

令和 3 年 5 月 28 日現在

機関番号：34419

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2018～2020

課題番号：18K01402

研究課題名(和文) 出生前(胎児)治療における胎児の私法上の権利主体性に関する研究

研究課題名(英文) Study on the possibility of a fetus who receive prenatal treatments enjoy the personal rights.

研究代表者

長谷川 義仁 (Hasegawa, Yoshihito)

近畿大学・法学部・教授

研究者番号：50367934

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,800,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、胎児が母胎内または母体外で出生前治療を受けたケースをもとに、出生前治療を受けた胎児に私法上の権利主体性が肯定される余地があるのかについて、米国法及び英国法との比較研究を実施した。本研究は、胎児の権利主体性については、米国では人工妊娠中絶の可否との関連で、英国ではパブリックポリシーと人権との関連で研究が蓄積されてきたことを明らかにした。また、本研究は、日本民法3条1項の見出し(制定時の「私権の享有」から「権利能力」に改正)に着目し、天賦人権思想に基けば、同条項は権利能力の帰属主体となるのは出生と解さざるを得ないが、出生前治療との関係では解釈を拡張しなければならないことを明らかにした。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究が目的とした胎児の私法上の権利主体性の肯定可能性及びその法的構成の検討は、出生により人の私法上の権利主体性を肯定する民法3条1項の解釈に疑問を提起した。医療技術の進歩は疾患をもつ胎児に母胎内又は母体外で出生前治療を受ける機会を生じさせたが、本条項の従来の解釈に従えば、胎児の私法上の権利主体性は、母胎内で治療を受けた胎児は否定されるが、母体外で治療を受けた後母胎内に戻された胎児には肯定される余地をもたらした。本研究の学術的・社会的意義は、いずれの治療方針をとっても胎児の権利主体性に差異を設けるべきではないから、大半昭和7年10月6日判決の立場には問題が含まれることを明らかにしたことにある。

研究成果の概要(英文)：The purpose of this study is to uncover whether there is the possibility of a fetus is granted private rights, where a fetus has received prenatal treatments in or out of the mother's body. I engaged in my study by the method of comparative study with common law in UK and USA. I have revealed the new facts that this issue was discussed in connection with abortion in USA, and this issue was discussed in connection with public policy and human rights in UK. And, I have focused on a heading of a provision of Article 3(1) of Japanese Code Civil - It was "Enjoyment of Private Rights" at the time of enactment, but was amended to "Capacity to Hold Rights" in 2006, in order to test the possibility of a fetus is granted private rights. I have pointed out that there was a misreading of a provision of Article 3(1) of Japanese Civil Code in the most of academic theories and judicial precedents. I have pointed out that the reason of misreading was due to the theory of natural human rights.

研究分野：民法・医事法

キーワード：出生前治療 胎児 私権の享有 権利能力 権利主体

## 1. 研究開始当初の背景

医療技術の進歩は、疾患を有する胎児が母胎内又は母体外で出生前に治療を受ける機会をもたらした。胎児異常の出生前診断に基づいて、母体の安全を確保しつつ、出生前の胎児に治療を行い、生後治療よりも効果の高い治療を行う出生前(胎児)治療は、母体に薬物を投与するなど身体への負担が比較的少ないものから、子宮を開いて直視下に胎児に手術を施す、あるいは胎児を母胎から摘出して手術を施した後に母胎に戻すなど負担の大きいものまで多様である。出生前(胎児)治療は、アメリカのフィラデルフィア小児病院(CHOP)やカリフォルニア大学サンフランシスコ校(UCSF)胎児治療センターなど特定の施設では積極的に取り組まれており、欧州の複数の施設でも手術実施の試みが進められている。また、日本国内でも、出生前(胎児)治療は、国立成育医療センターや慶応義塾大学病院などで取り組みが始まっている。こうした状況において、イギリスでは、2014年にベルギーの病院において二分脊椎症の胎児が母胎内で手術を受けてイギリスに帰国した後に子が出生したことが報道(2021年5月28日確認:<http://www.plymouthherald.co.uk>)され、また、アメリカでは、2016年にテキサス州の小児病院において腫瘍が見つかった胎児が母体外で腫瘍摘出手術を受けた後に胎内に戻され、子が出生したことが報道(2021年5月28日確認:<https://www.cnn.co.jp/fringe/35090909.html>)された。

日本では、2013年4月の新型出生前診断の導入により、胎児の異常についての検査を考える人は増加傾向にある。しかし、一般的な妊婦健診の超音波検査や出生前診断によって胎児に大きな異常が見つかった場合、従来、多くの両親は、胎児を中絶するか、出産後に手術をするかの選択をしなければならなかった(イギリスでは、20週目の検査で二分脊椎症であると判明した胎児の約60%が中絶されると言われる)。しかし、出生前(胎児)治療は、出生前診断で胎児に大きな異常が見つかった場合、何もしないで出産を待つか、その子をあきらめるかの二者択一の選択肢しかなかった従来の状況に、胎児が出生前の子宮の中にいる状態のまま治療を受けるという「第三の選択肢」を提供する。第三の選択肢は、見つかった異常に対して治療法が確立されれば、出生前診断の意義を「胎児の状態を知るため」から「胎児を治療するため」に変えることになる。そのため、出生前(胎児)治療は、日本においても大きな関心が寄せられる。

しかしながら、出生前(胎児)治療については、出生前(胎児)治療の普及度の差異に起因するが、医学的な研究ですでに多くの研究業績が蓄積されてきたものの、日本での医事法の観点からの研究は少なかった。これは、日本における出生にまつわる従来の医事法の研究は、出生前診断の規制、生命の選別、人工妊娠中絶の可否(刑法上の「墮胎の罪」、母体保護法上の適応事由など)、診療契約上の医師の説明義務違反による自己決定権の侵害(wrongful birth 事例など)などの出生前診断についての生命倫理と法との関わりを対象としてきており、出生前診断自体に関する研究が中心で、胎児に異常が発見されて後の出生前(胎児)治療を対象とする研究は余りされてこなかったという学術的背景に起因する。そのため、日本の医事法研究においては、出生前診断に関する研究はすでに多くの研究業績が蓄積されているのに対して、出生前(胎児)治療に関する研究は少なかった。特に、本研究が試みた出生前(胎児)治療を受ける胎児の私法上の権利主体性についての医事法研究はほぼ皆無であった。そのため、本研究は、出生前(胎児)治療に関する英米での医事法研究の蓄積を基礎に、日本法への示唆を得るもので、日本の医事法において先進的な位置付けの研究である。

## 2. 研究の目的

出生前診断により大きな異常が見つかった胎児に出生前に治療を実施する出生前(胎児)治療は、出生前診断によって胎児に大きな異常が判明したがゆえに、胎児を中絶するか出産後に治療するか二者択一の選択を迫られるかもしれない親らや医師らに、胎児の生命を保存するための第三の選択肢を提供する。そのため、出生前(胎児)治療が広く普及することは、出生前診断に「胎児を治療するため」という意義を付与し、従来の出生前診断に関する議論に深化をもたらす。そこで、本研究は、出生前(胎児)治療についての生命倫理と法との関わり、出生前(胎児)治療が広く実施される法的妥当性、そして出生前(胎児)治療が実施された胎児の権利について明らかにすることを目的とした。特に、本研究は、上記①～③の中でも②の解明を主たる目的とし、出生前(胎児)治療を受ける胎児の私法上の権利主体性を解明することに基本的視座を置いた。本研究が②の解明を主たる目的とした理由は以下のとおりである。

日本民法3条1項は、「私権の享有は、出生に始まる」と規定する。同条項について、日本の判例及び通説は、胎児が母体から全部露出した時以降に私法上の権利主体となりうると解してきた。そのため、現在の日本の民法理論では、原則として、胎児に権利主体性は肯定されず、例外として、出生擬制をもって出生前の胎児を権利主体とみなすのは、不法行為による損害賠償請求〔第721条〕、相続〔第886条〕、遺贈〔第965条〕に限られる。また、例外として、出生擬制により胎児の権利主体性を肯定する場合には、判例(大判昭和7年10月6日民集11巻2023頁〔阪神電鉄事件〕)及び通説は、胎児の間には権利能力はないが、無事に生まれると相続の開始や不法行為の時に遡って権利能力を取得すると解する停止条件説を採用し、出生までは権利能

力がない胎児には法定代理人は付けられないとしてきた。しかし、胎児の権利主体性に関する現在の日本の民法理論では、出生前(胎児)治療の出現によって、バランスのとれた処理ができなくなる余地が生じた。具体的には、権利能力の取得を母体からの全部露出を要件とする現在の民法理論では、(a)母体への薬物投与や子宮内での胎児への手術の場合には、胎児の権利主体性は肯定されないが、(b)胎児を子宮から取り出して手術をした後もう一度子宮内に戻す場合には、胎児の権利主体性が肯定される余地が生じる。そのため、(a)一度も母体から露出したことのない胎児と(b)胎児手術により一度は母体から全部露出した胎児との間では、同じく母胎内にありながら権利能力の取得に差異が生じうる。また、(a)と(b)の間では、法定代理人をつけることの可否についても差異が生じうる。こうしたアンバランスさは、胎児が曝された状況(治療の種類)によって、胎児への治療に対する意思表示の主体や、医療過誤などによる損害賠償の請求主体などで差異を生じさせうるし、また、出生前(胎児)治療の普及の障害にもなるおそれがある。また、現在の日本の従来の民法理論に従って出生前(胎児)治療を考えたとき、原則として私法上の権利主体性が否定される胎児に対する治療は、子を出産する母親(ないし両親)と医師との関係の中で論じられるという構造を有するが、仮に(b)の胎児について権利主体性が肯定されるのであれば、胎児に対する治療は胎児と医師との関係の中で論じられるという構造をもたらし、(a)と(b)との間で差異を生じさせうる。そこで、研究担当者は、出生前(胎児)治療を受けた胎児の私法上の権利主体性についての研究をすすめ、胎児の権利主体性に関する日本の従来の民法理論に対して疑問を提出する必要があると思料した。

### 3. 研究の方法

本研究は、当初、上記の目的を達成するために、イギリス法とアメリカ法との比較法研究を基礎に、出生前(胎児)治療に関する法規制と生命倫理を概観したうえで、出生前(胎児)治療を受けた胎児の私法上の権利主体性の肯定可能性の解明を試みた。

まず、出生前(胎児)治療に関する法規制と生命倫理については、日本、イギリス、およびアメリカで実施される出生前診断の検査方式に基づいて実施可能な出生前(胎児)治療に関する、各国の小児科学会や産科学会の指針、政府の見解、出生前(胎児)治療に関する法規制、などを調査した。

次に、出生前(胎児)治療を受けた胎児の私法上の権利主体性については、出生前(胎児)治療を受ける胎児の法的地位についてイギリス法およびアメリカ法との比較法研究を基礎に、日本における法状況を検討した。研究手法としては、子の出生経緯に応じて、(A)型[出生前(胎児)治療を受けた胎児]と(B)型[出生前(胎児)治療を受けない胎児]とに区分したうえで、前者の(A)型については、さらに、出生前(胎児)治療の術式に応じて、(a)型[胎児が母胎内で治療を受けた場合]と(b)型[胎児が母体外で治療を受けた後に胎内に戻された場合]とに区分し、それぞれの類型で胎児の私法上の権利主体性に差異が生じうるのかについて検討した。

なお、本研究は、日本法への示唆を探るために、下記の理由から、イギリス法とアメリカ法を比較法研究の対象とした。それは、①イギリスとアメリカの両国ともコモン・ローを採用すること、②イギリスで実施された出生前(胎児)手術が(a)型であったのに対して、アメリカで実施された出生前(胎児)手術は(b)型であったこと、そして③同じ法系に属する両国において(a)型(b)型の違いにより胎児の権利主体性に関する違いが生じるのかについて比較することは有意であること、などである。イギリス法とアメリカ法との比較法研究の具体的手法としては、下記の手法を採用した。

アメリカ法の状況に関しては、2018年度に、アメリカ議会図書館およびコロンビア大学図書館にて資料収集をし、また、フィラデルフィア小児病院(CHOP)にて出生前(胎児)治療の実態について調査した。また、イギリス法の状況に関しては、2019年度に、大英図書館およびKings College London図書館にて資料収集することに加え、ドイツのマックス・プランク研究所にてEU内の出生前(胎児)治療に関する法状況について調査した。マックス・プランク研究所での調査は、イギリスにおいて報道された事案において胎児が出生前に手術を受けたのがベルギーであったことから、EU内の法状況を調査する必要があったため実施した。

### 4. 研究成果

本研究の最大の成果は、出生前(胎児)治療を受けた胎児の私法上の権利主体性の肯否を検討することによって、日本民法3条1項に関する従来の民法理論に下記のような問題が含まれることを指摘し、その問題を解決するために同条項の解釈の変更を提起したことである。こうした本研究の成果は、治療の種類による胎児の私法上の法的地位の差異を回避し、出生前(胎児)治療の普及を促進することに寄与し、出生前診断の意義を「胎児の状態を知るため」から「胎児を治療するため」に変容させることにつながる。

「私権の享有は、出生に始まる」と規定する日本民法3条1項については、従来の判例および通説によれば、出生(母体からの全部露出)により「人」の私法上の権利主体性が肯定されると解釈されるが、この解釈は、出生前(胎児)治療という医療技術の進歩によって救済されるはずの命が私法上の法的地位に関しては差別されるという問題を生じさせた。つまり、この解釈に従えば、治療が母胎内で実施された胎児については私法上の権利主体性が否定されるのに対して、治療が母体外で実施された後に母胎内に戻された胎児については、胎児であっても治療時に母体から一旦は全部露出したこととなるから、私法上の権利主体性が肯定されることとなり、前者

の胎児と後者の胎児との間で法的地位に不公平を生じさせる。そこで、本研究は、「人」の権利主体性に関する日本の従来の民法理論の問題点を抽出するために、出生前（胎児）治療を(a)型〔胎児を母胎内で治療する場合〕と(b)型〔胎児を母体外に取り出して治療する場合〕とに分けて日本民法3条1項について検討した。本研究は、治療の種類による胎児の私法上の法的地位の差異を回避するためには、日本民法3条1項の解釈の変更を検討しなければならないことを明らかにした。

ところで、本研究では、実際に出生前（胎児）治療を実施されて出生した子に関する報道がイギリスおよびアメリカであったことに鑑みて（イギリスにおける事案は(a)型、アメリカにおける事案は(b)型であった）、イギリス法とアメリカ法とを比較法研究の対象とすれば、日本法への示唆が得られることを期待し、2018年度にはイギリスの法状況および2019年度にはアメリカの法状況について検討した。その研究成果は、下記の通りである。

アメリカの法状況については、議会図書館およびコロンビア大学図書館での資料収集およびフィラデルフィア小児病院での実態調査を通じて、また、イギリスの法状況については、大英図書館およびKings College London 図書館での資料収集を通じて検討した。これによって、研究計画時の予測とは異なり、アメリカおよびイギリスでは、胎児の権利主体性について出生前（胎児）治療との関係では研究が蓄積されていなくなることが明らかになった。これは、欧米での胎児治療の歴史は1960年代にまで遡るが、出生前（胎児）治療でも特に胎児が母胎内より外に出されて治療を受けるという方法が最近になって生じたということと、胎児治療に関する訴訟事例が未だ生じていないことによると考えられる。もっとも、本研究では、胎児の権利主体性については、アメリカでは、刑法上の人工妊娠中絶の可否に関する議論および女性の中絶権の許容範囲についての議論の中で従来から議論が深められてきたことが明らかとなり、また、イギリスでは、中絶の問題とは別に、パブリックポリシーとの関係で人権の主体としての議論が深められてきたことが明らかとなった。また、本研究では、当時イギリスがEUに属していたこと、およびイギリスでの事案においてはNHSに出生前（胎児）治療を拒否された妊婦がベルギーで出生前（胎児）治療を受けた後に英国に帰国して出産したものであったことから、ドイツのマックス・プランク研究所での研究者との意見交換およびEU法の調査を実施したところ、EU内（特にオランダ）では、近時、出生前（胎児）治療とは関係なく、胎児の私法上の権利主体性に関する議論が生じていることが明らかとなった。そのため、本研究は、人工妊娠中絶に関する胎児の権利主体性の肯否やパブリックポリシーとの関係での胎児の人権の主体性の肯否など、当初の研究計画の対象範囲を大幅に超越するところとなったが、私法一般における胎児の権利主体性が重要な論点となりつつあることが世界的趨勢であることを明らかにした。

次に、本研究では、イギリス法およびアメリカ法との比較法研究の成果から日本法への示唆を得ることを検討したところ、日本民法3条1項の解釈を変更させる理論の構築が必要であることが明らかになった。そこで、本研究では、日本民法3条1項（制定公布時は1条）の立法資料に遡って、同条項が胎児の権利主体性を受容しうるのかを検討したところ、同条項が「人」が私権を享有するのが出生としたのは、天賦人権思想に基づくものであったことが明らかとなった。そこで、本研究は、胎児の権利主体性を肯定するために、日本民法3条1項の解釈における「出生」に関する「全部露出」の概念を変更すべきか、あるいは、全部露出説を放棄すべきかを検討した。もっとも、日本民法3条1項の「出生」の解釈を変更した場合、例外として胎児の権利主体性を肯定する出生擬制〔不法行為による損害賠償請求〔第721条〕・相続〔第886条〕・遺贈〔第965条〕〕は意味を喪失することにもなりうる。そこで、本研究は、日本民法3条1項の見出しが、制定公布時の「私権の享有」から2006年改正〔現代語化〕後は「権利能力」と修正されたことに着目し、同条項の「出生」を従来の民法理論のように「権利能力」の帰属要件と解するのではなく、文言に忠実に「私権」の「享有」要件と解したうえで、私権を要素に依拠して享有主体を細分化する理論を構築すべきとの知見を導いた。つまり、本研究は、日本民法3条1項における「享有」の概念を「帰属」概念と「行使」概念とに区分することで、胎児であっても私権の帰属主体とする余地があるとの知見を導いた。研究担当者は、本研究の知見に依拠すれば、胎児にも権利「帰属」主体性は肯定されることとなり、日本民法3条1項の例外たる出生擬制とも整合的な論理を形成することが可能であり、また、胎児に対する治療行為についても、母親と医療側との契約関係ではなく、胎児と医療側との直接の契約関係を基礎とする余地も生じると考える。本研究で得られた知見は、子供への治療については、民法理論による裏付けは不十分ながら、親などの法定代理人による代諾によって意思表示が代行されたものとして処理されている現在の慣行に対しても、代理、あるいは第三者のためにする契約として構成するという副次的効果をもたらす。本研究の知見に依拠すれば、2017年に改正された第三者のためにする契約（日本民法537条2項は「現に存しない」第三者も第三者のためにする契約の受益者となりうると改正された）の解釈にも影響を及ぼすことが期待できるからである。なお、子（または胎児）への治療についての代理構成あるいは第三者のためにする契約構成については、今後の研究課題として残された。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計0件

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
--	---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------