

|      |                       |
|------|-----------------------|
| タイトル | 生殖医療と親子法              |
| 著者   | 久々湊，晴夫                |
| 引用   | 北海学園大学法学研究，40(1)：1-24 |
| 発行日  | 2004-06-30            |

# 生殖医療と親子法

はじめに

- 一、人工授精と親子関係
- 二、体外受精と親子関係
- 三、代理出産と親子関係
- 四、生殖医療と生命倫理
- 五、生殖医療と民法の改正  
おわりに

久々湊  
晴  
夫

## はじめに

人工授精や体外受精など、生殖医療（生殖補助医療）によって生まれた子は、すでに、わが国にも多数存在する。とくに、妻が夫以外の男性の精子を用いて妊娠・出産するという人工授精は、一九四九年から行われており、すでに五〇年以上の歴史がある。また、体外受精は、一九七八年にイギリスで初めて行われたが、その後、わが国でも妻の卵子と夫の精子を用いての体外受精が数多く行われている。現在では、年間一万件を越えるという。また最近では、夫の精子と妻の妹の卵子とを体外受精させ、その受精卵によって妻が出産するという事例も現れた。さらに、夫と妻の受精卵を用いて妻の妹が出産するという「代理出産」まで行われるようになった。また、日本人の夫婦が、アメリカで代理出産を依頼するというケースも増えている。

ところで、わが国には、このような生殖医療に関する特別な法律はない。そのため、生殖医療で生まれた子の「親子関係」については、「嫡出性の推定」（民法七七二条）など、現行の民法の規定を適用するほかはない。しかし、それだけで、「親子関係」が法的に確定し、「子の福祉」が保たれるかについては問題がある。実際にも、妻が第三者（ドナー）の精子を用いた人工授精によって出産した子について、夫が「嫡出否認の訴え」を起こし、それが認められたという事例もある（大阪地裁平成一〇年一二月一八日判決）。

本稿では、生殖医療と「親子関係」について考察するが、現行法の解釈だけではなく、特別法の制定や民法の改正についても考える。

## 一、人工授精と親子関係

人工授精とは、女性の子宮内に、男性の精子を人工的に送り込み、受精させる方法で、夫の精子を用いる方法 (Artificial Insemination by Husband AIH) と夫以外の男性 (ドナー) の精子を用いる方法 (Artificial Insemination by Donors AID) とがある<sup>(1)</sup>。

まず、夫の精子を用いて妻が懐胎・出産した場合は、生まれた子は、法的にも「夫の子」となるので問題はない。すなわち、民法は、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」と定めているため (民七七二条)、生まれた子は「嫡出子」(法律上の夫婦から生まれた子)と推定される。この場合には、夫の子ではないというケースは考え難いので、法的な「推定」がくつがえるおそれはないといえよう。

もっとも、外国では、精子を注入する際に、他人の精子が混入したという信じ難いような事件も起きている。このような場合は、当然、「親子関係」が問題になる。ちなみに、この場合でも、生まれた子は「嫡出子」(夫婦の子)と推定されることになる。夫は「嫡出否認の訴え」を提起することができるが (民七七二条)、提訴期間 (現行民法では、一年) が過ぎた場合に、「親子関係不存在確認の訴え」(人事訴訟法二条) を提起できるかどうかについては、学説は分かれる。これについては、体外受精のところで改めて考察する。

つぎに、ドナーの精子を用いて妻が出産した場合の「親子関係」について考察する。この場合は、生物学的には、夫の子ではないので、「父子関係」をめぐる、法的な問題が生じる可能性は大きい。したがって、人工授精は夫婦間に限るべきであり、ドナーの精子を用いることは禁止すべきだという考えもある。しかし、このような方法で、すでに多くの子が生れており、「不妊治療」として定着している。したがって、いまだに、禁止することには無理がある<sup>(2)</sup>。

ところで、このような、AIDの「親子関係」については、夫の「同意がある場合」と「同意がない場合」とでは、法的に異なる扱いが要求されよう。

### (一) 「夫の同意」がある場合

ドナーの精子を用いて出産することに、「夫の同意がある場合」は、生まれた子を、「嫡出子」としても、それほど問題はないように思える。しかし、出産後に夫婦仲が悪くなり、離婚に至るというケースは予想できないことではない。

その場合に、夫が「嫡出否認の訴え」(民七七二条)や「親子関係不存在確認の訴え」(人事訴訟法二条)を提起すると、どうなるのであろうか。夫の訴えは、「権利の濫用」ないしは「信義則違反」(民法一条)として、退けられるのであろうか。夫としては、そもそも「AIDに対する同意」そのものが、「公序良俗違反」(民九〇条)であり、たとえ、同意があつても無効だと主張することになる。また、「父子関係」のないことは、「客観的に明白」であり、「親子関係不存在確認の訴え」を認めるべきだと主張することになる。しかし、そのような訴えは、「子の福祉」という視点から、認められないとするほかはない。判例もそのように解している。<sup>(3)</sup>

立法論としては、「同意がある場合」には、「夫の子」とし、「嫡出否認の訴え」や「親子関係不存在確認の訴え」を認めないとするほかはないであろう。<sup>(4)</sup>

### (二) 「夫の同意」がない場合

ドナーの精子を用いて出産することに、「夫の同意がない場合」は、夫が「嫡出否認の訴え」や「親子関係不存在確

認の訴え」を起こすという可能性は高くなる。

たとえば、妻が「承諾書」を偽造したとか、夫が承諾したが、「AID」ではなく、「AIH」だと信じて承諾した（詐欺・錯誤）というような場合である。判例（大阪地判平成一〇年二月一八日）は、夫婦が「事実上の離婚状態にあったこと」を前提として、夫からの「嫡出否認の訴え」を認めている。<sup>(5)</sup>

なお、このケースは、夫が子の出生を知ったときから一年以内に提起されているため、「嫡出否認の訴え」が認められているが、かりに、提訴期限である一年を経過した後に、「親子関係不存在確認の訴え」が提起されたという場合にはどうなるのであろうか。その場合、妻が「婚姻中に懐胎した子」なので、いわゆる「推定が及ぶ嫡出子」とするか（民七七十二条）、それとも、夫の子でないことが客観的に明白であるとして、「推定が及ばない嫡出子」と扱うのか、いずれかによって結果が異なる。すなわち、「推定が及ぶ嫡出子」であれば、出訴期間の経過によって、「嫡出子」として確定し、「親子関係不存在確認の訴え」は認められないが、「推定が及ばない嫡出子」だとすると、「親子関係不存在確認の訴え」が認められる可能性が出てくるからである。

学説は、①「外観説」（長期間の別居など、夫の子でないことが外観上明白であれば、否認できる）②「実質説」（夫の子でないという事実が証明されれば、否認できる）③「家庭平和説」（夫婦が離婚し、子が真実の父に養育されているような場合には、否認できる）④「当事者合意説」（当事者が合意すれば、否認できる）と分かれている。

通説・判例は、「外観説」<sup>(6)</sup>を採っているため、否認できないとも考えられるが、「事実上の離婚状態にあった」というのであるから、否認できる可能性もある。いずれにせよ、「親子関係」は、不安定になる。したがって、「同意を欠く人工授精」が行なわれないように、法的規制を厳しくする必要があるが、完全に防止することは困難である。

ところで、かりに、「嫡出否認の訴え」が認められると、生まれた子は、父親のない「非嫡出子」となる。その場合、

妻は、精子の提供者であるドナーを相手として、「認知の訴え」(民七八七条)を提起することができるであろうか。子の「出自を知る権利」と合わせて、立法的な解決を図る必要がある<sup>(7)</sup>。この点については、後で改めて考察する。

## 二、体外受精と親子関係

つぎに、「体外受精」と親子関係について考察する。

体外受精とは、女性の卵子を取り出し、子宮外で受精させ、その受精卵を子宮に移す方法(胚移植)だが、つぎの四つの方法が考えられる<sup>(8)</sup>。

- ① 妻の卵子×夫の精子
- ② 妻の卵子×ドナーの精子
- ③ ドナーの卵子×夫の精子
- ④ ドナーの卵子×ドナーの精子

まず、①と②は、「人工授精」の場合と類似している。したがって、「夫の同意」さえあれば、とくに問題がないようにみえる。しかし、「体外受精」は、凍結保存した受精卵(胚)を使用するし、かつ、長期間の保存が可能のため、たとえば、離婚または別居した後に、保存してあった受精卵を用いて出産するという場合が起こりうる。そのような場合の「親子関係」についても、検討しておく必要がある。

### (一) 妻の卵子と夫の精子で生成した受精卵(胚)を移植

まず、夫の精子を用いた場合は、かりに、夫が「嫡出否認の訴え」や「親子関係不存在確認の訴え」を提起しても、

生まれた子は、生物学的にも「夫の子」なので、「親子関係」を否定することはできない。しかし、離婚や別居後に行われた場合は、夫としては、「嫡出子」ではないと主張することになる。つまり、民法は、「婚姻解消の日から三〇日以内」に生まれた子については、「夫の子と推定」しているが（民七七二条二項）、三〇日以後に生まれた子は「推定が及ばない」から、「嫡出子」ではないと主張することが可能である。かりに、「非嫡出子」ということになる、「認知の訴え」（民七八七条）が認められるかという問題が生じる。「子の福祉」という視点からは、認知請求を認めせざるを得ないと考えられるが、その場合でも、夫に養育義務を期待することは難しい。もとより、特別立法によつて、夫婦が離婚または別居した後は、受精卵（胚）の使用を禁止すべきであろうが、このような子の出現を防ぐのは不可能に近い。

なお、夫の死後に、妻が凍結受精卵を用いて出産したという事例が実際にあった。民法は、「胎児」にも相続権を認めているため（民八八六条）、法解釈として、「胚」が「胎児」に含まれるかが問題となるが、否定的に解する<sup>(9)</sup> ほかはない。

ただし、生まれた子が「夫の子」であることは事実である。したがって、「死後認知」という問題は残る。（民七八七条）仮に、「死後認知」が認められると、生まれた子には相続権があるということになる。<sup>(10)</sup> このように、夫婦間の受精卵を用いた場合でさえ、さまざまな法律問題が発生する可能性がある。

## （二）妻の卵子とドナーの精子で生成した受精卵（胚）を移植

次に、「ドナーの精子を用いた体外受精」が、夫婦の離婚後に実施された場合について考えてみる。この場合には、夫からの「嫡出否認の訴え」や「親子関係不存在確認の訴え」が、認められることになる。もっとも、この場合で



も、いったん「ドナーの精子を用いた体外受精」に同意した以上は、夫はそれを撤回しない限り、生まれた子について法的責任を負うと考えることも出来るが、そのためには、立法的な措置が必要であろう。

### (三) ドナーの卵子と夫の精子で生成した受精卵（胚）を移植

次に、妻以外の卵子（たとえば、妻の妹の卵子）を用いた場合、親子関係はどうなるであろうか。このようなケースについては、そもそも実施を認めるべきではないという見解もあるが、すでにわが国でも実施されており、今後のためにも考察する意味がある。

判例は、母子関係は、「分娩という事実によつて、当然に発生する」としているから（最判昭和三十七年四月二七日 民集一六卷七号一二四七頁）、生まれた子は、夫婦の「嫡出子」として届け出られることになる。現在の民法では、「嫡出否認の訴え」は、「夫」からしか認められないことになっているため（民七七四条）、親子関係が不安定になることはあまりない。かりに、夫が「嫡出否認の訴え」を起しても認められないからである。また、民法が改正され、妻からも「嫡出否認の訴え」が提起できるようになったとしても、このケースでは、妻の訴えは「権利の濫用」ということになるだろう。

### (四) ドナーの卵子とドナーの精子で生成した受精卵（胚）を移植

この場合も、母子関係は、「妻の子」になるし、妻の産んだ子は、「夫の子」と推定されるため、子は「嫡出子」として届け出られることになる。しかし、このような「生殖医療」を認めることについては異論があるだろう。

以上、考察してきたように、「人工授精」においても、「体外受精」においても、妻が懐胎・出産しており、妻が懐

胎・出産した子は、法律上、「夫の子」と推定されるため、夫が「否認」しない限り、「親子関係」はそれほど不安定にはならないといえる。とくに、「夫婦間」で行われる場合には、「夫の同意を欠く」とか、「離婚後に実施する」などといった特別な事情がない限り、「親子関係」は法的に安定する。また、「ドナーの精子」を用いた場合でも、夫さえ「否認の訴え」を起こさなければ（つまり、一年間経過すれば）、「親子関係」は安定する。さらに、「ドナーの胚を移植」した場合でさえ、法的には、「夫婦の子」ということになる。したがって、「親子関係」が複雑になるから、ドナーの精子や卵子を用いた「人工授精」や「体外受精」は、制限すべきだという議論は、それほど意味を持たないといえる。

考えてみれば、妻が出産した子が、「自分の子ではない」ということが明らかの場合でも、夫さえ否認しなければ、法的に「夫婦の子」として、親子関係を安定させようというのが、民法の「嫡出推定制度」であるから、まして、夫が自ら同意した「人工授精」や「体外受精」の場合には、「嫡出子」として扱っても問題はないといえる。

もつとも、妻が前夫とのあいだにもうけた子を「後夫の子」とするためには、現在の法律では、「養子縁組」をするほかはない。かりに、「虚偽の出生届」をすれば、法的には無効になる。その意味で、「ドナーの精子」を用いた「人工授精」や「体外受精」については、民法に特別の規定をおくほうが良いとも言える。また、「ドナーの胚を移植」して、子をもうけることについては、生命倫理という観点から否定的な意見もあろう。そのような、生命倫理の問題については、後に改めて検討する。

### 三、代理出産と親子関係

「代理出産」の場合は、妻が出産するわけではないので、「親子関係」は複雑になる。次のような、四つのケースが

考えられる。

- ① 夫婦の受精卵を用いて、代理母が出産する場合
- ② 妻の卵子とドナーの精子を用いて、代理母が出産する場合
- ③ 夫の精子と代理母の卵子を用いて、代理母が出産する場合
- ④ 夫の精子と妻や代理母以外の女性の卵子を用いて、代理母が出産する場合

まず、このような「代理出産」を法的に認めるかどうかが検討されなければならない。「代理出産」は、女性を出産のための道具として用い、多大な危険を負担させるだけでなく、生まれた子の「親子関係」も不安定になるため、「子の福祉」という観点からも、禁止すべきだという意見が強い。しかし、すでに、日本人の夫婦がアメリカなどで、「代理出産」を行っているし、また、日本国内でも、妹が姉夫婦の子を代理出産するケースも現れた。したがって、認める場合はもとより、たとえ禁止する場合にも、法的な対応を急ぐ必要がある。<sup>(1)</sup>

#### (一) 夫婦の受精卵(胚)を用いて代理母が出産する場合

いわゆる「借り腹」であり、「ホスト・マザー」と呼ばれる。この場合は、生まれた子は、生物学的には代理出産を依頼した夫婦の子であるが、法律学的には、「代理母」が母親ということになる(すでにみたように、現在の判例は、母子関係は「分娩」によって発生するとしているためである)。そして、代理母に夫がいる場合は、その夫が「父親」ということになる。つまり、生まれた子は代理母夫婦の「嫡出子」となるのである(民七七二条)。したがって、依頼者夫婦の子とするためには、代理母夫婦との間で、「養子縁組」(代諾縁組)をしなければならぬ。依頼者夫婦としては、おそらく、法律上は、「養父母」でも、実際には「実父母」なので、それでも不満はないものと考えられる。わ

が国で、はじめて実施された長野のケースでも、代理母夫婦（妹夫婦）と依頼者夫婦（姉夫婦）との間で、「養子縁組」が行われたと報じられている。もっとも、「普通養子縁組」では、法律上の実父母である代理母夫婦との関係が断絶しないので、将来、扶養や相続といった問題をめぐって、紛争が発生するおそれがある。その点、「特別養子縁組」では、実父母である代理母夫婦との関係が断絶するので、「代理出産」に適合する制度だといえよう。ただし、「特別養子縁組」は、家庭裁判所の「審判」で成立するため（民八一七条の二）、家庭裁判所が「代理出産」を認めるためには、代理出産を合法化するための特別な法律が必要になるかもしれない。

なお、戸籍上、依頼者夫婦を「実父母」にするには、「虚偽の出生証明」や「虚偽の出生届」が必要になるが、それらは犯罪行為（刑一五七条「公正証書原本不実記載罪」）であるだけでなく、届出としても、無効になる可能性が高い。したがって、ここでも、「代理出産」を合法化し、「子の福祉」の実現を図るためには、民法の改正や特別法の制定など、なんらかの立法措置が必要になる<sup>①</sup>う。

いずれにせよ、従来の、母子関係は「分娩」という「自然的事実」によって定まるという判例は、いうまでもなく、「人工授精」や「代理出産」という事態を想定してはいなかった。したがって、これらについては、新しい法的対応を検討せざるをえない。

## （二）妻の卵子とドナーの精子を用いて代理母が出産する場合

この場合も、生物学的な母は「卵子の提供者」であり、父は「精子の提供者」であるが、法律上は、代理母夫婦の「嫡出子」ということになる。依頼者夫婦の子とするためには、「養子縁組」をするほかはない。

ただし、（一）の場合も同じだが、「養子縁組」の場合は「離縁」が出来るので、もしも、依頼者夫婦が離縁を請求した

場合にはどうなるかという問題がある。もちろん、代理母夫婦が（実父母として）離縁に合意することは考えられないから、裁判離縁ということになるが（民八一四条）、「権利の濫用」とするほかはないであろう。

なお、依頼者夫婦が離婚した場合は、子の養育環境が悪化する危険は大きい。これは、ドナーによる「人工授精」にも共通する問題である。もとより、父母の離婚によって、親子関係が消滅することはないが、「父による養育」を期待することは、実際上は困難であろう。

### （三） 夫の精子と代理母の卵子を用いて、代理母が出産する場合

この場合は、母は、血縁的にも、法律的にも「代理母」（サロゲート・マザー）になる。父は、代理母の夫と推定されが、夫が否認すれば、依頼者である「夫の子」になる。つまり、生まれた子は、代理母と依頼者である夫との間にできた「非嫡出子」ということになる。

したがって、依頼者夫婦が法律上の「父母」になるためには、この場合も、「養子縁組」を利用するほかはない。ちょうど、妻（代理母）が夫以外のドナーの精子を用いて「人工授精」で出産したのと同じことになる。

ところで、代理母が、生まれた子に「愛着」を感じるのはきわめて自然なことであろうが、とくに、この場合は、生物学的にも「自分の子」であるだけに、その程度は大きいと思われる。そのため、代理母が、生まれた子の引渡しを拒むというケースは十分に予測できる。いわゆる「ベビーM事件」がその例である。<sup>(13)</sup> かりに、代理母夫婦が「養子縁組」にも応じなければ、依頼者夫婦は法律上の「父母」になれないことになる。

このように、「代理出産」には紛争の原因が潜んでいる。したがって、「代理出産」を合法化すべきではないとか、あるいは認めるとしても、「夫婦の胚を移植する場合だけに限定すべきだ」という意見も、いちがいには否定できない。

#### (四) 夫の精子と妻や代理母以外の女性の卵子を用いて、代理母が出産する場合

この場合も、子の法律上の父母は、代理母夫婦ということになる。依頼者夫婦の子とするためには、「養子縁組」をするほかはない。

たとえば、夫の精子と妻の姉妹の卵子を用いて、代理母に出産してもらうというようなケースが考えられる。ここまでくると、そんなにまでして、「血のつながった子」がほしいのかという疑問もわくが、(二)のように「ドナーの精子」を用いて子をつくることが許されるならば、「ドナーの卵子」を用いて子を作ることと許されるのではないかと考えることも出来る。このように、「ドナー」を用いての「人工授精」を認めると、「ドナー」を用いての「体外受精」や「代理出産」も認めないわけにはいかなくなる。

「代理出産」を禁止するのか、あるいは、「夫婦の胚の移植」だけ認めるのか、また、認めるとしても、「養子縁組」にするのか、それとも、夫婦間の「嫡出子」とするのか、早急に、法的な判断を示す必要がある。<sup>(14)</sup>

#### 四、生殖医療と生命倫理

「生殖医療と親子関係」について考察する前提として、そもそも、他人の精子や卵子を用いて子供をつくることが、法的に許される行為なのかという問題がある。

「肯定的な理由」としては、①「子を持つ権利」(憲法は、国民の「幸福追求権」を保障している。したがって、子を持つために、生殖医療(生殖補助医療)を受けることは、個人の権利である)。②「不妊治療」(生殖医療は、「不妊治療」として、「正当な医療行為」に該当する。「不妊」に悩む夫婦を救済することは、「公共の福祉」にも反しない)。

③「胚の移植」(臓器の移植が肯定されている今日では、「胚の移植」も許される。不妊の原因が「夫」にある場合は、「ドナーの精子」を使用して胚を移植するが、同様に、不妊の原因が「妻」にある場合は、「ドナーの卵子」を使用して胚を移植する。これらは、一種の「移植医療」である。したがって、「臓器移植法」と同様に、「生殖医療法」を制定し、生殖医療を合法化することもできる)。といった理由をあげることができる。<sup>(15)</sup>

つぎに、「否定的な理由」としては、①「公共の福祉に反する」(人工生殖、とりわけ「ドナーの精子や卵子」を使用して子を産むことは、親子関係が不安定になり、「子の福祉」にも反するだけでなく、社会の秩序を乱し、「公共の福祉」に反する)。②「人体実験」(ドナーの精子や卵子を用いて子供をつくることは、医療行為ではなく、女性の身体を用いた「人体実験」である)。③「母体の道具化」(とくに、「代理出産」は、母体の道具化・商品化であり、認められない)。

ところで、わが国では、「総合研究開発機構」(NIRA)が、「生殖補助医療および人の発生操作研究に関する生命倫理法案」を発表し、それに基づいて私法学会等でシンポジウムが開催されている。ここでは、その「生命倫理法案」をもとに、「生殖医療と倫理および親子関係」について考察する。<sup>(16)</sup>

## (一) 第三者の精子又は卵子を利用する生殖補助医療

「①婚姻中の夫婦で、挙児のためには生殖補助医療の適用が不可欠と診断されたものは、登録生殖補助医療機関に対して、次に掲げる生殖補助医療の治療を申し込むことができる。ただし、夫婦いずれもが生殖年齢を超えた場合は、この限りではない。」

一 夫でない男性の精子を妻の体内に注入して妊娠させること

二 夫でない男性の精子と妻の卵子を、若しくは夫の精子と妻でない女性の卵子を妻の体外において混合したもの又は受精させて生成した胚を妻の体内に移植して妊娠させること。この場合、一時期に妻の体内に移植する胚の数は、三を超えてはならない。

②生殖補助医療の治療に着手した後に婚姻が解消したときは、胚を妻の体内に移植することはできない。(同五条) 「法案」は、まず、「ドナーの精子」だけでなく「ドナーの卵子」を用いた体外受精も合法化している。すでにみたように、「ドナーの精子を用いた人工授精」は、わが国で数多く行われて来たが、「ドナーの卵子を用いた体外受精」については、学会でも消極的な意見が多く、長野県の医師が実施するまではタブー視されてきた。しかし、他人の「精子」は使用してもいいが、他人の「卵子」はいけないというのは論理的ではない。すでに考察したように、「人工授精」においても、「体外受精」においても、妻が懐胎・出産した子は、法律上、「夫婦の子」と推定されるため、夫が「否認」しない限り、「親子関係」はそれほど不安定にはならない。したがって、両方を認める「生命倫理法案」の考え方は、妥当な考え方として肯定できよう。

つぎに、生殖補助医療を受けることができるのは、「婚姻中の夫婦」で、「生殖補助医療の適用が不可欠と診断」された場合としている。独身の女性やすでに子どもがいる女性を適用除外にすることは妥当であろうが、それらについて医療機関が審査することには限界がある。また、「夫婦いずれもが生殖年齢を超えた場合」には適用しないとしているが、「生殖年齢」という概念はあまりにも曖昧に過ぎよう。

なお、「生殖補助医療の治療に着手した後に婚姻が解消したときは、胚を妻の体内に移植することはできない」としているが、当事者が申し立てないかぎり、医療機関が「婚姻の解消」を知ることが困難である。離婚後に移植した場合は、夫の「同意がなかった」とみなすべきであろう。



## (二) 生殖補助医療によって生まれた子の母子関係

「生殖補助医療によって生まれた子については、分娩した女性をその母とする」。(同一〇条)  
 「母子関係」について、従来の判例を踏襲しており、<sup>(17)</sup>その意味でも混乱は生じない。まして、「生命倫理法案」は、「代理出産」を禁じているので、「分娩した女性」を母としても問題は生じない。<sup>(18)</sup>ただし、従来の判例は、「分娩した女性」<sup>(19)</sup>「生物学的な母」と考えて疑わなかったものであり、「分娩した女性」<sup>(19)</sup>「生物学的な母」であることが明らかな場合にまで、「母とする」のは、法的には「擬制」であり、「親子関係」についての重大な転換である。

## (三) 生殖補助医療によって生まれた子の父子関係

「妻が第五条に規定する生殖補助医療によって懐胎した子は、夫の子とする。ただし、夫がこれに同意していなかったときは、この限りでない」。(同一一条)

ここでも、「夫の子と推定する」ではなく、「夫の子とする」とされている点が重要である。つまり、夫は「否認権」を持たないのである。<sup>(20)</sup>これも「親子関係」についての重大な転換である。なお、夫が「同意していなかったとき」とは、妻が同意書を「偽造」したり、夫と離婚した後や夫の死後に、生殖補助医療を依頼した場合である、このような場合は、夫は、嫡出性を「否認」できることになる。その場合、生まれた子は、「非嫡出子」ということになるが、子は、精子の提供者を相手に、「認知」の請求ができるかという問題が発生する。

その点につき、「生命倫理法案」は、つぎのように定めている。

#### (四) 生殖補助医療によって生まれた子と精子提供者との関係

「他人の生殖補助医療のために精子又は卵子を供与した者は、それによって生まれた子に対して父又は母としての権利を有せず、義務を負わない」。(同一二条)

精子や卵子の提供は、生殖医療のための「ボランティア」として行われるため、「生まれた子に対して父又は母としての権利を有せず、義務を負わない」というのは、妥当であろう。ドナーに対する「認知の許」(民七八七条)は認められないということである。ただし、そうすると、「夫の同意を欠く」場合には、父のない子が生じることになるがやむをえない。<sup>(21)</sup>

#### (五) 子の出自を知る権利

「①成年に達した者は、委員会規則の定めるところにより、生命倫理委員会に対して、次に掲げる事項につき記録の開示を請求することができる。」

一、生殖補助医療による出生の有無

二、前号に該当する場合は、精子又は卵子の提供者に関する情報

②婚姻適齢に達した者は、婚姻をしようとする場合において、生命倫理委員会に対して、次に掲げる事項につき記録の開示を請求することができる。

一、生殖補助医療による出生の有無

二、前号に該当する場合は、婚姻の相手方との間の生物学的な意味における血縁関係の有無」(同一三条)

自己のアイデンティティーの確立や近親婚の回避、病気に関する遺伝情報など、「子の出自を知る権利」は確保されなければならない。各国の法制も「出自を知る権利」を認めている<sup>(22)</sup>。しかし、他方、提供者のプライバシーも尊重しなければならぬし、提供者の氏名が開示されると、提供者が現れなくなるという心配もある。したがって、記録の開示も無制限というわけにはいかないであろう。<sup>(23)</sup>

「生命倫理法案」は、精子又は卵子の「提供者に関する情報」としているが、提供者の氏名や住所など個人を特定できるような情報までも開示するかどうかについては明示していない。

「アイデンティティーの確立」が目的であれば、提供者についてのかなり詳細な情報が開示されなければならない。そうになると、提供者やその家族が困惑するような事態が発生するおそれもある。したがって、提供者の遺伝的形質について開示するだけでよく、提供者を特定できるような情報まで開示する必要はないと考える。

また、「記録の開示」を認める場合は、医療機関に記録の保存を義務づける必要があるが、保存期間は、生殖医療によつて生まれた子が死ぬまでという長期間になる。そうすると、戸籍管理機関での保存などについて検討する必要がある<sup>(24)</sup>。出てくる。

#### (六) 妻でない女性に出産させる契約の禁止

「①夫の精子を用いて、又は夫の精子若しくは妻の卵子から生成した胚を用いて、生殖補助医療により妻でない女性に出産させる契約は、無効とする。

②登録生殖補助医療機関は、前項に規定する契約に基づいて生殖補助医療をしてはならない。

③登録生殖補助医療機関が前項の規定に違反して生殖補助医療をしたときは、生命倫理委員会は、登録を取り消す

ことができる」。(同一四条)

このように、「代理出産」を法的に禁止するかどうかは、「生殖医療」をめぐる今後の重要な課題となろう。

たとえば、姉が妹の卵子を用いて「体外受精」で出産する場合と、姉が妹の卵子を用いて「代理出産」する場合は、医学的には、全く変わらない。どちらも姉が「他人の卵子」を用いて出産することに変わりはないからである。

ただし、法学的には、「代理出産」の場合は、「親子関係」が複雑化し、「子の地位」が不安定になるという大きな違いがある。もっとも、姉が（体外受精で）産んだ「妹の子を姉の子」とすることが法的に許されるなら、妹が産んだ（代理母として）「姉の子を姉の子」とすることは可能なはずである。むしろ、そのほうが事実に近い。したがって、立法論としては、「代理出産」によって生まれた子は、依頼した夫婦の「嫡出子」とみなすことは不可能ではない。<sup>(25)</sup>

## 五、生殖医療と民法の改正

さて、「生殖医療」を合法化する立法が行われると、民法の「親子関係」に関する条項の改正を行う必要性が生じる。現在、法務省の法制審議会生殖医療関連親子法制部会で、「親子関係」についての民法改正の審議が行われているが、その内容は、まだ公開されていない。かりに、民法を改正するとすればどのようなようになるのか。問題点とともに「試案」を提示してみる。

生殖医療によって生まれた子を依頼者夫婦の「嫡出子」とする場合は、民法第三章「親子」の第一節「実子」の箇所、新たな条項を追加することになろう。具体的には、民法第七九一条の二以下に、「生殖医療によって生まれた子」に関する規定を置くことが考えられる。

### (一) 生殖医療によって生まれた子の嫡出擬制

民法第七九一条の二 以下の生殖医療により、妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子とみなす。ただし、生殖医療の実施について、夫の同意を欠くときは、この限りでない。

① 夫又は夫でない男性の精子を妻の体内に注入して、妊娠させること

② 夫又は夫でない男性の精子と妻の卵子を、若しくは夫の精子と妻でない女性の卵子を妻の体外において混合したものの又は受精させて生成した胚を妻の体内に移植して妊娠させること

すなわち、妻が「ドナー」の精子や卵子を用いて妊娠・出産することに、「夫が同意」している場合は、生まれた子は「夫婦の子」(嫡出子)とみなすということである。したがって、「嫡出否認の訴え」や「親子関係府存在確認の訴え」を提起することはできない。<sup>(26)</sup>

なお、ここに、③として、「夫の精子と妻の卵子を受精させて生成した胚を妻以外の女性の体内に移植して妊娠させること」を追加し、「代理出産」で生まれた子についても、「嫡出子」とみなすことも可能である。ただし、そうなること「妻が婚姻中に懐胎した子」という基本的な原則も変更せざるを得ない。したがって、「代理出産で生まれた子」に關しては「特別養子縁組」のなかに位置づけるほうが、法の体系として、整合性がとれよう。

### (二) 精子等の提供者との関係

民法第七九一条の三 前条の生殖医療のために精子又は卵子を供与した者は、それによって生まれた子に対して、父又は母としての権利を有せず、義務を負わない。

### (三) 子の出自を知る権利

民法第七九一条の四 成年に達した者又は婚姻適齢に達し、婚姻をしようとする者は、省令で定めるところにしがいい、自己に関する生殖医療の記録の開示を請求することができる。

現行民法に、このような三つの条文を追加するだけで、生殖医療で生まれた子の「親子関係」について法的安定性が図られるのではないか。

### おわりに

生殖医療の進歩は、不妊に悩む多くの夫婦を苦しみから解放した。法学としては、生殖医療によって生まれてきた子が、法律上の父母によって養育されるように、「親子関係」に関する法を整備しておく必要がある。同時に、生殖医療が暴走しないように、「歯止め」をかける必要もある。生殖技術的には、独身の女性でも、ドナーの精子を用いて子を設けることができる。実際に、アメリカでは、「精子バンク」がつくられ、ノーベル賞受賞者の精子が売買され、子どもが生まれている。さらに、「代理出産」がサービスとして行われるようになると、女性は「子を持つ自由」や「子を持たない自由」を手にするだけでなく、「出産」という重労働からも解放されることになる。育児や家事、介護の社会化と同じように「出産の社会化」も実現するのであろうか。子は、農業社会では貴重な「労働力」であったが、現代では、教育にお金のかかる存在（消費財？）になっている。女性の社会進出とともに、少子化が進むのも当然である。そのようななかで、「どうしても子どもがほしい」と願う夫婦もいる。おそらく、少子化を防止する意味でも、社会としては、婚外子や人工生殖子に対する法的規制を緩和する方向に向わざるを得ないのではないか。そのことは、

これからの社会にとって大きな問題だが、家族法研究にとっても大きな課題である。<sup>(27)</sup>

註

- (1) 生殖医療については、「家族〈社会と法〉一五号」日本家族〈社会と法〉学会（一九九九）、石井道子『人工生殖の法律学』（有斐閣）、今井道夫編『バイオエシックス入門』、札幌学院大学「現代法研究所年報（二〇〇一）」が詳しい。
- (2) 法的にも、女性の「子を持たない自由」（人工中絶）が認められるのであれば、「子を持つ自由」（人工生殖）も認めるべきだという主張も可能であろう。
- (3) 東京高決平成一〇年九月一六日 家月五一卷三号一六五頁。
- (4) 床谷文雄「人工生殖等の父子関係」私法学会シンポジウム資料二七頁は、「人工授精子等の親子関係を既存の親子法ルールを前提として解釈論に委ねることは、子の身分の不安定さにつながる。古典的な非配偶者間人工授精の段階であればともかく、体外受精技術の一般化によって卵子提供、胚提供、代理出産等の多様化から父子関係と母子関係が連動して不安定さが増している現状では、生殖補助医療に関する行為規制とともに、親子関係の成立についても立法による解決が避けられないであろう」としている。
- (5) 石井道子「本件評釈」（判タ一〇三六号一六〇頁）。
- (6) 最判平成一〇年八月三一日（判時一六五五号一一二頁）。最判平成一二年三月一四日（家月五二卷九号八五頁）。
- (7) 同旨、大村敦志『家族法』有斐閣二二七頁。
- (8) 久々湊晴夫『やさしい医事法学』（成文堂）一四九頁。
- (9) 本山 敦「精子・卵子・胚の所有と管理」私法学会シンポジウム資料一六頁も、「すでに子宮に着床している胚を胎児と同視するのは当然であるかもしれない。だが、問題は、胚が体外に存在する場合である。新鮮胚であれ、凍結保存胚であれ、体外に存在する胚を胎児と同等に扱うことが、はたして妥当であろうか」としている。
- (10) 石原明『法と生命倫理二〇講（第二版）』（日本評論社）八頁は、婚姻解消後三〇〇日以後に生まれた子は、「非嫡出子とせざるをえないが、実際は夫婦の子であるから、家庭裁判所の確認手続によって、嫡出子とすることが考えられるであろう」とする。  
ただし、松山地裁平成一五年一月一二日（判タ一一四四号一三三頁）は、夫死亡後、生前冷凍保存した精子を用いて妻が人工授精を受け出生した子からの「死後認知請求」を棄却している。

- (11) フランスは、一九八七年に「刑法」で「代理出産」のあつせんを禁止している。また、ドイツも、一九九一年に施行された「胚保護法」に基づき、「代理出産」を禁止している。ただし、イギリスは、一九九〇年「ヒトの授精および胚研究に関する法律」により、合法化している。
- (12) 野村豊弘「人工生殖と親子の決定」(石川稔他編『家族法改訂への課題』三一五頁)は、解釈論としては、「代理母夫婦」の子とならざるをえないが、立法論としては、「依頼者夫婦」を法律上も父母とする方がよいとする。
- (13) 一九八八年ニュージャージー州最高裁判所は、代理出産で生まれた子の親権は、生みの親である代理母と精子提供者(依頼者)にあるとした。ただし、養育権は「子の最適利益」から、依頼者である夫に「与え、代理母には「訪問権」を与えた。
- (14) 床谷文雄「人工生殖子等の父子関係」私法学会シンポジウム資料二九頁も、代理出産が実行された場合は、「依頼者夫婦の血縁上の子が分娩者夫婦の子となる。これには当然、依頼者を実父母とすべきものとする異論もありうる。しかし、分娩者夫婦を実父母とし、依頼者夫婦との特別養子縁組の手段に落ち着かせるべきであろう」としている。
- (15) 前田達明他著『医事法』(有斐閣)一三四頁は、配偶者間の人工授精や体外受精は、「憲法上の自己決定権の内容といつてよいであろう」とする。
- (16) 総合研究開発機構川井健共編「生命科学の発展と法——生命倫理法試案」(有斐閣二〇〇一)。私法学会シンポジウム資料「生命科学の発展と私法——生命倫理法試案」(二〇〇三年一〇月)。
- (17) 最判昭和三七年四月二七日民集合一六卷七号一二四七頁。
- (18) 石井道子「人工生殖子等の母子関係」私法学会シンポジウム資料 三三頁は、「生命倫理法試案では、分娩した女性を母とする。卵子提供者の場合も含めて全ての場合に適用する。卵子の由来する女性は、遺伝上の母であり、生物学的なつながりを持つ。けれども、懐胎出産した女性も生物学的に子と無関係とはいえない。サリドマイドや水俣病の事件を見ればわかるように、胎児と懐胎者の関係は大変密接である。また、懐胎者は、体内において九カ月余の間、子(胎児)を養育していたとみることもできる。提供卵子の場合、遺伝的には卵子提供者が母であるが、買いたい出産した女性が、子を望み、母となることを希望しており、子の対する愛情、適切な養育も期待できる。分娩した女性を母とするのが、当事者の意思、一般の意識にも合致するといえよう」。
- (19) 石井道子「人工生殖と親子法」判タ九二五号六二頁は、母子関係についても、嫡出推定と否認の制度を導入すべきだとしている。すなわち、「母は産んだ女性と推定し、父はその夫と推定する。父の父子関係否認権と同様に、母の母子関係否認権を認める。父子、母子関係の否認は、真の母子父子関係の確定と合一にのみなしうるものとする。親子関係の承認は、子の出生前、生殖補助医療の実



施前にも認め、いったん承認した場合には否認は認められない。提供精子・提供卵子による人工授精・体外受精に対する同意は、親子関係の承認とみなされる」。

- (20) 床谷文雄「人工生殖子等の父子関係」私法学会シンポジウム資料 二八頁は、「同意をもって事前承認に類するものと考えている」とする。

- (21) 床谷文雄、「前掲」も、「場合によっては法律上の父を得ることができない子になるが、やむをえない」とする。

- (22) 松倉耕作「スイス生殖補助医療法と人工授精」判タ一〇九七号四四頁。スウェーデン（一九八四年）、イギリス（一九九〇年）、オーストラリア（一九九五年）、スイス（一九九八年）などが法律で認めている。

- (23) 棚村政行「生殖補助医療をめぐる契約と同意」私法学会シンポジウム資料 二二頁。

- (24) 野村豊弘「人工受精子等における出自を知る権利等」私法学会シンポジウム資料三五頁。

- (25) 石井道子「人工生殖と親子法」判タ九二五号六二頁は、「借り腹の場合に、生んだ女性が母であると主張した場合には、卵子を提供し依頼した女性は血縁を理由にその母子関係を否認できない」とする。

- (26) 民法七七四条（嫡出性の否認）に、「生殖補助医療による解体に同意した夫は嫡出否認をすることができない」という条項を追加することも考えられる。

- (27) 大村敦志「家族法（第二版）」（二二三頁）は、「人工生殖論議が家族の根幹に関わるものであることだけは確かである」とする。まさに、生殖医療には、「個人の幸福」、「自己決定権」、「子の福祉」、「男女の平等」、「血縁主義」、「非嫡出子の相続分差別」、「晩婚化」、「未婚化」、「少子化」など、現代の家族法の根幹に関わるあらゆる問題が含まれている。