HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	代理出産における母子関係 ： 分娩主義の限界
Author(s)	清末, 定子
Citation	北大法政ジャーナル, 18, 1-24
Issue Date	2012-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/48408
Type	departmental bulletin paper
File Information	HHJ18_001.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

代理出産における母子関係

―分娩主義の限界―

清末定子（きよすえていこ）

目　次

はじめに …… 3
第１章　生殖補助医療の歴史 …… 3
第２章　代理母に関する判例とその問題点 …… 4
　第１節　大阪ケース …… 4
　第２節　東京ケース …… 5
　第３節　両ケース共通の問題点 …… 8
第３章　分娩主義を宣言した初めての判例（最二判昭和37年4月27日） …… 9
　第１節　昭和37年最高裁判決までの背景 …… 9
　第２節　昭和37年最高裁判決の概要と意義 …… 9
　第３節　分娩主義「分娩者＝母ルール」の意義 …… 10
第４章　法制化へ向けての動きと法制審議会中間試案の問題点 …… 11
　第１節　厚生省専門委員会報告書（2000）及び厚生労働省部会報告書（2003） …… 11
　第２節　法務省法制審議会中間試案（2003）と問題点 …… 12
　第３節　日本学術会議の対外報告（2008） …… 14
第５章　先進諸国の制定法 …… 17
結び …… 19

はじめに

親が子を生む、子がまたその子を生むという生殖（reproduction再生産）を連綿と繰り返し、生物は地球上に生き延びてきた。親子とは何かについて、一義的な定義はないが、少なくとも、親は自分の遺伝子を子に伝えていると言える。有性生殖であれば、自分の遺伝子の半分を伝えている。一方、人間は一人では生存できない生物、すなわち集団生活をする生物として進化してきたので、万人の万人に対する闘争を避けるためルールを持つようになった。法は社会のルールや道徳を抽出して形成されてきた。親子法は、家のため親のためであった時代を経て、現在は未成熟子の福祉のためにある。

本稿では代理母から生まれた子の母子関係について論じる。近年、代理母に関する最高裁決定（最決平成19・3・23民集61-2-619）が出たが、その決定文の「卵子を提供した場合でも母子関係は成立しない」という部分に疑問を感じたからである。まず、生殖補助医療の歴史について概観し、次に代理母の判例二つについて検討し、その決定文で引用された分娩主義、すなわち「子を分娩した者が母である。」という「分娩者＝母ルール」を初めて述べた判例（最判昭和37・4・27民集16-7-1247）の意義を探る。次に我が国が目指してきた生殖補助医療に関わる法制化の歩みを振り返り、その中で法制審議会中間試案の問題点を論じ、次に先進諸国の制定法を比較検討し、最後に、生殖補助医療が多様に発展した現在の状況の下で、分娩主義をどの場合にも一律に適用することが、果たして合理的と言えるのかについて検討し、分娩主義の限界と望ましい立法の方向を考える。

第１章　生殖補助医療の歴史

不妊治療として始まった人工生殖は、我が国では1940年代後半から慶応大学病院で始められ、現在では全国500以上の施設で行われている[1]。そこでの不妊治療は、子を望みながらも２年以上得られない法律婚の夫婦に対して行われ、現在では50人に一人がそれによって生まれた子であると言われる（2010年２月）[2]。当初は人工授精から始まった。人工授精とは、濃縮精液を医学的に妻の胎内に注入する技術を言い、配偶者間人工授精AIH Artificial Insemination by Husbandと非配偶者間人工授精AID Artificial Insemination by Donorがある。人工授精までの段階では、受精という生命の始まりの神秘的現象が女性の体内で密やかに行われており、受精卵は隠されている。しかし、1978年に英国で世界初の体外受精技術IVFすなわち「ガラスの中での受精In Vitro Fertilization」が成功し、試験管ベビーが誕生した。この技術は、妻から採取した卵子と夫から採取した精子をシャーレ上で受精させ、その受精卵が４～８分割の胚となったところで妻の子宮内に再び戻し、着床させるというものである。ここに至って、生命の始まりである受精という現象は、女性の体外へ持ち出され白日の下にさらされることとなり、神の領域とされていたものが人間の手に渡されたのである[3]。日本では1983年に初めての体外受精子が東北大学病院で出生し、それ以来、体外受精が不妊治療として急激に広まった。体外受精の技術は、不妊の夫婦に福音をもたらしたとともに、一方では、精子・卵子を体外にとりだして受精させるため、必ずしも夫婦の配偶子（精子・卵子）でなくとも受精卵作成は可能となり、第三者からの精子提供、卵子提供、受精卵提供の問題が浮上することとなった。さらに、受精卵（胚）を戻すときに妻ではなく第三者の女性に着床させ、妊娠出産してもらうことも可能となり、代理出産が現れた（1986年、米国）[4]。

我が国では、人工生殖（生殖補助医療）を規律する法律はなく、日本産科婦人科学会（日産婦）の会告が提供卵子による体外受精の禁止、代理出産の禁止などを命じている。しかし、これらの会告には強制力はなく、会告を無視して卵子提供の出産や代理出産を手がけている医師もいる。1998年には卵子提供の、2001年には代理出産の子の出生が長野県の医師により報告された。また、最近

になって「日本生殖医学会」（2006.3.31までは日本不妊学会）が、日本産科婦人科学会が容認していない「夫婦以外の第三者からの提供精子・卵子による体外受精を認める指針」をまとめた[5]。さらに「日本生殖補助医療標準化機関JISART」という全国21の不妊治療施設でつくる機関は「友人・姉からの卵子提供で２組出産」と公表した[6]。このように医師でつくる学会・団体の指針・実践も複数現れて錯綜し、自主規制が働かなくなってきた。現在、一般的に行われている生殖補助医療（日本産科婦人科学会が容認している不妊治療）は、人工授精（AIH、AID)、体外受精（法律婚の夫婦の配偶子を用いるもののみ)、顕微授精（顕微鏡下で針を用いて卵子に精子を進入させる体外受精の一種）の三類型のみである。卵子提供、代理懐胎は日本産科婦人科学会の会告では禁止されている[7]。

第２章　代理母に関する判例とその問題点

わが国の代理出産の判例は、これまでに二つしかない。しかし、代理出産は公知の事実となっており、国内では長野県の一人の医師により行われているのと[8]、代理出産が適法な国（法域）に海外渡航し子を得てくる夫婦が後を絶たないと言われている。今までに100人以上が出生しているという報告[9]がある。海外渡航の場合、ほとんどが現地領事館または帰国後自治体に嫡出子として届けられていると思われる。そのこと自体、将来へ向けて問題がないわけではないが、ここでは論ぜず、表に出て来た数少ない裁判例として大阪ケースと東京ケースの二例を比較検討する。この二つは事案も判旨もよく似ている。事案の共通点は、どちらも米国において米国人の代理母により双子を得たこと、帰国後自治体に出生届を提出したが、受理されなかったため、不受理の処分取消しを求めたことである。判旨の共通点は①分娩した者が母であると初めて宣言した昭和37年判決（最二判昭和37.4.27民集16-7-1247）を引用していること、②分娩という外形事実にかからせることが適当であるとした法制審議会の中間試案の考えを引用していること、③行為規制に連動させて判断していること④法的母が不存在となってしまうことについて養子縁組を示唆していることである。つまり、最二決平成18.3.27（民集61-2-619）の判旨で言われたことは、ほとんどが大阪高裁の判旨（大阪高決平成17.5.20判時1919-107）で既に言われている。相違点は大阪ケースでは卵子提供も受けているため、母が卵子の母、分娩の母、養育の母と３人に乖離しているが、東京ケースでは卵子は妻のものであるので、乖離は２人の母のみである。また、出生届不受理の理由は、大阪ケースでは妻が55歳で高齢だったため職権調査[10]され、代理出産であることが判明したものであり、東京ケースでは妻が有名人で代理出産を公表していたため不受理になったものである。次に２つのケースを概観し、問題点を検討する。

第１節　大阪ケース（大阪高裁平成17年5月20日決定、判時1919号107頁）

「平成16年（ラ）第990号市町村長の処分に対する不服申立却下審判に対する抗告事件」

１．事案

X1X2は30代後半で結婚後、不妊治療を様々試みたが失敗し、子供を得るためには、米国において卵子の提供を受け、これをX1の凍結保存精子と体外受精し、受精卵を更に別の女性に着床させ、妊娠出産してもらう以外にないと考えるに至った。平成13年８月、カリフォルニア州サンフランシスコにてA夫妻と代理母契約を締結し、平成14年２月、アジア系アメリカ人32歳の女性と卵子提供契約を締結した。平成14年４月体外受精がなされ、同年10月カリフォルニア州サクラメント市の病院で、Aは男の双子を生んだ。X2は出生と同時に子供の養育を開始し、平成15年２月二人を連れて日本に帰国した。それに先立ちXらは、平成14年９月、X1X2を原告としA夫妻を被告として、カリフォルニア州ロスアンジェルス郡高等裁判所に対し、親子関係の確認を求める訴えを提起し、平成14年10月７日、確認する判決が言い渡された。Xらは平成16年１月、出生病院作成の出生証明書を添付

して出生届を明石市長に提出した。しかし、X2が55歳だったため職権調査が行われ、明石市長は平成16年２月25日、X2は子らを分娩していないので母子関係は認められないとして出生届不受理の処分をした。そこでXらは、同年３月22日、戸籍法118条（現121条）に基づき、処分取消しと出生届を受理するように求める申立てを神戸家裁明石支部にしたが、同年８月12日却下する旨の審判がされた。Xらはこれを不服として抗告した。

２．抗告審決定要旨（大阪高等裁判所平成17年5月20日決定、判時1919号107頁）

抗告棄却。（理由）「Xらの原申立ては、…渉外私法的法律関係を含む」として準拠法によるアプローチを採った。「嫡出母子関係について、法例17条１項で定まる準拠法は、…いずれも日本法であり、日本においては、…分娩していないX2をその母と認めることはできない」とした。また、米国人分娩者夫婦及び卵子提供者との関係においても、その本国法であるカリフォルニア州法では、ロサンゼルス郡高等裁判所の判決により、X2が法的な母とされるので、結局子らは、いずれの夫婦の嫡出子でもないとした。次に非嫡出親子関係について「法例18条１項で定まる準拠法により、…出生当時の母の本国法によるとされている。…X2の本国法である日本法によっては、母子関係の有無を決する明文規定はないが、従前から、①母子関係の有無は分娩の事実により決するのが相当である（最二判昭和37年４月27日、民集16巻７号1247頁）」（以下、下線は筆者による）と述べた。また、母子関係の発生を分娩という②外形的事実にかからせることが客観的基準により明確に決することであるとした厚生科学審議会生殖補助医療部会の「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療の整備に関する報告書」（平成15年４月28日）及び法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会の「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案」（平成15年７月15日）と法務省民事局参事官室による補足説明の基準をそのまま採用している。「例外的に分娩者以外の者を母と認めることは、③上記の医療を容認するに等しい結果を認めることになり、相当でないというべきである。」と述べて、行為規制と連動した判断をした。「代理懐胎契約は、公序良俗に反するのもとして、その効力を否定すべきものであるから、我が国としては、その結果を受入れることはできず、内国法を適用して、分娩者Aと本件子らとの母子関係を肯定するほかないのである。」と述べつつ、日本法に基づいてもカリフォルニア州法に基づいても、本件子らに法的父母が不存在となることについては「本件子らと抗告人X2との④養子縁組の道を探ることを期待したい」と述べ、抗告人らの原申立てを却下した原審判（神戸家裁明石支部平成16（家）第119号、第120号）は相当であり、本件抗告は棄却するとした。Xらが特別抗告したが、最高裁は詳しい理由を述べることなく、抗告を棄却した[11]。（最一決平成17年11月24日判例集未登載）

第２節　東京ケース（最高裁第二小法廷平成19年3月23日決定（民集61巻2号619頁、家月59巻7号72頁、判時1967号36頁）

「平成18年（許）第47号市町村長の処分に対する不服申立て却下審判に対する抗告審の変更決定に対する許可抗告事件」[12]

１．事実の概要

X1X2夫妻（妻が以前妊娠中に子宮頸癌の治療のため子宮全摘出手術、卵巣は温存。）が米国において自らの精子卵子による顕微授精をし、その受精卵をアメリカ人女性Aに移植し、Aとその夫Bとの間に代理出産契約を結び双子が生まれた。X1X2はネヴァダ州第二司法裁判所家事部に対し親子関係確定の申立てをし、同裁判所はX1X2がこの子らの血縁上及び法律上の実父母であることを確認し、ネヴァダ州はX1X2を父母と記載した出生証明書を発行した。X1X2は本件子らの出生直後から養育を開始し、平成16年１月子らを連れて帰国し、同月22日、Y（品川区長）に対し、X1を父、X2を母と記載した嫡出子としての本件出生届を提出した。

Yは、同年５月28日、X2による出産の事実が認められず、X1X2と本件子らとの間に嫡出親子関係が認められないとして、本件出生届を受理しない旨の処分をしたことを通知した。X1X2は戸籍法118条（現121条）により出生届の受理を命ずることを申し立てた。

２．第1審審判要旨（東京家庭裁判所平成17年（家）844号平成17年11月30日審判、民集61巻2号658頁）

本審判は、前述の大阪高裁決定（平成17年５月20日判時1919-107）と同様の準拠法アプローチをとって、申立てを却下した。すなわち、準拠法が日本法となるので、①民法の解釈が従前より「分娩者＝母説」をとっているとし、最高裁昭和37年４月27日第二小法廷判決を引用した。さらに続けて「もっとも、これらは生殖補助医療が今日のように発達する以前のものであり、…前記最高裁昭和37年判決も、原告（母）から被告（子）に対する親子関係存在確認請求事件において判示したものであって、代理懐胎の場合とは基礎となる事実関係が異なる。」と述べ、「我が国の民法においては、確かに、嫡出否認の訴えや認知の訴えにおいて、血縁関係の有無により判断がされており、親子関係の成立が基本的には血縁関係を重視しているが、他方、民法上の父子関係は、嫡出推定（772条）と認知（779条）により成立するものとされ、生物学的な親子関係とは区別されており、親子関係について完全な血縁主義をとっているわけではない。」として「分娩者＝母説の理由としては、母子関係の発生を出産という②外形的事実にかからせることにより母子関係の法律関係を客観的な基準により明確に決することができること、子を約10ヶ月もの間自己の胎内において育てることにより、母性を育み、愛情を芽生えさせることも多いなどが挙げられるが、これらの点は、血縁上の母と分娩者が分かれる代理懐胎の場合であっても当てはまるものであり、合理性を有する。」と述べて、後述する法務省法制審議会の「中間試案補足説明」の考え方を採用している。「この考え方によれば、自然懐胎の事例における母子関係と同様の要件により母子関係を決することができる。法律上の母子関係という身分に関する基本的な事項については、一義的、客観的に定められることが重要であり、分娩者を母とする基準は、そのような意味において優れている。また、法律上の母子関係を検討するに当たっては、③代理出産に対する我が国の社会の受け止め方は多分に消極的であることや諸外国の法制度の状況に照らすと、積極的に血縁主義により母子関係の成立を認めていると解すべき状況にはない。…生殖補助医療の発達という民法が当初予定していなかった状況の変化を踏まえても、法律上の母子関係については分娩者＝母説の考え方によるのが相当であるから、Xらと本件子らとの間に嫡出親子関係が認められないことを理由に本件出生届を受理しない旨のYの処分は適法である。」と述べてXらの申立てを却下した。Xらは抗告した。

３．抗告審決定要旨（東京高等裁判所平成18年（ラ）第27号平成18年9月29日決定　民集61巻2号671頁、判例時報1957号20頁）

原審判取消し。（理由）ネヴァダ州裁判所の裁判は対世効を有すること、民事訴訟法118条にいう外国裁判所の確定判決といえることを述べ、準拠法アプローチでは本件子らは、法律制度の狭間に立たされて法律上の親が存在しないことになることから、子の福祉のために民事訴訟法118条３号にいう公序良俗に反しないとの要件を具備しているかどうかを具体的に検討することとした。その結果①外国裁判所がした親子関係確定の裁判については、厳格な要件を踏まえた上であれば十分受け容れる余地はある。②本件子らは、X2の卵子とX1の精子により出生した子らであり、…血縁関係を有する。③抗告人らの遺伝子を受け継ぐ子を得るためには、その方法以外にはなかった。④Aが代理出産を申し出たのは、ボランティア精神に基づくものであり、その動機・目的において不当な要素をうかがうことができないし、…Aの尊厳を侵害する要素を見出すことはできない。⑤本件子ら

の福祉にとっては、わが国において抗告人らを法律的な親と認めることを優先すべき状況となっており、抗告人らに養育されることが最もその福祉に適うというべきである。⑥厚生科学審議会生殖補助医療部会が、代理懐胎を一般的に禁止する結論を示しているが、その理由として挙げている子らの福祉の優先、人を専ら生殖の手段として扱うことの禁止、安全性、優生思想の排除、商業主義の排除、人間の尊厳の六原則について、本件事案の場合はいずれにも当てはまらない。⑦法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会において、外国で代理懐胎が行われ、依頼者の夫婦が実親となる決定がされた場合、代理懐胎契約はわが国の公序良俗に反するため、その決定の効力は我が国では認められないとする…当該議論における公序良俗とは、法例33条又は民事訴訟法118条３号にいう公序良俗を指すものと解される。…本件裁判（ネヴァダ州裁判所の裁判）は、本件代理出産契約のみに依拠して親子関係を確定したのではなく、本件子らが抗告人らと血縁上の親子関係にあるとの事実及びAB夫妻も…抗告人らの子と確定することを望んでいて関係者の間に本件子らの親子関係について争いがないことも参酌して、本件子らを抗告人らの子と確定したのであり、前記議論があるからといって、本件裁判が公序良俗に反するものとは言えない。⑧外国の裁判に基づき抗告人らを本件子らの法律上の親とすることに違和感があることは否定できないが、身分関係に関する外国裁判の承認については、下級審ながら多くの裁判例や戸籍実務（昭和51年１月14日民２第289号法務省民事局長通達参照）では、身分関係に関する外国の裁判についても民事訴訟法118条に定める要件が満たされれば、これを承認するものとされており、この考え方は国際的な裁判秩序の安定に寄与するものであって、本件事案においてのみこれに従わない理由を見出すことができない。」と述べて、品川区長Yに出生届の受理を命じた。Yは許可抗告を申し立てた。

４．最高裁決定要旨（最二決平成19年3月23日、民事61巻2号619頁、家月59巻7号72頁、判時1967号36頁）

原決定を破棄、原々決定に対する相手方らの抗告を棄却。（理由）「外国裁判所の判決が…我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相容れないものと認められる場合には、その外国判決は、民訴法118条にいう公の秩序に反するというべきである」として承認を拒絶した。また「実親子関係は、…その国における身分法秩序の根幹をなす基本原則ないし基本理念にかかわるものであり、実親子関係を定める基準は一義的に明確なものでなければならず、かつ、実親子関係の存否はその基準によって一律に決せられるべきものである。したがって、我が国の身分法秩序を定めた民法は、同法に定める場合に限って実親子関係を認めそれ以外の場合は実親子関係の成立を認めない趣旨であると解すべきである。」「民法は、懐胎し出産した女性が出生した子の母であり、母子関係は懐胎、出産という客観的な事実により当然に成立することを前提とした規定を設けている（民法772条１項）。また、母とその非嫡出子の間の母子関係についても、同様に、①母子関係は出産という客観的な事実により当然に成立すると解されてきた（最二判昭和37年４月27日民集16-7-1247）。」「民法の実親子に関する法制は、血縁上の親子関係に基礎を置くものであるが、民法が、出産という事実により当然に法的な母子関係が成立するものとしているのは、その制定当時においては懐胎し出産して女性は遺伝的にも例外なく出生した子とのつながりがあるという事情が存在し、その上で②出産という客観的かつ外形上明らかな事実をとらえて母子関係の成立を認めることにしたものであり、かつ、出産と同時に出生した子と子を出産した女性との間に母子関係を一義的に確定させることが子の福祉にかなうということもその理由になっていたものと解される。」「…民法には出生した子を懐胎、出産していない女性をもってその子の母とすべき趣旨をうかがわせる規定は見当たらず、このような場合における法律関係を定める規定がな

いことは、同法制定当時そのような事態が想定されなかったことによるものであるが、前記のとおり実親子関係が公益及び子の福祉に深くかかわるものであり、一義的に明確な基準によって一律に決せられるべきであることに鑑みると、現行民法の解釈としては、出生した子を懐胎し出産した女性がその子の母と解さざるを得ず、その子を懐胎し出産していない女性との間には、その女性が卵子を提供した場合であっても母子関係の成立は認めることはできない。」「もっとも、女性が自己の卵子により遺伝的なつながりのある子を持ちたいという強い気持ちから、…いわゆる代理出産が行われていることは公知の事実になっているといえる。…今後もそのような事態が引き続き生じ得ることが予想される以上、…立法による速やかな対応が強く望まれるところである。」津野修裁判官、古田佑紀裁判官、今井功裁判官の補足意見は、「本件の事情は理解できるが、③実母と認めることによる行為規制への影響を案じている。」と述べ、ここでもまた行為規制と連動した判断がなされている。また、この判決により法的父母が存在しなくなることの手当てとして「④特別養子縁組を成立させる余地は十分にある。」とした。

第３節　両ケース共通の問題点

これら二つの事案はどちらも代理出産を適法とする法域（カリフォルニア州、ネヴァダ州）で代理出産が行われており、州裁判所が、申立人らが実父母であることの確認の訴えに対する認容判決を出している。大阪高裁と東京家裁は判断するのに国際私法の準拠法アプローチを用い、東京高裁と最高裁は民事訴訟法の118条の承認アプローチを用いている。両ケースの４つの裁判（大阪高等裁判所と東京ケースの３つの裁判）の判旨に含まれる共通点は、①最二判昭和37年４月27日を引用していることと、②法務省法制審議会の「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案」の母の定義である「外形の事実にかからせる」を引用していることと、③親子関係を認めることが代理出産の規制を緩めてしまうのではないかという子の福祉を犠牲にした判断をしていること、④養子縁組を示唆していることの四つである。

私は、①代理母事例は昭和37年判決（詳細は第３章に後述）の射程範囲内に入らないと考える。認知を拒否する成人の子に対して、認知はなくとも分娩している者が母であると判示した裁判と、遺伝（血縁）の母か、分娩の母かと争っている裁判では意味合いが全く違うからである。また、②法制審議会の「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案」に書かれた「外形の事実にかからせて」母を定義することも、代理母事例では一義的とは言えない。何故なら、ここでは分娩のみならず血縁の母、養育しようとする意思の母が存在しているからである。また、③行為規制に連動して判断することにより、今そこにいる子の福祉を犠牲にしている。また、④遺伝的に父や母であることが明らかであるのに、養子縁組を示唆するのは、迂遠であると考える。

東京高裁と最高裁はどちらも承認アプローチを採っているにもかかわらず、結論は逆になっている。前者は当該子らの福祉を重視し、当該判決を承認することが日本の公序に反するか否かを個別具体的に詳細に検討して、反しないとし、法的母子関係を認めているのに対して、後者は当該判決を承認することは日本の公序に反するとして承認せず、法的母子関係を認めなかったからである。しかし、この主文の書き方には国際私法の立場から批判がある[13]。すなわち、国際私法における公序違反性の有無は、あくまでも①承認結果の異常性と②内国牽連性との衡量において判断されるべきものであり、外国判決でも、衡量の結果により、承認の余地があるからである。このケースでは、日本で養育しているので内国牽連性は高いが、実の親子であるのだから承認したとしても、その結果の異常性は低い。私は、子の福祉を優先して、外国判決を承認したとしても、国際私法上の公序良俗には何ら反しないと考える。

第３章　分娩主義を宣言した初めての判例（最二判昭和37年４月27日）

最高裁昭和37年4月27日第二小法廷判決「昭和35年（オ）第1189号親子関係存在確認請求事件」民集16巻7号1247頁、家月14巻8号138頁[14]

分娩者が法的母であるということの根拠として、上記４つの裁判の判旨が引用したのが、昭和37年４月27日最高裁判決である。これがどんな裁判だったのかを概観し、分娩主義すなわち「分娩者＝母ルール」の持つ意味を探り、このルールがこれら４つの判例に引用されるのが、果たして適当であったかを検討してみる。

第１節　昭和37年最高裁判決までの背景

我が民法は母の定義を明文では置いていない。ただ、嫡出子については、父性嫡出推定規定である772条が「１項；妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。２項；婚姻の成立の日から二百日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から三百日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。」と述べ、子を懐胎・出産した女性は当然に母であることを前提としている。また、非嫡出子については、779条で「嫡出でない子は、その父又は母がこれを認知することができる。」としている。この779条に現れる「母の認知」についての歴史は次の通りである。ボアソナードが関わった旧民法は明治23年10月７日に公布されたものの、民法典論争後、施行されないまま明治31年７月16日に廃止されたのだが、この旧民法人事編には母の認知はなかった（旧民法人事編94, 95条[15]）。ところが、明治民法の立法過程において、フランス民法が非嫡出子の法的母子関係は認知に依っていたのを、そのまま踏襲しようとした梅謙次郎の主張[16]が採用され「母の認知」が入ったのである。すなわち、明治民法第四編親族第四章親子第一節実子第二款庶子及ヒ子第827条において「①私生子ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得②父ガ認知シタル私生子ハ之ヲ庶子トス」と定められ、その後昭和17年の改正によっても「私生子」を「嫡出ニ非サル子」と改めたのみで「母の認知」は残った。この規定は学界や戸籍実務からは反対されていたが、戦後の昭和22年の親族相続新法でもそのまま残った。梅謙次郎の立法趣旨は次の通りである。「或ハ曰ハン母ハ分娩ノ事実ニ因リテ其子トノ関係ヲ明ラカニスルコトヲ得ベキカ故ニ之ニ付テハ別ニ認知ノ必要ナク苟モ出生届ヲ為スニ方リテハ必ス母ノ氏名ヲ届出テシムルモノトシテ可ナリト曰ク然ラス（第一）棄児其他出生の届出ヲ為ササル子ニ付テハ父母共ニ不明ナルヲ常トシ（第二）若シ出生ノ当時必ス母ノ氏名ヲ届出ツヘキモノトセハ身分アル者ハ之ガ為メニ或ハ届出ヲ為サスシテ無籍者ヲ生セシメ或ハ他人ノ子ト偽リテ之ヲ届ケ其甚シキニ至リテハ為メニ其子ヲ棄テ若シクハ殺ス者ヲ出タスヘシ是レ本条ニ於テ特ニ母ノ認知ヲ認ムル所以ナリ」

判例は、始め、条文を文理通りに忠実に解釈し、母の認知がない限り法的母子関係は生じないとして生母の遺産を相続し得ないとした判決[17]が出たが、２年後、少し修正し、母が出生届をしていれば、認知したのと同じとする判決[18]が出た。さらに５年後、母はたとえ認知も出生届もしなくとも生母は扶養義務だけは負うという判示[19]をして認知主義を維持しようとした。しかし、学界には母の認知は不要であるという説（認知不要説、母子関係当然発生説）[20]が古くからあり、多数説となっていた。こういう状況の中で、母の認知は不要として、判例変更の形で出たのが昭和37年判決である。

第２節　昭和37年最高裁判決の概要と意義

（事案）原告X女は、明治45年頃にA男を知るようになり、大正５年頃から同人と情交関係が生じ、引き続いて妾として同人死亡のときまで関係を継続した。大正５年秋頃妊娠するに至り、大正６年７月30日被告Y男を東京都港区赤坂にあった原告宅で出産した。しかし、原告Xの養父母の意思によって原告Xの籍に被告Yを入れることが許されず、当時養父母の知人であったB夫妻の嫡出子（次男）として出生届がなされた。しかし、原告X女は被告Y男を手許に置いて養育したい希望で、大正６

年８月13日に被告Y男を養子に迎えた。Y男は成人するまでX女の手許で育ったが、その間父A男の家業（医院）を継ぐために、X女との養子縁組を解消し、昭和６年10月21日にA男と養子縁組をした。その後、X女が母であることをY男が否認するため[21]、X女がY男に対して親子関係存在の確認を求めた。第１審、第２審ともに原告X女がY男を分娩したという事実を認定し、原告被告間の親子関係を確認した。Yは上告した。

（判旨）上告棄却。（理由）「被上告人X女が上告人Y男を分娩した旨の原審の事実認定は、その挙示する証拠に徴し、首肯するに足り、これに所論のような違法は認められない。所論は、畢竟、原審の専権に属する証拠の取捨判断、事実の認定を争うに帰し、採用するを得ない。尚、附言するに、母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知を俟たず、分娩の事実により当然発生すると解するのが相当であるから、被上告人が上告人を認知した事実を確定することなく、その分娩の事実を認定したのみで、その間に親子関係の存在を認めた原判決は正当である。」

判決は、理由の尚書きにおいて「母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知を俟たず、分娩の事実により当然発生すると解するのが相当である」と述べて、当時の学界における多数説である母子関係当然発生説ないし認知不要説にたった判断をした。大審院の認知必要説に立った判決（大判大正10.12.9民録27輯2100頁）と、それに続く出生届を認知と見る判決（大判大正12.3.9民集２巻４号143頁）と、出生届も認知もしていなくとも扶養義務はあるとして、認知必要を維持しようとした判決（大判昭和3.1.30民集７巻１号12頁）は、判例変更されたわけである。

この判決により、非嫡出子の母子関係は、分娩によって当然に発生することになったので、認知により発生する父子関係とは要件・効果が異なることとなった。すなわち、父子関係では成年の子を認知する場合は子の承諾が要件とされている（民法782条）が、母子関係には認知を要しないわけだから、本件のY男のように成年に達していても子の承諾は必要ではなく母子関係は確認される（Y男はこの裁判時すでに45歳であり、782条を楯に、母の認知を拒絶していたと思われる）。また、認知の場合の死後３年以内の期間制限も適用されず（最判昭和49・3・29家月26-8-47）、遺産分割後に親子関係が確認されても第三者を害することはできないとする784条但書、910条の適用がなくなる（最判昭和54・3・23民集33-2-294）。

第３節　分娩主義「分娩者＝母ルール」の意義

そこで、この分娩によって当然に発生する母子関係とは何を基礎としているのかを改めて考えてみる。昭和37年（1962）という年は、日本で初めてAID子（非配偶者間人工授精子）が生まれた昭和24年（1949）と、体外受精子が初めて生まれた昭和58年（1983）の間にある。すなわち、不妊治療としての生殖補助医療は人工授精しかない時代であった。人工授精では受精自体は女性の体内で行われるので、卵子は懐胎する女性のものである。卵子の母と分娩する母は同一であり、分娩の母は血縁の母でもある。AID子の場合は、精子は夫のものではないが、卵子は妻のものであり、しかも妻は懐胎分娩しているわけだから、父子関係はともかく、母子関係については、妻は血縁の母であり、遺伝の母であり、分娩の母に間違いはない。つまり、昭和37年時点においては、自然分娩をする妻は勿論の事、生殖補助医療（人工生殖）を利用して、AID子を生むとしても、分娩の母は血縁の母であり、人工生殖（生殖補助医療）がその段階にとどまっていれば、「分娩者＝母ルール」は自然生殖にも人工生殖にも適正な合理的ルールと言えた。何故なら、我が民法は親族編第三章親子において実子と養子に分けて規定をおいており、実子は血縁関係を基礎に置き、養子は親になろうとする意思に基づいていることが明らかであるからである。つまり、嫡出子については772条で父性推定と嫡出推定を行い、かつ774条以下では嫡出否認の規定を置き、父子関係は嫡出推定否認制度で決まるものとしている。これはローマ法のPater estルール（Pater est quem nuptiae demonstrant.

婚姻が指し示している者＝母の夫が父である[22]。）を、母法のフランス法を経て、採用しているものである。これが言えるためには、母子関係については子を分娩した者が当然に母となることを前提にする必要がある。（Mater simper certe est.母は常に確実である[23]。）立法起草者の富井政章は明治29年１月20日開催の第154回法典調査会において772条の提案理由を述べて「……如何ナル人ガ嫡出子デアルト云フコトヲ極タルモノデアル而シテ之ヲ極メルニハ法律上ノ推定ニ依ルヨリ仕方ガナイ母ノ方ハ有形ノ事実ニ依ッテ証明スルコトガ出来マス……」としている[24]。ここでの有形の事実とは分娩のことであり、我が民法は母とは誰かの明文の定義を持たないが、772条の条文に分娩した者が母であることが暗黙のうちに示されていると言える。また、772条がこのように父子関係の血縁関係を推定しているということ自体が、民法が実親子関係を血縁主義にベースを置いている表れでもある。

非嫡出子については、779条が「嫡出でない子は、その父又は母がこれを認知することができる。」と述べ、これも血縁に基礎を置いている条文である。母の認知については、上記のとおりの経過で、昭和37年判決が出てからは母の認知は不要で、分娩の事実より当然に母子関係は発生することとなっているのである。つまり、この昭和37年判決が「母と非嫡出子間の親子関係は、原則として、母の認知を俟たず、分娩の事実により当然発生する。」と言っているのは、自然生殖と人工授精段階の生殖補助医療しかない時代であるからこそ言えたことであり、そこでは、分娩の母は血縁の母である。しかし、生殖補助医療は、人工授精（母体内の受精）の段階に止まらず、その後、体外受精（母体外の受精が可能）へ進むのである。そして、体外受精のうち第三者から卵子を提供される分娩においては、分娩の母と卵子の母（遺伝の母、血縁の母）が乖離するのである。また、受精卵を別の女性に戻す代理懐胎事例においても、分娩の母と血縁の母は乖離する。そのような事案には、血縁の母と分娩の母が乖離しえなかった時代の分娩主義「分娩者＝母」ルールを適用できない。つまり、代理懐胎に関わる母子関係の決定においては、この昭和37年判例を援用することは間違っている[25]。何故ならば、代理懐胎（借り腹）事例では、血縁の母と分娩の母が乖離していると同時に、我が民法は実親子について血縁を基礎に考えているからである。それでは、生殖補助医療、特に代理懐胎事例での母子関係をどのように考えるべきなのか。我が国の法制化への歩みがどのようなものなのかを辿ってみる。

第４章　法制化へ向けての動きと法制審議会中間試案の問題点

第１節　厚生省専門委員会報告書（2000）及び厚生労働省部会報告書（2003）

1998年10月、厚生省は厚生科学審議会先端医療技術評価部会の下に「生殖補助医療に関する専門委員会」を設置し、生殖補助医療の問題について審議することとした。その背景には、同年６月に長野県の医師が、日本産科婦人科学会が認めていない非配偶者間体外受精（卵子提供型体外受精による出産）を行ったと公表し社会的関心が高まっていたことと、日産婦の会告のみの自主規制では限界があると考えられてきたことがある。委員の構成は産婦人科医５名、法学者３名、倫理学者１名、看護学者１名の計10名であった。ここに、小児科医が含まれていなかったので、子ども側からの権利（出自を知る権利等）への配慮が欠けていたと後で批判をうけた。この専門委員会は29回の審議の結果、2000年12月28日に「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療のあり方についての報告書」（「専門委員会報告書」と呼ぶ）を公表した[26]。この報告書は提供精子、提供卵子、提供胚を用いる生殖補助医療と代理出産のみを対象としていて、報告書名の「等」は代理出産を指している。検討すべき課題としては他に、配偶者死亡後の生殖補助医療があったが、この報告書にはない。基本的考え方として①生まれてくる子の福祉を優先する。②人を専ら生殖の手段として扱って

はならない。③安全性に十分配慮する。④優生思想を排除する。⑤商業主義を排除する。⑥人間の尊厳を守る、の六原則が提起された。代理懐胎（代理母サロゲートマザーと借り腹ホストマザー[27]）については、主に①、②、③の基本原則に照らして禁止という結論になった。しかし、この専門委員会報告は日産婦会告では認められていない提供精子、提供卵子を用いた体外受精、余剰胚（他の夫婦が自分達のために作成したが利用しないことを決定した胚）の移植を認めた。さらに、作成胚（第三者の精子と第三者の卵子から新たに作る胚）の移植も認めるというゆるやかなものだった。つまり、代理出産以外は何でもありの内容だったため、パブリック・コメント（2001.1.18～4.18）にも多くの批判意見が寄せられた。この専門委員会は、生殖補助医療の方向性を決めるためのものであり、審議の中で「制度の整備は遅くとも３年以内に行われること」を要求していた。

2000年６月に、厚生労働省は法制化と公的管理運営機関の業務内容の具体化を決めるべく、厚生労働省厚生科学審議会の下に「生殖補助医療部会」を設置した。委員の構成は小児科医１名、小児精神科医１名、児童福祉専門家１名が加わり計20名であった。部会設置の時点では2003年１月の通常国会への法案の上程を考えていたが、それはかなわず、2003年４月28日に、厚生労働省科学審議会生殖補助医療部会は「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」（「部会報告書」と呼ぶ）を公表した[28]。この部会報告書は2000年12月の専門委員会報告書とは、３つの点で異なっていた。すなわち、①配偶子（精子、卵子）の提供者を、専門委員会報告書では「匿名者と匿名者がいない場合には一定の条件下で兄弟姉妹等」もよいとしていたが、部会報告書では「当分の間、匿名者に限る」とした。②専門委員会報告書では余剰胚・作成胚の移植が認められていたが、部会報告書では、作成胚は許されないこととなった。③子どもの出自を知る権利の範囲が、専門委員会報告書では「提供者を特定できない情報のうち、提供者が開示を承認した範囲」となっていたものが、部会報告書では「提供者を特定できる内容を含め開示を受けたい範囲」となった。何でもありだった専門委員会報告書に比較して、やや規制のレベルが厳しくなった。しかし、現在、日産婦が認めていない卵子提供の体外受精を認めており、現行の日産婦の自主規制より、ゆるやかであることは同じである[29]。共通点は、代理懐胎禁止という点であり、その理由は①人を専ら生殖の手段として扱うことになり人間の尊厳に反する。②第三者に多大な危険性を負わせることになる。③子の福祉の観点からも望ましくない、の３点である。代理懐胎は禁止の方向を打ち出したものの、現在、日産婦会告の容認していない提供卵子・提供精子の体外受精を認めたものとなっているため、その制度枠組で実施される生殖補助医療を想定し、法務省法制審議会が親子法制を打ち出した。以下で「制度枠組」とは、提供卵子・提供精子・余剰胚による体外受精はゆるされていて、作成胚と代理懐胎はゆるされていない制度のことである。また、その制度枠組には実施医療施設・提供医療施設の厳格な要件と公的管理運営機関の管理体制も含まれている。

第２節　法務省法制審議会中間試案（2003）と問題点

１．中間試案の内容

2003年７月15日に法務省法制審議会は、厚生労働省の部会報告書（2003年４月28日）を受けた形で、それまで生殖補助医療関連親子法制部会が検討してきた結果を「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案」（以下「中間試案」と呼ぶ）として発表した[30]。次の３点である。

第１　卵子又は胚の提供による生殖補助医療により出生した子の母子関係

「女性が自己以外の女性の卵子（その卵子に由来する胚を含む。）を用いた生殖補助医療により子を懐胎し、出産したときは、その出産した女性を子の母とするものとする。」

第２　精子又は胚の提供による生殖補助医療により出生した子の父子関係

「妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子（その精子に由来する胚を含む。）を用いた生殖補助医療により子を懐胎したときは、その夫を子の父とするものとする。」

第３　生殖補助医療のため精子が用いられた男性の法的地位

１（1）制度枠組の中で行われる生殖補助医療のために精子を提供した者は、その精子を用いた生殖補助医療により女性が懐胎した子を認知することができないものとする。

（2）民法787条の認知の訴えは、（1）に規定する者に対しては提起することができないものとする。

２　生殖補助医療により女性が子を懐胎した場合において、自己の意に反してその精子が当該生殖補助医療に用いられた者についても、１と同様とするものとする。

第１は提供卵子による体外受精で出産した女性を母とする、すなわち、「分娩者＝母」ルールを示している。第２は提供精子を用いた生殖補助医療においては「同意者＝父」ルールを示している。人工授精によるAID子のみならず、厚労省部会の容認する提供精子による体外受精も含む。第３は精子を提供した者は子を認知できないし、子から認知の訴えもできないとしている[31]。死後生殖子の法的地位については厚生省の方の見解が出ない以上、検討しないとしている。パブリックコメントには意見が17通寄せられた。第１の「分娩者＝母」ルールについては賛成９、一部反対５であった。その他の意見として、胚提供は特別養子に、代理母では子を育てる意思のある依頼者女性を母にという意見もあった。第２の「同意者＝父」ルールについては、賛成10、一部反対２であった。第３の精子提供者が認知をしたり、認知の訴えを起こされないことについては、賛成７、反対３であった。その他の意見として、子からの認知請求を認めるべきというものがあった。他に、内縁、同性カップルにも認めるべきであるとか、死後懐胎子、代理懐胎契約は公序良俗違反なので代理懐胎依頼者と子の養子縁組無効とすべきである等の意見があった。

２．本試案第1「分娩者＝母」ルールの意義

この中間試案の第１においては「分娩者＝母」ルールを打ち出しているのだが、その意義は、自然生殖及び人工授精における「分娩者＝母」ルールとは大きく異なる。自然生殖及び人工授精においては、分娩者は、卵子の母であり、遺伝の母であり、血縁の母である。つまり、自然生殖及び人工授精における分娩主義というのは血縁主義そのものなのである。しかし、卵子提供の体外受精で分娩した女性は、卵子の母ではなく、血縁の母でもない。いわば、卵子をもらってまで子を持ち、子を養育しようとしている意思の母であると言える。ということは、卵子提供の体外受精における「分娩者＝母」ルールは、意思主義を表していることになる。「分娩者＝母」ルールの意義が、自然生殖と人工生殖（卵子提供の体外受精）とでは異なっていることになる。外形の事実から、母は分娩した者であると言えるのだが、その意義が自然生殖と人工生殖では異なるものになる。分娩主義は、自然生殖及び人工生殖のうち人工授精では血縁主義を表し、人工生殖のうち卵子提供の体外受精による分娩では意思主義を表していることとなるのである[32]。

３．中間試案の補足説明と問題点

（１）適用対象の生殖補助医療

法務省民事局参事官室は「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案の補足説明」（以下「中間試案補足説明」と呼ぶ）を2003年８月に公表した[33]。それによると、本試案の適用対象となる生殖補助医療は６類型ある。人工授精を①AIHと②AID、体外受精を③配偶者間と④非配偶者間に、代理懐胎を⑤借り腹型（夫婦の精子と卵子を体外受精させて、その胚（受精卵）を妻以外の女性に移植するもの）と⑥代理母（妻

以外の女性に夫の精子を人工授精して行われるもの）に分類している。Ⅱでとりあげた東京ケースは⑤類型の代理懐胎（いわゆる借り腹型host mother）である。借り腹型には大阪ケースのような卵子提供者が別にいる場合も含まれる。⑥類型の代理母は聖書[34]の昔からある型でtraditional surrogate motherと呼ばれる。[35]

（2）適用範囲の問題点

卵子提供型の生殖補助医療で出産した女性をその子の母とする理由として、次のア～エの４つ述べている。

ア　母子関係の発生を出産という外形的事実にかからせることによって、母子間の法律関係を客観的な基準により明確に決することができる。

イ　この考え方によれば、自然懐胎の事例における母子関係の決定と同様の要件により母子関係を決することができるため、母子関係の決定において、生殖補助医療により出生した子と自然懐胎による子をできるだけ同様に取り扱うことが可能になる。

ウ　女性が子を懐胎し出産する過程において、女性が出生してくる子に対する母性を育むことが指摘されており、子の福祉の観点からみて、出産した女性を母とすることに合理性がある。

エ　本試案が主として想定する卵子提供型の生殖補助医療においては、当該医療を受けた女性は生まれた子を育てる意思を持っており、卵子を提供する女性にはそのような意思はないから、出産した女性が監護することが適切である。

以上４つの理由から、卵子提供型の生殖補助医療でも「分娩者＝母ルール」を適用すると言った上で､次に「適用範囲」を拡大している。「本試案第１（分娩者＝母ルール）は、生殖補助医療の範囲を限定せず、制度枠組の中で行われる卵子提供型の生殖補助医療だけでなく、同枠組で認められていない借り腹型等の生殖補助医療によって生まれた子の母子関係にも適用されることとしている。」と述べた。その理由は、代理懐胎の場合も、ア～ウの理由はあてはまるからであるとしている。しかし、エを無視して、「分娩者＝母ルール」の適用範囲を卵子提供型の体外受精から、いきなり代理懐胎にまで拡大していることには大きな疑問を感じる。何故ならば、卵子提供を受け分娩する女性は、意思の母であり、子をこれから養育しようという意思を持っている。しかし、借り腹型の代理懐胎では、その意思のないことが普通である。それなのに、一律に「分娩者＝母」ルールで括ろうとしている。適用範囲のこの拡大は明らかにおかしい。上記理由のエが述べているように、卵子提供型の生殖補助医療の分娩者は子を育てる意思を持っているが、借り腹型の代理懐胎者は子を育てる意思を持っていないのが普通だからである。このように、明らかに無理がある拡大にもかかわらず、大阪高等裁判所で引用され（2005・5・20判時1919-107）、東京ケースの原原審の東京家庭裁判所で引用され（2005・11・30民集61-2-658）、最高裁の決定で引用されている（2007・3・23民集61-2-619）のである。最高裁決定は、昭和37年判決を引用したことで一つ目の誤りをおかし、この法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会の「分娩者＝母ルール」を引用したことで二つ目の誤りをおかしている。

第３節　日本学術会議の対外報告（2008）

2003年に厚生労働省の部会報告書と法務省の中間試案が出てからは、法制化へ向けての議論は停滞した。しかし、事実はどんどん先行した。2003年の死後懐胎子の第一審、その控訴審の高松高裁の認知請求認容、2004年から2005年にかけての代理出産の大阪ケースの判例、2005年からは向井夫妻の代理出産ケースがマスコミを賑わし、その出生届受理を命じた東京高裁決定（2006・9・29民集61-2-671）が出るに及び、政府は2006年11月30日に法務大臣と厚生労働大臣の連名で、日本学術会議に生殖補助医療、特に代理出産についての審議を依頼した。学術会議は「生殖補助医療の在り方検討委員会」に審議を付託し、委員会は１年３カ月、17回の審議を経て、2008年４月８日に対外報告『代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題―社

会的合意に向けて―』を公表した[36]。委員は、医師６（産科医３、小児科医３）、法学者６（憲法１、刑法１、民法２、国際私法２）、生物学者１、生命倫理学１、科学思想史１の15名である。報告書は62頁にわたり、要旨、作成の背景、現状及び問題点と提言（1）～（10）を含む。３頁に「代理懐胎」の定義として「子を持ちたい女性（依頼女性）が、生殖医療の技術を用いて妊娠すること及びその妊娠を継続して出産することを他の女性に依頼し、生まれた子を引き取ることをいう」としている。提言要約を概観し、検討する。

（1）代理懐胎については、現状のまま放置することは許されず規制が必要である。規制は法律によるべきであり、例えば生殖補助医療法（仮称）のような新たな立法が必要と考えられ、それに基づいて当面、代理懐胎は禁止とすることが望ましい。

（2）営利目的で行われる代理懐胎には処罰をもって臨む。処罰は施行医、斡旋者、依頼者を対象とする。

（3）母体の保護や生まれる子の権利・福祉を尊重するとともに代理懐胎の医学的問題、具体的には懐胎者や胎児・子に及ぼす危険性のチェック、特に出生後の子の精神的発達などに関する長期的観察の必要性、さらに倫理的、法的、社会的問題など起こり得る弊害を把握する必要性にかんがみ、先天的に子宮をもたない女性及び治療として子宮の摘出を受けた女性（絶対的適応の例）に対象を限定した、厳重な管理の下での代理懐胎の試行的実施（臨床試験）は考慮されてよい。

（4）代理懐胎の試行に当たっては、登録、追跡調査、指導、評価などの業務を公正に行う公的運営機関を設立すべきである。その構成員は、医療、福祉、法律、カウンセリングなどの専門家とする。一定期間後に代理懐胎の医学的安全性や社会的・倫理的妥当性などについて十分に検討した上で、問題がなければ法を改正して一定のガイドラインの下に容認する。弊害が多ければ試行を中止する。

行為規制として、代理懐胎は原則禁止を謳い、その一方では試行的実施（臨床試験）は考慮されてよいとする両論併記的なものになっている。試行的実施の結果、問題がなければ、（将来）容認するとも明言している。このことは日産婦の会告「代理懐胎に関する見解」[37]（2003年４月）とも同じ論調である。すなわち、日産婦の会告においても、付帯事項として、「将来の検討事項：代理懐胎が唯一の挙児の方法である場合には、一定の条件下（例えば第三者機関による審査、親子関係を規定する法整備など）において、代理懐胎の実施を認めるべきとする意見も一部にあり、また、将来には社会通念の変化により許容度が高まることも考えられる。代理懐胎を容認する方向で社会的合意が得られる状況となった場合は、医学的見地から代理懐胎を絶対禁止とするには忍びないと思われるごく例外的な場合について、本会は必要に応じて再検討を行う。」としている。

処罰については、営利目的の斡旋業者は当然罰せられるべきと思うが、依頼者夫婦にまで刑事罰を課すのは疑問である。つまり、代理母のどこが問題なのかを考えたとき、それを営利的に商業ベースに行うのが問題であるのであって、人助けとして自発的にするものに刑事罰は必要ないと考える。公的運営機関については、厚労省の部会報告書にもあり、そこでは主に近親婚を防ぐための記録保存のためのものであったが、代理懐胎の試行的実施をするのであれば必ず要る機関であろう。

（5）親子関係については、代理懐胎者を母とする。試行の場合も同じとする。外国に渡航して行われた場合についても、これに準ずる。

（6）代理懐胎を依頼した夫婦と生まれた子については、養子縁組又は特別養子縁組によって親子関係を定立する。試行の場合も同じとする。外国に渡航して行われた場合についても、これに準ずる。

現行民法の解釈の範囲として、昭和37年４月27日最高裁判決（民集16巻７号1247頁）の「分娩者＝母」ルールを採用している。現行民法は実子を、血縁関係を基礎に構築しているので、このルールは、自然生殖では合理的なルールである。何故なら自然生殖では分娩の母は血縁の母でもあるからである。また、人工生殖でも人工授精では、分娩の母が血縁の母でもあるから、合理的なルールで

ある。さらに、体外受精の卵子提供型の生殖補助医療でも、「分娩者＝母ルール」は合理的なルールと言ってよい。ただし、そこでの意義は意思の母だからということになる。つまり、卵子をもらってまで子を生み育てようとする強い意思があるからである。このように、「分娩者＝母ルール」といっても、自然生殖と人工授精では血縁主義、卵子提供型体外受精では意思主義を意味しているので、外形の事実は分娩であるが、意味しているところが全く違うのである。血縁もない、かつ、子を育てる意思もないという代理懐胎者に、このルールをあてはめることはできないと考える。分娩者と血縁の母が違う卵子提供型の生殖補助医療にあてはめられるからと言って、代理懐胎には一律にあてはめられない。この対外報告の問題点と考える。

また、英国の「ヒトの受精及び胚研究に関する法律1990」[38]は「分娩者＝母」と明文で規定しているが、樋口範雄教授によると「そのようにはっきり規定することで、母となるのを望んでいない代理母に母とされてしまうリスクが生じるとともに、依頼夫婦の妻にも母となれないリスクが生じる。そのことは、代理母契約を結ぼうとするのを抑制する方向で働くであろう。要するに、そこには第三者の女性が介在する代理母を抑制しようとする意図が明白である。」としている[39]。法がこう規定することで行為を抑止しようとすることは、子の福祉を犠牲にしている。もっとも、英国のこの法律は６カ月以内に依頼者夫婦が法的父母になることが可能な手続きも用意している。行為規制と親子法制を連動させて、代理懐胎者を母とすることで、行為を規制しようとする意図が、この対外報告にも、法制審議会の中間試案補足説明にも、また、最高裁判旨にも見え隠れしている。

（7）出自を知る権利については、子の福祉を重視する観点から最大限に尊重すべきであるが、それにはまず長年行われてきたＡＩＤの場合などについて十分検討した上で、代理懐胎の場合を判断すべきであり、今後の重要な検討課題である。

（8）卵子提供の場合や夫の死後凍結精子による懐胎など議論が尽くされていない課題があり、また今後、新たな問題が将来出現する可能性もあるので、引き続き生殖補助医療について検討していく必要がある。

（9）生命倫理に関する諸問題については、その重要性にかんがみ、公的研究機関を創設するとともに、新たに公的な常設の委員会を設置し、政策の立案なども含め、処理していくことが望ましい。

（10）代理懐胎をはじめとする生殖補助医療について議論する際には、生まれる子の福祉を最優先とすべきである。

子の出自を知る権利については、児童の権利条約が７条で父母を知る権利、８条でidentityを保持する権利が規定されていて、これらはどのような仕方で生まれてきた子についても重要な権利である。既成事実がここまで積み重ねられたAID子についても、これからは出自を知る権利を保障していかねばならない[40]。精子提供者の匿名性を排除すべきであるという動きがスウェーデンやオーストラリアのビクトリア州にあり、その法制化により精子提供者は激減したが、子の出自を知る権利は保障されるようになった。父が誰であるかわからないAID子の苦悩は筆舌に尽くしがたいものであり、できることなら今後は医療としては止めるべきものであると私は考える。ただ、不妊治療として、どうしても残さなければならないのであれば、出自を知ることのできる手立てを保障しなければならない。学説の中には、出自を知らされない権利もあると主張するもの[41]があるが、果たしてそんな権利があるだろうかと私は思う。出自が問題になる場面というのは、親が離婚したり別居したりする家庭の危機の場面である。出自が問題になっていること自体、既に自分は誰なのかとidentityの危機になっている。自分に関する真の情報を隠されることの方が不正義ではないだろうか。出自を知らされない権利はないと考える。

この対外報告の副題に「社会的合意を求めて」とあるが、代理懐胎について社会的合意は得られないのではないか。家族をどのように持ちたいかというのは、人々が自分で決めたいと思う事項、つまり自己決定したい事項の最たるものではない

だろうか。家族形成権は、世界人権宣言16条で宣言され、日本国憲法第13条の幸福追求権の一つであると考える。不妊の夫婦が最後の手段として代理懐胎を選ぶことは、個々の夫婦の選択の問題であり、社会的合意とは違った次元の話であろう。2007年に厚労省が実施した生殖補助医療についての国民の意識調査では、代理懐胎を容認する人が54%いたとのことである[42]。不妊患者のみを対象にした調査では別の数字になるのではないだろうか。

第５章　先進諸国の制定法

この日本学術会議の対外報告のあと、生殖補助医療法制化へ向けての公的な動きはなく、我が国ではまだ法制化には至っていないのだが、先進諸国にはすでに制定法がある。それらを概観し、我が国の法制化に参考とすべき点を探ってみたい。

１　イギリス

イギリスでは、AIDも古くから行われ、それについての議論も世界に先駆けて行われた[43]。1940年後半においては、AIDは姦通罪であるとか、家畜農場での技法を人間の家族へ導入したものとか、自然の摂理に反する罪である等、否定的見解が多数を占めていた。1958年にはAIDを夫の同意なく行って子どもを得た妻が姦通を理由に離婚が認められた判例も出た。一方ではAIDへのニーズは増えて行き、法律で禁ずるべきなのか否かを調査するため、Feversham委員会が立ちあげられ、1960年７月に「AIDは強く思いとどまるべきであるが、法によっては禁止も規制もされるべきではない」とする報告が出された。つまり、ここでは不妊の夫婦が最後の手段としてAIDを用いることを黙認したが子どもの地位には触れられなかった。1973年にはPeel委員会による報告が出され、性行為に対する世論も大きく変わり、また養子に出される子どもの数が減少し、「現在のAIDに対する人々の考え方の傾向は、嫡出性と出生の登録に関する法の改正に値する」と結論づけた。1978年には世界初の体外受精による赤ん坊が生まれたことを経て、1982年7月には倫理学者Mary Warnockを委員長とする委員会が立ちあげられた。そこでは不妊治療全般にわたり各方面からの意見を取り入れた討議が行われ、1984年に64項目にわたるWarnock報告書[44]が出された。「AIDは不妊を緩和するための治療として認められることが望ましく、夫婦ともに同意している場合は、子どもは法的に嫡出子として扱われるべきである。ドナーの絶対的な匿名性は維持されるべきである。」とした。また、AIDが許されるのであれば、卵子提供の不妊治療も認められるべきであるとし、その際の母親はその子を産んだ女性を母親とみなした法律を制定するよう勧告した。代理母については、委員会が検討した課題の中で最も難問であったとし、反対意見と賛成意見を併記している。すなわち、「代理母においては第三者の介入の仕方はAIDの場合より分が悪い。何故なら精子提供者と比べ、産みの母親の貢献は、はるかに親密で個人的のものだからである。出産後子どもを引き渡すことだけを目的に妊娠するのは誤った考え方である。一方、代理母にたいする賛成意見としては、不妊が治療に値するものであるなら、代理母を例外にするべきではない。何故ならある種の夫婦にとっては、自分達の両方もしくは片方と遺伝的絆をもつ子どもを得る最後のチャンスが代理母である。さらに、他人のために子どもを身籠るというのは、妊娠の価値を貶めたり、金銭価値に換算するようなものではなく、反対に一人の女性から別の女性への自発的で慈悲深い思いやりの行為と見ることができる。妊娠にリスクが伴うとすれば、その思いやりはより一層大きなもののはずである。また、代理母契約を結ぶ女性は自分の身体に関する一切の権利を持っており、自己の決定に従って本当に自発的な契約を結ぶのであれば、そこに搾取の問題は起こり得ず、代理母に報酬が支払われるという事実だけで、搾取をいうのは間違っている。親子の絆についても、子どもが胎内にいる間に生じる母と子の絆がどの程度のものであるのか実際には知る由もなく、この観点から強硬な主張がなされるべきでない」と賛否両論を述べた上、委員会とし

ては、便宜目的だけの代理母は全く容認できない、営利、非営利を問わず英国内で代理妊娠のために女性を募集したり斡旋する機関を設立運営したりするのは、犯罪であると規定した法制化を行うことを勧告した。また、巻末に「異見表明」として「子どもができない夫婦への治療行為としての代理母を提供する道を完全に閉ざしてしまうことは誤りである。」との二名の委員（産婦人科医と学者）の少数反対意見を別記している。このWarnock報告を受けて、1987年にFamily Law Reform Actにより、同意した夫がAID子の法的父と規定され、1990年には「ヒト受精及び胚研究に関する法律Human Fertilisation and Emryology 1990」[45]が制定され生殖補助医療技術に関する事項は「ヒト受精及び胚研究認可庁HFEA」において一元管理されることとなった。この法律の30条に配偶子提供者に有利な親子決定（Parental orders in favour of gamete donors）という規定があり、妻でない女性が分娩した場合で妻の卵子または夫の精子のいずれかないし両方が使用されていれば、子どもの出生6カ月以内に申請し、代理母とその夫も申請に同意していれば、依頼者夫婦を両親とする決定を裁判所がすることができる。この親決定制度は我が国の立法にも参考にしたいと考える。

2　フランス

1982年にフランスで最初の体外受精児が出生し、1983年には大統領直属の「生命科学と健康に関する全国倫理諮問委員会（CCNE）」が設置された。そこでは、先端医療技術に関しては、国家による介入すなわち立法によるべきという意見が大勢を占めており、10年以上にわたる議論の後、1994年７月には「生命倫理法」と総称される３つの法律が公布された。すなわち「人体の尊重に関する法律（人体尊重法）」、「人体の要素と産物の提供と利用、生殖補助医療と出生前診断に関する法律（移植生殖法）」、「保健の分野における研究を目的とする記名データの処理に関し、情報処理・情報ファイル及び諸自由に関する1978年１月６日の法律第17号を変更する法律」の３つである[46]。移植生殖法は2004年に改正されて「生命倫理に関する法律」となり、先端医療庁という管理機関も創設された[47]。生命倫理法の基本理念は「人体に関することは人権という公の秩序に関わる事柄である」として国家的な規制と管理を行うとしている。許容される生殖補助技術としては、AID、精子提供、卵子提供、余剰胚提供の体外受精のみで、代理母、借り腹は無償でも許されない。生殖補助医療を行う機関は許可制で、受ける主体は法律婚又は２年以上の事実婚のカップルで、独身女性や同性愛カップルは入らない。精子提供については無償性、匿名性が原則で、子どもの側からの出自を知る権利は明確に否定されており、「父の捜索は禁止」の伝統が守られている。また、出産した女性が母親であり、同意した夫はあらゆる親子関係の訴訟を禁止されている。民法典第１編人第２節人体の尊重第16－7条に「他人のための生殖又は妊娠を目的とする契約は、全て無効とする。」と明文で代理懐胎契約を禁止している。さらに1991年、破毀院は代理懐胎で生まれた子どもを完全養子にすることを養子制度の濫用であるとしてパリ控訴院の原判決を破棄した[48]。また2007年には、パリ控訴院は、米国での代理懐胎により双子を得たフランス人夫婦について、米国で出された出生証書をフランスの出生届に転載することを認めた。しかし、破毀院が控訴院判決を破棄したため転載は認められていない。しかしながら、これを契機に議会上院の調査検討班が、代理懐胎の解禁を初めて提案した[49]。生命倫理法は見直されていくだろう。フランスにおける問題点は、子の出自を知る権利に対する配慮がないことである。

3　ドイツ

1984年、旧西ドイツでは元連邦憲法裁判所長官であるベンダを座長とする委員会が設置され、1985年にはドナーを用いた体外受精の制限、代理母の禁止、余剰胚の研究への転用禁止などを内容とするベンダ報告が発表された[50]。それに沿った趣旨で「養子縁組仲介法」が改正され「養子斡旋及び代理母斡旋禁止に関する法律」が1989年に制定、

1990年には「胚保護法」が制定された。1998年には親子法改正により、分娩した女性が母であるとする規定が民法1591条に明文化された。2002年にはAID子について、精子提供に同意した父母は、夫の父性を否定できないという民法1600条第2項が追加された。またドイツでは医師会は強制加入であり、細かい実施規定は医師会が指針を出している。認められている施術は法律婚のカップルの人工授精と体外受精（顕微受精を含む）であり、代理母は禁止、卵子提供も禁止、胚の実験の禁止されており、全体的にきわめて抑制的になっている。これは、ナチス時代の優生思想への反省と憎悪があるからであると言われている[51]。しかし、AIDを認めて、卵子提供を認めないのは矛盾している。

4　アメリカ

アメリカでは、生殖補助医療は治療というよりは商業ベースで広まった。1980年代末には全米各地に100近くの代理母斡旋業者が存在した。代理母に関する裁判が相次いだこともあり、1988年には統一州法委員会全国会議（National Conference of Commissioners on Uniform State Laws、NCCUSL）が「補助生殖で生まれた子どもの地位に関する統一法」を作成し、２条には子どもを産んだ女性が母であるとする規定をおいている。代理母については、代理母を認めるA案と代理母契約を無効とするB案を並列し、各州の議会に選択を任せた。A案を採択する州、B案を採択する州、どちらも採用せず独自の規定をおく州、どちらも採用せず代理母については容認とも禁止とも規定をおかない州に分かれた[52]。2002年には「補助生殖で生まれた子どもの地位に関する統一法」は改定され「統一親子法Uniform Parentage Act UPA」となり、第１編総則で借り腹型代理母を「妊娠の母gestational mother」と呼んでいる。第８編に代理母に関する規定を置き、採用は改定前と同様、各州議会に任せられている[53]。そのため、従前と同様に代理母を容認する州と禁止する州とどちらでもない州がある[54]。

5　その他の国の代理出産の許否

代理出産を容認している（非商業的な場合のみ容認の場合、裁判所の審査が必要な場合を含む）国は、イギリス、イスラエル、インド、オランダ、オーストラリアの一部の州、オランダ、カナダ、ニュージーランド、ハンガリー、ブラジル、南アフリカ、ロシア等である。代理出産契約を無効とする、または禁止している国は、アイルランド、イタリア、フランス、オーストリア、サウジアラビア、スイス、スウェーデン、スペイン、デンマーク、ドイツ、トルコ、ノルウェー、ベトナム、ポーランド、メキシコ、中国、台湾等である[55]。概ね、容認は英米法系の国に多く、禁止は大陸法系の国に多い傾向があると言える。

結び

・分娩主義の限界

最近、民法改正委員会家族法作業部会から親子法の一つの改正案[56]が出ている。その案では、現行法にはない「母の定義」を置こうとしている。改正案C－1で「子を出産した者を母とする。」とあり、従来からの分娩主義の明文化を提案している。昭和37年判決と2003年厚生労働省の部会報告書と法制審議会の中間試案、2008年の日本学術会議の対外報告と同じ「分娩者＝法的母」というものである。家族は公序なので一つの統一した規範が必要であることは確かである。しかし、「分娩者＝母ルール」をどの生殖補助医療にも、一律にあてはめることは適当ではない。このルールは、自然生殖と人工授精までは、母子関係が血縁なので、合理的といえる。何故なら、我が民法は実親子関係の基礎を血縁に置いているからである。また、卵子提供型の体外受精による生殖補助医療でも、血縁はないけれども、母であろうする意思を持つから、意思主義としての分娩主義の適用は合理的である。しかし、分娩主義を適用できる範囲はここまでである。代理懐胎の場合には、もはや分娩主義を適用することはできない。代理懐胎でも分娩者が母であると言うとすれば、それは何を意味

することになるのだろうか。血縁でもなく、子を育てる意思もない者を、あえて、母と呼ぶのは行為規制にかからせているとしか考えられない。それは、子の福祉を犠牲にして社会の利益を優先するやり方であり 、子の福祉の尊重という誰しもが声高く叫ぶ親子法の理念に反する。親子法制は何よりも子の為のものでなければならない。東京高裁の判断が個別具体を重視しすぎていると批判されたが、私はその判旨に賛成である 。親子法においては、目前にいる子の福祉を最大限に実効的に考えてやるべきである。

・立法の方向について

1　卵子提供については、AIDとのバランスから、厚生労働省厚生科学審議会生殖補助医療部会が提案しているように、卵子提供の体外受精を認める立法をすべきである。ただし、子の出自を知る権利を保障するため、記録保存の必要がある。そして、分娩主義の原則も、この生殖補助医療では適用される。分娩した者に養育の意思があるからである。

2　次に代理懐胎については、日本学術会議の対外報告の方向で立法されるべきと考える。つまり、営利的代理懐胎は禁止だが、先天的子宮欠損症などの絶対的適用の人には、試行的実施を認める。その試行的実施を一元的に管理・記録保存する公的機関も設置する。問題は、国内に他人の為に代理懐胎をする人が、需要に見合うだけ存在するかである。長野県の医師のところで行われているのは親族関係にある人がほとんどである。代理母の引受手が公的機関に登録し、依頼者は順番待ちをするという状況が出現するであろう。生殖補助医療については、国外に商業ベースの大きなマーケットが存在し、アメリカでは提供精子、提供卵子、代理出産の市場が約12億ドル規模[59]、インドでのそれらは約４億ドル規模[60]と言われている。身体・生命の商品化は無限定に認められるべきではない[61]。ただ、代理母については、各国の法制が区々に異なることからもわかるように、人々の考えは極めて多様である。経済的弱者の搾取になるのではないかという論点が指摘されることが多いが、私は一概にそうは言えないと考えている。何故なら、女性が、十分な情報と説明の下に、真摯な意思で自己決定しているのであれば、彼女は自分の身体に関する権利を行使しているのである。世界の様々な文化と風土、あるいは経済格差がある中で、普遍的に最重要であることは、個人が基本的人権（reproductive rights生殖に関する権利等）を自由に行使できることであると考えるからである。

臓器移植については2009年５月に世界保健機構WHOが渡航移植を規制する方針を決議すると報じられ[62]、2010年５月21日にジュネーヴの総会で決議が採択された[63]。法的拘束力はないが加盟国に対し、臓器などの売買や渡航移植によって経済的利益を得ることに反対するよう要請している。日本では2009年に渡航禁止が報じられてから、国会が急いで改正臓器移植法を成立させた[64]。WHOのいう渡航禁止が臓器移植だけに止まるのか、将来的に生殖補助医療の分野にも拡大されるのかは定かではない。日本では晩婚化が進み、生殖補助医療への需要は増大している。渡航禁止の規制が実現しても、一方に需要があり、他方に供給があれば渡航は止まらないだろう。改正臓器移植法の国会では、以前にはあった臓器移植それ自体に対する否定とか心臓死のみが死であるという議論はなかった。臓器移植に対する違和感・忌避感は、時代と共に確実に少なくなっている。代理懐胎についても、日本学術会議の対外報告が言うとおり、禁止を見直す時期が来るかも知れない。試行的実施も含めて、代理母を容認するのであれば、代理母その人への敬意は十分払われなければならない。そして、代理懐胎が適法とされるのであれば、分娩した者が母であるという分娩主義は変更されなければならない。新しいルールとして、779条の文理の原点に立ち返り、代理懐胎事例においては母の認知を復活させるということを提案したい[65]。父の認知届における「子の母」欄に遺伝子の母と分娩の母を明記し、胎児認知をする。同時に、母も胎児認知ができるように母の認知届を新設し、子の父と分娩の母を明記する。そして、分娩の母に

は「面接交流権」等を認め、子が生まれるにつき最大の貢献をしてくれたことに対して感謝の念を形として表す。子には遺伝子の母と分娩の母がいることになり、新しい家族の形になる。

代理懐胎を禁止するのであっても、その禁を破って、今そこに生まれてきてしまっている子は存在するのだから、その子の最善の利益を追求すべきであり、決して行為規制と親子法制を連動させてはならないのである。

---

1 吉村泰典「生殖医療の現況と課題」学術の動向（2010.5月）10頁、施設数は日本が世界一多い。

2 東京財団「停滞する生殖補助医療の論議を進めるために―代理懐胎は許されるか―」（2010.2月）http://www.tkfd.or.jp/research/project/news.php?id=548

3 2010年ノーベル医学生理学賞は、この技術に初めて成功した英国ケンブリッジ大名誉教授のエドワーズ博士に贈られた。朝日新聞2010年10月５日朝刊。

4 青野敏博「生殖補助医療の医学的、倫理的問題点」学術の動向（2008.8月）14頁。

5 朝日新聞平成20年12月14日朝刊、日本生殖医学会倫理委員会報告「第三者配偶子を用いる生殖医療についての提言」町野＝水野＝辰野＝米村編『生殖医療と法』信山社（2010）178頁。

6 朝日新聞平成21年２月６日朝刊。

7 日本産科婦人科学会会告「代理懐胎に関する見解」2003、「体外受精・胚移植に関する見解」2006、http://www.jsog.or.jp/about_us/view/html/kaikoku/H15_4.html

8 根津八紘＝沢見涼子『母と娘の代理出産』はる書房（2009）この医院では2009年10月迄に、20例の代理懐胎（うち７例は妻の実母を代理母とする）を行い11例が出産し13人の子が誕生したとしている。

9 石井美智子「代理母―何を議論すべきか」ジュリスト1342号（2007）10頁。

10 昭和36年９月５日民事甲2008号通達。出産能力のない高齢の母が出生した子として、虚偽の出生届がなされる傾向があった（藁の上から貰って育てる養子の慣行があった）ため、50歳以上の者を母とする子の出生届は、市町村長がその受否につき管轄法務局長の指示を求めた上で処理することがなされている。

11 町野＝水野＝辰井＝米村編著『生殖医療と法』信山社（2010）244頁。

12 テレビタレント向井亜紀・元プロレスラー高田延彦夫妻ケース

13 中野俊一郎「代理出産に基づく親子関係の成立と外国裁判の承認」ジュリスト1354号（2008）332頁、早川眞一郎「外国判決の承認と公序」法律のひろば（2008）58頁。

14 第一審東京地裁昭和34年１月30日判決、控訴審東京高裁昭和35年７月25日判決。

15 旧民法人事編第六章親子第一節親子ノ分限ノ証拠

第九四条　身分ノ占有トハ夫婦ト其婚姻ニ因リテ生マレタリト主張スル者トノ間其者ノ出生ノ時ヨリ親子ノ分限ヲ証スルニ足ル可キ事実ノ湊合スルヲ謂フ其事実ノ著名ナルモノ左ノ如シ

第一　子ナリト主張スル者カ常ニ其父ナリトスル者ノ氏ヲ称シタルコト

第二　子ナリト主張スル者カ常ニ其父母ナリトスル者ヨリ嫡出子ノ如ク取扱ハレ其養育、教育ヲ受ケタルコト

第三　子ナリト主張スル者カ常ニ親族及ヒ世上ニ於テ嫡出子ト認メラレタルコト

第九五条　庶子ハ父ノ届出ニ基ク出生証書ヲ以テ之ヲ証ス但身分ノ占有ニ関スル規定ヲ適用ス。

16 梅謙次郎『民法要義巻之四親族編』書肆明法堂（明治34年）復刻版信山社（1992）255頁。

17 大判大正10.12.9　民録27輯2100頁。

18 大判大正12.3.9　民集２巻４号143頁。

19 大判昭和3.1.30　民集７巻１号12頁。

20 田村五郎『家族法体系「母の認知」Ⅳ親子』有斐閣（1960）32頁。

21 内田貴『民法Ⅳ』東京大学出版会（2004）196頁によると、社会的に医師として名声を博した被告が、妾の子ということでは体面が悪いとし

て、実際に育ててくれた実の母に対して母子関係はないと言い出したとしている。

22 島津一郎「家族法からみた人工生殖」中川善之助・米倉明編集『新版註釈民法（23）親族（3）親子（1）実子』有斐閣（2004）３頁。

23 同上、289頁。

24 民法議事・商事法務版6巻488頁、　阿部徹「民法七七二条・七七四条」『民法の百年Ⅳ』有斐閣（1998）53頁。

25 原田晃治「いわゆる代理母の出産した子の法的地位について」民事月報47巻12号（1992）22頁。

26 http://www.mhlw.go.jp/shingi/s1228-1_18.html

27 surrogate motherは夫の精子で人工授精により第三者の女性が懐胎出産する場合であり、host motherとは、夫の精子と妻の卵子を体外受精させ、できた受精卵を第三者に懐胎出産してもらう場合を言う。前者を人工授精型代理母、後者を体外受精型代理母と呼ぶこともある。

28 http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/04/s0428-5.html

29 青野由利「生殖補助医療のちゃぶ台返し」学士会会報840号（2003－Ⅲ）110頁。

30 http://www.mog.go.jp/PUBLIC/MINJI35/refer01.html

31 この中間試案自体が、体外受精の精子提供と卵子提供を容認するとしている厚労省部会報告書に対応した試案である以上、「精子が用いられた男性」のみならず、「卵子を提供した女性」にも触れられて然るべきであると考える。あるいは、精子・卵子をまとめた概念である「配偶子」とするべきではないだろうか。

32 吉田克己「最近家族法判例４題――家族法における意思・血縁・時間」北大民事法研究会資料（2007.12.14）６頁、大村敦志『家族法第三版』有斐閣（2010）227頁。

33 法務省民事局参事官室「中間試案補足説明」民事月報58（8）（2003年８月）134～150頁。

34 旧約聖書「創世記16章」１～４節、アブラムの妻サライが侍女ハガルによって夫の子を得る。

35 米国のベビーM事件（1987）の代理母がこれであったが、卵子の母と分娩の母が一致するため、トラブルになりやすいとして、その後あまり行われていない。中村恵「アメリカ法における生殖補助医療規制と親子法」法律時報79巻11号（2007）57頁。

36 http://www.scj.go.jp/ja/info/iinkai/seishoku/index.html

37 日本産科婦人科学会会告「代理懐胎に関する見解」平成15年４月、addressは注6に同じ。

38 http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1990/ukpga_19900037_en_1

39 樋口範雄「人工生殖と親子関係」ジュリスト1059号（1995）129頁。

40 才村眞理編著『生殖補助医療で生まれた子の出自を知る権利』福村出版（2008）253頁。

41 水野紀子「生殖補助医療と法」法の支配141号（2006）49頁、「医学技術の進展と親子法」『基本法コンメンタール（第５版）親族』（2008）117頁。

42 同上48頁、石井美智子「代理母―何を議論すべきか」ジュリスト1342号（2007）これらによると代理出産を認めてもよいとする回答が54％と最も多く、体外受精が39.8％、人工授精が38.1％、胚移植が27.8％となっている（20歳から69歳の男女5,000人対象）。

43 南貴子『人工授精におけるドナーの匿名性廃止と家族』風間書房（2010）67～80頁。

44 メアリー・ワーノック著上見幸司訳『生命操作はどこまで許されるか』協同出版（1992）102,181頁。

45 http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1990/ukpga_19900037_en_1

46 北村一郎「フランスにおける生命倫理立法の概要」ジュリスト1090号（1996）120頁。

47 本田まり「フランス生命倫理法の改正」上智法学論集48巻３号（2006）227頁。

48 Cass.Ass.plen.,31/5/1991,Bull.civ.Ass.plen.,no4

49 松川正毅『医学の発展と親子法』有斐閣（2008）375頁、東京財団http://www.tkfd.or.jp

50 吉田治代「諸外国における生殖補助医療の規制状況と実施状況（ドイツ）」神里彩子，成澤光編『生殖補助医療生命倫理と法基本資料集3』信山社（2008）163頁。

51 岩志和一郎「ドイツにおける人工生殖の法律問題」唄孝一、石川稔編『家族と医療―その法学的考察』弘文堂（1995）397頁。

52 石井美智子『人工生殖の法律学』有斐閣（1994）59頁

53 神里彩子・成澤光編『生殖補助医療』信山社（2008）286頁。

54 代理出産契約を有効とする州に、アラバマ、アーカンソー、カリフォルニア、フロリダ、アイオワ、メリーランド、ネバダ、ニューハンプシャー、ノースダコタ、オハイオ、テネシー、バージニア、ウェストバージニア、ハワイ等があり、商業的代理出産契約を無効ないし犯罪とする州にはアリゾナ、コロンビア特別区、メイン、ネブラスカ、ニューヨーク、ミシガン、ワシントン、アリゾナ、ニューメキシコ、ユタ等がある。これら以外の大半の州（29州）は代理出産契約を合法とも違法ともしていない。小野幸二「家族法の話題」戸籍時報554号（2003）42頁。

55 西希代子「代理懐胎の是非」ジュリスト1359号（2008）42頁。

56 窪田充見「実子法」ジュリスト1384号（2009）22頁、中田裕康編『家族法改正―婚姻・親子関係を中心に―』有斐閣（2010）56頁、310頁。

57 辻村みよ子『ジェンダーと人権』日本評論社（2008）281頁。

58 岡野祐子「生殖補助医療に基づく親子関係の成立と外国裁判の承認」ジュリスト1332号（2007）、村重慶一「代理出産による子の出生届」戸籍時報616号62頁、棚村政行「代理出産により生まれた子の母子関係と外国判決の承認」判例時報2002号（判例評論593号28）2007、梶村太一「代理懐胎最高裁判決をめぐる諸問題」『家族法学と家庭裁判所』日本加除出版株式会社（2008）335頁。

59 神里彩子「生殖補助医療をめぐる議論―その回顧と展望」『生殖革命と親・子』家永登、上杉富之編（早稲田大学出版会）（2008）48頁。

60 http://business.nikkeibp.co.jp/world/20061117/113920/

61 吉田克己『現代市民社会と民法学』日本評論社（1999）178頁。

62 朝日新聞平成21年４月25日朝刊、新型インフルの対応に追われ、この年の決議は見送られた。

63 朝日新聞平成22年５月22日夕刊。

64 脳死を人の死とし、本人の提供意思が不明でも家族の承諾で可能になり、15歳以上という年齢制限も撤廃し、親族への優先移植も可となった。衆議院可決は平成21年６月18日、賛成263・反対167、参議院可決は７月13日賛成138・反対82であった。施行は平成22年７月17日で、９月８日現在家族の承諾のみの提供はすでに11例ある。新しい法律に沿った臓器移植の加速度的増加には目を瞠るものがある。

65 大村敦志『法源・解釈・民法学』有斐閣（1995）265頁、1994フランス生命倫理法成立前の議論における代理母容認派のゴベール教授の見解も双方で認知すればよいというもの。廣瀬美佳「体外受精・代理母の法的問題点」野村好弘＝小賀野晶一編『人口法学のすすめ』信山社（1999）237頁、青野敏博「生殖補助医療の医学的倫理的問題点」学術の動向13巻8号（2008）19頁。

（きよすえ　ていこ　北海道大学大学院法学研究科修士課程修了）

（図表）

表 1　先進 4 カ国と 2000 年厚生省案、2003 年厚労省案、日産婦の現行実施の比較

	英	仏	独	米	厚生省専門委員会案	厚生労働省部会案	日産婦会告
AID 非配偶者間人工授精	○	○	○	○	○	○	○
夫婦の配偶子の体外受精	○	○	○	○	○	○	○
提供精子による体外受精	○	○	×	○	○	○	×
提供卵子による体外受精	○	○	×	○	○	○	×
余剰胚による体外受精	○	○	×	○	○	○	×
作成胚による体外受精	○	×	×	○	○	×	×
代理懐胎	○	×	×	○	×	×	×

表 2　日本の生殖補助医療の現状―米国との比較（2005）

JISART（日本生殖補助医療標準化機関）の HP http://www.jisart.jp/topics/index.html より

	日本	米国
人口	1 億 3 千万人	3 億 1 千万人
生殖補助医療ができる登録施設数（病院等）	641 施設	475 施設
実施施設数	552 施設	422 施設
体外受精治療周期数	42,822	―――
顕微受精治療周期数	47,579	―――
凍結胚治療周期数	35,069	―――
総治療周期数	125,470	134,260
出産分娩数	16,263 人	38,910 人
出産児数	19,112 人（55 人に 1 人が人工生殖で生まれている）	
累積出産児数	154,869 人（登録制ができてから）	

＊治療周期数：一人の女性が 1 年に 2 回治療すれば 2 周期と数える。