

ドイツ親子法における社会的家族的関係の意義

山下 祐貴子

目次

- I はじめに
- II ドイツにおける否認制度
 - 1. 否認権者および否認期間
 - 2. 生物学上の父による否認
 - (1) 社会的家族的関係の不存在
 - (2) 血縁関係の存在
- III 社会的家族的関係をめぐる判例・学説の展開
 - 1. 社会的家族的関係の意義
 - 2. ハム上級地方裁判所2016年1月4日決定
 - (1) 事案の概要
 - (2) 決定要旨
 - (3) 小括
- IV 生物学上の父をめぐる社会的家族的関係
 - 1. 生物学上の父との間の社会的家族的関係
 - 2. 連邦通常裁判所2017年11月15日決定
 - (1) 事案の概要
 - (2) 原審の決定要旨
 - (3) 原審決定の意義
 - (4) 連邦通常裁判所の決定要旨
 - (5) 本決定の意義
- V 改正提案
 - 1. 提案の契機および目的
 - 2. 法的父子関係の否認制度に関する改正提案
 - (1) 改正提案の概要
 - (2) 社会的家族的関係の重視
- VI おわりに

I はじめに

法的な親子関係の認定にあたって、血縁関係の有無が基本的な考慮要素と

なることはいうまでもない。しかし、血縁上の親子関係と法律上の親子関係が一致しない場合が生ずることは避けられない。その場合に、直截に血縁関係の存否に即して法的な親子関係の成否を決めるのか、それとも何らかの例外を認めるべきなのか、といった問題は、実親子法の根幹にかかわる問題である。

わが国において、この問題は、嫡出否認の場面で、いわゆる「推定の及ばない子」の範囲として特に問題となるが、最高裁判所は昭和44年5月29日の判決以来、一貫して外観説の立場を採っている。わが国では、法改正がなされないまま、嫡出推定の排除という解釈論によって、嫡出否認の実質的拡大が図られてきた¹⁾。ドイツ親子法も、わが国と同様に生物学上・血縁上の親子関係を基礎として法的親子関係の確定を企図している。ドイツ民法(以下、「BGB」という)の制定当初は、日本と同様に嫡出否認に関しては母の夫のみに、子の出生を知ってから1年以内に限り否認権を認めていた。しかし、関係する種々の利益の比較衡量を重ねながら、徐々に否認権者の拡大と否認期間の延長が行われ、ついには2004年に、連邦憲法裁判所の決定²⁾を契機とする法改正により、生物学上の父にも否認権が与えられることとなった。

現行ドイツ親子法においては、法的な父、母、子、そして生物学上の父が否認権者として規定されている(BGB1600条1項)。もっとも、生物学上の父は他の否認権者とは異なり、いかなる場合でも法的な父子関係を否認することができるわけではない。すなわち、BGB1600条2項は、法的な父とその子の間に社会的家族的関係がないとき(または、法的な父が死亡しているときには、死亡の時点で社会的家族的関係がなかったとき)にだけ、生物学上の父に否認権を認めている。ドイツ親子法において、とりわけ否認の場面では、法的な父と子との間に築かれた「社会的家族的関係」は血縁よりも優先されるべき要素であり、ここには、現に形成された家族としての結付きを保

1) 野沢紀雅「比較法的検討－ドイツ」社会と法28号(2012年)63頁。

2) BVerfG, Beschluss vom 9.4.2003, BVerfGE108,82=FamRZ2003,816=NJW2003,2151

護することが意図されている³⁾。すなわち、従来の家族の中で成長し、そこで形成された結付きは破壊されてはならないとされ、それは、血縁に優先する。慣れ親しんだ社会的家族的関係の中で、今後も変わらずに成長することは血縁よりも重要な子の利益であると考えられているのである。要するに、法的な父と子との社会的家族的関係は、生物学上の父の権利の貫徹を阻む。換言すると、そこに血縁主義の貫徹を阻む限界があると言える。

もっとも、「社会的家族的関係」の概念は不明確であり、その不明確さを補うために規定された解釈指針（BGB1600条3項）も具体性を欠く。したがって、2004年の改正時から一貫して「社会的家族的関係」とはいかなる関係を指すのか、その解釈について争われている。2017年には連邦通常裁判所において「社会的家族的関係」について理解するうえで注目すべき決定が下されたほか、同年には、連邦司法・消費者保護省が設置したワーキンググループが、否認権に関する提案をも含む広範囲に及ぶ血縁法の改正提案「Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, Empfehlung für eine Reform des Abstammungsrecht」をとりまとめて公表した。今後は、この改正提案を軸として法改正に向けた議論が進められるものと予想される。

そこでまず、本稿では、前提としてドイツ親子法は誰に否認権を与え、どのような否認制度を採用しているのか、現行制度を概観する。そのうえで、生物学上の父による否認権に着目し、否認を阻む「社会的家族的関係」をめぐる過去の判例や学説と併せて、2017年の連邦通常裁判所の決定および上述の改正提案を紹介し、それを踏まえて、徐々に明らかになりつつある「社会的家族的関係」とはどのような関係を指すのか、それがドイツ親子法においてどのような意義をもつのかについて検討したい。

3) 生物学上の父の否認権の導入の契機となった連邦憲法裁判所の判例および、改正法の詳細に関しては、三宅利昌「血縁上の父による法律上の父子関係の否定について－ドイツにおける血縁上の父の父性否認権を中心として－」創価法学34巻2号（2004年）85頁以下、野沢紀雅「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」石川敏行ほか編著『共演ドイツ法と日本法』（中央大学出版部、2007年）267頁以下、松倉耕作「ドイツの新しい（嫡出）否認権法」名城ロースタールレビュー3号93頁以下（2005年）、また拙稿「ドイツにおける父子関係の成否と社会的家族的関係」同志社法学第68巻第2号121頁以下を参照されたい。

II ドイツにおける否認制度

1. 否認権者および否認期間

上述した通り、ドイツ民法が法的父子関係の否認権者として規定しているのは、①母との婚姻や認知に基づき子との間に法的な父子関係の存在する男性、すなわち法的な父 (BGB1600条1項1号)、②子の母 (BGB1600条1項3号)、③子 (BGB1600条1項4号) のほか、④懐胎期間中に子の母と性的関係にあったことについて宣誓に代わる保証をした者、すなわち生物学上の父 (BGB1600条1項2号) である⁴⁾。

否認期間は、BGB1600b条1項より、これらの者が父性に反する事情を知った時から2年とされている⁵⁾。さらに子については、未成年の間にその法定代理人が適時の否認をしなかった場合には、子が成年に達した後、父性に反する事情を知った時から2年の否認期間が進行するほか (BGB1600b条3項)、子が父子関係の維持を期待し得ないような事情を知ったときから再度2年の否認期間が進行する (BGB1600b条6項)⁶⁾。

4) 2008年3月31日の父子関係の否認についての権利の補足に関する法律 (Das Gesetz zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft vom 31.3.2008) により、2008年6月1日に官庁による否認権が導入された。当時、報酬と引き換えに、子にドイツ国籍やドイツにおける滞在許可を手に入れるためのドイツ人男性による外国子の濫用的な認知が多発し、このような濫用的な父性認知を排除することが期待されていた。しかし、官庁による否認が成功した場合、子のドイツ国籍は遡及的に廃止され、すでに与えられた滞在 (Aufenthaltsstitel) が取り消される可能性もあることから、子がこれまでの事実上の生活の基盤を取り上げられうる点で問題があるとされてきた。その後、連邦憲法裁判所は、2013年12月17日の決定 (BVerfGE 135,43) で、官庁による否認についての規定が、絶対的に禁じられる国籍のはく奪 (基本法16条1項1文) と結びつくこと等から、違憲であり、無効であることを明らかにし、廃止されるに至った。

5) もっとも、否認期間は子の出生前に開始することではなく、早くとも子の出生時から開始する。

6) 父子関係の維持をし得ないような事情としては、例えば、子や母に対する男性の犯罪などの重大な違反や、法的な父の深刻な遺伝的および精神的疾患、不道德な生活行状などが該当するとされる。これに加えて、母が子の実父 (生物学上の父) と婚姻したケースがこれに該当する

2. 生物学上の父による否認

もともと、生物学上の父は否認期間内であれば、いかなる場合でも否認できるわけではない。生物学上の父が法的な父子関係を否認する際には、まず、自分が懐胎期間中に子の母と性的関係をもったことにつき宣誓に代わる保証をしなければならない（BGB1600条1項2号）。宣誓に代わる保証はドイツ民事訴訟法294条により事実主張の疎明方法として許される手段であるが、虚偽の保証には、ドイツ刑法156条より刑事罰の制裁もある。この規定により、無関係な男性が理由もなく否認手続をすることや、存在する家族共同体が破壊されることを阻止するよう期待されている⁷⁾。

そのうえで、さらに生物学上の父による否認には、BGB1600条2項により追加的に2つの要件が課せられている⁸⁾。

(1) 社会的家族的関係の不存在

要件の1つは、子と法的な父との間に、社会的家族的関係が存在せず、または、法的な父の死亡の時点においてそれが存在しなかったことである。これについての主張責任は、否認者たる生物学上の父にあり、証拠不十分の場合には、否認者の負担となる⁹⁾。この要件は、現実に営まれている親子関係を保護することを目的としている。しかし、「社会的家族的関係」という概

とした判例がある（OLG Brandenburg, Beschluss vom 3.3.2008, FamRZ2009, 59）。一方で、肺結核などのその他の重い病気や扶養料の未払いは、判例上父子関係の維持を期待しえない事情には該当しないとされている。

7) BT-Drucks 15/2253, S.10.

8) Münchner/Marina Wellenhofer, Familienrecht, 2017, § 1600, Rdnr.22.

BGB1600条2項は、「子と第1項1号の意味における父との間に、社会的家族的関係が存在しない、またはその死亡のときまで存在せず、かつ否認者が子の真の父であることが否認の要件である」と規定している。

9) BGH, Urteil vom 6.12.2006, NJW 2007,1677. Marina Wellenhofer, Familienrecht 4. Aufl. 2017, S.283. 否認者に主張責任があるとされ、裁判所は、申立人によって申述された客観的な事実のみを検証し、当事者の主張しないことには職権探知主義は及ばないと解されている（BGH, Urteil vom 30.7.2008, FamRZ2008,1821）。

念自体は必ずしも明確なものではない。そこで、BGB1600条3項にその不明確さを補うための解釈指針が示されている¹⁰⁾。すなわち、社会的家族的関係の存在が認められるのは、法的な父が子のために現実の責任を負っている (trägt) 場合であるとされ (同条同項1文)、さらに、法的な父が子の母と婚姻しているとき、または子と比較的長期間にわたって家族的共同体のなかで一緒に暮らしているときは、通常 (in der Regel)、現実の責任を引き受けている (Übernahme) ことが推定される (同条同項2文)。

なお、ここで用いられる負担 (tragen) と引受け (Übernahme) は明確に区別されており、子の母と法的な父との婚姻、または子との家族的な共同体における比較的長期間の共同生活があるからと言って、法的な父による現実の責任の負担までが認められるわけではないと解されている¹¹⁾。すなわち、社会的家族的関係が存在すると言うためには、引き受けられた責任が、その後さらに継続して負担されることが必要となる。

また、BGB1600条3項2文は、あくまでも責任の引受けを推定するだけであるため、例えば法的な父と母の婚姻がもはや形骸化していることなどの反

10) BT-Drucks 15/2253, S.9.11.

BGB1600条3項は、「1項1号にいう父が子のために現実の責任 (tatsächliche Verantwortung) を負担している (trägt)、もしくはその死亡時点において負担していた場合には、2項による社会的家族的関係が存するものとする。1項1号にいう父が子の母と婚姻している、もしくは子と比較的長期間 (längere Zeit) にわたって家族的な共同体 (häusliche Gemeinschaft) において同居していた場合には、通常 (in der Regel)、現実の責任の引受け (Übernahme) があるものとする」と規定している。

11) BGH FamRZ2008, 1821. 本判決は、1600条3項2文は、単に法的な父が子のために現実の責任を引き受けていたことの推定規定にすぎないが、1600条3項1文は、法的な父が子のために、なお現実の責任を負い、または、負っていたことを要するため、引受けだけでは十分でなく、社会的家族的関係の存在が認められるためには、引き受けられた責任が、最初の引受けの時点以降、さらに継続して負担されることが必要であることを明らかにした。また、「子との比較的長期間の共同生活は、社会的家族的関係の存在を認めるのに不可欠の要件ではなく、法的な父が、将来にわたっても、継続的に子のための現実の責任が負担されるとの心証を裁判官が得ることができれば、短期間の共同生活であっても、社会的家族的関係が肯定される」と述べ、比較的長期間の要件は絶対の要件ではなく、むしろ社会的家族的関係には責任負担の将来にわたる継続性が重要であることを明確にした。判決の詳細は、山下・前掲注(3)144頁を参照されたい。

証を挙げて現実の責任の引受けを争うことができると解されている¹²⁾。これとは反対に、下級審裁判例の中には、法的な父と母が離婚し、家族的な共同体がもはや存在していない場合でも、かつて1年以上の共同生活があり、別居後も子と法的な父が定期的な面会交流を維持している事案で、社会的家族的関係の存在を認定したのも存在する¹³⁾。

社会的家族的関係ないし、その前提となる現実の責任負担関係の存否を判断する基準時期は、口頭弁論終結時とされる¹⁴⁾。もともと、社会的家族的関係を強固なものとするために、意図的に裁判手続を遅滞させた場合は、例外的に最終口頭弁論の時点ではなく、手続開始時点が判断の基準時になるとした下級審裁判例がある¹⁵⁾。生物学上の父の否認権は、社会的家族的関係の不存在を要件とするが、BGB1600b条1項3文によると、その要件が満たされていない状態（社会的家族的関係が存在する状態）でも否認期間は進行する。そのため、社会的家族的関係が後に解消されても、その前に否認期間が経過してしまうと、もはや生物学上の父は否認権を行使することができないことになる¹⁶⁾。

12) 法的な父と母の婚姻に関しては、別居している場合を含めて、それが内実をとまなっていないような婚姻と言い得る場合には、責任の引受けを推定することはできないと解することで概ね学説も判例も一致している（Staudinger/Thomas Rauscher, Familienrecht, 2011, § 1600, Rdnr. 45. Wellenhofer, a.a.O. (Fn.9) S.284. Ermann/Eckart Hammenmann, Familienrecht, 2017, § 1600, Rdnr.14.)

13) OLG Frankfurt, Urteil vom 9.1.2007, FamRZ 2007, 1674. 判決の詳細は、山下・前掲注（3）148頁を参照されたい。

14) BVerfG, Nichtannahmebeschluss, vom 24.2.2015, FamRZ 2015,817. BGH FamRZ 2008, 1821.

15) OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.1.2010, FamRZ 2010, 1174. 判決の詳細は、山下・前掲注（3）151頁を参照されたい。

16) この点について、一度目の訴訟で否認者が社会的家族的関係の欠如の立証に失敗し、その後、期間内に社会的家族的関係の状況が変化した場合、異なる訴訟物が存在すると考え、新たな否認が許されるか否かについては見解が分かれている。（法律上の父による否認の場合には、かつて棄却された決定は、新たな否認の障害とならないとされている。）詳しくは、Münchener/Wellenhofer, a.a.O. (Fn.8), § 1600, Rdnr.26 および Marina Wellenhofer, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das Vaterschaftsanfechtung des leiblichen Vater, FamRZ2012,832を参照されたい。

(2) 血縁関係の存在

生物学上の父による否認に課せられた2つ目の要件は、否認者たる「生物学上の父」が子の真の父であることである (BGB1600条2項)。これは、原告自身が子の父であることを前提とする裁判である以上、当然の要件といえる¹⁷⁾。BGB1592条は、誰が法的な父となるかを規定しているが¹⁸⁾、同条3号において、ドイツ家事非訟事件手続法 (以下、「FamFG」という) 182条1項により、裁判上父子関係が確認されている者が子の父となることが規定されている。FamFG182条1項は、BGB1600条1項2号による父子関係の否認の裁判が、否認者が子の父であることの確認を含むものであり、裁判所がこれを職権により否認裁判の主文で言い渡すべきことを規定している。その結果、生物学上の父による父子関係の否認と同時にその者が法的な父として子に対する法的責任を負う、という父の交替システムが整えられていることになる¹⁹⁾。したがって、BGB1592条3号により、既存の父子関係の否認と同時に父子関係の確認を受けた者が法的な父となる。すなわち、この要件は、否認の裁判に父性確認の効力を与える FamFG182条1項と、それをもって法的な父子関係の発生原因とする BGB1592条3号により、否認が成功した場合に子が父のいない状態におかれることを防止する機能を果たす。否認者が、子の生物学上の父であることが認められないとき、申立ては根拠のないものとして却下される²⁰⁾。この場合の裁判の確定力は、否認者が子の父ではないことの確認にのみ及び、否認の対象となった法的な父子関係が生物学上の父子関係と一致することまで意味するものではない。したがって、法的な父子関係の検査が行われることはない。

17) 野沢・前掲注(3) 297頁。

18) 1592条 子の父となるのは以下の男性である

1号 出生の時点で子の母と婚姻していた男性

2号 父子関係を認知した男性

3号 その父子関係を BGB1600d 条または FamFG182条1項により裁判上確認された男性

19) 野沢・前掲注(3) 297頁。

20) BGH, Urteil vom 6.12.2006, FamRZ 2007, 538. Staudinger/Rauscher, a.a.O. (Fn.12), § 1600, Rdnr.39.

Ⅲ 社会的家族的関係をめぐる判例・学説の展開

1. 社会的家族的関係の意義

以上で概観したように、生物学上の父の否認権の行使には、他の否認権者にはない要件が付加されており、法的な父と子との間に社会的家族的関係が存在しないこと、自身が父であることの二つの事実が証明されなければならない。これらの要件には、「現実形成された社会的親子関係の保護」と、「子の養育に責任を持つ法的な父の不存在の回避」が意図されている²¹⁾。

ドイツにおいては、基本法上、生物学上の父にも法的な父になる権利ないし利益が認められており、これが生物学上の父にも否認権を認める根拠となった。しかし、生物学上の父による法的父子関係の否認の場面では、生物学上の父の権利ないし利益よりも、とりわけ社会的家族的関係を形成している子および法的な父の利益が優先されたのである。そこには、血縁関係の有無よりも、継続的な日々の交流によって築かれた養育関係の維持の方が、子の健全な成長発達において不可欠であるとの認識がある²²⁾。したがって、保護に値するような関係が子と法的な父との間に築かれているかどうか重要であると言えるが、BGB1600条3項の解釈指針にも不明確な部分が多く、保護に値する子と法的な父との間の社会的家族的関係とはいかなる関係を指すのか必ずしも明らかでない²³⁾。

21) BT-Drucks.15/2253, S.9.11.

22) 三宅・前掲注(3)104頁。

23) 例えば、BGB1600条3項2文により責任の引受けを推定させる、「家族的な共同体」とは一体何を指すのか。何をもちて家族的とするのかは明確でない。もともと、責任を引き受けると推定させるような関係が必要である。したがって、子がいれば母と生活を共にし、母によって扶助されている一方、法的な父が面倒を見ないようなときは法的な父と子との間に家族的な共同体を認めることはできないと解されている(Staudinger/Rauscher, a.a.O. (Fn.12), § 1600, Rdnr.46)。また、比較的長期間とはいかなる期間を指すのか。2003年6月の連邦政府による討議草案の段階では、少なくとも6カ月の同居が要件とされていた。しかし、草案で削除され、立法者は意図的に明確にしないこととし、実務の解釈に委ねられることとなった。(BT-

また、学説上は、BGB1600条3項2文に規定された「現実の責任の引受け」が推定される場合、すなわち、法的な父が子の母と婚姻している、もしくは子と比較的長期間にわたって家族的な共同体において同居していた場合にあってはまらなくとも、「他の状況から社会的家族的関係が条文上認定できる場合がある²⁴⁾」と解されているが、具体的にそれがどのような場合かについては議論があり、扶養料の支払いや法定代理人としての職務を引き受けるだけでは十分ではないとする見解も見られる²⁵⁾。なお、連邦通常裁判所2010年2月17日決定は、子の出生前に子の母と離婚した法的な父のもとで、子がその出生以来1日おきに生活していたという事案において、社会的家族的関係を認めている²⁶⁾。さらに、ハム上級地方裁判所2016年1月4日決定は、この点に関して注目すべき判断を示した。以下ではこの事案について紹介し、検討したい。

Drucksache15/2253, S.11.) 判例や学説には、約1年で足りると解する見解がある一方で(例えば、OLG Frankfurt, FamRZ 2007,1674)、絶対的な期間が問題となるだけでなく、個々のケースにおける子の年齢や、関係の強さ、責任の引受けの程度も考慮すべきとする見解もある(Münchener/Wellenhofer, a.a.O. (Fn.8), § 1600, Rdnr.28. また、ビュットヌルも、児童心理学の観点から評価されるべきであり、子が既に養育されている家庭において慣れ親しんでいたかどうかや、子が法的な父との固い社会的な結付きを有しているかが重要であると述べる(Helmut Büttner, DER BIOLOGISCHE (GENETISCHE) VATER UND SEINE RECHT, FS Schwab, 2005, S.739)) さらに、出生後2年弱が経過して初めて法的な父が子のために社会的な責任を引き受けることの用意および努力を示したケースにおいて、「父と子との安定的な社会的家族的関係を主張するためには、家族的共同生活が、同程度の期間営まれていなければならない」と判断した下級審判例(KG, Beschluss vom 30.4.2012, FamRZ 2012, 1739.)がある。事案の詳細に関しては、山下・前掲注(3)頁を参照されたい。

24) Münchener/Wellenhofer, a.a.O. (Fn.8), § 1600, Rdnr.30.

25) Palant/Gerd Brudermüller, Familienrecht, 2016, § 1600, Rdnr.8.

26) BGH, Beschluss vom 17.2.2010, FamFR2010, S154. BGHは、法的な父が、子を迎え入れる準備をする際に母を支援せず、子の出生の際に駆けつけず、その後、折に触れて子を監督することを何一つ講じない場合には十分でないが、「子を取り巻く現実の世界が法的な父によって作り出されている場合、父は子のための現実の責任を負担している」とし、本件においては、法的な父と子との間の関係は、共同の家政における継続的な同居の際のような強さとはもっていないものの、集中的な接触に基づいて、家族における場合と一致した質が示されるため、十分であるとし、社会的家族的関係の存在を認定した。

2. ハム上級地方裁判所2016年1月4日決定²⁷⁾

(1) 事案の概要

Y1の母Aは、2012年に申立人Xと関係を持ち、後に当事者参加人Y2と関係を持った。2012年の8月にXはAと別れた。Y1（事件本人たる子）は2013年1月に出生し、出生前すでに、Y2とAは公証人の面前において共同で配慮権を行使することを表明していた。また、Y1の出生後すぐに、Y2はY1との父子関係を認知し、Y1の法的な父となった。その後、Y1はY2の氏を称することになった。

もともと、Y2は1997年に他女と婚姻し、その妻および妻との間にできた9歳から18歳までの5人の子と現在まで同居している。その一方で、Y2はY1の出生以来定期的に、Y2の供述によると土曜日に2～3時間、それ以外には1週間に1度1時間程度、Y1のもとを訪ねていた。Y2はAとの関係も今日まで継続しており、その間にAは、後にY2が認知した2人目の娘を懐胎した。なお、Y2は2人の子のために毎月266€の扶養料を支払っている。

Xはもともと外国人であり、現在、難民認定手続を行っている。XはAに「その娘Y1」との接触や血縁鑑定の実施を申し入れたが、Aは、いずれも拒否した。

本件手続において、XはY1・Y2の父子関係の否認と自身の父子関係の確認を求めた。Xは、申立てにあたり、Aの懐胎期間中にAと性的関係を持ったことについて宣誓に代わる保証をしている。また、Xは、Y2はY1のもとを訪問するなどしているが、社会的家族的関係は存在しないと主張している。

区裁判所はY1とY2の間に社会的家族的関係が認められるとして、2015年7月3日の決定をもってXの申立てを却下した。これに対してXは抗告した。

27) OLG Hamm FamRZ 2016, 1185.

(2) 決定要旨

ハム上級地方裁判所は、以下の理由でXの抗告を却下した²⁸⁾。

「社会的家族的関係は、BGB1600条3項により法的な父が子のために現実の責任を負担し、または負担していた場合には存在する(1文)。これに関して、法的な父が子の母と婚姻している、もしくは子と比較的長期間にわたって家族的な共同体において同居していた場合には、通常、現実の責任の引受けがあるものと推定される(2文)。本件において、法的な父は母と婚姻していたわけでもなく、母や子と同居していたわけでもないため、この規定の推定は本件では当てはまらない。

しかし、推定の要件となる事実がなくとも、十分な責任の引受けは存在する。その限りで、立法者は意識的に典型的な事実に基づく推定のみを規定し、個々のケースでの妥当な解決を可能にするために、更なる具体的を示すことはしなかった(BT-Drucks.15/2253)。典型的な事実に基づく推定には当てはまらない状況が存在する場合、裁判所は職権探知の方法で調査しなければならず、個々のケースの実際の状況を考慮して、法的な父が現実の責任をも負担しているという確信を得ることが必要となる(BGH FamRZ 2007, 538)。

本件における具体的な状況を慎重に考慮した結果、当審はこの確信を得た。当審はまず以下の状況を考慮した。すなわち、Y2がまったくAやY1(事

28) 本決定では、「基本法6条2項1文を考慮すると、生物学上の父が子の父として法的な地位を得るとい利益は保護されるが、しかしこの保護は、いかなる場合にも法的な父に優先して父の地位を得る権利を成立させるわけではない。生物学上の父子関係が法的な父子関係に優先することはないのであって、立法者は、その立法裁量の中で、基本法6条1項によって保護される現に存在する社会的家族的結びつきを維持することについての子やその法的な親の利益を、生物学上の父の利益よりも優先させることとし、その限りで生物学上の父が法的な父子関係を否認する可能性を排除した。ヨーロッパ人権裁判所も、ヨーロッパ人権規約8条から、生物学上の父に法的な父の地位を否認することを許容する義務は生じないことを明らかにした(EGMR FamRZ 2014, 1257)」と述べ、これまでの連邦憲法裁判所の判断や、ヨーロッパ人権裁判所の判断から、現行規定が憲法に反しないことについても指摘している。また決定当時、官庁による否認権との関係で現在のBGB1600条3項は4項に規定されていたため、原文では4項とされているが、本稿では3項と記載する。

件本人たる子) と同居したことがなく、Y2は、その申述によると、結局のところ、Y1と1週間に2～3時間を超えて会うことはなかったというのである。それにより、Y2とY1の過ごしてきた時間は、Y1とベビーシッターが過ごした時間を超えない。それに加えて、Y2は妻と5人の子を有し、妻や子と同居しているのであって、その意味で家族を有しているということができ、その家族も基本法6条1項の保護領域に含まれる。この点は、社会的家族的関係の認定に不利に作用する。もっとも、これが法的な父と子との間の社会的家族的関係を否定する結果にはならない。時間的要素(関係の継続性)に関して、連邦憲法裁判所は、以下のことを確認した。すなわち、親子の共同関係の有無は、個人的な接触の時期や時間、あるいは個々の世話の内容からして数量的な観点でのみ決定されるわけではない(BVerfG FamRZ 2006, 187)。むしろ、個々のケースの更なる状況が考慮されるべきである。2つの家族の併存も、もはや、今日において珍しいことではない。離婚件数の増加を考慮しても、親の一方が元の家族から離れ、新たな家族を形成するという事態が多くなってきている。この親の一方が、引き続き、最初の婚姻によって生まれた子と毎週コンタクトを持つ場合に、その者が現在新たな家族を築いていることを理由に、子とその者との間の社会的家族的関係を強く否定しようとする者は誰もいないだろう。その限りで、法的な父が子と同居せず、週に1度会っているだけの場合でも、社会的家族的関係は原則として存在しうる。本件における特徴は、法的な父たるY2が様々な女性との関係から生まれた子との関係を維持しているだけでなく、Aとの関係と並行して自身の婚姻を継続していた点にある。しかし、このような親のレベルでの特徴は、父が娘のために現実の責任を負担していたかという、ここで重要となる問題に影響を与えるものではない。

Y2が定期的に扶養料を給付し、それと同時に父子関係の認知によって生じる義務を履行したことも社会的家族的関係を認定する方向に作用する。それに加えて、Y2は、Y1に自身の氏を与え、共同で配慮を行うことも表明もしている。このことからY2は、対外的にもY1の責任を引き受けるつもりで

あることを明らかにしている。それに加えて、手続補助人および少年局は、Y1とY2との間の信頼に満ちた関係が存在することを認めた。

Y1は、疲れたり、あるいは不安を感じたときは、Y2にまわりつき、Y2に慰められ、そこで「何事かをつぶやき」、Y2に抱きつこうとする。この信頼に満ちた関係は、手続補助人の現在の報告によると、今日の時点でも存在する。そのうえ、両親は、弁論期日において以下のことを一致して争いなく申述している。すなわち、Y2は、毎週の訪問交流に加えて、平日には電話でも、平日の出来事や、解決していなかった問題についてY1と話しているというのである。同様に、近いうちにY1が通う幼稚園を両親はその協議のうえで選んでいる。Aが入院しなければならなくなった時、確かにY2は、Y1とその妹を直接世話することはなかったが、Y2の弟とその妻が娘たちの世話をするように配慮した。このことから、Y2はその父子関係を書類上認めているだけではなく、現実の責任をも引き受けていることは明らかである。Y2が、こうしたことを行って間もなく3年経ち、加えて、Aの2人目の娘の父子関係を認知したという事情は、法的な父によって引き受けられた責任の必要とされる持続可能性をも示すものである。

…家族心理学上の鑑定の手も適切なことではない。Y2とY1との間に社会的家族的関係が存在するか否かの問題は、心理学的な観点から判断されるべきではなく、BGB1600条3項に従って、法的な父が現実の責任を負担していたか否かによる。法的な父が子との信頼に満ちた関係を持っているという状況は、この問題を判断するにあたって考慮すべき基準のひとつであるにすぎない。心理学的な意味における絆は、社会的家族的関係を肯定するにあたって必要というわけではない。

結局、Xは、控訴が却下されても、法的な権利を持たない状態に置かれるわけではない。X、今後もBGB1686a条による手続きを開始することができ、それによって面会交流(BGB1686a条1項1号)も情報提供(BGB1686a条1項2号)も主張することができる。」

(3) 小 括

本決定は、法的な父が母と婚姻しておらず、また子と比較的長期間にわたり家族的な共同体で同居していたわけでもないような場合、すなわち BGB1600条3項の推定にまったく当てはまらないようなケースについて社会的家族的関係の存在を認め、生物学上の父による否認を斥けた。本決定で特徴的なのは、単に法的な父が母と婚姻せず、子と一度も同居したことがないというだけでなく、子の母とは別の妻との婚姻生活を送っており、妻の間にもうけた5人の子との共同生活を継続していた点にある。もっとも、本決定は、このような事案の特徴は社会的家族的関係の認定にあたって不利に作用することがあっても、社会的家族的関係の存在を否定する結果にはならないとした。このような判断をするにあたり、本決定では、親子の共同関係の有無が数量的な観点でのみ決定されるわけではないことや、離婚後新たな家庭を築きながら元の配偶者との間にできた子との交流を維持するケースなど、2つの家族の併存が今日において珍しいことではないことを挙げている。あくまでも重要なのは、BGB1600条3項に従い法的な父が子のために現実の責任を負担し、子との間に社会的家族的関係を築いているかどうかであり、その判断にあたって、親同士の間事情が影響を与えることもない。そのうえで、法的な父が子と同居せず、週に1度会っているだけの場合でも、社会的家族的関係は原則として存在しうることを認めた。さらに、法的な父は定期的に扶養料を給付し、父子関係の認知によって生じる義務を履行していることに加え、子に自身の氏を名乗らせ、共同で配慮を行うことをも表明していることから、対外的にも子の責任を引き受ける意思を明らかにしていると認定された。また、引き受けられた責任が3年以上継続して負担され、当該子だけでなく、子の妹の父子関係をも認知したという事情から、引き受けられた責任の持続可能性を認めた。

もっとも、生物学上の父の父としての権利を考慮すると、本決定には批判的な見解も存在する²⁹⁾。また、本決定は、最後に生物学上の父には、

29) Münchner/Wellenhofer, a.a.O. (Fn.8), § 1600, Rdnr.30.

BGB1686a 条による子との面会交流の可能性があることを指摘している。BGB1686a 条は、ヨーロッパ人権裁判所の決定を契機として³⁰⁾ 導入された規定で、生物学上の父にも面会交流を認めるものである³¹⁾。もっとも、同条によると、生物学上の父に面会交流が許されるためには、生物学上の父子関係が存在することや、面会交流が子の福祉に資することなどいくつかの要件を満たす必要がある³²⁾。したがって、本件のように、母と法的な父が、生物学上の父と子との接触を根本的に拒絶しているような場合には、全ての要件を満たすことが難しく、面会交流が許容される可能性が殆ど存在しないことも指摘されている³³⁾。

IV 生物学上の父をめぐる社会的家族的関係

1. 生物学上の父との間の社会的家族的関係

BGB1600条3項1文により法的な父が子のために現実の責任を負担し、BGB1600条2項により子と法的な父との間に社会的家族的関係が存在すれば、生物学上の父は法的な父子関係を否定することができない。前章で確認した通り、たとえ、BGB1600条3項2文の推定に該当しない場合であっても、子と法的な父との間に週に1度数時間でも定期的な接触が存在すれば、社会

30) Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 21.12.2010, FamRZ 2011, 269. Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 15.9.2011, FamRZ 2011, 1715.

31) 生物学上の父は法的な父ではないため、BGB1684条に基づく面会交流は認められず、また BGB1685条に基づく面会交流も生物学上の父が子と個人的な関係を構築している場合にのみ認められるため、子と個人的な関係を構築できていない生物学上の父には面会交流権は長い間認められていなかった。なお、規定に至るまでの経緯や、規定の詳細に関しては Lore Maria Peschel-Gutzeit, Der doppelte Vater-Kritische Überlegungen zum Gesetz zur Stärkung der Rechte des liblichen, nicht rechtlichen Vaters, NJW 12013, S.2465ff が詳しい。

32) BGB1686a 条による面会交流権が認められるためには、①他の男性の法的な父子関係 (BGB1592条) が存在し、②申立人が母の懐胎期間中に性的関係を持ったことの宣誓に代わる保証を行い、③申立人との生物学上の父子関係が存在し、④申立人が子への真摯な (ernsthaftes) な利益を有し、さらに⑤面会交流が子の福祉に資することが要件とされる。

33) Stephan Hammer, FamRZ 2016, S.1187.

的家族的関係は認定される可能性がある。生物学上の父による否認の際に判断の対象となるのは、子と法的な父の築いてきた関係がどれほど緊密で、今後もお継続する関係といえるのかという点であり、否認者たる生物学上の父と子との間にも同様に社会的家族的関係が存在しているか、また生物学上の父と子との間の関係が緊密であるかということは、規定の文言上は問題にされていない。

もっとも、このことに関しては、法的な父と子との間に社会的家族的関係が存在する場合には、生物学上の父と子とのかかわりに何らの意味も認めないことを疑問視し、例えば「母が新しいパートナーと婚姻し、家族的な共同体において共同生活をしている場合でも、子と生物学上の父との間に濃密な関係があったのであれば、それを考慮して、生物学上の父に否認権を認めるべき³⁴⁾」とする見解や、「たしかに、子にとって社会的家族的関係は重要であるが、社会的家族的関係の存続可能性についての予測は極めて不確かである。その点で、法律が、子と法的な父の間に社会的家族的関係が存在する場合には、生物学上の父に否認の可能性を拒み、生物学上の父も子と社会的家族的関係を有しているかどうかや、同価値の関係を有しうるかどうかについて全く考慮されないことは、矛盾している³⁵⁾」と指摘する見解など、生物学上の父と子との間の関係にも目を向けるべきとする見解がある。

また、下級審裁判例の中には、法的な父と子が現在共に生活し、両者の間に社会的家族的関係が存在する一方で、生物学上の父と子との間にもかつての共同生活や継続的な面会交流の結果、緊密な関係が存在するうえ、子の母もこうした関係や生物学上の父による否認を支持しており、否認によって子の福祉が害されることもないという特殊な事案で、生物学上の父による否認

34) Tobias Helms, Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht, FamRZ 2010, S.6. 詳しい見解に関しては、山下・前掲注(3) 159頁を参照されたい。

35) Dagmar Coester-Waltjen, Statusrechtliche Folgen der Stärkung der Rechte der nichtehelichen Väter, FamRZ 2013, S1689. また、後述のハム上級地方裁判所2016年7月20日決定の評釈においても、「通説によると、少なくとも、二人の父と子の社会的家族的関係が等価値である場合、生物学上の血縁が優位にあるとされる」と述べられている(Philipp M. Reuß, FamRZ 2016, S.2138.)。

を認容したものがある³⁶⁾。さらに、「社会的家族的関係が生物学上の父との間にも存在していた事案について、生物学上の父と子との関係を例外なく考慮しないことに対して提起されている学説の疑念について共感する」と説示し、存在する法的な父と子との社会的家族的関係と、以前に存在した生物学上の父と子との社会的家族的関係の質が同程度と言い得る場合には、生物学上の父と子との以前の関係が考慮される余地があると判示した裁判例もある³⁷⁾。

しかし、連邦憲法裁判所2015年2月24日決定は、それを明確に否定した³⁸⁾。この決定は、否認の申立ての6ヵ月後に法的な父と母が婚姻し、子と同居し、子と法的な父との間に社会的家族的関係が存在する一方で、生物学上の父と子との間にも社会的家族的関係が存在した事案である。すなわち、生物学上の父は、2002年の子の出生から、2008年まで、約6年間にわたり子と生活し、別居後も面会交流により子との関係を維持していた。他方、法的な父が子と共同生活を始めたのは2011年以降であり、週に1度の訪問が開始した2009年からの期間を含めても3年にすぎず、明らかに生物学上の父との関係の方が長期間継続していた。しかし連邦憲法裁判所は、生物学上の父と子との関係を考慮することなく、現に法的な父と子との間に社会的家族的関係が存在することを理由に、否認の申立てを斥けた。

その理由として、本決定では、生物学上の父には、法的な父子関係が形成される前に、いつでも自身の父子関係を法的に承認させる機会があったことが指摘されている。法的な父と子との間の社会的家族的関係が生物学上の父

36) AG Herford, Urteil vom 26.10.2007, FamRZ 2008, 1270.

37) OLG Bremen, Beschluss vom 22.1.2013, FamRZ 2013, 1824 ff. もっとも本決定の事案は、子が生物学上の父よりも明らかに法的な父に対して感情的にも好意的であり、いずれにせよ、法的な父と子との間に存在するような情緒的な関係と同質の関係が、生物学上の父との間に存在していたわけではないことから、以前の関係を考慮することはできないとし、生物学上の父の否認が棄却された。決定の詳細に関しては、山下・前掲注(3)155頁を参照されたい。

38) BVerfG FamRZ 2015, 817ff. また、連邦憲法裁判所2013年12月4日(FamRZ 2014,191)決定も、子の出生前および出生後数か月の間、生物学上の父が社会的家族的関係を構築していた場合でも、生物学上の父からの否認を許さないことは憲法に適合すると判断している。決定の詳細に関しては、山下・前掲注(3)162頁以下を参照されたい。

の妨げになるのは、あくまでも法的な父子関係の否認の場面だけである。生物学上の父は法的な父子関係が別の男性によって設定されるまで、母の同意を得て、あるいは得ることができない場合であっても裁判によって父子関係を認知することができる³⁹⁾。連邦憲法裁判所はその点を指摘し、法的な父子関係が別の男性によって形成され、その男性との間にも社会的家族的関係が存在する場合には、生物学上の父との関係が考慮されないことを明らかにした。

もっとも、この決定の後もこの点については争いがあり、連邦憲法裁判所で判断された事案とは逆に、生物学上の父が母と婚姻し、子と現在同居し、法的な父と並んで子との間に社会的家族的関係を築いている事案について、2017年に連邦通常裁判所の判断が示された。この事案は、原審であるハム上級地方裁判所と、連邦通常裁判所で判断が分かれ、また社会的家族的関係の認定に関する解釈という点でも注目すべき決定である。以下では、原審の決定も含めて連邦通常裁判所の決定を紹介し、その意義を検討したい。

2. 連邦通常裁判所2017年11月15日決定

(1) 事案の概要

当事者は、まもなく3歳6ヵ月になるY1（事件本人たる子）の法的父子関係について争っている。

生物学上の父は申立人たるXであり、法的な父はY2である。Y2は、子の母Aと数年間にわたって交際しており、その間には2007年に出生した息子B

39) BGB1594条は任意認知について定めている。したがって生物学上の父が法的にも父となることを望む場合、認知をすれば足りる。しかし、認知には母の同意を要し（BGB1595条1項）、母の同意が得られない場合、これに代替する制度は設けられていない。そのため、母が同意を拒む場合、認知をすることはできない。もっとも、任意認知ができない場合には、BGB1600d条に裁判上の父子関係の確認が用意されている。これは、日本の認知の訴えとは異なり、生物学上の父も提訴が可能である。しかし、裁判上の父子関係確認の前提として、母の婚姻、若しくは別の男性の認知による法的な父子関係が存在する場合には、その男性の父子関係を否認することが必要となる（BGB1594条2項）。したがって、他の男性と子との間に法的な父子関係が存在する場合、認知はできず、生物学上の父は法的な父子関係をまず否認する必要がある。

と2011年に出生したCがいる。Y2は、Aと共同生活をしたことはなかったが、この関係がある間は、子らやAの面倒を見るためにほとんど毎日Aの家へ通った。AがXとの関係を持った後、2011年の秋にY2とAは別れた。Y1の妊娠中である2012年末、AはXとも別れた。その結果、Y2がAを援助し、以降、Y1ら3子全員の面倒を見た。Aの同意のもと、Y2はY1との父子関係を認知した。なお、Y1の配慮権者はAのみである。

2014年の初めに、Aは、Xとの関係を再開し、Xは、以降Aの住居に滞在し、Y1ら3子全員の面倒を見ていた。そこで、Y2は面会交流を開始し、Y2は3子全員を2週間に1度、週末に引き受けるという取決めがなされた。この面会交流を、Y2は今日まで継続的に実施している。2014年の末、Xはうつ病により入院し治療をはじめ、XとAは再び短期間別れたが、2015年の初めに再びAとの関係を開始した。2015年末、再びXとAは別れたが、短期間の後にXとAの関係は再開した。その後、2016年10月にXはAと婚姻した。Xはその間に短期間の中断もありながら、約2年6ヵ月Aの家政において生活している。Xは、3子全員の面倒を見ており、とりわけY1を幼稚園に連れていき、寝かしつけるのもXである。

Xは、2014年8月に申立てをし、Y2がY1の父ではないこと、および自身がY1の父であることを主張した。

区裁判所は、管轄の少年局を補充保護人として選任し、少年局は、子のために父子関係の否認に賛成であることを表明した。また、区裁判所は、Y2の父子関係が存在しないことと、99.9999999%の確率でXが父であることを示す分子生物学的血縁鑑定を採用した。他方、Y2は、自らを今後もY1の社会的な父と考えており、それゆえに法的な父であり続けたいと主張した。またAも、否認に否定的な見解を述べた手続補助人およびY2と同じく、Y2がY1の法的な父であり続けるべきであるとの意見を述べた。

区裁判所は、Y2は、Y1の出生以来一貫してY1の面倒を見ており、信頼できる特別な関係にある者である一方、Xは、Y1の出生後最初の14カ月の間、完全にY1から離れ、最近もAと衝突した際、Y1と距離を置いたなどと指摘し、

Y1とY2との間に社会的家族的関係が存在することを理由に、否認の申立てを却下した⁴⁰⁾。

これに対してXが抗告した。判断に際して、ハム上級地方裁判所は、その手続において子らの意見も聴取している。

(2) 原審の決定要旨

ハム上級地方裁判所は、2017年7月20日決定でXの申立てを認容した⁴¹⁾。理由は以下の通りである。

「Xは、2015年5月19日の分子生物学的血縁鑑定によると、Y1の生物学上の父であり、Xの申立てはBGB1600b条1項による否認期間内になされた。その結果、本件では、Y2とY1との間に、父子関係の否認を排除するようなBGB1600条2項にいう社会的家族的関係が存在するか否かが問題となる。

この点につき、当審はY1とY2との間に今日までBGB1600条2項および3項にいう社会的家族的関係が存在していたことに疑いを持っていない。法的な父が子のために現実の責任を負担し、または負担していた場合には（3項1文）、社会的家族的関係の存在が推定される。この推定の前提となるのは、通常は、法的な父が子の母と婚姻している、もしくは子と比較的長期間にわたって家族的な共同体において同居していたことである（3項2文）。Y2はAと婚姻しているわけでもなく、Y1と同居していたわけでもないため、こうした典型的事情に基づく推定は、たしかに本件では当てはまらない。しかし、BGB1600条3項2文による推定の要件がある場合以外にも十分な責任の引受けが存在することはある。なぜなら、立法者は、意識的に典型的な事実に基づく推定のみを規定し、個々のケースでの妥当な解決を可能にするために、更なる具体例を示すことはしなかったからである。いずれにしても、Y1の出生後1年間は、Aと並んでY2だけが、典型的な親としての義務を負

40) 単独の配慮権者たる母が否認に異論を唱えていることから、補充保護人としての少年局の申立ても許容できないとして却下した。

41) OLG Hamm FamRZ2016, 2135. 原決定当時も、官庁による否認権との関係で現在のBGB1600条3項は4項に規定されていたため、原文では4項とされているが、本稿では3項と記載する。

担していた。

Y2は毎朝Aの家の向かい、Y1を含めた3子全員の世話をしていた。その結果Y2は最初にY1の社会的家族的父となった。2014年の初めに、AとXが出会ったという状況も、それ自体は、Y2の社会的家族的父子関係を排除しない。むしろ重要なのは、AのXとの関係が再開しても、それをきっかけとして、Y2がY1のための父としての役割から身を引かなかつたことである。…この間、Y2は2週間に1度週末に面会交流を行っており、子らとの関わりあいを持つために、平日も仕事を終えた後に、Aの住居をたずねている。

もっとも、法的な父と子との間の社会的家族的関係を肯定するとしても、それは、必然的に生物学上の父による否認を否定する結果にはつながらない。

本件の特徴は、法的な父と並んで生物学上の父も子との社会的家族的関係を持っていたことにある。Xは、かれこれ2年半にわたって、Aの家政で生活しており、その結果、日常的にY1と共にある。…Xが、Y1の生活に関与し、例えばY1を幼稚園に送り、あるいは夜はベッドで寝かしつけることで、部分的にはあれ、Y1の監護および養育を引き受けうけていたことは争いが無い。手続補助人の評価からも、2人の父がそれぞれにY1と信頼に満ちた関係を持っていたことが分かる。

BGB1600条2項の文言によると、子の生物学上の父と子との社会的家族的関係は重要ではない。BGB1600条2項は、子と子の法的な父との間に社会的家族的関係が存在するか否かだけを問題としている。これは本件において肯定されるため、生物学上の父による否認は排除されることになる。しかし、当該条文の歴史のおよび目的論的解釈からすると、生物学上の父の側でも子と社会的家族的関係を持ち、子とひとつの家庭において同居している場合に、子と法的な父との社会的家族的関係が生物学上の父による否認の障害とならないよう、BGB1600条2項を制限的に解釈するように求められる。基本法6条2項は、父としての法的な地位をも獲得したいという生物学上の父の利益を保護する。もっとも、この保護は、いかなる場合でも法的な父に優先して、父の地位を獲得する権利を成立させるものではない。その限りで、生物学上

の親子関係と法的親子関係の間に優劣の関係は存在しない。立法者は（BT-Drucks. 15/2253）、法的な父と生物学上の父のうちいずれに優先を認めるかという問題について、法的な父が社会的な父でもあるかどうかを重視することにした。その際、立法者は2つの社会的父子関係が併存する状況を念頭に置いていなかったことは明白である。

連邦憲法裁判所は、2003年のすでに原則となった決定（Grundsatzentscheidung）において、法的かつ社会的家族を保護するために、父性否認から生物学上の父を排除することについて、憲法上の疑義がないことを確認した。

…しかし、本件に存在する状況は異なる。生物学上の父は過去においてではなく、基準となる最終口頭弁論の時点で子との社会的家族的関係を有している。法的な父が面会交流によって社会的家族的関係を継続しているのに対し、生物学上の父は子や子の母と同居している。

基本法6条2項1文は、できる限り、生物学上の親子関係と法的な親子関係の一致を実現させるべきとの要請を含む（BVerfG FamRZ 2003, 816）。法的な父との社会的家族的関係を消極的なメルクマールとすることは、子の利益のために、現に存在する社会的家族を保護することに資する（BVerfG FamRZ 2014, 449）。しかし、本件のように、生物学上の父が子や子の母とひとつの家庭において同居し、生物学上の父自身が、この家族の中で子と社会的家族的関係を有している場合には、この家族が基本法6条1項の保護の対象となる。子は否認によって、社会的な父を失うのではなく、1人の社会的な父に代わって、他の社会的な父を法的な父として獲得するのであり、その結果、最終的に生物学上、法的および社会的な父子関係が1人の人物に集約されるのである。立法者は、現に存在する社会的家族の保護を意図していたが、これは本件のような場合、生物学上の父が法的な父の地位にも就くことができるようにすることによってのみ達成できる。その際に、父にBGB1686a条2項による面会交流権があることを指摘するだけでは足りない。なぜなら、法的な父だけが、BGB1671条によって、共同の親としての配

慮を担うことで、子のために法的な責任も負担する道が開かれているからである。」

(3) 原審決定の意義

本件事案において、法的な父は子の母と婚姻しておらず、また子と家族的な共同体において同居することもしていない。すなわち、本件事案もBGB1600条3項の推定には当てはまらない。しかし、ハム上級地方裁判所は、上述した2016年1月4日決定と同様に、条文に規定された推定に該当しない場合であっても、父としての責任の負担が推定される場合があるとし、子の出生後1年間は、法的な父が親としての義務をはたし、その結果、子にとって最初に社会的家族的父となったこと、子の母が生物学上の父との関係を持った後も、法的な父は子との面会交流を定期的に継続していることから、子と法的な父との間の社会的家族的関係を認めた。

もっとも、原審決定で特徴的なのは、法的な父と子との間の社会的家族的関係を肯定するとしても、それは必然的に生物学上の父の否認を否定する結果にはつながらず、生物学上の父による否認を許容した点にある。しかも、その判断は条文に基づいてはいない。条文上、生物学上の父と子との間の社会的家族的関係は問題とされていないことを認めただけで、関係条文の歴史的小よび目的論的解釈に基づいて、生物学上の父の側でも子と社会的家族的関係を形成し、子とひとつの家庭において同居している場合には、BGB1600条2項を制限的に解釈できると判示した。

原審決定は、一見するとこれまで学説上指摘されてきたような生物学上の父と子との関係に着目し、判断した点で、判例・学説における通説的見解と一致しているようにも見える⁴²⁾。もっとも、原審決定は批判的に評価されている。なぜ生物学上の父のためにBGB1600条2項から逸脱した解釈が許されるのか、なぜ規定の歴史的小・目的論的解釈から、生物学上の父の側でも子

42) Reuß, a.a.O. (Fn.35), S.2138.

と社会的家族的関係を持ち、子とひとつの家庭において同居している場合には、BGB1600条2項を制限的に解釈することができるのかについて、原審決定は納得のいく根拠を何も挙げていないというのである⁴³⁾。また、原審決定は、立法者がBGB1600条2項を新設するにあたって、2人の父がそれぞれに子と社会的家族的関係を形成している状況を想定していなかったと説示しているが、これも根拠としては説得力がないと評されている⁴⁴⁾。さらに、原審決定は、生物学上の親子関係と法的な親子関係を可能な限り一致させるという血縁主義の原則 (Abstammungswahrheit) を強調しており、たしかにこの原則はドイツ血縁法の基礎にあるといえる。しかし、連邦憲法裁判所はすでに2003年の決定において、生物学上の父子関係と社会的な父子関係が競合する場合に、生物学上の血縁と社会的な血縁には優劣がないとし⁴⁵⁾、この決定を受けて、立法者はその裁量の範囲内で、法的な父と子との社会的家族的関係を保護すべきものとして、血縁主義の例外を作り出した。したがって、こうした価値判断に抵触する判断をするためには、十分な根拠が必要であるにもかかわらず、原審決定は何も述べていないとの批判も見られる⁴⁶⁾。

(4) 連邦通常裁判所の決定要旨

結局のところ、原審決定は、連邦通常裁判所によって否定されるに至った⁴⁷⁾。連邦通常裁判所は、まずXがY1の生物学上の父であることを確認し

43) Angie Schneider, NZFam 2016, S.941. ReuB, a.a.O. (Fn.35), S.2138.

44) ReuB, a.a.O. (Fn.35), S.2138. また、ロイスは「社会的家族的関係の質は、裁判所が最終的に確認したように、ただ居住の状況だけに基づいて決められるわけではない」ため、「生物学上の父ではあるが法的な父でない者が母や子と同じ一つの家族のなかで生活しているという、法的な父や子にとって全く偶然の事情から、いずれにせよ、生物学上の父の利益に一般的な優先を見て取ること」はできず、なぜ、法的な父の子との社会的家族的関係が、生物学上の父ではあるが法的な父でない者の社会的家族的関係よりも少ない価値しかないのかについて裁判所は明らかにしていないと批判する。

45) BVerfGE108, 82.

46) Schneider, a.a.O. (Fn.43), S.940. ReuB, a.a.O. (Fn.35), S.2138.

47) 連邦通常裁判所は、ヨーロッパ人権裁判所が、これまでから生物学上の父による否認の規定に関して、国内の判断裁量の枠内にあるものとして許容されると判断し、立法者は判断裁量の枠内で、規定を創設したのであり、現行規定がヨーロッパ人権規約8条にも反しないことや、

たうえで、本件において否認が許容されるか否かは、Y2とY1の間にXによる否認を阻止しようとする社会的家族的関係が存在するかどうかにかかっているとされた。そのうえで、社会的家族的関係の認定およびXによる否認の許否につき、次のように判示した。

「上級地方裁判所は、正当にもY1とY2との間に社会的家族的関係が存在することを前提にする。

社会的家族的関係の存在を肯定するには、BGB1600条3項1文により、法的な父が子のために現実の責任を負担していることが前提となる。

責任を負担していると言えるのは、法的な父が子の教育や監護を担っている場合である (BVerfG FamRZ 2003, 816, 818)。現実の責任の引受けは、BGB1600条3項2文により、通常は、法的な父が子の母と婚姻している、もしくは子と比較的長期間にわたって家族的な共同体において同居していた場合にはあるものとされる。

もちろん、家庭における共同生活は、社会的家族的関係の存在を肯定するのに必須の要件ではない。現実の責任の引受けは、継続的な家庭における共同生活がなくても、それとは異なる方法で、例えば子のために本質的な監護を行っているような場合でも認められる (BGH FamRZ 2016,1142)。親としての責任を現実を果たすことは、ひとつの家庭において同居している場合に限定されるのではなく、それを超えて、例えば、法的な両親の関係が解消した後も、法的な父が子との定期的な接触を維持し、その際に子の監護や教育を行っている場合にも親としての責任を果たしている。なぜなら、社会的家族的関係は、法的な父と子との間に存在しなければならないのであって、同時に、法的な父と母との間にも同様の関係が存在することは前提とされないからである。それゆえ、法的な父と子との間に定期的な面会交流がある場合も、原則として社会的家族的関係の存在が認められる (OLG Hamm FamRZ 2016, 1185, 1186, OLG Frankfurt FamRZ 2007, 1674)。

子との家族的な生活に関して承認されるべき生物学上の父の利益は、BGB1686a条において考慮されたように、異なる方法で考慮されるべきであることも指摘している。

…生物学上の父からの否認は、BGB1600条2項により、法的な父と子との間に社会的家族的関係が存在せず、または父の死亡の時点で存在しなかった場合にのみ認められる。したがって、法規定の明白な文言からしても、生物学上の父と子との間にも社会的家族的関係が存在するかどうかは、問題ではない。

上級地方裁判所の解釈とは異なり、規範を限定的に解釈することは許されない。上級地方裁判所が意図したように、生物学上の父の側でも子との間に社会的家族的関係があり、生物学上の父が子とひとつの家族において共に暮らしている場合には、法的な父と子との間の社会的家族的関係があっても、それは生物学上の父による否認の障害にならないという帰結は、法律にその根拠を見出すことはできず、特に歴史上の解釈や目的論的解釈からも明らかではない。

生物学上の父による父子関係の否認は、2004年4月23日の「子と特別な関係を持つ者との面会交流権および父子関係の否認についての規定の変更についての法律」により導入された。立法者はこれをもって2003年4月9日の決定においてなされた連邦憲法裁判所の指示に従った（BVerfG FamRZ 2003, 816）。連邦憲法裁判所は、当時の1600条の規定について、生物学上の父ではあるが、子の法的な父ではない者が、例外なく認知によって形成された父子関係の否認から排除されるという限りにおいて、基本法6条2項1文に反すると説明した。その根底にある考え方は、生物学上の父ではあるが、子の法的な父ではない者も基本法6条2項1文の保護のもとにあるということである。たしかに、子の生物学上の父であるということだけでは、基本法6条2項1文による親としての権利の担い手にはならない。しかし、基本法の規範は、子の父として法的な地位を得るという生物学上の父の利益において、生物学上の父を保護する。もっとも、この保護は、いかなる場合にも生物学上の父に、法的な父に優先して、父の地位を得させる権利を成立させるものではない。しかし、立法者は、子と法的な父との間の社会的家族的関係の保護を損なうことがなく、かつ生物学上の父が子の生物学上の父であると確認さ

れた場合には、生物学上の父に、法的な父としての地位を獲得する可能性を開かれなければならない (BVerfG FamRZ 2003, 816, 818)。

そのように説示することにより、連邦憲法裁判所は、憲法上求められる法律の新規定の枠組みを予め示したのであり、それは、法的な父と子との間に家族的関係が存在しない場合に、否認権が法律上保障されなければならないというものであった。その限りで、連邦憲法裁判所の理由づけが、法的な父のみにかかわり、法的な父と母との関係にまで及んでいないことは、決定的な意味を持たない。父子関係の否認にとって、法的な父と母との間の社会的家族的関係の存在または不存在は重要なことではないからである。それに応じて、法律は、法的な両親と子の社会的家族的関係ではなく、法的な父との社会的家族的関係のみを重視する。なぜなら、法的な父の親としての権利にとっても、法的な父が母との家族的な共同体において生活しているか否かは重要ではないからである。母と別れた後も、法的な父は変わらず親としての権利の担い手であり続ける。法的な父の親としての権利は、社会的家族的関係が存在するとき、母との関係が解消されていても、法的な父としての地位に就くという基本法上も保護される生物学上の父の利益よりも優先される。立法資料によると、立法者は、こうした考え方に意識的に従っている (BT-Drucks.15/2253,S11)。

…生物学上の父は、法的な父と並んで、社会的家族的関係を構築することがあるが、だからといって、生物学上の父に否認の道が開かれるわけではない。また、上級地方裁判所は、生物学上の父と子および母との間にも社会的家族的関係が存在しなければならないとしたが、これを否認の要件とすると、最終的に、母との社会的家族的関係の存在が決め手となる。しかしこのことは、法的な父が有する親としての権利にも矛盾し、子のための現実の責任の引受けのみに焦点を合わせ、母と法的な父との社会的家族的関係には着目しない BGB1600条2項および3項の法規定の体系にも矛盾する。他方、母には、法的な父と子との間に社会的家族的関係が存在する場合でも、これによって妨げられることのない、独自の否認権が帰属する。区裁判所において父子関

係の否認に明確に反対していた子の母は、本件において、自ら否認権を行使することはなかった。

文言に忠実な法の適用は、連邦憲法裁判所の準則に一致する。立法者がこれを超えて、法的な父と生物学上の父の基本法上の地位の対立状況を考慮して連邦憲法裁判所が要請した権利以上の権利を、生物学上の父に認めるつもりであったことを示すものは何もない。したがって、BGB1600条2項の規定は、意識的な立法者の決定として、その文言に即して尊重すべきである。現にある法規定が将来もなお法政策的に望ましいものと思われるかどうか、あるいは生物学上の父の利益に、より高い価値を与えるか否かといった問題は、結局のところ、立法者の権限にのみ服する（BGH FamRZ 2018, 41⁴⁸⁾。]

(5) 本決定の意義

連邦通常裁判所は、本件においてまず問題とされるべきは、法的な父と子との間に社会的家族的関係が存在するか否かであることを確認したうえで、社会的家族的関係は、法的な父と子との間に存在しなければならないこと、したがって、社会的家族的関係は母も含めたひとつの家庭において子との共同生活がある場合に限定されないことを明らかにした。こうした認識に基づいて、本決定は、原審決定がY2とY1の間に社会的家族的関係の存在を認定したことについては正当であると判断した。

もっとも、本決定は、原審決定とは異なり、BGB1600条2項の文言からすると、生物学上の父の否認にとって、生物学上の父自身と子との間にも社会

48) 法的な懐胎期間に子の母と性的関係を持ち、裁判外で行われた父性鑑定に基づき、子の生物学上の父であるパキスタン人の申立人が、2013年10月に出生した子と、子を認知し、母と同居しているレバノン人である法的な父との父子関係を否定し、自身を法的な父として確認することを求めた事案である。連邦通常裁判所は、法的な父が子のための現実の責任を引き受け、子や子の母とすでに長期間共同で生活していることから、法的な父と子との間の社会的家族的関係を認定し申立人の訴えを斥けた。さらにこれまで繰り返し判断されてきた連邦憲法裁判所や、ヨーロッパ人権裁判所による判例を引用し、現行規定が憲法やヨーロッパ人権規約に反しないことも指摘したうえで、「将来もなお法的な父が法的な地位にいることが望ましいと思われるか、また、生物学上の父の利益により高い価値が与えられるべきかといった更なる問題は、立法者単独の権限に該当する」と判示した。

的家族的関係が存在するかどうかは問題ではないとし、原審決定のような解釈は許されないことを明らかにした。さらに本決定は、生物学上の父による否認権が規定されるに至った経緯を詳細に検討し、原審決定の結論は歴史的解釈や目的論的解釈からも正当化できないとした。加えて、原審決定の判断によると、生物学上の父と子との関係だけでなく母との関係まで問題になるが、母との関係を考慮することは、法的な父が有する親としての権利に矛盾するだけでなく、現行規定の体系にも矛盾すること、さらに、母には固有の否認権があるにもかかわらず、本件事案において母自身は否認をしていないこと、立法者が、連邦憲法裁判所が要請した権利以上の権利を、生物学上の父に認めるつもりであったことを示すものは何もないことを挙げ、BGB1600条2項の規定をその文言通りに尊重すべきであるとした。

連邦通常裁判所の決定に対しては、いくつかの評釈において、現行法に従った妥当な判断であり、憲法上の疑義もないと評価されている⁴⁹⁾。すなわち、まず学説上は、生物学上の父の否認権について、立法者が慎重に考慮して規定したのであって、その規定は、親子関係の法的安定性および法的な親との社会的家族を保護する趣旨で、生物学上の父からの否認を限られた範囲でのみ可能としたものと認識されている。もちろん、立法者は、現行規定とは異なり、生物学上の父と子との関係を重視する規定を置くこともできたはずであるが、本決定が対象とした事案がそうであったように、社会的家族的関係は様々な姿を持ち、その親密度も異なる⁵⁰⁾。したがって、生物学上の父が子と社会的家族的関係を有しているからと言って、一概に法的な父に優先して否認を認めるとの規定を設けることも困難であったと評される⁵¹⁾。現に法的な父と子との関係に着目した現行規定は、これまで何度も連邦憲法裁判所に

49) Konrad Duden, FamRZ 2018, S.355f. Daniel Terp, JM 2018, S.273ff. また、バーテルス (Florian Bartels) も、現行法を背景に歓迎すべき決定であったと評価している (Florian Bartels, jurisPR-BGHZivilR 11/2018 Anm. 3.)。

50) Duden, a.a.O. (Fn.49), S.355. 本件事案では、生物学上の父と母が婚姻し、子と同居していた一方で、法的な父と子は2週間に1度、週末の面会交流を維持していた。

51) Duden, a.a.O. (Fn.49), S.355.

よって憲法に違反しないとされている⁵²⁾。こうしたことから、学説上は、原審決定のように、規定の文言とは異なる解釈をしてBGB1600条2項を制限的に適用することは困難であり、その意味で、むしろ本決定を妥当とするのが一般的である。また、本件においては、子の母が、生物学上の父と婚姻し、共同生活を送っているにもかかわらず、明白かつ意識的に自身の否認権を行使しなかった点から、本決定の結論は妥当との指摘も見られる⁵³⁾。

もっとも、本決定は、最後に「現にある法規定が将来もなお法政策的に望ましいものと思われるかどうか、あるいは生物学上の父の利益に、より高い価値を与えるか否かといった問題は、結局のところ、立法者の権限にのみ服する」と指摘している。こうした説示に即して、連邦司法・消費者保護省が組織したワーキンググループが、2017年7月にドイツ血縁法の改正提案の最終報告書を取りまとめて公表している。そこで、最後にこの改正提案を採り上げ、生物学上の父による否認権を中心に、どのような改正が提案されているのかを紹介したい。

V 改正提案

1. 提案の契機および目的⁵⁴⁾

血縁法ワーキンググループ（Arbeitskreis Abstammungsrecht）は、2015年2月に、連邦司法大臣によって組織され、その諮問事項は、血縁法における

52) BverfG, Nichtannahme beschluss vom 13.10.2008, FamRZ 2008, 2257. BverfG FamRZ 2015, 817.

53) Terp, a.a.O. (Fn.49), S.275.

54) 連邦司法・消費者保護省の血統法検討部会最終報告書（Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts; https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2017/070417_AK_Abstammungsrecht.html 最終閲覧日2018年10月1日）における最終報告の要約（Zusammenfassung des Abschlussberichts）および、連邦司法消費者保護省大臣 Heiko Maas の序文（Geleitwort des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz）を参照した。

改正の要否を審議し、必要な場合には、体系的に整合性のある改正提案を検討することであった。このワーキンググループが組織される直接の契機となったのは、今日の家族状況の多様化および生殖補助医療の進展である。とりわけ、ドイツの国内外においては、精子提供、卵子提供、代理懐胎等、生殖補助医療がさかんに利用されるようになっており、現行家族法では十分に対応できないと認識されている。そこで、11人の専門家によって構成されたワーキンググループが、2年にわたる10回の会議を経て、「血縁法の改正の推奨 (Empfehlung)」をまとめた。そこには、生殖補助医療による親子関係の決定などを含め⁵⁵⁾、広範囲に渡る91の提案 (These) が盛り込まれている。

2. 法的父子関係の否認制度に関する改正提案

(1) 改正提案の概要

本改正提案で扱われた主要な問題領域は、生殖補助医療を利用した場合の親子関係の決定であるが、これに加えて、自然生殖によって生まれた子の親子関係の決定に関しても議論された。ワーキンググループは、生物学的な血縁と法的な父子関係を一致させるという現行法の基本姿勢は維持することを前提としているが、否認制度について、否認権を制限する方向で、いくつかの注目すべき提案をしている。

まず、すべての否認権者に関わる提案として、否認期間の短縮が掲げられている【提案23および33】⁵⁶⁾。上述の通り、現行法の否認期間は、父性に反

55) なお、この立法提案においては『血縁 (Abstammung)』という概念は不当に、単なる遺伝的に相互に同系の人物だけが問題になることを示唆する。たしかに、遺伝的な血縁はもっとも重要なものであるが、しかしすでに現行法によっても子の親としての人物の法的な割当てにとって唯一の糸口ではない」として、「血縁 (Abstammung)』という概念に代わって、将来、「法的親子割当て (rechtliche Ertern-Kind-Zuordnung)』という概念が使用されるべきであることも提案されている。

56) 【提案23】

否認は、生物学上の父子関係に反する事情を知った時点から1年以内にしなければならないものとする。その期間は、従前通り子の出生前に進行することはないものとする。

【提案33】

否認期間が存在する限りにおいて、否認者の認識により起算される否認期間は、従前の2年

する事情を知った時より2年とされている。否認期間は、否認権者にとって、実際に否認するかどうかの熟慮期間としての意味を持っている。したがって、一定の期間は確保する必要があるというのがワーキンググループの認識である。もっとも、ワーキンググループでは、父子関係の存続が不確定な状態は、母や子のために可能な限り制限されるべきとの見解が多数を占め、その結果、否認期間を現行法の2年から1年に短縮することが提案されている。

そのうえで、法的な父による否認に関しては、不実認知への対応について提案されている。現在のところ、否認権は、人格権として不可欠の権利であるとの理由から、血縁関係がないことを認識していたにもかかわらず認知した男性にも、当然に否認権は帰属すると解されている⁵⁷⁾。しかし、本提案では、認知の時点で生物学上の父子関係がないことについて認知者が認識していた場合は、原則として否認権は排除されるべきものとされている【提案24および25】⁵⁸⁾。この提案は、生物学上の父子関係の不存在を認識したうえで認知した者は、自身の表示に拘束されるべきであり、生物学上の父子関係の不存在を主張して、一度引き受けた親としての責任から再び解放される権利を認めるべきではないとの考え方による。

母に関しても、これまでは、母が不実認知であることを認識したうえで、子の認知に同意した場合でも、母は否認権を行使できると解されてきた⁵⁹⁾。この点、ワーキンググループの問題意識は異なる。すなわち、母にとって、父は子に対して共に責任を持つべき者であるから、父が誰かは重大な関心事である。その母が、認知の際に、認知者以外の男性が子の父である可能性が

に代わり、1年で満了するものとする。

57) Wellwnhofer, a.a.O. (Fn.9), S.280.

58) 【提案24】

法的な父が、生物学上の父子関係がないことを知って認知したときは、原則として法的な父は、父子関係を否認することができないものとする。

【提案25】

法的な父が認知の時に、生物学上の父子関係に反する事情を知っていたときも、否認はできないものとする。

59) Münchner/Wellenhofer, a.a.O. (Fn.8), § 1600, Rdnr.6.

あるならば、それは認識していたはずであるから、それでも認知に同意している以上、それは重視すべきというのである。そこで、母が子の代理人として認知に同意した場合には⁶⁰⁾、原則として、母の否認権は排除されることが提案されている【提案26】⁶¹⁾。

さらにワーキンググループは、子自身の否認権についても検討している。現行法上は、子にもっとも広く否認権の行使が認められている。換言すれば、子からの否認については、否認の期間が限定されている点を除くと、血縁主義が貫徹されているといえる。ところが、改正提案は、そうした子の否認権に制限を加える方針を打ち出した。この点は、次節で言及したい。

以上のように、ワーキンググループは、血縁主義を維持すべきとしながらも、否認期間の短縮による否認権の制限や、認知者や子の母の意思に着目した否認権の制限を内容とする改正提案をしており、全体として父子関係の早期確定・法的安定を志向し、否認の可能性を制限する方向が見られる。

(2) 社会的家族的関係の重視

他方、改正提案では社会的家族的関係の存在を重視する方針も打ち出されている。生物学上の父の否認権に関して、ワーキンググループは、現行法を基本的には適切と評価した。すなわち、社会的家族的関係を維持することに關する子の利益や法的安定性の要請から、法的な父と子との間に社会的家族

60) 過去には、生物学上の父と、法的な父との利益が衝突するという場合、その原因は、そもそも、母が何の制限もなく自由に子の認知について同意できる点にあるとし、1595条1項の認知の際の母の自由な同意権を制限すべきとの指摘があった (Johannes Hager, *Der rechtliche und Der leibliche Vater*, FS Schwab, 2005, S.776.)。本改正提案では提案12において、父性認知に際し、母の同意に代わって子の同意を要すべきことが提案されている。さらに提案13では、その際段階的なシステムを採るべきことが提案され、具体的には、子が未成年の場合には、子の法定代理人の同意が、子が14歳以上の場合には、子の法定代理人の同意に加えて子自身の同意が、子が成年に達してからは、子による同意の表明が必要とされる仕組みへの改正が提案されている。

61) 【提案26】

母の否認権は、法的な父の否認権と同様とする。母は、婚姻または認知に基づいて設定された父子関係を否認することができるものとする。ただし、母が子の法定代理人として認知に同意していたときは、この限りでない。

的關係がある場合には、生物学上の父の否認権は制限されるべきというのが、ワーキンググループの一致した認識である。

もっとも、ワーキンググループは、現行規定の枠を超えて、生物学上の父と子との間の社会的家族的関係をも考慮すべきことを提案している【提案29】⁶²⁾。すなわち、法的な父と子との間に社会的家族的関係がある場合において、生物学上の父も子との間に社会的家族的関係を維持しているときは、生物学上の父による否認を可能とすべきとしている。ただし、こうした社会的家族的関係の競合事案では、様々な考慮要素が相互に矛盾対立するため、法的な父と生物学上の父のいずれを父とすべきか、一律に優劣を決することもできない。そこで改正提案は、生物学上の父が子と社会的家族的関係を構築している場合に、生物学上の父からの否認を必ず認めるべきものとはせず、むしろ考慮要素と位置づけて、個々のケースにおいて、相互に対立する利益を慎重に衡量することを求める内容となっている。その意味では、生物学上の父の社会的家族的関係を絶対視するまでの提案ではないが、これまで判例によっては考慮されることのなかった生物学上の父の社会的家族的関係が、生物学上の父からの否認の余地を拡大する要素として、改正提案に採り上げられた意味は大きいといえる⁶³⁾。

62) 【提案29】

生物学上の父による否認は、現行法と同様に、否認権者の認識により起算される期間内のできるものとする。

子と法的な父との社会的家族的関係と並び、子と生物学上の父との社会的家族的関係も考慮し、子の否認についてその重要さの程度を判断するものとする。

かつて存在していたが、現在存在していない法的な父との社会的家族的関係は、考慮しないものとする。

63) それに加えて、改正提案は、法的な父と子との間の社会的家族的関係が否認の時点ではもはや存在しないという場合には、生物学上の父の否認を妨げないことを明確にするよう提案している（【提案29】前掲注（62）参照）。また、子の出生後の短期間の内に生物学上の父による否認が行われた場合、これにより、生物学上の父が、子のために責任を引き受ける意思を表明したともいえる。そこで、改正提案では、子の出生後の短期間の内に生物学上の父による否認が行われた場合には、法的な父と子との間に社会的家族的関係が存在していたとしても、生物学上の父による否認が認められることも提案されている（【提案30】：子の出生後一定の短期間のうちに、生物学上の父が否認するときは、子の法的な父との社会的家族的関係を考慮しないものとする）。提案では「子の出生後一定の短期間」とされているが、ワーキンググループでは、

なお、子の否認権に関しても、社会的家族的関係を重視する提案がなされている。現行法上は、子には、成年に達した後父性に反する事情を知った時から2年の否認期間が認められているほか、子が父子関係の維持を期待し得ないような事情を知ったときから再度2年の否認期間が認められている。このように、子には強力な否認権が付与されており、そこには、生物学的な血縁と法的な親子関係を一致させることに子の利益があるとの認識がある。こうした考え方は、ワーキンググループでも承認されているが、メンバーの多くは、子が否認権を行使する場合に、現行法上は血縁の有無のみが問題とされ、たとえ法的な父と子との間で数年間にわたって社会的家族的関係が存在するときでも、これが全く考慮されないことについて疑問としていた。そのため、子の否認権に関する現行規定を制限する提案がなされ【提案27および28】⁶⁴⁾、そこでは、父との安定的な社会的家族的関係が存在する場合には、子による否認は認められないとされている。こうした提案の背景には、法的な父と子との間に長年にわたる社会的家族的関係が継続している場合は、養子縁組や生殖補助医療によって形成された父子関係と実質的には異ならないという認識があったようである。その結果、ここでは、社会的家族的関係が血縁主義の貫徹を阻む要素として取り上げられた。

具体的にどの程度の期間とするかについても議論があった。もっとも、これについては、6ヵ月から2年の間で見解が対立し、最終的に具体的な提案をすることは見送られた。

64) 【提案27】

子が父子関係を否認する可能性は、現行法に比して制限されるものとする。

【提案28】

法的な父との生物学上の父子関係が存在しないことによる子の否認権は、一定の要件が存在するときに限り、あるものとする。例えば

1. 父が死亡したとき
2. 父が子に対し、重大な過誤を犯したとき
3. 父が同意したとき、又は、
4. 父との安定的な社会的家族的関係が存在しないとき

VI おわりに

ドイツでは2004年に生物学上の父による否認権が導入され、生物学上の父が血縁関係に一致しない法的な父子関係を否認し、自らが法的な父となる道が開かれた。もっとも、生物学上の父による否認権の行使は制限されており、法的な父と子との間に社会的家族的関係がないとき（または、法的な父が死亡しているときには、死亡の時点で社会的家族的関係がなかったとき）に限って、否認が認められるにすぎない。これは、法的な父と子との間に築かれた「社会的家族的関係」は血縁よりも優先されるべき要素と位置づけられているためである。そこで、生物学上の父にとっては、法的な父と子との間に社会的家族的関係があるかどうか、重要な意味を持つことになる。もっとも、「社会的家族的関係」という概念自体、抽象的である。このことから、現行法が施行されてから、幾度となく、法的な父と子との間に社会的家族的関係が存在するか、すなわち、社会的家族的関係とはいかなる関係を指すのかについて争われ、裁判例が蓄積されてきた。

学説上、父母の婚姻や子との共同生活がない場合でも、親としての責任の引受けが推定され、社会的家族的関係の存在を認定できる場合があることは、改正当初から指摘されてきたが、それがどのような場合であるのかについては不明確であった。しかし、ハム上級地方裁判所2016年1月4日決定（Ⅲ. 2.）、ハム上級地方裁判所2016年7月20日決定および連邦通常裁判所2017年11月15日決定（Ⅳ. 2.）がこの問題を扱い、BGB1600条3項2文に規定されているような典型的事情（父母の婚姻または子との共同生活）が存在しない場合でも、子と法的な父が定期的な交流を維持しているといった事例では、社会的家族的関係が認められうることが明らかとなった。たとえ、法的な父と子が1度も同居したことがなく、毎週数時間程度面会しているだけであったとしても、扶養料を給付しているなど、対外的にも子の責任を引き受けることを明らかにしている場合には、法的な父が子のための現実の責任を負担

していると評価し、そこに社会的家族的関係を認めるというのである。こうした柔軟な解釈の背景には、家族のあり方が多様化している実情がある。親と子は必ずしも共同生活を送っているわけではなく、「社会的家族的関係」自体を定型的に把握することは難しい。ドイツの判例は、こうした家族ないし親子の実態を正面から受け止めたといえる。もっとも、家族の定型にとらわれない柔軟な解釈をする場合、法的な父のみならず、生物学上の父と子との間にも社会的家族的関係が存在する場合があります。しかし、現行規定上、生物学上の父からの否認が認められるかどうかは、あくまでも法的な父と子との間に社会的家族的関係が認められるかどうかによって判断される。法的な父と子との間に社会的家族的関係が認められれば、たとえ生物学上の父と母が婚姻し、子が生物学上の父と同居していたとしても、子と生物学上の父との関係は全く考慮されない。連邦通常裁判所は、こうした現行規定に忠実に従って、生物学上の父と子がすでに同居して社会的家族的関係を築いている場合でも、その生物学上の父からの否認を認めなかった。学説は、概ねこうした判例の態度を是認しているように思われるが、立法論として、生物学上の父と子との間の社会的家族的関係にも法的な意味を認めるべきではないかが、今後の課題として問われることになった。

まさにこの点を検討したのが、連邦司法省の血統法ワーキンググループである(V.)。ワーキンググループが2017年に公表した改正提案は、いわゆる社会的家族的関係の競合事案においては、生物学上の父と子との間の社会的家族的関係も考慮して、生物学上の父からの否認の許否を決すべきとの提案がなされている。

改正提案は、否認制度に関して、全体として父子関係の早期確定・法的安定を志向し、否認の可能性を制限しようとするものである。その中で、生物学上の父と子との間の社会的家族的関係に着目することは、生物学上の父の否認の余地を拡大することにつながる。血縁関係の所在と社会的家族的関係の所在が一致している場合には、それは法的な父子関係を覆すに足りる考慮事情になるとの認識がある。

他方、改正提案は、子からの否認についても、社会的家族的関係に大きな意味を持たせている。すなわち、父子関係の否認を求める子が、その法的な父との間に社会的家族的関係を維持してきた場合は、子からの否認は認めるべきではないという。いうまでもなく、これは、血縁関係の存在以上に社会的家族的関係の存在を重視して、血縁主義を制限しようとする提案である。こうした提案が、生殖補助医療をめぐる父子関係決定の議論と連動して登場したことは注目される。

法的な親子関係の決定原理として社会的家族的関係を重視することは、血縁主義を制限する方向にも作用しうるし、貫徹する方向にも作用しうるが、ドイツにおいて、社会的家族的関係を一つのキーワードとして、血縁主義の限界が見直される動きが顕在化していることは注目に値する。もとより、本稿で紹介した改正提案は、そのまま法案化されるわけではない。今後は、この改正提案を軸に法改正に向けた議論が展開されることになるだろう。しかし、いずれにしても、ドイツ親子法においては、「社会的家族的関係」がさらに大きな意義を持ち、現行法以上に重視されることが予想される。今後の推移を見守りたい。

付記

筆者は、2018年4月から9月中旬まで、日本学術振興会の「若手研究者海外挑戦プログラム」により、ドイツ・マールブルク大学法学部トビアス・ヘルムズ (Tobias Helms) 教授のもとで在外研究を行った。本稿は、その成果であり、日本学術振興会および懇切にご指導いただいたヘルムズ教授には、この場を借りて深甚の謝意を表したい。