

**停滞する生殖補助医療の
論議を進めるために
—代理懐胎は許されるか—**

2010年2月

東京財団政策研究部

本報告書について

本報告書は、日本の文化や文明にまで立ち返って問題の本質を突きとめ、抽象論にとどまらず、現場感覚を大切にしながら、東京財団で2007年11月より実施している「生命倫理の土台づくりプロジェクト」における研究成果である（リーダー：櫛島次郎研究員）。

本報告書は、人の生命・身体の要素の何をどこまで利用してよいかについて、多くの課題を抱えている代理懐胎に関して論点を整理し検討することで、特に日本の政策的取組みが遅れている生殖補助医療への政策対応として、国際比較をふまえ、何をどう考えればよいのかを提示するものである。

研究会メンバー [第一期：2009年4月まで]

櫛島次郎 東京財団研究員、自治医科大学客員研究員

橋爪大三郎 社会学者、東京工業大学教授

島田裕巳 宗教学者、東京大学先端科学技術研究センター客員研究員

洪賢秀 東京大学医科学研究所ヒトゲノム解析センター公共政策研究分野特任助教

小門穂 お茶の水女子大学ジェンダー研究センター研究協力員

大沼瑞穂 東京財団政策研究部研究員兼政策プロデューサー

<本提言に関するお問合せ>

東京財団政策研究部 富田清行 電話：03-6229-5502 email：tomita@tkfd.or.jp

生命倫理の土台づくりプロジェクト

クローン技術やES細胞研究など生命に関わる科学研究は、私たちの想像以上の速さで進展しています。しかし、生命倫理に関する社会的合意も、またそうした進展に伴う法的枠組みも生み出せていません。「生命倫理の土台づくり」プロジェクトは、進展し続ける先端生命科学・医学の研究と臨床応用の何をどこまで認めるかについて、社会の意思決定を行うための根拠となりうる理念の構築を試み、日本の生命倫理政策の論議をリードすることを目標としています。

東京財団政策研究部とは

日本は、バブルの崩壊からようやく立ち直ったかと思うと、今また、グローバルな経済危機に直面しています。さらに年金・医療などの社会保障に始まり、教育や農業・環境などの問題は山積したままであり、国内問題はますますグローバルな問題と直結するようになり、外交・安全保障問題は米欧だけではなく、アジアや新興国などのプレーヤーも加わって、複雑化し、国益の再整理が必要になっています。

このような重大な時期に政治は機能不全をきたし、これらの問題についての、政策論議では対症療法が中心となっており、冷静な分析と検討が十分ではありません。

こういうときこそ、立ち止まって物事の本質をしっかりと見極め、的確な政策を打ち出すことのできる政策シンクタンクの機能が強く求められています。幸いなことに、東京財団は公益法人として、中立・独立の立場で政策研究、提言を行うインフラが整っており、国会と霞が関の間という恵まれた立地にもあります。これらを活かしながら、日本の文化や文明にまで立ち返って問題の本質を突きとめ、抽象論にとどまらず現場感覚を大切にしながら、具体的な案として世の中に提案し、実現をはたらきかけていくのが、当財団の政策研究部の使命と考えます。

1997年に東京財団が設立されてからこれまでの間、民間から内閣に入ったり、霞が関の官僚が政界やアカデミズムに飛び出したり、政策をめぐる人材の流動化は急速に進みました。東京財団の政策研究事業は、こうした流動化した人材の知性や能力を集めながら、世の中を動かす発火点となることを目指します。

目次

はじめに.....	2
第1章 日本の生殖補助医療—これまでの経緯と問題点.....	5
第2章 諸外国の例と日本の現状.....	13
1. フランス—代理懐胎解禁の是非を巡る動向	13
2. 韓国—親子関係に係る二つの動き	24
3. 日本—家族法と生殖補助医療	30
第3章 生殖補助医療の論点整理と政策対応の選択肢.....	37

<執筆分担>

はじめに、第3章	櫛島次郎（東京財団研究員、自治医科大学客員研究員）
第1章、第2章1	小門穂（お茶の水女子大学ジェンダー研究センター研究協力員）
第2章2	洪賢秀（東京大学医科学研究所ヒトゲノム解析センター 公共政策研究分野特任助教）
第2章3	大沼瑞穂（東京財団政策研究部研究員兼政策プロデューサー）

はじめに

研究リーダー 梶島次郎

1. 研究の趣旨と本報告書の位置づけ

「生命倫理の土台づくり」研究は、先端生命科学・医学の研究と臨床応用の何をどこまで認めるかについて、社会の意思決定を行うための根拠となりうる理念の構築を試み、日本の生命倫理政策の論議をリードすることを目的としている。

研究方法としては、人の生命・身体の要素の何をどこまで利用してよいかについて法的・思想的な面から考える生命・身体論と並んで、生命を扱う研究の自由と制約の範囲を、科学の本質と実態の面から考える科学論を二つの柱にしている。

本報告書は、プロジェクトの第一の柱である生命・身体論について、特に日本の取組みが遅れている生殖補助医療への政策対応につき、論点を整理し検討を加えたものである。

2. 生殖補助医療を取り上げる理由

不妊のカップルが子を授かるために体外受精などの生殖技術を用いる「生殖補助医療」は、1970年代末に実用化され、急速に普及して今日に至っている。現在、日本で体外受精により生まれる子はおよそ2万人で、全国の出生数の約2%を占めている。

そのほとんどは、夫の精子と妻の卵子を体外受精させ、得られた受精卵を妻の子宮に移植する、夫婦間の生殖補助医療である。しかし夫婦のどちらかまたは両方に問題があって、精子、卵子または子宮が使えない場合がある。そこで、夫婦以外の第三者の精子、卵子、受精卵または子宮の提供を受けて、生殖補助医療を行おうとするケースが出てくる。そこでは、これまで同一であるのが当然と考えられてきた、遺伝上の親（精子を提供した男性、卵子を提供した女性）、生物学的親（懐胎し出産した女性）、社会的・法的親（養育する責任を負う男女）が分離し、いろいろな組み合わせが出来上がることになる。アメリカ合衆国におけるブザンカ事件のようなケースでは、受精卵を作成するための精子提供者と卵子提供者という遺伝上の親、この受精卵を妊娠・出産する代理母、生まれた子を養育するために提供や代理出産を依頼した社会的・法的親という5人の「親」をもつ子が生まれるということもありうる。そこに、様々な問題が生じうる。

人の生命と身体を構成する要素（臓器、組織、細胞、遺伝子、個人情報など）の、何をどこまで研究や医療に用いてよいかを考えることが、生命倫理の土台づくりには欠かせない。生殖補助医療では、用いられる要素が、単にその人だけでなく、新しい人の生命の誕生につながるものである点が特徴であり、独自の検討が求められる理由となる。

そもそも、人の命の元を、どこまで体外に出してやり取りしてよいだろうか。他の人から精子や卵子をもらって、あるいは代わりに受精卵を懐胎し産んでもらってまで、子づくりする権利はあるだろうか。生殖補助医療を利用して親になることは、誰に、どこまで認められるだろうか。生まれる子の親は誰なのだろうか、生殖補助医療を依頼した人か、精子や卵子を提供した人か、代理懐胎をした人か。

生殖補助医療は他の先端医療と異なり、新たに生まれてくる子と、その子の誕生に関わっ

た様々な立場の人との関係が中心問題になる。精子や卵子や受精卵の利用が、親子関係に及ぼす法的・社会的影響がその中心問題になるのである。

現に、第1章で詳しくみるが、日本ではこの数年、代理懐胎を中心とした生殖補助医療について、具体的なケースが繰り返し社会問題となり、政府審議会の答申も相次ぎながら、必要な立法などの政策を実現するための論議は停滞している。

そこで本報告書は、あらためてこれまでの経緯と問題点をまとめ、取り組まなければならない課題を明らかにすることで、生殖補助医療を巡る公的規範の確立に向けた社会の論議を促進することを目指したい。

3. 臓器移植法審議を先例として一形を見習い、内容は向上を

2009年4月から7月にかけて、国会では、臓器移植法の改正について審議が行われ、連日のようにマスコミを賑わせた。そこでは、議員がそれぞれの信念に基づいて複数の立法提案をし、その間で議論がたたかわされた。

これは、形のうえでは国会審議の一つの模範を示すものだといえる。多様な社会の価値観に基づく生命倫理に関する政策の実現においては、不可欠のプロセスである。われわれは、生殖補助医療に関しても、多様な価値観を反映した複数の立法案が議員提案され、広く社会全体で議論が交わされるようになることを願う。

しかし臓器移植法改正審議の内容は、多くの問題を残した。移植を待つ子どもの患者への同情が基調になって、移植を受けたい側の利益に応えることだけが急がれた。脳死者からの臓器提供を増やすという一点に議論が偏り、人体組織の授受や生きている人からの臓器摘出の規制、提供者の死因究明の適正さの保障など、移植医療を人の尊厳・人権という社会全体の利益に調和するようにするための多くの課題が積み残されてしまった。

生殖補助医療の論議においても、代理懐胎によって子を得ようとする一部の人たちへの同情から、世論が代理懐胎容認に傾き、政府の審議会や国会議員の勉強会に大きな影響を与えた。それまでの代理懐胎禁止方針がぶれただけでなく、代理懐胎以外の生殖補助医療がもたらす人の尊厳や人権に関わる問題（卵子や受精卵の第三者への提供、売買の是非など）への対応が、ここでも置き去りにされてしまった。

2009年6月、フランスで国が主催した生命倫理国民会議の締めくくりの演説で、時の厚生大臣はこう述べた。「倫理は同情ではない、倫理は個別利益に応えることではない、それらを超えた一般の利益に基づいて決めることである」。

ここで言われている、個々の事例への同情に傾きがちな世論調査による政治からの脱却、個別の利益当事者と専門家だけによる政策決定からの脱却は、日本の生命倫理政策においても、中心課題にすべきテーマであると考えられる。

では生殖補助医療において、個別当事者の要望に応えるだけではない、守るべき一般の利益があるか、あるとすればそれは何か。それが私たちの直面する課題である。

4. 本報告書の構成

以上の問題意識と目標に基づき、本報告書は次のような構成とした。

まず第1章では、生殖補助医療にはどのようなものがあり、どのように普及してきたか、そこで何が問題になるかを概観する。

次に第2章では、まず、参考にすべき外国の事例として、フランスと韓国を取り上げる。フランスでは生殖補助医療全般が法規制の対象とされ、代理懐胎が禁止されているのに対し、韓国では生殖補助医療に対する法規制がなく、代理懐胎が水面下でかなり行われている。この両国の状況を分析することで、代理懐胎を法で禁止するとはどういうことか、その結果何が起こるか、法で規制しないとどうなるかを、実際の例に即して知ることができるのである。それは日本での政策の検討に、たいへん参考になるだろう。

そして、日本の現状について、生殖補助医療の中心問題となる家族のあり方に関する日本の家族法の内容を概観した。

最後に第3章では、以上をふまえたうえで、代理懐胎を中心に、どのような立法が必要か、選択肢を検討し、それぞれのメリット、デメリットを提示する。そこでは、これまであまり明確に論じられてこなかった多くの論点を示すことができたと考える。

本報告書が、代理懐胎を中心にした生殖補助医療に対し、私たちがいま何をすべきか、取り組みを進める一助になれば幸いである。

第1章 日本の生殖補助医療—これまでの経緯と問題点

小門 穂

1. 生殖補助医療とは

日本産科婦人科学会用語委員会の定義によると、不妊とは「生殖年齢の男女が妊娠を希望し、ある一定期間、性生活を行っているにもかかわらず、妊娠の成立をみない状態」を意味する¹。自然に子ができなくとも、医学の助けを借りると妊娠できる場合がある。妊娠の成立を助ける医学的治療が、生殖補助医療であり、受ける側の状態に応じた様々な方法が開発されている。

生殖補助医療の方法には、人工授精、配偶子卵管内移植 (GIFT)、接合子卵管内移植 (ZIFT)、体外受精・胚移植 (IVF-ET)、体外受精の一つの方法である顕微授精 (ICSI) などがある。人工授精は子宮腔内に直接精子を注入する方法である。体外受精・胚移植は、女性の体外に卵子を取り出し、受精させ、受精卵を女性の子宮に移植する方法である。顕微授精は、体外で受精させる際に、精子を直接卵母細胞内に注入する方法である。

1978年、イギリスで世界初の体外受精児が誕生した。以降、この技術は世界中で臨床応用されるに至り、近年では体外受精により出生した女性が次世代を出産していることも報じられている²。

体外受精は、女性の身体の外に卵子を取り出し、受精させる技術である。それまで、女性の身体の中にだけ存在していた卵子や受精卵が身体の外側にも存在できることになり、その卵子の持ち主ではない別の女性の子宮に受精卵を移植することが可能になった。

さらに、1954年には精子の凍結保存が、1985年には受精卵の凍結保存が可能となった。これは、配偶子や受精卵の由来する人が亡くなったとしても、配偶子や受精卵は存在し続けられることになったことを意味している。

それぞれの方法に、子どもを欲しいと願うカップルの精子・卵子 (配偶子) を用いる場合と、それらを用いることができず提供精子、提供卵子、提供胚を必要とする場合がある。生殖補助医療により子を持つことを希望する人と、使う配偶子、産む人の組み合わせを表1に示す。

一方で、子どもをほしがっているカップル、つまり、生まれてくる子を養育する予定であるカップルの夫の精子と妻の卵子³を使うことができるので、子にとって養育してくれる両親は生物学上の両親でもあるという組み合わせがある。他方で、精子の提供あるいは卵子の提供、または胚の提供を受けて、子を持つことを希望するカップルの妻が妊娠するというやり方を選択したために、子は、育ての親のどちらかあるいは両方と血のつながりは持たないと

¹ 吉村泰典『生殖医療のあり方を問う』診断と治療社、2002年、3-11頁。一定期間については、日本ではおおよそ2年、アメリカ生殖学会では1年、国際産科婦人科連合では2年とされている。

² Yomiuri Online 2007/05/28 日本で3例目の体外受精児による2003年8月の出産、世界初の体外受精児による2006年12月の出産が報告されている。

³ 拳児希望のカップルが必ずしも結婚しているわけではないが、便宜上、男女のカップルの男性を夫、女性を妻として記述する。

いう組み合わせもある。さらに、カップルの妻が妊娠できない場合に、第三者に産んでもらうという選択も考えられる可能性がある。

第三者からの提供を受けて実施する生殖補助医療や、夫(パートナー)亡き後の生殖補助医療の続行など、親子関係に影響を及ぼすと考えられる組み合わせのバリエーションについて、述べる。

まず、提供精子を用いる生殖補助医療により出生した子にとって、生物学上の父親と社会的な父親が異なることになる(表1④)。提供卵子の場合は、生みの母親(=社会的な母親)と、生物学上の母親が異なる(表1⑤)。精子と卵子の提供を受けて受精卵を作成した場合や、受精卵の提供を受ける場合、生物学的な両親と社会的な両親が異なることになる(表1⑥、⑦)。

このように、第三者からの提供を受けて実施する生殖補助医療により出生した子の親子関係は、養育する両親のどちらかあるいは両方と、生物学的な親が異なることになる。

配偶子の提供だけでなく、第三者の女性に妊娠・出産のプロセスを代行してもらうこともある。これが「代理懐胎」と呼ばれるものであるが、代理懐胎にも様々な組み合わせを想定することができる。まず、体外受精を実施するもので、子を持つことを望んでいる夫婦の受精卵を第三者の女性に生んでもらう場合(表1⑧)や、提供された卵子と依頼夫婦の夫の精子で受精卵を作成し第三者の女性に生んでもらう場合(表1⑨)がある。これらのほかに、代理懐胎する女性に直接、依頼夫婦の夫の精子を人工授精する場合(⑩)もある。

これらは、第三者が介在するものであるが、第三者が介在しない場合には、問題が全くない訳ではない。親子関係に関する問題が起こりうる夫婦内での生殖補助医療の一つに、カップル解消後の実施がある。凍結精子や凍結受精卵を遺して夫が亡くなった後、残された妻がこれらを利用して生殖補助医療を続行する場合(表1②)である。父親が亡くなってから受精、あるいは着床した子が、この父親の子という身分を持てるかどうか争われた例がある。

2. 日本での生殖補助医療

日本では、そもそも生殖補助医療に関する法規制が存在せず、親子関係に関する法律は、このような状況、例えば卵子の持ち主ではない女性はその卵子を用いて作成された受精卵を妊娠、出産するという事態を想定していない。

生殖補助医療の実施に関しては、日本産科婦人科学会の会告がガイドラインとしての役割を果たしている。会告を概観すると、事実婚、あるいは法的に婚姻している夫婦だけが、夫婦間の体外受精を受けることができる。また法的に婚姻している夫婦だけが提供精子を用いる人工授精を受けることができる。提供配偶子を用いての体外受精や、代理懐胎は禁止されている。つまり、表1の①、④のみが容認されている。

体外受精や顕微授精、配偶子卵管内移植、接合子卵管内移植といった生殖補助医療と、非配偶者間人工授精(精子の提供を受けた人工授精)を実施する医師は、日本産科婦人科学会に登録し、実施数や妊娠数、出生数などの臨床実施成績を年次報告することになっている⁴。2007年の実施数を表2、表3に示す。

どのような技術をどこまで認めるかについては、これまでも議論されてきている。2003年、厚生労働省厚生科学審議会生殖補助医療部会は、代理懐胎禁止、卵子・胚提供は容認すると

⁴ 2007年以降、非配偶者間人工授精以外はオンライン登録となっている。日産婦誌 61 巻 9 号

いう報告書を出している。また、同年、法務省法制審議会生殖補助医療関連法規制部会では、提供卵子の場合であっても出産した女性が母親とする報告をしている。2007年には、次項で述べる代理懐胎の実施を公表したタレントの裁判があり、日本学術会議が代理懐胎に関する検討を法務大臣及び厚生労働大臣から付託されて、約1年間に及ぶ審議の末、2008年4月に報告書を出している。日本学術会議は、法律をもって代理懐胎を原則禁止とし、常に分娩女性を母親とすることを提案している。

3. 代理懐胎

代理懐胎において問題とされてきたのは、「母親は誰か」という点である。体外受精という医療技術が可能になるまでは、受精卵が女性の身体の外に存在することはなく、出産する女性が常に生まれた子の血縁上の母親でもあった。しかし、体外受精・胚移植により、受精卵の作成に用いた卵子の持ち主ではない女性が、妊娠・出産する可能性が出てきたのである。

日本では、これまで2件の裁判例で、代理懐胎により子を得た依頼夫婦の妻を、この子の母親とする出生届の受理が否定されている。

2件のうち、依頼夫婦がタレントであったために、マスコミに取りあげられることの多かった一件を紹介する⁵。2004年に、日本人夫婦が、米国ネバダ州で代理懐胎により双子を得る。当地でこの夫婦を両親とする出生証書が作成され、帰国後日本で夫婦を両親とする出生届を提出するが、不受理となる。依頼夫婦の妻は著書やブログなどで、代理懐胎に挑戦することを公言していた。2007年、最高裁が不受理を確定したが、その理由は、立法による解決を望むとしたうえで、現行民法の解釈としては分娩した女性が母親であるとせざるを得ないというものであった。

日本では、「母親は誰か」ということを法律上に明記していないが、昭和37年の非嫡出母子関係に関する最高裁判決⁶が、「分娩者＝母ルール」、つまり生んだ女性が母親であるとしている。

こうした依頼夫婦の裁判例の他に、長野県の産婦人科医師が代理懐胎を実施し、公表している⁷。2000年に初めて姉妹間での代理懐胎を実施し⁸、2009年10月までに、20例の代理懐胎（うち7例では依頼夫婦妻の実母が代理母となった）を行い、11例が出産に至り13人が出生したことが報告されている⁹。なお、一例目は、依頼夫婦が生まれた子を養子縁組している¹⁰。最近のケースでは、生んだ女性が母親として届け出をし、その後、依頼夫婦がこの子を特別養子縁組したと発表されている¹¹。実施している医師は、「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保障などもなく、（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」という理由で、実母が代理懐胎者となることを推奨している¹²。

⁵ 東京高決平成18年9月29日判時1957号20頁、最決平成19年3月23日民集61巻2号619頁。もう一件については、大阪高決平成17年5月20日判時1919号107頁、最決平成17年11月24日判例集未掲載

⁶ 非嫡出母子関係に関する最高裁昭和37年4月27日判決（民集16巻7号1247頁）

⁷ 前述した通り、日本産科婦人科学会の会告では禁止されているため、会告違反となる。

⁸ 根津八紘、『子守うたを奪わないで』、郷土出版社、2004年、121-132頁

⁹ 特殊生殖—代理出産 取り組みと歩み、諏訪マタニティークリニック、<http://e-smc.jp/special-reproduction/sr/surrogate/history.php> 2010年2月12日確認

¹⁰ 根津、前掲書（2004年）、181頁

¹¹ 朝日新聞 2009年4月23日

¹² 朝日新聞 2006年10月16日

4. 死後生殖

次に、カップル解消後の生殖補助医療について述べる。

これは、カップルの中でスタートした生殖補助医療であるが、実施の途中でカップルを解消する、あるいはカップルのどちらかが亡くなってしまったために、カップルでの実施が続けられなくなる場合である。前述したように、現在は、受精卵や精子を凍結できるので、それらが遺されることが想定される。さらに、夫が放射線治療などを受ける前に精子を凍結保存し、その後亡くなったが、遺された妻がこの精子を使用して子を得ようとする場合も考えられる。

こうした場合に、そもそもそのような施術（の続行）をしてもよいか、ということと、そのような施術により生まれた子の親子関係はどうなるのか、という問題が考えられよう。

前者は、生殖補助医療を受けられるのは誰か、つまり生殖補助医療を用いて子を作ってよいのは誰か、という要件に関わるものである。

前述したように、日本産科婦人科学会のガイドラインにより、日本では事実婚を含めた夫婦が体外受精を受けられる。夫婦間の人工授精については特に規定されていない。これらから体外受精卵を凍結保存している夫婦が離婚した場合には、生殖補助医療の続行ができなくなると考えられる。また、凍結精子の利用については、「本人が死亡した場合、廃棄される」という見解が示されている。

なお、日本産科婦人科学会で認められていなくとも実施されることはある。父親が亡くなった後の生殖補助医療で出生した子と、亡父の親子関係に関して、どのような対応がとられてきているだろうか。

日本では、亡父の凍結精子により寡婦が妊娠・出産し、嫡出子関係あるいは死後認知を求める争いが4件起こされているが、いずれも否定されている¹³。

以下にそのうちの一件を紹介する¹⁴。

夫は放射線治療を受ける必要があり、無精子症になる恐れがあることから、治療前に精子を凍結保存した。夫は生前に、自分が死んでも妻が再婚しないならば、凍結精子を使って自分の子を生んでほしいと告げており、親戚にもこの子に家を継いでほしいと伝えている。夫の死後、夫の両親と相談した上で、妻は凍結精子を使って体外受精を行い、子を産んだ。そして、この子が夫の子であるという死後認知を求めたところ、一審で棄却、高裁では許容すべきとされたが、最高裁で高裁の判決が破棄された。

最高裁はその理由として、生殖補助医療技術を用いる人工生殖は、死後懐胎子のように自然生殖では不可能な懐胎を可能としているが、法律はこのような子と亡父との親子関係を想定していないことから、父親は親権者になれず、扶養などもできないとし、さらに、子は相続人になれず、この子と亡父の関係は、「法律上の親子関係における基本的な法律関係が生ずる余地のないもの」としている。

亡夫の凍結精子を用いた生殖補助医療により生まれる子と、亡くなった父親の間には、血のつながりが存在する。この血のつながりの存在により、法律上の父親であると認めるべきであろうか。

¹³ 男性死亡後に保存精子を用いた人工生殖によって生まれた子の親子関係（最高裁平成18年9月4日第二小法廷判決）、ジュリスト（no. 1332）2007.4.10 pp. 89-90、松川正毅解説

¹⁴ 前掲、ジュリスト（no. 1332）2007.4.10 pp. 89-90

5. 問題点のまとめ

このように、生殖補助医療の技術の発展は、これまで考えられなかったような様々な組み合わせで子どもを作ることが可能にしてきた。特に大きい変化は、体外受精・胚移植という技術と、配偶子や受精卵の凍結保存技術であろう。

しかし、親子関係を定める法律はこの技術発展に常に即応している訳ではないため、子を持ちたいと願う大人と、これらの技術を用いて生まれた子が、法律と技術の乖離する空白に入り込む可能性がある。

誰が、どこまで生殖補助医療を使ってよいのか、その場合の親子関係はどうするのか、これらは当事者だけが悩むことではなく、国が社会の合意を形成しながらその姿勢を決めるべき問題である。

表1 挙児希望者、使う配偶子、産む人の組み合わせ*1

挙児希望者		男女の カップル	同性の カップル	独身者	
カップル内 での生殖補 助医療	両者生存	①	非該当	非該当	
	男性死亡*2 (凍結精子/胚を利用)	②	非該当	非該当	
	女性死亡*3 (凍結卵子/胚を利用)	③	非該当	非該当	
第三者から の提供を必 要とする生 殖補助医療	挙児希望者 が妊娠・出産	精子提供を受ける	④		
		卵子提供を受ける	⑤		
		精子と卵子の提供を 受ける	⑥		
		胚の提供を受ける	⑦		
	挙児希望者 が第三者(懐 胎者)に妊 娠・出産を依 頼	依頼夫婦の受精卵を 懐胎者が妊娠・出産	⑧	非該当	非該当
		提供卵子+依頼夫婦 夫の精子で作成した 受精卵を懐胎者が妊 娠・出産	⑨		
		提供精子+依頼夫婦 妻の卵子で作成した 受精卵を懐胎者が妊 娠・出産			
		胚提供を受け、懐胎 者が妊娠・出産			
		精子と卵子の提供を 受けて作成した受精 卵を懐胎者が妊娠・ 出産			
		懐胎者に依頼夫婦夫 の精子を人工授精	⑩		
懐胎者に提供精子を 人工授精					

*1 レズビアンカップルあるいは独身女性が精子提供を受けて、またはゲイカップルや独身男性が代理懐胎による子の出生を望むことは十分想定できるので、男女のカップルのみに限定しなかった。

*2 男性死亡後、凍結精子や凍結受精卵を用いて、パートナーであった女性が子を生む状況を想定している。

*3 女性死亡後、凍結受精卵を用いて、男性の次のパートナーが子を生む状況を想定している。

表2 日本における生殖補助医療の臨床実施成績 (2007年)

(日産婦誌61巻9号 表7、表8、表9から転記)

	新鮮卵を用いた治療成績 (体外受精・胚移植, 顕微授精, 配偶子卵管内移植, その他)	凍結融解胚(受精卵)を用 いた治療成績	凍結融解未受精卵を用 いた治療成績
治療周期総数	115,686	45,411	67
採卵総回数	112,459	-	
妊娠数	15,200	13,964	1
出生児数	10,338	9,257	0
減数手術	57	27	0
妊娠後経過不明数	1,978	1,849	1

表3 日本における非配偶者間人工授精の治療成績 (2006年)

(日産婦誌61巻9号、表10を簡略化)

患者総数	1,113
非配偶者間人工授精 周期総数	3,062
妊娠数	192
出生児数	98
妊娠後経過不明数	64

（参考）公開研究会の実施とアンケート調査結果

東京財団では、2008年11月、公開研究会を実施した。「生殖補助医療はどこまで許されるのか」をテーマに、本研究プロジェクトのメンバーである洪賢秀氏から韓国の状況を報告し、宗教学者である島田裕巳氏と社会学者である橋爪大三郎氏をパネリストとして迎え、討議を行った。50名余りの参加者のうち、17名がアンケートに答えていただいた。以下、その一部を抜粋する。

*代理出産の現状を把握できる良い機会となった。不妊症の女性が多い中、代理出産も一つの選択肢として考えるべきなのかと思っていたが、かなりデリケートな問題が多いと感じたので、日本の中で受け入れられるにはまだまだ考えなければいけないことが多いと思った。

*この問題で、一番保護をしてあげるべきは、生まれてくる子供であると思った。

*（韓国の）生命倫理法制定の経緯、ポリシー、あるいはもっと基本に立ち戻り、法律にしようと考えた理由は解析する価値が大いにあると思う。

*クローン規制の際、国際協調が国連の場でも問題になったが、マルチレイヤーで生命倫理問題は考える必要がある。

*生や死をコントロールすると、人智を超えたものに対する畏怖の念が薄れ、倫理感も変質し、ネグレクトなども起きやすくなるのではないか。

*生殖を望む夫婦の要望に沿った行動がもっと思慮深くなることを望む。生まれてくる子供に対する人間社会の責任を明確にする必要がある。

また、代理出産に対する意見では、12名が条件付き賛成、3名が全面反対、全面賛成は0名、2名が無記入であった。「条件」については、以下のようなご意見が寄せられた。

*卵子提供者、精子提供者の位置づけが法的に整備されれば。

*契約や監視などの制度を整える。

*女性の置かれた状況が良くなった社会でならば。

*条件を詰めることの不可能性も視野に入れて考えるべき。

第2章 諸外国の例と日本の現状

1. フランス—代理懐胎解禁の是非を巡る動向

小門 穂

(1) 生命倫理法における生殖補助医療に対する規定

フランス生命倫理法の立法のきっかけになったのは、体外受精児の誕生（イギリス・1978年、フランス・1982年）が社会に与えた衝撃によるものだった。それは受精という人の生命の始まりに操作の手が及ぶようになったことに対する懸念だった。1994年の最初の立法成立から2004年の抜本改正を経て、2010年に予定されている二回目の見直しに至る現在まで、生殖補助医療のあり方と受精卵の扱いは、常に生命倫理法における最大の争点であり続けてきた。

i. 生命倫理法の基本原則

生命倫理法では、規制の基となる共通の倫理原則を、以下のように定めている。

- ・人は、その生命の始まりから尊重される。
- ・人体要素は売買できない。
- ・人体要素の提供者・受領者の個人情報を守秘。

ii. 生殖補助医療に対する基本規定

その上で、生殖補助医療については、以下のように規制が定められている。

生殖補助医療とは、自然な過程以外での生殖を可能にする技術すべてであると定義される。体外受精・胚移植、人工授精などに加えて、排卵誘発剤の単独使用も含まれる。

生殖補助医療を受ける目的は、医学的な理由により妊娠が困難であるか、または、妊娠することで重篤な疾患をカップル間か生まれてくる子に感染させてしまうリスクを負う男女のカップルの、親になりたいという希望に応えるためと定められている。カップルとは、生きた男女で構成され、生殖年齢にあり、婚姻関係にあるか2年以上の同居を証明できる二人である。つまり、男性が死亡した後に、寡婦が保存されている精子又は受精卵を用いることはできない。離婚や別居後の生殖補助医療の実施もできない。「男女で構成された」という条件に従って、独身者や同性のカップルは、生殖補助医療から排除されることになる。

カップルの中での生殖補助医療がうまく行かなかった場合にのみ、例外的な措置として、第三者から精子／卵子／胚の提供を受けることができる。

iii. 第三者からの提供に対する規定

フランスでは、日本で認められている第三者からの精子の提供に加えて、卵子と受精卵（胚）の提供も、次のような厳格な条件付きで、認められている。

精子・卵子の利用については、以下の規制が定められている。

- ・提供者は、子持ち（生殖の経験があること）でなければならない。
- ・提供により生まれる子の数は5人以内(1994年)→10人以内に緩和(2004年)
(緩和の背景には、提供者不足がある。)
- ・配偶子の提供を得る場合は、少なくとも受領側のカップルのどちらかに由来する配偶子を使わなければならない。精子と卵子の両方の提供は受けられない。
- ・卵子については、自己の、後の利用を目的として、卵巣の保存が可能。
受精卵の利用に対しては、次のような規制が定められている。
- ・カップル内の生殖補助医療が成功しない場合、例外的な措置として、受精卵の提供を受けられる。
- ・カップルの親になるという計画の対象とならなくなった凍結受精卵は、以下の三つの選択肢が与えられる。
 - ①他の不妊カップルに譲る（5年以内に引き取られなかった場合、②/③）。
 - ②研究対象として提供する。
 - ③破棄する。

提供配偶子、提供受精卵に利用に共通して、以下のような条件が課せられる。

- ・これらの提供を受ける場合は、裁判所において書面による同意が必要である。同意した後に、提供配偶子/提供受精卵を用いる生殖補助医療の実施により子が生まれた後に、親子関係を否定することはできない。

代理懐胎については、民法典で代理懐胎契約を認めないこと、刑法典で仲介行為は有償・無償を問わず罰することが定められている（詳細は後述する。）。

iv. 生殖補助医療の実施状況

先端医療庁 2008 年報告書¹⁵によると、2007 年末時点で生殖補助医療の実施を許可されているのは、医療機関 106 施設（全ての機関が年次報告書を提出）、生物学研究所 103 施設（うち、102 施設が年次報告書を提出）である。医療機関は、人工授精・体外授精胚移植・顕微授精・凍結胚の移植を実施する機関を意味する。生物学研究所は、臨床行為は行なわず、人工授精を目的とする精液の調整を行なう機関である。また、2007 年には全出生数 817,911 人のうち 20,657 人（約 2.5%）が生殖補助医療を経た出生であると報告されている。

カップルの精子と卵子を使った生殖補助医療の実施数については表 1、第三者から提供された配偶子を使った生殖補助医療の実施数については表 2、保存胚の状況については表 3 に示した。人工授精についても、また、体外受精についても、第三者の提供を必要とするものより、カップル二人の間で行われる実施数の方が圧倒的に多い。生殖補助医療の 94% がカップル間で行われたものであった。ここからも、フランスにおける第三者を必要とする生殖補助医療は、カップル間でうまくいかなかった場合の限定的な実施であることが伺える。

¹⁵ Agence de la Biomédecine, *Rapport Annuel Bilan des activités*, juillet 2009, http://www.agence-biomedecine.fr/uploads/document/RA_1_2_entier.pdf 2010 年 2 月 12 日確認
Agence de la Biomédecine, *Bilan des Activités de procréation et génétique humaines en France 2007*, août 2009
<http://www.agence-biomedecine.fr/annexes/bilan2008/accueil.htm> 2010 年 2 月 12 日確認

表1 カップル由来の配偶子を使った生殖補助医療実施数*

実施技術		配偶者間人工授精	体外受精・胚移植	顕微授精	凍結胚移植
2007年	実施数	49,240	19,720	31,055	14,461
	出産数	4,923	3,762	6,383	1,858
	出生数	5,345	4,453	7,514	2,032

*実施数は、人工授精の場合は実施周期数、体外受精の場合は胚移植実施周期数

表2 第三者から提供された配偶子を使った生殖補助医療実施数*

実施技術		提供精子				提供卵子			提供胚
		非配偶者間人工授精	体外受精・胚移植	顕微授精	凍結胚	体外受精・胚移植	顕微授精	凍結胚	凍結胚
2007年	実施数	5,378	491	580	311	176	312	208	124
	出産数	777	111	112	54	36	61	26	25
	出生数	825	134	128	63	41	68	26	28

*実施数は、人工授精の場合は実施周期数、体外受精の場合は胚移植実施周期数

表3 保存胚

	胚の数(%)	カップル数(%)
2007年末時点での保存数	154,822(100)	43,282(100)
親になる計画進行中	96,109(62.1)	27,172(62.8)
親になる計画の中止	23,282(15.0)	6,484(15.0)
返答なし/今後についてカップルの意見が不一致	35,431(22.9)	9,626(22.2)

[以上表1～表3は、先端医療庁 2008年報告書(2009年8月公表)より小門作成]

v. 生殖補助医療で生まれる親子関係についての規定

配偶子提供を受けて実施された生殖補助医療により出生した子の親は誰かという点は、1994年に人体尊重法が民法典に規定するまで、いくつもの係争の原因となった問題であった。

1994年以降、民法典には、配偶子又は胚の提供を受けて生まれた子と、提供者の間には、親子関係は確立されず、提供者の責任を問う訴訟を起こすことができないと定められている。

また、配偶子又は胚の提供を受ける前に、受ける側のカップルは、裁判官か公証人に対して提供に対する同意を与えることとしている。この同意があると、提供された配偶子又は胚を用いて生まれた子との親子関係確立を終わらせる、又は異議を申し立てる訴訟を起こすことはできなくなる。特に、提供を受ける側のカップルの男性が、同意した後の生殖補助による子を認知しない場合、この男性は母子に対する責任を持ち、父子関係は法により宣言されることも定められている。

なお、匿名の原則によって提供者と受領者はお互いを知ることができない。配偶子や胚の提供により生まれた子も提供者についての情報を得ることはできない。医療上の必要性がある場合のみ、医師が提供者の無記名の医療情報にアクセスできる。

子が出自を知ることができない現状に対して、配偶子提供により出生した子の当事者団体であるPMA (Association Procréation Médicalement Anonyme) が、2004年の設立以降、子を出自を知る権利を求めて活動している。近年、配偶子提供により生まれた子を対象とした調査の結果が公表されており、提供を伴う生殖補助医療は、子を持たないカップルの福音という側面だけではなく、生まれた子にとって、生物学上の父や母をたどることが出来なくなるという結果をもたらす側面も知られ始めている。

生命倫理法の生殖補助規定において、「子どもは一人の父親と一人の母親の下に生まれる」という伝統的家族の原理が保持されている。シングルや同性カップル、カップル片方の死後など、その原理から外れるケースにおいては、その後の見直しにおいても認められないまま現在に至っている。

フランス「生命倫理法」が守る倫理的理念のなかで、「安定した男女の結びつきにこそ生殖と出生があるという家族観の保護」は堅持され続けていることが分かる。

以上のフランスの生命倫理政策の展開に対し、カトリック教会は一定の影響力を持っているが、「受精の瞬間から人の生命は始まる」との教理に基づく受精卵の利用を禁止せよとの法提案は、常に否定されてきた。一方、男女の結びつきのみからなる家族を保持せよとの価値観は、生命倫理法においても採用され、堅持されている。そのように、キリスト教教義に基づく価値観のすべてがフランスの生命倫理政策に等しく影響を与えているのではなく、取捨選択が行われていることが分かる。

vi. 子宮の利用—代理懐胎に対する規制

代理懐胎とは、自分では妊娠・出産が困難な依頼者が、他の女性（代理懐胎者）に妊娠し出産してもらい、生まれた子をわが子として引き取る行為である。依頼カップルの体外受精卵を代理懐胎者に移植する体外受精型と、依頼カップルの夫の精子を代理懐胎者の子宮に注入する人工授精型などがある。体外受精型の場合、依頼カップルの妻の卵子を用いる場合と、さらに他の女性から卵子提供を受ける場合がある。

生命倫理法では、代理懐胎契約は無効であり（民法典）、有償・無償にかかわらず、代理懐胎を依頼したい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（刑法典）。

この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。事実、この法規定により、代理懐胎の実施は困難であった。さらに、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、国内外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だった。

しかし2007年、パリ控訴院は、米国での代理懐胎により双子を得たフランス人夫婦について、米国で出された出生証書をフランスの出生届に転載することを認めた（2008年に破毀院が控訴院判決を破棄したため、転載は認められていない）。この決定を受け、2008年6月には、議会元老院（上院）の調査検討班が代理懐胎の限定的な解禁を提案し、論議を呼んだ。次にそれについて詳しくみてみたい。

(2) フランスにおける代理懐胎解禁の是非を巡る動き

i. 議会上院が代理懐胎の解禁を提案

2008年6月末、保守的な議会上院（元老院）の調査検討班が、代理懐胎の解禁を提案した。この政策転換の提言は、フランス国内で大きな反響を呼んでいる。代理懐胎の是非に揺れてきた日本にも、影響が及ぶことは間違いない。

ではなぜフランス議会は、代理懐胎解禁への舵を切ろうとしたのだろうか。

ii. フランスでの代理懐胎禁止の根拠

生命倫理法で代理懐胎を禁止した根拠は、人体の構成要素である子宮および母子という身分は、人権の基盤であり、譲渡不可能であるという理由による。

これは、法制定の前、1991年に出された、代理懐胎により出生した子を依頼夫婦の妻が完全養子とすることを禁じた破毀院（日本の最高裁に相当）判決の論旨を援用したものである。それによると、契約の対象である商取引において存在できるのはモノだけであり、代理懐胎契約は人体と民事身分の処分不可能性の原則に反しており、養子縁組制度の濫用にあたるとしている。

代理懐胎を行う医療行為自体を禁止する条項はないが、代理懐胎は法で定められた生殖補助の目的外の行為となるので、違法となると考えられている。代理懐胎を依頼するカップルの夫と、依頼に応じる女性の組み合わせでは、医療機関で人工授精を受けることも体外受精した胚を移植してもらうこともできない。生殖補助医療を実施する医療機関では、施術を受けるカップルが本物のカップルであるかどうかを、家族手帳等を提出させ厳しく確認している。

生命倫理法制定以降、フランスでは、代理懐胎が「禁止されている」という認識が広まったが、実施がなくなることはなく、国内外で代理懐胎により出生した子と依頼カップルの親子関係を争う裁判が後を絶たない。代理懐胎を支援する当事者団体によると、毎年100組以上が代理懐胎を求めて外国に渡っているという。

iii. 流れを変えた「メネッソン判決」

議会上院が代理懐胎解禁提言に踏み切る直接のきっかけになったのは、2007年10月にパリ控訴院（日本の高裁に相当）が、米国で代理懐胎を実施したフランス人夫婦を、生まれた子の両親として出生届に記載することを認めた判決を出したことだった。

それまでフランス国内で秘密裏に、あるいは合法である外国で代理懐胎を実施したとしても、生まれた子との親子関係を確立することは困難だった。フランスの裁判所は、それらの事例で親子関係の成立を認めてこなかったからである。パリ控訴院の判決は重大な判例変更であり、代理懐胎禁止の法規定の見直しを迫る事態だった。そこで議会は、判決が出た2ヶ月後の12月に、上院に調査検討班を設けたのである。

問題のケースは、次のようなものである。

フランス人であるメネッソン夫妻は、夫の精子と提供卵子によって、米国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、夫婦が親であるとする証明書に基づき、同年11月にフランス帰国後、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懐胎者の名を記入すべきなのに、

依頼夫婦の妻の名を記入したことが偽装とされたのである。

フランス法には、母親の定義を定めた明文の規定はないが、分娩行為が母親を指し示すというローマ法の格言に従うことが法的慣習とされている。子を産んだ女性が「母親」として登録されるのである。

民事身分偽装については、2004年にクレティユ大審裁判所が予審免訴としたが、国側は米国で作成された出生証書の民事登録簿への転載取り消しを求めて争った。その結果、2007年10月パリ控訴院は、米国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。「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」というのがその理由である。これに対し国側は上告し、2008年、破毀院は控訴院判決を破毀するという決定を下した。しかし、控訴院判決から上院調査委員会の報告へと至る流れは、1994年以降堅持されてきた「代理懐胎禁止」の方針を覆す方向へつながるものと受け止められている。

iv. 日本の類似のケースとの比較：立法につながる展望の違い

メネッソン判決は、日本で同じように代理懐胎容認の流れをつくった、前章で述べた、日本人タレント夫妻の裁判例と類似点を持つ。

日本では代理懐胎は法的に禁止されていないが、日本産科婦人科学会が会告により会員に実施しないよう呼びかけており、さらに分娩した女性が母親であるとする最高裁判例が存在するため、国内で代理懐胎を実施し実子として届け出することは非常に困難である。そのため、米国内の合法である州など、海外へ代理懐胎を求めて渡航するカップルが存在する。そのようにして子を得た夫婦のほとんどは実子として現地の領事館に届け出ていると思われ、親子関係の確立をめぐる裁判例は多くない。日本人タレント夫妻の場合は、自身の著作やブログ等で代理懐胎を実施することを公言していたため、不受理となったのだろう。

メネッソン夫妻と日本人タレント夫妻のケースは、合法である海外で代理懐胎を実施し、当地で夫婦が両親であるという出生証書を作成している点、しかしその出生証書が本国では認められなかった点で、共通している。メネッソン夫妻のケースは、議会の調査検討班設置につながり、日本人タレント夫妻のケースは、日本学術会議での審議が始められるきっかけとなった点も共通している。

しかし、元々の法的基盤とその後の対応は、非常に異なっている。フランスには、前述したように、生殖補助医療全般を規制する法令が施行されていた。そのため、メネッソン判決が出た後も、既存の代理懐胎禁止の法規をどのように見直すべきか、容認するならどのような条件が必要かについて、具体的に短時間で効率よく検討された。それに対し日本では、生殖補助医療に関する法令がなく、日本産科婦人科学会の自主ガイドラインがあるだけで、代理懐胎禁止の法的根拠の検討も、容認のための条件の検討もなされていなかった。そのため、日本人タレント夫妻のケースが代理懐胎容認の世論を喚起した後、禁止の立法を答申していた厚生労働省の審議会報告は棚上げにされ、日本学術会議に検討のやり直しが諮問され、さらに多くの年月を費やす混乱を招いた。

2008年3月に出された同会議の報告は、代理懐胎は原則禁止とするが臨床試験として例外的に実施を認めるという玉虫色の曖昧な結論で、例外の条件や管理体制などの具体的な検討と提言にまでは至らず、実際の立法につながる展望は拓けないままになっている（詳しくは第1章参照）。

v. 議会上院の提案した代理懐胎解禁の条件

議会上院検討班の報告書は、フランス国内で限定的な実施を認めることで、米国などでの商業的利用や親子関係の係争を回避できるとして、以下に示す厳しい条件を満たす場合のみ、実施を許可するよう法改正をすべきであるとしている。

[依頼者の制限]

- ・ 依頼人は、男女で構成され、結婚しているか 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。このカップルの女性が、分娩まで妊娠を続けられないか、妊娠を続けると自分自身または子の健康に危険をもたらす可能性がある場合に限定される。少なくともカップルのどちらかの配偶子を使う（この条件は、生殖補助医療を受けられるカップルの要件とほぼ同じであり、カップルの安定と医学的な理由を必要条件とするものである。）。

[代理懐胎者の制限]

- ・ 代理懐胎者は、特に問題のない妊娠経過を経て、少なくとも一人以上の子を生んだ経験を持ち、フランスに居住する女性に限定する。自身の卵子を使ってはならない。報酬は受け取れないが、依頼カップルから、社会保障がカバーしない出費に対し「妥当な補償」を受け取ることができる。一人の女性は一度だけしか代理懐胎できない。依頼カップル女性のいとこや姉妹は代理懐胎者となることができるが、母親は代理懐胎者になることができない。代理懐胎者だけが、人工妊娠中絶を求めることができる。

[実施要件]

- ・ 当事者（依頼カップル、代理懐胎者）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必要とする。実施臨床医、実施機関も資格が必要である。
- ・ 仲介者は非営利のみ、先端医療庁の認可が必要である。宣伝は禁止される。
- ・ 子の遺棄の教唆および仲介の罪は維持され、代理懐胎に関する規定を守らない場合にも適用される。
- ・ 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、依頼カップル、代理懐胎者、必要な場合には代理懐胎者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。
- ・ 代理懐胎者が子の法律上の母親になりたい場合は、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。代理懐胎者がそう望まない場合は、依頼カップルの名前が、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、これまで通り禁止される。

報告書は解禁の根拠として、代理懐胎は人体の尊重に抵触するものではなく、卵子や臓器の提供などと同じ、「熟慮のうえの限定された贈与」という位置づけができるとしている。そのうえで、法が定めていた人体尊重の倫理原則（同意、無償）と公的な監視の体制が適用されるとする。つまり、先端医療に対する既存の法的枠組みを代理懐胎にも及ぼすことで、人の尊厳に反する商業化や女性の搾取を防げるという立場を採っている。

また代理懐胎を契約として認めないとすることで、母子身分は譲渡できないという原則を保とう

としている。さらに、代理懐胎の限定的な合法化は「子どもへの権利」を伴うものではないと宣言する。つまり、子どもを持つためには誰もが何をしてもよいとは認めない、ということである。

vi. 解禁提案の波紋

このように上院の報告書は、大胆な政策転換を提案するものだった。この提言は今後、広範囲に影響を及ぼすことが予想されるが、直後の反応としては以下のような意見がみられた。

哲学者で上院検討班の公聴会でも意見を述べたエリザベート・バダンテールは、リベラシオン紙へのインタビュー（2008年6月26日）に対し、代理懐胎解禁への賛意を表明し、「人工妊娠中絶から分かるように、幻想を抱かず、胎児との関係を築き上げることなく妊娠することは可能である」と応えている。米国式の商業的な代理懐胎にならないよう法的な枠組を設ければよく、代理懐胎者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懐胎者になってはならないと指摘している。

これに対し、精神分析学者のカロリーヌ・エリアシェフと産婦人科医のルネ・フリドマンは、ルモンド紙に出した論評（2008年7月1日）で、代理懐胎解禁に異議を唱えている。彼らは、妊娠は単なる荷運びではなく、もうすぐ母親になる女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、同じくルモンド紙に寄稿した論評（2008年7月4日）で、上院提案に別の角度から異議を述べている。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庁の認可を受けねばならないとしている。これに対しオジエンは、それは国民一人一人の自己決定に任せるべき事柄だと述べる。無償であるかしないか、あるいは同性カップルやシングルが代理懐胎するかしないかを自ら決めることはスキャンダルなのか、と彼は問うている。

vii. 利他的代理懐胎を認めることで、代理懐胎ツーリズムは減らせるのか？

フランスは、代理懐胎を禁止してきたが、国内外で実施を依頼しようとする者は存在する。これまでの裁判例や当事者団体の活動から、一定の数のカップルが、代理懐胎が許されている外国へ代理懐胎ツーリズムをしていることも分かっている。今後、代理懐胎禁止の現行法を維持するとしても、そのように生まれてくる子の法的地位をめぐる係争はなくならないだろう。代理懐胎という行為がどのような意味を持つのか、人体の尊重とは何か、母子身分の譲渡は許されるのかなどについて、当事者から問題提起がされ続けており、立法者側もそれに応えようとしている。

今回の上院検討班の提言によって、2010年頃に予定されている「生命倫理法」の見直しにおいて、代理懐胎の合法化が新たに争点の一つになる流れがつけられた。

viii. 2009年の動き

2010年に予定されている生命倫理法改正に向けて、2009年には、議会と政府機関から報告書が出された。また、生命倫理法改正作業においては初めての試みである「Etats Généraux de la bioéthique（生命倫理全国国民会議）」が実施され、市民パネルが専門家と議論し、改正に対する勧告を発表した。

以下に、OPECST（議会科学技術評価局）報告書、Conseil d'Etat（国務院）報告書、Etats Généraux勧告の中で生殖補助医療に関連する箇所の概要を挙げる。

【OPECST 報告書】

- ・生殖補助医療を受けられる人の要件拡大（独身女性・同性カップル）に関して：
「カップルの安定」の評価を再考すべき。
独身女性、死後生殖は容認。
同性カップルの利用については議論が必要。
- ・代理懐胎に関して：
現行の禁止を維持すべき。
- ・提供配偶子・提供胚により出生した子の出自を知る権利（提供者を知る権利）に関して：
親子関係に影響を及ぼさない範囲で、提供者の非識別情報を知らせることは検討すべき。
提供を受けて生まれた子が成人後に、この子本人が求めた場合に限定すべき。

【Conseil d'Etat 報告書】

- ・要件拡大に関して：
現状の規制を維持すべき。
同性カップルの利用についてはより深い調査が必要。
- ・代理懐胎に関して：
現行の禁止を維持すべき。
- ・出自を知る権利に関して：
提供を受けて生まれた子が成人後に、子が求め、提供者が同意した場合に限り、非識別情報を知らせるべき。

【Etats Généraux 報告書】

- ・すべてのカップルには親になる権利がある。同性カップルの養子縁組に賛成する。
- ・生殖補助医療は、「自然な生殖のための医学的な対応」であるとの理解から、独身者や同性カップルが生殖補助医療を受けることは好ましくない（現行法を維持すべき）。
- ・提供配偶子により出生した子は、提供者の匿名化された医学情報にアクセス可能とするべき。
- ・代理懐胎は現行法の「禁止」を維持すべき。

（3）日本の政策課題についてフランスの例から考えられること

i. 代理懐胎を巡って：「容認」判決の意味、養子制度との兼ね合いなど

代理懐胎の法規制について、契約無効とする規定は当事者間に紛争があったとき契約内容を強行できないという効果しかない。代理懐胎を実施した医療者は、生殖補助医療の目的要件違反で罰することができるため、代理懐胎に限定した罰則は設けられていない。

これらの状況から、フランスが法律で代理懐胎を禁止しているとはストレートに言い難いことがわかる。実施行為にすべて刑罰を科すのでなければ禁止とはいえないが、実施行為とはすなわち夫婦間以外での子づくりを国が禁止することにつながるため、そこまでの禁止立法を行っている国はない。

次に、パリ控訴院が代理懐胎による親子関係を認めた判決の意味について考えてみると、国内で

違法と明文の法規定があるなら、裁判所はそれを覆すことはできないはずである。問題にされているのは代理懐胎契約自体ではなく、外国で合法とされた出生届のフランス国内での効力についてであろう。一般に民法では、外国で合法とされた契約を国内で保護するのは適法であるはずである。

また、代理懐胎であることを伏せて、産んだ女性が実子として出生届を出し、その子を養子として依頼者が引き取れば、親子関係を成立させることができ、事実上代理懐胎が可能になるのではないかという疑問がある。しかしフランスの養子制度では、公的な待機リストに登録し順番待ちをする必要があり、産んだ女性が引取先を指定することができないので、それは不可能であると考えられる。

ii. 二つの異なる問題：生命操作と親子のあり方

生命倫理法立法の最初のきっかけになった、体外受精児の誕生が当時の社会に与えた衝撃は、親子のあり方への影響に対する懸念ではなく、生命の始まりに人の手が触れることへの抵抗であった。それから四半世紀が経過して、生殖補助医療は受容され定着し、フランス社会においてさえ受精卵に手を触れることに人々は慣れてしまい、抵抗が薄れてしまったようである。

その一つの指標として、生殖補助目的で作成され保存されながら使われなくなった受精卵の破棄の問題がある。1994年の最初の立法では、明文の規定を置いてあからさまに保存受精卵の破棄を容認することが避けられたが、2004年にはついにそれが明文化された。所管行政当局は、保存受精卵の数は公表しているが、そのどれだけが廃棄されたかの数は公表していない。

iii. 「自然な」生殖とは

フランス生命倫理法は「自然の」生殖を尊重し、そこから外れる技術の実施に対し厳しい規制をかけてきた。第三者からの精子提供を奨励し、卵子提供者の条件を緩和したことも、「自然な」親子関係の範囲を変えようという意図はない。重視されるのは精子や卵子の由来ではなく、子を得る主体が生殖年齢にある生きた男女のカップルに限定されていることである。そこが同性カップルなどに拡大されることはこれまでになく、生命倫理法が守る家族像は変容していない。第三者からの卵子提供による生殖補助の実施数が少ないのは、他者の血が混じることへの抵抗があるためではなく、提供者が少ないためで、提供を望む待機者は多い。

iv. 立法の基盤：日常生活との親和性／自由と社会秩序の関係

フランスは、なぜこれだけ生殖関連分野に膨大な法規制をかけることができたのだろうか。逆にいえば、日本ではなぜ生殖補助医療に対する立法が行われないのであろうか。

フランスでは日本よりも、一般の人にとって法が日常生活からかけ離れたものではなく、なじみ深いものである（親和性がある）という素地があるために、法がカップルや親子のあり方に介入してくることに抵抗が少なかったからではないか、というのが考えられる一つの答えである。

それに対して、日常生活と法の親和性というよりは、個々人の自由・権利と社会全体の秩序との関係に対する理念の違いの問題だという議論もある。アメリカ合衆国ではこの分野の立法がほとんどないが、アメリカは裁判社会といわれるように、日常生活と法の親和性は高い。フランスをはじめヨーロッパでは、社会全体の秩序が個々人の自由の前提とされ、個人の権利を国家が法で制約することがあるのは当然とされているのに対し、アメリカでは逆に個人の自由があつてはじめて社会の秩序が成り立つとの理念で社会が成り立っているため、法規制は極小に抑えられるものと考えら

れる。

産科のクリニックで行われている生殖補助の実態は、どこの国でもそう大差はない。だがフランスやイギリスでは、体外受精を行う施設は国の許可制とされ、資格や設備などの条件に制限を設けている。これは生殖補助医療を受ける権利に対する法的制約になる。だがそれは、少なくとも現在では、体外受精を抑えるためという倫理的要請ではなく、質を確保するという行政管理上の要請によるものとなっている。

v. 親子関係を成り立たせるもの—DNA 親子鑑定の規制

生殖補助技術関連の規定は、フランス生命倫理法のなかで、重要ではあるがあくまで一部の要素でしかない。しかし他の要素、たとえば遺伝子関連技術の規定においても、生殖補助医療に対するのと同じ理念による規定が見いだされる。親子関係は遺伝子のつながりだけではなく、親であろうとする意思と行為によって成り立つとの理念に基づき、DNA 鑑定による親子関係の判定の実施を抑える厳しい規制を課しているのである。そこに見られる親子のあり方の理念は、精子や卵子の由来ではなく、親となろうとする意思を持つ人を親とする、生殖補助医療に対する規定における理念と一貫しているといえる。

2. 韓 国—親子関係に係る二つの動き

洪 賢秀

(1) 韓国の生殖補助医療のこれまで

韓国における代理懐胎をめぐる主な出来事

年	代理懐胎をめぐる主な出来事
1985	韓国初の「試験管ベビー」二卵性双生児誕生
1989	大韓産婦人科学会が代理懐胎者（代理母方式）による出産成功事例（3例）を公式発表
1991	大邱地方裁判所による代理懐胎者契約の無効判決
1996	ソウル家庭裁判所の判決（代理懐胎者の事実判明した離婚裁判）
1999	大韓産婦人科学会による「補助生殖術倫理指針」制定
2001	大韓医師協会による「医師倫理指針」制定 商業目的の代理懐胎者斡旋業者「DNAバンク」開業
2004	「生命倫理および安全に関する法律」公布
2005	生命倫理法の施行、卵子売買斡旋業者の摘発、代理懐胎の現状が露呈
2006	大韓医師協会による「医師倫理指針」から「代理母」規定削除
2007	ベトナム女性に対する現代版「シバジ」訴訟（養育者変更願い）
2008	卵子売買斡旋業者の摘発、代理懐胎の現状再び浮上

韓国の生殖補助医療は、長年の人口抑制政策で培われた避妊技術（腹腔鏡手術）が、少子化に転じた1980年代以降に、不妊治療のための技術として方向転換されて普及した経緯がある。体外受精の普及とともに子宮のない女性の卵子を第三者に代理懐胎させ、出産した成功例が1989年にはじめて公式発表された。

生殖補助医療の中心にいる大韓産婦人科学会では、1993年5月6日に「人工受胎の倫理に関する宣言」を制定し、これに準じ1995年から1992年以後の国内の生殖補助医療の現況を調査・報告している。だが当初の1992年から1993年の現状報告では代理懐胎の実施数が公表されていたものの、その後は項目から削除された。その背景は、明らかにされていないが、代理懐胎の実施数を公表することは、医師側が倫理的問題を伴う代理懐胎を推奨しているかのような誤解を避けるためのものと考えられる。

前述したように代理懐胎の実施数およびその詳細は明らかではないが、代理懐胎が行われていることは、関連学会での事例報告から垣間見られる。

生殖補助医療が韓国社会に普及していくなかで、2005年の卵子売買の斡旋業者が摘発されるなど第三者の介入によって引き起こされる倫理的な諸問題がしばしば社会問題として取り上げられるようになった。

一方、1990年代後半には、男児選好のための生殖補助医療の利用が著しくなり、人口の男女比の

均衡が目に見えて崩れるまでになった（詳しくは洪、「韓国における生殖技術への対応」『現代生殖医療－社会科学からのアプローチ』201－221頁を参照）。

（２）実施情況

韓国では、「生命倫理および安全に関する法律（以下「生命倫理法」とする）」が成立（2005. 1. 1. 施行）されたことにより、保健福祉家族部によって胚の管理体制が体系化された。その法的根拠は以下のとおりである。

「胚作成医療機関と胚研究機関は、余剰胚の保管および提供等に関する事項を保健福祉部令の定めるところにより保健福祉部長官に報告しなければならない。（法律第 20 条第 3 項）」

「胚作成医療機関と胚研究機関は、法第 20 条第 3 項の規定により当該年度の余剰胚の保管および提供に関する記録を別紙第 12 号書式による余剰胚保管・提供実績台帳を作成し、次年度 2 月末まで保健福祉部長官に提出しなければならない。（施行規則第 12 条第 1 項：余剰胚の保管・提供等の報告）」

表 1-3 は、上記の生命倫理法に基づき、133 の胚作成医療機関を対象に行われた『2006 年度胚保管および提供現況の調査結果（2007. 12.）』を整理したものである。

表 1 は、2006 年 12 月現在、韓国で体外受精を行っている施術機関の数と施術数を示したものである。7 つの機関が、年間 1,000 件以上の施術を行っており、全体施術数の 50.3%を占めている。

表 1 2006 年 12 月現在の体外受精の施術

施術数	施術機関の数 (%)	施術数 (%)
0	7 (5)	0 (0)
1～11	17 (13)	54 (0.2)
12～99	59 (44)	2,530 (7.7)
100～499	35 (26)	7,883 (24.0)
500～999	8 (6)	5,820 (17.8)
1,000 以上	7 (5)	16,496 (50.3)
合計	133 (100)	32,783 (100)

人胚は、表 2 でみられるように、2006 年には 211,699 個作成された。そのうち、69,144 個が廃棄され、保管しているのは 35,332 個である。2006 年は、研究用に提供されたとする人胚は皆無であった。これは、当時発覚した ES 細胞データ捏造事件の影響があると推測される。

表2 2006年胚作成および利用・保管（例）

	作成した 人胚の数	妊娠に 利用した数	廃棄した数	研究用提供	保管して いる数
2006年	211,699	107,223	69,144	-	35,332
2006年以前	94,173	6,608	3,371	6	84,188
合計	305,872	113,831	72,515	6	119,520

表3では、2006年に行われた体外受精の詳細を示したものであり、合計32,783件の施術が報告されている。第三者の介入は、476例があり、そのうち、第三者の卵子使用が236例、精子利用が240例であった。顕微授精や体外受精における第三者の卵子、精子の使用は全体からすると各1%にすぎないものの、第三者卵子利用は2005年の213例に対して2006年は236例、第三者精子利用の場合には、2005年の207例に対して2006年は240例と増えている。

表3 2006年12月現在の体外受精の詳細

施術の種類	合計	配偶者の 配偶子を使用	第三者の 卵子使用	第三者の 精子使用
顕微授精	15,253	14,992	143	118
体外受精	12,191	11,982	92	117
胚卵管内 移植	13	12	1	0
自然周期 体外受精	458	453	0	5
凍結胚移植	4,868	-	-	-
合計	32,783	27,439	236	240

(3) 法規制の現状

既に述べたように2005年から施行された生命倫理法では、体外受精により胚を作成する医療機関を国の認可制とし、また、精子・卵子の売買と斡旋を禁止することが規定された（生命倫理法第13条③）。

法第13条（胚の作成等）

③何人も金銭または財産上の利益その他の反対給付を条件に精子や卵子を提供または利用し、もしくはこれを誘引または斡旋してはならない。

しかし代理懐胎の是非や、第三者からの提供を伴う生殖補助医療の許容条件などは、子どもを得るための最後の手段として残しておきたいという立場をもつ医師側と、それに反対する女性団体側での意見が対立したまま、規制するまでには至っていない。

(4) 代理懐胎の現状、世論の受け取り方とその背景

代理懐胎は法規制がなく水面下で行われている。国民感情としては否定的なイメージが強く、表に出ないため、実態の把握は困難である。

その背景には、伝統的な父系家族制度を維持するために貧しい女性を使役してきた慣習（シバジ＝自然生殖により嫡子を設ける婚外出産契約）の記憶や、不妊は健常でない、性の取引である、母性の冒瀆であるなどの捉え方があるようである。

2004年に保健福祉部（日本の厚労省に相当、現在は保健福祉家族部の改編）が行った世論調査でも、代理懐胎を許容しない人が7割以上を占めた。一方、法規制を支持する声は少なく、問題を表沙汰にすることを忌避する様子が窺える。

(5) 親子関係についての法規定

法的には、代理懐胎で生まれた子は代理懐胎した女性（とその夫）の子となる。依頼者の子とするには、代理懐胎者側が親子関係不存在の訴訟を起こし、依頼男性が婚外子として認知、依頼女性が養子とするしかない。離婚による慰謝料および財産分割請求や養育権の要求する離婚訴訟の過程で代理懐胎契約が明らかになったケースでは、代理懐胎契約を公序良俗に反し無効とする判決例がある。

また、生命倫理法違反で卵子売買斡旋業者が摘発された事件では、代理懐胎の具体的な契約内容が明らかにされた。その主な内容は、①妊娠と出産に関するすべての危険・責任は代理懐胎者が負う、②代理懐胎者が既婚者の場合には配偶者の同意が必要である、③依頼者は、民事・刑事上のいかなる損害賠償や責任を持たない、④障害をもった子どもが生まれた場合、依頼人は親権を拒否できる、というものである。一方で、依頼者が契約を破棄できる条件としては、代理懐胎者が、妊産婦として常識的に理解し難い行動、具体的には、飲酒、喫煙、性交などを行い発覚した場合、また連絡不通になった場合などとされている。もしこれらを違反した場合には、受取った金額の2倍を斡旋者や依頼者に返金しなければならない。契約金の支払い方法は、契約時に100万ウォンを、体外受精成功日から毎月100万ウォンを代理懐胎者に支払う。体外受精が失敗した場合にも1回当たり100万ウォンを支払い、計3回までを限度とする。残金は出産後の親権放棄書の公証を受け、異常がない場合に支払われる。これらの契約書などには、依頼夫婦の個人識別情報を書く欄がなく、その匿名性が守られている反面、代理産産者の場合にはすべての書類に住民登録番号などの個人情報を入力するようになっていた。このような契約内容から垣間見られるように代理懐胎を請け負う女性の弱い立場や、依頼する側が生まれてきた子どもを選択するというような非人道的な契約状況が報道され、問題視されている。

韓国では代理出産に関する立法の動きはあったが合意点が見いだせず、問題点が絞り込めない状況にある。ここでは、親子関係を規制するか、技術自体を規制するかという二つの方向が考えられる。

(6) 代理懐胎をする女性：経済格差の問題

韓国ではどのような女性が代理懐胎者になるのだろうか。

韓国で「伝統的」家族制度の維持のために行われていた慣習（シバジ）では、貴族階級が経済的・社会的に弱い立場にある女性に出産を依頼していた。

現在でも、国内だけでなくベトナムや中国の朝鮮族などの経済的・社会的に弱い立場にある女性が代理懐胎を請け負っている。費用の相場でも、韓国女性が一番高く、次いで朝鮮族女性、ベトナム女性の順に差がつけられており、経済格差が背景にあることが明らかである。最近、ある不妊カップルが偽装離婚をし、ベトナム女性と再婚した後、2人の子どもだけを取り上げ、その女性と離婚した。その後、離婚した男性は元の妻と再婚し、ベトナム女性が産んだ子どもを育てていることが、養育権を争う訴訟で明らかになった。この事件は、韓国・ベトナム両社会で大きく取り上げられ、経済格差を利用した「現代版シバジ」と呼ばれている（『シバジ』議論となったベトナム新婦、養育権敗訴」というタイトルで各マスコミは、ソウル家庭裁判所がベトナム女性A氏が元夫に対して二人の子どもの養育権を請求した訴訟を退いたと2009年2月15日に一斉に報じた。このケースは、生殖補助医療を介した代理懐胎のケースではない。だが、ベトナム女性A氏の元夫は、代理懐胎〈シバジ〉の契約をしたと主張しており、金銭の授受によって子を簡単に得ることができるという安易な考え方が窺える。）

(7) 「家」制度との関係—韓国と日本の違い

次に、生殖補助医療の需要の背景となる家制度について、韓国と日本を比較してみる。

韓国では、歴史的に儒教社会であった背景を持ち、家は父系で継がれていく原理が明確である。

それに対し日本では、家制度は職業と結びついていて、その継承の原理は血のつながりよりもむしろ能力だったとの指摘がある。娘を有能な男子に嫁がせ家業を継がせるのがその端的な例である。しかし現在日本社会では継ぐべき家業はほとんどなくなり、人間関係の基盤として家族を重視する観念が希薄になった。家業の代わりに墓が継ぐべきものとして残り続けていたが、最近はそのも大きく変化している。そのなかで、自分の子を持つとする需要ないし動機は、家の存続ではなく個人の満足になってきて、自分の遺伝子へのこだわりにもなっているように考えられる。

韓国でも、近年伝統的な家族構造は急激に変化しており、特にいまの30代と40代の世代を境にした隔たりが顕著である。離婚や国際結婚の増加、戸主制や養子の同族制限を廃止する民法改正などがその現れである。

かつて海外に送るしか引き取り手がなかった子を、国内で養子にする方向に政策も変わってきた。先の世論調査でも、不妊のカップルに生殖補助医療を薦めると答えた人より、養子を薦めると答えた人のほうがやや多かった（約41% vs. 45%）。

(8) 生まれてくる子への責任と保護

韓国では、朝鮮戦争による孤児の多くが海外に養子に出されていたことは長年タブーだった。しかし最近、それらの海外養子が帰国し、表に出て社会に問題を訴える動きが出ている。

彼らは、養子縁組はするな、産んだ人が責任をもって育てろ、と主張している。また未だに障害児は国内で忌避され、海外に養子に出されているようである。

こうした問題提起は、生殖補助医療において産む人の責任と生まれた子の保護について考えさせられる例だといえる。

(9) 保護されるのは遺伝的つながりか親になる意思か

韓国では、第三者を介した生殖補助医療の利用が普及していくなか、親子関係の在り方についての議論は乏しい。「親子を決めるのは、血のつながりか、親になろうとする意思か」を考える上で、

二つの異なった動きがあり、今後注目に値する。一つは、養子縁組制度の変化である。これまで血のつながりを大事にしていた養子制度から血のつながらない者を子どもとして完全に取り込む養子制度の導入への変化である。民法第 866 条から 908 条に、本来の姓を維持する「一般養子」と、養親の姓を受け継ぐ「完全養子」制度を区分（2008. 1. 1. 施行）した。さらに、民法に基づく「入養（日本の養子縁組に相当）促進および手続きに関する特例法」では、韓国内の養子縁組の促進のみならず海外養子縁組に関する法的根拠を備え、血のつながりを超え「親になる意思」を尊重した親子関係への方向付けをしている。

一方の動きとして、このような韓国政府の政策とは逆に、DNA 親子鑑定の登場によって血のつながりを確認する動きも顕著となっている。2008 年 8 月現在、韓国保健福祉家族部に登録している遺伝子検査機関は、176 ヶ所であるが、DNA 親子鑑定の利用状況についての統計はない。ただ、大手の遺伝子検査機関での聞き取り調査によると、近年 DNA 親子鑑定の検査結果により離婚となるケース、または離婚のために検査が用いられるケースが増えているという。

以上でみられるように、子どもの福利から「血のつながり」よりは、「育てる意思」を、これまで「信頼」という絆で成立していた父子関係は、技術の登場によって「血のつながり」を確認することが促されている。今後の生殖補助医療、とくに第三者を介して生まれてくる子どもの親子関係を確定するための議論にどう影響してくるのかさらに注目していきたい。

3. 日本—家族法と生殖補助医療

大沼瑞穂

(1) はじめに

男女が夫婦となるための婚姻関係が男女の「結婚したい」「結婚しよう」という自由意思による契約によって構築されるのに対し、生物学上の親子関係は、意思の存在に関わらず存在してきた。男女の性交渉によって子が誕生したと同時に、親子関係は自動的に生じる。それゆえ、誰が母親で誰が父親かを確定することは、子どもの地位から見ても重要なことであり、民法において、親子関係について規定が置かれている。

だが、先端医療技術の進展により、こうした枠組みは崩壊しつつある。卵子提供や代理出産が不可能な時代は、父親が誰かわからない場合でも、出産によって、母親が誰かということは分かり、それによって、少なくとも、母子関係という親子関係は確定できた。現在の民法はそうした時代につくられたものである。しかし、現在では卵子提供や代理出産が可能であり、「出産者＝子どもと遺伝子的につながっている」というこれまで成立してきた当たり前の図式は必ずしも、成立しなくなっている。そのことで、母子関係の確定が果たして「出産者＝母」ということでよいのかという問題提起が出されるようになってきた。

また、夫婦が、精子提供を受け、妻が妊娠した場合、または、妻が卵子提供により妊娠した場合、さらにそれぞれ卵子、精子の提供を受け、それによって妻が妊娠した場合、遺伝的には、卵子・精子提供者が子供の母親・父親となる。しかし、我が国においては、卵子や精子を提供しただけの者は親とは認識されない。従来民法では、双方と血縁関係にない子は、養子縁組という制度を用いることで、夫婦との親子関係を築いてきたが、現在、精子提供者、卵子提供者と、提供を受ける夫婦との間に特別な契約関係は結ばれていない。

こうした複雑な血縁関係が生まれる中、本来の民法において、規定される親子関係とは何か。血縁的親子関係、法律的親子関係から生じる親子とはどういった概念により構築されるのか、背後にある理念とは何か。これらを抽出することは、改めてこうした技術の進展によって新たに生まれる新しい親子関係を再構築するための基礎となる。従来親子関係の枠組みでは規定しきれない新たな親子関係の出現に対し、現行の民法を紐解き、法的側面からこの問題を考察していく。

(2) 民法が親子関係を規定する理由

民法が法律的に親子関係を定める理由は、大きく言って三つある。第一に、親とされる者が死亡した場合に、その財産の相続人を定めるためであり、第二に、子供の面倒を見る責務と同時に子供を養育できる権利＝親権を定めるため、そして、第三に、血族関係の成立により、血族とされる一定の法的効果が生じ、扶養や相続の要件となるためである。

親子関係を法的に規定するということは、子どもを「生む」「育てる」そして、老いた親を子どもが扶養し、さらに親の死後の財産を受け継ぐという人生のサイクルを法的枠組みの中で守ることである。特に子どもは、自力では生きていくことができない。そのため、子どもを放置して養育の

義務を放棄することは、保護者として責任が問えるよう、刑法でも定められている¹⁶。子どもの福祉という側面からも、親子関係をきちんと確定する必要がある。

では、親子関係における「子ども」の定義はどうあるべきか。現代日本社会において、一般的には、婚姻関係を結んだ男女が子どもを作り、家庭を築いていくというプロセスが親子関係構築の基盤である。海外に比べて、日本の婚外子出生率は、極めて低い。欧米の多くの国で婚外子出生率は40%以上となっている（アメリカ、フランス、ノルウェー、デンマーク、イギリスなど）が¹⁷、日本では戦後ずっと2%程度を推移している¹⁸。

俗にいう「できちゃった婚」や「できたら婚」は、子どもができたから「結婚する」というように、「子ども」とは、結婚した男女の間に設けられるものという認識は、日本に浸透していると言えよう（むろん、そのことは、シングルマザーやシングルファーザー、事実婚を選択する生き方を否定するものではない）。日本では、法律上の婚姻関係から生まれた子どもを嫡出子、婚姻関係から生まれていない子どもを非嫡出子として区別していることも法律婚を促す要因と言えるかもしれない。非嫡出子は、嫡出子と比べ相続分が半分と規定される。戸籍も嫡出子は、「長男」「長女」と記載されるが、非嫡出子は「男」「女」と記載されてきた。2004年の戸籍法の改正により、記載上の差別はなくなったが、相続権における差別は残されたままである¹⁹。生まれた子どもに罪はないのだから、こうした差別は行うべきではないとの意見もあるが、婚姻制度を根幹から覆すことになりかねないことから、法制化までは至ってこなかった。

2009年9月末、最高裁において、非嫡出子の遺産相続に格差が存在することが「法の下での平等」を定めた憲法に違反するかどうか争点として争われた裁判では、「民法は法律による結婚を保護する立場をとっており、格差には合理的な根拠がある」とする1995年の最高裁判例が引用され、非嫡出子の抗告を棄却する決定をしたが、4人の裁判官のうち、1人は「違憲」と述べ、合憲とするひとりも「違憲の疑いが極めて強い」との補足意見を述べている²⁰。法制審議会は1996年にこの規定の撤廃と選択制夫婦別姓導入を柱とする民法改正要綱を法務大臣に答申したが、家族に対する保守的な考え方の強い自民政権下では実現しなかった。今後、民主党政権下での民法改正の動きに注目が集まっている。

（3）婚姻関係に基づく親子関係

民法で定められる法律による親子関係は、生物的親子関係という基礎に依りつつも、「婚姻関係」に基づき、親子関係を保護するものとして存在している。では、一体、婚姻関係に基づく親子関係とは、どういったことを意味するのか。それは、民法が、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」（第772条1項）と定めていることに由来する。しかし、すべての場合において、この推定が守られるわけではない。第774条は、「夫は、子が嫡出であることを否認できる」と定め、夫が子どもの出生を知った時点から1年以内に否認の訴えを起すことができると規定している。

¹⁶ 刑法第218条：老年者、年少者、身体障害者又は病者を保護する責任のある者がこれらの者を遺棄し、又はその生存に必要な保護をしなかったときは、三月以上五年以下の懲役に処する。

¹⁷ Changing Patterns of Nonmarital Childbearing in the United States, NCHS Data Brief, No.18, May 2009, US Department of Health and Human Services, May 2009

¹⁸ 厚生労働省人口統計資料集（2009）IV 出生・家族計画：表4-19 嫡出でない子の出生数および割合

¹⁹ 「戸籍における嫡出でない子の父母との続柄欄の記載の変更について」法務省民事局HP

<http://www.moj.go.jp/MIN/JJ/minji66.html>

²⁰ 「相続規定 非嫡出子の格差、小差で合憲「違憲」「違憲の疑い」読売新聞2009年10月3日

つまり、夫は、妻の子が自分の子どもではないと推察される際には、否認の訴えを起こし、親子関係を否定することができる。

ただこちらの規定においても、嫡出否認の訴えの期限が1年と制限されているのは、真実の親子関係の確定よりも家庭の平和や父子関係の早期安定を優先しているからと言える²¹。

また、夫の単身赴任、服役、別居等により、明らかに妻の妊娠が夫との性関係によってもたらされたのではないと証明できる場合、夫は親子関係の不存在確認の訴えを起こすことができる。しかし、血液型鑑定やDNA鑑定などの科学的証明によってのみ、父子関係を確定することに関しては、必ずしも学説の全面的な支持を得ているわけではない。外観上、妻の妊娠が不可能であることが明らかでない場合に限り772条の嫡出推定を外すべきとする「外観説」、DNA鑑定などにより真実の親子関係を優先する「血縁説」、夫婦関係が継続している間は嫡出推定を及ぼすが、家庭が崩壊したのちは、血縁説にたって推定を外す「家庭崩壊説」等がある²²。

しかし、そもそも嫡出推定制度は、その適用によって確立される父子関係のうちに、血縁的には真実の父子ではない当事者を結果として含む場合があることを、やむをえないとして承認していると言える²³。そこには、やはり、婚姻した夫婦関係の安定と、そこに生まれた子どもの法的地位の保護という観点がたぶんに含まれているといえる。

（４）民法における父子関係・母子関係

上記のように、嫡出推定により、婚姻関係にある夫婦の間に生まれた父子関係は確立されるが、婚外子である非嫡出子も「認知」によって、父親を親権者とし、財産の相続人になることができる。また、認知をした父は、その認知を取り消すことができないとされている（第785条）ため、子どもが不利益をこうむることはない。さらに、非嫡出子として生まれてきた子どもには何の責任もないとの考えから、子の側からも、親の意思に反しても実の両親と法律上の親子関係を発生させることができる（ただし、財産の相続権などで嫡出子との格差があることは上記で述べた通り）。

こうした要件は、生殖補助医療の進展により、複雑な血縁関係が生まれる中、対応しなければならぬ項目の数々である。それに対し、母子関係は、最高裁判決1962年4月27日が基準となつて「出産した者を母」との規定を置くことで確定している。しかしながら、代理懐胎などが米国などで合法化されていることなどから、日本国内でも、「出産者＝母」との規定を維持すべきか、議論がなされている。

（５）生殖補助医療によって形成される父子関係

日本では、1998年12月、婚姻期間中に夫以外の精子を用いた「非配偶者間人工授精」で誕生した子について、離婚した男性が父子関係不存在確認を求めた裁判に対し、大阪地裁が訴えを認めている。この事件は、妻が夫の同意なしに、第三者の精子を医者を持ち込んだことが問題視され、夫が勝訴したが、石井美智子・東京都立大教授（当時）は、「（女性を指導した）医師の倫理面でも課題が残る。手続きをきちんとしない医師に対し法的な拘束は必要。また仲のいい夫婦でも、気が変わることがある」とコメントし、夫婦間での同意書作成義務は夫婦、医師ともにある旨、指摘して

²¹ 内田貴 民法IV[補訂版]第5章p170

²² 同上p178

²³ 水野紀子「嫡出推定・否認制度の将来」ジュリスト1059号p115-p122（1995年）
(<http://www.law.tohoku.ac.jp/~parenoir/tyakusyutsu-suitei.html>)

いる²⁴。

2003年に法務省が出した「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」²⁵では、父子関係は、妻が夫の同意を得て生殖補助医療により子を懐胎したときは、その夫を子の父とするとしている。しかしフランスでは、さらに、「生殖補助医療に関する夫の同意があった場合には、あらゆる親子関係または身分関係の争いの訴えが禁止される」（民法第311-20条）との規定があり、夫の父子関係不存在確認の訴えは禁止され、より父子関係の安定が確保されている。

また、日本においては、民法上、子の側からの認知の訴えができるように規定されている。あくまでも、子どもを持ちたいと願った夫婦に、子への責任を持たせるためにも、生殖補助医療によって生まれた子から、精子を提供した男性への認知の訴えを禁止するだけでなく、さらには、精子提供者側にも、子の認知を認めないという立法事項が必要となろう。そうした法制度がないために、これまでも、AID（非配偶者間人工授精）によって生まれた子どもが自分のルーツを知ることができないという弊害を生んできた。子どもが自らの出生について、そのルーツを探るということに対しては、保障されなければならない。そのためには、認知の訴えを法的に禁止する必要がある。

また、現行法では、子どもは、父親の生存中は、出生後、何年経ても認知を求めて提訴できるが、父の死後は、3年を経過するまでとなっている。（第787条但し書き）この制度を使い、夫の死後、凍結保存された精子を利用して、子どもを授かった妻が子どもの認知を求める訴えを起したが、すべて棄却されている（詳しくは、第1章4.参照）。

死後認知の訴えを起すことで、親子関係を生じさせることができるか否かについては、認知の前提として、自然生殖がなされたこと、または、これと同様の条件下で生殖補助医療がなされたことを要件としなければならないだろう。

（6）生殖補助医療によって形成される母子関係

生殖補助医療の進展により、女性の体内から卵子を取り出し、体外受精によって受精卵を女性の体内に戻すという技術が可能となった。夫婦間の精子及び卵子であれば、親子関係は自然生殖の場合と相違ないが、提供卵子、提供受精卵となると、出産者と子どもの遺伝子は必ずしも一致しないことになる。

「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」では、「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。」としている。また、代理懐胎は、基本的に禁止している。

²⁴ 「第三者の精子で女兒出産『嫡出子否認』の元夫が勝訴」1998年12月19日読売新聞

²⁵ 第一、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。

第二、妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子（その精子に由来する胚を含む。以下同じ。）を用いた生殖補助医療により子を懐胎したときは、その夫を子の父とするものとする。

第三、1. (1) 制度枠組みの中で行われる生殖補助医療のために精子を提供した者は、その精子を用いた生殖補助医療により女性が懐胎した子を認知することができないものとする。

(2) 民法第787条の認知の訴えは、(1)に規定する者に対しては、提起することができないものとする。

2. 生殖補助医療により女性が子を懐胎した場合において、自己の意に反してその精子が当該生殖補助医療に用いられた者についても、1と同様とするものとする。

提供卵子による出産は、子どもを欲する女性と出産する女性の一致により、「出産者＝母」という規定による混乱はないだろう。しかし、代理懐胎ではそうはいかない。

子どもを欲する女性と出産する女性が異なることで、はたしてどちらを母親とするのか、という問題が発生する。精子提供者や卵子提供者が、遺伝的なつながりだけで親子関係を主張することは少ない。しかし、代理懐胎では、代理懐胎を請け負った者が、他人の受精卵であっても、10 か月という長期間、子どもを身ごもった状態で暮らすことにより、母性が生まれ、出産後に依頼夫婦に子供を引き渡さないといったケースも想定しうる。

事実、アメリカでは、代理懐胎を請け負った女性が、依頼夫婦に子供を受け渡そうとせず、裁判を起こすケースがあった。「子どもの最善の利益」という側面から見れば、ほとんどの場合、依頼夫婦が子供の養育権を獲得することになる。それは、一般的には依頼夫婦の方が経済的に恵まれ、安定した収入を得ている場合が多いからであるが、妊娠中に形成された母子関係の絆は、「子どもの最善の利益」と全く無関係か否かという疑問をはらむ。どうしても、代理懐胎を認めるのであるならば、代理懐胎を引き受けた者が養育権を主張する際には、その権利は依頼夫婦の主張する養育権よりも上位と認めるといった柔軟性を持たせる必要があるだろう。

（7）普通養子及び特別養子

日本では、自らの年齢より1歳でも若ければ、また単身であっても養子縁組を組むことができる。しかし、それは、従来から「子の福祉」のためというよりも、家を継ぐ名目や相続税対策として孫を自分の養子として迎えるなどの側面から広く行われてきたものであった。そのため、養子となっても、実親との法律上の親子関係も残されており、双方の親の扶養義務や相続権を持つことになっている。離縁も双方の合意があれば、難しいことではない。こうした養子縁組を普通養子と呼ぶ。

しかし、日本にも、他人の子を自分の子供として育てるということが頻繁に行われていながら、それは、出生届をあえて他夫婦名義とするというような方法がとられていた。それは、戸籍に「養子」「養女」と書かれ、実親と養親の両方の名前が書かれることを避けたいとの親心からであった。そのため、「子の福祉」という観点から1987年に特別養子制度が設けられた。

特別養子²⁶は戸籍に嫡出子と同様に、「長男」「長女」と記載され、養子であることが分かりにくくされている。また相続権、扶養義務についても養親にだけ規定され、基本的には離縁することが認められていない。ただし、将来近親者との結婚などがないような措置が設けられ、また、養親からの虐待などがあれば、離縁が可能となっている。

2009年に入り、代理出産で特別養子縁組が成立するケースが明らかになっており²⁷、第1章で述べた海外で代理出産によって双子を得たタレント夫婦も、2009年4月下旬、双子との特別養子縁組が成立したことを明らかにした。今後も、代理出産によって生まれた子供は依頼夫婦と特別養子縁組を結ぶという流れとなっていくだろう。

²⁶ 特別養子については、民法第817条の2-第817条の11を参照。①養親は配偶者のある者かつ夫婦が共に養親とならなければならない。②養親者の年齢：25歳以上。夫婦の一方が25歳に達していなくても、20歳に達していればよい。③養子となる者の年齢：6歳未満④父母の同意：養子となる者の父母の同意。⑤試験養育期間：六か月以上の期間監護。⑥特別養子縁組の離縁：養親による虐待、悪意の遺棄その他養子の利益を著しく害する事由の存在、実父母が相当の監護をすることができること。⑦養子と実母及びその血族との間においては、離縁の日から特別養子縁組によって終了した親族関係と同一の親族関係を生ずる。

²⁷ 「代理出産「実子」を家裁認める 娘夫婦と実母の特別養子縁組成立」2009年4月22日読売新聞

(8) 「子への権利」か「子の権利」か

生殖医療において、最大の問題は、代理出産など、生みの母と遺伝子上つながりのある母の存在、および提供精子・卵子、受精卵による子どもの自らのルーツを知りたいという欲求に対し、どう向き合うべきかということに尽きる。それは、「子への権利」か「子の権利」か、という議論を生み、最終的には、「家族」の在り方を問うことにつながる。それゆえ、自ずと家族法を定める民法も関係してくることはこれまで述べてきたとおりである。

日本の民法は、婚姻関係にある男女のもとで生まれた子どもを夫婦の子供と推定するとしている「嫡出推定」及び父親側からの否認の訴えの有効期限を1年以内と定めている。婚姻関係にある男女のもとに家族関係が構築され、子どもがそうした環境下で育てられることが社会通念上、一般的であるとの概念を民法上保護していると言える。非嫡出子への相続格差問題への最高裁の判決などには、そうした婚姻関係を保護することが最小の社会単位である「家族」の根幹をなすとの意識が表れている。

事実、生殖技術によって、子どもに最初から一人の親しかいない、自分のルーツが分からない、母親が二人以上存在するなどの事態が生まれている。多様な価値観の構築を掲げれば、様々な家族というものの存在を認めることになるが、それは、現在の民法の規定の背景にある理念とは異なる。もちろん、そうした「多様性」が今後日本に出てくることは、十分に考えられる。しかし、現時点において、民法が守るものは、婚姻関係に基づく家族という社会の単位であることは厳然たる事実である。

また、生殖技術を活用するのは、常に大人側である。大人側の「子への権利」をどう考えるか。という問題がそこには横たわっている。夫は不要だが、子供は欲しいと考える独身の女性や自分や相手の遺伝子を持つ子どもが欲しいと考える同性カップルにとって「子への権利」は、中絶を求める「子はいらない」とする女性の「子を持つことへの自己決定権」と同等の権利である。

その一方で、「子の権利」を重視する人たちにとっては「子への権利」よりも「子の権利」が優先されるべきと主張する。生まれた時から片方の親しかいない、代理出産により二人の母が存在するなどの事態を、そもそも子どもの側は望んでいない、そうであるならば、生殖技術の範囲は規制すべきであるとの主張である。

いずれの主張も説得力があり、この二つの権利の主張に妥協点を見出すことは難しい。いずれにしても、「家族」という単位はどういう形であれ、今後もなくなることはない。家族法で守るべき「家族」の形態が時を経て変わるのであったとしても、そこで忘れてはいけないのは、生まれてきた子どもが安心して健やかに親とともに過ごせる環境の整備がいかに担保されるかに尽きる。

「子への権利」「子の権利」という二つの権利のぶつかりあいを超えて、日本社会でいかに「家族」というものを位置づけていくか。そうした議論があって初めて、生殖技術と家族法の在り方が見いだせるのではないか。

(9) おわりに

日本でもすでに様々な生殖技術によって血縁関係だけではなしえない家族関係が存在している。特別養子縁組の制度が導入される一方で、DNA鑑定も盛んに行われ、認知制度などを含む抜本的な家族法の改正は行われていない。すなわち、「婚姻関係にある男女のもとで子の福祉を守る」という理念の大幅な変更はない。特別養子縁組においても、その前提は、「婚姻関係にある男女」にある。

生殖技術によって生まれる新たな親子関係を法的に守る際、現行の家族法が守る概念を反映させたものにするのか。はたまた、多様性に満ちた「家族」の構築によって新たな社会構造を生み出すのかは、最終的には、それは国民が選ぶことだろう。

日本において、どのような社会を構築していくのか、家族とは何か。そうした議論を経て初めて、技術の規制や「子の福祉」といった側面に偏らない包括的な法的枠組みが誕生するのだろう。個別の対応から導き出される民法改正ではなく、民法改正によって生み出される新たな社会像、ビジョンを描くことが求められている。

<参考文献>

- 内田貴『民法IV[補訂版]親族・相続』東京大学出版会 2004年
樋口範雄・土屋裕子編『生命倫理と法』弘文堂 2006年
大村敦志『家族法[第二版補訂版]』有斐閣 2004年
伊藤晴夫『生殖医療の何が問題か』緑風出版 2006年
デボラ・L・スパー／椎野淳訳『ベビー・ビジネス』ランダムハウス講談社 2006年
金城清子『生殖革命と人権』中公新書 2004年
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年
水野紀子編『家族—ジェンダーと自由と法』東北大学出版会 2006年

第3章 生殖補助医療の論点整理と政策対応の選択肢

梶島次郎

1. 研究プロジェクトにおける検討の経緯

以上の、国内外での生殖補助医療の現状と問題点をふまえ、政策提言をまとめるために、研究プロジェクトでは、コア・メンバーに加え、産婦人科医、弁護士、生物学者、当事者 NPO メンバー、マスコミ解説委員などの外部の有識者を招き、拡大会議を設け検討を行った。

まず2009年1月から2月にかけて、電子会議場を設営し、そこに基本論点を提示して、予備的検討を行った。そのうえで2009年3月13日と4月24日の二回、直接顔を合わせ討議を行った²⁸。

以下では、その検討の結果明らかにされた論点をまとめて提示する。

2. 受精卵（胚）と精子、卵子の地位：人の始期はどこか

個々の生殖補助医療の是非や規制のあり方を考えるうえで、前提として、人の受精卵（胚）にはどのような地位と扱いがふさわしいかを、まず議論しておくことが必要であるとされた。臓器移植の是非を判断する際、脳死を人の死＝人の終期として認めるかどうか議論になるのと同じように、人の始期はどこか、どこから人として扱うべきかが議論になるということである。たとえば人の胚は物でなく人に近い存在として扱われるべきだとすれば、他の不妊カップルへの胚の提供を認める場合、特別養子縁組に近い条件と手続きを課すべきだという議論になる。

これは、大きな枠組みでいえば、生命科学・医学の展開によって、「人」と「物」に扱いを二分するこれまでの法的な枠組みに対して、そのどちらとも割り切れない中間的な領域があらわになってきたことに、どう対処するべきかという問題である。具体的には、臓器・組織、細胞など人体の一部、DNA ないし遺伝子、精子・卵子、受精卵・胚、それに胎児、および遺体である。これらについては、特別の立法をしないと、現行の法的な枠組みにおいてはいずれも人ではないので物として扱われることになる。そこで、研究や医療の材料として操作されやり取りされることや、財貨として取引されることから、何をどこまで保護するべきかが、政策課題となる。

ただ、胚にどのような地位を認めるかという議論は、胚提供の是非に対する判断基準にはなるが、それは日本ではこれまで現実の問題として認識されてこなかった。需要も非常に少ない。実際に問題にされているのは、代理懐胎や卵子提供の是非であるが、そこでは人の胚は人か物かということは、判断の基準にはならないだろうとされた。

現実の問題があるとすれば、売買を禁止すべきなのほどまでかを決めなければいけないという点であろう。人の胚、精子、卵子の売買は禁止すべきだとの意見が大勢だった。この点は、どのような立法を行うにせよ、基本条項として入れる必要があると思われる。

²⁸ 有識者意見交換会「生殖補助医療の規制に関する政策提言検討のための会議」

<http://www.tkfd.or.jp/research/news.php?id=420>

第2回意見交換会「生殖補助医療の規制に関する政策提言検討のための会議」

<http://www.tkfd.or.jp/research/news.php?id=431>

そのうえで、卵子提供の是非や規制要件について、電子会議では以下の論点を提示したが、会議では時間的制約のため議論の対象にできなかった。

【胚および卵子の第三者への提供の是非】

- ・胚提供は認めない、とするか。
- ・胚提供を認めるとした場合、上制限（一度にもらえる数、もらえるカップルの組数）や、選択制限（染色体や遺伝子の検査までは認めない、など）を規定すべきか。
- ・卵提供も認めない、とするか。
- ・認めるとすれば、提供できる人はどの範囲か。
- ・もらえる数や産まれる子の数の上限も決めるか（法律事項か、ガイドラインでよいか）。
- ・禁ずるのは、臓器と同じく「有償の提供・受領・斡旋」でよいか。
- ・法定刑はどの程度にすべきか。胚、卵子、精子で差をつけるべきか。

【提供者の地位の規定】

- 1) 「生殖補助技術を介して自らの精子、卵子または胚を提供した者は、その事実だけをもって生まれてくる子の親としての義務を課されることはない。同様に、その提供の事実だけをもって、生まれてくる子の親であるとの権利を主張することはできない」と法に明示してはどうか。
→ 精子や卵子の提供者、カップル受精卵由来型代理懐胎の場合の依頼者（依頼者は、依頼する＝子を引き取り育てる意思がある、ということになるので、提供者と同列に語れないのではないか？）は、遺伝的つながりがあるということだけで、生まれてくる子の親にはならない（なれない）ということ。
- 2) 取り違え対応＝上記1)の規定に、次の第2項を加えてはどうか。
「2 前項は、カップル間の生殖補助医療において、精子、卵子または胚が誤ってほかのカップルの不妊治療に用いられてしまった場合を含むものとする。」
 - ・原案のように取り違えられた人は親にならない（されない）といった規定は設けず、出生届は産んだ女性とし、誰が育てる親になるかは、家庭裁判所の審判で決める、とするか。
 - ・すべての体外受精施設に対し、登録制などによる管理規制を設ける必要はあるか。

3. 代理懐胎の是非について

第1章でみたように、これまで日本では代理懐胎を法律で禁止するよう求める提言はあったが、長く実現できずにいるうちに、容認する機運も一方で出てきた。だがそのための立法の検討はまだ行われたことがない。

代理懐胎を禁止する根拠としては、そもそも懐胎と出産には相当のリスクが伴う、そうした負担を人に負わせて生まれた子を引き取る契約は公序良俗に反する、引き受け手の女性を道具化し経済的に搾取しかねない点で人の尊厳に反する、子の取引を禁じた「子どもの権利条約」に抵触する、といったことが挙げられる。

それに対し、「公序良俗に反する」、「人の尊厳に反する」という理由では法律で禁止するだけの根拠とはならない、分娩者が母になるのが大多数である現状において代理懐胎依頼者が母になろうとするのはごく少数である、少数者の利益を規制する場合には相当の説明責任が求められる、引き

受ける女性の保護についてはリスクが大きいからこそ正当な対価を払って認めるべきという考え方もできる、生物学的リスクだけでは禁止の根拠にできない、との反論が出される。

そこでわれわれは、代理懐胎を禁止する立法を行う場合だけでなく、それを容認するとすればどのような法的手当が必要かを検討することとした。禁止するにしても認めるにしても、その結果どのような事態が生じるかを知ることが、社会の合意形成と政策決定には不可欠である。

われわれの検討会議で、代理懐胎禁止・容認それぞれにおいて検討が必要だとして挙げられた論点は、以下のようである：

【代理懐胎禁止のための論点】

* どのように禁止するか。

・ 刑罰を科して禁じるのか。

→ 誰が処罰されるのか（医師か、依頼者か、仲介者か、そのすべてか）。

金銭の授受や斡旋だけを処罰すればよいか。

引き受けた女性は処罰対象から外してよいか。

禁止すると外国に行く人が増える→国外犯処罰規定を設けるのか。

当事者間だけで契約なしにできるケース（実母に産んでもらい実母の子として届け、養子縁組するケース）も禁止すべきか。

・ 刑罰を設けず、契約は無効とする、との民事規定だけでよいか。

→ 契約を違法とするだけでは、引き受けた女性や産まれる子などの保護がかえって行き届かなくなるか。

* 生殖技術を介し生まれる子については、分娩した女性を母とするとの規定を民法に明記するか。

→ 遺伝的事実や親になろうとする意思をどう考えるか。

【代理懐胎容認のための論点】

* 生殖技術を介して生まれる子については、育てる意思のある女性を母とする。

＝出産していない女性を母とする出生届を認める。

・ この場合、生殖技術の利用への同意は撤回できない、嫡出否認はできないとする。

・ 代理懐胎を引き受ける女性は生まれる子の親になる意思を持つことは認められない。

・ 意思は客観的に証明される必要がある。

→ 一件ごとの適正さを保障するため、家裁などによる審査を義務づけてはどうか。

* 容認できるのはどのような条件、基準においてか。

・ 代理懐胎を依頼できる人の条件

医学的条件：不妊、子宮を欠く、不育症、等のような状況で容認するのか。

社会的条件：特別養子制度の資格基準を準用するのか。事実婚、年齢制限、国籍はどう扱うのか。

経済的条件：生まれる子を育てるに足る収入等の資格を設けるのか。

・ 代理懐胎を引き受けることができる女性の条件

リスクや結果について正しい情報を得たうえでの自由な同意が大前提。

医学的条件：健康状態や年齢などの欠格事由を決めるのか。

社会的条件：既婚者に限るのか。出産経験や子持ちなどの資格制限を設けるのか。

経済的条件：実費だけでなく報酬を認めるのか。職業として認めるのか。

→ 有償であれ無償であれ、代理懐胎を自由な労働契約としてみなしてよいか。

・生まれる子の出自を知る権利をどうするか。

→ 特別養子に準じ、産んだ女性の情報にたどれるようにするか。

(補足)

#代理懐胎を依頼できる人について、不妊との条件(例えば、子宮をもたない女性に限る、など)をつくらうとすると、医学的な点だけでも線引きは難しい(子宮はあっても妊娠を継続できない不育症の人はどうするか、原因不明の不妊症はどうすべきかなど)。

#生まれた子が出自をたどれる権利をどこまで認めるか、判断は難しい。例えば、代理懐胎者を出産した人として戸籍に書くべきか否か。

以上の検討の結果、代理懐胎を容認するルールづくりを行うことも容易ではないとの認識が共有された。

【何もしない(現状維持でよい)という選択肢】

以上の検討に対し、法律をつくる必要はない、医学的問題・親子関係を中心とした法的問題・倫理的問題を分かりやすく組織的に情報提供する場を設け、あとは個々の当事者の判断に委ねるのがよいとの意見も出された。

そこで、ありうべき政策の選択肢として、代理懐胎に対し法規制を何も行わないことのメリットとデメリットを検討してみた²⁹。

*メリット

- ・立法作業をしなくてよいので、政策コストは最小ですむ。
- ・社会が、金銭により「子宮を貸す」女性の存在や、女性の「母性」をどう考えるかなど、自分の夫以外のために育てるわけではない子を妊娠するという状態について悩まなくてすむ。つまり、「妊娠・出産」は、常に、「女性が母性豊かに、夫との子を育む」行為であるという認識の変更を、社会は迫られない。
- ・当事者間に合意があれば、代理懐胎により生まれた子は、代理懐胎者の子として出生届を出した後に、依頼夫婦が特別養子縁組をすることが、既成事実として認められる。金銭的な余裕のある依頼者は、代理懐胎が合法である外国で実施してもらい、生まれた子を特別養子にすることができる。また、依頼夫婦妻の実母が健康であれば、国内のクリニックでも実施できる可能性がある。

*デメリット

- ・代理懐胎による子を、依頼夫婦が特別養子縁組することを、家裁が常に認めるとは限らない。

²⁹ 小門穂「《時評》代理懐胎の法規制は必要か—「何もしない」ことの功罪を考える」参照：
<http://www.tkfd.or.jp/research/news.php?id=448>

そのため、子の身分は不安定である。

- ・金銭的な余裕がなければ海外での実施は困難である。
- ・分娩者が母親であるとされている現状では、代理懐胎者が子の出産後に翻意した場合（子を渡したくなくなった場合）、依頼者は子を得られなくなる。
- ・特に、国内で実施する場合、ほとんどが親族内での実施である。子の出生後、家族関係がうまくいかなかったケースが報告されている。
- ・民法に定められた親子関係を越えた親子を生み出しかねない技術の管理について、枠組みを決めずに産婦人科学会のガイドラインのみに任されている現状は本末転倒であるという意見が、当の産婦人科医から出されている。
- ・当事者間に問題が生じたとしても、日本産科婦人科学会会告で認められていないため、言い出しにくい可能性がある。つまり、禁止しているわけではないが、よくない行為とみなされているという現状では、水面下で行われ問題が可視化しにくくなる。

以上の、代理懐胎を禁止する立法を行う、容認する立法を行う、現状維持でよい、という三つの選択肢について、メリット（賛成論）、デメリット（反対論）、検討すべき論点を、次頁表にまとめた。

4. 結論

代理懐胎については以上のように、禁止するにしても容認するにしても、社会の合意を経なければならぬ難題が山積している。法律で禁止すべきである、というだけでは、物事は進まない。禁止、容認、現状維持の三つの選択肢を等しく検討の対象にした幅広い論議を行うべきである。本報告書は、そのための偏りのない情報提供を試みた。今後は情報提供とそれに基づく意見発信ができる、双方向の場を設ける必要があるだろう³⁰。「はじめに」でも述べたように、最終的にその責を負うべきなのは立法府であると考える。

生殖補助技術が普及した 21 世紀、日本の社会は、何をもって親子は成り立つとするのか、誰にどのような権利を認め保護するのか。政治主導の新政権下で、民法の家族法部分の改正も政治日程に挙がっている。そのなかで、生殖補助医療の問題にも適正な位置付けを与え、社会の選択を決めていくべきである。

以 上

³⁰ 棚島次郎・小門穂「《論考》生命倫理を社会全体の議論にするために—フランス「全国国民会議」調査から考える—」参照：<http://www.tkfd.or.jp/research/news.php?id=482>

代理懐胎に対する政策対応の選択肢・一覧

	禁止する立法を行う	容認する立法を行う	何もしない（現状維持）
メリット （賛成論）	<ul style="list-style-type: none"> ・懐胎と出産に伴うリスクと負担を負わせて生まれた子を引き取る契約は公序良俗に反する ・引き受け手の女性を道具化し経済的に搾取しかねない点で人の尊厳に反する ・子の取引を禁じた「子どもの権利条約」に抵触する 	<ul style="list-style-type: none"> ・生まれる子の地位を保護できる ・引き受ける女性の権利を保護できる ・リスクが大きいからこそ正当な対価を払うべきという考え方もできる 	<ul style="list-style-type: none"> ・妊娠・出産と親子関係を直結させる認識の変更を迫られない ・代理懐胎者の子として出生届を出した後に依頼夫婦が特別養子縁組をすることが既成事実として認められる ・政策コストが最小ですむ
デメリット （反対論）	<ul style="list-style-type: none"> ・公序良俗や人の尊厳に反するというだけでは法律で禁止するだけの根拠とならない ・産まずに母になろうとする少数者の利益を規制するには相当の説明責任が求められる ・リスクだけでは禁止の根拠にできない 	<ul style="list-style-type: none"> ・女性の身体や子どもが取引対象とみなされ、人の尊厳が尊重されない状態を惹起する 	<ul style="list-style-type: none"> ・代理懐胎による子の特別養子縁組することを家裁が常に認めるとは限らないため、子の身分は不安定となる ・分娩者が母であるとされている現状では、代理懐胎者が子の出産後に子を渡したくなくなった場合、依頼者は子を得られなくなる ・水面下で行われるので問題が生じても可視化しにくい
検討すべき論点	<ul style="list-style-type: none"> ・刑罰を科して禁じるのか、契約を無効とするのみでよいか ・誰を／どのようなケースを罰するのか ・国外実施も罰するか ・分娩した女性を母とすると民法に明記するか 	<ul style="list-style-type: none"> ・産んでいない女性を母とする出生届を認めてよいか ・育てる意思をどう証明するか ・依頼できる人の条件は？ ・引き受けられる女性の条件は？ ・子の出自を知る権利をどうするか 	

停滞する生殖補助医療の論議を進めるために

ー代理懐胎は許されるかー

2010年2月発行

発行者 東京財団

〒107-0052 東京都港区赤坂 1-2-2 日本財団ビル 3F

Tel 03-6229-5504 (広報代表) Fax 03-6229-5508

E-mail info@tkfd.or.jp URL <http://www.tkfd.or.jp>

無断転載、複製および転載を禁止します。引用の際は本書が出典であることを必ず明記してください。

東京財団は、日本財団および競艇業界の総意のもと、公益性の高い活動を行う財団として、競艇事業の収益金から出捐を得て設立され、活動を行っています。

東京財団

〒107-0052 東京都港区赤坂 1-2-2 日本財団ビル 3 階

tel. 03-6229-5504 fax. 03-6229-5508

E-mail info@tkfd.or.jp URL <http://www.tkfd.or.jp/>