

代理懐胎の合意と公序(1)

——フランスにおける人体の不可処分性と人の身分の不可処分性の検討——

幡 野 弘 樹

はじめに (以上本号)

序 章 破毀院全部会 1991 年判決

第 1 章 人体の不可処分性

第 2 章 人の身分の不可処分性

おわりに

はじめに

第 1 節 問題設定

本稿は、代理懐胎を行うためになされる、依頼者カップルと代理懐胎を行う女性（以下、「代理懐胎者」とする）との間で交わされる合意が、民法が規定するところの公の秩序に反するのか、という問題について、フランス法との比較を行いながら検討するものである。

代理懐胎の是非に関し、平成 18 年 11 月 30 日に法務大臣および厚生労働大臣が日本学術会議に対して諮問し、平成 20 年 4 月 8 日に同会議が行った回答（以下「学術会議平成 20 年報告書」とする）¹⁾では、代理懐胎は「子を持ちたい女性（依頼女性）が、生殖医療の技術を用いて妊娠すること及びその妊娠を継続

1) 学術会議平成 20 年報告書は、<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/division-8.html> で参照できる。本報告書を提出するまでに行われた、学術会議における議論の様子は、水野紀子・石井美智子・加藤尚武・町野朔・吉村泰典「【座談会】生殖補助医療を考える——日本学術会議報告書を契機に」ジュリ 1359 号（2008 年）や、辻村みよ子『代理母問題を考える』（岩波ジュニア新書、2012 年）において窺い知ることができる。

して出産することを他の女性に依頼し、生まれた子を引き取ることをいう」と定義されている。この定義では依頼者は女性であるが、多くの場合、男女のカップルが代理懐胎を依頼するため、本稿では依頼者は差し当たり男女のカップルを想定することとする。もっとも、同性カップルが依頼者となる場合についても、以下で行う検討と同様の議論が成り立つものと考えている。

代理懐胎は、大きく分けて2類型に分けることができる。第1は、代理懐胎者の卵子を用いて、代理懐胎者が懐胎および出産をする場合である。この場合、代理懐胎者は、子を分娩するとともに、子との間に遺伝的なつながりが存在する。一般的に、サロゲート・マザーと呼ばれているものは、この第1のタイプの代理懐胎を指している(「代理母」という用語が用いられることもある)。第2は、代理懐胎者は、他人のために子を懐胎し、分娩するが、依頼者カップルの配偶子(精子および卵子を総称する場合、配偶子という用語を使用する)、あるいは第三者たるドナーの配偶子を用いる場合である。この場合、代理懐胎者は、子を分娩するが、子との間に遺伝的なつながりは存在しない。一般的に、ホスト・マザーと呼ばれるのは、この第2のタイプのうち、依頼者カップルの精子および卵子を体外受精させ、胚となったものを代理懐胎者の子宮に移植し、代理懐胎者が懐胎、出産するものを指している(「借り腹」という用語が用いられることもある)。もっとも、代理懐胎の是非、さらには本稿で問題とするような代理懐胎の合意の公序性を論じる文脈においては、後に示す議論は、2つの類型、すなわち代理懐胎者と子との間の遺伝的なつながりの有無により区別を行っているようには思われ²⁾ないため、以下では、すべての類型を基本的には区別することなく、議論を進めていくことにする。

以上の2類型どちらにも当てはまる意味での代理懐胎の合意は、2つのことを中心的に規定する。第1は、代理懐胎者が、他人のために懐胎・出産を行うことである。第2は、そのようにして生まれた子を、他人である依頼者カップルに引き渡すことを、子が生まれる前に約するということである。本稿では、それぞれについて、公序に反するの否かという問いについて、フランス法を参照しながら検討を行うものである。

2) ただし、本文で示したホスト・マザーの類型は、依頼者カップルと生まれてきた子の間に遺伝的なつながりがあるため、このような形で子をもうけることに対する抵抗感を弱める要素がある(水野紀子「生殖補助医療と子の権利」法時79巻11号(2007年)35頁)点には、注意する必要がある。

第2節 問題意識

このような問いを立てる背後には、以下に述べるような問題意識がある。今見た代理懐胎の合意の2つの中心的要素それぞれについて反公序性を問うことは、人の身体を処分することができるのか、人の身分を処分することができるのか、という2つの問題を検討することにつながる。それぞれの問いは、現代の生殖補助医療技術の進展に伴い不可欠の問いとなっており、民法研究者の視点からアプローチを行うことが必要なのではないかと考えている。以下では、代理懐胎の法的規制を提案する諸報告書(1)、およびこれまで公表されている裁判例(2)を紹介した上で、人の身体の不可処分性(3)、人の身分の不可処分性(4)の公序原則の有無について検討する理由をそれぞれ説明することとする。

1 代理懐胎の法的規制に関する諸報告書³⁾

日本には代理懐胎を規制する法律はなく、日本産科婦人科学会が平成15年4月に「代理懐胎に関する見解」という会告(以下「産科婦人科学会会告」とする)を公表し、「代理懐胎の実施は認められない。対価の授受の有無を問わず、本会会員が代理懐胎を望むもののために生殖補助医療を実施したり、その実施に関与してはならない。また代理懐胎の斡旋を行ってはならない」としている。その理由としては、①生まれてくる子の福祉を最優先するべきである、②代理懐胎は身体的危険性・精神的負担を伴う、③家族関係を複雑にする、④代理懐胎契約は倫理的に社会全体が許容していると認められない、という4点を挙げている⁴⁾。産科婦人科学会会告は、あくまでも学会の自主規制であるが、1人か2人を除いては、会告に反する行為はなされていないようである⁵⁾。とはいえ、少数の医師により、会告を無視して代理懐胎が行われていることも公にされている。

3) 本文で紹介するもの他に、2000年に日本弁護士連合会が公表した「生殖医療技術の利用に対する法的規制に関する提言」(http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2000/2000_11.htmlで参照できる)、総合研究開発機構・川井健共編『生命倫理法案』(商事法務、2005年)などもある。いずれも代理懐胎の禁止を提言している(日弁連については提言11、生命倫理法案については第37条)。

4) 産科婦人科学会会告は、http://www.jsog.or.jp/kaiin/html/H15_4.htmlで参照できる。

5) 石井美智子・佐藤やよひ・柘植あづみ・吉村泰典・高橋朋子「《座談会》生殖補助医療の規制と親子関係法——特に代理懐胎について」法時79巻11号(2007年)9頁(佐藤発言)。

一方、代理懐胎を含めた生殖補助医療の法的規制に向けた準備作業もなされてきた⁶⁾。平成12年12月、厚生省厚生科学審議会先端医療技術評価部会生殖補助医療技術に関する専門委員会は、「精子・卵子・胚の提供による生殖補助医療のあり方についての報告書⁷⁾」(以下「厚生省平成12年報告書」とする)を提出した。厚生省平成12年報告書は、①生まれてくる子の福祉を優先する、②人を専ら生殖の手段として扱ってはならない、③安全性に十分配慮する、④優生思想を排除する、⑤商業主義を排除する、⑥人間の尊厳を守る、という6つの「基本的考え方」の下で、「代理懐胎(代理母・借り腹)は禁止する」という提案をしている。その理由としては、a)代理懐胎は、第三者の人体そのものを妊娠・出産のための道具として利用するものであり、②「人を専ら生殖の手段として扱ってはならない」という原則に反する、b)代理懐胎者に、妊娠、出産という生命の危険を及ぼす可能性のあるリスクを負わせるものであり、③「安全性に十分配慮する」という原則に反する、c)代理懐胎を依頼した夫婦と代理懐胎を行った人との間で生まれた子を巡る深刻な争いが起こることが想定されるため、①「生まれてくる子の福祉を優先する」という観点からも望ましくない、という3点が示されている。

その後、平成15年4月、厚生労働省厚生科学審議会生殖補助医療部会において、「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書⁸⁾」がとりまとめられた(以下「厚生労働省平成15年報告書」とする)。そこでも、a)-c)と同様の理由に基づき、「代理懐胎(代理母・借り腹)は禁止する」という提案がなされている。ただし、「代理懐胎を禁止することは幸福追求権を侵害するとの理由や、生まれた子をめぐり争いが発生することは不確実であるとの理由等から反対であるとし、将来、代理懐胎について、再度検討すべきだとする少数意見もあった」という点が付記されている。

さらに、平成15年7月には、法務省法制審議会生殖補助医療親子法制部会が、「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⁹⁾」(以下「法務省平成15年要綱中

6) 国レベルでの法制化に向けてなされてきた検討について、石井美智子「代理母——何を議論すべきか」ジュリ1342号(2007年)11-13頁を参照。

7) 厚生省平成12年報告書は、http://www1.mhlw.go.jp/shingi/s0012/s1228-1_18.htmlで参照できる。

8) 厚生労働省平成15年報告書は、<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/04/s0428-5.html>で参照できる。

間試案」とする)をとりまとめている。そこでは、「卵子又は胚の提供による生殖補助医療により出生した子の母子関係」について、「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」としている。この提案には、「ここにいう生殖補助医療は、厚生科学審議会生殖補助医療部会『精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書』が示す生殖補助医療制度の枠組みに従って第三者から提供された卵子を用いて妻に対して行われる生殖補助医療に限られず、同枠組みでは認められないもの又は同枠組みの外で行われるもの(独身女性に対するものや借り腹等)をも含む」という注が付されている。したがって、法務省平成15年要綱中間試案によれば、代理懐胎を行った場合、代理懐胎者が生まれた子の母となる。

その後、代理懐胎をめぐる訴訟の存在が明らかになったことや、日本産科婦人科学会会告に違反して代理懐胎の施術が実施されたことが公表されたことを背景に、平成18年11月、当時の法務大臣と厚生労働大臣が、日本学術会議に対し代理懐胎を中心とする生殖補助医療のあり方について諮問を行った。平成20年4月、その諮問に対する回答として、学術会議平成20年報告書が公表された。報告書では10点の提案がなされているが、ここでは、「代理懐胎については、法律(例えば、生殖補助医療法(仮称))による規制が必要であり、それに基づき原則禁止とすることが望ましい」(1)、「営利目的で行われる代理懐胎には、処罰をもって臨む。処罰は、施行医、斡旋者、依頼者を対象とする」(2)、「母体の保護や生まれる子の権利・福祉を尊重し、医学的、倫理的、法的、社会的問題を把握する必要性などにかんがみ、先天的に子宮をもたない女性及び治療として子宮の摘出を受けた女性を対象を限定した、厳重な管理の下での代理懐胎の試行的実施(臨床試験)は考慮されてよい」(3)、「代理懐胎により生まれた子の親子関係については、代理懐胎者を母とする」(5)、「代理懐胎を依頼した夫婦と生まれた子については、養子縁組または特別養子縁組によって親子関係を定立する」(6)といった点を指摘しておく。とりわけ、限定的ではあれ、代理懐胎の試行的実施が提案されている点には留意する必要がある。

9) 法務省平成15年要綱中間試案およびその補足説明は、http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00071.html からダウンロードができる。

2 これまでの裁判例

これまで3件の訴訟が公にされているので、それぞれ概要を紹介しておく。

【大阪高決平成17年5月20日判時1919号107頁¹⁰⁾ (以下「大阪高裁平成17年決定」とする)】

〔事 案〕

X₁・X₂夫婦は、アメリカ・カリフォルニア州で米国人女性Eおよびその夫との間で代理懐胎の合意を行うとともに、米国人女性Fおよびその夫との間で、Fの卵子をXらに贈与する旨の契約を締結した。そして、夫X₁の精子とFの卵子を体外受精させ、その受精卵を用いてEに対する体内着床術が行われた。Xらは、カリフォルニア州の裁判所において、上記受精卵により生まれてくる子との父子関係と母子関係の確認を求める訴えを提起し、裁判所はXらが生まれてくる子の父母である旨の判決を言い渡した。Eは、子A・Bを分娩し、Xらが養育を開始した。Xらは、兵庫県明石市長にX₁を父、X₂を母と記載したA・Bの出生届を提出したが、市長は、X₂が子を分娩していないことを理由に出生届を受理しない旨の処分をした。そこで、Xらは、戸籍法118条に基づき出生届の受理を求める申立てを行った。原審がこれを却下したため、Xらは大阪高裁に抗告した。

〔判 旨〕

大阪高裁は、平成17年当時の法例(現在の法適用通則法)の渉外的法律関係にあたるため、法例17条1項(法適用通則法28条1項に対応する)で定まる準拋法により嫡出親子関係を検討すべきとして、日本法に基づいて、X₂がA・Bを分娩していない以上、A・BをXらの嫡出子とは認めることはできないとしている。次に、法例18条1項(法適用通則法29条1項に対応する)で定まる準拋法である日本法に基づき、嫡出でない子の親子関係の有無を検討している。そこでは、「分娩の事実により母子関係の有無を決するという従前の基準は、生殖補助医療の発展を考慮に入れてもおお維持されるのが相当であって、少なくとも、生殖補助医療により出生した子の親子関係について特別の法制が

10) 本件の評釈として、林貴美・判タ1219号58頁、犬伏由子・リマークス2007〈上〉62頁、村重慶一・戸籍時報611号53頁、大村芳昭・ジュリ1335号135頁、岩志和一郎・年報医事法学22号207頁、澤田省三・戸籍時報803号30頁、佐藤やよひ・国際私法判例百選〔新法対応補正版〕122頁、松川充康・判タ1245号119頁がある。

整備されていない本件子らの出生時においては、その例外を認めるべきではないと解するのが相当というべきである」と述べており、厚生労働省平成15年報告書および法務省平成15年要綱中間試案を引用している。こうして、「日本法に準拠する限り、抗告人X₂と本件子らとの間に母子関係を認めることはできないものといわざるを得ない」として、Xらの抗告を却下している。なお、本件は最高裁に特別抗告がなされているが、平成17年11月24日に棄却されている¹¹⁾。

【最決平成19年3月23日民集61巻2号619頁¹²⁾ (以下「最高裁平成19年決定」とする)】

〔事 案〕

事案類型としては大阪高裁平成17年決定と同様であり、X₁・X₂夫妻が、アメリカで代理懐胎を行い、日本で出生届を提出したが品川区長が受理しなかったために、その不受理の適法性が問題となったものである。妻X₂は、子宮頸部がんの治療のため、子宮摘出および骨盤内リンパ節剥離手術を受けるとともに、自己の卵巣を骨盤の外に移して温存した。その後、X₁の精子とX₂の卵子を人工的に受精させ、2個の受精卵をアメリカ・ネバダ州の女性Aの子宮に移植した。XらとAおよびその夫Bとの間で、有償の代理出産契約が締結されており、Aが双子の子C・Dを出産した後、ネバダ州の裁判所において、Xらが双子の子らの血縁上および法律上の実父母であることを確認する命令(以下、「本件裁判」とする)が出されている。Xらは、C・Dを連れて日本に帰国

11) 判例集未登載であるが、町野朔・水野紀子・辰井聡子・米村滋人編『生殖医療と法〔医療・医学研究と法 1〕』(信山社、2010年)244頁において、判決文を参照できる。

12) 本決定の評釈として、土谷裕子・ジュリ1341号165頁、土谷裕子・中村心・最判解民事編平成19年度259頁、村重慶一・戸籍時報616号62頁、門広乃里子・速報判例解説Vol.1(法セミ増刊)135頁、西希代子・判例セレクト2007(法教330号別冊付録)22頁、林貴美・判タ1256号38頁、早川眞一郎・ひろば61巻3号58頁、同・家族法判例百選〔第7版〕64頁、棚村政行・判評593号(判時2002号)28頁、北村賢哲・法学論集(千葉大学)23巻2号173頁、金子洋一・明治学院大学法科大学院ローレビュー9号149頁、窪田充見・平成19年度重判解(ジュリ1354号)95頁、中野俊一郎・平成19年度重判解(ジュリ1354号)332頁、若林昌子・リマークス2008(下)80頁、長田真里・法時79巻11号45頁、三枝健治・法セミ632号4頁、星野豊・法時82巻2号116頁、岡田幸宏・速報判例解説Vol.2(法セミ増刊)149頁、村重慶一・平成19年度主要民事判例解説(別冊判タ22号)142頁、横溝大・戸籍時報663号11頁、矢澤治・専修法学論集111号123頁、112号75頁、金山直樹・民事研修638号20頁、良永和隆・民事研修657号22頁、竹下啓介・国際私法判例百選〔第2版〕140頁が存する。

し、品川区長に対しC・Dについて、X₁を父、X₂を母とする出生届を提出したが受理されなかった。そこで、Xらは、戸籍法118条に基づき出生届の受理を求める申立てを行った。第1審は申立てを却下したが、原審¹³⁾は第1審を取り消し、出生届の受理を命じた。そこで、品川区長が許可抗告をした。

〔判 旨〕

最高裁は、ネバダ州の本件裁判が、「我が国における身分法秩序を定めた民法が実親子関係の成立を認めていない者の間にその成立を認める内容のものであって、現在の我が国の身分法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものといわざるを得ず、民訴法118条3号にいう公の秩序に反することになるので、我が国においてその効力を有しない」と判示している。その上で、X₁・X₂とC・Dとの間の嫡出親子関係の成立については、法適用通則法28条1項に基づいて、日本法が準拠法となり、X₂とC・Dの間には嫡出親子関係があるとはいえないと判示している。こうして最高裁は、原々決定を正当として、Xらの抗告を棄却している。なお、津野修判事、古田佑紀判事は、補足意見において、「なお、本件において、Xらが本件C・D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、外国の裁判所では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」と述べており、特別養子縁組を認めることを示唆している。また、今井功補足意見も、「本件において、現行法の解釈としてXらとC・Dとの間の実親子関係を法的に認めることは、現段階においては、医学界においても、その実施の当否について議論があり、否定的な意見も多い代理出産を結果的に追認することになるほか、関係者の間に未解決の法律問題を残すことになり、そのような結果を招来することには、大いに疑問がある」と論じた上で、特別養子縁組による親子関係を示唆している。

【神戸家審姫路支部平成20年12月26日家月61巻10号72頁¹⁴⁾ (以下「神戸

13) 原審の評釈として、早川眞一郎・判タ1225号58頁、長谷川俊明・国際商事法務35巻5号606頁、村重慶一・戸籍時報611号53頁、岩志和一郎・年報医事法学22号207頁、岡野祐子・平成18年度重判解(ジュリ1332号)304頁が存する。

家裁平成20年審判」とする)】

〔事 案〕

代理出産により出生した子と卵子および精子の提供者である申立人夫婦との間の特別養子縁組を認めたものである。X₁・X₂夫婦は、妻 X₂の身体的な理由により、子を産むことができなかった。X₂の母 A は、X らのために代理出産をすることを決意し、X らおよび A の夫 B ら家族の了解を得た。A は、X₁の精子と X₂の卵子を受精させた胚の移植を受けて妊娠し、子 C を出産した。

〔判 旨〕

神戸家裁は、「いわゆる代理出産については、医学的、倫理的・社会的、法的各側面から、その是非を含めた様々な議論がされ、上記最高裁判所決定においても、法制度としてどう取り扱うか改めて検討されるべき状況にあり、医療法制、親子法制の両面にわたる検討を経て、立法による速やかな対応が強く望まれるとされている」と述べ、代理懐胎の合意の是非を含めた議論があることに言及しつつも、「しかし、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(筆者注：最決平成19年3月23日民集61巻2号619頁)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」として、代理懐胎の是非と特別養子縁組の成否は必然的には連動しないことを示しつつ、結論として特別養子縁組を認めている。

3 第1の問題意識——人の身体の不可処分性について検討する必要性

そこで、以上を前提に、代理懐胎の合意の反公序性を検討するにあたり、なぜ、人の身体は処分可能なのか、そのような公序が存在するのか、という検討が必要なのかについて敷衍しよう。

先に述べたように、代理懐胎の合意には、①代理懐胎者が、他人のために懐胎・出産を行う、②そのようにして生まれた子を、他人である依頼者カップル

14) 本審判に関する評釈として、棚村政行・民商141巻6号660頁、梅澤彩・月報司法書士457号52頁、早野俊明・白鷗大学法科大学院紀要4号109頁、村重慶一・戸籍時報659号117頁、澤田省三・戸籍848号16頁、水野紀子・リマークス2010〈下〉70頁、中山直子・平成21年度主要民事判例解説(別冊判タ29号)152頁が存する。

に引き渡すことを、子が生まれる前に約する、という2つの中心的なファクターがある。そして、諸報告書においては、いずれも代理懐胎の禁止が提案されている¹⁵⁾。その根拠として、医学的側面、倫理的・社会的側面、さらには法的側面と、多様な側面からの理由づけが付されている。これらの理由づけは、法的言説に置き換えた上で、代理懐胎の2つの中心的要素が民法90条の公序に反するかどうかの判断に反映させることができるものと思われる。具体的には、厚生省平成12年報告書を例にとれば、同報告書は、代理懐胎を禁止する理由として、a) 代理懐胎は、第三者の人体そのものを妊娠・出産のための道具として利用するものであり、「人を専ら生殖の手段として扱ってはならない」という原則に反する、b) 代理懐胎者に、妊娠、出産という生命の危険を及ぼす可能性のあるリスクを負わせるものであり、「安全性に十分配慮する」という原則に反する、c) 代理懐胎を依頼した夫婦と代理懐胎を行った人との間で生まれた子を巡る深刻な争いが起こることが想定されるため、「生まれてくる子の福祉を優先する」という観点からも望ましくない、という3点を示している。このうち、a)、b)、c) は、いずれも①代理懐胎者が、他人のために懐胎・出産を行うことの公序性判断に、またa) およびc) については、②代理懐胎により生まれた子を、他人である依頼者カップルに引き渡すことを、子が生まれる前に約することの公序性判断に、取り込むことができる。他の報告書についても、同様に、①と②の判断の中に還元することが可能である。

第1の問題意識を論ずるに当たっては、①の代理懐胎者が、他人のために懐胎・出産を行うことの公序性判断という側面に着目する必要がある。ここで、比較的明瞭に代理懐胎の反公序性について自らの見解を提示している¹⁶⁾ 先行研究を紹介したい。なお、ここでも、以下の議論は①と②それぞれのファクターが含まれているが、②との関係は4で触れることにする。

まず、金城清子教授は、「代理母を不妊治療、すなわち医療と位置付けて、その商品化やビジネス化への歯止めをかけておくことは極めて重要である」としつつ、「代理母となる女性が、自らの意志によって代理母となることを選択

15) ただし、厚生労働省平成15年報告書では、少数意見として、代理懐胎を禁止することに反対意見があることが付記されており、学術会議平成20年報告書では、原則禁止するとしつつも、試行的実施は考慮されてもよいと提案されていることには注意が必要である。なお、この試行的実施とは部分的許容を意味しないというのが、学術会議平成20年報告書の立場である(同報告書20頁以下。その文言の意味につき、水野紀子・石井美智子・加藤尚武・町野朔・吉村泰典・前掲注1) 26-30頁における議論を参照)。

したのであれば、彼女が搾取の対象になるとか、手段として使われるからといって、国家が一律に代理母を禁止する必要性も権限もない¹⁷⁾と述べており、医療としての代理懐胎は許されるという立場に立っている。その一方で、「代理母となった女性に対して抑圧的でない、代理母の利益が守られるような法的あり方」を検討する必要があるとして、次のような提案をしている。第 1 が、代理母契約は強制できないという提案であり、第 2 が、出産した母が法的な母であるという法的な定義は維持すべきであるという提案である¹⁸⁾。その第 1 の提案との関係で、「代理母が自分の手で養育したいとして、養子縁組を拒否した場合には、依頼カップルには、代理母契約を盾に子どもを代理母から強制的に奪うことはできないであろう。このような契約は日本でも、公序良俗に反するものとして、強制できないからである」と論じている¹⁹⁾。公序良俗に反するという論拠としては、「妊娠・出産する以前に、生まれた子どもを引き渡すという契約を結んでも、これは妊娠・出産を経験していない段階のものであるから、真にその女性の意志に基づくインフォームド・コンセントなのではない。したがって代理母は出産後にあらためて、子どもを依頼したカップルに引き渡すかどうかを決定できなければならない」というものであると思われる²⁰⁾。ここでの金城教授の主張は、自己決定を保護するものとして公序を位置づけているものと思われる。

次に、榎原富士子弁護士は、金城教授の立場を「代理母を肯定する」立場として引用²¹⁾しながら、「やはり代理母契約を有効とすることには賛成できな

16) 本文では紹介していないが、公序良俗違反性を判断する際の考慮要素を提示する論稿として、樋口範雄「代理母の親子関係」判タ 747 号 (1991 年) 185-186 頁がある。そこでは、①手数料の性格、②代理母が、育てることを予定せず、初めから引き渡すことを予定して出産する（この点で、通常の養子と異なる）ことをどうみるか、③生まれてくる子が、自分の出生の経緯を知って受ける衝撃、という 3 点を抽出している。それとは別に、養子法との関連についても検討している（同 186 頁）。また、代理母の是非を詳細に論ずる最近の文献として、二宮周平「認知制度は誰のためにあるのか(4)——人工生殖と親子関係——」戸籍時報 607 号 (2006 年) 11 頁以下が重要である。二宮教授は、生殖補助医療技術全般の問題点を提示した上で、代理懐胎の問題点として、①リスクの高さ、②子の選別、③他者の身体の利用と自己決定、④現実の先行、という 4 点を挙げ、代理懐胎については否定的な態度を表明している（同 27-29 頁）。

17) 金城清子『生命誕生をめぐるバイオエシックス——生命倫理と法』（日本評論社、1998 年）163-164 頁。

18) 金城・前掲注 17) 164 頁。

19) 金城・前掲注 17) 166 頁。

20) 金城・前掲注 17) 164 頁。

い」と主張する²²⁾。その論拠として、妊娠・出産は、母体にとって生命をかけた高度の危険を伴う行為であること、生殖機能も商品として扱われており、代理母を引き受けるのも本人の自由な自己決定であるといえるような対等な社会は形成されていないこと、たとえ対等な社会であっても、生殖機能の商品化は人間の尊厳を傷つける可能性のある行為であること、を挙げている。

水野紀子教授は、「民法の解釈としては、このような代理懐胎契約に対しては、公序良俗違反と判断せざるを得ない。そしてその公序良俗違反性は、民法における親子関係法の判断においても影響することを免れない」²³⁾と主張する。その論拠としては、「妊娠出産という過程は、代替可能な単なる労務提供ではない」、すなわち、妊娠期間には、母体と胎児の間の相互作用によって両者はこの上なく密接な関係にあり、母体の精神的・身体的な状況は胎児の脳や身体の形成に大きな影響を与える性質のものであること、有償の代理懐胎契約については、「金銭で母体の使用を買うことが許されて良いとは思われない」こと、無償のものについても、日本では家族内での協力になるものと思われるが、閉鎖された人間関係のもとでは精神的な支配が行われることも少なくないこと、そもそも女性の「自己決定」の背後にある「子どもを、それも欠陥のない子どもを持たなくてはならない」という思いも、日本社会の圧力が喚起している場合もあること、などが挙げられている²⁴⁾。

西希代子准教授も、「代理懐胎の是非」という表題の下、無償の代理懐胎を念頭に置いて公序良俗違反性を検討している²⁵⁾。そこでは、「従来指摘されているような懐胎・分娩の危険性それ自体や自己決定の内実をめぐる問題は、必ずしも代理懐胎禁止の決定的な論拠にはならないが、現段階では、子の福祉・利益や社会の許容性という観点から、代理懐胎を原則として禁止することには合理性が認められるだろう」としつつ、「起こりうるあらゆる危険・負担を認識した上で、なお、ボランティア精神に則り、依頼者を特定せずに、無償で代

21) そこでは、金城清子『生殖革命と人権』(中公新書、1996年)を引用している。

22) 二宮周平・榎原富士子『21世紀親子法へ』(有斐閣選書、1996年)20頁。

23) 水野・前掲注2)36頁。

24) 水野・前掲注2)35-36頁。

25) 西希代子「代理懐胎の是非」ジュリ1359号(2008年)42頁以下。そこでは、「そもそも、人間の尊厳とは何か、一体、代理懐胎のどこがどのように公序良俗に反するのか厳密に問われることになる」という問題提起がなされている(同42頁)ことに鑑みて、本稿では、代理懐胎の合意の公序良俗違反性を検討する研究として位置づけた。

理懐胎者となることを望む女性とその家族が、万一、存在するのであれば、そのような善意を生かす方法は考えられてよい」として、公的機関が関与するシステムを構築する可能性があることを示唆する²⁶⁾。その論拠としては、まず代理懐胎者の危険性については、死と隣り合わせの危険業に従事する自由との関係や、「生殖の手段」という見方は客観的な外からの決めつけではないか、という視点を提示し、論拠としての正当性に疑問を呈している。代理懐胎者の自己決定の内実の不十分さを強調する見解に対しては、「人間が他者との関わりの中で生きる生き物である以上、およそ周囲、社会の影響を受けない自己決定がありうるのかという反論も考えられる」としている²⁷⁾。これに対し、代理懐胎が子に与える身体的リスク（たとえば、代理懐胎者の栄養条件、飲酒、喫煙、ストレスなどが胎児の健康状態に与える影響など）や精神的負担（たとえば、子の引渡し拒否、引取り拒否といった、争い自体が引き起こしうる子へのダメージなど）については、いずれもそのような問題の存在を認める²⁸⁾。また、西准教授は、「社会的許容性」として、当事者が危険を承知で引き受けていたとしても、実際に、代理懐胎者の生命身体に危険が及んだ場合の、周囲の人々、そして社会に与える衝撃の大きさを強調している²⁹⁾。以上のような分析に基づいて、「代理懐胎が子に与える不利益への対応方法が確立し、世論が代理懐胎を許容するとの確信に至った場合」には、国家が関与する、代理懐胎を例外的に許容するシステムを構築する可能性はありうるという見解を提示している³⁰⁾。

以上の見解は、いずれも異なるニュアンスを含んでいるが、①代理懐胎者が、他人のために懐胎・出産を行うことが公序に反するのかという問いとの関係では、以下の3点を指摘できる。

第1に、いずれの議論も、「代理懐胎者の自己決定」を認めるべきかを問題にしており、代理懐胎者の自己決定を制約する論理として、「代理懐胎者への身体的危険」、「子に及ぶ身体的・精神的危険」というものを提示している。そ

26) 西・前掲注25) 48頁。

27) 西・前掲注25) 44-45頁。

28) 西・前掲注25) 45-47頁。

29) 西・前掲注25) 47-48頁。

30) 西・前掲注25) 48-49頁。なお、西准教授は、「親子関係と代理関係の是非は、必ずしも直結する問題ではない」という立場をとっている。そして、「何の罪もない子の犠牲の上に、親子関係の定め方を代理懐胎禁止という行為規制の1つの手段として用いることには慎重であるべきではないだろうか」と述べる（西・前掲注25) 47頁注22)）。

の制約する論理を、重視するのかしないのか、重視するとしてどの部分を強調するのか、各論者により異なるということが出来る³¹⁾。

第2に、いずれの議論も、実定法内在的な視点は、それほど明示的には出されていないという特徴も存在する³²⁾。生殖補助医療を規制する立法がない現状においては致し方ない面もあり、上記いずれの見解も、代理懐胎の是非についての議論を豊かなものにするに大きく貢献してきたと考えている。それと同時に、より法内在的な、精緻な議論を展開することが、法律学の役目であるとも思われる。そのような試みとして、既に大村敦志教授の論稿がある³³⁾。そこでは、「『生命・身体』の操作可能性が高まるのに対して、法がどのように対応するのか」という問いを立て、「民法を中心とした実定法を参照することによって」解答を導こうとしている。もっとも、大村教授は、「『民法』上の『生命・人体』の処遇については、まとまった形での議論が蓄積されているわけではない。そもそも、参照すべき民法のルールは何であり、そこから何を導

31) 以上の考慮要素の他に、リプロダクティブ・ライツという要素を考慮するかも問題となる。二宮周平教授は、「リプロダクティブ・ライツは、妊娠・出産について社会的、文化的、政治的に干渉されてきた女性が、自らの判断で子を産むか否か、産むとしたらいつどのように産むかを決定できる権利のことであり」として、自分の生物的なつながりのある子を持つ権利は、含まないとする(二宮・前掲注16) 25-26頁)。これに対して、辻村みよ子教授は、「このような権利(筆者注:リプロダクティブ・ライツ)の存在を認めた上で、その権利を制約しなければならない理由を明確にすることが重要です」と述べている(辻村・前掲注1) 190-191頁)。また、代理懐胎の依頼者に着目する見解として、青柳幸一教授が、「少なくとも、代理懐胎を依頼する女性の自己決定が優先するとは言えない。なぜなら、代理懐胎を依頼する女性は、妊娠・出産のヘルス・リスクを負わないからである。したがって、法律で代理懐胎を制約することは女性の自己決定権への違憲な制約である、とはいえない」(青柳幸一「生殖補助医療における自己決定権と憲法」法時79巻11号(2007年)28頁)と論じていることも注目される。

32) 民法典のルールから論じた議論の1つとして、代理懐胎者が婚姻をしている場合に、サロゲート・マザー類型の代理懐胎をすることは、夫婦間の守保義務との関係で問題が生じることを示唆している、原田晃治「いわゆる代理母の出産した子の法的地位について」民事月報47巻12号(1993年)18頁を挙げておく。さらに、ドイツにおいては、1989年に養子縁組斡旋法が改正され、代理懐胎を斡旋する行為が有償無償を問わず禁止され、1990年に可決された胚保護法により代理懐胎者への人工授精、胚移植が禁止されているが、それらの法律制定以前に代理懐胎の合意を良俗違反とする判決が存在する。これらの判決を検討するとともに、代理懐胎の良俗違反性についての(西)ドイツにおける議論状況を紹介し、検討を加えるものとして、岩志和一郎「西ドイツにおける代理母問題」判タ597号(1986年)7頁、高島英弘「代理母契約と良俗違反——ドイツの判決を素材にして——」京都産業大学論集23巻1号(1993年)44頁があり、いずれも実定法内在的な議論の衝突が紹介されており重要である。

33) 大村敦志「民法等における生命・身体——「子どもへの権利」を考えるために」同『新しい日本の民法学へ』(東京大学出版会、2009年)184頁以下(初出は2002年)。

くことができるかも、一義的には明らかではない」と述べ、実定法上の関連するルールが十分に存在しないことを示唆している。そこで、本稿では、1994年に生命倫理法3法が制定され、代理懐胎についても禁止されるに至っているフランス法を参照することにより、より充実した実定法ルールがある国において、代理懐胎の反公序性についてどのような議論が行われているかを検討し、日本法に対する示唆を得たいと考えている³⁴⁾。

第3に、いずれの議論も、代理懐胎という個別の局面に着目して議論が展開されているという特徴もある。法内在的な、精緻な議論を展開しようとする場合、人体の処遇をめぐる他の場面、たとえば、血液や精子、卵子といったものの取扱いの中で、いかなる諸利益が対峙しており、それら諸利益をどのように調整しているかを検討し、そこから代理懐胎の問題に応用できることを探る、というアプローチもありうるのではないかと考えている。とりわけ、生命倫理に関する法制度が既に存在するフランス法を素材とする場合には、そのようなアプローチは有益であるように思われる。そこで、本稿では、人の身体の不可処分性という公序原則が存在するのか、という問いを立てることにより、代理懐胎者が、他人のために懐胎・出産を行うことが公序に反するのか、という問題に対してアプローチをしたいと考えている。

人の身体の不可処分性に関して、かつて我妻栄は、「現代法は、人格を有する人に対しては、排他的支配を認めない。従って、物であるためには、外界の一部であること、すなわち、人の生きた身体でないことを要する」³⁵⁾と述べていた。つまり、身体は、法的客体たりえないと解していた。しかし、医療技術の発達により、血液、臓器、精子、卵子といった人体の構成要素を他者に譲渡することも、実際には可能となるに至っている。エホバの証人の信者であるがん患者が、医師に対して輸血をしないという意思を表明した事案において、「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴

34) 水野紀子教授は、生殖補助医療の領域において、法学の議論の蓄積が足りないとして述べており、ここではフランス法における議論の仕方が参考になるとしている。そして、フランス法における議論の仕方の主流には、「自由と自己決定を尊重してそれと調和を図る規制を作り上げることは当然のことではあるが、それを絶対視するものではなく、また法が従来成し遂げてきた諸利益・諸価値の調和を前提として、これまでの法を参照し、法体系に整合的に、新たな規制を考える姿勢」があり、ここでは「人間の諸利益調整の基本法として、民法は、絶えず参照され、議論と規制の基礎となる」と評している（水野紀子「人工生殖における民法と子どもの権利」湯沢雅彦・宇津木伸編『人の法と医の倫理』（信山社、2004年）205頁）。

35) 我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、1966年）202頁。

う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない」とする最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁も記憶に新しい。

このような状況に呼応して、近時、学界においても、法主体と生命・身体の関係に関する原理的問題に対する関心が高まっている。たとえば、吉田邦彦教授は、アメリカの代理母問題に着目し、代理母を擁護する伝統的リベラリズムの見解に抗する有力な学説として、レイディン教授の見解を紹介する。レイディン教授は、身体を所有の対象として把握しつつ、所有には金銭への還元可能な代替的なものだけでなく、人格的・個人的な所有があるとして、身体に対する処分の制限を導いている³⁶⁾。また、フランスの法史学者、ポー教授による、身体を人格と同一視するフランスの民法学界の通説の見解を批判する論稿も紹介されている³⁷⁾。大村敦志教授は、「『生命・身体』の操作可能性が高まるのに対して、法がどのように対応するのか」という問いに対して、自己決定を認めると言っても、そこには様々なバリエーションがあるとして、「強い」自己決定権を認める場合と「弱い」自己決定権を認める場合での、「法」の領分の違いを示している。「強い」自己決定権を認める場合、個人の決定をその決定がなされる文脈から切り離し、そのみを尊重することにより、その背後に働く諸力が捨象される(たとえば、不妊の女性に作用する家族・世間の圧力)。このような社会的諸力が渦巻く法外の領域を切断することの問題性を指摘する。これに対し、「他者」の関与あるいは公共的決定を組み込んだ「弱い」自己決定権を想定し、本人の自己決定も重視はするがそれがすべてではないという立場をとる場合、個人の決定に影響を及ぼす諸力も公共の場で検討することができるとする³⁸⁾。大村教授は、代理懐胎についても言及しており、「代理母の禁止は、一方で、代理母契約は自由で熟慮された意思によって締結するのが難しい性質を持つことから導きうる」、「他方、代理母契約は生命・人身を処分可能なものとして扱うものであり、これを安易に認めると、生命・人身に対する軽視

36) 吉田邦彦「アメリカ法における『所有権法の理論』と代理母問題」同『民法解釈と揺れ動く所有論』(有斐閣、2000年)337頁以下(初出は1996年)。

37) ジャン=ピエール・ポー、野上博義訳『盗まれた手の事件——肉体の法制史』(法政大学出版局、2004年)(原著はJean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Le Seuil, 1993)。

38) 大村・前掲注33)194-195頁。なお、本稿は、大村教授の論稿との対比で言えば、問題意識を共有しつつ、フランス法との比較の中でどのような示唆を導き出せるかを検討する試みである。

が生じるので、これを行わないと決定する、という説明も可能である」と論じている³⁹⁾。前者の説明は、自己決定を保護するものとして公序を位置づけるものであり、後者は、より普遍的な価値を保障するために、公共的決定に基づいて個人の自己決定を制限するものとして公序を位置づけている⁴⁰⁾。

このように、日本でもさまざまな形で、身体の法的位置づけが問題となっている⁴¹⁾が、本稿でも、身体の処分は公序に反するのか、それはなぜなのか、というテーマについて、実定法内在的な視点を保ちつつ、フランス法を比較法の対象としながら、検討を行うことにする。

4 第2の問題意識——人の身分の不可処分性について検討する必要性

次に、代理懐胎の合意の反公序性を検討するにあたり、なぜ人の身体は処分可能なのか、そのような公序が存在するのか、という検討が必要なのかについて敷衍しよう。

1で紹介した諸報告書、および3で紹介した代理懐胎の合意の公序良俗違反性を検討する学説は、代理懐胎の合意の中の、②代理懐胎により生まれた子を、他人である依頼者カップルに引き渡すことを、子が生まれる前に約することに対する判断も含んでいる。そのような見地から見たとき、「子に及ぶ身体的・精神的危険」として、事実として子にどのような不利益が及ぶかが強調され、民法、あるいは実定法上の制度内在的にどのような問題があるかという議

39) 大村・前掲注33) 194頁。

40) 吉村良一「『自己決定権』論の現代的意義・覚書」立命館法学260号(1998年)232頁において提示された、自己決定権の限界の2分類も興味深い。吉村教授は、①他者の利益を害しないという限界と、②社会秩序における諸価値やその正体との緊張関係という意味での限界があることを指摘している。

41) さらに、2013年度法社会学会における「身体・所有・自由」と題するミニシンポジウムの中で、吉田克己教授が行った「法は身体をどのように捉えるべきか」と題する報告も、法主体と身体の関係について原理的考察を行った重要な研究である。吉田教授は、同学会において詳細な原稿をネット配布しており、その原稿に基づいた「身体の法的地位」と題された論稿が公表される予定である。また、法社会学80号にも、要約版が公表される予定である。本稿では、公表された段階で、紹介および応答をしたいと考えている。なお、吉田教授には、公表前の原稿を参照する機会をいただいた。記してお礼申し上げたい。

また、筆者も、人の身体の不可処分性について、あるヨーロッパ人権裁判所判決に対してファーブル・マニアン教授(パリ第1大学)がいかなる応答をしているかを紹介しながら、検討をしたことがある(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」淡路剛久先生古稀・大塚直・大村敦志・野澤正充編『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)291頁以下)。

論はそれほど前面に出ていないという特徴を指摘することができる。

ただし、実定法内在的な議論も、神戸家裁平成20年審判をめぐる評釈を中心として展開されている。最高裁平成19年決定を前提にすると、代理懐胎者こそが生まれてきた子の母となるため、代理懐胎の合意を行うことにより、代理懐胎者は、母になるという将来生ずる身分を放棄し、他人に譲渡していることになる。そこで、養子制度、とりわけ特別養子縁組制度が、このような事案を予定しているか否かということが問題になるように思われる。この点につき、学術会議平成20年報告書は、「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」という理由に基づき、「代理懐胎を依頼した夫婦と生まれた子については、養子縁組または特別養子縁組によって親子関係を定立する」(6)という提案がなされている。学説上も、学術会議平成20年報告書と同様の立場を表明するものが少なくない⁴²⁾。もっとも、特別養子縁組について、「監護が著しく困難又は不適當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)という要件(いわゆる要保護要件)があるが、神戸家裁平成20年審判が特別養子縁組を認めるに際し、要保護要件を緩和したという指摘には、重要な意味がある。たとえば、中山直子判事は、「従来の特別養子縁組の解釈の下では、経済的に問題がないD・E夫婦(筆者注：平成20年審判の代理懐胎者夫婦)の場合、要保護要件の『事件本人の監護が著しく困難又は不適當な場合』に該当しなかったであろう」と述べている⁴³⁾。これは、代理懐胎の合意の存在により、特別養子縁組の要件が緩和さ

42) たとえば、床谷文雄「代理懐胎をめぐる親子関係認定の問題」ジュリ1359号(2008年)56-57頁。神戸家裁平成20年審判の評釈においても、水野・前掲注14)73頁も、「あえて養子縁組を禁止して、依頼者を事実上の養育者という立場にとどめるまでの必要はないと思う」と述べる。また、棚村・前掲注14)669頁も、「現段階では、代理懐胎を含む生殖補助医療の行為規制や親子関係についての法整備が進んでいない以上、本件のような代理出産により生まれた子と血縁上の親との特別養子縁組については、要保護性の要件を緩和して、生まれてきた子の福祉の観点からできるかぎり安定した法的親子関係を提供すべきであり、その意味でも、特別養子縁組の成立を認めるべき必要性はきわめて高い」とする。なお、代理懐胎の問題が議論され始めた初期の論稿である、人見康子「人工授精と体外受精」中川善之助先生追悼・現代家族法大系編集委員会編『現代家族法大系(3)』(有斐閣、1979年)554頁では、主に代理懐胎に好意的なアメリカ法の議論を紹介した上で、「日本法における、養子縁組の契約的構成は、親子法の意味主義の極であり、子を生む契約の合法化への移行の素地はあるといえる」と述べられている。

れたことを意味している。合意により、公序としての意味を持つ特別養子縁組制度に修正をもたらすことが可能なのが、まさに問われなければならない。このように、代理懐胎の合意の反公序性を検討するに当たっては、当事者の合意と家族法秩序における公序との緊張関係に対する検討が必要になる。

さて、本稿では、人の身体の不可処分性についてと同様、代理懐胎にとどまらず、より広いパースペクティブをもつ、人の身分の不可処分性という視点から検討をしたいと考えている。人の身分の不可処分性については、これまであまり着目されてきたとはいえないように思われる⁴⁴⁾。そのような中で、吉田克己教授の「自己決定と公序」という視点からの問題提起が重要である⁴⁵⁾。吉田教授は、強行法的枠組みを緩和しようという動きの中で、自己決定権が理念として援用される場面を、「公序の相対化原理としての自己決定権」の問題領域として位置づけ、その中で、選択的夫婦別姓制度の問題を論じ、「選択的夫婦別姓を根拠づける自己決定権は、家族における公序を相対化する原理として機能する」と分析している⁴⁶⁾。さらに、自己決定権が直接作用する場合に限らず、公序としての家族を相対化する動きをより広く分析対象としながら、「公序としての家族の揺らぎは、国家に対する関係で、家族関係形成に関する個人の自律領域を拡大する」と指摘し、安念潤司教授が提示する、家族のあり方を極限まで個人の意思に委ねる「契約的家族観」⁴⁷⁾を紹介している。本稿との関係で重要なのは、吉田教授が「契約的家族観」を紹介しながら、「少なくとも親子については、未成熟子との関係を想定すればすぐ理解されるように、すべてを意思に委ねることは不可能である」と述べている点である⁴⁸⁾。

43) 中山・前掲注14) 153頁。梅澤・前掲注14) 60頁も、要保護要件の厳格さを指摘する。前掲注42) で引用した棚村教授の見解も、「要保護性の要件の緩和」を主張するものである。

44) もっとも、ボワソナードは、公序良俗違反について規定する草案349条に基づき合意の効力が否定される例として、家族の構成 (organisation de la famille)、父権・夫権、能力など、「人の身分 (état des personnes)」を変更する合意を挙げている (G. Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon*, tome 2, 2^e éd., 1883, n° 121, p.130)。

45) 吉田克己「自己決定と公序」瀬川信久編『私法学の再構築』(北海道大学出版会, 1999年) 247頁以下。

46) 吉田・前掲注45) 256頁。

47) 安念潤司「家族形成と自己決定」岩村正彦他編『岩波講座現代の法 14 自己決定権と法』(岩波書店, 1998年) 129頁以下。

48) 吉田・前掲注45) 259頁。ただし、養子縁組の要件については、「社会の基本的単位としての家族のあり方を定める公序」と定義される「政治的公序」であり、それは「個人の自律領域拡大の観点から、基本的方向としては、その相対化を志向すべき」と述べている (260頁)。

吉田論文の発表後も、人の身分に関する法における、自己決定権という論理による公序の相対化現象は進んでいる。すなわち、民事身分の1つである性別について、かつてはコントロール不可能なものと考えられていた⁴⁹⁾が、平成15年に成立した性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律により、一定の要件の下、性別変更が可能となるに至っている。このような文脈の中で、合意により親子関係をコントロールできるのかという問題として、代理懐胎の問題にアプローチすることも可能であるように思われる。本稿の問題設定には、以上のような問題意識がある。

第3節 フランス法を参照する意義・本論における検討対象

さて、本稿では、日本法を検討するための示唆を得るために、フランス法を比較の対象とすることとしたい。フランス法を参照することには、以下のような意味があると考えている。

フランスでは、1994年に生命倫理法3法⁵⁰⁾が制定され、代理懐胎についても禁止されるに至っている⁵¹⁾。つまり、現時点では、代理懐胎を禁止することは、立法府の判断により公序則となるに至っている。しかし、そのような立

49) 東京高決平成12年2月9日判時1718号62頁は、性同一性障害者が性別記載変更を求めて、戸籍法113条に基づく戸籍訂正許可の申立てをした事案において、「現行の法制においては、男女の性別は遺伝的に規定される生物学的性によって決定されるという建前を採っており、戸籍法とその下における取扱いも、その前提の下に成り立っているものというほかない」と述べて、申立てを却下した原審の判断を維持している。

50) 保健分野における研究を目的とする記名データの取扱いに関し、情報・ファイルおよび諸自由に関する1978年1月6日法律第17号を変更する1994年7月1日法律第548号、人体の尊重に関する1994年7月29日法律第653号、人体の諸要素およびその生成物の提供および利用、生殖補助医療、および出生前診断に関する1994年7月29日法律第654号、の3法律。同法律については、松川正毅『医学の発展と親子法』(有斐閣、2008年)に、松川教授の法律成立前から、その後の解説に至るまでの一連の研究が収められている。立法前の議論状況を紹介する論稿として、大村敦志「フランスにおける人工生殖論議」同『法源・解釈・民法学』(有斐閣、1995年)231頁以下、高橋朋子①「フランスにおける医学的に援助された生殖をめぐる動向」東海法学7号(1991年)190頁以下、同②「人工生殖の比較法研究——フランス」比較法研究53号(1991年)38頁以下、同③「フランスにおける人工生殖をめぐる法的状況」唄孝一他編『家族と医療』(弘文堂、1995年)409頁以下などが存する。立法後の研究として、本山敦「フランスの人工生殖親子法について」学習院大学大学院法学研究科法学論集6号(1998年)97頁以下、山田美枝子「フランスにおける生殖補助医療による親子関係」慶応大学法学研究76巻1号(2003年)335頁以下が存する。また条文訳として、大村美由紀「生命倫理法(立法紹介フランス)」外国の立法33巻2号(1994年)1頁以下が存する。

法がなされる前の1991年5月31日、破毀院全部会は、代理懐胎者の卵子を用いて、代理懐胎者が懐胎および出産をし、その後依頼者夫婦が生まれた子との間の完全養子縁組の申立てをした事案において、「たとえそれが無償であっても、女が出産と同時に遺棄をするために子を受胎 (concevoir) および懐胎 (porter) することを約する合意は、人体の不可処分性の公序原則および人の身分の不可処分性の公序原則に反する」と述べて、完全養子縁組を認めないという判断を下している⁵²⁾。つまり、日本と同様、代理懐胎を規制する立法がない時点で、「人体の不可処分性の公序原則および人の身分の不可処分性の公序原則」を承認している。しかし、その後、この2つの公序原則は異なる運命をたどるに至っている。まず、「人体の不可処分性の公序原則」は、そのままの形では1994年法律には採用されなかった。というのも、1994年法律により創設されたフランス民法典16条の1第3項では、「人間の身体、その諸要素およびその生成物 (produits) は、財産権 (droit patrimonial) の対象とすることはできない」と規定されているに過ぎないからである。これに対して、「人の身分の不可処分性の公序原則」については、民法典に直接それを示す規定はないが、破毀院第一民事部は、2011年4月6日に3つの判決⁵³⁾を下し、フランス人がアメリカで代理懐胎を行った事案において、この原則を再確認している。そこで、一方でなぜ1991年判決において宣言された人体の不可処分性の公序原則がその後維持されなかったのか、他方でなぜ人の身分の不可処分性の公序原則は維持されているのか、を問うことができる。さらに、1994年に成立した生命倫理法自身が豊かな内容を有しており、人体 (の一部) の処分についていかなる趣旨でいかなる規制をもたらしているのかを知ることができる。以上

51) 1994年法律により挿入されたフランス民法典16条の7は、「他人のためにする受胎または懐胎を対象とするあらゆる合意は無効である」と規定する。同条は、民法典16条の9により、公序規定とされている。刑法典227-12条は子の遺棄の教唆や、子の遺棄を希望する者と受け入れを希望する者との間の仲介に刑事罰を科している。さらに刑法典227-13条は出産偽称を罰している。

52) Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 4 ; *D.* 1991, 417, raap. Y. Chartier, n. D. Thouvenin; *JCP G* 1991, II, 21752, communic. J. Bernard, concl. Dontenville, n. F. Terré ; *RTD civ.* 1991, 518, n. D. Huet-Weiller. 同判決については、既に、野村豊弘「フランスの判例における代理母と養子縁組」加藤一郎先生古稀・星野英一他編『現代社会と民法学の動向 (下)』(有斐閣, 1992年) 595頁以下、松川・前掲注50) 218頁以下、高橋・前掲注50) ③論文417頁以下、高山奈美枝「代理懐胎と法」明治学院大学法学研究84号(2008年)1頁以下。筆者も紹介を行ったことがある(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」松川正毅他編『判例に見るフランス民法の軌跡』(法律文化社, 2012年) 20頁以下)。

のような理由により、フランス法を比較の対象とすることにより、日本における議論状況にもさまざまな示唆をもたらすことができると考えている。

そこで、以下においては、フランス破毀院全部会 1991 年 5 月 31 日判決(序章)で提示された「人体の不可処分性の公序原則」(第 1 章)、「人の身分の不可処分性の公序原則」(第 2 章)の意義、およびその後の展開に検討対象を限定した上で、日本法の代理懐胎の反公序性について検討するための示唆を探ることとしたい⁵⁴⁾。

53) Cass. 1^{er} civ., 6 avr. 2011, n° 09-66.486, n° 09-17.130, n° 10-19.053, D. 2011, 1585, obs. F. Granet-Lambrechts; *RTD civ.* 2011, p. 340, n. J. Hauser. 3つの事案それぞれで争点は異なっているが、そのうち 1件が最も有名なものであり、フランス人夫婦がカリフォルニア州で代理懐胎を行った次のような事案である。代理懐胎により生まれた子について、カリフォルニア州裁判所は依頼者夫婦に父母としての資格を付与し、出生証書も作成された。その後、アメリカで作成された出生証書がフランスの身分証書に転記されたために検察官がその転記無効を求め、訴訟が提起された。これに対し、2007年10月25日のパリ控訴院判決(CA Paris, 25 oct. 2007, n° 06/00507)が、転記無効を認めなかったために多くの注目を集めることとなった。2011年4月6日判決は、パリ控訴院判決がその後破毀院において破毀され、さらに異なる構成員で構成されたパリ控訴院判決について破毀申立てされた事件である。2007年パリ控訴院判決については、松川・前掲注 50) 367頁以下、高山・前掲注 52) 45頁以下に詳しい。

54) なお、以下の検討をするにあたり、2点の留保をしておきたい。

第1は、代理懐胎の「合意」という用語を用いる理由についてである。身体に関するさまざまな行為について、契約一般と完全に同一視することができるのかについては、留保が必要であるように思われる。たとえば、贈与契約について、民法550条は、「書面によらない贈与は、各当事者が撤回することができる。ただし、履行の終わった部分については、この限りでない」と規定している。したがって、贈与という無償行為であっても、書面という方式を具備するか、履行行為がなされると、贈与者は契約に拘束されることになる。これに対し、生体間で臓器を移植する場合、臓器提供者はたとえ臓器移植の同意をした後でも最後まで自らの意思を撤回できるように思われる。すなわち、契約とは異なり、その同意には拘束力がないのではないかという問題がある。詳しくは本論で述べるが、代理懐胎について「契約」という用語を用いることを差し控えているのは、以上のような問題意識があるためである。

第2は、本稿は、身体や身分の不可処分性という「公序」原則が存在するか否かを検討するものである。大村敦志教授は、「一般条項は、法システムの外部に位置する規範・価値を法システム内部に導入するための装置となる。ただし、ここでいうシステム外部の規範・価値は、全法システムの外にある習俗・道徳には限られず、あるサブ・システム(たとえば民法)とは別のサブ・システムに属する規範・価値(たとえば、競争法・市場秩序や憲法・人権など)でもありうる」とした上で、システム外部からのシグナルの導入のための概念が「良俗」であり、隣接サブ・システムからのシグナルの導入のための概念が「公序」としている(大村敦志『民法読解 総則編』(有斐閣, 2009年) 272頁)。本稿でも、その意味での「公序」の有無を検討するという点を強調するため、「公序」という用語を使用している。