

代理母による出生子の法的親子関係

——最近のイギリスにおける“親決定”裁判例を中心に——

家 永 登

はじめに

第1章 イギリスにおける代理出産の法規制

- (1) 代理出産の法規制略史
- (2) 代理出産による出生子の法的親子関係
- (3) 海外で実施された代理出産による出生子の地位
 - (a) Re X and Y 判決 (2008年)
 - (b) Re L 判決 (2010年)
 - (c) Re WT 判決 (2014年)

第2章 親決定の要件を緩和した判決

- (1) Re X 判決 (2014年) の事実関係
- (2) Re X 判決の判旨 (Munby 裁判官)
- (3) Re X 判決の検討
 - (a) 結論を導く3つの要素
 - (b) Re X 判決の意義

第3章 Re X 判決以後の裁判例

- (1) 親決定が認容された事例 (申立期間徒過の事例)
- (2) 親決定が認容された事例 (その他の要件違反の事例)
- (3) 親決定が却下された事例
 - (a) 単身者からの申立て
 - (b) 当事者の同意の欠如
 - (c) 代理母による子の引渡しの拒否

第4章 小 括

——代理出産をめぐる公序と出生子の福祉

はじめに

日本産科婦人科学会の集計によると、2014年に国内の医療機関で実施された体外受精による出生子数は4万7,322人で、同年の総出生子数（約10万3,500人）に占める体外受精出生子の割合は約21人に1人、体外受精による出生子は累計で43万1,626人となったことが報じられている（毎日新聞2016年9月15日）¹。ところがわが国においては生殖補助医療を規律する立法は今日まで制定されていない。生殖補助医療の実施の可否や実施の条件に関する議論は、2000年の旧厚生省の専門委員会報告書に始まって2008年の日本学術会議委員会の代理懐胎に関する報告書までの議論にもかかわらず、その後も進展しないままである。また、生殖補助医療による出生子の法的地位に関する議論も2003年に法務省部会の中間報告が公表されてから10年以上経過した現在も立法化は実現していない²。

生殖補助医療の法規制については、当該生殖補助医療の実施の可否および実施の要件（いわゆる事前規制）の問題と、当該生殖補助医療によって生まれた子の法的地位（いわゆる事後調整）の問題に分けて検討するのが一般的である³。本稿では、生殖補助医療技術の最先進国イギリスにおける代理出産（代理母）による出生子の法的親子関係をめぐる最近の裁判例を紹介する⁴。イギリスでは生殖補助医療の実施要件および出生子の法的

1 デジタル毎日 (<http://mainichi.jp/articles/20160916/k00/00m/040/018000c>) (2016年12月26日閲覧)

2 この間の経緯については、さしあたり家永登「人工生殖によって生まれた子と親子法——代理母・死後懐胎を契機にAIDを見直す」家永＝上杉富之編『生殖革命と親子——生殖技術と家族Ⅱ』（早稲田大学出版部、2008年）201頁以下を参照。

3 家永・同前204頁以下。古くは、家永登「医と法の対話(10) 人工授精」法学教室138号（1992年）40頁などを参照。

4 イギリスにおける生殖補助医療の実施要件（事前規制）に関する現行法については、石原理「英国 Human Fertilisation and Embryology Act の改正」青木清・町野

地位について、1980年代に早くも立法化が実現し、その後も新たな立法や法改正がなされ、判例も蓄積されてきたが、代理出産（とくに海外における代理出産）による出生子の親子関係に関する重要な高等法院判決が2014年に出され⁵、その後これに従う裁判例が続いている⁶。

わが国では代理出産の実施は、日本産科婦人科学会などの専門医団体による自主規制によって禁止されているため、代理母による出産を希望するカップル（単身者の報道例もある）は代理出産を合法化している海外で子を得ているのが現状である（ただし学会規制に反して国内で代理出産を実施した報告も見られる⁷）。現時点では代理出産によって生まれた子の法的地位に関する制定法はなく、判例による民法（親子法）規定の解釈に委ねられている⁸。海外で実施された代理出産による出生子が存在する実態や、「試行」的な代理出産を許容する日本学術会議の提言にかんがみると、代理出産実施の可否の問題とは別に、代理出産による出生子の法的地位をめぐる最近のイギリス法の動向を見ておくことは、わが国の方向を考えるうえでも意義があろう。

第1章 イギリスにおける代理出産の法規制

(1) 代理出産の法規制略史

イギリスは世界で最初に人間の体外受精児を誕生させた国である。当初は体外受精（および人工授精）の手法を用いた代理出産（代理母）に関して黙認の態度をとっていたが、1985年にイギリス人女性がアメリカ人依頼

朔編『医科学研究の自由と規制』（上智大学出版、2011年）325頁以下が詳しい。

5 後出注11)の高等法院家事部長官 Munby 裁判官による Re X 判決である。

6 S. Gilmore and L. Glennon, HAYES & WILLIAMS' FAMILY LAW (5th ed., Oxford, 2016) p. vii は、この一連の判例を近時の子ども法領域における進展の筆頭に挙げている。

7 根津八紘『代理出産——不妊患者の切なる思い』（小学館、2001年）参照。

8 最決平成19年3月23日（民集61巻2号619頁）ほか。

者夫婦から多額の報酬を得て代理母となって出産した Cotton 事件が明るみに出ると、商業的な（営利目的）代理出産を厳しく規制する法律（Surrogacy Arrangement Act 1985. 以下では1985年法と略す）を制定した⁹。同法（1990年改正法）は、代理母契約を非強行的なもの（unenforceable）と規定し、代理母が代理母契約に反して子を依頼者に引き渡さなかったり、反対に依頼者側が子を引取らなかったりしても、代理母契約を根拠に子の引渡しを求めたり、子の引取りを求めることができないこととした。さらに1990年にはヒト胚研究も含めて生殖補助医療を包括的に規制する法律が制定された（Human Fertilisation and Embryology Act 1990. 以下では HFE 法ないし1990年法と略す）¹⁰。

1990年法は代理出産の実施手続きについて規制するとともに（事前規制）、代理出産によって生まれた子と依頼者との間の法的親子関係の成立要件についても規定した（事後調整）。これによれば、代理出産の場合にも懐胎した女性が出生子の法的な母となり（代理母に夫があれば夫が法的な父となる）、依頼者カップル（1990年法では法律婚夫婦のみ。2008年の同法改正法（以下では2008年法と略す）はシビルパートナーシップ関係にあるカップル、永続的な家族関係にあるカップルも可となった）が出生子の法的な親となるためには裁判所の「親決定」（parental order）を得なければならないとされる（1990年法30条、2008年法54条。ただし養子決定を得ることも可能）。

9 Cotton 事件から1985年法制定への経緯については、三木妙子「イギリスにおける人工生殖をめぐる法的状況」唄孝一・石川稔編『家族と医療：その法学的考察』（弘文堂、1995年）360頁以下、1985年法以降については、三木妙子・石井美智子「イギリス」総合開発機構・川井健編『生命科学の発展と法：生命倫理法試案』（有斐閣、2001年）142頁以下を参照。

10 1990年法および2008年法への改正については、石原理・前掲注3）325頁以下、甲斐克則「イギリスにおける生殖医療と法的ルール」甲斐克則編『生殖医療と医事法』（信山社、2014年）175頁以下などを参照。

本稿では、代理母契約に基づいてインド人代理母が代理出産した子とイギリス人の依頼者カップルとの間に法的親子関係を成立させるための親決定に関して、高等法院家事部長官 Munby 裁判官が下した最近の重要な裁判例 (Re X 判決, 2014年)¹¹を紹介して検討するとともに、同判決に影響を与えた先例および Re X 判決の影響をうけたその後の裁判例を紹介する (【年表】も参照)。

【イギリス代理出産関係年表】

- 1978年 世界初の体外受精による女兒 (ルーズ・ブラウンさん) が誕生
- 1985年 Cotton 事件発生 (ただし手法は人工授精)
- 1985年 Surrogacy Arrangement Act 制定。営利目的の斡旋, 広告等を犯罪化
- 1990年 同法改正により代理母契約を「非強行的」(unenforceable) とする規定を追加
- 1990年 Human Fertilisation and Embryology Act 制定 (1990年法)。同法27条1項, 7項は, 国内外を問わず, 代理出産の場合も懐胎した者を法的母とし (2008年法33条1項, 3項も同じ), 30条は依頼者が法的な親となる親決定 (parental order) を規定 (2008年法54条も同じ)。同条7項は「合理的な出費」(expenses reasonably incurred) の支払いを許容 (2008年法54条8項も同じ)
- 2008年 Human Fertilisation and Embryology Act 2008 制定 (2008年法。1990年法の改正法)。親決定の規定はほぼ維持した (54条。依頼者の範囲を拡大したほか, 非営利団体による広告などを認めた)
- 2008年 Re X and Y 判決 (Hedley 裁判官) は, 海外で代理出産の場

11 Re X (A Child) (Surrogacy: Time Limit) [2014] EWHC 3135.

合も親決定が必要と判示

2010年 Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010 (2010年 HFE (親決定) 規則)¹²によって、親決定に Adoption and Child Act 2002, s. 1 (子の福祉の至上原則) を挿入

2010年 Re L 判決 (Hedley 裁判官) は、2010年 HFE (親決定) 規則の挿入により、子の福祉が常に公序に優越すると判示

2014年 Re X 判決 (Munby 長官裁判官) は、54条3項の親決定申立て期間制限を緩和し、申立期間を徒過した後の親決定申立てを認容

2015~16年 AB v CD 判決 (2015年) など、2008年法54条の要件を緩和して親決定を認容する裁判例が続く

(2) 代理出産による出生子の法的親子関係

(a) イギリス法では子を出産した女性 (woman who gives birth to the child) が子の法的な母となる¹³、生殖補助医療による出生児と、子を懐胎・出産した女性との間に遺伝的關係がない場合も、2008年法33条1項によって子を懐胎 (carrying) した女性が母とされているので、代理出産の場合は子を懐胎・出産した代理母が法的な母となり、依頼者カップルが法的な親となるためには、同法54条による親決定を得るか、養子を申し立てる必要がある。

親決定の申立件数は、241件/2014年 (56件/2008年) だったが、実際には年間1000~2000件の代理出産があると推測されている¹⁴。最近では国

12 同規則の原文は <http://www.legislation.gov.uk/ukdsi20109780111491355/schedule1> (2016年8月30日閲覧)。本稿末尾の【Appendix】を参照。

13 J. Herring, FAMILY LAW (7th ed., Pearson, 2015) p. 348.

14 E. Jackson, MEDICAL LAW: TEXT, CASES, AND MATERIALS (4th ed., Oxford, 2016) p. 875.

内における煩瑣な手続きを敬遠し、簡便かつ安価な不妊対策として海外での代理出産が増えており、代理出産で生まれた子の約4分の1は海外の代理母によるといわれる¹⁵。

(b) 親決定の要件

2008年法54条1項は、(a)生まれた子が、申立人（依頼者カップル）のいずれかの者以外の女性に移植された胚，精子と卵子，または彼女に対する人工授精の結果として，その女性が妊娠した場合で，(b)その胚の形成に，申立人の少なくとも一方の生殖細胞が用いられ，かつ(c)本条の第2項から第8項までの条件が満たされている場合に，申立人は，生まれた子を申立人の子として扱う旨の決定（親決定）を申し立てることができるとする。これら要件のうち，親決定の申立期間に関しては，申立人は，子が出生した日から6か月以内に親決定の申立てをしなければならないと規定されているが（同条3項）¹⁶，この期間制限は厳格に適用され，6か月以上経過した後の申立てはすべて却下されてきた。上述の Re X and Y 判決（2008年）以来，JP v LP 判決（2014年）¹⁷や，Re WT 判決（2014年）¹⁸においても，本条項の期間を徒過した後の申立ては救済できないとされてきたが，Re X 判決（2014年）はこれを変更し，期間制限を大幅に緩和することになる。

(3) 海外で実施された代理出産による出生子の地位

このように，イギリスでは代理出産も含めた生殖補助医療の実施の可否および実施する際の要件について厳格な法規制を定めるとともに，生殖補助医療によって生まれた子の親子法上の地位についても規定を設けた。し

15 C. Fenton-Glynn, "The Difficulty of Enforcing Surrogacy Regulations" Cambridge Law Journal [2015] p. 34.

16 54条の条文は本稿末尾の【Appendix】を参照。

17 JP v LP (Surrogacy Arrangement: Wardship) [2014] EWHC 595 (Fam).

18 Re WT (Foreign Surrogacy) [2014] EWHC 1303 (Fam).

かし、海外で実施された生殖補助医療（とくに代理出産）に関しては、現地法によって依頼者カップルが法的な父母とされる場合にも、イギリス法上の要件に従った親決定を得る必要があるか否かは明確でなかった。本節では、海外で実施された代理出産による出生子と依頼者カップルとの親子関係（親決定）のリーディングケースになった Re X and Y 判決（2008年）およびこれに続く Re L 判決（2010年）、Re WT 判決（2014年）を検討する。

(a) Re X and Y 判決（2008年）

【前注】 Re X and Y 判決¹⁹は、2008年改正前の1990年法のもとの事件であり、海外で実施された代理出産の場合にも1990年法の親決定が必要なことを判示した重要な判決である。同時に、代理母に支払われた金員が1990年法の禁止する「過大な」金銭支払いに当たるか否かを判断した点でも重要である。同判決において Hedley 裁判官が示した親決定の許否に関する判示は、後の Re X 判決（2014年）や、Re WT 判決（2014年）などにおいて、HFE 法（1990年法ないし2008年法）の行為規制に従わない代理出産によって生まれた子についての親決定の許否一般に妥当する基準として常に援用される。

【事案】 イギリス人の A 夫婦は国内での不妊治療によって子を得られなかったため、ウクライナ人女性（既婚で夫がある）と代理母契約を締結し（ウクライナ法では合法）、依頼人（夫 A）の精子と匿名ドナーの提供卵子を受精させて代理母に移植し、代理母が双子を出生した。イギリス法（1990年法27条）によれば懐胎したウクライナ人女性（代理母）が双子の母となり、代理母契約に同意した（代理母の）夫が双子の法的な父となる [5]。A 夫婦から親決定の申立てがあり、2008年7月からの審理の末、同年12月9日に親決定を認める判決が下された。

双子のイギリスへの入国資格の有無、双子の法的な親を決定する準拠法

19 Re X and Y (Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030 (Fam)。[n] は判決自体に付されたパラグラフ番号である（以下同）。

など、申立人が提起した争点が多岐にわたるが（申立人の代理人は Theis 勅選弁護士）、Re X 判決を含めたその後の諸判決との関係で重要な争点は、代理母となった女性が新しいフラット購入の保証金に充当する目的で代理母契約を締結し金銭を受領した点が、1990年法30条7項（現行2008年法54条8項）に違反するか否か（違反していればA夫婦に親決定が認められない）である [7]。ちなみに、イギリス法によれば本件双子は本来イギリスに入国する資格を有しないが [9]、移民局がDNA検査を実施したところ申立人の夫Aが双子の生物的な父と判明したため、移民局の規則外の裁量による入国許可（discretionary leave to enter “outside the rules”）が与えられ [10]、現在双子はイギリス国内で申立人夫婦のもとで生活している。

【判旨】 現行2008年法54条8項と同じく（まったく同一文言）、1990年法30条7項は、親決定を認容する場合に「裁判所は、以下の [(a)~(d)の] 目的で、金銭その他の利益（合理的に被った出費は除く）の授受が夫または妻によって行われていないことを確認しなければならない。(a)本決定 [親決定] を行うため、(b)本条5項が要求する同意 [代理出産に対する代理母の同意等] のため、(c)子を夫および妻に引き渡すため、または、(d)本決定に関するあらゆる合意を行うため。ただし、裁判所が許可した場合を除く（unless authorised by the court）」と規定する [17]。

本件では、ウクライナ人代理母に対して、妊娠中は月235ユーロ、双子の出産時に総額25,000ユーロ（うち80%はウクライナでの出生登録のための公証された母の同意書作成の費用として、残りは出生から6週後に親決定申立のための代理母の同意書のため）が支払われた。これらの支払いはウクライナ法では合法とされる [17]。代理母は、妊娠中の収入減や医療費などの出費はあるが、いかに説明しようとも本件の支払総額は「合理的に被った出費」（‘expense reasonably incurred’）を大きく超えている。代理母はこのうちの何がしかをフラット購入の保証金に充てるために貯蓄す

ると申立人側の証拠が示している。本件親決定の申立ては、過大な出費としてイギリス国内法に違反する本件支払いを裁判所が許可しない限り、認められない [18]。

このように、Hedley 裁判官は、30条7項の最末尾の文言（unless authorised by the court）を、同条項の制限を超えた支払いがあったとしても裁判所の許可があれば親決定は認められると解釈する。その根拠として、「裁判所の許可」の基準を審査した控訴院判例は存在しないが²⁰、Re C 事件（2002年）²⁰で Wall 裁判官が、Re Adoption Application 判決（1987年）²¹における Latey 裁判官の理由づけを引き継いだものとして採用した基準に賛意を表明する。Wall 裁判官は、(i)当該支払いは本当に「合理的に被った出費」か否か、(ii)もし (i が) 否としたら、裁判所は当該支払いを許可するか又は許可すべきか、という2つの質問を立てたうえで、このような事後的な許可は法的に可能であるとしたが²¹、Hedley 裁判官もこれに賛成する [19]。

制定法はこのような許可の根拠について何の指標も与えていない。公序（public policy）が商業的な代理母を合法と認めないことは明白だが、同時に、場合によっては合法と認めるべき理由がありうることも明白である [20]。子の福祉以外の何らかの理由を議会が考慮したとは考えにくい。30条の親決定の恒久的な性質を考えると、裁判所は、1989年子ども法（Children Act 1989）における「未成年者」的な視野の福祉ではなく、2002年養子及び子ども法（Adoption and Children Act 2002）における「生涯にわたる」（‘lifelong’）視野での福祉を採用すべきである。しかし、30条7項の背後にある公序の全き有効性にかがみると、福祉の考慮は重要（important）ではあるが、至上（paramount）ではありえないと Hedley 裁判官はいう [20]²²。

20 Re C [2002] 1 FLR 909.

21 Re Adoption Application (Payment for Adoption) [1987] 3 WLR 31.

公序の問題について、諸判例は、裁判所が3つの質問を自らに課すことを提案しており、Hedley 裁判官もこれに同意する [21]。すなわち、(i) 支払いの総額は合理的な出費として不相当 (disproportionate) か、(ii) 申立人は、代理母に対して誠意をもって (in good faith)、道徳的な汚点なく ('moral taint') 対応したか、(iii) 申立人は、当局に対する欺罔的な企てに関与していないかである。本件事案ではこれらの問題はない [21]。

上記(i)は難問であり、その解答は当該代理母の合意がどこで [どの地域で] なされたかによってかなり異なりうる [22]。評価の基礎は、例えばカリフォルニアの都市部とインドの田舎とではまったく異なる。ウクライナ都市部の関連する生活費はイギリスのそれと比較しうるが、ウクライナの田舎のそれはまったく異なる。証拠によれば、本件支払いは、「合理的に被った出費」としてそれほど過大ではなく、本件において親決定を認めることが公序に敵対する受け入れがたいものであるとはいえない [22]。本件において、子どもたちの福祉は、子らが生涯にわたって申立人家族のメンバーと見なされることを要請しており、本件事情のもとで本件支払いは1990年法30条7項の範囲内のものとして許容することができると Hedley 裁判官は結論する [23]。

ただし、Hedley 裁判官は、本件 [親決定] を許可する手続に居心地の悪さ (most uncomfortable) を禁じえないと付言する [24]。商業的な代理母を禁止する立法の権限が議会にあることは明らかであり、裁判所が裁判においてこの政策的考慮を実施することを期待する権利が議会にあることも明らかであるが、同時に、この政策の厳格さは生まれてくる子の福祉の考慮によって緩和されなければならない。事件が裁判所に持ち込まれた時点で、親決定の拒絶によって子（とくに海外にある子）の福祉が大きく

22 ただし、2010年 HFE (親決定) 規則によって、親決定に際しても子の福祉が至上の考慮事項とされたため、この判示部分が今日では維持できないことは後述する (Re X 判決 (2014年) の項を参照)。

損なわれることが全くないという状況を想定することはほぼ不可能である。もし公序を本当に実現させるのであれば、裁判所で30条の申立ての最終審理を行うよりもはるかに以前の段階で実現されなければならない。養子に関しては、子のイギリスへの入国にかかわる諸規則および2005年涉外的養子に関する規則によって規制されている。イギリスへの入国許可の時点は、商業的な代理母契約禁止を効果的に実現する最後の実際的な機会である [24]。ただし、近年のヨーロッパ人権裁判所判例に従えば、このような場合に子の入国を拒絶することはヨーロッパ人権条約8条（家庭生活の尊重）に反するものとされる可能性が大きい²³。

近年養子を得ることが困難となり、生殖医療におけるドナーの匿名原則も変更されたため、営利的代理母が合法とされている地域で代理母を利用する道を選ぶ誘惑にかられる依頼者がますます増加するだろう。本件はそのような道を選ぶ前に考えておくべき注意事項を提供している [26]。海外で代理母を依頼するものが直面する落とし穴は多い。(1)利用できる情報の質は多様であり、誤解に導く情報も多い、(2)報酬支払いのように、意図せず予見もしなかった法の潜在的な衝突の可能性、(3)深刻な移民（入国）の問題、海外の代理母（とくに既婚者）による出生子のイギリスへの入国資格、(4)30条は婚姻したカップルだけが利用できる（この点は2008年法で改正された）、(5)他のすべての落とし穴を免れたとしても、最後に、30条による親決定は、代理母が絶対的拒否権（absolute veto）を行使しないことにかかっている²⁴[27]。なお、現在議会では HFE 法の改正作業が進行中

23 ちなみに、ドイツ連邦裁判所2014年12月10日判決は、ドイツ国内での代理母禁止にもかかわらず、海外で代理母契約によって生まれた子と依頼人両親との間に法的親子関係を成立させた外国判決の効力を承認すべきであるとした（J. von Hein “German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy” Conflict of Laws. net (March 4, 2015)). (<http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/>) (2016年9月5日閲覧)

24 イギリス法では代理母契約は裁判強行性がないため、代理母は合法的に子の引渡

のため、近年の難問を示すために本件を公開法廷に移送した [29]。

【検討】 Re X and Y 判決において Hedley 裁判官はおおむね以上のように判示し、依頼人夫婦からの親決定申立てを認容した。本判決は、海外で実施された代理出産によって生まれた子について、たとえ現地の裁判所によって依頼者を法的な親とする判決を得た場合でも、2008年法による親決定（か養子決定）を得なければ、依頼者はイギリス法における法的な親になることができないことを明らかにした。現実には、海外の代理母によって子を得た依頼者の多くは、親決定を申し立てないまま子を事実上養育しているケースが多いといわれるが、親決定を申し立てない場合には、後に法的な親子関係をめぐる紛争が生ずる恐れがあることが指摘されている²⁵。後の Re X 判決（2014年）において Munby 裁判官は、親決定の許否を決する基準を示した重要な先例として、本判決や Re L 判決（2010年）、Re WT 判決（2014年）などを援用しているが、HFE 法の金銭支払い制限や申立期間制限の要件を緩和するこれらの裁判例には、親決定を得ることなく事実上子を養育することで将来紛争が生ずることを回避するため、依頼者に親決定の申立てを奨励する政策的意図も窺うことができる。

(b) Re L 判決（2010年）

【前注】 Re L 判決（2010年）²⁶で、Hedley 裁判官は、自身が判決した Re X and Y 判決（2008年）および Re S 判決（2008年）を引用し、本件にかかわる基本原則は Re X and Y 判決に表明されていると述べる。前 2 件と異なるのは、本判決では、2010年 HFE（親決定）規則の制定が大きく影響している点である²⁷。ただし、商業的な代理母を規制するのであれば裁判

しを拒否することができる。

25 E. Jackson, *op. cit.*, n. 14, p. 883. ほか。

26 Re L (Parental Order: Foreign Surrogacy) [2010] EWHC 3146 (Fam).

27 同規則については本稿末尾の【Appendix】を参照。

所に申し立てがなされる前の段階、国境かそれ以前の段階で実施すべきであるという主張は前の2判決と変わらない。

【判旨】 本件はアメリカのイリノイで行われた商業的な代理母契約に関する [3]。契約はイリノイ法のもとでは合法だが、イギリス2008年法のもとでは非合法であることは疑いない。理由は簡単で、イギリスでは合理的に被った出費以外の金銭の支払いを禁じているが、イリノイにはそのような制限はないところ、本件において合理的な出費の範囲を超える金銭の支払いがあったことは明らかだからである [3]。かかる支払いは、2008年法54条8項のもと裁判所によって事後的に許可されない限り、親決定を行うことはできない [4]。議会は、親決定の申立人の範囲を拡大することを除いて、2008年法54条では旧法30条を踏襲した [5]。親決定に関する法は、子の福祉にかかわる重要な変更が加わったほかは、新法によって何の影響も受けない。

本件において、54条1～7項が満たされていることは詳述の必要はない。新法への移行措置期間も満了したので、子の出生から6か月以内という親決定申立の絶対的期間制限 (mandatory period) は、現在ではすべての申立人に適用され、裁判所によって延長することはできない [6]。

Hedley 裁判官は、本件支払いを2008年法54条8項に合致するものとして許可した [7]。Re S 判決 (2009年) で示された政策原則 (policy principles) は現在も適切なものであり、本件でも満たされている²⁸。Re S 判決で同裁判官が採用したアプローチでは、「補償」(ないしその類似語) という名目の支払いは、ひとまず合理的な出費を超える支払いと見なされる。「慣習的な」金額や、「慣習的な」出費から (合衆国と西インドとの比較がはっきりと描き出すような) ガイダンスを得ることはできなかった。各事案ごとにその事実関係に即して吟味する必要がある [7]。また、本件申

28 Re S 判決で示された公序事項については、後述の本判決【検討】を参照。

立人のような注意深く良心的な両親の大部分が誤った情報を与えられていること（本件ではイギリスにおける代理母の見通し）、さらには、イギリスへの再入国の問題（本件では合衆国のパスポートを有する子どもに一時的滞在許可が与えられた）も残っている [8]。

新法における重要な変更は、福祉テストにかかわる。2010年 HFE（親決定）規則は54条の申立てに2002年養子及び子ども法（Adoption and Children Act 2002）第1条の規定を挿入した [9]。事実、Re X and Y 判決において裁判所は子の福祉を考慮する際に2002年養子及び子ども法の視点（perspective）を採用していた。しかし、今回変わったことは、福祉はもはや裁判所のたんなる「第一の」考慮事項ではなく、「至上の」考慮事項となったことである [9]。福祉テスト導入の効果として、公序の考慮と子の福祉の考慮とを衡量する場合には、決定的に子の福祉を優越させなければならない [10]。したがって、裁判所が親決定を却下できるのは、公序が損なわれることがきわめて明白な場合だけであり、そうでない場合には子の福祉の考慮が親決定 [認容] を支持する。福祉原則は、もし商業的な代理母を規制したいのであれば、裁判手続きが開始される前に、例えば国境やそれ以前の段階で規制する必要があることを強調する [10]。

子の福祉の至上性にもかかわらず、裁判所は、54条8項の許可を適用するに際しては、Re S 判決で示された公序事項を見すえた慎重な吟味を今後も続けるべきであるとともに、公序を今後も慎重に吟味し続けるであろうことを周知すべき旨を強調することが重要である [12]。

【検討】 本判決の最大の特徴は、親決定の許否を決定する基準として2010年 HFE（親決定）規則が導入した子の福祉を至上の考慮事項とする原則に従って、代理母に対してかなり過大な金銭が支払われたにもかかわらず、2008年法54条8項但書の裁判所権限を行使して上記支払いを許容し、親決定を許可したことである。本判決は、金銭支払いの許否は事案ごとに検討されるとするものの、2010年 HFE（親決定）規則の制定によって、

商業的代理母の禁止という公序と生まれた子の福祉との衡量に際して、裁判所が親決定申立てを却下できるのは公序違反が明白な場合に限られると判示した。

なお、本判決が援用する Re S 判決（2009年）で示された「公序事項」とは、(1)商業的代理母契約がイギリスの子どもケア法を迂回するために利用されたのではないことを確認すること、(2)海外での児童売買の支払いと見られる金員が含まれないように裁判所がしっかり注視すること、(3)裁判所には適正であるように見える金銭が実際には代理母の意思を圧迫するような金額でないことをしっかり確認することの3つである²⁹。

(c) Re WT 判決（2014年）

【前注】 Re WT 判決（2014年, Theis 裁判官）も³⁰, Munby 裁判官が Re X 判決（2014年）において援用した判決である。本件は、代理母の無条件の同意の存否（54条6項）および代理母契約に伴う金銭の支払いの可否（54条8項）が争点となったが、インドにおける代理母出産の実情がよくわかる事案である。

【事案】 本件申立人は KR, BR という非婚の異性カップルである。KR の精子と匿名ドナーから提供された卵子による受精卵を未婚の代理母 SA に移植し、2012年10月に WT が生まれた。申立人は2008年法54条により親決定を申し立てた。申立人は、4年間11周期に及ぶ体外受精に失敗し、養子はかなりの遅延が見込まれたため、代理母によることを決意し、インドのクリニックを通じて代理母契約を締結した [1]～[6]。

申立人は2011年5月に訪印し、同月20日に登録をした。申立人に代理母

29 Re S (Parental Order) [2009] EWHC 2977 (Jud), para 7.

30 Re WT (Foreign Surrogacy: Payment) [2014] EWHC 1303 (Fam). 判決文は Family Law Week (<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed129278>) から引用。

の情報は提供されず、同年12月に代理母（SA）の署名入りの代理母契約書のコピーを交付されたほかは（契約書にはSAの父が同契約を承諾した旨が記載されていた）、WTがインドを出国するための旅券を申請する際に、SAのIDカードのコピーと預金残高証明書が提供されただけであった [7]～[9]。

申立人は代理母契約のために総額で約28,000ポンドを支払ったほか、法的文書のために追加を支払った。この金額には4回の胚移植が含まれている。申立人は毎週妊娠経過の報告を受けたが、代理母の健康に関する情報はなかった。2012年10月2日に妊娠36週でWTが生まれた。陣痛が始まった時点で連絡を受けた申立人はすぐにインドへ向かい、WTの出生から2時間後にはクリニックに到着した。WTはイギリスへの出国手続きが済むまで申立人とホテルに滞在した。申立人はイギリス領事館でWTを英国市民として登録申請し、WTを伴ってインドを出国するための英国パスポートないし緊急パスポートを発給された [10] ～ [13]。

これらの申請のために2012年10月12日、13日付で以下の公証文書がクリニックから提供された。

(1)「宣言付き領収書」は、SAが「代理母補償」として、食費、旅費、妊娠中の生活費、ケアテーカーや医師からのサービス費とともに35万ルピーを受領したことを確認し、SAが、申立人が出国ビザを申請すること、および今後WTに関して権利を主張しないことに同意する旨を確認した。(2)自身が独身で結婚していない旨のSAの宣誓供述書。(3)「異議なき旨の確認書」SAがすべての支払いを受け、自らの自由意思で契約を締結し、WTに関する一切の権利と責任を放棄し、WTが英国市民権を認められることに異議がない旨のSAの確認 [14]。

申立人は、WTの英国市民権および緊急パスポートを取得し、(若干の齟齬を来した後 [15])、2012年12月10日に、WTとともにインドを去って、それ以降当地の彼らの家庭で生活している [16]。

2008年法54条による親決定を申し立てるための〔公定の〕合意書であるA101A書式は、2013年2月23日にSAが署名し、公証人によって公証され〔17〕、2013年3月14日に親決定が申し立てられた。Theis裁判官は、2014年3月4日に最終審理を行った。その主要な関心は以下の4点にある。

(1) SAが署名した文書はA101Aも含めてすべて英文で書かれているが、彼女は英語を話したり、読み書きができたのかに関する情報がない。

(2) 申立人はSAと会っていないため、彼女の母語や読み書き能力のレベルを知らない。

(3) これらの文書にSAの署名がなされた状況に関してクリニックに照会したが、返答はなかった。

(4) SAを探し出す試みは不成功に終わった〔18〕。

最終審問までに、申立人は、2014年2月28日付けのインドのBaria弁護士宣誓供述書を提出した。この供述書は、A101Aを含めたすべての関係文書を再度SAに読み聞かせ、すべてを理解して署名したことを確認した〔22〕。

【判旨】

54条の要件 WTは、KRの精子と匿名ドナーの卵子を用いた胚移植によってSAが代理母出産した子である。DNA検査は行われていないが、クリニックからの文書はKRとWTとの間の生物的つながりを確認しており、証拠写真からKRの人種が本条（54条1項）の要件を満たしていることは明らかである〔24〕。申立人らは2002年以降のカップルであり、永続的な家族関係にあることは明らかである（54条2項）〔25〕。親決定の申立てはWTの出生から6か月以内になされた（54条3項）〔26〕。WTは出生直後から現在まで申立人のケアのもとにあり（54条4項a号）、申立人はともにイギリスに本拠があり（同条項b号）、ともに18歳以上である（54条5項）〔27〕。

SAの同意については、〔SAの署名のある上記〕代理母契約書、宣誓供

述書、宣言付き領収書、異議なき旨の証明書など、SAが自由意思で十分に理解したうえで代理母契約を締結し、WTの権利を申立人に対して放棄し、親決定の申立てに同意した旨のBaria弁護士による独立の確認および証言がある[28]。私[Theis裁判官]は、とくにBaria弁護士の宣誓供述書により、SAが54条6、7項に従って親決定を行うことに同意していると結論する[30]。

最後に、54条8項の金銭支払いの問題がある。裁判所の関心は、代理母に対する直接、間接の支払いに向けられるが、海外での場合には商業的代理母組織に対する支払いも「合理的に被った出費」として裁判所の許可を得なければならない[32]。本件申立人は一部につき明細書を提出したが、総額で約28,000ドルを支払っている。明細書は不完全だが、最初に11,675ドル、その後6回に分けて2,500ドルをクリニックに支払った。その他出産後の管理費用245ドル、公証費用260ドル、SAの旅費350ドル、宅配費用45ドルが別個支払われた[33]。SAは35万ルピー[約4375ポンド]を受領したとBaria弁護士に確答しており、この金額は（支払いが裁判所で許可された）他の事案と同額である[34]。本件でなされた金銭の支払いが許容できるものか否かを検討する際に関係する原則は、Re X and Y（2008年。とくに同判決の[19]、[20]）をはじめとして、これに従う裁判例によって³¹強固に確立している[35]。

(1) 支払い額が「合理的な出費」として不均衡か否かは、各事案ごとの事実問題である。裁判所が考慮するのは、その額が低額すぎて代理母を不当に搾取していないか、あるいは高額すぎて代理母の自由意思を奪うような不当な影響を与えないか、である。

(2) 54条8項を基礎づける原則として裁判所が尊重しなければならないのは、実質的には海外での子ども売買と見なされるような過大な支払いを

31 Re S [2009] (前掲注29), Re L [2010] (前掲注26) などが挙げられている。

容認することは公序に反するというものである。

(3) しかし、2010年 HFE（親決定）規則によってもたらされた変更の結果、事後的に金銭支払いを許可するか否かの決定に際して、裁判所は子どもの福祉を至上の考慮事項としなければならない。

(4) その結果、親決定の申立てが裁判所に提起された時点において、親決定を却下したとしても、子ども（とくに海外にある子ども）の福祉が深刻に損なわれることはないというような状況を想定することは難しい。結果として、「裁判所が親決定を却下することができるのは、公序が損なわれることが最も明白な事案のみに限られる、もしそれ以外の場合であれば、福祉の考慮が親決定の認容を支持するだろう」³²[35]。

(5) 親決定の申立人が誠意をもって行動し、代理母に対して道徳的な汚点なしに対応しており、当局を欺罔するような企てもなく、かつ支払額もそれを許容することが公序に敵対するような不均衡なものではない場合には、裁判所は、子どもの生涯にわたる福祉の至上性を考えて、裁量権を行使して事後的な許可を与えるのがたいていの場合は適切であろう [35]。

本件申立人は一貫して誠意をもって行動し、道徳的な汚点もなく、インドおよびイギリス当局に対しても誠実であった、クリニックへの支払い額も商業的な代理母が合法とされる同地のクリニックが設定した額であり、ST（本件代理母）に支払われた額もクリニックが設定した額であり、当裁判所が以前に許可した額と同額である。STが代理母契約に自由意思で同意したのではないことを示す証拠はない [36]。本件の状況のもとでなされた、合理的に被った出費以外の支払いは、裁判所によって許可される [37]。

福祉（welfare） WTの生涯にわたる福祉が、2002年養子及び子ども法1条に従って、裁判所の至上の考慮事項となる。私は、親決定調査者

32 Re L [2010]（前掲注26）における Hedley 裁判官の判示（para. 10）の引用である。

(Parental Order Reporter) としての Ms. Brooks から多大の恩恵を受けた。福祉チェックリストを検討し、裁判所が54条の要件充足を確認することを条件に、親決定を行うことを彼女は勧奨した [38]。すべての証拠は圧倒的に親決定を行うことが WT の生涯にわたる福祉にかなうことを示している。親決定だけが、WT に生涯の安全を提供し、法的な親としての申立人との法的関係を保障する [40]。

【検討】 本判決も親決定を許可することが子の生涯にわたる福祉にかなうとしたが、判決の末尾で、海外で代理母契約を締結する依頼者に対する警告を発している。すなわち、Theis 裁判官は、Re X and Y 判決において Hedley 裁判官が述べた「親への道はサクラソウにかこまれた幸せな道ではなく、むしろ棘ある森のつらい道であった。本件申立人の経験が、この旅につきまとう困難を他の人々に警告することを望む」³³という言葉を用いている [41]。

さらに Theis 裁判官自身の言葉で、海外代理母を依頼しようとしている者に対して以下のような注意を喚起している。すなわち、(1)海外で代理母契約を始めようとする依頼者は、そこに多くの落とし穴があることをあらかじめ知り、早い段階で専門的な助言を得ること、(2)依頼者は、各段階で54条の要件充足を示す（とくに金銭支払に関する）正確な文書を保存しておくこと、(3)申立ては子の出生から6か月以内になければならず、この期間制限を延長する権限は裁判所にはないこと、(4)代理母が自由意思で、無条件かつ十分に関連事項を理解したうえで同意していることは54条の要件の基本部分であるから、依頼人は、代理母が親決定に関する助言を得るための弁護士費用を支払うことを検討する必要があること、その費用や代理母の署名ある文書を彼女が真に理解していることを示すための費用は合理的に被った出費と考えられることなどを指摘している [42]。

33 Op. cit., n. 19, para 2.

第2章 親決定の要件を緩和した判決

(1) Re X 判決 (2014年) の事実関係

本件は、インドで実施された代理出産によって生まれた子について、イギリス人依頼者（婚姻夫婦）が、2008年法の要件に違反して、同法の期間制限である子の出生から6か月が満了した後に申し立てた親決定が認められた事例である³⁴。

(2) Re X 判決の判旨 (Munby 裁判官)

2008年法54条1項c号は、同条の「2項～8項の要件を満たした場合には、……裁判所は、生まれた子を申立人の法的な子として扱う決定〔親決定〕をすることができる」と定める。本件では、「申立人は当該子が生まれた日から数えて6か月以内に親決定を申立てなければならない」とする54条3項に関して、申立人が子の出生から6か月を経過した後に申し立てた場合に、裁判所は親決定をする裁判権を有するか否かが問題となった。これまででは、かかる場合に裁判所は親決定をすることはできないと考えられてきたが、Munby 裁判官は、かかる考えには根拠はないと結論づけた〔2〕。

背景の諸事情

依頼者父 B と依頼者母 P は、1998年に婚姻し、2011年にインドで代理母 G および代理父（代理母の夫）R と代理母契約を締結し、代理母は、匿名提供者の卵子と依頼者 B の精子による受精卵を用いて妊娠し、2011年12月15日にインドで子 X が生まれた³⁵。X は2013年7月6日に、英国の

34 Re X (A Child) (Surrogacy: Time Limit) [2014] EWHC 3135.

35 インドにおける（イギリス人依頼者の）代理母契約の実情については、E. Jackson, *op. cit.*, n. 14, p. 877 ff. を参照。

(British) パスポートで英国 (UK) に入国した。入国の時点で54条3項の期間制限は徒過していたが、その理由は、依頼者が、54条3項の文言はもちろん親決定の必要も知らなかったためである。2014年1月6日、Plunkett 裁判官は、Xに関する親の権利を代理母（とその夫）が明確に放棄し、譲渡したことを説明した [3]～[5]。

問題点 (The problem)

インド法では代理母契約は有効であり、代理母が婚姻している場合は代理母とその夫が子の法的父母として扱われ、依頼者夫の権利は排除される。これはイギリスの2008年法35条でも同じであり、Xについて代理父母がイギリス法上の親責任 (parental responsibility) を負う。依頼者父母はイギリス法上は何の権利も持たない。2008年法48条1項により、すべての目的に関して、代理母およびその夫がXの親とされる。[イギリス法において] 依頼者父母がXに対する親の権利ないし親責任を得るためには、裁判所の決定が必要である。本件依頼者が望んでおり、Xの最善の利益のために必要なことは、代理父母のすべての権利・責任を永久に消滅させ、それらを依頼者父母に与えることである。かかる結論は、2002年養子及び子ども法46条に基づく養子決定によるか、2008年法54条に基づく親決定によるしかない。養子決定はXと生物的なつながりのある依頼者夫にとって魅力ある選択とはいえ、親決定こそがXにとって法的、心理的に最適の解決であり、Xのアイデンティティの実際的、心理的重要性を確認するものとして、養子決定より好まれる。依頼者夫がXの生物的父であり、すべての当事者が最初から依頼者夫を子の法的父になるべきであると考えている [6]～[7]。

訴訟の経過

2013年6月に本件依頼者父母は別居した (separated. 離婚はしないまま2014年6月に復縁した)。2013年7月9日に依頼者夫は、Xの居住決定 (residence order) を申し立て、Hindley 裁判官はXを裁判所の被後見人

とするとともに X につき生活調整決定を行った。事件は高等法院に移送され、同年 9 月 12 日以降の審理は Plunkett 裁判官のもとで行われた。審理は、2008 年法 54 条の親決定の申立て期間は満了しており、延長することはできないとの前提で進行した。したがって裁判所に可能なことは居住 (residence) 決定か、特別後見人か、後見 (wardship) だけである [と考えられていた]。

2014 年 1 月 12 日の Plunkett 裁判官による決定は、家庭生活への X の権利という重要な論点が本件には存在することを明記した。これは、「54 条の期間制限は延長することができないとしたら、それは [欧州人権条約に] 不適合 (incompatibility) の宣言³⁶が適用されるべきであるという [弁護人の] 指摘を正当化する。[X の弁護人である] Isaacs QC [勅選弁護人] ら (以下では Isaacs 弁護人と略す) は、54 条の文言は命令的 (mandatory) であり制定法上の例外を許さないように見えるにもかかわらず、また Re X 判決 (2008 年, Hedley 裁判官, para 12) や J v G 判決 (2013 年, Theis 裁判官, para 30)³⁷の判示 [ともに期間の延長を認めなかった] にもかかわらず、54 条 3 項の期間制限が絶対的なものでないと主張する。彼女 [Isaacs 弁護人] は、依頼者父母が緊急事態として親決定を共同で申し立てることを提案した。2014 年 2 月 19 日、Plunkett 裁判官の指示に従って、依頼者は、家事手続裁判所 (Family Proceedings Court)³⁸に X に対する親決定を共同で申し立てた。申立ては同年 4 月 30 日に高等法院の Munby 裁判官のもとに移送された。審理において、私 [Munby 裁判官] は Howard v Bodington 判決 (1877 年, Penzance 裁判官)³⁹から始まる一連の

36 1998 年人権法 4 条 (Human Rights Act 1998, s. 4.)。

37 Re X (Parental Order: Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030 (Fam), J v G (Surrogacy: Parental Orders) [2013] EWHC 1432 (Fam)。

38 S. Shah, KEY CHANGES TO FAMILY JUSTICE (Coram BAAF, 2016), p. 5 ff.

39 Howard v Bodington (1877) 2 PD 203.

判例から本件に有用なものを導くことができるかという問いを立てた。2014年6月23日、最終審問が Munby 裁判官のもとで行われた [8]～[13]。

制定法の規定と立法の歴史

2008年法54条は、最初に1990年法30条として規定されたものをほぼ踏襲した。54条は以下のとおりである [14]。

[54条 親決定

(1) 2人の者（「申立人」）(two people (“the applicants”)) による申立てに対して、以下の場合に、裁判所は子を申立人の法的な子として扱うことを認める決定をすることができる。

(a) その子が、申立人のいずれかの者以外の女性に移植された胚、精子と卵子、または彼女に対する人工授精の結果として、その女性が妊娠した場合、

(b) その胚の形成に、申立人の少なくとも一方の生殖細胞が用いられ、かつ、

(c) 第2項から第8項までの条件が満たされていること。

(2) 申立人は、以下のいずれかであること。

(a) 夫と妻

(b) お互いにシビルパートナー同士、または、

(c) 永続的な家族関係のパートナーとして生活している2人の個人で、禁婚関係にない者

(3) 11項の場合〔経過措置期間の特例〕を除いて、申立人は、当該子が生まれた日から数えて6か月以内に親決定の申立てをしなければならない。

(4) 以下略⁴⁰⁾

Isaacs 弁護士が、1990年法30条の制定に至る議会の審議過程を詳細に調

40 同条4項以下の条文は本稿末尾の【Appendix】を参照。

査してくれたが [16]、両院のいずれにおいても、旧30条2項、現行法54条3項に関する何らの説明も議論もなされていない [17]。Re X and Y 判決において Hedley 裁判官は、30条2項の期間制限に関する「何の特別な理由も確認できなかった」(para 12) と注記している。Isaacs 女史も、30条2項の理由を議会は明らかにしておらず、議会の審議も同条項の基礎にある政策について沈黙していると結論する [18]。したがって、私たちに制定法の文言だけが残されている [15]。

54条3項：論点 (the argument)

Isaacs 弁護人の議論は3つの要素 (strand) からなる。第1は2008年法54条3項、第2は法令不遵守の効果、第3は欧州人権条約との整合性である [19]。

〈第1の要素〉は54条3項が定める申立て期間を延長することの可否である [20]。

Re X and Y 判決 (2008年)⁴¹は、入国の遅れが申立遅延の原因だったとしても裁判所には、1990年法30条の期間を延長する権限はないとした⁴² [21]。JP v LP 判決 (2014年)⁴³で、Eleanor King 裁判官は、子の出生から33週目に親決定を申し立てた事案において、本法には制定法上の期間制限を裁量的に延長することを認める規定はないし、固有の裁判権によって制定法の命令的規定を回避できるとすべきであるという議論もなかった、親決定の公序と目的は代理母契約によって生まれた子の法的な親の地位を早期に合意によって調整することであり、期間を延長することは、必然の結果として代理母が依頼者カップルや出生子の人生にかかわり続けることになるので上記公序と両立しないとして、親決定を認めなかった。Re WT 判決 (2014年) で Theis 裁判官も、「親決定は子の出生から6か月以内に

41 Re X and Y [2008] (前掲注19)。

42 Re S [2009] (前掲注29) も同旨。

43 JP v LP [2014] (前掲注17)。

申し立てなければならぬ。裁判所にはこの期間を延長する権限はない」と述べた [22]。

これに対して Isaacs 弁護士は、以下のような先例を援用して反論を行っている [23]。

① A v P 判決 (2011年)⁴⁴(親決定申立て後に申立人の一方 [生物的な父親] が死亡したにもかかわらず親決定が認められた事例) で Theis 裁判官は以下のように述べた。「54条は出生子と申立人の間の法的関係を変動させる効果をもつ決定を認めているが、これは欧州人権条約 8条の家庭生活の尊重の権利に関係がある。本件において子は申立人カップルと一緒に生活しているので、家庭生活が存在する。A は子と生物的なつながりもある。申立てを却下することは、そのような家庭生活に対する干渉となる、すなわち現実の関係を法が認めないことになる [25]。本件で親決定を却下した場合、子はその死亡した生物的父亲との法的関係を形成する手段はない。すなわち、(1)子と生物的父亲かつ依頼人である父の間に法的関係が形成されない、(2)子は父子関係の承認による社会的、情緒的利益を失う、(3)子は父の子と法的に認められなければ経済的な不利益を(相続の際に)被る、(4)子は日々の現実に適合する法的関係を持たなくなる、(5)子は生物的父亲の死亡によって更なる不利益を被る [26]。

② J v G 判決 (2013年)⁴⁵で Theis 裁判官は、「親決定は、以下の点で子の生涯にわたる福祉を保護する基礎となる。(1)共同かつ平等の親の地位と親の責任を両申立人に付与する。(2)イギリス法における被告(代理母)の親としての地位を全面的に消滅させる。(3)親決定の認容により当該子はイギリス市民となり、その子は家族とともに永久にイギリスで生活する権限を与えられる。親決定だけが、子の福祉が要請する生涯の保障と安定を

44 A v P (Surrogacy: Parental Order: Death of Applicant) [2011] EWHC 1738 (Fam.)

45 J v G [2013] (前掲注37)。

子に与える」とした。

③ Isaacs 弁護士は、Re L 判決（2010年）⁴⁶における Hedley 裁判官の判示にも注意を喚起する [27]。Re L 判決は、2010年 HFE（親決定）規則が 54条の親決定申立て規定に2002年養子及び子ども法 1 条を挿入したことによって、子の福祉が裁判所の至上の考慮事項となった結果、公序への配慮と福祉を衡量する際は子の福祉が決定的に優越することになり、裁判所が親決定を却下できるのは公序の侵害がきわめて明らかな場合だけで、それ以外の場合は子の福祉の考慮が親決定の認容を支持する旨を判示した。

A v P 判決（2012年）は、親決定の審理中に申立人の一方が死亡した事案である [30]。1989年国連子どもの権利条約 8 条に関して、Theis 裁判官は、アイデンティティの概念は、子と両親の間の法的関係の承認を含むところ、2008年法54条 4 項の目的的解释の結果によって、子どもと生物的な父親との関係が保持され子のアイデンティティが A 夫婦と結び付けられるのであれば、裁判所は、欧州人権条約 8 条および国連子どもの権利条約 8 条を結合させて解釈した結論に到達するように自ら拘束されるという [32]。同裁判官は、本件 [A v P] において関係条項が満たされていると裁判所が判断することが許されるように54条 4 項 a 号および同条5項を解釈することができるとの結論に達した。その理由は以下のとおりである。

(1)他のいかなる決定（あるいは決定の連結）によっても、A 夫婦が共同でかつ平等に子 B の地位を承認することはできない、(2)8 条 [欧州人権条約か] は同条の権利の制約は比例的かつ正当なものでなければならないとする、(3)本件特殊事情のもとでは、親決定以外のいかなる決定も、A 夫婦双方との関係で B の地位を変更させることができるものはない、(4)54条 4 項 a 号および同条 5 項を弁護士主張のように解釈しても、同条の要件の背後にある目的や公序を侵害することはない、(5) A 夫婦は申立て時点で

46 Re L [2010]（前掲注26）。

は親決定申立て要件を満たしていた、(6)かかる解釈は、1989年国連子どもの権利条約8条に従って、子Bのアイデンティティおよび家族の結合を守る、(7)A夫婦の双方との法的関係を保障するために親決定をすることが子Bの最善の利益にかなうことは明らかである、(8)子Bの出生時からA夫の死亡時までBの家庭はA夫婦と同じであり、現在は妻Aのケアのもとにある、(9)妻Aは36歳である。[33] これはきわめて重要な判決であると Munby 裁判官はいう。

《第2の要素》として Isaacs 弁護士は、Howard v Bodington 判決(1877年, Penzance 裁判官)以来の裁判例の流れを基礎として、制定法の規定が履行されなかった場合の法的効果について論じる [37]。同判決において Penzance 裁判官は以下のように述べた。

「ある事柄の履行が立法者によって命じられた。もしそれを履行しなかった場合どうなるか。もしその制定法が絶対命令的(imperative)といわれるものであれば、裁判所はその不履行を認定した場合にはすべてが不可(fails)であり、それに続く手続きもすべて無効(void)である。他方で、裁判所が当該規定は命令的(mandatory)ないし訓令的(directory)と判断した場合は、もしその不遵守があったとしても、これに続く手続きは不可とはされない。議会制定法の規定の中には、その規定が、関係する主要事項(subject matter)にとって実質的な重要性を持つものであり、その不遵守に対しては以後の手続をすべて無効とすべきであると議会が考えていたとは裁判所には思えないものも多くある。他方で、裁判所がそのようには考えず、その規定は厳格に遵守すべき重要なもので、不履行の場合には以後のすべての手続を無効とすべきものもある。問題は、事案において問題となっている規定がそのどちらに属するかである。その答えは、各事案ごとに、主要事項は何か、無視される規定の重要性、当の制定法が保障しようとした一般的意図と当該規定との関係を考究し、この側面から事案を検討し、絶対命令的かたんなる訓令的かを決することである」と

[37]。

この二分法は近年では好まれない。Regina v Soneji and another (2005年)⁴⁷で Steyn 貴族院裁判官は歴史的 analysis を行ったうえで [38]、次のように判示した。

「制定法の起草においてしばしば発生する問題は、議会が、その命令を絶対命令的な形で (its [Parliament's] commands in imperative form) 規定する際に、その不遵守の効果を明示しないままに規定することである。過去130年間、命令的 (mandatory) か訓令的 (directory) かという要件の区別が進展してきた。要件が命令的な場合にはそれに従わない行為は無効とされ、たんなる訓令的規定の不遵守は無効とはされない。そこに改良が加えられた。例えば訓令的規定は2種類の要件に、すなわち、(1)不遵守 (a failure to comply) があっても行為が無効とされることは決してない純粹に規制的な (regulatory) 性格の要件と、(2)不遵守があったとしても、実質的な遵守 (substantial compliance) が認められる場合には、不遵守が無効とはされない要件である」。Steyn 裁判官は、厳格な命令的 (rigid mandatory) [要件] と訓令的 (directory) [要件] に区別するオーストラリア高等法院に賛成する。重要なことは不遵守の効果であり、議会は本当に全面無効とすることを意図していたかという問いを立てることである。Steyn 裁判官は上記のアプローチを特定の事案に適用する際に、問題となった規定の「目的的解释」“a purposive interpretation” と呼ぶ方法を採用する [39]。

さらに、Isaacs 弁護人は一連の控訴院判例を援用する [41]。Newbold 判決 (2013年)⁴⁸で Burton 裁判官は、「すべての事案で、問題となっている制定法の要件の解釈を行う必要がある。たいていの場合、行為が有効であるためには要件の厳格な遵守が要求されよう。…しかし、適切な遵守

47 Regina v Soneji and another [2005] UKHL 49.

48 Newbold and others v Coal Authority [2013] EWCA Civ. 584.

(adequate compliance) で要件が充足される場合もあれば、要件の不遵守 (non-compliance) が致命的でない場合も存在する。すべての場合に、当該条文の文言をその主要事項、背景、分かるなら要件の目的、当事者の不遵守の現実的、与える影響などに照らして考察する必要がある」と述べた [42]。

《第3の要素》として Isaacs 弁護人が論ずるのは、欧州人権条約および依頼人と子どもの人権である [44]。

A v P 判決 (2011年) は [欧州人権条約] 8条に焦点を当てた分析によって支えられていたが、Isaacs 弁護人は、さらに Pomiechowski 判決 (2012年) および Adesina 判決 (2013年) を援用する。いずれも家事事件ではなく、条約6条に関わるものである [45]。

Pomiechowski 最高裁判決 (2012年)⁴⁹は、高等法院への控訴に際しては、「具体的に特定された7日間以内に控訴の告知がなされなければならない (must be given)」とした2003年管轄国引渡法 (Extradition Act 2003) の規定に関わる。Mance 最高裁裁判官は以下のように判示した。管轄国への引渡し手続は条約6条の「市民権」(civil right) に関わるどころ、1998年人権法3条によって、裁判所は制定法を条約上の権利と整合的に解釈しなければならないから、同条項は「そうすることが可能な限り」(so far as it is possible to do so) と [付加して] 読まなければならない。本件では、議会が、絶対的かつ硬直した控訴期間の制限によってもたらされうる潜在的な不正義を予見していたとか意図していたと信ずべき理由はまったくない。個々の事案において、期間制限が条約6条1項によって保障される控訴手続にアクセスする権利 (Tolstoy v UK (1995年)) を妨げる場合には、制限期間には遅れたが訴訟当事者としてはできうる範囲で適時に申し立てた (has done all he can to bring … timeously) 控訴を許可し、審問する権

49 Pomiechowski v District Court of Legnica, Poland and another [2012] UKSC 20.

限が高等法院に与えられるべきである [46]。Hale 最高裁裁判官も、条約 6 条に依拠することなく同じ結論に至っている [48]。

Adesina 判決 (2013年)⁵⁰でも、制定法上の高等法院への控訴は「具体的に特定された28日間の終了までに申し立てなければならない」とした(看護師助産師規則の)規定が問題となり⁵¹、裁判所がこの期間を延長することを認める明文規定がない場合に、28日間という期間制限が絶対的で例外を認めないのか、あるいは緩和しうるものなのか、緩和しうるとしたらその根拠は何かが問われた。

Maurice Kay 控訴院裁判官は以下のように判示した [49]。「Pomieczowski 事件は、[制定法の規定を]「緩和解釈」して (read down)、その規定が [欧州人権] 条約と矛盾しないように解釈すること、したがって期間制限の絶対的な性質が明らかであるにもかかわらず、多少蛇行する余地 (wriggle room) を残すことを要請している。」さらに、同裁判官は、「高度に厳格な期間制限にはそれなりの理由があるが、しかし、当該看護師または助産師に28日間の期間徒過に非難されるべき理由がない状況でも期間制限を課することは、控訴の権利を認めた制定法のまさに精髓を損なうものである [50]。」「問題は、どこに線を引くかである。議会がかかる裁量を規定する場合には、一定の条件によって制限するのが普通であるが、本法でそうしなかったのは熟慮の結果であることは疑いない。条約 6 条と1998年人権法 3 条が [制定法の規定の]「緩和解釈」を要請しているとしたら、この裁量 [期間制限の延長] は条約の遵守を保障するのに必要な最小限度にとどめなければならない。これは、Pomieczowski 判決で Mance 最高裁裁判官が判示したく裁量は『例外的な状況において』、しかも控訴人が『適時に控訴するために個人としてできることはすべて行った』場合にのみ行使しうる>としたアプローチと同じである」。

50 Adesina v Nursing and Midwifery Council [2013] EWCA Civ 818.

51 Nursing and Midwifery Order, s. 29(10).

Munby 裁判官は、Adesina 事件で採用されたアプローチの〔具体的適用の〕厳格さは、すべての控訴人の控訴を認めなかったことに示されている。そのうちの1人はわずか2日間の遅延で、その理由も専門の弁護士を探して法的援助を受けるために時間を要したためであったにもかかわらず、彼女は救済されなかったことを指摘する [51]。

54条3項：考察 (discussion)

出発点は、Howard 判決 (1877年) で Penzance 貴族院裁判官が明確にし、最近では Newbold 判決で Burnton 裁判官が再び言明した点にある。私 [Munby 裁判官] の任務は、54条3項を、制定法の目標とした事項、背景、(もし分かるなら) その要件の目的、その重要性、その制定法が保障しようとした一般的目的との関係、当事者が遵守しなかった場合の当事者に対する現実的または起こりうる影響などとの関連で、これらの事項に照らして考察することである [52]。これらを検討するに際しては、Theis 裁判官のとくに A v P 判決 (前出 [30]) のすべての言葉に敬意をもって同意する [53]。

2008年法54条は、法的地位の最も基本的な側面にかかわるだけでなく、たんなる法的地位をこえて、子どものまさに人間としてのアイデンティティ、彼が誰であり、彼の親は誰であるかにまでかかわる。これは、彼の個人としての、また家族の一員としての存在の核心である。親決定は、子と代理母および依頼人との法的関係を変動させる効力だけでなく、Xのアイデンティティの現実的、心理的な真実にもかかわりがある。親決定は、養子収養と同様、たんなる法的関係をはるかに超えた広範な影響を及ぼす。それは最も深く個人的、情緒的、心理的、社会的、さらには文化的、宗教的な影響を有する。Thorpe 裁判官が Re J 判決 (1998年) で述べたところだが⁵²、遠い将来にも及ぶすべての感情の現われ (manifestation) と、重

52 Re J (Adoption: Non-Patrial) [1998] 1 FCR 125.

大な結果を伴う親と子との心理的関係を作り出す。その影響は生涯にわたるものであり、すべての現実的な目的にかかわり、かつ不可逆的である。裁判所は、親決定の申立てを審理する際には、子の生涯にわたる福祉を至上のものとして扱うことを要求される。本件 X は2011年12月に生まれ、その余命は75年以上に及ぶと見込まれる。議会は、裁判官が親決定を審理する際に遠い将来をも見すえることを要求した [54]。

以上に照らして、54条3項が規定する [出生から] 6か月の期間制限の存在意義はどこにあるか。議会は立法の意図を説明していないが、親決定の [法的地位をも] 超越した重要性、何十年にもわたって未来に及ぶ影響にかんがみると、議会が、6か月と6か月プラス1日の違いを決定的と考え、1日の遅延を致命的と考えただろうか。54条3項がわずか1日の遅延の場合でも永遠に門を閉ざすと解釈することは賢明 (sensible) ではない。まったく無垢の子が、何ゆえかかる不運 [申立ての遅延] のために門を閉ざされなければならないのか。本条項の背後にある政策は、JP v LP 判決において Eleanor King 裁判官が同定したとおり、代理母契約に基づいて生まれた子に対して、出生後速やかに合意による調整 (consensual regularisation) によって、子をケアする者に法的な親の地位を提供することである。かかる政策は、たとえ僅かな遅延も致命的なものとして解釈することを要求するものでないことは間違いない。同裁判官が言及した「不必要に長引いた期間」は別論である [55]。

Munby 裁判官は、到達した結論が、「裁判所は、もし条件が満たされた場合には、親決定をすることができる」という54条の文理構造によって排除されるかを検討する。そして、そのような狭く術学的な解釈を奴隷的に主張することは、議会が賢明にも意図したと思われる結論に何の効果も与えないことになるとして、54条3項は、申立てが6か月の制限期間満了後になされたというだけの理由で、裁判所は親決定を行うことを妨げられるという効果をもたらさないと結論する。この結論は、欧州人権条約とは無

関係に、Howard 判決の原則を直接適用することで導かれたものである [56]～[57]。

もしこの結論が何らかの理由で誤りだとしても、同じ結論は同条約を参照することによっても十分に正当化できる。この点に関する2つの重要判例は、Theis 裁判官の A v P 判決および最高裁の Pomiechowski 判決である。両者の理由づけは基本的に同じで、制定法は、[条約によって] 保障された権利の「本質」(essence) が損なわれないように「緩和解釈」(read down) しなければならない [58]。

私は、Theis 裁判官の力強く説得力のある理由づけに全面的に同意する。彼女 [Theis 裁判官] の焦点は54条4項a号にあったが、その理由づけは必要な変更を加えれば54条3項にも適用できる [59]。なお、2点追記しておく。第1に、Theis 裁判官は、54条4項a号は当該要件が「申立ての時点」だけでなく「決定を行う時点」でも満たされていることを文言上は要求しているにもかかわらず、申立人の一方が死亡した後にも親決定を行うことができるように、正当にも緩和解釈する決断をした。もし54条4項a号に関してこの程度の「緩和解釈」が可能であるのならば、54条3項に関してははるかに程度の軽い「緩和解釈」をすることにいっそう強い理由があることは確かである [60]。第2に、Theis 裁判官は「家庭生活」を保護する条約8条に焦点を当てたが、8条は同時に「個人生活」および「アイデンティティ」をも保護している。したがって、親決定の申立てには子どもの「家庭生活」への権利と、「個人生活」への権利が含まれている。本件では問題ないが、「家庭生活」の存在をまったく示すことができない事案もありうるので指摘しておく [61]。

本件に残された課題は、子Xの出生から約2年2か月後になされた親決定の申立てが許されるかである。私の判断は「許される」である [62]。本件の期間遅延の真の焦点は、子の出生から6か月が経過した2012年6月から、Hindley 裁判官の審問が始まり同裁判官が最初に54条の重要性に注

意を引いた2013年7月までの13か月間の遅延にあてられるべきである[63]。この遅延は、絶対的な時間としても、制定法の6か月という制限から見ても長い。Adesina 判決が数日の遅延を致命的としたのと比べてもかなり長い。

しかし、親決定は3つの側面で Adesina 事件などとは明白に、かつきわめて基本的な点で異なる。第1に親決定はたんなる法的地位ではなく、人間としてのアイデンティティに関わる。第2に裁判所は、数十年先の未来にまで及ぶ将来を見すえることを制定法によって要請されている。第3に裁判所は、期間制限に遅滞した当事者〔申立人＝依頼者〕への影響だけでなく、その福祉を至上の考慮事項とすべき無垢の子どもへの影響に配慮しなければならない。結局、Adesina 判決で Maurice Kay 裁判官が認めたように、裁判所に要請されていることは欧州人権条約の遵守を保障することである[64]。本件事情のもとでは、親決定申立て手続の進行を認めるべきである。もし手続の進行が認められても、代理母も、依頼人両親も、子どもも、誰も何の不利益も被らない。他方で、もし手続が打ち切られた場合、依頼人両親と子どもは甚大かつ修復不能の被害に直面することになる[65]。

54条2項および54条4項a号

本件依頼者夫婦は申立て時点では別居していた(separated)。しかし離婚はしていなかったため、彼らは54条2項a号にいう「夫と妻」に留まっていたし、現在も留まっている。真の問題は、54条4項a号に関して生じる。つまり子Xの「家庭」(home)は、申立ての時点で彼らと「一緒」(with)といえるかどうかである[66]。2つの理由から肯定に解する。第1に、依頼者は別々の住居で生活していたが、Xの生活の調整は依頼者夫と依頼者妻の間で分担されていた(living arrangements were split between [them])のだから、Xは依頼者の双方と一緒にXの「家庭」を持っていた[67]。もしこれが正しくないとしても、第2に、条約が適用され、制

定法はこの結果に到達するように「緩和解釈」されなければならない。
 Kroon v Netherlands 判決（1994年）でストラスブル裁判所は、たとえ
 両親が婚姻も同棲もしておらず別住居で生活していたとしても、2人の両親
 とその子の間には家庭生活が存在すると判示した。本件依頼者夫婦とX
 との間に条約8条の意味での家庭生活が存在したことは疑いない [68]。

残された課題

裁判所の第1段階における司法的役割は2008年法54条1項～8項の各要件の充足を確認すること、第2段階は、裁判所は「決定を行うことができる」(may make an order) という54条1項の規定に従って、2002年養子及び子ども法1条の規定に合致するように⁵³、司法的な裁量権を行使することである [69]。本件では、すでに54条2項 [申立人の資格]、3項 [申立期間]、4項 a 号 [家庭の共同]、1項 a 号 [代理母による懐胎]、b 号 [申立人の一方との生物学的つながり]、4項 b 号 [ドミサイル]、5項 [18歳以上]、6項 [代理母の同意] が満たされていることを確認してあるので、残るのは54条8項 [金銭支払のないこと] および裁量権 [同条項が認めた金銭支払いの裁判所による許可] の問題だけである [70]。

54条8項 [金銭の支払い]

証拠によれば、依頼者夫婦は総額55万ルピー（約6,875ポンド＝当時）を支払った。その中には「適当な代理母を見つけてくる役割」をする「仲介人」(mediator) に対する10万ルピー（1,250ポンド）、代理母に対する

53 2002年養子及び子ども法とは2008年 HFE（親決定）規則によって挿入された2002年養子及び子ども法（Adoption and Children Act 2002）であるが、同法1条1項は、「裁判所又は養子機関が子どもの養子に関する決定を行う場合、2～4項が適用される」とし、2項は「裁判所または養子機関は、当該子どもの生涯にわたる福祉を至上の考慮事項としなければならない」、4項 a 号は（裁判所又は養子機関は）「決定についての、確認できる子どもの希望と感情 (wishes and feelings) をその年齢と理解力に照らして」（考慮しなければならない）と規定している。本稿末尾の【Appendix】を参照。

20万ルピー（月払い）、すべての検査、IVF治療、Xの分娩などを含む「諸費用」(fees)としてクリニックに対する25万ルピー（3,125ポンド）の支払いが含まれている。専門証言によれば、これらはインド法のもとでは合法であるが、当裁判所の関心は、「合理的に被った出費以外」(“other than for expenses reasonably incurred”)の「支払い」を禁止した54条8項によって規律される[72]。本件の支払総額は西欧基準では穏当に見えるが、Re L判決（2010年）でHedley裁判官が述べたように、それが要点ではない。「合理的な出費」は不透明な概念だが、代理母およびクリニックへの支払いの性質や金額については措くとしても、仲介人への支払いは制定法の禁止に違反するものである。問題は、それにもかかわらず、私はその支払いを[裁判所の裁量によって事後的に]許可すべきか否かである[73][74]。

この問題に対する適切なアプローチは、Re WT判決（2014年）のTheis裁判官の判示（para 35）に言及すれば十分である。彼女は、関係する原則は確固として確立しているとして以下の原則を列挙する。私もこれに同意する[75]。

(1) 支払い額が「合理的な出費」として不均衡か否かは、各事案ごとの事実問題である。裁判所は、支払いがあまりに低額なために代理母に対する不正な搾取になっていないか、逆に、あまりに高額なために代理母に対する不当な圧力(undue pressure)となる危険はないかを考慮する。いずれの場合にも、代理母の自由意思を奪う可能性がある。

(2) 54条8項を支える原則として裁判所が尊重すべきことは、過大な支払いを是認することは海外における児童売買と結局は同じであり、公序に反するということである。

(3) しかし、2010年HFE（親決定）規則によってもたらされた変更の結果、支払いを事後的に許可するか否かの決定も、親決定にかかわるものであるから、親決定を行う際に裁判所はその子の福祉を至上の考慮事項と

して考慮しなければならない。

(4) その結果、親決定が裁判所に申し立てられた時点で、親決定を却下したとしても子ども（とくに海外の子ども）の福祉が大きく損なわれることがないというような状況を想定することは難しい。結局、「裁判所が親決定を却下できるのは、公序違反が最も明白な事案のみに限られ、それ以外の場合は福祉の考慮が親決定の認容を支持することになる」(Re L 判決における Hedley 裁判官の判示 (para 10))。

(5) 親決定の申立人が誠意をもって行動し、代理母に対する扱いにも「道徳的な汚点」はなく、当局を欺罔する企図もなく、親決定を許容することが公序に対する敵対となるほどに〔金銭の〕支払いが不均衡でない場合には、裁判所はその裁量権を行使して事後的な許可を与えることが、子どもの生涯にわたる福祉の至上性にかんがみて、通常の場合には妥当となる。[75]

本件依頼者は誠意をもって行動し、代理母への道徳的汚点も圧力もない。もし裁量権を行使して親決定を認容しても公序に敵対することはない。Xの福祉は、明らかに私が親決定を認容することを要請している [76]。

子の福祉

最後に子 X の福祉の問題を検討する。X 側の主張は単純で説得的である。Isaacs 弁護士によれば、X はその短い人生のほとんどを依頼人のどちらかと一緒に暮らしており、現在から今後の全生涯にわたって彼らを法的な親と認めることが X の利益にかなうことは明らかである。さらに Isaacs 弁護士は、代理母夫婦に X に対する何らかの親の権利と責任を残すことは X の利益ではありえないというが、私も同意する。X は強く愛され、十分にケアされ、依頼人のケアのもとで幸せに暮らしている。X の後見人は親決定を推奨することに何らの不安も持っていない [77]。

結論として、Munby 裁判官は、X に対する後見決定およびこれまでになされた暫定的な決定をすべて解除し、申し立てられた親決定を認容した

[78]。

(3) Re X 判決の検討

(a) 結論を導く3つの要素

Munby 裁判官の本判決は、申立人側の Isaacs 弁護士が主張した3つの要素、すなわち、①2008年法54条3項の期間制限を延長することの可否、②制定法不遵守の法的効果に関する“Mandatory／Directory”の2分論、③欧州人権条約との整合的解釈、とくに法解釈論としての“read down”（緩和解釈）の系譜を軸として展開する。以下では、②→③→①の順で検討し、さらに④親決定（parental order）の性質論、すなわち子の生涯にわたる福祉、子のアイデンティティについても①と同時に検討する。

i) 制定法を遵守しない行為の法的効果に関して、Munby 裁判官によれば、Howard 判決（1877年）⁵⁴から Newbold 判決（2013年）⁵⁵に至る判例法は、遵守されなかった制定法の規定が絶対命令的（imperative）の場合には、それに続く手続きはすべて無効（void）となるが、当該規定が命令的（mandatory）ないし訓令的（directory）な場合は、不遵守があったとしてもこれに続く手続きはただちに無効とはならないという2分法を採用してきた⁵⁶。2008年法54条3項がそのどちらに属するかは、各事案ごとに、主要事項は何か——無視される規定の重要性、当該制定法が保障しようとした一般的意図と当該規定との関係を考究し、命令的かたんなる訓令的かによって決する。Regina v Soneji 判決（2005年）⁵⁷において Steyn 裁判官は、

54 前掲注39)参照。

55 前掲注48)参照。

56 Regina v Soneji [2005]（前掲注47）で、Steyn 裁判官は“mandatory”（当該規定に違反した行為は無効とされる）と“merely directory”（当該規定に違反した行為も常に無効とはならない）に二分している（本判決 [39] 参照）。Howard 判決における Penzance 裁判官の判示した二分法より、Steyn 裁判官の二分法のほうが一般的のようである。

不遵守の効果として全面無効とすることを議会が意図していたか否かの判断の際には、問題となった規定を「目的的に解釈」(purposive interpretation)する旨を判示した。本判決は、54条3項を前者の命令的な規定とは解釈せず、同条項の期間制限に遅れた申立ても有効となりうるとした。

ii) 期間制限を徒過した申立ての効力に関して、Adesina 判決(2013年)⁵⁸は、欧州人権条約6条および1998年人権法3条は、控訴期間制限に関する看護師助産師規則を、期間徒過後の控訴を考慮する裁量を裁判所に与えたものと「緩和解釈」(read down)することを要請しているとし(para 15)、このような解釈は、期間制限規定は「それ(期間制限の遵守)が可能な限り」遵守しなければならない趣旨であると判示したPomieczowski 事件最高裁判決(2012年)⁵⁹に従ったものであるとした。Munby 裁判官は、本件においても54条3項を“read down”するべきであると判示する。“read down”という語の意味については辞書から適訳を見出すことができなかったが、インターネット上で「希釈して解釈する」、「意味を緩和して解釈する」、「そこまで厳密には解釈しないで、もう少しゆるく解釈する」という訳語が提案されているのを見つけた⁶⁰。制定法の文言を、文理解釈の厳格さのレベルを“down”(緩和)させて、目的的に“read”(解釈)するという意味で、“read down”をここでは「緩和解釈する」と訳すのが文脈にふさわしいと考えた。

iii) 2008年法54条3項の公序および申立期間の延長の可否に関して、Munby 裁判官は、54条3項の立法趣旨は不明だが、JP v LP 判決(2014年)⁶¹において Eleanor King 裁判官が、本条項の趣旨は代理出産によって

57 Regina v Soneji [2005] (前掲注47)。

58 Adesina [2013] (前掲注50)。

59 Pomieczowski [2012] (前掲注49)。

60 翻訳者ディレクトリ「to “read down” = 希釈して解釈する？」(Miya と署名あり。2016年8月29日閲覧)(<http://trans.kato.gr.jp/bbs.cgi?num=10987&ope=v&page=>)。

61 JP v LP [2014] (前掲注17)。

生まれた子をケアする者に早期に親の地位を付与することであると判示したことを賛意をもって引用する。ただし Eleanor King 裁判官は、かかるポリシーは期間延長とは相いれないとして制限期間を徒過した申立てを却下したのに対して⁶²、Isaacs 弁護士はこれに反論して、54条の背後にある基本原則とポリシーを明確にした判例として、Theis 裁判官の判決を援用する。例えば、A v P 判決（2011年）⁶³は、54条の目的は、子と申立人（依頼者）との間の関係を変更し、子を依頼人カップルの間に生まれた子として扱うことにある、親決定の却下は現実に存在する家族関係を法的な関係と見なさないことで、欧州人権条約8条の家庭生活尊重への権利の侵害となりうると指摘した（[26] 参照）。J v G 判決（2013年）⁶⁴も、親決定は、1)申立人カップルに共同かつ平等の親地位および親責任を付与することで、子に生涯にわたって申立人の家族メンバーとしての安全とアイデンティティを保障し、2)被告（代理母）からイギリス法上の親の地位を喪失させることで、生涯にわたる子の福祉を保護し、子らを英国市民とすることで家族とともに永久に英国に居住することを可能にするなど、子の生涯にわたる福祉を保障する唯一の決定は親決定であると判示している。さらに Isaacs 弁護士は、Re L 判決（2010年）⁶⁵で Hedley 裁判官が、2010年 HFE（親決定）規則によって子の福祉至上の原則が導入されたことで、公序の考慮と子の福祉とを衡量する場合には子の福祉が決定的に優越する、したがって裁判所が親決定を許可しないのは、明らかな公序侵害がある場合だけであるとした判示を援用する。

Munby 裁判官は、これらに全面的に賛成し、2008年法54条3項は、申

62 Re WT 判決（2014年、Theis 裁判官）、Re X and Y 判決（2008年、Hedley 裁判官 [傍論]）も同旨。

63 A v P [2011]（前掲注44）。

64 J v G [2013]（前掲注37）。

65 Re L [2010]（前掲注26）。

立てが6か月の申立期間満了後になされたというだけの理由で、裁判所が親決定を許可することを妨げる効果は持たないと結論する。そして、この結論は、制定法は欧州人権条約によって保障された権利が損なわれないように「緩和解釈」しなければならないことから導かれるとする。さらにMunby 裁判官は、親決定は、①たんなる地位ではなく、人間としてのアイデンティティにかかわること、②裁判所は長い未来にまで及ぶ子の将来を見せることを要請されていること、③裁判所はその福祉を至上の考慮事項とすべき無垢の子どもへの影響に配慮しなければならないといった特徴を有する点で、Adesina 事件などとは基本的に異なること、1998年人権法によって裁判所は欧州人権条約の遵守を保障することを要請されていることを指摘して、結論的に親決定の申立てを認容した。

(b) Re X 判決の意義

① 親決定申立て期間の緩和

本判決は、①54条3項は訓令的 (directory) 規定であり、その不遵守がただちに制限期間を徒過した申立てを無効とするものではないと性格づけ、②同条項を目的的に解釈し、同条項の目的は代理出産によって生まれた子を世話する者 (carer) に、出生後速やかに法的な親の地位を付与することであるところ、本件依頼者カップルは出生直後から子を養育しており上記目的は達せられていること、③親決定の性質は、(依頼者が親の権利と責任を負い、代理母は一切の権利と責任を喪失するという) たんなる法的地位の変更にとどまらず、生涯にわたって子のアイデンティティに影響を及ぼすものであり、④親決定の許否について上記の立法目的 (公序) と子の福祉とを衡量する場合には子の生涯にわたる福祉を至上の考慮事項としなければならないこと (2010年 HFE (親決定) 規則)、⑤親決定を拒否することは欧州人権条約8条の家庭生活尊重の権利を侵害することになるなどの理由から、54条3項を緩和解釈して、子の出生から約2年2か月が経

過した後の親決定申立てを認容した。

これまでも、金銭等の支払いを禁止した54条8項の趣旨（商業的「営利目的」代理母の禁止というポリシー）に反して金銭の支払いのあった事案（とくに海外における代理出産）において、親決定を認容する判例は相ついでいた（Re X and Y判決（2008年，ウクライナ），Re L判決（2010年，イリノイ），Re WT判決（2014年，インド）など）。本判決は，インドにおける仲介人（mediator）に対する金銭の支払いは違法であったとしたが，最終的に同条但書により当該金銭支払いを許可した。金銭支払いについては54条8項自体が「合理的に負担した費用」（の償還）を除くと規定しており，加えて，合理的な費用を超えた場合でも「裁判所によって許可された」（authorised by the court）場合には親決定を許可することができる旨が明記されているので，実際には過大と思われる金銭の支払いがあった事案でも親決定を許可する条文上の障壁は低い。

これに対して，54条3項の申立期間を徒過した場合は，2008年法の文言上は救済が困難にも見える。しかし，海外で実施された代理出産の場合には，2008年のRe X and Y判決が出るまでは，海外で実施した代理出産による出生子との法的親子関係の形成に2008年法が適用されるか否かも明確ではなかった。海外で代理母契約を結ぶ依頼者はイギリス法に関する助言を得ていない場合が多く，現地法によって現地裁判所で法的親の地位を取得すれば自動的にイギリス法上も親の地位を取得できると考える依頼者も多い。本件の依頼者はインドで代理出産による子を得た後1年半以上経ってイギリスへ戻り，結局子の出生から約2年2か月経ってから親決定の申立てをした。遅延の理由は法の無知であった。このように，54条3項の制限期間を徒過した申立てを認めるためにはかなりの困難が伴うのであるが，本判決は上記のような理論構成によって申立てを有効とした。

ちなみに，前述A v P判決（2011年）でTheis裁判官は，親決定の申立て後，審理中に依頼者（申立人）カップルの一方が死亡した事案に関して，

54条4項a号は「申立ておよび決定を行う時点において、子は申立人 (applicants：複数形) と家庭を共同にしていなければならない」と規定しているにもかかわらず、申立人の一方が申立て後〔決定前〕に死亡した場合にも親決定を行った。Theis 裁判官が行った程度の「緩和解釈」が可能であるならば、54条3項に関してはるかに程度の軽い「緩和解釈」をすることにいっそう強い理由があると Munby 裁判官は述べている。なお、本件事案でも、申立人夫婦は一時別居していたが、要件違反はないとされた。

② 金銭支払いの許否

代理母に対する（報酬）支払いの問題は、1990年法30条7項（2008年法54条8項）が「合理的な出費」の支払いを許容し、さらに過大な支払いであっても裁判所が許可した場合には親決定が認容される（同項但書）、すべての金銭支払いが許容される結果となっている。本判決も、本件代理母に対する金銭支払いを54条8項の合理的な出費の範囲内としたうえで、代理母をあっせんした仲介人に対する金銭支払いは過大としたものの、裁判所の許可によって結論的に親決定を認容した。「合理的な出費」として許容されるか否かの基準に関して、本判決で Munby 裁判官は、Hedley 裁判官の Re S 判決、Re L 判決およびこれらを援用した Theis 裁判官の Re WT 判決によってすでに確立しているとして、この基準を支持した（本判決 para [75] を参照）⁶⁶。この基準を採用すると、実際には親決定の申立てが裁判所に提起された時点において、親決定を却下しても子ども（とくに海外にある子ども）の福祉が深刻に損なわれることはないという状況を想定することは難しく、結局、裁判所が親決定を却下できるのは、公序が損なわれることが最も明白な事案のみに限られることになる指摘されている（Re L 判決）。本判決も、親決定の申立人が誠意をもって行動

66 E. Jackson, *op. cit.*, n. 14, p. 892 によると、Hedley 裁判官が一連の判決で示した基準を Theis 裁判官は “the well-trodden path laid out by Hedley J” と表現している (Re P-M [2013] EWHC 2328 (Fam), para 20)。

し、代理母に対する道徳的な汚点もなく対応しており、当局を欺罔するような企てもなく、かつ支払額もそれを許容することが公序に敵対するような不均衡なものではない場合には、子どもの生涯にわたる福祉の至上性を考え、裁量権を行使して事後的な許可を与えるのが適切であるとした。

このように、上記の基準は実際には紋切型 (almost formulaic) と化していて、過大な金銭支払いを理由として親決定が却下された事例は1例もないとのことである⁶⁷。このような判例の動向に対して、改革の試みは何回かあった。例えば、1997年の Brazier 委員会では実費以外の支払いを一切禁止することで、商業主義的代理母の禁止への回帰を提案したが実現を見なかった。この問題に関する国際的な合意の形成も困難な状況にあり、英国議会では、2014年の“Surrogacy in the UK: Myth busting and reform” (2015年11月) を経て⁶⁸、2017年の代理母改革に向けて2016年9月に諮問委員会“Huge leap forwards for surrogacy reform” (Surrogacy UK) Law Commission が立ち上げられた⁶⁹。

他方で、代理母を供給する国の側にも変化が見られる。タイでは2015年7月から商業代理母および外国人との代理母契約が禁止され、インドも全面禁止の方向に向かっているとの報道がある⁷⁰。

67 E. Jackson, *op. cit.*, n.14, p. 891-2.

68 同報告書の原文は、<https://www.surrogacyuk.org/Downloads/Surrogacy%20in%20the%20UK%20Report%20FINAL.pdf> (2017年4月22日閲覧)。

69 ハーグ国際私法会議の動向については E. Jackson, *op. cit.*, n. 14, pp. 904-5, その後の英国内の動向については Jackson, *supra.*, p. 911 を参照。

70 E. Jackson, *supra.*, p. 903. および「インド代理母規制——道を断たれた外国人カップル」ウォール・ストリート・ジャーナル (電子版) 2015年11月19日付 (<http://jp.wsj.com/articles/SB11673646430017294066804581361170556719508>) (2016年9月27日閲覧) などを参照。

第3章 Re X 判決以後の裁判例

(1) 親決定が認容された事例（申立期間徒過の事例）

① AB v CD 判決（2015年, Theis 裁判官）⁷¹

オーストラリア在住のイギリス人（男性同士）カップルが2011年10月にインドで代理出産によって生まれた双子についてオーストラリアの裁判所でオーストラリア法上の親決定（parenting order）を得たが、2014年10月に Munby 長官による Re X 判決を知り、ただちにイギリス裁判所に親決定を申し立てた。Theis 裁判官は、Re L 判決（2010年）の Hedley 裁判官を援用し、子の福祉が至上の考慮事項とされたことにより、親決定が申し立てられた時点で申立てを却下できる事案はほとんど考えられなくなった、本件事実関係のもとでは申立ての遅延はあったが54条3項の要件は満たされているとして、親決定を認容した。

② Re A & B 判決（2015年, Russel 裁判官）⁷²

2006年および08年にロスアンゼルスで代理出産により子を得たカップルが、2012年に至って新聞記事によってイギリス法上は親決定の必要なことを知り、2013年6月にイギリスの裁判所に養子申立てを行い、Re X 判決を知ってただちに親決定に申立てを変更した事案。子の出生当時は Re X and Y 判決も公表されておらず、当事者はその必要を知ってただちに行動している、子に責任のない遅延に子らの福祉より大きなウェイトを置くことは不公正（unjust）であるとして、Re X 判決を援用して親決定を認容した。

③ Re A and B (No. 2) 判決（2015年, Theis 裁判官）⁷³

71 AB v CD (Surrogacy: Time Limit and Consent) [2015] EWFC 12.

72 Re A and B (Children) (Surrogacy: Parental Orders: Time Limits) [2015] EWHC 911 (Fam).

約17か月遅延した親決定申立てを Re X 判決を援用して認容した。

④ A & Another v C & Another 判決 (2016年, Theis 裁判官)⁷⁴

アメリカでの代理出産によって生まれた13歳と12歳の子について、本件申立てを認容しても誰の利益も害することはないし、却下すれば子の福祉が害されるとして、Re X 判決を援用して親決定を認容した。

(2) 親決定が認容された事例 (その他の要件違反の事例)

(a) 同意書の書式の違反

① Re A, B, C, D, E, F, G and H 判決 (2015年, Munby 裁判官)⁷⁵

2008年法 Part 2 によって HFE 認可庁が要求する同意書式 (Form WP, Form PP) ではなく、クリニック独自の同意書式 (IC Form) による同意を取得した事案で、親決定を認容した。

② Re G 判決 (2016年, Munby 裁判官)⁷⁶

クリニックが依頼者 (レズビアンカップル) の一方の同意書と卵子提供者の同意書を取り違えた事案。2008年法43条によって依頼者カップルの他方 [子を出産しなかった者] を生まれた子の親とする親宣言 (declaration of parentage) を行った (Family Law Act 1986, s. 55A.)。

③ Case V 判決 (2016年, Munby 裁判官)⁷⁷

代理母側の同意書をクリニックが紛失した事案。依頼者, 代理母の同意は明らかであるとして, 2008年法43, 44条によって親宣言を行った (FLA1986, s. 55A.)。

73 Re A and B, No. 2 (Parental Order) [2015] EWHC 2080 (Fam).

74 A & Another v C & Another [2016] EWFC 4.

75 Re A, B, C, D, E, F, G and H (Declaration of Parentage) [2015] EWHC 2602 (Fam).

76 Re G (Human Fertilisation and Embryology Act 2008) [2016] EWHC 729 (Fam).

77 Case V (Human Fertilisation And Embryology Act 2008) [2016] EWHC 2356 (Fam).

(b) 申立人の資格など

① Re F & M 判決 (2016年, Russel 裁判官)⁷⁸

依頼者カップルは54条2項にいう「永続的な関係」(enduring relationship)の要件に適合している, 出生子の生涯にわたる法的地位を依頼者が得ることを保障するために親決定申立てを奨励すべきであるとして, 親決定を認容した。

② KB and RJ v RT 判決 (2016年, Pauffley 裁判官)⁷⁹

代理母によって生まれた子の法的父は代理母の夫であるとして移民当局が定住ビザを発給しないため, 子はインドで祖父と共に生活しているという事案(依頼者は代理母に夫があることを知らなかった)。54条4項a号の「子の家庭は依頼者と一緒であること」の審査なしに親決定を認容した。申立時に子は2歳2か月だったが, Re X 判決を援用して同条項の要件は満たされているとした。

③ AB v CD 判決 (2015年, 前出, 本章(1)①)

54条7項により, 代理母の所在不明の場合は, 代理母の同意(54条6項)は例外的に不要とされるどころ, 本件では「代理母を見つけ出すためのすべての合理的な努力(all reasonable steps)が尽くされたにもかかわらず」見つけ出すことができなかったとして⁸⁰, 親決定を認容した。

④ Re A, B and C 判決 (2016年, Russel 裁判官)⁸¹

依頼者(同性カップル)が, 6か月の間に3人の異なる代理母によって3人の子をもうけた事案。54条違反はないものの, このような短期間の代理出産による育児の可否が問題となったが, 子の福祉を至上の考慮事項で

78 Re F & M (Children) (Thai Surrogacy) (Enduring family relationship) [2016] EWHC 1594 (Fam).

79 KB and RJ v RT [2016] EWHC 760 (Fam).

80 AB v CD [2015] op. cit., n. 71, para. 59. なお, Re WT [2014] op. cit., n. 18, para. 18も参照。

81 Re A, B and C (UK Surrogacy Expenses) [2016] EWFC 33.

あるとした Re X 判決を援用して、親決定を認容した。

(3) 親決定が却下された事例

(a) 単身者からの申立て

① Re Z 判決 (2015年, Munby 裁判官)⁸²

申立人 [独身男性で、代理母によって自己の生物学的な子をもうけた] は、2008年法54条1項 [親決定の申立人資格を2人のカップルに制限した規定] を緩和解釈 (read down) すべきである、同条項は単身者の権利を侵害する差別であり、欧州人権条約8条および14条に違反すると主張した。Munby 裁判官は、議会が養子と親決定との間で申立人資格に差を設けるポリシーだったことは明らかであるとした⁸³。すでにこの世に存在する養子の場合と異なり、いまだ懐胎すらしていない子を出生後に引き渡す代理母契約の場合にはカップルによることが最善であると当時の保健大臣は説明している⁸⁴。代理出産の場合には、依頼者を2人の人間 (カップル) に限定し、かつ少なくともその一方と子が生物的につながりがあることは、親決定の背後にある公序の最小限の1つを形成するものとして現在でも維持されているとして、親決定を却下した。

② Re Z (A Child) (No. 2) 判決 (2016年, Munby 裁判官)⁸⁵

上記① (Re Z 事件) の申立人が、2008年法54条1, 2項は、出生子の欧州人権条約8条ないし14条の権利を侵害するとして、1998年人権法4条による [条約] 不適合の宣言を求めたが、Munby 裁判官は、同条の解決は最終的には議会が行うべきであるなどとして申立てを却下した。

82 Re Z (A Child: Parental Order) [2015] EWFC 73.

83 Cf. S. Gilmore and L. Glennon, *op. cit.*, n. 6, p. 376.

84 E. Jackson, *op. cit.*, n. 14, p. 890. から引用。

85 In the matter of Z (A Child) (No 2) [2016] EWHC 1191 (Fam).

(b) 当事者の同意の欠如

① Re AB 判決 (2016年, Theis 裁判官)⁸⁶

依頼者の対応に代理母夫婦が態度を硬化させ、親決定の申立てへの同意を拒否した事案。54条6項の要件を満たしていないとして親決定を延期した。

② Case L 判決 (2016年, Munby 裁判官)⁸⁷

依頼者カップルの一方の同意が認められなかった事案。同意しなかった当事者は出生子の法的な親ではないことの宣言を認めた。

(c) 代理母による子の引渡しの拒否

Re Z 判決 (2016年, Russel 裁判官)⁸⁸

代理母が翻意して出生子の引渡しを拒否した事案において、依頼者からの親決定申立てを却下し、1989年子ども法8条の“Child Arrangements Order” (CAO : 「子の生活調整決定」。旧規定における「居住および交流決定」) のみを認めた。

第4章 小 括 — 代理出産をめぐる公序と出生子の福祉

イギリスにおける代理母契約および代理出産の法規制は、商業的（営利目的）代理母の禁止という公序を基礎として出発したが（Cotton 事件）、現在では立法、判例法ともに一定範囲の金銭（報酬）支払いを認めており、第2章で紹介した Munby 裁判官による Re X 判決（2014年）以降は、申立期間その他の要件を充足しない事案でも依頼者に親決定を認める事例が

86 Re AB (Surrogacy: Consent) [2016] EWHC 2643 (Fam).

87 Case L (Human Fertilisation and Embryology Act 2008) [2016] EWHC 2266 (Fam).

88 Re Z (Surrogacy Arrangement) (Child Arrangement Orders) [2016] EWFC 34.

増加している。商業的代理母の禁止は、当初はイギリスの代理母規制法の背後にある最も重要な公序であったが、代理母に対する報酬支払いを合法化した外国・地域での代理母契約による出生子に関する親決定申立ての事案では、少なからぬ金銭支払いがあっても親決定が認容されるのが現状である。

2010年 HFE（親決定）規則によって、生まれた子どもの生涯にわたる福祉を至上の考慮事項とする2002年養子及び子ども法1条が親決定に挿入されて以降は、Re L 判決（2010年）において Hedley 裁判官が判示したように、代理母をめぐる公序と生まれた子の福祉を衡量する場合には、子どもの福祉が至上の考慮事項とされ、決定的に優越することになった。その結果、裁判所が親決定を却下できるのは公序が損なわれることがきわめて明白な場合だけに限られることになった。同裁判官は、もし商業的代理母を本当に規制したいのであれば、裁判所に親決定が申し立てられるより以前の国境かもっと以前の段階で規制されるべきであると判示した⁸⁹。しかし、イギリスの移民・入国管理当局が代理出産による出生子が養育者である依頼者カップルとともにイギリスに入国することに寛容なことは Re X and Y 判決（2014年）などで見たとおりであり⁹⁰、この実務は欧州人権条約8条の家庭生活尊重の権利、したがって1998年人権法の要請するところにも合致するものであるから、国境（入国時）における規制は今後とも困難であろう。

それでも、当事者（とくに代理母）の同意および子の引渡しの任意性（代理母契約の非強行性）の確保は、Re X 判決（2014年）以後の今日においても、イギリス代理出産法の最も重要な原則として維持されている。Re WT 判決（2014年）で Theis 裁判官は、代理母の同意は裁判所が最も

89 Re L [2010]（前掲注26）para 10.

90 Re X and Y [2008]（前掲注19）para 10. 移民局は「規則外の」（“outside the rules”）裁量権を行使してまで子の入国を許可した。

懸念する事項であり、代理母が自由かつ無条件で、合意に含まれる内容を完全に理解したうえで、親決定申立てに同意していることが確認されなければならないと述べる⁹¹。また、当事者が任意の履行（子の引渡し／引き取り）を拒否した場合には、依頼者・代理母いずれも訴えを提起することはできない（Surrogacy Arrangement Act 1985, s. 1A）⁹²。Jackson 教授は代理母規制原則の筆頭に“non-enforceability”を掲げ⁹³、Re X and Y 判決（2008年）で Hedley 裁判官は、代理母による子の引渡し拒否を「絶対的拒否権」（absolute veto）と呼んだ⁹⁴。代理母契約の非強行性は、今日でも残るイギリス代理出産法の公序の核心といえる。代理母が子の引渡しを拒否した場合には、依頼者と代理母の調整は、1989年子ども法8条に基づくCAO決定などによるしかない。

その他、依頼者がカップルであること（単身者の親決定申立ては不可）、依頼者の誠実性、代理母に対する道徳的廉潔性、当局に対する欺罔の意図がないことなどを、現段階における代理母契約および代理出産をめぐる公序の最低ラインと裁判所は見ているということができよう。

Jackson 教授は、子の懐胎前の時点で裁判所が介入する代理母契約の事前承認手続制度の導入を提案し、とくに医師らによる説明とカウンセリング、弁護士による法的事項の説明などの必要を強調する⁹⁵。他方で同教授は、イギリス国内での代理出産をより容易化することによって海外代理母の件数縮減が可能になるという意見を肯定的なニュアンスで引用し⁹⁶、イスラエル代理母法を模範とした個人的な立法提案も行っている⁹⁷。代理母

91 Re WT [2014]（前掲注18）para 28, para 42(4).

92 1985年法については、三木・前掲注9)360頁以下を参照。

93 E. Jackson, *op. cit.*, n. 14, p. 881.

94 Re X and Y [2008]（前掲注19）para 27.

95 E. Jackson, *op. cit.*, n. 14, p. 907.

96 E. Jackson, *supra.*, p. 911 に引用された K. Horsey and S. Sheldon の見解。

97 E. Jackson, *supra.*, p. 906 ff.

契約の締結以前（当然に子の懐胎以前）に、裁判所が関与して、医師の説明、カウンセリング、法的な助言などを義務づければ、現在裁判所が温情的な裁量によって親決定を認容して事後的に救済している依頼者の多くは、この事前手続きを履践することになるかもしれない。しかし、英国内における認可クリニック外（多くは家庭内）でAID（人工授精）によって行われる代理母（partial surrogacy）出産に対する規制が不可能なことは提案者自身も認めるところであり⁹⁸、さらに、今後も、規制が緩い外国での代理出産の後にイギリスに連れ帰り、正式な親決定等を得ないまま（法的な親の地位を得ないまま）養育を継続する依頼者（両親）がなくなることもないように思われる⁹⁹。

判例法が維持し続けている代理母契約の非強行性（unenforceability, non-enforceability）、代理母の絶対的拒否権（absolute veto）についても、そのような考えは代理母の自己決定能力を否定するものであるとして反発する論者もあり、またRe Z事件で見たように単身者に親決定を認めないのは欧州人権条約違反であると主張する者もある。本稿でも触れた申立期間徒過が許容される限界、金銭支払いが許容される限度、代理母が行方不明の場合の搜索努力の程度などといった争点に関して、2010年HFE（親決定）規則によって導入された（2002年養子及び子ども法による）子の福祉を至上とする原則をもってしても公序のほうが優越するケースがありうるのか、あるとしたらそれはどのような場合なのかなどの問題も含めて、今後の動向が注目される¹⁰⁰。

* 本稿は、2016年度専修大学在外研究の成果の一部である。

98 E. Jackson, *supra*, p. 907.

99 インドでの規制強化に対応して、すでにネット上ではジョージア（グルジア）その他の規制の緩い国における代理母斡旋を宣伝する団体などが現われている。

100 本稿は、第301回英米家族法判例研究会（2016年12月17日）における報告の際に準備した草稿に当日の議論も踏まえて加筆修正したものである。

[APPENDIX]**(1) The Human Fertilisation and Embryology Act 2008**

s. 54 Parental orders

(1) On an application made by two people (“the applicants”), the court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the applicants if—

(a) the child has been carried by a woman who is not one of the applicants, as a result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination,

(b) the gametes of at least one of the applicants were used to bring about the creation of the embryo, and

(c) the conditions in subsections (2) to (8) are satisfied.

(2) The applicants must be—

(a) husband and wife,

(b) civil partners of each other, or

(c) two persons who are living as partners in an enduring family relationship and are not within prohibited degrees of relationship in relation to each other.

(3) Except in a case falling within subsection (1), the applicants must apply for the order during the period of 6 months beginning with the day on which the child is born.

(4) At the time of the application and the making of the order—

(a) the child’s home must be with the applicants, and

(b) either or both of the applicants must be domiciled in the United Kingdom or in the Channel Islands or the Isle of Man.

(5) At the time of the making of the order both the applicants must have attained the age of 18.

(6) The court must be satisfied that both—

(a) the woman who carried the child, and

(b) any other person who is a parent of the child but is not one of the applicants (including any man who is the father by virtue of section 35 or 36 or any woman who is a parent by virtue of section 42 or 43), have freely, and with full understanding of what is involved, agreed unconditionally to the

making of the order.

(7) Subsection (6) does not require the agreement of a person who cannot be found or is incapable of giving agreement; and the agreement of the woman who carried the child is ineffective for the purpose of that subsection if given by her less than six weeks after the child's birth.

(8) The court must be satisfied that no money or other benefit (other than for expenses reasonably incurred) has been given or received by either of the applicants for or in consideration of—

- (a) the making of the order,
- (b) any agreement required by subsection (6),
- (c) the handing over of the child to the applicants, or
- (d) the making of arrangements with a view to the making of the order,

unless authorised by the court.

(9) For the purposes of an application under this section—

- (a) in relation to England and Wales [F1—
 - (i) the court” means the High Court or the family court, and
 - (ii) proceedings on the application are to be “family proceedings” for

the purposes of the Children Act 1989,]

- (b) in relation to Scotland, “the court” means the Court of Session or the sheriff court of the sheriffdom within which the child is, and

- (c) in relation to Northern Ireland, “the court” means the High Court or any county court within whose division the child is.

(10) Subsection (1)(a) applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or her artificial insemination.

(11) omitted below.

(2) The Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010 (2010 No. 985 SCHEDULE 1)

Application of certain provisions of the 2002 Act subject to modifications

2. The provisions of the 2002 Act set out in column 1 of Schedule 1 have effect in relation to parental orders made in England and Wales and applications for such orders as they have effect in relation to adoption orders

and applications for such orders, subject to the modifications set out in column 2 of that Schedule.

〈SCHEDULE 1〉

Application of Adoption and Children Act 2002 Provisions with Modifications to Parental Orders and Applications for such Orders

[Column 1] Provisions of the 2002 Act Modifications

Section 1 (considerations applying to the exercise of powers)

[Column 2]

(i) As if the words “or adoption agency” were omitted on each occasion they appear;

(ii) as if in section 1(1) for “the adoption of” there were substituted “the making of a parental order in relation to”;

(3) Adoption and Children Act 2002 (2002 c. 38 Part 1)

Chapter 1 Section 1 Considerations applying to the exercise of powers

(1) This section applies whenever a court or adoption agency is coming to a decision relating to the adoption of a child.

(2) The paramount consideration of the court or adoption agency must be the child’s welfare, throughout his life.

(3) The court or adoption agency must at all times bear in mind that, in general, any delay in coming to the decision is likely to prejudice the child’s welfare.

(4) The court or adoption agency must have regard to the following matters (among others)—

(a) the child’s ascertainable wishes and feelings regarding the decision (considered in the light of the child’s age and understanding),

(b) the child’s particular needs,

(c) the likely effect on the child (throughout his life) of having ceased to be a member of the original family and become an adopted person,

(d) the child’s age, sex, background and any of the child’s characteristics which the court or agency considers relevant, (omitted below)