

平成 21 年 5 月 22 日現在

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2007～2008

課題番号：19602003

研究課題名（和文）遺伝情報をめぐる生命倫理と親子法

研究課題名（英文） Legal and ethical analysis of genetic parentage

研究代表者

小池 泰（KOIKE YASUSHI）

九州大学・大学院法学研究院・准教授

研究者番号：00309486

研究成果の概要：

本研究の成果は、生殖補助医療によって誕生した子の法的身分関係を明らかにしたことである。現行民法の親子関係の規律について、遺伝情報が親子関係の基礎づけにとっていかなる意義を持つかを分析し、親子という身分帰属の判断構造に即して人工生殖子の身分を明らかにした。

交付額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2007年度	800,000	240,000	1,040,000
2008年度	600,000	180,000	780,000
年度			
年度			
年度			
総計	1,400,000	420,000	1,820,000

研究分野：時限

科研費の分科・細目：医療における生命倫理

キーワード：生命倫理、遺伝情報、親子

1. 研究開始当初の背景

本研究の背景には、この四半世紀にみられた生殖補助医療技術の普及、くわえて、前世紀の分子生物学・遺伝学の発展がある。親子法がこうした事態をいかに受けとめるべきかは、法律学的にとって重要な意味を持つ。それは以下の事情による。

現代分子生物学の発展は、従来は血縁とい

う曖昧な概念で把握されていた法的親子の実体を、遺伝情報の連続性として理解することを可能にしている。法がこの事態を受けとめる仕方は必ずしも一つではない。たとえば、これまで完全には解明できなかった遺伝的事実を明らかにする点を積極的に評価し、親子法における「遺伝主義」をいっそう強化するものとみることもできる。そして、血縁概

念を遺伝的連続性に純化して親子関係の内実とする場合、それは「自然としての親子」観の極限に到達することになる。ここでは遺伝情報は所与のものであり、それが法的関係を決定する意味を持つからである。

他方で、生殖医学の発展は生殖分野での操作可能性を上げつつある。これもまた現代を特徴づける事態といえる。ここでは、子供を持つという選択、つまり親となる意思こそが親子関係の基盤である、という理解も成り立ちうる。この理解の下では、生殖補助医療を利用して子をつくる場合の法的親子関係とは、自然の産物というよりも、むしろ、人間行為に対する評価、とりわけ「親となる意思」に基づいて設定されるべきものとなる。この場合、生殖補助医療技術を用いて血縁と異なる親子関係を構築しようとする者にとって、遺伝情報は克服すべき障害となる。

いずれにせよ、次世代形成に関する知識の深化と操作可能性の拡大は、法的親子関係という身分の帰属判断を再検討する契機を宿しているといえる。そして、ここでの決定的な問題は、遺伝情報に対して親子法がどのような意義を認めるか、という点にかかっているのである。

法的親子関係が持つ重要性は、法律学の内部にとどまらない。親子という身分が社会的にも重要な意味を持つのは当然だが、さらに、医療及び倫理に対しても、法的身分の決定は重大な影響を持つ。それは次の理由による。

まず、生殖補助医療により誕生した子の親を誰にするかに関する法的規律は、当該生殖補助医療技術の利用に関するインセンティブを大きく左右する。たとえば、出産した者を母とするルールを明文化すれば、出産を第三者に委ねる代理母の利用はかなり阻害されることになる。つまり、親子関係に関する法規律は、生殖分野での医療技術が社会的に

普及するかという問題と密接に関係するのである。つまり、ここには当該技術の社会的許容性の問題が存在するといえる。積極・消極いずれのインセンティブを与えるのであれ、それには社会による当該技術に対する評価が先行するからである。そしてこれはまさに、成文法になる以前の規範的評価、すなわち法のメタレベルの価値領域にある倫理的判断を要求するものといえる。このように、生殖補助医療への評価は医療行為に対する評価であると同時に、社会（倫理）的判断を前提とする。法的身分の判断が医療・倫理と密接な関係を持つのは、明らかである。

2. 研究の目的

本研究は、以上を背景に、生殖補助医療によって誕生した子の法的身分に関する規律を考察するものである。

もちろん、この点に関する立法提案はすでに数多く存在する。しかし、本研究は、遺伝情報が現行法における親子の身分帰属に関する判断構造においていかなる意味を有するかを踏まえて検討し、人工生殖子の身分帰属を一般的理論の枠組と対比させることにより、たんなる対症療法にとどまらない分析となって点に特色がある。

3. 研究の方法

本研究は、文献研究、および比較法的手法に基づいて、自然生殖による親子関係の設定について現行法が示す価値判断に照らしたうえで、生殖補助医療で誕生した子供の身分を考察する、というものである。

4. 研究成果

(1) 新しい生殖技術・生殖方法について、「現行法で認められている、あるいは、認められていない」という言い方がされるが、そもそ

も制定法がどのような射程を持つのか自体、よく検討されていない。極論だが、「自然生殖を前提とした現行法は生殖補助医療が用いられた事案では妥当しない」という態度決定もありうる。もちろん、現行親子法は日常の倫理感覚に浸透しており、これを踏まえた規律でなければ到底国民の支持を得られないだろう。その意味では、現行の親子法が何に着眼して親子関係を設定しているのか、とりわけ遺伝情報にどのような意義を認めることができるのかは、慎重に検討する必要がある。

(2) まず、母子関係に関する現行法規律とその基礎にある評価は、次の通りである。

非嫡出母子関係について、現行民法は認知制度を用意する。しかし、判例・学説上、「法的母子関係は妊娠・分娩事実によって当然に発生する」という当然発生説が確立している。また、嫡出母子関係について、近時、非嫡出父子関係に関する772条の前提にこうした当然発生説がある、と理解する最高裁の判決も出ている。さらに、当然発生説は、これまでの立法提案が採用する立場でもある。そこで問題となるのは、妊娠・分娩事実が法的母子関係の成立にとっていかなる意味をもつかを明らかにすることである。考え方としては、以下の理解がありうる。妊娠分娩事実が母子関係を基礎づける。母子関係を基礎づけるのは血縁である。妊娠分娩事実は血縁を認識する手がかりにすぎない。妊娠分娩事実は、血縁とともに、母子関係を基礎づける事実である。ここでの理解の差異は、代理母における法的母子関係を判断する場面で意味をもつ。自然生殖では「分娩者＝血縁者」なので、いずれの理解でも「分娩者＝血縁者＝法的母親」となるが、代理母のうち、代理出産を引き受ける女性が自己の卵子に由来しない受精卵によって妊娠する場合には、妊

娠・分娩する女性と遺伝的な意味での母親とが異なるからである。

現行法規律の下で代理母によって誕生した子の法的母子関係を判断するにあたり、最高裁は、次のように述べ、772条が前提とするルールで判断した。「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」(最決平成19・3・29民集61-2-619)。

また、立法論として、法務省民事局の「民法特例中間試案」(2003年)は、「女性が自己以外の女性の卵子(その卵子に由来する胚を含む。)を用いた生殖補助医療により子を懐胎し、出産したときは、その出産した女性を子の母とするものとする」とし、日本学術会議報告書(2008年)も、「……出産者が母であり、依頼者が母になるには養子縁組によるしかない…」としている。同様の規律は、ドイツ民法にも見られる。ドイツでは、民法規定に法的母子関係の定義規定を新設したが(ド民1591条)その理由は、「妊娠から出産直後に至るまでの間に、出産者は子と肉体的・精神的・社会的な関係を築く。よって、出産者を表見上の母と位置づけた上でその母子関係を取消によって排除(して卵子提供者を遺伝上の母と確定)できる、とすべきではない」という点にある。

なお、代理母について行為規制との関係も考える必要がある。ドイツでは、代理母は禁止されている(胚保護法および養子斡旋法)。民法1591条の新設は、民法上、女性が卵子提供・胚提供を受けて出産する事態に対応する規律、つまり、代理母に対する消極的評価を示している。もっとも、代理母を禁止するとして、それを親子という身分関係の規律に

どこまで反映させるかはそれと分けて考えるべき問題である。行為規制がどのような形でおこなわれるにせよ、生殖補助医療技術によって子が誕生すれば、帰属問題の解決が迫られることになる限りで、帰属規制と行為規制は別問題といえるからである。それゆえ、養子縁組や、代理母の場合に特別の規律をすることも十分に考えられる。たとえば、自然生殖を前提とする現行法が妊娠分娩事実を基礎付け要素としているとしても、それと前提を異にする代理母について、血縁のある依頼女性を生まれながらの母とすることが考えられてよい。これは現行法規律が血縁を基礎としていると見る場合には論理的にも導出可能な帰結である。これに対して、依頼女性が生まれた子と血縁関係にない場合は、これでは対応できない。ただし、次項で述べる第三者の精子提供の場合に、施術に同意した夫を血縁がないにもかかわらず法的父親とするのであれば、ここでも「親となる意思」に基づく母子関係を特別の規律として認める余地はある。

(3) 次に、第三者の精子提供（AID）で誕生した子について述べる。

法的父子関係の成立に関して、現行法は嫡出（・父性）推定制度（772条）と認知制度（779条以下、787条）を用意する。これらがいかなる点に着眼して法的父子関係を成立させているのかについては、理解の対立がある。もっとも、親子関係を基礎付ける要素は血縁であり、婚姻あるいは認知行為はその存在を推定するものと位置付けるのが支配的な考え方であるといつてよい。もちろん、推定によって成立した法的親子関係を否定する場合には、血縁以外の様々な要素が考慮されている。たとえば、法的身分の安定性や「子の福祉」などである。しかし、親子関係の成立場面では血縁との合致を最重要の実

質的要請としつつ、法的身分の迅速な設定および明確性という形式的要請を考慮して制度設計されているというべきである。

それでは、第三者の精子提供によって子が誕生した場合に、これらの規定を適用して親子関係を判断してよいのか。定義上、血縁が存在しないような者の間に、血縁の存在を推定する制度を適用するのは、いっけん不当にみえる。もっとも、立法論はさておき、婚姻夫婦がAIDを利用した場合には772条、非婚カップルがAIDを利用した場合には認知による父子関係の一応の成立を認めるのが大勢である。そして、妻ないしパートナーがAIDを受けることに対して同意を与えておきながら、後に否認権を行使する、あるいは認知無効の主張をすることをいかに封じることが、議論の中心となっている。なお、日本では非婚カップルによるAIDについてはあまり議論されておらず（ここでは、任意認知をしない場合について、任意認知を強制することはできないにしても、子の扶養にかかる負担などの賠償責任を負わせることができないかが検討されている）、もっぱら婚姻夫婦がAIDを利用した場合についての検討が行われている。それゆえ、以下でも、この点に絞ることとする。

確かに、AIDに同意を与えた夫を法的父親とするという結論自体は妥当であり、異論もみられない。比較法的にも、たとえばドイツでは2002年の民法改正によってAIDに同意をした夫の否認権を制限する規律を新設している。もっとも、そのための法律構成については、必ずしも一致がみられない。民法特例中間試案も、夫がAIDに同意していた場合、夫を父とするが、否認権（行使）制限の規定とするか（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）、父の定義規定とするか（同意した夫をその子の父とす

る) 議論があり、部会内では、嫡出推定制度との整合性、子の法的地位の早期安定化を理由に前者が大勢を占めた、としている。

すでに述べたように、現行法が血縁を基礎とした推定制度しか用意していない点からすると、AID について現行法の適用によって解決するよりは、むしろ規定を新設して対応する方が望ましい。前提となる事態の違い(自然生殖と人工生殖)が、法的親子関係の基礎付け自体の変更を必要としているからである。AID の場合、夫と親子関係を認めるのであれば、それは夫の親となる意思しかない。この点では、養子制度による規律も考えられるが、そうした身分の帰属を変更する制度で対応するよりは、生まれながらの親子関係(原始的帰属)を認める方が、当事者の意思に沿い、また社会的にも妥当と受け止められていると思われる(すでに述べたように、代理母についても養子制度ではなく原始的帰属を法的操作によって認める論理的余地はあるが、その社会的妥当性はむしろ消極的立場が多い)。

なお、AID については別の問題がある。すなわち、血縁のある精子提供者との身分関係をどうするかである。もちろん、精子提供者は、承諾を与えた夫との父子関係が存在する限りで父となりえない(身分関係の排他的帰属性による)。しかし、同意が何らかの理由で無効となる場合もありえないことではない。行為規制によってできるだけ回避するようにしても、完全ではない。そして、AID 子に対して、法的父子関係を最終的に担保する手段は残されるべきであるとするならば、精子提供者との間に一切の法的関係が生じない、とする提案(前掲法務省の中間試案や、学説の大勢)には疑問が残る。

また、法的身分と無関係の「遺伝的出自を知る権利」を、AID子に限り認める必要

はない。ただし、そのような権利を自然生殖子一般に対して認めるべきか、また、そもそも、遺伝的出自の法的意義を身分法の枠外で認めるのがよいか、という点の検討は、今後の課題といえる。

(4) 現代分子生物学の発展は、遺伝的連続性(遺伝情報の連続性)を親子関係の実体と考えることをも可能にしている。親子法がこの事態を受けとめる仕方は一つではない。これまで完全には解明できなかった遺伝的事実を明らかにする点を積極的に評価し、遺伝主義をいっそう強化するものとみる場合は、「自然としての親子」観の極限に到達することになる。しかし他方で、生殖医学の発展は生殖分野での操作可能性をもたらしてもいる。ここでは、生殖を選択した点に親子関係の基礎づけを見だし、親子関係を人間行為に対する評価に繋ぎとめる余地がある。これに「子の福祉」への配慮を加えれば、親子となるべき当事者の利益状況に応じた帰属モデルの構想も可能になる。このように、次世代形成に関する知識の深化と操作可能性の拡大は、親子という身分帰属の判断を再検討する契機を宿している。

さらに、解明可能となった遺伝情報をどこまで親子関係の基礎としうるのか、また、すべきなのか、という点はこれまでとは異なる新しい倫理的判断を要求する可能性を持つ。これまで漠然と血縁と考えていたものに遺伝情報という明確性が与えられた場合、それをそのまま従来の血縁概念に置き換えることができるのか。この点は、倫理的な観点も考慮してさらに検討が必要であろう。

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1件)

小池泰「国籍法改正と認知 民法の観点から」ジュリスト1374号10 14頁、2009年、

査読なし

〔図書〕(計1件)

小池泰「出生前診断に対する主要国の法制
度——ドイツ」丸山英二編『出生前診断の法
律問題』(尚学社)81—96頁、2008年

6. 研究組織

(1) 研究代表者

小池 泰 (KOIKE YASUSHI)

九州大学・大学院法学研究院・准教授

研究者番号：00309486