月 26 日判決 (Menneson v. France) Application no. 65192 / 11 Para. 96.
- (121) 連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決 (BVerfGE 133, 59) Rz. 80. 前記 III 2 4) (3) (a) を参照。
- (122) これに対して、代理母の任意による協力が疑問視される事案において代理懐胎が実施された場合、もしくは代理母の身上について、子を臨月まで懐胎する意志を表示した条件についての申述がなく、当該合意を欠くというように本質的事情が不明確な場合、または外国の裁判手続において基礎となる手続法上の保障が無視されていた場合には、代理母の人間の尊厳は侵されている。(③ Rz. 51)
- (123) 秘密出産については、鈴木博人「ドイツの秘密出産法：親子関係における匿名性の問題・再論」法学新報 121 巻 7 号 (2014) 163 頁以下、渡辺富久子「ドイツにおける秘密出産の制度化 — 匿名出産及び赤ちゃんポストの経験を踏まえて —」外国の立法 260 号 (2014) 65 頁以下を参照。
- (124) 民法 1747 条 (子の親の同意)
- (4) 父母の一方が意思表示を行う状況にないとき、又はその所在が継続的にしれないときは、父母の一方の同意を要しない。妊娠葛藤法第 25 条第 1 項に従って秘密に出産された子の母の所在は、母が家庭裁判所に対してその子の出生登録について必要な届出をするまでは、継続的に不明であるとみなす。
- (125) 妊娠葛藤法 31 条 (出自証明書の子の閲覧)
- (1) 満 16 歳に達すると、秘密出産で生まれた子は、家族および市民社会の諸課題のための連邦庁で保管されている出自証明の閲覧もしくは複写を請求する権利を有する (閲覧権)。
条文訳は、鈴木・前掲 210 頁による。
- (126) 民法 1600 条 (取消権者)
- (5) 男性と母の同意を得て第三者の精子提供の方法による人工授精によって子を懐胎したときは、男性又は母による父性取消しは、排除する。
- (127) 参照、連邦通常裁判所 2013 年 5 月 15 日判決、前掲 VII 3 1) (4) (b)。
子の権利のさらなる改善のための法律草案 (子の権利改善法) (Kinderrechtverbesserungsgesetz-KindRVerBG) BT-Drucks. 14 / 2093,

S. 6.

「父性の取消しは、母について、および婚姻の存在または承認に基づいて父とみなされる男性について排除されるものとする。相互に合意において他人の精子を人工的に移植することに同意したカップルには、これによって懐胎された子に対して共同で引き受けた責任を出生後も、変化した生活状況においても負うことが期待されている。」

- (128) 連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決、前述Ⅲ 21) (1)、(2) を参照。
- (129) ドイツ法によれば、ドイツ国内で禁じられた方法で実施された代理懐胎によって、子 C の父は A であり、母は分娩した代理母 J となり、C は 2 人の親を有する。
- (130) FamRZ 2015, 381.
- (131) 1912 条 (胎児のための保護)
 - (1) 胎児には、その将来の権利を守るために、この権利が保護措置を必要とする限り、保護人を付する。
 - (2) 子がすでに生まれていたとすれば親としての配慮が帰属する限り、保護措置は、父母が行う。
- (132) 抗告審は、一般予防というキーワードにより、代理懐胎の禁止が依頼者と子の実親子関係の否定と結びつくと考えていた (前記 4 2) (3))。
- (133) 「民法には、出生した子を懐胎、出産していない女性をもってその子の母とすべき趣旨をうかがわせる規定は見当たらず、このような場面における法律関係を定める規定がないことは…」と述べている。

Ⅸ 性別変更による男性の出産

1 概説

父母の一方がその性別を変更した場合にも、同性の両親となる可能性がある。

まず、生物学的には同性であるが、法的に異性の両親である。この場合に当事者間で子を懐胎することはできない。夫が女性から男性に性別変更した者 (FtMTS) であり、妻が生物学的に女性であるならば、第三者からの精子提供を受けて人工授精により子をもうけることができる。日本であれば、最高裁平成 25 年 12 月 10 日第三小法廷決定 (民集 67 巻 9 号 1847 頁) で問題となった事案である。ドイツでは、生物学的に男女の夫婦による精子提供による人工授精の問題と同じに考えればよく、夫婦の合

意に基づく場合には、子の出生時に母の夫であった者が父となり（民法1592条1号）、この者による父性否認は排除される（1600条5項）。これに対して、妻が男性から女性に性別を変更した者（MtFTS）である場合には、ドイツ国内では禁止されている代理懐胎によらないと子をもうけることはできない。

次に、生物学的には異性ではあるが法的に同性の両親は、生物学的に異性の父母の一方が性別を変更した場合に生じる⁽¹³⁴⁾もつとも、トランスセクシュアル法11条1項は、性別変更の判断がその子との権利関係に触れるものではないと定めている。そのため、子の出生登録簿においては、性別変更前の性別で父母は記載される。

さらに、法的に同性のカップルにおいて、その一方が性別を変更しているときは、生物学的には異性の者による生活パートナーシップが設定される。

MtFTSである一方が性別適合手術を受ける前に精子バンクに預けていた精子を用いて、女性パートナーが人工授精により子を出産した事案について、ケルン上級州裁判所2009年11月30日決定は、トランスセクシュアル法11条から精子提供者からの父性確認を認め、子の出生登録簿には変更前の男性名を記載する⁽¹³⁶⁾とした。

また、連邦憲法裁判所2011年1月11日決定は、トランスセクシュアル法8条3号、4号の生殖不能と性別適合手術の要件が違憲であると判断していた⁽¹³⁷⁾。同決定では、FtMTSではほとんどが異性愛者であること、MtFTSでは同性愛指向を有する例があるがホルモン治療により一時的に生殖能力を欠いていることから、生殖不能要件の妥当性を否定していた。

生殖不能ではなく性別を変更した場合には、身分登録上の女性（生物学的に男性）である者が女性を懐胎させる、身分登録法上の男性（生物学的には女性）が子を懐胎する可能性は排除できない。前者については、子を懐胎させた者が女性として母子関係を認めるように求めても、これまで検討してきたドイツの判例からすると、子を分娩していないため母となることはできないであろう。それに対して、後者の場合には、父性承認または

父性確認ができるかもしれない。しかし、分娩した者が父となるならば、子は母を有しないことになる。

2 事実関係

X は、身体的には女性として出生した。2008 年に男性と結婚した。2010 年 10 月に名を女性名から男性名に変更した（トランスセクシュアル法 1 条）。2011 年 6 月に区裁判所の判決の確定により、男性に性別が変更され、出生登録簿に男性と記載された。X は、ホルモン療法を受けていたが、性別適合手術は受けていない。ホルモン療法も男性への性別変更が承認された後には中断しており、それにより再び受胎可能となった。2013 年 2 月に離婚した。

容器での精子提供を受けて懐胎した X は、2013 年 3 月に子 A を出産した。精子提供者が父とならないことを、X と精子提供者は合意していた。

身分登録所は、X を母としてか、父としてか、または親がないとして登録するのが疑問となったので、身分登録法 49 条 2 項により判断のために裁判所に事件を提出した。X と A は、X を子の父として登録しよう身分登録所に命令するように申し立てた。⁽¹³⁸⁾

ショーネブルク区裁判所 2013 年 12 月 13 日決定は、子の出生の登録について「母：氏 X；名 B.D」と記載するように身分登録所に命じた。申立人 X は抗告したが、ベルリン高等裁判所（KG）2014 年 10 月 30 日決定⁽¹⁴⁰⁾は、抗告を棄却した。X と A は、上告して、連邦通常裁判所に受理された。

（以下では、引用に際して、第一審ショーネブルク区裁判所決定については①、第二審ベルリン高等裁判所決定については②と表す。）

3 原審

母の記載は、子の出生登録簿から省略することはできない。すべての子には、母、子を分娩した者がいる。棄児でも、その履歴（Personalien）が知られておらず、そのために名が登録できない母を有している。本件で

は子を分娩した者が知られているため、その氏名が出生登録簿に登録されねばならない。(① Rz. 11)

X は、母として A の出生登録簿に記載される。トランスセクシュアル法 11 条は、同 8 条による裁判上の判断の時点での子のみならず、後に生まれた子も含んでいる。⁽¹⁴¹⁾(① Rz. 12)

女性から男性への X の身分登録の変更は、A の血縁関係の判断については顧慮されない。民法 1591 条が分娩した者を母としており、ここでは女性としての身体的素質に基づき分娩した者 X である。(① Rz. 13)

この者が身分登録法上男性または女性に属することは、遺伝上の血縁関係と同様に、母子関係の判断については重要ではない。女性としての法的帰属ではなく、生物学的帰属が問題となる。(① Rz. 14)

女性としての身分登録を 1591 条の判断基準とする X と A の見解に反して、縁組の規定も、養母が 1591 条によってではなく、縁組締結に基づいて子の母となるとする (1752 条、1754 条)。(① Rz. 15)

X を父として子の出生登録簿に登録することはできない。1592 条 1～3 号のどれにも当てはまらない。身分登録法上で男性に属するとみなされる場合に子を分娩した者を子の父として出生登録簿に登録するというように、父子関係を基礎付ける条文を補充解釈することもできない。(① Rz. 16)

基本法 1 条 1 項との関連における 2 条 1 項から基本法上保護される一般的人格権からも、基本法 6 条との関連において、子の親としてその出生登録簿に登録され、親として無視されない権利は生じるが、子の父として登録される権利は生じない。(① Rz. 18)

同様に基本法上保護され、自己の出自を知る権利を導き出す子の一般的人格権とも矛盾しない。もし分娩した者が子の父として出生登録簿に登録されるならば、子の血縁関係が隠蔽される。子の一般的人格権は、知られている限りでその出自を出生登録簿において真実通りに登録することを求めている。(① Rz. 19)

X を父とする真実にも法律にも適わない登録をするならば、後に X が男性と生活パートナーシップを設定した場合に、この生活パートナーから

父性承認を受ける可能性を子は奪われる。そのほかに、Xが身分登録法上の性別を再び女性に戻し、女性名を称する可能性もあるが、これの子の身分登録で顧慮することはできず、父として登録される。血縁関係が不明のままにされ、欺かれることは、子の福祉にも相応しない。Xは、その母子関係に基づく配慮権者として、その子に出生の事情を早期にその年齢に応じて説明する義務を負っている。(① Rz. 20)

トランスセクシュアル法10条2項および5条3項により、Aの出生登録簿には、トランスセクシュアル法1条による判断が確定する前に称していたXの氏名(女性名)が登録される。これにより親の一方の名の記載が母としてか父としてかの登録に対応するのであり、子の出生登録簿から父母の一方のトランスセクシュアルが明らかになるのではない。XとAが置かれた状況は、トランスセクシュアルである親の一方がその変更した名を子の出生登録簿に記載させる請求権がない、子の出生後に性別を変更した父母の一方と子の状況に相応する。(① Rz. 21)

名の変更(トランスセクシュアル法1条)の判断前に称していた名を申立人の同意なしには公表されず、探索されないという権利(トランスセクシュアル法5条1項)は、子の権利が優先的に問題となる子の出生登録簿への登録とは関係がない。Xの権利は、自分の出生登録簿での登録と、それに基づき交付される出生証明書によって保障される。トランスセクシュアル法5条1項による探索禁止は、子の権利への介入となることから、子の出生登録簿への登録により考慮することはできない。自己の出自を真実通りに登録し、母のトランスセクシュアルを自らの出生登録簿では明らかにされないという子の基本法1条1項との関連における2条1項に基づく権利が優先する。(① Rz. 22)

過去に称していた女性名を子の出生登録簿に登録することからXにとってはその親子関係の証明が困難となることを、Xが引き受けなければならない。証明が不可能なのではなく、子の出生登録簿とともに名の変更決定書または自己の出生登録簿の認証謄本を提出することでいつでも証明できる。(① Rz. 23)

X と A は抗告した。

4 ベルリン高等裁判所 (KG) 2014 年 10 月 30 日決定

X は、トランスセクシュアル法 5 条 3 項、10 条 2 項により、変更前の名がその実子の出生登録簿に登録される。X は、同法 11 条 1 文により、父ではなく、母として記載される、X は、その子との関係において女性とみなされ、A を分娩したことからその母とみなされる。(② Rz. 6)

トランスセクシュアル法 11 条は、その文言、意味、目的、成立過程から明らかなように、親の一方の性別変更後に生まれた子も含んでいる。(② Rz. 7, 8)

X の一般的人格権も侵害されていない。性別変更の一般的な効果 (トランスセクシュアル法 10 条 1 項⁽¹⁴²⁾) は、身分登録法の秩序機能と子の基本権の観点において制限される⁽¹⁴³⁾。法的には男性が子を出産せず、女性が子を懐胎させないことという、立法理由と連邦憲法裁判所の考えが重視される。(② Rz. 9)

さもないと、A が X と血縁関係を有することが全く確定できなくなる。母子関係と父子関係の要件と効果は、はっきりと区別される。X の母子関係については、A が X と遺伝上の血縁関係を有するか否かは重要ではない。他人の卵子を譲り受けた場合であっても、X はその母である。このような者としてのみ、X に親の配慮が帰属し、そこから子の名を定める権利が生じる。民法 1592 条以下による X の法的父子関係の要件は、X の性別に関係なく、存在していない。父である X に帰属することは、基本法 1 条 1 項、2 条 1 項、6 条 1 項からの A の権利に介入するだろう。縁組を除けば、子は、法的にも同時に二人の父を有することはできない。A の出生前に離婚していなかったならば、X の夫が民法 1592 条 1 号により子の父となっただろう。第三者による父子関係の承認、または裁判上の確認は、A に法的父子関係がある場合には排除される。精子提供者による父性確認では、精子提供という方法ではなく、遺伝上の血縁関係が問題となる。X と精子提供者の間の約束は、A に対しては効力が及ばない。(②

Rz. 10)

Xが父とみなされ、かつ、母に適用される条文がXに適用されることは要請されていない。本件ではトランスセクシュアル法 11 条によって規定されており、類推適用のための法の欠缺はない。X は、民法 1591 条（母子関係）、1626 条 a 第 3 項（母の単独配慮権）の類推適用のために、その法的な性別帰属が生物学的性別に合致していないことを明らかにせねばならない。しかし、このことは、X の求めどおりに登録するならば、A が後の時点で自己の出自の情報を知ることができる出生登録簿から明らかでなくなる。(② Rz. 11)

基本法 3 条 1 項と 3 項は、X がその男性名で A の出生登録簿に登録されることを求めている。X は、子を受胎し分娩するという能力により、法的に男性に帰属する他の男性と区別される。この事情は、親子関係の割り当てでの相違を許す。(② Rz. 12)

5 小活

本章で扱った FtMTS による出産の事案（以下、本件とする）も、男性カップルによる代理懐胎の事案である連邦通常裁判所 2014 年 12 月 10 日決定（前記Ⅷ 5）と同様に、法的に母親は存在せず、申立てどおりに分娩者を父として登録することができるかもしれない。しかし、代理懐胎の事案では、カリフォルニア州法に基づき子には精子提供者との間とその生活パートナーとの間に二つの親子関係が認められていた。また、子にとっては血縁上の母として女性である代理母が存在していた。

これに対して、本件では、ドイツ法のみが適用され、跛行的な親子関係の回避は考慮しなくてよい。トランスセクシュアル法 11 条が親と子の関係に触れるものではないとすることから、親の出生登録簿と子の出生登録簿で親の性別の記載が異なることも認められていた。

次に、本件では、分娩者が父となると、母となる者は存在しない。精子提供者が父性承認をするにも、まず父性取消し（民法 1600 条）により子の出生登録簿上の父子関係を否定しなければならず、二人の父が併存する

ことは認められない。

子は父と母を有するという原則的な考え方、そこにおいて母は分娩者であるというルールが適用されることと、本件申立人の考えは対立する。母は分娩者である（民法 1591 条）=分娩者が母であると本決定は理解している。

単に親子関係の存在を示すだけであれば、親が父か母かを重視しないことができる。だが、子が自己の出自を知るという観点からは、誰から生まれたのか（母）と、誰により懐胎されたのか（父）が分からなければならない。その点で、自己の出自を知る権利を重視したベルリン高等裁判所とショーネベルク区裁判所の理由付けは、この権利が身分登録簿によって保障されるのではないことを指摘した連邦通常裁判所 2014 年決定（前記 VIII 56）との整合性が問題となるかもしれない。

また、本件決定は、トランスセクシュアル法 11 条を子の出生時が性別変更の前後であるかを問わず適用している。実生活において、子 A からすると、生まれてから X が女性であったことはなく、男性=父として存在している。それでも子の出生登録簿上では母と記載するのであれば、身分登録簿（日本において戸籍）が何を映し出す制度であるのかを問いかけている。

注

(134) 日本においては、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律 3 条 3 号が「現に未成年の子がないこと」という要件を定めている。平成 23 年（2011 年）の改正により、「現に子がないこと」から子が未成年の場合に限定された。子が成年に達した後であれば、父母の一方が性別を変更することができる。しかし、同法 5 条により、性別の変更の審判前に生じた身分関係に影響を及ぼさないことから、親子関係において法的に両親が同性となるのではない。

(135) トランスセクシュアル法 11 条（親と子の関係）

- (1) 申立人が異なる性別に属するとみなす判断は、申立人とその親又は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。

- (136) 渡邊・前掲 産大法学 45 巻 1 号 48 頁以下を参照。
- (137) BVerfGE 128, 109. 同決定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 31 頁、39 頁以下(2011)を参照。
- (138) 本件事案と同一であるとは確認できていないが、同時期に FtMTS が子を出産したという通知が 2013 年 4 月 11 日にベルリン—ノイケルン少年局にあったと報道されていた (Spiegel 2013 年 37 号 60 頁、前記 I 注 (8) でも簡単にふれていた)。報道によると、この男性が助産師により 4 月には自宅で出産することが 2013 年 3 月 18 日付けのベルリン—ノイケルン少年局の局内通知で明らかにされた (Bild 紙ホームページ、2013 年 9 月 9 日)。この通知では、男性が、父として子の出生登録簿に記載されることと、子の性別が公にならないことを求めているとする。子に親がない事態を避けるために、一時的に親を男性として登録した。また、男性名で届け出られた子を男性として登録した。少年局側では、親が子の性別を秘密にしているため、子が実際に男子であるかどうかとも疑わしいと述べていた。
- Bild 紙の記事については、Berliner Mann bringt Baby zur Welt. [online] Bild 2013. 09. 09. [retrieved on 2015-12-13]. 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> >.
- (139) AG Schöneberg, Beschluss vom 13. Dezember 2013 - 71 III 254/13-, juris.
- (140) NZFam 2015, 32 = FamRZ 2015, 683.
- (141) この点については、ケルン上級州裁判所 2009 年 11 月 30 日決定 (NJW 2010, 1295 = FamRZ 2010, 741) を参照。同決定については、渡邊・前掲 産大法学 45 巻 1 号 48 頁以下で紹介している。
- (142) トランスセクシュアル法 10 条 (判断の効力)
- (1) 申立人が異なる性別に属するとみなす判断の確定から、その者の性別に関わる権利と義務は、法律に別段の定めがない限り、新たな性別に合わせる。
- (143) その理由について、連邦憲法裁判所 2011 年 1 月 11 日決定を引用する。