

代理懐胎の法的親子関係

長瀬 二三男

1. はじめに
2. 問題の所在
 - (1) 代理懐胎の法規制の方向
 - (2) 代理懐胎によって生まれた子の法的親子関係
3. 代理母型の事例
 - (1) 事実の概要
 - (2) 決定要旨
 - (3) 検討
4. 借り腹型の事例
 - (1) 事実の概要
 - (2) 決定要旨
 - (3) 検討

1. はじめに

わが国で最初の非配偶者間人工授精子が誕生したのは、一九四九（昭和二四）年のことである。⁽¹⁾ それ以後、一九八三（昭和五七）年には東北大学で初めての体外授精子が誕生するなど、生殖補助医療技術の進歩はめざましいものがあり、生殖補助医療は着実に広がりを見せている。

一九八六（昭和六〇）年以後、日本産科婦人科学会は、体外受精・胚移植等の生殖医学の臨床実施に関して、実施機関の登録及び実施例の報告制度を設け、その結果を公表してきているが、それによると、二〇〇四（平成一六）年中の生殖補助医療による出生児数は一八、一六八人に達し、報告制度が設けられてからの総数では一三五、七五七人が誕生している。⁽³⁾

進歩の著しい生殖補助医療にはいくつかの方法があり、人工授精と体外受精に大別される。人工授精は、体外に取り出した精子を注入器で人工的に女性の体内に注入する方法であり、体外受精は、体外に取り出した卵子と精子を培養液の中で受精・分割させ、⁽⁴⁾ その胚（受精卵）を子宮内に移植する方法である。人工授精は、さらに、夫の精子で人工授精を行う配偶者間人工授精（AIH: Artificial Insemination by Husband）と、夫以外の男性の精子で人工授精を行う非配偶者間人工授精（AID: Artificial Insemination by Donor）の二種類に分けられる。体外受精も、さらに、夫婦の卵子と精子を体外で受精させ、その胚を妻に移植する配偶者間体外受精と、夫婦の卵子・精子によらない非配偶者間体外受精の二種類に分けられ、非配偶者間体外受精は、①妻の卵子と夫以外の男性の精子を体外で受精させ、その胚を妻に移植するもの（精子提供型）、②妻以外の女性の卵子と夫の精子を体外で受精させ、その胚を妻に移植するもの（卵子提供型）、③他の夫婦の配偶者間体外受精で余った胚の提供を受け、妻に移植するもの（胚提供型）、④妻の卵子と夫の精子を体外

で受精させ、その胚を妻以外の女性に移植するもの(借り腹型—ホストマザー—host mother)、⑤妻以外の女性の卵子と夫の精子を体外で受精させ、その胚を妻以外の女性に移植するもの(代理母型)に分けられる。なお、不妊夫婦の妻に代わって、妻以外の女性に懐胎・出産してもらうものを代理懐胎といい、上記④⑤のほか、夫の精子を妻以外の女性に人工授精して行うもの(代理母型—サロゲートマザー—surrogate mother)がある。

医学的に可能となった以上のような生殖補助医療について、現在、わが国では何ら法規制がなく、日本産科婦人科学会等の会告^⑥に基づく医師の自主規制に委ねられている。一九八三(昭和五八)年の日本産科婦人科学会会告「体外受精・胚移植」に関する見解は、三項に「被実施者は婚姻しており、挙児を希望する夫婦で、心身ともに妊娠・分娩・育児に耐え得る状態にあり、成熟卵の採取、着床および妊娠維持が可能なるものとする。」と規定し、代理懐胎を認めていない。二〇〇六(平成一八)年四月の会告改定でも、四項に「被実施者は婚姻しており、挙児を強く希望する夫婦で、心身ともに妊娠・分娩・育児に耐え得る状態にあるものとする。」と規定され、やはり代理懐胎は認められていない。

その結果、会告に従った人工授精や夫婦の精子・卵子を用いた体外受精等が限定的に行われてきたのであるが、一九九八(平成一〇)年に、体外受精は夫婦間に限るとした会告に違反して、学会所属の医師が精子提供型および卵子提供型の非配偶者間体外受精を行ったことが公表され、自主規制によることの限界が明らかとなった^⑦。また、非配偶者間の生殖補助医療によって生まれた子の法的親子関係が裁判上問題になるなど、なんらかの立法措置が必要とされるようになった。

そこで、一九九八(平成一〇)年一〇月二一日、旧厚生省の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」が設置され、集中的に検討が開始されて、二〇〇〇(平成一二)年二月に専門委員会としての見解が「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」^⑧(以下「専門委員会報告」

という。)としてとりまとめられた。さらに、この専門委員会報告の内容に基づく制度整備の具体化の検討を行うため、二〇〇一(平成一三)年六月一日、厚生科学審議会の下に生殖補助医療部会が設置され、二〇〇三(平成一五)年四月二八日に「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」(以下「部会報告書」という。)が公表された。

その一方で、専門委員会報告が、生殖補助医療により生まれた子について、親子関係を規定する法の整備を行う必要がある旨を提言したことを受けて、二〇〇一(平成一三)年二月、法務大臣の諮問機関である法制審議会の下に、生殖補助医療関連親子法制部会が設置された。同部会は、二〇〇三(平成一五)年七月に、個別論点に関する審議の結果を取りまとめた「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「要綱中間試案」という。)を公表している。

以上のような検討過程を通じて、生殖補助医療をめぐる法的諸問題が明らかにされ、立法の方向性も一応示されたが、各方面から厳しい反対意見もあって、立法化の作業は遅々として進んでいない。そのような状況のもとで、元プロレスラーと女性タレントの夫妻が、米国の女性に夫妻の精子と卵子による代理懐胎(借り腹型)を依頼し生まれた子について、夫妻と子との法的実親子関係を認めて出生届を受理するよう提訴した事件につき、東京高裁は、二〇〇六(平成一八)年九月二九日、夫妻の主張を認め、東京都品川区に対して出生届を受理するよう命じた。¹⁰⁾ 東京都品川区はこれを不服として最高裁への許可抗告手続きを申し立て、現在、最高裁で審理が行われている。また、同年一〇月には、五〇歳代の母親が、子宮を摘出して子を産めなくなった三〇歳代の娘に代わって、娘の卵子を用いて代理出産したことが公表された。¹¹⁾ 生殖補助医療に関する法整備が進まない中、このように代理出産が既成事実化していくことに危機感をもった政府は、同年十一月、日本学術会議に対して、生殖補助医療の基本的ルールや民法上の親子関係のあり方などについて

審議を要請し、その答申を得たうえで、生殖補助医療に関する法案のとりまとめ作業に入る考えを示している。⁰³⁾

2. 問題の所在

生殖補助医療の現状はおよそ以上のとおりであるが、そこには大きな問題が二つある。一つは、学会の会告による自主規制に委ねてきた生殖補助医療を、法によって規制することとした場合、どのような規制内容にするべきかという問題であり、いま一つは、生殖補助医療によって生まれた子の法的親子関係をどのような基準で決定するかという問題である。前述した生殖補助医療の全類型について、この二つの問題を考察する必要があるが、紙幅の制約もあり、ここでそのすべてについて検討することはできない。⁰⁴⁾ 本稿では、生殖補助医療のうちの代理懐胎について、専門委員会・生殖補助医療部会等におけるこれまでの議論の概要をみた上で、代理懐胎により生まれた子の法的親子関係が裁判上問題となつた代理母型と借り腹型の二つの事例について、若干の検討を行つてみることにする。

(1) 代理懐胎の法規制の方向

生殖補助医療は、医療問題だけでなく、倫理面・法制面等様々な問題を含んでいる。そこで、生殖補助医療の法規制のあり方について検討した専門委員会は、医学、看護学、生命倫理学、法学といった幅広い分野の専門家で構成され、宗教関係者、患者、法律関係者、医療関係者等の有識者からもヒアリングが行われた。また、広く国民一般の意見を聞くため、一九九九（平成一一）年二月に「生殖医療技術についての意識調査」を行うとともに、生殖補助医療をめぐる諸外国の状況を把握したうえで、⁰⁵⁾ 以下のような基本的な考え方に基づいて検討がなされた。

- ① 生まれてくる子の福祉を優先する。
- ② 人を専ら生殖の手段として扱ってはならない。
- ③ 安全性に十分配慮する。優生思想を排除する。
- ④ 商業主義を排除する。
- ⑤ 人間の尊厳を守る。

このような基本的な考え方に基づいて意見集約された専門委員会報告では、インフォームド・コンセント、カウンセリング体制の整備、親子関係の確定のための法整備等が行われることを条件に、提供された精子・卵子・胚による生殖補助医療の実施が認められた。しかし、代理懐胎（夫の精子を妻以外の第三者の子宮に医学的な方法で注入して妻の代わりに妊娠・出産してもらう代理母（サロゲートマザー）と、夫の精子と妻の卵子を体外受精して得た胚を妻以外の第三者の子宮に入れて、妻の代わりに妊娠・出産してもらう借り腹（ホストマザー）の二種類）は禁止され、代理懐胎のための施術・施術の斡旋は、罰則を伴う法律によって規制すべきものとされている。

この専門委員会報告に基づいて制度整備の具体化を図るため設置された生殖補助医療部会では、小児科、精神科、カウンセリング、児童・社会福祉の専門家や医療関係、不妊患者の団体関係、その他学識経験者も委員として加わり、より幅広い立場から検討が行われた。審議は、有識者からのヒアリングのほか、二〇〇三（平成一五）年一月に一般国民を対象として行われた「生殖補助医療技術についての意識調査二〇〇三」（主任研究者 山縣然太郎 山梨大学教授）⁶⁶の結果を踏まえて慎重に行われるとともに、より国民に開かれたものとするため公開で行われている。また、同年一月には、それまでの議論を中間的にとりまとめた検討結果について意見の募集がなされ、提出された意見は審議の素材とされた。

生殖補助医療部会でも、専門委員会で合意された前述の基本的な考え方が統一的认识として踏襲されたが、具体化の議論に当たっては、前提となる専門委員会報告の内容自体についても再検討された。その結果、意見集約された部会報告書では、出自を知る権利の内容のように、専門委員会報告と異なる結論となった箇所もあり、そうした箇所については、結論に至る考え方も含めて本論に説明がなされている。

この部会報告書でも、専門委員会報告と同様に、代理懐胎は禁止され、代理懐胎のための施術・施術の斡旋は、罰則を伴う法律によって規制すべきものとされている。その理由は、代理懐胎は、人を専ら生殖の手段として扱い、第三者に多大な危険性を負わせるもので、生まれてくる子の福祉の観点からも望ましいものとはいえないという点にある。すなわち、代理懐胎は、①子を欲する夫婦の妻以外の第三者に妊娠・出産を代わって行わせ、第三者の人体そのものを妊娠・出産のために利用するものであるから、「人を専ら生殖の手段として扱ってはならない」という基本的考え方に反すること、②子が胎内に存在する約一〇か月もの間、妊娠・出産による多大な危険性を妊娠・出産を代理する第三者に受容させ続けることは、「安全性に十分配慮する」という基本的考え方に照らして容認できないこと、③代理懐胎を行う人は自己の胎内において約一〇か月間も子を育むため、その子との間で通常の母親と同様の母性を育むことが十分考えられ、現にアメリカで実例が見られるような、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望ましいものとはいえないこと、が禁止すべき理由とされている。ただし、代理懐胎を禁止することは幸福追求権を侵害するとか、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いった理由から、代理懐胎の禁止に反対する少数意見もあった。

なお、『生命、自由及び幸福の追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政

の上で、最大の尊重を必要とする」(憲法第一三条) こととされており、国民に対して法律に基づく規制をすることは慎重な検討を必要とするものであり、その中でも特に、身体の自由の制限または財産権の侵害を内容とする最も重い規制の態様である罰則を伴う法律によって規制することは、特に慎重とならなければならない。』としながらも、代理懐胎のための施術・施術の斡旋は罰則を伴う法律によって規制すべきとすることについては、代理懐胎のための施術は、「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」及び「安全性に十分配慮する」という基本的考え方に著しく反すること、その理由とされている。ただし、医事に関して犯罪または不正行為があつた医師については、医師法に基づく免許の取消しなど、現行においても医療の適切な実施について規制があるから、代理懐胎のための施術を行った医師に対して別途罰則規定を設ける必要があるか否かについては、これらの規制との関係にも留意する必要があるとされている。

(2) 代理懐胎によつて生まれた子の法的親子関係

現行民法は、実親子関係と養親子関係に分け、親子関係を規定している。実子は、さらに嫡出子と非嫡出子に分けられ、婚姻関係にある男女の間に生まれた子が嫡出子とされる。妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定され、婚姻成立の日から二〇〇日を経過した後又は婚姻解消若しくは取消しの日から三〇〇日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定される(民七七二条)。子が嫡出であることを否認できるのは夫のみで(民七七四条)、子又は親権を行う母に対する嫡出否認の訴えによつて行わなければならない、親権を行う母がないときは、家庭裁判所が特別代理人を選任する(民七七五条)。ただし、子の出生後に夫が嫡出であることを承認したときは否認権を失う(民七七六条)。嫡出否認の訴えは、夫が子の出生を知ったときから一年以内に提起しなければならない(民七七七条)、夫が子の出生前に死亡し

たとき又は出訴期間内に嫡出否認の訴えを提起しないで死亡したときは、その子のために相続権を害される者その他夫の三親等内の血族は、嫡出否認の訴えを提起することができるが、夫の死亡の日から一年以内にその訴えを提起しなければならぬ（人訴四一条一項）。夫が嫡出否認の訴えを提起した後に死亡した場合には、その子のために相続権を害される者その他夫の三親等内の血族は、夫の死亡の日から六月以内に訴訟手続を受け継ぐことができる（人訴四一条二項）。

以上に対して、婚姻関係にない男女の間に生まれた子は非嫡出子とされ、非嫡出親子関係は認知によって定まるものとされている（民七七九条）。ただし、成年の子を認知する場合は、その承諾を必要とする（民七八二条）。父は胎内に在る子でも認知できるが、その場合は母の承諾を得なければならぬ（民七八三条一項）。死亡した子でも、直系卑属があるときは認知できるが、その直系卑属が成年者であるときは承諾を得なければならない（民七八三条二項）。子、その直系卑属又はこれらの者の法定代理人は、父の死後も三年以内は認知の訴えを起させる（民七八七条）。なお、民法の規定では、非嫡出子の母子関係も認知によって定まるものとされているが、最高裁は、「母とその非嫡出子との親子関係は、原則として、母の認知を待たず、分娩の事実により当然発生すると解するのが相当である」としている¹⁰⁵。

以上のような実親子関係に関する民法の規定は、生殖補助医療が存在しなかった時代に制定されたものであるから、当然のことながら自然生殖を前提にして定められている。自然生殖の場合は、分娩者が卵子提供者（遺伝的つながりは有する女性）であることは疑いないが、生殖補助医療によって生まれた子の場合には、分娩者が必ずしも卵子提供者ではなく、ときには、生殖補助医療により母になろうとする者・分娩者・卵子提供者がすべて異なるということもあり得る。したがって、自然生殖を前提にした民法の規定ないし最高裁判例を、そのまま生殖補助医療により生まれた子に適用することには無理があり、家族法上さまざまな問題を生じている¹⁰⁶。代理懐胎もその例外ではなく、最高裁判例に従っ

て分娩者を母とすべきか否か、慎重に検討しなければならない。

専門委員会報告・部会報告書のいずれも、代理懐胎を禁止し、代理懐胎のための施術・施術の斡旋は、罰則を伴う法律によって規制すべきものとしているが、たとえ罰則を伴う法律によって代理懐胎が禁止されたとしても、それに違反して代理懐胎が行われ、子が誕生してしまえば、やはりその法的親子関係が問題になる。したがって、代理懐胎を法で禁止すべきか否かの問題とは別に、代理懐胎により生まれた子の法的親子関係について検討しておかなければならない。

代理懐胎により生まれた子について母子関係を確定する方法として、①分娩者を母とする方法、②卵子提供者（遺伝的なつながりを有する女性）を母とする方法、③親となる意思を有している女性を母とする方法、の三種類が考えられる。

①の「分娩者を母とする方法」は、基準が客観的であり、外観上明確であるため、子の出生時に外観上必ず母が一人定まることになり、その意味では子の福祉に資する。また、最高裁の判例が、非嫡出母子関係について、原則として母の認知を待たず、分娩の事実によって当然発生するとしていることも整合的である。さらに、分娩者を母とするという方法は、各国において一般的に採用されているので、国際社会との関係からみても適当な方法と考えられる。

分娩者を母とする方法によると、いわゆる代理母・借り腹の場合に、妊娠・出産を依頼した側の子を欲している女性ではなく、親となる意思を有していない代理母・ホストマザーが母親になってしまふという問題点がある。しかし、子の福祉という観点からみれば、約一〇か月間にわたり母体内で子を育てきたという事実を重くみて、親となる意思を持っていなかったとしても、分娩した女性を母とすべきであろう。

なお、複数の卵子を結合させ、複数の女性から遺伝情報を受け取った受精卵、胚について子供が生まれたという場合も、分娩者を母とする方法によれば、母を決定する基準が明確になる。

②の「卵子提供者（遺伝的なつながりを有する女性）を母とする方法」は、いわゆる借り腹の場合に、子を欲する妻の意思に合致した母子関係を発生させることが可能になる。しかし、借り腹を行うことを法で禁止する場合には、禁止した借り腹を念頭に置きながら遺伝的つながりを有する女性を母とすることは矛盾があり、借り腹禁止の実効性を失わせることになりかねない。また、いわゆる代理母の場合、妻は卵子提供者ではないから母になることができず、遺伝的なつながりを有する卵子を提供した第三者が母になって、卵子提供者の意思に反する結果となる。

③の「親となる意思を有している女性を母とする方法」は、いわゆる代理母の場合でも、子を欲する女性を母とすることができ、子にとって望ましい母を与えることができるので、子の福祉に資するといわれる。また、そもそも生殖補助医療は、子を持つことができないう夫婦のために治療として行うものであるから、親となる意思を有している女性を母とすることは、生殖補助医療の目的達成に適しているとされる。しかし、母となる意思、子を欲する意思というのは、当事者の内心の問題であるから、分娩といった事実と比べて立証が困難であるばかりでなく、母子関係発生の基準が主観的な要件に依存することになって、基準が不明確になるという欠点がある。子の福祉に資するということを理由にする以上、子が生まれた時点で子を欲しいと思っている女性を母とすることになろうが、たとえば、代理母を依頼した当初は親となる意思を有していた女性が、後に子が出生する前にその意思を失ってしまったという場合、出生時に親となる意思を持っている女性はなく、出生した子には母がいらないという結論になる可能性がある。これとは逆に、代理母またはホストマザーが出生時まで親となる意思を有してしまつた場合、子を欲する女性が、依頼者のほかにもう一人現れ、いずれを母とすべきかが問題となる。また、卵子の取り違えがあつたような場合に、親になる意思があつたと言えるのかといった問題が生じることになる。また、現行民法は、実母子関係については、母となる者の意思を明示的に要件としていないので、生殖補助医療によって出生した子供についてのみ意思を要件とすることは、現行民法との整合性

に欠けることになる。

以上のことから、代理懐胎により生まれた子の母子関係は、「分娩者を母とする方法」によって確定すべきものと考
えるが、要綱中間試案も、部会報告書が示す生殖補助医療制度の枠組みに従って行われた生殖補助医療に限られず、同
枠組みでは認められないもの又は同枠組みの外で行われたものについても、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している。代理懐胎の依頼者を実親とする場合には、特別の手續を定
める必要があるが、代理懐胎を禁止し、私法上も代理懐胎契約は公序良俗に反するものとして無効と考えるなら、その
ような手續を定めることはできず、許容されている生殖補助医療によって出生した子と同一ルールで親子関係を確定す
べきであると考えられたのである。したがって、代理懐胎の親子関係についても、母子関係については分娩者を母とし、
父子関係については、代理懐胎をした女性に夫がいる場合には、原則として嫡出推定または同意によって父が決定され
ることになる。

なお、外国で代理懐胎が行われ、依頼者の夫婦が実親になるような決定がされてしまっているような場合、わが国に
おいてその効力をどのように考えるべきかという問題もある。わが国においては、代理懐胎したいが認められず、公序
良俗に反すると考えるならば、外国において代理懐胎が認められ、依頼者が親になるといふ決定があった場合でも、わ
が国でその効力を認めることはできないというべきであろう。

3. 代理母型の事例

(大阪高決平成一七年五月二〇日判時一九一九号一〇七頁)

(1) 事実の概要

X (昭和二五年生) と Y (昭和二三年生) は、昭和六一年六月に婚姻した日本人夫婦である。XY 夫妻は、平成元年頃、A I H を三回ほど試みたが妊娠するには至らなかったため、平成八年、X は医学的方法により自己の精子を取り出して凍結保存した。XY 夫妻は、夫婦間の子を得るため、米国において、他の女性から卵子の提供を受け、これを上記保存精子と体外受精させ、その胚 (受精卵) を別の女性の体内に着床させて妊娠・分娩してもらう方法をとることを決意し、平成一二年、保存精子を米国カリフォルニア州のローマ・リンダ大学に搬送した。

XY 夫妻は、平成一三年八月、同州在住の米国人の A 及びその夫との間で、XY 夫妻に帰属する予定の受精卵によって、A が XY 夫妻の子を分娩する旨の代理懐胎の合意をした。更に、XY 夫妻は、平成一四年二月、アジア系米国人女性の B 及びその夫との間で、B は自己の卵子を XY 夫妻に贈与する旨の契約を締結し、同女からその卵子の提供を受けた。

XY 夫妻の依頼により、平成一四年四月、ローマ・リンダ大学において、X の保存精子と B から提供を受けた卵子を使用して体外受精が行われ、その二日後に、この受精卵を用いて、A に対する体内着床術が行われた。

XY 夫妻は、平成一四年九月、A 及びその夫を被告として、カリフォルニア州ロサンゼルス郡高等裁判所に、上記受精卵より生まれてくる子との父子関係と母子関係の確認を求める訴えを提起したところ、同裁判所は、同年一〇月七日、

Xは上記子の法的なそして遺伝学的な父親であり、Yは上記子の法的な母親であるとする旨の判決を言い渡し、同判決において、上記子の出生に責任がある医師、病院、公的登録機関に対し、その作成する出生証明書にXY夫妻が父母である旨の記載をするよう命じた。

Aは、平成一四年一〇月一七日、カリフォルニア州サクラメント市の病院において、双子（以下「本件子ら」という。）を分娩し、XY夫妻は、出生後直ちに本件子らの養育を開始して、平成一五年二月九日、本件子らを連れて日本に帰国した。

Xは、平成一六年一月一五日、明石市長に対し、本件子らは、XY夫婦から生まれたことを証明する旨の記載のある出生病院医師作成の出生証明書等を添付した上、父をX、母をYとする嫡出子出生届（以下「本件出生届」という。）を提出した。しかし、明石市長は、平成一六年二月二五日、XY夫妻に対し、Yは本件子らを分娩していないから母子関係が認められないとして、本件各出生届を受理しない旨の本件各処分をした旨を通知した。

そこで、XY夫妻は、平成一六年三月二二日、戸籍法一一八条に基づき、原審に対し、本件各処分を取り消して本件各出生届を受理するよう求める本件原申立てをしたが、原審も、同年八月一二日、本件子らとYとの間に母子関係が存在するとは認められないとして、申立てを却下する旨の原審判をした。

本件は、この原審判に対する抗告事件である。

(2) 決定要旨

抗告棄却（平成一七年一月二四日特別抗告棄却・確定）

「(1) 抗告人らの本件原申立ては、明石市長に対し本件出生届の受理を求めるものであるが、その内容としては、抗

告人Yと本件子らとの間の母子関係（実親子関係）の有無を問題とするものであり、上記の事実関係からみて、この問題については、涉外私法的法律関係を含むことが明らかであるから、この点に関する準拠法に関連して検討を加える。

(2) 抗告人らは、婚姻した夫婦であるから、抗告人Yと本件子らとの親子関係の存否は、まず、法例一七条一項で定まる準拠法により嫡出親子関係の成立の有無を検討すべきである。

同項は、夫婦の一方の本国法で子の出生当時におけるものにより子が嫡出とされるときは、その子は嫡出子とする旨規定する。

本件では、抗告人Y及びその夫の抗告人Xの本国法は、いずれも日本法であり、日本においては、後述の通り、本件子らを分娩していない抗告人Yをその母と認めることはできないから、本件子らは、抗告人ら夫婦の嫡出子と認めるとはできない。また、米国人の分娩者夫婦（A夫婦）や卵子提供者夫婦（B夫婦）と本件子らとの親子関係についても、これら分娩者夫婦や卵子提供者夫婦の居住する米国カリフォルニア州においては、同人らの本国法である同州法に基づく同州ロサンゼルス郡高等裁判所の判決により、本件子らの法的な母は、抗告人Yであるとされていることは前記の通りであるから、同州法の下においては、本件子らは、上記分娩者夫婦や卵子提供者夫婦の嫡出子と認めることはできないものと解される。

(3) 上記の通り、法例一七条一項で定められる準拠法によつては、嫡出親子関係の成立を肯定することができないから、同法一八条一項で定まる準拠法により、更に、親子関係の成立の有無を判断すべきである。

ア　そして、同項前段によれば、嫡出に非ざる子の親子関係のうち母との親子関係については、出生当時の母の本国法によるとされている。

そうすると、本件の抗告人Yと本件子らとの親子関係の有無は、抗告人Yの本国法である日本法によつて定めら

れることになる。

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（最高裁昭和三七年四月二七日第二小法廷判決・民集一六卷七号一二四七頁参照）。

もとより、従前に置いては、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、…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なお維持されるのが相当であつて、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ふべきである…。

そうすると、上記の認定事実によれば、本件子らを分娩したのは、Aであつて、抗告人Yでないことは明らかであるから、日本法に準拠する限り、抗告人Yと本件子らとの間に母子関係を認めることはできないものといわざるを得ない。

イ なお、生殖補助医療の発展により、借り腹…や代理母…による出産（これらを併せて「代理懐胎」という。）も可能となつているが、これらは、人を専ら生殖の手段として扱い、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、人道上有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（…この立場によると、代理懐胎契約は、公序良俗に反するものとして、その効力は否定されるものと解され、当裁判所も見解を同じくする。）。

そうすると、これら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、相当でないといふべきである。…。

ウ 次に、米国人の分娩者Aや卵子提供者Bと本件子らとの親子関係についても、同人らの本国法である同州法に基づくと同州ロサンゼルス郡高等裁判所の判決により、本件子らの法的な母は、抗告人Yであるとされていることは前記の通りであるから、同州法の下においては、本件子らと上記分娩者や卵子提供者との母子関係を認めることはできないものと解される。

しかしながら、上記の通り、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、その結果を受け入れることはできず、内国法を適用して、分娩者Aと本件子らとの母子関係を肯定するほかないのである。

(4) 以上の通りであるから、抗告人Yと本件子らとの間に母子関係が認められないことを理由としてされた本件各処分は適法であり、したがって、本件出生届の受理を命ずることを求める抗告人らの本件原申立ては、いずれも理由がないといふべきである。」

(3) 検討

現在、わが国では、日本産科婦人科学会会告に従って代理懐胎は自主規制されているが、カリフォルニア州やマサチューセッツ州など米国の一部の州では代理懐胎が可能であるため、一〇〇組前後の日本人夫婦が渡米し、代理懐胎で子をもっているといわれる。⁸⁸⁾

自主規制に反して国内で代理懐胎が行われた場合、現行民法のもとでは、子を産んだ女性が母であり、その女性の夫が父とされるから、親になる意思をもって代理懐胎を依頼した夫婦と生まれた子との間に、法的親子関係は認められず、

分娩者が生まれた子の母となる。しかし、本件のように国外で代理懐胎が行われ、分娩者・卵子提供者がいずれも外国人であるという場合には、生まれてきた子の母子関係は、いかなる国の法を用いて決定すべきかという、準拠法決定の問題を生じる。

また、生殖補助医療により生まれた子の親子関係について、外国裁判所の決定が存在する場合には、準拠法を適用する前に、民事訴訟法一一八条が規定する外国判決承認制度によって、外国裁判所が決定した親子関係を承認できるか否かを検討しなければならない。本件では、カリフォルニア州裁判所の判決が存在するのであるから、まずその承認の是非を検討した上で、承認できない場合に準拠法適用を検討するべきであったと思われる。本決定は、外国判決の承認の是非を検討することなく、準拠法適用の検討を行っている点で、問題があるといえよう。²⁰⁾ 代理懐胎により生まれた子の親子関係に関する外国判決の承認の是非については、次の「4. 借り腹型の事例」で検討するので、ここでは、外国判決が存在せず、または外国判決が承認されない場合の、準拠法の選択と適用について検討することとする。なお、「法例」は、平成一八年の改正（法七八号）で法令名も「法の適用に関する通則法」（以下、「新法」という。）と改められているが、本稿では、原則として本決定当時の「法例」のまま論じていくこととする。

① 親子関係の存否を決定する準拠法の選択

自然生殖の場合には、分娩者が卵子提供者であり、血縁上の母であることは疑いがないので、分娩者について法例一七条（新法二八条）により嫡出子であるか否かを決定し、それが否定された場合に、法例一八条（新法二九条）により非嫡出親子関係の存否を決定すればよい。²¹⁾ ところが、代理懐胎によって子が生まれた場合には、分娩者のほかに、代理懐胎の依頼者、卵子提供者も法的な母となる可能性がある。そこで、これら法的な母となる可能性がある者のすべてが、法例一七条・一八条（新法二八条・二九条）による親子関係の存否の判断対象になるかという問題が生じる。

この問題につき、代理懐胎は立法者が想定していなかった事態であるから、法例一七条・一八条（新法二八条・二九条）の母「親」は、分娩者に限られるべきだとする見解がある。²³ この見解によれば、法例を介して準拠法を適用するまでもなく、本件の抗告人Yは母ではないということになる。しかし、分娩者を母とする法制が多いとはいえず、分娩者でない者を母とする法制も存在する以上、内国法と異なる内容の法制も内国法と平等の資格で適用するという国際私法の大原則からみて、法例上の母を分娩者のみに限定する解釈には問題があるといわなければならない。分娩者のほかに、代理懐胎の依頼者、卵子提供者も、いずれも法例上の母と解し、それぞれについて本国法上、母子関係の決定をするべきであろう。このような方法に従うと、「母親が複数認められてしまう場合（しかも、それにもない父親も複数認められてしまう可能性もある）に、親権者の確定や相続人の確定といった際に、適応問題が発生するという点で問題があると言わざるを得ない。」²⁴ という指摘があるが、そのような場合には、「内国との牽連性を考慮したうえで、その適用結果を公序により排斥することですで十分ではないだろうか。」²⁵ と思われる。

以上のことから、本決定が、代理懐胎の依頼者たるY、分娩者たる米国人のA、卵子提供者たる米国人のBにつき、各人が既婚者であることから法例一七条により嫡出親子関係の存否を判断し、それが否定された後に、法例一八条により非嫡出親子関係の存否を判断している点は妥当であるといえよう。

② 代理懐胎により生まれた子と依頼者との親子関係

抗告人Yらが婚姻した夫婦であることから、本決定は、まず、法例一七条一項で定まる準拠法により嫡出親子関係の成立の有無を検討し、本件では、抗告人Yらの本国法は日本法であり、日本においては、本件子らを分娩していない抗告人Yをその母と認めることはできないから、本件子らは、抗告人Yら夫婦の嫡出子と認めることはできないとした。ついで、同法一八条一項で定まる準拠法により非嫡出親子関係の成立の有無を検討し、出生当時の母の本国法である日

本法によれば、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のであり、この基準は、生殖補助医療の発展を考慮に入れてもなお維持されるのが相当であつて、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して、日本法に準拠する限り、原告人Yと本件子らとの間に母子関係を認めることはできないとした。本稿既述のとおり、妥当な結論であつて、支持すべきものと思われる。

なお、本決定は、A夫妻およびB夫妻についても、本件子らとの親子関係について言及しているが、A夫妻またはB夫妻の本国法によりYが法的な母であると認められても、A夫妻またはB夫妻の本国法によってY夫妻と子らの親子関係が決定されるわけではないから、Yと子らの親子関係が問題となつている本件では、不要な言及であろう。

以上の結果、本件子らに母はないということになる。代理懐胎は人道その他の面で問題が多く、法的にも禁止する方向で審議会等の意見が集約されているとはいへ、すでに代理懐胎により生まれた子について、日本国籍を与える必要があることは疑いない。新聞報道によれば、法務省は、本件子らに日本国籍を与える方策として、本件カリフォルニア州裁判所判決がXを遺伝学的な父である旨判示している部分のみであれば承認され得るので、Xを父、分娩者Aを母として出生届を出せば、子らに日本国籍が認められるという見解をXY夫妻に示したとされている⁶⁰。妥当な解決策といえるであろう。

4. 借り腹型の事例

(東京高決平成一八年九月二九日判例集未登載)

http://www.courts.go.jp/search/jisp0010?action_id=frist&hanreiSrchKn=01

(1) 事実の概要

X (昭和三七年生) と Y (昭和三九年生) は、平成六年に婚姻した日本人夫婦である。Y は、平成一二年に、子宮頸部が治療のため、子宮摘出及び骨盤内リンパ節剥離手術を受けた際、将来代理懐胎により子を得ることも考え、手術後の放射線療法による損傷を防ぐため、自己の卵巣を骨盤の外に移して温存した。

遺伝子を受け継ぐ子を得たいと考えた X Y 夫妻は、平成一五年に米國ネバダ州在住の女性 B による代理出産を試みることとなり、同年四月三〇日、Y の卵巣から採取した卵子に、X の精子を顕微受精させ、同年五月三日、その中から質の良い二個の受精卵を、代理母である B の子宮に移植した。

同月六日、X Y 夫妻は、B およびその夫 A との間で、代理母である B は、X Y 夫妻が指定し代理母 B が承認した医師が行う処置を通じて、X Y 夫妻から提供された受精卵を自己の子宮内に受け入れ、受精卵移植が成功した際には出産まで子供を妊娠すること、生まれた子については X Y 夫妻が法律上の両親であり、代理母 B とその夫 A は、子に関する保護権や訪問権等いかなる法的請求や権利又は責任を有しないことなどを内容とする有償の代理出産契約を締結した(以下「本件代理出産契約」という)。

同年一月二八日、B は C 及び D (以下「本件子ら」という) を出産し、同年二月一日、ネバダ州ワシヨー郡管轄ネバダ州第二司法裁判所家事部(以下「ネバダ州裁判所」という)は、X Y 夫妻の A B 夫妻を相手方とする申立てに対し、X Y 夫妻が二〇〇四年(平成一六年)一月あるいはそのころ B から生まれる子らの血のつながった、そして法律上の父親と母親と認められること(主文二項)、出生が発生する病院及び州の諸法規の下において出生証明書を作成する責任を有する関係者、組織ないし機関は、X Y 夫妻を子らの両親とし、出生証明書を準備し発行すること(主文二項)、当該地域及び州登記官は法律に準拠し上記に則った出生証明書を受理し、記録保管するものとする(主

文三項)などを内容とする「出生証明書及びその他の記録に対する申立人の氏名の記録についての取り決め及び命令」を出した(以下「本件裁判」という)。

X Y夫妻は、本件子らの出生後直ちに養育を開始し、Xが本件子らの出生届出を行い、平成一五年一二月三十一日付けで、本件子らについて、それぞれ、Xを父、Yを母と記載したネバダ州出生証明書が発行されている。

X Y夫妻は、平成一六年一月に、本件子らを連れて日本に帰国し、本件子らは、X Y夫妻のもとで監護養育されているが、パスポートはアメリカ国籍で発行されており、保護者同居人が日本人であるという在留資格で生活している。同月二二日に、品川区長に対し、本件子らについて、Xを父、Yを母と記載した本件出生届を提出した。

品川区長は、X Y夫妻に対し、同年五月二八日、本件出生届について、Y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、これを受理しない本件各処分をした旨の通知を行った。

そこで、X Y夫妻は、本件出生届の受理を命じることを求める申立てをしたが、原審は、Yによる分娩の事実が認められず、本件子らとYとの間に親子関係を認めることができないから、本件各処分は適法であるとして、これらを却下した。本件は、X Y夫妻がこれを不服として抗告した事案である。

(2) 決定要旨

「一 本件では、本件裁判が存在するので、まず、本件裁判につき民事訴訟法一一八条の規定の適用ないし類推適用がされるかについて検討する。

(1) 本件裁判の効力について

ア 代理出産(代理母)契約についてネバダ州修正法二二六・〇四五条は、代理出産契約が有効となるためには、一

項で(a)親子関係に関する規定、(b)事情が変更した場合の子どもの監護権の帰属に関する規定、(c)当事者それぞれの責任と義務に関する規定が含まれていなければならないこと、二項で、要件を満たす代理出産契約において本来の両親と認定された者はあらゆる点から法的に実の両親として取り扱われること、また三項で契約書に明記されている子どもの出産に関連した医療費及び生活費以外に金銭あるいは価値あるものを代理母に支払うこと又は申し出ることは違法であることを規定している。

イ 前認定の事実には本件記録によれば、次の事実が認められる。

ネバダ州修正法一二六・〇四一条は、親子関係の形成につき、実母との間では、子を出生したことを証明することや一二六章の規定等に基づき形成することができること(一項)、実父との間では、一二六章の規定等に基づき形成することができること(二項)が規定されており、一二六章には、代理出産契約を定めた一二六・〇四五条や父子関係確定の裁判手続に関する規定とこれを準用する母子関係確定の裁判手続に関する規定等が置かれている。

本件代理出産契約は、上記ネバダ修正法の規定に従って締結され、上記規定の要件をすべて満たしているものであるところ、ネバダ州裁判所は、原告人らとA B夫妻との間において、親子関係確定の申立書に記載されている事項が真実であると認めていること及びA B夫妻は本件子らを原告人らの子と確定することを望んでいることを確認し、本件代理出産契約を含む関係書類を精査した後に、原告人らが、すべての局面において、本件子らの血縁上及び法律上の父母であることを確認するとともに(主文一項)、子らが出生する病院及び出生証明書を作成する責任を有する関係機関は、原告人らを子の両親とする出生証明書を準備し、発行することを命じ(主文二項)、当該地域及び州登記官は、法律に準拠し上記に則った出生証明書を受理し、記録保管するものとすることを命じた(主文三項)。

…本件裁判は、ネバダ州修正法上の父子関係確定の裁判手続と母子関係確定の裁判手続に基づきなされたものであるところ、父子関係確定の裁判の裁判事項と効力に関するネバダ州修正法一二六・一六一条では、親子関係確定の裁判は、すべての局面において決定的なものであること（一項）、親子関係確定の裁判が従前の出生証明書の内容と異なるときは、主文において新たな出生証明書を作成することを命ずべきこと（二項）等が規定されている。そうすると、本件裁判主文の効力は、当事者である原告人ら及びA B夫妻だけでなく、出生証明書の発行権限者及び出生証明書の受理権限者を含む第三者に対しても及んで対世効を有するものと解される。

ウ …ネバダ州裁判所は、上記のとおり、代理出産契約の成立及び内容並びに事実関係について慎重に審理しており、本件子らの福祉並びに裁判の公正が担保されているうえ、本件裁判には、本件子ら以外の利害関係者全員、すなわち、原告人ら及びA B夫妻が当事者として関与しており、しかも、本件子らの法定代理人はこれらの者のいずれかであることからすれば、事実上、本件子らも裁判手続に関与しているとも解されるので、特にこの点は問題とならないと解される。

(2) 本件裁判は、民事訴訟法一一八条に言う外国裁判所の確定判決といえるか。

ア 民事訴訟法一一八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、形式の如何を問わず、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であり、決定命令等と称されるものであっても、その性質を有するものは同条にいう外国裁判所の判決に当たると解するのが相当である（最高裁判所平成一〇年四月二八日第三小法廷判決・民集五二卷三号八五三頁参照）。

イ 本件裁判は、上記(1)のとおり、親子関係の確定を内容とし、かつ、対世的効力を有するものであるから、わが国の裁判類型としては、人事訴訟（人事訴訟法二条）の判決に類似する又は家事審判法二三条の審判（合意に相当す

る審判)に類似するといえるのであり、しかも確定しているから、本件裁判は、外国裁判所の確定判決に該当するといふべきである。

(3) 本件裁判は、民事訴訟法一一八条三号に言う公序良俗に反しないとの要件を具備しているか。

ア 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(いわゆる国際私法上の公序であり、涉外性を考慮してもなお譲ることのできない内国の基本的価値、秩序を意味する。)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。

イ このような公序良俗を検討する前提として、まず、本件裁判が民事訴訟法一一八条所定の外国裁判所の確定判決に該当しないとした場合における法律解釈等を検討する。∴本件については原告人ら等との間の嫡出性が問題となることから、法例一七条一項が指定する法律が準拠法となる。そこで、原告人らが本件子らの父母であるかどうかは、原告人らの本国法である日本の法律が準拠法となる。

母子関係の成立に関するわが国民法の解釈論については、当裁判所も原審と同様の考え方をとるものであり、∴民法の解釈上、原告人らを本件子らの法律上の親ということができない。

次に、本件子らがA B夫妻の子であるかどうかを検討すると、この場合の準拠法は、A B夫妻の本国法であるネバダ州修正法となり(法例二八条三項)、∴本件子らがA B夫妻の子であることが否定される。このように本件子らには、法律上の親が存在しないこととなる。これを避けるためには、法例三三条に基づきネバダ修正法の適用を排除し、日本の民法に従いA B夫妻の子であることが考えられるが、当然のことながらA B夫妻の居住するネバダ州では原告人らが本件子らの法律上の親とされており、本件子らは、このような各国の法制度の狭間に立たされて、法律上の親のない状態を甘受しなければならないこととなる。

ウ 本件では、前説示のとおり、本件裁判が民事訴訟法一一八条所定の外国裁判所の確定判決に該当するので、前提状況を踏まえて、本件裁判が公序良俗に反するかどうかを検討することとする。この場合において、本件裁判の承認の要件としての公序良俗を判断するにはあくまで、本件事案について、以下のとおり個別的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。

① わが民法等の法制度は、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、自然懐胎以外の方法による懐胎及び子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、わ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からすると、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の裁判については、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。

② 本件子らは、被告人Yの卵子と被告人Xの精子により、出生した子らであり、被告人らと本件子らとは血縁関係を有する。

③ 本件代理出産契約に至ったのは、被告人Yの子宮頸部がんにより子宮摘出及び骨盤内リンパ節剥離手術を受けて自ら懐胎により子を得ることが不可能となったため、被告人らの遺伝子を受け継ぐ子を得るためには、その方法以外にはなかったことによる。

④ ……B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ないし、……その手数料は、B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（ネバダ州修正法において認められているもの）であり、子の対価でないことが認められる。また、契約の内容についても、…B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。

⑤ 本件では、…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。原告人らは、本件子らを出生直後から養育しているが、今後もとより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つては、わが国において原告人ら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、原告人らに養育されることがもつともその福祉に適うべきである。

⑥ ところで、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。

⑦ 本件記録によれば、法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会において、外国で代理懐胎が行われ、依頼者の夫婦が実親となる決定がされた場合、代理懐胎契約はわが国の公序良俗に反するため、その決定の効力はわが国では認められないとする点に異論がなかったことが認められ、当該議論における公序良俗とは、法例三三条又は民事訴訟法一一八条三号に言う公序良俗を指すものと解される（…）。そして、このように、外国でなされた代理懐胎契約がわが国の公序良俗に反するとしても、前認定のとおり、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、本件子らが原告人らと血縁上の親子関係にあるとの事実及びAB夫妻も本件子らを

原告人らの子と確定することを望んでいて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、本件子らを原告人らの子と確定したのであり、前記議論があるからといって、本件裁判が公序良俗に反するものではない。

⑧ さらに、本件のような生命倫理に関する問題につき、わが国の民法の解釈では原告人らが本件子らの法律上の親とされないにもかかわらず、外国の裁判に基づき原告人らを本件子らの法律上の親とすることに違和感があることは否定することができない。しかしながら、身分関係に関する外国裁判の承認については、かつては国際私法学者を中心に、民事訴訟法一一八条(旧民事訴訟法では二〇〇条)に定める要件のほか、法例が指定する準拠法上の要件も満たすべきであるとの議論がなされたが、下級審ながら多く裁判例や戸籍実務(昭和五十一年一月一四日民二第二八九号法務省民事局長通達参照)では、身分関係に関する外国の裁判についても民事訴訟法一一八条に定める要件が満たされれば、これを承認するものとされており、この考え方は国際的な裁判秩序の安定に寄与するものであって、本件事案においてのみこれに従わない理由を見いだすことができない。そうすると、本件においても、外国裁判の承認の構造上、法例一七条が指定する日本の民法を適用する余地はなく、上記違和感があるからといって、本件裁判が公序良俗に反するということができない。

エ 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。

オ 手続的公序について

本件代理出産契約及び本件裁判は、本件子らの出生前の契約に関する裁判で、わが国の裁判体系にはないものであるため、手続的公序の問題が起こりうる可能性もある。

しかし、代理出産により生まれる子の身分関係（親子関係）を早期に確定させる必要があるため、子が出生する前に裁判所の命令（実の両親の確定、出生証明書等の発行）を得なければならぬのは、子の福祉に資するからにほかならない。さらに、本件裁判については、わが国の裁判類型にないとしても、上記で検討したように実質が公序良俗に反しないのであるから、この限りにおいては承認しうるものと解される。

(4) 本件裁判は、民事訴訟法一一八条一号の要件を具備しているか。

間接的国際裁判管轄とは、日本法上外国裁判所が、国際裁判管轄（権）を有することをいい、…本件においては、本件代理出産契約の一方当事者であるA B夫妻がネバダ州に住み、その普通裁判籍はネバダ州にあるから、アメリカ合衆国が管轄権を有することは明らかであり、また、抗告人らが本件のネバダ州裁判所に申し立てている点や、本件子らがネバダ州において出生している点からも、本件裁判につき、間接的国際裁判管轄については問題とならない。

二 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、民事訴訟法一一八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、抗告人らの子であると確認され、本件出生届出も受理されるべきである。」として、原審判を取り消し、品川区長に抗告人らがした本件子らについての出生届の受理を命じた。

(3) 検討

本件も、前掲の大阪高裁決定の事案と同じく、日本人夫婦が米国で行った代理懐胎により生まれた子の親子関係をめぐる事案である。大阪高裁決定の事案は、依頼夫婦の妻以外の女性の卵子を用いたいわゆる代理母型であり、依頼夫婦の妻は遺伝上の母でないが、本事案は、精子・卵子とも依頼夫婦のものをういたいわゆる借り腹型であり、依頼夫婦の

妻が遺伝上の母であるという違いがある。しかし、分娩者を母とする従来の考え方による限り、両者に違いはなく、法の母子関係は認められない。

ところが、本件では、ネバダ州裁判所が出した「出生証明書及びその他の記録に対する申立人の氏名の記録についての取り決め及び命令」(以下「本件裁判」という。)が存在しており、XY夫妻が、すべての局面において、本件子らの血縁上及び法律上の父母であることが確認されている。前述したように、生殖補助医療により生まれた子の親子関係について、外国裁判所の判決が存在する場合には、準拠法を適用する前に、民事訴訟法一一八条が規定する外国判決承認制度によって、外国裁判所が決定した親子関係を承認できるか否かを検討しなければならない。そこで、本決定も、「まず、本件裁判につき民事訴訟法一一八条の規定の適用ないし類推適用がされるかについて検討する。」として、(1)本件裁判の効力について、(2)本件裁判は、民事訴訟法一一八条に言う外国裁判所の確定判決といえるか、(3)本件裁判は、民事訴訟法一一八条三号に言う公序良俗に反しないとの要件を具備しているか、(4)本件裁判は、民事訴訟法一一八条一号の要件を具備しているか、の順に検討を行っている。(1)(2)(4)の検討結果については格別問題がないが、(3)については若干疑問がある。

本決定は、本件裁判が民事訴訟法一一八条三号に言う公序良俗に反するか否かは、個別的かつ具体的内容に即した検討をして判断すべきであるとし、本件裁判の承認が実質的に公序良俗に反しないとする理由を(3)ウで①から⑧まで列挙している。しかし、本件裁判の承認問題の中核をなす、⑥⑧の説得力はきわめて乏しいといわなければならない。

本決定は、(3)ウ⑥において、「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」としているが、厚

生科学審議会生殖補助医療部会が、代理懐胎を禁止した理由は、代理懐胎そのものが、人を専ら生殖の手段として扱い、第三者に多大な危険性を負わせるもので、生まれてくる子の福祉の観点からも望ましいものとはいえないからである。本件事案の場合も、このことに変わりはなく、何をもって「いずれにも当てはまらない」とするのか不明である。「わが国では代理懐胎を否定するだけの社会通念が確立されているとまではいえない。」としている点も、その根拠が定かではない。

また、(3)ウ⑦において、「外国でなされた代理懐胎契約がわが国の公序良俗に反するとしても、…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、本件子らが原告人らと血縁上の親子関係にあるとの事実及びA B夫妻も本件子らを原告人らの子と確定することを望んでいて関係者の間に本件子らの親子関係について争いがないことも参酌して、本件子らを原告人らの子と確定したのであり、前記議論があるからといって、本件裁判が公序良俗に反するものではない。」としている点も問題である。外国裁判が公序良俗に反するか否かは、代理懐胎契約のみに依拠した裁判か、血縁上の親子関係や、親子関係について争いがないことなども参酌した裁判かで判断すべきものではない。わが国と同様に、分娩者を母とするルールに従ったものであるかどうかで判断すべきものである。

さらに、(3)ウ⑧において、「本件のような生命倫理に関する問題につき、わが国の民法の解釈では原告人らが本件子らの法律上の親とされないにもかかわらず、外国の裁判に基づき原告人らを本件子らの法律上の親とすることに違和感があることは否定することができない。」としながらも、「違和感があるからといって、本件裁判が公序良俗に反するということができない。」としているが、この違和感こそが、まさに本件裁判が公序良俗に反することの証しだといわなければならない。

本決定が、民事訴訟法一一八条が規定する外国判決承認制度によって、X Y夫妻を本件子らの親とした背景には、子

の福祉への配慮があつたものと思われる。本件子らは、法律的に受け容れるところがない状態が続き、わが国において原告人らを法律的な親と認めることを優先すべき状況となつていたからである。たしかに、原告人らは、本件子らを出生直後から養育しており、今後も実子として養育することを強く望んでいるから、代理母を認めても本件子らの福祉を害するおそれはないともいえる。しかし、本件裁判が、民事訴訟法一一八条三号にいう公序良俗に反しないという要件を具備しているというには、相当無理があるといわなければならぬ。

本件においても、本件裁判がXを遺伝学的な父である旨判示している部分のみであれば、外国判決承認制度によって承認され得ると解されるので、まずXを父、分娩者Bを母として出生届を出し、子らに日本国籍を取得させるという方法をとるべきものと思われる。しかる後、養子制度や特別養子制度を利用することによって、法律上の母子関係を成立させるべきであろう。実親子関係を認めることだけが、子の福祉ではないのである。

注

- (1) 宮崎孝治郎「人工授精をめぐる問題の所在」小池隆一・田中實・人見康子編『人工授精の諸問題 その実態と法的側面』四頁・慶應義塾大学法学研究会（一九六〇年）。
- (2) 一九八三（昭和五八）年一〇月一四日付朝日新聞。
- (3) 日本産科婦人科学会、平成一七年度倫理委員会、登録・調査小委員会報告（平成一六年分の体外受精・胚移植等の臨床実施成績および平成一八年六月における登録施設名）、一一頁。
- (4) 顕微鏡下の操作によって、卵細胞の外側を包む透明帯を切り開いて精子を注入する方法を顕微授精という。
- (5) 日本産科婦人科学会会告、「体外受精・胚移植」に関する見解、昭和五八年一〇月（平成一八年四月改定）。日本産科婦人科学会会告、「非配偶者間人工授精と精子提供」に関する見解、平成九年五月（平成一八年四月改定）。日本産科婦人科学会会告、胚提供

による生殖補助医療に関する見解。平成一六年四月。

- (6) 一九九八(平成一〇)年六月六日付読売新聞。
- (7) 大阪地判平一〇・二二・二八判タ一〇一七・二二三(夫に無断で行われた非配偶者間人工授精(AID)により生まれた子について、夫の嫡出否認の訴えを認容した)。東京高決平一〇・九・二六判タ一〇一四・二四五(夫の同意を得て非配偶者間人工授精(AID)により生まれた子の親権者指定の審判において、父子関係が存在しない旨の主張は許されないとされた)。

(8) http://www1.mhlw.go.jp/shingi/s0012/s1228-1_18.html

(9) <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/04/s0428-5.html>

(10) <http://www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI35/refer01.html>

(11) 東京高決平成一八年九月二九日判例集未登載。

http://www.courts.go.jp/search/jhsp0010?action_id=first&hanreiStchKn=01

(12) 二〇〇六(平成一八)年一〇月一五日付読売新聞。

(13) 二〇〇六(平成一八)年一月三〇日付読売新聞。

(14) 生殖補助医療の諸問題のうち、凍結保存精子による死後懐胎の問題については、拙稿「死後懐胎子の認知請求」棚村政行ほか編『二世紀の家族と法』一五頁・法学書院(二〇〇七年)で若干の考察を行っている。

(15) 平成一一年三月に、イギリス、ドイツ等ヨーロッパにおける生殖補助医療に係る有識者からの事情聴取が行われ、平成一一年九月には、イギリスにおいて生殖補助医療に係る認可、情報管理等を管轄する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が行われている。

(16) <http://www.mhlw.go.jp/wp/kenkyu/db/okubetu02/index.html>

(17) 最判昭和三七・四・二七民集一六・七・二四七。

(18) 生殖補助医療の家族法上の諸問題については、野村豊弘「人工生殖と親子の決定」石川稔・中川淳・米倉明編『家族法改正への課題』日本加除出版一九九三年三一五頁以下、石井美智子『人工生殖の法律学』有斐閣一九九四年、樋口範雄「人工生殖と親子関

係」ジュリ一〇五九号一二九頁以下一九九五年、小野幸二「人工生殖における親子関係―代理出産の親子関係を中心に―」大東法学七卷一頁以下一九九七年、「日本私法学会シンポジウム資料・生命科学の発展と私法」NBL七四二号一〇頁以下二〇〇二年、大村敦志「生殖補助医療と家族法」ジュリ一二四三号一二頁以下二〇〇三年などに詳しい。

(19) 小野幸二「生殖補助医療と親子関係―旧厚生省報告書の見解等と代理出産をめぐるカリフォルニアの現状―産婦人科の世界・五四卷九号七頁以下・医学の世界社(二〇〇二年)、同「アメリカにおける代理出産の法的規制」産婦人科の世界・五五卷五号五三頁以下・医学の世界社(二〇〇三年)。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」国際私法年報六号二〇二頁以下(二〇〇四年)。外国法制については、総合研究開発機構・川井健共編『生命科学の発展と法』一〇九頁以下・有斐閣(二〇〇一年)に詳しく紹介されている。

(20) 二〇〇六(平成一八)年一〇月一八日付読売新聞。

(21) 林貴美「判例評釈「家族②」」民法判例レビュー九四・判タ一二一九号五八頁二〇〇六年。

(22) 道垣内正人『ポイント国際私法総論』九七頁以下・有斐閣(一九九九年)。最判平一二・二七民集五四・一・一。

(23) 溜池良夫『国際私法講義・第三版』五〇二頁・有斐閣(二〇〇五年)など。

(24) 早川吉尚「国境を越える生殖補助医療 国際私法の視点から」ジュリ一二四三号四〇頁二〇〇三年。

(25) 林貴美・前掲注(2)六二頁。

(26) 二〇〇三(平成一五)年一月一日付毎日新聞、二〇〇三(平成一五)年一月一日付産経新聞。