

AIDにより出生した子の法的親子関係に関する一考察

——夫の「同意」の立証をめぐる——

花 元 彩

I はじめに

科学の進歩により、生殖能力のないカップルは、子を懐胎するために様々な生殖補助医療を利用できるようになった。なかでも、人工授精は、そのようなカップルによって、もつとも古くから一般的に利用されている生殖補助医療の一つである。⁽²⁾

人工授精は、女性に注入された精子の源によって、二種類にわけられる。すなわち、女性の夫の精子が注入されている場合、配偶者間人工授精 (homologous insemination)、またはAIDと呼ばれる。他方、女性の夫ではない男性から提供された精子が注入される場合、非配偶者間人工授精 (heterologous insemination) またはAIDと呼ばれる。前者の場合、出生した子は、基本的に夫婦の子である。子の身分とりわけ法的親子関係をめぐって議論されて

きたのは、もっぱら後者についてである。⁴なぜなら、「生物学上の親子関係と一致しない親子関係が法律的に生じる可能性があり」、「生物学的な真実を基盤」としている民法の実親子関係の基本原則を揺り動かすことにもなりかねない」⁵からである。

我が国においては、A I D子の法的親子関係の問題を扱った若干の裁判例はあるものの、⁶A I D子の法的親子関係を直接規律する法律はいまだにない。他方で、生殖補助医療の先進国であるアメリカでは、三四の州とコロンビア特別地区が、生殖補助医療により出生した子の親子関係を規律する制定法を採択しており、A I Dについては、その多くが、書面による夫の同意を条件に、夫を子の「法的な父」と推定すると規定している。⁷しかし、その一方で、書面による同意の存在を立証できない場合でも、同意の推定や黙示の同意により、親子関係の存在を認める裁判例が蓄積されつつある。

我が国の裁判例も、A I D子の法的親子関係を判断するにあたって、同意の有無を争点にしている。つまり、「夫の同意に法的意義を認めている」。⁸この考え方は、「A I Dが依頼夫婦の同意のもとで実施された場合、夫とA I D子の間に親子関係を設定し、精子提供者は父としない」とする立法の方向に沿うものでもある。⁹

このように、裁判例および立法の方向がともに、夫の同意に法的意義を認める傾向にあることから、同意の形態、すなわち、どのような場合に「同意」があつたとみなされるのかという点は、理論的にも実際的にも重要な問題となるように思われる。そして、この点に関しては、上述したような、制定法上の要件を柔軟に解する傾向の見られるアメリカの裁判例が大いに参考になると思われる。そこに独立の課題として論ずる意義がある。

本稿は、以上のような問題意識に基づき、生殖補助医療に関する法制度への新たな視座を探るものである。

II アメリカにおける裁判例の展開

アメリカ法上、AID子は、いかなる法的地位におかれているのか。コモンローによれば、婚姻期間中に出生した子は、夫の嫡出子とみなされ、相続人の地位を得る。同時に、夫は、子を扶養する義務を負う。¹⁰これに対して、かつては、AID子は非嫡出子であつて、夫の同意があつても妻の姦通とみなして、夫との父子関係を否認する裁判例もあつた。¹¹しかし、一九六〇年代に入り、各州で、夫の同意を得て出生したAID子は配偶者間の嫡出子と同じ地位を与えられるようになった。¹²こうした動きのなかで、一九七三年の統一親子関係法 (Uniform Parentage Act、以下、UPAとする) は、「夫の書面による同意を得て、医師の監督の下に第三者からの精子提供を受けて実施されたAIDで懐胎出産した子は、夫婦間に生まれた子とみなす」と規定するにいたつた(五条)。UPAは大きな影響を及ぼし、後に詳しく見るように、多数の州が、夫が書面により同意していること、および医師の監督の下に行われたことを条件に、AID子は夫の嫡出子であるとしている。その反面、夫が妻の人工授精に書面で同意していない場合、夫は当該人工授精により出生した子の養育費を支払う義務を負わない。¹⁴

その後、医療科学の進展に伴い発生した新たな問題に対処するため、二〇〇二年、UPAは改正された。同法は、男性が女性の人工授精に同意している場合、男性は人工授精子の法律上の父親であると規定する。¹⁵さらに、男性が、子の出生後、子の父親のようにふるまっている場合、男性は子の懐胎に同意していたと推定される。このようにして、男性は、子の父親と法的に認められる。¹⁶このアプローチは、男性が子を見た後で心変わりし、子の親になりたいと決意することを認めている、とされる。¹⁷逆に、子の親になりたくないと考えようになる可能性もあるので、男性には、

同意を撤回する機会が与えられている。⁽¹⁸⁾

さて、書面による同意は、大多数の法域で、A I D子が嫡出子と推定され、夫がその子の扶養義務を負う要件とされている。しかし、制定法上、その旨が明記されていても、同意の表明方式は書面に限られず、この要件を柔軟に解する裁判例があらわれている。また、同意は「書面による」と定めず、単に「同意」を要件とする州もある。⁽¹⁹⁾

A I D子の法的地位をめぐる訴訟において、まず争点となるのは、夫が書面による同意を与えていたかどうかである。同意を与えていたとすれば、次に検討しなければならないのは、(1) 書面が存在するかしないか、(2) 書面は制定法の定める要件に合致しているかないか、である。一見すると容易に思われるが、実は複雑な問題である。ほとんどの州の制定法は、書面による同意が要件であると定めているだけであって、その詳細を規定していないからである。⁽²⁰⁾

それでは、アメリカの裁判所は、この問題にどのように対処してきたのだろうか。まず、「実質遵守論」という解釈手法を用いて、書面による同意を規定している制定法を柔軟に解し、夫をA I D子の法律上の父親と認めた有名な裁判例から見てみることにしよう。

1 Lane v. Lane 事件⁽²¹⁾ (912 P.d 290 (N.M.1996))

(1) 事実の概要

夫(被控訴人)は、前妻との間に三人の子どもをもうけたが、一九八〇年に両側精管結紮切除術を受け、不妊となった。妻(上訴人)は、婚姻後まもなくして出産を希望したが、夫が両側精管結紮切除を元に戻すことを拒んだ。そ

こで、かかりつけ医とニューメキシコ大学病院に助言を求め、匿名のドナーの精子による人工授精を行うことにした。夫は、数回の診察に妻を車で連れていき、また出産のための教室に出席した。さらに、本件子（コリーン）の出産の際には、分娩室で立ち会った。

夫によれば、妻は、(1) 彼が子の父親と推定されると断言していた、(2) コリーンが自分を実父だと考えるようになるため、人工授精を受けたことを明らかにせず、自然懐胎による子であると説明することを誓っていた。

かかりつけ医の前で、妻が単独で署名した同意書はあるが、夫妻双方が署名した同意書はない。当時、同病院では、人工授精施術を行う際に、夫妻双方が署名した同意書を求めているなかった。

経緯は不明だが、夫は、コリーンの父親として出生証明書に記載されている。⁽²²⁾

一九九一年、夫は、地区裁判所に対し、婚姻解消の申立てを行った。その際、夫は、コリーンは婚婦子であると主張し、共同監護を求めた。これに対し、妻は、コリーンが婚婦子であることは認めつつ、自らにコリーンの法的単独監護・身上監護を付与するよう求めている。一九九二年、双方の弁護士が、夫妻は「コリーンの父母である」ことについて、「同意しかつ合意する」と定める和解調書 (stipulated order) を作成し、承認した。しかし、一九九三年、妻側について新しい弁護士が、突如として、コリーンは人工授精によって懐胎した子であり、夫は実父でもなければ法律上の親でもない、と主張するようになった。

地区裁判所は、「本件に、ニューメキシコ州の制定法を厳格に適用するのは不当である、なぜなら、父母双方の行動と言葉から、彼らが、人工授精に同意していたことは明らかだからである」として、夫の主張を認めた。妻はこれを不服として控訴した。

(2) 判旨

制定法四〇一一一六は、次のように規定している。

「A 免許を受けた医師の監督下で、かつ、彼女の夫の同意を得た上で、女性が、夫以外の男性により提供された精子を用いて人工授精をする場合、夫の同意が書面で示されており、彼と彼の妻が署名している限り、夫は、人工授精により懐胎した子の実父と推定される (may be treated as if)。医師は、彼らの署名と授精の日付、夫の同意を証明し、夫の同意を保健・衛生省 (保健省) 保健局の人口動態統計課に届け出なければならぬ。夫の同意は、同課で、機密扱いとし、封印されたファイルでとじなければならぬ。ただし、医師が同意を証明できない、または、同意を届け出なかったとしても、父子関係に影響を及ぼすものではない。」

UPA 五条は、次のように規定している。

「免許を受けた医師の監督下で、かつ夫の同意を得て、妻が、夫以外の男性の精子で人工的に懐胎する場合、夫は、当該子の実父と法律上推定される。夫の同意は、書面によらなければならず、かつ夫と妻の署名がなければならない。」
妻によれば、これらの規定を、「夫の同意が書面でなされ、そこに夫妻の署名がある場合に限り」、夫は実父と推定されると解釈するべきであるとされる。なぜなら、医師が署名の証明や同意の届け出を怠っていても、「親子関係に何ら影響を与えない」と断っているということは、その他の要件を満たさなければ、親子関係に影響を及ぼすことを示唆しているからである。さらに、重要な母親の権利が問題になっているので、制定法上の要件を完全に遵守 (strict compliance) しなければならない。

この解釈に説得力がないわけではないが、当裁判所の採用するところではない。妻が、書面によるという要件が除去された場合、生物学上の父親ではない夫が実父と推定されることを認めているセクション四〇一一一六 (A) が違

憲になる、と主張しているのではない以上、本件は制定法の解釈に関する事案である。それゆえ、制定法に関する伝統的な解釈規則が適用されるべきである。

立法府といえども、不測の事態を予測できるわけではない。しかし、立法府は、法律を適用する義務を負う裁判所が、当該法律の目的を理解し、必ずしも文言と一致しないが、その本質に従って行動することを求めることもある。これを達成するための解釈理論が、実質遵守論である。「裁判所は、制定の意図が十分に実行されるように、当該制定法が理解されているかどうかを決定したうえで、その妥当な目的を遂行するのである」²³⁾。

もちろん、制定法の文言を厳格に遵守することによってもたらされる目的を過小評価してはならないが、本件には、実質遵守論を用いなければならない例外的な事情がある。セクション四〇―一一六(A)の目的は、夫をコリーンの父親と推定することによって、最もよく達成される。

このセクションの本質をなすポリシーは、夫と妻の双方が、妻が人工授精によって子を妊娠することに同意し、かつ双方が夫を子の実父と推定することを望んでいる場合、州はその希望を尊重すべきであるということである。同意は書面で行わなければならないという要件は二つの機能を果たしている。まず、書面には証拠としての機能がある。書面が存在すれば、同意が実際に与えられていたかどうかを争う余地はない。次に、警告という目的がある。書面に署名することをためらっている者は、書面によらず同意する者よりも、同意した結果について熟慮すると考えられる。さらに、医療措置を行う関係者を免責するという目的もある。

しかし、制定法は、同意に関して、特定の書式を要求していない。上述のような制定法の目的からして、以下の点について、ある程度伝えているものならば、書面としては十分である。(1) 夫が、人工授精による懐胎を知っていること(2) 夫は人工授精により懐胎した子の法的な親と推定されることに同意していること、(3) 妻が、夫を当該子

の法的な親と推定することに同意していること。

また、制定法は、書面による同意の表明時期を定めていない。母親は施術を受ける前に、また、医療関係者は施術を開始する前に、夫の地位を確定しておくことを望む可能性があるとはいえ、書面によるとの要件の証拠としての目的および警告としての目的は、人工授精の後にまたは子の出生後に締結された書面でも十分に果たされうる。

本件で制定法は実質的に遵守されていた。地区裁判所に提出された訴答書面で、夫妻は、コリーンが「未成年の嫡出子」であることを認めていた。また、妻は、夫の父性を争わなかった。さらに、夫妻が「コリーンの父母であること」を認めたと明記されている和解調書 (stipulated order) もある。これらの文書は人工授精に言及していない。しかし、夫は人工授精について十分承知しており、妻は、夫が十分承知していることを認識していた。したがって、訴答書面から、人工授精の結果、妻が産んだ子の実父を夫と推定することについて、夫妻双方が同意 (knowing consent) していたことは明らかなので、制定法の目的は達成されている。

(3) 小括

コネティカット州は、パブリックポリシー (public policy) の問題として、女性が婚姻期間中に子を宿す場合、当該子は嫡出子となる、と宣言している。²³ 制定法によれば、この考慮は、人工授精により出生した子にかかわる状況にも妥当する。²⁴ それゆえ、人工授精により懐胎した子は、法律上、自然に懐胎したかのように扱われるべきであって、夫が施術に同意していた場合、懐胎した女性の夫の嫡出子となる、と規定された。²⁵ 施術は、免許を受けた医師によって行われなければならない。²⁷ 当該医師は、夫から書面による同意を得なければならない。²⁸

このような取扱いは、コネティカット州に特有のものではない。他の多くの州も、免許を受けた医師が施術を行う、

またはその監督下で行われること、および人工授精により出生する子が嫡出子とみなされるためには、妻の人工授精に対し、夫が書面により同意していることを求めている⁽³⁰⁾。免許を受けた医師が人工授精を行うことを要件にしている州でも、夫が施術に同意していた場合には、人工授精により出生した子を嫡出子としている⁽³²⁾。

本件で問題となったニューメキシコ州の制定法も、書面による同意を要件としているが、「例外的な事情」のゆえに、当該要件の目的が実質的に達成されていれば足りるとする実質遵守論を用いて、訴答書面を同意の表明と認めた事例である。「例外的な事情」とは、訴答書面で当事者が当該子を「嫡出子」と認めていたこと、その旨を明記する和解調書があったことである。

裁判所によれば、「書面作成には、紛争回避のための証拠的機能と同意をためらう人に対する警告的機能がある⁽³³⁾」。制定法は、同意に関して特定の書式を要求していないし、またその表明時期も定めていない。したがって、このような機能を果たしているならば、たとえ人工授精施術およびそれにより出生する子の親としての責任を負うことについての同意を直接示すものでなくとも、「書面による」との要件は満たされている。これが訴答書面で足りるとした理由である。夫が当該子の親となることを望んでいることは、訴答書面に記されており、それが施術に対して同意していたことを示す証拠になるとされた⁽³⁴⁾。

このように、本件では、「書面性」の要件そのものが否定されたわけではない。その意味で、「夫の同意は書面性の要件があるにもかかわらず口頭でもよ⁽³⁵⁾」いとされたとの評価は、やや正確さに欠ける。

本件で実質遵守論を用い、書面による同意要件を広く解したことは、子の最善の利益に適うものだったと評価されている。父性に関する当事者のもともとの意思を実行し、確立されていた父子関係を保全することになったからである⁽³⁶⁾。

2 K.S. v. G.S.事件 (440 A.2d 64 (N.J. Super. Ct. 1981))

それでは次に、「書面によらない」同意でも足りるとした裁判例を見ていくことにしよう。重要な論点の一つである同意の「撤回」の可能性についても一定の判断が示されているので、あわせて検討することにする。

(1) 事実の概要

夫は、妻との婚姻前に、両側精管結紮切除術を受けた。妻は、そのことを知っていた。婚姻から数か月後、妻は、AID施術を知った。妻によれば、夫は、口頭で施術に同意したとされる。

しかしながら、当事者にAID施術をすすめた家庭医は、夫から書面による同意を得ていなかった。家庭医は、当時、AIDの患者から書面による同意を得る慣行がなかったと述べている。当時のニュージャージー州の制定法も、AID施術を開始する前に、医師が書面による同意を得ることを要求していなかった。

さて、施術開始後、ほどなくして懐胎するに至ったが、自然流産した。夫は、妻に施術の継続をすすめたとされる。夫は多額の費用がかかり、家計が圧迫されるようになったことから、妻に施術の継続を断念するように言ったと主張しているが、妻が施術を受ける際に何度か付き添っている。また、夫は、家庭医に対して、施術の継続に反対していることを伝えたことはなかった。結局、施術開始から約一年後、妻は懐胎した。

妻の懐胎が確認されてから、夫は、距離を置きはじめ、ついに家をでた。直後に行われた電話での会話で、夫は、妻の懐胎に反対していることを伝えた。夫妻は、子が生まれるまで、別居を続けていた。妻が、離婚の申立てをする

とともに、子の扶養を求めたのが本件である。

夫は、当初、妻がAID施術を受けることに同意していたことを否認してはいない。人工授精の継続に反対していることを知らせたことが、同意の撤回にあたりと主張している。

(2) 判旨

本件の場合、夫がAID施術に同意してから、妻が妊娠するまで、約一五か月の期日が経過していた。それゆえ、問題は二つある。第一に、ひとたびAIDに対する同意が与えられれば、当該同意は、懐胎するまで継続して与えられていることになるのか。第二に、仮に同意が継続しているとされるなら、どの程度の証明責任を果たせば、同意を撤回することができるのか。

この点に関して、制定法は、夫が与えた同意は継続していると推定した上で、継続していないことを立証する責任を夫に課している。たとえば、アーカンサス州の制定法は、以下のように規定している。

「既婚女性が夫の同意を得て行った人工授精により懐胎した子は、無遺言相続の適用上、夫妻の子と推定されるものとする。夫の同意は推定される。ただし、明白かつ信ずるに足る証拠により、別段のことが立証される場合は、この限りでない。」³⁷⁾

それゆえ、嫡出性や親としての義務といった問題について、AID誘発妊娠は、婚姻期間中の自然誘発妊娠と同視される。

他方、メリーランド州の制定法は、以下のように規定している。

「この法律の適用上、既婚女性が夫の同意を得て行った人工授精により懐胎した子は、当該夫婦の嫡出子とする。夫

の同意は推定される。³⁸⁾

人口授精との関連ではないが、メリーランド州で、同意の推定は、推定を生じさせる証拠よりも、はるかに説得力のある「反証」によって覆すことができる³⁹⁾と判示された事例がある。

自然誘発妊娠の場合、嫡出性 (legitimacy) または父性に関する事案で、しばしば主たる争点となるのは、懐胎時に父親と推定される人物と接触していたか否かを証明できるかである。しかし、人工誘発妊娠の場合、嫡出性を立証するには、接触の有無ではなく、同意の有無が問題となる。同意がなかったと主張される場合、同意があったことを、物理的アクセスと同程度の確実性をもって証明するのは、はるかに難しいことが多い。

多くの州は、同意は書面で与えられなければならないとする制定法により、この問題を解決している。しかし、どの州も、同意の撤回に書面性を要求していない。

パブリックポリシーの観点から、AID 施術の結果生まれる子どもが、生活保護者または非嫡出子にならないようにしようとするれば、同意の推定が存在するとし、その推定を覆そうとする者に重い立証責任を課す必要がある。⁴⁰⁾当初与えた同意の継続性が問題になったときにも、同じ配慮が必要になる。この立場によれば、婚姻している当事者の場合、当初与えられた夫の同意は、懐胎した時点で有効であると推定される。ただし、夫が、明白かつ信ずるに足る証拠によって、同意の撤回を立証する場合は、この限りでない。本件の場合、夫はこの責任を果たしていない。

(3) 小括

夫の同意は書面でなく、口頭でもよいとし、なおかつ、反証のない限り、ひとたび与えた同意は懐胎時まで継続していると推定されるとした裁判例である。上述のように、制定法上は、書面による夫の同意を要件とする州が圧倒的

に多い。しかし、たとえば、本件の舞台であるメリーランド州の制定法は、書面性を要件とせず、「夫の同意は推定される」と規定している⁽⁴¹⁾。また、ユタ州では、書面による夫の同意がなくとも、AID子の出生後に、夫が公然と当該子を自身の子として扱い、父親のようにふるまっている場合、法律上の父親と認定される⁽⁴²⁾。書面性を要件としない州の制定法は、他にもある⁽⁴³⁾。

このように、制定法が書面性を要件としていなければ、夫の同意の存否を認定するにあたって、裁判所はさまざまの要素を考慮することができるといふ意味で、裁量の余地がある。他方で、メリーランド州の制定法のように、夫の同意が推定されると、同意の撤回を主張して、その推定を覆すことは相当難しい。主張立証責任の一般原則によれば、自己に有利な法律効果を主張する側が、当該事実の存在を主張立証する責任を負う。したがって、通常は、夫が同意の撤回を主張する場合、同意があったことを立証する責任は妻または子にある。しかし、同意が推定されると、立証責任の転換が発生し、同意が撤回されたことを夫が立証しなければならぬ。同意の推定を明文で定める意義はここにある。

もつとも、この規定方式では、AID子とその母の夫との間の法的親子関係設定を妨げるに足るとされる事由がきわめて限られることになるので、裁判所の裁量がはたらく余地はまったくないとの指摘もある⁽⁴⁴⁾。

ところで、本件では、夫が当初施術に同意していたことを認めていたため、同意の撤回の可能性が焦点になったが、そもそも同意はなかったと主張する場合も、基本的な考え方は同じだろう。「同意は推定される」ので、同意の継続性も推定されるとの論理構成だからである。

なお、撤回の時期は特定されていない。ちなみに、UPA（二〇〇二年改正）は、精子の「注入前」としている⁽⁴⁵⁾。

次は、A I D に対する夫の同意は推定されるとの考え方を採らない州で、同意の推定が認められた裁判例である。

(1) 事実の概要

二〇〇四年、妻が、A I D 施術により、第三子（以下、当該子）を懐胎後、夫妻は、夫は当該子について扶養義務を負わないとする合意をし、別居した。

その後、当事者は、和解の合意を締結した。当該合意は、別居に関する合意条件を再確認し、二人の子どもについて夫の扶養料を算出した。高位裁判所は、別居に関する合意中の、当該子について夫が扶養義務を負わないとする規定は、パブリックポリシーに反するとし、夫は子の法律上の父親であるとした。そして、当事者間の取り決めに修正し、二人ではなく、三人の子どもを基準とする扶養料の支払いを夫に課した。これを不服として、夫が控訴。

(2) 判旨

Domestic Relations Law 七三条は、一定の条件がみたされるとき、父子関係の存在について反証を許さない推定が生じるとし、次のように規定している。

「適式に開業医として認可された者が、女性と女性の夫から書面による同意を得た上で行った人工授精によって誕生した婚姻女性の子は、本条の適用上、夫と妻の嫡出かつ実子とみなされるものとする。…書面による同意は、夫と妻

の双方によって、署名され、承認されなければならない。」

書面による同意が、明確かつ具体的に、制定法による保護を援用する要件とされているので、本件のように、夫が施術について書面で同意していなかったことが認められる場合、本条は適用されない。したがって、本条により、父子関係は確定しない。

しかしながら、制定法によって、父性を確定できないからといって、我々の審理は終了しない。⁴⁶ 文言および制定過程のいずれに照らしても、Domestic Relations Law 七三条の目的が、AID施術により出生した子の父性を確定する唯一の手段を規定することだったことをうかがわせるに足るものを見出せない。制定法は、父性について反証を許さない推定が生じる状況を対象にしている。制定法は、当事者が婚姻しており、「適式に開業医として認可された」者が施術を行い、かつ同意が適切に書面により、署名、承認、証明される場合にのみ適用される。⁴⁷

これらの要件が全て満たされない状況であっても、衡平および理性により、施術に参加し、かつ同意する者が、生まれた子の法的な親とみなされうる、と認定しなければならない場合がある。

制定法は、本件で提起されている父性の問題には適用されず、またそれを決定するものではない。答えはコモンロにある。コモンローによれば、婚姻中に生まれた子は、父母双方の嫡出子であると推定される。これは、法が知るなかで、もつとも強くそしてもつとも説得力のある推定のひとつである。⁴⁸ それゆえ、婚姻中の女性が生んだ子は、父母双方の嫡出子であるという反証可能な推定から出発しなければならぬ。

Domestic Relations Law 七三条の制定前に、婚姻期間中に、夫の同意を得てAIDで出生した子には、自然懐胎した子に与えられる権利と特権が与えられるとした事例がある。⁴⁹ このコモンロー上の原則は、多くの法域によって共有され、次のように、判示されている。制定法上要求されている書面による同意がない場合でも、「人工授精施術につい

て実際に同意していたことの証となる行為に基づき、親としての責任を課せうと認めることは、子と社会の利益にかなう」。

わが州が嫡出性に強い推定を置いていること、ならびにAIDによって懐胎された子どもを保護することは、きわめて強いパブリックポリシー上の要請であることを考慮し、反証可能ではあるが、AIDで懐胎する女性の夫が同意していたと推定し、明白かつ信ずるに足る証拠により、その推定を覆す責任を夫に課している他の法域の先例にしたがうことにする。立法府が、制定法上の要件が満たされた場合、嫡出とみなす (irrebuttable presumption) こと、事実に関する紛争を基本的に回避する手段を提供しているとはいえず、AID施術をした医療関係者が、必ずしも制定法上の同意要件を承知していないことに照らせば、反証可能な推定を置く必要性がある。

本件の場合、夫は、妻が妊娠するためにAIDを利用していたことを十分に知っていたことに争いはない。夫は、三人目の子を望んでいなかったが、AIDにより出生した子を実子と認める意思がないことを、妻に知らせなかった。したがって、夫は、婚姻期間中に、妻がAIDにより三人目の子を産むことに同意していたとの推定を覆すことはできなかつたと認定する。

妻に、夫の同意を証明する責任を負わせたとしても、結論は変わらない。夫は、妻がAID施術を受けようとしていることを知っており、自身と一致する特質をふまえて、提供者を選ぶよう注意していた。夫は、精液標本の購入および送付条件を定めている「Frozen Donor Semen Specimen Agreement」に署名していた。また、夫は、カリフォルニアを拠点とする精子バンクに提供者協定をファックスし、クレジットカードで標本の代金を支払っている。さらに、夫は、夫妻が同居していたならば、当該子を自らの子と認知していたと証言している。

夫は、妻が別れると脅したので、強制的に提供者協定に署名させられたと主張するが、それは些事にすぎない。重

要なのは、両当事者が締結した別居合意が、特に、「胎児は、夫の実子ではないが、『互いに同意した』人工授精治療により懐胎した」と定めていることである。これにより、夫は、子をもうけるとの妻の決心に同意していたと結論することができ、子の最善の利益を最も重視するには、夫が、当該「子の父性を否認」できないようにする必要があり、それゆえに、衡平法上の禁反言の法理を適用することが正当化されるのである。

(3) 小括

書面による同意がない場合でも、AID子が婚姻期間中に生まれた場合、同意の推定を受けるとの前提から出発し、その推定を覆す責任を夫に課している。この点は、2の事件と同様である。また、書面性の要件の目的を、事実に関する紛争を回避することにあるところとは1の事件と同様である。

この一見すると、制定法の規定に抵触する結論を導くにあたって、本判決は、コモンロー上の原則、⁵⁾子と社会の利益、パブリックポリシー上の要請および禁反言の法理に依拠した。

この論理構成からすれば、口頭による同意も不要となると解される。判決は、夫が妻に当該子を実子と認める意思がないことを知らせなかったことを、嫡出推定を覆すことができない根拠の一つにしている。それゆえ、明示の意思表示がない限りは、同意の推定が確定すると解しうる余地がある。

ただし、本判決においては、夫が同居していたならば認知していたと証言していたこと、および両当事者が締結した別居合意のなかで、AID施術に「互いに同意」したとの定めがあったことが重視されている。それゆえ、同意の推定が確定するには、やはり何らかの作為を要することが示唆されていると解すこともでき、その場合、論理構成も1の事件とさほど変わらなくなる。

なお、傍論ではあるが、判決は、妻に立証責任を負わせる場合には、何らかの作為を立証すれば足りるとしている。本件では、提供者の選択について注意していたこと、精子バンクに提供者協定をファックスし、クレジットカードで標本の代金を支払っていたことが、これにあたりとされた。

4 In re Baby Doe 事件 (353 S.E.2d 877 (1987))

最後は、書面による同意はないが、夫は、AID施術に対して黙示の同意を与えていたとして、父子関係を認められた裁判例である。

(1) 事実の概要

夫には、前妻との間に四人の子どもがいた。一九七〇年代初頭に、現在の妻と婚姻し、数年間、子どもをもうけようとしたが、できなかった。医師に助言を求めたところ、身体外傷により、もはや子どもをもうけることができないことを知った。そのため、夫も承知したうえで、妻は人工授精を受けはじめた。夫は、授精日を決定するため、毎日体温をはかる妻の手助けをしていた。一九八三年二月、妻は懐胎したが、ほどなくして夫婦は別居した。翌年一月、当該子が生まれ、その出生証明書には夫が父と記載されていた。これを知った夫が、当該子の父親ではないとの宣言を求めて、家庭裁判所に本件訴訟を提起したところ、妻が、子の扶養を求める反訴を行った。

(2) 判旨

原審は、婚姻期間中に人工授精により懐胎した子は、夫の同意を得て懐胎したと推定 (rebuttable presumption) されるとした。そのうえで、夫は人工授精について明示的および黙示的に同意していたとし、子の扶養を認定したことから、夫が上訴した。夫は、①黙示の同意は、子の法律上の親であることを立証するに足るものでない、②書面による同意がなければ、婚姻期間中に人工授精により懐胎した子の法律上の父親であると宣言することはできない、と主張した。

これに対し、上訴裁判所は、妻が人工授精により子を懐胎することに同意し、その子をわが子として扱うことを了解している夫は、人工授精の結果誕生した子の法律上の父親であり、扶養を含めて、親としての法的責任をすべて負うことになる、とした。

また、同裁判所によれば、夫の同意が有効になるのは、書面で同意が与えられている場合だけではない。たとえ制定法上の要件であっても、書面により夫の同意が得られなかったからといって、夫は親であることから生じる責任を免れない。夫の同意は、黙示的に示されることもある。本件で、夫は妻が人工授精により懐胎するために行っていた努力を知り、手助けもしていた。したがって、夫は施術に同意していたので、法律上の父親であると宣言した原審判決を支持する。

(3) 小括

妻がAID施術を受けていることを知り、助力していたという夫の行動をもって、黙示の同意が成立するとした事例である。⁽⁵²⁾ 論理構成は2および3の事件と同様であるが、同意にあたる⁽⁵³⁾とされた行為の性質に相違がある。すなわち、

3の事件では夫の対外的行為が、本件では夫の対内的行為が、それぞれ同意にあたるとされている。夫婦間に限っての行為でも足りるので、同意に相当すると判断される行為の範囲は、前者よりも後者のほうが若干広いと言えるかもしれない。しかし、夫婦間に限っての行為であっても、ある程度の公知性は要求されるだろう。本件においても、第三者により識別可能な証拠が存在していた。その意味では、実際にはさほど大きな差異はないとも考えられる。

なお、2の事件ないし4の事件は、いずれも懐胎後ではあるが出産前に夫婦が別居した事案である。出産後に別居する場合も当然ありうるが、管見の限りでは見当たらなかった。基本的な論理構成に差異はないと思われるが、出産時まで生活を共にしていたという事実は、懐胎時における同意の存在をより強く推定させる方向に働くだろう。

Ⅲ 日本法への視座

1 日本における状況

(1) 生殖補助医療の現状

わが国において、一万人に近いAID子の存在が指摘されてから相当の年月が経過している。その数は増え続け、日本産婦人科学会によれば、二〇〇七年の患者は一一三人で生産分娩数九二人、二〇〇八年の患者は八〇六人で生産分娩数七八人、二〇〇九年の患者は八〇六人で生産分娩数は八五人であるとされる。毎年約一〇〇名弱のAID子が出生していることになる。

この間、生殖補助医療について法律による規制等がなされていないことから、日本産科婦人科学会を中心とした医師の自主規制の下で、施術が行われてきた。しかし、学会の会告に違反する者が出てきたこと、夫の同意を得ずに実施されたAIDにより出生した子について、夫の嫡出否認を認める判決が出されるなど、生殖補助医療により生まれた子の福祉をめぐる問題が顕在化してきた。

法的には、生殖補助医療により生まれた子の親子関係の確定に関して、以下のような問題が生じる。民法第七二条第一項は、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」と規定した上で、夫のみが一定期間内に嫡出否認の訴えによって嫡出父子関係を否認することができるものとしている(第七七五条)。夫は、嫡出否認の訴えにおいては、子との間の血縁がないことを主張立証して上記の推定を覆すことができるが、夫が子の出生後にその嫡出性を承認したときは、嫡出否認権を失う(第七七六条)。このように、嫡出父子関係を争うことは、相当限定されており、父子関係の早期安定及び家庭の平和の尊重が制度的に図られている。しかし、精子提供型の生殖補助医療が行われる場合、当該医療を受ける夫婦の夫と出生した子との間に血縁関係がないため、出生した子が嫡出推定を受けるか、嫡出推定を受けるとした場合、夫が嫡出否認の訴えにより父子関係を覆すことが可能か等が問題となる。

こうした現状においては、提供された精子・卵子・胚による生殖補助医療により生まれた子の法的地位は不安定なものと言わざるを得ず、そうした問題を解決することなく、当該生殖補助医療の利用の幅だけを拡げていくことは、子の福祉の観点から大きな問題がある。

それゆえ、平成一〇年一〇月二二日、この問題を幅広く専門的立場から集中的に検討するために、厚生科学審議会先端医療技術評価部会の下に、「生殖補助医療技術に関する専門委員会」(以下「専門委員会」という。)が設置された。同委員会は、もっぱら行為規制法に関する審議を行い、平成一二年一二月、「精子・卵子・胚の提供等による生殖

補助医療のあり方についての報告書」を作成した。これを受けて、平成一三年六月、制度整備の具体化のための検討を行うために、生殖補助医療部会が設置された。平成一五年四月、同部会は、「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」をとりまとめた。

生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する法整備については、平成一三年二月に法制審議会の下に設置された生殖補助医療関連親子法制部会で、並行して作業が進められた。平成一五年、「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」が公開されたが、法制化にはいたっていない。

このような動きのなかで、AID施術に対する夫の同意はどのような位置づけを与えられてきたのだろうか。

(2) 行為規制法における位置づけ

まず、生殖補助医療部会報告書によりながら、行為規制法における同意の位置づけを見ていくことにしよう。

① 説明責任

提供された精子・卵子・胚による生殖補助医療を行う医療施設（以下「実施医療施設」という。）は、当該生殖補助医療を受ける夫婦が、当該生殖補助医療を受けることを同意する前に、夫婦に対し、当該生殖補助医療に関する十分な説明を行わなければならない。生殖補助医療を受けることを希望する夫婦は、生まれてくる子の福祉やその子が生まれてくることによる家族関係への影響、生まれてくる子の法的地位などの問題を十分に理解した上で、当該生殖補助医療を受けることを決定すべきだからである。

提供を受けることを希望する夫婦は、同一の説明を受けることが望ましいため、原則として同時に揃って説明を受けることとし、また、提供された精子・卵子・胚による生殖補助医療における説明の重要性に鑑み、説明は施術ごとに行われることとする。提供を受ける夫婦は、説明を受けたあと、記名押印もしくは自署による署名を行うことによって説明を受けた確認を行うこととする。

② 同意の形式

実施医療施設は、提供された精子・卵子・胚による生殖補助医療の実施の度ごとに、その実施について、夫婦それぞれの書面による同意を得なければならない。生殖補助医療は、夫婦の一方または両方の遺伝的要素をもたない新たな生命を人為的に誕生させるものであり、また、当事者に身体的危険性を与えることもあり得ることから、夫婦双方の書面による明確な同意に基づいて行われるべきだからである。

実施医療施設は、当該生殖補助医療について説明を行った後、三ヶ月の熟慮期間をおいた上で、同意を得るものとする。また、施術を繰り返す場合には、同じ施術かどうかにかかわらず、説明を行った後三ヶ月の熟慮期間をおいた上で同意を得るものとする。

実施医療施設は、夫婦が共に同意していることを担保するために、原則として同時に揃って同意を得ることとする。また、夫婦が各々の項目について同意していることを担保するため、説明した医師の面前で同意する項目について一つずつ確認し、同意書に記名押印もしくは自署による署名を得ることとする。

③ 同意書の管理

実施医療施設は、提供された精子・卵子・胚による生殖補助医療を受けた人が妊娠していないことを確認できたときを除き、提供を受けた夫婦の同意書を公的管理運営機関に提出しなければならない。同意書は、当該提供によって子が生まれた場合、または、子が生まれたかどうか確認できない場合、公的管理運営機関が八〇年間、実施医療施設が五年間それぞれ保存する⁽⁹⁾。

同意書が的確に保存されていなければ、生まれた子の法的地位の安定に支障をきたすおそれがあるからである。

④ 同意の撤回

夫婦の同意は、同意に係る生殖補助医療の実施前であれば撤回することができる。撤回は、夫婦の双方またはいずれか一方が行える。撤回は、本人が、医師の面前で、同意に関する撤回の意思を表明した文書に記名押印もしくは自署により署名し、当該文書を実施医療施設を経由して公的管理運営機関に提出することで行うこととする。

ところで、専門委員会報告では、次のことを法律に明記することとされていた。

・妻が夫の同意を得て、提供された精子・胚による生殖補助医療により妊娠・出産した子は、その夫の子とする。
 ・妻が提供された精子・胚による生殖補助医療により妊娠・出産した場合には、その夫の同意は推定される。
 夫の同意が推定されるのは、妻が夫の書面による同意を得ず生殖補助医療が行われた場合についても、子の福祉の観点から、その法的地位を可能な限り安定的なものとしなければならないからである。

部会報告書では、並行して進められていた法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会の審議にあたり、同意書の開示の有無、その条件等が、父子関係の決定の要素である夫の同意に係る議論に影響を与えることになるとの認識の下、

同意書の開示の有無、その条件等が記載されている。具体的には、精子の提供を受けた夫が精子の提供により生まれたいとの間に血縁関係がないため、父子関係の否定を主張する嫡出否認訴訟などを想定し、こうした場合に同意書は親子関係を確定する重要な証拠となるという。

(3) 親子法制上の位置づけ

それでは、親子法制上はどのように位置づけられているのか。生殖補助医療関連親子法制部会中間試案によりながら、この点を見ていくことにしよう。

① 概要

試案第二は、精子または胚の提供による生殖補助医療により出生した子の父子関係について、次のような考え方を示している。

「妻が、同意を得て、夫以外の男性の精子……を用いた生殖補助医療により子を懐胎したときは、その夫を子の父とするものとする」。

本試案は、妻が夫の同意を得て夫以外の男性の精子を用いた生殖補助医療により子を懐胎したときはその子を同意した夫の子（嫡出子）とすることとしている。本試案にいう夫の同意は、妻が生殖補助医療を受け、それによって懐胎することについての妻に対する同意であり、生殖補助医療部会報告書が示す生殖補助医療制度の枠組み（以下、制度枠組み）において必要とされる生殖補助医療実施に対する同意とは概念的には区別される。

精子提供型の生殖補助医療は、当該医療を受ける夫婦がその間の子を設けることを希望するものであり、これによる妻の懐胎に同意した夫は出生した子を自らの子として引き受ける意思を有していると考えられるので、同意した夫

を父とし、親の責任を負わせるのが相当である。制度枠組みは、同意した夫が出生した子を自らの子として引き受ける意思を持つことについての制度的な手当てであつて、本試案はその実質を示したものとされる。⁶¹ 言い換えれば、親としての責任を負う意思のある者を父とするとの原則を定めるのが本試案である。その原則の趣旨から逸脱しないように、実施医療施設に子の法的地位などを説明する責任を課し、同意書を得るなどの措置を定めるのが制度枠組みとすることになる。

それゆえ、制度枠組みで要求される同意書は、夫の同意を立証する手段として重要なものであるが、本試案における夫の同意は、第三者の精子により妻が懐胎することに対する親子法制上の実体的な同意であり、これについて書面性が要求されているものではない。

また、生殖補助医療部会報告書(1)④では、生殖補助医療を受けることの同意は、実施前には自由に撤回することができるとされているが、本試案における同意は、実施時に存在していることを要する。したがって、実施前に同意を撤回した場合には、上記の同意が存在しないことになる。⁶²

ところで、上述の専門委員会報告書が、子の法的地位の安定の観点から、妻が生殖補助医療により出生した子については、夫の同意があることを推定する旨法律で明記すべきであると提言していたにもかかわらず、⁶³ 同意の存在を推定するとの考え方はとっていない(試案第二(注一))。その理由は次のとおりである。

「生殖補助医療部会報告書によれば、生殖補助医療を受ける夫婦の同意書が長期間(八〇年間) 公的機関に保管され、関係者の同意書へのアクセスが認められることとされており、同意の存在を立証することが特段の困難を強いられるものとは考えられないこと、また、一般的にある事実(同意)の『不存在』の立証は困難であること等から、主張立証責任の一般原則に従い、自己に有利な法律効果を主張する側が、当該事実の存在を主張立証することとした」。

それゆえ、妻が婚姻中に生殖補助医療により懐胎した子について、夫が嫡出否認の訴えを提起した場合、夫が血縁関係の不存在を主張して嫡出否認権の発生を根拠付けようとするのに対し、子又は妻の側で、子が第三者の精子に係る生殖補助医療によって生まれた子であること及び当該生殖補助医療について夫の同意があったことを主張立証して、否認権の発生を障害することになる。^④

事務局の説明をかりながら、今少し敷衍してみよう。制度枠組みによれば、同意の有無のほとんどは、公的管理運営機関に問い合わせれば分かる。それゆえ、あえてここで主張立証責任を転換して、同意があったことを推定するという必要性は、立証の難易度の点からは余り問題にならない。仮に制度枠組みからはみ出た部分、たとえば書面の保管が何らかの理由によってされていないような場合等も救済するならば、その同意によって親子関係を発生させるということになるが、同意していなかったという、消極的な事実を証明することはかなり難しい。行為規制法上の同意と民法上の同意がずれて、後者の方が広くなるという前提に立つと、やはり原則どおり同意があるということを主張立証させる方がよい。さらに、一般的に妻が婚姻中に第三者の提供する精子・胚による生殖補助医療による子を懐胎した場合、同意があるというような経験則が働くかは、今後の行為規制に基づく医療実務の実態を見ないと分からない。多くの場合そのように行われると考えられるが、実務の今後の在り方を見ていく必要がある。^⑤

さて、公開されている議事録を見ると、これらの点につき、活発な議論がなされていることがわかる。以下、論点ごとに見ていくことにしよう。

② 「同意」の意味、立証方法

制度枠組みでは、個別の施術ごとに同意書を得ることになっている。しかし、個別の施術ごとの同意書はとられて

いなかっただが、生殖補助医療を用いることについては別のところで包括的な同意を与えていたような場合、あるいは懐胎した施術に相当する同意はなかったが、それ以前に行われた施術についての同意書はある場合、「同意」の要件に該当するかどうか⁽⁶⁶⁾。これに対して、事務局から、民法的な考え方としては、半年も一年も前であればともかく、近接した期間内で包括的な同意があつて、その後夫婦間で生殖補助医療を受けるということについて特に反対の意思がない限りは、それも同意として考えていいのではないかと回答がなされている。その意味で行為規制法上の同意をはみ出る部分があるとのことである⁽⁶⁷⁾。

ここでまず注意すべきは、実体法上必要な同意は、懐胎時における同意であつて、その立証の方法として、近接する期間内の同意を証するような証拠があると考えられていることである。したがつて、施術前の同意の意思表示が懐胎時まで続いていると認定できるか否かが問題となる。

部会では、ここでの同意が、親になることの同意、父親という地位を引き受けることについてのレベルの同意であつて、個別の施術についての同意をしなければ、この意味での同意がないということには必ずしもならないという点については、大方の一致があつたように思われる。そのうえで、次のような場合が議論の対象になつた。A 施術とB 施術とC 施術があり、A とB の施術に同意書はあるけれども懐胎しなかつた。そして同意書のないC という施術により懐胎して子が生まれたとき、親子法制上はC という施術についても同意を要求するとする。その場合、同意の有無を、同意書の有無で判断するのか、それともA、B のときに同意しているのだからC のときにも黙示的に同意していたと推認できるとするのか。

この点については、先にA、B があるからといつて、簡単に決着できる問題ではないが、資料にはなり得るし、やはり全くない場合とは異なるとの意見があつた。他方で、制度枠組みによれば、実施医療機関には、懐胎にいたらな

かった施術についての同意書を公的機関へ提出する義務はないので、実施医療機関が同意書を保存していない場合にはどうなるのか、との懸念も示されている。また、AID施術を三〇回行い、三二回目に懐胎したと考えられる場合、そのすべてを実施医療機関が保存しているとは考えられない、といった指摘もあった。⁶⁵⁾ 巡り巡って、そのようなことを考慮すると、制度枠組みに則った同意書がある場合を要件とするのも一案との意見も出されている。いずれにせよ、制度的な不備によって同意書がないという事態はできるだけ避けるべきであるとの意見に象徴されるように、どちらかといえば行為規制法レベルの問題と認識する委員が多かったように思われる。

③ 同意の推定

推定規定の適否についても議論があった。しかし、推定規定を置くことに賛成した意見は少数であり、⁷⁰⁾ それに反対または消極的な意見が大勢を占めた。主たる論拠は次のとおりである。

・ 経験則に合わない

・ 制度枠組みに適合しない生殖補助医療による場合、管理運営機関に同意書がないということだけでは反証にならないので、推定規定を置いてしまうと反証が難しい。⁷¹⁾

・ 夫の側の反証負担が不当に重くなる。⁷²⁾

・ 同意がなかったことを立証することは非常に難しい。⁷³⁾

そのほか、推定規定を設けないならば、行為規制の方でより厚い手当てをする必要がある、との意見もあった。

④ 同意の撤回

同意の撤回については、制度枠組みにおいて、撤回についても書面を要件としていることが、親子関係に影響しないか、という問題提起がなされている。これに対しては、上述のように、懐胎時に同意していることが要件だとすると、理論的には撤回を考える必要はない、との見解が大勢を占めた。施術前に撤回されれば、おそらく懐胎時に同意がなかったということになる。ただし、その証明の難しさを考えると、同意書はあるが撤回書はないという場合も、撤回（同意がなかったこと）の立証ができればそれは認めるべきである。しかし、このような意見がある一方で、妻には撤回の意思を表明したが、施術する医師にはそれが伝わっていないときにも、親子関係を否定できるとするのは問題ではないか、との指摘もあった。この場合、子は生まれてしまうからである。

(4) 裁判例

裁判例にもふれておく。A I D 施術における夫の同意が争点となった裁判例は、今のところ一件（大阪地判平成一〇年一二月一八日（家月五一巻九号七一頁）²⁸）だけである。

被告の母（Z）は、平成五年からA、Bにおいて不妊治療を受け、平成六年からはCにおいても不妊治療を受けるようになった。Cでは、体外受精・胚移植及び凍結胚移植を合計五回行ったが、妊娠に至らなかった。

Zは、平成八年五月、別の医療機関において、第三者の精子を用いた人工授精を行った結果、妊娠し、平成九年一月、被告（Y）を出産した。

これに対し、原告（X）はZの妊娠を不貞行為によると主張して、Yに対する嫡出否認の訴えを提起した。Zは、第三者の精子を用いた人工授精ないし体外受精（以下「人工授精等」という。）による妊娠、出産を行うこ

とについて、主に次の点から、Xが事前に承認していたことは明らかであると主張している。

① XとZは、互いに相談して、上記不妊治療を受けていた。Zは不妊治療の経過についてその都度Xに報告しており、Xの精子にも不妊の原因があること、配偶者の精子に問題がある場合には第三者の精子を用いた人工授精等により妊娠に至る方法があること等についてもXに説明していた。

② XとZは、高齢であり、双方とも不妊の原因があつたため、平成八年前半の各排卵期が妊娠の最後の機会ともいえるものであつたから、原告は、この時期における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ていたといえる。

③ Xは、平成八年三月にZから人工授精する旨を告げられ、これに同意した。XがCに人工授精等のために自己の精子を持参したのは、平成六年から平成七年九月までの三回だけであり、精子の授精能力は射精後二四時間であるから、その時およびZの妊娠した平成八年五月には、原告の精子は授精に供することができないことが明らかであつた。にもかかわらず、Xは、Zから人工授精により妊娠した旨の報告を受けた際に、自分がいつ提供した精子であるか等について質問することなく報告を受け入れたことからすれば、Xは第三者の精子を用いての人工授精等を承認していたと考えられる。

④ XとZは、平成六年末頃から離婚状態にあつたが、高齢で結婚した体面上、離婚届を提出できないまま性的交渉もなく単に同居しているだけの関係であり、Zが妊娠するにあたりXの精子を使用することに特別の意味はなかつた。

裁判所は、次のような理由により、これらの主張をすべてしりぞけ、Xの訴えを認容した。

まず、①について、Zが第三者の精子による人工授精等の方法についてXに説明したと認めるに足りる証拠がない

ばかりでなく、第三者の精子による人工授精を行うときは夫と妻の署名押印した誓約書が手続上必要とされているにもかかわらず、Xはそのような誓約書を作成していなかった。

②については、仮にそのように認識していたとしても、そのことから、X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。

③について、体外受精において余った受精卵は冷凍保存しておいて、それを用いて体外受精・胚移植をなすことも可能であり、Zも平成七年に流産した後、同年から翌年にかけて冷凍保存しておいた卵を用いて子をつくる旨Xに伝えていた。そうすると、Xが、Zから人工授精等をする旨を告げられていたとしても、なお、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ず、そのように考えていたからこそZから妊娠したことの報告を受けたときに何ら質問をしなかったとも考えられる。

最後に、④について、XとZとが離婚状態にあったのであれば、XにはZが第三者の精子により妊娠した子についてその父となる理由がないともいえる。

本判決によれば、不妊治療を受けることについての同意は、たとえそのなかにAID施術を含むことが示唆されたいようとも、AID施術を受けることについての同意とはみなされない。後者についての同意が別途必要であり、誓約書の有無はそれを立証する証拠の一つとなる。

しかし、誓約書という形式での書面による同意が「重要な意味を持つ⁷⁴」ことは確かだろうが、不可欠ではない。本件では、冷凍保存された受精卵を用いて体外受精・胚移植をなしたことが、夫の同意を否認する根拠になったと思われる、そのような事実がなければ、黙示の同意が認定された可能性は否定できない。

いずれにせよ、本判決からは、夫の同意の存在を立証する責任は妻または子が負う、書面による同意がない場合に

は、具体的かつ客観的な証拠を要するとの考えをうかがい知ることができる。

2 考察

将来の法制化および裁判実務に向けて、Ⅱで見たアメリカの裁判例はどのような視座を与えてくれるのだろうか。

(1) 書面性

上述のように、日本においては、行為規制法のレベルでは書面性を要するとされる一方で、親子法制上は要しないとする方向性が打ち出されている。

アメリカの制定法、たとえば先に見たニューメキシコ州の制定法などは、行為規制（医師の監督下で行われること、医師は夫の同意書を監督官庁に届け出なければならぬなど）と親子法制（夫が書面により同意し、夫妻が署名している文書がある限り、夫はAID子の実父とされる）をまとめて一つの条文で規定している。ここでは、少なくとも文言上、書面による同意が父子関係の設定要件とされている。ニューヨーク州の Domestic Relations Law とUPAも同じ形態である。しかし、裁判例はそれを良く言えば柔軟に、悪く言えばなし崩し的に解してきた。その結果、父子関係の設定に関して、この要件はほとんど空文化しているといつてよい。日本の状況に即して言えば、アメリカでは、親子法制上、書面性は要しないという方向性を裁判所が打ち出しているのである。

1の事件では、施術についての同意書ではなく、訴答書面と和解調書が「書面による同意」にあたりとされた。3の事件での別居合意も、この範疇に含まれると解することができよう。類発するような事態ではないだろうが、夫を

親権者とする離婚調書に署名した後や、同内容を含む離婚判決が下された後で、AIDにより出生したことが判明する場合も考えられなくはないので、その限りで、参考にするのができよう。

より関係すると思われるのは、口頭での同意または黙示の同意で足りるとした裁判例である。前者については、その成立要件が明確に示されているわけではないが、後者については、ある程度具体的な例をあげることができる。すなわち、妻がAID施術を受けていることを知りながら、それに助力していたこと、AID子を実子と認める意思がないことを妻にしらせなかったこと、精子提供者の選択に関心を示していたことなどである。

アメリカの裁判例でも指摘されているように、書面作成の機能が、紛争回避のための証拠的機能と同意をためらう人に対する警告的機能にとどまるとすれば、行為規制法レベルではともかく、親子法制上あえて書面性を要件とする必然性はとほしい。親としての責任を引き受ける意思は、書面以外の方法で示すことも可能であり、あえてその手段を排除する必要はない。むしろその余地を残しておくことにより、父子関係の設定が容易になると考えられるので、AID子の法的地位の早期安定をはかるといふ観点からも望ましい。アメリカ裁判例の傾向は、その意味で理にかなっていると思われ、日本における立法の方向性と軌を一にする。

確かに、行為規制のレベルでは書面性を要求し、親子法制のレベルでは要求しないとすると、混乱が生じる可能性は否定できない。上述のように、法制審議会においても、そのことを懸念して、行為規制法にあわせて親子法制上も書面性を要件にすることを考えるべきであるとの意見が出されていた。生殖補助医療法制全体の統一性と整合性、万人にとつての簡便さ明確性を最優先すれば、そのように規定することも一案となろう。また、書面によらない同意の立証・認定がおよそ不可能ならば、結局、父子関係の設定可否は書面の有無によることになると考えられる。とすれば、その旨を明文で定めておくことは、予測可能性という観点から、立法政策としては望ましいということになるか

もしれない。しかし、アメリカの裁判例を見る限り、書面によらない同意の立証・認定は、容易とまでは言えないにしても、困難だとは思えない。この手段により父子関係を設定できる可能性が相当程度残されているならば、親子法制上は書面性を要求するべきでない。通常、両親から扶養されることがAID子の最善の利益と考えられるからである。⁽²⁶⁾

(2) 同意の継続性と推定

アメリカの裁判例の2の事件は、ひとたび夫がAID施術に同意すれば、それは懐胎時まで継続すると推定され、夫がその推定を覆すには、「明白かつ信ずるに足る証拠」を示さなければならぬとしている。アーカンサス州とメリランド州の制定法は、明文で夫の同意を推定すると定めている。明文の規定はないが、同意を推定とした他の法域の先例にしたがうとしたのが3の事件である。

これらの裁判例によれば、同意の継続性を前提とし、懐胎時の同意を推定するとしなければならないのは、書面などの物証がない場合に、同意があったことを立証するのは難しいと考えられるからである。比較対象としてあがっている自然誘発妊娠の場合、同居の事実といった物理的接触の有無を立証すれば足りる。しかし、書面による同意がない場合、物理的接触の有無と同程度の確実性をもって、AID施術についての同意の存在を立証するのは難しいということである。このように、想定されているのは、書面による同意がまったくない場合、あるいは最初の施術についての同意書はあるが、近接期間内での同意書はない場合である。厳密に言えば、父子関係の設定に書面による同意を要求しない場合、懐胎の可能性がある施術についての同意書があっても、懐胎時に同意はなかったと認定される余地がないわけではない。当該同意書は、懐胎時の同意そのものではなく、その存在を証明する証拠の一つにとどまるか

らである。⁽⁷⁾しかし、この場合は、通常懐胎時に同意があったとみなされることになる。それを覆すには、夫の替え玉を使って同意書を作成したことが筆跡の対照によって判明したような場合など、⁽⁸⁾同意の信ぴょう性に疑念を抱かせるに足る事由が存在しなければならぬだろう。かかる事由がなければ、信義則または権利濫用原則のいずれかまたは両方により、同意の不存在を主張するのは許されないとすべきだろう。⁽⁹⁾それゆえ、この文脈では問題にならないと思われるので、考察の対象にはしない。

さて、先にも述べたが、書面によらない同意があったことを立証することは、それほど難しいことではない。通常は夫の側に何らかの作為があると考えられるからである。確かに、物理的接触の有無を立証するよりは困難を伴う作業とは言えようが、程度問題にすぎず、夫におよそ果たしえないほど重い立証責任を負わせるに足る根拠としては、やや弱い。

他方、政策上の観点から、AID施術の結果生まれる子どもが、生活保護者または非嫡出子にならないようにするための配慮であるとすれば、それは看過しがたい説得力を有する。政策上の要請であることは、3の事件でも指摘されていることであり、アメリカではある程度一般化している理解ではないかと思われる。

したがって、同意の継続性と推定を根拠づけるに足る根拠は政策上の要請と解するのが相当である。この考え方によれば、最初の施術に与えられた同意が懐胎時まで存続していると推定されるので、当然のことながら、施術ごとに同意を得る必要はない。上述した法制審議会の議論では、半年前に与えられた同意が継続しているとはみなしがたいとの見解が示されていたが、半年前はおろか、一年以上前でも継続しているとみなされる。実際、2の事件では、一五か月間にわたって継続しているとされた。また、書面による同意がまったくなかったとしても、懐胎時には同意の存在が推定されることになる。同意が推定される以上、いずれの場合でも、推定を覆し、同意の不存在を立証する責任

は夫にある。

同意の継続性と推定を認めれば、AID子の法的地位が安定するのは確かだろう。その意味では、子の福祉に最大限配慮した考え方とみることでもできる。法制審議会の議論でも指摘されていたように、ここまで夫の側に重い立証責任を課すことは、バランスを欠いているとの感は否めない。実際、本稿で紹介したアメリカの裁判例のいずれも、夫は推定を覆すに足る立証責任を果たしていないとしたように、推定を覆すのは至難の業となろう。夫がAID施術に同意しない意思を妻および医師に書面で示しているといった争いのような事態でない限り、反証は認められないことになる可能性も否定できない。

日本の場合、これが政策上の要請するところであると断言できる段階には、まだいたっていないように思われる。AIDを含めて生殖補助医療に関する理解は広まりつつあるが、広く社会の構成員の間で一定のコンセンサスが得られるまでに深まっていると言いつつあることにはためらいを禁じ得ない。そのような状況のなかで、親子法制上、同意の推定を原則とするべきであるのか。かりにそうならば、その根拠は何か。AID子の福祉、利益で足りるのか。専門委員会が、「子の福祉の観点から、その法的地位を可能な限り安定的なものとしなければならぬ」として、夫の同意が推定されることを法律に明記するよう求めたのに対し、法制審議会の部会は応じなかった。あえて同意の存在を推定するとの考え方は採らないと明言したのは、これらの問題があることを認識した上で、現時点でそのすべてに説得力のある回答を用意できないとの判断があったからではないか。立証責任の問題が強調されているが、見解が分かれない真の理由は、このあたりにあるように思われる。⁸⁰⁾

なお、アメリカのいくつかの州の制定法は、夫の同意を推定せずに、父性を争えない、または、争いうる場合を制限することで、AID子の法的地位の安定化をはかろうとしている。⁸¹⁾たとえば、フロリダ州は、施術に同意した夫が、

父性を争うことを認めていない。フロリダ州の制定法によれば、女性が、婚姻期間中に、書面で夫の同意を得て人工的に懐胎する場合、夫は、施術により出生した子の父親とみなされる。⁽⁸²⁾ ジョージア州の制定法も同様である。⁽⁸³⁾

デラウェア州は、夫が、子の出生を知ってから二年以内に訴えを提起し、裁判所が子の出生前または出生後に施術に同意していなかったと認定する場合に限って、父性に反証することを認めている。⁽⁸⁴⁾ テキサス州も同様だが、出訴期限を四年としている。⁽⁸⁵⁾ もっとも、次のいずれかに該当するときは、時間的制約は取り払われる。(1) 妻が人工授精を受けることに、夫は同意していなかった、(2) 人工授精を行っていたときから訴えの提起までの間、夫と妻が生活を共にしていなかった、(3) 夫が子を自身の子として公然と扱っていなかった。⁽⁸⁶⁾ UPA (二〇〇二)も、同様の内容である。⁽⁸⁷⁾

ルイジアナ州は、出訴期限を一年とする。⁽⁸⁸⁾ しかし、夫と妻が、子の出生前三〇〇日間にわたって、生活を共にしていなかった場合、利害関係人が夫は人工的に懐胎した子の父親であると主張する通告を書面により行い、それを夫が受領した日を起算点とする。⁽⁸⁹⁾

周知のように、法制審議会においては、「同意者Ⅱ父」ルール(甲案)と、同意した者は嫡出否認の訴えを起させない「同意による義務(禁反言)」ルール(乙案)との基本的な対立があった。民法の嫡出推定制度との整合性及び子の法的地位の早期安定化を理由に乙案の考え方が大勢を占めていたことを考えると、⁽⁹⁰⁾ これらの州の制定法は大いに参考になるう。

(3) 撤回の可否

日本民法上、撤回とは、意思表示をした者がその意思表示の効果を将来に向かって消滅させることをいう。一方的

な意思表示によってされる点では取消しと似ているが、取消しは一定の取消原因（行為能力の制限・詐欺・強迫）のあるときにでき、また、過去にさかのぼって法律効果を消滅させる点で撤回と異なる。撤回は、すでになされた意思表示によって当事者間に権利義務が生じてしまった場合を除き、原則として取消原因がなくてもできる（第四〇七条二項、第五四〇条二項、第九一九条一項。例外、第五二一条、第五二四条）。

さて、生殖補助医療部会は、「夫婦の同意は、同意に係る生殖補助医療の実施前であれば撤回することができる。撤回は、夫婦の双方またはいずれか一方が行える。撤回は、本人が、医師の面前で、同意に関する撤回の意思を表明した文書に記名押印もしくは自署により署名し、当該文書を実施医療施設を経由して公的管理運営機関に提出することで行うこととする。」とした。

これに対し、法制審議会は、懐胎時に同意していることが要件だとすると、理論的には撤回を考える必要はないとし、試案では撤回について言及しなかった。施術前に同意していたが、懐胎前に反対の意思表示を行ったような場合も、懐胎時に同意がないことになるので、反対の意思表示がなされるまで同意により生じる法律効果を考える必要はないという趣旨である。効果の点にのみ着目すれば、取消しにあたると考えられるが、上述のように、取消しは取消原因がなければできない。必ずしも取消原因があるとは限らないので、取消しと説明することも妥当でない。

アメリカの裁判例では、撤回（withdrawal）はできるとしつつも、それにあたる事由がないとされているため、その効果が日本法でいう取消しにあたるのか、それとも撤回にあたるのかが判然としない。それゆえ、この点については、あまり参考にならない。

いずれの立場をとっても、一度同意を与えれば、いかなる場合でもその効果が懐胎時まで続くことされるわけではないことに変わりはない。問題は、その点を撤回の可否と表現することが妥当かどうかである。現行民法との整合性を

重視すれば、法制審議会のような立場を採ることになろう。しかし、およそ法律家にしか理解できない用語法を改め、行為規制法上の用語と統一することで混乱を回避するのも、妥当な立法政策と思われる。

IV おわりに

言うまでもなく、A I D 施術により出生した子とその母の夫との間には、法的父子関係創設の基礎と自然的血縁がない。法的父子関係の創設を、A I D 施術に対する夫の同意という「意思的要素」⁽⁹¹⁾に基づかせざるを得ないゆえんである。⁽⁹²⁾したがって、夫の同意は、将来の親子関係に重要な意味を有する。⁽⁹³⁾その存否によって、A I D 子の運命が大きく左右されることになる。

ここまでの検討から明らかになったように、同意の立証方法に関して、日本とアメリカの状況に大きな差異はない。むしろ多くの点で一致しており、基本的には同一の方向性を持っていると言える。「アメリカ法では、親子関係の存否によって一元的に相続や扶養という効果が決定される構成にはなっていない」⁽⁹⁴⁾という点で、両国間で親子関係確定の法的意義が大きく異なることを考えると、意外にも思えるが、いまだ立法過程の途上にある日本において、参考にすべきところは多々ある。たとえば、アメリカの制定法の規定ぶりにならって、行為規制と親子法制を一つの条文にまとめることも一考に値する。⁽⁹⁵⁾両者の関係がより明確になり、無用な紛争の発生を避けることができれば、A I D 子の法的状況を安定させることに資するところも大きいだろう。

唯一の相違点と思われる同意の推定については、確かに、「父のない子供をさけるという、子供の保護からの観点からすると、夫の同意を推定いたしましたして、夫が父子関係を容易に否定し得ないとするほうが妥当である」とも考えら

れる。⁽⁹⁶⁾しかし、あえて繰り返しになることをおそれずに言えば、妻または子に立証責任を負わせても、同意の存在を立証することは、それほど難しいことではない。それを考慮すれば、ある程度の継続性ともかく、同意を推定する必然性はそれほど高くはないと思われる。諸外国の法制を見ても、同意の推定を明文で規定しているのは、アメリカのほかにはイギリスだけである。子の利益との関係で、なお懸念が残るとすれば、行為規制法のレベルで対処するべきだろう。

とはいえ、行為規制法を過度に厳格にしまうと、次のような事態が生じかねない。

「[じ]という書面があるかによって立証が決まるといっていきますと、最後の最後は突き詰めていきますと、戸籍にこの子は人工生殖子であると出生の段階で書くというところまで行ってしまふのではないかと思えてしまえます。どういう場合についても、ぎりぎりど全部証拠を詰めてということだと、戸籍にそのように書いてしまつて、別建ての人工生殖子であるということにすれば、確実に守れるということになつてきかねないと思う……。」

従来の親子関係の枠組みの中で、できるだけ自然な子供と同じように守つてやりたいと思いますので、ぎりぎりどそここのところを同意書の立証という形で詰めていくよりは、最後推定もかけずに、裁判官にゆだねて大丈夫なのではないかと思つている。⁽⁹⁸⁾」

なお議論の余地のある問題ではある。立法作業においては、そのことも認識しておくべきだろう。

(1) かつては、人工授精などのように、人工的な技術を用いて行われる生殖を、人工生殖と呼ぶことが一般的だった。しかし、最近では、これらの生殖技術は不妊治療として行われることを強調するために、生殖補助医療というのが一般的になつ

- てきている。野村豊弘「生殖補助医療と親子関係をめぐる諸問題」ジュリ一二四三号六頁（二〇〇三）。本稿もこれにならうことにする。
- (2) 人工授精は、医療関係者の手助けがなくても、安全に行うことができ、利用できる生殖補助医療の中でもっとも簡易だからである。
- (3) 岩志和一郎「AIDによって生まれてきた子の身分関係―日本と西ドイツの比較を通じて―」判タ七〇九号四九頁（一九八九）。
- (4) 石井美智子『人工生殖の法律学』一四頁以下（有斐閣一九九四）、同「新しい親子法」『人の法と医の倫理』四九頁以下（信山社二〇〇四）、同「人工生殖と親子法」判タ九二五号六二頁以下（一九九七）、同「生命科学と親子法」『新家族法実務大系第二巻』二六頁以下（新日本法規二〇〇八）、大村敦志「生殖補助医療と家族法」ジュリ一二四三号一二頁以下（二〇〇三）、窪田充見「父子関係の成立」民法の争点三三〇頁以下（有斐閣二〇〇七）、小池隆一「人工授精の法律問題」私法六号一四頁以下（一九五二）有斐閣、野村豊弘「人工生殖と親子の決定」『家族法改正への課題』三三三頁以下（日本加除一九九三）、床谷文雄「人工生殖子の親子関係をめぐる解釈論と立法論」『民法学の軌跡と展望』四五四頁以下（日本評論社二〇〇二）、同「養子法」ジュリ一三八四号四一頁以下（二〇〇九）、深谷松男「家族法学における人間」金沢法学四一巻一号三三頁以下（一九九八）、前田達明「人工授精子の法的地位」判タ五三七号七頁以下（一九八四）など。
- (5) 松川正毅「人工生殖と法」『医学の発展と親子法』一五頁（有斐閣二〇〇八）。
- (6) 大阪地判平成一〇年二月一八日家月五二巻九号七一頁。評釈として、石井美智子判タ一〇三六号一六〇頁（二〇〇〇）等がある。AID子に関する公表裁判例としては、東京高決平成一〇年九月一六日家月五一巻三号一六五頁もある（評釈としては、棚村正行・判タ一〇三六号一五四頁（二〇〇〇）、本山敦・ジュリ一六四号一三六頁（一九九九）、松川正毅リマークス二〇号七八頁（一九九九）等がある）。他に、夫の精子とまちがえて他人の精子が授精された事件が報道されている（日本経済新聞平成一五年八月二一日朝刊。これは過誤によって結果的にAIDとなった事例といえる）。
- (7) Ala. Code § 26-17-703 (LexisNexis Supp. 2009) ; Alaska Stat. § 25.20.045 (2008) ; Ariz. Rev. Stat. Ann. § 25-501 (B) (2007)

- ; Ark. Code Ann. § 9-10-201 (a) (Supp. 2005) ; Cal. Fam. Code § 7613 (a) (West Supp. 2010) ; Colo. Rev. Stat. § 19-4-106 (1) (2002) ; Conn. Gen. Stat. Ann. § 45a-774 (West 2005) ; Del. Code Ann. tit. 13, § 8-703 (Supp. 2009) ; D.C. Code § 16-909 (a) (2010) ; Fla. Stat. Ann. § 741.11 (1) (West 2005) ; Ga. Code Ann. § 19-7-21 (2004) ; Idaho Code Ann. § 39-5405 (3) (Supp. 2009) ; 750 Ill. Comp. Stat. Ann. 40/3 (a) (West 2009) ; Kan. Stat. Ann. § 23-129 (2007) ; La. Civ. Code Ann. art. 188 (Supp. 2010) ; Mass. Gen. Laws Ann. ch. 46, § 4B (West 2009) ; Mich. Comp. Laws Ann. § 333.2824 (6) (West 2001) ; Minn. Stat. § 257.56 (2000) ; Mo. Ann. Stat. § 210.824 (West 2004) ; Mont. Code Ann. § 40-6-106 (2009) ; Nev. Rev. Stat. Ann. § 126.061 (LexisNexis 2004) ; N.J. Stat. Ann. § 9:17-44 (West 2002) ; N.M. Stat. Ann. § 40-11A-703 (Supp. 2009) ; N.Y. Dom. Rel. Law § 73 (1) (McKinney Supp. 2010) ; N.C. Gen. Stat. § 49A-1 (2009) ; N.D. Cent. Code § 14-20-61 (Supp. 2009) ; Ohio Rev. Code Ann. § 3111.95 (A) (LexisNexis 2008) ; Okla. Stat. Ann. tit. 10, § 552 (West 2009) ; Or. Rev. Stat. § 109.243 (2009) ; Tenn. Code Ann. § 68-3-306 (2001) ; Tex. Fam. Code Ann. § 160.703 (Vernon Supp. 2008) ; Utah Code Ann. § 78B-15-703 (Supp. 2008) ; Wash. Rev. Code Ann. § 26.26.710 (West 2005) ; Wis. Stat. Ann. § 891.40 (West 1997) ; Wyo. Stat. Ann. § 14-2-903 (2009) . Courtney G. Joslin, "Protecting Children (?): Marriage, Gender, and Assisted Reproductive Technology", Southern California Law Review, September 2010, pp. 1185-1186; Browne Lewis, The Inheritance Rights of Children in the United States, Cases and Materials, 2010, at 217.
- (8) 小池泰「第三者の精子提供による非配偶者間人工授精子の身分帰属(一)——夫の同意の法的評価について——」民商法 一三二巻六号七十七頁(二〇〇五)。
- (9) 厚生科学審議会生殖補助医療部会の「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療のあり方についての報告書」(シュリ 一一〇四号一〜一三頁(二〇〇一)) および法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会の「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」の第二参照(後者は「妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子〔……〕を用いた生殖補助医療により子を懐胎したときは、その夫を子の父とするものとする」としてある)。

- (10) See, *Thompson v. Hoover*, No. 2004 CV 4632 CUJ, 2005 WL 4676373, at 18 (Pa. Ct. Com. Pl. Dec. 22, 2005) ; *E.W. v. T.S.*, 916 A.2d 1197, 1201 (Pa. Super. Ct. 2007) . 推定目的の「子」婚姻生活などの福祉の保護がある。 Jacquelyn A. West, *Comment, Maintaining the Legal Fiction: Application of the Presumption of Paternity and Paternity by Estoppel in Pennsylvania*, 42 *Dug. L. Rev.* 577, 579-80 (2004) ; Megan Pendleton, *Note, Intestate Inheritance Claims: Determining a Child's Right to Inherit When Biological and Presumptive Paternity Overlap*, 29 *Cardozo L. Rev.* 2823, 2824-25 (2008) ; Browne Lewis, *"Two Fathers, One Dad: Allocating the Paternal Obligations between the Men Involved in the Artificial Insemination Process"* *Lewis & Clark Law Review*, Winter 2009, 970-971. 推定は「男性が子の懐胎に参与する立場になかったことを証明し、その明確かつ信憑性の足る証拠により覆すこと」が必要。 *Green v. Good*, 704 A.2d 682, 684 (Pa. Super. Ct. 1998).
- (11) *Doornbos v. Doornbos*, 139 N. E. 2d 844. 棚村政行「アメリカにおける法状況」家族へ社会と法〉一五号九六頁（日本加除一九九九）／中村恵「人工生殖と親子関係（一）—アメリカ法を中心として—」上智法学論集四一巻三号一一四頁（一九九八）。
- (12) 中村・前掲注（11）一一五頁。
- (13) 一八州によって採択され、制定法として立法化された。 See, 9B U.L.A. 3 (Supp. 1993) . 中村・前掲注（11）一一五—一六頁。
- (14) *E.g.*, *K.S. v. G.S.*, 440 A.2d 64, 66 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1981) . また「夫の同意なく、妻が人工授精により懐胎した子に養育費を支払うべき当該夫に求めるのは、パブリックポリシーに反する。」とした裁判例もある。 See also, *In re Marriage of Wibeck-Wildhagen*, 667 N.E.2d 122, 126 (Ill. App. Ct. 1996) . Lewis, *supra* note 10, at 958.
- (15) *Unif. Parentage Act* § 703, 9B U.L.A. 63.
- (16) *Id.* § 704, 9B U.L.A. 63.
- (17) Lewis, *supra* note 10, at 985.

- (81) Unif. Parentage Act § 706(b), 9B U.L.A. 65.
- (91) See, Tenn. Code Ann. § 68-3-306 (2006) ; Mich. Comp. Laws Serv. § 333.2824 (6) (LexisNexis 2005) ; Mass. Gen. Laws Ann. ch. 46, § 4B (West 2009), Lewis, *supra* note 10.
- (20) Lewis, *supra* note 10, at 218.
- (21) 棚村・前掲注(11)九六頁、中村・前掲注(11)一一六―一一七頁。
- (22) 出生証明書には、母親の夫を父親と記載しなければならぬ。ただし、父性が、裁判所によつて、または配偶者と夫と推定される者双方の合意によつて、確定される場合はこの限りではない。NMSA1978 SS24-14-13(D) (Repl.1986)
- (23) Vaughn v. United Nuclear Corp., 98 N.M. 481, 485, 650 P2d 3, 7 (Ct.App.), cert. quashed, 98 N.m. 478, 649 P2d 1391 (1982).
- (24) Conn. Gen. Stat. Ann. § 45a-771(a) (West 2004).
- (25) *Id.* § 45a-771(b).
- (26) *Id.* § 45a-774.
- (27) *Id.* § 45a-772(a).
- (28) *Id.* § 45a-772(b).
- (29) Ark. Code Ann. § 9-10-202(a) (2008) ; Idaho Code Ann. § 39-5402 (2002) ; Ohio Rev. Code Ann. § 3111.90 (West 2005) ; Okla. Stat. Ann. tit. 10, § 551 (West 2007) ; *Id.* § 553; Or. Rev. Stat. § 677.360 (2007) ; Wis. Stat. Ann. § 891.40 (1) (West 2009) .
- (30) Ark. Code Ann. § 9-10-202 (b) ; Idaho Code Ann. § 39-5403 (1) ; Ohio Rev. Code Ann. § 3111.92; *Id.* § 3111.93; Or. Rev. Stat. § 677.365 (1) ; Utah Code Ann. § 78B-15-704 (1) (2008) ; Wyo. Stat. Ann. § 14-2-904 (a) (2009).
- (31) Ala. Code § 26-17-702 (LexisNexis Supp. 2008) ; Alaska Stat. § 25.20.045 (2008) (“A child, born to a married woman by means of artificial insemination performed by a licensed physician and consented to in writing by both spouses, is considered for all purposes the natural and legitimate child of both spouses.”) ; Ark. Code Ann. § 9-10-201 (a) (“Any child

born to a married woman by means of artificial insemination shall be deemed the legitimate natural child of the woman and the woman's husband if the husband consents in writing to the artificial insemination."); Cal. Fam. Code § 7613 (a) (West Supp. 2009) ("If, under the supervision of a licensed physician and surgeon and with the consent of her husband, a wife is inseminated artificially with semen donated by a man not her husband, the husband is treated in law as if he were the natural father of a child thereby conceived. The husband's consent must be in writing and signed by him and his wife."); Colo. Rev. Stat. § 19-4-106 (2008) ("If, under the supervision of a licensed physician and with the consent of her husband, a wife consents to assisted reproduction with sperm donated by a man not her husband, the husband is treated in law as if he were the natural father of a child thereby conceived."); Idaho Code Ann. § 39-5405 (3) ("The relationship, rights and obligation between a child born as a result of artificial insemination and the mother's husband shall be the same for all legal intents and purposes as if the child had been naturally and legitimately conceived by the mother and the mother's husband, if the husband consented to the performance of artificial insemination."); 750 Ill. Comp. Stat. Ann. 40/2 (West 2009) ("Any child or children born as the result of heterosexual artificial insemination shall be considered at law in all respects the same as a naturally conceived legitimate child of the husband and wife so requesting and consenting to the use of such technique."); *Id.* § 40/3 ("If, under the supervision of a licensed physician and with the consent of her husband, a wife is inseminated artificially with semen donated by a man not her husband, the husband shall be treated in law as if he were the natural father of a child thereby conceived."); Mo. Ann. Stat. § 210.824 (1) (West 2004) ("If, under the supervision of a licensed physician and with the consent of her husband, a wife is inseminated artificially with semen donated by a man not her husband, the husband is treated in law as if he were the natural father of a child thereby conceived."); Mont. Code Ann. § 40-6-106 (1) (2009) ("If, under the supervision of a licensed physician and with the consent of the woman's husband, a wife is inseminated artificially with semen donated by a person who is not the husband, the husband is treated in law as if the husband were the natural father of a child conceived by artificial

insemination.”) ; N.J. Stat. Ann. § 9:17-44 (b) (West 2002) (“If, under the supervision of a licensed physician and with the consent of her husband, a wife is inseminated artificially with semen donated by a man not her husband, the husband is treated in law as if he were the natural father of a child thereby conceived. The husband’s consent shall be in writing and signed by him and his wife.”) ; N.M. Stat. § 40-11-6A (2006) (“If, under the supervision of a licensed physician and with the consent of her husband, a woman is inseminated artificially with semen donated by a man not her husband, the husband is treated as if he were the natural father of the child thereby conceived so long as the husband’s consent is in writing, signed by him and his wife.”) ; N.Y. Dom. Rel. Law § 73 (1) (McKinney Supp. 2009) (“Any child born to a married woman by means of artificial insemination performed by persons duly authorized to practice medicine and with the consent in writing of the woman and her husband, shall be deemed the legitimate, birth child of the husband and his wife for all purposes.”) ; Ohio Rev. Code Ann. § 3111.95 (A) (West 2005) (“If a married woman is the subject of a non-spousal artificial insemination and if her husband consented to the artificial insemination, the husband shall be treated in law and regarded as the natural father of a child conceived as a result of the artificial insemination, and a child so conceived shall be treated in law and regarded as the natural child of the husband.”) ; Okla. Stat. tit. 10, §§ 552, 554; Or. Rev. Stat. § 109.243; Tenn. Code Ann. § 68-3-306 (2006) ; Tex. Fam. Code Ann. § 160.703 (Vernon 2008).

- (32) See, e.g., Kan. Stat. Ann. § 23-128 (2007) (“The technique of heterologous artificial insemination may be performed in this state at the request and with the consent in writing of the husband and wife desiring the utilization of such technique for the purpose of conceiving a child or children.”) ; *Id.* § 23-129 (“Any child or children heretofore or hereafter born as the result of heterologous artificial insemination shall be considered at law in all respects the same as a naturally conceived child of the husband and wife so requesting and consenting to the use of such technique.”) ; Mass. Gen. Laws Ann. ch. 46, § 4B (West 2009) (“Any child born to a married woman as a result of artificial insemination with the consent of her husband, shall be considered the legitimate child of the mother and such husband.”) ; Mich. Comp. Laws Serv. § 333.2824

(6) (Lexis Nexis 2005) ("A child conceived by a married woman with consent of her husband following the utilization of assisted reproductive technology is considered to be the legitimate child of the husband and wife."); N.C. Gen. Stat. § 49A-1 (2007) ("Any child or children born as the result of heterologous artificial insemination shall be considered at law in all respects the same as a naturally conceived legitimate child of the husband and wife requesting and consenting in writing to the use of such technique."); Tenn. Code Ann. § 68-3-306 ("A child born to a married woman as a result of artificial insemination, with consent of the married woman's husband, is deemed to be the legitimate child of the husband and wife."); Utah Code Ann. § 78B-15-703 ("If a husband provides sperm for, or consents to, assisted reproduction by his wife... he is the father of a resulting child born to his wife."); Wyo. Stat. Ann. § 14-2-903 ("A man who provides sperm for, or consents to, assisted reproduction by a woman... with the intent to be the parent of her child, is the parent of the resulting child."); また、ミネソタ州の制定法は、「人工授精により懐胎した女性の夫は、書面による同意を以て、妻が人工授精により懐胎した子の生物学的父親となる。」と定めている。Minn. Stat. Ann. § 257.56 (West 2003). Lewis, *supra* note 10, pp. 961-962. 施術に対する同意を加えて、夫と妻の要請を要件とする制定法もある。See, Conn. Gen. Stat. Ann. § 45a-772 (b) (West 2004) ; Idaho Code Ann. § 39-5403 (1) ; 750 Ill. Comp. Stat. Ann. 40/2; Kan. Stat. Ann. § 23-128; N.C. Gen. Stat. § 49A-1; Okla. Stat. Ann. tit. 10, § 552; Or. Rev. Stat. Ann. § 677.365 (1) . Lewis, *supra* note 10, at 963.

(33) 中村恵「生殖補助医療における同意の法的意味—最近の判例を素材として」ジュリー一三三九号一二頁（一九九七）。

(34) Lewis, *supra* note 10, p. 965.

(35) 中村・前掲注(二) 一一六—一七頁。

(36) Lewis, *supra* note 10, p. 965.

(37) Ark. Code Ann. § 28-9-209 (2004) .

(38) Md.Code Ann. § 1-206 (b)

- (36) Zamaludin v. Ishoff, 44 Md.App. 538, 409 A.2d 1118, 1121 (Ct.Spec.App.1980). (Md.Code.Anns.1-105 (b) ㊦ 註解)
- (37) C. M. v. C. C., 152 N.J. Super. 160, 166, 377 A.2d 821 (Cty. Ct. 1977).
- (38) Md. Code Ann., Est. & Trusts § 1-206 (b) (Lexis Nexis 2001).
- (39) Utah Code Ann. § 78B-15-704 (2) (2008).
- (40) La. Civ. Code Ann. art. 188 (2007); Mass. Gen. Laws Ann. ch. 46, § 4B (West 2009); Mich. Comp. Laws Serv. § 333.2824 (6) (Lexis Nexis 2005); and Tenn. Code Ann. § 68-3-306 (2006).
- (41) Lewis, *supra* note 10, at 966.
- (42) See, Unif. Parentage Act (amended 2002) § 706(b), 9B U.L.A. 65 (Supp. 2009) (“The consent of a former spouse to assisted reproduction may be withdrawn by that individual in a record at any time before placement of... sperm...”). See also, Colo. Rev. Stat. § 19-4-106 (7) (b) (2008).
- (43) In re Parentage of M.J., 203 Ill.2d 526, 535-537, 787 N.E.2d 144, 149-150 (2003). この事件では、AIDによる書面による同意は、父は認親たる地位を失ふ。
- (44) See also, Matter of Thomas S. v. Robin Y., 209 AD2d 298, 299 (1994), lv dismissed 86 N.Y.2d 779 (1995).
- (45) State of New York ex rel. H. v. P., 90 A.D.2d 434, 437 (1982); Matter of Findlay, 253 N.Y. 1, 7 (1930).
- (46) Matter of Anonymous, 74 Misc. 2d at 105.
- (47) See, e.g., Haw. Rev. Stat. Ann. § 584-4 (a) (1) (Lexis Nexis 2006).
- (48) Bridget R. Penick, *Note, Give the Child a Legal Father: A Plea for Iowa to Adopt a Statute Regulating Artificial Insemination by Anonymous Donor*, 83 Iowa L. Rev. 633, 658-61 (1998).
- (49) Lewis, *supra* note 10, at 959. See also, Karen De Haan, *Note, Whose Child Am I? A Look at How Consent Affects a Husband's Obligation to Support a Child Conceived Through Heterologous Artificial Insemination*, 37 Brandeis L.J. 809, 812-14 (1999).

- (53) 田中通裕「人工授精子の嫡出推定と親権者指定」判タ一〇〇九号九〇頁(二九九九)。
- (54) 日産婦誌六一巻九号一八六二頁(二〇〇九)。
- (55) 日産婦誌六二巻九号一八三〇頁(二〇一〇)。
- (56) 日産婦誌六三巻九号一八九〇頁(二〇一一)。
- (57) 夫に無断で行われたAIDにより生まれた子につき、夫の嫡出否認の訴えを認容した大阪地判平成一〇年二月一八日家月五一巻九号七一頁、親権者指定の審判において夫の同意を得たAIDにより生まれた子との間の父子関係が存在しない旨の主張が許されなかったとした東京高決平成一〇年九月一六日家月五一巻三号六五頁。
- (58) 厚生科学審議会生殖補助医療部会「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」(平成一五年四月二八日、<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/04/s0428-5.html>)で公開されている。)石井美智子「非配偶者間生殖補助医療のあり方 厚生科学審議会生殖補助医療部会の審議状況」ジュリ一四三号一九頁以下(二〇〇三)参照。
- (59) 「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の補足説明」九頁。<http://www.moj.go.jp/content/000071865.pdf>で公開されている。)棚村政行「生殖補助医療と親子関係(一)」法教二七五号六五頁(二〇〇三)、同「生殖補助医療と親子関係(二)」法教二七六号三三頁(二〇〇三)、中村・前掲注(33)一八頁以下参照。
- (60) 同意書は、生まれた子の法的地位の安定のために保存するものなので、本来はその子が死亡するまで保存しておくことが必要だが、そうした子すべての死亡時期を確認することは実務上難しい。したがって、日本人の今の平均寿命から、公的管理運営機関においては、子が請求するであろう期間として八〇年見積もったとされる。「生殖補助医療部会報告書」。実施医療施設においては、医療関係のカルテの保存が五年になっているので、それに準拠したということである。法制審議会試案。
- (61) 「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の補足説明」一〇頁。なお、これを法律に規定する場合には、「同意した夫は、子が嫡出であることを否認することができ

ない」と手続的に規定する案と、「同意した夫をその子の父とする」と実体的に規定する案が考えられる。本部会においては、民法の嫡出推定制度との整合性及び子の法的地位の早期安定化を理由に前者の考えが大勢を占めている(同上、一一頁)。この点については、後述2(2)参照。

(62) 「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の補足説明」・前掲注(61)一〇～一一頁。

(63) 外国法制にも、妻が生殖補助医療を受けた場合、夫が同意していなかったことを立証しない限り、出生した子の父とされるものとするものがある(イギリス「ヒトの受精及び胚研究に関する法律」第二八条第(二)項)。「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の補足説明」・前掲注(61)一〇～一一頁。

(64) 「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の補足説明」・前掲注(61)一一～一二頁。

(65) 法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会第一六回会議事録。http://www.rnjo.go.jp/shingil/shingi_030520-1.html。

(66) 法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会第一六回会議事録。

(67) 法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会第一六回会議事録。

(68) 生殖補助医療部報告書三六(一)。

(69) AIDは、一回の施術で大体5%ぐらいの妊娠率なので、平均すると二〇回程度実施しないと妊娠できない計算になる。したがって、半数は断念し、成功する場合でも、平均で一〇回以上は施術を受けるとのことである。法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会第一六回会議事録。

(70) 「同意がなかった」ということの問題は親側の事情であり、その不利益が子供に及んでしまうことを防ぐためには、推定制度があった方がよい。法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会第一六回会議事録。

(71) 「同意の推定規定を置いて、初めから同意が推定されてしまうということになると、嫡出否認訴訟を行うためには同意が

なかったことを夫の側で立証しなければいけない。妻が夫に無断で生殖補助医療を受けて、懐胎・出生に至った場合で、出生後直ちに嫡出否認訴訟を起こしたときでも、同意がなかったことを夫の側で立証しなければならない。公的管理運営機関に問い合わせたところ、同意書はないということだったが、同意書以外の方法によっても立証を許すということになると、妻の方は、夫は口頭で同意していたというようなことを人証などで立証を図ってくるということになる。

(72) 法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会第一六回会議事録

夫の立場になって考えると、自分がいつからいつまで不同意であるというようなものを登録するというような制度でも作らない限り、対応できない。離婚届についてはそういう運用（離婚届不受理申立）を行っているが、そうでないと夫としてはつらい。

(73) A I D子の親権者指定に関する事案では、「当事者双方の同意のもとに人工授精が実施されたと認められ」、当事者も、当該子の嫡出性を全面的に争うという態度を取らなかったため、同意の有無は争点にならず、その嫡出性を前提として判断されている。新潟家長岡支審平成一〇年三月三〇日家月五一巻三号一八三頁。その抗告審が、「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」であり、夫とA I D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した東京高裁決定（東京高決平成一〇年九月一六日）である。

(74) 石井美智子「妻が第三者の精子を用いた人工授精によって出産した子について、夫の嫡出否認の訴えが認められた事例」『平成一一年度主要民事判例解説』判ター一〇三六号一六〇頁（二〇〇〇）。

(75) したがって、行為規制のレベルにおいて、実施の度に書面の同意を要するとするに足る根拠にはなる。生殖医療技術をめぐる法的諸問題にかんする研究プロジェクト「生殖に関する医療技術（生殖医療技術）の適性利用および濫用規制に関する勧告」ジュリー一〇四五号一一四―一一五頁（一九九四）。

(76) Lewis, *supra* note 10 p. 969.

(77) もっとも、訴訟の場面では、「正規の同意の方式を踏んでいる以上は、間接事実ではなくて、『重要な間接事実』あるいはそれ以上の重みを持つ事実」と考えられるとされる。日本私法学会シンポジウム「生命科学の発展と私法」私法六五

号一五頁(二〇〇三)。

(78) 日本私法学会シンポジウム・前掲注(77)一四頁。

(79) ただし、信義則による制限では、夫以外の者の否認権との関係が明確でないという難点がある。AID子がきわめて不安定な状況におかれることから、立法化の際には、明示的な規定を置くことが提案されている。窪田充見「実子法」中田裕康編『家族法改正』七四～七五頁(有斐閣 二〇一〇)、同『家族法』二〇四頁(有斐閣 二〇一〇)。

(80) 同意の推定規定を設ける趣旨は、「夫に対して同意のなかったことを証明せよ」という『証明責任の転換』を図ることにあります。ただし、私としては、そういった前提事実だけで夫の同意を十分に推定できるといったような社会生活上の経験則というものが存在しているとはいえないと考えます。ですから、経験則を前提としない推定規則、例えば、同時死亡の推定……などの例があるとはいえず、少なくとも、生殖補助医療の領域における同意の推定規定というのは無理があるのではないかと考えております。今から一〇年前に開催されたシンポジウムでの発言である。日本私法学会シンポジウム・前掲注(77)一五頁(二〇〇三)。立法作業が頓挫しているなど諸般の事情からして、このような「経験則」は今も存在していないと考えられる。

(81) 生殖補助医療により懐胎した子の地位の統一に関する法(the Uniform Status of Children of Assisted Conception Act)と同様のアプローチをとった。Unif. Status of Children of Assisted Conception Act § 3, 9C U.L.A. 370 (2001) ; See also, *id.* § 3 cmt., 9C U.L.A. 370-71 (“The presumptive paternity of the husband of a married woman who bears a child through assisted conception reflects a concern for the best interests of the children of assisted conception. Any uncertainty concerning the identity of the father of such a child ought to be shouldered by the married woman’s husband rather than the child. Thus, the husband (not someone acting on his behalf such as a guardian, administrator or executor) has the obligation to file an action aimed at denying paternity through lack of consent to the assisted conception rather than the child or mother having an obligation to prove the husband’s paternity.”).

(82) Fla. Stat. Ann. § 742.11 (1) (West 2005).

- (87) Ga. Code Ann. § 19-7-21 (2004).
- (87) Del. Code Ann. tit. 13, § 8-705 (a) (Supp. 2008). Accord Utah Code Ann. § 78B-15-705 (1) (2008); Wyo. Stat. Ann. § 14-2-905 (a) (2009).
- (87) Tex. Fam. Code Ann. § 160.705 (a) (Vernon 2008) ("Except as otherwise provided by Subsection (b), the husband of a wife who gives birth to a child by means of assisted reproduction may not challenge his paternity of the child unless: (1) before the fourth anniversary of the date of learning of the birth of the child he commences a proceeding to adjudicate his paternity; and (2) the court finds that he did not consent to the assisted reproduction before or after the birth of the child:").
- (88) *Id.* See also, Accord Del. Code Ann. tit. 13, § 8-705 (b) (Supp. 2008); Utah Code Ann. § 78B-15-705 (2) (2008); Wyo. Stat. Ann. § 14-2-905 (b) (2009).
- (88) Unif. Parentage Act (amended 2002) § 705, 9B U.L.A. 64 (Supp. 2009).
- (88) La. Civ. Code Ann. art. 189 (2007).
- (88) *Id.*
- (90) 棚村政行「生殖補助医療と親子関係(二)」法教二七六号三三三頁(二〇〇三)、三五〜三六頁。
- (91) 「」の意思による親子関係の引き受けという要素をみると、AIDの場合は、養子縁組の法的構成にこそ近いのである。……夫婦以外の配偶子を用いてなされる人工生殖を法的に容認することは、新たな法制度の定立である。そのためには、広義の養子法の構成に立って考えるのが妥当なのであるまいか。生物学的親子関係にない者を親子とする人工生殖を法的に容認するということは、その出生子について、生物学上の親(配偶子提供者)との間に法的な親子関係を発生させずに、出生子を出生の時から引き取り養育する親を法的な親とすることであり、それは特別養子法構成の中で解決する方向に進むのが、わが国の現行家族法の法体系に適合であると考える」。深谷松男『現代家族法』第四版』一二三頁(青林書院 二〇〇一)。現行家族法体系に照らせば、非常に論理的な見解である。しかし、この見解が示されてから一〇年

以上の年月が流れているが、この方向性で立法は進められなかった。さまざまな理由が考えられるが、かかる法制度を制定すれば、生殖補助医療とそれによる親子関係の特殊性を過度に強調することになるおそれがあり、そのような事態は、子の福祉の視点からは、必ずしも適切でないとの配慮によるところが大きいと思われる。窪田充見「実子法」ジュリ一三八四号二五頁（二〇〇九）。

(92) 他方で、「夫のAIDへの同意によって法的父子関係が創設されるというのであれば、一人に親子関係の処分を認めることになり、親子関係の公序性に反する。」との指摘もある。本山敦「非配偶者間人工授精子（AID子）と嫡出推定」ジュリ一六四号一三九頁（一九九九）。

(93) 窪田充見『家族法』二〇四頁（有斐閣二〇一〇）。

(94) 水野紀子「生殖補助医療の発達と家族法の課題」法律のひろば一九九九年四月号五二頁。

(95) 注（31）参照。

(96) 日本私法学会シンポジウム・前掲注（77）一四頁。ただし、発言者の春日教授自身は、同意を推定することに否定的な見解を示していた。

(97) ヒトの受精及び胚研究に関する法律第二八条。

(98) 法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会第一六回会議議事録。

