

代理出産は子の売買か

－児童の権利条約に関する国連特別報告書について－

早川 眞一郎

はじめに

代理出産をめぐる法的規律は、現在のところ、国によって大きく異なっている。代理出産の施術を禁止する国がある一方で、商業的な代理出産（commercial surrogacy）の実施を認めている国もある。その中間に、商業的な代理出産は禁止しつつ利他的な代理出産（altruistic surrogacy）は許容する国もあり、また、法的規律が存在しない国もある。

このような事情を背景にして、国際的な代理出産－すなわち、ある国（P国：主として代理出産禁止国）の国民 A（カップルのこともあり、単身者のこともある）が、代理出産が認められる国（Q国：多くは商業的代理出産が可能な国）にでかけて、その国の代理母 B に依頼して代理出産により子 C をもうけ、その子 C を P 国に連れ帰る－という現象が、広く見られるようになっている（本稿では、この A（代理出産を利用して自分の子をもうけることを企図する者：英文の文献では Intending Parent(s) と呼ぶことが多い）を「親志望者」ということにする。）。そして、P 国では、A と C との間に法的親子関係を認めるか否か等をめぐって、困難な問題が生じる。

このような問題は、代理出産を禁止している国々においてこれまで頻繁に生じてきているが、日本でも同様の問題が生じ、最高裁の判断が示された事案がある⁽¹⁾。日本では代理出産に関する立法がまだなされていないため、そ

(584)

の施術が法的に禁止されているわけではないが、日本産科婦人科学会がその会告によって会員に代理出産の施術を禁じており、事実上、代理出産は実施できない状況であるため、代理出産禁止国におけると同様の上記のような問題が生じているのである⁽²⁾。

筆者は、これまで、このような国際的な代理出産をめぐる法的問題に関していくつかの論稿を公表してきたが⁽³⁾、本稿では、それらを補完するため、国際社会において、この問題について現在どのような取り組みがなされているかという視点から、若干の検討を試みる。

国際社会における現在の取り組みとして重要なものとしては、ハーグ国際私法会議における法的親子関係に関するプロジェクト⁽⁴⁾、および国際社会事業団 (Internatinal Social Service (ISS)) における国際代理出産に関する原則作成のプロジェクト⁽⁵⁾を挙げることができるが、本稿では、これらのプロジェクトにおいても重要な参考資料となっている、国連人権理事会の特別報告者による1つの報告書を主たる素材として、若干の検討をすることにしたい。

-
- (1) 最決平成 19 年 3 月 23 日民集 61 卷 2 号 619 頁。
 - (2) 日本の状況については、早川眞一郎「国際的な生殖補助医療と法——ハーグ国際私法会議のプロジェクトを中心に」法曹時報 67 卷 11 号 1 頁 (2015 年) 3 頁など参照。
 - (3) 前注 (2) 掲載の論文のほか、早川眞一郎「外国判決の承認における公序要件——外国人代理母が出産した子につき、代理出産を依頼した日本人夫婦が実子としての出生届をすることは認められるか——」判タ 1225 号 58 頁 (2007 年)、早川眞一郎「国際的な生殖補助医療と親子関係—代理懐胎について」論究ジュリスト 2 号 127 頁 (2012 年)、早川眞一郎「外国における代理出産によって出生した子の出生届」『民法判例百選Ⅲ [第 2 版]』72 頁 (別冊ジュリスト 239 号, 2018 年) など。
 - (4) <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (URL の最終確認は 2019 年 10 月 13 日。本稿の他の URL も同様)、早川・前掲注 (2) 参照。
 - (5) <https://www.iss-ssi.org/index.php/en/what-we-do-en/surrogacy> 参照。なお、筆者は、この ISS の国際的代理出産に関する原則策定に、ワーキンググループのメンバーとして参加している。

その報告書とは、国際連合の「児童の権利に関する条約」(Convention on the Rights of the Child, 1980) (以下、「児童の権利条約」という。)との関連で作成された、2018年1月15日付の「児童の売買および性的搾取－児童売春・児童ポルノその他の児童の性的虐待素材を含む－に関する特別報告者の報告書」⁽⁶⁾ (以下、「本報告書」という。)である。本報告書は、国連人権理事会から「児童の売買、児童売春、児童ポルノ」に関する特別報告者に任命された Maud de Boer-Buquicchio 氏によって作成され、国連に提出されたものである。同氏は、欧州評議会の事務次長等を務めたオランダ出身の法律家であり、2014年5月、特別報告者に任命され、本報告書を始めいくつかの報告書を作成している。

以下では、本報告書の内容を紹介したうえで (I)、本報告書を手がかりに国際的な代理出産について若干の考察をおこないたい (II)。なお、de Boer-Buquicchio 氏の作成した代理出産に関連する他の報告書としては、2019年7月15日付の「児童の売買および性的搾取－児童売春・児童ポルノその他の児童の性的虐待素材を含む－」と題する報告書⁽⁷⁾もあり、この報告書において、同氏は、代理出産から生まれる子の権利を守るためのセーフガードについてさまざまな角度から考察・提案を行っている。この第二の報告書も、代理出産について考えるための重要な素材であるが、紙幅の制約のため本稿では言及できない。この点の検討については他の機会を期したい。

(6) Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, A/HRC/37/60

(7) Sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, A/74/162

I 本報告書の紹介

1 序

本報告書の表題には「児童の性的搾取」も含まれているが、代理出産との関連では、本報告書は、主として、代理出産の仕組みが児童の権利条約 35 条の禁ずる「児童の売買」(子の売買)⁽⁸⁾に該当するのではないかという懸念をめぐって検討をしている。

本稿冒頭の例に即して言えば、代理出産の仕組みを使って親志望者 A が子を得るためには、代理母 B の出産した子 C が B から A に引き渡される必要がある。そして、商業的な代理出産においては、A から B に対して金銭が支払われる(「無償」の代理出産においても、費用等の名目で一定の金銭が支払われることが多い)。したがって、A・B 間において子 C の売買が行われていると評価される可能性がある。もしそのように評価されるとすれば、代理出産の仕組みは、児童の売買を禁じる児童の権利条約 35 条に抵触する懸念がある。

本報告書は、国際的な代理出産が広く行われて各国でさまざまな問題を引き起こしていることを背景に、代理出産を児童の権利の観点から検討しようとするものであるが、とくに上記のような懸念を念頭に置き、主として、代理出産は児童の売買かという点について検討を行っている。

まず、児童の権利条約およびその議定書における、「児童の売買」に関する規定を確認しておこう。

児童の権利条約 35 条は、次のように規定する。

「締約国は、あらゆる目的のための又はあらゆる形態の児童の誘拐、

(8) 本稿では、英語の child/children を、文脈に応じて、「児童」、「子」、「子ども」のいずれかに訳して記すことにする。

売買又は取引を防止するためのすべての適当な国内、二国間および多数国間の措置をとる。」

また、この条約の議定書である「児童の売買、児童買春及び児童ポルノに関する児童の権利に関する条約の選択議定書」の第2条(a)は、「児童の売買」について次のような定義規定をおいている。

「『児童の売買』とは、報酬その他の対償のために、児童が個人若しくは集団により他の個人若しくは集団に引き渡されるあらゆる行為又はこのような引渡しについてのあらゆる取引をいう。」

なお、児童の権利条約における「児童」の定義については同条約第1条に次のような規定がある

「この条約の適用上、児童とは、18歳未満のすべての者をいう。ただし、当該児童でその者に適用される法律によりより早く成年に達したものを除く。」

2 本報告書の構成

本報告書は、Ⅰ～Ⅳの4部構成であるが、そのうち、Ⅰは、本報告書が作られた経緯等に関するごく簡単なイントロダクションであり、Ⅱは、本報告書を作成する準備として特別報告者が訪問した国や開催した会議等に関する簡潔な活動記録である。本報告書の内容の中心は、Ⅲ「代理出産と子の売買に関する検討」およびⅣ「結論と提案」である。

Ⅲにおいて、本報告書は、代理出産が子の売買に当たるかという問題を詳細に検討しているが、その構成は以下の通りである。

- A 目的・範囲・方法
- B 喫緊の課題
- C 代理出産システムを濫用する実務
- D 国際的な法的枠組

- E 商業的代理出産の定義
- F 代理出産と子の売買
- G 特定の文脈での子の売買

IVにおいては、Ⅲにおける検討を踏まえて、結論（まとめ）と提案（推奨すること）を提示している。

以下では、このⅢおよびⅣの概要を、報告書の記述の順序にしたがって（読者の理解をより容易にするように若干順序を入れ替えるところもある）、次のように構成し直して紹介することにしたい。

- (1) 国際的代理出産の現状とその問題点
- (2) 代理出産は子の売買に当たるかの検討
- (3) 結論と提案

3 本報告書の内容

(1) 国際的代理出産の現状とその問題点

本報告書は、上記 A から E の部分（para.7 ないし para.40）において、検討の前提として、国際的代理出産の現状と問題点をどのように見るかについて説明している。その内容を要約すると次のようになる。

(i) 国際的代理出産は、かつて国際養子縁組が 1980 年代・1990 年代に急速に増加したのと同様に、最近、急速に増加している。パターンとしては、先進国（オーストラリア、カナダ、フランス、ドイツ、イスラエル、イタリア、ノルウェー、スペイン、英国、米国等）の国民が、開発途上国（カンボジア、インド、ラオス、ネパール、タイ等）に出かけて代理出産を依頼することが多かったが、その他に、米国（カリフォルニア州ほか）・ジョージア・ロシア・ウク

ライナ等も商業的代理出産実施の中心になっており、また、中国の国民が東南アジアや米国で代理出産を依頼することも多い。(para.13-14)

(ii) 代理出産の規律に関する各国の法制度は大きく分かれている。商業的代理出産のみならず利他的代理出産も禁止している国（フランス、ドイツ）もあるが、商業的代理出産は禁止しつつ利他的代理出産は明示または黙示に認めている国（オーストラリア、ギリシャ、ニュージーランド、南アフリカ、英国等）も多い。また、商業的代理出産を認める国のうち、カンボジア・ネパール・タイ・タバスコ州（メキシコ）等は、かつては国外の親志望者の代理出産（国際的代理出産）を認めていたが、最近、施術を利用できる者を国内の親志望者のみに制限するようになった。ジョージア・ロシア・ウクライナおよび米国のいくつかの州は、現在でも、国外の親志望者の代理出産を認めており、国際的代理出産のアレンジメントの中心となっている。(para.15)

(iii) 商業的代理出産を禁じている国（P国）の国民Aが、それが認められる国（Q国）に旅行して現地の代理母Bの出産によって子Cを作り、その子を自国（P国）に連れ帰るという事象が頻繁に発生し、その場合に、P国において、その子の法的地位をどのように認めるかという難しい問題が生じる。代理出産によって既に生まれた子Cの権利を守る必要性、子を持ちたいというAの願望への同情、代理母Bの搾取（貧困、教育の欠如、差別等に基づく）のおそれなど、複雑な要素が交錯して、P国はさまざまなディレンマに直面する。(para.17)

(iv) 代理出産に関して国内的のみならず国際的な法的規律の枠組が必要なことは明らかなが、その具体的内容については、見解が大きく分かれる。一方では、商業的代理出産・利他的代理出産双方について、それを合法化した

うえで規律するという方策が提唱されるが、他方では、あらゆる形態の代理出産を禁止すべきであるという議論もある。現在最も支持されているのは、商業的代理出産は禁止しつつ（それは子を商品化し、代理母を搾取するものとして）、利他的代理出産は許容するという方向である。（para. 20）

また、「適切な」規律がいかなるものかについても、親子関係の決定方法、金銭面の規律、代理母の法的地位、親志望者の適性審査等、さまざまな点に関して意見が大きく分かれうる。（para. 21）

(v) 本報告書においては、《すべての国は子の売買を禁じなければならない、また子の売買を防止するためのセーフガードを設けなければならない》という、シンプルな前提を採用する。（para. 22）

このような前提を採ることによって、人権を侵害するような代理出産の実務を合法化し肯認する法的規律を回避することができる。商業的代理出産に関する法制度を支持する議論のなかには、もしそれを認めれば、たとえば養子縁組等の他の分野における違法な実務を合法化し、人権の規範と基準を逸脱するおそれのあるものもある。（para. 23-24）

(vi) 養子縁組に関していえば、かつては、子が欲しいという要求、及び金銭的なインセンティブに基づいて、脆弱な実親が搾取される養子縁組システムが横行していた。そこで、それに対処するために、国際社会は、養子縁組においては子の利益が最大の考慮要素であるという基準を作り出して、国際的な養子縁組の金銭的局面を厳しく規制し、養親候補者が「子を持つ権利」を有することを否定してきた。（para. 25）

(vii) しかし、商業的代理出産の業界およびそれを支持し推奨する人々は、養子縁組については国際社会が否定したのと同様のシステムを、代理出産に

については肯定しようとする。つまり、子が欲しいという大人の要求に応えるために設計された市場ベースのシステム—契約に基づき親子関係が設定される—が、世界的に受容されるべきであると主張する。

たとえば、アメリカ弁護士協会（American Bar Association: ABA）は、商業的代理出産を支持し、市場ベースのシステムによって、国際的代理出産が効率的に運営されると主張する。そして、ABAは、子の最善利益の基準を代理出産に適用することを拒否し、親志望者の親としての適性を審査し評価する仕組みを拒否し、代理母や生殖予提供者への支払金額に上限を設けることを拒否するなど、要するに、代理出産に関する国際的取り決めの中に人権に関する配慮を盛り込まないよう主張している。もしこのような立場が認められれば、これまで発展してきた子の権利に関する規範は消し去られ、新たな人権侵害が発生することになる。（para. 26-27）

(viii) たしかに、養子縁組と代理出産とは異なることも多い。しかしながら、次のような人権に関する原則はどちらにも適用される。すなわち、子の売買の禁止、子の最善利益の至高性、「子を持つ権利」の否定、経済的取引に関する規律と制限、アイデンティティーへの権利および出自情報へのアクセス、搾取からの保護などである。

本報告書は、市場および契約に基づく商業的代理出産が広く行われることによる圧力に抗して、人権の基準を維持する必要があることに力点を置くものである。（para. 28）

(ix) 代理出産に関して問題のある実務が行われた例は、少なくない。たとえば、日本人男性が11人の代理母を使って16人の子を誕生させた例（タイおよびインド）、身体障害をもつ代理出産出生子が遺棄された例（タイ）、妊娠中の代理母15名がヴェトナムからタイに送られた例等。

これらの多くは、規制のない場面で生じているが、規制のなされている場面でも問題は生じている。例えば、米国カリフォルニア州で代理出産を扱う著名な弁護士2名は、乳児売買で刑事訴追された（その弁護士は、ひとり10万ドルで売れる乳児の在庫を作るために代理母を使ったことを認めているとのことである）。また、カリフォルニア州のある裁判の事案では、3つ子を妊娠した代理母が親志望者からの減数墮胎の要求を拒否したために、損害賠償の請求を受けるという事態が生じた。

このように、契約に基づく代理出産の仕組みは、問題のある実務を生じさせており、児童の権利委員会が子の売買になりかねないと警告している誕生前の契約による親子関係の決定等を含む、子の売買をもたらしまうものである。（para. 29-33）

(x) すべての国は、代理出産についてどのような政策をとるにせよ、代理出産によって子の売買・子の取引がもたれることを禁止し、また代理出産との関連で子の奪取・売買・取引が生じることを防ぐセーフガードを作らなければならない。このことは、国連の児童の権利条約とその付属議定書に照らして明らかであるし、また、国際養子に関するハーグ条約との関係でも確認することができる。（para. 34-37）

(xi) 商業的代理出産を定義するに際して重要なのは、親志望者と代理母との間に、契約ないし取引（無償ではない）の関係があることである。すなわち、商業的代理出産は、代理母が、報酬その他の対価と引きかえに、妊娠出産の役務を提供すること、および／または、子を法的にも物理的にも親志望者に引き渡すことに同意した場合に、存在することになる。なお、合理的な額の項目毎に算出された費用を越える補償が支払われる場合も、商業的代理出産に含まれる。そのような補償は、費用に名を借りた報酬・対価と見られ

うるからである。また、利潤を追求する仲介業者が関与することも、商業的代理出産のひとつの特徴である。(para.38-40)

(2) 代理出産は子の売買に当たるかの検討

本報告書は、問題状況を以上のように整理したうえで、上記の F および G の部分において、代理出産が子の売買に当たるかという点をめぐる検討を行っている。まず、売買と性質決定するための 3 要素をとりあげてそれが認められるかを検討し ((a)), つぎに、売買には当たらないとする見解のいくつかの根拠を個別に取りあげて検討し ((b)), さらに関連する若干の点についてコメントを付している ((c))。以下では、それらの要点を紹介する。

(a) 売買の 3 つの要素

「児童の売買」は、3 つの要素で構成されている。すなわち、(a) 「報酬その他の対償」 [支払い], (b) 児童の引渡し [引渡し], および (c) 上記 (a) と (b) の対価関係 [引渡しのための支払い], である。(para.41-42)

これら 3 つの要素について、以下で確認・検討する。

(i) 支払い (第 1 の要素)

第 1 の要素たる「支払い」は、商業的代理出産においては当然に認められる。実際に支払いがなされる前でも、将来の支払い約束は「その他の対償」となるので、第 1 の要素は満たされる。なお、利他的代理出産における「支払い」については後述する。(para.43)

(ii) 引渡し (第 2 の要素)

第 2 の要素たる「引渡し」は、子の法的な引渡し (legal transfer) または

身柄の引渡し (physical transfer) を意味する。法的な引渡しには、親としての地位 (parentage) または親責任 (parental responsibility) の引渡しが含まれる。身柄の引渡しに必ず法的な引渡しに伴うわけではないので、子の売買があるというためには、売主が親としての地位または親責任を有している必要 (法的な引渡しが存在する必要) は必ずしもない。(para. 44)

代理出産の仕組みでは、通常、法的な引渡しがなされ、または約束される。子を出産した女性は、どの国の法においても、その子の親としての地位と親責任を与えられるのが原則である。しかし、代理出産を認める国では、事前の契約によって、出産前に、代理母が親としての地位を失うという法的仕組みを導入していることがある。その仕組みのもとでは、有効な代理出産契約があれば、法律上当然にまたは出生前の裁判 (その他の公的な決定) によって、子の法的な引渡しが行われるのである。そこでは、代理出産契約そのものに法的な引渡し (すくなくともそれに向けての撤回できない重要な契機) が含まれており、代理母は、代理出産契約に署名することによって、子の法的な引渡しに関与していることになる。たとえば、カリフォルニア州最高裁判所は、ある事件において、代理母は「契約によってその子に関する権利をすべて放棄している」と認定しているのである。また、代理出産の仕組みでは、代理母 (とその配偶者) は、親志望者が親としての地位と親責任を取得できるように法的手続に協力する義務を負っている。したがって、代理出産の仕組みは、子の法的な引渡しの約束を含んでいるのである。たとえ出生前に契約が行われたとしても、法的引渡しがあることにはかわりはない。(para. 45-48)

代理出産の仕組みでは、子の身柄の引渡しもまた、実施されまたは約束される。実際、代理出産契約のなかには、出産時に親志望者が子を確保できるように、代理母の移動の自由を制限しようとするものもあるのである。(para. 49)

(iii) 対価関係（第3の要素）

第3の要素たる、「対価関係（引渡しのための支払い）」は、商業的代理出産に典型的に見られるものである。代理母が、妊娠・出産はしたとしても、もし子の引渡し（法的なまたは身柄の）を拒否すれば、契約上の義務を履行したとはみなされない。つまり、代理母は、妊娠し出産するという役務の提供に対して（も）支払いを受けているとしても、子の引渡しに対しても支払いを受けているのである。商業的代理出産の契約—その中には、親としての地位と親責任の引渡しが含まれる—の履行を求める法制と実務によれば、子の引渡しが契約の本質であり、それが代理母への支払いの約因であることが明らかである。(para. 50-51)

(b) 子の売買を否定する見解とその問題点

(i) 契約の時期

妊娠以降に代理出産契約が行われれば子の売買に当たるが、それより前の契約は子の売買にあたらないという見解がある。まだ存在しないものは売買されえないからという理由による。

しかし、そのような見解を受け入れることはできない。そのような見解に立てば、たとえば、妊娠前にその後生まれる子を養子として売ることも、子の売買にあたらないとされることになり、子の養殖（baby-farming）が認められることになってしまう。また、商業的取引の世界では、物を生産する前に、その物の売買契約を結ぶことは珍しくないことにも注意すべきである。

(para. 52-53)

(ii) 親としての地位

卵子を提供しない代理母は、単なる妊娠出産担当者であって、子の出生時

(596)

に親としての地位を取得しない—最初から親志望者が法的な親になる—という見解がある。代理母と子との間に遺伝的關係がないからという理由等による。このような、代理母は「そもそも母ではない (never-a-mother)」という理屈によって、商業的代理出産において子の引渡しは生じていない (すなわち、子の売買にはあたらない) という主張を根拠づけようとするのがこの見解である。

しかし、そのような議論は正当ではない。遺伝的關係がないから親ではないというのであれば、親志望者が子と遺伝的關係がない場合には親志望者を親とすることもできないはずであるが、商業的代理出産の仕組みではそのような親志望者も親とされることになっていて、理屈として首尾一貫しない。また、引渡しには身柄の引渡しも含まれるところ、代理母は子の身柄を物理的に親志望者に引き渡すのであるから、仮に法的な引渡し (親としての地位または親責任の引渡し) がなくても、子の売買に当たらないと主張することはできない。(para. 54-57)

また、親志望者が最初から法的な親であるという見解を前提として、「自分の子」を買うことはできないから子の売買にはあたらないという主張がなされることもある。しかし、このような主張も妥当ではない。なぜなら、親志望者は、少なくとも、自分の法的な親としての地位を排他的なものにするために、法的な親たりうる代理母に支払いをしているからである。すなわち、親志望者は、代理母が自分の法的な親としての地位と親責任を放棄する (さらに身柄も引き渡す) ことの対価として支払いをしていると見うるのである。さらに言えば、子が自動的に (最初から) 親志望者の子になると考えるのもおかしい。親志望者の子であるとする根拠は、代理出産の契約 (仕組み) にあるが、その契約には明示または黙示に子の引渡しが含まれているからである。(para. 58-59)

(iii) 役務の提供

代理母は単に妊娠出産という役務（サービス）を売っているだけであり、子売っているわけではないという見解がある。

しかし、そのような見解によって、代理出産が子の売買に当たらないことを根拠付けることはできない。たしかに、代理母は、妊娠出産という役務を引き受けているが、現在の通常の商業的代理出産の実務においては、それだけではなく、子の法的な引渡しおよび身柄の引渡しに対する支払いがなされていると考えられる。子の引渡しこそが、この仕組みの中核であって、それがないのであれば、親志望者は、契約をしたり、代理母に支払いをしたりはしないはずである。したがって、商業的代理出産には、通常、役務の提供のみならず、子の売買も含まれるのである。このことは、たとえ、契約中に、支払いは役務提供に対するものであって、子の引渡しに対するものではないという条項が入れられていても変わらない。(para. 60-61)

なお、代理出産において、仲介者の果たす役割は大きい。親志望者と代理母とのやりとりが子の売買に該当する場合には、それに関与した仲介者も、子の売買の共犯となる。また、仲介者は、自身が親志望者に対する子の法的な引渡し又は身柄の引渡しを行うときには、子の売買について直接の責任を負う。(para. 63)

(iv) 「子を持つ権利」

国際人権を定めた条約等には、「家族を形成する権利」又は「私的な生活、家族としての生活の尊重」を保護する規定が見られる。他方、いくつかの国では、国内法上、「生殖をする権利」(right to procreate)という言葉を使うことがあるが、これは、国際人権を定めた条約等には見られないものである。

すべての成人は家族を作り子を育てる権利があると主張する見解もあるが、国際法上、「子を持つ権利」(right to a child)が認められているわけでは

ない。子は、国が保証したり供給したりする対象たる財・サービスではなく、それ自身が人権を有する人間であるから、「子を持つ権利」という考え方は、子に人権があるという基本的な前提を否定するものであり、断固として拒否しなければならない。(para. 64-65)

(v) 代理出産の法規制

発展途上国などでの法規制のない代理出産は子の売買をもたらすかもしれないが、先進国での規制された商業的代理出産は子の売買とは無縁である、という見解がある。法規制のない代理出産がしばしば子の売買を伴うことはたしかであるが、規制された商業的代理出産が子の売買にはなることはないというのは、正確ではない。現に、2017年に国連の児童の権利委員会は、米国での代理出産に関して、それが子の売買に繋がりがかねないという点につき、「当委員会は、特に、親子関係が妊娠前または出生前の段階で専ら契約に基づいて決定されるという状況について憂慮する」などと述べて、懸念を表明している。(para. 66-68)

(c) 関連する若干のポイント

(i) 利他的代理出産

本来の意味で「利他的」な代理出産は、無償の行為であるから、子の売買にはあたらない。しかし、「利他的」とされる代理出産においても、実際には、代理母に対しても仲介者に対しても相当な額の金銭が支払われることが多いので、商業的代理出産と利他的代理出産との境界は曖昧になる。したがって、「利他的」な代理出産であるというラベルを貼っただけで自動的に子の売買ではないことになるわけではない。

裁判所その他の公的機関が、代理母に支払われる補償が合理的な金額であ

りかつ項目分けされている (itemized) ことを確認することが必要であり、そうでなければ、「補償」に仮託して子の引渡しの対価が支払われるおそれがある。仲介者への支払いも、商業的代理出産を疑わせるものであるから、やはり、合理的な金額でかつ項目分けされるべきである。項目分けは重要であり、たとえば、「慰謝料 (痛みと苦しみの補償)」や「専門的役務」など、漠然としていてさまざまなものが入りうるカテゴリーで相当額が支払われるのは、商業的代理出産を疑わせるものである。(para. 69)

(ii) 外国での代理出産の承認

国内での代理出産を禁じている国 (P 国) では、自国民 A が代理出産 (多くの場合、商業的代理出産) の可能な外国 (Q 国) にでかけて、代理母 B に子 C を生んでもらい、子 C を自国に連れ帰るという事態がしばしば生じる。

そのような場合、P 国は、その代理出産が子の売買に当たる可能性もあるので、Q 国での親子関係決定や出生証書を自動的に承認するべきではなく、Q 国での一連の手続きを慎重にチェックすべきである。P 国は、その子について出生後の最善利益決定 (post-birth best interests determination) を実施し、子の出自およびアイデンティティーへのアクセスを保護し、親志望者 A の親としての適格性の評価をし、代理母 B についての取扱や子の引渡に関する出生後の B の同意を調査する責務を負うのであって、そのような、子の最善利益に基づく一連の評価をした後にはじめて、A の親としての地位を認めるべきである。子 C が、その出生の状況のゆえに、差別されたり不利に扱われたりすることのないようにしなければならない。P 国と Q 国は、子 C が無国籍にならないようにする責務を負う。(para. 70)

(iii) 出生後の、親の地位の放棄

代理出産が子の売買とはならないようにし、また代理母の権利を守るため

には、代理母が出生時に子について親としての地位または親責任を持つことが必要である。しかし、出生後に、代理母がその親としての地位または親責任を保持することを望まない場合には、子の最善利益のために、子を引き渡す法的メカニズムが必要となる。すべての国は、代理出産の仕組みのなかにそのようなメカニズムを組み込む責任がある。(para. 71)

(3) 結論と提案

本報告書は、以上のような検討を踏まえて、最後に結論と提案を記している。その要点は次のとおりである。なお、報告書は、結論と提案とを分けて記載しているが、内容的に重複する点も多いので、以下では、両者をまとめて紹介する。

(i) 商業的代理出産と子の売買

商業的代理出産は、代理母への支払いが妊娠出産の役務のみの対価であり子の引渡しの対価ではないことが明確でない限り、子の売買にあたる。そして、代理母への支払いが妊娠出産の役務のみの対価であり子の引渡しの対価ではないと言えるためには、第1に、子の出生時において、代理母が法的な母としての地位を与えられ、かつ代理母が子の引渡（法的な引渡し・身柄の引渡し）を契約上も法律上も義務づけられていないこと（いいかえれば、代理母が妊娠出産をすれば子の引渡しを拒否しても契約上・法律上のすべての義務を履行したとみなされること）、第2に、子の引渡しの前に代理母に対するすべての支払いがなされ、かつ代理母が親としての地位を保持することを選んでも（引渡しを拒否しても）返金義務がないことが、契約に明記されていること、が必要である。(para. 72)

(ii) 商業的代理出産に関する規律

商業的代理出産の仕組みの中に、①出生後の個別の子の最善利益に関する決定、②親志望者の適性審査、③出自とアイデンティティーへのアクセス、を確保する仕組みを組み込む必要がある。

妊娠前に、その代理出産のアレンジメントについて事前審査を行うようにするのが適切であるが、親としての地位・親責任についてはその事前審査が最終決定ではなく出生後の審査によって決定されるようにすべきである。

代理母の保護という観点からは、医療に関する決定についての代理母のインフォームドコンセント、代理母の移動・旅行の自由が、確保される（契約によっても放棄されない）べきである。

代理出産の金銭および医療に関する点についても適切な規律が必要であり、また仲介者についての厳格な規制も必要である。(para. 73, para. 77 (e)-(i))

(iii) 商業的代理出産に関する各国の責務

各国は、子の売買を禁じ、子の売買を防止するセーフガードを作るという義務を守るために、上記のような条件を全て満たす法規制が完備されるまでは、商業的代理出産を禁止すべきである。代理出産契約やそれに伴う出生前の親子関係決定が自動的に有効とされ義務の履行が求められるような規律を採用することは、国家が子の売買を公認することにつながるので許されない。(para. 75)

(iv) 利他的代理出産に関する規律

利他的代理出産についても、各国は、子の売買を防止するような規律—代理母および仲介者に対するすべての支払いが合理的な金額でありかつ項目分けされていることを条件とし、そのことを裁判所その他の公的機関が審査す

ること、出生時に代理母が親としての地位と親責任を持つこと、を定める規律を導入しなければならない。(para.76, para.77 (d))

(v) 国内法制のレベルでの提案

各国は、国内の法制として以上に示したような規律をするとともに、さらに次のような点にも留意すべきである。代理出産で生まれた子が無国籍にならないよう他国との間で国際的な協力を行うこと、違法な代理出産が行われた場合の刑事的・民事的な制裁は主として仲介者に科すこと、代理出産に関するデータを網羅的かつ適切に収集し分析すること、などである。(para.77 (i)-(l))

(vi) 国際的なレベルでの提案

国際的なレベルでは、次のとおり提案する。

現在進行中の作業であるハーグ国際私法会議における法的親子関係に関するプロジェクトおよび国際社会事業団 (ISS) における国際代理出産に関する原則作成のプロジェクトを支持すること、その他の人権組織 (例えば国連の児童の権利委員会・女子に対する差別撤廃委員会など) が女性の人権などの観点から代理出産とその影響についてさらなる調査検討を行うこと。

国際私法および国際公法の両面において、代理出産および国際的代理出産に基づく親子関係の承認に関する国際的な規律によって、子・代理母・親志望者の権利を守るよう努めること、また、「子を持つ権利」はないことを認めること。

国際的代理出産によって出生した子の親子関係の承認に関して、子および代理母の権利を適切に保護していない国における親子関係は公序則を発動して承認しないという仕組みを持つこと、および子の売買を防止するために出生後の審査を行うこと。(para.78)

II 若干の考察

以上に見たように、本報告書は、国際的代理出産について、児童の権利条約との関係で、それが子の売買にあたるのでないかという観点を中心に検討をしたうえで、一定の結論と提言を行っている。本報告書には、叙述に重複が多いこと、場合分けその他の論理が必ずしも一貫していないなど明晰さに欠ける部分があること等、若干の問題点もあるが、その言わんとするところの趣旨はおおむね読み取ることができ、国際的代理出産の問題を考えるためのひとつの重要な素材を提供しているものと考えられる。

以下では、本報告書の提起した問題等をめぐって若干の考察を行うことにしたい。

1 本報告書の結論

本報告書の結論のポイントは次のようにまとめることができよう⁽⁹⁾。

- ①代理出産は、適切な法的規律をしない限り、児童の権利条約が禁じている「児童（子）の売買」に当たる。
- ②その「適切な法的規律」の内容として必要なルールは、次のとおりである。
 - (i) 子の出生時に代理母が親としての法的地位を持つこと
 - (ii) 代理母への報酬等の支払いが子の引渡し前に（取消不能なものとして）完了していること
 - (iii) 代理母から親志望者への子の引渡し（法的な引渡し、身柄の引渡し）

(9) もっとも、本報告書にはいくつか趣旨が明確ではない叙述があるため、著者の主張が本当にこのとおりであるか否かについては、なお検討の余地のある点はある。

代理出産は子の売買か

が、契約上や法律上の義務の履行としてではなく、代理母の自由意思に基づいて任意に行われること（すなわち、代理母は、何らの制裁なく、その引渡しをしないという選択ができること）

(iv) 子の出生後に、個々のケース毎に、子の最善利益に関する審査・決定を公的機関が行うこと

(v) 親志望者について親としての適性の審査を公的機関が行うこと

(vi) 代理母が、医療に関するインフォームドコンセントを保障され、移動・旅行の自由を保障されていること

(vii) 代理出産に関する金銭の授受、仲介者につき、厳格な規律がおこなわれること（その具体的内容については、利他的代理出産の場合に支払われ金銭の金額が合理的でありかつ明確に項目分けされていることという点を除き、本報告書では詳説されていない）

(viii) 代理出産によって出生した子に、自らの出自とアイデンティティを知る権利を保障すること

③各国は、上記のような適切な法的規律がなされない限り、代理出産を禁じるべきであり、また、国際的代理出産に関して、適切な法的規律がない国で行われた代理出産に関してその国で認められた法的親子関係は公序則により承認しないことにすべきである。

2 本報告書について

本報告書について、若干のコメントを付しておきたい。

(i) まず、本報告書は、《児童の権利条約の定める児童の売買の禁止との関連に焦点を合わせて、国際的代理出産を検討する》というスタンスで書かれているが、そのスタンスについて2つの点を指摘しておく必要がある。

第1に、代理出産が子（児童）の売買にあたるかという視点は、たしかに

ひとつの重要な視点であるが、代理出産をめぐる規律を考察するにあたっては、その他にも重要な視点—たとえば、代理母の人権、子どもの人権（のうち売買の対象とされてはならないという点以外のもの）、医学・生物学の観点からの安全性等々—がある。もちろん、本報告書も、その点は自覚していて、たとえば「代理出産が女性の権利にとって及ぼす影響は本報告書の範囲を超える」と述べるなどして⁽¹⁰⁾、他の視点については別途検討する必要があることは一応認めている。しかし同時に、たとえば、上記の結論部分を見るとわかるように、子の売買に当たらないような措置をとる立法をしさえすれば代理出産が認められるかのような論理が示されている。

本報告書を読むに際しては、我々は、代理出産が子の売買にあたるかという点があくまでも代理出産の規律をするうえでの1つの（重要な）考慮要素にすぎないことに留意すべきであろう。

第2に、本報告書が提案する、代理出産が子の売買とならない条件としての「適切な法的規律」のなかには、子の売買とは直接関連しないルールもかなり含まれている。すなわち、上記2②の(iv)～(viii)のルールは、子の売買を禁ずるという趣旨からは離れて、子のその他の人権や代理母の人権等を守るためのものである。これは、本報告書の論理（子の売買にあたらぬというための適切な法的規律を列挙するという論理）とは首尾一貫しない。上記の第1の点で指摘したように、子の売買に当たるかということ以外の視点も重要であるため、適切な法的規律を考えようとしたときにそれらの視点が紛れ込んできた結果であると推測され、その意味では、子の売買にあたるかに焦点を合わせるといふスタンスが、ここでは曖昧になっていると見ることができよう。

(10) para. 11。

(ii) さて、本報告書の上記の結論によれば、「適切な法的規律」がなされない限り商業的代理出産は子の売買に当たるといのであるから、現在各国で行われている商業的代理出産はすべて、児童の権利条約が禁じる児童の売買に該当することになる。本報告書の提案する上記のような「適切な法的規律」を行っている国は、現在は存在しないと考えられるからである。

本報告書によるこのような評価は、商業的代理出産を認めている国にとっては、かなり衝撃的なものであろう。もちろん、たとえば米国のように、児童の権利条約の締約国ではない国は条約違反を指摘されたというわけではないが、やはり、世界の多くの国が加盟している人権条約に抵触する制度であるという指摘には一定の重みがある。また、本報告書が、代理出産が子の売買に当たるかを検討している部分（上記 I-3-(2)）も、それなりの説得力をもっている。

他方で、本報告書は、その提案する「適切な法的規律」をすれば、代理出産は子の売買にはあたらないことになるとしており、一切の商業的代理出産を禁止すべきであるという立場からは、一定の距離を置いている。もっとも、本報告書がそのような「適切な法的規律」が現実導入される可能性がどれほどあると考えているのかは必ずしも明らかではない。もしそのような可能性がゼロであるとすれば、本報告書は、結局のところ、商業的代理出産をすべて禁止すべきであるという結論を述べていることになるが、全体の文脈から見て、本報告書の著者は、無理難題をつきつけて商業的代理出産の全面禁止を提唱するつもりではなく、実際に「適切な法的規律」がなされる可能性はあるものと想定しているように思われる。

そこで、本報告書を素材にして国際的代理出産について考えるうえで重要になるのは、必要なルールとして挙げられている上記の (i)～(viii) が、はたして、本当に「適切な法的規律」を過不足なくとりあげた妥当なものであるかどうかということである。本来は、この点について詳細に検討すべきで

あるが、紙幅の制限もあるので、その網羅的な検討は別の機会に譲り、以下では、とくに重要であると思われる若干の点を取りあげるにとどめる。

(iii) 上記Ⅱ-1の(ii)および(iii)のルールは、支払いが子の引渡しの対価ではないということを確認しようとするものである。すなわち、これらのルールは、子の引渡しより前に支払いが完了していることが必要であるとし(ii)、また代理母は子の引渡しを強制されず、引渡しを拒否しても支払われた金銭を返さなくていいとする(iii)ことによって、支払いと子の引渡しとの対価性が否定されるという考え方に基づいて提案されている。

しかし、まず、支払いの時期に関する(ii)のルールがはたして対価性を左右するのには疑問がある。たとえば、売買の取引において代金先払いされたとしても、後から給付される商品との対価性がなくなるわけではない。このルールによって、子を引き渡さなければ支払いをしないという親志望者の行動が防止されることになり、支払いを確保するという実務上の意味はあるが、そのことが対価性を否定することにはならないものと思われる。

また、子の引渡しを代理母に強制できないとする(iii)のルールは、たしかに、子を引渡さなくても支払いは受けられるとすることによって、支払いが引渡しの対価ではないというひとつの根拠を提供するものである。しかし、実際には、代理母(とくに現在の通常の代理出産におけるように子と遺伝関係のない代理母)が子を引渡さないで自ら育てるという選択をする可能性は極めて低い⁽¹¹⁾。現実に行われている商業的代理出産の実態(ほとんどすべての場合に支払いがされて子が引き渡される)を前提とすれば、(iii)のルールは実際には意味を持たないはずであり、このルールのゆえに対価性が否定されると考えるのは、現実離れした考え方であろう。

(11) このことは、本報告書にも代理出産に関与する弁護士の述懐として紹介されている(para.74)。

商業的代理出産は、その実態を見れば、まさに子の売買にあたるものであって、そのことは、たとえ (ii) および (iii) のルールが導入されたとしても変わるものではないのではなからうか。

(iv) つぎに、国際的代理出産の規律に関して今後議論されることが多くなると予想される上記Ⅱ-1の (iv) のルールについて触れておこう⁽¹²⁾。このルールによれば、子の出生後に、個々のケース毎に、子の最善利益に関する審査・決定を公的機関が行うことが要求される。

審査・決定が、具体的にどのようなものとして構想されているのかは、本報告書からは明らかではなく、詳細については、今後議論を詰めていく必要がある。たとえば、①国際的代理出産の場合にその審査・決定をどの国の機関が行うのか、②何を資料・素材にして審査し、何を決定するのか、③子の最善利益をどのような基準・ルールに基づいて評価するのか、等々である。

このルールのポイントは、審査・決定を個々のケースごとにかつ出生後に行うという点にある。そのことによって、現実に生まれてきた子のひとりひとりにとって、最も利益になる処遇をすることを実現しようとするものである。そのこと自体は、子の利益という観点からたしかに望ましいことではあるが、結果として、親志望者と子との法的親子関係を認める方向に働くことが多いのではないかと推測される。この点については、最高裁平成19年3月23日決定によって破棄された原決定（東京高裁平成18年9月29日決定家庭裁判月報59巻7号89頁）が展開した論理が想起される。この東京高裁決定は、親志望者たる日本人夫婦が米国ネバダ州での代理出産によってもうけた子について実親子関係を認めて戸籍に実子として登録すべきであるとするに

(12) ISSにおける国際的代理出産に関する原則を策定する作業のなかでも、このような出生後の最善利益決定（Best Interest Determination: BID）が、キーコンセプトの1つとして議論されている。

あたり、専らこのケースの個別事情に着目して子（及び親志望者・代理母等の関係者）の利益を考えることによって、ネバダ州の裁判（親志望者と子との親子関係を認めた裁判）を承認することは日本の公序（民事訴訟法 118 条 3 号）には反しないという判断を下している。筆者は、外国判決の承認の制度趣旨に鑑みれば、東京高裁決定のように専ら個別事情に着目するのは適切ではないと考えるが⁽¹³⁾、本報告書の提案する《出生後の最善利益審査・決定》の仕組みは、この東京高裁決定と類似の考え方を導くことになるかもしれない。そのような結果を認めることがどのような影響をもつかについて、国際的代理出産の制度全体をどの方向に導くべきかという巨視的な視点からの考察も含めて、慎重に検討することが必要であろう。

おわりに

国際的代理出産をめぐる情勢は、ますます複雑化しており、今後、どのような展開になるかを正確に予測するのは難しい。

本報告書は、児童の権利条約との関連で、代理出産が子の売買に当たるかという観点からかなり詳しい検討を加えている。その検討の内容および結論には本稿に記したようないくつかの問題点はあるものの、本報告書が、国連の特別報告書として公表されており、国際社会において一定の影響力を有することはたしかである。とりわけ、現在行われている商業的代理出産が、児童の権利条約が禁ずる児童（子）の売買に当たることをかなり明確に述べている点は、注目に値する。本稿では、本報告書について、その概要を紹介するとともに若干のコメントを付するにとどめざるをえなかったが、本報告書およびそれに関連する国際的な動向が、日本において代理出産について検討する際のひとつの参考資料とされるきっかけとなれば、幸いである。

(13) この点も含めて、東京高裁決定とその問題点については、拙稿（判タ 1225 号論文）・前掲注（2）を参照されたい。