

諸外国の生殖補助医療により生まれた子の
親子法制に関する調査研究業務

報 告 書

令和3年3月

公益社団法人商事法務研究会

「諸外国の生殖補助医療により生まれた子の親子法制に関する調査研究業務」
委員及び担当分野一覧

監 修

早 川 吉 尚 立教大学法学部教授／
弁護士法人瓜生・糸賀法律事務所弁護士

ドイツ／オーストリア／スイス

長 野 史 寛 京都大学大学院法学研究科准教授

フランス

幡 野 弘 樹 立教大学法学部教授

アメリカ／イングランド

秋 元 奈 穂 子 立教大学法学部准教授

韓 国

郭 珉 希 淑明女子大学法学部副教授

台 湾

黄 詩 淳 国立台湾大学法律学院教授

* 所属等は調査実施当時のもの

目 次

第1章 ドイツ	1
1 概説	1
(1) 婚姻・親子法制	1
a 婚姻法制	1
b 親子法制——母	1
c 親子法制——父	1
(2) 生殖補助医療に関する関連法制	3
2 全ての行為類型に共通の行為規制	4
(1) 主体に関する規制	4
(2) 手続に関する規制	4
3 第三者の提供精子を用いた生殖補助医療	5
(1) 行為規制	5
a 適用の条件および対象	5
b 手続——精子提供者登録法上の規制	6
(2) 親子関係	7
a 婚姻カップル間	8
b 非婚姻カップル間	9
c 精子提供者の地位	10
4 第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療	11
(1) 行為規制	11
(2) 親子関係	11
a 母子関係	11
b 父子関係	11
5 第三者の提供胚を用いた生殖補助医療	11
(1) 行為規制	11
(2) 親子関係	12
a 母子関係	12
b 父子関係	12
6 代理懐胎	12
(1) 行為規制	12
(2) 親子関係	13
(3) 国際私法	13
a 外国判決等の承認	13
b 準拠法	14
7 死後生殖	15
(1) 行為規制	15

(2) 親子関係.....	15
第2章 フランス	17
1 概説.....	17
(1) 夫婦・親子法制.....	17
a 婚姻制度.....	17
b 父子関係形成ルールおよび母子関係形成ルール.....	18
c 養子縁組制度.....	19
(2) 生殖補助医療に関する統計的データ.....	20
(3) 生殖補助医療に関する関連法制.....	21
2 すべての行為類型に共通の行為規制.....	23
(1) 当事者についての規制.....	23
a カップルそのものに関する要件.....	23
b カップルの利用目的.....	24
c 国会における法案審議状況.....	25
(2) 手続きに関する規制.....	26
a 利用可能な技術.....	26
b 施術の実施枠組み.....	26
c 施術の同意.....	26
3 第三者の提供精子を用いた生殖補助医療.....	27
(1) 行為規制.....	27
a 利用条件.....	27
b 利用できるカップル.....	30
c 施術の同意（厳格な方式）.....	30
(2) 親子関係.....	31
a 婚姻カップル.....	31
b 非婚姻カップル.....	31
c 特則が適用されない場合.....	32
d 特則が機能しない場合.....	32
e 精子提供者の法的地位.....	32
f 行為規制に反して生まれた子の父子関係.....	33
g 改正法案.....	34
4 第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療.....	35
(1) 行為規制.....	35
(2) 親子関係.....	35
a 行為規制に従って生まれた子の母子関係.....	35
b 行為規制に反して生まれた子の母子関係.....	35
5 第三者の提供胚を用いた生殖補助医療.....	36

(1) 行為規制.....	36
a 胚の提供に至るプロセス.....	36
b 利用条件（胚の提供および受け入れ）.....	36
c 施術の同意（厳格な方式）.....	37
(2) 親子関係.....	37
a 行為規制に従って生まれた子の親子関係.....	37
b 行為規制に反して生まれた子の親子関係.....	37
6 代理懐胎.....	37
(1) 行為規制.....	37
(2) 海外で代理懐胎が実施された場合の親子関係.....	38
a 第1期：養子縁組の拒絶.....	38
b 第2期：国外で作成された民事身分証書の転記の拒絶.....	39
c 第3期：生物学上の親との親子関係の承認および他方の親との 養子縁組の承認.....	39
d 第4期：ヨーロッパ人権裁判所の意見と破毀院判例の修正.....	41
e 改正法案.....	43
7 死後生殖.....	43
(1) 行為規制.....	43
a 死後生殖の禁止.....	43
b 死後の配偶子の国外への持ち出し.....	43
c 改正法案.....	44
(2) 親子関係.....	44
8 その他：クローン技術の禁止.....	45

第3章 アメリカ..... 47

1 概説.....	47
(1) 夫婦・親子法制.....	47
a 夫婦・親子法制の法源.....	47
b 父子関係・母子関係形成ルール.....	48
(2) 生殖補助医療に関する関連法制.....	50
2 すべての行為類型に共通の行為規制.....	50
(1) 当事者についての規制.....	50
(2) 目的についての規制.....	51
(3) 手続に関する規制.....	52
3 第三者の提供精子を用いた生殖補助医療.....	52
(1) 行為規制.....	52
(2) 親子関係.....	52
a 婚姻カップル間.....	52

b	非婚姻カップル間	56
c	精子提供者の法的地位	58
4	第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療	61
(1)	行為規制	61
(2)	親子関係	61
a	概観	61
b	ニュー・ヨーク州	62
c	カリフォルニア州	62
5	第三者の提供胚を用いた生殖補助医療	62
(1)	行為規制	62
(2)	親子関係	63
a	概観	63
b	ニュー・ヨーク州	63
c	カリフォルニア州	63
6	代理懐胎	64
(1)	概観	64
a	行為規制・親子関係形成ルールに関する州間の相違	64
b	2017年UPA	65
(2)	ニュー・ヨーク州	67
a	行為規制	67
b	親子関係	70
(3)	カリフォルニア州	70
a	行為規制	70
b	親子関係	71
7	死後生殖	72
(1)	概観	72
(2)	ニュー・ヨーク州	72
(3)	カリフォルニア州	73

第4章 イングランド

1	概説	75
(1)	夫婦・親子法制	75
a	夫婦・親子法制の法源	75
b	父子関係・母子関係形成ルール	76
c	婚姻制度	76
(2)	生殖補助医療に関する関連法制	77
2	すべての行為類型に共通の行為規制	77
(1)	当事者についての規制	77

(2) 手続に関する規制	78
a 配偶子・胚の提供・利用に対する同意	78
b 医療提供者の義務	79
c 情報の保管機関	79
3 第三者の提供精子を用いた生殖補助医療	80
(1) 行為規制	80
(2) 親子関係	80
a 婚姻カップル間	80
b 非婚姻カップル間	81
c 精子提供者の法的地位	82
d 子の出自を知る権利	82
4 第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療	84
(1) 行為規制	84
(2) 親子関係	84
5 第三者の提供胚を用いた生殖補助医療	84
(1) 行為規制	84
(2) 親子関係	84
6 代理懐胎	85
(1) 行為規制	85
(2) 親子関係	86
a 親子関係の成立	86
b 親命令 (parental order) による親子関係の移転	86
c 親命令の各要件充足性に関する裁判所の判断	88
d 養子	89
7 死後生殖	89
(1) 行為規制	89
(2) 親子関係	90

第5章 オーストリア

1 概説	91
(1) 婚姻・親子法制	91
a カップルに関する諸制度	91
b 親子法制の概略——母	92
c 親子法制の概略——父	92
d 親子法制の概略——共同母	92
(2) 生殖補助医療に関する関連法制	93
2 全ての行為類型に共通の行為規制	93
(1) 主体等についての規制	94

a	医師についての規制.....	94
b	利用可能な当事者の範囲.....	94
c	利用目的の規制——補充性原則.....	94
(2)	手続についての規制.....	95
a	重要事項についての説明・助言.....	95
b	心理的サポート.....	95
c	同意の法的効果についての公証人による助言.....	95
d	同意.....	96
3	第三者の提供精子を用いた生殖補助医療.....	97
(1)	行為規制.....	97
a	許される場合.....	97
b	事前検査.....	97
c	提供者の同意等.....	98
d	提供および使用の制限.....	98
e	情報の記録.....	98
(2)	親子関係.....	99
a	婚姻カップル間.....	99
b	非婚姻カップル間.....	100
c	精子提供者の法的地位.....	100
4	第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療.....	101
(1)	行為規制.....	101
a	許される場合.....	101
b	その他の規制.....	102
(2)	親子関係.....	102
a	母子関係.....	102
b	父子関係.....	102
5	第三者の提供胚を用いた生殖補助医療.....	102
(1)	行為規制.....	102
(2)	親子関係.....	102
a	母子関係.....	102
b	父子関係.....	103
6	代理懐胎.....	103
(1)	行為規制.....	103
(2)	親子関係.....	103
(3)	国際私法.....	103
a	外国判決等の承認.....	103
b	準拠法.....	104
7	死後生殖.....	105
(1)	行為規制.....	105
(2)	親子関係.....	105

第6章 スイス	107
1 概説	107
(1) 婚姻・親子法制	107
a 婚姻法制	107
b 親子法制——母	107
c 親子法制——父	107
(2) 生殖補助医療に関する関連法制	110
2 全ての行為類型に共通の行為規制	111
(1) 主体等についての規制	111
a 医師についての規制	111
b 利用可能な当事者の範囲	111
c 利用目的の規制	112
(2) 手続についての規制	112
a 説明・助言	112
b 同意	113
3 第三者の提供精子を用いた生殖補助医療	113
(1) 行為規制	113
a 精子提供の制限	114
b 精子提供者への説明とその同意	114
c 提供精子についての記録	114
d 提供精子の利用の規制	114
e 提供精子の利用の記録とその通知	115
(2) 親子関係	115
a 婚姻カップル間	115
b 非婚姻カップル間	116
c 精子提供者の地位	116
4 第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療	117
(1) 行為規制	117
(2) 親子関係	117
a 母子関係	117
b 父子関係	118
5 第三者の提供胚を用いた生殖補助医療	118
(1) 行為規制	118
(2) 親子関係	118
a 母子関係	118
b 父子関係	118
6 代理懐胎	118
(1) 行為規制	118
(2) 親子関係	119

(3) 国際私法.....	119
a 外国判決等の承認.....	119
b 準拠法.....	119
7 死後生殖.....	120
(1) 行為規制.....	120
(2) 親子関係.....	120
第7章 韓国.....	121
1 概説.....	121
(1) 夫婦・親子法制.....	121
a 婚姻制度.....	121
b 親生子関係の形成.....	122
c 養子縁組制度.....	126
(2) 生殖補助医療上の用語説明・留意事項.....	128
a 韓国の生殖補助医療の実態.....	128
b 韓国における生殖補助医療の用語と定義.....	129
(3) 生殖補助医療に関わる法制.....	133
a 生殖補助医療の規律方式.....	133
b 生殖補助医療に関する立法作業の経緯.....	134
c 「生命倫理及び安全に関する法律」.....	138
2 全ての行為類型に共通の行為規制.....	140
(1) 当事者についての規制.....	140
(2) 手続に関する規制.....	141
a 同意の要否及び同意権者.....	141
b 同意の対象(内容).....	143
c 同意の方式.....	144
d 同意の変更と撤回.....	146
e 生命倫理委員会の審議.....	147
f 生殖補助医療に対する公的監督及び管理.....	148
3 第三者の提供精子を用いた生殖補助医療.....	148
(1) 行為規制.....	148
(2) 親子関係.....	149
a 婚姻カップル間.....	149
b 非婚姻カップル間.....	154
c 精子提供者の法的地位.....	155
d 子どもの血縁を知る権利.....	156
4 第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療.....	157
(1) 行為規制.....	157

(2) 親子関係.....	158
5 第三者の提供胚を用いた生殖補助医療.....	159
(1) 行為規制.....	159
(2) 親子関係.....	160
6 代理懐胎.....	161
(1) 行為規制.....	161
a 生命倫理法上の規制.....	161
b 判例.....	163
c 学説.....	163
(2) 親子関係.....	164
a 議論の背景.....	164
b 母子関係.....	164
c 父子関係.....	167
(3) 国際代理母に関する国際私法上の問題.....	167
a 国際裁判管轄.....	167
b 準拠法.....	168
c 外国判決の承認及び執行.....	170
d 国際代理母によって生まれた子の国籍の問題.....	171
7 死後生殖.....	171
(1) 行為規制.....	171
a 冷凍精子の物件性.....	171
b 生命倫理法上死後胎の禁止.....	172
(2) 親子関係.....	173
a 親子関係の成立.....	173
b 親子関係の成立の効果.....	174

第8章 台湾..... 177

1 概説.....	177
(1) 夫婦・親子法制.....	177
a 婚姻制度.....	177
b 親子法制.....	178
(2) 生殖補助医療上の用語説明・留意事項.....	183
(3) 生殖補助医療に関する関連法制.....	185
2 すべての行為類型に共通の行為規制.....	186
(1) 当事者についての規制.....	186
(2) 手続に関する規制.....	187
3 第三者の提供精子を用いた生殖補助医療.....	188
(1) 行為規制.....	188

(2) 親子関係.....	189
a 婚姻カップル間.....	189
b 精子提供者の法的地位.....	192
4 第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療.....	193
(1) 行為規制.....	193
(2) 親子関係.....	194
5 第三者の提供胚を用いた生殖補助医療.....	195
(1) 行為規制.....	195
(2) 親子関係.....	195
6 代理懐胎.....	195
(1) 行為規制.....	195
(2) 親子関係.....	198
(3) 海外で代理懐胎がなされた場合の取り扱い.....	199
7 死後生殖.....	201
(1) 行為規制.....	201
(2) 親子関係.....	201
8 その他.....	202

第1章 ドイツ

長野史寛

1 概説¹

(1) 婚姻・親子法制

ドイツにおける婚姻法および親子法の概略は、以下のとおりである。

a 婚姻法制

ドイツでは、異性間の婚姻と並んで、同性間の生活パートナーシップ (Lebenspartnerschaft) が 2001 年より認められてきた (Lebenspartnerschaftsgesetz)。その後、2017 年の民法改正により同性婚が正面から認められるに至ったため (民法 [Bürgerliches Gesetzbuch] 1353 条 1 項 1 文)、それと同時に、生活パートナーシップの新規登録は停止されている²。

b 親子法制——母

次に、親子関係のうち、母子関係については、子を出生した者が母だと定められている (民法 1591 条)。この規定により、母については常に「分娩者 = 母」ルールが妥当する。

c 親子法制——父

(i) 現行法

他方、父子関係が成立するには、3 つの形式がある (民法 1592 条)³。第 1 に、子の母との婚姻関係に基づくものであり、子の出生時にその母と婚姻関係にあった男性が法律上当然に父となる (民法 1592 条 1 号)。第 2 に、認知によるものであり、母 (および一定の場合には子) の同意がある場合には、男性は、認知の意思表示によって父子関係を生じさせることができる。ただし、原則として、子に既に父が存在しないことが必要である。第 3 に、婚

¹ 以下でドイツ法に関し略語で引用する文献は、以下のものである。

- MüKoBGB/(執筆者名); Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 Schuldrecht Besonderer Teil II, Band 9 Familienrecht II, 8. Aufl. (2020)

- MüKoFamFG/(執筆者名); Münchener Kommentar zum FamFG, Band 1, 3. Aufl. (2018)

- Staudinger/(執筆者名); J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Art. 19-24 EGBGB. ErwSÜ (Internationales Kindschaftsrecht, Erwachsenenschutzübereinkommen), Neubearbeitung 2019 (2019)

² Art. 3 Abs. 3 Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017, BGBl. I S. 2780.

³ 詳しくは、長野史寛「第1部 ドイツ法・オーストリア法」大村敦志監修『各国の親子法制 (養子・嫡出推定) に関する調査研究業務報告書』(商事法務研究会、2018年) 43頁以下を参照。

姻と認知のいずれによる父子関係も存在しない場合には、裁判所が父子関係を確認することができる（民法 1600d 条 1 項）。その場合の実体要件は、原則として、遺伝上の血縁関係の存在である。しかし、臓器移植法に定める医療支援機関において医学的手法により行われる人工授精であって、精子提供者登録法に定める採取施設に対し精子提供者が提供した精子を用いたものにより子が生まれたときは、その精子提供者が子の父とされることはないものとされている（民法 1600d 条 4 項）。

なお、以上のうち第 1 と第 2 の方法によって生じた父子関係は、父子関係否認の訴えによって覆されることがありうる。その際の実体要件は、原則として、遺伝上の血縁関係の不存在である。しかし、母が子を第三者提供精子による人工生殖によって懐胎した場合には、父母の双方がそれに同意していたときは、当該父母は否認権を有しない（民法 1600 条 4 項）とされていることが、生殖補助医療との関係では重要である。

(ii) 2019 年討議部分草案

なお、以上の親子法制に関しては、連邦司法省が組織した親子関係法ワーキング・グループが、2017 年 7 月に報告書⁴を公表し、親子関係法全般にわたる多数の改正を提案していたところ、これを踏まえつつ、2019 年 3 月 13 日に連邦法務・消費者保護省が「親子法改正法草案(Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts)」(いわゆる討議部分草案 [Diskussionsteilentwurf]) を公表するに至っている⁵。そこで提案されている改正は多岐にわたるが、生殖補助医療との関係で重要なのは、次の 2 点である。

1 点目は、母以外のもう 1 人の親の地位に男性ではなく女性がつくことを認めるというものである。その場合の女性は、「共同母 (Mit-Mutter)」と称されている。この共同母と子の親子関係の発生については、基本的に父子関係と同様の規律が提案されている（討議部分草案 1592 条 2 項）。すなわち、第 1 に、子の出生時にその母と婚姻関係にあった女性が法律上当然に共同母となる。第 2 に、女性は、男性の場合と同じ要件の下で、子を認知することができる。第 3 に、次の 2 点目と密接に関わるが、裁判所による親子関係の確認も認められている。

2 点目は、裁判による母以外の親（父または共同母）と子との親子関係の確認について、その実体要件を整備することである。すなわち、第 1 に、原則として生物学上ないし遺伝上の父がもう 1 人の親とされるという、従来認められていた内容を明文化することが予定されている（討議部分草案 1598b 条）。第 2 に、臓器移植法に定める医療支援機関において医師が行う人工授精であって、精子提供者登録法に定める採取施設に対し精子提供者が提供した精子を用いたものにより子が生まれた場合について、一方で、一定の場合に現行法と同

⁴ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Arbeitskreis Abstammungsrecht Abschlussbericht: Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts (2018)

⁵ 紹介として、渡邊泰彦「ドイツ実子法改正の動向——ワーキンググループ実子法から討議部分草案まで」産大法学 54 巻 2 号 (2020 年) 325 頁以下、同「ドイツ実子法改正討議部分草案条文対象表」産大法学 54 巻 2 号 (2020 年) 479 頁以下がある。

様に精子提供者が父とされる可能性を排除しつつ、他方で、母とともに人工授精に同意した者が父または共同母とされるとのルールが提案されている（討議部分草案 1598c 条）。後者は、現行法の欠点を補う重要なルールである。

(2) 生殖補助医療に関する関連法制

ドイツでは、生殖補助医療を包括的に規律する単一の法典は存在せず、関連する諸規定は、複数の法律およびその他の規範にわたって散在している。具体的には、第 1 に、養子縁組斡旋法（Adoptionsvermittlungsgesetz）には、代理母を禁止する罰則規定が置かれている。第 2 に、胚保護法（Embryonenschutzgesetz）には、胚や生殖技術の濫用を禁止する罰則規定が置かれている。第 3 に、臓器移植法（Transplantationsgesetz）⁶は、人の臓器および組織の提供、採取および移転についての定めを設けている。第 4 に、精子提供者登録法（Samenspenderegistergesetz）⁷は、子の出自を知る権利を保障するための情報の記録および提供の制度を整備している。第 3 のものは、精子・卵子を含むヒト組織の取扱いに関してある程度包括的な定めを置くものではあるが、生殖補助医療を直接に規律するものではない。

このように、生殖補助医療に関するドイツの行為規制は見通しが悪く、包括的立法の必要性がかねてから指摘されてはいるものの、実現には至っていない。それに代えて、精子・卵子を含むヒト配偶子（Keimzelle）の採取および移植についてある程度包括的かつ具体的な規律をしているのが、連邦医師会とパウル・エールリッヒ研究所（Paul-Ehrlich-Institut）が合意に基づき 2018 年に公表した「生殖補助医療として行われるヒト配偶子の採取と移植に関する指針」⁸である。従来、連邦医師会は「モデル指針」⁹を策定し、それを参照しつつ各州の医師会が、加入する医師に対して拘束力を有する指針を策定していた。しかし、これでは州によって規律内容がまちまちになることから、臓器移植法上の所管の連邦上級官庁（Bundesoberbehörde）とされる上記研究所と共同で、同法 16a 条¹⁰に基づき、全国的に法的

⁶ 同法の紹介として、齋藤純子「ドイツの臓器・組織移植法」外国の立法 235 号（2008 年）96 頁以下がある。

⁷ 同法の紹介として、泉眞樹子「ドイツにおける生殖補助医療と出自を知る権利——精子提供者登録制度と血縁関係に関する立法」外国の立法 277 号（2018 年）33 頁がある。

⁸ Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2018, A 1.

⁹ (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion – Novelle 2006 –, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392.

¹⁰ 第 16 a 条（命令を定める権限の付与）

連邦保健省は、法規命令により、連邦参議院の同意を得て、連邦医師会及びその他の専門家から意見を聴取した上で、組織の採取並びにその移植の品質及び安全性が充たすべき基準を、人の健康に対する危険の防止のためまたはリスクに対する事前措置のために必要な限度において定めることができる。法規命令においては、特に次の各号に掲げる事項についての基準の詳細を定めることができる。

1. 組織の採取及び移植（記録の作成を含む）並びに記録された情報の保護
2. 組織提供者としての医学的適性についての医師の判断
3. 組織提供者の検査

拘束力を有する形で指針が策定されるに至ったのである¹¹。もっとも、この新たな指針では、医学的に確立した知見を記述するにとどめ、法的に明確に規律されていない政策問題にはコミットせず、立法者による判断を待つ方針を採っている¹²。その結果、以下に見るように、2006年版モデル指針において定められていた重要な定めのうち複数のものが姿を消している。

2 全ての行為類型に共通の行為規制

(1) 主体に関する規制

生殖補助医療を行うことができるのは、医師に限られている。医師でない者が人工授精、ヒト胚の母胎への移植またはヒト胚ないし既に精子が流入した卵子の保存をした場合、1年以下の自由刑または罰金刑に処せられる（胚保護法9条、11条1項）。

以上に対し、どのような当事者が生殖補助医療を利用できるのかという点については、法律上の定めはない。かつての連邦医師会のモデル指針では、原則として婚姻カップルに限定され、婚姻していない女性については、婚姻していない男性と確固たるパートナー関係にあり、かつその男性が子を認知するであろうと医師が判断する場合に限り利用可能とする定めが置かれていたが（2006年版モデル指針3.1.1）、このモデル指針には、上記のとおり法的拘束力はなかったから、各州の医師会では異なる内容の指針が設けられていた。これに対し、2018年版の指針では、前述の方針に基づき、この点に関する定めは置かれていない。

(2) 手続に関する規制

上述のとおり、生殖補助医療全般についての統一的な手続規制というものは、ドイツにおいて整備されていない。そのため、ここではそれに代えて、臓器移植法が定めるヒト組織の摘出・移植についての一般的な規制の内容を概観しておく。

他人への提供目的での組織採取、および組織の移植については、まず、提供者本人が同意能力を有する（かつ、他人への提供の場合、成年である）必要がある。その上で、医師は提供者に対し、以下の事項につき分かりやすく説明しなければならない。（他人への提供につき、臓器移植法8条1項。自身への卵子の再移植につき、同法8b条1項による同法8条1項の準用。第三者精子の提供につき、同法8b条2項による同法8条1項の準用）。

① 侵襲の目的および態様。

4. 品質及び安全性の瑕疵並びに重大な望ましくない反応についての医療供給施設からの報告

5. 説明、及び組織採取への組織提供者の同意又はその他の組織採取に対する同意の取付け

連邦保健省は、第1文に規定する権限を、連邦参議院の同意なしに、法規命令により、管轄の連邦上級官庁に委任することができる。

第21条（管轄の連邦上級官庁）

この法律にいう管轄の連邦上級官庁は、パウル・エールリッヒ研究所（Paul-Ehrlich-Institut）とする。

¹¹ 泉・前掲論文39頁以下参照。

¹² *Eva Richter-Kuhlmann, Richtlinie komplett neu, Deutsches Ärzteblatt 2018, A 1050.*

- ② 検査の内容、およびその結果について知る権利。
- ③ 提供者の保護に資する措置の内容、および健康に対して起こりうる影響。
- ④ 医師の守秘義務。
- ⑤ 臓器または組織の移転が成功する見込み、移植を受ける者への影響その他提供者が提供に関して重要視すると見られる事項。
- ⑥ 個人情報の収集・使用。
- ⑦ 自らの同意が組織採取の要件であること。

提供者は、以上の医師の説明を受けた上で、個々の採取につき同意をする必要がある。以上の説明は、別の医師1人の立会いのもとで行わなければならない。提供者に対する説明の内容及び提供者の同意の意思表示は、文書に記録しなければならず、この文書には、説明を行った医師、別の医師及び提供者が署名しなければならない。以上に対し、同意の撤回は、書面または口頭ですることができる（以上、臓器移植法8条2項）。

同意ないし撤回の相手方は、通常は施術に当たる医師だと考えられるものの、法律論としてどうかは、必ずしも明確に論じられておらず、明らかでない¹³。

組織を採取または移植した施設については、とりわけ追跡可能性を担保するために、記録作成義務が課されている（臓器移植法8d条2項、13a条）。作成された記録は、組織の使用期限日または移植の実施から30年間保存しなければならない（同法15条2項）。

3 第三者の提供精子を用いた生殖補助医療

以上を前提に、生殖補助医療の個々の類型ごとに、行為規制および親子関係の扱いを以下で説明する。

(1) 行為規制

a 適用の条件および対象

第三者による精子提供を利用するための条件および利用できる主体について、法律上の定めは置かれていない。他方、この点につき、かつては連邦医師会のモデル指針に定めが置かれていた。それによると、第三者による精子提供は、治療を受けるカップル自身の精子では妊娠に至らない場合、または当該精子を使用することができない場合に限られるとされていた（2006年版モデル指針5.3.1）。もっとも、このモデル指針には、上記のとおり法的拘束力はなかったから、各州の医師会では異なる内容の指針が設けられていた。

¹³ その背後には、ここでの同意（撤回についてもおそらく同様）を意思表示と見るかどうかという問題がある。これにつき学説は分かれているが、通説はこれを否定し、単に身体への侵襲の違法性を解除するものと捉える（MüKoBGB/Wagner, § 630d Rn. 9）。要するに、ここでの同意は、不法行為法における被害者の同意と同じように捉えられているわけである（Erwin Deutsch/Andreas Spickhoff, Medizinrecht, 7. Aufl. (2014) Rn. 419）。そして、同意を意思表示と見ないとすると、その相手方という問題も理論的に当然には出てこないわけである。

これに対し、2018年に新たに設けられた指針では、前述の方針に基づき、以上の点に関する定めは姿を消している。その結果、以上の点については、引き続き州ごとに異なる内容の指針が妥当するという状況が続いている¹⁴。現在のところ、パートナーのいない女性や同性カップルに対しては第三者による提供精子の利用を認めない州が多数のようである¹⁵。

b 手続——精子提供者登録法上の規制

第三者の精子の採取および提供は、臓器移植法が規制するヒト組織の採取および移植に該当するため、同法による上述の規制に服する。さらに、それと並んで、精子提供者登録法が一定の規律を設けている。この法律は、ドイツ医療記録情報機構¹⁶に「精子提供者登録簿」を設置し、もって精子提供により生まれる子の出自を知る権利の保障を確実なものとするを主な目的とするが、当該権利によって影響を受ける精子提供者の自己決定への配慮をも含んでいる。

(i) 制度の概要

その仕組みの概略は、次のようなものである。

- ① 精子採取施設が採取に際して提供者の個人情報（氏名、出生日、出生地、国籍および住所）を収集し、医療施設に、その同一性を特定するための情報とともに提供する。
- ② 医療施設が提供を受けた精子を生殖補助医療のために使用する際、その提供を受ける者の個人情報（氏名、出生日、出生地および住所）を収集する。
- ③ 生殖補助医療によって子が生まれた場合、医療施設は②の情報を、使用された精子の特定にかかる情報、子の出生日および数と併せて、ドイツ医療記録情報機構に送信する。
- ④ ドイツ医療記録情報機構は、精子採取施設に対し、③の精子の提供者に関する個人情報の送信を要求する。
- ⑤ 同機構は、精子提供者登録簿にデータを保存し、精子提供者に対し、その者の個人情報データを保存したことを通知する。
- ⑥ 自分が精子提供によって生まれたと思料する者の請求に応じて、同機構がその者の出生に関する情報を（もしあれば）提供する。

(ii) 精子採取段階の手続

以上の仕組みのもとで、精子提供者はその個人情報を生まれた子に対して開示されるという負担を課されることになる。そこで、精子提供者の自由な意思決定の機会を保障するために、精子採取施設は、採取前に、精子提供者に対して以下の諸点について説明しなければならないものとされている（精子提供者登録法2条1項）。

- ① 精子提供によって生まれた子の情報開示請求権、出自を知る権利が人の発達にとっ

¹⁴ MüKoBGB/*Wellenhofer*, § 1600 Rn. 71.

¹⁵ MüKoBGB/*Wellenhofer*, § 1600 Rn. 45.

¹⁶ Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI).

て有する重要性、および精子提供の結果について助言を受けることができること。

- ② 採取施設が一定の個人情報を収集し、10年間保存する義務を負うこと。
- ③ 採取施設における提供者の個人情報の取扱い、それをドイツ医療記録情報機構に送信する義務等。
- ④ 同機構が精子提供により生まれた（と自ら思料する）者の申請に基づき、精子提供者登録簿から提供者の情報を提供する義務を負うこと。
- ⑤ 父子関係確認の訴えによって生まれた子の父とされることがないこと。

精子提供者は、説明を受けたこととその内容を理解したことを、書面で確認しなければならない。精子提供者の個人情報は、提供者が使用に異議を述べた時、または採取から10年が経過した時に消去すべきものとされている（精子提供者登録法2条4項）。後者は、長くとも10年以内に提供精子が使用されるであろうとの判断に基づく¹⁷。後述のように、それまでに精子が使用されれば、以上の情報はドイツ医療記録情報機構に送信される。

(iii)提供精子の使用段階の手続

精子採取施設は、臓器移植法に定める医療施設に対してのみ、非配偶者間使用のために精子を提供することができる。医療施設が生殖補助医療のために提供された精子を利用する場合、提供を受ける女性に対して、上記の精子採取施設による説明事項と同様の事項について説明しなければならない。当該女性は、説明を受けたことおよびその内容を理解したことを、医療施設に対して書面により確認しなければならない（精子提供者登録法4条）。

(iv)子が生まれた段階での手続

医療施設を通じて精子提供を受けた女性は、それによって子が生まれた場合、医療施設に対し出生後3か月以内に出生日を届け出て報告しなければならない（精子提供者登録法4条）。これを受けた医療施設は、提供を受けた女性の個人情報（氏名、出生日、出生地および住所）、子の出生日・数および使用された精子を特定するための情報をドイツ医療記録情報機構に送信する（同法6条1項）。これを受けた同機構は、精子採取施設に対し、特定された精子の提供者に関する情報の送信を請求する（同法6条2項）。これらの情報は、精子提供者登録簿に記録され、110年間保存される（同法8条）。

(2)親子関係

第三者による精子提供の場合、分娩者である女性が子の母となるが、通常それは同時に血縁上の母でもあるから、特に問題は生じない。以下では、父子関係の扱いについてのみ説明する。

¹⁷ BT-Drs. 18/11291, 25.

a 婚姻カップル間

婚姻カップル間で第三者提供精子による子が生まれた場合、婚姻により母の夫が当然に子の父となる（民法 1592 条 1 号）。したがって、問題は、こうして成立した父子関係が否認の対象となるかどうかという形で立てられることになる。

(i) 父母の否認権制限

そして、これは、父と子の間の血縁関係不存在という否認の実体要件を充たす限り、認められるのが原則である。しかし、民法は、この点について重要な例外を認めている。それによると、母が子を第三者提供精子による人工生殖によって懐胎した場合において、父母の双方がそれに同意していたときは、当該父母は否認権を有しない（民法 1600 条 4 項）。この場合、精子が第三者の提供によるものである以上、父は子の血縁上の父ではない。しかし、そのことを理解した上でそれによる人工生殖に同意した父母が、それにもかかわらず後から否認権を行使するのは禁反言に反し許されるべきでないというのがその趣旨である¹⁸。

この規定が適用されるためには、第三者提供精子による人工生殖につき父母双方の同意がなければならない。同意の意思表示の相手方は、父母のうちそれぞれ他方の者だとするのが判例である¹⁹。また、人工生殖の実施まで同意はいつでも撤回できる²⁰。

同意につき、特別な方式は法律上必要とされていない。かつては、連邦医師会のモデル指針に基づき書面が作成され、説明に当たった医師が署名をすることとされていたが（2006 年版モデル指針 3.2.6）、2018 年の指針には、この点に関する定めはもはや設けられていない²¹。

さらに、当該人工生殖によって子が懐胎したのでなければならない。したがって、子が当該人工生殖以外の原因によって懐胎したことを理由とする否認権の行使は排除されない²²。これに対し、人工生殖が医学的手法により、また適法に行われたかどうかや、第三者の精子がどのように提供されたかといったことは意味を持たない²³。父母が婚姻していることも必要でない²⁴。もっとも、両者が婚姻関係にない場合には、認知により父子関係が発生していることが上記規定の適用の前提となる。

(ii) 子の否認権ほか

以上は父母による否認権の制限だが、子は原則どおり否認権を行使することができる（民法 1600 条 1 項 4 号）²⁵。もっとも、これが実際に問題となるのは、子が成年に達してから

¹⁸ BT-Drs. 14/2096, 7.

¹⁹ BGH NJW 2015, 3434.

²⁰ BGH NJW 1995, 2028.

²¹ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 54.

²² BT-Drs. 14/8131, 7-8.

²³ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 52.

²⁴ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 50.

²⁵ この一般原則が維持されるべきことについての立ち入った説明は見当たらない。子が否認権を有することにより実際に問題が生じるとは思われないことから特段の特則が設けられていないだけだと思われる。

だと言われている。と言うのも、子が未成年の間は否認権の行使は法定代理人によらねばならず、その法定代理人はそれが子の福祉に適う場合にのみ否認権を行使できるとされているところ、別の者が父となることなく現在の父との父子関係が単に否定されるというのは、通常は子の福祉に適うと言えないからである²⁶。

なお、精子提供者による否認の可能性については、後述する。

b 非婚姻カップル間

(i) 現行法

非婚姻カップル間で第三者提供精子による子が生まれた場合、母のパートナーは、一般原則どおり、認知をして初めて父となる。この認知は、子の出生前にすることができるが、懐胎の前にすることはできないと一般に解されている。そして、仮に認知がされた場合、それによって発生した父子関係を否認する可能性については、上で婚姻カップルについて述べたのと同じことが当てはまる。すなわち、第三者提供精子による人工生殖に同意していた父母は否認権を有しない。

母のパートナーが認知をしない場合、子または母としては、父子関係確認の裁判を提起する他ない。問題は、この裁判において誰が父として確認されるかである。この点、生殖補助医療を用いた子について、それに同意していた男性を、血縁関係が存在しないにもかかわらず父として確認するとの規律は設けられていない。したがって、父とされる可能性があるのは、血縁関係がある精子提供者に限られる。しかし、後述のとおり、精子バンクを通じて精子提供をした者は、一定の条件を充たす限り、父として確認されることがないとの規定が置かれている。したがって、この場合、現行のドイツ民法によると、匿名の精子提供者が認知をするという通常まずありえない例外を除き、子の父とされるべき者が存在しないことになる。もっとも、この場合、判例は、生殖補助医療への同意を第三者である子のためにする契約と捉えることにより、母のパートナーの扶養義務を肯定してはいる²⁷。

(ii) 2019 年討議部分草案

2019 年討議部分草案では、現行法における以上の不備を補うための改正が予定されている。それによると、精子提供者が父子関係確認の対象とされないための要件を備えている場合には、母とともに生殖補助医療に同意した者を、血縁関係の有無を問わずに父として確認することができる。この同意は、成年に達した者のみができる。同意をした者が複数いる場合には、精子または受精胚の移植前にされた最後の同意をした者が父とされる（以上、討議部分草案 1598c 条 2 項）。この同意は、書面ですることを要し（同条 3 項）、精子または受精胚の移植がされるまではいつでも撤回することができる（同条 4 項）。

²⁶ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 69.

²⁷ BGH NJW 2015, 3434; MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600d Rn. 61.

c 精子提供者の地位

(i) 裁判による父子関係確認

精子提供者は、子と血縁関係がある以上、一般原則によれば、父子関係確認の裁判によって父とされる可能性がある。もっとも、2018年の民法改正により、以上の点に重要な例外が認められるに至った。それによると、①臓器移植法に定める医療施設において、②医学的手法により行われる人工授精であって③精子提供者登録法に定める採取施設に対し精子提供者が提供した精子を用いたものにより子が生まれたときは、その精子提供者は子の父であると確認されることはない（民法1600d条4項）。精子提供者がその意に反して子の父とされ、扶養義務や相続人としての地位を甘受しなければならないとするのはその期待に反するからであり、同時に、精子提供の促進をも図る趣旨である²⁸。

これに対し、その他の形で（典型的には、私的な形で）精子提供をした者については、以上の例外は妥当せず、一般原則どおり父子関係確認の対象となりうる²⁹。

(ii) 認知

子の父がまだ存在しない場合において、仮に精子提供者が子を認知しようとするならば、その可否は一般原則による。すなわち、母の同意等の要件を充たす限り、認知によって父子関係が発生する。こうして発生した父子関係が否認の対象となるかどうかの問題となりうるが、この点を論じるものは見当たらない。おそらく、結論としては否定されるものと思われる。説明としては、上述の民法1600d条4項は裁判による父子関係確認のルートを封じるにとどまるので、精子提供者が自ら認知をした場合における完全な父子関係の発生を妨げるものではないということになる。

(iii) 否認権

他方、子に既に父が存在する場合には、精子提供者にその父子関係の否認権があるかどうかの問題となる。判例は、精子バンクへの精子提供者については、否認権の放棄を理由にこれを否定した³⁰。しかし、一般論としては、否認権は一身専属的な権利であって放棄することはできないと言われているところであり³¹、現行法の下での議論状況は明確でない。

この点、2019年討議部分草案では、精子提供者が父子関係の確認の対象とされないための要件を充たしている場合には、否認権者ともならない旨の明文の定めを設けることが予定されている（討議部分草案1600条2項）。

(iv) 子の出自を知る権利

既に触れたように、2018年に制定された精子提供者登録法は、精子提供によって生まれ

²⁸ MüKoBGB/*Wellenhofer*, § 1600d Rn. 95.

²⁹ MüKoBGB/*Wellenhofer*, § 1600d Rn. 100.

³⁰ BGHZ 197, 242.

³¹ BGH NJW 1995, 2921; MüKoBGB/*Wellenhofer*, § 1600 Rn. 40.

た子の出自を知る権利を保障するため、精子提供者登録簿の制度を設けている。同制度の下で、自分が第三者の精子提供によって生まれたと思料する者は、ドイツ医療記録情報機構に対し、自らの母に対して使用された精子の提供者の個人情報として記録されている情報（氏名、誕生日、出生地および住所）の開示を請求することができる。この請求は、本人が16歳未満の場合には法定代理人によってすることができるが、それ以降は本人のみがすることができる（精子提供者登録法10条1項）。本人がこの請求をした場合、同機構は、情報を提供する日の4週間前までに、精子提供者にその旨を通知する（同法10条5項）。

4 第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療は、ドイツでは禁止されている。第三者の提供した卵子を女性の母胎に移植し、または本人たる女性の妊娠以外の目的で卵子を受精させた者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処せられるものとされている（胚保護法1条1項2号）。もっとも、処罰の対象は施術をした医師のみであり、提供し、または依頼した女性は処罰を受けない（同法1条3項1号）。

(2) 親子関係

a 母子関係

以上の規制に違反して第三者による卵子提供がされたとしても、一般原則としての「分娩者=母」ルール（民法1591条）が常に妥当する。その結果、卵子提供を受けて子を生んだ女性が法律上の母となる。この母子関係は、否認の対象となる余地がないという意味において、終局的・確定的なものである。以上の扱いは関係当事者の希望に沿うものだから、それで特に問題は生じない³²。

b 父子関係

父子関係についても、一般原則による。卵子提供の場合、通常は母の夫ないしパートナーの精子が使用されるはずだから、父となろうとする者と血縁上の父とは一致しており、やはり特に問題は生じない。

5 第三者の提供胚を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

ドイツにおいて、第三者の提供胚を用いた生殖補助医療は、原則として禁止されている。すなわち、着床完了前の胚を、本人以外の女性に移植する目的で摘出すること、および本人たる女性の妊娠以外の目的で卵子を受精させることは禁止されており、それに違反した医師は3年以下の自由刑または罰金刑に処せられるものとされている（胚保護法1条1項2

³² MüKoBGB/Wellenhofer, § 1591 Rn. 18.

号、6号。ここでも、本人たる女性は処罰対象とされていない。同法1条3項1号)。

もっとも、卵子提供の場合とは異なり、胚を本人以外の女性の母胎に移植する行為自体は禁止の対象とされていない。その結果、本人のために使用する目的で作成された胚が何らかの理由により当該目的のために使用されないことになった場合には、例外的に、第三者による胚提供が認められると解されている³³。実際、「胚提供ネットワーク (Netzwerk Embryonenspende)」の活動により、既に複数の子が(適法な)胚提供によって生まれているとされている³⁴。

(2) 親子関係

a 母子関係

第三者による胚提供がされた場合でも、一般原則としての「分娩者=母」ルール(民法1591条)が常に妥当する。その結果、胚提供を受けて子を生んだ女性が法律上の母となる。この母子関係は、否認の対象となる余地がないという意味において、終局的・確定的なものである。以上の扱いは関係当事者の希望に沿うものだから、それで特に問題は生じない³⁵。

b 父子関係

これに対し、父子関係については、第三者による胚提供の場合に父となろうとする者と血縁上の父とが一致していないことから、問題がある。その扱いは、基本的に第三者による精子提供におけるのと異ならない。生殖補助医療に同意した父母の否認権を排除する民法1600条4項の規定は、文言上、精子提供の場面のみを対象としているように読めるが、その趣旨からして、胚提供の場合にも適用されるものと解されている³⁶。

もっとも、一定の精子提供者につき父子関係確認の裁判の対象外とする1600d条4項の規定は適用されない。したがって、提供された胚にかかる精子を提供した男性は、血縁関係を理由に法律上の父として確認される可能性がある。さらに、胚提供は精子提供者登録法の対象とはされていないから、精子提供の場合と異なり、子は同法に基づく情報開示請求権を有しない³⁷。

6 代理懐胎

(1) 行為規制

ドイツでは、代理懐胎は全面的に禁止されている。代理母への人工的な授精または胚移植を試みた医師には、3年以下の自由刑または罰金刑が科されるものとされている(胚保護法

³³ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1591 Rn. 45.

³⁴ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Arbeitskreis Abstammungsrecht Abschlussbericht: Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts (2018) 35; 泉・前掲論文 40頁。

³⁵ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1591 Rn. 56.

³⁶ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 52.

³⁷ Jochen Taupitz/Athina Theodoridis, Das Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen, MedR 2018, 457, 465.

1 条 1 項 7 号)。さらに、代理母のあっせんおよび広告を通じて代理母またはその依頼者を探し、またはその提供を申し出る行為も禁止されており（養子縁組斡旋法 13c 条、13d 条）、前者は刑罰（同法 14b 条）、後者は科料（同法 14 条 1 項 2 号）の対象とされている。もっとも、以上のいずれについても、代理母および依頼者は罰則の対象とされていない（胚保護法 1 条 3 項 2 号、養子縁組斡旋法 14b 条 3 項）。

(2) 親子関係

以上の規制に違反してドイツ国内で代理懐胎がされたとしても、一般原則としての「分娩者 = 母」ルール（民法 1591 条）が常に妥当する。その結果、代理母が終局的・確定的に法律上の母となる。依頼者が法律上の親となるには、養子縁組の手続による他ない³⁸。

(3) 国際私法

問題は、代理懐胎が外国で行われた場合に、血縁上の母が法律上の親となることができるかどうかである。

a 外国判決等の承認

この場合、まず、家事・非訟事件手続法³⁹108 条 1 項により、血縁上の母を法律上の母と認める外国の裁判がドイツにおいて効力を認められることがありうる。そのために特別の手続は必要でないが、外国の「裁判」に当たるものが存在する必要がある。単なる行政庁による身分登録や出生証明などは、ここで言う裁判に当たらないと解されている⁴⁰。

外国の「裁判」であっても、それを承認することがドイツの公序良俗に違反するときは、効力が認められない（家事・非訟事件手続法 109 条 1 項 4 号）。この点、かつては、代理懐胎禁止の潜脱は公序良俗違反に当たるとされてきた。しかし、連邦通常裁判所は、2014 年にこれと異なる判断を下した⁴¹。そこでは、少なくとも一方の親が子と血縁関係にあり、また代理母の引受けが自由な意思に基づいて行われている場合には、血縁上の母との母子関係を認める裁判の承認が公序良俗違反に当たらないとされた。そこで理由として挙げられているのは、次の諸点である。

- ① ドイツにおける代理母の禁止を前提とする一般予防的観点からは、血縁上の母との母子関係を認める外国の裁判の効力を否定することが要請されるけれども、その要請は、一旦子が生まれてしまった段階ではもはや重視すべきでない。
- ② むしろ、その場面では、実際に生まれた子の福祉をより重視すべきである。代理の禁

³⁸ MüKoBGB/*Wellenhofer*, § 1591 Rn. 19.

³⁹ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG).

⁴⁰ MüKoFamFG/*Rauscher*, § 108 Rn. 10.

⁴¹ BGHZ 203, 350. 同決定の紹介として、渡邊泰彦「同性の両親と子——ドイツ、オーストリア、スイスの状況（その 4）」産大法学 49 巻 4 号（2016 年）1 頁以下及び 72 頁以下がある。

止の潜脱につき何の責任もない子にそれを理由とする不利益を負わせることは正当化されない。

- ③ 養子縁組制度の利用も確かに可能だが、それによっても通常は同じ結果となるし、子にとってはそのための手続を経ることなく直ちに血縁上の母との親子関係が確立される方が望ましい。

b 準拠法

以上のような承認すべき外国判決等が存在しない場合、ドイツ国内で準拠法による解決がされるべきことになる。親子関係に関する準拠法については、民法施行法⁴²19条1項が定めている。そこでは、準拠法として、3つのものが挙げられている。1つは、子の常居所地の法である。第2に、それぞれの親（かどうかが問題となる者）の本国法である。第3に、子の出生時（当事者の死亡により婚姻が解消した場合、その解消の時点）における婚姻の一般的効力の準拠法である。第1と第2のものは、その時々で連結点が変わりうるのに対し、第3のものは不変である⁴³。

これら3つの準拠法相互の間には優先関係はなく、対等の位置づけだとされる。複数の選択肢が用意されているのは、子が親を獲得するのを容易にするためであり、したがっていずれかにより親子関係が認められるならば、その親子関係が認められると解されている⁴⁴。

問題は、複数の準拠法により異なる者が父または母とされる場合である。この場合の扱いについては、一般に、次の2つの原則が妥当するとされている。第1に、先に発生した親子関係が優先するとの原則（優先原則）であり、第2に、優先原則によっては優劣が決まらない場合、子にとって有利な者が親とされるとの原則（有利性原則）である⁴⁵。

代理懐胎の場合に、依頼者である女性がドイツ人であれば、その本国法たるドイツ法が準拠法となり、それによると代理母が法律上の母となる。また、子の常居所地が出生地にあると認められれば、その国の法が準拠法となり、それによって血縁上の母が法律上の母とされる可能性がある⁴⁶。このようにして複数の母が競合する場合、有利性原則により、子にとってどちらの親が有利と見られるかによって解決される。その上で、代理母と血縁上の母のどちらが子にとって有利な母と見るべきかについて、見解は分かれている。近時の学説上は、血縁上の母を有利と見る立場が有力だが、そこでも、代理母が子を手放すことを望んでいない場合には、代理母の方が優先されると解されている⁴⁷。

以上により母が一旦定まった場合、連結点の変更によってそれが事後的に失われることにはならないとされる。例えば、子が代理母の本国を常居所地としてしばらくの間そこに居住した場合には、その国の法が準拠法となり、それによって（通常は）血縁上の母が法律上

⁴² Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB).

⁴³ Staudinger/Henrich, Art 19 EGBGB Rn. 14, 15, 19.

⁴⁴ Staudinger/Henrich, Art 19 EGBGB Rn. 22-24.

⁴⁵ Staudinger/Henrich, Art 19 EGBGB Rn. 37, 38.

⁴⁶ Staudinger/Henrich, Art 19 EGBGB Rn. 77a.

⁴⁷ Staudinger/Henrich, Art 19 EGBGB Rn. 78.

の母としての地位を獲得する。そうすると、それによって法律関係は確定し、その後子の常居所地が他の国（例えばドイツ）に変わったとしても、それによって血縁上の母が法律上の母としての地位を失い、代わりに代理母がその地位を取得することにはならないとされる⁴⁸。

以上によって決定される準拠法によれば依頼者である女性が母とされる場合、さらに上述と同様の公序良俗違反の判断がされる（民法施行法 6 条）。

7 死後生殖

(1) 行為規制

ドイツでは、死後生殖は禁止されている。男性の死後に、そのことを知りながらその精子を用いて人工授精を行った者は、3 年以下の自由刑または罰金刑に処せられるものとされている（胚保護法 4 条 1 項 3 号）。その趣旨は子の福祉の保護とされるが、立法論的な批判も強い⁴⁹。

もっとも、精子提供者が死亡したときに、その情報を精子採取施設が取得するような仕組みは特に担保されていないようである⁵⁰。

(2) 親子関係

以上の規制に違反して死後生殖がされた場合、父子関係に関する一般原則が妥当する。その結果、死亡した男性と母が婚姻関係にあった場合において、子の出生が死亡による婚姻解消後 300 日以内であれば、死亡した夫が当然に父となる（民法 1593 条 1 文による同 1592 条 1 号の準用）。

これに対し、出生が当該期間後の場合や、死亡した男性と母が婚姻関係になかった場合には、父子関係確認の裁判によることになる。この場合、血縁関係が証明されれば、行為規制違反にもかかわらず父子関係が認められる（その結果、子は父の相続人となる）ものと解されている⁵¹。

（ながの・ふみひろ）

⁴⁸ Staudinger/Henrich, Art 19 EGBGB Rn. 14.

⁴⁹ Jochen Taupitz, in: Hans-Ludwig Günther/Jochen Taupitz/Peter Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl. (2014) 316 ff.

⁵⁰ Matthias Krüger, Das Verbot der post-mortem-Befruchtung (2010) 12.

⁵¹ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1593 Rn. 10.

第2章 フランス

幡野弘樹

1 概説

フランスの生殖補助医療に関する法制度を紹介する前提として、以下では、夫婦関係や親子関係に関するフランス法の基礎的なルールと、生殖補助医療に関する個々の法制度についての説明をする前提となる基本情報についての紹介を行う。

(1) 夫婦・親子法制

a 婚姻制度

フランスでは、2013年5月17日の法律により同性婚が認められている。同性婚を認めたことに伴う親子法上の効果としては、①実親子関係の規定は同性カップルに適用されない（民法典6条の1）こと、②同性の婚姻カップルが共同で第三者と完全養子縁組をすることができること（343条）、③同性の婚姻カップルの一方の実子と他方との完全養子縁組をすることができること（345条の1第1号）、④一方の養子と他方との完全養子縁組、普通養子縁組ができること（完全養子縁組について345条の1第1号の2、普通養子縁組について360条3項）が重要である¹。

さらに、フランスではパクス（PACS。民事連帯規約）という制度があり、異性カップル、同性カップルともに法的な意味でのカップルを形成することができる。パクスを締結すると、協力義務、同居義務を負う（515条の4第1項）とともに日常家事債務に関する連帯責任を負うなど（同条2項）、財産関係の規律も用意されている。もっとも、当事者の一方が理由なく関係を解消することができる点（515条の7第3項）、当事者の一方が死亡した場合にも他方に生存配偶者と同様の相続上の地位が生じない点が婚姻カップルとは異なる。

なお、フランスの2019年の婚姻数は22万4740組（異性婚21万8468組、同性婚6272組）であるのに対して、パクスの締結数は19万6370組（異性カップル18万8014組、同性カップル8356組）である²。15年前の2004年の時点では、婚姻数は27万8439組（当時は異性婚のみ）、パクスの締結数は4万80組（異性カップル3万5057組、同性カップル5023組）であった。つまり、フランスでは近時、婚姻カップルとかなり近い規模のパクスを締結したカップルが生み出されており、生殖補助医療の利用要件に関する規律を理解する際に

¹ 大島梨沙「フランス——『すべての者のための婚姻』と残された不平等」法律時報88巻5号（2016年）67-68頁。

² INSEE（国立統計・経済研究所）のHP <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381498>（2021年1月26日アクセス）。

も、このような背景事情があることを知る必要がある。

b 父子関係形成ルールおよび母子関係形成ルール

親子関係が成立するのは、法律の効果により成立する場合、認知により成立する場合、身分占有により成立する場合、裁判により成立する場合の4つの場合があるが、生殖補助医療との関係で重要なのは前三者であるため、裁判により成立する場合以外についてその概略を紹介する³。また、親子関係を否定する際に用いられる親子関係の異議の訴えがどのような要件の下で提起できるのかについても紹介する。

(i) 法律の効果

母子関係に関しては、母が婚姻しているか否かにかかわらず、子の出生証書の母親欄の記載により親子関係が成立する（民法典 311 条の 25）。父子関係に関しては、婚姻している異性カップルの場合、妻が婚姻中に懐胎または出産した場合には、父性推定が及ぶ（同 312 条）。

(ii) 認知

法律の効果により親子関係が成立しない場合には、認知により父子関係および母子関係を確立することができる（同 316 条）。認知は、3通りの方式により行うことができる（同条 3 項）。第 1 に、出生証書の作成時に特に申告を行うことによりすることができる。第 2 に、身分吏に対して出生証書とは別の署名された証書を提出することもできる。第 3 に、その他すべての公署証書⁴により行うこともできる。たとえば、公証人や裁判官により作成された公署証書によっても認知を行うことができる。

(iii) 身分占有

父子関係および母子関係は、身分占有によっても確立することができる（同 317 条）。身分占有とは、事実上、その身分に付与された権限および利益を享受するとともに、その身分に伴う負担を引き受けることである⁵。出生証書、認知、判決といった親子関係が確立させる公的な書類とは独立して、人は、事実として、あたかもその者がある者の子であるかのように生活しているという事実上の親子関係が存在している。この生きた親子関係（「社会的」親子関係とも呼ばれる）が、ある者のある子に対する身分占有となる⁶。

身分占有は、ある者とその者が属しているといわれている家族との親子関係および親族関係を明らかにする事実の十分な集合により確立される（同 311 条の 1 第 1 項）。その事実の主たる要素は、次のようなものである（311 条の 1 第 2 項を参照）⁷。第 1 に、親は子とし

³ 裁判により親子関係が成立する場合の概略については、石綿はる美「第 2 部 フランス法」大村敦志監修『各国の親子法制（養子・嫡出推定）に関する調査研究業務報告書』（商事法務研究会、2018 年）112 頁以下を参照。

⁴ 公署証書とは、権限がある公務員等により適正に作成された身分証書、公証証書などをいい、偽造の申告があるまでは、完全な証拠力を認められる（山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会、2002 年）46 頁）。

⁵ F. Terré, C. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *Droit civil La famille*, 9^e éd., Dalloz, 2018, n° 522.

⁶ D. Fenouillet, *Droit de la famille*, 4^e éd., « Cours », Dalloz, 2019, n° 414.

⁷ D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 457.

て扱い、子は親として扱うこと（事実上の親の子に対する教育、養育、居住などの扱いが問題となる）。第2に、すべての者（社会、家族、公的機関）が子はそれらの者から生まれたものとみなしていること。第3に、その者がそれらの者から生まれたとされる者の氏を称していること。これらの事実の評価は、事実審裁判所の専権に服する。したがって、上記の要素すべてがそろっている必要はなく、他の要素が考慮されることもある。

身分占有は、継続的であり、平穏かつ公然であり、明瞭でなければならない（同311条の2）。

身分占有を援用するためには、身分占有を確認する公知証書の交付を出生地あるいは居住地の小審裁判所に請求しなければならない（同317条1項）。請求権者は、身分占有があると主張する親および子である。公知証書において確認された身分占有により確立された親子関係は、子の出生証書の欄外に記載される（同条4項）。

(iv) 親子関係の異議の訴え

民法典は、親子関係の異議の訴え（*action en contestation de la filiation*）について、父母が婚姻している場合、していない場合を形式上は統合する形で整備している。母子関係は、母が子を分娩していない証拠を提出することにより、異議を申し立てることができる（同332条1項）。父子関係は、夫または認知をした者が父でない証拠を提出することにより、異議を申し立てることができる（同条2項）。

その上で、出生証書の記載と身分占有が一致しているか否かによりルールを分けている。出生証書の記載と一致する身分占有があるが、子の出生または認知の日から5年経過していない場合、子、父母の一方、真の親と称する者は、親子関係異議の訴えを提起できる（同条1項）。出生証書の記載と一致する身分占有が子の出生または認知の日から5年継続する場合、検察官を除いて親子関係の異議の訴えを提起できない（同333条2項）。

出生証書の記載と身分占有が一致しない場合、子の出生または認知の日から10年間、利害関係を有するすべて者は、異議の訴えを提起できる（同334条）。

c 養子縁組制度

2つの形態の養子縁組が認められている。第1が完全養子縁組である。完全養子縁組の場合、養子の実親子関係が切断され、養子と養親の間であたかも実親子関係と同様の親子関係が成立する。養子に年齢制限があり、原則として15歳未満の者のみが、完全養子縁組をなしうる（民法典345条）。第2が単純養子縁組である。単純養子縁組の場合、実親子関係は維持されたまま、養子は養親との間で親子関係が成立する。その際、養親のみが親権を有する。

養子縁組制度については、生殖補助医療との関係では、2つの場面で問題となる。第1が、フランス国内では同性カップルによる生殖補助医療の利用が禁止されているため、女性カップルの一方が海外で第三者提供精子を用いた人工授精により子をもうけ、他方がその子と養子縁組をする場面である。

第2が、フランス国内で禁止されている代理懐胎を国外で実施した場面である。

第1の場面では常に、第2の場面でもこれまでは多くのケースで（ヨーロッパ人権裁判所2019年4月10日の意見により、事情は変わりつつあることは後述する）、婚姻カップルの一方の実子と他方間で完全養子縁組をすることができるかが問題となるため、ここでその要件を確認しておく⁸。民法典345条の1は、一方の配偶者の連れ子との間での完全養子縁組ができる場合を、①子に一方の配偶者との間にしか親子関係がない場合、②子が一方の配偶者との間で完全養子縁組をしており、その者との間でしか親子関係がない場合、③一方の配偶者以外の子の親が親権をすべて喪失した場合、④一方の配偶者以外の子の親が死亡し、その者の一親等の尊属が存在しない場合、または一親等の尊属が子に対して明らかに無関心であった場合の4つの場合に制限している。これは、一方の配偶者以外の子の親族との関係、とりわけ子の祖父母との関係を保持することに注意を払っているためである。

また、上記2つの生殖補助医療を用いた後に養子縁組をする場面のいずれについても、実親の同意（民法典348条）が必要となるとともに、大審裁判所は、養子縁組を認める判決を下す際に、縁組が子の利益に合致するかを確認した上で判決を下す（同353条）ことになる。

(2) 生殖補助医療に関する統計的データ

ここでは、フランスにおける生殖補助医療の利用に関する2018年の統計的データを紹介する⁹。以下の出生子数とは、その2018年に生殖補助医療により生まれた子の数を意味している。

	出生子数 ¹⁰
夫婦間	
人工授精	4931
体外受精（顕微授精以外）	3452
顕微授精	7058
凍結胚	8409
第三者提供精子の使用	
人工授精	564

⁸ フランスの養子縁組制度の詳細については、大村監修・前掲注3）91頁以下〔石綿〕を参照。同性婚法に伴う養子法の改正については、田中通裕「フランスの（同性婚を承認する）2013年5月17日の法律について」法と政治67巻1号（2016年）17頁以下。

⁹ フランス・生命医学局（Agence de la biomédecine）の以下のURLを参照した。

<https://rams.agence-biomedecine.fr/principaux-chiffres-de-lactivite>（2021年2月3日アクセス）。なお、2019年1月1日時点でのフランスの人口（推計値）は6697万7703人である（<https://www.insee.fr/fr/statistiques/1892117?sommaire=1912926>（2021年2月4日アクセス））。

¹⁰ 生きて生まれたことが確認された子のみをカウントしている。

体外受精（顕微授精以外）	29
顕微授精	170
凍結胚	143
第三者提供卵子の使用	
体外受精（顕微授精以外）	5
顕微授精	218
凍結胚	120
胚の受け入れ	
凍結胚	21
合計	25120

(3) 生殖補助医療に関する関連法制

フランスにおける生殖補助医療は、1994年に制定されたいわゆる生命倫理3法¹¹の制定以来、法律に基づいた規制が行われている。これらの法律は、生殖補助医療へのアクセスを広げる方向での改正を経験している（とりわけ2004年8月6日法律¹²と2011年7月7日法律

¹¹ 保健分野における研究を目的とする記名データの取扱いに関し、情報・ファイル・および諸自由に関する1978年1月6日法律第17号を変更する1994年7月1日法律第548号、人体の尊重に関する1994年7月29日法律第653号、人体の諸要素およびその生成物の提供および利用、生殖補助医療、および出生前診断に関する1994年7月29日法律第654号、の3法律。

1994年に制定された諸法律について解説および検討を行う文献として、北村一郎「フランスにおける生命倫理立法の概要」ジュリスト1090号（1996年）120頁以下、ノエル・ルノワール（北村一郎・大村敦志聞き手）「フランス生命倫理立法の背景——ルノワール氏に聞く」ジュリスト1092号（1996年）74頁以下、大村敦志『法源・解釈・民法学』（有斐閣、1995年）231頁以下（初出は1993年）、松川正毅『医学の発展と親子法——フランス民法総論研究』（有斐閣、2008年）124-172頁（初出は2002-2005年）、櫛島次郎「フランス『生命倫理法』の全体像（解説）」外国の立法33巻2号（1994年）1頁以下、ミシェル・ゴベール（滝沢幸代訳）「生命倫理とフランスの新立法」成城法学47号（1994年）113頁以下、高橋朋子「フランスにおける医学的に援助された生殖をめぐる動向」東海法学7号（1991年）190頁以下、同「人工生殖の比較法研究——フランス」比較法研究53号（1991年）38頁以下、同「フランスにおける人工生殖をめぐる法的状況」唄孝一・石川稔編『家族と医療——その法学的考察』（弘文堂、1995年）409頁以下、本山敦「フランスの人工生殖親子関係法について」学習院大学大学院法学研究科法学論集6号（1998年）97頁以下、山田美枝子「フランスにおける生殖補助医療による親子関係」法学研究76巻1号（2003年）335頁、総合研究開発機構・川井健共編『生命倫理法案——生殖医療・親子関係・クローンをめぐる』（商事法務、2005年）243頁以下〔野村豊弘〕。

¹² 2004年改正を紹介するものとして、松川・前掲注11）173頁以下、本山敦「生命倫理法改正——生命倫理に関する2004年8月6日の法律第800号」日仏法学24号（2007年）117頁以下。

¹³が重要である)¹⁴。

2013年に同性婚法が成立した後から、女性カップル、さらには独身女性に生殖補助医療の利用を認めるかどうか立法課題として意識されることとなった。2014年には、社会学者であるイレーヌ・テリー (Irène Théry) 教授が長を務める作業グループも、アンヌ＝マリー・ルロワイエ (Anne-Marie Leroyer) 教授が起草した報告書を提出し、女性カップルに生殖補助医療の拡張を認める提案を行った¹⁵。

当時のオランダ大統領は全国倫理諮問委員会 (CCNE) に検討を依頼し、2017年6月15日に女性カップル、さらには独身女性に生殖補助医療の利用を認めることを提案する意見を公表した¹⁶。その直前には、女性カップルおよび独身女性に生殖補助医療の利用を認めることを選挙公約としていたマクロン大統領が大統領選で選出されており(2017年5月7日)、マクロン政権下でも複数の報告書が提出された。そのうちの1つである2018年7月11日に採択されたコンセイユ・デタ¹⁷の報告書では、女性カップルおよび独身女性への生殖補助医療の利用主体の拡大について、法原則(平等原則、私生活の尊重、生殖の自由など)およびフランスが締約国である国際条約は、現状維持も改革も要求するものではなく、あくまでも政治的な選択であるということを強調している¹⁸。

その後、2019年7月24日に政府提出法案として、生命倫理法改正法案が国民議会に提出された¹⁹。本稿執筆時点で、2020年7月31日に国民議会第2読会で修正案が可決され²⁰、2021年2月3日に元老院第2読会で修正案が可決されたために、混合同数委員会(Commission mixte paritaire)に審議が付託されている。混合同数委員会でも成案が得られない場合、または妥協案を持ち帰って両院で同意を得られない場合、政府は国民議会に最終的な決定権を

¹³ 2011年改正を踏まえたフランス生命倫理法を紹介・検討する文献として、小門穂『フランスの生命倫理法——生殖医療の用いられ方』(ナカニシヤ出版、2015年)、服部有希「フランス生命倫理関連法の制定」外国の立法(月刊版)No.249-1(2011年)12頁、本田まり「フランスにおける生殖医療と法規制」甲斐克則編『医事法講座第5巻・生殖医療と医事法』(信山社、2014年)213頁以下、三輪和宏・林かおり「イギリスとフランスの生殖補助医療の制度」レファレンス788号(2016年)29頁以下。

¹⁴ フランスの生殖補助医療関連の諸法律の条文訳については、主に小門・前掲注13)181頁以下の条文訳を参照した。

¹⁵ I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation Origines Parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Doc. Fr., 2014.

¹⁶ Avis n° 126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP) du CCNE. この報告書を紹介する文献として、小門穂「セクシュアルマイノリティと生殖補助医療——フランスの動向から」上智ヨーロッパ研究10号(2018年)67頁以下、安藤英梨香「フランス 生殖補助医療に関する国家倫理諮問委員会の意見書」外国の立法(月刊版)No.273-2(2017年)8頁。

¹⁷ コンセイユ・デタは、政府の準備する法令案などの諮問に応ずるとともに、行政裁判の最上級裁判所としての権限を持つ機関である(山口編・前掲注4)112頁)。

¹⁸ CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Doc. fr., 2018, p. 15 et 47.

¹⁹ *Projet de loi AN, n° 2187, 24 juillet 2019.*

²⁰ *Projet de loi AN, TA n° 474, 31 juillet 2020.*

付与できる（フランス憲法 45 条）²¹。以下では、国民議会第 2 読会で可決された修正案（以下、「国民議会案」とする）と元老院第 2 読会で可決された修正案（以下、「元老院案」とする。ただし、元老院第 2 読会では若干の混乱が生じたため、元老院第 1 読会の審議状況も併せて紹介する）²²の、生殖補助医療の利用条件、親子関係、出自を知る権利に関する主要な提案内容を関連部分で紹介することとする。

2 すべての行為類型に共通の行為規制

(1) 当事者についての規制

公衆衛生法典 L.2141-2 条は、生殖補助医療技術を利用できるカップルに一定の制約をかけるとともに、そのカップルの利用目的にも制約をかけている。この規定については、現在審議中である法案においてかなりの修正がもたらされる予定であるため、その審議状況を紹介する必要がある。

a カップルそのものに関する要件

公衆衛生法典 L.2141-2 条 2 項は、「カップルを形成する男女は、生存しており、生殖可能な年齢でなければならない」と規定する。

(i) カップルの形式

ここでのカップルとは、婚姻をしたカップル、パクスを締結したカップル、婚姻もパクスも締結していない同棲カップルを含む²³。2011 年 6 月 14 日法律による生命倫理法改正前の L.2141-2 条では、2 年間共同生活を送ることを婚姻していないカップルに対してのみ要求していたが、同法律により削除された。改正の際には、当初は同棲カップルにのみ 2 年間の共同生活の要件を課す、すなわちパクスを結んだカップルには 2 年間の共同生活の要件を課さないという提案もなされていたが、国民議会は、同棲カップルも共同生活要件を削除するよう提案した²⁴。その理由として、生殖補助医療の利用を望む女性にとって年齢は非常に重要であり、2 年間待つことを課すことは懲罰的であるとの主張がなされた²⁵。これに対して元老院は、カップルの安定性の要件をすべてなくすことに対して反対した。その理由として、たとえ病気による不妊という要件 (2(1)b(i)を参照) は、カップルが十分な期間共同生活を送っていることを前提とするものであるとしても、「上辺だけのカップル」による脱法のおそれがあるとしていた。この問題は混合同数委員会で議論されることとなり、最終的に国民議会案が採用された。法案成立後も、カップルの安定性を明文の要件とすることをやめたことに対する批判は少なくない²⁶。

²¹ 滝沢正『フランス法〔第 5 版〕』（三省堂、2018 年）142 頁。

²² *Projet de loi Sénat, n° 53, 3 février 2021.*

²³ D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 559.

²⁴ *Projet de loi AN, TA n° 606, 15 févr. 2011, art. 20.*

²⁵ *Rapp. AN n° 3111, 26 janv. 2011, p. 62.*

²⁶ 詳しくは、P. Murat et L. Cimar, *J.-cl. civil, V° Art. 16 à 16-14 - Fasc. 40 : Respect et Protection*

同条項は、さらに「男女」のカップルであることも要件としている。これにより、単身者（すなわち同棲すらしていない者）、同性カップルは生殖補助医療を利用できないこととなる。この点は、同性婚を認めた 2013 年 5 月 17 日法律によっても変更はない。もっとも、現在、議会において、女性カップルへの利用主体の拡張を認める方向で議論されている。

また、カップルの「生存」も要件とされており、これにより死後生殖は禁止される（7 を参照）。

(ii) 年齢

同条項は、生殖可能な年齢であることも要件としている。生命医学局の指針検討会議（conseil d'orientation）の 2017 年 6 月 8 日付議決²⁷では、女性は原則 43 歳まで（事前に保存された卵子を使用する場合、第三者提供卵子を使用する場合については、43 歳から 45 歳の間の場合でもケース・バイ・ケースで判断する余地があるとする）、男性は 60 歳までとすることを法定することを提案している。

b カップルの利用目的

(i) 明示的に承認されている目的

生殖補助医療がどのような利用目的の場合に承認されるかについて定めているのが、公衆衛生法典 L.2141-2 条 1 項である。同条項は、「生殖補助医療は、カップルの不妊の治療、および子またはカップルの構成員への特別の重大性を有する病気の感染の防止を目的とする。不妊が病的な性質を有することは、医学的な診断を要する」と規定する。

このように 2 つの目的に限定して、生殖補助医療の利用を認めている。これは、生殖補助医療が補充的な性質を持つこと、単に便利だからというだけの理由で利用することを妨げることが意味している。

(ii) 黙示的に承認されている目的：第三者の治療目的

ただし、「二重の希望を持った赤ちゃん（bébé du double espoir）」と呼ばれる行為については、第三者の治療を目的とするものであるが、容認されている（公衆衛生法典 L.2131-4-1 条）。この規定は、①カップルが、治癒不能であり、生後数年内に死に至らせる遺伝病に罹患した子を産んでおり、②仮に将来生まれる弟あるいは妹が一定の遺伝的特徴を示すのであれば、その細胞を採取することにより遺伝病に罹患した子の余命診断が決定的に改善できる場合に、カップルに対し、体外受精による受精卵を複数生成し、それらの受精卵の中から治療を可能にする受精卵を選択するための着床前診断を行うことを認めている。その際、カップルは、着床前診断をすることについて、書面により同意することが必要とされる。また、治療の際に、受精卵により懐胎し出産した子の身体の完全性を侵害してはならない。このような規定が用意はされているが、実際上の理由により、この方法は用いられていない²⁸。

du corps humain. – Assistance médicale à la procréation. – Accès, n° 94-100.

²⁷ 次の HP を参照した（2020 年 10 月 15 日）。<https://www.agence-biomedecine.fr/Conseil-d-orientation-126?lang=fr>

²⁸ D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 561. フランスで唯一「二重の希望を持った赤ちゃん（bébé du

c 国会における法案審議状況

国民議会案は、公衆衛生法典 L. 2141-2 条を改正し、異性カップルだけでなく、女性カップルおよび婚姻をしていない女性についても、同法典 L.2141-10 条に規定する複数の専門家からなる生命臨床医療チームとの面談の後に、生殖補助医療の利用を認めることを提案する（国民議会案 L. 2141-2 条 1 項）。政府提出法案提出時のコンセユ・デタによる紹介においても、先に紹介したコンセユ・デタの報告書と同様、生殖補助医療の利用主体の拡大については、平等原則、私生活の尊重、生殖の自由といった法原則から導かれるものではないという説明を繰り返している。

この利用主体の拡大に伴い、①カップルの不妊の治療、②子またはカップルの構成員への特別の重大性を有する病気の感染の防止という 2 つの利用目的に生殖補助医療の利用を限定する現行法の規律（現行同法典 L. 2141-2 条）が削除されることになった。その代わりに、同法典 L.2141-10 条で要求されている複数の専門家からなる生命臨床医療チームとの特別の面談を行う際、その専門家の構成員に精神科医、精神療法技術者、精神科担当の看護師が含まれることが明示されている。利用目的要件を削除することに伴い、配偶子の不足を危惧する見解もあるところである²⁹。もっとも、死後の人工授精および胚移植の禁止は維持されている（国民議会案 L. 2141-2 条 4 項 1 号）。

元老院では、第 1 読会においては生殖補助医療の利用主体について、女性カップルおよび婚姻をしていない女性に広げつつも、異性カップルについては現行法の利用目的の限定を維持していた（元老院第 1 読会案 L. 2141-2 条 1 項）。そして、女性カップルおよび婚姻をしていない女性については、利用目的の要件を課さないという案を提示していた（元老院第 1 読会案 L. 2141-2-1 条）。これに対し、第 2 読会では、婚姻をしていない女性を利用主体から削除する修正案が採択されたことにより、利用主体を広げることに賛成する立場の議員らが不満を持つこととなった。さらに、多数である右派も、死後懐胎（より正確には生前に体外受精により作成された胚をカップル一方である男性の死後に移植すること）を認める修正案が、混乱の中、挙手による採決で可決されたことに大きく反発した。その結果、どちらの立場も法案に不満を持ち、利用主体の拡張に関する改正第 1 条全体を削除する案が可決された。この場合、改正第 1 条について再度審議することは可能であったが、結局なされないうままとなった³⁰。1(3)で述べた通り、今後の帰趨は、混合同数委員会に委ねられることに

double espoir)」の施術を行っていたアントワヌ・ベクレール病院（L'hôpital Antoine Béchère）は、2014 年以来施術を停止している。その理由として、医療チームの長期間にわたる重い負担と高額な費用の存在が挙げられている（CE, *supra* note 18, p. 153）。

²⁹ J.-R. Binet, Bioéthique : un projet de rupture : A propos du projet de loi relatif à la bioéthique présenté en Conseil des ministres le 24 juillet 2019, *Dr. Fam.*, 2019, Etudes 8, n° 5.

³⁰ 2021 年 2 月 2 日の審議内容については、下記のページを参照

<https://www.senat.fr/seances/s202102/s20210202/st20210202000.html>（2021 年 2 月 9 日参照）。

混乱した審議過程を比較的詳細に解説する新聞記事として、<https://www.ouest-france.fr/societe/famille/pma/loi-de-bioethique-pourquoi-le-senat-est-il-revenu-sur-la-pma-pour->

なる。

(2) 手続きに関する規制

a 利用可能な技術

公衆衛生法典 L.2141-1 条は、生殖補助医療（assistance médicale à la procréation）を、「体外授精，配偶子，生殖組織および胚の保存，胚の移植並びに人工授精を可能とする臨床的生物学的な実践」であると定義している。同条は続けて、「生殖補助医療において用いられる生物学的な手法のリストは，生命医学局（Agence de la biomédecine）の意見を徴した上で，保健担当大臣のアレテ³¹により定められる」と規定する。すなわち，新たな技術を実施する際には，公権力の事前の許可を得ることとしている。

同条は，さらに次の3点も確認している。

第1に，卵子の超急速凍結法は許可される（同条4項）。

第2に，生殖補助医療の実現は，保存される胚の数を限定することを可能にする実践および手法が優先される（同条5項）。

第3に，排卵誘発は，生殖補助医療技術とは独立して実現されるときも含めて，保健担当大臣のアレテにより定められた適切な実践に関する規律に従う（同条6項）。

b 施術の実施枠組み

生殖補助医療については，専門の医師の責任の下で実現されなければならない。そのことを実現するために，生殖補助医療を実施する施設に対して，許可を必要としている（公衆衛生法典 L.2142-1 条第4項。ただし，人工授精と卵巣刺激については許可の対象から除かれている）。その他，実施施設は，医療の安全のためのさまざまな一般的な規律に従う必要がある（同法典 L.2142-1 条以下）。個別の施術に関する規律については，3以下で行為類型ごとに紹介をする。

c 施術の同意

生殖補助医療を行うには，親となる者の同意が必要である。この同意は，一定の要件の下で行われなければならない，生殖補助医療の実施まで維持されなければならない。

(i) 同意の原則的な方式

いかなる生殖補助医療の類型においても，同意は複数の専門分野からなる医療チームに対して表明されなければならない。さらに，第三者たる提供者が介在する場合には，より厳格な方式が要求されるが，この点は3(1)cで紹介する。

[toutes-en-seconde-lecture-7143005](#) および <https://www.la-croix.com/Sciences-et-ethique/Le-projet-loi-bioethique-adopte-Senat-sans-PMA-2021-02-04-1201138823>（いずれも2021年2月11日参照）。

³¹ 命令は，大統領や首相が制定するデクレ（décret）と大臣や知事が制定するアレテ（arrêté）に区別される（滝沢・前掲注21）273頁）。

同意は、医療チームとの面談時に表明され、その後確認がなされる（公衆衛生法典 L.2141-10 条）。

第 1 に、複数の専門家らなる生命臨床医療チーム（*équipe médicale clinicobiologique*）との間で特別の面談が行われる（同条 1 項，2 項）。この面談の目的は、カップルの動機を確認することと、カップルに医療の面と法的な面に関する情報提供をすることにある。面談において、医療的な面として、成功と失敗の可能性，副作用，短期的および長期的なリスク，施術がもたらす苦痛の度合いや制約が伝えられる。法的な面として，一方の死亡あるいはカップルの破綻の場合に胚の使用ができないことが伝えられる。この情報提供は，口頭でなされるとともに，書面でのガイドの交付も行われる。ガイドでは，生殖補助医療の法的な帰結，生殖補助医療技術の説明，養子縁組に関する法規，情報を補足する非営利法人や機構の住所が伝えられる。

第 2 に，同意についての書面による確認がなされる（同条 3 項，4 項）。確認は，最終の面談の後，少なくとも 1 か月の熟慮期間を経た後になされる。

第 3 に，医学的なコントロールも必要である（同条 6 項）。医師は，法律に規定された要件が満たされていない場合には，生殖補助医療を実施してはならない。複数の専門家からなる医療チームの協議の後，生まれてくる子の利益を考慮して，請求者には補充的な熟慮期間が必要であると判断した場合にも，生殖補助医療を実施してはならない。

(ii) 同意の効力消滅

公衆衛生法典 L.2141-2 条 2 項後段は，カップルの一方の死亡，離婚，別居，共同生活の終了の申立てがあった場合，生殖補助医療を担当する医師に対してカップルの一方から書面により同意の撤回がなされた場合には，人工授精や胚の移植の障害となるとしている。民法典 311 条の 20 第 3 項では，これらの事由が生じた場合，同意の効力が失われるとしている。ただし，カップルの一方の死亡，離婚，別居，共同生活の終了の申立てがあることを医師が知る手段が確保されていないため，生殖補助医療が行われるリスクはあるという指摘がある³²。

3 第三者の提供精子を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

a 利用条件

(i) 第三者が提供者となる場合の共通ルール

以下のルールは，第三者の提供精子を用いた生殖補助医療，第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療，提供胚を用いた生殖補助医療に共通のルールである。

3 種類のケースで，第三者である提供者に依拠することが可能である（公衆衛生法典 L.2141-7 条）。第 1 が，子またはカップルの構成員への特別の重大性を有する病気の感染リスクがある場合である。第 2 が，カップル内での生殖補助医療が実現できない場合である。

³² D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 572.

第3が、カップルが、十分な情報の提供を受けた後にカップル内での生殖補助医療を断念した場合である。

配偶子の提供は、人体の諸要素およびその生成物の提供および使用に関する一般ルールに従うことになる（民法16条の5以下および公衆衛生法典L.1211-1条以下）。主だったものとしては、次のような規律に従う。第1に、提供者の配偶子に採取には、提供者の同意が必要であり、同意はいつでも撤回可能である（公衆衛生法典L.1211-2条。なお、条文そのものはより一般的な形で規定しているが、ここでは提供者の配偶子の局面に置き換えてルールを紹介している。以下同様である）。第2に、配偶子の提供は無償で行われる（民法典16条の6³³、公衆衛生法典L.1211-4）。第3に、提供者は被提供者（レシピエント）の情報を知りえず、被提供者も提供者の情報を知らない。つまり、配偶子の提供は匿名でなされる（民法典16条の8³⁴、公衆衛生法典L.1211-5）。

(ii) 配偶子の提供および使用に関するルール

このような一般的な規定に加えて、配偶子の提供および使用に関する特別の規定にも従わなければならない（公衆衛生法典L.1244-1条以下）。

提供者に関する要件として以下のものがある。提供者は、既に子をもうけたことがなければならないというのが原則である（同法典L.1244-1条第1項）。ただし、既に子をもうけていなくても成年に達していれば提供者になることができる（同条3項）。その場合、その提供者に対して、その者のために将来生殖補助医療を行うことの準備のために、予防的に配偶子の採取および保存を行うことを提案しなければならない³⁵。提供者がカップルを形成している場合、提供者および提供者の相手方パートナーから書面による同意を得なければならない。この同意は配偶子の使用時まで、いつでも撤回可能である。同意に関する要件は、被提供者カップルについても同様である（同条2項）。

³³ 民法典16条の6 治験、身体の諸要素の摘出、または身体の生成物の収集に同意をした者に対して、いかなる報酬も支払うことはできない。

³⁴ 民法典16条の8 ① 身体の要素または生成物を贈与した者、およびそれを受領した者の同一性を明らかにするいかなる情報も開示されてはならない。提供者は、被提供者の身元を知ることはできず、被提供者は提供者の身元を知ることはできない。

② 治療上必要がある場合、提供者および被提供者の医師のみがそれらの者の同一性を明らかにする情報を知ることができる。

³⁵ 2004年以來、予防的に採取されたカップルの配偶子を用いることが可能となっている。公衆衛生法典では、①医学的な処置による負担が生殖能力を損なわせる可能性がある場合、または②生殖能力が早期に損なわれる危険性がある場合に、将来生殖補助医療を行うことを可能とするために配偶子の採取および保存を行うことを認めている（公衆衛生法典L.2141-11条1項前段）。採取および保存については、関係者の同意が必要である（同項後段）。

生の精子あるいは混合された精子を用いた人工授精は禁止されている（同法典 L.1244-3 条）。同一の提供者の配偶子から故意に 10 人を超える子を出生させてはならない（同法典 L.1244-4 条）。

被提供者カップルが、提供者を指名して、配偶子の提供を行わせることは禁じられている（同法典 L.1244-7 条第 1 項）。とりわけ卵子提供の希少性を考慮して、たとえば提供者・被提供者間の合意により配偶子の提供が行われるなどの差別的な取り扱いが行われないようにすることがその趣旨である³⁶。

匿名性については、それが子に対して生じさせる心身への悪影響が指摘されるようになったため、2011 年の生命倫理法改正の際に見直すべきか議論がなされた。しかしながら、匿名性が利他性や無償性と密接に結びついていること、提供者の数の大幅な減少が危惧されることなどを理由として、現状維持が選択された。コンセイク・デタは、匿名性に関する規律が基本権規範に違反するものでないことを繰り返し判示している³⁷。

(iii) 改正法案

以上が現行規定であるが、改正法案では、2 点について修正が提案されている。

第 1 が、第三者の配偶子を用いることができる場合を限定する公衆衛生法典 L.2141-7 条に関連する。国民議会案では、同条は削除されている。元老院第 1 読会案では、同条を削除せず、現行法の場合の他に、利用できる場面に公衆衛生法典 L.2141-2-1 の場合が付け加えられている。異性カップルも含めて利用目的の制限を削除する国民議会案と、異性カップルについては現行法の利用目的の限定を維持する元老院第 1 読会案の差異が、この場面でも現れている。

第 2 に、匿名性を緩和し、子の出自を知る権利との調整を図る提案がなされている。すなわち、国民議会案、元老院案ともに、第三者たる提供者が配偶子を提供して（胚の提供の場合も含む）生殖補助医療を行う場合に、出自へのアクセスに対する権利を承認している。

国民議会案は、2つの状況を区別している。第 1 が、新法施行後に子を懐胎した場合である。この場合、成年に達した子は、提供者を特定できない情報（以下、「非特定情報」とする）だけでなく、特定可能な情報についても知る権利を有する（公衆衛生法典 L.2143-2 条 1 項）。非特定情報とは、年齢、提供時の健康状態、身体的特徴、家族および職業の状況、出生国、提供の動機である（同 L.2143-3 条）。配偶子ないし胚の提供者は、これらの情報の伝達について同意をしなければならず、同意しない場合には提供ができない（同条 2 項）。情報の収集については、「第三者たる提供者の非特定情報および特定情報に対するアクセス委員会」を保健省内に設置することとしている（同 L.2143-6 条）。同委員会が、生命医学局に対して提供者の非特定情報および特定情報を求める（同条）。

第 2 は、新法施行前に子を懐胎した場合であるが、この場合も、「第三者たる提供者の非特定情報および特定情報に対するアクセス委員会」が情報を知っている限り情報提供を行

³⁶ D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 561.

³⁷ CE, avis 13 juin 2013, n° 362981, 12 nov. 2015, n° 372121, 28 déc. 2017, n° 396571.

う。それとともに、提供者は、情報伝達の同意をすることができる(国民議会案第3条 VII)。

これに伴い、民法典16条の8の1が新設され、提供の匿名性の原則は、第三者である提供者を伴う生殖補助医療により生まれた子が成人となった場合に、非特定情報および特定情報に対するアクセス権に対する障害とはならないとする規定が設けられている。

元老院第2読会案も、大筋で国民議会案と同様である。ただし、提供者の情報の収集および管理を行う組織が、既存の「個人の出自へのアクセスのための国民会議 (Conseil national pour l'accès aux origines personnelles)」³⁸である点(元老院案同法典L.2143-6条)、非特定情報に提供時の健康状態が含まれていない点(同L.2143-3条)が異なる。

このように、国民議会案、元老院案ともに、配偶子および胚の提供時に、依頼者に対しては提供者の情報を遮断して匿名性の原則を維持し、依頼者が提供者を選択することを避けつつ³⁹、成人となった子に対しては提供者に関する情報のアクセスを承認するという立場を採用するに至っている。

b 利用できるカップル

2 (1) で紹介した要件を満たす必要がある。

c 施術の同意 (厳格な方式)

第三者が提供する配偶子を用いる場合、および胚の受け入れを行う場合には、特別の方式に服する。

まず、第三者が提供する配偶子を使用する場合について、以下のような方式に従う必要がある。カップルは、第三者が提供する配偶子を使用する場合、民法の規定する条件にしたがって、公証人に対して事前に同意をしなければならない(公衆衛生法典L.2141-10条7項)。民法典311条の20第1項では、事前の同意は、秘密が保持される状況で、公証人からカップルの行為の親子関係上の帰結について知らされた上で得なければならない旨規定されている。

さらに、民事訴訟法典1157条の2および1157条の3において、詳細が定められている。同法典1157条の2第1項では、同意は、公証人を前にした共同の宣言(*déclaration conjointe*)により行うと規定する。共同の宣言は、第三者がいない場所で公署証書により記録される(同条2項)。同法典1157条の3第1項は、公証人が同意を記録する前に、カップルに伝達すべきことを定めている。第1に、提供者と生殖補助医療により生まれた子との間に親子関

³⁸ 個人の出自へのアクセスのための国民会議は、2002年1月22日法律により設立された組織であり、その主な役割は、個人の出自へのアクセスを容易にすることである。この組織は、これまで主に国家の被後見子とされた子や匿名出産により生まれた子の遺伝的な親の個人を特定する情報、あるいは特定しない情報の探索を担ってきた

(<https://www.cnaop.gouv.fr/presentation-du-cnaop.html> (2021年2月5日アクセス))。

³⁹ 2018年7月11日のコンセイユ・デタの報告書において、このような形での匿名性の原則との調整が示唆されている(CE, *supra* note 18, p. 18)。

係を確立することができないこと、および提供者に対して責任を求めることはできないこと。第2に、子の名において、親子関係の確立を求める訴えおよび親子関係に対する異議を求める訴えを行使することはできないこと。ただし、子が生殖補助医療により生まれたのではないこと、または同意が効力を失っていることが認められた場合にはこの限りではないこと。第3に、どのような場合に同意は効力を失うか。第4に、生殖補助医療に同意した後にそこから生まれた子に対して認知をしない者に対して、婚姻外の父子関係を裁判上宣言させることができること、およびその者に対してその理由で責任訴権⁴⁰を行使することができること。ただし、公証人は、同意の完全性や生まれてくる子の利益についてコントロールする権限が与えられているわけではない点に注意が必要である⁴¹。

(2) 親子関係

a 婚姻カップル

民法典は、生殖補助医療に関する特則を定めることで、親子関係の安定化を図っている⁴²。すなわち、民法典 311 条の 20 第 2 項は、「生殖補助医療に対して与えられた同意により、(中略)あらゆる親子関係に対する異議の訴えが禁じられる(ただし書があるが後述する)」と規定する。一般ルールにおいて親子関係に関する訴権の放棄は禁じられている(民法典 311 条の 9 や 323 条)のに対する特則となる。婚姻カップルの場合、父性推定が原則として及ぶこととなるが、それにより親子関係がいったん法的に確立すると、あらゆる異議に関する訴権は封じられることになる。

b 非婚姻カップル

婚姻カップルの部分で紹介した民法典 311 条の 20 第 2 項は、非婚姻カップルのケースでも適用される他、非婚姻カップルに関して、2つの規律を用意している。

第1に、民法典 311 条の 20 第 5 項前段は、生殖補助医療に同意をしながら、それにより生まれた子を認知しない者に対して、「親子関係は裁判上宣言される」と規定する。その場合の訴権については、提訴権者に関する民法典 328 条⁴³と親権、養育費の分担、氏などに関

⁴⁰ 訴権 (action) とは、ある者が自らの権利の承認と保護を得るために、裁判官に対して求める司法上の手段のことを指す (J. Carbonnier, *Droit civil Introduction*, 27^e éd. refondue, 2002, n° 187)。「責任訴権を行使できる」とは、損害賠償請求権を行使できることを意味している。

⁴¹ D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 571.

⁴² 破毀院は、民法典 311 条の 20 および 311 条の 19 は、第三者の提供者がいる生殖補助医療の場合にしか適用されないとしている (Cass. civ. 1re, 16 mars 2016, n° 15-13. 427)。この判決は、カップルの配偶子を用いて生殖補助医療を行ったが、男性側が認知をしなかったために、父子関係の確立の訴えを提起された事案に関するものであり、破毀院は、民法典 311 条の 19, 311 条の 20 は適用されず、一般法に基づいて親子関係の有無が判断されると判示している。

⁴³ 民法典 328 条は、提訴権者について、以下の3点を規定している。①子が未成年の間は、子との間で親子関係のある親が、母または父の探索の訴えの提訴権者である。②親子

する民法典 331 条⁴⁴にしたがう（民法典 311 条の 20 第 5 項後段）。

第 2 に、民法典 311 条の 20 第 4 項は、生殖補助医療に同意をしながら、それにより生まれた子を認知しない者に対して、母と子に対して責任を負うと規定している。

c 特則が適用されない場合

民法典 311 条の 20 第 2 項は、特則が適用されない場合として、2 つの場合を挙げる。第 1 が、子が生殖補助医療から生まれたのではない場合である。この点は、特則が適用されないと主張する側が立証しなければならない。

第 2 が、同意が効力を有しない場合である。親の同意の部分で紹介した通り、民法典 311 条の 20 第 3 項は、カップルの一方の死亡、離婚、別居、共同生活の終了の申立てがあった場合に同意の効力が失われるとしている。同項は、生殖補助医療を担当する医師に対してカップルの一方から書面により同意の撤回がなされた場合にも同意の効力が失われるとしている。

d 特則が機能しない場合

上記 a, b のようなルールによっても、子と生殖補助医療を利用したカップルとの間で親子関係が確立しえない場合があるという指摘がある⁴⁵。すなわち、カップルの関係が悪化し、母がパートナーを父とすることを望まず、パートナーの側も父となることを望まない場合があり得る。カップルの関係が悪化したのではなく、もともとカップルの関係が偽りのものであった場合にも同様のことが生じる。これらの場合、婚姻外のカップルであれば、母が認知の訴えを提起せず、パートナーの側も認知をしないこととなる。婚姻カップルの場合、母が出生証書の父親欄に夫の氏名を記載しないと嫡出推定が及ばないため（民法典 313 条）、親子関係が成立しない。

e 精子提供者の法的地位

民法典 311 条の 19 第 1 項は、「生殖補助医療が第三者である提供者とともになされた場合、提供者と生殖補助医療により生まれた子の間に親子関係を成立させることはできない」と規定する。また、民法典 311 条の 20 第 2 項は、依頼者カップルの同意は、親子関係の成立を目的としたあらゆる訴権の行使を禁止している。これらの規律により、提供者と生まれた子との間の親子関係は成立しえないこととなる。

関係が誰とも確立されていない場合、親が死亡している場合または意思を表明することができない場合、後見人が提訴権者となる。③被告は、親であると原告が主張する者、あるいはその相続人である。相続人がいない場合、相続人が相続放棄をした場合には、国が被告となる。

⁴⁴ 民法典 331 条は、裁判所が、必要がある場合には、親権の行使、子の養育および教育に関する分担および氏の付与について定める旨規定する。

⁴⁵ Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, 7^e éd., LGDJ, 2020, n° 1090.

民法典 311 条の 19 第 2 項は、「提供者に対するいかなる責任訴権も行使しえない」と規定する。この規定については、契約責任および不法行為責任の一般原則で十分ではないかという疑問も提起されている⁴⁶。提供者と生殖補助医療に依拠したカップルの間には、契約関係はなく、不法行為責任が成立する余地しかないが、提供者にフォート⁴⁷が成立する余地は基本的にはないからである。もっとも、提供者が重大な遺伝病について知りながら情報提供をしない場合には、不法行為法の一般原則によればフォートが成立する余地がある。このような場合にも「いかなる責任も行使しえない」（民法典 311 条の 19 第 2 項）とすることでのいかという問題も存在する。

また、提供者に対する親子関係の不成立、責任訴権の不存在の規律は、先に述べた匿名性の原則により実効性が高められている。もっとも、提供者の親子関係の問題と匿名性の問題を切り離すことも可能であるという指摘もあるところである⁴⁸。すなわち、提供者との間の親子関係は封じつつ、同一性の確認は可能とすることもありうるといえる。実際、改正法案では成年に達した子に出自のアクセスに対する権利を認める提案がなされている（3(1)a(iii)を参照）。

f 行為規制に反して生まれた子の父子関係

(i) 国内で行為規制に反した場合

国内で生殖補助医療の実施要件が満たされていないにもかかわらず、施術が行われた場合の親子関係について検討がなされている文献⁴⁹によれば、国外で行為規制に反する生殖補助医療を行う場合に比してまれではあるとしつつ、次のような帰結になるであろうとしている。

第三者の配偶子を用いた場合でも、民法典 311 条の 19、311 条の 20 の適用の余地はないと考えられる。そのため、精子提供者でない者が父となっている場合には父子関係の異議の訴えを提起されて父子関係が否定されるおそれがあるとともに、精子提供者でない依頼者が認知をしない場合に認知の訴えが棄却されるおそれがあるとしている。さらに精子提供者から認知がなされる余地も生じる。

(ii) 女性カップルによる国外での AID 技術の利用と養子縁組

フランスでは 2013 年 5 月 17 日法律により、同性婚が可能となった。これにより、同性カップルは完全養子縁組を行うことが可能となった。これに対して、生殖補助医療の実施に際して、公衆衛生法典 L.2141-2 条は男女のカップルであることを要件としているため、同性

⁴⁶ F. Terré, Ch. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 899.

⁴⁷ フォート (faute) は、「非行 (非)」と訳されることもあるが、加害者がなすべからざることをなし、あるいはなすべきことをなさなかったことに由来し、加害者に賠償義務を負わせる (民法典 1240 条)。加害者の故意 (faute intentionnelle) によるものの他、故意はなく怠慢 (négligence) または軽率 (imprudence) による過失 (faute non-intentionnelle) の場合にも責任発生 の根拠となる (同 1241 条。以上につき、山口編・前掲注 4) 227 頁)。

⁴⁸ Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1088.

⁴⁹ F. Terré, Ch. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 879.

カップルは生殖補助医療技術を利用できない。

そこで、女性の同性カップルが同性婚をし、カップルの一方が国外で第三者提供精子による人工授精を行った後に、他方が生まれた子について完全養子縁組の申請を行う事例があらわれることとなった。配偶者の子と完全養子縁組をする場合、その配偶者との間しか親子関係がないことが要件とされている（民法典 345 条の 1 第 1 号）が、上記のような事例では、フランスで出産をし、子は出産した配偶者との間でしか親子関係が確立されていないため、この要件を満たす。下級審裁判例では、この完全養子縁組の申請は脱法行為であるかにつき判断が分かれていたため、アビニョン大審裁判所とポワチエ大審裁判所は破毀院⁵⁰に意見を求めた。破毀院は、2014 年 9 月 22 日の意見⁵¹で 2 つの裁判所に対して、次のような返答を行っている（下記の引用部分は同一の文言である）。

「海外で行った匿名の第三者提供精子を用いた人工授精の形態による生殖補助医療の利用は、養子の法律上の要件を満たしており、縁組が子の利益に適っている場合、母親の妻によるこの生殖により生まれた子との養子縁組判決の障害にはならない。」

この破毀院の意見により、女性カップルが海外で第三者提供精子を用いた人工授精を行ったとしても、フランス国内で完全養子縁組を行うことにより、女性カップル双方が生まれた子と親子関係を持つことが可能となっている。

g 改正法案

国民議会案のように女性カップルに生殖補助医療の利用を認めると、その場合の親子関係の規律をどうするのが問題となる。国民議会案は、民法典第 1 編第 7 章（親子関係）に「第三者たる提供者のいる生殖補助医療」と題する第 5 節を新設して、女性カップルの場合、第三者が提供する配偶子を用いた生殖補助医療を行うのに必要な事前の同意の際に、共同で子を認知することとしている（国民議会案民法典 342 条の 11 第 1 項）。分娩した女性については民法典 311 条の 25 に基づいて子の出生証書の母親欄の記載により親子関係が成立し、他方の女性については共同認知により親子関係が成立することとしている（同条 2 項）⁵²。現行法と同様、生まれた子が生殖補助医療により生まれたのではない場合、あるいは同意が効力を失った場合を除いて、同意がなされることにより、親子関係の異議の訴えを提起することはできない（国民議会案民法典 342 条の 10 第 2 項）。

元老院は、第 1 読会の段階では、女性カップルに生殖補助医療の利用を認めていた。そこ

⁵⁰ 破毀院は、民事および掲示の上告事件を管轄する最高司法裁判機関である（山口編・前掲注 4）132 頁）。

⁵¹ Cass. civ. 1^{re}, avis, 22 sept. 2014, nos 14-70.006, 14-70.007. 訴訟の係属中に、第 1 審あるいは控訴審の裁判官は、多くの争訟で提起されている解釈の特に困難な新たな法律上の問題を前にした場合、判決を下す前に破毀院に意見を求めることができる（司法組織法典 L.411-1 条以下、民事訴訟法典 1031-1 条以下）。

⁵² コンセユ・デタの報告書は、このような法的構成について、認知は生物学的な真実があることの蓋然性に依拠した制度であることと矛盾するとして、民法典の実親子法制の基本原則との抵触があることを指摘する（CE, *supra* note 18, p.57.）。

では、次のような提案をしていた。すなわち、民法典第1編第7章（親子関係）の後に「第三者たる提供者のいる生殖補助医療の場合の親子関係」と題する第7章の2を設け、民法典342条の10第6項において、カップル2人が公証人に求めた場合には、生殖補助医療の同意により、生まれた子の母親となる者はカップルの相手方による子の養子縁組に対して同意をしたものとするができるとしていた。もう一方の者は、大審裁判所に養子縁組の申請を行う義務を負うこととなる。このように、国民議会案と元老院第1読会案とでは、女性カップルが生殖補助医療を利用した際に、分娩者ではないパートナーに対して認知により親子関係を認めるか、養子縁組により親子関係を認めるかという点で相違している。

元老院第2読会では、生殖補助医療の利用主体の拡張に関する改正第1条が削除された(2(1)cを参照)ために、親子関係についても第1条の内容につき推定しながらでは修正案を提案できないという意見も出たが、最終的に元老院第1読会と同内容の修正案が可決された。

4 第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

3(1)で紹介した第三者の提供精子を用いた生殖補助医療と同様の規制に服するが、卵子提供に関しては、以下の特則がある（同法典L.1244-7条第2項）。卵子提供者には、提供の医学的条件および法的条件について情報を提供しなければならない。医学的条件とは、卵巣刺激および卵子の採取に関するリスクおよび制約のことを指しており、法的条件とは、とりわけ無償性および匿名性の原則のことを指している。さらに、卵子提供者には、提供の際に生じた費用の償還が認められている。

(2) 親子関係

a 行為規制に従って生まれた子の母子関係

分娩者が婚姻しているか否かを問わず、子の出生証書の母親欄の記載により親子関係が成立する（民法典311条の25）。分娩者が出生証書の母親欄に記載しなかった場合、3(2)で紹介した民法典311条の20第4項、第5項が拡張的に適用されるとする指摘があるが、この見解は、母親が匿名出産を選択した場合については留保を付している⁵³。

b 行為規制に反して生まれた子の母子関係

3(2)fと同様の文献においても、行為規制に反して第三者提供卵子を用いて生殖補助医療を行う場合の親子関係について直接論じてはいない。それだけまれな事例であるといえそうであるが、「生物学的真実と合致した父子関係や母子関係が、生殖補助医療の実施要件を遵守していないという理由で否定されることは考えにくい」という叙述がある⁵⁴。母子関

⁵³ D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 575.

⁵⁴ F. Terré, Ch. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 879.

係は、分娩の事実により成立すると考えられている⁵⁵ことに照らすと、生物学的真実と合致していなくても、分娩者であれば母子関係の成立が認められるように思われる。

5 第三者の提供胚を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

a 胚の提供に至るプロセス

胚提供に関する規律を説明する前に、胚提供がどのような場合に行われるのか、その全体像を確認しよう。まず、体外受精による胚の生成は、公衆衛生法典 L.2141-1 条に規定する生殖補助医療の枠組みおよび目的に基づいて行われる（同 L.2141-3 条 1 項）。それ以外の目的、とりわけ商業、工業あるいは研究目的の胚の生成は禁じられている（同 L.2141-8 条、L.2151-2 条、L.2151-3 条）。

胚の生成は、生殖補助医療を用いるカップルの 2 人のうち少なくとも 1 人の配偶子を用いなければならない（同 L.2141-3 条 1 項）。カップルは、胚の保存に必要となる余剰胚の生成について書面で同意することができる（同 L.2141-3 条 2 項）。その際、生成される胚の数は、実施する手法を考慮して、生殖補助医療の成功のために厳密に必要な数に制限されている。

カップルの 2 人は、毎年生殖補助医療の施術の同意を維持するののかについて、書面で質問される（同 L.2141-4 条 1 項）。同意を維持しない場合、カップルは①他のカップルが彼らの胚を用いて子をもうける、②胚の保存を終了する、③胚を研究目的で利用するという 3 つの選択肢の中から選ばなければならない（同条 2 項）。胚を生成したカップルの一方が死亡したときは、他方がこの選択権を保持する。

法律は、3 つの場面で、胚の保存を終了させる（同条 3 項、4 項）。第 1 が、生殖補助医療の施術の同意を維持するののかについて、複数回質問を受けたにもかかわらず、カップルの一方が返答をしないときである。この場合において、保存期間が 5 年以上続いていれば、胚の保存は終了する。第 2 が、胚の保存を維持するののかについて、カップルの意見が合致しない場合である。第 3 が、カップルが胚の提供に同意をした時から 5 年間、胚を受け入れがない場合である。

胚を保存する施設の義務は、コンセイユ・デタのデクレ⁵⁶により規律されている（公衆衛生法典 L.2142-1 条以下）。

b 利用条件（胚の提供および受け入れ）

⁵⁵ 民法典 332 条は、母子関係を否認する際には、法律上の母が子を分娩していないという事実を証明する必要がある旨規定している。

⁵⁶ デクレ（décret）とは、大統領や首相が制定する命令である（滝沢・前掲注 21） 273 頁）。そのうち、コンセイユ・デタの 4 つの行政部のうち管掌する部の意見を徴することが義務づけられているデクレをコンセイユ・デタの議を経たデクレという。

胚を提供するカップルの2人は、このような形で生成し、保存された胚を別のカップルが用いることについて書面により同意をすることができる(同法典L.2141-4条,L.2141-5条)。カップルの一方が死亡した場合、他方が同意をすることができる。

胚を受け入れる側のカップルは、カップル内での生殖補助医療が成功しなかった場合、または十分に情報の提供を受けた上でカップル内での生殖補助医療の利用を断念した場合に胚の提供を受けることができる(同法典L.2141-6条1項)。

胚の提供に当たっては、匿名性の原則を遵守しなければならない。すなわち、提供側のカップルも、受け入れ側のカップルも、互いに他方の身元を知ることはできない(同条3項)。ただし、治療上必要がある場合には、医師は提供者カップルの身元に関連しない情報を取得することができる(同条4項)。さらに、無償性の原則にも従わなければならない(同条5項)。胚を受け入れるにあたっては、医療上の安全に関する規律にも従わなければならない(同条6項)。

c 施術の同意(厳格な方式)

胚の提供について、公衆衛生法典L.2141-6条2項において胚提供を受け入れる側のカップルが、事前に公証人の前で同意をする必要があるとしている。そして、同意の要件および効果は、民法典311条の20の規律に服するとしている(民法典311条の20が規律する同意の効果については3(2)を参照)。したがって、第三者が提供する配偶子を用いる場合と同様の方式に従うことになる。

(2) 親子関係

a 行為規制に従って生まれた子の親子関係

父子関係については3(2)a-e、母子関係については4(2)aと同様の規律に服する。

b 行為規制に反して生まれた子の親子関係

この点を明示的に論じる文献は見つけられなかったが、父子関係については3(2)f、母子関係については4(2)bと同様の規律に服するものと思われる。

6 代理懐胎

(1) 行為規制

民法16条の7は、「他人のためにする生殖 *procréation* または懐胎 *géstation* を対象とするあらゆる合意は無効である」と規定する。この規定も1994年7月29日法律により新設されたものであるが、既に1991年に破毀院全部会は、「民法典353条とともに6条および1128条に基づき、たとえそれが無償であっても、女が出産と同時に遺棄をするために子を生殖(*concevoir*) および懐胎(*porter*) することを約する合意は、人体の不可処分性の公序

原則および人の身分の不可処分性の公序原則に反する」と判示していた⁵⁷。代理懐胎は、刑事罰の対象ともされており、刑法典 227 条の 12 第 3 項は、「子を受け入れることを望む個人またはカップルと子をそれらの者に引き渡すことを目的として子を懐胎することを受け入れる女性との間を仲介する所為に対しては、第 2 項で規定され刑罰（筆者注：1 年の拘禁および 7500 ユーロの罰金）が科される。これらの所為が常習的にまたは営利目的で犯された場合には、2 倍の刑罰が科される」と規定している。

(2) 海外で代理懐胎が実施された場合の親子関係

1994 年法律は、代理懐胎により生まれた子の親子関係については何も述べていない。代理懐胎により生まれた子と依頼者夫婦の親子関係が認められるかについて、フランス法の立場には一定の変遷が存在する。大きく分けて 4 つの時期に分けることができる。

a 第 1 期：養子縁組の拒絶

1994 年法律前の判例は、国内で代理懐胎がなされた事例について、養子縁組を否定する判決を下していた。先に紹介した 1991 年に破毀院全部会は、依頼者である夫 A・妻 X のために女性 B が A の精子を用いた人工授精により C を出産し、A が C を認知したのちに X が C との間で完全養子縁組を申請した事例において、養子縁組は認められないとの立場を示している⁵⁸。その際、破毀院全部会は、民法典 353 条⁵⁹、6 条⁶⁰および旧 1128 条⁶¹を根拠条文として次のように判示した。第 1 に、代理懐胎の合意の有効性に関して、「たとえそれが無償であっても、女が出産と同時に遺棄をするために子を生殖 (*concevoir*) および懐胎 (*porter*) することを約する合意は、人体の不可処分性の公序原則および人の身分の不可処分性の公序原則に反する」と判示した。第 2 に、養子縁組の申請の可否について、「当該養子縁組は、母親により出生時に遺棄することが目指された契約の履行として懐胎された子を夫婦の家に迎えるプロセス全体の最終段階に過ぎない。そして、このプロセスは人体および人の身分の不可処分性の原則を侵害しているために、養子制度を濫用している」と判示した。

その後の判例・実務は、代理懐胎により生まれた子について、単純養子縁組⁶²や身分占有

⁵⁷ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 4 ; *D.* 1991, 417, raap. Y. Chartier, n. D. Thouvenin ; *JCP G* 1991. II. 21752, *communic.* J. Bernard, *concl.* Dontenwille, n. F. Terré ; *RTD civ.* 1991, 518, n. D. Huet-Weiller.

⁵⁸ Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, *préc.*

⁵⁹ 民法典 353 条 1 項 (2 項以下は省略する) 養子縁組は、養親の申請に基づいて、大審裁判所が言い渡す。大審裁判所は、法律の要件を満たしているか否か、および養子縁組が子の利益に合致するか否かを審査する。

⁶⁰ 民法典 6 条 公の秩序及び善良の風俗に関する法律は、個別的な合意によってその適用を除外することはできない。

⁶¹ 旧 1128 条 (2016 年 2 月 10 日のオールドナンスにより削除) 取引されるものでなければ、合意の目的とすることはできない。

⁶² Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1994, *RTD civ.* 1994. 842, *obs.* J. Hauser.

⁶³による親子関係の成立を否定していた⁶⁴。ただし、養子縁組に関する上記の立場は第3期に変化している。

b 第2期：国外で作成された民事身分証書の転記の拒絶

その後、2010年代前半に、国外で作成された代理懐胎により生まれた子の民事身分証書をフランスで転記をすることができるかが問題となった。その後、ヨーロッパ事件裁判所から人権条約違反の判決を下されることになった、破毀院第1民事部2011年4月6日判決⁶⁵は、「外国判決がフランスにおける国際的公序に反するという理由に基づいて、外国判決の執行として作成された出生証書の転記を拒絶することは、その判決がフランス法の本質的な原則と衝突する条項を含む場合には、正当化される。実定法の現状のもとで、親子関係について代理懐胎を対象とする合意に効果を生ぜしめることは、たとえそれが外国において適法であるとしても、フランス法の基本原則である人の身分の不可処分性の原則に反しており、民法典16条の7および16条の9の文言に基づいて公序無効たる無効である」と判示した。この事案は、夫X1・妻X2がアメリカ・カリフォルニア州でX1の精子と匿名のドナーの卵子を用いる形での代理出産契約を締結し、同州の裁判所は生まれた双子の父母であることを内容とする判決を下した。その後、Xらはフランスでの出生証書への転記を求め、いったん転記が認められたが、クレティユ大審裁判所検事正により転記の無効を求める訴えが提起された。破毀院は、その転記は無効であると判示した。

2011年判決は人の身分の不可処分性という公序を根拠としているが、2013年9月13日の2つの判決⁶⁶は脱法行為（*fraude*）を根拠としている。2つの判決は、「実定法の現状のもとで、出生が、代理懐胎をする合意を含むプロセス全体の到達点であり、フランス法に対する脱法行為である場合には、外国において作成され、その国において用いられている形式で記載された出生証書の転記を拒絶することは正当である。この合意は、たとえ外国において合法であっても、民法典16条の7および16条の9の文言によれば、公序無効たる無効である」と判示した。

c 第3期：生物学上の親との親子関係の承認および他方の親との養子縁組の承認

これに対して、2014年6月26日ヨーロッパ人権裁判所メネソン対フランス判決（以下、「メネソン判決」と略称する）およびラバセ対フランス判決（以下、「ラバセ判決」と略称

⁶³ 民法典現311-2条は、「身分占有は、継続的で、平穩、公然かつ明瞭（*non équivoque*）でなければならない」と規定しているが、2006年6月30日の司法省通達は、身分占有の不明瞭性は脱法行為（*fraude*）や法律違反から生じるとみなしている（2.3.2.）。

⁶⁴ 詳しくは、幡野弘樹「代理懐胎の合意と公序（2）——フランスにおける人体の不可処分性と人の身分の不可処分性の検討」立教法学90号（2014年）202頁以下を参照。

⁶⁵ 同日に3つの判決が下されている。Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, n° 09-17.130, 09-66.486 et 10-19.053. そのうち本文で紹介するのは、破毀申立番号10-19.053.である。

⁶⁶ Cass. civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et 12-18.315. 破毀院2014年3月19日判決においてもこの立場を再確認している。Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005.

する)⁶⁷は、国外で代理懐胎を行った事例において、フランスに対してヨーロッパ人権条約違反の判決を下し、フランス法の態度に修正を迫ることとなった⁶⁸。

メネソン判決、ラバセ判決ともに同趣旨の判断を含むものであるため、ここではメネソン判決を紹介する。条約違反の対象となった判決は、先に紹介した2011年4月6日判決である。ヨーロッパ人権裁判所は、条約8条⁶⁹の規定する「私生活の尊重は、各人がその人間としての同一性の詳細を確立できるように要請する。そこに親子関係も含まれる」と述べた上で、フランスが遺伝的なつながりがあるにもかかわらず父子関係を認めていない点に焦点を当てる (§ 100)。そして、フランスでは、転記を認めないばかりでなく、認知も養子縁組も身分占有も認めていない点を重視し、「被告たる国はその評価の余地が許される範囲を超えるところまで進んでいたと考える」と述べ、条約違反を宣言している。

この人権条約判決を受けて、破毀院は判例法理の修正を行う。まず第1に、破毀院全部会2015年7月3日判決⁷⁰は、民法典47条⁷¹の文言の沿った形で次のように判示する。「外国において、その国で常用される形式で作成されたフランス人に関する出生証書は、証明力を有する。ただし、他の証書、所持する書類、外的な資料あるいは当該証書自身から引き出される諸要素が、場合によってはあらゆる有用な確認の後に、当該証書は不適法である、偽造されている、あるいは宣言された事実が現実に合致していないことを証明しているときはこの限りでない。」問題となった事案は、ロシアで作成された出生証書の父親欄に精子提供者である依頼者、母親欄に代理出産をした者が記載されていた事案であったが、破毀院全部会は、47条ただし書に記載されている事情がないとして転記を拒絶した控訴院判決を破毀している。その際、公序や脱法行為に対する言及をしていない。

第2に、2015年7月3日判決が残した問題として、外国の出生証書や判決に子と遺伝的

⁶⁷ CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France*, et n° 65941/11, *Labassée c/ France*, D. 2014. 1773, *chron.* H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, et 1797, *note* F. Chenédé, et 1806, *note* L. d'Avout ; *AJ fam.* 2014. 396, *obs.* A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP* 2014. 1486, *note* A. Gouttenoire, *Act.* 827, *obs.* B. Pastre-Belda, et 832, *obs.* F. Sudre ; *RTD civ.* 2014. 616, *obs.* J. Hauser.

⁶⁸ 第2期の破毀院の立場とメネソン判決およびラバセ判決の詳細については幡野弘樹「代理懐胎と親子関係——ヨーロッパ人権裁判所判決とフランス法を参照しつつ」法律時報87巻11号(2015年)24頁以下。

⁶⁹ ヨーロッパ人権条約8条(私生活および家族生活の尊重に対する権利)① すべて的人是、その私生活、家族生活、住居及び通信の尊重に対する権利を有する。
② この権利の行使に対しては、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全もしくは国の経済的福利のため、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、または他の者の権利および自由の保護のため民主的社会において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない。

⁷⁰ *Cass., ass. plén.*, 3 juillet 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002.

⁷¹ 民法典47条 外国において、その国で常用される形式で作成されたすべてのフランス人および外国人の民事身分証書は、証明力を有する。ただし、他の証書、所持する書類、外的な資料あるいは当該証書自身から引き出される諸要素が、場合によってはあらゆる有用な確認の後に、当該証書は不適法である、偽造されている、あるいは宣言された事実が現実 (*réalité*) に合致していないことを証明しているときはこの限りでない。

つながりのない者を父親としていたり、分娩していない者を母親としている場合にどうなるかという問題がある。この点について、破毀院は、2017年7月5日に3つの判決を下した。いずれの判決も、婚姻している男女のフランス人カップルを父母とする外国の出生証書の転記が問題となった事案である。そのうち2つの判決が、国外で代理出産により子をもうけたために、分娩していない者を母とする記載を転記できるかが問題となっていた⁷²。破毀院第1民事部は、出生あるいは親子関係の記載が現実に合致する限りにおいてしか転記ができず、証書は有効ではないとした上で、生物学上の父を父親と記載する書面の転記は可能であるが、その妻を母親とする書面の転記はできないとする。その理由として、出生証書の母親欄の記載を基礎づける現実とは分娩をしたという現実だからであると述べている。なお、この点については、後に述べるようにその後判例変更されている。

第3に、2017年7月5日に破毀院はさらにもう1つの判決を下しており、代理懐胎により生まれた子との養子縁組に関する判断を下している⁷³。フランス人男性Aは、アメリカ・カリフォルニア州の女性Bと代理懐胎契約を締結し、子Cをもうけた。Cは、AおよびBにより認知されている。当時、Aは別のフランス人男性Xとパクスを締結していたが、その後婚姻した。Xは、Cとの間の単純養子縁組を求めたがディジョン控訴院に棄却されたため、破毀申立をした。破毀院は、「養子縁組の要件が満たされ、かつ養子縁組が現実にならう場合、外国で代理懐胎を行ったことそれ自身は、かかる生殖により生まれた子と父の夫との養子縁組判決の障害とはならない」と判示した。その上で、母は子が養子縁組することについての同意が存在すること、同意の真摯性、撤回していないことを控訴院は確認していたことを指摘した。この判決により、たとえ先に述べたように代理懐胎により生まれた子との遺伝的関係がない、あるいは分娩の事実がないために転記を否定された場合でも、養子縁組により子との間の親子関係を確立することができることとなった。

d 第4期：ヨーロッパ人権裁判所の意見と破毀院判例の修正

しかし、破毀院判例の変遷は、それにとどまらなかった。というのも、外国で作成された身分証書を、代理懐胎を依頼した女性が法律上の母であるという記載も含めて、そのまま転記させることを求める訴訟がさらに提起されたからである。破毀院全部会は、2018年10月5日、この点の問題の解決につき、ヨーロッパ人権裁判所に意見を求めた（ヨーロッパ人権条約第16議定書に基づく）⁷⁴。破毀院が提起した問いは2点である。第1は、外国におい

⁷² Cass. civ. 1^{re}, 5 juillet 2017, n° 15-28.597, n° 16-50.025 et n° 16-16.901. 後二者は両当事者が破毀申立をした同一の事案に関するものである。さらに、同日判決である n° 16-16.495 は、代理懐胎の事実を隠匿した偽造書面による出生証書の作成が疑われた事案である。

⁷³ Cass. civ. 1^{re}, 5 juillet 2017, n° 16-16.455.

⁷⁴ Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053. ヨーロッパ人権条約第16議定書の勧告的意見制度の紹介を行いながらヨーロッパ人権裁判所2019年4月10日勧告的意見の分析を行う文献として、伊藤洋一「人権条約第16議定書による国内裁判所と人権裁判所との『裁判官対話』 私生活・家族生活の尊重と国外で行われた代理懐胎と民事証書への母子関係転記——メネソン勧告的意見」人権判例法1号（2020年）90頁以下。

て代理懐胎により生まれた子について、生物学上の父である依頼者男性を父とする出生証書の転記を認めながらも、依頼者女性を法律上の母とする記載の転記を拒絶することにより、締約国は、ヨーロッパ人権条約 8 条の観点から締約国が有している評価の余地を逸脱しているのか。この点について、子は依頼者女性の配偶者を用いて懐胎したのか否かにより区別されるのかという問いである。第 2 は、第 1 の問いのいずれかについて肯定の答えが出される場合、依頼者女性に、生物学上の父である配偶者の子との養子縁組を認めることにより、条約 8 条を遵守することは可能になるのかという問いである。

ヨーロッパ人権裁判所は、2019 年 4 月 10 日、2 つの問いについて次のような返答をしている⁷⁵。第 1 に、人権裁判所は、「外国で行われた代理懐胎から生まれた子と依頼者女性との間の関係の承認を得ることが一般的かつ絶対的にできないことは、子の優越的な利益と両立しない。子の優越的な利益は、少なくともそれぞれの状況の検討を必要とするが、それぞれの状況を特徴づける特別な事情があるかという見地から判断する」 (§ 42) と述べている。これは、条約 8 条が保障する子の私生活の尊重の権利に基づいて、子と依頼者女性との間の親子関係を一切否定することは認めないという立場を示すとともに、条約違反の有無は、子の優越的な利益の観点から具体的な事案に基づいて判断することを示唆するものである。第 2 に、人権裁判所は、親子関係の承認を求めているが、それは必ずしも証書の転記を求めるものではなく、養子縁組手続により親子関係を承認することも「子がこの関係について法的に不安定な状況に長期間置かれることを避けることができる形で」 (§ 54) 迅速に判決を下すことができるのであれば、可能であると返答している。

これを受けて 2019 年 10 月 4 日、破毀院全部会は、2014 年 6 月 26 日ヨーロッパ人権裁判所メネソン対フランス判決と同一の当事者が提起した訴訟において、当該事例において既に 15 年以上紛争が続いていることを考慮して、代理懐胎により生まれた子の私生活の尊重に対する権利を不均衡な形で侵害することなく親子関係を認める他の手段は存在しないとして、アメリカで作成された出生証書の転記を無効とすることはできないと判示し、この紛争に終止符を打った⁷⁶。

その後も、外国で適法に作成された出生証書の転記を認める破毀院判決が相次いでいる。2 破毀院 2019 年 12 月 18 日の 2 つの判決では、いずれも依頼者である男性カップル 2 人がアメリカで代理懐胎を依頼し、一方を「父」、他方を「親」と記載する出生証書の転記を求めた事例で、カップル双方についての転記を認めている⁷⁷。その際、「子が代理懐胎の合意から生まれたという状況や、出生証書に子の生物学上の父および第二の男性を父と記載して

⁷⁵ CEDH, avis consultatif, 10 avr. 2019, n° P16-2018-001 ; *Dr. Famille* 2019, comm. 139, J.-R. Binet.

⁷⁶ Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19. 053.

⁷⁷ Cass. civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, n° 18-11. 815 et 18-14. 751. 破毀院第 1 民事部 2020 年 11 月 18 日判決も、カナダで適法に代理懐胎を行った依頼者カップルであるフランス人男性 2 人が、2 人を親とする出生証書の転記を求めた事案において、出生証書が外国の法システムにおいて適法である以上、完全な転記を認める旨判示している (Cass. civ. 1^{re}, 18 nov. 2020, n° 19-50. 043)。

いるという状況は、出生証書が民法典 47 条の意味で証明力を有するものであるときには、証書の民事身分登録簿への転記に対する妨げとはならない」と判示している。転記が原則となったという評価もあるところである⁷⁸。

今後は、立法による介入があるのか否かが注目される。

e 改正法案

改正法案においても、代理懐胎を容認しないという立場は維持されている。国民議会議案は、現行民法典 47 条に「現実には、フランス法の見地から評価を行う」という一文を加える提案をしている。

元老院案では、国民議会議案と目的は共通であるとしつつより実効性のある規定を設けるべきであるとして、民法典 47 条の 1 を新設し、代理懐胎の合意から生まれた子との親子関係を認める養子縁組判決を除くすべての外国の身分証書および判決は、母親として分娩者ではない女性の記載がある限りにおいて、あるいは 2 人の父親が記載されている場合に、登録簿への転記ができないこととしている。ただし、部分的な転記や養子縁組は可能であるとしている。

7 死後生殖

(1) 行為規制

a 死後生殖の禁止

死後生殖に関しては、先にみた通り公衆衛生法典 L.2141-2 条 2 項により禁止されている。死後生殖ができないという規律は、「同意は、生殖補助医療の実施の前に生じた死亡（中略）の場合に効果を失う」と規定する民法典 311 条の 20 第 3 項によっても宣言されている。

b 死後の配偶子の国外への持ち出し

死後生殖の禁止に伴い、カップルの配偶子を死後生殖が許されている外国へ輸出することも禁止されている。公衆衛生法典 L.2141-11-1 条第 1 項は、「人体に由来する配偶子および生殖組織の輸出入は、生命医学局により発行される許可に服する」と規定し、同条 3 項は「現行の室および安全に関する規範および本法典 L.1244-3 条, L.1244-4 条, L.2141-2 条, L.2141-3 条, L.2141-7 条および L.2141-11 条および民法典 16 条の 8 に規定されている原則にしたがって採取され、利用することが目指された配偶子および生殖組織のみが、輸出入の対象となる」と規定する。同条 3 項の輸出入の際に従うべき規律に L.2141-2 条が規定する死後生殖の禁止も含まれている点が重要である。

もっとも、コンセイユ・デタ 2016 年 5 月 31 日判決⁷⁹は、事例判決ではあるが、死亡した元夫の配偶子のスペインへの持ち出しを認めた。事案は次のようなものである。夫婦（妻は

⁷⁸ Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1119.

⁷⁹ CE ass., 31 mai 2016, n° 396848.

スペイン出身)はフランスで暮らしていたが、夫が重大な病にかかったため、生殖補助医療を行うために精子の保存を行った。しかし、生殖補助を行うための同意を得る手続きが終わる前に、夫は死亡した。妻は家族のいるスペインに戻り、スペインでは夫の死後12か月以内に限り認められている死後生殖を行うために精子のスペインへの持ち出しを求めた。

コンセイユ・デタは、この事案についてヨーロッパ人権条約で保障されている権利の比例原則に反した侵害があるかを審査し、申立人である妻に脱法の意図はないこと、夫の健康状態の急激な悪化によりスペインで精子の保存ができなかったこと、夫も死後生殖に同意していたことを認定した上で、人権条約8条が保障する私生活および家族生活の尊重に対する権利に対する過度な侵害を認め、精子のスペインへの持ち出しを認めた。

ただし、その後の異なる事案では、精子の持ち出しを認めていない。たとえば、コンセイユ・デタ2018年6月13日判決⁸⁰では、双方フランス人のパクスパートナーに対して、スペインへの精子の持ち出しを認めなかった。コンセイユ・デタ2018年12月4日判決⁸¹でも、死亡した息子の母親が、親の求めでも死後生殖ができるイスラエルへの精子の持ち出しを求めたが、斥けられている。

c 改正法案

現在審議中の改正法案では、国民議会においても元老院においても最終的な法案としては死後生殖の禁止の規律は変更されていない(ただし、元老院第2読会で体外受精により作成された胚をカップルの一方である男性の死後に移植することを認める修正案がいったん可決された後に利用主体に関する法案1条そのものが削除されたことについて2(1)cを参照)。

学説の一部は、死後の人工授精と生前に行った体外受精により形成された胚をカップルの一方(男性)の死後にカップルの他方(女性)に移植することを区別することを提案している。この見解は、胚は生命の端緒であるとして、胚を廃棄したり、他のカップルに移植したりするよりも、体外受精を行ったカップルの利用を認める道を開くことが望ましいという考えに基づいている。2011年の生命倫理法改正の際に、国民議会第1読会においては、既に形成された胚の移植をカップルの一方である男性の死後に認める案⁸²が採択された。もっとも、元老院第1読会では、親子関係や相続に与える影響を考慮してこの案は削除され、最終的には実現しなかった⁸³。

(2) 親子関係

行為規制により死後生殖が禁止されているとともに、民法典311条の20第3項で施術に

⁸⁰ CE, 13 juin 2018, n° 421333.

⁸¹ CE, 4 déc. 2018, n° 425446.

⁸² *Projet de loi AN*, n° 606, 15 févr. 2011.

⁸³ *Projet de loi Sénat*, n° 95, 8 avr. 2011. 以上につき、F. Terré, Ch. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 866.

対する同意の効力も否定されているため、仮にフランス国内で死後生殖を行ったとしても、民法典 311 条の 20 で予定しているような有効な同意を前提とした効果（3(2)を参照）を享受することはできない。なお、フランス国内で死後生殖を行い、精子提供者たる死亡した夫に対する認知請求をした裁判例に接することはできなかった。

8 その他：クローン技術の禁止

2004 年 8 月 6 日法律により、「生存しているあるいは死亡している別の者と遺伝的に同一の子を出生させることを目的とするあらゆる施術は禁止される」と規定する民法 16 条の 4 第 3 項が挿入された。これによりクローン技術が禁止されている（公衆衛生法典 L.2151-2 条にも同内容の規定が置かれている）。さらに、研究目的（同 L.2151-2 条）、商工業上の目的（同 L.2151-3 条）、治療目的（同 L.2151-4 条）による人の胚のクローンの生成も禁じられている。子の出生を目的とするクローンの施術については、7 年の懲役刑および 750 万ユーロの罰金が科される（刑法典 214 条の 2）。研究目的、商工業目的、治療目的での人の胚の生成および使用については 7 年の拘禁刑および 10 万ユーロの罰金刑が科される（刑法典 511 条の 17, 511 条の 18, 511 条の 18 の 1）。

（はたの・ひろき）

第3章 アメリカ

秋元奈穂子

1 概説

(1) 夫婦・親子法制

a 夫婦・親子法制の法源

アメリカにおいて、親子関係に関する規律及び婚姻に関する規律を含む家族法は州法であり州により規律内容は異なるが、その起源はイングランドにおけるコモン・ローである。20世紀後半には家族法分野において統一親子法案 (Uniform Parentage Act. 以下「UPA」) が策定され、一定の範囲で州法の統一化に寄与した。UPA は 1973 年に初めて策定された後、2002 年及び 2017 年に改定統一親子法案が策定されている。b(ii) に詳述するように、1973 年 UPA はその地位の保護が大幅に制約されていた非嫡出子 (illegitimate child) に関する親子関係や権利についての保護を拡充することが目的であり¹、14 州に全部又は一部が採択された。2002 年 UPA (2000 年に策定されたものが修正を経て 2002 年に策定・公表された) は、行政的な父子関係確定手続及び父子関係に関する登録制度に関する条項を設けるとともに、20 世紀末に目覚ましい発展と利用の増加がみられた生殖補助医療に基づき生まれた子の親子関係に関する規律を追加することが目的とされた²。もっとも、統一州法案を採択する全米統一州法委員会 (Uniform Law Commission) による公表によれば、2002 年 UPA についてその一部又は全部を採択した州は 11 州にとどまり³、その他の州は自州による制定法又は判例法により生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する規律を発展させた。

最も新しい統一親子法案である 2017 年 UPA は、合衆国最高裁による、同性カップルの婚姻する権利を合衆国憲法により保障された権利として認める Obergefell v. Hodges 判決⁴を受けてそれまで異性婚に適用されてきた親子関係の規律を同性婚カップルにも及ぼすこと、婚姻や遺伝上のつながりに支えられていない事実上の親子関係に関する規律を導入す

¹ UNIF. PARENTAGE ACT, Prefatory Note (2017).

² *Id.*

³ UNIFORM LAW COMMISSION, *Parentage Act (2002)* Uniform Law Commission, <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=5d5c48d6-623f-4d01-9994-6933ca8af315>

⁴ 576 U.S. 644 (2015).

ること、代理懐胎により出生した子の親子関係を規定することを目的として採択された⁵。全米統一州法委員会によれば、2017年UPAは、本報告書執筆の2021年1月末日時点において、4州（カリフォルニア州、ヴァーモント州、ワシントン州、ロード・アイランド州）により一部又は全部が採択されている状況である⁶。

上述のようなアメリカの法制度を前提とし、本報告書では、生殖補助医療の類型ごとに、まずアメリカ全州の全体的傾向及び2017年UPAの規律につき概観したうえで、政治・経済及び人口の面で重要性が高く、かつ、制定法により生殖補助医療の発展と利用に対応した親子関係の規律を制定法により構築していることから日本の法制度見直しにつきとりわけ参考になると考えられるニュー・ヨーク州及びカリフォルニア州の規律につき詳述する。

b 父子関係・母子関係形成ルール

アメリカにおいては、州によっては生殖補助医療により出生した子の親子関係について特段に定めた制定法又は判例法を有さず、生殖補助医療を前提としない親子関係ルールを適用している州も未だ存在するため、本項では、親子関係に関する伝統的ルール及び20世紀後半及び末期における伝統的ルールの変化についてやや踏み込んで述べる。

(i) 伝統的ルール

伝統的に、コモン・ローにおいては親子関係は婚姻に基づいて形成されるものと考えられ、懐胎・出産した女性が母親であるとの前提のもと、母親が既婚女性である場合には、婚姻による推定（marital presumption）によりその夫が子の法律上の父であるとされた。この嫡出推定の反証は極めて限定的な場合にしか許容されなかった。他方、親子関係が婚姻に基づくとされるゆえに、非嫡出子は法律上「誰の子でもない」とされ、父子関係はもちろん、懐胎・出産した女性との間にも法的母子関係は認められないとされた⁷。

アメリカにおいては、このようなイングランドにおける伝統的コモン・ローの規律を引き継ぎつつも、建国後間もない19世紀初頭以降、限定的ながらも婚外子に対する法的保護を拡大するようになり、遺伝上の母親に対し子の監護権（child custody）、扶養義務（child support）、そして最終的には遺産相続の権利を与えるようになった⁸。

19世紀を通じ20世紀前半に至る時期に、婚外子に対する法的保護はこのようにして徐々に拡大していったものの、嫡出性の重要性は依然として強く、この時期のアメリカにおける

⁵ UNIF. PARENTAGE ACT, Prefatory Note (2017).

⁶ UNIFORM LAW COMMISSION, *Parentage Act (2017)*, <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=c4f37d2d-4d20-4be0-8256-22dd73af068f>.

⁷ Douglas Nejaime, *The Nature of Parenthood*, 126 Yale L.J. 2260, 2271-2274 (2017).

⁸ *Id.*

親子法は、イングランドの伝統的コモン・ローと、限定的な非嫡出子保護のための州制定法とが混合している状況だった。

(ii) 20世紀後半におけるルールの変化と1973年UPAの規律

1970年代になると、非嫡出子の遺伝上の父親によって、法律上の親としての各種権利の保護を求める請求がなされ⁹、合衆国最高裁においても一定範囲でこれを認める判決が下されるに至った¹⁰。これを契機として各州における非嫡出子の親子関係の改革が進み、1973年UPAが嫡出・非嫡出の区別なく法の保護を子及び親に及ぼすことを大きな目的として策定された。1973年UPAにおいては、子を出産した女性は実母(natural mother)であり実母に法的母子関係が認められるとしたうえで(1973年UPA第3条(1))、父子関係について、婚姻による推定(1973年UPA第4条(a)(1))のほか、当該子を生れながらの子として家族に迎えて外部にもそのように表していることによる推定(いわゆる“holding-out presumption”)、父子関係を認める旨の書面を裁判所又は役所へ提出しそれを母親が争わない場合に認められる推定といった非嫡出の場合に適用される推定規定が置かれた(1973年UPA第4条(a)(4)-(5))。これらの父子関係の推定は、自らが子の父親であると主張する第三者による訴訟において明白かつ説得力のある証拠によって覆すことが可能とされた(1973年UPA第4条(b))。また、父子関係の推定が複数成立する場合には、事実に基づきより重い政策的及び論理的考慮が認められる推定が勝ると定めている(1973年UPA第4条(b))。また、父子関係の推定が認められる場合において、父子関係の存在の確認を求める訴えについてはその期間に限定が設けられない一方で、父子関係の不存在の確認を求める訴えについては当該事実を知った時から5年以内の間で合理的な期間内にしか訴え提起が認められない旨定めている(1973年UPA第4条(b))。

1973年UPAが公表された前後の時期には、婚姻による嫡出推定によって法律上の父親とされた男性と、父子関係を主張する遺伝上の父親との間の紛争がしばしばみられた。これについて、Michael v. Gerald D 事件¹¹では、婚姻による嫡出推定については限られた条件を満たす場合に母親又はその夫のみが争うことができるとして遺伝上の父親による訴えを認めないカリフォルニア州法が、遺伝上の父親の合衆国憲法デュー・プロセス条項により保護された権利を害しているかどうかの問題となった。これに対し合衆国最高裁は、遺伝上の父親(本事件では子の出生後に、子と母親と共に約3年間暮らしている事実もあった)につい

⁹ ROBERT E. OLIPHANT & NANCY VER STEEGH, FAMILY LAW 461, 6th ed. 2019.

¹⁰ Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972). 養子の手続において、遺伝上の父親に対する通知とその者からの同意を不要とする州法の規定の合憲性が争われ、最高裁は、合衆国憲法第14修正に定めるデュー・プロセスにより、非婚の遺伝上の父親につき、婚姻関係のある父親と同等の権利が保障されていると判示した。

¹¹ Michael H. v. Gerald D., 109 S.Ct. 2333 (1989).

て、子との間に法的父子関係を持つという利益は憲法上保護された権利ではないと結論付けた。

以上のように、1970年代のアメリカにおける父子関係の規律では、非嫡出子の法的地位の保護を図るため、各州法において非嫡出子の遺伝上の父親にも適用される推定ルールが設けられることで、非嫡出の場合の父子関係の成立について遺伝上のつながりという要素に依拠するルールが形成された。しかし、父子関係の形成につき、婚姻による父子関係の推定と、遺伝上の父子関係の形成とが相反する場合には、婚姻による父子関係の推定をなお優先させるという態度がみられた。

(iii) 20世紀末以降の親子関係形成ルール

本報告の主題である生殖補助医療の拡大を背景とした親子関係形成ルールは2以下に詳述するが、本項にてその概観を記述する。

20世紀末における生殖補助医療に基づき出生した子の急増を背景に、親子関係の規律に関する主たる論点は、嫡出か非嫡出かという点に代わり、当事者の社会的関係や当事者の意思と遺伝上／生物学上のつながりをどのように調整するかという点に移る。すなわち、第三者提供精子を用いた生殖補助医療については、婚姻カップル間で行われた場合には伝統的な婚姻関係のみならず、社会的関係や当事者の意思がその根拠となり父子関係が認められると考えられるようになる。進んで、非婚カップル間において第三者提供精子を使用した場合に懐胎・出産した女性のパートナーと子との間に父子関係が認められるのは、社会的関係や当事者の意思に依拠することとなり、さらに、2015年合衆国最高裁判決により同性婚が憲法上の権利として認められて以降は、懐胎・出産女性の男性又は女性パートナーと子との間に、ジェンダー中立的な「親子」関係が成立すると考えられるようになる。

また、母子関係についても、卵子提供や代理懐胎により懐胎・出産と遺伝上のつながりが別個の女性に帰すに至り、社会的関係や当事者の意思が母子関係形成の基準として必要とされ、州法によってその基準が取り込まれるようになる。

(2) 生殖補助医療に関する関連法制

アメリカにおいては、生殖補助医療を利用可能な当事者や事前の手続的規制については連邦法による定めはなされておらず、州制定法に委ねられている。他方、アメリカ生殖医療学会（American Society for Reproductive Medicine：ASRM）が全米規模の大きな団体として自主規制としての倫理指針等を定めており、一定範囲で影響力を有している。

2 すべての行為類型に共通の行為規制

(1) 当事者についての規制

アメリカにおいては、生殖補助医療を受けられる当事者についての法的制約は存在せず、むしろ、当事者の性的志向、婚姻状態、疾病・障害の有無等により生殖補助医療の提供を制

約することは、平等保護条項違反の問題を引き起こすと考えられている。もっとも、実際には、医療機関によって一定の特性を持つ人々には生殖補助医療を提供しないという扱いがなされている。生殖補助医療を提供する医療機関等を対象として2005年に行われた調査によれば、例えば、ゲイのカップルには48%、レズビアンカップルには17%、20%が単身女性に対する医療の提供を拒否しているとの結果が出ている¹²。

アメリカ生殖医療学会（ASRM）の倫理委員会が公表している意見においては、家族の形成は基本的な人権であること、各種の研究によれば、子の健やかな成長に対して、親の性的志向や婚姻の有無といった属性の有無は影響しないという結果が出ていることから、同性カップルや単身者に対しても生殖補助医療を等しく提供すべきであると提言している¹³。

(2) 目的についての規制

生殖補助医療を使用する目的を不妊治療や遺伝病回避などの医療目的に限定するという法的規制は存在しない。アメリカでは、非医療目的による性別選択のために生殖補助医療を使用することの可否が問題となっているが、2015年時点において性別選択を目的とする生殖補助医療の使用を法的に禁止する州法は存在しない¹⁴。また、アメリカ生殖医療学会（ASRM）倫理委員会が公表している意見書においては、性別選択目的の生殖補助医療への賛否につきコンセンサスが得られなかったこと、しかし、倫理的な問題を孕むことから、生殖補助医療を提供する医療機関は性別選択目的の生殖補助医療の提供についてのポリシーを策定し公表することを勧めている¹⁵。また、2017年に行われた実証研究においては、調査対象期間のうち72.7%が性別選択目的の生殖補助医療を提供しており、そのうち90%以上が家族における性別の多様性のためと回答している¹⁶。

¹² Andrea D. Gurmankin et al., *Screening Practices and Beliefs of Assisted Reproductive Technology Programs*, 83 *Fertil. & Steril.* 61 (2005).

¹³ Am. Soc’y for Rep. Med., *Access to Fertility Treatment by Gays, Lesbians, and Unmarried Persons: a Committee Opinion*, 100 *Fertil. & Steril.* 1524 (2013); Am. Soc’y for Rep. Med., *Access to Fertility Services by Transgender Persons: an Ethics Committee Opinion*, 104 *Fertil. & Steril.* 1111 (2015).

¹⁴ Am. Soc’y for Rep. Med., *Use of Reproductive Technology for Sex Selection for Nonmedical Reasons*, 103 *Fertil. & Steril.* 1418, 1420 (2015). 筆者の調査した範囲では、本報告書執筆時点においても性別選択を理由とする生殖補助医療の提供を制限する州法は存在しないようである。

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Sarah M. Capelouto et al., *Sex Selection for Non-medical Indications: a Survey of Current Pre-implantation Genetic Screening Practices Among U.S. ART Clinics*, 35 *J Assist. Reprod. Genet.* 409 (2018).

(3) 手続に関する規制

生殖補助医療に関する手続は各州及び生殖補助医療の類型により異なっているため、3以下の各該当項目において詳述する。

3 第三者の提供精子を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

2(1)、(2)で前述したように、当事者の性的志向、婚姻関係の有無、パートナーの有無により生殖補助医療の提供を制限する州法は存在しない。また、生殖補助医療を用いる目的による法的制約を設ける州法も存在しない。親子関係の成立に関連する具体的な手続的規制については(2)に述べるとおりである。

(2) 親子関係

a 婚姻カップル間

(i) 概観

第三者提供精子による人工授精が生殖補助医療として行われるようになった当初は、裁判所及び州議会はこれに強い反対を示し、子と母親の夫との間に婚姻による父子関係の推定の適用をしないという態度もみられたが、普及するに伴い、1970年代初頭頃までには婚姻による父子関係の推定ルールを及ぼすとの考え方が優位となった。その結果、1973年UPA及びこれに続いて制定された州制定法においては、婚姻カップル間における第三者提供精子を用いた生殖補助医療により生まれた子につき、夫の同意があることを条件として婚姻による父子関係の推定を及ぼし、他方、精子ドナーと子との間の父子関係の成立を否定するという規律が定められた¹⁷。2002年UPAでは、第三者提供精子による生殖補助医療により生まれた子について婚姻による推定とは別個の規律を設け、生殖補助医療の実施につき同意した男性につき父子関係を認めるとの条項が置かれた。

2017年UPAでは、親子関係形成に関してジェンダー中立的規定に変更されたことに伴い、以下の規律が置かれている。

第703条 生殖補助医療¹⁸により生まれた子の親となる意思を有して、第704条の規定に従い女性による生殖補助医療について同意した個人は、子の親である。

すなわち、懐胎・出産した女性の男性配偶者、女性配偶者、男性パートナー及び女性パートナーは、懐胎・出産した女性による生殖補助医療に対する適切な同意を根拠として親子関

¹⁷ UNIF. PARENTAGE ACT § 5(b) (1973).

¹⁸ 定義規定により、生殖補助医療とは、人工授精（子宮内への精子の注入）、第三者提供配偶子の使用、第三者提供胚の使用、体外受精及び胚移植、及び顕微授精を含むとされている。UNIF. PARENTAGE ACT § 102(4) (2017).

係が認められる。なお、同意については、懐胎・出産した女性及び親となる意思のある他方当事者の署名ある記録によりなされなければならないが、かかる記録が無い場合でも、明白かつ説得力のある証拠により懐胎・出産した女性と親となる意思のある他方当事者が同意したことが示された場合、又は懐胎・出産した女性と親となる意思のある他方当事者が子の誕生から 2 年の間子と共に同居し子を実子として扱った場合には、親子関係が認められる(2017 年 UPA 第 704 条(b))。

各州法の全体像としては、若干古いデータであるが、各州法を渉猟した 2017 年発表の研究によれば、第三者提供精子を用いた生殖補助医療における父子(又は親子:女性同性婚カップルの場合)関係形成ルールを州制定法における明示的な規律として有している州は 37 州及びコロンビア自治区である¹⁹。第三者提供精子が用いられた場合の父子(又は親子)関係の規律について特段の制定法による規律を有していない州では、既存法における、婚姻による父子関係の推定をそのまま及ぼしている州がほとんどとされている²⁰。

(ii) ニュー・ヨーク州法

ニュー・ヨーク州においては、州法典において生殖補助医療により出生した子の親子関係につき規定が置かれている。従来、かかる規定はニュー・ヨーク州親子法(New York Consolidated Laws, Domestic Relations)に置かれた比較的簡素な規律に拠っていたが、2020 年に全面的な改正が行われ、生殖補助医療に関する行為規制及び親子関係に関する詳細な規律がニュー・ヨーク州家庭裁判所法(New York Family Court Act)第 5-C 編に置かれることになった²¹。新法は 2021 年 2 月 15 日にその効力が発生し、旧法はその前日まで効力を有するものとされる。当該法改正により、それまでの判例法は新しい制定法の規律に反しない範囲においてのみ有効となるとともに新法下での裁判例は未だ存在しないため、ニュー・ヨーク州における規律の概要に関する叙述は、主として改正法の条文の紹介とする。

第三者の提供精子を用いた生殖補助医療により出生した子の親子関係について、旧法では①婚姻関係にある女性が第三者提供精子による人工授精を用いて出生した子につき、②当該医療が適切な医師免許を有する医師により行われ、③女性及びその夫による書面による同意(かかる同意は医療を実施した医師により認証される必要がある)がある場合に、当該女性及びその夫が法律上の親とされる旨定め²²、第三者提供精子により出生した子の父子

¹⁹ Douglas Nejaime, *The Nature of Parenthood*, 126 Yale L.J. 2260, 2367-2369 (2017).

²⁰ *Id.* at 2292-2293.

²¹ See e.g., Sharon L. Klein, *New York's Latest Legislative Session: What Passed, What Didn't, What's Next*, N.Y. L. J. (Sep. 11, 2020), available at <https://www.law.com/newyorklawjournal/2020/09/11/new-yorks-latest-legislative-session-what-passed-what-didnt-whats-next-2/?slreturn=20201113011305>.

²² N.Y. DOM. REL. LAW § 73.

関係の成立につき、異性の婚姻カップルにのみ限定していた。しかしながら、新法では、異性又は同性の婚姻カップル、異性又は同性の非婚カップルが生殖補助医療を用いて子を持つことを前提とし、全ての規定において、性別を合意する「母親」、「父親」という語は用いずに「親 (parent)」の語が用いられている。

新法では以下の規定により、第三者の提供配偶子を用いて出生した子の親子関係の形成について、出産・懐胎した女性がパートナーと婚姻しているか否か、また、パートナーが同性か異性かにかかわらず、ドナー配偶子を用いた生殖補助医療につきパートナーが同意している場合には、パートナーと出生した子との間の親子関係の成立を認める（ニュー・ヨーク州家庭裁判所法第 581-303 条(a)。以下、本文中でニュー・ヨーク州の法制に関する記述において条文を掲げる場合には、断りのない限りニュー・ヨーク州家庭裁判所法とする）。

出生した子の親となる意思を有し、かつ、第 581-304 条に定める手続に従って懐胎・出産をした親による同意のもと生殖補助医療について配偶子を提供し又は同意した者は、全ての法的関係において出生した子の親である。

同意について定める第 581-304 条は、婚姻カップルの場合には同意の存在が推定されるが、非婚カップルの場合には記録されなければならないとしつつも、非婚カップルにつき同意の記録がない場合にも同意の存在を裁判所が認定することを許容している。

第 581-304 条

(a)生殖補助医療により懐胎・出産をした親となる意思のある者が一方配偶者である場合、双方配偶者による生殖補助医療に対する同意があったものと推定し、581-305 条に定める場合を除き、いずれの配偶者も子の親子関係につき争うことはできない。

(b)生殖補助医療により懐胎・出産をした親となる意思のある者が非配偶者である場合、親となる意思のある者らが子を懐胎し共に親となることにつき相互に合意をした旨を示す記録により、生殖補助医療の実施につき同意をしなければならない。

(c)前項に定める記録が無い場合にも、生殖補助医療の実施時点において親となる意思のある者らが子を懐胎し共に親となることについて合意していたと明白かつ説得力ある証拠により裁判所が認定することを妨げない。

同意の撤回方法について定める条文は置かれていない。条文上は、第 581-304 条(b)の文言に「親となる意思のある者相互の同意 (mutual agreement of the intended parent) とあることから、不同意を表示する（婚姻カップルの場合）又は同意を撤回する（非婚カップルの場合）相手方は、他方配偶者又はパートナーであると解釈できる。

配偶者が同意の不存在を主張し親子関係を否認する場合を含め、親子関係の存在又は不存在を訴訟により争うことのできる当事者については、第三者提供配偶子、第三者提供胚を用いた生殖補助医療に共通する条文により定められている。すなわち、親子関係の存在又は不存在を争うことのできる当事者は、子、ニュー・ヨーク州家庭裁判所法又はその他のニュー・ヨーク州法に基づき親とされた者、生殖補助医療の参加者（生殖補助医療に対して配偶

子を提供した者、生殖補助医療により出生した子の親となる意思を有している者、代理懐胎をした者)、自身が親であるとの主張を行う者、法により認められた州の行政機関等、親子関係の存在を主張する場合において子が死亡、能力喪失又は未成年である場合の代理人とされる(第581-201条(c))。もっとも、婚姻カップルが第三者提供精子を用いて生殖補助医療を行った場合のように、生殖補助医療により出生した子について婚姻による親子関係の推定が働く場合には、配偶者の認識及び同意なく生殖補助医療が行われたという明白かつ説得力ある証拠がない限り両配偶者は親子関係の存在を争うことはできないとされる(第581-305条(a))^{23,24}。

(iii) カリフォルニア州

カリフォルニア州では、生殖補助医療により生まれた子の親子関係に関する規律につき2019年に大きな改正が行われ、2020年1月1日から施行されている。改正後の法律においては、生殖補助医療が用いられた場合の親子関係の成立に関する規律が具体的かつ詳細に定められており、これまでの判例法は制定法の規律に反しない一定範囲においてのみ有効となるとともに改正法下での主要判例は未だ下されていないため、カリフォルニア州における規律の概要に関する叙述は、主として改正法の条文の紹介とする。

カリフォルニア州親子法においては、親子関係の成立について、実親(natural parent)²⁵と子の間では、子の出産の事実の証明又はカリフォルニア州家族法の規定に基づき成立するとされ(カリフォルニア州家族法 Cal. Family Code 第7610条(a)。以下、本文中でカリフォルニア州の法制に関する記述において条文を掲げる場合には、断りのない限りカリフォルニア州家族法とする)、また、法適用の結果、2人を超える数の親との間に親子関係を認めることも妨げられないと規定されている(第7601条(c))。

そのうえで、第三者の提供配偶子を用いて出生した子の親子関係の形成については、以下の規定により、懐胎した女性がパートナーと婚姻しているか否か、また、パートナーが同性か異性かにかかわらず、ドナー配偶子を用いた生殖補助医療につきパートナーが同意していることを条件としてパートナーと出生した子との間の親子関係の成立を認めている。

第7613条(a)(1) 女性が、もう一方の親となる意思のある者の同意により、配偶者

²³ 但し、別居の判決等がある場合等については適用されない。N.Y. FAM. CT. ACT § 581-305(b).

²⁴ なお、婚姻関係にあるカップルが別居合意に基づいて別居している場合や3年以上別居している場合には婚姻による親子関係の推定は働かないとされている(第581-305条(1),(2))。

²⁵ 実親(natural parent)とは、子との間に生物学上のつながりがあるかないかにかかわらず、カリフォルニア州家族法の下で親子関係が認められる、養子縁組に拠らない親子関係を指すとされる。CAL. FAM. CODE §7601(a).

ではないドナーから提供された精子、卵子又はその両方を使用して生殖補助医療により懐胎した場合、法により、当該親となる意思のある者は懐胎された子の実親(natural parent)として扱われる。当該親となる意思のある者の同意は、同人及び懐胎する女性が署名した書面によりなされなければならない。

もっとも、書面による同意が欠如している場合であっても、裁判所は、明白かつ説得力のある証拠により懐胎前に女性と親となる意思のある者が口頭で合意した旨を認定することを妨げないとされる(第7613条(a)(2))。

同意の撤回方法につき明示的に定める条文は置かれていないが、第7613条(a)(1)条は親となる意思のある者の同意が懐胎する女性が署名した書面に共に記録されなければならない旨規定していることから、少なくとも当該相手方である女性に対する撤回が必要であると考えられる。

また、親子関係の存在又は不存在を訴訟により争うことができる者及びその期間についても、第三者提供精子、第三者提供卵子、第三者提供胚を用いた生殖補助医療に共通する条文により定められている。すなわち、子、子の実の母親、上述の第7613条の下で親又はドナーとしての地位²⁶について判断を求める者は、親子関係の存在又は不存在に関する訴訟を提起することができ、第7613条に基づき成立するとされる親子関係の存在の宣言を求める訴訟(第7630条(a)(1))、同条に基づきドナーが親子関係の不存在の宣言を求める訴訟(第7630条(a)(3))のいずれについても、出訴期間の制限は無い。他方、懐胎した女性の配偶者やパートナーによる第7613条により求められる同意が欠如している場合の効果を明示的に定めた規定は無く、これらの場合には、婚姻による親子関係の推定(第7540条(a)、第7611条(a))や子を実子として事実上扱うことにより認められる推定(第7611条(d))が配偶者又はパートナー(同性及び異性)に及ぶ。これらの推定が働く場合にも、上記のとおり、子、子の母親、第7613条の下で親又はドナーとしての地位につき判断を求める者は親子関係の不存在の宣言を求める訴訟を提起することができる。婚姻による親子関係の推定については事実関係を知った時から合理的な期間内に訴訟を提起しなければならないが(第7630条(a)(2))、子を実子として事実上扱うことによる推定については訴訟提起に関する期間の限定は存在しない(第7630条(b))。

b 非婚姻カップル間

(i) 概観

1(1)bで述べたように、親子関係の成立は婚姻を前提として認められるという伝統的なコモン・ローの法理の残滓のもと、非婚カップル間に生まれた子については1960年代頃まで遺伝上のつながりを有する男性との間の父子関係の成立が否定されていたが、1973年UPA及びその後改制定された州法により、遺伝的つながり及び親となる意思を根拠として

²⁶ 7613条(b)項においてドナーの地位が定められている。これについてはc(iii)で詳述。

父子関係が認められるようになった。非婚カップルにおける父子関係を成立させるための規律としては、各州において定められている父性の任意認知 (voluntary acknowledgement of paternity)、父子関係確定訴訟 (paternity suit) が一般的かつ多用されている。もっとも、このような非婚カップルにおける父子関係の拡大は、あくまで父親と子との間に遺伝的なつながりがあることが前提とされており、非婚カップルに第三者提供精子を用いて生まれた子の父子関係には規律は及ばない。他方、一定の州では、婚姻による推定に加え、非婚カップルの男性が子と同居して自らの子として扱っている場合に当該男性を子の父親と推定する、いわゆる“holding-out presumption”と呼ばれる推定ルールを有しており、当該規律のもとにおいて、非婚カップルが第三者提供精子を用いて子をもうけた場合に父子関係が推定することも可能であり²⁷、カリフォルニア州、コロラド州、マサチューセッツ州、ニュー・ハンプシャー州、ニュー・メキシコ州においてかかる先例が存在する²⁸。Holding-out presumption はUPAにおいては1973年のものから採用されており、2017年UPAにおいてはその適用対象につき既婚・非婚、同性・異性カップルを問わないものとされている²⁹。

このように、“holding-out presumption”を採用する州においてそれを非婚カップルに適用する場合を除いては、非婚カップル間で第三者提供精子を用いて生まれた子について、親となる意思を有する男性を父親と扱うためのルールは伝統的には存在しないため、州法により非婚カップルが第三者提供精子を用いた場合を念頭に置いた特段の規律が必要となる。しかしながら、そのような規律を定めて対応していない州も多く、2017年に公表された研究によれば、第三者提供精子を用いた生殖補助医療につき、27州において非婚カップルのパートナーに親子関係の成立を認めていないとされている³⁰。

他方、2017年UPAにおいては、a(i)に述べたとおり、婚姻カップルと非婚カップルとの間に差異を設けない規律を置いており、非婚カップルにおける懐胎・出産した女性のパートナーにつき、手続に従った同意があること又は同意が不完全な場合における各要件を満たすことにより、親子関係が成立する。

(ii) ニュー・ヨーク州

a(ii)に詳述したように、ニュー・ヨーク州法においては、非婚カップルについて、パートナーの同意がある場合に、第三者の提供精子を用いて出生した子と、懐胎・出産した者のパートナーとの間の親子関係を認めている(第581-303条(a))。同意については記録が要求されるが、記録がない場合にも明白かつ説得力ある証拠により裁判所が同意を認定するこ

²⁷ ROBERT E. OLIPHANT & NANCY VER STEEGH, FAMILY LAW 469, 6th ed. 2019.

²⁸ Courtney G. Joslin, *Nurturing Parenthood Through the UPA (2017)*, 127 Yale L. J. F. 589, 601 (2018).

²⁹ UNIF. PARENTAGE ACT § 204(a)(2) (2017).

³⁰ Douglas Nejaime, *The Nature of Parenthood*, 126 Yale L.J. 2260, 2367-2369 (2017).

とで親子関係が認められる（第 581-304 条）。

(iii) カリフォルニア州

a(iii)に詳述したように、カリフォルニア州法においては、非婚カップルについて、パートナー（条文上は「もう一方の親となる意思のある者」）の同意がある場合に、第三者の提供精子を用いて出生した子と懐胎・出産した女性のパートナーとの間の親子関係を認めている(第 7613 条(a)(1))。同意については、婚姻カップルの場合と同様に、懐胎する女性とパートナーとの署名がなされた書面によりなされなければならないが、書面を欠く場合でも裁判所により同意の存在を認定することは妨げられない(第 7613 条(a)(2))。

親子関係の存在又は不存在を訴訟により争うことができる者及びその期間についても、婚姻カップルの場合と同様である。

c 精子提供者の法的地位

(i) 概観

(a) 精子提供者の法的地位

提供精子を用いた生殖補助医療により生まれた子の親子関係につき明示的な制定法の定めを有している州においては、通常、精子提供者について生まれた子の親とならない旨定めが置かれている。もっとも、精子提供者につき例外なく出生した子との間の親子関係を否定する州法については、母親と精子提供者の間に合意がある等の一定の状況が認められる場合には、精子提供者が親となるという合衆国憲法第 14 修正の保護する実体的デュー・プロセスを侵害しうるとする判例も存在する³¹。他方、提供精子を用いた生殖補助医療につき生まれた子の親子関係につき明示的の定めを持たない州においては、精子提供者が、出生した子との間の遺伝的関係を有するがゆえに、親子関係があるという帰結が導かれることは必ずしも妨げられないこととなる^{32,33}。

³¹ See, e.g. *McIntyre v. Crouch*, 780 P.2d 239 (1989)においては、精子提供者が、知人である女性（いずれの当事者も見込んである）に対して自発的に精子を提供し、女性が医師の介在なく人工授精を行い懐胎・出産した。子供が出生した後、精子提供者が、生まれた子の人生に関与し子に関する重要な判断について参加する旨の合意があったと主張し、面会権をはじめとする各種の権利の存在を争った。裁判所は、精子提供者が、母親と親としての義務及び権利を共有する旨の合意があった旨立証できた場合には、精子提供者に子との親子関係を認めないとする州法の規定は違憲であると判示した。

³² BARRY R. FURROW ET AL., *HEALTH LAW* 1225-1226, 8th ed. 2018.

³³ もっとも、第三者提供精子による生殖補助医療が婚姻カップルにより行われた場合についてのみ、精子提供者につき子との親子関係の成立を否定する旨の州制定法を有する州において、単身女性に精子を提供したドナーが自身の親としての権利を有することを主張し

2017年UPAにおいては、配偶子提供者は生殖補助医療により懐胎された子の親ではないと定められている（2017年UPA第702条）。

(b) 子の出自を知る権利

生殖補助医療により生まれた子に対する事実やドナーに関する情報の提供に関して認めていくべきであるという考え方はアメリカにおいても近年広がりを見せており、ドナーのアイデンティティ情報を一定範囲で子に提供する旨の州法は、2011年にワシントン州において初めて制定された³⁴。しかし、アメリカではドナーの匿名性を尊重する考え方も根強く、多くの州法ではドナー情報開示は積極的に認められるには至っていない³⁵。

2017年UPAは、2002年UPAには無かったドナーに関する情報についての定めを負う第9編を新しく設け、提供配偶子により生まれた子に対する情報提供を促進する態度をとりつつも、匿名性を望むドナーにはその保護を与えている。すなわち、配偶子バンク又は生殖補助医療機関は配偶子の提供を受ける際に、配偶子の提供者に対して、その本人情報（氏名、生年月日、住所）につき、子が18歳に達した時に開示することに同意するか、当該時点では同意しないかについての宣明を得なければならない（2017年UPA第904条）。生殖補助医療により生まれた子が18歳に達した時は、配偶子バンク又は生殖補助医療機関は、配偶子提供者が本人情報の提供に同意していないという場合でない限りは、子に対して配偶子提供者の本人情報を提供するよう善意を以て努めなければならない。また、配偶子バンク又は生殖補助医療機関は、配偶子提供者が情報提供に同意せず、かつ、不同意につき撤回していない場合には、提供者に対して通知を行うよう善意を以て努めなければならない（2017年UPA第905条(a)）。

本人情報の提供につき配偶子提供者が同意していたか否かにかかわらず、子が18歳に達した時には、子又はその子の保護者による請求に基づいて、配偶子提供者について本人を特定しない医療情報を提供するべく善意を以て努めなければならない（2017年UPA第905条(b)）。

また、アメリカ生殖医療学会（ASRM）倫理委員会により2018年に公表された意見書にお

た事案において、カンザス州最高裁判所はドナーと精子提供者の親子関係を否定している。In the Interest of K.M.H., 169 P.3d 1025 (Kan. 2007).

³⁴ Bonnie Rochman, *Where Do (Some) Babies Come From? In Washington, a New Law Bans Anonymous Sperm and Egg Donors*, Time (Jul. 22, 2011) available at <https://healthland.time.com/2011/07/22/where-do-some-babies-come-from-in-washington-a-new-law-bans-anonymous-sperm-and-egg-donors/print/>. なお、ワシントン州では、2017年UPAを受け、UPAに沿ったドナー情報開示に関する規律に改正している。WASH. REV. CODE § 26.26A.800-825.

³⁵ See Glenn Cohen et al., *Sperm Donor Anonymity and Compensation: An Experiment with American Sperm Donors*, 3 J. L. Bioethics 468 (2016).

いても、提供配偶子を用いて出生した子に関する情報開示につき促進する立場を示し、配偶子バンクや生殖補助医療提供機関について、配偶子提供者に関する情報を収集・記録すると共に、子から情報に関する開示請求がなされた場合の対応についてのポリシーを策定するよう述べている³⁶。

(ii) ニュー・ヨーク州法

ニュー・ヨークにおいては、配偶子を贈与する意思(donative intent)³⁷を示す証拠が認められる場合、配偶子ドナーは生殖補助医療により出生した子の親ではないと規定されている(第581-302条)。そして、贈与の意思を示す証拠については以下のもので足りると定められている(第581-202条(d))。①匿名のドナー、配偶子・胚の保管機関から提供された、又は医療従事者の立ち合いのもとでなされた場合には、(i)配偶子・胚が匿名で提供されたものである又は既に保管機関に提供されていたものであることという、保管機関又は医療従事者による言明又はそれを記録した文書、又は(ii)匿名により配偶子・胚を提供する旨の意思、又は配偶子・胚保管機関又は医療従事者に対して配偶子・胚を提供する旨の意思についての、明白かつ説得力のある証拠。②顕名のドナーの場合には、(i)ドナーによる、贈与についての認識及び当該配偶子・胚に関して何らの親子関係上又は正当な利益を有さないことの確証を示す記録(記録には、分娩・出産した親及びドナーの署名が必要)、又は(ii)懐胎前において、ドナーが懐胎・出産をした親との間で、提供配偶子・胚につき親子関係上又は何らの正当な利益も有しないことを合意した旨の明白かつ説得力ある証拠。

b(ii)で述べたとおり、親子関係の存在又は不存在を訴訟により争うことのできる当事者に関する一般的規定が適用され、精子ドナーは自身と子との親子関係の存在を主張し争うことが認められるが、上述のとおり、贈与の意思を示す証拠が認められれば親子関係は否定される。

子の出自を知る権利や子への情報開示については、新しい規律を定めているニュー・ヨーク州家庭裁判所法において規定は無く、確認できた範囲においてこれを認めた判例も存在しない。

(iii) カリフォルニア州

精子ドナーについては、一定の要件を満たす場合には子の実親ではない旨法により認められる。まず、女性による第三者の提供精子を用いた生殖補助医療において使用するために

³⁶ Am. Soc'y for Rep. Med., *Informing Offspring of Their Conception by Gamete or Embryo Donation: An Ethics Committee Opinion*, 109 Fertil. Steril. 601 (2018).

³⁷ 親となる意思(intent to be a parent)を有していない者が配偶子ドナーと定義されていることから(第581-102条(d))、親となる意思を否定するものとして贈与の意思の存在が要求されている。

資格を有する医師又は資格を有する精子バンクに提供された精子のドナーは、法により、懐胎された子の実親ではないと扱われる。但し、子の懐胎前に、懐胎する女性とドナーとの間で異なる合意がされている場合はその限りではない（第 7613 条(b)(1)）。次に、資格を有する医師や精子バンクへと提供された精子ではない場合、(a)子の懐胎前に、ドナーと懐胎した女性との間でドナーが親とはならない旨の合意が署名付き書面によりなされたとき、又は、(b)子が生殖補助医療により生まれたこと及びドナーが親とはならない旨の口頭の合意が懐胎前に懐胎した女性とドナーとの間でなされたことを、裁判所が明白かつ説得力のある証拠により認定したときには、ドナーは法により子の実親ではないと扱われる（第 7613 条(b)(2)）。

2019 年における生殖補助医療を用いた親子関係規律に関する改正の一環として、提供配偶子・胚を用いて生まれた子へのドナー情報の開示についても規律が加えられ、2017 年 UPA に沿った内容となっている。なお、この規律はカリフォルニア州家族法ではなく、同州健康及び安全法に規定が置かれている（CAL. HEALTH & SAFETY CODE § 1644.3）。

4 第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

2 で述べたように、適用条件（生殖補助医療の使用目的）、当事者の範囲についての規制はアメリカにおいては存在しない。

(2) 親子関係

a 概観

第三者の提供卵子を用いた場合の母子関係については、コモン・ローによる母子関係成立の伝統的規律である懐胎・出産した女性を母親とする旨のルールに拠る州が多く、2017 年に発表された研究によれば、このような伝統的ルールとは別個に第三者提供精子を用いた場合の母子関係についての特段の州法による規律を有している州は 17 州である³⁸。また、第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療により生まれた子の母子関係につき争う裁判例も少ない。

2017 年 UPA においても、第三者の提供卵子を用いた場合につき通常の懐胎・出産の場合と区別して定める規定は置いておらず、子を出産した個人が親となる旨の母子関係成立に関する一般的な規定が適用されることにより親子関係が成立する（2017 年 UPA 第 201 条（1））。そして、第三者提供精子を用いた生殖補助医療の場合と同様、第三者提供卵子を用いた生殖補助医療により懐胎・出産した女性の配偶者又はパートナーについて、手続に従った同意があること又は同意が不完全な場合における要件を満たすことによって、もう一方の親として子との間に親子関係が成立することとなる（2017 年 UPA 第 703 条）。

³⁸ Douglas Nejaime, *The Nature of Parenthood*, 126 Yale L.J. 2260, 2373-2375 (2017).

b ニュー・ヨーク州

第三者の提供卵子を用いる生殖補助医療について、適用条件（使用目的）や当事者の範囲についての規制は存在しない。

ニュー・ヨーク家庭裁判所法における生殖補助医療を用いて生まれた子の親子関係に関する規律には、第三者の提供卵子を使用して子を懐胎・出産した者が母親であると直接的に定めた規定は無いが、先例により、第三者提供卵子を用いて生まれた子の母親は懐胎・出産した者であるとされ³⁹、かかる判例法はニュー・ヨーク州家庭裁判所法における新しい規律の効力発生後もなお存続すると考えられる。

また、懐胎・出産した者のパートナーと子の間の親子関係については、3(2)a(ii)で述べた規律が適用されることによって親子関係が認められる。

c カリフォルニア州

第三者の提供卵子を用いる生殖補助医療について、適用条件や当事者の範囲についての規制は存在せず、具体的な手続的要件も存在しない。

州法上、子を出産した者が母親であるとされており（第 7610 条(a)）、このルールは第三者提供卵子を用いた生殖補助医療を用いた子の母子関係にも適用される。この場合、当該懐胎・出産した女性のほか、親となる意思のある者（配偶者男性・女性、非婚男性パートナー・女性パートナー）について子との間の親子関係が成立するかどうかについては 3(2)a(iii)に前述した規律が適用され、懐胎した女性と当該親となる意思のある者の署名がなされた書面による同意が必要とされる。書面による同意がない場合にも裁判所による口頭同意の認定が認められること、親子関係の存否を争うことができる者及びその期間制限についても、3(2)a(iii)に前述した規律が適用される。

また、レズビアン⁴⁰の婚姻・非婚カップルを前提として卵子ドナーの地位に関する規律が置かれており、卵子ドナーの配偶者又は卵子ドナーの非婚パートナーではない女性が生殖補助医療により懐胎する場合に用いられる卵子のドナーは、法により、子の実親ではないとされる（第 7613 条(c)）。

5 第三者の提供胚を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

2で述べたように、適用条件（生殖補助医療の使用目的）、当事者の範囲についての規制はアメリカにおいては存在しない。

³⁹ McDonald v. McDonald, 196 A.D.2d 7 (N.Y. App. 1994).

(2) 親子関係

a 概観

第三者の提供胚を用いた生殖補助医療により生まれた子の親子関係については、第三者の提供卵子を用いた場合とほぼ同様である。伝統的な母子関係成立の規律である、懐胎・出産した女性を母親とする旨の規定に拠る州が未だ少なからず存在する。また、第三者の提供胚を用いた生殖補助医療により生まれた子の母子関係につき争う裁判例も少ない。

2017年UPAにおいても、第三者の提供胚を用いた場合につき通常の懐胎・出産の場合と区別して定める規定は置いておらず、子を出産した個人が親となる旨の母子関係成立に関する一般的な規定が適用されることにより親子関係が成立する(2017年UPA第201条(1))。そして、第三者提供精子・卵子を用いた生殖補助医療の場合と同様、第三者提供胚を用いた生殖補助医療により懐胎・出産した女性の配偶者又はパートナーについて、手続に従った同意があること又は同意が不完全な場合における要件を満たすことによって、もう一方の親として子との間に親子関係が成立することとなる(2017年UPA第703条)。

b ニュー・ヨーク州

第三者の提供胚を用いる生殖補助医療について、適用条件(使用目的)や当事者の範囲についての規制は存在しない。

ニュー・ヨーク家庭裁判所法における生殖補助医療を用いて生まれた子の親子関係に関する規律には、第三者の提供胚を使用して子を懐胎・出産した者が母親であると直接的に定めた規定は無いが、第三者提供卵子を用いて生まれた子の母親は懐胎・出産した者であるという判例法ルールがこの場合にも適用され、子を懐胎・出産した女性が親とされることが考えられる。生殖補助医療を用いて出生した子の親子関係を公的に確定するために当事者が用いることができる手続である、裁判所による親子関係の決定(judgement of parentage)手続において、i 懐胎・出産し、かつ、ii 生殖補助医療により出生した子の親となる意思のある者により、生殖補助医療の結果として出産した旨の真実の言明がある場合には、その者が親である旨裁判所は認定して親子関係の決定(judgement of parentage)を行うと定められている(第581-202条(c)(2))ことも、第三者の提供胚を用いて懐胎・出産した者と子との間に親子関係が認められることを前提としている。

また、懐胎・出産した者のパートナーと子との間の親子関係については、3(2)a(ii)で述べた規律が適用されることによって親子関係が認められることとなる。

c カリフォルニア州

カリフォルニア州法上は、第三者の提供胚ではなく第三者の精子及び卵子を用いた生殖補助医療と定義され、母子関係の成立については出産の事実により、懐胎した女性のほか親となる意思のある者(配偶者男性・女性、非婚男性パートナー・女性パートナー)について子との間の親子関係が成立するかどうかについては、第三者提供卵子の場合と同様に

3(2)a(iii)に前述した規律が適用され、懐胎した女性と当該親となる意思のある者の署名がなされた書面による同意が必要とされる。書面による同意がない場合にも裁判所による口頭同意の認定が認められること、親子関係の存否を争うことができる者及びその期間制限についても、3(2)a(iii)に前述した規律が適用される。

6 代理懐胎

(1) 概観

a 行為規制・親子関係形成ルールに関する州間の相違

アメリカにおける代理懐胎の取り扱いには州により大きく異なっており、かつその状況も絶えず変化している。

州制定法又は州判例法により代理懐胎を明確に認め、親となる意思を有する者を親と認める州は下記一覧表のとおり現在 10 州及び DC 地区であり（カリフォルニア州、コネチカット州、デラウェア州、メイン州、ニュー・ハンプシャー州、ニュー・ジャージー州、ネヴァダ州、ロード・アイランド州、ヴァーモント州、ワシントン州。下記一覧表も参照）、(2)に詳述するように、2020 年の法改正により 2021 年 2 月からニュー・ヨーク州でも代理懐胎が認められることとなった⁴⁰。

他方、州制定法により代理懐胎を禁止（代理懐胎契約を無効とする）又は適用される資格・条件を非常に制約している州も存在する（ルイジアナ州、ミシガン州、ネブラスカ州、アリゾナ州、インディアナ州。但し、アリゾナ州及びインディアナ州では、修正制定法にもかかわらず一定の場合に裁判所により親となる意思のある者に対する親命令が認められている）⁴¹。

その他の州では、州判例法によって代理懐胎が一定範囲で許容されているものの、その要件等についてのルールは明確さを欠いている。

カリフォルニア州	本文参照。
コネチカット州	代理懐胎に関する州制定法無し。判例法により許容。親となる意思のある者が親とされる。Raftopol v. Ramey, 12 A.3d 783 (Conn 2010).
デラウェア州	州制定法により一定の要件下に妊娠による代理懐胎を許容し、親となる意思のあ

⁴⁰ 代理懐胎をサポートする団体のウェブサイトページによる各州の情報をもとに、筆者において最新の州制定法・判例法を確認し一部修正した。参照したウェブサイトは以下の 2 件である。CREATIVE FAMILY CONNECTIONS LLC., *The United States Surrogacy Law Map*, <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/#>; THE SURROGACY EXPERIENCE, *U.S. Surrogacy Law By State*, <https://www.thesurrogacyexperience.com/u-s-surrogacy-law-by-state.html>.

⁴¹ 同上。

	る者が親とされる。Delaware Code 13, § 8-801 through § 8-810.
メイン州	州制定法により一定の要件下に妊娠による代理懐胎を許容し、親となる意思のある者が親とされる。Maine Title 19-A, Chap.61, Subchapter 8
ニュー・ハンプシャー州	州制定法により一定の要件下に妊娠による代理懐胎を許容し、親となる意思のある者が親とされる N.H.Rev.Stat. Chap. 168-B
ニュー・ジャージー州	州制定法により一定の要件下に妊娠による代理懐胎を許容し、親となる意思のある者が親とされる。N.J.S.A. 9:17-63 through 9:17-69
ネヴァダ州	州制定法により一定の要件下に妊娠による代理懐胎を許容し、親となる意思のある者が親とされる。11 NV ST 126.500 through 126.810.
ロード・アイランド州	州制定法による規律は無いが、判例法により認められており、親となる意思のある者が親とされる。
ヴァーモント州	州制定法により一定の要件下に妊娠による代理懐胎を許容し、親となる意思のある者が親とされる。15C V.S.A. § 801 through 809.
ワシントン州	州制定法により一定の要件下に妊娠による代理懐胎を許容し、親となる意思のある者が親とされる。RCW 26.26A.700 through 26.26A.785.
ワシントン自治区	自治区制定法により一定の要件下に代理懐胎を許容し、親となる意思のある者が親とされる。DC ST § 16-405 through § 16-411.
ニュー・ヨーク州	2021年2月～(本文参照)

b 2017年UPA

2017年UPAでは、卵子についても代理母のものを用いる伝統的代理懐胎と、懐胎のみ代理する妊娠上の代理懐胎の両方を認めたとうえで、一部につき異なる手続的規律を置いている。

(i) 両者に共通する規律

代理母となる者の資格として、21歳以上であること⁴²、少なくとも一人の子を出産した経験があること、身体及び精神的な状態の検査を受けたこと、独立した弁護士による代理を受けることとされる。親となる意思のある者についても過去の出産経験の要件を除き同じ資格要件が課される。他方、親となる意思のある者の人数は一人でも複数でも良く、子との遺

⁴² 代理母となる者の資格について、2017年UPAは代理母に関する規律が制定法として近時制定されたいくつかの州(デラウェア州、メイン州、ネヴァダ州、ニュー・ハンプシャー州、イリノイ州及びコロンビア自治区)における規律を範とした旨付記において述べている。なお、アメリカにおいて私法上の成人年齢は州により異なるが多数派の州では18歳である。また、選挙権を有する年齢については、合衆国憲法第26修正により従来の21歳から改められ、18歳以上の者に与えられねばならない旨定められている。

伝的つながりを有する必要もないとされている（2017年UPA第802条）。

代理懐胎契約締結の手続については以下の各点が要求されている（2017年UPA第802条）。①当事者のうち少なくとも一人が州の住民であるか身体及び精神的な状態の検査が州で行われたこと、②代理母及び親となる意思のある者が資格要件を満たしていること、③親となる意思のある者、代理母、及び存在する場合には代理母の配偶者が当事者となっていること、④各当事者の署名付きの記録によりなされること、⑤契約の写しを代理母及び親となる意思のある者が受領すること、⑥当事者の署名は交渉されるか又は証人の立ち合いによること、⑦代理母及び親となる意思のある者は独立の弁護士による代理を受け当該代理人も契約書において特定すること、⑧代理母を代理する弁護士の費用は親となる意思のある者が負担すること、⑨代理母契約は代理懐胎の医療的手続が開始する前に締結されること。

代理懐胎契約の内容としては、以下の各点に従わなければならないとされる。①代理母が生殖補助医療により妊娠することに同意すること、②本法に別途規定される場合を除き、代理母、代理母の配偶者及び代理母のもと配偶者が、代理懐胎により出生する子について何らの法的主張も有さないこと、③代理母の配偶者が代理懐胎契約において代理母が負う義務について認識し遵守することに同意すること、④本法に別途規定される場合を除き、親となる意思のある者が、子の数、性別、精神的又は身体的状態にかかわらず子の出生と同時に子の親となること、⑤本法に別途規定される場合を除き、親となる意思のある者が、子の数、性別、精神的又は身体的状態にかかわらず子の養育に関する金銭的責任を負うこと、⑥代理母及び子にかかる医療費用について親となる意思のある者がどのように負担するかについての情報を含むこと、⑦代理母が、自身及び自身の妊娠に関する全ての健康上及び福祉上の決定をすることを許容すること、⑧各当事者による代理母契約の解約に関する情報を含むこと。また、代理母契約は必要な費用の負担のほか、有償とすることができる（以上につき、2017年UPA第804条）。

(ii) 妊娠による代理懐胎についての規律

代理懐胎契約の当事者は、胚移植の前（胚移植が妊娠に至らなかった場合には、次の胚移植の前）であれば、他の当事者に対して記録により通知することによっていつでも代理懐胎契約を終了させることができる（2017年UPA第808条）。

代理懐胎契約に基づき生まれた子について、法適用の結果として、親となる意思のある者が出生と同時に親となり、代理母も代理母の配偶者も親とはならない（2017年UPA第809条）。当事者、手続及び内容に関する要件を満たす代理懐胎契約は法的強制可能性を有するが、かかる要件を満たさない場合には、裁判所は当事者の意思に従って当事者間の権利義務関係を定める（2017年UPA第812条(a),(b)）。

(iii) 伝統的代理懐胎契約についての規律

代理懐胎契約は、当事者の申し出に基づいて裁判所が行う検認(validation)により強制可

能となる（2017年UPA第813条）。親となる意思のある者は、胚移植の前（胚移植が妊娠に至らなかった場合には、次の胚移植の前）であれば、他の当事者に対して記録により通知することによっていつでも代理懐胎契約を終了させることができる。代理母は、代理懐胎による子の出生後72時間の間、代理懐胎契約に対する同意を撤回することができる（2017年UPA第814条）。代理母による撤回は、代理懐胎契約を終了する旨の意思を示す記録による通知によりなされねばならず、当該通知は、公証又は証人による立ち合いがなされたうえで、子の出生後72時間以内に親となる意思のある者に対して伝達なされなければならない（UPA第814条(2)）。代理母による代理懐胎契約の撤回がなされない限り、親となる意思のある者が子の親となり、代理母及びその配偶者は親とならない（2017年UPA第815条）。代理懐胎契約について裁判所による検認がなされなかった場合には、当事者全員が合意したときには代理懐胎に関する医療の開始後子の出生前に裁判所は検認を行うことができる。検認が無いまま子が出生した場合、代理母が72時間以内に代理懐胎契約に対する同意を手続に従い撤回したときには裁判所は通常の親子関係に関する規律に従い子の親子関係を決し、分娩した女性が母親となる。他方、代理母が72時間以内に代理懐胎契約に対する同意を手続に従い撤回しなかったときは、代理母は自動的に母とはならず、第613条(a)に定められた要素（子の年齢、当事者が親としての役割を担った期間、子との関係の性質、子との関係が認められなかった場合の子に対する危害、親子関係を主張する者の主張の根拠、その他当事者と子との関係を否定することに伴う公平上の要素等）を及び代理懐胎契約締結時の当事者の意思を考慮に入れ、子の最善の利益の観点から裁判所が親子関係を決定する（2017年UPA第816条）。

(2) ニュー・ヨーク州

a 行為規制

1992年にニュー・ヨーク州家族法において代理懐胎に関する規定が設けられて以降、当該規定により代理母契約は反公共性を有するものとして無効・強制可能性を欠き（ニュー・ヨーク州家族法第122条）、代理懐胎についての補償その他の報酬を支払い、受取り又は斡旋した場合には代理母、遺伝上の父親及びその妻、遺伝上の母及びその夫は500ドル以下の民事制裁金を課される旨定められていた（ニュー・ヨーク州家族法第123条）。

しかしながら、2020年の法改正により家庭裁判所手続法に新たに定められた条文において代理懐胎に関する規律も大きく修正され、一定の要件下で代理母契約の強制可能性を認めるとともに代理懐胎を通じて出生した親子関係の規律も明示的に規定された。新法においては、代理懐胎について利用目的による規制や当事者による規制は存在せず、婚姻カップル、非婚カップル、単身者（性別を問わない）いずれについても代理懐胎の利用が認められている。また、実費を超えて有償の代理母契約を締結することについての禁止規制も存在しない。もっとも、代理母としての要件として規定されているように、代理懐胎をするものは卵子を提供してはならず、妊娠による代理懐胎のみを規律の対象として許容している。

手続に関しては、後述するように、代理母契約の内容及び代理母契約を締結する代理母並びに出生した子の親となる意思のある者の要件が定められているが、これらの要件を満たさない場合には代理母契約の強制可能性が否定されるものの、罰則は無く、後述するように、親子関係については裁判所が出生した子の最善の利益を考慮に入れつつ当事者の意思に従い決定すべきものとされる。

(i) 当事者として有効な代理母契約を締結するための要件

(a) 代理母として代理母契約を締結することができる者の要件は以下のとおりである（第 581-402 条(a)）。

- ・代理母となる者が 21 歳以上であること
- ・代理母となる者が、合衆国市民又は合衆国の永住許可者であり、かつ、親となる意思のある者が 6 か月以上ニュー・ヨーク州市民でない場合には自身が 6 か月以上ニュー・ヨーク州市民である又はあったこと
- ・代理母となる者が出生する子について自身の卵子を提供しないこと
- ・代理母となる者が妊娠に関連する健康診断を完了していること
- ・代理母となる者が代理懐胎についての各医療リスクにつきインフォームド・コンセントを与えていること
- ・代理母となる者及び配偶者がいる場合には配偶者について、代理母契約の有効期間中において自らが選定した独立の代理人（ニュー・ヨーク州弁護士資格を有する者でなければならない）により代理されていること。代理母が補償を受ける権利を放棄する場合を除き、代理人費用は親となる意思のある者が支払わなければならない。
- ・代理母となる者が既に又は代理母契約によって、代理懐胎期間及び出産後 12 か月の期間にわたり総合的な医療保険に加入していること。代理母が補償を受ける権利を放棄する場合を除き、保険料は親となる意思のある者が支払わなければならない。
- ・代理母契約によって、代理母となる者が親となる意思のある者から生命保険の提供を受けていること。代理母が補償を受ける権利を放棄する場合を除き、保険料は親となる意思のある者が支払わなければならない。
- ・その他、代理母となる者の状態に照らして州保険省が必要であると認める要件を満たしていること

(b) 親となる意思のある者として代理母契約を締結することができる者の要件は以下のとおりである（第 581-402 条(b)）。

- ・親となる意思のある者のうち少なくとも一人が合衆国市民又は合衆国の永住許可者であり、かつ、6 か月以上ニュー・ヨーク州の市民である又はあったこと
- ・親となる意思のある者について、代理母契約の有効期間中において自ら選定した独立の代理人（ニュー・ヨーク州弁護士資格を有する者でなければならない）により代理されていること

- ・単身の成人、婚姻関係にある成人配偶者同士、非婚の成人パートナー同士であること（但し、婚姻関係にある成人であっても別居等の判決がある場合等は単独でもよい。この場合、別居等の関係にある配偶者は、代理懐胎により出生した子の親とはならず、子に関して何らの権利義務も有しない）（なお、ニュー・ヨーク州における成人年齢は18歳である（ニュー・ヨーク州親子法第2条））

(ii) 代理母契約に関する要件

代理母契約として有効となる要件は以下のとおりである（第581-403条）。

- ・2名の第三者が証人となって認証された、親となる意思のある者、代理母となる者、及び代理母に配偶者がいる場合には当該配偶者による署名がなされた記録によりなされること
- ・代理母となる者の健康診断その他の医療措置が開始される前に締結されること
- ・代理母となる者及び親となる意思のある者が各々に関する要件を満たしていること
- ・代理母に対する補償の支払が行われる場合には、基本となる補償額及び合理的に予測される出費額について、独立のエスクローに入金されていること
- ・親となる意思のある者が、代理母及び子の医療費についてどのように負担するのかについての情報が記載されていること
- ・代理母に関連する以下の規定が置かれていること
 - i 代理母となる者が胚移植、懐胎及び出産につき合意していること
 - ii 代理母となる者及びその配偶者が、出生した子につき全ての監護権を放棄することに同意していること
 - iii 代理母となる者及びその配偶者を代理する代理人の氏名
 - iv 代理母となる者及びその配偶者が、代理母の権利章典（ニュー・ヨーク州家庭裁判所法6章に規定された定め）を代理人から受領していること
 - v 代理母となる者が、自身及び妊娠に関する全ての医療上の判断権を有することを認めていること
 - vi 代理母となる者が担当の医療提供者を選定することができること
 - vii 代理母となる者が、妊娠を中止し又は減胎を行うことについての制約を設けていないこと
 - viii 代理母となる者が希望する場合にカウンセリングを受ける権利を認めていること
 - ix 代理母契約により支払われる補償が、代理母となる者の公的扶助等につき影響しうること
 - x 代理母となる者の要請により、親となる意思のある者が障害保険を代理母に提供すること
- ・親となる意思のある者に関連する以下の規定が置かれていること
 - i 親となる意思のある者が、出生した子の数、性別、身体又は精神的状態にかかわらず、

また、医療手続上の過誤による胚移植があったか否かにかかわらず、出生した子についての全ての監護義務を負うことを合意すること

ii 親となる意思のある者が、出生した子についての全ての養育費の義務を負うことに合意すること

iii 親となる意思のある者の代理人弁護士の名

iv 代理母契約により定められた親となる意思のある者の権利義務は譲渡不可能であること

v 親となる意思のある者が、出生した子の後見人を指定し、遺言執行人に対して代理母契約に基づく親としての義務の遂行権限を与えることについての遺言を行うこと

(iii) 撤回の可否等

代理母契約の締結後懐胎前においては、代理母となる者、代理母の配偶者、親となる意思のある者のいずれも、他の当事者全員に対して通知することにより代理母契約を終了することができる(第 581-405 条)。また、代理母契約の要件において述べたとおり、代理母は、懐胎期間中において妊娠を中止することが認められる。

b 親子関係

ニュー・ヨーク州家庭裁判所法 5 - C 編第 3 章の規定に従い有効な代理母契約に基づいて出生した子については、法適用の効果として、親となる意思のある者が親となり、代理母及び代理母の配偶者は親ではないとされる(第 581-406 条)。

代理母契約が本法の定める要件のうち重要なものに違反していた場合、当該契約は強制可能性を有せず、裁判所は、出生した子の最善の利益を考慮に入れつつ当事者の意思に従い親子関係を決定する。決定に当たり、親となる意思のある者と子との間の遺伝上のつながりが無いことのみを以て親子関係を否定することはできない(第 581-407 条)。

代理母契約が存在しない場合には、生殖補助医療に基づく親子法について定める本法ではなく、ニュー・ヨーク州におけるその他の法に基づいて親子関係を決定する(第 581-408 条)。

親となる意思のある者が代理母契約の締結後に離婚又は別離した場合であっても、代理母契約の定めに基づき親となることについて影響を及ぼさない。また、代理母契約締結時に婚姻していなかった代理母が、後に婚姻した場合であっても、当該配偶者は代理母契約に同意する必要はなく、また、出生した子の親ではないとされる(第 581-404 条)。

(3) カリフォルニア州

a 行為規制

カリフォルニア州はアメリカの中でもいち早く代理懐胎を認めた州であり、現行の州制定法上も代理懐胎は認められており、利用目的による規制や当事者による規制は存在せず、

また、妊娠による代理懐胎と伝統的代理懐胎のいずれをも規律の対象として許容している。

また、実費を超えて有償の代理母契約を締結することについての禁止規制も存在しない。手続に関しては、bに詳述するように、代理母契約（代理母の卵子を用いないもの）に関して法定された手続的要件を満たす場合には、裁判所に対する申立てに基づき親となる意思を以て代理母契約を締結した者が親となる旨の命令を得ることができるとされる。他方、手続的要件を満たさない場合には、親子関係の成立に関するデフォルトのルールが適用されて決せられることとなる。

代理母契約の内容及び締結に関する手続的規制は以下のとおりである（第 7962 条(a)-(d)）。

- i 代理母契約の内容：代理母契約は以下の内容を含まなければならない。
 - ・ 契約締結日
 - ・ 使用される配偶子の出自。ただし、ドナーによる配偶子を用いる場合にはこの限りでない。
 - ・ 親となる意思のある者（単数又は複数）に関する情報
 - ・ 親となる意思のある者による、代理母及び子の医療費の支払いの方法に関する情報
- ii 代理母契約締結の前に、親となる意思のある者と代理母それぞれが独立した弁護士により代理されていなければならない。
- iii 代理母契約の当事者による署名は、公証され又は証人の立ち合いにより行われなければならない。
- iv ii 及び iii の手続に従い代理母契約が締結される時点より前に、胚移植や胚移植準備のための注的処置を行ってはならない。

b 親子関係

代理懐胎における親子関係の成立は、手続的規律に従った代理母契約の当事者が裁判所に親子関係成立に関する申立てを行い、これに対して裁判所が判決又は命令を下すことによりなされる。すなわち、法に定められた規律に従って締結された代理母契約の当事者による申立てにより、裁判所は、代理母契約において特定された親となる意思のある者につき親子関係が成立し、代理母及びその配偶者又はパートナーは子の親ではなく親としての何らの権利義務を有さない旨の判決又は命令を下す。この申立て及び裁判所による判決又は命令は、子の出生の前・後いずれにおいても為すことができ、裁判所は、速やかかつ追加的な聴聞や証拠を求めることなく判決又は命令を下さなければならない。もっとも、裁判所又は代理母契約の当事者が代理母契約が法の規律を遵守していなかったという善意かつ合理的な信念を持っているという場合はこの限りでない（第 7962 条(f)(2)）。

他方、手続的規律に従っていない場合について、裁判所は、十分な証拠がある場合には親となる意思のある者につき親子関係を成立させることができると定められている（第 7962 条(f)(2)）。仮に、十分な証拠がないと判断された場合には、カリフォルニア州親子法の原則

ルールに戻り、懐胎・出産した者が母とされ、その夫又はパートナーにつき親子関係の推定が働くものと考えられ、夫については親子関係不存在を訴訟により争うことができると考えられる（3(2)(iii)参照）。

7 死後生殖

(1) 概観

個人の死亡後においてその配偶子を生殖補助医療に用いて子を設けることにつき、これを禁止する連邦法は無く、また州法も見当たらない⁴³。もっとも、死後生殖がなされた場合に、その配偶子を用いた個人と子との間に親子関係を認めるかどうかについては、特段の州制定法を有していない州も多い。

死亡した個人の配偶子の利用に関しては統一遺言法及び 2017 年 UPA 上で規律が置かれている。統一遺言法では、死後生殖に関しては、故人の同意が書面又は明白な証拠により立証されなければならないこと、また、個人の死亡後 36 か月以内に胚が子宮に移植され、又は、個人の死亡後 45 か月以内に子が出生した場合には、故人の死亡時において子が懐胎されていたものと取り扱われることを定めている⁴⁴。2017 年 UPA においては、女性が生殖補助医療を用いて懐胎・出産することにつき同意した者が女性に対する配偶子又は胚の移植前に死亡した場合、以下の要件を満たす場合に限り当該個人（故人）が子の親となるとされる。①当該個人が自身の死後に生殖補助医療が実施されることについて記録により同意を与えていること、又は、当該個人が自身の死後に生殖補助医療が実施されることについての意思につき、明白かつ説得力のある証拠により証明されること、及び②個人の死亡後 36 か月以内に胚が子宮に移植されること、又は、個人の死亡後 45 か月以内に子が出生すること。

(2) ニュー・ヨーク州

生殖補助医療により出生する子の親となることに同意した者が、配偶子又は胚の移植前に死亡したときは、死亡した個人が、生殖補助医療が自身の死亡後に行われること及び自身が出生した子の親となることにつき署名した記録により同意した場合を除いて、当該死亡した者は親とはならない旨定められている（第 581-307 条）。

なお、死後生殖に関連し、事故により脳死状態となった者について、本人による事前の同意が無いにもかかわらず、将来の生殖補助医療等に使用したいとして精子を採取することの許可を求める両親からの申立てについて、これを認めた裁判例が近時出されている⁴⁵。

⁴³ See Am. Soci’y for Rep. Med., *Posthumous Retrieval and Use of Gametes or Embryos: an Ethics Committee Opinion*, 110 Fertil. Steril. 45 (2018).

⁴⁴ UNIF. PROBATE CODE § 2-120 (amended 2010), 8 pt. 1 U.L.A. 130 (2013).

⁴⁵ *In re Matter of the Application of Monica Zhu & Yongmin Zhu* (2019) available at https://images.law.com/contrib/content/uploads/documents/292/53327_2019_DECISIO

(3) カリフォルニア州

2019年に改正されたカリフォルニア州親子法においては死後生殖に関する明示的規律は無い。他方、先例では、男性が自分の死後にその精子をパートナー女性が生殖補助医療に用いることについて、書面により明示的に示していた場合には、死後生殖が認められるとされている（Hecht v. Superior Court, 16 Cal.App.4th 836 (1993)）。また、脳死状態に陥った男性の妻が男性の死亡の直前に精子を採取し精子バンクに保存を依頼していたが、10年後にそれを使用しようとしたところ紛失していたため、不法行為等に基づき精子バンクに訴えを提起した事案において、男性の生前の明示的な意思表示が無いことを理由として原告の救済を否定している（Robertson v. Saadat, App. Ca.(2020)）⁴⁶。もっとも、死後生殖が行われた場合の故人と子の親子関係につき判示した判例は見当たらない。

(あきもと・なおこ)

N__ORDER_OF_15.pdf.

⁴⁶ Available at <https://probatestars.com/wp-content/uploads/2020/05/Robertson-v.-Saadat.pdf>.

第4章 イングランド

秋元奈穂子

1 概説

(1) 夫婦・親子法制

a 夫婦・親子法制の法源

(i) 婚姻法

イングランドにおいては、婚姻の方式として宗教婚と民事婚が存在し、その要件及び手続については1949年婚姻法、一般登記所に関する1970年婚姻法がその詳細を定めている。

同性カップルについては、2004年パートナーシップ法（Civil Partnership Act 2004）によりパートナーシップ関係を形成し、婚姻と実質的に同じ法的保護を受けられることとなっていたが、2013年婚姻法（同性カップル法）（Marriage (Same Sex Couples) Act 2013）により同性カップルの婚姻が合法化され、1949年婚姻法及び1970年婚姻法の定める手続により婚姻することが可能となった。

他方で、パートナーシップ法に基づきパートナーシップを形成することができるのは同性カップルに限られていたが、2019年に行われた改正¹により、異性カップルについてもパートナーシップ関係を形成することが可能とされた。

(ii) 親子法

イングランドでは、親子関係の形成に関する第一の法源はコモン・ローであるが、生殖補助医療を用いて出生した子の親子関係については、1990年に成立したヒト受精および胚研究に関する法（Human Fertilisation and Embryology Act 1990. 以下、HFEA1990）及びその2008年法（Human Fertilisation and Embryology Act 2008. 以下、HFEA2008）が規律している。2008年法は、第一編が胚研究及び生殖補助医療に関する事前の規律に関する1990年法の規律の改正、第二編が生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する規律となっており、2009年4月以前に出生した子の親子関係について規律するHFEA1990第27条及び28条は2008年法の制定後もそのまま存続しており、2008年改正により導入された親子関係の規律は2009年4月以後に提供精子を用いて誕生した子についてのみ適用されるものとして存在している。このようなHFEA1990及びHFEA2008の関係から、生殖補助医療に関する事前規律については（HFEA2008第一編により改正された）HFEA1990が、生殖補助医療により出生した子に関する規律については子の出生時に応じてHFEA1990又は

¹ Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration etc) Act 2019.

HFEA2008 が適用されることとなる。したがって、本報告書においても、事前規制について述べる部分は HFEA1990、親子関係につき述べる部分は新しい規律である HFEA2008 を中心に参照することとなる。また、HFEA1990 及び HFEA2008 を総称する際には単に HFEA と記す。

b 父子関係・母子関係形成ルール

母子関係の形成については、コモン・ローにおけるルールと同様の規律が HFEA1990 及び HFEA2008 においてもなされ、子との間に遺伝上の関係があるかどうかにかかわらず、子を懐胎した女性が法的な母となる（HFEA2008 第 33 条(1)：「胚、精子及び卵子の移植の結果として子を懐胎している又は懐胎した女性が子の母として扱われ、他のいかなる女性も母として扱われない」 HFEA1990 第 27 条(1)も同様）。また、懐胎の事実のほか、養子命令 (adoption order) 又は親命令 (parental order) によっても法的母子関係が形成される。養子命令が出された場合、懐胎した女性と子との間の法的母子関係は消滅する²。

父子関係の形成については、伝統的に、コモン・ロー上のルールでは子と遺伝関係のある男性が法的な父とされ、遺伝上のつながりを示すものとして父子関係の推定が使われた。遺伝子検査が容易になった現在においては、父子関係の推定は遺伝子検査により覆しうる³。しかしながら、生殖補助医療を用いて出生した子についてはこれらの一般的な父子関係形成ルールではなく HFEA1990 及び HFEA2008 の規律に従うこととなる。また、母子関係と同様、代理懐胎が行われた場合に用いられる親命令及び養子命令によっても父子関係が形成される⁴。

なお、父子関係の推定が認められる場合として確立しているのは、(1)婚姻による父子推定：既婚女性が子を出産した場合にその夫が子の父親と推定されるもの (Banbury Peerage Case (1881) 1 Sim & St 153 HL.) 及び(2)出生証明書による父子推定：出生証明書に男性の名前が記載されている場合にその男性が子の父親と推定されるもの (Birth and Deaths Registration Act 1953, s. 34(2)) である。婚姻による父子推定は、遺伝子検査の結果及び論理的反証 (妻による子の外国にいたことや男性不妊であること等) を立証することにより反証される。これらの婚姻による父子推定は非婚カップルや同性婚カップルには適用されない⁵。

c 婚姻制度

イングランドにおいては、地域の登録事務所において、所定の手続に従い婚姻をする意思

² JONATHAN HERRING, FAMILY LAW 362-363, 9th ed. 2019.

³ *Id.*, at 368-369.

⁴ *Id.*, at 365.

⁵ *Id.*, at 366-369.

を有する旨の法的書面に署名する「通知」手続を行ったうえで、定められた方法に則った宗教的儀式又は民間の儀式 (civil ceremony) を行うことで婚姻が成立する⁶。また、2013 年婚姻法 (同性カップル法) によって同性カップルの婚姻が合法化され、通知手続及び同性婚を許容する宗教的儀式、又は民間の儀式を経ることにより、同性カップルの婚姻が成立する。

また、カップルについて長期間にわたる同居、自分たちが婚姻関係にあると信じていること、婚姻関係にあることを外部に表明していること等の事実が認められる場合には婚姻の推定が認められる。もっとも、かかる推定は多くの場合、法的手続に則った婚姻手続を踏んでいないという事実の証明により反証される⁷。

a(i) で述べたとおり、婚姻制度のほかにパートナーシップ制度が存在し、現在では同性カップル及び異性カップル両方がパートナーシップ制度を用いることができる。

(2) 生殖補助医療に関する関連法制

(1)a(ii) に述べたとおり、生殖補助医療に関する行為規制及び生まれた子の親子関係は HFEA1990 及び HFEA2008 により定められている。また、HFEA に基づき設置されているヒト受精および胚研究認可庁 (Human Fertilisation and Embryology Authority) がその権限に基づいて発出する行為準則 (Code of Practice) 及び指示 (Direction) も生殖補助医療に関する規律として重要な役割を担っている。行為準則は、ヒト受精および胚研究認可庁が HFEA1990 により与えられた権限に基づいて、HFEA の遵守に当たってのガイダンスを規制対象に示すことが目的とされており (HFEA1990 第 25 条)、その不遵守が直ちに手続違反の効果をもたらすことは無いが、規制対象の認可や認可の継続等に当たって考慮されるとともに HFEA の解釈適用に当たっての詳細なガイダンスを示すものとして非常に重要である (HFEA1990 第 25 条(6))。現在、2019 年 12 月 16 日に効力が発生した第 6 版が最新のものである⁸。指示は特定の事項について都度発出されるものである⁹ (HFEA1990 第 23、24 条)。

2 すべての行為類型に共通の行為規制

(1) 当事者についての規制

HFEA1990 は生殖補助医療へのアクセスにつき、当事者による制約を置いていないため、

⁶ GOV. UK, MARRIAGES AND CIVIL PARTNERSHIPS IN ENGLAND AND WALES, <https://www.gov.uk/marriages-civil-partnerships>.

⁷ JONATHAN HERRING, FAMILY LAW 81, 9th ed. 2019.

⁸ HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY, CODE OF PRACTICE 9th ed. 2019, available at <https://portal.hfea.gov.uk/media/1605/2019-12-03-code-of-practice-december-2019.pdf>.

⁹ EMILY JACKSON, MEDICAL LAW 794, 5th ed. 2019.

婚姻関係の有無、パートナーの有無、年齢、性的志向の如何にかかわらず、イングランドにおいて生殖補助医療を受けることができる。

もっとも、生殖補助医療を受ける個人に関する規律としては、HFEA1990 第 13 条(5)において、子を援助する他の親の必要性を含む、生殖補助医療の結果生まれてくる子及び当該子の出生により影響を受けうる他の子の福祉についての検討無くして、女性に対する生殖補助医療は提供されてはならないという規定が存在する。この規定の解釈及び適用については、当該女性が理想的な親かどうかという判断ではなく、子の福祉に対する何らかのリスクファクターが存在するかという判断が中心的とされ、行為準則において考慮すべき具体的なリスクファクター（子への精神的・肉体的虐待の存在、薬物中毒、精神的・身体的状態等）が挙げられているが、同時に、挙げられているような具体的なリスクファクターが存在しない限り、全ての個人は子の福祉について支援を行うものであると推定されなければならないと定められている（第 9 版行為準則第 8.14 条）。

また、利用目的についても不妊治療の目的に限定する規律は置いていないが、着床前診断（PGD）を行うことができる場合は遺伝性疾患を避ける等一定の場合に限定されているため（HFEA1990 附則 2 第 1 ZA）¹⁰、そこで許容されたもの以外の目的で着床前診断を行うために生殖補助医療を用いることはできないこととなっている。

(2) 手続に関する規制

まず、国内において生殖補助医療を実施する施設は、HFEA1990 に定められた認可要件を満たしていなければならないが、ヒト受精および胚研究認可庁が規制機関として施設の認可を行っている。そのうえで、全類型の生殖補助医療につき共通する行為規制としては、医療提供者である施設認可の要件として求められる事項の一部として記録保存、助言提供及び説明義務が規定されるとともに、配偶子及び胚の利用又は保存に関する提供者による同意の手続の規律が存在する。もっとも、親子関係に関する規律の項で後述するように、HFEA2008 における親子関係の規律は、生殖補助医療が国外で行われた場合や、医療機関によらずに当事者自身が人工授精を行った場合にも適用されるため、HFEA2008 における親子関係の規律適用の前提とはなっていない。

a 配偶子・胚の提供・利用に対する同意

配偶子から胚を作成すること及び胚を利用すること、胚及び配偶子を保存することについては、それぞれ同意が必要である。

胚及び配偶子の保存についての同意は、保存する最長期間、同意を与えた者の死後又は能力喪失後における胚及び配偶子の取り扱いにつき明示しなければならない（HFEA1990 附則 3 第 2 条(2)）。胚の利用に関する同意はその目的を明示しなければならないが、生殖補助医療

¹⁰ *Id.*, at 836.

に利用する場合には、自分（及びそのパートナーの）生殖補助医療に用いる目的又は第三者の生殖補助医療に用いる目的を明示しなければならない（HFEA1990 附則 3 第 2 条(1)）。また、胚を作成するために配偶子を利用する場合にも同様の同意が必要とされる（HFEA1990 附則 3 第 2 条(4)）。

これらの同意は、同意者が署名し書面によりなされなければならない（HFEA1990 附則 3 第 1 条）、同意を与える前に適切なカウンセリングを受け十分な情報を与えられていなければならない（HFEA1990 附則 3 第 3 条）。

また、これらの同意は撤回することができる場所、撤回に当たっては、対象となる配偶子又は胚を保存する者に対して撤回の通知をしなければならない、撤回の通知を受け次第、配偶子又は胚を保存する者は関係者に対して撤回について知らせなければならない（HFEA1990 附則 3 第 4、4A 条）。

b 医療提供者の義務

医療提供者には、HFEA1990 に基づく認可のための要件の一部として、記録保持、助言提供及び説明義務が課されている。記録保持については、医療を受けた者、保管又は利用の対象となる配偶子・胚を提供した者、治療の結果出生した子、精子と卵子の授精及び女性からの胚の採取及びヒト受精および胚研究認可庁が指令により指定するその他の事項についての記録を保持しなければならない（HFEA1990 第 13 条(2)）。また、医療提供者は、治療の提供に当たり、女性が適切な助言（カウンセリング）を受けまた適切な情報を得てない場合には、治療を提供してはならないとされる（HFEA1990 第 13 条(6)）。

c 情報の保管機関

一定の情報については、医療提供者につき記録保持義務が課されるとともに、ヒト受精および胚研究認可庁も登録し保存することが義務付けられる。

登録が義務付けられている情報は、以下の各事項に関連する情報である（HFEA1990 第 31 条）

- ・ 特定可能な（identifiable）個人に対する生殖補助医療の提供（ただし、女性及びそのパートナーである男性に対して、第三者の配偶子を用いず、かつ、女性の体外で形成された胚を用いないで行う治療（「パートナーに対する基礎的な治療提供」）を除く）
- ・ 非治療目的で特定可能な個人に対して行われた生殖補助医療においてなされた、精子の調達又は提供（ただし、精子がパートナーにより提供されたもので、かつ、保存していないものである場合は除く）
- ・ 特定可能な個人の配偶子の保存又は特定可能な女性から採取した胚の保存
- ・ パートナーに対する基礎的な治療提供の目的以外の目的で、特定可能な個人の配偶子を利用したこと
- ・ 特定可能な女性から採取された胚の利用

- ・パートナーに対する基礎的な治療提供以外の治療の結果、又は、精子の調達又は提供（保存されていないパートナーの精子が用いられた場合を除く）を受けて行われた非治療目的での生殖補助医療の結果出生した又は出生したと考えられる子

3 第三者の提供精子を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

2 (1) で述べたとおり当事者による制約は存在せず、婚姻関係の有無、パートナーの有無、年齢、性的志向の如何にかかわらず第三者提供精子を用いた生殖補助医療を受けることができる。

(2) 親子関係

a 婚姻カップル間

第三者の提供精子を用いた人工授精又は体外受精を受けた女性が婚姻している場合には、HFEA2008 第 35 条による推定規定が適用され、母親である当該女性の夫が父親とされる。女性が人工授精又は体外受精を実施した場所がイングランド国内でなかった場合にもこの規定は適用される（HFEA2008 第 35 条(2)）。また、親子関係形成に関する本規定は HFEA の規定に従い認可を受けている医療機関における生殖補助医療によらない場合にも適用されるため、インターネット等を通じ個人で入手した提供精子を利用し自身で人工授精をしたような場合でも（通常の性交によったという場合でない限りは）適用される¹¹。

HFEA2008 第 35 条

- (a) 胚、精子若しくは卵子の移植時又は人工受精時において女性が男性と婚姻しているか、男性とパートナーシップ関係にある場合であり、かつ、
- (b) 当該女性により懐胎される胚が、当該女性と婚姻関係又はパートナーシップ関係にある者の精子により形成されたものではないときには、婚姻関係又はパートナーシップ関係にある男性が父親として扱われる。但し、当該男性が胚、精子若しくは卵子の移植又は人工受精に同意していないことを証明した場合を除く。

配偶者男性の同意の有無に争いがある場合、配偶者男性が同意の欠如及び自身が子の遺伝子上の父でないことの立証責任を負い¹²、これが認められた場合には子と配偶者男性の間に父子関係は存在しないこととなる。もっとも、夫の同意の有無を確認することが HFEA 行為準則により求められていることから、HFEA1990 により認可された医療機関が生殖補

¹¹ *Id.* at 828. *See* M v. F [2013]EWHC 1901 (Fam).

¹² JONATHAN HERRING, FAMILY LAW 370, 9th ed. 2019.

助医療を提供する場合には、夫の同意の欠如という事態は極めて稀であるとされる¹³。

HFEA2008 自体には同意の不存在を主張して父子関係を否定することができる当事者についての規定は置かれていないが、HFEA2008 第 35 条による父子関係の形成の規律は反証可能な推定 (rebuttable presumption) であると考えられていることから^{14,15}、親子関係の存在・不存在に関して用いられる訴訟手続によってこの推定を覆すことができると考えられる。この点、1986 年家族法(Family Law Act of 1986)は、親子関係の存否につき利害関係を有するかぎり、いかなる者も親子関係の存在又は不存在についての宣言を求める訴えを裁判所に対して提起することができる旨定めている (1986 年家族法第 55A 条)。また、HFEA2008 第 42 条は、提供配偶子又は胚により生殖補助医療を受ける女性が、女性と婚姻又はパートナーシップ関係にある場合につき、当該配偶者又はパートナー女性について男性である場合と同様の規定を設け、出生した子との間に推定に基づく親子関係の形成を認めている (HFEA2008 第 42 条)。この推定による親子関係を覆すためには、親の推定を受ける女性が、出産した女性への生殖補助医療の提供に同意しなかったことを立証しなければならない (HFEA2008 第 42 条)。

b 非婚姻カップル間

HFEA1990 においては、非婚カップルにおける女性が第三者提供配偶子又は胚を用いて子を出産した場合、生殖補助医療を「共に (together)」受けた場合に限り男性パートナーは父親として扱われるとされ (HFEA1990 第 28(3)条)、実際には非婚カップルが「カップルとして」生殖補助医療をともに依頼した場合にはこれに該当すると判断されていた¹⁶。

HFEA2008 においては、a で述べたように、男性とパートナーシップ関係にある女性が提供精子を用いて子を出産した場合には、男性と婚姻関係にある場合と同様の規定が適用される。他方、婚姻もパートナーシップ関係も形成していないが事実上のパートナーを有する女性が第三者提供精子を用いて生殖補助医療を受けたときには、当該事実上のパートナーが合意による父子関係についての条件 (agreed fatherhood conditions) を満たす場合には父親となるとされる (HFEA2008 第 36、37 条)。合意による父子関係についての条件とは、男性が子の父として扱われることにつき同意した旨述べる通知を、女性が当該男性がそのように取り扱われることにつき同意した旨述べる通知を、それぞれ、HFEA の認可を受け治

¹³ *Id.*

¹⁴ SEAMUS BURNS, *THE LAW OF ASSISTED REPRODUCTION* 477, 2nd ed. 2020.

¹⁵ 女性の同姓婚姻又はパートナーシップカップルにおける推定に基づく親子関係の形成に関する HFEA2008 第 42 条が問題となった事案についても、裁判所は、当該条文が反証可能な推定を定めたものである旨判示している。In the Matter of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Case G) [2016] EWHC 729 (Fam).

¹⁶ EMILY JACKSON, *MEDICAL LAW* 829, 5th ed. 2019.

療を提供する医療者に与えていること、それらが撤回されていないこと、女性が他の男性又は女性が子の父親又は親として扱われる旨の同意をしていないこと、当事者が禁止された近親関係にないことである。ここにおける通知は、署名のある書面によりなされなければならない。合意による父子関係の形成の条件が適用される前提として、HFEA2008 第 35 条又は第 42 条による親子関係の推定を受ける者がいないこと、イングランドにおいて HFEA の認可のもと行われる生殖補助医療でなければならないこと、当該事実上のパートナー男性の精子が使われていないこと、当該事実上のパートナー男性が生殖補助医療提供時に生存していることが要求されている (HFEA2008 第 36 条)。

また、女性同士が事実上のパートナーシップ関係にある場合につき、懐胎・出産していない方のパートナー女性についても同様に、合意による親子関係についての条件を満たす場合に当該事実上のパートナー女性が出生した子の親となる旨の規定が同様に定められている (HFEA2008 第 43、44 条)。

c 精子提供者の法的地位

HFEA により精子提供につき要求される同意をした精子提供者は、当該同意がなされた目的に提供精子が使用された結果として生まれた子の父親とはされない (HFEA2008 第 41 条(1))。この規定は、生殖補助医療の提供がイングランド国内で行われたかどうかを問わずに適用される (HFEA2008 第 41 条(3))。

他方、HFEA の定めに基づかずに行われる非公式的精子提供については本規定は適用されないため、ドナーの法的地位につき争いが生じうる。インターネットを介して自らを「無報酬の精子ドナー」として自らの精子を提供するという男性と、夫と婚姻関係のある女性との間に生まれた子の父親が問題となった事案において、裁判所は、女性が性交により妊娠したのであればドナーが法的父親となるが、人工授精により懐胎したのであれば女性の配偶者が法的父親となるところ、本件においては性交により懐胎したため生物学的父親であるドナーが法的父親となると判示している¹⁷。

d 子の出自を知る権利

従来、HFEA1990 の下で行われる配偶子や胚の提供は匿名のものがほとんどであり、ドナーの匿名性を維持することがドナー、配偶子・胚の提供を受けた者、生まれた子の利益にかなうと考えられていた。

しかしながら、子の出自を知る利益の重要性についての認識の高まりに伴い、提供精子により生まれた子が原告となった訴訟において、裁判所がこの問題につき一定の判断を行った。第三者提供精子を用いた生殖補助医療により、HFEA1990 の制定以前に出生した者及び HFEA1990 の下で出生した者が原告となり、ドナーの特徴に関する個人非識別情報への

¹⁷ M v. F (Legal Paternity) [2013]EWHC 1901 (Fam).

アクセス等を求めて保健省を被告として訴えた R (on the application of Rose) v. Secretary of State for Health 判決 (2002) ¹⁸において、裁判所は、子の出自を知る権利はヨーロッパ人権条約第 8 条に規定される私的及び家族生活への敬意に関する権利 (Right to respect for private and family life) に支えられているが、その違反の有無についての判断は本件においては行わず、将来における保健省の行為をも考慮において別の機会に判断されるべきであると判示した。

このような裁判所による判断を受けて、保健省は 2004 年にドナー情報開示に関する新しい規則を制定した¹⁹。規則では、HFEA1990 に基づいて提供配偶子・胚により出生した子が 18 歳に達した時点においてヒト受精および胚研究認可庁に対して開示を求めることができる情報について新しい定めを置いており、2005 年 4 月 1 日以前に行われた配偶子・胚の提供が行われた場合と、同年月日以降に行われた配偶子・胚の提供が行われた場合とに分け、それぞれについて、開示申請できる情報の具体的項目を定めている。2005 年 4 月 1 日以前に提供された配偶子・胚により生まれた子が開示を申請できる情報は、個人の非特定的情報であり、具体的には以下の項目が定められている (規則 2 条(2))。

- ・ドナーの性別、身長、体重、民族的出自、目の色、髪の色、肌の色、出生年、出生国、婚姻関係の有無
- ・ドナーが養子であるか否か
- ・ドナーの両親の民族的出自
- ・ドナーについて行われたスクリーニング検査及びドナーとその家族の病歴
- ・ドナーに子がいる場合、子の性別及び人数
- ・ドナーの信仰、職業、興味関心、技能、配偶子・胚を提供した理由
- ・その他ドナーが提供した自身に関する情報が何に関するものかということ
- ・その他、ドナーが提供した情報で申請者に開示することが意図されていたもの
- ・ただし、ドナーの個人特定が可能となる情報及び他の情報との照合によりドナーの個人特定が可能となる情報は除く。

他方、2005 年 4 月 1 日以後に提供された配偶子・胚により生まれた子が開示申請できる情報は個人の特定的情報であり、規則 2 条(2)に掲げられた上記の情報に加えて以下の情報を開示請求することができる (規則 2 条(3))。

- ・ドナーの現在の氏名及び現在の氏名と異なる場合には出生記録に記録された氏名
- ・ドナーの誕生日及びドナーが出生した町又は地区
- ・ドナーの外見
- ・ドナーの住所 (ヒト受精および胚研究認可庁が把握している直近のもの)

¹⁸ [2002]EWHC 1593 (Admin).

¹⁹ The Human Fertilisation and Embryology Authority Regulations 2004/1511.

4 第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

2 (1) で述べたとおり当事者による制約は存在せず、婚姻関係の有無、パートナーの有無、年齢、性的志向の如何にかかわらず第三者提供精子を用いた生殖補助医療を受けることができる。

(2) 親子関係

1 (1)b で述べたとおり、母子関係の形成については、コモン・ローにおけるルールと同様の規律が HFEA2008 においても置かれている結果、生殖補助医療を用いた場合であっても、子との間に遺伝上の関係があるかどうかにかかわらず、子を懐胎した女性が法的な母となる (HFEA2008 第 33 条(1))。このルールは、卵子提供がイングランド国外で行われたとしても、イングランド国内で出産がなされた場合には適用される²⁰。

5 第三者の提供胚を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

2 (1) で述べたとおり当事者による制約は存在せず、婚姻関係の有無、パートナーの有無、年齢、性的志向の如何にかかわらず第三者提供精子を用いた生殖補助医療を受けることができる。

(2) 親子関係

1 (1)b で述べたとおり、母子関係の形成については、コモン・ローにおけるルールと同様の規律が HFEA2008 においてもなされている結果、生殖補助医療を用いた場合であっても、子との間に遺伝上の関係があるかどうかにかかわらず、子を懐胎した女性が法的な母となる (HFEA2008 第 33 条(1))。このルールは、胚提供がイングランド国外で行われたとしても、イングランド国内で出産がなされた場合には適用される。

また、父子関係についても第三者提供精子を用いた生殖補助医療が行われた場合と同様であり、3 (2)a において述べたとおり、第三者の提供精子を用いた人工授精又は体外受精を受けた女性が男性と婚姻している場合には、HFEA2008 第 35 条による推定規定が適用され、母親である当該女性の夫が父親とされる。

非婚カップル間で提供胚を用いた生殖補助医療が行われた場合についても、第三者提供精子を用いる場合と同様であり、男性とパートナーシップ関係にある女性が提供胚を用いて子を出産した場合には、男性と婚姻関係にある場合と同様の規定が適用される (HFEA2008 第 35 条)。他方、男性と事実上のパートナー関係にある女性が第三者提供胚

²⁰ EMILY JACKSON, MEDICAL LAW 827, 5th ed. 2019.

を用いて生殖補助医療を受けたときには、第三者提供精子を用いた場合と同様、合意による父子関係についての条件 (agreed fatherhood conditions) を満たす場合にはパートナーの男性が父親となる (HFEA2008 第 36、37 条)。

女性と婚姻関係又はパートナーシップ関係にある女性が第三者提供胚を用いた生殖補助医療により出産した場合にも、(出産していない方の) 女性につき、出生した子との間に推定に基づく親子関係の形成を認められる (HFEA2008 第 42 条)。また、女性と事実上のパートナー関係にある女性が第三者提供胚を用いた生殖補助医療により出産した場合には、(出産していない方の) 女性につき、合意による親子関係についての条件を満たす場合には当該子の親となる (HFEA2008 第 43、44 条)。

6 代理懐胎

(1) 行為規制

代理懐胎の行為規制については、代理懐胎法 (Surrogacy Arrangements Act 1985) が定めを置いている。同法は、アメリカのあっせん機関により、イギリス人女性がスウェーデン人カップルの代理母として働いたという Baby Cotton 事件を契機として性急に立法されたものであり、代理懐胎を抑制することを目的としていた。代理懐胎法においては、代理懐胎契約はいかなる者に対しても強制可能性が無いと定めている (代理懐胎法第 1B 条)。また、当事者が代理懐胎契約を締結すること自体は違法とはされないが、代理懐胎契約の先導や交渉を商業的に行う行為は違法であり刑事罰が科される (代理懐胎法第 2 条 (1) - (5))。なお、HFEA2008 による代理懐胎法の改正により、非営利団体による代理懐胎契約の先導等については実費をカバーする限度での合理的な金額を得ることは許容されることとなった (代理懐胎法第 5 A 条)。

代理懐胎法においては、代理母となる女性の卵子が用いられる場合と依頼者又は第三者の卵子が用いられる場合とを区別していないため、實際上、いずれの代理懐胎も行われうるが、代理懐胎に当たり体外受精や胚移植が伴う場合には、実施する医療機関は HFEA2008 における各種義務を負うとともに、HFEA 行為準則によって代理懐胎に関する当事者の理解の促進や自発的な同意の有無等につき確認するよう要請されている (HFEA 行為準則第 14.2-14.9 条)。他方、代理母となる女性の卵子を用いて自分自身で人工授精を行う場合には医療機関によるこれらのセーフガードが働かないこととなる²¹。

代理懐胎を用いることのできる当事者に関する制約や、契約の撤回手続等については、代理懐胎の行為規制を定める代理懐胎法には定められていないが、(2)に後述するように、HFEA2008 により代理懐胎で出生した子の親命令 (parental order) を下すにあたって満たすべき要件として定められている。

²¹ EMILY JACKSON, MEDICAL LAW 868-869, 5th ed. 2019.

(2) 親子関係

a 親子関係の成立

代理懐胎が用いられた場合であっても、1(1)b で述べた母子関係の形成についてのルールが適用されるため、懐胎・出産した女性と子との間に遺伝上の関係があるかどうかにかかわらず、子を懐胎した女性が法的な母となる（HFEA2008 第 33 条(1)）。

父子関係又は他方の親（女性の場合）と子の関係についても、第三者提供精子を用いた場合と同様の規定が適用される結果、母である代理母が婚姻又はパートナーシップ関係にある場合にはその配偶者又はパートナーが父親又は他方の親とされ、当該男性又は女性が同意欠如（男性の場合には、これに加えて自身が子の遺伝子上の父でないこと）を立証した場合に限り親子関係が否定される（HFEA2008 第 35 条、第 42 条）。

他方で、婚姻もパートナーシップ関係も形成していない女性が代理母となるときには、上述のような推定規定が働かない結果、親となる意思のある男性（代理懐胎依頼者の男性）の精子が用いられればコモン・ローにより法的父親となることができる。逆に、代理母が婚姻もパートナーシップ関係も形成していない女性であったとしても、第三者提供精子が用いられる場合（親となる意思のある男性の精子が用いられていない場合）には、3(1)(b)に述べたとおり、合意による父親の条件が適用されることとなり、当該条件を満たす場合には親となる意思のある男性が他方の親とされることとなる。

b 親命令（parental order）による親子関係の移転

a に述べたとおり、代理懐胎により子が出生した場合には、これまで述べてきた HFEA2008 における親子関係形成ルールが適用されるため、代理懐胎を依頼した者が子の出生当初より親とされる場合はほとんどない（代理懐胎・出産をする者が単身であり、かつ、親となる意思のある男性（依頼者）の精子が用いられた場合に、当該男性が父親とされるといったごく限定的な状況に限られる）が、HFEA2008 に定められた一定の要件を満たす場合には当事者の申立てに基づき裁判所により下される親命令によって、懐胎・出産した女性（及び依頼者以外の者で父親又は他方の親とされた者）から依頼者に対して親子関係を移転することができる。親命令は法により親子関係を移転するものであり、申立人と子との間に完全な法的親子関係が移転し、その効果として、申立人のもとに当該子が出生したように扱われ、代理懐胎・出産をした女性（及び依頼者以外の者で父親又は他方の親とされた者）と子との間の親子関係は消滅する²²。

親命令の対象となる代理懐胎は、代理母となる女性自身の卵子を用いる場合と、依頼者又は第三者の卵子を用いる場合とのいずれにも適用されるが、申立人（代理懐胎の依頼者）が 2 名の場合にはそのうち少なくとも 1 名の、申立人が 1 名の場合には当該依頼者の配偶子が使用されていることが必要とされている（HFEA2008 第 54 条(1)(b), 第 54A 条(1)(b)）。ま

²² A v P (Surrogacy: Parental order: Death of Applicant) [2011] EWHC 1738 (Fam).

た、代理母に対する配偶子又は胚の移植が、イングランド国内で行われたか国外で行われたか否かを問わず、親命令に関する規定は適用される（HFEA2008 第 54 条(10), 第 54A 条(10)）。

親命令が出される前提条件として、従前は申立人が 2 名（婚姻、パートナーシップ関係、又は事実上のパートナー関係にある 2 名の個人²³）の場合を前提とした規定が置かれていたが、2018 年に行われた HFEA2008 の一部改正によって申立人が 1 名の場合にも申立てが可能であることを前提とした規定が置かれるに至った。また、後述するとおり、親命令の要件については、その充足性を厳格に解することで親命令が発出できなくなりひいては子の福祉に反する結果となってしまうという考慮により、裁判所により極めて柔軟な運用がなされている。この点については、子の福祉を促進する反面、代理懐胎についての事前規制としては適切に機能していないとの批判がある。

○申立人が 2 名の場合の親命令に関する要件（HFEA2008 第 54 条(2)-(8A)）

- ・申立人が、夫及び妻、パートナーシップ関係にある、又は法で禁止された近親関係にない 2 名の個人が家族関係を維持して同居していること（HFEA2008 第 54 条(2)）
- ・申立人が子の出生日から 6 か月以内に親命令の申請を行ったこと（同条(3)）
- ・申立時及び親命令の発令時において、(a)子が申立人と同居していること、及び(b)一方又は両方の申立人が連合王国、チャンネル諸島又はマン島に居住していること（同条(4)）
- ・親命令の発令時において、両申立人が 18 歳以上であること（同条(5)）
- ・代理母となった女性及び申立人以外で子の親とされている者が、状況につき十分に理解し、自由意思において、親命令の発令に条件なく同意していること（同条(6)）
- ・(6)に規定する同意は、当該個人が同意することができない又は行方不明である場合には要求されない。また、代理母となった女性の同意は子の出生後 6 週以後になされたものでなければならない（同条(7)）。
- ・親命令の発令、(6)に規定される同意、申立人に対する子の引渡し、その他親命令発令に向けた準備のために、合理的な必要費を除いていかなる金銭又は経済的利益も、申立人に対し又は申立人によって支払われていないこと（同条(8)）
- ・同条又は第 54A 条による親命令の発令が当該子に対して既に行われていないこと。ただし、命令が棄却され又は命令に対する上訴が認容された場合を除く（同条(8A)）。

○申立人が 1 名の場合の親命令に関する要件

申立人が 1 名の場合の要件は、HFEA2008 第 54 条(2)で求められる申立人 2 名の関係性に関する要件が無いこと、それ以外の各要件を満たすべき申請者が 1 名であるということ、

²³ HFEA1990 においては婚姻関係にあるカップルのみが申請可能とされていたが、HFEA2008 により申請が可能となる者の範囲が拡大された。

という違いを除いては、申立人2名の場合に求められている要件と同じである（HFEA2008 第54A条(2)-(8)）。

c 親命令の各要件充足性に関する裁判所の判断

上述したように、親命令発令に当たって、HFEA2008 上、各要件は満たさなければならぬものとして規定されているが、子の福祉の観点から、裁判所は要件充足性を広く解して親命令発令を広く認める態度をとっている²⁴。

(i) 同意

Re AB (Surrogacy: Consent) 事件²⁵では、代理懐胎の結果出生した双子は依頼者である親となる意思のある者と平穏に暮らしており、代理母及びその夫は、双子の生育には積極的な関与を望まないと明言する一方で、代理懐胎・出産の過程での依頼者との関係の悪化等から生じた「不公正だという感情」から親命令に対しての同意を拒絶した。裁判所は、代理母が同意を拒絶するに至った依頼者との関係の纏れと代理母の感情への配慮の重要性について念押ししつつも、子の生涯にわたる精神的・感情的な福祉の観点から、親命令を発令することのみが代理懐胎により出生した子のアイデンティティを適切に反映させる手段であるとして親命令の発令に賛成した。

R v T 事件²⁶では、イギリス人夫婦がウクライナにおいて代理懐胎を行い、子の出生後にイギリスに帰国し親命令の発令を申請した。代理母は子の出生後6週間以上経過後に親命令に関する同意に署名をしていたが、同意の前提として必要とされる適切な情報提供につき問題が存在した。また、当該署名つき同意を行った直後から、ウクライナの社会情勢が悪化し代理母の消息が不明となった。裁判所は、代理母による同意の前提となる適切な情報提供が認められないとして有効な同意が無いとしつつ、依頼者が行った代理母への連絡の努力（依頼者による郵便での代理母への連絡、依頼者及び依頼者代理人によるクリニックへの連絡、代理母の最後の住所への訪問）は合理的なものであり、それにもかかわらず消息がつかめないことは、代理母を「見つけることができない」という要件に該当すると判断した。

(ii) 申請に関する6か月の期間制限

HEFA1990 及び HFEA2008 においては、親命令の申立ては子の出生後6か月以内に行われるべきと定めているところ、6か月の期間経過後に申立てがなされた場合について、Re X

²⁴ 後掲の各裁判例についての邦文文献として、家永登「代理母による出生子の法的親子関係——最近のイギリスにおける“親決定”裁判例を中心に」専修法学論集130号（2017）1頁がある。

²⁵ [2016] EWHC 2643 (Fam).

²⁶ [2015] EWFC 22.

(A Child)(Surrogacy: Time limit)事件²⁷において裁判所は先例を覆し、6か月の期間を徒過したことのみをもって親命令の申立てを退けることは適切でないと判示した。その後の判例はこれに続き、A v C 事件²⁸においては12歳及び13歳の子についての親命令の申立ても許容された。

(iii) 対価等の支払いの禁止

上述のとおり、必要な費用として合理的な額を超えた対価の支払いがなされていないことが親命令発令の要件となっているが、これを超える対価の支払いがあったとしても親命令の発令がなされる場合がほとんどである。対価の支払いは、とりわけ海外で代理懐胎が行われた場合において頻繁にみられるが、例えば、Re X & Y (Foreign Surrogacy)事件²⁹においては、ウクライナ人代理母に懐胎期間1か月につき235ポンド、子の出生に当たり2万5000ポンドの支払いが行われたが、裁判官は、商業的代理懐胎に対する強い懸念を表明しつつも親命令を発令し、Re L (A Minor)事件³⁰においても、アメリカ合衆国イリノイ州において商業的代理懐胎により出生した子について、子の利益の観点から親命令を発令を退けることはできないと判示されている。

d 養子

cに述べたとおり、親命令の各要件は裁判所により柔軟に解釈がなされているが、それでもなお要件不充足であるとして親命令発令が却下された場合であっても、依頼者は代理懐胎により出生した子を養子手続に則って養子として受け入れることにより法的親子関係を形成することができる。

7 死後生殖

(1) 行為規制

(2)に述べるとおり、本人が、自身の死後にその精子を用いて生殖補助医療により子を出生させることにつき明示的に同意を与えている場合には、当該精子を用いた死後生殖が可能とされる³¹。

²⁷ [2014] EWHC 3135 (Fam).

²⁸ [2016] EWFC 42.

²⁹ [2008] EWHC 3030 (Fam).

³⁰ [2010] EWHC 3146 (Fam).

³¹ なお、HFEA2008条、生殖補助医療を受ける女性のパートナー（男性、女性を問わず、婚姻関係、パートナーシップ関係、合意による（父）親の条件を満たす者かを問わない）が自身の配偶子を提供していない場合であっても、当該パートナーが死亡した場合に、生殖補助医療を用いた女性が出産した子の父親又は他方の親となるための要件も定められて

また、当該精子を用いて生殖補助医療を行うことができる者の範囲についての制限は置かれておらず、法律婚、パートナーシップ、事実上のパートナー関係、単身女性のいずれもが用いることができる。

(2) 親子関係

死亡した男性の精子を用いた体外受精や（胚形成時には生存していたが）胚移植時に死亡している男性の精子を用いた胚の移植を行う場合、以下の要件を満たすときには当該男性は子の父とされる（HFEA2008 第 39 条(1)）。もっとも、当該男性が親とされる意義は、出生登録において親として記載されるという効果にとどまり、それ以上の法的効果をもたらすものではない（HFEA2008 第 39 条(3)）。なお、女性への生殖補助医療の提供がイングランド国内で行われたか否かを問わない（HFEA2008 第 39 条(2)）。

- (i) 当該男性が、自身の精子が死亡後に体外受精に用いられること又は自身の精子を用いて形成された胚が自身の死後に胚移植に用いられること、及びそれにより出生した子の父となることにつき書面により同意し、かつその同意が撤回されていないこと
- (ii) 出産した女性が子の出生後 42 日以内に、当該男性が父となることにつき書面により選択したこと
- (iii) 当該男性以外に、法の規定（婚姻及びパートナーシップ関係による推定、合意による父親又は親の条件充足、養子縁組）により父親又は他方の親とされる者がいないこと

死亡男性の同意が存在しない場合、HFEA により認可を受けた医療機関が当該男性の精子を用いて生殖補助医療を提供することは違法とされるため、イングランド国内の医療機関において行為規制に反して子が出生する可能性は低いといえる。他方、男性本人による同意ができない場合に、例外的に代理人による同意を認めた事案も存在する。R(on the application of M) v Human Fertilisation and Embryology Authority 事件³²では、死後生殖に関する同意を与えないまま婚姻関係にある男性が事故により回復不能の意識不明状態に陥ったところ、それまで夫婦間において生殖補助医療により第二子をもうける準備をしていたという事情があることに鑑み、意識不明状態にある男性の精子の採取及び生殖補助医療への使用は合法であるとして、裁判所は男性の近親者（配偶者女性ではない者）が男性の代理として同意を行うことを許可した。

（あきもと・なおこ）

いる（HFEA2008 第 40 条及び 46 条）が、死後生殖とは異なるためここでは扱わない。

³² [2016] EWCA Civ 611.

第5章 オーストリア

長野史寛

1 概説¹

(1) 婚姻・親子法制

オーストリアにおける婚姻法および親子法の概略は、以下のとおりである。

a カップルに関する諸制度

オーストリア法では、カップルに関する法制度として、婚姻の他、2009年に導入された登録パートナーシップが存在する（登録パートナーシップ法〔Eingetragene Partnerschaft-Gesetz〕）。これらは、従来、婚姻が異性のカップルを対象とし、登録パートナーシップが同性のカップルを対象とするという形で棲み分けられてきた。しかし、憲法裁判所は、2017年12月4日の判決²において、異性カップルと同性カップルとで異なる規律を設けるのは平等原則に反するとして、それぞれの制度に関する規定のうち、その適用対象を異性カップルまたは同性カップルに限定する文言を違憲無効と宣言し、これは2019年1月1日をもって発効した。その結果、現在では、異性カップル・同性カップルともに、いずれの制度を利用することもできる。そして、登録パートナーシップの効果は――立法当初からの変遷を経て――実質的な違いがないことになっているから³、現在では両制度の棲み分けのあり方が見えにくくなっている。

さらに、婚姻や登録パートナーシップにおけるような正式な手続を経ていないカップルも、生活共同体（Lebensgemeinschaft）として、個別の法律上、例えば賃貸借や相続に関して特別な扱いを受けることがある⁴。生活共同体については、統一的な規律は設けられておらず、様々な法律においてその概念が用いられているにとどまる。したがって、その法律上の

¹ 以下でオーストリア法に関し略語で引用する文献は、以下のものである。

- Flatscher-Thöni/Voithofer/(執筆者名), FMedG; Magdalena Flatscher-Thöni/Caroline Voithofer (Hrsg.), FMedG und IVF-FondsG (2019)

- Hinteregger, Familienrecht; Monika Hinteregger, Familienrecht, 9. Aufl. (2019)

- Koziol/Bydlinski/Bollenberger/(執筆者名), ABGB; Helmut Koziol/Peter Bydlinski/Raimund Bollenberger (Hrsg.), Kurzkomentar zum ABGB, 6. Aufl. (2020)

- Schwimann/Kodek/(執筆者名), ABGB; Michael Schwimann/Georg Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar Band 1 §§ 1-284, 5. Aufl. (2018)

² VfGH G 258/2017.

³ Hinteregger, Familienrecht, 155 ff. 婚姻において婚姻共同生活の維持義務（民法90条1項）とされるものが、登録パートナーシップにおいては共同生活および信頼関係の維持義務とされる（登録パートナーシップ法8条2項）といった形式的な違いがあるにとどまる。

⁴ Hinteregger, Familienrecht, 149 ff.

定義も存在しない。判例上、一般的に、婚姻との類似性、居住関係・経済関係・性関係の共同性が判断要素となるが、それらの全てが存在する必要があるわけではないとされる⁵。

b 親子法制の概略——母

次に、親子関係のうち、母子関係については、子を出生した者が母だと定められている（民法 143 条）。この規定により、母については常に「分娩者＝母」ルールが妥当する。

c 親子法制の概略——父

(i) 発生要件

他方、父子関係は、以下のいずれかの場合に発生するものとされている⁶。

- ① 当該男性が子の出生時に母と婚姻関係⁷にあったか、または母の夫として子の出生前 300 日以内に死亡した場合。
- ② 当該男性が子を認知した場合。
- ③ 当該男性が父であることが判決によって確認された場合。

③における判決が下されるための実体要件は、原則として、血縁上の父子関係の存在である（民法 148 条 1 項）。しかし、第三者提供精子による人工受精がされた場合には、後に該当箇所述べるような例外がある。

(ii) 変更可能性

以上のようにして一旦発生した親子関係は、親子関係不存在の確認や認知無効宣言等の一定の手続によって排除される可能性がある。その場合の実体要件は、基本的に、血縁関係の不存在である。しかし、ここでも、後に見るように、第三者提供精子を用いた人工授精がされた場合についての特則がある。

d 親子法制の概略——共同母

以上は、母のパートナーが男性である場合の規律である。他方、オーストリア法は、母のパートナーが女性である場合に、それが（父でも母でもなく）「親（Elternteil）」となる可能性を認めている。これは、一般にしばしば「共同母（Co-mutter）」と呼ばれるので⁸、以下でもこれによる。

共同母についての親子関係が発生するためには、父子関係の場合には存在しない前提要

⁵ Flatscher-Thöni/Voithofer/Flatscher-Thöni/Voithofer/Böttcher, FMedG, § 2 Rn. 7.

⁶ 詳しくは、長野史寛「第 1 部 ドイツ法・オーストリア法」大村敦志監修『各国の親子法制（養子・嫡出推定）に関する調査研究業務報告書』（商事法務研究会、2018 年）81 頁以下を参照。

⁷ 上述の憲法裁判所判決による無効が発効して以降は、登録パートナーシップでもよいことになると考えられる（Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf/Höllwerth, ABGB, § 144 Rn. 2）。

⁸ Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf/Höllwerth, ABGB, § 144 Rn. 4.

件が必要とされる。それは、子の出生前 300 日から 180 日の間に⁹、医学的手法による生殖医療が行われたことである。そのため、子が自然懐胎や医師によらない人工授精等により出生した場合には、母のパートナーである女性が直接に親となる余地はなく、養子縁組（連れ子養子）による他ない¹⁰。

その上で、以下のいずれかの場合に親子関係が発生するものとされている。これらは、父子関係に関する規律にならったものである。

- ① 当該女性が子の出生時に母と登録パートナーシップ関係¹¹にあったか、または母の登録パートナーとして子の出生前 300 日以内に死亡した場合。
- ② 当該女性が子を認知した場合¹²。
- ③ 当該女性が親であることが判決によって確認された場合。

共同母については、以上の点を除く他、父に関する規律を準用するものとされている（民法 144 条 3 項）。したがって、後に父子関係に関して述べるところは、共同母にも妥当することになる。

(2) 生殖補助医療に関する関連法制

オーストリアには、生殖補助医療を包括的に規律する法律として、生殖医療法（Fortpflanzungsmedizingesetz; FMedG）が存在する。これは、1992 年に制定された法律だが、当初は生殖医療の適用を異性カップルに限定していた。しかし、2013 年の憲法裁判所決定により、その限定が違憲無効とされたため、2015 年に、同性カップルへの適用拡大を含む同法の大規模な改正が行われている¹³。

2 全ての行為類型に共通の行為規制

生殖医療法 1 条は、生殖補助医療を「性行為以外の方法により懐胎を生じさせるための医学的手法の適用」と広く定義した上で、そうした生殖医療についての一般的な規制として、以下の内容を定めている。

⁹ このように定められているものの、早産または過期産によりこの期間に該当しないことになった場合にも、要件を充たすものとして扱うべきだとの見解がある（Schwimann/Kodek/Bernat, ABGB, § 144 Rn. 18）。

¹⁰ Hinteregger, Familienrecht, 191.

¹¹ 前注と同様に、現在では婚姻（同性婚）でもよいと考えられる（Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf/Höllwerth, ABGB, § 144 Rn. 4）。これに対し、生活共同体の当事者は、次の②または③の方法によるしかない。

¹² この場合、母について医学的方法による人工授精が行われたことを証明する書類を添付しなければならない（民法 145 条 1 項 2 文）とされている他は、認知が効力を失う場合を含め、男性による認知と同じ規律（長野・前掲報告書 85 頁以下参照）が妥当する。

¹³ その経緯の紹介として、渡邊泰彦「同性の両親と子——ドイツ、オーストリア、スイスの状況（その 5）」産大法学 51 巻 2 号（2017 年）63 頁以下及び 91 頁以下参照。

(1) 主体等についての規制

a 医師についての規制

生殖補助医療を行えるのは、独立して職務を遂行する資格を有する産婦人科の専門医に限られる（生殖医療法4条1項）。また、原則としてそのための許可を受けた医療機関においてのみ行うことが許される。ただし、女性の夫またはパートナーの精子を用いた体内授精については、上記の要件を充たす専門医の診療所においても行うことができる（以上、同2項）。

b 利用可能な当事者の範囲

生殖補助医療を利用できる主体は、婚姻、登録パートナーシップまたは生活共同体の当事者に限られている（生殖医療法2条1項）。前二者と異なり、生活共同体については、その存在が明確に把握できないことから、個別事案において医師が婚姻と同様の実体があるかどうかを判断する他ないとされている。

以上の規律は、まず、パートナーがいない者は生殖補助医療を利用できないことを意味する。これは、子が生まれた時点から1人の親しかいないという状態を避けるためだとされている。これに対し、カップルについては、建前上はどのような組み合わせであっても生殖補助医療の利用を妨げられない。しかし、代理懐胎が禁止されていることの結果として、男性同士のカップルには事実上生殖補助医療を利用する余地がない¹⁴。

c 利用目的の規制——補充性原則

また、生殖補助医療は、他の手段では目的を達成できない場合にのみ補充的に用いることができるものとされている。具体的には、その利用は以下のいずれかの場合に限るとされている（生殖医療法2条2項）。

- ① 研究および臨床の知見に照らし、性行為による懐胎をもたらすために用いる方法であって、当該カップルに期待可能なものが不成功に終わったか、成功の見込みがない場合。
- ② 重大な感染症が伝染する相当の危険性があるため、性行為による懐胎が長期にわたって期待できない場合。
- ③ 女性同士のカップルが懐胎を希望する場合。
- ④ 着床前診断が許容される場合。

さらに、複数の療法が利用可能な場合には、当事者への侵襲の程度が少なく、かつ発達可能な細胞の生じる数が少ないものを優先すべきものとされている。その際、子の福祉をも考慮すべきものとされている（以上、生殖医療法2条3項）。これは、生まれてくる子の健康状態等への配慮を求めるものである¹⁵。

¹⁴ 以上につき、Flatscher-Thöni/Voithofer/Flatscher-Thöni/Voithofer/Böttcher, FMedG, § 2 Rn. 2 ff.

¹⁵ Flatscher-Thöni/Voithofer/Flatscher-Thöni/Voithofer/Böttcher, FMedG, § 2 Rn. 48.

(2) 手続についての規制

a 重要事項についての説明・助言

生殖補助医療を行う際、医師は、遅くとも 14 日前までに、当事者であるカップルまたは卵子を提供する女性に対し、とりわけ以下の事項について、医学に関する素人にも分かるような表現で指導・助言を行わなければならない（生殖医療法 7 条 1 項）。

- ① 授精に至らない理由として考えられるもの。
- ② 施術の方法、その成功の見込みおよび侵襲の程度。
- ③ 施術が女性および生まれる子に対してもたらす結果および危険性。
- ④ 侵襲に際して用いられる医療製品および医薬品とその副作用。
- ⑤ 侵襲によってもたらされる不利益。
- ⑥ 万一の場合に必要な治療およびありうる後発的作用、とりわけ女性の生殖能力への影響。
- ⑦ 侵襲に関して必要となる費用。

説明・助言の対象は、生殖補助医療の当事者であるカップルと卵子提供者とを区別することなく規定されているものの、①から③は基本的に当事者であるカップルに対してのみ問題となる事柄である¹⁶。

この説明・助言の対象には、精子提供者が掲げられていない。これは、ここでの説明・助言義務が身体への侵襲に関するリスクを対象としているところ、精子提供者についてはほとんど侵襲がないからだとされる¹⁷。

b 心理的サポート

以上の他に、医師は、当事者であるカップル、卵子提供者または精子提供者に対して、心理的サポートの提供を提案するとともに、外部の支援機関への相談の可能性を説明しなければならない（生殖医療法 7 条 2 項）。ここでは、上記の説明・助言義務におけるのと異なり、精子提供者も対象に含まれている。

当事者であるカップルがこの心理的サポートを希望する場合、そこではとりわけ、第三者提供にかかる精子または卵子を用いた出産に伴う問題に配慮すべきものとされている（生殖医療法 7 条 3 項）。親が子の出自について適切な方法および時期において子に対して説明できるようにし、もって子の利益を保護することが、その主な狙いである¹⁸。

c 同意の法的効果についての公証人による助言

さらに、当事者であるカップルに対しては、次に述べる生殖補助医療への同意の法的効果について、施術に先立ち、公証人による詳細な助言が行われなければならない。ただし、婚姻関係にあるカップルについては、第三者提供の精子または卵子を用いる場合に限られる

¹⁶ Flatscher-Thöni/Voithofer/Ganner, FMedG, § 7 Rn. 7 ff.

¹⁷ Flatscher-Thöni/Voithofer/Ganner, FMedG, § 7 Rn. 14.

¹⁸ Flatscher-Thöni/Voithofer/Ganner, FMedG, § 7 Rn. 15.

(以上、生殖医療法 7 条 4 項)。同意の法的効果とは、要するに、後述のように血縁関係の不存在を理由として親子関係不存在の確認をすることができないということである。

d 同意

以上の説明を前提として、生殖補助医療を行うに際しては、カップル双方の同意が必要である (生殖医療法 8 条 1 項前段)。

(i) 主体

この同意は、カップルの当事者それぞれが一身専属的にのみ行うことができる。各当事者は、そのための判断能力を有していなければならない (生殖医療法 8 条 2 項)。「判断能力 (Entscheidungsfähigkeit)」とは、2018 年の改正で新たに導入された民法上の一般概念であって、「それぞれの場面における自らの行為の意味および帰結を理解し、それを踏まえて意思を形成し、それに即して行動する能力」を言う (民法 24 条 2 項第 1 文)。

(ii) 内容

同意は、以下の事項を含むものでなければならない (生殖医療法 8 条 3 項)。

- ① 生殖補助医療への明示的な同意。
- ② 第三者提供の精子または卵子を使用することへの同意 (該当する場合のみ)。
- ③ カップルの氏名、生年月日、出生地、国籍および住所。
- ④ 生殖補助医療が行われるべき期間。

(iii) 方式

①カップルが生活共同体である場合 (つまり、婚姻も登録パートナーシップも存在しない場合)、および②第三者提供の精子または卵子を使用する場合には、同意は公正証書の方式による必要があるとされている (生殖医療法 8 条 1 項後段)。②においては、親子関係に関する帰結を明確に認識させること、①においては、生殖補助医療の利用要件としての生活共同体が実際に存在することを確認することが、それぞれ目的だとされている¹⁹。

(iv) 撤回可能性

以上の同意は、施術に当たる医師に対し、精子、卵子または発達可能な細胞が女性の身体に移植される時点まで撤回することができる (生殖医療法 8 条 4 項前段)。要するに施術の実施までは撤回可能ということであり、当事者が撤回の意思表示をしているにもかかわらず生殖補助医療を実施するのは子の福祉に適わないというのがその趣旨である²⁰。

撤回には特別の方式を要せず、また当事者の判断能力の有無にかかわらず有効である。撤

¹⁹ Flatscher-Thöni/Voithofer/Steininger, FMedG, § 8 Rn. 16 f.

²⁰ ErlRV 445 BlgNR 25. GP 8.

回がされた場合、医師はそれを書面により記録し、また要求があれば証明書を発行すべきものとされている（生殖医療法 8 条 4 項後段）。

(v) 有効期間の上限

当事者は、上記のように、生殖補助医療が行われるべき期間を自ら設定することができる。しかし、これには 2 年の上限が設けられており、同意の時点から 2 年が経過するとそれは法律上当然に効力を失う（生殖医療法 8 条 5 項）。生殖補助医療を継続するためには、改めて明示的な同意がされる必要があり、施術継続による黙示的な同意は認められない²¹。

同意が有効である間は、当該同意は個々の施術の全てに及ぶ。ただし、一旦懐胎に至れば、それによって同意は消滅するものと解されている²²。

3 第三者の提供精子を用いた生殖補助医療

以上を前提に、生殖補助医療の個々の類型ごとに、行為規制および親子関係の扱いを以下で説明する。

(1) 行為規制

第三者提供精子による生殖補助医療については、上記の生殖補助医療一般の規制に加えて、以下の規制が設けられている。そのほとんどにおいて、精子提供と卵子提供が一括して同一の規制の対象とされているため、以下ではその限りで卵子提供の行為規制についても併せて説明する。

a 許される場合

まず、第三者の提供精子による生殖補助医療を行うことができるのは、次のいずれかの場合に限られている（生殖医療法 3 条 2 項）。

- ① 配偶者またはパートナーの精子が生殖能力を有しない場合。
- ② 女性同士の登録パートナーシップまたは生活共同体において行う場合。

b 事前検査

第三者提供の精子または卵子を用いた生殖補助医療は、そのための許可を受けた医療機関のみが行うことができ、それらの提供も、そうした医療機関に対してのみ行うことができる。それらの提供を受けた医療機関は、あらかじめ提供者および提供された精子または卵子を検査し、医学の研究および臨床の知見に照らして生殖能力があること、およびその使用によって施術を受ける女性および生まれる子に健康上の危険が及ばないことを確認しなければならない（以上、生殖医療法 11 条、12 条）。

²¹ Flatscher-Thöni/Voithofer/Steininger, FMedG, § 8 Rn. 48.

²² ErlRV 678 BlgNR 22. GP 7.

c 提供者の同意等

提供者については、その自己決定を保障する見地から一定の要件が定められている。すなわち、生殖補助医療を行うためには、精子または卵子の提供者が満 18 歳に達しており、かつ、それが第三者のために使用されることと、後述する子等への情報開示がありうることに ついて、医療機関に対して書面で同意したことが必要である（生殖医療法 13 条 1 項）。

この同意は、提供者のみが一身専属的に行うことができ、また判断能力を有していることを要する。同意は、いつでも医療機関に対して撤回することができ、撤回の時点以降は使用が許されない。撤回には特別の方式を要せず、また提供者の判断能力の有無にかかわらず有効である。撤回がされた場合、医師はそれを書面により記録し、また要求があれば証明書を発行すべきものとされている（以上、生殖医療法 13 条 2 項）。

以上の他、精子提供者は、その同意において、その精子が自らの指定する特定のカップルのためにのみ用いられるべき旨を定めることができる²³。これに対応して、カップルが精子提供者を指定することもできるとされている²⁴。

d 提供および使用の制限

精子・卵子の提供および使用については、次の制限が設けられている（生殖医療法 14 条）。

① 精子または卵子の提供者は、1 つの医療機関に対してのみ提供をすることができる。

医療機関は、提供者に対してこの点を教示しなければならない。

② 同一の提供者の精子または卵子は、最大 3 組のカップルについてのみ使用することができる。

③ 複数の男性の精子または複数の女性の卵子を同時に使用することはできない。

①と②は、同一の精子または卵子が過度に広範に生殖補助医療に使用されることにより近親相姦の可能性が高まることを回避するためのものである²⁵。③は、子と血縁関係のある男性または女性が特定できなくなるのを防ぐためである²⁶。

また、後述のように、提供者の死亡後はその精子の保管が禁止されている（生殖医療法 17 条 1 項）。

e 情報の記録

最後に、第三者提供の精子または卵子を用いた生殖補助医療に関しては、医療機関および担当の医師に対して、以下の情報記録義務が課されている。これらは、生殖補助医療の適法性に関する統制を目的とする他、医療機関の記録義務は、後述する子の出自を知る権利との関係で意味を持つ。

²³ Flatscher-Thöni/Voithofer/Steininger, FMedG, § 13 Rn. 11.

²⁴ Schwimann/Kodek/Bernat, ABGB, § 152 Rn. 3 Fn. 7.

²⁵ ErlRV 216 BlgNR 18. GP 21.

²⁶ ErlRV 216 BlgNR 18. GP 20.

(i) 医療機関の義務

医療機関は、精子または卵子を提供した第三者について、以下の事項を記録しなければならない（生殖医療法 15 条 1 項、2 項）。次に見る医師の記録義務と異なり、方式は特に指定されていない。

- ① 氏名、出生地、生年月日、国籍および住所。
- ② 両親の氏名。
- ③ 精子または卵子を提供した日時。
- ④ 事前検査（上述）の結果。
- ⑤ その精子または卵子が使用に供されたカップル。

これらの記録は、30 年の間医療機関が保管し、その後（あるいは医療機関の解散後）は州首相によって保管するものとされている（生殖医療法 15 条 3 項）。

(ii) 医師の義務

生殖補助医療を実施した医師は、以下の事項を書面で記録しなければならない。

- ① 当事者であるカップルの氏名、出生地、生年月日、国籍および住所。
- ② 使用された精子または卵子の提供者の氏名、出生地、生年月日、国籍および住所。
- ③ 施術の理由、方法および結果。
- ④ 生殖補助医療を用いるための要件の存在。
- ⑤ その他、医学の研究および臨床の知見に照らして、懐胎、子の出生およびその健全な発育にとって重要な事情。

以上の記録は、当事者であるカップルおよび精子・卵子の提供者の同意に関する書面と併せて、医療機関において 30 年間保管し、その後は州首相によって無期限に保管するものとされている（生殖医療法 18 条 3 項）。

(2) 親子関係

第三者による精子提供の場合、分娩者である女性が子の母となるが、通常それは同時に血縁上の母でもあるから、特に問題は生じない。以下では、父子関係の扱いについてのみ説明する。

a 婚姻カップル間

カップルが婚姻関係にある場合（登録パートナーシップの場合も同様）には、上述のとおり、婚姻関係に基づいて父子関係が発生する。したがって、問題は、親子関係不存在の確認をすることができるかという形で現れる。

親子関係不存在確認の実体要件は、原則として、血縁関係の不存在である。しかし、第三者提供精子による生殖補助医療がされた場合については、特則が設けられている。それによると、①その生殖補助医療が医学的手法によって行われ、かつ②父がそれにつき公正証書に

より同意をしていた場合には、それによって生まれた子が自らの血縁上の子ではない旨の確認を求めることができない（民法 152 条）。このことは、父だけでなく、子についても妥当する²⁷。後述のように精子提供者が通常父とされない中で、子が父を失うことは子の福祉に反するとの後見的配慮がその背後にある²⁸。

以上の①②の要件さえ充たせば、上記の特則が妥当する。それらに関わらない行為規制違反は意味を持たない。

もっとも、親子関係不存在確認を求める者が、その子が当該人工授精によって生まれたのではないとの主張・立証をすることはできると解されている。これに対し、カップルが指定した提供者とは別の提供者の精子が誤って用いられたとしても、同意の効果は及び、親子関係不存在確認はできないとする見解が有力である²⁹。

b 非婚姻カップル間

以上に対し、カップルが婚姻関係にない場合には、婚姻により親子関係が発生することはないため、母のパートナーが子を認知したのでない限り、父子関係確認の訴えの問題となる。

父子関係確認の実体要件は、原則として、血縁関係の存在である。しかし、第三者提供精子による生殖補助医療がされた場合に関し、次の 2 つの表裏をなす例外がある。

- ① 子の出生前 300 日から 180 日までの間に、医学的手法により行われる、第三者の提供する精子を用いた人工授精が母に対して行われたときは、これについて公正証書により同意していた男性が父とされる。ただし、子が当該人工授精によって生まれたのではないことをこの男性が証明したときは、この限りでない（民法 148 条 3 項）。
- ② 上記の場合において、提供者が医療機関に対し、その精子を用いて生まれた子の父とされない意思をもって精子を提供していた³⁰ときは、この提供者は人工授精により生まれた子の父とはされない（民法 148 条 4 項）。

ここでも、以上の点に関わらない行為規制違反は、上記特則の適用にとって意味を持たない³¹。

c 精子提供者の法的地位

(i) 裁判による父子関係確認

精子提供者については、上述のとおり、一定の要件の下で、父子関係確認の対象とはなら

²⁷ Schwimann/Kodek/Bernat, ABGB, § 152 Rn. 1. このことは、本文直前にあるように、民法 152 条が主体を限定しない定め方になっていることから導かれる。

²⁸ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 25; ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 19.

²⁹ Schwimann/Kodek/Bernat, ABGB, § 152 Rn. 3.

³⁰ このことは、精子提供に際しての同意によって担保される (Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf/Höllwerth, ABGB, § 148 Rn. 7)。

³¹ Schwimann/Kodek/Bernat, ABGB, § 148 Rn. 8.

ないものとされている。これにより、精子提供の促進が図られている³²

(ii) 認知

これに対し、(考えにくいことだが) 提供者の側から子を認知することは、認知の一般的要件および方式を充たす限り可能である³³。これに対し、子や母は異議を申し立てることができるが、これに対して、認知者が子との血縁関係を証明すれば、申立ては認められないと定められている(民法 154 条 2 項)。この規定による限り、精子提供者は、仮に望むならば子の父としての地位を確定的に取得できることになる。

(iii) 子の出自を知る権利

子の出自を知る権利については、生殖医療法 20 条 2 項に規定がある。それによると、第三者提供の精子または卵子で出生した子は、満 14 歳に達した後、医療機関が同法 15 条 1 項に基づき記録した事項について情報の開示を求めることができる。具体的には、提供者の①氏名、出生地、生年月日、国籍および住所、②両親の氏名、③精子または卵子を提供した日時、④事前検査の結果である。

この請求は、その時点での保管の主体を相手方とする。すなわち、原則として、施術から 30 年は医療機関、その後は州首相である³⁴。

もっとも、以上の権利は、自分が第三者提供の精子または卵子によって出生したという事実、およびそれを実施した医療機関を子が知らない限り、事実上意味がない。そうすると、親がそれらの情報を子に与える義務があるかどうかが問題となる。この点は、法は家庭に入らずとの理由により、一般に否定に解されている。むしろ、子の出自に関する事情をそもそも、いつ、またどのように子に伝えるかは、親が自らの責任で決定すべきことだと考えられている³⁵。

4 第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

第三者提供卵子を用いた生殖補助医療は、オーストリアにおいて、2015 年の生殖医療法改正により適法化されるに至った。

a 許される場合

第三者の提供卵子による生殖補助医療を行うことができるのは、次の要件の双方を充たす場合に限られている(生殖医療法 3 条 3 項)。

- ① 懐胎を望む女性の卵子が生殖能力を有しないこと。

³² ErläutRV FMedG 216 BlgNR 18. GP 26.

³³ Schwimann/Kodek/Bernat, ABGB, § 145 Rn. 5.

³⁴ Flatscher-Thöni/Voithofer/Maier, FMedG, § 20 Rn. 11.

³⁵ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 23.

② 施術開始の時点で当該女性が満 45 歳に達していないこと。

②に言う「施術開始」とは広く解すべきで、最初の診察や心理的サポートのための対応の時点で既に施術開始と言えるとする見解がある³⁶。

b その他の規制

その他の行為規制は、基本的に、上述の第三者提供精子による生殖補助医療と同じである。ただし、卵子提供に特有の規制として、他人に提供すべき卵子の採取は、満 18 歳から満 30 歳までの期間にのみ行うことができるとされている（生殖医療法 2b 条 2 項）。

(2) 親子関係

a 母子関係

以上の規制に違反して第三者による卵子提供がされたとしても、一般原則としての「分娩者＝母」ルール（民法 143 条）が常に妥当する。その結果、卵子提供を受けて子を生んだ女性が法律上の母となる。この母子関係は、否認の対象となる余地がないという意味において、終局的・確定的なものである。この扱いは関係当事者の希望に沿うものだから、それで特に問題は生じない。

b 父子関係

父子関係についても、一般原則による。卵子提供の場合、通常は母の夫ないしパートナーの精子が使用されるはずだから、父となろうとする者と血縁上の父とは一致しており、やはり特に問題は生じない。

5 第三者の提供胚を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

第三者提供胚を用いた生殖補助医療の適法性については、オーストリアの生殖医療法上、必ずしも明示的な定めが存在しない。一般的な形で、一定の場合に第三者提供の精子または卵子を用いることができる他は、カップル自身の精子または卵子のみを生殖補助医療に用いることができる旨の定めがあるだけである（生殖医療法 3 条 1 項）。しかし、一般的には、この規定の反対解釈として、第三者提供胚の利用は許されないものと解されている³⁷。

(2) 親子関係

a 母子関係

以上の規制に違反して第三者による胚提供がされたとしても、一般原則としての「分娩者＝母」ルール（民法 143 条）が常に妥当する。その結果、胚提供を受けて子を生んだ女性が

³⁶ Flatscher-Thöni/Voithofer/Flatscher-Thöni/Voithofer/Böttcher/Werner-Felmayer, FMedG, § 3 Rn. 12.

³⁷ Flatscher-Thöni/Voithofer/Flatscher-Thöni/Voithofer/Böttcher/Werner-Felmayer, FMedG, § 3 Rn. 18.

法律上の母となる。この母子関係は、否認の対象となる余地がないという意味において、終局的・確定的なものである。この扱いは関係当事者の希望に沿うものだから、それで特に問題は生じない。

b 父子関係

これに対し、父子関係については、第三者による胚提供の場合に父となろうとする者と血縁上の父とが一致していないことから、問題がある。この点についての議論は参照しえた限りでは見当たらないが、一般原則どおり血縁関係が最終的な基準となるか、精子提供について同意したパートナーを父とし、提供者を父としない上記の諸規定の類推適用を認めるかのいずれかということになる。

6 代理懐胎

(1) 行為規制

代理懐胎についても、上記の胚提供と同様、必ずしも明文の禁止規定があるわけではない。しかし、これが認められないことについては見解の一致がある。

(2) 親子関係

以上の規制に違反して代理懐胎がされたとしても、一般原則としての「分娩者＝母」ルール（民法 143 条）が常に妥当する。その結果、代理母が終局的・確定的に法律上の母となる。依頼者が法律上の親となるには、養子縁組の手続による他ない。

(3) 国際私法

問題は、代理懐胎が外国で行われた場合に、血縁上の母が法律上の親となることができるかどうかである。

a 外国判決等の承認

この場合、まずは母子関係を確認した外国判決等で、オーストリアで承認されるべきものがあるかどうかの問題となる。これについては、明文の規定はない。しかし、養子縁組に関して、外国の裁判が確定しており、かつ承認拒絶事由がない場合にはオーストリア国内で承認される旨の規定があるところ（非訟事件手続法〔Außerstreitgesetz〕91a 条 1 項）、判例は親子関係に関する決定についてもこの規定を類推適用している³⁸。

(i) 対象

ここに言う「裁判（*Entscheidung*）」は、判例上、広く解されている。すなわち、裁判所の判決のような形成効のある決定に限られず、裁判所や官庁による親子関係形成への「協働

³⁸ OGH 27.11.2014, 2 Ob 238/13h.

(Mitwirkung)」があれば足りるとされている。その際、内容の正確性の審査等は不可欠でなく、例えば認知の意思表示の単なる記録や公証でも足りるとされている³⁹。もっとも、そうした協働の要素を含まない単なる出生証明書の発行などは、決定には当たらないと解されている⁴⁰。

(ii) 承認拒絶事由

承認拒絶事由として最も重要なのが、公序良俗違反である（非訟事件手続法 91a 条 2 項 1 号）。オーストリア国内では代理懐胎を禁止する趣旨で常に分娩者が母とされていることから、代理懐胎の場合に血縁上の母を親とすることは公序良俗に反するようにも見えるが、憲法裁判所はこれを否定している⁴¹。それによると、代理懐胎がオーストリア国内で強行法規的に禁止されているからといってそれが直ちに公序良俗の一内容をなすことにはならないこと、また、血縁上の母との親子関係を認めないことは子の福祉に明らかに反することなどがその理由とされている。

b 準拠法

以上のような承認すべき外国判決等が存在しない場合、オーストリア国内で準拠法による解決がされるべきことになる。この場合の扱いについては判例がなく、学説上論じられているにとどまる。

オーストリア国際私法⁴²上、親子関係に関する準拠法の定め方は、嫡出子と非嫡出子とで区別して定められている。嫡出・非嫡出という区別自体は、2013 年の民法改正で消滅したものの、国際私法典においてはこの区別がなお残存している⁴³。それによると、嫡出子については、子の出生時における両親の本国法が同じ場合はそれにより、そうでない場合には出生時における子の本国法が準拠法となる（国際私法 21 条）。非嫡出子については、原則として出生時における子の本国法によるが、その後の時点における本国法によれば親子関係が認められる場合には、それによる（国際私法 25 条 1 項）。

以上によると、両親の国籍が異なり、かつ、代理懐胎を行った国で出生地主義が妥当しているなどの理由により、子がその国の国籍を取得している場合には、その国の法によって親子関係が認められる可能性がある。そうでない場合には、通常オーストリア法が適用されることになり、それによると上記のとおり血縁上の母との親子関係は認められないことになる。しかし、この場合にも、例外的に出生地法による親子関係の存在をもって子の国籍取得を認める国籍法 7 条 3 項⁴⁴の類推適用や、家族生活の尊重を定める EU 人権条約 8 条を援用

³⁹ 以上につき、OGH 27.11.2014, 2 Ob 238/13h.

⁴⁰ Flatscher-Thöni/Voithofer/Lurger, FMedG, IPR Rn. 13.

⁴¹ VfGH 14.13.2011, B 13/11.

⁴² Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG).

⁴³ 改正の際に忘れられたと言われている（Flatscher-Thöni/Voithofer/Lurger, FMedG, IPR Rn. 18 Fn. 12）。

⁴⁴ 国籍法 7 条。

するなどして、血縁上の母との親子関係の成立を認めるべきだと説かれている⁴⁵。

7 死後生殖

(1) 行為規制

死後生殖についても、必ずしも明文の禁止規定があるわけではない。もっとも、主体の死後にその精子または卵子の保管が禁止されているため（同 17 条 1 項）、その帰結として、通常は死後生殖を行うこともできないことになる。もっとも、医療機関が精子または卵子の主体の死亡について適時に知ることができる制度的保障はないため⁴⁶、実際には死後生殖がされる可能性がある。

(2) 親子関係

死後生殖がされた場合の母子関係については、一般原則どおり分娩者が母となるということに問題はない。父子関係についても、一般原則どおり、最終的には血縁関係が基準となると解されている。なお、男性の死亡時点で婚姻または登録パートナーシップ関係が存在した場合において、その死亡時から 300 日以内に生まれた子については、当然に父子関係が発生する（民法 144 条 1 項 1 号）点に注意を要する。

（ながの・ふみひろ）

-
- (1) 子は、以下のいずれかの場合に、その出生時をもって国籍を取得する。
- ① 民法 143 条に基づき母とされる者が国籍を有しているとき。
 - ② 民法 144 条 1 項 1 号に基づき父とされる者が国籍を有しているとき。
 - ③ 父が国籍を有しており、この父が民法 144 条 1 項 2 号に基づき子を認知したとき。
 - ④ 父が国籍を有しており、この父との父子関係が民法 144 条 1 項 3 号に基づき裁判によって確認されたとき。
- (2 項略)
- (3) 1 項の規定にかかわらず、外国で生まれた子は、以下のいずれの要件をも満たす場合には、国籍を取得する。
- ① 出生の時点で、出生地の法によればオーストリア国籍の者が父または母であること。
 - ② オーストリア国籍を取得しない場合には無国籍となること。
- ⁴⁵ Flatscher-Thöni/Voithofer/Lurger, FMedG, IPR Rn. 13.
⁴⁶ Flatscher-Thöni/Voithofer/Schwamberger, FMedG, § 17 Abs. 1 Rn. 5.

第6章 スイス

長野史寛

1 概説¹

(1) 婚姻・親子法制

スイスにおける婚姻法および親子法の概略は、以下のとおりである。

a 婚姻法制

婚姻の当事者は、異性のカップルに限られている（民法〔Zivilgesetzbuch〕94条1項²）。同性カップルについては、2004年より登録パートナーシップの利用が可能となっている（パートナーシップ法〔Partnerschaftsgesetz〕）。

b 親子法制——母

母については、出生により親子関係が発生すると定められている（民法252条1項）。この規定により、母については常に「分娩者＝母」ルールが妥当する。

c 親子法制——父

一方、父子関係は、母との婚姻関係、認知または裁判所の判決により生じる（民法252条2項）。具体的には以下のとおりである³。なお、オーストリアと異なり、母の登録パートナーが親となる可能性は認められておらず、養子縁組（連れ子養子）のみが可能とされている（登録パートナーシップ法27a条）。

¹ 以下でスイス法に関し略語で引用する文献は、以下のものである。

- Geiser/Fountoulakis/(執筆者名), ZG; Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl. (2018)

- Büchler/Rütsche/(執筆者名), FMedG; Andrea Büchler/Berhard Rütsche (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizingesetz (2020)

- Müller-Chen/Lüchinger/(執筆者名), IPRG; Markus Müller-Chen/Corinne Widmer Lüchinger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG Band I, 3. Aufl. (2018)

² ドイツ語正文は「Brautleute」、イタリア語正文は「sposi」だが、フランス語正文は「l'homme et la femme」となっており、これにより同性カップルの排除が明確にされている（Geiser/Fountoulakis/Montini/Graf-Gaiser, ZG, Art. 94 Rn. 4a）。

³ 大村敦志監修『各国の親子法制（養子・嫡出推定）に関する調査研究業務報告書』（商事法務研究会、2018年）ではスイス法を取り上げていなかったため、以下ではドイツおよびオーストリアよりも若干詳しくこの点を説明する。

(i) 婚姻による発生

婚姻中に生まれた子については、母の夫が父となる（民法 255 条 1 項）。夫の死亡後に生まれた子については、出生が死亡後 300 日以内であるか、その後であっても死亡前に懐胎したことが証明される場合には、同様に母の夫が父となる（同 2 項）。もっとも、夫の死亡後 300 日以内に子が出生した場合において、その時点で既に母が別の男性と婚姻していた場合には、当該男性が父となる。ただし、次に述べるところによりこの男性についての父子関係が否認された場合には、死亡した当初の夫が父となる（以上、民法 257 条）。

もっとも、以上による父子関係は「推定」されるにとどまり、この推定は否認の訴えにより排除される可能性がある。この訴えを提起できるのは、原則として、母の夫⁴と、子が未成年の間に夫との共同生活が終了した場合における子である（民法 256 条 1 項）。以上に対し、母には否認権がない⁵。被告は、母の夫が原告の場合は母と子、子が原告の場合は母とその夫である（同 2 項）。

提訴期間は、夫については、子の出生および自身が血縁上の父ではないこと、または懐胎時期に母が第三者と性交渉を持ったことを知った時点から 1 年以内だが、出生から 5 年を超えることはできない（民法 256c 条 1 項）。子については、成年（満 18 歳以上の者。民法 14 条）に達してから 1 年以内である（同 2 項）。ただし、夫と子いずれについても、それぞれの期間経過後も、重大な事由がある場合には例外的になお提訴が可能である（同 3 項）。

ここでの実体要件は血縁上の父子関係の不存在だが、その証明責任については、以下のよう定められている。

- ① 子を婚姻中に懐胎した場合には、原告の側で血縁関係の不存在を証明しなければならない（民法 256a 条 1 項）。
- ② 子が婚姻開始の 180 日後から死亡による婚姻解消の 300 日後までの間に出生した場合には、婚姻中の懐胎が推定される（民法 256a 条 2 項）。
- ③ ただし、婚姻開始前、または共同生活終了後に子を懐胎した場合には、逆に血縁関係の不存在が推定される（民法 256b 条 1 項）。懐胎の時期の推定については、②のルールが類推適用されると解されている⁶。
- ④ ③の場合でも、懐胎時期に父が母と性交渉を持ったことが疎明されれば、なお血縁関係が推定される（民法 256b 条 2 項）。夫の精子を用いた体内受精についても、性交渉と同じ扱いが妥当すると解されている⁷。

以上の否認の訴えが認容された場合、父子関係は子の出生時にさかのぼって存在しなかったものとして扱われる⁸。

⁴ 夫が死亡し、または判断能力を失った場合、その両親が提訴権を有する（民法 258 条 1 項）。

⁵ 立法論としては批判がある（Geiser/Fountoulakis/Schwenzer/Cottier, ZG, Art. 256 Rn. 6）。

⁶ Geiser/Fountoulakis/Schwenzer/Cottier, ZG, Art. 256a/256b Rn. 8.

⁷ Geiser/Fountoulakis/Schwenzer/Cottier, ZG, Art. 256a/256b Rn. 9.

⁸ Geiser/Fountoulakis/Schwenzer/Cottier, ZG, Art. 256 Rn. 16.

(ii) 認知による発生

子に母のみがいる場合、父は子を認知することができる（民法 260 条 1 項）。認知の意思表示は、公務員の門前で、または遺言⁹により行う。また、後述の父子関係確認の訴えが提起されている場合には、裁判所の門前で行うこともできる（以上、同 3 項）。

認知の意思表示をするためには、判断能力がなければならない。「判断能力（Urteilsfähigkeit）」とは、低年齢、精神的・心理的障害、酩酊その他の事情の影響を受けることなく合理的に行動することができる能力を言い（民法 16 条）、これを欠く行為は原則として法律効果を生じさせない（同 18 条）。この判断能力は行為の性質に応じて相対的に判断すべきものとされているところ¹⁰、認知に関しては概ね 14～16 歳で判断能力ありと言われている¹¹。また、その意思表示は一身専属的にのみ行うことができる。もっとも、本人が未成年者等の場合には、法定代理人の同意が必要である（民法 260 条 2 項）。

法律上の父の不存在が認知の要件であるが、既に存在する父子関係の否認を条件とする認知が有効かどうかについては、判例はこれを否定するものの¹²、子の利益を重視して肯定に解すべきだとの学説が有力である¹³。

認知の時期については明文の定めがないが、子の懐胎以降は、その死亡後も含め、いつでも可能と解されている。もっとも、懐胎前の認知は認められない¹⁴。

以上の認知の意思表示に対しても、否認の訴えが可能とされている。訴えを提起できるのは利害関係を有する全ての者であり、とりわけ母、子、子が死亡した場合のその子孫および認知者の居住地の自治体が例示されている（民法 260a 条 1 項）。自治体が挙げられているのは、認知者が扶養義務を負う結果として生活保護を必要とする可能性があるからだと説明されるが¹⁵、立法論的批判もある¹⁶。以上に対し、認知をした本人は、原則として否認の訴えを提起できない。例外は、自己または身近な者の生命、健康、名誉または財産に対する重大な危険をもってする強迫、または父子関係についての錯誤の結果として認知をした場合にのみ認められる（民法 260a 条 2 項）。否認の訴えの被告となるのは、認知者および子であるが、その一方が原告である場合は他方のみである（民法 260a 条 3 項）。

提訴期間は、原告が認知の事実および認知者が血縁上の父ではないこと、または懐胎時期に母が第三者と性交渉を持ったことを知った時点から 1 年以内、もしくは認知者が錯誤に気づき、または強迫の影響から逃れた時点から 1 年以内である。もっとも、いずれの場合にも、出生から 5 年を超えることはできない（民法 260c 条 1 項）。もっとも、子については、

⁹ 文言上は「終意処分（*letztwillige Verfügung*）」であり、これは遺言の他に相続契約（*Erbvertrag*）を含むが、相続契約による認知は認められないと解されているため（Geiser/Fountoulakis/Fankhauser, ZG, Art. 260 Rn. 16）、結局本文に述べたようになる。

¹⁰ Geiser/Fountoulakis/Fankhauser, ZG, Art. 16 Rn. 34 ff.

¹¹ Geiser/Fountoulakis/Schwenzer/Cottier, ZG, Art. 260 Rn. 8.

¹² BG 26.11.1981, BGE 107 II 403.

¹³ Geiser/Fountoulakis/Schwenzer/Cottier, ZG, Art. 260 Rn. 3.

¹⁴ 以上、Geiser/Fountoulakis/Schwenzer/Cottier, ZG, Art. 260 Rn. 5.

¹⁵ BG 12.10.2017, BGB 143 III 624.

¹⁶ Geiser/Fountoulakis/Schwenzer/Cottier, ZG, Art. 260a Rn. 5.

以上にかかわらず、成年に達してから 1 年が経過するまでは常に提訴が可能である（同 2 項）。さらに、いずれの提訴権者についても、期間経過後も、重大な事由がある場合には例外的になお提訴が可能である（同 3 項）。

ここでの実体要件は血縁上の父子関係の不存在であり、これを原告が証明しなければならないのが原則である。ただし、母または子が原告である場合、認知者が懐胎時期に母と性交渉を持ったことを疎明した場合にのみその証明が必要となる。

以上の否認の訴えが認容された場合、父子関係は子の出生時にさかのぼって存在しなかったものとして扱われる¹⁷。

(iii) 裁判による発生

以上のいずれによっても父子関係が存在しない場合、母または子は、父子関係確認の訴えを提起することができる（民法 261 条 1 項）。被告は原則として父とされる者であり、その死後はその子孫、両親または兄弟姉妹、それらが存在しない場合には、その最後の住所地を管轄する官庁である（同 2 項）。

提訴期間は、母については出生時から 1 年以内、子については成年に達した時点から 1 年以内である。ただし、他に父がいる場合には、以上に加えて、その父子関係が否認されてから 1 年以内である必要もある。もっとも、以上の期間経過後も、重大な事由がある場合には例外的になお提訴が可能である（民法 261 条 3 項）。

ここでの実体要件は血縁上の父子関係の存在だが、これについては、次のような証明ルールが設けられている（民法 262 条）。

- ① 当該男性が出生前 300 日前から 180 日前の期間中に母と性交渉を持った場合には、その男性についての父子関係が推定される（1 項）。
- ② ①の期間外に子を懐胎した場合において、当該懐胎時期に当該男性と母とが性交渉を持った場合にも、①と同様に父子関係が推定される（2 項）。
- ③ 当該男性が、自らが父であることがありえないこと、または他の男性が父である可能性の方が高いことを証明すれば、以上の推定は覆される（3 項）。

以上の確認の訴えが認容された場合、父子関係は子の出生時からさかのぼって存在したもののとして扱われる¹⁸。

(2) 生殖補助医療に関する関連法制

生殖補助医療に関しては、連邦憲法（*Bundesverfassung*）においてこれを規制する規定が置かれているのがスイス法の特徴である。すなわち、連邦憲法 119 条 2 項 c 号は「生殖補助医療の方法は、不妊又は重篤な疾患の移転の危険の除去のためにその他の方法が存在しない場合にのみ、用いることが許される。ただし、子どもに特定の性質を付与すること又は研

¹⁷ Geiser/Fountoulakis/Schwenzer/Cottier, ZG, Art. 260a Rn. 10.

¹⁸ Geiser/Fountoulakis/Schwenzer/Cottier, ZG, Art. 261 Rn. 18.

究を目的としてはならない。女性の体外での人間の卵細胞の受精は、法律が定める条件の下でのみ許される。直ちに女性に移植することができる数の人間の卵細胞のみが、女性の体外において胚にまで成長させることが許される」と定め、同 d 号は「胚の提供及びあらゆる種類の代理懐胎は、許されない」としている。

より詳細な定めは、生殖医療法 (Fortpflanzungsmedizingesetz; FMedG) に置かれている。以上の憲法の定めを受け、その内容はかなり保守的なものとなっている。以下で説明する行為規制は、基本的にこの法律によるものである。

2 全ての行為類型に共通の行為規制

生殖医療法は、生殖補助医療を「性交渉によらずに懐胎をもたらす手法」と定義した上で (2 条 a 号)、その利用についての規制を設けている。ここでは、こうした生殖補助医療一般についての規制を概観する。

(1) 主体等についての規制

a 医師についての規制

生殖補助医療を行うためには州の許可が必要であり (生殖医療法 8 条 1 項 a 号)、この許可は医師のみが取得できる (同 9 条 1 項)。そのための要件として、必要な訓練を受けており、必要な設備を保有していることなど、一定の要件が定められている (同 2 項)。

b 利用可能な当事者の範囲

大原則として、生殖補助医療は、子の福祉が保障される場合にのみ利用することができる」とされている (生殖医療法 3 条 1 項)。これを具体化する形で、生殖補助医療を利用できる主体は、以下の要件の双方を充たすカップルに限定されている (同 2 項)。

- ① 民法の規定に基づきその双方との関係で親子関係が成立する可能性があること。
- ② その年齢および個人的事情に照らし、子の成年までその世話および教育をできる見込みがあること。

①により、同性のカップルやパートナーのいない者は生殖補助医療を受けることができない¹⁹。登録パートナーについては、その旨の明文の規定がある (パートナーシップ法 28 条)。

②では当事者であるカップルの年齢が挙げられているものの、具体的な上限は定められておらず、個々の事例における判断は医療機関に委ねられている²⁰。そこに言う「個人的事情」についても、具体的内容は定められておらず、医療機関の判断に委ねられているが、当事者であるカップルの身体的・精神的な健康状態が最も重要であることには疑いがない²¹。

¹⁹ Büchler/Rütsche/Büchler/Clausen, FMedG, Art. 3 Rn. 40.

²⁰ Büchler/Rütsche/Büchler/Clausen, FMedG, Art. 3 Rn. 47 ff.

²¹ Büchler/Rütsche/Büchler/Clausen, FMedG, Art. 3 Rn. 59 ff.

c 利用目的の規制

さらに、以上の要件を充たすカップルが生殖補助医療を利用できるのは、次のいずれかの場合に限られている（生殖医療法5条）。

- ① カップルの生殖不能の克服が目指されており、かつ、その他の施術が奏功せず、または成功の見込みがない場合。
- ② 重大な病気が子に遺伝する危険があり、それがその他の方法では回避できない場合。子どもに特定の性質を付与すること、または研究を目的とすることは、先に見た憲法119条2項c号において明示的に禁止されている。

(2) 手続についての規制

a 説明・助言

(i) 一般的な説明・助言

生殖補助医療を行うに先立ち、医師は当事者であるカップルに対し、以下の事項を十分に説明しなければならない（生殖医療法6条1項）。

- ① 懐胎に至らない可能性としてありうるもの。
- ② 医学的手法およびその成功可能性ならびに危険性。
- ③ 多胎出産のリスク。
- ④ 精神的・身体的な負担の可能性。
- ⑤ 法的・金銭的な事柄。

説明に際しては、生活形成および子を持つ希望の実現のためのその他の可能性についても、適切な形で指摘しなければならない（生殖医療法6条2項）。以上の説明と施術の間には十分な熟慮期間、原則として4週間の期間が必要である。また、第三者による助言の可能性も指摘しなければならない（以上、同3項）。さらに、施術の前、間または後には、心理的サポートを提供しなければならない（同4項）。

(ii) 追加的な説明・助言

以上の一般的な説明・助言に加えて、重大な病気の遺伝を防止する目的で配偶子または胚の遺伝形質を検査し、または精子提供を受ける場合には、医師は、高圧的でなく、かつ専門的な遺伝的助言をしなければならない。その際、以下の事項を十分に説明しなければならない（生殖医療法6a条1項）。

- ① 当該病気の頻度、意味、発症の可能性およびありうる帰結。
- ② 当該病気に対してとりうる予防措置および治療措置。
- ③ 当該病気を持つ子と生活を形成していく可能性。
- ④ 遺伝形質の検査結果の信頼性および誤りの可能性。
- ⑤ 生殖補助医療が子孫に対してもたらしうる危険。
- ⑥ 障害児を持つ親の団体等。

以上の助言においては、当事者の個人的・家庭的な事情のみを考慮し、社会一般の利益を考慮してはならない（生殖医療法 6a 条 2 項）。検査を受けて母胎に移植する胚を選出する際には、改めて助言をしなければならない（同 3 項）。以上の助言につき、医師は記録を作成しなければならない（同 4 項）。

b 同意

以上の説明・助言を前提として、当事者であるカップルは、生殖補助医療を行うことにつき書面で同意する必要がある。この同意は、3 回の施術が奏功しなかった場合には、改めてする必要がある。その際、相当な熟慮期間が確保される必要がある（以上、生殖医療法 5b 条 1 項）。生殖補助医療を行うに際して多胎出産のリスクが高い場合には、カップルが多胎児の出生についても了承している必要がある（同 3 項）。

この同意は、提供者のみが一身専属的に行うことができ、また判断能力を有していることを要し、かつそれで足りると解されている²²。

生殖医療法に明文の規定はないものの、以上による同意の撤回は、特定の方式を要せずして可能とされる²³。ただし、施術の直接の対象ではない当事者（すなわち、通常は男性）から一方的にする撤回がどこまで可能かについては、問題がある。この点に関連することとして、冷凍保存された胚または受精卵を再活性化するためにはカップル双方の書面による同意が必要とされている（生殖医療法 5b 条 2 項）。したがって、男性がこの段階で既に与えていた同意を（再活性化への同意をしないことによって）撤回することはできる。問題は、胚または受精卵が再活性化された後、または冷凍保存を経ずに使用する予定でそれらが作成された後の段階で、男性が一方的に同意を撤回できるかどうかであり、そのように胚または受精卵を女性の体内へ移植する直前の段階での一方的撤回はもはやできないと解されている²⁴。

3 第三者の提供精子を用いた生殖補助医療

以上を前提に、生殖補助医療の個々の類型ごとに、行為規制および親子関係の扱いを以下で説明する。

(1) 行為規制

第三者の提供精子を用いた生殖補助医療に関しては、上記の生殖補助医療一般の規制に加えて、以下の行為規制が設けられている。

²² Büchler/Rütsche/Aebi-Müller/Odermatt, FMedG, Art. 5b Rn. 9.

²³ Büchler/Rütsche/Aebi-Müller/Odermatt, FMedG, Art. 5b Rn. 39. 相手方については、管見の限り明確に論じられていない。おそらく、ドイツと同様の背景があるものと思われる（第 1 章注 13 参照）。

²⁴ Büchler/Rütsche/Aebi-Müller/Odermatt, FMedG, Art. 5b Rn. 41 ff.

a 精子提供の制限

精子提供者となるべき者は、医学的見地から慎重に選出されなければならない。とりわけ、懐胎する女性にとっての健康上の危険は、可能な限り排除されなければならない。これに対し、医学的観点以外の要素を選出の基準とすることは許されない（以上、生殖医療法 19 条 1 項）。精子提供者は、同一の医療機関にのみ精子を提供することができ、医療機関はこのことを提供前に明示的に教示しなければならない（同 2 項）。これは、後述のように同一の男性の提供精子により出生する子の上限が 8 人とされているところ、これを担保するための規律である。

b 精子提供者への説明とその同意

精子提供者に対しては、提供に先立ち、法律上の扱い、とりわけ後述する子の情報開示請求権について、書面による説明をしなければならない（生殖医療法 18 条 2 項）。その上で、精子提供者は提供精子の使用につき書面で同意する必要がある（同 1 項）。この同意は、提供精子による授精がされるまではいつでも撤回できるが、書面による必要がある（生殖医療法 15 条 3 項）。

c 提供精子についての記録

精子の提供を受けた医療機関は、それについて記録を作成しなければならない（生殖医療法 24 条 1 項）。精子提供者に関しては、特に以下の事項を記録する必要がある（同 2 項）。

- ① 氏名、出生地、生年月日、住所、出身地または国籍、教育および職業。
- ② 精子提供の日時。
- ③ 医学的検査の結果。
- ④ 外見風貌についての描写。

d 提供精子の利用の規制

以上のようにして提供された精子の利用に関しては、次の規制が設けられている。

- ① 提供された精子は、適法な生殖補助医療において、かつ提供者が同意した使用目的の範囲内でのみ使用できる（生殖医療法 18 条 1 項）。
- ② 生殖補助医療を希望するカップルが使用する提供精子を選出する際には、血液型その他、提供者と父となるべき男性との外見風貌の近似性だけを考慮することが許される（生殖医療法 22 条 4 項）。
- ③ 使用に際しては、1 回の施術において複数の提供者の精子を同時に使用することはできない（生殖医療法 22 条 1 項）。
- ④ 同一の男性の提供精子により出生する子の数は、8 人を越えることができない（生殖医療法 22 条 2 項）。
- ⑤ 精子提供者と卵子の主体との間に、近親婚を理由とする婚姻障害が存在してはなら

ない（生殖医療法 22 条 3 項）。

e 提供精子の利用の記録とその通知

提供精子が生殖補助医療に利用された場合、医療機関は、当事者であるカップルにつき、以下の事項を記録しなければならない（生殖医療法 24 条 3 項）。

- ① 双方の氏名、出生地、生年月日、住所、出身地または国籍。
- ② 提供精子を使用した日時。

その上で、施術に当たった医師は、以上の情報を、提供精子についての記録と併せて、子の出生後遅滞なく連邦身分庁に通知しなければならない（生殖医療法 25 条 1 項）。医師が子の出生を知らないときは、施術が奏功しなかったことが確実である場合を除き、出生予定日の経過後遅滞なく以上の通知をしなければならない（同 2 項）。こうして通知された情報を、連邦身分庁は 80 年間保存する（生殖医療法 26 条）。そして、後述のとおり、この連邦身分庁が子の情報開示請求の相手方となる。

(2) 親子関係

第三者による精子提供の場合、分娩者である女性が子の母となるが、通常それは同時に血縁上の母でもあるから、特に問題は生じない。以下では、父子関係の扱いについてのみ説明する。

a 婚姻カップル間

まず、当事者であるカップルが婚姻関係にある場合には、母の夫が父と推定されるから、問題は、この推定を否認の訴えにより覆す可能性があるかどうかという形で現れる。

(i) 母の夫による否認

この点、母の夫については、第三者による懐胎に同意していた場合には、否認権を有しないとされている（民法 256 条 3 項）。懐胎の原因には制限がなく、生殖補助医療に限らず、自然懐胎であっても、有効な同意がある限り、否認権は排除される。もっとも、単に第三者と性交渉を持つことに同意しただけでは足りないというのが判例である²⁵。

同意の方式にも、特段の制限はない。生殖補助医療の利用については、上記のとおり書面の同意を要するが、これはこの文脈では同意の証明を容易にする機能を果たすととどまる²⁶。

(ii) 子による否認

以上の夫の同意があっても、子の否認権は排除されない。ただし、生殖医療法に基づく生

²⁵ BG 23.5.2016, 5F 6/2016.

²⁶ Geiser/Fountoulakis/Schwenzer/Cottier, ZG, Art. 256 Rn. 13.

殖補助医療が行われた場合には、それにより出生した子は否認権を有しないものとされている（生殖医療法 23 条 1 項）。これは、養子縁組がされた場合に子が養親子関係を消滅させることができないのと同様の扱いが目指されたことによる²⁷もともと、生殖医療法に基づく適法な生殖補助医療が行われたことが前提であり、上記の行為規制への違反がある場合には、子は原則どおり否認権を有する²⁸。

b 非婚姻カップル間

次に、当事者であるカップルが婚姻関係にない場合だが、まず、上記のように、第三者の提供精子による生殖補助医療を利用できるのが婚姻カップルに限られていることを確認しておく必要がある。したがって、以上のような場合が生じるのは、生殖補助医療の実施後に離婚し、または婚姻無効の宣言がされた場合に限られる。

この場合には、認知または父子関係確認の裁判により父子関係を形成できるかどうかの問題となる。そして、この場合について、認知および父子関係確認に関する上述の一般原則を修正する規定は何ら設けられていない。したがって、母の元夫が子を任意に認知しない限り、子や母の側から父子関係確認の訴えを提起しても、実体要件としての血縁関係が存在しないために、勝訴することはできない。これに対しては、以上の規律が立法の過誤だとして、生殖補助医療に同意していた元夫についての父子関係確認を解釈論としても認めるべきだとする学説も存在する²⁹。

c 精子提供者の地位

(i) 父子関係確認の裁判

精子提供者については、原則として父子関係確認の訴えの対象とはならないとされている。ただし、例外として、生殖補助医療につき許可を受けていない者に対して、それと知りながら精子を提供した者は、民法の原則どおり、血縁上の父として父子関係確認の訴えの対象となる（以上、生殖医療法 23 条 2 項）。

以上の規律は、子の否認権の排除とは異なり、生殖補助医療が適法に行われたかどうかには左右されない。したがって、母の夫の有効な同意なしに生殖補助医療がされた場合には、上記のとおり夫は父子関係を否認することができる一方で、精子提供者が父とされることもないことになる³⁰。

(ii) 認知・否認権

以上の他は、民法上の一般原則が妥当する。すなわち、精子提供者からの認知は、既に父がいるのでない限り可能であり、その否認の可能性も上述の一般原則どおりである。既に父

²⁷ Botschaft FMedG (1996) 269.

²⁸ Büchler/Rütsche/Cottier/Crevoisier, FMedG, Art. 23 Rn. 16.

²⁹ Büchler/Rütsche/Cottier/Crevoisier, FMedG, Art. 23 Rn. 13.

³⁰ Büchler/Rütsche/Cottier/Crevoisier, FMedG, Art. 23 Rn. 24.

がいる場合、その父子関係の否認権は、上述のとおり父と（一定の場合に）子に限られており、精子提供者には認められない³¹。

(iii)子の出自を知る権利

子の出自を知る権利については、憲法 119 条 2 項 g 号が「何人もその出自に関する情報を知る権利を有する」と定めており、これを具体化する形で、生殖医療法 27 条が、第三者の提供精子により出生した子の出自を知る権利に関する規定を設けている。それによると、満 18 歳に達した子は、連邦身分庁に対して、精子提供者の外見風貌に関する描写および氏名、出生地、生年月日、住所、出身地または国籍、教育および職業に関する情報の開示を請求できる（1 項）。

この無条件の権利とは別に、子が保護に値する利益を有する場合には、いつでも（すなわち、満 18 歳に達する前であっても）、精子提供者に関して記録されている全ての情報（以上のものの他、精子提供の日時および医学的検査の結果）の開示を請求できる（2 項）。「保護に値する利益」としては、病気の遺伝の可能性を知るなどの医療上の利益が最も重要である³²。

連邦身分庁は、子に対して以上の情報を開示するに先立ち、可能な場合には精子提供者にその旨を告知する。精子提供者が子との直接交流を拒む場合には、連邦身分庁はその旨を子に伝えた上で、精子提供者の人格権およびその家族の保護を受ける権利の存在を指摘する。その場合でもなお子が上記の情報の提供を求める場合には、その開示がされる（以上、3 項）。

4 第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療は、スイスでは全面的に禁止されている（憲法 119 条 2 項 d 号、生殖医療法 4 条）。第三者の提供卵子を使用した者は、10 万フラン以下の過料に処するものとされている（生殖医療法 37 条 c 号）。

(2) 親子関係

a 母子関係

以上の規制に違反して第三者による卵子提供がされたとしても、一般原則としての「分娩者=母」ルール（民法 252 条 1 項）が常に妥当する。その結果、卵子提供を受けて子を生んだ女性が法律上の母となる。この母子関係は、否認の対象となる余地がないという意味において、終局的・確定的なものである。以上の扱いは関係当事者の希望に沿うものだから、それで特に問題は生じない。

³¹ BG 29.9.2005, 5C. 31/2005.

³² Büchler/Rütsche/Cottier/Crevoisier, FMedG, Art. 27 Rn. 20.

b 父子関係

父子関係についても、一般原則による。卵子提供の場合、通常は母の夫ないしパートナーの精子が使用されるはずだから、父となろうとする者と血縁上の父とは一致しており、やはり特に問題は生じない。

5 第三者の提供胚を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

第三者の提供胚を用いた生殖補助医療は、スイスでは全面的に禁止されている（憲法 119 条 2 項 d 号、生殖医療法 4 条）。第三者の提供胚を女性に移植した者は、10 万フラン以下の過料に処するものとされている（生殖医療法 37 条 c 号）。

(2) 親子関係

a 母子関係

以上の規制に違反して第三者による卵子提供がされたとしても、一般原則としての「分娩者 = 母」ルール（民法 252 条 1 項）が常に妥当する。その結果、卵子提供を受けて子を生んだ女性が法律上の母となる。この母子関係は、否認の対象となる余地がないという意味において、終局的・確定的なものである。以上の扱いは関係当事者の希望に沿うものだから、それで特に問題は生じない。

b 父子関係

これに対し、父子関係については、第三者による胚提供の場合に父となろうとする者と血縁上の父とが一致していないことから、問題がある。この点について特段の議論は見当たらないが、特別な規定はないため、上述の一般原則によることになると考えられる。その結果、子の出生の時点で当事者が婚姻関係になく、かつ母のパートナーである男性が子を認知しない場合には、その男性が意に反して父とされることはなく、血縁上の父に対する父子関係確認の訴えのみが可能性として残る。

6 代理懐胎

(1) 行為規制

代理懐胎は、スイスでは全面的に禁止されている（憲法 119 条 2 項 d 号、生殖医療法 4 条）。生殖補助医療に際して代理懐胎の手法を用いた者は、3 年以下の自由刑または罰金刑に処せられる（生殖医療法 31 条 1 項）。行為の主体は医師には限られないが、代理母自身は主体に含まれないと解されている³³。また、代理懐胎をあっせんした者も、上記と同様の刑罰に処せられる（同 2 項）。

³³ Botschaft FMedG (1996) 279.

(2) 親子関係

以上の規制に違反してスイス国内で代理懐胎がされたとしても、一般原則としての「分娩者＝母」ルール（民法 252 条 1 項）が常に妥当する。その結果、代理母が終局的・確定的に法律上の母となる。依頼者が法律上の親となるには、養子縁組の手続による他ない。

(3) 国際私法

問題は、代理懐胎が外国で行われた場合に、血縁上の母が法律上の親となることができるかどうかである。

a 外国判決等の承認

まず、代理懐胎により生まれた子の親子関係について、管轄を有する裁判所または官庁による裁判がされている場合には、公序良俗違反等の承認拒絶事由がない限りその判断がスイス国内でも承認される（国際私法³⁴25 条、70 条）。その対象は、個別事案についての法的拘束力のある外国官庁の判断を広く含み、裁判所の判決には限られない³⁵。ただし、子の身分の単なる登録などは含まれない³⁶。また、以上の他に、外国でされた認知も承認の対象となる（国際私法 73 条 1 項）。

以上の判断が公序良俗に反しないかという点については、判例はまず、当事者であるカップルが特段の関わりがない国でわざわざ代理懐胎を行うことによりスイス法上の代理懐胎禁止を潜脱したことを重視する。その上で、子と血縁関係がない当事者については、親子関係を確認する判断の公序良俗違反性を認め、その承認を拒絶する。これに対し、子と血縁関係がある当事者については、承認を拒絶することは、ヨーロッパ人権条約 8 条の保障する私生活および家族生活に対する権利の侵害に当たり、許されないとされる³⁷。

b 準拠法

以上のような承認すべき外国判決等が存在しない場合、スイス国内で準拠法による解決がされるべきことになる。この点、親子関係に関しては、原則として、子の出生時における子の常居所地が準拠法となる（国際私法 68 条 1 項、69 条 1 項）。この点、スイス法では、分娩者である代理母の常居所地が、原則として新生児の常居所地でもあると比較的容易に認められるようである³⁸。そして、代理母の常居所地の法によれば依頼者である女性が母とされる場合（それが通常だろう）、さらに上述と同様の公序良俗違反の判断がされる（同 17 条）。

³⁴ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG).

³⁵ Müller-Chen/Lüchinger/Müller-Chen, IPRG, Art. 25 Rn. 33 ff.

³⁶ Müller-Chen/Lüchinger/Siehr/Markus, IPRG, Art. 70 Rn. 16.

³⁷ BG 21.5.2015, BGE 141 III 312; BG 14.9.2015; BGE 141 III 328.

³⁸ Müller-Chen/Lüchinger/Siehr/Markus, IPRG, Art. 70 Rn. 27.

7 死後生殖

(1) 行為規制

死後生殖に関連して、生殖医療法 3 条 4 項は、「配偶子は、その由来する者の死後には使用することができない。ただし、精子提供者の精子を除く」と定めている。この規定により、死後生殖は禁止されている。これに違反して既に死亡した者の配偶子を使用した者は、10 万フラン以下の過料に処するものとされている（生殖医療法 37 条 b 号）。

(2) 親子関係

以上の規制に違反して死後生殖がされた場合、親子関係については一般原則が妥当する。父子関係に関して特に重要なのは、冒頭で触れた民法 255 条 2 項である。それによると、子の出生が夫の死亡後 300 日以内であるか、その後であっても死亡前に懐胎したことが証明される場合には、死亡した夫が父と推定される。

この推定が働かない場合には、父子関係確認の訴えによる他ない。仮に生前に認知の意思表示がされていても、それは懐胎前の認知だから、上述のとおり無効である。ただし、父子関係確認の訴えは、違法な死後生殖がされたとしても利用可能である³⁹。そこで血縁関係が証明されれば、この訴えは認容される（その結果、子は父の相続人となる）。

（ながの・ふみひろ）

³⁹ Geiser/Fountoulakis/Schwenzer/Cottier, ZG, Art. 261 Rn. 11.

第7章 韓国

郭 珉希

1. 概説

(1) 夫婦・親子法制

a. 婚姻制度

韓国法上、婚姻は、法律的に承認された「男女」の生活共同体的結合関係をいう。婚姻が男女間の結合でなければならないという点に関しては、民法に直接の規定はないが、これまで異見なく認められてきた。その法的根拠としては、韓国憲法第36条第1項の「婚姻と家族生活は個人の尊厳と「両性」の平等を基礎として成立され維持されるべきである」という規定が挙げられる¹。韓国では「同性結合」または「同性婚」を認めるかについてはまだ本格的な議論はしていないが、実務的には、同性間の同居関係が解消されたときに事実婚と同様に財産分割や慰謝料の請求ができるかが問題になったことがある。下級審の判決の中には、同性間の事実婚類似の同居関係があったとき、事実婚と同様に法律婚に準ずる保護をすべきであるとの当事者の主張があったが、否定した判決²がある。学説上では、同性愛者の幸福追求権を保護するためには婚姻に準ずる法律関係を認める必要があるとの意見³がある。

一方、実務では、出生時には男性または女性であったが、後で性転換手術を受けるなどで外見上、反対の性別に変わった場合に、その者の法律的な性の変更を認めて、自分の従前の性別と同じ性別の者と有効に婚姻できるかが問題となっている。これに関して、韓国の大法院判決(全員合議体決定)⁴によると、法的性別の判断基準について、生物学的基準だけでなく、精神的・社会的要素も人の性別を決定する重要な要素であると判断した。その上、出生後の成長過程において一貫して出生当時の生物学的な性に対する不一致感と違和感・嫌悪感を持ちながら、反対の性への帰属感を感じ反対の性役割を遂行し、性器を含む身体の外見も生まれながらの性別と反対の性に転換した者に対し、一定の場合、法的性別の評価が変わることができると

¹ 尹眞秀『民法論考[IV]』博英社(2009)189頁。

² 仁川地法 2004. 7. 23. 宣告 2003ㄷ合292。

³ 尹眞秀「婚姻成立に関する民法の改正方向」『民法論考[IV]』博英社(2009)221頁-223頁； イジュンイル (YiZoonil)「憲法上婚姻の概念」公法研究第37巻第3号(2009)189頁以下。

⁴ 大法院 2011. 9. 2. 자 2009ㄸ117 全員合議体決定。

判示した。つまり、社会通念上、性の転換が認められ、転換された性をその者の性別として認めても他人との身分関係に重大な変動をもたらすことはないなど、社会規範的にも性の転換が認められる場合には、法律的にも出生時の性別ではなく転換された性別がその者の性別になると評価できると判断している。しかし、性転換手術を受けたとしても直ちにその者の法律上の性別が変わるわけではなく、裁判所の性別訂正許可によって実際に家族関係登録簿に性別訂正が記載されたときに法律上の性別が変更されると解する⁵。ただし、性転換者が婚姻中である場合、または未成年者の子供がいる場合には、家族関係登録簿に記載された性別を訂正することは許されない⁶。その場合にまで性別の変更を認めると、配偶者や未成年の子供の法的地位と、それに関わる社会的認識に困難をもたらすことになるからである。このような判決の背景には、婚姻中の者に性転換による性別訂正を許可すると、結果的に同性婚を認めることになるのでそのような結論に至るのは避けたいとの理由もある。このことから、韓国では同性婚に対してはまだ否定的な見解が支配的であることが分かる。

b. 親子関係の形成

韓国民法は、親子関係の形成について、「血縁」に基づく親子関係(民法第844条以下)と当事者の「意思」に基づいた養子縁組の関係(民法第866条以下)の成立を認めている。このうち、「親子関係」は出生によって生じる親子関係で、親が自然な性的交渉を通じて妊娠し子を出産した場合を前提とする。そのため、親と生まれた子の間には生物学的な血縁関係が存在することが原則である。韓国法上、親子関係における母子関係と父子関係の形成のルールは次のとおりである。

(i) 母子関係形成ルール

韓国民法は母子関係の成立について明示的な規定はないが、「子を出産した女性が母である」という原則⁷が確立されており韓国民法上の一般的な原則として適用されてきた。一方、母の認

⁵ 尹眞秀「性別許可のある前の性転換者の法的地位」家族法研究第23巻第3号(2009)250頁以下。

⁶ この判決での多数意見は、婚姻中の性転換は、転換された性を法律的にその者の性と評価できないので、家族関係登録簿の性別訂正も許可されないが、婚姻していない場合、過去に婚姻の事実があるとしても、性別訂正を許さない事由はないとした。しかも、性転換者に未成年者の子がいる場合には、親の性別訂正を許可するなら、未成年者である子は、精神的な混乱と衝撃にさらされることがあるので、性別訂正の許可はできないと判断した。

⁷ 「母はいつも確かだが、父は婚姻が指す者である」(mater semper certa est、quem nuptias demonstrant)とのローマ法の原則。

知の問題については、婚姻外の子に対して実母が認知することはできるが(民法第855条第1項)、棄児など母子関係が不明な特別な場合に限って認められ、この場合の認知請求の法的性質は確認訴訟である。それを除き、普段の場合には、婚姻外の出生子と生母の間には認知がなくても「出産」の事実から当然、法律上の母子関係が認められるというのが一貫した判例⁸である。つまり、母子関係は、妊娠と出産という自然事実によって明確に決定されるため、通常的事案では、親子関係において母の決定は問題となっていない⁹。しかし、最近、いわゆる「代理母」のように母子関係の成立が問題され、民法上の一般的な母子関係形成ルールが代理母ケースにもそのまま適用できるかについて積極的な議論がなされている。なお、家族関係登録簿の出生届において、記載された母の同一性(代理母と血縁母)の問題も一緒に提起されている。最近、家庭裁判所では、代理母ケースにおいて母子関係の確定と、それを前提にした出生届受理処分の適法性に関する判断があった。これについては、該当する項目で詳しく紹介する。

(ii) 父子関係形成ルール

母子関係とは異なって、父子関係は、その関係の確定のための別の要件が必要である。つまり、母子関係は出産という事実によって親子関係が成立する、いわゆる「自然的親子関係」であるが、父子関係は事実の有無を外見的な事実からは確認できないので法律が認める場合のみ、親子関係が成立するという意味で「法律的親子関係」である。そのため、韓国民法は「婚姻中に妻が胞胎した」子を夫の子として推定する「親生推定」(日本でいう「摘出推定」)規定(民法第844条)¹⁰を設けている。婚姻外の出生子の場合には、実父が認知したり(民法第855条第1項)、子が父を相手に認知請求(民法第863条)するなど、法律上の親子関係を創設することができる。この時、父と子の間に血縁関係の存在が証明の対象として主要事実を構成する¹¹。さらに、民法は、婚姻中の胞胎事実を実際に証明するのが容易ではないことから、婚姻が成立した日から200日後、または婚姻関係が終了してから300日以内に生まれた子については、婚姻中に胞胎した子であるとし夫の子と推定する(民法第844条第2項、第3項)。「血縁」の個別・具体

⁸ 大法院 1967. 10. 4. 宣告 67다1791 判決など。

⁹ 憲法裁判所 2015. 4. 30. 宣告 2013憲마623決定でも、母子関係は「妊娠」と「出産」という自然的事実によってその関係が明確に決定されるとした上で、親生子推定の問題を扱っている。

¹⁰ 民法第844条(夫の親生子の推定) ①妻が婚姻中に妊娠した子は、夫の子として推定する。

② 婚姻が成立した日から200日後に生まれた子は、婚姻中に妊娠したものと推定する。

③ 婚姻関係が終了した日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に妊娠したものと推定する。

¹¹ 大法院 2019. 10. 23. 宣告 2016므2510 全員合議体判決; 大法院 2002. 6. 14. 宣告 2001므1537 判決, 大法院 2015. 6. 11. 宣告 2014므8217 判決など参照。

的な審査によらず、「婚姻関係で出生した子という事実」に「規範的」に親子関係成立の効果を与えることである。民法第844条第1項の親生推定は、他の反証が許されない強い推定である。したがって、妻が婚姻中に胞胎した以上、その夫婦の一方が長期間にわたり海外に出ている、事実上の離婚で夫婦が別居している場合など「同棲の欠如」によって妻が夫の子を胞胎できないことが外見上明白な事情がある場合(外觀説)にのみ、そのような推定が及ばないというのが判例の一貫した立場¹²である。これらの例外的な理由がない限り、誰もその子が父の親生子ではないことを主張できない。このような推定を覆すためには父が民法第846条、第847条に規定する親生否認の訴によるしかなくその確定判決を受けなければならない¹³。このような親生否認の訴でなく、民法第865条の親生子関係不存在確認の訴によりその親生子関係の不存在確認を訴求することは不適法である。親生否認の訴は、夫または妻が親生否認の理由があることを知った日から2年以内に提起しなければならない(民法第847条第1項)。原告適格と提訴期間を制限する親生否認の規定により、親生推定の効果は、法律で認められている他の推定に比べて強い効果を持つようになる。したがって、子が他人の親生子と推定されている限り、実父がその子を婚姻外の出生者として認知したり子が実父を相手に認知請求をすることもできない。提訴期間の経過後にはもはやその推定が真実に反することが明らかになっても推定を覆すことができない。韓国民法は、このように親生推定規定とこれを覆す親生否認の訴の規定を厳格に定めており、親生否認をすることができなくなった場合、子供の法的地位は終局的に確定としている。親生推定の及ぶ子は母の配偶者を父とする出生届によって「家族関係登録簿」に記載される。要するに、親生推定の規定は、それ自体、本当の血縁関係と一致しない法律上の親子関係を成立させる可能性を秘めている。

一方、婚姻外の出生者の場合、父子関係は実父が認知するか(任意認知、民法第855条第1項)、子が父を相手に認知請求(強制認知、民法第863条)することによって法律上の親生子関係が創設される。この時、父と子の間の血縁関係の存否が証明の対象となる主要事実を構成する¹⁴。任意認知は、実父が家族関係登録法の定める認知申告をすることによりその効力が生じるが、その申告書には母の氏名・登録基準地と住民登録番号を記載しなければならない(家族関係

¹² 大法院 1983. 7. 12. 宣告 82ㄹ59 全員合議体判決; 大法院 1997. 2. 25. 宣告 96ㄹ1663 判決など。

¹³ 法律上の親子関係を本当の血縁関係に合致させることが、憲法の保障している婚姻と家族制度の原則とみることができるので(憲法裁判所1997. 3. 27宣告95憲가14、憲가全員裁判部の決定などを参照)、民法は、親生否認の訴えを通じて、親生推定によって形成された父子関係を排除できる方法も設けている。

¹⁴ 大法院 2019. 10. 23. 宣告 2016ㄹ2510 全員合議体判決; 大法院 2002. 6. 14. 宣告 2001ㄹ1537 判決, 大法院 2015. 6. 11. 宣告 2014ㄹ8217 判決など参照。

の登録等に関する法律(以下、「家族関係登録法」という)第55条)。父が母の氏名・登録基準地と住民登録番号を知らない場合には、家庭裁判所がそのような事実を確認して認知の効力のある「親生子出生届」をすることが定められているので父が単独で認知できる(同法第57条第2項)。父が婚姻外の子に対して親生子出生届をすると、その申告は認知の効力があるとする(同法第57条第1項)。父または母が認知しない場合には、子は父母を相手に裁判で強制認知を請求できる(民法第863条)。

(iii) 親子関係の登録

韓国における親生子関係の登録、すなわち出生届に関しては、「家族関係登録法」¹⁵が定めているが、婚姻中の子の場合には父または母が、婚外子の場合には母が、出生後1ヶ月以内に申告しなければならない(家族関係登録法第46条)¹⁶。出生届には母の氏名、本籍、登録基準地及び住民登録番号を記載し、医師や助産師が作成した出生証明書または大法院規則の定める出生事実を証明する書面を添付しなければならない(同法第44条)。出生証明書には、子の出生日及び場所、母の氏名と出生日を記載する(同法第38条第2号、第4号)。もし出生証明書を添付できないときには、家庭裁判所の出生確認を受けなければならない(同法第44条の2第2項)。この家族関係登録法における出生申告義務を負担する父または母とは、前述した民法の規定に基づいて定められる親生父母であると解釈される。このように、出生届と出生証明書には必ず「母」の個人情報に記載しなければならないが、生殖補助医療によって生まれた子の場合(特に代理母の場合)、血縁父母と出産母が異なることがあるので、誰が家族関係登録法でいう父あるいは母なのかという根本的な問題に直面することになる。特に、卵子提供者と代理母とが異なる「子宮

¹⁵ 韓国において、戸籍制度は、民法制定以来、女性や学者の批判があったことから、2005年の民法改正によって廃止された。従来の戸籍法に代わって2007年に「家族関係の登録等に関する法律」(以下、家族関係登録法)が制定された(現在、2020. 12. 20. 改正された法律(法律第17689号)が2021. 1. 1. から試行されている)。この法律は、親族関係の公示のための手続的事項だけでなく、親族関係の成立に関する実体的な内容も含んでいる。

¹⁶ 家族関係登録法46条(申告義務者) ① 婚姻中の出生者の出生届は父または母がしなければならない。
② 婚姻外の出生者の出生届は母がしなければならない。
③ 第1項及び第2項の規定により申告義務がある人が届けをできない場合には、次の各号のいずれかに該当する者は、各号の順位に応じて届けをしなければならない。
1. 同居する親族
2. 分娩に関与した医師・助産師またはその他の人
④ 申告義務者が第44条第1項の規定による期間内に出生届をしないことで子の福利が危うくなる恐れがある場合には、検事又は地方自治団長が出生届をすることができる。

〔出産〕代理母〕事案において、出生証明書には代理母、出生届には血縁母(卵子提供者)が母として記載され両書面における母が不一致となる場合、家族関係登録法上、出生届受理の適法性が争われる。実際に、韓国の大法院の2018年判決では、夫婦の精子・卵子を用いた代理母の事案において、代理母契約の有効性と親子関係の成立を争い、その上、家族関係登録法上の出生届受理の適法性についても判断した判決がある。

c. 養子縁組制度

(i) 韓国の養子縁組制度の概観

韓国の養子縁組制度は成立根拠によって、民法上の養子縁組と養子縁組特例法上の養子縁組に分けられる。民法上の一般養子に関する規定は、養子縁組に関する一般法として機能し、養子縁組特例法は、民法の特別法としての性格を持つ。民法上の養子縁組には、また「一般養子」(民法第866条から第908条)と「親養子」(同法第908条の2から第908条の8)とがある。「親養子」について特別な規定がない場合には、「一般養子」に関する規定が準用される(同法第908条の8)。民法上、一般養子は、当事者間の養子縁組の合意と養子縁組届出とで成立する契約型養子である。養子縁組が成立しても、養子の従前の親族関係は存続するので不完全養子である(同法第882条の2)。ただし、養子が未成年者である場合、あるいは被成年後見人が養子または養親となる場合には、家庭裁判所の許可を受けなければならない(同法第867条、第873条第2項)。2013年から施行されている改正民法で新たに導入された規定である。これによって、養子の福利を確保することができる装置を設けて契約型の養子制度の弱点を補完している。一方、韓国民法は、一般養子とは別に、親養子という養子縁組制度も設けているが、これは家庭裁判所の養子縁組審判によって成立する宣告型養子である(同法第908条の2)。この場合、親養子は養親の婚姻中の出生者となり、親養子の従前の親族関係は原則として終了する(同法第908条の3)、いわゆる完全養子である。民法のほか、入養特例法による養子もある。入養特例法は、保護者が存在しない場合や保護者が子を養育するのに適しないあるいは養育能力がない場合など、特別な事由により保護施設に保護依頼された18歳の未満の児童(入養特例法第2条、第9条)を国内または国外に養子縁組する場合に適用される。この法律による養子縁組は、家庭裁判所の認容審判の確定によって効力が生じる(同法第15条)¹⁷。入養特例法に基づいて養子となった子は、民法上の親養子と同様の地位を有する(同法第14条)ので入養特例法による養子の性格は基本的に

¹⁷ 養親または養子は、養子縁組裁判の確定日から1ヶ月以内に裁判の謄本と確定証明書を添付して親養子縁組届出をしなければならない(家族関係登録例規第353号第2条)。入養特例法上の養子は、親養子縁組関係証明書を通じてのみ、その養子縁組の事実を確認することができる(同法第5条、第6条)。

親養子と同じく完全養子である。

(ii) 生殖補助医療によって生まれた子供の親子関係の成立と養子縁組制度

以上のように、韓国の親子法構造上、法律上の親子関係は「血縁」による「親生子関係」だけでなく、「意思」に基づいた「養親子関係」からも成立する。生殖補助医療を利用して生まれた子の場合には、精子・卵子と胚の提供者との「血縁」を基礎とする「親生子関係」の成立という原理的な問題に加えて、親生子関係の形成を意図した依頼者(生殖補助施術の対象者およびその配偶者など)の「意思」も親子関係の成立に重要な要素である。そのため、必然的に、意思に基づいた「養子縁組制度」も親子関係成立に関する議論において考慮しなければならない。現在、韓国での生殖補助医療によって生まれた子との親子関係成立に関する議論と大法院の判例では、度々養子縁組制度について述べられることが多い。したがって、生殖補助医療により生まれた子の親子関係を議論する韓国の学説と実務を検討するときには、次のような点を先に確認しておく必要がある。まず、韓国の親子法上、親子関係の成立の基本体系や構図(「血縁」に基づく親生子関係と「意思」に基づく養親子関係の峻別)¹⁸に対する確認である。生殖補助医療の場合には、自然的血縁関係のない子が生まれることがあるが、その親子関係の成立においては、「血縁」より当事者の「意思」が強調されることがある。その際、韓国民法上の養子縁組による親子関係の成立根拠が「意思」にあるという前提で、「養子縁組」が議論されているという点である。さらに、「意思」による親子関係成立(養子縁組)を意図する場合には、韓国民法上認められている二つの養子縁組(一般養子と親養子入養)のそれぞれを、どのように活用するかという問題がある。AIDや代理懐胎において実父母と養子との間の親子関係の断絶を内容とする親養子(完全養子)を活用しようという見方が支配的だが、一般養子を活用して血縁親と、いわゆる意思親との調和を模索しようとする立場¹⁹もある。しかし、最近の議論は、生殖補助医療の親子関係においては、出生の段階での「親生子関係の確定」の問題と養育側面からの「養育者決定」(誰が養育者としてより適しているか)の問題を区別しようとする傾向がある。これまでの議論は、親生子関係を確定する段階ですでに「意思」という要素に重点を置いて、養子縁組による親子関係の確定を主張するものであったと言える。しかし、「親生子関係の確定」の問題は、基本的に、精子・卵子・胚の提供者(血縁親)との関係で、一般民法の法理に基づいて

¹⁸ 尹眞秀編集代表『注解親族法』第1巻(権載文執筆部分)博英社684頁以下; 権載文「親生子関係の決定基準」(2011)349頁-350頁。

¹⁹ 権載文「生殖補助施術における表現父の同意の意味と効果」東亜法律第43号(2009)353頁-354頁以下; 尹眞秀編集代表・前掲注18) 684頁以下。

「血縁」または「親生子推定規定」に基づいて決定されるものであり、生殖補助医療を利用した親(依頼親)との関係では、実際の養育意思に基づく「適切な養育者決定」が問題となるため、両問題は区別しなければならないというものである。これによると、「意思」に基づく養子縁組制度の活用は、親生子関係の確定ではなくその後、「養育者決定」において初めて議論されることになる。もっとも、どの観点からであれ、韓国民法の「血縁・意思」という基本的な対立構図との整合性を維持しながらも、生殖補助医療によって生まれた子の福利を保護するためには、養子縁組の活用を強調している点は共通している。

後述する2019年の判決で、大法院も、生殖補助医療(AID事案)による子との親生子関係は、基本的には血縁に基づく民法上の親生推定の規定を根拠として決めるが、依頼親との親子関係は養子縁組によって創設できることを判示した。

(2) 生殖補助医療上の用語説明・留意事項

a. 韓国の生殖補助医療の実態

世界中の人工受精子の15%以上が韓国での生殖補助医療によって生まれているので、比較的に早い時期から韓国の生殖補助医療の分野、特に、不妊医学における体外受精の技術は、世界的レベルと評されている²⁰。最近では、少子化のために、さらにこの分野に関する国家レベルの関心が高まっている。2006年から現在まで、国家レベルで不妊(難妊)夫婦のための「医療補助生殖支援政策」が実施されるなど²¹、積極的な生殖補助支援事業が施行され、韓国での生殖補助医療技術は、さらに飛躍的に発展しつつある。生殖補助支援事業の具体的な内容をみると、2006年の事業開始当時は、都市労働者世帯の月平均所得130%以下の不妊夫婦を対象とし、体外受精1回の当たり150万ウォン(約15万円ほど)の範囲内で、2回まで支援した。以後、2010年を起点に支援回数、支援範囲をさらに拡大して、2013年基準では、体外受精は、1回当たり180万ウォンを限度に4回まで、人工授精は1回当たり50万ウォンを限度に3回まで支援することになった。予算規模も2006年の事業開始当時の予算は約465億ウォンだったが、2013年には総額715億ウォン以上に拡大した。また、2011年には、人工授精の4万1217件のうち、3万1684件(76.9%)が、体外受精の4万5226件のうち、3万33件(66.4%)がこの支援事業によって行われた。現在、韓国で行われる補助生殖術の3分の2以上が国家の「難妊夫婦支援事業」の支援を受けてい

²⁰ 李仁榮「体外受精に関する立法論的考察」家族法研究第19巻第2号(2006)174頁。

²¹ 国家の医療補助生殖支援と統計をまとめた文献はユジホン(YooJiHong)「先端医療補助生殖に基づく民法第844条の親生子推定に関する考察」法学研究第26巻第2号(2015)155頁以下;金恩愛「生殖細胞寄贈・受贈の公的管理及び支援:イギリスの人工受精及び胚生成管轄官庁(HFEA)を中心に」生命倫理政策研究第3巻第1号(2009)71頁の表参照。

るといえる。その結果、支援事業により生まれた子の数も多く、2010年の全体出生子の約500万人のうち、2.4%に相当する1万1000人が生殖補助医療によって生まれた子である。参考に、支援事業に参加した女性の年齢は、2007年には30～34歳が約48%、35～39歳が約28%だったが、2011年には、30～34歳が38%、35～39歳が37%で、参加者の年齢が高くなっているが、30代前半に均等的に分散されている傾向がある。

b. 韓国における生殖補助医療の用語と定義

(i) 生殖補助医療

本報告書における「生殖補助医療」という用語に対応して、韓国では「補助生殖 (Human Assisted Reproduction)」または「補助生殖術 (Assisted Reproductive Technology, ART)」という言葉がより通常的に使われている。「補助生殖」とは、男女間の性交という自然な方法以外の生殖を通称する言葉であって、従来の韓国の法文献では、「人工生殖 (artificial reproduction)」、「人工受精」という用語も頻繁にみられるが、最近では「補助生殖」という用語で統一されつつあるように思われる。医学的な意味で補助生殖は、生殖細胞 (gamete)²²としての精子・卵子・胚²³を体外で操作して妊娠できるようにする生殖医療と生命科学の適用を意味す

²² 生殖細胞とは、生物学的な特性と生命科学技術の利用可能性という二つの基準に基づいて染色体数が23個である第2の精母細胞、第2卵母細胞、精子細胞、卵胞細胞、精子と卵子を意味する。このような説明は玄昭恵「人間の生殖者と胚の法的保護に関する研究」漢陽大学の博士論文(2002)7頁による。

²³ 韓国の生命倫理法上、用語に関する定義は、次のとおりである。

生命倫理法第2条(定義) この法律で使われる用語の意味は次のとおりである。

1. 「人間対象の研究」とは人間を対象に物理的に介入したり、コミュニケーション、対人接触などの相互作用を通じて実行する研究または個人が識別できる情報を利用する研究として、保健福祉部令で定める研究をいう。
2. 「研究対象者」とは、人間対象の研究の対象となる者をいう。
3. 「胚」(胚芽)とは、人間の受精卵及び受精したときから発生学的にすべての器官が形成されるまでの分裂した細胞群をいう。
4. 「残余胚」とは、体外受精で生成された胚のうち、妊娠の目的のために利用した後残った胚をいう。
5. 「残余卵子」とは、体外受精に利用した後残った人間の卵子をいう。
6. 「体細胞核移植行為」とは、核が除去された人間の卵子に人間の体細胞核を移植することをいう。
7. 「単性生殖行為」とは、人間の卵子が受精過程なしに細胞分裂して発生するようにすることをいう。
8. 「体細胞複製胚芽」とは、体細胞核移植行為によって生成された細胞群をいう。
9. 「単性生殖胚芽」とは、単性生殖行為によって生成された細胞群をいう。
10. 「胚性幹細胞株」(Embryonic stem cell lines)と胚芽、体細胞複製胚、単性生殖胚などから由来したものであり、培養可能な状態で継続的に増殖することができ、様々な細胞に分化することができる

る²⁴。補助生殖のための具体的な実施方法を総称して「補助生殖術(技術)」²⁵または「補助生殖施術」という²⁶。補助生殖技術は、医学的には、受精場所が女性の体内かあるいは体外かによって、体内人工受精と体外人工受精(in vitro fertilization、IVF)とに区分することもある。一般的に、体内人工受精は「人工授精(Artificial Insemination)」²⁷、体外人工受精は「体外受精(in vitro fertilization and embryo transfer、IVF-ET)」と呼ぶ。人工授精(体内人工受精)は、男子の精液を人工的な注入器具を使って直接女性の子宮の中に注入することにより受精を誘導する方法であるが²⁸、これにより生まれた子を「人工授精子」²⁹と呼ぶ。これに対し、体外受精(体外人工受精)は、女性の体内で自然に起きたはずの受精過程を体外で操作・誘導する方法であるが、精子と卵子を採取してこれらを体外で人工的に受精し、その受精卵を女性の子宮内に移植して妊娠させる人工受胎方法である。体外受精で生まれた子を「試験管子(test tube baby)」と呼んでいるが、韓国で最もよく使われている補助生殖術であるため、この言葉は不妊治療を受ける夫婦だけではなく一般にもよく知られている。

る細胞株をいう。

²⁴ メングァンホ(Maeng Kwang-Ho)「生殖補助に関する民法上の問題」延世大学校の博士論文(2004)5頁。

²⁵ 補助生殖技術とは、卵巣から直接卵子を採取して、不妊治療に用いる施術方法である。体内の受精のように卵子でなく精子のみを利用するのはここに含まれないという見方もある。これらの見解は、金奩賢「補助生殖術の現在と未来」大韓産婦人科学会研修講座45号(2003)45頁;李仁榮・前掲注20)170頁など参考。

²⁶ 「人工受胎施術」(artificial reproductive technology)という用語も使うが、金恩愛「補助生殖術関連法政策の発展の意義と今後の課題」韓国医療倫理学会誌第13巻第3号(2010)205頁註2は、「人工受胎手術」は「体内受精」を意味するのに対し、「補助生殖術」は、妊娠の成功率を高めるために補助的に施術するすべての施術方法を通称する言葉として主に「体外受精」を意味するという指摘もある。これに対し、キムヒャンミ(KimHyangMi)「非配偶者間の人工受胎手術に対する医学的・法的問題」生命倫理第8巻1号(2007)29頁では、「人工受胎術」という用語を使用しながらも、今後は「補助生殖術」という用語で統一すべきと主張する。

²⁷ キムヒャンミ(KimHyangMi)「非配偶者間の人工受胎手術に対する医学的・法的問題」生命倫理第8巻1号(2007)28頁では、「人工受精」と「人工授精」という用語が混用されていることを指摘する。この文献の説明によると、厳密に言えば、「受精」(fertilization)は、体内または体外の区別なく、精子と卵子が結合して一つの接合体である受精卵をなす自然な現象を表す用語である。これに対し、「授精」(insemination)とは、精子が卵子に向かって動いて行くことができるように動機を与える人的行為を指す用語である。医学的に、妻の排卵期に夫の精液を採取し特別な処理をした後、細い管を通して子宮の中に直接注入する施術をいう。他に用語に関しては、キムジェホン(KimJaeBong)「人工生殖・胚発生と刑事規制の範囲」法学研究11巻1号(2000)161頁以下も参照。

²⁸ 生殖子を体外に採取した後、一緒に女性の生殖器内に注入して、女性の体内で自然に受精が行われるようにすることで、「生殖子移植」という用語も医療界では使われている。詳しくは、李仁榮・前掲注20)170頁。

²⁹ 金疇洙『親族・相続法』法文社(2002)284頁。

ただし、このような受精の場所(体外・体内)による医学的な分類よりは、法律的には、生殖細胞の提供者が誰なのか、誰の母体(子宮)から生まれたのかが重要である。したがって、韓国の法律文献でよく使われる「人工受精」³⁰は、体内・体外にかかわらず、一応、配偶者の子宮に受精卵を着床して出産が行われたことを前提にした上で、「精子提供者が誰なのか」を基準に次の二つの場合に分けられる。①夫の精子による人工受精(Artificial Insemination by Husband、AIH; Homologous Artificial Insemination)と、②第三者提供の精子による人工受精(Artificial Insemination by Donor、AID; Heterologous Artificial Insemination)である。まず、①夫の精子を用いたAIH(「配偶者間の人工受精」)の場合には、配偶者の精子を用いて人工受精が行われるので、親子法上、親子関係の確定はそれほど困難ではない。つまり、子の出生時、父母が婚姻中の場合には、夫の親生子として認められる(摘出推定)。実際に、夫との血縁関係も存在するので、血縁上・法律上の父子関係が一致し親生否認の余地もない。父母が婚姻中でない場合でも、任意認知することで、法律上の父子関係が認められる。この場合にも、父と子の間の血縁関係は一致する。次に、②第三者提供の精子を用いたAID(「非配偶者間人工受精」)においては、まず、夫が人工受精(AID)に同意していない場合には、一般的に婚姻関係にある女性が他の男の子を産んだ場合と同様に扱われるので³¹、親子法的に最も問題といえるのは夫がAIDに同意した場合³²である。通常、韓国の法文献で、このような場合を、配偶者との間で行われる生殖補助医療のAIHと区別して、「非配偶者間の人工受精」とか略称して単に「AID」事案と呼ぶ。ちなみに、韓国の判例では、このような第三者の提供精子を用いた生殖補助医療によって生まれた子を「人工受精子」³³という。

(ii) 代理懐胎

次に、韓国では「代理懐胎」という用語ではなく、「代理出産」または「代理母」という言葉がよく使われる。代理母とは、子の出産が妻ではなく、第三者(代理母)の母体(子宮)から行わ

³⁰ 法学的議論で言う「人工受精」(人工授精と区別)という用語は、体内・外の受精を問わず自然な生殖方法によらないすべての人工方法による生殖、すなわち生殖補助医療による生殖全般(韓国法上「補助生殖」)を指す。

³¹ 尹眞秀「補助生殖技術の家族法的争点についての近年の動向」『法学』第49巻第2号(2008.06)72頁。

³² AIDに同意した夫を「表現父」と呼ぶ文献は、権載文・前掲注19)329頁。

³³ 大法院2019. 10. 23. 宣告 2016ㄷ2510全員合議体判決。従来は体内人工受精(人工授精)によって生まれた子は特別に「人工授精子」と呼ばれていたが、大法院のいう「人工受精子」は生殖補助医療(補助生殖術)によって生まれた全ての子を指す(人工授精子と人工受精子の区別に注意)。

れたという共通概念要素に基づく用語である。韓国で議論されている代理母の類型は、夫との直接的な性交で行われる「古典的代理母」³⁴と「補助生殖術(生殖補助医療)による代理母」に大きく分けることができる。「補助生殖術による代理母」には、精子・卵子の提供者が誰なのかによって、遺伝的代理母、子宮(出産)代理母³⁵、第三者の卵子提供の出産代理母、第三者の精子提供の出産代理母、第三者の卵子・精子提供の出産代理母に分けられる。韓国で議論されている代理母の種類と用語は次のとおりである。

※韓国における「代理母」の類型と用語

類型		精子	卵子	母体(子宮)	備考
古典的代理母		夫	代理母	代理母 (共通概念要素)	伝統的な意味の代理母 (卵子提供者=代理母)
生殖補助医療 による代理母	遺伝的代理母	夫	代理母		出産代理母(完全代理母 ³⁶) (卵子提供者≠代理母)
	子宮(出産)代理母	夫	妻		
	第三者の卵子提供 出産代理母	夫	代理母以外 第三者		
	第三者の精子提供 出産代理母	第三者	代理母		
	第三者の精子・卵子 提供 出産代理母	第三者	代理母以外 第三者		

³⁴ 実務も夫との直接の性関係による代理母を「古典的代理母」という(大法院2019. 10. 23. 宣告 2016ㄴ2510全員合議体判決)。「古典的な意味の代理母」を広意の代理、生殖補助医療(補助生殖術)による代理母を狭意の代理母に区分することもある(チェソンキョン(ChoiSeongkyung)「代理母契約の効力と母子関係の決定」弘益法学第21巻第2号(2020)349頁の表を参照)。本報告書では、生殖補助医療に限定して議論するので、直接の性関係による「古典的な意味の代理母」は念頭に置かない。

³⁵ 大法院2019. 10. 23. 宣告 2016ㄴ2510全員合議体判決では、夫の精子と妻の卵子を体外受精して代理母の子宮に着床(移植)させて子を出産させる形の代理母を「子宮(出産)代理母」としている。

³⁶ 子宮(出産)代理母、第三者の卵子提供出産代理母、第三者の精子提供出産代理母、第三者の卵子・精子提供出産代理母のように代理母が純粹に子宮のみを貸す形の代理母を医療界では「完全代理」と呼ぶ。玄昭恵「代理母をめぐる争点と解決策」家族法研究第32巻第1号(2018)112頁注17を参照。

一方、韓国では、卵子提供者と代理母が一致するかによって、「伝統的な意味の代理母 (traditional/genital surrogacy)」と「出産代理母 (gestational surrogacy)」に分類することもある(上の表の備考参照)。伝統的な意味の代理母は、直接の性関係・生殖補助技術(体内・体外)によるものかなどは問わず、夫の精子を用いながらも、卵子提供者と代理母が一致する場合を意味する³⁷。前述の分類からみると、「古典的代理母」と「遺伝的代理母」のことを指す。これに対応して、卵子提供者と代理母が一致しない場合、つまり、代理母が純粹に子宮のみを貸した場合の代理母を通称して「出産代理母」と呼ぶ。

このように、韓国において「代理母(代理出産)」という言葉は、様々な意味で使われているが、最も議論されているのは「伝統的な意味の代理母(あるいは遺伝的代理母)」と「子宮(出産)代理母」である。韓国の文献でよく登場する「出産代理母」は、特別な説明がなければ、ほとんど「子宮(出産)代理母」を意味する場合が多い。

(iii) 死後生殖

最後に、死後生殖という言葉は韓国でもよく使われているが、「死後受精 (posthumous insemination)」あるいは「死後胎児」ともいう。韓国の生命倫理法においては、「死後胎児」という用語が使われているが、営利目的の代理出産と共に死後胎児は原則禁じられている(同法第23条)。一般に、死後生殖とは、夫が生前に冷凍保管した精子を、夫の死亡後に、妻がこれを用いて子を胎児することを意味するが、最近では、冷凍卵子を使う場合もあるので、概念的には、冷凍卵子のことも含めて理解すべきである。もっとも、母が死亡した後、冷凍卵子を使おうとする場合には、必然的に、代理母の子宮を借りるしかないので、究極的には、代理母の問題として扱われることとなる。以下、死後生殖の項目では、夫の冷凍精子を用いた生殖補助医療に関して述べる。

(3) 生殖補助医療に関わる法制

a. 生殖補助医療の規律方式

韓国での生殖補助医療技術の飛躍的な発展に伴い、数多くの人工受精子が生まれる現実に対応するため、2004年に生殖補助医療に関する基本法として「生命倫理及び安全に関する法律」(以下、「生命倫理法」)が制定された。生命倫理法は、原則的に、医療的な観点から、医療行為としての生殖補助医療の規制とその許容範囲を定める、「行為規制」に重点を置いた法律であ

³⁷ 李銅洙「外国における代理母出産と親子関係決定の問題についての小考-ドイツと韓国の判例の動向を中心に」家族法研究第33巻第2号(2019. 06)358頁。

る。親子法的な観点からも断片的な規定は設けられているが十分とは言えない。したがって、大体の親子関係の問題は、現行民法の規定や学説³⁸・判例の解釈に委ねられている。

このような状況で、立法論としては生殖補助医療に関する行為規制と親子法的規律とを総合した立法の必要性が主張されてはいるが、そもそもそのような規律方式の妥当性に関する意見の相違が存在する。例えば、生殖補助医療に関する行為規制と親子法的内容をすべて含んでい基本法の形式で特別法を制定すべきか(連係説)、それとも生殖補助医療の行為規制とは別に、親子法的内容は民法の改正を通じて民法で対処すべきであるか(区別説・峻別説)の議論がそれである³⁹。簡単に言うと、生殖補助に関する行為規制と、これにより生まれた子をめぐる親子法的規律の関係をどのように考えるかの問題である。生殖補助医療行為の許否・許容範囲と、生殖補助医療行為による親子関係の定立基準との関連性については、まず、連係説によると、生殖補助に関する医療法的規制に違反した場合、医療機関や依頼親に課される制裁と全く別として親子法上の目的が達成できるとは思えないという。つまり、医療法的規制の遵守が確定的に決定されるまでには、親子関係の問題も流動的な状態に置かれることになる。これに対して、区別説(峻別説)は、医療法的規制と親子法制を繋げると、医療法上の行為規制とは別に親子法上の親子関係の設定が難しくなるので「子の福利」に反する恐れがあると批判する。したがって、医療法上の生殖補助に関する行為規制とは別に、生殖補助医療によって生まれた子の親子関係の定立基準を設ける必要があると主張する⁴⁰。例えば、代理母契約が無効であっても、裁判所はこれとは別に、誰が法的な父母となるかを定めるべきとする見解や、代理母契約の有効性を肯定しながらも、親子関係は契約の効果や内容から直ちに決められるものではないとして、依頼父母に親権が認められるには養子縁組などの別の手続が必要であると主張する見解⁴¹が区別説である。韓国の多くの学者は二つの問題をそれぞれ別として議論する傾向がある。

b. 生殖補助医療に関する立法作業の経緯

規律方式に対する決着がついていない状況で、それでも関連法規を整備しなければならないという声が高かったため、いくつかの法案が国会に提出されたことがあるが、実際の立法には

³⁸ 現在の学説や判例は、親子関係の成立については、民法上の一般的な原則を生殖補助医療の問題にも適用できるかどうか議論がある。

³⁹ 連係説と峻別説に関する詳しい議論は、尹眞秀編集代表・前掲注18)677頁以下参照。

⁴⁰ 裴成鎬「代理母によって生まれた子の法的地位；生命倫理法の改正ないし生殖補助医療に関する新しい民事特別法の制定のための試論」人権と定義345号(2005)13頁。

⁴¹ 嚴東燮「代理母契約」Justice34巻第6号(2001)107頁。

至らなかった。韓国ではこれまで、「体外受精等に関する法律案」、「医療補助生殖に関する法律案」、「生殖補助に関する法律案」、「生殖細胞等に関する法律案」の四つの法案が国会に提出されたことがある。各法律案の内容は、今後、韓国における具体的な立法動向を把握する材料となるので、ここで紹介することにする。

(i) 「体外受精等に関する法律案」

「体外受精等に関する法律案」(2006. 4. 28. 発議)は、体外受精などの安定性と倫理性を確保する一方で、生殖補助医療によって生まれた子の法律上の地位などを明確に定めるのにその立法の目的があることを明らかにしている。この法律案では、親子法上の重要な「受益者」、「提供者」、「体外受精」、「代理出産」などの用語について事実上の定義条項のみを設けているので、少なくとも文理解釈上、行為規制に違反したとしてもその行為が上記の事実上の概念に当てはまる時は、この法案の定める親子法的規定が適用される。規律方式からみれば、峻別説に近いものといえる。この法律案は、生殖補助に関する医療法的規制のほか、親子関係の定立基準の全般についても規律しているが、その主な内容⁴²は以下のようなものである。

- ① 体外受精の登録、生殖細胞の提供者と受患者の連係、体外受精と生殖細胞提供の頻度の制限、生殖細胞の提供に関する教育・広報、代理出産の審議、かかる費用の精算などを担う体外受精管理本部を保健福祉部に設置・運営する(第3条)。
- ② 生殖細胞は、提供者とその配偶者の同意を得て採取しなければならないが、その際、提供者の健康診断や生殖細胞の検査を実施し、生殖細胞の安全性を確保する(第4条から第6条)。
- ③ 生殖細胞の提供者の年間及び生涯における提供頻度を制限する(第7条)。
- ④ 生殖細胞の提供を受けることができる者(受患者)は、不妊夫婦に限る(第8条)。
- ⑤ 胚生成医療機関は、受患者とその配偶者の同意を得て体外受精を実施する(第9条)。
- ⑥ 六親等以内の血族、四親等以内の姻戚間の体外受精、特定の遺伝質の獲得を目的とした体外受精または胚の選別を禁ずる(第10条、第11条)。
- ⑦ 特定人の生殖細胞による体外受精の頻度を制限する(第12条)。
- ⑧ 代理出産は体外受精管理本部の許可を得なければならない、営利目的の代理出産は禁じられ、実費補償のみが許される(第13条、第14条)。

⁴² 法案の詳細は、<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=035056>(最終訪問日2021. 02. 12.)。

- ⑨ 代理出産の経験、年齢、代理出産の頻度、配偶者の同意と健康状態等に関する適格性に関して規定する(第15条、第17条)。
- ⑩ 代理出産を依頼することができる者は、不妊夫婦に限る(第16条)。
- ⑪ 体外受精記録の作成・保存・報告・閲覧などの主体、対象、条件などに関して規定する(第18条から第20条)。
- ⑫ 体外受精または人工授精によって生まれた子と代理出産によって生まれた子は依頼夫婦の婚姻中の出生子とみなす(第21条、第22条)。
- ⑬ 体外受精に係る医療費、生殖細胞の提供者の実費補償金などの請求、支払いなどの主体と手続を規定する(第23条)。

親子法的観点からは、体外受精または人工授精によって生まれた子と代理出産によって生まれた子が、依頼夫婦の婚姻中の出生子とみなすという規定(第21条、第22条)を明示的に設けている点が最も大きな特徴である。

(ii) 「医療補助生殖に関する法律案」

「医療補助生殖に関する法律案」は、「体外受精等に関する法律案」と同様に、生殖補助医療によって生まれた子の福利のために親子関係の定立とともに、医療補助生殖の安定性と透明性を確保することが立法目的であると定めている。しかし、「医療補助生殖に関する法律案」は、この法律の定める医療法的な行為規制に違反して生まれた子には、この法律の定める親子法に関する特則が適用されないことを明らかにしている。この法律案における親子法的な規定は、この法律案の定める行為規制の要件を全て満たした場合にのみ適用されうる。これは、概念定義の条文(法律第1条)において、医療補助生殖とは、自然的なプロセスではない、生殖を可能にする全ての技術として「保健福祉部令の定めるもの」のみであると明示しているからである。これにより、この法律案は、医療法的な行為規制と親子法的規律を連係しているものと解される。

なお、この法案では、医療補助生殖の安定性と透明性のための一種の統合管理センターとして国立医療院に医療補助生殖管理センターを設置し、精子・卵子寄贈登録簿を備えて、提供者の寄贈回数及び寄贈によって行われた出産の回数などを恒久的に登録・管理することを定めている(法律第12条第1項、第2項)。その主な内容⁴³は次のとおりである。

⁴³ 法案の詳細は、<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=037432>(最終訪問日2021.0

- ① 医療補助生殖を利用しようとする夫婦は、寄贈者から提供された精子や卵子(生殖細胞を含む、以下、同様)を用いて生まれた子の父母になることを合意した後、家庭裁判所の裁判官の前で、これを書面で確認しなければならない(第5条1項)。夫婦の合意がない場合には、配偶者以外の者の卵子や精子を用いた医療補助生殖は禁じられる(第5条第3項)。
- ② 未婚の男・女は、医療補助生殖を用いて父あるいは母となることはできない(第5条第4項)。
- ③ 卵子・精子の寄贈者は父母となる者と八親等以内の親族関係にあつてはならず、提供者の死後には医療補助生殖手術を行うことができない(第7条)。
- ④ 寄贈者を媒介とした医療補助生殖の場合、寄贈者と出生した子の間には、どのような親子関係も生じず、寄贈者が医療補助生殖で生まれた子を認知することや生まれた子が寄贈者を相手に認知請求の訴えを提起することもできない(第8条)。
- ⑤ 代理母契約は無効であるが、代理母契約のうち、代理出産による医療費の支給請求など保健福祉部令の定める金額を実費補償として支給する約定は一部有効である。医療法人や医師は、代理母契約であることを知りながら医療生殖補助施術をしてはならない(第11条)。
- ⑥ 医療補助生殖の安定性と透明性のために、国立医療院に医療補助生殖管理センターを設置して、医療補助生殖管理センターに精子・卵子寄贈登録簿を備え、寄贈者の寄贈の回数及び寄贈による出産の回数などを永久に登録・管理する(第12条第1・2項)。
- ⑦ 医療補助生殖管理センターは、同一の寄贈者から3人以上の子が生まれないようにするため、同一の卵子寄贈者から5回以上の寄贈を受けないように管理し、医療補助生殖手術を行う者は、これを確認してから施術しなければならない(第12条第4項)。
- ⑧ 寄贈者が生まれる子の親になることはできないことを説明しなかったり、無償ではない卵子・精子を提供されたり、卵子・精子の寄贈者の伝染病や遺伝病の有無を確認していない者などは、6ヶ月以内の範囲で営業停止を命じられる(第13条)。
- ⑨ 夫婦の間に合意のない場合は、第三者提供の卵子・精子を用いた医療補助生殖の禁止義務、関連医療記録を作成し医療補助生殖管理センターに提出する義務、医療機関や医師が代理母であることを知った場合、施術の禁止義務などを違反した者は、1年以下の禁錮又は5千万ウォン以下の罰金に処する(第14条)。

2.12.)。

(iii) 「生殖補助に関する法律案」及び「生殖細胞等に関する法律案」

「補助生殖に関する法律案」及び「生殖細胞等に関する法律案」というこの二つの法律案は、補助生殖術が普通に行われている医療の現実と比べて、現行の生命倫理法などの関連法が非配偶者間生殖補助や代理問題などの重要な事項についての十分な対応ができていないという問題意識から、臨時的に発議された法律案といえる。「生殖補助に関する法律案」(2012. 2. 10. 発議)は、原則として補助生殖における禁止事項を定める一方、残余胚が発生しないように補助生殖施術の回数を制限することを内容とする。なお補助生殖施術の対象者に事前に十分な説明がなされるべき事項を規定するなど、医療法的な行為規制が主な立法目的である。その主な内容⁴⁴は以下のとおりである。

- ① 補助生殖における禁止されるべき事項を定める(第4条)。
- ② 残余胚が発生しないようにして、女性の健康のために生殖補助施術の回数を制限する(第5条)。
- ③ 補助生殖による副作用などについて施術医師が補助生殖施術の対象者に説明する義務を定め、補助生殖施術対象者の同意取消権を明示する(第6条)。
- ④ 胚の遺伝子の検査時の注意事項と制限事由を定める(第7条)。
- ⑤ 補助生殖の利用に関する調査・研究と補助生殖施術の現況に関する情報・統計を管理するための胚生成医療機関の報告義務を定める(第8条)。

政府案である「生殖細胞等に関する法律案」も主に医療法的な行為規制に関して定めており、親子法制に関する規定は多くない。ただし、この法律案は、この法の定める医療法的規制を遵守した場合に限ってこの法律上の親子法規定が適用されることを前提としているため、医療法的行為規制と親子法が連係しているものとみられる。

以上のように、韓国では生殖補助医療技術の発展に伴い親子法的規制も含めて生殖補助医療に関する総合的な内容の法律案が提示されていたが、残念ながら政治的な理由で、全ての法律案は国会の会期満了によって廃棄とされた。

c. 「生命倫理及び安全に関する法律」

「生命倫理及び安全に関する法律」、すなわち「生命倫理法」は2004. 1. 29. 法律第7150号として制定されてから約21回の改正を経て、現在は、2020. 8. 1. に改正された法(法律第17472号)が

⁴⁴ 法案の詳細は、http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_L1W2MOY2C1R0I1L3U4T9A3G5M8B4Z2(最終訪問日2021. 02. 12.)。

施行されている。さらに、2021年12月30日からは、主に、遺伝子検査に関わる内容が改正された法の施行が予定されている。生命倫理法は現在、非侵襲的臨床研究において、人間及び人体由来物対象研究に関する基本法と位置付けられている⁴⁵。生命倫理法は、用語の定義や基本的な原則を定める総則(第1章)、生殖補助医療の可否を審議する生命倫理委員会に関する規律(第2章)、人間対象の研究に関する事項(第3章)、胚などの生成及び研究(第4章)、人体由来物研究に関する事項(第5章)、遺伝子治療・検査(第6章)、監督(第7章)、補則(第8章)の全8章で構成されている。立法目的⁴⁶は、人間と人体由来物の研究、胚の研究などの臨床試験に関わる医療法的な行為規制にある⁴⁷。生殖補助医療は、通常、臨床試験を伴う過程でなされる場合も多いため、生殖補助医療に関する行為規制も含まれている。例えば、人工受精のための胚の生成に関して、胚生成の目的、胚芽生成医療機関の指定、胚の生成のための同意、卵子提供者の健康診断及び卵子採取頻度、卵子提供者の実費補償、胚の保存期間と廃棄等に関する事項(第13条から第16条)などを規律している⁴⁸。そして、死後胎胎(同法第23条)及び営利目的の生殖細胞の提供・利用等を禁止する規定(第11条、第12条)など、胚の生成と研究における基本的な禁止事項を定めている。

なお、生命倫理法は「親子関係」の成立等に関する親子法の内容を直接規律するものではないが、親子関係の決定において重要な意味を持つ「当事者の同意」に関連する規制、例えば、同意権者、同意の内容及び条件、同意書の作成等に関する内容を定めている。

ただし、生命倫理法は、精子・卵子及びその胚のような人体由来物を用いた生殖補助医療のなか、「体外受精」によって行われる施術を前提にしており、子宮内注入術のような体内授精に

⁴⁵ 参考までに、医薬品・医薬部外品の製造などの薬学技術に関する事項を規律する薬事法は、侵襲的臨床研究の規律を中心に構成されている。最近では、2019年8月にバイオ医薬品の臨床について先端の再生医療と高度なバイオ医薬品の安全と支援に関する法律が制定され施行されている。同法は、先端の再生医療のための臨床研究について審査基準を緩和して、より迅速なバイオ医薬品の適用を可能にするなど、臨床試験について一歩進んだ法律であると評されている。金ヒョン Chol(KimHyeonCheol)・ユンイレ(YoonErei)「先端再生医療法案の導入の主な争点」科学技術と法第10巻第1号(2019)39頁-40頁。

⁴⁶ 生命倫理法第1条(目的) この法律は、人間と人間由来物などを研究し胚や遺伝子などを扱う際、人間の尊厳と価値を侵害したり、人体に危害を及ぼすことを防止することによって生命倫理と安全を確保し、国民の健康と生活の質の向上に資することを目的とする。

⁴⁷ 臨床試験に関する生命倫理法と薬事法の内容については、李銀榮「臨床試験関連法制の問題点と改善策」東北亜法研究第13巻第3号(2020)166頁-171頁参照。

⁴⁸ 参考に、残余胚の研究と使用につき、残余胚の研究の条件は、胚研究機関の登録、胚研究計画書の承認、残余胚の提供と管理、残余胚の研究によって確立された幹細胞の登録、提供と利用、胚芽生成医療機関と胚研究機関の遵守事項(第17条から第21条)についても定めている。また、体細胞クローン胚の研究に関しても規定がある(第22条、第23条)。

よる生殖補助医療は除外される。しかし、最近の医療では、通常の補助生殖施術が「体外受精」によって行われている現実を考えると、ほとんどの生殖補助医療の種類に対して、生命倫理法が「基本法」として適用されるということが出来る。要するに、生命倫理法は、生殖補助医療に使われる精子・卵子と胚の提供に関する事項を包括的に規律している点から、韓国法上、生殖補助医療に関する基本法とされる。以下で議論する様々な類型の生殖補助医療に関しては、原則、体外受精のことを前提に検討するが、体内・体外受精かで規律が異なる場合には別個に検討する。

2. 全ての行為類型に共通の行為規制

(1) 当事者についての規制

生命倫理法のほかに、韓国の現行法上、生殖補助医療の当事者について総合的に規律する法律はない。生命倫理法は同意権者に関する規定において、補助生殖施術の対象者と生殖細胞の提供者(精子・卵子提供者)に配偶者がいる場合には、その配偶者の同意も得なければならないと定めている。解釈上、ここでの配偶者は、法律上の配偶者を意味するとされる。最終的に生殖補助医療の許可をするかどうかを審議・決定する生命倫理委員会の審議過程でも事実婚関係にある者が事実婚の配偶者の同意を得てAID施術を申請した場合は許可されないことが多い。先に紹介した生殖補助医療に関する法律案においても原則、夫婦間の場合にのみ、生殖補助医療を認めている。学説も否定的な傾向が多い。ちなみに、大韓産婦人科学会の「補助生殖倫理指針」⁴⁹においても、第三者の提供精子を用いた補助生殖施術は、原則として「法律上の夫婦」に限って許されると定められている。これらの点に照らして、法律上、明文の規定はないが、解釈上あるいは医療の現実からも、「法律上の夫婦」に限って、生殖補助医療が認められるとされる。

一方、生殖補助医療の目的につき、体外受精による胚生成行為を規律する生命倫理法では、

⁴⁹ 大韓産婦人科学会補助生殖術委員会の「大韓産婦人科学会補助生殖術倫理指針」(2017. 07. 01. 改正)には、補助生殖術は、特に第三者の提供精子を用いる場合、その施行要件として、次のような内容を規定している。第三者の提供精子による補助生殖術は、①原則として、法律上婚姻関係にある夫婦のみを対象に実施することができる。②第三者の提供精子をもらうためには、夫が不可逆的な無精子症と判断されるなど自然な方法では妊娠することができないという点が確定されるべきである。③夫婦が第三者の提供精子の利用のためには、産婦人科学会の倫理指針と関連法律の内容や、施術の過程や合併症などについて十分な説明を聞いて、これをすべて受け入れて同意した上で、施行される。④補助生殖施術を希望する夫婦には、この施術によって生まれる子を正常に養育できる能力がなければならず、このようにして生まれる子は全ての場合において、親子と同一視されるべきである。

ひたすら「妊娠」の目的でのみ胚を生成することができると規定している(同法第23条第1項)。また、先の産婦人科学会の倫理指針でも、特にAID(第三者の提供精子を用いた生殖補助医療)の場合には、夫が不可逆的な無精子症と判断されるなど自然な方法では妊娠することができないと確定した場合であることが定められている。したがって、韓国における生殖補助医療は、原則として不妊(難妊)などの場合に、子供の出産のための妊娠を目的とする場合にのみに許される。

生命倫理法上、胚の生成が制限される場合は、次のとおりである(同法第23条)⁵⁰。①妊娠以外の目的の胚の作成行為、②妊娠の目的であっても、特定の性を選択する目的で卵子と精子を選別して受精する行為、③死亡した人の卵子または精子を受精する行為(「死後生殖」)は、禁じられる。また、④未成年者の卵子と精子を用いる受精行為はできなが、婚姻した未成年者が子を得るために、生殖補助医療を利用することは許される。⑤金銭、財産上の利益、またはその他の反対給付を条件に、胚や卵子または精子を提供・利用することはできず、これを誘引・斡旋する行為も禁止されるので、営利目的の「代理母」契約もなお禁じられる。

(2) 手続に関する規制

a. 同意の要否及び同意権者

生命倫理法の規定によると、AIDをはじめすべての「体外受精」⁵¹の方法で行われる生殖医療補助施術(補助生殖施術)をするには、胚生成医療機関が同意権者の補助生殖施術の当事者から同意を得なければならない(第24条第1項)。言い換えれば、胚生成医療機関は、同法により同意

⁵⁰ 生命倫理法第23条(胚の生成に関する遵守事項)

- ① 何人も妊娠以外の目的で胚を生成してはならない。
- ② 何人も、胚を生成するときは、次の各号のいずれかに該当する行為をしてはならない。
 1. 特定の性を選択する目的のために卵子と精子を選別して受精させる行為
 2. 死亡した人の卵子または精子を受精する行為
 3. 未成年者の卵子または精子を受精する行為。ただし、婚姻した未成年者がその子を得るために受精する場合は除く。
- ③ 何人も金銭、財産上の利益またはその他の反対給付を条件に、胚や卵子または精子を提供し、利用したり、これを誘引し斡旋してはならない。

⁵¹ この法律が制定された当時は、「人工受胎施術のために精子または卵子を採取・保管する医療機関」が保健福祉部長官から胚芽生成医療機関として指定されなければならないという内容の条項であった(第14条第1項)。ここは、「胚を生成するために、精子または卵子を採取するとき」という表現が使われているが、基本的に「人工受胎施術の対象者」という用語が用いられている(第15条第1項)。

取得義務を負担する。なお、体外受精のために卵子または精子を採取・保存したり、これを受精し胚を生成しようとする医療機関は、保健福祉部長官から「胚作成医療機関」と指定されなければならないと規定しているので、指定された胚生成医療機関のみが生殖補助医療を合法的に行うことができる(同法第22条)⁵²。

同意権者については、生命倫理法は体内受精を除き体外受精技術のみが規制対象であるので同意権者も「体外受精の対象者」に限られる⁵³。ここでいう同意権者⁵⁴とは、卵子提供者、精子提供者、体外受精施術の対象者、及び提供者と施術対象者に配偶者がいる場合には、それぞれの配偶者である(第24条第1項)。体内受精の場合には、法律上には規定がないので、当事者の同意要否は医療機関の自律的な慣行に委ねられている。しかし、大韓産婦人科学会の補助生殖倫理指針では、第三者の提供精子を用いる生殖補助医療は、体外・体内受精を問わず必ず同意権者に同意を得なければならないと定めているので、医療慣行上、体内受精の場合も同意を要する。体内受精・体外受精は医療的な手続が異なるだけで、第三者の提供精子を用いる場合に

⁵² 生命倫理法第22条(胚作成医療機関の指定等) ①体外受精のために卵子または精子を採取・保存したり、これを受精して胚芽を生成する医療機関は、保健福祉部長官から胚作成医療機関として指定されなければならない。

② 胚芽生成医療機関として指定を希望する医療機関は、保健福祉部令で定める施設及び人材等を備えなければならない。

③ 胚芽生成医療機関の指定基準及び手続等に関して必要な事項は、保健福祉部令で定める。

④ 第1項の規定により指定された胚芽生成医療機関(以下「胚芽生成医療機関」という)が、保健福祉部令の定める重要な事項を変更する場合には、保健福祉部長官にその変更を申告しなければならない。

⑤ 胚芽生成医療機関の長は、休業あるいは廃業した場合には、保健福祉部令で定めるところにより、保健福祉部長官に申告しなければならない。

⑥ 胚芽生成医療機関は、休業したり、廃業する時に、保健福祉部令で定めるところにより、保管中の胚、生殖細胞および関連書類を保健福祉部または他の胚芽生成医療機関に移管しなければならない。

⁵³ 生命倫理法が制定された当時には「人工受胎施術」という用語が使用されたが、人工受胎施術は原則として自然な方法ではなく、人為的な方法によって、妊娠できるようにする医術と理解されていたため、これには子宮内精子注入術に代表されている体内授精の方法の生殖医療補助施術も含まれていた。したがってこの法律の制定当時は、子宮内精子注入術(体内授精)の場合にも、当事者の同意を得なければならないと定めるものと解釈された。しかし、その後の法改正によって、「人工受胎施術」という用語は、「体外受精」に変更され、体内授精を除く体外受精施術のみが、この法律の規制対象という点が明らかになった。

⁵⁴ 現行の生命倫理法第24条第1項の補助生殖術の当事者には、基本的に体外受精の対象者と生殖細胞の提供者が含まれており、それぞれ配偶者がいる場合には、その配偶者も含まれる。ちなみに、制定当時の「生命倫理法」第15条第1条は、同意権者は「精子提供者・卵子提供者・人工受胎施術対象者とその配偶者」であった。

は、夫と血縁関係(生物学的関連性)のない子が生まれるという点からは、法律的な問題の局面は同じである。したがって、体外・体内受精を問わず、法律적으로는必ず同意を得るように規定すべきという見解⁵⁵がある。

b. 同意の対象(内容)

生命倫理法で定められた同意の対象と内容は以下のとおりである(同法第24条第1項各号)⁵⁶。

- | |
|-----------------------------------|
| ① 胚生成の目的に関する事項 |
| ② 胚・卵子・精子の保存期間及びその他の保存に関する事項 |
| ③ 胚・卵子・精子の廃棄に関する事項 |
| ④ 残余胚と残余卵を研究目的のために利用することに関する事項 |
| ⑤ 同意の変更や撤回に関する事項 |
| ⑥ 同意権者の権利及び情報の保護、その他の保健福祉部令で定める事項 |

ここで同意の対象は、原則として、胚の生成や保存に関する事項であるが、親子法の親子関係の成立において重要な意味を持つのは、胚の生成の目的(1号)と同意の変更や撤回に関する事項(5号)、同意権者の権利及び情報の保護(6号)といえる。後述するが、第三者の提供精子を用

⁵⁵ 金恩愛「非配偶者間の補助生殖術において親子関係と同意の問題」生命倫理政策研究第13巻第2号(2020)103頁-104頁。

⁵⁶ 生命倫理法24条(胚の生成などに関する同意) ① 胚の生成医療機関は、胚を生成するために卵子または精子を採取するときは、次の各号の事項について卵子提供者、精子提供者、体外受精対象者とその提供者及び施術対象者の配偶者がいる場合は、その配偶者(以下「同意権者」という)の書面による同意を得なければならない。ただし、障害者の場合は、その特性に合わせて同意を求めなければならない。

1. 胚の生成目的に関する事項
2. 胚及び卵子及び精子の保存期間及びその他の保存に関する事項
3. 胚及び卵子及び精子の廃棄に関する事項
4. 残余胚と残余卵を研究目的のために利用することに関する事項
5. 同意の変更や撤回に関する事項
6. 同意権者の権利と情報の保護、その他保健福祉部令で定める事項

② 胚生成医療機関は、第1項の規定による書面による同意を受ける前に同意権者に第1項各号の事項について十分に説明しなければならない。

③ 第1項の規定による書面による同意のための同意書の書式及び保管等に必要事項は保健福祉部令で定める。

いた生殖補助医療で生まれた子と父子関係に関する2019年の大法院判決において、主な争点となった「夫の同意」に関連して、AID(胚生成)の同意を親子関係の成立に関する同意とみなすことができるかが問題であった。言い換えれば、生命倫理法に定められた同意の対象は、胚の生成などの「医療行為」に対するものなので、「親子関係の成立及び効果」に対する同意とみることができるかが問題になったのである。後述するが、これについては、たとえ生命倫理法に定められた同意が「医療行為」に関する同意であったとしても、このような合意(同意)に基づいて、生殖補助医療が行われて、その結果、子を妊娠・出産し育てる責任と必然的に繋がるので、他の特別な事情が明らかにされない限り、生殖補助医療に関する「夫の同意」は生殖補助医療によって今後生まれる子との「親子関係を認める趣旨」とみなすことができると判断した⁵⁷。要するに、生命倫理法に規定された「胚の作成の目的」は、最終的に体外受精対象者が妊娠をするためのものであり、妊娠は自然に出産につながり出生した子との「親生子関係を意図」することが目的であると解される。また、「同意権者の権利」についても、第三者の提供精子・卵子・胚を用いた体外受精を通じて生まれた子は、必然的に、生物学的関連性(血縁関係)のない子であっても「親としての権利を主張できること」を明らかにするものであるため、現行の生命倫理法上、「胚の生成の目的」や「同意権者の権利」という文言からも「親子関係の成立及びその効果」に関する内容が含まれていると解釈できるとされる。

c. 同意の方式

生命倫理法上、胚芽生成医療機関が体外受精のために卵子または精子を採取・保存したり、これを受精し胚を生成しようとする場合に、同意権者から同意を得なければならない時点は、胚を生成するために「卵子または精子を採取する時」である。胚芽生成医療機関が同意権者から同意を得る際には、必ず前述した6つの同意事項について同意権者に十分な説明をしなければならない(同法第24条第1項)。同意は法定書式による「書面による同意」が原則であるが、障害者の場合には、その特性に合わせて同意を得なければならない(同法第24条第1項但書)。書面による同意のための同意書の書式は、保健福祉部令(生命倫理法施行規則)に定められているが、胚芽生成医療機関が精子または卵子を採取するときは、当事者から「胚生成等に関する同意書」(別紙第13号書式)をもらわなければならない。第三者の提供した卵子または精子を用いて胚を生成するときには、提供者から「生殖細胞寄贈同意書」(別紙第14号書式)⁵⁸を、受贈者(第

⁵⁷ 大法院 2019. 10. 23. 宣告 2016㉮2510 全員合議体判決 [親生子関係不存在確認]。

⁵⁸ 「生殖細胞寄贈同意書」には、次のような内容が記載されている。 1. 同意権者は卵子または精子を不妊治療目的で無償寄贈するのが原則であるが、卵子提供者は、胚芽生成医療機関から実費の支給を受

三者提供の生殖細胞を利用して、生殖補助施術を受けようとする者)からは、「生殖細胞受贈同意書」(別紙第15号書式)⁵⁹をもらわなければならない(同法第24条第3項、同法施行規則第20条第1項)。このとき、生殖細胞の提供者が本人であることを確認できる書類と、配偶者の同意要否を確認するために「家族関係証明書」も一緒に添付しなければならない。ちなみに、同意書の保管期間については、原則として医療法上の医療記録の義務保存期間は最大10年(同法第22条第2項及び同法施行規則第15条第1項)であり、生殖補助医療に関する記録としての生命倫理法に定められた胚の生成等に関する同意書及び生殖細胞寄贈同意書などの同意書の保管期間も10年である(同法第24条第3項及び同法施行規則第20条第4項)⁶⁰。実は、生命倫理法に基づく同意書

けることができる。実費のほか、金銭、財産上の利益やその他の反対給付を条件に卵子または精子を提供・利用した場合または提供・利用するように誘導・斡旋した場合には、3年以下の懲役に処する。

2. 同意権者の卵子または精子は健康診断の結果に基づいて提供するかどうかが決まされ、同意権者は寄贈された卵子または精子を保存するかどうかという点と保存期間を決めることができる。残余卵子または精子の保管を希望しない場合、廃棄される。3. 同意権者の決めた保存期間中に、提供された卵子や精子は妊娠のための体外受精のみに利用でき、同意権者は保存期間が過ぎた後、卵子や精子の研究に提供するかどうかを決めることができる。4. 同意権者の卵子または精子は、管理番号が付与されて安全に保管され、保存期間が過ぎた場合、「廃棄物管理法」第13条の規定による基準と方法に基づいて廃棄される。5. 同意権者は、最初に決めた卵子または精子の保存期間が経過する前に保存期間を変更することができる。6. 同意権者はいつでも寄付の同意を変更したり、撤回することができる。7. 同意権者の個人情報、法律に基づいて徹底的に保護され、胚芽生成医療機関は、同意権者の個人情報を保護する義務がある。

⁵⁹ 「生殖細胞受贈同意書」には、次のような内容が含まれている。1. 同意権者が提供した卵子や精子は体外受精のためにのみ使用される。2. 卵子または精子は無償で提供する。ただし、胚芽生成医療機関から卵子提供者には実費が支給される。実費のほか、金銭、財産上の利益やその他の反対給付を条件に卵子または精子の提供を受け利用したり提供・利用するように誘導・斡旋した場合、3年以下の懲役に処する。3. 同意権者は、胚の生成等については、今後、別の同意書を作成しなければならない。4. 同意権者の個人情報は、法律に基づいて徹底的に保護され、胚芽生成医療機関は、同意権者の個人情報を保護する義務がある。

⁶⁰ 生命倫理法施行規則第20条(胚の生成等に関する同意)

④ 胚芽生成医療機関は、第1項から第3項までの規定に基づいて提出された同意書を10年間保存しなければならない。ただし、同意書とは別に、生成された胚自体の保管期間は、同意権者が異なる期間を定めるなどの特別な事情がない限り、原則として5年である。

生命倫理法第25条(胚の保存および廃棄) ① 胚の保存期間は5年とする。ただし、同意権者が保存期間を5年未満で定めた場合には、これを保存期間とする。

② 第1項の規定にかかわらず、化学療法などの保健福祉部令で定める場合には、同意権者が保存期間を5年以上に定めることができる。

③ 胚生成医療機関は、第1項又は第2項の規定による保存期間が終了した胚のうち、第29条の規定による研究の目的のために利用しない胚は廃棄しなければならない。

などは、後で親子関係の成立及び親生否認の可否に決定的である「夫の同意」を証明できる重要な証拠や根拠資料になることがある。したがって、10年の保存期間は、あまりにも短期で子の福利に反する恐れがあると指摘され、少なくともAIDで生まれた子が未成年者であるうちには同意書などが保存されるように保存期間を20年程度に延長すべきであるという主張⁶¹がある。すなわち、第三者の生殖細胞を用いた生殖補助医療で生まれた子との親生子関係の議論の背景には、最終的には、親の養育責任に関する当事者の利害関係が絡んでいる場合が多いので、少なくとも子供のための扶養義務がある期間-子供が未成年者の間-のうち、同意書などの記録を保存できるように延長する必要があるというのがその理由である。

d. 同意の変更と撤回

生命倫理法上、胚芽生成医療機関の同意取得事項には、同意の変更や撤回に関する事項が含まれているが(同法第24条第1項5号)、具体的な同意の変更・撤回の時点や条件が法律には明確に定められていない。ただし、前述した同意書の書式の中に、「胚生成等に関する同意書」及び「生殖細胞寄贈・受贈同意書」には、同意権者は「いつでも」同意した事項を変更したり撤回することができるという内容が含まれており、変更・撤回の時点の制限がないものと解される余地がある。同意の撤回の相手は、同意書の文面からは法律上単独行為として自由に撤回できると解することもできるが、実際には医療機関に対して撤回の意思表示をすることになるだろう。ただ、このような解釈は議論としてあるだけで、規定上や実務例で明らかにしているわけ

④ 胚生成医療機関は、胚の廃棄に関する事項を記録・保管しなければならない。

⑤ 第3項及び第4項の規定による胚の廃棄手続と方法、胚の廃棄に関する事項の記録・保管に必要な事項は、保健福祉部令で定める。

生命倫理法施行規則第21条(胚の保存および廃棄) ① 法第25条第2項の規定により同意権者が保存期間を5年以上に定めることができる場合は、次の各号のとおりである。

1. 同意権者が化学療法を受ける場合
 2. 機関委員会が同意権者の生殖細胞に影響を与えることができる治療と審議した治療を受ける場合
- ② 胚生成医療機関は同意権者が胚の廃棄を望むまたは法第25条第1項及び第2項の規定による保存期間が終了した場合には廃棄を望む日または保存期間が終了した日から30日以内に廃棄しなければならない。
- ③ 保存期間が終了した胚を廃棄する場合は、その廃棄基準及び方法は、「廃棄物管理法」第13条に従う。
- ④ 胚作成医療機関が、第3項の規定により胚を廃棄するときは、別紙第17号書式の胚廃棄台帳を作成し、5年間保管しなければならない。

⁶¹ 金恩愛・前掲注55)113頁。

ではない。これについては、生殖補助医療の類型によっては、かなり多数の同意権者(例えば、生殖細胞提供者、生殖細胞提供者の配偶者、体外受精施術の対象者、体外受精施術の対象者の配偶者)が存在することになるが、もし同意権者の一人でも制限なく自由に同意を変更・撤回することになると、法律的に非常に複雑な問題が生じる。例えば、胚が体外受精施術の対象者の子宮内に移植された後に、体外受精施術の対象者の配偶者が自分との血縁関係(生物学的関連性)のない子の出産に急に恐れて同意を撤回した場合はどうなるのか。この場合、体外受精施術の対象者が妊娠・出産に至らないように積極的な医療措置をとるべきであるかどうか、さらにその結果として生まれた子について明示的な同意の撤回がなされたのでそれを根拠として夫との親子関係を当然に否定すべきであるかなどの法律的な問題が生じる。韓国の現行法上、妊娠がされた後の中絶は原則、違法であり、例外的な中絶の理由にも該当しない。その結果、生まれた子に対する明白な同意の撤回があるとして親子関係を否定することも信義則に反する余地もある。したがって、同意の変更や撤回が制限なくいつでもできると言うのは不当であるので、一定の時点制限しなければならないというのが学説の傾向にある。妊娠や出産後には同意の撤回が許されない、または夫が同意を撤回した場合にも、生まれた子については、親生否認の訴の提訴資格を制限しなければならないという提案などが提示されている。

e. 生命倫理委員会の審議

胚芽生成医療機関が同意権者から同意を得たとしても、すぐに生殖補助医療施術が行われるわけではない。法律上、そのような同意が適法な手続によって得られたかなどに関しては、当該医療機関に設置されている機関生命倫理委員会による審議を受けなければならない(同法第10条第3項第1号)。生命倫理委員会は、人間と人体由来物に関わる機関あるいは国に必須的に設置されており、人間と人体由来物に関わる研究や医療行為の適法性を審議する。したがって、生殖補助医療の場合には、必ずその生命倫理委員会の審議を経た後に施術が可能となる。生命倫理委員会は、特に生殖補助医療に関しては、同意権者の資格(法律上の夫婦など)や胚芽生成医療機関が同意権者に同意を得たかどうか、同意事項について十分な説明をしたかどうか、同意に関する手続及び書式が適法に作成されたかなどを審議する。例えば、寄贈同意の場合には、「提供した生殖細胞に対する今後の権利義務に関わる事項」、受贈同意の場合には、「提供された生殖細胞に対する今後の権利義務に関わる事項」について同意権者にきちんと説明をしたか確認する⁶²。そのような審議で問題がないと判断された場合にのみ生殖補助医療を行うことができる。

⁶² 保健福祉部・国家生命倫理政策研究院「胚芽生成医療機関の標準運営案内」(2013.12) 59頁-60頁。

f. 生殖補助医療に対する公的監督及び管理⁶³

現在、生殖補助医療に関しては、保健福祉部長官の指定する生殖補助医療機関による実施と、機関あるいは国家生命倫理委員会の生殖補助医療に関する必須審議規定の以外には、生殖補助医療を統合的に管理・監督する公的機関は指定されていない。しかし、事案ごとに管理・監督する機関はあり、例えば、「保健福祉部の保健産業政策局生命倫理政策課」では、卵子提供者の採取履歴を管理しており、胚芽生成医療機関がその履歴の確認を要求する場合、その情報を提供している。また、「疾病管理本部」では、胚芽生成医療機関の指定に関する業務を担う。そして、「国立保健院生命科学研究管理課」では、改正された生命倫理安全法に基づき、既存の胚の生成・研究、体細胞クローン胚の研究や、人間対象の研究機関、人体由来物の研究機関、人体由来物銀行などに関する業務も担当している。生殖補助医療をより専門性に担当して支援・監督することができる統合管理公的機関が必要であることが指摘⁶⁴されている。

3. 第三者の提供精子を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

韓国で「第三者の提供精子を用いた生殖補助医療」は、通常、「非配偶者間の人工受精 (Artificial Insemination by Donor, AID事案)」あるいは「AID」事案として扱われていることは前述した。現在行われているほとんどのAID事案は、「婚姻カップル間」の生殖補助医療事案である⁶⁵。生命倫理法には、法律上の夫婦に限定することを明示してはいないが、妊娠目的の生殖補助医療に当たっては、生殖細胞の提供者とその配偶者、生殖補助施術対象者とその配偶者の同意を得るようになっており(第24条第1項)、ここでの配偶者は、原則として、法律上の配偶者を意味するとされる。大韓産婦人科学会の補助生殖術倫理指針は、医療現場でのAID施術の直接的指針であるが、これによると、第三者の提供精子を用いた補助生殖施術は、「法律上の夫婦」のみに許される。しかも、この指針では、第三者の精子をもらうには、夫が不可逆的な無精子症であると判断され、自然な方法では、決して妊娠することができないという点が確定

⁶³ 以下の内容は、ユジホン「先端医療補助生殖に基づく民法第844条の親生子推定に関する考察」法学研究第26巻第2号(2015)160頁による。

⁶⁴ ユジホン(YooJiHong)・前掲注63)160頁を参照。金恩愛「補助生殖術の立法争点」梨花女子大学生命医療研究所シンポジウム資料集(補助生殖術の現状と法的改善方案(2014.1.24.))55頁。他にも外国の事例を紹介した文献は、金恩愛「生殖細胞寄贈・受贈の公的管理および支援：イギリスの人間授精及び胚生成管轄官庁(HFEA)を中心に」生命倫理政策研究第3巻第1号(2009)を参照。

⁶⁵ 金敏圭「生殖補助医療と私的生活の自己決定権」法学研究第51巻第1号(2010)525頁以下;尹眞秀・前掲注31)66頁以下;イジョンヒョン(LeeJyungHyun)「生殖補助医療の法制化のための提言-子の法的地位を中心に-」法曹656号(2011)115頁以下;権載文・前掲注19)329頁以下など多数。

しなければならない。このように、韓国医療界の慣行上、AID施術は、法律上婚姻関係にある夫婦間のみ行われることを前提としている。第三者の提供精子を用いた生殖補助医療に対する規制は、大体は生命倫理法で定めている。生命倫理法は、原則に、体外受精によって行われる生殖補助医療のすべての類型に適用されるので、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療を行う場合にも、この法律の定める要件と手続に従わなければならない(同法第23条から第25条)。その詳細な内容については、2の項目の「すべての行為類型に共通の行為規制」で説明した内容がそのまま適用される。要約すると、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療行為をするためには、まず、精子提供者とその配偶者、生殖補助医療の施術対象者(妻)とその配偶者(夫)の書面による同意が必要である。書面による同意の方法と手順等については、生命倫理法とその下部法令が定めるところによる。このように、生命倫理法上、施術対象者(妻)の配偶者(夫)の同意が必ず必要となっているが、先に説明したように韓国医療界の慣行上、婚姻関係にある妻が夫の同意なしでAID施術を受けてAID子を妊娠・出産することは現実的に非常に困難である。そのような状況から、後述する2019年の判決では、正常的な婚姻生活を送っている夫婦であれば、夫の同意を証明できる書面がなくても、「夫の同意」があったとみなすことができるとした。ちなみに、大韓産婦人科学会の倫理指針では、特に「AID」の許可要件については、次のように定めている。施術対象の夫婦に倫理指針及び関わる法律などを十分に説明し、夫婦がこれをすべて受け入れて同意した場合に施術できると定めている。なお、施術対象の夫婦(体外受精対象者とその配偶者)にAIDによって生まれた子を養育する能力があることが条件である。なお、AIDによって生まれた子は、すべての場合において、親子と同様であるべきと定めている。

(2) 親子関係

a. 婚姻カップル間

(i) 学説

生命倫理法には、体外受精の行為規制のほかに、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療(AID)によって生まれた子との親子関係の成立に関しては、特別な規定を設けていない。法律案としては、前述した「体外受精に関する法律案」で、体外受精または人工授精で生まれた子は依頼夫婦の婚姻中の出生子とみなすという規定(法律第21条、第22条)があったが、結果的に立法化されなかったため、問題の解決は、実務や民法の解釈に委ねられる。

まず、父子関係については、解釈論としてはAID子にも民法上の親生推定(摘出推定)規定が適用されるかどうかと、夫の親生否認が許されるべきかが争点となる。学説の多くは、民法上の親生推定規定は、AID子にも同様に適用されるし、AIDに対する「夫の同意」があれば、AID子に対する夫の親生否認は許されないと解釈する。AIDの「夫の同意」は親生否認の排除根拠にな

る。結論として「夫の同意」に親子関係の成立という積極的な効果が認められる。一方、夫の同意なしに妻がAID施術を受けて子を出産した場合には、婚姻関係にある女性が他の男の子を産んだのと同様に解釈する⁶⁶。しかし、このような多数説については、「夫の同意(意思)によって父が決まる」という結論は、同じく「意思」による親子関係の形成制度である養子縁組において厳格な審査が行われて養親が決まる養子縁組制度とのバランスが合わないとの批判がある。少なくとも、「意思」による親子関係の決定において、「審査なき父の決定」は、最終的に子の福利に反する恐れがあり、養子縁組の制度を潜脱させることになりかねないからである⁶⁷。さらに、この問題は、「父の決定(父子関係)」の基準を確立する問題として、現行民法との体系整合性を考慮しなければならない。現行の韓国民法の体系は、血縁に基づいた「親生子関係」と、意思に基づいた「養親子関係」を峻別しているが⁶⁸、親生子関係(特に、父子関係)の決定にも「意思」という基準を導入するには、体系の整合性の観点から、これを正当化できる根拠が必要である。父の決定(父子関係)は、原則として血縁(遺伝的関連性)を基準に定める現行民法の態度⁶⁹に照らして、AID事案において、「親になる意思(夫の同意)」を根拠に父子関係の成立を認めることは、厳密に言うと、現行の韓国民法の体系と合わない⁷⁰。そのため批判論からは、養子縁組制度の活用が強調される⁷¹。つまり、「父となる意思」がある父に親生父でなく、養父の地位を認めることで、「血縁による親生親子関係」と「意思による両親者関係」という韓国民法の基本体系との整合性を維持しながらも、「父の存在」という利益を実現することができ、AIDの子の福利に貢献できると説明する⁷²。

⁶⁶ 尹眞秀・前掲注31)72頁。

⁶⁷ 權載文・前掲注19)330頁。

⁶⁸ 鄭光鉉口親族相續法要論口法文社(1959)192頁；李泳揆「非配偶者間の人工授精子の父子關係」漢陽法學第30集(1992)2頁。權載文・前掲注19)330頁以下は、韓国民法が、基本的に「血縁」と「意思」による親子関係成立の峻別という体系であることの一例として、民法上血縁の親は、単に「親」と表現したり、「親生父母」(第908条の2第1項3号)という用語を使用しつつ、意思(養子縁組)による親である「養親」と対比している(第909条第1項)点を挙げている。

⁶⁹ 憲法裁判所 1997. 3. 27. 95憲ガ14, 96憲ガ7決定。

⁷⁰ 權載文・前掲注19)330頁によると、「意思」に「父との親子関係を直接形成する効果」(積極的効果)を認めるのは、現行民法の体系と合わないため、立法論としてはともかく解釈論としては適していないと指摘する。

⁷¹ 高貞明「人工出産の法理と実際」教文社(1991)111頁；金天秀「人工授精に関する法的考察」民事法学第21号(2002. 3)106頁；イジョンヒョン「人工受精についての立法論的考察」家族法研究第19巻第2号(2005. 9)90頁以下；李泳揆・前掲注68)29頁-30頁；梁壽山「人工授精子と関連する法律上の問題点の研究」家族法研究第3号(1989)113頁；權載文・前掲注19)353頁-353頁。

⁷² 鄭光鉉・前掲注68)222頁。

(ii) 判例

最近、2019年に、韓国の大法院は、妻が婚姻中に、第三者の提供精子を用いて人工授精によって妊娠し出産した事案(AID事案)で、夫とAID子との「父子関係」成立について非常に意味のある判決⁷³を下した。この事件で重要な争点は、①民法上の親生推定規定(第844条)がAID子にもそのまま適用されるか、②AID子と血縁関係のないことが証明された場合でも、親生推定が及ぶのか、③AIDに同意した夫がAID子に対して親生否認できるかどうかについてである。①、②は親生推定の適用とその範囲の問題であり、③は親生否認の訴(親生推定の否認)の問題である。判決の多数意見は、まず、AID子にも親生推定規定が適用できるかどうかについて、妻が婚姻中に、第三者の提供精子を用いた人工授精より子を出産した場合にも、親生推定規定を適用して人工授精によって生まれた子が夫の子であると推定されると判示した。民法が親生推定の規定を置いた理由は、婚姻中に生まれた子の父子関係を一律に定めるためであるので、父子関係は血縁の有無を個別・具体的に審査して決まるものではない。したがって、AID子であっても、民法第844条の規定(親生推定規定)に基づいて、妻が婚姻中に胞胎・出産したならば、夫の子と推定される。要するに、民法上の親生推定規定は婚姻中に生まれた子に対して適用されるが、親生推定規定の文言と立法趣旨、婚姻と家族の生活の憲法的保障⁷⁴などに照らして、婚姻中に生まれた人工授精子も婚姻中に生まれた子に含まれる。

次に、親生推定の範囲について、大法院は、AID子にも親生推定が及ぶという前提で、妻が婚

⁷³ 大法院 2019. 10. 23. 宣告 2016ㄹ2510 全員合議体判決 [親生子関係不存在確認]。

⁷⁴ 多数意見が説示する詳細な理由は次のようである。①民法は親生推定規定とこれに対する覆す方法である親生否認の訴の規定(民法第847条)を厳格に定めており、親生否認をすることができなくなった場合、子の法的地位は終局的に確定される。したがって、婚姻中に生まれた子の父子関係は民法の規定に基づいて一律に決まるものであり、血縁関係を個別・具体的に審査して決めるものではない。②親生推定規定は婚姻中に生まれた子に適用されるが、摘出推定規定の文言と立法趣旨、婚姻と家族の生活の憲法上の保障などに照らして、婚姻中に生まれた人工授精の子もこの婚姻中に生まれた子に含まれると解すべきである。③子供の福利を維持する責任を負うべき親に子との親子関係を認めることが子供の福利に適合する。人工授精子との間に親生子関係が生じないとすると、その子を育ててきた婚姻夫婦に大きなショックを与えることになるだけでなく、これを基に、今まで家族関係を形成してきた子に対しても回復できないリスクになる。④人工授精子の誕生過程と、これをめぐる家族関係の実態に照らしてみても、人工授精子に対しても民法上の親生推定規定を適用する社会的妥当性が認められる。要するに、親生推定規定は婚姻中に生まれた子に対して適用されるが、親生推定規定の文言と立法趣旨、婚姻と家族の生活の憲法的保障等に照らし婚姻中に生まれた「人工授精子」もこの規定の「婚姻中に生まれた子」に含まれる。

姻中に妊娠して出産した子が夫との間に血縁関係がないことが明らかになったとしても依然として親生推定が及ぶと判示した。これは、血縁関係の有無によって親生推定の及ぶ範囲を決めることは、民法の規定の文言に反し、法理的にも血縁関係の有無は親生推定を覆す事由には該当するが、親生推定の及ばない理由にはならないといった⁷⁵。

最後に、AID子に対する夫の親生否認の訴の許否について、大法院は、次のように判断した。まず、通常、親生否認が認められる要件事実は、「同棲の欠如」(外見説)⁷⁶と「生物学的血縁関係の不存在」である。しかし、大法院は、AIDのような生殖補助医療により生まれた子との間では、血縁以外の他の要素も考慮しなければならない必要がある。つまり、通常の婚姻生活をしている夫婦の間でAIDに同意した夫が後でこれを覆して親生否認の訴えを提起するのは、民法第852条⁷⁷及び先行行為と矛盾する行為であって信義則に照らして許されるべきではないと判示した。このような結論は、現行の韓国民法上、親生子推定規定と親生否認の訴えを厳しく規定することにより、血縁以外の他の要素を考慮して親生子関係を定めようとした立法趣旨・目的に合致するとした。

最後の争点につき、また、大法院は、AID事案における「夫の同意」は、親生推定の適用根拠であり、親生否認の訴の排除根拠であることを明らかにした。つまり、通常の婚姻生活を送っている夫婦の間で人工受精子が生まれた場合、夫は同意の方法で子の妊娠と出産に参加することになるが、これは親生推定規定が適用される根拠なので、夫が後でこれを覆して親生否認を主張することは許されないと判断した。換言すれば、夫の同意には、「父子関係の成立」という積極的な効果が与えられる。ここで夫の同意の対象は、子との親生子関係の形成、そしてそれに伴う効果として、子の養育や子に関わる道徳・社会的・法的問題を含むすべての責任と関連する事項(以下、「親子関係の形成に関する事項」という)に対するものでなければならない。大

⁷⁵ 多数意見は次のように説明している。①血縁関係の有無に基づいて親生推定規定が及ぶ範囲を定めることは親生推定規定を事実上、死文化することになりかねない。これは親生推定規定を親子関係の形成に関する基本規定としている民法の趣旨および法体系にも反する。②血縁関係の有無に基づいて親生推定規定の効力の及ぶ範囲を定めると、必然的に、家族関係の当事者ではない第三者が夫婦関係や家族関係などの内密な領域に簡単に関与できる恐れがあり、それを避けることができない。婚姻と家族の関係が他人の基本権や公共の利益を侵害しない限り、婚姻と家族生活への国家機関の介入はなるべく控えた方がよい。③法理的にみても血縁関係の有無は親生推定を覆す事由となりうるが親生推定の及ばない範囲を定める事由とはならないと判断した。

⁷⁶ 大法院 1983. 7. 12. 宣告 82ㄷ59 全員合議体判決;大法院 1988. 4. 25. 宣告 87ㄷ73判決;大法院 1988. 5. 10. 宣告 88ㄷ85の判決など。

⁷⁷ 民法第852条は、子の出生後親生子であることを承認した者は、再び親生否認の訴えを提起することはできないと定めており、親生否認の機会を制限している。

法院は、このような同意の不存在の証明責任は夫にあるとした上で、その証明について、次の3つの場合を掲げている。まず、「親子関係の形成」に関する夫の同意が明白に存在する場合には、親生推定規定の直接適用の結果、AID子と夫の間に父子関係が直ちに認められる。第二に、親子関係形成に関する夫の同意が明らかではなく、ただ、「AID」の同意のみがある場合⁷⁸には、これを親子関係の形成のための同意とみなすことができるとした。生命倫理法上必要なAIDの同意のうち、親子関係の形成とかわりのあるとみられる事項は、胚の作成の目的(1号)や同意権者の権利(6号)である。このような事項に解釈上、親子関係の形成に関する事項が含まれているかは明確でない。しかし、大法院は、生命倫理法のAIDの同意があったことを証明すれば、「親子関係の形成」に関する同意があったと解釈できるし、少なくとも、同意の証明資料や根拠になると判断している⁷⁹。第三に、親子関係の形成への夫の同意が明らかでなく、AIDの同意の証明も難しい場合(特に、生命倫理法上、AID同意書などの紛失・毀損・不存在等)であってもすぐに親生推定が否定されたり親生否認の訴えができるようになるわけではない。つまり、このような場合であっても、「夫の同意とみることができる事実」があれば、同意があると認められるとした。ここで「夫の同意とみることができる事実」とは、夫婦が正常な婚姻生活をしている場合⁸⁰と、夫が人工受精子であることを知りながら、社会的に親生子として公示・容認す

⁷⁸ 実際に、この事件では、これらの事項についての、夫の同意が明らかではなかったため、原告(夫)は、自分の同意は生命倫理法に定められた「AID」についての同意であるだけで、「親子関係の形成」の同意ではないとして親子関係成立が否定されるという主張をした。

⁷⁹ ちなみに、この判決の別個意見は、夫の同意は「医療行為」についてのものであるが、このような同意に基づいてAIDが行われ、その結果、子を妊娠・出産して育てる仕事は必然的につながるものであるため、他の特別な事情が明らかにされない限り、「AID」の夫の同意は、「AIDを通じ、今後生まれる子との親子関係を認める趣旨としてみなすことができるとしている。[大法官関裕淑の別個意見] 出生時の法的保護の空白をなくしたい親生推定規定の立法趣旨は、人工授精の場合にも妥当であるし、父子関係を確定するための親生の推定制度は夫と精子提供者が分離された場合と類似した構造を持つという点、さらに精子提供者が匿名である場合には、精子提供者を特定することは困難であるだけでなく、認知の手続も期待できないという点などを考慮すると、「第三者の精子提供型人工授精」においては、夫と生まれた子との間に、民法第844条の親生推定規定を適用することが妥当である。しかし、この法理は、妻が婚姻中「夫の同意」を受けて、「第三者の提供精子」で人工授精をして子供を出産した場合にのみ適用される。夫が人工授精に同意した場合には、民法第852条を類推適用して親生子関係を否定することはできないと解釈される。夫の同意は、人工受精という医療行為のことについてのものであるが、同意に基づいて人工授精が行われる結果、子供を妊娠、出産して育てることに必然的に繋がるため、他に特別な事情が明らかにされない限り、夫の同意は、生まれてくる子との親子関係を認める趣旨としてみなすことができるからである。

⁸⁰ 大法院は、夫婦が通常の婚姻生活している場合には、生まれた人工受精子については夫の同意があった可能性が高いので、婚姻中に生まれた人工受精子には、他の明確な事情に関する情報がない限り、夫の同意があったものとみることができると説明している。

る行為をした場合⁸¹が挙げられる。このような事実があれば、同意があるものとみなされるので、夫は親生否認できなくなる。

b. 非婚姻カップル間

(i) 行為規制

生命倫理法は、生殖補助医療の対象者と関連して事実婚・非婚姻カップルの間でも補助生殖術を許可できるかに関しては、明示的な条文を置いていない。しかし、前の項目(2)で検討したように、生命倫理法の解釈と生命倫理審議の慣行⁸²によると、法律上の夫婦のみ生殖補助医療が可能になっている。大韓産婦人科学会の倫理指針にも、第三者の提供の精子を用いたAIDは、法律上の夫婦に限って認められると定められている。実際に、韓国の医療界の状況では事実婚や非婚姻カップル間の生殖補助医療は難しいと思われる⁸³。

(ii) 親子関係

事実婚や非婚姻カップル間の生殖補助医療が事実上許されない韓国の状況の下では、実際に、非婚姻カップル間でAIDによる子が生まれる事案も少なく、その親子関係についての議論も十分ではない。しかし、非婚姻カップルが増えている現実に基づき、非婚姻カップル間のAIDによる親子関係の成立について肯定的な見解もある。その根拠は次の3つである⁸⁴。第一に、事実婚の効果として、親子関係の成立を認めることができるという立場である。韓国は法律婚主義をとっているが、事実婚の夫婦にも、婚姻届を前提とした効力や第三者に影響を与える場合を除き、婚姻に準じる効果を幅広く認めるのが学説や実務の態度である⁸⁵。このような立場に

⁸¹ 夫が人工受精子の出生届をしたり、人工受精子が生まれてから相当期間、実質的な親子関係を維持しているとみられるなど、夫が自ら親子関係を公示・容認する行為をした場合、このような行為は、結局のところ、人工受精子の出生前のプロセスを知っていたと思われる夫が、そのような事実を前提としながら人工受精子を自分の子として承認する行為と等しいと評すべきである。このような場合には、夫の同意があるものとみなされる。

⁸² 生殖補助医療が許されるためには、生命倫理委員会の審議を受けなければならないが、審議の際、配偶者の同意があったかどうかを確認するために、家族関係証明書等の提出を要求しており、このとき、事実婚や非婚姻カップルの場合には、審議の過程で、生殖補助医療が拒否されることが韓国での慣行であることは前述した。

⁸³ しかし、尹眞秀・前掲注31)98頁によると、韓国の多くの学説や国会に提出された法律案が独身女性や事実婚の夫婦の人工受精を許容しないのは問題があると指摘する。

⁸⁴ 以下の内容は金敏圭「非婚姻同居者間の人工授精とその法律関係-米国バージニア州Breit v. Mason and L. F. ケースを素材として-」家族法研究第26巻第3号(2012)133頁参照。

⁸⁵ 事実婚の要件において、婚姻の意味が不明な場合、婚姻の慣行と信義則に基づいて、その婚姻の意思を

よれば、事実婚の夫婦の間に行われた生殖補助医療によって生まれた子についても事実婚上の夫(精子提供者)に法的父としての地位を認めることができる。第二に、もし、非婚姻カップルに事実婚のような関係を認めることが難しい場合でも、親子関係の判断において、「血縁」を第一の基準としている韓国親子法の原則上、婚姻関係でないという理由だけで、非婚姻カップルの精子提供者との子との間の血縁関係を否定することは難しいだろう。言い換えれば、血縁関係が存在し、胎児・出産母が出生届の際、精子提供者が夫であることを確認できれば、精子提供者(夫)に法的な父性を認めることができるという。これが親子法に合致する解釈であると説明している。第三に、自己決定権の保障に基づいて「養育意思のある父」を法定代理人の決定において最初から排除するのは、子の福祉の原則にも反する。たとえ精子提供者に親権者ではなく後見人的地位を認めたとしても、従来、韓国民法上の後見人の適合性を判断する基準に照らしてみても、「子に最善の利益になるように」子との関係および財政能力などを考慮して「知られている精子提供者(夫)」に後見人的地位を要求する権利を与えることはできる。

c. 精子提供者の法的地位

生殖補助技術の発達につれ、複数の母、つまり、「発生的母・血縁母(the genetic mother)」、「胎児母(the gestational mother)」および「母になる意思を持った母(the intended mother)」がありうる。また、二人の父、つまり、「精子を提供した父(the spermdonor)」と「父になろうと意思を持った父(the intended father)」もありうる。しかし、韓国は、従来、血縁関係を中心とした「両父母パラダイム」(two-parent paradigm: the binary system)を固守している状況で、判例上も複数の父や母を認めていない。学界でも生殖補助医療技術の発達に伴い、血縁関係にとらわれない子の出産類型⁸⁶が多様に存在できることを認めながらも、精子または卵子提供者の親子関係の存在及び依頼親の親子関係不存在確認の訴を制限する方向で議論が行われてきたといえる。従来の研究や発議された法律案でも、非配偶者間の人工受精の場合(AID)、提供者の身元公開、父または母としての認知や認知請求の訴え

推定した韓国の大法院の判例は、客観的な婚姻生活の関係を重視しているからである。

⁸⁶ 金敏圭「生殖補助医療に関する最近の議論とその課題」東亜法学第46号(2010)206頁(表1参照)。

を制限する立場を一貫している⁸⁷。その理由としては、一般的に子の福祉が挙げられる⁸⁸。

しかし、子を胎児・出産しようとする母は様々な理由をもって精子提供者の身元を知りたいがる場合が多いことから、医療法制及び関連法制で匿名であることを定めていたとしても、実際には精子提供者の身元を知っているAID子の出産を根源的に防ぐことはできないのが事実である。これらの実情に照らして、最近では、例えば、どのような事由であれ、母またはその関係者が生殖補助医療によって生まれた子の精子提供者を既に知っている場合には、精子提供者を子の父または法定代理人(後見人)の地位から排除してもいいのかという点について疑問⁸⁹が投げられている。国連の「児童の権利に関する条約」(Convention on the right of child)第7条1項の規定を根拠に、子に卵子・精子提供者を知る権利を認めなければならないという主張⁹⁰もある。

d. 子どもの血縁を知る権利

AIDによって生まれた子の血縁を知る権利は、精子提供者の匿名性の保障に関する憲法上の個人情報自己決定権との関係が問題とされる。まず、精子提供者の個人情報自己決定権に関しては、韓国の憲法裁判所⁹¹と大法院⁹²は、個人情報自己決定権とは自分に関する情報がいつ、誰に、どのような範囲で知られるかまたは利用されるかをその情報の主体が自ら決める権利であると定義している。これによると、個人情報処理者である精子採取機関あるいはAID施術機関は個人情報の処理に制限を受ける。これに違反するものは個人情報法第71条によって5年以下の懲役あるいは5千万ウォン以下の罰金が科される。これに対し、子の血縁を知る権利も韓国憲法上人間の尊厳性・価値及び幸福追求権に基づいて認められる。前述した 国連の児童の権利に関

⁸⁷ 金恩愛「法的父母の規定方式の変化の必要性；補助生殖術による母性・父性概念の変化に関連して」韓国女性哲学第12号(2009)207頁では、匿名の提供は、子の遺伝的親を知る権利を侵害することができる一方、非匿名の提供は、特に家族との間の提供は、相手をお互いに知っているという事実が関係の安定にあたり、脅威的な要素になる可能性があるという。；イジョンヒョン・前掲注65)153頁以下では、父が離婚などの理由で親生子否認の訴えを提起することを防ぐことが子の福祉のために必要であるとされている。；「体外受精等に関する法律案」(議案番号4331、2006)の第21条第3項及び第4項；「医療補助生殖に関する法律案」(議案番号175175、2006)。

⁸⁸ 金恩愛・前掲注26)218頁；權載文・前掲注19)329頁以下。

⁸⁹ 金敏圭・前掲注84)136頁。

⁹⁰ イジョンヒョン・前掲注65)154頁。しかし、提供者の情報の登録や情報提供に関する各国の立法が増えている状況にもかかわらず、精子提供者のプライバシー侵害と精子提供者の減少を懸念して慎重な立場もある(尹眞秀・前掲注31)78頁以下)。

⁹¹ 憲法裁判所 2017. 7. 27. 2015 憲가 1094.

⁹² 大法院 2016. 8. 17. 宣告 2014 다 235080 判決。

する条約第7条1項の規定を根拠にした場合にも子に卵子・精子提供者を知る権利が認められる。このように、精子提供者と子との基本権が衝突する状況について、憲法裁判所は、基本権序列理論⁹³や実際の調和の原理⁹⁴などによって解決しているが一貫していない。

血縁を知る権利の相手は、一般的に精子採取機関あるいは、AID施術機関になるが、先に述べたように個人情報法上、「個人情報処理者」として精子提供者関連情報に関する「収集及び公開」の制限を受ける。個人情報法第17条によると、AID子がAID施術機関などに血縁(遺伝的父)に関する情報を請求する場合、AID施術機関などは精子提供者の同意がある場合と、法律に特別な規定または法令上の義務を遵守するために不可避な場合には、精子提供者に関わる情報を提供することができる。

したがって、現在の韓国の法律上では、精子提供者の同意あるいは特別な規定がない限り、子の血縁を知る権利は認められていないといえる。ただ、学説では、AID子の治療のためなど、特に必要な場合には子の利益のために子の血縁を知る権利を認めるべきだと主張する見解⁹⁵もある。子の血縁を知る権利が認められる場合であっても、AID子が法律上請求できる情報の範囲については、まず、個人情報の公開に関する一般論としていわゆる「領域理論」によると、「内密領域(人間の尊厳に関わる不可侵領域)」を除く「私的領域(社会通念上秘密事項とみられる領域)」及び「社会的領域(家族関係や親族などの親密性を前提に形成される領域)」がその公開請求の対象になれるとされる。AID子がAID施術機関などについて請求できる精子提供者関連情報の内容も個人情報法上の制限と先に述べたような一般論に基づいて認められるが、その具体的な認定範囲については、議論がある。

4. 第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

本項目の第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療の事案は、夫の精子と第三者の提供卵子を体外受精した胚を妻あるいは代理母の子宮に移植して出産する場合である。代理母の子宮を借りた場合は、代理母の一つの種類-正確には、「伝統的な意味の代理母」または「第三者の卵子提供出産代理母」-として検討した。したがって、本項目で述べるのは、夫の精子と第三者の提供卵子の体外受精胚を妻の子宮に移植・出産した場合に限る。現行の生命倫理法上、卵子提供者とその配偶者、生殖補助施術を受ける者とその配偶者の同意があれば、このような形態の生

⁹³ 憲法裁判所 2004. 8. 26. 2003 憲判 457。

⁹⁴ 憲法裁判所 1991. 9. 16. 89 憲判 156 ; 憲法裁判所 2005. 11. 24. 2002 憲判 95・96。

⁹⁵ 朴ジョンイル 「非配偶者間の人工受精と子の血縁を知る権利」 医生命科学と法第 20 卷(2018)110 頁。

殖補助医療ができる。当事者に関する規制および同意の手続と方法については、前の項目(2)の共通の行為規制で説明した内容とほぼ同一である。

ただし、生命倫理法は、卵子提供者(寄贈者)の保護のために健康診断義務、卵子採取頻度の制限と実費補償に関する規定を設けているが、詳細な内容は次のとおりである。まず、胚芽生成医療機関は、卵子を採取する前に、卵子提供者に対して健康診断を実施しなければならない、検診結果、保健福祉部令が定める基準に満たない人からは、卵子を採取できない(第27条第1項、第2項)。第二に、同じ卵子提供者からは、一生3回までで、6ヶ月以上の期間を置いて卵子を採取すると定めて卵子採取頻度を制限している(同法第27条第3項、同施行令第11条)。もし、卵子採取のために副作用が生じた場合には、その副作用が完治した後、6ヶ月が経過してから卵子を再採取できる。このように、法律上に卵子採取頻度が制限されているので、胚芽生成医療機関は、卵子提供者の卵子を採取する際には、卵子採取履歴を必ず確認しなければならないし、その卵子採取の結果を保健福祉部長官に通知しなければならない(同施行規則第23条の2)。健康診断の義務と卵子採取頻度制限に違反した場合には、保健福祉部長官は、対象機関胚芽生成医療機関の指定・登録又は許可を取り消し、又は1年以内の期間を定めて業務停止処分をすることができる(同法第56条第1項第1号)。業務停止処分に代えて、2億ウォン以下の課徴金を課すこともできる(同法第58条第1項第1号)。第三に、卵子寄贈の実費補償と関わって、胚芽生成医療機関は、卵子寄贈に必要な施術と回復にかかる時間に応じた補償金と交通費など保健福祉部令の定める金額を卵子提供者に支給できる(同法第27条第4項)。ここで、保健福祉部令が定める金額とは、交通費、食費、宿泊費、手術と回復にかかる時間に応じた補償金が含まれる(同施行規則第24条第1項)。胚芽生成医療機関の長は、これらの実費補償額を支給した後、機関委員会に報告しなければならない。

(2) 親子関係

生命倫理法上の行為規制とは別に、第三者の提供卵子と夫の精子を体外受精した胚を妻の子宮に移植して、子を出産した場合の法律規定はなく、学説や判例など民法の解釈に委ねられている。しかし、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療で生まれた子のための親子関係の議論に比べて、第三者の提供卵子を用いた場合の議論はあまりない。その理由は、父子関係と母子関係の成立がそれほど問題とならないとの認識があるからと思われる。まず、父子関係は、夫の精子を用いて妻が婚姻中に子を産んだ場合であるので、通常、民法の親生規定の法理が適用されるが、夫と子の中に自然の血縁関係もあるので血縁父(夫)と子との親子関係が容易に認められうる。母子関係の場合には、卵子提供者と出産母が異なることから卵子提供者の法的地位が問題となりかねないが、少なくとも親生子関係の成立においては、従来の母子関係原則に基

づいて出産母(妻)と子の間に親子関係が成立すると解される。卵子提供者が別に存在するため、出産母と子の間には実際の血縁関係はないが、代理母の学説と最近の判例の態度に鑑みると、出産母(妻)と子との母子関係が認められるだろう。なお、卵子提供者が血縁を理由に認知や親子関係存否確認を請求する場合には、現行民法上、他人の親生子と推定されている子の実父の認知や親子関係存否確認請求が否定されるのと同様に、生母の認知請求などは許可されないだろう。

5. 第三者の提供胚を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

第三者の提供胚を用いた生殖補助医療⁹⁶も原則的に生命倫理法の適用対象であるが、具体的な類型においては少し規定の適用が異なる。生命倫理法上の体外受精のために既に生成された第三者の胚を利用する場合と、第三者の「精子」及び第三者の「卵子」のそれぞれの提供を受けて体外受精した胚を用いる場合とを区別しなければならない。例えば、不妊(難妊)夫婦の甲(夫)・乙(妻)が子を持つためにAの精子とBの卵子のそれぞれの提供を受け、体外受精し、その胚を乙の子宮に移植した場合には、甲・乙が最初に提供されたのは、胚そのものではなく、正確には、第三者の精子・卵子なので、生命倫理法上の胚を生成するための卵子・精子の採取と胚の生成規定(同法第24条及び同施行規則第20条)が適用されることになる。これにより一定の要件の下で、各提供者とその配偶者等の同意があればできる。これとは異なって、第三者提供の胚(そもそも第三者が妊娠目的で生成した胚)、「そのもの」を利用しようとする場合は、法的規律が変わる。例えば、胚の生成は妊娠の目的のみで許されるので、A(夫)・B(妻)が妊娠目的で自分の精子と卵子を用いて「胚」を生成し妊娠に使って残った胚がある場合、この胚自体を他の不妊夫婦の甲(夫)・乙(妻)が利用しようとする場合がある。このとき、甲・乙は、A・Bが妊娠に使用して残った「残余胚」を使うことになるので、この場合には、生命倫理法上、残余胚の提供と利用に関する規定(同法第26条、同施行規則第22条)が適用される。要するに、第三者の提供胚を用いた生殖補助医療は、必然的に、「残余胚」⁹⁷の問題と繋がる。

「残余胚」の利用は、原則として「研究」に必要な場合に限っており(同法第26条)⁹⁸、保存

⁹⁶ このうち、第三者の提供胚を妻以外の第三者の子宮に移植して、子を出産した場合には、以下で説明する代理母の「第三者の精子・卵子提供出産代理母」に該当し代理母の問題として扱われるので、ここでは第三者の提供胚を用いて、妻の子宮に移植した場合のみを対象に検討する。

⁹⁷ 生命倫理法「残余胚」とは、体外受精のため生成された胚のうち、妊娠の目的のために使った後に残った胚のことをいう(第2条第4号)。

⁹⁸ 生命倫理法第26条(残余胚および残余卵子の提供) ① 胚芽生成医療機関は、研究に必要な残余胚を第3

期間が過ぎた残余胚は廃棄すべしとの規定(同法第25条)⁹⁹があるので、これをまた、他の生殖補助のために利用できるかどうかについては、解釈上、無理がある。さらに、残余胚を用いた生殖補助医療を全面的に許可するとならば、いわゆる「胚養子」が商業化される恐れがあり、「隠された代理母」や残余胚の過度な生成を誘導することになりかねない。このような結果は、生命倫理法上、残余胚及び残余卵子の提供と利用を厳しく規律している旨に反するという問題もある。結論として、韓国では研究目的の残余胚に関する規定を除いては、直接この問題を明確に規律しては不在が、現行法の解釈上、このような類型の生殖補助医療は原則として許されない¹⁰⁰。

一方、生命倫理法では、体細胞複製胚芽と単性生殖胚芽の着床と出産を禁止している(同法第20条)。これは「クローン禁止」規定である。

(2) 親子関係

第三者の提供胚を用いた生殖補助医療は、夫が男性不妊であり、妻から受精可能な卵子を得ることができないが、妊娠が可能な子宮の状態である場合に、夫と共同で親子関係を形成しようとする場合に利用する。生命倫理法上の行為規制とは別に、第三者の提供胚を使うため、実際に出産母(妻)及びその配偶者(夫)と生まれた子とは血縁・遺伝的關係が存在しないが、親子関係の成立を意図した(親になる意思)があったということから、「養子縁組」と似ている。この意味で、第三者の提供胚を用いた生殖補助医療の問題は、いわゆる、「胚贈与」または「胚入養(養子縁組)」の問題として扱われている。「胚養子」とは、不妊夫婦の体外受精した残りの胚を他の不妊夫婦に贈与することである。これは体外受精の結果として生成された残余胚の問題と

0条第1項の規定により胚研究計画書の承認のあった胚研究機関に提供したり、残余卵子を第31条第4項の規定により、体細胞クローン胚等の研究計画書の承認のあった体細胞クローン胚等の研究機関に提供する場合には、無償で提供しなければならない。ただし、胚芽生成医療機関は、残余胚と残余卵の保存および提供にかかる経費が発生する場合には、保健福祉部令で定めるところにより提供される研究機関に対して経費の支払いを要求することができる。

② 第1項の規定による残余胚および残余卵子の提供手続、経費の算出、その他必要な事項は、保健福祉部令で定める。

③ 胚芽生成医療機関は、残余胚あるいは残余卵子の保存および提供等に関する事項を保健福祉部令で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。

⁹⁹ 前掲注60) の生命倫理法第25条(胚の保存および廃棄)を参照。

¹⁰⁰ ただし、生命倫理法は体外受精による妊娠における不妊治療の目的のために、多数の胚の生成を認めており、母体に着床した残りの残余胚は5年間保存されるため、現実的には、これらの残余胚を用いた生殖補助医療の可能性がいくらでもありうる。

密接な関連があることは前述した。一方、胚養子縁組が通常の養子縁組の構造と類似した側面があるとしても、現行の民法上の養子縁組制度は、原則として「生まれた子」を対象としているので、子が生まれる前の胚の状態で養子縁組できるかは問題である。つまり、体外受精を希望した夫婦のために生成された胚を、他の不妊夫婦に無償で提供し、妊娠と出産の過程を経て生まれた子に養子縁組の効果を認めるべきかの問題である。胚養子縁組は、精子・卵子のすべては体外受精を希望した他の夫婦に由来するので、残余胚をいて妊娠した母とその配偶者(父)と生まれた子(胚)とは何の遺伝的血縁関係はないが、母子関係においては、「妊娠と出産」を経たという側面から通常の養子ではない密接な関係が認められる。しかし、韓国での議論は問題が提起される段階に止まっている。

6. 代理懐胎

(1) 行為規制

a. 生命倫理法上の規制

生命倫理法は金銭、財産上の利益またはその他の反対給付を条件に、胚や卵子または精子を提供・利用したり、これを誘引・斡旋する行為を禁ずる(同法第23条第3項)。これにより、代理母が営利目的で自分の卵子と子宮を提供する「伝統的代理母」の契約と、第三者の精子や卵子を提供してもらう出産代理母契約も禁じられる。これに違反した行為については、懲役3年に処するなどの罰則が科される(同法第66条第1項4号)。胚芽生成医療機関がこれに違反して生殖補助医療を行った場合には、保健福祉部長官は、採取した精子とこれを用いた胚などの生殖細胞の廃棄を命ずることができる(生命倫理法第55条第1項第1号)。また、胚芽生成医療機関の指定・登録又は許可も取り消し、又は1年以内の期間を定めてその業務の全部又は一部の停止を命ずることができる(同法第56条第1項第1号)。

一方、生命倫理法の文言からは、依頼夫婦の受精卵を代理母の子宮に着床させる、いわゆる「子宮(出産)代理母」契約は禁じられないと解されるが、後述する2018年の判決が、子宮(出産)代理母契約は公序良俗に反して「無効」であることを明らかにした¹⁰¹。結局、韓国における判例と、法律上、明示的に禁じられる営利目的の伝統的代理母と第三者の卵子または精子提供出産代理母、子宮(出産)代理母を除き、解釈上代理懐胎の有効性が問題になる代理母の類型は、非営利目的の伝統代理契約及び非営利目的の第三者の卵子提供出産代理母の二つである。

¹⁰¹ ソウル家庭法院 2018. 5. 9. 자 2018브15 決定。

※韓国における代理母契約の有効性

類型	精子	卵子	母体(子宮)	備考
古典的 代理母	夫	代理母	代理母 (共通概念 要素)	伝統的な意味の代理母 (卵子提供者=代理母) 出産代理母 (完全代理母) (卵子提供者≠代理母) (生命倫理法23条) 営利目的禁止 (2018年判決) 禁止 (生命倫理法23条) 営利目的禁止
遺伝的代理母	夫	代理母		
子宮(出産)代理母	夫	妻		
第三者の卵子提供 出産代理母	夫	代理母以外 第三者		
第三者の精子提供 出産代理母	第三者	代理母		
第三者の精子・ 卵子提供 出産代理母	第三者	代理母以外 第三者		
生殖補助 医療による代理母				

立法的には代理母に関する法律案が次々と国会に提出されているが立法には至らなかったのはすでに検討した。しかし、これらの法律案には代理母契約やその親子関係について意味のある提案が含まれているので少しその内容を紹介する。まず、「体外受精等に関する法律案」では、非営利目的で依頼親の精子と卵子を利用して体外受精する形の「子宮(出産)代理母」は認められる。なお、代理母から生まれた子を依頼親の婚姻中の出生者とみなすとの規定が含まれていた。具体的には、非営利目的の子宮(出産)代理母を利用しようとする依頼親と代理母は体外受精管理本部の許可を受けなければならない。許可要件は非常に厳しく設定されているが、依頼親は法律婚の夫婦に限定され、代理母以外の方法では、出産が不可能な場合にのみ許可される(法律案第16条)。代理母になるには、1回以上の出産経験のある一定の年齢以上の女性で、代理母としての経験はない者であることが条件である。これに対して「医療補助生殖に関する法律案」は、代理母契約は原則として無効であると規定しているが、代理母契約の代理出産に

よる医療費支給請求など保健福祉部令の定める金額を実費補償の次元で支給することはできると定めることによって代理母約定の一部については有効とする。また、医療法人や医師が代理母契約であることを知っている場合には、生殖補助医療施術を行うことができないと定めている(法律第11条)。

b. 判例

最近、2018年に家庭裁判所は、代理母契約の有効性と、その出生との親子関係(母子関係)の成立について最初に判断した¹⁰²。この判決では、古典的な意味の代理のみならず、いわゆる「子宮(出産)代理母」は、法令の解釈上、許容されず、代理母による出産を内容とする契約は、善良な風俗その他社会秩序(公序良俗)に反し民法第103条の規定により無効であることを明らかにした¹⁰³。ただし、営利目的かどうかについては言及していないので、非営利目的の子宮(出産)代理母が許されるかについては明らかでない。

c. 学説

代理母契約の法的性格については、学説は、①乳児売買・贈与契約、②代理母の子宮を借りる一種の賃貸借契約、③代理母の自律的な判断の下で、妊娠を維持し出産することを目的とする委任あるいは請負契約、④依頼夫婦のために子を妊娠し出産する労働力を提供する雇用契約、⑤混合契約であるなど様々な見解があるが、家族法上の特殊な契約とみるのが有力である。代理母契約の有効性については、従来学説は、代理母の類型を具体的に区別せずに無効説と有効説に分かれている。無効説は韓国民法上、親権の放棄ないし譲渡ができないため、これを内容とする代理母契約は強行法規違反または公序良俗違反であると説明する。これに対し、有効説は不妊夫婦の幸福追求権または当事者の保護を根拠とし、非営利の自発的な意思である場合などには限定的に認めなければならないと主張する。有効説あるいは制限的有効説が

¹⁰² ソウル家庭法院 2018. 5. 9. 자 2018ㄴ15 決定。

¹⁰³ 韓国民法上、母子関係の決定基準が「母の出産事実」である点、家族関係登録法上、出生届のときは、出生届に添付する出生証明書等により母の出産の事実を証明しなければならない点、人間の尊厳と価値を侵害することを防止することにより生命倫理と安全を確保し国民の健康と生活の質の向上に資する生命倫理及び安全に関する法律の立法目的など、を総合してみると、古典的な意味の代理母の場合だけではなく、夫婦の精子と卵子で作った受精卵を、他の女性の子宮に着床し出産させる、いわゆる「子宮(出産)代理母」も法令の解釈上許されないため、代理母による出産を内容とする契約は、善良な風俗その他社会秩序に反するので、民法第103条の規定により無効であると判断したものである。

多少優勢のように思える。最近では、代理母の種類ごとに契約の有効性を個別に判断する傾向がある。

(2) 親子関係

a. 議論の背景

韓国で、代理契約の有効性と親子関係の成立の問題が本格的に提起されたのは、2016年に「隣友保証」¹⁰⁴による出生申告制度が廃止されて代理出産による生まれた子の出生届が難しくなったことがきっかけである。代理母の場合、従来は、隣友保証によって、わりと簡単に出生届をすることができたが、隣友保証制度が廃止されたことによって出生届の段階で母が誰なのかという母子関係の確定の問題が表に出ることになったからである。前述のように、実務では、子宮(出産)代理母契約は無効であるとしているが、これに違反して生まれた子の親子関係と卵子・精子提供者との親子関係をどのように形成するかについては、行為規制とは別に議論されている。つまり、代理母契約が無効であっても親子法的に誰が法的母となるかを定める問題は、区別される。したがって、代理母契約が無効の場合であっても、裁判所は、代理母によって生まれた子の親子関係について判断しなければならない。実際に、先に紹介した2018年の家庭裁判所の判決でも、代理母契約の無効を明示的に認めながらも、その子の出生届の合法性や母子関係については、別に判断している。

b. 母子関係

(i) 学説

学説における代理懐胎の問題は、まず、複数の母の認定、つまり、子宮代理母の親生母子関係の重複が認められるのかという点と、もし母子関係の重複を否定するならば、誰が母であるかという点が論点である。まず、母の重複問題については、遺伝的母(血縁母・卵子提供者)と出産母の両者に法的母の地位が認められることを前提に民法第909条第4項¹⁰⁵を類推適用して親

¹⁰⁴ 隣友保証とは、病院で生まれた子供の場合、病院作成の出生証明書を提出する出生届をすることができるが、自宅で出産した子供の場合に、大人2人の保証があれば、出生届をできるようにする制度である。しかし、隣友保証による出生届は、大人2人が出生届に署名するだけで、申告が受理されるので、乳児、有機不法養子縁組、外国人不法国籍取得などの各種犯罪に悪用されてきた。したがって、2016年に改正家族関係登録法は、隣友保証による出生申告制度を廃止した(同法第44条)。

¹⁰⁵ 韓国民法第909条(親権者) ④ 婚姻以外の者が認知された場合と、親が離婚した場合には、親の協議で親権者を定めなければならないが、協議することができない場合、または協議が行われない場合には家庭法院は、職権で、又は当事者の請求に基づいて親権者を指定しなければならない。ただし、親の協議が、子の福祉に反する場合には、家庭裁判所は、補正を命じ又は職権で親権者を定める。

権者となる母を決定すればいいという見解¹⁰⁶があった。しかし、現在は、母子関係の重複的な認定は、親子関係の不確実性、不安定性を招く恐れがあるので子供の福利に反し、家族関係の基本的な概念にも反するとの理由で、否定する見解¹⁰⁷がほとんどである。

次に、母子関係の重複が認められないという前提で、誰に排他的な母の地位を与えるべきかについては出産母説(出産基準説)、卵子提供者説(DNA基準説)、依頼母説(意思基準説)、個別議論説(折衷説)などがある。出産母説(出産基準説)は常に出産した者が母であるという伝統的な決定基準が出産代理母の場合にもそのまま適用されるとの見解¹⁰⁸がある。この見解は、代理母出産を依頼した者と子との親子関係は、養子縁組またはこれに準ずる裁判所の裁判を通じて初めて法的母としての地位が認められるという。卵子提供者説(DNA基準説)¹⁰⁹は、精子を提供した者が遺伝的な父になるのと同様に母子関係でも遺伝子を提供した者が母であると主張する。この見解によると、伝統的な意味の代理母の場合には出産母が、依頼者の卵子を用いた子宮(出産)代理母の場合には依頼母が法的母であるという。これに対し、依頼母説(意思基準説)¹¹⁰は依頼母の意思がなかったならば、子が生まれることはできなかったことを強調して、代理母による出産のプロセスを計画して意図した者が母でなければならないと主張する。さらに、この見解は、生まれた子との間に遺伝的な関係もなく、子育ての意思もない子宮代理母の場合、出産母に子に関するいかなる権利も認めるべきではないという。参考に、「体外受精等に関する法律案」では、代理出産で生まれた子は、「依頼夫婦の婚姻中の出生者とみなす」と規定することにより依頼母説に立っている。この法律案によると、代理母には、母としての権利がないので、生まれた子を認知することができず、生まれた子も代理母に対し認知請求することもできない。また、代理出産を理由に親生子関係存否確認の訴を提起することも禁じられる(法律案第22条)。最後に、子どもの最善の利益に基づいて事案ごとに法的母を決めるべきであるとの見方(個別議論説)¹¹¹もある。この中で、従来民法の母子関係原則(出産母)がそのまま代理母にも

¹⁰⁶ 金恩愛『親族相続法』博英社(2003)185頁。

¹⁰⁷ 李仁榮・前掲注20)198頁；イジュンヨン「人工妊娠によって生まれた子の親生子関係に関する立法論的考察」家族法研究第11号(1997)122頁-123頁。

¹⁰⁸ 玄昭恵・前掲注36)134頁。

¹⁰⁹ メンクァンホ「代理母契約の有効性」比較法第12巻第2号(2005)74頁-76頁；朴東瓊「代理母契約による出産と子の法的問題」医療法第3巻第1号(2002)83頁-90頁；裴成鎬・前掲注40)16頁。ただし、この見解の論理を一貫すると、第三者の提供卵子を用いて子が出生した場合、出産母と依頼母でもない卵子提供者が遺伝的母として、法的母となる。

¹¹⁰ 尹碩償「人工妊娠を通じた代理母契約の有効論と諸争点」嶺南法学第44巻(2017)105頁-106頁；ユンヘラン(YoonHyeRan)「代理母契約の規定のための法律案の提案」法学論叢第16集(2006)330頁。

¹¹¹ 李秉和「国際代理母契約に関する研究」国際司法研究第22巻第1号(2019)154頁-155頁。

適用されるという出産母説が多数説である。

(ii) 判例

先に紹介した2018年の判決¹¹²で家庭裁判所は、出生届の際、出生証明書上の母(代理母)と出生届上の母(血縁母・依頼母)の不一致を根拠にした不受理処分¹¹³の適法性の判断に当たって、子宮(出産)代理母案での母子関係の決定基準について述べている。まず、韓国民法上の母子関係の決定基準である「母の出産事実」は、子宮(出産)代理母にも直接適用されることを明らかにした¹¹³¹¹⁴。その上で、卵子・精子提供者との親子関係の形成の方法として、親養子に言及したという点でも意味がある。

学説の中では、養子縁組に言及した判例の解決方法を支持しながらも、一般養子縁組による母の重複可能性を認める前提で次のような説明をする見解¹¹⁵がある。出産母には親生母の地位を認めながら、血縁母は養子縁組によって法的母となるようにすることが、子の福利基準に適するという。つまり、出産という明確かつ迅速な基準によって出産母に親生母の地位を認めることで親子関係の空白を防止し、依頼母(血縁母)による出生届があった場合、養子縁組届として認められる従来の判例の法理を活用して、迅速に依頼母と子の間の養親子関係の成立を認め

¹¹² ソウル家庭法院 2018. 5. 9. 자 2018ㄷ15 決定。

¹¹³ 判決のいうその理由は次のとおりである。韓国民法上の母の決定基準は、「母の出産」という自然事実である。人工受精などの科学技術の発展に合わせて、法律上の親を「出産」という自然の事実ではなく、遺伝的な共通性や受精体の提供者と出産母の意思を基準に決定すべきという意見があるが、「出産」という自然事実には、他の基準に比べて、その判断がはっきりしており簡単である。母子関係は、単に法律関係にとどまるのではなく、受精後、約40週間の妊娠期間、出産の痛みや授乳など、長い時間を経て形成された感情的な側面が含まれており、そのような感情的な結びつきも「母性」として法律上保護するのが妥当である。もし遺伝的共通性や関係者の「意思」に基づいて、母を決定した場合、これらの母性が保護されなくなり、これは結果的に生まれた子の福利にも反する恐れがある。また、遺伝的な共通性や受精体の提供者を母と決めるとしたら、女性が出産の道具になったり自然に形成された母性を抑制しなければならない結果を招きかねない。そのような結果は、韓国の社会の価値観や情緒にも合わない。なお、精子や卵子を提供した人は、民法上の「養子縁組」、特に親養子縁組を通じて生まれた子との法的地位を持つことができることを根拠とする。

¹¹⁴ 出生届不受理処分の適法性については、出生届に関する家族関係登録法の文言やその旨を考慮する際に、出生届と出生証明書に「母の氏名及び出生年月日」を記載するようにしたのは、韓国民法上の母子関係を決定する基準である「母の出産事実」を出生届によって確認するための措置である。つまり、出産によって自然に形成された母子関係を法律的にも一致させるための措置なので、出生届に記載された母と出生証明書に記載された母は同じでなければならない。もし、それが一致していないときは、出生届を受理してはならないので、家族関係登録公務員の不受理処分は適法であると判示した。

¹¹⁵ 以下の見解は権載文「代理出産子の母子関係の判断基準」民事法律第49巻第1号(2010)152頁。

る必要があるという。この場合、親子関係が完全に断絶する親養子より、一般養子の方を勧められるが、親生親と養親が両立することで生殖補助子と自然生殖子の母子関係の決定基準の一貫性を維持できるからである。さらに、AID子の父子関係にも一貫性のある規律が可能になるという点が根拠である。

c. 父子関係

夫が精子を提供した子宮(出産)代理母の場合における父子関係については、まず、民法の親生推定規定は適用できない。代理母による生まれた子は文理解釈上、妻が卵子の提供者にもかかわらず、妊娠・胎の主体は代理母であるため、「妻が婚姻中に妊娠した子」ではないからである。したがって、代理母の産んだ子の場合、依頼父の親生子と推定されることはなく¹¹⁶、夫の婚外子である。したがって、父子関係の場合には、たとえ父と血縁関係が認められるとしても婚外子として父の認知などの民法上の一定の手続によってのみ親子関係が成立すると解釈すべきである。この場合、議論としては、親子関係の形成の根拠が「血縁」なのか、「意思」なのかの観点の違いはありうる。

一方、第三者の提供精子を用いた出産代理母事案の場合に、父の決定は、もう少し複雑である。この場合には、依頼夫の「父になろうとの意思」が父決定の重要な要素になるかについての指摘¹¹⁷はあるが、韓国ではほとんど議論されていない。

(3) 国際代理母に関する国際私法上の問題¹¹⁸

a. 国際裁判管轄

海外で代理懐胎がなされた場合の、国際代理契約の有効性と親子関係の成立及び効力などについて国際的な紛争が生じた場合には、どの国の裁判所に裁判管轄があるかをまず決定しなければならない。韓国の国際私法第2条は、国際裁判管轄を決める一般原則を定めているところによると、当事者または紛争の事案が大韓民国と「実質的に関連」がある場合に大韓民国が管轄を有する。この場合、裁判所は、実質的な関連性の有無を判断するにあたり、国際裁判管轄の配分の理念に合致する合理的な原則に従わなければならない(同法第2条第1項)。また、裁判所は、国内法の管轄規定を参酌して、国際裁判管轄権の有無を判断するが、第1項の趣旨に照らし

¹¹⁶ むしろ、代理母が婚姻中である場合、代理母の夫との間に親生子推定が及ぶ余地ある。

¹¹⁷ 金賢眞「代理母の出生子との親子関係」法学研究第22集第3号(2019)522頁。

¹¹⁸ 国際代理母に関する国際私法上の問題の詳細な分析は、李銅洙「外国における代理出産と親子関係の決定の問題の小考-ドイツと韓国の判例の動向を中心に-」家族法研究第33巻第2号(2019);李秉和・前掲注106)を参照。

て、国際裁判管轄の特殊性を十分に考慮しなければならない(同条第2項)。したがって、国際代理契約に関する紛争の裁判管轄は、原則として「実質的な関連性」があるかどうかによって決められる。国際代理母契約は、最終的に親子関係の成立及びその効果と密接な関連があるので、原則的には、家族法上の親子関係事件に適用される国際裁判管轄の法理に従うのが妥当であるとされる¹¹⁹。したがって、基本としては、被告住所地原則に従うが、国際私法第2条の「実質的な関連性」に基づいて、原告の住所地にも裁判官割を認めることができ、子の福祉の観点から子の住所地や常居所地にも裁判管轄が認められることもある。

b. 準拠法

(i) 国際代理母契約の有効性の準拠法

国際代理母契約の有効性の準拠法については、「契約の成立と有効性」に関する国際私法第29条により決められる。韓国の国際私法第29条によると、契約の成立と有効性は、その契約が有効に成立した場合においてこの法律によって適用される準拠法に基づいて判断される(同法第29条第1項)。ここで、契約が有効である場合の準拠法は、当事者間の準拠法の合意がある場合には第25条(当事者自治)¹²⁰が適用され、合意がない場合には、代理母契約の法的性格に応じて、国際私法第26条(客観的連結)¹²¹かあるいは第27条(消費者契約)・第28条(労働契約)の適用が問

¹¹⁹ 李秉和・前掲注106)167頁-168頁。

¹²⁰ 国際私法第25条(当事者自治) ① 契約は、当事者が明示的または黙示的に選択された法による。ただし、黙示的選択は、契約の内容その他すべての事情から合理的に認めることができる場合に限る。
② 当事者は、契約の一部についても準拠法を選択することができる。
③ 当事者は、合意により、本条又は第26条の規定による準拠法を変更することができる。ただし、契約締結後に行われた準拠法の変更は、契約方式の有効性と第三者の権利には影響を及ぼさない。
④ すべての要素がひたすら一つの国と関連があるにもかかわらず、当事者がそれ以外の他の国の法律を選択した場合には、関わる国の強行規定は、その適用が排除されない。
⑤ 準拠法の選択に関する当事者の合意の成立と有効性については、第29条の規定を準用する。

¹²¹ 国際私法第26条(準拠法決定時の客観的接続) ① 当事者が準拠法を選択していない場合に、契約は、その契約と最も密接な関連がある国の法律による。
② 当事者が契約に応じて、次の各号のいずれかに該当する履行を行わなければならない場合には、契約締結当時、当事者の常居所がある国家の法(当事者が法人又は団体である場合には主たる事務所がある国の法)が最も密接な関連があるものと推定する。ただし、契約が当事者の職業または営業活動として締結された場合には、当事者の営業所がある国の法律が最も密接な関連があるものと推定する。
1. 譲渡契約の場合には、譲渡人の履行
2. 利用契約の場合には、モノまたは権利を使用するようにする当事者の履行
3. 委任・請負契約と同様の役務提供契約の場合には、役務の履行

題となる。国際代理母契約の法的性格については、先に検討した代理母契約の法的性格に関する様々な見解が対立しているように、特に委任・請負契約とみなす場合には、第26条第2項、労働契約(雇用契約)とみた場合には第28条によって準拠法が決められる。

一方、国際私法によって国際代理母契約の有効性の準拠法が外国法であると決定され、その外国法が代理契約を有効であると認めている場合には、大体の代理母契約を無効と判断する韓国の生命倫理法や判例の解釈に照らして、その外国法の適用結果が、韓国の公序に反する(公序良俗の違反)と判断されうる場合には、その適用が排除される場合もある(国際司法第10条)。特に、先に述べたように、営利目的の伝統的な意味の代理・出産代理母契約が生命倫理法によって禁じられており、子宮(出産)代理母の場合には、公序良俗に関する民法第103条に違反して無効であると判断した韓国の判例の立場からみると、国際代理契約を有効とする外国法(準拠法)については公序条項が発動する可能性が高いといえる。もっとも、国際代理契約の公序違反とは別に、親子関係の存否における公序の判断はそれぞれに判断すべきという見解¹²²がある。

(ii) 親子関係決定の準拠法

国際代理母契約の有効性とは別に、代理母によって生まれた子との親子関係成立については、まず、親子関係成立に関する国際私法第40条(婚姻中の親子関係)¹²³または第41条(婚姻外の親子関係)¹²⁴の適用が問題になる。ここで代理母事案では、父と母の決定がそもそも問題となっているので、子の父母が誰であり、その父母が婚姻中であるかどうかが先に解決しない場合には、これらの親子関係成立に関する国際私法の規定を適用できないのである。特に、子宮(出産)代理母の場合は、第40条の適用において「子の出生当時の父母」が誰を意味するのかについ

③ 不動産の権利を対象とする契約の場合には、不動産が所在する国の法が最も密接な関連があるものと推定する。

¹²² 李秉和・前掲注106)160頁。

¹²³ 国際私法第40条(婚姻中の親子関係) ①婚姻中の親子関係の成立は、子の出生の時の夫婦の一方の本国法による。②第1項の場合において父が子の出生前に死亡したときには、死亡当時の本国法を彼の本国法とみなす。

¹²⁴ 国際私法第41条(婚姻外の親子関係) ①婚姻外の親子関係の成立は、子の出生時の母の本国法による。ただし、父子間の親子関係の成立は、子の出生時の父の本国法または現在子の常居所地法によることができる。

② 認知は第1項の定める法律のほか、認知当時の認知者の本国法によることができる。

③第1項の場合において父が子の出生前に死亡したときには、死亡当時の本国法を彼の本国法とみなし、第2項の場合において認知者が認知前に死亡したときには、死亡当時の本国法を認知者の本国法とみなす。

て、依頼父母(精子・卵子提供者こと血縁親)なのか、それとも出産母(代理母夫婦)であるのが問題である。これに関して韓国では、まだ問題を提起する程度の議論¹²⁵しかない。

c. 外国判決の承認及び執行

国際代理契約の有効性やそれによって生まれた子との親子関係に関する外国判決を国内裁判所が承認・執行すべきかについては、韓国の国内法上、一定の要件の下に、外国判決の承認・執行ができる。韓国民事訴訟法第217条及び民事執行法第26条、第27条では、それぞれ外国裁判の承認及び執行に関する要件を規定している。民事訴訟法の定める外国判決の承認要件は、次のとおりである(同法217条第1項各号)。

1. 大韓民国の法令または条約に基づく国際裁判管轄の原則上、外国裁判所の国際裁判管轄権が認められること。
2. 敗訴した被告が訴状またはこれに準ずる書面と期日通知書や命令を適法な方法により防御に必要な時間の余裕を持って送達を受けたか(公示送達やこれと類似の送達による場合を除く)、送達されなかった場合にも被告が訴訟に応じていること。
3. 確定裁判等の内容及び訴訟手続に照らして、その確定裁判などの承認が大韓民国の善良な風俗やその他の社会秩序に反しないこと。
4. 相互保証があるか、大韓民国とその外国裁判所が属する国において確定裁判などの承認要件が大幅に均衡を失うことなく、重要な点で実質的に差がないこと。

外国裁判の承認において、最も問題とされるのは、外国裁判所の確定裁判などの承認が大韓民国の善良な風俗やその他の社会秩序に反しないという公序違反に関するものである。実際、外国判決の承認の場合に生じる公序の問題は、外国準拠法の適用の際に生ずる公序(国際司法第10条)の問題と局面が類似する¹²⁶。前にも指摘したが、公序の判断が特に問題となるのは、韓国の生命倫理法や実務で許されない代理母契約の有効性を認める外国裁判や、韓国の民法規定に反したり、解釈の範囲を超える親子関係の成立を認める外国裁判などである。この場合には、内国関連性を考慮して、外国裁判の全部または一部を拒否することができるとの見方¹²⁷が

¹²⁵ 李秉和・前掲注106)170頁-171頁。

¹²⁶ 李銅洙・前掲注113)44頁では、外国関連事件において国際私法上の公序条項と国際民事訴訟法上の公序条項は、その条項の形式や適用領域においては異なるが、準拠法として指定された外国法令の適用であれ、外国判決の承認であれ、それが、公序良俗に反するかどうかの結果の側面からは、同様であると説明している。

¹²⁷ 李秉和・前掲注106)175頁。

ある。韓国ではこれに関して直接に判断した判決例はまだない。

d. 国際代理母によって生まれた子の国籍の問題

韓国の国籍法は、出生時に父または母が大韓民国の国民である子は、出生と同時に大韓民国の国籍を取得すると定めており(国籍法第2条第1項)¹²⁸、父母両系血統主義を採用している。ところが、この場合でも、国際代理契約によって生まれた子の親子関係が確定してから国籍取得の問題も解決することができる。一応、母子関係については、出産母が母である従来の母子関係原則と判例の態度に基づいて、代理母が生まれの母と確定される。このとき、代理母が外国人である場合には、大韓民国の国民である父との親子関係が認められない限り、大韓民国国籍を生来的に取得することはないだろう。もし、判例の判示するように、子宮(出産)代理母の事案において、依頼夫婦(精子・卵子提供者と血縁の両親)と親養子縁組などによって法的親子関係が成立した場合には、帰化することによって、韓国の国籍を取得できる(国籍法第6条、第7条)¹²⁹。もちろん、その前に、国際私法上、依頼夫婦の国際養子縁組における準拠法決定の問題が先決する必要がある。

7. 死後生殖

医療技術の発達に従い精子を半永久的に保存することができるようになり、精子提供者がすでに死亡した後も、その精子を用いた生殖補助医療によって子が生まれることが医学的に可能になった。死後生殖の概念には、冷凍精子だけでなく、冷凍卵子を使う場合も含まれるが、母が死亡した後、冷凍卵子を使うには、必然的に代理母の子宮を借りるしかないので、最終的には代理母の問題として扱われることになるので、以下では、夫の冷凍精子を用いた生殖補助医療を対象に述べることにする。

(1) 行為規制

a. 冷凍精子の物件性

¹²⁸ 国籍法第2条(出生による国籍取得)

① 次の各号のいずれかに該当する者は、出生と同時に、大韓民国の国籍を取得する。

1. 出生当時に父または母が大韓民国の国民である者
2. 出生する前に父が死亡した場合には、その死亡当時に父が大韓民国の国民であった者
3. 父母が明らかではない場合や国籍のない場合には、大韓民国で出生した者

② 大韓民国で発見された棄児は、大韓民国で出生したものと推定する。

¹²⁹ 李秉和・前掲注106)164頁；金賢眞・前掲注112)525頁。

科学技術の発展により卵子や精子が冷凍保存できるようになり、その提供者の死後にもそれらを用いた子の出産までも可能になるにつれ、様々な法的な問題が生ずる。まず、冷凍精子や冷凍卵子が民法上の権利の客体となる「物件」であるかについて若干の議論がある。韓国民法上の権利の客体となる「物件」とは、人体の一部ではない非人格性を持つものでなければならない。人体から分離された精子のような生殖細胞(または受精卵)は物であるともいえるが、ほとんどの場合、受精・胎嚢を予定しており、母体に着床すると人格を持った人間(胎児)として成長する可能性を持っている。判例は、人間の生命は、胎嚢された時から始まり、胎児は、新しい存在と人格の源として尊厳と価値を持つと判示¹³⁰してはいるが、生殖細胞や受精卵がどのような法的地位を持っているかについては正面から扱う判決はいまだない。学説は、冷凍精子は、通常のものとは異なり、所有権の客体とはならず、その所有や処分が制限されると説明している¹³¹。冷凍精子などの生殖細胞(または受精卵)は、将来の人間としての発展を予定していると同時に、胎児とはまた違う。したがって、学説のほとんどは冷凍精子は単純な物とはいえず物と人間との間にある特別な中間の存在だと理解している¹³²。

b. 生命倫理法上死後胎嚢の禁止

冷凍卵子や冷凍精子を用いた生殖補助医療に関する民法上の規定はないが、生命倫理法では、死亡した人の卵子または精子を授精する行為を禁じる死後胎嚢の禁止規定¹³³が明示的に置かれている(同法第23条第2項第2号)。これに違反した行為については、営利目的の胚の生成と同様に懲役3年に処するなどの罰則が科され(同法第66条第1項4号)¹³⁴、違反機関については、保

¹³⁰ 大法院 1985. 6. 1. 宣告 84도1958 判決。

¹³¹ 鄭賢壽「亡夫の凍結精子による人工受精子の法的地位」成均館法學第18巻第1號(2006)348頁。

¹³² 金敏圭「死後受精(死後胎嚢)の立法論的考察」家族法研究第19巻2号(2005)127頁。

¹³³ 生命倫理法第23条(胚の生成に関する遵守事項)

- ① 何人も妊娠以外の目的で胚を生成してはならない。
- ② 何人も、胚を生成するときは、次の各号のいずれかに該当する行為をしてはならない。
 1. 特定の性を選択する目的のために卵子と精子を選別して受精させる行為
 2. 死亡した人の卵子または精子を受精する行為
 3. 未成年者の卵子または精子を受精する行為。ただし、婚姻した未成年者がその子を得るために受精する場合は除く。
- ③ 何人も金銭、財産上の利益またはその他の反対給付を条件に、胚や卵子または精子を提供し、利用したり、これを誘引し斡旋してはならない。

¹³⁴ 生命倫理法第66条(罰則) ① 次の各号のいずれかに該当する者は、3年以下の懲役に処する。

4. 第23条第3項に違反して金銭、財産上の利益またはその他の反対給付を条件に、胚や卵子または精子を提供し利用したり、これを誘引し斡旋した者

健福祉部長官がその指定・登録または許可を取り消すことができる。なお、1年以内の期間でその業務の全部又は一部の停止を命ずることもできる(同法第56条第1項第1号)。なお、営利目的で採取・生成・保存・研究又は提供された胚・体細胞クローン胚等・胚幹細胞株又は卵子は、監督対象機関又はその従事者と胚性幹細胞株を登録・提供又は利用者に対象物を廃棄することが命じられる(同法第55条第1項)。

学説は、父の精液を冷凍保存して、父の死亡後に受精することは、人間の尊厳と子の最善の利益を追求する親子法の理念に反するとの理由で、死後生殖による出産は許されないというのが支配的な見解¹³⁵である。その根拠は、精子の凍結保存の技術上の問題として、精子の損傷の危険性があるという理由もあるが、父の死亡によって法律上、婚姻関係が解消されたにもかかわらず、一方的な選択による懐胎が試みられる危険性があるからである。なお、凍結精子の長期保存後に受精され子が生まれた場合、家族法上、既に確定された親族関係やその効果を覆す恐れがあり、紛争が絶えなくなる。さらに、子はあえて父のいない環境の下で生まれることになるが、子の福利の観点から子にはこのような状況を避ける権利があると説明したり、冷凍精液の提供者が死亡すると同時に受精の決定権が失われるとして死後生殖には批判的な見方¹³⁶が多い。

(2) 親子関係

死後生殖を禁止する生命倫理法上の行為規制が死後生殖によって生まれた子の親子関係成立には影響を与えないとして、大体の学説は行為規制とは別に親子関係の成立について議論している。ただし、韓国では生命倫理法のほか、親子関係を規律する実定法はない状況なので、死後受精によって生まれた子の父子関係については専らの解釈に委ねられている。

a. 親子関係の成立

死後生殖によって生まれた子と母(出産母)とは自然の血縁関係も認められるし、母の出産事実によって法律上の母子関係も認められる。死後生殖に関する親子法上の具体的な争点は、第一に、父子関係の成立に関わって、親生推定・認知に関する民法の規律を死後生殖の場合にもそのまま適用できるかどうかである。第二に、もし、父子関係の成立が認められた場合、このことからの法律効果、特に相続権もそのまま認められるかについてである。

¹³⁵ 權寧高「人工受精の憲法学的アプローチ」『人工授精の法理』法務資料第79集(1987)180頁；金俊源「人工受精に関する法理的研究」朝鮮大学大学院博士論文(1995)80頁-81頁。

¹³⁶ 金敏圭「人工受精による子の出産の法律問題」法学研究第19集(1992)110頁。

父子関係について、民法第844条第2項(親生子推定)¹³⁷の期間中に生まれた子には、死後受精の場合であっても、親生推定が及ぶというのが多数説¹³⁸である。しかし、この期間中に生まれた子であっても、死後生殖であることが立証された場合には、親生子推定が覆されるとの指摘¹³⁹がある。民法第844条第1項の定める「婚姻中の妊娠」という文言上、死後生殖は「婚姻中」でない事実(夫が死亡した場合には婚姻が終了するので)が明確である。したがって、たとえ子が婚姻の終了日(夫死亡日)から300日以内に生まれたのであれ、夫との生物学的な血縁関係があるとしても、夫の親生子としての推定が及ばないからである。

一方、死後生殖子が民法上の親生子と推定されない場合には、子が亡父を相手に認知請求できるかどうかについても見解が対立している。肯定説¹⁴⁰は明文規定がない限り、死後生殖についても、民法第864条(親の死亡と認知請求の訴)の適用を排除する理由はないので、父の死亡を知った日から2年以内に検事を相手にして認知請求の訴えを提起することができる」と解釈する。これに対して、否定説¹⁴¹は認知請求に関する民法第864条の制定時には、死後生殖を想定していなかったもので、この条文を根拠に死後生殖子の認知請求を認めることは難しいと指摘する。

b. 親子関係の成立の効果

死後生殖によって生まれた子にも親生推定または強制認知によって、法的父子関係が成立することができるという見解によると、その法的効果をどこまで認めるかも問題になる。ここで、主に問題となる父子関係の効果は相続権(場合によっては、年金受給権)を認めるかどうかである。死後生殖の場合は、父が既に死亡したため親権、扶養などはあまり意味がないからである。学説の大体は、死後生殖によって生まれた子との父子関係を認めても、民法上の相続権はそのまま認めることは難しいと説明する。その根拠は、相続権を認めることは相続法上のいわゆる「同時存在の原則」に抵触することである。そして、父が死亡し相続が開始された日から相当の期間が経過した後に、死後生殖によって生まれた子に第1順位の相続人としての地位を

¹³⁷ 韓国民法第844条(夫の親生子の推定) ① 妻が婚姻中に妊娠した子供は、夫の子として推定する。

② 婚姻が成立した日から200日後に生まれた子供は、婚姻中に妊娠したものと推定する。

③ 婚姻関係が終了した日から300日以内に生まれた子供は、婚姻中に妊娠したものと推定する。

¹³⁸ 尹眞秀・前掲注31)88頁; 李庚熙「死後胎胎の自己決定権に関する一考察」家族法研究第21巻第1号(2007)237頁; 金珉中・前掲注127)139頁。

¹³⁹ 金珉中「生命工学の発達に伴う民事法的課題」民事法学第22号(2002)16頁; メンクァンホ・前掲注24)20頁。

¹⁴⁰ 尹眞秀・前掲注31)95頁; 金珉中・前掲注127)146頁; 鄭賢壽・前掲注126)361頁以下。

¹⁴¹ 吳浩哲「父の死後生殖によって生まれた子の法的地位に関する考察」法学研究第28号(2007)191頁。

認める場合には、既に相続を受けた者の利益を害するおそれがあるからである¹⁴²。このような意見に対しては、逆に相続権を認めないなら、子供の福利のために父子関係の成立を認めた趣旨が半減されるという批判がある。これらの指摘を踏まえて、死後生殖によって生まれた子にも相続権を認めながらも一定な時期的制限をすべきであるとの折衷的な見解が有力である¹⁴³。同じ文脈で、現行法の下でも、死後生殖前に既に完結した相続関係の保護という法的安定性と、死後生殖によって生まれた子の相続権の保障とのバランスをとることができるとの解釈¹⁴⁴もある。これによると、相続財産の分割後に死後受精し生まれた子は、民法第1014条(相続財産分割後の価額支給請求権)¹⁴⁵によって価額支給請求権を有するが、従来判例によると、価額支給請求権にも相続回復請求権の行使期間に関する民法第999条が適用されるため、相続財産が分割された時から10年が経過した後は、死後生殖によって生まれた子が認知されてもどのみち既存の相続関係には影響を及ぼすことはできなくなるからである。

(かく・みんひ)

¹⁴² 尹眞秀・前掲注31)92頁。

¹⁴³ 尹眞秀・前掲注31)95頁。

¹⁴⁴ 尹眞秀編集代表・前掲注18)688頁-689頁。

¹⁴⁵ 韓国民法第1014条(相続財産分割後の価額支給請求権) 相続開始後であるか、裁判の確定によって共同相続人になった者が相続財産の分割を請求する場合に、他の共同相続人が既に分割その他の処分をしたときは、その相続分に相当価額の支払いを請求する権利がある。

第8章 台湾

黄 詩淳

1 概説

(1) 夫婦・親子法制

a 婚姻制度

台湾の民法は、一夫一婦制の婚姻制度を採用してきたが、2019年5月22日に公布された司法院积字第七四八号解释施行法という特別法によって同性婚が実現された。同性婚の合法化は、アジアの国・地域で初めてであり、世界では27番目となる。この特別法の名称に直接的な同性婚姻法等のネーミングを採用していないのは、同性婚の合法化をめぐる背景に関わっている。同性婚に関する法案は、2006年、2012年、2013年には民法改正案という形でそれぞれ提出されているが、反対意見も多く、いずれも成立に至らなかった¹。2016年に議員立法で3案の民法改正案を立法院に提案したが、反対派は大規模なデモを展開した。そのような賛成派と反対派の対立の中で、司法院大法官²は2017年5月24日に同性間の婚姻を民法が認めていないことが違憲に当たるという憲法解釈（司法院大法官第748号解释）を示し、しかも、解釈の公布から2年以内（2019年5月24日）に関連法律の改正又は制定を行わなければならないと命じている。大法官解釈に基づいて、国は当初、民法改正を目指したが、2018年11月24日の統一地方選挙と同時に同性婚の合法化に関する国民投票が実施され、反対票が多数を占める結果となった。結局、民法改正による同性婚の合法化が断念され、同解釈の施行を目的とする特別法の制定で対応することとなった³。「司法院大法官第七四八号解释施行法」は、全27ヶ条から成り、2019年5月22日に公布、同24日に施行された。この特別法は同性婚等の用語を用いていないが、この法律にしたがって成立したカップル間の権利義務の多くは、婚姻カップルと同様であるため、この法律は「準同性婚姻法」とも呼ばれている⁴。そのため、本稿は以下では同性婚という用語を使用することとする。

¹ 鈴木賢「アジアで一番乗り、台湾で同性婚実現へ——台湾司法院大法官第748号解释を読み解く」法律時報89巻9号（2017年）4頁。

² 司法院は台湾における司法府の最高機関である。その中の15人の大法官によって構成される「大法官會議」は、違憲審査を行っている。補足であるが、2022年1月4日に憲法訴訟法が施行される予定で、憲法訴訟願審判制度が導入される。

³ 岡村志嘉子「同性婚の合法化」外国の立法280-1号（2019年）20頁。

⁴ 林秀雄・小林貴典訳「台湾における準同性婚姻法の制定について（条文訳付き）」戸籍時報789号（2019年）23頁。

同性婚と民法の異性婚との違いは、カップルの間における関係においては大きくない。あえていえば、双方の年齢が18歳を満した事⁵、傍系血族の近親結婚の制限が四親等以内に止まる事⁶、また、同性婚の一方と相手方の親族との間で姻族関係が生じるか否かについて、明文の規定がないこと等である。しかし、同性婚は、親子関係の成立において民法の異性婚とは多くの違いがある。まず、同性婚の関係存続中、一方が生んだ子は嫡出推定を受けない。次に、養子縁組の成立可能性についても、同性婚の一方は、他方の実子を養子にすること、つまり連れ子養子縁組を行うことが認められている（同法20条）が、反対解釈すると、一方が他方の養子と縁組することができず、また双方による第三者の子との共同縁組もできない⁷。また、養子縁組の可能性がこのように制限的であるとすると、子を育てたい同性婚カップルは、生殖補助医療を頼るしかないものの、後述するように、台湾現行の人工生殖法は、利用者を「夫婦」として定めており、しかも代理母を認めていないため、男性同性婚カップルどころか、女性同性婚カップルも生殖補助医療を利用できないこととなっている。このことは、「司法院大法官第七四八号解釋施行法」の立法者が明確に示している⁸。

b 親子法制

(i) 実親子関係における母子関係形成ルール

台湾の民法は、実親子関係を嫡出子と非嫡出子の二種類に分けている。民法1061条は、嫡出子を「婚姻関係より懐胎され生まれた子」として定義づけている。非嫡出子の定義に関する明文の規定はないが、学説は1061条の反対解釈として「婚姻関係より懐胎され生まれたのではない子」と説明している⁹。この分類は、父子関係の成立方法の違いにおいて意味があるものの、母子関係においては不要となる。

⁵ 同法3条1項。これに対して、異性婚の年齢制限は、男性が満18歳、女性が満16歳となっている（民法980条）。両方を比べると、同性婚の方が合理的だと認識されている。そして2020年12月に民法の一部改正が立法院で議決された。成年年齢は20歳から18歳に引き下げられるとともに、結婚年齢は男女を問わず18歳にすることとなった。改正法は2023年1月1日に施行される。中央通訊社「立院三読 民法成年下修為18歳112年施行」2020年12月25日（<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202012255006.aspx>）。

⁶ 同法5条。これに対して、異性婚においては六親等以内の傍系血族は結婚してはならないとなっている（民法983条1項2号）。両方を比べると、同性婚の方が合理的だと認識されている。

⁷ このような制限について、立法理由では説明されていない。同性婚の親子関係に関する社会のコンセンサスの欠乏に由来すると思われる。これをめぐる家族法学者の議論は、黄詩淳「第6部 台湾法」大村敦志監修『各国の親子法制（養子・嫡出推定）に関する調査研究業務報告書』（商事法務研究会、2018年）243～244頁。

⁸ すなわち、同法24条の立法説明によれば、人工生殖法が同性婚カップルに適用されるかは立法者の裁量によるべき問題であって、この法律（司法院大法官第七四八号解釋施行法）の24条の準用の範囲に入らない。

⁹ 戴炎輝・戴東雄・戴瑀如『親屬法』（自費出版、2014年）329頁、陳棋炎・黄宗樂・郭振恭共著『民法親屬新論[14版]』（三民書局、2018年）248頁。

すなわち、嫡出子とその母との母子関係は、民法に明文の規定がなく、分娩という事実によって認められるとされている。また、非嫡出子とその母との関係について、民法 1065 条 2 項が「嫡出子とみなされ、認知される必要がない」と規定している。このことは法律上の母子関係ひいては嫡出性が分娩によって成り立つことを意味すると解されている¹⁰。そうすると、台湾では母子関係においては非嫡出子が存在しないわけである。認知はもっぱら父子関係の成立のために使われる手段であり、母子関係に関係しない。

(ii)実親子関係における父子関係形成ルール

父子関係は、子が嫡出か否かによって成立の方法が異なる。嫡出子とその父との関係は、嫡出推定の規定（民法 1063 条 1 項）により成立する。嫡出推定が事実と反する場合に、1063 条 2 項は、「前項の推定について、夫若しくは妻の一方または子は、妻が夫より懐胎したのではないと証明できる場合に、否認の訴えを提起することができる」としている。つまり、（2007 年民法改正以降、）夫、妻と子のいずれかは否認権を行使することができるが、血縁上の父にはこの権利が認められていない。また、嫡出否認の出訴期間について、以前の起算点は「子の出生を知った時」であったが、2007 年の法改正後、「嫡出でないことを知った時」、つまり日本法の解釈と類似するように改正した。すなわち、1063 条 3 項は「前項の嫡出否認の訴えについて、夫若しくは妻の一方が、子が嫡出でないことを知った時から、または子が自ら嫡出でないことを知った時から 2 年以内に提起しなければならない。但し、子が未成年の時に知った場合に、成年になってから 2 年以内に提起すればよい」と定めている。

その他、留意すべきことは、家事事件法は、特殊な否認権者を認めていることである。すなわち、嫡出否認の訴えにおいて、夫、妻または子が法定訴訟期間内あるいは期間開始の前に死亡した場合に、相続権を害される者は、否認の訴えを提起することができる（家事事件法 64 条 1 項）。この訴えは被相続人の死亡の時から 1 年以内に提起しなければならない（同条 2 項）。このような定めは、スイス、フランス等の民法に存在しないものである¹¹。立法理由としては、夫が否認の訴えを提起していないうちに死亡したとき、その真意は子を嫡出子として認めたわけではないから、そこで、真実の血縁関係および財産権の保護（すなわち相続人の権利の保護）を図るため、このような否認権者を認めるゆえである。夫がすでに死亡したため、家庭の平和や婚姻関係安定のニーズが存在しなくなったことにより、財産権の保護を強調して相続権が侵

¹⁰ 林秀雄『親属法講義』（元照、2018 年）236 頁。

¹¹ ドイツについて、1961 年民法 1959a 条は、夫の両親に否認権を認めたが、1998 年改正時に削除された。詳しい考察と比較は、呉從周「再訪否認子女之訴：以親生父提訴權之探討為中心」台湾本土法学 96 期（2007 年）87～88 頁。ちなみに、台湾のこの規定は、日本の人事訴訟法 41 条に類似している。

害された者に否認権を与えることは妥当であるとした学説がある¹²。これに対して、相続の利益によって子の嫡出性を否定した結果、子が推定の父に対する相続権を失ってしまうと同時に、血縁上の父からの保護を得られる保証がないため、この制度は子の利益に反して不当であり、しかも手続法が実体法上の否認権者を作り出すことも体裁が悪いと批判する説もある¹³。なお、家事事件法は2012年に施行されたものである。それ以前、類似した規定は民事訴訟法549条にも存在しており、家事事件法に受け継がれたが、一度改正されたことがある。すなわち、2015年12月30日の改正で、出訴期間を「死亡時から6箇月以内」から「1年以内」に延長した。このような相続権が侵害された者による嫡出否認の訴えは、ある程度存在しており、最高法院レベルまで争うものもある。このことは、出訴期間の緩和につながったと考えられる。

他方で、非嫡出子とその父との関係は、（任意認知や強制認知を含めた）認知により成立する（民法1065条1項）。留意すべきことは、民法1065条1項の文言は、「父が認知した非嫡出子は、嫡出子とみなされる。父が扶養・教育した非嫡出子は、認知された者とみなされる」ことになっている。つまり、認知は父子関係の成立方法のみならず、嫡出性を付与する効果もある。日本では認知が父子関係の成立手段にとどまり、嫡出性の取得は両親の婚姻による準正を待たなければならない（日本民法789条）のに対して、台湾では一旦子が認知されたら、自動的に嫡出子の身分を得る。このような定め方が準正という制度の意味を失くしてしまうことは否めないが、立法の趣旨は、嫡出子と非嫡出子との法的地位の差をできるだけ減らすためであり、しかも1931年から存在した規定であるから、当時の他の国々が非嫡出子に対して厳しい態度をとっていたのと比べて、中華民法は寛容的であると指摘されている¹⁴。父子関係と似たように、既述したとおり、母子関係が分娩によって確定されることは、母子関係の成立のみならず、嫡出性の取得にもつながる（民法1065条2項）。たとえ分娩した母または認知した父が実際に未婚であっても、子が母または父の「嫡出子とみなされる」という奇妙な結果となる。

また、2007年に、強制認知に関する民法1067条は大きく改正された。第一は、強制認知の理由を列挙されたものから客観的な血縁に改められた。第二は死後認知制度を明文で規定し、すなわち父の死後に子が父の相続人に対して認知の訴えを提起することが認められるようになった（2項）。日本民法787条は死後の認知について、父又は母の死亡の日から3年以内に訴えを提起しなければならないと定めているのに対

¹² 林秀雄・前掲注10) 226頁。

¹³ 戴瑀如「血縁、家庭与子女利益：從德國立法之沿革探討我國民法上的婚生否認之訴」東吳法律學報20卷2期（2008年）59～60頁、簡賢坤「民法親屬編修正後婚生否認制度之探討」月旦法學雜誌161期（2008年）57～58頁。

¹⁴ 戴炎輝ほか・前掲注9) 345～346頁、陳棋炎ほか・前掲注9) 249頁。ただし、1931年当時、この定め方は現代親子法が重視する「子の保護」のためではなく、むしろ、（父の）家族の血縁を継続するため、婚姻外の結合ないし婚外子に対して寛容な態度をとったにすぎない。詳しくは、林秀雄・前掲注10) 236頁を参照されたい。

して、台湾には期間に関する制限がない。そうすると、父の遺産相続は不安定になる。そのため、台湾の判例は 1069 条¹⁵ によって父の死後に認知された子の相続権に対して限定的な解釈をしている。すなわち、子と同順位の他の相続人が、子が認知される前にすでに相続した財産は、1069 条の「第三者が既に取得した権利」と解される。ただし、認知された子は、相続権をすべて喪失するわけではなく、分割されていない遺産または後に発見された遺産に対しては、なお相続権を主張することができる¹⁶。これは、認知された子の利益と他の共同相続人と取引安全の保護を総合的に考慮した判断といえる。

以上のように、子と父との親子関係の成立の方法は、嫡出であるかによって異なるが、一旦法律上の親子関係が認められた以上、法的効果には違いがないと一般的にいわれている¹⁷。しかし、この言い方は厳密ではない。認知された非嫡出子の氏の定め方（民法 1059 条の 1）において、また、父の死後に認知された非嫡出子の相続できる遺産の範囲においては、嫡出子とは異なる。

(iii) 養子縁組制度

台湾民法における養子は、完全養子型の 1 種類しかない。養子となる者の年齢によって、未成年養子と成年養子に分けることができるが、成立要件と法的効果のいずれも同じである。両者の違いは、養子縁組の成立の際における裁判所の認可の基準、また協議離縁時に裁判所の認可の要否が存在するだけにすぎない。

ア 実質的要件

① 養子縁組の合意と代諾縁組

養子縁組は、養親となるべき者と養子となるべき者との合意によって成立する。日本法と異なり、台湾の養子縁組は届出主義を採用しておらず、形式的要件としては書面と裁判所の認可を設けている（後の（2）で詳述する）。

未成年者が養子となる場合に、日本と似たような代諾縁組の規定があるが、異なる部分もある。すなわち、台湾民法 1076 条の 2 によれば、養子となる者が 7 歳未満の場合には、その法定代理人が代わって縁組の意思表示を行うべきであり、養子となる者が 7 歳以上で成年に達していない場合は、その縁組は法定代理人の同意を得る必要がある。

② 養子と養親間の年齢差

2007 年改正前の民法 1073 条は、「養親の年齢は、養子より 20 歳以上年上でなければならない」と定めていた。それは、養親は子を保護・教育するため成熟した人格と

¹⁵ この条文は、「認知は、出生の時にさかのぼってその効力を生ずる。ただし、第三者が既に取得した権利を害することはできない」と定めており、日本民法 784 条と類似している。

¹⁶ 最高法院 103（2014）年度台上字第 618 号民事判決。

¹⁷ 陳棋炎ほか・前掲注 9）249 頁、林秀雄・前掲注 10）236 頁。

経済力を有しなければならないという理由に基づいたものであった¹⁸が、一部の連れ子養子縁組が締結できないという事態を生じさせてしまった¹⁹。2007年の民法改正では、20歳の年齢差の規定が原則として維持されているが、例外規定が設けられた。すなわち、夫婦共同縁組の場合には、夫婦の一方が養子より20歳以上年上で、かつ他の一方が養子より16歳以上年上であれば、養子縁組を成立させることができると改められた（1073条1項但書）。また、夫婦の一方が他方の子を養子とする場合には、年齢差の要件が16歳に引き下げられた（同条2項）。なお、年齢差の要件に違反した縁組の効果は無効である（1079条の4）。

③近親間縁組の制限

民法1073条の1は、伝統的な倫理観を維持するため、長幼の順序（輩分）が相当でない近親間縁組の制限規定を設けている。すなわち、直系血族、直系姻族（ただし、夫婦の一方が他方の子を養子とするときは、この限りでない）、長幼の順序（輩分）が相当でない六親等内の傍系血族および五親等内の傍系姻族を養子とすることができない。「輩分」とは、親族において、どの世代に属するか（尊卑）のことである。養子をとる際に、「輩分が相当でない」とは、自分の尊属や自分と同世代の親族を養子とすることのみならず、自分の孫と同じ世代の親族を養子とすることも含んでいる。これは年齢に関係なく、「輩分が相当でない」ため、養子とすることができない。さらに、連れ子養子は別として、直系姻族を養子とすることが禁止されているので、婿養子は認められない。これは、夫婦が夫婦であると同時に兄弟姉妹であることは倫理観に反するからに由来すると思われる²⁰。この制限規定の効果は厳しすぎると学説によって指摘されている²¹。

④夫婦の共同縁組

配偶者を有する者が縁組をするには、その配偶者と共にしなければならない。ただし、夫婦の一方が他方の子を養子とするとき、または夫婦の一方が意思表示をすることができないとき、または生死不明が3年を超えるとときに、共同縁組の要求が免れられる（1074条）。なお、配偶者を有する者は、確かに配偶者と共同して養親になることが必要であるが、婚姻していない者は、単独で縁組することができる。

⑤実親の同意

養子となる者の年齢に関わらず、養子縁組にあたってはその実親の同意を得なければならない（民法1076条の1）。この同意権は、親子関係の本質に基づいて生じたものであり、①で述べた民法1076条の2の未成年者が養子となる場合における法定代理人の代理権または同意権と、その性質を異にする。したがって、成年者が養子とな

¹⁸ 法務部編『民法親属編研究修正実録——收養部分』（法務部、2005年）597頁。

¹⁹ 黄淨愉「台湾における養子縁組の制度的特徴と現実の機能——特に日本法との対比で（2・完）」新世代法政策学研究8号（2010年）355頁。

²⁰ 林秀雄「姻親収養之限制」台湾本土法学雑誌22号（2001年）102頁。

²¹ 陳棋炎ほか・前掲注9）290頁。

るときも、その実父母の同意を必要とする。また、この同意権は、親権の内容の一つではなく、親の固有の権利である。そのため、父母の離婚後、その一方が単独親権者である場合でも、子を他人の養子とするときは、非親権者の方の同意が必要である。

イ 形式的要件

①書面

養子縁組は、当事者が書面で契約を締結した後、共同で裁判所の認可を申し立てることが必要である（民法 1079 条 1 項）。

②裁判所の認可

裁判所の認可は、養子縁組を利用して女子を酷使するという現象を防ぐため、1985 年の改正時に新たに導入されたものである（旧 1079 条 4 項）。2007 年の改正は、旧 1079 条 5 項におかれた三つの認可すべきでない事由を、独立とした二つの条文に規定した。すなわち、裁判所が縁組の認可の際に、養子となる者が未成年者の場合には、その最善の利益によらなければならない（1079 条の 1）。これに対して、養子となる者が成年者の場合には、縁組をもって法定の義務を免れる意図を有するとき、事情により縁組が実父母に不利であると認めるとき、縁組の目的に反すると認めるその他の重大な事由があるとき、のいずれにも該当しなければ、裁判所は認可してよいと定められる（1079 条の 2）。つまり、成年養子はすでに利害を判断する十分な知能を有するため、縁組の目的が脱法行為でなければ、原則的には認めるというものである²²。脱法行為の具体例としては、民法上の扶養義務、刑事罰や税を逃れることが挙げられる²³。

(2) 生殖補助医療上の用語説明・留意事項

下記 (3) にさらに詳述するように、台湾では生殖補助医療は「人工生殖法」をもって規制されている。その規制対象は、一言でいえば体外受精のみである。まず、同法 5 条によると、夫の精子を採取し妻の体内に移植するという配偶者間人工授精 (Artificial Insemination by Husband=AIH) を実施する場合には、胚の性別を選別することに対する同法の禁止・処罰規定を除き、同法の規制を受けないとされている。つまり、人工受精 (AIH) は同法の規制対象ではない。また、下記 6 に述べるように、人工生殖法は代理懐胎を認めていない。さらに、同法 11 条 1 項 3 号は、夫婦のいずれかの一方が必ず健康な生殖細胞を保有し他人による精子または卵子の提供が不要であることを要求しており、すなわち、生まれた子は必ず利用者である夫婦の一方とは自然血縁関係がある。要するに、人工生殖法が承認・規制しているのは、夫婦間の配偶子あるいは第三者による精子（下記 3）または卵子（下記 4）による体外受精のみであ

²² 法務部編・前掲注 18) 607 頁。

²³ 戴東雄「論民法親属編修正内容検討」月旦法学雑誌 147 号（2007 年）27 頁。

る。第三者の提供胚は利用者である夫婦とのいずれも血縁関係がないため、このような方式は認められていない（下記5）。死後生殖も認められていない（下記7）。

以上のように、AIH 治療を実施することは、人工生殖法によって管理されていないので、AIH に従事する医療機関が管轄機関の許可を得る必要がなく、利用者の情報を管轄機関に渡す必要もないため、以下の衛生福利部国民健康署による統計データには AIH 方式を含まない²⁴。

2018 年の統計によると、ドナーの提供した精子や卵子を利用する生殖補助医療は 3687 周期で、全体の治療周期数の 3 万 9840 周期の 9.3% しか占めておらず、それ以外はすべて夫婦自身の配偶子を利用した生殖補助医療となっている²⁵。そして、ドナーの提供した精子を利用するのは 406 周期で、ドナーの提供した卵子を利用したのは 3281 周期である²⁶。

また、例年の利用数について、以下の表 1 で示したように、統計を始めた 1998 年から 2007 年までは、生殖補助医療周期数は 6000 周期台から 7000 周期台で推移している。唯一 5000 台に減少したのは、2003 年であり、SARS の流行で生殖補助医療を受けた夫婦が減ったからだと推測される²⁷。その後は増加する一方である。また、2018 年生殖補助医療によって生まれた子の数は 1 万 236 人である。同じ年の出生数は 18 万 656 人²⁸であるため、約 17.6 人に 1 人が生殖補助医療で出生していることになる。

表 1 1998 年～2018 年台湾の生殖補助医療の治療周期数等のデータ

年	治療周期数	生産分娩にまで至った治療周期数	出生児数
1998	7,416	1,585	2,317
1999	6,966	1,586	2,271
2000	7,038	1,644	2,358
2001	6,458	1,645	2,381
2002	6,622	1,722	2,465
2003	5,831	1,580	2,270
2004	6,792	1,849	2,598
2005	7,346	2,035	2,839
2006	7,218	2,022	2,793
2007	7,941	2,139	2,926

²⁴ 衛生福利部国民健康署「107（2018）年人工生殖施行結果分析報告」2020 年 6 月（<https://www.hpa.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=233&pid=12907>）3 頁。

²⁵ 衛生福利部国民健康署・前掲注 24）4 頁。

²⁶ 衛生福利部国民健康署・前掲注 24）4 頁表 2。

²⁷ 衛生福利部国民健康署・前掲注 24）21 頁。

²⁸ 中華民国内政部戸政司全球資訊網の人口統計資料（<https://www.ris.gov.tw/app/portal/346>）の「歴年全国人口統計資料」の「出生及死亡」の「01 出生数及粗出生率」を参照。

2008	8,354	2,265	3,093
2009	9,266	2,495	3,464
2010	11,513	3,068	4,117
2011	14,645	4,060	5,486
2012	16,041	4,394	5,825
2013	17,393	4,585	5,988
2014	22,684	5,387	6,857
2015	29,720	6,454	8,254
2016	34,486	7,132	8,988
2017	37,849	7,654	9,590
2018	39,840	8,113	10,236
合計	311,212	73,434	97,116

衛生福利部国民健康署「107（2018）年人工生殖施行結果分析報告」22頁の表8からのデータに基づいて筆者が再編集したもの。

また、治療を受けた女性（妻）の年齢は、徐々に上昇する傾向である。1998年にその年齢の中央値は32歳、平均値は32.7歳であるのに対して、2018年のそれぞれは37歳と37.3歳に上った²⁹。

（3）生殖補助医療に関する関連法制

台湾では1985年、体外受精により妊娠された子が初めて生まれた³⁰。翌年、（当時の）管轄機関である衛生署³¹が命令にあたる「人工生殖技術倫理指導綱領」を制定し公布した。当該指導綱領は、生殖補助医療を受けられる主体を、いずれか一方が不妊症を患い又は遺伝性疾患を患い異常の子を産む恐れがあり、他方が生殖細胞を保有し、しかも、妻の方が自分の子宮で子供を産むことができる夫婦に制限している。その立法趣旨は、もっぱら家族の血縁の継続である³²。1994年、同じく命令にあたる「人工協助生殖技術管理辦法」が制定されたが、同命令は上記の原則を維持している。

しかし、命令では親子関係を規律することができず、このことが生殖補助医療を通じて生まれた子の利益に密接に関わるため、法律を制定する必要があると衛生署は認識していた。1994年から「人工生殖法」の法律案の制定作業を開始していたが、代理懐胎制度を認めるかどうかについては専門家と関連団体等の意見にへだたりが大きか

²⁹ 衛生福利部国民健康署・前掲注24) 21頁。

³⁰ 戴瑀如「從德國立法例論我國新人工生殖法對親屬法之衝擊」法令月刊58卷8期（2007年）135頁。

³¹ 衛生署は2013年7月23日に衛生福利部に改められた。衛生署は主に医療、保健等の事務を所管していた。

³² 陳美伶「人工生殖之立法規範」国立政治大学法律研究所博士論文（1994年）273頁。

ったため、2004年に人工生殖法において代理懐胎を規律しない方針が固められた³³。2007年3月によりやく法律にあたる人工生殖法が公布・施行され、重大な改正を経ずに現在に至っている。その管轄機関は、当初は衛生署であったが、2018年1月の法改正で衛生福利部に改められた（人工生殖法3条）。その中では、生殖補助医療により生まれた子の親子関係に関する人工生殖法の規定は、民法の関連規定の特別法として位置づけられている³⁴。以下、人工生殖法の規定に即して、生殖補助医療に関する台湾の法制度を紹介する。なお、特に断らない限り、条文は人工生殖法のことを指す。

2 すべての行為類型に共通の行為規制

(1) 当事者についての規制

1 (1) a に述べたように、台湾では、同性婚が認められているが、現行の人工生殖法は、生殖補助医療の利用者が同法や民法のいわゆる「夫婦」に限っており、同性婚カップルによる生殖補助医療の利用を認めていない。準同性婚姻法である「司法院大法官第七四八号解釈施行法」の立法者は、この趣旨を明確に述べている。その理由は必ずしもはっきりしていないが、同性カップルが共同で親子関係を形成すること、例えば嫡出推定・養子縁組の適用ないし生殖補助医療の利用をめぐる大きな社会的な対立が存在したからであると推測される。

人工生殖法1条は、その目的について、生殖補助医療の健全な発展を促すこと、不妊「夫婦」・生殖補助医療によって生まれた子・ドナーの利益を保障することおよび国民の倫理と健康を保護することを挙げている。このことから、事実婚の夫婦による生殖補助医療の利用が認められていないことがうかがえる。さらに、同法は妻の方が自分の子宮で子供を産むことを要求しており（2条3号）、代理母を認めていないので、妻の方が自分の子宮で子供を産むことができない夫婦は、生殖補助医療を利用することができない。

利用者が法律婚の夫婦に限られている他、以下の条件をさらに満たさなければならない。すなわち、11条1項は、医療機関に以下の事項を確認させる義務を課している。

- ① 7条1項に定める検査・アセスメントの結果、当該夫婦が生殖補助医療を受けるのに適合していること（11条1項1号）
- ② 夫婦のいずれかの一方が不妊症又は管轄機関が公告した重大な遺伝性疾患を患う者であり、自然妊娠で異常な子を産む恐れがあること（11条1項2号）
- ③ 夫婦のいずれかの一方が健康な生殖細胞を保有し他人による精子または卵子の提供が不要であること（11条1項3号）

³³ 戴瑀如・前掲注30) 136～137頁。

³⁴ 邱玫惠「人工生殖子女親子法制之検討与修法建議」台大法学論叢38巻3期（2009年）285頁、戴瑀如・前掲注30) 138頁。

原則的には、以上の三つの要件をすべて満足させないと生殖補助医療を施術してもらえない「夫婦」に該当しない。ただし、11条2項は、例外条件を設けている。つまり、②の状況にあてはまらない者でも、医学上の正当理由があり、そして、管轄機関の許可を得た場合には、医療機関は例外的に当該夫婦に生殖補助医療を提供することができるように定めている。なお、医療機関が上記の規定に違反する場合には、10万台湾ドル³⁵以上50万台湾ドル以下の過料を科す(33条)。

前述した11条1項1号は、医療機関に対して検査・アセスメントの義務を課している。具体的な内容は7条1項に定められている。すなわち、医療機関は生殖補助医療を実施する前に、生殖補助医療を受けようとする夫婦に対して、以下の事項について検査・アセスメントを行わなければならない。

- ① 心理と生理状態
- ② 本人、四親等以内の血族の遺伝性疾患等の既往歴
- ③ 子供の健康な出産を妨げる遺伝性疾患又は感染症
- ④ その他管轄機関が公告した事項

この検査・アセスメントの規定に違反する場合には、3万台湾ドル以上15万台湾ドル以下の過料を科す(34条1項)。

(2) 手続に関する規制

まず、生殖補助医療を施術できる医療機関は限られている。つまり、管轄機関から許可を取得して初めて生殖補助医療、配偶子の受取、保存又は提供を実施することができる(6条1項)。公益法人は、管轄機関から許可を取得して初めて精子の受取、保存又は提供を実施することができる(6条2項)。この2種類の許可は、3年間にわたって有効である(6条3項)。これらの規定に違反する場合には、10万台湾ドル以上50万台湾ドル以下の過料を科す(33条)。

次に、医療機関が生殖補助医療を施術する前に、利用者である夫婦に説明し、その同意を得なければならない。説明の内容について、12条1項は、生殖補助医療の実施の必要性、実施方式、成功率、起こりうる合併症その他のリスク、可能な代替治療方式を挙げている。さらに、同意については書面が必要であると規定している(12条1項)。この規定に違反する場合には、3万台湾ドル以上15万台湾ドル以下の過料を科す(34条1項)。

上述した医師の説明義務の対象と同意の主体は、夫婦双方である。ただし、場合によって必要な同意はこれだけではない。つまり、仮に生殖補助医療を受けようとする夫婦が、自身の配偶子ではなく、ドナーの提供した配偶子による生殖補助医療を受けるとなれば、当該夫又は妻の同意が要求される(12条2項)。これは夫婦の片方の同意で

³⁵ 2021年2月10日現在、日本円と台湾ドル(元)との為替レートは0.268である。10万台湾ドルは約37万3134日本円に相当する。

あり、その法的意味がインフォームド・コンセントの同意ではなく、むしろ親子関係の形成に関する同意と解される。これは施術の種類によって夫または妻から得られる必要な同意であるため、本稿の後の3と4で詳述する。

一方、人工生殖法は、生殖補助医療を受けた夫婦が生殖補助医療の利用を断念する場合、医療機関が生殖補助医療により作成された胚を廃棄しなければならない（21条3項3号）。この規定から、人工生殖法は一応生殖補助医療を受けた夫婦の同意の撤回を想定していると理解できるが、その撤回手続を明文で定めていないのである。ここの同意とは、夫婦が生殖補助医療を利用することに同意したこと、すなわち医療法上の同意（12条1項）であり、親子関係の形成に対する夫婦一方の同意ではないと考えられる。そのため、撤回の意思表示は、相手である医療機関であるかと推測される。また、同意は書面による必要があるため、撤回もまた同様の形式を採用する必要があるだろう。

最後は、情報管理について、医療機関は、以下の関連の記録を作成・保存しなければならない（26条）。第一は、7条1項により生殖補助医療を受けた夫婦やドナーの心理と生理状態等に関する検査・アセスメントの内容である（7条2項）。第二は、医療機関が生殖細胞の提供を受ける場合の記録であり、その内容は主にドナーに関するものである（9条2項）。第三は、生殖補助医療を実施する場合の記録であり、その内容は利用者夫婦とドナーの個人情報と施術状況である（14条1項）。

さらに、管轄機関すなわち衛生福利部は、生殖補助医療データベースを作成し、医療機関から受け取った資料を管理している（27条1項）。その内容は、7条1項に定められた検査・アセスメントの記録、9条1項のドナーの情報、12条1項の利用者の同意、21条1項から4項までに定められた生殖細胞の廃棄の情報等に渡っている。医療機関が管轄機関に情報を提供する義務を怠る場合には、3万台湾ドル以上15万台湾ドル以下の過料を科す（34条1項）。

3 第三者の提供精子を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

上記の2(1)に述べたように、人工生殖法に定められた第三者の提供精子を用いた生殖補助医療（Artificial Insemination by Donor=AID）を利用できるのは法律婚の夫婦のみである。事実婚の夫婦、同性婚のカップルないし単身者は利用できない。なお、ここでは第三者の精子を使うため、医療機関は、インフォームド・コンセントの同意を夫婦から得る必要がある他、夫の書面による同意を取得しなければならない（12条2項前段）。しかも、当該書面による同意は、公正証書によらなければならない（12条3項）。

他方で、精子のドナーについて、人工生殖法は様々な規制を設けている。まず、精子のドナーが以下の条件を満たさないといけない。すなわち、20歳以上50歳未満で

あること、7条1項の検査・アセスメントを受けた結果、精子の提供に適すると判断されること、無償で精子を提供すること、精子を提供したことがない又は提供したものの、生殖補助医療を利用した夫婦が妊娠・出産に失敗し、かつ、提供された精子が引き続き保存されていないことである（8条1項）。ドナーの精子提供が無償でなければならないが、8条2項はある程度の栄養費の受取を認めている。すなわち、生殖補助医療を受けた夫婦は、管轄機関所定の範囲内において、医療機関を通じてドナーに対して栄養費や栄養品を提供し、その必要な検査、医療、及び交通等の費用を補填し、又はその休業による損失を負担することができる。管轄機関の制定した命令によると、精子のドナーに対して支払う栄養費等の費用や損失の上限は、原則的には5000台湾ドルである。仮にドナーが医療機関に行く回数が3回を超える場合には、状況によって金額を引き上げることができるが、8000台湾ドルが上限とされている³⁶。

医療機関はドナーから精子の提供を受ける前に、ドナーに対して関連の権利・義務を説明した上で、その書面による同意を取得しなければならない（9条1項）。この規定に違反する場合には、3万台湾ドル以上15万台湾ドル以下の過料を科す（34条）。そして、医療機関は生殖細胞を受け取る際、ドナーの氏名、住所等の情報について記録を作成しなければならない（9条2項）。生殖補助医療を受けようとする夫婦は、特定のドナーの精子の利用を指定してはならない。それと同様に、精子のドナーもまた、利用者夫婦を指定してはならない（13条1項）。ただ、医療機関は、利用者夫婦に対して、ドナーの人種、肌の色及び血液型の情報を提供してよい（13条2項）。

医療機関は生殖補助医療を受けようとする2組以上の夫婦のために、同一のドナーの提供する精子を使用することができず、特定の夫婦が妊娠に成功した後、使用された当該精子の使用を停止し、そして、当該夫婦が出産に成功した後、21条1項1号により当該精子を廃棄しなければならない（10条）。さらに、生殖補助医療を行うときには、直系血族、直系姻族、四親等以内の傍系血族間の精子と卵子を結合させてはならない（15条1項）。この規定に違反する場合、行為者は5年以下の懲役に処する。そして、150万台湾ドル以下の罰金を併科できるとされる（30条）。

(2) 親子関係

a 婚姻カップル間

母子関係について、1(1)b(i)に述べたとおり、民法は分娩した女性を母とする。このことは生殖補助医療によって生まれた子にも同様にあてはまる。妻が第三者の精子（および自己の卵子と子宮）を用いて出産した子は、妻との間に母子関係が生じる。

³⁶ 衛生福利部国民健康署「受術夫妻得負担捐贈人費用上限公告」（2013年3月6日）
<https://www.hpa.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=129&pid=3211>。

他方で、父子関係について、1 (1) b(ii)に述べたとおり、民法では、嫡出子とその父との関係については、嫡出推定の規定により成立する。夫若しくは妻又は子は、子と夫の間の実親子関係が存在しないこと、すなわち自然血縁関係の不存在を証明する場合、否認の訴えを提起し、父子関係を覆すことができる（民法 1063 条 2 項）。この民法のルールを AID によって生まれた子に適用してしまうと、子の地位は不安定になる。したがって、人工生殖法は、生殖補助医療に同意した夫を父とするとともに、嫡出否認の訴えを起ささせないとしている。具体的には、23 条 1 項は、妻が婚姻関係存続中において、夫の同意を得た後、ドナーの提供した精子を使用して自分の卵子を受精させ出産した子は、夫の嫡出子とみなされると定めている。ここでの夫の同意は、12 条 1 項にいう生殖補助医療に対する同意とは異なり、12 条 2 項にいう身分法上の同意に該当する。要するに、12 条 2 項および 23 条 1 項の（夫のみの）同意は、12 条 1 項の（夫婦双方の）同意とは別のものである³⁷。

人工生殖法 23 条 1 項の文言は、夫の同意の効果について「子は嫡出子とみなされる」となっているが、その趣旨は、夫が上記の同意をした後、信義則や禁反言の法理により、原則としては嫡出否認の訴えを提起できないことにあると解されている³⁸。つまり、子の嫡出性は推定されるのではなく、法律によってみなされるため、夫は（同意すれば）嫡出否認の権利を有しないこととなる。例外として、夫は、同意が詐欺又は脅迫によるものであると証明する場合には、詐欺を発見し、又は脅迫を免れた時から 6 ヶ月以内に、嫡出否認の訴えを提起することができる（23 条 2 項本文）。ただし、同意が詐欺による場合には、子が生まれてから 3 年以内に提起しなければならない（23 条 2 項但書）。

人工生殖法 23 条の定め方、すなわち夫の同意により子を嫡出子と「みなす」と定めながら、例外の状況において夫の嫡出否認によって父子関係を否定することについて批判する学説は少なくない。本来、「みなす」ことは反証を認めないのである。それにもかかわらず、例外的とはいえここで嫡出否認を認めるのは論理的に矛盾している。したがって、立法論上は、23 条 1 項のみなし規定を削除し、同意をした夫は、その同意が詐欺又は脅迫によるものでない限り、嫡出否認の訴えを提起することができないと規定すればよいとされている³⁹。また、人工生殖法 23 条における夫の同意が民法上の嫡出否認の権利を放棄するものであると位置づけし、立法論としては、夫は詐欺又は脅迫により同意した場合に、一定期間内にその同意を取り消すことができると

³⁷ 邱玫恵・前掲注 34) 287 頁。ただし、反対説もあり、23 条 1 項の同意は医療行為に対する同意であるとしている。すなわち、侯英冷「論人工生殖受術夫妻手術同意書之法律効果」成大法学 2 期（2001 年）92～93 頁は、生殖補助医療により生まれた子の嫡出性は、生殖補助医療を受けようとする夫婦の意思により決定されることができず、生殖補助医療の実施という事実に基づき法律により擬制されるので、当該夫の同意が当該子の嫡出性についての身分法上の同意ではないと述べている。

³⁸ 23 条の立法説明は、立法院法律系統 (<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lglawkm>) を参照。

³⁹ 邱玫恵・前掲注 34) 290～291 頁。

定めればよいと主張する学説もある⁴⁰。同意が取り消されると、最初から同意がなかったこととなり、子は人工生殖法 23 条 1 項によって嫡出子とみなされることがなくなる。ただし、この場合に子は依然として民法 1063 条 1 項の規定により嫡出推定を受けているため、夫は 1063 条 2 項により「子が非嫡出子であることを知ってから」2 年以内に嫡出否認の訴えを提起することができる。このように解すれば、人工生殖法 23 条における「嫡出子とみなす」とことと嫡出否認との矛盾を避けることができる⁴¹。

また、人工生殖法は上記のように、夫又は妻による嫡出否認の訴えの提出について規範を置いているが、ドナーの精子を利用した生殖補助医療により生まれた子は嫡出否認の訴えを提出できるかについては明確に定めていない。通説は、人工生殖法 23 条が「嫡出子とみなす」という文言をとっており、「嫡出子と推定する」という言い方ではないため、例外的な状況（すなわち夫が詐欺又は脅迫により同意した場合）を除き、嫡出否認を認める余地がないので、子には出自を知る権利があるかもしれないが、嫡出否認の権利を有しないと考えている⁴²。ただし、少数説は、子が民法により嫡出否認の訴訟を提起する権利は人工生殖法によって妨げられないと解している⁴³。

さらに、23 条のような規定は規範対象の面で狭きに失し、例えば、配偶子や胚の取り違いにより生まれた子と生殖補助医療を利用した夫婦との親子関係については規律していないという批判が見られる⁴⁴。その際、民法の規定に依拠して、嫡出推定や嫡出否認の訴えを提起する権利をもって親子関係を規律するにほかならない⁴⁵。

一方、夫がそもそも同意していない場合は、23 条 1 項の適用がなく、もっぱら民法の規律による。つまり、子は民法 1063 条 1 項により嫡出子と推定される。夫は嫡出推定が事実と反することを証明する場合、民法 1063 条 2 項により否認の訴えを提起することができることになっている⁴⁶。もっとも、夫が実際には同意していないにもかかわらず、医療機関が、代理人を通じて装われた夫の同意に基づき生殖補助医療を実施することは恐らく起きないのであろう。公証法は結婚のような身分行為について、当該事件の性質により代理人による公証の請求を認めない（4 条及びその立法理由⁴⁷）と同様に、ドナーの精子を使用した生殖補助医療に対する同意についても代理人による公証の請求を認めないと解されることができ一方、公証実務上も実際、この場合において代理人による公証の請求を認めず、本人でなければ同意の公証を行わないよう

⁴⁰ 林秀雄「人工生殖子女與受術夫妻之關係」台湾法学雑誌 210 期（2012 年）129 頁。

⁴¹ 林秀雄・前掲注 40）129 頁。

⁴² 戴瑀如・前掲注 30）145 頁。

⁴³ 陳英鈴「人工生殖法的幾個問題」法令月刊 58 卷 8 期（2007 年）121～122 頁。

⁴⁴ 林昀嫻「我國人工生殖法制之挑戰與契機」中原財經法學 25 期（2010 年）75～76 頁。

⁴⁵ 林昀嫻・前掲注 44）76 頁。これに対して、侯英洽・前掲注 37）95～96 頁は、配偶子の取り違えが子の嫡出性に影響を与えないと主張している。

⁴⁶ 林秀雄・前掲注 40）129 頁。

⁴⁷ 立法院法律系統・前掲注 38）。

ある⁴⁸ので、公正証書の要件の下で、実際に夫の同意の欠けつのまま、妻が第三者の提供した精子による生殖補助医療を利用することは滅多にないといえる。

ところで、妻が妊娠した後に婚姻が取り消され又は無効となる場合、生殖補助医療により生まれた子は生殖補助医療を利用した夫婦の嫡出子とみなす（25条）。この規定は、子の法的地位を保障するためであると考えられる。人工生殖法 23 条 1 項は「婚姻関係の存続中」であることを前提としている。夫婦の婚姻が無効である場合に、婚姻が最初から存在しなかったため、たとえ夫の同意があっても、子は人工生殖法 23 条 1 項を適用されず嫡出子とみなされない。このような子を保護するため、25 条は 23 条 1 項の例外規定として夫婦の嫡出子とみなすと定めている。留意すべきことは、台湾の婚姻の取消は、日本法と同じく、遡及効がないので（台湾民法 998 条）、婚姻の取消の場合にはなお人工生殖法 23 条 1 項の適用はあるはずである。そうすると、25 条が婚姻の取消を定める必要性は実はない⁴⁹。

b 精子提供者の法的地位

人工生殖法は、精子のドナーと生まれた子との間には、何の法律関係も生じないという見解を採用している⁵⁰。この趣旨に基づいて、23 条 3 項は、民法 1067 条の規定は本条の場合に適用しない、と定めている。民法 1067 条が強制認知に関する規定であることは、すでに 1 (1) b(ii)に述べたとおりである。一方、人工生殖法は任意認知の適用を明文で排除しておらず、精子の提供者が子を認知できるかは問題となる。夫が嫡出否認訴訟において勝訴したことを前提として、（妻又は子が拒絶できる）配偶子のドナーによる任意認知を認めるべきであるという主張がある⁵¹が、上記 23 条の立法理由の内容、すなわちドナーと子との間に法律関係が生じないことからすると、人工生殖法が精子のドナーによる任意認知を認めないと解するのも有力である⁵²。この問題に関する裁判例はまだ見られていない。

また、人工生殖法 29 条は、特定の場合に、第三者の提供した配偶子を用いた生殖補助医療により生まれた子又はその法定代理人は、管轄機関に対してその親族関係を確認することができる。第一は結婚相手が民法 983 条⁵³に違反する恐れがある場合、次

⁴⁸ 例えば、台湾台北地方法院所属民間公証人吳育芬事務所

（<https://wunotary.com.tw/h/ServiceDetail?key=9gz0s&cont=5963>）、台湾宜蘭地方法院所属民間公証人劉書璋事務所（<https://www.notaryliu.com/useintaiwan>）は、本人出頭を要求している。

⁴⁹ 林秀雄・前掲注 40) 130 頁。

⁵⁰ 立法院法律系統・前掲注 38)。

⁵¹ 邱玫惠・前掲注 34) 310 頁、林昀嫻・前掲注 44) 77 頁。ただし、後者は妻又は子が認知を拒絶することができるかについては言及していない。

⁵² 陳棋炎ほか・前掲注 9) 272 頁。

⁵³ 民法 983 条は、直系血族、直系姻族、六親等以内の傍系血族（養子縁組により成立した四親等又は六親等の傍系血族で同世代である者を除く）、又は五親等以内の傍系姻族で同世代でない者とは結婚することができないとしている。

は、養子にしようとする者が民法 1073 条の 1⁵⁴に違反する恐れがある場合、第三は、その他一定の範囲内の親族について一定の行為を制限する規定に違反する恐れがある場合である。この定め方からは、子が結婚または養子縁組する際に、近親禁止の規定に触れないようにするための措置であることがわかる。人工生殖法 29 条を実施するため、衛生福利部はさらに「人工生殖子女親属関係查詢辦法」という命令を制定した。その 4 条によると、子は結婚しようとする相手と自己との親族関係が民法 983 条に該当するかを確認できるのに止まっている。子が実際に確認できるものは、あくまでも特定の者との親族関係であり、精子の提供者に関する情報ではない。

子の出自を知る権利を保障するために、生殖補助医療により生まれた子に対してドナーの情報の開示を請求する権利を与えるべきであるという見解が見られる⁵⁵ものの、法的にはまだ認められていない。

4 第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

上記の 2(1)に述べたように、人工生殖法に認められる利用者は法律婚の夫婦のみである。事実婚の夫婦、同性婚のカップルないし単身者は利用できない。なお、ここでは第三者の卵子を使うため、医療機関は、インフォームド・コンセントの同意を夫婦から得る必要がある他、書面による妻の同意を取得しなければならない（12 条 2 項後段）。そして、当該書面による同意は、公証を受けなければならない（12 条 3 項）。

卵子のドナーについて、人工生殖法は様々な規制を設けている。その条件は精子のドナーと基本的には同様である（8 条 1 項）が、年齢に関するそれは精子のドナーより厳しい。すなわち、卵子の提供者は 20 歳以上 40 歳未満であることを要する（1 号後段、これに対して、精子の提供者は 20～50 歳であればよい）。

また、3（1）に述べたことと同様に、医療機関は、卵子のドナーに対する医療機関の説明義務（9 条 1 項）、生殖細胞を受け取る時の記録作成義務（9 条 2 項）、卵子を 1 組の夫婦のためにのみ使用する義務（10 条）、及び生殖補助医療を受けようとする夫婦に対して、ドナーの一定の個人情報を提供する義務（13 条 2 項）を負う。そして、生殖補助医療を受けようとする夫婦又はドナーの要求により、特定の者の提供した配偶子を使用し又は特定の夫婦にその提供した配偶子を使用してはならず（13 条 1 項）、一定の親族間の精子と卵子を結合させてはならない（15 条 1 項）。これらの義務を怠る場合には、一定の行政罰又は刑罰を科す。

⁵⁴ 民法 1073 条の 1 により、直系血族、直系姻族（夫婦の一方が他方の子を養子にする場合を除く）、六親等以内の傍系血族又は五親等以内の傍系姻族で同世代でない者を養子にすることが禁止されている。

⁵⁵ 戴瑀如・前掲注 30) 143 頁。

ドナーによる卵子の提供は原則的には無償であるが、精子提供の場合と同様に、生殖補助医療を受けた夫婦は、管轄機関所定の範囲内において、医療機関を通じてドナーに対して栄養費等を提供し、その必要な関連費用を補填し、又はその休業による損失を負担することができる（8条2項）。管轄機関の制定した命令によると、卵子のドナーに対して支払う栄養費等の費用や損失の上限は9万9000台湾ドルである。

(2) 親子関係

第三者の卵子を用いた生殖補助医療の下では、ドナーの卵子と夫の精子が体外受精させ、さらに妻の子宮に戻し、妻が子を出産することとなる。この場合に、卵子と子宮とはそれぞれ異なる主体に属する。妻と子との母子関係について、民法は分娩者が母という原則をとっているが、その前提は卵子と子宮が同じ者に属することである。第三者の卵子を用いた方式は、民法の前提状況と異なるため、これによって生まれた子には民法の適用があるかが疑わしくなる。したがって、人工生殖法は卵子提供の場合における母子関係について明文の規定を設けることとした。すなわち、婚姻関係存続中において、夫の精子とドナーの提供した卵子とを受精させることに同意した妻が出産した子は、妻の嫡出子とみなすとしている（24条1項）。妻は同意をした後、信義則や禁反言の法理により、原則としては嫡出否認の訴えを提起することができないが、同意が詐欺又は脅迫によるものであることを証明できる場合には、詐欺を発見し、又は脅迫を免れた時から6ヶ月以内に、嫡出否認の訴えを提起することができる（24条2項本文）。ただし、同意が詐欺による場合は、子が生まれてから3年以内に提起しなければならない（24条2項但書）。

3(2)に取り上げられた23条に対する学説の批判は実際、23条だけではなく、24条をも対象としている。すなわち、当該学説によると、24条も規範対象行為が狭すぎるという問題があるので、24条を適用することができない場合には、民法の規定に依拠しなければならない⁵⁶。

卵子のドナーと子との関係について、精子のドナーの場合（23条3項）と異なり、強制認知を否定する明文の規定が存在しない。実は、行政院⁵⁷が2005年に提出した案⁵⁸においては、妻が嫡出否認訴訟において勝訴した場合、卵子のドナーが生殖補助医療により生まれた子を認知することができること、すなわち任意認知を肯定する24条3項を設けようとした。その趣旨は、母のない子の保護のためである。しかし、立法院⁵⁹

⁵⁶ 林昀嫻・前掲注44) 75～76頁。

⁵⁷ 台湾の行政院の最高機関である。人工生殖法の管轄機関である衛生署は行政院の下の機関である。そのため、改正案は衛生署の審議の後には、行政院に送られ、議決された後、立法院である立法院に送付される。

⁵⁸ 「立法院関係文書 院総第1586号 政府提案第10174号」

(<https://lis.ly.gov.tw/lcggi/lgmeetimage?cfc9cfcdfcecfcec5cbcf7d2cbcdf>)。

⁵⁹ 台湾の立法院の最高機関である。2005年当時は225名の立法委員があったが、現在は113名に減少した。

の「衛生環境及び社会福利委員会」と「司法委員会」の審議において、立法委員は、人工生殖法がドナーによる任意認知を認めないことを前提として、上記条項が卵子のドナーだけに任意認知を認めるのが平等に反し、しかもこれが道徳的にドナーに認知を強いてしまう恐れがあるとして、同条項を削除した⁶⁰。そのため、精子のドナーと同様に、卵子のドナーもまた子との間に法律関係を成立することが認められない。

5 第三者の提供胚を用いた生殖補助医療

(1) 行為規制

2 (1) に述べたように、人工生殖法は、生殖補助医療を受けるため、夫婦のいずれか一方が健康な生殖細胞を保有しなければならないとしている（11条1項3号）。換言すれば、夫婦双方の生殖細胞を含まない第三者の提供する胚による生殖補助医療は認めていないのである。

(2) 親子関係

以上の(1)の行為規制に反して、ドナーの提供する胚によって子が生まれた場合に、親子関係は人工生殖法の規定を適用することができず、民法により決定されなければならない。このタイプのみならず、人工生殖法の規制に反することによって生まれた子をめぐるとの親子関係の争いは、民法に即して解決を求めるべきであると主張される⁶¹。具体的には、第三者の提供する胚を利用して生まれた子と生殖補助医療を受けた夫婦の間には実親子関係が存在していないが、当該夫婦は、自身の配偶子ではなく、ドナーにより提供された精子と卵子により受精した胚の利用に同意した場合には、少なくとも夫の方については、信義則や禁反言の法理により、民法1063条2項により嫡出否認の訴えを提起することができないと思われる。

6 代理懐胎

(1) 行為規制

1(2)(3)に述べたように、人工生殖法の立法時に代理懐胎を認めるかをめぐるとの対立が激しかったため、この制度を取り入れていない。2020年4月に立法委員は、無子宮症を患うことや他の病症により子宮が摘出され又は妊娠に適合しない女性のために、さらに、少子化の問題を解決するために、人工生殖法の改正案（以下「改正案」とい

⁶⁰ 「立法院公報 第95卷 第29期 委員会記録」

(<https://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@xdd!cec9cecbaccec8c7c681c6cacdc6cfcdc4cfcfccc4cfcf9cf>)
51～54頁。

⁶¹ 侯英洽「從子女最佳利益原則檢視人工生殖法草案」律師雜誌 318期（2006年）27頁、邱玫惠・前掲注34）295頁。

う)を提出し、代理懐胎に関する法制を新設しようとしている⁶²。改正案は現在、立法院職権行使法8条2項本文により、立法院の院会で「一読会」⁶³を経て、関連の委員会の審査に付託された。以下では、この改正案の内容にしたがって説明を進める。

現行の人工生殖法2条3号は、妻の方が自分の子宮で子を産むことを要件としているが、改正案は、この要件を削除するとともに、代理母と代理懐胎の定義を新設する(同条9号、10号)。また、「代理懐胎の実施」という見出しで第3章の1を新設し、その中に18条の1から18条の9の規定を置き、代理懐胎の制度を利用するための要件、代理懐胎契約の内容のあり方、及び代理懐胎の生殖補助医療を受けた夫婦と生まれた子との関係等を定めている。改正案2条3号は、なお「夫婦」という要件を維持しているため、たとえ代理懐胎が導入されても、利用できるのが法律婚のカップルのみであることは以前と変わらない。

具体的には、18条の1第1項は、代理懐胎の生殖補助医療を受けようとする夫婦が以下の要件を満たさなければならないとしている。すなわち、7条1項に定める検査・アセスメントにより生殖補助医療に適合すると確認され、夫婦のいずれか一方が健康な生殖細胞を保有することという11条1項1号、3号に定める要件を満たし、そのいずれか一方が台湾国籍を持ち、しかも、下記の状況のいずれかに該当しなければならない。

- ① 妻が子宮を持っていないこと(18条の1第1項1号)
- ② 妻が子宮や免疫に関する疾患その他の事情により、妊娠することができないこと(18条の1第1項2号)
- ③ 妻は妊娠や分娩のために生命を危険にさらされる恐れがあること(18条の1第1項3号)

以上のことからわかるように、改正案は代理懐胎についても、夫婦の中に少なくとも一方が生殖細胞を有しなければならないという要件を維持している。

また、代理懐胎の生殖補助医療を受けようとする夫婦は、他人の提供する配偶子を使用する必要がある場合、代理母の卵子又は代理母の配偶者の精子を使用することができない(18条の1第2項)。改正案では、18条の1の規定に違反する場合、10万台湾ドル以上50万台湾ドル以下の過料を科すと定める(33条)。

一方、代理母は以下の要件をすべて満たさなければならない(18条の2第1項)。

- ① 成年に達する(18条の2第1項1号)
- ② 子を出産した経験がある(18条の2第1項2号)

⁶² 「立法院関係文書 院総第1044号 政府提案第24487号」

(https://lis.ly.gov.tw/lygazettec/mtdoc?PD100111:LCEWA01_100111_00013)。

⁶³ 立法院は法律の審議について三読会制を採っている。立法院職権行使法第2章「議案審議」参照。

- ③ 心理・社会状況アセスメントにより、代理懐胎に適合すると判断される（18条の2第1項3号）
- ④ 生理状態検査により、妊娠や分娩に適合しない疾病、伝染病その他管轄機関が公告した疾病を患わず、代理懐胎に適合すると確認される（18条の2第1項4号）
- ⑤ 代理母が配偶者を持つ場合には、当該配偶者が生理状態検査により、胎児の健康に影響を与える伝染病を患わないと確認される（18条の2第1項5号）
- ⑥ 代理懐胎の回数が2回を超えない（18条の2第2項）

18条の2第1項第3号に定めるアセスメントは専門家により行われ、その記録が作成されなければならない（18条の2第3項）。また、医療機関は18条の2第1項第4号、5号に定める検査を行い、関連の記録を作成しなければならない（18条の2第4項）。改正案では、18条の2第1項第4号、第5号の規定に違反する場合、3万台湾ドル以上15万台湾ドル以下の過料を科すと定める（34条）。

代理懐胎の生殖補助医療を受けようとする夫婦と代理母は専門家に相談した上で、代理懐胎契約を締結し、公正証書によらなければならない（18条の3第1項）。当該相談の内容は、心理、生理、家庭及び社会関係への影響やリスクを含まなければならない（同2項）。代理母が配偶者を持つ場合には、その配偶者も専門家に相談し、代理懐胎契約の当事者として契約を締結しなければならない（同3項）。改正案では、18条の3の規定に違反する場合、10万台湾ドル以上50万台湾ドル以下の過料を科すと定める（33条）。

代理懐胎契約においては、代理母の下記事項を保障しなければならない（18条の4第1項）。

- ① 身体情報の保護と生活妨害の防止に関するプライバシー権（18条の4第1項1号）
- ② 妊娠期間の身体的健康に関する身体自主権（18条の4第1項2号）
- ③ 子との面会交流権の有無（18条の4第1項3号）
- ④ 同一治療周期において妊娠に失敗する場合に、契約を終了する権利又は更新しない権利（18条の4第1項4号）
- ⑤ 代理懐胎の生殖補助医療を受けようとする夫婦が代理母のために生命保険をかける権利（18条の4第1項5号）

代理母と代理懐胎の生殖補助医療を受けようとする夫婦は合意によって、面会交流権の有無、内容を定めることができるが、当該約定が子の利益を害する場合、裁判所は代理懐胎を利用した夫婦その他の利害関係者の請求又は職権により、それを変更することができる（18条の4第2項）。また、代理懐胎契約における定型約款と記載すべき事項・記載してはならない事項の詳細については、管轄機関により定められる（同3項）。

改正案は原則的には「利他的代理懐胎」だけを認めているが、代理懐胎を利用した夫婦は管轄機関所定の範囲内において代理母に報酬を支払うことができる（18条の5前段）。一方、代理懐胎を利用した夫婦は代理母に対して、栄養費や栄養品を提供し、必要な検査、相談、医療・看護、及び交通等の費用を補填し、休業による損失を負担しなければならない（18条の5後段）。

医療機関は、代理懐胎の生殖補助医療を受けようとする夫婦に18条の1第1項に定める事項、代理母に18条の2第1項第1号、第2号に定める事項、両方に18条の3第1項に定める代理懐胎契約、管轄機関に18条の1第2項、18条の2第2項に定める事項をそれぞれ確認しなければならない（18条の6）。改正案では、この規定に違反する場合、10万台湾ドル以上50万台湾ドル以下の過料を科すと定める（33条）。

管轄機関から許可を受けた代理懐胎に関する媒介業者は、代理懐胎の生殖補助医療を受けようとする夫婦と代理母との間に入って契約交渉・締結を円滑するためのサービス等を提供して、必要な費用を受け取ることができる（18条の7第1項）。代理懐胎の媒介業者は、財団法人や公益社団法人でなければならない（同2項）。代理懐胎の媒介業者の資格、許可の申請に関する手続、許可の廃止、必要な費用の範囲、及び広告等の事項については、管轄機関が定める（18条の7第3項）。改正案では、18条の7第1項、第3項により管轄機関が定める規定に違反する場合、10万台湾ドル以上50万台湾ドル以下の過料を科すと定める（33条）。

代理母が妊娠した後、胎児は重大な遺伝性疾患を患い若しくは奇形の恐れがあり、又は妊娠・分娩は、代理母の生命、身体若しくは精神に危害を及ぼすという医学上の理由があり（優生保健法9条1項3号）、若しくはその心理的健康若しくは家庭生活に影響を及ぼす（同9条1項6号）場合には、人工妊娠中絶を実施することができる（18条の10）。

ところで、改正案26条は、18条の2第3項、第4項にいう記録の作成・保存をも義務づけている。また、改正案27条1項1号は、同18条の2第1項に定める検査と同2項にいう回数を、医療機関が管轄機関に通報し管轄機関がデータベースで管理すべき事項として定めている。

（2）親子関係

医療機関は胚を子宮に移植した後、妊娠に成功し、かつ、代理懐胎の生殖補助医療を受けようとする夫婦の委託に基づき移植した事実について、書面による証明を発行しなければならない（18条の8第1項）。当該書面証明の内容、様式その他の関連事項は、管轄機関により公告される（18条の8第2項）。18条の8の定める手続に従う場合、代理母が出産した子は代理懐胎を利用した夫婦の嫡出子とみなす（18条の9第1項）。つまり、立法者はここでは民法における「分娩者が母」という原則を採用せ

ず、血縁により利用者夫婦が子の父母であるという立場を明確に示した⁶⁴。ただし、血縁関係のない一方の配偶者の意思自由をも保護しないといけない。したがって、ドナーの提供した精子又は卵子を利用するとき、夫又は妻は、その同意が詐欺又は脅迫によるものであると証明する場合、子が生まれてから1年以内に、嫡出否認の訴えを提起することができる（18条の9第4項、第5項）。この期間は、現行人工生殖法23条2項と24条2項の規定、すなわち子の出生時から3年以内というものより短い、具体的な理由が書かれていない。

また、代理懐胎の胎児は、将来に死体で生まれたのでない限り、その利益の保護については、既に生まれたものとみなす（18条の9第2項）。代理懐胎の胎児は生まれる前に、代理懐胎を利用した夫婦がともに死亡し、かつ、生まれた後に第三者に養子にされる場合には、代理母が優先して当該子を養子にすることができる（18条の9第3項）。

仮に改正案が採択され、代理懐胎制度が認めるようになると、その規制内容に反する代理懐胎によって生まれた子の親子関係は、おそらく民法によって規律されることとなる。すなわち、代理母が子の法律上の母となり、その夫が民法1063条1項によって法律上の父と推定される。夫は自然血縁関係がないことを理由として嫡出否認の訴えを提起することができるのに対して、代理母はどのように子との関係を否めるかが不明である。

(3) 海外で代理懐胎がなされた場合の取り扱い

現行法の下で、台湾では代理懐胎を実施することができないが、台湾人が海外で代理懐胎を求める例はないわけではない。まず、台湾人夫婦が、ウクライナにおける代理懐胎を媒介する台湾の業者と締結した契約について、裁判所は、その内容が卵子の売買や代理懐胎の（有償な）仲介に関連するものであり、人工生殖法の規範目的ないし公序良俗に違反するため、民法72条により無効であると判示した⁶⁵。付言するが、原告ら（利用者夫婦）が2019年8月にウクライナに行き、夫の精子が採取され、代理母の体内に受精卵が入れられたが着床しないまま妊娠が失敗した。被告（台湾の業者）の行為が不法行為に該当しないと判断され、さらに原告らが被告に渡した代金1万2000米ドルについては、被告の不当利得に該当するものの、不法原因の給付のため、原告もまたその返還を請求できないとされた。

台湾高雄地方法院108年度訴字第31号判決もまた、契約の効力に関する争いであるが、代理懐胎を媒介する契約ではなく、ウクライナで卵子提供と代理懐胎のことを原

⁶⁴ これに反して、分娩者が母という原則を貫き、養子縁組の方法で子と依頼者夫婦との親子関係を成立させると主張する者もある。劉士煒「代理孕母之親子法律關係」発展与前瞻学報17期（2017年）10頁。

⁶⁵ 台湾士林地方法院108（2019）年度訴字第1894号判決。

告（姉）が自分の弟に依頼し、その生まれた子を原告の養子にする契約に関するものである。詳しくいえば、ウクライナでは、不妊の「夫婦」のために、卵子の提供と代理懐胎が認められるものの、原告は単身の女性であるため、たとえウクライナに行っても生殖補助医療を利用することができないので、自分の弟夫婦（被告ら）にウクライナで生殖補助医療を用いて子供をつくることを委託した。両者間の契約によれば、被告らが子供を台湾に連れ戻した後、原告と子供との間の養子縁組契約を成立させなければならない。2017年に被告夫婦がウクライナで夫の精子が採取され、第三者の卵子と受精させ、代理母が順調に妊娠し、2018年1月に二人の女の子を出産した。被告夫婦はウクライナで（自らが両親とする）出生証明書を手に入れた上で、2018年2月に二人の子を台湾に連れ戻し、同年4月に被告夫婦の子として登記した。これまでの代理懐胎、医療、航空券、宿泊の費用はすべて原告が負担した。また、2018年2月から7月まで原告は実際に二人の子を育てていたが、8月以降は被告夫婦が子を引き取って養育している。そこで、原告は、子供の養子縁組手続に被告らが応じないことが当初の委任契約に反すると主張し、447万台湾ドルの損害賠償を請求した。裁判所は、原告と被告夫婦との間の契約について、その公序良俗違反を厳しく指摘した。すなわち、「二人の子が実際に妻である被告に出産された者ではないにもかかわらず、台湾では被告夫婦の子として登記され、二人の子とその分娩者との親子関係の断絶をもたらし、その戸籍上の母と本当の母とは異なる結果を招いた。たとえ台湾の社会が代理懐胎について一般の人々の態度が徐々に開放的になってきたが、この件のように卵子の売買によって命が作られた結果、命の商品化と個人の尊厳の侵害に該当したのみならず、夫婦の一方が婚姻存続中、配偶者以外の人と子を設け、戸籍上の母が事実上一致しないことを招致する。このことは被告夫婦、生まれた二人の子、ないし被告夫婦の他の子の利益にも大きな影響を及ぼすため、この契約は社会一般の道徳に反すると言わざるをえず、したがって、善良風俗の違反によって無効である」と強く非難した。当然ながら、原告が支払った子を得るための諸費用もまた、被告の不当利得に当たるものの、前掲士林地方法院の判断と同様に不法原因給付と位置づけられ、その返還請求が退けられた。

また、高雄地方法院判決の事実関係では、ウクライナで子が被告夫婦の子であるという出生証明書が発行され、台湾における戸籍登記が認められた。このような外国で代理懐胎により生まれた子は、果たして台湾では依頼者夫婦の子として登記できるのかという点について、法務部⁶⁶は2015年の通達で見解を示している。すなわち、外国において代理母を利用して生まれた子と精子、卵子の提供者又は代理母との関係は、

⁶⁶ 台湾の行政機関であり、日本の法務省に相当する。

当該国の法律によるとされている⁶⁷。ちなみに、法務部の通達に取り上げられた事件はインドで代理懐胎された例である。一方、外国の出生証明書ではなく、裁判所の判決により依頼者夫婦の子とされた場合に、その判決の効力はどうかについて、2013年司法院も通達を出している。すなわち、アメリカでの代理懐胎を経て裁判所の判決により（台湾国籍の）依頼者夫婦の子とされた場合に、その判決が台湾の公序良俗に反するかは、個々の機関が権限に基づいて自ら形式上の審査をし、承認か否かを定めることができる⁶⁸。要するに、司法院は明確な意見を示していない。また、この問題について判示した裁判例もまだ存在しない。もっとも、学説には、このような外国の裁判の効力を認めることが台湾の公序良俗に反しないと指摘するものがある⁶⁹。

7 死後生殖

(1) 行為規制

医療機関は、生殖補助医療を受けた夫婦のいずれか一方が死亡した場合、夫婦の提供した配偶子を廃棄しなければならない（21条2項2号）。また、生殖補助医療を受けた夫婦のどちらか一方が死亡した場合、作成された胚を廃棄しなければならない（21条3項1号）。このように、死後生殖は台湾では認められていないのである。

ところで、人工生殖法が施行される前、ある事件が起きた。すなわち、台湾軍隊のある連長が演習中、戦車にはねられて死亡した後、その婚約者がその精子を採取し死後生殖を行おうとする意向を表し、社会の関心を集めて、精子の採取について管轄機関から許可を取得した⁷⁰。現行人工生殖法の下では、当該連長はその婚約者と結婚しておらず、死亡した後もその精子を廃棄しなければならない等から、生殖補助医療を行うことができない⁷¹が、いずれにせよ、結局のところ、採取された精子が当該連長の家族の決定により廃棄され⁷²、当該女性による死後生殖の試みが失敗に終わった。

(2) 親子関係

人工生殖法の規定に違反し死後生殖の生殖補助医療により生まれた子と父との関係は、民法に依拠し決定しなければならない⁷³。具体的には、子が生まれた日から遡って

⁶⁷ 法務部民国 104（2015）年 12 月 1 日法律字第 10403515680 号函积。ちなみに、この通達は、戸籍登記を管轄する内政部が、法律を適用する際に生じた疑問について法務部に問い合わせたため、法務部の見解を示したものである。

⁶⁸ 司法院秘書長民国 102（2013）年 6 月 27 日秘台庁少家二字第 1020016074 號号函积。

⁶⁹ 小林貴典「論涉外代孕案件中外国裁判之承認」台北大学法学論叢 103 期（2017 年）56 頁。

⁷⁰ 戴東雄「孫連長死後取精留後与人工生殖法草案」万国法律 145 期（2006 年）2 頁、中華電視公司「孫連長精子保存期限 12 月屆滿」2005 年 11 月 13 日（<http://news.cts.com.tw/cts/society/200511/200511130187058.html>）。

⁷¹ 戴東雄・前掲注 70）10 頁。

⁷² 蘋果新聞網「孫連長精子盡銷毀」2005 年 12 月 23 日

（<https://tw.appledaily.com/headline/20051223/4HBHZQ647UO32IYLF007QI4B6Y/>）

⁷³ 林昀嫻・前掲注 44）96 頁。

181日から302日の間に、父と母の間には合法の婚姻関係が存在する場合には、子が嫡出推定を受ける（民法1062条1項、1063条1項）⁷⁴。一方、上記以外の場合に生まれた子は、民法1067条2項の死後認知を主張できるかが問題となる。これに関しては裁判例がないが、学説は、死後認知は父が死亡する前に母が妊娠し、かつ、出産した後には認知されない子のための制度であるので、父が死亡した後、生殖補助医療により妊娠した子は、当該制度を利用することができないと解している⁷⁵。

8 その他

上記6の代理懐胎の改正案からわかるように、代理懐胎を含む人工生殖法の規範は、法律婚のカップルに適用されるが、同性婚や単身者は利用できない。このことについて批判的である論者が多い。例えば、生殖補助医療が本来、同性カップルに子を設けさせることによって「異性カップルだけが子を設けることができる」という既存の考え方を突破する可能性を含むものであるが、残念ながら台湾の人工生殖法はその可能性を発揮せず、既存する社会体制を複製し強化するものにとどまっていると批判する学説がある⁷⁶。また、子を産む権利は基本権の一種であるとして、同性カップル、単身者や事実婚夫婦もまた法律婚カップルと同様な保障を受けるべきであり、人工生殖法の現行の規定は憲法の平等権に反すると唱える者もある⁷⁷。さらに、異論の多い同性婚がすでに立法され認められたが、代理懐胎が認められていないことは、台湾社会にとって、同性婚が特定の者の利益に叶う良い制度であるのに対して、同性婚カップルが子をもうけることは認められるべきでない行為であることを意味し、つじつまが合わないため、法改正すべきであるという主張もある⁷⁸。これに対して、代理懐胎の法改正を提案した立法委員呉秉叡氏は、代理懐胎制度を合法化することが最優先の目標であり、同性婚カップルに対応するのはそれ以降であるという意見を示した⁷⁹ため、管轄機関である衛生福利部も同様の立場をとる可能性がある。このように、台湾における生殖補助医療に関する法規範は、近いうちに代理懐胎の承認、次には利用者の同性婚カップルへの拡大という変化がありうるため、さらに目を配る必要がある。

（こう・しじゅん）

⁷⁴ 林昀嫻・前掲注44) 96頁。

⁷⁵ 林昀嫻・前掲注44) 97頁、林秀雄「死後人工生殖子女之法律地位—以日本最高法院平成十八年九月四日判決為例」月旦法学雑誌251期（2016）162～163頁。

⁷⁶ 邱文聰「從人工生殖法的適用主体談生育自由的雙面性格」法令月刊58卷8期（2007年）148頁。

⁷⁷ 王服清「同性伴侶不准找代理孕母代宗接代嗎？」月旦医事法報告18期（2018年）51頁。

⁷⁸ 牛惠之「人工輔助生殖技術爭議談代理孕母的合法性：兼論同性婚姻的生育權利」月旦医事法報告43期（2020年）26頁。

⁷⁹ 蘋果新聞網「【同婚周年4】同志收養制度不平等 代孕生子路迢迢」2020年5月24日（<https://tw.appledaily.com/politics/20200524/YVIXJFEJ223TY6GKG47F5E7KV4/>）。