

生殖補助医療における法的母子関係のあり方の再考

—解釈論による分娩説の克服を目指して—

一橋大学法科大学院修了（2020年3月）長谷川知博

目次

- I はじめに
- II 現行の法的母子関係について
- III 平成19年決定の再考
- IV 法的親子関係を基礎づける要素
- V 試論と課題
- VI さいごに

I はじめに

私は、法的母子関係につき判例が分娩説を採用していることを、法科大学院未修1年の家族法の授業で知った。その授業で紹介された判例では、日本在住の日本人夫婦が米国ネバダ州で、同州在住の米国女性を代理母とする生殖補助医療を用いてもうけた子につき、出産した代理母との間で法的母子関係を認めた。¹代理懐胎では、代理母となる第三者の女性はそもそも母になる気はなく、母子関係の成立を望んでいるのは依頼者妻である²と考えられるため、代理母との間で法的母子関係を形成することにつき私は違和感を覚えた。また、生殖補助医療の技術が発達することで、ヒトの子宮を使わずに生まれる子が登場する可能性があるため、近い将来において分娩説は限界を迎えるのではないかと私は感じた。

そこで私は、上記の問題点を克服するために、平成19年決定で取られた論理を否定することで、民法の解釈論として、分娩説とは異なる新たな基準を導出できないかを探りたいと考えるに至った。あえて立法論ではなく解釈論とする理由は、生殖補助医療の発達に対して法整備が遅れている現状において、迅速な対応が可能となるからである。

生殖補助医療には、精子提供や卵子提供、代理懐胎など様々な手法がある。³本稿は、平成19年決定を題材として検討するため、平成19年決定の事案をまずは対象として、法的母子関係のあり方を探るものである。もっとも、本稿のさいごに、生殖補助医療の中でも、分娩の母と遺伝上の母が異なりうる代理懐胎の事案について、本稿が定立する基準をより

¹ 最決平成19年3月23日民集61巻2号619頁（以下「平成19年決定」という。）

² 前田陽一ほか『家族法VI親族・相続』145頁〔本山敦〕（有斐閣，第5版，2019）

³ 生殖補助医療の手法について、卵子・精子・子宮の組合わせとして考えられる主要なものを一覧で紹介するものとして、廣瀬美佳「体外受精，代理母の法的問題」野村好弘=小賀野昌一編『人口法学のすすめ』234頁（信山社，1999）の別表がある。

一般的に適用する必要があることを指摘し、本稿の射程を広げる道を模索したいと思う。⁴

本稿の流れは、次のとおりである。まず、現行の法的母子関係につき、現行民法の規定と判例を踏まえて現行の制度を整理する。次に、平成19年決定の論理を概観した上で、現行民法の規定を立法経緯に遡って検討することで、その論理を否定する。そして、新たな基準を定立する前提として、法的母子関係を形成する意義は何かを検討する。最後に、その意義を実現するための新たな基準を、試論として述べる。

II 現行の法的母子関係について

法的母子関係は、法的親子関係の一つである。現行民法は、法的親子関係につき実親子関係⁵（民法772条～791条）と養親子関係⁶（民法792条～817条の11）の2つを区別して規定している。本稿で検討する法的母子関係は、実親子関係についてである。本章では、実親子関係としての法的母子関係が現行制度でどう形成されるかを、非嫡出子の場合と嫡出子の場合に分けて、現行民法の規定と判例を紹介することで整理する。

1 非嫡出子の場合

非嫡出子とは、婚姻していない母から生まれた子⁷のことである。現行民法では、非嫡出子の法的母子関係は、認知によって成立することが規定されている。⁸

判例は、この規定に基づき、当初は母が認知することで初めて法的母子関係は成立するとしていた（認知必要説）。⁹しかし、このような判例に対しては、批判的な学説が多かった。¹⁰また、母は出生届はするが認知はしないのが通常である¹¹という状況を踏まえて、判例は以下のように変化した。まず、母が出生届を出している場合は、それが認知の効力をもつとした。¹²次に、母が出生届を出していない場合であっても、扶養義務関係においては、分婉

⁴ 分婉の母と遺伝上の母が異なることになる生殖補助医療の手法としては、卵子提供や代理懐胎がある。AIH（Artificial Insemination by Husband：人工受精）やAID（Artificial Insemination by Donor：非配偶者間人工受精）のような精子提供の手法は、分婉の母と遺伝上の母が異なることにはならないため、本稿の対象外となる。

⁵ 実親子関係とは、自然的血縁関係を基礎とする法的親子関係である。しかし、自然的血縁関係と必ずしもイコールではない。（前田・前掲注（2）120-121頁）

⁶ 養親子関係とは、自然的血縁関係を基礎としない法的親子関係である。（前田・前掲注（2）120頁）

⁷ 前田・前掲注（2）122頁

⁸ 「嫡出でない子は、その父又は母がこれを認知することができる。」（民法779条）

⁹ 大判大正10年12月9日民録27輯2100頁

¹⁰ 石井美智子「母の認知」水野紀子=大村敦志編『民法判例百選Ⅲ親族・相続』64頁（有斐閣，第2版，2018）

¹¹ 田村五郎「母の認知」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅳ親子』38頁（有斐閣，1960）

¹² 大判大正12年3月9日民集2巻4号143頁

という事実で法的親子関係が成立することを認めた。¹³さらにその後、「母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知を俟たず、分娩の事実により当然発生すると解するのが相当である」と判示し¹⁴、「分娩者＝母ルール」（分娩説）を確立した。判例が、法的母子関係は原則として分娩の事実によって成立するとしたことで、母の認知を規定している民法 779 条は空文化することとなった。

これより現行制度では、非嫡出子の法的母子関係は、分娩した者との間で形成される。

2 嫡出子の場合

嫡出子とは、婚姻している母から生まれた子¹⁵のことである。現行民法には、嫡出子の法的母子関係について、明文規定は存在しない。しかし実務では、母が誰であるかは原則として自然にはっきりしている¹⁶として、「分娩者＝母ルール」（分娩説）が採用され、法的母子関係は分娩の事実によって成立するとしている。その理由としては、現行民法の制定当時においては、懐胎し出産した女性は遺伝的にも例外なく出生した子とのつながりがあるという事情が存在したため、出産という客観的かつ外形上明らかな事実をとらえて母子関係の成立を認めることにしたからである。

そして判例は、自然懐胎によって生まれた子だけでなく、生殖補助医療によって生まれた子についても分娩説を採用することを、平成 19 年決定で明らかにした。

これより現行制度では、嫡出子の法的母子関係は、分娩した者との間で形成される。

III 平成 19 年決定の再考

本章では、平成 19 年決定を振り返り、生殖補助医療によって生まれた子についても分娩説を採用した判例の論理に妥当性が認められるかを再考する。まず、平成 19 年決定の事案と判旨を紹介し、多数意見が分娩説を採用した論理を整理する。その上で、旧民法の起草過程まで遡って現行民法の立法経緯を辿ることで、その論理に妥当性があるかを検討する。

1 事案と判旨

平成 19 年決定の事案は、以下のとおりである。本件では、ネバダ州の裁判で認められた代理母出産で生まれた子と依頼者である夫婦との間の法的親子関係が、日本においても認められて出生届が受理されるかが問題となった。そのため、本件での主たる争点は、外国裁

¹³ 大判昭和 3 年 1 月 30 日民集 7 卷 1 号 12 頁

¹⁴ 最判昭和 37 年 4 月 27 日民集 16 卷 7 号 1247 頁（以下「昭和 37 年判決」という。）

¹⁵ 前田・前掲注（2）121-122 頁

¹⁶ 中川善之助『民法大要（下巻）親族法・相続法』86 頁（勁草書房，訂正増補版，1963）

判所の確定判決が日本国内でも有効となるための公序要件（民事訴訟法 118 条 3 号）の解釈であった。しかし、日本における公序を判断する上で、代理母出産の場合の法的母子関係を決める基準が問題となった。そこで、判旨については、この基準に関して最高裁判所が判断した部分を抜粋して紹介する。

1. 事案¹⁷

X1 と X2 は夫婦であり、ともに日本在住の日本人である。X らは、代理母出産を希望したが、日本ではこれが実施できないため、米国ネバダ州に出かけて、2003 年 5 月に同州在住の米国人女性 A を代理母として代理母出産（X1 の精子と X2 の卵子を受精させて作った受精卵を A の子宮に移植し、A に懐胎・出産をしてもらう方法）のための施術を行うとともに、A およびその夫 B との間で有償の代理出産契約を締結した。同年 11 月末に、A はネバダ州において双子 C・D を出産した。同年 12 月、ネバダ州の裁判所は、X らからの申立てを受けて、X らが C・D の父母であること等を内容とする裁判を行った。その後、C・D について、X1 を父、X2 を母と記載したネバダ州出生証明書が発行された。

X らは、2004 年 1 月に C・D を連れて日本に帰国し、Y（東京都品川区長）に対し、C・D について、X1 を父、X2 を母と記載した出生届を提出したところ、X2 による分娩の事実が認められないことを理由として、Y がこれを受理しなかった。

2. 判旨

「(1) …実親子関係は、身分関係の中でも最も基本的なものであり、様々な社会生活上の関係における基礎となるものであって、単に私人間の問題にとどまらず、公益に深くかかわる事柄であり、子の福祉にも重大な影響を及ぼすものであるから、どのような者の間に実親子関係の成立を認めるかは、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、我が国の身分法秩序を定めた民法は、同法に定める場合に限り実親子関係を認め、それ以外の場合は実親子関係の成立を認めない趣旨であると解すべきである。」

「(2) 我が国の民法上、母とその嫡出子との間の母子関係の成立について直接明記した規定はないが、民法は、懐胎し出産した女性が出生した子の母であり、母子関係は懐胎、出産という客観的な事実により当然に成立することを前提とした規定を設けている（民法 772 条 1 項参照）。また、母とその非嫡出子との間の母子関係についても、同様に、母子関係は出産という客観的な事実により当然に成立すると解されてきた（最高裁昭和 35 年（オ）第 1189 号同 37 年 4 月 27 日第二小法廷判決・民集 16 卷 7 号 1247 頁参照）。

¹⁷ 早川眞一郎「外国における代理出産によって出生した子の出生届」水野紀子=大村敦志編『民法判例百選Ⅲ親族・相続』72 頁（有斐閣，第 2 版，2018）を参考にした。

民法の実親子に関する現行法制は、血縁上の親子関係を基礎に置くものであるが、民法が、出産という事実により当然に法的な母子関係が成立するものとしているのは、その制定当時においては懐胎し出産した女性は遺伝的にも例外なく出生した子とのつながりがあるという事情が存在し、その上で出産という客観的かつ外形上明らかな事実をとらえて母子関係の成立を認めることにしたものであり、かつ、出産と同時に出生した子と子を出産した女性との間に母子関係を早期に一義的に確定させることが子の福祉にかなうということもその理由となっていたものと解される。

民法の母子関係の成立に関する定めや上記判例は、民法の制定時期や判決の言渡しの時期からみると、女性が自らの卵子により懐胎し出産することが当然の前提となっていることが明らかであるが、現在では、生殖補助医療技術を用いた人工生殖は、自然生殖の過程の一部を代替するものにとどまらず、およそ自然生殖では不可能な懐胎も可能にするまでになっており、女性が自己以外の女性の卵子を用いた生殖補助医療により子を懐胎し出産することも可能になっている。そこで、子を懐胎し出産した女性とその子に係る卵子を提供した女性とが異なる場合についても、現行民法の解釈として、出生した子とその子を懐胎し出産した女性との間に出生により当然に母子関係が成立することとなるのかが問題となる。この点について検討すると、民法には、出生した子を懐胎、出産していない女性をもっ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公益及び子の福祉に深くかかわるものであり、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。」

2 多数意見の論理

上記判旨（多数意見）の骨子としては、以下の点が挙げられる。

①実親子関係は公益に深くかかわる事項であり、子の福祉にも重大な影響を及ぼす。したがって、実親子関係を定める基準は、一義的に明確で、その基準によって実親子関係の存否が一律に決定できるものでなければならない。

②実親子関係を定める基準は、我が国の身分法秩序を定めた民法の規定による。そして、民法に定める場合に限って実親子関係を認め、それ以外の場合は実親子関係の成立を認めない。

③民法には、法的母子関係が懐胎、出産という客観的な事情により当然に成立することを前提とした規定が設けられている（民法 772 条 1 項）。また、認知の規定（民法 779 条）は空文化しており、非嫡出子の法的母子関係について、出産という客観的な事実により当然に成

立するという判例（昭和 37 年判決）がある。したがって、民法の規定によると、実親子関係としての法的母子関係は、分娩した者との間で形成されるという基準（分娩説）が導ける。④たしかに、民法制定当時の事情を踏まえると、民法の実親子関係に関する現行法制は、血縁上の親子関係を基礎に置くものといえる。しかし、民法には、出生した子を懐胎、出産していない女性をもってその子の母とすべき趣旨をうかがわせる規定がないため、生殖補助医療で生まれた子についても、現行民法の解釈としては分娩説が妥当する。

平成 19 年決定は、生殖補助医療の場合においても分娩説が妥当するとした根拠として、民法 772 条 1 項および昭和 37 年判決の 2 点を挙げている。しかし、この 2 点は根拠にならない、とする否定的な見解が次のとおり存在する。1 点目の民法 772 条 1 項は、現行民法が分娩の母と遺伝上の母が異なる事態を全く想定していなかった時代の法律である。また、この規定は、あくまでも父子関係の推定規定だけを定めている。¹⁸ 2 点目の昭和 37 年判決は、法的母子関係が「原則として、母の認知を俟たず、分娩の事実により当然発生する」と述べており、例外もありうることを認めている。ここで、例外が認められる場合とは、「分娩の事実＝血縁関係」という考え方が通用しない場合である。¹⁹

このように否定的な見解が存在する中で、平成 19 年決定が分娩説を採用した根拠には妥当性が認められるのか。次節において、嫡出推定の規定（民法 772 条 1 項）および認知の規定（民法 779 条）の立法趣旨を探り、また民法 779 条を修正した昭和 37 年判決の背景を探ることで明らかにする。

3 現行法の立法経緯

本節では、現行民法の基となっている旧民法の起草過程にまで遡ることで、現行民法の規定の趣旨を探る。まず、嫡出推定の規定（民法 772 条 1 項）について検討する。そして次に、認知の規定（民法 779 条）およびそれを修正した昭和 37 年判決の背景について検討する。

1. 嫡出推定の規定（民法 772 条 1 項）

旧民法人事編第一草案では、第六章・第一節・第一款「正親子ノ分限ノ証拠」の中の「理由」という項目で、嫡出子について以下のように述べている。

「正出子トハ有夫ノ婦其婚姻中ニ其夫ヨリ懐胎シタル所ノ子ヲ云フモノニシテ正親子ノ分限ハ左ノ条件アルヲ要ス」。「第一婚姻第二婦ノ子ナルコト第三夫ノ子ナルコト第四婚姻中ニ懐胎アリシコト第五人別ノ同人ナルコト是レナリ」。「此ノ条件中第一第二及ヒ第五ハ

¹⁸ 樋口範雄「人工生殖で生まれた子の親子関係」法学教室 322 号（2007）139 頁。なお、二宮周平編『新注釈民法（17）親族（1）』534 頁〔野沢紀雅〕（有斐閣，2017）には、「本条の趣旨が父性推定とそれに基づく嫡出性の付与にある」と記載されている。

¹⁹ 樋口・前掲注（18）140 頁

直接ニ証明スルヲ得ルモノトス」。²⁰法的母子関係に関する第二の証明については、「母子ノ分限ハ懐胎分娩等ノ外部ニ顕ハルル事実ナレハ之ヲ直接ニ証明スルヲ得ヘシ」²¹とする。

実際に制定された旧民法では、「婚姻中ニ懐胎シタル子ハ夫ノ子トス」(91条)と規定された。そして、この規定を踏襲した明治民法では、「妻カ婚姻中ニ懐胎シタル子ハ夫ノ子ト推定ス」(820条)と規定されて、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」(民法772条1項)とする現行の規定に至る。

明治民法第820条の解説には、「尚ホ假令其推定シタル場合ト雖モ亦反證ヲ以テ之ヲ撃破スルコトヲ得ルモノトセリ」とし²²、「唯此反證ハ第八百二十二條ノ規定ニ依リ原則トシテ夫ノミ之ヲ擧クルコトヲ得ルモノトセリ」と記載されている。²³なぜ夫のみの反証を原則とするかについては、明治民法第822条の解説において、「母ハ此場合ニ於テ子カ其夫ノ子ニ非サルコトヲ主張スルハ則チ有夫姦ヲ犯シ又ハ婚姻ノ前後ニ於テ私通ヲ爲シタルト主張スルニ同シ」。「故ニ實際之ヲシテ此ノ如キ反證ヲ擧ケシムルコト難キノミナラス其不品行ヲ法廷ニ主張スルノ權利ヲ之ニ與フルハ風教ニ害アル所ナルカ故ニ夫ニノミ其權利ヲ與ヘタルナリ」と記載されている。²⁴

以上より、立法者は、分娩の母と遺伝上の母が異なりうる事態は全く想定せずに、嫡出子の法的母子関係は懐胎・分娩という事実によって明らかだとする。したがって、嫡出推定の規定(民法772条1項)の趣旨は、あくまで法的父子関係を推定することにあると考えられる。よって、この規定は、分娩の母と遺伝上の母が異なりうる生殖補助医療の場合においても、法的母子関係につき分娩説が妥当するとした根拠にはならない。

2. 認知の規定(民法779条)

旧民法人事編第一草案では、第六章・第二節・第二款「庶出子ノ認知」の中の「理由」という項目で、「認知ハ親子ノ分限ノ自認ニシテ此自認ハ子ノ身分ヲ確定スルノ目的ナリトス」。「故ニ性質上本人ノ随意ニ在ルモノトス」と述べている。²⁵そして、「此認知ハ父母各躬ラ之ヲ為スコトヲ要ス」(176条)としていた。その理由としては、「父子ノ分限ニ付テハ父ノ外之ヲ自認スルニ充分ノ知識ヲ有セサルハ勿論母子ノ分限ニ付テモ其耻辱ニ関スルコト²⁶ナレハ他人之ヲ為スヲ得ス」ということが挙げられていた。²⁷しかし、実際に制定された

²⁰ 明治文化資料叢書刊行会編『明治文化資料叢書第三卷法律編上』126頁(風間書房, 1959)

²¹ 明治文化資料叢書刊行会・前掲注(20)126頁

²² 梅謙次郎『民法要義卷之四』239頁(有斐閣, オンデマンド版, 2001)

²³ 梅・前掲注(22)242頁。明治民法第822条は、「第八百二十條ノ場合ニ於テ夫ハ子ノ嫡出ナルコトヲ否認スルコトヲ得」と規定していた。

²⁴ 梅・前掲注(22)245頁

²⁵ 明治文化資料叢書刊行会・前掲注(20)145頁

²⁶ 「庶出子ノ出生ハ其母ノ耻辱ニ関スルモノ」と、第一草案第173条の「理由」で述べられている。(明治文化資料叢書刊行会・前掲注(20)144頁)

²⁷ 明治文化資料叢書刊行会・前掲注(20)146頁

旧民法では、母については認知の規定が置かれなかった。²⁸

ところがその後、明治民法の立法過程では、法典調査会原案において「私生子ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得」（829条）と記載された。第155回法典調査会における議論では、母の認知を必要とするかで意見が対立した。²⁹そこで、原案における「又ハ母」という文言を削除すべきか否かが多数決により採決されたが、賛成少数で否決されることとなった。³⁰そのため、制定された明治民法では、「私生子ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得」（827条）と規定されて、「嫡出でない子は、その父又は母がこれを認知することができる。」（民法779条）とする現行の規定に至る。

明治民法第827条の解説では、次のように述べられている。「私生子ハ法律上正當ニ生マレタル子ニ非サルカ故ニ當然其父タルヘキ者又ハ母タルヘキ者アルニ非ス」。「父又ハ母カ之ヲ認知スルニ因リテ始メテ親子ノ關係ヲ生スルモノナリ」。「唯母ハ現在其胎内ヨリ生マレタル子ナルカ故ニ其事實ヲ證スルコト難カラサルヲ常トス」。「從テ又大多數ノ場合ニ於テハ母ハ出生後直チニ之ヲ認知スヘシ」。³¹しかし、「母ハ分娩ノ事實ニ因リテ其子トノ關係ヲ明カニスルコトヲ得ヘキカ故ニ之ニ付テハ別ニ認知ノ必要ナク苟モ出生届ヲ爲スニ方リテハ必ス母ノ氏名ヲ届出テシムルモノトシテ可ナリ」とすることはできない。³²非嫡出子との間で法的母子関係を形成するにつき母の認知が必要であるとする理由は、「(第一) 棄兒其他出生ノ届出ヲ爲ササル子ニ付テハ父母共ニ不明ナルヲ常トシ(第二) 若シ出生ノ當時必ス母ノ氏名ヲ届出ツヘキモノトセハ身分アル者ハ之カ爲メニ或ハ届出ヲ爲サシテ無籍者ヲ生セシメ或ハ他人ノ子ト偽リテ之ヲ届ケ其甚シキニ至リテハ爲メニ其子ヲ棄テ若クハ殺ス者ヲ出タスヘシ」という点が挙げられている。³³さらに、その当時の戸籍法第68条4号が、非嫡出子の出生届において母の氏名を明らかにすることを要求していたことは、法文の不備であると指摘していた。³⁴

現行民法は、明治民法第827条をそのまま引き継いだ。したがって、現行民法は当初、非嫡出子の法的母子関係は認知によって初めて生じるという考え方に立っていた。しかし、こ

²⁸ 五島京子「母の認知」中川高男編『民法基本論集第Ⅶ巻—家族法』156頁（法学書院，1993）。参考までに、父については以下のように規定された。

第九十五条 庶子ハ父ノ届出ニ基ク出生証書ヲ以テ之ヲ証ス但身分ノ占有ニ關スル規定ヲ適用ス

第九十六条 父ノ知レサル子ハ私生子トス

第九十七条 私生子ハ出生証書ヲ以テ之ヲ証ス但身分ノ占有ニ關スル規定ヲ適用ス

第九十八条 私生子ハ父之ヲ認知スルニ因リテ庶子ト為ル

第九十九条 庶子ノ出生届及ヒ認知ハ父自ラ身分取扱吏ニ之ヲ為スコトヲ要ス未成年者ト雖モ自ラ之ヲ為スコトヲ得

²⁹ 詳しくは、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書6法典調査会民法議事速記録六』534頁-540頁（商事法務研究会，1984）を参照。

³⁰ 五島・前掲注（28）157頁

³¹ 梅・前掲注（22）254頁

³² 梅・前掲注（22）255頁

³³ 梅・前掲注（22）256頁

³⁴ 梅・前掲注（22）256頁。なお、現行法でも、届書に母の氏名の記載が要求され（戸籍法49条2項3号）、非嫡出子の母に届出義務が課されている（同52条2項）。

の規定に対しては、以下で述べるように学説から強く批判がなされたため、判例によって修正されることとなった。

3. 昭和 37 年判決の背景

明治民法第 827 条において、認知を必要とした理由は次の 2 点に要約できる。1 点目は、母子の血縁関係は通常の場合分娩の事実によって明らかだとはいえ、棄児その他出生届をしていない子（他人の子として虚偽の出生届がなされている子、あるいは全然届出のない無籍の子など）の場合のように真実の母子関係が不明な場合もあるため、一般に認知を要するとする方がよい。2 点目は、出生によって当然に法的母子関係が生ずるものとすれば、母に出生届出義務を命ぜざるをえないことになるが、そうすると、特に姦生子の場合などは母にとっても子にとっても不利益な結果を生ずる。なぜなら、母の素行がそれによって暴露され、また「相當ノ身分ノアル者〔ダト〕…母ノ名前デ届ケルト姦通ニナルカラ之ヲ他人ノ子ニスルカ或ハ殺シテ仕舞ウカ捨テテ仕舞ウ」（梅謙次郎）ようなことにもなるからである。³⁵

これに対して多数学説は、民法の形式的解釈を排斥して当然発生主義（認知不要説）をとり、認知主義（認知必要説）に種々の批判を行った。³⁶多数学説が、非嫡出子の法的母子関係につき認知を不要とした理由の一部を紹介すると、次の点が挙げられる。³⁷①母子の血縁関係は、父子関係と異なり、分娩なる生理的事実によって明瞭であるため、認知（出生届）をまっけて母子関係が発生するとする必要がない。②本来親子関係のごとき身分関係は自然的事実関係であって、認知（出生届）があるかないかによって左右されるべき事柄ではない。父と婚外子との関係が認知によって親子関係となるのは止むを得ない例外であり、この例外を母子関係に及ぼすのは不当である。③妊娠分娩という明白な事実だけでは母子関係が生じないというのは常識に反する。④母子関係の発生に認知を求めると、社会的には疑いの余地がない母子関係が法的には母子関係と認められないという矛盾が生じる。民法の親族制度一般の根本精神からいっても、直接に血によってつながっていることの明白な者の間に親族関係を認めないことは許されない。

学説からの批判を受けて、法改正は加えられなかったものの、昭和 34 年に公表された法制審議会民法部会身分法小委員会の「仮決定及び留保事項」では、「第七百七十九条から第七百八十七条までについては、母子の関係は出生の事実により当然に生ずるものとする」

（第 22）と記載された。³⁸その解説では、「男女の生理上の差異に着眼すれば、母子関係は、分娩、出生という事実によって容易に認識できる。そこで今回、母子関係は、出生の事実により、当然に生ずるものと決定されるに至った。法曹会決議も最初は、認知を要するとしな

³⁵ 田村・前掲注（11）44 頁。なお、梅の発言は、第 155 回法典調査会の議事録にて確認できる。（法務大臣官房司法法制調査部・前掲注（29）537 頁）

³⁶ 田村・前掲注（11）45 頁

³⁷ 田村・前掲注（11）45-46 頁

³⁸ 法務省民事局「民法親族編の改正について」ジュリスト 185 号（1959）51 頁

がら（大正 9 年 10 月 23 日）、後これを改め、分娩によりて母子関係を認むべきものとして
いる（大正 11 年 3 月 28 日）。」と述べている。³⁹そして遂に、昭和 37 年判決で原則として
母の認知は不要であると判示され、判例法理によって修正されることとなった。

以上より、昭和 37 年判決が、非嫡出子の法的母子関係について原則として認知を俟たず
に分娩の事実により当然発生すると判示したことの背景には、分娩した女性と生まれた子
との間に血のつながりがあることが明白であった当時の状況がある。したがって判例は、血
縁上の親子関係を基礎として意思主義から事実主義に転換したといえ、「分娩の事実＝血縁
関係」という考え方が通用しない場合が、昭和 37 年判決における例外にあたると思われる。
よって、この判例は、分娩の母と遺伝上の母が異なりうる生殖補助医療の場合において
も、法的母子関係につき分娩説が妥当するとした根拠にはならない。

IV 法的親子関係を基礎づける要素

前章において、平成 19 年決定が生殖補助医療の場合においても分娩説が妥当するとした
2 つの根拠については、いずれも根拠にならないことが判明した。平成 19 年決定の論理が
破綻している以上、生殖補助医療で生まれた子については、法的母子関係が形成される基準
を新たに定立する必要がある。そこで、基準を定立するにあたり、生まれた子と誰との間に
法的母子関係を形成するべきかが問題となる。

本章では、まず現行民法の規定から、法的親子関係が形成された場合に生じる権利義務関
係を整理する。その上で、家族に求められる機能を検討することで、誰との間で法的母子関
係を形成するべきかを探る。

1 法的親子関係における権利義務

現行民法は、法的親子関係が形成された場合に生じる権利義務関係を、第 4 編・第 4 章
「親権」で規定している。親権は、家長権から父権へ、父権から親権へと発展してきたため、
歴史的には親の子に対する一方的な権利としての側面が強かった。しかし、権利は本来的に
義務を伴うものであり、近時では、親権の義務性が強調されるようになってきている（児童
の権利に関する条約 3 条 2 項）⁴⁰。したがって、現在において親権は、子を適切に養育する
ための親の権利かつ義務であり、同時に、親から適切な養育を受ける子の権利かつ義務であ

³⁹ 外岡茂十郎ほか「家族法再改正解説—日本における家族法最近の動向—」早稲田大学比較法研究所紀要
16 号（1961）99 頁〔高野竹三郎〕

⁴⁰ 「締約国は、児童の父母、法定保護者又は児童について法的に責任を有する他の者の権利及び義務を考
慮に入れて、児童の福祉に必要な保護及び養護を確保することを約束し、このため、すべての適当な立法
上及び行政上の措置をとる。」（児童の権利に関する条約 3 条 2 項）

る、と理解すべきである。⁴¹これらの権利義務は、親子間の私的な権利義務であるとする考え方（私的義務説）と、国に向けられた権利義務であるとする考え方（公的義務説）の2つがあるが、両方の側面があると解すべきであろう。⁴²親権の具体的な内容は、身上監護権（民法 820 条）と財産管理権（民法 824 条）に大別される。

身上監護権とは、「親権を行う者が、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。」（民法 820 条）ことをいう。監護とは、子に衣食住等を与え、子を養育することである。また、子が病気になったりした場合には診療させたり、病気予防のために必要な指導を行うなど、子が成長する上で必要な一切の行為を含む。また、教育とは、家庭教育・学校教育を問わず、子の知育・徳育・体育など、子の成長に必要な教育を子に施すことである。⁴³そして現行民法には、身上監護権を適切に実現するために必要な行為の一部が、居所指定（民法 821 条）、懲戒（民法 822 条）、職業許可（民法 823 条）として例示列挙されている。⁴⁴

財産管理権とは、「親権を行う者は、子の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為についてその子を代表する。」（民法 824 条）ことをいう。したがって、親権者には、未成年者の財産管理および財産に関する法律行為について包括的かつ広範な権限が付与されている。そして親権者は、財産管理にあたって、自己の財産に対するのと同様の注意義務を負う（民法 827 条）。⁴⁵

2 家族に求められる機能

1. 歴史的視点より

法的親子関係における権利義務が規定された背景には、家族を一つの法制度として確立してきた歴史がある。現行民法は、個人を個人として尊重する考え方（憲法 13 条）を基に制定されており、西欧の近代以降の思想に影響を受けている。そこで、現行民法に直接的に影響を与えている西欧の近代前後の歴史に遡ることで、家族に求められている機能が何かを検討する。

西欧の前近代社会では、家族を単位として生産活動が行われ、家族を単位として消費生活が営まれていた。そこでは、家族員が労働をし、食事をし、休息をして明日の労働にそなえ、病人や老人が看護され、介護され、子供が生まれ、成長して新たな労働力として参加していた。したがって家族は、生産と再生産（生殖と労働力の維持）の両方の機能を持つ組織であった。また、この社会では農業が主要産業であったため、土地がほとんど唯一の生産手段であった。したがって家族は、農業経営体であり、土地を所有しあるいは利用して、それを祖

⁴¹ 前田・前掲注（2）167 頁

⁴² 前田・前掲注（2）167-168 頁

⁴³ 前田・前掲注（2）172 頁

⁴⁴ 前田・前掲注（2）173 頁

⁴⁵ 前田・前掲注（2）178-179 頁

先から子孫に伝える組織でもあった。⁴⁶二宮先生によれば、エンゲルスは、文明期以降の一夫一婦を基本とする単婚家族は、生産の蓄積である富を、男性が所有し、父として自己の子に相続させるために発生したと説いている。⁴⁷

こうした生産と再生産を営む家族に、土地の所有や利用を保障し、また規制したのが、封建的村落共同体であり、この共同体という組織を通して、領主権力は農民を収奪した。ところが、封建社会の末期になると、経済力をもつようになった農民が登場してきた。富裕な農民は、その経済力によって中小農民の土地を奪うことでいっそう富裕になり、その豊かさを示すために家族を労働させなくなった。他方、土地を失った農民は、従来のように農業生産を営めなくなり、農村から都会へと移動していった。これにより、どちらの家族も、生産の機能を失うこととなった。⁴⁸

家族の生産機能の喪失を決定的にしたのは、産業革命であった。⁴⁹産業革命によって到来した西欧の近代社会では、工業化が進むことで、生産が家庭から社会に移されるようになり、家族の主要な機能は再生産だけとなった。⁵⁰このとき、家庭に残された再生産労働は、もっぱら女性が負担することとなった。そのため、生産は社会が、再生産は家庭がという分化に伴って、生産と再生産に従事する人間が性によって分けられ、社会に出て働くのは男性、家庭にとどまって家事、育児を担当するのは女性というように、性別役割分業が固定化された。⁵¹政府にとって、女性が家庭で再生産を担うことは、次の2つの意味で好都合であった。⁵²1つ目は、再生産に支出する公費を節減できたことである。2つ目は、社会の秩序を維持しやすかったことである。なぜなら家族は、性と年齢という肉体的差異にもとづいて家族員が位置づけられ、差別され、それを自然の秩序として受け入れる場である。したがって、大人でありながら被扶養者として従属的地位にいる女性が子供の養育にあたることは、差別に無感覚な人間、差別を内面化してしまう人間をつくりだし、様々な差別的関係によって構成されている現実社会を、維持し再生産していくために必要であったからである。⁵³

以上より、歴史的に見れば、近代以降の家族は、再生産（扶養）と相続のために制度化されてきたといえる。しかし、今日では、家族には多様な機能があるとも言われる。すなわち、家族の構成員に対しては、性愛の充足、生殖・保育、共同的生活保障、教育、保護・休息・情緒安定が挙げられる。また、社会に対しては、性関係のコントロール、種族の保存、労働力の再生産、文化の伝承・保持、社会の安定化などが挙げられる。⁵⁴もっとも、これらは家

⁴⁶ 水田珠枝「家族の過去・現在・未来—家庭の崩壊を中心に—」佐々木潤之介編『日本家族史論集1 家族史の方法』223頁（吉川弘文館、2002）

⁴⁷ 二宮周平『家族法』2頁（新世社、第5版、2019）

⁴⁸ 水田・前掲注（46）224頁

⁴⁹ 水田・前掲注（46）224頁

⁵⁰ 水田・前掲注（46）225頁

⁵¹ 水田・前掲注（46）225頁

⁵² 水田・前掲注（46）226頁

⁵³ 水田・前掲注（46）227頁

⁵⁴ 二宮・前掲注（47）3頁

族の美点として挙げられるものと重なるが⁵⁵、この美点の背後には、家族員の間での支配し支配される関係、差別し差別される関係がへばりついている。⁵⁶したがって、これらの機能は、性別役割分業が固定化された中に見出されてきたものが含まれており、女性の自律的な生き方の実現のために家庭からの解放が推進されている現在においては、必ずしも家族の機能として全てを認めることはできない。

家族の機能のうち生産機能が社会に移っていった歴史を見ると、何を家族の機能として何を社会の機能として分類するかは、その時代の状況によって左右されるため難しい判断が求められる。しかし現行民法は、「親権」(第4編・第4章)として身上監護権(民法820条)と財産管理権(民法824条)を規定しており、家族に再生産(扶養)の機能を認めている。また、「相続」(第5編)を規定しており、家族に相続の機能を認めている。したがって、現在においても、少なくとも再生産(扶養)と相続の2点は、家族の機能として求められていると考えられる。

2. 生物学的視点より

相続の機能は、親の財力や死亡時によって、子に対する影響力は異なる。むしろ、生まれた子は自立できるようになるまでは他者の助けが必要となることから、再生産(扶養)の機能は、子に対して一律に大きな影響を与える。そのため、生まれた子と法的母子関係を形成すべき者を考えるにあたっては、再生産(扶養)の機能が特に重要となる。生まれた子に対する扶養は育児行動として現れるが、育児に伴って形成される親子関係は生物進化の過程に由来する。⁵⁷そこで、生物学的な視点から親子関係を考察することで、家族における再生産(扶養)の機能に求められる具体的な要素が何かを探る。以下、生物学的な親子関係を論じる上で、扶養する側を「オヤ」(母親の場合は「ハハ」として、扶養される側を「コ」として表記する。

育児行動は、コが生まれてオヤに対面しなければ生じない。また、オヤがコが存在を認めなければ生じない。したがって、育児という行動が成立するためには、オヤーコの結びつきを生じさせるきっかけが必要となる。⁵⁸さらに、人間は社会的な生き物であるため、単に肉体的に生まれるだけではなく、その後さらに、オヤーコの結びつきを通して社会性を獲得するために、いわばもう一つの誕生を経なければならない。このもう一つの誕生は、対象関係の獲得による。⁵⁹ここで、対象関係の獲得とは、オヤーコの結びつきを確保するだけでなく、オヤと同じ姿の同種の個体を、わが仲間と認める能力を獲得することである。この対象関係

⁵⁵ 家族の美点としては、老後の生活保障、子どもの健全な育成、相互扶助、愛情などが挙げられている。(水田・前掲注(46)247頁)

⁵⁶ 水田・前掲注(46)247頁

⁵⁷ 藤岡喜愛「親子の起源と未来」太田武男編『現代の親子問題』5頁(有斐閣、1975)

⁵⁸ 藤岡・前掲注(57)6頁

⁵⁹ 藤岡・前掲注(57)13頁

の獲得は、コの子後の初期に適期があり、その時期を逸すると獲得できなくなる。⁶⁰したがって、生まれた子が扶養されて自立できるようになるためには、生まれた直後の時期にオヤコ結びつきが形成されて、対象関係の獲得がなされる必要がある。

人間がオヤコ結びつきを形成する上では、レリーサー（触発因）に依存する仕組みが進化的に引き継がれている。レリーサーとは、持って生まれた体内の仕組みを、意志の如何にかかわらず外へ表現させる行動をいう。生後すぐの新生児（1ヶ月以内）は、一見、笑っているかのような顔面の動きを規則正しくあらわす時期がある。また彼らは、不快があれば泣き、乳をあてがわれれば吸う。ハハは、新生児のこうした行動によって、育児関心を引き起こされ、生まれつき体内に仕組まれている育児行動が、外へ表現されるのである。赤ん坊の笑いかけは、生後3ヶ月ともなると、対象に対して微笑するという形にまで、統合された行動へと発育を遂げる。これが、ハハコ結びつきを一層強固にする。ハハは、自分に向かって微笑するわがコに「かわいさ」を感じ、面倒を見ざるをえなくなる。それが赤ん坊の快適さをさそい、赤ん坊はまた微笑を向ける。⁶¹このようにして、オヤコ結びつきのうち、ハハコ結びつきは形成される。

人間におけるハハコ結びつきは、生後3ヶ月から8ヶ月までの間に、新生児に対象関係の獲得を完了させる。⁶²コは生後8ヶ月になると自己のハハを識別できるようになり、ハハが自己の視野にいないときに他人が近づくと不安がるようになる。⁶³またコは、対象関係の獲得の完了によって、社会的関係の中での人間のあり方、情緒の安定性、価値観のつりあい、行動の安定性、全体的成熟などの人となりを誕生させ⁶⁴、仲間との連帯が可能となる。⁶⁵コの対象となったオヤは、コがその後の人となりを形成してゆくための原型の一つを与え、決定的に重要な役割を演じることになる。⁶⁶

以上より、生物学的視点から人間の親子関係を考察すると、次の3点がポイントになる。
①コは必ずオヤを対象として、対象関係が確立されなければならない。
②対象となったオヤを奪うことはコの人となり形成を基本的に損なうため、必ずそのコのためにオヤの役割を果たす人物がなければならない。
③コの人となり形成の初期にあたって、オヤはコの内面に少なくとも一つの原型を用意させる。⁶⁷したがって、家族における再生産（扶養）の機能に求められる具体的な要素としては、特定の人物が生まれた子に対して育児行動や人となりの形成を行うことであるといえる。

⁶⁰ 藤岡・前掲注（57）9頁

⁶¹ 藤岡・前掲注（57）8-9頁

⁶² 藤岡・前掲注（57）9頁

⁶³ 藤岡・前掲注（57）12頁

⁶⁴ 藤岡・前掲注（57）13頁

⁶⁵ 藤岡・前掲注（57）8頁

⁶⁶ 藤岡・前掲注（57）19頁

⁶⁷ 藤岡・前掲注（57）19頁

3 小括

歴史的に親子法は、家のための親子法、親のための親子法、そして子のための親子法へと変遷してきたとされる。親権はこれに伴い、より監護権的な性格の強いものになってきた。⁶⁸また、第1節で述べたとおり、親権は義務としての側面が強調されるようになってきた。したがって親権は、現在において、未成熟の子の監護や保護を実現するためのものとして理解することができる。親権者と子との関係では、親権者が子の利益のために、その監護や教育をしなければならない。民法等の一部を改正する法律（平成23年法律第61号）により、民法820条に「子の利益のために」監護・教育の権利・義務を負うことが明記されたことは、このような親権の基本的な性格を示しているといえる。⁶⁹

前節で述べたとおり、家族の再生産（扶養）の機能として求められる具体的な要素は、特定の人物が生まれた子に対して育児行動や人となりの形成を行うことである。また、生まれた子が社会性を獲得するために必要となる対象関係の獲得は、生後の初期の段階でしかできない。現行民法は「子の利益のために」監護などを行う者を親権者とする趣旨であることから、生まれた子に対して生後直後の段階から育児行動などを行ってくれる特定の人物を、親権者とする趣旨であるといえる。親権者は現行民法において、生まれた子と法的母子関係が認められる者となる（民法818条1項、819条3項・4項）。したがって、生まれた子と法的母子関係を形成すべき者は、生まれた子に対して育児行動などを行うことが期待できる者であるといえる。

V 試論と課題

前章において、法的母子関係を形成すべき者は、生まれた子に対して育児行動などを行うことが期待できる者であると結論づけた。本章では、この法的母子関係を形成するための新たな基準を試論で述べる。⁷⁰ただし、本稿の紙面の幅の関係上、全ての問題を解決することができないため、残された課題について最後に触れることとする。

⁶⁸ 窪田充見『家族法—民法を学ぶ』288頁（有斐閣、第4版、2019）

⁶⁹ 窪田・前掲注（68）289頁

⁷⁰ 本稿執筆中の2019年11月現在において、法制審議会民法（親子法制）部会が進行しており、民法（親子法制）の見直しにおける検討課題の一つとして、母子関係ルールの整備が挙げられている。法制審議会民法（親子法制）部会第1回会議（2019年7月29日開催）に向けて送付された資料の中では、生殖補助医療によって生まれた子についても、「分娩者＝母ルール」（分娩説）を採用する方向で検討することが提言されている。（民法（親子法制）部会・参考資料1-2、「嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会報告書」33-35頁、公益社団法人商事法務研究会、<http://www.moj.go.jp/content/001303606.pdf>, (2019. 11. 13)）

1 試論

1. 学説の対立

平成 19 年決定は、生殖補助医療によって生まれた子についても、法的母子関係を形成する基準として「分娩者＝母ルール」（分娩説）を採用した。学説においても、この考え方を支持する見解が有力に主張されている。しかし、一部の論者からは批判が唱えられ、異なる基準を採用すべきだとする主張がなされている。例えば、子の出生時に、遺伝上の母子関係を基準に法的母子関係の成立を認めるべきだとする見解⁷¹や、依頼者の意思に基づいて法的母子関係の成立を認めるべきだとする見解⁷²などである。このように法的母子関係の基準について見解が対立しているのは、主として、①法的親子関係の基礎づけ、②法的安定性・明確性や子の福祉の考慮、③行為規制との整合性という 3 つの問題点について、意見の一致を見ていないからであるとされる。⁷³

1 つ目の問題点においては、(a) 懐胎・分娩や遺伝上の親子関係という事実を重視するか、または (b) 子を養育するという意思を重視するかで考え方が分かれている。2 つ目の問題点においては、(a) 法的安定性や明確性の観点から、一義的かつ明確に親を決定することを重視するか、または (b) 個別具体的な事情を考慮して、より具体的な子の福祉や当事者の利益に配慮することを重視するかで考え方が分かれている。⁷⁴ 3 つ目の問題点においては、(a) 行為規制を実効的なものにする観点から、行為規制と法的母子関係の基準との整合性を図ることを重視するか、または (b) 生まれた子の福祉を考慮して、行為規制と法的母子関係の基準は別々に検討するかで考え方が分かれている。⁷⁵

2. 私見

(1) 基本方針

法的母子関係を形成すべき者は、生まれた子に対して育児行動などを行うことが期待できる者である。生殖補助医療を利用して子をもうけた場合、例えば代理懐胎においては、代理母となる第三者の女性に母になる気はない⁷⁶ため、懐胎・分娩という事実によって親子関係を形成することは妥当でない。また、例えば卵子提供においては、卵子を提供する第三者の女性（ドナー）に母になる気はないため、遺伝上の親子関係という事実によって親子関係を形成することも妥当でない。むしろ、子を養育する意思のある者には、生まれた子に対して育児行動などを行うことが期待できる。したがって、法的親子関係を基礎づけるにあた

⁷¹ 野村豊弘「人工生殖と親子の決定」石川稔ほか編『家族法改正への課題』337 頁（日本加除出版、1993）

⁷² 廣瀬・前掲注（3）237 頁

⁷³ 木村敦子「生殖補助医療における法律上の母子関係—ドイツ法を手がかりとして」平野仁彦ほか編『現代法の変容』372 頁（有斐閣、2013）

⁷⁴ 木村・前掲注（73）373 頁

⁷⁵ 木村・前掲注（73）374 頁

⁷⁶ 前田・前掲注（2）145 頁

っては、意思を重視するべきである。

たしかに、懐胎・分娩や遺伝といった事実に基づいて法的親子関係を形成したほうが、一義的かつ明確に親を必ず決定することができ、子の福祉に適う⁷⁷とも思われる。しかし、生後すぐに親が決定されて親権者が定まったとしても、その者が適切に身上監護権などを行使して育児行動が行われたい限り、例えば、生まれた子は対象関係の獲得ができず社会性を獲得できない不利益を被ることになり、子の福祉に適うとはいえない。そのため、生まれた子に対して育児行動などを行ってくれる者を親権者として決定できるようにすることのほうが、子の福祉に適うといえる。また、生殖補助医療で生まれる子につき、法的母子関係を形成する基準を一つに定めることができれば、一義的かつ明確に親を決定することは可能となるため、法的安定性や明確性を確保できる。したがって、個別具体的な事情を考慮して、より具体的な子の福祉や当事者の利益に配慮することを重視しつつ、基準は一つに定めるべきである。

生殖補助医療のうち代理懐胎は、現在の日本ではこれを規律する法令はないが、産婦人科学会の会告により事実上禁止されている。⁷⁸ そのため、行為規制を実効的なものにする観点を考慮して、法的母子関係の基準を考える必要があるとも思える。しかし、このような基準を設定しても、行為規制に反して生まれてくる子が想定される⁷⁹ため、必ずしも規制を実効的なものにすることはできず意味がない。むしろ、現に生まれてきた子をどう処遇するべきかが問題である。したがって、生まれてくる子の福祉を考慮することを優先するべきであり、行為規制の観点は二次的に考慮されるべきである。

(2) 法的母子関係の基準

私は、法的母子関係を形成する基準は、意思主義を基本としつつ血縁主義で補完するべきだと考える。具体的には、生まれた子と血縁上のつながりのある者が、その子を養育する意思があるものと推認され、まず、法的母子関係を形成する地位が優先的に与えられる。しかし、その者が養育する意思がないことを主張した場合は、次に、それ以外で子を養育する意思のある者が法的母子関係を形成する地位を与えられる。

意思主義を基本とする理由は、子を養育する意思のある者には、生まれた子に対して生後直後の段階から育児行動などを行うことが期待できる。そのため、生まれた子が社会性を獲得するために必要となる対象関係を獲得できるようになり、生まれてきた子の福祉に適うことから、法的親子関係を基礎づけるにあたって意思を重視するべきだと考えるからである。そして、血縁主義で補完する理由は、次のとおりである。

⁷⁷ 木村・前掲注(73) 373頁

⁷⁸ 早川・前掲注(17) 73頁

⁷⁹ 平成19年決定の事案においても、日本人夫婦は代理懐胎が容認されている米国ネバダ州に出かけて子をもうけている。

子を養育する意思では、優生思想につながる命の選別を防ぐため、生殖補助医療を利用して子をもうけようとした者にとって必ずしも希望どおりの子が生まれなかったとしても、生まれたその子を養育する意思が求められる。そのため、法的母子関係の形成で求められる意思には、民法上の財産関係で求められる意思よりも、強い拘束力が認められることになる。そこで、この強い拘束力を根拠づけるために、子を養育する意思を、法的母子関係の形成を正当化するその他の要素で適宜補う必要がある。

生殖補助医療を利用して子をもうけることは、医療技術を利用してまで血のつながりのある子をもうけようとする行為であるため、子をもうけようとした遺伝上の親に子を養育する意思があることを強く推認させる。したがって血縁には、子を養育する意思の存在を補強する働きがあるため、法的母子関係の形成を正当化する要素になる。

また、生殖補助医療では、生まれた子について、アイデンティティ形成やルーツを知る機会を保障する必要がある。実際に、AID（Artificial Insemination by Donor：非配偶者間人工授精）で生まれた子どもたちが、遺伝上の親を知りえないことに苦悩する実態が知られるようになってきている。⁸⁰そのため、遺伝上の親に第一次的に法律上の親になる地位を認めて子のアイデンティティ形成などを助けることが、子の安全な成長を実現することにつながる。したがって血縁には、子の福祉に合う働きがあるため、法的母子関係の形成を正当化する要素になる。

さらに、遺伝上の親に第一次的に法律上の親になる地位を認めることは、生殖補助医療に対する一定の歯止めとして機能し、行為規制の実効性を確保することに資する。なぜなら、生まれた子を養育する意思がないことを主張しても、子を養育する意思のある者が他にいない場合には、遺伝上の親が法律上の親になる地位から離脱することを容易に認めない運用をすれば、遺伝上の親が生まれた子の親権者となる。そのため、遺伝上の親は子を養育する義務を負うリスクを背負うことになり、卵子の提供に慎重になると考えられるからである。したがって血縁には、行為規制に資する働きもあるため、法的母子関係の形成を正当化する要素になる。

以上より、血縁は法的母子関係の形成を正当化する要素として機能するため、意思主義を血縁主義で補完するべきである。

（3）法的構成と法制度上の位置づけ

上述した法的母子関係を形成する基準は、認知（民法 779 条）の規定に基づいて法的に構成することができる。形式的な理由としては、分娩の母と遺伝上の母が異なりうる場合は、認知（民法 779 条）の規定のみが法的母子関係を規律する根拠となることが挙

⁸⁰ 水野紀子「生殖補助医療と子の権利」法律時報 79 卷 11 号（2007）34 頁。2015 年 5 月 16 日付け朝日新聞 17 面では、AID で生まれた方が、自己の出自を知りたいと願う胸中を語っている。（編集委員・大久保真紀「インタビュー 遺伝上の父を捜して」『朝日新聞』2015 年 5 月 16 日（朝刊）17 頁）

げられる。また、実質的な理由としては、生殖補助医療の中でも代理懐胎によって生まれた子と非嫡出子は状況が酷似していることが挙げられる。なぜなら、非嫡出子において認知を必要とする理由としては、分娩の事実が明らかでない棄児や出生届がされていない子が存在することが挙げられている。代理懐胎によって生まれた嫡出子においても、生殖補助医療の技術の発達によって人工子宮の中で成長し、分娩の事実が明らかでなく（むしろ分娩の事実がなく）生まれてくる子が想定されるからである。非嫡出子において、昭和37年判決が原則として母の認知は不要と判示した背景には、分娩した女性と生まれた子との間に血のつながりがあることが明白であったことがある。しかし、代理懐胎によって生まれた子については、分娩した女性と生まれた子との間に血のつながりがあることは明白でない。したがって、代理懐胎によって生まれた子については、認知が不要であると修正することはできず、そのまま認知の規定によって法的母子関係が形成されることになる。

上述した基準は、生殖補助医療で生まれた子の法律上の母が誰であるかを決定するもので、親権者を定めるための法制度である。この基準に従うと、生まれた子と血縁上のつながりのある者も含めて、誰もその子を養育する意思がない場合には、生まれた子について法律上の母は存在しないことになる。この場合においても、生まれた子に対しては、生後の初期の段階で対象関係の獲得などのために、育児行動を行ってくれる者を確保する必要がある。そこで、この場合は、「未成年者に対して親権を行う者がいないとき」（民法838条1号）にあたるとして、家庭裁判所に未成年後見人を選任させることが考えられる（民法840条1項）。未成年後見人は、身上監護権（民法857条）および財産管理権（民法859条）を行使して、その子に対する育児行動などを行うこととなる。もっとも、児童福祉の分野では、国・社会が子の養護の仕組みを整備すべきであるとして、社会的養護の考え方がとられている。⁸¹そこで、未成年後見人を選任するのではなく、里親制度などを活用して育児行動を行う者を確保することも考えられる。

生まれた子に対して法律上の母が決定されたときは、その後に親権を適切に行使しない事態が生じた場合には、親権喪失（民法834条）、親権停止（民法834条の2）および管理権喪失（民法835条）の措置が講じられることになる。

2 残された課題

以上より、生殖補助医療で生まれた子に対して法的母子関係が形成される基準について、現行民法を拙い思考力で解釈して私見を述べた。しかし、依然として解決しなければならない問題が残っているため、現時点で思いついたものを以下で列挙する。

1つ目は、自然懐胎子についても、同一の基準で法的母子関係を形成できるようにする必

⁸¹ 前田・前掲注(2) 166頁

要があることである。なぜなら、生殖補助医療を利用する夫婦は、できれば生殖補助医療によって子が生まれた事実を秘匿したいと考えている⁸²からである。したがって、自然懐胎子と生殖補助医療で生まれた子について、法的母子関係を形成する基準を統一することで、このニーズに応えられるようにする必要がある。

2つ目は、戸籍制度の運用の見直しである。なぜなら、任意認知は戸籍法の定めに従ってなされるが（民法 781 条 1 項）、父が認知することしか想定されておらず（戸籍法 60 条 1 号）、実務における認知届の書式を見ても「認知する父」としか印刷されていない。⁸³また、認知の届出では、必要事項が記載されているかの形式的な審査のみが行われていると考えられるからである。しかし、本稿で定立した基準では、母による認知がなされることになる。また、血縁上のつながりのある者が子を養育する意思がないと主張した場合、それ以外で子を養育する意思がある者がいるかの判断や、血縁上のつながりのある者を法律上の親となる地位から離脱することを認めることが相当であるかの判断をする必要があり、実質的な審査が求められることになる。さらに、血縁上のつながりのある者以外が法律上の親になる場合には、近親婚の防止や生まれた子のアイデンティティ形成のために、血縁上のつながりのある者を明らかにする必要がある、戸籍上の記載において血縁上のつながりのある者を明記する運用が求められることになる。

3つ目は、養子制度（民法 792 条以下）との関係である。なぜなら、本稿で定立した基準では、実親子関係においても意思に基づいて法律上の親子関係が形成されることになるため、養子制度との線引きが曖昧になるからである。この問題を解決する一つの方法としては、法的父子関係における実親子関係と養親子関係の区別を、法的母子関係についても同じく適用させることが考えられる。

4つ目は、「藁の上からの養子」において実親子関係を認めてこなかった判例⁸⁴との関係である。なぜなら、本稿が定立した基準では、実際に自らが産んでいない子との間で実親子関係を認めることを許容することになるからである。近時、最高裁は、一定の場合に「藁の上からの養子」に対する親子関係不存在確認の訴えが権利濫用にあたり、排斥される場合があるとして、「藁の上からの養子」を保護する立場に転じた。⁸⁵したがって、子の利益を図るために、実際に産んでいない子との間で実親子関係を認める方向性はあるものと考えられる。

VI さいごに

⁸² 水野・前掲注（80）34頁

⁸³ 五島・前掲注（28）165頁

⁸⁴ 最判昭和50年4月8日民集29巻4号401頁など

⁸⁵ 最判平成18年7月7日民集60巻6号2307頁（前田・前掲注（2）166頁）

前章において述べたとおり、本稿が定立した法的母子関係を形成する基準を採用するにあたっては、まだ多くの法律上また実務上の課題が残されている。さらに、本稿の基準は、行為規制の観点を二次的に考慮するに過ぎないため、生まれた子と血縁上のつながりのある者（代理懐胎の依頼者妻など）と生まれた子との間に、実親子関係としての法的母子関係を認めることを容認するものである。そのため、本稿の考え方は、代理懐胎の依頼者の願いを叶えることになり、倫理上問題の多い代理懐胎⁸⁶を助長しかねない。したがって、本稿に対しては、多くの批判が寄せられることが予想される。

本稿は、はじめに述べたとおり、平成19年決定の代理懐胎の事案をまずは対象としている。平成19年決定の事案は、代理懐胎の依頼者夫婦が米国ネバダ州に出かけて代理出産契約を締結したものであるが、ネバダ州は裁判所の事前承認なしに、一定の要件を満たす代理出産契約を認めている。その要件とは、依頼者夫婦が法律上婚姻した夫婦であることや、代理懐胎が依頼者夫婦の精子と卵子を用いたものであることなどである。また、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および生活費以外に、金銭あるいは価値あるものを代理母に支払うことまたは申し出ること違法とされている。⁸⁷平成19年決定は、代理出産契約そのものは有効であることを前提として判示しているため、この事案ではこれらの要件を満たしていたと考えられる。⁸⁸したがって、平成19年決定の事案は、代理懐胎の問題への抵触が比較的軽微であり、第三者に対する人権侵害を生じさせるなど、公序良俗（民法90条）に反するような態様の代理懐胎とは必ずしも言い切れない事案であった。そのため、本稿の基準に従って代理懐胎の依頼者妻と生まれた子との間に法的母子関係を認めたとしても、公序良俗に反するような態様の代理懐胎を容認することにはつながらず、事案の実情を踏まえれば妥当な結論を導くものとして許容しうるように思われる。

最高裁判所の判示は、判例として蓄積され、将来の紛争を解決するための基準として事実上機能している。この機能があるが故に、平成19年決定は、当該事案としての妥当な結論

⁸⁶ 代理懐胎の問題としては、①第三者の人体そのものを妊娠・出産のための道具として利用すること、②第三者に妊娠・出産による多大なリスクを受容させること、③代理懐胎の依頼者夫婦と代理母との間で生まれた子を巡る争いが生じることなどが挙げられる。（石井美智子ほか「生殖補助医療の規制と親子関係法一とくに代理懐胎について」法律時報79巻11号（2007）9頁〔石井発言〕）

また、派生的な問題としては、代理懐胎の依頼者夫婦が、法律上の夫婦でなければならないのか、事実婚や同性カップルでも良いのかということなどが挙げられる。

⁸⁷ 二宮・前掲注（18）698頁〔石井美智子〕

⁸⁸ 平成19年決定の原審（東京高決平成18年9月29日高民集59巻3号4頁）では、以下のように判示されている。（最高裁判所編『最高裁判所民事判例集第61巻第2号』204頁（最高裁判所判例調査会，2007））

「本件記録によれば、A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ず、本件代理出産契約は相手方らがAに手数料を支払う有償契約であるが、その手数料は、A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、子の対価ではない。契約の内容についても、妊娠及び出産のいかなる場面においても、Aの生命及び身体の安全を最優先とし、Aが胎児を中絶する権利及び中絶しない権利を有しこれに反する何らの約束も強制力を持たないこととされ、Aの尊厳を侵害する要素を見いだすことはできない。」

ではなく、一般論としての妥当な結論を導く基準を採用せざるを得なかったのかもしれない。⁸⁹もともと、代理懐胎の問題として第三者の体を使用することによる人権侵害などが指摘されているが、生殖補助医療の技術の発達は著しいため、近い将来には、人の体を使わない代理懐胎の手法が編み出される可能性がある。例えば、人工子宮や、ヤギなどの動物の子宮を使った手法が考えられる。⁹⁰このとき、分娩という事実に基づいて法的母子関係を形成する「分娩者＝母ルール」(分娩説)は、その妥当性について再考を迫られることになり、法的母子関係を形成する他の基準が必要とされることになろう。

本稿は、分娩説に対峙する新しい基準を定立するもので、分娩説の妥当性が問われることとなったときに、一つの解決策を示すものとして参考になれば幸いである。その際には、平成19年決定の事案をより一般化して、少なくとも、法律上の夫婦の依頼による代理出産契約で、公序良俗に反するような態様のものではなく、依頼者夫婦と代理母との間で生まれた子を巡る争いが生じていないケースにおいて、本稿の基準に従って法的母子関係を形成することを認めることができるのではなかろうか。この点で、本稿の射程を広げる道があるのではないかと考える。

以上

★謝辞

本稿は、2019年度開講の3年次任意科目「法学研究基礎」にて筆者が執筆したものである。本稿を作成するにあたり、指導教官の小粥太郎教授(現:東京大学大学院総合文化研究科)からは、初めに相談に乗っていただいたときから執筆が終わるまで、多大な助言を賜りました。教授のご指導なくして本稿の完成はあり得ませんでした。心より感謝申し上げます。

また、共に「法学研究基礎」を履修した西垣怜央さんからは、授業中に鋭い指摘をしていただき、考えを深めることができました。本当にありがとうございました。

⁸⁹ 平成19年決定の今井功補足意見では、「現行法の解釈として相手方らと本件子らとの間の実親子関係を法的に認めることは、現段階においては、医学界においても、その実施の当否について議論があり、否定的な意見も多い代理出産を結果的に追認することになるほか、関係者の間に未解決の法律問題を残すことになり、そのような結果を招来することには、大いに疑問がある。」(最高裁判所・前掲注(88)154頁)と述べられており、一般論としての妥当な結論が重視されたものと思われる。

なお、平成19年決定の津野修・古田佑紀補足意見では、代理懐胎の依頼者夫婦と生まれた子との間で、実親子関係としての法的親子関係ではなく、特別養子縁組(民法817条の2以下)による養親子関係としての法的親子関係を成立させる余地があることが指摘されている。(最高裁判所・前掲注(88)152頁)

しかし、これに対しては、「本当に代理出産を追認する結果を招きたくないのであれば、特別養子縁組も否定すべきである。」との批判がある。(樋口・前掲注(18)134頁)

⁹⁰ 人工子宮の発想は、既に小説では登場している。(村田沙耶香『消滅世界』(河出文庫, 2018))