

代理懐胎問題の現状と解決の方向性（3・完）

——日韓の比較を通じて——

金 成 恩*

目 次

はじめに

第1章 韓国法の現状と課題

第1節 代理懐胎をめぐる韓国の動向

第2節 医療界の自律規範

第3節 立法の動向

第4節 代理懐胎に関する裁判例

第5節 世論調査

第6節 ま と め (以上, 336号)

第2章 日本法の現状と課題

第1節 代理懐胎をめぐる日本の動向

第2節 日本産科婦人科学会会告による自主規制

第3節 立法の動向

第4節 代理懐胎に関する裁判例

第5節 世論調査

第6節 ま と め

第3章 代理懐胎に関する諸外国の立法例

第1節 ド イ ツ

第2節 フ ラ ン ス

第3節 ア メ リ カ

第4節 イ ギ リ ス

第5節 オーストラリア

第6節 ま と め (以上, 337号)

第4章 代理懐胎の是非

第1節 序

第2節 学説の状況

1 否 定 説

2 肯 定 説

* きむ・さんうん 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

- 3 制限的肯定説
 - 第3節 個別的検討
 - 1 女性の自己決定権
 - 2 生命倫理と人間の尊厳
 - 3 子の福祉
 - 4 身体の安全性
 - 第4節 ま と め
 - 第5章 代理懐胎によって生まれた子の福祉と利益
 - 第1節 序
 - 第2節 代理懐胎によって生まれた子の法的地位
 - 1 解釈論における親子関係
 - 2 分娩者=母ルール
 - 3 代理懐胎の依頼者と生まれた子との法的親子関係
 - 4 諸外国の対応
 - 5 小 括
 - 第3節 子の出自を知る権利
 - 1 子の出自を知る権利の登場
 - 2 日本における実情
 - 3 子の出自を知る権利に対する諸外国の対応
 - 4 小 括
 - 第6章 立法の必要性とその課題
 - 第1節 立法の必要性
 - 第2節 公的運営管理機関設立の重要さ
 - 第3節 親子関係の確立
 - 第4節 子の出自を知る権利の保障
- おわりに (以上, 本号)

第4章 代理懐胎の是非

第1節 序

第1章と第2章では、韓国と日本における代理懐胎をめぐる動向、事件報道、公的機関による検討、裁判例及び意識調査を中心に概観した。韓国では、自身の血筋で代を継ごうとする執着が非常に強いこと、子を持つことができない夫婦は、養子のような合法的な方法があるにもかかわらず、シバジのような形態を通じて欲求を充足させてきたことがわかる。また、

裁判例を通じて、今日もなお現代版シバジであると言える様々な形態の代理母が内密に行われていることが明らかとなった。しかしながら、現在、代理懐胎についての法律上明文の規定がないことから、親子関係の成立や代理懐胎契約の有効性などについて、民法の解釈に委ねている。たとえば、判例は、韓国民法103条の善良な風俗およびその他の社会秩序の違反を理由に、代理懐胎契約の効力を無効とするに止まっている。日本では韓国とは異なり、代理懐胎の問題が正面から議論される状況にあり、代理懐胎に関する直接的な裁判例や代理懐胎を実施した医師の公表に対応し、医学、法学などの専門家からの報告書のみならず、政府からの様々な議論が積み重ねられている。しかし、代理懐胎は、人を専ら生殖の手段として扱い、また、第三者に多大な危険性を負わせるものであり、さらには、生まれてくる子の福祉の観点から望ましいものとはいえないものであることなどから、原則禁止すべきであるという一定の結論を出しているが、なかなか具体的な立法作業には進まず、同様な論点が繰り返されている。

このように日韓では、代理懐胎の是非をめぐる議論がなされているが、立法化は進まず、関連学会の自主規制に委ねられているのに対し、ドイツ、フランス、アメリカ、イギリス、オーストラリアのビクトリア州では、生殖補助医療をめぐる活発な議論があり、それに基づいて法的な規制が行われてきた。第3章で明らかになったように、現在でも新しい法律の制定及び改正が行われており、代理懐胎の規制の在り方については、各々の国の伝統、統治形態、宗教、倫理及び国民意識などによって、代理懐胎の是非と許容可否に関して相違する立場を取っている。

本章では、こうした各国の規制の背景にある考え方も踏まえて、日本と韓国の学説を中心に代理懐胎の是非に関する学説を概観し、代理懐胎に対して議論されている具体的な問題点を整理し、代理懐胎の許容可否について検討を行う。

第 2 節 学説の状況

学説においては、代理懐胎の是非について、日本産科婦人科学会の会告や厚生労働省・法務省の報告書および日本学術会議の対外報告に対する議論、代理懐胎によって生まれた子をめぐる親子関係の訴訟の判決に対する議論、代理懐胎を規制する法を持っている諸外国の状況および法規制を紹介・比較を通じて影響を受けた議論がなされている。学説としては、代理懐胎を原則禁止すべきであり、代理懐胎によって生まれた子と依頼者との間の母子関係成立を認めない見解および、原則禁止すべきであるが、生まれた子について親子関係を確立しなければならないという見解は、否定説とする。代理懐胎は原則禁止すべきであるが、仮に〇〇であれば、認められるという見解は、制限的肯定説とする。否定説を批判しながら、生まれた子と依頼者との間の母子関係を認める見解は、肯定説とする。ただし、生まれた子に対する親子関係については、第 5 章で述べる。

1 否定説

専門委員会報告書および生殖補助医療部会報告書における代理懐胎の是非については、代理懐胎は、人をもっぱら生殖手段として扱い、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あり、生まれてくる子の福祉の観点から望ましいものとはいえないものであるから、代理懐胎を禁止すべきであり¹⁾、また、有償あっせんなどの行為については、罰則を伴う法律により規制される方向であり、代理懐胎契約については、これは無効とする法律を置かなくても、民法上、公序良俗に反して無効となるとい

1) 厚生科学審議会先端医療技術評価部会生殖補助医療技術に関する専門委員会「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療のあり方についての報告書」2000年12月28日厚生労働省ホームページ http://www1.mhlw.go.jp/shingi/s0012/s1228-1_18.html、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制度の整備に関する報告書」2003年4月28日厚生労働省ホームページ <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/04/s0428-5a.html>

う見解である²⁾。判例は、上述の理由を挙げ、代理懐胎を認める外国の判決を承認することはできず、代理懐胎は、分娩者を母とする日本の実親子法の原則に違反するもので認められないとする³⁾。日本産科婦人科学会会告では、生まれてくる子の福祉を最優先するべきであり、代理懐胎は身体的危険性・精神的負担を伴うことであり、家族関係を複雑にし、代理懐胎契約は倫理的に社会全体が許容していると認められないという理由をあげ、禁止すべきであるという見解を述べている⁴⁾。

水野教授は、代理懐胎契約が公序良俗違反の無効な行為であり、外国判決による場合でも日本法の実親子関係の決定ルールという根本的な価値や原則に違反し公序に反するとする立場であり、代理懐胎は、代理母と胎児・子に身体的・精神的リスクを与えるものであり、有償の場合は、経済的格差による女性の生殖の商品化につながるおそれがあり、無償の場合は、家族内で行われる可能性が高いことから、家族内の葛藤や家族関係を複雑にし、女性の自発的な意思決定ではなく、家族の圧力によるおそれがあると述べ、代理懐胎を否定する⁵⁾。床谷教授は、精子・卵子の提供にしても、自分たちだけのもので完結しているわけではないが、第三者の母体を使うというのは（代理懐胎）、それとはやはり水準が相当に違うリスクを他者に及ぼすことになり、相当に危険であり、精子・卵子をもらう、輸血をするといったものとは質的に違うから、代理懐胎は禁止するという立

2) 法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療によって出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案の補足説明」2003年7月15日、法務省ホームページ <http://www.moj.go.jp>

3) 判例は、大阪高裁平成17(2005)・5・20決定（判時1919号107頁）、この決定に賛成する文献としては、林貴美「米国人の代理母が出産した子の父母を依頼者である日本人夫婦とする嫡出生届不受理処分に対する不服申立てを棄却した事例」判例タイムズ1219号（2006）63頁、早川眞一郎「外国判決の承認における公序要件」判例タイムズ1225号（2007）58頁以下。

4) 日本産科婦人科学会会告「代理懐胎に関する見解」2003年4月 http://www.jsog.or.jp/about_us/view/html/kaikoku/H15_4.html

5) 水野紀子「生殖補助医療と子の権利」法律時報79巻11号（2007）34～36頁。

場を支持すると述べる⁶⁾。一方、韓国で主張されていることがある。分娩主義を取った場合、代理母が法律上の母になる。代理懐胎の場合、代理母が依頼夫婦に親権を譲渡することになる。韓国民法第927条は、親権の内容のうち、代理権と財産管理権の辞退のみ許容しており、親権自体の辞退は認めていないから、生まれた子に対する親権譲渡は強行法規に反するという見解である⁷⁾。

2 肯定説

肯定説は、否定説に対して、大略次のように述べる⁸⁾。代理懐胎は、不妊夫婦が子をもうけることができる最後の手段であり、自分の子を持ちたいという希望自体を非難することができないから、代理懐胎を無条件に禁止することは妥当ではない。不妊夫婦には、家族を形成する権利があり、生殖に対する自己決定権を持っており、その権利は憲法の幸福追求権として保障されているから、代理懐胎の当事者の自己決定を尊重しなければならない。このような家庭で育てられることは子の福祉に反しない。また、多大なりリスクがあるにもかかわらず、代理懐胎を受け入れた代理母の行為は、相互扶助精神に基づく崇高な人間愛であり、決して女性の生殖の道具

6) 床谷文雄「学術会議生殖補助医療在り方検討委員会報告書をめぐって——コメント」学術の動向15巻5号(2010)36~37頁、しかし、代理懐胎は禁止するというところに賛成するが、生まれた子については、出生した子の身分を安定させるために、早急に立法による対応をとるべきであると主張する。

7) 이덕환 (李德煥)「대리모출산의 친자법적 문제 (代理母出産の親子上の問題)」법학논총(法学論叢)13号(1996)211頁、韓国で否定説をとる学者としては、김주수 (金疇洙)「친족·상속법(親族·相続法)」법문사(法文社, 2002)290頁、김용한 (金容漢)「신친족상속법론(新親族相続法論)」박영사(博英社, 2002)186頁、이경희 (李庚熙)「가족법(家族法)」법원사(法源社, 2002)180頁、양수산(梁壽山)「친족·상속법(親族·相続法)」한국의국어대출판부(韓国外國語大出版部, 1998)387頁。

8) 千藤洋三「日本学術会議(生殖補助医療在り方検討委員会)報告書をめぐって」学術の動向15巻5号(2010)31頁以下、엄동섭(嚴東燮)「대리모계약(代理母契約)」저스티스(Justice)34巻6号(2001)103頁、김민중(金敏中)「대리모와 그 법률문제(代理母とその法律問題)」판례월보(判例月報)244号(1991)20頁。

化ではない。代理懐胎者に対する金銭支給は、子宮を商品化させ、生まれてくる子を売買することと同様であるという見解に対しては、生まれてくる子に対する対価ではなく、代理懐胎者の妊娠・出産という行為に対する反対給付であるとする。

肯定説の樋口教授は、金銭支給が子を引渡す対価だとすれば、それは子の売買となるが、妊娠期間中の様々な義務・不便に対する対価だとすれば、公序良俗に反しない。子の欲しい夫婦への手助けをしたもののだとして、許容しうると考えることも可能である。生まれてきた子が、自分の出生の経緯を知ったときに、代理懐胎契約は公序に反し無効とすることは、子は生まれぬ方がよかったということになり、衝撃を与えることになりかねない。また、経済的格差によって代理母が搾取の対象になるということに対しては、それは十分な法的助言およびカウンセラーによるカウンセリングの機会を設けて、この点での疑問を払拭することに努めているとする⁹⁾。さらに、最高裁判平成 19(2007)・3・23 決定¹⁰⁾の持ち出した「身分法秩序の根幹をなす基本原則ないし基本理念」については、根拠がないと厳しく指摘し、子の福祉の観点からも依頼者夫婦と生まれた子らとの間に母子関係を認めるべきであるとする¹¹⁾。

一方、韓国の否定説が挙げる親権辞退を民法が認めていないから、代理懐胎契約は無効であるという論拠に対して次のような反論がある。韓国民法第909条4項¹²⁾では、婚外子でも父母の共同親権が可能なので、実父と実母＝代理母（分娩者）は親権行使者を協議して決定することができる。そこで親権者決定に対する事前の約定はその有効性が認められるし、契約

9) 樋口範雄「代理母の親子関係」判例タイムズ747号（1991）185頁。

10) 民集61巻2号619頁。

11) 樋口範雄「人工生殖で生まれた子の親子関係」法学教室322号（2007）135～136頁。

12) 韓国民法909条4項「婚姻外の者が認知された場合と父母が離婚した場合には、父母が協議に親権を行使するものを定め、協議をすることができないとき、又は協議が調わないときは、当事者の請求によって、家庭裁判所がこれを定める。親権者を変更する必要があるときにも同様である」。

締結当時に親権の譲渡が無効になることがわかっているならば、親権譲渡約定に代わって親権者決定の事前約定を行うことができるので、韓国民法第138条の無効行為転換の法理によって、親権譲渡契約を親権者決定の事前の約定に転換し、有効な法律行為になると述べている¹³⁾。

3 制限的肯定説

制限的肯定説は、代理懐胎を禁止することが望ましいが、代理懐胎を禁止しても生まれてくる子が存在し、代理懐胎以外の方法では子をもうけることができない不妊カップルのために一定の条件および環境を整えれば、代理懐胎を認めてもよいという立場である。

西准教授は¹⁴⁾、懐胎・分娩の危険性それ自体や自己決定権の内実をめぐるとの問題は、必ずしも代理懐胎禁止の決定的な根拠にはならないが、現段階では、子の福祉・利益や社会の許容性という観点から、代理懐胎を原則として禁止することには合理性が認められる。しかし、仮に、代理懐胎が子に与える不利益への対応方法が確立し、世論が代理懐胎を許容するとの確信に至った場合、起こりうるあらゆる危険・負担を認識した上で、ボランティア精神に則り、依頼者を特定せずに、無償で代理懐胎者となることを希望する女性とその家族が存在するのであれば、公的機関の関与の下で、代理懐胎を認めることができるとする。

石井教授は¹⁵⁾、代理懐胎は、代理懐胎者に多大なリスクを負わせ、生殖の手段として扱うものであり、また生まれてくる子の福祉の観点からも望ましいものとは言えない、さらに現実社会には経済的に格差があり、実子へのこだわり、女性に対する産む役割への期待が大きい日本の状況を考

13) 엄동섭 (嚴東燮)・前掲注(8)106頁, 韓国で肯定説をとる学者としては, 김민중 (金敏中)・前掲注(8)20頁以下, 맹광호 (孟光鎬)「대리모계약의 유효성여부 (代理母契約の有効性可否)」비교사법 (比較私法) 12卷2号 (2006) 91頁以下。

14) 西希代子「代理懐胎の是非」ジュリスト1359号 (2008) 48頁。

15) 石井美智子「代理母——何を議論すべきか」ジュリスト1342号 (2007) 22頁。

慮すると、代理懐胎は禁止すべきである。しかし、仮に、代理懐胎が認められる場合があるとすれば、無報酬で代理懐胎を引き受ける女性がいる場合に限られるべきであるとする。

二宮教授は¹⁶⁾、生命の誕生に関わる者は、誕生後の育みにもかかわるべきであり、そこから生命に対する連帯、愛おしみが生じると考えるので、生殖と育みを分離する生殖補助医療のあり方を支持しないが、代理懐胎を認めるとしたら、卵子・精子・受精卵の提供者、代理母が育みへの責任を負うシステム、すなわち、子と提供者・代理母との情報を共有し、面会したり交流したりできるようにすることが前提であるとする。

棚村教授は¹⁷⁾、国境を越えたグローバルな社会では、生殖補助医療の利用について、日本が探りうる選択肢としては、全面禁止か全面解禁の極端なアプローチしかないとは到底思えない、また、国民や社会は、特定の倫理観や一定の家族意識にとどまっているわけではなく、価値観も多様化している、仮に、代理懐胎を認めるとすれば、当事者たちの自己決定が確保され、親としての適格性や家庭的適合性が公の機関で確認されるならば、親としての意思をもつ依頼者夫婦を子の法律上の親とする途を開いてもよいとする。

金城教授は、代理母になろうとする女性も、自らの身体を自らの意志によって利用する権利を持っている、にもかかわらず、代理母となる女性が搾取の対象になるおそれがあるとして、一律に代理母となる道を閉ざすことは、女性の生殖に関する自己決定権を否定するパターンリズムであろうとし、商品化・ビジネス化を防ぎ、代理母となった女性に対して抑圧的ではない、代理母の利益が守られるような法的規制が必要であり、妊娠に伴

16) 二宮周平「認知制度は誰のためにあるのか——人工生殖と親子関係」戸籍時報607号（2006）29～30頁、『家族と法』（岩波新書、2010）133～134頁、「子の出自を知る権利（3・完）——法的構成とその内容」戸籍時報643号（2009）46頁。

17) 棚村政行「代理出産により生まれた子の母子関係と外国判決の承認」判例時報2002号（判例評論593号）（2008）193頁。

うリスクや苦勞を担うことから見て妊娠・出産した女性の意志を最大限に尊重すべきであるとする¹⁸⁾。

このように、制限的肯定説は、肯定する際の条件について一致しているわけではないが、金銭給付がなく、ボランティアで行うこと、当事者たちの自己決定が確保されること、カウンセリングなどの関与および公的機関が運営管理すること、育みへの協働という観点から子の利益（出自を知る権利）を最優先することなどができれば、代理懐胎を認めてもよいということである。

代理懐胎の是非に関する根拠として、主に代理懐胎をする女性の「自己決定権」、「人間の尊厳」および「身体の安定性」と「子の福祉」の理由が挙げられており、これらが代理懐胎を禁止すべきであるかどうかの基準となっている。以下で、4つの理由を中心に、考察することにする。

第3節 個別的検討

1 女性の自己決定権

2008年、日本学術会議の対外報告は、「自己決定」が、果たして自己の十全な意思で、完全に自由な意思決定によってなされるのか、当事者双方が、代理懐胎という行為に随伴する心身の負担とリスク、子の引渡しの際の代理母の喪失感、両当事者の心理的葛藤など、起こり得ることとその重い意味を十分に理解した上での意思決定であるか、また、自己の意思でなく家族および周囲の意思が決定的に作用することも考えられ、「家」を重視する傾向のある日本では、(義)姉妹、親子間での代理懐胎が行われることが懸念されると指摘している。そこで女性の自己決定権とは何か検討する。

憲法上の自己決定権発祥の地ともいべきアメリカにおいて、自己決定権は、アメリカ合衆国法修正第14条のデュー・プロセス条項における「自

18) 金城清子『生命誕生をめぐるバイオエシックス』（日本評論社、1998）163～165頁。

由」に含まれる権利として、実体的デュー・プロセス理論に基づくプライバシー権の自律的側面の保障問題として扱われてきた¹⁹⁾。「自己決定権」という権利概念は、いくつかの経路から日本に導入され、以後憲法学上主に憲法13条の人格権の一つと位置づけられ、多種多様な場面で切り札としての機能を獲得している²⁰⁾。その中で、代理懐胎は、憲法上幸福追求権の問題、とりわけ自己決定権の問題として議論されている。

1) 自己決定権・リプロダクティブ・ライツとは何か

自己決定権とは、私的な事柄について、公権力から干渉されずに、自ら決定する権利をいい、日本での自己決定権については、憲法13条後段の幸福追求権を保障根拠とする²¹⁾。憲法上の自己決定権の内容については、通常、① 自己の生命、身分の処分にかかわる事柄、② 家族の形成・維持にかかわる事柄、③ リプロダクションにかかわる事柄、④ その他の事柄という4類型に分けている²²⁾。ここで「女性の自己決定権」とは、通常「産む」「産まない」を決める権利、具体的に言えば、「産まない」権利は、合法的に人工妊娠中絶を受けられる権利を、「産む」権利は、生殖補助医療技術を用いて子をもうけることができる権利を指す。そして、「産む、産まない」権利は、②、③を根拠にしている。

まず、「家族の形成・維持にかかわる事柄」について、1948年に国連総会で採択された「世界人権宣言」第16条1項において「成年に達した男女は、人権、国籍、宗教によって制限されることなく、結婚し家族を形成す

19) 野崎亜紀子「生殖補助技術とプライバシー権の展開」家永登・上杉富之編『生殖革命と親・子——生殖技術と家族Ⅱ』（早稲田大学出版部、2008）22頁。

20) 野崎・前掲注(19)23頁。

21) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011）188頁、長谷部恭「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座憲法学3 権利の保障（1）』（日本評論社、1994）43頁以下、抱喜久雄「非列挙的基本的人権の保障根拠としての13条前段について」法と政治31巻1号（1980）63頁、粕谷友介「憲法13条前段『個人の尊厳』」法学教室89号（1988）15頁以下。

22) 佐藤・前掲注(21)188頁、佐藤幸治「憲法学において『自己決定権』をいうことの意味」法哲学年報1998号（1989）89～90頁。

る権利を有する」と規定しており、「すべて人は、科学の進歩及びその利用による利益による利益を享受する権利を有する」と規定している。さらに、1966年の国際人権規約（A 社会権規約・B 自由権規約）に科学の進歩及びその利用による利益を享受する権利（A 規約15条）、及び家族形成権が明示された（B 規約23条2項）。1979年に国連で採択され、1985年に日本でも発効した「女性差別撤廃条約」第16条1項eは「子の数及び間隔を自由にかつ責任をもって決定する同一の権利並びにこれらの権利の行使を可能にする情報、教育及び手段を享受する同一の権利」が示されている²³⁾。そして、それは、個人の自己現実・自己表現という人格的価値を有するが故に、基本的に人格的自律権の問題と解される²⁴⁾。

リプロダクティブ・ライツは、他者が女性の身体、生殖機能に介入することに対する女性自身による抵抗から生まれた言葉である。1994年の世界人口開発会議カイロ宣言は、リプロダクティブ・ライツを正面から取り上げ、「すべてのカップルと個人が、自分たちの子の数、出産間隔、ならびに出産する時、責任をもって自由に決定でき、そのための情報と手段を得ることができるという基本的権利、ならびに最高水準の性に関する健康及びリプロダクティブ・ヘルスを得る権利を認めることにより成立している。この権利には、人権文書に述べられているように、差別、強制、暴力を受けることなく、生殖に関する決定を行える権利も含まれる。この権利を行使するにあたっては、現在の子と将来生まれてくる子のニーズ及び地域社会に対する責任を考慮に入れなければならない」とした²⁵⁾。リプロ

23) 辻村みよ子『ジェンダーと法（第2版）』（不磨書房、2010）186頁。

24) 佐藤・前掲注(21)190～191頁。

25) 辻村・前掲注(23)182～183頁。日本の外務省訳では、「性と生殖に関する健康・権利（リプロダクティブ・ヘルス・ライツ）」のように、リプロダクティブ・ライツとリプロダクティブ・ヘルスの2つの言葉が、たえず併せて用いられており、両者の関係について問題が残っている（谷口真由美『「リプロダクティブ・ライツ」と『リプロダクティブ・ヘルス』の関係：カイロ行動計画を素材として』世界人権問題研究センター研究紀要7号（2002）348頁以下）。

ダクティブ・ライツは、翌1995年の世界女性会議北京宣言に基づく行動綱領で、「性と生殖に関する権利」として結実した。「女性の人権には、強制、差別及び暴力のない性に関する健康及びリプロダクティブ・ヘルス²⁶⁾を含む、自らのセクシュアリティに関する事柄を管理し、それらについて自由かつ責任ある決定を行う権利が含まれる」とされたのである²⁷⁾。

しかし、「自己が自己のことを決定する」という「自己決定権」には、「何人も自己の幸福の追求に関して、公共の利益に反しない限り、妨げられない」ということと、「成人の場合、理性的に見て自己に不利益な事柄であっても、他人に危害を加えない限り、一定の限度内であれば、自己決定に委ねられなくてはならない」という内容も含まれている²⁸⁾。

田中教授は、死生観や家族観についての自己決定権は、公的な干渉を排除するといった性道徳観とは違って、すべてを個人道徳の問題として個人の自己決定に委ねてしまうべきではないとする見解が一般的だとしている。すなわち、自己決定権の法的制約原理について、生殖補助医療など、人の生死や家族制度の根幹にかかわる領域において、社会倫理との関係をどのように調整するかという問題は、他者危害原理や自己危害防止原理による制約とは次元を異にする論点とみるべきであるとする²⁹⁾。また、青柳教授は、法律で代理懐胎を制約することは女性の自己決定権への違憲な制約であるとはいえないとする。依頼者夫婦、代理懐胎を受諾する女性、生まれてくる子の福利という関係性がある中で、代理懐胎を依頼する女性

26) 1996年のカイロ行動計画から定義されたリプロダクティブ・ヘルスとは、人間の生殖システム、その機能と（活動）過程のすべての側面において、単に疾病、障害がないというばかりでなく、身体的・精神的・社会的に完全に良好な状態であることを指す。谷口真由美『リプロダクティブ・ライツとリプロダクティブ・ヘルス』（信山社、2007）23頁。

27) 日本弁護士連合会「生殖医療技術の利用に対する法的規制に関する提言」2000年3月、http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2000/2000_11.html

28) 加藤尚武「生命倫理学から見た代理懐胎」産婦人科の世界59巻10号（2007）3頁。

29) 田中成明「生命倫理への法的関与の在り方について」田中成明編『現代法の展望』（有斐閣、2004）144～145頁。

の自己決定が優先するとはいえないと指摘し、その理由として、依頼する女性は妊娠・出産のリスクを負わないからであるとする³⁰⁾。宗教者の立場では、例えば、金子教授は、「自分の体もまた神仏からの贈物であり恵みである。その意味において、自分の体は‘自分のもの’ではない。だから自分の好みのように使ったり、加工したり処分したりしてはならない。自分の体であっても、その所有権は神仏の側に存するがゆえに、自己決定権は万能ではなく、それには一定の制限がなされるべきである」と主張している³¹⁾。

これに対し、加藤教授は、「他者危害原理は、自由主義の基本原則である」といい、自由主義の原則とは、① 判断力のある大人なら、② 自分の生命、身体、財産に関して、③ 他人の危害を及ぼさない限り、④ たとえその決定が当人にとって不利益なことでも、⑤ 自己決定の権限を持つということであると述べる³²⁾。町野教授も、「私は代理懐胎の解禁論者ではないが、誰にも子を持つ権利がある。代理懐胎を禁止するには、相応の理由がなければならない。他者に害を及ぼさない行為には法は介入しない、というのが自由主義社会の基本である」とする³³⁾。

たしかに、リプロダクティブ・ライツは、他者が女性の身体、生殖機能に介入することに対する女性自身の抵抗から生まれた概念である。厳密に言えば、科学・医療・技術などを利用する権利は不妊女性自身のために認められる権利であり、他の女性のリプロダクティブ・ライツと関連する事項を決定することができる権利ではない。つまり、自己の生殖に関する自己決定権は、自分の身体・生殖機能に限られ、他人の権利・利益を侵害しないことであろう。しかし、代理懐胎者の立場からみると、代理懐胎者に

30) 青柳幸一「生殖補助医療における自己決定と憲法」法律時報79巻11号(2007)28頁。

31) 金子昭「『代理出産』と宗教の関わり——議論の手前での反省から」日本宗教連盟第5回宗教と生命倫理シンポジウム「『代理出産』の問題点を考える——生殖補助医療といのちの尊厳」2011年2月25日。

32) 加藤尚武『現代倫理学入門』(講談社学術文庫, 1997) 5頁。

33) 「医療ルネサンス No. 4148」読売新聞 2007年7月20日付朝刊13面。

も自分の生殖に対する自己決定権を持っており、妊娠・出産のリスクを十分に理解した上で、不妊カップルのために子を産んであげたいという気持ちは尊重されるべきではないだろうか。この範囲であれば、不妊夫婦の子を持ちたいという希望と一致することから、これを幸福追求権・家族形成権として保障すべきであり³⁴⁾、保障された自己決定権に基づいて、不妊夫婦にとって生殖補助医療が子を持つことができる最後の手段であれば、子を持つことができるように生殖補助医療の機会を提供すべきであると思われる。

一方、カイロ宣言で、「すべてのカップルと個人」が、リプロダクティブ・ライツを有するとした。しかし、日韓とも、生殖補助医療を受けられる対象を、生まれてくる子に安定した家庭環境を保障するために、法律婚夫婦に制限しており、少数者（例えば、独身者、事実婚カップル、同性カップルなど）に対して、医療行為の平等性の視点からは、差別化の危険性があるという問題もある³⁵⁾。これについては、第6章で扱うことにする。

2) 社会的・政策的及び家族からの圧力

自己決定は、社会から影響を受ける。すなわち、社会の価値観や大多数の選択は、自己決定に大きな影響を与えている。自己決定は、その「前提的諸条件」において、次のような困難を抱えている³⁶⁾。① 自己決定は、「社会制度や支配的な社会通念、時代の風潮・傾向性や慣行・習俗」といった状況の「圧力」、 「趨勢」のもとでなされざるをえない。② 状況の圧力に「自覚的・批判的」であるために必要とされる「十分な情報の獲得

34) 小野幸二「生殖補助医療と親子関係」浅野古稀記念『市民法と企業法の現在と展望』（東京：八千代出版，2005）69頁。

35) 二宮「認知制度は誰のためにあるのか——人工生殖と親子関係」前掲注(16)29頁，金城清子「生殖医療と人権—性と生殖の権利・健康をめぐる」自由と正義48巻4号（1997）88～89頁。

36) 吉崎祥司『リベラリズム』（青木書店，1998）151頁。

と『選択』の結果の洞察が困難である。③ 状況や選択にかかわる「基本的な情報」を有していても「特定の社会関係」がしばしば自由な選択を許さない。

リプロダクティブ・ライツを求める女性、インフォームド・コンセントを望む人々などは、ここに示されている自己決定の困難さの下にある。こうした人たちが自己決定の主体となることができるかどうかが問題となる。自由の伝統をもつアメリカ社会と異なり、女性の地位が低く共同体の圧力も大きい日本社会において、自由と自己決定の尊重は、もちろん今後とも強調されるべき価値ではあるが、その反面、自己決定が万能の口実となることの危険性も指摘されている。たとえば、経済的にも肉体的にも負担の大きい不妊治療を受け続け、ドナーと生殖医療によっても子を持つことを求める日本人女性の自己決定は、果たして産まない自由を真に保障された上での自己決定といえるかどうかである³⁷⁾。つまり、女性たちが自分の身体について、あるいはその生殖機能について、本人の意思による選択が尊重されているのかどうかである。

また、人工生殖は、男性または女性の身体的な事情により、自分たちの血のつながった子をもうけたいという切実な思いに応える手段であり、医師はこれに応えようとするが、なぜそこまで血にこだわるのか、単に子が欲しいというだけではない日本の特別な事情の存在も検討する必要もある。これについて、子を産まないあるいは産めない女性に対する、家族・地域・社会から、夫の子を産むべきという有形無形の圧力がかかるのではないか、女性は、出産をして1人前、家族の幸せは子のいる家庭、婚姻＝出産という刷り込みがあるのではないかという疑問が提起されており³⁸⁾、政府要人から少子化を理由に代理懐胎の容認に向かう発言が出てくる昨今の日本の風潮を見れば、依頼者夫婦や代理懐胎する女性の自由な意思決定

37) 水野紀子「人工生殖における民法と子どもの権利」湯沢雅彦・宇都木伸編『人の法と医の倫理』（信山社、2004）204頁。

38) 二宮「認知制度は誰のためにあるのか——人工生殖と親子関係」前掲注(16)26頁。

ということ自体疑わしいという指摘もなされている³⁹⁾。

確かに、人間は一般に日常生活のなかで他人に依存することなく完全に自立して生活しているわけではなく、社会一般においても個人はけっして自給自足な生を送っているわけではない。もっとも、個人の生がこのような相互依存的な関係のなかにあるからといって、個人がその人生の重要な局面において自律的な選択と決定ができないということではないだろう。野田議員はインタビューにおいて、次のように発言されている。「日本には世界に冠たる高度生殖補助医療の技術が既にある。患者が主体的に、自己責任で自己決定して選んだ道であり、第三者が目くじらを立てて批判することではない。理由は、誰が『母』か、法律に明記されていないからである。夫婦又はカップルが、二人で話合い、どこまでなら自分たちの子と認めることができるのか、当事者が決めればよい。法律で区切ったとしても、技術的に可能なことならアングラ（underground）で行われる。今の技術で安全・確実にできる手段なら原則自由にすべきである」と述べている⁴⁰⁾。

また、柘植教授は、次のように述べる。社会的圧力が不妊治療をうける要因になっているからといって、圧力が存在する限り自己決定は無理なのだろうか。本人が産みたいとして不妊治療を受ける決定をしている場合に、それを真の自己決定ではないとして尊重しないということはできないだろうか⁴¹⁾。辻村教授は、成人の、十分なインフォームド・コンセントのもとにある、真摯な意思によるものであれば、それによって自己決定する権利は存在すると主張する⁴²⁾。西准教授は、世代、地域、育った環境

39) 犬伏由子「夫の精子を用いた代理母による出生子と妻の間の母子関係」私法判例リマックス34号（2007）65頁。

40) http://www.nikkeibp.co.jp/style/biz/person/interview/061127_noda1/, 2006年12月, nikkeibp ネットのインタビュー。

41) 柘植あづみ「不妊治療をめぐるフェミニズムの言説再考」江原美子他編『生殖技術とジェンダー』（勁草書房, 1996）247頁。

42) 日本学術会議公開講演会「(特集：生殖補助医療のいま——社会的合意を求めて) パネルディスカッション 生殖補助医療はどうあるべきか」(辻村みよ子発言) 学術の動向13巻8号（2008）37頁。

などによって、状況は大きく異なり、このような事態を排除することこそ、カウンセリングなどの役割の一つとも言えるのであって、自己決定の不完全性を代理懐胎禁止の主要な理由とすることは、例外的許容を容易に正当化する理論につながり得るとする⁴³⁾。さらに金城教授は、次のように主張する。十分に情報を与えられた上で当事者が十分に相談し合うことができ、必要な援助を専門家から受けること、当事者が自ら決定することができること、その決定に対して責任をもつことができることなどが重要であろう。代理懐胎者になろうとする女性も、自らの身体を自らの意志によって使用する権利をもっているにもかかわらず、代理懐胎者となる女性が搾取の対象になるおそれがあるとして、一律に代理懐胎者となる道を閉ざすことは女性の生殖に関する自己決定権を否定することにはほかならない⁴⁴⁾。

上記に述べたように、不妊女性が代理懐胎者を利用して子を持つ権利は、リプロダクティブ・ライツと関連して、女性が科学・医療・技術などを利用する権利に含まれる。なお、自己の生殖に関する自己決定権は、自身の身体・生殖機能にのみ限り、他人の権利・利益を侵害してはならない。その範囲で代理懐胎の当事者の自己決定やボランティア精神を尊重すべきであると思われる。しかし、代理懐胎する当事者の精神的・肉体的負担を自己犠牲的行為ととらえるとしても、自己犠牲的な行いを推奨することについては慎重でなければならないであろう。少なくともそれを他人が要求してはならない⁴⁵⁾。

3) 家族間の代理懐胎

2007年生殖補助医療技術についての意識調査で、代理懐胎する女性として、一般国民の38.3%、患者（不妊）の40.7%、産婦人科医の50.0%が

43) 西希代子「代理懐胎の是非」ジュリスト1359号(2008)45頁。

44) 金城清子『生殖革命と人権』(中公新書, 2004)145頁。

45) 立岩真也「そこに起こること」上杉富之編『現代生殖医療』(世界思想社, 2005)125頁。

「姉妹」を指した。実際に、不妊の女性に代わって、実姉妹及び義姉妹が代理懐胎を行った事例もよく知られている。しかし、実姉妹や義姉妹の場合は、夫と家族からの同意や協力が必要であるが、特に義姉妹の関係では、代理懐胎をした義姉妹の夫や夫の家族からの圧力、つまり代理懐胎を拒否すると、同じ女性として可愛そうな義姉妹のために代理懐胎をしてくれないと、もう家族とはいえないなどの理由で、離婚させられる可能性があるから、やむ得ず代理懐胎を行うこともありうる。

代理懐胎は、「扶助生殖医療」であると提唱し、国内で代理懐胎を実施している根津医師は、最初は代理懐胎者として、実母、実姉妹、義姉妹と、近親者に限っていたが、2003年からは実姉妹、義姉妹による代理懐胎を中止している。なぜなら、「代理懐胎者側に元々いる幼い子に事情を理解させるのが難しく、その子には、妹や弟を取られたという意識をあたえる」、「障害をもった子が生まれても、実母であれば孫として受け入れる心の準備は持ちやすい」、「代理懐胎者側の日常生活に支障が生じ、それが夫婦間のトラブルの元になるおそれがあり、代理懐胎者側の家族には大変なストレスになる」という理由を挙げている⁴⁶⁾。同医師は、「人間社会の原点は、『相互扶助精神』であり、その究極の相互扶助の一つが、代理懐胎である。人間はだれもが未完成な存在として、『足りない部分のめだつ人』と、『足りない部分のめだたない人』がいる。その足りない部分を、お互いに補い助け合うのが人間社会であり、この相互扶助精神はすべての法律や倫理等に優先するものでなければならない。実母が代理母になる、第三者が精子・卵子を提供するなどのボランティアの『相互扶助』により子を持つことは可能になり、こうした相互扶助の理念の下に、生殖補助を行っている」のであり⁴⁷⁾、また、「扶助生殖医療は強制的、商業主義的に行われるべきものではなく、自主的相互扶助、即ちボランティア精神や善意、

46) 大野和基『代理出産——生殖ビジネスと命の尊厳』（集英社新書、2009）183～184頁。

47) 根津八紘・沢見涼子『母と娘の代理出産』はる書房（2009）277～288頁。

人間愛によって成り立つ相互扶助でなければならない」と述べ⁴⁸⁾、代理母として実母が適格であることを主張している。

一方、根津医師が実施したケースで、子宮を摘出して子を産むことができなくなった娘のために、50歳代の母が娘の卵子を使って妊娠・出産した報道がなされている。代理懐胎を行った母は、不妊である娘が自分の子が欲しい、代理懐胎が最後の手段であることを聞いて、娘のために行うことが多い。しかし、代理母を実母とするのが最もトラブルやストレスなどが少ないという理由で、高齢である母に犠牲をさせてはならないと思われる。吉村教授は、子宮を摘出した娘に代わって実母が超高齢出産の危険を冒しても分娩してあげたいという心情は理解できるが、実母の健康状態を考えれば、医学的にもこのような事態は少なくとも回避すべきであると主張する⁴⁹⁾。

「産む、産まない」という自己決定が完全に自由な意思によってなされるのかの疑問について、日本や韓国において、代理懐胎を認めると、不妊女性又は代理懐胎者の自己の意思ではなく、家族および周囲の意思が決定的に作用することもありうる。韓国や日本はまだ「家」を重視する傾向があるため、不妊女性は夫の遺伝的なつながりのある子を代理母を通じて産まなければならない、また不妊女性のため、不妊女性の姉妹、義姉妹又は不妊女性の母が代理懐胎をしなければならないという社会になるおそれを見ると、家族間の代理懐胎を認めるべきではないと思われる。

2 生命倫理と人間の尊厳

「人間の尊厳」はまず、医学や生命科学に関する倫理的・社会的・哲学的・法的問題およびその関連問題を研究する「生命倫理」の議論におい

48) 根津八紘「私は斯くの如き理念の下 に代理出産を行っている」日本宗教連盟第5回宗教と生命倫理シンポジウム「『代理出産』の問題点を考える—生殖補助医療といのちの尊厳」2011年2月25日。

49) 吉村泰典「生殖補助医療におけるガイドライン」ジュリスト1339号(2007)31頁。

て、「自律」の原則に対応するものと考えられる⁵⁰⁾。生命倫理において、自己決定権の基礎となる「自律」の原則は、他者危害原理と重なり合う「無危害」原理、医療プロフェッションのパターナリズムの正当化にもつながる「善行」原理、医療資源の配分に関する「正義」原理の各原理に先立ち、「生命倫理」の第一の原理とされている⁵¹⁾。このように最重要視される「自律」の原理であるが、それが命じるのは、①「個人」を自律的な行為者として扱うこと、②自律性が低下した「人格」を保護すること、である。「個人」の意思あるいは選択を最大限尊重すべきであるが、これより「人間の尊厳」を守るということが、「生命倫理」における「自律」の原理の基本的な役割なのである⁵²⁾。つまり、「人間の尊厳」は、自己決定権を基礎づけるとともに、自己決定権を制約する。

生命倫理と関連して、人間の尊厳を論じる際に、議論の出発点になる理論は、周知のように、イマヌエル・カントの定言命法 (kategorischer Imperativ) である。その中でも、目的自体の公式 (Zweck-an-sich-Formel) は最も頻繁に引用され、人間をもっぱら生殖の手段として扱ってはならないとする。手段としての価値しか認めないことは、人格に備わる尊厳という価値を侵害していることになるのである⁵³⁾。公的機関による報告書では、代理懐胎は、妊娠・出産に伴う身体的・精神的負担を第三者たる女性に引き受けさせるものであって、人間の尊厳を危うくするものであり、人をもっぱら生殖の手段として扱ってはならない、それゆえ、代理懐胎を禁止すべきであるとする。

柳原教授は次のように述べる。妊娠・出産の代行は、妊娠・出産経験の価値が消去されることを前提として行われており、生命の価値の意味づけ

50) 八幡英幸「第4章 人の生命の萌芽は尊厳を持つか」高橋隆雄編『ヒトの生命と人間の尊厳』（九州大学出版会、2002）112頁。

51) 田中・前掲注(29)135～136頁。

52) 八幡・前掲注(50)112頁。

53) 青柳幸一『憲法における人間の尊厳』（尚学社、2009）179以下。

の根拠として機能してきた経験を消去することである。それゆえ妊娠・出産の代行を私たちの生殖方法の中に位置づけることは、人がそれぞれ生まれながら保持するものとされている、生命の尊厳への一般的な認識を薄める危険を有している⁵⁴⁾。

女性身体を単なる道具化するという見解に賛成する論調として、岩志教授は、代理懐胎者が合意の上で積極的に引き受けたのならば、人間の尊厳を損なう要素はないという考えもありうるが、外国の例をみる限り、代理懐胎者の承諾には報酬を伴うことが多く、経済的優位者による弱者の利用という構造があることは否めないとする⁵⁵⁾。代理懐胎反対派の基盤となった NCAS の弁護士であり、活動の中心的役割を担うキンブレルは、「有償の代理懐胎は、女性の子宮を契約で商品化するのは、奴隷と同様であり、また、妊娠する前から赤ちゃんを産むと同時に依頼者カップルに引き渡すという契約を締結することは、養子縁組法に反し、最初から母親になる権利を代理懐胎者から奪うことである」という⁵⁶⁾。無償の代理懐胎に対しても、若林氏は、「善意に発するものであっても、結果的に女性を分娩のための道具として利用することにつながり、子宮内での生育過程で生じる子との結びつきを絶つことを分娩した女性に強要することになる」とする床谷教授の見解を引用し、「正に代理出産女性の尊厳を侵害することになるといえよう」と指摘する⁵⁷⁾。日本弁護士連合会の補充提言でも、代理懐胎は、有償・無償を問わず、女性が妊娠・出産行為だけを請け負い、あたかも「生殖の道具」となることであり、人間の尊厳を害すること

54) 柳原良江「妊娠・出産の代行にともなう倫理的問題」生命倫理18巻1号(2008)175～176頁。

55) 岩志和一郎「人工的生殖補助技術利用の法的規制をめぐって(特集 生殖医療とその社会的合意)」学術の動向4巻4号(1999)22頁。

56) 大野・前掲注(46)125～126頁。

57) 若林昌子「代理出産(他人の卵子を用いた生殖補助医療)によって出生した子の母」私法判例リマークス37号(2008)83頁。

になりかねないとする⁵⁸⁾。

国をあげて生殖ツーリズムを奨励しているインドでは、代理懐胎が外貨獲得のための重要な産業となっており、代理母を見つけやすいことおよび滞在費などの経費も安いことが特徴として挙げられている。インドの代理母が外国人の依頼者夫婦から受け取る報酬は、3000～5000ドルで、労働者階級の年収の6～8倍に相当するという⁵⁹⁾。そのため、代理母は中間下流所得層以下の出身者であり、代理懐胎契約を交わしているとしても非識字者のことが多い。妊娠が確認されると、分娩までの時期を自宅で過ごさせず入寮することになる。その理由は代理母と胎児の健康と生活管理の側面があると言われているが⁶⁰⁾、クライアントの信頼や安心を得るための「管理」だという側面もある⁶¹⁾。インドの代理懐胎は、欧米諸国より安価であり、かつ高い技術力で、外国からの依頼が多く、代理懐胎件数が増加し、それをめぐる問題が生じはじめたことから、インド保健家族省は、2005年に、「生殖補助医療クリニックの認定、管理および規制に関する国家ガイドライン」をまとめたが、法的強制力がないため、違反例が多いとされている⁶²⁾。このように、インドの代理懐胎は国家政策の一環として、経済的地位の低い女性が利用されており、ガイドラインは持っているが、法的拘束力がないため、依然として提言に止まっている。

まさに、不完全な情報の下で自発的に代理懐胎を行うことにした代理懐胎者は、代理懐胎によって子を産んで、その子を引渡すことがどんな意味をもっているのか実際に経験する前までは知ることができず、商業的代理懐胎の場合、金銭を必要とする経済的弱者の女性が代理懐胎者になる可能

58) 日本弁護士連合会「生殖医療技術の利用に対する法的規制に関する提言についての補充提言——死後懐胎と代理懐胎（代理母・借り腹）について」2007年1月19日。

59) 大野・前掲注(46)166～167頁。

60) 伊藤弘子「インドにおける代理出産の現状と出生子の法的取扱い」戸籍時報631号(2008)25頁。

61) 松雄瑞穂「代理懐胎のパラドックス——インド」アジア遊学119号(2009)167頁。

62) 伊藤・前掲注(60)26頁。

性が高いことは否認できない⁶³⁾。しかし、特定階級の多くの女性が従事するとしてそれが直ちに女性の搾取につながっているとは言い切れない。たとえば、経済的弱者の女性が家政婦、掃除婦など日用職に従事している。だからといって、このような職業が女性を搾取するから、禁止すべきであると主張できないのである。また、不完全な情報に該当するという論理を適用とすると、性転換手術、墮胎手術の同意、さらには婚姻までもが不完全な情報に基づいた行為として見ることになるかもしれない。

一方、人をもっぱら生殖手段として用いることになり許されないとする論理は、カントの定言命法にある原則から導かれると言われているが、カントが主張したのは、正確には、「単に手段としてだけでなく、常に同時に目的として扱い、決して手段としてのみ扱うことがないようにしなさい」ということであり、他人に対して、少なくとも最低限度の敬意を抱くことを求めているのであって、手段とすることがすべていけないと述べているわけではないとの指摘がなされている⁶⁴⁾。また、どのような道具化が人間の尊厳を侵害するのかは、「単に」という文言がついているがゆえに、個別的・具体的問題に関して一義的な「答」を導き出すことは、容易ではないとの疑いもある⁶⁵⁾。人間の尊厳は、国の歴史的背景、文化、政治、政策によって異なり⁶⁶⁾、人々の考え方や価値観が異なるように、結

63) アメリカで代理懐胎の父と呼ばれる幹旋業者であるノエル・キーンは、代理懐胎が「赤ちゃんの売買である」、「女性を搾取している」という批判について、「生まれてきた赤ちゃんの対価としてお金を払うと考えると、赤ちゃんの売買になるので違法だが、そうではなく、身ごもってくれた女性に対する労働賃と考えればいい」と語った(大野・前掲注(46)79～80頁)。

64) 加藤尚武『脳死・クローン・遺伝子治療——バイオエシックスの練習問題』(東京：PHP 研究所, 1999) 118頁。

65) 青柳幸一「ドイツの基本法 1 条 1 項の『人間の尊厳』論の『ゆらぎ』」青柳幸一編『融合する法律学』(信山社出版, 2006) 24～27頁。

66) 例えば、韓国の「生命倫理法」とドイツの「胚保護法」を比較してみると、両法は、胚の受精時から人間の尊厳を根拠に胚を保護しようとする。しかし、ドイツの胚保護法は、妊娠をもたらすこと以外の目的の胚の生成を禁止し(胚保護法 1 条 1 項の 2、6 号、2 項)、すでに生成された胚は保存以外の目的で利用されるのを禁止している(胚保護法 1

果に対する心理的部分は様々である。搾取の外延自体が不分明であり、代理懐胎から起こりうる問題についての情報提供やカウンセリング・ケアなど、搾取への危険をどのように除去していくかを慎重に検討することが重要ではないだろうか。

千藤教授は、代理懐胎者の知識レベルが低く、自己決定ができないものであるといった認識は、子を産めない女性に対する真の共感から自分の子宮を貸してもよいという代理懐胎者の気持ちを否定しすぎているように感じられてならないとする⁶⁷⁾。西准教授は、不妊夫婦を助けることに喜びを見出し、自己の自主的な意思決定によった代理懐胎者にとって、その行為の価値と重さを知り、心より感謝しながら代理懐胎を依頼した依頼者にとっても、「生殖の手段」という発想は全く理解できないものであり、「生殖の手段」という見方は、当事者の主観を完全に排除した客観的な外からの決めつけであるとする⁶⁸⁾。金城教授は、代理懐胎者となる女性が、自らの意志によって代理懐胎者となることを選択したのであれば、彼女が搾取の対象となるとか、手段として使われるからといって、国家が一律に代理懐胎を禁止する必要性も権限もない。女性は生殖に関する自己決定権をもち、自らの選択によって代理懐胎者になることを決定できなければならない。重要なことは代理懐胎者となった女性に対して抑圧的ではない、代

ゝ2条)。反面、韓国の生命倫理法は、妊娠をもたらすこと以外の研究のために胚生成は禁止しているが（生命倫理法13条1項）、生成された残余胚の研究は許容している（生命倫理法17条）。また、ドイツは、体細胞複製方式による胚の生成を禁止するに対し（胚保護法6条1項）、韓国は、治療研究のために体細胞複製方式を認めている（生命倫理法22条1項）。このように、受精時から胚の人間の尊厳を認めながら、実際に胚が相違に保護される理由は、両国の異なる歴史的背景、文化および政策などが考えられる。ドイツは、カントの観念論的思想や第2次世界大戦の際に国家社会主義の勢力によって恣行された優生学的な犯罪の歴史などによって厳しいが、韓国は、生命倫理法の目的からわかるように「生命倫理保護」、「生命科学育成」という二つのことを実現するために制定されたものであるから、ドイツより自由な立場である。

67) 千藤・前掲注(8)33頁。

68) 西・前掲注(14)45頁。

理懐胎者の利益が守られるような法的規制のあり方を検討することであるとする⁶⁹⁾。代理懐胎を行い、子をもうけたアメリカ人夫婦は、「依頼する側は、体と命を犠牲にしているのは代理懐胎者だということを忘れてはならない。彼女こそ、ずっとサポートをされ、守られる必要があるのである。信頼できる医師はもちろん、いつどんな問題が生じてもそれに取り組めるプロの臨床心理士が常にいること、代理母同士の気持ちが通じ合えるようなグループも必要である」と語った⁷⁰⁾。

このように、当事者間の信頼関係をつくること、十分な情報提供と代理懐胎者に対する社会的サポート、妊娠・出産へのケアリングを行うのが重要であり、これが充実できれば、代理懐胎者が単なる道具及び手段として扱われることはないと思われる。さらに、代理懐胎は、医師と子が欲しい依頼者夫婦との合意のみで成立できることではなく、第三者である代理母が介入しており、新しい生命が生まれてくることであるから、当事者では解決できない問題を仲裁することができる公的管理運営機関の設置が必要であろう。公的管理運営機関については、第 6 章「立法の必要性とその課題」の部分で扱うことにする。

3 子の福祉

ここまで代理懐胎を容認するかどうかに関して、主に子が欲しいという不妊カップルの希望と代理懐胎者のリスクを議論してきた。しかし、不妊カップル及び代理懐胎者には、いろいろな選択肢があって、自分たちの権利を主張することができるが、生まれてくる子は、当然なことながら、生まれたい、生まれたくないとの意志を表明することができず、権利を主張できない新しい命であるから、何より出生する子の福祉は、最大限尊重されなければならない。したがって、最低限、代理懐胎で生まれたこと自体

69) 金城・前掲注(44)147頁。

70) 大野・前掲注(46)195頁。

あるいはそれに起因する問題が子の心身に与える影響について、慎重に検討しておく必要がある⁷¹⁾。

「子の福祉」を検討するにあたっては、① 胎児が母体から影響をうけ、リスクを背負う可能性があること、② 代理懐胎により生まれたことが子に与える精神的負担があること、③ 生まれた子の引渡し拒否、引き取り拒否が生じることもあること、の理由を挙げ、代理懐胎を認めてはならないとする見解が多い。①については、後述の医学的検討の部分で扱うことにする。②については、子の出生の経緯を隠していたが事実が明らかになった時の子に与える影響、代理懐胎が有償であった場合に自分が売買の対象になったという思い、などが指摘されている。③については、代理懐胎に承諾した際には生まれてくる子を引渡す覚悟はしたが、妊娠期間中に代理懐胎者の胎児に対する愛情が日々、育まれていって、生まれた子を手放したくない気持ちになり、子の引渡しを拒否する可能性がある。反対に、自分たちの子が欲しくて代理懐胎を依頼したが、生まれた子に障害があった場合や、子が生まれる前、生まれた直後に離婚したり、経済的な困難になったりする場合、子の引取りを拒否する可能性もある。その問題が起こる理由は、代理懐胎によって生まれた子の親子関係が不確実であるからである。

このように、上述の理由から、代理懐胎を認めてはならないとする主張があるが、代理懐胎を禁止しても完全にこうした子が生まれないとはいえない。また、未婚母子家庭、離婚家庭、子連れの再婚家庭及び養子縁組家庭に対する偏見につながる発言であり、そのような家庭に育てられた子が必ずしも不幸になるわけでもない。事実上、子の福祉に反するということは、代理懐胎自体ではなく、それによって不安定な法的状態に置くことであらう。代理懐胎を法的に容認することで、当事者は周囲にオープンにで

71) 日本学術会議生殖補助医療のあり方検討委員会「代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題—社会的合意に向けて（対外報告）」2008年4月8日、<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-20-t56-1.pdf>

き、多くの支援を得て、それが代理懐胎者の子を守り、将来生まれる子にも出生の事実を隠す必要がなく、当事者家族の福祉の向上にもつながる可能性がある⁷²⁾。代理懐胎によって生まれた子の出自を隠すことは、子には「いけない技術によって生まれてきた、ゆえに生まれてはならなかった」という否定的な思いを、また親の側には自分の子を否定してしまうという意味があるのではないだろうか。何の責任もない子が代理懐胎を決めた大人のために、犠牲されてはならない。生まれてくる子の親子関係については、次の章で詳しく考察したい。

4 身体の安全性

1) 代理母のリスク

日本産科婦人科学会会告と厚生労働省及び法務省の委員会が、代理懐胎を禁止すべきである理由として、「身体的危険性及び精神的な負担を伴う」、「安全性に十分に配慮する」ということを挙げている。つまり、通常の妊娠・出産でも生命の危険を招いているのに、妊娠・出産による多大なリスクを果たして妊娠・出産を代理する第三者の女性に負わせてもよいのかということである。

妊娠・出産は病気ではないが、妊娠・分娩する女性にはリスクがかかるものであることは疑いが無い。2008年の妊娠婦死亡率は10万人の妊婦のうち3.5人であり⁷³⁾、これまでの日本における妊娠婦死亡率の年次推移をみると、1950年176.1、1980年20.5、1990年8.6、2001年6.5であり⁷⁴⁾、妊

72) 仙波由加里「代理懐胎における理にかなう費用の支弁」医学哲学医学倫理27号(2009)75頁。

73) 雇用均等・児童家庭局母子保健課(泉陽子課長)「母子保健衛生対策の充実を図ることについて」2010年8月、厚生労働省HP、<http://www.mhlw.go.jp/wp/seisaku/jigyoku/10monitoring/dl/monitoring/6-5-1.pdf> 参照。

74) 都立府中病院産婦人科部長東京医科歯科大学産婦人科臨床教授桑江千鶴子「安心と希望の医療確保ビジョン——産科」厚生労働省HP、<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2008/02/dl/s0225-4c.pdf> 参照。

娠・出産に伴う危険性はある程度無くなったとみなすことができる。しかしながら、現在なお、適切な医療介入がなければ死亡していた可能性のあった妊娠婦が、出産10万に対して約450の比率で存在するという調査報告⁷⁵⁾もある。

不妊女性が生殖補助医療技術を受け、死亡したという事例も存在する。例えば、不妊治療のために用いられた排卵誘発剤が原因となって血栓症を誘発し、女性に障害や死亡を引き起こした事件も報告されており⁷⁶⁾、分娩した後の死亡が刑事問題となった事件もある⁷⁷⁾。

代理懐胎を行った場合、伴うリスクは通常の妊娠に比べて高いかどうかについての報告及び医学的データなどはないが⁷⁸⁾、懐胎する女性とその胚の由来する卵子の遺伝的な母が異なるという点と類似しており、自分以外の卵子提供による体外受精に関する研究によると、妊娠期間及び中期の異常出血、妊娠性高血圧の出現、妊娠高血圧症候群の発症、帝王切開率の上昇、子宮内胎児発育遅延の増加、早産の増加が、通常の妊娠に比べて高いという⁷⁹⁾。しかし、久具教授は、卵子提供の場合、妊娠中の出血や妊娠中毒症などのリスクは通常の妊娠より高いが、それらの異常が危険だと考える必要はない。なぜなら、それらの異常は現在の周産期医療で十分対

75) 久保隆彦「妊娠婦死亡率を含めた重症管理妊娠婦調査」, 厚生労働科学研究費補助金医療技術評価総合研究事業「平成18年度総括・分担研究報告書 AND 産科領域における医療事故の解釈と予防対策」26～40頁, <http://mhlw-grants.niph.go.jp/niph/search/NISR02.do> (主任研究者: 中林正雄, 2007年3月)

76) 横浜地川崎支部2004年12月27日判決判例時報1910号116頁, 松山地判2004年9月14日判決 LEX/DB 文献番号28092495, 仙台高裁秋田支部2003年8月27日判決判例タイムズ1138号191頁。1995年には、体外受精のために排卵誘発剤を使用した結果脳血栓になり半身麻痺になったとして、国と治療にあたった病院を相手として損害賠償を求める訴訟が提起された(朝日新聞1995年9月25日)。

77) 福島地判2008年8月20日医療判例解説16号21頁。

78) 前掲注(71)参照。

79) Söderström-Anttila V: Pregnancy and child outcome after oocyte donation. Hum Reprod Update 7 (1): 28～32, 2001, 久具宏司「(特集:代理懐胎)産婦人科医の立場から」産婦人科世界59巻10号(2007)注(1)参照。

応できることであり、さらに代理懐胎は、卵子提供よりもこれらの異常の原因となりうる因子が少ない分、こういう異常が起こる頻度はもっと低いだろうとする。つまり代理懐胎は、通常の妊娠と比較して、卵子提供よりもその危険性は低いだらうと述べる⁸⁰⁾。

海外において、代理懐胎による出産と、不妊で通常の体外受精による出産を比較した報告がある。この報告によると、未熟児出生率は体外受精が58%に比べ、代理懐胎は20.4%と、代理懐胎の場合が少なかった。また、妊娠に伴う高血圧や出産時の出血については、代理懐胎は体外受精に比べて4～5倍少なかった。帝王切開率も単胎では体外受精が46%に比べ、代理懐胎の場合は21.3%と少なかった⁸¹⁾。

一方、2006年10日に、子宮を摘出した娘のために、50代の母が代理懐胎した例が報告されている。また、2011年、NHKで放送された「マドンナ・ヴェルデ」というドラマでも、母が娘の代わりに代理懐胎をする内容で、母が娘のために代理懐胎する行為に対して、「聖母」という表現を使った。「姉妹や第三者に比べ、親子関なら新生児の取り扱いにならないし、金銭的なトラブルも起こらない。既成概念からすれば奇異のことが、子を産みたい娘の気持ちを親の協力で解決できる。母親が代理母になることはベストだと思う」と、施術した根津医師は話している⁸²⁾。

しかしながら、近年、妊娠・出産時期の高齢化や食生活の欧米化により、様々な妊娠合併症が増えており、妊娠糖尿病、妊娠高血圧症などはその一例であり、特に高齢出産の場合は、年齢的なものによる生活習慣症のリスクもあり、合併症妊娠（基礎疾患を持つ妊娠）も多くなる。ほとんど

80) 日本学術会議公開講演会「(特集：生殖補助医療のいま——社会的合意を求めて) パネルディスカッション 生殖補助医療はどうあるべきか」(久具発言) 学術の動向13巻8号(2008) 45頁。

81) Parkinson J, et al.: Perinatal outcome after in-vitro fertilization-surrogacy. Hum Reprod 14:671～676, 1998, 廣井正彦「代理懐胎をめぐる諸問題」産科と婦人科69巻6号(2002) 注(18)参照。

82) 朝日新聞 2006年10月15日。

が無事に妊娠経過するものの、重症化すると母体の危険だけでなく、胎児に対しても重篤な影響を及ぼすこともある⁸³⁾。このように、高齢者の場合、妊娠中の異常が発生する頻度が増すことは、通常の妊娠においてよく知られており、卵子提供妊娠による妊娠婦の年齢から検討を試みた報告もある。この報告によると、45歳以上の女性が卵子提供による体外受精を受けた場合、妊娠成功の成績が悪くなるばかりでなく、早産、低体重児、妊娠性高血圧など産科的リスクが増すという⁸⁴⁾。日本の全妊娠婦を対象とした母子保健の主なる統計をもとに年齢別の妊娠婦死亡率は、20～24歳が2.54（出産10万に対し）で最も低く、25～29歳が2.98であるのに対して、40歳以上は、20歳代より約10倍である29.59であり、妊娠婦死亡率が年齢とともに上昇することが示されている⁸⁵⁾。こうしたことから、代理懐胎を認めるとすれば、代理母の年齢を制限すべきであると思われる。

妊娠・出産に伴うリスクは、人によって異なるが、妊娠・出産は女性にとって決して安全なものとは言えない。死亡という結果以外を含めたりリスクも考えると、危険性克服の評価は極めて困難であろう。子をもうけるためであっても、女性の体に過重な負担をかけたり、命を脅かしたりすることは許されず、医師の適切な説明により、十分な理解をした患者から自発的な承諾（インフォームド・コンセント）なしに治療を実施することが認められないことは、通常の医療と違いはないだろう。

2) 生まれてくる子のリスク

代理懐胎に基づく胎児への影響について、検討はほとんどなされていないが、通常の妊娠が胎児に及ぼす影響については、報告がなされている。

胎児は、本来、母体にとっては異物であるが、受精卵から由来する胎盤

83) 根津・沢見・前掲注(47)143頁。

84) 前掲注(71)参照。

85) 母子衛生研究会編『母子保健の主なる統計2001～2005年版』母子保健事業団、2002～2006年。

という組織が、母と子の間の免疫寛容という働きをして妊娠を維持することができるようになっている。もし、免疫寛容の機能が破綻すれば、流産や妊娠中毒症などを引き起こす。半分は母親の遺伝子を持つ子の場合でも、こういう免疫寛容の破綻ということは起こりうるのであり、代理懐胎のような自己に由来しない卵子による懐胎は、恐らく通常の妊娠・出産よりも、免疫機能の破綻のリスクは高い確率で起こると言われている⁸⁶⁾。

母体の精神的・身体的状態が胎児の生育環境を変化させることも知られている。例えば、母親の病気や妊娠中に非常に大きなストレスを受けると、低体重、記憶・学習能力の低下、成長の速度が低下するという報告がある⁸⁷⁾。栄養条件の悪い母親の胎内で育った子は、将来、肥満になるという報告があり、食べ物の種類や、タバコ・アルコールの摂取などが胎児の成長に大きな影響を及ぼすことは知られている⁸⁸⁾。

なお、最近、動物実験を含めた基礎的研究において、妊娠中の母体から子への物質の移行にともない、移行物質の直接作用及び DNA 配列の変化を伴わない遺伝子情報の変化（エピジェネティック変異）により、出生後の子の健康状態に影響が及ぶことが示唆されている⁸⁹⁾。

しかし、生殖については、種によって大きく異なっていて、人間以外の動物での実験結果がそのまま人間にあてはまるとは限らないとの反論もある。イギリスで生まれた体外受精第 1 号児は正常であって、その後十数万人の体外受精児が生まれてきているが、調査によっても、出生児への異常の発現率は、自然の発生頻度の範囲内であり、体外受精において、卵子・精子そして受精卵に対して人為的な操作を行うにもかかわらず、出生児の

86) 日本学術会議法学会「生殖補助医療と法」分科会公開シンポジウム「生殖補助医療と法——代理母と子どもの知る権利をめぐる」(室伏きみ子発言)ノモス25号(2009)45頁以下。

87) 室伏きみ子「生物学から見た生殖補助医療の課題——代理懐胎を中心として」学術の動向15巻5号(2010)21頁。

88) 室伏・前掲注(87)20頁。

89) 前掲注(71)参照。

異常の発現率が自然の生殖と比較して高くならなかった⁹⁰⁾。

第4節 ま と め

代理懐胎の是非については、女性の自己決定権、人間の尊厳と子の福祉および妊娠・出産のリスクなどが議論されている。憲法の幸福追求権の保障を根拠とする自己決定権は、国家などの公権力から干渉されずに、自己の幸福の追求に関して、他人に危害を加えないかぎり、自ら決定する自由権的側面がある。また、憲法上の自己決定権の内容のなかには、「家族を形成・維持にかかわる事柄」や「リプロダクションにかかわる事柄」があり、女性の生殖に関する権利の根拠になっている。

特に、女性の生殖に関連する権利としては、「すべてのカップルと個人が、自分たちの子の数、出産間隔、ならびに出産する時、責任をもって自由に決定でき、そのための情報と手段を得ることができるという基本的権利、ならびに最高水準の性に関する健康及びリプロダクティブ・ヘルスを得る権利」、つまりリプロダクティブ・ライツが認められている。厳密に言えば、科学・医療・技術などを利用する権利は不妊女性自身のために認められる権利であり、他の女性のリプロダクティブ・ライツと関連する事項を決定することができる権利ではない。つまり、自己の生殖に関する自己決定権は、自身の身体・生殖機能にのみ限り、他人の権利・利益を侵害してはいけないことであろう。

しかし、代理懐胎者の立場からみると、代理懐胎者にも自分の生殖に対する自己決定権を持っており、妊娠・出産のリスクを十分に理解した上で、不妊カップルのために子を産んであげたいという気持ちは尊重されるべきではないか。しかし、医療という特殊性および第三者が介入する点から、適正な医療をうけることができるように、国などの公的機関を設置して自己決定権の支援・補完システムの整備が必要であろう。

90) 金城・前掲注(44)55頁。

また、すでに、代理懐胎を用いて子をもうけることが可能になっていること、法律で禁止しても、認めている国で行うことができるようになったことを考えると、実際に代理懐胎から生じる問題を把握することも重要であり、当事者たちの自己決定を確保するように情報の提供、カウンセリング及び心理的なケアなどの支援が可能な公的な機関を設立し、代理懐胎が適正に行われているかどうか把握に努めることが重要であろう。ただし、非商業的な代理懐胎の場合は、韓国や日本はまだ「家のためであれば」という傾向があるため、身内の不妊女性のために代理懐胎を引受けて子を産んでくれると、「美談」と捉えられ、不妊女性の姉妹、義理姉妹又は不妊女性の母が代理懐胎をしなければならないという社会になるおそれがあり、代理懐胎を引き受けた身内の女性も、その心理的な圧力に抗することが難しくなることも予想されるから、家族間の代理懐胎を認めてはならないことであると思われる。

子に対するリスクは、自然生殖の場合も同様であるが、代理懐胎の場合、自己が親としてその一生に責任を負わないことがあらかじめ分かっている胎児について、代理懐胎者にどこまで注意を求められることができるかという問題は残っている⁹¹⁾。代理懐胎を行うことにおいて、生まれてくる子の地位の保全と福祉が、最も考慮されるべきであると思われる。生まれてくる子が不安定な位置に置かれる状況の中で、子を誕生させるべきではない。不妊カップルの幸福追求権や代理懐胎者の自己決定権は十分に考慮されるべきであるが、何らの責任を持ってない子が不利益を被らないような法的な取り扱いの検討が必要であり、優先されるべきであると思われる。そこで、次の章で、代理懐胎によって生まれてくる子の福祉と利益について考察を行うことにする。

91) 西・前掲注(14)46頁。

第5章 代理懐胎によって生まれた子の福祉と利益

第1節 序

日韓では、医師会の自主規制で代理懐胎を禁止しているが、規制を無視して代理懐胎の施術をしたり、代理懐胎を認める国で施術を受けるなどして、生まれてくる子が存在する。代理懐胎を認める場合にも、認めない場合にも、子が生まれた時点での法的地位の安定が重要であることから、親子関係を定める規定が必要となる。

現行民法上、母子関係について直接に明記した規定が存在せず、母子関係は、「分娩した女性を母とする」ことという共通の理解があった。しかし、現行の親子法では全く予想できなかった生殖補助医療によって生まれた子の親子関係をどのように決めるべきか検討する必要性が生じた。生殖補助医療でも、夫婦の意思に基づいて行ったAIDおよびAIHによって生まれた子は、「分娩した女性を母とする」という現行民法の枠内で解釈することができたが⁹²⁾、代理懐胎は、分娩の母と養育している母（遺伝的な母）が分かれるという問題が生じ、どのように解釈すべきかの問題が生じてきた。解釈論に従っても限界があり、子は不安定な法的地位に置かれる。生殖補助医療によって生まれた子の親子関係の法規制は、従来の血縁＝分娩を基礎とする実親子関係の議論とは整合性を欠く面を含む。例えば、代理懐胎では、分娩者とは別に遺伝的な母が存在するのだから、従来の議論とは別の検討が必要であり、生殖補助医療の法規制を実親子法に取り入れる場合には、これらを踏まえた「実親子」関係の基礎的な検討が必

92) 2008年7月にアメリカのオレゴン州に住んでいるある夫婦に娘が生まれ、現在3人の子をもうけている。子を産んだのは、妻の夫であった。夫はもともと女性であったが、女性固有の子宮と卵巣を除去せずに、性転換手術をうけ、法的にも男性に変更した性転換者である。妻は子宮摘出手術をうけて妊娠が不可能だったため、夫が第三者から精子提供を受けて懐胎し出産した。子を産んだ夫は母であるか父であるかが問題となった。

要である⁹³⁾。

現在日本では、婚姻・親子法を中心とする家族法の改正の動きがあり⁹⁴⁾、特に実親子法に関する改正の中には、生殖補助医療によって生まれた子との母子関係および父子関係の問題も含めて、論点の一つになっている。例えば、窪田教授は、実親子関係の存否について明確な規律を欠いていることは、生殖補助医療等の新たな問題を考える場合に、その議論の基礎を不安定なものにするとともに、既に現在の法律状態においても、母子関係が分娩という事実に基づいて成立するというように、婚姻の有無から子の身分を考えるという構造との関係において、一定のきしみを生じさせているといい、分娩を手がかりとして母子関係を確定するというを示すとともに、現在の法律状態を踏まえた上での父子関係の存否に関する規定を提案している⁹⁵⁾。

他方、親子関係を検討する際には、生まれた子の立場を考慮して子の福祉や最善の利益を保障するために、子に対する権限、義務、責任などを持つ父母を明確にする目的のみではなく、子をもうけるために他人から生殖細胞を提供してもらった生殖補助医療の技術を用いて子を懐胎・分娩する者

93) 前田泰「実親子法の課題と展望」法律時報82巻4号(2010)21頁。同教授は、生殖補助医療の法規制は子の福祉からの基礎づけが可能かつ必要であり、この点から自然生殖による実親子法との接合を探ることが検討すべき方向性の一つであると述べた。

94) 家族法改正については、私法72号(2010)3頁以下、日本家族〈社会と法〉26号(2010)18頁以下、ジェンダーと法7号(2010)1頁以下において議論されている。各学会の概要については、法学セミナー 2010年4月号42～51頁参照。

95) 母子関係は、生殖補助医療による親子関係を特別なものとして規定するのではなく、実親子関係の中に組み込んで規定するという方向で、「子を出産した者を母とする」とし、父子関係は、「子の出産時にその母の夫であった者をその子の父とする。これにより父が定まらないときは、子の懐胎の時にその母の夫であった者を、その子の父とする。婚姻の解消若しくは取消の日から(300日)以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する」とし、妻が第三者の提供による精子を用いて懐胎する生殖補助医療(AID)については、夫の同意がある場合は父子関係の否認は認められないという規定を設けると提案している(窪田充見「特集 家族法改正——婚姻・親子法を中心に 実子法」ジュリスト1384号(2009)26～36頁)。

や父母になろうとする意思のないまま、自分たちの生殖細胞および身体を提供する者の立場まで考慮しなければならない。

また、審議会の報告書において、子の出自を知る権利の保障が盛り込まれている。最近では、AID で生まれた子たちが自分のルーツがわからないことによってどれだけ苦しんでいるかということ語りはじめ、第三者の関わる生殖技術の問題を提起している。代理懐胎の場合でも、子の遺伝的な父母と子を分娩した女性は一致せず、子にとって出自が関わることは変わらないと思う。

そこで、ここでは、代理懐胎によって生まれた子の親子関係および子の出自を知る権利について検討を行う。まず、現行の親子法の内容を確認した上で、代理懐胎によって生まれた子との親子関係がどのように解釈されるのかを検討する。次に、子の出自を知る権利について日韓の状況および先進国の状況を概観して、代理懐胎によって生まれた子の出自を知る権利を認めることの必要性とその課題を明らかにしていきたい。

第2節 代理懐胎によって生まれた子の法的地位

1 解釈論における親子関係

1) 母子関係

民法には、誰が法律上の親であるのかを決定するための規定としては、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定する規定（日本民法772条1項、韓国民法844条1項）、嫡出でない子は、父または母が認知することができるという規定（日本民法779条、韓国民法855条1項）だけである。ところが、嫡出子の母子関係の発生については、条文上の規定はなく、嫡出子における父子関係についての規定である（日本）民法772条および773条での、「懐胎（772条）」や「出産（773条）」によって、母子関係が基礎づけられるということが当然の前提になっている。非嫡出子については、日本民法779条「嫡出でない子は、その父又は母がこれを認知することができる」と規定しており、嫡出でない子の場合、懐胎や出産という事実

よって、母子関係が成立するわけではなく、認知によって母子関係が成立すると解されてきた。しかし、母子関係について、最高裁昭和 37 (1962)・4・27 判決は、「母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知を待たず、分娩の事実により当然発生すると解するのが相当である」と判示した⁹⁶⁾97)。

96) 最高裁昭和 37 (1962)・4・27 第二小法廷判決 (民集16巻7号1247頁)。認知制度の沿革と従来の裁判例について、明治民法以前、1873年 (明治6) 1月18日の太政官布告21号 (原文は、「妻妾ニ非ル婦女にシテ分娩スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論シ、婦女ノ引受タルヘキ事・但シ男子ヨリ己の子ト見留メ候上ハ、婦女住所の戸長ニテ請テ免許ヲ得候者、基子其男子ヲ父トスルヲ得ヘシ」) によると、妻でも妾でもない女の産んだ子は私生の子とし、すべて女が引き取り養育するが、男が自分の子と認めた場合には、女の住所地の戸長の許可を得た上で、その子はその男を父とすることができるとし、これが日本において認知制度の萌芽である (二宮周平「認知制度は誰のためにあるのか」判タイムズ1259号 (2008) 119頁)。ここで認知は父からの任意認知のみ肯定する。ところが、明治31年施行の民法においてはフランス民法の認知主義にならない、法的母子関係の発生を常に認知にかからしめるように旧法第827条「私生児ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得」と規定し、今の民法779条が、明治民法827条をそのまま受け続けた。戦前の大審院判決は、民法の明文に従い、婚姻外の母子関係の発生に認知を要するとした。即ち、大判大正 10 (1921).12.9 (民録27輯2100頁) は、嫡出でない子が生母の遺産相続人であると主張した事件について、「婚姻外において生まれた子は、生理的に親子であっても、法律上は、父または母が認知することによって初めて親子関係が生じる」と判示し、子に母を相続することを認めなかったのである。しかし、大審院は翌々年、大判大正 12 (1923)・3・9 (民集2巻143頁) では、非嫡出子が母を法定代理人として、父に認知を求めた事件で、「父の庶子出生届に認知の効力を認めた旧戸籍法83条を類推して母のなした私生子出生届は認知の効力を生じるものである」と判示し、子が父に対する認知請求をなすにあたって母の法定代理権を認めた。即ち、認知を要するとしつつも私生子出生届に認知の効力を認めるという形で母子関係を認めるようになったのである。ところが、婚外子を産んだが、母は出生届もせず、これを養家に置き去りにした生母に対して、生母に代わって子を養育した戸主である養父からの、生母に対する養育費の不当利得返還請求につき、大判昭和 3 (1928)・1・30 (民集7巻12頁) で、扶養義務の関係について、「母が子を分娩したものである以上、扶養義務の関係においては、子の直系尊属として民法945条2 (現行法第877条) によって子を扶養する義務を負うものと解すべきものとである」と判決したけれども、嫡出でない子と母の間の親子関係は認知によりのみ発生するという従来の判例の態度は崩さなかった。その後、大判昭和 7 (1932).7.16 (法律時報303号11頁) において、認知のない私生子は単純なる事実関係に止まり生母と私生子との間にいまだ法律上の関係を生じないけれども、母が届け出て認知した私生子の場合は、母との間に法律上の関係

ところが、それは、女性が、遺伝的につながらない子を産むことなど考えられないときの判決であり、代理懐胎の場合においても「分娩者＝母ルール」を適用することが妥当であるのかについて議論されている。従来
の学説では、代理懐胎によって生まれた子の母子関係について、明確な議論はないが、出産の事実によって母子関係は発生するものと解されてきたが⁹⁸⁾、日本人夫婦が国外で代理懐胎を実施し、子が出生した事例、平成19年（2007）の最高裁決定⁹⁹⁾やその原審¹⁰⁰⁾をきっかけとして、法的親子関係に関する議論が活発になされている。上記の判例も、民法上の母子関係は、最高裁昭和37(1962)・4・27の「原則として」分娩の事実により当然発生するという理由を挙げ、「民法には、出生した子を懐胎、出生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

ゝがあると判示した。つまり、婚外子関係の発生には母の認知が必要であるとの立場を堅持したのである（人見康子「母の認知——非嫡出親子関係の発生」ジュリスト増刊『民法の判例』（1967）207頁）。要するに、前述の太政官布告21号では、その子を父の子とすることとして捉えられており、母子関係は当然発生主義をとったといえるが、民法制定過程では、母の認知も定められただけでなく、認知をすでに生じた親子の事実の承認、証拠の一つとする見方も含まれていた（二宮・前掲注(96)120頁）。

97) 韓国も、非嫡出子に対する母子関係については、「非嫡出子に対する父の認知は形成的であることに対し、母の認知は確認的なことである。それを考えると、婚姻外の出生児の場合において母子関係は認知を俟たずに分娩の事実のみで当然に法律上の母子関係に認められる」（大法院1967.10.4 선고67다1791判決）と判示した。

98) 大村敦志『家族法』（有斐閣、2010）84頁。

99) 最高裁平成19(2007)・3・23 決定民集61巻2号619頁。

100) 東京高裁平成18(2006)・9・29 決定判時1957号20頁。

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」と判示した。この判決に対し、代理懐胎の是非の問題は別としても、現行民法の解釈として代理懐胎により生まれた子の母子関係については、分娩した女性が子の母になる「分娩者=母ルール」を適用すべきであると見る見解が多い¹⁰¹⁾。

2) 父子関係

分娩を母子関係の決定の基準とするとすれば、父子関係は、分娩した女性を基準として定められることになる。民法は、父子関係について、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子であると推定する」という規定（民法772条1項）を置いた。ところが、妻が婚姻中に懐胎したかどうかの証明の困難さのため、「婚姻成立の日から200日を経過した後または婚姻の解消若しくは取消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する」という規定を同条の2項に置いた。この嫡出推定は推定にすぎないから、事実を反する場合は、嫡出否認によって推定を争うことができる。夫が子の出生を知ったから1年以内に嫡出否認の訴えを起さなかった場合、または子の出生後に嫡出性を承認した場合には、たとえ遺伝的に夫は子の父ではなかったとしても、子の法律上の父とされる¹⁰²⁾。婚姻関係にない男女関係に生まれた嫡出でない子については、民法779条の

101) 最高裁決定のように依頼者と生まれた子との母子関係を否定する見解としては、林貴美「代理出産による親子関係の成立と外国裁判の承認」判例タイムズ1256号(2008)38頁、早川・前掲注(3)58頁、二宮・前掲注(16)23頁、犬伏・前掲注(39)62頁など。原審のように依頼者と生まれた子との母子関係を肯定する見解としては、棚村・前掲注(17)190頁、樋口・前掲注(11)132頁など。

102) また、推定される子の父が嫡出否認の訴えをしない限り、誰も父子関係を争うことができない。推定される嫡出子は原則的に、嫡出否認の訴えによらなければ親子関係は否定されない。ただし、推定の及ばない子の場合は、民法772条2項の嫡出推定規定の期間内に生まれて、推定される嫡出子であっても、嫡出否認ではなく、親子関係不存在確認訴訟によって、いつでも誰でも、父子関係を否定することができる。

認知によって父子関係が成立すると解されており、遺伝的には父であっても認知がない限り、法律上の父はいないことになる。

現行法上、代理懐胎によって生まれた子との父子関係は、分娩した女性が妻ではないのだから、婚姻関係にある男女関係に生まれた子ではないこととなり、認知によって父子関係が生じさせることになる。また代理母に夫がいる場合、生まれた子は代理母の夫の嫡出子として推定され、代理母の夫が嫡出否認をしない限り、精子提供した依頼者男性は子を認知することができない。代理母の夫が嫡出否認をすると、依頼者男性は子を認知し、父子関係が成立する。代理母が婚姻していない場合は、依頼者男性が子を認知し、父子関係を成立させることができる。

2 分娩者＝母ルール

昭和37年判決¹⁰³⁾以降、維持されている「分娩者＝母ルール」をとる見解は、法制審議会の要綱中間試案の補足説明¹⁰⁴⁾、学会会議の対外報告¹⁰⁵⁾、大阪高決定（2005）¹⁰⁶⁾、最高裁決定¹⁰⁷⁾においても踏襲されている。

2000年の専門委員会報告書では、生殖補助医療によって生まれた子の母子関係について、「提供された卵子・胚による生殖補助医療により子を妊娠・懐胎した人を、その子の母とする」ことを法律に明記すべきであるとした。次いで、同報告書の親子関係に関する法整備の提言をうけた2003年の要綱中間試案の補足説明では、母子関係について、「女性が自己以外の女性の卵子を用いた生殖補助医療により子を懐胎し、出産した場合には、子を出産した女性をその子の母とする」とした。その理由は、① 母子関係の発生を出産という外形的事実にかからせることによって、母子間の法

103) 最高裁昭和 37 (1962)・4・27 第二小法廷判決前掲注(96)参照。

104) 前掲注(2)参照。

105) 前掲注(71)参照。

106) 大阪高裁平成 17(2005)・5.20 決定判時1919号107頁。

107) 最高裁平成 19(2007)・3・23 決定前掲注(99)参照。

律関係を客観的な基準により明確に決することができる, ② この考え方によれば, 自然懐胎の事例における母子関係を決することができるため, 母子関係の決定において生殖補助医療により出生した子と自然懐胎による子とをできるだけ同様に扱うことが可能になる, ③ 女性が子を懐胎し出産する過程において, 女性が出生してくる子に対する母性を育むことが指摘されており, 子の福祉の観点からみて, 出産した女性を母とすることに合理性があるとする。

2005年, 生命倫理法研究会の生命倫理法案でも, 生殖補助医療によって生まれた子の母子関係について, 「分娩した女性をその母とする」という法案を出した。その理由は, 10ヶ月近くの間, 生命・身体の危険性を引き受けて懐胎し, 体内において子を保護した関係は重要であり, 生まれたときに母が確定することが子の福祉にかなうからであるとする¹⁰⁸⁾。

2008年, 日本学術会議生殖補助医療のあり方検討委員会の学術会議報告書では, 代理懐胎の場合であっても, 「分娩者を法律上の実母とする」という。その理由は, 上述した2000年の専門委員会報告書の①と②と同様の理由と, 哺育行動の精神的基盤とも言える母性には, 懐胎中に育まれる側面があることから, 懐胎・分娩者を母とすることに一定の合理性があること, 生命倫理法研究会の生命倫理法案との同様な理由である, 懐胎中の母体の身体的・精神的状況および生活環境は, 胎児の発育に重大な影響を及ぼす。胎児の生命および発育に対して責任を感じ, その子の実親として引き受ける覚悟のある者の胎内で9ヶ月間過ごすことは, よりよい胎内環境での発育という観点から望ましいからである。

3 代理懐胎の依頼者と生まれた子との法的親子関係

代理懐胎によって生まれた子に対して, 代理懐胎に対して肯定的であ

108) 総合研究開発機構・川井健共編『生命倫理法案—生殖医療・親子関係・クローンをめぐる』(商事法務, 2005) 31頁以下。

れ、否定的であれ、代理懐胎の実施の可否や条件の問題とは別として、生まれた子の福祉の観点から、何らかの形で法律上の親子関係を安定的に確立する必要があることについては、異論がない¹⁰⁹⁾¹¹⁰⁾。

最高裁平成 19(2007)・3・23 決定の補足意見¹¹¹⁾は、依頼者夫婦が本件子らを自らの子として養育したいという希望は尊重されるべきであり、そのためには法的に親子関係が成立することが重要なところ、現行法においても、代理母が、自ら親として養育する意思がなく、依頼者夫婦を親とすることに同意する旨を、外国の裁判所ではあっても裁判所に対し明確に表明しているなどの事情を考慮すれば、特別養子縁組を成立させる余地は十分にあると考えとし、特別養子縁組を成立させる余地を残した。2008年の学会会議の対外報告でも、将来にわたる子の養育を担うに相応しい者に、最終的に、親としての権利を与えるというよりは、むしろ責任を負わせることは、子の福祉にかなうから、代理懐胎によって生まれた子と依頼夫婦との間に、「養子縁組」または「特別養子縁組」によって法的親子関係を定立することを認めるべきであるとし、いずれも、養育の意思と責任の重要性を強調している。また、神戸家裁姫路支部平成 20(2008)・12.26

109) 家永登「亡夫の凍結精子による出生子の法的地位」専修法学論集96号（2005）167頁。

110) 韓国でも、代理懐胎の是非とは別として、親子関係を確立すべきであるという見解が少なくない。たとえば、ベソンホ教授は、「代理懐胎契約が無効であっても、裁判所は誰が法的な親であるのかを決定すべきであり、行為規制とは別途に代理懐胎によって生まれた子の母子関係の決定基準を作る必要がある」と述べた（배성호（ベソンホ）「대리모에 의해 출생한 자의 법적지위（代理母によって生まれた子の法的地位）」인권과 정의（人権と正義）345号（2005）13頁。朴東瑱教授は、「代理懐胎が許容されても、母子関係の決定基準は別として設計されるべきであり、仮に遺伝的な母に法的な母の地位が帰属されるとしても、出産した者と子との間の関係をどのようにするかの問題も考慮しなければならない」と述べた（박동진（朴東瑱）「대리모제도의 법적문제（代理母制度の法的問題）」법학연구（法学研究）15巻1号（2005）53頁）。オホチヨル教授は、「代理懐胎によって生まれた子に対する親子法制は、代理懐胎に対する評価とは別として、子の福利を最大保護するために、作る必要がある」と強調している（오호철（オホチヨル）「대리모에 대한 소고（代理母に関する小考）」법학연구（法学研究）34号（2009）189頁）。

111) 前掲注(99)参照。

審判¹¹²⁾は、分娩者=母ルールに立つとした上で、最高裁平成 19(2007)・3・23 決定の補足意見と日本学術会議の報告書¹¹³⁾を前提とし、依頼者夫婦の受精卵を用いた代理懐胎により生まれた子と、依頼者夫婦との間に特別養子縁組により法的親子関係を認めた。

この意見に従って、代理懐胎によって生まれた子と依頼者夫婦との養子縁組を結んで法的親子関係を確立しようとする見解が少なくない¹¹⁴⁾。水野教授は、代理懐胎について否定的な立場であり、新しい命と女性の尊厳が守られる共存のルールを構築した社会となることを目指すべきであるが、現状では、特別養子縁組の成立を認めることがその目標にとって致命的とまでは言えず、子の養育のために養父母として両親を与えることは、やむ得ない判断であると述べている¹¹⁵⁾。棚村教授は、依頼者夫婦が成人に達しており、少なくとも一方と遺伝的なつながりがあり、かつ、依頼者夫婦の下で現に養育され、金銭その他の経済的対価を伴わないことなどが慎重に確認されるのであれば、一種の身分占有や特別養子のようなものを立法的に認めてもよいと述べ、現段階では、代理懐胎を含む生殖補助医療の行為規制や親子関係についての法整備が進んでいない以上、生まれた子と血縁の親との特別養子縁組について、要保護性の要件を緩和して、生まれてきた子の福祉の観点からできる限り安定した法的親子関係を提供すべきであるとする¹¹⁶⁾。二宮教授は、夫が代理懐胎を依頼したことは、自

112) 家月61巻10号72頁。

113) 前掲注(71)参照。

114) 床谷・前掲注(6)38頁、林・前掲注(3)63頁、早川・前掲注(3)74～75頁、犬伏由子・前掲注(39)65頁。韓国で、依頼者夫婦と生まれた子との特別養子縁組を認める見解に賛成する文献として、엄동섭(嚴東燮)・前掲注(8)107頁、이창상(イチャンサン)「대리모 계약의 논란과 법적문제점(代理母契約の論難と法的問題点)」慶星法学14巻2号(2005)48頁。

115) 水野紀子「代理出産による子と卵子および精子の提供者との特別養子の成立」私法判例リマークス41号(2010)73頁。

116) 棚村政行「代理出産依頼者夫婦による代理懐胎子の特別養子縁組」民商法雑誌141巻6号(2010)668～669頁、前掲注(17)193頁。

分の精子を用いることに同意しているものであり、代理母は代理懐胎に合意しているのであるから、依頼した夫は懐胎中の胎児を認知したのとして、代理母はその胎児認知に承諾しているものと捉え、依頼した夫が胎児認知届により自分を父とし、代理母を母とする出生届をしたうえで、特例として、子自身を戸籍筆頭者とする単独戸籍を編製し、依頼者夫婦が家庭裁判所に特別養子縁組の申立てを行うという具体的な方法を提示した¹¹⁷⁾。

また、女性が自身の子を持つために自分の身体で妊娠・出産する行為とは異なり、親としての適格性の審査は代理懐胎実践以前に慎重に行われるべきであるとの見解もある。この見解によると、代理懐胎において養子縁組や特別養子縁組に際して親としての適格性を事後的に審査するのは、「子の福祉」の観点からは不十分であるから、代理懐胎依頼者の親としての適格性を事前に審査する方策として、里親制度を活用すべきであると述べている¹¹⁸⁾。

一方、子を育てることを誰に委ねるのが、子の福祉にかなうかという観点から検討すべきだとすれば、英米での議論をより直接的な形で参考とすることが可能であるという見解もある。それは、親子関係が成立するためには、生物学的要素だけでなく、継続的な関係、つまり社会的親子関係も必要であり、代理母に養育する意思はなく、子との実質的な養育関係も形成していないから、代理母が子の法的母親になることは合理的ではない。依頼者夫婦の子の養育意思の尊重と子の最善の利益という親子法の理念に従って、依頼者夫婦を子の法的親とすることが望ましいということである。こうした主張は、現段階では極めて少ない¹¹⁹⁾。

117) 二宮「認知制度は誰のためにあるのか——人工生殖と親子関係」前掲注(16)24頁。

118) 貞岡美伸「代理懐胎における子どもの福祉」Core Ethics 6号(2010)212頁。

119) 배성호(ベソンホ)「대리모에 의해 출생한 자의 법적지위(代理母によって生まれた子の法的地位)」인권과 정의(人権と正義)345号(2005)15~16頁。分娩母と遺伝的母の子をめぐる争いで、意思を尊重した判例がある。カルバート夫婦は自分たちの卵子と精子を体外受精させ、代理母の子宮に移植する有償代理懐胎契約を締結した。子が生まれたが、代理母は子の引渡しを拒否した。そこで、依頼者夫婦が生まれた子の法律上の親と

そのほか、母にも推定規定と否認制度を認め、依頼者夫婦の妻に子を認知することができるようにしようとする見解がある。石井教授は、分娩者＝母という原則を明定し、依頼者が母とならない限り分娩者を母とすべきであるとする¹²⁰⁾。ただし、生殖補助医療に限定せず、親子法一般の改正として母子関係にも否認制度を導入する提案で、親子は、血縁を基礎とするものとした上で、意思によってどこまで変更することを認めるかを考え、母についても推定規定と否認制度をもうける。母は産んだ女性と推定し、父はその夫と推定する。父の父子関係否認権と同様に、母の母子関係否認権を認める。親子関係の承認は、子の出生前、生殖補助医療の実施前にも認め、いったん承認した場合には否認は認められないとする¹²¹⁾。依頼者である妻の卵子を用いた体外受精型の代理懐胎の場合、従来の判例を変更し、遺伝子(卵子)の母でもある依頼者(妻)による認知を認めるべきであるとし、「子の利益」のために子を養育する意思のあるものを法的母とすべきとの見解もある¹²²⁾。

4 諸外国の対応

代理懐胎によって生まれた子の法的地位について、代理懐胎を禁止しているドイツ及びフランスにおいての母子関係は、子を分娩した女性が母と

、宣言されることを、代理母は子の母であることの宣言を求めた事件である。カリフォルニア州最高裁は、「契約に示された当事者の意思を検討すると、依頼者夫婦の意思がなければ子は存在しなかったのであり、代理母も受精卵の移植前に母になる意思を示していたら出産する機会是与えられなかったはずであるから、自ら養育する意思で代理母を依頼した遺伝学上の母が法律上の母である」と判示した。また、カリフォルニア州最高裁は、意思テストを採用し、養育意思が親子関係の決定要因として重視された。Johnson v. Calvert, 286 cal. rptr 369 (Cal. App.1991)、棚村政行「アメリカにおける法状況」家族(社会と法)15号(1999)104頁参照、中村恵「アメリカ法における生殖補助医療規制と親子関係法」法律時報79巻11号(2007)59頁参照。

120) 石井・前掲注(15)22頁。

121) 石井美智子「人工授精子等の母子関係」NBL 743号(2002)37頁。

122) 廣瀬美佳「対外受精、代理母の法的問題点」野村好弘、小賀野晶一編『人口法学のすすめ：少子化社会と法学の課題』(信山社、1999)237頁。

なる分娩主義を取っている。ドイツは、母子関係について、1997年の「親子法改正法（1998年施行）¹²³⁾」を通じて、民法1591条に「子の母は、分娩した女性である」とする、法律上の母の定義規定が導入され、法的母子関係が子と分娩女性との間に成立することを明らかにした。さらに、2002年「子どもの権利改善法¹²⁴⁾」を通じて、民法1600条に2項を追加し、精子の提供を受けることに同意した夫婦が、提供精子を用いて子どもを得た場合、この夫婦は、「血のつながり」がなくとも、夫はこの子の父親であることを否定することができないとした。しかし、代理懐胎を行い、子をもうけた場合に、ドイツは依頼者夫婦と子の間に養子縁組を結ぶことができる。フランスでも、分娩主義を採用しているが、代理懐胎によって生まれた子を依頼者カップルの養子とすることは養子制度の濫用であるという判例によって、依頼者カップルと子との間の養子縁組を禁止している。

アメリカは、州によって異なり、代理懐胎契約の締結の下で、依頼者夫婦が子の法律上の親になる場合もあり、裁判所の判決によって親子関係が認められる場合もある。このような州法の多様性を統一するため、「統一親子関係法（2002年改正）」を制定し、代理懐胎に関する規定を第8章に、代理懐胎契約は、依頼者夫婦がその協議によって、生まれた子の両親であり、代理母はその子の両親としての親権や義務を放棄するという内容が記載されるべきであるという規定を置いた（同法801条）。しかし、代理懐胎契約が有効であると認められなかった場合には、同法第2章によって、分

123) Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz-KindRG) vom 16. Dezember 1997 BGBI. I, S. 2942。「親子法改正法」を扱う文献としては、岩志一郎「ドイツ『親子関係法改正法』草案の背景と概要」早稲田法学72巻4号（1997）37頁、岩志一郎「ドイツの親子法」内田武吉先生古稀祝賀『民事訴訟制度の側面』（成文堂、1999）189頁、ライナーフランク（床谷文雄訳）「ドイツにおける親子法改正の問題」ノモス8号（1997）244頁、渡辺泰彦「ドイツ親子法改正の政府草案について（1）」同志社法49巻1号（1997）285頁、渡辺泰彦「ドイツ親子法改正の政府草案について（2）」同志社法49巻2号（1998）267頁など。

124) Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten (Kinderrechtverbesserungsgesetz-KindRVerbG) vom 9. April 2002, BGBI. I Nr. 23 vom 11. April 2002 S. 1239

娩者が生まれた子の母になる。

イギリスとオーストラリアのビクトリア州は、原則として、「分娩した女性が子の母となる」が、一定の条件を満たせば、裁判所による「親決定命令」を通じて、依頼者カップルと生まれた子との間に親子関係が成立する。イギリスは、2008年、「ヒト受精及び胚研究法 (Human Fertilisation and Embryology Act)¹²⁵⁾」で、原則として子を分娩した女性が母となる「分娩者=母ルール」が採用されている (第33条)。この33条の規定によると、代理母が母になるから、代理懐胎によって生まれた子の親となろうと意図した依頼者夫婦を子の親とするために「親の決定命令 (parental orders)」の規定を置き、法律婚だけでなく、パートナー関係や持続している家族関係で住んでいるパートナーの一人が生殖補助医療を受けた場合でも親になる条件を満たせば、親になることができるという規定を整えた。この場合、申請者のどちらかの配偶子が用いられていなければならない。

オーストラリアのビクトリア州でも、「子どもの地位法 (Status of Children Act 1974)」では、原則的に、出産 (分娩) した女性が母であり、その夫が父であると推定されが、「生殖補助治療法 (Assisted Reproductive Treatment Act 2008)¹²⁶⁾」によって、依頼者夫婦が裁判所に「親決定命令」を申請することができ、裁判所から親決定命令を受けた場合は、生まれた子の法的親となる。

このように、代理懐胎を立法によって認める国においても、認めない国においても、母子関係について、「分娩した女性を母とする」という明文規定を置き、代理懐胎を認める国では、一定の条件の下で、裁判所の判決により依頼者カップルと子との間に法律上の親子関係を成立させる方法で、生まれた子の法的地位の安定を図っている。

125) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf.

126) 南貴子『人工受精におけるドナーの匿名性廃止と家族』(風間書房, 2010) 197頁以下, http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/num_act/arta200876o2008406/。同法は、2008年制定、2010年1月1日までに全面的に施行されることになった。

5 小 括

現行民法の解釈では、分娩した女性が母となるから、代理懐胎の場合には、代理母が生まれた子の母親になる。しかし、代理母は、生まれた子を養育する意思がないため、子の福祉に反することになるという問題を抱えている。

確かに、判例は、民法成立当時において想定されていなかったような事象に対処してきた。しかしながら、現行民法が新しい問題に対処できるかどうかについて検証がなされないまま、民法の理念・原則には普遍的な側面があると断定する点には疑問が残る。

分娩を重視する見解は、出産と同時に、出生した子と出産した女性との間に母子関係を早期に一義的に確定させることが子の福祉にかなうということを根拠としているが、依頼者夫婦および代理母の意思に反する可能性が高く、依頼者夫婦の養子とすることは、離縁という形で、その法的親子関係の切断の道を残すことになり、何らかの立法による手当てをしない限り、長い目で見ると、子の法的地位を不安定にするおそれがあるという指摘がある¹²⁷⁾。これに対して、意思を重視する見解、つまり親になろうとする意思によって法的母とする見解は、卵子の提供や懐胎の依頼がなければ子の懐胎・出産はなく、「子の利益」のために子を養育する意思のある者を法的母とすべきあるとするが¹²⁸⁾、懐胎時と分娩時で意思が変わってしまうこともあり、子の法的地位の安定性に欠けることも生じる。例えば、親になろうとする意思をもつ人が複数いる場合には、子をめぐり引渡しの問題が生じ、反対に、懐胎中に依頼者が離婚や一方の死亡、経済的破産などの事情で誰も親になる意思がなくなる場合には、子の引取りを拒む問題が生じうる。

分娩者を母とすることにより、子の誕生と同時に、外形的に明確な事実

127) 西希代子「法律学からみた代理懐胎——法的親子関係」産婦人科の世界59巻10号(2007)18頁。

128) 廣瀬・前掲注(122)237頁。

によって、子の第一義的な保護者を、自然生殖によって生まれた子と同様、一律に確定することが可能となる。これに対して、遺伝関係の医学的証明書に基づいて親子関係を決定するとした場合、子の誕生の瞬間に何らの検査もなく母子関係を確定することは困難となる。分娩者を母とすることには、常に確実とはいえない父子関係に対し、少なくとも一人は、確実に子に保護者を与える意味もある。また、婚内子については、父子関係は母子関係を基準に決定する構造になっており（民法772条）、母子関係には、父子関係に求められる以上の安定的かつ確実な基準が求められるともいえる¹²⁹⁾。さらに他の生殖補助医療との衡平性などを考慮すれば、母子関係は分娩の事実によって当然発生するという法理は、出生した時、法律上母が存在することを保障するものとして、子の保護のためには、「分娩者＝母ルール」を維持すべきであると思う。また、代理懐胎者は多大な身体的・精神的なリスクを負うにもかかわらず、胎児の生命及び発育に対して責任をもって、胎内で9ヶ月間育てることを考えると、代理懐胎者の保護及び子の意思を尊重する観点からも望ましいと思われる。

しかし、代理母には生まれた子に対する養育意思がないのだから、生まれた子の福祉を考えると、生まれた子と依頼者夫婦との間の親子関係をどのように成立させるのが重要である。自然生殖の場合、遺伝子上のつながりのある者と分娩者が同一であり、血縁＝分娩であったが、生殖補助医療の進歩によって、遺伝子上のつながりのある者と分娩者が一致しない場合が生ずることとなった。そこで、法的な親子関係を成立させるために、最高裁平成 19(2007)・3・23 決定の補足意見¹³⁰⁾、神戸家裁姫路支部平成 20(2008)・12.26 審判¹³¹⁾、日本学術会議生殖補助医療のあり方検討委員会の「代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題—社会的合意に向けて」

129) 前掲注(71)参照。

130) 前掲注(99)参照。

131) 前掲注(112)参照。

という対外報告書¹³²⁾などで、代理母には生まれた子に対する責任および権利を放棄することを望み、依頼者夫婦は、その子について養育意思を有する場合は、子の福祉の観点に立った家庭裁判所の判断を介して、生まれた子と依頼者夫婦との間に特別養子縁組を認めるべきであるという見解が多い。これに対して、特別養子縁組は遺棄や虐待児をはじめとする要保護児童と親になることを望むカップルがいくつもの試練を超えて法的親子関係を確立するのが特別養子縁組の実際であるのに、代理懐胎者や生まれてくる子の犠牲の上に成り立つ代理懐胎を実施し、契約によって要保護要件を満たすような子を誕生させた代理懐胎の依頼者に、いとも簡単に特別養子縁組を認め、実親子同様の関係を構築させることには問題があるという指摘がある¹³³⁾。また、ドイツは、代理懐胎を禁止しているが、それにもかかわらず生まれた子と依頼者夫婦との養子縁組を認めているが、ドイツと同様に代理懐胎を禁止しているフランスでは、依頼者夫婦との養子縁組を認めていない。このように見解、立法例が一致しているわけではないが、子の福祉の観点から、依頼者夫婦との養子縁組を結ぶことができるようにすべきであると思う。

一方、代理懐胎を認めているイギリスおよびオーストラリア・ビクトリア州の制度では、生まれた子の母子関係については、原則として、「分娩者＝母ルール」を採用した上で、生まれた子の福祉を考えて一定の条件を満たした場合には、裁判所の「親決定命令」を通じて、依頼者カップルと子との間に法律上の親子関係を成立させている。子の法的地位をより安定的に確保することができるということに意義があると思われる。

第3節 子の出自を知る権利

第1章と第2章で確認したように、日本と韓国では、第三者の精子・卵

132) 前掲注(71)参照。

133) 梅澤彩「代理懐胎における子の法的地位」『中川淳先生傘寿記念論集 家族法の理論と実務』（日本加除出版、2011）280頁。

子・胚を用いた生殖補助医療および代理懐胎を規制する法律はない。しかし、2009年末現在、生殖補助医療を提供するクリニックは、日本には600施設以上あり、生殖補助医療によって、毎年約2万人の子が誕生している¹³⁴⁾。韓国では、生殖補助医療によって生まれた子の数の資料はないが、毎年非配偶者間生殖補助医療の施術が1000件以上施行されている¹³⁵⁾。第三者の精子・卵子・胚を用いた生殖補助医療によって、生まれてくる子は、遺伝的な親、社会的・法律的親が異なっている。このことから、現在、親子関係の問題とともにドナーによって生まれた子の「出自を知る権利」に関する問題が出ており、日本では、AIDで生まれた人がその苦悩を語りはじめ¹³⁶⁾、生殖補助医療にかかわる当事者たちの意識調査や専門家による研究がなされている¹³⁷⁾。韓国の場合は、「子の出自を知る権利」についてほとんど研究されていない状況である。

代理懐胎の場合にも、非配偶者間生殖補助医療と同様に、遺伝的な母と分娩した母が生じる。したがって、代理懐胎によって生まれてくる子にとっても、自分がどのように生まれてきたのかについて知ることは、ドナーによって生まれた子と変わりはないと思われる。2008年4月、日本学術会議生殖補助医療のあり方検討委員会の「代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題—社会的合意に向けて」という対外報告では、出自を知る権利は提供者および懐胎者のプライバシー権と競合し、この問題について、そもそも子に出自を知る権利を保障すべきか、子がそれを有するとしたと

134) 石原理『生殖医療と家族のかたち——先進国スウェーデンの実践』(平凡社新書、2010) 156~157頁。

135) 第三者からの生殖細胞を提供による非配偶者間生殖補助医療の施行の数は、2005年に1042件、2006年に1109件、2007年に1180件である。保健福祉家族府(現在、保健福祉府)「2007年胚保管および提供現況調査結果」

136) 「第三者の関わる生殖技術について考える会」については、<http://daisansha.exblog.jp/i3/> 参照。

137) 「非配偶者間人工授精の現状に関する調査研究会(DI研究会)」については、<http://aid.hc.keio.ac.jp/index.html> 参照。

きに、親から子への告知がどのようになされるべきか、その権利を行使できる子の年齢の確定、開示請求権を有する者の範囲、知ることのできる内容など、制度上明確にすべき多くの問題が存在すると指摘する。提言としては、出自を知る権利について、子の福祉を重視する観点から最大限に尊重すべきであるが、それにはまず長年行われてきた AID の場合などについて十分検討した上で、代理懐胎の場合を判断すべきであり、今後の重要な検討問題であるとする。

そこで、AID 子の出自を知る権利に関する日本の状況およびその権利を認めている国の対応を概観し、代理懐胎によって生まれた子に、自分の出自を知る権利が適用されるのかについて検討し、さらにその権利を保障するための手がかりを探りたい。

1 子の出自を知る権利の登場

1) 子どもの権利に関する条約

「子の権利」を全面に打ち出したのは、「子どもの権利条約¹³⁸⁾」が国際連合総会でコンセンサス採択された1989年のことである。それは、1959年に国際連合総会で、子に対して特別な保護を与えることの必要性を述べた「児童の権利宣言」が採択されてから30年経った後である。「子どもの権利条約」は、1990年に国際法として発効され、日本は1990年にこの条約に署名し、1994年に批准された¹³⁹⁾。この条約は、世界中に貧困、飢餓、武力紛争、虐待、性的搾取といった困難な状況に置かれている子がいるとい

138) 権利条約は前文と本文54カ条に構成され、児童の最善の利益、生命に対する権利、父母から分離されない権利、意見表明権、表現、情報の自由、プライバシー・名誉の保護、父母の養育責任と国の援助、虐待・放置・搾取等からの保護、家庭環境を奪われた児童の養護、生活水準の保護、被害児童の心身回復と社会復帰等の児童の権利と条約締結国の責任を規定するとともに、国連児童の権利委員会の設置と条約締結国の報告義務等を定めている (<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jido/zenbun.html>)。

139) 許斐有「子どもの権利擁護と児童福祉の課題」明治学院大学立法研究会編『子どもの権利』（信山社、1996）59頁。

う現実に目を向け、子の人権を国際的に保障、促進するために成立したものである¹⁴⁰⁾。

子どもの権利条約は、条項によって具体的かつ詳細に子どもの権利を規定している。条約のなかには、子は未熟であり発達途上にあることから、適切な保護を受ける必要があるから、多くの「保護」を含んでいるが、条約では、子は単に保護の客体と捉えられているだけでなく、権利の主体であると認められている。条約の7条では、出生のときから名前・国籍を持つ権利と父母を知り、父母によって養育される権利を、8条では、アイデンティティを保全する権利を規定している。国際ソーシャルワーカー連盟の説明では、「誘拐されたり、出自が隠蔽されたり、親の再婚相手の姓を名乗るように強制されたり、諸々の状況下で、子のアイデンティティが変更されたり奪われたりしている。アイデンティティの権利、そして万が一にもその権利が奪われても取戻すことができる権利を子が有することを規定した最初の人権条約が『子どもの権利条約』である」と解している¹⁴¹⁾。

そこで、親を知る権利について保障する子どもの権利条約の7条1項の規定も根拠となるとする見解がある。二宮教授によると、子ども権利条約7条1項の「児童は、…できる限りその父母を知り」の条文のなか、「できる限り」の文言は、子の最善の利益の趣旨と捉え、本条を出自を知る権利を肯定する根拠として位置づけるべきであると述べる¹⁴²⁾。

2) 子の出自を知る権利の法的構成

「子の出自を知る権利」を自己のアイデンティティを確立するという視点から、人格権として把握する考え方がある。このことを明確に示したのは、ドイツ連邦憲法裁判所1989年1月31日判決である¹⁴³⁾。ドイツ連邦憲

140) 吉村泰典『生殖医療の未来学：生まれてくる子のために』（診断と治療社、2010）108頁。

141) 国際ソーシャルワーカー連盟編著・日本社会福祉士会国際委員会訳『ソーシャルワークと子どもの権利』（筒井書房、2004）72頁。

142) 二宮「子の出自を知る権利（3）」前掲注(16)44頁。

143) 二宮「子の出自を知る権利（3）」前掲注(16)43頁。

法裁判所は、子の嫡出否認権を制限していたドイツ民法の規定の合憲性が争われた事実において、「人格の自由な発展と人間の尊厳に対する権利は、各人に、自己の個性と発展させ維持させることができるような、私的生活形成の自律的領域を保障する。しかしながら、個性を理解し、展開することは、その個性を構成する諸要素を知ることと緊密に結び付いているのであって、出自もその要素の一つである。出自は、個人の遺伝的形質を規定し、それによってその人格の規定要因となるばかりではない。そのこととは無関係に、出自はまた、個人の意識の中でアイデンティティの発見と自己理解にとっての決定的な地位を占める…（中略）…出自は、個人の属性を示すメルクマル（merkmal）として、人格の構成要素を成し、出自を知るとは、それが生物学的に何を教え得るかということとは無関係に、自己の個性の理解と発展にとっての重要な手がかりを与える。だから、人格権には自分の出自を知ることにも含まれる。出自が解明されず、人格の発展が出自を知らずになされなければならない例もあることは、その妨げにならない」とした¹⁴⁴⁾。その後、ドイツ連邦憲法裁判所1994年4月26日決定で、1989年判決の論旨を援用しながら、「出自についての知識は、家族関係の理解および自己の人格の発展にとっての重要な手がかりを提供し得るものである。自分の出自を明らかにできない、ということは、個人にとって著しい負担となり、平穩を失わせることもあり得る。だから、一般的人格権には、自らの出自を知る権利も含まれると言わなければならない」とし、「自己の出自を知る権利」が、一般的人格権の一貫をなすものであることを再確認した¹⁴⁵⁾。

日本の学説において、人格権の構成を最も早く主張されたのは、唄孝一教授である。唄教授は、1978年、人見康子教授との対談において、AIDによって生まれた子について嫡出推定をすることへの疑問を述べるなか

144) 海老原明夫「自己の出自を知る権利と嫡出否認——ドイツ連邦憲法裁判所の判決と親法の改正」法学協会雑誌115巻3号（1998）358頁参照。

145) 海老原・前掲注(144)366頁参照。

で、「子ども自身が自らのオリジンを知る権利みたいなことが、あるいはアイデンティティを知る権利と言っていいんでしょうか、無視されてしまっているのかどうかということです。つまり子ども自身あるいは人間一般が自分のアイデンティティを知る権利というのが、人権の中にあるような気がして…。今までは同じ説がむしろ近親婚などの社会的立場の問題からばかり言われていますが、むしろ私はそうでなく、今まであまり言われていない『個人が自分のアイデンティティを知る権利』ということのほうが頭にあるのですが」と述べ、アイデンティティを知る権利を言及した¹⁴⁶⁾。また、金城教授は、「子どもが自己のアイデンティティについてはっきりした意識を形成していくためには、遺伝的な親に関する情報が重要である。また、誰が遺伝的な親であるかということについての秘密は、家族全員にとって有害な緊張問題をもたらす。父に似ていないことなどから、子どもはしばしば何か秘密がある、本当のことを知らされていないという疑いをいだきがちである」という理由から、AID から生まれた子どもの出自を知る権利の必要性を説く¹⁴⁷⁾。

憲法論としては、所氏は、出自を知る権利を、人格権を根拠として憲法上の権利として認めるとするドイツの議論をもとに、自己の出自を知ることは、人格形成に大きな役割を果すものであるという認識から、「出自を知る権利」は「人格的生存に必要不可欠なし重要な権利」であることから日本憲法13条後段を根拠に保障される権利と解することができる¹⁴⁸⁾。また、小泉教授は、AID 子らが自己の出生方法を知ったときのアイデンティティの危機の程度が一般に深刻であることと、そのような危機をもたらすおそれがありながら、AID による生殖補助医療を容認してき

146) 唄孝一「人工生殖について思ってきたこと・再論」家氷登・上杉富之編『生殖革命と親・子』（早稲田大学出版部、2008）116～117頁。

147) 金城・前掲注(18)108頁。

148) 所彩子「AID 児の自己の出自を知る権利」について——憲法上の権利と構成する必要性」法政法学25号（2000）91頁。

たことについて国は特別な責任を負うと解すべきことを挙げ、「出自を知る権利」は憲法13条から導出される人格的自律権の一部として保障されるべきであるという¹⁴⁹⁾。

一方、「子の出自を知る権利」が憲法上の権利として保障されるべきとして、競合する諸利益との調整が必要となるという指摘がなされている。たとえば、子に知られたくないという法律上の親の利益および、提供者のプライバシー権との関係のことである¹⁵⁰⁾。これに対して、深谷教授は、子を持つ権利、あるいは子を産む権利の行使においては、生まれてくる子の利益、特にその人間としての尊厳性を損なうことになってはならず、法によって自分の出生に関わる情報が閉ざされることは、自己の存在の社会的受容の問題が軽視され、されにその根底にある人間としての尊厳性を無視され否定されることであるから、出生子が自己の出自に関する情報を求める場合には、その子が出自を知る権利を認めることを基本としてその問題解決に取り組みなければならないと述べている¹⁵¹⁾。井上教授は、子を持つということ、そしてそのような子を持つかということについての親の自己決定権に関わる自由主義的な考え方は、広く受け入れられており、生殖と子育てについての国家あるいは社会の干渉を批するという点ではこの主張は説得性を持つが、それが子に対して向けられた場合には疑問を呈さざるを得ない。その過程の主張は、子をあくまでも被造物の位置を押し止め、その人格の尊厳と権利を侵すからであると述べている¹⁵²⁾。二宮教授は、AID で生まれた子が、親の病気、血縁検査、親の離婚などの不測の事態から、親と血のつながりがないことを知る場合があり、そのときの精

149) 小泉良幸「子どもの出自を知る権利について——コメント」学術の動向15巻5号(2010) 53頁。

150) 小泉・前掲注(149)54～55頁。

151) 深谷松男「人工生殖に関する家族法上の問題」家族〈社会と法〉15号(1999) 134～138頁。

152) 井上真理子「変動する家族と人工生殖」家族〈社会と法〉15号(1999) 92頁。

神的ショック、喪失感、長い間隠されてきたことへの不信、怒りなど子の心情に目を向けると、何よりも重視されるべきであるのは、子の立場であり、適切な時期に子が AID によって生まれたことを告知する必要があるとし、この告知を支える法的根拠が、子の出自を知る権利なのであるとする。したがって、出自を知る権利は人格権に基づくものであり、子のアイデンティティを確立するためだけではなく、養育している親と子の間に信頼に基づく安定的な親子関係を確立することを目的とするものなのであると指摘する¹⁵³⁾。

提供者のプライバシーとの関係について、床谷教授は、フランスの匿名出産との比較から、匿名出産によって子の生命・健康の権利が保護されるという確証はなく、母の出産の秘密についての利益も、出自を知る権利を凌駕するものとはいえない。しかし、母子の生命・健康の尊重を第一に考え、その下で、母の匿名性における権利と子の出自を知る権利を調和させる方途を探るべきであり、自己の出自を知る権利を保障するためには、匿名出産をした母と親子関係を形成する余地を残しておくべきであるとする¹⁵⁴⁾。所氏は、ドナー提供者のプライバシー権を保障する方法として、「ドナーによって生まれた子に提供者を特定する情報を得ることが認められることから、その子が一定の年齢に達した場合、精子提供者の情報にアクセスしてくる可能性がある」ということを精子提供時のカウンセリングにおいて精子提供者に説明し、書面上同意した者からのみ精子の提供をうける、という手続を踏まればドナーによって生まれた子の自己の出自を知る権利の提供者のプライバシー権の抵触を防ぐことができると述べている¹⁵⁵⁾。

153) 二宮周平『家族法 (第 3 版)』(新世社, 2009) 182 頁, なお、「子の出自を知る権利 (3)」前掲注(16)43~46 頁。

154) 床谷文雄「匿名出産と Babyklappen——生への権利と出自を知る権利」阪大法学 53 巻 3・4 号 (2003) 811~812 頁。

155) 所・前掲注(148)108~109 頁。

また、精子・卵子・胚提供者の尊厳を述べる金城教授は、「精子・卵子・胚などの不妊の人々に提供する行為は、血液や臓器などの提供と同様に、隣人愛に基づく尊い行為であるのに、これまでの精子提供が秘密裏に行われてきたことと関連して、何か後ろめたいこととされてきたのではないか。自分の配偶子から生まれた人々に対して、自らの存在を明らかにし、その成長を自分の存在を知らせることによってサポートしていくことは、提供という行為の尊さを、社会的に認識していくことにも通じよう。子供の出自を知る権利を保障していくことは、子の福祉にとって望ましいばかりでなく、提供者の尊厳を確立するためにも大切なことなのである」と述べている¹⁵⁶⁾。

2 日本における実情

1) 日本産科婦人科学会の自主規制

2006年4月、日本産科婦人科学会の会告「非配偶者間人工授精に関する見解」¹⁵⁷⁾では、「3 本法の実施に際しては、被実施者夫婦およびその出生児のプライバシーを尊重する」、「5 精子提供者のプライバシー保護のため精子提供者は匿名とするが、実施医師は精子提供者の記録を保存するものである」とされている。この見解に対する考え方（解説）では、5について、「精子提供者のプライバシー保護のため、提供者はクライアントに対し匿名とされる。実施医師は、受精のたびごとに提供者を同定できるよう診断録に記載するが、授精ごとの精子提供者の記録は、現時点では出生児数は制限するために保存されるべきものである。但し、診療録・同意書の保存期間については長期間の子どもの福祉に関する可能性がある本法の特殊性を考慮し、より長期の保存が望ましい」と記述されている。

吉村教授によると、AIDは1948年から始め、1949年に子が生まれてお

156) 金城清子「子どもの出自を知る権利」助産婦雑誌57巻3号（2003）89頁。

157) http://www.jsog.or.jp/about_us/view/html/kaikoku/H15_4.html

り、毎年200人以上が生まれ、合計すると1万人は完全に超えているが、日本産科婦人科学会で AID について会告ができたのが1997年である。吉村教授の病院では記録を保存しておくことにしており、何十年経っても提供者がわかるようなシステムにしており、ドナーに対しても、精子提供は匿名性で行われており、出自を知る権利も保障されていないから、子に対しても両親に対しても知らせず、ドナーに対しても子ができたかどうかということも知らせないが、今後出自を知る権利が行使されることがありうることを話しているとする¹⁵⁸⁾。

2) AID における「出自を知る権利」の意識調査

日本で行われた「出自を知る権利」に関して幾つかの調査報告の概要を紹介する。まず、2002年度、「精子提供におよる子どもを得た日本人夫婦の告知に対する意見」の調査によれば¹⁵⁹⁾、「AID をした事実を子に知らせるべきか」について夫婦とも75%以上が「絶対話さないほうがよい」という意見であり、その理由としては、「家族を守っている男性が本当の父親だと思う」がもっとも多く、「話さないことが親の義務だと思う」、「話すとかえって子がかわいそうだと思う」の順であった。また、「将来、子に告知すると思っているか」についても、「告知する」回答は、わずかに夫は2.8%、母は4.7%であった。しかし、夫婦とも半数近いが「告知を前提としても AID 治療を受けた」と答えた。子の出自を知る権利について、「子が将来偶然 AID の事実を知って、自分の出自を知りたいと言ったら」という質問に対して、夫婦とも「会えるよう協力する」、「協力しないが、本人に任せる」という回答が、合わせて約50%で、子の意思を尊重したい

158) 座談会「生殖補助医療を考える～日本学術会議報告書を契機に」ジュリスト1359号(2008)7～8頁(吉村泰典教授の発言中)。

159) 同調査の目的は、「配偶者・胚提供における告知・出自を知る権利についての当事者の意識を調査するため、非配偶者間人工授精(AID)において実際に子を得た夫婦が告知と出自を知る権利についてどのように考えているかについて検討した」とする。

と考えていた¹⁶⁰⁾。

2003年から2005年にかけて、実際に AID で生まれた当事者の意識調査を行った「AID 当事者の語りからみる配偶者・胚提供が性・生殖・家族観に及ぼす影響」の報告書がある。調査対象は、日本人3人とオーストラリア人2人で、まず、出生の事実を知った経緯と誰から事実を知らされたのかに関しては、「23歳（日本人）の時に父親の遺伝的病気を契機に母から聞いた（1人）」、「29歳（日本人）の時に医学検査を契機に、母親から聞いた（1人）」、「32歳（日本人）と20歳（オーストラリア人）の時に両親の離婚を契機に母親から聞いた（2人）」、「両親が告知すべきという考えだったため、5歳（オーストラリア人）の時、両親から聞いた（1人）」であった。出自の事実を知る前の状況としては、「父親との関係が親密ではなかった（2人）」、「家族内の息苦しさ（1人）」、「秘密がある感じ（1人）」、「何も感じなかった（1人）」で、事実を知った時は、「ショック、驚き、混乱、怒り、不安、疑い・不信などであった（4人）」の感情を抱いていた。しかし、5歳の時に両親から告知された1人は、「その事実を自然に受け入れており、親子関係も親密で良好に経過している」と答えた。事実を知った時の否定的な感情は、時間とともに「事実を知らされてよかった」、「疑問が解け、解放された感じがした」などの安心感、嬉しさを、「父親を理解したい気持ちが生じた」という親密感を、「嫌いな父親と血縁関係が無くてよかった」という解放感などに変化された。

提供者については、1人は提供者を知り、4人は提供を知らないが、提供者に会うことを希望していた。提供者を知りたい理由としては、「自分の出生に関わっている人を知ることは重要」、「自分に何が向いているのか、どういう将来像を描けばいいのか、そのための手がかりとして知りたい」、「どんな人でどんな生き方をしている人が知りたい」、「近親婚の可能

160) 久慈直昭「精子提供により子どもを得た日本人夫婦の告知に対する意見」厚生労働科学研究（子ども家族総合研究事業）『配偶者・胚提供を含む総合的生殖補助技術のシステム構築に関する研究』平成14年度研究報告書（2003）296～307頁。

性など、提供者を知らないリスクが大きい」、「異母兄弟姉妹を知りたい」などであった。しかし、提供者は「あくまでも提供者であり、親だとは思わない」、「実際会っても大きな変化はないのではないかと答えた。事実の告知については、「AID を否定すると自分を否定することになるので、完全に否定はしないが、どうしても AID をするならば、子に事実を告げるべきだし、子の出自を知る権利を認めるべき」、「いろいろ隠すことはできないと思うので、AID を選んだときは、告知することも頭に入れたほうがよい」、「AID で作られた家族に秘密があると結局、その親子関係が傷つき、親子関係で大事なのは信頼、AID で生まれた子にとっても、その親にとっても、事実を早い時期に伝えることが利益になると思う」などであった¹⁶¹⁾。

2004年度、「出自を知る権利」年齢に該当する高校 1 年生 (15~16歳) と大学 1 年生 (18~20歳) を対象とした「出自を知る権利に関するアンケート調査」によれば、「あなたは配偶者以外の精子・卵子・胚を使用した治療を受けるか」について、「受ける」の回答は高校 56.4%、大学 50.6%で、「子にその事実を伝えるか」は、高校 54.9%、大学 63.8%であった。その理由としては、「どうやって生まれてきたのか真実を伝えるべき」、「伝えても親子関係は変わらない」、「子が理解できる年齢に達したら」の順であり、「事実を伝えない」との理由としては、「子がショックを受けるから」「自分の子として育てているので伝える必要がない」などであった。自分が 15歳になったとき、「血がつながっていないとしたら、それを知っておきたいか」は、高校 51.9%、大学 58.8%が「知っておきたい」と回答し、「その時誰に告げてほしいか」は、75.7% (高校、大学合わせて) が「両親」、11.2%が「医師あるいは病院スタッフ」、4.6%が

161) 仙波由加里・柘植あづみ・長沖暁子・清水きよみ・日下和代「AIDにおける出自を知る権利——AID で生まれた人たちが求める提供者情報とは」生命倫理16巻1号 (2006) 147頁以下、日下和代・清水きよみ・長沖暁子「非配偶者間人工授精で生まれた人の心理」慶應義塾大学日吉紀要、言語・文化・コミュニケーション37号 (2006) 93頁以下。

「不妊・遺伝などを専門とするカウンセラー」という順で回答した。「両親」から事実を告げてもらいたいという理由は、「両親の判断で不妊治療をしたから」、「両親を一番信頼しているから」であった。この生殖補助医療技術を実施する際、「出自を知る権利が認められたことについてどう思われますか」については、高校は79.1%、大学90.0%が「賛成する」と回答し、その理由は、「自分の存在を確認するためには自分のことを知る権利はある」、「知りたい人は知るべき」であった。その権利が「15歳で認められるということについてどう思いますか」については、高校47.6%、大学70.6%が「早すぎる」、高校43.7%、大学11.9%が「ちょうどよい」と回答した。「早すぎる」と回答した理由は、「もっと大人になってからでもいい」、「15歳は精神的に不安定な時期だから受けられない」ということであった¹⁶²⁾。

2005年度、「配偶者提供とその匿名性に関する潜在提供者の意識調査」によれば¹⁶³⁾、「子が遺伝的な親を知りたいと思う」ことについて、「人情だから仕方がない」男女とも48%、45%と半数近くを占め、「子の当然な権利である」がそれぞれ23%、26%であった。「自分が提供精子の子なら遺伝的な親を知りたいか」について、「知りたい」という回答は、男性66%、女性65%を占めた。「提供卵子の子なら遺伝的な親を知りたいか」についても、男性68%、女性65%で、提供精子の場合とほぼ同じであった。「提供された精子・卵子によって生まれた子であることを話すべきか」

162) 森岡由起子「カウンセリングをするにあつたでのアセスメントの技法選択について——出自を知る権利をもつ児へのカウンセリングのあり方についての検討」厚生労働科学研究費補助金「生殖補助医療の安全管理および心理的支援を含む総合的システムに関する研究」

163) 研究目的は、「日本で行われている非配偶者間人工授精は、匿名、すなわち子が自己の出自を知る権利を認めない前提で行われてきた。しかし、最近、海外諸国で出自を知る権利を認める国がいくつか現れてきていることから、今後日本がもし匿名を廃止し、将来精子・卵子提供で生まれてきた子が提供者に会いにくるかもしれないとした場合に起こりうる変化を、推測する必要が生じ、実際に配偶者を提供可能な一般日本人男女の意識調査を行った」という。

については、「親の選択の問題である」という回答が男性45%, 女性47%で若干多く、「話さない方がよい」が男性33%, 女性28%であった。「自分が精子・卵子提供を受けたことを子に話すか」について、「責任として伝える」が男性40%, 女性30%, 「伝えない」が男性29%, 女性43%で、少し違う結果であった。「伝える」理由として、男性は「いつかはバレてしまいそうだから早いうちに話す」、女性は「自分が子だったら事実を話して欲しい」であった。「伝えない」理由は、「子にとって親は育てた親だけ」などであった。「あなたが提供者になってほしいと言われたら精子・卵子を提供するか、また、匿名ではないとしたらそれは変わるか」について、「提供はしない」が男性は59%, 女性55%を過半数を占めており、「匿名でなくても提供する」という回答は、男性16%, 女性19%であった¹⁶⁴⁾。

2009年度、「我が国における非配偶者間人工授精実施機関における出自を知る権利・告知に関する意識調査」によれば、「治療開始前に告知や出自を知る権利についての説明をしていますか」について、調査を行ったすべての施設が「説明をしている」と回答し、「主として誰が説明しているのか」は、医師が89%, カウンセラーが11%であった。「精子提供は、匿名のままがよいと思いますか」については、100%が「匿名性のままがよい」と回答したが、その理由としては、「提供者が減少する」、「将来のトラブル防止」ということであった。しかし、「個人的に、親は子に AID の事実を話すべきだと思いますか」については、「それは親が決めることで、医師側が話す必要はない」、「匿名でも非匿名でも AID の事実を親は話すべき」、「匿名でも非匿名でも、話す必要はない」という順であった。「告知を考えている夫婦は、どの程度の割合でしょうか」の間では、「10%未満」が75%, 「10%以上50%未満」が25%であった。「告知を考えている理

164) 吉村泰典・久慈直昭「配偶者提供とその匿名性に関する潜在提供者の意識調査」厚生労働科学研究費補助金（子ども家族総合研究事業）『生殖補助医療の安全管理および心理的支援を含む総合的運営システムに関する研究』平成17年度総括・分担研究報告書（2006）108～116頁。

由」としては、「子に嘘をつくのがいやだから」、「他人から偶然わかると困るから」、「子の当然な権利だから」の順であり、反対に「告知をしないと決めている理由」は、「AID で生まれたことを知ると、子がかawaiiそうだから」、「血が繋がっていないことがわかると家族関係が悪くなるから」、「遺産相続や家族との関係が複雑になるから」の順であった¹⁶⁵⁾。

3) 子の出自を知る権利をめぐる動向

2000年12月、厚生科学審議会先端医療技術評価部会生殖補助医療技術に関する専門委員会の「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療のあり方についての報告書（以下、専門委員会報告書という）」¹⁶⁶⁾において、子の出自を知る権利について、まず、提供者の匿名性の保持する理由をあげた後、子の出自を知る権利を論じている。同報告書は、精子・卵子・胚を提供する人の匿名性を保持する理由として、① 提供者のプライバシーを守ること、② 生まれた子が提供者を知った場合の提供した人の家族関係等に悪影響を与える等の弊害が予想されること、③ 提供を受ける側が精子・卵子・胚を提供する人の選別を行う余地を与える可能性があること、④ 匿名性を保持しないこととした場合に発生し得るこうした弊害は提供者の減少を招きかねないものであり、提供された精子・卵子・胚による生殖補助医療の実施を実質的に困難にしかねないことを挙げる。

しかし、出自を知ることは、提供された精子・卵子・胚による生殖補助医療により生まれた子のアイデンティティの確立などのために重要なものであるから、そうした希望にできうる限り応じていくことが必要である。しかしながら、上記の匿名性の保持の理由に留意しながら、① 生まれた

165) 吉村泰典・久慈直昭「我が国における非配偶者間人工授精実施機関における出自を知る権利・告知に関する意識調査」厚生労働科学研究費補助金（子ども家族総合研究事業）『生殖補助医療の医療技術の標準化、安全性の確保と生殖医療により生まれた児の長期子後の検証に関する研究』平成21年度研究報告書（2010）77～96頁。

166) 前掲注(1)参照。

子は、成人後、その子に関わる精子・卵子・胚を提供した人に関する個人情報のうち、当該提供した人を特定することができないものについて、当該提供した人がその子に開示することを承認した範囲内で知ることができる、② 当該提供した人は、当該個人情報が開示される前であれば開示することを承認する自己の個人情報の範囲を変更できる、③ 生まれた子は、上記に関わらず、自己が結婚を希望する人と結婚した場合に近親婚とならないことの確認を求めることができるとする。

提供した人の個人情報を知ることができる年齢を「成人後」としたことについては、自己が当該生殖補助医療により生まれてきたこと又は当該個人情報を知ることによる影響を十分に判断できる年齢であることが必要であるからであるとする。しかし、近親婚の発生を防止するため、提供された精子・卵子・胚による生殖補助医療により生まれた子が、自己が結婚を希望する人と結婚した場合に近親婚とならないことの確認を求めるとした場合については、成人後であることを要しないこととした。なお、当該個人情報を開示すること又は知ることに伴い、それぞれに及ぶことが予想される影響についての十分な説明およびカウンセリングが行われることが必要であるとする。

2003年4月、厚生科学審議会生殖補助医療部会の「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」¹⁶⁷⁾では、上記の「専門委員会報告書」の幾つかの理由を挙げながら、精子・卵子・胚を提供における匿名性の保持をする。しかし、「専門委員会報告書」とは異なり、① 15歳以上の者は、精子・卵子・胚の提供者に関する情報のうち、開示を受けたい情報について、氏名、住所等、提供者を特定できる内容を含め、その開示を請求することができる、② 開示請求に当たり、公的管理運営機関は開示に関する相談に応ずることとし、開示に関する相談があった場合、公的管理運営機関は予想される開示に伴う影響についての説

167) 前掲注(1)参照。

明を行うとともに、開示に係るカウンセリングの機会が保障されていることを相談者に知らせる、③ 特に、相談者が提供者を特定できる個人情報の開示まで希望した場合は特段の配慮を行うとする。開示請求ができる年齢を「15歳以上」としたことについては、自己が精子・卵子・胚の提供により生まれてきたことおよび提供者に関する個人情報を知ることによる影響を十分に理解し、開示請求を行うことについて自ら判断できる年齢であることが必要であるが、アイデンティティクライシスへの対応という観点から思春期から開示を認めることが重要であること、民法における代諾養子や遺言能力については15歳を区切りとしていること等を踏まえ、15歳としたとする。

このように「専門委員会報告書」の結論と異なった理由については、① 生まれた子が提供者の個人情報を知るとは、アイデンティティの確立などのために重要なものであり、子の福祉の観点から考えた場合、子の重要な権利が提供者の意思によって左右され、提供者を特定することができる子とできない子が生まれることは適当ではない、② 生まれた子が開示請求ができる年齢を超え、かつ、開示に伴って起こりうる様々な問題点について十分な説明を受けた上で、それでもなお、提供者を特定できる個人情報を知りたいと望んだ場合、その意思を尊重する必要がある、③ 提供は提供者の自由意思によって行われるものであり、提供者が特定されることを望まない者は提供者にならないことができる、④ 開示の内容に提供者を特定することができる情報を含めることにより、精子・卵子・胚の提供数が減少するとの意見もあるが、減少するとしても子の福祉の観点からやむを得ないとする¹⁶⁸⁾。なお、生まれた子が出自を知る権利を行使することができるためには、親が子に対して提供により生まれた子であることを告知することが重要であるので、その旨インフォームド・コンセントを行うこととするが、実際に出自に関する告知をいつ、どのような形で行うの

168) 前掲注(1)参照。

かは一義的には提供を受けた夫婦の判断に任せられるものであり、このインフォームド・コンセントは当該夫婦に対して出自の告知を一律に強制する趣旨のものではないとする¹⁶⁹⁾。近親婚とならないための確認については、男性18歳、女性16歳以上の者は、自己が結婚を希望する人と結婚した場合に近親婚とならないことの確認を公的管理運営機関に求めることができる。確認の請求に当たり、公的管理運営機関は確認に関する相談に応ずることとし、確認に関する相談があった場合、公的管理運営機関は予想される確認に伴う影響についての説明を行うとともに、確認に係るカウンセリングの機会が保障されていることを相談者に知らせるとする¹⁷⁰⁾。

なお、総合研究開発機構と川井健一教授を委員長として構成された研究者グループによる「生命倫理法案」でも、自己の出自を知る権利について、「成年に達した者は、委員会規制の定めるところにより、生命倫理委員会に対して、生殖補助医療による出生の有無と有無を確認した場合は、精子または卵子の提供者に関する情報につき記録の開示を請求することができる (36条 1 項)」、「婚姻適齢に達した者が、婚姻をしようとする場合において、生命倫理委員会に対して、生殖補助医療による有無と有無を確認した場合は、婚姻の相手との間の生物学的な意味における血縁関係の有無につき記録の開示を請求することができる (36条 2 項)」、「生殖補助医療によって生まれた子の治療上、提供者に関する情報が必要な場合には、子またはその法定代理人は、生命倫理委員会に対して、生殖補助医療による出生の有無と有無の確認した場合は、精子または卵子の提供者に関する情報のうち、治療上必要なものにつき記録の開示を請求することができる (36条 3 項)」、「前 3 項の請求をする場合には、委員会規制の定めるところにより、カウンセリングをうけなければならない (36条 4 項)」と規定されている¹⁷¹⁾。

169) 前掲注(1)参照。

170) 前掲注(1)参照。

171) 総合研究開発機構・川井健編・前掲注(108)38～39頁。

因みに、韓国の三つの法案では¹⁷²⁾、子の出自を知る権利について、情報提供として位置づけている点で共通する。しかし、「体外受精などに関する法律案」は、条件をつけないで20歳以上の出生者に対して、閲覧を認めるが、「医療補助生殖に関する法律案」は、寄贈者の匿名性を保障し、公開しないことを原則としつつ、出生子にとって重大・明白な利益がある場合のみ、裁判所に記録を提出することができるようにしている。「生殖細胞などに関する法律案」は、提供者が公開に同意した情報に限って、閲覧することができるとする。

以上、上述した報告書などをみると、精子・卵子・胚提供の生殖補助医療おける子の出自を知る権利を認めており、生まれてくる子の福祉を優先して、子の出自を知る権利について容認される傾向へ進んでいくと思われる。

3 子の出自を知る権利に対する諸外国の対応

「子の出自を知る権利」を法的に保障しようとする動きは、高まっており、自分がAIDによって生まれた事実、つまり出自を知る権利を法的に保障している国として、スウェーデン、オーストリア、オーストラリア・ビクトリア州、ニュージーランド、フィンランド、イギリスなどが挙げられている¹⁷³⁾。また、提供者の事前の同意を条件に個人の特定情報を開示することが認めている国として、オランダ、カナダなどがある¹⁷⁴⁾。一方、フランスのように提供者の匿名性の保持を重視し、情報開示をしていない国もある。本節では、近年に入って、提供者の匿名性を廃止し、子の出自

172) 国会に提出された法律案は、第一に、2006年4月、「体外受精などに関する法律案」、第二に、2006年10月「医療補助生殖に関する法律案」、第三に、2007年11月「生殖細胞などに関する法律案」がある。しかし、これらの法案は、国会議員の任期満了で自動廃棄された。

173) 二宮周平「子どもの知る権利について」学術の動向15巻5号（2010）41～42頁。

174) 林かおり「生殖補助医療法をめぐる議論の歴史とその意義」生命倫理18巻1号（2008）130頁。

を知る権利を改正したイギリス、オーストラリア・ビクトリア州、ニュージーランドを紹介する。

1) イギリス

1984年に「ワーノック報告書」という生殖技術に関するガイドラインが作成された。「ワーノック報告書」には、① 精子提供者の匿名性を守ること、② 子が18歳に達した時には、提供者自身の民族集団や遺伝的特性などの基本的な情報を子が得られるようにすべきであり、子にそれを知る権利を認めた法律を制定すること、③ 精子提供者がその子に対し、一切の親権や扶養義務を負うことないように、法改正を行うこと、などが勧告された¹⁷⁵⁾。①について、ワーノック報告書では、精子提供者を匿名とする理由として、i) DI¹⁷⁶⁾ から生まれた子から養育の責任を問われないように提供者を保護するため、ii) 家族関係への第三者の介入をできるだけ抑えるため、iii) 提供者の確保のために匿名性の保障が必要であるため、ということをあげている¹⁷⁷⁾。

同報告の後、政府は、1987年に公表した白書「立法のための枠組み」のなかで、「18歳以上のすべての成人は自分が配偶子または胚の提供によって生まれたかどうかを発見する法的権利を持つべきである」と考え、そして、「ドナーを特定しない情報にアクセスする権利を有すべきである」と見解を述べ、同見解およびワーノック報告書の勧告は、1990年の「ヒトの受精および胚研究に関する法律 (HFE 法1990)¹⁷⁸⁾」の制定の際に、組み込

175) メアリー・ワーノック著・上見幸司訳『生命操作はどこまで許されるか』(協同出版、1992) 59～81頁。

176) DI (Donor insemination) と AID (Artificial Insemination by Donor) は、非配偶者間人工授精という略語であり、日本では AID を使うことが多いが、海外では、AIDS と紛らわしいという理由で DI が主であるという。才村真理『生殖補助医療で生まれた子どもの出自を知る権利』(福村出版、2008) 285頁。

177) 金城・前掲注(18)107～110頁。

178) 神里彩子訳「イギリス」神里彩子・成澤光編『生殖補助医療——生命倫理と法 基本資料集3』(信山社、2008) 95～96頁

まれた¹⁷⁹⁾。この法律では、「ヒトの受精および胚研究認可局（HFEA）」を設立して、ドナーに関する身元の特定しない情報を登録・保管し、18歳以上の子はHFEAに情報開示を請求することができる¹⁸⁰⁾。HFEAが保管する情報によれば、申請者が不妊治療サービスによって生まれた子であることが判明した場合には、ドナーに関し、HFEAが規則により開示することのできる情報を申請者に提供するように求めることができる。申請に先たち、申請者はHFEAの情報提供が含む意味について、適正なカウンセリングを受ける機会を与える。また、18歳未満であっても（婚姻しようとする16歳以上の者）婚姻する相手と血縁関係にある可能性があるか否かの情報を請求することができる（31条（3）～（7））。

同法の施行以来、子の出自を知る権利に関して、その必要性は認識されており、法改正に際して、出自を知る権利確保の必要性を根拠付けるさまざまな調査がなされた。2002年に「Children's Society」が行ったMORI世論調査では、83%が子が18歳になると自ら遺伝的親に関する健康を入手する権利を持つべきであり、4分の3以上は自らの遺伝的歴史を知る権利を持つべきであるという意見だった¹⁸¹⁾。エマ・ライセット（Emma Lycett）らの研究では、DIで生まれた4歳から8歳の子どもがいる46家族を対象に調査を行い、告知する家族の方が秘密にしている家族より、より好ましい親子関係を作っていると結論を付けた¹⁸²⁾。スーザン・ゴロンボック（Susan Golombok）の調査では、ARTにより子をもつ家族30から40家族を対象にした調査では、子が小さい頃の告知は絶対しないという考えであったが、子が10歳くらいになった時に事実を告知するほうが子に

179) 三木妙子「第2章 イギリス」総合研究開発機構・川井健共編『生命科学の発展と法』（有斐閣、2001）161頁。

180) 才村真理「子どもの出自を知る権利保障に関する研究——生殖補助医療における国際比較」帝塚山大学心理福祉学部紀要6号（2010）91頁。

181) 才村・前掲注(176)54頁。

182) 才村・前掲注(176)54頁。

とってよいという考えに変わってきたという調査結果があった¹⁸³⁾。

また、英国養子縁組・里親委託協会 (BAAF) は、「イギリスで養子は 18歳になれば、生みの親または両親の名前、出産時の親の住所を明記した出生証明書を写しを入手する権利があり、養子縁組の場合は子の福祉が最優先に考慮されるべきとの認識がある。しかし、HFE 法1990では、自らの遺伝子の親にアクセスする権利を奪っているから、出自を知る権利の確保および告知のサポートの必要性がある」という意見書を提出している¹⁸⁴⁾。ART 問題に関する英国ソーシャルワーカー団体 (PROGAR) から、子の出自を知る権利の必要性についての意見書が提出されているなど¹⁸⁵⁾、1980年代から子の支援団体、福祉団体からソーシャルアクションも行われている。

政府の対策としては、保健省の補助金によって、2004年に「ドナーリンク」が設置された。「ドナーリンク」は、HFE 法1990では、1991年以後に生まれた子はドナーの周囲情報を知る仕組みが作られたが、1991年以前に生まれた子はたどる仕組みがないことから、DI を追跡するための自由意志による情報交換と連絡先登録のために設置されたものである。仕組みは、自由意志により登録し、子とドナー、あるいは同じドナーから生まれた半血きょうだいが DNA 鑑定によりマッチングができ、情報交換をサポートするものである¹⁸⁶⁾。

このような子の出自を知る権利についての意識調査、支援などの研究を踏まえて、結局、1990年の HFE 法の改正が行われ、2008年 HFE 法が制定され、子の出自を知る権利についても改正を行うことになった。1990年法には、出自の知る権利を行使できる年齢は18歳であったが、改正された

183) 才村眞理「子どもの出自を知る権利の必要性——生殖補助医療と養子制度より」帝塚山大学心理福祉学部紀要 1 号 (2005) 34頁。

184) 才村・前掲注(176)54～55頁、「生殖補助医療における子どもの出自を知る権利——英国の法律改正の背景」帝塚山大学心理福祉学部紀要 5 号 (2009) 51頁。

185) 才村・前掲注(176)55頁、前掲注(184)52頁

186) 才村・前掲注(180)92頁、前掲注(184)54～55頁。

2008年の法では、16歳に達した人は、自分が非配偶者間生殖補助医療によって生まれたが否かを認可庁に問い合わせることができる（24条）。また、婚姻する予定のある人は、婚姻しようとする相手または、パートナー関係になるとする相手と近親関係にある可能性があるか否かに関する情報も要求することができる（24条）。

2) オーストラリア・ビクトリア州

ビクトリア州では、生殖補助医療に関しては、1984年に制定された「不妊（医学的処置）法（Infertility (Medical Procedures) Act 1984）」があり、精子によって生まれた子の出自を知る権利について、1988年1月1日から1997年12月31日に提供に同意したドナーの精子を用いて1988年7月1日以降に出生した子は、18歳になると、不妊治療局（ITA）を介してドナーの情報へのアクセスを試めることが許された。その後、1995年に改正された「不妊治療法（Infertility Treatment Act 1995）」では、1998年1月1日以降提供に同意したドナーの精子を用いて出生した子を対象にして、18歳になると、ドナーの身元を特定する情報へのアクセスが、ドナー提供者の同意なく自動的に認められることになった¹⁸⁷⁾。1996年には、1995年の不妊治療法に基づき、DIを含む生殖補助にかかわる医療・研究全般を管理する機関として「不妊治療局（Infertility Treatment Authority）」を設置した。

しかし、ビクトリア州における法律（1984年法と1995年法）の試行は、結果的に子の出自を知る権利における格差をもたらすことになった。それは、適用される法律によって、子に認められるドナーへのアクセスに格差が生じたためである¹⁸⁸⁾。さらに、ビクトリア州において行われた調査に

187) 南・前掲注(126)106～107頁。

188) 18歳以上のDI子に、「ドナーの同意なく」、ドナーの身元を特定する情報を含め、その出自を知る権利を認める1995年法は、1998年以降に生まれた子にしか認められず、それ以前に生まれた子には、1984年法が適用され、「ドナーが同意した場合のみ」が認められ

よると、ドナーによって生まれた子にその事実を告知したのは、調査された家族のうち 3 分の 1 であった¹⁸⁹⁾。こうした事態への対応として、ビクトリア州は、2006年から 3 年計画で「Time to Tell」キャンペーンを始めるとを決定した。これは、ドナーから子へのアクセスへの要望があった場合、子たちが「不妊治療局」から突然の手紙によってショックを受けることを防ぐため、親が事前に子にその出自を伝えておくよう促すという意図の下で、新聞広告、活字メディア、ラジオインタビュー、テレビインタビュー、ウェブサイトによる広報活動を行い、子の出自を知る権利に対する社会的議論を高める結果をもたらした¹⁹⁰⁾。

そして、2008年に1995年法を改正した「生殖補助治療法 (Assisted Reproductive Treatment Act 2008)」が制定された。2008年法では、① 治療によって生まれてきた者 (生まれてくる者) の福祉と利益が最重視されること、② 治療が、男女の生殖能力や生まれた子の搾取を目的とするものであってはならないこと、③ 子の出自を知る権利が守られること、④ 治療を受けている者の健康と福祉が確保されること、⑤ 性的指向、婚姻状態、人種や宗教に基づく差別の禁止すること、という 5 大原則が重視されている¹⁹¹⁾。そのなか、子に出自を知る権利に関して2008年法においてとられた政策で特徴的なのは、DI 子が情報アクセスの申請に必要とされる18歳という年齢制限の廃止と DI 子の出生登録についての変更である¹⁹²⁾。ただし、18歳未満の子からのドナーの身元を特定する情報の開示

ゝる。また、1984年法も1988年7月1日以降に生まれた子だけに適用されるから、そのまゝに生まれた子は、親が治療を受けた個々に病院が現在保存している記録、その病院が探っている方針に依存することになる。

189) 南貴子「人工授精におけるドナーの匿名性廃止の法制度化の取り組みと課題——オーストラリア・ビクトリア州の事例分析を中心に」家族社会学研究21巻2号 (2009) 178~179頁。

190) 南・前掲注(189)180頁。

191) 南・前掲注(126)221頁。

192) 南・前掲注(126)204頁。

請求については、子の親あるいは保護者がその申請に同意している場合、あるいはカウンセラーが子にカウンセリングを行い、Registrar に書面で、その者が情報公開の結果を理解するのに十分成熟しているとアドバイスした場合においても認められている（59条）。また、Registrar は子からの申請に応じて発行する出生証明書に、詳しい情報の入手が可能と記し、「追加文書」を添付することになった。このことは、これまでのように親から出自の事実を知らされなくても、出生証明書の申請時に事実上、自分の「出自に関する情報」のあることを知らされることになり、子の出自を知る権利の行使における法的な配慮がなされた¹⁹³⁾。

3) ニュージーランド

1996年「ヒト生殖補助技術法案」が委員立法として提出され、約8年間にわたる種々の審議を経て、2004年「ヒト生殖補助技術法（The Human Assisted Reproductive Technology Act 2004）」が制定され、2005年8月より施行されている¹⁹⁴⁾。同法は、人の尊厳といった観点から一定の禁止行為を定めると同時に処罰規定を設け、人の生殖に関する調査研究についても制限規定を設けている。また、生殖補助医療に関しては法務省、保健省が監督機関としてその債務を負い、生殖補助医療にかかわる者の権限やその情報を一定のコントロールのもとにおくことや、DIによって生まれた子の出自を知る権利を保障している¹⁹⁵⁾。

同法によると、プロバイダ（生殖補助医療実施機関）は、ドナーに関する名前、性別、住所、生年月日、出生地・国、身長、目と髪の色、民族性と文化的属性、マオリ族の場合は、属性、病歴（ドナー、ドナーの両親、

193) 南・前掲注(126)205～206頁。

194) 才村・前掲注(176)58頁、梅澤彩「生殖補助医療における子の出自を知る権利の現状と課題—ニュージーランドにおける生殖補助技術法を参考に」椋山女学園大学研究論集（社会科学篇）40号（2009）108頁以下。

195) 梅澤彩「ニュージーランド生殖補助医療法における子の出自を知る権利について」年報医事法学23号（2008）41頁。

祖父母, ドナーの子, ドナーの兄弟), 提供した理由の情報を登録入手しなければならない (47条 1 項)。また, プロバイダはドナーによって生まれた子の生年月日, 出生地, 性別, 名前の情報を確実に入手しなければならない (53条)。この情報は, プロバイダと政府の登録局で保管し, プロバイダは誕生から50年の有効期間までに, またはプロバイダが後任者なく閉鎖された時は, 登録局へドナーの情報を提供しなければならない (48条 2 項)。提供された登録局は情報を無期限に保存しなければならない (48条 3 項)。情報へのアクセス権限のある者は, ドナーによって生まれた18歳以上の子と, 18歳未満のドナーによって生まれた子の後見人である。ただし, 18歳の未満の子に対しては, ドナーを特定しない情報のみ与える (50条)。ドナーによって生まれた子が16歳または17歳である場合は, 家庭裁判所の承認があれば, ドナーによって生まれた18歳とみなし, 自らアクセスすることができる (65条)。

なお, プロバイダは, 将来のドナー提供者, 提供に受ける将来の者が治療をするまえに, 情報の登録と開示の必要性および生まれた子に対する出自の告知の重要性, カウンセリングの利用などを説明しなければならない (46条)。

DI の出自を知る権利に関して約30年研究してきたケン・ダニエルズ (Ken Daniels) は, ニュージーランドが ART においてオープンさと正直さへの動きを世界に立って推し進める国になった要因として三つの理由を挙げている。まず, 人口規模400万人であり, たいていの専門家は顔見知りであって, 意見交換が容易であること, 1980年代から不妊カウンセラーと看護師や医師たちが告知の重要性について意見交換をしたこと, 1988年設立された不妊治療協会がオープンさを奨励し, 全土の医師たちに影響を与えたこと, DI によって家族を作ること的心理社会的時点を受け入れ, 政策と実践に組み入れようになったことである。二つ目は, 1985年成人養子情報法が施行され, 20歳になった養子は生みの親とか親の特定情報にアクセスできること, 現在では, オープンアドプション (実親と養親とが交

流）が一般的であることなど、養子縁組政策とその実施である。三つ目は、マオリ族の家系（ファカパパ）において家族は、核家族と、先祖によってつながりのある親族（ワナウ）との2種類があり、ワナウは子にとっても重要な血筋を知ることにつながり、種々の権利決定にもかかるものであった。ファカパパの保護のため、生まれた子が自分たちの遺伝上の両親を特定できる情報にアクセスできることが不可欠となり、そのようなマオリ族の価値観をすべて公共政策や政策実施に取り入れることになったことである¹⁹⁶⁾。このようにニュージーランドでは、先住民の伝統的慣習や家族観など文化的多様性を国の政策として受け入れたこと、養子と実親との交流や AID 子とドナーの交流ができるようにしていることが、子の出自を知る権利についての法律制定の背景にある。

4 小 括

以上のことから、非配偶者間生殖補助医療によって生まれた子にとって、自己の出自を知る権利を認めることが、子にどんな影響をあたえるか、そしてその権利を保障するために、どんな制度が設けられなければならないのか整理してみたい。

まず、AID によって子をもうけた親の意識調査では、夫婦の大多数が子に事実を伝える意志は持っていなかったが、子が偶然に自分の出自を知ることになった時は、子の意思を尊重して積極的あるいは非積極的に提供者を会えるように協力するとした。親は出自を知る権利はある程度尊重するが、子への告知には、否定的であることがわかった。ただし、現行のシステムでは提供者の匿名性が原則であり、子の出自を知る権利について情報提供されていないことを踏まえる必要がある。

AID によって生まれた子の意識調査では、大人になって自己の出自を知ることになったときは、ショック、不安、怒り、悲しいなどの否定的な

196) 才村・前掲注(176)59～60頁。

感情であったが、徐々に安心感、解放感、嬉しさ、親への親密感などの肯定的な感情に変化した。また、より早い時期に事実を知ったほうがよかったとの意見があり、幼児期に両親から事実を聞いた場合には、ショックや否定的な感情を感じたこともなく、その事実を自然に受け入れ、親子関係も親密であったという。このことから、隠して偶然にその事実が発覚されるより、幼児期に両親からの告知は、親子関係において親密感と信頼関係を築くのに、重要であることを示唆している。

「出自を知る権利」に対する意識調査では、子への告知は、過半数以上が伝えるべきであり、75.7%が両親から告げて欲しいと答えた。また、生殖補助実施する際には、出自を知る権利は認められるべきであるという意見も高校79.1%、大学90%で、非常に高い数字をみせ、「出自を知る権利」は子にとって重要な権利であり、子はその権利を行使するかいなかは本人の選択であることがわかった。潜在的提供者と生殖補助医療実施機関への意識調査では、子の「遺伝的親を知りたい」ということには共感するが、事実の告知は、親が決定する問題であるという意見が多かった。また、提供者の匿名性が保持されないと、「提供しない」という意見が過半数であり、実施機関も提供者が減少し、将来のトラブルを防止するため、匿名性を保持すべきであるとする。意識調査では、AIDによって生まれた子、AIDによって子をもうけた親、潜在的提供者、生殖補助医療機関など、子の出自を知る権利について大きな差がある。しかし、何よりも優先すべきは、AIDによって生まれた子の利益である。子の出自を知る権利を保障するために、子の出自を知る権利の重要性とその事実を子に告知する必要性など、専門家によるインフォームド・コンセント及び子が出自を知る権利を行使するための情報を保管する公的機関の設置に努めるべきであると思われる。

日本の公的機関の議論をみると、2000年の専門委員会報告書では、匿名性の保持すべきであるという理由をあげながら、提供者を特定することができない情報を、提供者が承認した範囲内のみ開示することができるとし

て、子の出自を知る権利より提供者の匿名性の保持を重要視した。しかし、2003年の生殖補助医療部会報告書では、提供を受ける者との関係では、提供者の匿名性を保持するが、子の知る権利は生まれてくる子のアイデンティティの確立のために重要であり、子の福祉観点から、提供者を特定できる情報まで知ることができるとした。また、子が出自を知る権利を行使するためには、両親からの告知が必要であり、そのため、インフォームド・コンセントやカウンセリングの保障されるべきであるとする。このように公的機関の報告書においては、出自を知る権利の保障が盛り込まれているが、「子の出自を知る権利を認める」という法制化の動きはない。

一方、子の出自を知る権利を認めている国では、非配偶者間生殖補助医療の実施において子の出自を知る権利を法的に保障しており、そのために匿名性を廃止した。廃止するにあたっては、「匿名性を廃止すると、提供者が減少する虞がある」という意見と「そうしても子の出自を知る権利を認めるべきである」という意見が対立してきたが、現在では、「生まれた子のアイデンティティの確立と子の福祉を優先する」という方向に進んでいる。子の出自を知る権利を保障するためには、ドナー提供者、その提供を受けた親、そして生まれた子に関する情報の登録制度とその管理が不可欠である。そのため、生殖補助医療施術機関が情報を保管し、さらに生殖補助医療を管理運営する機関を設置して無期限で保管するようにしている。また、子が出自を知る権利を行使するためには、その事実を子に伝えること、つまり告知することが重要である。親の告知義務の規定まではないが、子の出自を知る権利を認める国では、告知の必要性を知り、出生証明書に子自身の出自に関する情報をいれた「追加文書」を添付したり、将来のドナー提供者やその提供をうける将来の者が治療をするにあたって、情報の保管および出自の告知の重要性などを説明して同意を与える（インフォームド・コンセント）ことやそのときのカウンセリングの機会を与えることなど、様々な方法を取っている。

以上のように、様々な方法を模索して子の出自を知る権利を認めることは、隠されていたことへの不信に対応して、信頼に基づく親子関係を構築することであり、子の自己のアイデンティティを知りたいという欲求に答えることである¹⁹⁷⁾。AIDによって生まれた子の場合、遺伝的なルーツに気づいたとき、人格的自己形成過程で心理葛藤に苦しむであろう。代理懐胎によって生まれた子は、遺伝的なことについては、悩みがないかもしれないが、第三者がかかわることについてはAIDとは違いがない。自己がどのように生まれたのかを知ることは、代理懐胎によって生まれた子にとっても重要であると思われる。

ところで、AIDで生まれた子の出自に関して、「知らずにいる権利」という考え方がありますが、「DIによって生まれた子に安易に適用することは、DIという事実は秘密であるべきだとする社会の欲求、DIによる出自を子に伝えることへの親の恐れ、に象徴される『社会病』を、かえって「子」の権利の名の下に隠蔽し、DI子とその『病』を一身に背負って生きていかねばならないという現状を追認してしまうことにつながりかねない」という指摘がある¹⁹⁸⁾。これは代理懐胎によって生まれた子にも、あてはまると思う。

また、子の出自を知る権利を容認することによって、精子提供者が激減し、不妊治療に支障をきたすおそれがあるという指摘もなされている。現にドナーの匿名性を廃止したオーストラリアのビクトリア州では、近年ドナーの不足が深刻となっていると言われて¹⁹⁹⁾。しかし、2005年よりドナーの匿名性を廃止したイギリスにおける報告では、ドナーの匿名性廃止にもかかわらず、2006年までの12ヶ月間で、ドナーの数が6%増加したという²⁰⁰⁾。「子の出自を知る権利」を認めるとしても、ドナーが減少する

197) 二宮・前掲注(173)40頁。

198) 南・前掲注(126)57頁。

199) 南・前掲注(126)129頁。

200) 南・前掲注(126)134頁。

という実際のデータもなく、もしそうなっても、この権利の承認の妨げにはならない。

非配偶者間人工授精で生まれた人の自助グループ会員は、「自己の遺伝的ルーツを知りたいと思うのは当然なこと、だれでも自己が AID で生まれたと知れば、自己のルーツがどこにあるのかを知りたいと思う。この技術を考えるときに、親はそれを選ぶ、もしくは選ばないという選択ができるが、子にはこの技術で生まれてきたという事実を受け入れて生きていくしかない、そう考えた場合、生まれた子にとって最善の環境が整えられることが一番重要である。そのためには、親の積極的告知とこの技術を親自身が肯定することや、一度崩れてしまった自分を再構築するための個人の特定できる情報と相談できる人や機関などの環境が必要である」と主張した²⁰¹⁾。AID によって生まれた人の主張のように、子には、自己がどのように生まれたのかという事実と自己を産んだ者が誰なのか、つまり自己のアイデンティティの確立のために、子には自己の知る権利が保障されなければならない。その権利を保障し、行使するために、自己の出自を知った子やその子の家族、ドナーへのサポートが必要であり、また具体的にどのようなシステムを構築していくのかについては、引き続いて検討していくべき課題である。

第 6 章 立法の必要性とその課題

第 1 節 立法の必要性

韓国のソウル地方警察庁国際犯罪捜査部は、2011年9月30日にインターネットで20代後半から30代前半の女性の代理母を募集して、不妊夫婦への卵子提供および代理懐胎を斡旋した斡旋者と営利目的に卵子を提供した

201) 非配偶者間人工授精で生まれた人の自助グループ会員「子どもの出自を知る権利について—AID（非配偶者間人工授精）で生まれた子どもの立場から」学術の動向15巻5号（2010）46頁以下。

人、斡旋者に協力した看護補助者を拘束したと発表した²⁰²⁾。韓国は、「生命倫理および安全に関する法律」²⁰³⁾によって、営利目的の精子・卵子・胚の提供については、処罰されるが、代理懐胎については、規制する法律はないため、内密に商業的な代理懐胎が行われている。日本も、日本産科婦人科学会の会告による自主規制によって、代理懐胎を禁止されているが、アメリカやインドなどの海外で代理懐胎を実施したことが公表されており、日本国内で唯一、代理懐胎を支持し、代理懐胎を実施している長野県の諏訪マタニティーの根津医師から、不妊女性の母と（義）姉妹が不妊女性に代わって非商業的な代理懐胎によって出産していると公表された。日本産科婦人科学会の会告は、強制力も罰則もない会員に対するものであり、日本も代理懐胎を規制する法律がない状況である。

こうした日韓における代理懐胎の実施は、第 1 章および第 2 章の報道資料、裁判例で明らかになったように、社会的・倫理的・法的な問題を生じている。商業的な代理懐胎は、経済的に苦しい女性および第三世界の女性が用いられ、女性の生殖能力が搾取の対象になっており、非商業的な代理懐胎の場合には、身内の女性が、母は娘のために高齢の危険な出産を、（義）姉妹は可愛そうな（義）姉や妹のためにという家族の無言の圧力で行われることが多いものと推測される。さらに、家族のあり方、子を持つ・持たないことの意味についての正確なカウンセリングを受けず、また、不妊治療による多大な精神的・身体的なリスクへの情報を得ないまま、実施されている。なにより深刻な問題は、それによって生まれた子をめぐる争いである。日本、韓国は、代理懐胎によって生まれた子との親子関係を定める明文上の規定もないからである。近来、行われている代理懐胎を実態を考えると、学説および裁判例のみに委ねてはならないと思われる。

202) http://news.sbs.co.kr/section_news/news_read.jsp?news_id=N1000997905

203) http://likms.assembly.go.kr/law/jsp/Law.jsp?WORK_TYPE=LAW_BON&LAW_ID=A1836&PROM_NO=09932&PROM_DT=20100118&HanChk=Y

一定の条件の下で代理懐胎を認めている欧米諸国のように、代理懐胎に関わる当事者たち、つまり、依頼者夫婦、代理懐胎を受け入れた女性、それによって生まれた子に対する最大限の各々利益を保護するための立法を通じて法制度の中に取り入れ、具体的に生じる問題に対応すべきであろう。

第3章で紹介した代理懐胎を認めている国々は、日本と韓国ならではの血縁を重視する独特な東洋の文化とは異なるはずであるが、東西古今を問わず、自分たちの子をもうけることに対する願いには違いはない。代理懐胎を禁止しても、代理懐胎を禁止しているドイツやフランスの事例からもわかるように、海外の実施を通じて子をもうけたり、実際に内密に実施したりなど、完全に代理懐胎の実施を防ぐことはできないだろう。だからと言って、代理懐胎を無条件的に許容することにも問題は生じる。たとえば、国をあげて生殖ツーリズムを奨励しているインドでは、代理懐胎が外貨獲得のための重要な産業となっており、代理母を見つけやすいことおよび滞在費などの経費も安いことで、経済的地位が低い女性が利用されている。つまり、代理懐胎が商業化されると、女性を搾取することになる可能性がある。したがって、どのように接近していくのかについては、代理懐胎の実施を許容するが、イギリスおよびオーストラリア・ビクトリア州のように、立法によって要件を整えた場合に限ることが望ましいと思われる。そして、なによりも早急に代理懐胎の立法が必要であることは、それによって生まれてくる子がすでに存在しており、これからも代理懐胎によって生まれてくる子が誕生する可能性が高いからである。

第2節 公的運営管理機関設立の重要性

代理懐胎は、代理母と胎児・子に身体的・精神的リスクを与えるものであり、生まれてくる子の福祉の観点から望ましいものとはいえ、経済的格差による女性の生殖の商品化につながるおそれがあり、女性の自発的な意思決定ではなく、社会や家族の圧力によるおそれがあるという理由で否

定されている。しかし、代理懐胎を禁止しても、これによって生まれた子が存在することや、代理懐胎以外の方法では子を設けることができない不妊カップルの気持ちも考慮して、一定の条件および環境を整えて、代理懐胎を認めるべきであり、そのために、公的機関の設置が必要であると考えられる。代理懐胎の実施において、公的運営管理機関を設置することで、次のような役割を期待することができる。

第一に、女性の生殖が道具化・商品化されることへの歯止めができる。例えば、インドでは、代理母が外国人の依頼者夫婦から受け取る報酬は、3000～5000ドルで、労働者階級の年収の6～8倍に相当するという²⁰⁴⁾。そのため、代理母は中間下流所得層以下の出身者であり、代理懐胎契約を交わしているとしても非識字者のことが多い。妊娠が確認されると、分娩までの時期を自宅で過ごさせず入寮することになる。その理由は代理母と胎児の健康と生活管理の側面があると言われているが²⁰⁵⁾、クライアントの信頼や安心を得るための「管理」だという側面もある²⁰⁶⁾。しかし、欧米諸国より安価であり、かつ高い技術力で、外国からの依頼が多く、代理懐胎件数が増加し、それをめぐる問題が生じはじめた。そこでインド保健家族省は、2005年に、「生殖補助医療クリニックの認定、管理および規制に関する国家ガイドライン」をまとめたが、法的強制力がないため、違反例が多いとされている²⁰⁷⁾。

このように、代理懐胎が商業化されると経済的地位が低い女性が利用されるおそれがあり、代理懐胎の実施を管理・監督する公的機関なく、実施医師、代理母、依頼者カップルのみに委ねると、金銭授受の可否を確認することができなくなる。また、妊娠・出産に伴うリスクは、人によって異なるが、妊娠・出産は女性にとって決して安全なものとは言えない。死亡

204) 大野・前掲注(46)166～167頁。

205) 伊藤・前掲注(60)25頁。

206) 松雄・前掲注(61)167頁。

207) 伊藤・前掲注(60)26頁。

という結果以外を含めたりリスクも考えると、危険性克服の評価は容易ではないだろう。子をもうけるためであっても、女性の体に過重な負担をかけたり、命を脅かしたりすることは許されず、医師の適切な説明により、十分な理解をした当事者から自発的な承諾（インフォームド・コンセント）の下で実施されるべきであるのに、代理懐胎にかかわる当事者のみに任せると、実施医師と依頼者カップルの最終の目標である子を誕生させることに集中して、代理懐胎前後に伴う代理母の身体的・精神的な負担までは気使わないおそれがある。公的管理機関を設置して、代理懐胎に関する十分な情報提供と代理者の妊娠・出産へのケアリングなどを行うことが重要であり、これが充実できれば、完全とはいえないが、ある程度女性の体が単純に子を産む道具化になることや商品化されることを防止することができると思う。

第二に、女性の自由な自己決定権を実現することができる。日本や韓国において、代理懐胎を認めると、不妊女性又は代理懐胎者の自己の意思ではなく、家族および周囲の意思が決定的に作用することもありうる。韓国や日本はまだ「家」を重視する傾向があるため、不妊女性は夫の遺伝的子を代理母を通じて産まなければならない、また不妊女性のため、不妊女性の姉妹、義姉妹又は不妊女性の母が代理懐胎をしなければならないという社会になるおそれを考えると、家族間の代理懐胎を認めてはならないことであると思われる。公的機関が実施において依頼者カップルや代理母の情報を記録するとき、家族間の代理懐胎であるかどうかを確認することで、家族間に行われることを防止することができる。また、十分に情報を与えられた上で当事者が十分に相談し合うことができ必要な援助を専門家から受けること、当事者が自ら決定することができること、その決定に対して責任をもつことができるようにすることが重要である。公的機関を設置することで、代理懐胎の実施前に、当事者たちの自己決定を確保するように十分な情報の提供し、同意を得ることおよび実施前後でカウンセリング及び心理的なケアなどの支援することができる。

第三に、生まれてくる子の福利を保障することができる。代理懐胎によって生まれた子は、代理懐胎を依頼し、現在、自分を養育している母と自分を産んだ母と二人を持つことになる。このことを知った子が、自己のアイデンティティの問題として、出産した人が誰かを知りたいと思うことがあるかもしれない。そこで、子の出自を知る権利を保障する必要がある。現在、子の出自を知る権利は主として AID で生まれた子について議論されており、そこでは、ドナー提供者、その提供を受けた親、そして生まれた子に関する情報の登録制度とその管理が不可欠であるとされている。このことは代理懐胎にもあてはまる。そこで依頼者夫婦、代理懐胎者、生まれた子について、生殖補助医療施術機関が情報を保管した上で、さらに生殖補助医療を管理運営する機関を設置し、当事者たちの情報を集中的に無期限で保管するようにすれば、子が自己の出自を知ったときには、代理懐胎者の情報の開示請求ができ、生まれた子の福利を保障することができる。

一方、世界で最初に体外受精児が誕生したイギリスは²⁰⁸⁾、HFEA「ヒト受精及び胚研究認可庁 (Human Fertilisation and Embryology Authority)」のもとに、体外での治療および研究目的での胚の利用を一括して管理する制度的対応を整備した国である²⁰⁹⁾。HFEA の主な役割は、体外受精・人工授精の実施施設の認可およびそれを監督すること、ヒト胚を利用する研究施設の認可およびそれを監督すること、配偶者および胚の貯蔵を許可およびそれを監督すること、HFEA の許可活動の指針を示す「施行規程 (Code of Practice)」を作成すること、提供者、不妊治療をうけた人、それに生まれた子について情報を記録・保存すること、患者、提供者そして各診療所に、関連する助言と情報を提供すること、胚を利用する諸活動についての継続的に情報を収集すること、政府の諮問に対応することであ

208) 神里・前掲注(178)74頁。

209) 井上悠輔・神里彩子「イギリスにおけるヒト胚利用の公的審査体制の再編——受精・胚研究認可庁15年目の課題」生命倫理16巻1号(2006)108頁。

る²¹⁰⁾。

HFEA の権限のうち中核を占めるのは、「認可」および「施行規程」の政策である²¹¹⁾。特に、2008年「ヒト受精及び胚研究法 (Human Fertilisation and Embryology Act 2008)」の改正によって、同法に基づき設立された HFEA が同法の規定に従った生殖細胞および胚と関連される医療処置および研究活動、保管行為について許可付与権限を行使したり、医療機関、研究機関、保管機関を実施的に管轄するのに、基準とする具体的な内容を入れた「施行規程²¹²⁾」を改訂した。具体的には、スタッフの責任に関する事項、カウンセリング、十分な情報と書面同意に関する事項、多胎出産に関する事項、子の福利に関する事項、ドナー提供および代理懐胎など、総計32個の項目に対する基準と説明がなされている。この「施行規程」は、拘束力を有し、定期的に改正され、現在第8版に改訂された。

また、HFE 法の実効性確保のために HFEA によって許可された業務を行うのに、利用可能な関連書式を提供している²¹³⁾。関連書式には、HFEA の許可の下に行われる医療処置提供、研究活動の遂行、そして保管行為に対する許可や報告、許可の更新のようなことを処理するための書式、生殖細胞および胚を寄贈・受贈し、代理懐胎など生殖補助医療を実施する場合の該当事者への登録のための書式や各種の同意のための書式などが含まれている。たとえば、「施行規程」で、他人の生殖細胞を用いた生殖補助医療の実施において、‘母 (mother)’ になる女性と ‘父 (father)’ になる男性、さらにもうひとりの ‘親 (parent)’ なる女性に対して、このような親子関係の確定に関する法的規定のみならず、生まれてくる子に対する親としての責任と義務を果すべきであるという点を説明する

210) 山崎康仕「英国におけるヒトの受精およびヒト胚研究に関する法の展開」国際文化学研究 (2009) 76頁。

211) 総合研究開発機構・川井健共編『生命科学の発展と法』(有斐閣, 2001) 144頁。

212) <http://www.hfea.gov.uk/code.html> 参照。

213) <http://www.hfea.gov.uk/fertility-clinic-forms.html> 参照。

ように規定している²¹⁴⁾。さらに、医療機関から当事者たちが生殖補助医療の実施において同意をしたのかについてはもちろん、親子関係を法的に確定するのに必ず要求される同意書を作成したかの可否を確認するようにしている²¹⁵⁾。

このように、イギリスでは、HFEA を設置して、胚の研究及び胚の保管を許可し、監視すること、提供者、不妊治療、そしてそれらの治療の結果として生まれる子についての情報の公式記録を保存すること、患者、提供者、診療所に、関連する助言と情報を提供すること、HFEA の許可活動の指針を示す施行規程を作成することなどに拡張し、生殖補助医療をコントロールしている。反面、日本では、生殖補助医療技術の統計的な情報の収集・管理・公表は日本産科婦人科学会が自主的に担っており、実際には個々の医師・医療者に委ねている。韓国も、自主的に生殖補助医療の実施機関が情報を記録・保管することになっている状況である。イギリスの公的機関の内容は、今後、日本と韓国で代理懐胎を含む生殖補助医療を管理・監督する公的機関を設置する際に、有益であろう。

第 3 節 親子関係の確立

ローマ法の「母は常に確定している (mater semper certa est)」という命題を、欧米諸国では、生殖補助医療から生じる親子関係の問題を解決するために法的に承認して、「分娩者が母である」ということを法律上の規定に置いた。しかし、日本と韓国の民法では、立法当時、自然生殖以外の方法で子を誕生させることを想定してなかったので、法律上に母子関係の規定を置かなくても、分娩という事実のみで母子関係が当然に発生するこ

214) <http://www.hfea.gov.uk/399.html>, HFEA の「Code of Practice」6. Legal parenthood guidance 6.1 および 6.2 参照。

215) <http://www.hfea.gov.uk/399.html>, HFEA の「Code of Practice」6. Legal parenthood guidance 6.3 および 6.4 参照。同意のために使用可能な書式としては、「WP form」と「PP form」を、同意の変更および撤回のための「WC form」も提供している。

とを前提にしていた。また、婚外子については、母の認知を要するという規定はあるが、判例によって、認知を俟たずに分娩の事実によって母子関係が当然に発生するとしている。

したがって、現行民法の解釈では、分娩した女性が母となる。生殖補助医療でも、夫婦の意思に基づいて行った AID よって生まれた子は、夫婦が子を養育するので「分娩した女性を母とする」という現行民法の枠内で解釈することが足りたが、代理懐胎においては、分娩した代理母が生まれた子の母親になるとするだけでは、代理母に、生まれた子を養育する意思がないため、子の福祉に反することになる。しかし、子の福祉の観点から、日本の裁判例²¹⁶⁾、報告書及び学説では、「分娩者を母とすることによって、子の誕生と同時に、外形的に明確な事実によって、生まれた子には必ず母がいることになり、子の福祉にかなう」ということで「分娩者＝母ルール」を維持すべきであるとする。そこで、子の福祉にかなうため、「養育意思」を重視し、生まれた子と依頼者夫婦との間に特別養子縁組による親子関係の創設を認めるべきであるという見解が多く、この見解を前提にして、神戸家裁姫路支部平成 20(2008)・12.26 審判²¹⁷⁾は、分娩者＝母ルールに立つとした上で、依頼者夫婦の受精卵を用いた代理懐胎により生まれた子と、依頼者夫婦との間に特別養子縁組により法的親子関係を認めた。

日本は1948年から、韓国は1953年から、非配偶者間人工授精が可能になり、生殖補助医療の施術は半世紀を超えている。特に、代理懐胎の場合には、現行民法の解釈論としては対応するのに限界があり、生まれた子の法的地位を安定させるために、立法によって、生まれた子の母子関係について「分娩した女性が母である」という規定を明文上に置くべきであると思われる。

216) 最高裁平成 19(2007)・3・23 決定の補足意見 前掲注(99)参照。

217) 前掲注(112)参照。

一方、イギリスおよびオーストラリア・ビクトリア州では、「分娩者＝母ルール」に立った上で、生まれた子の福祉のために、一定の条件の下で、裁判所の判決により依頼者カップルと子との間に法律上の親子関係を成立させる仕組みを取っている。つまり、原則として、「分娩した女性が子の母となる」が、一定の条件を満たせば、裁判所による「親決定命令」を通じて、依頼者カップルと生まれた子との間に親子関係が成立する。イギリスは、2008年、「ヒト受精及び胚研究法 (Human Fertilisation and Embryology Act)²¹⁸⁾」で、原則として子を分娩した女性が母となる「分娩者＝母ルール」が採用されている (第33条)。この33条の規定によると、代理母が母になるから、代理懐胎によって生まれた子の親となろうと意図した依頼者夫婦を子の親とするために「親の決定命令 (parental orders)」の規定を置き、法律婚だけでなく、パートナー関係や持続している家族関係で住んでいるパートナーの一人が生殖補助医療を受けた場合でも親になる条件を満たせば、親になることができるという規定を整えた。オーストラリアのビクトリア州でも、「子どもの地位法 (Status of Children Act 1974)」では、原則的に、出産 (分娩) した女性が母であり、その夫が父であると推定されが、「生殖補助治療法 (Assisted Reproductive Treatment Act 2008)²¹⁹⁾」によって、依頼者夫婦が裁判所に「親決定命令」を申請することができ、裁判所から親決定命令を受けた場合は、生まれた子の法的親となることになった。

これに対して、特別養子縁組の場合は、日本では、養親から離縁をすることはできないが、例外的に実父母によって特別養子縁組の離縁を請求できること (民法817条の10)、韓国では、養親からも特別養子縁組の離縁を請求することができることから (韓国民法908条の5)、いつか子をめぐり争いが生じる可能性が残っている点を考えると、イギリスおよびオースト

218) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf

219) 南・前掲注(126)197頁以下。

ラリア・ビクトリア州が取っている制度は、子の法的地位をより安定的に確保することができるという点ですぐれているように思われる。日本、韓国でも親決定命令を可能とする制度を認めるべきである²²⁰⁾。

親決定命令制度は、誰が生殖補助医療を利用することができるかと密接に結びついている。たとえば、パートナー関係を法的に認めるイギリスでは、女性パートナー関係および独身女性の生殖補助医療技術の利用を法的に許容し、分娩した女性が子の「母 (mother)」であり、そのパートナーがもう一人の「親 (parent)」としている。このような法的措置は、イギリスの文化的現実を表したことであるかもしれないが、父の存在を要求せず、多様な家庭を尊重しており、親のジェンダーより子の福利および最善の利益のために、親の能力、資格などを重視しているものと思われる。また、カイロ宣言で、「すべてのカップルと個人」が、生殖の自由と権利を有することが保障されており、代理懐胎を含む生殖補助医療は、不妊とい

220) 親決定命令制度の導入の時、日本の場合、戸籍の記載方法は次のようなことが考えられる。特別養子縁組の場合と同様に、子の父母欄には、親決定命令で確定した父・母（つまり依頼者）を記載し、身分事項欄に、「〇年〇月〇日、法律〇〇号〇条（注：親決定命令制度を規定した法律）による裁判確定同月〇日〇〇戸籍から入籍」と記載する。代理母の戸籍には、子を出産した事実を記載した上で、親決定命令が下されると同時に、代理母の戸籍から除籍し、子1人の単独戸籍を編製する。その上で、単独戸籍から依頼者の戸籍に入籍し、単独戸籍を除籍する。子の出自を知る権利保障の一つとして位置づける。

韓国は、2008年1月1日から、戸籍制度が廃止され、新しい「家族関係登録制度」が施行されており、証明の目的によって、家族関係証明書、基本証明書、婚姻関係証明書、入養関係証明書、親養子関係証明書が発給される。韓国の場合、代理懐胎によって生まれた子の家族関係登録の記載方法は、次のようなことが考えられる。代理母の「家族関係証明書」の家族事項「子女」には、出産した子の氏名を記載する。裁判所の親決定命令の後、子の「家族関係証明書」の家族事項「父」「母」には、親決定命令で確定した父・母を記載する。「基本証明書」には、本人の出生・死亡・改名の人的事項のみ記載され、「家族関係証明書」の父母欄にも、親決定命令で確定した父母の名前が記載されるから、子本人の人権を守ることができる。また、「親決定証明書」のような類型を設けて、その証明書に親決定の内容と代理母の名前および住民登録番号（韓国の国民は出生届出と同時に付与される）を記載することで、子の出自を知る権利も保障できると思われる。要するに、代理懐胎を秘密にするのではなく、オープンなものにして子や代理母の尊厳を守るのである。

う治療を目的とするから、医療行為であるとすれば、日本、韓国でも、利用できる人を法律婚夫婦に限定することなく、安定的に子育てに関わることのできる人を親として認め、利用できる人を拡大していくべきである。

第 4 節 子の出自を知る権利の保障

子の出自を知る権利は、人格的生存に必要な不可欠な重要な権利であることから、日本では、憲法13条後段と、親を知る権利について保障する「子どもの権利条約の7条1項」の規定を根拠に認められる権利であると解されている。しかし、日韓とも、各々1949年、1953年に AID によって子が生まれ、今まで、日本も韓国も1万以上の子がこの方法で生まれているといわれているが、日韓とも子の出自を知る権利が保障されておらず、現在、精子提供者のプライバシーの保護のため、匿名性で提供が行われており、さらに実施医療機関の精子提供者の情報の保存は義務ではないから、AID によって生まれた子が偶然にその事実を知って、精子提供者の情報を知りたいと思っても、子が出自を知る権利を行使することもできないのが現実である。

AID によって生まれた子の意識調査によれば²²¹⁾、幼児期の両親からの告知は、親子関係において親密感と信頼関係を築くのに重要であること、および出自の知る権利を行使するためには、子が幼児期に両親から真実を告知されることが重要であることを示唆している。子を持つ権利、あるいは子を産む権利の行使においては、生まれてくる子の利益、特にその人間としての尊厳性を損なうことになってはならず、法によって自分の出生に関わる情報が閉ざされることは、自己の存在の社会的受容の問題が軽視され、されにその根底にある人間としての尊厳性を無視され否定されることにほかならない²²²⁾。そこで、子の視点に立った立法が必要であり、その

221) 仙波・柘植・長沖・清水・日下・前掲注(161)147頁以下。

222) 深谷・前掲注(151)134～138頁。

事実をオープンなものにすることができる環境を作ることが必要であると思う。

さらに、子はその権利を行使するためには、専門家による子の出自を知る権利の重要性とその事実を子に告知する必要性など、精子・卵子・胚の提供者、代理母および提供を受けて施術をしようとする者、代理懐胎を依頼する者に対するインフォームド・コンセントが必要である。さらに生殖補助医療を実施する医療機関は、上記の人たちのほかに、それによって生まれた子の情報を記録し、その情報を公的機関に報告するようにして、公的機関は、無期限で集中的に情報を保管し、子が出自を知る権利を行使するに当たって、それを提供しなければならない制度をつくるべきである。

一方、子の出自を知る権利を認めているイギリス、オーストラリア・ビクトリア州、ニュージーランドなどでは、非配偶者間生殖補助医療の実施において子の出自を知る権利を法的に保障しており、そのために匿名性を廃止している。子が出自を知る権利を行使するためには、その事実を子に伝えること、つまり告知することが重要である。親の告知義務の規定までではないが、子の出自を知る権利を認める国では、告知の必要性を知り、出生証明書に子自身の出自に関する情報をいれた「追加文書」を添付したり、将来のドナー提供者やその提供をうける将来の者が治療をするにあたって、情報の保管および出自の告知の重要性などを説明して同意をえる（インフォームド・コンセント）ことやそのときのカウンセリングの機会を与えることなど、様々な方法を取っている。このような制度は、今後の日韓における法整備の際に参考になるとと思われる。

二宮教授の指摘のように、生命の誕生に関わる者は、子の誕生後の育みに関わるべきであり、子の出自を知る権利を肯定する方向で詰めるべきである。子の出自を知る権利は、隠されていたことへの不信に対応して、信頼に基づく親子関係を構築することであり、さらに子の自己のアイデンティティの確立において重要なものであるから、それが保障されないのであれば、子を人為的に誕生させる技術は行われるべきではないと思う。

他方、子の出自を知ることができる年齢については、AID 児の自己の出自を知る権利を行使するには生殖に関する理解力が備わっていなければならないが、AID 親と子の間に確たる信頼関係が築かれていることが、自己の出自を知ることが人格形成に役立つ上で必要であり、それが不十分であれば人格形成にかえって悪い影響を及ぼすおそれがあるから、思春期・青年期まではパターンリスティックな見地から子の出自を知る権利の行使は制限されるべきであるとする見解がある²²³⁾。また、憲法上の権利の多くは、その行使に成熟した判断能力を必要とするため、AID 子が成人してからという条件を付すこと、およびドナー情報の保存・管理に加えて、どんな内容の情報を誰がいかなる手段で開示請求できるのか等を法律で定めておく必要があるとする²²⁴⁾。

私見も、子が出自を知る権利を行使して、精子などの提供者や代理母の個人情報の開示を請求することができる年齢については、生殖に関する理解力、不妊および生殖補助医療を用いて子をもうけることへの意味、親子関係の絆など、カウンセリングを前提にして、こうしたことを理解することができる判断能力が必要であると考えられる。現時点では、カウンセリングを前提に成年年齢に合わせるべきではないかと考えている。

おわりに

生命科学技術および医療技術の著しい発達に伴って、人為的な生命誕生まで可能になってきた。特に、生殖補助医療技術は、不妊で悩んだカップルに人工授精および体外受精を通じて子をもうけることができるようにした。さらに、先天的に子宮をもたない女性および治療として子宮の摘出を受けた女性も、自己と遺伝的につながる子を第三者の女性に産んでもらう

223) 所・前掲注(148)94～95頁。

224) 小泉・前掲注(149)53～54頁。

こともできるようになった。

しかし、代理懐胎の実施において予想外の問題が提起され、代理懐胎については、当事者の自己決定、人間の尊厳および子の福祉による制約のあり方、関連学会の自主規制の実効性と限界などが議論されている。これらの問題に対する見解は最も鋭く対立しており、日本では、なかなか先に進まず、同じ議論を繰り返す傾向がある。韓国では、シバジという慣習以来、仲介者を通じて内密に行われているのに、日本のように学界や政府から代理懐胎をめぐる問題を解決しようとする意志もないような印象を受ける。特に、韓国では、生命倫理への法的関与について、宗教団体や女性団体の意見が無視できない。韓国キリスト教生命倫理協会は、生まれてくる子の福祉の観点から、人間の尊厳と価値の観点から、代理懐胎の過程に伴う余剰胚の生命権の観点から、代理懐胎を用いて子を誕生させる行為は、仲介行為の有無及び対価関係の有無は問わず、それ自体、許容してはならないとして、わずかな譲歩もなさそうである²²⁵⁾。さらに、韓国女性団体では、女性の体が取引の対象となっている点からは、代理懐胎を用いた出産は禁止すべきであるとしつつも、不妊夫婦の立場も考えると、代理懐胎はジレンマを抱いていると述べるにとどまり、実際に社会的問題となっている代理懐胎に関して判断を留保し、これを黙認しているのではないかも思われる²²⁶⁾。

このように立法化が進まない原因としては、代理懐胎についての見解の先鋭な対立によって、一致するコンセンサスを得ることが難しいからではないと思われる。たとえば、人の死の概念や臓器移植の許容性をめぐって脳死・臓器移植に対する社会的コンセンサス得るまでの厳しさを考えると、代理懐胎に対する社会的コンセンサスを得ることはもっと厳しくなるかもしれない。なぜなら、脳死・臓器移植は、誰でもすべての人間に生じ

225) <http://www.cbioethics.org/data/view.asp?sour=e>

226) Hankyoreh 21 第662号（2007年5月30日記事）。

る問題であるが、代理懐胎は、不妊で苦痛を受けているカップルのなかでも、女性の方に卵子はあるが、先天的にあるいは後天的に子宮がないため、子をもうけられない極めて少数のカップルにのみ限定されるからである。もちろん、社会的コンセンサスによってすべてが正当化されるわけではないが、社会の構成員の道徳的、宗教的などの見解が一致しなくても、個人の多様性や差異性の尊重も踏まえて代理懐胎規制のあり方を探ることが必要であろう。

このような社会的コンセンサスを形成していくためには、不妊に対する先入観と偏見が付きまとう社会から、不妊の事実を隠さなく言える社会や生殖補助医療を受けて子をもうけた事実を言える社会を作ることが重要である。また、代理懐胎をめぐる問題をマスメディアや団体を通じてオープンにし、代理懐胎に関する十分な情報を国民に正確に伝えなければならず、その情報について、公正な解説と責任ある批判がなされなければならない。そのためには、医療、法学、心理、倫理、生命科学などの多方面にわたる専門家たちの研究が必要であり、その研究を基づいて国民が議論に参加することができるように、世論調査や公開的な討論の場を作るべきである。

今日、家族の形態が血縁主義を脱して、オープンアドプション (open adoption) など縁組の事実を明らかにし、養子と実親との交流を保障する新しい形態の養子制度に変化しつつある事実を考慮すると、代理懐胎は血縁主義に固執する時代逆行的産物であるという批判もあるかもしれない。しかし、代理懐胎の施術はすでに可能であり、代理懐胎を禁止しても、外国の事例から見たように完全に防ぐこともできず、生まれてくる子が存在しているのが現実であるから、代理懐胎の是非や許容可否のみを議論せず、代理懐胎から生じうる問題をどのように予防するのか、どのように代理懐胎を適切に実施するのか、代理懐胎にかかわる当事者たちをどのように保護するのかなどについての規制のあり方を模索すべきではないだろうか。

比較法的にも、代理懐胎の規制の在り方については、各々の国の伝統、宗教、倫理、国民意識、医療システムおよび不妊夫婦、同性婚の承認などの社会的状況の変化に影響によって、代理懐胎の是非と許容可否に関して相違する立場を取っているが、代理懐胎を認めている国では、それによって生まれた子の利益保護を最善の目標にして現実に合わせて、またそれを考慮して現在でも新しい法律の制定及び改正が行われている。今後、代理懐胎の規制のあり方については難航が予想されるが、日韓、特に韓国の現在の状況は望ましいものではないと感じる。

本稿で最後に述べたように、女性の生殖が道具化・商品化されることへの歯止めとなり、また女性の自由な自己決定権を実現することができ、さらには生まれてくる子の福祉を保障することができるように、生殖補助医療のための公的運営管理機関を設置すること、子の法的地位をより安定的に確保するために、親決定命令を可能とする制度を認めること、依頼者夫婦および代理母の自己決定に対抗する権利として子の出自を知る権利を確保することの三点は、立法の際に不可欠のことであることを繰り返し強調しておきたい。

（完）