

判例研究

代理懐胎・出産により出生した子の特別養子縁組

早野俊明

（神戸家姫路支審 平成20年12月26日家庭裁判月報61巻10号72頁）

1. 事実の概要

申立人（養父となる者）Aと申立人（養母となる者）Bは、平成16年に婚姻した夫婦であり、いずれも現在25歳以上であるが、Bは〇〇症候群のため、子を産むことができなかった。

事件本人（養子となる者の父）Dと、事件本人（養子となる者の母）Eは、夫婦であり、Bは両名間の長女である。

Eは、A B夫婦のためにいわゆる代理出産することを決意し、A B夫婦、D等の家族の了解を得た。Eは、平成19年、〇〇県所在のクリニックを受診し、ホルモン治療を受けた上、Bの卵子とAの精子を受精させた胚の移植を受けて妊娠し、平成20年、事件本人（養子となる者）Cを出産した。

BはCの出生に合わせて、母乳を出すための薬を飲み、Cに与えた。A B夫婦は、平成20年2月下旬に、Cを引き取り、以後、約10ヶ月間、Cを監護養育してきている。

Eは、CをA Bら夫婦のために妊娠、出産したと考えている。Eおよび

D夫婦は、いずれも稼動して収入を得ており、経済的不安はないが、A B夫婦がCを責任を持って育てるべきあると考えており、Cを自身らの子として育てる意思はなく、本件特別養子縁組を希望している。

A B夫婦は、Cの血縁上の親であり、Cを責任を持って育てる意向である。A B夫婦は、仲が円満で、愛情を持ってCを監護養育しており、その心身の健康状態、居住環境、経済状態等も安定している。A B夫婦によるCの監護養育は、約10か月が経過し、良好に推移しており、Cの発育・発達状況も順調である。当裁判所家庭裁判所調査官の調査においても、A B夫婦に養親としての適格性が認められることおよびA B夫婦とC間の適合性が良好であることが確認されている。

2. 審判要旨

CをA B夫婦の特別養子とすることを認容した(確定)。

「出生した子と、血縁上の親との間にどのような関係を成立させるかについては、代理出産の是非と必然的に連動するものではなく、出生した子の福祉を中心に検討するのが相当であり、上記最高裁判所決定(平成19年3月23日民集61巻2号619頁一筆者注)の補足意見においても、事案によっては、法的に親子関係を成立させるため、現行法において、特別養子縁組を成立させる余地がある旨が指摘されている。

そうすると、本件において、A B夫婦の養親としての適格性及びCとの適合性にはいずれも問題がない上、A B夫婦は、Cの血縁上の親であり、Cを責任を持って監護養育していく真摯な意向を示していること、他方、E及びD夫婦は、A B夫婦が事件本人を責任をもって育てるべきであると考えており、Cを自身らの子として監護養育していく意向はなく、かかるE及びD夫婦にCの監護養育を委ねることは、その監護が著しく困難又は不適當であることその他特別の事情があると認められるから、CをA B夫婦の特別養子とすることが、その利益のために特に必要があるというべき

である。」

3. 研 究

【1】本件⁽¹⁾は、いわゆる代理懐胎・出産により出生した子について、卵子および精子を提供した夫婦が特別養子縁組を申し立てた事案であり、卵子提供者の母の代理懐胎・出産（ホスト型）により出生した子について、卵子および精子を提供した依頼者夫婦との特別養子縁組を認めた最初の公表判例である。また同時に、女性が自己以外の女性の卵子を用いた生殖補助医療により子を懐胎し出産した場合における出生した子の母は、その子を懐胎出産した女性とするのが最高裁判所判例⁽²⁾（以下、「19年決定」とする）であるから、本件において、代理懐胎・出産した卵子提供者（娘）の母と出生した子は実母子関係となり、したがって、卵子提供者である娘と出生子は戸籍上兄弟姉妹同士となるから本件は親族特別養子縁組の事案でもあり、後述するように、広義の親族特別養子縁組（転換養子縁組、連れ子特別養子縁組・連れ子転換養子縁組、親族特別養子縁組・親族転換養子縁組）を認めることに消極的な裁判実務の中にあつて、本審判は狭義の親族特別養子縁組（転換養子縁組、連れ子特別養子縁組、連れ子転換養子縁組以外の親族特別養子縁組すなわち親族特別養子縁組・親族転換養子縁組）を認めた最初の公表判例ともなる。以上の2点において注目すべき判例である。

本稿では、「分娩者＝母ルール」を採用する上記19年決定を前提として、第1に、代理懐胎自体の是非の問題と代理懐胎によって出生した子との法的親子関係の成否の問題をいかに捉えるべきか、第2に、代理懐胎により

(1) 本件判例評釈として、梅澤彩「配偶子を提供した申立人らと代理懐胎子との特別養子縁組を認めた事例」司法書士457号（2010年）52頁、棚村政行「代理出産依頼者夫婦による代理懐胎子の特別養子縁組」民商141巻6号（2010年）116頁、水野紀子「代理出産による子と卵子および精子の提供者との特別養子の成立」リマークス41号（2010年）70頁などがある。

(2) 最決平成19年3月23日民集61巻2号619頁。

出生した子と依頼者夫婦との間に親族（生物学上の親子）関係がある場合に特別養子縁組が認められるのかどうか、現在まで積み上げられてきた、民法817条の7の要保護要件が争点となった狭義の親族特別養子縁組をめぐる判例との関連で、論じるものである⁽³⁾。

【2】まず第1の点について、上記19年決定の「補足意見」は、「なお、本件において、相手方が本件子を自らの子として養育したいという希望は尊重されるべきであり、そのためには法的に親子関係が成立することが重要なところ、現行法においても、Aら（代理母とその夫—筆者注）が、自らが親として養育する意思がなく、相手方を親とすることに同意する旨を、外国の裁判所であっても裁判所に対し明確に表明しているなどの事情を考慮すれば、特別養子縁組を成立させる余地は十分にあると考える。」⁽⁴⁾と述べて、特別養子縁組の可能性につき言及していた。

また、平成20（2008）年4月8日、日本学術会議生殖補助医療の在り方検討委員会は、「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—」と題する報告書（以下、「報告書」とする）を公表し、「代理懐胎による親子関係問題」として、「代理懐胎を許容することは、依頼女性と生れた子との間の母子関係を認めることであり、禁止することは、それを否定することにつながると考える傾向がある。例えば、要綱中間試案（法務省法制審議会生殖補助医療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」[平成15年7月]—筆者注）も、厚生労働省生殖補助医療部会における代理懐胎禁止の方向をふまえ、依頼女性を母と定めることは代理懐胎を許容するに等しく相当でないことを一つの理由として、懐胎者を母とした。しかし、このように両者を連動させることは、必

(3) したがって、「分娩者=母ルール」の妥当性については本稿では論及しない。別稿にて論ずる予定である。なお、「血縁者=母ルール」の正当性につき、梶村太市「新時代の家庭裁判所家族法（17）」戸籍819号（2008年）33頁、樋口範雄「人工生殖で生まれた子の親子関係」法教322号（2007年）140頁ほか参照。

(4) 前掲注（2）630頁。

然ではないと考えられる。既に代理懐胎によって誕生している子の福祉という観点から見たとき、子の与り知らぬ事情がその法的地位に影響を与えることを積極的に肯定することは、子の犠牲の上に、親子関係の定め方を代理懐胎禁止という『行為規制』の手段として用いるものという批判もあり得よう。そこで、本委員会では、代理懐胎の禁止という基本的立場から独立して、代理懐胎によって生まれた子の法的地位について検討を行うこととした。⁽⁵⁾とした上で、同委員会においては、代理懐胎禁止を実効的なものとするために、代理懐胎によって生まれた子と依頼者夫婦との間に、養子縁組を含めて一切の親子関係を認めるべきではないという見解も主張され、実際、そのような取り扱いをする国も存在するとしながらも⁽⁶⁾、「しかし、代理懐胎禁止と親子関係との連動を必然としないという観点からは（略）、子に対して強い愛情を抱き、また、将来にわたる子の養育を担うに相応しい者に、最終的に、親としての権利を与えるというよりは、むしろ責任を負わせることは、子の福祉にかなうとも言える。したがって、代理懐胎によって生まれた子と依頼夫婦の間に、養子縁組または特別養子縁組によって法的親子関係を定立することを認めるべきだと思われる。」⁽⁷⁾とした。そして、「具体的には、代理懐胎者を法律上の実母とした上で、代理懐胎者が、分娩後、子に対する責任及び権利を放棄することを望み、他方で依頼夫婦がその子について養育の意思を有する場合には、乳幼児の段階で、子の福祉の観点に立った家庭裁判所の判断を介して、依頼夫婦との間に養子縁組または特別養子縁組による親子関係の定立を認めることになる。」⁽⁸⁾としている。報告書も、基本的に上記平成19年決定の判断枠組みに従い、代理懐胎者の子に対する責任および権利（または養育意思）の放棄、依頼者夫婦の養育意思の存在等を養子縁組または特別養子縁組の成立

(5) 日本学術会議生殖補助医療の在り方検討委員会「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—」（2008年）23頁。なお、同報告書は、主に依頼女性である妻の卵子を用いるホスト・マザーについて検討するものである（3頁）。

(6) 前注26頁。

(7) 前注。

(8) 前注。

要件と捉えている。

本審判も、出生した子と血縁上の親との間にどのような関係を成立させるかについては、代理出産の是非と必然的に連動するものではなく、出生した子の福祉を中心に検討するのが相当であるとして、報告書と同じ立場に立ち、また、上記19年決定および報告書の判断枠組みに従い、特別養子縁組の成立を認めるものである。生殖補助医療をめぐる法規制がなされていない現在、生殖補助医療によって現実に誕生している子に安定した法的地位を与えることが子の利益に適うと考えられることからすれば、この点につき、本審判は正当というべきであろう。代理懐胎によって出生した子の法的地位は、その子の福祉の観点から考察すべきものであり⁽⁹⁾、代理懐胎自体の是非の問題とは切り離して検討することができるからである。

【3】本件は、法的には兄弟姉妹間の親族特別養子縁組の一事例である。したがって、親族特別養子縁組が成立するためには、縁組要件の一つである「父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不適當であることその他特別の事情がある場合において、子の利益のため特に必要があると認めるとき」(民817条の7)すなわち要保護要件を充足しなければならないことになる。しかし、特別養子制度が、実父母との法律上の親子関係の終了、離縁の原則禁止、戸籍上の特別措置によって、実体法上も戸籍上も養父母が唯一の父母であることを明らかにするとともに、養親子関係を実親子関係に比肩しうるような強固で安定したものとするを目的とすることから、本件のように、代理懐胎・出産した卵子提供者の母と出生した子の実母子関係は特別養子縁組の成立により消滅する一方、卵子および精子を提供した娘夫婦と特別養子との間に法定親子関係が発生する結果、特別養親となった娘を通して、代理懐胎・出産した母(娘の母)と出生した子(特別養子)の間には親族関係(祖母と孫の関係)が形成されることから、当該親族としての交流が当然予想される本件のような事案において

(9) 棚村・前掲注(1)122頁。

もなお上記要保護要件をそもそも充足することになるのか、これが第2の論点であり本件の中心的争点となる。

本審判では、養親としての適格性および養子との適合性にはいずれも問題がないとした上で、養親となる者（A B）は、養子となる者（C）の血縁上の親であり、責任を持って監護養育していく真摯な意向を示していること、他方、養子となる者の父母（E D）は、A B夫婦がC本人を責任を持って育てるべきであると考えており、Cを自身らの子として監護養育していく意向はないことから、E D夫婦にCの監護養育を委ねることが、監護が著しく困難または不適切であることその他特別の事情があると認め、CをA B夫婦の特別養子とすることが、その利益のために特に必要があるというべきであるとして、CをA B夫婦の特別養子とすることを認めた。この判断は、前述したように、代理母懐胎・出生子の特別養子縁組について、本審判が言及している上記19年決定の「補足意見」で述べられた、「Aら（代理母とその夫―筆者注）が、自らが親として養育する意思がなく、相手方を親とすることに同意する旨を、外国の裁判所であっても裁判所に対し明確に表明しているなどの事情を考慮すれば、特別養子縁組を成立させる余地は十分にあると考える。」⁽¹⁰⁾との、特別養子縁組成立の判断枠組みに忠実に従った結果であろうところ、民法817条の7のいわゆる要保護要件をどのように解したがゆえにこのような判断となったのかは必ずしも明らかではない。また、養親側の事情として、養親としての適格性および事件本人との適合性に問題がないこと、養親が事件本人の血縁上の親であること、事件本人を責任を持って監護養育していく真摯な意向を示していること、実親側の事情として、養親となる者が事件本人を責任をもって育てるべきであると考えていること、事件本人を自身らの子として監護養育していく意向はないことの事情のみを考慮して、特別養子縁組を認めることが子の利益のために特に必要があると判断したものなのか（判

(10) 前掲注（2）630頁。

旨からはそのように読める)、その他の事情をも考慮して総合的に判断したがゆえにこのような判断となったのか、これまた明らかではない。さらに、後述するように、本件同様の狭義の親族特別養子縁組の公表判例がすべて特別養子縁組の成立を否定していることからすれば、本審判とそれらの判例との整合性も問題となる。

【4】ところで、父母による監護が「著しく困難」である場合とは、父母による特別養子となる子の監護・養育の意思があっても、貧困、正常な家庭がないこと等客観的な事情によって子の適切な監護が期待できない場合であり、監護が「著しく不適切」である場合とは、父母は特別養子となる子を一応監護・養育しているが、子を虐待し、著しく偏った養育をし、あるいは通常未成年の子の養育に必要な措置をほとんど採っていない等子の監護・養育の方法が適切を欠く程度の高い場合を意味すると解されている⁽¹¹⁾。本件において、ED夫婦はいずれも稼働して収入を得ており、経済的不安はないことからすれば、監護が「著しく困難」な場合に当たるとはいえず、また、ED夫婦が、AB夫婦がCを責任を持って育てるべきあると考え、Cを自身らの子として育てる意思はなく、本件特別養子縁組を希望していることをもってしても、監護が「著しく不適切」である場合に当

(11) 細川清「改正養子法の解説—昭和62年民法等改正法の解説—」(法曹会、1993年)100頁。

たるといえるのかは疑問がないわけではない。養育意思の存否は主観的にはなく、客観的に判断されるべきであるからである⁽¹²⁾。そうであれば、本件においては、本件特別養子縁組が、「その他特別の事情がある場合において、子の利益のため特に必要があると認めるとき」に該当するかどうかということになりそうである。

そして、「その他特別の事情がある場合」とは、一般に、その例示である「父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不相当であること」に準じる事情がある場合をいい、具体的にどのような場合がこれに該当するかは、親子関係の断絶が子の利益に合致するかどうかを基準にして、判断すべきであると説かれる⁽¹³⁾。この点、親族特別養子縁組・親族転換特別養子縁組について裁判実務が採る基本的立場は、「実親子関係を終了させても、養親を通じて親族関係が残る場合に、特別養子縁組を行う子の利益があるというためには、実親の存在自体が子の養育に有害であるような特

(12) 報告書・前掲注(5) 27頁では、「依頼者の意思による養親子関係の切断が認められない点で、子にとってより望ましい特別養子縁組については、『監護が著しく困難又は不相当であることその他特別な事情がある場合において、子の利益のために特に必要があると認めるとき』（民法817条の7）などの要件があるが、代理懐胎者夫婦には養育の意思がないのが通常であることなどを考慮すれば、この要件は解釈上の障害にはならないと考えられる。」とされる一方、最高裁判所事務総局家庭局「昭和63年度高等裁判所管内別家事事件担当裁判官会同概要」家月41巻8号（1989年）21頁（家庭局回答）によれば、「実父母の主観的事情の考慮」につき、「(略) 要保護要件と父母の養育意思の問題であるが、本来要保護要件の充足性は、客観的に判断すべきものであるということは疑いのないところである。もとより父母の養育意思も要保護要件の判断に当たっての一要素になり得るわけであるが、それが決定的な決め手になるという性質のものではないと考えている。問題は、実親が養育意思を欠いている、(略) その原因がどこにあるのか、さらにまた、健全な養育意思の回復が望み得ないのかどうかという将来の見通しを考える必要があると同時に、その意思の欠如(略)の結果、子が現にどのような状況に置かれているかということを考えていく必要があると思われる。(略) 具体的には、ケースバイケースで判断するほかないが、問題〔5〕のケース（兄夫婦に養子にやるつもりで出産したような場合―筆者注）では、要保護要件を充足しているとは言い難い。特別養子制度は、このような目的で親子関係を形成することを容認するものではないと解されるし、また、本ケースの場合は、『子の福祉のため』というよりは『兄夫婦のため』を意図したもので、子の福祉のための必要性の点からも問題であり、消極に解さざるを得ない。」と説明されている。代理懐胎者が親族の場合も「養育の意思がないのが通常」と見てよいのか、報告書の説明には疑問がある。

棚村政行教授も、「本件のような代理出産をした女性（卵子提供者の母）には、必ずしも、子の虐待放置など親としての適格性や監護養育に著しい困難性や不適切性（要保護性）が存在するわけではない」と指摘されている（前掲注（1）123頁）。

(13) 細川・前掲注（11）101頁。

別な事情を必要」⁽¹⁴⁾とする。すなわち、①未成年の高校生である長女と同級生との間で出生した子（後、認知し婚姻）を普通養子とした夫婦が、その子を特別養子とする縁組の申立てをした事案（祖父母と孫との間の特別養子縁組）において、「実母である夏子との実親子関係が終了しても、姉弟としての関係が続き、しかも、事件本人二郎との同居が続くのであれば、親子関係を終了させる必要はない」⁽¹⁵⁾とし、②実母が死亡して実父による子の養育が困難となったことから、実母の兄夫婦がその子を特別養子とする縁組の申立てをした事案（兄夫婦と妹夫婦の子との間の特別養子縁組）において、「本件のように、実方の両親と養親となろうとする夫婦との間に親族関係があるような場合には、実方の父母及びその血族との親族関係を終了させても、養親を通じて実方の父母との親族関係はなお残存するのであり、完全な断絶が果たされるものではない。このような点を考えれば、本児につき実方との親族関係を断絶することは、かえって実方との関係で複雑な人間関係を生じることにもなり、本児が将来自分の出生をめぐる真実を知ったような場合を想定すれば、逆に情緒的に不安定になる要因を孕むものともなりかねない。それでもなお実方との関係を断絶するのが本児の利益となるといえるのは、本児の父が、本児の法律上の親であることを主張して、養親によるその監護・養育を著しく阻害する行動に出るおそれがあるとか、本児を虐待していたものであって、そこから断絶しなければ本児と養親との関係を育てていくうえでの障害になるなど、本児の父の本児の法律上の父としての存在自体が、本児の今後の養育にとって有害であるような特別な事情が存する場合に限られるものというべきである。」⁽¹⁶⁾とし、③未婚の長女が出産した子を監護養育している夫婦がその子を特別養子とする縁組の申立てをした事案（祖父

(14) 鈴木博人「特別に留許可を目的とする特別養子縁組を却下した事例」民商124巻1号（2001年）143頁。

(15) 松山家裁今治支審昭和63年11月28日判タ699号237頁。

(16) 東京家八王子支審平成2年2月28日家月42巻8号77頁。山本正憲「特別養子縁組の要件としての『要保護性』の判断例三件」民商104巻1号（1991年）141頁。

母と孫との間の特別養子縁組）において、「仮にこれ（特別養子縁組—筆者注）が認められたとしても、禎子と智子は姉妹として法律上の親族関係が存続することになり、反って不自然な関係となるし、現実の生活交渉としても切断されるとは考えられず、前記のような特別養子制度の目的は十分に達せられないことになるのであって、（略）特別養子縁組を成立させることはできない。」⁽¹⁷⁾とし、④③の抗告審においては、「本件については、（略）子である智子の健全な育成を図るうえで、母である禎子との法律上の親子関係を敢えて断絶させることにより得られるものが多いとは認めがたいところであり、また、記録によれば、父である菊地においても、前示親権者変更の調停成立後は、智子とは没交渉であって、その育成過程に何らの干渉もしていないことが認められ、将来にわたっても、智子の健全な育成を図るうえで、菊地との法律上の親子関係を敢えて断絶させることがことさら望ましいとすべき事情は認められないところである（略）」⁽¹⁸⁾とし、⑤日本人夫婦が妻と前夫との間に生まれた子の婚外子（妻の孫。韓国籍）を普通養子とした後に、その子を特別養子とする縁組の申立てをした事案（祖父母と孫との間の特別養子縁組）において、「本件のように、実方の母と養親となろうとする夫婦との間に親族関係がある場合、実方の父母との血族関係を終了させても、養親を通じて実方の父母との親族関係はなお残存するのであり、完全な断絶が果たせるものではない。特に、本件においては、上述のとおり、申立人栄子と実母とは実母娘の、申立人芳和と実母とは養親子の、申立人栄子と事件本人とは祖母と孫の各関係にあり、それに、現在実母は事件本人を監護養育してはいないものの、実母子としての接触は継続してきているものであって、このような点を考えれば、事件本人につき、実方との親族関係を法的に断絶しても、養親を通じた実母との親族関係は強固に残存するばか

(17) 大阪家審平成2年1月31日家月42巻10号60頁。

(18) 大阪高決平成2年4月9日家月42巻10号58頁。澤田省三「特別養子縁組成立申立却下審判に対する即時抗告申立事件」戸籍586号（1992年）21頁。

りでなく、却って、実方との関係で複雑な人間関係を生じることにもなりかねないのであって、特段の事情のない限り、事件本人と実方との関係を断絶することが事件本人の利益となるとは考え難い。なるほど現状の実母は自分の力では事件本人の監護養育に当たることはできないが(ただし、実母の養育困難状況や消極的養育態度が今後も継続するものであると断定することは困難である。)、実母に申立人夫婦に対する養育妨害等が見受けられるわけではなく、却って、実母と事件本人との間には多少なりとも親子としての情緒的繋がりがあるのであって、実母の存在が事件本人の成長に障害となるというようなことは考えられないものであり、ここで実母との関係を断絶することが事件本人の利益に副うものであるとは認め難い。】⁽¹⁹⁾として、特別養子縁組を認めていない。その他、民法817条の7が争点となった、親族特別養子縁組・親族転換特別養子縁組の申立て事案のいずれもが、要保護要件を充足しないとして、却下・棄却されている⁽²⁰⁾。

【5】本件を親族特別養子縁組の一事例と捉えるならば、本件では、親族特別養子縁組において裁判実務が採用するところの「実親子関係を終了させても、養親を通じて親族関係が残る場合に、特別養子縁組を行う子の利益があるというためには、実親の存在自体が子の養育に有害であるような特別な事情」は存在していないのであるから、上記一連の裁判例に従う限り、特別養子縁組は認められないはずである。それにもかかわらず、認める理由は何なのか。「その他特別の事情」の解釈として、名古屋高裁平成15年11月14日決定⁽²¹⁾による、「特異で複雑な出生の事情ないし親子関係の事情を戸籍の記載等から知り、その成育過程において、自らの責任によら

(19) 千葉家審平成11年4月14日家月51巻11号102頁。鈴木・前掲注(14)140頁、中川高男「特別養子縁組における要保護性及び特別の事情」判タ1100号(2002年)53頁。

(20) 奈良家宇陀支審昭和63年3月25日家月40巻7号188頁(養母となる者の妹夫婦の子どもを生後まもなく引き取り、その後、普通養子縁組をして4年間実子同様に監護養育してきた姉夫婦が、その子を特別養子とする縁組の申立てをした事案[姉夫婦と妹夫婦の子との間の特別養子縁組])、高松高決平成元年2月20日判タ699号235頁(前掲注(15)の抗告審)。

(21) 家月56巻5号143頁。

ない精神的苦痛や負担等を背負っていくこと」を援用し、「Cが自らの出自について、祖母が孫を産むという特異で複雑な出生の事情ないし親子関係の事情を戸籍の記載等から知り、その成育過程において、Cの責任によらない精神的苦痛や負担等を背負っていくことが予測されることが、『その他特別の事情がある場合』として認められること」⁽²²⁾であるとしても、これを明示的にも黙示的にも示す文言は本審判にはなく、また、上記のように解したとしても、「特異で複雑な出生の事情」の解釈如何によっては、代理懐胎子の事案では当該事情は常に充足されることになろうから、不明瞭な基準により容易に代理懐胎の依頼者と代理懐胎子の特別養子縁組が認められることになり、「結果として禁止されるべき代理懐胎を助長する」⁽²³⁾ことにもなりかねない。

ではいかに解すべきか。民法817条の7の前段は子と実方の父母との関係に着目した要件であるのに対して、後段は主として養親との縁組が子に与える影響に着目して定められた要件であるとされ、また、「子の利益のため特に必要がある」とは、特別養子縁組が養子となる子の健全な育成ないしその福祉の向上のために特に必要があるとの趣旨であるとされる⁽²⁴⁾。本審判が、前段の要件を充足しないにもかかわらず、特別養子縁組を認容したのは、当該縁組が「子の利益のために特に必要があると認め」たことによるものであり、後段を重視する考え方を採用したものと捉えるべきであろう⁽²⁵⁾。そうであれば、代理出産依頼者夫婦と代理懐胎子との特別養子縁組についても、生まれてきた子の福祉の観点から検討すべきであるから、実親の養育（監護）意思の放棄（不存在）、養親の養育意思の存在の

(22) 梅澤・前掲注（1）61頁。

(23) 前注。

(24) 細川・前掲注（11）105頁。

(25) 後段を重視すれば、連れ子特別養子縁組の場合においては、縁組後の血族間における人間関係の複雑性を考慮する必要がないことからすればなお一層、「死亡」「行方不明」「服役中」など、実父母の一方による干渉・妨害が行えない場合ににとどまらず、「義務懈怠」「無関心」「放置」（＝監護意欲の喪失）など養育監護に対する実父母の一方による干渉・妨害行為が具体化していないときであっても、当該縁組が「子の利益のために特に必要があると認め」、「その他特別の事情」に該当するもの解することができよう。また、そのように解すべきである。早野俊明「未認知の非嫡出子である連れ子の特別養子縁組を認容した事例」白鷗法学24号（2004年）127頁以下参照。

ほかに、代理懐胎子は、生物学上の親子関係と一致させることが子の福祉に繋がることからすれば、依頼者夫婦の受精卵により出生した子であり(ホスト型代理懐胎子)、かつ、上記裁判例が示すように、縁組後の血族間における人間関係の複雑性を理由に特別養子縁組を認めない親族特別養子縁組・親族転換特別養子縁組の場合と同様、代理母が親族である場合には、生まれてきた子にとって代理母は身近な存在となり人間関係を複雑にし、また、代理懐胎が親族間で行われるがゆえに代理母を強要するような弊害を生じ、その結果、心理的圧力によって懐胎・出産した代理母と依頼者との関係も複雑化することが予想され、子の福祉の観点から適当ではないことからすれば⁽²⁶⁾、代理母が非親族である、代理懐胎子であることが必要であろう⁽²⁷⁾。そもそも本件特別養子縁組は、子の福祉のためというよりは娘夫婦のためのものであり、特別養子制度の趣旨に反するものである。この立場から本件を検討すれば、当該代理懐胎子は、ホスト型代理懐胎子ではあるが、代理母が親族であることに鑑みると、民法817条の7の要保護要件を充足しているとはいえず、特別養子縁組の成立を認めるべきではなかった事案であるように思われる。したがって本審判の結論に同調することはできない。なお、早急な生殖補助医療をめぐる法整備と特別養子縁組の成立要件の見直しが必要であることは論を俟たない。

(本学法学部・法科大学院教授)

[付記] 本稿は、平成17年度白鷗大学法政策研究所特別研究費助成(共同研究)による研究成果の一部である。また、2010年6月26日に開催された第3回白鷗大学民事判例研究会にて報告したものに加筆訂正を加えた

(26) 水野紀子教授も、「遺伝上の母である依頼者と懐胎期間に母性を育んだ代理懐胎者が母である依頼者とが身近にいることになるため、子の忠誠葛藤を引き起こすなど、子の育成に困難があることが想像される。」と指摘される(前掲注(1)73頁)。

(27) 本文「19年決定」の事案は、依頼者夫婦の受精卵により、非親族である代理母が懐胎・出産した子であるケースであるが、依頼者夫婦との間で、後日、特別養子縁組の成立が認められている(2009年4月22日「向井亜紀ブログ」<http://www.mukaiaki.com/home.html>、2009年4月28日付朝日新聞)。妥当であろう。

ものである。研究会では出席者の方々より貴重なご意見等を賜り、ここに記して謝意を表する次第である。