

## 投稿：論文

代理懐胎の法制度のもとで浮かび上がってきた課題  
——オーストラリアの事例分析をもとに——

南 貴子\*

## 抄 録

近年、日本においては生殖補助医療を巡る法制度の整備が求められている。厚生科学審議会生殖補助医療部会や日本学術会議で議論されてきたが、いまだ法制度化には至っていない。本稿では、第三者の女性に子の妊娠・出産を依頼する代理懐胎（代理出産）について、法制度化の課題を検討した。代理懐胎は、ほかの生殖補助医療とは違い、母となる女性が子を出産する女性とは異なっていることから、第三者の人体を利用することの倫理的問題、法的親子関係や出産後の子の引渡しを巡る問題など、代理懐胎に伴う独自の課題が浮かび上がっている。現在、日本産科婦人科学会は、会告で代理懐胎の実施を認めていないが、海外では代理懐胎を認めている国も存在する。オーストラリアでは、商業的代理懐胎は禁止されているが、利他的代理懐胎は認められている。代理懐胎を巡る課題について、日本における議論とオーストラリアの法制度とを比較検討することにより分析した。

キーワード：代理懐胎，代理出産，生殖補助医療，オーストラリア

社会保障研究 2018, vol.2, no.4, pp.578-590.

## Ⅰ はじめに

近年、生殖補助医療を利用する家族が増加している。生殖補助医療のなかでも、夫婦の配偶子（精子、卵子）ではなくドナーの配偶子による懐胎（Donor Conception: DC）や第三者の女性による代理懐胎（代理出産）を巡る問題が浮上している。

代理懐胎は不妊治療として行われる生殖補助医療の一つとされるが、妊娠・出産できない女性に代わって第三者の女性に妊娠・出産をしてもらうものであり、母となる意思を持つ女性が子を出産する女性とは異なる点において、ほかの生殖補助

医療とは明らかに異なっている。代理懐胎には、代理懐胎を引き受けた女性（代理懐胎者、代理母）が自分自身と遺伝的つながりのある子を妊娠する場合、つまり代理懐胎者の卵子が用いられる場合（traditional surrogacy）と、代理懐胎者が子と遺伝的つながりを持たない場合、つまり代理懐胎者の卵子が用いられない場合（gestational surrogacy）とがある。特に、夫婦の配偶子が用いられる代理懐胎の場合には、夫婦の遺伝子を受け継ぐ子の出産が可能であることから、代理懐胎を望む夫婦の強い願望がある。そしてその願望は、商業的代理懐胎の利用にもつながる可能性を内包している。

代理懐胎は、第三者の女性の身体によって妊

\* 和歌山県立医科大学 専任講師

娠・出産が行われることに伴う倫理的問題があることから、海外では代理懐胎を認めている国や、認めない国、さらに代理懐胎を容認していても無償である場合に限り認める、あるいは裁判所の審査を経て依頼夫婦の実子とすることが必要とされるなど、対応はさまざまである。さらに、配偶子提供者や代理懐胎者を求めて渡航する「生殖ツーリズム」が世界的規模で行われており〔日比野編著（2013）〕、親子関係や子の引渡しを巡る新たな問題も生じている。

生殖補助医療の利用に伴って生じる問題に対処するため、海外では多くの国で生殖補助医療を規制する法律が制定されてきたが、各国での法制度は今も流動的であり、社会状況の変化に応じて法改正が行われるなど世界的規模で法整備が進んでいる。特にオーストラリアでは、ビクトリア州で1984年に世界に先駆けて体外受精等の生殖補助医療を包括的に規制する法律が制定され、DCによって生まれてくる子の出自を知る権利を認めている〔南（2012）〕。さらに、2016年にはドナーの匿名性のもとに生まれた子にも出自を知る権利を遡及的に認める先進的な法改正がなされた〔Minami（2016）〕。代理懐胎においても、オーストラリアでは利他的代理懐胎が認められている。しかし、日本においては、生殖補助医療を規制する法律はいまだに制定されていない。日本では日本産科婦人科学会の会告において代理懐胎の実施を認めていないが、海外での代理懐胎によって生まれた子の親子関係を巡って裁判が行われるなど、早期の法整備が求められている。本稿では、生殖補助医療の法制度化の進んだオーストラリアの事例をもとに代理懐胎の法整備に向けた課題を探る。

## II 日本における代理懐胎を巡る議論

日本では、これまで代理懐胎については、厚生科学審議会生殖補助医療部会<sup>1)</sup>（2003）や日本学術会議生殖補助医療の在り方検討委員会<sup>2)</sup>（2008）で議論されてきた。議論の結果は、それぞれ、「代理懐胎は禁止する」、「代理懐胎は原則禁止とすることが望ましい」とするものであり、特に、日本学術会議では代理懐胎の法律による規制の必要性を指摘している。それらの議論においては、代理懐胎についての課題として次のような点が指摘されている。

### 1 妊娠・出産に第三者の人体を利用することの倫理的問題

代理懐胎は「第三者の人体そのものを妊娠・出産のために利用するものであり、『人を専ら生殖の手段として扱ってはならない』という基本的考え方に反するものである（生殖補助医療部会報告書）」こと、そして「女性の身体の商品化につながる危険をはらんでいる（日本学術会議報告書）」ことが指摘された。これらの指摘は、商業的代理懐胎のみならず、第三者の人体を出産の「道具」として利用する可能性のある代理懐胎そのものが倫理的観点から認められないとするものである。

### 2 妊娠・出産に伴う危険性

「生命の危険さえも及ぼす可能性がある妊娠・出産による多大な危険性を、妊娠・出産を代理する第三者に、子が胎内に存在する約10か月もの間、受容させ続ける代理懐胎は、『安全性に十分配慮する』という基本的考え方に照らしても容認で

<sup>1)</sup> 厚生科学審議会生殖補助医療部会は2003年4月28日に「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」（以下、「生殖補助医療部会報告書」と略す）を取りまとめた。報告書では、ドナーによって提供された精子、卵子、胚を用いる生殖補助医療を認め、子の出自を知る権利も認めているが、代理懐胎は禁止するとした。

<sup>2)</sup> 2006年11月30日付けで法務省及び厚生労働省は、日本学術会議に対して、代理懐胎を中心に生殖補助医療を巡る諸問題について審議するよう依頼した。日本学術会議は2006年12月21日に「生殖補助医療の在り方検討委員会」を設置し、1年3か月にわたり検討を行った。その結果は2008年4月8日に対外報告書「代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題—社会的合意に向けて—」（以下、「日本学術会議報告書」と略す）にまとめられて公表された。

きるものではない（生殖補助医療部会報告書）。つまり、代理懐胎は「妊娠・出産という身体的・精神的負担やリスクを第三者に負わせる（日本学術会議報告書）」ことになる。これらの指摘は、医学的側面からも、代理懐胎のリスクの大きさを指摘している。

### 3 出生した子の権利と福祉にかかわる問題

#### (1) 法的親子関係

日本においては、母子関係は最高裁の判例によって、分娩した女性を母としている（「母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知を俟たず、分娩の事実により当然発生すると解するのが相当である」としている）〔最高裁判決（1962.4.27）〕。つまり、現行民法は、生殖補助医療を想定して定められたものではなく、分娩上の母が遺伝的母であることを基礎に法的母子関係、さらには父子関係が基礎付けられている（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」と定められている）。海外で行った代理懐胎での親子関係を巡る裁判事例で、2007年に最高裁は「現行民法の解釈としては、出生した子を懐胎し出産した女性をその子の母と解さざるを得ず、その子を懐胎、出産していない女性との間には、その女性が卵子を提供した場合であっても、母子関係の成立を認めることはできない」とし、代理懐胎の依頼女性が卵子提供者であっても実母とは認めないとの判断を示すと同時に、「代理出産という民法の想定していない事態が発生しており、立法による速やかな対応が強く望まれる」ことを指摘している〔最高裁決定（2007.3.23）〕。日本学術会議報告書では、「代理懐胎は原則禁止とすることが望ましい」としているが、「先天的に子宮をもたない女性及び治療として子宮の摘出を受けた女性を対象を限定した、厳重な管理の下での代理懐胎の試行的実施（臨床試験）は考慮されてよい」としており、代理懐胎依頼者と生まれてくる子との親子関係については、「養子縁組または特別養子縁組によって親子関係を定立する。試行的場合も同じとする。外国に渡航して行われた場合についても、これに準ずる」としている。しか

し、代理懐胎依頼者は、生まれてくる子については実子としての親子関係が認められることを上記の裁判事例にみられるように強く望んでいる。親子関係を成立させる制度について、さらなる検討が求められている。

#### (2) 出生した子の引渡し等を巡る問題

代理懐胎では、子の権利と福祉にかかわる次のような問題が指摘されている。

「代理懐胎を依頼した夫婦と代理懐胎を行った人との間で生まれた子を巡る深刻な争いが起こり得ることが想定され、『生まれてくる子の福祉を優先する』という基本的考え方に照らしても（代理懐胎は）望ましいものとは言えない（生殖補助医療部会報告書）」。さらに、代理懐胎（依頼夫婦の配偶子が用いられる場合）は提供精子による人工授精（Donor Insemination: DI）と異なり、「遺伝的には依頼夫婦の子である点で違いはあるとしても、その出生の経緯それ自体またはその事実を隠そうとすることが子に与える影響は、（DIと）同様と想像される。特に、代理懐胎が営利目的のものであった場合には、たとえ、対価が妊娠・出産に対するものであったとしても、子は自分が売買の対象にされたと感じるかもしれない（日本学術会議報告書）」。

これらは、代理懐胎においてもDIと同様に、出生の経緯を巡る「家族の問題」や代理懐胎の依頼者と代理懐胎者との間で子を巡る問題の起きる可能性を指摘している。

一方、医療に携わる日本産科婦人科学会でも代理懐胎の実施を認めていない。その理由として会告「代理懐胎に関する見解」では、次の点が挙げられている〔日本産科婦人科学会（2003）〕。

①生まれてくる子の福祉を最優先するべきである。②代理懐胎は身体的危険性・精神的負担を伴う。③家族関係を複雑にする。④代理懐胎契約は倫理的に社会全体が許容していると認められない。

会告における学会の見解は、政策課題としての生殖補助医療部会や日本学術会議での代理懐胎に

関する議論と同様に、代理懐胎の問題点を指摘している。

このように、日本における議論は全般的にみて、代理懐胎に対して否定的、消極的であり、代理懐胎に伴う問題点に議論の中心があるが、海外において代理懐胎を認める法制度の特徴はどのようなものなのだろうか。また、日本における代理懐胎の議論において提示された課題をどのように克服しているのだろうか。日本学術会議が指摘しているように、日本においては、代理懐胎についての正確な実態がほとんど明らかにされておらず、社会的合意に至る議論もまだ不十分である。そこで、すでに代理懐胎の法規制のある海外の事例、特に生殖補助医療に関する法制度化の進んでいるオーストラリアの事例と比較検討する。

### Ⅲ オーストラリアにおける代理懐胎を巡る法制度の特徴

オーストラリアでは、連邦政府と州（州、準州、及び特別地域）政府の間で権限を分担した連邦制度をとっており、生殖補助医療に関しては、州によって異なった法制度がとられている。生殖補助医療を規制する連邦法はないが、連邦政府の国立保健医療研究審議会（National Health and Medical Research Council: NHMRC）は生殖補助技術にかかわる医療と研究に関し倫理的ガイドライン *Ethical Guidelines on the Use of Assisted Reproductive Technology in Clinical Practice and Research* を出している。ガイドラインにおいては「商業的代理懐胎は実施、促進あるいは推奨してはならない」と規定されている。州レベルでは、2000年にオーストラリア首都特別地域で *Artificial Conception Amendment Act 2000* が施行され、*Artificial Conception Act 1985* の改正によって、代理懐胎によって生まれた子の法的地位について規定されたことに引き続き、他州でも代理懐胎について定め

る法律や規制が設けられた<sup>3)</sup>。

NHMRCのガイドラインは、2017年に改定が行われ、代理懐胎についての記述が大幅に増加された。商業的代理懐胎については、「代理懐胎者が、代理懐胎の処置や妊娠にかかわる費用を超えて金銭的報酬を受ける商業的代理懐胎は、倫理的に受け入れられない。なぜなら、それは、代理懐胎者、依頼者、そして代理懐胎契約の結果出生したあらゆる者の商品化、搾取の懸念を生じさせるからだ」と述べている。また、利他的代理懐胎については、「『利他的代理懐胎 (altruistic surrogacy)』は、代理懐胎者が代理懐胎の処置や妊娠や出産に直接的にかかわるさまざまな自己負担額に対する返済を超えて、金銭的報酬を受けたり、動機づけられたりしないアレンジメントのことをいう」と定義されている。〔National Health and Medical Research Council (2017)〕

本稿では、ドナーの提供配偶子によって生まれた子の出自を知る権利を認め、ドナーの匿名性を廃止するなど、子の権利の保障に重点を置いた生殖補助医療の法制度化の進んでいるビクトリア州、ニューサウスウェールズ州、西オーストラリア州を中心にオーストラリアにおける代理懐胎の法制度の特徴を検討する。

現在、ビクトリア州では *Assisted Reproductive Treatment Act 2008* (VIC) 及び *Status of Children Act 1974* (VIC)、ニューサウスウェールズ州では *Assisted Reproductive Technology Act 2007* (NSW) 及び *Surrogacy Act 2010* (NSW)、西オーストラリア州では *Surrogacy Act 2008* (WA) によって代理懐胎が法的に規制されている<sup>4)</sup>。

これらの法律では、上記のように日本における代理懐胎を巡る議論において指摘された課題について、どのように対応しているのだろうか。

#### 1 妊娠・出産に第三者の人体を利用することの倫理的問題に対する対応

<sup>3)</sup> *Artificial Conception Act 1985* は、*Parentage Act 2004* の制定により廃止となった。

<sup>4)</sup> 南オーストラリア州では *Family Relationships Act 1975* (SA)、クイーンズランド州では *Surrogacy Act 2010* (QLD)、タスマニア州では *Surrogacy Act 2012* (TAS)、オーストラリア首都特別地域では *Parentage Act 2004* (ACT) によって代理懐胎が規制されている。

代理懐胎については、1988年にビクトリア州で初めて代理懐胎が行われ、現在ではオーストラリアのすべての州とオーストラリア首都特別地域において、合理的な出費の支払いを認めた上での利他的代理懐胎が認められている。一方、商業的代理懐胎は、北部準州を除き、すべての州とオーストラリア首都特別地域で禁止されている。北部準州では代理懐胎に関する法規制はないが、商業的代理懐胎が行われてもよいということではない。なぜなら、NHMRCのガイドラインなどにより、制限がかかるからである。このようにオーストラリアでは、代理懐胎を認めているが、商業的代理懐胎を禁止し、また代理懐胎を認める諸条件を法的に厳しく規定することによって、倫理的問題に対する課題に対応している。

ビクトリア州、ニューサウスウェールズ州、西オーストラリア州、いずれも州法において、罰則付きで商業的代理懐胎を禁止している（ニューサウスウェールズ州では海外で商業的代理懐胎を行うことについても禁止されている）。ただし、利他的代理懐胎における代理懐胎者への必要経費の支払いについては認められており、代理懐胎を行うにあたり、必要経費の支払いを巡って交わされた契約については法的拘束力がある。ニューサウスウェールズ州の州法では、依頼者側からの支払いが認められる必要経費として、①妊娠したり、しようとするための費用、②妊娠または出産にかかわる費用、③代理懐胎契約を行ったり、その履行にかかわる費用、が挙げられている。それらには、代理懐胎者の医療費、交通費、宿泊費、代理懐胎に伴う健康・障害・生命保険の保険料、生まれてきた子にかかる医療費、無給休暇による収入の喪失、また、代理懐胎者とそのパートナーがカウンセリングを受けるにあたって必要な費用、法的アドバイスを受けるための費用、親決定命にかかわる手続きの当事者となるために必要な費用（交通費、宿泊費を含む）など、契約履行に要する費用が含まれると規定されている。さらに、それらの費用は、実際にかかったもので、その金額は、領収書やほかの書類で証明されうるものでなければならない。

オーストラリアのほかの州でも出産に伴って必要とされる費用に限って代理懐胎者への支払いを認めている。オーストラリアでは、代理懐胎のカウンセリング費用が3,000～5,000ドル、法的手続きにかかわる費用が13,000～20,000ドル、胚移植と代理懐胎を行うための準備費用が一回あたり6,000ドル、代理懐胎者の旅費やそのほかの費用が6,000～15,000ドルかかるという〔Central Queensland News (2017 Mar.24)〕。

このように、代理懐胎については、商業的代理懐胎禁止や、代理懐胎者の経済的負担などへの配慮が認められるものの、依然として第三者の人体を出産のために利用するという倫理的課題は残されている。しかし、オーストラリア全土において利他的代理懐胎が認められ、実際にオーストラリア国内で代理懐胎が実施されていることは、代理懐胎を許容する社会的合意によってこの課題をクリアすることが可能であることを示唆しているともいえる。

## 2 妊娠・出産に伴う危険性に対する対応

妊娠・出産に伴う危険性については、医学的側面から、代理懐胎者についての条件が定められている。代理懐胎者の年齢については、ビクトリア州、西オーストラリア州、ニューサウスウェールズ州、いずれにおいても25歳以上であることが定められている。ビクトリア州と西オーストラリア州においては、代理懐胎者は既に出産経験がありかつ生児出生であったことも条件とされている。さらに、これらの州では、代理懐胎者と、代理懐胎者にパートナーがいる場合には、そのパートナーも、カウンセリングと法的アドバイスを受けることが求められている。西オーストラリア州では、代理懐胎契約はWestern Australian Reproductive Technology Councilによって事前に承認を受ける必要があるが、その承認がなされる少なくとも3カ月前までには、依頼者夫婦、代理懐胎者、配偶子提供者それぞれが、医師の診断を受け、代理懐胎契約を行うことについて医学的に適切であることが医師による診断書で確認されていることも条件とされている。

これらの条件は、妊娠・出産に伴う代理懐胎者の身体的リスクを避けるために設けられた法的規制といえる。

### 3 出生した子の権利と福祉にかかわる問題に対する対応

#### (1) 法的親子関係への対応

依頼者夫婦の配偶子を用いて第三者の女性によって妊娠・出産が行われる場合には、依頼者夫婦と子とは血縁関係にあるが、妻以外の女性の卵子や、夫以外の男性の精子が用いられる場合には、DCと同様に配偶子提供に関する問題や子の出自を知る権利（血縁関係にあるドナーの情報を知る権利）の問題が派生する<sup>5)</sup>。さらに、代理懐胎者の卵子が用いられた場合には、出産女性が子と血縁関係にあることから、子を巡る争いが起こる可能性が高くなることも考えられる。

ビクトリア州では、代理懐胎者の卵子は子の懐胎に用いられないことが条件とされており、代理懐胎者と生まれてくる子は血縁関係を持たないよう規定されている。一方、ニューサウスウェールズ州や西オーストラリア州では、代理懐胎者の卵子を用いることもできる<sup>6)</sup>。

オーストラリアでは、連邦法*Family Law Act 1975* (s.60HB) と州法の規定により、州や特別地域における裁判所の親決定命令 (parentage order) によって、産みの親である代理懐胎者側から親権が移譲され、代理懐胎依頼者は子と法的な親子関係を定立することができる。ただし、北部準州では代理懐胎における親子関係について規定する法律がないため、代理懐胎者が養子として子を手放さない限り、産みの親、すなわち代理懐胎者が子の法的親とみなされることになる。

ビクトリア州では子が生まれて28日以降6カ月以内に、ニューサウスウェールズ州では子が生ま

れて30日以降6カ月以内に、法的な親決定命令を求めて裁判所に申請を行うことができる。西オーストラリア州では子が生まれて28日以降6カ月以内に申請を行う必要があるが、代理懐胎者が子の遺伝上の母である場合、裁判所への申請には、代理懐胎者と申請した親が署名した計画書が必要で、そこには子が代理懐胎者やそのほかの者（代理懐胎者の父母など）とどの程度時間を過ごしたり、コミュニケーションをとったりするのかについての詳細、当事者同士でどの程度情報交換をしようのかについての詳細が含まれるとしている。

これらの事例では、代理懐胎者から子が強制的に引き離されることがないようにとの配慮と同時に、親決定命令によって親子関係を定立するには、子の成長に合わせて6カ月以内と申請期限を設けている点に特徴がある。また、代理懐胎者が子と血縁関係にある場合には、西オーストラリア州の場合のように、代理懐胎者と子とのコミュニケーションの機会についても審査されることは、親決定命令によって代理懐胎依頼者が子の法的親となった後も、子が代理懐胎者とのコミュニケーションを通じて、出自の事実とともに成長することを可能にするものであり、子の出自を知る権利を保障するものとなっている。

#### (2) 出生した子の引渡しを巡る問題への対応

代理懐胎に関しては、利他的代理懐胎においても代理懐胎依頼者と代理懐胎者との間で、親子関係のほか、生まれた子を巡る深刻な争いが起こり得ることが想定される。

ビクトリア州の法律では、代理懐胎契約を認める条件として、当事者たちには、依頼者が生まれた子の引取りを拒否したり、代理懐胎者が依頼者に子を引き渡すことを拒否したりといった不測の事態が生じた場合にも対応できるようにしておく

<sup>5)</sup> 日本学術会議の代理懐胎に関する議論では、依頼女性である妻の卵子を用いる場合について主に検討している。  
<sup>6)</sup> ビクトリア州では、性別や性的指向、婚姻状態に関係なく、「妊娠・出産できない」者に対して、代理懐胎が認められている。一方、西オーストラリア州では、医学的理由により懐胎ができない、あるいは懐胎はできても生まれてくる子に遺伝的障害・病気が残る可能性がある、また、医学的理由から子を出産することができない場合に限り、法律婚または事実婚の異性愛カップル、シングル女性について代理懐胎が認められている。ニューサウスウェールズ州では、性別を問わず、シングル、あるいは法律婚か事実婚のカップルについて、代理懐胎が認められている。

ことを求めている。代理懐胎を行うにあたっては、Patient Review Panelの承認を得ることが必要であるが、Patient Review Panelが代理懐胎を許可するに当たって検討する事項には、代理懐胎依頼者、代理懐胎者、パートナーがいる場合には代理懐胎者のパートナーが、カウンセリングと法的なアドバイスを受けていること、思い通りに行かなかった場合も含め、契約の結果を受け入れる準備のあることが含まれており、カウンセラーからの報告も考慮される。しかし、当事者間で交わされる代理懐胎契約は、代理懐胎にかかわる必要経費の支払いを巡る契約を除き、法的に強制力を持つものではないと規定されていることから、子の出生後に、子の引渡しを巡る問題が派生する可能性が存在する。つまり、法律は、代理懐胎者が子を引渡すことを拒否する選択をし得ることも、代理懐胎依頼者が子の引取りを拒否するかもしれないことも認めている。ニューサウスウェールズ州や西オーストラリア州でも、代理懐胎契約には強制力はないとされており、代理懐胎者も代理懐胎依頼者も意思を変えることができる。出産後、代理懐胎者と子との間に法的母子関係が成立するため、代理懐胎者の承諾がなければ、代理懐胎依頼者が親決定命令によって親子関係を成立させることはできない。

このように、子の引渡しに関しては強制力はなく、当事者間の事項とされているが、依然として深刻な争いが起こり得ることも想定されることから、この課題に対して法的に十分な対応がなされているとは言いがたい。生まれてくる子の福祉にかかわる問題として、さらに検討すべき課題であると考えられる。

#### Ⅳ オーストラリアの法制度から新たに浮かび上がってきた課題

オーストラリアでは、法規制のもとで代理懐胎が認められているが、法制化後もなお残る問題点について検討する。

#### 1 利他的代理懐胎を認める法制度と海外での商業的代理懐胎を求める現実とのギャップ

オーストラリア国内では、商業的代理懐胎を認めていないが、海外での商業的代理懐胎を利用して多くの子が生まれている。2004年から2011年に実施されたオーストラリア国内での代理懐胎 (gestational surrogacy) によって73人の子の出生が報告されている [Wang et al. (2016)]。一方、オーストラリアの代理懐胎のサポートグループであるSurrogacy Australiaが2011年に海外の代理懐胎仲介者に行った調査によると、オーストラリア人が海外で代理懐胎を依頼して生まれた子の数は、2009年には97人であったのが、2011年には269人と報告されている [Everingham et al. (2014)]。渡航先としては、アメリカ、インド、タイ、ネパール、カンボジア、メキシコ、ウクライナなどが知られている [The Australian (2016 Mar.2)]。このように、法的に国内での代理懐胎が認められているにもかかわらず、国外での商業的代理懐胎の利用によって多くの子が生まれている。これは、国内での代理懐胎が厳しく規制されていることと、国内では代理懐胎者になる女性を見つけることが困難なためである。この事例は、果たして「商業的代理懐胎に依存しない代理懐胎は実現可能なのだろうか」、との疑問を投げかけるものとなっている。

オーストラリアでは、子の出自を知る権利を認める法制度化が進むなど、第三者の関与する生殖補助医療に対して社会的理解の進んだ国と考えられる。しかし、それでもなお、国外で、多くの子が商業的代理懐胎によって生まれている。このことは、利他的代理懐胎に求められる法規制と海外での商業的代理懐胎を求める現実との間にギャップがあることを示している。つまり、女性が身体的・精神的なリスクが伴う代理懐胎を引き受けるのは、本来ボランティアの限界を超えたものであり、その結果、代理懐胎者を見つけることが困難になっている。そして、そこに商業的代理懐胎が立ち入る要素が存在する。しかし、オーストラリアの事例では、少数であっても、利他的代理懐胎を認め、親決定命令によって親子関係を保障する

法制度に基づいて子が出生していることを示しており、血縁関係にある子の出生を願う依頼者の願いがかなえられていることを見逃してはならない。

一方、日本における代理懐胎については、オーストラリアとは異なった社会的背景も考慮する必要がある。日本学術会議報告書では、日本の社会的側面から次のような問題点を指摘している。

「代理懐胎の依頼または引受けに際して、自己の意思でなく家族及び周囲の意思が決定的に作用することも考えられる。とりわけ、「家」を重視する傾向のある現在の我が国では、(義)姉妹、親子間での代理懐胎において、このような事態が生じることが懸念される。」

これらは、代理懐胎を取り巻く社会的環境が、利他的代理懐胎実現の可能性を左右する大きな要素となっていることを示している。

## 2 商業的代理懐胎によって派生している問題

オーストラリアでは、依然として海外での商業的代理懐胎によって多くの子が生まれていることを指摘した。それでは、海外で生まれた子と代理懐胎依頼者との親子関係はどのようになるのであろうか。海外での商業的代理懐胎を禁止していても、親の違反行為による処罰が子の権利と福祉の毀損につながることのジレンマが存在する。その結果、海外での商業的代理懐胎によって生まれた子には、国内での利他的代理懐胎のように親決定命令によって法的親子関係を定立させることは保障されていないが、代理懐胎依頼者が帰国後裁判所に子どもの親権を求める申請をした裁判例で、親権が認められている。これらは、商業的代理懐胎を禁止する法規制の抜け道となっており、代理懐胎の法的規制が、海外での商業的代理懐胎に対して、有効に機能していない実態を示しているといえる。オーストラリア移民・国境警備省によると、2015年には海外での代理懐胎契約によって生まれた約243人の子がオーストラリアの市民権を与えられたと報告されている〔Department of Immigration and Border Protection (2016)〕。

一方、海外での商業的代理懐胎においても問題

が生じている。2014年には、オーストラリア人カップルがタイにおける代理懐胎によって生まれた双子のうち、健康な子だけをオーストラリアに連れ帰り、ダウン症で先天性心臓疾患を患っていた子を引き取っていなかったことや、依頼者夫婦の夫が過去に子どもに対する性犯罪の経歴があることが明らかになり、代理懐胎における社会的責任が厳しく問われることになった (Baby Gammy 事件)。タイでは、こうした事件をきっかけに、2015年7月30日に *Protection of Children Born from Assisted Reproductive Technologies Act 2015* が施行され、商業的代理懐胎及び外国人カップルの代理懐胎は禁止された。外国人とタイ人の夫婦の場合も、少なくとも3年間法律上の婚姻関係にあることが、代理懐胎が認められるための条件となった。〔ABC News (2015 Feb.20); Bangkok Post (2015 Jul.30)〕

世界の「代理懐胎の中心地」とされてきたインドでも *Surrogacy (Regulation) Bill 2016* が2016年8月に議会に提出された。この法案が通過すれば、商業的代理懐胎は禁止され、5年以上婚姻状態にあるインド人の不妊夫婦にのみ、代理懐胎が認められることになる。さらに、代理懐胎の依頼を受けることができるのは依頼者の近親者のみとなる〔Sengupta (2016)〕。海外での商業的代理懐胎を考えるオーストラリア人にとっては、選択肢からの除外を余儀なくされる。この法案の起草に携わった Soumya Swaminathan (the Director General of the Indian Council of Medical Research in Delhi) は、「(この法案提出の)理由は女性団体や女性自身からの数多くの抗議にほかなりません。」「代理懐胎者となった女性や子どもが放置されたり、適切に処置を受けなかった事例や、代理懐胎を求めて来る海外のカップルに生まれた子どものビザの問題について報告があります」と述べている。また、ほかの理由として、これらの女性は貧しく、「早く多額の金を稼ぐために、家族によってこの仕事を押し付けられている可能性がある。」「わが国の女性たちは、文字どおり子宮レンタル工場 (womb rental factories) となっていたのです。だから、我々はこれらの女性を保護するために法案



を提出することが大変重要だと考えたのです」とも述べている<sup>7)</sup>〔CNN (2016 Sep.8)〕。

このように、海外での商業的代理懐胎の利用に伴って代理懐胎における社会的責任が問われるさまざまなケースが生じている。商業的代理懐胎を禁止する法制度が機能するには、国家間の垣根を越えた商業的代理懐胎の規制や、違反行為に対して子の福祉を損なわない形で罰則を強化するなどの議論の必要性が示唆される。

### 3 代理懐胎を規制するオーストラリア連邦法の整備に向けた動向

上述のように、オーストラリア国内では、生殖補助医療を規制する連邦法はなく、各州や特別地域の法規制のもとで生殖補助医療が行われているが、オーストラリア連邦法によって代理懐胎を統一的に規制できるように法整備を求める動きが活発化している。

2015年12月2日には、連邦政府の司法長官である上院議員のGeorge Brandis QCより、国際・国内の代理懐胎に関する法規制について、審議し報告するよう下院のStanding Committee on Social Policy and Legal Affairsに依頼がなされた。そして、2016年4月には、報告書*Surrogacy Matters: Inquiry into the regulatory and legislative aspects of international and domestic surrogacy arrangements*が提出された。報告書の作成のための公開意見募集には、124件もの意見が寄せられ、2016年2月から3月にかけてキャンベラで7回の公聴会が開かれた。その結果、報告書では主に次のような勧告がなされた〔House of Representatives, Standing Committee on Social Policy and Legal Affairs (2016 Apr.)〕。

勧告では、商業的代理懐胎は非合法である（勧告1）ことや、利他的代理懐胎を促進するモデルとなる連邦法の作成を視野に検討を行うこと、その

モデルとなる法律は、次の4つの原則（以下、「代理懐胎の原則」と記す）に留意すべきであることとしている（勧告2）。

原則1：子の最善の利益が保護される（子の安全と福祉、そして子の出自を知る権利が含まれる）。

原則2：代理懐胎者は、代理懐胎を行うことについて、自由で、情報に基づいた決定をすることができる。

原則3：代理懐胎者を搾取から保護するための十分な法的保護がある。

原則4：（代理懐胎の）アレンジメントの結果生じる親子関係について、法的に明確である。

これらの原則では、生まれてくる子の最善の利益が保障されることを第一としている。さらに代理懐胎者が搾取の対象とならないように保護されることの重要性を指摘している。そして、委員長George Christensen下院議員が報告書の前書きで述べているように、この原則は商業的代理懐胎を非合法とする根拠ともなっている。

「まず、最も重要なこととして、委員会は商業的代理懐胎がオーストラリアでは非合法であることを維持することを勧告する。この勧告は、最善の法的な意図をもってすら代理懐胎者と子の搾取が生じる深刻な潜在性が存在するという観点にのっつたものである。」

さらに、委員会は司法長官に、オーストラリア法改正委員会（Australian Law Reform Commission）に対して、連邦法の作成を視野に入れて各州と特別地域の代理懐胎に関する法の調査を行うよう依頼することを勧告している（勧告3）。つまり、現状では州と特別地域がそれぞれ独立した法制度を持っていることから、まず、それぞれの法制度間での整合性の必要性を指摘している。その上で、代理懐胎の原則の観点から、調査を行うことを求

<sup>7)</sup> インドは、他国に比べて代理懐胎にかかる費用が低価格で、医療技術も進んでいることから、世界の「surrogacy hub（代理懐胎の中心地）」と言われ、海外からも多くの人々が代理懐胎のサービスを求め、インドに渡ってきた。インド産業連合の推定によると、インドにおいて代理懐胎ビジネスは、3,000近い病院とクリニックがかかわる23億ドル市場となっているとされる。インド医学研究評議会によると、毎年約2,000人の子が代理懐胎によって生まれているという〔Cousins (2016)〕。

めている。

調査に際しての考慮すべき点としては、①子の最善の利益、②代理懐胎の契約前、妊娠中、出産後、子を手放す際における、すべての当事者に対する強制的で、独立した、個人的なカウンセリングの必要性、③代理懐胎を行おうとするすべての当事者に対するバックグラウンドチェック、医療的・心理的検査、独立した法的アドバイスの必要性、④紛争解決のプロセスを含め、すべての当事者が今後のことについて共有し、当事者たちが、(妊娠・出産における)自身の健康と子の健康について代理懐胎者が決定する権利を尊重することを保障するような、拘束力のない代理懐胎契約をする必要性、⑤代理懐胎者から、代理懐胎依頼者へ親の責任が移行されるプロセス、そしていつそれが行われるべきか、⑥代理懐胎者に対する代理懐胎に要した経費の適切な払戻しの必要性、⑦政府機関が運営する代理懐胎者と代理懐胎依頼者の情報の登録制度の必要性、⑧代理懐胎が家族に与える影響についての長期にわたる研究を可能にするよう、州と特別地域が代理懐胎によって作られた家族についての標準化された統計的情報を取っておくべきかどうかについて、などが挙げられている。

さらに勧告では、「子の出生証明書は、子が代理懐胎の結果生まれたという記録を含め、産みの親、遺伝上の親、そして代理懐胎依頼者、すべてについての情報を含むべきかについての検討」(勧告4)や、「オーストラリア政府は、国内での利他的代理懐胎を考えるオーストラリア人にアドバイスと情報を提供するウェブサイトを立ち上げること」(勧告6)などが指摘されている。

また、オーストラリア人による海外での代理懐胎については、特別委員会を設置して、その状況を調査するよう求めており(勧告7)、海外での商業的代理懐胎の利用に伴う問題が、依然として検討課題となっていることを示している。

これらの勧告の内容から読み取れることは、代理懐胎について連邦法のもとに統一した規制がなされることの必要性や、現行の州法において、代理懐胎者の代理懐胎に伴うリスク、法的親子関

係、子の引渡しを巡るトラブル、さらには、海外での商業的代理懐胎の利用に伴う問題に十分に対処できているかどうかを、連邦政府が主体となって検証することが求められているということである。

## V おわりに

代理懐胎を巡るオーストラリアの法制度の特徴について分析してきた。日本での議論において提示された課題について、オーストラリアでは法規制による独自の対応がなされていることが明らかになった。特に、連邦法の制定も視野に入れた委員会の勧告で示された「代理懐胎の原則」は、法規制において重視すべき点を端的に示すものとなっている。それは、「代理懐胎者と子の権利が侵害され搾取されないよう保障する」ものであり、代理懐胎に伴う倫理的問題をクリアするための必要条件であるといえよう。

オーストラリアでは、代理懐胎を禁止するのではなく、法規制のもとで容認する立場をとっている。しかし、依然として商業的代理懐胎の利用や、親子関係を巡る課題が残されていることも明らかとなった。特に子にとって、親子関係の定立は「子の最善の利益を保障する」ことに直結するものであるが、利他的代理懐胎において、自由意思に基づいて代理懐胎を引き受ける女性と代理懐胎依頼者間で交わされる代理懐胎契約を法的にコントロールすることの難しさが浮き彫りにされた。代理懐胎契約の内容とあり方について、どのようなアドバイスと法的拘束力を持たせるのが最善であるのか、勧告に示されたように、州法の垣根を越えた全国レベルでの調査と検討が求められている。

NHMRCのガイドラインや2016年に出された委員会の勧告では、改めて商業的代理懐胎の禁止を明確にしているが、利他的代理懐胎を支える、代理懐胎者となる(意思のある)女性の有無が、利他的代理懐胎の実施の鍵を握っている。代理懐胎の条件を厳しくすることは、逆に代理懐胎者となる女性を見つけることが困難となり、商業的代理

懐胎を求めて海外に渡航せざるを得なくなるというジレンマが生じているからである。しかし、一方では、商業的代理懐胎の弊害が指摘されており、タイ、ネパール、カンボジア、インドのように海外のカップルによるこれまでの商業的代理懐胎を禁止、または禁止しようとする国もでてきている。カンボジアでは、違法に代理懐胎クリニックを経営していたとして、オーストラリア人女性が逮捕される事件も起きている〔ABC News (2016 Nov.21)〕。

「オーストラリア政府は、国内での利他的代理懐胎を考えるオーストラリア人にアドバイスと情報を提供するウェブサイトを立ち上げること」との勧告は、代理懐胎についての理解をさらに広げることや代理懐胎に伴うさまざまなリスクを避けるための情報提供が、利他的代理懐胎の実施に欠かせないものであることを示唆している。

日本学術会議報告書では、代理懐胎について、「先天的に子宮をもたない女性及び治療として子宮の摘出を受けた女性を対象を限定した、厳重な管理の下での代理懐胎の試行的実施（臨床試験）は考慮されてよい」としている。つまり、生殖補助医療としての代理懐胎を検証する必要性から、臨床試験としての実施の可能性を認めている。

しかし、「厳重な管理の下で」と指摘されているように、試行的実施に当たっても、可能な限りにおいて、想定し得る代理懐胎に伴う課題に対応した法律を制定しておくことが望ましいと思われる。代理懐胎が試行的実施の名のもとに、法的規制が不十分なまま行われることの危険性をはらんでいるからである。例えば、日本では、DIが日本産科婦人科の会告に準拠して、医師の自主規制のもとに行われているが、1949年にDIによって最初の子が誕生して以来、すでに半世紀以上にわたり、法的規制のないままにDIが行われてきた経緯がある。その結果、子の出自を知る権利を巡る問題〔毎日新聞（東京朝刊）（2014.3.26）〕や親子関係に関する裁判事例〔朝日新聞（2013.12.12）〕などが報道されている。代理懐胎について、日本学術会議報告書でも、「（日本産科婦人科）学会が倫理規範として自発的に定める会告で代理懐胎を規

制してきたことは妥当なことである」としながらも、「日本医師会などの医師らの団体が任意団体である我が国では、医師の自律的対応にこれ以上のことを求めることはできない。現在の状態は、代理懐胎が自制されることなく実行される危険性を、常にはらんでいる」ことが指摘されている。

また、日本でも、すでに海外での商業的代理懐胎が利用されていることから、その法的規制についての議論も必要とされる。

オーストラリアの事例は、海外の先行事例として、代理懐胎における法的規制とその課題を明らかにする上において多くの示唆を与えるものと思われる。これらの事例の分析をもとに、日本における法整備の進展することが望まれる。

## 謝辞

本研究は日本学術振興会、科学研究費助成事業（学術研究助成基金助成金）基盤研究（C）（課題番号17K08923）の助成を受けている。

（平成29年7月投稿受理）

（平成29年12月採用決定）

## 参考文献

- 朝日新聞（2013.12.12）「血縁なし 父子と初認定 最高裁 性同一性障害の夫と長男 提供の精子で誕生」。
- 厚生科学審議会生殖補助医療部会（2003）『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』。
- 最高裁決定（2007.3.23）最高裁第二小法廷平成19年3月23日決定（平成18年（許）第47号 市町村長の処分に対する不服申立て却下審判に対する抗告審の変更決定に対する許可抗告事件）。最高裁判所民事判例集，第61巻，2号，pp.619-710。
- 最高裁判決（1962.4.27）最高裁第二小法廷昭和37年4月27日判決（昭和35年（オ）第1189号 親子関係存在確認請求）。最高裁判所民事判例集，第16巻，7号，pp.1247-1251。
- 日本学術会議 生殖補助医療の在り方検討委員会（2008）対外報告『代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題—社会的合意に向けて—』。
- 日本産科婦人科学会（2003）会告『代理懐胎に関する見解』，<http://www.jsog.or.jp/ethic/index.html>（2017年5月20日最終確認）。
- 日比野由利 編著（2013）『グローバル化時代における生殖技術と家族形成』，日本評論社。
- 毎日新聞（東京朝刊）（2014.3.26）「人工授精：遺伝上の

- 父，探し続ける 40歳の医師，情報開示のルール化訴え」。
- 南貴子 (2012) 「オーストラリア・ビクトリア州における生殖補助医療の法制度化による子の出自を知る権利の保障」, 『海外社会保障研究』, No.179, pp.61-71.
- ABC News (2015 Feb.20) “Thailand bans surrogacy for foreigners in bid to end ‘rent-a-womb’ tourism.”
- (2016 Nov.21) “Australian woman charged with running illegal surrogacy clinic in Cambodia,” by Anne Barker.
- Bangkok Post (2015 Jul.30) “Law banning commercial surrogacy takes effect.”
- Central Queensland News (2017 Mar.24) “Couples’ uphill battle to find a surrogate.”
- CNN (2016 Sep.8) “5 faces of India’s proposed surrogacy ban,” by Huizhong Wu.
- Cousins, S. (2016) “Only married heterosexual Indian couples will be allowed to use surrogate mothers under proposed new law,” *British Medical Journal*, 354, i4669.
- Department of Immigration and Border Protection (2016) *Inquiry into Surrogacy, Standing Committee on Social Policy and Legal Affairs, Submission 45*.
- Everingham, S. G., Stafford-Bell, M. A., and Hammarberg, K. (2014) “Australians’ use of surrogacy,” *The Medical Journal of Australia*, 201, pp.270-273.
- House of Representatives, Standing Committee on Social Policy and Legal Affairs (2016 Apr.) *Surrogacy Matters: Inquiry into the regulatory and legislative aspects of international and domestic surrogacy arrangements*.
- Minami, T. (2016) “Legislation toward allowing all donor-conceived offspring the right to know their origin: the cases of Japan and Victoria, Australia,” *Japanese Association for Philosophical and Ethical Researches in Medicine*, No.10, pp.13-22.
- National Health and Medical Research Council (2017) *Ethical Guidelines on the Use of Assisted Reproductive Technology in Clinical Practice and Research*, Canberra: Australian Government.
- Sengupta, J. (2016) “Opinions on the new draft Surrogacy (Regulation) Bill, 2016 in India,” *Journal of Reproductive Health and Medicine*, Volume 2, Supplement 1, November, p.s18.
- The Australian (2016 Mar.2) “Aussie couples exploit lax surrogacy laws in Mexico, Ukraine,” by Nicola Berkovic.
- Wang, A. Y., Dill, S. K., Bowman, M., and Sullivan, E. A. (2016) “Gestational surrogacy in Australia 2004-2011: treatment, pregnancy and birth outcomes,” *Australian and New Zealand Journal of Obstetrics and Gynaecology*, 56, pp.255-259.

(みなみ・たかこ)

## **Issues Concerning Surrogacy Legislation: A Case Analysis of Australia**

Takako MINAMI\*

### Abstract

For more than a decade, the legislation on assisted reproductive technology (ART) has been called for in Japan. The issue has been discussed in the Assisted Reproductive Technology Committee of the Health Sciences Council of Japan Ministry of Health, Labour and Welfare and the Science Council of Japan, but this has not yet resulted in the regulation of ART in Japan. This paper analyzes legislation on surrogacy, the procedure which relies on the third party to conceive and give birth to children. Surrogacy is different from other ARTs in the sense that the birth mother is expected to relinquish the baby to the commissioning parents after giving birth. This causes ethical issues concerning the use of the surrogate mother's body "as a tool" and possibility of placing children born by surrogacy in a legal limbo. Currently, the Guidelines of the Japan Society of Obstetrics and Gynecology prohibit surrogacy, but there are jurisdictions which allow surrogacy abroad. Australia is one of the countries that allow altruistic surrogacy, and some of its states have comprehensive laws regulating the practice of surrogacy. Issues surrounding surrogacy will be examined by comparing the discussion on legislation in Japan with the current legislative system and the related issues faced by Australia.

Keywords : Surrogacy, Assisted Reproductive Technology (ART), Australia

---

\* Lecturer, Wakayama Medical University