

2008年1月31日、日本学術会議主催公開講演会「生殖補助医療のいま」での発言

加藤尚武

- 1、検討課題の設定について／この検討委員会が発足したとき時に、私は「代理懐胎を許可するか禁止するかの議論をするほどの時間は与えられていない。代理懐胎が許可されても、禁止されても、親子関係をどのように定めるかの議論は必要であるから、この点に絞って検討すべきである」と主張しましたが、受け入れられませんでした。
- 2、報告書のとりまとめについて／「代理懐胎は当事者の自由な契約によって行うことを許可すべきである」という意見（完全自由化論）をもつ委員はいませんでした。約半数の委員は、「代理懐胎は適切な限定条件をまもるような制度を作って許可すべきである」という意見（限定的許容論）を支持しています。約四分の一の委員は、代理懐胎は法的に禁止すべきだが強い罰則は不要であるという意見（不可罰的禁止論）を支持しています。約四分の一の委員は、代理懐胎は法的に禁止すべきであるがゆえに、罰則が必要であるという意見（可罰的禁止論）を支持しています。報告書は、著しく可罰的禁止論に偏るという過ちを犯していますが、委員会の平均的な見解を伝えることは、委員会報告の本来の目的ではありません。もともとこの委員会は両論併記というタテマエで発足したものですから、現実に存在しない統一見解という虚像を作り上げるのではなく、議論の対立状況を明確にすることに専念すべきであったと思います。
- 3、許可するか禁止するかの検討方法について／代理懐胎は憲法の認める幸福追求権の適用例となるから禁止できないという許可論も、代理懐胎は（日本産婦人科学会の会告同様）危険で人間の尊厳に反するから禁止するという禁止論も、理論的な想定にもとづく判断であって、代理懐胎の実例に則した判断ではありません。本委員会では、代理懐胎の依頼人となった人（一名）から事情を聴取しました。私は「依頼者も懐胎者も子どもも、代理懐胎の結果として幸福を得た」と判断しました。この事例に法律によって禁止するような危険・害悪・公共の福祉に反する要素を見出すことはできなかったので、「代理懐胎を全面禁止にするという決定は過ちである」と判断しました。ある医療行為を麻薬濫用や覚醒剤濫用のように禁止するためには、その経験者に高い確率で危害 (harm) が発生することが、理論的想定ではなくて、臨床的事例を通じて、証明されることが必要ですが、代理懐胎はその要件をみたしていません。
- 4、代理懐胎の倫理的チェックポイント／赤ちゃんと懐胎するお母さんとの間には、特有の精神的絆 (bonding) が生まれて、その絆から引き剥がされると、どちらの心にも精神的な傷が残るといふ仮説があります。この仮説から、代理懐胎は絆からの剥離

という精神的な危害 (harm) を引き起こすから、法律的な禁止の対象とすることができるという理論が作られます。本委員会で面接した代理懐胎依頼者の方からの情報によると、そのような危害は懐胎者にも子どもにもどうやら発生していないと想定することができます。精神的絆 (bonding) 理論そのものが否定されるという帰結になるとは思いませんが、「精神的絆からの剥離で精神的危害が発生するから、代理懐胎は禁止するべきである」という判断は当面、裏付けを欠いていると思われます。

5、代理懐胎を許可する条件／依頼者の側に子どもを育てる責任感と懐胎者の側に子どもを産むことで他人を幸福にするという貢献心のあることが、心理的必要条件となります。当事者が、それ以外の条件をふくめて、必要条件を満たしているかどうかについては、適切な第三者機関 (家庭裁判所など) で審査をうける必要があると思います。

依頼者の適格性

- a、不妊の原因が「子宮を持たない」など、代理懐胎以外には自分の子ども持つことが、全く不可能である場合を、「絶対的適応」とよび、該当者は代理懐胎を依頼する権利をもつ。
- b、現在の医療水準では妊娠出産することがきわめて困難であったり、高い危険を伴う場合を、「相対的適応」とよび、現在の医療技術のもとでは絶対的適応と同じように妊娠出産が不可能であると、複数の産婦人科医が証言した場合には、代理懐胎を依頼することが認められる。
- c、不妊ではないが、代理懐胎を希望する場合を、「便宜的利用」とよび、代理懐胎を依頼する権利を認めない。また、将来、便宜的利用への拡張はありえないとすべきである。

懐胎者のパーソナリティの適格性

子どもを引き渡すことの心理的な苦痛を、むしろ他人に生きる喜びを与え、使命を達成する自己充足に転換することができるようなパーソナリティが選ばれるべきである。

6、引き渡しの法的拘束力について／依頼者と懐胎者間の契約が、「公序良俗に反する故に無効」(民法90条、公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする) となされないためには、契約の有効性を保障する法的手続きが必要になります。それによって代理懐胎者が、母親としての権利義務を免除されるということを法律的に保障することになります。懐胎者が子に対して母親としての権利・義務を持たない以上、子どもの帰属は、依頼者にあることになります。

7、親子関係の決め方について／民法では、父子関係は約束主義で決める、母子関係は自然主義で決まるという仕組みが、ローマ法以来使われてきました。母子関係は懐胎

分娩した者＝母というルールで決まり、自分の妻が産んだ子どもは特別依異存がなければ夫の子となるという仕組みです。日本の民法 772 条には「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」と書かれています。父子関係は普通に観察しただけでは証明できないという実情がここには組み込まれています。だからこそ母子関係が自然的な事実で 100% 確実に決まることが、家族関係全体の要石になります。つまり分娩者＝母というルールが、すべての家族関係の要石なのです。この要石を動かすと、父子関係までぐらぐらしてきます。庶民の実感では、父子関係も母子関係も、性交の結果として懐胎分娩するという自然的事実によって決まると思われています。

8、分娩者＝母というルールが維持できない理由／「妻が婚姻中に懐胎した子」が、妻の卵子によって生まれた子であることは 100% 確実だという前提で法律が作られています。代理懐胎という方法が可能になった以上、元々の含意と違った意味になってしまっています。分娩者＝母というルールのもとでは、ある妻が、自分の卵子では子どもができないと分かって、他人の卵子と夫の精子によって受精卵を得て、自分のおなかで赤ちゃんを産んだ場合には、その人は遺伝的には「実母」ではないにも関わらず、法律的には「実母」として扱われます。ところが依頼者夫婦の受精卵を代理懐胎で産んでもらうと遺伝的には「実母」であるのに、法律的には「実母」として扱ってもらえません。代理懐胎という方法がなかったときには、遺伝的には「実母」であるのに、法律的には「実母」として扱ってもらえないという不合理は生じなかったのです。分娩者＝母というルールに新しい意味ができてしまっています。それを（国会の議決など）国民的な再確認の手続きをしないで、相変わらず法律的に有効だと見なすことはできません。

9、法的な親子関係の確定について／分娩者＝母は、法典に書かれているのではなくて、判例によって確定したルールです。このルールについて、変更を必要とするのは、卵子の提供者と懐胎する人が同じでない場合だけで、それ以外の場合は全て従来と変わりません。問題となるのは、父子の決定ルールである「妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定する」というルールが、他人の精子で子どもを得る可能性がない時代に作られて、そのまま認められてきたという事情を追認するかどうかです。「夫が、自分の精子で作られた子ではないと知りながら、自分の妻が産んだのだから自分の子だと認めたのだから、遺伝的なつながりがなくても実子として認める」という解釈を認めるのであれば、生殖補助医療の場合でも父子関係は変わらないこととなります。次の 6 つの場合で、「卵子提供および／または懐胎を引き受けた者は母としてよい」というルールを採用すると次のようになります。

- 1) 夫の精子、妻の卵子、他人の腹 妻が母
- 2) 夫の精子、他人の卵子、妻の腹 妻が母

3) 夫の精子、他人の卵子、他人の腹 妻は母ではない。

4) 他人の精子、妻の卵子、妻の腹 妻が母

5) 他人の精子、妻の卵子、他人の腹 妻が母

6) 他人の精子、他人の卵子、妻の腹 妻が母

10、連結可能匿名制／分娩者＝母というルールを維持すれば、他人の卵子で産まれても実子となります。分娩者＝母というルールを代理懐胎の場合に適用しないことにしても、他人の精子や他人の卵子で生まれた子が「実子」として認められます。すると法的な親子関係と遺伝的な親子関係が一致なくなります。遺伝的な親子関係を記載した記録を残して、必要に応じて開示する連結可能匿名制の採用が推奨されます。

(以上)