



Title	中国における代理出産によって産まれた子の法的地位について：日本の裁判例と比較して
Author(s)	胡, 可
Citation	北大法政ジャーナル, 27, 29-55
Issue Date	2020-11-11
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/79774">https://hdl.handle.net/2115/79774</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	HouseiJournal_27_02_Ko.pdf



# 中国における代理出産によって産まれた子の 法的地位について

—日本の裁判例と比較して

こ 可  
胡 可

## 目 次

序章	31
第1節 中国における現状とその原因	31
第2節 代理出産の定義	31
第3節 問題の所在	32
第1章 中国における立法の沿革	33
第1節 身分関係についての関連規定（主に親子関係の規定）	33
第2節 代理出産についての関連規定	35
第2章 中国における判例	37
第1節 事実の概要	37
第2節 各審級の判断	37
第3節 検討	39
第3章 中国における先行研究	40
第1節 代理出産の是非に関する学説	40
第2節 代理出産によって生まれた子の親子関係認定	41
第4章 日本の場合——代理出産に関する代表判例の検討	43
第1節 背景	43
第2節 裁判例	43
第3節 検討	47
第5章 私見	48
第1節 判例における問題点	48
第2節 代理出産自体への検討（主に「公序良俗違反」について）	50
第3節 代理出産によって生まれた子の法的地位	51



## 序章

### 第1節 中国における現状とその原因

#### (1) 現状

今や代理出産は中国、アメリカ、インド、タイ及び日本等の国でも珍しくなく、グローバル的現象であるといえる。2001年に発布された、政府衛生部による「人類補助生殖技術管理弁法」においては、医療機関及び医療従事者は、いかなる形式によっても代理母出産技術を使ってはならない旨が明文化され、代理母出産技術の使用は全面的に禁止された。しかし、上記は医療者のための法律であり、代理母やドナー、依頼者に対する規制は明確化されずグレーゾーンのままだといえる。<sup>1</sup>

立法の隙間が存在するが、高い経済力が要求されるため、代理出産があくまで少数派の選択に過ぎない。中国の富裕層では不妊治療を目的とした海外渡航が多く見られる。しかし、近年、中国国内では水面下での商業的代理出産が盛んに行われており、仲介業者がインターネット上で跋扈している。「代理出産」という言葉を検索すると、100件を超える結果が宣伝広告として出てくる。例えば、「代理出産そのものには10万円<sup>2</sup>、分娩前には毎月1万円、分娩後にはさらに5万円を支払う」というように代理出産の段階ごとに詳しく値段を付けている広告も存在する。さらに、「依頼者の精子で5から7人の代理母を同時に妊娠させ、男子以外の胎児を中絶するというサービスを提供するところも存在する」<sup>3</sup>そうだ。

#### (2) 原因

上述したように、現在、代理出産は巨大な産業となっている。なぜ中国では、そのような現象が巷に溢れているのだろうか。その原因は以下の通りである。

まず、技術の発展が起因している。生殖補助医療についての医療技術が飛躍的な発展を遂げたことで、人工授精はもちろん、より難しい体外受精まで頻繁に利用されるようになってきている。そ

れに留まらず、人工生殖技術を通じ、胎児の数をコントロールしたり、性別や遺伝子の欠陥をチェックしたりすることも可能となった。それにより、依頼者各々の望みを叶えるために、子供の性別が望ましい方ではない場合や遺伝子に欠陥がある場合には妊娠中絶を行うこともある。

そして、現実の需要の高さも重要な原因となっている。中国では血縁主義の伝統が根強く残っており、少なくとも夫婦一方との間に血縁関係のある子を得たいという強い願望を持っている人が多い。しかし、2009年に中国人口協会が公表した「中国不妊不育現状調査研究報告」によると、中国における妊娠不能者は出産適齢者の15%を占め、数にして約4000万人にもものぼる。その大きな市場を満足させるため、代理出産ビジネスが登場してきたのである。

また、その巨大な利益が各方面の人々を誘惑しているとも考えられる。代理出産を行う代理母は身体に大きな負担がかかる上、子宮が商品化されることで精神的にも傷つくのではないだろうか。それにも拘わらず、ただ妊娠して出産すれば大きな金額がもらえるということを、他の仕事に就くより楽であると考えてる者も出てくる。仲介機関にいたっては、身体的にも精神的にも負担なく巨額の金銭を手に入れることができる。そういった市場からの刺激により、現在の生殖ビジネスが形成されてきた。

さらに、立法の欠陥が根本的な原因であると考えられる。上述したように「人類補助生殖技術管理弁法」は医療機関を対象として代理出産を禁止するのみに留まる。行政法では「法無規定不可為」という原則があり、法の規定がない場合には処罰をすることができない。すなわち、生殖ビジネスの仲介機関に対しては国から罰を下す権利がないのである。その上、医療機関に対する罰は得られる巨大な利益と比べるとごくわずかなものであるため、抑止力があるかどうかは疑問が残る。

### 第2節 代理出産の定義

議論をはじめの前に、まず「代理出産」という

用語を明確にする必要がある。この言葉の語源は米国法のサロゲートマザー（surrogate mother）である<sup>4</sup>。中国でも実例が登場し、代理母と生まれた子の血縁関係があるかどうかという基準により「局部代理出産」と「完全代理出産」の形で定義されている<sup>5</sup>。

「局部代理出産」とは依頼者である夫婦の夫の精子を、妻以外の女性の卵子と人工受精させ、また別の女性の子宮に移植して出産する類型である。このときの代理母をサロゲートマザーと呼ぶ。この場合は、遺伝学上の父は夫であり、遺伝学上の母は卵子提供者である女性である。出産者の卵子を使った場合、出産者と遺伝学上の母が一致する。

「完全代理出産」とは夫の精子と妻の卵子を体外受精させ、その受精卵を代理母となる女性の子宮に移植し、代理母が妊娠し出産する類型である。このときの代理母をホストマザーと呼ぶ。この場合は、遺伝学上の父も母も当該夫婦であるので、「産みの母」と遺伝学上の母が一致しておらず、前者より一層深刻な問題が生じる。

### 第3節 問題の所在

#### (1) 問題点

生殖補助医療の発展とともに、多くの社会問題が表出してくる。例えば、「婚姻中の男女＝親」という伝統な家族観に衝撃をもたらし、「子供を持つ権利」に着目し、「子を産めない嫁」に対しての家族からの抑圧が生まれることが考えられる。子からすれば、親が確定しないことから不安定な状況におかれることもあるだろう。また、代理出産がビジネスになると、その本質としては、代理母の子宮を商品化し、富裕層が貧困層を搾取する行為と捉えられる。

以上のように、倫理的な難問は少なくない。それでは、民法上の問題はどのように解すべきだろうか。

もっとも根本的な問題は、代理出産契約の有効性である。生殖補助医療というのは立法者の予想の範囲外であり、関連する立法が存在しない。

「法無禁止即自由」という法諺があり、これはあらゆる近代民法の基本原則である「契約自由の原則」にあたる。その原則に従って、代理出産の有効性を認める余地があるとしても、どの程度まで認めれば良いか、またそれを認める前提として「公序良俗に違反しない」といえるかなどの問題については、後述するように学説上激しい論争が繰り広げられている。その関連立法は従来の民法上の婚姻関係や親子関係にも影響を与えるため、非常に複雑な問題である。現在の立法の進展の緩慢さは代理出産ビジネスの拡大スピードには及ばないことが予想できる。

だが、産まれてくる子どもには罪はない。代理出産によって産まれた子どもの身分の認定は彼らが社会生活を送る基盤となる。加えて、中国の身分制度の安定性を保護するためにも重要な問題であるので、それを明確にする必要があると考える。なぜなら、親子関係は身分関係の中で最も基本的なものの一つであり、様々な社会生活の基礎として重要なものであるからである。

したがって、現在の立法にかかわらず、既に代理出産によって産まれた子の利益を守る立場からは、「代理母から出生した子の法的地位」という問題点を「代理出産自体の是非」という問題点から区別して考える必要がある。それは現行法において、法律の解釈論に委ねられるべきである。その合理的な解釈を通じ、子の福祉を保障し、関連する相続、戸籍、監護権等の問題も円滑に解決できると予想できる。

#### (2) 本稿の趣旨

本稿では、中核として、中国における現行法下の代理出産について、裁判例の検討を踏まえ、代理出産によって産まれた子の親子関係についてどのように解釈すれば良いかを検討したい。子の利益と依頼者の願望を考慮に入れた上で、速やかに紛争を解決できるような法解釈の手段を模索していきたいと考えている。また、中国と同じように血縁主義を重視し、立法の整備もなされていない日本における代理出産の代表判例の場合と比較し

て検討する。

さらに関連問題として、代理出産契約の実質的分析を行い、将来の法の整備の見込みとして、代理出産契約に対してどのような立場を取るべきかという問題について簡単に議論したい。

## 第1章 中国における立法の沿革

### 第1節 身分関係についての関連規定（主に親子関係の規定）<sup>6</sup>

#### （1）親子関係の成立に関する規定

親子関係は出生事実または法的擬制により発生する<sup>7</sup>。中国の婚姻法は親子法の内容も含み、その規定により法律上の親子関係は、①嫡出子（婚生子）、②非嫡出子（非婚生子）、③養子、④連れ子（継子）の四類型に分けられる。

以下、それぞれの類型の規定に関して詳しく説明する。

#### ①嫡出子<sup>8</sup>

婚姻法第21条は「父母は子に対して扶養教育の義務を有する。子は父母に対して扶養扶助の義務を有する。」、婚姻法第23条第1項は「父母は未成年の子を保護及び教育する権利義務を有する。」と規定する。

父母は未成年の子に対しては保護・教育の権利義務を有する。また、父母には子の扶養教育義務が課され、子は父母に対して扶養扶助の義務が課されている。

#### ②非嫡出子

婚姻法第25条第1項では「婚姻によらずして生まれた子は婚姻によって生まれた子と同等の権利を享有し、如何なる者も危害を加えたり差別することは許されない。その子が独立に生活するまで、直接に非嫡出子を扶養しない実父ないし実母は生活費とその子の教育費を負担する義務がある。」と規定する。

非嫡出子は中国では「非婚生子」と呼ばれる。中国の非嫡出子の法的地位は嫡出子と完全に同様に扱われている。つまり、実父母からの相続の権利や扶養義務などは嫡出子と非嫡出子の間で同一

なのである。

したがって、中国においては非嫡出子に対する保護が完備されているため、認知制度や準正制度を明確に規定する必要がないと思われる。

しかし、婚姻法司法解释三<sup>9</sup>第2条は「夫婦の一方が人民法院<sup>10</sup>に対して親子関係不存在訴訟を提起し、かつ必要な証拠で主張を証明できる場合、相手は相反する証拠がなく、かつ親子鑑定を拒否すると、親子関係がないという推定の主張が成立すると人民法院が判断する。当事者の一方が親子関係確認訴訟を提起し、かつ必要な証拠で主張を証明できる場合、相手は相反する証拠がなく、かつ親子鑑定を拒否すると、親子関係が成立するという推定の主張が成立すると人民法院が判断する。」と述べる。この司法解释は親子関係の成立には血縁が根拠である傾向を明らかにし、それとともに、親子関係確認訴訟ないし親子関係不存在訴訟に関しては、三つの意味があると思われる。

つまり、第一に実父は血縁関係がある非嫡出子に対する認知を行うことができるということ（任意認知）、第二に子ないし未成年者である子の母は婚姻関係外の子の実父に対して、その子と実父である男性との父子関係の成立を主張できるということ（強制認知）、第三に嫡出子を自分の子ではないとして父子関係の不存在を主張できるということ（嫡出否認）である。

実務上、この司法解释に従う裁判例が少なくないが、法律上具体的な制度が設けられていないので、認知に関する主体、要件、法的手続き等に関する紛争が絶えず、立法的な欠陥があると思われる。

#### ③養子

中国の養子制度は日本の特別養子縁組に該当する<sup>11</sup>。一旦成立すると、実父母との親子関係が消滅することになる。条文上は、婚姻法第26条に「国家は合法的な養親子関係を保護する。養親と養子間の権利と義務には、本法の親子関係についての関係規定を適用する。養子と実親間の権利と義務は、養親子関係の成立によって消滅する。」と規定されている。

さらに、収養法は、養子縁組の成立要件に関して一層詳しく規定している。

収養法第2条は「養子縁組を成立するには、未成年者の扶養・成長に役に立てなければならない。収養人と養子の合法利益を確保するし、平等および自由意思の原則を守らなければならない。かつ、社会道徳・秩序に違反してはいけない。」と規定する。

そして、一定の要件も満たさなければならない。実質的要件として、養親は、①自分の子を持たない、②一定的な扶養能力がある、③医学上、養親になれない病気を持たない、④30歳以上であるという4つの条件全てを満たす必要がある（収養法第6条）。また、配偶者がいる場合、必ず夫婦の共同縁組でなければならないとされている（収養法第10条第2項）。以下を満たす必要がある。

そして、養子は14歳以下の未成年者に限定され、以下のいずれかの場合に当てなければならない：①実父母がいない孤児、②実父母が分からない捨て子、③特段の事情があり扶養能力がない実父母の子（収養法第4条）、④10歳以上の子と養子縁組をする場合、その養子の同意があること（収養法第11条）

送養人<sup>12</sup>は次の三者に限られる（収養法第5条）。

第一に孤児の監護者である。被監護者の実父母が死亡した場合、当該子に扶養義務を有する者の同意を得なければならない（収養法第13条第1項）。ただし、未成年者の父母が民事行為無能力者の場合では、その父母が子に及ぼす危険な行為がない限り、監護者は当該子を他人に養子として出すことができない（収養法第12条）。

第二に、政府が設立する社会福祉施設である。

第三に、特段の事情があり扶養能力がない実父母である。実父母は扶養能力がない場合、自己の子を他人の養子にすることができ、またその際必ず夫婦の共同行為として行い、実父母の一方が行方不明な場合に限っては一方の行為のみで認められる。（収養法第6条）

また、連れ子に対しての養子縁組も認められ、継父あるいは継母は、配偶者の連れ子の実父母の

同意により、当該子と養子縁組をすることができる。その際には、収養法第4条第3項・第5条第3項（特段の事情があり扶養能力がない実父母の子）、第6条<sup>13</sup>及び「養子になる子は14歳以下に限定する」などの規定には拘らない（収養法第14条）。

さらに、養子縁組の事実が政府の民政部门における登記をしなければならない。養子縁組は登記の日から成立する（収養法第15条）。

主観的要件としては、送養人と養親の意思が一致していることが求められる（収養法第12条）。

#### ④継子

明文上、継親子関係が定義されることはないが、通説<sup>14</sup>からも実務上も「父母の一方が死亡し、生存する方が再婚した場合、または父母が離婚した後に父母の一方または両方が再婚した場合に形成される」<sup>15</sup>という理解がなされている。

そして、「継父母と継子間にあっては、虐待または差別をしてはならない。継父又は継母とその扶養・教育を受けた継子との間の権利及び義務については、本法の親子関係に関する規定を適用する。」と婚姻法第27条に規定されている<sup>16</sup>。よって、継子は嫡出子と同じ法的地位を持つことが可能である。

しかし、その条文が適用される継親子関係の範囲は「長期的の共同生活による扶養教育関係が生じる継親子」<sup>17</sup>および「養子縁組が成立した継親子」<sup>18</sup>と限定される。

それでは、継親子関係の解消に関してはどのような規定がなされているか。

最高人民法院<sup>19</sup>は1986年3月21日、民他文第9号の「関与継母与生父離婚後有权要求与其形成扶養關係的継子女履行贍養義務的批復」（継母が実父と離婚したあと、既に扶養関係が生じていた継子女に対して扶養扶助義務の履行を要求できるかという問題に関する回答）によって、継母が実父と婚姻関係の解消をしても、長期間の共同生活による扶養教育関係が生じると、継子はその継母に対する扶養扶助義務を負わなければならないと判断した。したがって、「長期的の共同生活による扶養教育関係が生じる継親子」という親子関係が一旦形成

された場合、実父母と継父母の離婚がなされても、継父母は扶養教育義務を負うということが司法解釈によって肯定された。

また、最高人民法院は1988年1月23日、民字第44号「[関与継父母与継子女形成的権利義務関係能否解除的批復]（継父母が継子との間で形成した権利義務の解消の可否に関する回答）は、「継父母が継子との間で形成した権利義務は自然に解消することができず、その一方が解消を請求して訴訟を提起すると、人民法院が具体的な状況にしたがって解消できるかどうかという判決ないし調停をする」という立場を示した。しかし、これは継親子関係の解消は訴訟によることしかないと解釈したこととなり、司法の負担を重くすると批判され、結果として、最高人民法院は「関与廃止1980年1月1日至1997年6月30日期間発布的部分司法解釈和司法解釋性質文件（第九批）的決定」（1980年1月1日から1997年6月30日までの間で公表した司法解釈および司法解釈の性質がある資料を部分的に廃止する決定）によって、2013年1月18日から1988年の回答を廃止するという決定をした。

その後、継親子関係の解消に関する立法は進むことがなかった。実務上、実父母が死亡した場合には、「長期的の共同生活による扶養教育関係が生じる継親子」という親子関係が当然に解消するわけではなく、独立して生活できない継子に対する継父母の扶養・教育義務が依然として存在するし、生存している実父母の一方が未成年者の子の引渡しを請求する場合には、継父母の同意が必要であり、合意に至らない場合には、人民法院が子の利益に基づいて判断する<sup>20</sup>。

## （2）監護制度に関する規定

中国は「親権」という概念を採用していないが、子の合法的な利益という出発点から父母と子の権利義務に関しての規定が多く、父母が監護権を行使することにより、子に対する権利義務を履行するなど、実質的には親権を強調していると思われる。

条文上、以下の規定が存在する。

民法通則16条1項は「未成年者の父母が監護権を持つ。父母が死亡したまたは監護能力が不備である場合は、祖父母、成年した兄弟姉妹また関連機関が指定した他の親戚、友人が監護権を貰う」と規定する。

民法通則18条は「監護人は監護の責任を背負い、被監護人の人身、財産およびほかの合法的利益を保護すべきである。被監護人の利益のためしに被監護人の財産を処分することができない。監護人の監護権が法律で保護される。監護人は監護権の不履行ないし被監護人の合法権利を侵害する場合には、法的責任が追及される。それは被監護権人の財産的損害をもたらすと、損害賠償の責任を負わなければならない。また、人民法院は相關人員ないし相關機関の申し立てによって、監護権を取り消すことができる。」と規定する。

婚姻法36条は「父母と子の関係は父母の離婚によって解消しない。離婚後、父母の一方と生活するが、父母の子としての身分が変わらない。父母は該当の子に対する扶養・教育の権利義務を持つ。」と規定する。

したがって、父母は第一順位として未成年者である子の監護権を持ち、子の利益を保護することを前提に人身および財産上の管理をし、一旦それらの権利を侵害すると、監護権は裁判によって取り消される可能性があるが、実父母は離婚することで監護権を失うことはないのである。

## 第2節 代理出産についての関連規定

以上の法令は常に伝統的な家族構成をめぐって規定されたものである。科学技術の進歩によって「人類補助生殖技術」と呼ばれる「子を出産する」方法が出現した現在では、それに関する法律規定はどうかされるか。特に、本稿が研究する「代理出産」に関する法律規定を検討したいと考える。

### （1）「人類補助生殖技術管理弁法」

広く見ると人類補助生殖に関する法令は6つ存在する。それは、「人類補助生殖技術管理弁

法」、精子バンク規制法『人類精子庫技術規範』とその付随法令として、「人類補助生殖技術規範」、「人類精子庫基本標準」、「人類精子庫技術標準」、「実施人類補助生殖技術的倫理規範」である。これらの法令は、人類補助生殖技術について、医療を目的とする医療機関によるその技術の運用を許可し、またその管理のために、実施の基準と審査の手続きを規定している。

その中で代理出産と最も緊密に関連する法令は中国の衛生部により公布された「人類補助生殖技術管理弁法」<sup>21</sup>である。その内容は、精子、卵子、受精卵に対する受胎を目的として人工的な操作を行う医療技術の運用を「人類補助生殖技術」と定義し（第24条）、第3条において「人類補助生殖技術は医療機関により実施されなければならない」と規定した上で「配偶子・胚の売買を禁止」し「代理出産の禁止」を明文化している。

## (2) 「人口与計画生育法」(2001年)とその修正案(2015年)

「中華人民共和国憲法」25条の規定（「国家は計画出産を普及させて、人口の増加を経済と社会の発展計画に相応しいものにさせる」）に基づき、「人口与計画生育法」及びその修正案1条において、同じく「人口と経済、社会、資源、環境の協調した発展を実現させるために、契約出産を普及させて、公民の合法的權益を擁護し、家庭の幸福、民族の繁栄と社会の進歩を促進するため、憲法に基づいて本法を規定する。」と目的を明確に示している。

すなわち、計画出産という政策が変わらずに実施されている。それは人口増加の抑圧の側面があるが、同法（修正案も含め）の第17条において、「公民には出産の権利がある」と明記している。したがって、計画出産<sup>22</sup>という政策は、決して人から「子供を産む」権利を奪うことではなく、むしろ社会発展のペースに合わせて計画的に産ませることである。特に、2015年に「人口与計画生育法（修正案）」が公布されたことにより、今まで実施された「一人っ子政策」が廃止された上、第

18条の「公民の晩婚・晩産を奨励し」という文言は削除され、「一組の夫婦が一人の子どもを持つことを提唱」は「一組の夫婦が二人の子どもを持つことを奨励」という文言に代わった。この変化は、近年中国での少子化が日々顕著になっていることを反映している。

また、「代理出産を禁止する」という条文が草案に登場したが、人大常委員会の多数によって「生育の権利を奪う恐れがあり、全面禁止は不合理である」と反対された<sup>23</sup>。加えて、この法律の修正の目的は「二人の子を持つことへの奨励」であり、代理出産問題に言及する必要がなく、社会にどんな影響をもたらすのかという問題を事前に調査していないことから、この禁止条文を増やすことで予想以外の法律問題が起こるのではないかと指摘された。さらに、代理出産を禁止するかという課題にはまだ検討の余地があると思われる<sup>24</sup>。その結果、「人口与計画生育法」の修正案の最終稿では「代理出産を禁止する」という条文が削除されることになり、立法には至らなかった。それは「代理出産の合法化」の兆しではないかと議論された。

## (3) 「夫婦関係存続機関に人工授精によって出生した子の法的地位についての回答」

代理出産とは違い、人工授精によって出生した子の法的地位に関して、最高人民法院は明確に態度を示した。

1991年、人工授精によってできた子の扶養料請求事件が河北省で起きた。夫婦は夫の不妊から夫婦間で合意の上、AIC（非配偶者間人工授精：Artificial Insemination bB Conor—夫以外の精子を使用するという人工授精方法）によって子を得た。離婚する際、その子の扶養権が争われた。人民法院では不妊である男性に配慮して扶養権を父に与えるか、それとも、血縁関係がある母の方に与えるかと議論が起こった。そして、人工授精の子の親子関係の認定方法を最高人民法院に照会し、意見を求めたのである。

そして、最高人民法院により「夫婦関係存続期

間に人工授精によって出生した子の法的地位についての回答」（以下「人工授精の回答」と称する。）が公布された。「夫婦関係の存続期間中に、夫婦双方が一致して人工授精を行うことに同意した場合には、これによって生まれた子は夫婦双方の婚生子とみなされ、父母と子との間の権利義務関係については婚姻法の関連規定を適用することができる」と回答した。

すなわち、夫婦間で人工授精に対する合意が存在することを前提として、人工授精によってできた子の法的地位は嫡出子の法的地位と同一である。しかし、それはAICとAIH（配偶者間人工授精：Artificial Insemination of Husband—夫の精子を使用する人工授精方法）が対象であり、出産者が妻であることが当然である。よって、「分娩者＝母」という原則があることから、法律上の母子関係も当然に成立する。

## 第2章 中国における判例

中国において親子関係に関する立法は多いものの不完全であり、人類補助生殖技術に関する親子関係の認定はAICとAIHの場合に限られている。代理出産そのものに対する否定的な態度は見受けられるが、部門規章<sup>25</sup>の規定しかなく、さらに、代理出産によって生まれた子の法的地位に関する規定は完全に空白である。

そこで、その立法の補充として、代理出産によって生まれた子の身分認定に関するの裁判例の検討が必要だと考える。

本稿では、中国における代理出産した子の監護権をめぐる初めての判例を代表例として紹介したい（2015年滬一中少民終字第56号）。最高院としての最高人民法院が「2017年の工作報告」<sup>26</sup>において公表した事例の一つであり、それ以降の司法実務に方向性を示す指導例として参考に値する。

### 第1節 事実の概要

2007年4月28日、夫Aと妻Bとが登記により夫婦になったが、その後長期間、子ができなかった。

そこで、夫婦間で合意の上、他人の卵子を購入して、その卵子と夫の精子を体外授精させ、女性Cと有償の代理出産契約を結んで代理出産を依頼し、その受精卵をCの子宮に移植した。2011年2月、Cは子C1とC2の二人を出産した。

そして、虚偽の出生届を作成し、C1とC2が依頼者の夫婦ABの嫡出子という身分を登録した。夫婦ABは共同してC1とC2を育てていたが、2014年2月9日、夫Aが病気により急死した。その後、妻Bが一人でC1とC2を育てていた。

2014年12月29日、夫Aの両親X1とX2（原告、被上訴人）はその妻B（被告、上訴人）に子の監護権を請求する訴訟を提起した。Xらは、民法通則16条1項「未成年者の父母が監護権を持つ。父母が死亡したまたは監護能力が不備である場合は、祖父母、成年した兄弟姉妹また関連機関が指定した他の親戚、友人が監護権を貫う」という規定を根拠に、Bには子Cらとの親子関係がないため、子の父が死亡して分娩者である母が行方不明という状況であると主張した。

妻Bは、第一に代理出産契約に基づき子Cらは夫婦と親子関係がある。第二に、契約が無効だとしても、長年の共同生活事実により子Cらと擬制血親関係<sup>27</sup>にありその擬制血親関係が成立すると、婚姻法の第25条第1項の規定により、Cらの地位は夫AとBとの嫡出子の地位と一致するので、Bが第一順位者として子供の監護権を得ると主張した。

XらとBはどちらも「卵子の提供者および代理出産者の身分に関しては一切不明である」と主張している。

### 第2節 各審級の判断

#### (1) 第一審（上海闵行区人民法院）

「Bと子Cらとの間に親子関係が成立しているか。BはCらに対しての法的監護権を有するか。」を争点として明確にし、以下の判断をした。

まず、BとCらとの間には生物上の血縁関係がないという前提から、自然血親関係を否定した。

次に、C1とC2が夫婦ABの嫡出子であるかという点について、CらはABの嫡出子とはいえない

とした。なぜなら、先述した最高院による「人工授精の回答」[第2章2 (3)] が対象とするのは「合法的な人工授精で、出産者も婚姻関係中の妻である」と分析し、また、衛生部の規定により、人類補助生殖技術が衛生部の許可を得た医療機関のもとで行われることこそ合法であるので、本件の有償代理契約は最高院の司法解釈の規定の状況とは違い適用されないからである。

さらに、擬制血親関係が成立するかどうかについて、本件のBは養子縁組に欠かせない法的手続きをしていないのでABとCらの間に養子縁組が成立したと認めることができないとした。代理出産には、「遺伝上の母」、「産みの母」及び「育ての母」とが存在することが考えられるが、本件の「育ての母」Bを擬制血親と判断する法的な根拠がなく、代理出産自体も違法であり、その認定は難しい。

以上より、BとCらとの間では親子関係が成立しておらず、父が死亡し、また母が行方不明の場合にあたり、未成年者の利益を完全に保護するために、民法通則16条1項により、Xらが祖父母としてCらの監護権を取得すると判決した。

## (2) 第二審

監護権の順位制度によると、BとCらと親子関係がないことは祖父母であるX1、X2が監護権を主張する前提であるという理由で、本件を親子関係の認定及び監護権紛争であると認定した。そして、以下の判断をした。

### ①代理出産禁止の立場の採用

代理出産により生まれた子の法的地位に関しては、法律上の規定がないが、「人類補助生殖技術管理弁法」第3条において「人類補助生殖技術は医療機関により実施されなければならない」とし、「配偶子・胚の売買を禁止」と「代理出産の禁止」も規定された。これはただの部門規程であって、代理出産により生まれた子の地位を確定する法的根拠にならないが、我が国の代理出産を禁止する立場は既に明らかである。

そして、「契約自由」という私法の原則がある

が、「代理出産」は婚姻関係や社会倫理の面にも関わるので、その原則の射程外である。

### ②「分娩者=母」という論理の支持

現在の社会では、代理出産の潜在的なニーズがあるとともに、人工生殖技術の発展が代理出産の支えになっている。代理出産を禁止する立場をとっても代理出産によって子が生まれているという事実が消えるわけではないので、現実に存在している彼らの法的地位を認定して保護しなければならない。その認定にはまず親子関係の認定が必要である。司法実践では、「分娩者=母」という原則があり、父の認定は血縁関係によって行われる。最高院による「人工授精の回答」を分析すれば、夫婦間で合意がある場合、合法的な人工授精で生まれた子に関する親子関係の認定は、「分娩者=母」という原則で母を確定し、その上、嫡出推定で父を推定する。そうすると、その方法では分娩者が妻であるが、本件における代理出産は「妊娠」と「分娩」ということを他の女性に依頼して行っているため、「分娩者=母」という原則から外れている。したがって、「人工授精の回答」における親子関係の認定本件は射程外である。

この「分娩者=母」との原則は現在までの我が国における「代理出産に反対する」という立場と一致しているので、母子関係認定には採用されるべきである。そう考えると、本件では、代理出産者CこそCらの母である。AはCらとの血縁関係があるので、法律上の父になる。つまり、CらはAの非嫡出子（所謂「婚姻外の子」）であり、X1、X2はその子らの祖父母である。

### ③事実上の扶養関係に基づく擬制血親の成立

中国の法律規定によると、親子関係には自然親子関係と擬制親子関係がある。後者は血のつながりがないが、法律上、実親子関係と同様の権利と義務を有する親子関係であり、「養子縁組が成立した親子関係」と「長期間の共同生活により扶養教育関係が生じる継親子関係」いう二つの類型がある。

(ア) 養子縁組成立の否定

養子縁組の成立には、養子縁組の名義で一定の法的手続きを経由しなければならない。本件の場合では虚偽の出生届を作成し、被告Bと夫Aは嫡出子の名義でCらの身分登録をした。それを養子縁組の手続きであると認めると、法律の規定と齟齬が生じる。しかも、その認定を許すと、実質上、親権を分娩者から依頼者の妻に移転することに相当し、代理出産の今後の氾濫を促進する効果があり、代理出産禁止の立場に合致しない。よって、被告BとCらとの間の養子縁組の成立は否定される。

(イ) 長期間の扶養関係に基づく継親子関係の成立

通常、継親子関係は自然親子関係がある父と母の一方が死亡し、または父母が離婚した場合、子の扶養権を持つ者と結婚した者がその未成年者である子との間に扶養関係があるときに成立する親子関係である。しかし、社会の発展とともに、不倫、内縁などの現象が多くなり、非嫡出子の数が増加している。これは伝統的な家族倫理に衝撃をもたらし、非嫡出子への保護は看過できない問題になっている。そこで、婚姻法第25条は非嫡出子を保護する立法の立場を明らかにした。

その立場から解釈すると、継親子関係には非嫡出子である子が含まれると推定すべきである。婚姻法第27条第1項に規定されているように、継親子関係の成立は事実上の扶養関係があるということを前提にしている。本件の特殊な点は、ABの婚姻関係が成立した後、Aの非嫡出子Cらが誕生したということである。しかし、継親子関係の成立は婚姻関係を締結する前に誕生した子に限ると解するのではなく、被告BがCらを自分の子として長期間扶養や保護の義務を負担していることから、その事実上の扶養関係こそ実質要件として欠かせないことと見るべきである。

したがって、被告BとCらとの間で扶養関係がある継親子関係が成立し、婚姻法第27条第2項の規定により、被告BはCらの母と同じ地位であり、監護権の第一順位である。また、子の利益（成長環境の安定感、子Cらからの妻Bへの信頼感）を最大化

するという観点から見て、Bが監護権を得ると判断した。

### 第3節 検討

#### (1) 判例の立場

上述の裁判例はサロゲートマザーの場合であるが、代理出産に関する親子関係の認定をめぐって相当に詳しく分析されたといえる。

まず、本件の代理契約は有償な代理出産契約であり、第一審と第二審はどちらもその効力を否定した。人類補助生殖技術管理弁法3条の規定を根拠にし、第二審では「契約自由の原則」の範囲も検討され、「本契約は社会論理に反する」という考えからその契約を親子関係の認定根拠にならないと判断した。

そして、親子関係の認定には、伝統的な親子法の考え方を採用し、「分娩」という事実によって母子関係が形成されるという「分娩者＝母」という立場を採っている。それに比べると父の認定はかなり寛容で、非嫡出子に対する認知は必ず訴訟を経由する必要はなく、血縁関係と意思表示の合致があれば父子関係が成立すると認めている。

しかし、本件で最も争点となったのは、長期にわたって扶養・教育の関係がある場合、子と血縁関係がなく分娩者でもない女性との間では、どのような関係を認定できるのかということである。

養子縁組は必ず法的手続きを要すると規定されているので、本件のように虚偽の届出をして嫡出子として戸籍登録することを養子縁組の手続きに相当すると認定することは困難である。

そして、継親子関係があるかどうかという判断については第一審と第二審とは大きな違いがある。第一審では、通説や当時の実務と同様に、継親子関係は「父母の一方が死亡し、生存する方が再婚した場合、または父母が離婚した後に父母の一方または両方が再婚した場合に形成される」<sup>28</sup>という理解がなされた。それに反して第二審では、継親子関係の認定には夫婦共同の扶養事実が重視され、子の出生時点が婚姻中であっても、それは継親子関係の認定の壁ではないという拡大解釈を

していた。その結果、第二審では「BとCらとの間には扶養・教育関係が生じる継親子関係が形成されており、母子関係が存在するという判断がなされた。

## (2) 上記の事案を活用できる可能性

この事案は最高人民法院の公表によって話題になった。最高人民法院はこの事案に関しては、「代理出産自体の是非」という付随する課題に対して明らかに評価づけをせず、「子の利益の最大化」について強調した。すなわち、事案の解決が子の利益に影響する場合、それを第一順位にして考えるべきなのである。

この事案の判断基準を基に、様々な場合を想定してみる。

### ①代理母が子の引渡しを請求する場合

本件では代理出産者であるCは行方不明であり、子の扶養権を請求していなかった。もし、この代理出産者Cが夫婦に対して子の引渡し請求をするとどうなるだろうか。

上記判例を参照すると、「分娩者=母」という原則があるので、代理出産者は無条件で子の実母である。代理出産者に配偶者があれば、その配偶者が父であると推定される。なお、代理出産者の配偶者から嫡出子否定訴訟を提起することができる。そして、代理出産の依頼者である夫の方から親子関係確認訴訟を提起することにより、血縁関係を根拠にし、依頼者である夫は子の実父として認められる。そうすると、子は夫の非嫡出子であり、妻と長期間にわたって扶養・教育関係が生じる類型の継親子関係が存在すれば、夫婦の嫡出子と同じ地位に立つ。

その場合、代理出産者である実母と依頼者である実父・継母には監護権があると言える。監護権の帰属を判断するには、最高院が認めている「子の利益最大化」の観点から見ることになる。つまり、実母の経済状況、婚姻状況および依頼者側の扶養事実を考慮に入れ、子の成長にとって最も良い環境を提供することを目的として判断しなければならない。ただし、どちらに監護権を与えると

しても、他方の子供と会う権利をも保障すべきである。

### ②依頼者である夫婦が離婚した場合

先に述べたように、夫とは血縁関係があり、妻との間で既に扶養関係が生じる継親子関係が成立した場合、その親子関係は夫婦の離婚によって自然的に解消しないため、夫婦の両方とも子の扶養権がある。夫婦が扶養権を争ったときは、上記同様に監護権の問題となり、子が安定して成長できる環境を整えられる方に監護権の帰属があると判断する。

### ③ホストマザーの場合の親子関係の認定

本件はサロゲートマザーの場合であり、子は依頼者の妻との間に血縁関係がないが、事実上の扶養関係を重視し、継親子関係が認められる。しかし、もしも卵子が妻から提供されたものであれば、判例の立場からは、実母は依然として分娩者である代理母である。妻は継母として認定され、自分の血のつながりがある子を他人から奪われるリスクがある。

その点に関しては、検討する余地があるが、ホストマザーに関する裁判例は今現在非常に少ないことから、学説等を参考にして議論していきたい。また、この事案に付随して現れた代理出産自体の是非の議論に関する学説も簡単に紹介していく。

## 第3章 中国における先行研究

### 第1節 代理出産の是非に関する学説

#### (1) 制限開放説（有力説）

この説は、代理出産の商業化は禁止するべきだが、完全に禁止するべきではないと捉える。法律で一定の条件を課した上で、無償代理出産を認めるべきである。ただし、混乱を招かないように、代理者と依頼者の身分、誰の卵子を使用することが許されるかなどについて厳しく制限する必要があるとする。

これを支える論拠がいくつか存在する。

### ①権利説<sup>29</sup>

生育権と身体権を尊重すべきであると考えられる。生育権は人格権の一種であり、代理母が自己の意思により出産するのは権利の行使である。そして、子宮は代理母の身体の一部として、代理母本人において自由に使うことができる。つまり、代理出産は代理母の自己決定権に従っているといえる。

### ②公正説<sup>30</sup>

妊娠が不能な者が子を望む気持ちを重視すべきであると考えられる。

### ③伝統説<sup>31</sup>

中国では、昔から子子孫孫へと受け継ぐという観念があり、自分と血の繋がった子を持つのに強い願望を抱えている。この伝統的な血縁関係を重視すべきと考えられる。

### ④代理出産者に対する無害説<sup>32</sup>

無償契約の場合、代理母として、リスクなどが予想されるのに、代理出産を受け入れるのは覚悟があると言える。

## (2) 完全否定説<sup>33</sup>

完全否定説は現在の判例・裁判例の立場や立法の傾向と近く、制限開放説と違い、無償の代理出産契約まで禁止すべきだという立場である。この立場は以下の理由を述べる。

### ①社会の価値観との齟齬

代理出産というのは、社会の主流の価値観としてはまだ認められていない。それにより、代理出産に関与した各当事者が社会から「嬰兒の販売」など悪く評価されるかもしれない。

### ②貧富の格差

通常、代理出産者は貧しく、お金を得るために代理出産をするので、社会貧富の格差が一層明らかに現れる

### ③代理出産者には人身的にも、精神的にも損害がある

有償・無償を問わず、代理母が妊娠・出産するためには日常の活動が制限されることが普通であり、妊娠・出産には身体へのリスクが客観的に存

在する。

さらに、代理出産者は出産までの過程で、お腹の子に愛情を込めることが予想できる。無償の契約だとしても、その愛情を消すことができず、代理出産者から子を奪うのは非常に残酷ではないかと指摘される。

### ④家庭構造に対する衝撃

妊娠不能の妻に対する家庭抑圧が発生する可能性がある。

また、他の女性により出産した子、特にサロゲートマザーの場合では、妻とは血縁関係がない子を夫婦の子として育てるのが伝統的家庭像に衝撃を与えるおそれがある。よって、代理出産によって生まれた子の成長環境に安定性を保障できるかという疑問も指摘されている。

## 第2節 代理出産によって生まれた子の親子関係認定

学説上、代理出産自体の是非に関する議論が絶えないとしても、代理出産によって生まれた子の親子関係認定は別の問題として解決される必要があると考えられる。なぜなら、「代理出産が違法であるという性質の認定がされても、それによって生まれた子の扶養権問題を処理しなければならない」<sup>34</sup>からである。

理論的には、親子関係には「父子関係」と「母子関係」がある。しかし、「父子関係」に関しては、先に述べたように、嫡出子推定制度と非嫡出子に対する認知制度が制定されているので、紛争を解決するには基準があると言える。

それと対照的に、母子関係の認定は難問である。代理出産は分娩者である代理出産者が他人の女性の子を産むということである。昔から「分娩者=母」というルールがあり、分娩者は母であるか、それとも、依頼者である女性の方が母であるかという判断は難しいものである。特にサロゲートマザーの場合では、依頼者が卵子を提供することによって子と血縁関係があるという事実を無視することになり、不合理であると指摘され、より複雑な問題になる。

したがって、この問題を解決するために、本稿では母子関係認定の方法に関する4つの学説を紹介する。

### (1) 血統説

「血統」という言葉には「血縁関係の継承」の意味があり、血縁主義を最重要視している学説である。自然的血統の繋がりを強調し、卵子の提供者が子の法律上の母となる。つまり、遺伝子の継受が母子認定に決定的なのである。

それは中国の「伝宗接代」（自分の血と繋がりがあつた子を通じ、後継が永遠に切れない）という伝統的な家族倫理観を最も反映でき<sup>35</sup>、生物学上の観点から見ると合理的である。そして、自分と血縁関係があることによって、子に良い成長環境を提供したいとする愛情は強いと思われ、幸せな家族が作れると考えられる。

これには、人類補助生殖活動において、精子ないし卵子を提供する者が実父ないし実母になってしまい、現在の法律認定と齟齬が生じるという批判がある<sup>36</sup>。

### (2) 分娩説

これはローマ法の諺「Mater semper certa est」（母親は常に確定している—すなわち、分娩者は常に母である）に由来するものである。母子関係を判断するのが簡単であり、子の身分認定の安定性を保障できるし、分娩者はリスクを背負い、妊娠・出産することによって既に子とのつながりが強いといえる。また、この認定は代理出産の目的と相反するため、一定程度で代理出産の濫用を抑える役割を担うと考えられる。

しかし、分娩者は契約を結ぶ時には、そもそも他人の子を産むという意思を持っており、後悔する可能性もあるだろうが、最初意思のまま出産することもある。その分娩者の意思にかかわらず、血縁関係がない子まで分娩者に押し付けることが本当に分娩者の望むことであろうか。そして、「分娩者=母」の原則は昔の認定方法であり、産んだ子と必ず遺伝子のつながりを持っている場合はともかく、遺伝的につながりの無い受精

卵を子宮に入れ出産するホストマザーであれば、遺伝的に関係のない者と母子関係があると認定されることは子にとって本当に幸せなことなのだろうか<sup>37</sup>。加えて、代理母にとって不公平かもしれないという疑問も残る。

### (3) 意志自由説

代理出産契約は代理出産者と依頼者の合意の上で成り立ち、それによって生まれた子の親子関係もその意思により認定されるとするもので、契約の当事者の出産権と「子を持つ権利」の尊重を重視する説である。しかも、代理出産契約の締結をしてまで子を得たいとして費用を支出しているのであるから、依頼者側はある程度高い経済能力と子に対する深い愛情を持つことが明らかである<sup>38</sup>。

さらに、人工授精等の人類補助生殖における親子関係の認定は当事者の意思表示で決められるので、参照する価値がある。

しかし、契約自由の原則は民法の基礎原則として限界があり、身分関係の認定はその射程外であると批判されている<sup>39</sup>。

### (4) 子の利益最大化説

この考え方は英米法で広がり、中国では常に離婚事件において子の監護権の判断基準として使われている。この学説からは、子に対して最も良い成長環境を提供できる者に子の監護権を与えることになる。

しかし、身分関係というのは変わらない事実であり、この説は裁判所に過大な裁量権を与え、不合理であるという批判が出てきている<sup>40</sup>。

このように、中国における学説は議論が続いている状態である。以下、判例の分析と合わせて、最後に私見を述べる。

## 第4章 日本の場合——代理出産に関する代表判例の検討

### 第1節 背景

上記で述べたものは中国における代理出産に関する現状である。各国を比較してみれば、海外における代理出産に関する立法・司法の態度が分かれており、法律で全面禁止をする国があれば（フランス、ドイツ等）、制限的に認容する国もある（イギリス、アメリカ等）。

しかし、中国と同じく血縁主義が強い東アジアにおける日本は、自主的に規制をし、代理出産禁止の立場を表示している。例えば、「日本産婦人科学会の会告」（2003年4月）により「代理懐胎の是非について 代理懐胎の実施は認められない。対価の授受の有無を問わず、本会会員が代理懐胎を望むものために生殖補助医療を実施したり、その実施に関与してはならない。また代理懐胎の斡旋を行ってはならない。」と「代理懐胎に関する見解」が発表された。この報告には法的効力はないが、代理出産を消極的に否定するという立場が捉えられており、中国の立法の現状と共通している。

また、その立法の欠陥と対照的に、血縁主義への重視によって、「少なくとも夫婦の一方とは血の繋がりのある子を持ちたい」という思いを持つ者が多く、養子縁組制度の利用は希薄になり、代理出産を利用する可能性が高い。そのために、代理出産を求める海外渡航の例も増えた。

これは中国における代理出産の現状より少し進展がはやい。そして、中国における代表的な裁判例が「サロゲートマザー」の場合しかないが、日本の事案では「サロゲートマザー」と「ホストマザー」の両方について代表的な裁判例がある。

この二つの判例の紹介により、中国と同様に代理出産禁止の立場をとる日本において、どのように現行法の下で法律解釈によって問題を解決しているかを参照し、中国の現行法における代理出産から生まれた子の法的地位の検討を一層深くさせたいと考えている。

### 第2節 裁判例

#### (1) サロゲートマザーの裁判例

「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」（大阪高等裁判所平成17年5月20日決定、判時1919号107頁）

##### ①事実の概要

夫婦A1A2は不妊であったため、子を得るために、平成13年8月、カリフォルニア州サンフランシスコにおいて代理出産者Bと契約を結び、また平成14年2月、別の女性と卵子提供契約を結んだ。そして、体外受精によりBが妊娠した。平成14年9月、Aらはカリフォルニア州で親子関係の確認訴訟を提起し、10月、同州で代理出産者Bは二人の子C1・C2を産み、それと同時に親子関係を確認する判決がされた。

AらはCらを連れて帰国し、平成16年1月、Aらは出生証明書を明石市長に提出したが、A2は分娩者ではないため母子関係が認められないという理由で出生届不受理の処分をした。同年、Aらは、出生届の受理を命じることを求める申立てを神戸家裁判所支部にしたが、妻A2との間に母子関係が存在すると認めることができないとして、これらを却下した。

##### ②抗告審の判断-抗告棄却

##### ③理由

(ア)「涉外私法的法律関係を含む」ので、検討する上で日本法を基準法にする。

「Aらは、婚姻した夫婦であるから、A2と本件子らとの親子関係の存否は、まず、法例17条1項で定まる準拠法により嫡出親子関係の成立の有無を検討すべきである」という理由で、日本法によって分析を行う。

(イ)「分娩者=母」というルールを本件に適用する。

日本では、母子関係の判断基準について、明確の規定はないが、従前から、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と解されており（最高裁昭和37年判例）、「母子関係の発生を分娩という外形的事実にかからせることは、母子間の法律関係を客観的な基準により明確に決する

ことできる」というメリットがある。また、「経験上、女性は、子を懐胎し、胎内での子の成長を実感しつつ分娩に至る過程において、出生してくる子に対する母性を育むことが指摘されていることから、子の福祉の観点からみても、分娩した女性を母とすることには合理性がある」とした。

厚生科学審議会生殖補助医療部会「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」（2003年4月28日）等を参照した上、法制度が整備されていない本件子らの出生時においては、そのルールの例外を認めるべきではないとし、「関係者の意向や養育の実態によって、実親子関係としての母子関係を決すべきであると解せられない」と判断した。

（ウ）代理懐胎契約は、公序良俗に反するので、効力を否定する。

「生殖補助医療の発展により、借り腹（不妊夫婦の精子と卵子を体外で受精させて、その胚を妻以外の女性に移植するもの）や代理母（妻以外の女性に夫の精子を人工授精して出産させるもの、本件のように、夫の精子と妻以外の女性から提供された卵子を用いて、受精卵を得、これを更に別の女性に移植して出産させるもの）による出産（これらを併せて「代理懐胎」という。）も可能となっているが、これらは、人を専ら生殖の手段として扱い、第三者に懐胎・分娩による多大な危険性を負わせるもので、人道上的問題があるばかりか、代理懐胎を依頼した夫婦と代理懐胎を行った女性との間で生まれた子を巡る深刻な争いが生じる危険性を胚胎しているとして、否定的に評価する見解が有力である。」「この立場によると、代理懐胎契約は、公序良俗に反するものとして、その効力は否定されるものと解され、当裁判所も見解を同じくする」として、「代理懐胎の方法により出生した子を例外的に分娩者以外の者を母と認めることは、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」と判示した。

（エ）養子縁組の示唆

分娩者Bが母であるという「法律関係にあるこ

とを率直に認識し、既に出生した本件子らの福祉を第一義として、本件子らとA2との養子縁組の道を探ることを期待したい」と述べた。

（2）ホストマザーの場合（所謂「借り腹」）

「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」（最高裁判所第二小法廷平成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）

本件は抗告審が代理母実践に積極的立場を示し、例外的地位にあたることが分かる<sup>41</sup>。したがって、以下に抗告審と最高裁の判断を紹介する。

①事実の概要

A1とA2は日本在住の日本人夫婦である。妊娠不能であったため、米国ネバダ州で、2003年5月米国人Bと有償代理出産契約を結び、A1とA2の受精卵をBの子宮に移植し、同年11月にBが子C1C2を出産した。その後、ネバダ州の裁判所により、CらについてA1を父、A2を母と記載したネバダ州出生証明書が発行された。

そして、AらがB（東京都品川区長）に対し、A1とA2を父母とする嫡出子としての出生届を提出したところ、BはA2による分娩（出産）の事実が認められず、Cらとの間に嫡出親子関係が認められないことを理由として本件出生届を受理しない旨の処分をし、これに対し、Bが戸籍法118条に基づき、本件出生届の受理を命ずることを申し立てた。

②抗告審（東京高等裁判所平成18年第27号9月29日決定：民集61巻2号671頁、判例時報1957号20頁）

ネバダ州裁判（以下は「本件裁判」と称する）は対世効を有し、民事訴訟法118条所定の外国裁判所の確定判決に該当することを踏まえて、「個別かつ具体的内容に即した検討をしたうえで、本件裁判の効力を承認することが実質的に公序良俗に反しない」とした。そして、原審における「Aらと子らとの嫡出親子関係が認められないことを理由に本件出生届けを受理しないBの処分は適法である」という判断を取り消し、Bに出生届の受

理を命じた。

ここで「公序良俗に反しない」とは、その判決の承認により「涉外性」と「内国牽連性」（内国の基本的価値、秩序など）を平衡できることと解されている。

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

（イ）Cらは、A2の卵子とA1の精子により出生した子らであり、AらとCらとは血縁関係を有する。

（ウ）本件代理出産契約に至ったのは、A2の子宮頸部がんによる子宮摘出手術等の結果、自ら懐胎により子を得ることが不可能となったため、Aらの遺伝子を受け継ぐ子を得るためには、その方法以外はなかったことによる。

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

（オ）本件では、その夫妻は、本件子らと親子関係にあることもこれを養育することも望んでおらず、他方、Aらは、Cらを出生直後から養育し、

今後も実子として養育することを強く望んでいるのであって、Cらにとって、Aらを法的な親と認めることがその福祉を害するおそれはなく、むしろ、Cらに養育されることがもっともその福祉にかなう。

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

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

（ク）本件のような生命倫理に関する問題につき、我が国の民法の解釈ではAがCらの法律上の親とされないにもかかわらず、外国の裁判の効力を承認する結果として、我が国においてAらをCらの法律上の親とすることに違和感があることは否定できない。しかしながら、身分関係に関する外国裁判の承認については、多くの下級審裁判例や戸籍実務（昭和51年1月14日民二第280号法務省民事局長通達参照）においては、身分関係に関する外国の裁判についても、準拠法上の要件は満たす必要はなく、民訴法118条に定める要件が満たされれば、これを承認するものとされており、この考え方は国際的な裁判秩序の安定に寄与するもので

あって、本件事案においてのみこれに従わない理由は見いだせない。」と理由付けた（太字は筆者による）。

そして、「本件裁判は民訴法118条の適用ないし類推適用により効力を有し、CらはAらの嫡出子ということになるから、本件出生届は受理されるべきである。」と判示した。

③最高裁（最高裁判所第二小法廷平成19年3月23日決定 民週61巻2号619頁、家月59巻7号72頁、判時1967号36頁参照）

しかし、最高裁は「民法が実親子関係を認めていない者の間にその成立を認める内容の外国裁判所の裁判は、我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものであり、民訴法118条3号にいう公の秩序に反する」ので、ネバダ州の裁判所に対する承認を拒絶し、原決定を破棄、原々決定に対するAらの抗告を棄却した。

「外国裁判所の判決が民訴法118条により我が国においてその効力を認められるためには、判決の内容がわが国における公の秩序又は善良の風俗に反しないことが要件とされているところ、外国裁判所の判決が我が国の採用していない制度に基づく内容を含むからといって、その一事をもって直ちに上記の要件を満たさないということとはできないが、それが我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものと認められる場合には、その外国判決は、同法条にいう公の秩序に反するというべきである」（最高裁平成5年（オ）第1762号同9年7月11日第二小法廷判決・民集51巻6号2573頁参照）。

「我が国の民法上、母とその嫡出子との間の母子関係の成立について直接明記した規定はないが、民法は、懐胎し出産した女性が出生した子の母であり、母子関係は懐胎、出産という客観的な事実により当然に成立することを前提とした規定を設けている（民法772条1項参照）。また、母とその非嫡出子との間の母子関係についても、同様に、母子関係は出産という客観的な事実により当然に成立する」と解されてきた（最高裁昭和35年（オ）第1189号同37年4月27日第二小法廷判決・民

集16巻7号1247頁参照）。」

「子を懐胎し出産した女性とその子に係る卵子を提供した女性とが異なる場合についても、現行民法の解釈として、出生した子とその子を懐胎し出産した女性との間に出産により当然に母子関係が成立することとなるのが問題となる。この点について検討すると、民法には、出生した子を懐胎、出産していない女性をもってその子の母とすべき趣旨をうかがわせる規定は見当たらず、このような場合における法律関係を定める規定がないことは、同法制定当時そのような事態が想定されなかったことによるものではあるが、前記のとおり実親子関係が公益及び子の福祉に深くかかわるものであり、一義的に明確な基準によって一律に決せられるべきであることにかんがみると、現行民法の解釈としては、出生した子を懐胎し出産した女性をその子の母と解さざるを得ず、その子を懐胎、出産していない女性との間には、その女性が卵子を提供した場合であっても、母子関係の成立を認めることはできない。」と最高裁が判示した（太字は筆者による）。

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

考えられ、立法による速やかな対応が強く望まれるところである。」とも述べている。

### 第3節 検討

(1) この二つの判例では、最後の判断（大阪高裁、最高裁による判断）及びその根拠として非常に類似したことを述べている。まとめると、以下のようになる。

#### ①「分娩者=母」というルールを貫いている。

これを説得的にするために、最高裁昭和37年4月27日判決を引用して、「母と非嫡出子関の親子関係は原則として、分娩の事実により当然発生する」と述べた。

実親子関係を一義的にするのは、身分関係の安定性を保障でき、社会秩序および子の福祉に対して重要であるとしている。

②代理出産によって決められた親子関係を承認すると、公序良俗違反になり、日本の社会通念には合わないと強調した。

その理由として、他人の体を生殖の道具として使い、身体上のリスクを背負わせることは人道上の問題であるし、それにより生まれた子を巡る紛争も予想されると身分関係の認定の混乱をもたらすと挙げた。

③救済手段として、子の福祉および依頼者が強く養育の意欲を持つことを考慮した上で、養子縁組を示唆している。

(2) 中国の判例との比較（日本の二つの裁判例を踏まえて）

#### ①代理出産に対する消極的立場

代理出産は明文上禁止されていないが、「公序良俗違反」にあたるから禁止すべきという考えを日中判例どちらも示している。

日本の判例は涉外性があるが、その外国法の承認アプローチでは、「公序良俗違反」という理由で承認が得られないはずであると判断された。さらに、中国の判例では、「契約自由」という原則の射程も理由として挙げられ、「身分関係」は合意によって決めることではないと述べた。

#### ②「分娩者=母である」という原則への支持

母子関係の認定については、日中の民法で明文にはないが、中国では従来の裁判例でそのルールを一貫し、日本では昭和37年判決によってそのルールを以降の判例で活用している。（人工授精においては、分娩者は依然として血縁関係のある者である。）

そして、身分関係の安定性が法の秩序を守る一環であり、一義的に認定がなされなければならない。日本では、その認定方法も「子の利益」のためであると判決で述べられた。

③しかし、中国の判例では、代理出産者から生まれた子が依頼者である夫の非嫡出子として認められる傾向があることと対照的に、日本では頑なに依頼者夫婦との関係を否定している。

その原因を分析すると、前述の通り、中国では、非嫡出子と嫡出子の地位が一致し、認知制度と準正制度が明文に存在していない。婚姻法司法解释三第2条によると父子関係を確認ないし否定するには、血縁関係が根拠であり、その訴訟提起の主体、制限期間等の規定がない。本文で述べた中国の判例は、実父として戸籍登録をした上で扶養しているという事実があるということで認知をしたと認められ、「血縁関係+意思表示」で認定すればよいという立場である。

それに比べると、日本では非嫡出子は差別的な取扱いがなされてきたという歴史があり（例えば、平成25年までは非嫡出子の法定相続分は嫡出子の二分の一と定められていた）、認定に関しては一定の法的手続きが必要である。さらに、代理出産者に配偶者がいる場合は、その子はその配偶者の嫡出子であると推定される可能性が高く、その配偶者から嫡出否認をして初めて、依頼者である夫が認知することができる。

本稿で紹介した日本の判例では、結局、出産者側の夫婦を実父母であると認め、養子縁組の示唆によって、既に外国判決で依頼者側Xらが実父母と認められた子の地位についての問題を解決しようとしている。特に本件のようなホストマザーの場合には、血縁関係があることが明らかであるの

に、養子縁組の名義でしか親子関係が成立できないという点には疑問が残る。

### (3) ホストマザーの場合における抗告審（東京高等裁判所平成18年第27号9月29日決定）の分析

先に述べたように、この高裁判決は依頼者夫婦を代理出産から生まれた子の実父母であると認め、例外的地位にあたる。したがって、ここでは、その判断を導いた理由を分析し、その判決の進歩性を明らかにしておきたい。

① 涉外性のある判例として、最高裁と同様に承認アプローチを採用したが、結論は完全に対立している。

なぜかという、東京高裁では、公序良俗に反しないとは、その判決の承認により「涉外性」と「内国牽連性」（内国の基本的価値、秩序など）を平衡できることと解されているからである。つまり、涉外性があると、国内の社会通念だけではなく、国際的な裁判秩序の安定も考量して、承認の余地があると強調している。

② 人工授精の場合を援用し、意思主義の傾向がある。

高裁における判断の中で、人工授精による出産は、当事者の合意による親子関係認定が可能であることを示唆し、代理出産に関する親子関係認定は当事者の意思を尊重するという立場を指摘した。

③ 代理出産の場合には、親子関係の認定が一義的ではなく、「個別かつ具体的内容に即した検討」を行い、血縁関係、養育意欲および契約の内容まで考え、「子の福祉」に新たな定義をつけた。

まず、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の理由を挙げた上で、本件の代理出産を具体的に分析し、その過程では、金銭の支払いは出産のための必要な費用しなく、かつ契約の内容では代理出産者の安全を優先すると約束し、「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」という原則の違反がないと明らかにしている。

子の福祉に関する観点は、「一義的に認定することで身分関係の安定性の保護」より、血縁関係があつて養育意欲もある者を実父母として認定することが本当の「子の福祉」という立場を示している。

さらに、「X2は手術を受けて自ら懐胎により子を得ることが不可能となったため、X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」ということを述べ、子の利益や代理出産者の権利の保護という代理出産事案で常に重視される考えの他、代理出産を依頼する者の気持ちにまで配慮しており、この観点は必要であると考ええる。

以上より、東京高裁の判決は実質的かつ個別的に代理出産の内容を分析し、商業性のない契約を一定の程度で認めている。加えて、分娩主義による母子関係の限界を否定し、より血縁主義・意思主義の立場を採用して親子関係の認定を行い、人工授精における当事者の合意による親子関係の参照もしている点から、非常に進歩的で意味がある判決である。

## 第5章 私見

上記では、中国の立法、学説および最高人民法院により発表された代理出産の判例を紹介し、さらに日中判例の比較・検討を行った。以下、私見を述べる。

### 第1節 判例における問題点

ここまでの判例の紹介および比較・参照により、代理出産に関する司法上の問題を説明する。

- (1) 「公序良俗違反」への分析が不徹底である。そして代理出産の是非の問題については立法にボールを投げるような姿が見える。

日本でも中国でも、禁止の立場をとるとともに、簡単に「公序良俗」という一言で解釈し、立

法の問題であるとして問題解決を避けるようにしている。

しかし、立法に至るにはかなり遠い道が待っている。代理出産という問題は争いが絶えず、「社会的合意」に達することは難しいと考える。そこで、より現実的な解決手段として、司法解釈で「代理出産問題」を否定し、より深く検討することが望ましいと思う。その検討過程において代理出産の実質について考え、全面禁止にするか、それとも、線引きをして部分的に許すか（例えば、前掲東京高裁平成18年決定の立場では、契約には商業性がないため、承認する余地があると判断した）という結論を説得的に述べるべきである。

## (2) 分娩主義の限界

日中判例では、「分娩者＝母である」という立場で母子関係を認定する。しかし、そのルールを確立する従来の判例は今の代理出産とのコンテキストが違う<sup>42</sup>。従来の判例では、分娩者が必ず懐胎・出産する子と生物学的な親子関係があり、「人工生殖とは無縁で、母子関係決定における意思主義・血縁主義と事実主義（分娩主義）との対立がない」<sup>43</sup>。

代理出産では、ホストマザーの場合、少なくとも依頼者が卵子提供者であり、子との生物学的な繋がりがある。これにより分娩者と依頼者のどちらが母かいう二つの選択肢がある。サロゲートマザーの場合、依頼者、卵子提供者、分娩者が完全に不一致である可能性があり、その際、母は分娩者か血縁関係のある者か依頼者かと選択肢が増えてくる。

以上の状況を全て「分娩者＝母」というルールで解決しようと試みても、あまり説得力がないように思われる。

むしろ、そのルールを代理出産に徹底的に適用すれば、扶養の意思を元々持っていない代理出産者にとっては不公平ではないだろうか。その意思がない場合にも、子にとって良い成長環境を提供することができるのだろうか。そして、少なくとも夫婦一方とは血縁関係のある子を得たいという依

頼者夫婦の意思を尊重しなくてよいのだろうか。具体的にいえば、前述の中国の判例では、子は扶養事実にある妻とは継親子関係であり、分娩者とは実親子関係であり、中国の婚姻法第21条2項の規定<sup>44</sup>により、子は分娩者によって扶養されてないのに、分娩者は子に対する扶養請求権と相続権を有することとなる。

よって、このような帰結は不合理性であり、原則としては「分娩者＝母」と認定すれば良いが、代理出産の場合には例外としてそのルールに拘らず、前掲東京高裁平成18年決定が述べたように「個別のかつ具体的内容に即した検討」を行った上で、関係する当事者各々の利益を保護することができる認定方法がありうると考えている。同じく人工生殖であるAICでは、これに関する依頼者夫婦の合意がある限り、依頼者側との嫡出子関係を擬制すると日中とも認めているが、夫以外の男性から精子を提供することによって生まれた子は、事実上、夫とは血縁関係がない。この認定は既に、親子関係に対する意思主義の立場から捉えられている。代理出産の場合にもこの考え方を参照する余地がある。

## (3) 「子の福祉」についての見解の見直し

母子関係を一義的にすることで身分関係の安定性を保障できるということを日中判例とも強調している。しかし、中国ではその最終の目的には法的秩序を守るのに対して、日本ではその点はもちろん、この認定が子の利益の保護であると繰り返し言われている。しかし、この認定が本当に「子の福祉」に資するといえるか甚だ疑問である。

中国では、長期間にわたる養育の事実による平穏な成長環境を送ることが証明できれば、それは実質上の「子の利益最大化」であると判例はいう。それに比べると、日本の代理出産判決では、「身分関係の安定性」について「子の福祉」に対する意義を強調しているが、やや無理なところがあると思われる。

子の最善の利益は、1989年に国連総会による公布された国際人権条約である「児童の権利に関す

る条約」で基本原則として決められた。そこで、日中においては離婚する際、親権（中国では「監護権」）の争いがある場合、その原則に基づいて判断をする<sup>45</sup>。しかし、「子の福祉」とはいったい何であろうかという難問があり、判断基準としては<sup>46</sup>、①監護の継続性、②監護状況（すなわち、提供している成長環境への評価）、③子の意思尊重、④母親優先論等が指摘された。代理出産には特殊性があり、子には真実の出自を知る権利があるという人格権の保護の要請がある<sup>47</sup>。

つまり、「子の福祉」には必ず一義的に決定できることではない。代理出産における親子関係の認定が血縁主義・意思主義・分娩主義のいずれかを選んで採用する際、それに関する検討が不可欠である。

## 第2節 代理出産自体への検討（主に「公序良俗違反」について）

当事者意思の尊重、代理出産者には自己決定権があること及び血の繋がりを重視する伝統等の原因で、代理出産が存在することがありうるという賛成の意見が聞こえるが、私見としては、代理出産に対して消極的な立場をとる。

その理由は以下に述べる<sup>48</sup>。

### （1）身体の不可譲渡性と子宮及び子の商品化への批判

代理出産は、代理母の子宮を商品として価値をつけて市場に出し、かつ代理出産によって生まれた子自体も商品化されることになる。そうすると「人間的結びつき、愛情関係或いは親子関係の価値それ自体を害する」だけではなく、「身体・人体という人格の中核部分」が価格化されることにより人格を害することがある。それは「人間的充実」に反し、売春、子の売買等と同じような実質が見えるので、禁止すべきである。

### （2）貧富の格差と人種の抑圧の顕著

代理出産は常に、経済的には余裕を持つ夫婦から依頼され、それを受け入れる代理出産者が金銭

を得て、代わりに出産する。所得の格差による貧困階級への抑圧を生み、社会の混乱を招く不安要素の一つではないかと思われる。

されに、海外渡航の代理出産例では、近年は東南アジアにおける代理出産を求める現状があることが見受けられ、貧困人種への抑圧の側面も出てくる。

### （3）代理母の身体のリスクと「不妊の妻」への抑圧

現実には、代理出産者が金銭を得て代理出産を行うのが通常であるが、その出産は代理出産者に対しての身体的リスクが大きいと言える。それはフェミニズムの観点から見ると、母体への危険性を問わず、女性を出産する道具のように扱っているので、非常に反対されるべきである。

また、その「ジェンダー的抑圧構造」を反映し「不妊の妻」に対する抑圧も予想できる。

### （4）養子縁組の活用の希薄化（「親子政策論」）

中国も日本も同様に血縁関係を重視し、「血縁主義」は両者の親子法の特色である。その結果、禁止されていても、高い対価を支払っても、代理出産を求めることは養子縁組の利用より今後可能性が高いと予想できる<sup>49</sup>。そして養子縁組の活用は希薄になり、不幸の子達への救済が少なくなるだろう。

したがって、意思自由の尊重、不妊夫婦の生育権等という目前のことを考量することより、「中長期的な政策的帰結論を視野に入れて、大所高所からの政策的考量も必要だとされる。」<sup>50</sup>

その結論としては、代理出産に金銭対価を付ける、すなわち有償で行う場合では、禁止の立場をとることには問題がないと思う。

しかし、前掲東京高裁平成18年決定の判断の下で、出産に必要な費用だけ金銭を支払い、かつ契約では代理出産者の安全を第一順位とすれば、商業性がなくて人格を害するおそれもないとして、代理出産を認める傾向をとることが可能だろうか。

言い換えれば、必要な費用の保障を前提とする

無償契約の場合を認可するかという問題である。確かに、依頼者の生育権の尊重や代理出産者の自己決定権を害してはいけないが、現実に戻ると、無償で代理出産する人が身体上の痛みと妊娠する期間での不自由さを我慢し、他人のために子を産むということ可能性が限りなく低いのではないだろうかという疑問が生じる。無償な代理出産を認可すると、代理出産を合法にするために、無償のふりをする者が高確率で増えてくるだろう。もっとも、その場合、どこまでの対価が必要な費用と認定できるのか、代理出産者の身体上への損害を賠償することが当然であるが、どういった計算方法で導き出すのかというように、より複雑な難問が出てくる。

したがって、有償代理出産契約を禁止し、「有償と無償のところで線引き」<sup>51</sup>をして無償の場合を承認するのが「公序良俗」に沿った形で代理出産の当事者利益を守る手段であるといえる。ただし、無償契約であるかどうかの認定方法、代理出産者への損害賠償等が実際上の難問であり、将来の解釈論の進展によって解決が望ましい。

### 第3節 代理出産によって産まれた子の法的地位

前述の通り、中国の現行法においては代理出産に関する立法がなく、学説や判例上では代理出産の禁止の立場を。上記の分析によって、代理出産が無償である場合は、その効力を認める余地があるが、それぞれの難問があり、司法における認可までの道のりは長いということが予想できる。

その解決を待つよりも他に検討することがある。それは、代理出産契約の効力を問わず、代理出産によって産まれた子の法的地位についてである。

#### (1) 父子関係

中国においては、非嫡出子の地位を嫡出子の地位と等しく扱うので、嫡出推定、嫡出否認や認知の制度は条文上の規定がない状態である。

実務では、婚姻関係存続期間に懐胎・出産する子が夫婦の嫡出子となる（日本の懐胎主義と対照的である）。嫡出否認の権利が夫にはあるとは認

めるが、日本のようにその権利の使用期間に制限をあまり設けず、嫡出否認の放棄等が利用されることは珍しい。

代理出産の場合には、代理出産者に配偶者がいれば配偶者の子であると嫡出推定されるが、その配偶者が嫡出否認の訴えを提起しなくても、依頼者である夫は親子関係確認訴訟の提起をすることができる。これはいわゆる「任意認知」である。その認知には法的規定がなく、判例が述べたように実務上認知の要式や手続きもない。

このように、中国では、現行法における父子関係としての認定はかなり血縁主義を重視し、妻以外の女性から子が生まれたとしても、認知の主観的意思があれば、訴訟によってCNA鑑定を行い、血縁の繋がりがあることを証明すれば婚姻外の子とは父子関係があると判断される。その結果、代理出産では、少なくとも子を依頼者である夫の非嫡出子として認定することができる。

その子を非嫡出子と認めることで、依頼者である夫に対する相続権及び扶養される権利は保障できる。しかし、その非嫡出子が既に代理出産者とその配偶者と長期間の共同生活を送っていた場合に、その配偶者が依頼者である夫に対して、子に対する扶養費用の損害賠償を求めることが考えられる。その際、損害賠償請求を認めるとすると、長期間にわたる既存の親子関係をことさらに無視し、事実主義・血縁主義を追求しすぎているのではないかという疑問が生じる。そして、子が自分の出自を知る権利を保護すると同時に、子が精神的ダメージを受けるのではないかということも考量に入れたい。そこで、依頼者の夫からの認知に対しては「一定の期間」という制限を付し、さらに、子の意思に反しないことを前提とするとより合理的であるといえる。

#### (2) 母子関係

父子関係における認定は、依頼者である夫からの認知が可能であるが、従来の実務上、母子関係については分娩という外観的事実によって判断されてきた。現在では、前述のように、分娩主義に

は限界があり、代理出産についてがそのルールを一義的に認定するより、関係当事者の意思、「子の利益」、血縁関係及び代理出産者から子への愛情という様々な要素を無視することはできないと考える。

#### ①代理出産者の翻意がない場合

先述のとおり、中国におけるAICについての実務は意思主義に立っている。すなわち、AICもAIHと同様に人工補助生殖の活動として、血縁主義を問わず、当事者間の合意による親子関係が擬制される。

それを参照すると、代理出産者が子の引渡しの拒否をせず、しかも一定の期間を経て翻意がなければ、当事者間の意思尊重と依頼者側からの養育意欲によって、依頼者夫婦を法律上の父母と認定することが考えられる。そうすると、依頼者夫婦が離婚しても、その子は夫婦の嫡出子として、夫婦双方がともに子に対する監護権を有し、離婚後、直接に扶養しなくても、その子と会う権利及びその子との相互扶養・相続権が認められる。なお、妻側から、代理出産者がホストマザーであることを理由に血縁関係がないので扶養義務がないと主張することは許されない。この考え方は、現行法に認可された養子縁組における意思主義による親子関係の擬制とも不都合がないので、特に問題がないと思われる。

#### ②代理出産者が子の引渡しを拒否又は引渡し後に翻意した場合

代理出産者が子の引渡しを拒否する場合、あるいは、引き渡した後に翻意をして子の監護権を争う場合には、どのように解決すべきか。私見では、代理出産者の引渡しの拒否と一定の合理的期間内であれば翻意が許され、代理出産者を優先すべきであると考えられる。

以下、「サロゲートマザー」と「ホストゲートマザー」とに分けて検討する。

(ア) まず、サロゲートマザーの場合には、依頼者夫婦の夫側の精子を使い、また妻側以外の女性の卵子を使うことにより、依頼者である妻は「産

みの母」ではなく、「遺伝子上の母」でもない。代理出産者から子の引渡しの拒否ないし引渡し後の翻意が出産した直後であることから、子と依頼者の妻とは扶養関係の事実もない。

この場合、もし、卵子提供者と出産者が一致していると、その子は代理出産者から出産され、しかも血縁関係を持つという事実があるため、代理出産者を母と認めることは当然である。仮に、依頼者夫婦の妻を子の母と認定すると、完全に「子の売買」のように見えるため、決して許されるべきではない。

その結果、依頼者である夫が任意認知をすれば、その子は夫の非嫡出子であり、その夫側は代理出産者と同じく子に対する監護権を持つ。しかし、婚姻関係がない男女の間で直接に監護する人が一人しかおらず、その際は監護権紛争に活用される「子の利益」を考量し、母親優先論に従い、母である代理出産者のもとで育てられるのが合理的である。その夫は子に対して扶養義務を負って、扶養料金を支払うべきである。それによって、子の良い成長環境に経済的な保障がなされ、代理出産者の負担も軽くなるといえる。

もし、卵子提供者が別の女性である場合、代理出産によって自分の子を持つ意思がなかったにもかかわらず、その後翻意した場合はどうか。単なる「遺伝上の継承」という理由で、子の妊娠・出産という深い痛みを経験した代理出産者と争うことは難しいと思われる。

(イ) そして、ホストマザーの場合であれば、依頼者の妻から卵子を提供することとなる。そうすれば、出産の直後には子との扶養事実がない状態であるが、その子を自分の子として扶養意思を強く持ち、かつ「遺伝上の継承」がある。つまり、この場合の代理出産者である「産みの母」との紛争は、実質的には「血縁主義+意思主義」と「分娩主義」の対立である。

これに関する判断はなかなか難問であるが、もし、依頼者の妻を母だと認定すれば、遺伝および意思尊重のため、代理出産者の身体上の痛みと子への愛情を犠牲にすることになり、それは人格権

を害するのではないかと考えられる。よって、この場合にも代理出産者を母と認定できる。

上記の分析をまとめ、さらに検討すると以下のよう考えられる。

代理出産者は妊娠・出産により身体的リスクを引き受けており、妊娠期間中に子への愛情が生まれることは当然であるから、その苦しみを考慮すべきである。「子の利益」の観点から見ると、翻意に「一定の合理的期間」という制限を課すことで、社会的親子関係の破壊がなく、身分関係の安定性を害さない。

また、例えば、中国における養子縁組の離縁が合意により可能であるなど、親子法における「意思の浮動」<sup>52</sup>が認められる。

代理出産契約はそもそも有効性があまり認められず、消極的に捉えられるので、この方法はその現状を抑制する意味<sup>53</sup>もある。依頼者夫婦を法律上の実父母と認定すると、フェミニズムの観点から考えれば、それは女性の生産の役割を人格権より優先するという女性への抑圧が見える。さらに、代理出産者が常に貧困に苦しんでおり、それと対照的に、依頼者側は経済的な余裕を持つ階級である。もし、金銭を支払うことによって勝つ旨の認定がなされれば、社会の収入格差による搾取であるといえる。ホストマザーの場合に、依頼者側の妻と生物的な繋がりがあるとい理由で親子関係を認定すると、その抑圧・搾取の実態は変わらないので、やはり代理出産者を優先したいと考える<sup>54</sup>。

よって、代理出産者が子の引渡しの拒否ないし引渡し後の「一定の合理的期間」内での翻意がある場合、代理出産者を優先して母として認定すべきである。ただし、依頼者側の夫は血縁関係があるという事実から認知を行い、非嫡出子として父子関係の認定も可能であるので、一定程度で「自分と血の繋がりのある子を持ちたい」という要請を充たすだろう。

③代理出産から長期間が経った後、翻意した場合  
親子法においては「子の利益」という原則があ

り、それを保護するには、身分関係の安定性の保障が不可欠である。

したがって、代理出産によって生まれた子が依頼者側と長期間の共同生活を送り、既存の親子関係によって当該子の社会における各方面の身分が形成された場合には、代理出産者の翻意を認めることは不合理である。元来、中国における継親子関係の認定には、「共同生活及び扶養事実」という事実主義の傾向があり、この場合に翻意を認めないことはその傾向とも合致している。

しかも、中国の婚姻法第21条2項の相互扶養についての規定により、子は代理出産者に扶養されていないにもかかわらず、代理出産者が子に対する扶養請求権と相続権を有することになる。それはあまりにも不合理である。特に、財産の相続がある場合、子への愛情よりも不純な動機が潜んでいる可能性があり、その翻意を認めることに慎重な立場を取るべきである。

ただし、子には出自の真実を知る権利があり、その翻意が発生する際、子が既に一定の判断能力をもつ場合には子の意思も考量に入れたいと考える（収養法の規定<sup>55</sup>に鑑みると、10歳以上の子を対象とすれば合理的である）。

### (3) 結論

代理出産から生まれた子の法的地位の基礎となる親子関係認定を巡る紛争は、監護紛争と同様に「高度の個別性」<sup>56</sup>があるので、前掲平成18年東京高決の考えを参照し、分娩主義・血縁主義の拘束から解放され、「個別的就具体的内容に即した検討」を踏まえて柔軟的な認定を行いたいと考える。

AICの検討の際に採用された意思主義に鑑み、依頼者側が夫婦で合意している場合には、代理出産者の翻意がなければ、依頼者側の嫡出子であると認定すれば良い。

代理出産者による子の引き渡しの拒否ないし「一定の合理的期間」内に翻意がある場合、代理出産者を母として認定すべきである。ただし、その状況では、依頼者である夫からの認知によって

父子関係を成立させることは可能である。

代理出産者が既に子を引き渡してから長期間経過後に翻意した場合、代理出産者を母として認定するには、「子の利益」の観点から見ると慎重な立場をとるべきである。特に財産相続の問題があると、「権利濫用」の可能性があり、より慎重な態度が望ましい。ただし、既に成長して一定程度の判断能力がある子の場合、その子の意思も尊重すべきである。

しかし、どの場合においても、代理出産者及び依頼者側には「子と面会する権利」を、子には自分の真実の出自を知る権利を保障すべきである。さらに、監護権者と認められた者に「利益相反行為」や子への虐待があれば、監護権の帰属変更ができる。

こういった紛争による親子関係認定は現行法を前提に解釈するため、司法上の問題になるが、司法の判断に委ねすぎると、効率的ではなくコストも高くなるので、当事者間の協議ないし裁判の前置である調停によって解決することが望ましい。

<sup>1</sup> 最先端・自生大研究開発支援プログラムによる「グローバル化による生殖技術の市場化と生殖ツーリズム：論理的、法的、社会的問題」  
URL: <http://hibino.w3.kanazawa-u.ac.jp/saisentan/overview.html> (最終閲覧日：2019年7月30日)

<sup>2</sup> 1元は日本円に換算すると15.77円 (2019年7月30日現在)

<sup>3</sup> 前掲註1

<sup>4</sup> 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 (1993) 4頁参照

<sup>5</sup> 劉長秋『代孕規制的法律問題研究』上海社会科学院出版社 (2015) 31頁参照

<sup>6</sup> 加藤美穂子『中国家族法——問答解説「婚姻・養子・相続」』日本加除出版 (2008) 参照、本文における中国の婚姻法条文の日本語訳は全てこの本を参照した。

<sup>7</sup> 前掲註6 247頁参照

<sup>8</sup> 前掲註6 248頁参照

<sup>9</sup> 司法解釈とは、最高人民法院・最高人民検察院が実務における法令の具体的適用の問題について解釈することを通じ、司法に対して指導的な役割を担う。法律との齟齬がない限り、法的効力をもつ。

<sup>10</sup> 日本の地方裁判所と同じ地位である。

<sup>11</sup> 前掲註6 282頁参照

<sup>12</sup> 養親に養子を送る者のことである。

<sup>13</sup> 先述のとおり、ここでも養親は①自分の子を持たない、②一定的な扶養能力がある、③医学上には養親になれない病気を持たない、④30歳以上であるという要件を満たす必要がある。

<sup>14</sup> 梁書文『中華人民共和国婚姻法詮釋』人民法院出版社 (1995) 111頁

<sup>15</sup> 前掲註6 272頁参照

<sup>16</sup> 前掲註6 272頁の日本語訳参照

<sup>17</sup> 前掲註6 272頁参照。後述の判例 (滬一中少民終字第56号) も同様の立場を示している。

<sup>18</sup> 収養法第14条については本稿第1章、第1節。

(1) ③養子 部分参照

<sup>19</sup> 最高人民法院は国家の最高の裁判機関として、地方の人民法院から照会された難問について回答する。その回答は立法にはならないが、立法の補充として、以降の類似事案を解決する際、参照しなければならないという司法上の地位がある。

<sup>20</sup> 前掲註6 275頁参照

<sup>21</sup> 衛生部とは國務院の直屬部門であり、日本の内閣府の各省庁に相当する存在である。各部門が自身の権限の範囲において規則を決める権利を持つ。効力的には、憲法、法律 (基本法と地方法) と行政法規 (國務院による公表) より弱い、日本の「省令」に相当する。

<sup>22</sup> 中国では、中央政府と地方政府が人口發展計画を策定している。全ての夫婦は出産、避妊、育児などについてその計画に従わなければならないのである。

<sup>23</sup> 「南方日報」掲載：「禁止代孕」條款刪除意為

- 代孕合法化? 没有的事!」2016年01月05日参照
- <sup>24</sup> 「華律網」掲載：「人大常委会委員建議禁止代孕改為規範代孕」2015年12月24日参照
- <sup>25</sup> 中国の民事訴訟制度では、二審は最終審で、一つの民事事件を二つの級の地方法院で解決するのが最大限である。最高人民法院は通常、具体的事案を処理することはなく、指導と監督の役割を担う。地方法院が解決できず照会した問題に回答したり、地方法院が審理した裁判例から代表例を選んで公表したりする。
- <sup>26</sup> 工作とは日本語の「仕事」にあたる
- <sup>27</sup> 中国の擬制血族には二種類あり、一つは一定の法定手続を経由する養親子関係であり、もう一つは長期間の扶養関係がある継親子関係である。
- <sup>28</sup> 前掲註6 272頁参照
- <sup>29</sup> 張文顯等「權利時代的理論景象」『法制与社会發展』(2005)第5期、林鈴等「非伝統生育の合法性和制度構建」『人民論壇』(2011)第29期
- <sup>30</sup> 鄭成良『法律之内的正義』(法律出版社、2002)、張燕玲『人工生殖法律問題研究』法律出版社(2006)
- <sup>31</sup> 蔣立貴「中国古代繼承制度与代孕立法—从傳統到現代的理性思考」『船山學刊』(2009)第3期
- <sup>32</sup> 羅滿景「代孕合同合法性之立法比較研究——兼評中国現行規定」『内江師範學院學報』(2009)第9期
- <sup>33</sup> 吳才敏「代孕行為非法化的複合思路—以代孕行為探討進程中的三步程序为中心」『中華女子學院學報』(2013)第3期、曹新「代孕的倫理正義」『道德与文明』(2012)第12期
- <sup>34</sup> 楊彪「代孕協議的可執行性問題：市場、道德与法律」『政法論叢』(2015)第4期
- <sup>35</sup> 刑玉霞「生育權在現代生殖方式中的行使範圍」『法學雜誌』(2007)第5期
- <sup>36</sup> 前掲註5参照 120頁参照
- <sup>37</sup> 前掲註5参照 121頁参照
- <sup>38</sup> 前掲註5参照 122頁参照
- <sup>39</sup> 前掲註5参照 122頁参照
- <sup>40</sup> 張燕玲：『代孕規制的法律問題研究』法律出版社(2006)66頁参照

- <sup>41</sup> 吉田邦彦「人工生殖に関する最近の最高裁判例(凍結精子による死後生殖事例及び代理母事例)について」(2012)判タ1371号70頁参照
- <sup>42</sup> 前掲註41参照
- <sup>43</sup> 前掲註41参照
- <sup>44</sup> 子の父母に対する扶養扶助の義務についての規定
- <sup>45</sup> 日本の場合では、民法の第766条第1項、第820条はその原則の反映である。中国では条文上の規定はないが、訴訟においてその原則のを用いて監護権紛争を解決するのが通常である。
- <sup>46</sup> 吉田邦彦『家族法(親族法、相続法)講義録』信山社(2007)216頁
- <sup>47</sup> 前掲註46 170頁参照
- <sup>48</sup> 以下の分析は、吉田邦彦『民法解釈と揺れ動く所有論』有斐閣(2000)338頁以下の内容を参照して行う。
- <sup>49</sup> 前掲註4 11頁参照
- <sup>50</sup> 前掲註41 70頁参照
- <sup>51</sup> 前掲註48 405頁参照
- <sup>52</sup> 前掲註48 405頁参照
- <sup>53</sup> 前掲註48 405頁参照
- <sup>54</sup> 前掲註48 406頁参照
- <sup>55</sup> 収養法第11条「10歳以上の子と養子縁組をするには、その養子の同意が必要である」
- <sup>56</sup> 前掲註48 217頁参照
- <sup>57</sup> 前掲註48 180頁参照

(こ か 北海道大学大学院法学研究科修士課程修了)