

は、絶対的に避けなければならないと考えられる*9)。

たとえば、トルコは、国外での配偶子提供や代理出産について、2010年に制定された生殖補助医療規制法により刑事罰を以て臨んでいる。これは、子の先祖(ancestry)を変更または曖昧にすることは不法であると考えられるためである。仮に、トルコ居住のトルコ人が海外に出かけて卵子提供を受けると、その関係当事者(提供を受けた当事者のみならず、仲介者、提供者も含む)は、1年から3年の懲役に処せられるという*10)。

商業的代理出産に対する国内の規制立法は、実際には、国外での行為をも禁ずる結果を導く。たとえば、代理出産を依頼したカップルを法律上の両親と認めるインド、ウクライナ、アメリカ等において代理出産が行われ、かつ依頼カップルの本国であるベルギー、フランス、ドイツ、英国では、分娩女子(代理母)を法律上の母親としていた場合、後者の裁判所は、出生子の本国への連れ帰りを認めない判決を下し

*9 Van Hoof & Pennings, p.192.

*10 Zeynep B Guertin, Banning reproductive travel: Turkey's ART legislation and third-party assisted reproduction, *Reproductive BioMedicine Online* (2011) 23, 555, (以下、Guertin) p.558.

なお、この規制につき、Van Hoof & Pennings, p.190 は国籍(nationality)を基準としていると述べているが、Guertinからは明らかではない。

ているようである。しかし、そうなると、結局、子は代理出産が行われた海外に滞在したまま、本国が「子の最上の利益」に基づいて例外を認める法的判断を出してくれるのを待ち続ける他なくなる。そして、仮に、そのような例外的な法的判断が先例として認められるならば(現在のところ、そのようなことは生じていないようである)*11、海外の商業的代理出産契約(およびその結果)を認めない本国においてその契約が有効と認められることになる。つまり、本国が倫理的ではないと考える行為であっても、国は国民がそれを行えるようにする(すべきである)ということである。それは、見方によっては、現在のEUの立法および判例が加盟国に求めていることと同じなのである。

(3) 人の健康に関するEUの政策は、一方では、EU条約168条7項において、公衆衛生は各加盟国の責任であることが明言されており、他方では、人(医療従事者や患者)、モノ(薬、医療器具)、サービス(医療提供)のすべてがEU内を自由に移動できるようにするためのEU法や政策に従うという緊張関係の下に行われている。

前述の2011年指令は、EU諸国間にまたがる医療について法的調和を図るとい

*11 Van Hoof & Pennings, p.193.

方向性を示した意義あるものであるが、それでも倫理観の相違に基づく法制度の違いを乗り越えることは残念ながらできていない。仮に、この指令の精神に基づかならば、加盟国は、たとえ不妊治療を倫理的ではないと考えたとしても、国民が海外で不妊治療を受けることを患者に禁ずることはできず、その「不法な」医療について医療費の支払義務を負わなければならないことになる。そこで、2011年指令の制定過程において、安楽死、DNA鑑定、体外受精等、倫理的に議論のある医療「サービス」につき、加盟国が医療費を負担する義務を負うことまでは規定していないことを明確にする修正案が提示された。加盟国は、倫理的に受け入れ可能な医療はどれか決定する権限を自国に残したかったからである。その結果、2011年指令の前文(7)において、本指令のいかなる規定も、加盟国の基本的な倫理的選好を侵害するような方法で解釈されてはならない旨が明確に述べられたのである^{*12}。

他方、欧州人権裁判所は、EU諸国間の倫理問題の解決基準である欧州人権条約が広く用いられ、かつ、国によりその解釈

が異なり得ることを考慮して、「裁量の余地」(margin of appreciation) 概念を発展させた^{*13}。この理論は、EUの二重の目的、すなわち、倫理問題における加盟国の国家的アイデンティティーの尊重と、自由な移動の最大化との間の緊張関係を緩和しようとするものである。確かに、EU各国は欧州人権条約に対し、一般的には一定の評価を与えているが、墮胎や生殖補助医療など、EUにおいて最も繊細な問題について、欧州人権裁判所は、「(被告たる) 国に与えられる裁量の余地は、広いものでなければならない」と述べている^{*14}。このことは、欧州人権裁判所が、たとえば、配偶子提供に関して制限的な政策と寛大な政策の両方をともに有効なものとして判断とし得ることを意味する。制限的政策をとる国からすれば、その国民が海外へ出かけて非倫理的な配偶子提供を受けることを甘受するよう強制されることになる。「裁量の余地」理論におけるその「余地」が非常に広ければ、倫理観の対立ゆえに法が相違している分野の問題を解決することはできない。

(4) 「裁量の余地」理論は、結局のところ

^{*12} This Directive respects and is without prejudice to the freedom of each Member State to decide what type of healthcare it considers appropriate. No provision of this Directive should be interpreted in such a way as to undermine the fundamental ethical choices of Member States.

^{*13} Van Hoof & Pennings, p.194.

^{*14} たとえば、後出、S.H. and Others v. Austria (Grand Chamber), No. 57813/00, 2011.
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-107325>

る、法の多様性を改めて確認するものでしかないように思われる。そこで、倫理観が対立する分野においては、別の概念、たとえば、「釣り合い (proportionality)」の概念の利用が提案されている。この「釣り合い」概念は、制限的政策が最終的に合理的に関連していることを要求するものである^{*15}。

2010年4月、欧州人権裁判所は、S.H. v. Austriaの第1審判決において、全面的に卵子提供を禁じ、かつ、体外受精を目的とした精子の提供を禁ずるオーストリアの立法（1992年の人工生殖法）は合理的なものではないと判断した。被告であるオーストリアは、配偶子の第三者利用には「子の選別」に至るおそれや卵子提供者の搾取のおそれがあり、また、子は出自を知る権利を有しているなどと主張した。同様の法を制定していたドイツもまた、卵子提供を認めると母親が複数になる可能性があるが、それは人類の本性および歴史から見て極めて奇異であり、「母親は常に確定している」(mater semper certa est) という基本原則を侵害するものであるという意見を裁判所に提出した。これに対し、裁判所は、当該禁止法には、採用した手段と求められる目的との間に存在すべき合理的な釣り合いが認められないと述べ、欧州人権条約8条および14条に反すると判断し

^{*15} Van Hoof & Pennings, p.195

たのである^{*16}。

しかし、翌年11月、同裁判所の上告審（大法廷）は、オーストリアの当該立法は、「裁量の余地」理論に基づいて、欧州人権条約に反しないと結論し、先の判決を覆した。すなわち、本事案は、難しい倫理的な争点に関するものであり、加盟国間にはまだ、明確な共通した認識が存在していないことを前提としつつ、オーストリアの立法者（議会）は広い「裁量の余地」を有しており、立法時点において、その与えられた「裁量」を逸脱していなかったという理由に基づく。同時に、同判決は、裁判所の役割を非常に謙抑的なものとして捉えている。倫理の問題を含む分野においてどのような規制手法が相応しいのか、同判決は苦悩しながら一つの解答を示しているが、それでもなお、EUの方向性は明確には定まっていないように思われる^{*17}。

III 結論

2011年指令は、いわば、医療、特に患

^{*16}

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-98048>

^{*17} なお、同判決は、卵子提供は「母親は常に確定している」原則を侵害するとの主張を考慮しているが、オーストリアでは、海外で卵子提供を受けることが認められているため、もはやその基本原則の維持自体が困難であるように思われる。Van Hoof & Pennings, p.198.

者の権利の側面から、EU市場の統合を押し進めることを目的とする。しかし、医療の中でも、生殖補助医療等、各国の倫理観、価値観に大きく左右される分野に対し、2011年指令はどこまで影響力を及ぼし得るのか、そして、EUの統合と各国の権限の尊重という緊張関係の下でどのような法的規制のあり方が可能と考えられているのかがここでのテーマである。

前述の欧州人権裁判所判決をめぐる議論にも見られるように、現時点のEUは、この点につき、まだ確固とした方向性を見い出せていないようであるが、ここで結論を急ぐことは早計に過ぎるであろう。また、今秋、EU加盟国から提出される予定の2011年指令に関する国内実施法の内容を検証することによって、倫理に絡む諸問題に対する各国の規制手法が、ある程度明らかになることが予想される。

翻って、日本における生殖補助医療に対する法の態度もなかなか明瞭にならない。冒頭に掲げた最高裁判決は、公序ないし倫理観を中心としてその論旨が組み立てられているためか、議論が膠着状態に陥っているようにも見える^{*18}が、いずれにせよ、代理出産における「実親子関係の成否」に関するこのような法的判断もまた、生殖補助医療を「間接的に」規制する手段と同様

の効果を持ち得ることになるろう。

時間とともに技術も人も倫理観も変化・進展してゆく。EUその他諸外国の多様な手法および議論は、そのような変化・進展、そして新しい知見をもたらす契機となり得るものとして期待されるのである^{*19}。

^{*18} 本判決についての評釈は数多く出されている。たとえば、土谷裕子・中村心「最高裁判所判例解説民事篇平成19年度」259頁

^{*19} ハーグ国際私法会議も、2011年になってようやく国際代理出産問題の検討作業に入った。そこでの結論も、日本の国際代理出産に関する議論に大きな影響を与えるだろう。

研究成果の刊行に関する一覧表

書籍

著者氏名	論文タイトル名	書籍全体の編集者名	書籍名	出版社名	出版年	ページ
樋口範雄	アメリカの医療過誤訴訟と現代的課題	大野幸夫・ 本山敦編集 代表	野村先生古希 記念論文集	商事法務	2013 刊行予定	
樋口範雄		樋口範雄	ケーススタディ 生命倫理と法 (第2版)	有斐閣	2012	
樋口範雄	試料保存の法的問題	深山正久, 船田信頭, 黒田誠編	病理解剖マニ ュアル (病理と臨床第 30巻臨時増刊号)	文光堂	2012	369-372
児玉安司	医療と法 (第1章第9節)	門脇孝, 永井良三 総編集	カラー版内科学	西村書店	2012	30-32
箕浦茂樹・ 我妻 学		我妻堯編著	新訂鑑定から みた産科医療 訴訟	日本評論社	2013	

雑誌

発表者氏名	論文タイトル名	発表誌名	巻号	ページ	出版年
岩田 太	アメリカにおけるNewborn Screeningの残余血液サ ンプルの研究利用—Bearder vs.Minnesota(2011)	アメリカ法	2012-2		近刊
岩田 太	健康を取り戻すための医療 改革：人々の健康増進のため に医療と公衆衛生を統合す る	アメリカ法	2011-2	398-405	2012
Norio Higuchi	Should Medical accidents be judged in criminal courts? -Establishing a new patient safety system in Japan	JMAJ	vo.55 No.2	128-138	2012
木戸浩一郎	論文紹介：医療安全 Barry R.Furrow, <i>Patient Protection and Affordable Care Act</i>	アメリカ法	2011-2	422-427	2012
磯部 哲	救急医療の現状と課題	年報医事法学	27	34-41	2012
我妻 学	産科医療補償制度と医療訴 訟	民事訴訟法雑誌	58	29-54	2012
我妻 学	第三者による訴訟費用の提 供	東北法学	71	500-532	2012
相馬 孝博	院内検討によるピアレビ ューの重要性	日外会誌	113 臨時増刊号 (3)	13-14	2012

