

# 私の親は、誰ですか（1）

— 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19年3月23日決定を契機として —

矢澤 昇 治

## 目 次

はじめに

### 第1 事実の概要と判旨

#### 1 事実の概要

2 原々審（東京家）平成17年11月30日審判における申立人らの主張

3 原々審（東京家）平成17年11月30日審判

4 原審（東京高）平成18年9月29日決定

5 最高裁平成19年3月23日決定

### 第2 外国判決の承認

#### 1 準拠法アプローチと承認アプローチ

2 外国裁判所の確定判決に該当するか否か

3 実質再審査主義の形骸化と自働承認原則

4 公序良俗要件の判断をめぐって

5 民訴法118条3号 —公序要件—（以上、本号）

### 第3 生殖補助医療としての代理母契約（以下、次号）

#### 1 生殖補助医療の類型

2 代理母契約の是非

3 代理懐胎と親子関係 —「分娩者=母」ルール

4 代理懐胎・代理母と憲法問題

5 わが国民法における親子関係決定の不合理

6 特別養子縁組への言及

結 語

## はじめに

自分の子宮で子を育てることができない女性が、他の女性の子宮を借りて、実の子に恵まれることはできないのか。この切なる願いを、外国で自分たちの受精卵の代理懐胎により実現しようとした夫婦の夢は、わが国の最高裁判所の判決により砕かれた。

最高裁判所は、平成19年3月23日決定（以下では、「最高裁平成19年決定」という。）により、（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は、我が国の法秩序に基本原則ないし基本理念と相容れないものであり、民訴法118条3号にいう公の秩序に反するものと云わなければならない、（2）原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であると解さざるを得ず、その子を懐胎、出産していない女性が卵子を提供した場合であっても、母子関係の成立を認めることはできない、とした。

本稿は、最高裁平成19年決定が判示した「我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相容れない」とする基本原則ないし基本理念を真正面から検討し、結論としては、忌憚なく、最高裁平成19年決定の立論を批判する。最高裁が立脚する基本原則・理念が、「分娩者＝母」ルールであり、そもそも、生殖補助医療の一面だけを否定することにより、時代錯誤に陥っており、子に恵まれ得ない親たちの心情や立場も顧みず、両性の不平等を体现した親子関係の成立に拘泥する現況をあからさまにしたい。

生殖補助医療が発達した現在においても、わが国の司法そして最高裁は、母の基準が分娩であるとするルールを墨守している。江戸時代であれば「乳母」も認められていた。今や卵子を提供した者を「卵母」、懐胎・出産した者を「分母」として、卵子と精子を提供し、受精卵により他者の子宮を借りて、分娩してもらった依頼者が実親となりうる機会と法システムが検

討されてもよいのではあるまいか。本稿は、代理母から生まれた子と依頼者らの法的実親子関係の成立について論ずるものである。

## 第1 事実の概要と判旨

### 1 事実の概要

原々審、原審ならびに最高裁において認定された事実の概要は、ほぼ同一であり、以下のとおりである。ただし、当事者の表記は、最高裁におけるものを採用した。

すなわち、原々審では、当事者は、出生届を受理しなかった(以下、「本件各処分」という。)品川区長、これを受理するよう求めたX1とX2が、それぞれ申立人X1、申立人X2と称する。原々審判決では、申立てが却下されたので、X1とX2は原々審審判の取消を求めて抗告した。そこで、原審では、X1とX2が抗告人X1、抗告人X2であり、彼らは、抗告人らとなる。相手方は品川区長である。原審決定により、原々審審判は取り消されたことから、品川区長が抗告人となり、X1とX2を相手方として抗告したのが本件である。

1 本件は、日本人夫婦である相手方らが、相手方X1の精子と同X2の卵子を用いた生殖補助医療により米国ネバダ州在住の米国人女性が懐胎し出産した双子の子ら(以下、「本件子ら」という。)について、抗告人(品川区長)に対し、相手方らを父母とする嫡出子としての出生届(以下、「本件出生届」という。)を提出したところ、抗告人は、相手方X2による分娩(出産)の事実が認められず、相手方らと本件子らとの間に嫡出親子関係が認められないことを理由として本件出生届を受理しない旨の処分をし、これに対し、相手方らが、戸籍法118条に基づき、本件出生届の受理を命ずることを申し立てた事案である(以下、この申立てを「本件申立て」という。)

- 2 記録によれば、本件の経緯の概要は、次のとおりである、
- (1) 相手方X1と同X2は、平成6年▲月▲日に婚姻した夫婦である。
  - (2) 相手方X2は、平成12年▲月▲日、子宮頸部がんの治療のため、子宮摘出及び骨盤内リンパ節剥離手術を受けた。この際、相手方X2は、将来自己の卵子を用いた生殖補助医療により他の女性に子を懐胎し出産してもらう、いわゆる代理出産の方法により相手方らの遺伝子を受け継ぐ子を得ることも考え、手術後の放射線療法による損傷を避けるため、自己の卵巣を骨盤の外に移して温存した。相手方らは、平成14年に、米国在住の夫婦との間で代理出産契約を締結し、米国の病院において2度にわたり代理出産を試みたが、いずれも成功しなかった。
  - (3) 相手方らは、平成15年に米国ネバダ州在住の女性A（以下、「A」という。）による代理出産を試みることとなり、Cセンターにおいて、同年▲月▲日相手方X2の卵巣から採取した卵子に、相手方X1の精子を人工的に受精させ、同▲月▲日、その中から2個の受精卵を、Aの子宮に移植した。

同年5月6日、相手方らは、A及びその夫であるB夫妻（以下、「AB夫妻」という。）との間で、Aは、相手方らが指定しAが承認した医師が行う処置を通じて相手方らから提供された受精卵を自己の子宮内に受け入れ、受精卵移植が成功した際には出産まで子供を妊娠すること、生まれた子については相手方らが法律上の母であり、AB夫妻は、子に関する保護権や訪問権等いかなる法的権利又は責任を有しないことなどを内容とする有償の代理出産契約（以下、「本件代理出産契約」という。）を締結した。
  - (4) 同年11月▲日、Aは、ネバダ州a市Dセンターにおいて、双子の子である本件子らを出産した。
  - (5) ネバダ州修正法126章45条は、婚姻関係にある夫婦は代理出産契

約を締結することができ、この契約には、親子関係に関する規定、事情が変更した場合の子の監護権の帰属に関する規定、当事者それぞれの責任と義務に関する規定が含まれていなければならないこと（1項）、同要件を満たす代理出産契約において親と定められた者は法的にあらゆる点で実親として取り扱われること（2項）、契約書に明記されている子の出産に関連した医療費及び生活費以外の金員等を代理出産する女性に支払うこと又はその申出をすることは違法であること（3項）を規定しており、同章には、親子関係確定のための裁判手続に関する諸規定が置かれている。

同章161条は、親子関係確定の裁判は、あらゆる局面において決定的なものであること（1項）、親子関係確定の裁判が従前の出生証明書の内容と異なるときは、新たな出生証明書の作成を命ずべきこと（2項）を規定している。

- (6) 相手方は、同年11月下旬、ネバダ州ワシヨー郡管轄ネバダ州第二司法地方裁判所家事部（以下、「ネバダ州裁判所」という。）に対し、親子関係確定の申立てをした。同裁判所は、相手方ら及びAB夫妻が親子関係確定の申立書に記載されている事項を真実であると認めていること及びAB夫妻が本件子らを相手方らの子として確定することを望んでいることを確認し、本件代理出産契約を含む関係書類を精査した後、同年12月1日、相手方らが2004年（平成16年）1月あるいはそのころAから生まれる子ら（本件子ら）の血縁上及び法律上の実父母であることを確認するとともに（主文1項）、本件子らが出生する病院及び出生証明書を作成する責任を有する関係機関に、相手方らを本件子らの父母とする出生証明書を準備し発行することを命じ（主文2項）、関係する州及び地域の登記官に、法律に準拠し上記にのっとった出生証明書を受理し、記録保管することを命ずる（主文3項）内容の「出生証明書及びその他の記録に

対する申立人らの氏名の記録についての取決め及び命令」を出した（以下、「本件裁判」という。）。

- (7) 相手方らは、本件子らの出生後直ちに養育を開始した。ネバダ州は、平成15年12月31日付けで、本件子らについて、相手方X1を父、相手方X2を母と記載した出生証明書を発行した。
- (8) 相手方らは、平成16年1月、本件子ら連れて日本に帰国し、同月22日、抗告人に対し、本件子らについて、相手方X1を父、相手方X2を母と記載した嫡出子としての出生届（本件出生届）を提出した。

抗告人は、相手方らに対し、同年5月28日、相手方X2による出産の事実が認められず、相手方らと本件子らとの間に嫡出親子関係が認められないことを理由として、本件出生届を受理しない旨の処分をしたことを通知した。

そこで、X1とX2が品川区長に対して出生届の受理を求めたものである。

## 2 原々審（東京家）平成17年11月30日審判における申立人らの主張

品川区長の処分の違法性を説く申立人らの主張は、次の6点に及ぶ。

### (1) 血縁関係の存在と子の福祉

代理懐胎により生まれた子の親子関係については、民法は規定しておらず、解釈に委ねられること、親子関係は、X2と本件子らとの間に血縁が認められ、法的にも自分の子としようとの意思を有し、かつ、本件子らを育てているので、X2を本件子らの母とするのが子の福祉に適うこと。

### (2) 民法772条以下の規定の解釈

民法772条以下の規定は、父性の推定およびこれを前提とする嫡出親子関係の推定を規定しているに過ぎず、母子関係について出産・分

娩を必要とする旨定めたものでないこと。逆に、親子関係に血縁関係が存在していることを要件としていると考えられること。民法は生殖補助医療により出生した子をいかに取り扱うかは解釈に委ねられていること。婚姻中の夫婦と血縁関係を有する子は、出生当初から嫡出子の身分を与えるべきであること。

(3) 最高裁昭和37年4月27日第二小法廷判決の解釈

本判決は、子から母に対する親子関係存在確認請求事件において、「母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知をまたず、分娩の事実により当然発生すると解するのが相当である」とした\*1が、分娩者を母とするとしたものではないこと。本判決は非嫡出子の法的母子関係については、原則として血縁関係があれば足り、重ねての認知は不要であるとしたこと。本判決当時、生殖補助医療の技術は存在しておらず、代理出産は想定範囲外であったこと。

(4) 生殖補助医療に関する議論として、例えば、厚生科学審議会生殖補助医療部会が作成した「生殖補助医療部会の報告書」は、懐胎について禁止するとされているが、これはあくまでも今後継続して審議されるものであること、また、同部会が検討に当たり示した6原則の観点からは、むしろ申立人X2を母と認めるべきことになる。法制審議会生殖補助医療関連親子法部会の「要綱中間試案」で説かれている「分娩者が母であるという」ルールは自明のものとはいえない。死亡した夫の冷凍精子を用いて体外受精により代理懐胎した子の死後認知請求事件に関する高松高判平成16年7月16日が述べるように、各種審議会や親子法制部会の議論は、現在の民法の解釈指針とはならないと考えるべきである。

(5) 本件代理出産契約はいかなる意味においても適法であり、申立人ら

---

\*1 民集16巻7号1247頁，家月14巻8号138頁。判例解説として、石井美智子「母の認知」『家族法百選 [第7版]』58頁 [2008年] など。

は、ネバダ州地方裁判所から申立人らが本件子らの法律上の親であることが確定され、出生証明書にもその旨記載することを命じている。

- (6) 代理母が法律上の母になった場合に、代理母は子を監護教育することもできないし、その意思もない。また、普通養子縁組では代理母との親子関係を断絶することができず、さらに、特別養子縁組による本件救済は困難である。

### 3 原々審（東京家）平成17年11月30日審判

原々審は、以下の検討を加えて、本件申立てを却下した。その理由は、

- (1) 準拠法 本件子らが申立人ら夫婦の嫡出子であるかどうかを判断するに当たり、法例17条1項により、申立人ら夫婦の本国法である日本法が準拠法となる。
- (2) 母子関係の成立に関するわが国民法の解釈によると最高裁昭和37年4月27日判決は、分娩=母ルールを認めているが、この判決は今日のような生殖補助医療が存在しない社会状況における判決である。母子関係の成立に関する民法の解釈においては、諸般の要素を考慮して行わなければならない。分娩者=母ルールの根拠としては、母子間の法律関係を客観的な基準により明確に決定することができるが、この基準が代理懐胎という事態を前提としても合理性がある。わが国の社会で代理母がどのように受け取られているかについて、各種審議会などから出される報告書や試案も、代理懐胎の場合でも出産した女性をこの母とするものとしている。わが国では、積極的な血縁主義により母子関係の成立を認めていると解すべき状況になっていないので、分娩者を母とするという考え方によることが相当である。

### 4 原審（東京高）平成18年9月29日決定

原々審は、本件申立てを却下したが、原審は、要旨を次のとおりに説示



して、原々審審判を取り消し、本件出生届の受理を命じた\*2。

(1) 民訴法118条所定の外国裁判所の確定判決とは、外国の裁判所が、その裁判の名称、手続、形式のいかんを問わず、私法上の法律関係について当事者双方の手続的保障の下に終局的にした裁判をいうものと解される（最高裁平成6年（オ）第1838号、同10年4月28日第一小法廷判決・民集52巻3号853頁）。ネバダ州裁判所による相手方を法律上の実父母と確認する旨の本件裁判は、親子関係の確定を内容とし、我が国の裁判類型としては、人事訴訟の判決又は家事審判法23条の審判に類似するものであり、外国裁判所の確定判決に該当する。

(2) 民訴法118条3号の要件について

本件裁判が民訴法118条による効力を有しないとすると、相手方らと本件子らとの嫡出親子関係については、相手方らの本国法である日本法が準拠法となるところ、我が国の民法の解釈上、法律上の母子関係については子を出産した女性が母であると解されるから、相手方らは法律上の親ではないことになる。一方、本件子らとAB夫妻との親子関係については、AB夫妻の本国法であるネバダ州修正法が準拠法となるところ、同法上、本件代理出産契約は有効とされ、相手方らが法律上の親であって、AB夫妻は本件子らの法律上の親ではないことになる。本件子らは、このような両国の法制度のはざまに立たされて、法律上の親のない状態を甘受しなければならないこととなる。

民訴法118条3号所定の「判決の内容が日本における公の秩序又は善良の風俗に反しないこと」とは、外国裁判所の判決の効力を我が国で認め、法秩序に組み込むことにより我が国の公序良俗（涉外性を考慮してもなお譲ることのできない我が国の基本的価値、秩序）に混乱をもたらすことがないことを意味するが、これを判断するについては、

---

\* 2 判時1957号20頁。

上記の状況を踏まえ、本件事案につき、個別のかつ具体的内容に即した検討をした上で、本件裁判の効力を承認することが実質的に公序良俗に反するかどうかを判断すべきであるところ、以上のとおり、本件裁判の効力を承認することは実質的に公序良俗に反しないというべきである。

ア 我が国の民法等の法制度は、生殖補助医療技術が存在せず、自然懐胎のみの時代に制定されたものであるが、法制定当時に想定されていなかったことをもって、人為的な操作による懐胎又は出生のすべてが、我が国の法秩序の中に受け入れられないとする理由にはならず、民法上、代理出産契約に基づいて親子関係が確定されることはないとしても、外国でされた人為的な操作による懐胎又は出生に関し、外国の裁判所がした親子関係確定の裁判については、厳格な要件を踏まえた上で受け入れる余地はある。

イ 本件子らは、相手方X2の卵子と相手方X1の精子により出生した子らであり、相手方らと本件子らとは血縁関係を有する。

ウ 本件代理出産契約に至ったのは、相手方X2の子宮頸部がんによる子宮摘出手術等の結果、自ら懐胎により子を得ることが不可能となったため、相手方らの遺伝子を受け継ぐ子を得るためには、その方法以外はなかったことによる。

エ 他方、Aが代理出産を申し出たのは、ボランティア精神に基づくものであり、その動機・目的において不当な要素をうかがうことができず、本件代理出産契約は相手方らがAに手数料を支払う有償契約であるが、その手数料は、Aによって提供された働き及びこれに関する経費に関する最低限の支払（ネバダ州修正法において認められているもの）であり、子の対価ではない。契約の内容についても、妊娠及び出産のいかなる場面においても、Aの生命及び身体の安全を最優先とし、Aが胎児を中絶する権利及び中絶しない権利を

有しこれに反する何らの約束も強制力を持たないこととされ、Aの尊厳を侵害する要素を見いだすことはできない。

オ 本件では、AB夫妻は、本件子らと親子関係にあることもこれを養育することも望んでおらず、他方、相手方らは、本件子らを出生直後から養育し、今後も実子として養育することを強く望んでいるのであって、本件子らにとって、相手方らを法律的な親と認めることがその福祉を害するおそれはなく、むしろ、相手方らに養育されることがもっともその福祉にかなう。

カ 厚生科学審議会生殖補助医療部会は、代理出産を一般的に禁止する結論を示しているが、本件代理出産は、その禁止の理由として挙げられている子らの福祉の優先、人を専ら生殖の手段として扱うことの禁止、安全性、優生思想の排除、商業主義の排除、人間の尊厳の6原則に反することはない。現在、我が国では代理出産契約について明らかにこれを禁止する規定は存せず、我が国では代理出産を否定するだけの社会通念が確立されているとまではいえない。

キ 法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会における議論では、外国で代理出産が行われ、依頼者の夫婦が実親となる決定がされた場合、代理出産契約は我が国の公序良俗に反し、その決定の効力は我が国では認められないとする点に異論がなかったが、本件裁判は、本件代理出産契約のみに依拠して親子関係を確定したのではなく、本件子らが相手方らと血縁上の親子関係にあるとの事実及びAB夫妻も本件子らを相手方らの子と確定することを望んでおり関係者の間に本件子らの親子関係について争いが無いことも参酌して、本件子らを相手方らの子と確定したのであり、本件裁判が公序良俗に反するものではない。

ク 本件のような生命倫理に関する問題につき、我が国の民法の解釈では相手方らが本件子らの法律上の親とされないにもかかわらず、

外国の裁判の効力を承認する結果として、我が国において相手方を本件子らの法律上の親とすることに違和感があることは否定できない。しかしながら、身分関係に関する外国裁判の承認については、多くの下級審裁判例や戸籍実務（昭和51年1月14日民二第280号法務省民事局長通達参照）においては、身分関係に関する外国の裁判についても、準拠法上の要件は満たす必要はなく、民訴法118条に定める要件が満たされれば、これを承認するものとされており、この考え方は国際的な裁判秩序の安定に寄与するものであって、本件事案においてのみこれに従わない理由は見いだせない。

- (3) よって、本件裁判は民訴法118条の適用ないし類推適用により効力を有し、本件子らは相手方の嫡出子ということになるから、本件出生届は受理されるべきである。

## 5 最高裁平成19年3月23日決定

原審の上記判断のうち(2)及び(3)は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

- (1) 外国裁判所の判決が民訴法118条により我が国においてその効力を認められるためには、判決の内容が我が国における公の秩序又は善良の風俗に反しないことが要件とされているところ、外国裁判所の判決が我が国の採用していない制度に基づく内容を含むからといって、その一事をもって直ちに上記の要件を満たさないということとはできないが、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、同法条にいう公の秩序に反するというべきである（最高裁平成5年（オ）第1762号，同9年7月11日第一小法廷判決・民集57巻6号2573頁参照）。

実親子関係は、身分関係の中でも最も基本的なものであり、様々な社会生活上の関係における基礎となるものであって、単に私人間の間

題にとどまらず、公益に深くかかわる事柄であり、子の福祉にも重大な影響を及ぼすものであるから、どのような者の間に実親子関係の成立を認めるかは、その国における身分法秩序の根幹をなす基本原則ないし基本理念にかかわるものであり、実親子関係を定める基準は一義的に明確なものでなければならず、かつ、実親子関係の存否はその基準によって一律に決せられるべきものである。したがって、我が国の身分法秩序を定めた民法は、同法に定める場合に限って実親子関係を認め、それ以外の場合は実親子関係の成立を認めない趣旨であると解すべきである。以上からすれば、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であり、民訴法118条3号にいう公の秩序に反するといわなければならない。このことは、立法政策としては現行民法の定める場合以外にも実親子関係の成立を認める余地があるとしても変わるものではない。

- (2) 我が国の民法上、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が、民法は、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（民法772条1項参照）。また、母とその非嫡出子との間の母子関係についても、同様に、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（最高裁昭和35年（オ）第1189号，同37年4月27日第二小法廷判決・民集16卷7号1247頁参照）。

民法の実親子に関する現行法制は、血縁上の親子関係を基礎に置くものであるが、民法が、出産という事実により当然に法的な母子関係が成立するものとしているのは、その制定当時においては懐胎し出産した女性は遺伝的にも例外なく出生した子とのつながりがあるという事情が存在し、その上で出産という客観的かつ外形上明らかな事実を

とらえて母子関係の成立を認めることにしたものであり、かつ、出産と同時に出生した子と子を出産した女性との間に母子関係を早期に一義的に確定させることが子の福祉にかなうということもその理由となっていたものと解される。

民法の母子関係の成立に関する定めや上記判例は、民法の制定時期や判決の言渡しの時期からみると、女性が自らの卵子により懐胎し出産することが当然の前提となっていることが明らかであるが、現在では、生殖補助医療技術を用いた人工生殖は、自然生殖の過程の一部を代替するものにとどまらず、およそ自然生殖では不可能な懐胎も可能にするまでになっており、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することも可能になっている。そこで、子を懐胎し出産した女性とその子に係る卵子を提供した女性とが異なる場合についても、現行民法の解釈として、出生した子とその子を懐胎し出産した女性との間に出産により当然に母子関係が成立することとなるのかが問題となる。この点について検討すると、民法には、出生した子を懐胎、出産していない女性をもってその子の母とすべき趣旨をうかがわせる規定は見当たらず、このような場合における法律関係を定める規定がないことは、同法制定当時そのような事態が想定されなかったことによるものではあるが、前記のとおり実親子関係が公益及び子の福祉に深くかかわるものであり、一義的に明確な基準によって一律に決せられるべきであることにかんがみると、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ず、その子を懐胎、出産していない女性との間には、その女性が卵子を提供した場合であっても、母子関係の成立を認めることはできない。

もっとも、女性が自己の卵子により遺伝的なつながりのある子を持ちたいという強い気持ちから、本件のように自己以外の女性に自己の

卵子を用いた生殖補助医療により子を懐胎し出産することを依頼し、これにより子が出生する、いわゆる代理出産が行われていることは公知の事実になっているといえる。このように、現実に代理出産という民法の想定していない事態が生じており、今後もそのような事態が引き続き生じ得ることが予想される以上、代理出産については法制度としてどう取り扱うかが改めて検討されるべき状況にある。この問題に関しては、医学的な観点からの問題、関係者間に生ずることが予想される問題、生まれてくる子の福祉などの諸問題につき、遺伝的なつながりのある子を持ちたいとする真摯な希望及び他の女性に出産を依頼することについての社会一般の倫理的感情を踏まえて、医療法制、親子法制の両面にわたる検討が必要になると考えられ、立法による速やかな対応が強く望まれるところである。

- (3) 以上によれば、本件裁判は、我が国における身分法秩序を定めた民法が実親子関係の成立を認めていない者の間にその成立を認める内容のものであって、現在の我が国の身分法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものといわざるを得ず、民訴法118条3号にいう公の秩序に反することになるので、我が国においてその効力を有しないものといわなければならない。

そして、相手方らと本件子らとの間の嫡出親子関係の成立については、相手方らの本国法である日本法が準拠法となる（法の適用に関する通則法28条1項）、日本民法の解釈上、相手方X1と本件子らとの間には母子関係は認められず、相手方らと本件子らとの間に嫡出親子関係があるとはいえない。

- (4) 原審の前記判断には、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原決定は破棄を免れない。論旨は理由がある。そして、相手方らの申立てを却下した原々決定は正当であるから、これに対する相手方らの抗告を棄却することとする。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。なお、裁判官津野修、同古田佑紀の補足意見、裁判官今井功の補足意見がある（判決文の傍線は、筆者の強調）。

## 第2 外国判決の承認

### 1 準拠法アプローチと承認アプローチ

#### (1) 2つの枠組みの併存？

ある学説と判例によれば、外国で代理懐胎し、出産した子（代理懐胎出生子）の母子関係の存否については、いわゆる準拠法選択アプローチと外国判決承認アプローチがあるとされ、現実にも、渉外的代理母契約に基づき生出した子の親子関係の存否に異なるアプローチが採用されている\*<sup>3</sup>。異なる法律構成が併存するという実に奇怪な事態であるといわざるをえない\*<sup>4</sup>。大阪高裁平成17年5月20日決定（以下、「大阪高裁平成17年決定」という。）は、前者のアプローチを採用し\*<sup>5</sup>、

---

\* 3 佐藤教授の判例解説では、「戸籍実務では、未だ根強く承認アプローチが認められず、外国裁判所の裁判等がある場合でも必ずわが国の国際私法規定にしたがって決定された準拠法に定める要件を満たしているか否かを審査する分野がある。それは養子縁組についてである」として、準拠法要件を加えて厳格に審査することは、子の福祉にも適うものとする。そして、親たる意思を持つ者を親とする場合とする場合にも、準拠法アプローチによるべきでないかと述べ、大阪高裁平成17年決定が準拠法アプローチを採用したことを評価する（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]』122, 123頁 [2007年]）。しかし、このような理解に対しては、本文記述のとおり、根本的な疑問が残る。

\* 4 平行理論が華やかになりし時代に、準拠法アプローチが採用されていたことは、知られていたし（海老沢美弘「非訟事件裁判の承認」『国際私法の争点（新版）』246頁）、そのアプローチの内容も紹介されていた（渡辺惺之「外国形成判決の承認」『国際私法の争点』243頁以下）。

\* 5 判時1919号107頁。



最高裁平成19年決定及び原審の東京高裁平成18年9月29日決定（以下、「東京高裁平成18年決定」又は「原審決定」という。）は、後者のアプローチを採用した。以下では、準拋法アプローチの根本的な問題性を指摘する。

（2）大阪高裁平成17年決定の事案と決定要旨

まず、準拋法アプローチを採用した大阪高裁平成17年決定の事案は、以下のようである。申立人であり、抗告人であるX1（夫）とX2（妻）は、いずれも日本国籍を有する夫婦であるが、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、X1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、双子の本件子らが出生した。この代理出生子については、出生前に同州ロスアンジェルス郡上位裁判所で、X1を子らの法的・遺伝子的な父親、X2を法的な母親であるとの判決が下された。Xらは帰国後、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、X2が分娩してい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<sup>\*6</sup>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ので、不服申立却下審判に対して抗告したのが本件である。

抗告棄却の決定要旨で、X2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、法例17条1項（法の適用通則法28条1項）で定まる準拋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<sup>\*7</sup>。

さらに、大阪高裁は、母子関係の成立のために「分娩者＝母」を前提として、分娩者を母とする基準は、生殖補助医療の発達を考慮しても例外を認めるべきでないこと、借り腹や代理母による懐胎と分娩に多大なリスクがあるなどとされ、結論として、代理懐胎契約が公序良俗違反であるとして母子関係を否定したのである。

## (3) 外国判決の承認制度を否定すること

信じられない事態が生じている。大阪高裁平成17年決定では、涉外法律関係を含むことが意識されているが、外国で下された親子関係に関する判決の承認をどのようになすべきかが全く取り上げられていない\*8。外国判決の存在、すなわち、外国判決の自動的承認原則が無視されている。そもそも、外国判決が存在する場合に、準拠法アプローチと外国判決承認アプローチのうちいずれのアプローチを採用するか

- 
- \* 6 区長による出生届の不受理処分について言及すべきことがある。生殖補助医療による親子関係について、戸籍実務の対応も予測がつかない状態が生じうる。通常、代理出産を認める外国で生まれた子は、出生地において依頼人夫婦を法律上の両親として出生証明書が発給され、それに基づいて日本の戸籍窓口に出生届を出せば、その子が代理出産によるかは窓口では判別できないので、受理されることとなる。

東京高裁平成19年決定の申立人らが、提訴前に申立人を母とする旨の外国判決を添付して出生届を提出していたら、出生届の制限は、確定判決により撤廃されるという戸籍実務の原則に従い受理されていた可能性が高かったであろう。しかし、本件では、申立人ら当事者が女優とプロレスラーであり高名であり、しかも、代理出産を公表していたことから、出生届は受理されなかった(樋口・前掲注6)法教322号132頁、特に135頁[2007年])。

この申立人ら夫婦は、最終的に特別養子縁組をしたとされる。確かに、このような方法でも、親子関係を創設することができるはできるが、嫡出子関係の成立のための他の方法もあり得る。申立人夫婦の、少なくとも一方が代理懐胎により出産した子に依頼人妻との間に実の母子親子を認める国籍、例えば、米国籍を取得する方法も可能であろう。さらに、申立人らが施術前に離婚し、後に本件と同様の手続を履践して帰国し、わが国で双方がその子を認知し、しかる後に再婚すればよい。しかし、代理懐胎を否定する立場からは、法律回避であるとの主張が当然なされるであろう。

- \* 7 最高第二小法廷は、平成17年11月24日、この特別抗告を棄却した(判例集未登載)。この大阪高裁決定の事案は、代理出産のケースではあるが、依頼者妻が第三者から卵子の提供を受けたので、子らとの遺伝的なつながりがなかった。
- \* 8 林教授は、抗告審である大阪高裁の決定につき、これに関するカリフォルニア州の判決がある以上、この判決の是非をまず検討すべきであるとする(林貴美「判例評釈」判タ1219号56、特に、60頁[2006年])。当然であるといわなければならない。しかし、法例に基づく親子関係の有無の検討は、「これが承認できないと判断された場合でなく」、承認アプローチの公序要件において、問題とされる事項である。

の問題が生ずる余地はないはずであり、承認制度を度外視して準拠法選択アプローチを採用してはならないはずである\*<sup>9</sup>。外国判決不承認確認訴訟の形態を採用するといっているのであれば、承認要件の欠如を主張することは、無論可能であろう。しかし、一般的に、大阪高裁平成17年決定とそれを肯定した最高裁の判断によれば、論理的に、家事関係事件にとどまらず、民商事事件について、既に外国で下された判決が存在するときでも、その存在を無視して、わが国の裁判所で同一事件について判断を求めることが可能であるということになる。しかし、外国判決の承認制度が確立した現在においては、たとえ対象となっている外国判決が身分関係に関する形成判決であったとしても、外国の判決を別異に取り扱う特段の理由はないといえることができる\*<sup>10</sup>。民訴法118条が、いかなる趣旨と目的で定められたものであるかを失念してはならない\*<sup>11\*12</sup>。この意味で、最高裁は、外国で下された親子関係に関する判決が存在する場合に、一方では準拠法アプローチ、他方で、

---

\* 9 大阪高裁平成17年決定を評釈する大村教授は、これらの二つのアプローチ（枠組み）が併存しているとして、両者の判断手法が大きく異なっているの、いずれの方法によるべきかについて検討する（大村芳昭「渉外的代理母契約に基づく親子関係の成否」ジュリ1335号136頁〔2007年〕）。そして、「その制度的な優劣関係は、少なくとも制定法上は明定されてない。よって、特定の事件について両者の判断が食い違う（可能性がある）場合には、先に既判力を獲得した方の判断がもう一方に優先する、と言う形で決着を付けるのが妥当」であるとした。

しかし、この見解は、外国判決の承認・執行制度を顧みていないと言わざるを得ない。筆者に拠れば、外国裁判所の確定判決の効力に関する民訴法118条が厳然と存在している。したがって、外国裁判が存在する以上、外国判決の自動的承認制度が確立していることを無視してはならないのであり、まず、親子関係を確定しているその外国裁判の承認の是非を検討すべきである。同旨、林・前掲注8）「判例評釈」判タ1219号60頁。中野・前掲注9）ジュリ1354号（平成20年度重要判例解説：重判解）332頁など多数。また、承認の余地があるとするのは、早川吉尚（「国境を越える生殖補助医療」ジュリ1243号34頁〔2003年〕）である。しかし、それにとどまるべきではない。

承認アプローチの対応をするものであり、法の統一を使命とするその職責を果たしていないのではないかと強い疑念を生ずる<sup>\*13</sup>。ただし、最高裁平成17年11月24日の特別抗告を棄却する決定の内容は、知りえない。

#### (4) 佐藤教授の判例批評に対して

---

\*10 外国判決の存在を無視し、準拠法アプローチにより、通則法17条と18条によらしめるのが無難な解釈論であるとするのは、中西康「国際親子法の展望」法学論叢135巻6号55頁以下[2007年]。筆者には、中西教授が、わが国の現行の民法の基本原則を維持しようとして、国際私法および国際民事訴訟法を否定しかねない観念を抱き、そのための論理を展開しているとしか思われない。中西教授が人工生殖医療全体について否定されるのであるかは定かではないが、生殖補助医療とりわけ代理懐胎に対しては、厳格な対応をされている。そして、以下のように云う。

「前掲大阪高決平成17年の事案も前掲東京高決平成18年の事案も、依頼者夫婦の行動は生殖補助医療に関するわが国の法制度をまさに回避しようとしたものであるから、この場合に外国法が準拠法となることや外国判決が存在することを理由にして、わが国のこの問題に対する基本的考え方が潜脱されることのないようにしなければならない。裁判例が大阪高決平成17年の方向で固まれば、代理出産が行われても出産した者が母であり、出生した子と親子関係を形成したい依頼者は養子縁組すべきである、というルールが明確となり、行為規範として当事者にこれに従って行動することを求めても問題は生じないであろう。そのためには、DとEの親子関係を判断する準拠法である米国の州法が母子関係を否定していても国際私法上の公序(法適用通則法42条)に反するとすべきであり、またすでに米国でBがEの法的な母親であるとの判決が下されていても民事訴訟法118条3号の公序に反するとしてわが国で承認されないとすべきであり、このようにして後は必要であればABがEとの養子縁組をすればよいとの処理ができ」という(中西・前掲注10)民商135巻6号969頁)。

本件では、代理母を禁止するルールも裁判規範も存在しなかったはずである。また、わが国のこの問題に対する基本的な考え方は、いつどこで決定され、法的拘束力を有するものとして国民に知らしめられたというのであろうか。代理母を禁止するルールが存在しない状況下で代理懐胎がなされた後で、それを否定し、養子縁組で親子関係をすればよいと云うのは「法的独善」といわざるをえない。また、その独善に基づき代理懐胎を海外で行うことが法律回避と判断し、外国判決の承認制度に依拠しないで母子関係を否定した大阪高決平成17年の方向には、根本的な過誤があるといわざるをえない。

大阪高裁平成17年決定を評釈した佐藤教授は、本決定で準拠法選択アプローチが採用されたことを支持し、その根拠とする理由付けを試

- 
- \*11 高桑・前掲注11)「外国判決の執行」389頁。旧民訴法時代の文献ではあるが、例えば、高田裕也「財産事件に関する外国判決の承認」、徳間卓樹「身分関係事件に関する外国判決の承認」澤木敬郎=青山善充編『国際民事訴訟法の則論』[有斐閣、1987年]、石黒一憲『現代国際民事訴訟法(上)』570頁[東京大学出版会、1986年]。これに対して、民訴法118条の「判決」には形成判決が含まれず、形成判決の承認については、わが国の国際私法規定により指定される準拠法が適用されることを要件とする考え方も指摘され、紹介されているところである(「木棚照一=松岡博=渡辺惺之『国際私法[第5版]』340頁[渡辺][有斐閣、2007年]。内国法を準拠法とすることに基づき内国の国際裁判管轄を認めるという平行理論は、論理的な一貫性に乏しく、実務上の有用性も乏しいといわざるをえない。
- \*12 次に、本件では、卵子提供者が依頼夫婦の妻以外の女性であるよう代理懐胎出産に基づき、子の出生前に依頼者夫婦が子の法的な親である旨を確認する「出生前判決(pre-birth judgment)」の承認が問題とされえたはずである。佐藤教授は、実の母子関係ではなく、なにゆえ、出生前養子縁組とするのであるか、ここでも、独善的な判断を前提としているといわざるをえない(三枝・前掲注12)法セミ632号5頁参照)。
- \*13 最高裁は、平成19年決定においても「実親子関係が公益及び子の福祉に深くかかわる」と言明する。そして、虚偽の出生届により血縁関係が戸籍に記載されていた場合に、実親子関係を確定することが著しく不当な結果をもたらすものと言えるときには、その関係を否定するための親子関係不存在確認訴訟を権利の濫用であるとしたものであるとして、画期的な判決を下した(最判平成18年7月7日民集60巻6号2307頁)。子の福祉の観点から、親子関係事件において親子関係の存続を肯定した最高裁は、平成19年決定では一転して、血縁主義に基づく実親子関係の成立を否定した。最高裁の「子の福祉」の判断における一貫性の欠如は、目に見えている。さらに、最判平成12年1月27日民集54巻1号1頁(継母子親子関係を認める韓国法の適用を排除していないこと)参照。
- 学説の一部には、争訟性の強弱に応じて、民訴法118条の全面適用か一部適用を決めるとの見解も見られる(河野俊行「非訟裁判の承認」『国際私法判例百選[新旧対応補正版]』202頁[2007年]参照)が、判断基準が明確とはいえず妥当であるとは思われない。
- \*14 何故、養子縁組の成立に基づく戸籍の報告届出の場合にだけ、準拠法アプローチが残存しているのか、その根拠が見えてこない。法務省民事局法務研究会編『実務戸籍法[改訂版]』348, 354, 388頁[1990年]参照。

みていると思われるのであるが、その反論としては民訴法118条の存在を明示することで十分であるが、佐藤教授の見解は理由が無いと解する。佐藤教授によれば、

第1に、わが国の戸籍実務で、承認アプローチが認められず、外国裁判所の裁判等がある場合でも必ずわが国の国際私法規定にしたがって決定された準拠法の定める分野があるとして、養子縁組をあげる<sup>\*14</sup>。確かに、非訟裁判がわが国の国際私法の定める準拠法と不可分であるとされる学説もあり、身分判決の承認の際に準拠法を考慮した母法国の旧ZPO328条3号も存在したが、現在の時代状況はそのようでない。母法国のドイツでは、平行理論もZPOの当該規定も1986年の国際私法の改正に伴い廃止された。また、佐藤教授は、ことさらに、養子縁組制度の成立の要件・効力等が法制により異なるので、「わが国の国際私法規定が指定する準拠法以外の法律によった場合には、わが国の法秩序に反する養子縁組が成立する虞れがあるからである」と指摘される<sup>\*15</sup>が、これは、親子関係の成立及び効力の一般に限らず、そもそも異質な法文化、法制度を前提としている国際私法および国際民事訴訟法の理念・目的・機能等のすべてを否定することに至るとしか思われない言明に他ならないのではないか。

第2に、「準拠法要件を加えて厳格に審査することは、子の福祉にも適うものといえよう」とされる。しかし、なにゆえに準拠法要件を加えると子の福祉に適うことになるというのであろうか。承認アプローチであれば、他の承認要件に加えて、例えば公序要件の内容として準拠法のチェックも考えられる余地があろう<sup>\*16</sup>。しかし、準拠法アプローチでは、極論するならば、準拠法要件がすべてである。デュー・

---

\*15 南敏文編著『Q&A 渉外戸籍と国際私法』293頁 [日本加除出版, 2008年]。しかし、争訟性がなく、裁判所の役割が後見的であるとしても、承認アプローチによらしめるべきであると解する。

プロセスも含めて、承認アプローチの方が子の福祉のために適うことは自明であるといわなければならない。さらに、代理懐胎が、その実質を見ると出生前養子縁組といってもよいとの言及を付言されるのであるが、代理懐胎による依頼者女性と出生子間の母子関係を認めない立場からの論拠がない結論であるといわざるをえない。

しかも、大阪高裁平成17年決定では、準拠法選択アプローチの採用に基づき、法例17条と18条により適用された準拠法が日本法によることとなり、日本法の適用によれば、分娩していない者は母ではないとされ、分娩者＝母ルールが踏襲されたのである。

## 2 外国裁判所の確定判決に該当するか否か

民訴法118条所定の「外国裁判所の確定判決」とは、その裁判の名称、手続、形式のいかんを問わず、私法上の法律関係について当事者双方の手続的保障の下に終局的にした裁判をいうものであり、決定、命令等と称せられるものであっても、右の性質を有するものは、同条にいう「外国裁判所の判決」に当たると解するのが判例、通説である（最三判平10・4・28民集52・3・853、本誌1639号19頁）<sup>\*17</sup>。

本件裁判では、当事者双方の手続的保障の要件が充たされているかどうかについてその裁判手続上若干の疑問がないではないが、本件裁判を民事訴訟法118条所定の「外国裁判所の確定判決」に当たると解することにさ

\*16 外国非訟裁判の承認については、条理上、間接管轄と公序（1号・3号）だけを要件とした学説も存在した（鈴木忠一「外国の非訟裁判の承認・取消・変更」法曹時報26巻9号1510頁 [1974年]、東京高判平成5年11月15日判タ835号132頁）。中野教授は、この学説を支持する（中野俊一郎・前掲注9）ジュリ1354号（平成20年度重判解）333頁）。これに対して、東京高判の原審（東京地判平成4年1月30日判タ789号259頁）は、民訴法118条の1号ないし4号の各号への該当性を判断した。

\*17 山本和彦・ジュリ1157号297頁、酒井一「私法判例リマックス」1999〈下〉158など。

ほど異論はないものと思われる。

### 3 実質再審査主義の形骸化と自働承認原則

#### (1) 自働承認原則

外国判決の承認とは、外国の裁判所で下された判決が言渡国で有する既判力、形成力、そして確認・宣言的判決の効力を、わが国でも認めることである。それらの判決の効力を承認するための特別な手続は存在せず、外国判決が判決言渡国で有する効力を生ずるのであり、民訴法118条が定める承認要件を具備するときには、わが国においても当然その効力が認められる。これが自働承認原則である。

外国判決の承認又は不承認について確認の利益が存在するときには、承認要件の審査も行われうるが、その審査においては、実質再審査主義 (la révision au fond) が認められてきた時代もある<sup>\*18</sup>。

#### (2) 実質再審査が認められる範囲について

外国判決の承認における外国判決の本案に対する再審査禁止原則 (民執24条2項) と審査の対象・範囲の関係については、著しい変化が生じてきた。一時は、判決主文に限定する見解も存在した<sup>\*19</sup>。しかしながら、現在では、判決主文のみならず判決理由に含まれる判決の基礎となる事実も含まれる事実も斟酌することができる<sup>20</sup>と解するのが裁判例にあり<sup>\*20</sup>、また、通説になっている<sup>\*21</sup>。特に、「外国判決が公序良俗に反するか否かは裁判所の職権調査事項であって、当事者の主

\*18 矢澤昇治「フランス国際民事訴訟法上の実質再審査主義の廃止について—執行判決訴訟における裁判官の権限の変化—」熊本法学30号 (1981年)、『フランス国際民事訴訟法の研究』[創文社, 1995年] 所収。

\*19 兼子一『民事訴訟法体系 [改訂版]』[1965年], 339頁。

\*20 東京地判昭和44年9月6日判時586号73頁, 判タ242号263頁など。

\*21 菊井=村松『全訂民事訴訟法 (1)』1138頁, 本間・中野・酒井『国際民事手続誌』176頁 [有斐閣, 2005年]。



張の如何にかかわらない。その審査は判決の主文に限ることなく、理由中に記載された、判決の基礎となる事実を考慮すべしとすることについて、いまでは異論を見ない」とされる<sup>\*22</sup>。外国判決の承認することにより、わが国の基本的な法秩序、道徳的価値観に反する結果となるか否かは、その判決の基礎となる事実関係を見る必要があるというのがその理由である。

しかし、通説によれば、その審査の対象は、「判決の主文に限ることなく、理由中に記載された、判決の基礎となる事実を考慮すべし」とすることに付き、その限界は、どのようになるのか。また、外国判決の自動承認原則との関係はどのようになるのであろうか。

実質的公序に反するとされた裁判例として、2つの事例を取り上げる。

第1は、法例時代のものであり、東京地判昭和36年3月15日である<sup>\*23</sup>。この承認事例では、アメリカ在住の日本人夫より日本在住の日本人妻に対する3年間以上の別居を離婚原因とするネバダ州の離婚判決の承認が問題となり、この判決が、わが国民法上離婚原因とされていない理由により離婚を命ずるものであるとされ、不承認とされた。法廷地法主義をとるネバダ州の離婚法ルールに基づき離婚原因が存在したとするネバダ州判決について、夫婦の双方が日本国籍を有するので、わが国の離婚法ルール、具体的には民法770条に鑑み、判断をし直し、承認を否定したということである。

第2の事例は、最小平成9年7月11日のいわゆる懲罰的損害賠償を命じたカリフォルニア州裁判所の判決の承認をめぐる判決である。

---

\*22 高桑・前掲注11) 237頁。

\*23 下民集12巻3号486頁。判例評釈として、櫻田・前掲注23) ジュリ1135号291頁、道垣内正人「判評」判例リマークス1999年156頁(上)、森田博史「最高裁判判研究」法協117巻11号1697頁 [2000年]、横溝・前掲注23) 判評475号) 37頁。

第一審の東京地裁は、平成3年2月18日判決において、あくまでも具体的事案について、当該外国判決の認定事実を前提として判断し、不実表明を理由とする原告からの損害賠償請求について、被告当事者らによる「意図的不実表明」および「重要事実の意図的隠蔽または抑制」について有責であるか否かを判断し、補償的又は懲罰的損害賠償を認めたなどとして、外国判決のうち懲罰的賠償を認めた部分のわが国における執行を認めることが、公序に反するとした<sup>\*24</sup>。

筆者は、わが国で懲罰的賠償を認める外国判決について、これを承認することに特段の問題はないとの立場（原則的な承認・執行肯定説）を支持するのであるが、懲罰的損害賠償を認める外国判決の承認に際して公序要件に及び、その判決の民事判決性を判断することは、再審査に馴染むといえるのであろうかとの疑問を覚える<sup>\*25</sup>。また、「相応な」損害賠償額を認めることを前提として、一部承認、その他の部分を不承認とすることは、実質再審査の禁止原則に触れるといえるのではないか<sup>\*26</sup>。

また、筆者は、フランス国で存在した実質再審査主義の廃止を紹介し、人の身分や地位のカテゴリーに属する判決のみならず、金銭に関する判決についても再審査を禁ずる判例が確立したことを紹介したこ

\*24 判時1376号79頁，特に85頁以下。

\*25 櫻田・前掲注23) ジュリ1135号291頁，特に293頁。

\*26 佐久間邦夫 [最高裁判所判例解説] 52巻5号1130, 1135頁 [2000年], ジュリ1195号108頁, ジュリ増刊 (最高裁 時の判例Ⅲ) 234頁 [2004年]。外国の懲罰的損害賠償を認める判決の民事判決性を肯定した上で、補填的部分と懲罰的部分を区別し、「相応」である損害賠償額を定め、一部承認を認めるということは、外国判決承認の制度、特に自働承認原則、実質再審査主義を逸脱し、外国判決の事実認定、判断の内容に既に踏み込んでいるとする。確かに、最高裁平成9年判決は、「わが国の採用していない制度に基づく内容を含む外国判決が、わが国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相容れないと認められる場合に、旧民訴法200条3号にいう公の秩序に反する」との表現を用いている（高桑・前掲注21) 135頁）。

とがある。しかし、わが国の昨今の学説をみるに実質再審査主義について、その意味が判然としないのみならず、この原則に抵触と思われる学説も展開されている。例えば、実質再審査の禁止原則は、外国判決の判断が間違っていると断じることを禁ずるものであり、かかる趣旨に立つのでなければ、判例理由中の判断や判決文中から明らかでない事実を用いることも同原則に抵触するものでないという<sup>\*27</sup>。

いつの間にか、自働承認原則、実質再審査主義の禁止などは名ばかりとなり、外国判決の理由と事実について、外国判決の判断に誤りがないかの詮索が行われ続ける。そして、わが国の公序違反要件違反となると、事態はさらに激化し、深刻化する。先に、言及した最高裁判平成9年判決の第一審が当該外国判決の認定事実を前提として判断し、不実表明を理由とする原告からの損害賠償請求について、被告当事者らによる「意図的不実表明」および「重要事実の意図的隠蔽または抑制」について有責であるか否かを判断したことと、補償的又は懲罰的損害賠償を認めたことについて、有責の有無を判断し直し、賠償の内容について判断し区分することは、外国判決の事実認定及び法的推論の当否のみならず、法的判断の内容についての当否を審査したといわざるをえない<sup>\*28</sup>。

### (3) 外国判決が陪審の審理によりなされ、事実の記載がない場合

\*27 中西教授は、最二小判平成9年の懲罰損害賠償を認める外国判決について、実体的公序と手続的公序を区分し、手続的公序については、判断に必要な事実の認定が外国判決中にすべてあるとは限らないから、我が国において判断するに必要な事実の認定をし、独自の立場から判断できるとする。また、外国判決の理由を検討して実体的な公序の判断をしても、民事執行法24条2項に違反するものでないという（前掲注27）法学論叢136巻1号10頁 [1994年]。そもそも、公序との関係で、実質再審査禁止原則が適用されないという学説も登場した（岡田幸宏「外国判決の承認・執行要件としての公序について（6・完）」名古屋大学法政論集156号433頁 [1994年]）。大いに、疑問であるといわなければならない。

\*28 佐久間・前掲判例解説1146頁注（6）参照。

東京高判平成5年11月15日\*<sup>29</sup>によれば、外国判決が陪審の審理によりなされた事実の記載がない場合における承認・執行判断のためになし得ることについて、以下のように判示した。「民事訴訟法200条3号の要件が充足されているか否かを判断するに当たっては、当該外国判決の主文のみならず、それが導かれる基礎となった認定事実をも考慮することができるが、更に、少なくとも外国においてされた非訟事件の裁判について執行判決をするか否かを判断する場合には、右裁判の後に生じた事情をも考慮することができる」と解するのが相当である。外国裁判が公序良俗に反するか否かの調査は、外国裁判の法的当否を審査するのではなく、これを承認、執行することがわが国で認められるか否かを判断するのであるから、その判断の基準時は、わが国の裁判所が外国裁判の承認、執行について判断をする時と解すべきだからである。なお、本件外国判決には、判決主文を導き出した基礎となる事実の認定がされていないが、このような場合には、審理において提出された証拠資料をも参酌して、判決主文を導き出した基礎となる事実を推認して考慮することができるものと解するのが相当である。このように解しても、外国裁判の当否を判断することにはならないし、また、このように解しなければ、右判決が公序良俗に反するか否かの検討をすることができないからである」\*<sup>30</sup>。

---

\*29 判タ835号138頁。なお、本件の原審では、非訟事件に該当されるとされ、旧民事訴訟法200条の1、3、4号の該当性が争われたが、当審では、3号の要件の充足性だけが判断対象となった。

\*30 外国判決の承認要件、特に、実体的公序と再審査禁止原則の抵触の問題を再検討する必要があるように想われる（佐久間邦夫・前掲注26）。わが国の「身分法の基本原則」を持ち上げて、実体的公序違反に拘泥し続けるとすれば、それは、自働承認原則の否定につながるものに他ならない。北村賢哲「外国人代理母が出産した子を日本人夫婦の実子として出生届をすることの可否」千葉大学法学論集23巻2号178頁〔2008年〕。筆者は、最高裁平成19年決定の判旨が、実質再審査禁止原則への抵触を回避することなど毛頭を考えていないと判断している。

#### 4 公序良俗要件の判断をめぐって

##### (1) 非訟事件と訴訟事件の区別と承認要件

外国で一体として言い渡された裁判が、承認国であるわが国の手続法によれば、異なる性質を有する部分に分けられ承認対象が区別され、別異の承認要件によらしめることがなされている。その区別は、わが国の国際民事訴訟法により法性決定されることになる。実務上、外国非訟裁判については、承認要件をどのように解するかについては争いが見られた。民訴法（旧）200条（現118条）を準用して、外国裁判所の裁判権とわが国の公序を審査すれば足りるという学説が存在した<sup>\*31</sup>。これに対して、外国裁判がわが国の国際私法により定まる準拠法と同一の法律を適用して下されたものであることを必要とする、準拠法要件肯定説も存在したことは、既述のとおりである<sup>\*32</sup>。しかし、現在では、準拠法要件説を求めない立場が支配的となっている<sup>\*33</sup>。このことは、準拠法選択アプローチを採用した大阪高裁平成17年決定を批判する強力な根拠となりうるであろう。

##### (2) 特別養子縁組は子の福祉に適うものであると限らないこと

最高裁平成19年決定の補足意見で決して見逃してはならない箇所があり、最高裁裁判官としての理解として驚くべき内容がある。裁判官津野修と同古田佑紀は、補充意見として、「本件において、相手方が本件子を自らの子として養育したいという希望は尊重されるべきであり、そのためには法的に親子関係が成立することが重要なところ、現行法においても、Aらが、自らが親として養育する意思がなく、相

\*31 鈴木・前掲注16) 法曹時報28巻9号1483頁。

\*32 海老沢美広「外国養子決定の承認」民商法雑誌75巻3号361頁 [1976年]、同・前掲注4) 246頁、渡辺惺之「外国形成判決の承認」『国際私法の争点 [新版]』[ジュリ増刊, 1996年]、河野・前掲13注) 203頁参照。

\*33 筆者は、この立場を支持する。また、北坂尚洋「外国で成立した身分関係のわが国での効力」『国際私法年報6』190頁「2004年」。

手方らを親とすることに同意する旨を、外国の裁判所であっても裁判所に対し明確に表明しているなどの事情を考慮すれば、特別養子縁組関係を成立させる余地は十分あるといえる」とする（強調は、筆者）。そして、裁判官今井均もこれに同調した。

この補充意見を読んで、実親子関係を否定された夫婦の心情を思い測るに、「お節介は、止めてほしい」ということにならないであろうか。申立人夫婦が求めた実の親子関係の成立を否定しておきながら、養子縁組で親子関係の成立する手段がありますよ、という次第である。そもそも実親子関係と特別養子縁組親子関係は、根本的に異質な制度である。たとえ、補足意見であるとしても、弁明することに他ならず、不用・無用な意見であるにとどまらず、当事者が申し立ててもない事項について付言するに及び、当事者の気持ちを逆なでにする不用意きわまりない補充意見であると感じざるをえない。

確かに、学説では、いわゆる「藁の上からの養子」のように、虚偽の出生届を養子縁組に転換して養子縁組の関係を認めるかが問題とされてきたが、最高裁は、これを否定してきた（最三小判昭56年6月16日民集35巻4号791頁）。藁の上からの養子縁組を肯定する学説も虚偽の出生届に記載された母と子の間に実の親子関係を認めるものでない\*34。しかし、最高裁平成19年決定の事案では、事情はそのようでない。母と子の間に卵子に基づく親子関係が存在しているにもかかわらず、縁組関係の成立を推奨したというのである。また、子を持ちたいと願う不妊夫婦への影響を考えても、子の福祉への配慮は、養子縁組による親子関係でたりとすべきでない<sup>\*35</sup>と信ずる。

---

\*34 早川眞一郎 [判例評釈] 判タ1225号74頁, 注) 32。

\*35 林・前掲注8) 判タ1219号63頁。

## 5 民訴法118条3号 — 公序要件 —

## (1) 原審と最高裁の最高裁平成19年決定の核心部分

原審と最高裁平成19年決定の評価が異なる核心部分の1つは、民訴法118条3号の公序要件に関する解釈である。原審は、本件子らが、日本とネバダ州の法制度のはざまに立たされて、法律上の親のない状態を甘受しなければならないという状況を考慮し、民訴法118条3号所定の「判決の内容が日本における公の秩序又は善良の風俗に反しないこと」とは、外国裁判所の判決の効力を我が国で認め、法秩序に組み込むことにより我が国の公序良俗（涉外性を考慮してもなお譲ることのできない我が国の基本的価値、秩序）に混乱をもたらすことがないことを意味するが、本件事案につき、個別のかつ具体的内容に即した検討をした上で、本件裁判の効力を承認することが実質的に公序良俗に反するかどうかを判断すべきであるところ、本件裁判の効力を承認することは実質的に公序良俗に反しないとした。

## (2) 原審における公序要件の判断内容について

原審は、さらに、本事案の公序要件の具体的な事情を以下のように判断した。

第1に、依頼人X2は子宮頸部癌により子を懐胎できないので、代理出産を依頼するにやむをえない事情があったこと、依頼者夫婦は、自分たちの精子と卵子による子に恵まれることを切望したこと、代理懐胎契約について、代理母夫婦が好意的に快諾したこと、依頼者夫婦は出生した子の親となることを望んでいないこと、これに対して依頼人夫婦は子らを実子とすることを切望していること、依頼人夫婦と子らとの間には、遺伝子的なつながりが存在するということである。

第2に、代理母夫婦はネバダ州に居住していること、ネバダ州では代理懐胎契約は禁止されていないこと、その契約はネバダ州法に準拠していること、懐胎から出産にいたる一連の行為はネバダ州で行われ

たこと、ネバダ州の郡裁判所で依頼人夫婦が実親であることを確認する裁判がなされたこと、そして、この裁判により出生証明書が発行されたことである。

第3に、日本における外国判決承認手続により、依頼人夫婦が子らの実親であることが関係当事者すべてに望ましい解決であること、とりわけ、子らに遺伝子のつながりのある依頼人夫婦を実親とすることにより、最善の福祉に適うということである。

第4に、わが国において代理出産を否定する見解が懸念するような弊害は現実には生じておらず、この代理出産について国民から批判されるような事態が予想され得ないことである。

最後に、結論として、ネバダ州裁判所による親子関係存在確認裁判をわが国で承認することは、実質的にわが国の公序に反しないと認めることができる。また、本件裁判は、外国裁判所の裁判に該当し、民事訴訟法118条所定の要件を満たすものであるから、承認効果が生ずるものであり、本件出生届も受理されるべきである。

### (3) 身分法秩序の根幹をなす基本原則ないし基本理念にかかわること

このような原審判断に対して、最高裁は、本件において、「実親子関係は、身分関係の中でも最も基本的なものであり、様々な社会生活上の関係における基礎となるものであって、単に私人間の問題にとどまらず、公益に深くかかわる事柄であり、子の福祉にも重大な影響を及ぼすものであるから、どのような者の間に実親子関係の成立を認めるかは、その国における身分法秩序の根幹をなす基本原則ないし基本理念にかかわるものであり、実親子関係を定める基準は一義的に明確なものでなければならず、かつ、実親子関係の存否はその基準によって一律に決せられるべきものである。したがって、我が国の身分法秩序を定めた民法は、同法に定める場合に限って実親子関係を認め、それ以外の場合には実親子関係の成立を認めない趣旨であると解すべきで



ある。以上からすれば、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であり、民訴法118条3号にいう公の秩序に反するといわなければならない。このことは、立法政策としては現行民法の定める場合以外にも実親子関係の成立を認める余地があるとしても変わるものではない」とした。

また、重ねて、「本件裁判は、我が国における身分法秩序を定めた民法が実親子関係の成立を認めていない者の間にその成立を認める内容のものであって、現在の我が国の身分法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものといわざるを得ず、民訴法118条3号にいう公の秩序に反することになるので、わが国においてその効力を有しないものといわなければならない」と判示した（強調は、筆者）。

#### （4）最高裁決定の問題性

筆者は、本件決定において愁眉の的とされた公序要件に対する最高裁の判示の内容を真正面から批判したいと思う。最高裁の判断に至る論理を単純に図式化すると、

- ①民法の身分法秩序の定める場合に限り、実親子関係の成立を認める。
- ②外国裁判所の裁判は、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
- ③わが国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれない。
- ④民訴法118条3号にいう公の秩序に反する。
- ⑤わが国においてその効力を有しない。

最高裁の判断図式の前には、まず、「わが国の民法と異なる基準で実親子関係の成立を認めない」との判断が横たわっている。そして、これが、わが国の基本原則ないし基本理念を形成しているという構図になる\*36\*37。

しかし、国際私法また法の適用に関する通則法に触れている者からすると、適用法28条と29条また42条との関連で、最高裁の判断図式の前提には疑問を抱かざるをえない。

すなわち、通則法28条1項は、「夫婦の一方の本国法で子の出生当時におけるものにより子が嫡出なるべきときは、その子は、嫡出である子とする」。

同29条1項第1文は、「嫡出でない子の親子関係の成立は、父との間の親子関係については子の出生当時における父の本国法により、母との間の親子関係についてはその当時における母の本国法による」とある。

わが国では、法の適用に関する通則法のこれ等の規定により、日本法でなく外国法が適用され、その結果、嫡出であれ非嫡出であれ、実親子関係が成立する場合のあることは大前提とされている。本件に即して、説例を述べるならば、ネバダ州籍を有する父と日本国籍を有する母が、自分たちの受精卵を用いて第三者たる女性により代理懐胎・

---

\*36 公序内容の抽象的・一般性のある命題、わが国の法秩序の基本原則をどの段階で、どのように評価するべきであるかということが問題となろう。最高裁の判旨では、原審とは異なり、冒頭でそのことを明言した。本稿で、①から③まで示した箇所である。これらの考慮を、原審のように民訴法118条3号において考慮するならば、問題は生じないとしても、承認段階の入口の前でこのように言及することは、判断手法として当を得ているとは考えにくい（この点について、早川・判タ1225号69頁、早川教授も述べるように、「明らかに行き過ぎである」ジュリ『家族法判例百選〔第7版〕』65頁（31事件））。制度の異質性とその反公序性を肯定する「一般的公序説」は、自働承認原則および実質再審査主義を否定するものに他ならない（櫻田・前掲注23）ジュリ1135号293頁）。

さらに、早川教授は、「公序の名の下に、涉外性のある事案に一律に日本法の実親子関係の一律のルールを課することに対しては、涉外性・国際性を考慮しようとするこの分野における基本的な視点からは、公序概念を十分な根拠なしに必要以上に拡張するものではないかという問題点が指摘されることになるのである」という（「外国判決の承認と公序」法律のひろば63頁〔2008年3月〕）。まさしく、同感である。

出産からえられた子は、父の本国法たるネバダ州修正法(NV.Rev.St. 126.045(2))の適用により、嫡出親子関係の成立が肯定されるということである。ところが、最高裁のような図式に基づきこの事態を一般化して表現するならば、渉外的な親子関係法の領域において、一律に、日本の民法が定める親子関係の成立のルールを貫徹することは、そもそも適用法による親子関係の成立を排除するというに他ならない<sup>\*38</sup>。渉外的な親子関係の成立またその関係から生ずる効力に関する外国判決の承認も、まさしく異質な法の内容を前提としてなされるべ

---

\*37 最高裁第二小法廷平成9年7月11日判決(民集51巻6号2573頁,判タ958号93頁)では、公序要件について、「外国裁判所の判決が我が国の採用していない制度に基づく内容を含むからといって、その一事をもって直ちに右条件を満たさないということとはできないが、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と認められる場合には、その外国判決は右法条という公の公序に反するというべきであるとされた」。

外国判決の民事判決性をどのように判断するか、民事判決性を肯定した上で、どのように公序要件を駆使するか、一部承認を認めるかなど多々問題がある。これらについては、例えば、佐久間邦夫(前掲注26)、道垣内正人「外国判決のうち、懲罰的損害賠償の支払いを命じた部分の執行」リマークス1999年(上)156頁、森田博史[最高裁判例研究]法協117巻11号1697頁[2000年]、横溝・前掲注23)475号37頁、高桑・前掲注21)237頁など。

平成9年最高裁判決の判示した公序要件判断方法には有力批判がなされている。この最高裁判決は、懲罰的損害賠償制度それ自体を一般的に・定型的にわが国の公序に反していると論ずるのであり、具体的な事情、すなわち、当該事案の結果の異常性と内国牽連性との相関関係において、公序判断を考慮する余地を封ずるのではないかということである(櫻田・前掲注23)ジュリ1135号291頁,特に,293頁,同旨,早川吉尚「判例評釈」ジュリ1050号195頁[1994年]、横溝・前掲注23)475号37頁)。櫻田教授のこの指摘は当を得ている。外国判決の承認・執行にあたり、その反公序性の判断の入る前に、外国の制度とわが国の制度を比較して、抽象的・一般的に、それらの制度の理念や目的の相違を述べることは、そもそも承認制度の理念に馴染むとは思われない。最高裁平成9年判決の判断方法を踏襲したのが、まさしく、本件決定に他ならない。承認の可否を判断する入口で、「民法の身分法秩序の定める場合に限り、実親子関係の成立を認める」との要件から明示することから論理を展開しているからである。

きである\*39。つまり、渉外的親子関係の成立にかかる準拠法決定、その適用、外国でなされた裁判の承認においては、わが国の民法を基準とすべきでないということである。

#### (5) 民訴法118条3号の実体的公序

「民訴法118条3号にいう実体的公序とは、わが国の国内法上の公序良俗や民法90条の公序良俗と異なるものであり、それに違反することは、わが国の基本的な法秩序、道徳的価値観に反する結果となることをいい、必ずしもわが国内における実定法秩序を直接維持するための規範に反することを意味するものでないとの説が有力である」とされる\*40。民訴法118条3号の公序と民法90条を対比してみるに、民法90条は、わが国の固有・基本の法秩序を維持するために存在するのであり、他方、民訴法118条3号の実体的公序は、外国の裁判所で、わが国の法秩序とは異なる法原則に基づく裁判がなされたことも勘案して、その違背が判断さるべきである。外国裁判所により下された、異質な法制度に基づき異なる価値観の下で裁判の寛容な精神で対応するというものに他ならない。これが、まさしく外国判決の自動承認制度の基本理念であると解する。

この有力な見解と本件最高裁決定の判示を比較すると、最高裁の公

\*38 早川眞一郎「外国判決の承認と公序」法律のひろば61巻3号58頁、特に63頁〔2008年〕。櫻田・前掲注23)ジュリ1135号291頁。

\*39 佐藤文彦「いわゆる代理母に関する最高裁決定について—公序に関する判示の問題点—」戸籍時報614号51頁以下、特に53頁以下〔2007年〕。佐藤論文は、外国法を適用し、その結果として、日本法が定めていない継母子関係という親子関係を認めているとして、最高裁平成12年1月27日判決(民集54巻1号1頁)を指摘する。法制度の齟齬を前提として、準拠法を決定・適用する法の適用に関する通則法の大前提に立つならば、日本法により認められていない親子関係が成立したとしても何ら、公序の問題となり得ない。最高裁の判断は、まさしく一貫していない。

\*40 高桑・前掲注237頁、早川吉尚「実体的公序」『新・裁判実務体系3 国際民事訴訟法』258頁以下〔青林書院、2002年〕、木棚=松岡=渡辺『国際私法概論(第5版)』352頁〔有斐閣、2007年〕など。

序要件の理解は、有力説とは異なり、最高裁の立脚する公序要件とは、わが民法の身分法秩序としての実親子関係の成立に他ならず、民訴法118条3号及び通則法42条でいう公序と同趣旨でない。最高裁の理解に対して、原審の公序要件の理解は、一般的・抽象的であるとしてもそれは当然であり、承認と執行した場合の結果の重大性と内国牽連性の要件を個別・具体的に検討して判断した手順も的確である。

なお、佐藤文彦教授が本件最高裁決定について指摘された疑問点は重大であるので、触れておく。教授によれば、いわゆる一部承認の可否の問題を度外視すれば、「認知を要するものの、日本に民法上も実親子関係が認めてしかるべき、X1と本件子らとの間の実親子関係の存在まで、公序により排除されている点で、判旨には疑問がある」\*41。この点については、筆者も当然のことながら同感である。

#### （6） 本件最高裁平成19年決定に関する学説の評価

本件に対する東京高裁平成18年決定と最高裁平成19年決定については、数多くの判例評釈や判例解説などがなされているので、以下では、代理懐胎・出産により依頼者とその子との間に母子関係の成立を認めない学説【否定説】と認める学説【肯定説】に大別し、それらの概要を見ることにする。

##### ア 否定説

その根拠は、幾つかに分別されうが、第1は、外国判決の承認に関わるものであり、第2は、代理懐胎契約と親子関係成立に関するものである。前者は、外国裁判のわが国の公序违背の理由である\*42。後者の理由としては、具体的に、①妊娠出産という過程は、代替可能な単なる労務提供ではなく、命を賭けた負担と身体的・精神的なリスクを冒すこと、②代理出産を容認し代理出産

\*41 佐藤文彦・前掲論説53頁。

ツアーを奨励することになること、③有償の代理出産は経済的に弱い立場にある代理母を道具化、手段化して搾取する一般的な構造を持つこと<sup>\*43</sup>、④代理出産依頼者（妻）を実母と認めることは、日本法の実親子関係に関する「分娩者＝母」ルール原則に反すること<sup>\*44</sup>、⑤子の福祉にそぐわないことなどである<sup>\*45\*46</sup>。

## イ 肯定説

肯定説もその根拠として、第1は、外国判決の承認可能性と、第2に、代理母との親子関係成立の認容に大別されうる。

まず、承認の理由として、ネバダ州裁判所で下された裁判の承認について、承認アプローチを採用し、外国裁判がわが国の公序に反しないことを理由とする<sup>\*47</sup>。また、わが国の身分法の基本秩序を持ち出すことへの異論もある<sup>\*48</sup>。しかし、もっと肝要なこと

---

\*42 長田真理「代理母に関する外国判決の効力—民訴118条の適用に関して」法時79巻11号45頁 [2007年]。長田教授は、承認結果の異常性と内国牽連性を関連づけて、事案の個別的な結果を考慮して慎重に公序の審査を行うという当を得た立場である。本件では、日本との牽連性が強く、ネバダ州で代理出産を行っており、法律回避的な意味合いが強く、結果の異常性を緩和できないとする。筆者は、東京高裁の判断に対して、長田教授が「医療の面においても、立法の指針から見ても、代理出産という行為を禁止する方向に進みある」ことを、公序違反の判断基準とすることには、納得がいかない。それらの指針、会告ならびに試案なるものなどは、裁判規範として確立した拘束力を有するとは到底言えないからである。しかし、学説でもこのような理解に対して、逆流の兆しが見られる。例えば、林・前掲注8）判タ1219号63頁 [2006年]：代理懐胎を禁止する方向で立法が考えられている現状で、内国との牽連性が密接なケースで代理母を認める外国判決を承認することは、公序に反するという。また、公序に反するとするのは、早川眞一郎・前掲注32)判タ1225号58頁、同・「外国における代理出産によって出生した子の出生届」『家族法判例百選』64頁 [2008年]、三枝・前掲注12)法セミ632号5頁、門広乃里子「判例評釈」速報判例解説 No.5, 135頁、中西康・前掲注10)民商135巻6号969頁。

\*43 日本において、日本人間で締結された代理出産契約は、民法90条の公序に抵触し、無効であるとするのは、床谷文雄「人工授精子の親子関係をめぐる解釈論と立法論」潮見佳男編『民法学の軌跡と展望』463頁 [日本評論社、2002年]。

とされるのは、母子関係の成立による子の福祉である<sup>\*49\*50</sup>。

岡野教授は、東京高裁平成18年決定を論評され、外国裁判承認アプローチによる判断の必要を説き、その際準拠法要件を課さすことも賛成できないとすること、また、本件では、準拠法アプロ

\*44 この学説の代表者は、例えば、水野紀子「生殖補助医療と子の権利」法時79巻11号34～35頁〔2007年〕である。政府・行政委員会などの委員を務めた人たちの多くは、代理懐胎契約が公序良俗の無効な行為であり、外国判決による場合でも日本法の実親子関係の決定ルールという根本的な価値や原則に違反し公序に反するとする。『分娩者=母』ルールとの関係で、「実親子関係の存否は一意義的な明確な基準によって一律に決せられるべきである」とすると、現行の解釈としては、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ず、その子を懐胎、出産していない女性との間には、母子関係が成立するという（土谷裕子〔判批〕ジュリ1341号165号〔2007年〕）。

しかしながら、「民法で分娩出産した者を法律上の母と解してきたのは、遺伝的な母が分娩出産した者でもあるからである。しかし、生殖技術の発達により、それが別人であり得ることになったのであるから、このような解釈論は修正されなければならないであろう」とするのは、野村・前掲注119）ジュリ1243号8頁7）。平明・簡潔な主張であり、当を得ていると思う。

\*45 若林昌子『私法判例リマックス37号（2008年〔下〕』80頁。自然懐胎では不可能な出生による事実を負った子（代理出産による出生である子、あるいは、男子死亡後の冷凍精子による出生子）を前提にした法制度を認めることが、「子の利益に反し、人間の尊厳に反する」と結論することは、生殖補助医療技術利用に反対する人々の論拠の一つである。しかし、この理由の正当性は、何ら論証されていない。そして、社会的合意を得ていない。また、どこに倫理的問題があると云うのだろうか（井上典之「憲法学から見た生殖補助医療の問題」ジュリ1379号54頁）。

\*46 判然としないが、本件に関するコメントとして、岩志和一郎「アメリカで代理出産で生まれた子の親の確定をめぐる2つのケース」（東京高決平成18年9月29日と大阪高決平成17年5月20日）年報医事法学207頁〔2007年〕、大村敦志「生殖補助医療と家族法—立法準備作業の現状をふまえて」ジュリ1243号12頁〔2003年〕。

\*47 岡野裕子「生殖補助医療に基づく親子関係の成立と外国裁判の承認」ジュリ1332号（平成18年度重要判例解説）304頁〔2007年〕。

公序違反の評価により、承認の余地を示唆するのは、中野・前掲注9）ジュリ1354号（平成20年度重判解）332頁〔2001年〕。公序の個別的な判断に委ねるとするのは、棚村政行「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」判評593号32頁（判時2002号90頁）。

一ちをとった場合に、本件子らが国の法制度の狭間に立たされて、法律上の親のない状態を甘受しなければならないと述べ、子の保護の観点から入念な判断をなし、本件裁判がわが国の公序に反しないとする。また、外国裁判承認アプローチに準拠法要件を課すことは妥当でないとし、子と血縁関係があり、依頼者が実子として育てる意思を有し、代理母も親としての権利を放棄しており、子の保護の観点からも外国判決は公序に反しないとした。簡潔かつ明晰な理解である。

【本稿は、専修大学平成21年度個人研究助成の成果の一部である。】

---

\*48 樋口・前掲注6) 法教322号132頁以下 [2007年]。樋口教授は、最高裁の持ち出した根拠のない「身分法の基本秩序」に疑問を投げかけ、子の福祉が顧慮されていないと、本決定を批判する。

\*49 樋口「人工生殖と親子関係」ジュリ1059号232頁 [1995年]、金子洋一「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」『明治大学法科大学院ローレビュー』9号159頁 [2008年]。

\*50 本件に関する評釈として、さらに、村重慶一「代理出産子の出生届」戸籍時報611号53頁 [2007年]、北村賢哲「判例評釈」千葉大学法学論集24巻2号173頁 [2008年]、佐藤・前掲注39) 51頁。