

生殖補助医療を伴う 親子関係事件における法形成

——司法の役割と課題の一考察——

北 出 裕 哉

(法学専攻 法政リサーチ・コース)

目 次

はじめに

第1章 司法における法形成

第1節 法形成の系譜

第1項 末弘巖太郎

第2項 第一次法解釈論争

第3項 利益衡量論の興隆

第2節 判決・決定の先例拘束性

第3節 日本の家族法の特徴と法形成

第2章 日本産科婦人科学会による自主規制と生殖補助医療の規律
——2000年代までの動向

第1節 学会の会告による自主規制

第2節 審議会等の意見

第3節 日本学術会議の提言

第3章 生殖補助医療による親子関係における法形成

第1節 死後懐胎の事案（最高裁平成18年9月4日判決）

第1項 事 実

第2項 判旨および法形成の概要

第3項 学 説

第2節 代理懐胎の事案（最高裁平成19年3月23日決定）

第1項 事 実

第2項 決定要旨および法形成の概要

第3項 学 説

第3節 性別変更後の AID の事案（最高裁平成25年12月10日決定）

第1項 事 実

第2項 決定要旨および法形成の概要

第3項 学 説

- 第4章 裁判による法形成後の生殖補助医療立法の動き
 - 第1節 近年の立法化の動き
 - 第1項 議員立法の動き
 - 第2項 政党内における動き
 - 第2節 生殖補助医療法の成立
 - 第5章 司法による親子関係の規律と生殖補助医療規制の影響
 - 第1節 親子関係について立法過程等の議論から判決・決定への影響
 - 第2節 親子関係について判決・決定から立法過程等への影響
 - 第3節 生殖補助医療実施の可否についての立法過程等の議論の判決・決定への影響
 - 第4節 生殖補助医療実施の可否についての判決・決定の立法過程等への影響
 - 第6章 司法の役割と課題
- 結 語

はじめに

20世紀後半から目覚ましい発展を遂げた生殖補助医療は、子の誕生を補助してきた。そして、それに伴って家族や子をもつことに対する価値観を変化させてきた。これら技術の発達や価値観の変化を前にして法制度はどのように整備されてきたか。もちろん、先進的な技術革新のスピードに対して法整備が多少の遅れをとることはやむを得ない。しかし、生殖補助医療に関する法律を各国が整備していく中で、日本では、長年、それが課題とされながらも、2020年の親子関係に関する特例法がようやく成立したばかりは、現時点においても十分な法整備がなされていない。本稿では、その法の欠缺を埋めるために、裁判所がどのように機能してきたのかを検討する。その上で、裁判所はどのような役割を担うべきであるかを論じる。また、生殖補助医療によって生まれた子の親子関係事件を通じて司法と立法過程等が相互に影響を与え合うことを明らかにすることも本論文の目的である。

第1章 司法における法形成

裁判官は制定法を解釈するのみか、あるいはその枠を一步越えて新たな法形成を行っているのか¹⁾。一見すると、制定法を解釈しているだけに見える裁判官も事実上、裁判を通じた法形成を行っていることは否定できない。抽象的文言の意味の確定の際には、裁判官による法形成の過程が伴う。このように裁判官は意識せずとも、目の前の事件に対して法的判断を行うことによって、法形成を行うことになる²⁾。

その裁判における法形成は大きく2つのパターンに分けられる。

1つ目は、法の欠缺を埋める役割である³⁾。これは、その法の目的から本来規定があるべきであるにもかかわらず、法の中に欠落部分が生じている場合に行われる。

2つ目は、制定法はあるが、その不備を是正することを目的とするものである⁴⁾。これは制定法の文理と逆の結論を出すこともあり、法の欠缺による法形成とは異なる。

以上のような司法における法形成は、裁判官の解釈において社会の変化が考慮要素になり、その影響を多分に受ける。つまり、社会の変化の中で、裁判も法形成も生じるのである。

第1節 法形成の系譜

第1項 末弘厳太郎

日本では大正時代にかけて論理的に矛盾のない法体系を構築しようとする概念法学が主流であった。この概念法学では、社会で起こるあらゆる問題に対して、制定法の中に答えがあると想定され、法解釈とはそれを発見して説明することになる⁵⁾。この考えは大正期以降の大きな社会変動が伴う時代に至っては、さまざまな限界を法学に突きつけた。

それに対して末弘厳太郎は、概念法学の問題点を指摘して具体的な事件

を処理するために裁判官が新たな法形成を行っていることを正面から認める⁶⁾。そして、判例が持つ事実上の先例拘束機能も認める。

末弘によれば、制定法が想定するような定型的な問題には、その法律をそのまま適用する。しかし、制定法が想定していないような問題が起こったときには法の欠缺が生じてしまう。その際に、まずは慣習法などの社会的規範を基準とするべきだが⁷⁾、それもない場合には、裁判官が全人格的判断を通じて法形成を行うべきとした⁸⁾。

第2項 第一次法解釈論争

その後、来栖三郎は末弘と同様、裁判による法形成を認めた上で、法の客観性に対して疑問を提起する。来栖によると、法解釈は客観的に一つのものではなく、複数の解釈の可能性があるとされる。そして、それは解釈者の主観的価値判断であり、その判断が個人的な価値判断に影響されることを主張した⁹⁾。この主張は大きな反響を呼び¹⁰⁾、裁判官が法解釈の下で、どのような法形成ができるかという裁判官の裁量の限界をめぐる議論に発展した¹¹⁾。

同じ時期に川島武宜は、来栖と同様、価値判断を重視した。その上で、価値判断の水掛け論にならない方法を模索していた¹²⁾。

このように、来栖や川島は裁判における法形成を認めた上で、議論を展開している。これらの議論は、法形成の系譜において大きな意義があるものであった。

第3項 利益衡量論の興隆

1960年代半ばから1970年代にかけては四大公害訴訟など、裁判所が積極的に被害者の救済に乗り出す必要のある事案が増加する。この頃、法解釈論は、利益衡量論が席卷する。その代表的論者が加藤一郎であった。加藤はこの利益衡量の際に、素人と同じレベルでの価値判断を行うべきであるとし、常識的なバランス感覚を重視した¹³⁾。

しかし、利益衡量論は制定法の拘束力を無視する、裁判官への信頼が過度であるなどの批判がなされ、第二次法解釈論争へと繋がっていく。その後、立法の時代を迎え、法解釈方法の議論は下火となっていく¹⁴⁾。

法社会学では、概念法学批判を前提として司法における法形成を認め、社会分析が必要であると主張してきた。本論文もこの流れを受けつつ、近年の家族法領域の法形成を論じる点で新たな試みをするものである。

第2節 判決・決定の先例拘束性

現在、裁判に法形成機能が認められることはほぼ異論がない。その上で、判決・決定においてどこが法形成機能を持つに至る先例拘束性があるのだろうか。

一般的に、英米法諸国と同様に、日本においても個別具体的事件の裁定に必要かつ十分な範囲で法的問題についての判断を示す一般的規準であるレイシオデシデンダイのみが先例拘束性を有すると考えられているが、傍論も先例として機能する場合が少なくない¹⁵⁾。これについて、田中成明は、議会・政府の自律的是正措置の促進や学説・世論の活発化に事実的效果を持つとして、肯定的に捉える¹⁶⁾。この田中の考えは、傍論が裁判において先例としての効果を持つことだけでなく、傍論が三権全てに事実上の効果をもつことや国民に対しても事実上の効果を持つことを明示する。

第3節 日本の家族法の特徴と法形成

第3章の前提として、日本家族法にはどのような特徴があるのか。

水野紀子によると、日本家族法は明治民法と同様に家族の自治を重要視する¹⁷⁾。明治民法は、起草過程において家族に対する介入を保障する条文が不要であるとして大幅に削除されたという経緯がある。また、家族倫理の維持は教育と道徳に任せるべきであり、権利義務として法律に規定すべきでないという意見も強かった¹⁸⁾。この傾向は戦後を迎えて自由と平等の観点から形式的に手直しをしたものの当事者の自律に多くを委ねる点は変

わっていない¹⁹⁾。

そのため、家族法領域においては裁判官の裁量が大きく、法形成の余地が多分にある。上記の末弘の議論をみても分かるように、一般的に法形成は法の欠缺があるところに現れる。そのため、そもそも規定がないことや合意を主とする規定を置いている場合には法形成の余地が大きくなる。また、家族法に規定があっても、家族観が時代とともに大きく変化してきたことや生殖補助医療の発達など立法当時に予測しえなかった状況が生じていることから、法形成の必要性が高まる。

家族法の中でも実親子関係は、家族内や個人の合意によって自由に形成できるものではなく²⁰⁾、私法である民法の中に存在しながら、公法的な特徴を持つ。そのため、家族法が過少であることや生殖補助医療についての法律が制定されていない以上、司法に法的判断が委ねられるが、民法の他の分野での法形成よりも困難に直面する。第3章で扱う判決・決定において親子関係を認める法形成への慎重論は、この特徴から生じるものであり、生殖補助医療によって生まれた子の親子法制を立法すべきとする議論も実親子関係についての規定がないことへの危機感から生じたものである。

第2章 日本産科婦人科学会による自主規制と 生殖補助医療の規律——2000年代までの動向

次章で扱う各事案以前においては、その強度に関して意見の差があったとはいえ、生殖補助医療に関する規律が必要であることが医学会および各関係省庁において意識されていた。

本章では、生殖補助医療に関する法律がない中で、次章で扱う死後懐胎・代理懐胎・非配偶者間人工授精（以下、AIDとする）がどのように規律がされていたのか、また、立法化に向けてどのような議論があったのかを概観する。

第1節 学会の会告による自主規制

日本産科婦人科学会の会告は、生殖補助医療に関する医療関係者・研究者のマニュアルとしての意味をもっており、生殖補助医療規制の中心的役割を果たしてきた²¹⁾。

その内容として死後懐胎は、1983年10月の「体外受精・胚移植に関する見解」²²⁾で、被実施者は婚姻しており、育児を希望する夫婦とされていたため、夫の死亡後にその凍結精子を用いて妻が懐胎する死後懐胎は禁止されていたと考えられる。その後、次章の死後懐胎に関する最高裁判決の後、2007年4月に「精子の凍結保存に関する見解」が出た。そこで凍結精子は、本人から廃棄の意思が表明されるかあるいは本人が死亡した場合に廃棄されることが明記された。

次に代理懐胎は、死後懐胎と同様、「体外受精・胚移植に関する見解」で、被実施者は婚姻しており育児を希望する夫婦で、心身ともに妊娠・分娩・育児に耐え得る状態である必要があるとされていた。そのため、受精卵を妻に戻すことが想定されており、代理懐胎は事実上できなかった²³⁾。その後、2003年4月に出された「代理懐胎に関する見解」において、代理懐胎の実施は認められないとして²⁴⁾、対価の授受の有無を問わず、代理懐胎を実施すること、実施に関与すること、斡旋することを禁止とした²⁵⁾。

AIDに関しては、1997年5月に出された『「非配偶者間人工授精と精子提供」に関する見解』において、被実施者は法的に婚姻している夫婦とされていた。現在は、「提供精子を用いた人工授精に関する見解」²⁶⁾が、被実施者は法的に婚姻している夫婦で心身ともに妊娠・分娩・育児に耐え得る状態にあるものとしている。

これらの規律の実効性については、日本産科婦人科学会に未加入の医師に対しては効力をもたず、除名されても医師を続けられること²⁷⁾や外国へ渡航すれば、会告による規律が及ばないため、その実効性が確実に担保されることがあまりないと言われる²⁸⁾。また、生殖補助医療に関する行為

規制の法律がないにもかかわらず、日本ではそれを営利目的で行う医師がいないことは法規制のない領域が自由であるという法的前提が確立していないことをその要因に挙げ²⁹⁾、会告よりも世間の力が生殖補助医療分野の法の欠缺を補っているとする意見がある。

第2節 審議会等の意見

日本産科婦人科学会会告による生殖補助医療に関する規律には限界があった。そのため、法整備の必要性から、厚生科学審議会生殖補助医療部会（以下、生殖補助医療部会とする）および法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会（以下、親子法制部会とする）が2000年代前半に設置された³⁰⁾。

これら2種類の審議会が設置されたのは、1998年10月21日に設置された旧厚生省の厚生科学審議会先端医療技術評価部会における生殖補助医療技術に関する専門委員会（以下、専門委員会とする）がきっかけであった³¹⁾。

専門委員会の検討結果として、2000年12月28日に「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療のあり方についての報告書」³²⁾（以下、専門委員会報告書とする）が出された³³⁾。以下でも、前節と同様に、行為規制と親子関係に分けて専門委員会報告書を紹介する。

行為規制について、死後懐胎は第三者が関与する生殖補助医療が検討の中心であったため、言及がない。代理懐胎は、人を専ら生殖の手段として扱ってはならないという基本的な考え方に反するため、代理母型・借り腹型³⁴⁾の2種類とも禁止する。AIDについては、精子の提供を受けなければ妊娠できない夫婦のみとする限定を付けながら容認した。

親子関係について死後懐胎には、言及がない。代理懐胎は、提供された卵子・胚によって子を妊娠・出産した人をその子の母とした。AIDは、妻が夫の同意を得て、提供された精子・胚による生殖補助医療により妊娠・出産した場合には、その夫の子とした。

この専門委員会報告書は、必要な制度整備を遅くとも3年以内に行うこ

とを求めるものであった。これを受けて、行為規制を検討するために、2001年6月11日に厚生労働省は生殖補助医療部会を設置し³⁵⁾、法務省は生殖補助医療を用いた際の親子関係を検討するために、2001年2月26日に親子法制部会の設置を決定した。

生殖補助医療部会の議論の末、2003年4月28日に「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」（以下、生殖補助医療部会報告書とする）が出された³⁶⁾。

生殖補助医療部会報告書の内容として死後懐胎は、提供者の死亡によって提供の意思を撤回することが不可能になるため、倫理上大きな問題があるとし、提供者の死亡が確認された場合には、提供された精子・卵子・胚は廃棄するとした。次章で扱う死後懐胎の事案は、提供精子を用いた事案ではないが、同意の撤回の困難性や子の出生時から親が存在しないことがこの報告書と共通している。代理懐胎・AIDは、専門委員会報告書と同様の内容である。

親子法制部会によって議論された結果、2003年7月15日に「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例法に関する要綱中間試案」（以下、親子法制部会要綱中間試案とする）が取りまとめられた³⁷⁾。死後懐胎は、補足説明で子は嫡出推定を受けないが、夫の死亡日から3年を経過しない間の認知の訴えは解釈が分かっていると明記された。上記の生殖補助医療部会で第三者提供以外の生殖補助医療一般の法的規律について具体的な結論を出すには至らなかったため、行為規制が不明確なまま親子関係について独自の規律を定めることは適当ではないとし、さらなる検討を行わないとした。代理懐胎・AIDは、専門委員会報告書と同内容である。代理懐胎は、生殖補助医療部会報告書が示す制度枠組みでは認められないものまたは同枠組みの外で行われるものも含むとしている。

生殖補助医療に関する行為規制および親子関係のそれぞれの議論とその結果が示され、厚生労働省が生殖補助医療部会報告書を元に法案を作ると

されていた³⁸⁾。しかし、法律は成立しなかった³⁹⁾。その理由としては、生殖補助医療は有権者の投票に結びつかないという政治的意図があること、生殖補助医療は社会的側面が大きく、法的規制にはそぐわないこと、議員によって賛否の反応が大きく異なるため議論が煮詰まらないこと、緊急性がないことなどが挙げられた⁴⁰⁾。

その後、親子法制部会も第19回会議をもって休止状態となった⁴¹⁾。生殖補助医療部会における行為規制を前提としつつ、親子法制部会では生殖補助医療により生まれた子の親子関係の検討を行っていたからである⁴²⁾。

結局、行為規制についてはそれまでと同様、日本産科婦人科学会の会告に委ねられ、親子関係は結果的に司法に判断が委ねられることになった。

第3節 日本学術会議の提言

前節で紹介した審議会の後、次章で検討する代理懐胎の事案が社会的な関心を生んだことや産婦人科医が日本産科婦人科学会の会告に違反して代理懐胎を行い、大きな話題になったこと⁴³⁾が要因となり、法務大臣および厚生労働大臣は連署で、日本学術会議に対して、生殖補助医療をめぐる諸問題の審議を依頼した。日本学術会議のような外部機関に審議依頼がなされるのは異例のことである⁴⁴⁾。

日本学術会議での議論の結果、2008年4月8日に「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〉」(以下、日本学術会議報告書)が出された。主に、代理懐胎に関して議論され、行為規制および親子関係それぞれの結論を出した。

代理懐胎は、法律による規制が必要であり、原則禁止とすることが望ましいとしている。一方で、先天的に子宮をもたない女性および子宮の摘出を受けた女性に限定した、厳重な管理の下での試行的実施は考慮されてよいとした。

代理懐胎によって生まれた子の親子関係は、代理懐胎者を母とした。そして、代理懐胎を依頼した者と生まれた子の親子関係は、養子縁組または

特別養子縁組によるとする。

日本学術会議報告書について、副委員長であった町野朔は、当初は意見の対立があり、両論併記でも仕方がないと考えていたが、まとめていくうちに意見が収斂していったとする⁴⁵⁾。一方で、検討委員会の外からは、代理懐胎の実情やそれを積極的に支持する人々の見解を十分に検討した上で、先行する現実と支持者の意見を否定するだけの説得力を持っているかを吟味することが不可欠であるが、それらが示されていないとされる⁴⁶⁾。

この提言も法案化に至らず、生殖補助医療の問題が解消されることはなかった。

第3章 生殖補助医療による親子関係における法形成

本章で扱う各事案の共通点は、生殖補助医療法がない中で、それによって生まれた子の親子関係が争われたことである。

また、これらは親子関係の事案であるため、レイシオデシデンダイにおいて親子関係の法形成がなされたものであるが、それに伴って生殖補助医療に関する促進または抑制が生じうるため、行為規制に直結する可能性がある。

第1節 死後懐胎の事案（最高裁平成18年9月4日判決）

第1項 事 実

AおよびBは平成9年に婚姻した。Aは婚姻前から白血病の治療を受けており、婚姻から半年後に骨髄移植手術を受けることになったため、無精子症になることを危惧し、平成10年6月に精子を冷凍保存した（以下、本件保存精子とする）。同年夏頃、AはBに自分が死亡した場合にBが再婚しなければ、自分の子を産んで欲しいと話した。Aは両親にも、自身が死亡した場合、Bに本件保存精子を用いて子を産み、家を継いでもらいたい意向を伝えていた。その後、平成11年8月に病院から不妊治療を再開する

承諾を得られていたが、Aは翌月に死亡した。BはAの両親と相談の上、本件保存精子で体外受精を行う決意をし、平成12年中に上記病院で体外受精を行い、平成13年5月にXを出産した。その後、Xが検察官Yに対して、Aの子である死後認知を求めた事案である。

第1審は⁴⁷⁾、①死者について性的交渉による受精はありえないため、自然的な受精・懐胎の過程から乖離が激しいこと、②法律上の父子関係が認められることで、子に負担をかけることも考えられることなどを理由として、Xの請求を棄却した。しかし、控訴審では⁴⁸⁾、①人工受精による懐胎において認知請求が認められるには、特段の事情がない限り、子と事実上の父との間に自然血縁的な親子関係が存在することに加えて、事実上の父の同意の存在という要件が必要である、②認知は自然血縁的な親子関係を客観的な認定により設定することを認めた制度であるから、懐胎時の事実上の父の存在を認知の要件とすることはできない、③AとXに自然血縁的な親子関係が存すること、④Aが本件保存精子を利用して、Bが懐胎して子を出産することについて同意していたことが認められるなどを理由としてXの請求を認めた。これに対して、Yは上告受理を申し立てた。

第2項 判旨および法形成の概要

「……現在では、生殖補助医療技術を用いた人工生殖は、自然生殖の過程の一部を代替するものにとどまらず、およそ自然生殖では不可能な懐胎も可能とするまでになっており、死後懐胎子はこのような人工生殖により出生した子に当たるところ、少なくとも死後懐胎子と死亡した父との間の親子関係を想定していないことは、明らかである。……親権に関しては、父が死後懐胎子の親権者になり得る余地はなく、扶養等に関しては、死後懐胎子が父から監護、養育、扶養を受けることはあり得ず、相続に関しては、死後懐胎子は父の相続人になり得ないのである。また、……代襲原因が死亡の場合には、代襲相続人が被代襲者を相続し得る立場にある者でな

なければならないと解されるから、被代襲者である父を相続し得る立場にない死後懐胎子は、父との関係で代襲相続人にもなり得ないというべきである。」

「その両者の間の法律上の親子関係の形成に関する問題は、本来的には、死亡した者の保存精子を用いる人工生殖に関する生命倫理、生まれてくる子の福祉、親子関係や親族関係を形成されることになる関係者の意識、更にはこれに関する社会一般の考え方等多角的な観点からの検討を行った上、親子関係を認めるか否か、認めるとした場合の要件や効果を定める立法によって解決されるべき問題であるといわなければならない、そのような立法がない以上、死後懐胎子と死亡した父との間の法律上の親子関係の形成は認められないというべきである。」

以上のように判示し、Xの請求を棄却した。なお、滝井繁男裁判官と今井功裁判官の補足意見がある。これらについては、次項以降で適宜触れる。

本判決以前、同様の事実で、XをAおよびBの嫡出子であるとして出生届を行っていた。この出生届は不受理となり、不服申立てを行ったが、認められなかった⁴⁹⁾。そこで、BはXを代理して、死後認知の訴えを起こした。結局、最高裁は凍結精子を用いて生まれた子から死亡した父への認知請求を認めないと判示した。ここから、夫の死後に凍結保存精子を用いて子を懐胎・出産しても、子と夫の親子関係は認められない法形成がなされたことになる。

第3項 学 説

死後懐胎で生まれた子の父子関係について学説は、嫡出子説、非嫡出子説、否定説がある。

まず、嫡出子説は、精子が母体内に射精された後、精子・卵子・受精卵はその由来した人の生死とは無関係に機能を保持しうるため、その由来した人が死亡しても法律関係においてまでその人を死亡したものと扱うことは不適當であるとする。そして、精子が凍結保存されている場合に、その

凍結精子が夫の死後に使用されて妻が子を出産した時には、生まれた子との関係において夫は死亡していなかったことになり、夫婦の婚姻関係も解消していないことになるため、嫡出子とすることが可能になるとする⁵⁰⁾。

非嫡出子説は、死後懐胎で生まれた子の認知が認められないと、父方の血族とは法律上の親子関係がないことになり、反対に認められると父方の親族に対して扶養請求権を持つため、父の死後3年以内の認知請求を認めるべきとする⁵¹⁾。

否定説は、死後認知について生命倫理、ジェンダーの視点、子の利益、他の事例とのバランスを考慮すべきであるとし、男性と女性の存在を前提に、両者の間の受精・懐胎を補助することと既に男性が死亡している段階で、死亡した者の精子を利用することには、同じ自然の過程で生殖できない現象でも、本質的な差異があるとする。そして、判決が先例として機能することに着目し、立法がなされるまでは現行法を無理に当てはめるべきではないとする⁵²⁾。また、女性の地位が低く共同体の抑圧も大きい日本において、死後懐胎で生まれた子の父子関係を認めることは、家の跡取りを産むようにという圧力が妻にかかりかねないとの見解もある⁵³⁾。

上記のように、学説において本判決の評価は分かれているが、ほとんどの学説は死後懐胎の実施には反対する。それを前提として、生殖補助医療の実施に対する否定的評価を親子関係の判断においても取り入れるかについては見解の相違がある。また、学説において、子の福祉という言葉が用いられるが、この用いられ方にも相違がある。父子関係を認める学説では、現に生まれてきた子の福祉を考え、結論を出しているのに対して、父子関係を否定する学説では、父子関係を認めると死後懐胎の実施を裁判所が追認したと捉えられかねない点を考慮して子の福祉を検討している。

第2節 代理懐胎の事案（最高裁平成19年3月23日決定）

第1項 事 実

X1 および X2 は、平成6年に婚姻をした夫婦である。X2 は平成12年、

子宮頸部がんの治療のため、子宮摘出および骨盤内リンパ節剥離手術を受けた。この際、自己の卵巣を骨盤の外に移して温存した。平成15年に、Xらは米国ネバダ州在住の女性Aによる代理懐胎を試みることになり、X2の卵子にX1の精子を人工的に受精させ、Aの子宮に移植した。同年5月6日、XらはAおよびその夫B（以下、AB夫妻とする）との間で、有償の代理出産契約を締結した。同年11月、Aは双子の本件子らを出産した。同年12月、Xらからの申立てを受けて、ネバダ州裁判所は「出生証明書及びその他の記録に対する申立人らの氏名の記録についての取決め及び命令」を出した。その後、ネバダ州は平成15年12月31日付けで、X1を父、X2を母と記載した出生証明書を発行した。平成16年1月、Xらは本件子らを連れて日本に帰国し、同月22日、品川区長Yに対して、X1を父、X2を母と記載した嫡出子としての出生届を提出した。しかし、Yは同年5月28日、X2による出産の事実が認められないとして本件出生届を受理しない処分をした。そこで、Xらは本件出生届の受理を命じることを求める不服申立てを行った。

第1審は⁵⁴⁾、本件ではX2による分娩の事実が認められないため、本件出生届の不受理を適法であるとした。しかし、抗告審では⁵⁵⁾、①Xらと本件子らは血縁関係を有すること、②Xらの遺伝子を受け継ぐためには代理懐胎以外の方法にはなかったこと、③Xらに養育されることがもつともその福祉に適うことなどからネバダ州における裁判が民事訴訟法118条3号にいう公序良俗に反しないとして民事訴訟法118条の要件を満たすものであるとしてYに本件出生届の受理を命じた。そこで、Yが許可抗告を申し立てた。

第2項 決定要旨および法形成の概要

「……実親子関係を定める基準は一義的に明確なものでなければならず、かつ、実親子関係の存否はその基準によって一律に決せられるべきものである。したがって、我が国の身分法秩序を定めた民法は、同法に定める場

合に限って実親子関係を認め、それ以外の場合は実親子関係の成立を認めない趣旨であると解すべきである。以上からすれば、民法が実親子関係を認めていない者の間にその成立を認める内容の外国裁判所の裁判は、我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものであり、民訴法118条3号にいう公の秩序に反するといわなければならない。」

「……実親子関係が公益及び子の福祉に深くかかわるものであり、一義的に明確な基準によって一律に決せられるべきであることにかんがみると、現行民法の解釈としては、出生した子を懐胎し出産した女性をその子の母と解さざるを得ず、その子を懐胎、出産していない女性との間には、その女性が卵子を提供した場合であっても、母子関係の成立を認めることはできない。」

「……現実に代理出産という民法の想定していない事態が生じており、今後もそのような事態が引き続き生じ得ることが予想される以上、代理出産については法制度としてどう取り扱うかが改めて検討されるべき状況にある。この問題に関しては、医学的な観点からの問題、関係者間に生ずることが予想される問題、生まれてくる子の福祉などの諸問題につき、遺伝的なつながりのある子を持ちたいとする真しな希望及び他の女性に出産を依頼することについての社会一般の倫理的感情を踏まえて、医療法制、親子法制の両面にわたる検討が必要になると考えられ、立法による速やかな対応が強く望まれるところである。」

以上のように、Xの申立てを棄却した。なお、津野修裁判官・古田祐紀裁判官の補足意見と今井功裁判官の補足意見がある。これらは、次項以降で適宜触れる。

本決定は、代理懐胎によって生まれた子と依頼者の嫡出母子関係を認めないと判断したものである。本決定以前には、夫の精子と提供卵子を用いて他の女性に代理懐胎を実施したが、妻が50歳を超えていたため、代理懐胎であることが発覚した事案があった。この事案では、出生届の受理を求めて最高裁まで争われたが、認められなかった⁵⁶⁾。本件は、依頼者と本件

子らに血縁関係がある点が、以前の事案とは異なる。結局、本件でも、X2と本件子らの嫡出母子関係は認められなかったため、夫の精子と妻の卵子を用いて代理懐胎を依頼した場合でも、依頼者母と子の嫡出母子関係が認められない法形成がなされたことになる。

第3項 学 説

代理懐胎で生まれた子と依頼者の嫡出母子関係の成否については、肯定説と否定説がある。

肯定説は、本決定の親子関係の規律と生殖補助医療に対する評価の区別を取り上げ、2つの法的課題がある場合にそれが相互に影響し合うからといって、むやみに結び付けて論じることの危険性を指摘する。また、最高裁が母子関係について認知を不要とした事案において⁵⁷⁾、母子関係は「原則として、母の認知をまたず、分娩の事実により当然に発生する」と述べており、この原則の例外が分娩の事実と血縁関係が一致しない場合であるとする⁵⁸⁾。

否定説は、子の利益に配慮して親が不在の瞬間を法的に作らないように、分娩という明確な外形的事実をもって親を形式的に確定できることに意義を見出す。その後、養子縁組を通じて実質的要因をゆっくり吟味して親の地位の変更を実現するとの枠組みを人工生殖にもそのまま維持したことは、十分理解できるとする⁵⁹⁾。

上記のように、肯定説は代理懐胎の是非に関して、これを議論に持ち出すべきでないと主張する。一方で、否定説は社会的に許容されていない代理懐胎を実施することへの評価についても考慮していると考えられる。

第3節 性別変更後のAIDの事案（最高裁平成25年12月10日決定）

第1項 事 実

X1は生物学的に女性であったが、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下、性同一性障害特例法とする）2条に規定する性同

一性障害者であったところ、平成16年に性別適合手術を受け、平成20年に性同一性障害特例法3条1項に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた。X1は平成20年4月、女性であるX2と婚姻した。X2はX1以外の男性の精子提供を受けて人工受精によって懐胎し、平成21年11月にAを出産した。X1は平成24年1月、AをXらの嫡出子とする出生届を新宿区に提出した。これに対し、同区長はAが民法772条による嫡出推定を受けないことを前提に、出生届に不備があるとして追完するように催告した。しかし、X1がこれに従わなかったため、同年2月、東京法務局長の許可を得て、翌月、Aの父欄を空欄として、X2の非嫡出子として戸籍に記載した。そこで、XらはAを嫡出子として戸籍上記載すべきであるとして、戸籍法113条の戸籍訂正の許可を求めて家庭裁判所に申し立てた。

第1審は⁶⁰⁾、X1が男性としての生殖能力がないことが戸籍記載上から客観的に明らかであるとし、申立てを却下した。抗告審は⁶¹⁾、嫡出推定について、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子として推定し、家庭の平和を維持し、夫婦の秘事を公にすることを防ぐとともに、父子関係の早期安定を図ったものであるから、戸籍の記載上、生理的な血縁が存しないことが明らかでない場合には、民法772条を適用する前提を欠くというべきであるとした。そこで、Xらは最高裁に許可抗告を申し立てた。

第2項 決定要旨および法形成の概要

「特例法4条1項は、性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、民法その他の法令の規定の適用については、法律に別段の定めがある場合を除き、その性別につき他の性別に変わったものとみなす旨を規定している。したがって、特例法3条1項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、以後、法令の規定の適用について男性とみなされるため、民法の規定に基づき夫として婚姻することができるのみならず、婚姻中にその妻が懐胎したときは、同法772条の規定により、当該子は当該夫の子と推定されるというべきである。」

「……Aは、妻である原告人X2が婚姻中に懐胎した子であるから、夫である原告人X1が特例法3条1項の規定に基づき性別の取扱いの変更の審判を受けた者であるとしても、民法772条の規定により、原告人X1の子と推定され、また、Aが実質的に同条の推定を受けない事情、すなわち夫婦の実態が失われていたことが明らかなことその他の事情もうかがわれない。したがって、Aについて民法772条の規定に従い嫡出子としての戸籍の届出をすることは認められるべきであり、Aが同条による嫡出の推定を受けないことを理由とする本件戸籍記載は法律上許されないものであって戸籍の訂正を許可するべきである。」

以上のように、Xらの申立てを認容した。なお、寺田逸郎裁判官と木内道祥裁判官の補足意見があるほか、岡部喜代子裁判官と大谷剛彦裁判官の反対意見がある。

本決定は、特例法に基づき男性への性別変更の審判を受けた夫とAIDで生まれた子の嫡出父子関係を認めたものである。性同一性障害特例法によって男性に性別変更をした後、女性と婚姻し、AIDを受けて子をもうけた場合に嫡出推定を受けるかについて初めて判断したものであった⁶²⁾。最高裁では、3対2と判断が分かれたが、嫡出父子関係を認めた。ここから、性同一性障害特例法によって男性への性別変更を受けた後、女性と婚姻し、AIDを受けて子をもうけた場合には、その男性と生まれた子には父子関係が認められるという法形成がなされたことになる⁶³⁾。

第3項 学 説

学説には、特例法に基づき男性への性別変更の審判を受けた夫とAIDで生まれた子の嫡出父子関係について、肯定説と否定説がある。

肯定説は、本件において民法772条を適用しないことは、性同一性障害者はAIDを用いて子をもうけるべきではないという価値判断に基づくものであるとする。その上で、戸籍の記載から、夫に生殖能力がないため、嫡出子出生届を受理しないことは、戸籍担当者の形式的審査権を超えるも

のであるとする⁶⁴⁾。また、男女間の夫婦の AID については形式的審査で嫡出子出生届を受理しておきながら、性同一性障害者には、戸籍記載で明らかであるから生まれた子が嫡出子でないとする事は、民法772条以下の嫡出推定制度と矛盾するとする⁶⁵⁾。

否定説は、生殖補助医療の行為規制法が成立していないため、親子関係の承認に慎重な態度を要求する。その上で、本件は通常の AID と異なり、生まれた子が法律上の父との血縁を信じて成長する可能性が奪われていることを重視する⁶⁶⁾。

以上のように、学説は肯定説と否定説に分かれる。本決定の学説は、死後懐胎や代理懐胎と異なり、生殖補助医療の実施に対する評価をあまり考慮していない。それは本件が、性別変更を経たとはいえ、婚姻中の夫婦が AID を用いたものであったため、生殖補助医療の実施に対する否定的な評価がそもそもあまりなかったことが作用していると思われる。その点、否定説は性別変更後の AID に対して、そもそも否定的な評価を下しており、そのことが親子関係の判断でも考慮されている。

第4章 裁判による法形成後の生殖補助医療立法の動き

前章の事案の後、立法に関する議論はどのように進展したか。社会におけるさまざまな問題が司法で解決されようとするとき、原告や申立人の思うような結果が得られなくても、社会的な議論になることや立法化への機運が高まることも多い⁶⁷⁾。本章では、前章の事案の後に、生殖補助医療立法にどのような動きがあったかを見ていく。

第1節 近年の立法化の動き

第1項 議員立法の動き

議員立法を目指した背景として、生命倫理に関する法律を政府が主導することは適切でないことが挙げられる⁶⁸⁾。これは、生殖補助医療を規律す

る法律が子を産むことの規制につながりかねないため⁶⁹⁾、国民的な合意を得るためには国民代表の政治的な推進が必要であることを指す⁷⁰⁾。そのため、議員立法で成立を目指す動きに期待するという意見も多かった⁷¹⁾。各審議会や日本学会議の議論が法案提出に至らなかったことに鑑みると、生殖補助立法について議員立法で成立を目指す意義が理解できる⁷²⁾。

第2項 政党内における動き

政党内の議論は、上記のような議員立法を目指すべきとの認識から始まった。

2013年10月、自民党内が「生殖補助医療に関するプロジェクトチーム」（以下、自民党プロジェクトチームとする）を設けると発表し、2014年度通常国会での立法化が目指された⁷³⁾。その行為規制の内容は、第三者からの卵子・精子の提供による体外受精を認める、一方で受精卵の提供は認めないとする。また、代理懐胎は妻の出産が不可能な場合に限定して試行的な実施を認める。親子関係は、卵子提供による体外受精や代理懐胎では分娩者を母とし、精子提供では夫婦の夫を父とする、夫は嫡出否認権を行使できないという内容であった⁷⁴⁾。しかし、2014年度通常国会では別に公明党が骨子案を作成中だったため、2014年度臨時国会での提出を目指すと考えられた⁷⁵⁾。

2014年臨時国会でも、子宮がない女性などに限って代理懐胎を認めることや医学的に夫婦の精子と卵子で妊娠できない場合に第三者の精子・卵子の提供による人工授精・体外受精を認める法案をまとめたが、代理懐胎への反対意見が多く、断念した⁷⁶⁾。

2015年通常国会でも、第三者の卵子を用いて出産した場合に産んだ女性を母とし、夫の同意を得て夫以外の精子を用いて妻が妊娠した場合に夫が嫡出否認できないとする法案の提出を目指し⁷⁷⁾、自民党内でも了承されていた。この際に、生殖補助医療の行為規制について意見集約ができず、まずは親子関係を規定することを目指したとされる⁷⁸⁾。そして、行為規制は

2年を目途に法案を提出するとされたが⁷⁹⁾、この法案も提出に至らなかった⁸⁰⁾。

2016年通常国会にも、生殖補助医療を伴う親子関係の特例法の提出を目指したことが確認できるが⁸¹⁾、それ以降目立った動きはなかった。

しかし、2020年の臨時国会において、与野党5会派が生殖補助医療を用いて生まれた子の親子関係の法案を提出し、生殖補助医療法が成立した⁸²⁾。

上記のように、当初は生殖補助医療の行為規制と親子法制を並行して議論していたが、代理懐胎を中心に行為規制について価値観の対立が顕著化したため、まずは親子関係を規定することが目指されるようになった。また、一貫して議論の中心であったのは、第三者が関与する生殖補助医療であり、それ以外の生殖補助医療は法案にならなかった。

第2節 生殖補助医療法の成立

2020年12月4日に「生殖補助医療の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律」⁸³⁾が成立し、同月11日に公布された。第1章は総則、第2章は生殖補助医療の提供等、第3章が生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例である⁸⁴⁾。第3章の第9条が他人の卵子を用いた生殖補助医療により出生した子の母についてであり、出産した女性をその子の母とする規定である。第10条は夫の同意を得た上で、提供精子を用いて生まれた子について、夫は嫡出否認をすることができないとする父子に関する規定である。過去の下級審判例には、妻が夫の同意なしにAIDを行って子を産んだ事案において夫からの嫡出否認の訴えを認めた判決があった⁸⁵⁾。また、夫の同意があった場合は、子の法的地位の保護のため、夫からの嫡出否認を権利濫用として封じる考え方があった⁸⁶⁾。第10条もこれと同様、夫の同意があった場合には、嫡出否認ができないとした。親子関係の特例を定めた第3章の規定は、2021年12月11日に施行された。

また、この法律の附則において、おおむね2年を目途として、検討が加

えられ、必要な措置が講ぜられるものとして、「生殖補助医療及びその提供に関する規制の在り方」が挙げられており、親子関係についての特例法であるにもかかわらず、生殖補助医療の規律も今後の検討の内容とされた⁸⁷⁾。

この法律に対して、卵子提供や精子提供の親子関係について明記されたため、実質的に卵子提供や精子提供による生殖補助医療が認められたという評価もあるが⁸⁸⁾、生殖補助医療の規制と生殖補助医療によって生まれた子の親子関係の規律を別とする考え方からは、この法律によって生殖補助医療が認められたといえるかは疑問である。

第5章 司法による親子関係の規律と生殖補助医療規制の影響

本章では、立法過程から判決・決定が受ける影響および判決・決定から立法過程が受ける影響を検討する。その際に、生殖補助医療に関する行為規制と親子関係がそれぞれ受ける影響を分けて論じる。第1節および第2節が親子関係について、第3節および第4節が行為規制についてである。

第1節 親子関係について立法過程等の議論から判決・決定への影響

本来、立法化されていない法律の議論を裁判官が参照しても、それらに左右されずに結論が出せる。この前提を踏まえ、裁判において親子法制部会などの議論がどのような影響を与えたかを検討する。

死後懐胎の事案では、親子法制部会の議論が参照されており、裁判に一定の影響を与えている。ただし、影響の程度は差があり、原告の請求を認容した高裁は、親子法制部会における議論を参照しながらも、その時点において解釈の指針とはならないとする⁸⁹⁾。他方で、請求を棄却した最高裁では、親子法制部会において死後懐胎に肯定的な意見があまりないことを取り上げて⁹⁰⁾、原告の請求を棄却する理由としている。

代理懐胎の事案では、高裁で審議会の議論が参照されていた⁹¹⁾が、最

高裁では審議会の議論が参照されていない。代理懐胎の依頼者を母とした高裁では、分娩者を母とする親子法制部会の議論を参照せず、結論を導くことができた。しかし、親子法制部会に言及しており、立法過程等の結論と異なることおよびその理由を明らかにする必要性を裁判官が認識していたためと考えられる。このように親子法制部会の議論は代理懐胎の事案において大きな影響力を持っていた。

最後に、性別変更後の AID の事案では、一貫して審議会の議論に触れていない。その理由は、この事案が現行法における婚姻と実親子関係の議論が中心であったためであると思われる。また、AID で生まれた子に嫡出推定を及ぼすことについて、既に一般的な社会的合意があったため、親子法制部会の議論によって結論を補強する必要がなかったとも考えられる。そうすると、社会的合意が得られていない死後懐胎や代理懐胎では、親子法制部会などの議論を参照して結論を補強する必要があったと考えられる。

第2節 親子関係について判決・決定から立法過程等への影響

第3章の各事案は、後の生殖補助医療法、制定法の条文解釈、日本学術会議の審議にどのような影響を与えたか。

死後懐胎の事案には、生殖補助医療法への影響がある。最高裁の補足意見では、法整備の必要性に言及されていたが、現在も死後懐胎の法律は成立していない⁹²⁾。その点で、この判決の影響はほとんどなかった。ただし、生殖補助医療法の審議過程で、死後懐胎への質問が出ており、答弁者が附則の議論の中で定められていくと言及していることから⁹³⁾、今後の立法に大きな影響を持つ可能性がある。

代理懐胎の事案も、生殖補助医療法への影響がある。この事案では、法廷意見において法整備の必要性に言及されていた⁹⁴⁾。しかし、これ以降、なかなか立法には至らず、最高裁決定から13年後の2020年12月に、生殖補助医療法が成立したことに鑑みると、その影響は限定的なものであった。

ただし、法案の審議過程で最高裁決定が参照されており⁹⁵⁾、立法過程への一定の影響は認められる。また、さまざまな要因から法律として成立しなかった2003年の生殖補助医療部会報告書が、最高裁決定の後、生殖補助医療法に明文化された点から、最高裁が判断を下すことで一定の社会的合意を得たものと評価されやすくなった可能性がある。

他には、特別養子縁組への影響がある。津野裁判官および古田裁判官の補足意見は特別養子縁組を成立させる余地があると言及しており、今井裁判官の補足意見も同調していた。しかし、事実関係および特別養子縁組の立法趣旨を鑑みるに、民法817条の7の要件を満たさないのではないかという問題があった⁹⁶⁾。それにもかかわらず、この事案では、特別養子縁組が認められており⁹⁷⁾、この補足意見が特別養子縁組の要件に大きな影響を与えたと考えられる⁹⁸⁾。本件と異なる事実の下で行われた代理懐胎でも、特別養子縁組が認められており⁹⁹⁾、本件の補足意見は後続の代理懐胎にも影響を及ぼしている。

他にも、日本学術会議の審議についての影響がある。日本学術会議への審議依頼は、請求を認容した高裁決定が出された直後であった。そのため、日本学術会議への審議依頼の理由に代理懐胎の事案への国民の注目が挙げられていた¹⁰⁰⁾。最終的に日本学術会議報告書が出されたのは、2008年4月8日であるため、最高裁決定の約1年後である。日本学術会議報告書では、代理懐胎を中心に審議を行うように依頼があったことが明かされ、主に代理懐胎の行為規制および親子関係に対して提言が行われている。そして、代理懐胎により生まれた子の母は分娩者であることや親子関係は養子縁組または特別養子縁組によって成立させると提言されていた。これは最高裁が採る結論と同様であり、特に特別養子縁組によって親子関係を成立させることへの言及では、最高裁の補足意見が参照されている。これは裁判官の補足意見が代理懐胎の事案で特別養子縁組が利用できるとする既成事実を作ったとみることができる。

性別変更後のAIDの事案では、自民党プロジェクトチームで最高裁決

定への異論が相次いだため、法整備に向けて議論を加速させると報道されていた¹⁰¹⁾。この事案の後、親子関係の想定がない場面において、再び親子関係を認める決定が出される懸念が議員の中にはあったと考えられる。その結果として、早急な動きにつながった。また、自民党プロジェクトチームでの議論を受けて成立した生殖補助医療法は、最高裁決定と同様の趣旨の立法であり、立法過程に大きな影響を与えていた。

第3節 生殖補助医療実施の可否についての立法過程等の議論の判決・決定への影響

日本では、生殖補助医療の行為規制法が制定されていない。ここでは、生殖補助医療部会の議論や日本産科婦人科学会の会告などが判決・決定にどのように参照されたかを概観する。

生殖補助医療実施の是非と生殖補助医療の親子法制が別の議論であり、第3章の各事案で行為規制の議論を参照することはその争点になじまないと考えられる。また、日本産科婦人科学会の会告も専ら行為規制について定められたものであるため、親子関係をめぐる裁判の帰趨には影響を与えないと考えられる。この前提を踏まえた上で、第3章の各事案の争点でない行為規制の議論が判決・決定にどのような影響を与えたかを検討する。

死後懐胎の事案では、高裁が審議会等の議論は解釈の指針にはならないとし、行為規制と親子関係の議論を切り離していた¹⁰²⁾。しかし、最高裁の補足意見では、死後懐胎に否定的な生殖補助医療部会での議論を参照している¹⁰³⁾。最高裁では、下級審と異なり、生殖補助医療部会での議論が大きな影響力を持っていた。

代理懐胎の事案では、本件が高裁が生殖補助医療部会で示された6原則に違反しないことを確認している¹⁰⁴⁾。また、最高裁の補足意見でも、行為規制への若干の言及がある¹⁰⁵⁾。親子関係を認めた高裁決定においても、生殖補助医療部会の議論を参照しており、裁判官が行為規制の議論において指摘されている倫理的な問題点を意識しながら決定を下していることが

見て取れる。

日本産科婦人科学会の会告については高裁が代理懐胎に否定的な議論があることを参照していない¹⁰⁶⁾。そのため、ソフトローについては、生殖補助医療部会などの議論に比べて裁判官が参照する必要性が低いと捉えられていたと考えられる。また、ネバダ州で代理懐胎を実施した事案であったことから日本産科婦人科学会の会告に違反したものではないため、高裁では会告に言及する必要がないと考えられた可能性もある。

性別変更後の AID の事案は、行為規制の議論を参照していない。これは、AID が死後懐胎や代理懐胎と異なり、現在では倫理的な問題点があまり指摘されない生殖補助医療であり、行為規制の検討を行う必要がなかったためであると思われる。

第 4 節 生殖補助医療実施の可否についての判決・決定の立法過程等への影響

ここでは、第 3 章の各事案が、行為規制の議論にどのような影響を与えたかを概観する。第 3 章で検討した事案は親子関係が争点であったことに鑑みると、生殖補助医療の行為規制の議論に影響を与えていないと考えることもできる。しかし、判決・決定の中でも審議会等の行為規制の議論が参照されており、生殖補助医療によって生まれた子の親子関係が認められないと事実上その生殖補助医療実施の抑制につながるとと思われる。

死後懐胎の事案では、最高裁判決後の 2007 年 4 月に日本産科婦人科学会が「精子の凍結保存に関する見解」を出し、凍結精子は本人から廃棄の意思が表明されるかあるいは本人が死亡した場合に廃棄されることが明記された。最高裁の補足意見では、行為規制法の必要性に言及されていたが、立法が素早く進むという保障はなく、過去には生殖補助医療部会などの議論が立法化に至らなかったという事情もあった。そのため、日本産科婦人科学会としても上記の見解で死後懐胎を禁止したと思われる¹⁰⁷⁾。このように、親子関係訴訟であっても、日本産科婦人科学会が死後懐胎の実施を

禁止する会告を出すに至ったように、判決による行為規制への一定の影響が見て取れる。

代理懐胎は、第2節の親子関係への影響と同様に、日本学術会議への審議依頼において影響を持っていた。

性別変更後のAIDの事案は、行為規制の議論において特に影響を与えなかった。これは、最高裁で性別変更後にAIDを行うことの是非について検討されず、抑制すべき生殖補助医療とあまり考えられていなかったためであると思われる¹⁰⁸⁾。

第6章 司法の役割と課題

本章では、前章の検討を用いて、生殖補助医療によって生まれた子の親子関係が争われた事案において、裁判所がどのような役割を果たすべきであったかを検討する。その際、司法の役割論として3つの視点を論じる。

1つ目は、生殖補助医療を伴う親子関係訴訟で裁判官が重視すべき利益は何かである。ここでは、立法過程等の議論を裁判所がどのように参照し、取り入れるべきであったかを論ずる。前章で検討したように、生殖補助医療に関する法律が制定されていなかった日本では、裁判所が各審議会や日本産科婦人科学会の会告から大きな影響を受けていた。これについては、先例のない生殖補助医療に関する事案でさまざまな利益を衡量する必要があったため、妥当であると考えられる。

その上で、最も重視すべき利益は何であったか。それは、本件のような親子関係の事案では、生殖補助医療に関する行為規制ではなく、生殖補助医療を用いた際の子の福祉を踏まえた親子関係の規律であると考えられる。学説では、生殖補助医療の親子関係が争われた事案においても、行為規制を重視する考え方が主張される。特に、水野は「親子関係を承認することは、その生殖補助医療の是非とは別物であるとはいえ、生殖補助医療の規制立法が成立していない日本で、事実上その生殖補助医療の手段そのものを是

認する意味を持ちかねない」とする¹⁰⁹⁾。死後懐胎や代理懐胎の最高裁判決・決定も、補足意見等で行為規制の議論が参照され、親子関係を認めるとその生殖補助医療の追認になりかねないとされる。このような行為規制を重視した判決・決定では、子の福祉という言葉が目の前で親子関係を争っている子の福祉という意味でなく、生殖補助医療によって親子関係が想定されていない子を産むべきでないという社会的見地からの子の福祉になってしまう。親が生殖補助医療を用いたことのスティグマを子に負わせてはならないことは、親の婚姻の有無によって子に不利益を与えてはならないとした国籍法違憲判決¹¹⁰⁾や非嫡出子相続分違憲決定¹¹¹⁾からも、現在では明らかである¹¹²⁾。1990年代以降、各国が生殖補助医療に関する包括的な法律を制定しているのに対して、日本では国会の立法不作為というべき法の欠缺を放置してきた。その結果、法律を制定した場合に得られる予測可能性と法的安定性をないがしろにしておきながら、争われるとなると国家機関である裁判所は既存の法律の枠内における法的安定性に拘泥し、当事者である子の福祉を顧みない。このような裁判所の姿勢は、3つの事件が身分法に関する事案であることを考慮しても、利益衡量論を用いて新たな問題に対して積極的に事案の解決を図ろうとしていたかつての裁判所の姿勢からはほど遠い。第3章の各事案では、生殖補助医療によって生まれた子の福祉とは何かといった視点を最優先して、判決・決定が下されることが望ましかったと考える。

2つ目は、裁判官は自身が持つ法形成機能をどのように捉えて解決を志向すべきかである。第3章の各事案は親子関係が争われたものであるため、親子関係に関する新たな法形成となる。学説においても、例えば死後懐胎の事案で、二宮は「判決は法制定まで先例として機能する」として死後懐胎によって生まれた子の認知請求を認めるべきでないとする¹¹³⁾。しかし、裁判官が自ら行う法形成効果を過度に意識し、下される判決が消極的になるのは本末転倒である。ましてや、死後懐胎や代理懐胎において親子関係を認めると、生殖補助医療の追認になるとするのは、日本産科婦人科学会

などの会告があるにもかかわらず、あまりに司法による法形成機能を裁判官自身が過剰に評価している。第1章で見た通り、裁判における法形成は裁判官が事案の具体的解決を導き出す中で行われるものであり、裁判官による具体的事案の解決を志向する姿勢が欠かせない。そして、裁判官は自身の判断に法形成機能があることを理由に、事案の具体的な妥当な解決より現行の法制度の維持に主眼を置いた判断をすべきでない。そのような抽象的な判断は司法ではなく、立法府が行うものである。

ここで参考になるのは、第1章で見た末弘の考え方である。末弘は「……判例は具体的事件についてくださった具体的判断たることが本体であって、立法の如く抽象的な法則を制定するものではないということだ。無論裁判官が具体的事件を裁断するについてはまさにその事件に適用せらるべき法律を創造する、即ちその事件を解決するだけではなくもしも同様の事件がほかにもあるならば同じく適用せらるべきであるという確信のもとに当面の事件に適用せらるべき法律を創造するわけだ。だから同じく法律ではあるものの抽象的な法則を示すものではなくして、きわめて内容の具体的なものだ」と述べ、「……裁判官がその気持を離れてむやみに立法者のような顔をして抽象的な法則を宣言するような態度をとることは大いに慎まねばならない」とする¹¹⁴⁾。これは、第3章の各事案においても当てはまるだろう。本論文で取り挙げていない事案であるが、父と子に血縁関係がなく、子が血縁関係のある男性と既に同居している状態における親子関係の不存在が争われた事案¹¹⁵⁾において、最高裁の金築誠志裁判官が反対意見で「身分法においては、何よりも法的安定性を重んずるべきであり、法の規定からの乖離はできるだけ避けるべきだ」という意見があることは十分理解できるが、事案の解決の具体的な妥当性は裁判の生命であって、本件のようなケースについて、一般的、抽象的な法的安定性を優先させることがよいとは思われない」と言及している通りである。

最後は、裁判官が立法府への法整備を要請することについてである。第3章の各事案では、立法府へ法整備を要請するものが多かった。その結果、

立法にどのような影響を与えたかは、前章で分析した通りである。この立法府への法整備の要請は、請求・申立てを棄却した死後懐胎や代理懐胎の事案でなされていた。しかし、それではあまり意味がないように思われる。なぜなら、生殖補助医療によって生まれた子の親子法制がない中で、請求・申立てを棄却する消極的な法形成がされた場合、実親子関係の法的規律全体に与える影響が小さいため、結果的に立法府が危機感を抱きにくいからである。反対に、申立てが認容された性別変更後の AID の事案では、議員内から既成事実が先行して画期的な判決が出されることへの警戒があるとの報道があった¹¹⁶⁾。代理懐胎の事案に対して、親子関係を認めるべきとした樋口は「仮に、最高裁が、本件限りの具体的事情を重視して分析し、限定的な態度で、しかし具体的な子の福祉を重視して、本件で母子関係の成立を認めたなら、おそらく法務省はのんびりとしていられなかっただろう」と述べている¹¹⁷⁾。ここでいう法務省とは立法に携わる者という意味であり、国会も当然含まれるであろう。この積極的な法形成による立法府の早急な動きは、第3章の各事案に当てはまる考え方である。裁判所が法の欠缺を埋めることなく、立法府への法整備の要請をしてもあまり意味はなく、法の欠缺を何年も放置することになりかねない。具体的事案の解決の結果として司法における法形成があり、そのことから立法府への付託もはじめて意味をなすものであると考える。

以上が、第3章で検討した生殖補助医療を伴う親子関係事件における司法の役割である。現在、生殖補助医療に関する法整備が滞っており、今後においても参考となる観点であると考ええる。

結 語

本論文では、生殖補助医療に伴って親子関係が争われた事案を題材として検討を行い、立法と司法が相互に影響を受けていることを検討した。そして、裁判官はどのような視点から判決・決定を下すべきかという司法の

役割を論じた。

本論文でも概観したように、日本にはいまだに生殖補助医療に関する行為規制法が制定されておらず、2020年12月に成立した生殖補助医療法も必要最低限にとどまっている。これについては、筆者も民主的な機関である国会がさらなる法整備をする必要があると考える。

また、本論文を執筆することで、立法とは異なり、具体的事実の下で問題解決を志向できる裁判の独自性に改めて気づかされた。今後、生殖補助医療によって生まれた子の親子関係が争われた際には、裁判が独自に持つその機能を生かして具体的な親子関係を重視した妥当な判断を願いたい¹¹⁸⁾。

- 1) 本論文では「裁判における法創造」も含めて「裁判における法形成」という表現を用いる。
- 2) 渡辺千原「裁判による法形成」佐藤岩夫ほか編『スタンダード法社会学』（北大路書房、2022年）140頁。
- 3) 篠田省二「判例による法の創造」中野次雄編『判例とその読み方〔三訂版〕』（有斐閣、2009年）219頁。
- 4) 篠田・前掲注3）234頁。
- 5) 山本敬三「日本における民法解釈方法論の変遷とその特質」民商法雑誌154巻1号（2018年）5頁。
- 6) 末弘巖太郎『法学入門』（日本評論社、1952年）146頁。
- 7) 末弘巖太郎『民法雑考』（日本評論社、1932年）28頁。
- 8) 末弘巖太郎『民法講話 上巻』（岩波書店、1926年）39頁。
- 9) 来栖三郎「法の解釈と法律家」同『来栖三郎著作集Ⅰ』（信山社、2014年）78頁。
- 10) 清水誠「法の解釈と法律家〔解説〕」来栖三郎『来栖三郎著作集Ⅰ』（信山社、2014年）86頁。
- 11) 渡辺・前掲注2）141頁。
- 12) 川島武宜『科学としての法律学』（弘文堂、1964年）61頁。
- 13) 加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」碧海純一『現代法学の方法』（岩波書店、1966年）45頁。
- 14) 渡辺・前掲注2）142頁。
- 15) 田中成明『現代法理学』（有斐閣、2011年）87頁。ここで田中は、内縁の不当破棄について不法行為の損害賠償請求を棄却した大連判大正4年1月26日民録21輯9頁が、内縁の不当破棄は婚姻予約不履行として損害賠償の対象となる可能性があることを傍論で述べた

にすぎないにもかかわらず、大判大正8年4月23日民録25輯693頁で先例として引用されたことをそのケースとして挙げている。他にも、再審請求自体は棄却したが、のちの再審請求の際によく引用される最決昭和50年5月20日刑集29巻5号177頁（いわゆる白鳥決定）などがあると考えられる。

- 16) 田中成明『現代社会と裁判——民事訴訟の位置と役割』（弘文堂、1996年）177頁。
- 17) 水野紀子「公権力による家族への介入」水野紀子編『社会法制・家族法制における国家の介入』（有斐閣、2013年）165頁。
- 18) 水野紀子「比較法的にみた現在の日本民法——家族法」広中俊雄ほか編『民法典の百年Ⅰ』（有斐閣、1998年）653頁。
- 19) 水野・前掲注17）167頁。
- 20) 本山敦ほか『家族〔第3版〕』（日本評論社、2021年）82頁。
- 21) 三輪和宏ほか「日本における生殖補助医療の規制の現状と法整備の動向」レファレンス815号（2018年）44頁。
- 22) 日本産科婦人科学会「体外受精・胚移植に関する見解」〈https://www.jsog.or.jp/kaiin/html/S58_10.html〉（2023年1月12日閲覧）。
- 23) 日本産科婦人科学会の会員である吉村泰典も「体外受精・胚移植に関する見解」によって、代理懐胎ができないと認識しているとする。石井美智子ほか「生殖補助医療の規制と親子関係法」法律時報79巻11号（2007年）8頁（吉村泰典発言）参照。
- 24) ただし、付帯事項において「代理懐胎を容認する方向で社会的合意が得られる状況となった場合は、医学的見地から代理懐胎を絶対禁止とするには忍びないと思われるごく例外的な場合について、本会は必要に応じて再検討を行う」とされている。
- 25) 次節で扱う厚生科学審議会において、2003年に「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」が出されたが、その審議過程で代理懐胎を禁止とする方向性が示されていたことから、日本産科婦人科学会においても、代理懐胎が禁止される方向性を知らせる目的でこの見解が出されたとされる。石井ほか・前掲注23）8頁（吉村泰典発言）参照。
- 26) 日本産科婦人科学会「提供精子を用いた人工授精に関する見解」〈<http://fa.kyorin.co.jp/jsog/readPDF.php?file=74/7/074070749.pdf#page=12>〉（2023年1月12日閲覧）。
- 27) 本田まり「生殖補助医療」甲斐克則『レクチャー生命倫理と法』（法律文化社、2010年）133頁。
- 28) 石原理「生殖補助医療の規制——ガイドラインか法規制か、それとも？」医学のあゆみ213巻3号（2005年）178頁。
- 29) 水野紀子「性同一性障害者の婚姻による嫡出推定」松浦好治ほか編『市民法の新たな挑戦——加賀山茂先生還暦記念』（信山社、2013年）620頁。
- 30) 外国では、1990年に生殖補助医療を包括的に規制した「ヒトの受精と胚研究に関する法律」（HFE法）をはじめとして、ヨーロッパを中心に法整備がなされている。商事法務研究会「諸外国の生殖補助医療により生まれた子の親子法制に関する調査研究業務報告書」〈<https://www.moj.go.jp/content/001350642.pdf>〉（2023年1月7日閲覧）がこれについて詳しい。

- 31) 専門委員会設置の背景は、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」において、明記されている。
- 32) 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」〈https://www.mhlw.go.jp/www1/shingi/s0012/s1228-1_18.html〉(2022年12月23日閲覧)。
- 33) 専門委員会報告書では、①生まれてくる子の福祉を優先する、②人を専ら生殖の手段として扱ってはならない、③安全性に十分配慮する、④優性思想を排除する、⑤商業主義を排除する、⑥人間の尊厳を守るといったことが確認されている。
- 34) 借り腹という言葉は、「腹は借りもの」という言葉を想起させ、不適切であると言われているが、ここでは報告書に記載の通り、この表現を用いる。
- 35) 生殖補助医療部会報告書によると、専門委員会は、医学(産婦人科)、看護学、生命倫理学、法学の専門家により構成されていたが、より幅広い立場から検討を行うため、生殖補助医療部会においては小児科、精神科、カウンセリング、児童・社会福祉の専門家や医療関係、不妊患者の団体関係、その他学識経験者も委員として加わったとされている。このような方法に対して、加藤尚武はあらゆる専門家を一緒にして議論する「ヤミナベ方式」であるとして、生殖補助医療に対する否定的偏見の影響を排除できないとする。加藤尚武「生殖補助医療に関する国民的合意とは何か」産婦人科の世界56巻5号(2004年)37頁参照。
このように、委員間にさまざまな価値観の対立があったことがうかがわれ、専門分野が異なる学者を集めての議論はかなり合意形成が難しかったと思われる。
- 36) 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」〈<https://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/04/s0428-5.html>〉(2022年12月23日閲覧)。
- 37) 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り出生した子の親子関係に関する民法の特例法に関する要綱中間試案」〈<https://www.moj.go.jp/content/000071864.pdf>〉(2022年12月23日閲覧)。
- 38) 「不妊治療『遺伝上の親を知る権利』認める」(読売新聞2003年4月18日朝刊、第15面)。
- 39) 専門委員会報告書は、「……本報告書中の……『精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療について』において容認することとされた各生殖補助医療については、AID 以外、上述した本報告書における結論を実施するために必要な制度の整備がなされるまで実施されるべきでない」としている。そのため、2001年1月17日厚生労働省雇用均等・児童家庭局母子保健課長通知「厚生科学審議会先端技術評価部会・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』について」においても、日本産科婦人科学会に対して、上記につき「貴会会員に同報告書を周知いた度う、特段の配慮をお願いします。」としていた。法務省「法制審議会民法(親子法制部会第7回会議部会資料)」〈<https://www.moj.go.jp/content/001315835.pdf>〉(2022年12月27日閲覧) 参照。

ここから、専門委員会報告書の時点で既に、少なくとも行為規制については法整備に向

けて動いていたようである。しかし、結局、生殖補助医療部会報告書が出された後も、法律になることはなく、日本産科婦人科学会の会告による自己規律にゆだねられることになる。

- 40) 有権者の投票に結びつかないという政治的意図や生殖補助医療は法的規制になじまないことについての言及として、「卵子提供に道開く法案、足踏み 次期国会への提案見送りに」（朝日新聞2004年12月19日朝刊、第3面）、「法整備遅れ 事実先行」（朝日新聞2006年10月16日朝刊、第34面）参照。

議論が煮詰まらないことへの言及として「『死者が父』に賛否」（朝日新聞2004年9月23日朝刊、第29面）参照。

緊急性がないことへの言及として「本当の父さん、だれなの 人工授精『出自を知る権利』への思い」（朝日新聞2003年12月18日朝刊、第23面）参照。

また、法律として制定されなかった理由として、代理懐胎が許可されるべきと考える有力与党議員の反対があったのではと推測するものもある。柘植あずみ「生殖補助医療の親子関連法成立——何が問題か」世界941号（2021年）34頁参照。

- 41) 日本産科婦人科学会においても、生殖補助医療部会報告書を受けて、当然に立法化されると考えており、特に代理懐胎に関しては、生殖補助医療部会が禁止とする方向性を審議過程で示していたことから、2003年4月に「代理懐胎に関する見解」を出していた。こうして、厚生科学審議会の報告書は法律として成立せず、日本産科婦人科学会の会告だけが残り、事実上行為規制を担うことになったことについて、日本産科婦人科学会の会員である吉村は、はしごを外されたと評価する。石井ほか・前掲注23）8頁（吉村泰典発言）参照。
- 42) 国会会議録「第203回国会 参議院 法務委員会 第3号 令和2年11月19日」（<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/120315206X00320201119/84>）（2022年12月24日閲覧）。
- 43) 「『孫』を代理出産」（朝日新聞2006年10月16日朝刊、第1面）、朝日新聞2006年10月16日朝刊・前掲注40）。
- 44) 辰井聡子「解題」町野朔ほか編『生殖医療と法 医療・医学研究と法1』（信山社、2010年）201頁、水野紀子ほか「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年）22頁（水野紀子発言）。
- 45) 水野ほか・前掲注44）22頁（町野朔発言）。
- 46) 辰井聡子「『生命倫理法』論議の争点と作法」ジュリスト1359号（2008年）64頁。
- 47) 松山地判平成15年11月12日民集60巻7号2585頁。
- 48) 高松高判平成16年7月16日民集60巻7号2604頁。
- 49) 松山家西条支審平成13年12月20日および高松高決平成14年1月29日。なお、本件認知請求訴訟の事実によると、この不服申立ては最高裁においても棄却されている。
- 50) 家永登「判批」専修法学95号（2005年）178頁。
- 51) 石井美智子「判批」法学教室316号（2007年）3頁。
- 52) 二宮周平「判批」速報判例解説1号（2007年）117頁。
- 53) 水野紀子「判批」判例タイムズ1169号（2005年）104頁。
- 54) 東京家審平成17年11月30日民集61巻2号658頁。

- 55) 東京高決平成18年9月29日民集61巻2号671頁。
- 56) 大阪高決平成17年5月20日判時1919号107頁、最決平成17年11月24日(判例集未搭載)。
- 57) 最判昭和37年4月27日民集16巻7号1247頁。
- 58) 樋口範雄「判批」法学教室322号(2007年)132頁。
- 59) 三枝健治「判批」法学セミナー632号(2007年)4頁。
- 60) 東京家審平成24年10月31日民集67巻9号1897頁。
- 61) 東京高決平成24年12月26日民集67巻9号1900頁。
- 62) 水野紀子「判批」ジュリスト1479号(2015年)83頁。
- 63) 法務省は、2011年2月に日本産科婦人科学会からの質問状に対して、性別変更後にその妻がAIDを受けて出生した子について民法772条による嫡出推定を及ぼすことはできず、嫡出子出生届を受理できないこと、男性からの認知届も受理できないこと、当該子を特別養子縁組とする審判により特別養子縁組届の受理および普通養子縁組はできることを回答していた(平成23年2月18日付法務省民事局民事第一課回答)が、これを変更する通達(平成26年1月26日付法務省民事局民事第一課77号民事局長通達)を出した。
- 64) 二宮周平「判批」立命館法学345・346号(2012年)603頁。
- 65) 棚村政行「判批」南野知恵子代表編『性同一性障害の医療と法』(メディカ出版、2013年)293頁。
- 66) 水野は、性同一性障害者にAIDを認めないフランス法を挙げ、その点を指摘する。水野・前掲注62)84頁参照。

なお、現在は男女だけでなく、女性カップルと非婚単身女性も生殖補助医療を利用できると改められている。棚島次郎「フランス生命倫理関連法・三度目の全体改正の分析」時の法令2132号(2021年)54頁、小門穂「トランスジェンダーが子どもをもつこと——性別変更と生殖医療」二宮周平編『家族の変容と法制度の再構築』(法律文化社、2022年)167頁参照。
- 67) 例えば、東京地判昭和62年3月27日判時1226号33頁(いわゆる嫌煙権訴訟)がある。この訴訟の提起によって、受動喫煙の害への認知が広がり、政策形成に結び付いたとされる。渡辺は、こうした裁判において、社会運動や世論喚起と連携するという戦略がとられ、裁判所と社会的営みとの距離が比較的近く、訴訟自体が社会問題を構築していった部分があるとする。渡辺千原「訴訟による政策形成と法形成——社会変化の読み込みとその評価のあり方——」立命館法学387・388号(2019年)565頁参照。
- 68) そもそも立法を目指した理由は、生殖補助医療部会や親子法制部会が事実上休止を迎えてから期間が経過したこと、規制する法律が存在しないにも関わらず、生殖補助医療が着実に普及していること、告発に違反した生殖補助医療が行われたり、渡航して卵子提供を受けたり、代理懐胎を行う事例が出ていること、前章で取り上げた事案のように司法において争いが出てきていたこと、医療や法律の専門家だけでの議論では限界があるとして日本学術会議に審議を依頼して提言を得たが、その後も法整備には至らなかったことなどが挙げられていた。内田亜矢子「生殖補助医療の提供等に関する法整備の実現と課題——生殖補助医療に関する民法特例法案の国会議論——」立法と調査431号(2021年)214頁参照。
- 69) 一方に、子を持つこと希求し、生殖補助医療を用いる少数者がおり、他方に、当事者意

識の希薄な多数の常識人がいるというのが、生殖補助医療をめぐる状況である。このような場面で多数者の常識による統制を行うことは、悩みを持つ少数者を数の力で抑え込むことになる。辰井・前掲注 46) 62頁参照。

生殖補助医療を希求する個人とそれ以外の個人にはそもそもこのような立場の違いが存在している。

- 70) 古川俊治「第三者が関与する生殖医療に関する法整備について」日本医師会雑誌144巻2号（2015年）289頁、国会会議録「第203回国会 参議院 法務委員会 第3号 令和2年11月19日」〈<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/120315206X00320201119/88>〉（2022年12月24日閲覧）。
- 71) 「代理出産 議論進むか 頼みの国会は消極姿勢」（朝日新聞2008年3月8日朝刊、第3面）。
- 72) 報道においても、生殖補助医療部会報告書が出された直後の2004年時点で臓器移植法に倣って、生殖補助医療に関する法律は議員立法が想定されるとされていた。朝日新聞2004年12月19日朝刊・前掲注 40) 参照。
- 73) 「自民が生殖医療の PT」（朝日新聞2013年10月18日朝刊、第4面）。
- 74) 「生殖補助医療：代理出産を限定容認 自民 PT が素案」（毎日新聞2014年1月24日夕刊、第18面）、「生殖補助医療：代理出産容認法案提出へ」（毎日新聞2014年4月25日朝刊、第1面）。
- 75) 「生殖補助医療法案：自民、提出見送り」（毎日新聞2014年6月18日夕刊、第4面）、「今国会法案提出見送り」（読売新聞2014年6月19日朝刊、第4面）、「代理出産、提案先送り」（朝日新聞2014年6月19日朝刊、第4面）。
- 76) 「代理出産容認へ最終案」（朝日新聞2014年11月1日朝刊、第7面）。
- 77) 「卵子提供：『産んだ女性が母』 自民が特例法案を提出へ」（毎日新聞2015年6月9日夕刊、第8面）、「生殖医療の親子関係 今国会にも法案提出」（読売新聞2015年6月10日夕刊、第10面）。
- 78) 「代理出産『産んだ女性が母 民法の特例法案 自民が了承』（朝日新聞2015年6月26日夕刊、第1面）、「卵子提供・代理出産 『産んだ女性が母』（読売新聞2015年6月27日朝刊、第38面）、「生殖補助『産んだ女性が母』（日本経済新聞2015年6月27日朝刊、第42面）、「不妊治療：『出自知る権利』先送り 自民、意見集約できず」（毎日新聞2015年8月6日朝刊、第27面）。
- 79) 「生殖補助医療立法『2年以内に』 自民 PT 超党派で議論へ」（読売新聞2015年6月26日夕刊、第3面）、「『産んだ女性が母』法案了承 自民部会今国会へ提出を目指す」（読売新聞2015年8月5日夕刊、第3面）、「卵子提供や代理出産『産んだ女性が母』（日本経済新聞2015年8月5日夕刊、第5面）。
- 80) 「親子関係の特例法案 見送り」（読売新聞2015年9月19日朝刊、第37面）。
- 81) 「出産女性を母に 卵子提供で民法特例法案」（日本経済新聞2016年3月17日朝刊、第42面）。
- 82) 菅首相（当時）による不妊治療の保険診療化が予想以上に国民に歓迎されたことや野田幹事長代行が党内での意見割れを防いだため、この時期の成立になったとする見方もある。

柘植あずみ『生殖技術と親になること 不妊治療と出生前検査がもたらす葛藤』(みすず書房、2022年) 57頁(脚注13) 参照。

- 83) 令和2年法律第76号。
- 84) 第2条1項において、「この法律において『生殖補助医療』とは、人工授精又は体外受精若しくは体外受精胚移植を用いた医療をいう。」と定義されている。この定義に代理懐胎を含むかについては、規定上明らかではない(小川貴裕「生殖補助医療の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律(生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例部分)の概要」家庭の法と裁判32号(2021年)94頁)とする見解や対象外である(本山ほか・前掲注20)97頁)とする見解がある。この点につき、夫婦の精子と卵子を体外受精させて代理懐胎者の子宮に移植するホストマザー型、夫の精子を第三者の子宮に人工受精させるサロゲートマザー型の代理懐胎が、この定義に含まれることも考えられるが、立法過程の審議を見ても定かではない。
- 85) 大阪地判平成10年12月18日家月51巻9号71頁。
- 86) 石井美智子「新しい親子法——生殖補助医療を契機に——」湯沢雍彦ほか編『人の法と医の倫理』(信山社、2004年)49頁。
- 87) この法律が成立したすぐ後に、超党派の議員連盟が設立されている。「生殖医療議論 議連設立」(読売新聞2020年12月21日朝刊、第4面)および水江真人「生殖補助医療法の制定」時の法令(2021年)41頁参照。
しかし、附則において目途とされた2年を経過しても国会への提出が見送られ、現在においても改正されていない。「生殖補助医療法案 提出見送り」(読売新聞2022年5月10日朝刊、第35面)参照。
改正が難航する背景には代理懐胎について意見が集約できないという問題があるとされる。「不妊治療ルール調整難航」(読売新聞2022年11月26日朝刊、第11面)参照。
- 88) 柘植・前掲注82)20頁。
- 89) 「……被控訴人の指摘する法制審議会等における種々の議論については、……民法787条の認知の訴えの要件事実の判断についての解釈指針を示すものとはならないというべきである。」との言及がある。
- 90) 滝井裁判官は「……死亡した者が提供した冷凍保存精子を用いた生殖補助医療によって生まれた死後懐胎子については、検討が進んでいない状況にある。これは、精子提供者が死亡した後にその冷凍保存精子を用いた生殖補助医療の是非等の根本問題についての意見の集約が得られないことによるものと思われる。」と言及する。
- 91) 「……法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会において、外国で代理懐胎が行われ、依頼者の夫婦の実親となる決定がされた場合、代理懐胎契約はわが国の公序良俗に反するため、その決定の効力はわが国では認められないとする点に異論がなかったことが認められ、当該議論における公序良俗とは、法例33条又は民事訴訟法118条3号にいう公序良俗を指すものと解される」とした上で、「……前記議論があるからといって、本件裁判が公序良俗に反するものではない」と言及されている。
- 92) 生殖補助医療法は、死後懐胎について何ら言及するものではなく、判例の解釈にも影響を与えるものでないとされている。小川・前掲注84)97頁参照。

- 93) 国会会議録「第203回国会 参議院 法務委員会 第3号 令和2年11月19日」〈<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/120315206X00320201119/58>〉(2023年1月3日閲覧)。
- 94) 法整備の必要性は、津野裁判官および古田裁判官の補足意見や今井裁判官補足意見にもある。
- 95) 国会会議録「第203回国会 参議院 法務委員会 第3号 令和2年11月19日」〈<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/120315206X00320201119/17>〉および〈<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/120315206X00320201119/18>〉(2022年12月24日閲覧)。
- 96) 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年)660頁。
- 97) 「向井亜紀さん、代理出産でもうけた双子と特別養子縁組」(朝日新聞2009年04月28日朝刊、第33面)。
- 98) 過去に代理懐胎によって生まれた子との特別養子縁組を裁判所が却下したことがあったと報道されている。「代理出産『実子』認める」(読売新聞2009年4月22日朝刊、第37面)参照。
- 99) 神戸家姫路支審平成20年12月26日家月61巻10号72頁。
- 100) 法務省・厚生労働省「生殖補助医療をめぐる諸問題に関する審議の依頼」〈<https://www.moj.go.jp/content/000050064.pdf>〉(2023年1月1日閲覧)。
- 101) 「自民党：家族のあり方、本格議論 3組織、温度差大きく曲折も」(毎日新聞2014年1月9日朝刊、第5面)。
- 102) 前掲注89)。
- 103) 今井裁判官は「厚生科学審議会生殖補助医療部会においては、……平成15年4月28日の『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』を公表した。……その中で提供者が死亡した場合の提供された精子の取扱いについては、提供者の死亡が確認されたときには、提供された精子は廃棄する旨を提言し、その理由として、提供者の死亡後に当該精子を使用することは、既に死亡している者の精子により子どもが生まれることになり、倫理上大きな問題であること、提供者が死亡した場合は、その後当該提供の意思を撤回することが不可能になるため、提供者の意思を確認することができないこと、生まれた子にとっても、遺伝上の親である提供者が初めから存在しないことになり、子の福祉という観点からも問題であることが挙げられている。」と言及する。
- 104) 「……厚生科学審議会生殖補助医療部会が、代理懐胎を一般的に禁止する結論を示しているが、その理由として挙げている子らの福祉の優先、人を専ら生殖の手段として扱うことの禁止、安全性、優性思想の排除、商業主義の排除、人間の尊厳の六原則について、本件事案の場合はいずれにも当てはまらないというべきである。もとより、現在、わが国では代理母契約について明らかにこれを禁止する規定は存しないし、わが国では代理懐胎を否定するだけの社会通念が確立されているとまではいえない」との言及がある。
- 105) 今井裁判官は「代理出産に関しては、生命倫理や医療の倫理として許容されるのか、許容されるとしてもどのような条件が必要かについて多様な意見がある」と言及する。
- 106) 「……現在、わが国では代理母契約について、明らかにこれを禁止する規定は存しない」との言及がある。

- 107) 判決を受けて学会として見解を出す必要があると判断されたと報道されていた。「精子保存、夫の生存中限定 日本産科婦人科学会、死後受精は認めず」(朝日新聞2006年12月17日朝刊、第3面) 参照。
- 108) 学説においても、水野・前掲注 62) 84頁を除いては、行為規制の議論への言及がない。
- 109) 水野・前掲注 29) 612頁。これと同様の趣旨は、水野・前掲注 62) 84頁等にもみられる。
- 110) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁「……子にとっては自らの意思や努力によって変えることのできない父母の身分行為に係る事柄」であり、「このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である」とする。
- 111) 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁「……父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず」とした上で、「本件規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していた」とする。
- 112) 野村は、生殖補助医療によって生まれた子の親子関係について、その行為規制と親子関係の生ずる矛盾は「非嫡出子と嫡出子の間に差別を設けることによって、法律上の婚姻していない男女の間に生まれることを抑制しようとする場合に生ずる矛盾と共通するものである」とする。野村豊弘「生殖補助医療により生まれた子の親子関係」伊藤眞ほか編『経済社会と法の役割——石川正先生古稀記念論文集』(商事法務、2013年) 640頁。
- 113) 二宮・前掲注 52) 118頁。
- 114) 末弘・前掲注 6) 151頁。
- 115) 最判平成26年7月17日判時1608号 6頁。
- 116) 「血縁ない親子関係を規定へ 自民部会、法案提出目指す」(朝日新聞2013年12月18日朝刊、第4面)、毎日新聞2014年1月9日朝刊・前掲注 101)。
- 117) 樋口・前掲注 58) 141頁。
- 118) 性同一性障害特例法による審判を受けた前後の認知について争われた東京高判令和4年8月19日 (LEX/DB25572339) など新たな訴訟が提起されている。