

Title	生殖医療と親子関係の決定
Sub Title	Fortpflanzungsmedizin und Elternschaft
Author	河原, 格(Kawahara, Kaku)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1999
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.72, No.12 (1999. 12) ,p.345- 368
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	新田敏教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19991228-0345

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

生殖医療と親子関係の決定

河原格

- 1 初めに
- 2 初めの母子関係・父子関係の決定
 - (1) 母子関係推定とその根拠
 - (2) 父子関係推定
 - a 既婚の母
 - b 未婚の母
- 3 新たな父子関係・母子関係の決定
 - (1) 父子関係推定の取消と新たな父子関係
 - (2) 母子関係推定の取消と新たな母子関係
- 4 まとめ

1 初めに

母子関係が確定されれば、父子関係は決定される。従って母子関係が確定されなければ、父子関係が確定されないという意味で、母子関係の決定は重要な意味をもつ。では母子関係はいかに確定されるのか。つまり母という地位はいかに確定できるのか。

子を懐胎・出産する女性がその子の母と考えられ、従って敢えて認知は不用と考えられる。従来、出生と出自とは密接不可分とされ、そのため当然民法制定時には今日のような母子関係分裂を予測することはできなかった。遺伝上の母子関係と生物上の母子関係が分裂すれば、法的に母子関係の確定が新たに必要となる。つまりここでは母という地位・概念が確実でなくなっている¹⁾。

このような母子関係分裂に直面して、母子関係及び父子関係を明確化するための材料として、スイス法をてがかりに、本稿は母子関係、父子関係を明確化する解釈論（ひいては立法論を含む）を展開させる。

ここではどのような生殖医療がどのような状況なのか、またどのような場面を想定して本稿の議論は進められるかを明確にせねばならないので、その基礎となる生殖医療の場面を初めに紹介する。

現在実施されている生殖方法は主として左の通りである。

① 試験管受精と胚移植の方法として、成熟した卵胞の中から、妊娠可能な卵細胞を採取し、精子と試験管内で受精させ、初期胚の段階で子宮頸管を通じて子宮腔に移植させる方法である（初期胚 E T）。

② 配偶子移植の方法として、卵管内配偶子移植と子宮内配偶子移植の二つがあり、前者は精子と卵細胞とを初めに採取し、その後本来の受精の場所、卵管に入れる。腹部切開または子宮頸管から卵管内に配偶

子を入れる。その後、生体内で受精が行われる。後者は前者と異なり、採取した精子と卵子とを卵管に入れるのではなく、子宮内に直接入れる。

③卵管内胚移植は試験管内受精後の胚を卵管内に移植させることである（卵管内胚移植）。この方法は体外受精の方法と卵管内配偶子移植とを組み合わせた方法である。

右記方法に用いられる卵細胞と精子細胞の由来に応じて様々な変形が見られ、そのため遺伝上、生物上、社会上母子関係が分裂する。つまり卵提供、胚提供、代理母 *Leihmutter* が関与することがその前提である。

(1) 卵提供

遺伝上、卵提供は精子提供による非配偶者間人工授精（AID）と平行である。この場合、夫の精子により受精した妻以外の女性の卵細胞が妻に提供される。妻（生む女性）は生まれてくる子と遺伝的に血縁関係がない。従ってこのような卵提供は母子関係分裂の原因となる。つまり卵提供の女性は遺伝上の母であり、一方生む女性は生物学上の母であると考えられる。

(2) 胚提供

卵提供以上に胚提供は母子関係を分裂させる。つまり胚提供では、精子細胞も卵細胞も提供され、子は遺伝的に親になりたい者のいずれとも血縁関係がない。

(3) 代理母出産 *Leihmutterschaft*⁽²⁾

代理母出産は、社会的な生殖手段として重要である。その基本形は妊娠のため、出産するまで子宮を提供する、他の女性の出産能力を利用することである。

代理母出産はサロゲート・マザー（伝統的代理母ともいう。以下ではサロゲート・マザーという）Ersatzmutter-chaftと、ホスト・マザー Surrogatmutterchaftとに分かれ、前者はサロゲート・マザーの卵と妊娠能力を利用する点にある。後者は借り腹の母が出産のみ請け負い、契約により出産後その子を親になりたい者に引き渡すことにある。

そのバリエーションは以下の表に見られる通りである。

既婚のサロゲート・マザー	精子提供者		卵提供者
	父になりたい 男性	サロゲート・マザーの夫 第三者	
既婚のホスト・マザー	精子提供者		母になりたい女性 第三者
	父になりたい 男性	ホスト・マザーの夫 第三者	

なおサロゲート・マザー及びホスト・マザーが未婚の場合は、上記の表の精子提供者の中、夫が除外される。

(1) 鈴木祿弥・親族法講義（一九八八）二二三三頁参照。

(2) 代理母出産は右図のように父になりたい男性の精子で人工授精するしないし遺伝的には他人の胚を移植し、胚を出産まで宿し、出産後その子を親になりたい人に引き渡す義務を負う。同時に親権を放棄し、子の地位の変更に必要な表示をする義務を負う。代理母出産契約は代理母に妊娠まで及び妊娠中特定の行為の作為または不作為義務を含む場合もある。このような代理母出産の広がる原因は以下の点にあると考えられる。①女性の不妊、中絶の割合の増加、避妊法の利用の普及、子を育てられる経済的能力のある独身女性の増加により、養子に出される子の数が以前に比べ減少したことにある。同時に出生数が減少したこと、手間のかかる養子手続き、厳格な養子要件を考えると、なぜ養子の代わりに代理母出産に傾くかは明らかである。②代理母出産をする理由は主に少なくとも一部遺伝上親になりたい者が血のつながっている子をもてることにある。

2 初めの母子関係・父子関係の決定

(1) 母子関係推定とその根拠

母子関係を決定する考え方として、以下のような考え方が主張されているので、それらを検討する。

(i) 意思説 当事者の契約に基づき、母になろうとする側の母の役割を引き受ける意思のみを根拠にして母子関係を決定する、つまり母になりたい者を法的母とする考え方である（契約により母子関係を当事者間の決定に任せる）が、この考え方は解釈上採用することは難しい。なぜならば、親子法は強行法であり、あらゆる私的自治をこの領域では認めることはできないため、契約上の処分の自由はない。従って特に代理母出産関係については純粹の意思行為により母となりたい女性と子とに母子関係を成立させるのは強行法のZGB二五二条を回避するため認められない。更に意思による母子関係決定は現存の養子法の原則を崩す。

卵・胚提供の場合にも、以上の内容があてはまる。卵を提供された女性になりたいたい女性だが、その女性と子との初めの母子関係形成は母になりたいたい意思により決めることを優先させるのは妥当でなく、出生の事実のみを根拠づける方が明瞭だからである。母になる意思を放棄しても、身分上放棄の意思により母子関係が決定されるのではないからであつて、この意味で当事者の意思は重要でない。⁽¹⁾

さらに ZGB 二五二条が出生自体から母子関係の成立を導き出している根拠を、遺伝上の因果関係に求めるとすると、母子関係の分裂の場合には、出生の経過に含まれている遺伝上の要素を無視できない。

そこで次の第二の考え方が主張される。

(ii) 遺伝上の因果関係説 因果関係の観点からは、人間の生命は血統の担い手である卵・精子細胞に根元があるので、特に卵提供については卵提供者が母でなければならぬ(子の生命の成長の土台を築いた女性に母としての役割を認める)。この理由から卵提供者に母の役割を認めることができる⁽²⁾と考えられる。

だが遺伝上の因果関係説により初めの段階から母子関係を認めるとすると、第一にこの考えは卵・胚提供そのものよりも、妊娠と出産も子との自然の関係を示しているというもう一つの事実、つまり産んだ女性の寄与は、単に卵・胚の提供者の寄与より高く評価されるべきであるという点を無視している⁽³⁾と考えられる。卵・胚提供より懐胎・出産する母と子との出生前の関係の程度差が異なる点である。⁽⁴⁾

第二に遺伝的因果関係説によれば、母子関係設定の際の不安定さの危険を子に負わせることになる。つまり遺伝上の親子関係が確認されないとかの事情から、当事者間で長期にわたり確認できない可能性がある。つまりこうした遺伝から母子関係の決定を認めると、母子関係が不安定となり、その結果、子の幸せを害することになりうる。

第三に卵提供により、卵提供者は産む女性に母子関係を譲渡したと考えられる。⁽⁵⁾

右記第一、第二の考え方に対し、産んだ女性と子とに母子関係を認めれば、即時かつ明白な法的母子関係設定が保障される。であれば、遺伝的要因は、第二の段階つまり出生に基づいて確定された母子関係を排斥できるか、又はどのように排斥できるかを問題にする段階で初めて遺伝上の因果関係を問題にする場面で意味が出てくる。

(iii) 出生による母子関係成立説

以上の二つの考え方に対し、第三の考え方として、出生を母子関係決定の基礎にする考え方が考えられる。この考えは母子関係を容易かつ明白に証明できる確固たる糸口となる。子供が関与女性の誰からも希望されない場合でも、初めの母子関係の位置づけは、子の身分の安定と明白性の理由から出生と結び付けられることにより確固たるものとなる。(i)、(ii)の考え方に比べ、出生に母子関係の根拠を求める、つまり産んだ女性を母とする考え方に立てば、子の地位が確定すること、出生という事実⁽⁶⁾に根拠づけるのであるから、母子関係が明白となる根拠から子にとって好ましいとされる。従って以下で述べるように、産みの母と子との間に初めの母子関係を決定することが子にとり重要であるということである。

右記のように、出生に母子関係を根拠づける考え方に立つと、ZGB二五二条の意味をいかに解するかが次の問題となる。

従来、母子関係の法的定義は、初めから出生と血統とが密接不可分の一致を想定して考えている。だがこのような出生と血統の一致は、現在、遺伝上の母子関係と生物学上の母子関係が分裂する場合には保障されない⁽⁶⁾ので(さらに遺伝上、生物学上、社会上の母と分裂する場合にはなおのこと)、母子関係に関するZGB二五二条の法的意味は母子関係が分裂している場合には、母子関係推定の意味しかないと考えられる。しかもこのZGB二五二条

一項推定説は学説の圧倒的多数からも支持されている。⁽⁷⁾

右記のところより、産みの母は母子関係が分裂しているすべての場合に法的意味での母と考えることが妥当である。母子関係は、上記のように母の役割を引受けようとする当事者の意思のみによって根拠づけられるのではなく、遺伝的因果関係に基づくのではないという前提に立つと、ホスト・マザーの母子関係は外形に一致させて推定の意味で決定される。この母子関係決定は卵と胚提供の場合にもあてはまると考えられる。⁽⁸⁾

(2) 父子関係推定

母子関係が産んだ女性と子との間に形成されることを認めると、次に父子関係の設定はいかにしてなされるかである。初めに父子関係を決定し、次に決定の変更を認められるか否かが問題とされる。

初めの父子関係の決定の基準は、産んだ女性が当該父と婚姻関係にあるか否かでなければならぬ。第一に法的に父子関係を決定する場合に、スイスの親子法は婚姻している両親の子と未婚の両親の子とを差別して規定する結果、子の法的地位に関する重要な根拠規定は母が婚姻しているか否かである。⁽⁹⁾

① 嫡出子の場合であれば、父子関係は出生時に母と婚姻している者が子の父と推定される (ZGB 二五二 I と関連して ZGB 二五二 II)。

② 非嫡出子の父子関係は認知又は裁判上の父子関係の確認を必要とする (ZGB 二五二 I と関連して同 II)。

①、② のような異なった規定の実際上の根拠は特に子の幸福と一致する点にある。真実の父である可能性の最も高い男性との間に父子関係を法的に決定するという論拠から父子関係が推定される。実際、認知による父子関係の確認も同じ効果である。ZGB 二六〇 I は真実 (遺伝上) の父による認知を定めるが、社会的な (遺伝上で

ない) 父による誤った認知は学説上子のために許されている。

母子関係が分裂している場合には、当該母が既婚か未婚かで区別して論じなければならない。

a 既婚の母

上記に述べたように、産んだ女性は母子関係分裂のすべての場合に法的な意味での母と推定される。卵提供、胚提供、ホスト・マザーの場合(これらは女性が卵を提供されて受胎した場合)には、外形通りに母子関係が推定される。サロゲート・マザーの場合、産んだサロゲート・マザーは遺伝上の母でもある。代理母出産契約が無効で、母子関係を意思行為により決定づけられないとすれば、サロゲート・マザーが正に普通の母である。この場合、契約上の局面では母子関係は分裂していない。養子は別として、身分法上の問題は父子関係の問題に限られる。産んだ女性が出生時に婚姻していれば、その夫が母子関係分裂のすべての場合に、子の父とされる(夫が精子又は卵を提供されて妻の受胎に同意したか否かに関係なく)⁽¹⁰⁾。

(1) 産んだ女性の夫の父子推定は、子が自然の方法(性交)でなく、人工受精で生まれた時にも、働く(夫又は父になりたい者、第三者の精子細胞で受胎したかは重要でない)⁽¹¹⁾。

(2) また産んだ女性が出産時に夫と同棲していたかも知重要でない。この場合、夫が子の法的父であるが、両者には何の関係もない。代理母出産の場合、別居中の夫が代理母と子の出生とを全く知らないこともありうる。代理母の夫が代理母の関係を賛成しなかった、又はそのことを知らなかった時も、父子関係推定は働く。子と、父の役割を初めから引受けるつもりのない父(遺伝的父でない)との間に父子関係が築かれる。ホスト・マザーの場合、子は法的母とも遺伝上血のつながりがなく、法的母からも望まれていない。⁽¹²⁾

b 未婚の母

母が未婚であれば、子の身分法上の地位は、他の非嫡出子のそれと異なる。

(1) 後に精子提供者と婚姻した場合、精子提供者が父子関係を認知するか、父子関係が裁判上確認されれば、既に生まれた子の準正が生ずる。

(2) 胚提供 子の準正は生じない。

産んだ女性（胚を提供された女性）と精子提供者とが婚姻した場合には、胚提供で論じられた内容が妥当する。産んだ女性（胚を提供された女性）と第三者とが婚姻した場合は、ZGB二五九Iの適用はない（第三者が両親でないから）。産んだ女性の夫はその子を養子にする可能性しかない（継子養子）。

(1) 母親の地位を引き受けたいという意思のみに基づく母子関係も立法論上問題とすべきでない。意思により初めの母子関係を成立させるのは、養子制度によるのでない限り、親子法の根底をなす身分の安定と明白性の思想を無視することになる。母子関係を早急かつ明白に確定できることが子の幸福であり、その利益となる。法的な母の地位に関する決定を当事者の意思に委ねるとすれば、出生時に子は身分上長くその地位を誰にも確定できないという危険が生ずる恐れがある。このような不安定は子の幸福を損なう。というのは当事者の意思に任せた所、母子関係について紛糾すれば母子関係が決定されない以上、父子関係も確定できなく恐れが生ずる。従ってわが国で個別具体的に親子関係を判断すべきであり、立法論でない限り、①遺伝、②出産、③意思の三要素の中で最も重視すべき要素は③意思であるとの主張には疑問をもつ。小野幸二・大東法学七・一（一九九七）三八頁。

(2) Coester/Waljen, Gutachten zum 56. DJT 1986, Bd. I B111. この論拠は家族法上の血統の原則を守るために主張されよう。

- (3) Hegnauer, Gesetzgebung und Fortpflanzungsmedizin. in: Gedachtnisschrift für P. Noll (1984) S.57.
- (4) Stettler, Schweizerisches Privatrecht Bd I Teilbd. 2. 1992 S. 17.
- (5) Ben-Am, *Gespaltene Mutterschaft*. 1998 S. 129.
- (6) では母子関係推定をいかに根拠づけるかの問題に関しては以下のように見解が分かれている。(i) Hegnauerによれば、この場合、ZGB二五五条の父子関係推定規定を類推適用する。だがBen-Amによると(Ben-Am, a. a. O., S. 131) 規範の類推適用に必要な事情の比較可能性はない。法的な定めのある父子推定の要件と法的な定めのない母子推定の要件とは法的判断に重要な主な特徴の点で一致しない。双方の推定には、遺伝上の親子関係と法的親子関係とに不一致があるが、子推定では婚姻に基づく事実推定についての法的推定が重要である。これに反し、母方の場面では外形に一致する推定の意味での母子関係は純粹の生活状況である出産に関わる。従って類推適用の根拠づけとしては不十分と考える。(ii) Buchli-Schneiderも(i)のHegnauerの類推に上記論拠から反対する。産んだ女性の遺伝上の母子関係が推定されるから、法的な母なのでなく、正に産みの母であるから法的な母であるという論拠から母子推定を否定する。だがこの抗弁に対し産んだ女性が遺伝上の母でもあるか否かに関係なく、法的な母子関係は法律上出生により成立すると反論できる。Stettlerは生物学上の相異を挙げて、父子関係での法律状態の類推は認められないとするが、立法論上あらゆる適用領域での母子関係の取消を拒否する。
- (7) Coester/Waltjen, a. a. O., B112; Ben-Am, a. a. O., S. 130; Schwenzer, *Gutachten zum 59. DJT* 1992, Bd. I, A 38-39.
- (8) Coester/Waltjen, a. a. O., B113.
- (9) イングランドのFertilisation Act (1990) 27も同様に解されている。だが父子関係を形式的な婚姻と結び付けることに意味がない場合がある。たとえば胚提供の場合、母が夫と裁判上別居し、夫が妻の生殖に同意せず、(遺伝上自己に由来しない)子を自己の子として育てる意思のない場合がそうである。同意しない夫の父子関係はZGB二五六IIIにより取り消されるが、確認可能な客観的な基準から初めより夫が父でないことが明らかな場合には父子関係を推定すべきでない。

(10) サロゲート・マザーの場合、産んだサロゲート・マザーが必ず遺伝上の母でもある(前述図参照)。現行法上、同意の問題は次の段階つまり父子推定を取消す場合に意味がある。

(11) 七六年の親子法改正時に、立法者は人工授精の可能性のみを考えていたが、父子関係推定を適用させるには、受胎の方法でなく、婚姻中に受胎したか否かのみが法的に重要である。

(12) ホスト・マザーの婚姻中胚を再移植したが、その解消後出生した。この場合もホスト・マザーの別れた夫は子の父とされる。子が婚姻の解消前に懐胎していれば、父子推定はその後出生しても働く(ZGB二五五II)。「懐胎」とは再移植の時期をいうのであって、生殖細胞の融合の時期ではない。その証拠として同じ状況に使われた表現であるZGB二五六bの懐胎が挙がる。懐胎とは妊娠開始のことである。着床前の胚洗浄は時間的に妊娠開始前に行う。ZGB二五五Iの期間計算(三〇〇日)も妊娠の普通の期間をいう。だが婚姻の解消後に再移植すれば、ホスト・マザーの夫は法的な父ではない。この場合、子には父がない。

3 新たな父子関係・母子関係の決定

A 既婚の推定された母

(1) 父子関係推定の取消と新たな父子関係

以上のところからみるように、母子関係が推定されると、次にその母と父とが婚姻していれば、その婚姻により、父子推定がなされるので、以下では母が婚姻しているか否かで区別して論ずる。父子関係が推定されると、次の段階でその推定を取消することができるかを検討せねばならない。

卵提供の場合、夫の精子による受精のみの場面となるので、夫側には何の特殊性もない。産んだ女性の夫が子

の法的父である。父子推定は問題とならない。

胚提供の場合、子は夫婦のいずれとも血縁関係がない。この場合、産んだ女性の母子関係と夫の父子関係とが共に推定される⁽¹⁾。

民法上、精子提供者、産んだ女性は取消権者として認められていないが、産んだ女性の夫と子のみが取消権者として認められている（ZGB二五六I）。従って以下夫、子とに分けて考察する。

(a) 夫による取消

夫は一年以内に取消さねばならない（ZGB二五六C）。夫の死後、夫の両親に補充的に取消権が帰属する（ZGB同二五八一）。非配偶者間人工授精の場合に限り、夫が第三者によって子供を作ることと同意した場合には、夫に取消権がない（ZGB二五六III）（対応規定が多く外国法にある⁽²⁾）。同意した夫の取消権は一般に権利濫用とされ、認められない⁽³⁾。

(b) 子による取消

子と、推定される父との間には何の家族関係もないが、推定される父と妻（推定される母）との共同生活は終了していなければ、子は推定される父（と推定される母）の嫡出子とされる⁽⁴⁾。子はZGB二五六I②によれば、推定される父との父子関係を取消することができるが、同条の狭い要件（未成年者であること及び共同生活の終了）から見て、この権利の行使の意味は実際非常に制限されている⁽⁵⁾。既婚の両親を保護するため、同条は明らかに子の保護を無視する。

現行法上、現在の父子関係を取消してのみ、遺伝上の父子関係は確認できる。しかし前述のように、子の取消権が制限されているため（ZGB二五六I②）、父子血統を明らかにする可能性もない⁽⁶⁾。

(c) 推定される母による取消

推定される夫と子とに家族関係がなくとも、推定される母は、子と、推定される夫との父子関係に働きかける可能性がない。推定される母を取消権者から排除している（ZGB二五六I）⁽⁷⁾ため、推定される母は親権を夫と共同して行使せねばならなくなる（ZGB二九七I 夫が子と全く家族関係がなくとも）。立法論としてこの場合、推定される母と夫との共同生活が存続しているか、子が夫に望まれてない場合がありうる。この場合に限り、推定される母にも夫の父子推定を取り消す可能性を認めるべきである。

(d) 遺伝上の父による取消

遺伝上の父に取消権はない。推定される母とその夫との共同の所帯が終了していなく、夫が取消権を行使しなれば、子は推定される母とその夫の嫡出子である。従って、遺伝上の父には「自分の」遺伝上の子を養子にする可能性のみがあり、そのためには夫の同意を必要とする。

推定される夫が、子を自分の子と認め、子を妻と共に育てるつもりである限り、遺伝上の父の法的父子関係形成に関する固有の利益よりも、現在の家庭生活と婚姻を妨げてはならず、優先せねばならない。その限りで、ZGB二五六Iが取消権者から遺伝上の父を排除するのは妥当と考えられる。

(2) 母子関係推定の取消と新たな母子関係

卵提供の場合も、胚提供の場合も、産んだ女性の母子関係は前述のように推定される。従ってこうして推定された母子関係を次に取消することが可能かが次に問題となる。

(a) 推定される母とその夫による取消

スイスの親子法には母子関係を取り消す規定はない。産んだ女性が母子関係をZGB二五六条一項一号の父子関係推定の取消を類推して取り消すことができるかが問題とされる。

類推解釈の妥当性については、推定される母子関係の状況と推定される父子関係の状況とを対比すると、生物学上対比できる局面が異なる。父は生物学上推定される母とは異なり、子の出生に関与していない。推定される母は、出生により推定される母子関係の発生に法的なきっかけを作るが、推定される父は夫婦関係にあるか否かの形式に関わるにすぎない。さらに推定される母による推定上の母子関係が取り消されれば、父子関係は消滅する。この結果、子には両親がいなくなる。つまり子に法的家族が全くいない状態となる。従ってこのような結果は子に好ましくないため、父子関係を母子関係に類推させることを認めることは妥当でない。従ってZGB二五六条一項の類推適用は問題とならない。⁽⁸⁾

(b) 子による取消

子が父側の血統を確認できる可能性は制限されている一方で、解釈論上、子に母子関係確認の可能性もない。父子関係取消と同じく、ここでも子の幸福の観点から遺伝上の母を知る子の権利は制限されてもよい。従って結果的に未成年の子と推定される母との間に親子関係がある場合には、子に取消権は認められない。

(c) 遺伝上の母による取消

遺伝上の母による取消権は学説上一致して認めない。⁽⁹⁾母子関係は取消しえないとの原則から、身分の安定、身分の明白性、家庭の平和の見地から遺伝上の母の取消権を否定する。⁽¹¹⁾

遺伝上の母に取消権を認めるか否かの問題は子の幸福が決めてであると考えられる。推定される母とその夫とが子を二人の子として育てることに一致した時は、家庭の平和と子の幸福を守るために、遺伝上の母に取消権を

認めるべきでない。⁽¹²⁾

B 未婚の推定される母

父子側では遺伝上の父が父子関係を認知しない限り、子には父がいない。遺伝上の父が子の認知を拒めば、子と推定される母とは父子確認の訴えを提起できる。

2 サロゲート・マザーの場合

A 既婚のサロゲート・マザーの場合

(a) 父子関係推定の取消

精子細胞を提供されて受胎したサロゲート・マザー及びホスト・マザー以外の場合には、代理母の夫が子の遺伝上及び法律上の父である。特に既婚の代理母が父になりたい男性と子との父子関係が確定できる。この場合は胚提供の父子推定が取り消された場合にのみ、父になりたい男性と子との父子関係が確定できる。この場合は胚提供の場合の父子関係の取消の場合と同じと考えられるが、代理母の、同意した夫に取消権が認められるか否かの問題がある。胚提供の場合、同意した夫の取消権は一般に権利濫用とされる。⁽¹³⁾だがこの理論は代理母の取消権を否定する理由とはなりえない。その理由は同意の意味が異なり、夫は生まれてくる子を将来希望の両親に引き渡すことに同意しているからである。従って推定される夫には取消権が認められる。

夫に取消権が認められるように、子の幸福の観点から子にも取消権が認められると考えられる。子と推定される父との間に事実上の父子関係が形成されていない場合ならば、子には取消権が認められる。

(b) 母子関係推定の取消

サロゲート・マザーは遺伝上及び生物上の意味で真の母である（母子関係の推定ではない）。だがホスト・マザーの場合にはその母子関係は推定される（ホスト・マザーは子と遺伝的に血のつながりがないから）。原則的に血統法上卵・胚提供に比べ何の特殊性もない。だが事実上、卵・胚提供との相異はホスト・マザー（とその夫）が母になりたい女性でない点にある⁽¹⁴⁾。

母による取消については、学説上、子の利益を考慮して、推定される母が母子関係を取消し、母になりたい女性⁽¹⁵⁾がその子を認知する場合にのみ、母になりたい女性とその子との母子関係を確認することが主張されている。

子の取消権については、否定される。卵・胚提供の場合と同様、子の幸福の理由から母子関係は取消不能の原則に固執すべきである⁽¹⁶⁾。

遺伝上の母の取消権も認めるべきでない⁽¹⁷⁾。

B 未婚の代理母出産の場合

父側では、父になりたい男性が父子関係を認知するか、裁判上確認されない限り、代理母の子には父がいなかったことになる。父になりたい男性と子に父子関係が形成されても、代理母と子との法的関係は法的母子関係が続き、代理母に親権が帰属する（ZGB二九八一）。親になりたい男女が子と法的に二人の子とするには母になりたい女性が継子養子をする以外ない。

- (1) 精子提供者との父子関係は、産んだ女性の夫の父子関係が取り消された時にのみ、決定できる。
- (2) Fertilisation Act 28 (2)。
- (3) 妻が精子を提供されて人工授精を受けることに同意することで、夫（父になりたい男性）は子が家族内に生まれ

ることに同意を表明した。その後、父が父子関係を取消できるとすると、それは夫の以前の態度と矛盾する。何の規制もないドイツではこの問題が争われている。BGHは非配偶者間人工授精に同意した場合にも夫の取消を原則的に認める (BGHZ 87, 169 = FamRZ 1993, 686). 岩志和一郎「比較法研究 53」(一九九一) 所収三二頁参照。精子が精子提供者の同意した目的 (たとえば研究用) のためでなく、妻の受胎のために用いられた場合にも、夫の同意のない時、精子提供者の父子関係の確認のために、遺伝的要因が重要かという問題は胚提供の場合、実際上意味がある。非配偶者間人工授精の場合について、この問題を Hegauer は肯定する。その根拠として以下の点を挙げる。①父子関係を精子提供者の意思と関連づけるのは現行法と一致しない。②精子の濫用的利用から精子提供者を保護すると、子の利益に反する。③意思の要素を考慮することから生ずる法律効果は子に極めて公正でない。④遺伝上の母と同じ権利が帰属する結果となる。結論として上記見解に賛成できる。この訂正不能な状況では子の保護の必要性のみが重要である。精子提供者は精子により子の存在の原因を作りだし、父としての責任を免れられない。子の出生に対する補充的原因つまり夫の同意と社会的な父がいなければ、子の出生に対する精子提供者の責任が存続する。精子が濫用された場合には、提供者は医師に対し契約法上の手段と損害賠償権を行使できる。そのことと身分法上の効果は明白に区別される。

(4) Ben-Am, a. a. O., SS. 144f.

(5) この関連では子が推定される両親の所帯で育てられていない (たとえば両親が親権を喪失したか又は、子が遺伝上の父 (精子提供者) と同居しているため) 場合がありうる。この場合、推定される両親との共同生活が終了しなくとも、子に取消権が認められる。

(6) 子は血統に関するすべての情報を知る憲法上の権利を有する (スイス憲法 24 novies II g.)。24 novies II g により立法者は生殖細胞の提供者の秘守利益よりも、遺伝上の両親を知る利益が優先すると定めた。子のアイデンティティの発見と自分についての認識のために自らの血統を知ることが重要であることから、E-FMedG 1996 は情報を受ける権利 (情報要求権) を貫徹するために規定を定めた。国家の報告義務を定めていない。一六歳未満の子の請求に正当な利益があるかの問題に対し行政庁に裁量がある。このことは結局、精子提供者の匿名性が保護される結果となる。

ひいては精子提供者の意思に左右される。ここでも子の利益が考慮されない。親子法でも子の遺伝上の血統を知る権利は従来改正されていない。すべての情報を知る憲法上の権利を保護するには情報要求権の貫徹のみでは解決できないことを示す。

(7) 排除する根拠は母には取消す独立した保護すべき利益がないとされる(連邦評議会の理由)。取消権者から母を排除するのは男女の権利平等違反(Schwenzer, a. a. O., A. 35. 又は母の親権に違反していると主張される(若干の学説)。この権利不平等の論拠に対する反論として、①夫と母とは同じ状況にない点。夫にとっては父子関係の取消権(自己決定)が問題であり、これに対し母にとっては子が自分に由来することなく、子が夫に由来すること(他人の決定)が問題である。夫は子と関わりがないことを示そうとし、母は教育権を自分のためにのみ得ようとするか、子と新しい夫との法的父子関係を成立させようとする。母は子に対しあらゆる考慮を負うが、夫は子に対し、何も負わないようにする。同時に子の利益は母のそれに優先せねばならない。事実には反する推定は夫や子の利益ほど母の利益を害さない。②たいいてい母は子の血統を知っているが、夫は知らないと反論される。上記①、②の論拠は納得できない。権利平等の例外的認められる場合として判例・通説は①性に基づく生物学的(機能上の)相異が両性の不平等を求める時、生物上の相異と具体的な権利不平等とに密接な関連のあること、①、②の条件は現在存在しない。取消の際の母と夫との同一の利害状況からすると、子の幸福の論拠は母側と夫側での取消権の制限になりうるが、両者の異なった取扱いを正当化しない。(1) 夫と子とに家族関係がなければ、母に夫から父の役割を排除する可能性を認めねばならない。権利平等の見地から、子の幸福を考えずに、一方では夫に無限の取消権があり、他方子の幸福を危うくしない時も、母を取消権者の範囲から排除するのは認めがたい。現在の法律状況は憲法4 IIの平等の取扱いの命令と一致しない。比較法上スイス法は嫡出子の場合、母を全く排除する少ない法秩序の一つである。たいいてい外国の法秩序では今日母は嫡出性取消権を有する。Schwenzer, a. a. O., A. 5.

(8) Schwenzer, a. a. O., A. 39.

(9) Schwenzer, Basler Kommentar N II zu Art. 252; Hegnauer, a. a. O., N 39 zu Art. 252.

(10) Schwenzer, a. a. O.

- (11) Coester-Waltjen, a. a. O., B. 116.
- (12) 推定される母とその夫とが共同生活をせず、母子関係の変更に合意した時は、遺伝上の母は取り消すことができる。推定される母とその夫が死亡した場合も取り消すことができる。この場合には遺伝上の母を知る子の利益が保障され、子は将来遺伝上の母とその夫との健全な家庭で共同生活ができる。
- (13) 妻が他人の精子による受精卵に同意することにより、子が家族の一員として生まれることに同意したのであるから、後に父子関係を取り消すと、それは夫の以前の行為と矛盾する。
- (14) ホスト・マザーは自分のためではなく、遺伝上の母になりたい女性のために子を受胎・出産する。これにより母子関係取消の問題はホスト・マザーが出産後、子を遺伝上の両親に引き渡すことを拒否し、自ら育てる場合に意味をもつ。
- (15) Stettler, a. a. O., S. 196. この考え方は母になりたい女性の認知が条件となっており、その点が難点でもある。
- (16) 但し子が望まれていなく、ホスト・マザーと子との間に何の親子関係もなければ、子に母子関係を取り消すことが認められる。
- (17) 立法論として家庭の平和の危殆と子の幸福の侵害が予想されなければ、遺伝上の母に自己の母子関係を確認させる手段を認めるべきである。

4 まとめ

以上のスイス法の内容を参考にして、わが国の現状及びこれから生ずるであろう状況を考慮しながら考えると、母子関係が分裂する卵提供⁽¹⁾、胚提供の双方では母子関係は出産により推定されるとすることが妥当と考えられる。それは出産という明白な事実によるからである⁽²⁾。前述のように産みの母を法的母とすることは、母子関係の早期⁽³⁾

の決定及び明白性の観点から子の身分が安定し、子の利益となる。従って母子関係が推定されれば、初めの父子関係はその母との婚姻の事実により決まるので、その夫と子との父子関係が推定される（日本民法七七⁽⁴⁾二一）。

こうして初めの母子関係、父子関係が推定されると、次に新たな父子関係、母子関係を決定する段階となる。

A 卵提供・胚提供の場合

(1) 父子関係推定の否認と新たな父子関係

(a) 推定される夫による否認（同七七四）

父子関係の否認の訴は子の出生を知った時から一年以内に提起せねばならない（同七七七、人訴二九）。

(b) 子による父子関係の否認は現行法上認められていないため、子は父子関係を否認することはできない。だが母による否認と同じく、その当否が争われている⁽⁵⁾。

(2) 母子関係推定の取消と新たな母子関係

(a) 推定される母による取消

推定される母が母子関係を否認することは前述3(2)により認められないし、否認自体現行法上否定されている⁽⁶⁾。

(b) 子による取消

現行法上、子による取消は認められていない⁽⁷⁾。もし子による否認を認めるとすれば、前述のように遺伝上の母子関係確認の可能性がないのであるから、子に両親のいない状態が生ずることになり、これは子にとり好ましい

ものではない。従って子による否認は認めないか、または認めるとしても制限すべきである。

B 代理母出産

(1) 既婚の代理母の場合

代理母出産の場合、母子関係は卵提供、胚提供と同様に推定され、その母が婚姻関係にあれば、その父との父子関係が生ずる。⁽⁸⁾

(a) 父子関係推定の取消

前記の表によれば、精子を提供された代理母出産以外の代理母出産では、夫が子の遺伝上及び法律上の父である。特に父になりたい男性の精子を提供された場合には、代理母の夫の父子関係推定が否定されない限り、父になりたい男性とその子との父子関係は成立しない。⁽⁹⁾ 従って代理母の夫が父子関係推定を否認し、父になりたい男性がその子を認知することにより父子関係が成立する。

(b) 母子関係推定の取消

前述のように、サロゲート・マザーは遺伝上及び生物上の意味での推定のない母である。一方、ホスト・マザーと子との母子関係は、子と遺伝上のつながりがないため、推定される。代理母と子との母子関係を否認する意味は、代理母が子を親になりたい夫婦に引き渡さない時である。母子関係の否認についてはもちろんわが国には規定がない。サロゲート・マザーの場合、母になりたい女性の否認権は原則的に認められないが、立法論として例外として子の利益を考え、子と代理母の家族とに健全な家族関係がない場合に限り、認められると考えられる。⁽¹⁰⁾ 更に子の否認権はスイス法と異なり、規定自体がないわが国では認められない。同様に遺伝上の母にも否認権

は認められない。

(2) 未婚の代理母の場合

父親については子が父子関係を認知しない限り、代理母の子には父がいない。一方、代理母は法的な母とされる。父になりたい男性の父子関係の訴（入訴三〇）により父子関係は確定できるが、母になりたい女性とその子の母子関係については形成しえない。

(1) わが国でも妹から卵を提供されて出産したケースが報道された。一九九五年九月一日付朝日新聞。

(2) 母は出産女性とするのがその子にとり最善であるとする考え方として「家族法改正への課題」(一九九三)所収論文(野村豊弘)三三五頁、深谷松男「現代家族法第三版」(一九九七)一一四頁。なお梶村太市・判例タイムズ家庭裁判所 家事少年実務の現状と課題(一九九九)所収六六頁。大宮隆・駒澤大学北海道教養部論集13(一九九八)一一頁。

(3) 金城清子・生殖革命と人権(一九九六)一〇一頁。従って当事者間の意思、特に母になりたいという意思に則して母子関係を形成することは好ましくない。参考前掲・小野二六頁。卵提供と対比される精子提供によるAIDでは母子関係は問題ないが、父子関係が分裂する。父子関係は夫が同意して行えば、後に嫡出否認は権利濫用として認められない。夫の同意のない場合は子からの強制認知も精子提供者への強制認知も提供者からの認知も認められない(精子提供により父子関係を放棄したといえる)。前掲・梶村六五頁。

(4) 前掲・大宮一一頁。

(5) 岡垣学・注釈民法(22)の1親族(3)(一九七二)一一四頁

(6) 前述のように立法論としては問題とされる。山木戸克己・人事訴訟手続法(一九五八)六〇頁。

(7) 前掲・山木戸六〇頁。

(8) 前掲・大宮一二頁。前掲・鈴木二三三頁によれば、特にホスト・マザーの場合に関し、両親になりたい男女との

間で嫡出親子関係が生ぜず、父になりたい男が認知することにより非嫡出子となるとする。なお前掲・大宮一三頁によれば、「現行法の解釈論を展開することは問題を複雑化するだけである」から、血縁にとらわれることなく、当事者の意思に親子関係の創設を認めるべきであると主張する。

(9) 子の取消権が認められるためには自己の出自を知る手段が確保されないことには意味が全くないことは当然である。

(10) Ben-Am, a. a. O., S. 172.