

## 人工妊娠中絶と生殖医療

### ——医事法・生命倫理の観点から——

早稲田大学法科大学院教授 甲斐克則

私は刑法という法律の科目を 30 数年研究してまいりました。同時に、医事法の研究も同じ年数ずっとやってきました。生命倫理もそれとかかわってきますので、命をめぐる問題というのに 30 年以上かかわってきたこととなります。

この度、生殖医療に関して何か話をしていただけないか、という依頼を受けまして、タイトルをどうしようかと考えました。人工妊娠中絶の問題、それから生殖医療の問題、普通はどちらか一方に絞って話すことが多いのですが、トータルにこの問題を考える必要があるのではないかとかねがね思っております。命の問題、特に命の誕生の問題で、生殖補助医療ばかりに焦点が当てられることが多いのですが、自然の状態で妊娠したにもかかわらず妊娠中絶をするという現実も数多くあって、この問題を別問題にして扱うというのは、私はどうも違和感を覚えております。トータルに命の誕生の問題を考えなければいけないのではないかと、という観点から、両方を関連づけてとらえ直すべきだ、とかねがね思っています。したがって、その問題意識を鮮明に出したうえで話を進めたいと考えております。今日の話の 6 割ぐらいは、2010 年に出した私の著書の『生殖医療と刑法』（成文堂）という中に書いている部分と重複するところはあるかと思えます。残りの 4 割は、一昨日ドイツから帰ってきたばかりですので、ドイツでの動きも多少織り込んで、最新の情報もお伝えしたいと思います。



## I はじめに——出産と法のかかわり

### (1) 現行法と出産のかかわり

まず、出産と法のかかわりというのを少し整理しておきます。日本では出産する女性の側に立った法整備というのが非常に遅れています。端的に言うと、これがスタートラインです。介助する側、あるいは胎児、新生児、それぞれについて出産の周辺の法体制というのが非常に不十分です。

基本法である民法からして、せいぜい 3 条 1 項で「私権の享有は、出生に始まる」としか規定していません。これは当たり前のことを書いているわけですが、柱となるのは、せいぜいこれくらいです。胎児についても、民法の 886 条 1 項で「胎児は、相続については、既に生まれたものとみなす」とか、2 項で「前項の規定は、胎児が死体で生まれたときは、適用しない」とか、こういう規定がいわばおまけ的に付いているのが現状です。

刑法も同様で、せいぜい墮胎罪の規定（刑法 212 条～216 条）があるくらいです。刑法の性格上これはやむをえないかもしれませんが、それを補うはずの母体

保護法、これがまた十分かという、後でも述べますとおり、まだまだ見直す余地があるのではないかと思います。それ以外ですと、労働基準法の 64 条の 3 とか 65 条で妊婦の就業制限規定があるくらいです。

## (2) 出産の個人的意義と社会的意義

ところで、人の誕生ということ考えた場合に、出産の問題というのは、個人の問題だという考えが一方に当然あるわけです。しかし、個人だけの問題か、という点も考えざるをえません。つまり、出産は、個人的意義と社会的意義を有する問題ではないか、そのあたりから話を進めていきたいと思えます。

まず、個人的意義については、よく言われる、産むか産まないかは女性が決めるという自己決定権が大事であることは、もちろん否定はしませんけれども、それがどういう脈絡で使われるか、が重要です。これは、両刃の刃で、見方によっては人を突き放す論理にもなります。「あなたが望んだのだから、この処置をしたのです。だから、問題が起きたらあなた自信が自分で責任とりなさい」、という具合です。特に生殖医療の領域では、それが頻繁に出てきます。代理出産や卵子提供でもそうです。したがって、「自己決定権が万能である」と喜んでばかりはられないわけです。

「自分のことは自分で決める。要らぬおせっかいをしてくれるな」ということがよく言われます。これは、終末期医療の問題でも言われます。終末期医療の問題は、日本では割合真剣に議論をしますが、同じ命の問題なのに、欧米諸国に比べて命の誕生の問題についてはなぜか避けたがる傾向があります。これは、宗教観の違いだけなのか、そこら辺は難しいですけども、この問題を、一方では個人的意義の問題として考える必要があるということを思いながらも、他方では、社

会的意義というのも重要ではないかと考えてきたわけです。

個人的意義は、最近では、単なるリプロダクティブ・ヘルス/ライツという表現に変わってきています。これが出てきた背景ないし宣言の背景は、1994 年のカイロでのいわゆる「人口と開発に関する国際会議」に遡ります。これについては、いろいろところで言われてきておりますけれども、ただ単に自己決定を言っているわけではなくて、いつ、いかなる条件のときに何人まで女性が子どもを産み育てるかという出産環境について言っているわけです。単純に生物学的に産むか産まないかというのではなくて、女性に出産環境を整えてあげないとだめだ、ということを行っているのです。

人によっては、家族形成権ということを強調する人もいます。これももちろん大事ですが、家族の形態が多様ですから、こればかりを強調するのは難しいかと思えます。むしろ社会的意義というものを見直す必要があるだろうと思えます。これもしかし、問題があります。どうしてかという、古くは家制度というのが日本の柱でした。少なくとも明治憲法下、旧民法下ではそうでした。そのなかで、社会的意義というものが人口政策に使われたりすることもありました。例えば、軍事優先の時代であれば、軍人を増やすように「産めよ、増やせよ」という政策がとられました。そこまでいくと、いくら何でもよろしくないだろうと思うわけです。

そこで、今日、社会的意義とは何だろうかということをもう 1 回見直す必要があります。国家の政策との関係は、もちろんまったくないわけではないけれども、むしろ、社会において命を育むというのはどういうことか、という問題です。これは、今ちょうど少子化の問題が浮上していますので、考える良いチャンスだと

思っています。

### (3) 優生思想

それから、思想的な問題としては、いわゆる優生思想の問題があります。優生思想は、後でも出ますが、歴史的に濫用されたという経緯があります。この経緯があるものですから、できたらこの問題に触りたくないという傾向があります。しかし、これは避けて通れない問題です。

優生思想の中にも、厳密には積極的優生思想と消極的優生思想というものがあります。積極的優生思想は、良い遺伝形質を積極的に増やそうという政策を目指す思想です。これに対して、消極的優生思想は、悪い遺伝形質を抑えようという政策を目指す思想です。このような考えは、かつて使われて濫用された経緯がありますが、何らかの形で今でもふとした契機で出てくるわけです。このような濫用は、何とか法的にも防止しなければならないだろうと思います。ただ、今日は、そういう積極的優生学とか消極的優生学、あるいはこうした優生思想といったものを正面に出すのではなくて、女性の「自己決定」という方向にこの問題がシフトされていっています。

「自分のことは自分で決めましょう」というのが、実は新たな優生思想と言われている「内なる優生思想」というのを生み出してきたということは、何人かの方が指摘されているところであります。「自分のことは自分で決める」という自己決定では、責任は本人に転嫁されますから、気が付いたら、「私もあなたも、みんな、こんな子どもは望んでいないよね」なんていうことを言われると、逆に「産んだらまずいんじゃないか」と考え、こんな偏見にとらわれるという、ややこしい時代になってきているわけです。遺伝子検査も、今はかなり簡潔になされるようになってきましたか

ら、いよいよこの技術の普及というのはいろいろな弊害をもたらすこともあるわけです。それらをうまく適正にルール化していくことが大事ではないかというのが、今日の話の1つの柱です。

## II 墮胎罪・中絶問題の変遷

### (1) 墮胎罪の歴史

つぎに、簡潔に墮胎の話を整理してみます。もともと日本は、墮胎については消極的な国でした。この問題が起きるようになったのは、調べたところでは、江戸時代以降です。それ以前は、もともと無事に産むということ自体が大変な時代でもあったということもあります。

江戸時代になると、特に元禄以降、社会的な平穏がある程度保たれるようになってきますと、状況が変わってきます。身分制が強い時代では、貧困の差、特に貧しい農村等では子どもが生まれ過ぎては困るという事情がありました。しかし、そういう場合でも、墮胎というのは技術的に大変ですから、せいぜいやるとしたら間引きです。また、母親が冷たい川に体を沈めて胎児を死なせるということもあったようです。他方、裕福な町民層になりますと、性風俗の頹廢ということもあって、今で言えば不倫がばれないように、ヤミ墮胎師にお金を払ってでも墮胎をするようになりました。武家では、不義密通、特に女性の場合は不義密通がばれると厳罰に処せられますから、ばれないようにやはり墮胎をしたようです。江戸時代には、こういうことが暗にかなり多くやられています。

さて、これが法律でどういう形で展開されたかという、実は明治時代になってからです。それまで日本では、いわゆる墮胎罪というものが明確に認識されて

いたわけではありません。明治も初期のころは、墮胎罪の規定はなかったのです。これが入ってきたのは、明治13年、1880年の旧刑法典です。ポアソナードというフランスの学者を日本に招いて、日本の民法、刑法の骨格をつくったわけですが、フランス人ですから、当然キリスト教の影響がありました。これは否定できないですね。それで、墮胎罪が登場したわけです。この中の330条から335条までが墮胎罪の規定で、現行刑法とだいたい同じような規定になっています。

その後、この旧刑法は改正案が幾つか出まして——これは時間の関係で詳細割愛しますが——、現行刑法が、明治40年、1897年に誕生したのです。日本の刑法典ほど変わってない刑法典というのは世界にまれである、と言われていています。こんな現代的な国家でありながら、刑法典の大改正がないというのは日本くらいです。自慢してよいのかどうなのか、これは難しいですね。

明治40年の現行刑法典は、212条の自己墮胎罪以下、同意墮胎罪、同致傷罪、業務上墮胎罪、同致傷罪、不同意墮胎罪、それから不同意墮胎致死傷、こういった罪が5カ条にわたって規定されています。ところが、あまりこの規定は使われてきませんでした。今も墮胎罪では、めったに処罰されないですね。

## (2) 優生思想の展開過程——国民優生法から優生保護法へ

墮胎が単に刑法だけの問題ではなくて、もっと広い社会的問題として理解されるようになったのは、大正時代です。大正デモクラシーとよく言われますけれども、大正デモクラシーは、ある意味では二律背反的なところがあります。ここに1例を挙げますと、大正5年、1916年に永井潜という人が『生物学と哲学との境』という本を書いています。これはまさに優生思想

を日本で展開した初めての本だと言われています。要するに、人間の体が一個一個の細胞が元気であれば健康体になるのと同じように、国家も一人一人の人間が健康であれば国民全体が活力を有する、国家全体が活力を有するという発想です。このころから、いわゆる「社会有機体論的国家主義」が説かれるようになりました。

ちょうどこれが、時代の流れと呼応します。日清戦争と日露戦争を経て日本が少し近代国家として自信を持ち始め、富国強兵や殖産興業、いろいろな面をとっていわゆる成長期です。問題意識のないまま、「社会有機体論的国家主義」が受け入れられやすい素地があって、優生運動というのが大正末に始まったわけです。日本民族衛生学会などというのが、1930年、昭和5年にできています。

このころになると、実はヨーロッパの方でも動きがあるわけです。一番大きな動きは、1933年ナチスの政権誕生です。優生思想は、別にヒトラーが生み出したわけではありません。これは、もっと前のダーウィンの『種の起源』あたりから、北欧とかイギリスでいろいろな形で優生学がつくられていくわけです。当初ドイツは、ヨーロッパでは後追いだったわけです。ところが、ヒトラーが政権をとるとこれを濫用しました。

1933年に遺伝病子孫の出生阻止に関わる法律、いわゆる断種法というのをつくった。これは、強制断種であります。その目的は何かというと、ゲルマン民族の優秀さをいかに残すかということです。その対極にあるのが、ユダヤ人だったわけです。相当な人が被害に遭っています。強制不妊手術の対象者は、最初は精神疾患を持っている人もしくは遺伝性疾患を有する人でしたが、これをだんだん拡大していくわけです。しかも、これを実は裁判所が認定して許容していたのです。遺伝性疾患云々というところからだんだんと社

## 最先端・次世代研究開発支援プログラム

### 「グローバル化による生殖技術の市場化と生殖ツーリズム：倫理的・法的・社会的問題」

会的に適応できない人々にまで広げていくこととなります。その基準は、社会に役立つかどうかでありまして、端的に言うと、ヒトラーの目指す社会に貢献できない人は要らないという政策であります。最終的にはユダヤ人というだけで強制不妊手術されたということもあったようです。そういう苦い歴史があるわけです。

そういう動きが日本にも影響を及ぼしました。当時議論が分かれておりまして、刑法学で言えば、いわば新派に当たる木村龜二先生は、犯罪の予防ということを強調されるわけですが、ことこの問題に関してはリベラルで、強制には反対し、任意でやるべきだという考えでした。これに対して、当時東京大学におられた小野清一郎先生は、ナチスと同じように強制不妊すべきであるという考えを展開されました。さらに、不妊手術に全面的に反対する第三の考えもありました。三つ巴の争いで、当時議論は白熱したようです。

そして昭和 15 年、1940 年に国民優生法という法律ができました。この法律は、実はナチスとは違って任意の断種法でありました。なぜ強制にならなかったかということところが、調べてみると面白いですね。家制度と天皇制というのがクッションになったという説があります。「みんな等しく天皇の子であり、障害持っているとかそんなことは関係ない、みんなで面倒見よう」という考えが当時機能したと言われております。そうは言うものの、戦争がだんだん激しくなりますと、「産めよ、増やせよ」という政策に使われたことは、ご承知のことかと思えます。

それでは、戦後はどうなったかということ、日本国憲法が 1946 年、昭和 21 年に制定されまして、国民主権とか、基本的人権の尊重とか、男女平等とか、その他いわゆる基本的人権の尊重がこの中に盛り込まれたわけですが、疑問なのは、その中でこの優生保

護法が誕生したということです。家制度は解体されずでした。個人の自由とか男女平等が優先されるはずでしたが、実態はそうではなかったのです。

昭和 23 年、1948 年に優生保護法がどうしてできたかということ、戦後の人口爆発という事態にいかに対処するか、という事情がありました。とにかく戦争の反動で過剰な出産が続き、何とかこれを抑えないと、とんでもないことになるということでした。それだけでなくヤミ墮胎師というのがこのころ横行してましたから、超党派で国会議員の谷口弥三郎を中心にこの法律をつくった次第です。

この優生保護法は、墮胎が許される許容要件を規定していますが、第 1 条の目的からして非常に優生思想色が強いものでした。不良な子孫の出生を防止するために云々というのが堂々と第 1 条に書かれていました。それ以外の項目も、遺伝性疾患、精神疾患、その他疾患名がざっと挙げられています。らい疾患もそうです。そういう疾患があった場合には不妊手術をしてもよい、と書いていました。そういう法律がこの憲法の中で誕生したこと、それにもかかわらず議論がほとんどなかったこと、これは、調べてみて異様な気がします。

それどころか、昭和 24 年には中絶許容項目の中に、今の第 14 条ですけれども、経済的理由というのが追加されました。さらに、チェックすべきはずの審査委員会も、当初は地区優生保護審査会と言われていたけれども、その後は認定された医師が個人で認定するようになりました。その結果、中絶件数が飛躍的に増加しました。一番多かったのは昭和 30 年代、1950 年代半ばから 1960 年代です。一番多いときで公式な数値で残っているのが 300 万件ぐらいです。もちろん、その後、変動がありますが、それでも今日に至るまで年間 30 万件の中絶件数があります。ただし、これは

表に出ている数字です。暗数を含めると、実数はもっと多いだろうと言われています。これだけの数が、合法的な妊娠中絶という名目で実践されている国は、先進国ではそうないわけです。しかも、驚くべきことに、戦後に、強制不妊手術がかなり行われたとの報告もあります。

### (3) 優生保護法から母胎保護法への改正

この法律は、平成8年、1996年に優生保護法から母体保護法へと変わりましたが、当時は議論は結局ないままでした。むしろ、らい予防法廃止とセットとなって、この母体保護法改正が突然国会に出されて決まったということです。どこが一番変わったかという、表向き表現上は「不良な子孫の出生を防止する」といった優生思想をうかがわせる表現を削除しました。それはよかったですけれども、完全になくなったかというところではなくて、ほかのところはそのままですから、全体としてはまだまだ不十分な内容があります。これは後からまたお話しします。

## III 墮胎（妊娠中絶）問題の理論的問題

### (1) 妊娠中絶の許容モデル

さて、墮胎・妊娠中絶の問題を理論的に考えてみましょう。刑法との関係で言えば、保護法益、つまり、法的に何を守るかですが、当然、胎児の生命、それから母体の健康であり、これには異論がないでしょう。しかし、それを前提としても、どういった場合に中絶が許されるか。ここに焦点を当てて考えますと、世界的にはいろいろなモデルがあります。中絶許容モデルの1つは適応事由モデルで、これも厳密には4つに分かれます。

1番目は、医学的適応モデルと言われております。つまり、母体の生命および健康に支障をきたす場合、これを第一義的に配慮して中絶を認める考えです。これは理解できます。多くの国で、これは認められています。

2番目は、倫理的適応モデルです。例えば、強姦とか意思に反して妊娠させられた望まれない妊娠の場合に中絶を認めるモデルです。これも認めている国が多いですけれども、宗教によってはそれでもだめだということもあります。

3番目は、胎児適応モデルです。胎児に障害があることを理由に中絶を認めるという考えです。これを正面から認めている国はあまりないです。先進国ではイギリスぐらいです。日本では、胎児適応については、法規定に盛り込んではないという考えがかなり強いです。ただし、表には出てないけれども、背景としては同じ事情で名目的に、日本では特に、すぐ後で述べる経済的理由があるものですから、そちらに入れて実質的に胎児適応しているという現実があります。

4番目は、社会的適応モデルです。これは、日本にしかないと言われている経済的理由を含みます。母体保護法の14条1項の条文をよく読んでみると、母体の健康と並んで同じ項目にこの経済的理由があるわけです。刑法では、違法性阻却事由というものがありませんが、母体保護法は、刑法35条における「法令による行為」という違法性阻却事由となります。しかし、その法令があるからというだけで自動的に違法性阻却されるのか、という理論的課題があります。母体の健康と経済的理由は同じレベルで考えてよいのか、厳密に考えると、実は問題があるわけです。経済的理由の射程範囲も、実は大きな問題があります。これは先ほど述べたとおり、立法経緯からして、昭和23年の

経済的困窮の中でできた当時だと理解できます。ところが、今でも経済格差とかいろいろありますから使える場合もありますけれども、今は、それを一般化するほど強いものかということを考えますと、この条文の構造というのは今でもなお課題が残っていると思います。後で述べますとおり、経済的な支援をすれば、この規定は要らないのっではないか、ということにもなるはずです。

それから、もう1つの大きなモデルは、期限モデルです。これは、アメリカで使われているモデルです。これは、1973年の連邦最高裁のRoe v. Wade事件判決でとられた論理です。妊娠丸9カ月を前期3カ月、中期3カ月、後期3カ月に分けて、妊娠初期3カ月は女性が産むか産まないかを自由に決める、中期3カ月は条件付きで中絶を認める、後期3カ月は基本的に認めない、という論理です。理由のいかんを問わず期限で区切るというのは、いかにもアメリカらしいですね。

アメリカは、ご承知のとおり、もうすぐ大統領選挙がありますが、その選挙のときに争点になるのは中絶の問題です。共和党は伝統的にプロライフ(pro life)、民主党はプロチョイス(pro choice)ということで、裁判官の構成によっては中絶問題の判決は異なると言われていました。ただし、政権が変わっても、ぎりぎりでも何とかこのRoe v. Wade事件の路線は維持されています。その後、1987年のWebster事件とか、1992年のCasey事件とかで争われましたが、やはり枠組みは現在まで維持されています。

ドイツはどうかというと、これも興味深い動きをしています。1975年に刑法改正がありました。そのときに、アメリカと同じように、妊娠12週未満の堕胎は無条件で不可罰にするという規定が盛り込まれました。ところが、ドイツには連邦憲法裁判所というのがありまして、日本みたいに具体的事件がなければ裁

判を起こせないというわけではなく、ある法律ができたらそれについて直接的に憲法違反を問えます。連邦憲法裁判所で出された判決は、それを憲法違反としました。理由はというと、ドイツの憲法は生命の平等性を謳っていますので、胎児であれ、生きて生まれた人であれ、命は同じであり、それを12週という線で自動的に区切って別扱いするというのは憲法違反だということなんです。ドイツ人らしいですね。

それから、1993年にもう1個事件が起きました。ご承知のとおり、東西ドイツが西ドイツに吸収されるという形で統一されました。今のほとんどの法体制は、旧西ドイツの体制です。ただし、旧東ドイツが抵抗した唯一の規定が刑法218条をめぐる堕胎罪で、旧東ドイツは12週未満の堕胎は自由であるという規定があったのです。これは、女性の労働力の確保ということもあったようです。そこで、この規定だけは残してくれるよう訴えた結果、西ドイツも了承しまして、統一刑法典の中でこれが盛り込まれたわけです。再び憲法訴訟になりまして、またまた憲法違反とされました。それで、現行刑法典は、条件を付けまして、必ず医師の相談を受け、医学的なチェックを受けたうえで、中絶がやむをえない場合にはこれは処罰しないという規定になっております。

## (2) 妊婦・家族への支援

ただし、それだけではないのです。ドイツが工夫したのは、むしろその先です。妊婦と家族援助法という法律をつくったわけです。これは1995年です。つまり、困窮状態で生まれた場合、育てるのが大変ですので、女性が安心して産み育てるために、そういう家族に財政支援をするという法律をつくったわけです。これは良い法律ですね。ドイツにはしばしば行きますけれども、見ていると、子どもを乳母車に乗せている女

## 最先端・次世代研究開発支援プログラム

### 「グローバル化による生殖技術の市場化と生殖ツーリズム：倫理的・法的・社会的問題」

性とか妊婦の人が生き生きしている印象を受けます。もちろん、日本の女性が生き生きしてないというわけではないですよ（笑）。ドイツでは、周りの援助があるな、という雰囲気が漂っているという気がしましたね。結論としては、日本でもこのような法律つくらないとだめではないかと考えています。少子化云々でせこましい「ばらまき政策」をいくらやってもだめで、こういう根本的対策にこそ財政をつぎ込むべきではないかと私は思います。そうすれば、中絶しなくてもよい命が相当助かると考えます。

フランスやオランダも、それぞれの工夫が見られます。オランダには何回も行っておりますけれども、オランダでは年間中絶件数が約2万件で、日本の約15分の1です。他方で、オランダは安楽死が盛んです。これは、オランダ特有の背景があります。親しいオランダ人の学者に言わせると、「日本人は『オランダは安楽死を法律で認めてけしからん』と言うけれど、日本の中絶件数と比べてどちらが命を大切にしているんだ」と、こんな皮肉を言われまして、説明に窮することがあります。宗教の違いという背景もありましょうが、宗教を超えた何かがあるのかもしれない。あとは、衝動的な中絶の決定をしないようにカウンセリングを十分やるとか、待機期間を十分確保する工夫もしています。中絶をする医師の資格も、初期の段階の妊娠中絶と後期妊娠中絶では、医者（医師）の資格が違います。このように、オランダでも工夫があれこれ見られます。

それらを比較してみると、何が良いかという判断は、非常に難しいです。人によっては、日本のモデルの良いところもある、と言う学者もおります。しかし、女性の出産環境の支援という観点からいくと、やはり不十分であると私は思います。

そのためには、インフォームド・コンセントにしても、遺伝子検査に始まり、出生前診断とかいろいろな

技術があるわけで、機械的に説明して「イエスかノーか」という結論を迫るだけの問題ではないわけです。女性の場合には、妊娠してから逆戻りできないという事情がありますので、本当なら、それ以前の段階からいろいろとカウンセリングはあった方がよいと思います。ところが、日本では、それも弱いですね。ましてや遺伝子検査というのは、特にこの点が重要です。

それから、連絡体制、例えば、自宅で出産したいという在宅出産の希望者が増えていますが、助産師がこの業務をやれますが、何かあったときに医師にどうやって連絡するかという体制とかネットワーク、これらもまだ弱いような気がします。課題はあれこれ出てくるわけでありまして。

中絶件数は、絶滅は不可能なことですが、出産の援助をすれば、特に経済支援その他の人的支援をすれば、一定程度は減ると思います。刑罰でいくら強制しても中絶件数は減らないでしょう。墮胎罪で刑法が適用された例は、非常にまれです。もちろん、墮胎罪規定が不要というわけではないですが、刑法では限界があるということです。





## IV 生殖医療

さて、以上のような妊娠中絶ないし堕胎の問題を頭に入れて、生殖医療の問題を考えていかないといけないと思います。初期胚の保護の問題とか家族の問題、倫理の問題、いろいろな問題がここにまた出てきます。

### (1) 人工授精

生殖医療技術は、すごい勢いで進歩しています。もともと不妊克服というのは、19世紀半ばくらいから動物で始まり、人への応用は19世紀末から始まりました。最初は男性不妊（造精機能障害、精子死滅症等）の克服でした。男性不妊の克服のためにどうするか。夫の生殖能力が弱い場合の夫婦間人工授精 AIH に始まり、さらに夫の生殖能力がない場合は第三者から精子をもらう AID というふうに進んできたわけです。

ところが、これについて、日本では明確なルールがあったわけではないのです。ご承知のとおり、慶應義塾大学病院の飯塚理八先生の研究室で長年 AID をやってきました。飯塚先生はもう亡くなられましたけれども、私も、シンポジウムでご一緒したことがあります。慶應義塾大学医学部の学生が提供者になっていたということは公言されています。ただし、産んだ女性にはその提供者の名前を伝えておりませんでした。匿名性でした。

その後、日本産科婦人科学会で、1997年に、AIDについてのルールが決まりました。実は私は、そのときに産科婦人科学会の倫理委員会に呼ばれて意見を述べました。私はもう少し厳格に回数制限をすべきだと主張しましたが、日本では都道府県で医師会が分かれていますからチェックが難しいということで、結局、提供年数を限定することになりました。確

かに、今日は東京、明日は沖縄、明後日は北海道と飛び歩いて提供している人が出てきた場合にチェックのしようがないということになりそうです。しかし、私は、今でもやはり記録を残すべきであり、残したうえで匿名化するという方法がよいだろうと思っています。その子が16歳くらいになったときに、自分の「出自を知る権利」を行使して、記録が残っていれば遺伝学的にこの人が自分の父親だというのが分かるということは保障すべきではないか、と私は考えています。

### (2) 体外受精

その後、1978年にイギリスでルーズ・ブラウンという赤ちゃんが生まれて、体外受精が始まりました。当時は「試験管ベビー」と言われていました。ちょうど私が研究を始めたころで、この技術を何も知らない人は、「試験管のグラスの中に赤ちゃんが誕生してどうやってグラスから出すんだろう」という程度の話でした。しかし、今や何十万人という出生数になり、世界に普及してきたわけです。その後は、夫婦間を越えて、代理出産が始まりました。誰かが代わって赤ちゃんを産んであげるというわけです。

体外受精にせよ、代理出産というのは女性不妊の克服にウエートが置かれるわけです。ある意味で、この技術は恩恵をもたらしました。社会的プレッシャー、家庭内でのプレッシャー、今でも女性にはプレッシャーがあるわけですが、不妊症の女性が子どもをもつ道が開けたということで喜ばれた面もありました。しかし、ご承知のとおり、その成功率は今でも低いわけで、1割5分から2割いくかいかないかです。その療法に向けて、日常のホルモン療法とか、涙ぐましい努力があってもそのくらいの割合という事実は、意外と知られないようです。不妊治療を始めたのはよ

いけれども、それに伴う精神的な負担は相当なものがある、と言われております。そこら辺も、実状を知らないまま不妊治療に取り組む女性もいるわけです。「こんな技術があるからやってみなさいよ」と周りから言われてやっている人も多いようです。「やればうまくいく」と、バラ色のように言われてやってみましたが、そうではない結果になることも多いわけです。

先ほどの妊娠中絶の問題もそうですが、生殖の問題というのは、「女性の尊厳」を根底に据えないと、全体が見えてこない問題だと思います。出産を道具化するということになりますと、「女性の尊厳」、ひいては「人間の尊厳」と抵触する場合があります。その線引きをどこで考えるか、こういう問題になってくるだろうと思います。

### (3) 胚を用いた研究

もちろん、生殖医療技術というのは、研究も必要です。研究だと無条件にやれそうですけれども、研究にもやはり一定の限界があります。この限界というのは、例えば、胚を用いた研究です。不妊の原因がさらにつかめるかもしれないし、それ以外の治療に応用できるかもしれないし、最近言われている再生医療という問題の応用にきくかもしれません。ですから、研究となりますと、ある程度尊重しなければいけませんけれども、無制限ではないわけです。その線引きをどこでやるか、これもまた大きな問題です。

そこで、いろいろな国の規制の動向を簡潔に整理しておきたいと思います。イギリスでは、ご承知のとおり、1990年に「ヒトの受精および胚研究に関する法律」(HFEA 1990)があります。ドイツでは胚保護法(Embryonenschutzgesetz 1990)があります。オーストラリアやフランスもそうです。フランスは、生命倫理法という法律をつくり、大改正をやりました。このよ

うに、1990年代に先進国のいくつかで法整備がなされました。それぞれの国で、どこまでこういう生殖医療技術を使ってよいかという基本的な枠組みを法律でつくりました。

### (4) 代理出産

他方、アメリカは、州によって違いますけれども、基本的にアメリカは訴訟に任せるといことです。例えば、代理出産ですと、ベビーM事件があったのはご承知ですよね。代理出産も、基本的にはホストマザーとサロゲートマザーという2種類があります。体外受精卵をつくってそれを第三者に産んでもらうというホストマザーのスタイルと、卵子までもらって受精卵をつくりそれを提供者または第三者に産んでもらうというサロゲートマザーのスタイルです。ベビーM事件は、サロゲートマザーのケースでした。本件では、産んだ後、自分たち夫婦に返してくださいという契約書までつくったわけですが、いざ産んだ後、その女性は、「その子が見たいので1週間貸してください」、と言って、1週間借りていたら情がわいて、「私が産んだのだから私が母親だ、返したくない」、と主張し、裁判になりました。依頼者の方は、「契約書があるでしょう。だから私が母親です」と主張しました。さすがにこういう契約書は無効だとして、裁判所は契約書の有効性は認めませんでした。裁判所は、「母親は産んだ人だ」ということを認めたのですが、「育てる母親は別だ」と、両方に軍配を上げて、何とかバランスをとったわけです。そんな珍奇な現象が生まれてきたわけです。

そこで、法整備が進んだ国では、少なくとも体外受精の場合、誰が母親かということを法律できちんと書いている国があります。知っているかぎりでは、産んだ人、分娩した人が母親だとしている国がスウェーデ

ンを始め多いです。特に規定していない国もあります。日本では、この問題について法規定はありません。そのため、後から述べるように、裁判が起きるわけです。

### (5) 出生前診断

それ以外にも、具体的問題が次々と起きてきました。例えば、出生前診断が普及してきています。これも、技術的に、古い時代は羊水穿刺でしたが、絨毛検査に移り、やがて超音波診断、そしていわゆるトリプルマーカーテストが登場しました。トリプルマーカーテストは、確率論で正確でないとと言われて今あまり行われていません。今はむしろ遺伝子診断、しかも、これは単なる遺伝子診断ではなくて、超音波診断とセットになっています。

最新の技術を見たことがありますけれども、すごいです。画像診断ですけれども、性別だけではなく、相当詳細な内容が分かります。遺伝性疾患があった場合でも、これが画像に映って、疾患名も分かるようになっています。もちろん、100%正確とは言えないですけれども、驚くべき診断技術と言えましょう。これが目の前にありますと、女性は、赤ちゃんの性別はどちらかということを知りたいでしょうし、それ以外に、先ほど言いましたとおり、本当に疾患がないだろうかと不安になり、それを知りたがるでしょう。そうでなくても精神的には不安がありますから。今の話は、胎児になってからのことですけれども、そのもっと前の段階、着床前診断の問題もあります。もっと早く、何でも早く分かるようにと駆り立てられます。早く分かり過ぎることが本当に幸せか、これは判断が難しいですね。

分かり過ぎる情報、特に遺伝情報となりますと、先ほど言いました優生問題などが出てくるわけです。こんな遺伝性疾患があるんだったら早い段階で中絶し

ようという人も出てくるでしょう。ところが、日本では、正面から胎児障害を理由とした中絶を認めていませんから、結局、産んだら育てるのが大変だという意味での「経済的な理由」に置き換えて中絶を行っているわけです。

しかし、その遺伝の中身をどこで勉強しているかという点、意外と勉強していないのが現実です。法学部やロースクールでも法律を教えています、学生に聞いてみると、遺伝の勉強は、せいぜい一般的には高校時代にやったメンデルの法則ぐらいです（笑）。本当に今まで遺伝の問題をどこで学んでいるのか、心配です。司法研修所ではどうですか、やっていますかね…（「教えてない」の声あり）。アメリカのロースクールでは、遺伝の勉強は必修です。アメリカでは民族差別、人種差別があるものですから、ロースクールではこれ学んでいなければだめだということになります。日本では、法律家でさえ学ぶ場がないのが現状です。本当に遺憾ですね。

遺伝性疾患だって山ほどあるわけでしょう。単一遺伝子疾患、つまりハンチントン病とか今のところ治療法がないと言われている疾患、さらに多因子によって発症する疾患等です。多因子疾患は、食生活とかその他いろいろなものと複合して、——もちろん発症リスクは平均的なものはありますけれども——抑えることもできるわけです。ダウン症の赤ちゃんについても、相当誤解があるわけです。ダウン症患者を専門に担当している先生を知っていますけれども、正確な情報を教えられると、多くの妊産婦の人は「産んでよかった」と言うとのこと。ところが、正確な情報を知らないと、「とんでもない出産をした」と自分も罪の意識を持ち、子どもに対してもそういう意識を持つということ。どこかで情報提供をしっかりとっておけば、悲劇は起こらないということが言われているわけ

す。今から遺伝子検査がもっともっと普及するはずで  
す。そうであるがゆえに、その情報提供を、むしろ教  
育体制の中に取り込まなければだめだ、と私は思っ  
ています。

### (6) 人工授精

それから人工授精のルールについて述べたいと思  
います。AID については先ほど少し述べましたけれど  
も、日本産科婦人科学会は、条件付きでルールの中で  
認めております。しかし、AIH にしても、死後の人工  
授精を予定していませんでした。ドイツでは、死後の  
人工授精、つまり、夫の死後にその精子を使うと胚保  
護法違反で犯罪となります。ドイツらしいですね。

日本では、そんな規定はありません。しかし、ある  
事件で裁判になりました。これは愛媛県で起きました。  
夫が病死して、その遺言の中で、「自分が死んだ後、  
残した凍結精子で妊娠し、出産してくれ、子どもを残  
してくれ」と書いていました。妻は、これを実践した  
わけです。これは、嫡出性を求めた民事事件ですから、  
結局、この子が嫡出子かどうか、つまり実際に父親の  
子どもかどうか争われたわけです。裁判所も揺れ動  
きました。第1審の松山地裁は、自然的な受精・懐胎  
とかけ離れているという理由で死後の人工授精によ  
り誕生した子の嫡出性は認められない、と判示しまし  
た（松山地判平成 15 年 11 月 12 日判例時報 1840 号  
85 頁）。第2審の高松高裁は、逆転して、自然血縁的  
な親子関係が存在し、事実上の父による当該解体につ  
いて同意があったという理由で、請求を認めました  
（高松高判平成 16 年 7 月 16 日判例時報 1868 号 69  
頁）。ところが、最高裁判所は、「父は懐胎前に死亡し  
ているため、親権に関しては父が死後懐胎子の親権者  
になり得る余地はなく」、「死後懐胎子と死亡した父と  
の関係は、法制が定める法律上の親子関係における基

本的な法律関係が生ずる余地のないものである」と述  
べて請求を棄却しました。要するに、通常の夫婦、つ  
まり生存している夫婦というものを想定してでき上  
がったのが民法だという建前論が正面に据えられま  
した。これは、現行法ではやむをえない判断かもしれ  
ません。もっとも、裁判官の中には、速やかな法整備  
の必要性を説く意見を述べた人もいました。

そこで、仮に例外を設けるとすればどうする場合か、  
という点を考えると、海外では、例えば、軍隊に入っ  
ていて戦場に赴くといった場合には例外としている  
国もあるようです。また、不治の病に罹患したような  
場合、きわめて例外的に認める国もあるようです。で  
すから、日本でも何かそういう例外規定を設ける余地  
はあるかもしれません。これについては一時期法制審  
議会で検討したようですが、いろいろと批判に  
あつたようで、頓挫しています。

### (7) 卵子提供

つぎに、卵子提供です。女性が卵子を提供すること  
は、日本では表立っては認められていませんが、長野  
県の根津八紘医師による実例もあり、また、日本の女  
性がアメリカに行って提供するという例が結構ある  
ようです。アメリカの卵子バンクでは、卵子に値段が  
付いています。アメリカの精子バンクでは、精子に値  
段が付いているのはご存じだと思います。普通の人の精  
子は何十ドルですが、ところがオリンピック選手だど  
か、ノーベル賞受賞者となりますと、100 万円以上と  
かいった相場があるようです。中には、インターネット  
で自分の精子をPRして、購入を求めることも多い  
ようです。他方、卵子は数が少ないですから、重宝が  
られます。精子に比べて値段が高いです。アメリカに  
留学中の日本の女子学生がアルバイトかたがた提供  
するという例は、しばしば報告されています。暗黙の

うちにビジネス化というのが進んでいるわけです。

しかし、誰が責任を持って実施しているかという点、この実態調査はあまり正確になされていないようです。医療機関がやれば、ある程度責任を持ってやるでしょうけれども、そうでない業者、ブローカーが介在した場合、どのような条件で精子や卵子を保存して本当に間違いなく提供しているか、定かではありません。アメリカでも、提供ミスがあるようです。「こんな子どもが欲しかったのに、実は産んでみたら肌の色が違っていた」という例もあったようです。特にアメリカですから、人種問題があります。髪の色や肌の色が違うと、裁判で損害賠償を請求するようですが、その子にとっては迷惑な話ですね。チェックが効かないと、そういう問題が起きるということでもあります。

シングルマザーが精子バンクを利用するというケースも増えています。あるいは結婚はしても、「どうせ1人産むなら夫の子は産みたくない、もっと優秀な子を産みたい」という願望で利用されているケースもあるようです。こういう複雑な状況では、家族関係も歪んでしまうということも知っていただきたいと思っています。すべてがバラ色ではないのです。

## (8) 代理出産

代理出産の問題では、向井亜紀さんのケースを皆さんご承知のことと思います。これは、自分たち夫婦の遺伝子を持った受精卵を用いてアメリカ・ネバダ州の女性に子どもを産んでもらったという事例です。向井さんは卵巣がん等々で自ら産めないという事情があったのですが、生まれた子を日本の品川区役所に自分たちの子どもとして届けようとしていました。ところが、区役所から受理を拒否されました。そこで、この夫婦がその決定を不服として東京高裁で争ったところ、東京高裁は、人為的な操作による懐胎または出

生のすべてがわが国の法秩序のなかに受け入れられないとする理由はないとして、逆転でこの夫婦の主張を認める決定を下しました（東京高決平成18年9月29日民集61巻2号671頁）。ところが、品川区役所が最高裁まで争ったところ、最高裁は、高裁の決定を破棄し、外国裁判所の裁判がわが国でも有効となるのは、わが国の法秩序の基本原則（特に公序良俗）ないし基本理念と抵触しない場合であるとして、親子関係は身分関係の中でも最も基本的なものであり、子の福祉にも重大な影響を及ぼすため、明確でなければならず、民法が実親子関係を認めていない者の間には、その成立は認められない、という決定を下した（最決平成19年3月23日民集61巻2号619頁）。

この最高裁決定の直前に、私は、日本テレビの「デイリープラネット～金曜発言中～」という番組の特集「認める？ 認めない？ 代理出産～必要な法整備とは～」(2007年2月16日)に生放送で出たことがあります。私のほか、根津八紘医師（諏訪マタニティークリニック院長）——根津八紘医師は、卵子提供も代理出産も、さらに多胎減数術も日本で初めて実施した人です——、哲学者の加藤尚武博士（京都大学名誉教授、鳥取環境大学名誉学長）、そして日本赤十字医療センター病院の杉本充弘医師（当時：産科部長）の4人で代理出産をめぐる、生討論を1時間にわたりコマーシャル抜きでやりました。日本テレビのCS放送でしたから、あまり皆さん見てないと思いますが、面白かったです。のどかわきましたけれども、とにかく本音で議論しました。その中でも向井さんのケースを取り上げました。ちょうど最高裁の決定が出る直前でした。ネバダ州というのは、実は日本円で代理出産の報酬が400万円くらいかかります。したがって、日本で言えばお金を払って産んでもらうということになるわけですが、それが日本法に照らし

て妥当かが問題となりました。ただし、厳密には日本では禁止規定もないですから、いかなる根拠で区役所が実子届を受理できないかということも問題となりました。最高裁は、「公序良俗」を持ち出しましたけれども、これもやや大ざっぱな議論で、産んだ人が母親だというのが日本法の一般的な理解であるという前提です。ただ、最高裁の判例が出ましたから、当分この線で動くでしょう。

本来ならば、子どもにとっては、少なくとも「誰が母親か」ということは決めてあげないといけない、と私は思います。父親は、もともとやや不確定な部分もあります。現行民法が嫡出子推定規定を置いているのも、それを示しています。ですから、親子関係不存在の訴えを当の父親が起こして、「こんな時期に生まれるはずがない」ということを立証すれば、嫡出性は否定できます。しかし、母親は間違いなく分娩していますから、その事実から母親であることが分かるわけです。ところが、この代理出産で、その前提がややこしくなっています。特に根津八紘医師が扱ったケースでは、ご承知のとおり、自分の娘が産めないものだから 60 歳近い母親が代わりに産んであげたというものです。そうすると、子どもにとっては、「おばあさんが産みの母親」だということになります。しかし、現実には、目の前にいる人が「育ての母親」だということになります。ややこしいですね。姉妹であっても同じです。そういう事情をずっとその子が引きずっていくというのは、いったい子どもにどのような心理的な影響を及ぼすでしょうか。根津先生にそこを聞きました。「根津先生はいろいろなことを率先して実施してこられました、ちゃんとフォローされるんでしょうね。その子が 20 歳くらいになって、きちんと成長したら責任を持ってチェックしてください」、と。そうしたら、「うーん、それは先が長い話ですからね」と

根津先生は言っていました。けれども、例えば、オーストラリアでは、今そのフォローが始まっています。

どうしてかこういうことを言ったかということ、こうした技術で誕生した人が 17~18 歳になってアイデンティティーを持ってない人が結構して、自分の親が誰か分からないということは本人に非常に精神的な不安定さをもたらすことが報告されているからです。人工授精の場合もそうです。誰が提供したかという記録をどこかにきちんと保管しておいて、本人が本当に望んだ場合には「出自を知る権利」を認める方がよいと考えます。ただし、無条件に認めるというわけではないのです。そうすると、裁判所が関わらざるをえません。例えば、家庭裁判所に届け出て、厳しい条件を付けて、本人が、自分のアイデンティティー、出自を知りたいと言ったときには認めるという方式が妥当ではないかと思いますが、今後この点について考えておく必要があります。

それから、母親については、分娩した人が母親となるのが一番分かりやすいので妥当でしょう。そうでないと、遺伝学上の母、産みの母、育ての母、3つが分解してしまうからです。こうした事態は、もっともっと子どもに不安定さをもたらすでありましょう。

## (9) 生殖ツーリズム

あとは、生殖ツーリズムと言われている問題があります。アジアの国、日本もアジアの一員ではありますが、インドとか、その他タイといったような東南アジアでこの問題が出ています。これをどこまで規制できるか、この議論はもっとすべきでしょうね。

臓器移植についても同様の問題が出されました。基本的には自分の国で賄うようにということで、法律ではありませんけれども、国際移植学会イスタンブール宣言とか WHO の勧告案では、そういう方向になって

きました。ところが、代理出産についてはそういう限定がないわけです。しかし、これはいずれ法律問題になると思います。国境を越える問題です。トランスナショナル(trans-national)の問題と言いますけれども、ある国で厳しくしても、規制が緩い国があればそっちに行って産んだらよいではないかということになります。それがどんどん広がっていきますと、おそらく家族法上の問題もしかり、何かあった場合、法律問題となります。つまり妊婦は、代理出産とはいえ、満9カ月は命を預かって産むわけですから、その間に何かあった場合の賠償や補償は誰がやるとか等、いろいろな問題が出てきます。何よりも「母親は誰か」という問題は、大きいですね。インドへ行って産んでもらった、タイに行って産んでもらったといった場合に、もし厳密に「産んだ人がその母親」という規定を設けた場合、その子は戸籍上外国で生まれたということになります。そういう問題をどうクリアするかという課題が出てきます。これは、早急に詰めなければいけない問題だと思えます。

#### (10) 生殖医療のルールづくり

それでは、生殖医療を規制する法律をどういうふうにつくるべきでしょうか。少なくとも親子関係だけだと民法で対処できます。ですから、民法で基本的な枠組みをつくって、それ以外の法律で統一的に生殖医療に関わる法律をつくるのがよいだろうと思っています。私どもは、すでに1994年にプロジェクトチームをつくってこれを提唱しております。当時インパクトはありましたけれども、最終的に国を動かすまでには至りませんでした。当時厚生省の審議会、その後厚生労働省の審議会で、そういう見解を参考に、「立法化せよ」という報告書が出ました。ところが、20年たちますけれども動かないのが現実です。

産婦人科医の先生方も、医療職者だけではもはや限界だということが分かっています。「とにかく自分たちだけでは、どうにもならないので、法律をつくってくれ」と言うけれども、国会議員レベルになると、「禁止まで、あるいは規制までするというのはいかがなものか」という意見も多く、賛否両論が分かれるものですら、なかなかまとまらないわけです。しかし、そうも言ってもらえないと私は思いますね。それでは、その場合、どういうモデルがよいか、という点を最後にお話ししたいと思います。

一番厳格なのは、ドイツモデルです。確かに、妊娠中絶関係は、先ほど言ったとおり、ドイツのモデルが良いです。しかし、生殖医療の規制はドイツの胚保護法による規制は強過ぎると思います。全体が刑法ですので、ドイツでは、実は厳し過ぎて、国内でだめなら外国に行ってやればよいではないか、ということになったりして、ある種のジレンマがあります。

結論としては、やや柔軟なイギリスのモデルがよいだろうと私は思っています。認可庁をつくって、そこに全部チェックをさせて、条件が整った場合だけ認めるというルールです。提供した精子とか卵子とか、全部これらを認可庁が管理しています。誰に提供したかも全部分かります。フランスの生命倫理法のように、民法や刑法を大改正するのは、日本ではできないだろうと思っています。

#### (11) 多胎減数術

多胎減数術の問題もあります。これは簡潔に述べたいと思います。これは、先ほどの墮胎の問題の延長線、そして生殖医療の延長線上の問題です。生まれながら生殖医療に頼ったところ、生殖医療で受精卵を1個だけ母体に戻すというのは妊娠率が低いので複数戻すことになります。かつては5個戻すこともやっていた

## 最先端・次世代研究開発支援プログラム

### 「グローバル化による生殖技術の市場化と生殖ツーリズム：倫理的・法的・社会的問題」

ました。5個だと丸々妊娠した人は5つ子で大変です。そこで人為的に胎児の数を減らすというわけです。今は、一応3個もしくは2個戻すことになっていますけれども、それでも1胎減らしたいといった場合、本当に許されるのか、という問題が現実存在します。生まれたいから無理やり技術を使ってやったのに、今度は多いから減らす、そんな操作やってよいのか、という皮肉な現象を生み出しています。これを堂々と実践したのが、先ほどの根津八紘医師です。根津医師は、「目の前に患者がいるのに逃げることはできない、何とか救いたい」という信念で実践します。根津医師の論理は、すべてこれです。非常にシンプルです。

さて、問題は、この基準です。これはあまり議論されていません。私の著書『生殖医療と刑法』の第8章では詳細に分析しています。関心がある人は、この本を読んでいただくと詳細は書いてあります。

第1に、母体保護法が規定する「人工妊娠中絶」に該当するという見解があります。しかし、こういうことを想定して母体保護法をつくっていませんから、母体保護法の定義は、自然の分娩期の前に母体外に排出することが人工妊娠中絶だと書いていますから、この見解を採用することは難しいです。つまり、対象となる胎児を減らすときに、胎児に塩化カリウムを直接打ち込むわけです。その後、胎児が母体の中から消えていくので、この見解には無理があります。

第2に、刑法37条の緊急避難と解する見解です。これは、持ち出しやすいです。ただし、医療現場で緊急避難と言えるのかどうかは判断が非常に難しいです。産もうと思えば産めるけれども数が多い場合、それが緊急状態と言えるか、医師に判断できないように思います。しかも、日本では、刑法上、緊急避難なかなか認められない現実もあります。それを現場の医師に任せるとするのは、いよいよもって難しいことです。

第3に、リプロダクティブ・ライツを根拠にする見解です。これは、産婦人科医の我妻堯先生の見解です。妊婦の決定を最大限尊重するという点で分かりますが、ただ、これだけだと、男女生み分けなどに利用される可能性があるため、これだけでは弱いだろうと思います。

そこで、第4に、私は、第3の見解を修正する説を唱えています。医学的な根拠、その他、産んだ場合の負担とかいろいろな事情を考えて、やむにやまねずこの方法を選んだ場合、例外的に処罰しない、というものです。刑法理論的には、違法性阻却になるのか責任阻却になるのか、これはいろいろ難しいですが、少なくとも犯罪の成立は阻却されてもよいと思います。



## V 今後の課題

最後に、今後の課題を述べておきます。日本産科婦人科学会は、着床前診断について特にいろいろと条件付きで研究レベルで認めるスタンスをとっております。今、日本では、特定の疾患と認められるときに倫理委員会に申請して、産科婦人科学会の倫理委員会が



## 最先端・次世代研究開発支援プログラム

### 「グローバル化による生殖技術の市場化と生殖ツーリズム：倫理的・法的・社会的問題」

承認しないと着床前診断ができないという前提になっています。着床前診断は、どこの国でも難しい問題です。

その中で、イギリスは結構率先して着床前診断を実施しています。イギリスは、そういう意味では割り切った国です。どうしてかという、重度の障害児が生まれて、その治療をせず死にゆくにかかせるよいか、という問題があるものから、そんな問題が起きるくらいだったら着床前診断で事前に対処した方が皆が苦しまなくてもよいと考えているからです。イギリスは、功利主義の国だといえますけれども、本当にイギリス人らしい考えです。

着床前診断については、ドイツでも最近動きがありました。先ほど、ドイツに一昨日まで行っていたという話をしましたが、ドイツではある事件が起きました。着床前診断は、従来の胚保護法の1条1項2号により、卵細胞が由来する女性に妊娠をもたらすこと以外の目的で卵細胞を人工受精させることは犯罪です。それから、2条1項で、体外で生成されたヒト胚をその意に役立たない目的で利用することを禁止しており、これに違反しても犯罪です。最近、これに関する事件が実際起きて、PGD、つまり着床前診断を実施した医師がこの罪に問われたわけでありました。しかしながら、これは妊娠させる意図で体外受精を行ったわけですから、その一環として着床前診断の検査を実施したということでした。もっぱら妊娠をもたらすことだけに向けられたという背景が本件ではあったようです。したがって、連邦通常裁判所（最高裁）は、2010年7月6日、無罪判決を下しております。

この判決をきっかけにして、胚保護法が初めて改正されました。2011年の7月7日、着床前診断は原則として刑罰で規制するという前提をとりながら、ただ、

連邦通常裁判所が下した判決をもとに、一定の要件が満たされた場合には許容するというふうに明文で決めました。遺伝子検査法という法律も、ドイツでは数年前(2009年)にできています。それとセットで運用されることになるかと思えます。着床前診断を実施した場合も、その記録は匿名化されて中央の機関できちんと管理することになっています。4年ごとにきちんと報告書をつくるという厳しい条件があります。そこまですれば認めるという、非常にドイツらしい厳格なルールであります。それについて、ドイツ連邦医師会も、公式意見を表明しています。

こういう問題は、今後日本でも出てくる可能性があります。それから、遺伝子検査や出生前の胎児診断も、どんどん精密化していますから、これにどう対応するか、課題はたくさんあります。残り30分ぐらいございますので、あとは皆様方からいろいろご意見をいただいて私も勉強したいと思います。少し長くなりましたが、これで終わりにいたします。(拍手)

**司会:** 甲斐先生、ドイツからお帰りでお疲れのところ、大変ありがとうございました。日本では、人工妊娠中絶と生殖医療、両方とも生命の誕生に関わることでありますが、その点についてどれだけきちんとした具体的、そして法的な議論がされてきたかというところで、両者同時に視野に入れて考え直していかなくちゃならないというお話だとお聞きました。中でもいろいろな論点に触れられたと思いますけれども、皆さん何かご質問などございますか。

**藤田真樹（金沢大学研究員）:** 大変興味深い講演どうもありがとうございました。特に憲法学的な観点から、墮胎中絶の問題に関しまして質問があります。新憲法下になってから、個人の自己決定権ですか、憲法13

## 最先端・次世代研究開発支援プログラム

### 「グローバル化による生殖技術の市場化と生殖ツーリズム：倫理的・法的・社会的問題」

条の問題として比較的認められやすくなったといふところがあると思います。一方で、子どもの権利というのは、刑罰的には一部が母体から露出しなければ人と認められないし、民法では、胎児が母体から全部露出しなければ人としての権利が発生しないということになっています。おなかの中にいる間は訴訟を誰かに代理してやってもらうということになる。例えば、子どもが先天的障害を抱えている可能性があるというときに、憲法14条の平等原則の違反の問題というものもひょっとしたら潜在的に存在しているんじゃないかと思ったのですが、日本の場合は、必ず事件が起きて裁判所法3条の争訟性というものが認められないと憲法判断できない、と。一方で、ドイツの場合は抽象的審査制というのを認めていますね。そういう意味でいったら、子どもの方の問題として考えて、例えば、平等原則の問題として考えたときに、抽象的審査制をとっているドイツにおいては子どもの保護もしやすいけれども、日本においては具体的な訴訟にならない、なおかつおなかの中にいる間は人として扱われませんので、日本の憲法的な観点でいうと、平等の権利という面では問題なのではないかなと思ったのですが、この点について先生のご意見を御伺いできませんでしょうか。

もう一点、家制度というもの、天皇の子として子どもが位置付けられていたから不妊手術を強制的にしていけないという法律が戦前にあった、先生はそういうふうにおっしゃったと思いますけれども、例えば、生まれてきた唯一の子が障害を持っていた、そういう場合は何らかの障害を抱えているとしても、とりあえず誰かと結婚させて家族制度を維持する、そういう観点からも維持されていたのではないかなと僕はちょっと思ったりしたのですが、家制度というものに対して先生はどのようなふうに、家族の多様なあり方という

方向で肯定すべきか、それとも新しい家族の形態というのを許容するという意味で否定していくべきであるとお考えなのか、この点についてお聞かせいただけないかと思います。

甲斐：まず、第1点は非常に重要な問題ですね。私も、先ほど、この辺を簡単に述べましたけれども、法で規制する場合には根拠が必要です。私は、柱をいつも立てて議論していますが、3つの柱があります。1つ目は、女性の尊厳、それに裏打ちされた健康権です。これは、特にカントを持ち出すまでもなく、人を手段としてのみ使ってはならないという大原則であり、今でもドイツでも使われますけれども、これは大事な点だと思います。

それから2つ目は、子どもの福祉です。これは今言われたことと関連して、やはり子どものことを考えないといけないわけです。当事者が自分たち夫婦の問題として子どもが欲しいという願望は分かりますけれども、その先、子どもがどうなるかということを考えずして、自分たちの欲求だけで動いてよいのか、それを医療者が安易にサポートしてよいのか、という問題があります。

子どもについては、子どもの権利条約というものもありますし、医療では世界医師会のオタワ宣言の中にきちんと医療に関する子どもの権利が謳われております。私は、子どもの固有の権利があると思うので、これは最大限尊重しなければいけないと思います。ところが、おっしゃるとおり、日本ではそれがなかなか実現しにくい事情があります。したがって、裁判で決着つけるというのも1つですけれども、裁判を起こすことが困難であれば、これについてはもう少しいろいろな角度から、子どもの権利の実現の方策だとか、これを支援するルールをつくるべきではないかと思っております。

## 最先端・次世代研究開発支援プログラム

### 「グローバル化による生殖技術の市場化と生殖ツーリズム：倫理的・法的・社会的問題」

今、実は小児医療の問題も研究していきまして、その中で、いかにして子どもの権利を医療の中で守っていくかという問題に取り組んでいますが、そのためには子どもを支える制度が必要だと痛感しています。イギリスでは、メンタルキャパシティ・アクト(Mental Capacity Act)という法律がありまして、意思決定ができない人のための法律です。これは、子どもと、例えば、認知症患者とか高齢の人も対象にしています。日本でも、そういう類の法律が必要ではないかと考えています。イギリスのその法律の中では、ベストインタレスト(best interests)という用語があり、この言葉をイギリスの議論ではやたら使います。これは、家族の利益になってしまっただけではいけないので、子どもの固有の利益をどう守るか、それが権利につながるという考えです。そういう類の法律も今後日本でも考えておかなければいけないと思っています。

3つ目は、社会的有害性、つまり商業化の禁止という視点です。商業化を認めてよいという見解もありますが、私は、やはり、この種の問題で商業化が進むというのは弊害をもたらさずだろうと思っています。第1の問題はそういうことです。

第2点の家制度については、戦前の家制度みたいなものに戻れというのは、間違いだと思います。家制度が害をもたらしたからこそ、日本国憲法で価値転換が行われたわけです。そうかといって、現状のように家族が孤立してしまうというのが本当によかったかということ、昨年の東日本大震災以降、「絆」ということが言われますけれども、家族のありようといいますか、これは法律でどうのこうのという問題とはまた違う次元ではないかと思っています。法制度としては、それぞれのプライバシー権に基づいた家制度でよいと思います。あとは、社会の問題としてどういうふうにネットワークをつくるかというのは、政策の問題だと思います。

ます。法律で縛ってしまうというのはよくないでしょうし、それはまた、逆の弊害をもたらします。社会レベルで「絆」をあちこちにつくるというのは不可能ではないと思います。しかも、家族形態は、今後ますます多様になるでしょう。

生命倫理学者にトリストラム・エンゲルハートという人がいます。ご存じの方も多いと思います。彼が4年前に早稲田大学に来まして、子どもの医療について講演をしてもらいました。私が訳したものがあります。これは、家族の分析をしています。伝統的な家族とそうでない家族等、彼は3つの類型を挙げていました。そして、現代では統一的な家族観を持つのは難しいと述べています。つまりは、再婚して子どもがいるという組み合わせとか、その他、同性婚とか、アメリカでは同性婚を含めいろいろなケースがあるので、家族という枠で全部縛るのは難しい、と述べています。多様な家族構成を認めたらうえて、その中で子どもをどう守っていくか、その視点を今後考えないといけないな、という気がします。

**質問者 1:** 先生のお話の中で、1つちょっと教えていただきたいことがあるのですが、実は先ほど先生が、衝動的な中絶を避けていくためにも、相談兼カウンセリングだとか、中絶するまでの待機期間というものを持つことが大変必要で、このことが日本の現実というものにも合っていて、中絶の数を多分に減らしていくことができるのではないかというお話がございました。

私どもは、実際にそういう妊婦さんと出会って、その妊婦さんのお話を聞いて、そして相談というカウンセリングに近いような対応の中で、中絶に向かっていく人たちのお話を聞きながら、少しずつ出産に関してのお手伝いをしている団体ですけれども、逆に今度は

## 最先端・次世代研究開発支援プログラム

### 「グローバル化による生殖技術の市場化と生殖ツーリズム：倫理的・法的・社会的問題」

もっとそれを前進させていくためには、例えば、その相談の制度をどこに導入していけばよいのかという問題があると思うんです。現実的に母体保護法というのは中絶法であって、その中絶法の中に相談というのは持ち込むことができるのか、それとも母子保健といういわゆる福祉の保健のあり方の中に持つてくることのできるのか。しかし、母子保健という妊娠、出産に関して保険が適用されていない中にそういうものを持ち込むことができるのか、それとも新たに地方の条例というようなところに相談の窓口をつくっていくことがいいのか。実際やっている側としては、そこら辺でちょっと迷っているところが現実的な問題としてあります。

それと、もう1つ、今、アメリカではどうなっているんだろうか、この中絶の問題は。というのは、優生保護法とか母体保護法の問題が政治的な問題として挙がったときには研究書が増えますけれども、現実ここ10年ぐらいほとんどそういう論文を見ないなというふうに思いまして……

**甲斐：**確かに、最近、論文も少ないですね。10年ぐらい前はずっと本も出ていますね。今は論文や本を書いてもしょうがないという現状があって、おそらく今の体制はしばらく続くだろうと思いますね。

**質問者1：**ですから、先ほどおっしゃった判事のお名前をちょっと教えていただけますか。

**甲斐：**片仮名でアントン・スカリヤという有名な判事です。

**質問者2：**子ども手当というのが、民主党の政権の中で、今、1万5,000円ぐらい子どもに出されていますけれども、生まれてからの子どもに1万5,000円出ていますけれども、子どもの生命というのは妊娠から始まると思うので、10カ月前にさかのぼって、子どもに手当をするのでなくて、お母さんに手当をする方法が

あってもいいんじゃないかと。中絶をいかにして少なくしていくかという構造をどうつくるかという問題から考えると、そういうことが考えられるのかなと思いますが、先生はどうですか。

**甲斐：**2つとも良い質問ですね。最初の質問の「相談」、これは大変大事で、相談が増えれば大分変わると思います。ただ、どこにそういうのを義務付けるか。本当は一番良いのは、母体保護法の基本的性格を変えて、その中に設けるとというのが1つの方法かもしれません。まさに母体保護と、親に対する援助といいたいでしょうか、そんな法律に変わっていけば、その中に設けてよいでしょうけれども、現行法では、確かに、あのままどこに設けてよいかというのは、難しい問題ですね。違う法律を別途つくることも考えられます。

一番良いのは、先ほどのドイツの家族支援法みたいなものをつくって、それとセットにするというのが私は一番妥当だと個人的には考えています。これは、そんなに実現が難しいとは思わないです。その中で、第2の質問と関係して、その支援の一環として妊娠段階から妊婦・家族を援助する規定を設けて支援をすれば、だいぶ状況は変わってくるのではないかと個人的には考えます。その案も今ずっと練っていますが、いかがでしょうか。

**質問者2：**たしか京都の山田知事だったかな、妊娠というのは女性と子どもの問題だけじゃなくて家族全体の問題だから、家族法みたいなものをつくっていく必要があるのではないかと……

**甲斐：**家族法でそこまで盛り込むかどうかというと、たぶん民法でありますから難しいかもしれません。基本法をつくってそこに入れるのが一番良いかもしれません。おっしゃるとおり、大変大事な質問だと思います。私は、ドイツのような法律は不可能ではないと思っておりますけれども、まだこの法律を知らない人

多いですね。金澤文雄先生以降、この法律を学者があまり取り上げてないので、私も、この問題もう少し積極的に発信したいと思っています。

**質問者 3:** ちょっとよく分からないんですけども、今まで生殖医療で子の福祉とか出自を知る権利というのは、特に日本では全然考えられてこなかったと思いますけれども、ただ、スウェーデンなどでは出自を知る権利というのは保障されている……

**甲斐:** スウェーデンは、たしか保障しています。

**質問者 3:** 法律上はきちんと保障されているけれども、実際に子どもが自分の出自を知りたいと思うかという、なかなか請求は少ない、ほとんどないというふうに聞いたことがあります。もしご存じでしたら、それは親の方が知らせることによって子との関係が変わってしまうとか、そういう心理的に抵抗が強かったりして……

**甲斐:** これは難しいですよ。強制告知というわけにいかないですから、これは例外的にというレベルの数になるかもしれません。しかし、マイノリティーであれ、機会を保障してやるという意味で、少なくとも聞かれたら対応できるというシステムは、私は良いのではないかと思います。国によってこれはずいぶん対応が違います。出自を知る権利、それは認めない方がよいという見解もあります。そんなのは知らないのが一番良いと言いますが、分からないことほどジレンマに陥ることはないですから。

**質問者 3:** 日本の体外受精で生まれた子どもが30歳を超えたりして、出自を知る権利を保障すべきだと発信されている方で……

**甲斐:** 日本の場合、現段階ではそれが分かる前提でやられているケースが多いですからね。近親者だとかその他。

**質問者 3:** 全然分からない中ですごくもがいていくと

いう実態が強いと思いますけれども……

**甲斐:** そう思いますね。

**質問者 3:** 法律をつくって保障することも必要ですし、子どもが知らせてくれと言って知らせると、どうしても親の方が、社会の中で子どもを育てていく場とか、テーマの方が違いますが、そういう社会的な状況を変えていかなければ、子が知らせたときに親とちぐはぐになってしまって、その後の関係が……

**甲斐:** そう思いますね。

**質問者 3:** 実際どうしたらいいんでしょうか。

**甲斐:** これは難しいでしょうね。どなたか名案はないですかね。

**質問者 4:** 手続保障として、知りたければ知れるというのは必要じゃないかと思えますよね。そういうのが保障されていれば、そんなに気にならないというか、知りたいときには知れるからそれでいい。だけど、絶対にそれが秘匿されているということになると、やはり近親交配の問題とかそういう問題が出てきますから、やはり何らかの形で知るすべは、権利とまでは言わないけれども、手続としては残しておかないと、全くそれが誰も追及できなくなってしまうのは生物学的にもちょっと怖いかと。

**甲斐:** 去年でしたか、あるシンポジウムで実際そういう手法で生まれてきた女性の方が意見述べていました。少々ジレンマがあるとおっしゃっていました。その人は、そういう人たちでネットワーク持って、同じ苦悩が分かり合える人がいるということで救われる部分もあるというようなことも言っていました。しかし、これは少し次元が違う話ですから、制度としては今おっしゃるようにつくっておくべきだと個人的には思います。実現できるかどうかは分かりませんが。そうすると、裁判所が管理するとかいう方向への改正にもいきますから。なかなか日本の法改正というのは、

動かないですね。ある意味で大変大事な問題だと思います。

**質問者 5：**私、実はネバダ州で何年か前勉強しているときに、女性の権利として中絶するかしないかということ、今でもそれを言っていますよね。反対運動していますから、女性の権利であると。ところが、私は助産師ですけども、日本では、先ほどどなたかおっしゃいましたが、家族として、父母、妻と夫の結果として子どもができるというふうにとらえているように私は感じて、そういう意味で日本では、先ほどおっしゃった母性保護という観点からよりは、むしろスウェーデンの母子支援ですか、そっちの方へ行きやすいのではないのかなと感じますけれども。

**甲斐：**そういう方が良いのかもしれませんね。スウェーデンをはじめ、北欧はいろいろ工夫してやっていますね。私の知り合いでそれを専門にやっている方がおりますので、もう少し詳細に聞いてみたいと思います。少なくともスウェーデンではそれがうまくいっているということです。それ少し研究してみたいと思います。貴重なご意見です。

**質問者 6：**貴重な話ありがとうございました。私も、人工妊娠中絶、生殖医療、統一的な法律をつくるべきだという考えには心から賛同するものですが、先生の今日のご講演を聞いている限り、人工妊娠中絶については経済的理由というのを濫用され過ぎていると先生はご懸念なさっているんですか。

**甲斐：**うーん、濫用という表現が適切かどうか分かりませんが、その名目で全部ブラックボックスみたいにそこに放り込まれているのがむしろ問題ではないかと思えます。本来、立法当初は、本当に育てるのが大変だ、産んでから大変だということが頭にあったわけです。それが高度経済成長を経ても、いつでも、とにかくするものがこれしかないわけです。母体の

健康以外、これしかないわけです。それでよいのか、ということなんですね

**質問者 6：**1つの議論で、胎児条項ちゃんとあるべきだというのがありますよね。

**甲斐：**これはこれでまたいろいろと問題があります。昔の日本母性保護医師会（日母）、今は名前変わりましたね。日母ではなくて、産婦人科医会です。これが一かつてゼロ次案というレベルでつくったことがあります。ところが、これが袋叩きになりました。日本では、胎児条項を案として出すととんでもないことになるということで、ゼロ次案で消えました。潜在的にはそれを動かしたいという人はいるけれども、実際かなり難しいでしょう。やはり疾患でどこか線引きをしますから、それに該当する人は、きちんと生活している人もおられるわけで、自分たちは法律から見放された存在だということを法律がお墨付き与えることとなりますから、そこが一番難しい点です。私も、胎児条項だけにはどうも踏み切れません。ですから、個別に対応するしかないような気がします。イギリスは割り切っていますけれども。

**質問者 6：**先生は、今の枠組みを維持したままで、できるだけ妊娠中絶の数を減らしていこうというお考えなんですか。

**甲斐：**先ほど2つ言いましたけれども、経済条項は、別条項に移した方が良く思っています。今の14条1項ではなくて、違う条項に持っていくのです。もう1個は、ドイツのような、妊婦と家族を支援するという法律でさらにサポートするという意味での法律をつくっていくべきではないかと考えます。先ほどスウェーデンの話が出ましたから、それらも参考にして取り入れられればよいですけども、支援というのをもっと鮮明に出すような法律があれば、中絶を合法化することを強化するよりはそっちの方が良いのではな

最先端・次世代研究開発支援プログラム

「グローバル化による生殖技術の市場化と生殖ツーリズム：倫理的・法的・社会的問題」

いかと思っています。

**質問者 6：**そういう話になりますと、例えばドイツやスウェーデンはほとんど子どもの医療費だの教育費だのがかからない、非常に支援が手厚い、あるいはドイツにしてもフランスにしても、できるだけ中絶をさせないために国が全面的にバックアップをして養子制度を制定して、匿名出産制度なんかもつくってというのがありますよね。日本では匿名出産も不可能で、養子縁組も事実上、専業主婦家庭でないといけないような現状等あって、すごく……

**甲斐：**ギャップがありますね。

**質問者 6：**お金がかかるというところからして変えていかないと、ちょっと難しい気がします。

**甲斐：**法律だけが突然できるわけではないです。だから、これは法律だけで、法律家だけで解決できる問題ではないのです。それこそ多方面の人の意見を集約して、そういう声というのがかなり一般的に受け入れるような仕組みをつくっていかないといけないだろうと思いますね。

**質問者 6：**逆に言いますと、今は経済条項というのが非常に重い意味もあるんじゃないかと、個人的には考えています。

**甲斐：**それはありますよね。

**質問者 6：**1人目が障害を持っていたから、2人目もしも障害があつたら中絶するという……

**甲斐：**そういう場合はやむをえないですね。

**質問者 6：**簡単に使ってよい経済条項じゃないと思うんですが、そういう意味で、別扱いにしますと経済的理由というのが厳しくなって、死活問題になってくるんじゃないかという懸念もあります。

**甲斐：**そういう考えもあるんですね。ありがとうございました。確かに、独立して判断されるとなると厳しくなりますね。もう少し考えさせてください。

**司会：**予定の時間を過ぎてきましたので、もし何か最後に1つだけ質問がありましたら。特にないようでしたら、これで終わりたいと思います。今日は、皆さんお忙しいところお集まりいただき、また甲斐先生には長い間お話をいただき、誠にありがとうございました。

(拍手)

(終了)