The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	＜翻訳＞代理母関係 ： ドイツ法、比較法及び国際私法
Author(s)	ケスター, ミヒャエル; 北坂, 尚洋
Citation	阪大法学. 2004, 53(5), p. 245-287
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55370
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

代理母関係

――ドイツ法、比較法及び国際私法――

ミヒャエル・ケスター
ＥＵ科研研究会　北　坂　尚　洋／訳

Ａ　序説

最も広い意味における「代理母関係」は、子を望んでいるが、自分自身で子の出産や懐胎をすることができない、又は、その役割を負うつもりがない女性のために、別の女性が、子の出産について、すべて又はその一部を代理する場合に問題となるものである。そのような「母となることの補助（Mutterschaftshilfe）」は決して新しい現象ではなく、それは、婚姻中に子がいないことに対して、既に数千年にわたってさまざまな形で行われている補助手段である。(1) もっとも、人工授精やその他の授精技術の可能性は、代理母関係にとっても、これまでに予想しえなかったような広い活動の場を開くものであり、その結果、それは以前にはエキゾチックな問題であったのが、全社会的に重要な問題になったのである。投げかけられている倫理的、宗教的、社会的、医学的及び法律的な問題に鑑みれば、およそ七〇年代から、現代のあらゆる社会で、そして、現代のあらゆる学問分野において、大変激しく議論がなされていることは不思議ではない。また、超国家的な規制手段もその問題の解決のために用いられている。(2)

以下では、まずはじめに、特にドイツの実質法に焦点をおく。その発展は、前世紀の八〇年代と九〇年代に議論が最高潮を迎えた後、ほぼ落ち着いているが、決して終了したものではない。次に、比較のために、いくつかの外国法について説明する—もちろん、これは例示的にのみ行うことができるものである。各国の法規がさまざまであることは、国際的な人的交通が容易になっていることともあいまって、「代理母ツアー」の可能性を引き起こすことになる。[3] したがって、最後には、国際私法上の問題も一瞥されなければならないものである。

B　ドイツの実質法

I　法的基盤

代理母関係に関しても重要なことは、まず第一に、憲法（一九四九年基本法）に始まり、民法（ドイツ民法及びその関連法）、そして、刑法（ドイツ刑法及びその関連法）にわたるドイツの法秩序の一般的枠組みである。憲法は、すべての法の基準となるものであり、拘束力のある評価原則（verbindlich Wertungsgrundsätze）を定めるものである。[4] 憲法に関して言うと、代理母関係については特に、次のことが挙げられなければならない。すなわち、すべての人間がその出生の始めから有する譲渡不可能な人間としての尊厳（ドイツ基本法一条）、すべての人間の一般的人格権（ドイツ基本法一条、二条、家族計画、生殖の自由、及び、自らの血統を知る権利[5]も含む）、さらに婚姻及び家族の保護（ドイツ基本法六条一項）、そして、子に対する国家共同体の上位責任（ドイツ基本法六条二項二号）を挙げなければならない。

立法者は代理母に関する特別の法規定を個別に公布するだけであり、体系的な一つの法は存在しない。[6] まず第一歩としては、一九八九年に代理母の斡旋が禁止されたが、その禁止は、機能的な類似性を理由に、養子縁組斡旋法

（AdVmG）の中で規定されたのである。[7] 少し遅れて、一九九〇年胚保護法（ESchG）がさらに制定されたが、この法律は、現代生殖技術の濫用や倫理的に望ましくない実行を防止しようとする刑法的な法律である。[8] しかし、これ以外の法規定はなく、現代授精技術に関する民法上の問題、特に親族法上の問題は、民法の一般規定によって解決されなければならないものである。[9] 一九九八年の大規模な親子法改正においても、立法者は、社会的な一致を欠いているという理由から、補助医療による親子関係の親族法上の解決について、体系的な規定を置かなかった。立法者によって予定され、[10] また、医師や法律家によって強く求められている「生殖医療法」（"Fortpflanzungsmedizingesetz"）はこの任務を果たすべきものであるが、現在のところ、その見通しは立っていない。[11]

Ⅱ　代理母関係の概念

社会関係や授精技術の可能性の多様性を考慮すれば、「代理母関係」という語を定義することが不可欠である。ドイツ法には、残念ながら、完全に一致するというわけではない二つの法律上の定義が同時に存在する。一つは、本質に限られたわずかなものではあるが、胚保護法一条一項七号が規定している。それによれば、代理母とは、「自己の子を出生後に、第三者へ永続的に引き渡す用意のある女性」である。［他方で、］養子縁組斡旋法一三ａ条はより詳細に、その用意が「合意に基づいて」存在しなければならないということを要求している。しかし、本質的にはそれらに相違はない。というのは、「合意」という文言では、契約が考えられているのではなく（もっとも、そのような合意はドイツでは有効ではない、後掲Ⅳ1）、ここでは明らかにわかる「事実上の用意」でも十分だからである。[12] さらに、養子縁組斡旋法一三ａ条は、胚保護法の中では包括されている二つの方式の代理母関係を区別している。すなわち、代理母が人工的又は自然的に授精を受けた場合と、代理母が遺伝的に自らに由来しない胚を懐

胎する場合が区別されている。これに従うと、代理母関係のグループを、具体的には以下のように説明することができる。

（1）　依頼した親へ子を誕生後、永続的に引き渡すことを約束をして、ある女性が「自らの卵子による」子（“eigenes” Kind）を懐胎する［場合］。その場合、精子は、（a）依頼した父に由来する場合（［この場合］通常は人工授精によるが、場合によっては自然授精による場合もある）のほか、（b）精子が第三者に由来する場合もある（この場合も、人工授精による方法と自然授精による方法がある。また、第三者は代理母の夫ということもありうる）。代理母の親族法上の地位（すなわち、婚姻しているか、それとも、独身であるか）ということや、依頼した親の親族法上の地位（すなわち、夫婦であるか、婚姻していないカップルであるか、同性カップルであるか、単身であるか）は重要ではない。

（2）　誕生後に卵子提供者（＝遺伝上の母）へ子を引き渡すことを約束をして、ある女性が、別の女性の卵子を自らに移植し、懐胎する［場合］。その場合、卵子が移植の際に既に授精しているかどうか（通常は授精しているが）、つまり、受精卵であったかどうかということや、卵子が少なくとも精子が進入した状態か（impräagniert）、それとも、まだ全く孤立した状態か（isoliert）は重要ではない。受精卵が移植される場合、授精の方法は重要ではなく、授精は自然的な方法で行われても（引き続いて胚の洗浄を行う）、人工的な方法（胚移植を伴う体外受精）で行われてもよい。生殖細胞の起源については、さらに複数の可能性が存在する。すなわち、卵子は—通常は—依頼した母に由来するものとなるであろうが、第三者の女性に由来することも考えることができる。精子は—通常は—依頼した母のパートナーに由来するものとなるであろうが、第三者に由来することもありうるものである。

前述の（1）の類型と（2）の類型における事実関係は全く異なっているということは明らかである。しかし、

ドイツ法における「代理母」（“Ersatzmutter”）という語の法律上の定義は両方の場合を含むものである。これに対して、学問上の議論においては、「代理母」（“Ersatzmutter”）という表現は第一の場合（自らの卵子に由来する子の誕生後に、依頼した親へその子を引き渡す場合）に限られることがしばしばであり、自らの卵子ではない卵子を懐胎する女性は、「借り腹型代理母」（“Tragemutter”, “Leihmutter”, “Ammenmutter”）と呼ばれる。

法律上の代理母の概念以外に、第三の類型が存在する。すなわち、ある女性が、子を自らの子として監護する意図をもって、他人の（授精させた）卵子を自らに移植し、懐胎する場合である。この女性自らが、自らの受精可能な卵子を作ることが身体的にできないということを克服する依頼した母である。より広い意味では「代理母関係」と呼ぶことができるが、この場合、代理母は卵子提供者であるということになろう。胚保護法は、この方式の授精技術、すなわち、単なる卵子提供や胚提供も阻止しようとするものである（以下でさらに説明されなければならないものであろう）。

Ⅲ　代理母関係の法律上の取り扱い

ドイツ法は代理母関係を直接的かつ一般的に禁止するものではないが、さまざまな方法で代理母関係を阻止しようとしている―八〇年代における外国での誤った方向への発展の印象をもとにしていることは明らかである―。

まず第一に、養子縁組斡旋法一三ｃ条と一三ｄ条は、代理母と「依頼した親」の間の第三者によるあらゆる斡旋を禁止し、その斡旋の準備としての一般への広告をも禁止している。違反には刑罰が科される（養子縁組斡旋法一四ｂ条、また一四条一項二号及び三項も参照）。[13] 主として、その禁止は代理母という手段の商業化の阻止と、代理母という手段による新しい方法の子の売買阻止を意図するものであるが、その禁止は、斡旋の有償性や営業性とは無関係に妥当するものである。[14] ［しかし、］依頼した親と代理母が個人的に、すなわち、第三者の斡旋なしに、例え

ば、家族内や友人内で出会う場合は、その禁止に含まれるものではない。

胚保護法は、代理母関係を、その際に通常用いられる授精技術を超えて禁止し、実際上その実行を不可能にさせようとするものである。結局、最も広い意味で代理母関係や借り腹型代理母関係へと導きうるあらゆる種類の生殖補助医療、すなわち、代理母への人工授精（胚保護法一条一項七号）、及び、卵子や胚の移植（胚保護法一条一項一号及び七号）は、刑法的に禁止されることになる。[15] 部分的に、その禁止は準備行為にも適用され、例えば、別の女性に移植する目的をもって、卵子を人工授精させることや、ある女性の胚を採取することがこれに当たる。したがって、子を授かりたい別の女性のために、ある女性が卵子や胚を提供することも、[16] 法律的には不可能になる。その禁止はすべての当事者を対象としているが、胚保護法の刑法上の制裁が科されるのは、医師を含む協力する第三者のみである。代理母や依頼した親には刑罰が科されない（胚保護法一条三項、一一条二項）。

どの構成要件がそこには含まれていないかということを明らかにすると、法律によって禁止される範囲がより一層明らかになる。[17] ［まず、］代理母関係は、それ自体としては直接的には違法とされているのではなく、あらゆる方式の補助医療のみが違法であるとされているので、自然的な生殖による代理母関係（倫理的であるということはなく、むしろ問題ではあるが）[18] は、法律的には異議が唱えられてはならないものである。さらに、代理母が自らで行う人工授精は許されていないが、それは刑罰が科されるものではない（胚保護法一一条二項）。そして最後に、遺伝上の母とは別の女性への胚移植が許される場合さえある。すなわち、当初は遺伝上の母へ再移植される目的をもって卵子が体外受精されたが、医学的な理由や事実上の理由から再移植がもはや不可能となり（いわゆる「余剰」胚（“übrig gebliebener” Embryo））、[19] 別の女性が子を懐胎することを望む場合が例外的にこれに当てはまることになる。[20]

Ⅳ　民法による結論

民法は、刑法上の制裁が科されていない狭い領域のみを対象とするものであってはならない。むしろ、当事者の違法な行為からも、特に親族法上解決されなければならない出来事が生じることになる。[21] さらにドイツの裁判所は、国内では許されないような外国で実行された代理母関係にも直面するのである。[22]

1　親族法上の問題

(a)　母子関係

「母は常に確かである」（“mater semper certa est”）という古い法格言は、現代授精技術の時代にはその有効性を失っている。同じ一人の子が代理母と依頼した母を持つ場合があり、卵子提供や胚提供の場合には、遺伝上の母と出産する母さえ分かれるのである。このことはドイツの立法者にとって、一九九八年の親子法改正法の中にはじめて、母子関係についても法律上規定しようとした動機であった。ドイツ民法一五九一条は簡潔に、「子の母は、その子を産んだ女性である。」と規定している。それによれば、代理母が自らの卵子による子を産んだか、それとも、自らに移植された別の女性の卵子を懐胎したかどうかにかかわらず、常に代理母が子の法律上の母である。立法者の見解によれば、「複数に分かれた母子関係［代理母関係］」（“gespaltene Mutterschaft”）は、当事者、特に子にとっては大きな危険をもたらすものであり、[23] それ故、たとえ胚保護法に違反する場合であるとしても、明確な関係のために親族法自らが準備をするのである。［もっとも、］同時に、代理母関係や借り腹型代理母関係は阻止されなければならないものであろう。[24] ドイツ民法一五九一条によれば、子の唯一の母は出産した女性であるが、遺伝上の母と出産する母が分かれる場合、例外的に遺伝上の血統に従って、それに依拠することになる。例えば、ドイツ民法一三〇七条の親族間の婚姻の禁止や、[25] ドイツ刑法一七三条、一七四条一項三号の親族間での性的関係の禁

止[26]のように、直接的に遺伝上の関係が重要となる場合である。それ以外には、法律は、母子関係について修正を規定しておらず、代理母と依頼した母との間でのそれとは異なった合意は無効であり（後掲2参照）、複数に分かれた母子関係［代理母関係］となる場合にも、母子関係の否認は不可能である。［しかし、］このように厳格なところから始めると、子の憲法上の権利である自らの遺伝上の血統を知る権利と抵触することは明らかである。[27]代理母関係の予防的な阻止［という目的］―それが公式に説明されている立法目的であるが―[28]は、子の基本権の制限を正当化するのに十分ではない。（法律上の）母への情報請求権[29]や、ドイツ民事訴訟法二五六条による遺伝上の血統関係を目的とした確認の訴えによって、子の知る権利が十分に保障されるかは議論の余地があり、疑わしいものである。[30]親族法上の地位を変更させないような独立した血統確認の訴えを採用するべきという法政策的な要求[31]には、ドイツの立法者はこれまでのところ応じていない。

（b）　父子関係

父子関係に関しては、代理母が婚姻しているか、婚姻していないかによって区別されなければならない。前者の場合［代理母が婚姻している場合］、すべての当事者の同意のもとに非配偶者間の人工授精が行われたときには、ドイツ民法一五九二条一号に従って、代理母の夫が父となる。その父子関係の否認は原則として可能である（ドイツ民法一六〇〇条以下）。もっとも、夫が人工授精に同意し、夫や妻による否認が排除される場合には（ドイツ民法一六〇〇条二項）、子による否認だけが問題になる。

［親子関係の］否認が認められた後、その状況は婚姻していない代理母の場合と同じである。すなわち、その場合、父子関係は、認知（ドイツ民法一五九二条二号）又は裁判所による確定（ドイツ民法一五九二条三号）によって形成されることになる。これらの手段により、依頼した父は法律上の父になることができる―これは、依頼した

父の精子を用いた授精が成功した場合（その場合には遺伝上の父と法律上の父が一致している）だけでなく、第三者の精子を用いた場合にもそうである。というのは、ドイツ民法一五九二条二号による認知は、たとえその認知が真実に反するということを知って行われたとしても、認知した男性を法律上の父にするものだからである。[32]

後者の場合［代理母が婚姻していない場合］において、依頼した父が認知をしないときには、たとえ利害の関係のない第三者が関係した場合であっても、精子提供者が父であるということが（すべての法律上の効果をもって）確定される場合も当然ある。[33] ある男性との父子関係が婚姻や認知によって形成されている場合には、それが遺伝上の父子関係と一致しないとしても、遺伝上の父（natürliche Erzeuger）は（場合によっては依頼した父であるが）、彼の側で認知をしたり（ドイツ民法一五九四条二項）、別の男性が父であることを否認したりすることは法律上不可能である。[34]

しかし、これまで異論の余地がなかったこの原則は、最近、連邦憲法裁判所によって問題とされている。それによれば、生物上の父［遺伝上の父］にすぎない者も、原則として、憲法で規定されている親としての保護を享受するのである（ドイツ基本法六条二項一号）。たしかに一般的には、生物上の父［遺伝上の父］の利益は、子が法律上の親とともに成長する社会的家族統一体の利益に後退しなければならないものである。しかし、この意味における社会的家族共同体が全く存在しない場合には、場合によれば、［遺伝上の］父も、母の夫が父であるということを否認できるということもありえよう。[35] この決定の影響をまだ正しく見極めることはできない。[36] しかし、さらに場合によっては、婚姻や認知に基づいて父とされる別の男性を父としての立場から追いやり、自らがこの地位を取るという可能性が依頼した父に生じることにもなろう。

（c）　依頼した親はどのようにして子を持つにいたるか

代理母が常に法律上も母としての立場を占めことになる一方で、（法律上の父子関係が形成される限りでは、）法律上の父は、代理母の夫、依頼した父、又は、第三者であるということを明らかにしてきた。

（aa）　依頼した親が子と血縁関係を持たない場合、依頼した親は共同養子縁組によってのみ法律上の親の役割に就くことができる（ドイツ民法一七四一条二項二号）。依頼した親は、例えば、代理母契約に基づいて共同養子縁組の請求権を持つのではない（後掲2）。養子縁組のためには、代理母と（存在する限りにおいて）父の同意（ドイツ民法一七五七条）、そして、子の同意（法定代理人によって行われるものである、ドイツ民法一七四六条）が必要である。代理母は、生殖［行為］以前に締結された代理母契約によって、同意の付与を義務付けられることはない。同意は、自由で一身専属的な判断であり、その判断は法律行為における義務と相容れるものではない（さらに後掲2参照）。たとえすべての者による同意が存在していても、後見裁判所が養子縁組を宣言することになるのは、裁判所の判断により、養子縁組が「子の福祉に奉仕し、養親と子の間の親子関係の成立が期待されなければならない」（ドイツ民法一七四一条一項一号、一七五二条）場合のみである。養子縁組の宣言において代理母となる合意がどのように評価されなければならないかは、非常に争われている―ここでは、世界観的な先入観や感情的な先入観（die weltanschaulichen und emotionalen Vorverständnisse）が直接的に現れることになる。代理母関係がそれ自体として、全体的及び原則的に禁止されているのではないということからすると、[37] 事実上の懸念としては次のことが主張されている。

①　代理母と依頼した親が個人的に面識がある場合に、彼らの間で子の成長について後ほど争いになりうるものである。

②　子が後ほど自分の「特別な出自」について知った場合、子はショックを受けることもありうる。[38]

③　依頼した親の婚姻が破綻する場合に、もはや、誰も子に対して責任を負おうとしなくなってしまう。[39]

このような懸念があるにもかかわらず、依頼した親が［法律上の］親となる可能性を、代理母契約を理由に全面的に否定するのは、ほんの少数だけである。[40] 圧倒的多数は、一般的な懸念にもかかわらず、常に個別の場合次第であるとし、すなわち、代理母となる合意の状況、及び、特に、そのようにして誕生した子の福祉次第であることが強調されている。[41] それによれば、養子縁組の拒否を正当化できるのは、依頼した親が将来の親としては適格ではないと思われる場合だけであろう。この意味において、これまで裁判所は、養子縁組の申立を大部分認めてきた。[42]

しかし、一九九八年に、子の売買（国際的な子の売買も）の防止のために養子縁組が困難にされ、代理母関係も影響を受けることになった。すなわち、依頼した親が養子縁組斡旋法に違反したり、第三者に金銭を支払ったり、それ以外にも良俗に反して行為する場合[43]には、養子縁組が「子の福祉にとって必要である」場合のみ、例外的に養子縁組が宣言されることとなるのである（ドイツ民法一七四一条一項二号）。これは、例えば、子が既に依頼した親の家庭の中に、社会的に完全に馴染んでいるような場合であろう。[44] これに対して、胚保護法違反は、ドイツ民法一七四一条一項二号の目的には含まれていない。

依頼した親が「同性」カップルであり、二〇〇一年の人生パートナーシップ法により人生パートナーシップを登録する場合でも、カップルの一方による単独養子縁組が許されるだけである。子の福祉に照らして養子縁組が宣言されるかどうかは疑わしい（zweifelhaft）と思われる。[45]

（bb）　依頼した父が子の法律上の父とされた場合（通常は認知によって、ドイツ民法一五九二条二号及び一五九四条以下）、その妻ははじめは継母の立場を有するにすぎず、すなわち、その妻は子と姻族関係を持つことになる（ドイツ民法一五九〇条一項一号）。その父も子に対して当然に監護権を持つのではなく、この権利が、代理母の

同意を得て、家庭裁判所によって父に与えられた場合のみ、父は子に対して監護権を持つことになる（ドイツ民法一六二六ａ条二項、一六七二条一項）。[46] 子が父の家族に受け入れられる場合には、依頼した母には継母として、ドイツ民法一六八七ｂ条により「共同監護権」（“Mitsorgerecht”）のみが与えられる。

依頼した母は夫の子と養子縁組をすることによって、この法律上の地位を変更することができる（継子の養子縁組、ドイツ民法一七四一条二項三号）。この養子縁組には、再び代理母と子の同意が必要である。この養子縁組によって、依頼した父母の両方が法律上の親となる（ドイツ民法一七五四条一項、三項）。上述の代理母関係を理由とした子の福祉への懸念は、夫が既に子の父であるということからして、ここでは重く考慮されるべきものではないだろう。[47]

2　契約法上の問題

代理母関係に関する法規定は、直接的には、その合意の有効性について言及していない。その有効性は、契約上の権利の強制の問題に関係するほか、場合によっては生じうる損害賠償請求権にも関係するものである。[48]

代理母契約が養子縁組斡旋法や胚保護法による法律上の禁止に違反する限りにおいて、その契約はドイツ民法一三四条により一般的に無効である。つまり、第三者によって斡旋されたあらゆる契約、又は、代理母への人工授精を目的としたあらゆる契約がそれである。代理母や依頼した親に全く刑罰が科されないということは、代理母契約が無効であるということを変更するものではない。[49] もっとも、民法上、立法者は個別の側面を禁止しているが、代理母関係それ自体を一般的に禁止していない。同様のことは、卵子提供や胚提供にも当てはまるものである。したがって、法律に違反しない代理母契約の場合が考えられることになる。しかし、その場合であっても、代理母契約が良俗違反を理由に無効とされなければならないかどうかという問題が生じることになる（ドイツ民法一三八条）。

報酬が代理母に対する純粋な費用填補を超える有償の代理母契約においては、このことは一般的に肯定されるものである。[50] 同様に、依頼した父によって代理母を自然的に受精させる契約にもこれは当てはまるものである。[51]［しかし］それ以外の場合には、代理母となる合意が原則として良俗に反するとされなければならない事由はほぼ見られない。[52]

他面において、有効な契約を強制することができるかという問題がある。その義務は一身専属性を有することから、いずれにせよ、代理母がいつでも［その契約を］取り消すことができるということから出発しなければならないであろう。[53] それ以外の点について、依頼した親に子を誕生後に引き渡すという代理母の約束は、不完全な債務、すなわち、強制することができない債務としてのみ理解することができるものである。これはドイツ民法一七四七条二項一号から結論されるものであり、それによれば、養子縁組における有効な同意は、子の誕生後八週目以降に与えられるものとされている。[54] 子の引き渡しを代理母が拒否することは、ドイツ民法一六六六条や一七四八条の意味における親の義務違反であると理解することもできず、代理母が監護権を剥奪されたり、養子縁組における同意を裁判所によって代行されるといった効果を持つものではない。[55]

逆に、依頼した親の「引き取り義務」も存在しない。引き取り拒否は、子が身体障害者である場合や、多胎分娩の場合に、特に生じうるものである。その場合、代理母は、依頼した親以外の第三者へ養子縁組のために子を引き渡すことができることになるが、代理母が依頼した親に損害賠償を求めることができるかどうかは、裁判所によって明らかにされていない未解決の問題である。[56]

V　改正の議論

既に述べたように、狭義の代理母関係に関する議論は、一九九〇年の胚保護法以来、ほぼ落ち着いている。立法

者によって予告され、何度も要求されている包括的な生殖医療法は、現在のところ、実際の立法計画にはない。しかしながら、現在の法状況は不十分であると感じられており、改正の着手について議論されている。[57] 現行法は明解ではないというだけでなく、個人の自由、特に家族計画の自由や生殖に関する自由を過度に制限していると言われている。[58] とりわけ、卵子提供や胚提供の広範囲な制限は十分な根拠があるものではなく、特に、精子提供の自由と比較する場合にそうであると言われている。[59]「複数に分かれた母子関係［代理母関係］」を完全に禁止するのではなく、また、出産した女性が法律上の母であるとすることが変更できないとする（ドイツ民法一五九一条）のではなく、立法者は、それとは異なった考慮をしなければならないと言われている。また、代理母関係を目的とした授精補助医療を厳格に排除することも支持できるものではなく、特に、当事者はこの目的を医者に隠すこともありうると言われる。[60] そのほか、包括的な文書制度や登録制度の設立により、現代授精技術による無責任な濫用が行われないことを確保しなければならないと言われている。

C　外国法

Ⅰ　ヨーロッパ

1　フランス

詳細においては異なるが、ほとんどのヨーロッパ法は、代理母関係に対して、ドイツ法と似た否定的な立場を採っている。この点について、例として、フランス法のみを詳細に考察することにする。[61]

フランスにおいては、―他のすべての国と同様に―当初は、医学的な生殖技術について、激しい感情的な議論があった。[62] 一九九一年五月三一日のリーディングケースにおいて、破毀院は、あらゆる方法の代理母関係は法律違反

であると判決した。すなわち、代理母関係は、人体や身分が処分不可能であるということに違反するとしたのである。さらに、養子縁組法は、親のない子に家族を作ることを目的とし、（第一に）「親のない」子を誕生させるということを目的とするものではないのであって、代理母関係はこの養子縁組法の回避であると判示した。[63] 一九九四年七月二九日の二つの法律によって、立法者はこの傾向を確認し、いくつかの原則的な評価を設定した。[64] この新しい規定は、一部が民法の中に挿入され（フランス民法一六の七条、三一一条）、また一部が保健医療法（Code de la Santé Publique）（C.S.P）の中に挿入された。それによれば、一般的には、医学的症状（不妊や遺伝病）に対するあらゆる人工授精補助は必要であるとされる。しかし、人工授精補助は、異性カップルのみに行われなければならず（フランス保健医療法L一五二の二条）、裁判官や公証人によって公証されたすべての当事者による同意が必要とされる。[65] 精子提供は匿名が保持されなければならない（フランス保健医療法L六七三の二条）。精子提供者と子との法律関係、及び、子に対する親族法上の義務は明確に排除された（フランス民法三一一の一五条）。[66] また、卵子提供（フランス保健医療法L一五二の三条）や（制限はあるが）胚提供（フランス保健医療法L一五二の四条）が原則的に許されているということにおいても、フランス法はドイツ法と異なっている。

代理母関係（maternité de substitution；mère porteuse）は特別にフランス民法一六の七条で禁止され、有償である場合も無償である場合もそうである。単なる借り腹型代理母関係も含まれている。代理母の斡旋は刑法上禁止されている（フランス刑法二二七の一二条、しかし、代理母と依頼した親には刑罰が科されていない）。子が代理母契約に基づいて誕生する場合については、特別な親族法上の規定はない。一般原則に従えば、（ドイツ法と同じように）出産した者が法律上の母となり、これを否認することはできない。[67] また、その夫が父となり（夫が公正証書の方式で人工授精に同意した限りにおいて、これを否認することはできない、フランス民法三一一の二〇条、

三二二条）、それ以外の場合には、認知をした男性が父である。この父子関係を否認できる場合に、最終的に遺伝上の血統が問題となるのである。

以上によれば、フランスでも、依頼した親は養子縁組によってのみ法律上の親の役割に就くことができるということになる。［しかし、］いくつかの下級審判決[68]に反して、破毀院は、一九九一年の判決において、そのような養子縁組を厳格に否定し、そのような養子縁組は、違法な概念の最後の構成要素（der letzte Baustein eines rechtswidrigen Konzepts）にすぎないとした[69]。法律それ自体は依頼した親による養子縁組について言及していない。ポワチエ（Poitiers）の控訴裁判所は、一九九二年、依頼した親による養子縁組を認め、子の利益（三歳になる子はその誕生以来、依頼した親の下で生活していた）の優先を明確に指摘した[70]。しかし、破毀院はこの判決を破棄し、その立場を強く確認した。すなわち、一般的予防の考慮が、子の個人的な利益に優先するとしたのである[71]。現在では、下級審の裁判所もこれに従っているものと思われ、それは、代理母契約が外国で（そして、その地の法によれば有効に）行われた場合であっても、そうである[72]。

2　イギリス

イギリスは代理母に関する法規定をヨーロッパで最初に公布した国であったというだけではなく、生殖医療の全領域において内容的にも独特の道を進む、あたかも、アメリカ合衆国とヨーロッパ大陸［の国々］との中間の道を進むものである[73]。

その法的基盤は、一九八九年児童法（Children Act 1989）や一九七六年養子縁組法（Adoption Act 1976）のほか、特に、一九八五年代理出産取決め法（Surrogacy Arrangement Act 1985）[74]や一九九〇年ヒトの受精及び胚研究に関する法律（Human Fertilization and Embryology Act 1990）[75]である。これらの法律によれば、「商業的な」

代理母関係は刑罰規定を伴って禁止されており、これは、当該斡旋や一般への広告にも当てはまるものである。[76] 狭義の代理母関係も借り腹型代理母関係（卵子提供又は胚提供による）も含まれている。[77] これに対して、代理母となる私的な合意は禁止されておらず、また、非商業的な慈善団体による斡旋も禁止されていない。[78] もっとも、法改正により、あらゆる種類の代理母契約（つまり、無償の代理母契約も）は法律的に強制することができないということが明確にされた（「執行できない」）。[79] また、子は一八歳から、自らの遺伝上の親に関する情報を獲得できることが保障されることになった（ヒトの受精及び胚研究に関する法律三一条）。

代理母となる合意に基づいて子が誕生した場合、子を産んだ者が法律上の母になり、これを否認することはできない（ヒトの受精及び胚研究に関する法律二七条一項）。父は原則として遺伝上の親であり、この原則は、次の場合に異なるだけである。すなわち、代理母が婚姻している場合、その夫が父であると推定されることになる。夫が人工授精に同意しなかったということを夫が立証できない限り、このことは同様に非配偶者間の人工授精にも当てはまることになる（ヒトの受精及び胚研究に関する法律二八条二項）。代理母と婚姻関係になく代理母と同棲する者さえもこの推定に加えられることになる（ヒトの受精及び胚研究に関する法律二八条三項）。[80] しかし、依頼した父が遺伝上の父である場合には、この依頼した父も、代理母の夫や同棲する者に有利なこの推定を否認することができる（一九六九年家族法変更法二六条）。

このような当初の親子関係を依頼した親に有利になるように変更する方法は、三種類ある。すなわち、養子縁組、裁判所による決定、裁判所が子の法律上の父を確定した後に行う代理母と依頼した父の中からの監護権者決定によってである。[81] ここでは、ヒトの受精及び胚研究に関する法律三〇条に従った裁判所の決定のみが強調されなければならないであろう。というのは、一見する限りでも、それはイギリス法の他にはない規定だからである。この規定

によれば、裁判所は、依頼した親の申立に基づいて、依頼した親が子の法律上の親であると決定することができ（遺伝子提供者に有利な親決定）、その場合、子は依頼した親の嫡出子の地位を有することになる。[82] その要件は、依頼した親同士が婚姻しており、少なくともその一方がイギリスにドミサイルを有し、かつ、少なくともその一方が子の遺伝上の親（精子提供や卵子提供、場合によっては胚提供にも基づく）であるということである。代理母、及び、必要とされる場合には、その夫又は同棲する者が同意しなければならない（ヒトの受精及び胚研究に関する法律三〇条五項、六項）。結局のところ、これは、養子縁組に代わる簡易かつ迅速な代替手段であり、そこでは、依頼した親の親としての適格性の確定において、広範囲で長時間の審査が行われなくなるのである。[83] ヒトの受精及び胚研究に関する法律三〇条による決定は、法律上の親になるために、遺伝的には自分に由来する子を養子縁組しなければならないとする必要性を、依頼した親から取り除くものである。[84] この三〇条の規定が黙示的に意味するところは、代理母契約が商業的なものとして禁止されない限りにおいて、代理母契約を立法者が原則的に認めるということである。[85]

身分変更の種類（養子縁組、ヒトの受精及び胚研究に関する法律三〇条による決定、監護権者決定）を問わず、イギリスの裁判所にとっては、個別の場合における子の福祉が常に決定的なポイントであり、原因となった合意は重要性をほとんど持たない。依頼した親に子が引き取られることを代理母が了解し、子が依頼した親のところでうまく成長すると思われる限りにおいて、子には身分変更が言い渡される。[86] しかし、代理母と依頼した親が子について争う場合、通常は代理母が優先することになる。[87]

3　ギリシャ

ギリシャの立法者は長い間、現代生殖技術に関する立法を差し控えていたが、ついに二〇〇二年末、主にギリシ

ャ民法一四五五条から一四八四条に規定が置かれた全く驚くべき改正作業を完成させた。[88] それによれば、ドイツの胚保護法と対照的に、ギリシャ法は生殖医療と肯定的に接し、その弊害や誤った方向への発展（例えば、商業化やクローン生殖（reproduktiven Klonen））を防止しようとするだけである。[89] ここで扱われるテーマでは、借り腹型代理母関係に関する規定のみが説明されなければならないものであろう。[90] ギリシャ民法一四五八条によれば、卵子提供者がその子を懐胎することができない場合、裁判所は事前に、卵子提供者から借り腹代理母への胚移植を許可することができる。[91] 卵子は依頼した母自身に由来しなければならないのではなく、第三者の卵子が借り腹型代理母に移植される場合であってもよい。[92] 借り腹型代理母がその後に子を産むと、依頼した母が法律上の母と推定されることになる。そして、その推定は、子が遺伝上、借り腹型代理母に由来するということの証明によってのみ覆されるだけである（ギリシャ民法一四六四条）。[93] したがって、ギリシャ民法一四五八条の手続は、それ以外の場合にギリシャでも確立されている原則、すなわち、子の母は常に出産した女性であるという原則を打ち破るものとなるのである（「通常の」卵子提供についても、ギリシャ民法一四六三条）。[94]

Ⅱ　アメリカ合衆国

さらに最後に、アメリカ合衆国の発展が特に重要である。なぜならば、アメリカ合衆国では代理母関係が広く認められており、したがって、アメリカ合衆国は国際的な「市場」にも影響を与えているからである（後掲Ｄ参照）。

はじめに、私法（ここでは特に、契約法と親族法）は原則として、各州の立法管轄に属し、その結果、「アメリカ合衆国」法は存在せず、五〇州各州のさまざまな法が存在するのみであるということが確認されなければならない。合衆国連邦憲法の「州際商取引条項」に基づいて商業的な代理母斡旋に反対する連邦法を公布しようとする試みがあったが、それは挫折した。[95] 統一法は州法のある一定の統一を試みるものであるが、それは各州によって受け

入れられた場合にのみ効力を持つものである。その限りではあるが、一九七三年「統一親子関係法」[96]や一九八八年「技術援助により懐胎した子の法的地位に関する統一法」[97]は重要となりうるものである。しかし、各州の立法はさまざまであり、その多彩さは、あらゆる種類の代理母関係の禁止[98]から、商業的な代理母関係のみの禁止[99]、さらには、裁判所による認可によって[100]、又は、一般的に代理母契約を広範囲に認め強制するもの[101]までに及ぶ。しかし、英米法の領域において典型的なことだが、その法状況は「裁判所の実務」によって決定されるものである。その点について、ほんの例示的に、アメリカ合衆国の立場に関して象徴的となるいくつかの判決を指摘することができる。「Baby M事件」は世間でも大きな注目を浴びたものであり、その事件では、依頼した親に、代理母が子を引き渡そうとしなかったものであった。ニュージャージー州最高裁判所は、代理母契約は無効であり、遺伝上の親（代理母と依頼した父）の子であると判断したが、「子の最善の利益」の基準について言及した―それにより、結局は、依頼した父が子を監護することになった（もっとも、代理母には訪問権が与えられた[102]）。代理母（＝遺伝上の母）と依頼した母との間の代理母関係に関する争いでは、たいてい代理母に有利に判決され、依頼した母を有利にする代理母契約での合意は考慮されない[103]。

しかし、遺伝上の母と代理母が異なる女性である場合（すなわち、卵子提供や胚提供の場合、つまり、借り腹型代理母関係の場合）には、この合意は重要となる。その場合、子の誕生を発案し、合意に従って子を自らの子として監護する意思のある女性（「意図している女性」（“intending mother”））が法律上の母である。つまり、依頼した母が法律上の母である[104]。このような合意は、代理母も依頼した母も遺伝的に子と血縁関係がない場合（代理母が第三者の卵子に由来する胚を移植された場合）でさえ、決定的な要因となった。つまり、依頼した母が代理母契約に従って法律上の母となり、子の懐胎や遺伝上の関係は、法律上の母子関係の形成に関して無関係であるとされた

のである。[105]

以上よりすると、アメリカ合衆国の裁判所は代理母関係に対して賛成であるか、それとも、反対であるのかについて厳格な法政策をほとんど追求せず、特に、それぞれの個別の場合における正当な判決に努めているのである。このことと親子関係事件で重要な子の福祉の原則は、代理母契約が無効であると見なされる場合であっても、特に、代理母と争いがないときには、依頼した親が子を獲得することがしばしばであるということに導くものである（代理母と依頼した父の中からの監護権者決定や養子縁組により）。アメリカ合衆国における代理母関係は、社会的にも法律的にも広く行われている手続として確立しており、多くの医療機関や斡旋機関が、子のいないカップルに（有償の）補助を提供している。

D　国際私法

Ⅰ　概観

常に一定の要件の下ではあるが、いくつかの国では代理母関係を法律的に完全に実行できるということが明らかになった。このことは、依頼する親がその地へ旅行し、彼らの計画を外国で実行する動機になりうるものである。[106]そのように外国で行われた事件の承認は、一連の困難な国際私法上の問題を投げかけるものとなるが、ここでは、―例として―ドイツ法の例を明らかにすることができるだけである。以下では、次のことを検討する。すなわち、現代生殖医療に関する公法規定あるいは刑罰規定の妥当範囲（後掲ⅡⅢⅣ）、子の血統及び親子関係の否認（後掲Ⅲ）、養子縁組又は類似の制度による親子関係の変更（後掲Ⅳ）、そして最後に、代理母契約の有効性と執行可能性についてである（後掲Ⅴ）。

Ⅱ　公法上の禁止及び刑罰規定の妥当範囲

ドイツの胚保護法や養子縁組斡旋法は、私法に影響を及ぼすものであるが、公法あるいは刑法的な性質を持つものである。それ故、その適用範囲は国際私法によって規定されるのではなく、国際公法あるいは国際刑法によって規定されるものである。国際公法や国際刑法の両方の領域では、まず第一には属地主義原則が妥当し（ドイツ刑法三の七条参照）、すなわち、その規定は国内のみに効力を持ち、それ以外の事実関係の外国関連性（例えば、当事者の国籍）を考慮するものではない。[107] それ故、ドイツでは、アメリカ人も代理母斡旋や人工授精を行ってはならない（代理母契約については、後掲Ⅴ参照）。外国で生じた事案に対しても胚保護法から評価が引き出されなければならないかどうか、又は、どの程度引き出されるのかは、外国で行われた事案の承認がドイツの公序に反するかどうかという問題において議論されなければならないものである（これについては以下）。

Ⅲ　血統に関する問題

1　親子関係の形成

血統に関する準拠法はドイツ民法施行法一九条に規定されている。子の法律上の親は誰かということが本題となるものであり、父子関係も母子関係も含まれる。親子関係が法律によって確定されるか、認知によって確定されるか、裁判所の判決によって確定されるかということは重要ではない。ギリシャ民法一四六四条による依頼した母との母子関係も（前掲ＣＩ３）、法律によって子の誕生の際に形成されるものであるので、血統に関する準拠法の範囲に含まれるものである（後掲Ⅳ２参照）。

この規定は、代理母契約の履行を場合によっては可能にすることとなる。というのは、多くの国（フランスやイタリア）は、匿名出産の制度[108]や母子関係の認知という制度を知っているからである。フランス人代理母がイタリア

人女性に代理して子を出産し、匿名（Xから出生）のままにする場合、イタリア人女性はその子を認知することができ、法律上母となるのである。[109]

ドイツ民法施行法一九条一項は、選択的に三つの連結を用意している。すなわち、子の常居所地［法］（一号）、関係する親の本国法（二号）、母が婚姻している場合には婚姻の効力の準拠法（三号）である。このような多くの選択的連結は、親子関係の確定を容易にし、可能な限り、すべての子に親を作ることを確保するものとなる。[110] しかし、ドイツ民法施行法一九条一項の選択的連結は複数の法へ導くものとなり、場合によっては複数の親へと導くものとなりうる。すなわち、ドイツ人女性が、卵子提供によって、ギリシャでギリシャ人女性の代わりに子を懐胎した場合、子の常居所地（ギリシャ）の法によれば、卵子提供者の女性が法律上の母となるが（ドイツ民法施行法一九条一項一号）、借り腹型代理母の本国法によれば（ドイツ民法施行法一九条一項二号）、子を産んだ者が法律上の母となるのである（ドイツ民法一五九一条）。子は「一人の」母と「一人の」父だけを持つことができるということがドイツ法の原則であるので、[111] ドイツ民法施行法一九条一項における複数の準拠法の抵触は解決されなければならないものである。しかし、どのようにこれが行われなければならないかは非常に争われている。[112]

ドイツ民法施行法に従い外国法によって父子関係や母子関係が形成される場合、これは原則としてドイツの法領域でも有効である。外国法の適用がドイツの公序に反することになるかどうか（ドイツ民法施行法六条）だけが問題とされなければならない。この点については、まず第一に、外国法それ自体がドイツの評価原則に従って検討されるのではなく、具体的な個別の場合における結果のみが、ドイツの評価原則に従って検討されるということを述べておかなければならない。さらに、そのドイツの評価は、事案が内国と十分な関連性を有する場合に貫徹されるにすぎないものである。

ドイツ法とは異なる父子関係が確定されることについて（例えば、代理母の内縁男性に有利に父子関係を推定する場合）、ドイツ法の評価原則に反することはほぼない。場合によっては、精子提供者の匿名性（フランスやその他の国のように）は問題となりうるであろう。しかし、その一部の場合は、ドイツ民法施行法一九条一項の選択的連結によって救済されうるものとなる。

母子関係について、卵子提供者が母となること（ギリシャ）や「意図した母」が母となることは、ドイツの観念と異なるものである。ドイツ法は、胚保護法やドイツ民法一五九一条によって、「複数に分かれた母子関係［代理母関係］」を当初から阻止しようとしているからである。しかし、それが行われた場合に、子を産んだ母と遺伝上の母の中から選択することは、もはやドイツ法の原則に反するものではない、つまり、公序に反するものではないのである。[113]

2　親子関係の否認

父子関係や母子関係の否認はドイツ民法施行法二〇条で特別に規定されており、[114]否認［権］の放棄や、法律による否認［権］の排除の可能性も含まれる。[115]否認は選択的に、血統が確定されうる法（ドイツ民法施行法二〇条一項、一九条一項）、さらに子の常居所地法（変更主義）（ドイツ民法施行法二〇条二項）も準拠法となる。

ここでも、外国法がドイツの公序に反するかどうか、及び、どのような場合に反することになるかということが問題とされなければならない。人工授精に同意した代理母の夫に親子関係の否認権が与えられない場合は、これに当たらない—ドイツ法自身が現在ではそうである（ドイツ民法一六〇〇条二項）。逆に、否認権が与えられる場合もドイツの評価原則に反するとされてはならない。

準拠法が母に否認の可能性を与える場合（例えば、卵子提供による借り腹型代理母に）、遺伝上の母が法律上の

母とされる場合と同様に（前掲1）、これは、胚保護法やドイツ民法一五九一条と矛盾するものではない。場合によっては、否認後に母がいなくなるような場合（例えば、匿名の卵子提供により）には、公序が考慮されうるものとなるであろう。[116]

最後に、外国法が子に否認権を与えない場合、これは、子が自らの血統を知る権利に違反するものとなりうる。否認権を認めないことはドイツ法においては、憲法違反であるとされており、[117]その限りで、公序も外国法を排除するものとなる。[118]

Ⅳ　親子関係の変更

1　養子縁組

国内での養子縁組においては、ドイツ民法施行法二二条により、養親の本国法が準拠法となり、夫婦である場合には、婚姻の効力の準拠法（ドイツ民法施行法一四条）が準拠法となる（ドイツ民法施行法二二条一項、子やその他の者の同意については、累積的に子の本国法、又は、ドイツ法が準拠法となる、ドイツ民法施行法二三条）。それによれば、外国人の場合だけ外国法が問題とされることになる。[119]

外国法がドイツ法よりも広範囲に、代理母関係における養子縁組を認める場合、ドイツの公序が問題となる。代理母の斡旋が第三者によって行われた場合、養子縁組斡旋法とともに、ドイツ民法一七四一条一項二号が関与しうることになる。すなわち、この規定は、準拠法たる外国養子縁組法を排除する介入規定として理解されるか、少なくともドイツの公序を表したものとして理解されるものである。[120]このことは、斡旋が外国では許されたが、ドイツでは禁止されるような場合でさえも、そうであると一部では考えられている。[121]したがって、［この場合］原則としては外国法に服する養子縁組も国内では、その養子縁組が子の福祉にとって「必要である」場合のみ宣言されるこ

とになる。[122]

依頼した親に子を引き渡すという子の誕生前の代理母の債務を、外国法が拘束力があるものとする場合、それは公序の観点においても受け入れることができないものだろう。[123] 遺伝上の母にとって誕生後の引き渡し期間が適切であること（ドイツ民法一七四七条二項一号のような八週間であることが不可欠ではないが）は無視できないものである。[124]

外国養子縁組の場合、ドイツでの承認が問題となる。契約型養子縁組が問題となる場合、ドイツ民法施行法二二条、二三条による準拠法を基準に審査され、場合によっては、ドイツの公序による留保に従って審査されることになる。裁判所での養子縁組宣言や官庁での養子縁組宣言の場合、ドイツ非訟事件手続法一六ａ条に従って承認されることになる。ここでは、手続法上の最小限の基準と実体的公序が審査されることになる。

2　ヒトの受精及び胚研究に関する法律三〇条に従った裁判所による親子関係の決定

イギリス法におけるこのような決定（前掲ＣＩ２）は独特であり、それ以外の国では知られていない制度である。国際私法上、それを分類することは法性決定の問題である。すなわち、遺伝上の血縁関係を不可欠とせず（一方の親だけが子と血縁関係がなければならない）、法律上の親子関係の形成が問題となるので、本質的には、簡易化された養子縁組である。[125] それ故に、国際私法上、イギリス法における決定は簡易化された養子縁組と同様に取り扱われなければならないのである（前掲１）。[126] ドイツの公序に関しても、［養子縁組と］同じことが妥当することになる—すなわち、特別な手続であるということそれだけでは、ドイツの公序に反するものではない。[127] それ故、依頼した親がイギリス人の場合、ドイツの裁判所も、ヒトの受精及び胚研究に関する法律三〇条に従った決定を下すことができるということになろう。その決定がイギリスで下された場合、それはドイツ非訟事件手続法一六ａ条に従って

ドイツで承認されなければならないものである。

3　依頼した父を子の監護権者と指定すること

未婚の代理母及び依頼した父（その者の精子を用いた人工授精）との親子関係の形成がなされた場合に、その者の中から監護権者に関する決定が行われ、依頼した父が監護権者とされることによっても―いわば、「小さな解決策」（“kleine Lösung”）として―、代理母契約が履行されることになる。これは、時々、イギリスやアメリカ合衆国で行われている。[128] この方法により、たしかに依頼した母は法律上は母ではないが（継母にすぎない）、子は自らの子のように、依頼した親の家族の中で成長することになる。[129]

監護権は、ドイツ民法施行法二一条で規定される親子関係の効力に該当するものである。この規定によれば、子の常居所地法―変更主義―が準拠法となる。この準拠法は、監護権者に関する合意（代理母と依頼した父との間の）がどの程度拘束力があるかについても規律することになる。[130]

外国での監護権者決定の場合、国内での承認が問題となる。[131] 最終的には、公序の審査（ドイツ非訟事件手続法一六ａ条四号）において、承認時における子の福祉が重要となる。[132] たとえ監護権者決定時には、代理母関係の合意を考慮するとドイツの裁判所によっては別の決定がなされたであろうとしても、子が長期間にわたって既に、依頼した父の家族の中で生活していた場合には、子の福祉の観点から監護権者決定の承認が求められることになる。[133]

Ⅴ　契約による合意

代理母契約においては、その有効性や執行可能性が問題となる契約が多く締結されることになる。すなわち、依頼した親と代理母（及び場合によっては、その夫も）との間の本来の代理母契約、依頼した親の間での内部的な合意、第三者とでは、斡旋契約、医療契約、弁護士契約が締結されうるのである。ここでは、代理母を人工授精させ、

胚を懐胎し、子を引き渡すことを目的とした代理母契約のみを議論することにする。[134]

契約の準拠法一般は、ドイツ民法施行法二七条以下で規定されている。それによれば、法選択（これについてはすぐ後に述べる）がない場合、契約上の特徴的給付を行う当事者が常居所を有する国の法が準拠法になる。ここでは、この者は代理母であるということになろう。しかし、中心となる主たる給付、特に依頼した親への子の引き渡しへ副次的に連結すると考えることもできよう。通常、これは養子縁組の準拠法（ドイツ民法施行法二二条、二三条）によるものであるので、あらゆる「子の福祉に資する合意」（“dienenden Vereinbarungen”）もこれに服させることができることになろう。[135] 合意の親族法的な性質よりすると、この第二の見解に優先が与えられなければならないであろう。[136] しかし、ほとんどの場合、裁判所では身分上の問題が問題となるにすぎないので、この問題はまだ広範囲にわたって明らかではない。親族法的に連結させる場合、ドイツ民法施行法二七条に従った自由な法選択の問題は問題とならないということは当然である。

ドイツ民法施行法二二条により、代理母契約に外国法が適用される限り（つまり、依頼した親が外国人である限り）、—直接的に「介入規定」として（ドイツ民法施行法三四条参照）、又は、公序として—ドイツの強行法が貫徹される。それによれば、ドイツでの養子縁組の斡旋や人工授精は胚保護法や養子縁組斡旋法に反するので、その合意は無効である（前掲Ⅱ参照）。代理母契約が外国で行われる限りは、胚保護法や養子縁組斡旋法が介入することはない。それでもなお、その契約はドイツの公序に反する場合がある。これは、ドイツでは「良俗に反する」と評価されるような場合である。[137] それについては上述のとおりである。つまり、有償の合意は常に良俗に反するが、[138] 代理母契約それ自体は当然にはそうではない（前掲ⅢⅣ2）。

E　結論

抽象的な結論の要約に代えて、ドイツ法による具体的な事案の解決を簡単に説明してみる。[139] 子のいないドイツ人夫婦がケンタッキー州へ行き、依頼した父の精子を使って人工的に受精させる代理母契約を、仲介者の斡旋によって代理母と行った。その後に誕生し、合意に従って依頼した親に引き渡された子は、依頼した父によってケンタッキー州で認知され、その地の裁判所が父に単独の監護権を与えた。ドイツへ帰国後ただちに、依頼した母は、夫の子との養子縁組の申立を行ったとする（継母による養子縁組、ドイツ民法一七四一条二項二号）。

その代理母契約は、ドイツ民法施行法二二条一項二号、一四条によりドイツ法が準拠法となる。契約の中に有償とする条項があるとしても、それは良俗違反を理由に無効であるが（ドイツ民法一三八条）、代理母契約のそれ以外の点は当然には無効とはならない。もっとも、代理母が子を引き渡す義務は拘束力を有するものではない。

親子関係は、子の出生時の子の常居所地法か、親の本国法が選択的に準拠法となる（ドイツ民法施行法一九条一項）。それによれば、母子関係はケンタッキー州法が準拠法となるが、父子関係はケンタッキー州法のほか、選択的にドイツ法も準拠法となる。それによれば、両親は代理母と依頼した父である。

ケンタッキー州の裁判所による代理母と依頼した父の中からの監護権者決定は、ドイツでは、ドイツ非訟事件手続法一六ａ条に従って承認されなければならず、ドイツの公序に違反する事由（ドイツ非訟事件手続法一六ａ条四号）は見られない。

ドイツでの養子縁組はドイツ法が準拠法となる（ドイツ民法施行法二二条一項二号、一四条一項一号）。たしかに、ケンタッキー州での養子縁組の斡旋は、養子縁組斡旋法一三ｃ条に含まれず、法律違反ではないが、場合によ

っては、ドイツでは良俗に反すると評価されなければならず、ドイツの後見裁判所によって養子縁組が宣言されるのは、「子の福祉にとって必要である」場合だけでなければならない（ドイツ民法一七四一条一項二号）。この事案の場合、子は誕生以来、依頼した親の家族の中で実際に生活しており、しかも、その子は法律上は依頼した父の子であり、その父は永続的に単独監護権を有しているのである。継子の養子縁組は、法律上も完全に安定した家族を子に与えるものであり、それ故、この養子縁組は子の利益にとって「必要」なのである。[140]

（1）唯一、旧約聖書においては、代理母が用いられた三つの場合が報告されている（もちろん、道徳的な問題や社会的な問題なしに）（創世記一六章、三〇章一―八節、九―一三節）。タンザニアの部族法における女性同士の婚姻については、*Coester-Waltjen / Coester*, International Encyclopaedia of Comparative Law (1997) Vol. IV Chap. 3 n. 3-74 参照。

（2）ヨーロッパ人権条約（EMRK）と児童の権利に関する国連条約（UN-Kinderkonvention）の重要性については、*Binder*, Die Auswirkungen der europäischen Menschenrechtskonvention und des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 auf Rechtsfragen im Bereich der medizinisch assistierten Fortpflanzung, Diss. Freiburg 1998 参照。一九六二年非嫡出子の母子関係の確定に関するブリュッセル国際身分登録委員会条約（Brüsseler CIEC-Abkommen über die Feststellung der mütterlichen Abstammung nichtehelicher Kinder, 1962, BGBl. 1965 II 23）も参照。

（3）後掲Ⅰ参照。

（4）*Coester-Waltjen*, Reproduktionsmedizin 2002, 183, 186 ff. 参照。

（5）BVerfG NJW 1989, 891 ; NJW 1997, 1769.

（6）後掲Ⅴ参照。

（7）Adoptionsvermittlungsgesetz vom 27. 11. 1989. 最新のものとしては二〇〇一年一二月二二日法（BGBl. 2002 I 354）。これについてより詳細には、後掲ⅡⅢ参照。

(8) Gesetz zum Schutz von Embryonen vom 13. 12. 1990, BGBl. I 2746. これに対して、遺伝子技術法(Gentechnikgesetz vom 20. 6. 1990)はヒトの遺伝子を含むものではないので、この法律は無関係である。BT-Drucks. 11/5622 S. 23 参照。

(9) これについては、後掲Ⅳ参照。

(10) BT-Drucks. 13/4899 S. 52, 266.

(11) このテーマについては、Zeitschrift "Reproduktionsmedizin" Heft 4/2002 参照。"Das Recht der Fortpflanzungsmedizin im 21. Jahrhundert" 及び、医学専門家や法律家の多くの論文がある。

(12) *Keller/Günther/Kaiser*, Embryonenschutzgesetz (1992) § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 13 ; MünchKomm-BGB/*Maurer* (4. Aufl. 2002) § 1744 Anh. Rn. 24 ; *Liermann* FamRZ 1991, 1403.

(13) もっとも、代理母と依頼した親は刑罰の対象からは除外されている。養子縁組斡旋法一四b条三項。

(14) もっとも、斡旋の有償性や営業性は重い刑罰へ導くものとなる。養子縁組斡旋法一四b条三項。

(15) *Coester-Waltjen* FamRZ 1992, 369.

(16) 前掲Ⅱの「第三の類型」参照。

(17) 医師の職務規程は、許される者の限界を法律よりもさらに狭く規定している(*Coester-Waltjen*, Reproduktionsmedizin 2002, 183, 187 ; *Wanitzek* FamRZ 2003, 730, 733)。しかし、代理母関係はこれによって影響されるものではない。

(18) 実務での例として、LG Freiburg NJW 1987, 1486 参照。

(19) 胚保護法は、数を制限することによって、胚の余剰を阻止しようとする。一条一項三号、四号、五号。これについては、*Coester-Waltjen*, Reproduktionsmedizin 2002, 158 ff. 参照。

(20) それ以外の場合は、胚保護法一条一項七号の禁止に違反することになるだろう。

(21) *Coester-Waltjen* FamRZ 1992, 369, 370, 373 :「将来においても、存在してはならないものが存在することになるだろう。」

(22) 後掲D参照。

(23) BT-Drucks. 11/5460 S. 7, 9; 11/5154. 同様にスイスについて、Botschaft des Bundesrats v. 26. 6. 1996 zum Fortpflanzungsmedizingesetz, BBl. 1996 III 205, 254.

(24) BR-Dr. 180/96 S. 92; *Rauscher*, Familienrecht (2002) Rn. 765; *Hohloch*, Familienrecht (2002) Rn. 744; *Mutschler* FamRZ 1996, 1381, 1385; *Quantius* FamRZ 1998, 1145, 1150; むしろ批判するものとして、MünchKomm-BGB/*Seidel* (4. Aufl. 2002) § 1591 Rn. 17.

(25) *Rauscher*, Familienrecht Rn. 766; MünchKomm-BGB/*Seidel* § 1591 Rn. 5.

(26) *Rauscher*, Familienrecht Rn. 766; MünchKomm-BGB/*Seidel* § 1591 Rn. 5; *Diederichsen* NJW 1998, 1977, 1979.

(27) 前掲注(5)参照。それ故に、否認権を排除していることを批判するものとして、MünchKomm-BGB/*Seidel* § 1591 Rn. 23; *Coester-Waltjen*, Gutachten zum 56. Deutschen Juristentag (1986) B 68; *Schwenzer*, Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag (1989) B 40; *Coester* DEuFamR 1999, 3, 5; *Seidl* FPR 2002, 402 f.; *Staudinger/Rauscher* (2000) Anh. zu § 1592 Rn. 26, 27; *Schlüter*, Familienrecht (10. Aufl. 2003) Rn. 268. *Kopper-Reifenberg*, Kindschaftsrechtsreform und Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK (2001) S. 197 は、否認権を欠いているようとについて、これはヨーロッパ人権条約八条違反であるとさえ考える。

(28) BT-Drucks. 13/4899 S. 82.

(29) *Schlüter*, Familienrecht Rn. 268; 疑問とするものとして、MünchKomm-BGB/*Seidel* § 1591 Rn. 27.

(30) BT-Drucks. 12/4899 S. 83; *Diederichsen* NJW 1998, 1977, 1979; *Quantius* FamRZ 1998, 1145, 1150; MünchKomm-BGB/*Seidel* § 1591 Rn. 27 は、ドイツ民事訴訟法二五六条による確認の訴えが可能であるとする。疑問とするものとして、*Schwab/Wagenitz* FamRZ 1997, 1377; *Seidl* FPR 2002, 402, 403. 事実上の血統はドイツ民事訴訟法二五六条の意味における「法律関係」ではないということを理由に否定するものとして、*Coester-Waltjen* FamRZ 1992, 369, 371; *Coester* DEuFamR 1999, 3, 5; *Büttner* FamRZ 1998, 585, 593; *Gaul* FamRZ 1997, 1441, 1467; *Rauscher*, Familienrecht Rn. 766. 法律上の親子関係が形成されなければならないというものではないので、ドイツ民事訴訟法六四〇条に従った身分関係手続はどの場合にも問題にならない。

(31) *Coester-Waltjen*, Gutachten 56. DJT (1986) B 63 ff.; dies. FamRZ 1992, 369, 373; dies., Reproduktionsmedizin 2002, 183, 192, 194. それが可能であることは連邦憲法裁判所により明らかにされている。NJW 1989, 891, 893.

(32) *Staudinger/Rauscher* Anh. zu § 1592 Rn. 31.

(33) *Mutschler* FamRZ 1996, 1381, 1385; 改正の考察について、*Coester-Waltjen*, Reproduktionsmedizin 2002, 183, 191 f. それ故に、授精を行う医師は、提供者の身元を文書で記録することが義務付けられている。医師がこれを怠る場合、その医師は損害を賠償しなければならない（*Staudinger/Rauscher* Anh. zu § 1592 Rn. 26, 27; *Coester-Waltjen*, Gutachten zum 56. DJT (1986) B 68; *Starck*, Gutachten zum 56. DJT (1986) A 25)。もっとも、依頼した親は、内部関係においては、契約上、精子提供者をその親としての義務から免除することができる（*Coester-Waltjen*, Reproduktionsmedizin 2002, 183, 191, 192)。

(34) ドイツ民法一六〇〇条一項参照。否認権者は、母、法律上の父、及び、子だけである。

(35) BVerfG, Beschluss vom 9. 4. 2003, FamRZ 2003, 816, 820 ff.

(36) このことから、ドイツ民法一五九一条によれば法律上の母になることができない卵子提供者に有利な論拠が生じることになるかもしれない、前掲（a）参照。*Seidl* FPR 2002, 402, 403（すべての母は国家による保護が保障されるとするドイツ基本法六条四項を援用して）参照。

(37) *Rauscher*, Familienrecht Rn. 765 参照。「親の自己実現の方法ではなく、子の福祉を損なうものである。」

(38) 身分登録法（PStG）六一条二項によれば、子は一六歳から身分登録簿の閲覧権を持つことになる。

(39) 全体について、MünchKomm-BGB/*Maurer* (4. Aufl. 2002) § 1741 Rn. 13 参照。

(40) *Giesen* JZ 1985, 1054; 同様に、*Rauscher* a.a.O.; *Mansees* ZfJ 1986, 496, 498 f.

(41) *Coester-Waltjen*, Gutachten zum 56. DJT (1986) B 87 f. mit weiteren Nachweisen; dies. FamRZ 1992, 369, 371; MünchKomm-BGB/*Maurer* § 1741 Rn. 13; *Erman/Holzhauer* § 1741 Rn. 16; *Staudinger/Frank* (2001) § 1741 Rn. 35; *Frucht*, Ersatzmutterschaft im US-amerikanischen und deutschen Recht unter Berücksichtigung rechtsvergleichender und kollisionsrechtlicher Aspekte (1996) 218. さらにまた、依頼した親による養子縁組が裁判所によって認められないとすれば、代理母は、同意を拒否することによって第三者への養子縁組を阻止することができる

ことになるだろう。MünchKomm-BGB/*Maurer* a.a.O.

(42) KG JZ 1985, 1053 ; AG Gütersloh FamRZ 1986, 718 f.

(43) 抵触法上は準拠法とならない外国法に違反することも、「良俗に反する」とされる場合がある。*Bamberger/Roth/Enders*, BGB (2003) § 1741 Rn. 9 参照。

(44) これについては、*Bamberger/Roth/Enders* § 1741 Rn. 9-11 ; MünchKomm-BGB/*Maurer* § 1741 Rn. 20 ff. 参照。

(45) MünchKomm-BGB/*Maurer* § 1741 Rn. 27 ; *Bamberger/Roth/Enders* § 1741 Rn. 7 は態度を明らかにしていない。個別の具体的なケースにおける問題であるとする。裁判所の判決はまだ公表されていない。

(46) これについては、さらに後掲ⅣD3。監護権に関する宣言（Sorgeerklärung）に基づく、父と代理母による共同監護権も問題となる（ドイツ民法一六二六ａ条一項一号）—むしろ、全く理論的な類型である。

(47) 継子の養子縁組に対する一般的な懸念については、*Staudinger/Frank* § 1741 Rn. 41 ff. mit weiteren Nachweisen 参照。

(48) 以下についての詳細は、*Coester-Waltjen* NJW 1982, 2528, 2531 ff.

(49) *Coester-Waltjen*, Gutachten zum 56. DJT (1986) B 91 ff. ; dies. FamRZ 1992, 369, 371 ; MünchKomm-BGB/*Maurer* Anh. zu § 1744 Rn. 24 ; *Staudinger/Rauscher* Anh. zu § 1592 Rn. 33 ; *Liermann* MDR 1990, 859 ff. ; ders. FamRZ 1991, 1403 ff. 参照。

(50) *Staudinger/Rauscher* a.a.O. ; OLG Hamm JZ 1987, 441 ff. ; 詳細には、*Coester-Waltjen*, Gutachten 56. DJT (1986) B 91 f.

(51) MünchKomm-BGB/*Maurer* a.a.O.

(52) 法律は、道徳的とされる最低限の基準を規定することができるにすぎないものである。*Coester-Waltjen*, Reproduktionsmedizin 2002, 183, 189 ; dies., Gutachten zum 56. DJT (1986) B 79 ff. ; Beschluss des 56. DJT, NJW 1986, 3069, 3070 ; *Deutsch*, Medizinrecht (3. Aufl. 1997) Rn. 435 ; *Dietrich*, Mutterschaft für Dritte-Rechtliche Probleme der Leihmutterschaft unter Berücksichtigung entwicklungspsychologischer und familiensoziologischer Erkenntnisse und rechtsvergleichender Erfahrungen, Diss. Hamburg 1989, S. 458 ff. ; *Goeldel*, Leihmutterschaft-

eine rechtsvergleichende Studie (1994) S. 152 ff.; *Backmann*, Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht (2001) 969 参照。別の見解として（良俗違反に関する）、*Benda* 1985, 1730 ff.; *Laufs* JZ 1986, 769 ff., 775; *Liermann* FamRZ 1991, 1403. 代理母が被用者として、雇用者からの法律上の妊産婦保護の給付と社会保険を受け取ることから、良俗違反は推論されない。*Coester-Waltjen* NJW 1982, 2588 及び 2533 の注（49）。

(53) MünchKomm-BGB/*Maurer* a.a.O. mit weiteren Nachweisen.

(54) *Coester-Waltjen*, Gutachten zum 56. DJT (1986) B 92 f.; *Staudinger/Rauscher* Anh. zu § 1592 Rn. 33; MünchKomm-BGB/*Maurer* Anh. § 1744 Rn. 24.

(55) KG NJW 1985, 2201; LG Freiburg NJW 1987, 1486.

(56) 損害賠償義務について、*Coester-Waltjen*, Gutachten zum 56. DJZ (1986) B 93 ff.; dies. NJW 1982, 2528, 2533 f.

(57) Zeitschrift Reproduktionsmedizin 2002（前掲注（11））における論文を参照。

(58) *Coester-Waltjen*, Fortpflanzungsmedizin 2002, 183, 188; スイスについて、*Ben-Am*, Gespaltene Mutterschaft (1998) もそのように主張する。イギリスについて、Warnock Report (1984) § 6.6. 参照。

(59) *Binder* 注（2）S. 137 によれば、卵子提供を原則的に認めることはヨーロッパ人権条約でも要求されている。同様に、*Kopper-Reifenberg* 注（27）S. 198 ff., 204. もっとも、アメリカ合衆国やイギリスにおける卵子売買の商業化（FOCUS 36/2003 S. 74 ff. 参照）は、控えめな態度が勧められるものである。

(60) *Coester-Waltjen* a.a.O. S. 194 f.

(61) 外国についていくつかのキーワードのみを挙げておく。オーストリアは一九九二年に生殖医療法を公布し（öBGBl. 1992/275）、その法律は、生殖医療に関する公的な問題（öffentlichen Fragen）のほか、民法上の効果の問題も規定している（後者はオーストリア民法に挿入された。一三七ｂ条、一五五条、一五六ａ条、一六三条）。この法律は、あらゆる方式の代理母関係を禁止し、その斡旋には刑罰が科されることになる（オーストリア生殖医療法二一条、二二条一項四号）。有償の代理母契約は無効である（オーストリア民法八七九条二項一ａ号）（詳細については、*Schwimann* StAZ 1993, 169 ff.; 生殖医療法を確認するオーストリアの判例（FamRZ 2000, 601）について、*Coester-Waltjen* FamRZ 2000, 598 f. 参照）。スペイン人工授精法（Gesetz Nr. 35/1988 vom 22. 11. 1988 über die künstliche Befruchtung）やスイス

生殖補助医療法（Gesetz über die medizinisch assistierte Fortpflanzung vom 18. 12. 1998,二〇〇一年一月一日施行）、及び、変更された連邦憲法（二四条、一一九条；*Manai* FamPra 2002, 197, 218 ff. 参照。*Ben-Am* 注（58）S. 70 ff., 120 ff. も参照（イスラム法についても））も同様である。

いくつかのヨーロッパ諸国の法状況のさらなる概観は、www.ciec 1.org（フランス語で）。Council of Europe, Medically assisted procreation and the protection of human embryo-Comparative study, Straßburg 1998 も参照。

（62）フランス法については、*Furkel* FamRZ 1996, 772 ff.; *Münzer*, Fortpflanzungsmedizin (Diss. Tübingen 1990); *Eser/Koch/Wiesenbart*, Regelungen der Fortpflanzungsmedizin (2 Bde., 1990) 参照。

（63）Rec. Dalloz 1991, Jur. 424（Chartier 報告書 S. 417 ff. 及び Thouvenin 評釈 S. 424 ff.）。

（64）人体の一部の提供及び使用、人体の生産、人工生殖並びに出産前診断に関する法律（Gesetz Nr. 24-654 über die Spende und die Verwendung von Teilen und Produkten des menschlichen Körpers, die künstliche Fortpflanzung und die pränatale Diagnostik）、及び、人体の保護に関する法律（Gesetz Nr. 94-653 über den Schutz des menschlichen Körpers, J. O. vom 30. 7. 1994, 11056）。

（65）オーストリア法やスイス法も同じである、注（61）。

（66）一九九四年七月二七日の憲法院（Conseil Const.）の判決によれば（J. O. vom 29. 7. 1994, 11024）、これは、例えば、自らの血統を知るという子の憲法上の権利に違反する。別の見解として―一九八九年の児童の権利に関する国連条約七条を指摘して―*Furkel* FamRZ 1996, 772, 774. もっとも、フランス法と同様に、オーストリア法やスイス法も［提供者と子の親子関係を否定しているが］子に（一八歳から）情報権（Informationsrecht）を認めている。

（67）C. App. Rennes, Le Dalloz 2002, Jur. 2902.

（68）C. App. Paris, Rec. Dalloz 1990, Jur. 540 ; C. App. Pau, Rec. Dalloz 1991, Jur. 380.

（69）前掲注（63）参照。

（70）Rec. Dalloz 1993, Somm. 119（Vassaux-Vanoverschelde 評釈）。

（71）Rec. Dalloz 1994, Jur. 581（Chartier 評釈）。

（72）C. App. Rennes 注（67）（Granet 評釈）（養子縁組ではなく、アメリカ合衆国で形成された法律上の親子関係の承

認が問題になったものである)。

(73) 例えば、(クローン生殖(prokreativen Klone)とは異なって)治療のためのクローンは認められており、一四日目までは胚を用いて学問的な実験が行われてもよい(その胚はこの目的のためだけに形成されてもよい。二〇〇一年ヒトの受精及び胚研究に関する法律(注(75))を補足(Schedule 3)、いわゆる「二〇〇三年ヒトの受精及び胚研究に関する法律」)。遺伝病の疾患を持つ子が産まれた親が、第一子の治療のために行われなければならない幹細胞(Stammzellen)の取り出しを胚の時期に行うために、健康な第二子を作ることを、ロンドンの控訴裁判所も既に認めている。R (Quintavalle) v. Human Fertilization and Embryology Authority, Entscheidung vom 16. 5. 2003, (2003) EWCA Civ 667. 死後の授精も、二〇〇〇年の法改正により、一定の条件のもとに認められた(二〇〇〇年ヒトの受精及び胚研究に関する法律二八条)。

(74) Halsbury's Statutes Bd. 12, S. 865; この法律は、一九八五年一月八日の「コットン事件」に迅速に対応したものである(Re a Baby (1985) FLR 846)。この事件では、イギリス人代理母が、依頼したアメリカ人親のために子を産んだものであった。高等法院は依頼した親に子の監護権を与え、アメリカ合衆国への出国を認めた。

(75) Halsbury's Statutes Bd. 28 chap. 37, S. 289 ff.

(76) 代理出産取決め法二条、三条。もっとも、代理母や依頼した親には刑罰が科されない。

(77) 代理出産取決め法一条六項。ヒトの受精及び胚研究に関する法律二八条一項、二項、四項。

(78) *Goeldel* 注(52) S. 103, 122; *Morgan*, The Surrogacy Story, 49 Mod. L. Rev. 358, 364 (1986) も参照。

(79) 代理出産取決め法一A条(ヒトの受精及び胚研究に関する法律三六条一項)。これは「無効」と同等に取り扱われてはならない(*Goeldel* a.a.O. S. 107; これに対して正当にも、*Ben-Am* 注(58) S. 181)。ドイツ法でも、無効な契約と、有効ではあるが執行できない契約(「不完全な債務」)が区別されている。前掲BⅣ2参照。

(80) それぞれについて、*Ben-Am* 注(58) S. 102.

(81) 後者についてより詳細には、*Goeldel* 注(52) S. 117 ff. この点に関する国際私法については、後掲DⅣ3。

(82) 初めて実際に適用された事案として、Re W (Minors) (Surrogacy) (1991) 1 FLR 385 参照。

(83) *Goeldel* 注(52) S. 116; *Henrich*, Reformen im englischen Kindschaftsrecht, Schwab/Henrich, Entwicklungen

des europäischen Kindschaftsrechts (2. Aufl. 1996) S. 35 ff.; 後掲ⅣD2参照。

(84) 立法背景について、*Ben-Am* 注（58）S. 104 f.

(85) ヒトの受精及び胚研究に関する法律三〇条七項、及び、代理出産取決め法参照。全体について、*Cretney*, Elements of Family Law (1992) 204 f.; *Haderka*, Festschrift Jan Stepan (1994) 171 ff.

(86) Re Adoption Application (1987) 2 FLR 291（有償の代理母契約）参照。

(87) A. V. c. (1978) 8 Fam. Law 170; (1985) FLR 445; Re P. (1987) 2 FLR 421 参照。

(88) ヒトの生殖における医療補助に関する法律（Gesetz 3089/2002 zur "medizinischen Hilfe bei der menschlichen Fortpflanzung", Regierungsblatt vom 23. 12. 2002, A/327）。その基礎になったのは、さまざまな学問分野の専門家グループによって作成された法律草案であり、それは、二〇〇二年四月に公表され激しく議論されたものである。*Irini Kiriakaki*, Das neue Gesetz 3089/2002 Griechenlands zur "medizinischen Assistierung bei der Humanreproduktion", MedR［未公表］

(89) ヒトの細胞を用いた研究や操作については、特に、一四五五条二項、三項及び一四五九条を参照。これについては、*Irini Kiriakaki*, Die Regelung der Embryonenforschung in Griechenland［未公刊］。

(90) より広い範囲で許されている人工授精（ギリシャ民法一四五五条、一四六〇条）や死後の授精（ギリシャ民法一四五七条）については、*Kiriakaki* MedR［未公表］参照。

(91) ギリシャ民法一四五八条「別の女性へその者に由来しない受精卵を移植し、その後妊娠させることは、移植前に裁判所が子を望む者に与えた許可によってのみ許され、それは、子を望む者、出産する女性、及び、出産する女性が婚姻している場合にはその夫の間における書面の合意が存在することを要件とする。裁判所による許可は子を望む女性の申立により、妊娠が医学的に不可能であり、かつ、出産する女性がそれに適した健康状態にある場合に与えられる。」（本注及び注（93）の［ドイツ語への］翻訳については、テッサロニキ（Thessaloniki）大学の Professor Dr. *Athanassios Pouliadis* に感謝する。）

(92) 立法解説において明らかにされたものを参照して、*Kiriakaki* MedR［未公表］

(93) ギリシャ民法一四六四条「出産する者が別の女性である一四五八条の条件に従った人工授精の場合、子の母は、裁

判所によって当該許可が与えられた女性であると推定される。

子が出産した女性に生物上は由来するということが証明される場合、この推定は、推定される母又は出産した女性による母子関係否認の訴え（Mutterschaftsanfechtungsklage）によって覆される。否認の訴えは、否認権者本人、その特別代理人、又は、裁判所が許可した法定代理人によって提起される。

裁判所により否認の訴えが認容され、かつ、もはやそれに対して上訴できないということによって、子は、出生時に遡って、その子を産んだ女性を母として持つことになる。」

(94) 一九九九年においてはまだ、ヘラクリオン（Heraklion）の地方裁判所は、借り腹型代理母関係の事案において、懐胎した女性とその夫を子の法律上の親と確定し、卵子提供者に養子縁組の方法を指示した。Urteil Nr. 31/5893/176/1999. これは、*Kiriakaki* MedR［未公表］の注（90）に引用されている。

(95) *Goeldel* 注（52）S. 67 ff.; *Frucht* 注（41）S. 13 ff., 107 ff. における説明。

(96) U.L.A., Bd. 9 B, 287 (1987).

(97) Uniform Status of Children of Assisted Conception Act, U.L.A., Bd. 9 B, Supp. 1988, 87.

(98) 稀である—アリゾナ州、Ariz. Rev. Stat. Ann. § 25-218 (1989).

(99) 多くの州、特にミシガン州、Mich. Comp. Laws Ann. § 722.855 (West Supp. 1990); さらに、フロリダ州、ケンタッキー州、ルイジアナ州、ネブラスカ州、ノースダコタ州、ワシントン州。

(100) バージニア州、Va. Code Ann. §§ 20.156-20.165.

(101) アーカンソー州、Ark. Stat. Ann. § 9-10-201 (1989); ネバダ州、Nev. Rev. Stat. Ann. § 127.287 (5).

(102) In Re Baby M, 537 A. 2nd. 1227 (N. J. 1988); これについて、*Coester-Waltjen* FamRZ 1988, 573; *Voss* FamRZ 2000, 1552; *Goeldel* 注（52）S. 8 ff.

(103) In Re Marriage of Moschetta, 30 Cal. Reptr. 2 d 893 (Cal. Ct. App. 1994); R. R. v. M. H., 689 N. E. 2nd. 790 (Mass. 1998)（代理母は誕生前に既に、子の引き渡しを拒否していた）。

(104) Johnson v. Calvert, 851 P. 2nd 776 (Cal. 1993); ギリシャ法については、前掲Ⅰ3参照。*Frucht* 注（41）S. 91 によれば、カリフォルニア州の評価は、アメリカ合衆国の多くの州を代表するものである。

(105) In Re Marr. of Buzzanca, 72 Cal. Rptr. 2 nd 280 (Cal. App. 1998).

(106) *Coester-Waltjen* FamRZ 1992, 369, 371, 372 ; *Schlegel* FuR 1996, 116, 118 ; FOCUS 36/2003, S. 74 ff. も参照。

(107) *Backmann* 注（52）S. 90. しかし、特別に、外国でのドイツ人の行為に刑罰を科すことが可能となる。例えば、ドイツ刑法五条一二号の「公職にあたる者（Amtsträger）」としてのドイツ人大学教授は、外国においても胚保護法に違反してはならない（もっとも、私的な研究機関のドイツ人を除く）。

(108) これについて、近時、ヨーロッパ人権裁判所はヨーロッパ人権条約違反ではないとした。NJW 2003, 2145.

(109) *Staudinger/Henrich* (2002) Art. 19 Rn. 74 ; Art. 20 Rn. 48 参照。C. App. Rennes, Le Dalloz 2002, Jur. 2902 の事件も類似するものである（依頼をしたフランス人母は、カリフォルニア州で（カリフォルニア州の代理母に代わって）出生登録簿に母と登録された）。出生登録簿に記載された女性は、一九六二年の国際身分登録委員会条約（CIEC Abkommen von 1962）により、ドイツでも法律上の母となる。その女性が外国人であり、かつ、その本国法により母子関係が有効であると認められる場合、身分登録法（PStG）二九b条により、これはドイツの登録簿にも記載されることになる。

(110) MünchKomm-BGB/*Klinkhardt* (3. Aufl. 1998) Art. 19 EGBGB Rn. 14 ; *Rauscher*, IPR (2. Aufl. 2002) S. 190 ; *von Hoffmann*, IPR (6. Aufl. 1999) S. 324 ; *Henrich* FamRZ 1998, 1401, 1402 ; *Looschelders* IPRax 1999, 420, 421.

(111) *Backmann* 注（52）S. 105 ; 父子関係については、ドイツ民法一五九四条二項、一六〇〇d条一項参照。母子関係については、これはドイツ民法一五九一条から明らかになる。

(112) 一つの見解によれば、まず第一に、子の常居所地法（一項）が準拠法となり、この法によって親子関係が確定されない場合のみ、次に二項又は三項が準拠法となる。*Siehr*, IPR (2001) S. 36, 38 ; *von Hoffmann*, IPR S. 325 ; *Andrae*, Internationales Familienrecht (1999) Rn. 460 ; *Backmann* 注（52）S. 106. 別の見解では、時間的に早い親子関係の形成が優先されるか、又は、法律による親子関係が認知に優先する。(*Palandt/Heldrich* (62. Aufl. 2003) Art. 19 EGBGB Rn. 6 ; *Rauscher*, IPR S. 207, 208（同時の場合には、子に選択権があるとする））。実務では、最終的にドイツ法へと導く連結を優先するように思われる（BayOLG FamRZ 2000, 699, 700 ; *Staudinger/Henrich* (2002) Art. 19 Rn. 23）。

(113) *Staudinger/Henrich* Art. 19 Rn. 78 ; *Backmann* 注（52）S. 111.

(114) 母子関係については、MünchKomm-BGB/*Klinkhardt* Art. 20 Rn. 9 ; *Staudinger/Henrich* Art. 20 Rn. 48 参照。

(115) *Backmann* 注（52）S. 117 ff.

(116) *Backmann* 注（52）S. 121 ; *Binder* 注（2）S. 140 f. によると、ヨーロッパ人権条約違反にもなる。

(117) BVerfG NJW 1989, 891 ff.

(118) *Staudinger/Henrich* Art. 19 Rn. 223 ; MünchKomm-BGB/*Klinkhardt* Art. 20 Rn. 13.

(119) 渉外事件では、ドイツ法が準拠法の場合でも、特に子の福祉の審査の中で問題が生じる場合がある。この点について、特に注目すべき「代理母関係」の事件（AG Bersenbrück, LG Oldenburg, OLG Oldenburg, すべて IPRax 1998, 491 (Jayme 評釈)）—エジプト人男性がドイツ人妻とドイツで生活していたが、その夫婦には子がいなかった。そこで、その夫はイスラム法に従ってエジプトで二番目の妻と婚姻し、その妻をドイツに連れてきて、ドイツで両方の妻とうまく生活していた。そして、二番目の妻から産まれた子が、一番目の妻であるドイツ人によって養子縁組されようとした—裁判所は、子にとって「その身元を混乱させる側面がある」ことを理由に、この養子縁組を認めなかった。

(120) *Staudinger/Frank* § 1741 Rn. 34 ; *Erman/Holzhauer* § 1741 Rn. 20 ; MünchKomm-BGB/*Maurer* § 1741 Rn. 23.

(121) MüncKomm-BGB/*Maurer* a.a.O.

(122) 前掲注（44）参照。

(123) 「Baby M 事件」における第一審裁判所がそうである、Sup. Ct. N. J., 525 A. 2nd F 28 f.

(124) LG Frankfurt StAZ 1995, 74, 75 ; *Frucht* 注（41）S. 224 f. ; *Backmann* 注（52）S. 130 ; *Staudinger/Henrich* Art. 22 Rn. 91.

(125) 前掲ＣＩ２参照。このことは、三〇条の決定への養子縁組法の適用を認めたヒトの受精及び胚研究に関する法律三〇条九項から特に明らかとなる。

(126) *Backmann* 注（52）S. 131. ギリシャ法と異なって（前掲Ⅲ１）、ヒトの受精及び胚研究に関する法律三〇条においては、法律上の親の裁判による変更が問題なのである。

(127) *Staudinger/Henrich* Art. 19 Rn. 78.

(128) 例えば、前掲注（102）の「Baby M 事件」、同様に、一九九一年の破毀院の事件（注（63））におけるケンタッキー

州の裁判所、及び、「コットン事件」（注（74））におけるイギリスの高等裁判所。

（129）*Backmann* 注（52）S. 132 参照。

（130）子の常居所地がドイツである場合、ドイツ法が準拠法となる。婚姻していない父を監護権者と指定することは、ドイツ民法一六七二条一項によってのみ可能である。たとえ代理母が同意しても、その指定が行われるのは、それが子の福祉に奉仕するものであると家庭裁判所が認めた場合のみである（これについて、詳細は、*Staudinger/Coester* (2000) § 1672 Rn. 11 ff.）。この評価の中で代理母となる合意は、否定的に作用する場合があろう。

（131）国際法上の条約、例えば、ブリュッセルⅡ規則、ハーグ未成年者保護条約（MSA）、又は、二カ国間条約が適用されない限りで、その承認はドイツ非訟事件手続法一六 a 条（前掲 1）による。全体についての詳細は、*Staudinger/Henrich* Art. 21 Rn. 175 ff. 参照。

（132）*Staudinger/Henrich* Art. 21 Rn. 247-249. もっとも、子の福祉によって要求される場合には、監護権者の決定を常に変更することができるとする実質法（ドイツ民法一六九六条一項）によって、この審査は意味のないものとなる。それによれば、子の常居所地がドイツである場合、外国の監護権者決定も変更できることになる。詳細については、*Staudinger/Coester* (2000) § 1696 Rn. 122.

（133）*Staduinger/Henrich* Art. 19 Rn. 229；代理母から産まれた双子が既に六年間、依頼した親と生活していた事案であったフランスの C. App. Rennes 注（67）判決が公序に依拠したことは、ドイツの観点からすれば不可解である。

（134）他の契約についても詳細には、*Backmann* 注（52）S. 136 ff.

（135）*Backmann* 注（52）S. 159 もそうである。

（136）親族法上の契約を、契約法ではなく、親族法上の抵触規定に一般的に服させることについては、*Staudinger/Magnus* (2002) Art. 28 Rn. 641 参照。

（137）ドイツの公序の一部としての良俗違反性については、MünchKomm-BGB/*Sonnenberger* Art. 6 Rn. 63；*Coester-Waltjen*, Gutachten zum 56. DJT (1986) B 91 参照。

（138）これについてのみであって、代理母契約全体が自動的にそうなるのではない。

（139）一九九一年の破毀院判決（注（63））におけるフランスの事例をもとにしている。第一審判決については、*Coester-*

Waltjen IPRax 1992, 125 f.

(140) この点について、ドイツの裁判所は別の評価をするであろうということは排除されてはならない。C. App. Rennes, Le Dalloz 2002, Jur. 2903, 2904 に対する *Granet* 評釈も同様である。

あとがき

渡辺惺之

Michael Coester 教授はミュンヒェン大学法学部の教授で、同大学の民法・民事訴訟法研究所に所属しておられる。一九八一年から一九九四年までゲッチンゲン大学の民法・経済法の教授で、一九九四年にミュンヒェン大学の教授となられた。研究分野は家族法から経済法へと幅広く、多くの著書や論文を公表しておられる。例えば、家族法分野では、Das Kindeswohl als Rechtsbegriff. Die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft (1983)、経済法分野では Staudinger のコンメンタールのＡＧＢＧを担当される等の数多くの業績を上げておられる。最近に公表された論文として、Michael Coester/Basil Maerkesinis,"Liability of Financial Experts in German and American Law : An Exercise in Comparative Methodology" 51 American Journal of Comparative Law 275 がある。

代理母問題は近年の生殖補助医療技術の著しい発展により法律学に突きつけられた新たな重要問題といえる。その核心は法と生命倫理という重い課題にあることから、これに関わる法制度はそれぞれの社会の歴史的伝統、宗教的背景等により多様な様相を示している。同時に法的問題としては実親子関係、特に母子関係を含めた実親子関係の規律という社会と法制度の根幹的な構成に関わる強行法としての性質を帯びている。そこから困難な国際私法上の問題が生じることが予想される。実際、日本においても最近この種の国際私法問題が米国法との間で生じ話題となっている。ヨーロッパにおいても家族法の中核に関わることから法制度の違いは多様で深刻であるように思われる。Coester 教授の報告はこれらを手際よく概観し、特にギリシャ法に関して最近の法制度を紹介し、ドイツにおける国際私法問題を紹介しており、類似問題を生じるであろう今後のわが国についても有益な示唆を含むと思われる。

Coester 教授の論文の翻訳は福岡大学法学部の北坂尚洋講師にお願いした。講演の際の司会及び質疑応答、又、翻訳に際しても、大阪大学大学院国際公共政策研究科の床谷文雄教授のご協力とご教示を頂いた。厚くお礼を申し上げる。