

# 凍結精子を用いた死後懐胎子による認知請求

栗原由紀子\*

Filiation of Posthumously Conceived Children with Frozen Sperm

Yukiko Kuribara

血縁上の父の死後、その凍結精子を用いて懐胎・出生した子と亡父との親子関係は成立するのであろうか。現行民法は「婚姻中に懐胎」した子でなければ嫡出推定制度は適用されない（民法722条）、死後懐胎子と亡父の親子関係を設定する制度としては強制認知のみが考えられる（民法787条）。この問題をめぐっては、学説においても賛否両論あり、最高裁の判断が待たれていたところ、最高裁平成18年9月4日判決において、現行民法の想定していない死後懐胎によっては法律上の親子関係は生じないとして、死後懐胎子からの認知請求は認められなかった。本稿では、死後懐胎行為そのものが様々な問題を内包するものであり、その問題を解決する方策もない段階では、我が国でこの技術の行使を認めるべきではないということ、それゆえ、死後懐胎子の認知を認めては、死後生殖を助長することにもなるのでこれも否定するべきであると主張する。

キーワード 生殖補助医療 凍結精子 死後懐胎子 強制認知

## 一、はじめに

生殖補助医療の急速な発展により、これらの技術を用いて誕生した子の法律上の親子関係形成をめぐっては、第三者から提供を受けた精子を用いる非配偶者間人工授精（AID）により出生した子の父子関係<sup>1</sup>や、代理出産により生まれた子の母子関係<sup>2</sup>など、昨今、様々な問題が生じている。しかしながら、我が国では生殖補助医療に関する法的規制はいまだ十分に整備されておらず、日本産婦人科学会の会告等の医師側の自主規制があるにとどまる。現行民法も自然生殖を前提に規定されているので、生殖補助医療により生じた実親子問題への法的解決には困難が生じている。

こうした情勢の中、夫の死後に凍結精子を用いた体外受精により懐胎・出生した子、いわゆる死後懐胎子とその亡父との親子関係をどう考えるべきかが問題となった。つまり、その凍結精子提供者は死後懐胎子の法律上の父と定め得るかという問題である。2003年7月の法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会による「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」では、この問題については、死後生殖補助医療をいかに規制するかという医療法制的あり方を踏まえ、子の福祉や父母の医師への配慮といった観点から慎重な検討が必要となるどころ、医療法制的考え方が不明確なまま親子法制独自の規律を定めるのは適当ではないとして、さらなる検討は行わないことになっていた<sup>3</sup>。

一方、裁判所は、死後懐胎子の嫡出子出生届については不受理処分を相当としていた<sup>4</sup>。そ

---

\*総合人間科学部 現代社会学科

ここで、当該死後懐胎子から民法787条により認知の訴えが提起され、その認知請求の可否が最高裁まで争われた。この事件では、第一審（松山地裁平成15年11月12日判決）が認知請求を退けたのに対し、高裁判決（高松高裁平成16年7月16日判決）では死後懐胎子の認知請求を認めたためその動向が注目されていた。

わが国民法では、子の嫡出性を推定して父と子の間に父子関係を形成するにあたっては、民法772条が規定されている。すなわち、民法772条1項では「妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定する」、2項では「婚姻成立の日から200日後又は婚姻解消若しくは取消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する」と規定される。しかしながら、死後懐胎子は、民法772条を適用して嫡出推定を受けることができない。なぜなら、夫の死亡により当該夫婦の婚姻は解消されているため、夫死亡後に凍結精子を用いた生殖補助医療が行われて出生した子は、1項で規定する「妻が婚姻中に懐胎した」とはいえないからである。加えて、上記事件は、夫死亡による婚姻解消から300日経過後の出生であったので、2項の適用もされることはないのである。

したがって、本件の場合に死後懐胎子が亡父との間に親子関係を形成するためには、民法787条の認知の訴えによるしかない。けれども、最高裁（最高裁第二小法廷平成18年9月4日判決 民集60巻7号2563頁）は、「現行法制度が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」との理由で、凍結精子を用いた死後懐胎子によるこのような死後認知請求を否定し、亡父と死後懐胎子との親子関係を認めなかったのである。本判決は、このような死後懐胎子による認知請求に関する初めての最高裁判決であり、その後、死後懐胎子からの認知請求事件では、いずれもこの最高裁判決の判例理論を踏襲して認知請求が棄却されている<sup>5</sup>。

そこで、本稿では、この最高裁判決の判例理論の分析と、死後懐胎子の親子関係に関する学説を整理・分析した上で、凍結精子を用いた死後懐胎子の法的地位をいかに解釈すべきか検討を試みる。

## 二、最高裁平成18年9月4日判決

### 1、事案の概要

(1) AとBは、平成9年に婚姻し不妊治療を受けていた夫婦である。婚姻前から慢性骨髄性白血病だったBは、婚姻の半年後に骨髄移植手術を受けることになった。しかし、手術に伴い大量の放射線照射を受けることにより無精子症になることを危惧したBは、平成10年6月、Bの精子を甲病院に冷凍保存した。Bは、手術を受ける前から、Aに対し、Bが死亡した場合でもAが再婚しないのであれば、Bの子を産んでほしいという話をし、また、手術後、Bの両親等に対しても、Aに冷凍保存した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。その後、Bの手術は成功し職場復帰したので、AB夫婦は、平成11年5月ごろから不妊治療を再開することとした。

平成11年8月末には、乙病院において冷凍保存した精子を用いて体外受精をすることも決まったが、その実施前、同年9月にBは死亡した。Aは、Bの死亡後の平成12年頃にBの両親と相談の上、冷凍保存していた精子を甲病院から受領し、Bがすでに死亡していることを秘匿して乙病院で体外受精を受け、これにより懐胎したXを、平成13年5月、B死亡後の599日目に出生した。

Aは、A B間の嫡出子としてXの出生を届けようとしたが市町村役場では受理されなかった。そのため、Aは家庭裁判所に不受理処分に対する不服申し立てをしたところ、その申し立ては却下され、その即時抗告、さらに特別抗告も棄却された。

そこで、Xは、Y（検察官）を相手方とし、XがBの子であることについての認知請求訴訟を提起した。

(2) 原々審（松山地判平成15年11月12日）は、「精子提供者が死亡した後に、保存精子を用いて人工受精がされ、懐胎があり、子が出生したという場合には」、「…死者について性的交渉による受精はありえないから、このような人工受精の方法は、自然的な受精・懐胎という過程からの乖離が著しい。そして、そのことが原因かどうかはともかくとして、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」として、X B間に法的親子関係を認めず、Xの請求を棄却した。

(3) しかし、原審（高松高判平成16年7月16日）は以下のように述べて、原々審を取り消し、Xの請求を認容した。

まず、原審は「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、・・・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」と述べた。認知の訴えについては、「婚姻外で生まれた子を父（又は母。ただし、原則として分娩の事実によって法的親子関係が発生する）が自分の子であることを任意に認めて届出をしない場合、自然血縁的な親子関係そのものの客観的な認定により、法的親子関係を設定する制度である」として、子の懐胎時に父が生存していることが、認知請求を認容するための要件とすることはできないと判じた。また、死後懐胎子について認知が認められた場合、父を相続すること、および父の親族との間に親族関係が生じ、父の直系血族との間で代襲相続権が発生するという法律上の実益も認められた。

さらに、自然生殖による懐胎は夫の意思によるものと認められるところ、夫の意思にかかわらずその保存精子を用いた人工生殖により妻が懐胎し、出産した子のすべてが認知の対象となるとすると、夫の意思がまったく介在することなく、夫と法律上の親子関係が生じる可能性がある子が出生することとなり、このことは、夫に予想外の重い責任を課すこととなって相当ではないとして、人工生殖により出生した子からの認知請求を認めるためには、当該人工生殖による懐胎について夫が同意していることが必要であると解された。その上で、本件は、「Xは、Bの死亡後、Bの生前の同意の下、Bの生前に保存した本件保存精子を利用した体外受精によって懐胎したAから出生した者であることが認められる。したがって、XとBとの間に、自然血縁的な親子関係が存すること、Bが、自己の死亡後、本件保存精子を利用して、Aが懐胎し子を出産することに同意していたと認められ」、「Xの本件認知請求は、上記要件を充足しており、認容されるものと判断」された。

(4) そこで、Yが上告。

## 2、判旨

### 破棄自判（Xの控訴棄却）

「民法の実親子に関する法制は、血縁上の親子関係を基礎に置いて、嫡出子については出生

により当然に、非嫡出子については認知を要件として、その親との間に法律上の親子関係を形成するものとし、この関係にある親子について民法に定める親子、親族等の法律関係を認めるものである。

ところで、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、上記法制は、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。すなわち、死後懐胎子については、その父は懐胎前に死亡しているため、親権に関しては、父が死後懐胎子の親権者になり得る余地はなく、扶養等に関しては、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、相続に関しては、死後懐胎子は父の相続人になり得ないものである。また、代襲相続は、代襲相続人において被代襲者が相続すべきであったその者の被相続人の遺産の相続にあずかる制度であることに照らすと、代襲原因が、死亡の場合には、代襲相続人が被代襲者を相続し得る立場にある者でなければならないと解されるから、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得ないというべきである。このように、死後懐胎子と死亡した父との関係は、上記法制が定める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がないものである。そうすると、その両者の間の法律上の親子関係の形成に関する問題は、本来的には、死亡した者の保存精子を用いる人工生殖に関する生命倫理、生まれてくる子の福祉、親子関係や親族関係を形成されることになる関係者の意識、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、親子関係を認めるか否か、認めるとした場合の要件や効果を定める立法によって解決されるべき問題であるといわなければならない、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。

以上によれば、本件請求は理由がないというべきであり、これと異なる原審の上記判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、原判決は破棄を免れない。」

### 3、判決分析

原々審は、凍結精子を用いた死後懐胎子と亡父に法律上の父子関係が認められるか否かについて、立法的手当がされるまでは「社会通念」に照らして、「子の福祉」、「親族相続法との調和」、「自然生殖との類似性」および「その生殖補助医療の社会的一般的受容性」から総合的かつ個別に判断するしかないとして述べた。そして、本件のX B間の場合をこうした見地から検討した結果として、「社会通念」上、父子関係を認めなかったのである。ここで、原々審の述べた「社会通念」とは、医学会の会告の内容や立法動向に基づく死後生殖への多数の消極的見解を指しているように思われる。また、Bが生前に当該生殖に同意していたという原告側の主張については、裏付けとなる証拠がないとしてこれを認めなかった。さらに、「子の福祉」については、もはや死者である父、つまり「監護、養育、扶養を受けることが考えられない者」との間で父子関係を認めることが、「当然に、子の福祉にかなうとは言い切れない」し、「かえって子に負担をかける」場合もあるとして、法的父子関係を形成する裏付けとしての「子の福祉」も認められなかった。

しかしながら、原審は、本件が民法制定時には予想もされなかった生殖補助医療における実

親子関係の問題でありながら、原々審とは異なり、あくまでも現行法枠内における解釈に徹している。原審は、人工受精という方法による懐胎における認知請求の認められる要件として「事実上の自然血縁的な親子関係」と「事実上の父の当該懐胎についての同意の存在」という二点を提示した。これに本件事案をあてはめて認知請求の可否を判じたのである。すなわち、「XはBの生前に保存した本件保存精子を使用した体外受精によって懐胎したAから出生した」と認定し、さらにBとXには自然血縁的な親子関係が存するとした上で、「Bは自己の死後、本件保存精子を利用して、Aが懐胎し子を出産することについて同意した」ことをも認定し、要件充足につき本件認知請求を認容したのであった。

つまり、原審は、子の認知請求につき「当該子は父が生存中に懐胎されるべきこと」を要しないとしたのである。原審によれば、認知請求は「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」制度であるゆえ、認知請求を認めるにつき「懐胎時の父の生存を要件とする理由はない」という。認知請求が、本件が如き生殖補助医療技術の存在しない「自然懐胎のみが問題とされた時代に制定された法制度」であることに言及しつつも、このことは認知の訴えの趣旨からすれば、認知請求を認めない理由にならないというのである。

また、原審は、自然懐胎とは異なり、人工受精による懐胎等の場合には「父の同意」に重きを置くことで、精子提供者の責任が過大にならぬよう配慮している。ここで、問題となるのが、この「父の同意」の有無であった。これについては、原々審と原審では、まったく相反する事実認定をしているのである。すなわち、原々審は、甲病院に交付した「依頼書<sup>6</sup>」にあった不動文言の「精子は父死亡後に破棄する。死亡後の生殖補助操作はしない」という文言を重視して、死後生殖についての同意はなかったとした。これに対して、原審では「依頼書」の法的効力を否定して、生前の妻や親族に語った「希望」を「真摯なもの」と認め、「父の同意」の存在を肯定したのである。このような、原審のとった構成は、実質的には民法787条の類推適用であると評価される<sup>7</sup>。

これに対して、本判決では、法の不存在を理由として本件のような死後懐胎子の認知請求を認めず、「父の同意」については何の判断も示さなかったのである。まず、本判決は、現行法が想定していない死後生殖によって誕生した子が認知されることによって、現行法上いかなる法的地位や利益が得られるかを検討した。そして、「親権に関しては、父が死後懐胎子の親権者になり得る余地はなく、扶養等に関しては、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、相続に関しては、死後懐胎子は父の相続人になり得ないものであり」、代襲相続についても「父との関係で代襲相続人にもなり得ない」と判じ、かかる死後懐胎子には何の法的地位も法的利益も存しないことを確認した。このように死後懐胎子と死亡した父の間には現行法上は基本的な法律関係が生じないゆえに、その父子関係認定の可否は、①当該人工生殖に関する生命倫理、②子の福祉、③親族関係を形成されることになる関係者の意識、および④これらに関する社会一般の考え方という4点に着目して、「立法によって解決されるべき問題である」というのであった。その上で、本件の場合は、「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」とされたのである。いわば本判決は「法の欠缺」を自覚した判決であったといえよう。

このように、「社会通念」を理由に認知を否定した原々審、現行法の認知制度の解釈に徹して認知請求を認容した原審、法の欠缺により法的親子関係はないことを理由とする最高裁と、

いずれも結論に至る理由付けが、異なっている。

これは、原々審が死後生殖や死後生殖と亡父との父子関係について社会的・法的許容性の観点から検討しているのに対し、原審は死後生殖の許容性にはまったく関知せず、認知の訴えの制度趣旨から当事者の主張する要件事実を検討していること、それにもかかわらず本判決は、死後懐胎子の親子関係の問題を立法的解決に委ねた判断をしているからであろう。この各判決のアプローチの違いに各判決の死後生殖への是非が表れており、その評価がそのまま結論を左右したと考えられる<sup>8</sup>。

### 三、学説

死後懐胎子の法的地位、具体的にいえば亡父との父子関係をどのように捉えるかについて、学説は以下のように父子関係肯定説と否定説とに大別することができよう。また、父子関係肯定説についても、子の嫡出性を認めるか、あるいは嫡出性を否定しつつも認知による父子関係形成を認める見解とに整理することができる。

#### 1、父子関係肯定説

##### (1) 嫡出子説

本件のごとき死後懐胎子は妻が婚姻中に懐胎した子ではないから親子関係の成立には認知を必要とするが、夫婦の子であることは確実なので嫡出子として認めるべきであるという見解がある<sup>9</sup>。この見解は、凍結された夫の精子を死後に用いることを否定しつつも、「人工受精に夫の精子が用いられたことを証明すれば、夫がその子の法的父となる」として、「夫婦の子であるから非嫡出子ではなく嫡出子と解する方が妥当」というのである。この見解は、「誕生している」という結果に対して、当該子の福祉を最大限に考慮すべきであるということから導き出されているようである。したがって、原々審や原審において、認知可否の争点の1つとなっていた「夫の意思」の有無はもはや問題としていない。しかし、このような見解に対しては、認知により嫡出子とすることは解釈の限界を超えているとの反論がなされることが多い<sup>10</sup>。

また、法的な実父子関係の成立の基礎にあるのは父子関係の自然的血縁（生物学的な親子関係）の存在であるとして、本件のような場合には生殖に関しては婚姻関係が存続しているとみて、父母の合意によって出生した子は夫婦間の嫡出子になるとの見解もある<sup>11</sup>。このように考える家永教授によれば、「これまでの民法や判例は、法律上の推定や認知という法律制度、さらには間接事実からの推認などによって、法的な実父子関係を成立させてきた」が、「補助生殖医療による懐胎、出産の場合には、生物学的な父母間の（当該懐胎の原因となる）性交渉がないことが明らかなので、自然の出産の場合と同一のルールによることはできない」とした上で、「補助生殖医療による場合は、医療機関が介在することによって、自然的血縁関係の存否は推定や推認などによるまでもなく容易に証明できるから、自然の出産の場合と同一のルールによる必要もない」というのである。しかし、このような見解は、親子法の考える法的親子関係と自然血縁関係からしても賛同することはできない。

さらに、もっと端的に、夫の子であることが明白であるから、夫の死後300日を超えて出生した子についても推定を受けない嫡出子として届出を認める見解もある<sup>12</sup>。しかし、この見解に対しては、同時存在原則に適することもなく、亡父に対する相続をも認めるため、あまりに

現行法を無視していると批判される<sup>13</sup>。

本件の原告代理人でもある村重弁護士は、「民法が死後の懐胎を想定していなかったとしても、現に子は出生し、親族に祝福されて成長している実態に照らせば、子の福祉のため、死後認知の規定により認知を認容し、父子関係を形成するのが、憲法13条、国際人権規約、児童の権利条約に基づく基本的な人権尊重の趣旨に合致する民法の合理的な解釈と考えられる」と述べ<sup>14</sup>、さらに、死後生殖子には、嫡出子理論でもってその保護が図られるべきであることを主張する<sup>15</sup>。しかし、村重弁護士の主張における「子の福祉」とはいかなることを意味するのか、なぜ、父子関係の形成が「子の福祉」となるのかは抽象的で明らかではない。

## (2) 非嫡出子説

わが民法上、722条ある限り、やはり死後懐胎に嫡出性を認めるのは困難であろう。そこで、認知により父子関係を形成するが、死後懐胎子は非嫡出子としての地位にとどまるとする見解を次に紹介しよう。

認知により父子関係形成を認める見解の多くは、その根拠を「子の福祉」「子の利益」に求める。これらの見解は、死後生殖の実施を肯定するものは少ない。けれども、死後生殖実施の是非と実施により生まれた子の法的地位の問題は峻別して検討すべきであり、実施に何の責任もない子に親子法上の地位を否定することは、子の福祉の観点から許されるべきではないという。

例えば、「出生により受ける不利益を少なくしようとした民法787条の趣旨に照らせば、死後生殖子についても、死後生殖により生まれたことに罪はないのであるから、民法787条が保護すべき対象としてとらえることができる」とした上で、認知の法的効果の子に帰属させることが子の保護になるとする見解がある<sup>16</sup>。ここで述べる法的効果とは、①父方の祖父母との間に扶養義務が発生する、②父方の血族との間に血族関係が発生する、③父方の祖父母について民法711条による慰謝料請求権が認められる、④戸籍の父の欄が埋まる、⑤父方の祖父母の代襲相続であった。とりわけ、「戸籍」については、「日本社会における『戸籍』の意味の重さを考慮にいれるならば、子が法的父子関係の設定により戸籍上の利益をうけることは、『子の保護』にとって不可欠」とする<sup>17</sup>。

床谷教授は、本件の地裁判決に対する評釈において、「すでに子は実質的に亡父の子としての身分をもって生活している。こうした状況のもとで父子関係の成立を認めることは、子が自分の身元を知り、それを基盤として生活を営む権利の保障の観点からも重要」と述べた上で、「父の死の直前に性的交渉が行われ、死後に出生する子と同じく、父の生前から継続していた生殖補助医療により父死亡後まもなく懐胎した本件子の場合にも、父が誰かを法律上明らかにし、公証することを認めるべき」であるとした<sup>18</sup>。

また、石井教授も、死後生殖によって既に生まれた子の認知請求の可否と死後生殖実施の是非とは別問題であり、「生殖補助医療の問題を考えるにあたっては、子の福祉を第一とし、親子法は子のためであることを忘れてはならない」と言う<sup>19</sup>。ここで、石井教授のあげる「子の福祉」も「父子関係が認められることによって父方の親に対して扶養請求権をもつ」ということと<sup>20</sup>、父として戸籍に記載されることの社会的意味の重要性であった<sup>21</sup>。さらに、その理由としては、「死後生殖子の認知の訴えが認められないならば、法律上の父を持つことができないばかりでなく、父方の血族とは、法律上、親族関係がないことになり」、それは子の保護に

欠けるので、死後生殖の問題は、立法による解決が望ましいが、立法されるまでは子の福祉の観点から、父の死後3年以内の認知請求を認める現行法を解釈運用すべきと主張する<sup>22</sup>。

これらの見解は、死後懐胎子からの認知請求を認めるが、死後生殖という行為そのものに対しては批判的である。一方で、死後生殖そのものを容認したうえで、死後懐胎子の認知請求を認めるべきであるとする見解がある。近藤教授は、「現状において立法のない我が国では、死後生殖は…禁忌ないし公序として確立しているとまでいえない」し、「特に夫婦間の生殖補助医療から出発していることから考えても、他の生殖補助医療と比較して、それほど禁忌感をもたない<sup>23</sup>」から、「死後受精を自然の摂理に反し、禁忌ないし公序としてそもそも許されないとすることは妥当ではない」という<sup>24</sup>。その上で、「一般的に死後受精が認められないからといって、どのように生まれた子であっても人間の尊厳を持って尊重されるべきである。解釈によって適用可能な権利については、個別に認めるべきである。少なくとも、出自を保障するため父として記載されること及び代襲相続権を認めるべき」であるという<sup>25</sup>。ただし、この見解で挙げられている「子の権利」や「人間の尊厳の尊重」も、石井教授等のいう「子の福祉」と質的にそれほど異なるものではないだろう。

## 2、父子関係否定説

他方、生殖補助医療としての死後生殖行為そのものを否定した上で、死後懐胎子と亡父との間の父子関係形成を否定する見解も有力である。

### (1) 死後生殖の是非と認知請求の否定

松川教授は、「死後になされた人工受精や体外受精は、子の出生を生前に臨んでいたとしても、またたとえ生物学上の親子関係があったとしても認められず」<sup>26</sup>、「生まれながらにして父親なき子、死者から生まれた子をつくる親の意思は親の欲望に過ぎず、子の利益を考慮しても制限すべき事柄」であるという<sup>27</sup>。本山教授も、「対症的に親子関係の成立を肯定することは結果的に死後懐胎を認めることに等しい」と述べ死後認知を否定する<sup>28</sup>。また、本山教授は本判決の評釈において、「死後認知請求の認容は間接的であっても、死後生殖の『公認』につながる」が、「死後生殖が裁判所の公認に値するほど社会に受容されているとは思わない」と述べる<sup>29</sup>。水野教授は、本件原審の評釈において「性行為によって懐胎した子と親の死後に出産するケースとは根本的に異なり、母胎内における生命誕生の瞬間に夫が生きていたかどうかは決定的な差異である」から、「死者の生殖子を用いたこの人工生殖は、けっして行ってはいけないことであった」と死後生殖の実施を厳しく非難して、「このような法的親子関係を認めない結論が社会の正義秩序を体現する法規範の命ずるところである」という<sup>30</sup>。

### (2) 子の福祉

また否定説は肯定説がその根拠とする「子の福祉」という観点からも肯定説を批判する。

例えば、松川教授は、「子は父と母がいて生まれてくるという自然の摂理を生殖医療によってゆがめてはならず、死後懐胎の場合には、父のない子を母親が意図的にもうけようとする行為であり、子には生まれながらに父母がいるという前提を子の福祉とするならば、その前提を母親が意図的に崩していることになり、そもそも父のない子である以上、それ以上のものを与える法的な必要性が見出せない。このことがはたして子の利益、子の福祉になるのかどうか疑わしい。このようにして生まれてしまった子に父子関係がないとしても、特別に子の福祉に反

することになるとはかんがえられない」<sup>31</sup>し、「たとえ法的な親子関係がなくても、愛情がある限り、共同生活は可能であり、あえて、法的な親子関係を本来認められない施術で出生した子に付与する必要ない。」とする。このような松川教授の見解に賛同するものも少なくない。

また、肯定説において、子が享受できる法的効果として挙げる「代襲相続権」や「戸籍上の父の欄」についても、反論が試みられる。「代襲相続権」については、同時存在の原則から、死後懐胎子は亡父を相続できないのであるから、たとえ認知請求を認められても代襲相続権は認められないと明確に否定される<sup>32</sup>。「戸籍上の父の欄」についても、「戸籍の効果のみを目的として民法が機能することがはたして妥当だろうか、父親の欄を埋めることを「子の福祉」とすることにも躊躇を覚える。」という見解<sup>33</sup>や、「戸籍の父親の空白は、戸籍の謄本・抄本の交付規制というプライバシー保護の法理で対応可能」<sup>34</sup>であると反論される。そして、むしろ、死者との父子関係形成を肯認することは、「子の害悪」になるかのごとく主張する説が多い。例えば、「死後の受精は出生の段階から定型的に父のない子を作ることであり、出生子にとって大きな精神的・心理的負担を課す可能性が高い」<sup>35</sup>、「長期的に考えたときに、子にとって死者との親子関係を作ったことがスティグマになる可能性がある」<sup>36</sup>等である。

### (3) ジェンダー的視点

さらに、否定説には、死後懐胎を認めることには、「妻が夫の親族から出産を強要されることが起こりうる」という懸念のあることから死後生殖そのものを否定するものがある<sup>37</sup>。とりわけ、水野教授は、死後生殖が可能であるとするならば「亡夫の家族から『家』の跡取りを生んで夫の両親の老後をみるようにという、圧力が未亡人にかかりかねない」と指摘する。同教授は、日本はいまだに女性に対して「産まない自由」が確実に保障されているとは言えないことから、本件のような死後生殖が、果たして真に女性の「自己決定」といえただろうかとの懸念を表明するのである<sup>38</sup>。

## 3、小括

以上、紹介したように、学説はほとんどの見解が死後懐胎それ自体を否定する。にもかかわらず、死後懐胎子の認知請求については、それを肯定する説と否定する説とに分かれる。しかしながら、肯定説と否定説は、そもそも各説の拠って立つ前提が異なっており、議論の対立構造が成立していない。

まず、肯定説と否定説の相違は、死後生殖実施の是非概念を認知請求の可否概念と切り離して考えるか否かに現れる。肯定説も、死後生殖そのものを否定する点ではその理由等に否定説とそれほど違いがあるとは思われない。しかし、肯定説は、死後生殖実施の是非と認知請求の可否を、一応切り離して別建てで議論する。つまり、認知請求の可否については死後生殖実施の是非に関わりなく、別個の問題として扱い、すでに生まれた「子の福祉」を達成するため、認知は許容されると説く。死後生殖が許されざる行為だとしても、その責任を、生まれた子に負わせるのは妥当でないとの評価がそこにはあるのであろう<sup>39</sup>。

これに対して、否定説は、死後生殖の是非と死後生殖子の認知請求の可否は連結した問題と理解する。死後生殖を認めないのであるから、当然、それを原因とする父子関係も否定するのである。これは、事後に認知請求を認めることが、結局、死後生殖の実施そのものを公認することを懸念するものである。

次に、両説には「子の福祉」に対する理解の相違が見受けられる。肯定説は、父子関係を形成することこそ「子の福祉」に資すると考えるのに対し、否定説は法的親子関係を形成することに「子の福祉」を見出せず、むしろ、死者との親子関係を構築しないことが「子の福祉」になると考えている。この「子の福祉」についての価値観の対立が両説の議論をかみ合わないものとしているとの指摘もある<sup>40</sup>。

#### 四、結語

凍結精子を用いた死後懐胎子の法的地位、すなわち亡父との親子関係形成の是非を考えるにあたっては、①生殖補助医療として、死後生殖が容認されるのか、また、②このようにして誕生した子には強制認知が認められるかという2点が、考える視点となる。

この点、最高裁平成18年判決は、死後生殖行為そのものの是非を直接判断していないが、現行法のもとでは死後懐胎子の死後認知請求は認められないとした初めての最高裁判決であり、死後懐胎子の身分関係を明確にしたことに重要な意義を有する。なぜなら、本判決によって、いまだ法整備の不十分な死後懐胎子の父子関係問題に関して現行法上の法的解決を示したといえるからである<sup>41</sup>。私見は、死後懐胎子の認知請求を否定したこの最高裁の判断を支持する。死後認知は、あくまで自然懐胎を前提とし、生存中の親子関係を死後に認める制度だと考えられるからである。そもそも、死後認知制度は昭和17年の民法改正により導入されたもので、その趣旨は当時の出征軍人の子の救済であったことからすると、本件のような死後認知は、立法者想定外の事態として、やはり法の適用は無理であったと考える。したがって、原審が死後認知を人工生殖にまであてはめて考え、自然血縁を根拠に認知請求を認めた点は、その趣旨からして妥当ではなかったと考える。また、本判決は生殖補助医療の現場に対する規制として機能したとの評価もあり<sup>42</sup>、本判決によって死後懐胎は認められないとの道筋をつくったという評価もできる。実際、本判決後、日本産婦人科学会は、凍結精子は、その由来する者が死亡すれば廃棄すること、凍結保存精子を利用する際には提供者の生存及び意思を確認すること等を内容とする見解を公表している（精子の凍結保存に関する見解 平成19年4月）<sup>43</sup>。

また、本件の場合、事実認定から察するに、死後懐胎を望む「父の意思」があったという想定も可能であるかもしれない。しかし、死後ではもはやその意思を撤回することが不可能なことから、その認定はより厳密でなければならないし<sup>44</sup>、そもそも、生前の「父の意思」の存在<sup>45</sup>は、法律上の実親子関係を認める根拠にはならないと考える。このようないわゆる親の「自己決定」という概念は、法律上の親子関係成立に関してなんら問題とすべきではない。民法が、法律上の親子関係を規律するのは、子の身分保障や安全な成長を確保するために、子の監護、養育等に責任をもつ「法律上の親」を子に与えるためである。したがって、確かに、法律上の親子関係は血縁上の親子関係を基礎に成立するが、民法上の親子関係成立要件に合致しない限り、血縁上の親子関係であっても法律上の親子関係とはならない<sup>46</sup>。ましてや自らの死後にも「子を産んでほしい」という父の意思は、養育の責任を伴わない単なる「願望」でしかないので考慮に値しないと考える。このような「願望」は、水野教授によれば「権利」の名に値しないものだからである<sup>47</sup>。また、最高裁の補足意見が言及するように、「既に生まれている死後懐胎子の福祉の名のもとに血縁関係と親の意思の存在を理由に法律上の親子関係を肯定すれば、そのことによって懐胎時に父のいない子の出生を法が放任することになりかねない」だろう。

したがって、たとえ亡父の意思が立証されたとしても、死者から子が生まれるが如き、このような死後生殖行為は、死後懐胎子に子の監護・養育等の責任を全うできない親を与えるようなものであるから、許されるべきではないだろう。とりわけ、学説が指摘するように、わが国には、死後生殖を奇貨とした女性への生殖強制という可能性があり、その問題を解決する方策もない段階では、我が国でこの技術を認めるべきではないと考える<sup>48</sup>。また、子の福祉を名目に、事後的に死後懐胎子の認知を認めるのは、死後生殖を助長することにもなりかねないので、死後生殖禁止を貫徹する意味でもこれも否定するべきである。

他方で、すでに生まれている子の福祉という問題が残されている。認知により父を確定し、戸籍に亡父が父と記載されることは、子の福祉になるとの見解も根強いし、あるいは近親婚予防という側面も否定できない。しかし、このことが、かならずしも子の福祉や利益に資するとは思えない。戸籍に父の名があることに実質的利益が見いだせないからである。最高裁の指摘するように、「監護とか扶養」こそが、民法の予定する子の福祉ではなかろうか。松川教授や水野教授も述べるように、「父なき子」である以上、これ以上のものを与えようがないのである。祖父母等の亡父側の親族に対する監護や扶養請求、あるいは相続権を保障するならば、養子縁組も一つの方策であろう<sup>49</sup>。認知請求を肯定する学説のあげる根拠である、「子のアイデンティティ」や「子の尊厳」については、戸籍により守られるのではなく、周囲の努力による望まれた子であるとの意識付け、周囲の人々の接し方、そして愛情により与えられるべきものであると考える。

以上

## 注

- 1 例えば、東京高決平成10年9月16日（家月51巻3号118頁）では、夫の承諾のもと行われたA I Dにより生まれた子について、当該夫婦の離婚後の親権が争われたし、また、大阪地判平成10年12月18日（家月51巻9号70頁）では、人工受精により子を出生したものの、出生当時すでに夫婦が事実上の離婚状態にあり、嫡出否認が認められた。
- 2 最判平成19年3月23日（民集60巻6号2307頁）は、代理出産を依頼した夫婦の妻が子を分娩していないことから、母子関係の形成は認められなかった。
- 3 棚村政行「生殖補助医療と親子法」法学教室314号（2003年）37頁。
- 4 村重慶一「死後生殖子の法的地位」判例タイムズ1207号（2006年）32頁。
- 5 同様に死後懐胎子が亡父に対して認知請求を提起した事件としては、大阪高裁平成17年12月15日判決（公刊物未搭載）、および東京高裁平成18年2月1日判決（家月58巻5号104頁）がある。また、東京高裁判決は、本件とは異なり、亡夫と母とは内縁関係であった。しかし、どちらも、その後、平成18年9月8日に、本件と同趣旨の決定が最高裁からなされている。
- 6 本件の依頼書に関して詳細な検討をしたものとして、本山敦「生殖補助医療における契約—精子凍結保存を中心に」野村豊弘還暦記念『二一世紀 判例契約法の最前線』（判例タイムズ社 2006年）409頁以下を参照。
- 7 大島梨沙「夫死亡後に生前冷凍保存した精子を用いて妻が体外受精を受け出生した子からの死後認知請求が認容された事例」北大法学論集56巻3号（2005年）127頁。大島教授はさらに、本件の場合、Bの同意は、「依頼」と言えるほど積極であったとして、高裁のように、人工生殖で父の同意を要件とするならば、その同意は男性の積極的な言動をとっていることが要件であり、亡父が死後生殖の実現に積極的に関与していたと認められることが判決から読み取れるとする。
- 8 大島・前掲注（7）113頁。
- 9 野村豊弘「人工生殖と親子の決定」石川稔・中川淳・米倉明編『家族法改正への課題』（日本加除出版1993年）332頁。
- 10 近藤久雄「凍結保存精子による死後受精によって誕生した子からの認知請求」名経法学20号（2006年）112頁。

- 11 家永登「亡夫の凍結精子による出生子の法的地位」専修法学 95 卷（2005 年）179 頁。
- 12 唄孝一・人見康子「対談 体外受精と民法」Law School 4 号（1979 年）48 頁。
- 13 岡林伸幸「夫の死後における人工受精子の認知請求」千葉大法学論集 22 卷 2 号（2007 年）7 頁。
- 14 村重慶一「死後懐胎子の法的地位」戸籍時報 566 号（2004 年）31 頁。
- 15 村重・前掲注（4）36 頁。
- 16 大島・前掲注（7）124 頁 - 125 頁。
- 17 大島・前掲注（7）125 頁。
- 18 床谷文雄「今期の裁判例（家族）」判例タイムズ 1150 号（2004 年）81 頁。
- 19 石井美智子「生殖補助医療の法規制と親子法 最高裁判決を素材に親子法は誰のためにあるのかを考える」法律時報（2007 年）79 卷 11 号 56 頁。
- 20 石井美智子「KEY WORD 凍結精子」法学教室 316 号（2007 年）2 頁。
- 21 石井美智子「新しい親子法 - 生殖補助医療を契機に -」湯沢雍彦・宇都木伸編『人の法と医の倫理』（信山社 2004）52 頁。
- 22 石井・前掲注（20）3 頁。
- 23 近藤・前掲注（10）111 頁。
- 24 近藤・前掲注（10）113 頁。
- 25 近藤・前掲注（10）112 頁。
- 26 松川正毅『医学の発展と親子法』（有斐閣 2008 年）255 頁。
- 27 松川・前掲注（26）275 頁。
- 28 本山敦「凍結保存精子による出生」司法書士 384 号 40 頁。
- 29 本山敦「冷凍保存精子で出生した子による死後認知請求の可否」私法判例リマックス 35 号（2007 年）69 頁。
- 30 水野紀子「死者の凍結精子を用いた生殖補助医療により誕生した子からの死後認知請求を認めた事例」判例タイムズ 1169 号（2005 年）102 頁
- 31 松川・前掲注（26）260 頁
- 32 松川・前掲注（26）268 頁、水野・前掲注（30）104 頁、近藤・前掲注（10）114 頁、長瀬・後掲注（47）429 頁。
- 33 遠藤隆幸「夫死亡後、生前冷凍保存した精子を用いて妻が体外受精を受け出生した子からの死後認知請求が認容された事例」朝日法学論集 32 号 38 頁。
- 34 二宮周平「認知制度は誰のためにあるか（4）」戸籍時報 607 号（2006 年）20 頁。
- 35 小野幸二「人工生殖における親子関係」大東法学 7 卷 1 号（1997 年）33 頁。
- 36 水野・前掲注（30）103 頁
- 37 木村くに子「死亡した夫の凍結精子を用いて妊娠・出産した事例 - もうひとつの見かた -」戸籍時報 583 号（2005 年）15 頁
- 38 水野・前掲注（30）105 頁、同「生殖補助医療と子の権利」法律時報 79 卷 11 号（2007 年）31 頁以下。
- 39 家永・前掲注（11）179 頁、同「最高裁と生殖補助医療の行方 - 平成 18 年 9 月 4 日最高裁第二小法廷判決から」法律時報 78 卷 12 号（2006 年）1 頁。
- 40 岡林・前掲注（13）9 頁。
- 41 しかし最高裁の判断は、死後生殖の問題解決については立法にゆだねた形になっており、このような態度には「思考停止ないし丸投げに墮する」との評価もある（本山・前掲注（29））。  
一方、いかなる立法が考えられるかについては、このような場合に親子関係を特別に認められない公算が高く、岡林・前掲注（13）によれば、認められない公算が高い。さらに、岡林教授は、罰則規定でもって行為規制し、それにもかかわらず人工受精が実施された場合でも、出生した子と父親の間に親子関係を認めないことを明文化するべきと主張する。
- 42 小池泰「男性死亡後に保存精子を用いた人工生殖によって生まれた子の親子関係」別冊ジュリスト 193 号（家族法判例百選第 7 版）62 頁。
- 43 [http://www.jsog.or.jp/about\\_us/view/html/kaikoku/H19\\_4\\_seishitouketsuhozon.html](http://www.jsog.or.jp/about_us/view/html/kaikoku/H19_4_seishitouketsuhozon.html)。
- 44 伊佐智子「凍結保存精子を用いた死後生殖の法的及び倫理的検討」生命倫理 16 卷 1 号（2006 年）158 頁。
- 45 岡林・前掲注（13）では、亡父の同意について以下のような見解が述べられる。曰く、「民法の基本原則である私的自治の原則は、無制限に認められるものではなく、法秩序の中で実現されるべき価値としてみとめられていることからすると、個人の意思は法秩序の許容する範囲内で制度間における選択の自由として認められる。このような立場から、亡父の同意は公序良俗に反し無効と評価し、それにより出生した子も認知できない」

- 46 水野・前掲注(38) 32頁。
- 47 水野・前掲注(30) 103頁、長瀬二三男「死後懐胎子の認知請求」小野幸二教授古希記念論集『21世紀の家族と法』428頁も同様の指摘をする
- 48 諸外国の状況としては、まず、フランスおよびドイツは死後生殖を法律で禁止しており、イギリスは、法律による一定の制限のもとで死後生殖を認める。一方で、アメリカは特に規制を設けておらず、死後懐胎子と父の親子関係については亡父の「同意」により認めるようであるが、死後生殖子の父の相続権の有無が争われることはあるようである。
- 諸外国の状況については、唄孝一・石川稔編『家族と医療－その法学的考察』（1995年）354頁－421頁参照。また、特にフランスの状況については、松川・前掲注(26) 124頁以下、及び本田まり「配偶者死亡後の医学的に援助された生殖－日仏の法的比較」生命倫理15巻1号（2005年）159頁、アメリカ法の状況については、川和功子「凍結精子を使用した死後懐胎子の法的地位についての考察－米国法を中心に」野村豊弘ら著『コンピュータ社会における人 生命 倫理と法』（レクシスネクシスジャパン 2008年）165頁以下参照。
- 49 このような指摘をするものとして、二宮・前掲注(34) 20頁

