

科学研究費助成事業（学術研究助成基金助成金）研究成果報告書

平成 25 年 5 月 29 日現在

機関番号：32686

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2011～2012

課題番号：23730109

研究課題名（和文）身体の法的地位という観点から見た代理母問題

研究課題名（英文）Surrogate motherhood -from the point of view of the legal status of the human 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）：代理懐胎を法的に容認することができるか否かを考えるにあたり、人は、自らの身体を処分することができるのかという点が1つのカギとなる。この問題を検討するにあたり、フランスの生命倫理に関する諸法律を参照し、身体を処分できないという原則が原則として十分に機能していないことを示すとともに、より上位の規範（人間の尊厳の原理）によってしか、代理懐胎を禁じるのは難しいと考えられていることを示すことができた。

研究成果の概要（英文）：Question of the legal status of the human body have the key to resolve the problem concerning whether the surrogate motherhood is permitted. Examining the French legal system on the human ethics, I disclosed that the principle of unavailability of the human body is not, in reality in France, functioning well and that only the principle of respect for the human dignity can prohibit the surrogate motherhood.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
交付決定額	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、身体、代理母

1. 研究開始当初の背景

(1) 生殖補助医療技術を利用して、代理懐胎を認めるべきか否か、認めないにせよ、認めるにせよ、どのような法制度を整備すべきかという問題は、現代日本社会において喫緊の課題の一つであるといえる。立法化が進んでいない現状において、海外の動向を正確にフォローすることは重要であるように思われる。フランスでは、代理懐胎を禁止する立場を打ち出しているが、本研究開始当初、生命倫理法の改正が予定されており、代理懐胎を容認する法改正が行われる可能性があった。そこで、新法が成立する際には、その内容を正確に把握する必要があるといえた。

(2) また、代理懐胎を容認すべきか否かという問題を検討するにあたっては、その背後

にある、身体の法的地位をどのように位置付けるべきかというより大きな問題意識の中で検討する必要がある。この点についても、日本では十分な議論が進展していなかったが、フランスでは生殖医療技術の発達とともに、法制度も整備され、学説上も明確にこの問題が意識されており、議論も活発に行われていた。そのため、研究開始当初の状況としては、代理懐胎に関する法制度を検討するという意味でも、身体の法的地位に関する学説の進展という意味でも、フランス法の状況を検討することに大きな意義があるように思われる状況があった。

2. 研究の目的

以上のような状況を踏まえて、相互に関わ

りあう以下の2つのテーマを研究の目的として設定した。

1つは、生命倫理法の改正論議が進んでいるフランスにおける、代理懐胎をめぐる議論の現状を紹介するというものであった。新たな立法が成立し次第、新法の検討も行うことが予定されていた。

もう1つは、フランスにおける身体の法的地位に関する議論状況を検討することであった。フランスでは、1991年の破毀院判決で、代理懐胎は「人体の不可処分性」という公序に反すると判示されており、身体の法的地位と代理懐胎の問題の関わりが意識されていた。そこで、身体は法の主体なのか、客体なのか、いずれかではあるが特殊なものなのか、という問題と代理懐胎の関わりについてのフランスの議論状況を検討することを第2の目的とした。

3. 研究の方法

(1) 研究初年度の平成23年度は、上記2つのテーマについての基礎的な作業を行うのに時間を費やした。同年度に行った資料収集やインタビューなどが、平成24年度の研究にも生かされた。より具体的には、平成23年度にフランスで資料収集やインタビューを行ったが、そこでレンヌ大学の博士課程の大学院生であるソフィー・デュマ氏に会うことができた。彼女はまさに身体の法的地位について博士論文を執筆中であり、重要な文献はどれか、懇切丁寧に教えてくれた。そして、彼女は2012年に博士論文を書き上げ、博士号を取得することができたのだが、送っていただいた博士論文(Sophie DUMAS, L'acte sur le corps dans l'intérêt médical d'autrui, thèse Rennes 1, 2012. 論題を邦訳すると「他者の医療上の利益のために行う身体に対する処分行為」)は、まさに私の知りたいことを丁寧に、深く論じており、以下で述べる成果についても、彼女の寄与するところが大きかった。

(2) 平成24年度は、平成23年度に行った基礎的研究をまとめる作業を行った。より具体的には、2011年度に行われたフランスの生命倫理法改正の紹介を行うとともに、代理懐胎の問題を身体の法的地位という観点から論ずる研究報告を行った。同年度もフランスで調査を行ったが、その調査をきっかけに、平成25年9月にパリで研究報告を行うこととなった。その意味で、今後続く成果を残す調査であった。

4. 研究成果

「2. 研究の目的」に記載した、2つのテーマそれぞれについて、以下のような成果を上げることができた。

(1) 第1の、「生命倫理法の改正論議が進ん

でいるフランスにおける、代理懐胎をめぐる議論の現状を紹介する」という点に関しては、まず、下記〔雑誌論文〕①を公表した。この論文は、フランスの「身体を処分する自由」と題された論文集の書評である。この論文集は、2011年に行われた生命倫理法改正の直前の2010年1月にシャンベリーで行われたシンポジウム の原稿を収めたものである。改正前、準備作業が最も活発に行われていた時期に、法学者・裁判官・医師(外科医、産婦人科医)・生物学者・遺伝学者等々、生命倫理に関わる様々な分野の専門家が集い、それぞれの立場から意見を出し合ったのが、このシンポジウムであり、当然代理懐胎の是非についても論じられている。代理懐胎については、まさにこのシンポジウムが開催された2010年1月に合法化を認める議員提出法案も提出されていたが、2011年の生命倫理法改正では合法化は認められなかった。①論文では、代理懐胎に関する以上のような経過を紹介するとともに、同書での民法学者と医師の間の対話の様子も紹介した。より具体的に紹介すると、以下のとおりである。代理懐胎者が、金銭を目的とするものではなく、純粋に利他的な意思のもとで代理懐胎を受け入れている場合には、代理懐胎を合法化しようという見解は、フランスでも根強く主張されている。医師であるイスラエル・ニサン教授は、医師の側には、純粋な利他的な意思で行われる代理懐胎とそうでないものをフィルタリングする経験と能力があることを示して、代理懐胎を部分的に合法化するべきであるという提案を行っている。これに対して、民法学者のジャン・オゼ教授は、仮に代理懐胎を合法化するのであれば、「それは事前にそれが引き起こすあらゆる問題を解決した後でなければならぬ」という視点から、起こりうる問題点について指摘している。全体のトーンとしては、まだ問題は解決されていないことを示唆するものであった。このような、医師と法学者の対話自体興味深く、さまざまな専門家の中で法律家はどのような役割を担うべきなのかという点も含めて、多くの示唆を与える論文集であった。なお、この〔雑誌論文〕①論文では、2011年の生命倫理法改正の全体像の概観も行った。

また、〔図書〕②所収の論文では、フランスで代理懐胎は公序に反するということを初めて示した破毀院全部会1991年5月31日判決を紹介した。同判決は、代理懐胎により子をもうけた事案で、生まれた子と依頼者母との間の特別養子縁組の申請を認めないと判示したものである。その理由づけとして、代理懐胎行為は「人の身体の不可処分性」の公序原則及び「人の身分の不可処分性」の公序原則に反すると述べている。この判決が、代理懐胎を禁じる1994年の生命倫理法の制

定にも少なからぬ影響を与えているのであるが、1991年判決が根拠とした2つの公序原則が本当に存在するのかについては、学説上強い異論が存在した。

〔図書〕②を受けて、2つの公序原則がどれほどの「原則」性を有しているのかを紹介したのが、〔学会発表〕①報告である。結論としては、フランスの有力な学説が述べるように、2つの原則ともに「公序原則」といえるかは疑わしいのではないかと報告をしたが、この点は、既に「研究目的」の2点目と大きくかかわっているため、項を改めて述べることにしたい。

(2) 第2の研究目的は、「フランスにおける身体の法的地位に関する議論状況を検討する」というものであった。この点について、先に(1)で述べた、〔学会発表〕①報告では、フランスの生命倫理法を具体的に検討したうえで、実際には身体の処分不可能性の原則は機能していないことを示した。

敷衍すると、以下のとおりである。まずフランスでは母乳の売買が許されている。つまり、自らの母乳を処分することもできるし、その対価を受け取ることもできる。また、血液の処分も、フランスでは無償であるならばすることができる。つまり、日本と同様献血により血液を集め、収集を担うフランス血液局がそれを製品化し、薬として製薬会社に売却されている。なぜ有償の売血ができないかという点、職業的献血者を生み出さないようにするためであるといわれている。さらには、配偶子（精子・卵子）も無償贈与に限り認められている。血液の場合、フランス血液局は血液製剤を売ることにより利益を得ることができるが、受け取った配偶子に関しては、それを取り扱う病院は、無償で人工授精や体外受精を行わなければならない。それは、有償化により病院が利益を受けることができると、不必要な人工授精・体外受精が行われるおそれがあるためである。臓器についても、配偶子と基本的には同様の取り扱いがなされている。以上のように、母乳・血液・配偶子・臓器はそれぞれ有償による譲渡を認めるか、譲り受けた者がそれらによる利益の取得を認めるかについて、それぞれ異なる解決策をとっている。それは、それぞれの場面の状況を考慮してのものである。以上をまとめると、提供者の保護の必要性が高いものについては、金銭との関係を断ち、商品化を防ぐ必要性が高いが、提供者の保護の必要性の低いものについては、場合によっては、金銭的評価も可能であるということができる。そして、有償での取引の可能性を認めるにせよ、認めないにせよ、いずれの場合も身体の一部を処分することが認められている。つまり、破毀院1991年判決が述べたような身体の不

存在自体が疑問視されている。1994年の生命倫理法でも、この原則は採用されず、非家産性（取引不可能性とほぼ同義である）の原則を採用するにすぎない（同法律により新設された民法典16条の5）。

このように、フランスの現在の学説は、身体の不処分性という公序原則があるという点については、懐疑的な立場をとる者が多い。さらに、1991年破毀院判決が代理懐胎を公序違反としたときのもう1つの論拠であった、人の身分の不処分性の公序原則についても、現在の学説は、その原則性に疑問を持っている。そうすると、現行フランス法は、明文で代理懐胎を禁止しているが、立法論としてその条文がないことを前提に議論をする際には、代理懐胎は（実定法を前提とするような）公序に反するものではないということになる。そこで、代理懐胎を禁止すべきという立場をとるフランスの論者は、「人間の尊厳」という公序よりも上位の原理を援用する。人間の尊厳の原理は、1994年に生命倫理法の憲法適合性審査をする際に下された憲法院1994年7月27日判決により、実定法上確認されている。人間の尊厳とは、個人を超えた人間としての性質の一部であり、個人が放棄することのできないもの（*personne humaine* は、種としての人間を指す）である。たとえば、フランスでは、ディスコテークにおいて小人症の者が「小人投げ」というイベントを行って生活の糧にしていたのに対し、2人の市町村長がイベントの禁止を命じた事件がある（CE, Ass., 25 octobre 1995）が、「人間の尊厳」の原理に基づく、小人症の者に小人投げを禁じることは次のように正当化される。すなわち、小人症の者は、他人により尊厳をもって扱われることを放棄できない。なぜなら、放棄を認めてしまうと、人間はそのような扱い方をされうるということを「すべての人に対して」示すことになるからである。つまり、ここでは、「小人症の者」の尊厳ではなく、種としての「人間」の尊厳が問題となっている。フランスでは、代理懐胎の場面でも、このような人間の尊厳の問題として把握すべきであるという民法学説が有力である。そこで、代表的な論者であるファーブル=マニアン教授の「人間の尊厳」論を紹介したのが、〔図書〕③論文である。ファーブル=マニアン教授は、サドマゾ行為に対して刑事処罰を行った事案で、「身体の不処分を行う自由」を承認したヨーロッパ人権裁判所2005年2月17日 K.A. et A.D. 対 Belgique 事件判決を批判する文脈で、自らの人間の尊厳論を展開しているため、同判決を紹介しつつ、同教授の所説を紹介した。

(3) 以上が本研究課題に直接関係する成果であるが、本研究に間接的ながら関係するテーマとして、〔図書〕①論文を公表した。同

論文では、ある女性と、彼女の元夫の父親との間の婚姻を認めなかったイギリス法をヨーロッパ人権条約違反としたヨーロッパ人権裁判所 2005 年 9 月 13 日 B. L. 対イギリス判決を紹介しながら、イギリス・フランス・日本の直径姻族間で存在する近親婚禁止規定の比較を行った。なぜ、本研究テーマと間接的に関係しうるかという、代理懐胎にせよ、近親婚にせよ、いずれもヨーロッパレベルで家族関係を営む際の個人の自由というものが強調されてきているという、共通の背景を基礎とした研究といえるからである。

(4) 以上が、この 2 年間で明らかにしえたことである。今後は、今述べたような成果のうち、〔学会発表〕①報告でしか示していない部分、つまり論文として公表していない部分があるので、論文として学界に問うて行きたいと考えている。また、「人間の尊厳」論は、民法の公序論にも少なからず影響を与えるインパクトを持つ議論である。引き続き、人間の尊厳論を深めてゆきながら、日本の公序良俗論にとって、どのような意味を持つのかについての検討を深めてゆきたい。とりわけ、ストラズブール大学のドミニク・フヌイエ教授の「良俗」概念を放棄して、「人間の尊厳」概念がそれにとってかわるべきだという議論が興味深いと思っている。日本法にとっても、一定の影響力をもちうる議論であると考えており、本研究課題から今後はこのようなテーマへと議論をさらに展開する予定である。

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 1 件)

①幡野弘樹「学界展望 Petr MUZNY (sou la dir.), La liberté de la personne sur son corps」、国家学会雑誌、査読なし、130 巻 11・12 号、132-136 頁、2012 年

〔学会発表〕(計 1 件)

①幡野弘樹「代理懐胎の合意と 2 つの不可処分性の原則 —— 人体の不可処分性と人の身分の不可処分性」、京都大学大学院法学研究科科学研究費基盤研究 (A)「財産権の現代化と財産法制の再編」研究会、2013 年 03 月 24 日、京都大学芝蘭会館別館

〔図書〕(計 3 件)

①濱本正太郎・興津征雄編『ヨーロッパという秩序』勁草書房、2013 年 (同書に幡野弘樹「ヨーロッパ人権条約における婚姻に対する権利の一面——近親婚に関する判決を素材とした条約規範とフランス民法規範の相克——」を發表 (207-229 頁))

②松川正毅・金山直樹・横山美夏・森山浩江・香川崇編『判例に見るフランス民法の軌跡』、法律文化社、2012 年 (同書に幡野弘樹「代理懐胎と完全養子縁組 破毀院大法廷 1991 年 5 月 31 日判決」を發表 (20-27 頁))。

③大塚直・大村敦志・野澤正充編・淡路剛久先生古稀記念『社会の発展と権利の創造——民法・環境法学の最前線』、有斐閣、2012 年 (同書に幡野弘樹「同意に基づく身体の処分に関する序論的考察——ヨーロッパ人権条約規範に対するフランス民法学説の応答」を發表 (291-319 頁))。

〔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=10#item_sosetu_2

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