

代理懐胎問題の現状と解決の方向性(2)

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, 本号)

第4章 代理懐胎の是非

第5章 代理懐胎によって生まれた子の福祉と利益

第6章 立法の必要性とその課題

おわりに

* 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

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

日本は、1983年最初の体外受精による出生児の報告、1992年最初の顕微授精による出生児の報告をはじめとした近年における生殖補助医療の進歩に伴い、不妊症のために子を持つことができない人々が子を持つ可能性が広がってきており、生殖補助医療は着実に普及してきている¹⁾。日本で初めて代理懐胎を実施したことが公表されたのは、2001年5月19日であり、子宮摘出となった姉のために、実妹が懐胎・出産したケースである²⁾。この実施を公表したのは、日本の国内でただ一人、代理懐胎を実施しているマタニティークリニックの根津八紘医師である。その後、厚生労働省、法務省及び日本産科婦人科学会は対応策の検討を行い、その結論として代理懐胎を認めないとした。しかしながら、厚生労働省の報告書および法務省の中間試案は法制化を公表したにもかかわらず、これを実現できず、また、日本産科婦人科学会は、会告の自主規制によって代理懐胎を禁止している

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

2) 朝日新聞、読売新聞、2001年5月19日。なお、代理懐胎の実施については、すでに90年代から報道されてきた。米ロサンゼルスで代理懐胎斡旋センターを開き、1990年9月までに、日本人夫婦4組の子4人が誕生している事実が明らかになっており、このほか、妊娠を試みている「待機組」が9組で、子に恵まれない日本人夫婦によるアメリカでの代理懐胎の利用は今後ますます増えるという(朝日新聞1990年9月9日)。また、アメリカの代理懐胎の費用については、代理母に1万ドル、斡旋業者に2万1千ドル、その他、滞在費、交通費などを含め全部で6百万～1千万円を支払うという(読売新聞1992年6月20日夕刊)。さらに、1992年5月には日本人夫婦が韓国のソウルの車(チャ)病院で体外受精型代理懐胎のための治療をうけ、その後、3組の夫婦が同様の依頼をしたという(読売新聞1992年6月28日)。1991年、東京に「代理母出産情報センター」が開かれ、代理懐胎を望む夫婦にアメリカの医療機関に紹介する業務を開始し、このセンターを通じて1998年までアメリカ人の代理母や卵子提供者を利用した日本人カップルが過去5年間に80組以上になり、100人以上の子が生まれたという(毎日新聞1998年2月17日)。

が、これは、同会の単なる見解に過ぎず、強制力を持たないため、代理懐胎の実施に歯止めをかけることはできなかった。

こうしたところ、タレントの向井亜紀氏が国内の自主規制を避ける形で海外での代理懐胎を依頼することを大々的に公表し、実行をしたことが明らかになった。アメリカ人女性の子宮に向井さん夫婦の受精卵を移植させ、代理懐胎し、双子を産んでもらったケースで、この事件により、代理懐胎について社会的な注目を集めることとなった。

また、2008年には、日本人の独身男性医師がインド人女性と代理懐胎契約を結び、子を設けたが、生まれた子が国籍をとれなくなり、一時出国できなくなったという。依頼者である男性は、離婚歴があり、元妻に子の親権をとられたため、母親のいない自分だけの子を欲したという動機で、インドに行き、第三者の提供卵子と同男性医師の精子を体外受精して、受精卵を別の女性に移植し、その結果、女兒が生まれた。男性は代理懐胎契約を実施する前に日本人女性と結婚したが、妻は代理懐胎には同意せず、子の誕生前に離婚した。インドでは独身者は親権者になれず、男性は父親とはみなされなかった。卵子提供者は匿名女性であり、代理懐胎者は親権を放棄したため、母親も確認できず、その結果国籍の取得が困難になり、出国できなくなったということである。3ヶ月後に日本政府が人道的観点から1年間の滞在を認めるビザを発給したので、女兒の日本への入国は可能となった。しかし、日本国籍を取得するには、あらためて認知又は養子縁組による親子関係確定の経路を経なければならない³⁾。

このような事例が社会的な論議を引き起こしたところ、日本政府は生殖補助医療に関する法整備作業を再検討するようになり、2006年11月30日法務省と厚生労働省は日本学術会議に審議を行うよう依頼をし⁴⁾、その結果、2008年4月日本学術会議「代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題

3) 読売新聞「想定外の代理出産」2008年8月16日、毎日新聞「インド代理出産法不備浮き彫り」2008年10月2日。

4) 石井美智子「代理母 何を議論すべきか」ジュリスト1342号(2007)11頁。

社会的合意に向けて(対外報告)の提言によって、代理懐胎を原則として禁止するが、「試行」として実施する余地を認めることが公表された。

ところが、2009年11月、改めて、娘夫婦のために娘の母が代理懐胎した事例が根津医師から公表された。子宮を失った娘(27)が結婚後、実母(53)が娘のために代理母となることを望み、娘の代わりに体外受精による娘夫婦の受精卵を実母の子宮に移植し、代理懐胎を行ったことである。根津医師によると、1998年以後2009年10月末まで、初回例を含め姉妹、義姉妹間においては、10組の「挑戦」、4組の出産、6人の子が誕生し、その後母娘間においては11組の「挑戦」、9組の妊娠、9人の子が誕生し、現在1組が妊娠継続中であるという⁵⁾。

第2節 日本産科婦人科学会会告による自主規制

現在、生殖補助医療に関しては、日本産科婦人科学会会告による自主規制が行われている。同学会は2001年から協議を重ねたうえで、2003年4月に同学会で「代理懐胎に関する見解⁶⁾」という会告を発表し、代理懐胎の実施の禁止を明らかにした。

同会告では、代理懐胎の是非について「代理懐胎の実施は認められない。対価の授受の有無を問わず、本学会員が代理懐胎を望むものために生殖補助医療を実施したり、その実施に関与してはならない。また、代理懐胎の斡旋を行ってはならない」という。理由については、以下のとおりである。

第一は、生まれてくる子の福祉を最優先するべきである。「児童の権利に関する条約(1989年国連総会採択)は、児童はあらゆる目的のための又はあらゆる形態の売買又は取引の対象とされてはならないと定めている(第35条)。代理懐胎においては、依頼されて妊娠し子を産んだ代理母が、

5) 根津八紘・沢見涼子『母と娘の代理出産』(はる書房, 2009) 277頁, 根津八紘・野田聖子『この国で産むということ』(ポプラ社, 2011) 153頁

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

出産後に子を依頼者に引き渡すことになる。このこと自体、妊娠と出産により育まれる母と子の絆を無視するものであり子の福祉に反する。とくに、出産した女性が子の引渡しを拒否したり、子が依頼者の期待と異なっていた場合には依頼者が引き取らないなど、当事者が約束を守らないおそれも出てくる。そうなれば子の生活環境が著しく不安定になるだけでなく、子の精神発達過程において自己受容やアイデンティティーの確立が困難となり、本人に深い苦悩をもたらすであろう。」

第二に、代理懐胎は身体的危険性・精神的負担を伴う。「代理懐胎は、妊娠・出産にともなう身体的・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る。たとえ代理懐胎契約が十分な説明と同意に基づいたとしても、代理母が予期しなかった心理的葛藤、挫折感などをもたらしかねない。これらの観点からみれば代理懐胎は不妊治療の範囲を越えるものであり認め難い。」

第三に、家族関係を複雑にする。「妊娠・出産した女性が子の母であることは世界的に広く認められ、日本においても最高裁判決(昭和37・4・27民集16巻7号1247頁)によってそのように認められており、さらに遠くない将来、その旨の明文規定が置かれるものと思われる。そうなると代理懐胎契約は家族関係を複雑にし、社会秩序に無用な摩擦や混乱をもたらす。」

第四に、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。「代理懐胎契約は、有償であれば母体の商品化、児童の売買又は取引を認めることに通じ、無償であっても代理母を心理的に、又は身体的に隷属状態に置くなどの理由により、公序良俗(民法90条)に反するという見解が有力である。代理懐胎契約が認められるためには、これらの理由に根拠がないことが示され、さらに、倫理的観点から社会全体の許容度が高まらなければならないが、現状ではこれらの条件は整っていない。また、現状の状態のまま放置されれば営利を目的として代理懐胎の斡旋をする者又は機関が出現し、経済的に弱い立場にある女性を搾取の対象とし、ひいて

は実質的に児童の売買といえる事態が生じかねないので代理懐胎の斡旋についても禁止する。」

一方、「代理懐胎が唯一の挙児の方法である場合には、一定の条件下（例えば第三者機関による審査、親子関係を規定する法整備など）において、代理懐胎の実施を認めるべきとする」意見も一部あり、また、「将来には、社会通念の変化により許容度が高まることも考えられる。代理懐胎を容認する方向で社会的合意が得られる状況となった場合は、医学的見地から代理懐胎を絶対禁止とするには忍びないと思われるごく例外的な場合について、本会は必要に応じて再検討を行う」、「再検討の場合にも、代理懐胎がわが国で永年築かれてきた親子・家族の社会通念を逸脱する可能性が高いという認識に立ち、生まれてくる子の福祉が守られるように十分な配慮が払われなければならない。また、その際には限定的に認許するための審査機構を含め種々の整備が必要であることはいうまでもない」という付帯事項が付けられており、代理懐胎の再検討の可能性を残した。

しかし、同会告は、あくまで会員に対するものであるから、強制権も罰則もない⁷⁾。日本産科婦人科学会は任意加盟の団体であり、その規制は紳士協定に過ぎない。そのため、規制に違反したとしても、制裁処置は除名にとどまり、医師は除名された後も医療診療行為を続けることができる⁸⁾。例えば、日本産科婦人科学会は、1983年に「体外受精の実施は夫婦に限り、受精した卵子はそれを採取した女性に戻す」という会告を出し、「非配偶者間体外受精」を禁止していた。それにも関わらず、根津医師は、1998年に提供卵子による体外受精を公表した。違反した根津医師に対して除名処分をしたが、処分の取消しを求める裁判において和解し、2004年2月に根津医師は学会に復帰した⁹⁾。また2007年4月、同医師は、夫婦の受精卵を

7) 我妻堯「生殖補助医療と親子関係 医学の立場から」ジュリスト1243号(2003)43頁。

8) 藤川忠宏著・総合研究開発機構編『生殖革命と法 生命科学の発展と倫理』(日本経済評論社、2002)23頁。

9) 根津・野田・前掲注(5)144～150頁。

他の女性が妊娠・出産する「代理懐胎」を繰り返したことに対して、嚴重注意処分を受けるのに止まった。

第3節 立法の動向

公的機関による法整備作業は、日本産科婦人科学会による根津医師の除名直後、1998年10月、厚生省（現在、厚生労働省）は、厚生科学審議会先端医療技術評価部会の下に「生殖補助医療技術に関する専門委員会」を設置、2000年12月、専門委員会から報告書が発表された。この専門委員会報告書は、少なくとも3年以内に立法も含めて、専門委員会報告書の結論を実施するために必要な制度の整備を行うことを求めており、より詳しい具体的検討のために、厚生労働省の厚生科学審議会生殖補助医療部会と法務省の法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会が設置され、2003年、それぞれ「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」と「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」が発表された。しかし、その後も国会における審議は進まず、代理懐胎をめぐる問題は続々発生しているなか、法務大臣と厚生労働大臣が日本学会会議に対し、生殖補助医療をめぐる諸問題についての審議を行うよう依頼をし、2008年4月「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」という対外報告が公表された。これらの報告書について整理を行う。

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（2000年12月28日）

1) 報告書の審議経緯

日本の生殖補助医療をめぐる現状は、生殖補助医療の急速な技術進歩がなされ、それが社会に着実に普及してきている一方、それを適正に実施するために必要な有効な規制等の制度の整備が十分とはいえない状況にあるため、生殖補助医療をめくり発生する様々な問題に対して適切な対応がで

きていない状況にある。このため、各々の生殖補助医療の是非やその規制のあり方、生殖補助医療により生まれてきた子の法的地位の安定のための法整備のあり方、生殖補助医療に関する管理運営機関の整備のあり方等の生殖補助医療を適正に実施するために必要な規制等の制度の整備が急務になっているものと言え、それについての社会的な合意の形成が必要となってきた。こうした状況を踏まえ、1998年10月21日に、厚生科学審議会先端医療技術評価部会の下に、医学、看護学、生命倫理学、法学の専門家によって構成された「生殖補助医療技術に関する専門委員会」(以下、「専門委員会」という)が設置された¹⁰⁾。そして、2年2ヶ月かけて、「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」¹¹⁾(以下、「専門委員会報告書」という)をまとめた。その内容は、以下のとおりである。

2) 報告書の内容

専門委員会¹²⁾では、生殖補助医療については様々な価値観の調整が必要とされるものであるため、生まれてくる子の福祉を優先すること、人をもっぱら生殖の手段として扱ってはならないこと、安全性に十分配慮すること、優生思想を排除すること、商業主義を排除すること、人間の尊厳を守ること、という6つの基本的考え方に基づいて検討を行った。

代理懐胎については、子を欲する夫婦の妻以外の第三者に妊娠・出産を

10) 専門委員会は、宗教関係者、患者、法律関係者、医学関係者の有識者から5回にわたるヒアリング、一般国民を対象とした「生殖医療技術についての意識調査」、諸外国の生殖補助医療に関する有識者からの事情聴取及びイギリスのHFEA(ヒトの受精及び胚研究に関する認可庁)の責任者との意見交換を行い、2年2ヶ月、計29回に及び長期にわたる慎重な検討を行った。

11) 「専門委員会報告書」については、前掲注(1)参照。同報告書の委員会のコメントが付いている文献としては、『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』および各委員のコメント」ジュリスト1204号(2001)96頁以下参照。

12) 本報告書では、各委員は個別的には「報告書」の内容と見解を異にするものが多くあって、「報告書」の紹介のみでなく、各委員のコメントも添えている。

代わって行わせることにあるが、これは、第三者の人体そのものを妊娠・出産のための道具として利用するものであり、「人をもっぱら生殖の手段として扱ってはならない」という同委員会の基本的考え方に反するものである。また、生命の危険さえも及ぼす可能性がある妊娠・出産による多大なリスクを、妊娠・出産を代理する第三者に、子が胎内に存在する約10ヶ月もの間、24時間受容させ続ける代理懐胎は、「安全性に十分配慮する」という基本的考え方に照らしても容認できるものではない。さらに、代理懐胎を行う人は、精子・卵子・胚の提供者と異なり、自己の胎内において約10ヶ月もの間、子を育むこととなることから、その子との間で、通常の母親が持つと同様の母性を育むことが十分考えられるところであり、そうした場合には現に一部の州で代理懐胎を認めているアメリカにおいてそうした実例が見られるように、代理懐胎を依頼した夫婦と代理懐胎を行った人との間で生まれた子を巡る深刻な争いが起こり得ることが想定され、「生まれてくる子の福祉を優先する」という基本的考え方に照らしても望ましいものとは言えない。

このように、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から、代理懐胎を禁止するべきである。営利目的での精子・卵子・胚の授受・授受の斡旋および代理懐胎のための施術・施術斡旋の場合、罰則を伴う法律によって規制する¹³⁾ という結論を出している。

2 厚生科学審議会生殖補助医療部会(2003年4月28日)

2001年6月11日、精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療のあり方の具体化に更なる検討を指摘した専門委員会報告を踏まえ、専門委員会報告の内容に基づく制度整備の具体化のための検討を行うことを目的として

13) 刑事規制適用の是非については、甲斐克則「生殖補助医療と刑事規制」法律時報79巻11号(2007)37~44頁参照。

厚生科学審議会の下に、生殖補助医療部会が設置された¹⁴⁾。審議¹⁵⁾に当たっては、諸外国における精神医学、心理カウンセリング、遺伝カウンセリングなどを含め、生殖補助医療について有識者から5回にわたるヒアリングを行い、また、一般国民を対象として2003年1月に行われた「生殖補助医療技術についての意識調査¹⁶⁾」の結果も踏まえ、1年9ヶ月、計27回にわたり、この問題に対する慎重な検討を行ったうえで、2003年4月28日「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」¹⁷⁾(以下、「生殖補助医療部会報告書」という)をまとめた。

同部会において、原則として専門委員会報告書の6つの基本的考え方に則った検討がなされおり、代理懐胎についても専門委員会と同様な理由で、代理懐胎は禁止すべきであるとの結論を出した。なお、2003年報告書には、「代理懐胎を禁止することは幸福追求権を侵害するとの理由や、生まれた子をめぐる争いが発生することは不確実であるとの理由などから反対であるとし、将来、代理懐胎について、再度検討すべきだとする少数意見もあった」と付けられた。しかし、この報告書に基づき法案作成に向かう動きは、結実しなかった。

3 法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会(2003年7月15日)

1) 試案の審議経緯

専門委員会報告書の親子関係に関する法整備の提言を受けて、2001年2月26日に開催された法制審議会の総会において、「第三者が提供する配偶者等による生殖補助医療技術によって出生した子についての民法上の親子

14) 厚生科学審議会生殖補助医療部会においては、専門委員会に小児科、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り、より幅広い立場から検討を行った。

15) 石井美智子「非配偶者間生殖補助医療のあり方 厚生科学審議会生殖補助医療部会の審議状況」ジュリスト1243号(2003)19頁以下。

16) <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/02/s0206-2g.html>

17) 厚生労働省ホームページ <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/04/s0428-5a.html>

関係を規律するための法整備を早急に行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい」との諮問がなされ、法務省は、その審査審議のために、法学者、法律実務家、医療関係者、有職者などによって構成された法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会を設置した。本部会は、2001年4月に第1回会議を開催し、以後17回にわたる審議を重ねてきて、「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」(以下、「要綱中間試案」という)及びこれまでの部会の審議を踏まえ、上記の試案の理解に資することを目的として、「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」(以下、「要綱中間試案の補足説明」という)を取りまとめた¹⁸⁾。その内容については、以下のとおりである。

2) 試案の内容

代理懐胎については、人をもっぱら生殖の手段として扱い、代理母の身体に多大な危険性を負わせるもので、後に子の引渡しをめぐる紛争が生じ、子の福祉に反する事態を生ずるおそれがあることから、その有償斡旋などの行為が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、特にこれを無効とする法律を置かなくても、民法上、公序良俗に違反して無効(民法90条)となると考えられるから、本試案は、特段の法的規律をしないこととしている。

母子関係については、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。その理由は、母子関係の発生を出産という外形的事実にかからせることによって、母子間の法律関係を客観的な基準により明確に決す

18) 法務省ホームページ <http://www.moj.go.jp>。しかし、これらの立法方針については、国会議員の一部から規制が厳しすぎるとする強い反発があり、立法作業が頓挫したままとなっている(水野紀子「生殖補助医療を契機に日本実親子関係法をふりかえる」法曹時報61巻5号(2009)1460頁参照)。

ることができる、この考え方によれば、自然懐胎の事例における母子関係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、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。さらに、これは生殖補助医療の範囲を限定せず、制度枠組みの中で行われた卵子提供型の生殖補助医療だけでなく、同枠組みで認められていない借り腹型等の生殖補助医療によって生まれた子の母子関係についても適用されることとしている。その理由は、生殖補助医療部会報告書によれば、人をもつば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などの理由から、禁止される方向であるところ、親子関係の規律において依頼者である女性を実母と定めることは、上記の医療を容認するに等しい例外を定めることとなり、相当でないことなどを理由とする。したがって、代理懐胎によって生まれた子の母子関係についても、分娩者=母というルールに従う。

父子関係については、妻が夫の同意を得て夫以外の男性の精子を用いた生殖補助医療により子を懐胎したときは、その子を同意した夫の子(嫡出子)とすることとしている。これは、精子提供型の生殖補助医療は、当該医療を受ける夫婦がその間の子を設けることを希望するものであり、これによる妻の懐胎に同意した夫は出生した子を自らの子として引き受ける意思を有していると考えられるので、同意した夫を父とし、親の責任を負わせるのが相当であることを理由とする。本試案は、自らの不妊治療のため生殖補助医療を受ける夫婦と子との親子関係を規律することを目的としたものであり、その趣旨から、代理懐胎により子を出産した代理母に夫がいる場合において、生殖補助医療により妻(代理母)が懐胎することに対する夫の同意があっても、その夫と子との親子関係について本試案が適用されることは予定されておらず、その結果、当該親子関係は、現行民法の

解釈により決せられることになる。

4 日本学術会議生殖補助医療のあり方検討委員会(2008年4月8日)

1) 学術会議の審議経緯

2006年12月、前述の向井氏夫婦の代理懐胎による子の出生届の受理をめぐる裁判及び根津医師による施術実施の公表などにより、代理懐胎についての国民の関心が高まったことをきっかけに、法務大臣と厚生労働大臣が日本学術会議に対し、生殖補助医療をめぐる諸問題についての審議を行うよう依頼した。このため、人文・社会科学から自然科学の全分野の科学者から成る日本学術会議では、医療、法律のみならず生命倫理その他幅広い分野の専門家から構成される「日本学術会議生殖補助医療のあり方検討委員会」が設置され、本報告書においては、「代理懐胎が生殖補助医療として許容されるべきか否かなど、代理懐胎を中心に生殖補助医療をめぐる諸問題について、従来の議論を整理し、国際的な視点も踏まえ、今後のあり方などについて審議を行う」こととするに至ったのである。そして、約1年間に及ぶ審議の末、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」という対外報告¹⁹⁾(以下、「学術会議報告書」という)として公表された。

2) 報告書の内容

日本学術会議は、代理懐胎は法律で規制し当面は原則禁止とすること、営利目的の代理懐胎は刑罰をもって禁止することを提案する。一方、先天的に子宮をもたない女性及び治療として子宮の摘出を受けた女性に対象を限定し、代理懐胎の試行的実施(臨床試験)は考慮されてよいとした。具体的な内容については、以下のとおりである。

(1) 代理懐胎の規制の必要性

代理懐胎には、医学的・倫理的・社会的にも問題が存在する。人々の利

19) <http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-20-t56-1.pdf>

益の侵害を含む弊害の存在は、代理懐胎の問題を、単なる倫理の領域を超えて、社会的規制の対象にすることを正当化し得るものである。生命倫理に反する、自然生殖からの逸脱が大きい、医療の限界を超える、公序良俗に違反する、などの理由は、そのみで社会の介入を正当化するものではないであろう。しかし、代理懐胎者の負担、その生命・健康への重大な影響、出生した子に予想される精神的影響、医療者の裁量権の侵害など、代理懐胎がもたらす弊害の存在を考慮する場合には、代理懐胎を当事者間の契約や倫理の問題にとどめておくことはできない。リプロダクティブ・ライツ、家族形成権が存在するとしても、また、たとえ、純粋に博愛、利他、依頼者に対する共感などから、代理懐胎者となることを希望する女性が存在するとしても、代理懐胎を、依頼者および懐胎者の自己決定や希望、医療者の配慮だけに委ねておくことは妥当ではない。

(2) 営利目的による代理懐胎の処罰

代理懐胎には、代理懐胎者、出生した子に対する危険があるとしても、それは極めて過度のものであるとはいえない。また、一般の犯罪のように人々に大きな害悪を与える行為ではない。このようなことを考慮するならば、すべての代理懐胎およびその関与行為を処罰することは広範に過ぎると考えられる。したがって、代理懐胎および関連行為については、法律は基本的には、禁止はしても処罰まですべきではない。

しかし、懐胎者の被る負担において利益を得る行為の処罰、懐胎者を搾取する行為を処罰することは必要かつ合理的であると考えられる。また、国外において貧しい人々に経済的対価と交換に代理懐胎を依頼するいわゆる「代理母ツーリズム」を阻止するためには、臓器の移植に関する法律が「臓器移植ツーリズム」にも対応しようとしたように、代理懐胎を規制する法律は、国民の国外犯をも処罰することになる。このように考えるときには、本報告書が直接の対象とする依頼夫婦の配偶者を用いるタイプの代理懐胎に限らず、それ以外のタイプの代理懐胎、例えば第三者提供卵子と夫の精子を用いる代理懐胎なども、営利目的をもって行われた場合には、同

様に処罰することになる。また、上述のように、代理懐胎者を搾取する危険がある以上、施行医、斡旋者などの関与者は、すべて基本的に処罰されることになる。しかし、代理懐胎者は妊娠・出産を負担した被害者であり、処罰の対象から除外されることになる。

依頼者を処罰することに対しては、消極的な意見もあった。この意見は、代理懐胎を切望する依頼者の心情を考えると処罰は過酷であり、国外の立法に依頼者を処罰の対象から除外するものがあるのもそのためであると説明する。また、依頼者を処罰すると、出生した子が「犯罪者の子」、
「犯罪（行為）によって生まれた子」になってしまうということである。しかし、子を欲する者が営利目的で行われる代理懐胎を依頼し他者の搾取に関与する権利はない、依頼者を処罰しないと「代理懐胎ツーリズム」を防止することもできなくなる、処罰の範囲を営利目的の代理懐胎に限定するときには依頼者を除外する必要はない、など意見が出された。このようにして、なお議論の余地があることを認めながらも、営利目的での代理懐胎については、依頼者も処罰の対象とすべきだという結論に至った。つまり、営利目的による代理懐胎は、処罰すべきである。処罰の対象者は、施行医、斡旋者、依頼者とし、代理懐胎者は対象から除外すべきである。

(3) 試行的実施

代理懐胎を、公的管理の下に厳格な要件を付けて限定的、試行的に実施することにより、出生する子、代理懐胎者、依頼者の利益と福祉を最大限守りつつ、関係者およびその家族、さらには社会に対して、代理懐胎がどのような結果をもたらすかを明らかにすることができる。また、子宮内環境が着床や胚発生に及ぼす影響についての基礎的研究、周産期の母体と胎児の管理、様々な疾患罹患患者における妊娠の安全性確保、生まれた子の心身に対する長期的影響などについても、科学的信頼度の高い情報が得られるであろう。代理懐胎者が積極的に承諾し、公的機関が一定の要件の下でその実施を承認するときには、これは社会も是認するものとなろう。他方では、日本はもちろん国外においても、代理懐胎とそれによって生まれた

子の心身に対する長期的影響を含めた科学的信頼度の高いデータは少ない。そのような状況では、公的管理の下に、厳格な要件を付けて限定的、試行的に代理懐胎を実施し、様々な分野の関係者が協力して、生殖補助医療としての代理懐胎を検証することが必要と考えられる。その結果をまっけて、代理懐胎についての政策的判断を改めて下すべきである。

以上のように「試行的実施」は臨床試験の色彩の強い行為であるため、以下の条件を踏まえたものでなければならない。実施前に公的倫理委員会に臨床試験の全貌をあらかじめ示し、その承認を受けていること、実施にあつたては、あらかじめ、当事者にその臨床試験について十分に説明し当事者の同意を得ていること、当事者および代理懐胎によって生まれた子のプライバシーが守られること、第三者によるデータ管理が行われること、適切な時期に臨床試験の結果を公表し、第三者の評価を受けること、実施中に当事者および代理懐胎者によって生まれた子に重大な事象が生じた場合には速やかにそれを公表してその評価を受け、適切な対応をとることとする。このような条件の下で行われる臨床試験においては、患者の権利と利益を守ることが可能となる。

また、代理懐胎を試行するとした場合には、上記の臨床試験に必要なとされる条件に加えて、さらにいくつかのことを考慮しなければならない。例えば、それを実施し得る要件と手続きを法律に明確にするばかりでなく、出生した子の法的地位についても明確な規定が必要になると考えられる。

(4) 代理懐胎による親子関係

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ことが妥当であるとする。血縁関係の有無にかかわらず分娩者を母とすることには、以下のような長所があると思われる。

第一に、分娩者を母とすることにより、子の誕生と同時に、外形的に明白な事実によって、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。また、分娩者を母とすることには、常に確実とは言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。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、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よう。なお、自然生殖の場合には、分娩者を母としつつ、代理懐胎の場合には血縁的つながりのある卵子提供者を母とするという二元的な認定基準を採用している諸外国では著しい混乱が生じていないとして、依頼者の実母認定のための制度設計は不可能ではないとの意見もある。しかし、実親子関係の持つ意味も含め、海外では法律上の親子関係の在り方が同一ではなく、日本において同様の制度を構築した場合に同様の結果がもたせられるとは限らない点は注意が必要である。日本の現状では、基準に一律性による生殖補助医療によって生まれた子の差別化回避および法的地位の安定という機能を軽視すべきではないと考えられる。第二に、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。第三に、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。

しかしながら、国内において代理懐胎を実施した場合の依頼者夫婦と生まれた子の親子関係定立について、子に対する強い愛情を抱き、また、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、子の福祉にかなうとも言える。したがって、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だと思われる。具体的には、代理懐胎者を法律上の実母とした上で、代理懐胎者が、分娩後、子に対する責任および権利を放棄することを望み、他方で依頼夫婦がその子について養育の意思を有する場合には、乳幼児の段階で、子の福祉の観点に立った家庭裁判所の判断を介して、依頼夫婦と

の間に養子縁組または特別養子縁組による親子関係の定立を認めることになろう。なお、依頼者の意思による養親子関係の切断が認められない点で、子にとってより望ましい特別縁組については、「監護が著しく困難または不適當であることその他特別な事情がある場合において、子の利益のために特に必要があると認めるとき」(民法817条の7)などの要件があるが、代理懐胎者夫婦には養育の意思がないのが通常であることなどを考慮すれば、この要件は解釈上の障害にはならないと考えられる。また、外国に渡航して行われた代理懐胎についても、上記の内容の結論に準じて考えらるべきである。

(5) 子の福祉

出生する子の福祉は、最大限に尊重されなければならない。生まれてくる子は、当然のことながら、自己のこの世への誕生について意思を表明することができず、また、あらかじめ自らの希望や利益を語ることができない。そうである以上、次世代に対する責任を負っている我々は、最低限、代理懐胎で生まれたこと自体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。出自を知る権利については、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るため、今回の報告事項としては示さない。しかし、今後の重要な問題であるから、検討を続ける必要がある。

3) 報告書の提言

代理懐胎を中心とする生殖補助医療に関する諸問題について、以下の結論に達している。まず、代理懐胎については、「法律(例えば、生殖補助医療法(仮称))による規制が必要であり、それに基づき原則禁止とすることが望ましい」、「営利目的で行われる代理懐胎は、処罰をもって臨む。処罰は、施行医、斡旋者、依頼者を対象とする」とした。しかし、「母体の保護や生まれる子の権利・福祉を尊重し、医学的、倫理的、法的、社会的問題を把握する必要性などに鑑み、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うけた女性を対象を限定した、厳重な管理の下での代理懐胎の試行的実施(臨床試験)は考慮されてよい」、「代理懐胎の試行に当たっては、医療、福祉、法律、カウンセリングなどの専門家を構成員とする公的運営機関を設立すべきである」、「一定期間後に代理懐胎の医学的安全性や社会的・倫理的妥当性などについて検討し、問題がなければ法を改正して一定のガイドラインの下に容認し、弊害が多ければ試行を中止する」と提言し、試行的実施を考慮した。

代理懐胎によって生まれた子の親子関係については、「代理懐胎者を母とする」、「試行の場合および外国に渡航して行われた場合も、これに準じる」、また「代理懐胎を依頼した夫婦と生まれた子については、養子縁組または特別養子縁組によって親子関係を定立する」、「試行の場合および外国に渡航して行われた場合も、これに準じる」とした。出自を知る権利については、「子の福祉を重視する観点から最大限に尊重すべきであるが、それにはまず長年行われてきた AID の場合などについて十分検討した上で、代理懐胎の場合を判断すべきであり、今後の重要な検討問題である」とした。子の福祉については、「代理懐胎をはじめとする生殖補助医療について議論する際には、生まれる子の福祉を最優先とすべきである」とした。生命倫理に関する諸問題については、「その重要性にかんがみ、公的研究機関を創設するとともに、新たに公的な常設の委員会を設置し、政策の立案などを含め、処理していくことが望ましい」とするということが提言としてまとめられている。

5 小 括

2000年12月の専門委員会報告書は、生まれてくる子の福祉を優先する、人を専ら生殖の手段として扱ってはならない、安全性に十分配慮する、優生思想を排除する、商業主義を排除する、人間の尊厳を守る、という6つの基本的考え方に則った検討を行い、「人をもっぱら生殖の手段として扱ってはならない」、「安全性に十分配慮する」、「生ま

れてくる子の福祉を優先する」という3つの理由を挙げて、代理懐胎を禁止としている。2003年4月生殖補助医療部会報告書でも代理懐胎禁止という結論は変わらず、その理由も専門委員会報告書を踏襲した。ただ、代理懐胎を禁止することは、「幸福追求権を侵害するとの理由や、生まれた子をめぐる争いが発生することは不確実であるとの理由などから反対であるとし、将来、代理懐胎について、再度検討すべきだとする」少数意見もあったことが付けられていた。

専門委員会報告書と生殖補助医療部会報告書は、親子関係の確定や商業主義などの観点から、その実施に当たって特に問題が生じやすい精子・卵子・胚の提供による生殖補助医療について主に検討を行い、共通する主な内容は、夫婦以外の精子、卵子の使用を認めること、代理懐胎は禁止すること、提供は無償であるが、実費相当分の授受は認めること、提供者は匿名にすること、カウンセリングの機会を行うこと、営利目的の生殖の授受・授受斡旋、代理懐胎の実施・斡旋は罰則を伴う法的規制を行うこと、子を産出した者を母とし、同意した夫を父とする旨を法律に明記すること、管理運営を行う公的機関をもうけることである。

しかし、生殖補助医療部会報告書では、専門委員会報告書とは異なり、精子・卵子・胚の提供における匿名性の保持の特例として「兄弟姉妹は現時点では認めない」とした。また、生まれた子の出自を知る権利については、専門委員会報告書では、「成人後、その子に係る精子・卵子・胚を提供した人に関する個人情報のうち、当該精子・卵子・胚を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」とした。それに対し、生殖補助医療部会報告書でも、提供者の匿名性を保持するが、子の知る権利については、生まれてくる子のアイデンティティの確立のために提供者を特定できる情報を含め開示するのか、あるいは、提供者のプライバシーのために開示する範囲は提供者が決めるのかを、慎重な検討がなされた結果、

「15歳以上の者に提供者を特定できる個人情報まで知ることができる」とした。さらに、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、親が出自を知る権利や予想される開示に伴う影響について十分了解できるように、インフォームド・コンセントを行うことや、告知、公的管理運営機関における相談およびカウンセリングの機会など、必要な仕組みについても示している。

このように生殖補助医療部会報告書は、専門委員会報告書より、子の福祉を優先する考え方を打ち出したように思われる。代理懐胎を含む生殖補助医療を認めようとする、子の出自を知る権利が保障されるべきであると思われる。この技術によって生まれた子は、例えば、代理懐胎者と依頼者夫婦、精子・卵子・胚の提供者と依頼者夫婦すべての協力によって初めて生まれてくるのであり、子が自分の出自を知る権利は子のアイデンティティ形成に直接関わるからである。

法務省の要綱中間試案の補足説明においては、上記の報告書の見解を受け入れ、代理懐胎契約は特にこれを無効とする法律を置かなくても、民法上、公序良俗に違反して無効であるとし、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、最二小判昭 37.4.27 判決²⁰⁾に従った。ここにいう生殖補助医療は、生殖補助医療部会報告書が

20) 最二小判昭 37.4.27 民集16巻7号1247頁、家月14巻8号138頁。 は、Aと妾関係を継続している間、1917年にYを分娩した。しかし、Yは、家柄のやかましいAの戸籍に入籍できず、また の養父母の反対で の戸籍にも入籍できず、養父母の知人B夫婦に懇願して、B夫婦の子として出生届を出した。Yは、生まれたときから に養育され、生後1年あまりたった1918年にXの養子とした。Yは成人するまで の手許で育ったが、実父Aの家業を続かために、 との縁組を解消し、1931年には、A及びその妻Cと養子縁組をした。その後、Yは成人として医師として社会的名声を博するに至ったが、妾の子ということで社会的体面が悪いとして、実際に育てくれた実母に対して、母であることを否認するため、XがYに対して親子関係存在の確認を求めた事件で、最高裁は、「母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知を俟たず、分娩の事実より当然発生すると解するのが相当であるから、 がYを認知した事実を確定することなく、その分娩の事実を認定したのみで、その間に親子関係の存在を認めた原判決は正当である」と判示した。

示す生殖補助医療制度の枠組みに従って、第三者から提供された卵子を用いて妻に対して行われた生殖補助医療に限らず、同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たもの(独身女性に対するものや依頼者夫婦の受精卵を用いた代理懐胎など)をも含むので、代理懐胎の場合にも分娩した代理母女性が子の母になる。つまり、代理懐胎を含む生殖補助医療によって生まれた子をめぐり争いに対して、その子を分娩した女性が母であることを再確認した。

2008年4月、日本学術会議の報告書では、代理懐胎の問題点として、医学的側面、倫理的・社会的側面及び法的側面にわたって検討され、その上で、親子関係の問題が論じられている。医学的側面では、代理懐胎者へのリスクと負担及び胎児・子に及ぼす影響が強調されており、これについて医学的なデータは十分とはいえないから、安全性のために長期にわたる研究が必要であるとした。倫理的・社会的側面は、「家」を重視する傾向がある日本では、依頼者及び代理懐胎者の自分の意思が成り立ちにくいという自己決定権の限界と、また、生まれる子の福祉は最大限尊重されるべきであることなどが強調されている。法的側面からは、規制の必要性などが強調されている。

以上のことを踏まえた学術会議報告書では、これまでの報告書や中間報告らとは異なり、代理懐胎を法律によって原則禁止すべきであるとしたが、公的運営機関を設置し厳重な管理の下で「試行的実施(臨床試験)」を行うことを認めている。しかし、日本学術会議の委員会においては、様々な見解が対立し、上記の結論についても、委員会の一致によるものではなかった²¹⁾。一方、代理懐胎が禁止されても、それによって生まれた子に対しては、生まれた子の利益及び福祉という観点から、依頼者の夫婦(胚提供)との特別養子縁組の方法を言及しており、縁組の可能性の余地を残して置いた。他方、この報告書の結論に対して、「患者を抑圧し、社会の差

21) 才村眞理『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)51頁。

別意識を助長するものであり、母親の代理出産を否定する理由には全く根拠がない。また、子の福祉を全く保護しないものであり、根津医師の代理懐胎の功績を否定し、会告の禁止では足りないとし、されに法律で禁止し、患者の人権を侵害し、世論に背くものである²²⁾」、「報告書作成に至るまでの経緯について、委員の間では、代理懐胎を絶対禁止・条件付きで容認・現状の法規制のない状態でよいとするなど基本的な考え方が大きく異なっており、共通の理解と認識のための作業を約1年間にわたって検討内容と結論、そして提言がなされた。しかし、様々な意見が存在する中で、一つの方向に収斂するより優先的な順位を付けて幾つかの意見を併記という形にした方がベターであり、また、この報告書に反対の立場において、もう少し当事者の気持ちを配慮する必要がある²³⁾」、「代理懐胎は危険性が伴う可能性があるとしながら、試行的実施を容認していることは、矛盾である²⁴⁾」、「部分的許容ではない、人体実験ではない、試行であるという表現を用いても、そういう表現のニュアンスをいろいろつくり替えて表現することは何の意味もない²⁵⁾」、「試行という用語が何か実験をしているようで違和感がある²⁶⁾」などの批判が生殖補助医療を推進する患者、医師や弁護士および法学者それぞれの立場からなされている。

第4節 代理懐胎に関する裁判例

代理懐胎によって生まれた子に対する法的地位をめぐる訴訟は、いわゆる大阪事件と東京事件と呼ばれる2件が明らかになっている。いずれもア

22) 扶助生殖医療を推進する患者会『二輪草』「学術会議報告書に対する批判」2008年1月29日 <http://fair-law.jp/template/hihan.htm> 参照。

23) 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。

24) 辰井聡子「生命倫理法議論の争点と作法」ジュリスト1359号(2008)63頁以下。

25) 水野紀子・石井美智子・加藤尚武・町野朔・吉村泰典「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)28頁、加藤尚武発言。

26) 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頁。

アメリカで代理懐胎によって子を産んでもらった夫婦が、その子を自分たちの嫡出子とする出生届が受理されてなかったことを不服として争った事件である。もう一つの事件は、特別養子縁組を求める訴訟で、東京事件の最高裁の判示の中での補足意見と日本学術会議の報告書に沿った事件である。ここでは、各々の判例を取り上げるが、判旨では代理懐胎の是非に関わる部分を紹介する。

1 大阪事件【ドナー卵子を用いた体外受精型の代理懐胎】

1) 事実の概要

1986年、婚姻した妻と夫Yは、1989年ごろ、乙病院で3回 AIH の施術をうけたが、妊娠しなかった。Yは1996年自己の精子を凍結保存した。XYは自分の子を得るため、2001年、アメリカ人A女と彼女の夫と一緒に代理懐胎の合意をした後、2002年、アジア系アメリカ人B女の卵子をXYに贈与する契約(Egg Donor Contract²⁷⁾)を締結し、Bの卵子を提供された。同年、Yの凍結保存精子とBから提供された卵子を体外受精し、その受精卵をAの子宮に移植し、子(双子)が出生した。XYは子(双子)の出生直後から子どもの養育をはじめた。同年、代理懐胎によって生まれた子に対する父子関係と母子関係の確認を求める訴えをカリフォルニア州口サンゼルス郡高裁に提起し、Yが子に対する法的・遺伝的な父であり、Xは子に対する法的な母であるという判決をもらい、現地の病院から出生証明書(当該夫婦を父母として記載)が発行された。

同年、XYは出生証明書を付けて在米日本総領事館に出生の届け出をしたが、Xが50歳を超えていたため戸籍事務上の審査の対象となり、実際に分娩したのはXではないことが明らかになったことから、出生届は受理さ

27) Egg Donor Contract には、「女性の自己の卵子をXY夫婦に贈与すること」、「XY夫婦は女性に対し卵子吸引施術のための休業費を補償すること」、「XY夫婦は卵子吸引施術に伴う慰謝料を支払うこと」、「卵子は体外に取り出すことによって直ちにXY夫婦に帰属すること」、「ドナーによる卵子によって生まれた子について、女性は親権を主張せず、かつ、面接を要求しないこと」が盛り込まれていた。判例時報1919号107頁。

れなかった。XYは、2003年、子をつれて日本に帰国し、2004年、XYは地元市役所に出生の届出をしたが、やはり不受理となったため、家庭裁判所に対して出生届の不受理処分取消の申立てをした。これに対し、原審である神戸家裁は、「法律上の母子関係は、基準としての客観性・明確性の観点から、分娩者と子との間に認めるべきである。したがって、Xと本件子らの母子関係の成否について、Xは双子の卵子提供者でも分娩者でもないため、法律上の母子関係はみとめられない」とし、さらに、米国でXYを父母とした出生証明書が発行されている点については、「国内法で判断すべきもの」とし、「法律上の母子関係が認められないことが明らかな出生届を受理すべきではない」として退けた。最後に、代理懐胎によって生まれた本件子らとYとの間に親子関係を成立させることについては、「養育制度によって対処するべき」と判断し、XYの申立てを却下した²⁸⁾。

2) 大阪高裁平成 17(2005)・5・20 決定²⁹⁾

「わが国においては、母子関係の有無を決する基準について、これを明定する法律の規定はないが、従前から、母子関係の有無は分娩の事実により決するのが相当であると解されてきた。もとより、従前においては、今日のような生殖補助医療の発展はなかったものであるが、母子関係の発生を分娩という外形的事実にかからせることは、母子間の法律関係を客観的な基準により明確に決することができるという利点があり、また、経験上、女性は、子を懐胎し、胎内での子の成長を実感しつつ分娩に至る過程にお

28) 神戸家明石支審平成 16(2004)・8・12 判例集未登載、荒津史佳「代理懐胎 最近の判例を中心として」関西学院大学大学院法学研究論集26巻(2008)48頁参照。

29) 判時1919号107頁。大阪高裁の評釈としては、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)62頁、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)58頁、村重慶一「代理出産子の出生届」戸籍時報611号(2007)53頁、大村芳昭「涉外的代理母契約に基づく親子関係の成否」ジュリスト1335号(2007)135頁など。

いて、出生してくる子に対する母性を育むことが指摘されていることから、子の福祉の観点からみても、分娩した女性を母とすることには合理性があると考えられるばかりか、昨今の医療技術の発展に伴って採用が検討されている卵子提供型等の生殖補助医療により出生した子についても、自然懐胎による子と同様に取り扱うことが可能になることなどからみて、分娩の事実により母子関係の有無を決するという従前の基準は、生殖補助医療の発展を考慮に入れてもおお維持されるのが相当であって、少なくとも、生殖補助医療により出生した子の親子関係について特別の法制が整備されていない本件子らの出生時においては、その例外を認めるべきではないと解するのが相当というべきである。」

なお、「夫の精子と妻以外の女性から提供された卵子を用いて、受精卵を得、これをさらに別の女性に移植させることによる出産も可能になっているが、これらは、人を専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、人道上問題があるばかりか、代理懐胎を依頼した夫婦と代理懐胎を行った女性との間で生まれた子を巡る深刻な争いが生じる危険性を胚胎しているとして、否定的に評価する見解が有力である。そうすると、代理懐胎の方法により出生した子について、例外的に分娩者以外の者を母と認めることは、上記の医療を容認するに等しい結果を認めることになり、相当ではないというべきである。したがって、このような場合であっても、分娩によって母子関係は形成されるという上記見解は、なお維持されるのが相当というべきである」とし、「代理懐胎契約は、公序良俗に反するものとして、その効力を否定すべきものであるから、わが国としては、その結果を受け容れることはできず、国内法を適用して、分娩者と本件子らとの母子関係を肯定するほかないのである」と判示して、XYの抗告を棄却した³⁰⁾。その後、最高裁判所も特別抗告を棄

30) 準拋法の問題については、「法例17条1項で定められた準拋法によっては、嫡出親子関係の成立を肯定することができないから、同法18条1項で定まる準拋法により、さらに、親子関係の成立の有無を判断すべきである。そして、同項前段によれば、嫡出に非ざる子

却した³¹⁾。

2 東京事件【体外受精型の代理懐胎】

1) 事実の概要

妻Xと夫Yは、1994年に婚姻したが、妻Xは、2000年に子宮頸部癌の治療のため、子宮摘出手術をうけた。その際、Xは、卵巣を温存した。2003年5月、XとYは、米国ネバダ州に住むAB夫婦と有償の代理出産契約を締結し、生まれた子についてはXYが法律上の父母となり、AB夫婦は子に関する権利や責任を一切有しないことなどを合意した。これに基づき、Xの卵子とYの精子による体外受精で得られた受精卵をAの子宮に移植し、同年11月Aは双子CDを出産した。

XYは、同年下旬、ネバダ州ワシヨー郡管轄ネバダ州第二司法地方裁判所家事部に対し親子関係確定の申立てをした。同裁判所は、XY及びAB夫婦の意思を確認し、本件代理出産契約を含む関係書類を精査した後、同年12月はじめ、XYが血縁上及び法律上の実父母であることを確認するとともに、XYをCDの父母とする出生証明書を発行することを命じた。XYは子らの出生後直ちに養育を開始した。

XYは、2004年1月、子らを連れて日本に帰国し、東京都品川区長Zに対して、Yを父、Xを母と記載した嫡出子出生届を提出したが、Xによる分娩の事実がないことを理由に、受理されなかった。そこで、XYは、戸籍法118条に基づき、本件出生届の受理を命じることを求める申立てをした。東京家裁は、Xによる分娩の事実が認められず、嫡出親子関係が認められないことを理由として、その申立てを却下したため、XYは抗告し

の親子関係のうち母との親子関係については、出生当時の母(依頼した女性)の本国法によるとされている。そうすると、Xと双子との親子関係の有無は、Xの本国法である日本法によって定められることになる」と判示している。

31) 最決平成17(2005)・11・24 判例集未登載、荒津・前掲注(28)51頁、村重・前掲注(29)53頁参照。

た³²⁾。

2) **東京高裁平成 18(2006)・9・29 決定³³⁾**

本件出生届の受理を命ずべきものと判示した³⁴⁾。

東京高裁は、本件裁判が、民事訴訟法118条3号にいう公序良俗に反しないとの要件を具備しているかについて、「公序良俗に反しないとは、その判決の承認によりわが国での効力を認め、法秩序に組み込むことでわが国の公序良俗に混乱をもたらすことがないことを意味すると解されている。……(中略)……本件判決の承認の要件としての公序良俗を判断するについて、個別のかつ具体的内容に即した検討をしたうえで、本件裁判の効力を承認することが実質的に公序良俗に反するかどうかを判断すべきである」とした。その理由は、「わが国民法等の法制度は、生殖補助医療技術が存在せず、自然懐胎のみの時代に制定された法制度であるが、現在は、生殖補助医療技術が発達したことにより、自然懐胎以外に人為的な操作により懐胎及び子の出生が実現されるようになっている。その法制度制定時に、自然懐胎以外の方法による懐胎及びこの出生が想定されていなかったことをもって、人為的な操作による懐胎又は出生のすべてが、我が国の法秩序の中に受け容れられないとする理由にはならないというべきである。現に、その中でも、人工授精による懐胎については、当事者の意思を十分尊重して確認する等の条件の下で、現行法制度の中で容認されていること

32) 東京家審平成 17(2005)11・30, 民集61巻2号658頁。

33) 判時1957号20頁。東京高決の評釈としては、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, 長谷川俊明「親子関係を認めたネバダ州の裁判の承認が公序良俗に反しないとした事例」国際商事法務35巻5号(2007)606頁, 村重・前掲注(29)53頁など。

34) 本決定は、民事訴訟法118条にいう外国裁判所の確定判決といえるかについては、「民法118条所定の外国裁判所の確定判決とは、外国の裁判所が、その裁判の名称、手続、形式のいかんを問わず、私法上の法律関係について当事者双方の手続的保障の下に終局的にした裁判をいうものと解される。本件裁判は、親子関係の確定を内容とし、わが国の裁判類型としては、人事訴訟の判決または家事審判法23条の審判に類似するものであり、外国裁判所の確定判決に該当するというべきである」とした。

からすると、民法上、代理出産契約があるからといってその契約に基づき親子関係を確定することはないとしても、外国でなされた他の人為的な操作による懐胎又は出生について、外国の裁判所がした親子関係確定に裁判については、厳格な要件を踏まえた上であれば十分受け容れる余地はあるといえる」とする。その上で、公序良俗に反しない理由を以下のように列挙する。

本件子ら(CD)は、Xの卵子とYの精子により出生した子らであり、XYと本件子らとは血縁関係を有する。

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

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

ABは、本件子らと親子関係にあることもこれを養育することも望んでおらず、また、本件裁判によりYが血縁上も法律上も親とされているため、本件子らは、法律的に受け容れるところがない状態が続くことになる。XYは、本件子らを出生直後から養育し、今後も実子として養育することを強く望んでいる。したがって、代理母を認めることが本件子らの福祉を害するおそれはなく、むしろ、本件子らの福祉にとっては、わが国においてXYを法律的な親と認めることを優先

すべき状況となっており、XYに養育されることがもっともその福祉に適うというべきである。

厚生科学審議会生殖補助医療部会が、代理懐胎を一般的に禁止する結論を示しているが、その理由として挙げている子らの福祉の優先、人を専ら生殖の手段として扱うことの禁止、安全性、優生思想の排除、商業主義の排除、人間の尊厳の六原則について、本件事案の場合はいずれにも当てはまらないというべきである。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。

以上の理由を挙げた後、次のように結論づける。「法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会において、外国で代理出産が行われ、依頼者の夫婦が実親となる決定がなされた場合、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、……(中略)……本件裁判は、本件代理出産契約のみに依拠して親子関係を確定したのではなく、本件子らがXYと血縁上の親子関係にあるとの事実及びABも本件子らをXYの子と確定することを望んでおり関係者の間に本件子らの親子関係について争いが無いことも参酌して、本件子らをXY夫婦の子と確定したのであり、本件裁判が公序良俗に反するものではない。……(中略)……以上のとおり、本件のような具体的事情のもとにおいて、本件裁判を承認することは実質的に公序良俗に反しないと認めることができる。」

「以上で検討したとおり、本件子らの場合は、上記各事情の条件のもとにおいては、本件裁判は外国裁判所の裁判に該当し、民事訴訟法118条所定の要件を満たすものであるから、同条の適用ないし類推適用により、承認の効果が生じることになり、承認される結果、本件子らは、XYの子であると確認され、本件出生届は受理されるべきである。」と申立人XYの主張が認められたので、相手方品川区長が許可抗告をした。

3) 最高裁平成19(2007)・3・23 決定³⁵⁾

破棄自判(原決定を破棄し、原々決定に対するXらの抗告を棄却)

最高裁³⁶⁾は、「実親子関係は、身分関係の中でも最も基本的なものであり、様々な社会生活上の関係における基礎となるものであって、単に私人間の問題にとどまらず、公益に深くかかわる事柄であり、子の福祉にも重大な影響を及ぼすものであるから、どのような者の間に実親子関係の成立を認めるかは、その国における身分法秩序の根幹をなす基本原則ないし基本理念にかかわるものであり、実親子関係を定める規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規準によって一律に決められるべきものである。したがって、わ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、わが国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれな

35) 民集61巻2号619頁, 家月59巻7号72頁, 判時1967号36頁, 判夕1239号120頁。最高裁の評釈としては、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, 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」私法判例リマックス37号(2008)80頁, 棚村政行「代理出産により生まれた子の母子関係と外国判決の承認」判例時報2002号(2008)190頁, 星野豊「代理出産契約に基づき出生した子の親子関係」法律時報82巻2号(2010)116頁, 村重慶一「代理出産の母子関係と外国裁判の承認」別冊判例タイムズ22号(平成19年度主要民事判例解説)142頁, 早川眞一郎「外国判決の承認と公序 外国人代理母が出産した子を代理出産を依頼した日本人夫婦が実子として届け出ることの可否」法律のひろば61巻3号(2008)58頁など。

36) 外国裁判所の判決が民法118条により国内においてその効力を認められるためには、「判決の内容がわが国における公の秩序又は善良の風俗に反しないことが要件とされているところ、外国裁判所の判決がわが国の採用していない制度に基づく内容を含むからといって、その一事をもって直ちに上記の要件を満たさないとすることはできないが、それがわが国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものと認められる場合には、その外国判決は、同法条にいう公の秩序に反するというべきである」とし、「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」と判旨した。

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。このことは、立法政策としては現行民法の定める場合以外にも実親子関係の成立を認める余地があるとしても変わるものではない」とする。

次に「わが国の民法上、母とその嫡出子との間の母子関係の成立について直接明記した規定はないが、民法は、懐胎し出産した女性が出生した子の母であり、母子関係は懐胎、出産という客観的な事実により当然に成立することを前提とした規定を設けている。また、母とその非嫡出子との間の母子関係についても、同様に、母子関係は出産という客観的な事実により当然に成立すると解されてきた。民法の実親子に関する現行法制は、血縁上の親子関係を基礎に置くものであるが、民法が、出産という事実により当然に法的な母子関係が成立するものとしているのは、その制定当時においては懐胎し出産した女性は遺伝的にも例外なく出生した子とのつながりがあるという事情が存在し、その上で出産という客観的かつ外形上明らかな事実をとらえて母子関係の成立を認めることにしたのであり、かつ、出産と同時に出生した子と子を出産した女性と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もその理由となっていたものと解される」とする。

その上で、「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」とした。

その結果、「本件裁判は、わが国における身分法秩序を定めた民法が実

親子関係の成立を認めていない者の間にその成立を認める内容のものであって、現在の我が国の身分法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものといわざるを得ず、民訴法118条3号にいう公の秩序に反することになるので、我が国においてその効力を有しないものといわなければならない。そして、XYと本件子ら(CD)との間の嫡出親子関係の成立については、XYの本国法である日本法が準拠法となるところ、日本民法の解釈上、Xと本件子らとの間には母子関係は認められず、XYと本件子らとの間に嫡出親子関係があるとはいえない」と判示した。

なお、補足意見として、法的な整備の必要性とともに、親子関係については特別養子縁組の利用が考えられるとの意見が付された。

裁判官 津野修，同 古田佑紀の補足意見は次のとおりある。

「本件において、Aを代理母として出生した本件子らに対しX夫妻が親としての愛情を注ぎその養育に当たっていることについては、疑問の余地はない。しかしながら、本件に関する民法等の解釈をするに当たっては、本件のみにとどまらず、卵子を提供した女性と懐胎、出産した女性とが異なる場合の親子関係すべてに共通する問題として考察する必要がある。……(中略)……生殖補助医療の発達によって今後も同様の問題が生ずることが予想されることから、代理出産やそれに伴う親子関係等の問題については、法廷意見の指摘する様々な問題点について検討をした上、早急に立法による対応がなされることを強く望みたい。……(中略)……本件において、XY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、ABが、自ら親として養育する意思がなく、XY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る。」

裁判官 今井功の補足意見は、次のとおりである。

医学技術の進歩に伴って生ずる身分法上の問題について、「民法の制定当時には、想定されていなかったのであるから、それに関し民法が規定を設けていないことはいうまでもない。この場合に、民法が規定を設けていないからといって、そのことだけで直ちにこれを否定することは相当ではない。……(中略)……身分関係、中でも実親子関係の成否は、法廷意見の述べるように、社会生活上の関係の基礎となるものであって、身分法秩序の根幹をなす基本原則ないし基本理念にかかわる問題である。具体的な事案のなかで、関係当事者の権利利益を保護すべきか否かという側面からの考察のみではなく、そのような関係を法的に認めることが、わが国の身分法秩序等にどのような影響を及ぼすかについての考察をしなければならない。……(中略)……この問題の解決のためには、医療法制、親子法制の面から多角的な観点にわたる検討を踏まえた法整備が必要である。……(中略)……なお、本件子らとXYとの間に特別養子縁組を成立させる余地は十分にあるとする点においては、津野修裁判官、同古田佑紀裁判官の補足意見のとおりと考える。」

3 姫路事件【体外受精型の代理懐胎】

1) 事実の概要

妻Xと夫Yは、2004年に婚姻した夫婦であり、いずれも現在25歳以上の者である。Xは 症候群のために子を産むことができなかった。AとBは夫婦であり、Xは両名間の長女である。Aは、XY夫婦のために代理出産することを決意し、2007年に 県所在のクリニックを受診し、ホルモン治療を受けた上、Xの卵子とYの精子を受精させた胚の移植を受けて妊娠し、2008年、Cを出産した。XはCの出生にあわせて、母乳を出すための薬を飲み、Cに母乳を与えた。XYは、同年2月下旬にCを自宅に引き取り、以後約10ヶ月間、Cを監護養育している。AはXY夫婦のためにCを妊娠、出産したと考えている。ABはいずれも稼働して収入を得ており、経済的な不安はないが、XYがCを責任を持って育てるべきだと考えて

おり、Cを自身らの子として育てる意思はなく、本件特別養子縁組を希望している。XYはCの血縁上の親であり、Cを責任を持って育てる意向である。XYは、仲が円満で、愛情を持ってCを監護養育しており、XYの心身の健康状態、居住環境、経済状態等も安定している。XYによるCの監護養育は約10ヶ月が経過し、良好に推移しており、Cの発育・発達状況も順調である。また、家庭裁判所調査官の調査においても、XYに養親としての適格性が認められること及びXYとCとの間の適合性が良好であることが確認されている。このような状況のもとで、Yは、Cを特別養子にすべく特別養子縁組の審判を申し立てた。

2) 神戸家裁姫路支部平成20(2008)・12・26 審判³⁷⁾

「いわゆる代理出産については、医学的、倫理的、社会的、法的各側面から、その是非をふくめた様々な議論がされ、上記の最高裁判平成19年3月23日決定においても、法制度としてどう取り扱うか改めて検討されるべき状況にあり、医療法制、親子法制の両面にわたる検討を経て、立法による速やかな対応が強く望まれるとされている。しかし、出生した子と血縁上の親との間にどのような関係を成立させるかについては、代理出産の是非と必然的に連動するものではなく、出生した子の福祉を中心に検討するのが相当であり、上記最高裁判所決定の補足意見においても、事案によっては、法的に親子関係を成立させるため、現行法において、特別養子縁組を成立させる余地がある旨が指摘されている。そうすると、本件においては、

Yら夫婦の養親としての適格性及びCとの適合性にはいずれも問題がない上、XYら夫婦は、Cの血縁上の親であり、Cを責任を持って監護養育

37) 家月61巻10号72頁、本件の判例評釈としては、早野俊明「代理懐胎・出産により出生した子の特別養子縁組」白鷗大学法科大学院紀要4巻(2010)109頁、梅澤彩「配偶者を提供した申立人らと代理懐胎子との特別養子縁組を認めた事例」司法書士457号(2010)52頁、棚村正行「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)660頁、水野紀子「代理出産による子と卵子及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)70頁。

していく真摯な意向を示していること、他方、ABは、XYがCを責任を持って育てるべきであると考えており、Cを自身らの子として監護養育していく意向はなく、かかるABにCの監護養育を委ねることは、その監護が著しく困難または不相当であることその他特別の事情があると認められるから、CをXYの特別養子とすることが、その利益のために特に必要があるというべきである」と判示した。

4 小 括

判例1は、ドナー卵子を用いた体外受精型代理懐胎である。すなわち夫の凍結保存した精子と提供された卵子を体外受精し、その受精卵を第3者の子宮に移植し、出産してもらったケースである。判例2は、依頼者夫婦の受精卵を用いた体外受精型代理懐胎である。すなわち夫の精子と妻の卵子を体外受精し、その受精卵を第3者に移植し、懐胎・出産してもらったケースである。判例3は、判例2と同様の依頼者夫婦の受精卵を用いた体外受精型代理懐胎である。判例1と判例2は、代理懐胎を認めているアメリカにおいて代理懐胎を実施し、代理懐胎を依頼した夫婦(日本人)が法的な親であることを当該州の裁判所に確認してもらい、依頼者夫婦を父母とする出生証明書を得ており、これに基づいて、日本に帰ってから、代理懐胎によって生まれた子を依頼した夫婦の嫡出子とする出生届をしたものである。しかし、判例1は、使用された卵子が依頼者夫婦の妻のものではなく、第三者から提供された卵子であるから遺伝的につながりがないことに対し、判例2は、使用された卵子は依頼夫婦の妻のもので遺伝的につながりがあるものである。また、依頼者夫婦の妻が分娩したのではないことが判明したきっかけについて、判例1は、妻が高齢であったことが偶然に発覚してしまったことに対し、判例2は、依頼者夫婦がマスメディアに公表したことが異なっている。判例3は、判例1と判例2とは異なり、代理懐胎を国外ではなく国内で実施しており、代理母女性としては、第三者の女性ではなく、依頼者夫婦の妻の母が自分の娘のために代理懐胎を行った

ものである。

判例1と判例2は、代理懐胎の場合の母子関係の成立に関する日本民法の解釈そのものに関しては、分娩者を母とするべきあるという点で一致している。しかし、外国で代理懐胎を実施し、出産した子の母子関係の存否については、判例1は準拠法選択アプローチを採用するのに対して、判例2は、渉外的代理懐胎契約に基づき出生した子の親子関係の存否に対して異なるアプローチを採用しているが、このような準拠法アプローチの根本的な問題性については、本稿では割愛することにする。

判例1は、生まれた子の出生届の取扱いに関して、日本で初めて公表された高裁決定であり、社会的な注目を浴びたものである。代理懐胎について、「人をもっぱら生殖手段として扱う」、「第三者に懐胎・分娩による多大な危険性を負わせる」、「生まれる子を巡る深刻な争いが生じる」という厚生科学審議会生殖補助医療部会の報告書³⁸⁾と法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会の要綱中間試案の補足説明³⁹⁾を引用し、否定的見解に立つことを明らかにしたうえで、代理懐胎契約は、公序良俗に反するとした。母子関係については、外国で生まれた子の親子関係に関する準拠法適用の問題として扱い、「分娩事実により母子関係の有無を決するという従前の基準は、生殖補助医療の発展を考慮に入れてもなお維持されるべきであり、生殖補助医療により出生した子の親子関係について特別の法制が整備されていないかぎり、その例外を認めるべきではない」として、依頼した妻の分娩事実がないことから、母子関係を否定した。それは、言い換えれば、特別の法制が整備されれば、例外を認める可能性もあるということであろうか。

判例2は、代理懐胎によって生まれた子を日本人依頼者夫婦の実子とする外国の判決について、民訴法118条3号の解釈⁴⁰⁾および母子関係につい

38) 生殖補助医療部会報告書については、前掲注(17)参照。

39) 要綱中間試案の補足説明については、前掲注(18)参照。

40) 代理懐胎に基づき実親子関係の成立を認めた外国判決の承認についての評釈としては、

ての現行法解釈が示されたはじめての最高裁決定であり、今後日本の代理懐胎を巡る立法や実務に対して大きな影響を与えるものと思われる裁判例である。原審である東京高裁は、判例1と判例2の最高裁とは異なって、生まれた子を依頼者夫婦の嫡出子とし、出生届の受理を命じた。東京高裁⁴¹⁾は、外国裁判の承認が公序に反しないとし、その理由として、承認を否定すると、日本では代理母側の夫婦、ネバダ州では依頼者夫婦が法律上の親とされ、「法律上の親のない状態」になること、依頼者夫婦は出生直後から子らを養育し、今後も実子としての養育を強く望んでおり、それが子の福祉にかなうことなどを挙げている。つまり、外国においていわゆる代理母が出産した子を、外国判決の承認というルートを使って、代理懐胎を依頼した日本人夫婦の実子とすることを認めたものである。ただし、その要件は、血縁関係があること、代理懐胎の方法以外に夫婦の血のつながった子をもうける方法がないこと、代理母がボランティア精神に基づくことと、有償であっても、最低限の支払いであり、子の対価ではないこと、代理母の尊厳を尊重すること、子の福祉にかなうこと、生殖補助医療部会報告書⁴²⁾の6つの基本的考え方に従うこととし、非常に厳格である。この東京高裁は、日本ではじめて代理懐胎によって生まれた子を依頼者夫婦の実子として認めたものであり、日本の「公序良俗」に反するか否かの判断の基準として参考になるのではないと思われる。しかし、東京高裁のように外国判決を承認することは、結果として外国で代

長田真理「代理母に関する外国判決の効力 民訴118条の適用に関して」法律時報79巻11号(2007)45頁、林・前掲注(35)38頁、早川・前掲注(35)58頁、岡野裕子「生殖補助医療に基づく親子関係の成立と外国裁判の承認」ジュリスト1332号(2007)304頁、棚村・前掲注(35)190頁などがある。

41) 東京高裁決定に触発されて、根津八紘院長は、50代後半の女性が娘夫婦の受精卵で「孫」を代理出産したことを公表した(2006年10月15日)。同院長は、「親子愛のもとで行われる実母による代理出産は、子どもの引き渡し拒否や補償などもなく(姉妹間や第三者による代理出産と比べ)、一番問題が起りにくい」と主張した。村重・前掲注(29)55頁。

42) 生殖補助医療部会報告書については、前掲注(17)参照。

理懐胎をすれば、自分たちの実子として扱われることを認めることに等しい⁴³⁾。また、同様な事案においても、有償の基準およびどこまでが最低限の支払いであるか、誰の事情が子の福祉にかなうのかなど、裁判官の事情の捉え方によって結論が異なるおそれもありうる。一方、最近様々な分野で「個別対応の重要性」や「一人ひとりを大事にする社会が必要」と叫ばれているところ、原審は、確かに「個別の子」の福祉を優先しているといえる。

これに対して、最高裁は、「母子関係は出生という客観的な事実により当然に成立すると解されてきた」とし、最二小判昭37.4.27⁴⁴⁾と民法772条1項を引用し、代理懐胎によって生まれた子と依頼者夫婦の親子関係を否定した。原審である東京高裁と比べると、代理懐胎の場合の母子関係については、日本民法の解釈によって「分娩者=母ルール」とするべきであるということは同様であるが、結論は異にしている。それは、東京高裁は、「公序」の判断は、「個別のかつ具体的内容に即した上で、ネバダ裁判の効力を承認することが実質的に公序良俗に反するかどうかを判断すべきである」とし、その事案の個別のかつ具体的内容に着目して、公序に反しないという結論を導いていることに対し、最高裁は、「民法が実親子関係を認めていない者の間にその成立を認める内容の外国裁判所の裁判は、我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれない」とし、「民訴法118条3号にいう公の秩序に反するというべき」であるという結論を導いている。補足意見では、代理懐胎による母子関係の決定について、分娩した代理母が法律上の母ということを明らかにしたものでありながら、生殖補助医療の発達に鑑み、立法による速やかな対応を望んでおり、最高裁決定後、実際に立法の準備作業が再開されることになった。また、事情を考慮すれば、子と依頼者夫婦との間に「特別養子縁組」を成立させる余地は

43) 二宮周平「認知制度は誰のためにあるのか(4) 人工生殖と親子関係」戸籍時報607号(2006)23頁。

44) 前掲注(20)参照。

あるとも付け加えており、最高裁決定後、向井さん夫婦は特別養子縁組を申立てし、東京家庭裁判所は「代理出産により生まれた双子につき、依頼者夫婦が実質的な監護養育にあっており、監護養育の適切性、代理出産した女性の養育の意思の欠如と育児放棄の意思があること」から、卵子提供し精子提供もした向井さん夫婦の特別養子縁組の成立を認めた⁴⁵⁾。

最高裁の補足意見について、一部においては、あたかも最高裁が代理懐胎を認める立法を促しているという報道がなされたが、あくまで代理懐胎に関する適切な立法の必要性を説いただけであり⁴⁶⁾、代理懐胎自体の是非について様々な議論があるところ、最高裁としてその是非に言及することを避けたものであると指摘された⁴⁷⁾。

ところが、樋口教授は判例2について、代理懐胎を依頼した夫婦の立場に立って「昭和37年判決(分娩者=母ルール)の示すところに従ったとしても、現代的な子の福祉を優先する考え方を重視したとしても、どちらも指し示す結論の方向性は同一であり、それは依頼者夫婦による出生届を受理することだと考えられる」として、「代理懐胎と法的母子関係に関する意見書」を提出している⁴⁸⁾。さらに、最高裁の持ち出した「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、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述べた⁴⁹⁾。

判例2に対する原審と最高裁の決定については、数多くの判例評釈や判例解説などがなされており、代理懐胎を認めるかどうか、依頼者夫婦と代理懐胎によって生まれた子の間に母子関係の成立を認めるどうかの学説に

45) 朝日新聞朝刊2009年4月28日。

46) 早川・前掲注(35)64頁。

47) 本山敦「代理出産による実親子関係の成否」法の支配147号(2007)107頁。

48) 向井亜紀『家族未満』(小学館,2007)348~361頁。

49) 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。

については、第4章と第5章で取り扱うことにする。

判例3は、代理懐胎子と依頼者夫婦の妻の法的親子関係について、判例1および判例2と同様に分娩者＝母ルールに立つとした上で、判例2の最高裁判例の補足意見と日本学術会議の報告書⁵⁰⁾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最初の公表判例である。上記の二つの判例とは異なり、当事者(依頼者夫婦)が最初から特別養子縁組を申し立てたのであるから、母子関係を争うものではなかった。ところで、特別養子縁組は、家庭に恵まれない幼い子がいて、その子を親代わりに真摯に育てたいと考える夫婦がいれば、家庭裁判所の審判によって成立し、実親子関係を終了させ、実親からの取戻請求を防ぐとともに、原則として離縁を認めず、養親子関係を安定させるという欧米型の未成年養子を導入したものである⁵¹⁾。特別養子縁組が成立するためには、父母による監護の困難および不相当であることと、子の利益のために特に必要であるという要保護性の要件が満たされなければならない(民法817条の7)。この事件は、不妊である娘のために母が代理懐胎によって子を分娩したので、現行法上、母と出生した子は実母子関係となり、卵子提供者である娘と出生した子との特別養子縁組は、厳密に言えば、親族特別養子縁組である⁵²⁾。この判例では、上記の要保護要件のなか、何が「監護が著しく困難」または「不相当」であるのかが疑問である。AB夫婦(不妊である娘の父母)はいずれも稼働して収入もあり、経済的な不安がない。ただ、生まれた子を養育する意思はないことで、「不相当」であると判断したのであるが、基準が明らかではない。ところが、第1章6節のまとめにも述べたように、「養育意思」を母の決定基準とすることも考えられる。この点については、第5章で取扱う。

50) 学術会議報告書については、注(19)参照。

51) 二宮周平『家族法 第3版』(新世社、2009)199頁。

52) 早野・前掲注(37)111頁。

生まれた子の福祉を考えると、この審判は望ましいと考えられるが、代理懐胎が親族間で行われるがゆえに、親族の女性に対する代理懐胎の強要につながるおそれもあるし、また、代理母が親族である場合は、代理母は生まれた子の身近にいることになり、日本産科婦人科学会の会告が代理懐胎を禁止する理由に挙げた「家族関係を複雑」にするおそれもあるから、慎重に検討しなければならない。これについて、根津医師は、母親が娘のために代理懐胎をする場合は、一番問題が起りにくいと言及した。確かに、家族間の強制という要素は薄いかもしれないが、懐胎者の年齢が高いことにより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広く知られている。日本における母子保健の主な統計によれば、40歳以上の妊産婦死亡率は20歳代の妊産婦の約10倍に及ぶ⁵³⁾というのに、多大な危険を母親に負わせることが果たして望ましいといえるだろうか。このことについて考察する必要があると思われる。

第5節 世論調査

1 2003年生殖補助医療技術についての意識調査⁵⁴⁾

厚生労働省は、第三者の関与する生殖補助医療の是非やその規制の在り方、生殖補助医療に関する個人情報管理のあり方等の生殖補助医療を適正に実施するために必要な仕組みについて検討を行う際に、医療の問題だけでなく、倫理、社会面での問題も多く含んでおり、広く意識を把握する必要がありとして、1999年に一般国民、患者、医師約6000名を対象とした調査を実施した。その後、不妊治療への関心の高まりなどによって、生殖補助医療に対する国民の意識が急激に変化している可能性があることや、厚生労働省における検討が進んでおり、これに対応した具体的な国民の「現

53) 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)76頁。

54) 「生殖補助医療技術についての意識調査2003集計結果」(2003年4月)。http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/02/s0206-2g.html

在の」意識を的確に把握することを目的として、2003年1月に調査を実施した。調査対象は、全国200地点から、20～69歳の男女4000名(1999年の調査対象「以下では、調査票のみ群という」)および20～59歳の男女4000名(リーフレットによる情報提供の調査対象「以下では、リーフレット群という」)の合計8000名のうち、実際に調査票を本人に届けることができた5840名を対象にした。調査方法は、層化二段階無作為抽出法を用いて、対象者の居住地を管轄する保健所の協力を得て、留め置き方法によった。

1) 生殖補助医療の利用意向

(1) 調査票のみ群とリーフレット群別の集計

子を望んでいるのになかなか子に恵まれないとしたら、「利用したい」生殖補助医療は、調査票のみ群とリーフレット群いずれも「借り腹」の回答率が高く、他の生殖補助医療について「利用したい」というリーフレット群の回答はほぼ同様である。生殖補助医療のなか、代理母⁵⁵⁾については、「利用したい」は、わずか3.3%(調査票のみ群)と2.7%(リーフレット群)にすぎなかった。それに比べ、借り腹⁵⁶⁾の「利用したい」は、回答率が代理母を利用したいという回答率より約2～3倍高かった。しかし、いずれも「配偶者が望んでも利用しない」という回答率が、約6割以上を占めた。

55) 夫婦のうち、妻が卵巣と子宮を摘出したこと等により、妻の卵子が使用できず、かつ妻が妊娠できない場合に、夫の精子を妻以外の女性に人工授精しその女性に妊娠、出産してもらい、その子を依頼者の子とすることである。

56) 夫婦のうち、夫の精子と妻の卵子が使用できるが、子宮摘出等により妊娠できない場合に、夫の精子と妻の卵子を体外受精してできた受精卵を妻以外の女性の子宮に入れて、その女性に子を出産してもらうことである。

(%)

区 分		利用したい	配偶者が望めば利用したい	配偶者が望んでも利用しない
第三者の精子を用いた人工授精	調査票のみ群	5.1	31.5	63.4
	リーフレット群	2.5	35.5	62.0
第三者の卵子を用いた体外受精	調査票のみ群	4.0	36.3	59.7
	リーフレット群	2.5	20.7	76.8
第三者の受精卵(胚)を用いた胚移植	調査票のみ群	3.1	18.7	78.2
	リーフレット群	2.5	20.7	76.8
代 理 母	調査票のみ群	3.3	21.5	75.2
	リーフレット群	2.7	20.2	77.1
借 り 腹	調査票のみ群	8.6	34.7	56.7
	リーフレット群	7.3	32.3	60.4

(2) 1999年との比較

1999年の調査と比較すると、いずれも「利用したい」という回答率が少し増え、「利用しない」という回答率は減少した。代理母の場合は、1999年は2.2%であったが、2003年には3.3%に増加し、借り腹の場合は、1999年は5.1%であったが、2003年には8.6%に増加し、代理母の場合より比率が少し高かったことがわかる。

(%)

区 分		1999年	2003年
第三者の精子を用いた人工授精	利用したい	3.4	5.1
	配偶者が望めば利用したい	25.0	31.5
	配偶者が望んでも利用しない	71.6	63.4
第三者の卵子を用いた体外受精	利用したい	3.1	4.0
	配偶者が望めば利用したい	26.8	36.3
	配偶者が望んでも利用しない	70.1	59.7
第三者の受精卵(胚)を用いた胚移植	利用したい	2.1	3.1
	配偶者が望めば利用したい	15.1	18.7
	配偶者が望んでも利用しない	82.8	78.2
	利用したい	2.2	3.3

代理懐胎問題の現状と解決の方向性(2)(金)

代 理 母	配偶者が望めば利用したい	15.4	21.5
	配偶者が望んでも利用しない	82.4	75.2
借 り 腹	利用したい	5.1	8.6
	配偶者が望めば利用したい	26.1	34.7
	配偶者が望んでも利用しない	68.8	56.7

2) 生殖補助医療の社会的容認

(1) 調査票のみ群とリーフレット群別の集計

生殖補助医療を一定の条件の下で社会的に認めるかについて、調査票のみ群は「借り腹」「第三者の精子を用いた人工授精」「第三者の卵子を用いた体外受精」の順で「認めてよい」という回答であるのに対し、リーフレット群は「第三者の精子を用いた人工授精」「第三者の卵子を用いた体外受精」「借り腹」の順であった。代理母の場合も借り腹の場合も、調査票のみ群とリーフレット群であまり違いはなかった。一定の条件の下で「認めてよい」という回答について、借り腹は、調査のみ群が46%、リーフレット群が43.2%で、代理母より借り腹の数値が約10%以上高かった。そして、いずれの技術も30%以上が「わからない」と回答していた。

(%)

区 分		認めてよい	認められない	わからない
第三者の精子を用いた人工授精	調査票のみ群	41.3	22.6	36.1
	リーフレット群	47.5	19.5	33.0
第三者の卵子を用いた体外受精	調査票のみ群	39.8	24.0	36.2
	リーフレット群	45.1	20.7	34.2
第三者の受精卵(胚)を用いた胚移植	調査票のみ群	28.3	34.9	36.8
	リーフレット群	30.6	34.8	34.6
代 理 母	調査票のみ群	31.3	32.1	36.6
	リーフレット群	29.4	35.6	35.0
借 り 腹	調査票のみ群	46.0	22.0	32.0
	リーフレット群	43.2	25.2	31.6

(2) 1999年との比較

2003年の調査では、代理懐胎(代理母, 借り腹)について「認めてよい」が選択肢に入っていなかったため、1999年の調査とは比較ができない。そこで、「条件付で認めてよい」、「認められない」の回答から判断すると、認めてよいが増加しているとはいえないが、「条件付で認めてよい」の回答率をみると、代理母の場合、1999年の回答率より2003年の回答率が少し下がった反面、借り腹の場合は1999年の回答率より2003年の回答率の数値が少し高かった。

(%)

区 分		1999年	2003年
第三者の精子と用いた人工授精	認めてよい	10.8	
	条件付で認めてよい	49.5	41.3
	認められない	21.5	22.6
	わからない	18.2	36.1
第三者の卵子を用いた体外受精	認めてよい	9.6	
	条件付で認めてよい	49.6	39.8
	認められない	22.1	24.0
	わからない	18.7	36.2
第三者の受精卵(胚)を用いた胚移植	認めてよい	7.8	
	条件付で認めてよい	35.1	28.3
	認められない	37.4	34.9
	わからない	19.7	36.8
代 理 母	認めてよい	7.0	
	条件付で認めてよい	36.7	30.3
	認められない	36.0	34.2
	わからない	20.3	35.8
借 り 腹	認めてよい	9.2	
	条件付で認めてよい	43.6	44.3
	認められない	29.7	23.9
	わからない	17.6	31.8

3) 借り腹について社会的に認められない理由

借り腹を認めない理由について、「妊娠は自然になされるべき」という

理由が、調査票のみ群にもリーフレット群にも一番多く表れた。続いて、「親子関係が不自然」、「人を生殖手段として用いるから」、「商業的に利用されると思うから」、「養子縁組があるから」、「生まれた子に話せないから」の理由で、借り腹を認められないとした。認められないの各々の理由についても、調査票のみ群とリーフレット群はほぼ同じ回答率を表した。

(%)

区 分		調査票のみ群	リーフレット群
借り腹 認めない理由	生まれてくる子の健康に害がある	18.3	17.1
	借り腹となる女性の健康に害がある	24.6	30.0
	親子関係が不自然	46.9	46.9
	遺産相続などのトラブル	24.3	27.5
	妊娠は自然になされるべき	65.2	51.4
	近親者の可能性があるから	15.0	14.5
	商業的に利用されると思うから	40.5	39.5
	生まれた子に話せないから	33.0	32.6
	養子縁組があるから	35.7	36.1
	人を生殖手段として用いるから	37.8	43.8
	それ以外の理由	4.8	7.6
わからない	0.6	0.6	

4) 借り腹について社会的に認める理由

借り腹を認めてよい理由について、「病気などで子宮を摘出した人が子をもてる」及び「病気などで子を生めない人が子をもてる」が、いずれも80%以上の回答率であり、「認めてよい」の大きな理由である。続いて、「依頼者と代理懐胎をする双方が承諾したから」の理由が約40%を占めている。借り腹を「認めてよい」の各々の理由について、調査票のみ群とリーフレット群はほぼ同じ回答率を表した。

(%)

区 分		調査票のみ群	リーフレット群
借り腹	病気などで子を生めない人が子をもてる	83.0	84.5
	病気などで子宮を摘出した人が子をもてる	87.6	88.0

認めて よい理 由	高齢者が子をもてる	24.0	20.3
	仕事など都合がある人が子をもてる	9.8	7.7
	独身者が子をもてる	4.3	2.6
	依頼者と代理懐胎をする双方が承諾したから	42.7	41.0
	その他	3.2	3.3

5) 年代の違いによる是非

下の図は、代理母と借り腹について「認めてよい」と回答した者の年代別の割合である。年齢が上がるにしたがって、代理母と借り腹について認めてよいものの割合が少なくなっている。全体的に、代理母より借り腹を「認めてよい」という回答率が高かった。

(%)

区 分	20歳代	30歳代	40歳代	50歳代	60歳代
代 理 母	42.7	35.6	27.8	21.6	24.3
借 り 腹	59.1	50.9	42.1	35.2	33.4

6) 家族観等の違いによる是非

家族観や性別役割(ジェンダー)についての考え方は、リベラルであるほど「認めてよい」の割合が高い結果となった。下の図をみると、保守的な場合からリベラルな場合まで全体的に代理母より借り腹の方に寛大となることがわかる。

(%)

区 分	保守的	やや保守的	ややリベラル	リベラル
代 理 母	27.5	28.8	29.7	34.2
借 り 腹	43.0	45.6	43.7	46.2

2 2007年生殖補助医療技術についての意識調査⁵⁷⁾

国外や国内での代理懐胎事例が報道されて国民の大きな関心を集め、代

57) 「生殖補助医療技術に関する意識調査集計結果の概要」(2007年11月)。西希代子准教授のご協力で参照することができた。感謝申し上げます。

理懐胎を含めた生殖補助医療のあり方について、改めて幅広い議論が必要になっており、こうした、不妊治療への関心が高まるなか、厚生労働省は、生殖補助医療に対する国民の意識を的確に把握すると同時に、医療関係者や実際に不妊治療を受けている患者の意識を知ること、今後の生殖補助医療のあり方を検討するための基礎資料とすることを目的として、2007年2月から3月まで調査を行った。

調査対象は、一般国民20～69歳の男女個人5000人、生殖補助医療実施登録施設の産婦人科医師400人、日本未熟児新生児学会・日本小児科学会会員の小児科医師300人、調査協力を依頼した生殖補助医療実施登録施設の産婦人科で不妊治療を受診している患者2000人である。

調査方法は、一般国民・産婦人科医師・小児科医師には郵送による配布と回収によって、不妊治療受診患者には、調査協力を依頼した生殖補助医療実施登録施設の産婦人科医で不妊治療を受診している患者各5名を無作為に選んでもらい、調査票を手渡しして調査協力を依頼し、患者自身から郵送によって回答してもらった。

1) 生殖補助医療の利用意向

子を望んでいるのになかなか子に恵まれないとしたら、生殖補助医療の「第三者の精子を用いた人工授精」、「第三者の卵子を用いた体外受精」、「第三者の受精卵(胚)を用いた胚移植」、「代理出産(借り腹)」の4技術のうち、どの技術を利用する意向があるかに対して、一般国民と患者いずれも「代理懐胎(借り腹)」を利用したいという回答が他の技術より高く、特に、患者が一般国民より最も強かった。そして、「配偶者が賛成したら利用したい」という回答もいずれも約4割が利用意向を持っている。反面、その他の生殖補助医療については、本人が「利用したい」と回答しているのは1～2%にとどまっている。

(%)

		利用したい	配偶者が賛成したら利用したい	配偶者が望んでも利用しない	無回答
第三者の精子を用いた人工授精	一般国民	1.8	29.7	67.3	1.2
	患者	1.2	19.9	78.2	0.7
第三者の卵子を用いた体外受精	一般国民	2.9	33.3	62.4	1.3
	患者	2.2	24.2	73.0	0.6
第三者の受精卵(胚)を用いた胚移植	一般国民	2.2	18.1	78.7	1.0
	患者	1.5	11.6	86.1	0.7
代理出産(借り腹の場合)	一般国民	9.7	40.9	48.4	1.0
	患者	16.9	36.7	45.8	0.6

2) 生殖補助医療の社会的容認

生殖補助医療を一定の条件のもとで社会的に認めてもよいと思われる技術としては、一般国民と患者が、他の技術より「代理出産(借り腹)」を認めてよいと一番多く答えている。特に、患者の場合は、7割で、最も強く支持されている。一方、登録産科医の場合、「代理出産(借り腹)」以外の三つの技術に対しては、他の調査群より多く「認めてよい」と回答しているが、「代理出産(借り腹)」は認められないという回答が約4割と最も多く、患者との異なる正反対の結果をみせている。

(%)

		認めてよい	認められない	わからない	無回答
第三者の精子を用いた人工授精	一般国民	38.1	27.0	34.0	0.9
	患者	51.6	17.2	31.2	0.0
	登録産科医	71.1	21.1	7.2	0.6
	新生児小児科医	42.7	39.8	17.5	0.0
第三者の卵子を用いた体外受精	一般国民	39.8	25.5	33.7	1.0
	患者	53.9	16.3	29.9	0.0
	登録産科医	62.0	27.7	9.6	0.6
	新生児小児科医	37.9	44.7	17.5	0.0

代理懐胎問題の現状と解決の方向性(2)(金)

第三者の受精卵 (胚)を用いた胚移 植	一般国民	27.8	37.0	34.3	0.9
	患者	39.0	29.6	31.2	0.3
	登録産科医	49.4	39.2	11.4	0.0
	新生児小児科医	30.1	50.5	18.4	1.0
代理出産 (借り腹の場合)	一般国民	54.0	16.0	29.7	0.3
	患者	70.6	8.4	21.0	0.0
	登録産科医	48.2	43.4	8.4	0.0
	新生児小児科医	40.8	38.8	20.4	0.0

3) 生殖補助医療技術を社会的に容認しない理由 代理出産(借り腹の場合)

代理出産(借り腹)を認めない理由としては、一般国民の場合は、「妊娠はあくまで自然になされるべきだと思うから」が5割を上回って上位に上げられている反面、患者、登録産科医、新生児小児科医の場合は、代理出産(借り腹)を認めない理由の中でも、下位グループを占めている。患者、登録産科医、新生児小児科医の第1の理由は、「代理出産する女性の心身の健康に害があるおそれがあるから」であり、順位は少しずつ異なるが、「商業的に利用されると思うから」、「人を生殖の手段として用いるべきでないから」、「養子縁組など、他に子どもを持つ手段があるから」、「親族などから代理出産をするように求められて苦しむ女性が生じるおそれがあるから」などが上位のグループを占めている。特に「商業的に利用されると思うから」に対しては、登録産科医と新生児小児科医いずれも代理出産(借り腹)を認めない理由の中の2位であるが、患者の場合は、6位(わからないとそれ以外の理由を含めて)であり、回答率は3割であり、登録産科医と新生児小児科医の回答率の約2分の1である。

(%)

	一般国民	患者	登録 産科医	新生児 小児科医
生まれてくる子どもの心身の健康に害があるおそれがあるから	16.3	12.5	8.3	12.5
代理出産する女性の心身の健康に害があるおそれがあるから	40.3	58.9	76.4	75.0

家族(親子)関係が不自然になると 思うから	49.6	42.9	43.1	37.5
親権、遺産相続、子どもの引渡しなど 法的なトラブルが生じるおそれ があるから	37.5	39.3	54.2	32.5
妊娠はあくまで自然になされるべき だと思うから	54.4	23.2	13.9	32.5
商業的に利用されると思うから	42.5	30.4	66.7	60.0
人を生殖の手段として用いるべきで ないから	48.2	50.0	48.6	57.5
生まれてくる子どもに、代理出産で 生まれたことを伝えるのは難しいだ から	31.9	23.2	20.8	17.5
親族などから代理出産をするように 求められて苦しむ女性が生じるおそ れがあるから	40.1	46.4	48.6	55.0
養子縁組など、他に子どもを持つ手 段があるから	41.4	50.0	54.2	52.5
それ以外の理由	7.1	8.9	1.4	12.5
わからない				

4) 代理出産(借り腹)を社会的に認める理由 代理懐胎(借り腹の場合)

代理出産(借り腹)を社会的に認めてもよいという理由としては、一般国民、患者、登録産科医、新生児小児科医いずれも「病気や事故により子宮を摘出した女性が自分たちの子どもを持てる可能性があるから」という理由が1位を占めており、特に患者の回答率が87.5%で最も多い。次いでどの層とも「病気などで体が弱くて子どもを産めない女性が自分たちの子どもを持てる可能性があるから」という理由である。登録産科医、新生児小児科医は、「依頼者と代理出産する女性の双方が承諾した上でのことだから」の理由が3位であるに対し、一般国民と患者は、「本人たちがやりたいのであればよいと思うから」の理由が3位で、次が「依頼者と代理出産する女性の双方が承諾した上でのことだから」となっている。

代理懐胎問題の現状と解決の方向性(2)(金)

(%)

	一般国民	患者	登録産科医	新生児小児科医
本人たちがやりたいのであればよいと思うから	49.6	51.5	34.0	31.7
病気などで体が弱くて子どもを産めない女性が自分たちの子どもを持てる可能性があるから	68.5	75.7	62.8	66.7
病気や事故により子宮を摘出した女性が自分たちの子どもを持てる可能性があるから	71.5	87.5	86.2	76.2
高齢の女性が自分たちの子どもを持てる可能性があるから	26.6	33.9	19.1	11.1
就学上の理由などで妊娠や出産ができない女性に自分たちの子どもを持てる可能性があるから	8.3	9.8	7.4	6.3
男性同性愛者のカップルに子どもを持てる可能性が生まれるから	2.6	2.3	3.2	1.6
代理出産すると申し出ている女性の気持ちが尊いから	5.6	6.7	10.6	3.2
依頼者と代理出産する女性の双方が承諾した上でのことだから	38.6	44.6	42.6	39.7
少子化の改善につながると思うから	15.4	15.1	7.4	6.3
養子縁組よりもよい方法だと思うから	14.6	14.3	20.2	7.9
それ以外の理由	3.1	4.7	2.1	6.3
わからない	6.0	3.3	1.1	7.9

5) 代理出産(借り腹)する女性

代理出産(借り腹)する女性としては、回答率の差はあるが、「姉妹」と「仲介業者から紹介された女性」が上位である。一般国民と登録産科医の場合は、「姉妹」が代理出産(借り腹)する女性になるのが最も適合すると答えているが、患者は「仲介業者から紹介された女性」の方が最も適合すると答えている。しかし、2位となった「姉妹」の答えとはあまり差

は大きくない。新生児小児科医の場合は、「姉妹」と「仲介された女性」の回答率が同じである。

(%)

	母親	姉妹	仲介業者から紹介された女性	その他	わからない
一般国民	16.0	38.3	28.0	6.5	33.9
患者	16.1	40.7	44.1	7.0	27.0
登録産科医	17.0	50.0	40.4	12.8	26.6
新生児小児科医	15.9	33.3	33.3	3.2	41.3

6) 代理出産(借り腹)する女性に対する報酬

代理出産(借り腹)する女性に対して、一般国民、患者、登録産科医、新生児小児科医いずれも過半数以上が「報酬を支払うべきである」と答えている。次いで「わからない」という回答率が「報酬を支払うべきではない」の回答率よりはるかに上回っている。

(%)

	報酬を支払うべきではない	報酬を支払うべきである	わからない	無回答
一般国民	9.7	56.3	32.4	1.6
患者	9.1	65.5	25.2	0.2
登録産科医	9.6	69.1	19.1	2.1
新生児小児科医	12.7	55.6	31.7	0.0

7) 自分自身・配偶者の代理出産(借り腹)

子どもに恵まれない他の夫婦のために、女性の回答者自身や妻が「代理出産(借り腹)」してもよいと思うかを聞いたところ、一般国民、登録産科医、新生児小児科医の場合は、「どんな場合でもしたくない」という答えが一番多く、次いで「自分の実の姉妹に代わって出産するのならしてもよい」の順になった。しかし、患者の場合は、「自分の実の姉妹に代わって出産するのならしてもよい」という回答率が31.4%で上位を占め、次いで「どんな場合でもしたくない」という回答者は28.0%である。

代理懐胎問題の現状と解決の方向性(2)(金)

(%)

	一般国民	患者	登録産科医	新生児小児科医
どんな場合でもしてよい	1.8	4.9	4.3	3.2
自分の実の姉妹に代わって出産するのならばともよい	24.5	31.4	28.7	23.8
自分の実の兄弟の妻(義姉・義妹)に代わって出産するのならばともよい	12.0	13.4	19.1	12.7
自分の娘または息子の妻に代わって出産するのならばともよい	16.1	18.9	23.4	11.1
一定の謝礼があるならばともよい	3.6	2.0	3.2	1.6
どんな場合でもしたくない	39.9	28.0	39.4	50.8
わからない	23.7	28.0	16.0	17.5

8) 代理出産(借り腹)する女性の負担

代理出産(借り腹)をする女性にかかる負担としてやむをえないこととしては、回答率の差はあるが、「帝王切開による出産」、「代理出産する女性が産んだ子どもを手放す喪失感」、「代理出産する女性自身の子どもや夫などが受ける心理的な影響」が上位を占めている。しかし、「複数の子ども(多胎児)を妊娠した場合の一部の胎児の人工妊娠中絶(減胎手術)」について、登録産科医と新生児小児科医の回答率は各々高い数値を示し、3位を占めているが、一般国民と患者の場合は、相対的に低い数値を示している。

(%)

	一般国民	患者	登録産科医	新生児小児科医
複数の子ども(多胎児)を妊娠した場合の一部の胎児の人工妊娠中絶(減胎手術)	19.3	32.5	54.8	40.8
胎児の状態を確認するための出生前診断(羊水検査)の実施	37.1	38.4	39.8	34.0

胎児の状態など、何らかの理由で、依頼夫婦が中絶を希望した場合の人工妊娠中絶	23.6	31.2	53.0	23.3
帝王切開による出産	45.1	66.9	62.0	50.5
代理出産する女性自身の子どもや夫などが受ける心理的な影響	36.7	41.3	50.0	32.0
代理出産する女性が産んだ子どもを手放す喪失感	50.3	57.3	56.0	42.7
それ以外	1.5	2.2	0.6	1.9
そもそも代理出産(借り腹)は認めべきでない	7.9	3.0	19.3	26.2
わからない	12.4	7.3	3.0	3.9

3 小 括

2003年に実施した「生殖補助医療技術についての意識調査」は、1999年の調査対象者から無作為抽出した調査票のみ群と2003年に新しく無作為抽出したリーフレット群に分け、統計を出したものである。同調査では、代理懐胎を含めた生殖補助医療技術の利用について、調査票のみ群とリーフレット群の差はあまりない。依頼者夫婦の受精卵を用いた体外受精型代理懐胎(借り腹)を「利用したい」という回答は、人工授精型代理懐胎(代理母)より2～3倍高い数値をみせた。また、代理懐胎を一定の条件の下で「認めてもよい」との回答率について、借り腹の場合は各々46.0%と43.2%で、代理母の場合の各々31.3%と29.4%と比べて、15%くらい高かった。

代理懐胎を社会的に容認しない理由としては、「妊娠は自然になされるべき」、「親子関係が不自然である」、「商業的に利用されると思うから」、「人を生殖手段として用いるから」の順で、調査票のみ群とリーフレット群とほぼ同様であった。一方、社会的に認めてよいという理由としては、「病気などで子宮を摘出した人が子をもてる」と「病気などで子を産めな

い人が子をもてる」という理由が最も多かった。

2007年に実施した「体外受精による代理出産に関する認識調査」は、一般国民、不妊患者、産婦人科や小児科医師を対象にして各々の統計を出したものであり、依頼者夫婦の受精卵を用いた代理懐胎を主に調査したものである。代理懐胎(借り腹)を社会的に容認しない理由としては、一般国民の場合は、2003年と同様の結果を示しているが、不妊治療の当事者である患者と登録産科医の場合は、「代理懐胎する女性の心身の健康に害があるおそれがあるから」という理由が各々58.9%、76.4%で最も多かった。認めてよいという理由としては、いずれも2003年の結果と同様である。代理懐胎(借り腹)する女性として、全体回答率は「姉妹」「仲介業者から紹介された女性」「わからない」の順であり、一般国民と登録産科医は「姉妹」が、患者は「仲介業者から紹介された女性」が代理出産(借り腹)する女性に最も適合すると答えている。報酬については、「支払うべきである」という答えが、いずれも過半数以上であり、「支払うべきではない」という答えは、わずか1割であった。

代理懐胎(借り腹)する女性の負担としては、いずれも「代理懐胎する女性が産んだ子どもを手放す喪失感」と「帝王切開による出産」が上位を占めている。それは別の見方をすれば、10ヶ月の間に子に対して愛情、つまり母性が生じ、生まれてきた子をめぐるといふ争いが生じるおそれがあるということである。また、韓国の時事番組⁵⁸⁾で、経済的に苦しい未婚女性が代理母になったが、胎児が大きいと、自然分娩ができないから、わざと食べないようにしているという報道があった。それは、帝王切開をすると跡が残る、将来結婚することができないということであった。しかし、その影響で、胎児は、十分な栄養分を摂取することができないことになり、結局、最大の被害者は生まれてくる子になる。

一方、生殖補助医療技術の利用の意向において、「代理懐胎(借り腹)」

58) 「生命取引の無法地帯 2008代理母の市場」SBS 그것이 알고싶다(SBS それを知りたい) 475回(2008年5月17日放送)。

を除外した「第三者の精子を用いた人工授精」,「第三者の卵子を用いた体外受精」,「第三者の受精卵(胚)を用いた胚移植」の技術については,1999年と2003年の世論調査を比べると,「利用したい」と「配偶者が望めば利用したい」という回答が少し増加しているが,2007年の調査結果では,全体的に減少していることがわかる。しかし,代理懐胎(借り腹)の場合は,「利用したい」という回答率が,1999年は5.1%,2003年は8.6%,2007年は9.7%であり,「配偶者が望めば利用したい」という回答率は,26.1%から34.7%,2007年は40.9%で,増加していることがわかる。それは,2004年以降,マスメディアを通じて代理懐胎に関する事件にしばしば接した結果,他の生殖補助医療より自分たちと血がつながる子をもうけることができるという魅力があるからではないかと思われる。特に2007年の調査では,不妊治療をうけている患者のうち,代理懐胎(借り腹)を「利用したい」という回答率は,一般国民より約1.5倍高い16.9%であり,「配偶者が賛成したら利用したい」36.7%をあわせると53.6%と過半数になっている。

一定の条件の下で代理懐胎(借り腹)を社会的に認めてもよいのかに対して,年度別に約4~5割ぐらいの回答率が「条件付きで認めてよい」としているが,その中でも,2007年調査の患者の回答率は70.6%で最も高い数値を示している。しかし,2007年の一般国民の「認められない」という回答率は16.0%で,1999年と2003年より減少しているが,登録産科医と新生児小児科医の回答率は,むしろ「条件付きで認めてよい」の回答率は,48.2%,40.8%で,「認められない」の回答率の43.4%,38.8%とあまり差がない。この数値は,医師が医療現場で遭う葛藤をみせているように思われる。自分と血がつながる子をもうけられる最後の方法であり,現実的にも可能であるから,不妊で苦痛を受けている患者を助けるという気持ちと,普通の妊娠・出産でも10万人の妊婦のうち5~6人が亡くなる⁵⁹⁾生命の危険性を伴う妊娠・出産を第三者に負わせてもよいのかという気持ち

59) 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)22頁。

が共存しているのではないだろうか。

以上述べたように、世論調査の結果としては、代理懐胎を不妊治療の1つとして位置づけ、不妊に苦しむ女性、カップルという当事者の意思・希望と、代理懐胎する女性の身体の安全という視点から、代理懐胎が肯定される方向が示唆されている。代理懐胎の是非に関する議論において参考になるが、こうした理由で代理懐胎を認めてよいか否かは、慎重に検討しなければならない。

第6節 ま と め

本章では、日本における代理懐胎をめぐる動向、公的機関による検討、裁判例および世論調査について概観した。日本は韓国とは異なり、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、一定の結論を出しても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傾向がある。

2007年世論調査では、代理懐胎を「認めてよい」という回答率が一般国民54%、患者70.6%で過半数を占めている。これは、韓国の2006年の世論調査での代理懐胎に賛成する回答率8.1%よりはるかに上回る数値である。このような数値の格差は、韓国においては代理懐胎が秘密に行われているのに対し、日本では、外国において代理懐胎を実施したこと、医師自らが代理懐胎を行ったことなどをメディアを通じて公表して代理懐胎の実施をオープンにしていることから生じているのではないだろうか。最近、アメリカでは、赤ちゃんが生まれる前または生まれた後、ベビー・シャワーというパーティーを開き、代理母も招待することが増えてきているという⁶⁰⁾。これは、代理懐胎を実施したことを周囲の人々にオープンにすることで、

60) 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) 164頁。

代理懐胎に関する否定的なイメージをなくすのに役に立ち、代理懐胎をめぐり問題および弊害をある程度解決することができるように思われる。したがって、不妊を隠さずに話せる社会、代理懐胎を含めた生殖補助医療を行ったことをオープンに話せる社会を作ること大切ではないだろうか。

一方、代理懐胎に対する否定的な見解でも肯定的な見解でも、生まれた子の福祉の観点から、何らかの形で子と養育する親との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、異論がないように思われる⁶¹⁾。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⁶²⁾、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が、詳細は第5章で検討したい⁶³⁾。

第3章 代理懐胎に関する諸外国の立法例

1978年、イギリスで世界初めての体外受精児が誕生したことをきっかけに、欧米諸国では、生殖補助医療技術が盛んに行われており、裁判で争われるケースも多くなった。こうした背景を踏まえ、各国では80年代から各種の検討委員会をもうけて生殖補助医療から生じる問題について議論が行われてきた。そして、幾つかの国でこれを規制する法律が制定されるに至った。

61) 石井美智子「生殖補助医療の法規制と親子法」法律時報79巻11号(2007)55~56頁、「座談会：生殖補助医療の規制と親子関係法」とくに代理懐胎について」法律時報79巻11号(2007)20~23頁。

62) 家族法改正については、日本私法学会(2009年10月12日)、日本家族 社会と法 学会(2009年11月7日)、ジェンダー法学会(2009年12月5日)において議論されており、各々の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。

63) 例えば、窪田教授は、基本的に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を示している(窪田充見「実子法」ジュリスト1384号(2009)25頁)。

【諸外国における代理懐胎の許否】

代理懐胎契約無効／代理懐胎全面禁止	代理懐胎容認*
アイルランド、アメリカの一部州(アリゾナ、コロンビア特別区、ニューヨーク、ノース・ダコタ、ミシガン州等)、イタリア、オーストリア、サウジアラビア、スイス、スウェーデン、スペイン、デンマーク、ドイツ、トルコ、ノルウェー、フランス、ベトナム、ポーランド、メキシコ等	アメリカの一部州(アーカンソー、イリノイ、ウェスト・バージニア、カリフォルニア、テキサス、ニューハンプシャー、ネバダ、バージニア、フロリダ、マサチューセッツ、ワシントン州等)、イギリス、イスラエル、インド、オーストラリアの一部州、オランダ、カナダ、ギリシア、ニュージーランド、ハンガリー、ブラジル、南アフリカ、ロシア等

* 無償に限り認める場合、裁判所の許可が必要な場合等を含む

出典：西紀代子「代理懐胎の是非」ジュリスト1359号(2008)43頁

すでに日韓の判例を通じてわかるように、グローバル化社会に生きる現実のなかで、代理懐胎が国境を越えて行われていることを無視することができない。西准教授の整理によれば、代理懐胎の許否に関して上記のような状況にある。そこで、各国の検討委員会の報告書、立法に至るまでの背景及び審議状況、成立した法律について、詳細に紹介された文献がすでに日韓でも多数存在しているので、本章では、幾つかの国の制定された法律の内容を、重要な点に限って概観することにする。多くの国々の生殖補助医療に関わる法を整備している欧米諸国のなかでも、代理懐胎契約を禁止しているドイツとフランス、代理懐胎契約を一定の条件の下に認めているイギリス、アメリカ及びオーストラリアの一部の州の代理懐胎に関連する立法例及び判例の動向を検討し、今後の進むべき方向について模索したい。

第1節 ドイツ

1 代理懐胎禁止に至る背景

生命倫理法の制定によって欧州連合内での生命科学をリードしようとするフランスに対抗して、ドイツでも、1980年代後半から積極的に法制化に

取り組んできた⁶⁴⁾。1980年代前半にフランスやイギリスで代理懐胎が実施されていたのに対し、ドイツで生殖補助医療をめぐる議論が本格化されたのは1980年代に入ってからであり、その理由としては、ナチス時代の優性政策に対する反省から、生殖補助医療そのものに対する消極的な姿勢が存在したためといわれている⁶⁵⁾。これに対し、胚の処置について極めて慎重な配慮がなされるのは、受精の瞬間に生命が宿るとするキリスト教的な生命感によるところが大きく、ナチズム仮説の妥当しないオーストリア、スイスも、やはり胚実験を全面的に禁止しているという指摘もある⁶⁶⁾。

ドイツの代理懐胎に関連する代表的な判例は、1985年3月19日ベルリン上級裁判所のマルヒーナ(Marchina)事件である。5人の子がある夫婦と依頼者夫婦との間で、有償の人工授精型代理懐胎契約が締結された。子(マルヒーナ)が生まれた後、依頼者夫婦は少年局に養子縁組を申し立てたが、代理懐胎によって生まれた子を養子にすることができないとの少年局の見解に従って、出産を依頼した夫婦はマルヒーナを養子にすることができず、最終的に子を引き取ることを諦め、代理母側が、マルヒーナを伴って自宅に戻った。そこで、少年局は、BGB1666条1項1文に基づいて、後見裁判所が子を保護する必要があるとして、子を強制的に代理母夫婦の下から引き離し、児童養護施設に収容することを求めた。そのため、代理母夫婦が子の引渡しを求める訴えをした。これに対し、ベルリン地方裁判所が代理母夫婦の主張を認めたため、少年局が上級裁判所に再抗告をした。ベルリン上級地方裁判所は、代理懐胎そのものに対する法的判断を避け、生まれた子の帰属のみを問題とし、民法第1666条で規制している福祉につ

64) 辻村みよ子『ジェンダーと人権』(日本評論社, 2008) 276頁。

65) 岩志和一郎「代理母契約　ドイツの議論と対応を追って」, 内山尚三・黒木三浪・石川利夫先生古稀記念『続現代民法学の基本問題』(第一法規, 1993) 632～633頁。

66) 市野川容孝「生殖技術に関するドイツ, オーストリア, スイスの対応　政策過程の比較社会学」『Studies 生命・人間・社会』(三菱化学生命科学研究所, 1994) 69頁。しかし、胚研究を広く認める米英両国も、キリスト教的な生命観が底流にあるから、キリスト教という宗教的な背景だけでは説明が付かないという意見もある(藤川・前掲注(8)98頁)。

いてマルヒーナが代理母夫婦の養育をうける場合に危険であるとはいえないこと、代理母夫婦は出産後、マルヒーナを、依頼者夫婦に引渡ししようとする意思を持っていたが、代理母夫婦はその子を現在自己の保護の下においており、父母としての責任を自覚し、子の福祉のため、引き続いて努力するという意思を表明していることなどを理由に、代理母夫婦の主張を認め、マルヒーナを代理母夫婦に引き渡した⁶⁷⁾。

次に、依頼者夫婦と代理懐胎を行う女性との間に、有償で直接的な性関係による代理懐胎契約を締結した事例がある。代理母が妊娠し、妊娠中に依頼者夫婦の夫は父子関係を認知し、その後、代理懐胎契約対価の一部の費用を支払った。しかし、子が生まれる前に代理母と依頼者夫婦間で争いが生じ、代理母が依頼者夫婦への子の引渡しを拒否した。依頼者夫婦の夫が子の扶養義務を免れるために扶養及び父子関係取消しの訴訟を提起し、代理母側の親戚、知人、友人などに、代理懐胎契約の書類を提示して、代理母の従来 of 行動を通知した。それに対し、代理母は、依頼者夫婦のこうした行為により名誉を毀損されたとして慰謝料の支払いを求めたところ、依頼者夫婦は反訴により、代理懐胎契約の締結のときに、代理母により意図的に欺かれ、それにより人格権を侵害されたとして、代理母に対して慰謝料の支払いを求めた。フライブルグ地方裁判所1987年3月25日判決は、依頼者夫婦の子を持ちたいという希望を理解し、そのような希望を持つことは考慮に値するものではあるが、代理懐胎という方法は、ドイツの法秩序の基本的価値に矛盾し、公序良俗に反するから無効であると判示した⁶⁸⁾。

こうした状況から法規制の必要性が認識された。

67) この事件については、岩志和一郎「西ドイツにおける代理母問題」判例タイムズ597号(1986)8頁、井関あすか「代理母出産における法的母子関係に関する考察」九州法学93号(2006)225頁の注(92)及びFamRZ 1985, S. 735。

68) LG Freiburg, Urteil vom 25. März 1987. NJW 1987, S. 1486参照。

2 立 法

1985年5月15日の第88回ドイツ医師大会において、体外受精・胚移植を行う際に従うべき諸事項を法に規制する必要を認め、その内容の一つとして子の不利益が生じる可能性があること、体外受精・胚移植が商業化されるおそれがあることを挙げ、代理母による代理懐胎は認められないとすることが決議された⁶⁹⁾。

1986年の第56回ドイツ法律家集会決議民法法部会において、代理懐胎は子にとっての危険性のゆえに拒否されるべきであり、女性の道具視のゆえに人間の尊厳に抵触するから、代理懐胎契約は無効であるという決議は否定されたが、立法者はこれを禁止する権限を有するとの決議、及び有償の代理懐胎斡旋業の禁止の決議は採択された⁷⁰⁾。

このような議論及び状況を経て、1989年と1990年の二つの立法により、代理懐胎についての規制が行われることになった。まず、1989年11月27日に施行された「養子縁組斡旋・代理母斡旋禁止法⁷¹⁾」である。これは、1976年の養子斡旋改革の際に養子縁組斡旋を規制した法律を整備したものを、代理懐胎に対応させるために改正したものである。改正のきっかけは、1987年10月フランクフルトに、代理母あっせんで知られるノエル・キーン弁護士が事務所を開設し、業務を始めたことにある。市当局は、これに対して養子縁組あっせん法に違反するとして閉鎖命令を出し、ヘッセン州上級行政裁判所もこの命令を支持する決定を下したが、法律で明確に代理母斡旋を禁止すべきであるという声が高まった。つまり、アメリカの代理母

69) 岩志和一郎「人工生殖の比較法研究(ドイツ)」比較法研究53号(1991)29頁。

70) 河上倫逸・星野一正 監訳「人為的生殖医療技術をめぐる議論状況 ドイツ・フランス篇」法律時報59巻12号(1987)55頁。

71) Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz AdVermiG) vom 27. November 1989 BGBI. I. 2014, 同法については、吉田治代訳「ドイツ」神里彩子・成澤光編『生殖補助医療 生命倫理と法 基本資料3』(信山社, 2008)171頁以下、長島陸・盛水審一郎『生殖医学と生命倫理』(太陽出版, 2001)275頁以下に日本語訳されている。

幹旋組織の進出を阻止することにあつた⁷²⁾。

同法13 a条で、代理母(Ersatzmutter)とは、「合意に基づいて、人工若しくは自然授精を引き受けた女子、または、自分に由来しない胚の移植を受けもしくはその他の方法で懐胎し、出産後に子を第三者に養子として、またはその他永続的な受け入れを目的として引渡す用意のある女子」であると定義した。同法は、代理母と依頼者夫婦の間を連結させたり、代理懐胎締結の機会を教えたりする第三者の行為を代理懐胎幹旋行為であると定義し(第13 b条)、このような幹旋行為は禁止されると規定している(第13 c条)。違反した場合にはその行為者は処罰される(第14条 b条 1項)。有償性または商業性をもつ幹旋行為の場合は、より厳しく処罰される(第14 b条 2項)。しかし、代理母及び依頼者夫婦は処罰されない(第14 b条 3項)。

その後、1990年12月13日「胚保護法⁷³⁾」が制定された。胚保護法の立法の趣旨は、基本的には、不妊治療の手段としてのみ生殖技術を認め、ヒトになる生命としての人の胚をその他の研究利用から保護することにある⁷⁴⁾。だから、妊娠以外の目的、端的には研究や実験のために体外で受精卵をつくることは当然、禁止であり、「余剰胚」についても、研究や実験に利用することは一切、禁止されている⁷⁵⁾。代理懐胎については、同法第1条1

72) 藤川・前掲注(8)96頁。

73) Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz ESchG) vom 13. Dezember 1990, BGBI. IS. 2746, 同法については、吉田治代訳「ドイツ」神里・成澤編・前掲注(71)167頁以下、橋本陽子訳「ドイツにおける生殖補助医療 法的状況と実務」ジュリスト1312号(2006)77頁以下、床谷文雄「第4章ドイツ」川井編『生命科学の発展と法』(有斐閣, 2001)226頁以下に条文が日本語訳されている。また、長島・盛氷・前掲注(71)252頁以下、斎藤純子「胚保護法(立法紹介ドイツ)」外国の立法30巻3号(1991)99頁以下、川口浩一・葛原力三「ドイツにおける胚子保護法の成立について」奈良法学会雑誌4巻2号(1991)77頁以下により詳細に紹介されている。ドイツ文献としては、Gunther・Taupitz・Kaiser, Kommentare Embryonenschutzgesetz, Kohlhammer 2008, S. 119

74) 斎藤・前掲注(73)103頁。

75) 市野川容孝「生命倫理とドイツ 歴史的観点から」ドイツ研究33・34巻(2002)8頁。

項7号で、子を出産した後、永続的に第三者に譲渡するつもりでいる女性(代理母)に人工授精を行い、又はヒトの胚を移植することを禁止する。しかし、これに反しても代理母と依頼者夫婦は処罰されない(同条3項)。したがって、同法によると、自然妊娠以外の方法によって代理母が妊娠することを可能にする一切の施術が禁止されることになる。つまり、胚保護法は、卵子の由来する女性の妊娠以外の目的のために、当該卵子を人工的に授精させることを禁止している。

3 その後の動向

しかし、ドイツでも海外で代理懐胎を実施する人がいる。デュッセルドルフ財政裁判所2003年5月9日判決は、代理懐胎に要した費用に関する訴えに対して、代理懐胎の実施は胚保護法及び養子縁組斡旋法に違反するとして申立てを却下した。1994年、依頼者夫婦は不妊診断を受け、ホルモン治療と生殖補助医療の施術を試み、双子を妊娠したが、子宮破裂による出血で流産してしまい、今後妊娠することができないという診断を受け、依頼者夫婦の妻は深刻な憂鬱症にかかっていた。その後、妻の担当医師から子をもうける方法として代理懐胎が提示され、海外にあるCセンターで代理懐胎が行われ、双子が生まれた。双子の誕生によって依頼者夫婦の妻は精神的健康を取戻し、憂鬱症を乗り越えた。そこで、代理懐胎に伴う費用は依頼者夫婦の治療のための費用とみなすべきである主張した。

これに対して、財政裁判所は、「治療目的の行為とそれに伴う費用は、それが回復に役に立ったり、その目的が疾病を耐えたり、緩和させたりするのに必然的なものであるべきである。……(中略)……代理懐胎と関連する費用は、上述した治療目的の行為と関連させにくく、代理懐胎が精神的・身体的に依頼者夫婦の治療を目的にした行為であるという前提を充足させていない。……(中略)……代理懐胎の実施は、依頼者夫婦の疾病を治したことではなく、子がいない状況を除去したことであるから、治療行為とはいえない。また、車椅子、入れ歯、補聴器などの補助器具のための費

用は、それが疾病の治療ではなく、苦痛の緩和や減少の目的であるにも関わらず、特別費用として控除することができるが、代理懐胎は、身体的苦痛を緩和させるための治療であるとはいえない。代理母を通じて依頼者夫婦の妻の子宮機能を補充し、それを通じて不妊を緩和させることはできないからである。……(中略)……代理懐胎費用は胚保護法と養子縁組斡旋法にも反する」と判示した⁷⁶⁾。

一方、「胚保護法」制定後、生殖補助医療技術の進歩に応じるため、新たな包括的な生殖補助医療法の制定に向けた議論がなされ、2000年5月に連邦保健省主催生殖医療シンポジウムで、「胚の法的地位、これについての国民の意識、医学に介助された生殖方法の進展で親子関係や社会における女性の役割にどのような変化があるか、精子・卵子提供の限界について、生殖医療行為を法律婚に限定せず、認めるべきか、特に単身者に認めるべきか、着床前診断、遺伝子検査の是非について、ヒト胚性幹細胞の採取と利用方法について、技術利用の安全性確保について、などの点が集中的に検討された⁷⁷⁾。その後、法改正はされていないようであるが、については、判例がある。

2010年7月、ドイツ連邦裁判所は、不妊夫婦が体外受精施術を行った胚の分析のため、着床前診断(Pläimplantationsdiagnostik)を許容すると判決した。着床前診断は、1990年の「胚保護法」によって禁止されていたが、判決によると、不妊夫婦の一方に遺伝的な問題があったため、胚に問題があり得、妊娠しても流産または死産する可能性があり、子が生まれても障害をもつおそれがあった。このような危険性と不妊夫婦の希望で遺伝子検査を行い、この検査を通じて遺伝子に異常があった胚を移植しなかった。本件の着床前診断の目的は男子や女子を選択することではなく、遺伝的な問題に伴う危険要素を防ぐことであるから、着床前診断は許容すべきであるとし、これは、「胚保護法」第1条(生殖技術の乱用)と第2条(ヒト

76) FG Düsseldorf, Urteil vom 9. Mai 2003. <http://openjur.de/u/95565.html>

77) 床谷文雄「第4章ドイツ」・川井編・前掲注(73)221～222頁。

胚の乱用)に反しないと判決した⁷⁸⁾。このような連邦裁判所の判決によって、「胚保護法」は、新たな法的調整が必要になっている。

他方、母子関係については、1997年、「親子法改正法(1998年施行)⁷⁹⁾」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⁸⁰⁾」を通じて、民法1600条に2項が追加された。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を得た場合、この夫婦は、「血のつながり」がなくても、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いう規定である⁸¹⁾。

最近、ドイツ人夫婦がインド出身の代理母から子を得たが、行政裁判所はこの子がドイツのパスポートを持つ資格がないと決定した。子は、インドの不妊専門センターで生まれており、子の両親と推定される1955年生まれ女性Hと5歳年上の男性はドイツ大使館で子のパスポート交付を申し込んだが、子のドイツの国籍が疑われるという理由で発給が拒まれた。ドイツ国籍は、子の両親の一方がドイツ国籍を持っている場合に取得することができる。ベルリン行政裁判所の決定によると、申請者である子は、2010

78) BGH Urteil vom 06. Juli 2010. http://www.juris.de/jportal/portal/t/2v4c/page/juri-sw.psml?pid=Dokumenanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=6&fromdocdoc=yes&doc.id=KORE300942010%3AJuris02&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint

79) 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『民事訴訟制度の一側面』(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)(2)」同志社法49巻1号(1997)285頁、49巻2号(1998)267頁など。

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

81) 吉田治代「ドイツ」神里・成澤編・前掲注(71)163頁。

年12月18日に出生しているが、その子を出生したとするHは、子が生まれた時、すでに55歳であり、殆ど妊娠が不可能であること、また、Hが妊娠9ヶ月の時にインド旅行をしたのは、危険であり、一般的に航空会社では許容されないことであること、出産の6週間前にインドへ旅行することは高齢に伴う危険負担を考えると信じられないことから、ベルリン行政裁判所は、民法1591条によってHが母であるかは明らかではないとした。なお、インド法とドイツ法によれば、子の父は子を出産した女性の夫と推定されるということである⁸²⁾。

以上のように、母子関係について分娩主義をとった上で、代理懐胎を禁止すると、国外で代理懐胎を用いた場合に、子の法的地位が安定しないという問題が生じている。

第2節 フランス

1 代理懐胎禁止に至る背景

フランスでは、1973年に国立の「ヒト卵子及びヒト精子の研究及び保存センター」(Centre d'Etude et de Conservation des Oeufs et du Spermehumains = CECOS, 以下「セコス⁸³⁾」という)が設立され、それまで医療機関ごとに行われていた精子の保存・提供を統一した方針の下に行うことになった⁸⁴⁾。また、このようなセコスとは別に、子を懐胎・出産できない妻に代わって、夫の精子を別の女性、いわゆる代理母に人工授精する私的な

82) VG Berlin, Beschluss vom 15. April 2011, http://www.juris.de/jportal/portal/t/2ug3/page/jurisw.psmf?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=JURE110007739%3Ajurisr00&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint, 報道資料としては, <http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/vg/presse/archiv/20110427.1000.342206.html>

83) セコスの実務および活動については、高橋朋子「フランスにおける医学的に援助された生殖をめぐる動向」東海法学7号(1991)183頁、本山敦「第3章フランス第2節実情」川井編『生命科学の発展と法』(有斐閣, 2001)184~186頁参照。

84) 本山敦「フランスの人工生殖親子関係法について」学習院大学大学院法学研究科法学論集6号(1998)100頁。

施設(代理母協会)が設立された。この代理母協会としては、アニアス(Anias)協会(パリ)とアルマ・マテル(Alma Mater)協会(マルセイユ)などがあり、アルマ・マテル協会は、1985年10月に設立されてから約2年間に71人の子を代理母により出産させ、依頼者に引渡したという⁸⁵⁾。1987年以後、フランス政府は私的に運営されていたこれらの団体に対し、その解散を求める訴訟を提起し、代理懐胎の問題に関して否定的な立場を打ち出した⁸⁶⁾。一方、このように代理懐胎により生まれた子に対して、代理母協会は、子の民事身分登録にあたって、母の名は記さないように指示しているため、代理母が認知しない限り、当然には母子関係は成立しないし、子を依頼者たる父に引渡し、父が子を認知した上で、依頼者である妻が養子縁組を申立てるとする方法をとっていた⁸⁷⁾。

このようなことから、代理懐胎を仲介する非営利団体の設立目的の適法性の問題と、代理懐胎により生まれた子と依頼者との間の養子縁組の効果の問題をめぐる判例が現れるようになった。

前者は、代理懐胎斡旋団体の設立許可が検察当局により取消された事案である。上記で紹介した代理懐胎の斡旋の団体であるアルマ・マテル協会は、法律及び善良な風俗に反する違法な目的で設立されているとして、共和国検事からアルマ・マテル協会の設立許可の取消を求める訴えが提起された。これに対して、破毀院民事第一部1989年12月13日判決は「アルマ・マテル協会は、代理母の生殖機能を希望者に自由に利用させることおよび生まれてくる子に関して希望者と代理母との間に民法1128条に反した合意を締結させるように助長するものであること、このような合意は人の身分について処分できないという原則に違反すること、アルマ・マテル協会の活動は親のない子に家族を与えるという目的を有する養子縁組を濫用するものである」とし、共和国検事の請求を認め、アルマ・マテル

85) 高橋朋子・前掲注(83)187頁。

86) 高橋朋子・前掲注(83)186頁。

87) 高橋朋子「人工生殖の比較法的研究 フランス」比較法研究53号(1991)45頁。

協会が無効であることを判示した⁸⁸⁾。

後者は、夫の精子を代理母に人工授精し、代理母から生まれた子につき、依頼者である妻からの養子縁組申立てが否定された事案である。原審であるパリ控訴院は代理懐胎から生まれた子と依頼者との間の養子縁組につき、「自由な意思に基づき当事者の個人的な責任においてなされ、営利的な関心の外にある限りにおいては適法かつ公序に適法する」と判決したが⁸⁹⁾、破毀院大法廷1991年5月31日判決は、「女性が他人のために懐胎し、生まれてくる子を出生と同時に遺棄することを約束する合意は、それが無償であるとしても、人の身体および身分の処分不可能性という公序に反する。そして生まれてくる子を依頼者の完全養子とすることは養子制度を濫用するものである」とし、原審判決を破棄した⁹⁰⁾。

2 立 法

上記の裁判例を通して形成された代理懐胎禁止の法理は、10年に及ぶ議論ならびに立法準備を経て、1994年、三つの法律の制定へ結びついた⁹¹⁾。これは、人格の尊厳の保護と科学技術の発展の調和を図ることを目的として、民法、保健医療法、刑法などの改正および規定新設を内容とする生命倫理法である⁹²⁾。同法は、2004年に一度改正され、暫定的そして限定的に認められてきたヒト受精卵の研究については、厳格な条件の下で常設の許

88) Cass. Ire civ., 13 décembre 1989, 破毀院民事第一部1989年12月13日判決については、高山奈美技「代理懐胎と法 日仏比較法と通して」明治学院大学法学研究84号(2008)23頁以下、本山・前掲注(84)114頁以下、野村豊弘「フランスの判例における代理母と養子縁組」星野英一・森島昭夫編『現代社会と民法学の動向(下)』(有斐閣, 1992)606頁以下参照。

89) CA Paris, 15 juin 1990, パリ控訴院1990年6月15日判決については、高山・前掲注(88)24頁以下、本山・前掲注(84)111頁以下、野村・前掲注(88)609頁以下参照。

90) Cass. ass. plén., 31 mai 1991, 破毀院大法廷1991年5月31日判決については、高山奈美技・前掲注(88)24頁以下、本山敦・前掲注(84)111頁以下、野村・前掲注(88)610頁以下参照。

91) 高山・前掲注(88)27頁。

92) 長島・盛氷・前掲注(71)191頁。

可制度を創設することにより承認することになった⁹³⁾。生命倫理三法とは、「人体の尊重に関する法律1994年7月29日法律第94 653号(人体尊重法)」、「人体の構成要素および産物の提供および利用、生殖への医学的介助並びに出生前診断に関する1994年7月29日法律第94 654号」、「保健の分野における研究を目的とする記名情報の処理に関する、並びに情報処理、情報ファイルおよび自由に関する1978年1月6日法律第78 17号を改正する1994年7月17日法律第94 548号」である⁹⁴⁾。

代理懐胎については生命倫理三法のうち「人体の尊重法」において、禁止することが規定された。「人体の尊重法⁹⁵⁾」では、代理懐胎契約は無効であり、有償・無償にかかわらず、代理懐胎を依頼したカップルまたは個人と代理懐胎を引き受ける女性を仲介する行為は罰則をもって禁じられている。このように、1994年の立法による対応で、フランスでは代理懐胎は法的に「禁止」されたものとみなされてきた。この法規定により、代理懐胎の実施は困難であり、また代理懐胎により生まれた子を依頼者が養子縁組することを禁じた判例により、フランスで代理懐胎により子を得ても、親子関係の確立は非常に困難である⁹⁶⁾。

93) 藤野美都子「始動：生命倫理法の再改正 フランス」ジュリスト1382号(2009)45頁、なお、2004年生命倫理法の改正を紹介したものとしては、本山敦「生命倫理法改正 生命倫理に関する2004年8月6日の法律第800号」日仏法学24号(2007)117頁参照。

94) 大村美由紀訳「フランス生命倫理法の全体像(立法紹介)」外国の立法33巻2号(1994)9頁以下。1994年の生命倫理立法の背景については、ノエルルノワール・北村一郎・大村敦志「フランス生命倫理法の背景 ルノワール氏に聞く」ジュリスト1092号(1996)74頁以下。

95) LOI n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, 大村・前掲注(94)9頁以下。

96) 小門穂「フランス 代理懐胎解禁の是非を巡る動向」『東京財団政策研究：停滞する生殖補助医療の議論を進めるために 代理懐胎は許されるか』(東京財団政策研究部, 2010)16頁。ちなみに、フランスは2005年に親子法改正が行われたが、生殖補助医療によって生まれてきた子の身分に関する民法典の規定にも大きな修正は加えられなかった。親子法改正については、松川正毅『医学の発展と親子法』(有斐閣, 2010)192頁以下参照。

3 その後の動向

しかし、代理懐胎から生まれた子と依頼者との親子関係を否定する確定的な判例法理が確立されているところ、それとは正反対に親子関係を認める控訴審判決が下された。2007年10月、アメリカで代理懐胎を実施したメネッソン(Menesson)夫婦を子の親として出生届に記載することを認める判決である。

フランス人であるメネッソン夫婦は、夫の精子と提供卵子によって、アメリカ・カリフォルニア州で代理懐胎を行い、2000年10月に双子が生まれた。同州で作成された「フランス人夫婦が親であるとする証明書」に基づいて、同年11月にフランスに帰国後、実子として出生届を出したところ、子の民事身分の偽装未遂として訴えられた。フランス法では、出生届の母親欄には代理母の名を記入すべきなのに、依頼者夫婦の妻の名を記入したことが偽装とされたのである。民事身分偽装について、2004年にクレティユ大審裁判所が予審免訴としたが、国側はアメリカで作成された出生証書の民事登録簿への転載取消しを求めて争った。それに対し、パリ控訴院2007年10月25日判決は、「出生証書を不登録とすることは、子の利益の優越に反しており、さらに、生物学的な父との親子関係を含む、親子関係を示す民事登録が子から取り上げられることになる」という理由を挙げ、アメリカで作成された夫婦を両親とする出生証明書の転載を認める判決を下した⁹⁷⁾。しかし、国側は上告し、2008年12月17日、破毀院は、当該身分登記が、無効とされる代理懐胎契約に基づくものであることから、控訴院判決を破毀するという決定を下した⁹⁸⁾。

「メネッソン判決」をきっかけに、フランスで代理懐胎解禁の動きが出てきた。この判決が出た後、上院に調査検討委員会が設置され、2008年6月に報告書が出された⁹⁹⁾。その報告書の内容は、依頼者については、男女

97) CA Paris, 25 octobre 2007, D. AJ 2953 obs., Luxembourg. この判決については、小門・前掲注(96)17頁以下、藤野・前掲注(93)45頁、松川・前掲注(96)367頁以下参照。

98) 小門・前掲注(96)18頁。

99) 林かおり「海外における生殖補助医療法の現状 死後懐胎、代理懐胎、子どもの出自を知る権利をめぐる」外国の立法243号(2010)114頁。

で構成され、結婚してから2年以上の同居を証明でき、生殖年齢にあり、フランス国内に居住しているカップルでなければならないなどの要件が定められ、代理母については、問題のない妊娠経過を経て、少なくとも一人以上の子を産んだ経験を持ち、フランスに居住する女性に限定するなどの要件が定められている。また、代理懐胎者の卵子を使ってはならない、社会保障がカバーしない出費に対し「妥当な補償」以外の報酬は支払うことができない、依頼カップル女性のいとこや姉妹は代理母となることができ、母親はできないとされた。さらに実施要件として、当事者は心身の健康状態を確認するために、先端医療庁内に設置される多領域委員会による認可を得ることが求められる。代理懐胎の広告は禁止される。胚移植は裁判所の決定後に行われる。司法官は、認可を確認し、依頼者カップル、代理母、必要な場合には代理母のパートナーの同意を得る。さらに、特に親子関係に関する影響について情報通知し、妥当な補償の額を決定する。代理懐胎によって生まれた子に対しては、代理母が子の法律上の母親となりたい場合は、出産から3日以内にその旨を宣言でき、母親として名前が子の出生届に記載される。代理母がそう望まない場合は、依頼カップルの名が、子の民事登録簿に記載される。これらの規定に従わず、母子関係をつくることは、これまで通り禁止する¹⁰⁰⁾。

上院の報告書の公表後、フランス国内では、様々な議論が噴出している。小門氏の紹介・分析によれば、以下のような状況である。哲学者であるエリザベート・バダンテールは、代理懐胎解禁への賛意を表明しながら、米国式の商業的な代理懐胎にならないよう法的な枠組みを設ければよく、代理母の立場に十分に注意し、特に脆弱な立場にいる女性は代理母になるべきではないと指摘している。これに対し、精神分析者のカロリーヌ・エリアシェフと産婦人科医のルネ・フリドマンは、代理懐胎解禁に異議を唱えている。両者とも、妊娠は単なる荷運びではなく、もうすぐ母親になる女

100) 小門・前掲注(96)19頁。

性と生まれる子の両当事者がつくり上げる根源的な経験であるから、出産する女性が母親であると述べる。また、哲学者のルーウェン・オジエンは、上院が提言した制度では、代理懐胎のすべてのプロセスが裁判官と先端医療の認可を受けなければならないことを指摘し、オジエンは、それは国民一人一人の自己決定に任せるべき事柄であると、上院提案に対する異議を述べている¹⁰¹⁾。

このように、フランスでは「生命倫理法」によって代理懐胎が禁止される状態になっていることから、カリフォニア、カナダ、ウクライナなどにおいて代理懐胎を行っている。しかし、それによって生まれた子はフランス法から保護されないという問題が生じ、この問題を解決するため、フランス社会党を主軸として代理懐胎を許容するという動きがあり¹⁰²⁾、2004年の「生命倫理法」は2010年に再改正が予定されていた。しかし、2011年7月、生命倫理に関する法改正はあったが、代理懐胎は許容されなかった¹⁰³⁾。

第3節 アメリカ

1 州法の状況

アメリカにおいて、家族関係は州法(制定法及び判例法)の規律対象であるから、代理懐胎に関しても、各州の州法、裁判所の判例などで対応している。各州はこれに関して相違する態度を見せており、内容も非常に様々である。現在のところ、代理懐胎契約を有効と認める州として、アーカンソー州、フロリダ州、イリノイ州、ネバダ州、ニューハンプシャー州、テキサス州、ユタ州、ヴァージニア州、ワシントン州、ウェスト・ヴァージニア州が挙げられる。このうち、ネバダ州、ニューハンプシャー州、ワ

101) 小門・前掲注(96)20頁。

102) LE MONDE 2009年6月9日。

103) LOI n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=?cidTexte=JORFTEXT000024323102&dateTexte=&oldAction=rec_hJO&categorieLien=id

シントン州, ウェスト・ヴァージニア州は, 報酬や対価を求める代理懐胎契約を禁止している。また, アーカンソー州, ネバダ州, ニューハンブシャー州, ワシントン州, テキサス州, ユタ州, ヴァージニア州は, 明文規定を以て, 親となる意思を有する者を親とする。ヴァージニア州は, 裁判所の許可があれば, 場合によっては遺伝子的つながりを有する者が親とされる。反対に, 代理懐胎契約を無効とする規定を置いている州は, アリゾナ州, コロンビア特別区, インディアナ州, ケンタッキー州, ルイジアナ州, ミシガン州, ネブラスカ州, ニューヨーク州, ノース・ダコダ州がある。コロンビア特別区, ミシガン州, ニューヨーク州のように刑罰を以てこれを禁止している州もあれば, 刑罰を科さない州もある。また, カリフォルニア州のように判例のみ存在する州など, 州法の内容は様々である¹⁰⁴⁾。

2 統一法の制定

このような州法の多様性を統一するため, 1988年, アメリカ統一州法委員全国会議は「生殖補助により生まれた子の地位に関する統一法¹⁰⁵⁾」というモデル法案を公表した¹⁰⁶⁾。次いで, 2000年に同委員全国会議は親子関係に関するモデル法案として, 「統一親子関係法¹⁰⁷⁾」を作成し, さらに, 2002年に改訂が加えられて現行の「統一親子関係法」になった。全部で9

104) 織田有基子「生殖補助医療とアメリカ法の現状」国際私法年報 通巻6(2004)228頁, 織田有基子「アメリカにおける代理出産と母子関係」学術の動向10巻5号(2005)31頁。
なお, 織田有基子「代理出産における母子関係 アメリカ法の場合」樋口範雄・土屋裕子編『生命倫理と法』(弘文堂, 2005)310頁参照。

105) Uniform Status of Children of Assisted Conception Act 1988, <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/uscaca88.htm>, このモデル法案は2000年統一親子関係法により廃止された。

106) このモデル法案以外に日本に紹介されたものとしては, 「Model Human Reproductive Technologies and Surrogacy Act」があり, アメリカ医事法研究会「ヒト生殖技術および代理母に関するモデル案」ジュリスト973号(1991)95頁にこの法案が紹介されている。

107) Uniform Parentage Act 2000(2002年改正), 神里彩子訳「アメリカ」神里彩子・成澤光編『生殖補助医療 生命倫理と法 基本資料3』(信山社, 2008)288頁, http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/upa/final2002.htm#TOC1_15

編であり、そのうち代理懐胎に関する規定は第8章におかれ、「代理出産契約 (gestational agreement)」のタイトルになっている。内容は、以下のとおりである。

代理懐胎契約書についての協議は書面で作成し、当事者の前で署名する。契約書には、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(同法801条)¹⁰⁸⁾。また、代理母や依頼者夫婦は、事前審査を行う裁判所がある州に少なくとも90日以上居住していなければならない(同法802条)。代理母に関連して、「補助生殖により生まれた子の地位に関する統一法」第6条(b)項(6)では、代理母は最小限1回の出産経験があり、子を出産することが代理母に深刻な危険を与えないことを要件としていたが、「統一親子関係法(2002改正)」はこれを要求しない¹⁰⁹⁾。

同法は、裁判所の承認を得ることができなかった代理懐胎契約の効力は「補助生殖により生まれた子の地位に関する統一法」のように「無効(void)」ではなく、「強制履行が不可能である(not enforceable)」と規定している。その結果、代理懐胎契約が有効であると確認されない契約書に従って子が生まれたら、同法第809条によって代理母と代理母の夫が子の両親になる¹¹⁰⁾。しかし、強制履行が不可能である代理懐胎契約の場合であっても、裁判所の判決によって、依頼した親が生まれた子に対して扶養

108) 「統一親子関係法 2000」第801条(b)は、依頼した親(intended parents)が婚姻中にあることを求めているが、2002年改正の際、この部分が削除された。これは、代理懐胎契約の結果、婚姻中に生まれた子のみならず、婚姻外の子に対しても、UPAが配慮しようとしたわけである。すなわち、婚姻中と婚姻外の子を同等に取り扱うことがUPAの目標であるからである。Uniform Parentage Act 2000(2002改正) § 801 comment。

109) 「統一親子関係法 2000」第803条(b)項(5)は、これを要件としていたが、2002年改正の際にこの部分が削除された。Uniform Parentage Act 2000(2002改正) § 803 comment。

110) したがって、代理母がその子を自分の子とすることを望んだ場合には、依頼した親には何らの方法はなく、依頼した親がその子を養育することを代理母側と合意した場合には、養子縁組が唯一の法的手段である。Uniform Parentage Act 2000(2002改正) § 809 comment。

責任を負うことができる(同法809条)。

もっとも、第8章を採択するか否かは各州の判断に委ねられている。そのため、第8章を採択しない場合、及び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、分娩者が生まれた子の母になる。「統一親子関係法(2002年改正)」を採択している州は、2010年現在、9州のみであり¹¹¹⁾、このうちの2州のみ第8章を採択している¹¹²⁾。

3 代理懐胎を認める州法のシステム

一方、全米でもっとも代理懐胎斡旋者¹¹³⁾が多く、世界各国からも代理懐胎サービスを求めて不妊カップルが訪ねているところが、カリフォルニア州とネバダ州である。

ネバダ州法は、次のような内容である。ネバダ州修正法によって婚姻が有効な2人が、親子関係、事情が変更した場合の子の監護権、契約当事者それぞれの責任と義務を定めた代理懐胎契約を結ぶことができる。また、代理懐胎を依頼した親は、子の実親として法律上扱われる。費用については、契約書に明記された子の出産に関わる医療費及び必要な生活費を除いて、金銭又は価値のあるものを代理母に支払うことや支払いを申し出るとは違法である¹¹⁴⁾。

これに対して、カリフォルニア州では、有償での代理懐胎契約が認められている。同州において代理懐胎は、ビジネススペースであることが多いた

111) アラバマ州、デラウェア州、ニューメキシコ州、ノース・ダコタ州、テキサス州、ユタ州、ワシントン州、ワイオミング州である。採択状況は、http://nccus.org/Update/uniformacts_factsheets/uniformacts-fs-upa.asp (2010年10月調査)。

112) テキサス州、ユタ州。

113) アメリカにおいて、代理懐胎をビジネス化させた者は、「代理懐胎の父」と呼ばれるノエル・キーンである。代理懐胎の歴史の里程標になったともいえるベイビーM事件も、代理懐胎を斡旋したのもキーンである。さらに1980年代から90年代にかけて、裁判沙汰になった代理懐胎のケースは10件あまりあるが、そのほとんどにキーンの斡旋が関わっていた。大野和基・前掲注(60)71頁。

114) 神里彩子訳「アメリカ」神里彩子・成澤光編・前掲注(107)295～296頁。

め、女性の身体の道具化、商品化の促進を招くという問題が生じ得る。そのため、代理母・依頼者夫婦の双方への徹底した適性検査を実施しており、また、双方は必ず専門医による検診と専門カウンセラーによる精神分析とカウンセリングを受けなければならない。代理母については、医学的に妊娠能力があり、医学的・精神的な問題がなく、健康な子を1人以上産み、妊娠中は代理母は一人で生活することを条件とされている。依頼者夫婦については、上述した専門医の検診と専門カウンセラーによる精神分析によって、依頼者夫婦が代理懐胎によって子を持つに相応しい資質を有するかどうか判断する。双方の適性が確認されると、代理母と依頼者夫婦は弁護士を立て、詳細な項目について取決め、依頼者夫婦、代理母の状況にあわせてそのケース独自の契約書が作成される。契約も体外受精も出産も同州で行われた場合、生まれた子を、依頼者夫婦の実子として出生証明書が発行される。この「親権申請」は、通常、弁護士を介して、代理母が妊娠4ヶ月を過ぎた頃に州の裁判所に対して行う。このように、カリフォルニア州では、代理懐胎に弁護士、医師、代理出産コーディネータ、カウンセラーなど多くの専門家がかかわり、そのプロセスはシステム化されている¹¹⁵⁾。

第4節 イギリス

1978年、世界で初めて、体外受精児がイギリスで誕生し、その後の10年間に体外受精や配偶者卵管内移植(GIFT)によって1581人の子が生まれている。もっとも生殖補助医療が盛んな国の一つであるとともに、その規制についても他のモデルとなる国といえる¹¹⁶⁾。

1 ワーノック報告

体外受精児誕生から4年後の1982年、イギリス政府は、保健省内に「ヒ

115) 仙波由加里「代理懐胎合法化の是非についての検討 日本と米国カリフォルニア州の代理懐胎の現状から」生命倫理18巻1号(2008)122頁以下参照。

116) 三木妙子「イギリス(人工生殖の比較法的研究)」比較法研究53号(1991)48頁。

トの受精及び胚研究調査委員会」(メアリー・ワーノック委員長)を設置し、近年そして将来の人の生殖と発生学に関する医学的及び科学的発展について、また、これらの発展の社会的・倫理的・法的な影響を考慮し、とるべき政策や防御措置について検討させた¹¹⁷⁾。同委員会は2年間に及ぶ検討の結果、1984年に64項目の勧告を盛り込んだ「ワーノック報告¹¹⁸⁾」を発表した。ワーノック報告書の中では、ヒト胚研究において積極的な監視と規制の枠組みが緊急に必要であるという結論を述べ、幾つかの勧告を行った。それは、不妊治療の許可と、人間の配偶者(精子・卵子)及びヒト胚を使用した研究を許可する機関の設立である。次に、ヒト胚に特別な道徳的地位を付与すること、規制機関から許可を受けた場合にのみヒト胚研究が許可されること、無許可のヒト胚研究に対しては刑事罰が科されるべきであること、その研究の制限期間として、ヒト胚の受精から14日間が設定されることなど、ヒト胚研究に関する倫理的な枠組みの原則を提示している。また、被術者と配偶者などの提供者の匿名性を維持すること、18才に達した子の、提供者の基本的情報へのアクセスを保障すること等である。

2 立法の経緯

ワーノック報告書が提出された直後コットン(Cotton)事件が起きた。1985年1月、30代のアメリカ夫婦の妻が不妊で妊娠が不可能になり、アメリカの代理懐胎斡旋業者に依頼し、イギリスの女性(コットン)と6500ポンドの費用で代理懐胎契約を締結した。子の出産後、アメリカ夫婦が子をアメリカに連れていくことにしたが、イギリスの管轄局から禁止され

117) 神里彩子「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)74頁。

118) メアリー・ワーノック(上見幸司訳)『生命操作はどこまで許されるか』(共同出版, 1992)166頁以下, 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)70-71頁, 神里彩子「イギリス」神里・成澤編・前掲注(117)74頁。

た。そこで、依頼人であるアメリカ人夫婦が裁判所にその子に対する後見
手続の開始と身上監護権の付与を請求した。これに対し、裁判所は、後日、
裁判所の要求があればいつでも子をイギリスの司法管轄の下に置くことを
条件とし、依頼人側の請求を受け容れた¹¹⁹⁾。この事件をきっかけに代理
懐胎契約が社会的な話題になり、代理懐胎契約の法的・倫理的許容性が問
題となり、立法的規制の必要性が提起された。そこで、イギリスの議会は
1985年7月16日「代理懐胎取決め法(Surrogacy Arrangements Act)¹²⁰⁾」
を制定した¹²¹⁾。

この法律は、5か条で構成されており、営利目的の代理懐胎契約の成立
を防ぐため、代理懐胎と関連する行為を禁止することを主な内容にしてい
る。同法第2条1項は、営利目的で、(a)代理懐胎の取決めを締結するた
め、交渉を開始又は交渉に関与する行為、(b)代理懐胎の取決め締結の交
渉の申し入れ又は承諾をする行為、(c)代理懐胎の取決め締結又はその交
渉で利用するために、情報を収集する行為に対する禁止を規定しており、
これを違反する場合の処罰規定も置いている。また、同条3項によると、
営利目的の行為に該当することは、(a)当該行為と関連して、その時期に
関わらず、本人又は第三者が支払いを受領する場合、(b)その者が、代理
懐胎の取決め締結、又はその交渉や支援に関して、本人又は第三者が支払
いを受領するために行為をする場合である。しかし、代理母又は代理母に
なろうとする者に対する支払い又は利益の供与は、本項における「支払
い」には含まないという但し書きを置いている。

その後、激しい国会審議を経て、1990年「ヒト受精及び胚研究法(Human
Fertilisation and Embryology Act 1990)¹²²⁾」が制定された。この法律は、
「1985年代理懐胎取決め法」を改正するための法律であり、ワーノック報告

119) Re C (A Minor) (Wardship: Surrogacy) (1985) FLR 846 (FD).

120) 神里彩子訳「イギリス」神里・成澤編・前掲注(117)106頁。

121) 藤川・前掲注(8)57頁。

122) 神里彩子「イギリス」神里・成澤編・前掲注(117)80頁。

にある勧告の大半を立法化したものである。ヒト受精及び胚研究法は、体外でのヒト胚の創造および治療におけるヒト胚の使用、研究でのヒト胚の使用、提供配偶者および提供胚の使用についての法的な枠組みを定立した。また、ヒトの受精を扱う生殖補助医療とヒト胚を使用する研究を認可、監視し、情報提供、助言の責任を負う機関である「ヒト受精及び胚研究認可庁(Human Fertilisation and Embryology Authority)」(以下「HFEA」と呼ぶ)を設置し¹²³⁾、そのコントロールの下に生殖補助医療が実施されている。

ヒト受精及び胚研究法は、49か条で構成されている。形式的に Part が区分されていないが、第1条～第4条では、法の目的や適用範囲、禁止ないし制限される事項について、第5条～第26条では、「HFEA」の設立根拠、職務・許可と関わる事項及び実施規定について、第27条～第33条では、生殖補助医療施術による「母」と「父」の意味を規定した条項やこの条項の効力、そして子の法的な親になるための行政的手続などについて、第34条～第35条では、生殖細胞の提供者についての情報公開などについて、第36条～第37条では、代理懐胎や妊娠中絶について、第38条～第49条では、HFEAのメンバー及び職員の権限や同法規定の違反に伴う処罰、障害児に対する民事責任などについて、規定されている。特に代理懐胎については、「代理懐胎取決め法」(1985)を踏襲し、営利目的の代理懐胎を禁止する一方、いかなる代理懐胎の取決めも、取決め当事者によって、又は取決め当事者に対して強制することはできないと規定されており、代理母の最終的な決定権を尊重するシステムを採用した点に、特徴がある。

その後、イギリス政府は、2004年1月にヒト受精及び胚研究法のレ

123) 山崎・前掲注(118)71頁。HFEAの規制権限のうち中心を占めるのは、施設の認可と実施規程の策定である。生殖補助医療を実施する施設は、HFEAから「治療のための認可」を取得しなければならない。また、認可された施設は、50年間記録を保存する義務を負っており、情報について厳格な守秘義務がある。さらに、認可された施設は、HFEAに対し実施した生殖補助医療の内容や対象者、胚・配偶者の提供者などを特定する情報について報告することが義務づけられている。HFEAはこのデータベースとしては、世界最大である。HFEAについては、藤川・前掲注(8)55頁以下、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)142頁以下参照。

ビューを行うと発表し、2008年11月13日、代理懐胎取決め法とヒト受精及び胚研究法を「ヒト受精及び胚研究法 (Human Fertilisation and Embryology Act)¹²⁴⁾」に改正した。ヒト受精及び胚研究法は、69か条で構成されており、3つの Part に分けている。Part 1 では、用語の定義、HFEA の機能や権限及び許可の範囲と条件について、Part 2 では、死後懐胎や代理懐胎を含む生殖補助医療によって生まれた子の親子関係について、Part 3 では、代理懐胎契約に関する条項や同法の適用範囲などについて、規定している。同法においても、営利目的の代理懐胎については禁止するという方向は変わらない。特に、Part 2 の部分で、ヒト受精及び胚研究法(1990)の規定が修正及び補完された。

同法において HFEA の役割として、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 (code of practice)¹²⁵⁾ 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。

3 代理懐胎と親子関係

ヒト受精および胚研究法(2008)では、母子関係について、ヒト受精及び胚研究法(1990)と同様に、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」が採用されており、このような規定の効力は、該当女性がイギリス人の場合、イギリス内で施術を行った場合のみならず、他の国で施術を行った場合まで及ぶ(2008年改正法33条)。また、父子関係についても、ヒト受精及び胚研究法(1990)と同様に、法律婚の配偶者が

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

125) <http://www.hfea.gov.uk/399.html#guidanceSection3953> 参照。「code of practice」では、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。

妻の生殖補助医療に同意していなかったことが立証されない限り、夫は子の父とされる(35条)。さらに、パートナー関係法(Civil Partnership Act 2004)を受けて、同性パートナーの一方が生殖補助医療によって妊娠・出産する場合、他方のパートナーが生殖補助医療に同意していなかったことが立証されない限り、出産した女性が子の「母(mother)」となり、そのパートナーがもう一人の「親(parent)」となる(42条1項)。また、未婚の男性やパートナー関係でない女性カップルも、「同意した父の確定条件(agreed fatherhood condition)」や「同意した親の確定条件(agreed parenthood condition)」が満たされれば、「父(father)」やもう一人の「親(parent)」となることができる(36条のb, 43条b)。

一方、上記の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)」の規定を置いた。その要件は以下のとおりである。申請者の内、少なくとも1人の生殖細胞が胚の生成に用いられなければならない(54条b)。申請者は、法律婚夫婦、パートナー関係、持続している家族関係(enduring family relationship)で住んでいるパートナーであり、お互いに婚姻を禁止する親族の範囲に属さず、二人でなければならない(54条2項のa, b, c)。申請者は、子が出生した日から6ヶ月以内に申立てをしなければならない(54条3項)。申立て及び決定命令の時には、子は申請者と同じ住居に同居し、申請者の一方又は双方が、連合王国、チャネル諸島又は、マン島に居住していなければならない(54条4項のa, b)。裁判所が、「親の決定命令」を下すことについて、代理母と申請者は、自由意思であり、関係事項について十分に理解をしたうえで、無条件で同意したと判断されなければならない(54条6項のa, b)。裁判所は、申請者の一方も、代理母に「親の決定命令」と関連して、裁判所が認めた場合を除いて、金銭やその他の利益を授受していないことを確認しなければならない(54条8号)。子を懐胎した女性(代理母)の同意は、子の出生した日から6週間以降に与えられたものでない限

り、同項の目的において効果をもたない(54条7項)。

ヒト受精及び胚研究法(1990)では、「法律婚であること、夫婦の一方または双方の配偶者の胚が用いられたこと、生まれた子と同居していること」などの条件を満たせば、子の出生から6ヶ月以内に依頼者夫婦が裁判所に親子決定の申立てをし、その子の親になることができると規定したが(同法30条)、ヒト受精及び胚研究法(2008)では、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条件を満たせば、親になることができるようになった。2008年法は、代理懐胎を利用できる人の範囲を広げるとともに、それに対応して親子関係の決定のルールを明確にした点に特徴がある。

第5節 オーストラリア

1 立法の経緯

オーストラリアは、世界的に生殖補助医療の研究及び利用が盛んな国であり、特に体外受精技術の創始期からイギリスなどと激しい競争をしてきた。1978年、イギリスで世界初めて、体外受精児が生まれた2年後、1980年にオーストラリアのメルボルンで、世界で第二番目の体外受精児が生まれた¹²⁶⁾。1988年には、初めての姉妹間の体外受精型代理懐胎によって子が誕生した。マジーとリングダは姉妹であり、姉のマジーは30歳のときに子宮摘出手術を受けたが、順調に排卵していた。そこで、すでに母になっていた妹のリングダが代理母として姉夫婦の受精卵を用いて体外受精型代理懐胎を行うことにし、これをモナシュ大学と提携して体外受精を行っていたエップワース病院のリートン医師が引き受けた。病院の倫理委員会は代理懐胎の実施を認めなかったが、リートン医師は、姉マジーが40歳になっていて年齢的に急がなければならないと判断し、小さな病院で実施し、1988年に女子アリスが生まれた¹²⁷⁾。

126) 金城清子「生殖技術と法的規制(上)」法律時報66巻9号(1994)15頁。

127) 金城清子『生殖革命と人権』(中公新書,2004)145~146頁。

体外受精に関する連邦の法律はないため、全国的な医学保健研究の公的管理組織である「全豪保健医学研究カOUNシル(National Health and Medical Research Council)」(以下 NHMRC と略称する)の関連するガイドラインに従うことが求められ、治療を目的とした研究以外での胚の破壊は施設内倫理委員会で認めないよう求められてきた。しかし、これらのガイドラインには法的拘束力はなく、連邦の研究予算以外の領域では、各研究機関および研究者の自主的な対応に依存していた¹²⁸⁾。そのため、このガイドラインの限界が認識され、全国統一の法規制の導入が求められた。2002年に「胚研究法、ヒトクローニング禁止法」を制定し、連邦政府に生命倫理に関する規制の権限を新しく付与したが、生殖補助医療に関する立法の統一化は、まだ実現していない¹²⁹⁾。

生殖補助医療を規制しているのは、各州の州法である。オーストラリアでは、ビクトリア州、サウス・オーストラリア州、ウェスタン・オーストラリア州、ニューサウスウェールズ州で生殖補助医療に関する法律が施行されている。サウス・オーストラリア州は、「生殖技術法(1988年)」、ウェスタン・オーストラリア州は、「ヒト生殖技術法(1991年)」、ニューサウスウェールズ州は、「生殖補助技術法(2007年)」、ビクトリア州は、「不妊(医学的措置)法(1984年制定、1995年廃止)」、「不妊治療法(1995年制定、2010年廃止)」、「生殖補助治療法(2008年)」である¹³⁰⁾。

2 ビクトリア州法

ビクトリア州では、生殖補助医療技術が発展しつつある状況の中で、法の制定作業を行ってきた。ビクトリア州は宗教的にはカトリック系が強い

128) 石井美智子『人工生殖の法律学 生殖医療の発達と家族法』(有斐閣, 1994) 77頁, 井上悠輔「オーストラリアで胚研究をめぐる立法作業の経過」医療・生命と倫理・社会 5巻(2006) 94~95頁。

129) 井上悠輔「オーストラリア」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) 223頁。

130) 林・前掲注(99)119~120頁。

ところであり、政治的にも強い影響力をもっている。1982年「体外受精によって生じる社会的・倫理的・法律的問題検討委員会(ウォーラー委員会)」が設置され、この委員会が中心になって体外受精について議論を行い、3回、報告書を公表し、1984年10月に世界で最初に体外受精を規制する「不妊(医学的措置)法」が制定された¹³¹⁾。同法では、代理懐胎について、代理母になることや代理母サービスを提供することなどの宣伝、代理母に関する金銭の授受を罰則付き(5000ドル以下の罰則または2年以下の懲役)で禁止し(30条2項)、さらに代理懐胎契約は無効であり、強制できないとした(30条3項)。諮問機関として、様々な分野を代表する8人の委員によって構成される常置検討諮問委員会を設置する(29条)としている¹³²⁾。次いで、1995年には、不妊(医学的措置)法を引き継いだ「不妊治療法(Infertility Treatment Act)¹³³⁾」が制定された。同法59条では、代理母としての行為についての支払い、対価の授受若しくはそれに関する契約、代理懐胎としての契約、その契約に関する手続についての支払い、対価の授受、又はそれに関する手続を禁止しており、それに違反した場合の処罰規定も置いている。

不妊治療法が、実際に行われている代理懐胎及び死後懐胎に対応していないこと、生殖補助医療によって生まれた子に対する福祉・利益が十分ではないこと、生殖補助医療技術の利用対象に関する制限などの問題点を内包していたこと、法施行後18年を経て、その問題点が社会的に認識され、社会がその問題に取り組む必要に迫られたこと、2006年から3年間に及ぶ“Time to Tell”キャンペーン¹³⁴⁾などが背景となって、2008年、「生殖補助

131) 金城・前掲注(127)158頁以下。

132) 金城清子「生殖技術と法的規制(中)」法律時報66巻10号(1994)18頁。

133) 井上悠輔訳「オーストラリア」神里・成澤編・前掲注(129)230頁。

134) 2006年に始まった“Time to Tell”キャンペーンは3年計画で、キャンペーンでは、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っている。このキャンペーンは、親が子どもにその出自を伝えることを促すもので、社会的に大きな反響を呼んだ。南貴子『人工授精におけるドナーの匿名性廃止と家族』(風間書房、2010)200頁以下参照。

治療法 (Assisted Reproductive Treatment Act 2008)¹³⁵⁾ (不妊治療法を改正したものである) が制定された。同法では、生殖補助技術の利用においては、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、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、子の出自を知る権利が守られること、治療を受けている者の健康と福祉が保護されること、性的指向、婚姻状態、人種や宗教に基づく差別の禁止という、5つの原則が示されている。

同法の代理懐胎に関する主な内容は、以下のとおりである。「Patient Review Panel¹³⁶⁾」の許可がおりた場合のみ代理懐胎契約のもとで女性の治療を行うことができる (39条)。代理懐胎契約の許可には、医師からの (依頼者側が妊娠・出産することができないという状況にあるとの) 意見、代理母の卵子は子の出産には使われないこと、代理母が既に妊娠、出産経験のあること、代理母が25歳以上であること、依頼した親、代理母そして、もしパートナーがいる場合は代理母のパートナーがカウンセリングと法的なアドバイスを受け、契約の結果を受け入れる準備があることなどが条件となる。カウンセリングの結果は Patient Review Panel に報告される (40条)。犯罪記録と子保護命令のチェックは代理懐胎契約のすべての当事者に対して行われる。代理母には不妊であることの要件は課されない (第42条)¹³⁷⁾。また、同法では、単身者及び同性カップルに対する治療を容認し、亡くなった人の書面の同意、Patient Review Panel の許可、カウンセリングを受けることの条件付きで死後懐胎も認めた。事実婚を含む異性カップ

135) 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。

136) 新しく設置され5名 (委員長と副委員長は Governor in Council が任命、あとの3名は、大臣の推薦をうけて Governor in Council が承認した名簿から委員長が選択して任命) からなる組織として、代理懐胎契約の申請などを検討する。

137) 南貴子・前掲注(134)216頁、1995年法ではいわゆる「医学的不妊」であることが (不妊である) 依頼者側と (代理母となるために体外受精などの治療を受けることとなる) 代理母側の両方に求められ、ビクトリア州での代理懐胎はほとんど不可能なものとなっていた。

ルに限定し、死後懐胎を禁止した1995年の「不妊治療法」に比べ、利用できる者の範囲はより緩和された。

一方、「子どもの地位法 (Status of Children Act 1974)」では、基本的には、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る。生殖補助医療において母子関係は、卵子の提供によって妊娠・出産した場合は、妻が自分の卵子によって妊娠・出産したものとみなされ、出産した妻が母であり、卵子提供者は母ではないと規定した。父子関係については、妻が夫の同意を得て、精子の提供によって妊娠・出産した場合は、夫の精子によったものとみなされ、生まれた子の父であると推定される。精子の提供者は父ではないと規定した¹³⁸⁾。2008年、子どもの地位法の改正が行われ、改正された子どもの地位法は生殖補助治療法の Part 14 の部分に規定されている。改正された子どもの地位法は、女性パートナーのいる女性の生殖補助医療の利用によって、また、代理懐胎によって生まれた子の地位を明確にした。女性パートナーのいる女性が生殖補助医療を受けた場合、その女性は生まれてくる子の母 (mother) となり、その生殖補助医療に同意したパートナーは、子の法的親 (legal parents) となる (生殖補助治療法147条, 改正された子どもの地位法 Part , 13条)。代理懐胎によって生まれた子については、依頼した親が裁判所に親決定命令 (substitute parentage order) を申請し、裁判所から親決定命令を受けた場合は、その子の法的親 (legal parents) となる規定を置いた。依頼した親は、ビクトリア州で生殖補助治療を受けて子が懐胎されており、申立ての時にビクトリア州に住んでいる場合に、親決定命令を申請することができる。子が出生した日から6ヶ月以内に申し立てをしなければならない (生殖補助治療法147条, 改正された子どもの地位法 Part , 20条)。また、生まれた子が、依頼した親と同居していること、代理懐胎契約に伴う経済的な利益を授受していないこと、代理母の自由な同意があることなどが必要である

138) 金城清子「生殖技術と法的規制(下)」法律時報66巻11号(1994)18頁, 石井美智子「オーストラリア(ビクトリア州)」比較法研究53号(1991)26~27頁。

(生殖補助治療法147条, 改正された子どもの地位法 Part , 22条)¹³⁹⁾。

第6節 ま と め

日韓では、立法化は進まず、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、オーストラリアの国々では、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。また、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おり、不妊夫婦、離婚、独身世帯の増加、そして同性婚の承認など、社会的状況の変化に影響をうけ、これを考慮して法律の態度も変化していることが明らかである。

まず、代理懐胎を禁止する国としては、ドイツとフランスである。ドイツは、胚保護法と養子縁組斡旋法によって代理懐胎と関連する一切の行為を禁止しており、代理懐胎の斡旋者及び施術した医師は処罰される。ただ、依頼者夫婦や代理母は処罰されない。フランスは、代理懐胎を斡旋する複数の団体があって、代理懐胎によって生まれた子と依頼者夫婦との間に養子縁組を利用する方法を取っていたが、代理懐胎を斡旋する非営利団体の設立目的の適合性の問題と、養子縁組の効果の問題をめぐる判例によって、代理懐胎を禁止することになり、人体の尊重法によって、代理懐胎契約は無効とされている。また、依頼者カップル及び代理懐胎を受け入れる女性を仲介する行為については、処罰される。

代理懐胎を認めている国としては、アメリカの一部の州、イギリス、オーストラリアの一部の州である。アメリカは、各州の州法または判例に従うが、州により生殖補助医療技術に対する姿勢は様ではなく、各州で自由に行われている状況であり、生殖補助医療の実施施設を管理する公的

139) http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/num_act/arta200876o2008406/ 参照。

機関も持っていない状況である。さらに営利目的の代理懐胎を認める州では、公的管理機関なく行われているから、すでに代理懐胎はビジネス化されている。一方、商業的代理懐胎のみ規制・禁止の対象にして、非営利的な代理懐胎を容認している国もある。イギリスは、ヒト受精及び胚研究法によって、営利を目的としない限り、代理懐胎の実施を許容しており、同法に基づいて HFEA を設置し、そのコントロールの下に代理懐胎が実施されている。オーストラリアのビクトリア州も、生殖補助治療法により、商業的な代理懐胎は禁止されており、代理懐胎を実施するためには、Patient Review Panel の許可を必要とする。このような公的管理機関の役割は、生殖補助医療技術の研究における認可、監視、情報提供及び情報管理などである。例えば、依頼者カップル、代理母、代理母のパートナーに対して、代理懐胎の実施において提供されるべき情報、インフォームド・コンセント、カウンセリングなどを行っている。

生殖補助医療技術を用いることのできる対象の範囲を、法律婚に限るか、事実婚、独身者及びパートナー関係まで広げて認めるかについての規制は様々である。ドイツは、原則として法律婚のみに認められており、例外的に医師会の委員会による事前の審査によって事実婚のカップルへの実施を認めている。フランスは、法律婚又は2年以上の事実婚のカップルに限定している。アメリカは、代理懐胎を認めている州では、依頼者カップルを法律婚に限定するなど、一定の条件を代理懐胎契約容認の前提としている州もある¹⁴⁰⁾。イギリスとオーストラリアのビクトリア州は、生殖補助医療技術を用いることのできる対象の範囲を徐々に緩和し、法律婚のみならず、事実婚、独身者にもその技術の利用を認めるようになり、さらに、パートナー関係のカップルも利用することができるようになった。

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、母子関係は、子を分娩した女性が母と

140) 林・前掲注(99)119頁。

なる分娩主義を取っている。国外で代理懐胎を行い、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が、フランスでは、人の身体及び身分の処分不可能性という公序に反する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。最近、メネッソン判決をきっかけに、非商業的代理懐胎を一定の条件の下で容認し、代理母の同意があれば、生まれた子と依頼者カップルとの親子関係を成立しようとする代理懐胎解禁の動きがあったが、法制化はされていない。

代理懐胎を認めているアメリカの州法は、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。イギリスとオーストラリアのビクトリア州は、一応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。

以上、上記の国々の生殖補助医療に関する法規制の内容は多様であるが、幾つの特徴がある。第一は、親子関係については、法律によって定められていることである。つまり、母は子を分娩した女性で、父は生殖補助医療に同意した男性である。ただし、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。第二は、公的機関を設置して詳細な実施要綱に従い、統一的に生殖補助医療技術を管理運営することである。第三は、一定の要件の下で代理懐胎を認める立法例では生殖補助医療を受けることができる対象について、法律婚に限定せず、事実婚、単身者、さらに同性カップルへと拡大したことである。

代理懐胎を認める場合にも、いくつかの特徴がある。当事者の同意及び法的条件を前提とした上で、生殖補助医療技術によって生まれた子に対して、親としての法的責任と義務を果すという積極的な意思を明確にし、親

子関係を法的に認めることができるようにしていること、生殖補助医療によって生まれた子の親子関係について明確な法的基準を提示していること、生殖補助医療技術を受ける対象を拡大して、様々な家族形態を尊重し、医療行為の衡平性を図ろうとしていること、公的機関の設置で、第三者が介入する生殖補助医療から生じうる諸問題および当事者主義からの限界に対応していること、代理懐胎の当事者間に金銭授受があったかを確認し、代理懐胎が商業化されることを防止していること、さらに、提供者と生まれた子に関する情報を管理して、子の出自を知る権利の保障を図っていることなど、今後、生殖補助医療に対する法的対応策を整えるのに、参考となると思われる。

こうした、欧米諸国の生殖補助医療の在り方を参考にして、日本と韓国において、どのような解決が望ましいか、次章以降で検討を行いたい。