

代理母出産のグローバル化と
親子関係の確定に関する国際私法問題
——スペイン最高裁 2014 年 2 月 6 日判決を巡って——

青 砥 清 一

A Study on Globalized Surrogacy and
Private International Law Issues
regarding Legal Parentage:
Judgment of the Supreme Court of
Spain of February 6, 2014

AOTO Seichi

This article aims to analyze the judgment of the Supreme Court of Spain of February 6, 2014, which denied the registration of two children in the Spanish Civil Registry, arguing that they were born through surrogacy in California, USA, and their registration would constitute a violation of the Spanish international public order and Article 10 of the 14/2006 Law on the Human Assisted Reproduction Techniques that explicitly prohibits such practices in Spain. The dissenting opinion defends the best interest of the children arguing that children remain in an uncertain legal status while they become a *de facto* part of their new family. Where children are connected with more than one state, the diversity in state's private international law rules cause real difficulties in terms of the establishment and/or recognition of their legal parentage already established abroad, as well as concerning their acquisition of nationality. It will be indispensable to put focus on building bridges between differing legal systems at international level, rather than seeking to harmonise laws in this area.

キーワード： 代理母出産、外国判決の承認、親子関係の確定、子どもの最善の利益

序

近年、代理母出産を巡っては、市場化とグローバル化という2つの大きなうねりが生じている。代理母出産を禁止されている国のカップルが斡旋業者を通じて海外の容認国で代理母出産を依頼する、いわゆる生殖ツーリズムが世界的に広まっている。

家族法は、それぞれの国や地域の社会的、文化的および政治的な事情に大きく影響される法分野であるが、代理母出産の許否および代理母出産に基づく親子関係の確定に関わる法制度もまた様々である¹⁾。このような代理母出産の法制度における地域的多様性が原因で、近年国際社会において非常に深刻化している問題がある。それは、禁止国の依頼主が海外容認国での代理母出産によって儲けた子の出生届を提出したときに、公序違反等を事由に当該国の政府によってその受理を拒否されるという国際私法問題である。

本稿は、この問題に関わるスペイン最高裁2014年2月6日判決を取り上げ、わが国およびヨーロッパ人権裁判所の判例ならびに国際私法会議予備報告書と比較検討し、本判決の妥当性と今後の課題について論じるものである。

1. 事実の概要

スペイン人男性の同性婚カップルX(上告人)は、2008年10月24日に代理母出産で誕生した本件子の出生届を、在ロサンゼルス・スペイン領事館に提出した(出生届にはカリフォルニア州当局発行の出生証明書が添付された)。しかし、領事館は代理母出産を禁止する『人工生殖補助医療技術に関する法律²⁾』第10条に基づき当該出生届を不受理とした。

Xは、スペイン国の登記・公証人業総局(Dirección General de los Registros y del Notariado, 以下DGRNと記す)に対し異議申し立てを行い、不受理の取消を請求した。2009年2月18日、DGRNはXの請求を認め、DGRNにおいてXを本件子の実親とする出生届を受理する旨の裁定を下した。DGRNは、この裁定が公の秩序(スペイン民事訴訟法281条2項)を害するものでなく、実子を欲する同性間カップルに対する性差別を回避

し、なおかつ子どもの最善の利益を保障するものと判断した。

この DGRN の裁定に対し、スペイン法務省は異議を申し立て、バレンシア地方裁判所に提訴した。同省の主張によれば、上記『法律』第 10 条の規定に遵い、代理母出産契約は無効であり、代理母出産で出生した本件子どもとの実親子関係は分娩により確定することとなる。さらに、DGRN の裁定は国際公序に背反するものであり、本件出生届の受理は不当であると論じた。

バレンシア地方裁判所は、法務省の訴えを認め、本件出生届受理の取消を命ずる判決を下した。X は一審判決を不服として控訴したが、バレンシア高等裁判所は控訴を棄却した。そこで X は、スペイン憲法第 14 条「法の前の平等の原則」違反、ならびに『子どもの権利条約³⁾』における「子どものアイデンティティー」および「子どもの最善の利益」に対する侵害を事由に上告した。X の主張内容は以下の 3 点である。

- ① カリフォルニア州当局の公認した実親子関係は、スペインの国際公序に反しない。スペイン国内において代理母出産契約自体は効力を有さないが、本件のように代理母出産に基づく親子関係を確認した外国判決がスペイン政府によって承認を拒絶される理由はない。
- ② スペイン国籍の男性カップルがカリフォルニア州で儲けた本件子どもを実子と認められず、出生届を不受理とされたことは、法の前の平等の原則に違反するとともに、性的差別にも該当する。
- ③ 本件子どもから X との親子関係を剥奪することは、本件子どもの法的地位の安定を阻害し、子どもの最善の利益を侵害するものである。本件子どもを出産した女性は、ただ代理母出産契約上の義務を履行したに過ぎず、親になる意思を表明した X こそが本件子どもにとって最善の実親である。そして、子どもの唯一のアイデンティティー権は国境を越えて尊重されなければならない。

最高裁で審理された結果、上告は棄却され、X の敗訴が確定した（賛成 4 人、反対 3 人）。以下、第 2 章および第 3 章において、おのおの法廷意見

と反対意見の要旨を掲載する。

2. 法廷意見

(1) 外国裁判所の確定判決と公の秩序について

本件は、上述したとおり、スペイン政府が代理母出産で誕生した本件子につき外国裁判所の確定した親子関係を承認して出生届を受理すべきか否かが主な争点となった。スペイン戸籍規則(Reglamento del Registro Civil)は、第81条において、外国政府により発行された公文書は条約および国際慣習法に照らしスペイン国内において効力を生ずるものと規定する。さらに第85条において、当該公文書において証明される事実内容は、スペイン法に則り合法性が保障されなければならないと規定する。したがって、外国判決に関するスペイン政府の承認手続きはXの主張するような形式的側面にのみ限定されるのではなく、事実内容の検証にも及ぶ。

たしかに、現代は人や企業が国と国との間を自由に行き来し、国によって異なる法制度の間で、どの国の法に服すか選択することが可能である。だが、その選択可能性は一定の制約を受ける。即ち、スペイン国憲法および同国の批准する国際人権条約によって個人の権利と自由を保障するとともに、公序良俗を尊重した上ではじめて成立するものである。

スペイン憲法においては、家族関係の根拠、殊に親子関係を規定する条項として、個人の尊重(10条1項)、生存権(15条)、家族のプライバシー権(18条1項)、婚姻の権利(32条)、公権力による家族、母および子どもの保護(39条)が挙げられるが、これらの権利はみな公の秩序を尊重した上で成り立つものとされる。公の秩序を尊重する義務は、スペイン国民が自国と異なる外国の法制度を選択する可能性に対して課され得る制約、つまり、外国判決の承認手続における制約となる。

スペインおよびその他多くのヨーロッパ諸国において代理母出産は、産婦の尊厳を傷つけ、出産行為を商業化し、産婦と子どもをモノ扱いにし、貧困状況にある若年女性を経済的に搾取し、そして富裕層だけが享受し得る一種の市民権を生み出す虞があるとして禁止されている。

代理母出産のグローバル化と親子関係の確定に関する国際私法問題

Xは、スペインに国籍および生活の本拠を有しており、カリフォルニア州には自国で禁止されている代理母出産契約を結び、同契約に基づき出生した本件子の引渡を受ける目的だけで渡米したに過ぎない。つまり、同州裁判所によって確定された本件親子関係は人工的に作出されたもので、代理母出産を禁止しているスペイン法を意図的に回避したことによるものである。

Xは代理母出産契約がスペインの公序に反していることを認識している。本件子出生の届出は代理母出産からもたらされた結果であり、公の秩序と無関係であるとすることはできない。したがって、代理母出産と戸籍登録とは無関係であるとするXの主張は認容することができない。

(2) 性的差別について

Xは、女性間カップルが生殖補助医療を利用してパートナーの一方が出産した場合、戸籍上パートナーの他方を一方の配偶者とした親子関係が認められているにもかかわらず、男性間カップルにおいて同等の権利が認められないことは性的差別に当たると主張する。

しかし、本件出生届が不受理とされた理由は、決してXが男性であるからではなく、Xがカリフォルニア州で交わした代理母出産契約による。仮に代理母出産の依頼主が女性間カップル、異性間カップル、または独身の男性や女性であったとしても結論は同じである。したがって、原審判決をして性的差別とするXの主張は認容することができない。

(3) 子どもの最善の利益について

国連『子どもの権利に関する条約』第3条は、「公的もしくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局または立法機関の如何を問わず、子どもに関する措置を講ずるに当たっては、常に子どもの最善の利益を最優先に考慮するものとする」と規定する。また、『ヨーロッパ連合基本権憲章』第24条2項は、「子どもに関する全ての行動は、それが公的な当局によろうが私的な機関によろうが、子どもの最善の利益が最優先に考慮されるものとする」と規定しており、スペイン憲法第39条、およびスペイン民法典・民事

訴訟法修正『子どもの法的保護に関する1996年1月15日法律第1号』とも一致する。

「子どもの最善の利益」という法概念は、まだ一般社会に定着しておらず、大いに議論の余地がある。個々の事案によって様々な意見や批判があり、社会全体として一致した見解をみていない。そのため、立法者自身が法解釈の範囲を拡張されることを見込んだ上で導入された条項である。したがって、「子どもの最善の利益」については、個別の事案における諸事情に鑑みて検討されなければならない。

Xは、子どもの最善の利益を満足させる唯一の方法は、カリフォルニア州法の公認する代理母出産で出生した本件子とXとの実親子関係がスペイン政府によって認められた上で、Xが実親として当該子を養育することだけに存すると主張した。そして、分娩した女性には本件子の母親になる意思がなく、契約当初から双方の合意の上で親になる意思を表明していたXこそが最善の親であると強く訴えた。

さらにXは、DGRNの裁定においては認められた子どもの最善の利益に関する見解を確認するよう請求した。DGRNは、Xが親となる合意をした上で本件子の養育に従事している事実を踏まえ、子どもの福祉に要する保護と養育を保障するに足る環境が成立しているとの見解を示している。

これらのXの主張を認容するならば、分娩者を子の実母とする法規定に基づき代理母出産で出生した子と依頼主との実親子関係を否認することは、結果としてスペイン政府が子どもの最善の利益を侵害することにつながる。

だが、「子どもの最善の利益」を理由に親子関係を認定するならば、経済的に恵まれた先進国の国民にとって有利となる。つまり、貧困国で家庭の崩壊した子ども達や生活環境に問題を抱えている子ども達が先進国の富裕層の元に引き取られ、経済的に恵まれた環境で育てられたほうが「子どもの最善の利益」になるというならば、子どもの受入方法の如何を問わず、親子関係の認定を正当化してよいこととなる。その他にも「子どもの最善の利益」の原則を無差別に引用することによって、国内法および国際法に則り慮れるべき法益が侵害される虞もある。

同条約の一般条項においては、子どもの最善の利益が最優先に考慮されるものと規定されているが、この原則は無制限に適用可能であるわけではない。子どもの最善の利益を具体的に検討するに当たっては、個人的な視点のみに依拠してはならず、国内法および国際法の諸原則に内在する社会通念も考慮に入れなければならない。

子どもの最善の利益を最優先に考慮する原則は、あくまでも法律の解釈および適用、ならびに法律の欠缺の補充において採用されるものであり、法律の明文規定に反するものであってはならない。さもなくば、スペイン憲法 117 条 1 項に定める「法の支配に服する原則」に対する違反となる。法律を改正するならば、社会全体でしっかりと議論した上で主権の受託機関たる国会が立法すべきであり、裁判官にはこれを補完する権限も義務もない。

『子どもの権利に関する条約』第 3 条は、子どもの最善の利益が主として考慮されるものとして、裁判所その他公的当局および私的機関に対し、子どもの最善の利益に必要な措置をとるよう求めている。しかし、本件において考慮すべき法益は、子どもの最善の利益のほかにも、産婦の尊厳に対する尊重、貧困状況にある若年女性に対する経済的搾取の阻止、出産商業化の防止などが挙げられる。これらはいずれも、子どもの最善の利益と並んで、スペイン憲法、ならびに人権および子ども・家族関係に関する国際条約（国際養子縁組に関する子の保護及び協力に関する条約等）によって保護されるべき法益である。

たしかにカリフォルニア州裁判所によって確定された親子関係をスペイン政府が認めなければ、本件子の法的地位が不安定に陥る可能性がある。しかし、法律に違反するような親子関係の承認もまた、子どもの利益に反する。また、代理母出産の商業化によって子どもが商取引の対象となり、子どもの尊厳が侵害される虞があることも忘れてはならない。

X は、子どもの唯一のアイデンティティー権は国境を越えて尊重されなければならないと主張するが、その主張の基礎となる判例においては当該子が 2 つの異なる国（両親間の国籍が異なるケースや、居住国と国籍国が異なるケース）のいずれとも実質的な関係を有する。だが X は、自国にお

いて禁止されている代理母出産契約を締結し、親子関係の認定を得る目的でのみ渡米したという経緯から、本件子とアメリカとの実質的な関係は存在しないものと判断される。したがって、子どものアイデンティティー権が侵害される虞はない。

くわえて、引用された判例⁴⁾においては、たしかに子どものアイデンティティー権について争われたものの、その争点となった保護法益は氏の不変性ないし安定性であり、本件に比べて重要度が低いことは明らかである。

本件子の親子関係の否定は、ヨーロッパ人権条約第8条(私生活および家庭生活の尊重に関する権利)の侵害にも当たらない。「Wagner 他対ルクセンブルグ」事件判決⁵⁾では、政府による家庭生活への実質的な介入を認定するには、次に掲げる2つの要件を同時に満たす必要があるとされている。

- ① 法律上定められている介入であること：その法律においては、外国当局の決定を承認するに当たり、国際公序を尊重することが求められる。
- ② 民主主義社会において必要な介入であること：子どもの固有の利益は法によって保護されるものと認識されているが、産婦の尊厳の尊重、貧困状況にある若年女性に対する経済的搾取の阻止、ならびに代理母出産および親子関係の商業化の禁止もまた、憲法上重要な保護法益である。

子どもの最善の利益に関する最後の問題は、親子関係が否認された後の本件子の保護に関わる。Xは、本件子との親子関係が否認されることにより、本件子が孤児院に預けられるか、またはアメリカに送還されることとなると主張するが、その主張は信憑性を欠き、全く根拠がない。最高裁の判決が本件子にとって不都合な事態をもたらす可能性は否定し得ないものの、本件子の保護を、代理母出産契約の結果を無批判に受け容れるための事由とすることはできない。本件子の保護は、スペインにおいて適用可能

な法律および条約の規定、ならびにその規定を解釈・適用した判例に基づき、本件子の現状に照らして実現されるべきである。前掲の『法律』第10条3項は、生物学上の父親に関する父子関係の確認を申し立てることを認めている。また、本件子を養子とすることによって法律上親子関係を形成することも可能である。したがって、本件子の保護問題に関するXの主張は認容することができない。

3. 反対意見

法廷意見に対して付記された反対意見は、主に次の4点である。

(1) 外国判決の承認について

スペイン国内において締結された代理母出産契約は、有償であれ無償であれ効力を生じないが、代理母出産が合法化されている国において交わされた契約の効果とは区別されるべきである。スペイン当局は、本件契約の合法性について判断するのではなく、外国当局の決定が当該国の法律に基づき効力を有するか否かを審査し、そして子どもの最善の利益に照らして公の秩序に反する場合に限り、当該決定を否認すべきである。即ち、本件における公序違反については、国内法上の違法性からではなく、子どもの最善の利益を保護するに相応しいかどうかという視座から判断すべきである。

(2) 本件子の保護について

法廷意見において、代理母出産契約は代理母および出生児の尊厳を侵害し、出産を商業化し、産婦と子どもをモノ扱いにし、そして貧困状況にある若年女性を経済的に搾取するものとして批判的に論じられたが、その主張を一般化することはできない。また、ハーグ国際私法会議において法分野での協力関係を結んでいる国々（アメリカを含む）の法規と調和する見解でもない。

代理母出産契約は、生殖権の表明であり、とりわけ本件のように遺伝学的に実子をもち得ない人達にとって重要である。

本件代理母の承諾は司法当局の面前で、本人の自由意思に基づき、その結果を認識した上で行われており、自己の意思に反して搾取やモノ扱いをされたとは言い難く、子どもを欲していた家族のもとに生まれた本件子の利益にも決して害することはない。子どもに家族が与えられるのであって、家族に子どもが与えられるのではない。そして、子どもを保護し、子どもに法的安全性を担保するための法的枠組みを提供することは国の責務である。

(3) 国際公序の侵害について

国際社会において代理母出産に関する制度は柔軟性をもって整備される方向にある。DGRNの公布した2010年10月5日局令においても、代理母出産を容認する国において代理母出産によって生まれた子については、その両親の一方がスペイン人であるならば、当該子の戸籍登録が容認されている。

国際公序は、代理母出産に基づく親子関係を確定した外国判決がスペインにおいて否認される理由の一つとされたが、現在は緩和されている。たしかに本件出生届の提出時にはまだ緩和されていなかったとはいえ、本件子の親子関係の認定においてもその効果を考慮に入れる余地はあった。

ハーグ国際私法会議予備報告書によれば、代理母出産を拒絶するのではなく、むしろこの問題に関する国際的合意を形成し、代理母出産件数の増加している実状に応じた国際条約の制定に努めるべきと記されている。

国際公序の侵害については、事案ごとに検証されるべきである。スペインの裁判所がなすべき責務は、外国当局の決定によりスペインにおいて生ずる効果が憲法の原則に反するか否かを判断することである。たしかに代理母出産契約は無効とされるものの、一旦作出された親子関係を取り消すことを規定していない法律に基づき本件について判断を下すべきでない。

さらに、法廷意見では次の4つの問題についてどれも具体的に論じられていない。

- ① 自由意思に基づき代理母出産を依頼したXの尊厳、およびカリフォ

代理母出産のグローバル化と親子関係の確定に関する国際私法問題

ルニア州家族法第 7630 条の規定する手続に則り親子関係の決定に関して同意した上で受託した代理母の尊厳がどう侵害されたか。

- ② 家族を与えられた本件子の尊厳がどう侵害されたか。
- ③ 不適切な経済的利益が存在するか、または仲介者の関与した可能性があるか。
- ④ X の異議申し立てを受理した DGRN が裁定において、『子どもの権利条約』第 3 条に遵い、子どもの最善の利益が尊重され、産婦と子どもの関係が絶対的に切り離され、なおかつ以後産婦が親権を保持しないことが、子どもの唯一にして、あらゆる国で有効な親子関係をもつ権利を保障するものとして判断したことについて。

(4) 子どもの最善の利益について

本件子は、本判決によって法的に不安定な状況に置かれることとなる。しかし、本判決はその解決を回避し、法務省に対し、本件子と家族との事実上の家族関係を考慮に入れた上、本件子の正確な親子関係を確定し、本件子を保護するための方策を能う限り講じるよう要請するにとどまっている。だが、子どもは自己の利益を防禦する能力を欠くため、子どもの人権は他の権利に優先して保護されるべきである。

子どもの最善の利益は最上位に位置づけられる権利であり、法律に基づき公序の保護が求められるとしても、子どもの最善の利益に反してはならない。親子関係において差別されない権利は公序を前提とするが、親子関係の原因に違法性があるからといって、公的当局によろうが私的機関によろうが、いかなる差別的扱いも正当化されない。

したがって本判決は、子どもにとって最も有益となる解決を提示するに至っていない。外国法に則り適法な契約行為をした家族において本件子が存在するという事実の成立を前に、公序違反として国内法を適用するならば、本件子は保護者不在の状況に置かれる虞があり、結果として本件子の最善の利益を侵害することとなる。

4. わが国の最高裁判例

わが国には代理母出産を容認する法律も禁止する法律も存在せず、日本産科婦人科学会等が自主規制を行っているにとどまる⁶⁾。海外容認国で代理母から出生した子については、判例により依頼主でなく代理母の実子とされる。一般には特別養子縁組制度が利用されている。わが国の判例(平成19年3月23日最高裁決定)は、スペインのケースと類似しているので、ここで参照しておきたい。

最高裁第2小法廷(古田佑紀裁判長)は、日本人依頼主夫妻がアメリカ・ネバダ州での代理母出産によって誕生した双子の出生届を受理するよう東京都品川区に請求した家事審判について、受理を命じた東京高裁決定を破棄した。この最高裁判決は「現行民法の解釈としては、女性が出産していなければ卵子を提供した場合でも法的な母子関係は認められない」との判断を初めて示したものである。

原審の高裁決定においては、下記の理由より当該出生届の受理が公序良俗(涉外性を考慮してもなお譲ることのできない我が国の基本的価値、秩序)に反しないと判示していた。

- ① 外国の裁判所がした親子関係確定の裁判については、厳格な要件を踏まえた上で受け入れる余地がある。
- ② 代理母出産を依頼した夫婦と当該子とは血縁関係を有する。
- ③ 自ら懐胎により子を得ることが不可能となったため、自分達の遺伝子を受け継ぐ子を得るためには、代理母出産以外に方法がなかった。
- ④ 受託女性が代理母出産を申し出たのは、ボランティア精神に基づくものであり、その動機・目的において不当な要素をうかがうことができない。その手数料は、受託女性によって提供された働きおよびこれに関する経費に対する最低限の支払であり、子の対価ではない。受託女性の生命および身体の安全が最優先とされる。受託女性が中絶する権利および中絶しない権利を有し、これに反するいかなる約束も強制力もない。受託女性の尊厳を侵害する要素を見い出せ

ない。

- ⑤ 受託者夫婦は当該子の養育を望んでない一方、依頼者夫婦は当該子を出生直後から養育し、今後も実子として養育することを強く望んでいる。当該子にとって、依頼者夫婦を法律的な親と認めることがその福祉を害する虞はなく、むしろ、依頼者夫婦に養育されることが最もその福祉に適う。
- ⑥ 「子の福祉の優先」、「人を専ら生殖の手段として扱うことの禁止」、「安全性」、「優性思想の排除」、「商業主義の排除」、「人間の尊厳」の6原則（厚生科学審議会生殖補助医療部会）に反しない。
- ⑦ わが国において代理母出産を否定するだけの社会通念がすでに確立されているとまではいえない。
- ⑧ 当該子が依頼者夫婦と血縁上の親子関係にあるとの事実があり、なおかつ受託者夫妻も当該子を依頼者夫婦の子として確定することを望んでおり、関係者の間に当該子の親子関係について争いが無い。
- ⑨ 身分関係に関する外国の裁判について、準拠法上の要件を満たす必要はない。民事訴訟法 118 条に定める要件が満たされていれば、これを承認するものとされている。この考え方は、国際的な裁判秩序の安定に寄与する。

その一方、最高裁は、民法が実親子関係を認めていない者の間にその成立を認める外国裁判所の決定は、わが国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相容れないものであり、民訴法 118 条 3 号にいう公の秩序に反するものと判示した。その理由は、以下のとおりである。

- ① 実親子関係は、身分関係の中でも最も基本的なものであり、様々な社会生活上の関係における基礎となり、どのような者の間に実親子関係の成立を認めるかは、その国における身分法秩序の根幹をなす基本原則ないし基本理念に関わる。
- ② 実親子関係を定める基準は一義的に決せられるべきものである。出産と同時に出生した子と、子を出産した女性との間に母子関係を早

期にかつ一義的に確定させることが子の福祉に適う⁷⁾。

したがって、現行民法の解釈としては、出生した子を懐胎・出産した女性をその子の母と解すほかになく、その子を懐胎・出産していない女性との間には、たとえその女性が卵子を提供した場合であっても、母子関係の成立を認めることはできない、と判示した。なお法廷意見は、代理母出産が公知の事実になっているという状況を踏まえ、医療法制、親子法制の両面にわたる検討が必要であると唱え、立法による速やかな対応を強く要望した。

以上の法廷意見にくわえて、津野、古田両裁判官による補足意見がある。それによると、代理母出産契約が有効と認められるには明確な要件を定める必要があり、実親子関係の有無の判断が、個別の事案ごとにされる代理母出産契約の有効性についての判断に左右されることとなれば、実親子関係を不安定にすることになる。また、(代理母出産によらなければ自己の卵子による遺伝的なつながりのある子を持つことができないという特別の事情については十分理解でき、また、生まれてきた子の福祉は極めて重要であり、十分考慮されなければならないと前置きをしたうえで)代理母出産に伴って生じ得る様々な問題について何ら法制度が整備されていない状況の下では、子を懐胎・出産した女性を母とする原則を変更して、卵子を提供した女性を母とすることには躊躇を感じざるを得ないと述べている。そして、依頼者夫婦が当該子を自らの子として養育したいという希望を尊重し、かつ、受託者夫婦において親として自ら養育する意思がなく、依頼者夫婦を親とすることに同意する旨を外国裁判所に対し明確に表明しているなどの事情を考慮するならば、特別養子縁組を成立させる余地が十分にあるとの考えを示した。

さらに今井裁判官も補足意見としてこう述べている。民法に規定が設けられていないからといって、直ちにこれを否定することは相当でなく、問題となった法律関係の内容に照らし、現行法の解釈として認められるものについては、身分関係を認めることは裁判所のなすべき責務であるとしたうえで、本件のような場合に実親子関係を法的に認めることが日本国の身

分法秩序等にどのような影響を及ぼすかについて考察しなければならず、現段階においては、医学界においてもその実施の当否について否定的な意見の多い代理母出産を結果的に追認することになるほか、関係者間に未解決の法律問題を残すことにもなる。

このように、東京高裁と最高裁は当該外国判決の承認を巡って結論が分かれた。前者は、子どもの福祉を重視し、当該外国判決を承認しても日本の公序に反しないとして法的母子関係を認めた。後者は、当該外国判決を承認することは日本の公序に反するとして、法的な親子関係を認めなかった。だが、後者には学説より批判がある。国際私法における公序違反性については、「承認結果の異常性」と「内国牽連性」との衡量に基づいて判断すべきである。本ケースでは、依頼者夫婦が日本で養育していることから内国牽連性は高く、そして遺伝学上実親子であるため、仮に外国判決が承認されていたとしても、結果の異常性は低いといえる。清末定子氏は、子の福祉を優先し、当該外国判決を承認したとしても、国際私法上の公序良俗に反することはない、と論じている（清末、2012、p. 8）。

5. ヨーロッパ人権裁判所 2014年6月26日判決の影響

つづいて、ヨーロッパ人権裁判所 2014年6月26日判決⁹⁾を参照する。ヨーロッパ人権裁判所は、「Mennesson 対フランス」と「Labassee 対フランス」の両訴訟において、本件と同様に代理母出産に基づき親子関係を承認したアメリカ判決の承認を拒否したフランス政府に対し、ヨーロッパ人権条約第8条（私生活および家庭生活の尊重に関する権利）違反があったと判定した。同条の適用を可能と判断した理由として、次の2点が挙げられた。

- ① 当該子の出生以来、原告夫婦が当該子を養育し続け、もはや当該子をその家庭から切り離すことができない。
- ② 個人のアイデンティティー権は私生活にとって必要不可欠な部分を構成するとともに、当該子の私生活が親子関係の法的な決定と直接

連関する。

そのうえでヨーロッパ人権裁判所は、フランス政府による当該子の私生活に対する干渉の正当性につき、「民主主義社会において必要な干渉であるか」、そして「私生活に干渉する政府の利益と干渉される個人の利益との間の均衡が基本的人権に照らして公平に保たれているか」という2つの基準に従い審査を行った。

前者の基準については、代理母出産が倫理的に至極難解な問題であり、ヨーロッパ内でもこの問題に関して意見の一致をみていないことなどから、フランス政府の対応が民主主義社会において必要な政府干渉であったとは判定しなかった。

さらに後者の基準についても、個人のアイデンティティーにとって最も重要である親子関係においては政府干渉の適用範囲を狭く解すべきであり、殊に子どもの最善の利益を最優先に保護すべきとの理由から、当該子の私生活に対し許容範囲を超える政府干渉があったと判断した。

このヨーロッパ人権裁判所判決をうけてスペイン法務省のファン・ブラーボ次官は、「子どもの権利が公の秩序よりも尊重されるというストラスブールの見解に合わせ、法改正に着手しなければならない」との声明を発表した(El País紙2014年7月3日付け記事⁹⁾)。本判例は今後スペインの立法に相当の影響を与えることが予想される。

6. 国際的枠組みの構築に向けて：ハーグ国際私法会議予備報告書

2014年4月、ハーグ国際私法会議(Hague Conference on International Private Law, 以下「ハーグ会議」と称す)は、予備報告書『THE DESIRABILITY AND FEASIBILITY OF FURTHER WORK ON THE PARENTAGE / SURROGACY PROJECT¹⁰⁾』(親子関係・代理母出産に関する今後の研究の望ましさと実現可能性)を公表した。越境する代理母出産問題を前に、子どもの人権保護、とりわけ親子関係の確定に関する国際的な取極めが求められている最中、ハーグ会議は2011年からその枠組みの構築に向けて研究調査に取り組んでいる。同予備報告書は、加盟国、法律

専門家、医療従事者および代理母出産斡旋業者に対して実施された質問票調査に関する中間報告であり、今後の本格的議論のたたき台として提示された。

外国で成立した親子関係に関する各国の対応は、外国裁判所の認証行為（出生証明または自発的承認）ないし判決を考慮するか否かで対照的である。外国裁判所の認証行為に関しては、国ごとに国際私法上のアプローチが異なり、外国判決を承認するアプローチもあれば、準拠法に基づき改めて親子関係を審査し直すアプローチもある。前者を採用する国が多数派であるが、管轄権および手続上の保障に関する間接規定を設ける場合が多い。そのような状況を踏まえ、同報告書は、各国間で異なる法制度を国際的に統一するよりも、「各国で異なる法体系の間を橋渡しする仕組み」を確立するほうが重要であり、なおかつ、多数派となっている承認アプローチは、代理母出産容認国において「信用に足る確定手続」が保障されていることに基づくべきであり、そのための最低限の国際共通基準を定めることが必要不可欠である、と論じている。

結論

スペインでは2006年に施行された『人工生殖補助医療技術に関する法律』第10条によって、国内での代理母出産が有償・無償の別を問わず全面的に禁止されている¹¹⁾。その一方、本件のように、海外容認国に渡航して代理母出産を依頼するスペイン人カップルが増加しており、スペイン国立統計局によると、同法施行から一年後の2007年にはアメリカで年間約1千人の子が代理母出産によって誕生した¹²⁾。

ゲイカップルが海外容認国で代理母出産を依頼した場合、従来は養子縁組をするケースが多かったが、本件カップルは、親子関係を確定した外国判決に基づき出生届を提出したため、スペイン領事館により同条違反を事由に出産届を不受理とされた。一旦は登記・公証人業総局により出生届を受理する旨の裁決を勝ち取ったものの、これを不服とした法務省がバレンシア地方裁判所に提訴すると、同地方裁判所において公序違反等を事由に同局の裁決を取り消す命令が下された。そして、最高裁も原審を支持し、

本件カップルの上告を棄却した。

スペイン国内で代理母出産が法律で禁止されている以上、本件代理母出産契約を無効とし、外国判決の承認を拒否した最高裁の判決は、現行法の下においては穏当な判断であるように思われる。しかし、当該判決がわずか1票差で下されたこと自体、様々な人権項目が対立する本件が現状では極めて難解な問題であることを物語っている。

とはいえ、子どもは代理出産契約に関して一切の責を負わないのは勿論のこと、自己の権利を自らの手で守ることができないのだから、子どもの最善の利益は、たとえ一般社会にまだ十分定着していない法概念であるとしても、最優先に配慮されるべきである。最高裁判廷の反対意見においても指摘されたように、本件子の法的地位を未確定な状態にした本判決は、子どもの福祉の保護に関して消極的かつ無責任であったと非難されても仕方がない。

また、前掲ヨーロッパ人権裁判所2014年6月26日判決にみるように、本件子の親子関係につきカリフォルニア州裁判所の確定判決を承認しなかったスペイン政府の対応は、人権制約上やむを得ないとされる政府利益の範囲を逸脱していると思われる。けだし、子どもの福祉を保護する見地から、容認国において合法的に実施された代理母出産については、当該国裁判所による実親子関係の確認判決をもって、本件子の法的な親子関係を速やかに確定すべきであった。

その後もスペイン社会では本判決の是非について激しく議論が交わされているが、子どもの権利保護を重視する立場から、海外での代理母出産により出生した子の戸籍登録に関して法改正の動きがみられる。El País紙(2014年7月3日付け記事¹³⁾)によれば、本件判決後、数十組の同性間カップルが代理母出産児の出生届を受理されず、その法的地位が未確定の状態になった。このような事態をうけてスペイン政府は、2014年6月13日、従来通り国内での代理母出産を禁止しつつも、海外容認国での代理母出産によって出生した子の出生届については受理する方針を決定した。この政府決定は、締約国の立法・行政に対して子どもの福祉の保護に必要な措置をとるように求める『子どもの権利に関する条約』第3条に適合する措置と

して評価することができる。

グローバル化する代理母出産に対して一国内で法規制を設けたとしても根本的な問題解決には結びつかないことが周知の事実になった今、代理母出産に基づく親子関係の国際私法問題に関しては、子どもの最善の利益を最優先に保護することを念頭に置いた上、承認アプローチを軸とする国際共通基準を確立することが必要である。くわえて、かかる国際取極に実効性を与えるため、グローバル化する代理母出産の闇市場を取り締まるための国際協力体制を早急に構築すべきである。

本論の終わりに、『人工生殖補助医療技術に関する法律』第10条の改正の是非について管見を述べたい。同条第2項は、「代理母出産によって出生した子の親子関係は分娩によって確定されるものとする」(La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.)と規定している。代理母には、依頼主による出生児の引取拒否または引取不能が生じる虞がある以上、法律上の母親として子の養育に責任を負うかもしれないと覚悟することが求められ、また、かような自覚のない女性が代理母出産契約の当事者となるべきでもない。さらに代理母には、出産した子を依頼主に引き渡す義務がある一方、子を引き渡さない権利も同時に担保されなければならない。そして、債務不履行や不法行為などによって依頼主が子を引取るができなかった場合における子の保護についても考慮しておかなければならない。これらの理由から、分娩者を一義的に法律上の実母と確定する本法律には一定の合理性があると考えられる。

「母親」の定義は国や地域によって異なる。スペインほか代理母出産を禁止しているヨーロッパ諸国において共通している母親像は、「一組の男女が互いに、生涯にわたる愛と忠実を約し、相互に助け合いながら、子どもを出産し養育することを目的として、家庭共同体を築き発展させるための恵みを与える」というようなキリスト教的結婚観・家族観と大きく関わっている。つまり母親とは、「子を生み、育てる役割を担う者」である以上、養育者としての役割を放棄する代理母は、キリスト教に基づく伝統的家族観からは容認し難いこととなる。また、スペイン・カトリック教会司

教会議のファン・アントニオ・マルティネス・カミーノ議長が「ヒトを生産することは不正である。ヒトはモノのように生産されるでもなく、家畜のように繁殖するでもないから¹⁴⁾」と語っているように、伝統的なカトリックの教義に反する代理母出産に対しては否定的な見方がまだ根深くあることも確かである。

然は然り乍ら、スペインでは憲法の政教分離原則に基づき、キリスト教において禁止されている同性婚が2005年に合法化されたことから分かるように、キリスト教に由来する伝統的倫理観は時代の変化とともに法秩序に与える影響力を失いつつある。したがって、代理母出産に関する法規制についても今後改正の可能性が全くないとは一概に言えない。

また、代理母出産賛成派からは、スペイン政府が外国判決を承認することにより、国内法を回避する脱法行為を実質的に看過することとなって本条が骨抜きにされると同時に、海外で代理母出産を依頼し得る富裕層のみがその恩恵を享受し、不公平ではないかといった批判があり、スペイン国内でも条件付きで¹⁵⁾代理母出産を合法化すべきと主張する声も上がっている。しかし、上記のように本条には一定の合理性が認められる上に、スペインにおける法律上の実母の判定基準を成文化した本法律が施行されてからまだわずか10年程しか経ておらず、なおかつスペイン社会において代理母出産に関する認識と理解が十分に成熟しているとは言い難い状況から判断すると、本条を拙速に改正することは望ましくない。たとえ代理母出産を巡る国際環境の急速な変化に伴い、国内法を回避して海外で代理母出産契約をするスペイン人が今後増えていったとしても、本条には代理母出産に対するスペイン国の姿勢を国内外に知らしむる上で相当の存在意義があると考えられる。

注

- 1) 代理母出産容認国のなかには、アメリカの一部の州(カリフォルニア、ネバダ等)のように、裁判所の確定判決をもって出生児を依頼主の実子とする法制度がある。イギリス、オーストラリア・ビクトリア州等では、出生後に代理母の実子から依頼主の実子への変更を認める。その一方、法律によって代理母出産を禁止する国(スペイン、フランスほかヨーロッパ諸国)では、その法律に実

代理母出産のグローバル化と親子関係の確定に関する国際私法問題

効性を与えるために出生児を依頼主の実子として認めない法設計が考えられる(西、2012年、p. 31)。

- 2) Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. 1970年代に生殖補助医療技術が出現し、技術の進歩とともに法規制の必要性が世界で訴えられ始めた80年代、スペインでは1988年に本法律が施行された。さらに近年、生殖補助医療の急速な進展とともに利用者が急激に増加したことを背景に、2006年に法改正が行われた(2006年5月26日施行)。本法律は、代理母出産を有償・無償の別を問わず禁止するほか、ヒトに関するクローン技術、試験管内胚生産、前胚の利用、等々の規制を目的とする。
- 3) Convention on the Rights of the Child. 1989年第44回国連総会において採択され、翌1990年に発効した。スペインは1990年12月6日に批准した。
- 4) García Avello 事件、ヨーロッパ司法裁判所 2003年10月2日判決。Grunkin-Paul 事件、ヨーロッパ司法裁判所 2008年10月14日判決。
- 5) ヨーロッパ人権裁判所 2007年6月28日判決。
- 6) 日本産科婦人科学会 http://www.jsog.or.jp/about_us/view/html/kaikoku/H15_4.html (アクセス日: 2014年8月27日)
- 7) 法廷意見において指摘されたとおり、わが国民法には母とその嫡出子との間の母子関係の成立について直接明記する規定はないが、懐胎し出産した女性が出生した子の母であって、母子関係は懐胎、出産という客観的な事実により当然に成立することを前提とした規定がある(日民772条1項)。民法において、出産という事実により当然に法的な母子関係を成立するものとしているのは、制定当時、懐胎し出産した女性は遺伝的にも例外なく出生した子とのつながりがあるという事情があり、そのうえで出産という客観的かつ外形上明らかな事実を捉えて母子関係の成立を認めることにしたためである。
- 8) European Court of Human Rights <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/003-4804617-5854908> (アクセス日: 2014年8月27日)
- 9) http://politica.elpais.com/politica/2014/07/03/actualidad/1404415792_455988.html (アクセス日: 2014年8月27日)
- 10) Preliminary Document No 3 B of April 2014 for the attention of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference
- 11) 同法に違反した場合、行政罰を受ける。さらに行政当局の判断により犯罪性または重過失があると判断された場合は送検され、刑事罰を科されることもある(第24~28条)。
- 12) 代理母出産を支援する家族の会「Son nuestros hijos」(<http://sonnuestroshijos.blogspot.jp/>)
- 13) http://politica.elpais.com/politica/2014/07/03/actualidad/1404415792_455988.html (アクセス日: 2014年8月27日)

- 14) La Vanguardia 紙 2013年4月28日付け記事 <http://www.lavanguardia.com/vida/20130428/54371576708/proliferan-empresas-vientre-alquiler-espana.html#ixzz3BTLfGV4Y> (アクセス日: 2014年8月27日)
- 15) 無償契約であること、依頼女性が先天的に妊娠・出産をすることができなかつたり子宮摘出手術を受けたりしたこと、代理母の年齢・出産経験・代理出産回数に関する制約などがあげられる。(Lamm, 2012, p. 12-17)

参考文献

- 清末定子 (2012) 「代理出産における母子関係: 分娩主義の限界」『北大法政ジャーナル』18号、(1-24頁) 北海道大学
- 佐藤やよい (2012) 「日本学術会議における検討——審議経緯と報告書の立場をめぐって——」『生殖補助医療と法』(235-266頁) 財団法人日本学術協力財団
- 徐瑞静 (2013) 「アメリカ法における代理出産《国際家族法研究会報告(第40回)》」『東洋法学』56巻3号、(191-200頁) 東洋大学法学会
- 西希代子 (2012) 「日本学術会議における検討——審議経緯と報告書の立場をめぐって——」財団法人日本学術協力財団編・前掲書(11-43頁)
- 水野紀子 (2012) 「生殖補助医療規制と民法の親子関係」財団法人日本学術協力財団編・前掲書(193-209頁)
- Lamm, Eleonora. (2012). "Gestión por sustitución. *Realidad y Derecho*" *Revista para el Análisis del Derecho*, URL: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf. (アクセス日: 2014年8月27日)
- Rubio Sanchis, María José. (2012). *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*. Trabajo fin de Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género. La Universidad de Salamanca.