

〔判例ノート〕  
代理母出産に基づく親子関係を確認した外国判決の承認を拒否した事例  
— スペイン最高裁2014年2月6日判決 —

青 砥 清 一

### 1. 事実の概要

スペイン人男性の同性婚カップル X（上诉人）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、領事館の戸籍担当官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<sup>1)</sup>』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して評価した。

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条の規定に違反し、代理母出産契約は無効であり、代理母出産で誕生した本件子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、ならびに国連『子どもの権利条約<sup>2)</sup>』における「子どものアイデンティ

ティー」の保全および「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、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2人がカリフォルニア州で儲けた本件子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 本件子から X との親子関係を剥奪することは、本件子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。

上記について審理された結果、上告は棄却され、X の敗訴が確定した（賛成4人、反対3人）。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。スペイン戸籍法 (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合わせたうえで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 条においては、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とする。

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可能な側面がある。だが、その選択可能性には一定の制約が課される。即ち、スペイン国憲法および同国の承認する国際人権条約によって個人の権利および自由を保障するとともに、公序良俗を尊重したうえで初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は、個人の尊重 (10 条 1 項)、生存権 (15 条)、婚姻の権利 (32 条)、家族のプライバシー権 (18 条 1 項)、公権力による家族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うえ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、つまるところ、外国判決の承認手続において課され得る制約となる。

スペインおよびその他多くのヨーロッパ諸国では、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し、しかも片や貧困状況にある若年女性を経済的に搾取し、片や富裕層だけが享受する一種の市民権を生む虞があるとして禁止されている。

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スペインで禁止されている代理母出産契約を結び、同

契約に基づき出産され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の秩序に反していることを認識している。本件子の戸籍登録申請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する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起因する。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、結果は同じである。したがって、原審判決を性的差別とする 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が私的な機関によろが、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。さらに、ヨーロッパ人権裁判所判例としては、「Yousef 対オランダ」（2002 年 11 月 5 日）、「Kearns 対フランス」（2008 年 1 月 10 日）および「Raw 対フランス」（2013 年 3 月 7 日）がある。

ところで「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・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うえ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議論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誕生した本件子と X との実親子関係がスペイン政府によって認められたうえで、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うえで親になる意思を表明していた X 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うえ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誕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。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もとに

引き渡され、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、子どもの取得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。

同条約等の一般条項においては、子どもの最善の利益を最優先に考慮す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の具体化を検討するに当たっては、個人的な観点到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べきものであり、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、社会全体での適切な議論を経て、主権の受託機関たる国会が立法しなければならず、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最優先に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のためにあらゆる対策を講ずるよう求めている。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など）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証明もまた、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危険性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当該子は 2 つの異なる国のいずれとも実質的な関係を有する（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）。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。

加えて、引用された判例<sup>3)</sup>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、本件に比べて重要性がかなり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<sup>4)</sup>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、国際的な公の秩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、ならば

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、本件子が孤児院に入れられるか、またはアメリカに送還されることとなると主張するが、その主張は信憑性に欠け、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。

以上の理由をもって上告が棄却された。これらの法廷意見に対する反対意見があるので、次章において取り上げたい。

### 3. 反対意見

法廷意見に対しては、主に下記の 4 点に関して反対意見が付記された。

#### (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有効であるか審査し、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、本件における公の秩序については、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評価すべきである。

## (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）の法規とも調和するものでない。

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て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うえで行われており、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。また、子どもに家族が与えられるのであり、家族に子どもが与えられるのではない。

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を通じ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<sup>5)</sup>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いて当該問題について判断を下すべきでない。

法廷意見は、次の4つの問題について一切具体的に論じていない。

- 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うえ、その依頼を引き受け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うえ、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諸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、本件子は保護者のいない状況に置かれる虞があり、本件子の最善の利益を侵害する結果となる。

#### 4. 結びに代えて

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<sup>6)</sup>。その一方、本件のように代理母出産の依頼を希望するスペイン人カップルが、海外の容認国に渡航して代理母出産契約をするケースが増加しており、同法律施行から一年後の 2007 年にはアメリカで年間 1 千人程度の子が代理母出産によって誕生した<sup>7)</sup>。

2005 年にスペインにおいて同性婚が合法化されてからは、海外の容認国で代理母出産を依頼する男性間カップルも現れている。代理母出産で生まれた子であっても養子縁組をすれば法律上問題はないが、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がために、スペイン領事館戸籍担当

者が同法律第 10 条に抵触するとして出産届を不受理とした。本件カップルからの異議申立てを受けた登記・公証人業総局は出生届を受理する旨の裁決を下したものの、それに対して法務省がバレンシア地方裁判所に提訴すると、同裁判所は公序違反等を事由に同局の裁決を取り消す命令を下した。上告審においても最高裁は原審を支持した。

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判断し、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妥当な判断であるように思われる。しかし、上記のとおり判決がわずか 1 票差で下ったということ自体、この問題の根本的解決が現状では極めて難しいことを物語っている。スペイン社会において前例がなく、様々な人権項目と多様な倫理観が錯綜し対立するためである。

だが、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、自己の権利を守ることができない子どもの最善の利益は、いかなる事情があろうとも最優先に保護されるべきである。最高裁法廷の反対意見においても指摘されたように、本件子の法的な親子関係を未確定な状態にした法廷意見は、本件子の人権保護に対して消極的かつ無責任であったと言わざるを得ない。けだし、子どもの最善の利益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件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誕生した子の戸籍登録に関しては法改正の動きがみられる。El País 紙（2014 年 7 月 3 日付け記事<sup>8)</sup>）によれば、本件判決後、すでに数十組の同性間カップルが代理母出産で儲けた子の出生届を受理されず、出生児の法的地位が未確定の状態になった。このような事態を受けてスペイン政府は、2014 年 6 月 13 日、代理母出産で誕生した子の親子

関係を確定した外国判決を承認し、出生児の戸籍登録を容認する決定をした。

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の解決には結びつかないことが公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基本原則とした上、外国判決の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肝要である。そして、その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。

## 注

- 1) 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。
- 2) 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。
- 3) 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。
- 4) ヨーロッパ人権裁判所2007年6月28日判決。
- 5) THE DESIRABILITY AND FEASIBILITY OF FURTHER WORK ON THE PARENTAGE / SURROGACY PROJECT. 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.
- 6) 同法に違反した場合、行政制裁を受ける。さらに行政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ることもある(第24～28条)。
- 7) 代理母出産を支援する家族の会「Son nuestros hijos」<http://sonnuestroshijos.blogspot.jp/> (アクセス日: 2014年8月27日)
- 8) [http://politica.elpais.com/politica/2014/07/03/actualidad/1404415792\\_455988.html](http://politica.elpais.com/politica/2014/07/03/actualidad/1404415792_455988.html) (アクセス日: 2014年8月27日)

## 参考文献

- 西希代子(2012)「日本学術会議における検討一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『生殖補助医療と法』(11-43頁)財団法人日本学術協力財団
- 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『生殖補助医療と法』(193-209頁)財団法人日本学術協力財団
- Lamm, Eleonora. (2012). "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho" Revista para el Análisis del Derecho, URL: [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](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.