慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	誕生 : 科学と親子関係
Sub Title	La naissance : Science et filiation
Author	Moore, Benoît(Saito, Tetsushi) 齋藤, 哲志
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2015
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.32 (2015. 7) ,p.67- 111
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	講義 : 2014年度大陸法財団寄付講座「「四苦」と民法 : 現代の生活と法」
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20150707-0067

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

講義
2014 年度大陸法財団寄付講座「「四苦」と民法――現代の生活と法」

誕　生
――科学と親子関係――

ブノワ・モア
齋　藤　哲　志／訳

序章　ケベック家族法の展開
第 1 章　ケベック法における親子関係
第 2 章　生殖補助

序章　ケベック家族法の展開

ケベック家族法は、そのモデルであるフランス法と同様に、制度化された（institutionnalisées）二つの権威（puissances）に依拠してきた。父権（puissance paternelle）と夫権（puissance marital）である。原則として、父のみが子に対する親権を行使することができた。妻は、婚姻とともに能力を制限され、夫に服することを義務づけられ、夫と同居する義務を負っていた。父＝夫こそが絶対的な家長であった[1)]。親子関係もまた、婚姻を中心として規律されていた。この意味で、親子関係は、婚姻同様に制度的なものであった。以上のような家族の

凡例　（仏語）：原語の併記。《○○》：筆者による強調。（○○）：筆者割注。［○○］：訳者による付加。［＝○○］：訳者割注。なお、脚注での文献引用につき、北米式とフランス式が混在しているが、基本的には原ヴァージョンに従った。

1）Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Thémis, 2006, n° 3, p. 5.

観念は、《伝統》に、すなわち、家長の権威と支配的宗教観とに基礎づけられていた。こうした観念は、フランス法におけるよりも長きに亘ってその影響を保ち続けた。たとえば、最初の民法典［＝低地カナダ民法典：訳者注］が編纂された時点（1866 年）に遡れば、フランスでは、1791 年憲法の制定以来既に、婚姻は契約であり、その挙行は民事的に行われるものとされていた（1792 年 9 月 20 日の法律）。また、1792 年の法律および 1804 年の民法典は、離婚を認めていた[2]（その後一旦 1816 年に廃止されたものの、最終的には 1884 年にあらためて承認された）。これらの改革の源は、革命期のライシテの観念に求められる。しかし、この観念が大西洋を渡ることはなかった。大西洋のこちら側では、教会がなお強力な権威を保っていた。ケベックでは、婚姻の挙行は宗教の専権事項とされていた。民事婚が許されたのは 1968 年のことである。歩みは遅々たるものであったが、現在では、支配的な婚姻の挙行形態として民事婚が重きを成しつつある[3]。

家長の権威と宗教観とに基礎づけられた伝統的な家族の観念は、20 世紀に徐々に浸食を受けた。この動きは、とりわけ 1960 年代以降に、以下の現象とともに顕著となった。宗教の社会的・政治的権威が縮小し、徐々に消滅にまで至りつつある。また、性の解放も進展した。女性による平等な権利の主張、さらに一般的に、人権に基礎を置く諸種の権利主張が見られた。価値観の変容を通じて、家族法もまた根本的な変容を遂げる[4]。この変容は二つの現象を軸として生じた。第一は、宗教的志向の分散、第二は、個人の自律の拡大である。この二つの軸は、カップルについても、子についても、現代ケベック家族法の

2）参照、Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, n° 141, p. 191.

3）民事婚は、1969 年には新規の婚姻の 2.2％、1980 年には 18.5％を占めるにすぎなかったが、直近の 20 年間の増加には目を見張るものがある。2002 年には 29％、2007 年には 38％、2012 年には 48.6％に上る。この顕著な増加の背景には、2002 年の民事婚の自由化がある。民事婚は、1968 年に承認された時点では裁判官のみがこれを挙行することができるとされていたが、2002 年以降、市町村会議員、公証人または特別に指定された者によっても挙行される。

行く先を強く規定している。

家族法は婚姻を中核としていた。婚姻は伝統的な男女の共同形態である。親子関係は、夫婦の共同体の枠組みの下で懐胎される子に対して成立する。しかし、今日のケベック法には、これとは異なる複数のシステムが存在する。男女の共同形態についても、親子関係についても、複数性が見出されるのである。複数の家族モデルの法的取扱いは、二つの平等のロジックに応えるものとなっている。第一は、家族（子・カップル・親）を形成する諸個人間の平等であり、第二は、家族モデル（婚姻カップル／非婚カップル、同性カップル／異性カップル、同性の親／異性の親）相互間の平等である。後者の平等は、家族形態の選択に関する個人の自律の承認を意味し、制度的な家族観と対抗的関係にある。Lemouland 教授の定式を借りれば、法は、制度的家族観を通じて、予防的な仕方で（de manière prophylactique[5]）、《習俗を確立》しようとしていた[6]。

講義の目的に応じて、親子関係、特に、親子関係と科学との関係に主題を限定しよう。この主題は、法的親子関係の本当の根拠はなにかという問題、すなわち、生物学的根拠・社会的根拠・意思的根拠のそれぞれが果たす役割の如何という本質的な問題を喚起する[7]。三つの根拠はいずれも根拠たりうるものではあるが、それらの間には緊張関係がある。この緊張関係は、目新しいものではなく、科学の進展によって生じたものでもない。しかし、科学によって際立たせられている。それは二つの態様においてである。第一に、科学は、生物学

4）参照、Bjarne MELKEVIK, «Penser le droit québécois entre culture et positivisme : Quelques considérations critiques», dans Bjarne MELKEVIK（dir.）, *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998, p. 10：《こうした根本的な変容は、個人主義と世俗化の勝利を意味する》。

5）Philippe MALAURIE, «L'effet prophylactique du droit civil», dans *Liber amicorum Jean Calais-Auloy - Études de droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2004, p. 669.

6）Jean-Jacques LEMOULAND, «Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin?», *D*. 1997. Ch. p. 133, spéc., p. 134.

7）参照、Marie-France BUREAU, *Le droit de la filiation entre ciel et terre : étude du discours juridique québécois*, Cowansville, Yvon Blais, 2009；Anne-Marie SAVARD, «Les tensions entre la nature et le droit : vers un droit de la filiation génétiquement déterminé ?»,（2013）43 *R.G.D.* 5.

的真実へのアクセスを可能とする。この真実は、かつてであれば知りえないものであり、外観によってあるいは嫡出推定によって隠蔽されうるものであった。第二に、不妊という困難を解消すべく第三者の力を借りることが可能となった。たしかに、そうした方法は新しいものではない。石坂財団の招きで 1986 年に行われた講演でクロード・レヴィ＝ストロースが指摘しているところである[8)]。とはいえ、科学の力を借りることで、非常に有効的かつ多様な仕方でもって、生殖を困難とする事由を解消することができる、ということは強調されてよいであろう。そうした困難は、生理学的理由によることもあれば、個人の性的指向によることもあれば、《女性一人で生殖を果たす》という選択によることもある。この意味で、科学は不可能であった生殖を可能にする。さらに、科学は、潜在的であった親子関係を実現し、とりわけ、母子関係の変容をもたらすことによって、親子関係のあり方を複数化するのである。たとえば、母となる意図を持つ者（mère d'intention）と生物学的な母（mère biologique）との対立が想定される。しかしそれにはとどまらない。生物学的な母の地位は、遺伝上の母と、子を懐胎・分娩した母（代理母）との間で分有されることもある。

以下では、科学の発展がもたらしたインパクトを検討する。主としてケベック法を対象とするが、場合に応じて他の法体系にも言及する。第 1 章では、ケベック法上の親子関係の諸原則を概略的に提示する。第 2 章では、生殖補助医療によって生ずる親子関係について、その法的規律を紹介する。

第 1 章　ケベック法における親子関係

まずケベック法における親子関係の平等について論じ（A）、続いて、血縁親子関係（filiation par le sang）の定立（établissement）［＝訳語選択の問題があるが、本稿では日本法上の用語に即して「定立」を用いる：訳者注］に関する諸原則を説

8）Claude LÉVI-STRAUSS, *L'anthropologie face aux problèmes du monde moderne*, Paris, Seuil, 2011, p. 61 et s.　レヴィ＝ストロースは、ブラジルおよびアフリカ諸国の事例を紹介している。男女関係を通じた生殖補助が行われていた。

明する（B）。その上で、血縁親子関係に関して、複数の競合する法的根拠（fondements）が見出されることを確認する（C）。

A. 親子関係における平等

序章において、今日のケベック家族法が平等に依拠することを指摘した。親子関係については、三つの平等を指摘することができる。時系列に沿って説明しよう。第一は、親の間の平等である。1977 年に、父権の概念が立法によって廃止され、親権の概念に置き換えられた。父と母は、完全に平等な態様で、共同して親権を行使する（600 条）[9]。この平等性は、父母間に紛争が生ずる場合にも貫徹される。そうした場合であっても、どちらか一方の親が優先されるということはない。子の利益の判断は、裁判官がこれに責任を負う（604 条）。以上の進展は、フランス法における 1970 年 6 月 4 日の民法典改正に似通っている。フランスでも親権の共同行使が原則とされた（仏民 372 条）。

第二に、子の間の平等がある。低地カナダ民法典は、嫡出子と非嫡出子とを区別し、非嫡出子の中でもさらに姦生子と乱倫子とを別建てとしていた。例えば、非嫡出子は、いずれの類型であっても、親の相続に際して法定相続分を有しない点で、嫡出子と対置されていた。ただし、非嫡出子は、扶養料を請求することができた。他方、出生後の父母の婚姻によって準正がされるのは、通常の非嫡出子のみであった［＝姦生子・乱倫子は準正の対象とされなかった：訳者注］。

以上の法状況は、1980 年の民法典改正によって修正された。改正法は、出生時の状況の如何によらず、すべての子の間での平等を確立した（522 条）。準正の概念は、不平等な取扱いとともに姿を消した。親子関係が定立されれば、あらゆる子は、親に対して、同一の権利を保持し、同一の義務を負う。法定相続人であり、扶養料の債権者であり、親権に服する。ただし、この規定が親子

9）ケベック民法典 600 条《父および母は、共同して親権を行使する》。同 349 条《両配偶者は、共同して、家族の精神的・物質的方向付け（direction morale et matérielle）を確保し、親権を行使し、かつ、それらにより生ずる諸負担を引き受ける》。

関係が定立された子のみを対象とするのであれば、親子関係の定立の有無それ自体に関しては、子の地位を区別することは妨げられない。そうした区別は、親と子の間の関係性、すなわち、それが法的なものであるか、事実上のものにすぎないか、という点にかかわる。

この第二の平等については、フランス法の展開はケベック法に比して遅れをとった。子の相続分を平等とする法律が採択されたのは、2001 年 12 月 3 日のことであり、欧州人権裁判所のマズレク判決によって促されたためであった[10)]。嫡出子・非嫡出子という用語が消えたのは、2006 年 7 月 1 日のことである［= 2005 年 7 月 4 日のオルドナンスの施行日：訳者注］。

第三の平等は、親子関係の形態に関するものである。ケベック法には、三つの形態がある。第一は、血縁親子関係［≒実親子関係：訳者注］であり、これが共通法上の親子関係である。第二は、養親子関係、第三は、生殖補助による親子関係（filiation par la procréation assistée）である。これら三つの形態は、それぞれに異なる状況に対応するが、法的効果は同一である。すなわち、養親子関係についても[11)]、生殖補助による親子関係についても[12)]、血縁親子関係に関する規定が準用される。したがって、血縁親子関係がモデルとなる。以下では、これに関する諸原則を概観しよう。

B. 血縁親子関係の定立

ケベック法は、1980 年に親子関係関連の規定を改正し、嫡出親子関係と非

10）CEDH, 1er février 2000, *D*. 2000. 332.

11）ケベック法には、完全養子縁組［≒日本法上の「特別養子縁組」に相当：訳者注］しか存在しない。ケベック民法典 577 条《養子縁組は、養子に対して、従前の親子関係（filiation d'origine）に代わる親子関係を付与する。養子は、実親の家族の一員であることを止める。ただし、婚姻障害または民事パートナーシップの障害がある場合については、その限りでない》。同 578 条 1 項《養親子関係は、血縁親子関係と同一の権利義務を生じさせる》。

12）ケベック民法典 538 条 2 項《生殖補助による親子関係は、血縁親子関係と同一の権利義務を生じさせる》。

嫡出親子関係との区別を取り払った。その際、改正法は、親子関係の章のタイトルに《血縁（par le sang）》という表現を付け加えた。当時は他の親子関係は養親子関係のみであったので、これと区別されていたことになる。今日では、生殖補助による親子関係が追加されている。

共通法上の親子関係、または単に親子関係と言った方がよいかもしれないが、これを《血縁親子関係》と性格づけている点は、批判を受けるもののように見える。それどころか、民法典の諸規定は、親子関係に関して、生物学的事実を唯一の根拠としているように見える。

ケベック法は、血縁親子関係に関して三つの証拠方法を認めている。民法典の順序に従って示そう。⑴権原・証書（titre）、⑵身分占有（possesion d'état）、⑶父性推定、⑷任意認知、の四つである。これらの証拠方法のうち、最後のものは扱わず[13]、前三種を規律する諸原則について概略を示すにとどめよう。

第一の証拠方法は、権原・証書である。ケベック民法典 523 条は、母子関係であれ父子関係であれ、親子関係は、出生証書（acte de naissance）によって立証される、と規定する。異論の余地はあるが、この証拠方法は、他の方法に優越するものである。ここから、意思、および、婚姻の安定性の意義について、パラダイム転換が生じたことがわかる[14]。というのも、出生証書は、意思に基づく行為・証書（acte de volonté）である。出生証書は、産科医が作成する出生確認書と、父母双方またはいずれか一方が行う出生届（déclaration de naissance）に基づいて作成される。届出は出生から 30 日以内にされなければならない（113 条）。以上の点について、ケベック法はフランス法とは異なっている。フランス法では、出生証書によって定立されるのは母子関係のみである（仏民 311 条の 25）。

ケベック民法典 114 条の文言によれば、出生届は、父または母が自らに対し

13）ケベック法では、認知は、認知者に対してのみ親子関係を定立させる（528 条）。また、認知が 130 条（届出の遅延）の要件を満たすときは、出生証書の修正が認められる。このとき、認知は権原に相当することになる。

14）PINEAU et PRATTE, *supra* note 1, n° 394, p. 599.

て親子関係を定立させるために行われる。もっとも、婚姻または民事パートナーシップ（union civile）下にある場合は、父母のいずれかによって、自らの名および配偶者［＝ケベック法では、民事パートナーシップ上のパートナーについても、《配偶者（conjoint）》の語が用いられる：訳者注、また、後出脚注 33 参照］の名で、出生を届出ることができる[15]。しかし、父性推定に関しては、法的カップルと事実上のカップルとで、異なる取扱いがされる。この点についてはのちに立ち戻る。

出生証書は、父については、自らの意思表示である出生届に基づいて作成される。他方、母については、出生届ばかりでなく、生物学的事実にも基礎づけられる。すなわち、分娩する女性が子の母となる。この女性が遺伝上の母でない場合であれ、母子関係を望まない場合であれ、この点は変わらない。産科医が作成する出生確認書に記載されるのはこの女性である（111 条）。出生確認書は、母の出生届、および、存在すれば父の出生届とともに民事身分局に送付される。

第二の証拠方法は身分占有である。523 条は《権原・証書を欠く場合は、継続した身分占有で足りる》と規定する。身分占有は外観に基づくものである。すなわち、外観はしばしば生物学的事実に合致する、という推定に基礎を置く。逆に言えば、生物学的事実によって規定されるものではない。身分占有を構成する要素は、現在でもなお、姓（nom）[16]、扱い（traitement）、評判（réputation）である。占有の継続性のために必要な期間は、判例上、18 ヶ月から 24 ヶ月とされており、その起算点は、原則として出生時である。ケベック法上、身分占有は二つの機能を有する。第一に、身分占有は権原・証書を補完する。この意

15）ケベック民法典 114 条《父または母のみが、自らに対する子の親子関係を届出ることができる。ただし、婚姻中もしくは民事パートナーシップ締結中の懐胎または出生の場合は、配偶者の一方は、他方に対する子の親子関係を届出ることができる。それらの者以外のいかなる者も、親の許可がなければ、当該親に対する親子関係を届出ることができない》。

16）1980 年の改正により、この基準は重要性を失った。子は、両親の選択により、一方もしくは他方の姓、または、両者の混合姓を持つことができるからである（51 条）。

味で、身分占有は、親子関係の非裁判的な定立方法であり、単なる証拠方法にとどまらない。第二に、身分占有は、権原・証書を確認する。すなわち、法的親子関係に鍵を掛け、絶対的に争えないものとする（530 条）[17]。

伝統的に、身分占有に基づく不可争性によって、親子関係の安定性が確保され、表見的な親子関係が法的に承認される、と言われる。たしかにかつてはそうであったが、今日では、生物学的真実へのアクセスによって均衡が破られる場合がある。たとえば、権原・証書または継続した身分占有によって立証されていた法的親子関係が、遺伝情報に関する鑑定の対象となる、という状況が考えられる。この場合、530 条の規律は相対化される、と主張する学説もある。また、身分占有という概念それ自体のうちに、生物学的真実との合致という要素を取込む試みもあった。さらに、身分占有（および出生届）は、［鑑定の結果によっては］遡及的に消滅させられなければならない、とも主張された。この主張は、身分占有は意思に基づかないことを論拠とする。こうした様々な試みは、すべて裁判所によって否定された[18]。よって現在では、身分占有に関して、生物学的真実は考慮されないことになっている。もっとも、身分占有によって立証される親子関係も、その根拠に関して、生物学的要素をまったく欠いているわけではない。実際、評判という第三の基準は、生物学的関係を示す外観に依拠する。身分占有は、親として振る舞っているという評判（自分の子ではない可能性のある子の面倒を見ている、など）を理由としてのみ獲得されるわけではない。実際に親であるとの評判を理由とすることもある[19]。

17）フランス民法典 333 条もこれと同一の規範を定めるが、少なくとも 5 年の間、権原・証書に合致する占有が継続した場合に限られる。 親子関係の安定性を趣旨とするが、この規定が欧州人権条約に適合的か否かが問題となっている。この点について合憲性の優先問題が提起された際、破毀院は、当該問題に重大性（caractère sérieux）が認められないことを理由として、憲法院への送付を拒否した。参照、Hugues FULCHIRON, «Vérité contre stabilité des filiations ?», *D*. 2013, p. 2958.

18）*D.F.-989*, [1991] R.J.Q. 1343（C.S.）; *D.F.-3184*, [1999] R.J.Q. 201（C.S.）; *C.D.* c. *L.B.*, [2002] R.D.F. 653（《意思に拠らない身分占有》という概念を採用しなかった）; *J.P.* c. *M.G.*, J.E. 2005-1626（C.S.）; *L.P.* c. *C.B.*, J.E. 2006-511（C.A.）; *Droit de la famille - 09358*, [2009] R.D.F. 37. 参照、SAVARD, *supra* note 7, p. 18.

第三の証拠方法は父性推定である。［子の母の］夫、および、異性間の民事パートナーシップ上の男性配偶者を対象とする（525 条）。この推定は、婚姻中、もしくは、民事パートナーシップ締結中の子の出生、または、それらの解消後 300 日以内の子の出生の場合に適用される。ただし、別居から 300 日を超えた時点での子の出生の場合、または、離婚・民事パートナーシップ解消から 300 日以内であっても、母の再婚・新たな民事パートナーシップの締結ののちに子が出生した場合には、推定が否定される。もちろん、推定された父は、父子関係否認の訴えによって、推定について争うことができる。出訴権は、子の出生を知ったときから 1 年で時効消滅する（531 条）。

ここで強調されるべきは、フランス法とは異なり、父性推定による親子関係の定立は、出生届とは無関係である、という点である。ケベック法では、出生届は、父が父性推定の効果を受けない場合であっても、父子関係の定立をもたらす。逆に、父性推定は、推定された父が出生届に記載されていない場合であっても、その効果を生ずる [20]。もっとも、推定の役割は、かつてに比べて重要ではなくなっている。ケベックでは、父性推定は、出生届がない場合でなければ、その役割を真の意味では果たさないからである。父性推定は、たしかに一定の場合には、自動的に親子関係をもたらす点で効果的に見えるかもしれない。たとえば、妊娠中に父が死亡した場合、父性推定が成立すれば、身分訴訟を提起する必要なく父子関係を定立することができる。同様に、生殖補助を用いた《親となる計画（projet parental）》（後述参照）があり、夫がこれに同意していたにもかかわらず、子の出生の時点で親子関係を届出ることを拒否した場合にも、父性推定は効果的である [21]。一般的に、推定された父が、子の届出を拒み、かつ、身分占有による親子関係定立を拒むような行動をとる場合にの

19）*ibid*., p. 23.

20）これに対して、フランス民法典 313 条は、出生証書に父が記載されない場合は推定が排除される、と規定する。

21）参照、*M.-C.L.* c. *P.C.*（*Succession de*）, J.E. 2004-338（C.S.）; *J.L.* c. *M.J.*, BE 2003BE-346（C.S.）. ; *Dans la situation de L…J…K…*, [2001] R.D.F. 909（C.S.）.

み、しかしそうした場合には常に、父性推定は有用であると言える。

C. 法的根拠の複数性

以上より、ケベック法における親子関係の法的根拠は、複数存在することがわかる。第一に、意思という根拠がある。これは出生届に対応する。第二に、社会的事実または愛情という根拠がある。これは身分占有に対応する。第三に、生物学的事実という根拠がある。これは、本当らしさ（vraisemblance）を通じて、父性推定を含むすべての証拠方法の基礎となりうる。この点を確認すると、ケベック法とフランス法とは似通ってくるが、ドイツ法とは異なることがわかる。ドイツ法は、親子関係を、排他的に生物学的関係に基礎づけている[22)]。実際、長い間、生物学的な確実性は獲得しえないものであったのであるから、親子関係の証拠方法は、外観に、あるいは、証拠方法がもたらす帰結と自然科学的事実との合致が本当らしい、という点に基礎づけられていた。［ある子がいたとして､］この子は、その出生を自ら届出た者の子か、ともに生活し面倒を見ている者の子か、夫もしくはパートナーの子か、いずれかであると考えられていたはずであり、いずれでもないと考える余地はあったであろうか？　とはいえ、これらの方法は、親子関係の証拠にすぎず、親子関係それ自体を指示するものではない。よって、法的関係を基礎づけるのは、生物学的関係それ自体ではなく、法的関係の本当らしさであり、とりわけ、［子の母の］夫を父とみなす推定であったのである[23)]。

遺伝上の事実をいつどの時点でも確実に知りうるようになったとき、推定された本当らしさに依拠する古典的な方法（出生届、身分占有、父性推定）を通じた立証と、遺伝情報の分析結果との間の対立という問題が提起されることになった。後者のみが、自然科学的な（本当の（vraie））親子関係を定立する確実な方法である。こうした対立によって、状況ごとに、いずれの根拠が他に優越すべきかを確定する必要が生ずる。ケベック法の近年の発展は、この点につい

22）ドイツ法について、参照、Eva WENNER, *Jurisclasseur droit comparé,* Allemagne - Filiation.
23）この問題について、参照、SAVARD, *supra* note 7.

て相反するメッセージを発している。一方では、意思が生物学的事実に優越するように見える。しかし他方では、ケベックの立法者は、DNA 鑑定を好意的に捉えているかのようである。これに加えて、子の出自を知る権利への配慮が、法的言説、とくに判例の言説において、次第に重要な地位を占めつつある。判例は、生物学的根拠を理想視してさえいる[24)]。

この緊張関係を示す二つの条文を挙げよう。第一は、出生届に関する 115 条である。同条は次のように規定している。

> 《出生届には、子に付与された名、その性別、出生の場所・日付・時間、父母および証人の氏名・住所、ならびに、届出人と子との間の親子関係が記載される。両親が同性であるときは、場合により、両者ともに子の母または父として記載される。》

この規定は、2002 年の民法典改正に由来する。改正法は、法がその確保を望んで来た本当らしさという重要な要素について、これを生物学的事実から切り離した。このことに疑いはない。改正は、同性の親を位置づけようとするものであったが、その者たちに関する親子関係を、代替的な親子関係をもたらす養子縁組に依拠させなかった。事実、ここで強調されるべきは、115 条は、出生届、すなわち［出生時に定立される］最初の親子関係（filiation première）に関する規定である、という点である。したがって、子が出生の時点において既に同性の両親を有することが承認されているのである。ケベック法は、親子関係から生物学的根拠を排除し、もっぱら生殖に関する両親の意思にこれを依拠させたのである。

24）とりわけ参照、*A.P.* c. *L.D.*, [2001] R.J.Q. 16（C.A.）. 子どもの権利条約 7 条 1 項が引用される。《子は、出生ののち直ちに身分簿に登録され、出生の時点をもって、姓を持つ権利、可能な限りにおいて国籍を取得する権利、自らの両親を知る権利、および、両親によって育成される権利を有する》。この主題一般について、参照、Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX, «Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant», (2013) *R.du B.*

第二の条文は、これとは正反対の方向を向いている。ケベックの立法者は、同じ 2002 年に、ただし別の法律で、535.1 条を新設した。

> 《①親子関係に関する訴訟を受訴した裁判所は、当事者の請求に基づき、身体の構成物の採取により、訴訟の相手方の遺伝情報の収集のための検査がされる旨を決定することができる。
> ②前項の規定にかかわらず、訴訟が親子関係の定立を目的とするときは、裁判所は、原告が提出する親子関係の証拠の端緒がある場合、または、原告が提出する既に明確な事実から導かれる推定若しくは徴憑（indices）［≒情況証拠に相当する事実：訳者注］が決定を正当化するほど重大である場合でなければ、前項に定める決定をすることができない。
> ③裁判所は、身体片の採取および検査の条件を、対象となる者の人格の完全性（intégrité）、または、その者の身体を毀損する可能性が最も低い仕方で定める。とくに、この条件は、その性質、採取の日時・場所、採取および検査を行う鑑定人の身元、採取された検体の利用、検査の結果の信頼性を定める。
> ④裁判所は、決定が命ずる検査に服さない旨の拒否が正当化されない場合、そこから否定的推定（présomption négative）を導くことができる。》

この規定は、ケベック控訴院［＝ケベック州法上の最上級審：訳者注］の判決を確認するものであった。この判決は、従前の判例を変更し、33 条に規定された子の利益および子の基本権たる生物学的出自を知る権利が、父の身体の不可侵性の保護に優越しなければならない、と結論づけた。現状の DNA 検査は、信頼性が高く、また、身体に加えられる危害の程度が低いことを理由とする[25)]。

この規定は、親子関係を求める訴訟にせよ、それを争う訴訟にせよ、親子関

25）*A.P.* c. *L.D.*, J.E. 2001-54（C.A.）. この主題一般について、参照、Michelle GIROUX, «Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents : dilemmes et paradoxes», (2002) 32 *R.G.D.* 865 ; A. OBADIA, «L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation», (2000) 45 *McGill L.J.* 483.

係に関する訴訟のみを対象とする。したがって、そうした訴訟が可能であることを要する。すなわち、530 条が適用され、子の親子関係が不可争となったときは、535.1 条に基づくいかなる決定も得られない[26]。決定は、血液検査を対象とすることはできず、DNA 検査のみを対象とする。後者の方が危害の程度が低いからである。また、決定は、訴訟の相手方であれば、あらゆる者を対象とすることができる[27]。すなわち、子であれ親と目される者であれ、この者たちが死亡していた場合であっても、対象とすることができる。最後に、決定は、決定を正当化する証拠の端緒、または、徴憑がある場合でなければ請求することができない。これは、遺言に関する証拠の規律と同様である。他方、当事者間の性的関係に関する証拠（多くの場合、被告の自白）があれば、立証は十分に尽くされる[28]。なお、許可を得ずになされた DNA 検査の結果は、535.1 条による決定を得るための徴憑としては、これを援用することができない[29]。

拒否された場合、裁判所は否定的な推定を導くことができる。ここでの拒否は、命令に従うことへの拒否であり、裁判所の決定以前に私的な DNA 検査に服することへの拒否はこれに当たらない。いずれにしても、拒否は、535.1 条の文言上、否定的推定をもたらす。この推定は、請求に対する抗弁が不可能となる、という効果をもたらす[30]。 拒否は、裁判所侮辱罪を構成する場合もある[31]。

以上二つの改正は、親子関係についていずれの根拠が優位にあるのか、という問題に関して、調和しがたいメッセージを発している。少なくとも、根拠は単一ではない。民法典は《血縁親子関係》というタイトルを与えているが、このことは生物学的事実の優越を意味しない。むしろ、民法典の規定からは、生物学的根拠は《独占的地位を占めておらず》、それどころか、意思という根拠

26）*A.L.R.* c. *M.C.D.*, [2001] R.D.F. 17（C.S.）.

27）*Droit de la famille - 113857*, 2011 QCCS 6543.

28）*Droit de la famille - 11682*, 2011 QCCA 532 ; *F.P.* c. *P.C.*, [2003] R.D.F. 610（C.S.）.

29）*Droit de la famille - 12419*, 2012 QCCS 480.

30）*Droit de la famille - 11782*, 2011 QCCA 532 ; *G.S.* c. *M.G.*, B.E. 2004BE-698（C.A.）.

31）*Droit de la famille - 072747*, [2007] R.D.F. 689（C.A.）.

に劣後していることがわかる。とくに、生殖補助に関する諸規定に顕著である。

第 2 章　生殖補助 [32)]

第 1 章で見たように、個人の平等、親子関係の平等が、ケベック法を支配している。これに対して、生殖補助に関しては、異なる仕方で平等が表現されている。ここでは、親子関係の枠内での平等ではなく、親子関係へのアクセス、すなわち、生殖の機会それ自体の平等が語られる。この平等は、二人の者の間の親子のつながりの承認に関して、個人の自由を最大限尊重することを通じて実現される。

生殖補助医療に関する最初の法律は、1980 年に成立し、1991 年のケベック民法典の制定に際してもその主たる部分が採用された。1980 年法の目的は、親子関係の規範を、生殖補助技術に適合的なものにすることであった。それは、意思に基づく親子関係を優先することで実現される。さらに、子の生活の保護、代理母契約の禁止をも目的としていた。

その後、2002 年 6 月に、関連する諸規定が大規模に修正された。2002 年法の背景には、とりわけ、同性の親と子との間の親子関係の問題があった。立法者は、この改正を通じて、同性の両親の許で生活する子の利益を保護しようとした、と言われる。たとえば、異性の者の間に生まれた子が、その後、生物学的な親とその同性の配偶者とともに生活している、という状況が念頭に置かれていた。この状況は、子の養育に関して、また、行政との関係で困難を惹起する場合がある。後者については、とりわけ、学校との関係が問題となる。要するに、同性カップルによる親権の行使、また、同性カップルが親となること（parentalité）に関して、様々な問題が指摘されていたのである。しかし、そもそもこの種の問題は、再構成家族に共通する問題であり、同性親に固有の問題

32）以下は、Benoît MOORE, «La désexualisation du couple parental en droit québécois», dans Anne-Françoise ZATTARA-GROS（dir.）, *Bioéthique et genre*, Paris, LGDJ, 2013, p. 169 に依拠する。

ではない。

立法者は、親権の行使のあり方など親子関係の効果を改正して、再構成家族の問題の全体にアプローチする、という方針を採らなかった。立法者は、同性の者が両親となること、すなわち同性の両親と子との間の親子関係を承認することによって、親子関係の定立のあり方それ自体に介入したのである。同性の両親との親子関係の承認は、上述した 115 条によって実現された。同条は、親子関係を構造的に変容させ、両親となるカップルの性別を顧慮しないこととした。この脱性別化（désexualisation）によって、まず、同性の二名を養親とする養子縁組が可能となった。この点に疑いはないが、それにとどまらず、同性カップルが生殖補助技術を用いることもまた可能とされた。以下では、この改正の内容を見ることにしよう。まず、生殖補助の概念を明確化し（A）、続いて、生殖補助医療を利用して生まれた子に関する親子関係について説明する（B）。最後に、代理母関係（maternité de substitution）の問題を詳しく検討する（C）。

A. 生殖補助の概念

538 条は、生殖補助に関する規範の適用について、《第三者を用いた親となる計画（projet parental pour autrui）》という概念を用いている。この計画は、《一人またはカップルが子を持つために、親となる計画の当事者ではない者の遺伝子を用いる旨の決定をした時点》で成立する[33)]。この計画を欠く場合は、血縁親子関係の規範が適用される。したがって、補助技術を用いた親となる計画の有無が重要な問題となるが、この計画には、いかなる方式をも要しない。この点が改正の特徴を成す。しかし、多くの論者によって批判された[34)]。とりわけ、生殖補助には複数の形態があることを理由とする。

立法者は、2002 年の改正当時、民法典において既に使われていた《医療的

33)《配偶者（conjoints）》という語は、異性カップルか同性カップルかを問わず、婚姻カップルか民事パートナーシップ下のカップルか、さらには、事実上のパートナーシップ下のカップル［＝同棲カップル：訳者注］かをも問わない。解釈法律（Loi d'interprétation）I-16 章 61.1 条を参照。

生殖補助（procréation médicalement assistée）》という表現を修正し、《生殖補助（procréation assistée）》という表現に代えた。《医療的》という限定辞の消去は、表現のスタイルの問題ではない。これは、医療行為、すなわち、不妊治療機関で提供される技術（これは、542 条に規定された第三者ドナーの匿名性によって性格づけられる補助技術である）以外の生殖補助技術をも対象とする、という立法者の意思に対応する。生殖補助という語の意味は、根本的な変容を遂げたのである。二つの点から確認される。

第一に、生殖補助の利用は、不妊状態にある異性間のカップルに限定されていない。生殖補助の問題は、《治療を求めるという次元を超え、子を求めるという次元》に至った[35]。それは、補助というよりも、補充的な（subsidiaire）生殖方法となったのである[36]。自由に子を持つことができるのであるから、《子を求める権利（droit à l'enfant）》の承認へと事態は展開したと言える。この問題について、かつては立法レベルでの態度決定がされず、指針の策定は医療機関に委ねられていた。しかしながら、以下のような主張が声高に唱えられていた。すなわち、生殖補助へのアクセスは、人の身分または性的指向によって制限されてはならない、という主張である[37]。

2002 年の改正は、少なくとも部分的に、生殖補助へのアクセスを拡大した。

34）とりわけ参照、Suzanne PHILIPS-NOOTENS et Carmen LAVALLÉE, «De l'état inaliénable à l'instrumentalisation : la filiation en question», dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE（dir.）, *L'union civile - Nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, p. 347 ; PINEAU et PRATTE, *supra* note 1, p. 682. 控訴院もまた、方式性を欠く点に遺憾の意を表明している。参照、*Droit de la famille - 111729*, 2011 QCCA 1180, par. 64.

35）Louise VANDELAC, «La famille reconstituée par la biologie : des flous du droit au droit floué ?», （1999）33 *R.J.T.* 372, 386.

36）Jean-Louis BAUDOUIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ? - Étude juridique et éthique des procréatiosn artificielles*, Paris, PUF, 1987, p. 165.

37）参照、COMMISSION DE RÉFORME DE DROIT DU CANADA, *La procréation médicalement assistée*, Document n° 65, Ottawa, Ministère des approvisionnements et Services Canada, 1992, recommandation n° 1, p. 84-91; 101-109; 133-139; COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Un virage à prendre en douceur*, 2 volumes, Ottawa, Ministère des services gouvernementaux, recommandation n° 99.

実際、538 条は、一人またはカップルが第三者に補助を求めた時点で、親となる計画が存在する、と規定している。この文言は非常に広く解されており、アプリオリに平等が保障されているように見える。不妊治療機関は、女性一人の計画であれ、女性カップルの計画であれ（婚姻しているか否かを問わない。ケベック法上、《配偶者（conjoint）》という語は、事実上のパートナーをも含む）、親となる計画について承諾することができる。それどころか、これを拒むことができない[38]。しかし、この一見したところの平等の背後には、根強い差別が隠れている。すなわち、男性一人の計画、男性カップルの計画、あるいは、子を持つことができない女性を一方とする異性カップルの計画は排除されている。ここから、代理母の問題が提起される。これについてはのちに検討する[39]。

比較法的に見ると、こうした解決は、スペイン法で採用されていたものであった。これに対して、たとえば、ドイツ法、イタリア法、スイス法は、生殖補助技術の利用を異性カップルにのみ認めている。フランス法も同様である。［以下に引用する］フランス公衆衛生法典 2141-2 条は、カップルであること、また、治療であることを要件とする（したがって同性であることを理由とすることはできない）。

> 《①生殖補助医療は、カップルの親となる旨の求めに応ずることを目的とする。
> ②生殖補助医療は、病理学的性格のものである旨の医学上の診断がされた不妊を治癒すること、または、特別に重大な病気が子またはカップルの一方に及ぶ

38）Carmen LAVALLÉE, «Homoparenté, parenté et filiation au Québec», *RIDComp*. 2012, p. 13 et s., spéc., p. 18.

39）この主題一般について、とりわけ参照、Benoît MOORE, «Maternité de substitution et filiation en droit québécois», dans Marie GORÉ, Michel GRIMALDI, Denis MAZEAUD et Louis VOGEL（dir.）, *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 859 et s. ; Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, «Maternité, gestation et liberté: réflexions sur la gestation pour autrui en droit québécois», *Revue de droit et santé McGill*, 2011, p. 4 ; Michelle GIROUX, «Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant»,（2011）*R. du B*. 509.

ことを避けることを目的とする。

③カップルを成す男女は、ともに生存し、生殖可能年齢に達し、婚姻しているかまたは少なくとも2年の共同生活の証拠を提出することができ、胚の移植または授精に事前に同意していなければならない。カップルの一方の死亡、離婚もしくは別居の申立、または、共同生活の終了は、胚の移植または授精を妨げる事由となる。生殖補助医療を実施する責務を負った医師のもとに提出される男性または女性による書面での同意の撤回についても、同様である。》

この問題について、フランス法は、いままさに不安定な状況の下にある。周知のように、フランス法は、同性婚（皆のための婚姻（mariage pour tous））を承認し、その直接的含意として、同性カップルによる養子縁組を認めた。この展開の延長上に、生殖補助医療関係の条文の改正が求められている（あるいは、いずれ実現されるものと信じられている）。その目的は、病理学的な不妊か否かにかかわらず補助医療を認めることにある。この改正は、［同性婚の承認の時点では］実現されなかった。しかしながら、補助医療の解禁へ向けられた議論、また、既に実現した［婚姻法の］改革は、一定のインパクトをもたらしている。たとえば、破毀院は、二つの意見（avis）［＝新たに提起された重要な解釈問題について、事実審裁判所が判決の以前に破毀院に諮問する手続き。下される意見は、請求元の裁判所を拘束しない：訳者注］において、次のように述べている。《匿名ドナーの提供にかかる精子を用いた人工授精、という形態の生殖補助医療の利用は、当該生殖から生まれた子について、母の女性配偶者による養子縁組の宣言を妨げない。実際、養子縁組の法定の要件は充足されており、子の利益にも適っている》[40]。この文言は、2013年の改正と同一の論理の延長上にある。実際、フランス民法典345条の1は、母の女性配偶者による養子縁組を認めている。したがって、こうしたコンテクストの下では、同性カップルに対して、生殖補助医療へのアクセスを承認しない方がかえって難しい[41]。

40）Avis n° 15011 du 22 septembre 2014. 解説として、参照、Felix ROME, «Avis de tempête», *D.* 2014, p. 1865 ; Anne-Marie LEROYER, «L'enfant d'un couple de femmes», *D.* 2014, p. 2031.

ケベックにおける《医療的な》という語の削除は、この改正の根拠を明らかにする。実際、現行の民法典の規定は、多様な形態の生殖補助を認めている。第一の形態は、古典的な生殖補助医療である。不妊治療機関が関与するこの形態は、第三者ドナーの身元に関する守秘義務の原則に服し（542 条）、特別の規制を受ける[42]。したがってこの場合、両親は、ドナーを選ぶことはできず、その身元を知ることもできない。この古典的な生殖補助の形態は、医師によるコントロールを含意する。しかし、これに加えて、［医師が関与しない］他の二つの形態がある。これらは、私的な枠組みの下で行われ、当事者は互いの身元を知ることができ、親となる意図を持った者（parents d'intention）はドナーを選ぶことができる。この私的な生殖補助の形態は、二つのものに区別される。第一は、私的な人工授精である。立法者は明示的にはこれに言及していない以上、禁止されていない。第二に、より驚くべき仕方、とはいえ、明示的に認められているものであるが、それは、性的関係を通じて実現される。これは、《友誼的生殖補助（procréation amicalement assistée）》と称されることもある。これらの私的な生殖補助の方法は、生殖補助の意味を大きく変容させる。伝統的な補助医療では認められてこなかった事柄が許されるからである。当事者は自由に相手方を選び、それぞれの役割に関して交渉が行われる。親子関係の契約化（contractualisation）、私化（privatisation）が進み、親子関係の制度的側面、さらに、子の身分に関する処分の禁止（principe de l'indisponibilité de l'état de l'enfant）という原則は、脇に追いやられる。

538 条の内容は既に見た通りであるが、この条文は、親となる計画を特別の方式に服せしめていない。方式性の欠如は、すべての生殖補助の形態に関わる点で、遺憾とせざるをえない。なかでも、私的な生殖補助、とりわけ、性的関

41）LEROYER, *supra* note 40, p. 2031.

42）生殖補助に関する医療機関の行為およびその研究に関する法律 A-5.01 章（*Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, L.R.Q., c. A-5.01 ）、同規則 A-5.01 章 1 節（*Règlement sur les activités cliniques en matière de procréation assistée*, c. A-5.01, r.1）。

係を通じた生殖補助に関して、特殊な問題が惹起されている。というのも、ある女性と性的関係を持った男性は、自らは生殖補助を伴った親となる計画に寄与するべくそうした行為に及んだのであり、それは単なる性的関係（これについては血縁親子関係に関する規範が適用されることになる）ではなかった、と主張しうることになる。しかし、その立証はいかにしてなされるのであろうか？
この点の区別はきわめて重大である。第一の場合［＝親となる計画の存在が立証された場合：訳者注］、既に見たように、男性に対して親子関係は定立されない可能性がある。しかし、第二の場合［＝計画が立証されず、単なる性的関係とされた場合：訳者注］は、親子関係が必然的に生ずる。予見されていたことであるが、実際に複数のケースが現れた。そこでは、男性が、望まない親子関係の定立を回避すべく、父子関係を求める訴え［≒親子関係確認訴訟：訳者注］に対する防御方法として、親となる計画の下で女性との間に性的関係を持った、と抗弁したのである[43)]。

裁判所は、民法典の新たな規定が意図されざる親子関係の回避を帰結してしまうことを望まなかった。事実審は、まず、規定は厳格に解釈されなければならない、と判断した。しかし控訴院は、原理的判決を下し、これを否定した。控訴院は、《広範かつリベラルな解釈から帰結を導く》のでなければならない、と判示したのである[44)]。他方で、控訴院は、生殖補助の規範の適用を主張する者こそが、適用されるべき旨を立証しなければならない、すなわち、第三者の補助による親となる計画の存在を証明しなければならない、と明確化した。さらに、一審裁判所の判決を結論において承認しつつも、立証すべき事項について敷衍し、538 条に規定された要件である《子を持つ目的で第三者に補助を

43）とりわけ参照、*Droit de la famille - 092038*, 2009 QCCS 3822 ; *S.M.* c. *St. G.*, 2006 QCCS 2376 ; *F.P.* c. *P.C.*, [2005] R.D.F. 268（C.S.）. 逆に、父として届出られることを望んだ男性が、補助を用いた親となる計画に関与したのではない、と主張し、これに対して母が応戦する、というケースもある。参照、*Droit de la famille - 081450*, 2008 QCCS 2677 ; *Droit de la famille - 07527*, 2007 QCCA 362 ; *Droit de la famille - 07528*, 2007 QCCA 361. さらに参照、*L.C.* c. *S.G.*, J.E. 2004-1340（C.A.）［本件第一審判決 : [2004] R.J.Q. 1685（C.S.）］.

44）*Droit de la famille - 111729*, 2011 QCCA 1180, par. 30.

依頼する旨の一人または二人の決定》に加えて、当該第三者が子の懐胎の時点でドナーたる資格を認識しかつ承諾していたことをも立証しなければならない、とした[45]。したがって、性的関係はあったが親として子を持つ意図はなかった、という立証のみでは不十分であり、生殖補助に関する規範は適用されない。結果として、親となる計画に方式は要しないにもかかわらず、計画の存在の立証、とりわけ、女性一人での計画［＝したがって男性が《友誼的に》関与する計画：訳者注］の立証は、困難なものとなったのである。

B. 生殖補助による親子関係

生殖補助を用いて子が出生した場合、その親子関係は、二つの原則に基づいて定立される。すなわち、第三者ドナーが原則として排除され、血縁親子関係の規範が適用される。

〈第三者の原則的排除〉 補助を用いた親となる計画の存否を確定することが重要となる。その重要性は、538.2 条に定められた原則に明らかである。同条によれば、《他人による親となる計画に対する遺伝子の提供は、提供者と当該遺伝子から出生した子との間に、いかなる親子関係をも基礎づけることができない》。この原則は、不妊治療機関の関与による生殖補助については、元来、第三者ドナーの匿名性（542 条）を通じて、容易に実現されていた。この原則により、親となる意図を持った者の意思が重視され、複数の親が生ずる事態が排除される[46]。しかし、原則の適用は、私的な生殖補助の場合には、困難なものとなる。第三者であるドナー、すなわち生物学的な親の身元は知られているからである。

この困難は、性的関係を通じた生殖補助が行われる場合に、甚大なものとなる。それゆえ、立法者は例外を規定した。この例外は、性的関係による場合の

45）*Droit de la famille - 111729*, 2011 QCCA 1180, par. 45.

46）*Droit de la famille - 07528*, 2007 QCCA 361, par. 55. これとは異なる考え方もある。たとえば、オンタリオ州控訴院は、特殊な事案において、3 人の親が存在することを承認した。参照、*A.A.* c. *B.B.*, 2007 ONCA 2.

みに適用され、（性的関係を用いない）私的な精子提供の場合には適用されない。ただし後者についても、ドナーの身元が知られているという事実は変わらない[47]。例外を定める 538.2 条 2 項の文言は、以下のとおりである。

> 《前項の規定にかかわらず、遺伝子の提供が性的関係を通じて行われたときは、子の出生ののちの一年間、提供者と子との間に親子関係を定立することができる。この期間中は、子を分娩した者の配偶者（conjoint）は、請求に対する抗弁として、権原・証書に合致する身分占有を主張することができない。》

この規定は、困惑をもたらし続けている。第一に、技術的な点ではあるが、期間の起算点に関して弱点を抱えている。起算点は、子の出生の時点であって、第三者が子の出生を知った時点ではない。そのため、母は、情報を秘匿することによって、規範の適用を容易に回避することができる。第二に、親子関係を一年間停止させる、という考え方は、母の配偶者との関係では、解除条件つきで親子関係が定立されることを意味する。［逆に言えば、］第三者が子に対して親子関係を求めないことが停止条件となる。これは、親子関係を個人の意思に従わせている、という印象をもたらす。すなわち、子の身分の処分が認められている。第三に、条文が対処していない問題がある。たしかに、出生から一年の間、第三者は親子関係を主張できる。とはいえ、この第三者は、懐胎の時点で、第三者たる役割について同意したはずである。そうであるとすれば、当該期間中であっても、この者に対して、同意の事実を対抗することができるように思われるが、その可否については明らかでない。第四に、子は、親となる意図を持った者と第三者との間の合意の有無にかかわらず、出生から一年の間であれば、第三者たるドナーに対して親子関係の定立を求めうる、ということになるのであろうか？　裁判所はまだこの問題について判断していないが、学説は分かれている。一方で、条文は暗黙にこうした主張を認めている、との見解

47）*Droit de la famille - 07528*, [2007] R.J.Q. 525（C.A.）.

がある。他方で、親となる意図を持った者［のみ］を親として認める、ということが改正の精神であると主張し、反対の見解が採られることもある。後者の学説によれば、538.2 条は《親子の盾（bouclier filial）》を作り出したが、それは［子ではなく］もっぱら第三者ドナーのためのものである、とされる[48]。

いずれにせよ、期間が経過したのちは、第三者と子との間の親子関係の定立は、いずれの側の意思によるのであっても、538.2 条により確定的に不可能となる。両配偶者が同意した親となる計画の下では、この帰結は問題を生じない。親となる意図を持った二人の者のために成立する親子関係は、まさにこの規定のおかげで、不可争となる。これに対して、女性一人による親となる計画から生まれた子については、片親のみの親子関係を強いる、という帰結がもたらされる。立法者は、この帰結を避けようとしていた[49]。医療を用いた生殖補助であれば、第三者ドナーの身元が元来知られないのであるから、説明がつく。しかし、私的な生殖補助の場合、とりわけ、性的関係による場合、当惑を呼び起こす。この規定は、子の利益に明らかに反する。というのも、伝統的な親子関係規範によるのであれば、子は、父子関係を主張することができたはずである[50]。すると、この改正の目的は、子の利益を犠牲にして、［単身女性に］親となることへのアクセスを認める点にある、と考えなければならない。

48）この問題について、参照、Mireille CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5e éd., Québec. PUL, 2005, p. 240 ; Marie-Christine KIROUAC, «Le projet parental et les nouvelles règles relatives à la filiation : une avancée ou un recul quant à la stabilité de la filiation ?». dans *Développements récents en droit familial（2005）*, vol. 229, 2005, p. 369, spéc., p. 423 ; PHILIPS-NOOTENS et LAVALLÉE, *supra* note 34, p. 337, spéc., p. 344 ; Benoît MOORE, «Les enfants du nouveau siècle（Libres propos sur la réforme de la filiation）», dans Service de la formation permanent, Barreau du Québec, vol. 176, *Développements récents en droit familial（2002）*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 75, spéc., p. 92 ; PINEAU et PRATTE, *supra* note 1, p. 699.

49）参照、*Droit de la famille - 081450*, 2008 QCCS 2677.

50）たしかに親子関係の諸規範は子の利益に依拠するが、子の利益に反するとの主張のみでは適用を排除することができない。参照、*Droit de la famille - 111729*, 2011 QCCA 1180, par. 28 ; *Droit de la famille - 11394*, 2011 QCCA 319.

〈母、および、親となる意図を持った者に有利な古典的規範の適用〉　民法典の規範を司る哲学は、生殖補助の利用を価値中立的なものとし、必要な変更を加えつつも（*mutatis mutandis*）、原則として親となる意図を持った者に有利となるように血縁親子関係の規範を適用する、というものである。この中立性の第一の帰結は、生殖補助を用いた親となる計画から出生したという事実のみによっては、子は、親子関係を争うことができない、という点にある。539 条を引用しよう。

> 《①何人も、生殖補助を用いた親となる計画から出生したという事実のみを理由として、その子について親子関係を争うことはできない。ただし、子を分娩した者と婚姻している者、または、民事パートナーシップを締結している者は、共同での親となる計画が成立していなかった場合、または、子が生殖補助から出生したのではないとの証拠を提出する場合は、親子関係について争い、子を否認することができる。
> ②血縁親子関係に関する訴訟に関係する諸規定は、必要な修正とともに、本章の適用によって定立される親子関係に関する訴訟にも適用される。》

この条文は、母は、卵子が自分のものではなかったことを理由として母子関係について争うことができないこと、また同様に、父は、精子が自分のものではなかったことを理由として父子関係を争うことができないこと、を意味する。しかしこれによっても、親子関係の定立に関して、問題が残る。

母について、ケベック法は、明示的ではないものの、子の遺伝上の母か否かにかかわらず、母子関係を分娩者と関係づけている（代理母に関する箇所で立ち戻る）。二人目の親について、538.1 条は、親子関係は、出生証書によって定立され、証書が欠ける場合は継続する身分占有によって定立される、と規定している。［この場合の］身分占有は、《子、この子を分娩した者、および、場合により、この女性とともに共同の親となる計画を策定した者との間の親子関係を示す諸事実が十分に蓄積されたこと》によって立証される。続く 538.3 条は、

血縁親子関係の規範と完全に相似的である。実際、同条は、親の推定について定めており、これは、母の配偶者に対する父性推定と同一である。この推定は、異性か同性かを問わず、婚姻か民事パートナーシップかをも問わず、すべてのカップルに適用される。

したがって、たとえば、共同の親となる計画を有した女性婚姻カップルの場合、まず、母子関係が分娩者のために定立される。その配偶者は、出生の時点で、子のもう一人の母として推定され、あるいは、二人目の母である旨の出生届を提出することもできる。さらに、この二人の女性は婚姻している以上、双方とも、自分のためだけでなく、配偶者のためにも出生を届出［て、親子関係を定立す］ることができる（114 条）。ドナーである第三者は、子に対して親子関係を定立することができない。ただし、既述のとおり、生殖補助が性的関係を通じて行われた場合は、その限りでない。この場合、第三者は、子の出生から一年間、親子関係を主張するための期間を与えられている。第三者がこの権利を行使することにした場合、母の配偶者は、親たる地位を奪われる。逆の場合、二人目の母［＝母の女性配偶者：訳者注］のために親子関係が確保される。

カップルが事実上のパートナーシップ下にある場合も、シナリオはほぼ同一である。ただし、親子関係を付した出生届は、自分のためでなければこれを提出しえない（114 条）。また、母のパートナーは、親子関係の推定の利益を享受できない。したがって、パートナー自らが、出生の時点で、親である旨の届出をするか否かが重要となる。届出がなければ、子と親との間に関係を定立させることは不可能となる。ただし、一定の時間の経過ののちに、身分占有が立証される場合は、その限りでない。また、540 条は次のように規定している。《婚姻または民事パートナーシップがない場合で、共同の親となる計画が策定され、その後、民事身分簿上に計画から生じた子との親子関係を届出ない者は、この子および子の母に対して民事責任を負う》。［さらに、出生届にまつわる］困難を緩和するために、親たることの推定を、事実上のパートナーシップに及ぼす旨の提案がされることもあった。あるいは、親となる計画への同意（この同意は、医療機関での生殖補助の場合には、方式として必要とされ、書面は医療機関に保管

される[51]）がある場合には、親子関係について事前の認知があるとみなされる、との見解もある[52]。ただし、子がこの計画から生じたのではないことが立証された場合は、その限りでない。

男性一人についても、男性カップルについても、また、子を持つことができない女性を含む異性カップルについても、親となる計画が問題となる。私は、これまでこの問題を意図的に扱わなかった。この種のケースは、代理母の問題を含意する。この問題は、ケベック法上、特別な仕方で提起される。

C. 代理母[53]

既に言及したように、立法者は、同性の親の許で生活する子の利益の保護を目的として、親となるカップルの脱性別化を推し進めた。これによって、同性の二人の親を民事身分簿に登録することが可能となった。また、同時に、生殖補助に関する規範が再編成された。これは、親となることへのアクセスの平等という基軸の延長線上に位置づけられる。すると、次のような評価も可能となる。子の利益のための改正が予定されていたにもかかわらず、改正によって実現されたのは、親となることへのアクセスに関する《大人》の間の平等であったのではないか？[54]

むしろ、この種の平等こそが、予告されていた展開の終着点であった。生殖補助技術は、平等を基礎として、すべてのカップル、および、すべての子を持とうと望む単身者に開かれるべきである、と主張されていた。しかし、この平等のロジックは、それが真に適用される場合には、もう一つの限界を踏み越えてしまう。ケベック法は、それを踏み越えることを拒絶し、現在でも拒絶し続けている。かくして、2002 年の改正に際して、立法者が 541 条を再検討する

51）*Règlement sur les activités cliniques en matière de procréation assistée*, c. A-5.01, r. 1, art. 15.

52）参照、*J.B.* c. *D.J.*, [2004] R.J.Q. 1907（C.S.）.

53）以下は、MOORE, *supra* note 39 による。

54）以上の平等のロジックについて、参照、Marie PRATTE, «La filiation réinventée : l'enfant menacé ? », (2003) 33 *R.G.D.* 543 , p. 551.

ことはなかった。この条文は、《ある女性が他人のために子を分娩する旨の義務を負担するあらゆる合意》を無効とする。代理母［による役務提供］は、それ自体は禁止されていないとはいえ、その計画の実現は、この条文によって少なくとも賭けに近いものとなる。この点について、一部の学説は、あらたな形態の《差別》、あるいは、事実上の不平等がもたらされた、と主張する[55)]。

代理母の問題はまったく単純ではない。これをめぐる議論について、三つの要素を区別することが必要であるように思われる。そうした行為それ自体の禁止、契約の禁止、子の親子関係、の三つに分けて説明しよう。

第一に、代理母自体の禁止は、刑法による。これは、連邦法（カナダ法）の管轄である。2004 年に生殖補助法が成立した[56)]。この法律は、女性が、他人のために子を分娩することを目的として役務を提供することそれ自体を禁じてはいない。同法 6 条が禁止しているのは、代理母という役務に対して報酬を支払うこと、代理母を見つけるために報酬を支払うまたは報酬を得ること、21 歳以下の女性に対して代理母となるよう促すこと、のみである。また、同法は、代理母という役務を禁じる一方で、6 条 5 項において、次のように規定している。《本条は、州法が定める、女性が代理母となることを承諾する旨のあらゆる合意（entente）の有効性には関わらない》。実際、代理母の禁止は、その現実を規律するにあたっては、選択肢として効果的ではなく、妥当なものでもない。というのも、禁止したとしても、この事実が根絶されるには至らず、代理母を通じて出生した子は、有効な解決が与えられないままに放置されることになる。それどころか、そうした子に対して、この者を排除する旨の強いメッセージを与えてしまう[57)]。

第二に、代理母契約を論じよう。これこそが議論の焦点を成し、立法者が介

55）Louise LANGEVIN, «Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec : une difficile réconciliation», (2010) 26 *Rev. Can. D. Fam* 171, 195 ; CASTELLI et GOUBAU, *supra* note 48, p. 231 ; PINEAU et PRATTE, *supra* note 1, p. 683. 差別の主張に対する批判として、参照、François TERRÉ et Dominique FENOUILLET, *Droit civil - La famille*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2011, n° 823, p. 767.

56）*Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2.

入した。端的に言えば、ここでの問題は、いかなる程度において、また、いかにして、親となる意図を持つ者と代理母との間の契約の有効性を承認するのか、という点にある。この契約は、多様な状況の下で締結されうる。第一に、親となる意図を持つ者たちは、異性の二人であることもあれば、同性の二人であることもある。さらに、単身の場合もある。第二に、代理母は、親となる意図を持った者の一人または双方と血縁関係にある場合、姻族関係にある場合、友人関係にある場合、いずれでもない場合、など様々である。そうした関係性の有無が、しばしば、契約が有償か無償かを分ける。第三に、代理母の形態も様々である。たとえば、親となる意図を持つ者のいずれもが、子の遺伝的な親である場合がある。この場合、《代理出産（gestation pour autrui）》という語を用いることができる。代理母と子が関係を持つのは、分娩を通じてのみである。他方、親となる意図を持った者の一方、または、双方とも、子との間に遺伝的つながりを欠く場合もある。父がこれを欠く場合は、第三者ドナーが精子を提供するために関与する。母がこれを欠く場合は、第三者ドナーまたは代理母が卵子を提供するために関与する。したがって、この場合は《代理生殖（procréation pour autrui）》という語が当てはまる。

代理母契約の有効要件についても、具体的制度設計についても、カナダの州レベルでも、国際的なレベルでも、非常な多様性が見られる。たとえば、いくつかの州では、裁判所または立法者が、親となる意図を持った者と代理母契約から生じた子との間に親子関係が定立されることを認めている[58)]。さらに、代理母契約の有効性を承認した法もある。その形態は様々であるが、一般的に

57）禁止こそが採られるべき解決である旨を指摘するものとして、参照、TERRÉ et FENOUILLET, *supra* note 55, n° 824 et 827. 刑罰の強化を主張している。著者たちによれば、この種の社会問題の解決にあたって法律が実効的か否かは、実は重要な要素ではない。［そもそも］いかなる法律であっても完全に実効的ではない。著者たちにとって、論拠の採用の是非が問題ではないのであろう［＝法律が与えるメッセージの方が重要視されている：訳者注］。

58）カナダ法全体について、参照、BUREAU et GUILHERMONT, *supra* note 39, p. 62 ; GIROUX, *supra* note 39, p. 519.

は、親となる意図を持った者の少なくとも一方が遺伝的な親であることを要求する。無償の場合に限定される場合が多いが（イギリス、ニュージーランド）、常にそうであるとは限らない（ロシア、インド）。ギリシアでは、母となる意図を持った女性に対して、胚の移植以前の時点で既に、親子関係を認めている（ギリシア民法典 1474 条）。他方、イギリス、NZ、複数のカナダの州では、代理母は、子の出生の時点で、養子縁組その他の方法で、子を引渡さなければならない、とされている[59]。

これに対して、代理母契約を拒絶しつづけている法もある。フランス法がその典型である。フランスでは、直近の生命倫理諸法の改正に際して大きな議論が起こり、元老院で法案が議員提出されたりもしたが[60]、民法典 16 条の 7 において、代理出産にせよ代理生殖にせよ、その合意の無効が維持されている。また、こうした行為は刑事罰の対象となる。あらゆる代理出産・代理生殖は、偽装か隠匿かにかかわらず、身分犯を構成する（仏刑法典 227 条の 12、227 条の 13）。ケベック法も同様であり、民法典 541 条で代理母契約は絶対無効［主張権者の限定がなく、追認もなしえない無効類型：訳者注］とされている。ドイツ法、スペイン法、イタリア法も同様である[61]。

以上の二つの極の間に、代理母に関して法文を持たない法が存在する。したがって、これらの法では、親子関係に関する一般法の条文が適用され、分娩者が子の母とされる。私が間違っていなければ、日本はこの状況にあるはずであ

59）比較法の概観として、BUREAU et GUILHERMONT, *supra* note 39, p. 62 ; Ana Quinones ESCAMEZ, «Conjugalité, parenté et parentalité : La famille homosexuelle en droit espagnol comparé», (2012) *R.I.D.C*. 57, p. 76 ; Sénat français, *Série législation comparée - La gestation pour autrui*, LC 182, janvier 2008.

60）Groupe de travail sur la maternité de substitution, *Rapport d'information*, n° 421, Sénat, session ordinaire de 2007-2008. 参照、Hugue FULCHIRON, «Homoparenté v. homoparentalité ? Le droit français face à la question homoparentale», (2012) *R.I.D.C*. 93, 97. 2012 年 7 月 31 日に元老院に提出された法案は、外国で代理母から生まれた子の出生証書について、フランスの民事身分簿への転記を認める旨を提案している。これは、破毀院の現在の判例を否定するものである。

61）比較法について、参照、BUREAU et GUILHERMONT, *supra* note 39, p. 60.

る。実際、最高裁は、向井事件において、この点を確認した。本件では、親となる意図を持った者は、ネヴァダ州で代理母に依頼をしていたが、子と遺伝的つながりを有していた。しかし、この者のために親子関係を認めることが拒絶されたのである。他の例としては、ベルギー法がある。いかなる法文も、代理母契約を禁じていないし、承認もしていない。もっとも、ベルギーでは、のちに見るように、判例が、養子縁組を通じて問題を解決している。

代理母契約の承認の是非を論ずる著作はかなりの数に上る。ケベックでは、近時、代理母契約の拒否を導く古典的な論拠を総覧する論考が著された[62)]。そこで検討された論拠は、⑴身体の商品化・人の道具化の禁止、⑵女性の健康と自律性の確保、⑶生まれて来る子の利益、⑷公序・公益の保護である。以下では、このうち、二つの論拠をとくに検討する。子の身分の処分不可能性と身体の処分不可能性である。この二つの論拠は、最も古典的なものであるが、いずれも再検討に付され、相対化され始めている。

第一の論拠である人の身分の処分不可能性は、親子関係の伝統的観念、制度的観念の核心部分に位置する。これを放棄するならば、子、および、その親子関係上の身分の物化（réification）がもたらされ、親子関係の私化を帰結する。しかしながら、多くの学説が指摘したように、上述の生殖補助関係の改正は、子の民事身分の処分不可能性という論拠を深刻な仕方で毀損するものであった。実際、ケベック民法典は、生まれて来る子の親子関係上の身分に関して、これを契約化することを認めている。すなわち、特定の条件下ではあれ、当事者による合意の法的拘束力を承認している。これは私的なコンテクスト［＝性的関係を通じた生殖補助など：訳者注］でも承認されている。身分の処分不可能性という原則からすれば、そうした事例は、いかなる点で代理母と区別されるのであろうか。［私的生殖補助・代理母契約の］いずれの場合も、親子関係の事前の放棄が問題となる。

したがって、ケベック法上、代理母契約の拒否を導くものとして残された論

62）参照、BUREAU et GUILHERMONT, *supra* note 39, p. 64.

拠は、女性の身体の処分不可能性のみである。この論拠は、いくつかの仕方で敷衍される。女性の身体を取引の対象としえないこと、あるいは、この取引においては契約の場合と同様の合意はなされえないこと、が含意される。さらに言えば、契約化は、女性の搾取、とりわけ、経済的にも、（生活の選択の余地という意味での）個人の自由に関しても非常に弱い立場にある女性の搾取へと事態を導く危険がある。これは、《生殖の下請（sous-traitance procréative）》の危険と表現される[63]。インドの事例が直ちに想起される。インドでは、2002 年に有償の代理母契約が合法化された。今日では、数千にも上る医療機関が、世界中のカップルにこのサーヴィスを提供している。この分野で積極的な二つ目の国は、アメリカである。ハーグ国際私法会議の調査によれば、元来アメリカには、非常に規模の大きい国際代理母契約の《市場》がある[64]。

以上の論拠は、いまなお支持されるものであるとしても、誰しもが支持するものではなくなっている。この論拠に対する反論として、人体の処分不可能性の原則は、実定法上の原則というよりは、神話として維持されているにすぎない、と主張されることがある。身体および自由は、労働契約を初めとする多くの契約において目的［物］（objet）とされている[65]。また、以下のように付言されることもある。代理母の経済的搾取の危険の指摘は、女性は、その存在論上、搾取されうるものである、という思想に帰着する。そうした言説が、女性の法的無能力を正当化していたのである、と[66]。さらに、この論拠は、代理母の現実に合致するものではない、とも言われる。代理母は、搾取されているどころか、親となる計画に参与することで、自らの役割を開花させ、評価を受けている、という意識を強く持っている[67]。有償の代理出産契約を承認する

63）この問題について、参照、Céline LAFONTAINE, *Le corps-marché*, Paris, Seuil, 2014.

64）Conférence de la Haye en droit international privé, *Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, Mars 2014.

65）BUREAU et GUILHERMONT, *supra* note 39, p. 65-66 ; Michelle GOBERT, «Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes».（2002）91 *RTD civ.* 489, 531.

66）ポズナー判事の表現。BUREAU et GUILHERMONT, *supra* note 39, p. 69 により引用。

よう主張する論者は、経済的利点を主張することさえある。この主張は、女性は《生殖の道具（instrument de la reproduction）》であるという発想を反映していると言える[68]。一部の論者は、禁止や無視といった形で代理母の現状を維持するよりも、これを規制［しつつ合法化］した方が、代理母を搾取から保護することができるとする[69]。これらの主張に、平等のレトリックが付加されることもある。代理母契約は、不妊状態にあるすべての女性に対して生殖を可能とし、ひいてはこの契約によって出生する子の利益が保護される、と主張される。すると、この種の合意の有効性の承認は、必要どころか不可欠である、ということになろう。

しかしながら、以上のすべての主張を検討したとしても、私には、代理母契約の無効は維持されるに値するように思われる。無効は、契約の拘束力を完全に否定するという帰結をもたらす。すなわち、合意の有効性は不確実なままにとどめおかれ、当事者を思いとどまらせることになる。代理母は、分娩者である以上、子の母であり続ける。したがって、代理母は、いかなるサンクションもなしに、代理母契約の履行を拒み、子を保持することができる。逆に、親となる意思を持った者、少なくとも母となる意思を持った女性も、自らの義務を尊重するよう義務づけられない。すなわち、子を認知する、または、養子縁組に同意するよう義務づけられない。このように、無効は、予防的役割（rôle prophylactique）を担う[70]。なんらかの帰結を保証するにとどまらず、方向づけが望まれている現象それ自体を断念させる[71]。これこそが《子のアプリオリな利益》である[72]。しかし、この表現は誤解されてはならない。子が代理母契約の下では出生しない、という利益が唱えられているのではない。そうでは

67）BUREAU et GUILHERMONT, *supra* note 39, p. 68.

68）BUREAU et GUILHERMONT, *supra* note 39, p. 67.

69）BUREAU et GUILHERMONT, *supra* note 39, p. 68.

70）MALAURIE, *supra* note 5, p. 669.

71）GIROUX, *supra* note 39, p. 536 et 544.

72）Michelle GIROUX, «L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant», (1997) 28 *R.G.D.* 523.

なく、こうした形態での生殖が普及しない、という社会の一般利益が問題なのである。代理母による生殖は、多様な脱法的行為の源泉となるばかりか、様々な困難の温床となりうる。換言すれば、生殖へのアクセスを求める個別利益（親子関係へのアクセスではない。これは養子縁組によって常に可能である）は、社会の一般利益に劣ると主張しているのである。

以上の予防法学的な論拠もさることながら、私には、そもそもいかなる仕方であれ、生まれて来る子の親子関係を定めたり放棄したり移転したりするために、契約を道具として用いてはならないように思われる。遺憾なことに、ケベックの立法者は、2002 年の法改正の際に、［私的生殖補助について］契約化のロジックを採用した。これは、適切ではなく、危険でさえあったように思われる。このロジックは、あらゆる種類の濫用の源になるリスクを孕むばかりか、生じうる困難の解決にとって効果的でもない。

困難の解決にとって契約では不十分であることは、問題を消し去るために契約の無効では不十分であったことによって示される。まさにここで《子のアポステリオリな利益》、すなわち、代理母によって出生した子の利益が問題となる。しばしば以下のように主張される。すなわち、代理母契約を禁ずる法体系は、論理的に、法の迂回による場合であっても、当事者が元来目指していた帰結をもたらしうるあらゆる方法（一般的には養子縁組）をも禁止しなければならない、と。とりわけ、フランスの破毀院の判例が想起される。近年に至るまで、ケベックの判例も同様であった。これが変更されたのである。たしかに、かつての方法は、その効果として、子を、出生の状況に起因する不平等な状態に置いていた。この帰結は、人権の観点からすれば十分ではなかった。しかし、重大なものであったとは思われない。むしろ、代理母契約の拘束力の問題と、いかなる仕方であれ子に親子関係を与える有効な手段がない、という問題とを区別することは、法的論理に適うものである。ケベックの親子関係法は、いかにしてこうした状況を解決しているのであろうか。

この問いに答える前に、インドやカリフォルニア州など代理母が認められている外国で生まれた子の親子関係の定立の問題を見ておこう。向井事件におい

て日本の最高裁に対して提起された問題でもある。ケベックでは、興味深いことに、裁判所においてこの問題が提起されたことはない。行政機関［＝民事身分局：訳者注］において、身分証書の転記が行われているようである。実際、行政機関には、転記の権限がある（137 条）。その際、調査・聴聞を行うこともできるが（138 条）、徹底されてはいないようである。

フランス法では、この問題が幾度も提起され、現在でも大きな議論の対象となっている。破毀院は、2011 年 4 月 6 日の三件の判決において、外国で代理母を用いて生まれた子の民事身分証書の転記を拒絶した。以下のように断定している。《親子関係についてではあれ、代理出産に関する合意に効力を付与することは、フランス法における基本原理である人の身分の処分不可能性に背馳する。当該合意は、外国では適法であっても、民法典 16 条の 7、16 条の 9 の文言上、公序良俗に反して無効である》[73]。この判例は、2013 年にも再言された。その際には、公序よりも、法律に対する詐害（fraude à la loi）が理由とされている[74]。しかし、欧州人権裁判所がこの判例に対して条約違反を言渡した。2014 年 6 月 26 日の二件の判決（Labassée 事件、Mennesson 事件）である[75]。人権裁判所によれば、フランスの判例は、父子関係の定立に関して、代理母から生まれた子が有する私生活を求める権利（droit à la vie privée）を侵害している。この子は、親子関係を定立することができない点で、アイデンティティを求める権利を著しく侵害されている。なお、いずれの事案でも、原告である両親と子との間に、生物学上の関係があった。

ケベック法に戻ろう。学説・判例の関心を惹いたのは、代理母を用いてケベックで出生した子の親子関係の定立の問題であった。父子関係と母子関係とを区別して論じよう。

第一に、父に関しては、状況は比較的明確である。代理母が婚姻していた場

73）Patrick COURBE et Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, 6e éd., Paris, Sirey, 2013, n° 1146, p. 428.

74）Civ. 1re, 13 septembre 2013, *D*. 2013, p. 2382.

75）CEDH, 26 juin 2014, *D*. 2014. 1797.

合、その夫が父として推定される。この者は、父子関係否認の訴えを提起するはずである。これに対して、父となる意図を持った男性は、子の出生の時点で、その父子関係を届出ることができ、したがって、出生証書に父である旨が記載される。実際のところ、この届出は、父となる意図を持った男性が子の遺伝上の父であるか否かにかかわらず、民事身分局が調査をしない限り、実現されうる。この届出とそれに基づく証書への記載ののち、父となる意図を持った男性は、自らのために継続した身分占有が成立するような態様で行動することができる。これにより、場合によっては、親子関係は不可争となる（530 条）。

一部の学説は次のような見解を提出している。すなわち、父となる意図を持った男性が親子関係を主張できることがあってはならない。これを主張できるならば、代理母契約が履行されることになるからである[76)]。この立場は、代理母契約に基づいて外国で出生した子の父子関係の転記を拒否した際に、フランスの破毀院が採った立場である。既に見たように、この判決に対して、欧州人権裁判所が条約違反を言渡した。この問題について、フランス法がいかなる展開をたどるのか、注視する必要がある。

母子関係については、状況はより困難である。ケベック法は、ドイツ民法典 1591 条とは異なり、母子関係について定義を持たない。同条は《子の母はこの者を分娩した女性である》と規定する。とはいえ、ケベック民法典 111 条は、《母は常に確定している（*mater semper certa est*）》という法格言の適用であり、母子関係を分娩の事実に基礎づけている、と一般には考えられている。したがって、分娩者を同定する［医師発行の］確認書にしたがって、代理母に対して母子関係が定立されることになる。ここで指摘されるべきは、フランスでは匿名出産［＝身元を秘匿して子を出産すること。出生証書の母の欄には《X》と記載される：訳者注］が認められているが、ケベック法では認められていない、という点である。出生に際して、代理母が子を届出ない場合は、民事身分局は、聴聞ののち、医師の確認書に基づいて、直ちに［分娩者たる代理母を母として］

76）TERRÉ et FENOUILLET, *supra* note 55, n° 819, p. 763.

出生証書を作成することができる。もっとも、常にそうとは限らないように思われる。実際、出生証書において子の母が同定されていない事案も見られる[77]。

この母の同定の原則は、伝統的に承認されてきたものである。しかし、代理出産の事案（母となる意図を持った女性が遺伝上の母である事案）[78]において、この原則を問い直す判決が一定数存在する。上述のとおり、生物学上の父には父子関係を定立する権利が認められる。ここから、母となる意図を持った女性が母子関係を定立しえないことに疑義を呈し[79]、この女性と子との間の関係を《真の母子関係（vraie filiation maternelle）》と性質づけた判決がある[80]。また、裁判所は、代理出産契約は民法典上の生殖補助に当たりうるのではないかと自問した。しかし、親となる意図を持った者は、生物学上の親ではあるが、《親となる計画の当事者ではない者の遺伝子》（538 条）[81]を利用した者ではない。［にもかかわらず、この者が母となりうるのであれば、］分娩は、親子関係の定立に関して、なんら意味を持たない事実とされていることになる。近年まで争いの余地のないことと信じられてきた母の同定の原則は、動揺を来す。この動揺から、代理母についての社会の認識枠組の変化を確認することができる。新たな観念は、代理出産契約と代理生殖契約との区別を示唆する。前者は有効であるが、後者は無効であることが含意される。しかしながら、541 条はこの区別

77）*Adoption-091*, 2009 QCCQ 628.

78）前注の判決を参照。《ケベックには、分娩者は子の母とみなされるという意味での母子関係の推定は存在しない》（判決 44 段）。たしかに、民法典 111 条は、明示的には、分娩と母の同定とを関係づけていない。フランス法について、Sériaux 教授は、代理母に対して定立された母子関係について、遺伝上の母がこれを争うことはなんら否定されておらず、そうした訴えは実際に受理される可能性がある、と主張している。参照、Alain SÉRIAUX, «Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ?», *D*. 2009. p. 1215, spéc., p. 1218.

79）*Adoption - 09184*, 2009 QCCQ 9058, par. 7.

80）近年の三件の判決による。*A.C.* c. *E.S.* , n° 525-43-005788-092, juge Wilhelmy, 7 janvier 2010, par. 62 ; *Adoption - 10329*, 2010 QCCQ 18645, par. 18 ; *Adoption - 10489*, 2010 QCCQ 19971, par.17.

81）*Adoption - 09184*, 2009 QCCQ 9058, par. 19.

をしていない。同条は《ある女性が他人のために子を生殖または分娩する旨の義務を負うあらゆる契約》は無効であると規定している。したがって、養子縁組の問題に議論が集中する。まさにこの点に展開が見られたのである。

問題は古典的である。子の出生に際して、代理母は、母となる意図を持った女性（さらに、父となる意図を持った男性）による子との養子縁組に同意することができるであろうか？　代理母契約を禁止する法体系であれ、これを無視する法体系であれ、すべての法体系がこの問題に直面している。フランスでは、破毀院大法廷が、養子制度の濫用であると判断した[82)]。ドイツでは、法律において明示的に、代理母契約から出生した子についての養子縁組を禁じている（そもそも代理母契約自体も禁止されている）。イタリア、スペインでも同様である[83)]。反対に、ベルギーでは、代理母契約を禁ずる法文がなく、判例は、状況に応じて、代理母契約の下で出生した子について、養子縁組を認めている[84)]。

ケベック法は、養子縁組について、ただ一つの形態しか認めていない。完全養子縁組である。555 条において、一定の者（そこには、婚姻の有無にかかわらず、配偶者が含まれる）に認められる特別の合意によって、完全養子縁組がなされる。したがって、ここでの問題は、代理母が、子の出生の時点で、555 条における意味で、子の出生を届出た生物学上の父の配偶者（男性または女性）を養親とする養子縁組に同意することができるか、というものとなる。555 条が対象とするのは、子に対して一人の親しか存在しない場面であるが、ここで想定しているケースはそれには当たらない。しかし、判例は、婚姻外での子の出生の場面で、愛人［＝分娩者：訳者注］が［生物学上の］父の配偶者による子の養子縁組に同意した事案において、555 条と同様の帰結を既に承認していた[85)]。

この問題については、学説においても判例においても対立が見られた。まず学説を見よう。親子関係の定立と代理母契約［の有効性］との区別を否定する

82）Ass. Plén., 31 mai 1991, *D*. 1991, 417.

83）BUREAU et GUILHERMONT, *supra* note 39, p. 60.

84）Yves-Henri LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, n° 703, p. 650.

学説があった。子の養子縁組の承諾は、《事実の独裁（dictature des faits）》の下に跪くことを意味するのであり、禁止される契約を履行するに等しい、と主張される[86]。第一に、養子縁組の正当化にとって、子の利益という単一の論拠では不十分であることが理由とされる。子の利益は、解釈基準でしかなく、強行規定を排することができない[87]。第二に、543 条は、養子縁組を、子の利益だけでなく、法律に規定された要件の遵守にも基礎づけていることが理由とされる。この要件には、541 条の 1 も必然的に含まれなければならない。

これとは逆に、養子縁組に好意的な立場をとる学説もある[88]。この学説にとっては、代理母契約の有効性の問題と、子の親子関係の定立の問題との区別が重要となる。養子縁組は、契約の履行ではなく、契約に従たるものでもない。代理母契約の無効は、契約化のロジックを承認しつつ、その拘束力を否定するにすぎない。したがって、当事者は契約上の義務を尊重するよう義務づけられ

85）参照、*Ev. S.* c. *St.K.*, [2005] R.D.F. 1（C.A.）; *Droit de la famille - 2802*, [1997] R.D.F. 891（C.Q.）（原則を承認しつつも、本件事案では養子縁組を否定した）; *O.F.* c. *J.H.*, [2005] R.D.F. 475（判決を読む限りでは、代理出産の事案のようである。しかし裁判所は、これについて無視を決め込み、養子縁組を承認した）.

86）参照、Alain ROY, *Droit de l'adoption*, Montréal, Wilson & Lafleun 2010, n° 39 ; Carmen LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'Adoption. Regards sur le droit français et le droit québécois,* Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n° 513, p. 411 et s. 後者の論文は、含みを持たせている。著者によれば、子の利益はそれのみで法をもたらすことはない。法の役割は《事実の独裁を打ち砕く（briser la dictature des faits）》ことにある。しかしその一方で、結論としては、中間的な道を選択している。単純養子縁組（adoption simple）［≒日本法上の「普通養子縁組」に相当する：訳者注］である。この類型は、ケベック法には存在しないが、近く承認されるであろう。かつて私自身も曖昧な立場を採り、541 条が惹起する困難を指摘しつつも、子の利益の観念を通じて養子縁組の承認へと導かれるであろう、と主張した。［しかし］私の見解は、元来の意図以上に養子縁組を強く否定するものと理解されている。*loc. cit.*, note 4, p. 96.

87）参照、LAVALLÉE, *supra* note 86, n° 513 ; *A.C.* c. *E.S.*, n° 525-005788-092, juge Wilhelmy, 7 janvier 2010. フランスでは、Terré 教授と Fenouillet 教授が、養子縁組という解決について、《法を殺すもの（juridicide）》と表現している。TERRÉ et FENOUILLET, *supra* note 55, n° 820, p. 765.

88）参照、MOORE, *supra* note 39 ; GIROUX, *supra* note 39, p. 534, 536 et 544.

ないが、このことは子の親子関係にはなんら影響しない。契約において親子関係が事前に確定されることが妨げられるにすぎない。契約の無効は、第三者＝子に影響をもたらすことはなく、親子関係の諸規範が適用されることを妨げるものであってはならない。

次に判例を見よう。ケベックの判例は、長い間、学説と同様に不確実であった。養子縁組を求める当事者は、かつては、代理母契約を援用しなかったようである。よって、裁判所は、顕著な事実に属するものと思われたとしても、これについて語らずに済ましていた[89]ように見受けられる。このように考えることができるのであれば、諸判決は、養子縁組の請求にのみ関わるものであったことになる。しかし、これとは異なる事案が相当数現われた。［それらのうち］多くの事案は異性カップルに関係するように見えるが、同性カップルが当事者である旨が示唆されている事案もある。代理出産契約に関わるものもあれば、代理生殖契約に関わるものもある。親となる意図を持った者と代理母との間に［親族関係などの］関係性があることもあれば、そうでないこともある。無償契約の場合もあれば、有償契約の場合もあった。

近年控訴院が判決を下すまでは、事実審裁判例から、徐々に重きを成した一つの傾向を引き出すことができた。すなわち、［前述の］代理出産契約と代理生殖契約との区別である。母となる意図を持った女性と子との間の遺伝的つながりが、判決の主たる考慮要素とされていた（私が間違っていなければ、向井事件に対する東京高裁判決も同様である）。たとえば、代理生殖契約の事案で養子縁組を認めた二件の判決があるものの[90]、上述の区別がされることが適切であるとし［て、代理出産契約であることを理由に養子縁組を承認し］た四件の判決がある[91]。判決は、遺伝上の父には子との間に親子関係の定立が認められるのであるから、遺伝上の母についても同様であるとすれば論理は一貫する、と強調していた[92]。あるいは、代理出産契約において、母となる意図を持った

89）参照、*O.F.* c. *J.H.*, [2005] R.D.F. 475.

90）*Adoption - 07219*, 2007 QCCQ 21504 ; *Adoption - 09367*, 2009 QCCQ 16815.

91）この推論に対する批判として、参照、A. ROY, *supra* note 86, n° 39.

女性による養子縁組は、《真の自然科学上の親子関係（vraie filiation naturelle）》の定立を可能とする、との言及も見られた[93]。これらの判決のうち一件は、代理出産契約から出生した子について養子縁組を認めつつ、次のように判示している。本件での契約が代理生殖契約であったとすれば、《養子縁組は、子に対して、その出生を媒介した者について知る権利を奪う点で、この子の利益に反する場合がある》、と[94]。養子縁組を認めた判決は、数多くの理由に基礎づけられているが、重要なものとして、子の利益、当事者間の信義則[95]、子の間の平等[96]、養子縁組の請求は無効な契約の履行となはらないこと[97]、無効は契約当事者以外の者に影響しえないこと[98]、を挙げておこう。

逆に、養子縁組を否定した二件の判決は、養親が遺伝上の母ではない事案に関するものであった。一つ目の事案は、異性カップルの事案であり、代理母との間で有償の代理生殖契約が締結されていた。代理母は、子の出生の時点で、子を認知しなかった［＝出生に際して母子関係を届出なかった。ケベック法では、母子関係の届出は《母による認知》であると説明される場合がある：訳者注（筆者により確認）］。その後、遺伝上の父が、配偶者のために子の養子縁組に同意した。カップルは、代理生殖契約の事実をなんら秘匿しなかった。裁判所は、契約の無効について受訴したわけではなかったが、養子縁組に対する同意の有効性の問題を、それに先立つ段階から区別することができないものと考えた。縁組請求者は《既になされた行為（fait accompli）》［＝代理生殖契約：訳者注］に基

92）*Adoption - 09184*, 2009 QCCQ 9058. この判決では、代理出産契約は生殖補助に関する規範の対象とはなりえない、と指摘されている。親となる意図を持ったカップルは、この場合、代理母の遺伝子を利用していないことを理由とする。まさしくこれは 538 条の文理解釈であった。そもそもこの条文は、分娩という事実を重要なものと位置づけていない。

93）*A.C.* c. *E.S.*, n° 525-005788-092, juge Wilhelmy, 7 janvier 2010 ; *Adoption - 10329*, 2010 QCCQ 18645 ; *Adoption - 10489*, 2010 QCCQ 19971.

94）*A.C.* c. *E.S.*, n° 525-005788-092, juge Wilhelmy, 7 janvier 2010, par. 51.

95）*Adoption - 09184*, 2009 QCCQ 9058.

96）*Adoption - 09367*, 2009 QCCQ 16815.

97）*Adoption - 09367*, 2009 QCCQ 16815, par. 23.

98）*Adoption - 10329*, 2010 QCCQ 18645, par. 20.

づいて請求していること、子の利益は唯一の基準とはなりえないこと、養子縁組を法律の適用の回避を目的とする操作の一要素とすることはできないこと、《子は、あらゆる点を犠牲にして、母子関係を求める権利までは有しない》ことが確認され、養子縁組の請求は棄却された[99)]。

第二の判決［＝後述の控訴院判決の原判決：訳者注］もまた、異性カップルの事案についてのものである。このカップルは、代理母を用いた。第一子を設ける際に既に同じ方法を用いていた。なお、この事案では、遺伝上の母は、母となる意図を持った女性ではなく、代理母でもなかった［＝第三者からの胚の提供の事案：訳者注］。第一審裁判所は、養子縁組請求を棄却した。その主たる理由は、養子縁組への同意は、違法な所為に基づいており、公序に反する、というものであった[100)]。

以上のように、母となる意図を持った女性が遺伝上の母であった事案と、そうではなかった事案とが区別されている。この区別は、驚きをもたらさざるをえない。第一に、この区別は、異性カップルのためにのみ代理母を認める、という帰結をもたらす。そればかりか第二に、［以下のような論理が区別の背後に隠されている。］既に見たように、541 条は、いずれの場合であっても、代理母契約に無効のサンクションを与えている。したがって、契約の有効／無効の別とは異なる点に、区別のロジックが基礎づけられている。すなわち、分娩した母よりも遺伝上の母が《真の母（vraie mère）》である、という前提が置かれている。あるいは少なくとも、母となる意図を有しているが子との間に遺伝上の関係を欠く女性よりも、遺伝上の母の方が、その置かれている状況は正当である、との前提が置かれている。さらに、この公理を補強するものとして、整合性の欠如の指摘が付加されていた。すなわち、遺伝上の父は子を認知することができるが、母はそうではない、という指摘である。この論拠は、代理母の関与を考慮に入れるならば、まったく説得的ではない。母子関係は、懐胎・分娩、および、遺伝上のアイデンティティ、という二つの本質的要素からなる。代理

99）*Adoption - 091*, 2009 QCCQ 628, par. 77.

100）*Adoption - 12464*, 2009 QCCQ 20039.

母が介在する場合、二つの要素は切り離されるのである。しかし、父子関係はそうではない。たしかに、母子関係の定立に関して、分娩者よりも遺伝上の母を有利に扱うことは検討に値する。しかしそうであるからといって、これとは逆の解決が整合性を欠いていることにはならない。さらに、遺伝上の母に《真の母子関係》が認められる、との主張は、私にとっては、断定的にすぎる主張であり、懐胎・分娩の意義を軽視しているように思われる。こうした区別は、現在の法文からすれば、真の意味で分析に耐えうるものではない。

以上の状況の下、ケベック控訴院が議論に介入することとなった。先ほど最後に言及した事件［= Adoption-12464、脚注 100 を参照：訳者注］の上告審判決である[101)]。この判決は、性質上、原理的判決に値する。控訴院は、全員一致で、原審の判断を否定し、母となる意図を持った女性のための養子縁組を認め、そのための子の送致（placement）［＝縁組の効力発生に先立つ養親への引渡：訳者注］を命じた。控訴院は、《非常に多様な意見が見られる》困難な問題であることを認めた上で、いくつかの理由を挙げている。なかでも重要なのは、旧 541 条とは異なり、立法者は、代理母の枠組みの下で出生した子の養子縁組について、これを明示的には禁止しなかった、という点である。また、子の利益、［具体的には、］出生の状況の如何にかかわらず子を平等に取り扱うべきことが指摘され、さらに、契約の無効と親子関係とを区別する法的論理を正当とし、［養子縁組の承認は］この論理に適合的であるとも述べられている。子は、代理母契約にとって第三者であり、無効の影響を受けない。控訴院にとって、この解決は、《不満足の程度が最も低い（la moins insatisfaisante）》ものであった。

問題は困難であるが、控訴院のアプローチは合理的かつプラグマティックであり、さらに、法的論理にも適っているように思われる。契約の無効は、その履行を否定すること、すなわち、その拘束力を消滅させることを帰結する。この意味で、代理母契約の無効は、非常に正当である。親となる意図を持った者は、代理母が子を引渡さないこと、または、契約上のその他の義務を履行しな

101）*Adoption - 1445*, 2014 QCCA 1162.

いことに対して、サンクションを求めることはできない。同様に、代理母も、親となる意図を持った者に対して、親子関係を引き受けるよう強いることができない。したがって、法は、子の親子関係の《事前の》確定を認めない。この点こそが、代理母契約の禁止の目的である。子の出生の時点での養子縁組は、別の問題である。親子関係に関する規範が、代理母契約がない場合に適用されるのと同じ仕方で適用されなければならない。ここで想起すべきは、［既に見たように、］判例が、なんら疑うことなく、遺伝上の父の配偶者を養親の一方とする養子縁組について、母［＝産みの母である遺伝上の父の愛人：訳者注］の同意を許容していた点である。不倫関係から出生した子について養子縁組を認めるためであった[102]。代理母契約の下での子の出生は、この事案に類似する。このとき、子の出生が代理母契約を経ていたことのみを理由として養子縁組を否定するならば、子の出生の状況を理由として、子の養親子関係の取扱いに差異が設けられることを意味する。非嫡出子の再来である。姦生子に対する差別を否定しておきながら、代理母からの子を忌み嫌うことになる[103]。結局は、親子関係に対して代理母契約の効果が及ぼされていることになる。なぜなら、《代理母契約がなければ、養子縁組が命じられていたであろう》という論理的関係が見出されるからである。

最後に、以上の解決は、法の論理に適うだけでなく、プラグマティックであり、不満足の程度が最も低い、という点を敷衍しよう。実際、養子縁組を否定するならば、逆にいかなる事態が生ずるのであろうか？　重要な点は、この子は、あらゆる者の養子になることができるが、親となる意図を持った者の養子にはなりえない、という点である。これは、実際的な解決として異論の余地があろう。したがって、控訴院の判決は、現行法の規定上、当惑が残りうることに変わりはないとしても、不満足の程度が最も低いものである。

102）*Ev. S.* c. *St. K.*, [2005] R.D.F. 1（C.A.）.

103）Xavier LABBÉ, sous T.G.I. Lilles, 22 mars 2007, *D.* 2007, p. 1251, spéc., p. 1252.　著者は、代理母によって出生した子を、《民事身分上のハンディキャップを負った者》と性質づけている。

ケベックでは、家族法の全面的な改正が予告されている。代理母の問題は、生殖補助の問題と並んで、改正の対象となるであろう。改正に際しては、既にケベック法が開始してしまった展開に対して、ブレーキがかけられる必要があるように思われる。親子関係の私化に向けた展開に対してである。親子関係の私化は、当事者のアイデンティティとその役割について、個人の自由の余地を広げる。しかし、代理母については、問題は単純ではない。契約化のロジックがあらためて承認される危険が大きくなる。養子縁組のメカニズムは、子の出生の時点で、すべての当事者の同意を要請し、同時に、子の利益にすべてを従わせることを含意する。実際、養子縁組は、ひとつの手続であり、代理母という現象をうまく考慮にいれることができる。他方、親子関係の定立を子の出生の時点での届出に依拠させることもできる。この場合、養子縁組の規定は用いられない。代理母は、親子関係の主張を放棄し、親となる意図を持った者に対して親子関係が定立されることに同意する。後者は、親子関係を引き受けることを承諾する。しかしここでもまた、すべての当事者は、出生の時点で、親子関係の定立について、同意を与えないこともできる、という点が重要である。

ここで認識されるべきは、契約は、一定の方向に事態を導きうるような手段ではない、という点である。代理母の問題も、さらに一般的に、生殖補助の問題も、契約を通じて規律されるべきものではない。親子関係は、本来、契約化されうる対象ではなく、契約の無効に付随するサンクションの対象でもない。家族法の私化、個人の平等、その選択の平等、という現象は、家族法を支配し、明らかな形でそれを進展させる。この点に疑いはないが、そうであるからといって、とりわけ、個人の自由の保護、また、子の権利が問題となる場合には、一般利益に関わるあらゆる考慮が犠牲にされてしまってはならない、という点もまた重要である。