

代理出産契約に基づき出生した子の親子関係

最高裁判所第二小法廷平成一九年三月二三日決定（平成一八年判第四七号市町村長の処分に対する不服申立て却下審判）
 対する抗告審の変更決定に対する許可抗告事件、民集六一卷二号六一九頁）
 第一審・東京家裁平成一七年一月三〇日審判、平成一七年判第八四四号
 第二審・東京高裁平成一八年九月二九日決定、平成一八年判第二七号

近時の人工生殖技術の発展により、従来技術の下ではあまり議論とならなかった母子関係の認定について、法律上の取り扱いを改めて明確にすべき事態が招来している。本件は、代理出産契約により米国で出生した子と依頼者である日本人夫婦の間における、米国の裁判所によって成立が認定された親子関係について、日本において同夫婦が自己の嫡出子として出生届を提出することが認められるか否かが争われたものであり、この問題に関する代表的な事例である。

《事 実》

申立人X₁及びX₂は、平成六年に婚姻した日本人夫婦である。X₂は、平成一二年に子宮頸部がんの治療のため子宮摘出等の手術を受けたが、この際、将来代理出産の方法による自己らの遺伝子を受け継ぐ子を得る可能性も考え、自己の卵巣を骨盤の外に移して温存した。その後、X₁らは、平成一五年に米国ネバダ州在住の女性訴外Aによる代理出産を試みることとなり、同州所在の医療機関において、X₂の卵巣から採取した卵子に、X₁の精子を人工的に受精させ、Aの子宮に移植した。同年五

月、X₁らは、A及びその夫であるBとの間で、ネバダ州法に則り、Aは、X₁らが指定しAが承認した医師が行う処置を通じて、X₁らから提供された受精卵をA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X₁らが法律上の父母であり、AB夫妻は、子に関する保護権や訪問権等いかなる法的権利又は責任も有しないことなどを内容とする有償の代理出産契約（以下「本件代理出産契約」という）を締結した。

同年一月、Aは、双子の子である関係人Z₁らを出産した。X₁らは、同月下旬、ネバダ州裁判所に対し親子関係を

確定の申立てをし、同裁判所は、X₁ら及びAB夫妻が親子関係確定の申立書に記載された事項を真実と認めていること及びAB夫妻がZ₁らをX₁らの子として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、同年二月一日、X₁らがZ₁らの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、Z₁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に、X₁らをZ₁らの父母とする出生証明書を準備し発行することを命じ、関係する州及び地域の登記官に、法律に準拠し上記に則った出生証明書を受理し、記録保管することを命ずる内容の「出生証明書及びその他の記録に対する申立人らの氏名の記録についての取決め及び命令」を出した（以下「本件米国裁判」という）。X₁らは、Z₁らの出生後直ちに養育を開始し、ネバダ州は、平成一五年二月三一日付けで、Z₁らについて、X₁を父、X₂を母と記載した出生証明書を発行した。

X₁らは、平成一六年一月、Z₁らを連れて日本に帰国し、同月、相手方地方自治体Y₁に対し、Z₁らについて、X₁を父、X₂を母と記載した嫡出子としての出生届（以下、「本件出生届」という）を提出したが、Y₁は、X₁らに対し、同

年五月、X₂による出産の事実が認められず、X₁らとZらとの間に嫡出親子関係が認められないとして、本件出生届を受理しない旨の処分をしたことを通知した。

本件は、以上の事実関係の下で、X₁らがYに対し、戸籍法一一八条に基づき、本件出生届の受理を命ずることを申し立てた事案である。

第一審は、次のように判示して、X₁らの申立を却下した。

「母子関係に関する従来の一般的な考え方である分産者母説の根拠としては、……母子関係の発生を産出という外形的事実にかからせることによつて、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こと、子を約一〇か月もの間自己の胎内において育てることにより、その子に対する母性を育み、その子に対する愛情を芽生えさせることも多いことなどが挙げられている。」また、……代理懐胎という行為や代理懐胎（借り腹）の場合にも血縁上の母との間に母子関係の成立を認めることにつき、我が国の……：社会の受け止め方は多分に消極的であると言わざるを得ず、わが国が「積極的に血縁主義により母子関係の成立を認めていると解すべき状況にはない」といふべきである。」

これに対して第二審は、次のように

判示して、第一審を取り消し、本件出生届を受理すべきことをYに命じた。

一 「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、X₁らをZらの法律上の親ということができない。」

「次に、ZらがA B夫妻の子であるかどうかを検討すると、……A B夫妻の本国法であるネバダ州修正法……上、代理出産契約は有効とされ、これによれば、ZらがA B夫妻の子であることが否定される。このように……Z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ぬこととなる。」

二 「民法上、代理出産契約……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。」また、本件の具体的な事実に基づいて本件米國裁判を承認することがわが国の公序良俗に実質的に反するか否かを検討すると、「本件では、A B夫妻はZらと親子関係にあること及び養育することを望んでおらず、……X₁らは、Zらを出生直後から養育しているが、今後とも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Zらの福祉を害するおそれはなく、むしろ、Zらの福祉にとって、わが国においてX₁らを法律上の親と認めることを優先すべき状況となっており、X₁らに養育されることがもつともその福祉に適うといふべきである。」

以上に対して、Yが許可抗告を申し立てたのが本決定である。

《判旨》

原決定破棄、抗告棄却。

一 「実親子関係は、……単に私人間の問題にとどまらず、公益に深くかわかる事柄であり、子の福祉にも重大な影響を及ぼすものであるから、……

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基準は一義的に明確なものでなければならず、かつ、実親子関係の存否はその基準によって一律に決せられるべきものである。したがって、……民法が実親子関係を認め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、民法一一八条三号にいう公の秩序に反するといわなければならない。」

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

三 「もつとも、……現実に代理出産という民法の想定していない事態が生じており、今後もそのような事態が引き続き生じ得ることが予想される以上、代理出産については法制度としてどう取り扱うかが改めて検討されるべき状況にある。この問題に関しては、医学的な観点からの問題、関係者間に生ずることが予想される問題、生まれてくる子の福祉などの諸問題につき、遺伝的なつながりのある子を持ちたいとする真しな希望及び他の女性に産を依頼することについての社会一般の倫理的感情を踏まえて、医療法制、親

子法制の両面にわたる検討が必要になると考えられ、立法による速やかな対応が強く望まれるところである。」

以上の法廷意見のほか、津野裁判官と古田裁判官の補足意見、及び今井裁判官の補足意見があり、両補足意見の中で、X₁とZ₁との間に特別養子縁組を成立させる余地が十分に あることが示唆されている。

《研究》

一 本稿冒頭でも述べたとおり、本件は、従来の生殖技術の下ではあまり議論がなされてこなかった母子関係の認定について、最高裁としての現行民法の解釈が示されたものであり、現行実務に対してはもちろん、将来行われるべき立法に対しても、大きな影響を与えるものと思われる。本件については、これまで多数の研究が行われ、理論上の観点も立法上の論点も多方面から指摘されているところであるが、以下では、各審級で共通している考え方の前提や、判旨の論理性と妥当性にかかる問題点について、検討を加えることとする。

二 第一審から最高裁まで一貫している判示事項としては、①現行民法には母子関係の決定に関する規定が明確

にはないこと、②しかしながら、分娩を以て母子関係と定めることが従来からの解釈であり、人工生殖技術の発達の如何にかかわらず、この解釈は現在も支持されるべきこと、の二点である。ただ、各裁判所も認めるとおり、この解釈は、分娩者と卵子提供者が分離するような人工生殖技術が普及しておらず、かつ、血縁関係の確認に技術上の難点があった時代における、実務上の合理性から妥当性が支持されてきたものである。従って、本件の解決のための解釈としては、この解釈の妥当性の根拠として、従来から妥当性が認められていた、ということ別の理由を、さらに示す必要がある筈である。

しかしながら各審級とも、この「理由」について、X₁を合理的に説得できるだけのものを示しているとは考え難い。すなわち、母子関係を客観的かつ一義的に定めるべきである（最高裁）、という制度目的との関係では、遺伝的連続性である分娩の事実であるとを問わず、親子関係はいずれにせよ「客観的かつ一義的」に決まるわけであるから、どちらの手段が優れているとは現行技術の下では断定できない。また、妊娠中に母性が育つ（第一審）、との議論についても、そのように信ずる者が多く、かつ、妊婦に対してかかる意識を持つことが周囲から求

められることが社会的傾向であることが否定できないとしても、そこでいう「母性」なるものの実態は必ずしも明らかでないうえ、今後の技術の進歩次第では、妊娠と分娩とが全く別の者に分離していく可能性すらあるわけであるから、遺伝的形質の連続と比べて、分娩の事実が親子関係確定の基準として特に優れたものとも思われない。

三 また、第二審と最高裁とで結論が分かれる原因となった本件米国裁判の承認に関する解釈についても、両裁判所の理由は、必ずしも十分なものとは言えない。

すなわち、第二審は、本件米国裁判を承認しないことにより、Zの親が誰であるかについて日米でねじれ現象が起きることがZらの福祉に反するため、本件に関して本件米国裁判を承認することは実質的に公序に反しない、と判示する。しかしながら、Zの親の地位について日米間でねじれ現象が生ずるのは、日本と米国とで代理出産契約の有効性に関する解釈が異なるためであるから、米国での結論に合わせる日本法の解釈を修正することが公序に反しない、と結論付けることは、理論的にはやや難しい。第二審判旨を善解すれば、日本法上、親と解釈される米国在住のA B夫婦に対して、日本法上

の親であることの義務や責任を負わせることは事実上困難であるから、現に日本においてZらを養育しているX₁を親であると認定する本件米国裁判の結論が、Zらの福祉に適う、ということかと思われるが、この解釈を支持するために、親子関係の本質を、現実の生活関係において同居養育していること、と考える必要が前提としてあり、分娩の事実によって母子関係を認定するとの解釈を日本法で採用する以上、母と認定された者がその後において子の養育に関する義務と責任を全うする可否かは、理論的には別次元の問題というほかない。

一方、最高裁の判示は、要するに日本法の結論と異なる外国法の解釈は全て公序違反と言っているに等しく、国際的な法の調和という観点からすると、かなり問題があるように思われる。最高裁判旨は、親子関係の画一的な決定の必要性を制度目的として強調するが、それが国内法における制度的な一貫性という観点のみならず、現実の生活における第三者を含めた法律関係の事実的安定という趣旨をも含むものとすれば、外国法における結論を日本法の結論と異なるという理由で無視することは、第二審の指摘するとおり、かえって当事者の利益を損なう可能性が高い場合もあるであろう。また、実

一題であるように思われる。

質審査権を有しない戸籍実務にとつて、個々の解釈の余地を容れない画一的な判断基準があれば、実務の効率化につながることは明らかであるが、その手段として日本法以外の法は一切参照しないとするのが、理論的に唯一の解決方法であるかは、なお検討が必要であるように思われる。

要するに、この点に関しても、本件における両裁判所の解釈は、親子関係の本質について必ずしも十分な議論をしないまま、制度的・一貫性と現実的妥当性とを同時に解決する手段を強引に模索しているため、理論的にはやや問題が生じてしまうことが避けられないものとなっている感があると言わざるを得ない。

四 もっとも、以上で指摘してきた本件における理由の不十分さについては、裁判所のみならず責任があるわけではなく、むしろ、これまで理論的検討を十分に行ってきたとは言いがたい、学界実務界の双方を含めた法学全体の問題として考えるべきものであろう。従って、本件において最高裁は、この問題が立法により早急に解決されるべきことを判示しているが、むしろ、現行法の解釈をも含めて、親子関係の本質的要素が何であるかを理論的に突き詰める作業が、「法律学」として喫緊の課

であるように思われる。

(1) ここでいう「出生証明書」は、州によって多少制度の詳細が異なるが、対象となる子が出生した事実関係のみならず、子の父母についての氏名、出身地、住所等を証明するほか、父母について目や髪の色等の身体的特徴をもデータとして包含するものであり、子本人の情報のほか親子関係についての証明としては機能する点において、日本の戸籍には匹敵する機能を備えていると考えて差し支えないものである。

(2) 第二審に関する評釈として、早川眞一郎・判タ一三二五五八頁、床谷文雄・ジュリ一三五九号五〇頁、岡野祐子・ジュリ臨増一三三三三〇四頁(平成一八年度重判)、長谷川俊明・国際商事法務三五巻五号六〇六頁、村重慶一・戸籍時報六一号五三頁、原田いつみ・東北法学(東北法学)二九号二七頁、岩志和一郎・年報医事法学二二〇七頁、《座談会》石井美智子・佐藤やよひ・柘植あづみほか・法時七九巻一四四頁、長田真里・法時七九巻一四四頁、荒津史佳・西南学院大学大学院法学研究論集二六号三五頁がある。

(3) なお、X自身の手になるブログによれば、二〇〇八年三月に、XらとZらとの間で特別養子縁組が成立したとことである。向井亜紀(向井亜紀ブログ、二〇〇九年四月二二日付 <http://www.mukataki.com/archlog/?y=2009&ln=04&d=22>)

(4) 水野紀子・曹時六一巻五号一頁、林貴美・判タ臨増一二五六号三八頁、村重慶一・判タ別冊二二号一四二頁(平成一九年主要判例解説)、井上典之・ジュリ一三七九号五四頁、床谷文雄・ジュリ一三五九号

五〇頁、土谷裕子・ジュリ一三四一四一六五頁、中野俊一郎・ジュリ臨増一三四号三三二頁(平成一九年度重判)、窪田充見・ジュリ臨増一三三四号五九頁(平成一九年度重判)、棚田政行・判評五九三二八頁、早川眞一郎・ジュリ別冊一九三三六四頁(家族法判例百選第七版)、石井克典・訟月五四巻三六四二頁、早川眞一郎・法律のひろば六一巻三五八頁、本山敦・法の支配一四七号一〇〇頁、松川正毅・法教三五二一八頁、中村恵・年報医事法学二四号二二六頁、金子洋一・明治学院大学法学大学院ローレブ九号一四九頁、平手里奈・行政関係判例解説平成一九年一五八頁、北村賢哲・法学論集(千葉大学)二三巻二一七三頁、高山奈美枝・明治学院大学法律科学研究所年報二四号一七五頁、岡田幸宏・法七増刊(速報判例解説)二二一四九頁、西希代子・法教三三〇二二頁、門広乃里子・法七増刊(速報判例解説)一四一三五頁、長田真里・法時七九巻一四四頁、《座談会》石井美智子・佐藤やよひ・柘植あづみほか・法時七九巻一四四頁、石井美智子・法時七九巻一四四頁、水野紀子・法時七九巻一四三頁、村重慶一・戸籍時報一六六号二二頁、伊東健次・自治体法務研究一〇号二二八頁、笹沼弘志・法七三三二七六頁、三枝健治・法七三三二四頁、土谷裕子・Law & Technology 三六号九五頁、佐藤文彦・戸籍時報一四四号五一頁、樋口範雄・法教三三二二頁、伊藤滋夫・法七三三三九号四〇頁、若林昌子・リマークス三七号八〇頁、良永和隆・ハイローヤー二七二一四八頁、窪田充見・法教三四一三三三頁、荒津史佳・西南学院大学大学院法学研究論集二六号三五頁、熊谷久世・鎌田晋・沖繩法学(沖繩国際大学)三八号四九頁。

(5) もっとも、現在は、複数人の遺伝子を分離融合して別の遺伝子を合成する理論も進歩しているから、遺伝的連続性についてはさらに議論の余地が出てくる可能性はあるであろう。

(6) 「女性」の形成と対比させてみれば明らかなどおり、「親」としての人格的性質が形成される原因が妊娠のみにあるとはやや考えにくく、むしろ出生後における子の養育の過程で形成される部分が大いものと考えられる方が妥当であるように思われる。また、そもそも「親」として共通する性質のほか、「母」と「父」とで異なる性質をどこまで強調すべきかについては、かつての日本社会における特に支配階層において、父方の血統のみが重視され、母については子(特に男子)を分娩するところが社会的に強く求められていたこととの関係から、慎重に議論をする必要があるように思われる。

(7) 妊婦が事故等により急死した場合や、分娩時におけるリスク回避のために分娩時のみ他の者や機械に胎児を移植する等の有用性は、理論的には否定できないように思われる。また、帝王切開技術は正に分娩リスク回避のための技術であるが、この場合も「分娩」の一種として扱われていることは周知の事実である。

(ほしの・ゆたか 筑波大学准教授)

