

講 演

## 代理懐胎：生殖ツーリズムと実親子法

Leihmutterchaft: Reproduktionstourismus und Abstammungsrecht

トビアス・ヘルムス\*  
訳 野 沢 紀 雅\*\*

目 次

訳者はしがき

### §1 序

- I. 代理懐胎の概念
- II. 生殖ツーリズムの現象

### §2 検討対象の出身国（日本、ドイツ及びフランス）の制限的姿勢

- I. 代理懐胎の禁止
- II. 代理懐胎の実親子法上の帰結

### §3 代理懐胎ツーリズムに対する反応

- I. 日 本
- II. ド イ ツ
- III. フランスと欧州人権裁判所

### §4 論 点

- I. 代理懐胎ツーリズムの抑止 vs. 当該の子の福祉
- II. 養子縁組は解決の道具立てとして十分か
- III. 寛 容 の 幅
- IV. 内国の代理懐胎禁止に何らかの帰結をもたらすか

Zusammenfassung

---

\* マールブルク大学教授

Tobias HELMS

Prof. Dr., Philipps-Universität Marburg

\*\* 所員・中央大学法科大学院教授

## 訳者はしがき

本稿は、ドイツ・マールブルク大学法学部トビアス・ヘルムス教授が2014年7月18日に中央大学市ヶ谷田町キャンパスにおいて行った講演の翻訳である。ヘルムス教授は、1998年にフライブルク大学において博士号取得後、引き続き同大学において2006年に教授資格を取得され、同年より現職に就いておられる。専門は、民法、国際私法及び比較法である。また、身分登録関係の専門誌である Das Standesamt (StAZ) の編集責任者も努めておられる。

同教授の博士論文 „Die Feststellung der biologischen Abstammung“ (1999年) は、日本比較法研究所翻訳叢書49『生物学的出自と親子法』(野沢紀雅・遠藤隆幸訳, 2002年) として出版されている。今回本研究所の招聘により来日され、この講演会を開催する運びとなった。学内外から多数の出席者があり、講演に続いて活発な議論がなされた。その際の質問事項等に配慮して若干の変更を加えた原稿が後に提供され、この翻訳はその原稿に依拠している。なお、訳文中における〔 〕は訳者による補いである。

## § 1 序

### 1. 代理懐胎の概念

代理懐胎という概念はドイツの法秩序のどこにも使われていない。むしろ、ドイツの法律では代理母関係 (Ersatzmutterschaft) と呼ばれている (養子縁組斡旋法 (AdVermiG)13a 条及び胚保護法 (ESchG)1条1項7号参照)。けれどもこの概念は法律学及び一般社会の議論には定着していない。そこで本稿においても、代理母関係ではなく代理懐胎と呼ぶこととする。しかし、本稿でいう「代理懐胎」の理解は、内容的には「代理母関係」と同じである。すなわち代理懐胎は、第1に、女性が人工受精

(künstliche Befruchtung) によって子を産むこと、そして第2に、その女性が出産後にその子を手に置かず、いわゆる親希望者〔= 依頼者〕たち (Wunscheltern) に引き渡す取り決めがなされる、という2つの要素によって特徴づけられるのである。その場合、現在では、できるだけ代理懐胎者 (Leihmutter) 〔= 代理母〕と子との間の愛着が生まれないようにするために、両者間におけるいっさいの遺伝的関係を避けるよう試みるのが普通になっている<sup>1)</sup>。同時に、子と親希望者たちとの遺伝的関係をできるだけ密接にしようとする。なぜなら、遺伝的に自分の子を授かりたいという不妊のペアの希望が代理懐胎者を利用することの原因となっているのが通例だからである。それゆえ、代理懐胎者の人工受精では母親希望者の卵子を使用する試みがなされるのが通例である。そして、その卵子は父親希望者の精子もしくは第三者の精子によって受精され、代理懐胎者に移植される。しかし、第三者女性の卵子が使用されることも少なくないのであり、その結果、代理懐胎者の人工受精にさらに卵子提供者の関与がありうることになる。現在のやり方では、卵子提供者に頼ることは、母親希望者が加齢等の理由により受精可能な卵子を有しない場合だけではなく、親となることを希望しているペアが2人の男性である場合にも普通に行われるのである。それゆえ、合計5人までが1つの代理懐胎に関与することがありうる。つまり、代理懐胎者、父親希望者と母親希望者、卵子提供者、そして精子提供者である。

---

1) 英米法領域では、子が代理母 (Ersatzmutter) との遺伝的関係がない場合は „full or gestational surrogacy“ と呼び、 „partial or traditional surrogacy“ と区別する (Gruenbaum, *American Journal of Comparative Law* 60 (2012) 475, 479f.; *Hinson/McBrien*, *Family Advocate* Vol. 34 (2011), 32f.). 子を引き渡す母自身の卵子が使用され、たとえば父親希望者〔= 依頼者男性〕の精子で受精される場合は、ドイツでは狭義の代理母関係と呼ばれることがある (養子縁組幹施法13a条1号), *Coester*, FS Jayme 2004, S. 1244参照。

## II. 生殖ツーリズムの現象

比較法的に見ると、多くの法秩序が代理懐胎を拒否している。しかしその一方で、程度の差はあれ寛大な要件の下で代理懐胎を許している、かなりの数の国が存在する<sup>2)</sup>。このように各国の態度に違いがあることから、生殖ツーリズムの現象が出てきた。つまり、代理懐胎を禁止している国の住人が、外国に旅行して、そこで代理懐胎者の役務提供を受けるのである。代理懐胎ツーリズムの好まれる目的地としては、特にロシア、旧ソビエト連邦領域の他の東ヨーロッパ諸国、アメリカ合衆国のいくつかの州、なかでもカリフォルニア州、そしてインドがある。

どれほどの数のペアが代理懐胎ツーリズムに参加しているかを調べるのは難しい。2009年にインドのクリニックにおいて概算で1,500件の代理懐胎が実施され、その約3分の1のケースに外国人の親希望者が関わっていた<sup>3)</sup>。アメリカ合衆国でも、概算で年間1,500人の子が代理懐胎者から生まれているが、親希望者が外国人である割合を正確に特定することはできない。しかし、カリフォルニア州最大のクリニックの1つは、2010年にその施設で代理懐胎によって生まれた子ども104人のおよそ半分の親希望者は外国人であったと報告している<sup>4)</sup>。フランスでは、年間150組から200組のフランス人ペアが外国で代理懐胎者の役務提供を受けていると見積もられている<sup>5)</sup>。ドイツに関しては、官庁や裁判所が代理懐胎に関わるケースが増えていることを確認できるととどまる。

## §2 検討対象の出身国(日本、ドイツ及びフランス)の制限的姿勢

この講演では、自らは代理懐胎を禁止している国々が、ペアたちが外国

---

2) *Helms*, StAZ 2013, 114ff. における概観などを参照。

3) *Mohapatra*, *Annals of Health Law* 21 (2012), 191, 194.

4) *Mohapatra*, *Annals of Health Law* 21 (2012), 191, 197.

5) *Perreau-Saussine/Sauvage*, in: *Trimblings/Beaumont* (Hrsg.), *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, 2013, S. 119.

に出かけて代理懐胎者の役務提供を受けるケースをどのように扱うかという問題を取り上げたい。このようにして生まれた子らはどのような実親子法上の身分を得るのであろうか。国内での代理懐胎禁止の回避を防止するために実親子法を持ち出すことができるのか、また持ち出してよいのだろうか。この講演で私は、日本とドイツのほかにフランスをも取り上げた。なぜなら、フランス法については、2014年6月26日、つまり〔本講演の〕ちょうど3週間前になされた、欧州人権裁判所 (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte) の2つの最新の原則的判例が存在するからである。

### I. 代理懐胎の禁止

ドイツでも、またフランスにおいても代理懐胎は法律ではっきりと禁止されている。両国では、代理懐胎の禁止に対する違反は罰せられる。ただし、罰せられることがあるのは、代理懐胎の実施に協力した医師だけである<sup>6)</sup>。それ以外には、代理懐胎を斡旋した者、そのための広告をなした者も罰せられる<sup>7)</sup>。これに対して、代理懐胎者と親希望者〔= 依頼者〕は、原則としていっさいの処罰から除外されている<sup>8)</sup>。

代理懐胎禁止の正当化理由としてドイツの立法者が述べたのは、自分を生んだ女性が遺伝的な母親ではないと知ったときに、その子らがアイデンティティー問題と格闘しなければならないことになるだろうということであった<sup>9)</sup>。ただし、立法者は、そうした状況が当該の子らにとって実際にどれほどの負担となるかという問題についての正確な知見は存在しないことをはっきり認めていた<sup>10)</sup>。それゆえに、決定的な観点として強調され

6) ドイツ：胚保護法1条7号（3年以下の自由刑または罰金）。フランス：刑法 (Code pénal) 511-24条（5年以下の自由刑または75,000ユーロ以下の罰金）。

7) ドイツ：養子縁組斡旋法14b条と結びついた13c条及び13d条。フランスもこれに類似する（刑法227-12条参照）。

8) ドイツでは、胚保護法1条3項が明文でそのように定めている。

9) BT-Drucks. 11/5460, S. 7; BT-Drucks. 11/4154, S. 6.

たのは、代理懐胎の実施が人間の尊厳を損ねる葛藤をもたらすことがありうるということであった。その際にまず念頭にあったのは、親希望者が障害のある子を引き取りたくなくなる、代理懐胎者が出産後に子と別れたくなくなる、あるいは妊娠中に中絶の問題が生ずるというケースである<sup>11)</sup>。

これに対し、日本では代理懐胎の明文の禁止がない。けれども、2003年に厚生省と法務省の2つの委員会がはっきりと代理懐胎に反対の意見を表明している。そこでは、子の福祉のほかに代理懐胎者の心身の健康に対する配慮も重視されていた。同じ年に、日本産科婦人科学会は代理懐胎を禁止する指針を示した<sup>12)</sup>。これと類似した形で、2008年には日本学術会議が代理懐胎を法律で禁止することを原則的に支持したが、同時に、厳格に定められた条件下での非営利的な代理懐胎の試行の許容を提言している<sup>13)</sup>。これらの提案は、立法者によって実行されていない。日本の世論の否定的な姿勢にもかかわらず、医師が代理懐胎を実施した個別のケースが知られている<sup>14)</sup>。

## II. 代理懐胎の実親子法上の帰結

禁止にもかかわらず代理懐胎が実施された場合、これら3つの法秩序は、まずは同じように反応する。つまり、子の母は常にその子を分娩した女性とされるのである<sup>15)</sup>。その子が遺伝的に代理懐胎者からではなく母親希望者からの出自を有する場合でも、このことが妥当する。ドイツで

---

10) BT-Drucks. 11/5460, S. 7.

11) BT-Drucks. 11/4154, S. 7; BT-Drucks. 11/5460, S. 8ff.

12) *Nozawa*, FS Kollhosser Bd. II (2004), S. 489f.; *de Alcantara*, in: *Trimmings/Beaumont* (Hrsg.), *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, 2013, S. 248.

13) <http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-20-t56-1e.pdf> (英文) .

14) *de Alcantara* (a.a.O.) S. 249; *Semba/Chang/Hong/Kamisato/Kokado/Muto*, *Bioethics* 24 (2010), 348.

15) ドイツについて：民法 1591 条。日本におけるこの原則の承認について、*Nozawa*, FS Kollhosser Bd. II (2004), S. 491 及び S. 498 参照。フランスでは、子

は、長い間この問題が法律で規律されていなかったけれども、この原理が争われることはなかった。しかし、その後1997年に、この原則を民法1591条に明文化することが賢明だと考えられたのである<sup>16)</sup>。代理懐胎の実行を防止することも、その目的として説明されていた<sup>17)</sup>。代理懐胎者との法的な親子関係設定により、法律は関係者の計画を阻止しようとしているのである。つまり、子を保持したくない女性との間に〔親子〕関係を設定し、その一方で、その子が遺伝的に母親希望者の子である場合でさえも、その者を法的な母とは認めないのである。母親希望者が法的な母になる唯一のチャンスは、その子と養子縁組することである<sup>18)</sup>。けれども、フランスでは破毀院（Cour de Cassation）の2つの判例が母親希望者との養子縁組すら許されないと宣言している。そうしなければ代理懐胎の禁止が回避されうる、というのがその理由である<sup>19)</sup>。

父との実親子関係の状況はこれと異なる。代理懐胎者が婚姻していなければ、父親希望者は、遺伝的には血族関係がない場合でさえその子を認知

---

の母は出生証書に母として記載された女性である（民法311-25条：„La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant.“ 「親子関係は、母に関しては、子の出生証書における母の表示によって確立される。」〔田中通裕「注釈・フランス家族法(II)」法と政治64巻3号407頁の訳による〕）が、他の女性を生みの母として記載する行為は罰せられる（刑法227-13条）。このことについては、*Perreau-Saussine/Sauvage* (a.a.O.), S. 121参照。

- 16) 親子法を改正するための法律 (Kindschaftsrechtsreformgesetz-KindRG) vom 16. 12. 1997, BGBl. I, S. 2942.
- 17) BT-Drucks. 13/4899, S. 82. 日本法の同様の志向性については、*Nozawa*, FS Kollhossler Bd. II (2004), S. 498参照。
- 18) このことに関連して発生しうる諸問題については、*Botthoff/Diel*, StAZ 2013, 211 ff. 参照。
- 19) 完全養子 (adoption plénière) が問題となった破毀院の1991年の原則的判例 (Cass. ass. plén., 31. 5. 1991, Sem. Jur. 1991, 377, *Terré* の評釈付き) においても、また、単純養子 (adoption simple) に関するその後の1994年の判例 (Cass., 29. 6. 1994, D. 1994, 581, *Chartier* の評釈付き) でも、問題の子は、遺伝的には母親希望者 [= 依頼者女性] ではなく、代理懐胎者からの出自を有していた。

することができる<sup>20)</sup>。これに対して代理懐胎者が婚姻している場合には、その子はまず代理懐胎者の夫の子とされるが<sup>21)</sup>、その子は遺伝的には夫からの出自を有していないから、その父子関係は否認されうる<sup>22)</sup>。父子関係否認に成功した後は、父親希望者〔＝依頼者男性〕による子の認知の道が開かれる。これらの原則はフランスでも従来は妥当していたと考えられるが、破毀院は、2013年9月13日の新判例においてこの問題についても非常に厳格な態度をとり、代理懐胎の実行後における生物学上の父による認知は「強行法回避（fraude à la loi）」として無効であると宣言したのである<sup>23)</sup>。

### §3 代理懐胎ツーリズムに対する反応

さて、代理懐胎ツーリズムのケースにおいて決定的な問題は、当事者が外国に出かけて、そこで妥当する法的状態を利用する場合にも、内国法の目標と評価がどこまで貫徹するか、ということにある。国際私法の観点からは、その場合、2つの異なった状況が区別されなければならない。代理懐胎ツーリズムの多くのケースでは、親希望者たちの法的な親子関係が外国で裁判所によって確定されており、その後、その裁判が承認されうるかどうか、内国法の観点から審査されなければならない<sup>24)</sup>。その場合の

---

20) ドイツ：民法1592条2号、1595条1項（母の承諾を伴う）。このことは、代理懐胎であった可能性のあるAG Nürnberg, StAZ 2010, 182f.の事例にもおそらく妥当するであろう。日本：民法779条（母の承諾は胎児認知の場合にのみ必要とされる、民法783条1項）。

21) ドイツ：民法1592条1号。日本：民法772条1項。

22) ドイツでの否認は、民法1600条1項により、法的父（1号）、1600条2項及び4項の制限的要件の下で生物学上の父（2号）、母（3号）そして子（4号）によってなされうる。日本では、嫡出推定は子の出生を知ってから1年以内の夫の訴えによってのみ覆すことができる（民法774条、777条）。

23) これについては、後注37の記録を参照。

24) 〔この点〕フランスは特別である。フランス法は民法47条により、身分に関



決定的なポイントは、その外国判決が内国の公序に違反するかどうかである。外国裁判所の判決がない場合には、代理懐胎を禁止する親希望者たちの本国法が適用され、それゆえ親希望者との親子関係が可能な限り阻止されるか、それとも子が出生した国の法が適用されるかが、まず、国際私法の準則によって決められる。そして、国際私法が、代理懐胎を許容し、それゆえ親希望者をも子の親とみなすことが普通である法秩序を指定する場合にのみ、第2段階として、内国公序違反の問題が再び出てくるのである<sup>25)</sup>。

## I. 日 本

日本では、最高裁判所が2007年に有名な事件の裁判を行った<sup>26)</sup>。これは、がんのため子宮を摘出していた司会者の向井亜紀さんの事件である。彼女は、アメリカ合衆国のネバダ州で、夫とともに既婚の代理懐胎者の役務の提供を受けた。ネバダ州法によれば、代理懐胎の実施に対して報酬が支払われてはならず、代理懐胎の実施に伴う費用の補償だけが許される。このようにして2003年に双子が生まれた。向井さんとその夫の配偶子を用いた人工受精が行われていたから、この子らは遺伝的に親希望者らからの出自を有している。ネバダ州の裁判所は、この日本人の親希望者らが子の法的な父母であることを確定し、それに対応した出生証明書が合衆国の官庁から交付された。しかし、日本の官庁は、アメリカの出生証明書に基づいて父母を戸籍簿に記載することを拒絶した。第二審の東京高等裁判所が

---

する外国の証明書に関しても、ドイツや日本で外国裁判所の裁判の承認に適用されるのとよく似た規則に従って承認するからである。

25) ドイツ法では、民法施行法 (EGBGB) 19条1項1文により、子の実親子関係は、子が常居所を有する国の法律によって確定される。子が生まれた国に長く滞在し、それにより常居所を獲得すれば、その子の実親子関係には出生地の規則が適用される。

26) 2007年3月23日決定 (英語版 [www.courts.go.jp/english/judgments/text/2007.03.23-2006-Kyo-No.47.html](http://www.courts.go.jp/english/judgments/text/2007.03.23-2006-Kyo-No.47.html))。本件についてはさらに *de Alcantara* (a.a.O.), S. 250参照。

父母の申立てを認容したのに対し、日本の最高裁判所は2007年に日本の官庁の拒否の態度を追認した。〔最高裁によれば〕アメリカでの裁判の承認は、民事訴訟法118条3号により日本の公序に反する。実親子関係は最も基本的な身分であり、公益にもかかわり、当該の子の福祉にも重大な影響を及ぼすものである。外国の判決によって法的な親を決めることは、それに対応する実親子関係が日本法でも定められている場合でなければ認められないというのである。その後、向井さんとその夫はこの子らと特別養子縁組をなした<sup>27)</sup>。最高裁判所の裁判官がすでにこの打開策を強く推奨していたのである。

2005年の別のケースでは、代理懐胎がカリフォルニア州で実行された。このケースでも、カリフォルニア州の出生証明書は日本の最高裁判所で受け入れられなかった。しかし、その理由づけは、承認が問題となるような外国の裁判が存在しないからというあっさりしたものであった<sup>28)</sup>。それゆえ、法的な親子関係についてどの法秩序が決定するかは、日本の抵触法だけによって決定されるべきとされたのである。日本の抵触法によれば、実親子関係は親の本国法による（法適用通則法28条、29条）。したがって、適用されるべきは最初から日本の実親子法であって、カリフォルニア州のそれではなかったのである。

## II. ドイツ

ドイツでは、連邦通常裁判所（Bundesgerichtshof）が代理懐胎の事案について裁判することはこれまでなかった。しかし、このテーマについての最初の裁判が目前に迫っており、今年中に予想される。ドイツにおける伝統的な姿勢は日本法とかなり一致している。つまり、外国の裁判などによって<sup>29)</sup>、代理懐胎者から生まれた子の親子関係を母親希望者との間に

---

27) 日本の養子法については、Tokotani, FS Rainer Frank 2008, S. 281 ff. 参照。

28) これについては *de Alcantara* (a.a.O.), S. 251参照。

29) あるいはドイツの抵触法（民法施行法19条1項）の観点から適用される限りにおいて、外国の実親子法によって。

設定することは、公序に反すると評価されるのである<sup>30)</sup>。けれども、近時、具体的に関わる子の利益においてこの結論を疑問視する意見が増えてきている<sup>31)</sup>。子の世話をする気持ちがあり、またそれができる状態にある親との親子関係が設定されることが保障されなければならない。親の法律違反のために子が罰せられてはならないというのである。連邦通常裁判所がこの批判的意見に与するかどうかは、まだ分からない<sup>32)</sup>。

父親希望者との親子関係設定を容易にするために、最近では、できるだけ婚姻していない代理懐胎者の役務提供を求めるというやり方が増えている。婚姻していない女性から生まれた子は非嫡出子であるから、原則として父親希望者による認知ができる。デュッセルドルフ上級地方裁判所が2013年に裁判した事案は、子がインドにおいて婚姻していない——と見られる——女性から生まれ、父親希望者によってインドのドイツ大使館で認知されたというものであった。デュッセルドルフ上級地裁判所はこの認知をそのまま受け入れた<sup>33)</sup>。この認知が基本的に代理懐胎の禁止を回避するためになされたことは、認知の有効性にとっては何らの役割も演じないのである。この結論は、ドイツの法学文献において一般に受け入れられている<sup>34)</sup>。

30) VG Berlin StAZ 2012, 382, 383; *Benicke* StAZ 2013, 101, 109 ff.; *Looschelders* IPRax 1999, 420, 423; *Gaul* FamRZ 2000, 1461, 1476.

31) *Sturm*, FS Kühne, 2009, S. 930 ff.; *Heiderhoff*, IPRax 2012, 523, 525 f.

32) この事件は、登録生活パートナー関係で生活しており、カリフォルニア州で代理懐胎の役務提供を求めた2人の男性に関するものである。これら2人の男性が子の両親であると確定したカリフォルニア州の裁判は、ベルリン上級地方裁判所によって、その精子が人工受精に使用され、ドイツの実親子法の観点から有効に認知をなした男性についてのみ承認された (KG Berlin, Iprax 2014, 72, *Mayer* の批判的評釈付き = StAZ 2013, 348)。当事者らは連邦通常裁判所に法律抗告 (Rechtsbeschwerde) を申し立て、2人の男性の法的な親としての地位 (rechtliche Elternschaft) が承認されることを求めている。

33) OLG Düsseldorf IPRax 2014, 77 = StAZ 2013, 253; それ以前の AG Nürnberg StAZ 2010, 182, 183 (傍論) も参照。

34) この結論は基本的に自明のことと考えられており、問題視されることはごく

### Ⅲ. フランスと欧州人権裁判所

これに対して、フランス法のこれまでの姿勢は明らかにより厳格であった。2011年の2つの判例で問題とされたのは、カリフォルニア州とミネソタ州で代理懐胎者から生まれた子であった<sup>35)</sup>。いずれのケースでも卵子提供者の卵子が使用され、フランス人の父親希望者の精子で受精されている<sup>36)</sup>。いずれのケースでも、アメリカの裁判所が、フランス人の親希望者らが当該の子らの法的な両親であることを確定している。破毀院はこれら裁判の承認を拒絶し、フランスの出生登録簿に親希望者らを記載することは公序違反であるとしてこれを拒絶した。そこでは、「人の身分の不可処分性 (l'indisponibilité de l'état des personnes)」の原則が援用されている。これは代理懐胎をめぐるフランスでの議論において中心的な役割を演ずる原則である。たしかに破毀院は、その子らはフランスで両親の下で引き続き生活してよいことを、はっきりと強調している。しかしながら、その事実としての同居が安定した法的基盤に立つことができる方途は示されなかったし、この状況では養子縁組すらできないと破毀院が考えていたことは明らかである。

さらにもう一步を進めるのが、破毀院の2013年9月13日の2つの新判例である<sup>37)</sup>。この2つの事案の子らはインドの代理懐胎者から生まれてい

---

まれである。ただし *Benicke*, StAZ 2013, 101, 107 Fn. 42を参照。

35) Cass., 6. 4. 2011 (09-66.486) (ミネソタ州) 及び Cass., 6. 4. 2011 (10-19.053) (カリフォルニア州)。インターネットでは、以下のページで参照できる：[http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/)。この評釈として *Berthiau*, D. 2011, 1522; *Labée*, D 2011, 1064; *Domingo*, Gaz. Pal. 12. 5. 2011, S. 13参照。

36) ミネソタ州で生まれた子についての記述は判例の事実関係から知ることができる。また、カリフォルニア州で生まれた子については、*Domingo*, Gaz. Pal. 12. 5. 2011, S. 13 及び S. 20参照。

37) Cass., 13. 9. 2013 (12-30.138) 及び Cass., 13. 9. 2013 (12-18.315)。インターネットでは、以下のページで参照できる：[http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/)。

る。遺伝的な父であることに争いのないフランス人の父親希望者は、この子らについて出生前にすでに認知をなしていた。フランスの実親子法の一般原則によれば、本来この認知は有効であるにもかかわらず、破毀院は具体的ケースにおいてこの認知を無効であると宣言したのである<sup>38)</sup>。「強行法回避」が存在するというのである。それゆえこの認知は、遺伝的な出自関係と一致しているにもかかわらず、無効と宣言されうるというのである。原審では、この代理懐胎者は非常に貧しい境遇で生活しており、彼女には代理懐胎の実施に対して1,500ユーロが支払われ、それは彼女の年収の3倍であることが強調されていた。これは、フランスで禁止されている代理懐胎であるだけでなく、基本的に「子どもを買うこと (achat d'enfant)」だというのである。

つい先日、2014年6月26日に、フランスはその厳格な姿勢のゆえに欧州人権裁判所の2つの裁判で敗訴した。問題となったのは、先に述べた2011年の2つの事件、つまり、子らがカリフォルニア州とミネソタ州で生まれ、フランス人の父親希望者からの遺伝的出自を有していた事案である。フランス裁判所が遺伝的父親の法的父性の承認を拒絶したことが、欧州人権裁判所によって、欧州人権条約8条<sup>39)</sup>に基づく私生活と家族生活に対する権利の侵害であると評価されたのである<sup>40)</sup>。フランスが欧州人権裁

---

38) フランス民法 336条の定める、「強行法回避」を理由とする検察官による父子関係否認がその根拠であった。

39) 欧州人権条約8条（私生活及び家族生活が尊重される権利）

- 1 全ての者は、その私生活、家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有する。
- 2 この権利の行使に対しては、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全若しくは国の経済的福利のため、無秩序若しくは犯罪の防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主的社會において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない。

〔条文訳は『国際条約集2014年版』（有斐閣）370頁による〕

40) EuGHMR v. 26. 6. 2014-Rs. 65192/11-Menesson/Frankreich; EuGHMR v. 26. 6. 2014-Rs. 65941/11-Labassée/Frankreich.

判所のいわゆる大法廷に付託請求できる3か月の期間がある（欧州人権条約44条2項）から、たしかにこれらの裁判はまだ確定していない。しかし、私には、大法廷がこれらの裁判を取り消すことはできないだろうと思われる。これらの判決は〔裁判官の〕全員一致でなされており、入念な理由づけがなされているからである<sup>40a)</sup>。

この2つの裁判において欧州人権裁判所は、フランスが代理懐胎禁止の回避を阻止することについて正当な利益を有することをまず認めている。〔すなわち〕フランスが、代理懐胎によって当該の子と代理懐胎を求められた女性の福祉が脅かされるという立場に立っているとすれば、そのことは理解できるというのである<sup>41)</sup>。しかし同時に裁判所は、子の実親子法上の関係が子の人としてのアイデンティティーにとって最も重要な基礎となること<sup>42)</sup>、そして、子どもが関わるすべての裁判において、国は子の福祉を優先させなければならないことを強調している<sup>43)</sup>。欧州人権裁判所の論証における決定的な一歩は、次の部分である。すなわち、フランス法により禁止されている生殖方法を選択したとして非難されうるのは親希望者たちだけである<sup>44)</sup>。それゆえに、親たちが一定の法律的な困難と戦わなければならないとしても、それは甘受されるべきである<sup>45)</sup>。けれども、代理懐胎禁止違反に責任のない子らの状況は違う<sup>46)</sup>。少なくとも、

---

40a) フランスが大法廷への付託請求を行わなかったことから、これらの裁判は2014年9月26日に最終的に確定した。

41) EuGHMR a.a.O. Mennesson/Frankreich (Rn. 62); EuGHMR a.a.O. Labassée/Frankreich (Rn. 54).

42) EuGHMR a.a.O. Mennesson/Frankreich (Rn. 80 und 96); EuGHMR a.a.O. Labassée/Frankreich (Rn. 59 und 75).

43) EuGHMR a.a.O. Mennesson/Frankreich (Rn. 81 und 99); EuGHMR a.a.O. Labassée/Frankreich (Rn. 60 und 78).

44) EuGHMR a.a.O. Mennesson/Frankreich (Rn. 99); EuGHMR a.a.O. Labassée/Frankreich (Rn. 78).

45) EuGHMR a.a.O. Mennesson/Frankreich (Rn. 94); EuGHMR a.a.O. Labassée/Frankreich (Rn. 73).

46) EuGHMR a.a.O. Mennesson/Frankreich (Rn. 99); EuGHMR a.a.O. Labassée/Frankreich (Rn. 78).

遺伝的関係のある父親希望者の父性に関する限りでは、フランス法がその生物学的な結びつきに法的承認を拒むとすれば、それは当該の子らの権利に対する不相当な侵害となる<sup>47)</sup>。以上のところから、フランス法に関しては、遺伝的関係のある父親希望者を法的な父として確定する外国の裁判が、フランスにおいて承認されなければならないことが確実と言ってよいであろう<sup>48)</sup>。これら2つの裁判からさらなる結論を導くことができるかどうかについては、欧州人権裁判所はこれ以上述べていない。

## §4 論 点

### I. 代理懐胎ツーリズムの抑止 vs. 当該の子の福祉

ここまで紹介してきた日本、ドイツ及びフランスの裁判例は、代理懐胎ツーリズムのケースには解決できないジレンマがあることを示している。つまり、代理懐胎の禁止を貫こうとすれば、親希望者たちと子の実親子関係の設定はできるだけ阻止されなければならないのである。代理懐胎者を求めるには、それができるペアたちが外国に行きさえすればよいのであれば、内国法における代理懐胎の禁止にどれほどの価値があるのだろうか。

これに対して、具体的に関わる子の利益を考えれば、すべて〔の要素〕は親希望者たちとの間に実親子関係を設定することを支持する。代理懐胎者は子と何の関わりも持とうとしないのに対して、親希望者たちは子を授かるために費用と苦勞を惜しまなかったのである。大人たちが自分の子を持ちたいとの切なる願いをあらゆる手段によって実現しようとする場合、それは宗教的あるいは倫理的な理由から非難されるかもしれない。しか

---

Frankreich (Rn. 78).

47) EuGHMR a.a.O. Mennesson/Frankreich (Rn. 100); EuGHMR a.a.O. Labassée/Frankreich (Rn. 79).

48) ただし、フランス法の観点から見れば、提出されるのが外国の裁判であるか外国の出生証書であるかによって違いは生じない。フランス民法47条により、外国の出生証書の承認も同じような基準で行われるからである。

し、その子どもたちが親希望者たちの下でひどい状態に置かれるということを前提にはできないであろう。

これら2つの目標を同時に達成することはできない。私は、親が法律あるいは道徳的命令に違反したことを理由に子が劣悪な取扱いを受けてはならないという要請をその論証の中心に置いている点において、欧州人権裁判所に同意する。代理懐胎者から生まれた子の置かれる状況は、非嫡出子差別の長い歴史を想起させる。非嫡出子たちも、その親が道徳的・社会的慣習に背いたことのゆえに、何百年もの間苦しめられなければならなかったのである。

## II. 養子縁組は解決の道具立てとして十分か

ドイツでも、またヨーロッパの多くの法秩序でも、欧州人権裁判所のこの2つの裁判から自国の法にとってどのような帰結が導かれるのかということが、ここで問われることになる。同裁判所が裁判したのは、フランス法に関する2つの〔裁判〕手続においてのことである。何とんでもこれまでフランス法は、比較法的に見て特に厳しい立場をとってきた。特にフランスでは、そうしないと代理懐胎の禁止が回避されるからとの理由で、代理懐胎者から生まれた子の親希望者による養子縁組も許されないとされてきたのである。これに対して日本法、そしてドイツ法でも、親希望者による養子縁組は原則的に許される。そこで、欧州人権裁判所のこれらの裁判はフランス法の特別の厳しさに対する反応にすぎないのではないか、という疑問が出てくるのである。それとも、代理懐胎ツーリズムの扱いによっての一般原則が2つの裁判から導かれるのであろうか。

このこととの関連でドイツでは、特に、養子縁組が当該の子の正当な権利を保護するのに十分な道具立てであるかどうかについて議論がなされている。日本法でもドイツ法でも、母は常に子を分娩した女性であるとの一般原則が前提とされるが、代理懐胎の場合には、この〔親子〕関係設定を養子縁組の助けによって修正することができるのである。原則的に、私は、このシステムは有意義だと考えるが、少なくとも母親希望者がその子



と遺伝的に血族関係にある場合に養子縁組を要請するのは異常（*ungewöhnlich*）であることは認めざるをえない。未成年子の養子縁組は、ドイツ法では養子縁組が子の福祉に資することが要件とされており（民法1741条）、日本法でも特別養子縁組は子の利益のために特別の必要性がある場合にのみ言い渡すことができる（民法817条の7）。しかし、自分の遺伝的な親による養子縁組の場合には、子の利益に資することという基準は意味を持たない。

それにもかかわらず、私は、国内でのケースについては従来のシステムを堅持できるのであり、母親希望者との〔親子〕関係設定は今後も養子縁組を通じてのみ可能とすべきであろうと考える。けれども、ドイツでの経験によれば、代理懐胎ツーリズムのケースでは、子がまだ外国にあり官庁が入国を拒否している限りこのメカニズムは機能しないという問題がある。ドイツ人の親希望者たちが、外国で代理懐胎者から生まれ、まだ外国に留まっている子を国内で養子縁組することに成功したという例を、私は知らない。子がいる国の官庁からみれば、すでに親希望者との実親子法上の関係が設定されており、養子縁組の必要はないから、養子縁組には協力しないであろう。すでにそのことにより、こうした養子縁組は挫折することになるのである。代理懐胎ツーリズムのケースにおいては、親希望者の本国への入国という針の穴を子が通れるかどうか、常に決定的なのである。子が親希望者の本国に入ることができてはじめて、それ以外の法的な問題がたいていは何らかの方法で解決できることになるのである<sup>49)</sup>。結

---

49) その他の場面ではかくも徹底的に代理懐胎と戦おうとするフランス法でさえ、フランスへの入国の問題に関しては寛大であった。国務院（*Conseil d'Etat*）は、2011年5月4日に、外国で代理懐胎によって生まれた子については、その子がフランス人父との遺伝的出自を有する場合には、フランスへの入国が拒まれてはならない旨決定している。子の福祉の利益において、その子らにはいわゆる「入国許可証（*laissez-passer*）」が発行される。これは、たとえば旅行証明書の紛失などの場合にフランス人にフランスへの入国を許す臨時の入国許可証である（*Conseil d'Etat*, 4. 5. 2011 n° 348.778, D. 2011, 1995. *Gouttenoire* の評釈付き）。

論的に、ドイツ法についていえば、私は、親希望者による養子縁組が可能だというだけでは、欧州人権裁判所の要請をすべての場合に満たすものではないと考える。

### Ⅲ. 寛容の幅

欧州人権裁判所は、子がフランス人の父親希望者からの遺伝的出自を有する子に関する2つのケースの裁判をしなければならなかった。そのようなケースでは父親希望者との法的〔親子〕関係の設定が問題なく可能とされなければならないということは、私見ではよく理解できる。しかし、同裁判所は母親希望者との法的〔親子〕関係の設定の問題については何も述べていない。これら2つのケースでは、母親希望者は子の遺伝的な母ではなく、アメリカ人の代理懐胎者が卵子提供者の助けにより受胎していた。欧州人権裁判所としては、フランスの裁判所が遺伝的關係のある父親希望者の法的出自〔=実親子関係〕を承認して、母親希望者との〔親子〕関係設定は養子縁組にかからせればよいと考えているのであろうか。この問いに対する答えは、欧州人権裁判所のこれまでの裁判例には含まれていない。

さらに逆の場合であったら、つまり、子は母親希望者からの遺伝的出自は有するが、父親希望者とはそうでないとしたら、どうなっていたであろうか。外国法秩序によってなされた遺伝的な親との実親子関係設定は公序に違反しないという欧州人権裁判所の要請は、この場合にも妥当するのだろうか。このような推論がまったく自明だとはいえない。なぜなら、内国の実親子法において、父との法的〔親子〕関係設定が多くの場合遺伝的出自にかかっているのに対し、母子関係の設定の問題にとって遺伝的出自は、これまで、ほとんどの法秩序において——ドイツ法でも日本法でも——何らの役割も演じていないからである。

そして最後に、子が父親希望者からも、母親希望者からも遺伝的出自を有しない場合はどうなるのだろうか。というのも、子が親希望者のいずれとも遺伝的出自がなくとも代理懐胎の実施を許す外国法秩序が少なくな

いからである<sup>50)</sup>。そのようなケースでも、外国法に従って作成された、親希望者らが法的な両親であることを確定する出生証書が受け入れられなければならないのだろうか。私見では、ここに限界が引かれなければならない。つまり、子がいずれの親からも遺伝的出自を有しないのであれば、親希望者らとの法的〔親子〕関係設定は養子縁組を基礎としてのみなされるべきであろう。親希望者らのいずれからも遺伝的出自を有しない子の場合には、結局、別のペアによる養子縁組とまったく同じように考えられるのである。

#### Ⅳ. 内国の代理懐胎禁止に何らかの帰結をもたらすか

欧州人権裁判所の裁判は法の歴史を記すことになるであろう。この裁判は、ヨーロッパからアメリカ合衆国、インドそして東ヨーロッパへの代理懐胎ツーリズムが増加するという結果をもたらすであろう。親希望者たちが自分の本国で法的な親として認められる難しさは、今後のヨーロッパにおいて減少するであろう。

しかし、外国で代理懐胎者を求めるのは費用がかさむ。その対価はどの国に行くかによってかなり違ってくる。アメリカ合衆国における商業的代理懐胎の総費用は約80,000 US ドルにのぼる<sup>51)</sup>。インドで代理懐胎者を求めると、その費用はおよそ3分の1、つまり25,000 US ドルから30,000 US ドルである<sup>52)</sup>。

そこで、ドイツでも、他の多くのヨーロッパ諸国におけるように、代理懐胎の禁止は内国法でも緩和されるべきではないのかという疑問がわいてくるであろう。その論拠としては、裕福なペアだけが外国に行って代理懐

---

50) カリフォルニア州について *Helms*, StAZ 2013, 114, 118参照。

51) *Davis*, Minnesota Journal of International Law 21 (2012), 120, 124.

52) *Ryznar*, The John Marshall Law Review 2010, 1009, 1018f. m. Fn. 61; *Davis*, Minnesota Journal of International Law 21 (2012), 120, 125はこれと類似; *Mohapatra*, Annals of Health Law 21 (2012), 191, 194も参照(代理懐胎者に渡るのは2,500 US ドルから7,000 US ドルにすぎないという)。

胎者を求めることができるのは不公平だということが言われるであろう。ドイツでは、代理懐胎の許容に関する真剣でオープンな議論はこれまでまったく行われていないし、現在の連立政府もそのような議論を阻止しようとしている。連立協定には簡潔に「代理懐胎は人間の尊厳と相いれないから、われわれはこれを認めない」<sup>53)</sup>と記されているのである。

これまでの私の知るところによれば、ドイツでは——とりわけ代理懐胎者に対する搾取の危険のゆえに——代理懐胎の禁止が堅持されるべきであろう。外国に逃れることが今後もっと容易となるであろうが、ドイツ法はそれに耐えなければならない。外国では許されるが国内では禁止されていることはほかにもある。可動性に富み、グローバル化された世界において、社会はペアが国家法秩序間の違いを自分たちの目的のために利用することを徐々に受け入れていかなければならないようになってきている。しかし、そのことは、内国法の立法者自身が入念な検討により有意義と考えた禁止を放棄するよう、その立法者に強制することはない。しかし、まことに遺憾なことに、代理懐胎禁止の慎重かつ入念な検証がこれまでドイツではなされてこなかった。私の印象では、この問題に関しては、日本とフランスの方がかなり徹底した議論を行ってきた。欧州人権裁判所の新たな2つの裁判は、ドイツにおける議論の遅れを取り戻すよいきっかけなのである。

## Zusammenfassung

### Leihmutterschaft: Reproduktionstourismus und Abstammungsrecht

von Prof. Dr. Tobias Helms, Marburg

Sowohl das japanische als auch das deutsche und französische Recht stehen der Leihmutterschaft ablehnend gegenüber. Zunehmend werden diese drei

---

53) Koalitionsvertrag, 18. Legislaturperiode, S. 72 (インターネットでは次のページで閲覧できる : <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>).

Rechtsordnungen allerdings mit Fällen konfrontiert, in denen Bürger ins Ausland reisen und nach den dort geltenden liberaleren Regeln die Dienste einer Leihmutter in Anspruch nehmen. In aller Regel werden ihnen von den Behörden des Geburtslandes dann Geburtsurkunden ausgestellt, in denen die Wunscheltern als rechtliche Eltern eingetragen werden. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, ob eine solche Statusordnung im Inland akzeptiert werden sollte, obwohl die Leihmutterschaft den eigenen inländischen Wertmaßstäben widerspricht. Traditionell haben die drei untersuchten Rechtsordnungen versucht, insbesondere über das Instrument des *ordre public* ausländische Statuszuordnungen abzuwehren, die dem inländischen Verbot der Leihmutterschaft zuwider laufen.

In Frankreich und Deutschland bahnt sich nunmehr allerdings eine Trendwende an: Denn am 26. Juni 2014 ist Frankreich in zwei Entscheidungen durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte verurteilt worden, weil die französischen Behörden und Gerichte sich geweigert hatten, zwei amerikanische Entscheidungen anzuerkennen, welche die französischen Wunscheltern als rechtliche Eltern eines Kindes festgelegt hatten, das in den USA von einer Leihmutter zur Welt gebracht worden war und genetisch vom Wunschvater abstammte. Die Weigerung der französischen Gerichte, die rechtliche Vaterschaft des genetischen Vaters anzuerkennen, wurde vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als Verstoß gegen das Recht auf Privat- und Familienleben aus Art. 8 EMRK gewertet.

Diese beiden Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte werden in Europa aller Voraussicht nach Rechtsgeschichte schreiben. Sie werden dazu führen, dass der Leihmutterschaftstourismus zunehmen wird. Wunscheltern werden in Europa in Zukunft weniger Schwierigkeiten damit haben, in ihren Heimatstaaten als rechtliche Eltern anerkannt zu werden. Wie weit die Pflicht zur Anerkennung von Statuszu-

ordnungen nach ausländischem Recht in Fällen der Leihmutterschaft allerdings reicht, welche Rolle etwa die genetische Abstammung von den Wunscheltern spielt und ob für die väterliche und mütterliche Statuszuordnung unterschiedliche Regeln gelten, ist auch nach diesen beiden Entscheidungen noch nicht im Detail geklärt.