

「代理母」により誕生した子の母子関係の準拠法の決定について

——現行法例改正の必要性とその立法指針——

佐藤 やよひ
さとう

関西大学法学部教授

- 1 序
- 2 現行法例による処理の問題点
- 3 現行法例維持の形での問題への対処方法
- 4 立法指針
- 5 立法提案
- 6 結語

1 序

「代理母」という奇妙な言葉がマスメディアで取り上げられるようになって以来、早くも四半世紀がすぎようとしているが、この言葉には大別して二つの形態の「代理母」が含まれる。第一は、「代理母」自身の卵子を利用して子をもうけるものであり、第二は「代理母」以外の女性の卵子を利用するものであり、所謂「子宮レンタル」と呼ばれるものである⁽¹⁾。1980年代に「代理母」という言葉を世界中に広めるきっかけとなったと思われるベビーMケース⁽²⁾は、この第一の形態のものである。そこでは「代理母」と依頼人夫婦との間で子の奪い合いが問題となったが、卵子提供者と母体の持ち主の分離はなかったため、いまだ従来法規範によって対処することが可能な事態であった⁽³⁾。

しかし、第二の形態は従来親子関係法の根底をゆるがす事態をもたらす。そこでは親子関係の柱ともいえる「母」の決定が必要ということになる。従来は「生みの母」「育ての母」という分類はできても、少なくとも「生みの母」が複数に分裂する事態は想定しえなかった。ところが現在の生殖補助医療の進歩

は「生みの母」を「母体の持ち主」と「卵子提供者」、さらには「核提供者」と「核以外の卵細胞の提供者」といったところまで分離させる可能性をもたらしたのである。

現実に我が国においても、60歳の日本人女性が米国で卵子の提供を受けて夫(外国人)の子を出産したというニュースが2001年8月7日全国紙の朝刊に掲載された⁽⁴⁾。さらにタレントのMが自分の卵子と夫の精子による受精卵をアメリカ人女性の子宮に移植して双子をもうけたことが話題となった⁽⁵⁾。そしてこれらのケースは戸籍への記載にあたって「母」は誰になるのかという法律問題を法務省につきつけたのである。

しかもこの第二の形態で問題となるのは、出生した子の「母」を誰にするのかという実質法上の態度を決める必要があると同時に、このような医療が国内医療機関よりも外国で提供されているため、親子関係成否の決定問題はその発生の当初より渉外的な問題として出現しているということである。そこで問題となるのが、いまだ実質法の段階で「母」の概念が揺らいでいる状況で、果たして現行法例は第二の形態の代理出産が渉外的な形をとったときにその親子関係をうまく処理できるのであろうかということである。とりわけ、実質法上の「母」の概念の相違がどのような結果をもたらすのかが問題となる。以下、この点につき現行法ではどのようなになるのかを見ていき、さらに新たな渉外的親子関係を規律する国際私法立法のための指針というべきものを抽出し、立法提案を提示してみようと思う。

2 現行法例による処理の問題点⁽⁶⁾

現行法例による処理の問題点として出てくるのは、1. 実質法の抵触の残存、2. 準拠法の最密接関連国法としての適格性、3. 公序則援用の多発が主なものであろう。そこでこのような問題点がどのような形で現れるのか簡単にケースを想定して紹介してみることにする⁽⁷⁾。ところで、実質法段階において考えられ得る「母」の概念には、1. 懐胎・分娩母体の持ち主、2. 卵子提供者、3. 「母」となる意思を持つ女性(依頼人)の三つがあるが、ケースを想定するにあたっては、実質法が採用する「母」の概念として、一応卵子提供者と母体の持ち主の

いずれかを採用するものとして見ていくことにしたい⁽⁸⁾。

(1) 実質法の抵触の残存

(a) ケース

わが法例は親子関係の成否については、嫡出親子関係と非嫡出親子関係に分けて規定している。その17条I項においては「夫婦ノ一方ノ本国法ニシテ子ノ出生ノ当時ニ於ケルモノニ依リ子ガ嫡出ナルトキハ其子ハ嫡出子トス」と規定し、18条I項前段において「嫡出ニ非ザル子ノ親子関係ノ成立ハ父トノ間ノ親子関係ニ付テハ子ノ出生ノ当時ノ父ノ本国法ニ依リ母トノ間ノ親子関係ニ付テハ其当時ノ母ノ本国法ニ依ル」と規定している。そこでまず、いずれか一方の規定だけが適用されるように⁽⁹⁾、極めて抽象化・簡略化したケースを想定してみよう。

- ① A国人が自分の卵子を使って、懐胎・分娩してもらう契約をB国人と締結し、そのB国人に子を産んでもらう。
- ② A国人がB国人から卵子を提供してもらい、子を出産する。

今、このA国人・B国人に同国籍の配偶者がいるとすれば準拠法はそれぞれ法例17条により決まり、両者とも未婚であれば法例18条によって決定されることになる。するとこのいずれのケースにおいてもA国人が「母」になるか否かはA国法に準拠して決まり、B国人についてはB国法に準拠することとなる。

また、「母」の定義は以下のように想定する。

A国法——懐胎・分娩母体の持ち主

B国法——卵子提供者

すると、生まれた子の「母」については以下の表の示すところとなる。

	A国人	B国人
準拠法「母」 ケース	A国法 懐胎・分娩者	B国法 卵子提供者
①	×	×
②	母	母

* 「×」は、「母ではない」ことを示す。以下、同じ。

この表から読み取ることができるのは、実質法における「母」の概念が相違すると、渉外的な事例では出生子に「母」がまったく存在しない（「母」の概念の消極的抵触）、あるいは複数の「母」が存在することになる（「母」の概念の積極的抵触）といった事態が発生するということである⁽¹⁰⁾。これは実質法の抵触が、本来その抵触を解決するためにもうけられた国際私法規定を通じてそのまま結果として残存することを意味する。

(b) 抵触残存の原因

このように法の抵触が抵触規定によっても解決されないまま、結論の抵触の形で残ってしまうのはなぜだろうか。これは国際私法における問題設定の仕方から生じるものといえる。

本来国際私法はある法律関係について最も密接な国の法を選択するという役割を果たすものとされている。ところで今ここで問題となっているのは「このような形で出生した子の『母』は誰か?」というものである。つまり、国際私法上も「出生した子の『母』は誰になるか?」という形で単位法律関係を設定すべきものである。しかし、現実に国際私法が対象とする単位法律関係は「A国人はこの出生子の『母』であるのか?」、そしてさらに「B国人はこの出生子の『母』であるのか?」というものである。すなわち、本来一挙同時に解決しなければ解決が望めない問題を、「母」と想定しうる者毎に分断・相対化してその最密接関係国法を選択するという作業をするようになっていく。そしてこのように一挙に解決しなければならない問題を分断化し、互いに関連性を持たせずに独立してその解決を図ろうとする方法の結果が上述の表に現れているといえる。

(2) 最密接関連国法としての適格性

現行法例は、前述したように、嫡出親子関係と非嫡出親子関係を分けて規定し、しかも法例17条では「夫婦」の本国法の選択的連結を採用している。このことは、依頼者側、あるいは代理母側の少なくともいずれかが既婚者であれば、母子関係について単に女性の本国法だけでなく、その夫の本国法も準拠法として関係してくることを意味する。選択的連結の採用は準拠法となる法が複数

認められるため、なるほど「母」の不存在を避けるためには一つの有効な手段といえる。しかし、ここにも問題がある。以下、やはりケースを想定して見ていくことにする。

(a) ケース

ここでも法律上の「母」は「懐胎・分娩母体の持ち主」と「卵子提供者」の二通りしかないと考える。そして関係者はすべて既婚者であり、4人の国籍がすべて異なるものとする。すると、この4人の本国法における「母」の組み合わせは2の4乗、すなわち16通りとなる。

このうちすべての国の「母」の概念が一致している場合には問題は生じない。また、夫婦それぞれ個別に見ると夫の本国法と妻の本国法における「母」の概念は一致するが、双方の夫婦ではそれぞれ「母」の概念が相違している場合は、前述の抽象化・単純化ケースと同様である。しかし、それ以外のケースではどうなるのであろうか。今、甲・乙二組の夫婦があり、夫と妻それぞれの本国法で「母」の概念が異なる場合を想定してみよう。

③ 乙夫婦の受精卵で甲の妻が懐胎・分娩した場合。

④ 甲の妻が卵子を提供し、それによって乙の妻が懐胎・分娩した場合。

この二つのケースがどのようなようになるかは次の表に示すとおりとなる⁽¹¹⁾。

	甲夫婦		乙夫婦	
	夫 (A 国人)	妻 (B 国人)	夫 (C 国人)	妻 (D 国人)
準拠法 「母」 ケース	A 国法 卵子提供者	B 国法 分娩者	C 国法 分娩者	D 国法 卵子提供者
③	×	母	×	母
④	母	×	母	×

すると、③のケースにおいては、甲夫婦の妻は妻自身の本国法により「母」となり、出生子は、原則からすると、その夫の子として嫡出子の地位を得る可能性が出てくる。また、乙夫婦の妻もまた、妻自身の本国法により「母」となり、子は嫡出子の地位を得る可能性がある。反対に、④のケースでは甲夫婦の妻は夫の本国法により「母」の地位を得、子は嫡出子となり得るし、同様に乙

夫婦の妻はやはり夫の本国法によって「母」の地位を獲得し、子は夫婦の嫡出子となる可能性を持つ。

③のケースはどちらも妻の本国法により「母」が決定され、それぞれの本国法における「母」の定義が相違するために法律上の「母」が重複することになるが、④のケースでは甲夫婦も乙夫婦も妻はそれぞれの夫の本国法により「母」となるのである⁽¹²⁾。つまり、嫡出性の重複はともかく、一組の夫婦において夫と妻の本国法が同一でなく、その「母」の定め方に相違があるときには、妻は夫の本国法、つまり妻にとっては外国法である準拠法により「母」となる可能性があるということである。

問題はこのように「母子関係」を決定する準拠法に「母」とされる者の配偶者の本国法がその適格性を有するかということである。

(b) 適格性を疑問視する理由

夫の本国法により「母子関係」が決定されることを疑問視する一番の理由は、そもそも法例17条は婚姻関係にある夫婦から子が出生したか否か、すなわち子の嫡出性に重点を置いた規定であり、そこでは子にできる限り嫡出性を付与するために選択的連結が採用されたことにある⁽¹³⁾。法例17条は改正前の規定においても「母の夫の本国法」を準拠法としており、「母」にとっては外国法である夫の本国法により嫡出親子関係の有無が決定される可能性の存在は現行法例特有のものではない。しかし、この改正前の規定の合理性について溜池良夫教授が次のように述べていることからわかるように、「嫡出親子関係」を単位法律関係として規律の対象とすること自体が、母子関係について決定する必要性についてはまったく考慮していないことを示すといつてよかろう。

「嫡出親子関係の制度は、子が婚姻関係にあるその父母から出生したか否かの決定に関する制度である。したがって、それは、父母双方に関係を持つ制度ではあるが、その根本は、子と母の夫の間の父子関係の確認にあり、これに基づいて子をその婚姻よりの出生子とみなし、父母との間に嫡出親子関係の成立を認めるということになるのであると考えられる。すなわち、実質法上において、嫡出制度の中心問題は、嫡出の推定と否認権の問題であるが、前者は結局父子関係の存在の確定の問題であり、後者はその否認の問題であり、いずれも

父子関係が中心となっている。』⁽¹⁴⁾

現行規定は両性平等の見地⁽¹⁵⁾と子の保護の観点から、父母それぞれの本国法の選択的連結を採用したものである。しかし、嫡出親子関係という制度自体が、原則として「母」というものは、「分娩」という明白な事実関係を通じて確定するということを前提とし、「父子関係」に重点を置いていることは溜池教授の指摘のとおりであろう。つまり、「母」が分裂する可能性があるということ自体、17条は予想しておらず、その前提が崩れた現在、「母」の決定については17条により指定される準拠法すべてが最密接関連国法として適格性を有するとはいえないといえる。

そしてむしろ、今我々が直面している問題はまさに嫡出親子関係という制度を支える前提が崩れたということであろう。嫡出子・非嫡出子という区別は、婚姻と生殖の一体化を前提としているときには意味を有する。しかし、生殖医療の進歩はまさに婚姻と生殖を分離させてしまったのである⁽¹⁶⁾。ここに現行法が機能不全に陥る原因が存在するといっても過言ではない。

(3) 公序則援用多発の危険性

「母」の重複あるいは不在といった事態に対して、一つ考えられる対処法が公序則の援用である。

わが国においては最高裁の昭和37年4月27日判決⁽¹⁷⁾が母子関係は分娩の事実によって当然発生するというや立場をとり、また、2003年7月に発表された法務省の民法特例要綱中間試案⁽¹⁸⁾においても出産した女性を「母」とする方針が明示されている。そこで今、日本法が「母」をこの立場にしたがって規定しているものとする。

(a) ケース

そこで①・②の単純化・抽象化ケースにおける一方を日本人としてみよう。つまり、以下のようにケースを想定してみる。

- ⑤ 日本人がその日本人の卵子を用いて分娩・懐胎する契約をB国人と締結し、そのB国人に子を生まんでもらう。
- ⑥ 日本人がB国人から卵子を提供してもらい、子を出産する。

すると結果は以下のようになる。

	日本人	B 国人
準拠法 「母」 ケース	日本法 懐胎・分娩者	B 国法 卵子提供者
⑤	×	×
⑥	母	母

これは(1)実質法の抵触の残存のところでも取り扱った①・②単純化・抽象化ケースの結果と勿論同様の結果になるのであるが、⑤においてはB国法が「卵子提供者」を「母」とするところから、「母」の不在が生じるのだとして、B国法の適用を法例33条の公序則により排斥すれば、B国人が「母」となる⁽¹⁹⁾。また、⑥のケースでも同様にB国法の適用を排斥すれば、少なくとも我が国においてベビーMのような子の奪い合いが問題になったとしても、日本人が「母」ということで解決可能ということになるのである。③・④のケースにおいて、甲国人夫婦の妻が日本人だとしても同様の結果を得ることができる。

(b) 公序則発動の問題性

このような公序則の援用は果たして妥当といえるだろうか。そもそも公序則は極めて例外的な場合に援用されるべきものであり、その援用のためには、(ア)事案と我が国との密接関連性、(イ)外国法適用結果の反公序性の要件を充足する必要がある。(イ)の要件が「適用」ではなく、「適用結果」としているのは、外国法の規定の内容がわが国の法律と異なるというだけでは外国法を排斥することはできず、適用結果の反公序性を要求したものである⁽²⁰⁾。

なるほど、子に「母」が複数いる、あるいはまったくいないという結果は望ましい結果とはいえない。したがって、一見すると公序則発動の要件を充足しているかに思われる。しかし、これは實際上、我が国の規定と内容の異なる外国法を排除しているものである⁽²¹⁾。とりわけ、④のケースのように夫の本国法により「母」とされるケースにおいては、最密接関係国法としての適格性への疑問から公序則の援用は、ますます受け容れられやすくなる傾向が強まる虞がある。

このような公序則援用の多発の困る点は、一般論としてよくいわれる内国法優位の思想、さらに例外規定であるはずの公序則援用が恒常的になる危険も当然あてはまるといえようが、ここでは一つには跛行的法律関係の発生の問題がある。⑤のケースでB国法を公序により排斥し、B国人を「母」としても、B国においてはその結果は承認されない可能性が高い。つまり、当事者間での子の奪い合い・押し付け合いを解決しようとして、今度はいわば国家同士で子を奪い合う、あるいは押し付けあうという結果となるのである。また、訴訟は関係者の訴訟戦略によりどのような形をとるか、不確定なところがある。そして公序則の援用がこのような訴訟の現れ方に左右される可能性があり、親子関係という画一的な確定を必要とする場面に、不安定性をもたらすおそれがあるのである。

3 現行法例維持の形での問題への対処方法

では以上の問題に対して、必ず現行法例の改正が必要なのだろうか。現行法例13条以下は平成元年に大改正を経ている。たしかに10年以上の年月が経つというものの、やはりあまり頻繁な法改正というものは決して望ましいものとはいえないことも事実である。そこで現行法はそのままに、何らかの工夫を図れないかということも模索すべきであろう。

(1) 連結点概念の固定化

前述した問題点の中で一番大きな問題点は、実質法の抵触の残存というものであろう。この残存の原因が、本来一挙に解決を図るべき問題を分断化させ、互いに関連性をもたせず独立してその解決を図る点にあると指摘したが、そこで連結点を解釈上限定し、常に同一の連結点を使用することで、分断化され複数化した法律関係を常に同じ準拠法に依らしめるという提案がされている。すなわち、法例17条にいう「夫婦」とは子を懐胎・分娩した女性およびその夫を指し、18条の「母」とは同様に子を懐胎・分娩した者を指し、それらの者の国籍を連結点にすると決める、あるいはその「夫婦」や「母」を卵子提供者の関係で捉え、それらの者の国籍を連結点とする、このいずれかに限定してしま

うという考え方である⁽²²⁾。

この考え方でいくと具体的にはどのようになるか、やはり二つのケースで見えていくのが一番問題点が明確になろう。

(a) ケース

- ⑦ 日本人夫婦が自分たち夫婦の受精卵を使って子供を懐胎・分娩してもらう契約を、未婚の外国人女性と締結し、その外国人女性が出産して子をもつける。
- ⑧ 日本人夫婦が外国人女性から卵子の提供を受けて、日本人の妻が子を分娩する。

このとき外国人女性の国籍をA国籍の場合とB国籍の場合に分け、A国では「母」を懐胎・分娩者としており、B国では卵子提供者としているものとする。また、我が国は懐胎・分娩者を「母」とする立場を採用しているものと想定する。また、連結点にいう「夫婦」および「母」とは懐胎・分娩者を基準としているものとする。

すると⑦のケースでは外国人女性の国籍が連結点となり、準拠法は当該外国人の本国法となる。それに対し、⑧のケースでは日本人の国籍が連結点となり、準拠法は日本法である。結果は以下の表に示すとおりである。

ケース	連結点	国籍	準拠法	「母」
⑦	外国人女性の国籍	A国籍	A国法	外国人女性
		B国籍	B国法	日本人妻
⑧	日本人妻の国籍	日本国籍	日本法	日本人妻

(b) 問題点

この考え方は確かに分断化された法律関係を一挙に解決することを可能とするものであり、実質法の抵触の残存という問題は解決されるといえよう。しかし、なお残る問題がある。すなわち、最密接関連法としての準拠法の適格性の問題である。⑦のケースで外国人女性がB国人であるときには、日本人妻はB国法により出生した子の「母」となるわけである。これが果たして日本で認められるのかということである。現行法例改正に際しても、いわゆる属人法分野

[佐藤やよひ] 「代理母」により誕生した子の母子関係の準拠法の決定について 251
において本国法主義を原則としていること、さらに親子関係の成立が子の「国籍」に関係してくることに鑑みると、簡単には容認できない問題を含むといわざるを得ない⁽²³⁾。

そして、そのときに公序を使って、B国法の適用を排斥するなら、結局ここでも「母」の不在という現象にぶつかることになるのである⁽²⁴⁾。また、公序による排斥も望ましいものではないが、前述したとおり⁽²⁵⁾、アメリカ統一親子法(2002年改正法)の801条のように「代理母契約」を実施するにあたって裁判所の確認手続を経ていれば「親となる意思」を有する者が「母」となるとするような準拠法については、公序則の発動を抑制するのは困難であろう⁽²⁶⁾。

(2) 特別法の制定

現行法例を改正しないで対処する方法としては「代理母出生子」の母子関係について特別法を立法することも考えられる。実質法においても特別法によって対処するのであれば、現行法例はそのままに、この実質法上の特別法の適用に関して抵触法上も特別法を立法するというわけである。また、現在このような代理母の利用は大きな話題となっているが、現実これを利用する割合は極めて少なく、しかもこれからも増加する見込みはあまりない⁽²⁷⁾。するとこのような極めて例外的な事例のために全面改正に踏み切る必要があるのかという疑問が出てくるのも当然であろう。

しかし、実際問題として特別法の制定・運用は極めて困難である。なぜなら、一つには代理母を利用して子をもうけたか否かは実態としては把握しにくいからである⁽²⁸⁾。とりわけ、卵子提供の場合にはAIDの実態が把握しにくいと同様の事態となるのであり、又それが外国で施術されたとなると、一つ一つDNA鑑定でもしないとわからないということになる。これは戸籍の届出をする際に現場が混乱を来すことを意味する。また、最近の報道でも耳にするように、不妊治療の過程で受精卵の取り違えのケースが出てくることも考慮しなければならない。しかも、最近の世界的な傾向として、嫡出・非嫡出親子関係の区別をなくそうとする動きがある。そうすると、これはすべての親子関係について一般法としての法例の改正が必要ということになる。

4 立法指針

(1) 大原則

では、立法にあたってどのようなことに留意する必要があるのだろうか。端的に言うと留意しなければならないのは、ただ一つ、すなわち「子の福祉」「子の最善の利益」ということである。そして、抵触法上の「子の福祉」「子の最善の利益」がここで意味することは、実質法の相違から、「母」の存在しない子を作り出してはいけないということであろう。

この点につきおそらく二つの疑問が出るであろう。一つは「父」があれば「母」の不在はそれほど問題にならないのではないか⁽²⁹⁾、という疑問と、もう一つは「母」の不在をなくすことにはばかり目が向くと、複数存在の問題が大きくなるのではないかという疑問である。

これは結局、子にとっては従来の「父」一人、「母」一人の存在を基本とする考え方そのものに問題をつきつめるものであり、必ずしも抵触法段階だけで問題となるものではない。むしろ、これは実質法において従来あたかも当然すべての人が共通して分かち合っていることを前提としていた概念、すなわち「家族」とは何か、「婚姻」とは、「親子」とは何か、ということ突き詰めて考える必要のある時代を我々が迎えているということであろう。抵触法学者の立場としては、現在のところ、少なくとも子にとっては「父」と「母」が少なくとも一人存在することを前提に立法すべきであろう。

ただ、明白なことは従来のように「母子関係」が分娩の事実により画一的に当然決定することを前提にした規定にすることはできないことである。したがって、前述したように嫡出・非嫡出親子関係を分ける規定はできないということと、もはや父子関係の決定を母子関係に依存させて決定することができなくなっていることに鑑みると、父子関係・母子関係は独立して決定するようにならなければならないといえるであろう。

ところで、「母」の不在、あるいは「母」の複数存在が抵触的解決をした後の実質法適用の結果として現れてくる限り、抵触規定を立法するにあたっては各国法をまったく平等に取り扱う純粋な抵触規定では足りず、ある国の法を優先

的に取り扱うか、あるいは実質法的考慮を入れたものが必要になってくることも考慮しなければならない。そしてこのことは内国法の優先あるいは裁判官の裁量を認めなければならないことになってくるであろうが、他方そうすることによって公序則援用多発の危険も抑えられるであろう。

また、「代理母」出産が出生前養子縁組の性格をも帯びる一面を有していること、また、「母」とならない者との養子縁組を進める必要のあるところからすると、できる限り養子縁組の準拠法との整合性をも考慮しておくのが望ましいと思われる。

(2) 立法指針

以上を前提に立法指針を抽出すると以下のようなになるであろう。

- (ア) 子の福祉あるいは子の最善の利益を最優先にすること。——「母」の不在を無くす。
- (イ) 公序の発動を抑制できるようにすること。
- (ウ) 養子縁組の準拠法の決定の仕方とできる限り整合性を保つようにすること。
- (エ) 父子関係と母子関係を独立して決定できるようにすること。——嫡出・非嫡出親子関係を区別しない。

5 立法提案

では、以上を前提にするとどのような立法が考えられるであろうか。

まずは実質法における抵触の残存が問題の原因なら、できるかぎり関連する法律関係を一挙・同時に解決できる連結点の模索、さらにそれが無理なら連結方法の工夫によって解決を図る立法が考えられる。それには以下のような立法があらう。

(1) 考えられる立法

- (a) 連結点における工夫によるもの。

「子の出生当時の常居所地法による。」

(b) 連結方法の工夫によるもの。

I 選択的連結方法を採用し、できるだけ多くの法を準拠法とすることができるようにする——ドイツ法型

EGBGB 19 条

「① 親子関係の存在は子の常居所地法による。父子関係、母子関係はまたそれぞれの親の本国法によっても定めることができる。母が婚姻しているときは、親子関係はまた出生時の第14条第I項による婚姻の一般的効力の準拠法によっても定めることができる。婚姻がその前に死亡によって解消したときは、解消の時が基準となる。」⁽³⁰⁾

II 段階的連結を採用する。

ここでは分娩女性、卵子提供者および依頼者の本国法あるいは常居所地法そして出生した子の出生当時の常居所地法等に優先順位をつけていくことが考えられる。そしてこの優先順位の決め方は政策的な考慮が相当はあるものと考えられる。しかし、わが国が「母」を懐胎・分娩女性とし、本国法主義を採用するならば第一順位に分娩女性の本国法、それで「母」が決まらなければ次に分娩女性の常居所地法、そして第三順位に卵子提供者あるいは依頼人の本国法をもってくるのが順当であろうかと考えられる。

III 伝統的立場をそこなわないようにし、原則として本国法主義を維持する。

(1) 親子関係の成立は子の出生当時のそれぞれの親の本国法による。

但し、子の出生前に親が死亡している場合には、その死亡当時の本国法による。

(2) 前項の規定によりいずれの者とも母子関係が成立しない場合には日本法にしたがう。

(3) 第I項の規定にしたがい複数の父子関係あるいは母子関係が成立するときには裁判所は子の利益を考慮していずれかの者を親権者と定めることができる。但し、日本法によりて親子関係が成立するときには、日本法にしたがう。

(2) 以上の立法の問題点

(a)の「子の出生当時の常居所地法による」とする立法は、確かに「この子の『母』は誰か」という単位法律関係の設定が無理であるとしても、「子」を中心に連結を認めると、常に同じ準拠法によることができるので、実質法の抵触が残存するという問題点はなくなる。しかし、問題は「子の常居所地」は結局「分娩女性の常居所地」となる点で賛成しがたい。また、一般的に考えても「代理母」を利用しないで外国で子を出生した日本人女性と子の母子関係が外国法によって決定されるということは望ましいとはいえないのである。

(b)のⅠの選択的連結は外国法による親子関係の成立を受け入れることになる点で、国籍法との関係で問題をもたらす。また、「母」の不在を恐れるあまり、あまりに多数の準拠法を認めることは結局国際私法の根本を揺るがすものである。現実にはわが国の法例17条が選択的連結を採用して、子に嫡出子の地位を付与することが却って嫡出否認を難しくしているという点が指摘されている⁽³¹⁾。しかも子の「出生当時」だけでなく、単なる「子の常居所地法」によるということは親子関係のように継続的に安定的に確定している必要性が大きい分野に無用の混乱をもたらし、結局当事者をいつまでも紛争の可能性にさらすことになり、望ましいものではない。

(b)のⅡの段階的連結は上述以外にもさまざまな組み合わせが考えられよう。そしてある意味では柔軟な解決を可能にするので望ましいと考えられるかもしれない。しかし、問題は現行法例で採用されている段階的連結は、第一順位の準拠法が存在しないときには次順位の準拠法による（法例14条、15条、16条、21条参照）とするもので、結果が望ましくないから次順位によるという段階的連結ではないのである。もし、このような段階的連結が認められるなら、それは結果選択主義の隠れ蓑としての連結方法ということになりかねない。しかもそこに公序則の援用が介入してくると、まさに恣意的な結果選択に利用される危険がある。また戸籍現場でもそのような連結は混乱の元となろう。

(c)の提案は現行法の立場をできる限りそこなわない形での立法である。そこでは日本法を優先する点において批判の余地もあろう。また、Ⅱ項において日

本法によることは、結局「母」が外国にいる外国人ということになり、しかもそれが当該外国において承認されがたいものであれば、結局実質法の抵触の残存は解決されていないのではないかという疑問もでてこよう。しかし、日本においては外国人を「母」とするので「母」になりたい者は養子縁組をせよということである。そういう意味で養子縁組の現行法例とも平仄を合わせているのである。また、Ⅱ項においては「母子関係」のみ対象としているが、母子関係の確定の確実性、そして伝統的に法的には「母」の不在は予想していないことに鑑み、現在のところ、この立法例が最善とはいわないまでも少なくとも他の提案よりもよいものではないかと筆者は考える。

6 結 語

結論としてはベストの立法は望めないが、ベターな立法ということで(c)の伝統的手法によるものを提案することになる。これとても現実の事例に適用すると思ひもかけぬ落とし穴が見つかるであろう。しかし、先端的な技術により、確かに家族法は挑戦を受けているが大半の人々は昔と同様の規律で何ら支障のない親子関係を形成していることも忘れてはならない。その意味で本国法主義の維持など伝統的な手法を大幅に変えることのほうが危険性が高いと思われる。

また、ここではクローンやキメラ胚による出生は扱っていない。医学の現場ではそれらは研究に値するものであろうが、法学の分野で、とりわけ家族関係の成否の規律では視野に入れる必要性を感じないからである。

本論文は科学研究費補助金「基盤研究(A)『科学技術の発展と涉外法モデルの開発』」の援助を受けて成立したものである。

- (1) 第一の形態については「代理母」とされる女性は、遺伝的にも出生子の母であるので「真の母」であって「代理母」とはいえないとして、この言葉をこの形態にあてはめることに反対する考えもある。また、第一の形態については「部分的な代理 (partial surrogacy)」とし、第二の形態を「完全な代理 (full surrogacy)」と呼ぶ者もある。See "Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice" by Rhona Shuz in "Surrogate Motherhood International Perspectives" p.36.

- (2) In re Baby M, 217 N.J. Super. 313, 13 FLR2001 (1987). In re Baby M, 225 N. J. super, 267, 542 A. 2d 52 (1988).
- (3) 「代理母 (Surrogate Motherhood)」について多くの論文が書かれているが、その大半は、倫理的側面あるいはジェンダーの観点から、このような契約の有効性およびその強制可能性について議論しているものが多いのは、この時期における「代理母」出生子の母子関係について従来の親子法により対処できることを示しているといえよう。
- (4) この事例については出産した当事者自身が手記を発表している。影山百合子「手記 ありがとう、赤ちゃん—60歳初出産の物語—」光文社 (2002年刊)。
- (5) 海外に目を向けても母が何らかの原因で子宮を有しない娘の代わりに娘とその夫の受精卵により妊娠、そして出産するといった例 (星野一正「祖母による代理母の倫理的考察」時の法令 1636号 62頁以下)、さらに真偽のほどははっきりしないが、2002年12月27日のテレビ報道によるとスイスのエイド社と称する団体がクローン人間の誕生に成功したということである。
- (6) 問題点の指摘と立法指針については既に「法の支配」131号 79頁以下において公表しているので、この部分はそれに基づく。したがって詳細は「法の支配」掲載の「人工生殖で誕生した子をめぐる母子関係の準拠法の決定について」を参照のこと。
- (7) ケースの想定に関しては早川吉尚「国境を越える生殖医療 国際私法の観点から」(ジュリスト 1243号 34頁以下)を参考とする。
- (8) アメリカ統一親子関係法 (Uniform Parentage Act (2000), 2002年改訂) 801条に見られるように、「親」たる意思を持つ者を「母」とする立法も現実に存在するが、説明の簡明化のために、二つの立場に絞ることとする。アメリカ統一親子関係法については本年報の織田論文参照のこと。
- (9) いずれか一方のみを適用するようにするのは、法例の規定の相違から問題点が発生するのではないことを示すためである。
- (10) このような事態は「母」となる可能性のある者の一方に法例 18条、もう一方に 17条を適用する場合でも生じうることについて、「法の支配」掲載の拙稿 80頁参照。
- (11) 「法の支配」の論文では夫同士、妻同士の本国法の「母」の定め方が一致するケースを取り扱ったが、ここでは夫同士、妻同士の本国法の定め方が異なるケースを設定している。
- (12) 法例 17条は「嫡出性」だけに関する規定であって、「母」を決定するためのものではないと解釈することもできなくはないが、これは暴論であろう。嫡出子ではあるが、夫の「妻」は「母」ではない、というのは夫の連れ子と後妻というような

関係では認められても、ここで問題にしているケースでは「嫡出子」というのは夫婦の婚姻により出生した子を意味するからである。

- (13) 南敏文「改正法例の解説」(法曹会 1994 年刊) 106 頁。
- (14) 溜池良夫「嫡出決定の準拠法について」国際家族法研究, 240 頁。
- (15) 南・前掲 103 頁。
- (16) 嫡出否認制度あるいは認知制度が認められていることは、従来も婚姻から逸脱した生殖の存在を認めていたことに他ならない。しかし、それらの制度は飽くまで婚姻と生殖が一体化していることを前提にその逸脱を規定したものである。これに対して、従来前提としてきた婚姻＝生殖のカテゴリーそのものに妻以外の女性の母体あるいは卵子利用を含みうるかが、代理母出産では問題となるのであり、ここではもはや婚姻＝生殖を前提とすることはできないということを筆者は言いたいのである。

婚姻制度が生殖と一体化していることを前提としていることは市民法においても 1917 年の教会法典まで聖パウロの定義(コリント人への手紙7.4)に基づくドゥンス・スコトゥスの婚姻契約の定義が用いられていたことでも明らかである。このことについてはジャン＝ピエール・ポー著、野上博義訳「盗まれた手の事件—肉体の法制史—」(りぶらりあ選書, 法政大学出版, 2004 年刊) 105 頁, 133 頁。

また、現在同性婚が認められるようになってきているが、このような形のものも「婚姻」概念に含めるようになると、まさに婚姻は生殖とは分離したものとなるのである。

- (17) 民集 16 卷 7 号 1247 頁。
- (18) 「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案」である。
- (19) 勿論、この結論がB国で承認されるか否かは別問題である。
- (20) 南・前掲 211 頁。
- (21) 卵子提供者を「母」とする外国法を我が国の規定と内容が異なるというだけで排斥することには、我が国の国籍法が血統主義を採用しているところからしても肯い得ないものがあるが、「母」となる意思を有する者を「母」とする立場を採用する外国法については、我が国の国籍法、養子法との関係からしても極めて問題があるといえ、公序則の発動を抑制するのは困難とも考えられる。
- (22) 早川・前掲ジュリスト 40 頁参照。
- (23) 外国法に準拠して日本人父との間に嫡出親子関係が成立し、その結果、子が出生による国籍を取得することについて南・前掲 105 頁は稀有の事例としているが、国籍を取得することについては「その範囲で、実質的に国籍法を改正したのと同じの

結果を生じる。」と述べる。これについては立法により国籍法に影響を及ぼすものであるから、いまだ容認の余地は認められよう。しかし、法の解釈によって、しかも稀有とは言いつれぬ数の子について実質的に国籍法を改正したのと同様の結果を認めることには大いに問題があるといわざるを得ない。

㉒ 厳密にいうと公序による外国法排斥後の処理の問題が次に発生する。この処理について学説は分かれているが、一応日本法によって事後処理がされるものと考えられる。するとB国人が懐胎・分娩者として日本においては「母」とされるが、これがB国で承認されるか否かは我が国で決められる問題ではない。つまり、結局は実質法の相違がここでも結果の相違として現れることになる。

㉓ 注㉑を参照。

㉔ このような場合、法務省は父子関係については判決承認の手法を利用して認める意向のようであるが、母子関係についてはやはり認められないものとしている。この点については2003年11月11日の時事通信配信のインターネットによるニュースで以下のように述べている。

「代理出産の子に日本国籍＝野沢法相

野沢太三法相は11日午前の閣議後の記者会見で、日本人夫婦の依頼で米国人の代理母から生まれ、出生届が不受理となった双子男児について、『日本国籍を認める方向だ』と述べた。

双子は日本入国の際に夫婦の子と認められていなかったため、米国人として外国人登録を行った。しかし法務省はその後、夫婦が代理出産の契約を結んだ米カリフォルニア州裁判所が判決で、『代理出産の契約の依頼人夫婦が父母』と認めていることに着目。外国裁判所の判決効力を規定した民事訴訟法に基づき、自らの精子を用いた夫と双子の父子関係が法的に認められると判断した。

今後、『夫が父、代理出産女性が母』との出生届を出し直せば、双子は日本国籍を取得できる。その上で、夫婦が双子と特別養子縁組することで戸籍上、夫婦と双子が親子関係を結べるという。こうした同省の判断は夫婦に通知されている。」

㉕ Rhona schuz の前掲論文 37 頁においては高額な料金、ここ 20 年間、興味を示す夫婦の減少によりイスラエルにおいては代理母をアレンジする民間機関が閉鎖に追い込まれているとの事である。

㉖ 我が国でも相当数の夫婦が米国や韓国で「代理母」を利用している模様である。1991年にすでに鷲見侑紀氏が東京に「代理母出産情報センター」を開設しており、このセンターを通じて米国で代理母により子をもうけている夫婦が存在していることは確実であるとされていた。しかし、法務省が現実に初めて問題にぶつかったケースは、2001年、第三者から卵子提供を受けて出産した子について、その子を出

産した日本人女性から出された出生届を受理すべきか否かが問題となった事例である。このケースでは「母」とされている女性が60歳という年齢であったため、法務省側が実質的な審査を行ったためである（昭和36年9月5日民事甲2008号通達により、50歳以上の者を「母」とする子の出生届については虚偽の出生届の疑いがあるので、その受否については監督法務局、地方法務局またはその支局の長の指示を求めなければならない）。

したがって、代理母出産が明らかになるのはこういったケースやあるいは話題提供として自ら発表した場合、そして紛争になった場合に限られるであろう。

- ②9 一つには子には必ず「父」一人、「母」一人必要という考え方を維持する必要があるかということと、従来「母」が決まることを前提として父子関係を決定していたことと対称性を持たせ、「父」が決まっていることを前提に「母」も決定すればよいという考え方が出てくるであろう。しかし、これは極めて子のにとって危険である。「父」の確定にはやはり「母」の場合より不確定な要素が強いからである。したがって「父」一人決まればよいではないかということは「子の福祉」の観点からしても賛成できない。Martha A. Field “Surrogate Motherhood” pp.1-11 で扱われている Stivers and Malahoff 事件にその危険性があらわれているといえよう。
- ③0 翻訳は海老沢美広「ドイツの新国際親子法」戸籍時報502号2頁以下より。
- ③1 北澤安紀「選択的連結の趣旨」慶應義塾大学法学政治学論究24号(1995年)351頁以下。