

|              |   |
|--------------|---|
| Title        | 代理懐胎の現状とその課題：代理懐胎契約と子の法的地位に関する検討を中心に                                      |
| Author(s)    | 梅澤, 彩   |
| Citation     | 医療・生命と倫理・社会. 5(1-2) P.27-P.37   |
| Issue Date   | 2006-03-20  |
| Text Version | publisher   |
| URL          | <a href="https://doi.org/10.18910/3754">https://doi.org/10.18910/3754</a> |
| DOI          | 10.18910/3754   |
| rights       |   |
| Note         |   |

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

# 代理懐胎の現状とその課題

## - 代理懐胎契約と子の法的地位に関する検討を中心に -

梅澤 彩

(大阪大学大学院国際公共政策研究科博士後期課程、民法・家族法)

### 1 はじめに

わが国においては、近年の女性の高学歴化や就労率の上昇、晩婚化や自然環境の劣化などの影響をうけて、不妊人口が増加している。このような状況において、急速に進歩・普及してきた生殖補助医療技術は、人々に「子どもは天からの授かりもの」ではなく、「子どもは医療技術によって創り出すことができるもの」という考え方の変化を引き起こし、現在では考えられうるありとあらゆる技術が、科学的・倫理的・法的に十分な検討を経ることなく実施されている。たしかに、生殖補助医療によって拳児を得るという幸福追求の権利は、不妊カップルに対して十分に尊重され、保障されるべき権利ではあるが、どのような医療技術を使ってでも子を得ようとする者の権利までも保障するものではないであろう。子はあくまでも権利の客体ではなく、一個の人格をもった権利の主体であるという事実が改めて認識される必要がある。

この点と関連して、本稿で扱う代理懐胎は、数ある生殖補助医療技術のなかでも、とくに、倫理的・法的に複雑な問題を内包していることから、わが国では禁止すべきであるという意見が優勢である。このような国内の動向と代理懐胎によって出生する子の人権、さらには彼らの将来について考えるとき、同技術を国内外において利用し、拳児を得ようとする行為は決して許されるものではないと思われる。しかし、実際に、日本人カップルがかかわる代理懐胎が国内外において実施され、子が出生するという事実が存在する以上、彼らの行為を責め、これを無視するわけにはいかない。生まれてくる子どもにはその出自について何らの責任もなく、その人権は最大限保障されなければならないのである。

このような考えから、本稿では、代理懐胎の実際を概観した後、代理懐胎をめぐる倫理的・法的諸問題やこれに関する議論を整理し、さらに、最も重要な課題をなすと思われる代理懐胎による子の人権の保障、とくに法的地位の確定に焦点をあて、これに関する若干の検討を行う。

### 2 代理懐胎の実際

#### 2 - 1 代理懐胎に関する基礎知識

代理懐胎には、夫の精子を妻以外の女性に人工授精し、その女性が妊娠出産するもの（surrogate mother [以下、サロゲイト型代理懐胎という]）と、夫の精子とその妻の卵子（あるいは第三者からの提供卵子）を体外受精させて得た胚を妻以外の女性の子宮に移植して妊娠出産させるもの（host mother [以下、ホスト型代理懐胎という]）の2つの形態がある<sup>1</sup>。従来、一般に「代理母」という用語のもとに考えられてきたのは、妻の側に不妊の原因がある場合に実施されるのサロゲイト型代理懐胎であった。しかし、

体外受精の技術や受精卵の凍結保存技術の発達に伴って、 のホスト型代理懐胎の実施が可能となり（このような方法は、従来、一般に「借り腹」ないし「貸し腹」あるいは「代理出産」等と呼ばれてきた）<sup>2</sup>、近時では、むしろ、第三者の卵子を用いないホスト型代理懐胎が一般的なものとなってきている。

なお、上述の両類型は、妊娠出産する女性が妻以外の第三者であり、出産母と育ての母が分離しているという点で共通しており、このことから生じうる倫理的・法的問題点もある程度重複しているが、 のサロゲイト型代理懐胎では出産母が子どもとの血縁関係を有しているのに対し、 のホスト型代理懐胎では、出産母は子どもとの血縁関係を有していないという点で大きく異なる。

## 2 - 2 わが国における代理懐胎の現状

わが国においては、現在に至るまで関連する法規制は存在していないが、（社）日本産科婦人科学会が会告で代理懐胎を禁止しており<sup>3</sup>、厚生労働省の厚生科学審議会に設置された生殖補助医療部会も、2003年4月28日の「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」（以下、報告書という）<sup>4</sup>においてこれを全面禁止としている<sup>5</sup>。

しかしながら、わが国における生殖補助医療については、根本的な議論が欠落したまま、医の側の既成事実が積み重ねられる事実先行型・医療専門家集団自主規制型の緩やかな規制方式がとられてきたため<sup>6</sup>、国内外における代理懐胎の実施数は既に相当数に及んでいるようである。国内における代理懐胎の実施については、長野県下の諏訪マタニティークリニックにおいて2例の代理懐胎が実施され、出産に至っていた事実が明らかになっているのみであるが<sup>7</sup>、海外における代理懐胎の実施についてみると、1980年代以降、代理懐胎を認めているアメリカや韓国に渡って現地で代理母を雇う日本人カップルは増加しており、1991年にはアメリカのネバダ不妊治療センター（The Nevada Center for Reproductive Medicine）が東京都内に事務所（現：「卵子提供・代理母出産情報センター」）を開設するに至り<sup>8</sup>、近年ではさらに不妊で悩むカップルに第三者の卵子を斡旋する韓国の「DNA BANK」の日本事務所開設や<sup>9</sup>、韓国へ渡って代理懐胎を用いた事例なども報道されてきている<sup>10</sup>。このような状況の下で、実際に代理懐胎によって生まれた子の出生届を自治体が受理しなかった処分を不服として争われる事件もでてきており、社会的な関心と呼んだが、2005年11月に出示された最高裁の判断は、法律上の母子関係を認めず、出生届の不受理で確定している<sup>11</sup>。

## 2 - 3 諸外国における代理懐胎の現状

生殖補助医療技術をめぐっては、これによって生まれてくる子どもの人権と法的地位の確保、また、利用者である者の地位と権利を保護することが世界各国における共通の課題となる一方、各国においてはそれぞれの国の歴史や社会・文化等に応じた法的規制が行われている。以下では、本稿で扱う代理懐胎について、これにかかわる法的規制という観点から、諸外国における実際を概観する。

### （1）代理懐胎を認めていない国

代理懐胎を認めていない国は多く、ドイツ（養子あっせん・代理母あっせん禁止法 1989

年改正)、フランス(民法)、スイス(連邦憲法、生殖医療法)、オーストリア(生殖医療法)・デンマーク(1997年法)などでは制定法によりこれを禁止している<sup>12</sup>。

フランスでは代理懐胎を実現するための養子縁組も無効とされており、さらに、代理懐胎を行った者、斡旋した者に対して刑法の適用がある。また、ドイツでは斡旋(代理母から生まれた子を養子またはその他の形で引き取ることを望む者と代理母を引き合わせることを「代理母あっせん」と定義)した者に対しては1年以下の自由刑または罰金、利益を得た者に対しては2年以下、営業目的の者に対しては3年以下の刑が科せられている。

しかし、これらの国のように代理懐胎を刑事処罰の対象としている国は比較的少なく、諸外国でも、商業的な代理懐胎の斡旋行為を除けば、運用を含め刑事規制を設けている国はほとんど見受けられない。

## (2) 代理懐胎を認めている国

アメリカでは、1980年代以降広く実施されると同時に、これに関する訴訟が相次いでなされたことから、各州において立法化がなされている<sup>13</sup>。代理懐胎に関する法律は、出産する州の法律に依拠し、また、代理懐胎契約が合法か違法かはその州の法律の法解釈に左右される場合がある。法規制の傾向としては、代理懐胎契約を無効とする州(ユタ州など)、商業的代理懐胎契約を無効ないし犯罪とする州(ニューヨーク州、ワシントン州など)、代理懐胎契約を有効とする州(カリフォルニア州[判例法]、バージニア州[裁判所の承認が必要]など)、代理懐胎を合法とも違法ともしていない州(ミネソタ州などのほとんどの州)に分類することができる。代理懐胎の商業利用については、アメリカ生殖医療学会(American Society for Reproductive Medicine, ASRM)<sup>14</sup>では原則無償としているが、有償性を否定しておらず、商業的な代理懐胎の斡旋が横行しているようである。さらに、近年では、同性愛者を対象とする配偶子ドナーや代理懐胎の斡旋業が運営され、独身女性がドナーの精子により妊娠出産する場合や、独身男性が代理母を雇って子を得る事例も出てきているという。

その他、イギリスでは裁判所の関与のもとに代理懐胎による子を依頼者夫婦の子とする途が開かれているが(養子決定または親決定という2つの方法がある)、営業目的の代理懐胎の斡旋と広告は犯罪とされており(1985年代理懐胎取り決め法)、ベルギー、オランダ、スペインなどにおいても非商業的な代理懐胎の実施が認められている<sup>15</sup>。韓国では古くから「ジバシ」と呼ばれる男児を得るための代理懐胎が伝統的・秘密裏に行われてきたという歴史があり、生命倫理法(生命倫理および安全に関する法律)で卵子の売買を禁止した現在でも代理懐胎は規制されていない<sup>16</sup>。

## 3 代理懐胎をめぐる法と倫理

### 3-1 代理懐胎契約と公序良俗・自己決定

代理懐胎契約の有効性については、当事者の自己決定を尊重する立場と公序を尊重する立場からの議論があり、一般に、前者の立場からは代理懐胎契約の有効性が認められ、後者の立場からは契約の有効性が否定される傾向にある。そして、公序を理由に代理懐胎契約を認めないとする立場からは、主に、代理懐胎契約における金銭的対価の授受、子の引渡しを予定しての出産行為、生まれてくる子の人権、代理母の人権という観点から議論がなされるのが通常である。

この点について、わが国においては、上述の后者の立場から議論がすすめられており、代理懐胎契約は民法 90 条の公序良俗違反によって否定され、禁止される方向で一定の合意をみている。実際、2001 年 2 月に法務省の法制審議会に設置された生殖補助医療関連親子法制部会が 2003 年 7 月に公表した「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案」(以下、中間試案という)<sup>17</sup> の補足説明では、代理懐胎は、「人を専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、その有償あっせん等の行為が罰則を伴う法律により規制される方向である」とされており<sup>18</sup>、また、「代理懐胎契約については、特にこれを無効とする規律を置かなくても、民法上、公序良俗違反として無効(90 条)になると考えられる」ため、代理懐胎の私法上の効力につき特段の法的規律をしなないとされている。このように、わが国においては、代理懐胎の有償あっせん等の行為については罰則が設けられる予定であるものの、代理懐胎契約そのものについては、公序良俗違反として無効とし、何らの法的対応もとられない可能性が高い。

しかし、先述のように、実際に海外に渡って代理母による子を得たカップルが存在し、そして今後も同様の行為を行おうとするカップルが存在する以上、このような対応に問題があることは明らかである。また、憲法やリプロダクティブ・ヘルス/ライツの観点から生殖補助医療としての代理懐胎という問題をながめると、そもそも代理懐胎契約は本当に公序良俗に反するのかという見方もないわけではない<sup>19</sup>。AID(非配偶者間人工授精)の事例のように、いずれ、代理懐胎契約の有効性を認めざるを得ない日もくるであろう<sup>20</sup>。そこで、以下では、代理懐胎契約の効力にかかわる問題について一瞥した後、次章において、実際に代理母による子を得たカップルとその子をめぐる法的対応について、若干の検討を行う。

### 3 - 2 代理懐胎契約の効力

契約の効力については、代理懐胎という処置それ自体が内包する問題、あるいは同処置から間接的に生じる問題が多岐にわたることから、法的な問題のみならず倫理的・宗教的にも様々な難しい問題が指摘されている。たとえば、代理母は代理懐胎に関する説明と同意の手続を経たうえで未だ懐胎していない子の監護権に関する契約に署名することができるか否か、多胎妊娠であった場合に契約の相手方は裁判所に訴えて減数手術を行うことを禁止(あるいは強制)することができるか否か、代理母が中絶を決意した場合に契約の相手方は裁判所に訴えて出産を強制することができるか否か、代理母が出産後に子の引渡しを拒否した場合に契約にもとづく子の引渡請求は認められるか否か、依頼者・代理母の双方が子の引取りを拒絶した場合に子の扶養義務を誰に負わせその内容をどのように定めるのか、代理懐胎の必要経費ではなく代理懐胎サービスの対価として代理母に金銭を支払うことができるか否か等の問題は、これまでも多くの論者から指摘され、実際に裁判においても議論されてきたものである<sup>21</sup>。

このように、代理懐胎契約が有効とされても、その効力にかかわって起こりうる問題は枚挙に遑がなく、契約違反に対する有効な救済手段をとることも実際には困難である場合が多い<sup>22</sup>。また、このことは同時に、代理懐胎によって生まれてくる子の生命や法的地位

が代理懐胎契約という契約に大きく依存しており、他の生殖補助医療による子のそれらに比べて非常に不安定なものであるということを意味する。そこで、以下では代理懐胎によって生まれてきた子の法的地位とその確定をめぐる手続について検討する。

## 4 子の法的地位と地位の確定をめぐる手続

### 4 - 1 現行法からみた子の身分関係（法的親子関係）

先の「2 - 1」でみたように、代理懐胎のケースにおいては出産母と育ての母が分離しており、子の法的親子関係の確定をめぐる問題は複雑なものとなっている。とくにホスト型代理懐胎においては生理上の母（分娩者）と遺伝上の母（依頼者または依頼者とは異なる卵の提供者）、育ての母（依頼者）とが複数に別れて存在するという状況が生じることから問題はより複雑である。これまでも述べてきたように、わが国においては、代理懐胎の実施は禁止すべきであるとの意見が優勢である。しかし、仮に、わが国において代理懐胎による子が誕生し、依頼者夫婦とその子との間の親子関係が問題となった場合にはどのように考えるべきであろうか。

わが国の民法は、誰が親であるのかを決定するための法制度として、772条において嫡出推定を、779条において認知という制度を定めている。認知について、779条は「嫡出でない子は、その父又は母がこれを認知することができる」としており、父とならんで母も認知することが可能であるとしている。ところが、母子関係の発生については、最高裁判第二小法廷昭和37年4月27日判決（最高裁判所民事判例集16巻7号1247頁）の「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、分娩の事実により当然発生する」との見解を判例・学説ともに支持してきたため、実際には母の認知ということの問題にすることなく、分娩者＝法律上の母として親子関係の決定がなされてきた。しかし、上記判例は生物学上の母と出産母が同一人物であり、母子関係の存在は分娩という事実により明白であるということをも前提としていたため、現在問題となってきている代理懐胎のケースにおいてもこのような考え方を適用することが妥当である否かについては議論がなされているところである。

この点について、前述の中間試案の第1「女性が自己以外の女性の卵子（その卵子に由来する胚を含む。）を用いた生殖補助医療により子を懐胎し、出産したときは、その出産した女性を子の母とするものとする。」は、報告書が示す生殖補助医療制度の枠組みの中で行われる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ない代理懐胎等の生殖補助医療により出生した子の母子関係についても適用されるとしており、注目に値するものである<sup>23</sup>。そこで、以下では、上述のような考え方を参考として、最初に国内における代理懐胎による子の法的地位確定をめぐる手続を検討し、次節「4 - 2」において涉外的な代理懐胎による子の法的地位確定をめぐる手続を検討する<sup>24</sup>。

まず、サロゲイト型代理懐胎の場合であるが、分娩の事実に加えて子どもとの間の遺伝的なつながりを有するのは代理母であるから、代理母と子の間に法律上の母子関係が発生すると考えることについてはそれほど問題がないと思われる。したがって、依頼者夫婦が代理懐胎による子と法的親子関係を成立させるためには、以下の手続が必要となる。まず、依頼者である夫は、代理母が未婚の場合には子を認知することにより（民法779条）、代理母が既婚の場合には代理母の夫が嫡出否認の訴え（民法775条）または親子関係不存在

確認の訴えをおこして父子関係を否定した後に子を認知することにより、法律上の父となる。そして、代理母の代諾または親権者指定（民法 819 条 4 項）により父へ親権を移した後に、父の代諾で、その妻（依頼者である妻）と子の養子縁組（民法 795 条）を行うこととなる。なお、この場合に、依頼者夫婦の嫡出子として出生届を出すことは、夫にとっては認知の効力を有するが、妻にとっては虚偽の出生届であり養子縁組の効力が生じることではない。

次に、ホスト型代理懐胎の場合であるが、中間試案の考え方を採用すると、分娩した女性が法律上の母として扱われることとなるため、依頼者夫婦が代理懐胎による子と法的親子関係を成立させるためには、子が代理母（分娩した者）の戸籍に編入された後に、養子縁組の手続（民法 795 条）をとることとなる。なお、前述の立場（分娩者＝法律上の母という立場）をとらず、代理母により出生した子を依頼者夫婦の子と認める立場をとる場合、依頼者夫婦の嫡出子としての出生届は虚偽のものではないこととなる。

#### 4 - 2 渉外事例における子の法的地位と法的地位確定をめぐる手続

これまでも述べてきたように、代理懐胎を利用しようとする日本人夫婦の多くは、アメリカや韓国などの代理懐胎を認めている国に渡って挙児を得ているのであり、その結果、生まれてきた子と依頼者夫婦との親子関係の確定には、どの国の法を用いて親子関係を決定すべきかという準拠法の選択をはじめ、様々な問題が生じている。

以下では、日本人夫婦による実施数が多いと思われるアメリカにおけるホスト型代理懐胎のケースを題材に、渉外事例における子の法的地位（身分関係・出生時の国籍）と法的地位確定をめぐる手続について、（１）子の身分関係、（２）子の出生時の国籍にわけて検討する<sup>25</sup>。題材とする想定事例は以下の通りである。日本人夫婦 X と Y は渡米してアメリカ人女性 A を代理母とする代理懐胎を計画している。夫婦は夫 X の精子と妻 Y の卵子を体外受精し、できた胚を A の子宮に移植して、子 C をアメリカで出産してもらい、日本で X と Y の実子として育てたいと考えているが、C の法的地位や法的地位確定をめぐる手続はどのように考えればよいだろうか。

##### （１）子の身分関係

###### 母子関係

設例のケースのようなホスト型代理懐胎の場合、分娩の事実を有するのは代理母である A、遺伝的なつながりを有するのは依頼者である妻 Y となることから、子 C の実母は分娩者である A（生理上の母）、または Y（遺伝上の母）である。このことから、C の法律上の母についても、A または Y となる可能性があり、誰が法律上の母として扱われるべきかが問題となる。この点について、準拠法が日本法となる場合には、子の福祉という観点から、親となる意図を有している女性（intended mother）が常に法律上の母として扱われるべきといった考え方や事例ごとに個別具体的に判断されるべきといった考え方もあるが<sup>26</sup>、先述のように、分娩者である代理母 A が法律上の母とされる可能性が高い。したがって、以下では、依頼者である Y が C の法律上の母になるための手続を検討する。

まず、代理母 A が未婚の場合には、A が親たる地位を終了させる手続を行った後に認知（民法 779 条）を行うか、法律上の父である X（父子関係の確定については下記 参照）の同意を得て養子縁組（民法 795 条）を行う必要があり、これらの手続を経て Y は C の

法律上の母となる。次に、代理母 A が既婚の場合には、C は A の夫である B との間の嫡出子となる可能性が高いため、Y は A が親たる地位を終了させる手続を行った後に法律上の父である X（父子関係の確定については下記 参照）の同意を得て養子縁組（民法 795 条）を行うことにより、法律上の母となる。

なお、実施された代理懐胎がサロゲイト型代理懐胎の場合、依頼者である妻と代理母により出生した子との間に親子関係を発生させるには養子縁組を行うほかなく、その場合の準拠法は縁組当時の養親の本国法となると解することとなる（法例 20 条、ただし、20 条 1 項後段に注意する必要がある）。

### 父子関係

代理懐胎においては、代理母と依頼者である男性の間には婚姻関係がないため、たとえ依頼者である男性が遺伝上の父であったとしても、出生した子との間の嫡出父子関係の発生は問題とならないと解される。設例のケースのような涉外関係の事例については、まず準拠法の確定が問題となる。法例 18 条は、出生による非嫡出父子関係の成立については父の本国法により、認知によるものについては、子の出生当時の認知者の本国法、認知当時の認知者の本国法、認知当時の子の本国法の選択的適用によるとしているので、以下、依頼者である X が子 C の法律上の父となるための手続を検討する。

まず、非嫡出父子関係の発生についてであるが、代理母 A が未婚の場合と既婚の場合で大きく異なる。代理母 A が未婚の場合、依頼者 X が認知を行う際に障害となる嫡出父子関係の存在はなく、このような場合には、X は法例 18 条により定まる準拠法の定めに従って認知を行うこととなる。X は日本人であるから、わが国の民法の規定に従い認知を行うことで C の法律上の父となる（法例 18 条、民法 779 条。ただし、法例 18 条 2 項に注意する必要がある）。他方、代理母 A が婚姻している場合には、C は A とその夫 B の嫡出子とされる可能性が高く、代理母夫婦の一方の本国法により子が嫡出子とされるときは、代理母夫婦の嫡出子となることから（法例 17 条）、A または B の住所（*domicile*）の存する地の法により C が嫡出子となるかが定まる。C が AB の嫡出子となる場合には、代理母の夫である B が父子関係を覆す手続を行い、その後に依頼者である X が認知を行うことで X は C の法律上の父となる（法例 18 条、民法 779 条）。

### （2）子の出生時の国籍

国際私法上、国籍の得喪に関する事項は国内管轄事項とされており、代理母から出生した子の国籍については、国籍取得の可否が問題とされる国の国籍法により定まることとなる。わが国の国籍法は原則として父母両系血統主義をとっており、出生による国籍の取得については、子の出生時に父または母が日本国民であるとき、および子の出生前に死亡した父が死亡の時に日本国民であったときに、子は日本国籍を取得するとしている（国籍法 2 条 1 項、2 項）。一方、設例のケースで子が出生することとなるアメリカにおいては、自国の領土内で出生した子にアメリカ国籍を付与する生地主義をとっているため、アメリカ国内で出生した子はアメリカ国籍を取得するとされる。したがって、設例のケースでは、アメリカ国内において代理母 A から出生した C がアメリカ国籍を取得することについては何ら問題がない。しかし、日本で子 C を実子として育てたいと考える依頼者夫婦 XY は、C の日本国籍の取得を願うはずである。そこで、以下では、C がアメリカ国籍のみならず日本国籍をも取得することができるか否かについて検討する。



設例のような渉外事例において、Cが日本国籍を取得するか否かは、Cと誰との間に法律上の親子関係が生じるかによって異なる。先述のように、代理母Aと依頼者Xとの間には婚姻関係はないことから、Aが未婚の場合にはCはAの非嫡出子、Aが婚姻している場合にはCは代理母夫婦ABの嫡出子として出生すると考えると、Cが出生により日本国籍を取得することはないと考えられる。しかし、Aが未婚の場合でXが胎児認知をしていた場合、あるいは、わが国においても、先述のような考え方をとらず、依頼者であるYを法律上の母とすると考えると、CはAが未婚であるか婚姻しているかを問わず日本国籍を取得することができる。このような場合、Cはアメリカ国籍と日本国籍を有する重国籍者となり、原則として22歳までにいずれかの国籍を選択しなければならないこととなる（国籍法14条1項）。なお、わが国においては、国籍の取得事由を出生と帰化に限り、養子縁組による国籍取得はできないことから、上述のような方法で日本国籍の取得ができない場合には、Cは帰化の手続により日本国籍を取得することとなる<sup>27</sup>。

#### 4 - 3 子の出自を知る権利

1989年に国連で採択され、1994年に発効した児童の権利に関する条約（子どもの権利条約）は、その第7条において、児童は「できる限りその父母を知りかつその父母によって養育される権利を有する」と規定し、さらに、第9条において「児童がその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する」と規定している。もちろん、子には「知る権利」とともに「知らないでいる権利」が認められていると解されるが、上記の規定や現在の社会状況を考えると、「出自を知る権利」は当然に保障されるべきであるとの考えが大勢を占めているようである<sup>28</sup>。実際、2003年4月に出された報告書においても、わが国では、提供精子・卵子・胚による生殖補助医療によって出生した子の出自を知る権利を認める方向であるということが打ち出されており、15歳以上の子の開示請求を認め、その際には提供者を特定できる情報を含め、子が知りたいと考えるすべての情報を提供することとなっている。

しかしながら、代理懐胎が国境を越えて行われた場合、出生した子に自己の出自を知る権利を認めるか否か、認めるとしてもその場合の手続（情報の開示請求ができる年齢等）や提供する情報の範囲（医学的・遺伝的情報に限定するか否か等）をどのように定めるか等については、国によって考え方が分かれていることから、代理懐胎が実施された国における子の出自を知る権利の取扱いと出生した国における取扱いが異なる場合、解決しがたい問題が生じうる<sup>29</sup>。子の身分関係の確定とあわせて、子の出自を知る権利の保障は今後解決していかなければならない大きな課題となるであろう。

#### 5 おわりに

以上、本稿では、わが国における代理懐胎の現状やこれに関する議論、さらには諸外国における代理懐胎の実際にふれながら、最も重要な課題であると思われる代理懐胎による子の法的地位に関する問題を中心に検討を行ってきた。

代理懐胎は、わが国においては禁止される方向のものであるとはいえ、海外に渡ってこれを利用し拳児を得ようとする日本人カップルは今後も増えていくと考えられる。医療技術の進歩・普及によって子を創り出すことが可能となった現在、子はあくまでも権利の客

体ではなく、一個の人権をもった権利主体であるという事実がこれまで以上に強く認識されなければならない。代理懐胎による子が出生し、彼らの人権にかかわる問題が生じうる以上、立法論としてどのような規律を設けるべきか、さらには国際私法における新たな立法手当の必要性をどのように考えていくのか、真摯に検討していく必要がある。諸外国における代理懐胎の動向についての調査をはじめ、代理懐胎による子の親子関係やその他これにかかわって生じうる問題の解決方法について、今後のさらなる研究が必須である。

## 注

<sup>1</sup> 後述の厚生労働省の生殖補助医療部会の報告書（2003年4月28日）等では、前者の形態を「代理母」、後者の形態を「借り腹」とし、両者を併せて「代理懐胎」と称しているが、「借り腹」という表現は女性の身体を「単なる生殖のための道具」とみなし、物質化する思想につながるのではないかとの懸念があるため、このように称する。

<sup>2</sup> <http://www.kyoto-su.ac.jp/~takasima/rejume2.html>（2006年1月20日現在）の「第6講 生殖補助医療と法」を参照。

<sup>3</sup>（社）日本産科婦人科学会「代理懐胎に関する見解」（2003年4月）。ただし、会告は日本産科婦人科学会という任意団体内部の自主規制にとどまり、強制力を伴っていないことから、会告を遵守するか否かについては、個々の医師の医療人としての自己管理に委ねられているという現状がある。なお、詳細は[http://www.jsog.or.jp/kaiin/html/H15\\_4.html](http://www.jsog.or.jp/kaiin/html/H15_4.html)（2006年1月31日現在）で確認することができる。

<sup>4</sup> 厚生科学審議会生殖補助医療部会「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」（2003年4月28日）。

なお、詳細は<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/04/s0428-5a.html#1>（2006年1月31日現在）で確認することができる。

<sup>5</sup> これより先に、旧厚生省厚生科学審議会先端医療技術評価部会に設置された生殖補助医療技術に関する専門委員会がまとめた「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）においても代理懐胎は禁止されている。

<sup>6</sup> 棚村政行「生殖補助医療と親子関係(1)」(法学教室 275号 66頁)。これと関連して、(社)日本医師会「医師の職業倫理指針 - 平成16年2月 - 」(日本医師会雑誌第131巻第7号、2004年4月)が、「営利目的で代理懐胎を斡旋することや斡旋に関与すること、あるいは代理懐胎を前提とした生殖医療の一端を担うことは非倫理的であり、慎まなければならない。」とするものの、「クライアントの依頼で海外の施設に患者情報を提供することは斡旋にはあたらない」(34頁)としている点は注目に値するものであろう。

<sup>7</sup> 「代理出産国内2例目の誕生」(『読売新聞』2003年3月6日)。

<sup>8</sup> 詳細は、<http://www.sumiyuki.co.jp/>（2006年1月31日現在）を参照。

<sup>9</sup> 2001年1月に開業した商業目的の「DNABANK」は、韓国人向けと日本人向けの事務所を、ソウル市内に別々で設け、同時に日本国内にも事務所を構え業務を行っていたが、アジア初の生命倫理法である韓国の「生命倫理および安全に関する法律」(2004年1月29日公布)は卵子の売買を禁止しているため、2004年12月をもって韓国と日本での営業を中止した。なお、代理母の斡旋業務はこの法律の適用を受けないが、韓国内での斡旋業務全般をやめ、第三国へ移転する予定であるという。洪賢秀「韓国における代理母：インターネット時代の秘密契約」(科学技術文明研究所 News Letter 3号 2005年9月)。

<sup>10</sup> 不妊カップルなどに対し、韓国での代理出産を仲介する国内業者の存在が報道されている。「代理出産に韓国ルート」(『読売新聞』2005年9月2日)、「代理出産：日本人女性に韓国で受けられるよう仲介...都内業者」(『毎日新聞』2005年9月3日)。

<sup>11</sup> 関西地方に住む50代の夫婦が、米国での代理懐胎によって生まれた子の出生届を自治体が受理しなかった処分を不服として、同処分の取り消しを求めた家事審判の抗告審で、

最高裁第一小法廷は、夫婦の抗告を棄却する決定をした。「代理出産の母子関係、最高裁も認めず…夫婦の抗告棄却」(『朝日新聞』2005年11月25日)、「代理出産：出生届不受理訴訟…最高裁が夫婦の抗告棄却」(『毎日新聞』2005年11月25日)、「米で代理出産、出生届…「不受理」最高裁確定」(『読売新聞』2005年11月25日)。

<sup>12</sup> 詳細は、床谷文雄「比較法(実質法)からみた生殖補助医療親子・代理母法」(国際私法年報第6号203頁)、松田晋哉ほか「諸外国の卵子・精子・胚の提供等による生殖補助医療に係わる制度及び実情に関する調査研究」(平成13年度総括研究報告書)、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、2001年)、総合研究開発機構編・藤川忠広著『生殖革命と法 - 生命科学の発展と倫理 -』(日本経済評論社、2002年)を参照。

<sup>13</sup> 詳細は、注12に挙げた資料のほか、小野幸二「時報サロン 第3回 家族法の話」(戸籍時報554号42頁以下)、織田有基子「生殖補助医療とアメリカ法の現状 - いわゆる代理母から出生した子の母親は誰か -」(国際私法年報第6号220頁以下参照)。

<sup>14</sup> 詳細は、<http://www.asrm.org/>(2006年1月31日現在)を参照。

<sup>15</sup> 詳細は、床谷・前掲(12)203頁以下参照。

<sup>16</sup> 韓国における代理懐胎の実際については、洪・前掲(9)を参照。

<sup>17</sup> この中間試案は、生殖補助医療における医療行為規制という観点からまとめられた旧厚生省、厚生労働省の両報告書をうけて出されたものである。中間試案の概要と解説等については、棚村政行「生殖補助医療と親子関係(2)」(法学教室276号32頁以下)、両報告書および中間試案の概要等については、本山敦「生殖補助医療」(法律時報76巻4号55頁以下)にわかりやすくまとめられている。

なお、法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案」(2003年7月15日)の詳細は<http://www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI35/refer01.html>(2006年1月31日現在)で確認することができる。

<sup>18</sup> 法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案の補足説明」(2003年7月15日)。なお、詳細は<http://www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI35/refer02.pdf>(2006年1月31日現在)で確認することができる。

<sup>19</sup> 憲法13条が規定する幸福追求権は、個人の人格的生存に必要な権利・自由を包括する包括的権利であるが、近年では、この包括的基本権から「自己の生命・身体に関する権利」や「家族のあり方を決定する権利」等を対象とする自己決定権が具体的な権利として導かれ、妊娠・出産など家族の再生産(リプロダクション)に関する権利は後者の権利として当然に認められるものであるとする見解もある。このような見解は代理懐胎を認める立場と結びつきやすいものであろう。

<sup>20</sup> (社)日本産科婦人科学会は、1949年のAID児誕生以来、AIDを黙認してきたが、1996年12月になってようやくこれを生殖補助医療の手段として正式に承認している。

<sup>21</sup> たとえば、子の引渡しが問題となった事例として、(1)ベビーM事件(In the Matter of Baby M, 537 A.2d 1227(1988))、(2)アナ・ジョンソン事件(Johnson v. Calvert, 851P. 2d 766 (Cal.1993))の概要を下記に紹介しておく。

(1) サロゲイト型代理懐胎のケース。ニューヨークの不妊センターの紹介で代理懐胎契約を結び、依頼者の夫の精子と代理母の卵子で出産した子について、代理母が契約を破棄し子連れて逃げたのに対し、依頼者夫婦が子を取り戻した事件。地方裁判所は代理母に対し親権・養育権を認めなかったが、ニュージャージー州最高裁判所は代理母よりも子の養育環境に恵まれているとして依頼者に養育権を認め、代理母を子の母として訪問権を認めた。

(2) ホスト型代理懐胎のケース。夫婦の精子と卵子による受精卵を代理母に移植し、妊娠出産を依頼したが、契約金の支払いが遅れたこと、夫婦からの精神的な援助が期待できないことを理由として、妊娠7ヶ月の代理母が契約違反の主張をし、自分が母であるとして親権及び養育費を求める裁判を起こした。カリフォルニア州最高裁判所は、代理母は腹

を貸したにすぎず遺伝的にも母ではないとして、訪問権を認めず、面会も禁止した。

なお、これらの事件の詳細については、織田・前掲(13)233頁をはじめ、多くの文献において紹介されている。

<sup>22</sup> 代理懐胎契約にかかわる多くの訴訟を経験してきたアメリカなどにおいても、近年になってようやく、これらの問題に対処する判例法が形成されてきたところであり、国内外における事例の集積とそれらの分析を通じての検討が必要である。アメリカにおける判例の動向については、織田・前掲(13)233頁以降において紹介されている。

<sup>23</sup> 出産者を母とすることの根拠として、中間試案の補足説明では、制度枠組み外の事例においても、遺伝上のつながりのある女性と出産した女性とが異なる限り母子関係を明確にする必要があること、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定できること、胎内で形成される母子の絆の重要性、自然懐胎との整合性などの点をあげているが、今後、生殖補助医療としての代理懐胎を認める暁には、更なる検討が必要であろう。なぜなら、代理母を法律上の母とするという考え方は、このことによって禁止(される方向である)行為である代理懐胎の実施に歯止めをかけようという意図をみることができ、さらに、代理懐胎における法律上の母親の決定に際しても、従来のAIDにおける価値判断(子に安定した家庭を保障するという利益において、遺伝的関係はないが養育意図を有する夫を法律上の父親と認めるという価値判断)と矛盾しないよう、子を養育する意思のある女性を最初から母親とすべきであるとの指摘も決して無視できないものであると考えるからである。床谷文雄「出生と親子関係」(『現代女性と法』世界思想社、2002年)、高嶋英弘「生殖補助医療」(『家族論を学ぶ人のために』世界思想社、1999年)。

<sup>24</sup> 以下の検討では、主に、高嶋・前掲(23)、原田晃治「いわゆる代理母の出産した子の法的地位について」(戸籍600号1頁以下)、早川吉尚「国境を越える生殖補助医療 - 国際私法の観点から - 」(ジュリスト1243号34頁以下)、床谷・前掲(12)197頁以下、佐藤やよひ「『代理母』により誕生した子の母子関係の準拠法の決定について - 現行法例改正の必要性とその立法指針 - 」(国際私法年報第6号241頁以下)を参考とした。

<sup>25</sup> 代理懐胎契約の有効性やその他の問題(たとえば、子の監護権や相続権をめぐる紛争にかかわる問題など)についても検討する必要があるが、本稿では子のアイデンティティの確立(子の人権保障に際して最低限必要であると考えられる)に不可欠な親子関係の確定と子の国籍の問題のみを扱う。なお、本稿で扱わなかった契約の有効性やその他の問題については、原田・前掲(24)を参照されたい。

<sup>26</sup> たとえば、高嶋・前掲(23)など。

<sup>27</sup> この点について、代理懐胎契約にもとづき、代理懐胎によりもうけた子どもには日本国籍があることを法務省が関西在住の夫婦に伝えたとする「代理出産：米での子は日本国籍あり...米国の確定判決を基に判断」(『毎日新聞』2003年11月11日)は注目すべきものである。

<sup>28</sup> 子にとって、生物学的な親を知るということは、一般的な知る権利の一つであるというよりもアイデンティティの確立にとって必要不可欠なことである。また、近親婚の防止のためにも、相手方との血のつながりがある否かを確認する必要がある。代理母は既婚で出産経験があることも多いということを考えると、近親婚の可能性がないわけではない。日本弁護士連合会「生殖医療技術の利用に対する法的規制に関する提言」(2000年3月)、吉村泰典「非配偶者間の体外受精と代理懐胎 - 匿名性と出自を知る権利 - 」(医学のあゆみ204巻13号1112頁以下)参照。

<sup>29</sup> このような場合には、出自を知る権利が子的人格権の一種として承認されとしても、関係記録の閲覧等に関しては、記録管理機関の所在地の法に従って、権利の実現を図らざるを得ないとの見解が妥当であろう。床谷・前掲(12)210頁。