

人工生殖における親子関係

—代理母出産の親子関係を中心に—

もくじ

一 はじめに—驚くべき生殖医療技術の発達

二 人工生殖の諸類型

1 人工授精

2 体外受精・胚移植

3 代理母出産

三 人工生殖と親子関係

1 親子関係決定の要因と試論

(1) 人工授精子と父子関係

(2) 体外授精子と親子関係

(3) 代理母出生子と親子関係

2 民法における親子関係

(1) 人工授精子の法的地位

(2) 体外授精子の法的地位

(3) 代理母出生子の法的地位

四 人工生殖と法的規制

1 法的規制の必要性

人工生殖における親子関係

小野 幸二

- 2 欧米の場合
- 3 日本の現状

一 はじめに—驚くべき生殖医療技術の発達

今日、人の生殖に関する医療(的)技術の発達は目を見張るものがある。本来不妊治療の一つとして発達してきた生殖技術は、人工授精、体外受精、代理母出産を可能にし、また男女の産み分け、減数手術、産む時期を選ぶための配偶子(精子・卵子)や受精卵の凍結・保存、重い遺伝病の障害を持った子どもの妊娠・出産を避けるための受精卵診断・着床前診断など生殖の内容や質の選択にまで及び、さらには配偶子や胎児の組織・臓器による実験ないし治療、DNA・遺伝子操作による遺伝性疾患の診断・治療など神の領域とも思われるような部分にまで踏み込む広汎なものとなっている。これが「生殖革命」といわれる所以であるが、しかしこれら生殖技術の進展は、当然にして生命倫理的、社会的、法的論争点を多く含んでおり、それゆえマス・メディアも関心を持ち、とくに先端医療については事あるごとに大きく報道している。

たとえば、一九九五年の一年間だけを見ても、「子どもが欲しい」日本人夫婦受精卵も出産も他人に依頼・米で手続(1/5)、精子を使わず妊娠・世界初DNAを卵子に注入(鳥取大医学部2/4)、日本初受精卵選別へ(鹿児島大医学部3/10)、生命の選別を許す前に(3/11)、原因は男女半々だが男性不妊研究に遅れ(7/6)、精子以前の細胞で妊娠・日本初倫理面での論議も(7/7)、不妊治療技術が独走する日本・欧米ではまず法制化(7/14)、近親者の卵子で体外受精を計画・相談中を含め一〇例渡米し実施・近く出産も(9/11)、「着床前診断」を容認・精子前細胞の授精は禁止(日本産科婦人科学会倫理委 9/12)、SURROGATE MOTHER—代理母・本質は赤ちゃん売買(9/

14)、精巣精子の受精児出産・国内初「制限」模索の中 論議か(セントマザー産婦人科医院10/2)、急速凍結卵で初
出産に成功(山形大付属病院10/26)など、朝日・読売新聞に限っても相当回数に上り、九六年に入っても、相変わらず
「不妊治療の死」提訴(2/26)、五一歳実母孫を代理出産・子どもを産めない娘のため受精卵移植(4/16)、代理
母・変わる「家族」のイメージ(4/25)などと続く。のみならず読売は九五年特集「いのちのプリズム・不妊治療」
(7/6以降数回)を組んで医療ルネサンスを論じ、朝日は、九六年「ルポ 生殖医療」(4/22以降数回)欄を特設し、
凍結受精卵・出生前診断・減数手術・代理母などについて生殖医療の最前線を取材するなど内容も濃くなっている。最
近では、「マドンナ妊娠は人工授精? 父のはずのカルロス氏親権放棄」の日刊スポーツ記事(4/29)、松田聖子主演
の「サロゲート・マザー」封切り(5/18)、「パソコン通信で優秀な精子求む―殺到した男たちの精力、知力」の週間
読売記事(6/16)、「生殖ビジネスの行き着く先―精子がほしい、『夫』はいらない」のAERA記事(6/24)など
がある。不妊治療の最先端を知るうえでは、フジテレビが五月二日ニュースJAPANで放送した「証言・代理母、精
子提供―急増する不妊治療」が興味深かった。一九四九年八月慶応義塾大学病院でAID児が初めて誕生して以来、今
やその数は同病院だけでも七、〇〇〇人に達し、体外受精児(全国で約一万人)を加えれば日本における人工生殖子は
二万人を超えるといわれているが、最近ではアメリカや韓国に行つて他人の配偶子を使って体外受精・胚(受精卵)移植
を実施したり、代理母出産する夫婦が増えているといわれている。東京にある「代理母出産情報センター」驚見ゆき代
表の談話によれば、これまで開設以来五年余りの間で日本人夫婦がアメリカに行き代理母出産したのが三四人、他人の
提供した卵子を使って出産したのが六四人いるそうだが(一九九八年二月現在)、韓国で代理母出産(あるいは妊娠)
し子どもを連れて帰国する日本人夫婦が多数いるとの報道には驚いている。また、一九九八年に入り朝日は早々に
(1/14)、アメリカで提供を受けた卵子と夫の精子で体外受精し、子どもを出産した日本人夫婦が、余つて凍結保存し

ていた受精卵をアメリカ夫婦に無償で譲り渡す契約を結んだことを報じている。

このような生殖医療技術の実施状況から考えて今後人工生殖子はますます増加することが予想され、それに伴って子の養育や遺産相続（民法八八七条、以下条文のみ記す）に関する争いをはじめ、嫡出の推定（七七二条）、嫡出の否認・否認の訴（七七四条、七七五条）、認知・認知の訴（七七九条、七八七条）、親子関係不存在確認の訴、近親婚の制限（七三四条）、子の氏（七九〇条）、親権者（八一八条）、扶養義務（八七七条）など親子法の広い領域にわたって問題が提起されうる可能性がある。ここにおいて、いったい人工生殖子の親は誰か、という基本的・本質的な問題が検討されなければならないが、自然生殖子と異なり、人工生殖子の親子の決定は非常に難しい。たとえば、ある夫婦が他人の配偶子を用いてまったくの第三者に代理母出産させた場合（後述代理母出産類型ケース6の場合）、その子の父は精子提供者（遺伝上の父）か、それとも夫（戸籍上の父、育ての父）か、また母は卵子提供者（遺伝上の母）か、それとも妻（戸籍上の母、育ての母）か、はたまた代理母（産みの母）か、というふうにある。

本稿は、主としてこのような人工生殖子の親子関係はどうあるべきか、について、一応の検討を試み（原則として夫婦間における人工生殖を念頭においた）、私なりの解釈論と立法論を述べてみたのであるが、その前提として、人工生殖の種類と現状を見、最後に今後の人工生殖のあり方として、その法的規制について少しく考察してみた。

ところで人工生殖に関する文献は思いの外少ない。外国の立法例や判例を紹介したものはかなりの数に上るが、民法下の解釈について述べたものは少ない。学会のガイドラインにより厳しく自己規制され、記録に残る調停例すらない現状においては、無理からぬ話であり、私もその例外ではないのだが、とくに本稿を起すに当って度々参照させていた⁽²⁾ だいたのは、野村豊弘「人工生殖と親子の決定」（一九九三年）⁽³⁾、石井美智子・人工生殖の法律学（一九九四年）、樋口範雄「人工生殖と親子関係」（一九九五年）⁽⁴⁾、唄孝一・石川稔編・家族と医療（一九九五年）、金城清子・生殖革命と人

権（一九九六年）、アメリカ法では、Kaiser, Artificial Insemination, 26 J. Fam. L. (1987-88)⁽⁵⁾（人工授精についての制定法と判例の概観に（ついで）Schultz, Reproductive Technology, Wis. L. Rev. (1990)⁽⁶⁾（親子関係の決定要素について）、Jaycee B. v. Superior Court (John B.) 49 Cal. Rptr. 2d 694(1996)⁽⁷⁾（依頼夫婦が他人から精子と卵子の提供を受けて夫ある第三者に代理出産してもらった珍しい判決例について）などであった。その他、日本生命倫理学会第七回大会（中谷瑾子大会長）のシンポジウムにも急遽出席させていただき、また産婦人科のお医者さんの話もお伺いし、生命倫理の問題点や臨床の現状を把握しようと努めた。

しかしながら、それにも拘らず医学的知識を必要とする部分については推測に頼らざるをえないところがあり、単純な用語についてさえも用方に迷いが出たり（たとえば、卵か卵子か）、理解は容易ではなく、また論争の重点における結論めいたところも大方は私の試論にすぎず、はたしてどこまで問題点が解明されたか、甚だ心許ない次第である。

(1) しかし、最近ガイドラインで禁じられている非配偶者間体外受精を実施したり（一九九五年七月二八日付毎日新聞）、代理出産の実施を計画したりする産婦人科医が出現し（同年同月二九日付毎日新聞）、ガイドラインは完全には守られていない。国と学会はこれに対し積極的な対応をとらず静観の構えであるが、その限界と法規制については行政レベルでの検討が必要である。東京弁護士会人権擁護委員会医療部会（須田清部会長）は、法律面や生命倫理上の問題がないか調査・研究に乗り出したが成果を期待したい。

なお、最近において、日本産科婦人科学会は一九九七年会告で、AID被実施者は法律上婚姻している夫婦に限るものとし（夫の書面による同意が必要）、精子提供の期間は二年以内（凍結保存期間も同じ）、精子提供は営利目的で斡旋してはならないと定め、また厚生省は一九九七年厚生科学審議会先端医療技術評価部会（部会長、高久史磨・自治医科大学長）を設置し、生殖医療の社会的・倫理的問題などについての審議を開始し（議事録は公開されており、インターネットで入手できる。〈URL: <http://www.mhw.go.jp>〉）、また国の科学技術会議（議長・橋本龍太郎首相）の生命倫理委員会（委員長、森亘・元東京大学長）も、一九九八年一月一三日人のクローン法規制についての検討を始めることを決めた。行政、国レベルでの論議がようやく始まったといえようか。

(2) 人工生殖にかかわる事件を扱ったことがあるか否か、東京家庭裁判所の判事さん、調査官の方々、調停委員の皆さんにお伺いした

がご経験をお持ちの方は見い出せなかった。AID子の第一号が四八歳になり、人工生殖子が増加しつつある現在、近い将来相続や契約違反などの問題で法的争いが生じる可能性は十分にありうると思う。

- (3) 野村豊弘「人工生殖と親子の決定」石川稔Ⅱ中川淳Ⅱ米倉明編・家族法改正の課題三一五頁以下（一九九三年）。
- (4) 樋口範雄「人工生殖と親子関係」ジュリー一〇五九号一二九頁（一九九五年）。
- (5) Kaiser, "Artificial Insemination: Donor Rights in Situations Involving Unmarried Recipients," 26 *J. Fam. L.* 793, 795-99 (1987-88).
- (6) Marjorie Maguire Schultz, "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality," 1990 *Wis. L. Rev.* 297 (1990).
- (7) Jaycee B. v. Superior Court (John B.) 49 Cal. Rptr. 2d 694 (Cal. App. 4Dist. 1996).
- (8) 一九九六年三月一六日慶応義塾大学で、「不妊治療はどこまで許されるか—生命医療の展開と生命倫理」という統一テーマで開催された。

二 人工生殖の諸類型

人工生殖、すなわち人為的な方法で子を得る技術は、前述のように不妊症の治療法として発達してきた。不妊症の原因には、排卵・造精機能・卵管通過などの障害が考えられるが、これらを克服する手段として、今日排卵誘発剤の投与、体外受精、顕微授精、胚移植などが行われるようになった。人工授精・体外受精・胚移植などによって生じる人工生殖子の誕生は、精子・卵子・受精方法・分娩者などの組み合わせにより、いろいろなケースが存在しうる（表1参照）⁽⁹⁾。医学的知識のない私には、詳細かつ正確なことはわからないが、公表された論文によれば、不妊夫婦に実施される人工生殖の類型として、まず人工授精と体外受精、それに最近では胚移植、さらには代理母出産などがある。

参考までにアレクサンダー・カプロン教授による生殖技法の一覧表を紹介しておきたい。⁽¹⁰⁾

表1 生殖の可能性

No.	方法の名称	遺伝子の源泉	受精の方法	妊娠	社会的な両親
1	伝統的な生殖	妻の卵子+夫の精子	性交	妻	妻と夫
2	配偶者間人工授精	妻の卵子+夫の精子	夫の精子による人工授精	妻	妻と夫
3	試験管ベビー	妻の卵子+夫の精子	試験管による体外受精（以下、体外受精という）	妻	妻と夫
4	非配偶者間人工授精	妻の卵子+提供者の精子	提供者の精子による人工授精	妻	妻と夫
5A	提供された卵子	提供者の卵子+夫の精子	体外受精	妻	妻と夫
5B	移植された卵子	提供者の卵子+夫の精子	人工授精により生じた受精卵を洗い出し、妻に移植*	妻	妻と夫
6	代理母	提供者の卵子+夫の精子	人工授精	子宮提供者	妻と夫
7A	試験管ベビーを借り腹に	妻の卵子+夫の精子	体外受精	子宮提供者	妻と夫
7B	借り腹への移植	妻の卵子+夫の精子	性交または人工授精により生じた受精卵を洗い出し、他の女性に移植	子宮提供者	妻と夫
8	出産後の養子縁組	提供者の卵子+提供者の精子	性交、人工授精または体外受精	子宮提供者	妻と夫
9	代理父	妻の卵子+提供者の精子	体外受精	妻	妻と夫
10	勇気ある新世界	女性1号の卵子+男性2号の精子	体外受精または性交、人工授精により生じた受精卵を洗い出し、他の女性に移植	女性3号	男女を問わない4号と男女を問わない5号

* 胚の洗浄 (embryo flushing) は、卵子が一人の女性の体内で受精され、その結果として生じた受精卵をその女性の子宮から洗い出し、他の女性の体内に移植するため捕捉するときに行われる。

1 人工授精

人工授精は、男性の精子を女性の性管に注入して妊娠させる、もともと古い不妊治療法で、これにはつぎの二つの方法があるが、いずれも男性側に不妊の原因がある場合の治療法である。

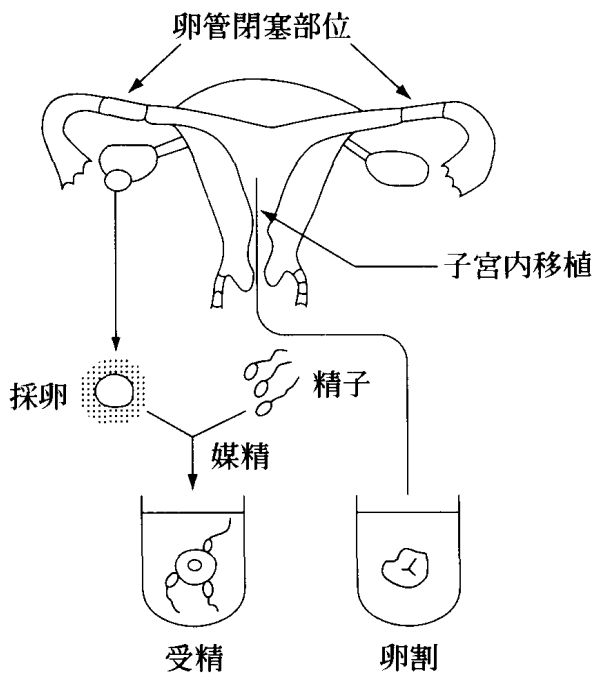
(1) 配偶者間人工授精 (Artificial Insemination by Husband, AIH)

これは、自然の生殖行為では子を産めない夫婦が、医師の助力によって人工的に体外に取り出された精子の運動能力を高め、あるいは精子を排卵のタイミングに合わせて子宮に注入するなどして、卵(卵子)を受精させる方法で、今日多くの産婦人科医院で日常的に行われており、精子過少症や精子無力症の治療に効果がある、とされている。AIHは、夫の精子を妻の子宮に送り込む、すなわち夫の精子で妻に人工授精する場合であるから、生まれてくる子どもは遺伝的にも当然夫婦間の子であり、倫理的にも法律的にも原則として問題はない。ただ最近では、精子・卵子・胚の冷凍保存が可能なので、夫の死亡後、あるいは離婚後妻が夫の精子で人工授精するという場合が考えられ、この場合夫と子との間に親子(父子)関係が発生するのかが問題となりうる。また、脳死をもって人の死と考える説によれば、夫の脳死後妻が人工授精した場合にも同じような問題が生じる。さらに、脳死後や植物状態の女性が人工授精児を出産するという場合がまったくないはないだろうが、この場合その女性と子との間に母子関係が生じるのか、が問題となりうる。このようなケースにおいて、親子関係の存否は扶養義務や相続権の有無などに直接リンクするので、利害関係者である家族にとっては重要な問題となる。

(2) 非配偶者間人工授精 (Artificial Insemination by Donor, AID)

これは、夫の精子ではなく、他人の正常な精子を提供してもらって、その精子を妻の子宮に注入する、すなわちAI

図1 体外受精・胚移植法



人工生殖における親子関係

Dは第三者である他人の精子で妻に人工授精する場合であり、無精子症には最近開発された後述「円形精子細胞」による受精を除いては、この方法しか治療法はない。慶応義塾大学病院では、この四〇数年間で約一万人の人工授精児（A IH、A ID）が生まれ、うち七、〇〇〇人前後がA ID児と推測されている。最近では、年間二、〇〇〇人位にA IDが実施され（一人につき年二回程度）、うち年間二五〇〜三〇〇人が妊娠（妊娠率約六〇%）している。¹²⁾

A IDは、他人の精子を用いるのであるから、生まれた子は生物学的・遺伝的には夫の子ではない。しかし、社会的には夫の実子として戸籍に記載され（戸籍上の父）、現実に親子としての生活を営むのだから（育ての父）、法的な親子関係（法律上の父）はないとはいいい切れない側面がある。ここにA ID子の父子関係の存否が問題となる。

2 体外受精 (In Vitro Fertilization, IVF)・胚移植 (Embryo Transfer, ET)

体外受精は、女性側に不妊の原因がある場合の治療法である。これは、卵管閉塞のため母体内で受精できない場合に、卵（卵子）を取り出して体外（試験管内）で受精（人工授精）させ、できた胚（受精卵）を培養（受精後細胞が四〜八分割するまで培養）したのち子宮に戻すという方法で行われる（図1参照）。体外受精には、この体外受精・胚移植法（IVF+ET、狭義の体外受精）以外に、卵子と精子を混合させ卵管に戻す配偶子卵管内移植法（GIFT）、卵子と精子を受精させた初期の段階で接合子を卵管に戻す接合子卵管内移植法

(ZIFT) などが⁽¹³⁾あるが、最近では凍結胚や凍結卵を体外で受精させる方法、卵に穴をあけ直接精子を送り込んで受精させる顕微授精 (microinsemination)、精巢 (睾丸) から直接採取した精子を卵子の内部に直接注入して受精させる卵細胞内精子注入 (ICSI) 法、さらには精子になる前の「円形精子細胞」を卵に注入し受精・妊娠させる方法などの技術が開発されている。しかし、これらの体外受精に関する先端医療技術の進展は、今日その安全性や倫理面⁽¹⁴⁾で論議を呼んでいる。

日本産科婦人科学会では、一九八六年から体外受精を行う施設に対して登録、報告制度をとっているが、一九九三年現在二七〇施設あり、九三年にはうち二〇四施設が延べ一万八、〇〇〇組の夫婦に体外受精を試み、一九九四年秋までに三、五五四人の子どもが生まれた (顕微授精も急速に広がり、九三年一年で一四九人が生まれ、九二年三五人の四・三倍になった)。一九八三年東北大学で体外受精児の第一号が生まれ、八九年に凍結胚による子が生まれて以来、体外受精児は現在約一万人いるといわれている。なお、新鮮胚の一回当り移植胚数を少なくし、余剰胚を凍結して次回以降の妊娠に備えるという体外受精技術は多胎妊娠を防ぐ方法として促進されてはいるが、現在実施されている施設は四〇弱で減少傾向にある。

IVFにおいて、①夫婦の卵子と精子を体外で受精させ、その受精卵を妻の体内に入れ、妻が妊娠・出産した場合に、AIHと同様に原則的にはまったく問題はない。しかし、②他人の精子と妻の卵子を受精させ (精子提供による体外受精—「精子養子」ともいわれる)、妻が妊娠・出産した場合や、③夫の精子と他人の卵子を受精させ (卵子提供 egg donation による体外受精—この方法は「借り卵」とか「卵子養子」といわれ、妻が卵巣癌などで卵ができない場合に有効である)、妻が妊娠・出産 (閉経後や高齢出産が可能である) した場合には、父子関係、母子関係が問題となる。さらに、④他人夫婦の卵子と精子を受精させ、その胚 (受精卵) をもらって妻の子宮に移植 (胚移植) し、妻が妊

娠・出産する「胚養子」の場合でも、誰が子の父か、母かが問題となる。

さらに、人工授精と体外受精の人工生殖技術の発展は、妻ではなく、妻以外の女性に子どもを妊娠・出産してもらう「代理母出産」を可能にした。

3 代理母出産

不妊夫婦が妻以外の第三者である他の女性に依頼して自分たち夫婦の子を出産してもらう「代理母出産」ないし「代理出産」には、つぎのようなケースが考えられる。代理母出産の依頼は、未婚者でも、同性愛者でも勿論可能であるが、ここでは既婚者について考える。

ケース1 妻が不妊の場合、夫の精子を他の女性に人工授精し、その女性に妊娠・出産してもらう場合

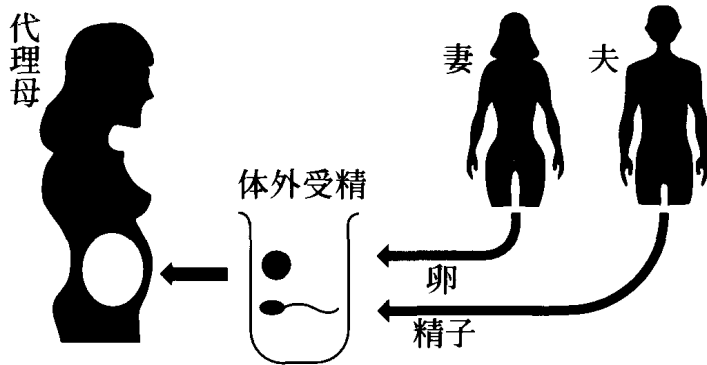
ケース2 妻が子宮を摘出してしまつて妊娠できないような場合、妻の卵子と夫の精子を体外受精させ、その胚を他の女性の子宮に移植して（IVF+ET、以下省略）妊娠・出産してもらう「借り腹」（rent a womb）の場合（図2参照）

ケース3 夫の精子と他人の卵子を体外受精させ、卵子提供者（ドナー）に妊娠・出産してもらう場合

ケース4 夫の精子と他人の卵子を体外受精させ、卵子ドナーではない第三の女性に妊娠・出産してもらう場合

ケース5 妻の卵子と他人の精子を体外受精させ、他の女性に妊娠・出産して

図2 「借り腹」代理出産



もらう場合

ケース6 実質的には養子とするために、他人の精子と他人の卵子を体外受精させ、第三の女性に妊娠・出産してもらう場合

ケース1は、①人工授精による代理母出産であり、ケース2～6は、②体外受精による代理母 (surrogate Embryo Transfer, SET) 出産である。ケース1～5においては、依頼夫婦は、その双方または一方の配偶子利用、という形で代理出産にかかわりを持つが、ケース6では遺伝上はまったく無関係で、出産の企図しか存在しない点が特徴的である。

依頼夫婦に代って子を妊娠・出産する女性を代理母といい、代理母にはケース1やケース3のように、卵子の提供と妊娠・出産を引き受けるサロゲート・マザー (surrogate mother) とたんに妊娠・出産のみ (この場合を代理母出産という場合がある) を引き受けるホスト・マザー (host mother) とがある。前者を伝統的代理母 (traditional surrogacy)、あるいは一部代理母 (partial surrogacy)、後者を妊娠上の母 (gestational surrogacy)、あるいは完全代理母 (full surrogacy) と呼ぶ場合がある。⁽¹⁵⁾

人工授精による代理母出産の場合 (ケース1 (ケース3も同じ)) は、子にとって遺伝上 (生物学的) の母と産みの母は同じであるが、育ての母 (社会的母) が異なるので、母子関係が問題となり、父子関係も代理母が結婚している場合にはその夫との間で問題が生じうる。体外受精による代理母出産の場合、代理出産を依頼した夫婦の夫の精子と妻の卵子を用いて代理母が出産するケース2においては、産みの母と遺伝上の母が異なるので母子関係が問題となり、ケース4においては、産みの母 (子宮の母) と遺伝上の母 (卵の母) が分離するのでどちらが母かが問題となり、さらに代理出産を依頼した育ての母 (社会的母) との関係で複雑な問題が提起される (ケース3は、受精が体外で行われただけで母子関係はケース1と同じ)。ケース5においては、遺伝上の母と育ての母は同じであるが、産みの母が異なるの

で、ここでも母子関係が問題となる。ケース6では前述のように父母にも、さらに複雑な親子関係が生じる。代理母出産においては、父子関係においても他人の精子を用いた場合は勿論、夫の精子を用いた場合にも、人工授精同様代理母の夫との関係で複雑な問題が生じる。

代理母出産は、わが国では一例もないといわれている。日本産科婦人科学会の会告「体外受精・胚移植に関する見解」(一九八三年一〇月)は、IVFの被実施者を婚姻した夫婦に限定し、配偶子の提供を認めていないからである。また体外受精のため採取した卵子は、生殖可能年齢期間内に元の女性の胎内に戻すことが義務付けられているが、このこともSETの実施を困難にしている。日本不妊学会も、代理母問題について理事会見解を発表しているが(一九九三年一月)、医学的適応と社会的・倫理的妥当性、代理母の医学的危険性、社会的・心理的問題、法解釈上の問題、第三者による金銭授受の可能性などの点でなお議論すべきであるとして、代理母公認を見送っている。⁽¹⁶⁾しかし、最近はこのような学会のガイドラインによる自主規制とは関係なく、血のつながり(たとえ片親(父)とでも)のある子を持ちたい、と熱望する夫婦が、アメリカに渡り、アメリカ人女性を代理母として出産してもらい、子どもを得て帰国するという例が見られるようになった。

一九九〇年九月九日付の読売新聞は、「代理母の米人女性、日本人ベビーを既に四人出産」(いずれも前掲ケース2の借り腹のタイプ)と報じている。⁽¹⁷⁾ロサンゼルスで大手の代理母あっせんセンターを開業しているウイリアム・ハンデル弁護士によれば、待機組がまだ九組あり、今後増えそうだ、という。⁽¹⁸⁾一九九二年四月一日付読売新聞によれば、米国代理母あっせん業者「ICNY」(デトロイト市)の日本事務所「代理母出産情報センター」(一九九一年一月開設)でも、日本人夫婦四組が米国人代理母の契約を結んだということであるし、驚見ゆき代表の話によれば、前述したように九八年二月現在ではすでに米国の代理母から「三四人」の子が生まれ、また卵子の提供を受けた日本人妻から六四人、

精子の提供を受けた日本人妻から一六人の子が誕生しているそうである。⁽¹⁹⁾ また、ここ数年韓国に行つて代理母出産して帰国する日本人夫婦がいることが報道されている。

代理母に人工授精する「ケース1」のタイプなどは、本質的には「赤ちゃんの売買」だという批判があり、倫理面や法律上問題点が多いのだが、わが国では自主規制のみでまだ国民レベルの議論が行われていず（行政レベルの議論が始まったことにつき注(1)参照）、法規制もない。ドイツやフランスでは代理出産は法によって禁止されている。しかし、アメリカでは約一三州が何んらかの形で代理母契約を無効とする立法を持っているほかは特別の規制は行わず、いわば放任状態にある。⁽²⁰⁾ 一九七五年から九〇年までに、代理母から生まれた子は四、五〇〇人、最近では年間一、五〇〇人程度に増加したと推定されている。ポストン大学のリサ・ケービル教授は、「米国特有の徹底した個人主義、プラグマチズム、テクノロジー信仰が背景にある。この国では、だれが家族かを決めるのは自分たち自身の契約、選択であり、日本のように血縁がそう重んじられない。宗教心は強いが、幸福になるためには可能な限りの最新技術を使おう、という精神風土が、代理母への抵抗感をさらに薄くしている」といつている。⁽²¹⁾ しかし、ニューヨーク州バッファローでは一九九二年一二月二八日五三歳の代理母 (surrogate granny) が自分の孫を出産 (実の息子とその妻との受精卵を移植して)⁽²²⁾ し、またわが国でも、妹や子の卵で体外受精したことが報告されているが、⁽²³⁾ いかに血のつながる子がほしいとはいえ、自分の「孫」や「姪」になるはずの卵で子をつくるのはいかがなものだろうか、それとも他人の代理母よりはまだまだまし (成功率の点でも)、ということになるのだろうか、ともかくも生殖医療の限界を物語る事例ではある。

(9) 金城清子「生殖技術と法的規制 (上)」法時六六卷九号一二頁以下 (一九九四年)。

(10) Barry R. Furrow, Sandra H. Johnson, Timothy S. Jost and Robert L. Schwartz, Health Law: Cases, Materials and Problems

960 (2d ed. 1991); "Alexander Capron, Alternative Birth Technologies: Legal Challenges," 20 U. Cal. Davis L. Rev. 679, 682 (1987).

(11) 一九九五年一月二六日付朝日新聞には、人工授精ではないが植物状態の女性がニューヨーク州の療養所で性的暴行を受け妊娠し出産の予定であることが報じられている。なお、凍結受精卵や精子銀行につき、石川稔・法セ一九九〇年六月号一五頁、一九八五年二月号八六頁参照。

(12) 家永登「日本における人工授精の状況」唄孝一 Ⅱ石川稔編・家族と医療―その法学的考察四二三頁（一九九五年）。

(13) 体外受精の方法と図解については、金城清子・生殖革命と人権四九頁（一九九六年）を参照した。

(14) イギリスでは、年間約一万人の女性が人工授精により出産しているが、病院側のミスで間違った受精卵を体内に移植され、他人の子を産んでしまった女性が一〇〇人もいることが報告されている。

(15) 樋口・前掲（4）一三四頁、なおシンガー&ウエルズ著Ⅱ加茂直樹訳・生殖革命（一九八八年）。

(16) 日本不妊学会誌三九巻二号（一九九四年）および一九九二年一月六日付読売新聞夕刊参照。

(17) アメリカの医師は、日本人妻名義の出産証明書を書いてくれるので、法的には何んら問題は起こらないということである。鷺見ゆき・鷺見ゆきの赤ちゃんが授かる本（一九九五年）資料Ⅰによれば、代理母およびその配偶者は、将来の両親との間で、出生証明には子どもの父親として将来の父親の名前を、子どもの母親として将来の母親の名前を記入することに合意する旨の契約を締結するようである。

(18) 出産費用は、代理母への支払いが一万ドル、その他総額四万二、五〇〇ドルかかる。

(19) 費用は、七〇〇万円から一千万円程度かかるそうである（一九九五年七月一四日付読売新聞）。アメリカの不妊治療の最前線を紹介するものに、前掲（17）鷺見ゆきの赤ちゃんが授かる本と孤田麻紀子・代理母出産（一九九六年）がある。後者は、「代理母出産情報センター」の取材により書かれたものである。なお、前者によれば、体外受精による代理母出産契約では、①当事者および合意書の目的および意図、②将来の両親の資格、③体外受精に臨む前の医学上、身体上、精神上の検査、④代理母の子宮への受精卵移植、⑤医学的指示、⑥活動制限、⑦一時的禁欲、⑧禁欲の証明、⑨出生前の治療、⑩妊娠確認後の遺伝検査、⑪妊娠確認後の心理カウンセリング、⑫妊娠の終結、⑬医学的危険の仮定および了承、⑭医療保険、⑮生命保険、⑯代理母の謝礼および経費、⑰将来の両親の親権、⑱新生児の保護引き渡し、⑲親権の決定、⑳子どもの名前および出生証明、㉑生命維持、㉒遺伝上の両親（将来の両親）の死亡、㉓体外受精（IVF）プロセスの失敗、㉔本合意書の解消、㉕代理母独自の法律カウンセリング、㉖調停の条件、㉗秘密性と非公開、㉘無保証、㉙補償協定など、実に三七項目にわたって合意がなされる。また、石川稔「新・家族法事情―代理母契約」法セ一九八四年五月号九八頁、六月号八八頁参照。

- (20) See Andrews, "The Aftermath of Baby M: Proposed State Laws on Surrogate Motherhood," 17 Hastings Center Rep. 31, Oct. -Nov. 1987. しかし、一九八八年すなわちベビーM事件の翌年には、すでに一六の州が代理母出産を規制する法案を提出し、一八の州が代理母出産契約を禁止する法案を提出した (Steps to Control Surrogate Birth Rekindle Debate, N. Y. Times, June 26, 1988, at 1, Col. 6)。なお、石川稔||中村恵「アメリカにおける人工生殖をめぐる法的状況」唄||石川編・前掲(12)三八七頁参照。
- (21) 一九九五年九月一四日付朝日新聞夕刊。
- (22) 一九九二年一月三日付読売新聞。
- (23) 一九九五年九月一日付朝日新聞。

三 人工生殖と親子関係

1 親子関係決定の要因と試論

(1) 人工授精子と父子関係

(イ) AIHの場合―夫の死後人工授精によって生まれた子の父は誰か―

AIHは、夫の精子で妻に人工授精し、妻が妊娠・出産し、夫婦で養育するのだから、遺伝上も社会的にも、また法律上も、夫を人工授精子の父(自然父、Natural Father)と考えて問題ない。ところが、最近精子の冷凍保存が可能となった結果、妻は夫の死後夫の精子で人工授精子を産めるようになった。そこで、この妻が産んだ人工授精子と亡夫との間に父子関係を認めることができるのだろうか、が問題となる。私は、妻に死亡した夫の子を生む権利があるか否かは別として、死後の人工授精は初めから父なし子を作ることになるし、生まれた子にも精神的、心理的に強烈なショックを与えかねないから、子の人権を尊重する立場から、むしろこのような施術を抑制する意味で、父子関係は認めないほうが良いと思う。相続や扶養関係は、子にとってメリット・デメリットの両面があるが、人工授精が遺産争いの道

具に使われたり、法律関係も複雑になることを思えばやはり否定すべきであろう。アメリカ法律協会の統一法、スペイン法は、夫の死後精子・卵子を利用し、または受精された子は父との間では親子関係は成立しないと規定し、フランス民法下でも同様に理解されている。⁽²⁴⁾

(ロ) A I Dの場合——父は遺伝上の父か、それとも育ての父か——

一般には、体外受精は流産率が高く、苦痛も伴うので、人工授精がより多く行われる。人工授精では、A I HよりA I Dの利用率が高い。A I Hでは、遺伝上の父と育ての社会的な父とが一致するが、A I Dでは、遺伝上の父(精子の提供者)と育ての父とが分離する。そこで、A I Dによる人工授精子の父はどちらなのか、が問題となる。この場合、親(父)子関係を決定するメルクマールとして考えられるものに、①血縁関係(伝統的な親子概念の決定要因)と、②社会的な親(父)子関係とがある。血縁関係を重視すれば、父は遺伝上の父(精子提供者)ということになり、社会的親子関係を重視すれば、父は人工授精に同意した依頼夫婦の夫ということになる。しかし、ここでもう一つ考えなければならぬことは、子の幸福ないし子の福祉、すなわち「子の最良の利益」であろう。このことを考慮すれば、たんなる精子提供者ないししたんなる金銭目当ての精子ドナーを父とするのは妥当なものではなからう。やはり、養育の意思があり、現実に子を養育、保護する夫を人工授精子の父と考えるべきであろう。この見解は、しかし内縁の夫婦には類推できても、婚姻関係にない未婚者には適用できない。未婚者の人工授精は、初めから片親と考えるのが妥当か疑問なしとしないが、精子ドナーを父とするには、それ以上の疑問がある。未婚者への人工授精は禁止すべきであろう。もっとも、精子ドナーが父か否かの問題は別として、やがて人工授精子が自分のルーツを手繰り、遺伝上の父に到達すること(情報公開の確立により)を拒否することはできないと考える。子どもは、親を知り、自分のアイデンティティを保持する権利(出自を知る権利もその一つ)があるのだから(子どもの権利条約七条、八条)。

(イ) 若干の立法例

外国では、AIDの場合父は依頼夫婦の夫と想定するものが多い。アメリカの統一親子関係法は、夫の同意を得て生まれた人工授精子は、夫婦間に生まれた子と同様に取り扱われる旨規定し、⁽²⁵⁾（よって、精子ドナーによる認知請求を認めない）、イギリスでも、妻が人工授精、夫以外の者の精子を用いた胚移植または精子と卵子の注入を受けた結果生まれた子は、夫の不同意が立証されない限り、夫の子とされる、と規定されている。⁽²⁶⁾ また、オーストラリアのビクトリア州でも、人工的に懐胎して出生した子は、その子を出生した女性とその夫の子であり、配偶子提供者は何らの権利も義務も有しない、と規定している。外国法のこれらの立法的傾向は、精子ドナーより「育ての親」を重視し、育ての親としての父に父性の適格性を与えているものといえよう。

(2) 体外受精子と親子関係

体外受精において、他人の精子を用い、妻が、出産した場合における体外受精子と依頼夫婦の夫との間の「父子関係」存否のファクターは、とりあえずAIDと同じように考えればよいと思う（したがって夫が父）。ただ卵子を妻のものではなく（精子も他人のもの）、他人のものをを用いた場合には疑問なしとしないが（この場合には、妻は自分たち夫婦とは遺伝的にまったく関係のない子を産むことになる）、やはり妻の妊娠・分娩と社会的両親としての依頼夫婦の意思を尊重し（二要素の併有）、夫を父と考えたい。

体外受精子と母との関係は、体外受精が妻の卵子で行われた場合には、妊娠・出産および遺伝的・社会的関係をメルクマールに出産した妻を母と考えて差し支えないが（たんに受精が体外で行われたにすぎない）、他人の卵子で行われた場合には、遺伝上の母（卵子提供者）と出産の母が分離するので、どちらを法律上の母と考えたらいいか問題となる。母子の決定は、この場合もAIDで述べたのと同じような基準で、出産した母と社会的な母とが一致する依頼夫婦の妻

を母と考⁽²⁷⁾えたい。

(3) 代理母出生子と親子関係

(1) 人工授精による代理母出産の場合——母は産みの代理母か、育ての母か——

この場合（ケース1の場合）における父は、遺伝上の父と社会的父とが一致し、かつ父としての意思が明確である依頼夫婦の夫を父と考⁽²⁷⁾えて問題はなからう。ただ、法的には代理母が既婚者であれば、まずその夫と人工授精子との親子関係を断つ必要がある、それができなければ、代理母夫婦と養子縁組を結ぶことにならう。

卵子提供型の代理出産（ケース1）において、母は誰か、という問題は、父は誰か、という問題より難⁽²⁸⁾しい。卵子の提供と妊娠・出産は代理母であるが、社会的母としての明確な自覚と養育の意思は、出産を依頼した妻にあるからである。そこで、母子の決定要因としては前者を重視すべきか、後者を重視すべきか。わが国には、まだ判例はないので、アメリカのケースを見てみる。

(A) アメリカの場合

アメリカには、有名なベビーM事件⁽²⁹⁾がある。一九八五年、ニュー・ジャージーのスターン夫婦は、メアリー・ベスと一万ドルで代理母契約を結んだ。代理母メアリー・ベスにスターン氏の精子を移植する人工授精が成功、女の子（ベビーM）が生まれた。が彼女はその後気持ちを換え子どもを引き渡さなかった。そこでスターン氏が代理母契約にもとづき子どもの引き渡しを求めて提訴したものである。州地裁は、一九八七年代理母契約を有効とし、メアリー・ベスの親権を終了させ、スターン氏に監護権を与え、スターン夫人がMを養子にすることを認めた。これに対して代理母上訴。同州最高裁は、一九八八年二月「金銭を払って代理出産の契約を結ぶ行為は養子取りのための金銭授受を禁じた州法に違反し、さらに富める者による弱者の搾取につながるもので、犯罪的でさえある（しかし、金銭を伴わない純粹に相互

扶助の精神による代理出産は違法ではない」と判示して、代理母契約を無効（制定法違反と公序良俗（public policy）違反）とした。最高裁は、ベビーMの父はスターン氏であり、母はメアリー・ベスである（したがって、親権は終了していない）としたのである。しかし、監護権をどちらに与えるか、については、離婚の場合の「子どもの最良の利益」(the best interests of the child)の基準に従って決定すべきである、として、メアリー・ベスの不安定な家庭より、夫は生化学者、妻は小児科医で子どもの豊かな生活と文化的家庭環境が保障されるスターン夫妻の家庭が子どもの最良の利益に適うと判断し、監護権をスターン氏に与え、子どもの引き渡しを命じた。その結果、母たる代理母のメアリー・ベスには子に会える訪問権だけが認められた。

同じく、子の母は代理母であるが、監護は代理母と夫との共同監護権に服すると判示したケースがある。モスチェタ夫婦は、エルビラ・ジョーダンに代理母を依頼、彼女の卵子と夫の精子を人工授精して、生まれた子を引き取ったが、夫婦は仲が悪くなり、別居した夫が「自分は子どもの遺伝上の父親であり、一人で育てたい」として、妻と代理母を相手取り提訴したものである。これに対し、妻も夫と代理母を訴え、代理母もまた監護権を求め、三つ巴の争いとなったが、二審のカリフォルニア州中間上訴裁判所は、原審は代理母という特異性のみに関わるファクターを考慮して監護権を決定した点（夫に不当に厳しい判断をしたこと）が誤りであるとして、共同監護について破棄差戻しを命じた。⁽³⁰⁾

これらの判決のうち、ベビーM訴訟の第一審判決は、代理母（自然母 Natural Mother）に親権を認めず、むしろ依頼夫婦の妻に養子縁組により母（養母）となるチャンスを与えた。ソーコウ判事は遺伝的關係、妊娠・出産よりは、夫婦の意思（子どもを育てるといふ）と子の最良の利益を重視し、代理母契約自体を有効と判断したのである。これに対し、ニュー・ジャージー州最高裁をはじめ、他の判決は、代理母に母親としての法的地位を与えているが、その理由は、依頼夫婦に子を引渡すという代理母契約は無効であるということのほか、依頼夫婦側の利益よりは、遺伝的・生物学

的關係、妊娠・出産という事実を重視しなければならぬという本質的な判断がその基礎にあったものと思われる。

(B) 親権者を決定づけるための新たな法的根拠としての意思

妊娠・出産を重視するニュー・ジャージー州最高裁のような見解には強い批判がある。それはこの見解が代理出産を依頼した不妊夫婦の意思を軽視している点に對してである。⁽³¹⁾ その主張は、つぎのようである。⁽³²⁾

伝統的な親子（実親子）關係は、運命とでもいべき出産によって決定づけられ、そこに選択の余地はなかった。しかし、生殖技術の発達は精子や卵子の提供、妊娠・出産というサービスの提供を可能にし、そのことは遺伝上の親、社会的な親、妊娠・出産の母というように、父母が分割されることになり、人はここに子の誕生についていくつかの選択肢を持つこととなった。この選択にもとづく融通性、多元性は、あるいは伝統的家族観から外れるものとして批判されるかも知れないが、その選択により人は苦悩から開放され、生活は活性化し、そこに安心と安定を得ているのも、また事実である。もし、そうであるとして、またその願望が人にあるかぎりには、子の出産に関する意識的な選択と管理は、「疑問を抱きながらも間違いなく続き拡大する」ものと思われる。

そして、そこでは法的な枠組の再構成が不可欠となるが、そこで検討されるべきことは、この新しい事態に對し、「はたして対応すべきかどうか」なのではなく、「いかに対応すべきか」ということである。いろいろ検討すべき問題点があるなかで、もっとも難しい対応を迫られるのは、「子どもの親権争いをいかに解決すべきか」という点である。生殖技術についての医学の進歩は、「個人の意思の表明とその実現の可能性」を拡大させたが、この現実を直視するかぎり子どもの出産管理（出産の取り決め）と親権についての依頼夫婦および代理母の「意思」と「意思決定」（自己決定権）は尊重されなければならぬであろう。もっとも、ここでいう意思ないし意思決定は、熟慮され、明示され、協議・合意され、信頼と期待のなかで行われたものでなければならぬ。しかし、ニュー・ジャージー州最高裁は、子の

出産や子育てという、もつとも身近で重要な行為についての意思ないし意思決定を無視したが、つぎのような疑問にはどのように答えるのだろうか。

「スターン夫妻とメアリー・ベスは、この子どもをつくることを選択し、意図した。そして、メアリー・ベスはそうした結果をもたらすために、またそうなるであろうという彼らの期待を信頼して行動した。さらに、スターン夫妻が子どもの親となり、メアリー・ベスは親とならないことを意図した。メアリー・ベスはそうした意思があったにもかかわらず考えを変えた。彼女は自分がはらんだ子どもをスターン夫妻に渡さず、自分で育てるといふ新しい意思決定をした。なるほど、意思とは、本来変化するものである。しかしながら、なぜ彼女の変化した意思の方が受け入れられて、彼女の最初の意思とスターン夫妻の変わらぬ意思が退けられるべきなのであるか？」⁽³³⁾

このような考え方は、人工生殖子の登場によって初めて唱えられたものである。このような時代において、母子概念の決定要因を旧来のように妊娠・出産のみに限定することは妥当性を欠く場合が生じると思われるので、私も基本的にこの意思重視説に賛成である。しかし、後述のようにケース4、6の場合における母は代理母と考える。

(C) 若干の立法例

アメリカでは、判決は右に見たように、代理母を母とするものが多いが、一九八八年の統一州法は、代理母を認めるA案と代理母契約を無効とするB案を提示し、選択を可能にしている。⁽³⁴⁾ ノースダコタ州は一九八九年B案を採用し、バージニア州は一九九一年A案を採択した。⁽³⁶⁾ アーカンソー州は、一九八九年人工授精子の嫡出規定に例外を設け、依頼夫婦が親になる(妻が母になる)と定めている。⁽³⁷⁾ イギリスでは、一九九〇年の立法によって遺伝的つながりとは無関係に、出産した女性が母である、と規定されたので、代理母が母ということになる。⁽³⁸⁾ ドイツ、フランス、スウェーデン、オーストラリアでは代理母出産は禁止されている。

(ロ) 体外受精による代理母出産の場合

(A) ケース2 (借り腹) の場合―母は遺伝上 (卵) の母か、産みの母か―

依頼夫婦の卵と精子の受精卵が代理母から生まれたいわゆる借り腹型代理出産の場合の子の母 (法律上の) は誰か、すなわち遺伝上 (卵) の母か、産み (子宮) の母かは、簡単には決断し難いが、遺伝的関係を重視すれば母は遺伝上の母 (依頼夫婦の妻) ということになり、妊娠・出産を重視すれば母は産みの母 (代理母) ということになる。しかし、ここで大切なことは、妻はたんに卵の母であるのみならず、育ての母、社会的母であるということである。したがって、ここでは前述した依頼夫婦の子に対する「養育の意思」重視、「子の最良の利益」(多くは妻に分がある) の基準・適用は、(イ)で述べた代理母と妻の関係 (妻を母とみる) よりは、より強く妥当する (妻が卵の母である点で) といえる。このことからケース2の場合の「母」は、遺伝上の母であり、社会的母である「妻」、と考えていいと思う。このような見解は、しかし従来の伝統的な「母は出産した者」という概念をくつがえすことになるが、科学の進歩が卵の母と産みの母の分離を可能にし、人がそれを利用・選択することが許されるとすれば、人 (依頼夫婦) のそういう意思 (選択肢) は尊重されるべきではなからうか。このような考え方には当然反対がある。⁽³⁹⁾ 代理母は、子どもを九ヵ月間も自らの体内で育て、母親としての感情を抱き、そして出産した。子と遺伝的なつながりはなくても、子どもをこの世に送り出した妊娠・出産こそは尊重されなければならない。代理母はたんなる「保育器」ではないのであると。

この問題については、アメリカにつきのような判決がある。一九九〇年一月白人で裕福なカルバート夫妻は、三六歳の妻が子宮を摘出していて妊娠が不可能だったので、妻と同じ職場の同僚である二九歳の黒人看護婦アナ・ジョンソンと一万ドル (医療費は別) で代理母契約を結んだ。夫妻の精子と卵子を体外受精させ、その受精卵をジョンソンに移植 (胚移植) し、彼女は妊娠したが、その七ヵ月後ジョンソンは夫妻の契約違反を理由に、子どもは自分が育てる、とし

て、親権と養育費を求めて夫妻を訴えた。カリフォルニア州オレンジ郡で起こったこのカルバート対ジョンソン事件で、第一審判決は、カルバート夫妻が遺伝上、生物学上の自然母であり、自然父だから子ども（同年九月男子誕生）の唯一の親（＝自然親 Natural Parent）であると判示し、代理母ジョンソンは、子どものホスト役であり、里親かベビー・シッターのようなもの、遺传的・世襲的にはまったくの他人だから母ではない、とした。⁽⁴⁰⁾

代理母契約の効力については、パースロー裁判長は、「関係者たちが結んだ体外受精訴訟の代理母契約は、無効ではなく、法律違反でもなく、また公序良俗違反でもない。われわれは、子どもの出来ない人々が、遺传的つながりのある子を持ちたいという熱烈な願望を有することを知っている。カルバート夫妻がアナ・ジョンソンと結んだ契約は、親権の放棄に関するものである。したがって、私はもし必要があれば人身保護令状（Habeas Corpus）「ヘイビアス・コーパス」により子どもの引渡しを強制できる（enforceable）と信じる。……代理母たちが九カ月間被る多くの苦痛と不愉快な日々に対して一万ドルを受け取るのはなんら悪くはない。代理母たちは痛みや、苦しみや、不快を売っているのであって、赤ちゃんを売買しているのではない。遺伝上の子を熱望する気持は理解できる」と⁽⁴¹⁾いっている。一九九三年五月、カリフォルニア最高裁も、この下級審の判断を支持し、カルバート夫人を母と認めた。その理由として、六人のうち五人の裁判官は、「誰が母なのかを決めるにあたっての決定的な要素は、誰が自分の子どもとして育てる意志で子どもの出生にかかわったか⁽⁴²⁾」ということであるとしている。

しかし、アメリカではこのように卵子ドナーの妻が母であると一致しているわけではない。一九九三年一月のニューヨーク州家裁の判決は、卵子ドナーで現に子を育てている妻を母とは認めなかった。が、妻には双子の子どもを養子にする方法がある、として理解を示した。傾向としては、いずれにしても代理母の親権による子の引渡請求には消極的である（子の最良の利益や代理母契約の無償性などを基準にケース・バイ・ケースで判断はしてはいるが）、依頼夫婦のもとで

育てることを許容する方向にあるといえよう（実質的には、二人の母を認めるものといえようか）。父子関係については、ケース1の卵子提供型代理出産と同様、遺伝子・血縁を重視し、夫を人工生殖子の父としている。

(B) ケース4の場合―母は遺伝上の母か、産みの代理母か、それとも育ての母か―

夫の精子と他人の卵子を体外受精させ、卵子提供者が出産するケース3の場合は、夫の精子を代理母に人工授精するケース1の場合と同様に考え（受精が体内か体外かのちがいがあにすぎないから）、母は卵の母であり、産みの母である代理母ということになる。

しかし、卵の母と産みの母が別れるケース4の場合は、誰が母か判断が非常に難しい。なぜなら、このケースは、母子の決定要因である遺伝子、出産、意思の三要素がパラレルに存在するからである。したがって、三要素のいずれを重視するかによって、母は、卵の母か、産みの母か、育ての母か、に決まることになる。アメリカの判決例によれば、ケース1の人工授精では、卵と出産の二要素が同一である代理母を母とし、ケース2の借り腹では卵と養育の二要素が同一である育ての母を母とした（したがって、遺伝子・血縁のみを母子関係の決定的要素と考えているのでもなければ、出産のみを決定的要素としているのでもないから、基準が明確ではなく、判断が難しい。このことは、ケース・バイ・ケースによって結論が異なりうることを示すものである）。しかし、このケース4の場合には、要素は単一で、ダブルがない。そこで、この場合なにを基準に母子関係を決めればいいのか問題となる。まず、卵の提供に重きをおき、遺伝上の母を母とみるのはどうだろうか。親子の関係は、伝統的に遺伝・血統が重視され、まさに人工生殖の医療技術もそのことにより発達してきたことは前述のとおりである。そして、ケース1とケース2の双方とも、卵の提供者が母と判断される例が多かった。そうであるとすれば、この場合も卵の提供者を母とみるべきであろうか。子どもとの関係を考えれば、その解釈は無理と思う。卵の提供がたんなるボランティアか営利目的かにかかわらず、卵子ドナーには母親

としての認識も養育の意思もない。たんなる卵子提供者にすぎない。提供行為それ自体は、精子提供より卵提供のほうがドナーに負担はかかるが、それは出産よりもずっと軽く「母と子の絆」も極端に薄い。そのような単純な卵子ドナーを母とみるべきではなからう。ケース1で卵子ドナーが母とされたのは卵子ドナーが同時に妊娠・出産したからであり、ケース2で卵子ドナーが母とされたのは卵子ドナーが同時に依頼夫婦の妻だったからである。いずれもたんに遺伝的つながりがあるから、という理由ではないであろう。つぎに、育ての母を母とみるのはどうだろうか。現代の生殖科学の技術は、個人の意思、その目的と選択の役割を大きく拡大させたが、これは親子関係の決定を生物学的事実からのみ決定づけられないことを意味し、むしろ法律上の親子関係が社会的に構成されている側面を考えれば、出産における意思の役割拡大を認容し、尊重しなければならぬ。「任意に選択され、明示され、予期された意思」こそが法的親子関係を決定する、という見解にしたがえば、育ての母・社会的母こそが法的母ということになる。本質的には私もこのような意見には賛成ではあるが、しかし、ケース4の場合、遺伝的関係もなく、妊娠・出産もせず、ただ代理出産を依頼し、将来とも親子関係の維持が予測されるというだけでは、依頼妻に母子関係を認めるのは困難であろう。

そこで、この場合の母は、出産の母と考えるべきではなからうか。金城清子教授は、母子関係の確定を出産という事実にもとづくことは、①子の保護のためには母は出産の母とすることが望ましい、②出産の母と子との間の絆は、妊娠・出産の全期間にわたって形成され、子の養育の観点からも出産の母を母とすることが自然であり望ましい、③生殖技術は進歩しても子は母の体内でのみ生育する、などの点で合理的理由があり、卵・受精卵提供における代理母出産の場合も出産の母を法的にも母と認定することが妥当である、との見解を示されている。⁽⁴⁴⁾ 親子の関係は遺伝的な関係より妊娠・分娩のほうがより緊密な関係であるという説がある。ジョンソン事件（オレンジ郡訴訟）の原告アナ・ジョンソン側の証人たちは、「母と子の絆」（借り腹の場合）について、つぎのように証言している。⁽⁴⁵⁾ 「妊娠の進行とともに、子

どもを彼女の精神的展開に組み込み、二人の人間になる。遺伝子提供者はDNAの青写真を形作っただけ」(ピッツバ
ーグ大学医療倫理センター助教授のハリスン女史)、「妊娠中の母親と胎児は親密な感情的つながりがあり、胎児は母親
の心理状態もよくわかる。愛情のこもった感情も胎児に直接影響する。母親が驚いたとき、胎児も驚く。母親の血液中
のカラコールアミンという神経伝達物質が増加し、これが直接胎盤を通り、胎児に届くのである。」(「赤ちゃんは誕生
を覚えている」(Baby Remember Birth)の著者で、心理学協会副会長のチェンバレン氏)、「遺伝上無関係の産みの母
は、遺伝上の母と同じように、その子どもの母として扱われるべきである」(南カリフォルニア大学教授、連邦議会・
大統領の生理医学倫理顧問委員長であるケプロン氏)。

このような専門家の見解からしても、ケース4の場合、産みの母である代理母を母とみて差し支えなさそうである。
また、母子関係決定の要因となっている三つのファクターから判断しても、代理母が子どもを自分で育てる(引き渡さ
ないという)決意をしたときから養育の母としてのファクターも併有することになる。三要素のうち二要素を有するも
のが母という基準にしたがっても出産の母が母ということになる。さらに、このような見解によれば、子の引渡しがあ
不安定になるから代理母契約は慎重にならざるをえないが、このことは他人の卵まで使って代理出産を望む代理母契約を
実質的に規制(自主規制)する役割を果たし、またそこに人工生殖の一つの限界があることを認識させる点で意義があ
るといえよう。

(C) ケース5の場合―母は遺伝上の母か、産みの代理母か、父は遺伝上の父か、依頼夫婦の夫か―

このようなケースの代理母出産は稀であろうが、夫が無精子症で妻も卵管閉塞、しかし妻の卵は健在、したがって妻
と血のつながった子だけでも欲しいという場合に、第三者の精子と妻の卵子を体外受精させ、その受精卵を代理母に移
植するということもまったく考えられないわけではない。この場合、ケース4で述べたような趣旨から、母は産みの母

と決めることができれば解答は単純明快である。しかし、ここで考えなければならぬのは、卵子提供は妻であり、養育も妻を含めた依頼夫婦だということである。すなわち、妻は二つのファクターを持っていることになる。したがって、ここでは遺伝上の母であり、育ての母である妻を母と考えたい（もっとも、子の引渡しを拒否すれば、代理母も育ての母たりうるが）。それがまた、選択の意思、子の最良の利益尊重の原則に合致することにもなる。父との関係は、妻が出産していないので、AIDのように夫を父と考えることはできないだろう。精子ドナーを父と考えざるをえないが（父親のいない子と考えるよりはまし、という意味で）、ドナーが不明であったり、ドナー匿名のルールによりドナーを知りえない場合には（最近では情報公開が強く主張されている。一九八四年のスウェーデン人工授精法はAID児に対し遺伝上の父が誰であるか知る権利を認めている）、実質的にあるいは縁組によって夫が父となることに問題はなからう。

(D) ケース6の場合―母は遺伝上の母か、産みの代理母か、父は遺伝上の父か、依頼夫婦の夫か―

このケースは、これまでの代理母出産とはまったく異なっており、依頼夫婦のいずれとも遺伝的なつながりはなく、しかも卵子ドナーとはちがう第三の女性に出産を依頼するものである。意図する子、または意図するタイプの子を手に入れたいとか、親子関係のつながりの薄い人工生殖子が欲しいとか、すぐ養子が欲しいという場合にこのような方法が採られるのかも知れない。アメリカにはこのようなケースの最初の訴訟としてジェイシー事件⁽⁴⁶⁾がある。この事件は、四人の関係者すなわち代理出産を依頼した夫と妻、代理母とその夫の間で締結された書面による契約に従い、匿名の提供者から受けた精子と卵子を人工的に受精させ、契約当事者である代理母の子宮に移植し、生まれてくる子どもを契約当事者である依頼夫婦の法律上の子とすることを意図したものであった。事実関係はつぎのとおりである。ジョンとルアンは一九八九年五月結婚したが、一九九四年九月別居するに至り、ジョンは一九九五年三月三〇日婚姻解消の訴訟を提起した。ジョンとルアンは、それ以前にパメラとその夫ランディとの間に代理出産契約を結んでいた（ジョンとルアンが契

約書に署名した日付は不明だが、パメラとその夫は一九九四年八月二五日に署名している。代理出産契約の条件は、「いずれの当事者とも関係のない、提供された遺伝子で創られた胚をパメラに移植する。子どもは依頼夫婦の家庭に引き取られ、代理母（パメラ）ないしその夫の干渉を受けず、また代理母およびその夫はいかなる親権の保持ないし主張もせず、意図された依頼夫婦二人の子として育てられる。依頼夫婦の妻が子どもの誕生以前に死亡した場合には夫に引き取られ、その逆の場合も同様とする。双方が子どもの誕生以前に死亡した場合には、代理母とその夫が子どもを後見人の監護に委ね、あるいは依頼夫婦の遺言に従って指名された後見人の監護に委ねる」というものであった。

子どもは、一九九五年四月二六日に生まれジェイシー (Jaycee) と名付けられた。ルアンはジョンに対し一九九五年一〇月一二日、ジェイシーの単独監護権と養育費の支払いを求めて提訴した。第一審は、ジョンの父子関係（父性）の確定をせず養育費の支払いを命じるのは、たとえ暫定的であれ違法である、との主張をいれ、裁判所には子どもの暫定養育を命じる権限はないとの判断を下したので、ルアン（ジェイシー）側は、オレンジ郡上位裁判所に上訴した。以上が事件の概要である。これに対し、本件控訴審は、「扶養の義務を生ぜしめる関係が最終的に決着されていない場合でも、裁判所は訴訟期間中の子どもの養育費支払い命令を下すことができる」との判断を下し、このような「卵が先か鶏が先か」の「いたちごっこ」問題はすでに最高裁で解決済みで、本件では「細胞と代理出産」(Cells and Surrogacy) の問題というよりは「分別と感性」(Sense and Sensibility) の問題であるように思われると判示した。⁽⁴⁷⁾

このケース6の場合は、遺伝上の母、産みの母、育ての母の三者が分離するが、その点はケース4の場合と同じである。したがってそこで論じられたことがそのまま当て嵌まり、そこで検討したように「母は産みの母」と解したい。ただケース4と異なる点はケース4が夫の精子を用い、ケース6が他人の精子を用いている点であるが、これは母性の決定に影響を与えない。前者において、夫の遺伝的要素を重視すれば、依頼妻を母とするほうが子の福祉に適うかも知れ

ないが（したがって立法的にはそのような解決も十分考えられる）、それが無理とすれば、後者において育ての母を母とみることはなおさら困難である。ジェイシー事件では、前掲ジョンソン事件やモスチェタ事件（注30）のように代理母が契約に背いて子に対する親権の確認を求めたものではなく、子の出産約一ヵ月前、夫婦は別居、離婚手続を開始、その後生まれた子は意図された母親である妻に引き渡されたというもので、妻が養育するについて代理母側との争いはなく、また卵子ドナーも匿名なので妻を母親と扱うことに問題はないが、判決がかかるケースにおいては妻が当然法律上の母であると解しているのではない。

父性の決定はケース5と同様に考えればよいと思う。すなわち、妻が出産する場合ではないからAIDのように夫を当然父と解することはできないから、精子ドナーを父と考えざるをえないが、ジェイシー事件のように精子ドナーが匿名（通常である）の場合には代理母側と養子縁組することにより夫が父となり、また妻が母となることが可能であろう。ケース6の場合の親子関係について右のように解すれば代理母出生子の法的地位はきわめて不安定である。したがって、このような代理母出産を許容するか否かは別にして、もし許容するとすれば、依頼夫婦に親権ないし監護権を認めるなどの子の保護を図る立法が必要となろう。

私見によれば、代理母出生子の法律上の父と母は「表2」のようになる。

表2 代理母出生子の父と母

ケース1	夫の精子+他人の卵子↓卵子提供者	夫は夫、母は代理母
ケース2	夫の精子+妻の卵子↓第三者	夫は夫、母は妻
ケース3	夫の精子+他人の卵子↓卵子提供者	夫は夫、母は代理母
ケース4	夫の精子+他人の卵子↓第三者	夫は夫、母は代理母
ケース5	他人の精子+妻の卵子↓第三者	夫は精子提供者、母は妻
ケース6	他人の精子+他人の卵子↓第三者	夫は精子提供者、母は代理母

(E) 若干の立法例

体外受精による代理母について制定法を持っている国は少ない。体外受精、胚移植に関する法律はあっても、代理母出産については否定的なものが多い。ドイツにおいては、一九八九年の改正養子斡旋法は、代理母の斡旋が有償であると無償であると、また代理母自身の卵子を用いる場合であると、依頼夫婦の精子と卵子を用いる借り腹の場合であるとを問わず、これを禁止し、一九九〇年の胚保護法は、代理母に人工的な受精を行うこと、ヒトの胚を移植することを企図すること、を処罰の対象（しかし、代理母・依頼夫婦は対象外）としている。⁽⁴⁸⁾ フランスでは、一九九四年七月、いわゆる「生命倫理法」において、人体の一部・産物である精子や卵子などを本人が自由に処分したり、売買したり、また他人のために自分の子宮を提供して代理出産することなどを、公の秩序に反するものとして禁止している。⁽⁴⁹⁾ オーストラリアでは、クィーンズランド州が一九八八年代理母を規制する法律を制定し、ビクトリア州もまた一九八八年施行の不妊法で、代理出産を禁止している。⁽⁵⁰⁾ スウェーデンも、一九八八年制定の体外受精法によれば、体外受精は夫婦または同棲者間でのみ許し、卵や精子の提供を認めず、代理出産も認めていない。

アメリカでは、人工授精のところ述べたように、一九八九年二月アメリカ法律家協会によって承認された「技術援助により妊娠した子の地位に関する統一法」(USCACA)⁽⁵¹⁾があり、ノース・ダコタとバージニアの二州だけがこれにもとづく制定法を有している。代理母に関しては、このほか一三の州とコロンビア特別区が独自の立法をもち、うちアリゾナ・コロンビア特別区、フロリダ、インディアナ、ケンタッキー、ルイジアナ、ミシガン、ネブラスカ、ニューヨーク、ユタ、ワシントンの一一法域がなんらかの形で代理母契約を無効とする立法を行っている。親子関係については、アリゾナ州では、代理母が子の法律上の母であり、監護権を有し、代理母の夫が子の法律上の父であると推定され、ユタ州でも、代理母が法律上の子の母であり、その夫が子の父であると規定している。ミシガン、ワシントンの両州は、

子の監護権について紛争がある場合には、子の監護権は裁判所が命令を下すまで子の身上監護権者（代理母）にあると規定し、この場合ミシガン、ユタの両州は、子の監護権の決定は「子の最良の利益」の基準により決められると規定している。⁽⁵²⁾ 石川稔教授は、制定法はまだ三分の一の州にも充たない状況であるが、右のような傾向は、ベビーM判決の旨にしたがったもの、と分析されている。⁽⁵³⁾ たしかに、アメリカの現状は、判例・立法とも、代理母契約を認めるもの、認めないもの、代理母を母とするもの、しないものに分かれ、一致をみないが、それはいましばらく代理母のあるべき姿を見定めようとしているかのようである。

イギリスでは、一九八五年七月に営利目的の代理斡旋を禁止する「代理出産取決め法」が制定・施行され、一九九〇年一月には「一九九〇年ヒトの受精および胚研究に関する法律」⁽⁵⁴⁾ が制定され、一九九四年一月から施行された。これによれば、一定の要件のもとに配偶子・胚の提供が認められ、代理出産も許されるが、代理出産契約を強制することはできない。しかし、裁判所は子が出生してから六ヵ月以内に申立てる、などを条件に、依頼夫婦（配偶子提供者）の子であることを決定することができる⁽⁵⁵⁾と規定している。

2 民法における親子関係

わが国の民法には、人工生殖子の親子関係についての規定はない。これまでAIDについては議論が重ねられてきたが、代理出産については日本産科婦人科学会において施術が自主規制されていることもあり、臨床例もなく、判例もない。このような状況下で、しかも人工生殖子の存在をまったく予想していない現行法下で親子関係を論じることは危険でもあり、困難でもある。しかし、現実にかかる人工生殖子の存在があり、増加する傾向にある以上、その法的考察を放置しておくわけにはいかない。以下、外国の判例や立法例などを参考にしながら若干の検討を試みたい。

(1) 人工授精子の法的地位

(イ) AIHの場合

AIHの場合は、通常の自然生殖と同様に子は夫婦の嫡出子となり、出生日により推定される嫡出子⁽⁵⁶⁾とされない嫡出子に分かれるが(七七二条)、問題は夫の死後冷凍保存された精子により人工授精され生まれた子の法的地位である。まず、父子関係があるのか、ないのかの点であるが、これについては、①不存在説と、②存在説とがある。①説は、婚姻解消(死亡)後三〇〇日以内に生まれえない子には嫡出推定の民法七七二条は適用されず、また懐胎時に存在しない父との結び付きも不可能で、認知の訴えもできないから、父子関係は存在しえず、存在するのは母子関係(母の非嫡出子)のみであると解する⁽⁵⁷⁾。②説は、父子関係の存在を認める説であるが、これにはさらに、①嫡出子説と、②非嫡出子説とがある。①説は、民法七八七条の類推による認知の訴えにより人工授精が夫の精子により行われたことが証明されればその子は夫の嫡出子であると解する⁽⁵⁸⁾。①説の夫死亡後の授精子は七七二条の「妻が婚姻中に懐胎した子」ではないとの批判には、いやしくも種の再生産を可能にする保存精子が存するかぎり、死亡概念ないし死亡の法的効果の相對説に立脚し、民法七七二条の関係では夫は死亡していないものとみなすこともできると解する説がある⁽⁵⁹⁾。②説は、死後認知により夫の非嫡出子たりうる可能性があると解する⁽⁶⁰⁾。

②説は、相続争いするとき遺伝子上夫婦の子である人工授精子に相続させることができるなどのメリットがあり、死後認知も三年以内でしか認められず、いたずらに相続争いを複雑かつ長期化させるともいえないから、心情的には②①説を支持したいが、解釈論としては、「婚姻中に懐胎した子」と解するにはやはり無理があると思われるので、私としては今のところ①説を支持しておきたい。(父子関係を認めない立法例があることについては前述した)。また、人工授精子は被相続人たる夫が死亡した時点(相続開始時)では出生(胎児でもない)していなかったのだから、いわゆる同時

存在の原則により相続人（八八七条一項）にはなれないと考える。なお、脳死の夫の精子を用いた場合はどうなるか、一応問題とはなるが、脳死が死であるという画一的立法のない現段階では呼吸および心臓が動いているかぎり人であり、父子関係が認められると考える。植物人間の場合も同様に考えてよい。

(ロ) A I D の場合

(A) A I D が夫の同意をえて行われた場合

他人の精子を用いることを夫が同意して行われたA I D 子（戸籍上は夫の嫡出子となっている）の法的地位については、学説は民法上も夫の嫡出子と解しているが（精子ドナーを父とみない）、さらに細分すれば、①民法七七二条の嫡出推定が及ぶと解する説⁽⁶¹⁾（通説的見解）、②嫡出推定は及ばないと解する説、③養子と解する説⁽⁶²⁾に分かれる。①説は、夫に生殖能力がない場合にも推定が及ぶとの前提に立ってA I D 子を推定される嫡出子と解し、したがって第三者から父子関係の不存在を争うことも、また夫による嫡出否認の訴え（七七四条）を提起することもできないという。後者の理由としては、夫のA I D 同意は七七六条の嫡出性の承認にあたるから否認権を失うと⁽⁶⁴⁾か、信義則または権利濫用法理（一条）により否認は認められないなどの点があげられている。②説は、「推定の及ばない嫡出子」概念が前提となっている。七七二条の嫡出規定は、夫婦の正常な同居生活、性関係を前提としているのだから、長期別居・行方不明・収監などのように客観的に懐胎の可能性のない場合には適用がないと解する説で、判例・学説の認めるところである⁽⁶⁵⁾。②説は、ここに生殖能力のない場合や血液型が合わない場合も含めて考えるのであるが、この説によれば、利害関係者ならだれでも、いつでも親子関係不存在確認の訴えを提起でき、また戸籍上の父親の否認をまつまでもなく、子に対する相続回復請求の訴などの前提としてその嫡出性を争うことができるので、父子関係は不安定となる⁽⁶⁶⁾。③説は、②説のように不安定ではなく、①説のように「虚構」の親子関係を認めるものでもないが、判例は現在のところ嫡出子

出生届の養子縁組届への転換を認めていない。この点については、夫が同意し妻がA I Dの施術を受け出産し、夫が「嫡出子」として届けをするという一連の行為に、養子縁組の予約とその履行（妻が代諾権者となって子を夫の養子とするので家庭裁判所の許可もいらぬ）を認めればよいとする説がある⁽⁶⁷⁾。

A I D子の法的地位を論じる場合重要なことは、前述したように子の最良の利益、子の福祉の重視という観点から論じなければならないことである⁽⁶⁸⁾。子の利益、福祉を重視すれば、当然親（父）子間には強固で安定した関係が生まれ、それはまたA I Dを依頼した夫婦の意思にも添うことになる。このような解釈はまた、A I D子を夫婦間の嫡出子とする諸外国の立法的動向とも一致する。このような考え方からすれば、父子関係を第三者がいつでも争える②説は妥当でなく、かといって③説をとるには解釈上無理があるので、解釈論としては、①説を支持せざるをえない⁽⁶⁹⁾。ただこの①説によれば父子関係を否定したり、精子ドナーに認知請求したり（精子ドナーによる認知請求も認められない）することができない点が、子のアイデンティティを知る権利との関係で問題ではあるが、しかし、このA I D子と親との関係は養親子関係よりも強い絆で結ばれ、実質的にはいわば「血縁を超える親子の創造」⁽⁷⁰⁾によって生じた「実親子」の関係にあるといっているから養子縁組のような離縁による解消はありえず、そのかぎりでアイデンティティを知る権利にも制約が生じると考えざるをえないが、本質的な解決は立法をまつよりほかはない⁽⁷¹⁾。

夫の同意が撤回されたのに妻が施術を受け子を生んだ場合に、夫は父子関係を否定できるか、という問題がある。夫の撤回の意思表示が明瞭になされ、それが婚姻の破綻など相当な理由があるときは、つぎに述べる同意のない場合に準じ、夫は嫡出否認の訴え（七七四条）を提起できると考える。同意の撤回に相当の理由がない場合は、妻は夫に契約違反を理由として損害賠償の請求ができると解したい。

(B) A I Dが夫の同意をえないで行われた場合

この場合には、夫は嫡出否認の訴えを提起して父性を否定することができると考える。長期不在中の懐胎・出産など親子関係でないことが明白な場合には、夫は「推定の及ばない嫡出子」として、父子関係不存在確認の訴えで父性を否定することができる。なお、妻の施術は不貞行為を広く解すれば、それに、姦通に限定すれば抽象的離婚原因にあたり、いずれにしても夫は妻に離婚請求できると考える⁽⁷²⁾。

(ハ) 未婚者の人工授精

未婚独身女性に対する人工授精は制限されるべきものと考え⁽⁷³⁾るが、生まれた人工授精子は母親の非嫡出子である。父は精子ドナーか。精子ドナーは子を認知できず、子は精子ドナーに認知請求できないと解すれば、かかる子には父はいないことになる。つまり、独身女性が父親の知れない子を産んだことになる。しかし、この場合は精子ドナーに認知を求めると解する説がある⁽⁷⁴⁾。アメリカには、結婚を考える女性が相手男性の提供した精子により自分たちで人工授精に成功したケースで、精子ドナーを父と認めた判決がある⁽⁷⁵⁾。精子ドナーとまったく関係がない、たとえば精子銀行から買った精子による授精の場合、精子ドナーを父と認めるべきだろうか。否定すべきであろう。女性同士の同性愛者のカップルの一人が人工授精して子を産んだ場合、他方のパートナーを父と認めうるか、それとも精子ドナーを父とすべきか、パートナーとの継親養子関係を認めた判決もあれば、精子ドナーを父とした判決もあり、またゲイの精子ドナーの父性を否定した判決もある。アメリカの判決は、子の最良の利益の基準により父性、親権、監護権・訪問権の存否なし帰属を柔軟に決定しているようである。

(2) 体外受精子の法的地位

体外受精子の生まれるケースには、前述したように、①夫の精子と妻の卵子を体外受精（IVF）させ、その受精卵を妻の胎内に移植（ET）し妻が出産する場合、②他人の精子と妻の卵子のIVF+ETによって妻が出産する場合、

③夫の精子と他人の卵子のIVF+ETによって妻が出産する場合、④他人の精子と他人の卵子のIVF+ETによって妻が出産する場合がある。その他、体外受精によって代理母が出産する場合があるが、これについては後述する。

人工授精と体外受精の差は、精子と卵子の受精が女性の胎内で行われるか、胎外で行われるか、の違いしかないので、民法上取り扱いの差はない。したがって、①のケースはAIHと、②のいわゆる「精子養子」のケースはAIDと同様に考え、①②いずれの場合も体外受精子は夫婦の嫡出子ということになる。ただ私見によれば②のケースは父性の推定された嫡出子（夫の同意がある場合）ということになる。②③④のケースは他人の配偶子（精子・卵子）を用いるので、体外受精を夫婦間にかぎるわが国ではかかる体外受精子は生まれにくい（外国で施術して生むケースはある）、これについては人工授精では他人の精子を用いることが許されているのに、体外受精ではなぜそれが認められないのかという批判がある。③のいわゆる「借り卵」「卵子養子」のケースは、母子関係が問題となるが、私は前述の母子決定の基準により「産みの妻」を母と考える（これは母子の関係は分娩の事実によって生じるとする判例の立場とも一致する）。この場合、卵子ドナーは子を認知できないし、また子も卵子ドナーへ認知請求できないと解すべきである⁽⁷⁶⁾。夫を父と考えるのに問題はないから、③の体外受精子も夫婦の嫡出子ということになる。④の精子も卵子も他人から提供を受ける「胚養子」のケースは父母ともに問題となるが、父性についてはケース②に準じ夫を父と解し、母性については妻を母と解したい。体外受精子の四つのケースにおいては、いずれも依頼夫婦の嫡出子と解することになる⁽⁷⁷⁾。しかし、ここでも遺伝上の関係を重視する判例によれば親子関係がその不存在確認の訴えによりくつがえされる可能性がある⁽⁷⁸⁾。人工生殖一般についてはあるが、生殖医療を認めるのか認めないのか、どこまで認めるのか、を含めて、子の保護・福祉を念頭において立法化が必要である。

(3) 代理母出生子の法的地位

人工生殖における親子関係

代理母出産における人工生殖子の親子関係決定の要因としては、前述したように、①遺伝（血縁）、②出産、③意思の三要素が考えられ、自然生殖の場合にはこの三要素が一致するのが通例であるが、人工生殖の場合には分離するのでこのような場合のように親子関係を決定したらいいか問題となる。訴訟においては、それぞれの立場から一つの要素だけを主張する例がみられるが、私は画一的・一義的に決定すべきではないと思う⁽⁷⁹⁾。三つの要素を考慮しながらケース・バイ・ケースで個別的・具体的に判断すべきものと思う。その際もつとも重視しなければならないのは、④子の最良の利益である。つまり、誰を親とするのがその子のためにベストかということに三要素を加味しながら決定すべきである。この意味では、④子の最良の利益基準は三要素の高位準則「メタ・ルール (meta-rule)」である。三要素のなかでは、③意思がもつとも重視されるべきであろう。なぜなら依頼夫婦は、代理出産によってでも子を持ちたいと熱望し、熟慮の結果それを選択し、決意したのであるから、子のためには、たんに血縁があり、あるいは出産したという人よりは親としてもつとも相応しい人と思うからである。養育とその責任を遂行する目的意識を強く持ったほうが弱いものより親たるに適していると思う。そもそも依頼夫婦のこのような意思があったからこそ、代理母出生子は今存在しているということも考えるべきであろう。そして、なによりもこのような意思のある依頼夫婦（子の出生を企図した人、望んだ人）に育てられることが「子の最良の利益」に適うことになるといえよう。要するに、私見としては、代理母出生子の親子関係の決定は、「決定要因たる三要素およびその濃淡を基準にしながら最大限意思を重視し、究極的には子の最良の利益を考慮してケース・バイ・ケースで判断する」ということになる。このような基本的スタンスに立つて、つぎに民法上の親子関係を考察してみる。

(1) 人工授精による代理母出産の場合

まず、子は依頼夫婦の嫡出子となりうるか、という点であるが、もし妻と子に親子関係を認めうるとすれば、そのよ

うな解釈も不可能ではない。しかし、妻は妊娠・出産していないのだから、AID子のような親子関係を認めるわけにはいかない。そこで、ここでは前述のように、遺伝・出産の二要素を重視し、代理母を母と考えざるをえない。そのかぎりにおいて、この場合依頼夫婦の意思は後退することになる。アメリカの判決例は分かれ、外国の立法例も分かれてはいるが、代理母を母とするものがやや優勢であることはすでに見たとおりである。代理母が母であるとすれば、代理母出生子は依頼夫の非嫡出子ということになる。しかも、子は婚外子であるから依頼夫の認知（七七九条）が必要になる。この場合、代理母に夫がいれば、子はその夫の子と推定されるので（七七二条）、依頼夫がその子を認知するにはまず代理母の夫に嫡出否認の訴え（七七四条）を提起してもらい必要がある。この場合、代理母の夫は代理母契約によりみずからの父性推定をくつがえし、依頼した夫を法律上の父とするための手続きに協力する義務を負うのが通例である。契約違反を顧慮して代理母の夫に所定の期間別居してもらい、嫡出の推定を排除（推定の及ばない子）しておき、依頼の夫が代理母の夫と子との間には父子関係のないことの親子関係不存在確認の訴えを提起するという方法も考えられる。いずれにしても代理母の夫と子との親子関係を断ったのち、依頼夫は子を認知し（子も依頼夫に対し認知の訴えを提起できる）、しかる後に、依頼夫婦は代理母との間で養子縁組（七九七条の代諾縁組）を結び（代理母が未婚の場合には、子を直ちに認知して縁組契約を締結することができる）、そこで子は晴れて依頼夫婦の嫡出子ということになる。⁽⁸⁰⁾

しかし、最初から自分たち夫婦の実子として育てたいと願う依頼夫婦が、右のような迂路を通らず、直接自分たち夫婦の嫡出子として出生届をしたらどうなるか（外国で代理出産を依頼する夫婦の場合はほとんどがこの方法であり、後述のように代理母契約で代理母側にそれが義務づけられている）。血縁主義を採用し、遺伝上の父を法律上の父とするわが民法の下では、遺伝子のつながらない代理母出生子は「嫡出推定の及ばない子」として、利害関係者より親子関係

不存在確認の訴え⁽⁸¹⁾により容易に父子関係をくつがえされることになる。嫡出子出生届に縁組効を認めない判例の立場によれば、そう解さざるをえない⁽⁸²⁾。

つぎに、代理母が妊娠・出産の過程で子に愛情を持ち、母としての自覚を持つに至り、子の引渡しを拒んだ場合の法律関係が問題となる。わが民法上母は代理母と解すれば、代理母未婚の場合は代理母が親権者であり（認知後は父に変更できる。八一九条四項、五項）、既婚の場合は代理母夫婦が親権者である（八一八条三項本文）。かりに、依頼夫が親子関係不存在確認の訴えを提起し、それが認められ認知できたとしても、つぎに代理母と親権者変更の協議を行わなければならず、子の引渡し請求は困難である。したがって、このような争いを避けるために、代理母側は生まれた子を依頼夫婦の子として届け出ることを容認すること、親権を主張し子の引渡しを拒むことをしないこと、これに対して依頼夫婦側は相当の金銭を支払うことなどの、いわゆる「代理母契約」が締結されるのが普通のようなものである。しかし、このような代理母契約は公序良俗に違反し無効である（九〇条）とされる可能性があり、かりに有効とされても損害賠償しか請求しえず実効性に乏しい⁽⁸³⁾。

さらに、代理母から出生届が提出されたら、戸籍役場はどう対応すべきか、という問題もある。民法上母親は分娩・出産した者であるから、代理母が出産証明書を持って子の出生届を出してくれば、戸籍役場はこれを受理せざるをえない。なぜなら、戸籍事務管掌者には形式的審査権しかないので、遺伝子まで確認する方法はないからである。これに対して、依頼夫婦からの提出は虚偽の出産届となること前述のとおりであるが、夫からの届出には認知としての効力が認められる。

(ロ) 体外受精による代理母出産の場合

(A) ケース2の借り腹の場合

前述したように、私はこの場合の母子関係は血縁と養育の意思を重視して、育ての母である妻を民法上の母と解した。妊娠・出産は比較的短期間で終わるが、親の役割は本質的に他に例を見ないほど重要であり、それは長期間にわたる関係であり、多くのエネルギーと金銭的支出を必要とするものであるが、その決意と意欲を持って⁽⁸⁴⁾いる妻を母とするほうが、親を必要とし、親にすべてを依存する幼児のためにもベターであると思うからである。アメリカにおいても、依頼夫婦に養育権を与えるのが、その趨勢であることは前述した。父子関係については遺伝子を重視する民法の立場からいって、夫を父とすることができる。このように解することができる⁽⁸⁵⁾とすれば、依頼夫婦は自分たちの嫡出子として出生届を出すことができ、その届出は有効ということになる（代理母を母と解すれば虚偽の嫡出子出生届となる）。しかし、現実には子を出産しない依頼夫婦の妻が医師に出生証明書を書いてもらうことは相当困難であり、かといって形式的審査権しかない戸籍事務管掌者に血縁を立証して出生届を受領してもらうには右以上に困難であるので、もし代理出産を認めるとすればいずれ法律の整備（立法）が必要となるが、⁽⁸⁶⁾現段階でもし、夫婦が確実に嫡出子としたいのであれば、養子縁組を締結するしか方法はなからう。代理母に夫がいる場合にはどうなるか。代理母が出生証明書を添付して届け出てくれば、戸籍吏はこれを拒否できないであろう。この場合の代理母出生子は、一応代理母夫婦の嫡出子として扱われることになる。そこで、依頼夫婦は、DNA鑑定などにより自分たち夫婦が血縁上子の父母であるとして、親子関係存在確認の訴えを提起することになる⁽⁸⁶⁾。ただ現在の判例は出産した者を母としているので、遺伝子上の母を民法上の母と判断するかはまったく予想がつかない。もし、親子関係存在確認の訴えが認容されれば、それにもとづき戸籍が訂正されることにならう。私見によれば、代理母夫婦の出生届は虚偽の嫡出子出生届ということになるから、親子関係の戸籍訂正が可能となるが、その手続については、戸籍法一一三条による家庭裁判所の許可審判によるのか、同法一一六条による地方裁判所の親子関係存否確認の判決または家庭裁判所の家事審判法二三条の審判によるのかの問題

がある。当事者適格についても問題がある。たとえば、私見によれば実母である依頼夫婦の妻が代理母の嫡出子として届け出られている子について母子関係存在確認の訴えを提起する場合には、誰を被告にすべきか、すなわち戸籍上の母と子の双方を被告とすべきか、代理母の夫も被告とすべきか、さらに依頼夫婦の夫をも被告とすべきか（つまり、請求が認容されれば、代理母の夫は父ではなく、依頼夫婦の夫が父となるから）などの問題である。⁽⁸⁷⁾

(B) ケース4の場合

卵子ドナーが妊娠し、出産するケース3の場合は、ケース1と同様に考えていいからここでは再説しない。ケース4の場合については、母は妊娠・出産した代理母と解すべきことすでに詳論したとおりであるから、この場合も図式はケース1の場合とあまり変わらないから基本的にはそれと同様に考えてよい。ただ卵子提供者と出産した者が異なるから、卵子ドナーの法的地位が問題となる。卵子ドナーはAIDの精子提供者と同様に考え、子に対し母子関係確認の訴えを提起できないと解すべきであろう。父は精子提供たる夫であり、子は夫の非嫡出子となる。

(C) ケース5の場合

このケースでは、遺伝上の母であり、育ての母である妻を母、精子ドナーを父と考えること、前述のとおりである。精子ドナーを父とすることは、ケース4で卵子ドナーを母としないことと矛盾するように見えるが（ここでも精子ドナーとの父子関係を認めず、母（妻）だけの子とし、母の代諾により夫と子が縁組契約を結ぶということも考えられる）、卵子ドナーは妊娠・出産していないので、その母性を認めることは困難と考える。母子関係は、妻の卵子を用い代理母が出産しているから、ケース2の借り腹の場合と同じ関係が生じる。したがって、民法上は依頼婦の嫡出子として出生届を出すのは難しい。もし嫡出子出生届がなされても、父との関係では虚偽の出生届となり、精子ドナーにより父子関係不存在確認の訴えが提起されうることとなる。この場合の代理母出生子の法的地位はきわめて不安定である。

(D) ケース6の場合

この場合の子の母は産みの母と解すること、前述したとおりである。卵子ドナーが明らかであってもそれを母と解すべきではない。したがって、民法上依頼夫婦の妻が母となるには、子の出生後代理母との間で養子縁組を締結するしかない。この場合特別養子縁組（八一七条の二）の締結が可能かどうかは、「父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不適當であることその他特別の事情」（八一七条の七）、すなわち要保護性があるか否かにかかっているとされるが（とりあえず要保護要件を広く解し、縁組の締結を認めるという解釈もまったく不可能ではあるまい）、いずれにしてもこの縁組が人工生殖子を予定していない（立法趣旨が異なる）ことは確かなのであるから、もし特別養子制度の適用を認めるとすればその旨の立法を行うことが望ましい（もっとも家庭裁判所の審判においては、当事者が黙秘するかぎりその特別養子となる子が代理母出生子であるか否かは容易に判明しえないだろうから、事実上特別養子縁組が成立することはありうる）。代理母出産は一般的には契約により代理母側が依頼夫婦に子を引渡す義務を負っており、そのようなケースでは当事者に養子縁組の締結が義務づけられているのが通例である。

父は精子ドナーと考えざるをえないが、ドナーが明らかでない場合は（普通は匿名である）、代理母と依頼夫婦が養子縁組を結ばばよい。代理母側が約束に反して子の引渡しを拒否する場合には、子の引渡しへの強制履行は困難で、ただ契約不履にもとづいて損害賠償を請求（四一五条）するしか方法はない。もっともこの場合にも、代理母契約の有効、無効の問題があることは他のケースと同様である。

以上、代理母出産における親子関係について一応の検討はしてみたが、代理母出産も認められず、判例もないわが民法下では勢い外国法を参考にせざるをえないのであるが、それを民法に採用することには法解釈学的に無理な場合があり、結局はみずからの前述スタンスに立った独自の基準に従い一応の結論を引き出さざるをえなかったのだが、その結

論も人により大いに違いうるところであり、はたしてどこまで正しい認識によりあるべき方向を志向しているか、大いに疑問である。単純に全体の結論を見ただけでも、たとえばケース1、3、4、6では代理母を母と解しながら、ケース2、5では妻を母と解し、ケース1、2、3、4では夫を父と解しながらケース5、6では精子ドナーを父と解しているが、それは正しい結論だろうか。人工生殖子の親子関係については、たとえばイギリスやオーストラリアでは、妊娠・出産した女性を母としているが、もしその立論が代理・出産においても正しいとすれば、私見におけるケース2、5の結論はただちに覆えされることになるし、また父については、人工生殖に同意した夫を父とみなしているが、この見解が同じく正しいとすれば、私見におけるケース5、6は根拠を失うことになる。このように人工生殖と親子関係の問題は立法によって結論が異なりうるし、立法によって解決しうる（禁止・規制も含めて）問題である。したがって、私がいまここで場合を分けて現行民法上で生じうる問題を仮の与件を含め論じることがいかほどの実益があるか疑問なしとしない。それとも、わが国において人工生殖に関する立法の動きがない現在、いましばらく検討の価値があるといふべきか。いずれにしても近い将来解決を迫られる問題ではある。

(24) 松川正毅「フランスに於ける人工生殖と法三」民商一〇五巻二号三一頁（一九九一年）、人見康子「人工生殖子の親子関係」判タ七四七号一八三頁（一九九一年）。

(25) Uniform Parentage Acts(1973). 人工授精についての制定法と判例の概観について、See Kaiser, *supra* note(5). 石川||中村・前掲(20)三七〇頁。

(26) Human Fertilisation and Embryology Act 1990, s. 28. 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||石川編・前掲(12)三六〇頁。

(27) オーストラリアのビクトリア州は、子どもの地位法一〇条において、妻が夫の同意を得て他人の卵子による体外受精により妊娠したときは、妻は自分の卵によって妊娠したものとみなされ、また生まれた子の母とみなされる旨規定している。

- (28) 誰が母か、の定め方の選択肢について、樋口・前掲(4)一三二頁参照。
- (29) In the Matter of Baby M, 217 N. J. Super. 313, 525 A. 2d 1128(1987), *aff'd in part, rev'd in part*, 109 N. J. 396, 537 A. 2d 1227(1988), 225 N. J. Super. 267, 542 A. 2d 52(1988), これらの判決を紹介・論評したものに、樋口範雄「代理母訴訟判決」法学教室 九六五号七六頁(一九八八年)、フォリス・チェスラー著||佐藤雅彦・代理母——ベビーM事件の教訓(一九九三年)。
- (30) Moschetta V. Moschetta, 20 F. L. R. 1379 (Cal. Ct. App. 1994), 25 Cal. App. 4th 1218, 1222, 30 Cal. Rptr. 2d 893.
- (31) アメリカ法でも、AIDの場合に、夫が同意していれば夫と父子関係が認められているのに、代理母のケースでは、妻が同意していても、妻と母子関係が認められないのは、依頼夫婦の意図(intent)を無視するものでおかしいというのである。
- (32) See Shultz, *supra* note(6) at 301.
- (33) See Shultz, *supra* note(6) at 378.
- (34) Uniform Status of Children of Assisted Conception Act.
- (35) N. D. Cent. Code § 14-18-01 to 14-18-07 (Supp. 1993).
- (36) Va. Code Ann. § 20-156 to 20-165 (Michie Supp. 1993).
- (37) Ark. Code Ann. § 9-10-201(a) (Michie Supp. 1993).
- (38) Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (以下HFEAと略す), s. 27.
- (39) 女性の視点からみれば、母は「出産の母」と考えるべきであるとするものに、金城・前掲(13)一〇〇頁以下。
- (40) Johnson v. Calvert, 286 Cal. Rptr. 369(Cal. App. 1991); Anna J. v. Mark C.: Proof of the Imminent Need for Surrogate Motherhood Regulation, 30 *J. Fam. L.* 493 (1991-92). この代理母裁判については、在米フリーランスライター山海谷超氏による詳しい現地ルポがあり(「ルポ／代理母裁判」法学セ四三六〜四四一号、一九九一年)、ここでは代理母センターの存在、活動、背景、人種問題や女性運動家たち(たとえば、アメリカ市民自由連合ACLUなど、フェミニニストたちはおおむね代理母には反対のようであるが、最近はや見が多岐にわたっているとの指摘もある)とのかかわりなどが報告されている。フェミニズムの見解につき、立岩真也・後掲(89)私的所有論一六一頁以下。
- (41) 山海谷・前掲(40)ルポ法セ四三六号五八頁、
- (42) Johnson v. Calvert, 5 Cal. 4th 84, 19 Cal. Rptr. 2d 494, 851 P. 2d 776 (Cal, 1993).
- (43) *In re Andres.*, (N. Y. Fam Ct. 1993)19 FLR 1159(1993).
- (44) 金城・前掲(13)一〇一頁。
- (45) 山海谷・前掲(40)ルポ／代理母裁判⑤四六頁。

- (46) Jaycee B. v. Superior Court (John B.), *supra*(7).
- (47) Jaycee B. v. Superior Court (John B.), *supra*(7) at 698.
- (48) 岩志和一郎「ドイツにおける人工生殖の法律問題」*嶺* 石川編・前掲(12) 四〇四頁。
- (49) 櫛島次郎・米本昌平「先進諸国における生殖技術への対応」*ジュリー* 〇五六号一三二頁(一九九四年)、北村一郎「フランスにおける生命倫理立法の概要」*ジュリー* 〇九〇号一二二頁(一九九六年)、ノエル・ルノワール(北村一郎・大村敦志「フランス生命倫理立法の背景—ルノワールに聞く」*ジュリー* 〇九二頁七九頁(一九九六年))。
- (50) 石井美智子・人工生殖の法律学(一九九四年)。
- (51) Uniform Status of Children of Assisted Conception Act.
- (52) 石川 中村・嶺 石川編・前掲(12) 三八四頁以下。
- (53) 石川稔「人工生殖の比較法的研究」*比較法研究* 五三号一二頁(一九九一年)。
- (54) Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (HFEAと略す)。
- (55) 石川・前掲(53) 六九頁以下。
- (56) 梶村太市・川井健他編・民法コンメンタール(2) 二二八頁(一九八七年)は、七七二条により嫡出推定を受けると解されている。人工授精のとき精子が取り違えられた場合は、夫は嫡出否認の訴(七七四条)により父性の推定をくつがえすことができる。と解することができる。
- (57) 松川正毅「フランスに於ける人工生殖と法(二)」*民商* 一〇五巻三号三五頁(一九九一年)、人見康子・*ジュリー* 八二八号四四頁参照(一九八五年)。
- (58) 野村・前掲(3) 三三二頁。
- (59) 家永・前掲(12) 四二六頁。
- (60) 鈴木禄弥・親族法講義 一三三頁(一九八八年)、鈴木禄弥 嶺孝一・*人事法* I 四〇頁(一九八〇年)。
- (61) 家永・前掲(12) 四二七頁、岩志和一郎・判タ七〇九号四九頁参照(一九八九年)。
- (62) 我妻栄・親族法 二二九頁(一九六一年)。
- (63) 鈴木喜久江「アメリカ法における人工授精」*比較法研究* 一五号七八頁。
- (64) 鈴木(禄)・前掲(60) 一二三頁。
- (65) 梶村太市「婚姻共同生活中の出生子の嫡出推定と親子関係不存在確認」*ジュリー* 六三一号一二八頁(一九七七年)、小野幸二・*基本民法シリーズV 親族法・相続法* 一六二頁(一九八八年)。

(66) このような弱点を避けるため、AID子を「推定を受けない嫡出子」と解しつつ、第三者からの親子関係不存在確認の訴えは認めないとする説(永田菊四郎「人工授精子」家族法大系IV親子(一九六一年)一四九頁)や否認は許されない(島津一郎・注釈民法(2)の一(一九七一年)五四頁)と解する説がある。

(67) 前田達明・判タ五三七号八頁(一九八四年)。

(68) 小野幸二編・やさしい結婚・離婚のはなし二四〇頁(一九九四年)。

(69) しかし、①説によっても判例によれば親子関係不存在確認の訴えによって父子関係が否定され、相続権も認められなくなる可能性があるから、子の地位は現実的には不安定である。相続権にもとづく明渡請求などには、権利濫用など一般原則によって対抗するしかない。

(70) 佐藤隆夫・現代家族法一一九一頁(一九九二年)。

(71) 嫡出推定ないし父子関係の確定と子のアイデンティティを知る権利とはかならずしも両立しえないものではない。精子提供者の記録を義務づけるとか、特別養子のように戸籍上の取扱いを工夫するとかの方法により親子関係の安定を図りながら子のアイデンティティを知る権利を保障することも可能であろう。このことは代理母出生子と配偶子ドナーとの間でも同じことがいえる。

(72) 小野・前掲(68)一〇〇頁。

(73) ドイツには、①独身の女性にも将来生まれてくる生命について自己決定権を有する、②生まれてこそ子の福祉があるのだから子の尊厳と福祉は侵害されない、③婚姻・家族の憲法上の特別保護は未婚の女性を差別するために用いられてはならない、などの理由により、人工授精を夫婦に限定する説に批判的な見解がある(M・ハーダー「人工生殖医学の家族法上の諸問題」法時五九卷一二号(一九八七年)二九頁)。

(74) 鈴木Ⅱ唄・前掲(60)四〇頁。

(75) 石井・前掲(50)一六頁。

(76) 小野・前掲(68)二四二頁。

(77) 野村・前掲(3)三二五頁以下。

(78) 外国では妊娠した段階で出生子を養子とする例が報告されているが、わが国では出生前の養子縁組は無理である。

(79) 樋口・前掲(4)一三三頁参照。

(80) 小野・前掲(68)二四五頁。

(81) 親子関係不存在確認の訴えの場合も、調停前置主義にしたがい、まず家庭裁判所に対して調停の申立をし、調停が成立すれば合意に相当する審判がなされ、それは確定判決と同一の効力を有することとなる。

- (82) 鈴木(禄)・前掲(60)一二五頁。
- (83) 小野・前掲(68)二四五頁。このような場合、外国では依頼夫婦の養育権を確保するため依頼夫に監護権を付与したり、依頼夫と代理母を共同監護(Joint Custody)者としたりして依頼者側に育てる権利を与え、観権者である代理母には訪問権を認めるなどして妥協点を見出し出しているが、わが民法下でも離婚の場合に準じ(七六六条)、親権者を代理母、監護者を依頼夫と定めることはできないものだろうか。
- (84) See Shultz, *supra* note(6) at 322.
- (85) 小野・前掲(68)二四六頁。
- (86) すなわち、かかる子の父子関係は推定の及ばない嫡出子であり、母子関係は分娩の事実により確定するから、その有無の争いはすべて母子関係存否確認の訴えで行われることになる。
- (87) 村重慶「親子関係存否確認事件の紛争処理手続」川井健ほか編講座現代家族法一四七頁以下(一九九二年)。

四 人工生殖と法的規制

1 法的規制の必要性

これまで人工生殖のもっとも代表的なケースとしての人工授精、体外受精およびそれらによる代理母出産、とくにその人工生殖子の親子関係について法的考察を行ってきた。しかし、これらの生殖技術、とくに体外受精においては胚移植の研究と臨床応用、それに伴う配偶子・受精卵・胚の扱いをどうするか、というきわめて困難な問題がある。先端医療(不妊治療)の一つとして発展したこの補助的生殖技術(ART)は、生命の発生を人為的に操作するもので、「輝かしい技術か、神をも卑れぬ行為か」という生命倫理の根源にかかわる問題を含んでいるからである。生命とは何か、家族(婚姻)とは何か、親子とは何か、という本質的問題は国により社会により異なりうるから、法による規制も、①

自由放任する、②最低限の弊害発生を除去する、③一定の技術は積極的に認める、④全面禁止する、などの形態が考えられ、立法も憲法・行政法・刑法・民法などによる対応が考えられる。⁽⁸⁸⁾

2 欧米の場合

ドイツでは、前述のように一九八九年改正養子斡旋法、一九九〇年胚保護法により代理出産などが厳しく禁止されているが、これはナチスによるドイツ近代史の経験やキリスト教倫理観が大きく影響しているものと思われ、その基本的スタンスはドイツ基本法の人間の尊厳(一条)と子どもの養育に関する国家共同体の監視義務(六条)によっている。

フランスにも、すでに述べたように一九九四年七月公布された「生命倫理法」がある。三つの法律の総称であるこの法律は、まず、①先端医療諸技術の規制の根拠となる倫理原則を民法典に定め(人体尊重法)、それにもとづき、②臓器・組織の摘出と移植、生殖医療と出生前診断、遺伝子検査などの各技術の規制条項と保健医療法典(Code de la santé publique)に定め(移植・生殖法)、同時に③個人の医学情報の研究利用に道を開く特別規定を情報保護法に定め(記名データ法)ている。規制の形式は民法、保健医療法、情報保護法のほか、刑法や憲法の基本原則まで及んでいるが、人権は公共の秩序による制約を受けるという原則のもとに、このような包括的な倫理原則を体系的に法制化し、臓器・組織・細胞・血液・遺伝子・配偶子・受精卵などの扱いを一括して共通のルール下におく立法例はほかにはみられない。⁽⁹⁰⁾ 個人の自己決定権を優先させるアメリカの考え方は異なるものである。

アメリカでは、生殖技術の法的規制は各州に委ねられ、人工授精・体外受精・代理出産・胎児の研究などについて規制する法律を持つ州と持たない州があり、規制の内容も統一されていない。連邦レベルでの対応は中絶の是非論争とも関連し現在凍結状態にある。基本的には、公権力の介入は最小限にとどめるべきだというコンセンサスに立って自己決

定権やプライバシー権とのかかわりで裁判所によるコントロールが行われている。しかし、規制はもともと緩く事実婚カップルへの体外受精や提供配偶子の使用・体外受精、それにほとんどの国が認めていない商業的・非商業的代理出産さえ容認している州がある⁽⁹¹⁾。

イギリスでは、前述したように一九八四年のワーノック報告にもとづき制定された「代理出産取決め法」、「ヒトの授精および胚研究に関する法律」(HFEA)により有償の配偶子または胚の提供、五年を超える受精卵の凍結保存、受精後一四日を超えた胚の実験および研究・治療の無認可実施、虚偽や無認可の情報開示などが禁止され、違反者には刑事罰が科されることとなった。この規制の監視は一九九一年に発足した行政機関たる「ヒトの受精および胚研究に関する認可機関⁽⁹²⁾」などが行い、実施要綱の違反者に対しては研究・医療施設の認可を取り消す権限も与えられている。生殖技術の応用は右の極端な場合のみ禁止され、男女のカップルには既婚・未婚の区別なく認められ、商業主義的でない代

表3 各国の生殖技術への対応

	イギリス	フランス	ドイツ	アメリカ
施術が受けられる条件	実質上の男女カップル (既婚・未婚の別なし) カウンセリングが必要	生殖年齢にある生きた男女の カップル 医学的不妊	婚姻カップルのみ 医学的不妊	規制なし
配偶子提供の条件	本人の同意、無償、匿名	本人の同意、無償、匿名	卵提供禁止	
生まれてくる子の保護	嫡出の認定、出自を知る 権利は限定(要綱)	嫡出否認の禁止 出自を知る権利は否定	出自を知る権利を認める (医師会指針)	嫡出を認定(統一親子法)
受精卵の冷結保存	最高五年まで	最高五年まで、一年ごと確認	凍結保存は容認	規制なし
保存胚の提供	規制なし	手続きを厳格にして認める	胚提供は原則として禁止	
代理出産	商業主義的なもののみ禁止	禁止	禁止	一〇州で有償の契約無効

理出産も認められている。以上を簡単にまとめれば、表3のようになる。

3 日本の現状

日本には、まだ右に見てきた欧米のような立法はもちろん、政府レベルでのガイドラインすらもない。あるのは日本産科婦人科学会における一九八〇年代以降の会告による「各種見解」、および各大学病院ないし若干の施設における「倫理委員会」による自主規制のみである。しかも、このガイドラインは体外受精を実施するにあたってのものであって、人工授精についてのガイドラインではない。一九八三年の「体外受精・胚移植」に関する見解によれば、体外受精・胚移植の実施は婚姻した夫婦間でのみ認められ、精子・卵子・受精卵の他への使用は一切認められていないので、代理母による妊娠・出産は禁止されていることになる。したがって、日本では法律はないが欧米に比較して厳しい規制が自主的に行われている。しかし、このガイドラインに対してはAIDでは第三者による精子提供を認めながら体外受精で認めないのは整合性を欠くとの批判があり、実際上も提供精子を用いて体外受精させ子を産ませた例のあることが報告されている。⁽⁹³⁾ 私の知人の医師によれば、顕微授精もありドナーの精子を用いたIVFは積極的には行われていないが、その施術の存在は否定できないようであり、臨床家としてはドナーの精子を用いたIVF+ETを行ってあげたという患者さんも存在することであり、また若くして子宮頸癌などの診断により子宮を摘出した患者さんの場合卵巣が残っていれば夫婦の精子と卵子を用いて「借り腹」出産させてあげたいと考えている不妊症治療にかかわる医師もいるとのことであり、さらに最近では「借り腹」の治療に参加するため渡米する日本人医師もいるようである。私はこのような臨床の現状に鑑みると、わが国でもそう遠くない将来提供配偶子の利用や代理母出産が行われるようになるような気がしてならない。加えて現に外国で施術し人工生殖子を連れて帰国する例が増加しつつある今日、法的紛争も

生じうる可能性があり、わが国も早晚、いやできるだけ早い時期にこれら生殖技術に対する対応を考えておく必要があるように思われる。その際は、倫理、社会、法律、宗教、哲学など、あらゆる側面からの慎重な検討が望まれる。

このような認識のもとに、最近では日本でも生殖医療に関する関心が高まり、民間レベルでの「生命倫理の問題を考える集会」などが催されるようになり（たとえば、一九九六年四月に行われた東京の生命倫理研究フォーラム）、学会でも公開シンポジウムなどが行われ（たとえば、一九九六年三月の日本生命倫理学シンポジウム・不妊治療はどこまで許されるか―生殖医療の展開と生命倫理）、また日本弁護士連合会人権擁護委員会における人権問題の研究、さらには学者の研究プロジェクト（研究代表者東海林邦彦教授、注（88）参照）による生殖医療技術に対する勧告などがなされている。この勧告は、まず適正利用と濫用規制に関する法律の制定を促し、その法律は、不妊に悩む夫婦（内縁を含む点で現行学会によるガイドラインより緩やか）について認めるものとし、AIDも認めるが（しかし制度の不備を改める）、精子提供の記録は保存し、出生子の請求があれば閲覧に供することができるものとしている。しかし、代理母・貸し腹・卵の提供は禁止し（AIDが適法でこちらを違法とするのは、こちらはAIDと比較し女性に対する侵襲の度合いが大きすぎるからという。AIDについても手続要件など見直すべき時期にきているという）、営利目的の斡旋も認めず、胚および配偶子の保存・使用も禁止し、後二者の違反については刑罰ないし行政制裁を科するよう勧告している。父子関係については、妻が生殖医療技術の実施に関して夫の同意を得て出産したときは（同意は推定され、撤回も一定の場合許されない）、その子の父は夫とし、親子関係不存在の主張は認めないこととし、受療者が事実婚の場合には男性は認知する義務があるとしている。これは、アメリカ統一親子法、イギリスのウォーノックレポートの勧告と同じ立場である。本勧告は他方で配偶子提供者の権利義務を否定しており、それゆえ子の父親を決定する必要があるが、この場合子の出産を望むカップルの夫が父親になることが子の福祉からみてもより望ましいとの判断にもとづい

ている。母子関係については、かりに代理母・貸し腹が実施された場合、子を分娩した者をその子の母とすべきことを勧告している。

人工生殖の限界と規制の問題は大変難しい問題である。前掲日本生命倫理学会のシンポジウムでも、不妊治療を許す、許さないは誰が決めるのか、国か社会か本人か、本人が希望するのに社会が認めないというのは不愉快である、卵の提供や代理出産は女性を苦しめるから認めないというのは男女差別であり、女性の人権侵害ではないか、不妊治療は医療行為か、代理母出産は不妊治療か、不妊とは何か、一義的に定義できるのか、不妊は治療の対象となる異常ではないかという意見があるが、異常と正常をどこで区別するのか、人とは何か、生命とは何か、など総論的な問題から、生殖技術は安全なのか、⁽⁹⁴⁾近親婚は心配ではないのか、⁽⁹⁵⁾多胎減数術についての決定権は女性自身のものなのか、本人が望み他人に害を与えなければ行っていないという議論は倫理的・社会的側面から問題ではないか、⁽⁹⁶⁾などの各論的問題に至るまで議論百出であった。

私は、わが国には不妊夫婦が約一〇%おり、これらの人々に前述のような子を持ちたいという強い希望がある以上、合理的範囲内において不妊治療としての生殖医療技術はこれを認めるべきであると思う。合理的範囲内か否かは、倫理的・社会的・法的に総合的に判断しなければならないが、段階的に慎重に決定すべきものと思う。施術の対象を内縁を含む夫婦に拡大すること、⁽⁹⁷⁾実施する医療機関・医師の登録、記録の保存・開示、実施手続などの点についての綿密な検討、精子提供者の一切の権利義務の終了、⁽⁹⁸⁾精子提供の記録の保存・閲覧などに関する前掲勧告の見解には原則的に賛成である。しかし、代理母・貸し腹・卵の提供を一切禁止することには賛成できない。少なくとも夫婦の配偶子を用いる借り腹型代理母や夫婦のいずれかの配偶子を用いて妻が妊娠・出産するIVF+ETは認めてよいのではないかと思う。しかし、配偶子の提供は原則的にボランティアとし、提供者も原則的には匿名とするが、子のアイデンティティを知る

権利は一定の限度まで認めるべきであり、営利の斡旋は禁止すべきである。⁽⁹⁹⁾ 父子関係の確定については、生殖医療に同意した夫を父とすると解する点は賛成だが、母子関係の確定について代理母・貸し腹の場合、子を分娩した者を母とするという点は原則としては賛成であるが、例外を認めない点では賛成できない。私は妻の卵子を使う場合、すなわち借り腹型代理母（ケース2の場合）や他人の精子と妻の卵子による第三者代理母出産（ケース5の場合）の場合には、依頼夫婦の妻を母と規定する立法が子の利益保護・福祉重視の観点から妥当であると考えられる。しかし、この場合AID子のように当然夫の嫡出子（として届け出る）というわけにはいかないから、イギリスのような親決定手続を設けて、養子縁組によらないで法律上の親になる道を開く必要があるように思われる。その際は、依頼夫婦はおそらく「藁の上からの養子」以上に、自分たち夫婦の実子として育てたいという強い希望を抱いているだろうから、⁽¹⁰⁰⁾ 戸籍の記載は特別養子以上の工夫が必要であるように思われる。

人工生殖に関する法規制は、右に見たもののほか受精卵の凍結保存、余剰胚の実験利用、出生前診断、胚の着床前診断、キメラ、ハイブリッド、クローンなど検討しなければならない点が多数あるが（一九九七年一月一二日パリで開かれたユネスコ総会において、「クローン人間」の禁止、遺伝子情報の経済的利用の制限などを内容とした「ヒトゲノム（人間の遺伝子情報の総体）と人権に関する宣言」が採択された。また、一九九八年一月一二日欧州会議はパリで倫理委員会を開き、加盟四〇カ国中フランス・スペイン・イタリアなど一九カ国がクローン技術の人間への応用を禁止した合意文書に調印した）、ここでは紙幅の関係で省略せざるをえない。いずれにしても、非配偶者間における体外受精や場合によっては代理母出産が水面下で行われていないともかぎらない今日、日本産科婦人科学会のガイドラインによる自主規制が不十分であることは明らかなのであるから、わが国でも速やかに国民的コンセンサスを得つつ国家レベルでの対応策を検討する時期にきていると思う。

(88) 詳細は、ジュリー〇四五号一〇五頁以下(一九九四年)に掲載されている「生殖医療技術をめぐる法的諸問題にかんするプロジェクト」による「生殖に関する医療的技術(生殖医療技術)の適正利用および濫用規制に関する勧告」を参照されたい。また、三菱化成生命科学研究所・Studies生命・人間・社会一号「フランスにおける生命倫理の法制化」(一九九三年)、二号「先進諸国における生殖技術への対応」(一九九四年)、三号「人体実験と先端医療・日本とアメリカにおける生命の境界」(一九九五年)は、諸国の立法の経緯や日本との比較研究が詳細に検討されている。なお、生殖技術における自己決定については、立岩真也・私的所有論六九頁以下(一九九七年)を参照。

(89) 先進諸国における生殖技術への対応については、礪島次郎・米本昌平ジュリー〇五六号一三〇頁以下(一九九四年、本文の図表はこの一三一頁によった)、中谷瑾子「諸外国における生殖医療と法的規制」産婦人科の世界四六巻五号三三頁(一九九四年)、同「生殖医療の問題点、遺伝子治療との関連において」加藤一郎・高久史磨編・遺伝子をめぐる諸問題二一九頁(一九九六年)。

(90) 立法紹介・外国の立法三三巻二号一頁以下(一九九四年)、立法の概要について、北村・前掲(49)一二〇頁以下。一九九五年九月二〇日の日仏法学会におけるジャック・ロベール(Jacques Robert)教授の講演によれば、多くのカトリックの国では、新しい技術に対しては非常に否定的で、とくに生殖・懐妊、胎児の研究、遺伝子操作といったことについては敵対的でさえあるようである。

(91) 代理母出産について、アメリカの裁判所がどのような判断を示しているか、すでに検討した判決例以外のものを紹介しておく。*In re Baby M*, 109 N. J. 396, 537 A. 2d 1227(1988) (この判決例の存在は(29)で指摘はしておいたが、内容は、代理出産の商約を禁止し、子の最良の利益という基準にもとづいて父親の監護権を認めるものである)。*Miroft v. Surrogate Mother*, 13 Fam. L. Rep. (BNA) 1260 (1987) (代理出産契約は無効としたが養子縁組を認めた)。*Yatess v. Keane*, 14 Fam. L. Rep. (BNA) 1160(1987) (代理出産契約を違法と判断した)。*In re Baby Girl L. J.*, 132 Misc. 2d 972, 505 N. Y. S. 2d 813(Sur. Ct. 1986) (代理母が妊娠した女兒の養子縁組に関する相互合意を認めた)。*Surrogate Parenting Assocs., v. Commonwealth ex rel. Armstrong*, 704 S. W. 2d 209(Ky. 1986) (代理母センターは、幼児売買禁止法に違反しなかつた)。*Syrkowski v. Appleyard*, 420 Mich. 367, 362 N. W. 2d 211(1985) (父性法は、代理出産にも適用され、代理母の夫は子どもの法律上の父となる)。*In re R. K. S.*, 10 Fam. L. Rep. (BNA) 1383(D. C. Super. Ct. April 13, 1984) (継母が代理母の子を養子とする(許可する)には血液検査が必要である)。*Doe v. Kelley*, 106 Mich. App. 169, 307 N. W. 2d 438 (1981), cert. denied, 459 U. S. 1183(1983) (有償の代理出産契約は幼児売買禁止法に違反する)。²⁾

(92) Human Fertilisation and Embryology Authority.

- (93) 一九九五年七月二八日付および同年九月一九日付毎日新聞。
- (94) 安全性(クオリティ)については、まだ完全であるとはいえないということである。
- (95) 演者の一人である慶応義塾大学鈴木秋悦教授によれば、AID開始以来慶応義塾大学では精子ドナーについての記録が保存してあり、精子ドナーは一年で代えるので近親婚が発生するのは宇宙船同士が衝突する確率でしかないということである。
- (96) 不妊治療のため排卵誘発剤の注射を受け死亡した女性の夫が損害賠償を求め病院(国)を提訴した例があり(一九九六年三月二六日付読売新聞)、また排卵誘発剤で脳血栓症など重い副作用を起こした一九例が厚生省に報告されていなかったことなど(一九九六年四月一三日付朝日新聞)が明らかになり、安全面で問題のあることが指摘されている。
- (97) しかし、未婚の男女、同性婚のカップルすなわちホモセクシュアルやレズビアンのカップルには認めるべきではないと思う。
- (98) 卵子ドナーも同じように取り扱うべきである。配偶子ドナーとの親子関係を絶つ点は、フランスの完全養子(adoption plénier^e)や日本の特別養子における実親との関係と同じであるが(北村・前掲(49)一二四頁)、人工生殖子の親子の絆は実子のそれと同様であるから、私は民法八一七条一〇、一一のような離縁・実父母(配偶子ドナー)との親子関係回復は認めるべきではないと思う。
- (99) つまり、人工生殖の法規制は、ドイツのように厳しくもなく、アメリカのように放任的でもなく、中間的なイギリスの制度が妥当のように思われる。
- (100) したがって、このような場合には養子縁組を認めればよいという議論は通用しない。依頼夫婦は養子縁組をしたくないから、人工生殖子を求めるといふ場合もありうるのである。

付記

本稿は、日本法政学会第八四回研究会におけるシンポジウム「生と死―その法政上の諸問題」報告および東京弁護士会で行った講演をベースとして、ケース研究二四八号「人工生殖における親子関係」の原稿に加筆したものである。