

La procréation médicalement assistée et la filiation (1)-Les droits des hommes en matière de procréation

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2021-03-16 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: INABA, Mika メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24517/00061464

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.



生殖補助医療と親子関係(一) — 男性のリプロダクティブ・ライツにかんする一考察

稲葉実香

はじめに

一 生殖補助医療と父子関係

二 自己決定権としての男性のリプロダクティブ・ライツ (以下次号)

おわりに

はじめに

日本では、すでに生殖補助医療は不妊治療として一般化しているにもかかわらず、長きにわたりこれにかんする法制化がされてこなかった。その結果として、生殖補助医療によって生まれた子とその親との関係についても立法の手当てがなされておらず、自然生殖のみが可能であった時代に制定された民法が適用されることとなり、これとは異なる親子関係を望む家族によっていくつもの裁判が行われてきた。裁判ではわずかに、性同一性障害者特例法による性別変更を経た夫と妻との間に生まれた子について、血縁関係が存在しないことが明らかであるとしても嫡出の推定を認める判決¹があるが、その他のケースについては、国会による立法が待たれることが述べられるのみであった。

2020年12月、ようやく生殖補助医療法が議員立法により成立し、生殖補助医療によって生まれた子の親子関係には一定の解決がなされた²。しかし

1 最三判平成25年12月10日、民集67巻9号1847頁。

2 令和2年12月11日公布、法律第76号。なおこの法律については、代理懐胎や子の出

依然としてそこから取り残される問題があり、これについての問題を本稿では検討することとしたい。

本稿では、原則として生殖補助医療に同意したカップルの構成者を「夫」「妻」と称し、便宜上、夫婦が離婚した後についての記述においても、その呼称は変えないこととする。また、「父」「母」は法律上の親子関係を指すものとする。

一 生殖補助医療と父子関係

1 基本的な考え方

新法は、名称を「生殖補助医療の提供等及びこれ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法律」といい、人工授精、体外受精、胚移植を「生殖補助医療」として、その提供やそれによって生まれた子の親子関係を定めるものである。親子関係については第三章に規定され、第9条において、第三者の卵子およびそれに由来する胚を用いた生殖補助医療によって懐胎、出産した子については、出産した女性を「母」とすることを定め、第10条において、第三者の精子およびそれに由来する胚を用いた生殖補助医療により妻が懐胎した子について、それに同意した夫を「父」とし、民法第774条に定める嫡出否認を認めないことを内容としている。この法律の採用する立場は、これまでの判例でも示されてきたところである。

東京高裁平成10年9月16日決定³は、「夫の同意を得て人工授精が行われた場合には、人工授精子は嫡出推定の及ぶ嫡出子であると解するのが相当である」と判示し、妻も、夫と子との間に「親子関係が存在しない旨の主張をすることは許されないというべきである」と述べている。

自を知る権利、配偶子の商業利用の禁止などについて規定されていないなど、さまざまな問題が指摘されているが、本稿ではこれらの問題については扱わない。

3 家月51巻3号165頁。

他方で、大阪地裁平成10年12月18日判決⁴は、夫の精子を用いた体外受精・胚移植が成功せず、非配偶者間人工授精（Artificial Insemination by Donor、以下AIDという）により妻が妊娠・出産したケースについてのものであるが、夫は第三者の精子を利用することについて認識しておらず、受精卵は凍結保存できることから「その妊娠を過去に自己の提供した精子によるものと考えることがあながち不自然とはいえない」し、AIDには夫婦の署名押印した契約書が必要であるにもかかわらず夫は「そのような誓約書を作成していない」ので、夫が「第三者の精子を用いての人工授精等による妊娠、出産を包括的に承認したとすることはできない」として、夫からの嫡出否認を認めた。

下級審判例ではあるが、これらの二つの判例からは、生殖補助医療における親子関係は、AIDなどの配偶子提供型のものも含め、生殖補助医療についてきちんと説明されたうえでの同意をもとに形成される、ということになり、また第三者からの配偶子提供にいったん同意を与えた＝自分たちの嫡出子となることを認めた以上は嫡出否認を許さない、という基本的な枠組みが読み取れる。これらの判決は、生殖補助医療についての社会通念とも合致するものであろうし、今回の法律もこれに沿ったものとなっている。

この原則を前提にするならば、生殖補助医療に対し同意した者が父となり、同意していないならば父とはならない、ということになりそうであるが、同意があるかないか自体が争われる場合もあり、また同意の時期についても争点になり得る。こうしたことが争われた判例について、以下にみてみることにする。

4 家月51巻9号71頁。

2 死後生殖事件

(1) 事案の概要

夫婦は1997年に婚姻したが、夫は婚姻前から慢性骨髄性白血病の治療を受けていた。婚姻から約半年後、夫は骨髄移植手術を受けることになったが、手術に伴う放射線治療により無精子症になることを危惧し、その前に精子を冷凍保存した。

手術前に夫は妻に対し、自分が死亡するようなことがあっても再婚しないのであれば、保存精子を使って自分の子を生んでほしいという話をした。また手術後、自分の両親と弟、叔母に対し、自分に何かあった場合には、妻に保存精子を用いて子を授かり、家を継いでもらいたいとの意向を伝えた。手術は成功し、順調に回復していた夫が職場復帰をした1999年、夫婦は保存精子を用いて配偶者間人工授精（Artificial Insemination by Husband、以下AIHという）を実施することとしたが、成功に至る前の同年9月、夫は水疱瘡に罹患し、死亡した。

妻は夫の死後、夫の両親と相談の上、保存精子を用いて体外受精を行い、2001年に子を出産した。本件はこの生まれた子を代理して妻が検察官に対し、夫の子であることについて死後認知を求めた事案である。

(2) 第一審判決⁵

認知の訴えは、嫡出でない子と血縁上の父との間に法律上の父子関係の形成を求める訴えであるが、民法制定当初「『血縁上の父』は、性交渉によって子の母を懐胎させた者を指しており、その概念は明確であった」。しかし、「生殖補助医療の発達により、性交渉を経ない受精、懐胎が可能となった結果として、『血縁上の父』という概念にも変化を生じさせかねないこととなった」。AIHの場合は、「それによって出産した子の『父』は、精子を提供し

5 松山地方裁判所平成15年11月12日判決、民集60巻7号2585頁。

た夫であるとすることに問題はない。」しかしAIDの精子ドナーについて、「生物学的ないし遺伝の見地からは、前記夫とドナーとの間に何らの違いがないにもかかわらず、精子ドナーを『父』と呼ぶことに、大方の者は、強い抵抗感を覚えるであろう。」この違いは、AIHでは夫妻ともに「夫と子との間に父子関係を生じさせる意思を有している」のに対し、AIDでは「ドナー自身はもとより、夫も妻も、精子ドナーを父とする意思を有していないことによる」。

「従来、血縁上の父という場合、意思的要素は考慮されず、生物学的ないし遺伝の見地から客観的に父子関係を確定すれば足りるかのように思われていた向きもあったが、これでは両者の違いを十分に説明することができない」。自然生殖の場合は性交渉自体に意思的要素が含まれていることからしても、「認知の前提となる『血縁上の父』は、純粹に生物学的ないし遺伝の見地から決定されるものではなく、社会通念に照らし、法律上の『父』とは何かということから判断される」。立法的手当てがされるまでは、法律上の父子関係が認められるか否かは、子の福祉、親族・相続法秩序との調和、生殖補助医療と自然的な生殖との類似性、その生殖補助医療が社会一般的に受容されているか否かなどを、総合的に検討し、判断していくほかはない。

「精子提供者が死亡した後に、保存精子を用いて人工受精⁶がされ、懐胎があり、子が出生したという場合には、…自然的な受精・懐胎という過程からの乖離が著しい。…社会的な通念という点からみても、このような人工受精の方法により生まれた子の父を、当然に、精子提供者(死者)とするといった社会的な認識は、なお、乏しいものと認められる。…精子提供者(死者)をもって、当然に、法律上の父と認めることには、なお、躊躇を感じざるを得ない。」

また、本件では、精子提供者である父が、死後、人工受精が行われること

6 本件にかかる一連の判決における「人工受精」という用語は、いわゆる「人工授精」の技術を指すわけではなく、生殖補助医療全般を指しているものと考えられる。

に同意していたとは認めることができない。法律上の父がないことによる社会的な不利益は少なからず認められるが、「監護、養育、扶養を受けることが考えられない者との間で、法律上の父子関係を認めることが、当然に、子の福祉にかなうことであるとも言い切れない。」

学会や立法動向でも「生まれてきた子を精子提供者（死者）の子と認めることについて、肯定的に考える意見が多くみられるといった状況にはない。本件認知請求を認めるだけの社会的な理解は、いまだ、十分に広がっていないと思われる。」また、死者との親子関係を認めると、「精子提供者の死後、精子をいつまで使うことができるのか、どのような条件の下に認めていくのかなどの困難な問題も派生する」。死後認知請求に準じて死後3年間に限られるとする解釈も可能だが、血縁関係を解明する科学的手段が発達していなかった時代の「技術的要請により定められた期間を、生殖補助医療の制限期間と解することにも問題がある」。

(3) 控訴審判決⁷

「人工受精の方法による懐胎の場合において、認知請求が認められるためには、認知を認めることを不相当とする特段の事情が存しない限り、子と事実上の父との間に自然血縁的な親子関係が存在することに加えて、事実上の父の当該懐胎についての同意が存することという要件を充足することが必要であり、かつ、それで十分であると解するのが相当である。」

認知の訴えは、「自然血縁的な親子関係が存することを法的親子関係の設定の基礎とし、その客観的認定によって、法的親子関係を設定することを認めた制度」であり、生殖補助医療を想定していないことをもって「人工受精による懐胎により出生した子が、認知請求ができないとする理由とはならず、「懐胎時に事実上の父が生存していることを、認知請求を認める要件と

7 高松高判平成16年7月16日、民集60巻7号2604頁。

することはできない」。

もっとも、夫の同意なく保存精子を用いて懐胎・出産した子についても認知を認めると「自分の意思が全く介在せず、自己と法律上の親子関係が生じる可能性のある子が出生することを許容しなければなら」ず、特に死後は保存精子を処分できないので、死後懐胎に「何ら関与できないまま、法的親子関係が生じる可能性」がある。このような事態は夫に予想外の重い責任を課すことになり相当ではないため、「当該懐胎に対して、父の同意が必要であるとするのが相当である」。

子が認知されれば、「父の親族との間に親族関係が生じ、また、父の直系血族との関係で代襲相続権が発生する」。死後懐胎子の認知には、「父の監護、教育及び扶養を受ける余地のないことは当然であるが、それは、父が自然懐胎直後に死亡したような場合に比しても何ら変わりはない」。

本件では、夫は自己の死後、自己の保存精子を利用した妻の懐胎につき同意していたと認めるのが相当である。

(4) 上告審判決⁸

「現在では、生殖補助医療技術を用いた人工生殖は、自然生殖の過程の一部を代替するものにとどまらず、およそ自然生殖では不可能な懐胎も可能とするまでになっており、死後懐胎子はこのような人工生殖により出生した子に当たるところ」、民法の親子法制は「少なくとも死後懐胎子と死亡した父との間の親子関係を想定していないことは、明らかである。」死後懐胎子については、父が懐胎前に死亡しているため、「父が死後懐胎子の親権者になり得る余地はなく、…死後懐胎子が父から監護、養育、扶養を受けることはあり得ず、…死後懐胎子は父の相続人になり得ない」し、「被代襲者である父を相続し得る立場にない死後懐胎子は、父との関係で代襲相続人にもなり

8 最二判平成18年9月4日、民集60巻7号2563頁。

得ない。「死後懐胎子と死亡した父との関係は、…法律上の親子関係における基本的な法律関係が生ずる余地のないものである」。「法律上の親子関係の形成に関する問題は、本来的には、…生命倫理、生まれてくる子の福祉、…関係者の意識、更にはこれらに関する社会一般の考え方等多角的な観点からの検討を行った上、…立法によって解決されるべき問題であり、「そのような立法がない以上、死後懐胎子と死亡した父との間の法律上の親子関係の形成は認められないというべきである」。

なお、生殖補助医療にかんする親子法制についての速やかな法整備等が望まれるとする滝井繁男裁判官補足意見、今井功裁判官補足意見が付されている。

(5) 検 討

① 親子関係の決定的な要素とは何か

親子関係には、懐胎・出産、血縁・遺伝、養育・家族形成、相続など、さまざまな側面がある。このうちどの要素に着目して親子関係は認められるのか。

本件において、控訴審判決は血縁と同意を、親子関係を認める要件とした。人工生殖ゆえに生殖補助医療への同意ということになるが、自然生殖も含めて考えるのであれば、「子をもとうとする意思」、「子を家族の一員として迎えようとする意思」と考えてよいように思う。代襲相続についても触れているが、これは「法律上の実益」としているのみであり、要件としているようには思われない。第一審判決は、やはり「意思」を親子関係の基礎に置きつつ、ただ高裁とは異なり、社会通念から死者を父とすることは認められないとした。意思を基礎とするのは、今般成立した法律や2つの下級審判決とも共通する考え方である。

ところが最高裁は、当事者の親子たろうとする意思についてはまったく触れることなく、父子関係を認めることについて法律上の利益がないことを主

たる理由として、これを認めなかった。しかし、遺言による認知や死後認知においても、すでに死亡している父は親権者になり得る余地がなく、父から看護・養育・扶養を受けることもあり得ない。本件との違いは、ただ相続権が発生するかどうかのみである。そうすると、法廷意見は親子関係の決定的な要素を相続だと考えていると解釈するのが一貫した説明ということになるが、はたしてそれは最高裁の本意であろうか。

また最高裁は、死後懐胎子には父の相続権も代襲相続権もないので法律上の利益がない、と判断しているようであるが、これは逆ではないのか。父子関係が認められることによって相続権や代襲相続権が発生するのであれば(高裁判決はそれを前提としている)、この理由づけはトートロジーにほかならないように思われるが、相続法制について筆者は門外漢であるので、この論点については家族法研究者の検討に委ねることとしたい。

② 懐胎時期の問題

最高裁判決によれば、父の死後に生まれた子と、父の死後に懐胎された子との差は、懐胎時に父による看護・養育・扶養等が期待される状態にあったかどうかだという。しかしながら、父の死が迫っていることを当事者が知りながら懐胎した場合には、これらが期待できないことは本件と同様である。また、「看護・養育・扶養」等が期待されるべき「懐胎時」とはいったいつの時点のことなのか、受精時なのか着床時なのかがはっきりしないことも問題である。

本件では、夫が死亡する前に不妊治療を開始していたが、それが成功し妊娠に至る前に夫が亡くなった。この時に行われた「不妊治療」について、判決文中では「人工受精」とされており、それが人工授精だったのか体外受精(卵子の採取が必要)だったのか、またどの段階まで進んでいたのかは不明である。しかし、たとえば体外受精の場合に、すでに受精卵ができており、まだ胚移植には至っていない場合であれば、父子関係は認められたのか。受精卵は凍結保存が可能であり、一度胚移植が失敗しても、次の受精卵を解凍

して次の胚移植にチャレンジすることができる。受精卵の生成時点で父が生きているならば父子関係が認められるとすると、父の死後数年たってから凍結していた受精卵を解凍して次の子が生まれたとしてもそこには父子関係が認められ、まだ受精卵が作られていない場合には、たとえすでに精子・卵子の採取が終わって準備万端の状態であり、父の死の直後に受精卵が作成されたとしても（受精卵の作成には当事者は立ち会わずラボで行われるので、死の数分後に受精が成立ということもあり得る）、父子関係を認めないとすれば、はたしてこれは妥当であろうか。

胚移植の段階、あるいはそれが成功（＝着床）した段階においてはじめて父子関係を認めるとすれば、夫婦で体外受精に向けて準備し、受精卵作成まで進んでいたのに、たまたま胚移植の直前に予期せず夫が急死したような場合や、胚移植はしたがまだ成否が不明な段階で夫が亡くなった場合に、父子関係が認められないこととなる。自然懐胎の場合には、性交渉から受精までに数時間～1日、それから着床が始まるまでが1週間程度、着床完了＝妊娠成立までにさらに5日程度かかるといわれているが、その間に夫が死亡したとしても父子関係は認められる。自然懐胎であれば、受精すらしていない段階で夫が死亡したとしても父子関係が認められるのと比較して、生殖補助医療では着床が確認されるまで夫が生存していなければならぬとすれば、不均衡といわざるを得ない。

さらに、体外受精によって生まれた子の父子関係を争う場合には、その時期をどう定めるにしても、生殖補助医療を実施する医療機関に対して、多大なる負担を課すことになることが予想される。受精の時点と定めた場合には、たとえば受精成立の時間を一分一秒まで正確に記録することを求められることが考えられるが、顕微授精でない限り、胚培養士も受精の瞬間を観察しているわけではない。また、顕微授精の場合には記録が可能であろうが、数時間、あるいは数分早く実施しなかったせいで、受精の前に父が死亡してしまい、父子関係が認められなかったことに対する責任を問われる可能性が

ある。胚移植時、あるいは妊娠成立時と定めても、なぜあと1日早く移植や検査が実施できなかったのかということになるだろう。このように、「懐胎時」の証明が必要とされるような定め方は、いずれにしても現実的ではないように思われる。

③ 親族関係という子の利益

本件では、生物学的な父である死亡した男性と生まれた子との間に血縁関係があることは明白なものの、死後認知が認められる可能性もまた、この最高裁の理屈によるならば「懐胎時に父が生存」していない以上、皆無であろう。そして、父子関係が認められなかった結果、生まれた子は父のみならず父方の親族関係も法律上は存在しないことになる。唯一親子関係が認められた母が病気になったり死亡したり、あるいは経済的に困窮したような場合、子にとっては祖父母やおじ・おばといった親族は有力な保護者、後ろ盾となりうるのではないか。仮に最高裁判決がいうように「親子関係」を認める実益がないとしても、親族関係を法律上認める実益は十分にあり、また子の福祉に適うものであるように思われる。

(6) 小 括

生殖補助医療を利用するカップルは、一般的に、少なくとも生殖補助医療への同意の時点で「看護・養育・扶養」等の意思があるはずであり、本件でも「看護・養育・扶養」は無理であることが本人にもわかっていたとしても、子の父になりたいという意思は明確である。そうすると、生殖補助医療に同意し、実際に配偶子の採取が行われた段階で、原則としてその配偶子から生まれた子については親子関係が成立することとすることが適当なのではないか。

ただし、配偶子や受精卵は凍結保存が可能であることや、胚移植は女性の体内周期に従って試みられ、体調にも左右されることから、精子や卵子の採取後数年たってようやく胚移植が成功するようなこともあり得るので、生殖

補助医療開始時、あるいは精子・卵子採取時の同意がずっとそのまま継続すると考えることはかえって不都合も生じよう。多くの医療機関では、配偶子や受精卵の凍結保存には1年ごとの更新制をとっているので、1年ごとの更新時に同意を確認することができるはずである。

受精や胚移植前に夫が急死した場合にも、すでに受精卵ができていたり、少なくとも配偶子の採取が済んで、受精が成功するかどうかは胚培養士の予定や配偶子の状態次第という段階であれば、文字通りの受精が成立していないからとか、胚移植手術を行っていないという理由で父子関係を否定することは、自然妊娠に比してあまりにも酷な要求であるように思われる。

なお本件は、夫の死をあえて告げずに体外受精を行ったものであり、医療機関側がきちんと夫婦双方の意思を確認していれば夫の死が判明し、そうすると引き受けなかった可能性が高い（同意書には当人が死亡した場合には凍結精子を廃棄するという項目があった）。生前の夫の採精も、生殖補助医療を直接の目的とするものではなかったという点で、通常の生殖補助医療とは経過が異なっている。しかし、死亡前に改めて不妊治療にとりかかっていたことから、その時点で夫婦そろって生殖補助医療に向けての同意があり、その一連の手続きの途中で夫が死亡したと考えるのであれば、父子関係を認める余地はあったように思われる。

3 無断出産事件（奈良）

(1) 事案の概要

2004年に婚姻した夫婦は、2010年10月ごろ体外受精を行い、長男を懐胎し、受精卵の残りを凍結保存した。長男を出産後、しばらくして夫婦は別居したが、長男の世話のために朝夜訪問し、週末には3人で買い物や外食をし、3人で1泊旅行にも出かけていた。妻は2014年第二子の希望を夫に伝えたが拒否されたため、5月ごろから同意書の夫のサインを自分で行って凍結受精卵の融解移植を試み、同年7月に懐胎した。2015年に生まれた子は嫡出

子として届け出られたが、夫が子の出生を知ったのは10日後であった。

2016年6月から、夫婦は離婚および親子関係不存在について調停を開始した。10月に便宜上母を親権者として調停離婚が成立したが、親子関係不存在については調停が不成立となったため、訴えを提起したものである。

(2) 第一審判決⁹

① 生殖補助医療によって生まれた子と夫との間に民法上の親子関係を認めるための要件として、夫の同意が必要か(争点1)。

民法の親子法制は自然生殖を前提としているが、生殖補助医療についても、「民法制定当時、想定されていなかったことのみを理由に、生殖補助医療によって出生した子と夫との法的親子関係を否定するのは相当でなく、社会通念上、夫婦等が実施した生殖補助医療が自然生殖を補助し、または、これに代替するものとして正当化されるものであるといえる場合には、当該生殖補助医療の結果生まれた子と夫との間に民法上の親子関係を認めるべきであると解される。」

「一般的に医療行為を受けるためには、医療行為を受ける者が、医療機関に対し、医療行為を実施することについて同意していることが必要である。…生殖補助医療の目的に照らせば、妻とともに生殖補助医療行為を受ける夫が、その医療行為の結果、仮に子が誕生すれば、それを夫と妻との間の子として受け入れることについて同意していることが、少なくとも上記医療行為を正当化するために必要である。以上によれば、生殖補助医療において、夫と子との間に民法が定める親子関係を形成するためには、夫の同意があることが必要であると解するべきである。」

他方で、夫の同意がないことを理由として親子関係を否定すると、「生物学的な父が存在するにもかかわらず、子について生物学的な父との間に各法

9 奈良家裁平成29年12月15日判決、判例集未登載。

的關係（親権、扶養、相続等）が形成されなくなり、子の福祉、利益の観点から問題が生じる可能性がある」。しかし、生物学的な親が法的な父と認められないことがありうるのは「生殖補助医療によって誕生した子だけの問題とはいえず、上記事情のみによって、夫の同意がないまま、夫と子との間に民法上の親子関係を認める根拠とすることはできない。」

同意の時期については、医療行為の重要性や母体に対する危険度においても明らかに母体に移植する行為の方が重要であり、「凍結受精卵は、相当長期間保存し、任意の時期に融解して胎内に移植することが理論上可能であるから」、たとえ受精卵の作成・保存に同意していても「個別の移植時において精子提供者が移植に同意しないということも生じうるものであるから、移植をする時期に改めて精子提供者である夫の同意が必要であると解するべきである。」

② 民法772条の嫡出推定が及ばない事情があるか（争点2）。

生殖補助医療によって誕生した子にも、家庭の平和を維持し、法律上の親子関係を早期に安定させることは必要であり、自然生殖によって生まれた子の場合と同様に解するべきである。「夫が同意していたか否かという事柄は、家庭内の事情であって、第三者から明らかとはいえないから、夫の同意がないことを上記嫡出推定が及ばない事情とすることはできない。」本件では、夫婦の実態が失われているとみることはできず、「嫡出推定が及ぶか否かに関する事情は、外観的に評価判断すべきである。」したがって、生まれた子は夫の「嫡出子であると推定され、これを否定するための手続きは、嫡出否認の訴えのみ」であり、本件訴えは不適法である。

(3) 控訴審判決¹⁰

本件で夫婦は、「外観を見るならば、子を懐胎すべき時期に、すでに夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、夫婦間において性的関係をもつ機会がなかったことが明らかであるということとはできない。」「身分関係の法的安定の保持の必要という趣旨からすれば、嫡出推定が及ばない事情は外観的に評価すべきである。」本件では離婚を前提の別居とみるべき事情は見当たらず、離婚に向けた具体的な行動をとった形跡もない。性交渉の有無は外観から判断できず、夫は長男との面会交流目的での訪問と認識していたとしても、それは主観的認識であり、「外観的に明らかな事情であるとはいえない。」

夫は、生殖補助医療における嫡出推定には、夫の同意が決定的な意味を有すると主張するが、「外形的な事実と意思表示では、その意味合いは異なる。同意の有無は、内心の問題に帰着するから、外形的に明らかな事実（たとえば、外国での滞在や刑事施設への収容）と同視することはできない」。不妊治療はデリケートで極めて私的な事柄に属し、医療機関に対する同意を外形的な事実というのは相当ではない。そもそも、子の身分関係の法的安定を保持する必要があるが、生殖補助医療における夫の不同意によって当然になくなるとする理由はない。本件では、「法律上の父子関係が生物学上の父子関係と一致しているにもかかわらず、不一致を生じさせるため、言い換えれば、永遠に父のない子（養子縁組を除けば）を作るため、嫡出推定を及ぼさないというのであり」、民法がこのような結果を予定しているとは考えられない。「生殖補助医療において夫の同意がないこと（ここでは、凍結受精卵の作成には同意があるが、最終的に移植する段階での同意がないこと）を…嫡出推定が及ばない事情に匹敵する特段の事情とみることはできない。」

10 大阪高裁平成30年4月26日判決、判例集未登載。なお、本件は最高裁に上告されたが、民訴法312条に定める上告事由に該当しないという理由で棄却されている。最高裁第二小法廷令和元年6月5日決定、判例集未登載。

したがって本件は嫡出の推定が及び、これを覆すには嫡出否認の訴えによらなければならないため、訴えは不適法である。争点1は判断の必要がない。

(4) 検 討

① 生殖補助医療と外観説

本件では、生殖補助医療における親子関係についてもいわゆる「外観説」を採用することが明らかにされた。本判決で引用されている平成26年判決¹¹は、DNA鑑定の結果が夫の子でないことを示していたとしても、嫡出推定が及ぶことについての外観が優先され、親子関係不存在確認の訴えで父子関係の存否を争うことはできないとする判決であり、本件もそれを踏襲するものとなる。まして本件ではDNAで親子関係が証明されていることも、外観説を採用する大きな理由となっているようにも思われる。

しかしながら、平成26年判決に従うのであれば、生まれた子の父が明らかに精子提供者である夫であったとしても、懐胎当時一切夫と会っていなかったということが証明されたり、夫が海外に転出して一度も帰国していないような場合には、外観説により「嫡出推定の及ばない子」となる。仮に海外にいても毎日連絡を取り合うというように、夫婦関係が破綻していなかったとしても、その間に妻が無断で、もしくは夫の意を受けて署名を代筆して、凍結精子を用いて懐妊した場合には推定が及ばないこととなり、その後夫婦関係が破綻した場合に、夫が同意していないと主張して父子関係不存在の訴えを起こせることとなってしまう、妥当ではない。

また本件では、受精卵作成時には夫婦はうまくいっており、当然体外受精について夫の同意もあった。しかし第二子の胚移植の段階では別居しており、夫の同意がない。受精卵作成そのもの（および受精卵の凍結保存）については、たしかに夫の同意があったわけで、これを基準に父子関係を認める

11 最高裁判所第一小法廷平成26年7月17日判決、民集68巻6号547頁。

のであれば、夫の子をもちたいという意思に基づくのであれ、夫が配偶子を提供したこと(=血縁があること)を理由にするのであれ、理解はしやすい。しかし裁判所は、胚移植時において「夫婦の実態があった」、つまり別居していたとはいえ離婚は成立しておらず、二人で会うことがあったことを理由に嫡出推定を及ぼしている。そうすると、すでに離婚が成立していた場合には嫡出推定は及ばないことになる。

さらに、本件の子供たちは同時に作成された受精卵によって生まれているが、そのときには紛れもなく夫も同意していたにもかかわらず、胚移植の時期が異なるために、仮に離婚が成立していた場合には、第一子は嫡出子、第二子は夫との親子関係が認められない、ということになってしまう。このケースではたして強制認知は可能だろうか。

② 生殖補助医療と夫の同意

本件高裁判決においては、嫡出推定が及ぶ結果として訴えは不合法として、生殖補助医療によって生まれた子と夫との間に民法上の親子関係を認めるための要件(争点1)について判断をしなかったが、第一審においてはこの点についても判断が示された。それによれば、通常の医療において同意が要求されることを参照して、生殖補助医療についても、それによって生まれた子と夫婦との間に親子関係を成立させるためには夫の同意が必要であると、逆に夫の同意がない場合には親子関係を認める根拠とすることができないと判示した。その上で、その同意の時期についても、受精卵作成時のみならず、母体への受精卵の移植時に、夫の同意が必要であるとしている。

この第一審判決は、胚移植時に夫の同意がないため民法上の親子関係を認めるのは相当ではないが、この子には嫡出推定が及ぶため親子関係不存在の訴えは不合法というものであった。そうすれば、本件で嫡出否認の訴えをすれば(それが子の出生から1年以内であれば)請求は認容されたということになる。すなわち、血縁上の親子関係があるにもかかわらず、これを否定することができるということになるが、これは適当であろうか。

次の事件は、この点について判断したものである。

4 無断出産事件（大阪）

(1) 事案の概要

夫婦は2010年に婚姻し、2013年から体外受精をこころみ、2014年4月、受精卵を凍結保存した。その際、体外受精・顕微授精、受精卵（胚）の凍結保存、および凍結保存受精卵を用いる胚移植について、夫婦ともに署名した同意書を提出している。同じころ、夫婦は別居を開始した。同年10月、妻の病気が発覚し、体調が安定するまで胚移植はできない状態となり、12月に胚移植は早くて2月か3月になりそうだと夫に話したところ、夫は「こんな状況でよくそんな話をするな」と応じた。2015年2月、夫婦は離婚を合意した。同年4月、妻は凍結保存されていた受精卵を融解移植し、子を懐胎した。6月に夫に懐胎を伝え、同月末、夫は明確に出産に反対する意思を伝えた。

なお、2014年の受精卵の凍結保存から胚移植までの間、精子および胚の凍結保存継続等についての複数の依頼書や同意書に、妻は夫の意向を確認しないまま夫の欄に署名をして提出していた。

その後2017年11月に夫婦は協議離婚をし、子の親権者を母と定めた。子は夫の子と推定されているため、夫が嫡出否認および親子関係不存在を求める訴えを提起したものである。

(2) 第一審判決¹²

① 親子関係不存在の訴えについて

「生殖補助医療によって出生した子についても、法律上の親子関係を早期に安定させ、身分関係の法的安定を保持する必要があることは自然生殖によ

12 大阪家裁令和元年11月28日判決、判例集未登載。

って生まれた子と同様であり、生殖補助医療によって出生した子についての法律上の親子関係に関する立法がなされていない現状においては、上記子の法律上の父子関係については自然生殖によって生まれた子と同様に解するのが相当である。」

妻は、夫婦の配偶子を使用して作成され凍結保存されていた受精卵(胚)を融解させた上、凍結受精卵(胚)・融解移植により懐胎し、出産したことが認められ、生まれた子は「婚姻中に懐胎した子であるということが出来る(この点で、本件は、夫以外の第三者の精子を使用して、凍結受精卵(胚)・融解移植がなされた事案とは異なる。)」融解胚移植について「夫が同意していたか否かは、当該夫婦の家庭内の事情であり、外観上、第三者から明らかとはいえないから、夫の同意がないことをもって、嫡出推定が及ばない事情があるとすることはできない」。

不能であるとの主張は、移植によって出生したので採用しない。別居は離婚のためとは認められず、別居直前に体外受精のための精子と同意書を渡していることから、別居時点において「婚姻関係が破綻していたとは認め難く、「移植時において、外観上、嫡出推定が及ばない事情があるとはいえない。」よって親子関係不存在の訴えは不適法である。

② 嫡出否認について

「生殖補助医療によって出生した子についての法律上の親子関係に関する立法がなされていない現状においては、上記子の法律上の父子関係については自然生殖によって生まれた子と同様に解するのが相当である」。

なお、仮に、父と生まれた子の間に法律上の父子関係を認めるためには父の同意が必要であるとしても、別居直前の体外受精に際し、精子を提供し、同意書に署名しており、「体外受精、受精卵(胚)の凍結保存及び凍結保存受精卵(胚)移植に同意したと認められ」、「本件移植時まで、この同意を明確に撤回したとまで認めるに足りる的確な証拠はない。そうすると、本件移植については、原告の個別の明示的な同意があったとはいえないが、原告

の意思に基づくものということができるから、本件で、原告と被告の法律上の父子関係を否定することはできない。」

(3) 検 討

親子関係不存在の訴えについては、奈良の事件とほぼ同様の理由づけにより、不適法と判断しているので、ここでは検討を割愛する。

① 嫡出否認の訴えについて

判決では多くを述べておらず、自然生殖によって生まれた子と同様に解すると述べるのみである。そうすると、嫡出否認が認められるためには自分の子供ではないということの積極的な主張立証が必要となるが、本件では血縁上は夫の子であることが証明されており、この主張が認められる余地はないように思われる。奈良の事件の第一審判決が生殖補助医療における親子関係の根拠として同意を要求しているのとは対照的に、本件では血縁を根拠に置いているといえる。

また、一般的には夫が不能である場合には子に推定が及ばないとされるはずであるが、本件ではこの主張を採用しなかった。生殖補助医療によって生まれた子は夫婦の性的関係によってできた子ではありえないにもかかわらず、懐胎時期に性的関係がありえたことを嫡出推定の根拠とする外観説を取りながら、この点については生殖補助医療の特性を理由に排除しており、少なくとも本件の理由づけとしては一貫性に欠けると評価せざるを得ない。たしかに不能であるからこそ生殖補助医療に頼ることもありうることを考えると、不能を理由に嫡出推定を排除するのは適当でないようにも思われるが、これは外観説を取るがゆえの問題であり、生殖補助医療への同意を嫡出推定の根拠とするのであれば、そもそも不能は問題にならない。

② 同意について

本件では、明白に夫が同意したといえるのは、生殖補助医療を開始した時点のものしかなく、その後はずっとさまざまな同意書への夫の署名を妻が行

っていたようである。医療機関におけるこのような杜撰な意思確認は、それはそれとして問題であるが、毎回の治療に必ず夫が同行するわけではない以上、医師の目の前で署名を求めるのは事実上不可能であろう。本件では、生殖補助医療の開始から懐胎まで1年ほどであり、その間夫婦はほとんど別居していたこともあり、妻が署名したさまざまな同意書について夫は存在すら知らなかったということもあり得るが、裁判所は明確な同意の撤回がなかったことを理由に、夫の同意を推定した。

この点については、夫の生殖補助医療へのかかわり方と、医療機関側の説明義務が問題となるだろう。医療機関側は夫婦の内実(別居や離婚)については知る由もなく(死後懐胎事件では夫の死亡さえ知り得なかった)、現在進行形で不妊治療を行っている夫婦が破綻しているということは想像しにくいのもかもしれないが、生殖補助医療が子をもうけるという夫婦双方に関する重大な決定である以上、妻だけでなく夫に対しても、精子や受精卵の凍結保存については定期的に保存継続依頼書の提出が必要であるとか、夫婦関係が破綻して妻との間に子を望まなくなったときには凍結保存している精子や受精卵の破棄を依頼すべきことをきちんと説明する義務があるはずである。また夫も、自分に人生にもかかわる重大事項だということを認識して、そのような説明をきちんと受け主体的にかかわる必要があると思われる。

本件では医療機関側が、夫に直接きちんとそのような説明をしていたかどうかは不明であるが、本来はそうであるべきことを前提として、夫からの明確な同意の撤回、すなわち精子や受精卵の凍結保存をやめるよう依頼したという事実はなく、むしろ複数回にわたり精子凍結保存継続依頼書や胚・未受精卵凍結保存継続依頼書が提出されていたことから、裁判所はたとえ夫本人の署名がなくとも消極的な同意が継続していたものと判断したと考えられる。夫がはっきりと同意を撤回するという意思表示をしていた場合には、医療機関側は速やかに受精卵を廃棄する義務が生じ、子供が生まれることはなかったはずである。

その意味で、本件では自分の子供についてのことであるにもかかわらず夫が主体的にかかわっていなかったために起こったことであるといえる。自然懐胎の場合に、子供が欲しいとは思っていなくても避妊を怠ったために子供ができてしまい、のちに認知を求められるケースでは、性交渉そのものが子供ができて良いという意味として捉えられることにかんがみれば、少なくとも生殖補助医療に対する最初の同意があった時点で「自分の子」が生まれることについての承認はあったものと考えてよいのではないか。

③ 同意の時期

奈良の無断出産事件第一審判決においては、医療行為の重要性や母体に対する危険度、長期保存が可能なことを理由に、胚移植時に改めて夫の同意が必要であるとしたが、胚移植は成功率が必ずしも高くなく、多ければ月に一度、何度もチャレンジすることが多い。そのたびに夫の同意を要求すると、それこそ形式的な、妻が代筆して済むような軽い同意になりはしないだろうか。もちろん、第一子出産後凍結しておいた受精卵で改めて数年後に第二子の移植にとりかかるとか、体調などの問題で一定のインターバルを置いてから再開するなどの場合に、同意が必要であることは間違いない。本件も改めて同意を取る必要があったケースだと思われるし、その同意が真に本人が行ったものであることを確認しなかった杜撰さは批判されてしかるべきである。

しかしながら、胚移植の段階での同意がないと親子関係を否定できるとすれば¹³、受精卵を作ったときには父となるつもりがあり、その気がなくなったならばいつでも同意を撤回できたしそうすべきであったにもかかわらず、それを怠っておきながら血縁上の子供に対して父としての責任を放棄すると

13 この点について、生殖補助医療法制定時の衆議院法務委員会における質疑（2020年12月2日）において、この法案の提案者である古川俊治参議院議員は、「第十条…の同意は懐胎に至った生殖補助医療の実施時に存在している必要があると考えてございます。懐胎に至った生殖補助医療の実施前に同意が撤回された場合には、第十条の夫の同意は存在しないと考えてございます」（傍点筆者）と述べており、胚移植時の同意が決定的なものと考えられているようである。

いうことになりはしないだろうか。

(4) 小 括

以上より、生殖補助医療においては、外観説により嫡出推定を行うことは妥当ではなく、あくまで夫婦の同意を嫡出の基礎とすべきである。

生殖補助医療の実施に同意し、配偶子の採取をした段階で、その配偶子から生まれた子との親子関係は認められるべきであると考え。夫婦関係の破綻などを理由として子の親となる意思がなくなったときには、すみやかに同意を撤回することで、子供が生まれることは回避できるのである。

この原則を貫徹するためには、生殖補助医療を実施する医療機関側も同意について、真に本人の意思によるものかどうかを確認しなければならないし、同意の撤回等についてもきちんと説明しなければならない。通常の医療と比較するならば、説明を書いた紙を渡すだけとか、夫婦の一方にしか説明しないなどの場合には、医療機関側の説明義務違反となろう。

生殖補助医療における親子関係を考える際に、最も重視すべきは子供の福祉である。いない方がよい親も存在することは否定しないが、一般論として、特に幼い子供にとっては、保護者となり得る立場の者は多い方が、子の生活の安定や安全に資するであろう。生まれてくる子には何の責任もないのだから、いったんは子供を作ることに同意した以上、そしてそれを撤回しなかった以上、父としての責任は負うべきだと考える。

しかしながら、それは無断で懐胎・出産を行った妻に対して責任を問えないということの意味しない。次章では、このことについて検討する。