

外国でなされた代理出産とフランスにおける法律上の母との 親子関係

——破毀院全体部二〇一九年一〇月四日判決を契機として——

力 丸 祥 子

はじめに

第一章 破毀院全体部二〇一九年一〇月四日判決と同判決までの経過

第二章 外国における代理出産とその親子関係をめぐる破毀院の判断の変遷

第三章 裁判の経過と様々な法律問題

結びにかえて——我が国に対する示唆

はじめに

二〇一九年一〇月四日、フランスの破毀院全体部は、外国でなされた代理出産とその母となることを求める者との

外国でなされた代理出産とフランスにおける法律上の母との親子関係（力丸）

親子関係に関して、新たな判決を下すに至った。この事案に対する破毀院の判断は、本論で見ると、事案の特殊性もあるものの、我が国において、外国での代理出産により生まれた子を嫡出子として届けることの可否に関し判断した最高裁判成一九九年の事案と共通する論点も存する。したがって、このフランスの判決の内容、及び同判決に至るまでのフランスの判例の変遷を考察することにより、フランスにおける新たな判例の展開を理解することができる。同時に、我が国においても、今後同様の事案が生じた場合に大いに参考となるものと思われる。

それゆえ、本稿においては、フランス破毀院において二〇一九年一〇月四日に下された判決について、まず事案と判示事項とを明らかにした上で、同判決までの経過をみる(第一章)。次いで、外国における代理出産とその親子関係をめぐる破毀院の判断の変遷を明らかにする(第二章)。その後、この事案については事件の経過が複雑であるために、その裁判の経過と、その過程で生じた様々な法律上の問題、新たな法律上の制度についての検討をなす(第三章)。そして最後に、結びにかえて、フランスの今回の判決が我が国に与える影響につき、若干の示唆を述べることとする。

第一章 破毀院全体部二〇一九年一〇月四日判決と同判決までの経過

まず、破毀院全体部二〇一九年一〇月四日判決の事案およびその判示事項を明らかにする。

一. 事実の概要

問題となった事案は、フランス人のカップル(メネソン氏夫妻)が、二〇〇〇年にアメリカ、カリフォルニア州で代

理出産を依頼し、夫の精子を提供したことに端を発する。カリフォルニア州においては、代理出産は州裁判所のコントロールのもとで合法とされていたため、二〇〇〇年七月一日、カリフォルニア州最高裁判所は、生まれてくる子の父親を生物学上の父親、その配偶者を法律上の母親とした。二〇〇〇年一月二十五日、代理母は双子を出産した。二〇〇〇年一月八日、ロサンジェルスにあるフランス領事館に戸籍を移すための請求がなされたが、領事館が代理出産による可能性があるとして同人の請求を拒絶したため、この問題は外国において生じた身分関係を処理するナン卜の大審裁判所に送られた。

二〇〇二年一月二十五日、子どもたちの出生がフランスの戸籍簿へ記載されたが、検察官が、二〇〇三年五月十六日にクレテイユ大審裁判所に対して、この届出の無効を求めて訴えたのが本件の始まりである。

この後、同事案は子が生まれてより一八年以上にわたって争われることとなるが、その詳細についてはのちに見ることとし、先に同事案に対する二〇一九年の破毀院判決の要旨を次に示す。

二. 判示内容

同判決においては、第一にカリフォルニア州最高裁判所の判決は代理出産を間接的に有効なものとしたという点で、フランスの国際公序の概念とは相容れないものだとし、子の出生が代理出産契約に基づいているという理由によりなされた控訴院の判断を批判する。

第二に、外国でなされた代理出産に関し、フランス国内で戸籍創設のための届出が必要となるが、精子を提供した父親は生まれてきた子と生物学上の親子関係がある。この父親の配偶者とこの子との親子関係については、養子制度

によるべきである。しかしながら本件においては、生まれてからすでに一八年以上が経過しているため、同制度を用いることができず、さらに、両親に関して、欧州人権条約第八条にいうところの私生活に対する侵害が行われていることより、早急に身分確定をすべきである。

以上のように判断し、破毀院全体部は二〇一九年一〇月四日、生物学上の父親を父親とするのみならず、子の父親の配偶者を直接母親とすることを認めたのである。

三、二〇一九年判決の評価

(1) 代理出産により生まれた子と母親になることを望む者との親子関係

今回破毀院が、直接子を懐胎、出産していない女性を母親として認めた点が最も特筆すべき点である。

この判決は、のちに詳しく見るが、破毀院や欧州人権裁判所に複数回係属しており、最終的判断が出るまでに子らが生まれてから一八年以上という長い時間が経過している。それゆえに、判決の中で述べられているように、養子制度、中でも完全養子制度が認められる通常の期間（満一五歳まで）を超過してしまっていた。さらに、この完全養子縁組については子の側から請求することはできず、親側からのみ可能である。したがって、親が子との親子関係創設に関し完全養子制度によることを求めていなかった以上、この制度を用いることもできなかった、といった事情が存したといわれている⁽¹⁾。

しかしこの親子の場合、満一五歳以前から「家族」として共同生活しているという状況にあるため、民法第三四五条の規定により、子が成人になってからも二年間は完全養子縁組の請求が可能であることを、評釈において指摘する⁽²⁾。

者もいる。⁽³⁾そして、このように事実上はなお完全養子縁組が可能であるにもかかわらず、本判決が法律上の母親の地位を認めたのは、このような方法によるならば、なお訴訟期間が延びることが予想されるからである、としている。⁽⁴⁾しかし第三四五条第二項の規定は、正確には、子が一五歳に達する前に養子縁組の法律上の要件を満たしていない者により養子縁組を受けた場合か、その年齢以前に単純養子縁組の対象となっていた場合をその適用の前提としている。本件において、一五歳に達する以前に実子として認められていなかったという事情だけで、単純養子縁組の対象となっていたという場合、に含め得るのか、多少疑問の余地も存するところであろう。

それゆえ疑いのないところで言えば、破毀院全体部の今回の判決は、欧州人権裁判所の諮問意見に最大限従い、⁽⁵⁾またこの事案の特殊性にも鑑みて、代理出産により母親となることを望む者に対し、その母親たることを直接認めたものと言える。⁽⁶⁾これにより、国内法において違法とされている代理出産の効果を認めたのと同様の効果をもたらしたことは事実である。⁽⁷⁾その判断を認めた上で、なお、以下の点について疑問を述べる者も存する。すなわち、代理出産により生まれたという事実だけでは、フランスの戸籍簿への記載を妨げるものではない、という破毀院の判示は、逆に言えば、どのような事情の場合には妨げとなるのか、という問題を生じさせるが、この点についてはその詳細が明らかでない、と指摘するのである。⁽⁸⁾

(2) 代理出産をめぐる国内公序と国際公序との関係

次いで、国内公序と国際公序との関係に関する点である。これについては、従来、両者は必ずしも一致するものではないとしていた。これまでの破毀院判決は身体の不処分性がフランスの国内公序であることを理由に、国内公序と

国際公序とを特に区別することなく、カリフォルニア州では合法だとしても代理出産はフランスにおいては認められない、という論法を取っていた。しかし、本判決においては国内公序と国際公序とを区別して判断が下された。すなわち、カリフォルニア州で代理出産を正当なものとした判断の効力自体は、この判決において認められている。この判決に先立ち、破毀院が欧州人権裁判所に意見の諮問をしており、実質上破毀院はその意見に拘束されることになるため、このような論理を取らなければならなかったとも言える。⁽⁹⁾ ただ見方を変えれば、この判決は、国内公序と国際公序とを分けた上で、欧州人権裁判所等というところの国際公序においては代理出産は違法であるとは限らないが、フランスの国内公序において代理出産は違法である、という点を改めて強調した、ということに意味があるとも言えるであろう。フランスにおいては以下に述べるように、現在女性同士のカップルまたは女性単独でも医療補助生殖 (procréation médicalement assistée: PMA) により子を持つことが可能となるよう、生命倫理法を改正しようとしているところであるが、その際においても代理出産については依然として違法という立場を貫いている。⁽¹⁰⁾

(3) 小括

以上見たように、この判決によって、国内公序と国際公序とを分けて考えた上で、フランスにおいては代理出産の効力を事実上認めるのと同等の効果をもたらす場合のあることが明らかにされた。⁽¹¹⁾

しかし、ここまでたどり着く道は平坦なものではなく、代理出産と親子関係をめぐる裁判所の判断については、今までいくつかの変遷があった。

次にその変遷の過程を詳しくみてみることにしよう。

第二章 外国における代理出産とその親子関係をめぐる破毀院の判断の変遷

代理出産をめぐる親子関係をめぐる破毀院の変遷は、大きく分けて三期に分けることができる。まず、二〇一五年七月三日判決以前（第一期）、二〇一五年七月三日判決から二〇一七年七月五日判決以前（第二期）、二〇一七年七月五日判決以降（第三期）の三つである。

一．第一期

破毀院は、先の事実の概要において引用した二〇〇八年二月一七日の判決において、公序に反し、フランス法の主要な原則にも反するとして、代理出産契約の効力を無効としている⁽¹²⁾。代理出産は一九九四年の生命倫理法において明確に違法とされているため、代理出産によって生まれた子との親子関係についても認められない、というのがこの時期の破毀院の立場であった⁽¹³⁾。

この論理は、二〇一四年まで破毀院において受け継がれる。二〇一九年一〇月四日の破毀院全体部判決が判決文中で引用していた、二〇一一年四月六日⁽¹⁴⁾、二〇一三年九月一日⁽¹⁵⁾、二〇一四年三月一九日⁽¹⁶⁾の判決がその例である。

(1) 破毀院第一民事部二〇一一年四月六日判決

二〇一一年四月六日の破毀院第一民事部の判決は三件の事案についてのものであるが、これら三つの事案はいずれも似通ったものである。フランス人のカップルがアメリカの二つの州の州法で認められている代理出産の契約を締結

した。子の身分証書は外国において適法に作成されたが、フランスの戸籍簿へ記載するために届け出た時に、検察官が、フランスにおける国際公序に反するとして、この届出について無効請求をした、というものである。

より詳しくいうならば、第一の事案は、カップルの配偶子による受精卵によって生まれた子に関するものであり、第二の事案⁽¹⁸⁾は、夫が子の遺債上の父親であり、その配偶者が法律上の母親というケースであつて、検察官がフランスへの戸籍の届出全体の無効を請求したものである。第三の事案⁽¹⁹⁾は、アメリカでの身分証書の、フランスへの届出が領事館により拒絶され、彼らがフランスへ戻った時に、夫婦がフランスへの戸籍の届出を請求したところ、後見判事から子が嫡出子の身分占有をしているということを示す公証人作成の証書を受け取ったというケースである。

これらの事案について、控訴院はそれぞれ、フランスの公序に反することを理由として、フランスへの届出を無効または拒絶したため、以下の二点を理由として、破毀申立がなされた。すなわち第一に、外国においては合法になされた代理出産により生まれた子の身分証書をフランスにおいては認めることはできないのかという点、仮にできないとすれば、子の最善の利益（児童権利条約三条一項）や家族としての生活に関する権利（欧州人権条約八条）につき国際的な合意の求めるところであつても、公序に反するとして排除することが認められるのか、という点である。第二は、母親は誰か、という点である。

これらの点について、破毀院は、二〇一〇年七月八日に下された判決⁽²⁰⁾によって判示されたところを繰り返した。すなわち、外国における判断がフランス法の主要原理に反するものであるときは、フランスにおける国際的公序に反する、としたのである。そして、実定法において、外国で合法であつても、フランスにおいては公序の点から無効とされる代理出産契約について親子関係を認めることは、フランス法の主要原理である、人の身分の処分不可性という原

則に反する、とした。また、人の身分の処分不可能性の原則から、フランスにおいては身分占有により親子関係の創設を認めることもできない、とした。

また、第二の点について、フランスにおいては、子の母親とは出産した者をいうこと、そして、いずれの事案においても子が母親・父親との関係を妨げられておらず、請求者と共に生活することも妨げられていないところからすれば、私生活および家族生活の尊重を求める欧州人権条約第八条や子どもの権利条約でいう子の最善の利益が第一に考慮されており、外国での判断がフランスにおける国際公序に反するものであったとしても、このような利益が排除されているわけではない、と判示した。

すなわち、代理出産はフランス法において違法であるから、それを前提とする親子関係の創設も認めることができない。ただ代理出産契約が、フランスの公序に反するものであったとしても、この効力が否定されることをもって、子の最善の利益を考慮しなくても良い、というわけではない、というのが破毀院の立場であった。

(2) 破毀院二〇一三年九月一三日判決および二〇一四年三月一九日判決

次いで、二〇一九年の破毀院判決中に例としてあげられていた二〇一三年九月一三日の事案も、父親がフランス人である場合において、外国での代理出産に基づくフランスへの戸籍簿への記載が問題となった二つのケースである。ただ前例と異なるのは、代理出産が行われたのがインドである、という点であった。そして破毀院は、これらのケースにおいても、父親がフランスにおいてあらかじめ父親として認知していたとしても、これをもって検察官の無効請求に対抗できない、とする。

続く二〇一四年三月一九日の事案も、インドで行われた代理出産に関し、フランスへの戸籍の届出が問題となった事案であり、代理出産がフランスにおいて違法であることから、フランスへの届出の効力が否定されたものであった。

(3) 第一期のまとめ

以上のように、フランスにおいて代理出産は違法であるから、外国でなされた代理出産により生まれた子の出生証明は、フランスの戸籍に移すことができないと判示するのが、二〇一四年まで一貫して出されていた破毀院の立場であった。そして、事実上脱法行為となるため、出生証明書に記載されている父母が、生物学上の父や出産した女性であつても、この結論に変わりはないとされた。

二. 第二期

第一期のように、全く効力を認めないという破毀院の立場は、二〇一五年に新たな展開を見せる。同年七月三日の二つの判決によれば⁽²¹⁾、事案のそれぞれにおいて、あるフランス人男性がロシアで代理出産を依頼し、生まれてくる子の父親であるとして、子を認知した。ロシアで作成された出生証明書には、この男性を父とし、出産した女性を母とする記載がなされていた。父親は、ロシアの出生証明書をもってフランスの戸籍に記載を求めたが、検察官は、この男性が代理出産により子をもうけたとして、これに異議を述べた⁽²²⁾。

外国で行われた代理出産と親子関係という問題に関しては、二〇一四年の時点ですでに欧州人権裁判所が、二〇一九年破毀院判決の対象となったメネソン事件⁽²³⁾、そして同様の事件であるラバセ事件⁽²⁴⁾の双方において、代理出産

を禁ずることは欧州人権条約に違反するものでないこと、子の出生が代理出産の結果であったという理由で、外国で作成された出生証明書をフランスの戸籍に移すのを拒絶するのは、家族の生活を尊重する法の立場と合致しないこと、を二〇一四年六月二六日に判示していた。また生物学上の父親に対する関係で、子との親子関係をフランスの戸籍に移すことを拒絶することは、条約の第八条によって保障されている子の私生活の侵害であるとした。

そこで、再度破毀院で問題となったのは、少なくとも両親の一方がフランス人である場合に、子が出生し、その出生証明書が外国において適法に作成された場合において、出生が代理出産契約によるものだという事実のみをもって、フランスの戸籍簿に記載することを拒絶するのが適切か、という点であった。

出生証明書に、父として認知した者、母として出産した女性が記載されている場合において、出生証明書の内容をフランス戸籍へ記載することに関する規定は、欧州人権条約第八条の趣旨に基づき解釈、適用されなければならない。ゆえに、出生が代理出産によるものだという理由のみをもって、フランスの戸籍に記載することを拒否した先の破毀院判決は、これを破毀するとされた。

以上のように、欧州人権裁判所の判断と相まって、二〇一五年の段階では、代理出産によるという事実のみをもって、フランスの戸籍簿への記載を認めないのは適切でない、という判断が破毀院によってなされるようになる。

そして、次の二〇一七年の判決によって、より積極的に、子と生物学上の親子関係がある場合には、その者との間では届出の効力を認めることとなるのである。

二〇一七年七月五日に出された、破毀院の四つの判決においても二つの法律問題が指摘されている。⁽²⁵⁾ その第一は、代理出産において、外国で作成された出生証明書の父母の欄に、生物学上の父親と代理出産を求めた女性の名が記載されていた場合において、夫婦が出生証明書の内容をフランスでの戸籍簿への記載を求めることができるか、という点である。第二は、生物学上の父親が子を認知したのちに男性と婚姻した場合に、代理出産契約により生まれた子であるという事実によって、父親の配偶者が単純養子縁組請求をすることが認められるか、という問題である。

これらの問題点のうち、生物学上の父親との親子関係については、フランスの戸籍簿に記載することが可能であるとされた。①フランス民法典第四七条においては、外国の出生証明をフランスの戸籍簿に記載する際には、その内容が真でなければならない旨を規定していること、②また、欧州人権条約第八条に規定された子の私生活および家族生活を尊重する権利に鑑み、子および代理母の保護の見地から、フランス法は代理出産を禁止していること、③戸籍簿に親子関係の一部のみを認め、記載することは、子の私生活および家族生活の尊重についての権利を過度に侵害してはいないこと、以上の三点がその理由である。私生活および家族生活を過度に侵害していない、ということは、子が家族の中で生活することが妨げられておらず、フランス国籍も付与されていることより認容される。さらには父親の配偶者による養子縁組の可能性も存することもその理由となっている。

第二については、外国でなされた代理出産という事実だけをもってしては、父親の配偶者による養子縁組を妨げる事由とならない、と判示した。ただし、裁判官は、養子縁組の要件が整っているか、それが子の利益に合致するかを

確認する役割を負うという。

このように、二〇一七年の判決においては、外国でなされた代理出産の国内での届出に関し、少なくとも生物学上の父親との親子関係を認めている。そして、その後の配偶者による養子縁組の可能性も否定してはいない。⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾

四、小 括

これまで見たように、破毀院は当初、代理出産契約は違法であることを理由として、外国での代理出産により生まれた子の戸籍をフランスに届け出た場合、その効力も全面的に否定する、という立場をとっていた。しかし、次第に生物学上の親子関係がある者との間では親子関係を認め、さらには、親子関係が認められた生物学上の父親の同性の配偶者が、その子と養子縁組をなすことも妨げられない、という立場にまで変化してきた。

この立場は二〇一九年一〇月四日の判決においても維持されている。生物学上の親子関係がある父親との関係においては、親子関係を認めている。

それでは、次にこの判決に至るまでの事件の経過を見てみることにしよう。

第三章 裁判の経過と様々な法律問題

一、裁判の経過

第一章の二の事案の概要で見たように、子どもたちの出生がフランスの戸籍簿へ記載された後、二〇〇三年五月一六日にクレテイユ大審裁判所に対し、検察官がこの届出の無効を求めて訴えたのが、本件の始まりであった。

以下では、この裁判の経過を五期に分けて、より詳しくみることにする。大審裁判所への訴え提起から破毀院の第一回判決までを第一期、続く差戻審から破毀院の第二回判決までを第二期、欧州人権裁判所への提訴から再審の申立まで第三期、破毀院全体部への係属及びそれに続く欧州人権裁判所の諮問意見請求を第四期、そして、今回の二〇一九年一〇月四日の判決の第五期である。

(1) 第一期（大審裁判所から破毀院第一回判決まで）

上記のような訴えを受理したクレテイユ大審裁判所は二〇〇五年一月二三日、同行為がアメリカの地で行われたため、国内における刑事処罰の対象とはならない、として検察官の主張は認められなかった。

それゆえ、検察官は、二〇〇二年一月二五日の記載を受け入れないとする判断の確認および記載を認めた判決の無効をパリ控訴院に求めた。しかし、続くパリ控訴院二〇〇七年一月二五日の判決も、ナントで戸籍簿へ記載されたことは、アメリカの裁判所で認められた内容に基づくものであること、戸籍を創設することは子の利益にも合致すること、また戸籍を認めないことは生物学上の父親との関係でも問題であることを理由として、夫婦の主張を支持し

しかし、この控訴院判決は二〇〇八年二月一七日の破毀院判決第一民事部において破毀され、パリ控訴院に差戻された。⁽³⁰⁾「控訴院が判断しているところによれば、公序違反に基づく檢察の訴えを棄却するために、アメリカでの判決をフランスで承認する可能性についても、また民法第四百七条の意味において、カリフォルニア州の慣習に基づいて作成された書類の信頼性についても、檢察官は異議を述べていなかった」ものであり、「身分証書に記載された事項が代理出産に関する契約によってのみ生じることからすれば、檢察官は、フランスの戸籍簿に記載することについての無効を請求する利益を正当化できる」からである、というのがその理由であった。

(2) 第二期（差戻審から破毀院第二回判決まで）

差戻審は、二〇一〇年三月一八日の判決において、ナントでなされた戸籍簿への記載を無効とする。⁽³¹⁾これに対して、夫妻は破毀申立を行うが、二〇一二年四月六日の破毀院第一民事部の判決は、この破毀申立を棄却した。⁽³²⁾その理由とするところは、以下の通りである。すなわち、カリフォルニア州での判決は、フランスにおける国際的公序に反しているため、この履行に基づいてなされた出生証明書の記載拒絶は正当化される。代理懐胎は外国では合法でも、フランスにおいては、民法典第一六―七条および第一六―九条の文言でいうところの公序、すなわち、フランス法の基本原則である人の身分の不処分性の原則に抵触しているからである。それゆえ、差戻審の判断は正当であるとするのである。合わせて、破毀院は、記載がこのように無効とされたとしても、カリフォルニア州法が認めた父母との親子関係を子どもたちに対して妨げるものではなく、さらには、この夫妻とフランスにおいて子どもたちとともに暮らすことも

妨げてはいない。したがって、この判断は、欧州人権規約第八条にいうところの子の私生活および家族生活の尊重を害してもいないし、児童権利条約第三条一項により保障されている子の最善の利益を害してもいない、として国際条約違反も存しないとした。

(3) 第三期（欧州人権裁判所への提訴から再審の申立まで）

そこで夫妻および子どもたちは、欧州人権裁判所に提訴する。同裁判所は、二〇一四年六月二六日の判決において、この事態は子らの私生活の保護を規定した人権規約第八条の規定に違背しているとして、フランス国家は子どもたちへ慰謝料を支払わねばならず、また、かかった費用や支出額を申立人らに支払わなければならない、と全員一致で判示した。⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾

これを受けて、二人の未成年の子らの法定代理人たる資格で行っていた夫妻は、二〇一六年一月一八日の法律において規定された司法組織法典L第四五二一条以下を根拠として、⁽³⁷⁾再審の申立をした。

(4) 第四期（破毀院全体部への係属及びそれに続く欧州人権裁判所の諮問意見請求）

(a) 破毀院全体部二〇一八年一〇月五日判決

二〇一八年二月一六日、民事判決についての再審院（Cour de réexamen des décisions civiles）⁽³⁸⁾はこの請求に理由ありとした。⁽³⁹⁾すなわち、「法律違反が確認されたことにより、……夫妻の子らはその性質およびその重大性により、損害を生ずる結果を被っているが、その損害に対して、欧州人権裁判所により認められた衡平な満足はまだ図られていな

い。それゆえ、パリ控訴院二〇一〇年三月一八日判決に対して、……夫妻によりなされた破毀申立の再審を命ずるとともに、民事訴訟法典第一〇三一―一二条の適用により、この訴訟は破毀院全体部で行われるとするのが適切である。」としたのである。⁽⁴⁰⁾

これにより、以後同事件は破毀院全体部に係属することとなる。⁽⁴¹⁾その後、破毀院全体部は、二〇一八年一〇月五日、欧州人権裁判所に諮問意見を求める手続を行った。⁽⁴²⁾そこで意見を求めた事項とは以下の二点である。すなわち、

(1) 母親となろうとする者と子との親子関係の創設に関して、欧州人権条約の第八条に照らし、フランスは裁量の範囲を逸脱しているか、この点に関して、子が「母親となろうとする者」の配偶子で生まれたかどうかによって區別する余地があるか。

(2) (1) で掲げた二つの問題のうちの一つの答えが是である場合、母親となろうとする者が、生物学上の父親である配偶者の子を養子とする可能性(これによって親子関係を創設しうる方法のうちの一つである)は、条約の第八条の要求するところにならっているか、以上の二点である。

(b) 欧州人権裁判所による諮問意見表明

破毀院の問題提起を受け、欧州人権裁判所は、二〇一八年一二月三日にこの請求を受けることとし、⁽⁴³⁾二〇一九年四月一〇日に、各国の判事一七名からなる大法廷において、諮問意見を明らかにした。⁽⁴⁴⁾

第一の問題点に関し、諮問意見は、代理出産によって外国で生まれた子であり、父親となろうとする者と第三提供

外国でなされた代理出産とフランスにおける法律上の母との親子関係(力丸)

者との配偶子から生まれた子の場合であつて、子と父親とならうとする者との親子関係が国内法において認められた場合には、第八条に反している、とする。子の利益が問題となつている場合に、代理出産に関する域内の立場が様々異なつていても、国家の自由裁量の範囲は狭いと考えるべきである。であるとすれば、子の最善の利益と国家の裁量の範囲が狭いことに照らして、フランスはこの子と母親とならうとする者との親子関係を認めるべきだと結論づける。

第二番目の親子関係を認める方法については、各国の裁量による、とする。⁽⁴⁵⁾ 第八条の趣旨から、外国で親子関係が認められているものについては、その効果は遅くともそれが国内で具体化された時に認められるべきであり、最初から認めることを欧州人権裁判所は強要するものではない。子の最善の利益を理由として、精子提供者の配偶者を法律上の母として認めよと強制することはできない。親子関係を創設する際には養子縁組が適切であろうと考えられるが、具体的な方法については国家の制度による、とした。

以上が、欧州人権裁判所の意見であつた。

(c) 再審請求

この諮問意見を受けた形で、双子の子らは、二〇一九年四月一五日、民事訴訟法典第三六九条および第三七三条の適用により、彼女らの法定代理人により始められた訴訟の再審を行うように求めた。⁽⁴⁶⁾

夫妻、および子らが出した破毀申立の事由は以下の通りである。⁽⁴⁷⁾

(1) 代理出産に関する合意については、国際的な公序に反するものではなく、国際的な公序は国内での公序と混同されるものではない。民法典第一六一七条によって代理出産に関する合意を無効としたことについては、民法第三条に違背する。

(2) 憲法第五五条より、正当に批准された、または認められ、そして交付された条約や国際的合意は、相手方との相互的な適用という留保のもと、法律や規則の効力を超える権威を有している。「現在のところ」法律は代理出産を禁じているような状況であり、それと併存して子の権利に関する一九九〇年一月二六日のニューヨーク条約(児童の権利に関する条約)があるのであるが、控訴院が、国際的な合意は国内法より上位のものとはならないと考えていることは憲法第五五条に反する。

(3) 子に関するあらゆる判決において、子の最善の利益が第一に考慮されなければならないことからすると、届出を受け入れないことは、子の最善の利益を第一に考慮していない、ということである。届出を受け入れない旨の判断をなした控訴院は、児童の権利に関する条約の第三条一項に違反している。

(4) 親子関係を認めない控訴院の判断は、欧州人権規約第八条に違反する。

(5) 上記の控訴院の判断は、欧州人権規約第八条と関連する第一四条に違反する。⁽⁴⁸⁾
以上である。

(5) 第五期(破毀院全体部二〇一九年一〇月四日判決)

(4) (c) に挙げた破毀申立を受けて、破毀院全体部が下したのが今回の判決である。そこでは、生物学上の父親を父

外国でなされた代理出産とフランスにおける法律上の母との親子関係(力丸)

親とするのみならず、子の父親の配偶者を直接母親とすることを認めた。

では、次に、この二〇一九年判決に現れた種々の法律問題についてより詳しくみることにしよう。

二・二〇一九年一〇月四日判決に現れた種々の法律問題

(1) フランスにおける代理出産の位置付け

判決中なんども出てきたように、フランス法においては、代理出産は認められていない。その理由は、多岐にわたる。すなわち第一に、代理出産は、そもそも自分が産んだ子を出産後、すぐに手放すことを約するものであり、出産において通常は母親が子を守り育てる、という一般的な形態と相容れない。第二に、金銭的なやりとりがある場合は特に、人身売買に近い要素が存するとも考えられる。第三に、仲介業者が介入するケースが大部分であるが、仲介者と代理母との間に、法律などの知識の差があり、圧倒的に代理母の側が不利である。第四に、代理母がしばしば貧しい国の出身であり、医療、衛生状態も満足でないところで行われるということもあるため、母体に対する危険も大きい。第五に、一人の代理母では出産まで至らないリスクを考えて、代理母を複数用意するということもあり、その場合に、そのうちの一人が出産に至ると、それ以外の妊婦の胎児は不要ということとなるなど、人道的な問題も存する。第六に、インドなどでは代理母がその家族とは離れ、出産まで施設に在ることを求められるとともに、家族との面会も制限されるなどの問題も存する。また、仮に代理母が家族と一緒にいることができるとしても、代理母が既婚である場合には、その夫との関係、すでに子供がいる場合には、その子に与える影響など、家族観に深刻な問題を引き起

こす場合もある。

以上のように、法律的、金銭的、心理的、人道的など様々な問題を生ずるものであることが、フランスにおいて代理出産を違法とする理由である。⁽⁴⁹⁾

このように、フランスは代理出産の合法化に一貫して反対しているが、EUの域内ではその立場は様々である。二〇一六年にベルギーの議員が三度、欧州議会の社会問題委員会 (Commission des affaires sociales) においてEU域内での代理出産に関する法制統一へ向けて報告書を提出し、議論も行われた。しかしながら、国ごとに、合法、違法、法律が特に明確な立場を表明していないなど、その対応は様々であるため、結局のところ、各国が代理出産についての立場を明らかにすることを勧奨するにとどまり、EU内で代理出産に関する統一法規を制定することは見送られた。この際にもフランスは、代理出産違法の方向で統一法規を制定すべきだという姿勢を強く打ち出していた。

(2) 同性婚合法化および生命倫理法改正との関わり

(a) 同性間カップルと代理出産

フランスにおいては、二〇一三年五月一七日の法律で同性婚が合法化されるに至ったが、この際、同性間カップルが子を持つ権利も同時に認められた。そのため、同性間カップル側から、代理出産を認めて欲しい、という見解が多く見られるようになってきた。同性間カップルは自然の方法では子を持つことができず、特に男性間カップルの場合には、双方に妊娠出産能力がないため、子を持つための手段として養子縁組などによらないのであれば、代理出産しか手段がない。それゆえ、ここに至って、異性間カップルのみならず、同性間カップルからも代理出産を求める声がある。

以前より大きくなってきている。

(b) 代理出産に関する調査

このことは調査会社 Top が行った二〇一九年五月及び九月の調査によっても裏付けられる。すなわち、同社はまず ADFH (Association des Familles Homoparentales) のため、二〇一九年五月二日から二四日にかけて調査⁽⁵⁰⁾を行っている。二〇一四年に行われた INSEE (国立統計経済研究所) 調査をもとに、年齢一八歳以上でフランス本土に居住している者のうちから、年齢および性別 (社会人口学的基準)、職業 (社会職業的な基準)、住んでいる地方ならびに住んでいる都市の規模 (地理的基準) に応じて抽出されたフランス人、二、〇〇〇名を対象に行われたものであり、調査方法はあらかじめ用意された質問に対するネットへの回答による。

この調査によれば、代理出産を求める異性間カップルがこの手段によって子を持つことに好意的であるとするものが六二% (大変好意的、二八%、どちらかといえば好意的三四%)、子を持ちたいと望むものが同性間カップルであった場合には四八%が好意的であると述べている (大変好意的、二〇%、どちらかといえば好意的二八%)。

そして、異性間カップルが代理出産により子を持つことについては、八二%の同性愛者が好意的だとしており、男女別に見ると、それぞれ六二%が好意的であると回答している⁽⁵¹⁾。

また、同性愛者が代理出産により子を持つことにつき、七七%の同性愛者が好意的だと答えている点が特筆すべき結果として指摘されている。性的指向ではなく、単に男女別に見ても、男性の四四%、女性の五一%が好意的であると回答している⁽⁵²⁾。

同様の調査は、二〇一九年九月二日および一二日にも行われた⁽⁵³⁾。この調査は、CNewsとSud Radioのために行われたものであり、二〇一五年に行われたINSEEの調査をもとに、年齢一八歳以上でフランス本土に居住している者のうちから、先のものと同じく、年齢および性別（社会人口学的基準）、職業（社会職業的な基準）、住んでいる地方ならびに住んでいる都市の規模（地理的基準）に応じて抽出されたフランス人、一、〇一七名を対象に行われた。調査方法はあらかじめ用意された質問に対するネットへの回答による。

この調査によれば、異性間カップルが代理出産により子を持ちたいとする場合、それに好意的であるとするものが六六%（大変好意的が三二%、どちらかといえば好意的が三四%）、子を望む者が同性間カップルであった場合には五〇%が好意的であると述べている（大変好意的が二三%、どちらかといえば好意的が二七%）。二〇一四年の調査以来、代理出産を認めることに好意的な者のパーセンテージは、大まかに言って右上がりの傾向にあるが、この二〇一九年九月の調査に至って初めて、同性間カップルに関する問いに対して五〇%まで至った。ことに目を引くのは、同性間カップルの代理出産に好意的な者のうち一八歳から二四歳までのカテゴリーの回答である。このカテゴリーにおいては好意的な者の割合が七〇%（大変好意的が四一%、どちらかといえば好意的が二九%）にまで達している⁽⁵⁴⁾。

(c) 生命倫理法改正との関わり

このように、近年代理出産に関し、好意的な態度をとる者が増えてきた背景には、先に簡単に述べたように、女性一般に医療補助生殖⁽⁵⁵⁾を認めるといふ生命倫理法の改正案が現在審議中であることと関連があるであろう。この点に関して、二〇一七年マクロン現大統領が大統領選に臨んだ際、公約として掲げていたものであり、同年マクロン氏が

外国でなされた代理出産とフランスにおける法律上の母との親子関係（力丸）

大統領となって以降生命倫理法の改正として実際に動き出したものである。この改正案は、可決成立すれば生命倫理に關し、倫理的、医学的のみならず、法律的、社会的など、様々な側面において重要な改正となりうる。というのも、ここまで医療が手助けをする問題なのか、また、家族のあり方、とりわけ父親がいなくても子供が持てるとするならば、父親の役割とは一体どこにあるのか、など、単に医学的な問題のみならず、倫理的、法律的、社会的など様々な分野にまたがる問題が含まれているからである。⁽⁵⁶⁾ この改正の提案については国家倫理諮問委員会 (Comité consultatif national d'éthique: CCNE) も様々な問題を指摘し、全体としてみれば改正に好意的なようではありながらも、なお慎重な姿勢を見せていた。そのため、この改正は当初の予定を大幅に超え、二〇一九年一〇月になってようやく国民議会で審議され、同月一日に可決されるに至った。⁽⁵⁷⁾ 上院における審議は、二〇二〇年一月に行われ、同月二三日、上院においても女性一般にPMAを認めることについては可決された。⁽⁵⁸⁾ しかしながら、その費用が健康保険でカバーされるかどうかについては、不妊であることを償還を認める基準にする、という修正案が出された。⁽⁵⁹⁾ したがって、その点をどのように決定するかについては、再度国民議会の議論に委ねられた。⁽⁶⁰⁾ また、上院においては外国でなされた代理出産に關し、そのままフランスの戸籍に移すことについても反対意見を述べている。

これらの問題の是非については、ここで直接の問題として取り上げることがはしないが、女性間カップルにおいて、自然の生殖行為によらずして子を持つことが広く認められるとするならば、男女間の平等という見地から代理出産まで認めるべきではないか、という主張もフランス国内では出ている。すなわち、女性間カップルはPMAにより、子をもうけることが可能であるが、男性間カップルにはそれは不可能であり、彼らが子をもうける手段としては、代理出産しかありえない。同性間カップルに対する保護策として、女性一般にPMAを拡大するのであれば、男性間カッ

ブルとの平等も図らなければならない、というのである。しかし、これに対しては、もともと懐胎・出産をなし得る女性となし得ない男性とは異なるため、男女平等の名の下に考える問題ではない、という反批判がある。このように、男性間カップルが子を持つために代理出産を認めるべき、という論理が成り立つか否かについては、フランスの中でも見解が分かれているところではあるが、いずれにしても、代理出産について、以前よりもフランス人の中で求める者の割合、また許容する割合が高くなっていることは事実である。

ただ、今回の生命倫理法改正においても、代理出産については依然としてそれを認めない、という立場を政府は維持している。しかし、二〇一九年破毀院判決以前にもすでに見られていたように、代理出産がフランス法において認められていないからといって、戸籍の届出について効力を全く認めない、というわけではない。そのような状況を前提とするならば、今後も代理出産について効力を認めよとする議論が繰り返して出てくることであろう。

(3) 代理出産により出生した子の扱いについて

二〇一三年、同性婚が合法化された際、同性間カップルが子を持つ権利を認められたが、この前提としてフランスにおいて問題となっていたのは、少なくともフランス女性たちが、隣国のベルギーなど代理出産が許容されている国に行つて、子をもうけてフランスに帰国しているという事実であった。

同性婚合法化当初は、一方の出産した子と同性配偶者が養子縁組をするということについて比較的容易に認められた子(6)を配偶者の養子として容易に認めるのであれば、これは脱法行為であるという批判が、次第に検察官の側か

らなされるようになっていった。ただ他方で、実際に生まれてきている子が存在するため、この問題は看過できない問題ともなっていたのである。

この問題に対し、当時の司法大臣トピラ氏は、この子たちを保護するため、フランス国籍を保障すべきという通達を二〇一三年一月二五日に検察官や小審裁判所書記課に対して出している。この通達については、その合憲性をめぐって争われたが、憲法院は二〇一四年一月二日、これに反対するすべての主張を棄却した。⁽⁶²⁾

以上のように、フランス国内においても、代理出産は違法であるがゆえに、すべての効力を否定する、というのではなく、実際に存在する子の人権をより守るといふ実質的な判断が次第になされるに至っている。すでにみたように、二〇一七年には破毀院の四つの判決において、外国でなされた代理出産であっても、生物学的な父親との関係ではその親子関係を認める、という破毀院の方針が示されている。これは、私生活の保障を重要視した判断を一貫としてなしている欧州人権裁判所のあり方と軌を一にするものである。

(4) 新制度採用との関係

二〇一九年一〇月四日判決が出されるにあたっては、その前提として、フランスが新たに取り入れた制度も大きな役割を果たしている。その一つが民事裁判における再審制度であり、もう一つが欧州人権条約プロトコル一六号の批准である。

第一の、民事裁判における再審制度は、二〇一六年に認められたものである。⁽⁶³⁾ 刑事の再審制度についてはすでに一九八九年六月二三日の法律により導入されていたが、これに加え、民事の領域においても導入された。

この制度に基づき再審請求が認められるケースは、以下のようなものである。すなわち第一に、一方当事者の過失のためにその者に有利な判決が下された場合、第二に、一方当事者が有していた決定的な証拠が判決後に明らかにされた場合、そして第三に、証拠、証言、宣誓または証明書が裁判所の判断により虚偽とされた場合や判決ののちに自白により虚偽であることがわかった場合、である。そして、その事実を当事者が知った時から二ヶ月以内に、この判決の当事者または代理人が再審を請求でき、⁽⁶⁴⁾それは、再審を求める判決が出された裁判所に対し、執行官を通じて行われることとなる。

第二の欧州人権条約プロトコル一六号については、二〇一八年四月一二日にフランスが批准し、同年八月一日に発効したものである。⁽⁶⁵⁾これによって、国内の最上級裁判所が欧州裁判所に対し、条約や同プロトコルにより規定された権利や自由の解釈または適用に関する原則的な問題について、諮問意見を求めることが可能になった。国内の最上級裁判所とは、フランスの場合、破毀院、コンセイユ・デタ、憲法院の三院をさす。

このような諮問意見を求める制度は、欧州人権裁判所の判決が国内のレベルで容易に適用されること、また条約の解釈の問題を解決することを目的としている。

以上の二つの制度は、ただ本件のみに関わるものではないが、先に見たように、二〇一九年一〇月四日の破毀院判決においては大きな役割を果たしたのは事実である。

以上見てきたように、今回の判決は、生物学上の父親の配偶者にあたる女性を直接子どもたちの母親とした点で新しい。⁽⁶⁶⁾代理出産に関し、破毀院は、当初は代理出産の違法性を根拠に、外国でなされた出生証明書をもとにフランスの戸籍に記載すること自体を否定していた。しかしながら、次第に生物学上の親子関係が認められる範囲で、親子関係を認める立場に変わり、そして今回の判決に至ったものである。

現在フランスにおいては、女性間カップルまたは女性単独で医療補助生殖ができるよう生命倫理法改正中である。⁽⁶⁷⁾しかし代理出産については、国家は依然禁止の立場を崩していない。⁽⁶⁸⁾その一方で、フランス人の中では、異性間カップルの場合の代理出産につき、過半数が好意的であり、同性間のカップルの代理出産についても好意的な立場が五〇%にまで達している、という調査結果が出るなど、フランス人の意識も変化している様子が見てとれる。

結びにかえて——我が国に対する示唆

以上見てきたように、フランスにおいては二〇一九年一〇月四日の破毀院判決において、国内公序と国際公序とを分け、代理出産において母親となろうとした者に直接母親としての身分を認めることとした。この事案は、本文中でも述べたとおり、完全養子縁組をなしうる年齢を過ぎているという特殊性もあつたのであるが、この理論はその後独り歩きを始めたようでもある。二〇一九年二月一八日の二つの破毀院判決は、外国でなされた代理出産によって生

まれた子とその母親のパートナーとの親子関係⁽⁶⁹⁾、または精子提供した男性のパートナーである男性と子との関係⁽⁷⁰⁾に関しては、出産国で合法とされている場合であつて、その出生証明をフランスの戸籍に記載することが民法第四七条⁽⁷¹⁾によるところの証明の機能をもつのであれば、転記を妨げられないとした。それゆえ、これらの事例をもつて、破毀院はもはや事案の特殊性によらず、二〇一九年一〇月四日破毀院全体部の判旨を一般化した、とも評されている。

他方、養子縁組、中でも完全養子縁組をなしうる年齢を過ぎてしまった場合における破毀院二〇一九年一〇月四日の判断が、養子縁組をなさずして直接親子関係を認めていることからすれば、少なくともこの判決により、例外的ではあるが、判例の対応に変化がみられるとはいえるであろう。

さて、このようなフランスの判断の発展は、我が国に対しいかなる示唆をもたらすであろうか。第一の国内公序及び国際公序の問題、第二の母親は誰かという問題について順に見てみる。

まず第一の問題についてであるが、我が国においては、そもそも代理出産に関し何の立法措置も存せず⁽⁷²⁾、ただ学会の自主規制が存するのみである。同学会が二〇〇三年四月に明らかにした「代理懐胎に関する見解」⁽⁷³⁾によれば、

「1、代理懐胎については、子を望む不妊夫婦の受精卵を妻以外の女性の子宮に移植する場合（ホストマザー）と依頼者夫婦のうち夫の精子を妻以外の女性に人工受精する場合（サロゲイトマザー）とがあるが、いずれも、倫理的・法律的・社会的・医学的な多くの問題をはらむ点で共通している。

2、代理懐胎の是非について、実施は認められないとし、その理由としては、

（1）生まれてくる子の福祉を最優先すべきである

外国でなされた代理出産とフランスにおける法律上の母との親子関係（力丸）

- (2) 代理懐胎は身体的危険性・精神的負担を伴う
- (3) 家族関係を複雑にする
- (4) 代理懐胎契約は倫理的に社会全体が許容していると認められない」
としてゐる。これに基づき、我が国においては代理出産を控えることが大方の立場となつてゐる。

このような状況下、我が国においては、アメリカ合衆国ネバダ州で代理出産を依頼し、そこで生まれた子を自分の子として届け出ようとして訴訟となつた、最高裁第二小法廷平成一九年三月二三日決定がある。⁽⁷⁴⁾ 詳しい検討は別稿に譲るが、同事案は、夫婦の精子および卵子を用い、代理出産が合法とされているアメリカ合衆国ネバダ州において、日本人の夫婦が代理出産を依頼したというものである。この夫婦は、二〇〇三年子が出生したため、二〇〇四年に、自分たちを父母とする子の出生証明書をもつて、日本の戸籍への記載を求めた。一旦は戸籍への記載が受理されたが、のちにこの無効を求める行政訴訟が起こされた。

平成一九年三月二三日の決定⁽⁷⁵⁾において最高裁判所は、出生届の受理を認めなかつた自治体の判断、およびこれを適法とした原々審定は適切であつた、とした。⁽⁷⁶⁾ その理由とするところは以下の二点である。すなわち、第一に、外国裁判所の判決が我が国の採用してゐない制度に基づく内容を含むからといって、その一事をもつて直ちに我が国において効力を生じないとはできないが、それが我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものと認められる場合には、その外国判決は民事訴訟法一一八条三号にいうところの公の秩序に反する。そして、民法が実親子関係を認めてゐない者の間にその成立を認める内容の外国裁判所の裁判は、我が国の法秩序の基本原則ないし基本

理念と相いれないものとして、公の秩序に反する。

第二に、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した規定はないものの、懐胎し出産した女性が出生した子の母であり、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を設けている。また、母と非嫡出子との母子関係についても、母子関係は出産という客観的な事実により当然に成立すると解されてきた。⁽⁷⁷⁾ 民法制定当時は、現代のごとく医療補助生殖により子を懐胎、出産するといった事態が想定されていなかったとしても、実親子関係が公益および子の福祉に深く関わるものであり、一義的に明確な基準によって一律に決められるべきであることに鑑みると、現行民法の解釈としては、出生した子を懐胎し出産した女性をその子の母と解さざるを得ないとする。⁽⁷⁸⁾

以上をまとめるなら、最高裁判所の立場は、いったん外国判決の結論を承認する立場をとった上で、実際の考慮において公の秩序に反するといった判断をなすとともに、懐胎出産した女性が母である、という立場を維持した、ということが出来る。

この決定に関して問題となりうる点は、以下のようなものであろう。

まず、このような法の不存在や学会の自主規制⁽⁷⁹⁾⁽⁸⁰⁾といった状況が我が国の公序を形成するに十分であるか、という点である。法の適用に関する通則法第三条によれば、「公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、……法令に規定されていない事項に関するものに限り、法律と同一の効力を有する。」と規定されている。そして、ここで言うところ

の慣習は、慣習法といえる程度にまで確立したものを指すと考えられている。この考え方に基づけば、代理出産を禁じる法律が存在しない場合において、学会の自主規制が慣習法と言えるか、が問題となる。

これについては、学会の自主規制ではあるものの、規制があるが故に、ほとんどの学会員の産科婦人科医が代理出産について消極的な姿勢をとっているのが現状である。この点に鑑みるならば、学会の自主規制をもって慣習法と言うことができ、明文の規定なき現状においては、学会の自主規制も国内公序判断の際に考慮しうる規制（慣習法）であるといえるのではあるまいか。

さて、学会の自主規制によっても国内公序を確立しうると仮定した場合、代理出産を認めることは国内公序に反する、ということになる。国内公序に反するならば、具体的な問題の解決においては反致が行われる。その結果、代理出産契約に関する外国裁判所の判断の効力が否定されることとなる。それゆえ、外国判決を形式的にはそのまま承認する、という立場をとった場合であっても、実際には国内公序を理由とし、外国判決が我が国において効力を及ぼすのを否定することが考えられる。これは、まさに最高裁平成一九年決定の採用する方法である。

外国判決の効力を直接認めるか、という問題については、国際私法の領域においては、一般的にいえば、外国判決の効力はむしろそのまま認めるべき、とするのが多数のようである。しかし、代理出産の領域においては、判決により、準拠法選択のアプローチが採用される場合と、外国判決承認のアプローチが採用される場合の双方がある、といわれている⁽⁸²⁾。そして、最高裁平成一九年決定においては外国判決承認のアプローチが採用されている。しかしながら、先に見たように最高裁は外国判決承認のアプローチは採用するものの、結論的には、代理出産契約が公の秩序に反するとして、代理出産により生まれた子を実子として戸籍に記載することは認めていない。

以上のように、最高裁平成一九年決定の立場は、外国判決の効力はそのまま認めるといふ立場をとりつつ、国内公序との関係で制限をかけている。

それでは、本論で見たフランスにおける国内公序と国際公序との関係に比して、我が国でいう公序の考え方との間に違いはあるであろうか。

そもそもフランスの破毀院が国際公序と国内公序とを分けるといふ考え方を採る背景には、欧州人権裁判所の判決や諮問意見がある。欧州人権裁判所の判決や諮問意見が出された場合には、その意図するところに、EU域内各国の国内裁判所は拘束されることとなる。そして、二〇一九年一〇月四日のフランス破毀院のケースにおいては、国内公序を国際公序とを分けることにより、国際公序については、代理出産につき世界各国で様々な立場があること、そして国内公序としては、フランスでは代理出産は違法であることを確認する根拠となっている。

これに対して我が国の司法判断は、欧州人権裁判所のような国内裁判所を超えた裁判所に影響を受ける可能性がない。したがって、フランスをはじめとするEU域内諸国に課されているような制約はないとも言える。しかしながら、我が国は一九九四年に子どもの権利条約を批准し、発効していることより、この関係で国際公序と全く接点がないとも言い切れない。だが、この権利条約に違反するような状況が国内で生じた場合には、該当する国内法を根拠として裁判がされていることより、国際規範が国内法規範（国内公序）に取り込まれた形を取っている。したがって、この場合と欧州人権裁判所の判断とを同列に論じることができないであろう。

さらにわが国の最高裁判所平成一九年決定のケースにおいては、先に述べたように、外国判決を形式的にはそのまま承認する、という立場をとった場合であっても、実際には国内公序を理由とし、外国判決が我が国において効力を

及ぼすことを否定している。このように、我が国においては国内公序は外国判決の効力を実際には否定する根拠となつてゐる。

それゆゑ、日本、フランス双方とも国内公序、国際公序の觀念を用いて、自己の立場を示しているものの、そこに込められている内容は必ずしも一致していない。我が国において、外国判決の効力を積極的に認めることとした場合には、代理出産の効果を認める方向と結びつきやすいために、先に述べたように、これを否定するような方法が採られたといえよう。

第二の、母親にならうとする者との親子関係を認めることについては、平成一九年最高裁決定に見るように、あくまで特別養子制度によるべきか、あるいは養子縁組制度によることなく親子関係を認めることとしてよいか、さらには、特別養子制度における年齢を超えた場合には、フランスと同様、事案の特殊性に鑑みて、養子縁組によらない親子関係の創設を認めるべきであるか、などより詳細に検討する必要がある。

また、父親が生物学上の父親である場合には、その父親との関係をどのように認めるのか、ということも問題となつてくるであろう。フランスの破産院が考えていたように、生物学上の親子関係がある場合には、少なくともその者との関係では戸籍への記載を認めるのか、それとも我が国における代理出産は自主規制の対象となつてゐるから、あくまでも認められるべきものではなく、それを前提とした親子関係が認められる余地は全くない、とするべきなのであるか。というのは、生物学上の親子関係が存在する範囲で、認められるのであるから、最高裁平成一九年決定のケースは、父母双方の配偶子が用いられたケースであるため、父母双方と親子関係が認められることになるからである。双方の配偶子が用いられているのであれば、実子と変わらないとして、実親子関係を認めるのも一つの考え方

であるが、その反面、この対応では代理出産をなしたとしても、その事実は表に現れないこととなり、実質上代理出産を認めたのと同様の結果を導くともいえる。それゆえ、以上のような問題意識を持った上で、生物学上の親子関係がある場合には親子関係を認めるか否か、の問題を考えていくことが必要であろう。

我が国において代理出産に関する立法規制が求められてから久しく、平成一九年決定の際にも、最高裁は立法化を強く促していた。しかし、二〇二〇年の現在においても依然対応はなされていない。このような状態が今後も続くのであれば、学会の規制はあくまでも自主規制だとして代理出産を積極的に行う医師も依然生ずるであろうし、また反対に規制があるがゆえに、外国で代理出産を依頼する者もでてくるであろう。また、我が国において明文の規定がないことを利用して、外国から代理出産を求めてくる者がいることも我が国において問題となつているところである。代理出産に関し立法化がなされない限り、このような問題が我が国ではこれからも生じてくることであろう。

我が国におけるこれらの問題の詳細な検討については別稿に譲ることとし、今回はこれで筆を置くこととしたい。

- (1) https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2019-10-04_1019053 (二〇二〇年七月二四日確認)
- (2) フランス民法第三四五条第二項「ただし、子が一五歳以上で、その年齢に達する前に養子縁組の法律上の要件を満たしていない者によつて養子縁組を受けた場合や、その年齢に達する前に単純養子縁組の対象となつていた場合には、要件が満たされていれば、子が未成年の間に、また、成年になつてから二年以内に、完全養子縁組を求めることができる。」
- (3) D. 2019, p. 2000.
- (4) D. 2019, p. 2000.

- (5) D. 2019, p. 2228, note H. Fulchiron et C. Bidaud.
- (6) 「の点に関し、母親との親子関係を認めたとはいいつつなご評するものと比べ、D. 2019, p. 2228, note H. Fulchiron et C. Bidaud.
- (7) D. 2019, p. 2000, 2423, point de vue T. Perroud.
- (8) D. 2019, p. 2000, 2423, point de vue T. Perroud.
- (9) D. 2000, point de vue J. Guillaumé; F. Chénéde, Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme, D. 2014, 1797

そのほかのフランスにおける判例評釈は、国内公序と国際公序との関係よりは直接代理出産を認めた点に重点をおいて評釈をしているものが多い。

Cass. ass. plén. 4 oct. 2019, n° 10-19, 053, D. 2019, 2228, note H. Fulchiron et C. Bidaud, 1985, édito, G. Loiseau, 2000, 2423, point de vue T. Perroud; JA 2019, n° 610, p. 11, obs. X. Delpech; AJ fam. 2019, 592, obs. J. Houssier; obs. G. Kessler, 481, point de vue L. Brunet, et 487, obs. A. Dionisi-Peyrusse; RTD civ. 2019, 817, obs. J.-P. Marguénau, et 841, obs. A.-M. Leroyer. (二〇二〇年七月二四日確認)。

代理出産契約を事実上合法化するものだとごう指摘をする者と比べ、D. 2019, p. 1985, édito, G. Loiseau, précité, 国内裁判所と欧州人権裁判所の判決との関係については、https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/archives_2201/nationales_convention_8451.html (二〇二〇年三月二九日確認) 参照。

- (10) 二〇一四年六月二六日の欧州人権裁判所判決の中で、代理出産につき、同時点でのEU域内諸国のそれぞれの立場の比較がなされている (n. 41 et 42)。これによれば、代理出産を明確に禁止している国は一四カ国、すなわち、ドイツ、オーストリア、スペイン、エストニア、フィンランド、アイスランド、イタリア、モルダヴィア、モンテネグロ、セルビア、スロベニア、スウェーデン、スイス、トルコである。

これに対し、アンドラ、ボスニア・ヘルツェゴビナ、ハンガリー、アイルランド、ラトビア、リトアニア、マルタ、モナコ、ルーマニア、サンマリノには、代理出産に関する明確な規定がない。

反対に、厳格な要件を兼ね備えていることを必要とするという制限はあるものの、代理出産が認められているのは、アル

バニア、ジョージア、ギリシャ、オランダ、英国、ロシアおよびウクライナである。原則として、商業ベースではない代理出産が認められているが、ジョージア、ロシアおよびウクライナでは商業ベースでの代理出産も認められているようである。さらに、代理出産が規制の対象とはなっていない国として、ベルギー、チェコ共和国、ルクセンブルクとポーランドがある。また、アルバニア、スペイン、エストニア、ジョージア、ギリシャ、ハンガリー、アイルランド、オランダ、チェコ共和国、英国、ロシア、スロベニアおよびウクライナにおいては、外国でなされた代理出産により生まれた子の親になろうとする者が、その子との親子関係を認容してもらうこと、または法的に創設することが可能である（認可状、外国判決や外国での出生証明書により直接戸籍に記載すること、養子縁組による）。

代理出産が禁じられているか、法律によって何らの規定も置かれていない以下の一カ国においても親子関係の創設は可能であるようである。すなわち、オーストリア、ベルギー、フィンランド、アイスランド、イタリア（父親となろうとする者が生物学上の父親である場合には、父親との親子関係については少なくとも可能）、マルタ、ポーランド、サンマリノ、スウェーデン、スイス、そして認められる場合もある国としてルクセンブルクがある。

反対に親子関係が認められないのは、アンドラ、ドイツ（父親になろうとする者が生物学上の父親である場合を除く）、ボスニア・ヘルツェゴヴィナ、ラトビア、リトアニア、モルダヴィア、モナコ、モンテネグロ、ルーマニア、セルビアおよびトルコである。

(11) なお、破産院は二〇一九年二月一八日に、アメリカで行われた代理出産によって生まれた子について、母親となろうとする者が養子縁組を経ることなく、フランスの戸籍へ母親としての記載をなすことを有効とする、という判決を出すに至った（https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/communiqués_presse_8004/etranger_transcription_9576/lire_communique_44108.html（二〇二〇年三月二十九日確認））。

この判決は二〇一九年一〇月四日の判決を受けて出されたともいわれているが、この点については、一〇月四日の判決があくまで同事案の特殊性により出されたものであったのか、または今後先例となるべきものであったのかにつき、未だ不明確な部分があるため、本稿では直接の検討対象とはしない。この点については、別稿を予定している。

(12) 我が国の状況の説明であるが、代理出産の種々の問題点がまとめられているものとして、久具宏司「各論的事項 No.26「代理懐胎と倫理」」<http://www.med.or.jp/doctor/member/kiso/d26.html>（二〇一九年一月五日確認）。

外国でなされた代理出産とフランスにおける法律上の母との親子関係（力丸）

それによれば、問題となるのは以下の五点である。すなわち、

- (1) そもそも妊娠・分娩はさまざまなリスクを伴うものであるが、その妊娠・分娩を他者に依頼し、一〇か月間その子宮を「借りる」ことの是非こそが倫理的に問題であること。
- (2) 一〇か月間、懐胎女性は胎児をただ預かっているだけでなく、胎児との間には胎盤を介して物質の移動が起こり、それは胎児に出生後長期にわたる影響を与える可能性があること。
- (3) 一〇か月間に懐胎女性には母性が芽生え、母乳哺育の準備など身体的にも育児に向けた準備が整い、生まれてくる児を慈しむ感情が湧くであろうが、懐胎前の契約により、出産後に懐胎女性は児からは引き離されることとなること。
- (4) 児の引き渡し拒否などの事例が他国では少なからず起こっている。児に何らかの異常がみられた場合には、出生後に依頼者側が児の引き取りを拒否する例も見られる。このような場合に児の福祉が大きな問題となること。
- (5) 一〇か月間子宮を「貸す」行為の性質上、そこに対価が発生しやすいこと、またその対価をあてにしたビジネスに発展する可能性があること。

以上のように、代理出産には様々な問題点があるというのである。

なお、代理懐胎を依頼する、または引き受けることは自己決定による行為であり、その権利を侵害されるべきではない、という主張、また、代理懐胎契約を相互扶助による生殖医療とする主張も存在する。しかしながら、社会的・倫理的にみると、商行為の有無に関わらず、代理懐胎においては懐胎女性が搾取されているとも言えるし、特に親族や知人への代理懐胎の依頼において、自己決定のプロセスが担保されているかについても問題となっている、との指摘もある。

- (13) 破毀院は、対価を伴わない代理出産契約であったとしても、それは人の身体及び身分の不処分性の原則に反するものである、とする。(破毀院全体部一九九一年五月三十一日の判決 (Bull.1991 A.P. no.4, p.5) 参照。この事案において、代理母は子の生物学上の母であったのであるが、代理出産契約は、外国での出生をフランスの戸籍に記載することについても、養子制度との関わりにおいても、子を引き取り育てた母と、その子との親子関係創設の障害となるとした。)

- (14) https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/369_6_19630.html; https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/370_6_19628.html; https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/371_6_19627.html (二〇一九年一〇月二二日確認)。

- (15) https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1091_13_27171.html: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1092_13_27172.html (二〇一九年一〇月二二日確認)
- (16) https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/281_19_28731.html (二〇一九年一〇月二二日確認)。
- (17) n° D 09-66, 486.
- (18) n° S 10-19, 053.
D. 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet, 1001, édito. F. Rome, 1064, entretien X. Labbée, 1585, obs. F. Granet-Lambrechts, 1995, obs. A. Gouttenoire, 2012, 308, obs. J.-C. Galloux, et 1228, obs. F. Jault-Sesake; AJ fam. 2011, 262, obs. F. Chénéde, 265, obs. B. Hatfel et 266, interview M. Domingot. AJCT 2011, 301, obs. C. Siffrein-Blanc; Rev. crit. DIP 2011, 722, note P. Hamme; RTD civ. 2011, 340, obs. J. Hauser.
- (19) n° F 09-17, 130.
- (20) https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/791_8_16916.html (二〇一九年一〇月二二日確認)。
- (21) https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/619_3_32230.html: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/620_3_32232.html (二〇一九年一〇月二二日取得)。
- (22) 民法典第三二〇―一条以下：親子関係はとりわけ父親および母親がそれを認知することによって創設される。母性については、その母親が子を出産しなかったという証拠を提出することで、検察官がこれに反論をなしうる。父性については、認知をなした者が父親でないことを立証することにより可能である。

民法典第一八条：少なくとも親の一方がフランス人である場合には、子はフランス人となる。

民法典第四七条：外国において作成され、その国の慣習的な様式で作成されたフランス国民及び外国人の身分証書は真正なものである。ただし、他の証書又は文書、外部データ又は証書自体から導きだされる要素によって、以下の事項が立証される場合にはこの限りではない。

すなわち、あらゆる有益な確認がなされたのちに、「この証書が規定の様式を満たしていないこと、偽造されている」こと

外国でなされた代理出産とフランスにおける法律上の母との親子関係（力丸）

またはそので宣言されている事実が現実と一致していないことである。

一九六二年八月三日のデクレは在外フランス人で、外国において戸籍（身分証書）を発行された者は、フランスの戸籍（身分証書）にその旨を登録させることができる。

民法典第一六〇七および第一六〇九条：代理出産を目的とするあらゆる契約は、公序に基つき無効である。

- (23) CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France*.
- (24) *Labassée c/ France*, n° 65941/11, not. *AJ fam.* 2014, 499, obs. B. Hatfel.
- (25) *Civ. Ire.* 5 juill. 2017, nos 16-16, 901 et 16-50, 025 et n° 15-28, 597, D. 2017, 1737, *communiqué C. cass.*, note H. Fulchiron; *ibid.* 1727, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire; *ibid.* 2018, 528, obs. F. Granet-Lambrechts; *ibid.* 641, obs. M. Douchy-Oudot; *ibid.* 765, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat; *ibid.* 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Sesèke; *AJ fam.* 2017, 482, obs. A. Dionisi-Peyrusse; *ibid.* 375, point de vue F. Chénéde; *ibid.* 643, *Pratique P. Salvage-Geresl*.
- (26) https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/824_05_37263.html; https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/825_05_37264.html; https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/826_05_37265.html;
- (27) *Cass. le civ.* 129-2019, n° 18-20, 472 FS-*PBRI*, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/785_12_43551.html (二〇一九年一〇月二四日確認)。
- さらに二〇一九年九月二日、破毀院第一民事部判決は、生物学上の父親を優先することが子の最善の利益とは言えないケースのあることを明らかにした。しかし、この事案は若干特殊である。すなわち、ある男性間カップルにおいて、そのうちの一人が自己の精子を提供し、フランス人である代理母に出産を依頼した。この女性の妊娠中に、精子提供者である男性のパートナーの男性は子を認知している。その後女性は子を出産したが、精子提供者の男性には、子は死産であったと説明し、別の異性間カップルに報酬と引き換えに、この子を引き渡し、その父親はこの子を認知している。のちにその事実を知った生物学上の父親が女性を詐欺罪で訴え、代理出産を依頼した男性間カップルも、代理母も、そして子を受け入れた別の家庭の夫婦も刑法上処罰されている。

出生証明書によれば、この子は代理母と、異性間カップルにおいて認知した男性との子となっていたため、精子提供者である男性は、二〇一三年七月一九日に、この二人を相手取り、男性の父性不存在の訴えと、自己との親子関係創設の訴えを起こした。それとともに、四歳となっていた子の名の変更、自己の親権行使、自分の家に住まわせることをも請求した。しかし、これらの請求が認められなかったため、この精子提供者である男性は破毀申立をなした。

これに対して破毀院は、まず代理出産契約の無効を述べ、したがって、それを前提とする、認知した別の異性間カップルの男性の父性について、この精子提供をした男性が提起した訴訟を受理することはできない、とする。次いで破毀院は、精子提供者は生物学上の父親であるから、その事実は同人の請求を認めるに十分な理由があるか、という点について検討する。そして、控訴院が認定した事実によれば、この子が生まれた直後から当該異性間カップルの家庭で、大変良い環境で育てられ、成長していることに鑑みれば、養子法に対する脱法行為によって創設された親子関係であるというやり方を認めることはできないとしても、異性間カップルの男性と子との親子関係について疑義を述べることが、子の最善の利益ではないし、子に対し、自己の出自に関して真実を知る権利を与えるものでもない、としている。そして、控訴院はこの点について、人権と基本的な自由を保護する条約の八条の判断を誤っていない、と述べて破毀院は精子提供者の男性の破毀申立を棄却した。

このように、この判決においては生物学的真実よりも子の現在の私生活という利益が優先すると考えられた点にその特殊性がある。

- (28) CA_PARIS_2007-10-25_0600507 (<https://www.dalloz.fr/documentation/Document>) (二〇一九年一〇月二二日確認)。
- (29) 1re Civ. 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.468, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_12024.html (二〇一九年一〇月二二日確認)。
- (30) D. 2009. 166, obs. V. Égéta. 340, note L. Brunet, 332, avis J.-D. Sarcelet, 773, obs. F. Granel-Lambrechts, 1557, obs. F. Jault-Seséke, et 2010. 604, obs. J.-C. Gallour, AJ fam. 2009. 81, obs. F. Chénéde, Constitutions 2010. 78, obs. P. Chevalier, Rev. crit. DIP 2009. 320, note P. Lagarde, RTD civ. 2009. 106, obs. J. Hauser.
- (31) Cour d'appel de Paris, 18 mars 2010 / n° 09/11017, https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CA_PARIS_2010-03-18_0911017, (二〇一〇年七月二五日確認)。

外国でなされた代理出産とフランスにおける法律上の母との親子関係(力丸)

- (32) https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/370_6_19628.html (二〇二〇年三月一日確認)。
- 判決の紹介、評釈とレビュー Civ. Ire. 6 avr. 2011, n° 10-19-053, D. 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet; AJ Fam. 2011. 262, obs. F. Chénéde; *ibid.* 265, obs. B. Hatfel; *ibid.* 266, interview M. Domingor; D. 2011. 1522; *ibid.* 1001, édito, F. Rome; *ibid.* 1064, entretien X. Labbé; *ibid.* 1585, obs. F. Granet-Lambrechts; *ibid.* 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire; *ibid.* 2012. 308, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat; *ibid.* 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seséke; AJCT 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc; Rev. crit. DIP 2011. 722, note P. Hammit; RTD civ. 2011. 340, obs. J. Hauser; (二〇二〇年七月二十四日確認)。
- (33) 子供たちの各々に対し、精神的損害として五〇〇〇〇ユーロずつ、ならびに税金として支払うことになるであろう総額。
- (34) 申立人たちに対し、費用および支出額として一五〇〇〇ユーロ、ならびに税金として支払うことになるであろう総額。
- (35) [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-145179"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (二〇二〇年三月十一日確認)。
- この判決に対する評釈とレビュー CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, D. 2014. 1797, note F. Chénéde, et 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon; AJ Fam. 2014. 499, obs. B. Hatfel; *ibid.* 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse; D. 2014. 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire; *ibid.* 1806, note L. d'Avout; *ibid.* 2015. 702, obs. F. Granet-Lambrechts; *ibid.* 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat; *ibid.*...1007, obs. REGINE; *ibid.* 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seséke; RDSS 2014. 887, note C. Bergoignan-Esper; Rev. crit. DIP 2015. 1, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon; *ibid.* 14, note S. Bollé; RTD civ. 2014. 616, obs. J. Hauser; *ibid.* 835, obs. J.-P. Marguénaud.
- なお本裁判において申立人は、その他の主張として条約第六条§1、第二二条、第四一条違反の主張をしている。
- (36) この判決に先立つ二〇一三年四月一六日には、父親がシャラントン・ル・ボン小審裁判所書記課に子どもたちのフランス国籍の証明書の交付を請求している。これに対し書記課長は、この請求が「手続進行中。カリフォルニア州ロサンジェルス領事館に正当性証明の請求をしたため、その回答待ち。」と付し、二〇一三年一〇月三一日および二〇一四年三月一二日に仮の交付証を交付している。
- (37) 二〇一六年十一月一八日の法律一五四七号 (loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016) による。同法は二〇一七年三月二四日の適用のためのデクレにより明確化され、司法組織法典し第四五二一条以下、および民事訴訟法典第一〇三一八条以下

で、法典内に取り入れられている。

- (38) 民事の場合にも、一方の欺罔行為により、その者に有利な判決が下された場合や、判決後に新たな証拠が見つかった場合、判決後に証拠や証言が真実ではない旨の判断が下されたり、自由によって真実でないことがわかったような場合、再審が可能となった。また本件の場合のように、欧州人権裁判所が、国内で出された判決が欧州人権条約に反していると判示した場合には、その判決から一年以内に再審請求をなすことが可能 (https://www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/cour_revision_reexamen_9507/procedure_demande_reexamen_civil_43541.html; https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1381)。

本件に関する下された判決のリンクは https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/explicative_relative_38644.html、その評釈のリンクは <https://www.dallozactualite.fr/flash/cour-de-reexamen-des-decisions-civiles-prononce-ses-deux-premiers-arrets#.Xb9FP6fANQI>、<https://www.gazette-du-palais.fr/actualites-juridiques/jur-premieres-decisions-de-la-cour-de-reexamen-la-gpa-et-interet-des-enfants/> (いずれも二〇一九年十一月四日確認)。

- (39) https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2018/02/arret_de_la_cour_de_reexamen001.pdf (二〇一九年十一月四日確認); Cass. c. reexamen, 16 févr. 2018, AJ fam. 2018, 178 obs. A. Dionisi-Peyrusse, D. 2018, 825; *ibid.*, note J. Guillaume; *ibid.* 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire (二〇二〇年七月二十五日確認)。

- (40) 同判決は、破毀院二〇一一年四月六日の判決を自動的に無効とするものではないと述べている。破毀院全体部による再審を認容することにも、原告夫妻らによつてなされていた同判決の無効請求 *demande d'annulation* を棄却している。

- (41) Cass. c. réex., 16 février 2018, n° 17-RDH-401.
D. 2011, 1522, note D. Berthiau et L. Brunet, 1001, édito, F. Rome, 1064, entretien X. Labbé, 1585, obs. F. Granet-Lambrechts, 1995, obs. A. Gouttenoire, 2012, 308, obs. J.-C. Galloux et 1228, obs. F. Jault-Seséke; AJ fam. 2011, 262, obs. F. Chénéde, 265, obs. B. Hafel, et 266, interview M. Domingo; AJCT 2011, 301, obs. C. Siffrein-Blanc; Rev. crit. DIP 2011, 722, note P. Hamnje; RTD civ. 2011, 340, obs. J. Hauser.

- (42) Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 12-30, 138, D. 2019, 1819, note H. Fulchiron et P. Deumier, rapport Agnès Martinel, avis Ingalls.
外国でなされた代理出産とフランスにおける法律上の母との親子関係 (力丸)

Montagnier, AJ fam. 2018, 613 ; *ibid.* 569, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Dalloz actualité, 10 oct. 2018, obs. Coustet.

プロトコル一条一項および二項。

一項：一〇条に合致するよう示された、条約締結国の最上級審は、条約またはそのプロトコルによって決定された権利および自由の解釈または適用に関する原則的な問題について諮問意見の請求を同院（筆者注：欧州人権裁判所）になすことができる。

二項：本請求を取り扱っている裁判所は、同院に係属する事件の枠内でしか諮問意見を求めることはできない。

欧州人権条約のプロトコル一六号のごとく [https://www.courdecassation.fr/publications_26/observatoire_droit_europeen_2185/panorama_cedh_cjue_3556/2014_6813/mai_juin_2014_6911/syntheses_6914/protocole_n_16_cesdh_30444.html](https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_FRA.pdf)。 [https://www.departement-juridique.fr/protocole-n16-cedh-premiere-demande-davis-consulatif/](https://conseil-europe.delegfrance.org/Premier-avis-consulatif-de-la-CEDH-depuis-l-entree-en-vigueur-du-Protocole_avis_consulatif_p16-2018-001.pdf)（二〇一九年十一月四日確認）。

フランスの批准は二〇一八年四月二三日、発効は同年八月一日である（<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214>）。そして本件の事案がその適用第一号である。AJ fam. 2018, 613.（二〇二〇年七月二十五日確認）また、フランスは同プロトコルの一〇番目の批准国である。

<https://www.diplomatique.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/droits-de-l-homme/actualites-et-evenements-sur-le-theme-des-droits-de-l-homme/actualites-2018-sur-le-theme-des-droits-de-l-homme/article/convention-europeenne-des-droits-de-l-homme-ratification-par-la-france-du-2019-01-04>（二〇一九年一月四日確認）。

(43) プロトコル二条一項。

大法院 Grande Chambre の五名の判事からなる合議体は、第一条にいうところの諮問意見請求認容について判示する。合議体が請求認容を拒む場合は全て、理由を付さなければならない。

(44) CEDH 10 avr. 2019, n. P16-2018-001, D. 2019, 1084, note H. Fulchiron.（二〇二〇年七月二四日確認）
プロトコル二条二項。

合議体が請求を認容した場合には、大法院は諮問意見を出す。

<https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/droits-de-l-homme/actualites-et-evenements-sur-le-theme-des-droits-de-l-homme/actualites-2018-sur-le-theme-des-droits-de-l-homme/article/convention-europeenne-des-droits-de-l-homme-ratification-par-la-france-du-11-01-1991-11-04-1991> (二〇一九年十一月四日確認)。

このプロトコルは、加盟国の最高裁判所が、条約やプロトコルによって定義された権利や自由の解釈または適用に関する原則についての問題に関し、諮問意見を求めることができるという制度である。この可能性は、フランスにおいては、憲法院、コンセイエユ・デタ、および破毀院に認められる。

(45) CEDH 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, D. 2019. 1084, note H. Fulchiron.

(46) https://www.dalloz-actualite.fr/flash/cour-de-reexamen-des-decisions-civiles-prononce-ses-deux-premiers-arrets#XoAmGy3AM_U (二〇二〇年三月二九日確認)。

なお傍論であるが、本件訴訟に関しては、二〇一九年四月二四日、専門職民事会社 Marc Lévis が Arclesbica という団体の名において自発的に介入を行い、二〇一九年九月六日に、報告書 (mémoire) を提出している」という事情がある。二〇一九年一〇月四日の判決は、この点についても判示しているが、本稿においては傍論に当たするため、この点についてはここでは詳述しない。

(47) 前注参照。

(48) なお、同事件においては、イタリアの団体が介入をなしているが、このような介入は、民事訴訟法典三二七条二項の適用により、付随的な形で意図的になされた場合、破毀院のもとでのみ認められる。同法典三三〇条一項によれば、一方当事者の主張に基づくならば、付随的介入として認められる。しかし、本件においては、この介入が当事者の支持のためのものではないため、このような意図的な介入は認められない、とされた。

(49) 拙稿「同性間カップルが子を持つ権利とフランス生命倫理法改正への動き」比較法雑誌五二巻四号 二二七頁(二〇一九年)

(50) https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2019/06/115524_Rapport_Ifoop_ADFH_2019_sans_don.pdf (二〇一九年一〇月二八日確認) pp. 11 et ss.

(51) 前注⁴⁸ p. 13.

(52) 前々注⁴⁷ p. 14.

外国でなされた代理出産とフランスにおける法律上の母との親子関係 (力丸)

- (53) https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2019/09/PMA-sept_2019.pdf (二〇一九年一〇月二八日確認) pp. 6-7.
- (54) 前注統計資料, p. 8.
- (55) P M A (Procréation médicalement assistée) または A M P (Assistance médicale de la procréation) は、医療補助生殖を指す用語の頭文字をとったものであり、広い意味での医療補助生殖は、人工生殖ならびに代理出産等、医療が介入するすべての人為的な生殖活動のことを示している。
- しかしながら、この P M A とらう略称は、しばしば G P A (Gestation pour autrui) (代理出産) に対比されるものとして用いられることもあり、本稿においては、G P A に対する意味で P M A の用語を用い、広い意味での医療補助生殖については、「医療補助生殖」と日本語で記述して区別するにとした。
- (56) 拙稿・前注(51)。
- (57) 前注新聞記事参照。
- (58) 詳細については、以下の記事を参照。 <https://www.publicsenat.fr/article/parlementaire/gpa-a-l-etranger-en-reaction-a-la-jurisprudence-le-senat-modifie-le-projet-de> (二〇二〇年三月二十九日確認)
- (59) https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/01/23/loi-sur-la-bioethique-le-senat-vote-l-ouverture-de-la-pma-a-toutes-les-femmes_6026896_823448.html; <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/le-senat-vote-l-ouverture-de-la-pma-a-toutes-les-femmes-20200123> (二〇二〇年三月二十九日確認)。
- (60) 二〇一九年一〇月一五日に、国民議会第一読会において可決され (http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/1150343_texte-adopte-seance (二〇二〇年六月二十五日確認))、法案の審議は上院に移されることとなった。上院においては、二〇二〇年一月に審議がなされた (<https://www.senat.fr/seances/s202001/s20200121/s20200121008.html>; https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/01/23/loi-sur-la-bioethique-le-senat-vote-l-ouverture-de-la-pma-a-toutes-les-femmes_6026896_823448.html; <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/le-senat-vote-l-ouverture-de-la-pma-a-toutes-les-femmes-20200123> (二〇二〇年七月三十一日確認))。この後、新型コロナウィルスの影響により、国民としてこの問題よりはむしろ、コロナにより悪化した経済や雇用問題を先に解決すべきである、との意識が高まってきた (Ilop 調査: Les débats sur la PMA au lendemain du déconfinement; <https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2020/06/117458-Rapport.pdf>) (二〇二〇年六月二十五日確認)。

なお、脱稿後、以下の情報に接した。すなわち、同法案は、二〇二〇年七月三十一日、国民第二読会において、六六票対二七票、棄権三票で可決し、社会保険により償還されることも可決された（<https://www.lefigaro.fr/actualite-france/loi-bioethique-lassemblee-adopte-le-projet-de-loi-une-deuxieme-fois-20200801>；https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/08/01/loi-bioethique-lassemblee-adopte-le-projet-de-loi-en-deuxieme-lecture_6047874_3224.html（二〇二〇年八月一日確認））。
これ以降の検討は時間的制約もあり、今後の課題とした。

(61) https://www.lemonde.fr/societe/article/2014/05/02/la-justice-refuse-ladoption-a-lepouse-de-la-mere-d-un-enfant-concupar-pma-4410560_3224.html（二〇一〇年七月三十一日確認）。

(62) <http://www.presse-justice.gouv.fr/communiqués-de-presse-10095/archives-des-communiqués-de-2014-12598/gpa-decision-du-conseil-detar-27726.html>（二〇一〇年三月二十六日確認）。

(63) <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/FI381>（二〇一〇年三月二十六日確認）。
欧州人権裁判所の判断がフランス国内裁判所に与える影響については、<https://www.vie-publique.fr/fiches/38297-consequences-des-arrets-de-la-cedh-sur-la-justice-francaise>を参照（二〇一〇年三月二十九日確認）。

そこでは、欧州人権裁判所の判決は、フランス国内裁判所の判断を自動的に無効にすることも修正することもできず、その判決で、ただ人権侵害の事実を述べることができただけである。また、判決には執行力もない。しかし、加盟国は、関連する訴訟に関して、欧州人権裁判所の判決に合わせるよう求められる。

(64) 当事者が外国に居住している場合には、さらに二ヶ月延長される。海外領土に居住している者が当事者であって、大陸の裁判所に管轄がある場合、逆に大陸に居住している者が当事者であって、海外領土に裁判管轄がある場合、期限は一ヶ月延長される。

(65) https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_FRA.pdf。L. n° 2018-237 du 3 avr. 2018 autorisant la ratification du protocole no 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales（二〇一〇年三月三〇日確認）。

本件が、このプロトコル一六号が初めて適用された事件であることは、<https://conseil-europe.de/legfrance.org/Mise-en-oeuvre-du-Protocole-16-de-la-Convention-europeenne-des-droits-de-l'homme>（二〇一〇年三月三〇日確認）。

外国でなされた代理出産とフランスにおける法律上の母との親子関係（力丸）

- (66) 同判決以降、代理出産により子をもうけた同性間カップルに関し、親子関係を確認する訴訟が数件あった。この判断に関して、別稿を予定している。
- (67) 前注(62) 参照。
- (68) 小門穂『フランスの生命倫理法——生殖医療の用いられ方』、ナカニシヤ出版・藤野美都子「始動…生命倫理法の再改正」(海外法律情報)『ジュリスト』一三八二号四五頁(二〇〇九年)。
フランスの生命倫理法に関するこれまでの経過に関し、例えば、野村豊弘「フランス判例における代理母と養子縁組」星野英一・森島昭夫編『現代社会と民法学の動向(下) 民法一般「加藤一郎先生古希記念」』五〇五頁(有斐閣、一九九二年)、棚島二郎「フランス『生命倫理法』の全体像」外国の立法三三巻二頁(一九九四年)、高橋朋子「フランスにおける人工授精をめぐる法的状況」唄孝一・石川稔編『家族と医療—その法学的考察』四〇九頁(弘文堂、一九九五年)、ノエル・ルノワール・北村一郎・大村敦志「フランスにおける生命倫理立法の背景」ジュリスト一〇九二七九頁(一九九六年)、北村一郎「フランスにおける生命倫理法の概要」ジュリスト一〇九〇号二二〇頁(一九九六年)、ノエル・ルノワール・北村一郎・大村敦志「フランスにおける生命倫理立法の背景」ジュリスト一〇九二七九頁(一九九六年)、滝沢正「フランスにおける生命倫理法の改正—出産前診断、生殖補助医療及び受精卵着床前診断における要件の緩和—」比較生命倫理法研究会「共同研究・生命倫理法の展開(1)」上智法学四八巻三・四号二二七頁(二〇〇五年)、滝沢正「フランスにおける生命倫理法の位置づけ—一般社会規範から法規範へ」生命と倫理(7)、一九三三(二〇一〇年)。
- (69) Cour de cassation - Première chambre civile — 18 décembre 2019 - n° 18-14.751, n° 18-50.007.
- (70) Cour de cassation - Première chambre civile — 18 décembre 2019 - n° 18-12.327; Cour de cassation - Première chambre civile — 18 décembre 2019 - n° 18-11.815.
- (71) 前注(22) 参照。
- (72) 代理出産を自己決定権との関わりにおいて検討するものとして、貞岡美伸「代理出産の自己決定に潜むジェンダーバイアス」Core Ethics Vol.5 (2009) <https://www.r-gscetfs.jp/pdf/ce05/sm01.pdf> (二〇一九年十一月四日確認)。
- (73) http://www.jsog.or.jp/modules/statement/index.php?content_id=34 (二〇一〇年七月二一日確認) <https://www.jaog.or>

jp/lecture/13_提供配偶子%E3%80%80%E3%80%80/ (二〇一九年一月一日確認)。

(74) 民集第六一卷二九六—二九九頁。

(75) 民集第六一卷二九六—二九九頁。

この判決に関する検討として、矢澤昇治「私の親は、誰ですか(2・完) 代理出産に基づき実親子関係の成立を認めた外国判決の承認を否定した最高裁判平成一九年三月二三口決定を契機として」専修法学論集(一一二)、七五—一〇四、二〇一—一〇七。

そのほか、矢澤昇治「私の親は、誰ですか(1)」専修法学論集(一一一)、一三三—一六二、二〇一—〇三三・横溝大「涉外家事事件判例評釈(二三) 代理出産に関し親子関係を確定する外国判決の承認と公序(最決平成一九・三・二三) 戸籍時報(六六三)、一一—二三、二〇一—二二」棚村政行「最新判例批評(二〇〇八) 四七」代理出産により生まれた子の母子関係と外国判決の承認(最二決「平成」一九・三・二三)(判例評論(第五九三号))判例時報(二〇〇二)、一九〇—一九三、二〇〇八—〇七—〇一・早川眞一郎「最近の判例から外国判決の承認と公序—外国人代理母が出産した子を代理出産を依頼した日本人夫婦が実子として届け出ることの可否」最高裁判所第二小法廷平成一九・三・二三決定」法律のひろば六一(3)、五八—六五、二〇〇八—〇三・文献月報 民事手続法 外国判決の承認における公序要件 外国人代理母が出産した子につき、代理出産を依頼した日本人夫婦が実子としての出生届をすることは認められるか「東京高裁判平成一八・九・二九最高裁判平成一八・九・二九 判例タイムズ五八(3)、五八—七五、二〇〇七—〇二—〇一。

(76) 最高裁判第二小法廷平成一九年三月二三日決定民集六一卷二九六—二九九頁・家庭裁判月報五九卷七号七二頁・訟務月報五四卷三三六—三三九頁・裁判所時報一四三三三—三三九頁・判例タイムズ一二三九—二〇〇頁・最高裁判所裁判集民事二二三号四九三頁。

評釈として、土谷裕子・ジュリスト一三四—一六五頁「(1) 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内容の外国裁判所の裁判と民訴法一一八条三号にいう公の秩序、(2) 女性が自己以外の女性の卵子を用いた生殖補助医療により子を懐胎し出産した場合における出生した子の母」、村重慶一・戸籍時報六一六号六二頁「代理出産による子の

外国でなされた代理出産とフランスにおける法律上の母との親子関係(力丸)

出生届」、門広乃里子・法学セミナール増刊（速報判例解説 Vol. 11）一三五頁「外国人代理母が出産した子と依頼主女性（卵子提供者）との実親子関係が否定された事例」、西希代子・判例セレクト別冊附録三三〇号二二頁「外国人代理母が出産した子の親子関係」、林貴美・判例タイムズ一二五六号三八頁「代理出産による親子関係の成立と外国裁判の承認」、早川眞一郎・法律のひろば六一巻三号五八頁「外国判決の承認と公序」外国人代理母が出産した子を代理出産を依頼した日本人夫婦が実子として届け出ることの可否」、棚村政行・判例時報二〇〇二号一九〇頁「代理出産により生まれた子の母子関係と外国判決の承認」、北村賢哲・法学論集（千葉大学法学会）二三巻二号一七三頁「外国人代理母が出産した子を日本夫婦の实子として出生届をすることの可否」、金子洋一・明治学院大学法科大学院ローレビュー九号一四九頁「代理出産に基づく親子関係を確認する外国裁判の承認問題について」、窪田充見・ジュリスト臨時増刊一三五四号九五頁（平成一九年度重要判例解説）「代理懐胎における母子関係」、中野俊一郎・ジュリスト臨時増刊一三五四号三三三頁（平成一九年度重要判例解説）「代理出産に基づく親子関係の成立と外国裁判の承認」、若林昌子・私法判例リマックス（法律時報別冊）三七号八〇頁「代理出産（他人の卵子を用いた生殖補助医療）によって出生した子の母」、長田真里・法律時報七九巻一一号四五頁「代理母に関する外国判決の効力」民訴一一八条の適用に関して、東京高決平成一八年九月二九日および最決平成一九年三月二三日をもとに（論考）（特集 生殖補助医療の規制と親子関係法）、三枝健治・法学セミナール六三二号四頁「代理出産における母子関係 いわゆる向井亜紀ケースの最高裁決定（ロー・ジャーナル）」、早川眞一郎・別冊ジュリスト一九三三号六四頁（家族法判例百選 第七版）「外国における代理出産によって出生した子の出生届」、星野豊・法律時報八二巻二二二号一六頁「代理出産契約に基づき出生した子の親子関係（民事判例研究八八二二）」、岡田幸宏・速報判例解説（法学セミナール増刊）二二一九四頁「代理出産の依頼者と子との間に親子関係を認められた外国裁判の承認と公序」、村重慶一・別冊判例タイムズ二二二号一四二頁（平成一九年度主要民事判例解説）「代理出産の母子関係と外国裁判の承認」、土谷裕子、中村心・法曹時報六二巻五号一四七頁。

矢澤昇治 私の親は、誰ですか（2・完）…代理出産に基づき実親子関係の成立を認めた外国判決の承認を否定した最高裁平成一九年三月二三日決定を契機として・専修法学論集一一二二七五頁 竹下啓介・別冊ジュリスト二一〇号一四〇頁。

（国際私法判例百選 第二版）生殖補助医療と親子関係——代理母出生子の「母」の決定、安達敏男、吉川樹士・戸籍時報七〇六号六三頁。

(生殖補助医療に関する裁判例の紹介(身近な家族法知識9)、石井美智子・別冊ジュリスト二二九号一八八頁。

(「医事法判例百選 第二版」代理懐胎)、早川眞一郎・別冊ジュリスト二二五号七〇頁。

(「民法判例百選三親族・相続」外国における代理出産によって出生した子の出生届、平手里奈・行政関係判例解説一九年一五八頁。

(代理出産において依頼者夫婦を実父母と認めた外国判決の我が国における効力)、早川眞一郎・別冊ジュリスト二二九号七二頁。

(「民法判例百選三親族・相続 第二版」外国における代理出産によって出生した子の出生届)

(77) 最二小決昭和三十七年四月二七日民集一六卷七号一二四七頁。

(78) 民集六一卷二号六二七頁。

(79) 日本人男性がタイ人の代理母を用い、一三人の子をもうけた事件がニュースでも報道されている(赤ちゃん工場事件) <https://www.afpb.com/articles/~3163203> (二〇一九年一月一日確認)。

(80) 例えば、「代理出産」の語で検索すると、向井氏、丸岡氏のケースや向井氏の訴訟経過などに関する記事のほか、たくさんのエージェントの広告がヒットする。

(81) 代理出産において、準拠法選択のアプローチが採られた例として、大阪高裁平成一七年五月二〇日決定、判時一九一九年一〇七頁。

平成一七年決定の事案は、以下のようである。申立人であり、原告人である、いずれも日本国籍を有する夫婦が、アメリカ合衆国カリフォルニアにおいて、米国人女性Aから卵子の提供を受け、夫の精子を用いて体外受精により受精卵を作成し、別の米国人Bにより代理懐胎を試み、双子の子らが出生した。この子らについては、出生前にロサンゼルス上位裁判所で、夫を子らの法的・遺伝子的な父親、妻を法的な母親であるとの判決が下された。夫婦は帰国後、この判決に基づき作成された出生証明書等を添付した出生届を住所地の市長に提出したが、妻が分娩してないとの理由で母子関係が否定され、出生届を受理しないとの処分に対して、出生届の受理を求める申立てをしたが却下された。それゆえ、不服申立却下審判に対して抗告したものである。

抗告棄却の決定要旨で、妻と本件子らとの間の母子関係(実親子関係)の有無が問題となり、その親子関係の存否が、法

外国でなされた代理出産とフランスにおける法律上の母との親子関係(力丸)

例一七条一項（法の適用通則法二八条一項）で定まる準拠法により嫡出親子関係の成立の有無が決定されるとしたのである。大阪高裁平成一七年決定が準拠法アプローチを採用したことを評価するものとして、佐藤やよい「生殖補助医療と親子関係―代理母出生子の「母」の決定」『国際私法判例百選「新法対応補正版」』一二、一二三頁（二〇〇七年）。

(82) 矢澤昇治「私の親は、誰ですか（一）代理出産に基づき実親子関係の成立を認めた外国判決の承認を否定した最高裁平成一九・三・二三決定を契機として」専修法学論集（一一二）、一二三―一六二、（二〇一一年）。

矢澤文献によれば、外国での代理出産契約により出生した子との親子関係においては、双方のアプローチがされるとの指摘がある。

(83) <http://www.moj.go.jp/shingit/shingit04900395.html>（二〇一〇年三月三十一日確認）。

（こ）で見ると、法制審議会特別養子制度部会第九回会議（平成三二年一月一五日開催）において、特別養子に関する現在の六歳未満という年齢制限を満一五歳未満とする案を提示している。というのも、これまで特別養子縁組を妨げる要因として、実親の同意が得られない、という理由について、年齢要件が問題となることが指摘されていたからである。年齢制限が、満一五歳未満ということになれば、フランスの完全養子制度と基準が同一となり、より利益状況を比較して考えることが容易になると思われる。

（本学法学部准教授）