

機関番号：32686

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2009 ～ 2010

課題番号：21730080

研究課題名（和文） 身体の完全性を処分する自由

研究課題名（英文） the right of autonomy over one's own body

研究代表者 幡野 弘樹(HATANO HIROKI)

立教大学・法学部・准教授

研究者番号：40397732

研究成果の概要（和文）：フランスにおいて、代理懐胎に関する破毀院全部会 1991 年 5 月 31 日判決が現れ、その後も代理懐胎を禁止する立法がなされたが、現在なお代理懐胎を限定的に自由化すべきか否か議論をしている状況を明らかにした。また、それに関連して、ヨーロッパ人権裁判所 2005 年 2 月 17 日 K.A. et A.D. 対 Belgique 事件判決を検討し、そこで確認された身体を処分する自由という概念が代理懐胎の問題に対しいかなるインパクトを持つかを検討した。

研究成果の概要（英文）：Examining a decision of the Court of cassation in France on surrogate mothers, I disclosed the arguments for and against. I examined also a decision of the European court of human rights on right of autonomy over one's own body that will have an impact upon the arguments on surrogate mothers.

交付決定額

(金額単位：円)

|         | 直接経費      | 間接経費    | 合計        |
|---------|-----------|---------|-----------|
| 2009 年度 | 500,000   | 150,000 | 650,000   |
| 2010 年度 | 500,000   | 150,000 | 650,000   |
| 年度      |           |         |           |
| 年度      |           |         |           |
| 年度      |           |         |           |
| 総計      | 1,000,000 | 300,000 | 1,300,000 |

研究分野：民法

科研費の分科・細目：法学・民事法学

キーワード：フランス、ヨーロッパ、人権、身体、代理母

## 1. 研究開始当初の背景

(1) 日本においては、代理懐胎を認めるか否かについて、学界やマスメディアを通じて盛んに議論が行われており、2008年4月16日には、日本学術会議が、新法で代理出産を原則として禁止すべきであるという報告書をまとめている。代理懐胎を承認するか否かについて、さまざまな点が論点となりうるが、本研究では、個人は、自らの身体の完全性を処分する自由を有するのか、そしてそれは憲法上保障されるべき人権であるのかという問題について検討を行おうと考えた。

(2) この点について、フランス法およびヨーロッパ人権条約法に、検討すべき興味深い素材があった。まず、1995年にフランスのコンセイユ・デタ（行政系統の最上級裁判所）は、条例により小人投げを禁じた行為の合法性を承認している（C.E. 27 octobre 1995, D., 1996, pp. 177-180, note Lebreton）。小人投げというのは、ディスコテークのイベントとして、小人症の人を投げる行為であり、小人症の人は、それを生業としていた。コンセイユ・デタは、個人の尊厳の名の下に、個人の身体の完全性を処分する自由を否定してい

る。これに対し、2005年のヨーロッパ人権裁判所判決では、ベルギー政府がサド・マゾ行為を処罰した事件において、身体の完全性を処分する自由は個人の自律の領域に属すると判示している(CEDH 17 février 2005, K. A. et A. D. c/ Belgique)。すなわち、フランス国内法と、ヨーロッパ人権条約規範では、身体の完全性を処分する自由を承認するか否かについて、全く異なる立場をとっている。当然、これらの判決を受けて、フランス国内の学説上の議論も展開していた。その中には、2005年判決が代理懐胎の問題に対して持ちうるインパクトについて、議論するものもあった。

## 2. 研究の目的

上記のような状況があったため、①ヨーロッパ人権裁判所 2005年判決がフランス法にいかなるインパクトをもたらしているのか、とりわけ代理母の問題に対して影響を与えるのか、与えないのかについて検討しようと考えた。そして、その前提として、②代理懐胎に関するフランスの立場を決定づけた破毀院全部会 1991年5月31日判決も検討対象にして、破毀院が、代理母が自らの子を産む機能を他者のために用いることに対して、いかなる立場をとっているかを検討することとした。

## 3. 研究の方法

(1) 上記の2点の目的を達成するためには、フランス民法だけでなく、フランス行政法・刑事法、さらにはヨーロッパ人権法の知見が必要となる。したがって、効率的な研究を行う上でも、深いレベルの検討を行う上でも、工夫が必要であるように思われた。

(2) 効率的に知見を深めるために、平成21年度と平成22年度に1回ずつ、フランスに調査旅行に行くことを計画した。第1回目の調査旅行では、フランス・トゥールーズに行き、トゥールーズ大学のカステルナル准教授(ヨーロッパ法)と議論を行った。そこでヨーロッパ・フランス・日本を三者比較する論文を書くことになり、最終的にフランスの法律雑誌誌上で共著での論文を発表することとなった。平成22年度も、フランスに行き、私と同じ問題関心を持っていた破毀院付弁護士ステファン・レノー氏に会うことができ、生命倫理を専門とする法学者を紹介していただいた。レノー氏には多くの文献を丁寧に教えていただき、後述する研究成果も彼に帰する部分が多かった。

## 4. 研究成果

### (1) 平成21年度の成果

身体の完全性を処分する自由というテーマは、私にとっては新分野の開拓であるため、

初年度は基礎的な事項を明らかにするという段階にとどまった。

まずは、さまざまな個別テーマに関する論稿の公表を行った。たとえば、胎児の法的地位の検討を行い、阪神電鉄事件(大判昭和7・10・6)に関する評釈を発表した。また、2005年のヨーロッパ人権裁判所判決は刑事法に関する判決であるため、ヨーロッパレベルの刑事法規範についての基礎的知識を得るため、ヨーロッパ人権規範がフランス刑事法に与える影響についてのデュパルク准教授(アンジェ大学)の論文の翻訳を発表した。また、婚姻制度の変容、事実婚の増加が生殖補助医療の規制にどのような影響を与えるかという問題も重要であると考え、フランスのパクスという婚姻外のカップルの登録制度の法改正についての研究も発表した。

### (2) 平成22年度の成果

研究の2年目に、身体の完全性に関する問題本体に関する論稿を公表する、あるいは研究会で報告することができた。

① 第1に代理懐胎について、「身体の処分不可能性」を理由として、代理懐胎により出生した子と代理懐胎を依頼した夫婦との間の完全養子縁組を認めなかった、フランス破毀院全部会 1991年5月31日判決を分析する論文を書いた(伊藤昌司教授古希記念論文集(法律文化社)に掲載される予定であるが、未刊行)。

この判決では、代理懐胎の契約をし、生まれた子と依頼者夫婦の間での養子縁組を認めるというプロセスは「人体および人の身分の不可処分性の原則を侵害しているために、養子制度を濫用している」と判示している。それでは、人体の不可処分性の原則と人の身分の不可処分性の原則というのは自明の原則なのか、ということ調べてみると、フランスの学界ではこれらの原則の自明性について疑問を提示する者も少なくなかった。たとえば、人の身分の不可処分性というが、性同一性障害者の民事身分(性別)の変更は、1992年の破毀院全部会判決により認められるに至っている。身体の不可処分性についても、それほど自明のものではないと考える学説も有力である。フランスにおいても、法は、身体を構成する母乳、血液、精子、卵子といったものを、贈与、すなわち契約の目的となり得ないものとはしていない。その中で、代理母の受胎機能を契約の目的とできないのはなぜかについて学説上議論されている。

フランスでは、現在法律上代理懐胎は禁止されている。仮に、代理懐胎を強行したとしても、1991年の破毀院判決により完全養子縁組はできない。さらに、日本とは異なり身分占有という法的構成により依頼者夫婦と子との間の親子関係を認めることができるようにもみえるが、判例はそれも認めていない。

日本では、特別養子縁組を認める審判例もある（神戸家裁姫路支部平成 20 年 12 月 26 日審判。最判平成 19・3・23 における津野修・古田佑紀補足意見でもこれを示唆する）ので、フランスの方が代理懐胎に対する現行法の態度はより厳格である。それでは、フランスの学界も一枚岩で代理懐胎に反対しているかという、実はそうでもなく、今度予定されている生命倫理法の改正でも、代理懐胎の部分的容認の可否が議論の対象とされている。

結局、フランスでも代理懐胎に対しては、禁止をし、依頼者夫婦とこの間の親子関係も認めないという厳格な態度をとっているが、その出発点にある 1991 年判決のロジック自体実は自明ではないと考えられており、学説上も限定的容認論が有力に唱えられていることが分かったのが、今回の検討の成果である。

② 第 2 に、サド・マゾ行為を処罰したベルギー政府に対し、身体の完全性を処分する自由は個人の自律の領域に属すると判示した 2005 年のヨーロッパ人権裁判所判決について、研究報告を行った（神戸大学にて、2011 年 1 月 29 日）。報告では、(i) 同判決は、道徳が法の外、人権規範の外に位置すべきなのか、(ii) 同意によりすべての規範を、とりわけ刑事法や人権規範を適用除外にできるのか、(iii) 性的自由の問題にせよ、代理懐胎の問題にせよ、真摯な同意の存在をどのように確認するのか、大多数の代理母受諾者は、同意したのは利他主義に基づくものであり、お金のためではないというであろうが、ある人が本当に考えていることと、言っていることが違うこともありうる。そもそも同意の存在を確認しようとする自体誤っているのではないか、(iv) 個人の自律の原則により、自らの身体に関する選択を可能とすることができると、人身の商品化に対する限界づけをすることができるのか、(v) サド・マゾ行為の事案にせよ、代理母の問題にせよ、人の尊厳という概念がしばしば援用されるが、この概念は主観的な使い方と客観的な使い方がある。たとえば、小人投げは、十分な生活の質の獲得を可能にするものであり、それが認められることにより、自らの尊厳が保障される、という使い方（主観的な使い方）もあれば、小人投げは人の尊厳に反するものであり、人の尊厳に基づいて禁止は正当化される、という使い方（客観的な使い方）もある。この概念は、代理懐胎の問題に対してどのように作用していくのか、といった問題を検討した。

研究報告後の討論において、この判決と代理懐胎の可否については事案として距離があるのではないかと指摘があったが、現にフランスではそのような問題設定をする学説もあるため、今後両者がどう関連性を持

つか分析を深めた上で、論文として公表したいと考えている。

③ さらに、代理懐胎の問題は、契約法上の公序の問題としても位置付けられるが、この点につき、トゥールーズ第 1 大学のカステルナル准教授と共著で、「ヨーロッパ契約法原則が日本とフランスの改正草案に与えた影響」と題する論文をフランス語で執筆した。このカステルナル准教授との共同研究は、初年度のフランス滞在の第一の成果である。

④ さらに、身体の完全性の自由という問題を検討する上では、必然的に憲法と民法の関係という重要な問題を取り組む必要があるが、この点につき、2010 年 9 月に北海道大学でニコラ・モルフエンス教授（パリ第 2 大学）の「民法の憲法化」と題する講演会の通訳を行うとともに、講演原稿の翻訳を公表した。

(3) 成果の位置づけ、インパクト

本研究課題にとって、最も重要な研究である、代理懐胎に関する研究と、2005 年のヨーロッパ人権裁判所判例に関する研究に絞って、位置づけ、インパクトについて述べる。

① 代理懐胎に関するフランス法の検討は、これまでも存したが、身体の完全性という原則に着目したものはほとんどなかった。破毀院判決の最も重要なロジックでありながら、そのロジックは必ずしも自明ではなく、精査すべき原則であるということを示したことには、意義があると考えている。

② 2005 年のヨーロッパ人権裁判所判例自体、フランスでは大議論を巻き起こしているが、日本ではそれほど着目されてこなかった。その意味で、判決を紹介し、フランスでの論争を紹介すること自体、意味のあることであると思われる。サド・マゾ行為は、被害者の同意があれば刑事罰を免れることができるのか、という一見代理懐胎とは無関係の問題ではあるが、代理母は依頼者夫婦と同意さえすれば自らの子を産むという機能を他者のために用いることができるのか、という問題は実はかなり近いように思われる。この点も、これまで日本で検討されてこなかった課題である。今後もこの点に着目して、研究を続けられれば、オリジナリティーのある研究ができるのではないかと考えている。

## 5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕（計 5 件）

① ニコラ・モルフエンス、幡野弘樹（訳）、民法の憲法化、新世代法政策学研究、査読なし、11 号、2011 年、209-238 頁

② Céline CASTETS-RENARD, Hiroki

HATANO, L' influence des PDEC sur les projets de réforme des droits français et japonais des contrats, *Revue internationale de droit comparé*, 査読あり、2010-3号、2010年、713-738頁

- ③ 幡野弘樹、相続及び贈与・遺贈法の改正、パクスの改正——相続及び贈与・遺贈の改正に関する2006年6月23日法律第728号、*日仏法学*、査読なし、25号、2009年、218-223頁
- ④ 幡野弘樹、胎児の権利能力——阪神電鉄事件、*民法判例百選II*[第6版](有斐閣)、査読なし、2009年、8-9頁
- ⑤ カロリン・デュパルク、幡野弘樹・足立公志朗共訳、ヨーロッパ法がフランス刑事法規範に与える影響、*阪大法学*、査読なし、59巻2号、2009年、139-153頁

[学会発表] (計1件)

- ① 幡野弘樹、ヨーロッパ人権裁判所2005年2月17日 K.A. et A.D. 対 Belgique 事件判決——4者による講演を通じて見る身体・同意・尊厳——、神戸大学 EUIJ 研究会、2011年1月29日、神戸大学

[その他]

ホームページ等

<http://univdb.rikkyo.ac.jp/view?l=ja&u=100000478&sm=affiliation&sl=en&sp=9>

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

幡野 弘樹 (HATANO HIROKI)

立教大学・法学部・准教授

研究者番号：40397732