The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ドイツにおける内密出産制度導入の意義と課題（二・完）
Author(s)	床谷，文雄
Citation	阪大法学. 2019, 68(6), p. 1-19
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87189
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

論　説

ドイツにおける内密出産制度導入の意義と課題（二・完）

床　谷　文　雄

はじめに
一　匿名での子の出産および引渡しの諸形態
二　ベビー・クラッペンその他匿名による子どもの引渡しに関する検証作業
三　内密出産制度の導入（以上、六八巻一号）
四　内密出産制度の法的問題
五　日本における「内密出産」の可能性
おわりに

四　内密出産制度の法的問題

1　法律上の親子関係

（1）母子関係

内密出産制度は、一方において、出産時における母の匿名性を保障するものであるが、他方において、出産した

母の身元を将来的に（子どもの成長を待って）明らかにすることを明確にし、その具体的な手段を制度に組み込むものである。ドイツ法では、フランス法とは異なり、母は常に明らかである（mater semper certa est）という法格言を実定法化している。すなわち、一九九七年に改正されたドイツ民法一五九一条では、「分娩した女性を子の母とする。」との明文規定を置いている。このような「母」を定義する規定をわざわざ設けたのは、生殖補助医療技術の進展によって、卵子（遺伝子上）のつながりを有する女性と子宮（分娩）のつながりを有する女性との分離（いわゆる代理懐胎）が現実化したことによる、法的母子関係の混乱を防止するためである。[28]

母子関係発生についての「分娩主義」を定めるこの規定は、内密出産の場合には適用除外とする修正はなされていない。したがって、法理論的には、内密出産の場合でも、出産した女性は、分娩により当然に法律上の母としての身分を付与され、分娩した子を保護する義務を負うべきものである。他方で、内密出産の場合は、母は仮名によって出産し、身分登録上も、子の出生登録には、子の名、出生氏、出生地、出生時（分まで）、性別を記載するが、母の氏名は記載されない[29]という法的対応をとっている（身分登録法二一条二項a）。そのため、出生の届出をするか、しないかにかかわりなく、あるいは、出生登録証書に母親として記載されているか、いないかにもかかわりなく、出産した女性は、分娩により、当然に生まれた子の母親としての身分を取得し、その子どもを保護する法律上の義務を負うとはいえ、実際上は、母親の身元が不明な状態であることを法的に保障しているので、少なくとも一六年間は、母親としての身分を追及されることはない。この間は、母子関係確認の訴えも排除されるものと考えられる。[30] 扶養義務の履行を私的にも公的にも求められることはない。一六年後に、子が母の身元を知り、母子関係が確認されたとしても、その間の過去の扶養料についての求償も問題とならないであろう。

かねて、匿名で赤ちゃんを預けるベビー・クラッペンや匿名出産に対しては、母子関係を不明にするおそれがあ

り、子の出自を知る権利を侵害する、あるいは親の子に対する保護責任を放棄するものであるという批判的意見が強かった。[31] 内密出産制度はこうした批判を意識しつつも、匿名のかたちでの出産に対するニーズの存在を承認して、出産前後の母子に対する医療的保護を保障するとともに、子の身分に法的安定性を与えようとするものである。ベビー・クラッペンに対しては、扶養義務違反の罪（刑法一七〇条）、保護義務違反の罪（同一七一条）の疑いが指摘されていたが、内密出産制度は、この問題を法的に解決したものである。[32]

仮に、母の身元秘匿期間の間に、母が死亡した場合でも、当該子は存在しないものとして、相続関係の処理が行われることになる。もっとも、内密出産の子については、多くの場合、親の不明な子として、しかるべき手続を踏んで、養子縁組がなされるものと考えられている。ドイツ法における養子縁組は実方との血族関係が終了する完全養子であるため（民法一七五五条）、父母の不明な子について養子縁組がなされれば、事後に実親との権利義務関係が発生することはない。

（2）父子関係

内密出産を希望する女性（妊婦）は、特定のパートナーが存在しない場合が多いと推測されるが、婚姻している場合あるいは特定のパートナーが存在している場合もある。その場合でも、妊婦は、パートナーにも妊娠の事実を知られたくないという動機を持つことから、胎児の生物的父が夫またはパートナーでないことが多いと考えられる。[33] しかし、たとえ生物的父がパートナーであっても、内密出産を望む者もある。内密出産を希望する妊婦に対しては、妊娠相談所での事前相談において、子どもに対して父親が有すべき権利義務についても説明がなされることになっているが、内密出産をするかどうかの最終的な判断は、女性に任されている。内密出産制度の導入に当たり、父親の権利については特段の規定が置かれていないため、妊婦が子の父に妊娠の事実を告げない限り、父は内密出産の

実行を止めることはできないであろうし、その後に子が養子縁組されることについても、これを妨げることはできない。これは、法的に父と推定される夫の場合（民法一五九二条一号）であっても、母が仮名で出産しているため、夫の有無は不明と言うほかないのであり、妊婦が婚姻していない場合には、そもそも生物的父は胎児の父としての身分を持たないため[34]、仮に妊娠の事実に気がついても、妊婦の決断に法的に介入することはできないからである。

母が内密出産によって生まれた子を手放した事実を後に生物的父である母の夫またはパートナーが知った場合、その子を手元に取り戻し、父子関係を確立させるために、その子の所在を捜索する事態が生じることも考えられる。そうした場合に父がとりうる手段としては、まずはその所在地を管轄する少年局を訪ねて、事情を調べることであろう。すでに子が養子縁組のための監護（養親となる者による試験養育）に付託されている場合には、関わった養子縁組斡旋機関をも含めて、養子縁組の手続を継続し進めるのか（父の同意を得る、または同意を不要とする手続をする）、生物的父の取戻しを認めるのか、いずれが子の福祉により適しているのかを判断していくことになる。もしも養子縁組のための監護期間がすでに相当長く続いており、養育者（養親となる者）と子の間に心情的な愛着関係が成立しているときは、そのまま養子縁組を成立させることが子の福祉に資するものと考えられる。したがって、父が内密出産された子を取り戻すことは、通常は困難であろう。

2　内密出産子の養子縁組

（1）ドイツ法における養子縁組

内密出産で出生した子は、多くの場合、養子縁組の対象となることが想定されている。ドイツ養子法は、一九七六年改正法（一九七七年一月一日施行）により、未成年者（一八歳未満）の養子縁組については、養子（およびその直系卑属）と実親およびその血族との血族関係が終了する完全養子型のもののみとなっている（民法一七五五

条[35]。その点で、養子となる子を低年齢の子に限定する完全養子型の特別養子縁組と、養子の年齢を問わず実親との法律関係が終了しない普通養子縁組とを併存させている日本法とドイツ法には基本的な差異があるが、実親の同意を原則として必要としつつも、一定の要件を満たす場合には実親の同意が不要とされること（同法一七四七条・一七四八条）、家庭裁判所の決定によって養子縁組が成立すること（同法一七五二条）は日本法の特別養子縁組と同じである。また、不法・不正な養子縁組（いわゆるブラック・マーケットあるいはグレーマーケットといわれる人身取引に類した行為）を防止するとともに、児童保護施設にいる子どもに対する家庭的環境における養育・保護を促進し、特に問題となる年長の子や障がいのある子などの縁組困難ケースに対処するために、養子縁組のあっせんに関する法律[36]を併せて整備し、これにより、児童保護機関としての少年局（Jugendamt）に設置された養子縁組あっせん所を中心とする認可された縁組あっせん機関によるあっせん活動を規律して[37]、適切な養子縁組の速やかな実現に向けて、関係機関が連携して活動していることなども、重要な制度的特徴である。

（2）親が不明な子の養子縁組

ハンブルクに最初のベビー・クラッペが開設された二〇〇〇年のドイツにおける未成年養子の数は六三七三人（ドイツ国籍が四四八二人）であったが、二〇〇一年から五〇〇〇人台、二〇〇五年から四〇〇〇人台、二〇一二年からは三〇〇〇人台と、全体としての未成年養子の数は減少している。しかし、親が不明な子の養子縁組は、二〇〇三年までは一〇から二〇に充たない数であったが、二〇〇四年（八九人）から急増し、内密出産法が施行された二〇一四年には一四〇を超え（三歳未満が一二〇弱）、二〇一五年には約一八〇（三歳未満が約八〇）となっている（この数字はドイツ国籍の子のみ[38]）。未成年養子が成立するまでには、養親となる者による試験養育期間（民法一七四四条では「相当な期間」と定めているが、実務上は一年程度とされている）が必要であるので、ベビー・

クラッペンに預けられた子あるいは匿名出産の数が増えても、すぐに養子縁組の数が増えるわけではない。それでも匿名型の子の委託の増加は、数年遅れで養子縁組の数に反映していると思われ、養子縁組の成立までの期間も短縮されてきている。[39]

養子縁組に対しては、原則として実親の同意が必要であるが（民法一七四七条）、匿名型の出産およびベビー・クラッペンへの預け入れの場合、親が不明な子であるとして直ちに養子縁組をすることができるであろうか。これらの場合、自分の身元を明かさない形で出産を希望し、あるいは出産した子を病院等の運営者に託する行為であることから、養子縁組に同意していると推定されるという見解もあり得るが、ベビー・クラッペンの場合は預けた者が母親とは限らないこと、縁組同意は要式行為であること（同法一七五〇条一項）、白地同意は禁止されていること（同法一七四七条二項）、完全養子であることを考慮すると、養子となる者の親の縁組に対する（黙示の）同意があるとの解釈は否定される。[40] よって、家庭裁判所の縁組手続において、親の同意なしに養子となることができることを確認するか（同条四項）、[41] 家庭裁判所による親の同意の補充（代行）[42] の手続を採ることになる（同法一七四八条）。[43] そのいずれによるか、また家庭裁判所がどのように判断するかは、個別の事案によるので明らかではない。同意を不要とする事情があるか、同意を補充すべき事由が存在するかについて、慎重に判断される必要がある。

（3）内密出産制度を支える養子縁組

内密出産で生まれた子も、母親が自分の身元を明かさない限り、これまでの匿名型の出産で病院やベビー・クラッペンに委託された子と同じく、親の不明な子として扱われることとなる。内密出産制度の導入に当たり、内密出産子の養子縁組を円滑にするため、民法には特別の規定が置かれた。つまり、内密出産した母親については、子に対する親の配慮権が停止するものと規定され（民法一六七四条a）、通常は、少年局が出生した子の後見人として、

子を代理する。母が子の出生届に必要な事項を家庭裁判所に届け出るまでは、母は永続的な行方不明者として取り扱われる旨の明文規定（同法一七四七条四項二文）が設けられたことで、養子縁組の要件として通常問題となる実親の同意については、不要であることが法的に確定されている。もっとも、ドイツ法では、生後八週間の間、母親が養子縁組に同意をすることが認められておらず（民法一七四七条二項）、その間は子を取り戻したいという申出があることも想定されるため、里親あるいは託児所で子を預かり、少年局による保護の下で、養親希望者の選択等、養子縁組のあっせんの準備が行われる。

3　出自を知る権利

（1）ドイツ法における「自己の出自を知る権利」の意義

病院での匿名出産、ベビー・クラッペン等への匿名による子どもの委託は、妊婦・母親（その周辺の者ら）が出産の事実を隠したいという動機から採られる手段である場合が多いと思われるが、少なくとも、生まれた子を直接殺害したり、生存の可能性が乏しい場所に遺棄したりすることを回避する行為であるので、必ずしも出産の秘密保持を最優先するものではなく、むしろ子どもの生命の保護を重視するものである。しかしながら、その行為に対しては、子の出自を知る権利（人の存在基盤であるアイデンティティの確立）との関係において問題視され、強く批判されてきた。

「出自を知る権利」については、国際法的にもこれを保障する規定が置かれているが[44]、ドイツの国内法体系上も、実親子関係の形成に関わる法規定の在り方などをめぐって長年にわたり議論され、ドイツ連邦憲法裁判所一九八九年一月三一日判決[45]などにより、憲法上の一般的人格権（基本法一条一項〔人間の尊厳〕との連結による二条一項〔人格の自由な発展〕を根拠とする）に包含される権利として基礎づけられるに至っている。学説も、一部に消極

的な見解[46]もあったが、一般的には基本的権利として承認され、具体的な法改正ないし新たな立法にも反映するようになっている[47]。

また、欧州人権裁判所においても、二〇〇〇年代に入ってからではあるが、フランスやイタリアでの匿名出産が欧州人権条約に違反するかどうかが問題とされ[48]、出自を知る権利の具体化とその限界が論じられたという経緯がある。二〇〇八年の新ヨーロッパ養子協定[49]でも、養子が自己の出自に関する情報にアクセスする権利を承認するとともに、実親の身元を明らかにしない権利との調整をすべきことを管轄官庁の任務としている（協定二二条三項）。

こうしたことから、法規制のない状態で実践されてきた匿名型の出産・子の委託を法制度として公認することは、自己の出自を知る権利を法律が積極的に制約することになるため認められないという批判が強く、新しい制度的工夫が求められたのである。

（2）内密出産における「出自を知る権利」の保障

内密出産制度では、子の出自を知る権利の保障と、出生の際における母の匿名性保持の両立を実現するための新しい仕組みを採用した。ドイツでは一八歳をもって成年となるが、内密出産制度では、一六歳以上の子に情報開示を認める。内密出産制度は、要保護児童の支援者（専門機関）との信頼関係を基礎とし、専門家による助言・カウンセリングの効果が期待されている。母子の生命・健康の尊重を第一に考えながら、母の匿名性保持における利益と子の出自を知る権利とを調和させようとする試みである。

妊娠相談所は、内密出産の時点で、母に対し、子の出自証明書閲覧権（裁判所に訴えることができること）などについて情報提供（助言）をしているが、子が自己の情報を求める時期になれば、子と母の利害調整をすることになる。母が自己の情報を子に開示することに反対するときは、母は、相談所に対し、母に代わって訴訟を担当する

者を伝える。そして相談所は、連邦庁にその旨を通知する（妊娠葛藤法三一条）。妊娠相談所は、出自をめぐる子と母の利害関係の調整のために母を支援する。

連邦庁が出自証明書の閲覧を拒否したことを受けて、子は、家庭裁判所に対し、閲覧の申立てをする。家庭裁判所は、秘密を守ることにおける母の利益（閲覧によって母の身体・生命・健康・人格の自由・その他保護に値する利益を害するおそれが生ずる）と子の利益（子の出自を知る権利）を衡量して、閲覧の可否を判断する（妊娠葛藤法三二条）。すでに新制度の施行から五年近く経過するが、一〇数年後、家庭裁判所の裁判官は、極めて難しい判断を迫られることになる。立法者としては、一五、六年の間に、母親の生活環境が改善されることが十分考えられるし、匿名性を放棄する方向に意識が変化することを期待もしているが、現状では見通せない。裁判所が閲覧の申立てを却下したときは、子は、三年以上経過後に、再度の申立てをすることができる。

自己の出自を知る権利が、生物的出自を知るだけではなく、法的親子関係の確認をもその内容に包含するとすれば、これを制度的に保障するために、匿名出産をした母と子の親子関係を明確にする方途を残しておかなければならない。もっとも、すでに養子縁組が成立している場合は、法的な母子関係の確認は認められないことになる。

五　日本における「内密出産」の可能性

熊本市で「こうのとりのゆりかご」を運営している慈恵病院では、ドイツの内密出産制度をモデルとして、日本でも同様の出産方法を導入することを検討している（二〇一七年一二月発表）[50]。慈恵病院では、現行法の解釈によって内密出産も実現可能であるとの考えを表明しているが、わが国に内密出産を可能とする社会的・法的基盤は存在するのか、検討すべき課題は少なくない。ドイツにおける内密出産の制度化は、ハンブルクの青少年支援福祉団

体シュテルニ・パルクが二〇〇〇年に親が育てられない赤ちゃんを受け入れるベビー・クラッペの運営を開始して以来、一〇年以上の時間をかけて整えられてきたものである。[51] その法制化には、多くの前提条件を必要としていた。例えば、専門家による充実した妊娠相談の体制、仮名での出産と出生登録の申立て、母の身元を示す出自証明書の作成と厳密な管理および子の出自証明書の閲覧規制、適切な出産・医療体制と児童福祉との連携などである。これらについて、日本の状況はどうであろうか。

1　妊娠に関する相談体制と匿名での出産

ドイツの妊娠相談所は、本来、妊娠したい人のためにも、妊娠したくない人のためにも存在するものであるが、とりわけ刑法の堕胎罪との関連で人工妊娠中絶と密接不可分な妊娠葛藤相談から内密出産の相談の場へと展開してきた。日本の場合、一般の妊娠相談と母体保護法によって規制される（医師の判断に委ねられる）人工妊娠中絶とは、結びつきが弱いように思われる。[52] 思いがけない妊娠をした女性の支援に当たる妊娠相談所の財政的支援、妊娠相談に関わる人材の育成も必要であり、地域を越えた関係者間のネットワークの形成・発展など、多様な相談体制の構築が望まれている。

2　出生の届出と戸籍制度との関連

日本では、「戸籍信仰」という言葉があるように、戸籍への記載にこだわる考え方が根強く存在する。戸籍には戸籍訂正の手続（戸籍法一三条以下）が用意されているし、届出や戸籍訂正・補完を関係者に促す方策（同法二四条・四四条・四五条）も置かれているように、戸籍に書かれていることが全て正しいわけでもないし、法的な事実であっても、戸籍に記載されていないものもあり、逆に、戸籍に記載がないからといって、法的効力がないわけでもない。しかし、それらは戸籍に記載される事項の届出を当事者に委ねているところから来るものである。戸籍制

度を管理運用する国にすれば、仮名による子の出生の登録を制度的に公認することは、戸籍制度への信頼を揺るがすことになりかねないため、相当に困難である。一九八七（昭和六二）年の特別養子縁組制度創設時の議論において、戸籍から出生・出産の事実が明らかにならないようにする（事実に反する戸籍を作成する）ことに対しては、戸籍の信頼性の観点から反対意見が強く、二重帳簿方式なども否定し、結論的には、特別養子の中間戸籍の作成（同法二〇条の三）と身分事項欄での根拠規定を表示する現行の方式になった。

内密出産の子の場合、母を匿名とするためには、現行の戸籍法では、棄児の取扱いの修正運用が考えられる。棄児は父母がともに不明な子であり、発見された地の市町村長が、氏名をつけ、本籍を定めて戸籍を編製する（戸籍法五七条）。病院で出産した女性が身元を明らかにしないまま行方不明となったような場合は、調査しても母の特定ができないときは、棄児として扱うことになる。[53] 内密出産の場合、医師・病院があえて妊婦の氏名を確認しないで、出産に対応することは、患者（母子）への責任を考えれば、緊急の場合でなければ考えられない。医師・病院が本人の身元を確認しながら、それを秘匿して出生証明書を作成することができるかも疑わしい。

慈恵病院からの問い合わせに対し、法務局は、実母の記載のない出生届を添付してなされた出生届も、不備な届出として受け付け、職権で、戸籍記載をすることができるという回答をしたということである。法務局としては、無戸籍者問題の解消に腐心しているところでもあり、出生の事実が明らかである限り、戸籍の作成が可能とする考え方に立つものであろう。ドイツ法が、棄児（新生児）の届出（ドイツ身分登録法二四条）や身分の不明な者についての出生届出（同法二五条）とは別に、通常の出生届の条項の中に、一つの出生の態様として、内密出産の子のための規定（同法二一条二項a）を設けたように、明確な法規による内密出産方式の意義づけが必要であろう。

3　養子縁組との関連

内密出産の子については、乳児院等での社会的養護の下で保護した後、しかるべき養親を探し、特別養子縁組の手続を進めることが考えられる。その場合、少なくとも法的な母は存在しているので、養子縁組への母の同意の要件（日民八一七条の六）を満たさなければならない。母が全く不明な場合と異なり、内密出産の子の母については、病院あるいは関わった児童相談所が情報を持っていると考えられるので、いわばその存在は分かっているが、いつ現れるかは見通しが立たない実親と同様の状況である。そうした場合に、児童相談所としても、特別養子縁組を積極的に進めることには躊躇するのではないであろうか。現行法の同意不要事由（同条ただし書）では、「父母がその意思を表示することができない場合」に該当するか、あるいは内密出産自体を虐待・悪意の遺棄とはいえないとしても、「養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」に該当するか判断の困難な問題となる。一定の期間、親子関係を認めなかった母については、特別養子による子の監護が不可欠な状態になっているとして、同意を不要とする明確な規定を置くなど、立法的な解決が望まれる。こうした手続における、子どもの利益の代弁者も明確にしておく必要があろう。

4　出自を知る権利の実定法化

日本では、「出自を知る権利」については、特別養子制度の発足に際しては「真実告知」の問題として議論されていた。その後は、生殖補助医療の関連から、精子提供者など遺伝的なつながりを知る権利として議論され[54]、一応の方向性は示されている[55]。しかし、いまだに議論の決着には至らず、具体的な法律の整備をするには遠い状況である。この点では、先に紹介したドイツ法とは顕著な違いがある。認知されていない子、嫡出否認されていない子、養子、生殖補助医療出生子などの出自を知る権利とも併せて、権利としての承認、その性質、具体的な行使手段に

ついて早急に検討を進めることが望まれる。

特に内密出産の関係で出自を知る権利を考える場合、[56] 基本となる権利を行使し得る子の年齢を一六歳とするか、一八歳とするか（二〇二二年四月一日からの成年年齢）が問題となる。ドイツ法や厚生科学審議会報告書のように一六歳とする場合、法定代理人との利益相反関係なども検討する必要があり、一八歳とするのが大方の理解を得られやすいのではないかと思われる。その場合、成年であっても精神的に不安定な年代であることを考えると、母に対しての支援とともに、子に対するカウンセリングの役割、その他支援の制度化も重要である。

おわりに

本稿では、ドイツにおける内密出産の法制化への経緯を研究することで、わが国での思いがけない出産に苦しむ母子（およびその家族）のための、安全・安心・安定した子の誕生を保障すべき今後の法制度について検討してきた。ドイツでは、二〇〇〇年以降、社会的にも、倫理的、法的にも、また政治的にも大きな議論となってきた匿名での子どもの委託の是非、特にベビー・クラッペン制度の存廃をめぐる議論に終止符を打つべく、内密出産制度が創設された。しかし、法律に明確な基礎を有する匿名での子の引渡しの手段が設けられたとはいえ、ドイツにおいても、従来のベビー・クラッペン等の手段は否定された、少なくとも廃止されるべきであるという意見でまとまっているわけではない。新制度は確かに選択肢を増やしたが、既存の方法を否定するものではない。妊娠の仕方、生まれ方がさまざまであり得るとすれば、法制度として多様なかたちのものを併存させ得るものを整えて行く必要があるであろう。

【付記】本稿の一部については、注（50）に挙げた熊本大学での国際シンポジウムで発表し、ドイツからのゲスト（家族省担当官、妊娠相談所専門相談員）、マスコミ関係者、自治体関係者、市民も交えてディスカッションを行い、考えを深める契機となった。また、佐藤拓代大阪母子医療センター顧問ほかによるシンポジウム「妊娠を他者に知られたくない女性への支援を考える」（二〇一八年七月七日、国際障害者交流センター）および日本子ども虐待防止学会（二〇一八年一二月一日、川崎医療福祉大学）でも発表した。佐藤拓代編『妊娠クライシス―孤立と自己責任を超えて』（かもがわ出版、二〇一九年刊行予定）にも、「妊娠を他者に知られたくない女性への海外の法制度・支援」と題する記事を執筆している。本研究は、トビアス・バウアー熊本大学准教授を代表者とする科研（課題番号25500007および課題番号16K02125）の研究成果の一部である。

（二〇一九年一月七日）

（28）ドイツ法では、代理出産の実施は認められていない。しかし、これを許容する外国へ渡航しての実施（生殖ツーリズム）の実例が生じてきたことや、国内でも違法な実施があり得ることを想定して、出生した子の身分の法的安定性のために規律を設けている。

（29）本稿（一）注（22）の記述を参照。なお、子の性別記載については、連邦憲法裁判所の決定によって求められていた身分登録法二二条三項の改正が実現し（Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 18. 12. 2018）、「女性」、「男性」「性別記載なし」に加えて、第三の性として「多様性（divers）」という登録が認められた（二〇一八年一二月二二日施行）。

（30）もっとも、母自ら、内密性を放棄して、母子関係を承認することはできる。子の出生登録に必要な事項（親の氏名等）を家庭裁判所が確認することで、母の配慮権が復活するものとされている（民法一六七四条a第二文）。ただし、当然に復活するものではなく、配慮権者として相応しいかどうかの審査をすべきであるという見解がある。

（31）内密出産が法制化されたことで、従来の匿名型出産は禁止されるという見方もあったが、現在でもなお、ベビー・クラッペン等の匿名による出産の形態は、明確には禁止されていない。したがって、これらの実践は、依然として合法か違法かが明確でないグレーゾーンにあるといわれている。なお、ベビー・クラッペンに託された子どもは、通常の捨て子（遺棄児童）と同様に、その身分（親子関係）が不明な子として、行政官庁が命名し、出生登録をすることになる（身分登録法二四

条・二五条）。

（32）このようなかたちで実親が扶養義務を果たさない状態を合法化することに対しては批判もあり得るが、出生した子の成長を公的に保障することを政策的に選択したものといえる。そのためには、施設養育・里親から養子縁組による保護と支援策を整えることが重要である。

（33）内密出産制度実施状況についての注（24）掲記の評価報告書によれば、内密出産を決断した女性のうち、およそ三分の一が夫または事実婚パートナーがいるが、半数はいないと回答している。子の父が夫あるいはパートナーと異なるという回答は二一・六％であるが、未回答のものが四一・九％あるため（その多くは、パートナーのいない女性と考えられる）、それを差し引くと、割合的には、その倍ほどあるのではないかと推測されている（評価報告書四七頁）。詳しくは、トビアス・バウアー熊本大学准教授による報告書翻訳（評価報告書抄訳3）を参照されたい（熊本大学学術レポジトリー、二〇一八年）。

（34）日本法と同様に、ドイツ法においても、母の同意がなければ、父は、胎児を自分の子であると承認（認知）することはできない（民法一五九五条一項）。

（35）ただし、自己の配偶者の子を養子としたとき（継親子養子）は、養子と他方の親及びその血族との血族関係のみが終了する（一七五五条二項）。ドイツにおける未成年養子の数は、一九五〇年は四二七九であったが、一九七五年には九三〇八、養子法改正後の一九七八年には一一二四まで増加した。しかし、一九八〇年代から減少し、二〇〇一年には五九〇九になっている（鈴木博人「ドイツの養子法」民商一三八巻四・五号〔二〇〇八年〕四七三頁・四七四頁に一九六〇年から二〇〇五年までの養子の数、その内訳が挙げられている）。その後も減少は続き、二〇一七年は三八八八（ドイツ国籍の子が三三九一、ドイツ国籍でない子が四九七）であるが、そのうち継親子養子が二三七三（約六一パーセント）と多く（比率的には、一九八四年から継親子養子が非親族養子を上回る）、その他の親族による養子縁組が一五三、非親族養子が一三六二（約三五パーセント）である（Statistisches Bundesamt, Statistik der Kinder- und Jugendhilfe, Adoptionen 2017）。

（36）改正養子法と同時に施行された養子縁組あっせん法は、二〇〇一年に、「養子縁組のあっせん及び代理母あっせん禁止に関する法律」（Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Dezember 2001 (BGBl. I 2002 S.354)）となっている。

(37) 公的な児童少年援助機関（少年局、州少年局）に置かれたあっせん所による養子縁組が多く、二〇一七年に成立した縁組総数三八八八件のうち、三六五八件（約九四・一パーセント）を占める（注（35）掲記の連邦統計による）。

(38) Claudia Krell, Paul Bränzel, Fabienne Dietzsch, Ina Bovenschen, Adoption in Deutschland: Von vertraglich geregelter Elternschaft im Interesse der Annehmenden zum Kindeswohl. In: Ulrike Busch, Claudia Krell, Anne-Kathrin Will (Hrsg.), Eltern (vorerst) unbekannt: anonyme und vertrauliche Geburt in Deutschland, Beltz Juventa, 2017, S.190.

(39) 内密出産制度の注（24）掲記評価報告書では、親の不明な子の養子縁組につき、各年の養子の出生年による一覧表を掲載している。それによると、一九九七年に生まれた子は二〇〇五年から二〇一〇年にかけての養子縁組が多いが分散しており（最多は二〇〇九年の一一人、次いで二〇一〇年の八人）、二〇〇〇年生まれの子も同じである（最大は二〇〇七年の七人）。しかし、親の不明な子の養子縁組が急増した二〇〇四年からは出生の翌年、翌々年の養子縁組が多くなっている。例えば、二〇〇三年生まれの子では二〇〇四年（三四人）と二〇〇五年（一九人）、二〇〇六年生まれの子は二〇〇七年（五一人）と二〇〇八年（一九人）に集中し、二〇一二年生まれでは二〇一三年に八五人、二〇一四年に二三人となっている。内密出産制度が施行された二〇一四年生まれの子では、同年中の縁組が八人、二〇一五年が一一〇人となっている。こうした早期の成立数の増加は、出生後に養子縁組の手続が速やかに行われる態勢が形成されてきていることを示している。

(40) Karolina Drążkiewicz, Adoption von Kindern aus der Babyklappe und nach einer vertraulichen Geburt: eine rechtsvergleichende Analyse zum polnischen Recht im Kontext des Rechts des anonym abgegebenen Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung im weiteren Verlauf seines Lebens, Verlag de jure pl, 2016, S.121.

(41) ドイツ民法一七四七条四項一文は、「親の一方の同意は、その者が、意思を表示することが永続的に不能であり、又はその居所が永続的に不明であるときは、必要ではない。」と定めている。「永続的に（dauernd）」というのは、一定期間経過後にその状態が変化ないし終了する見込みがないという意味であり、そのような意思表示不能の例としては、行為無能力者（民法一〇四条）、あるいは長期間の意識不明（昏睡状態）で、回復の見込みがない者が挙げられる。七歳以上の未成年者は制限行為能力者であるが（一〇六条）、養子縁組に対する親の同意の場合は、一四歳以上であれば本人が同意し（法定代理人の同意を必要とする）、一四歳未満であれば、法定代理人が代わって同意する（民法一七五〇条三項・一七四六条一項）。永続的な所在不明の例としては、棄児、戦災・大災害等による親の不明が挙げられるが、行政官庁が適切な調査をし

ても六か月以上所在が判明しない場合なども含まれると解されている（Staudinger/Frank (2007) § 1747 Rn48, S.147）。

（42）家庭裁判所が親の同意を補充するのは、以下のような場合である。すなわち、①子に対する持続的な著しい義務違反があり、かつ、縁組しないことが子に過度の不利益をもたらすとき、②義務違反が持続的ではないが、特に重大であり、かつ、子をもはや永続的に親の保護に委ねることができないとき、③持続的な著しい義務違反とはいえないが子に対して無関心であり、縁組しないことが子に過度の不利益をもたらすとき（少年局により同意補充の可能性の教示があり、実親家庭での養育に向けた少年局の助言を受け、教示から三か月以上の期間が経過したことを要する）、④特に重い精神病、知的障害、心的障害により子の養育・教育が永続的に不能であり、かつ、縁組しないと子が家庭で成長することができず、そのことが子の発達を重大な危険にさらすとき、及び⑤婚姻関係にない父母において母が単独で配慮権を有している場合において、縁組しないことで子に過度の不利益をもたらすとき（父の同意の補充に限る）である。ベビー・クラッペン等の匿名型の子の委託の場合は、主に①②③が問題となり得る。

（43）同意補充の手続は、養子となる子の申立てにより、養子縁組宣告の申立てに先行して別個の手続として行われるか、宣告手続の中で中間手続的に行われるものであり、決定により、親の同意があったものとする。同意不要の場合には、後に不当な同意不要の認定であったとされた場合は、縁組の取消しが問題となり得るが、同意補充の場合は、縁組の取消は問題とならない。

（44）子どもの権利条約（児童の権利に関する条約）七条一項は、「児童は、出生の後直ちに登録される。児童は、出生の時から氏名を有する権利及び国籍を取得する権利を有するものとし、また、できる限りその父母を知りかつその父母によって養育される権利を有する。」と規定している。

（45）BVerfG, Urteil vom 31. 1. 1989, BVerfGE 79, 256= FamRZ 1989, 255（成年の子の嫡出取消権の制限を違憲とした）. 連邦憲法裁判所の判決については、海老原明夫「自己の出自を知る権利と嫡出否認―ドイツ連邦憲法裁判所の判決と親子法の改正」法協一一五巻三号（一九九八年）三四九頁以下参照。その他、BVerfG, Urteil vom 26. 4. 1994, BVerfGE 90, 263=FamRZ 1994, 881（嫡出取消権を、事実を知らなくても成年から二年に限定することは違憲である）; BVerfG, Urteil vom 6. 5. 1997, BVerfGE 96, 56=FamRZ 1997, 869（婚外子が、父が誰か知らせることを母に請求する権利は母の権利と調整する）; BVerfG, Urteil vom 19. 4. 2016, BVerfGE 141, 186=FamRZ 2016, 877（父性確認手続とは別に独立した生物的出自

解明の手続を設ける義務は立法者にはない）.

(46) 出自を知る権利に消極的な見解は、人の発展にとって血縁関係を知ること以上に社会的な帰属関係が重要であること、遺伝子だけで人の属性が特徴付けられるものではないこと、出自を知ることは人の発展にとってむしろ負担となる場合があること、特に売春や強姦による妊娠の場合などは明らかにすることが困難であることなどを指摘する（Bernhard Hassenstein, Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung, FamRZ 1988, S. 120–123）。

(47) 最近の動きとして、ＡＩＤ（非配偶者間人工授精）の精子提供者に関する登録制度を設け、ＡＩＤ子の実親を知る権利を具体化する法律（Gesetz zur Erreichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunftserteilung über den Spender nach heterologer verwendung von Samen — Samenspenderregistergesetz vom 17. 7. 2017）が制定されたことにも注目したい（二〇一八年七月一日施行）。同法では、医療機関に、精子提供者の氏名、出生日、出生地、国籍、住所の情報を取得し管理することを義務づけており、一六歳以上の子は、登録情報の提供を求めることができるものとされている。なお、同法に基づいて精子を提供した者は、子の父とはならないことが明文化された（民法一六〇〇条ｄ四項）。

(48) フランスの匿名出産については、出自情報の入手を可能とする利害調整措置が採られていることから、欧州人権条約八条（私生活および家族生活の尊重に対する権利）および一四条（差別禁止）には違反しないという判決が欧州人権裁判所により下された（Odièvre 対フランス事件〔二〇〇三年二月一三日判決〕については注（5）掲記の拙稿を参照されたい）。これに対して、イタリアの匿名出産については、子が自己の出自に関する情報を得る手段が用意されておらず、匿名性保持への母の希望が、子の出自を知る利益に対して絶対的に優位におかれていることから、欧州人権条約八条に違反するとした（Godelli 対イタリア事件〔二〇一二年九月二五日〕）。

(49) 欧州評議会の養子縁組に関する協定（一九六七年）を改訂したものである。新協定の内容については、床谷文雄「ヨーロッパにおける養子法の動向—スイス、オーストリア、そして新ヨーロッパ養子協定」棚村政行・小川富之編集代表『中川淳先生傘寿記念論集　家族法の理論と実務』（日本加除出版、二〇一一年）三四九頁以下で紹介している。

(50) 二〇一八年八月二二日・二三日に熊本大学で開催された国際シンポジウム「ドイツの内密出産制度に学ぶ—新しい母子救済支援の可能性を探る」（トビアス・バウアー准教授代表科研16K02125）においても、蓮田健慈恵病院副院長は、「日本で内密出産は実現可能か?—似て非なる日独社会?」と題する発表の中で、日本式にアレンジした内密出産の提案をしてい

る。それによれば、児童相談所が実母の内密出産の意思確認と出自証明書の作成・保管を行い、赤ちゃんは養子縁組前提の里親に委託する。病院から実母の仮名と希望する子の名を市長に届け出て、市長が子の名を決定して、子につき単独戸籍を編製する。一八歳以上の子は、児童相談所に対し、出自証明書の閲覧・複写を請求することができる。実母が閲覧を拒否したときは、家庭裁判所に対し、閲覧許可の申出をするという構図である。

(51) 内密出産の法制化に至るまでの漸進的プロセスについては、Anne-Kathrin Will, Vertrauliche Geburt in Deutscland – die Genese des Gesetzes.In: Ulrike Busch, Claudia Krell, Anne-Kathrin Will（注（38））S.46ff. 参照。

(52) 注（50）掲記のシンポジウムで、山縣文治教授は「『こうのとりのゆりかご報告書』からみる子どもの命・人権」と題する発表において、「日本は事実上中絶容認社会であり、内密出産制度は、中絶の減少以上に、顕名出産の人たちが世間体を理由に、これを選択する可能性を否定できない」と指摘している。また、「出生前診断に限らず、たとえば一〇代の妊娠などの場合、医師が『生みますか』と声をかけ、中絶という選択肢を暗に示すことが少なくなく、同様に誘導が行われる可能性がある」とも指摘する。

(53) 戸籍先例では、病院で嫡出でない子を出産した女性が、本籍の符合しない出生届書を提出したまま行方不明となったため、子を母の戸籍に入籍させることができない状態において、警察から右出生子について棄児発見の申出があった場合、当該出生届に基づき市町村長は、適宜の場所を新本籍と定めて出生子につき新戸籍を編製し棄児発見の申出書は出生届と一括して保存するとした例がある（昭和三六・一〇・一一民事甲二五五六号回答）。

(54) 二宮周平「子の出自を知る権利」第二一期日本学術会議法学委員会生殖補助医療と法分科会『生殖補助医療と法』（日本学術協力財団、二〇一二年）二一一頁。

(55) 厚生科学審議会生殖補助医療部会報告書（二〇〇三年四月）では、一六歳以上の子に出自を知る手段を認めるものとしている。

(56) 出生届・戸籍上の対応だけであれば戸籍法に規律を設けることが考えられるが、子の権利を明確にしつつ、医療機関や児童相談所、養子縁組機関、行政などの行為規範なども含めて、独立した法律を制定することが望ましい。養子に関しては、養子縁組あっせん機関の義務について養子縁組あっせん法とも関わるが、生殖補助医療の場合も含めて、出自を知る権利に関しての総合的な法制を整備することが望まれる。