The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	非婚の家族における連れ子養子縁組の事実上の禁止の違憲性 : 二〇一九年三月二六日連邦憲法裁判所第一法廷決定、BVerfGE 151, 101
Author(s)	宇多, 鼓次朗
Citation	阪大法学. 2022, 72(1), p. 315-349
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/88277
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

判例研究

非婚の家族における連れ子養子縁組の事実上の禁止の違憲性

――二〇一九年三月二六日連邦憲法裁判所第一法廷決定、BVerfGE 151, 101――

宇　多　鼓　次　朗

【事実】

本件は、共同生活を送るパートナー関係にある二者のうち一方パートナーの実子を他方パートナーが養子縁組することで両者共通の子とする連れ子養子縁組（Stiefkindadoption）に関して、本件当時のドイツ民法の規定上、パートナー間に婚姻関係がある場合には裁判所による審査を経て養子縁組が認められるのに対し、パートナー間に婚姻関係がない場合には一切認められないこととなっていた点が、基本法三条一項に反すると判断された憲法異議である。[1]

本憲法異議の申立人Aは、申立ての時点で未成年であった申立人B及びCの実母である。Aと婚姻していた、B及びCの実父Dは、二〇〇六年に死亡している。二〇〇七年以来、Aと申立人Eとは非婚の生活共同体（nichteheliche Lebensgemeinschaft）において生活している。Aは寡婦年金を受給しており、当該年金を生活基盤としているが、再婚すると当該年金の受給資格が失われるため、Eと婚姻せずにいた。このような状況下で、二〇一三年二月、AとEはB及びCを共通の子とする養子縁組の申立てを行った。[2]

しかしながら、当時のドイツの法状況によれば、Aと婚姻関係にないEがB及びCを養子縁組する場合、AとB及びCとの法的な親子関係は喪失することとなり、B及びCをAとEとの共通の子とするような養子縁組は認められていなかった。このよう

な法状況は、民法一七五四条一項、同条二項、同法一七五五条一項一文及び同条二項によって帰結されていた。

民法一七五五条一項一文は、「養子縁組で以て、子及びその卑属と縁組以前の親族との親族関係、及びその親族関係から生じる権利義務は、消滅する」と規定し、原則として、養子縁組された子はそれまでの法的な家族から完全に切り離されることを定めている。この原則の例外として同条二項は、「一方配偶者が他方配偶者の子を養子縁組する場合、前項の〔親族関係及びそこから生じる権利義務の〕（〔　〕は筆者挿入。以下同様。）消滅は他方の親及びその親族との関係においてのみ生じる」と規定している。その結果、婚姻関係にある夫婦においては、子とその実親である一方配偶者との間に従来存在した親族関係を維持したまま、他方配偶者が子を養子縁組する、いわゆる連れ子養子縁組が可能となる。これに対応して、同法一七五四条一項は、「夫婦が子を、或いは一方配偶者が他方配偶者の子を養子縁組する場合、子は両者共通の子たる法的地位を得る」と規定している。しかし、民法一七五四条一項及び同法一七五五条二項が適用されるのは婚姻関係にある夫婦についてのみであり、本件におけるAとEのような非婚の生活共同体については適用されない。そのためEがB及びCを養子縁組する場合、民法一七五五条一項の原則のみが妥当し、B及びCは、養親たる継親Eとの間に法的な親族関係を新たに獲得する一方、実親たるAとの間の法的な親族関係を喪失することとなる。[3] また、子の法的地位についても、民法一七五四条一項は妥当せず、「その他の場合〔前項に定める、夫婦が子を、或いは一方配偶者が他方配偶者の子を養子縁組する場合以外の場合〕には、子は養子縁組をした者の子たる法的地位を得る」と規定する民法一七五四条二項が妥当することで、B及びCは法的にはEのみの子となる。このように、民法一七五四条一項、同条二項、一七五五条一項及び同条二項（以下、まとめて「本件規定」という。）によって、連れ子養子縁組は非婚の生活共同体に対しては排除されていたのである。

そのため、A及びEの申立てに対し、アハウス区裁判所（AG Ahaus, Beschluss vom 9. Dezember 2013 - 12 F 235/13 -, juris）は、非婚の者は単独でしか養子縁組できず、B及びCをAとEとの共通の子とする養子縁組は、当時の法状況によれば不可能であり、また、このような法状況を作り出す民法の規定も違憲ではないとして、申立てを棄却した。Aらはハム上級裁判所に上訴したが、理由なしとして棄却された（OLG Hamm, Beschluss vom 13. August 2015 - II-3 UF 9/14 -, juris）。

ハム上級裁判所の決定に対して連邦通常裁判所（以下、「ＢＧＨ」という。）に抗告がなされたが、ＢＧＨはこれを棄却した（BGH, Beschluss vom 8. Februar 2017 - XII ZB 586/15 -, juris）。曰く、申し立てられた養子縁組は現行法においては不可能である。また、問題となっている民法の規定は違憲ではない。とりわけ、基本法三条一項から生じる申立人Ａ、Ｅの平等取扱いの権利についての合憲性に関しては、養子に両親の安定した関係を保障するという本件規定の目的は正当であり、そのために立法者が婚姻という形で法的に守られたパートナーシップに照準を合わせることは、立法者の裁量の範囲内である、と判示した。

このＢＧＨ決定に対して、連邦憲法裁判所に憲法異議が提起された。

【判旨】

連れ子養子縁組を非婚の家族においてのみ排除することは、親の基本権（基本法六条二項）、親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利（同法六条二項一文と結びついた二条一項）、家族の基本権（同法六条一項）を侵害しない。しかし、子の平等取扱いに対する権利（同法三条一項）に反する。

一．親の基本権（基本法六条二項）

「継親は、子の養子縁組に先立って、親の基本権を援用することはできない」。継親は、パートナー及びその子と共に「社会的家族共同体の中で生活している場合であっても、養子縁組をするまではこの〔親の〕基本権の主体ではない」。子と、その子に対して社会的な親の役割を引き受けてはいるが法的な親ではない者との間の家族的結合は、形式的な親の地位に依存しない、基本法六条一項の家族の保護によって考慮される。

二．親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利（基本法六条二項一文と結びついた二条一項）

「親による監護及び教育の国家的保障に対する、基本法六条二項一文と結びついた基本法二条一項に基づいて子どもに与えられる権利もまた、連れ子養子縁組の法律上の制限によって侵害されてはいない」。「人格の自由な発展についての子の権利は、子が社会共同体の内部において自分自身で責任を負う人格へと発達することができるように、必要な措置を採ることを立法者に義務付ける。尤も、子の人格の発展についての直接的な保護の責任は、基本法六条二項によって憲法上、とりわけ両親に割り当て

られている。その限りで国家には、基本法六条二項一文と結びついた二条一項から生じる基本権の保護義務が課せられる」。国家は、親が子と向き合うことを可能にし、保障する責任を負っており、「基本法六条二項一文と結びついた二条一項はこの限りで、国家に対する子の主観的権利として、両親が実際に義務を引き受けるように保障することを求める権利を基礎づける（vgl. BVerfGE 133, 59〈74 f. Rn. 43〉）」。本件ではこの権利が関わっている（berührt sein）。「というのも、養子縁組をしようとする継親は事実上、法的な親の地位に就くことができず、また、そのことで以て、子の福祉や保護のために、もう一人の親として法的な意味における親の責任を引き受けることができないからである」。

しかしながら、このことによって立法者は子に対する保護の責任に反してはいない。「立法者には、如何にして監護及び教育の責任の親による引受けを効果的に保障するかという問いについて、裁量の余地が与えられる（vgl. BVerfGE 133, 59〈75 Rn. 45〉）」のであり、本件ではこの裁量の踰越はない。連れ子養子縁組が問題となるような連れ子家族の状況においては、子は、連れ子家族の中でともに暮らす実親がいることにより、「法的にも事実上も親の責任を引き受けることを義務付けられ、またその用意のある親」を一人有している。このような状況下でさらに、連れ子養子縁組によって共通の子となることにより、「実際上親の責任を担う用意のある、第二の法的な親を手に入れる」ための請求権は、基本法六条二項一文と結びついた二条一項からは生じない。

三、家族の基本権（基本法六条一項）

基本法六条一項から生じる家族の基本権もまた、法律上の養子縁組の限定によって侵害されてはいない。「家族の基本権の保護領域は確かに、関わっている（berührt sein）。両親と子からなる実際上の生活・教育共同体は、基本法六条一項によって家族として保護される」のであり、「家族の基本権による保護にとって、両親が互いに婚姻しているか否かは問題とならない」。そして「家族の基本権はとりわけ、家族構成員の共同生活と、家族の共同生活の方法に関して自ら決定する自由を保障する（vgl. BVerfGE 61, 319 <347>; 99, 216 <231>; 133, 59 <84 Rn. 67>）」。本件では、継親は親特有の子に対する権利を持つことができず、その結果として、実親と継親とが子の教育を同権的に担うことは容易ではない。故に、本件で問題となっている諸規定は「家族

の共同生活に関わっている」。

しかしながら、非婚の生活共同体に連れ子養子縁組を不可能とすることは、「法的な内容形成に関する立法者の権限」の内にとどまる。家族の基本権が、法的な親子関係に比肩する関係においても共同生活を保護するということは、立法者がその関係に対し、全き親の権利を得られるようにすることで保護を与えなければならない、ということを意味するわけではない。

四．子の平等取扱いに対する権利（基本法三条一項）

「現行法は、非婚の連れ子家族における子どもを婚姻関係のある連れ子家族における子どもに比して十分な理由なく不利に取り扱っているが故に、基本法三条一項に違反している」。

現行法によれば、非婚の連れ子家族における子どもには、婚姻関係のある連れ子家族における子どもとは対照的に、実親との親族関係を維持したままで継親に養子縁組され、それによって自身がともに暮らす実親と継親との共通の子となる可能性が、一切否定されている。「非婚の連れ子家族における子どものこのような不利益取扱いの正当性は、厳格な比例性の要請に基づいて測られる」。

（一）基本法三条一項の意味内容

「基本法三条一項は、立法者に対してあらゆる区別を禁じているわけではない。しかしながら、区別は常に、別異取扱いの目標と程度に相当する、実質的な根拠による正当化を要する。このとき、柔軟な、比例原則に定位した憲法上の審査基準が妥当する。この基準の内容と限界とは、抽象的にではなく、その都度問題となる様々な事項領域・規律領域に応じて確定される。別異取扱いを支える実質的な根拠についての憲法上の要請について、一般的平等原則からは、規律対象と区別のメルクマールに応じて立法者に対して様々な限界が生じ、この限界は、恣意の禁止に限定された緩やかな拘束から厳格な比例性の要求にまで至り得る。立法者のより厳格な拘束は、その都度問題となる自由権から生じ得る。加えて、法律上の区別が引き合いに出すメルクマールが、個人にとって自由になる程度がわずかであるほど、或いは、そのメルクマールが基本法三条三項のメルクマールに近づくほど、憲法上の要請は厳格化する（BVerfGE 138, 136〈180 f. Rn. 121 f.〉; stRspr.）」。

(二) 審査基準の確定

「本件ではより厳格な審査基準が適用されるべきである。憲法上の要請は、単なる恣意の禁止を明らかに超える」。なぜなら、「養子縁組は人格の発展にとって本質的な子の基本権に関わり……、また、今日の法状況にとって決定的な区別の基準は親と継親との間の婚姻であり、子は〔この基準を満たすことに〕影響を与えられない。さらに、両親が〔婚姻をすることによって〕この基準を満たすことができる〔にも拘らずそうしない〕ことの責任が、子に帰せられるべきでもない」からである。

ア. 養子縁組は人格の発展にとって本質的な子の基本権に関わる

第一に、非婚の継親による養子縁組が禁じられることによって、その継親は子の人格の発展のための配慮を完全な範囲で引き受けることができなくなる。この点で「基本法六条二項一文と結びついた二条一項から生じる、親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利が関わっている」。第二に、非婚の継親による養子縁組が禁じられることによって、当該継親は法的に完全な親の地位を得ることができなくなる。このことと結びついた、当該継親に対する親の権利の制限は、実親と継親とが親の責任を同権的に引き受けることに反し、この点で、「基本法六条一項によって保障された、子の、自身の親との家族的共同生活を妨げる」。

非婚の継親は、養子縁組することなしには、子に対して何らの配慮権、配慮義務をも持たず、実親と婚姻している継親が持つ、いわゆる小配慮権（民法一六八七ｂ条）[4] すら持たない。連れ子養子縁組を行うことによって、法的には親でない継親が実親と共同で、子に対して、親としての責任を担うこととなり、継親に対する子の法的地位は相当程度改善する。このことは、登録生活パートナーについての連れ子養子縁組の導入のための立法手続きのなかで強調されていた（BTDrucks 15/3445, S. 15）。

専門家の鑑定書に示されているように、「両親の法的な平等取扱いは、家族内において、また、子に対して、安定をもたらすように働く」。養子縁組によって継親も共同での配慮権を持つようになることで、「子の帰属感情や両親の責任感を強め、両親による共同の教育を容易にすることができる」。加えて、連れ子養子縁組の禁止は、家族内で、連れ子の実親と継親との共通の子も生活しており、その結果、異父・異母兄弟姉妹に比して不平等な親子関係となる場合には、「連れ子が自らを異父・異母兄弟

姉妹と並ぶ十分な資格のある子だとみなさない虞がある」。また、「子の継親に対する関係は、養子縁組なくしては、何らの法的基礎をも持たず、単に法的な親と継親との関係を介して成立するに過ぎない。法的な親の引離しや死の後には、実際には存続する継親と子との関係が、法的には保護されず、この基礎は消失する」。故に、「子は、養子縁組なしには、実親を失った場合に継親が自身を扶養し続けるという確信を持たない」。

確かに、連れ子養子縁組は、子にとってのリスクをももたらす。連れ子養子縁組によって、実親との離別の後も継親と子との親子関係が存続するが、このことは、養親と子との間に何ら持続的な関係が成立しない場合には、子にとって負担となる。また、連れ子養子縁組によって、生活を共にしていない一方の親とその親族（祖父母等）が、法的にも事実的にも、子の生活から排除されることで、子に負担をかけ得る。

「しかしながら、連れ子養子縁組が一定の場合に子に対して問題を投げかけるからといって、連れ子養子縁組が原則的に子の福祉に資し得るということに何ら変わりはない。それ故に立法者は、婚姻関係のある連れ子家族において、具体的な個別事例における審査を前提として連れ子養子縁組を認めているのである。これに対して、非婚の連れ子家族における子には、そもそも具体的事例における養子縁組の利益と不利益との審査が問題となることもなく、養子縁組と結びついた発達の機会が最初から否定されている」。

イ．親と継親との婚姻は子には如何ともしがたい

親と継親とが婚姻しさえすれば、連れ子養子縁組の途は開かれる。しかしながら、親と継親との「婚姻という〔区別の〕基準は、子どもにとって自由になるものではない。……子どもは、養子縁組の前提たる婚姻締結を引き起こすことに対して、何らの影響力をも持たない。また、婚姻締結に対する両親の決断の責任を子に負わせることにも、何ら理由はない」。

（三）基準の当てはめ

以上のような理由から要求される厳格な正当化を、本件で問題となっている民法の諸規定は満たしていない。

ア．連れ子養子縁組一般に妥当する懸念

先述の、一般的に連れ子養子縁組がもたらす子にとってのリスクの懸念は、非婚の家族における子どもの不利益取扱いを正当化しない。「何故なら、そのような懸念は非婚の家族における連れ子養子縁組に特有の問題に関係しているわけではなく、婚姻関係のある連れ子家族にも、同様に妥当するからである」。

イ．子が養子縁組によって不十分な生活状況に陥ることを防ぐ

連れ子養子縁組によって子が不十分な生活状況に陥ることを防ぐという法律の目標は、子の福祉の点で正当である。しかしこの目標は、養子縁組を不可能とすることによっては達成され得ない。子は、連れ子養子縁組に際して既に実親及び継親とともに、実際の家族の中で生活している。「また、連れ子の生活状況が、既に存在している連れ子家族の中において、まさに養子縁組によって悪化させられるなどということは、想定され得ない」。「確かに、連れ子の関係における養子縁組の利点とともに、原則として、子やその卑属の、それまでの親族との親族関係及びその親族関係から生じる権利義務が失われる、という不利益も生じる（民法一七五五条一項一文）。しかしながら、実際の養子縁組に関する判断に際してこのような状況を考慮するには、民法一七四一条一項一文に基づく、子の福祉に定位した個別の判断が適しており、そのため、このような観点から性急に、養子縁組による連れ子の生活状況の悪化が推測されるべきではない」。

ウ．不安定な家族関係の下での養子縁組を防ぐ

（ア）目的の正当性

「子が、実親と継親との関係が長期間存続することが見込まれる、可能な限り安定した家族関係においてのみ養子縁組されるようにするという法律の目標は、正当である」。

親と継親との関係とは別に、子と継親との間に独自の、継続的な親子関係が成立することなく、実親と継親との関係が破綻する場合、「子は、感情的にも社会的にも自身が結びついていない親に帰属させられるかもしれない（人格の発展に対する親族関係の帰属の意義については、BVerfGE 141, 186〈202 Rn. 35〉を参照）」。このように、養子縁組によって両親の離別後も「継親

との親族関係が法的に存続することが、まさに子にとっての負担になることもあり得る」。しかし、両親の関係が長期に亘って安定している場合、子にとってこのような負担は生じない。両親が離別する場合であっても、長期に亘って存続する関係の下では、継親と子との間にも、独自の、両親の離別後も子の利益のために維持するに値する関係が成立しているという蓋然性がある。故に、まさに養子縁組によって負わされ得る不利益から子を守るために、連れ子養子縁組を可能な限り安定した関係にある家族に限定することは、正当である。

（イ）適合性

両親の間の婚姻という区別の基準は、長期間存続することが見込まれる関係を部分的に把握することには適合する。「両親が婚姻関係に入るならば、そのことは、短期的な関係の願望を越えた結合の意思を推定するに有利な証拠となり、またそのことで以て、関係の安定性を推定するに有利な証拠となる。それ故、立法者が養子法において両親の婚姻関係を安定性の徴表として用いることに対しては、憲法上、何らの異議も唱えられ得ない」。

他方、「両親の関係が長期に亘り、かつ実際に安定した非婚の連れ子家族もまた、疑いなく存在する」。統計上、婚姻家族と並ぶ他の家族形態としての非婚の家族の実際上の意義は、相当程度増加している。また、家族法の文献では、非婚の家族が婚姻家族と並ぶ他の家族形態として定着したこと、そしてそのこと故に非婚の家族を不安定な家族形態として類型的に分類することは認められない、ということが強調されている。「本件規定は、安定した関係にある非婚の連れ子家族を把握することに適合していない。なぜなら、両親が婚姻関係にあることを、安定性を示す不可欠の徴表として用い、安定性の見込みを他の徴表によって代替的に基礎づけることを認めないからである」。

「しかしながら、憲法上の適合性の要請が要求するのは、確立した判例によれば、完全な目標達成ではなく、目標〔達成〕を促進するための適合性である〈vgl. BVerfGE 138, 136〈189〉m. w. N.〉」。両親の婚姻関係の有無という区別の基準は、安定性が見込まれる関係の一部を確認することを可能にしており、また、非婚の家族に連れ子養子縁組を認めないことは、短命に終わる非婚の家族において連れ子養子縁組が行われないことを確保している」。

「以上の事柄に基づいて、規定の適合性が憲法上肯定され得るか否かは、ここでは未決のままでよい。なぜなら、養子縁組の完全な排除は、いずれにせよ、相当でないからである」。

（ウ）必要性

「別異取扱いが必要となるのは、該当者のよりわずかな不利益の下に区別の目標が同等に効果的に達成され、それにも拘らず第三者や公共により強い負担をかけることもないような手段を採ることができない場合のみである」。本件では、実親と継親との関係に安定性が見込まれる場合には連れ子養子縁組を可能とする手段が存在する。

本件規定によれば、連れ子養子縁組は安定性が見込まれる連れ子家族においても不可能とされている。しかし、区別の目的に照らせば、このような場合に連れ子養子縁組を妨げる理由は何ら存在しない。この点で、本件規定は過剰な効果を有する。これに対して、立法者は、安定性が見込まれる非婚の連れ子家族に対しても連れ子養子縁組を可能とする手段を採ることもできる。諸外国の法と同様に、非婚のペア関係に見込まれるべき安定性が個々の事例において審査されねばならないとする規定を置くことができる。また、実親と継親との婚姻とともに、或いはそれに替えて、具体的な安定性の徴表を、例えば、連れ子養子縁組を行うために必要となる、継親と子との、或いは子の実親との、若しくは子及びその実親との間の、関係や共同生活の最低継続期間を定めておくこともできる。「規定が非婚の状況についても安定性の確認を認めている限りで、さらに同時に両親の婚姻をも安定性の徴表として用いることは、憲法上問題がない」。

とはいえ、個別事例における非婚の連れ子家族の安定性に関する審査で誤りが生じる可能性もある。「このようにみると、養子縁組を完全に不可能とする方が、個別事例における安定性の見込みに開かれた規定よりも、短期間の後に破綻する不安定なペアの状況下で子が継親に養子縁組されることを、より実効的に防ぐ。尤も、同様に破綻し得る婚姻家族における連れ子養子縁組に関しては、安定性についてのリスクは法律上甘受されている……。それにも拘らず、区別が憲法的意味において必要かどうかは、未決のままでよい。なぜなら、この区別はいずれにせよ相当でないからである」。

（エ）狭義の比例性

本件規定は狭義の比例性を欠いている。

「非婚の連れ子家族において完全に養子縁組を排除することによって達成できる子の保護が、個々の事例における実際の安定性の予測に焦点を合わせた養子縁組規定で以て達せられ得る保護に比してより効果的であるという点〔だけ〕では、このような利益はいずれにせよ、養子縁組の完全な排除による不利益と相当な関係にはない。この利益は、親の関係が安定しており、かつ養子縁組が全体として子の福祉に資する場合であってもなお養子縁組をできなくすることによって非婚の連れ子家族において子に生じる不利益と釣り合っていない。不利益となる養子縁組から連れ子を保護することは、実際の安定性の予測に焦点を合わせた養子縁組規定で以て十分に実効的に確保され……、立法者はそのような養子縁組規定の枠内で、婚姻に対して正当にも安定性を見込んでよいのと同様に、非婚の生活共同体について安定性を見込むことを妨げられない」。

また、本件規定が安定的な連れ子家族においても養子縁組を完全に排除していることは、立法者の持つ簡略化、類型化権限によっても正当化されない。

「確立した判例によれば、立法者はとりわけ大量現象の規律に際しては、どのような場合にもあらゆる個別事例に配慮せねばならないというわけではない……。養子縁組の条件の審査は明らかに大量行政の事象には入らないが、大量行政の事象に関する規律以外であっても、法律による類型化がはじめから排除されているわけではない」。例えば、連れ子家族内のペア関係の存続の確実性のように、「より詳細な個別事例の観察によっても確実には測定され得ない場合」には、法律による類型化が考慮される。「尤も、類型化と結びついた別異取扱いが憲法上正当化されるのは、特定の条件の下においてのみである」。とりわけ、「立法者は典型的でない事例を指導像として選択してはならず、現実に即して典型的な事例を基準として基礎に置かなければならない」。また、類型化によって生じる「別異取扱いの程度があまりにも強度であってはならない」。さらに、不利益に扱われる者の「苛酷さの緩和が困難であるかどうか」が重要である。

本件では、現実に即して典型的な事例が基準とされていない。「非婚の家族は婚姻家族と並ぶ別の家族形態として、ますます

増加してきた。非婚の連れ子家族の内部におけるペア関係は類型的に特に脆く、そのようなペア関係が安定していることは僅かしかない、などというような想定を今日正当化する知見は存在しない」。「加えて、別異取扱いの程度は強度である。子どもにとっては、両親のもつ家族内での身分に基づいて、社会的な親を法的な親とすることができるか否か、ということが決定される。このことは、子どもの人格の発展の根本的な条件に関わる」。そして、非婚の連れ子家族における子が継親に養子縁組され得ないことによって被る苛酷さは、養子縁組が子の福祉に資するか否かを個別の事例において審査し、また、その審査に際して、親の婚姻という基準に代えて、或いは婚姻という基準とともに、親のペア関係の継続期間のような安定性の徴表を用いることで、困難もなく緩和されうる。

エ．基本法六条一項における婚姻の保護

婚姻家族における連れ子と非婚の家族における連れ子との別異取扱いは、基本法六条一項に含まれる、婚姻を優遇する価値決定によっても、正当化されない。

「基本法は六条一項において婚姻と家族とを国家秩序の特別の保護の下に置く。このことで以て憲法は、婚姻という制度を保障しているのみならず、婚姻及び家族に関わる私法及び公法の全領域についての価値決定として、国家秩序による特別の保護を要請している……。この保護委託を果たすために、婚姻を妨げ或いは害するあらゆる事柄を行わないようにすること、また、適当な措置で以て婚姻を促進することは、国家の任務である。……婚姻の憲法上の保護を理由として、立法者には原則として、婚姻を他の生活形式に比して優遇することは妨げられない」。しかしながら、婚姻の「他の生活形式が、規律される生活事態や規範化で以て追求される目標に関して婚姻に比肩し得るにも拘らず、婚姻の特権化が当該生活形式の不利益取扱いを伴って現れる場合、単に婚姻の保護の要請を持ち出すのみでは、この区別は正当化されない」。婚姻と他の生活形式との別異取扱いには、「単に基本法六条一項を援用することを越えて、その都度の規律の対象及び目標に照らして、他の生活形式の不利益取扱いを正当化する、十分に重要な実質的根拠を必要とする」。

「本件では、規律の対象は、一方で婚姻家族における連れ子養子縁組を認めることと、他方で非婚の家族における連れ子養子

縁組を否定することである。婚姻しているパートナーシップと非婚のパートナーシップとの間には差異が全く以て存在する。非婚の生活共同体は、とりわけパートナーが拘束力のある規範に何ら服さないということによって、婚姻から区別される」。「しかしながら、規律の目標に照らすと、婚姻家族における連れ子と非婚の家族における連れ子の別異取扱いは正当化されない。この別異取扱いは、不安定な連れ子家族における養子縁組を防ぐ、という目標に仕える」。この別異取扱いは、非婚の連れ子家族は不安定であり短期間しか存続しないであろうという想定に基づく。しかし、そのような想定は十分に確たるものではなく、非婚の家族状態を婚姻している家族状態に対して例外なく不利益に扱うことを正当化できない。

【評釈】

一．平等審査における子の実体的基本権の役割

本決定で連邦憲法裁判所第一法廷は、実親と継親との間の婚姻関係の有無を区別の基準として、婚姻関係がある連れ子家族には連れ子養子縁組を認めるのに対して、婚姻関係がない連れ子家族では連れ子養子縁組を一切認めないという別異取扱いをすることが、子の平等取扱いに対する権利（基本法三条一項）に反する、と判示した。尤も、本決定において論点となったのは、子の平等取扱いに対する権利だけではない。基本法三条一項適合性の判断に先立ち、親の基本権（基本法六条二項）、親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利（基本法六条二項一文と結びついた二条一項）、家族の基本権（基本法六条一項）、そして非嫡出子の権利（基本法六条五項）の侵害についても審査されている。このうち、親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利と家族の基本権の侵害についての審査は、違憲判断を導いた子の平等取扱いに対する権利侵害の審査の構造及び内容にも影響を与えていると考えられる。そのため、先ずは両権利に関する判示について分析する。

（一）親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利との関わり

本決定において連邦憲法裁判所は、非婚の連れ子家族における連れ子養子縁組の事実上の禁止が、基本法六条二項一文と結びついた二条一項から生じる、親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利に「関わる」ということを認めている。

基本法二条一項は、「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法適合的秩序又は道徳律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する」[5]と規定する。連邦憲法裁判所の確立した判例によれば、社会の内部において自分自身で責任を負う人格主体へと子が発達するためには保護と援助を必要とする[6]。尤も、この人格の発達に対する直接的な保護義務は、基本法六条二項一文[7]により、第一次的には親に割り当てられており、親は子の監護及び教育の義務を負う。国家は、基本法六条二項一文と結びついた二条一項により、子が親の保護の下に自分自身で責任を負う人格主体へと発達できるよう、統制と保障の義務を負う[8]。この国家の客観的義務に対応して、「基本法六条二項一文と結びついた二条一項は、親が〔子の監護及び教育の〕義務を実際に引き受けることに定位した、国家に対して保障を求める子の主観的な権利を基礎づける」[9]。但し、基本法六条二項一文と結びついた二条一項から生じる国家の義務は、「子に対する基本権保護義務に根源を有」[10]する。そして、このような基本権保護義務を国家が如何にして果たすかは、第一次的には立法者によって決定されるべきである[11]。そのため、親による監護及び教育の国家的保障を如何に行うかについては、立法者に裁量の余地が与えられる[12]。

本決定では、子には法的な親として実親がいるため、継親が養子縁組によってもう一人の法的な親になることができないとしても、立法裁量の限界は踏み越えられていないとして、この国家の義務に対する違反は認められなかった[13]。しかし他方で、「養子縁組をしようとする継親が事実上、法的な親の地位に就くことができず、またそれ故に子の福祉と子の保護のために法的意味において〔実親と並ぶ〕もう一人の親として親の責任を引き受けることができないため、基本法六条二項一文と結びついた二条一項に基づいて子に与えられる、親による監護及び教育の国家的保障に対する権利が関わる」[14]と明言されたのである。

(二) 家族の基本権との関わり

加えて本決定では、非婚の連れ子家族における連れ子養子縁組の事実上の禁止は、家族の基本権にも「関わる」とされている。基本法六条一項は「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」と定める。そこにいう「家族」とは、「子とその子に対して責任を負う両親からなる事実上の生活・教育共同体」[15]であり、「社会的家族」と呼ばれ、両親の間の婚姻関係の有無も、親と子との法的な親子関係の有無も問題にならない[16]。故に、非婚の生活共同体とその子からなる家族も、基本法六条一項にいう

家族に含まれる。[17] このような社会的家族が持つ「家族の基本権」は、「防御権として、とりわけ家族共同体の共同生活と、家族の共同生活を形成する方法に関して自ら決定する自由とを保障している」[18]。しかし、連邦憲法裁判所によれば、家族は「その内側において家族関係が展開し得るところの法的構造を必要とする。……このような法的構造を用意することは、基本法六条一項によって、立法者に義務付けられている。……それ故、立法者には内容形成の余地が与えられている」[19]。

本決定でも、非婚の連れ子家族に連れ子養子縁組を事実上禁止することは、立法者の裁量の範囲内にとどまるため許容される[20]とされながらも、「親に類型的に与えられる、子に対する法的諸権限が継親には否定されている結果、パートナー両者が教育の任務を同権的に引き受けることが容易にはできないがために、家族の共同生活に関わる」[21]とされているのである。

(三) 厳格な平等審査の要求における実体的権利利益の影響

これらの実体的基本権の侵害を否定したうえで[22]、違憲の結論を導く平等審査が行われた。平等審査の冒頭では、相続税における営業財産の優遇が基本法三条一項に反するとした二〇一四年一二月一七日の連邦憲法裁判所第一法廷判決の判示[23]を引用して、基本法三条一項の規範的意味が示されている。

連邦憲法裁判所は創設当初、「平等原則が侵害されるのは、法律による取扱いの区別或いは平等取扱いについて、合理的な、事柄の本質から生じる、或いはその他の事柄に即して納得のいく根拠が見出されない場合、つまり、規定が恣意的だとみなされねばならない場合である」[24]として、立法者に対する平等原則による拘束を、恣意の禁止と捉えていた。そして、法律が平等原則に反するか否かを審査するに当たっても、「連邦憲法裁判所は、立法者によって定められた、異なる人的集団の間の区別について、事柄に即して納得のいく根拠がもはや全く認められず、そのため当該区別の維持が一般的な正義感情に反する場合に初めて、立法者に対抗できる」[25]として、区別に何らの根拠もない場合にのみ違憲となる、緩やかな審査に限定していた。

しかしながら、今日における連邦憲法裁判所の確立した判例によれば、平等原則は常に恣意の禁止のみを内容とするわけではない。「基本法三条一項は、立法者に対してあらゆる区別を禁じているわけではない」が、しかし「区別は常に、別異取扱いの目標と程度とに相当する、実質的な根拠による正当化を要する。この際に妥当するのは、柔軟な、比例原則に定位した憲法上の

審査基準であり、その内容と境界は、抽象的にではなく、その都度問題となる様々な事実領域・規律領域に応じて確定される」。そしてこの別異取扱いを支える実質的な根拠に対する憲法上の要請について、「一般的平等原則からは、規律対象と区別のメルクマールに応じて立法者に対して様々な限界が生じ、この限界は、恣意の禁止に限定された緩やかな拘束から厳格な比例性の要求にまで至り得る。立法者のより厳格な拘束は、その都度問題となる自由権から生じ得る。加えて、憲法上の要請は、法律上の区別が引き合いに出すメルクマールが、個人にとって自由になる程度がわずかであるほど……厳格化する」[26]とされている。

このように、今日における連邦憲法裁判所による平等の審査基準は、立法者の恣意を禁止するにとどまる緩やかな基準から厳格な比例性を要求する基準にまで至り得るものであり、どのような基準が妥当するかは、その都度の規律対象や区別のメルクマールに応じて、関連する自由権や、区別のメルクマールが区別によって不利益を被る者にとって如何ともしがたいものであるかどうかを考慮して確定される[27]。

本決定では、これに従い、単なる恣意禁止に比してより厳格な審査基準が適用されるべきであるとされており、その理由として「実親と継親との婚姻が子にとっては如何ともしがたいこと」とともに、「養子縁組が人格の発展のための本質的な子の基本権に関わること」が挙げられている[28]。このうちの後者について連邦憲法裁判所は、既に侵害を否定した（1）親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利（基本法六条二項一文と結びついた二条一項）、及び（2）親とともに家族的共同生活を営む子の権利（基本法六条一項）に連れ子養子縁組が「関わる」ことを指摘する[29]。連れ子養子縁組がどのような点で両権利に関わるのかについて、連邦憲法裁判所はより詳細に、以下のように説明する。すなわち、（1）の権利との関わりについては、養子縁組を行わない限り、非婚の継親は小配慮権（民法一六八七b条）も、また、子の福祉のために必要な訴訟を提起する権限（民法一六八七b条二項）も持たないことに言及する。そのうえで、同性間での登録生活パートナーシップにおける連れ子養子縁組の導入のための立法手続きにおいて、「連れ子養子縁組によって、親でない者〔養子縁組を行おうとする登録生活パートナー〕に対する子の法的地位が著しく改善する。一方生活パートナーによって引き受けられていた、子に対する責任が、共同での親の責任へと前進させられる[30]」と述べられていたことを引用しながら、連れ子養子縁組が子に対して特別な利益をもたらすと指摘す

る。[31] また、（2）の権利との関わりについては、実親と継親とが共同で配慮権を持つことにより、子の帰属感情や両親の責任感情が強まり、両親による共同での教育が容易になること、及び連れ子が実親と継親との間の実子（異父・或いは異母兄弟姉妹）とともに生活している場合には連れ子養子縁組が禁止されていることによって、自身のことをその異父・異母兄弟姉妹と全く等価値の子とみなさなくなる虞があるということを指摘する。[32] さらに、連れ子養子縁組がなされない限り、子は、実親と継親との離別後に継親が自身を扶養し続けるという確信を持たない、ということも指摘する。[33]

本決定はこのように、親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利と家族の基本権という実体的権利について、それぞれ侵害[34]は否定しながらも、両権利との「関わり」を認め、その「関わり」を理由として、平等審査において、単なる恣意禁止に比してより厳格な審査基準を適用したのである。

（四）先例の踏襲――連邦憲法裁判所第一法廷二〇一三年二月一九日判決

子の人格の発展に関わる実体的基本権について、その侵害は否定しつつも関わりを認め、その関わりを理由として平等審査において厳格な審査基準を適用するという論理は、本決定で初めて採られたものではなく、先例において既に見られるものである。本決定の先例としてこのような論理を採っているのが、二〇一三年二月一九日の連邦憲法裁判所第一法廷判決[35]（以下、「二〇一三年判決」という。）である。同判決では、婚姻関係にある夫婦には認められる、一方パートナーの養子の他方パートナーによる養子縁組（承継的追加養子縁組［Sukzessivadoption］。以下、単に「追加養子縁組」という。）が、登録生活パートナーシップ法によって同性の登録生活パートナーには不可能とされていたことが、基本法三条一項に違反するとされた。

連邦憲法裁判所は二〇一三年判決以前から、婚姻と登録生活パートナーシップとの間の別異取扱いが基本法三条一項に違反するとの判決を繰り返しており[36]、それらの判決では、異性間での婚姻と同性間での登録生活パートナーシップとを別異に扱うことが性的指向に基づく区別であることを一つの理由として、基本法三条一項適合性の審査には単なる恣意禁止を越えたより厳格な審査基準が妥当するとされていた。[37] 二〇一三年判決も、追加養子縁組を禁止することによって、登録生活パートナーを婚姻関係にある夫婦よりも不利に扱うことについて、先例を引用しながら、「別異取扱いが性的アイデンティティに関わるが故に、高度

の憲法的要請に服する」[38]と判示しており、学説もこの点に注目する[39]。確かに、二〇一三年判決「には、養子制度に関する問題をきっかけにしつつ、これまでも様々な領域で問題とされた『婚姻』と『生活パートナーシップ』の区別の可否が根底にある[40]」ということは疑い得ず、この点で、二〇一三年判決は「家族生活における婚姻と生活パートナーシップの区別を否定する……連邦憲法裁判所の判断の流れの中にある[41]」と言えよう。しかしながら、二〇一三年判決において連邦憲法裁判所が重点的に審査したのは、婚姻関係にある異性の夫婦と登録生活パートナーシップを創設している同性の登録生活パートナーとの別異取扱いの合憲性というよりも、むしろ、登録生活パートナーシップにおける一方パートナーの養子と、婚姻関係にある夫婦の一方配偶者の養子との別異取扱いの合憲性であったと思われる[42]。

二〇一三年判決において連邦憲法裁判所はまず、親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利（基本法六条二項一文と結びついた二条一項）の侵害の有無を審査する。ここでは、追加養子縁組が不可能とされていても、「子には親がいないわけではなく、法的意味において一人の親をもつ。加えて、立法者は追加養子縁組とは別の方法で、親に類型的に与えられている実際上重要な権限を与えることによって、養親の生活パートナーが一定の範囲で親としての任務を引き受けられるように配慮している」ため、「立法者に与えられる裁量の余地の限界は越えられていない」として、侵害を否定する[43]。それにも拘らず、「追加養子縁組を可能とすることなしには、養子縁組をしようとする生活パートナーは法的な親の地位に就くことができず、そのため、子の福祉と保護のための親の責任を法的意味において引き受けることができない」として、「親による監護及び教育の国家的保障に対する権利が関わる」ことについては認める[44]。

さらに、防御権として、とりわけ家族の共同生活とその方法について自身で決定する自由を保障する、家族の基本権（基本法六条一項）の侵害を審査する。連邦憲法裁判所は先ず、同性の生活パートナーとその子からなる共同体も、基本法六条一項の意味における家族に当たることの説明から始める。曰く、「家族の基本権は、家族的結合の特有の精神的社会的機能を保護することを目指す」のであり、このことに鑑みれば、「同性の生活パートナーと子からなる、長期に亘る社会的家族共同体もまた、憲法的意味における家族である」。「同性パートナー二者と一方の子との家族的共同生活は、異性のペアの連れ子家族における共同

生活と同程度の、保護に値する家族的紐帯を生じさせる」[45]と。次いで、同性の登録生活パートナーとその子からなる家族の構成員各々が援用することのできる家族の基本権が、追加養子縁組の禁止によって侵害されているかが審査される。この審査において連邦憲法裁判所は、「追加養子縁組の可能性を排除することは、生活パートナーと子との実際の共同生活に直接関連するわけではない」[46]ことに言及するとともに、家族という生活領域は、特に相互の義務や権限についての法的構造を必要とし、基本法六条一項はこの法的構造の用意を立法者に義務付けているため、立法者には内容形成の余地が与えられるとする[47]。そのうえで、「立法者は、事実上の親子関係が存在するあらゆる場合に完全な親の権利を認めるよう、基本法六条一項によって義務付けられているわけではない」として、立法者の裁量の踰越を否定する[48]。それにも拘らず、「養親の生活パートナーに、子に対する一定の、親に類型的に与えられる法的な権限を与えることが妨げられており、その結果、両パートナーが教育の任務を同権的に引き受けることが容易にはできないという点で、養子縁組の排除は家族的共同生活に対して影響を有する」[49]として、「生活パートナーに対して追加養子縁組を排除することが家族の基本権に関わる」[50]ことについては認める。

これらの判示を前提として、連邦憲法裁判所は、登録生活パートナーシップにおける一方パートナーの養子と、婚姻関係にある夫婦における一方配偶者の養子との別異取扱いについての平等審査を行う。この審査では、先例を引きながら、「基本法三条一項は、あらゆる区別を禁止しているわけではない。しかしながら、区別は常に、別異取扱いの目標と程度とに相当する、実質的な根拠による正当化を要する……。別異取扱いを支える実質的な根拠についての憲法的要請に関しては、規律対象と区別のメルクマールに応じて立法者に対して様々な限界が生じ、この限界は、恣意の禁止に限定された緩やかな拘束から厳格な比例性の要求にまで至り得る……。立法者のより厳格な拘束は、とりわけ、その都度問題となる自由権から生じ得る」[51]としたうえで、追加養子縁組の禁止には、親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利と、家族の基本権とが関わっていることを指摘して、「単なる恣意禁止に比して明らかにより厳格な審査基準が妥当する」[52]とする。

このように二〇一三年判決が、侵害を認めないにも拘らず、親の監護・教育義務の領域における子どもの権利や基本法六条一項の家族についての判断を示したことは、「実体的基本権の領域での立法者の形成の余地という消極的な側面よりも、むしろ平

等原則での厳格な要件を導くための布石」と評される。[53]

（五）先例との相違――基準の当てはめの段階における実体的権利利益への言及

以上のように、養子縁組の禁止による実体的基本権の侵害は否定しながらも、当該権利に関わることを肯定し、そのことを以て平等審査においてより厳格な基準を適用するという点で本決定は二〇一三年判決を踏襲している。しかし、両判決の間には相違もある。特に重要だと思われるのが、「単なる恣意禁止に比してより厳格な審査」の中においても、養子縁組を禁止することによって損なわれる子の実体的な権利利益が俎上に載せられているという点である。

二〇一三年判決における平等審査では、登録生活パートナーによる追加養子縁組を認めないことを正当化する根拠として、（一）子の保護のために、複数の親による競合した親権の対立的な行使を防ぐこと、[54]（二）子の福祉のために、子が養子縁組によってある家族から別の家族へとたらいまわしにされるのを防ぐこと、[55]（三）同性の両親の下で育つことによる子の不利益を防ぐこと、[56]そして（四）登録生活パートナーによる共同での養子縁組を認めないという立法者の決定が追加養子縁組によって潜脱されるのを防ぐこと等の当否が審査された。[57]（一）及び（二）については、登録生活パートナーによる追加養子縁組に限らず、追加養子縁組一般に妥当する考慮であるが、婚姻関係にある夫婦については、親権の競合は問題ないとされ、子がたらいまわしにされる危険もないがために追加養子縁組は認められているのであり、これらの点について、婚姻と登録生活パートナーシップとは異なるところがなく、婚姻と登録生活パートナーシップを区別する根拠とはならないとされた。[58]（三）については、そもそも登録生活パートナーシップは婚姻と同様に子の成長を助けうるとして目的の正当性を否定するとともに、追加養子縁組の排除は、子とその養親、そして養親の生活パートナーが共に生活することは妨げ得ず、同性の両親の下で子が育つことで生じ得る危険を除去するのに適合してはいないとされた。[59]（四）については、共同での養子縁組と追加養子縁組はその過程において区別されるため、追加養子縁組を認めることによって共同での養子縁組の禁止の効果が完全に失われるわけではないとするとともに、共同での養子縁組の禁止が同性カップルの下で子が育つのを防ぐことと関連しているのであれば、追加養子縁組を不可能としても、子とその養親及び養親の生活パートナーが共に生活することを防ぐことにはならないため、追加養子縁組の禁止は目的に適

合しないとされた。[61] 以上のように、二〇一三年判決における平等審査の中では、目的の正当性や、追加養子縁組の禁止という措置が目的に適合するか、という点が審査されており、これらの審査の中では、追加養子縁組を禁止することによって損なわれる子の実体的な権利利益への言及は見られない。そのため、恣意禁止に比して厳格な審査基準の当てはめの段階において、養子縁組が禁止されることによる子の実体的な権利利益への影響が俎上に載せられることはなかった。[62]

これに対して本決定では、平等原則違反の審査に当たって、自由権侵害の審査における比例性審査と同様に、比例性審査が四段階に分けて行われている。[63][64] すなわち、（ア）法的な親と継親との関係が長期に亘って存続することが見込まれる場合にのみ連れ子養子縁組を可能とするという目的の正当性を肯定したうえで、[65]（イ）両親の婚姻を区別の基準とすることの目的適合性、[66] 及び（ウ）連れ子養子縁組を法的な親と継親との婚姻関係の存否と例外なく結びつけることの必要性については、未決のままでよいとする。[67] そのうえで、（エ）非婚の生活共同体に対して連れ子養子縁組を完全に禁止することは、狭義の比例性を欠くとする。[68] 平等審査の中において、比例性審査を目的の正当性、適合性、必要性、狭義の比例性に分割して行う手法は、本決定以前の連邦憲法裁判所判決にもみられたが、[69] 二〇一三年判決ではこのような手法は採られていなかった。[70]

本決定のように、比例原則のうちの必要性や狭義の比例性を問題とする場合、「不平等取扱いを受ける者の実体的な権利利益を俎上に挙げざるを得なくなり、目的に含まれる保護法益との対抗を意識しなければならなくなる」。[71] 本決定では、狭義の比例性に関する判示において、「両親の関係が安定しており、かつ養子縁組が全体として子の福祉に資する場合であっても養子縁組されないことによる不利益」と「不安定な連れ子家族における養子縁組から子をより実効的に保護するという利益」との対抗関係における相当性（狭義の比例性）が審査されている。

ここで、不安定な家族関係における養子縁組から子を保護するという「目的に含まれる保護法益」と対抗関係にある、「不平等取扱いを受ける者の実体的な権利利益」、すなわち「両親の関係が安定しており、かつ養子縁組が全体として子の福祉に資する場合であっても養子縁組されないことによる不利益」の内容は本判決文中で明示されてはいない。しかし、先述の通り、平等審査の審査基準として単なる恣意禁止に比してより厳格な審査基準を用いることを説明するに当たり、連れ子養子縁組の禁止が

人格の発展のための本質的な子の基本権、すなわち、親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利と家族の基本権とに関わっていると述べられていることからして、狭義の比例性審査において俎上に載せられている非婚の連れ子家族における子の実体的権利利益も、親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利と家族の基本権を指すと考えられる。

このように、二〇一三年判決とは異なり本決定では、目的の正当性や適合性ではなく、狭義の比例性に関して別異取り扱いの正当化が否定されたがために、親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利と家族の基本権とが平等審査における基準の当てはめの段階でも俎上に載せられているのである。先述のとおり、二〇一三年判決において、親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利や家族の基本権に関する判示は、「平等原則での厳格な要件を導くための布石」であったと評されるが、[72] 本決定の判示からは、親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利や家族の基本権は、平等審査の厳格な要件を「導く」ための布石であるにとどまらず、厳格な要件を「満たすか否か」の判断においても問題とされる可能性が示唆される。[73]

（六）立法者の類型化権限による正当化の否定

また、狭義の比例性についての判示の中では、本件別異取扱いが立法者の類型化権限によって正当化されるか、という点も審査されている。立法者が法律制定にあたって一定の要件効果を定めれば、必然的に、その要件を満たす者と満たさない者との間には効果の発生の有無について差異が生じ、平等が問題となり得る。この問題は、とりわけ大量一括処理が必要な租税法のような領域において現れる。[74] 本決定では、養子縁組の前提条件の審査は、租税法のような大量一括処理が必要となる事柄には当たらないが、本件における非婚のペアの存続の確実性のように、より詳細な規定を置いたとしても確実には測定され得ない事柄について規定する場合には、不確実な状況を可能な限り正確に把握することのできる規定になっている限りで、法律による類型化は法的安定性に資するとして、立法者の類型化権限を肯定したうえで、当該権限によって本件別異取扱いが正当化されるかを審査するのである。

立法者の類型化権限が認められる場合、類型化によって生じる別異取扱いは特定の条件の下では憲法上正当化される。確立した判例によれば、この条件として、①立法者が類型化に当たって、現実に適合した典型的な事例を基準としていること、[75] ②別異

取扱いの程度がわずかであること、[76]③別異取扱いにより生じる苛酷さを立法者が回避することが困難であること[77]が挙げられる。本決定ではこれら三つの観点について、いずれも類型化権限による別異取扱いの正当化は認められないとしているが、特に②について、連れ子養子縁組が不可能とされることが子の人格の発展に関わるということがここでも指摘される。そしてこの指摘によって、本憲法異議の対象となったＢＧＨ判決が依拠し、本憲法異議において連邦司法・消費者保護大臣も援用する、二〇〇七年二月二八日の連邦憲法裁判所第一法廷決定[78]（以下、「二〇〇七年決定」という。）との区別が図られている。

二〇〇七年決定では、人工授精を行うに当たっての疾病保険の適用が婚姻関係にある夫婦のみに限定されていたことの合憲性が争われていた。同決定において連邦憲法裁判所は、ペア相互の責任は「非婚の生活共同体においては自由意思に基づいて引き受けられるにすぎない」のに対して、婚姻では相互の連帯が法的に要求されうることを指摘し、「立法者は、ペアが子を欲するという望みを人工授精によって果たそうとする場合においても、婚姻がパートナー関係の高度な負担能力の基礎であることを起点としても良い」として、婚姻と非婚の生活共同体との差異を、ペア同士の法的責任を理由として認めた[79]。このように、二〇〇七年決定で問題となったのは、連邦憲法裁判所の判断によれば、子を持ちたいという親の願望の実現であった。

これに対して、本決定で問題となっているのは、既に存在する子が連れ子養子縁組によって継親を法的な親とすることができるかということであり、これは「子の人格の発展の根本的な条件に関わる。この点で、本件で判断されるべき、婚姻という基準に従った類型化は、かつて憲法に適合すると判断された、人工授精に対しての疾病保険給付を夫婦に限定することとは、決定的に区別される[80]」とされている。連れ子養子縁組の禁止が「子の人格の発展の根本的な条件に関わる」ということが決定的な要因となって、二〇〇七年決定との間で事案の区別がなされたのである。

（七）小括――平等審査における子の実体的権利利益の重視

このように、本決定は二〇一三年判決を踏襲して、親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利と家族の基本権という、養子縁組される子の実体的権利利益との関わりを理由として、平等審査において単なる恣意禁止に比してより厳格な審査基準を適用した。さらに、その審査基準の当てはめにおいても、狭義の比例性審査において別異取扱いの正当化が否定されたがた

めに、養子縁組の完全な禁止により得られる利益との対抗関係において、養子縁組が禁止されることにより損なわれる子の実体的権利利益が俎上に載せられた。また、立法者の類型化権限による別異取扱いの正当化を否定するに当たっては、先例との事案の区別に際して、連れ子養子縁組の禁止が子の人格の発展の根本的な条件に関わるということが重視されていた。このように本決定では、養子縁組に関する別異取扱いの平等審査が、子の実体的な権利利益や、人格の発展を重視して行われるべきことが、二〇一三年判決よりもいっそう明確に表れているといえる。

二．婚姻の相対化

（一）基本法六条一項による別異取扱いの正当化の否定

本決定では以上のように、安定した家族の下でのみ連れ子養子縁組を可能とするという目標の下に、非婚の生活共同体における連れ子養子縁組を一切認めないことが比例性を満たさないと判示したうえで、さらに、そのような区別が基本法六条一項によって正当化されるかを審査する。

基本法六条一項は、婚姻が国家秩序による特別の保護を受ける、と規定する。このことからすれば、婚姻を他の生活形式よりも優遇することは、たとえ基本法三条一項の一般的平等原則に反するとしても、六条一項によって正当化されると考える余地もある。学説の中には、「婚姻と生活共同体とがたとえ比較のペアとして問題となるようなことがあろうとも、婚姻の法的な優遇のためには何らの正当化も必要はない。なぜなら、婚姻の優遇は憲法によって予定されているからである[81]」と述べるものもある。

しかしながら、連邦憲法裁判所は、婚姻と登録生活パートナーシップとの別異取扱いを平等違反とみなした従来の諸判例において、基本法六条一項に規定されている婚姻の特別の保護を持ち出すのみでは、婚姻と登録生活パートナーシップとの別異取扱いは正当化されないということを繰り返し示してきた。曰く、「基本法は六条一項において婚姻と家族を国家秩序の特別の保護の下に置く。このことで以て憲法は、婚姻という制度を保障しているのみならず、婚姻及び家族に関わる私法及び公法の全領域についての価値決定として、国家秩序による特別の保護を要請している……。この保護委託を果たすために、婚姻を妨げ或いは害するあらゆる事柄を行わないようにすること、また、適当な措置で以て婚姻を促進することは、国家の任務である[82]」。「婚姻の

憲法上の保護を理由として、立法者には原則として、婚姻を他の生活形式に比して優遇することは妨げられない[83]」。しかしながら、婚姻の「他の生活形式が、規律される生活事態や規範化で以て追求される目標に関して婚姻に比肩し得るにも拘わらず、婚姻の特権化が当該生活形式の不利益取扱いを伴って現れる場合、単に婚姻の保護の要請を持ち出すのみでは、この区別は正当化されない[84]」。婚姻と他の生活形式との別異取扱いには、「単に基本法六条一項を援用することを越えて、その都度の規律の対象及び目標に照らして、他の生活形式の不利益取扱いを正当化する、十分に重要な実質的根拠を必要とする[85]」と。このような連邦憲法裁判所判例に対して一部の学説は、「婚姻に特別の保護を与えるという憲法上の要請を、判決によって決定的に破棄した[86]」等の批判を投げかけており、基本法六条一項に定める「婚姻の特別の保護」がもはや意味を持たなくなっているのではないか、という疑問が呈されている。

連邦憲法裁判所は本決定においても、登録生活パートナーシップと婚姻との別異取扱いを平等違反と判示した上述の諸判例を明示的に引用しながら、基本法六条一項に規定されている「婚姻の国家秩序による特別の保護」を援用するだけでは、婚姻の他の生活共同体に対する、一般的平等原則に反する不利益取扱いを正当化することはできないことを確認する[87]。その上で、婚姻家族と同様に安定した非婚の家族においても連れ子が養子縁組され得ないという点で、「婚姻に比肩し得る生活形式を不利益に取り扱っている」とし、そのような不利益取扱いについては、「規律の対象及び目標に照らして十分に重要な実質的根拠がない」と述べる[88]。

（二）先例との相違

しかしながら、本件で問題となった婚姻と非婚の生活共同体との区別と、従来の判例において問題となっていた婚姻と登録生活パートナーシップとの区別との間には、相違もある。従来の、婚姻と登録生活パートナーシップとの別異取扱いに関する判例では、両生活形式が法的な結びつきであるという点において変わらないということが示されていた[89]。これに対して本決定では婚姻と非婚の生活共同体との間には、法的な結びつきの有無において差異があることが確認される。本決定では、規律の対象及び目標に照らして不利益取り扱いを正当化する十分に重要な実質的根拠が存在するかを審査するに当たり、本件における規律の対

象は「一方では婚姻家族に連れ子養子縁組を認め、他方では非婚の家族に連れ子養子縁組を禁止することである」としたうえで、「非婚の生活共同体はとりわけ、パートナーが何らの拘束力を持った規範にも従わされない、という点で婚姻から区別される」[90]ことが指摘され、両生活共同体の間には差異が全く以て存在するということが認められているのである。

このように、登録生活パートナーシップは婚姻と同様の法的な結びつきを伴うのに対して、非婚の生活共同体には法的拘束がない、という差異があるにも拘らず、本件別異取扱いが正当化されないとされたのは、規律の目標に照らした場合に十分に重要な実質的根拠が存在しないと判断されたためである。本決定では、規律の目標、すなわち不安定な家族における連れ子養子縁組を防ぐという法律の目標に照らして本件別異取扱いを正当化する実質的根拠の有無が審査される。そして、本件別異取扱いの前提には、非婚の連れ子家族は不安定であり一時的にしか存続しないという推定があるが、しかしこのような推定は「その徹底性において十分に〔別異取扱いの〕支えとなるものではな」く、非婚の家族を婚姻関係のある家族に比して例外なく劣位に置くことを正当化しない[91]と判断されたのであった。

このように、婚姻と登録生活パートナーシップとの別異取扱いをめぐる従来の判例は、法的な結びつきであるという点において等しい婚姻と登録生活パートナーシップとを別異に扱うことを違憲としてきたのに対し、本決定では、別異に扱われている婚姻と非婚の生活共同体との間には、法的な結びつきという点で差異があることが認められる。それにも拘らず、そのような差異は、不安的な家族における連れ子養子縁組を防ぐという法律の目標に照らした場合に、非婚の生活共同体に対する不利益取扱いを正当化するために十分に重要だとはいえないと判断されたのである。

三、おわりに

本決定では、立法者には平等違反を除去する可能性が複数あることから、違憲の宣言に留められ、本件規定は無効とはされなかった[92]。その結果、連邦議会は二〇二〇年三月一九日、「非婚の家族における連れ子養子縁組の禁止に関する二〇一九年三月二六日の連邦憲法裁判所決定の実施のための法律[93]」を議決し、民法に一七六六a条が挿入された。同条一項は「確たる生活共同体の中で共同の世帯において生活する二者には、配偶者の子の養子縁組に関する規定が準用される」と規定しており、この「確た

る生活共同体」であると認められるのは、同条二項によると、通常、最低でも四年以上に亘り（一号）、或いは共同の子の親として（二号）、婚姻類似の形態において共同生活を送る場合であるとされている。一号は、本決定において呈示された、親と継親との関係の継続期間を安定性の徴表として区別の基準にするという方策[94]に従っている。また、二号は、本決定において恣意禁止に比してより厳格な平等審査を求めるに際して、連れ子養子縁組が禁止されていることによって連れ子が実親と継親との間の実子（異父・異母兄弟姉妹）とともに生活している場合には、自身のことをその異父・異母兄弟姉妹と全く等価値の子とみなさなくなる虞があると指摘されていたことに対応している[95]。

婚姻を区別の基準として非婚の生活共同体に連れ子養子縁組を禁止することを平等原則違反とした本決定、及びそれを受けた法律改正によって、婚姻に対する取扱いと非婚の生活共同体に対する取扱いの差異が相対化された。学説の中には、本決定では「基本法三条一項からくる一般的平等原則の援用の下に婚姻と登録生活パートナーシップの間の法律上の差異が均され」たのと「同様の措置が、婚姻と非婚の生活共同体とを互いに均一化させるためになされ」ており、「連邦憲法裁判所第一法廷は、婚姻という法制度を憲法上周縁へと追いやる自身の判例をさらに推し進めた」と評するものもある[96]。本決定に対してこのような評価が生じることにも一定の理由はあるが、しかし、本決定と従来の判例との差異も看過できないであろう。法的な結びつきであるという点において等しい婚姻と登録生活パートナーシップとの別異取扱いに関する従来の諸判例とは異なり、本決定は婚姻と非婚の生活共同体との間の法的拘束力に関する相違にも拘らず両者の別異取扱いを違憲としたものである点、及び、本決定における平等審査では養子縁組が禁止されることによる子の実体的権利利益に対する不利益な影響が、先例よりもいっそう表面化しているという点には、留意が必要であると思われる。

（1）民法一七五二条は、「養子縁組は養親となる者の申立てに基づいて家庭裁判所により宣告される」と規定する。また、同一七四一条一項一文は、「養子縁組は、子の福祉に資し、かつ養親となる者と子との間に親子関係が成立すると見込まれる場合に認められる」と規定している。そのため、全ての養子縁組は、家庭裁判所による審査を経ることとなっている（民法の条文の訳出に際しては、鈴木博人「ドイツの養子法と養子縁組斡旋法――父母の同意を中心にして」同編著『養

子制度の国際比較』（明石書店、二〇二〇年）一七三頁（殊に一九四頁以下の関連資料）を参考にした。但し、文脈に応じ一部変更を加えている。）。

（2）ここにいう「非婚の生活共同体」については、本決定中にも、また法律上も、明確な定義はない。連邦憲法裁判所は、「婚姻類似の生活共同体（eheähnliche Lebensgemeinschaft）」を、「男女の間の生活共同体であって、長期に亘り、同等の性質の他の生活共同体が認められず、また、パートナーの相互扶助を基礎づける、つまり、単なる家計経済共同体における関係を超える関係によって際立った生活共同体」（BVerfGE 87, 234 [264]）と定義しており、学説では、この「婚姻類似の生活共同体」と「非婚の生活共同体」は同義であると考えられている（vgl. *Burhoff/Willemsen*, Handbuch der nichtehelichen Lebensgemeinschaft 4. Aufl., 2014, Rn. 873 f.）。尤も、本決定において「非婚の生活共同体」という概念は、パートナー間に婚姻関係があるか否かという点で、夫婦（Ehe）と対比して用いられており、単なる家計経済共同体における関係を超えるという生活実態は問題となっていない。

（3）以下、法的に子の親たる地位にある者を指して親と称し、親のパートナー（配偶者を含む）であって子との間に法的関係を持たない者を指して継親と称する。

（4）民法一六八七b条によれば、単独で配慮権を有する親の配偶者は、子の日常生活における事務に関して、配慮権を持つ親と共同で決定する権限を有し（一項）、また、遅滞の危険がある場合には、子の福祉のために必要なあらゆる法的行為を行う権限を持つ（二項）。

（5）基本法の条文の訳出に際しては、高田敏＝初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第八版〕』（信山社、二〇二〇年）を参考にした。但し、文脈に応じて一部変更を加えている。

（6）Vgl. BVerfGE 121, 69 (92 f).

（7）基本法六条二項「子どもの監護及び教育は、両親の自然的権利であり、かつ、何よりもまず両親に課せられている義務である。この義務の実行については、国家共同体が監視する」。ここにいう監護とは、子の身体的福祉と健康な発達への配慮を意味し、教育とは、自立性や社会生活を送る適性を子に身に着けさせるために、精神的・心理的発達を促すことをいう（vgl. *Dieter Schwab*, Familienrecht. 29. Aufl., 2021, Rn. 639）。

（8）BVerfGE 133, 59 (74).

(9) BVerfGE 133, 59 (74 f.).
(10) BVerfGE 133, 59 (75).
(11) Vgl. BVerfGE 39, 1 (44), 46, 160 (164). また、鈴木秀美＝三宅雄彦編『〈ガイドブック〉ドイツの憲法判例』（信山社、二〇二二年）四二頁［三宅雄彦執筆］も参照。
(12) BVerfGE 133, 59 (75f.).
(13) BVerfGE 151, 101 (124).
(14) BVerfGE 151, 101 (123 f.). 以下、傍点は筆者による。
(15) BVerfGE 108, 82 (112).
(16) Vgl. BVerfGE 68, 176 (187); 108, 82 (107, 112); 133, 59 (83).
(17) Vgl. BVerfGE 79, 256 (267).
(18) BVerfGE 133, 59 (84).
(19) BVerfGE 133, 59 (84 f).
(20) BVerfGE 151, 101 (125).
(21) BVerfGE 151, 101 (125).
(22) 本決定においては、本文中に述べた親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利と家族の基本権の他に、親の基本権（基本法六条二項）と非嫡出子の権利（基本法六条五項）の侵害についても争点となったが、いずれも否定されている。親の権利については、継父Eは養子縁組を行うまでは基本法六条二項の意味における親ではなく、親の権利の享有主体ではないとされる（Rn. 50）。また、実母Aは、Eが養子縁組を行うことでB及びCとの間の親子関係を失うが、Eによる養子縁組にはAの同意が必要であり（民法一七四七条）、Aの意に反してB及びCとの間の親子関係が消滅することはない（Rn. 51）。また、非嫡出子の権利については、B及びCはAとDとの嫡出子であり、非嫡出子には当たらないとされている。これらの権利については、非婚の生活共同体に連れ子養子縁組を認めないこととの関わりすらも認められておらず、平等審査においてこれらの権利への言及も見られないため、本評釈においては詳しく検討はしない。
(23) BVerfGE 138, 136 (180 f.).

(24) BVerfGE 1, 14 (52).
(25) BVerfGE 3, 58 (135 f.).
(26) BVerfGE 138, 136 (180f.).
(27) 連邦憲法裁判所による平等審査の手法の変遷については、井上典之「平等保障の裁判的実現（二）——平等審査の方法とその権利保護」神戸法学雑誌四六巻一号（一九九六年）一四三頁以下、辛嶋了憲「連邦憲法裁判所における一般的平等原則審査の変遷」一橋法学一八巻三号（二〇一九年）三九五頁、鈴木＝三宅編・前掲註（11）九一頁以下［土屋武執筆］を参照。
(28) BverfGE 151, 101 (127 f.).
(29) BVerfGE 151, 101 (128).
(30) BTDrucks 15/3445, S. 15.
(31) BVerfGE 151, 101 (128 f.).
(32) BVerfGE 151, 101 (129).
(33) BVerfGE 151, 101 (129 f.).
(34) 本稿にいう侵害とは、基本権に対する正当化されない違憲な制約を指す。
(35) BVerfGE 133, 59.
(36) Vgl. BVerfGE 124, 199; 126, 400; 131, 239; 132, 179. これらの判例の展開については、井上典之「平等保障による憲法規範の変容?——ヨーロッパ統合に導かれるドイツ基本法の「家族」についての変化」松井茂記ほか編『自由の法理』（成文堂、二〇一五年）六六五頁、村山美樹「婚姻の意味変化について——ドイツにおける生活パートナーシップと平等」中央大学大学院法学研究年報四四号（二〇一四年）四二五頁や、渡辺富久子「ドイツの生活パートナーシップ法——婚姻との関係をめぐって」外国の立法二七〇号（二〇一六年）三〇頁、三宅雄彦「婚姻概念における憲法変遷と制度保障——ドイツ「万人のための婚姻」法をめぐって」駒澤法学二一巻三号（二〇二二年）四三頁も参照。
(37) Vgl. BVerfGE 124, 199 (219 ff.); 126, 400 (417 ff.); 131, 239 (255 f.); 132, 179 (190).
(38) BVerfGE 133, 59 (98).

(39) Vgl. *Leonie Viktoria Böcking*, Der besondere Schutz der Ehe gem. Art. 6 Abs. 1 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2017, S. 195.

(40) 春名麻季「生活パートナーシップ関係の下での継養子の可否」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅳ』（信山社、二〇一八年）一一七頁。

(41) 春名・前掲註（40）、一一八頁。

(42) 二〇一三年判決では、婚姻関係にある異性の夫婦と登録生活パートナーシップを創設している同性の登録生活パートナーとの別異取扱いが性的アイデンティティに関わるが故に妥当するとされる、「高度の憲法的要請」の内容について詳細に敷衍されることはなく、「養子縁組の可能性の異なった形成を正当化し得る差異は、婚姻と登録生活パートナーシップとの間には存在しない。とりわけ、両パートナーシップは同様に長期間にわたり、法的に確たるものにされている」（BVerfGE 133, 59 [98]）と指摘されるにとどまる。これに対して、登録生活パートナーシップにおける一方パートナーの養子と婚姻関係における一方配偶者の養子との別異取扱いに関する判示においては、登録生活パートナーによる追加養子縁組を認めないことを正当化する根拠の当否について詳細な検討が行われている。

(43) BVerfGE 133, 59 (76).

(44) BVerfGE 133, 59 (75).

(45) BVerfGE 133, 59 (82 f.). このように同性の登録生活パートナーとその子からなる共同体も基本法六条一項における家族に含まれるという判示は、従来の判例における基本法六条一項の家族理解を拡大するものであった。加えて、同判決では同性カップルが基本法六条における親に当たるということも判示されており、この点で基本法六条二項の親の理解も拡張している（vgl. *Philipp Reimer/ Matthias Jestaedt*, Anmerkung, JZ 2013, 468 [470]）。

(46) BVerfGE 133, 59 (84).

(47) BVerfGE 133, 59 (84 f.).

(48) BVerfGE 133, 59 (85 f.).

(49) BVerfGE 133, 59 (84).

(50) BVerfGE 133, 59 (82).

(51) BVerfGE 133, 59 (86 f.).
(52) BVerfGE 133, 59 (87).
(53) 春名・前掲註（40）一一七頁。
(54) BVerfGE 133, 59 (88).
(55) BVerfGE 133, 59 (88 f.).
(56) BVerfGE 133, 59 (89 ff.).
(57) BVerfGE 133, 59 (94 f.). 民法一七四一条二項は、「婚姻していない者は、単独でのみ養子縁組をすることができる。夫婦は、共同でのみ養子縁組をすることができる……」と定めており、婚姻関係にない二者は他人の子を共同で養子縁組することができない。同性の登録生活パートナーシップは婚姻ではないため、生活パートナー二者が共同で他人の子を養子縁組することはできない。
(58) 他にも、第三者の親の権利（BVerfGE 133, 59 [95]）、基本法六条一項に基づく婚姻の保護（BVerfGE 133, 59 [95 f.]）、基本法六条二項に基づく憲法上の親の権利（BVerfGE 133, 59 [96 f.]）、基本法六条一項に基づく家族の保護（BVerfGE 133, 59 [97]）、養子縁組に関する欧州協定六条一項（BVerfGE 133, 59 [97]）が、登録生活パートナーによる追加養子縁組を認めないことを正当化するかについて審査されているが、何れも否定されている。
(59) BVerfGE 133, 59 (88 f.).
(60) BVerfGE 133, 59 (89 ff.).
(61) BVerfGE 133, 59 (94 f.).
(62) 尤も、二〇一三年判決においても、追加養子縁組が子に対して心理的・法的な安定をもたらすという点で子の福祉に資することには言及されており（BVerfGE 133, 59 [91 ff.]）、婚姻関係にある家族の子と登録生活パートナー関係にある家族の子との間の平等を審査する際に、「子の利益（福祉）は、平等を正当化する実質的理由として機能してい」た（渡邉泰彦「同性の両親と子――ドイツ、オーストリア、スイスの状況（その二）」産大法学四八巻一・二号（二〇一五年）、二二〇頁）。しかし、同判決中における子の福祉への言及はあくまでも、「追加養子縁組が子の福祉に反するがゆえに別異取扱いが正当化される」という主張を退ける消極的な文脈においてなされたものであり、別異取扱いを違憲とする積極的な

根拠として、養子縁組を認めないことによる子の実体的権利利益への影響、即ち子が被る不利益が挙げられたわけではない。そのため、やはり二〇一三年判決では、平等審査における基準の当てはめの段階において、養子縁組の禁止によって損なわれる子の実体的な権利利益（子の福祉）が、別異取扱いを違憲とする根拠として現れていたとは言い難い。

(63) 比例原則を構成する段階は、「オーソドックスな捉え方によれば三つであ」り、適合性原則、必要性原則、相当性原則がこれに当たる（松本和彦「比例原則の意義と問題点――ドイツ流の比例原則を手がかりにして」石川健治＝山本龍彦＝泉徳治編『憲法訴訟の十字路』（弘文堂、二〇一九年）九四頁）。しかし、本決定と同様に目的の正当性を含めて四段階とする学説もある。そのようなものとして、vgl. *Christian Bumke/ Andereas Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht 8. Aufl., 2020, Rn. 120.

(64) 平等審査における比例性審査は、自由権審査におけるそれとは異なると指摘されることもある。Gabriele Britz は、平等審査では通常、審査基準の確定、及び区別の理由が十分な目的に仕えるか、という目的の正当性の審査において、既に衡量が含まれるため、狭義の比例性の審査は不要となると指摘する（*Gabriele Britz*, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BverfG, NJW 2014, 346 [350]）。また、辛嶋了憲も、上記の Britz の指摘を参照し、「結論を下すには、比例原則の厳格な要請の審査内容を詳細な確認・分析する〔原文ママ〕必要がある」との留保を付けながらも、「平等原則の比例原則審査の場合、〔基本権の比例原則審査の場合と〕同様に、目的の正当性の審査を前提とするが、ここに狭義の比例原則審査が内在しており、第一法廷が考える平等原則の比例原則審査は、基本権における比例原則審査とは異なることになるかもしれない」と指摘する（辛島・前掲註（27）四三九頁）。

(65) BVerfGE 151, 101 (136 ff.).

(66) BVerfGE 151, 101 (138 ff.).

(67) BVerfGE 151, 101 (140 ff.).

(68) BVerfGE 151, 101 (145 ff.).

(69) Vgl. BVerfGE 142, 353 (386 f.).

(70) Vgl. *Reimer/ Jestaedt*, (Anm. 45), S. 470; *Philipp Reimer*, Anmerkung, JZ 2019, 620 (622).

(71) 松本・前掲註（63）一二二頁。

(72) 春名・前掲註（40）一一七頁。

(73) 尤も、二〇一三年判決において、養子縁組が禁止されることにより損なわれる子の実体的権利利益が審査基準の当てはめの段階で問題とされていないのは、狭義の比例性に関する審査を行うまでもなく、目的の正当性と適合性に関する審査のみで違憲という結論が導かれたためであるとも考えられる。そのように解すれば、二〇一三年判決と本決定との間に、平等審査における比例性審査の手法の差異（前掲註（62）参照）は存在せず、また、二〇一三年判決における子の実体的権利利益に関する判示も、平等審査の厳格な要件を導く布石にとどまらない意味を持っていたと捉えることも可能かもしれない。

(74) Vgl. BVerfGE 84, 348 (359); 145, 106 (145 f.). 鈴木＝三宅編・前掲註（11）九六頁［土屋武執筆］も参照。

(75) Vgl. BVerfGE 116, 164 (182 f.); 145, 106 (146).

(76) Vgl. BVerfGE 84, 348 (360); 145, 106 (146 f.).

(77) Vgl. BVerfGE 45, 376 (390); 145, 106 (146).

(78) BVerfGE 117, 316.

(79) BVerfGE 117, 316 (327 f.).

(80) BVerfGE 151, 101 (147).

(81) *Jörn Ipsen*, Ehe und Familie, in HStR Ⅶ, 3. Aufl., 2009, §154, Rn. 58.

(82) BVerfGE 124, 199 (224 f.).

(83) BVerfGE 124, 199 (225).

(84) BVerfGE 126, 400 (420). Vgl. BVerfGE 124, 199 (226).

(85) BVerfGE 124, 199 (226).

(86) *Christian Hillgruber*, Anmerkung, JZ 2010, 41 (41).

(87) BVerfGE 151, 101 (148 f.).

(88) BVerfGE 151, 101 (149 f.).

(89) Vgl. BVerfGE 124, 199 (225 ff.); 126, 400 (42 6); 131, 239 (259 ff.); 132, 179 (191); 133, 59 (89).

(90) BVerfGE 151, 101 (149 f.).

(91) BVerfGE 151, 101 (150).

(92) BVerfGE 151, 101 (151).

(93) Gesetz zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. März 2019 zum Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien vom 19. März 2020 (BGBl I S. 541).

(94) BVerfGE 151, 101 (142 f.; 147 f.).

(95) BVerfGE 151, 101 (129).

(96) *Reimer*, (Anm. 70), S. 620.