

【論 説】

ドイツにおける代理懐胎合法化論について：Hoven/Rostalski の見解を中心として

川 口 浩 一

目 次

1. 問題の所在
2. ドイツにおける代理懐胎の刑事規制の代理懐胎合法化・非犯罪化論
3. 日本の議論への示唆

Mater semper certa est?

1. 問題の所在

石井美智子先生（以下敬称略）は、2007 年の論文「代理母—何を議論すべきか」⁽¹⁾において、「代理懐胎は、代理懐胎者に多大なリスクを負わせ、生殖の手段として扱うものであり」、「また生まれてくる子の福祉の観点からも望ましいもの」ではなく、「さらに現実社会には経済的に格差があり、実子へのこだわり、女性に対する産む役割への期待が大きい日本の状況を考慮すると、代理懐胎は禁止すべき」であるが、「しかし、仮に、代理懐胎が認められる場合がある

(1) 石井美智子「代理母—何を議論すべきか」ジュリスト 1342 号 (2007 年)10 頁。なお「代理母」という語は多義的であり、「親になりたい人の依頼で親になる意思のない女性が生殖補助医療によって代理懐胎すること」の総称として用いられることもあるが、石井・前掲 10 頁（及び 11 頁の別表）に倣って総称として「代理懐胎」という語を用い、①人工授精による場合を「代理母」、②体外受精による場合を「代理出産」とし、③第三者が卵子の提供を提供する場合を「第三者卵子型代理出産」と呼ぶ。

とすれば、無報酬で代理懐胎を引き受ける女性がいる場合に限られるべきである」⁽²⁾とされる。現在日本においては、日本産婦人科学会会告「代理懐胎に関する見解」⁽³⁾において代理懐胎の実施・あっせんを禁止しているが、「この会告は、あくまで会員に対するものであり、会員に対しても強制力はな」⁽⁴⁾、法的規制は存在しない。2020 年末に第三者の精子や卵子で生まれた子の親子関係を定める「生殖補助医療の提供等及びこれ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法律（令和 2 年法律第 76 号）」（生殖補助医療法）⁽⁵⁾が成立した際、規制のあり方については「2 年をめぐりに検討」とされていたが、一部で限定的容認論が出ている⁽⁶⁾。しかし倫理的・医学的（生物学的）観点からの反対

(2) 石井・前掲注(1) 22 頁（また「営利の代理あっせん業は禁止すべきであり、違法な代理懐胎に関わった医師を処罰することによって違法行為を防止すべきである」とする）。金成恩「代理懐胎問題の現状と解決の方向性—日韓の比較を通じて（3・完）」立命館法学 341 号（2012 年）357 頁以下は日本の学説を①否定説、②肯定説及び③制限的肯定説に分類し 364 頁以下で石井説を③に分類している。

(3) 同会告は次のように規定している（https://www.jsog.or.jp/kaiin/html/kaikoku/H15_4.html 最終閲覧日：2022 年 11 月 30 日、以下同じ）。

「1. 代理懐胎について

代理懐胎として現在わが国で考えられる態様としては、子を望む不妊夫婦の受精卵を妻以外の女性の子宮に移植する場合（いわゆるホストマザー）と依頼者夫婦の夫の精子を妻以外の女性に人工授精する場合（いわゆるサロゲイトマザー）とがある。前者が後者に比べ社会的許容度が高いことを示す調査は存在するが、両者とも倫理的・法律的・社会的・医学的な多くの問題をはらむ点で共通している。

2. 代理懐胎の是非について

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。

理由は以下の通りである。

- 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

この会告の制定過程及びその適用に関しては石井・前掲注(1) 13 頁以下参照。

(4) 石井・前掲注(1) 14 頁。

(5) 同法については石井美智子「生殖補助医療法の成立—その意義と課題」法律論叢 94 巻 4-5 号（2022 年）1 頁以下参照。

(6) 朝日新聞の 2022 年 8 月 31 日の記事（足立菜摘・市野塊「代理出産、浮上した限定容認論：専門家が懸念する『感情の搾取』」<https://www.asahi.com/articles/DA3S15401338.html>）によれば 8 月 29 日の自民党の会合で、国内で臨床研究の準備が進む「子宮移植」が実用化されるまでの時限的な措置として厳格な要件の下で代理出産を認めるべきだという意

論もあり「代理懐胎が認められるかどうか、認められる場合にはどのような制約が付くか現段階では不明である」⁽⁷⁾とされる。

一方、日本と異なり既に代理懐胎（代理出産）の前提となる医師による体外受精卵移植の移植行為及びそのあっせん行為を刑事罰の対象とするドイツ法⁽⁸⁾においても、2021年末に成立したいわゆる「信号機連立」政権の連立協定⁽⁹⁾において、利他的な代理懐胎を可能にするために現行の代理懐胎関係の処罰範囲を緩和することが提案されたために、その是非を巡って議論がなされている。以下では特に医事刑

見があったとされる（古川俊治座長の談話）。同記事では、代理出産を認めた場合、生じうる問題について、中塚幹也教授（岡山大大学院・生殖医学）のコメントとして「これまでの議論をふまえると、国内では商業的な代理出産はそぐわない」としたうえで、「カップルの母親が代理母となった場合、超高齢での出産になるリスクがあり、高齢妊娠は、妊娠を続けられなくなるような合併症の可能性が高まること、姉妹が代理母になれば医学的なリスクは下がるが、引き渡しや相続をめぐるトラブルの可能性や、社会的な課題は残ることが指摘され、また柘植あづみ教授（明治学院大・医療人類学）のコメントでは「営利目的の実施は禁止できても、どうしても子どもが欲しい人と、納得して引き受ける人がいれば家族間などでは禁止することはできないと思う」とするが、「女性のからだを、子どもを産むための手段として使うことにならないか」という懸念があること、海外では、代理出産で障害がある子どもが生まれ、依頼者が引き取りを拒否した事例も報告されており、同様の事例が起きたときに、子どもが育つための環境や権利を保障するための制度も議論する必要があること、米国では商業的な代理出産が認められている州もあり、経済的な格差を背景として移民や、白人以外の人たちが代理母になるケースが多いと報告されているが、所得や社会的地位が低い女性に対し、あっせん業者が「人の役に立てる仕事で、感謝される」と強調して代理母を募ることで、日常で感謝される経験を得にくい人たちの気持ちを利用する「感情の搾取」が起きていることも懸念されることが指摘されている。なお子宮移植に関しては三重野雄太郎「子宮移植をめぐる倫理的問題」社会学部論集 69号（2019年）119頁以下；石井・前掲注（5）25頁以下（同26頁では「子宮移植の問題も、不妊治療として、生殖補助医療と合わせた検討が必要であろう」とする）などを参照。

(7) 水野紀子「生殖補助医療を考える」法学教室 506号（2022年）86頁以下、89頁。

(8) ドイツ法における代理母（Ersatzmutter）の問題についての概観としては、差し当たりドイツにおける代表的な医事法の教科書における Volker Lipp in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 8. Aufl., München 2021, VIII Rn. 25 ff. (S. 305 ff.) の記述を参照。

(9) Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), S. 116（われわれは、刑法典外における妊娠中絶の規制及び卵子提供並びに利他的代理懐胎の合法化を検証するリプロダクティブ自己決定権及び生殖医療に関する委員会を設置する [Wir setzen eine Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin ein, die Regulierungen für den Schwangerschaftsabbruch außerhalb des Strafgesetzbuches sowie Möglichkeiten zur Legalisierung der Eizellspende und der altruistischen Leihmutterchaft prüfen wird]）。

法の領域において数多くの論文を発表している著名な刑法学者であるライプチヒ大学の **Elisa Hoven** とケルン大学の **Frauke Rostalski** 両教授 (**Professorinnen**) によるかなりラディカルな代理懐胎合法化・非犯罪化論⁽¹⁰⁾を紹介し、日本の議論と比較してみたいと思う。

2. ドイツにおける代理懐胎の刑事規制の代理懐胎合法化・非犯罪化論

(1) 現行の刑罰規定

ドイツでは現在、代理懐胎については胚保護法⁽¹¹⁾ 1条1項7号⁽¹²⁾により、子を出産した後、永続的に第三者に譲渡するつもりでいる女性（代理母）に人工授精を行い、又はヒトの胚を移植した者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処される⁽¹³⁾。但し、これに反しても、同条3項2号⁽¹⁴⁾によれば代理母と依頼者両親は

(10) *Elisa Hoven/Frauke Rostalski, Zur Legalisierung der Leihmutterschaft in Deutschland, JZ 2022, 482 ff.* 刑事規制の当否を扱ったその他の最近の文献として *Alexandra Esser, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar? Eine rechtsphilosophische Analyse, Baden Baden 2021; Luise Paetow, Sollte die Leihmutterschaft in Deutschland zulässig sein? Abstammung und gesellschaftlicher Wandel, KriPoZ 2022, 346 ff.*

(11) Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG): “Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2746), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. November 2011 (BGBl. I S. 2228) geändert worden ist”. 同法については川口浩一・葛原力三「ドイツにおける胚子保護法の成立について」奈良法学会雑誌4巻2号（1991）77頁以下参照。

(12) (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer
1. (...)

7. es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen.

(13) さらに同法1条1号以下によると、自然妊娠以外の方法によって代理母が妊娠することを可能にする一切の施術、すなわち卵子の由来する女性の妊娠以外の目的のために、当該卵子を人工的に授精させることなども禁止され、この違反にも3年以下の自由刑又は罰金刑が科される。

(14) (3) Nicht bestraft werden

1. (...)

ドイツにおける代理懐胎合法化論について：Hoven/Rostalskiの見解を中心として（川口）

処罰されない。この禁止を担保するために、養子あっせん法⁽¹⁵⁾第13c条により、代理懐胎斡旋行為（Ersatzmuttervermittlung）は禁止され、違反した場合にはその行為者は1年以下の自由刑または罰金刑に処され（同法14条b条1項）、営業又は業務的（gewerbs- oder geschäftsmäßig）なあっせん行為の場合は、3年以下の自由刑又は罰金刑が科されている（同条2項）。但し、ここでも代理母及び依頼者夫婦は処罰されない（同条3項）。

（2）現行刑罰規定の正当化論拠とそれに対する批判

Hoven/Rostalskiは、このような代理懐胎に関する刑罰規定の正当化論拠を検討し⁽¹⁶⁾、結論的には現在挙げられている根拠によっては現行刑罰規定を十分に正当することはできないとする。

a) 子を持ちたいと望む両親（Wunscheltern）と代理母（Leihemutter）の保護に値する利益

ドイツの基本法6条1項は、家族形成の自由を保障しており、これは、自然生殖過程への国家的介入からの保護のみならず、生殖補助技術を利用する自由をも保護するものである。また自分たちの遺伝的情報を子へと引き継ぐ利益は「人間の基本的欲求に由来するものであり、それゆえ一般的人格権を反映したものとして承認される」⁽¹⁷⁾べきものである。また欧州人権裁判所のDickson v United Kingdom判決⁽¹⁸⁾においても父と母の遺伝的に類似した子を持つ権利は「人格の存在又は同

2. in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 7 die Ersatzmutter sowie die Person, die das Kind auf Dauer bei sich aufnehmen will.

(15) Gesetz über die Vermittlung und Begleitung der Adoption und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz): Adoptionsvermittlungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.12.2001 (BGBl. I 2002 S. 354), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.02.2021 (BGBl. I S. 226).

(16) 特にこれらの刑罰規定は憲法的に正当化される必要がある。その点についてRostalski, Der Tatbegriff im Strafrecht, Tübingen 2019, S. 64 ff., 77 ff.

(17) Christian Hillgruber, Gibt es ein Recht auf ein Kind? JZ 2020, 12 ff., 13 (Das Interesse daran, die eigene Persönlichkeit auch dadurch zu entfalten, dass man sie in Gestalt der eigenen genetischen Ausstattung an eigene, von einem selbst abstammende Kinder weitergibt und damit in gewisser Weise das eigene Personsein fortsetzt, entspringt einem menschlichen Grundbedürfnis und ist daher als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzuerkennen.).

(18) Dickson v United Kingdom [2007] ECHR 44362/04 (Grand Chamber, 4 December

一性の特に重要な観点」とみなされている。また代理懐胎によって子を持ちたいという望みが、それが禁止されていることによって充足できないということが、子を望む両親に精神的負担を生じさせているということも指摘されている⁽¹⁹⁾。そして、代理懐胎の禁止は、一方で遺伝的に近親性のある子を望む女性の権利と、他方で、任意になされた代理懐胎の処罰は、代理母の一般的行為自由とも抵触するものであるとされる⁽²⁰⁾。

b) 主な刑罰規定の正当化論拠とその問題点

Hoven/Rostalski が批判の対象としている主な代理懐胎関係の刑罰規定の正当化論拠は、aa) 子の尊厳 (Würde) と人格発達 (Persönlichkeitsentwicklung) の保護、bb) 代理母の法的地位の保護、cc) バイオ医学的ディストピア (Biomedizinische Dystopie) : 「すばらしき新世界」の防止のための代理母の禁止 dd) 伝統的婚姻・家族観の保護の 4 つである。

aa) 子の尊厳と人格発達の保護

一般によく挙げられる論拠として、代理懐胎は、生まれてくる子の人間の尊厳⁽²¹⁾に反するという主張がある⁽²²⁾。しかしこの論拠は全ての代理懐胎に妥当するものではないし⁽²³⁾、まだ生まれていない将来の子の尊厳と受精卵の生命の保護との衝突という矛盾した結論に陥るという問題もあり、実際に問題となるのは子の尊厳の侵害ではなく、せいぜいその子の出生後に生じうる精神的葛藤のリスクであろうとされる⁽²⁴⁾。しかし最近の実証的研究によれば、そのリスクはそれほど高いものでは

2007)= NJW 2009, 971. 同判決の紹介として河合正雄「受刑者と生殖の自由 -ヨーロッパ人権裁判所判例を題材として-」青森法政論叢 16 号 (2015 年) 18 頁以下参照。

(19) Marina Wellenhofer, in: Münchner Komm. zum BGB, Bd. 10, 8. Aufl. München 2020, § 1591 Rn. 48.

(20) Hoven / Rostalski JZ 2022, 483.

(21) Rostalski (Fn. 16), S. 37 ff.

(22) 例えば KG, Beschl. v. 01.08.2013 - 1 W 413/12, FamRZ 2014, 1575. Vgl. Taupitz in: Hans-Ludwig Günther/Jochen Taupitz/Peter Kaiser, Embryonenschutzgesetz: Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Grundlagen, 2. Aufl. Stuttgart 2014, C II § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 14: この論拠によれば「その子は、すでにその譲渡しの意図によって創られ従って初めから人間の尊厳に反した態様で客体へと格下げされている (bereits mit Transferabsicht gezeugt und somit von vornherein in menschenwürdigem Weise zum Objekt degradiert)」とされる。

(23) Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser (Fn. 20), C II § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 14.

(24) Hoven / Rostalski JZ 2022, 483 f.

ないことが明らかになっているのである⁽²⁵⁾。

bb) 代理母の法的地位の保護

これには、さらにα) 代理母の人間の尊厳の保護とβ) 精神的負担からの代理母の保護の論拠が主張されている。

α) 代理母の人間の尊厳の保護

代理母の人間の尊厳の問題については、たとえ代理母が代理懐胎に同意していたとしても、売春⁽²⁶⁾と同様に代理母の尊厳を害するものであるという主張が特にフェミニズムの立場⁽²⁷⁾からなされているが、Hoven / Rostalskiは、その主張は女性の性と身体に関する自己決定能力を否定する「問題のある自由理解 (problematisches Freiheitsverständnis)」に基づくものであるとして批判している⁽²⁸⁾。

β) 精神的負担からの代理母の保護

次に禁止の根拠としてよく挙げられるのは、代理母が出産した子を引き渡す際に、とりわけその子と別れ難いという感情から生じる精神的負担からの保護であるが、そもそも感情の保護が刑法の任務に含まれるかという原理的な問題⁽²⁹⁾があるとともに、仮にそれを認めるとしてもそのような負担があることの実証的な確認が必要となるが、これについても最近の実証的研究⁽³⁰⁾によれば子の精神的

(25) この点に関して詳しくは *Paetow*, *KriPoZ* 2022, 351.

(26) 売春と代理懐胎を比較した論文として *Christian F. Majer*, *Die Vermietung des eigenen Körpers – Verträge über Leihmutterschaft und Prostitution*, *NJW* 2018, 2294 ff.

(27) *Hoven/Rostalski JZ* 2022, 484 Fn. 30は、*sophie Lewis*, *Full Surrogacy Now*, *London* 2019, pp. 29, 153; *Avi. Katz*, *surrogate Motherhood and the Baby-selling Laws*, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. 20 Issue 1 (1986), 1, 13; *Sheela Saravanan*, *A Transnational Feminist View of Surrogacy Biomarkets in India*, *Singapore* 2018, pp. 49, 178 をその例として挙げている。

(28) *Hoven/Rostalski JZ* 2022, 485.

(29) 刑法による感情の保護を部分的に承認する見解として *Elisa Hoven*, *Ratio und Reichweite des strafrechtlichen Schutzes von Flaggen*, *JZ* 2022, 835-839 f. 否定する見解として *Frauke Timm (Rostalski)*, *Gesinnung und Straftat: Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht*, *Berlin* 2012, S. 107 ff.; *Tatjana Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, *Frankfurt am Main* 2005, S. 78 ff., 108 ff.

(30) *Susanne Lilian Gössl/ Anne Sanders*, *Die Legalisierung der Leihmutterschaft: Vorschläge für die familienrechtliche Regelung in Deutschland*, *JZ* 2022, 492 ff., 492. m. w. N.

負担と同様に、それほど高いリスクはないし、残存リスクも後述の手続規定の導入によって軽減することが可能であり、いずれにせよ刑罰で担保された代理懐胎の禁止による「パターナリズム (Paternalismus)」を正当化するものではないと Hoven/Rostalski は評価するのである⁽³¹⁾。

cc) バイオ医学的ディストピア：「すばらしき新世界」の防止のための代理母の禁止
さらに人間のクローンとの対比などから、代理懐胎を含めた人工的な生殖技術一般に対して、それは、現代の社会における「自然な」⁽³²⁾生殖過程を動揺させ、遺伝的に管理され、階級化された「すばらしい新世界」⁽³³⁾へと導くものであるという批判があるが、これについても Hoven/Rostalski は、確かにこのような階級化や、それに伴う搾取の問題はすでに現代の社会においても生じているものであり、代理懐胎の解禁によってそれらがさらに促進されるという懸念も、後述の手続規定などの自由答責性を担保する制度の構築により解消可能なものであるとする⁽³⁴⁾。

dd) 伝統的婚姻・家族観の保護

最後に代理懐胎がドイツの伝統的婚姻・家族観に反するという批判についても、Hoven/Rostalski は、現代のドイツ社会においてはすでにそのような伝統的婚姻・家族観自体が変化しており、そのような「特に宗教的サイドからの特定の道徳観 (partikulare Moralvorstellungen) は、刑罰によって担保された代理懐胎の禁止を正当化するには適合しない (nicht geeignet)」とする⁽³⁵⁾。

c) 小括

以上の考察に基づき Hoven/Rostalski は、これまで主張されてきた代理懐胎の刑法的禁止を正当化する論拠のほとんどのものは、いずれも理由のないものであり、唯一懸念される代理母の自己答責的な決定のリスクを、法的に予防し、最小化することが課題となるとする⁽³⁶⁾。そして彼女らは、以下で紹介するようなそのた

(31) Hoven/Rostalski JZ 2022, 486.

(32) 自然性論拠に関しては Rostalski, Das Natürlichkeitsargument bei biotechnologischen Maßnahmen, Berlin 2019. S. 13 ff.

(33) オルダス ハクスリー (Aldous Huxley)・黒原敏行訳『すばらしい新世界』(2013・光文社古典新訳文庫) 参照。

(34) Hoven/Rostalski JZ 2022, 486 f.

(35) Hoven/Rostalski JZ 2022, 487.

(36) Hoven/Rostalski JZ 2022, 487. 日本における同様の見解として、三重野雄太郎「ドイツにおける生殖医療と法的ルール」甲斐克則編『生殖医療と医事法 (医事法講座第5巻)』(信山社・2014年) 195頁以下(特に代理母については207頁以下、211頁)は、ドイツ

めの手続規定を提案しているのである。

(3) 代理母の自由答責的な決定の保護

以上で見てきたように Hoven/Rostalski は、代理母が自由答責的に決定した代理懐胎をも禁止し、その違反に刑事罰を科す現行の胚保護法の規定（同法 1 条 1 項 7 号）は憲法的にも、刑事政策的にも正当化できないものであり、大幅な代理懐胎の合法化を提案しているが、代理懐胎に関する法的規制の全てをなくすことを主張しているわけではない。すなわち、特に代理母の自由答責的な決定を担保する手続的保障規定を設け、それに違反した場合にのみ制裁を科すというモデルを提案するのである。

a) 利他的な代理懐胎のみの合法化？

まず合法化に際して問題となるのは、前述の「信号機連立」政権の連立協定⁽³⁷⁾のように、「利他的な (altruistisch)」代理懐胎の合法化を限定するののかという点である。これに対して Hoven /Rostalski は、そもそも「利他的／利己的」という基準は、限界事例においては不明確であること⁽³⁸⁾、自己決定権・自由答責性統制性を重視する立場からは、内心の動機による区別には問題があり、例えばその基準によればドイツでは一定の条件のもとで合法化されている売春⁽³⁹⁾や、ポルノグラフィ・AV 動画などへの出演等についてもこの基準が妥当するのかなどの問題があり、「利他的な」代理懐胎に限定することには懐疑的な立場をとる⁽⁴⁰⁾。

b) 代理母の自由答責的な決定の手続的保障

したがって Hoven /Rostalski にとって重要な基準は、上述のように自由答責的

の議論を検討した上で、生殖医療技術には様々な問題点があり、一定程度の規制は必要だが、単に倫理的に良くないというだけで規制するなど、法益保護が根底にない禁止は行き過ぎであり、出生前診断、着床前診断、(商業主義を除く)代理母については、現時点では、保護法益や処罰根拠が不明確であり、刑事規制は妥当でないとする。

(37) Koalitionsvertrag (Fn. 9), S. 116.

(38) 例えば、妊娠の必要経費とそれを超えた報酬の区別についても必ずしも一律の基準によって区別することは困難であろう。

(39) Vgl. Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz - ProstG):“Prostitutionsgesetz vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3983), das durch Artikel 2 des Gesetzes vom 21. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2372) geändert worden ist”.

(40) Hoven /Rostalski JZ 2022, 487 f.

決定 (*freiverantwortliche Entscheidung*) といえるかどうかである⁽⁴¹⁾。代理懐胎において、このような自由答責的決定を保障するためには、特に前節で述べた代理母の精神的な葛藤や搾取の問題を考慮すると、一定の手続きを定める制度的担保が不可欠となるとされ、以下のような手続規定が提案される⁽⁴²⁾。

aa) 代理母に関する手続規定

α) 助言会話とその後の熟慮期間

このような自由答責的決定を担保する制度として *Hoven/Rostalski* が提案するのは代理母になることを希望する者に助言・相談会話 (*Beratungsgespräche*) を義務づけることである。そこでは医学的適応や精神的葛藤に関するリスクなどの心理学的助言などととも、とりわけ法的状況の説明がなされなければならない。さらにこのような会話後、代理母には少なくとも 1 ヶ月間の熟慮期間が必要とされる⁽⁴³⁾。

β) 代理母の出産経験

さらに、*Hoven/Rostalski* によれば代理母になる条件として出産に伴う精神的負担の問題などを顧慮して、すでに出産経験がある者に限定する必要がある⁽⁴⁴⁾。

γ) 卵子提供による実施

次に、代理母と子との間に遺伝的關係がある場合については引渡しに際してより問題を生じやすいので、卵子提供による代理懐胎の場合に限定すべきであると *Hoven / Rostalski* はいう⁽⁴⁵⁾。

δ) 代理懐胎の回数制限の否定

最後に 1 回だけに限るなどの代理懐胎の回数制限も提案されているが、健康上の危険などが懸念されない場合については、*Hoven/Rostalski* は回数制限の必要はないとしている⁽⁴⁶⁾。

(41) *Hoven / Rostalski* JZ 2022, 488

(42) *Hoven / Rostalski* JZ 2022, 487 ff.

(43) *Hoven / Rostalski* JZ 2022, 487 f.

(44) *Hoven / Rostalski* JZ 2022, 488.

(45) *Hoven / Rostalski* JZ 2022, 488.

(46) *Hoven / Rostalski* JZ 2022, 488 f.

bb) 子を望む両親に関する手続規定

α) 助言会話の義務づけ

Hoven/Rostalski は、親になることを望む両親に対しても、代理母になることを希望する者と同様に、助言・相談会話を義務づけることである。ここでも法的状況・医学的適応の説明、精神的葛藤に関するリスクなどの心理学的助言、とりわけ家庭的圧力などの自由答責性に影響を与える事情の有無などの確認も必要となるとされる⁽⁴⁷⁾。

β) 医学的又は生物学的適応

次に、Hoven/Rostalski によれば、通常の妊娠が出来ない医学的・生物学的適用も必要となる（そのことによって例えば「ライフスタイル」を守るための代理懐胎の利用などは排除されよう）⁽⁴⁸⁾。

γ) 少なくとも両親の一方と子の間における遺伝的近親性（genetische Verwandtschaft）

さらに Hoven/Rostalski は、自分と遺伝的に近親性を持つ子を持つことは両親にとっての根本的な願望であり、それが医学的又は生物学的理由から叶えられない場合の助けとなるのが、代理懐胎であるのだから、それが認められる要件として少なくとも両親の一方と子の間における遺伝的近親性があることが要件とされるべきだとする⁽⁴⁹⁾。

cc) 代理懐胎に関する手続規則の違反に対する法効果

最後に Hoven/Rostalski は、以上のような手続規則に違反した場合の法効果について議論している。そこで考えられる制裁としては、Hoven/Rostalski は、①刑事罰、②秩序罰（秩序違反法上の過料）、さらには③医師法上の資格制限等の制裁が考えられるが、①の刑罰は性質上重大な法違反について科されるもので、このような手続の規定違反に対して賦課するのは妥当ではなく、むしろ手続規定に違反して代理懐胎を実施した医師やクリニックに対しては、刑罰よりも③の職業法の制裁が効果的であるとされるのである⁽⁵⁰⁾。

(47) Hoven / Rostalski JZ 2022, 489.

(48) Hoven / Rostalski JZ 2022, 489.

(49) Hoven / Rostalski JZ 2022, 489.

(50) Hoven / Rostalski JZ 2022, 489.

c) 関連規定の整備

aa) 代理母のあっせん

ドイツにおいては上述のように代理懐胎のあっせん業も禁止され、その違反に対する刑事罰も科されているが、Hoven/Rostalski は、これについても合法化・非刑罰化すべきであるという徹底した提案を行なっている。この論点は、商業化の禁止の問題とも関連しており、前述の利他性に関する彼女らの見解によれば、業として行われること自体が刑事罰を根拠づけるということは、最近連邦憲法裁判所の違憲判決⁽⁵¹⁾が出された業による自殺幫助を処罰したドイツ刑法 217 条⁽⁵²⁾や、現政権になって削除された妊娠中絶に関する広告を処罰する同法旧 219a 条の問題⁽⁵³⁾や、さらに (Hoven / Rostalski が例としてあげているわけではないが) 臓器売買の当否⁽⁵⁴⁾なども関連論点として議論されるべきであろう。

(51) BVerfGE 153, 182.

(52) 217 条の規制に批判的な見解として Thomas Weigend / Elisa Hoven, § 217 StGB – Bemerkungen zur Auslegung eines zweifelhaften Tatbestandes, ZIS 2016, 1 ff., 3; Georg Freund / Frauke Timm (Rostalski), Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJ zu einem Gesetz zur Strafbarkeit der gewerbsmäßigen Förderung der Selbsttötung, GA 2012, 491 ff., 491; Freund / Rostalski, Warum Normentheorie? Zur selbständigen Bedeutung vorstrafrechtlich legitimer Verhaltensnormen, auch und gerade im strafrechtlichen Kontext, GA 2020, 617 ff., 629 ff.

(53) 2022 年 7 月 19 日に施行された Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB), zur Änderung des Heilmittelwerbegesetzes, zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes, zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch und zur Änderung des Gesetzes zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen vom 11.07.2022 (BGBl. I S. 1082) によって削除された。削除前の議論については深町晋也「人付が妊娠中絶に関する情報に接するとき」同『家族と刑法：家族は犯罪の温床か?』(有斐閣・2021 年) 所収 212 頁以下参照。

(54) これに関しては拙稿「臓器売買罪の保護法益」法律時報 79 卷 10 号 (2007 年) 42 頁以下; 同「臓器売買罪の保護法益」城下裕二編『生体移植と法』(日本評論社・2009) 所収 109 頁以下で紹介した臓器売買解禁論も参照。これに対し「臓器売買罪及び同斡旋罪の処罰根拠は、これらの行為が臓器提供者及び被提供者に対する経済的搾取となる可能性があり、提供者に対しては同時に、その健康を害する危険のある行為である、という点に求め」、「実際には搾取があったとは言えないような事案であっても、対価のやり取りが行われればこれらの罪は成立し得るから、その意味では、パターンリズムの見地から処罰化された抽象的危険犯である」とする見解として一原亜貴子「臓器売買罪の保護法益について」岡山大学法学会雑誌 64 卷 3・4 号 (2015 年) 103 頁以下、117 頁。なお医療倫理的観点から臓器売買の論点を論じた最近の文献として田村京子『生体臓器移植の倫

bb) 親子関係に関する規定

代理懐胎の刑罰的禁止を廃止した場合⁽⁵⁵⁾、それに関連した家族法的規定の変更も必要となる。代理懐胎においては、様々な人物、最低でも子を望む両親、代理母及び生まれて来る子の法的地位、さらに精子卵子の第三者提供の場合はその提供者の法的地位も問題となる。家族法上特に問題となるのは、遺伝上の母親と妊娠・出産した母親（「産みの母」）が異なる場合に誰が母親になるのかという問題である。ドイツにおいては民法（BGB）1591条は「子の母は、その子を出産した女性である（Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat）」と規定しているが、Hoven/Rostalskiは、この規定は代理懐胎の禁止を前提として導入されたものであり⁽⁵⁶⁾、代理懐胎の禁止の解除の際には、見直しが必要であり、出産者が母であるとするのが「自然」だという論拠に対しては、前述の親の遺伝的な繋がりのある子を残したいとする利益・関心は、進化論から見ても自然なもの⁽⁵⁷⁾であり、遺伝上の母と遺伝的つながりのない代理母はいわば共同母（Co-Mutter）であり、後者のみを母親とすることは疑問であるとし、「家族法的規制において決定的なのは、これらの関与者の利益を適切に調整する（in einen angemessenen Ausgleich zu bringen）ことである」とする。そして、これに関する民法上の規定の整備の重要性を強調し、その際の利益衡量を関連する事項を詳細に検討し、Gössl/Sandersが現行の懐胎・出産者が母であるという代理母の決定権を重視している⁽⁵⁸⁾点について

理：臓器をめぐる逡巡と規範』（慶應大学出版会・2020年）がある（同・122頁も『「公的臓器市場」においても、報酬を目的とする臓器売買は貧しい人々を搾取するものであり、認めるわけにはいかない」とする）。

(55) Hoven/Rostalski JZ 2022, 490は、関連問題として妊娠中絶の決定権の問題も挙げている。なお前述の連立協定においては人工妊娠中絶の規定の見直しについても検討課題とされている（Koalitionsvertrag [Fn. 9], S. 116）。

(56) BT-Drs. 13/4899 (Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts [Kindschafts-rechtsreformgesetz – KindRG]), S. 52 („In § 1591 BGB-E wird für die Fälle der Ei- oder Embryonen- spende klargestellt, daß Mutter des Kindes im Rechtssinne allein die Frau ist, die das Kind geboren hat. Diese Regelung ist im Interesse der Vermeidung einer „gespaltenen“ Mutterschaft, insbesondere von Leihmutterschaften in der Form der „Ammenmutterschaft“, geboten“), 82 („Diese klare Regelung dient auch der Verhinderung von Leihmutterschaften“).

(57) Hoven/Rostalski JZ 2022, 490は「自己の遺伝子を残すことは生物の自然である（die Weitergabe der eigenen Gene ist also in der Natur der Lebewesen）」とする。

(58) Gössl/Sanders, JZ 2022, 497 f.

て、少なくとも自由答責的な決定によって代理母が、出産後の子の引渡しについても（遺伝上の）両親と合意した上で懐胎した場合については、遺伝的な両親の意思を優先させるべきではないかと Hoven/Rostalski は主張する。そして遺伝的な両親への関心を持つ子の利益・権利（自己の遺伝的出自を知る権利）を考慮に入れる必要があることを Hoven/Rostalski は強調している⁽⁵⁹⁾。

(4) 展望

以上のような検討を踏まえて Hoven/Rostalski は、結論として現行の胚保護法 1 条 1 項 7 号による例外のない刑罰的禁止は、もはや憲法的にも刑事政策的にも正当化できないものであり、「代理母の合法化は、多くの希望に反して子を持っていない人々に、その望みを叶える可能性を開くことになろう」とする。すなわち、代理母や子の尊厳の侵害を懸念する必要はないし、「推測されている、関与者の精神的健康に関する重大な危険は、実証的研究によって反駁されている。残された、代理母の決定の自由答責性に対するリスクは、手続規定、—とりわけ助言会話 (Beratungsgespräch) の義務づけ—によって広く最小化されうるので、そのようなリスクによっては最早包括的な禁止は正当化され得ないのである。」しかし Hoven/Rostalski は、このことによって「立法者に胚保護法 1 条 1 項 7 号を補充なく (ersatzlos) 削除したり、包括的に利他的な代理懐胎をそこから除外したりすることを推奨するわけではな」く、「むしろ法学者と医学者 (Rechtswissenschaftlerinnen und Medizinerinnen)」との意見交換による有意義な自由答責性の保護のための手続制度の構築とそれを担保する家族法的な規定の制定がされなければならない」として以下のように述べる。すなわち「代理懐胎への法的対応においては、—純粋に刑罰的なテーマだけを扱うのでも、専ら民法的なテーマのみを問題とするのでもない—全体的アプローチが必要となる。現在の法状況は、それぞれの当事者の利益状況

(59) その点で *Hillgruber JZ 2020, 12, 15* が、この引渡しは「代理母の尊厳の観点から (mit Blick auf die Menschenwürde der Leihmutter) 任意にのみなされなければならない」とするのは「驚くべきことだ」と Hoven / Rostalski は、次のように批判する。すなわち「ここにおいて人間の尊厳 (Menschenwürde) が援用されるならば、原則的に子は一例えその子の保護のためであったとしても—両親の意思に反して家族から引き離すことはできなくなってしまう」ことになり「この議論において子の利益 (Belange des Kindes) が著しく軽視されることになる」からである (*Hoven / Rostalski JZ 2022, 491 Fn. 96*)。

ドイツにおける代理懐胎合法化論について：Hoven/Rostalskiの見解を中心として（川口）

に適切に対応したものではない。今こそ変革の時であり、刑法的観点から見れば代理懐胎の部分的な合法化（*teilweise Legalisierung der Leihmutterschaft*）がそれに属するのである。」⁽⁶⁰⁾

3. 日本の議論への示唆

以上で紹介した Hoven/Rostalski の合法化論は、「信号機連立」政権の連立協定における「利他的な」代理懐胎に限り合法化するというモデル（限定的肯定説）を超えた、自由答責性の確認を中心とした手続規定を伴う全面的肯定説であり、ドイツにおける現行の刑事規制による全面的否定説をラディカルに転換するものであり、その手続違反についても刑事罰を科すべきではないとされているので、代理懐胎は全面的に非犯罪化されることになる。これは理論的に一貫したものであり、否定説や部分的肯定説（特に「利他的」な場合に限定する見解）への批判は鋭く、日本における議論においても参考になろう。また代理懐胎の合法化に伴い、家族法上の規定、特に母とは誰であるのかという規定の見直しが必要であるという指摘は特に重要である。日本においても生殖補助医療法は、「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」として同法第9条においてドイツ民法1591条と同様に（但し代理懐胎の是非については留保した上で）「女性が自己以外の女性の卵子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、その出産をした女性をその子の母とする」という規定をおいているが、部分的にせよ代理懐胎を合法化した場合にこの原則を適用することは、子を遺伝的な親に引き渡すかどうかの決定を完全に代理母に委ねてもいいのか、遺伝的な母についても少なくとも「共同母」の地位にあるのではないかとの疑問がある。また専ら「利他的な」場合のみに限定することは困難であることは Hoven/Rostalski の通りであるとも思うが、しかし無限定に商業化を認め、完全に自由市場に委ねてもいいのかについては、臓器売買の議論との対比を含め、より慎重な検討が必要であろう。さらに Hoven/Rostalski が提案する手続規定についても、その法的性質⁽⁶¹⁾・法効果の間

(60) Hoven/Rostalski JZ 2022, 491.

(61) 刑法における手続化の議論一般に関しては、天田悠「刑法における『手続化』論の基礎的考察：ドイツにおける諸学説の批判的検討を手がかりとして（1）（2）（3・完）」香川法

題など残された課題も多い。

以上、長年石井美智子先生が中心的な研究テーマとされてきた代理母・代理懐胎の問題について、刑事規制を伴う全面的禁止の立場をとってきたドイツの立法においても、その緩和の動きが出てきたことは、今後の改正の動向を含め非常に注目に値するものであろう。本稿では十分検討し得なかった代理懐胎に関する家族法的问题との関係を含め、あるべき法的規制の検討を続けていくことをお約束しつつ、本稿を先生に捧げたいと思う。

(明治大学教授)

学 39 卷 3・4 号 155 頁以下；40 卷 1・2 号（2020 年） 67 頁以下；40 卷 3・4 号（2021 年） 303 頁以下（本論文について飯島暢「刑事法学の動き：天田悠『刑法における「手続化」論の基礎的考察（1～3・完）』」法律時報 93 卷 12 号 [2021 年] 148 頁以下参照）；同「外国文献紹介：フランク・ザリガー『（刑）法における手続化』」早稲田法学 94 卷 2 号（2019 年） 247 頁以下などを参照。さらに医事刑法における生命保護の領域における手続的思考の意義に関して vgl. Julia Ströhlein, Prozedurale Lebensschutzkonzepte des Medizinstrafrechts: Eine Analyse der prozeduralen Vorschriften am Anfang und am Ende des strafrechtlichen Lebensschutzes, 2021.