

同性の両親と子

—— ドイツ、オーストリア、スイスの状況 —— (その5)

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 共同縁組賛成説の理論構成
- 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
 - 2) 生活パートナーによる卵子提供
 - 3) 外国で認証された親子関係の登録
 - 3 精子提供者との関係
 - 1) 精子提供者による父性取消し
 - 2) 精子提供者による縁組への同意の要否
 - 3) 精子提供者による情報請求
 - 4 縁組手続
 - 1) 匿名精子提供の場合の継親子縁組許可
 - 2) 試験監護期間
 - 5 小活
- VIII 男性カップルと代理懐胎
 - 1 概説
 - 2 事実関係
 - 3 第一審
 - 4 抗告審
 - 5 連邦通常裁判所 2014 年 12 月 10 日決定
 - 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 (以上、49 卷 4 号)
- 第 2 章 オーストリア
 - I 概説
 - II 同性カップルによる継親子縁組
 - 1 事実関係
 - 2 憲法裁判所 2005 年 6 月 14 日決定
 - 3 最高裁 2006 年 9 月 27 日判決
 - 1) 第一審
 - 2) 第二審

- 3) 上告理由
 - 4) 最高裁判所 2006 年 9 月 27 日判決
 - 4 ヨーロッパ人権裁判所 2013 年 2 月 19 日判決
 - 1) 当事者の主張
 - (1) 原告の主張
 - (2) 被告オーストリア政府の主張
 - 2) 判決の要旨
 - (1) ヨーロッパ人権条約 8 条との関連における 14 条
 - (2) 非婚の異性カップルとの比較
 - (3) 正当な目的と比例性
 - 3) 反対意見
 - 5 民法改正
- Ⅲ 共同縁組
- 1 事実関係
 - 2 憲法裁判所 2014 年 12 月 11 日判決
 - 1) 申立理由
 - 2) 判決理由
- Ⅳ 生殖補助医療
- 1 2015 年改正前の状況
 - 2 憲法裁判所 2012 年 10 月 2 日決定
 - 1) 事実関係
 - 2) 最高裁判所 2011 年 3 月 22 日決定
 - 3) 憲法裁判所 2012 年 10 月 2 日決定
 - (1) 申立人らの主張
 - (2) 決定の要旨
 - 3 報告書「生殖医療法の改革」
 - 1) バイオ倫理委員会
 - 2) 10 の理由
 - 3) バイオ倫理委員会の提言
 - 4) 少数意見
 - 4 最高裁判所 2012 年 12 月 19 日決定
 - 5 憲法裁判所 2013 年 12 月 10 日判決
 - 1) 申立人の主張
 - 2) 判決の要旨
 - 6 2015 年生殖医療改正法
 - 1) 概説
 - 2) 改正法の内容
- Ⅴ 二人目の母
- 1 概説

- 2 規定の内容
 - 3 実親子関係の推定
 - 4 認知
 - 5 裁判上の確認
- VI 小活
- 1 ドイツとの比較
 - 2 オランダとの比較
 - 3 婚姻と登録パートナーシップの境界（以上、本号）
- 第3章 スイス
おわりに

第2編 オーストリア

I 概説

オーストリアでは、登録パートナーシップ法（Eingetragene Partnerschaft-Gesetz）は、2009年に制定され、2010年1月1日に施行された。⁽¹⁾西ヨーロッパにおいては、遅れて立法した国に属する。登録パートナーシップ法（以下、EP法と表す）8条4項は、登録パートナーによる共同縁組、一方の子と他方との連れ子養子縁組を認めていなかった。

立法過程での国民議会提出前の専門評価手続（Begutachtungsverfahren）において多数の意見が縁組禁止を求めていたことから、EP法8条4項は定められた。⁽²⁾立法理由には、子が2人の父または2人の母を有するという構成は許されないことから、登録パートナーシップにおける継親子縁組と共同縁組が排除されると述べられていた。⁽³⁾

ドイツの生活パートナーシップ法が2005年施行の改正により継親子縁組を認めていたことを考えると、2009年の時点でオーストリアの規定は古い形であったと評価できる。⁽⁴⁾

(1) 同法の日本語訳として、松倉耕作「登録パートナー婚に関するオーストリア新法について」名城ロースクール・レビュー 24号（2012）53頁がある。

(2) 485 der Beilagen XXIV. GP - Regierungsvorlage - Erläuterungen, S. 9.

(3) A. a. O., S. 9 f.

(4) イタリアは2016年に制定したシビル・ユニオン法で縁組を認めていない。

その後、ドイツ連邦憲法裁判所が交差縁組を認めた2013年2月19日に、オーストリアは、ヨーロッパ人権裁判所で敗訴し、同性カップルによる連れ子養子縁組を認めることになった（後記Ⅱ4）。さらに、女性カップルによる生殖補助医療の利用（後記Ⅳ）、同性登録パートナーによる共同縁組（後記Ⅲ）、母の女性パートナーと子の親子関係を認める（後記Ⅴ）というように、わずか3年で急激に変化した。いわば最後尾から、オランダ、ベルギーと並ぶヨーロッパの先頭に躍り出た。先行していたはずのドイツは、後塵を拝することになった。

オーストリアでの同性カップルと親子関係の問題の特徴は、登録パートナーシップ法制定前から縁組について司法上で問題となっており、非登録の同性の生活伴侶（Lebensgefährtin/ten）における親子関係も含めて検討された点にある。また、女性カップルによる生殖補助医療の利用が、同性カップルによる共同縁組よりも前に認められている。

Ⅱ 同性カップルによる継親子縁組

同性カップルと親子関係の問題は、オーストリアにおいても、同性カップルとその一方の子の家族が存在し、カップル双方で子を養育する事実上の親子関係が存在している場合に、連れ子養子縁組を認めることができるのかという点から始まった（後記1）。

ドイツと異なり、登録パートナーシップ法成立前から、同性カップルにおける連れ子養子縁組を認めるか否かが裁判で長く争われた。当初、国内裁判所は連れ子養子縁組を認めることに否定的であったが（後記2,3）、ヨーロッパ人権裁判所2013年2月19日判決により認められ（後記4）、民法が改正された（後記5）。

1 事実関係

上告人はX1, X2, X3の3人である。オーストリア人女性であるX1とX3は、ともに1967年生まれで、安定した関係において共同生活している。X3が1995年生まれの婚外子X2の母であり、単独配慮権者である。

X2 が 5 歳になった頃から 3 人は共同の家政において生活しており、X1 と X3 が共同で X2 を世話している。

2005 年 2 月 17 日に、X1 と X2 は、後者は X3 が代理して、縁組の合意をした。しかし、実親と子の法的関係を解消することなしにパートナーの一方の子と他方が縁組することは同性カップルには認められないと、オーストリア民法 (ABGB) 旧 182 条⁽⁵⁾の規定は解釈されていた。

上告人らは、憲法裁判所に対して当時の民法 182 条 2 項 2 文、あるいは 2 項すべてが性的指向に基づく差別であり違憲であると申し立てた。

2 憲法裁判所 2005 年 6 月 14 日決定

憲法裁判所 2005 年 6 月 14 日決定⁽⁶⁾は、養母が父に代わる養子縁組をすることが許されるか否かを判断せずに、申立てを棄却した。この法律問題の解決は、むしろ実母と養母の共同の親子関係を目指した縁組契約を許可する、または法律上の障害を指摘することで同意を拒絶する同意裁判所 (Bewilligungsgericht) の職務であるとする。そして、同意を拒絶する決定が下された場合に、これに対して、上告人は、法状況の合憲性の問題を連邦憲法裁判所に訴えることができるとした。

(5) 民法旧 182 条

- (1) 一方で養親及びその卑属と、他方で養子及び縁組の効力発生時点において未成年のその卑属の間に、この時点で、婚姻上の血縁関係によって設定されるのと同じ権利が生じる。
- (2) 夫婦が養親として養子と縁組するときは、第 182 条 a に定める例外を除き、一方で実親及びその血族と他方で養子及び縁組の効力発生時点において未成年の卑属の間でこの時点において、血縁関係それ自体においてのみならず (第 40 条) 存在する家族法上の関係は、解消する。養子が養父 (養母) のみと縁組するときは、この関係は、実父 (実母) 及びその血族との間でのみ解消する；それによりこの関係が維持される場合において、問題となっている親の一方が同意しているときは、裁判所は、解消をこの親の一方に対して言い渡さなければならない：解消は、同意表示を行った時点から効力を生じるが、早くても縁組の効力発生時点からである。

(6) Geschäftszahl G23/05.

本稿におけるオーストリアの判例は、連邦総理府法情報システム (RIS) のホームページを参照しているため、引用にあたり事件番号のみを記載する。RIS の判例検索の URL は、<https://www.ris.bka.gv.at/Judikatur/>

3 最高裁 2006 年 9 月 27 日判決

1) 第一審⁽⁷⁾

2005 年 9 月 26 日に、実母 X3 と X2 の親子関係を解消することなく、X1 と X2 の家族法上の関係を設定する目的で、上告人らは管轄の区裁判所に縁組許可を申し立てた。申立てでは、X1 と X2 が緊密な感情的関係を有しており、世話をする 2 人の大人との生活において利益を得ていること、事実上の (de facto) 家族に法的承認を得ることが彼らの目的であることを述べた。それにより、X1 が X2 の父の代わりとなるとする。X2 の父は何ら理由もなく縁組に同意せず、上告人らの家族に対して敵意を示している。正当な理由なく拒絶した父の同意を、縁組が子の福祉に資するものとして裁判所が代行すること (民法 181 条 3 項)⁽⁸⁾ を求めた。添付して提出された少年局の報告書では、X1 と X3 が日常の家事について分担して X2 の養育のすべての責任を負っていることから、その法的地位に疑念を示しつつも、共同配慮が与えられることが望ましいと述べていた。

2005 年 10 月 10 日に第一審裁判所は、次の理由から、申立てを拒絶した。

民法 182 条は、一人の者のみによる縁組の際には養親と同じ性別の実親との関係が解消し、養親と異なる性別の親との関係は維持されるものとする立法者の一義的な意図を表している。養母との縁組により実父との関係が解消するが、実母との関係は解消しないという申立人によって望まれる

(7) 第一審、第二審の概要については、最高裁の判決理由から引用する。

(8) 民法 181 条 (2009 年 12 月 31 日まで)

- (1) 次に掲げる者が縁組に同意する場合にのみ、許可を与えることが許される。
 - 1 養子となる未成年の子の親
 - 2 養親の配偶者
 - 3 養子の配偶者
- (2) 第 1 項に掲げる者が養子となる子の法定代理人として縁組契約を締結したときは、この者の同意権はなくなる；さらに、第 1 項に掲げる者が思慮のある発言をする能力を一時的にはなく欠く場合、又は最短でも 6ヶ月にわたりその所在が不明である場合も同様とする。
- (3) 拒絶に正当な理由が存在しないときは、裁判所は、拒絶された同意を契約当事者の一方の申立てにより代行しなければならない。

構成は、法律に合致しない。この解釈は合憲であり、特にヨーロッパ人権条約 8 条と 14 条に相応する。ヨーロッパ人権裁判所の判例によると、社会的変遷のもとにあり、変革の局面にある問題が問われているのであるから、まさに同性愛者に対する養子法の領域において締約国はとて広い裁量の余地を当然に与えられている。それゆえ、法的に同じ価値で同性の二人の者が子との間で関係を築くことを締約国が可能とするか否かの問題は、ヨーロッパ人権条約 8 条 2 項の限界内で締約国自らが規律する。そして、オーストリア法は、申立人が望む構成を可能としていない。

2) 第二審

上告人らは、ヨーロッパ人権条約 8 条と 14 条を援用し、民法 182 条 2 項が異性カップルと同性カップルの間の不当な区別に基づく差別であると主張した。連れ子養子縁組が婚姻している、または婚姻していない異性カップルには可能だが、同性カップルには不可能である本件は、異性カップルと同性カップルの間の不平等扱いに関連している。

カルナー対オーストリア事件との関連で、本件の差異は、正当な目的に役立つものではなく、とりわけ子の利益の保護には必要がない。また、研究でも、同性の両親に育てられた子の発育に、異性の両親に育てられた子と違いがないことが示されている。

2006 年 2 月 21 日に抗告裁判所は、区裁判所の判断に次の理由を付け加えて、抗告を棄却した。

オーストリア法では、明確に定義されていないとしても、「両親 (Eltern)」が原則として二人の異性の者を指すことを前提とする。この考えは、養子法にも適用されなければならない。生物学的な状態に応じて、法律の規定は、異性の両親に基づいている。異性の両親が存在する場合に、

(9) この点で、単身の同性愛者である養親候補者男性に養親資格を承認しなかったことはヨーロッパ人権条約 8 条との関連における 14 条に違反しないと判断したフレテ事件ヨーロッパ人権裁判所 2002 年 2 月 26 日判決 (Fretté v. France, 26 February 2002 (Application no. 36515/97)) と区別しなければならないと述べる。

異性の両親の一方が父母の一方の同性生活パートナーに代わるという規定は必要ない。同性生活パートナーの差別を意図するという事ではない。

同性の生活共同体で生活する者への異なる扱いは、それについて重大な理由が存在する場合、ヨーロッパ人権条約に合致するものと判断される。発育のために必要な通常のコンタクトを男性の親とも女性の親とも維持する可能性を生育する子に提供することを望むという正当な目的を、オーストリアの立法機関は追求している。異性の親との家族法上の関係の喪失を子に強いることは正当化されない。

実親の同性生活パートナーによる子との縁組の許可に関する判例がないことから、抗告審裁判所は、上告の許可を言い渡した。

3) 上告理由⁽¹⁰⁾

X1らは、パートナーの一方と他方の実子との縁組において異性カップルと同性カップルの間の不平等扱いが民法 182 条 2 項には存在するとして、最高裁判所に上告した。

非婚を含めた異性カップルと異なり、同性カップルでは、同性パートナーが実親と入れ代わる連れ子養子縁組が認められていない。抗告審裁判所は、この不平等扱いを伝統的な意味での家族を保護し、男性と女性の双方の養育者によって子が成長することを許容するという目的に言及して正当なものとしなした。しかし、抗告審裁判所は、同性の家族を連れ子養子縁組から排除することがこの目的の達成のために必要であることを示していない。また、X2がすでに事実上の同性家族において生活していることから、X2が同性家族において成長するべきか否かではなく、X2とX1の関係の法的承認の否定が正当化されるのかが本件での問題である。非婚の異性カップルと同性カップルの間を区別する必要性は示されていない。最後に、他の多くのヨーロッパ諸国と異なり、オーストリアは連れ子養子

(10) 上告理由については、ヨーロッパ人権裁判所 2013 年 2 月 13 日判決（後記 4） para. 19 を参照。

縁組を非婚のカップルにも認めており、性的指向に基いて区別する余地はない。

4) 最高裁判所 2006 年 9 月 27 日判決⁽¹¹⁾

2006 年 9 月 27 日に最高裁判所 (OGH) は上告を棄却した。

「民法 179 条 2 項は、養親が互いに婚姻している場合にのみ一人より多い者による養子縁組を許すことを予定している。このことから、学説において、複数の同性の者による縁組は（それが同時であれ、前後してであれ）許されないことが導き出されている。」

立法資料⁽¹²⁾によると、182 条 2 項 2 文は、養親と同じ性別の実親との関係でのみ非財産的關係が解消するものと一義的に理解されねばならない。例えば、養母とのみ縁組する場合に養子からその実父を取り上げることは間違いであると明確に述べられている。

この規定は、上告人が求めるように拡大解釈することはできない。また、類推によって補充される、規定の意図されない欠缺も存在しない。養子縁組⁽¹³⁾の目的は、自然的家族の状況をできる限り模倣する場合にのみ達成することができる。

「未成年養子縁組について親子関係類似の關係の模範像は、発育する少年に対する親の特別な社会的および心理的關係によって特徴づけられ、それには社会典型的な場所的及び人的緊密關係（家政共同体、親による身体的及びメンタル的配慮）とならんで、親の愛情と子の愛情が同等である情緒的關係、親の特に教育的な先導的役割と模範的役割が含まれる。」

「民法 182 条 2 項は、同性生活パートナーの事案のみならず、一般に実父との親族關係が存在する限りで一人の男性による縁組を、また実母との

(11) Geschäftszahl 9Ob62/06t.

(12) ErlBem RV 107 BlgNR IX. GP, 21.

(13) 養子縁組の主な目的は、行為能力を有しない養子の福祉の促進（保護原則）であるとする。養子縁組は、親のない子、破綻した家族の子、または何らかの理由でその子の適切な教育を保障することができない、もしくはその子を全く望んでいない親の子を、教育と配慮に適しており責任を認識する人に委ねる適切な手段と述べる。

親族関係が存在する限りで一人の女性との縁組を妨げている。民法 182 条 2 項に従い、単独縁組では、父母の一方が、その選択に応じてではなく、その性別に応じて代わる。そのため、実母の女性生活パートナーによる養子縁組は不可能である。」

その他、最高裁判所は、ヨーロッパ人権裁判所 2002 年 2 月 26 日判決 (Frette 対フランス事件) を引用し、「同性愛者による縁組の拒絶が正当な目的を追求する場合、つまりその際に追求される目的と利用される手段の間の比例関係に違反することなく養子の利益の最善の保障を追求する場合には、ヨーロッパ人権条約 8 条との関連における 14 条に違反しない。」と述べた。

このように、民法 182 条 2 項 2 文が合憲であり、183 条による同意代行の可否に触れることなく、同性カップルによる連れ子養子縁組が認められないと判断した。

4 ヨーロッパ人権裁判所 2013 年 2 月 19 日判決⁽¹⁴⁾

1) 当事者の主張

(1) 原告の主張

原告は、条約 8 条との関連における 14 条のもとで、彼らが X1 と X3 の性的指向を理由に家族生活の享受 (enjoyment) において差別を受けたとしてヨーロッパ人権裁判所に提訴した。婚姻していても、していなくても異性カップルには、パートナーの一方の子と他方との縁組を認めるのに対して、同性カップルの事案においてはパートナーの一方の子と他方との縁組が禁止されることには、以下の点から合理的、客観的な正当化理由がないと主張した。(para. 58)

第 1 点は、誰と誰の間の不平等扱いが問題となるかである。共同縁組と連れ子養子縁組が婚姻しているカップルには認められ、婚姻できない同性

(14) 本判決を紹介するものとして、佐々木貴弘「連れ子養子における同性カップル差別——X ほか対オーストリア事件」 国際人権 24 号 (2013) 141 頁以下がある。

カップルには、登録パートナーシップを登録していても、禁止される(EP法8条4項)。しかし、次に述べるように、原告は、婚姻を基礎とした家族にのみ認められる権利の主張を望んではいない。

本件で問題となるのは、同じ非婚カップルでも、異性カップルでは認められる縁組が、同性カップルには認められないという、非婚の異性カップルと非婚の同性カップルの間の不平等扱いである。そのことから、ヨーロッパ人権裁判所の判例との関係では、連れ子養子縁組を婚姻夫婦にのみ認めていたフランスの事件であるガスとデュボア対フランス事件の判断は本件に妥当しない。⁽¹⁵⁾ 住居賃借権の承継について非婚の異性カップルに認められる権利が同性カップルには拒否されていた事件であるカルナー対オーストリア事件⁽¹⁶⁾と同様の問題が生じている。(para. 64)

第2点は、前述の国内裁判所の手続において縁組が認められなかった理由である。異性カップルであれば、父による縁組同意の拒絶が子の利益に反するか否かについて詳細な調査が行われる。しかし、本件では、オーストリア法のもとでは不可能であるという理由から裁判所が事実の調査を行

(15) ヨーロッパ人権裁判所 2012年3月15日判決 (Gas and Dubois v. France (Application no. 25951/07))。

Pacsを締結している女性カップルの一方が生殖補助医療により子を出産し、その女性パートナーが、子の母と親の責任を共有できる形での縁組を求めた事案である。フランス法ではこのような縁組を婚姻夫婦にのみ認めており、Pacsを締結した女性カップルは婚姻夫婦と比較可能ではなく、非婚の異性カップルも同様に縁組は認められないことから、性的指向に基づく差別ではないと判断した。

ここでの指摘は、フランス法と異なり、オーストリア法では、非婚の異性カップルには連れ子養子縁組が認められており、この判例の射程外になるということを意味する。

(16) ヨーロッパ人権裁判所 2003年7月24日判決 (Karner v. Austria (Application no. 40016/98))。同判決では「異なる扱いは、客観的にも合理的にも正当化されない、つまり適法な目的を追求しておらず、手段の使用と目的の具体化との間に合理的な比例関係が存在しない場合に差別となる。性別に基づく異なる扱いが人権条約に適合するには、特に重大な理由を必要とするのが判例であり、性的指向に基づく区別はその正当化のために特に重大な理由を必要とする。」と述べる。

同判決は、齊藤笑美子「同性カップルの居住権——カルナー対オーストリア」谷口洋幸・齊藤笑美子・大鳥梨沙編著『性的マイノリティ判例解説』信山社(2011)154頁、渡邊泰彦「ヨーロッパにおける同性カップルの法的保護」東北学院大学論集・法律学63号(2004)12頁以下で紹介している。

わずに、原告らを縁組の機会から自動的に排除した。E. B 対フランス事件と同様に、性的指向を理由に縁組が認められない事案である。(para. 65, 66)

第3点は、子が2人の父または2人の母を有する状態をオーストリア法が避けているという考えに対する反論である。事実上の家族 (de fact family) が数年来継続していながら、その家族生活を法的に承認する可能性が否定されている。また、オーストリア法では、縁組後も実親との相互的な扶養義務と相続権が残るように (182 条 2 項)、養子が2人の父または2人の母を有することがある。(para. 68)

第4点として、子を育てる異性カップルに類似する状況にあり、同性の家族と異性の家族において子は同じように成長することが科学的⁽¹⁷⁾研究で示されている。(para. 62, 67)

第5点として、2008年ヨーロッパ養子条約、2010年3月31日閣僚委員会勧告などは、親のジェンダーまたは性的指向ではなく、子の最善の利益が縁組において重要であるとしている。(para. 69)

(2) 被告オーストリア政府の主張

前提として、オーストリア政府は、本件にヨーロッパ人権条約8条との関連において14条が適用されることに反対していない。つまり、同条約8条の「家族」に同性カップルと子が含まれることを認めている。そのうえで、次の点を主張した。

第1点として、まず、婚姻している夫婦と本件原告は比較可能ではないことから、ガスとデュボア対フランス事件の判例に従うことを求める⁽¹⁸⁾。次に、非婚の異性カップルとは、原告が比較可能であることを認める。しかし、国家が養子法において広範な裁量の余地を有している。オーストリア

(17) Marina Rupp (Hrsg.), Die Lebenssituation von Kindern gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, Bundesanzeiger Verlag 2009. 同調査の内容については、渡邊泰彦「同性の両親と子——ドイツ、オーストリア、スイスの状況——(その2)」産大法学 48 巻 1・2 号 (2015) 217 頁、235 頁以下で紹介している。

(18) 子が扶養義務者である父を有している点では本件が異なることも指摘する。

法では縁組により親の権利を失うことから、明確に子の利益に資する場合のみ縁組は許可され、実親の同意は不可欠として、関係者の利益の合理的なバランスを取っている。(para. 70~73、77)

第2点として、原告が述べるような差別ではない。門前払いにしたのではなく、養子となる子の利益の問題を評価したうえで、この子は実父との関係を有しており、養親が父に代わる必要がないという結論に至った。子の実父が縁組に同意せず、この拒否を否定する理由を原告が主張しなかったから、縁組を不許可にしたのであり、異性カップルの場合と同じである。(para. 74)

第3点として、オーストリア民法は、同性パートナーの排除を目的としていない。同性カップルによる連れ子養子縁組の禁止には、生物学的家族の再現と子の幸福の保障という適法な目的がある。一般原則として、子が2人の父または2人の母を有する状況を避けていたのであり、同性カップルの排除を目的としていない。他の者の利益も考慮した適切な手段により法律はこの目的を遂行し、子の親のパートナーには縁組とは別の方法でその利益を保障している。(para. 76)

第4点として、同性カップルによる連れ子養子縁組の問題について、国家は広い裁量の余地を有している。この問題についてヨーロッパの標準はなく、一定の傾向が存在しているとも言えない。(para. 77)

2) 判決の要旨

判決理由では、ヨーロッパ人権条約8条との関連における14条の判例から導き出される原則を述べたうえで、本件での適用について考察している(後記(1))。パートナーの一方の子と他方との縁組を望む非婚の異性カップルとの比較可能性を肯定したうえで、扱いの差異が存在していると判断した(後記(2))。その差異が正当な目的を有することを認めたが、手段と目的の比例性がないとし、ヨーロッパ人権条約8条との関連における14条違反であると判断した。(後記(3))。

(1) ヨーロッパ人権条約 8 条との関連における 14 条

本件において、X1 と X3 は、同性カップルとして安定した関係にある。X2 は、彼らの家に居住しており、X3 (X2 の母) とそのパートナーである X1 が X2 を共同で監護している。ヨーロッパ人権裁判所の判例⁽¹⁹⁾により、X1～3 の関係は条約 8 条の意味における家族生活 (family life) に等しく、条約 8 条との関連において 14 条を適用できる。(para. 92～97)

条約 14 条では、適切に類似の状況にある者の扱いに違いがあり、その違いに客観的かつ合理的な正当化理由がない場合には差別となる。正当な目的を追求していない場合、使用された手段と達成される目的の間に合理的な比例関係がない場合に差別となる。性的指向にも条約 14 条は適用され、性的指向に基づく差異にはその正当化のために特に重大な理由を必要とするのが判例である。性的指向に基づく差異では締約国の裁量の余地は狭く、性的指向のみを理由とする差異は条約違反となる。(para. 98、99)

ガスとデュボア対フランス事件と同様に、X1～3 は、夫婦の一方が他方の実子と縁組する状況と適切に類似する状況にはない。夫婦との比較においては、8 条との関連における 14 条違反はない。(para. 105～110)

(2) 非婚の異性カップルとの比較

オーストリアに非婚の異性カップルと同性カップルを区別する法的身分は存在せず、両者は適切に類似する状況にある。(para. 112)

X1 と X3 の性的指向に基づく扱いの差異が以下の点から存在する。

(19) シャルクとコプフ対オーストリア事件 (ヨーロッパ人権裁判所 2010 年 6 月 24 日判決 (application no. 30141/04))、ガスとデュボア対フランス事件をあげる。とりわけ、後者では、Pacs を締結した女性カップルと、その一方が生殖補助医療によって懐胎した子の関係が、条約 8 条の意味における家族生活であったとした。

シャルクとコプフ対オーストリア事件については、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 (2013) 51 頁を参照。

(20) 条約 8 条との関連における 14 条が縁組で問題となった事件として、同性愛者による単独縁組に関するフレテ対フランス事件、E.B. 対フランス事件、同性カップルの一方の子と他方との縁組に関するガスとデュボア対フランス事件の概要を、判決では説明している。(para. 100～104)。

オーストリア法において、パートナーの一方の子と他方との連れ子養子縁組 (second-parent adoption) は、非婚の異性カップルに許されているが、民法 182 条 2 項により同性カップルには不可能である。2010 年に登録パートナーシップ法が施行された後も、連れ子養子縁組を禁止している (EP 法 8 条 4 項)。(para. 114, 115)

適用可能な規定により、連れ子養子縁組について非婚の異性カップルと同性カップルの間に差異が生じている。同性カップルには、X2 の実父が死亡もしくは不明の場合、実父による縁組同意の拒絶を認めない理由が存在する場合であっても、さらに縁組に同意する場合であっても、連れ子養子縁組は不可能である。民法 182 条 2 項のもとで、養母 X3 と X2 の親子関係と実母 X1 と X2 の親子関係が併存しえないことを国内裁判所は明確にしている⁽²¹⁾。(para. 116~118)

国内裁判所での手続を検証すると (para. 119~124)、X1 と X3 が異性カップルであれば、国内裁判所が縁組申立てを原則不許可とはしなかったであろう。それどころか、民法 180 条 a の意味において縁組が X2 の利益に資するかどうかの審査を求め、実父の同意拒絶があればそれを覆す例外的な状況の存否を調査する必要があった。(para. 125)

また、民法 182 条 2 項により同性カップルによる連れ子養子縁組は絶対的に禁止されており、X1~3 は直接の影響を受けていることから、抽象的な再審査を行う民衆訴訟 (actio popularis) ではない。(para. 126)

本件での扱いの差異は、パートナーの子との縁組を望む異性カップルの一方と X1 との扱いの差異に関するものではない。X1~3 全員が家族生活を共に享受しており、その家族生活の法的承認を得ようと縁組を申し立てたのであるから、X1~3 全員が本件の扱いの差異による影響を受けている。(para. 127)

最後に、同性カップルによる連れ子養子縁組が法的に不可能であること

(21) 子の利益と実父の同意拒絶を理由に縁組を不許可としたのであり、性的指向は関係がないというオーストリア政府の主張を、判決理由は一蹴している。

が、性的指向に基づくものではなく、差別ではなかったとするオーストリア政府の主張は否定される。⁽²²⁾ (para. 128, 129)

これらの考慮から、パートナーの一方が他方の子と縁組することを求める非婚の異性カップルと原告らとの間に扱いの差異があった。その差異は、X1 と X3 が「同性カップルを形成していた事実と分ちがたく結びついており、それゆえ性的指向に基づいていた」。(para. 130)

この点で、非婚の異性カップルと同性カップルの間に性的指向に基づく扱いの差異がなかったガスとデュボア対フランス事件とは区別される。(para. 131)

(3) 正当な目的と比例性

性的指向に基づく扱いの差異が存在するとして、それがヨーロッパ人権条約 14 条に違反する差別となるのが問題となる。まず、連れ子養子縁組の権利を非婚カップルに拡大するという義務を、締約国が条約 8 条によって負っているのではない。オーストリア法が非婚の異性カップルに連れ子養子縁組を許すが、「その権利を同性カップルに拒絶することが正当な目的に役立ち、その目的に比例しているか否かを、裁判所が審査しなければならない」。(para. 134～136)

オーストリア養子法が生物学的家族の状況を再現することを目的としており、政府と国内裁判所は、「伝統的家族の保護に依拠して、異性の両親がいる家族のみが子のニーズに十分に応えることができるという暗黙の仮説を基礎にしていた」。(para. 137)

伝統的な意味における家族の保護が扱いの差異を正当化しうる重要で正当な理由であることをヨーロッパ人権裁判所の判例は原則的に認めてきた。⁽²³⁾ 子の利益の保護も当然に正当な目的である。そのため、本件では比例性が

(22) 差別ではないという論拠として、オーストリア政府は、叔母と甥の縁組の場合に、同じく、実母との関係が維持される縁組が認められないことを例に出していた。しかし、判決理由では、成人の姉妹間や叔母と甥の間関係はヨーロッパ人権条約 8 条の意味における家族生活の概念に含まれず、同性カップルを含むカップル関係とは質的にも異なるとして、オーストリア政府の主張を否定した。(para. 128, 129)

(23) カルナー対オーストリア事件 para. 41。

充たされるかが問題となる。(para. 138)

⁽²⁴⁾ 判例によると、「伝統的な意味における家族を保護する目的は抽象的であり、その達成のために様々な具体的措置をとることができる。条約は生きた文書であり、今日の状況を考慮して解釈しなければならない。それゆえ、国家も、条約8条による家族と家族生活保護のための手段の選択の際に、社会における発展を考慮しなければならない、人の家族生活または私的な生活を導くことになる方法や選択が一つではないという事実を含め、社会、民事上の身分及び親族の問題における認識の変化を考慮しなければならない」。(para. 139)

評価の余地が狭い、性別または性的指向に基づく扱いの差異の事案において、「比例原則は、追求される目的の達成のために選択された措置が原則として適切であることのみを求めるのではない。問題となっている規定の適用範囲から、本件では同性愛関係において生活する人のように一定のカテゴリーに属する人を排除するという目的を達成するために必要であることが示されなければならない」⁽²⁵⁾。(para. 140)

伝統的な意味における家族の保護と子の利益の保護が同性カップルを連れ子養子縁組から排除することを求めていることの立証責任は、政府が負う。しかし、同性の2人の親がいる家族が子のニーズに適切に答えられないことを示す明確な論拠、科学的研究などを政府はあげていない⁽²⁶⁾。(para. 141～143)

オーストリア法にも矛盾がある。まず、同性愛者による単独養子縁組は

(24) ヨーロッパ人権裁判所 2010年3月2日判決 (Kozak v. Poland (application no. 13102/02))。男性カップルの一方が有したフラットの賃借権について、その死亡後に、事実婚の異性カップルでは他方への承継が認められるが、同性カップルには認められないことが、同性愛指向に基づく差別であり、ヨーロッパ人権条約8条との関連における14条に違反すると判断した。

(25) カルナー対オーストリア事件 para. 41。

(26) その他に、判決理由では、縁組において同性カップルは異性カップルに比べて不適切と述べながらも、民法は同性カップルを連れ子養子縁組から排除する目的はないこと、2人の母または2人の父を子が有する状況避けることを立法機関が望んでいたことを主張していたオーストリア政府の論理矛盾を指摘する。

可能であり、旧 181 条 1 項 2 号により同性登録パートナーがある場合にはこの者の同意が必要であった。このことから、立法機関は、同性カップルを基礎とする家族において子が成長すること、同性カップルが子に有害ではないことを認めている。それにもかかわらず、オーストリア法は、子が 2 人の母または 2 人の父を有するべきではないと強調している。(para. 144)

次に、X1～X3 が主張するように、同性カップルに基づく事実上の (de facto) 家族は存在するが、法的承認と保護を得る可能性を否定されている。他人の子との縁組とは異なり、連れ子養子縁組は、親の一方のパートナーに子に対する権利を与えることに役立つ。判例⁽²⁷⁾でも、事実上の家族生活に法的承認を与えることの重要性が述べられている。(para. 145)

1) 事実上の家族生活の存在、2) その法的承認を得る可能性を有することの重要性、3) 法律上の目的のために同性カップルに育てられる、または 2 人の父もしくは 2 人の母を有することが子にとって有害であることを示すために政府が十分な証拠を挙げていないこと、4) 同性カップルが異性カップルと同様に連れ子養子縁組に適していると認められること、という考慮は、同性カップルに民法 182 条によって連れ子養子縁組が絶対的に禁止されることの比例性に重大な疑念を投げかける。(para. 146)

オーストリア政府が主張した評価の余地について、性別または性的指向に基づく差別の問題は 14 条により審査され、国による評価の余地は狭くなる。ヨーロッパにおいて同性カップルによる連れ子養子縁組の規定に関する共通理解が存在していないから評価の余地が広くなるというオーストリア政府の主張は認められない。また、ヨーロッパ養子条約 (2008 Convention on the Adoption of Children)⁽²⁸⁾ 7 条 2 項は、安定した関係において

(27) ヨーロッパ人権裁判所 2007 年 9 月 28 日判決 (Wagner and J. M. W. L. v. Luxembourg, (application no. 76240/01)) を参照する。

(28) ヨーロッパ養子条約 7 条 2 項

締約国は、互いに婚姻している、又は登録パートナーシップを行う同性カップルに本条約の範囲を拡大することができる。締約国は、安定した関係において共同生活する異性及び同性のカップルに本条約の範囲を拡大することもできる。

生活している異性カップルと同性カップルに異なる扱いをすることまで国家の自由に委ねることを意味しない。(para. 147~150)

伝統的な意味での家族保護と性的マイノリティーの条約上の権利との間のバランスを取ることは困難でデリケートな課題であり、国家には根本的に対立する当事者による見解と利益を調整することが求められる。しかしながら、連れ子養子縁組の可能性を非婚の異性カップルには認め、同性カップルには認めないことが伝統的な意味における家族の保護と子の利益の保護のために必要であることを示す特に重要で確かな理由を政府は挙げおらず、差異は条約に違反する。(para. 151)

17人中10人の裁判官が、条約8条との関連における14条違反であることに賛成した。残りの7人の裁判官は、結論に反対した。

3) 反対意見

本判決には、Spielmann 裁判官による補足意見と、Casadevall 裁判官、Ziemele 裁判官、Kovler 裁判官、Jočienė 裁判官、Šikuta 裁判官、De Gaetano 裁判官、Sicilianos 裁判官の7名共同の反対意見が付されている。

Spielmann 判事は、カルナー事件と同じように本件女性カップルが婚姻カップルと比較可能であり、条約8条との関連における14条違反を考慮せずとも、連れ子養子縁組を認めることができるとする。

Casadevall 裁判官ら7名の裁判官は、以下の理由から、条約8条との関連における14条違反はないとする

本件に関係するのは、生物学的母、生物学的父、母のパートナー、養子となる子の4人である。母のパートナーは、母の同意を得て子との縁組を望み、母は親の責任を有しており、子と父の間には強い情緒的結びつきが維持され、子と父は定期的に会い、父は養育費を支払っていた。X1~3の関係が条約8条の家族生活の概念に含まれることには賛成する。(para. 2)

しかし、条約8条は、家族形成の権利、または縁組の権利を保障せず、子を持つ権利、縁組する権利も保障していない。そのため、母のパート

ナーである X3 は X2 と縁組する権利を主張できない。縁組を望んでいたと仮定される X2 も縁組する権利を主張できない。X2 はすでに父と母を有している。実母 X1 の権利は侵害されておらず、むしろ民法 182 条 2 項が彼女の親の権利を保護していた。侵害があると仮定しても、X2 と、縁組に反対するその父の間の家族の結びつきの保護という正当な目的を追求していた。(para. 3)

民法 182 条は、非常に中立的で、縁組希望者の性的指向を基礎とする区別はなく、すべての状況に適用可能な一般的性質を有する規定である。法律規定は、適用される状況により異なる結果をもたらさう。養子とその実親との法律上の関係を切断するというオーストリア養子法の重要な効果は、その他の欧州評議会加盟国の法規定においてもみられるもので、ガスとデュボア対フランス事件判決でも正当と認められており、本件でも妥当なものである。そして、親子の結びつきが残る父または母の同意なしには、子と縁組することができない。それにより、縁組希望者が男性か、女性か、異性愛者か同性愛者かに関係なく、縁組は個別事案において原則として不可能となる。(para. 6)

条約 8 条によって保護される私的生活と家族生活への尊重には、父の権利も含まれる。父の望みを無視する選択は、親の責任の重大な違反が認められた事案での例外的措置である。(para. 7)

また、子の最善の利益も法廷意見では十分に考慮されていない。子に父と母がいる本件で、父が母のパートナーに代わることがどのように子の最善の利益に資するものなのか？ 縁組は子に家族を与えるもので、家族に子を与えるものではなく、本件で X2 はすでに家族を有している。(para. 8)

同性カップルが子のニーズに十分に答えられないという論拠について、X1 と X3 により X2 が適切に養育されている点に異論は唱えられていないのであるから、オーストリア政府は証拠を挙げる必要はなかった。(para. 10)

同性カップルによる連れ子養子縁組について、ヨーロッパでの「共通理

解」の存在について結論が出せないことを、当時のヨーロッパで規定を設けていた10カ国ではサンプルが少ないことを理由とする法廷意見の論理は奇妙である。「共通理解」ではなく、非婚カップルに連れ子養子を認めない国がヨーロッパの多数を占める「傾向」を重視する。(para. 13～15)

ヨーロッパ養子条約7条2項は、非婚カップルにおける連れ子養子縁組に関する共通理解がないこと、そしてアプローチが多様であることを反映している。そして、法廷意見が述べる異性カップルと同性カップルの異なる扱いを許さないという趣旨は、条約の文言からは導き出されない。むしろ、条約の成立過程において、同性カップルに連れ子養子縁組の対象を拡大するかは締約国の自由であることが示されている。(para. 16～22)

5 民法改正

2013年親子関係及び氏名法改正法 (Kindschafts - und Namensrechts - Änderungsgesetz 2013) によりオーストリア民法典の養子の規定は大幅に改正され、X とその他对オーストリア事件判決直前の2013年2月1日に施行された。⁽²⁹⁾ 同判決で問題となった180条の規定は197条となった。この197条も、ヨーロッパ人権裁判所判決により早速に改正が必要となった。2013年8月6日公布、8月1日に遡及して施行された2013年養子法改正法 (Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2013-AdRÄG 2013)⁽³⁰⁾ は、197条2項を2項から4項に分割した。⁽³¹⁾

197条

(1) 一方で養親及びその卑属と他方で養子及びその縁組効力発生時点において未成年の卑属との間では、この時点から、血縁により基礎づけら

(29) この改正による養子法については、松倉耕作「オーストリアの新養子縁組法の概要」名城ロースクール・レビュー 33号 (2015) 117頁、鈴木博人「契約型養子法の比較法的考察」法学新法 122巻1・2号 (2015) 527頁を参照。

(30) BGBl I Nr. 179/2013.

(31) 197条の改正に伴い、養子の死亡による相続での養親と実親などの相続権に関する199条も改正された。

れるのと同一の権利が生じる。

- (2) 養子が養親としての夫婦と縁組するときは、第198条に定める例外をとらない、一方で実親及びその血族と他方で養子と縁組が効力を生じる時点におけるその未成年の卑属との間で、血族関係それ自体（第40条）のみならず存在する家族法上の関係は、この時点において解消する。
- (3) 養子が養父（養母）のみと縁組するときは、実父（実母）及びその血族との家族法上の関係は、前項に応じて解消する。排除されない実親が同意するときは、裁判所は、この者に対して解消を言い渡さなければならない。同意の表示をした時点から解消の効力が生じるが、早くとも縁組の効力発生時点である。
- (4) 夫婦の一方、登録パートナーの一方又は生活伴侶の一方がその配偶者、登録パートナー又は生活伴侶の子と縁組するときは、家族法上の関係は、第2項に応じて親の他方とその血族との間でのみ解消する。

2項は、旧2項1文であり、夫婦による縁組の場合のみを、これまでと同様に規定する。3項は、単独縁組の効果に関する旧2項2文を独立した項とただけで内容に変更はない。

4項が、特別な形の単独縁組として連れ子養子縁組の効果を単独縁組の規定と切り離して定める。親の一方の配偶者またはパートナーの子と縁組する場合に、親族関係が子と親の他方との間でのみ解消することが明確になった。Xなど対オーストリア事件判決では非登録の同性カップルが問題となっていたが、新规定では、同性登録パートナーも明文で対象とされた。

EP法8条4項も改正され、パートナーの一方の実子と他方の連れ子養子縁組が認められた。

これに対して、共同縁組と、パートナーの一方の養子と他方との縁組は禁じられたままであった。これは、婚姻の特別のステータスを考慮したものであり、Xなど対オーストリア事件判決によっても強調されていたと

立法理由では述べられている⁽³²⁾。また、連続した単独縁組による交差縁組を認めることが、登録パートナーまたは同性の生活伴侶による共同縁組の禁止を消滅させる梃となりうることも述べ⁽³³⁾る。

同性カップルによる連れ子養子縁組が認められたことに伴い、裁判上の縁組廃止を定める 201 条 1 項 3 号も改正された。それにより、実親と養親の間の登録パートナーシップの解消または無効の後にも、離婚や婚姻無効および養親の死亡の場合と同様に、養子が縁組の廃止を申し立てることができる。

最高裁判所 2013 年 11 月 14 日判決により⁽³⁴⁾、同性カップルが連れ子養子縁組を 2013 年養子法改正法の施行前に申し立てていた場合でも、新法の規定を適用して縁組は許可される。

Ⅲ 共同縁組

1 事実関係

申立人 X1 と X2 は、1998 年から婚姻上の共同体と同様の生活共同体において生活しており、2011 年 2 月 14 日に登録パートナーシップを登録した。

X2 はドイツで匿名ドナーからの精子提供による人工授精により懐胎し、2012 年 3 月 13 日に子 A を出産した。X1 と X2 が互いに協力して A を養育し、X1 は、契約によってコ・マザー (Co-Mutter) として A への扶養給付の義務を負っていた。2012 年 7 月 3 日に、A の法定代理人である X2 と X1 の間で X1 と A の縁組契約が締結された。同月 13 日に、X1, X2, A は、この縁組契約とその他の文書を提出して、養子縁組の許可をブラウнау・アム・イン区裁判所に申し立てたが認められなかった。最高裁判所 2013 年 11 月 14 日判決 (前記Ⅱ 5) は、同年 8 月 1 日に施行された改正法をさらに遡及適用して判断できるとして、原審を破棄し、第一審裁判所に

(32) 2403 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXIV. GP, S. 5.

(33) A. a. O., S. 6.

(34) Geschäftszahl 2Ob220/12k.

新たに縁組許可申し立てについて判断するように差し戻した。ブラウナウ・アム・イン区裁判所 2014 年 1 月 17 日決定により、X1 と A の縁組は許可された。

X1 と X2 は、さらに共通の子を望んでいたが、民法 191 条 2 項、EP 法 8 条 4 項⁽³⁵⁾（以下、本件規定とする）により、共同縁組は禁じられていた。

オーストリア法の縁組は、養親と養子の間の文書による契約と、契約当事者の一方の申立てによる裁判上の許可（Bewilligung）により成立する（192 条 1 項）。養親希望者が自らで養子となる子を見つけ出すこともあるが、それができないときは児童及び少年扶助担当機関による縁組斡旋によってのみ養子となる子を探すことができる（連邦児童及び少年扶助法 31 条 2 項）。本件女性カップルは、養子となる子を自らで探すことができず、州の縁組斡旋が必要であった。しかし、この女性カップルへの縁組斡旋は認められなかった。

2 憲法裁判所 2014 年 12 月 11 日判決

1) 申立理由

正式に国家に登録されたパートナーシップである民事婚における異性カップルには、個別事案においてその適性から認められないことはあるが、共同縁組が原則として認められている。それに対して、正式に国家によって登録された同性カップルは、個別審査手続から最初から排除され共同縁組をすることができない。本件規定は、性別と性的指向に基づいて区別し

(35) 民法 191 条 2 項

複数の者による養子縁組は、同時であれ、養親子関係が存在する限りで前後してであれ、養親が互いに婚姻している場合にのみ許される。夫婦は、通常は、共同でのみ縁組することができる。夫婦の他方の実子と縁組する場合において、一方が行為能力又は年齢に関する要件を満たしていないために縁組することができないとき、その所在が最低 1 年間知られていないとき、夫婦が最低 3 年間婚姻共同体を廃止していたとき、又は類似及び特別な重大な理由が夫婦の一方のみによる縁組を正当とするときは、この限りではない。

EP 法 8 条 4 項

登録パートナーは、共同で養子と縁組すること、又は他方の子と縁組することができない。

ており、国家基本法（StGG2条）と連邦憲法7条⁽³⁶⁾、ヨーロッパ人権条約8条との関連における14条に違反する。

共同縁組に関する異性の婚姻夫婦と同性の登録パートナーの異なる扱いは、正当な目的を追求していない。本件規定により、同性登録カップルは共同縁組から一般に排除され、裁判所は子の利益における個別審査を行えない。

第1に、子を養育について一般に異性の夫婦に比べ同性カップルが本質的に適していないこと、個別事案における子の福祉の審査を裁判所に委ねることができないことを、立法機関は証明していない。

第2に、同性登録パートナーと夫婦は、縁組に関して比較可能である。法的身分においてパートナーの相互的義務と解消など広い範囲で同じであり、同性カップルも異性カップルと同様に子の養育に適している。子にとって、異性愛か同性愛かではなく、世話し、愛する親が必要である。安定したパートナーシップにのみ共同縁組を認めるという共同縁組を夫婦に限定する目的も、異性と同性のカップルの間を区別するには十分ではない⁽³⁷⁾。

第3に、子が同性カップルの家族において成長することを、オーストリア法ではすでに認めている。登録パートナーの一方による単独縁組、一方の子（実子）と他方の連れ子養子縁組が認められているにもかかわらず、共同縁組が原則として禁止され、子の福祉を基準とする個別審査が最初から不可能であることには、実質的な正当化理由がない。また、登録パートナーの一方による単独縁組では、子が他方に対する扶養、相続、配慮などの請求権が与えられないため、子の福祉と矛盾するかもしれず、夫婦により共同縁組された子と比べて差別となる。

(36) 連邦憲法（Bundes-Verfassungsgesetz）7条1項

すべての国民は、法の下で平等である。出自、性別、地位、身分及び信条の特権は、排除される。誰もその障害を理由に不利益を受けることは許されない。共和国（連邦、州及び地方公共団体）は、日常生活のすべての領域において障害を有する者と有しない者の平等扱いを保障することを認める。

(37) 夫婦の離婚率に対して登録パートナーシップの解消率の方が低いことも、安定したパートナーシップであるという理由に挙げる。

第4に、ヨーロッパ内外の多くの国で、同性カップルによる共同縁組が認められている。

2) 判決理由

以下の理由から、民法192条2項1文とEP法8条4項⁽³⁸⁾が実質的正当化理由を欠き、ヨーロッパ人権条約14条との関連における8条と平等原則に違反すると判断した。

連邦憲法7条1項2文またはヨーロッパ人権条約14条が明確にあげている差別の疑いがあるメルクマールと結びついた法律上の不平等扱いが正当化されるには、ヨーロッパ人権条約14条との関連においても、平等原則との関連においても、特別な理由が存在しなければならない。(Rz. 38)

オーストリア法によると、夫婦にのみ許されるのではなく、性的指向に関係なく、生活共同体または登録パートナーシップを行う、または行っていない個人も養子縁組契約を締結することができる。同性パートナーの縁組によって、パートナーそれぞれが子に対して法律上の親子関係を有することを認めている。(Rz. 40, 41)

ヨーロッパ人権裁判所の判例によるとヨーロッパ人権条約8条は縁組への権利を含んではいない。しかし、オーストリア法が個人による縁組を性的指向に関係なく認めており、連れ子養子縁組により同性パートナーそれぞれが子との親子関係を有することを認めている。それゆえ、同性パートナーおよび養子に関しても、養子法の規定は、ヨーロッパ人権条約14条に応じたものでなければならない同8条の適用領域に含まれる。(Rz. 42)

立法機関は、共同縁組の可能性を性的指向によって区別している。それにより、立法機関は、縁組契約の養親側当事者である登録パートナー双方と、連れ子養子縁組における登録パートナー、同性または異性の生活パートナーの間の不平等を生じさせている。連れ子養子縁組では実親と養親の

(38) EP法8条4項は共同縁組だけではなく、一方の養子と他方との縁組も禁止しているが、この2つは分離不可能な関連を有していることから、同項全体を対象とした。

法律上の親子関係が併存することを認めているのに対して、本件規定により、登録パートナー双方が共同で他人の子を養育している場合、または一方が子と縁組している場合であっても、子との共通の親子関係が認められない。(Rz. 43)

この不平等扱いは、ヨーロッパ人権条約 14 条との関連における 8 条によっても、連邦憲法 7 条 1 項によっても実質的に正当化できない。(Rz. 44)

縁組の目的は、子に可能な限り最適の養親を得させることである。縁組幹旋においても、行為能力を有しない養子との縁組契約への裁判上の許可の手續においても、具体的な個別事案における子の福祉の保障が中心にある。縁組の規定は、子の福祉の保障を伴って、正当化された目的に役立ち、また平等原則とヨーロッパ人権条約 14 条に関する憲法裁判所判例の意味における特別な理由に役立つ。(Rz. 45)

しかし、登録パートナーを共同縁組から排除することは、子の福祉から正当化できない。(Rz. 46)

2013 年養子法改正法により二人の法律上の母または父を認める現行法の規定からしても、同性の両親と成長することが子の福祉に有害であるということでは本件規定を正当化できない。養親双方と血縁関係のない子と法律上の親子関係を生じさせる縁組において、2 人の異性の者と子の生物学的血縁関係を模倣することで、子の福祉にどの程度応えることができるのかも明らかではない。(Rz. 47)

「婚姻と類似して継続的に安定した二人の人の関係の設定を目的とする登録パートナーシップの法律上の形成を考慮すれば、パートナーの一方が他方の実子と縁組するときのみ登録パートナーに共同の法的親子関係の設定が許される場合を除いて、登録パートナーが養子に対する共同の親子関係から——パートナーの養子についても——最初から排除されることは、子の福祉の保障のためにも、養親相互の関係に存在する安定性の観点において必要ではなく、実質的に正当化されない」。子の福祉の利益においても、縁組契約による親子関係の設定が妨げられるのみならず、それにより

扶養請求権と世話の請求権を奪われていることは理解できない。(Rz. 48)

「登録パートナーの共同の親子関係が他の組合せにおいては法律上可能であるにもかかわらず、縁組契約の当事者として共同で養子と縁組することから登録パートナーを原則的に法律上排除することは、首尾一貫しておらず、子の福祉の保障によっても正当化することはできない」。(Rz. 49)⁽³⁹⁾

また、同性登録パートナーに共同縁組が法律上認められないことの実質的正当化理由も明らかではない。本件規定は、婚姻または伝統的な家族の保護によっても正当化されない。登録パートナーシップは社会的にみて婚姻と置き換えられる関係にはなく、個別事案において適切な登録パートナーによる共同縁組が婚姻に危険を与えるのではない。(Rz. 50)

そして、民法 191 条 2 項 1 文と EP 法 8 条 4 項が 2015 年 12 月 31 日の経過により廃止されること、以前の規定が再び効力を有しないことを言い渡した。これらは、2015 年 1 月 21 日に、官報に掲載された。⁽⁴⁰⁾

IV 生殖補助医療

1 2015 年改正前の状況

オーストリアでは生殖補助医療に関して生殖医療法 (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG) が 1992 年に制定、施行された。同法 1 条 2 項では、生殖補助医療として、女性の生殖器への精子の注入 (1 号)、女性の体外での精子と卵子の受精 (2 号)、女性の子宮または卵管への発達可能な細胞の移植 (3 号)、女性の子宮または卵管への卵子または受精した卵子の移植 (4 号) をあげる。生殖補助医療の利用は、「婚姻又は婚姻類似の生活共同体にある者」に限定されていた (旧 2 条 1 項)。原則として、夫婦または生活伴侶の卵子と精子を用いることのみが認められ (旧 3 条 1 項)、ドナー精子の使用は夫婦または生活伴侶の一方が生殖不能である場合にのみ認められた (旧 2 項)。卵子または発達可能な細胞は、採取した

(39) ヨーロッパ人権裁判所 2013 年 2 月 19 日判決 (X 等対オーストリア事件判決) の判決理由 (para. 144 前記 II 4 2) (3) を参照している。

(40) BGBl. I Nr. 25/2015.

女性にのみ使用することが許された（旧3項）。

夫婦による生殖補助医療では、夫婦が文書で同意した場合に実施できる。それに対して、非婚の生活伴侶間で行う場合には、裁判文書または公正証書により同意しなければならなかった（旧8条1項1文）。第三者の精子を利用する場合は、夫婦であっても、裁判文書または公正証書によって同意しなければならなかった（同2文）。

1992年法の立法資料では、生殖補助医療と「結びついた濫用の危険（代理懐胎）」を理由に独身女性と同性カップルに生殖補助医療の利用を認めないと述べられていた。また、「異常な（*ungewöhnlich*）人的関係（二重の母子関係）を作り出すことから自然生殖の条件と結果から遠くはなれている」医療について、「自然生殖に無条件の優先が認められ、現代的技術は制限された範囲でのみ許される」とした。⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾

2010年にEP法が制定されるのに伴い、生殖補助医療の利用が「異性の者の」婚姻または婚姻類似の生活共同体に限定されることが2条1項に明記された。⁽⁴³⁾2条に違反する生殖補助医療を行った医師は、行政罰として罰金などが科される（23条）。

明文で異性カップルに限定することについて、立法理由では、「生殖医療法による生殖補助医療が異性の者による生活共同体においてのみ許されることを明確にすることが、専門評価手続（*Begutachtungsverfahren*）において再三求められていた」とのみ述べる。⁽⁴⁴⁾

男性カップルには代理懐胎が禁じられることで生殖補助医療の利用が認められておらず、女性カップルもドナー精子を用いてオーストリアにおいて子をもうけることができないことが明確となった。

他方において、1992年から基本的な構造に変化のない生殖医療法が現

(41) 216 der Beilagen XVIII. GP – Regierungsvorlage, S. 11.

(42) A. a. O., S. 11.

(43) 生殖医療法旧2条1項

生殖補助医療は、異性の者の婚姻又は生活共同体においてのみ許される。

(44) 485 der Beilagen XXIV. GP – Regierungsvorlage – Erläuterungen, S. 17.

代の生殖補助医療と社会の発展にもはや適合していないという意見もあった。しかし、生殖補助医療に対してリベラルな立場を取るオーストリア社会民主党と、このような考えに反対するオーストリア国民党の間で人の生命への介入、家族の保護をめぐる論点で対立があり、改正の議論はこう着状態となっていた。⁽⁴⁵⁾

生殖医療法改正への動きは、以下で紹介する女性カップルによる生殖補助医療の利用に関する判例（後記 2～4）をきっかけとして速度を早めた。そして、女性カップルによる利用を認め、さらに着床前診断、卵子提供を認めるという大幅な変更をもたらす 2015 年生殖医療法改正法（Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015—FMedRÄG 2015）⁽⁴⁶⁾ が 2015 年 2 月に施行された（後記 5）。

2015 年生殖医療法改正法は民法の改正も含んでおり、女性カップルの一方の子について他方も「親の一方 (Elternteil)」となることを認めている（後記 V）。

2 憲法裁判所 2012 年 10 月 2 日決定

1) 事実関係

オーストリア人女性である X1 は、ドイツ人女性である X2 と 2008 年 8 月 20 日にドイツにおいてドイツ法により生活パートナーシップを設定した。この生活パートナーシップは、オーストリア国際私法に関する連邦法 27 条 a によりオーストリアでも承認されている。X1 は、ドナーの精子提供による生殖補助医療により妊娠することを望んでおり、X2 もそれに同意していた。

生殖補助医療 8 条により必要となる同意の裁判文書を作成するために、

(45) der Standard 紙 2014 年 11 月 19 日記事 “Frage und Antwort zum Thema Fortpflanzungsmedizin” [online] der Standard 2014 [retrieved on 2017-4-1]. Retrieved from the Internet: <URL: <http://derstandard.at/2000008333965/Frage-und-Anwort-zum-Thema-Fortpflanzungsmedizin>>

(46) BGBl. I Nr. 35/2015.

X1 と X2（以下、申立人ら）は 2010 年 2 月 22 日にウェルス区裁判所に申し立てた。ウェルス区裁判所 2013 年 3 月 8 日決定は、生殖医療法 2 条 1 項が 2 人の同性の者による親子関係を排除することを目的としているとして、申立てを棄却した。申立人らは抗告した。

ウェルス州裁判所 2010 年 6 月 2 日決定も、区裁判所の決定と同じ理由に以下の理由を加えて、抗告を棄却した。

女性登録パートナーを概念上父と定めることはできない。申立人らのイメージどおりに懐胎された子は、その父子関係を確定する可能性がないことから、他の子よりも不利益を受けるだろう。したがって、実際に不当な差別も、ヨーロッパ人権条約 8 条と 14 条の違反もない。また、同性パートナーシップでの生殖補助医療の一般的禁止は、代理懐胎が認められていないオーストリアにおいて男性間のパートナーシップへの差別を回避するためのものである。

他方で、同性カップルによる生殖補助医療の利用の禁止が、EU 法、ヨーロッパ人権条約、オーストリア憲法に違反するか否かは原則的な意義を有する法律問題であり、最高裁判例が存在しないことから上告が許されることも述べていた。申立人らは、2010 年 7 月 21 日に最高裁判所に上告した。

2) 最高裁判所 2011 年 3 月 22 日決定

申立人らは、生殖医療法 2 条 1 項の「異性の者」の文言、あるいは 2 条 1 項すべてが性別、性的指向に基づく差別として違憲であり廃止することを求めた。最高裁判所 2011 年 3 月 22 日決定⁽⁴⁷⁾は、この条文について以下の理由から憲法裁判所に法律審査申立てを行うことを決定した。

2010 年に改正された生殖医療法（旧）2 条 1 項により、同性カップルは生殖補助医療を利用できない。夫婦が第三者の精子を用いない場合を除き、生殖補助医療を利用するには、同法（旧）8 条 1 項による裁判文書または

(47) Geschäftszahl 30b147/10d.

公正証書による同意という特別の方式を要する。(旧) 8 条 1 項により必要な同意の裁判文書を作成するという申立人らの望みは、(旧) 2 条 1 項と矛盾する。

生殖医療法 (旧) 2 条 1 項による制限は、パートナーシップにおいて生活する女性に生殖補助医療の道を閉ざしている。異性との性交が考えられないのであれ、性交にもかかわらず子への望みが満たされないままであるのであれ、彼女は、生殖補助医療なしには子を有することができない点で、子を有して、育てる可能性がない。このことは、独身女性にも、登録パートナーシップの女性にも当てはまる。

子を得るために必要な医学的補助を利用するという夫婦または生活伴侶の決定がヨーロッパ人権条約 8 条の保護領域にあることを、憲法裁判所も、ヨーロッパ人権裁判所も認めている。子への望みは、私的な個人の存在またはアイデンティティーの特に重要な観点である。

したがって、生殖補助医療により子への望みをかなえることを法律で異性カップルに制限することが、家族の保護または子の福祉によって理由づけられるかは疑問である。

同性パートナーシップで生活する女性による縁組を性的指向を理由に否定することは、ヨーロッパ人権条約 8 条との関連における 14 条の不利益禁止に違反する (E. B 対フランス事件)。

オーストリア法は、登録パートナーシップにもパートナーの同意を得た場合に単独縁組を認めている。登録パートナーによる単独縁組それ自体は、原則として子の福祉に反しない。

婚姻の他に、個人はその性的指向に関係なく、縁組により親子関係を設定することができる。契約による結びつきは血縁に基づく家族関係を補い、同様に生殖補助医療の成果は自然生殖に基づく家族関係を補っている。したがって、異性のパートナーシップの存在を生殖補助医療の利用の条件として、独身の女性、同性共同体において生活する女性を生殖補助医療の可能性から排除することは、実質的に正当ではないと思われる。

生物学的親子関係を明らかにするという子の利益への侵害という理由は、

ヨーロッパ人権条約 8 条違反についての説得力のある説明になっていない。申立人らのいう家族関係に対するやむを得ない障害ではない。

男性カップルに生殖補助医療が不可能であることについては、生物学的に条件づけられた差別かもしれないが、異なる事実関係には法的に異なる規定を設けることができる。

同性パートナーシップにおいて生活する女性を生殖補助医療から排除し、子への望みをかなえる可能性が性的指向を理由に奪われる点で、ヨーロッパ人権裁判所の判例において生殖医療法 2 条 1 項に対する憲法上の疑義がある。

3) 憲法裁判所 2012 年 10 月 2 日決定

(1) 申立人らの主張

(a) 総論

X1 は、第三者の精子を利用した生殖補助医療により子を懐胎することを望み、X1 と X2 は X1 の実子とともに幸福な家族生活を送ることを望んでいる。しかし、これは、生殖医療法 2 条 1 項の規定により禁じられている。その性的指向に反し、貞操の約束に反した性行為を申立人らに期待できず、生殖が禁じられている。刑事手続のきっかけとなり、処罰の危険が生じることから、禁止に反して生殖補助医療を行うことを申立人らに期待することはできない。その他の期待可能な方法も存在していない。

(b) 生殖補助医療法 2 条 1 項について

生殖補助医療法 2 条 1 項による同性カップルの生殖補助医療の利用禁止が違憲である理由として、以下の点をあげる。

ヘテロセクシュアルのカップルは、婚姻していなくても生殖補助医療を利用できる。それに対して、申立人らは同性カップルであることを理由に利用できない。それゆえ、規定は、直接には性別に基づき、間接的には性的指向に基づいて区別している。婚姻していない異性カップルと、婚姻していない同性カップルの不平等扱いは、平等違反である。これは、国民の一般的権利に関する国家基本法 (Staatsgrundgesetz über die allgemeinen

Rechte der Staatsbürger—StGG)⁽⁴⁸⁾ 2条、連邦憲法7条、ヨーロッパ人権条約8条との関連における14条に違反する。

ヨーロッパ人権裁判所の確定判例によると、性的自己決定権はヨーロッパ人権条約の中核的な保護利益の1つであり、性的指向に基づく差別は容認されない。性的指向に基づく差異の正当化には、特に重大な理由が求められる。2010年の生殖医療法改正の立法資料も、女性カップルへの生殖補助医療を禁止する理由を示していない。

同性カップルのみに対する禁止は、憲法上保証される権利を侵害している。

(2) 決定の要旨

憲法裁判所は、生殖医療法(旧)2条2項を削除するだけでは、最高裁判所が指摘した違憲状態を除去することはできず、申立ての範囲が狭すぎるとして、申立てを棄却した。

生殖補助医療は、生殖医療法2条2項の一般的な許可要件のもとで認められる。「学問及び経験の水準により自然性交による妊娠のための他の可能、かつ、期待可能なすべての処置が成果を得られない、若しくは見込みがないとき、又は妊娠のための自然性交が夫婦又は生活伴侶への重大な伝染病の感染の重大な危険を理由に継続的に期待できないこと」とするこの規定の文言と目的を満たすことができるのは、ヘテロセクシュアルの生活共同体の当事者のみである。

例外的に許される第三者からの精子提供は、配偶者または生活伴侶の精子が生殖能力を有しない場合のみ認められる(旧3条2項)。これはヘテロセクシュアルを指向する生活共同体の存在を前提としており、他の者では要件を満たすことができない。

また、立法機関が過剰な規定を定めたとはいえない。

(48) 国民の一般的権利に関する国家基本法2条
法のもとですべての国民は平等である。

3 報告書「生殖医療法の改革」

1) バイオ倫理委員会

2012年7月2日に連邦内閣府バイオ倫理委員会 (Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt)⁽⁴⁹⁾ が「生殖医療法の改革」(Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts / Reform of the Reproductive Medicine Act) と題する報告書を提出した。この報告書は生殖医療法全般を対象に改正の必要性を訴えるものであり、その1つとして生殖補助医療の利用を異性のパートナーシップに制限することが検討の対象となった。

報告書では、生殖補助医療の利用から同性カップルを排除することは、憲法上疑わしいものであると述べる⁽⁵¹⁾。生殖医療法は、この禁止により、ヨーロッパ人権条約8条により保障される当事者の生殖の自由に介入している。さらに、この禁止が性的指向にのみ基づいて不利益を与えていることは重大である。性的指向とは、人のアイデンティティーを特徴づけ、それを変更させることは期待できず、なおも社会の一部に偏見を生じさせる属性を付与するメルクマールである。そのようなメルクマールに基づく法的な不利益扱いは、憲法により差別の疑いがあるとする。そして、これまで排除を正当化してきた理由では差別禁止の厳格な要請を満たさないとし、以下の10の点を指摘した⁽⁵²⁾。

(49) 2組のオーストリア人夫婦が卵子提供も体外受精も禁じるオーストリア法がヨーロッパ人権条約8条(家族生活の尊重)との関連における14条違反であるとしてヨーロッパ人権裁判所に提訴した事件(S. H. and others v. Austria)をきっかけに、バイオ倫理委員会は、2010年4月に議論を始め、オーストリア生殖医療法がヨーロッパ人権条約に違反し、法律改正が不可避であるという結論に至った。2010年10月には、ファイマン首相より、倫理的観点から生殖医療法について包括的に検討することがバイオ倫理委員会に委ねられた。

その後、S. H. とその他对オーストリア事件では、ヨーロッパ人権裁判所2011年11月3日判決(application no. 57813/00)によりオーストリアが敗訴した。

(50) Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts Stellungnahme der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt, <http://archiv.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=48791>

この報告書は、ドイツ語版と英語版により構成されている。

(51) A. a. O., S. 29.

(52) A. a. O., S. 29 ff.

後記5憲法裁判所2013年12月10日判決の手續において提出した鑑定意見の内容を再録したものである。

2) 10 の理由

- (1) 1992 年生殖医療法の立法理由が「濫用の危険（代理懐胎）」を理由に同性カップルを生殖補助医療から排除していたこと（前記 V 1）を正当化することはできない。

代理懐胎を生殖医療法は異性カップルも含め絶対的に禁止している。同性カップルに他の生殖補助医療も禁止することは、濫用の危険だけでは納得のいく理由付けとなっていない。偏見なしに考えるならば、同性愛者が異性愛者に比べてより代理懐胎の禁止を潜脱する濫用の危険の傾向を有することは指摘されていない。

- (2) 1992 年生殖医療法の立法理由が自然生殖から遠くはなれた異常な人的関係を作り出すべきではないとすることも正当化理由とはならない。

同性カップルが子を有することはアブノーマルかもしれない。しかし、規範から逸脱すること、異なることは、差別禁止により市民に認められている権利である。

- (3) 「異常な」関係の成立により生じる子の福祉への重大な現実の危険は、⁽⁵³⁾ 学問的に証明されていない。

- (4) 社会的差別のリスクにさらされるかもしれないことを理由に子の懐胎を禁じることは、一般化できない。

同性の生活パートナーシップにおける子の一部が精神的な負荷となる差別的な経験をしていることは確かである。しかし、社会の一部による偏見と不寛容に基づく反応によっては、同性カップルに生殖補助医療を認めないことを正当化できない。さもないと、被差別集団に属するすべての者が生殖補助医療から排除されねばならなくなる。

- (5) 子が法律上の親の一方、1 人の配慮義務者しか有さないことを理由

(53) Rupp によるドイツでの調査をあげている。この調査については、注(17)を参照。

(54) 例えば、移民、肌の色、宗教、身体障害、精神障害を理由に差別を受けている者が考えられる。

(55) レズビアンカップルの子は母のみ、ゲイカップルの子は父のみしか有さない。

に正当化することはできない。

このようなことは確かに子にとって不利益ではある。しかし、立法機関が子の母の女性パートナー（子の父の男性パートナー）を法的な親の一方として承認することにより、同性カップルの子も配慮義務者である親を2人有することができる。立法機関自らが生じさせ、簡単に除去できる状況によって、生殖補助医療への求めの禁止という重大な自由の制限を理由づけることは不適切である。⁽⁵⁶⁾

- (6) 同性カップルの方がヘテロカップルよりも解消する率が高いという考えに裏付けはない。

両親の関係の解消が子の負荷となりうることから主張される意見への反論である。ノルウェーとスウェーデンでは同性カップルの解消率の方が高いという結果が出ていた。しかし、その理由として、同性カップルが子を有していないことが多い点があげられていた。⁽⁵⁷⁾

- (7) 同性愛者が子を子自身のために受け入れる状況にないという意見もその根拠が示されていない。

子を望む同性カップルでは自己の生殖への望みが前面に出ているという意見には根拠がない。自己の子を望むすべての者は、性的指向とは無関係に、生殖することへの望みを有している。この生殖への望みをかなえて懐胎された子が、生殖への望みによって害されるというのは理解不可能である。

- (8) 生殖補助医療を同性カップルに認めることは、すべての子が親を知り、親により世話される権利を有するとする子どもの権利条約7条に違反しない。

7条の権利は、可能な限りで存在するものである。生殖医療法20条2項は、子が14歳から遺伝上の父が誰かを知る請求権を有するこ

(56) さらに、オーストリア民法163条a第1項が父の名を沈黙する権利を母に認めており、自然懐胎による子でも父がないことを許していることを指摘する。

(57) デンマークでは、同性関係の17%が解消しているのに対して、異性のカップルではほぼ3倍の46%が解消しているという調査結果があることも指摘する。

とを定めている。おそらくこのことから、オーストリアは生殖医療法の公布から間もなくこの条約を批准した際に、何の留保も付さなかった。遺伝上の父を知る請求権は、同性カップルの子にも与えられなければならない。

- (9) 生殖補助医療がレズビアンカップルに認められると、差別を避けるために、ゲイカップルにも代理懐胎を認めねばならないという心配も理由がない。

代理懐胎は一般に禁止されており、性的指向に結びついたものでなければ、男性カップルに向けられた禁止でもない。レズビアンカップルとは異なり、ゲイカップルが代理懐胎によってのみ生殖が可能であるということは、この2つのカップルの間の区別を理由づける。この違いは、代理懐胎により生じる子の引渡請求と搾取から女性を守るという憲法上の視点から異議を唱えることができない目的から生じている。この本質的な区別は、代理懐胎が禁止され、それにより男性カップルのみが生殖補助医療から排除されることを正当化する。

- (10) 同性カップルが異性カップルと同様に生殖補助医療への経済的支援への請求権を有することも反対理由とはならない。

国家が生殖補助医療に経済的支援を行うか否か、どの範囲で行うのかについて憲法であらかじめ定められてはいない。しかし、支援を行うことを決めたときは、差別なしに行わなければならない。異性愛者と同様に税金と社会保険費を支払っているにもかかわらず、同性愛者を排除することは違憲となる。

3) バイオ倫理委員会の提言

これらの理由から、バイオ倫理委員会は同性カップルによる生殖補助医療について次のことを提言した。⁽⁵⁸⁾

(58) Bioethikkommission, a. a. O., S. 45 f.

- 1 生殖補助医療は、独身女性にも、レズビアンカップルにも認められる。
- 2 レズビアンカップルによる事案では、両親の法的地位を明確にしなければならない。

レズビアンカップルにおいて生物学的母である者が死亡した場合に、長期間の社会的親子関係を、縁組またはその他の家族法上の解決（例えば、母の女性パートナーが自動的に第二の親となる）をとおして考慮されるべきである。

- 3 同性愛者の男性カップルは、生殖のために「代理懐胎」を必要とする。代理懐胎と結びつく多様で複雑な社会的、心理学的および法的問題に基づき、バイオ倫理委員会は同性カップルへの代理懐胎の許可を見合わせることを推奨する。中心となる倫理的論拠は、代理懐胎によって生じる子の返還請求と搾取から女性を保護することである。
- 4 バイオ倫理委員会としては、男性カップルに縁組の可能性を認めることを推奨する。

4) 少数意見

バイオ倫理委員会は、全会一致で同性カップルによる生殖補助医療を推奨したのではなく、次のように同性カップルと単身者による利用を否定する少数反対意見も述べられていた⁽⁵⁹⁾。

まず、前記(1)(2)の理由に対応して、生殖医療法が制定された動機からみて、同性カップルによる利用は認められないという意見があった。生殖に障害がある人の治療であり、体外授精が認められている人は治療後に受胎が原則として可能となる。それに対して、同性カップルは、その生物学的素因に基づき生殖することができない。ここでは治療的ではなく、望みをかなえるための医療と評価される。

前記(3)(4)(5)の理由に対応して、同性カップルのもとで発育する子に関する研究が十分ではないこと、また両性の親との関係が子の発育によ

(59) A. a. O., S. 65 f.

いという研究結果もあると述べる。

前記(8)の理由に対応して、父を知らさずにおく母の権利も、登録パートナーによる単独縁組も、子が生まれてから効果を発揮し、子の生存の利益に役立つものである。単独縁組では、個別に許可手続において子の福祉を考慮することができる。おそらく、この批判は、生殖補助医療が子の出生前から問題となり、個別審査手続もないこととの違いから、縁組などと同一視できないことを意味する。

前記(9)の理由に対応して、代理懐胎にまつわる批判が多くを占めている。最高裁判所2011年3月22日決定(前記IV22)が男性カップルには代理懐胎による生殖補助が不可能であると述べた点から、男性カップルと女性カップルの異なる扱いを批判する。双方のカップルとも当事者間での自然生殖が不可能であり、第三者の生殖細胞を使用する点では共通する。レズビアンカップルへの精子提供を認めるならば、生殖医療法の治療的アプローチは捨て去られる。治療的アプローチを批判するならば、子宮を有しない女性が代理母の助けを得て生殖補助医療を行うべきではないことの論拠が再び問われると述べる。

そして、代理懐胎の禁止の継続、子の福祉に最適な要因の事前保障のためにも、同性カップルと単身者に生殖補助医療を禁止することが目的達成のための偏見なき考慮の際に、適切で必要な手段となると結論づける。

4 最高裁判所2012年12月19日決定

憲法裁判所の棄却決定に対して、申立人らは申立てを再度行うことにした。そして、再び形式的に棄却されることを予防するために、今回は生殖医療法全体を違憲として廃止することを申し立てた。

同じ事件であり、改正前の8条1項が適用されることから、最高裁判所

(60) 生殖医療法の規定は2011年予算付随法(Budgetbegleitgesetz 2011 (BGBl I 2010/111))により改正され、2011年5月1日より7条3項の助言と8条1項による文書作成を裁判所は行わず、公証人のみが行うこととなった。しかし、本件では、X2の同意が2010年2月22日の申立てと同時になされていたことから、最高裁判所は、2011年改正前の生殖医療法の規定が適用されるとし、同意の文書作成について裁判所が管轄を有していたとした。

2012年12月19日決定⁽⁶¹⁾は、前記最高裁2011年3月22日決定（前記IV 22）と同じ内容のほか、以下の理由を付け加えて、憲法裁判所への上告を認めた。

憲法裁判所2012年10月2日決定では違憲であると申し立てた規定の範囲が狭く、その規定の削除だけでは違憲状態が除去できないと指摘されたことを受けて、生殖医療法2条1項の「異性の者の」の文言だけではなく、同2条2項、3条1項、2項の条文にも対象を拡大した。

性交による懐胎の不成功、その見込みがない、または期待できない場合という2条2項の一般的許可要件と、第三者の精子を利用した人工授精（1条2項1号）の方法について男性の生活伴侶の生殖能力がないことという許可への特別な要請（3条2項との関連における1項）の概念を字句どおり厳格に解釈すると、同性パートナーシップにある女性は、法律の予定する生殖補助医療の要件を満たすことができない。

その他に、最高裁判所は合憲的解釈が可能であると考えたものの、そのように解釈できない場合には、夫、男性の生活伴侶、婚姻類似の生活共同体に合わせた規定が存続する。「異性の者の」という文言を廃止しても2条1項は同性カップルを排除すると理解されるかもしれない。そのため、2条2項についても予備的に廃止を申し立てる。

合憲的な解釈により女性の生活伴侶もこの概念に含まれるかもしれないが、同意に関する8条3項3号⁽⁶²⁾では、生活伴侶が文法上男性名詞となっている。

8条4項⁽⁶³⁾は、同意の撤回の可能性について、男性と女性を区別して規定

(61) Geschäftszahl 30b224/12f.

(62) 生殖医療法旧8条3項

表示は、次に掲げる事項を含まなければならない。

1. 生殖補助医療への明確な同意
2. 必要な場合には、第三者の精子又は卵子の使用への同意
3. 女性及びその夫又は生活伴侶の氏名、生年月日、出生地、国籍、住所
4. 生殖補助医療を行うことが許される期間

(63) 生殖医療法旧8条4項

生殖補助医療への同意を、医師に対して、夫婦、登録パートナー又は生活伴侶の一方は、女性の体内への精子注入又は発育可能な細胞の移植までは撤回することができる；女性の

している。最高裁判所の見解によると、2条1項の「異性の者の」という文言を削除すると、意図しない法律の欠缺が存在することから、8条4項の「夫」を懐胎した女性の生活パートナーに類推適用することで、ここでも合憲的な解釈ができる。しかし、憲法裁判所は、8条4項がヘテロセクシュアルを指向する婚姻または生活共同体の存在を前提とするため、この解釈ができないという見解かもしれない。そのため、申立ての対象を8条4項にも拡大する。

さらに、第三者の精子を使用することについて、14条は、第三者の精子は生殖補助医療のために最大で3組の婚姻または婚姻類似の生活共同体に利用することが許されると定める。それにともない、15条2項により、医療機関はどの婚姻と婚姻類似の生活共同体に精子を使用したのか記録する義務がある。これについては、登録パートナーシップと婚姻類似の生活共同体を同視することで合憲的に解釈できる。しかし、このような解釈はできないと憲法裁判所が判断するかもしれず、廃止されるべき規定と不可分の関連を有するこの規定も違憲となりうる。

医師が作成する記録文書に関する18条1項⁽⁶⁴⁾も、男性の生活伴侶を対象とする規定である。

これらの規定の廃止を申し立てることは、異性の配偶者と生活伴侶について適用されてきた生殖補助医療の一般的許可要件を無くすことを意味する。同様に、第三者の精子の使用について、男性の生殖不能状態を必要としなくなる。8条4項を削除すると、同意表示の撤回の規定が無くなるかもしれない。夫または男性生活伴侶に関する規定の廃止は、生殖医療法の構造を変える。

それゆえ、憲法裁判所が違憲判断を下せば、残りの部分では生殖医療法が維持不可能となることも（立法的トルソ）排除できない。生殖医療法の

、体外での卵子の受精のときは、女性は、発育可能な細胞をその体内に移植するまでは同意を撤回できる、しかし、男性は、卵子の受精までのみ同意を撤回できる。撤回は、一定の方式を要しない：医師は、撤回を文書で保管しなければならず、要求があるときは受領確認書を交付しなければならない。

(64) 「女性、その夫又は生活伴侶……の」氏名、生年月日などを、生殖補助医療を行う医師が記録することを定める。

規定が一体性を形成することから、最高裁判所は、期間を設定した法律全体の廃止も申し立てる。

5 憲法裁判所 2013 年 12 月 10 日判決

1) 申立人の主張

違憲として削除を求める対象に、生殖医療法 2 条 1 項における「異性の人の」の文言の他に、生殖医療法 2 条 1 項すべて、場合によっては追加して 2 条 2 項、さらに追加して 8 条 3 項 3 号すべて、またはそのうち「又は生活伴侶」の文言、8 条 4 項、14 条、15 条における「婚姻類似」の文言、18 条 1 項における「又は生活伴侶」の文言を違憲として廃止することを付け加えた。予備的に、生殖医療法を違憲として廃止することも申し立てた。

その申立理由の主たる部分は、最高裁判所 2011 年 3 月 22 日決定（前記 IV 2 2）が述べる内容、そして憲法裁判所 2012 年 10 月 2 日決定（前記 IV 2 3）において申立人が主張した内容と同じである。さらに、次の点が付け加えられた。

レズビアン女性に他人の子と縁組する権利は基本権上保障されている（E.B. 対フランス事件）。自らの子を産むことを彼女達に禁止することが、実質的に正当化されるのか疑問である。

また、ニーダーオーストライヒ州とケルンテン州では、同性カップルの家族を異性カップルの家族と同様に助成している。さらに、同性カップルにおいて子が異性カップルにおけるのと同様に発育することは、憲法裁判所 2012 年決定（前記 IV 2 3）の手続でバイオ技術委員会から提出された鑑定意見（前記 IV 3 2）で肯定されている。

オーストリア国民が同性の親子関係に積極的な姿勢をみせている。オーストリアよりも広い範囲で同性カップルによる養子縁組を認めるのはオランダとスウェーデンのみである。アンケート調査では、2006 年には半数近く、この本件手続の当時では 57% が共同縁組に賛成している⁽⁶⁵⁾。同性の

(65) この時点では、憲法裁判所 2014 年 12 月 11 日判決（前記 III）は下されておらず、法律ノ

親子関係で困っているのは、国民ではなく、一部の政治家である。

以前の憲法裁判所の判断の後に出了された、ヨーロッパ人権裁判所 2013 年 2 月 19 日判決 (前記 II 4)、ドイツ連邦憲法裁判所 2013 年 2 月 19 日判決 (第 1 章 III 2) とともに、米州人権裁判所 (Inter-American Court of Human Rights) 2012 年 2 月 24 日判決⁽⁶⁶⁾の存在も指摘する。

2) 判決の要旨

憲法裁判所は、次の理由から生殖医療法 2 条 1 項の「異性の者」の文言、2 条 2 項、3 条 1 項、2 項が違憲であり、2014 年 12 月 31 日をもって廃止されると判断した。

廃止が求められている規定によると、同性生活共同体にある女性は生殖補助医療の方法で子をもうけることができない⁽⁶⁷⁾。平等原則の局面において、異性の生活共同体と女性間の生活共同体が不平等に扱われていることを意味する。(Rz. 32)

平等原則は、立法機関をも拘束する。理由づけられない規定を実際に定めることを禁じる点で、この原則は、内容面でも制約する。この制約内で立法機関が適切と思われる方法で政治目的を追求することは、憲法に基づき、平等原則によって妨げられない。(Rz. 33)

ヨーロッパ人権裁判所の判例により、同性の者がパートナーシップにおいて共同の家政で生活しているときは、ヨーロッパ人権条約 8 条 1 項の「家族生活」に含まれる。子をもつこと、そのために自然または補助医療による生殖の方法を用いるという望みは、判例・通説によると、私的生活の一部としてヨーロッパ人権条約 8 条 1 項の保護領域に含まれる。ヨーロッパ人権裁判所の判例によると、性別または性的指向と結びついた区別

、上、同性カップルに共同縁組は認められていなかった。

(66) Case of Atala Riffo and daughters v. Chile (Series C No. 239). URL: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_ing.pdf

(67) 独身女性がドナー精子による人工授精を利用できないことについても最高裁判所は述べていたが、本決定では考慮の対象とはしていない。(Rz. 42~45)

が差別にあらず、同 14 条違反ではないと示すためには、特に納得のいく重大な理由が必要である。(Rz. 36~38)

非当事者間人工授精の制限は、法律で規定されている。その許可は、健康と倫理の保護、または他の者の権利と自由の保護のために民主主義社会において必要な措置であること、したがって、この制限が、ヨーロッパ人権裁判所判例の意味において、やむを得ない社会的ニーズに相応することを要件とする⁽⁶⁸⁾。(Rz. 46)

非当事者間体外受精、試験管で受精された胚、卵子提供の事案に比べて、子宮内受精の事案における立法機関の裁量の余地は狭い。介入がヨーロッパ人権条約 8 条 2 項に従い合憲であるかは、許される生殖補助医療のすべての方法をヘテロセクシュアルの生活共同体と婚姻における不妊問題の解決のみに画一的に制限することが比例的であるのか、差別的ではないのかという点に係っている。(Rz. 47)

オーストリアにおいて人工授精は、生殖医療法施行前の 1970 年代から病院の外にも広まっており、特別な技術的補助手段が必要ないことから、婦人科の診察室でも実施することができる。もっとも、生殖医療法では、許可された医療機関にのみ認められている。生殖医療法の立法理由でも、長期間にわたり実践され、比較的簡易な手続である精子注入を禁止することはほとんど考えられないとされていた。非当事者間人工授精も、すでに生殖医療法施行前から広まっていた。(Rz. 48, 49)

生殖医療法において生殖補助医療を婚姻と婚姻類似の異性の生活共同体で自然生殖ができない場合に制限する理由として、立法理由は、独身の女性または同性カップルによる濫用の危険（代理懐胎）をあげていた（前記 IV 1）。しかし、この立法資料では、生殖の権利が、ヨーロッパ人権条約 12 条により夫婦に保障された家族創設の権利に含まれ、同 8 条の私的生活への権利には含まれず、それゆえ基本権として保障されないという不適

(68) 生殖医療法によって一般に許可されていない生殖補助医療に関する判例、連れ子養育縁組に関するヨーロッパ人権裁判所の判例は、本件とは異なる問題であるため参考にならないとする。(Rz. 46)

切な見解をとっていた。(Rz. 50)

立法資料にその他の理由は挙げられておらず、精液注入により女性の健康に危害を与えるということ、誰も主張しておらず、認識もできない。体外受精の場合に過剰な胚の作成で生じる倫理的な問題もない。代理懐胎による濫用の危険も、女性間の生活共同体における医療的な非当事者間人工授精では、問題とならない。(Rz. 51, 52)

同性生活共同体について、生殖不能などの障害がある場合に生殖補助医療を認めるという生殖医療法の考えを捨てることになり、結果的に代理懐胎を許すことも避けられなくなるという懸念には理由がない。代理懐胎の禁止は、別の実際の理由に基づくものだからである。(Rz. 53)

最高裁判所が述べるように、異性の生活共同体と婚姻に生殖補助医療を制限することは、家族保護（ヨーロッパ人権条約 8 条、12 条）によっても正当化できない。(Rz. 54)

廃止が求められる規定による、同性生活共同体において生活する女性の子への望みに関するヨーロッパ人権条約 8 条との関連における 14 条の保護領域への介入を正当化する重大な理由はない。これらの人的グループが医師による非当事者間人工授精から一般に排除されることから、介入は比例していない。(Rz. 54)

判決にあげられた生殖医療法の規定は、違憲であり廃止する。

6 2015 年生殖医療改正法

1) 概説

連邦憲法裁判所 2013 年 12 月 10 日判決を受けて、生殖医療法の改正が本格的に始動した。

2015 年生殖医療法改正法 (Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015—FMedRÄG 2015) は、2014 年 11 月 13 日に官庁草案 (Ministerialentwurf)⁽⁶⁹⁾ が国民議会 (Nationalrat) に提出され、19 日から 12 月 1

(69) 77/ME XXV. GP.

日の専門評価手続（Begutachtungsverfahren）で意見が寄せられ、12月10日に政府提案⁽⁷⁰⁾として国民議会に提出された。2015年1月21日に国民議会で、2月5日に連邦議会（Bundesrat）で可決され⁽⁷¹⁾、2015年2月23日に公布⁽⁷²⁾、生殖医療に関する部分は翌日に、民法改正に関する部分は同年1月1日に遡及して、施行された。

生殖医療法改正法は、憲法裁判所により指摘された女性カップルによる生殖補助医療の利用に留まらず、着床前診断（2条a）と卵子提供（3条3項）を認める生殖医療法の全体的な改正、さらに民法における親子関係の規定の改正を含んでいる。

以下では、本稿のテーマの関係から、女性カップルによる生殖補助医療の利用に関する規定を紹介し、親子関係に関する民法改正は章を改めて取りあげる。

2) 改正法の内容

生殖医療法により許される生殖補助医療を、女性カップルは利用することができる。女性カップルは、登録パートナーのみならず、非登録の生活伴侶でもよい（2条1項）。独身女性による利用は、子が最初から親の一方しか有さないことになるとして、規定が見合わせられた⁽⁷³⁾。

旧法では女性の生殖器に注入する人工授精の方法でのみ第三者の精子の使用が認められていたが、体内授精と体外受精で精子提供を異なって扱うことは正当化されないというバイオ倫理委員会の報告を受け、提供精子による体外受精も認める。それにより、女性カップルも、第三者の提供精子による体外受精を利用できることとなった。以下、本稿に関係する改正条文を示す。

(70) 445 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXV. GP.

(71) 142/BNR.

(72) BGBl I Nr. 35/2015.

(73) 445 der Beilagen XXV. GP – Regierungsvorlage – Erläuterungen, S. 1.

2条 生殖補助医療

- (1) 生殖補助医療は、婚姻、登録パートナーシップ又は生活共同体においてのみ許される。
- (2) 生殖補助医療は、次に掲げる場合に許される。
 1. 学問及び経験の水準により自然性交による妊娠のための他の可能、かつ、期待可能なすべての処置が成果を得られない、又は見込みがないとき。
 2. 妊娠のための自然性交が夫婦又は生活伴侶への重大な伝染病の感染の重大な危険を理由に継続的に期待できないとき。
 3. 登録パートナーシップ又は生活共同体において生活する2人の女性の一方に妊娠させるものとするとき。
 4. 着床前診断の目的のために実施しなければならないとき。
- (3) 医療の学問及び経験の状況により有望、かつ、期待可能な複数の方法を選択するときは、最初には、当事者への健康上の侵害と危険がより低く、より少ない数の発達可能な細胞が生じる方法のみを選択することが許される。この場合に、子の福祉を考慮しなければならない。

3条 摘出された細胞の使用

- (1) 生殖補助医療のために、本条第2項及び第3項に定める場合を除き、夫婦、登録パートナー又は生活伴侶の卵子及び精子のみを使用することが許される。
- (2) 第三者の精子は、例外として、夫婦又は生活伴侶の一方が生殖不能である場合、又は生殖補助医療を2人の女性の登録パートナーシップ若しくは生活共同体において行うものとする場合に使用することが許される。
- (3) 第三者の卵子は、例外として、妊娠するものとされる女性が生殖不能であり、かつ、この女性が施術開始時点で45歳に達していない場合に使用することが許される。

8条 同意

- (1) 生殖補助医療は、夫婦、登録パートナー又は生活伴侶双方の同意を得た場合にのみ行うことが許される。同意は、生活伴侶の場合又は第三者の精子又は卵子を使用する場合に公正証書の方式を要する。
- (2) 夫婦、登録パートナー又は生活伴侶が与える同意は、一身専属である。この者は、これについて認識能力及び判断能力を有していなければならない。
- (3) 表示は、次に掲げる事項を含まなければならない。
 1. 生殖補助医療への明確な同意
 2. 必要な場合には、第三者の精子又は卵子の使用への同意
 3. 夫婦、登録パートナー、生活伴侶の氏名、生年月日、出生地、国籍及び住所
 4. 生殖補助医療を行うことが許される期間
- (4) 女性の体内に精子を注入する、又は卵子若しくは発育可能な細胞を移植するまで、夫婦、登録パートナー又は生活伴侶の一方は、生殖補助医療への同意を医師に対して撤回することができる。撤回は、一定の方式を要せず、認識能力及び判断能力を失っていることを顧慮せずに効力を生じる；医師は、撤回を文書で保管し、求めがあるときは受領確認書を交付しなければならない。
- (5) 夫婦、登録パートナー又は生活伴侶双方の同意は、女性の体内に精子を注入する、又は卵子若しくは発育可能な細胞を移植する時点までに2年以上経過していることは許されない。

V 二人目の母

1 概説

生殖補助医療、とりわけ非配偶者間人工授精により出生した子の父子関係については、2013年親子法及び氏名法改正法（Kindschafts- und Namensrechts- Änderungsgesetz 2013-KindNamRÄG 2013）により規定が設けられた。

それに対して、女性カップルの一方が精子提供により子を出産した場合において、⁽⁷⁴⁾対応する親子関係の規定がないときは、親子関係は次のようになる。まず、子を出産した女性は、分娩者＝母ルールにより、生物学的母であり、法律上の母である。実母の女性パートナーは、登録パートナーシップにおいて親子関係の推定規定がないため、当然に法律上の親にはならない。連れ子養子縁組により、女性パートナーは実母と共に親となることができる。このような一連の流れは、ヨーロッパ人権裁判所 2013 年 2 月 19 日判決（前記 II）をきっかけとする養子の規定の改正によって整えられていた。

2015 年生殖医療法改正法では、女性カップルの一方が生殖補助医療により子を出産した場合に、縁組をすることなく、他方が法律上の母となることができるように民法を改正した。母の女性パートナーと子の親子関係を、生殖補助医療による父子関係の規定を基礎に、少ない条文の改正で対処している。

母の女性パートナーが親の一方となるには、父子関係と同様に、推定、認知、裁判上の確認の 3 つの方法がある。実母の女性パートナーは、コ・マザー（co-mother）あるいはデュオマザー（duo mother）と呼ばれることもあるが、オーストリア民法では親の一方（Elternteil）と名付けられている（民法 144 条 2 項、以下では断りのないかぎり民法の規定を指す）。

このような親子関係は、バイオ倫理委員会の提言（前記 IV 3 3）に含まれていたが、連邦憲法裁判所 2013 年 12 月 10 日判決（前記 IV 5）は指摘していなかった。その意味で、違憲の規定を修正するに留まらず、親子関係の基本にも及ぶ問題に踏み込んだ法律改正であった。これまでオーストラリア政府が同性カップルに対してとっていた慎重な態度からすると、大きな方向転換といえる。その背景には、連邦憲法裁判所判決の後、2014 年にオランダで導入されたデュオマザーからの影響もあるだろう。⁽⁷⁵⁾

(74) オーストリア国内で許可されていない場合であっても、外国で行う、または自らで第三者の精子を手に入れて行うことにより、女性カップルの一方が子を出産することは想定される。

(75) オランダのデュオマザーについては、渡邊泰彦「子と母の女性パートナーとの母子関係」

2 規定の内容

母は、子を分娩した女性である（143条）。母の女性パートナーとの親子関係は、母の定義を拡大するのではなく、母のパートナーと子の間の親子関係として、父子関係を定めていた144条の中に新たに定められる。それにともない、民法144条の見出しは「父の血縁（Abstammung）」から、「親の他方の実親子関係（Abstammung）」⁽⁷⁶⁾と変更された。実母の女性パートナーを法律上の母とするために、父子関係の規定（144条1項）を準用するのではなく、144条2項を新たに設けている。144条2項は、父子関係の1項に対応して、登録パートナーシップの存在により自動的に親子関係が定まる場合（1号）、認知（2号）、裁判上の確認（3号）をあげる。

144条

(1) 子の父は、次に掲げる男である。

1. 子の出生時点で母と婚姻している、又は母の夫として子の出生から300日より前に死亡していない者。
2. 父子関係を承認した者。
3. 自らの父子関係を裁判上確認された者。

(2) 子の出生前300日を超えないが180日を下回らない期間内に母に生殖補助医療が実施されているときは、次に掲げる女は、親の一方である。

1. 子の出生時点で母と登録パートナーシップにおいて結びついている者、又は母の女性登録パートナーとして生殖補助医療実施の後、かつ、子の出生前に死亡していた者。
2. 親子関係を承認した者。

ㄨ の成立——オランダにおける子とデュオマザーの親子関係」産大法学50巻3・4号（2017）211頁に紹介している。

(76) 実母の女性パートナーを親とする場合に、Abstammungを血縁あるいは血統と訳することには躊躇を覚える。ここでは、縁組を必要としない親子関係という意味で、実親子関係という語を用いる。

3. 自らの親子関係を裁判上確認された者。
- (3) この女性には、本法及びその他の連邦法条文における父及び父子関係に関する規定をその意味に従って適用しなければならない。子に対する親の関係において、及び親の双方の間で特別の権利と義務を適用するときは、これらを同様に適用する。
- (4) 第1項第1号により複数の男を父と考慮するときは、父は、母と最後に婚姻を締結していた者である。第2項第1号により複数の女が考慮されるときは、親の一方は、母と最後に登録パートナーシップを設定していた者である。

144条3項2文にいう「特別の権利と義務」に関して、立法資料では、父が母に出産費用とその扶養料を補償する235条の規定が母の登録パートナーまたは女性生活伴侶にも意義に応じて適用されることをあげる。その他、231条以下の子の扶養に関する規定、法定相続人を定める規定(731条、736条)、子の氏に関する規定(155条)、共同配慮権の規定(177条以下)の適用が考えられる⁽⁷⁷⁾。

もともと、同性カップルの子が両親と生物学的血縁関係を有することはあり得ないことから、母の女性パートナーについては、「子の出生前300日を超えないが180日を下回らない期間中に母に生殖補助医療が実施されているとき」という要件を満たす場合のみ、親の他方となることができる(民法144条1項柱書)。このような制限は、父子関係には設けられていない。

このような違いを設けた理由として、立法理由では、生殖補助医療を受けていない女性パートナーの一方が子を出産した場合にも実母の女性パートナーとの親子関係を法律上予定すると法律上の先取り(Vorwegnahme)と現実の間に分裂が生じることへの懸念が示されている⁽⁷⁹⁾。実母のパート

(77) 445 der Beilagen XXV. GP — Regierungsvorlage — Erläuterungen, S. 13.

(78) A. a. O., S. 12.

(79) A. a. O., S. 12.

ナーとの生物学的血縁関係がないことから、自然懐胎の事案における親子関係の規制では、現実の状況に相応しないとも述べる。

父子関係に関する1項と異なり、親子関係を生殖補助医療の実施に結びつけることの正当化理由は、子の自己の出自を知る権利にあるとする。子の人格の発展と健康の保護に向けられたヨーロッパ人権条約8条1項による基本権が同性の両親を有する子には特別な意義を有するとして、次の理由をあげる。まず、精子ドナーの存在は、同性カップルでは生殖に不可欠の要件であり、血縁上と法律上で分裂した親子関係が不可避免的に生じる。次に、例えば2人の女性の両親という外観から、その生物学的血縁関係について、同性の両親を有する子すべてが疑問を有することになる。それゆえ、特別な法律上の予防措置をとおして、子にはその生物学的由来を知ることが保障し、同性の両親には生殖医療法の規定による医療的支援を求め⁽⁸⁰⁾ることを指示することが正当化される。14歳に達した子には、その求め⁽⁸¹⁾により、生殖医療法15条1項による記録文書を閲覧することが認められ、その情報が交付される（生殖医療法20条）。

3 実親子関係の推定

子の出生時点で母と登録パートナーシップを行っていた場合、子の出生から300日前までの期間に母の登録パートナーとして死亡していた場合には、母のパートナーは親の一方である（144条2項1号）。

生殖補助医療により懐胎された子が実施後に通常早くも遅くもなく生まれる期間内に出生したならば、登録パートナーは、親の一方と見なされる。この場合に、女性双方は、互いに登録パートナーシップによって特別な方法で結びついている。登録パートナーシップにおいて自動的な親子関係を

(80) A. a. O., S. 13.

(81) 生殖医療法15条1項により記録される内容は、精子提供者（卵子提供者）の氏名、生年月日、出生地、国籍、住所、その親の氏名、精子又は卵子を引き渡した日時、12条により行われた診断の結果である。

12条による診断とは、医学的知識と経験により、精子又は卵子が生殖可能であるか、その使用が女性と生まれる子に健康上の危険を生じさせないのかという診断である。

認める理由として、登録パートナーシップ継続中、生殖補助医療実施後に出生した子は、通常の事案において実際にこの生殖補助医療により生まれたと考えられることをあげる。⁽⁸²⁾そのため、生活共同体の事案とは異なり、母のパートナーの親子関係に認知、したがって更なる文書は必要ないとした。

2項1号では、生殖補助医療の実施後、子の出生前に死亡した母の女性登録パートナーも、親の一方とする。それに対して、一方の過責によって、または破綻により登録パートナーシップが解消した場合には、子を生殖補助医療ではなく、第三者との自然生殖により懐胎したという疑いがある。そのため、死亡以外の理由により登録パートナーシップが解消した後に子が出生した場合には、親子関係を認めていない。⁽⁸³⁾

2項1号により、複数の女性が親の一方と考えられる場合には、母と最後に登録パートナーシップを設定していた女性が親の一方である（144条4項2文）。これは、父子関係の重複の場合（同1文）と同じである。

親の一方（母の登録パートナー）と子の親子関係を否定する方法について、特別の規定は設けられていない。立法資料でも144条3項により151条が適用されることを示す。⁽⁸⁴⁾151条と152条を親の一方と見なされる女性に適用することで、144条2項1号による親子関係を解消できる。これにより、実母の女性パートナーは、同意した生殖補助医療によってではなく、第三者との自然生殖によって子を懐胎したことを主張できる。⁽⁸⁵⁾

151条1項を読み替えると、「母の婚姻中又は母の登録パートナーの死亡から300日経過前に出生した子が登録パートナーと血縁関係を有しないときは、裁判所は、申立てにより、このことを確認しなければならない」となる。これでは、いつでも親子関係を解消できるかに読める。次に152条を読み替えると、「母の登録パートナーが第三者の精子を使用する生殖

(82) 445 der Beilagen XXV. GP — Regierungsvorlage — Erläuterungen, S. 13.

(83) A. a. O., S. 13.

(84) A. a. O., S. 13.

(85) A. a. O., S. 12. 政府提案で加えられた理由である。

補助医療に公正証書の方式において同意していたときは、第三者の精子により懐胎した子が母の登録パートナーと血縁関係を有しないことの確認を求めることができない」となる。母の登録パートナーが生殖補助医療の実施に方式どおりに同意していなかった場合に、母の登録パートナーから子に対して、または子から母の登録パートナーに対して、親子関係不存在(Nichtabstammung)の申立てをすることができる(151条2項)。

親子関係不存在確認の申立ては、これを示す事情を知ってから2年以内に行わなければならない(153条1項1文)。この期間は、早くとも子の出生から進行を開始する。申立人が行為能力を有しないとき、または期間の最後の1年以内に予見不可能な、または不可避の事情により申立てが妨げられた場合は、期間の進行は停止する。子の出生から30年経過後は、子のみが申立てをすることができる(153条3項)。

4 認知

認知(144条2項2号)については、父子関係の認知(144条1項2号)に対応するが、母子関係の認知ではなく、親子関係(Elternschaft)の認知と呼ばれる。官庁草案では父子関係と同じ規定が適用されるとしていたが、政府提案において145条1項2文が新たに設けられ、同3文の一部が変更された。

145条1項

父子関係及び親子関係は、国内の公的な、又は公的認証による証書において自らの表示により認知する。親子関係の認知には、母に行われた生殖補助医療に関する証明(第144条第2項)を添付しなければならない。証書又はその公的認証謄本が必要な証明書とともに身分登録官に到達した限りで、認知は、表示の時点から効力を生じる。

144条2項柱書により、子の出生前180日から300日までの期間内に母が生殖補助医療を実施したことが、認知の前提となる。145条1項2文は、

この前提を満たしていることについての証明書を認知者が親子関係の認知において提出することを定める。生殖補助医療実施の証明書は、生殖医療法 18 条が予定する記録文書⁽⁸⁶⁾に基づいて医師が交付する⁽⁸⁷⁾。施術した医師の診断書 (ein ärztliches Zeugnis) を証明書とすることができる。女性パートナーによる認知では、認知の意思表示の文書だけではなく、この証明書も身分登録官のもとに到達しなければ、効力を生じない。

認知の時点で他の男性との父子関係が存在しているときは、認知は、他の男性が子の父ではないことが一般的拘束力を有して確認されたときに、有効となる (147 条 1 項)。だが、他の男性との間に父子関係が存在している時点になされた認知も、子が認知を公的文書又は公的認証文書において同意するときは、有効となる (147 条 2 項)。子が行為能力を有しない場合には、認識能力と判断能力を有する母が、同様の方式で認知者を父と記載する場合 (147 条 2 項 2 文) と同様に、親の一方と記載する場合にのみ、認知は効力を生じると読み替えることができるだろう。

子または母は、認識能力と判断能力を有し、生存している場合に、認知の効力発生を知ってから 2 年以内に裁判所に認知に対して異議を申し立てることができる (146 条 1 項)。しかし、子が第三者の精子を使用した生殖補助医療により懐胎されている場合に当たるので、認知者が公正証書で生殖補助医療の同意をしていたときは、裁判所は認知無効の宣言をしない (154 条 1 項 2 号ただし書)。

認知無効は、裁判所が次の場合には職権により宣言する (154 条 1 項 1 号)。認知が、または 147 条 2 項の子の同意が、もしくは認知者を父とする母による記載が方式に反してなされた場合、認知者、子または母が認識能力と判断能力を欠いていた場合である。認知者または子について必要な法定代理人を欠くときであっても、事後的に法定代理が追完された場合、

(86) 生殖医療法 18 条により医師が記録しなければならない事項とは、配偶者、登録パートナーもしくは生活伴侶または精子もしくは卵子を提供した者の氏名、生年月日、出生地、国籍、住所である。

(87) 445 der Beilagen XXV. GP — Regierungsvorlage — Erläuterungen, S. 14.

認知者が行為能力を有した後に認知を追認した場合には無効とならない。

詐術、強迫または錯誤により、第三者の精子を使用した生殖補助医療を母に施術することについて同意した場合も、認知者が裁判所に無効を申し立てることができる（154条1項3号a）。この申立ては、詐術または錯誤を知ってから、または強迫状態を免れてから2年が経過するまでに行うことができる（154条2項）。

5 裁判上の確認

裁判上の親子関係の確認（144条2項3号）は、子から母の女性パートナーに対して、母の女性パートナーから子に対して申し立てることができる（148条1項2文）。これには、父子関係の裁判上の確認の規定（148条）のうち、生殖補助医療による父子関係の規定（148条3項）が適用される（144条3項）。第三者の精子を使用した生殖補助医療の施術を母が子の出生前180日から300日の期間に受けていた場合に、公正証書で生殖補助医療に同意していた女性パートナーが親の一方となる。

これに対して、生殖補助医療のために精子を提供した第三者が、その精子によって懐胎された子の父であると確認されることはない（148条4項）。第三者とは、自らの精子を生殖補助医療の認可を受けた医療機関に、この精子によって懐胎された子の父として自らが確認されないという意味をもって委ねた者である。

144条による読み替えから、親子関係の確認が子の福祉に不利益になる場合を除き、法定代理人は、親子関係を確定することに配慮しなければならない（149条1項）。少年福祉機関は、親子関係を確認しない場合にどのような結果となるか、母に注意を喚起しなければならない（149条2項）。

VI 小活

1 ドイツとの比較

オーストリアの状況を、第1章でみたドイツとの対比から考えてみる。両国とも同性婚を導入せず、同性登録パートナーシップを維持する国で

あった。⁽⁸⁸⁾しかし、同性カップルと親子関係については、ドイツが生活パートナーの一方の養子と他方との縁組を認めるに留まるのに対して、オーストリアはレズビアンカップルによる生殖補助医療、実母の女性パートナーと子の親子関係を認める。

同じく2013年2月19日に下された判決の後の状況の違いが、両国の差を広げていった。ドイツでは、生殖補助医療をめくり、外国判決を得ている場合を除き、同性カップルによる実親子関係は認めない。むしろ、ドナーである生物学的父の地位を保障する立場を堅持し、女性カップルと子の家族に生物学的父が介入することを原則として認めている。同性婚と共同縁組を認めない連邦政府、⁽⁸⁹⁾同性カップルによる生殖補助医療での親子関係に消極的な司法という状況が継続していた。共同縁組は、連邦議会で2017年6月30日に可決された同性婚の導入により認められる。生殖補助医療については、生殖補助医療に同性カップルがアクセスできるのかという観点ではなく、外国判決の承認を含め、すでに出生した子の親子関係を扱う事件が中心となっていた。

ドイツでは、同性婚を認めていないときには、共同縁組を同性カップルに認めることに消極的であった。共同縁組、実親子関係を認めることで、同性婚への道を開くという順序に対しても消極的であった。その中心には、婚姻と親子関係との強固な結びつきの自覚、婚姻が家族の基礎となるという伝統的な考え方を維持する姿勢をみることができる。

それに対して、オーストリアでは、ヨーロッパ人権裁判所2013年判決

(88) ドイツは、ヨーロッパ司法裁判所との関係で、生活パートナーシップの効果を婚姻に近づける方向に判例は進んでいった。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——退職年金と相続税について——」産大法学45巻3・4号(2012)111頁でマルコ事件とレーマー事件を紹介し、ドイツ連邦憲法裁判所の対応については、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(2010)409頁で紹介している。

(89) ドイツでは、野党が提出した同性婚導入の法案への対案として、夫婦に適用される規定を生活パートナーにより多く認める法案が提出されたが、最も重要な事項であるはずの共同縁組は除かれていた。渡邊泰彦「同性婚による婚姻概念の変容——ドイツ連邦議会法務・消費者保護委員会公聴会より——」同志社法学68巻7号(2017)527頁を参照。

におけるヨーロッパ人権条約 8 条との関連における 14 条の解釈が、共同⁽⁹⁰⁾縁組、生殖補助医療の領域へと憲法裁判所が積極的な判断を下す方向へと導いた。婚姻と登録パートナーシップの比較ではなく、非婚の異性カップルと同性カップルの比較というヨーロッパ人権裁判所 2013 年判決の枠組みが重要となっている。

さらに、オーストリアでは、生殖医療法の問題からアプローチし、親子関係の問題へと展開していった。女性カップルの一方が精子提供により人工授精を行うことを想定した法律の規定を整えることで、民法における親子関係の規定も改正することができた。そのためには、法律上は父とならない生物学的父との関係において、子の自己の出自を知る権利を保障する手続を整備することが必須となる。

また、司法における判断が数多く出されていたこともオーストリアの特徴といえる。ヨーロッパ人権裁判所 2013 年判決の前から同性カップルと親子関係に関する訴訟が立て続けに提起され、同判決後はその成果を共同縁組、生殖補助医療へと広げていった。本章で扱ったヨーロッパ人権裁判所 2013 年 2 月 19 日判決（連れ子養子）、憲法裁判所 2013 年 12 月 10 日判決（生殖補助医療）、憲法裁判所 2014 年 12 月 11 日判決（共同縁組）では、同性カップルに関する訴訟を広く手がけてきた Helmut Graupner 弁護士が代理人を務めていた⁽⁹¹⁾。司法判断を求める側にも役者が揃っていたのである。

オーストリアの特徴として、同性婚を導入することなく、登録パートナーシップに共同縁組と親子関係の推定を認め、非登録パートナーにも連れ子養子縁組、認知、親子関係確認を認めていることにある。同じ同性登録パートナーシップという枠組みであっても、ドイツの生活パートナー

(90) 家族の保護について、ドイツでは基本法 6 条が定めているのに対して、オーストリアでは憲法に家族保護規定がなく、ヨーロッパ人権条約 8 条がその根拠となる。

(91) オーストリアだけではなく、ドイツ連邦憲法裁判所の判例変更へと導くきっかけとなったマルコ事件（ヨーロッパ司法裁判所 2008 年 4 月 1 日判決）など国際裁判所での重要な事件でも勝訴判決を得ていた。

シップとオーストリアの登録パートナーシップは、大きく異なることになった。

2 オランダとの比較

女性カップルの一方が人工生殖により子をもうけた場合に他方が親となる制度を、オーストリアより先に設けたオランダとも違いが見られる。

立法の経緯の点では、オランダが立法府主導であったのに対して、オーストリアは司法が主導し、それに立法府が従うという形で進んでいった。

オランダは、同性婚を導入し、異性の夫婦に認められていた父性推定を女性婚姻当事者のデュオ・マザーに拡大し、さらに同時に異性と同性の登録パートナーシップへと拡大するという段階を踏んでいた。それに対して、オーストリアは、親子関係の推定を最初から登録パートナーシップに持ち込んだ。同性婚の否定は、結果的に、婚姻と親子関係の結びつきを重視しない構造を作り出した。

また、オランダは、母概念が分娩者に限らず、養母も含むことから、さらに拡大して、デュオ・マザーも「法律上の母」としている。これに対して、オーストリア法では、父子関係は“Vaterschaft”として父 (Vater) が明示されるのに対して、実母の女性パートナーでは母子関係 (Mutterschaft) ではなく、“Elternschaft” (親子関係) という文言が用いられている。父と母は一人ずつであり、実母の女性パートナーは親であるが母ではないという考えを示している。

このような概念上の違いだけではなく、生物学的父の位置づけについて両国には大きな違いがみられる。オランダ法では、精子提供者からの認知も認め、女性カップルと子だけではなく、当事者が合意すれば生物学的父が法律上の父として子の養育に関与することを可能としている⁽⁹²⁾。それに対して、オーストリアの立法資料では、そのような家族像は想定されてい

(92) ゲイカップルの一方がレズビアンカップルの一方に精子を提供して子をもうけ、事実上2つの同性カップルの子として育てていくような事案が想定されている。

い。伝統的な父母と子の家族と同じように、母二人と子の家族がモデルとなっている。

3 婚姻と登録パートナーシップの境界

オーストリアの特徴は、同性婚を認めていないが、親子関係では急激な変化が進んだ点にある。同性婚を求める動きは当然にあるが、登録パートナーシップの効果や登録手続を婚姻に近づける司法判断が下されているにとどまる。親子関係の動きに比べると緩やかである。

大陸法に見られた、同性婚から同性の親子関係という流れは、オーストリアには妥当しない。フランスのように同性婚を認めながらも、親子関係については慎重な国と比較すると、婚姻と登録パートナーシップの違いはますます曖昧となる。

同性婚について「同性カップルが子どもを持つことができないならば、それを『婚姻』と呼んでみても、それは伝統的な『婚姻』ではないということになるかもしれない。問題は、同性カップルに『婚姻』を認めるために、私たちは『婚姻』の概念を変更するべきか否かという点にある」という指摘がある⁽⁹³⁾。同性カップルが子どもを持つことができないという場合に、自然生殖に限られるのか、人工生殖をも含むのであろうか。後者であれば、同性カップルが子どもを生むことができないという点も、女性カップルでは揺らいでいる。登録パートナーシップにおいても、実母の女性登録パートナーと子の親子関係を推定するオーストリアでは、実親子関係との観点で同性登録パートナーシップと婚姻の間を分けることすら困難となっている。しかし、女性カップルにのみ婚姻を認めるという考えをとることはできないだろう。

登録パートナーシップを婚姻と区別し、登録パートナーシップとならしめている要素とは何であろうか。オランダやフランスと異なり、オースト

(93) 大村敦志『広がる民法1 入門編 法の扉を開く』有斐閣 (2017) 122 頁。

婚姻を中心として貞操義務・嫡出推定・名誉毀損が結びつくことから、子どもが生まれないう同性カップルに認められる婚姻とは何かという問題を提起している。

リアでは、異性カップルには婚姻のみ、同性カップルには登録パートナーシップのみが認められ、選択可能性はない。両者を分ける理由が性別の組み合わせだけならば、答えになっていない。生殖可能性=異性カップルという構造自体が、オーストリアでは崩れている。同性登録パートナーシップの概念も、1989年にデンマークで登場してから30年近くを経て、変容している。

果たして、女性カップルのみではあるが実親子関係も登録パートナーシップにおいて認められ、婚姻との主たる違いが存在しない状況において、オーストリアは、今後、同性婚を導入する必要があるのだろうか。同性婚を導入するのであれば、それは何を求めてであるのか。婚姻の意義を問う局面にオーストリアは直面している。