

第 12 回 嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会

日時：令和元年 6 月 25 日（火）16:00～19:00

場所：公益社団法人商事法務研究会 2 階 A 会議室

議事要旨

（座長） 第 12 回嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会を始めます。

最初に配布資料の確認をお願いします。

（法務省） 今回の配布資料は、議事次第と研究会資料 12 です。

（座長） 本日の議題は研究会資料 12 に従い、母子関係ルールと、生殖補助医療に対する精子提供者の法的地位についてご議論いただくこととしています。

まず研究会資料 12 についてご説明をお願いします。

（法務省） 研究会資料 12「母子関係ルールの整備及び生殖補助医療に対する精子提供者の法的地位の整備等の検討について」です。第 1 は、母子関係ルールの整備について記載しています。1 は、規律として、女性が子を出産した場合には、その子の懐胎について生殖補助医療が用いられた場合であっても、その女性をその子の母とするものとする方向で引き続き検討することとしてはどうかという提案をしています。

2 は、母子関係を否定することができる者の範囲や期間について、嫡出否認の訴えについての制限と同様の制限を設けるのではなく、権利濫用等の一般法理に委ねる方向で検討することについて、どのように考えるかという提案をしています。

補足説明 1 として、母子関係ルールの整備について議論された第 7 回会議では、現行法上も子を分娩した女性がその母であると解釈されていることからすると、実質的に母子関係ルールを整備する必要があることについて議論すべきなのは、生殖補助医療が用いられた場合における母子関係についてであるというご指摘がありました。

補足事項 2 として、生殖補助医療が用いられた場合の規律について、第 7 回会議では、生殖補助医療が用いられた場合であっても、子を出産した女性をその母とするのが相当であるというご指摘があり、これに反対する意見もなかったことから、冒頭の 1 でその旨の提案をすることとしています。

補足事項 3 として、嫡出でない子の母子関係について、民法の条文では認知により母子関係が成立することとされていますが、認知を待たずに母子関係が成立するというのが判例であることから、そのように改めるべきであるというご指摘がありました。また、母による匿名出産を認めるために、母による認知の制度を用いることもあり得るというご指摘もありましたが、それに対するご指摘もあったことから、この点については取り上げないこととしています。

補足事項 4 は、母子関係を争うことに関する制限についてです。嫡出否認の訴えに関する制限や認知無効に関する制限と同様、母子関係についても、これを争うための訴えに一

定の提訴要件を課すことで、血縁関係の有無にかかわらず、一定期間にわたって形成された社会的な母子関係を保護し、子の身分の安定を図ることが考えられるというご指摘がありました。

これに対しては、第7回会議で、母子関係を争うことについて一定の制限を設ける場合には、子の利益を守るという側面もあるものの、事実とは異なる母子関係が否定される場面を限定することになり、代理出産を容認する側面もあるのではないかとご指摘があったところであり、生殖補助医療について行為規制ルールを前提としない場合には、この点について慎重に検討する必要があるものとも考えられます。また、嫡出推定制度により、実体的に、血縁関係とは異なる父子関係が成立することが民法上想定されている場面とは異なり、母子関係を基礎付ける妊娠・出産という事実を行っていない者について、実体的に母子関係を成立させる根拠を見いだすのは容易ではないとも考えられます。

そこで、この点については、判例のように、個別事案において、権利の濫用等の一般法理に委ねる方向で検討することを提案しています。この点についてご意見を頂ければと思います。

第2は、生殖補助医療に対する精子提供者の法的地位の整備についてです。提案としては、生殖補助医療に対する精子提供者については、少なくとも子に法律上の父が確保されている場合（注）には、精子提供者が父となる可能性を排除するという規律を設けることについて、引き続き検討することとしてはどうか。また、それを超えて、精子提供者による認知およびその者に対する強制認知の訴えについて一般的な制限を設けるかについては、生殖補助医療の実態に関する調査結果を踏まえ、引き続き検討することとしてはどうかとしています。

（注）「子に法律上の父が確保されている場合」としては、生殖補助医療により生まれた子に嫡出推定が及んでおり、かつ、生殖補助医療に対する同意により、嫡出否認が認められない場合が考えられます。

補足説明1として、第7回会議では、行為規制ルールと切り離して精子提供者の法的地位について一般的な議論することは困難であるというご指摘や、医療行為の実態を踏まえた上でなければ、私法上の規律の在り方を決めることも困難であるというご指摘がありました。

補足説明2として、従前からご提案があったアンケートについて、産科婦人科学会で実施していただいた結果によると、アンケートを実施した613施設中、回答があった146施設のうち、「提供精子を用いた人工授精に関する登録」をしている施設は5施設でした。なお、学会によれば、613施設のうち14施設がこの登録をしているようです。

同アンケートによると、この5施設のうち、第三者の提供精子による生殖補助医療の実施に際して、夫の同意書を作成させている施設は4施設で、同意書を20年以上保管している施設は2施設で、そのうち1施設は半永久的に保存するという回答がありました。また、AIDに利用する精子について、いずれの施設も被実施者夫婦とは関係のない第三者（実施機関の関係者や一般からの募集、他の被実施者夫婦）であり、その病院で生殖補助医療を受けて懐胎した夫婦などが別の方のために提供するケースがあるということでした。精子提供者の個人情報を被実施者夫婦や子に対して明らかにしていると回答した施設はありませんでした。アンケートの詳細は配布資料をご覧くださいと思います。

説明事項3として、第7回会議では、行為規制ルールが存在しない中では、どのような価値判断が妥当かを判断することは困難である上に、具体的な規律の在り方を定めることも困難であるとの指摘があり、法制審の中間試案における認知の制限をそのまま維持できないのではないかとのご指摘がありました。

もっとも、嫡出推定が及んでいる場合には、母の夫が子の父として確保されていることから、このような場合に限定して認知制限の手当てをすることも考えられるというご指摘がありました。確かに、認知制限を一般的に設けることとすると、例えば生殖補助医療に対して夫が同意しておらず、嫡出否認の訴えが認容されたケースでは、生殖補助医療を用いて生まれた子の父が確保されない事態が生じ、子の利益に著しく反する場合があります。他方で、母の夫が父として確保されている場合には、それに加えて、精子提供者による嫡出否認の訴えを許容することや、精子提供者に対する強制認知の余地を認める必要性は乏しいものと考えられます。

そこで、本文では、少なくとも法律上の父が確保されている場合（注2）（注3）に限定して認知制限の規律を設けることについて、引き続き検討することとしてはどうかとしています。（注2）（注3）として、子の父が確保されている場合を事前に、かつ外形的に担保するためには、研究会資料11に記載したとおり、その同意を書面や電磁的記録によること、公正証書によること、家庭裁判所の許可によることなどとする方法が併せて考えられると思います。

（座長） それでは、まず第1の母子関係ルールの整備について、ご意見があれば頂きたいと思います。必要に応じて、アンケート調査についてのご意見やご感想等も伺えればと思います。いかがでしょうか。

（●●） 生殖補助医療ではなく一般の場合に、子を出産した女性を母とすることには賛成です。ただ、代理出産が行われた場合には、代理母が分娩するわけですから、子と母の間には血縁がありません。代理母には2種類あり、ホスト型を想定した場合はそうなると思います。そうすると、父子関係の場合は血縁が中心に考えられて、母子関係の場合は基準が違うのかという疑問が誰かから提示されると考えられるので、そのあたりの説明を整理する必要があるのではないかと思います。

（座長） このルールを生殖補助医療の場合にも当てはめるとして、その理由を説明する必要があるのではないかとのご指摘だと思いますが、結論としては、委員のお考えはいかがですか。

（●●） 結論としては、これでいいと思います。

（座長） ただ、もう少し説明をした方がいいということですね。

（●●） そうです。もっと言うと、父子関係はなぜ血縁が基準なのか、そもそも父子関係とは何か、母子関係とは何かという抽象的な議論があまりされていないので、そのあた

りの原則論の議論も、法制審に上がった段階では、どこかでやった方がいいのではないかと思います。というのは、例えば認知のときは血縁がどれぐらいの要素になるかなど、いろいろなところで、この場合はどうするのだということに影響が出てくると思うのです。全てを統一的に説明することは難しいと思いますが、その原則論と原則に対する例外のような考え方をどこかで議論しなければいけない気がします。

(座長) 何段階かあると思います。母子関係についてこのように考えることについて、従来言われている考え方はどういうことなのかを、ここにある程度書いておいた方がいいのではないかとということと、この研究会ないし法制審でその点についてどの程度議論するかということです。一つ目の、これまで言われている考え方については、本資料にある程度は書いてあったでしょうか。

(法務省) 今回の資料には記載しておりませんが、平成13年の法制審の議論では、妊娠と懐胎と出産というプロセスを経て母子関係が形成されるという実質的な根拠と、分娩という基準が明確であるという根拠の2点が挙げられていたと思います。そういったところが、今回は行為規制がないことで、何か影響を受けるのかということを経済書に盛り込む必要があるかと思っています。

(座長) そうですね。従来そういう形で議論をしてきたので、そういう議論があったということ自体は書けると思いますが、その上でどのように考えるかは悩ましいところです。先ほど●●委員から「父子関係については血縁で」というお話がありましたが、ここいらっしやる委員の中には異論を唱える方もいらっしやると思うので、それについてどのように説明を擦り合わせるかは難しいところだと思います。

お答えいただいたことをどこかにまとめて書くことはできると思いますが、少なくとも、なぜ母子についてこういう考え方なのかということだけでも書いておいた方がいいかと思っています。

(●●) 第7回を欠席したので、前提を確認させてください。1点目は、提案では母子関係のルールについて、「その子の懐胎について生殖補助医療が用いられた場合であっても」と書いてあり、補足説明にも「実質的に母子関係ルールを整備する必要があるのは、生殖補助医療が用いられた代理懐胎の場合における母子関係についてであるという指摘があった」と書いてありますが、この指摘を踏まえて、代理懐胎の行為規制ルールについて認める、認めないということは一切踏まえず、事実としてそういうことが起こった場についての規定として対応しているという理解でいいのですよね。

2点目は、母子関係のルールについて、現在の規定における嫡出母子関係の理解については、772条に婚姻している場合の母子関係が前提として書かれていて、婚姻していない母親については779条だという理解と、母子関係については779条で書かれてあるとしても、基本的に懐胎・分娩が基準なので、嫡出か嫡出でないかを問わず懐胎・分娩というルールが一つの基準としてあるという、二つの理解があると思いますが、仮にこの規定を設けるとしたら、母子関係と父子関係を分けて規定するという理解でいいのでしょうか。つ

まり、772条はそのまま維持して、779条の書きぶりだけを変えるのか、母子関係についてのルールが一つ独立したものとして書かれるイメージなのか、どちらなのでしょう。

(法務省) 注で出ている部分はその議論だと思います。779条を単に削除して、772条で母子関係ルールを書くと、嫡出でない子の母子関係のルールはないという形になるので、そこはどうかという問題は別途出てくると思います。

(座長) つまり、第1の最初のところは772条を出発点として考えているということですね。繰り返しですが、779条を削除すると、779条を削った部分をどうするのかという話になるので、そこについての手当てが必要になりますが、手当ての仕方は先ほど●●委員がおっしゃったように複数あるのではないのでしょうか。母子については一括してルールを定めると考えるのか、婚内か婚外かで分けて書くかというのは、書き方は両方ある気がします。

(●●) 仮に母子関係について父子関係と切り離してルールをつくると、先ほどの父子関係が血縁かどうかという話ともつながってくると思うのですが、現行法の、772条の中で母子関係も父子関係も定めるとしている理解が変わり得るかもしれません。772条は、婚姻している男女について、母親と父親を決めるためのルールだと理解するのであれば、婚姻を前提に母子関係と父子関係が定まっているという理解ができると思いますが、そうではなく、母子関係だけ独立で書いて、772条は父子関係だけのルールだと理解するのであれば、現行法と違う解釈をする可能性が出てくるのかもしれないと思いました。

(座長) 制度趣旨の理解についてですね。そこは先ほどの●●委員のご発言と関連すると思いますが、それを決めてからやるかどうかという問題があって、どちらにするかを決めて立法することは結構難しいのではないかと思います、いかがでしょうか。

(●●) 問題の趣旨は分かりますが、現行法の772条を懐胎を母子関係の基準とするこの根拠とするとしても、772条がそれを定めているというよりは、いわば懐胎した者が母であることは当然のルールとして、772条が父子関係についての推定の規定を置いているのだと理解すれば、母子関係について暗黙の前提とされていたことをくくり出して書くことはそれほど変ではない気がします。そのやり方がいいのかどうかはともかく、母子関係を決めた上で、婚姻関係がある場合の父子関係のルールと、婚姻関係がない場合の父子関係のルールを定めるというのは、考え方としてはあるのではないかと思います。

(座長) 制度趣旨の理解はどうしても複数残るような気がしますね。

(●●) 婚姻を前提として親子関係を考えるのか、母子関係と父子関係で個別に考えることができるのかという、基本的なスタンスのところで捉え方が変わってくる可能性はあるのだろうと思います。

(●●) 本資料では、「母と推定する」ではなく「母とする」という書き方になっていますよね。父子関係の方は「推定」という言い方になっていると思いますが、父子関係の方も「とする」ではまずいのでしょうか。「推定」がどういう意味なのかを実はあまり議論していなかったのではないかと思います。改正に当たり「推定」という言葉をどう捉えるのか、父子関係の方だけ残すのかも整理しないといけないのではないかと思います。

(●●) 「とする」にした方が、誤解は生じにくくなるかもしれません。医者とAIDなどの議論をしたときに、「あくまでも推定でしょう。だから事実が違えば覆るでしょう」と無邪気に考えていらっしゃる方が少なくありませんでした。

(●●) ドイツ法は改正のときに「である」という規定になりました。「である」としておいても、それを嫡出否認によって覆すという仕組みが用意されています。逆に言うと、「推定」とすると、その推定を覆す方法はという話に巻き込まれてしまうので、「とする」とした方が分かりやすいと思います。

(座長) おっしゃるとおりだと思いますが、「推定する」となっても、結局は772条と774条の組み合わせによってできている制度なので、実質は変わらないですね。旧民法は「とする」となっていますが、現在の規定と実質的には変わりませんでした。現行民法をつくるときに「推定する」に改めましたが、実質を変える気は全然なかったわけです。ですから、実質の問題ではないと思いますが、現在の規定があまり良くないメッセージを与えているということであれば、変えるということもあるだろうと思います。ドイツはなぜ変えたのですか。

(●●) そもそも推定ではないからということです。

(座長) しかし、元々「推定」と書いてあっても、先ほどのようなことだったわけですね。

(●●) 日本法の現行法に近いような規定だったのですが、それがもう推定ではないということで、制度的に覆す仕組みが用意された「父である」という規定になったということです。

(座長) 法律上の推定だというときに、そういう推定なのだというようにフランス法も説明しているでしょう。推定であるというときに、単なる推定ではなく、この制度の中に位置づけられるものであるということですね。

(●●) ただ、厳密には法律上の推定でもないですよね。

(座長) 「推定」という言葉を使っているけれど、特殊なものなのですね。

(●●) それと、ドイツ法もあのときに分娩主義に変わったのです。日本法でも、懐胎主義を採ると、772条で1項と2項の位置付けが問題になると思いますが、2項は恐らく推定の可能性が残り、しかし分娩主義を採るとその点の疑義がなくなるので、「分娩したときの夫」などの形で決めればいいだけの話で、推定の要素は残らないという説明はできるのではないのでしょうか。ドイツは元々は日本と同じ懐胎主義ですよ。

(●●) 97年改正前の条文は複雑で、条文上は、懐胎主義と分娩主義が混在する形ととらえられると思います。

(座長) ドイツでも、母子についても今のような両側からの説明があり、父子についてもこれが実体を決めているのか、手続を決めているのかということが、単純には説明し切れないのだらうと思います。そういう制度として嫡出推定プラス嫡出否認という制度はあると思います。「とする」の方がいいというのは、一つの方向を示していると思いますが、それで皆さんいいのでしょうか。私は個人的にはいいのですが、●●委員がおっしゃった血縁主義的な発想からすると、それは良くないという議論が出そうな気がします。

(●●) そうなのですか。私は、「推定」という言葉は紛らわしいので、「とする」の方がいいと思います。

(座長) 「とする」というのは、その制度によって父親が決まるので、血縁はその制度が許す範囲で機能するという印象を与えます。私はそれでいいのですが、本当に皆さんそれで一致するのかという問題が出てきそうな気がするのです。

(●●) 血縁主義の立場からいっても嫡出否認の仕組みは残るので、説明できないわけではないと思います。

(座長) もちろん説明できると思います。今使われている用語を変えることについて、分かりやすいからなのだ、実質は全く変わらないのだと説明するのであればいいですが、現在「推定する」となっているものを「とする」に変えることが、ある種の方向性を持つように思うのです。その方が皆さんいいという意見で一致できるのかということです。もし一致できるのであれば、そうした方が分かりやすいと思います。「推定する」は、やはり一般には分かりにくいと思いますし、冷静に考えれば、私たちがこの言葉を変えたからといって制度は変わらないという説明に民法の教科書ではなるとは思います。「とする」にすることについては検討してもいいかもしれません。

(●●) 今の「推定」が一般的な推定とは違うので分かりにくいということは分かります。ただ、例えば「妻が婚姻中に分娩した子は夫の子とする」という規定になり、しかし嫡出否認の制度はあるということだとすると、そのときの「とする」の意味と、今回の資料に書かれている「女性が子を出産した場合には、その女性をその母とする」の「とする」の意味は違うということですよ。

(●●) 暫定的に父とするのと、もうこれによって母が決まるという違いですね。

(●●) ドイツ法は、父子関係についても暫定的にとは捉えずに、取りあえず成立はします。ただ、それに変更の仕組みが付いているので変更できるのが父子関係にはあります。母子関係は、同じ「とする」ですが、変更の仕組みがないので、その成立の要件さえ満たされれば成立するという形で処理されます。何をもちて母子関係が成立するのか、父子関係が成立するのかという点では全く同じ話をしていて、変更の規定があるかどうかの違いだと理解しています。

(●●) そうすると、実質がかなり変わる気がします。もう夫は父なのですよ。

(●●) そうです。成立と変更という形です。

(座長) 私は現行法もそうなのではないかと理解していました。「推定」といっていますが、現行法もそうなのではないかと思っていました。

(●●) かつてより、表見嫡出子という言葉をあえて使い、「表見」という言葉により、推定されている状態は、成立しているわけではなく、暫定的な状態であることを強調することもみられましたので、座長のように解されるか、そうでないかによってかなり違うと思います。

(座長) ですから、変更については、そういう問題を議論しなければいけないことになるわけです。それは、この際だから議論しておいた方がいいという考え方もありますし、結構大変な議論をすることになるという考え方もあるでしょう。今ここで交わされているような議論がされることになるのですよね。

(●●) それに加えて、774条が「772の場合において、夫は、子が嫡出であることを否認することができる」という書きぶりだと、結局どういうときに否認できるかは直接的に書いていないので、この規定が変更の規定だとすると、この書きぶりも若干変えなければならないように思います。明治民法時の議論をみると、生物学上の父子関係があるかないかの話だけではなく、嫡出子であるかどうかもここで争えるように774条を読む可能性もあるとの主張もされていました。現行法をそのように考えている人はあまりいないと思うのですが、この点も同じように変えていく必要があると思います。

(座長) われわれは、現在の推定は他の推定と違うという理解の下で考えているわけですが、最初に●●委員が問題提起されたのは、それは分かりにくいということです。確かに分かりにくいですが、「とする」でそろえると、父子についての「とする」は母子の場合とは違い、一定の留保を含んだ「とする」であることを理解しなければいけません。その理解は変わるのですが、単にそこが変わるだけの話なのか、もう少し実体が変わること

になるのかということですね。書きぶりについても、●●委員がおっしゃるように、単にそこを変えればいいのではなく、もっと立ち入って変えなければ、かえって誤解を招くことになるかもしれません。この先も出てくる論点かもしれないので、そういうご指摘があったということもどこかに書いておいた方がいいかもしれません。

他にいかがでしょうか。

(●●) 第1の2の母子関係を否定するときの話ですが、例えば代理出産のケースを考えると、出生届を依頼者夫婦の名前で出して受理されたけれども、その後、分娩していないので母子関係を否定したいというときに、どうやって争うのかということと、フランスのように公益のために検察官が提訴する可能性を用意する必要があるかどうかを検討する必要があるかと思いました。

(座長) 最初の点は、問題は分かりましたが、具体的にはどのような方向性ですか。

(●●) 今のままだと、民法上は母子関係も認知の規定があり、認知無効の制度があり、それ以外の場合だと親子関係不存在確認の訴えを提起することになると思いますが、その提訴権者に検察官は含まれていますか。

(座長) それは後の話ですね。前の方は。

(●●) その争い方と、平成19年の最高裁決定のときのように、出生届を受理しないということであれば、その形で訴えることもあるのかもしれません。

(座長) 通常は受理されて、母子関係はないということを確認する争い方になりますよね。

(●●) はい。その争い方について、ここで認識の一致があれば全く問題はありません。

(座長) その上で、公益のために争うことを考えなくていいかということですね。

(●●) はい。

(座長) フランス法は公益のために検察官が争うケースはあるのですか。

(●●) はい。

(座長) しかし、その場合にフランス法が言っている公益というのは、代理懐胎は認めないということですよ。

(●●) そうです。

(座長) 代理懐胎が公序に反するので、その結果をそのままにしておくわけにはいかな
いから検察官が訴えを起こすということでしょうかね。フランス法はそこが結構厳しいの
ですよね。

(●●) 今、行為規制ルールがないという前提で制度設計を考えられていると思うので、
そこまで踏み込むかどうかも含めて問題になるかと思います。

(●●) 依頼者夫婦が出生届を出したけれども、実際に分娩した女性がその母子関係
を否定してくる可能性もあると思います。その場合は、自分が分娩した真実の母だとい
うことで、提訴権が認められるということでしょうか。

(●●) 2 ページの補足説明 4 の書きぶりだと、ホスト型の代理懐胎、つまり卵子は依
頼者のもので、分娩だけ代理母に頼んだときは、母子関係を争う方法としては、血縁上の
有無を争うのではなく、分娩の有無で争うということですよ。では、母子関係を争うと
いうことは、どう明文化するかは別として、血縁上の関係がないことを争うのと、産んで
いないことを争うのと、両方あるということですか。

(座長) いや、産んでいないことを争うのでしょうか。

(●●) 分娩していないことを争うのですね。

(●●) 2 ページの補足説明 4 の 3 行目に「血縁関係の有無」と書いてありますが、こ
れは分娩なのでしょうか。それとも血縁なのでしょうか。

(法務省) ここでは、前提として分娩者が母だというルールがあるのに、分娩者でない
人との間に母子関係があるという形になったときに、分娩関係の有無にかかわらず、一定
期間にわたって継続した母子関係を保護するという趣旨で書いています。

(座長) ●●委員は、先ほどこれは一般ルールとしてはいいというお話をされましたが、
生殖補助医療、代理懐胎を念頭に置いて考えると、どう思われますか。

(●●) 行為規制がないので何かつくりにくいと感じます。思考が停止してしまうよう
ですが、権利濫用に委ねるという考え方がいいのではないかと考えています。

(●●) あらかじめ決まった行為規制ルールを前提とすることができないのはそのとお
りだと思いますが、何らかの行為規制に関わるような価値判断の問題を全て抜きにして親
子法制を決めることは難しいような気がします。もちろん母子関係も血縁主義を考えるこ
とはできると思いますが、そこで分娩主義を採って、妊娠、懐胎、分娩のプロセスを経て
母子関係が形成されていき、それは血縁より優先するということの背景には、それが単に

時間がかかるというだけではなく、かなりリスクを伴う行為であり、そうである以上は、そのリスクを伴う行為をした人を母とすべきであり、他人にリスクを伴う行為を負担させてクライアントの方が母になることは認めるべきではないという価値判断は、やはりどこかで入ってくるのではないかと思います。それを排除してまで行為規制ルールを前提としてはいけないというふうに手足を縛る必要はない気がします。

明確な行為規制ルールはなかったとしても、親子関係を考えるときに、一定のそういう価値判断を持って考えるという立場はあり得てもいい気がします。そうでないと、●●委員がご指摘したような、血縁関係とこれをどのように捉えるかというのが、抽象的でよく分からないということになってしまうのではないかと思います。

(●●) 卵子提供の場合は話が逆で、不妊の女性が健康な人から卵子をもらって自分が産むということですよ。今度は自分が血縁がないけれども妊娠・出産が重視されるということで、代理懐胎とは意向が変わってくると思います。代理懐胎の場合は、自分は妊娠・出産していないが血縁者だから、自分を母親にしたいという意向があるわけですが、卵子提供の場合はそうではないということです。

(●●) 第三者から卵子を提供してもらって女性が子を産んだ場合、血縁関係がなくても産んだ人が母になることと、クライアントの卵子が提供されてホスト型の代理出産で子を産むことは、形としては表裏ですが、同じ構造ですよ。後者の場合、代理出産の分娩者が母にならない理由はあるのですか。

(●●) 私は代理出産の分娩者が母親だと考えています。

(●●) 卵子提供してもらった場合も分娩者＝母ルールになるということですね。

(●●) そうです。

(座長) ●●委員のおっしゃるとおりですが、●●委員がおっしゃっているのは、血縁の有無という観点から考えると逆の結論になるので説明が必要だということですね。つまり、生殖補助医療を利用したいと考える人たちの要望という点から考えると、●●委員が言ったように全体としては両立しないので、そこについて一定の考え方を取っていることをどのように説明するかということですね。

(●●) そうですね。卵子提供も代理出産も、全く触れないわけにはいかないと思うので、そういう意味での説明は必要だと思いますが、なかなか難しいとは思いますが。

(座長) ●●委員がおっしゃったのは、代理懐胎についてはネガティブな判断がされていて、提供卵子についてはポジティブな積極的な判断がされているので、それを併せてこういう分娩者＝母ルールの規律になっているということですよ。

(●●) はい。

(座長) 生殖補助医療が用いられるときについても、分娩者＝母ルールを適用すると今のようになってしまう、それは生殖補助医療の二つのパターンについての一定の評価を含む形になるけれども、それで不整合は生じていないというのが●●委員のお立場なのだろうと思いました。2003年の法制審の中間試案も前提は多分そういうことだったと思います。ただ、そのときは代理懐胎は禁止するという前提があったので説明しやすかったのですが、それを前提にしなくても、やはり同じ判断をしているということではないかということですね。

(●●) それを前提にしなくてもというよりは、全く前提にしないと議論がうまく収束しないと思いますが、代理懐胎に対してどういう評価をするかという見方は、厚生労働省の行為規制ルールがないという状態であったとしても、一般的な価値判断としてどうなのかといったときに、以前の議論もそうですし、その後の学振の検討会でもそうですし、産科婦人科学会の会合もそうですし、さまざまところで検討されてきました。そういった中で一定数のネガティブな評価も一定の合理性を持ったものとしてあるのだとすると、それを前提として考えていくという筋道は、今回の法制審なり検討会でも許されるのではないかと思います。行為規制ルールを前提としないというのは、既に明確にある行為規制ルールを前提として議論することはできなくても、個別の問題の中で行為規制に当たることを考えることまでは排除されないという形にした方が、議論しやすいのではないかと思います。

(座長) なぜ分娩者が母なのかというと、妊娠・出産のリスクを負っているからということと、一定期間、胎内で育てて一定の関係が生じているからという説明をしてきたと思いますが、それを基にして分娩者＝母ルールを定めて、その結果として、代理懐胎については依頼者の要望に沿わない形になるのだという説明でもいいわけですね。

(●●) そうです。

(座長) しかし、禁止していないのに検察官が提訴権者になるというのは少し厳しい感じがしますが、いかがですか。

(●●) そうですね。行為規制ルールができて、しかしやった者勝ちというのは望ましくないと思いますが、今の時点で検察官が提訴権者というのは、確かにやり過ぎかもしれません。

(●●) それだけ厳しくやって、なおかつ代理懐胎だと養子縁組も認めないのですよね。

(●●) 最終的に現時点では認めています。

(座長) しかし、それは公序とどのような関係が成り立つのですか。

(●●) ヨーロッパ人権裁判所の判決が出た後、最終的に養子縁組まで認めるとというのが現状の判例です。

(●●) 養子縁組ができる要件が満たされているのに、子が代理懐胎で生まれたことを理由に養子縁組を認めないことが、子の利益を害するという説明です。

(●●) EUの裁判所との関係で、ややこしい話の一つですね。

(座長) 最初に否定的な評価をしているのを、人権条約によって書き変えていますね。

(●●) そうだと思います。

(座長) ですから、その限度で否定的な評価は後退していると言わざるを得ないという気はします。

(●●) 今のご議論は、要するに、規制法がないから否定的な評価はできないということですか。

(座長) いいえ。規制法がないときに、それが公序に反するというで検察官を提訴権者に入れるのは、難しくないですかということです。

(●●) その限りですよ。検察官が動かないというだけで、親子関係の設定は別に考えられます。

(座長) 親子関係の設定についてはこのルールでいいのではないかと思います。

(●●) 説明すらいけませんか。

(座長) いいですけども、その説明をそれほど表に立てる必要があるのだろうかという気はします。

(●●) 最高裁の判例も、死後生殖のときには、こういう形で子をつくるべきではないという非常に否定的なニュアンスで、一刻も早く立法で禁止すべきである、従って認めないということでした。代理懐胎のときはもう少し緩やかな表現です。しかし、消極的評価が入ってはいますよね。

(座長) それはそうだと思いますが、それを提案するときに、どこまで主要な理由として立てるかということだと思います。個人的な意見と、案を取りまとめるときには、そこ

に差があります。現行法の下で考えると、特別養子について、日本法はそれを否定していない状況であるときに、実質的にはネガティブな評価がされているとは思いますが、それがどれぐらいネガティブな評価なのかについて、あまり強い態度を示す必要はないのではないかという気がします。

(●●) 第1の2の母子関係を否定することができる者の範囲や期間について、結論としては、権利濫用等の一般法に委ねることだと思います。説明の問題かもしれませんが、資料の2ページ、3ページに書かれていることは、父子関係の場合との対比に関わりますよね。ここの趣旨は私の考えていることと同じだと思いますが、念のための確認すると、例えば出産した女性が子の母であるという規律が前提となっていたときに、ここで母子関係を争うというのは、その人が出産したのかどうかを争うということです。父子関係の場合には、これと対比されるべきものは嫡出否認の局面ではなく、むしろ嫡出推定が働かないという主張をする場合だと思います。例えば婚姻中に妻が分娩した子は、その夫の子である、あるいは推定するというときに、婚姻中に分娩したのではなく婚姻成立前に生まれていたという主張をする場合は、そもそも推定原因がないというか、子とすることであれば、その要件がないことを主張する話なので、これは嫡出否認の訴えの期間制限等にはかからないということになるはず。もしそちらに期間制限等がかからないのであれば、母子関係についてもかからないというのが整合的だと思います。しかし、一般条項として権利濫用というのは双方についてあり得るのだらうと思います。

ここで提案されている規律は、全体として整合性のある規律であり、むしろ嫡出否認とそろえてしまうと説明が難しくなる気がします。

(法務省) 同じ趣旨で書いたつもりです。

(座長) それでは、4ページの精子提供者の法的地位の議論に移りたいと思います。

(●●) 一つ質問です。アンケート調査結果報告書についてですが、AIDの登録施設は5件しかないのですか。

(法務省) 登録自体は14施設ありますが、回答があった施設の中では5施設でした。その5施設の中でも、現在実施しているところと、過去に実施していて今は実施していないところがあります。

(●●) 私はAIDは当然に許容される施術だという前提でずっと議論していたのですが、産科婦人科学会の登録施設の中でも否定的な意見を述べられているところも結構あるのです。アンケート結果報告書の6ページ、7ページで、「そもそも第三者提供精子は使いたくない」「AIDも含めて全て反対」という指摘もあり、どうくみ取ればいいのか若干悩みます。ルールとしては許容されているけれども、個別の医療機関のやり方として実施していないという形で理解すればいいのでしょうか。

(法務省) 学会としては許容する旨の会告はあるのですが、このアンケートの自由記載欄は、個別の施設あるいは医師の意見としてこういう意見があるということかと思えます。

(●●) ということは、先ほどの代理懐胎と同じで、ルールとして許容されていることを踏まえて議論しても構わないというスタンスですね。

(座長) ルールとして会告レベルでは許容されていますが、実態はこうであることを踏まえてということだと思います。

●●委員は、これについて何かご感想はありますか。

(●●) 意外と出自を知る権利を求めている声が多いと思いました。むしろ、それを求めるとやりにくくなるというのが医者の方の意見かと思っていましたが、そうではなく、「早くそれをつくろべきだ」という声の方が割と多いと思いました。

生殖補助医療に対する精子提供者の法的地位の整備について、今日ご提案された制度設計は、父親が固まったときはドナーは責任を負わなくていいけれども、父親が固まらないときはドナーが責任を負う場合があり得るという考え方だと思います。私も以前、中間試案のときと違って行為規制がない中で父親が決まらないのは困るのではないかという発言をしたので、もしかしたらそれを踏まえて考えくださったのかと思います。ただ、精子提供者の側からすると、自分が精子提供をした後で、提供を受けた親の側で同意がどうだったか、嫡出否認がどうだったかという影響が自分に及ぶのは予想外なのではないかという印象を持ちました。ドナーとしては、自分がやれることは全部やったのだというスタンスだと思うので、後になって急に責任を問われるような形はどうなのかと思いました。

(法務省) 資料の作り方が悪かったかもしれません。われわれが考えていたのは、提供時点で自分が認知される可能性があるのかどうか分かっていないと怖くて提供できないと思うので、法律上の父が確保されている場合、6ページの(注2)(注3)に書いているように、AIDの実施者夫婦の側である程度手堅い手続を踏んでもらい、それに対して精子提供した者は、認知の制限を受けることができるとする規律が考えられるのではないかとこの提案です。

(座長) 要するに、最初のところは民法のルールとして、いわば裁判規範として書いてあるので、委員がおっしゃったように事後的に予想外の結果が起きることがありますが、行為規範としても機能するように一定の仕掛けをつくり、そういう弊害を回避しようという提案の部分が(注2)と(注3)で最後に出てくるので、少し分かりにくいというご指摘だと思います。

(●●) しかし、精子を提供する際に、ドナーが「こういう手続をした夫婦にしか自分の精子を使わないでくれ」ということを言え、それが確実に守られなければ、●●委員のご懸念は残りますよね。

(法務省) 典型的に想定していたのは、例えばこの病院ではそういった夫婦にしか提供しませんという病院があれば、そこに提供するという利用の仕方です。ただ、それが制度的に保証されているわけではないので、実は違うところで使われていたというケースは起こり得ると思います。その限界があることは認識しています。

(●●) 起こった後はどうなるのですか。みんなが聞きたいのはそこだと思います。

(法務省) ドナーの地位を守ろうとすればするほど、事案によっては父が確保されず、子の利益が害されていくと思うので、どういう形で使われてもドナーに対する強制認知ができないこととすることと、生殖補助医療に同意していなかったなどの理由で父のいない子が生まれてしまうこと等のバランスをどこで取るかだと思います。

(●●) ドナーにしてみると、最後の最後、凍結精子がどのように使われるかということまでは分からないですね。たまたま信頼できる病院でうまくいけばこういう問題には巻き込まれず、たまたま医者がいい加減だったら巻き込まれるというのは、どうなのかという感じがします。子の地位を守るというのはおっしゃるとおりですが、子の地位とのバランスがドナーの法的地位で解決される問題なのかというのは少し気になります。

(座長) このルールが示されると、合理的なドナーは、やめようと思いますね。

(●●) この状況なら AID でドナーになるのはやめた方がいいと、私でも相談されたら助言すると思います。

(座長) 確実に大丈夫だというときだけやってくださいというメッセージですよ。現在はどのようなのでしょうか。

(●●) 現行法の下だと、ドナーであることが分かったら、認知を求められる可能性はあるのではないのでしょうか。

(座長) ある意味では、現行法はこれなのかもしれませんね。

(●●) 現行法は恐らく、慶應義塾大学病院などもそうですが、ドナーを匿名にすることで、ずっとその状況を守ってきたのだと思います。

ドナーが認知の請求を受けないとか、認知しないというのは、772 条を使えば夫に嫡出推定が働いて、夫という父親がいるからその対象にならないのだという説明と、もっと実質的には、ドナーは父になる立場では全くなく、ある意味、臓器提供と同じような状況でドナーとなったにすぎないのだから父子関係は認められないのだという説明の 2 通りあって、後者だとすると、たまたまいい加減な医者がいい加減な形で AID を実施したとしても、ドナーは父にならないというのは説明できる気がします。父がない子が生まれるというのはそうですが、それは夫の死後、凍結精子を使った場合と同じという感じがします。最後

の例がいいかどうかは分かりませんが。

772条との関係だけでドナーは守らないのだと言うと、772条がうまく働かない場合には父がない子が出てきてしまうという説明もあるとは思いますが、その説明だけによらない方がいいのではないかということです。

(座長) 委員がおっしゃったように、全く依頼者と関係がなく、精子が提供されただけで、完全にリモートな状態がつくられているということであれば比較的説明しやすいのですが、かなり関係があるという場合にはその説明が成り立ちにくくなってしまうのですね。ところが、アンケート調査結果を見ると、匿名性は守られているようです。

(●●) それで先ほど実施機関のことをお聞きしようと思ったのですが、有名なところなら諏訪マタニティクリニックなど、積極的に親族間のものを使っている幾つかの医療機関は、この統計の対象に入っていないのでしょうか。確か諏訪マタニティクリニックの医師は産科婦人科学会を既に退会しているので、調べようがないとは思いますが。

(●●) アンケート結果報告書の6ページには「夫の父の精子を使ったことがある」という例もあります。

(●●) ただ、それはアンケートの件数には反映されておらず、個別回答だけです。その回答のはじめには「原則行っていない」とあります。

(●●) 親族間の身分上の葛藤が生じるケースで、前の法制審の中でも避けるべき事案と言われていたタイプのものですよ。

(●●) この回答では「将来発生するであろうトラブルが極力少ないケースと思われた」と書かれていますが、どういう根拠でそう考えるのでしょうか。

(●●) 一度、AIDの話私法学会のワークショップでしたときに、この活動を積極的にやっている弁護士が来られて、「他人ならお金の問題も発生するが、身内ならそういうトラブルは発生しない」と盛んに発言されていて、それはおかしいのではないかという話をしたのですが、そういう見方からすると、トラブルは発生しないということなのかもしれません。

(●●) このトラブルは、親子関係のトラブルというよりは、遺伝子が似ているので、医学上、親子でないというデータが出にくいという意味なのかとも思いました。顔も免疫系などのタイプも似ているので、全然違うところからもらった精子ではないという疑いが生じない、隠し切れるということなのかとも思いました。

(●●) 子には隠し切れても、身内では隠し切れません。一番身近な人たちはみんな誰が父親か知っているわけですから。

(座長) 相続争いが生じますね。

(●●) そう思います。取りあえずは良くて、後々、結構大変なのではないかと思えます。

(座長) 委員の先ほどの話は、近親者の場合にも、精子提供者への認知請求は認めないという理屈は貫徹できるということですか。

(●●) よく分からなくなってきました。先ほど言ったのは、臓器移植と同じように間にコーディネーターが入り、自分の臓器がどこに行くのか分からず、個別の患者との直接の関係が成り立たないところでドナーの法的地位が決まるというイメージの説明でした。しかし、自分の提供したものがここに来ることが分かっているときに、ドナーだから無関係だと言えるかという、無関係ではないような気もしてきます。そういうケースだと先ほどの説明は成り立たない気がします。

このときに認知を求めたらどうなるのでしょうか。772条の嫡出推定が働く場合、子からの否認を認めない、あるいは成年に達してからも認めなければ、もうどうしようもないということなののでしょうか。この子の形の上では祖父に当たる人が子を認知したいと言いだした場合も、嫡出推定が及んでいるなら、否認権者に当たらないということで排除されるので、結局同じですかね。

(●●) 合理的なドナーであれば、このルールであれば、なかなかドナー提供はしないと思います。その上でこのルールを維持しないと、ドナーの提供をより活発にするために親子関係ルールを修正するという見方になってしまう可能性もあると思いますが、そういった見方を持ち出すことがいいのかどうかは若干戸惑いがあります。ドナーが集まりにくくなってしまいうルールをつくるのが望ましくないということ、どこまで前端的に、このルールを否定する根拠として出しているのか。実際にこのルールをそのまま使い、ドナーが集まらず、AIDがうまくいかないというのは、親子法制からすれば、それはそれで一つのあるべき行為規制の影響だとして、それで終わりという見方もできると思いますが、行為規制の観点を踏まえ、AIDという施術が一定程度活用されるのが望ましいと考えるのであれば、このルールは変えるべきとも考えられますので、私も悩んでいます。

(座長) 先ほど現行法はどうなるのかという話をしましたが、現行法でも嫡出推定が崩れないという前提であれば、結果としては同じことになりますよね。精子提供者の地位について明らかにした方がいいだろうということで本資料は書かれていますが、明らかにすることによって、危ない場合を明示していることになりはしないかということですね。

(●●) そうです。その前提として、この規定だけを読むと、認知するためには、精子提供者がどういう人であるかが明らかになることが前提になっていますよね。それを自己の出自を知る権利との関係でどのように理解するか、つまりドナーがどういう人であるか

を知るという事柄は一般的に認められている上でこの規定を使うと理解するのか、認知請求するための匿名性が破られるのか、どちらの理解ですか。

(●●) 両方ともあるのではないですか。現行法では匿名性の部分については厳格には決まっていないので、医療機関によって「そういうことも当院は全部オープンにします」と言ったらそれだけの話ですし、一方で、「匿名だ」と言っている、認知のために必要であるとして証拠開示を求められた場合には開示しなければいけないというルールが設けられるのであれば、その場面においては開示しなければいけないということが出てきますし、それでも開示する必要はないのだと言えばそれだけで終わる話です。この話は情報の開示については何も言っていないのですよね。

(●●) 自分がどういうドナーであるかが常に明らかにされるという前提で、かつ、こういった責任を負わされる場合があるということ想定して議論するのと、認知請求に限って自分がどういうドナーであるかが明らかにされる場合とでは、ドナーが置かれている局面は若干違うのではないのでしょうか。自分がどういうドナーであったかということが常に知られるけれども責任を負わないし、負うときもあるということになるのか、責任を負うときだけドナーとして明かされるのかという点で、また違うのかと思ったのですが、あまり変わりませんか。

(●●) どちらにしろ、そのリスクがあったらドナーにならないのではないですか。

(●●) そうですね。

(●●) 私は当初、本資料を読んだときに、勘違いをしていたらしいのです。どのように勘違いしたかという、5ページの補足説明3の「嫡出推定が及んでいる場合には、母の夫が子の父として確保されていることから、このような場合に限定して手当てをすることも考えられるという指摘があった」というところで、このような場合は手当てが不要なのに、なぜ手当てをするのだろうと思ったのです。母の夫が子の父として確保されて1年経ってしまい、嫡出推定が確定していて、推定の及ぶ子だったときにはもう確保されているので、手当ては不要だと考えて、しかし、その後には手当てが必要だという文脈になっていて、とっさには頭が付いていかなかったのですが、これは今度の改正で嫡出否認の訴えの提訴権者が子や真実の父などと増えるので、それについて加えて手当てをしないといけないという意味だと思ったのです。しかし、話を伺っていると、それは誤読であったということですよ。

(座長) つまり、嫡出否認と表裏一体の関係になっているのかという話ですね。

(●●) はい。

(座長) 私は表裏一体だと思っていましたが、違うのですか。

(法務省) 元々、行為規制ルールがあれば、もう少し広い形で一般的にドナーに対する認知制限が組めるのではないかということを検討した中で、行為規制ルールが全体ではできないときに、どこまでならこの機会にルールを明確にできるかということで、嫡出推定が及んでいて父が確保されている場面であれば、母の夫という形でその子の父が確保されているので、実体的な判断としても、こういう場面であればドナーの認知制限の規定をこの限度で入れても大丈夫ではないかという趣旨のつもりでした。

(●●) その場合なら、嫡出推定が及んでいるので、認知制限を置かなくても認知できませんよね。

(●●) 置かなくても大丈夫なはずですよ。嫡出推定が及んでいる子に強制認知や任意認知などはできないはずですよ。

(●●) 嫡出否認権者を広げて子が否認できるようになった場合に、子が否認をすると同時にドナーを探し出して認知請求することを防ぐという議論ではなかったですか。

(法務省) それの一つと、あとは、生殖補助医療の同意をどこまで取るか、生殖補助医療の同意をしてしまったときにどこまでのものを受け止めなければいけないかということだと思います。

(●●) どちらにしろ、否認されたということで、772条の効力が否定された場面で、認知するか、しないかという話の問題になるわけですよ。772条が及んでいて、なおかつ否認もされていなければ、そもそも「認知できない」などと書かなくても、嫡出子なのだから認知できないと思います。

(●●) そう思ったので、●●委員がおっしゃったように否認権者が思いがけずいろいろ広がるので、それを防ぐ趣旨かと思って本資料を読んだのですが、ご説明を聞いているうちに、どうもその理解が違っているような気がしてきたのです。

(●●) 子に否認権を認めた場合、子が成年に達した後に、自分がAIDによって生まれた子であったと知って、父子関係を自ら否定し、かつ出自を知る権利でドナーを見つけ出し、その人に認知請求してくる可能性がありますよね。生殖補助医療を利用したときに子に否認権を認めるかという問題は残っていると思いますが。

(座長) そこを認めれば、嫡出推定が及んでいることだけで排除されているところにプラスして、嫡出推定が及んでいるけれども否認の訴えによって覆る場合について、実益が残るという話ですかね。

(●●) ご説明を伺っていると、少し違うような気がします。

(座長) ただ、今のところは残っているのでしょうか。

(●●) 今のところはどうなるのですか。生殖補助医療に夫の同意があり、完全に要件を満たしているけれども、仮に子が18歳になってからも否認権を行使できるという前提だと、AIDだったから否認できるということになるのですか。

(●●) そこは議論が固まっていないと思います。

(座長) 難しいですね。今の場合に否認できる制度を組んだとして、その場合に認知はできないとすると、父はいなくなるので、説明の中にある「父を確保する」という観点とは緊張関係を持つのですが、子が父は要らないと言うこともあり得ます。

(●●) 18歳になってから否認するのなら、もういいではないかという感じもします。ですから、生まれたばかりの子について親が要るかどうかという話とは少し違うと思います。

(座長) 考え方はいろいろあり得ると思いますが、今のケースはどういう前提で考えられたのですか。

(●●) 完全な同意を与えているなら夫に否認権はないですよ。

(座長) そうです。子の側の否認権が仮に認められたとして、それはスタートのところでは嫡出推定の制度の中にあり、制度に従って子は否認したということですかね。しかし、それを認めるかどうか自体は、少し疑問です。

(●●) 夫の合意の位置付けの問題になるのかと思います。夫の同意が単に夫の否認権を封じるためのものであれば、同意があった以上、もうそういうことを言っては駄目だというだけの話ですし、夫の同意が、772条とセットになって、嫡出子という形での父子関係の認定を支えている仕組みなのだとすると、誰であろうとそれに対しては争えないという組み方もあるのだと思います。ただ、そのときにも、本当は親が勝手にやったことで、子が巻き込まれてという議論は出てくるだろうと思います。

(●●) 私は当初、嫡出推定が及んでいて父が確保されている場合にはむしろルールは不要で、それが崩れたときにドナーが責任を問われないような条文が必要ではないかと考えたのです。ですから、この書きぶりがよく分かりませんでした。私のような現行法の頭ではなく、これから変わることを想定して、こういう書きぶりにされたのかと思ったのですが、父が確保されていない場合でもドナーは守られる必要があるのではないかと思います。よく分からなくなりました。

(座長) 多分、行為規制のルールが完備されない以上、当然に認知が封ぜられるとは言えないところからスタートしていて、では認知が封ぜられると言っていい場合はどういう場合かと考えたのですよね。

(法務省) ドナーの側から認知ができるかという場面と、ドナーに対して認知を求められるかという場面を、われわれの方で少し混同してしまっていたかもしれません。例えば血縁上の父に否認権者を広げるのだとすると、ドナーの側からの嫡出否認の訴えがあり得るわけで、そこが資料を作成するときに、ドナーの側からの認知を防ぐということと、ドナーに対する認知を防ぐということとを混ぜて書いた形になってしまいました。

(●●) 「ドナーに対する認知を防ぐ」の中で、ここで主に問題として提起されているのは、夫が同意しておらず、夫自身が嫡出否認した場合ということでしょうか。

(法務省) はい。

(●●) 夫が同意しておらず、夫自身が嫡出否認をして、それが認められると、夫が法律上の父親でない状態になるので、子の側から認知の訴えを提起することを駄目だとまでは言えないということですね。

(●●) 本資料を読んでいると、むしろそれはあり得るし、認めてあげてもいいというふうに読めます。制限するのは法律上の父が確保されている場合で、確保されていないときは、子の利益に著しく反するとまで書かれているわけですから、そうであれば認知を認めろという議論になって、ドナーを守るという話は出てこない気がします。

ただ、私が本資料を見てよく分からないのは、法律上の父が確保されているなら、子からの否認の話などを抜きにすれば、普通は認知の話は出てこないもので、それだけで終わるだろうということです。もしこの仕組みをするのだとすると、むしろ同意要件などを変えていて嫡出推定が働かない場面においてもドナーを守るかどうかという話が、本当は一番議論されなければいけない問題なのではないでしょうか。そのときには、先ほど委員がおっしゃったように、子の利益を守る話と、AID という仕組みを守るという、本来全く価値の軸が違うものを比べた議論をせざるを得ないのではないかと思います。

(座長) ドナーを一般的に守るのは難しいのではないかとということからスタートしていると思いますが、他方で、守られる場合を明示するということは、それ以外は守られないということをはっきりさせることになって、際立つ感じがしますね。

(●●) 私は、ドナーを一般的に守ってもよいのではないかと思います。産科婦人科学会のアンケート結果を見ると、一応、会告等では婚姻している夫婦でないと施術が利用できないことになっていますが、婚姻の確認などがかなり緩やかな施設もありそうです。そうすると、場合によっては未婚の女性が「結婚しています」と言って、父になり得る人がいない場合にも、AID が利用されることがあり得るかもしれません。そのような場合に、

きちんとした病院に精子を提供しなかったあなたの自己管理の問題だと言って、ドナーが父子関係の成立の可能性があるという法的責任を負うというのは、行き過ぎではないかと思えます。ドナーと子の間に父子関係は成立しないということでもいいと思えますし、先ほど議論になっていた近親者から精子を提供してもらう場合については、父子関係が成立しないリスクを知った上でやってくださいというのも一つの在り方ではないかと思えます。ドナーが守られる場合と守られない場合をつくることには非常に違和感があります。

(法務省) われわれは現行法から出発して考えています。現行法だと、その場合にはドナーは当然に認知を求められるのではないかと思っており、それを一律で封じるところまで一気に飛び越えていくのかというところで、できるのはここまでではないかと思ってお本資料を書きました。

(●●) 私も●●委員と似た違和感を持っています。確かに現行法で行けば行けるかもしれませんが、それは、今までドナーの匿名性を守るという形で問題が顕在化せず、ドナーについて情報を開示せよという命令も認められないという形で来たからだと思えます。出自を知る権利などの話が出てきている中では、それが維持されないときにどう考えるのかという形で問題を考えればよいと思えます。法律上の父が確保されている場合には認知の話が出てこないのは当たり前で、当たり前のことを確認してそれ以外の場合には認知の可能性はあるというのは、ある種、ものすごく純粋な血縁主義を貫くことになります。要するに、ドナーで精子を提供しているだけであり、自分の体の一部を提供しているにすぎないのに、それが皮膚の一部や臓器の一部ではなく精子で、DNAが残ってしまう場合には認知の対象になるというのは、純粋に血縁主義だけで父子関係を定めることになるわけです。

先ほどのお話は、現行法もそうなっているのだということなのかもしれませんが、現行法ではその問題が匿名性によって顕在化してこなかっただけで、次のステップを考えるとときには、本当にそれが父子関係を支える事情になるのかどうかはもう少し自由に考えてもいいのではないかと思います。おっしゃることは、ある意味、すごく狭い感じがします。逆に言うと、このままなら規律を設ける必要はないのです。法律上の父が確保されている場合には認知が認められないというのは、現行法でもおかしいですね。嫡出でない子は認知することができるようになっていて、後ろの方に法律上の父がいる子については認知できないと書かなくても、現行法でもそうなっているのではないかと思います。

(座長) 結論はそうなのだと思います。ただ、それは嫡出推定および否認の制度があるので親子関係が認められないということになっていますが、気持ちとしては、そもそもスタートのところから、そこにはおよそ認知が認められるような父子関係はあり得ないということを示せるのではないかということですね。

(法務省) そうです。それと、今回の改正でどこまで広がるかによりますが、その広がった部分についての手当てということなのだろうと思えます。

(●●) もう一つ聞きたいのですが、確かに同意していなかったら夫が父にならないというのは、この仕組みから言えばあると思いますが、純粹にドナーとして精子を提供した人だけが、その後の手続がどこかで間違っていたから父になるのはなぜでしょうか。血縁があるからですか。そこでも純粹な血縁主義が採られているのが気持ち悪いです。

(●●) 夫が同意していない場合には、嫡出否認の訴えを提起するという仕組みになるのですか。先ほど●●委員が「推定が及んでない」とおっしゃっていたので。

(●●) そうでしたか。嫡出否認です。

(●●) では、その否認要件一般にかかるということですか。自然懐胎の場合と同じように、同意をしていないことも要件で争われるのですか。

(座長) 認知の問題ではなく、嫡出推定の方の問題をおっしゃっているのですね。

(●●) そうです。今の整理だと、取りあえず嫡出推定によって母親の夫が子の父親になるけれども、自分は同意をしていなかったの、同意をしていなかったということを嫡出否認の訴えを使って争うという仕組みになるのですか。

(法務省) 実質的にはそうで、立証責任にはいろいろな段階があります。

(●●) 分かりました。

(●●) 割り切った考え方としては、血縁上の父ではないということで嫡出否認の訴えが提起された場合、子などそれを争う側は、同意があったではないかということで、その出生が生殖補助医療に基づくものであり、かつ同意があったということを主張・立証すれば否認は免れるけれども、同意が立証できないと否認が認められてしまうというのが一つの考え方で、それでは不当だから逆に展開すべきだという議論もあり得るという話ですよ。

(座長) 先ほど●●委員は、父がいなくなっても仕方がないとおっしゃいましたが。

(●●) 私は、嫡出推定の場面では、できるだけ父がいなくていい方がよいという発言をしていたと思います。ただ、AIDの場合は同じではない気がするのです。つまり、ドナーが法律上の父になって何の意味があるのだろうかという問題意識があるのです。子からすると、ドナーと父子関係が認められると、その人の財産を相続できるなどの意味があるのかもしれませんが、たまたま精子を提供した人を頑張って見つけ出して、その人を法律上の父にして、誰が幸せになるのか、そこで成立する父子関係とは何なのだろうかと思うのです。AIDのドナーと子の中に成立する可能性を検討している法律上の「父子関係」の「父」と、本体の嫡出推定のところで「父の確保」と言っている「父」は、法律上は同

じ「父」であるとしても、本質的なところで意味が違うのではないかという気がしています。

(座長) その線引きで、例えば自然生殖で1回限りの関係でも認知が認められるのはなぜかという、やはり自然生殖だからですね。

(●●) そうだと思います。

(座長) 自然生殖の類推が及ばないものを別に扱うということなのだと思います。ですから、生殖補助医療で性関係はないけれども、一定の関係があるような人たちについては、やはり認知を認めるという可能性はあるのかもしれませんが、先ほどの近親者の場合はどうかというのはそのあたりにかかわってくるので、そこをどのように処理するかという問題はあると思いますが、完全に切り離されていれば、それはそれでよい。

反対に、精子提供者が父になるとすると、それは意思に基づいて提供しているからですか。

(●●) 提供しているからではなく、血縁ではないですか。

(座長) そうすると、勝手に精子を採取されてしまって子ができた場合にも同じという発想ですか。

(●●) そうだと思います。この間の奈良の事件で、夫は同意していなかったのに凍結精子を勝手に使われてしまったというケースがありました。あれは772条の嫡出推定が及ぶ場面だったと思いますが、同じようなケースが出てきたら、血縁関係があつて他に誰もいないならあなたが父親でしょうという理屈になるのではないのでしょうか。

それが自然生殖の1回限りの関係の延長として考えることができるかという、違うのではないかというのが、やはり気持ち悪いところです。精子提供者の意思というのは、あくまでドナーとして自分の体の一部が使われることについて同意したのであり、先々の関係によって、法律上の父親が確保されている場合は他人で、そうではない場合は父親になるなどという話は含まれていないだろうと思います。

(座長) これを立法すると含まれてしまうのですよね。

(●●) 含まれると思います。非常にリスクのある関係について、「あなたは同意しているでしょう」ということになってしまうので、「そんなことに同意するのはやめておけ」という話になると思います。

(●●) そうなると、仮に近親者の場合に、精子提供者の側から認知することもできないということですね。

(●●) 近親者というか、例えばドナーを夫と妻が連れてきたというケースだと、自然生殖に近いイメージが私の中にはあります。夫の精子は使えないけれども、この人の精子を使ってくださいということであれば、認知できてもいい気はします。

(座長) これは精子提供者の概念に当てはまらないと言って外すのでしょうか。

(●●) ドナーではないのではないかという感じがします。

(●●) 自分の精液によってこの女性が妊娠するかもしれないという場合は、いつか問われるかもしれませんが、どの女性か何も分からず、ただ提供しただけという場合には、守られていいのではないのでしょうか。

(●●) その部分は臓器提供と同じような気がします。

(座長) 本資料に書かれている方向で立法すると、ドナーの責任が重いので、ドナーになる人は合理的には減るはずですが、逆に、今、多くの委員がおっしゃっているように、行為規制のルールが明確化しない状況で認知請求を受けないということを明文化することは、生殖補助医療の現状に対してどういう影響を持つのでしょうか。現行法は、特定できれば認知請求が認められる可能性があります、それを認めないことを明確化することになるわけで、それはある意味では精子提供を促進することになるようにも思います。

(●●) AID という生殖補助医療を制度的に支える仕組みだという説明になるのではないのでしょうか。

(座長) そうすると、会告のルールでは夫婦間であることとなっているけれども、そうではない場合にも責任を負わないということになって、現在の会告よりも広い範囲のものが正当化される方向に力が働くのでしょうか。それでいいのでしょうか。

(●●) 要するに、同意しておきながら1年間は夫が嫡出否認できるというのが現行法の穴ですよね。

(●●) 嫡出否認できるとすれば、そうですね。

(●●) ●●委員が以前「そういう例がある」とおっしゃったので。そこだけ防いでおけば現行法のままということですか。

(●●) 座長がおっしゃったのは、単身の女性がAIDのような措置を使う場合に、ここでは行為規制ルールについて何も触れずに、ドナーは責任を負わないということだけをサポートするのであれば、安心して使えるという形で働く可能性があるのではないかということです。

(●●) そうすると、現行法の1年間の穴だけふさいでおけば現状と同じということですか。

(座長) 現状と同じというか、1年間の穴が解釈上ふさがれているかどうかは不明確なので、そこをふさぐと後の状況はどうなるか分からないけれども、何もしなければ現状と同じです。

(●●) 積極的に勧めたい施術ではないことは確かですよ。

(座長) そのあたり、何かをやることによって、どちらかに影響を及ぼすことになるのではないかと思います。この案で立法すれば、やめろということになるし、広く認知を認めないということになると、やれという方向になる気がします。

(●●) 婚姻した夫婦の場合にという限定をしてしまうと、先ほどから出ている、当然そのつもりで精子提供したのに実は違う形で使われたという問題が起きるので、やはり制限は付けられません。

(●●) 配偶者間で行われているかどうかは、一般的な人工授精などは確認がアバウトであることがアンケート結果報告書の2ページの(1)で書かれていますが、第三者提供精子による生殖補助医療の場合は比較的厳格なイメージがあります。ただ、5件しかないので何とも言えません。

(●●) 法制審のときに慶應義塾大学の吉村先生が、「慶應では当然夫婦であることを前提として、対面で意思を確認している。しかし、連れてきた男性が本当に夫かどうかはどうやって証明するのか。確認のしようがない」とおっしゃっていました。ですから、医療機関としては確認しているかもしれませんが、実際には完全に防ぐことはできないのではないかと思います。戸籍を提出しても、来ている人が夫かどうかは分かりません。

(座長) 悩ましい問題がありますね。なかなか救うのは難しそうです。

(●●) 2003年のときのAIDの議論から、パートナー関係についての捉え方がこの16年で随分変わってきているので、あの時点の法律上の夫婦に限定という考え方から、もう少し緩やかに認めるという考え方は出てくる可能性があります。法律はともかく、現にそのように捉える医療機関が出てきたら、法律上の夫婦という要件は、事実上の夫婦など、いろいろな形で緩められる可能性があるのも、その部分をコントロールすることは難しい印象があります。

(座長) なかなか難しいということは分かりましたが、この点についてはこれぐらいにさせていただきます。今回は最終回ということで、事前に報告書案を送付し、それについ

てご意見を頂き、報告書の取りまとめをしたいと考えています。よろしくお願ひします。
それでは今日はここまでとさせていただきます。ありがとうございました。