

生殖補助医療と親子関係（二・完）—男性のリプロダクティヴ・ライツにかんする一考察

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2022-03-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: INABA, Mika メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24517/00065570

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.



生殖補助医療と親子関係(二・完)

— 男性のリプロダクティヴ・ライツにかんする一考察

稲葉実香

はじめに

- 一 生殖補助医療と父子関係 (以上63巻2号)
 - 二 自己決定権としての男性のリプロダクティヴ・ライツ
- おわりに

二 自己決定権としての男性のリプロダクティヴ・ライツ

1 大阪事件その後

(1) 事案の概要

先にみた大阪の無断出産事件について、親子関係をめぐる争いは第一審で確定したが、その後、元夫から損害賠償を求める別の訴えが提起された。請求の理由は、①妻に対しては、夫の同意を得ることなく同意書を偽造して妻が融解胚移植の方法により妊娠して夫の嫡出子となる子を出産したこと、②融解胚移植を行ったクリニックの開設者である医療法人およびその理事長兼クリニック院長に対しては、夫の意思を確認せず融解胚移植を行ったことにより、夫の自己決定権を侵害したことである。

本件では夫の同意が重要な争点となるので、この点について的事实認定も詳しく行われている。認定された事実の経過を表1にまとめておく。なお、表中の同意書①とは「体外受精・顕微授精に関する同意書」「卵子、受精卵(胚)の凍結保存に関する同意書」「凍結保存受精卵(胚)を用いる胚移植に関する同意書」の三つが一体となった1枚紙の書面、同意書②とは「融解胚

移植に関する同意書」である。

年	月	出来事
2013	9	本クリニックを初めて受診、説明ファイル受領
	10	体外受精説明会に夫婦ともに出席
	11	夫婦ともに署名押印した同意書①提出、採卵、体外受精（1回目）
	12	採卵、体外受精実施（2回目）
2014	2	夫婦ともに署名押印した同意書①提出、採卵、体外受精（3回目）
	4	夫婦ともに署名押印した同意書①提出、採精・採卵、体外受精（4回目） 夫婦別居開始。受精卵（胚盤胞）凍結保存（保存期限1年間）
	6	妻、別件婦人科手術のため入院。夫、見舞い・付添い
	10	夫、大阪に転居。妻、バセドウ病の診断、胚移植中断
2015	3	クリニック、凍結受精卵の保存継続か廃棄の選択を求める書面送付
	4	妻が夫氏名欄に署名した同意書②提出、融解胚移植
	5	妊娠判定陽性
	6	夫に妊娠を告げるLINEメッセージ
2016	2	夫、同意書②についてクリニックに問い合わせ。クリニックが妻に確認したところ、夫の署名を自分が書いたと回答

表1 本件の事実経過

同意書②について、妻は、別居の条件として体外受精への協力を求めていることから、夫の黙示の同意のもとで代理署名をしたと主張し、夫は、婚姻関係が破綻して体外受精にも協力しておらず、黙示の同意もないと主張していた。

(2) 第一審判決¹

①妻の責任

夫は別居直前まで、各同意書に自ら署名し、精子を提供するなど、体外受精に積極的に協力しており、別居開始時点において妻に対し、離婚前提の別

1 大阪地裁令和2年3月12日判決、判時2459号3頁。

居であるから不妊治療は中止してほしいと伝えておらず、別居後も再度の同居の可能性を留保したやり取りをしていたこと、妻が不妊治療を前提として別件婦人科手術を受けることを認識し、見舞いをしたことなどから、夫は、「別居後少なくとも一定期間は…不妊治療の継続を認識しつつこれを中止するよう求めていなかった」し、妻も、夫が「不妊治療の継続に反対していると認識していたとはいえない」。

しかし、胚移植に際して夫の同意が必要であるのは「事柄の性質上明らか」であるところ、そもそも夫婦関係が良好ではなかったために別居に至っており、その後、両者の関係が改善に向かっていたとはいえないこと、夫が不妊治療について積極的ではない態度を示していたことに加えて、夫は妻からの子の懐胎の連絡に対して拒否的な反応を示したこと、妻が本来夫の署名が必要だったことを認識していることから、夫は、妻が同意書②に夫氏名の「署名をした…時点において、移植に同意していなかったものと認められ」、妻も同時点において、夫が「移植に同意していないことを認識していたか容易に認識し得たものであったと認められる」。

したがって、妻は夫に対し、妻との間で「本件子をもうけるかどうかという自己決定権を侵害するなどした不法行為責任を負うものである」。

②医療機関の責任

夫が自署した同意書①には「手術前に取りやめなくなった場合には同意書を取り下げることができる」と明確に記載されていることを指摘できるところ」、夫が胚移植以前に同意を撤回するとの意思表示をしていないことに照らせば、医療機関は、胚移植の同意を含む同意書①に頼れた夫の「同意に基づき、本件移植を実施したと認められる」。

同意書②の夫の署名が、従前の署名と対比して異なることが容易に判明するものとはいえない上、同意書の書式・作成方法は学会の見解（会告）に沿ったものであり、署名以外に本人に直接電話などによる同意の確認までは推奨していないので、「このような取扱いが不妊治療についての医療水準とし

て不相当なものとはいえず、医療機関が夫に対し「直接の意思確認をすべきであったのにこれを怠ったとは認められない」。したがって医療機関は不法行為責任を負わない。

③損害額

夫は、妻との間で「子をもうけるかどうかという自己決定権を侵害されるなどしたものであって、これにより多大な精神的苦痛を被った」として、慰謝料800万円および弁護士費用80万円を損害と認定した。

その他の夫の主張した損害（妻の得べかりし収入、妊娠出産費用など）については、夫が移植に同意していなかったとしても、移植を行わないことを妻との間で明確にしていなかったこと、養育費については家庭裁判所において子の出生に至る経過や事情も考慮した上で算定されていることから、妻の不法行為と相当因果関係のある損害とは認められないとした。

(3) 控訴審判決²

①自分の子をもうけるか否かについての自己決定権とその侵害

「個人は、人格権の一内容を構成するものとして、子をもうけるか否か、もうけるとして、いつ、誰との間でもうけるかを自分で決めることのできる権利、すなわち子をもうけることについての自己決定権を有すると解される」。

夫は妻とともに体外受精の手術を進めていたのであるから、精子提供の時点では、近い将来に妻との間で「子をもうける蓋然性があることを十分に認識していたと認められる」。もっとも、移植実施までの約1年間、夫はクリニックに対し、妻に胚移植をしないよう求めたことはないものの、問い合わせすらしていない。少なくとも、妻に対し、「凍結保存受精卵（胚）の移植について、積極的な同意を明示した事実があったとは認められない」。

2 大阪高裁令和2年11月27日判決、判時2497号33頁。

ところで、子の出産は移植を受けたからであるところ、移植を受けるためには夫の明示的な同意が必要であったことは、同意書②に夫の署名欄があることから明らかである。同意書②はクリニックとの間で取り交わされるものだが、「夫婦の間においても、子をもうけるか否か、もうけるとしていつもうけるかは、各人のその後の人生に関わる重大事項であるから」、夫の立場からしても別居以降、不妊治療に積極的な態度を示していなかった経緯を踏まえれば、移植に先立ち、改めて夫の同意を得る必要があったことは明らかであった。ところが妻は、夫の意思を確認することなく、無断で同意書②に夫の署名をしてクリニックに提出し、移植を受けたのであるから、妻のこの一連の行為は、夫の「自己決定権を侵害する不法行為に当たるといふべきである」。不法行為のあった日は、妻が同意書②をクリニックに提出して移植を受けた日である。

②不法行為の成立について

妻が胚移植を受けるにあたり、夫が明示的に同意した事実は認められない。また、夫婦関係が良好でなかったため別居することになり、その後関係が改善に向かっていたとはいえなかった上、夫は妻に対し不妊治療について積極的でない態度を明確に示していたし、妊娠の連絡を受けた後も一貫して拒否的な反応を示していた。移植の時点において夫が同意していなかったことは明らかであり、妻は、夫が同意していないことを認識し、少なくとも容易に認識し得たものと認められる。

夫が移植に同意していなかったと認められる以上、自己決定権の侵害を否定することはできず、夫が不妊治療の中止を求めなかったことは、慰謝料認定の際に考慮しうるにとどまる。

③損害額

本件不法行為によって夫は「子をもうけることについての自己決定権を侵害され」、この結果、夫と子との間に親子関係が発生した。また、夫婦が離婚するに至った経緯を踏まえれば、本件が婚姻を破綻させる決定的な要因で

あったと認められるから、夫は「本件不法行為によって離婚を余儀なくされたということが出来る」。これらの事情に加え、夫と子との関係が今後も継続することを考慮すれば、多大な精神的苦痛を受けたという夫の主張は正当である。

他方、夫は妻とともに体外受精の手術を進め、自ら精子を提供しており、胚移植により妻が妊娠する蓋然性のあることを認識していた。別居後も、妻が「不妊や流産になり得る要因を除去するために子宮の手術を受けるなど移植に向けた積極的な姿勢を堅持していることを認識しており」、移植時期の具体的なスケジュールまで妻から告げられたにもかかわらず、夫は「移植を拒否する意思を表明しておらず、本件クリニックに対する問い合わせすらしていない。……問い合わせをしていれば移植が行われることはなかったと考えられるから、この事実は重要である」。

以上の事実関係を総合的に考慮し、慰謝料の額を500万円と認定した。

そのほか、「本件不法行為がなければ本件子は出生せず、その親子関係が争われることもなく、DNA鑑定が必要とされることもなかったといえる」としてDNA鑑定費用、および弁護士費用を本件不法行為による損害と認める一方で、養育費については、既払分は財産分与の清算にあたり自らの意思により支払ったものであり、未払い分については、元夫婦と子の間において別途解決されるべきことであり、確定していない以上、不法行為による損害と認めることはできないとした。

2 リプロダクティヴ・ライツ

(1) 国際社会における誕生と発展

リプロダクティヴ・ライツ、あるいはリプロダクティヴ・ヘルス／ライツは、性と生殖にかんする自己決定権として、特に女性の、自身の身体に対す

る権利として、国際社会において語られ、発展してきたものである³。

WHOでは1970年代からこの言葉が用いられ始めたが、国際文書においては1992年の国連環境開発会議で採択されたアジェンダ21にはじめて「リプロダクティブ・ヘルスケア」という言葉があらわれた。1994年にカイロで開催された国連の国際人口開発会議では、採択された行動計画の第7章に盛り込まれ、次のように定義された⁴。

7.2 リプロダクティブ・ヘルスとは、人間の生殖システム、およびその機能とはたらきのすべての側面において、単に疾病、障害がないというだけでなく、身体的、精神的、社会的に完全に良好な状態にあることを指す。したがって、リプロダクティブ・ヘルスは、人々が安全に満足のゆく性生活を営むことができ、生殖が可能であり⁵、子どもを産むかどうか、いつ、どのくらい頻りに産むかを決める自由をもつことを意味する。この最後の条件からは、次のようなことがみちびかれる。すなわち、家族計画の方法および法に反しない出産調整の他の方法——これらは安全で効果的、かつ手ごろな価格で容認できる方法でなければならない——について、男女ともに自ら選択し、情報を得、それを利用する権利を有すること、ならびに、女性が安全に妊娠・出産でき、カップルが健康な子供を持つ機会を十全に与えるヘルスケア・サーヴィスを利用する権利

3 リプロダクティブ・ライツの概念や歴史については、谷口真由美『リプロダクティブ・ライツとリプロダクティブ・ヘルス』（信山社、2007年）に詳しい。

4 Programme of Action, adopted at the International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994, 20th Anniversary Edition (https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf), pp.59-60. 邦訳としては、外務省【監訳】『国際人口・開発会議「行動計画」－カイロ国際・人口開発会議（1994年9月5－13日）採択文書』（世界の動き社、1996年）。

5 多く「生殖能力をもち」と訳されているが（they have the capability to reproduce）、ここではいわゆる生殖能力（fertility）がない人やカップルを排除する趣旨ではないものと考えられ、不妊治療（prevention and appropriate treatment of infertility）への言及もあるので（パラグラフ7.6）、このように訳した。とはいえ、生殖補助医療についてはこの行動計画ではほとんど触れられていない。

を有すること。……

7.3 ……リプロダクティブ・ライツは、国内法や国際人権条約、その他国連で合意された国際文書においてすでに承認されたいくつかの権利に相当するものである。これらの権利は、すべてのカップルと個人が、子供の数、出産間隔、タイミングについて責任をもって自由に決定でき、そのために必要な情報と手段を得ることができるという基本的権利、ならびに、最高水準の性と生殖にかんする健康 (sexual and reproductive health) にアクセスする権利を認めることにより成立している。この権利はまた、人権文書にうたわれているように、差別、強制、暴力を受けることなく、生殖について決定する権利にも依拠している。……

その後、1995年の北京第4回世界女性会議では、リプロダクティブ・ライツが女性の人権の一部であることが採択文書に明記された。

(2) 国内の立法・行政におけるリプロダクティブ・ライツ

国内では、国会会議録検索システムで確認できる限りにおいて、平成3年(1991年)9月10日の参議院厚生委員会において、「リプロダクティブヘルス」についての質疑が交わされた記録がある⁶。この年に厚生省において研究班が発足し、国内においても女性の人権として徐々に認知されるようになった。

平成7年の優性保護法改正(39条1項の延長)、および平成8年の母体保護法への改正においては、いずれも参議院厚生委員会で「リプロダクティブヘルス・ライツ(性と生殖に関する健康・権利)」について正しい知識の普及や適切な措置についての附帯決議がなされた⁷。平成12年の母体保護法改正(39条1項の延長)に際しては、この言葉をめぐって多くの議論が交わ

6 第120回国会参議院予算委員会会議録第15号(平成3年4月4日)13頁。

7 第132回国会参議院厚生委員会会議録第13号(平成7年6月8日)2頁、第136回国会参議院厚生委員会会議録第20号(平成8年6月17日)1頁。

され、参議院国民福祉委員会と衆議院厚生委員会において「リプロダクティブヘルス／ライツ」について附帯決議がなされている⁸。

令和2年に成立した生殖補助医療法制定に際し、衆参の法務委員会において採択された附帯決議においても、「当事者、特に女性の心身の保護及びリクロダクティブ・ヘルス／ライツ（性と生殖に関する自己決定権）の保障が尊重、確保されなければならないこと、また、保障されるべきリプロダクティブ・ヘルス／ライツには、女性の健康の確保だけではなく、身体的にも精神的にも本人の意思が尊重され、自らの進退に係ることに自ら決定権をもつことが含まれるものであることに留意すること」、「女性のリプロダクティブ・ヘルス／ライツの保障が本法第三条の基本理念に含まれ、それは健康にとどまらず身体的にも精神的にも本人の意思が尊重されるべきことが含まれるものであって、…」との条項が見られる⁹。

これまでの立法において、法律本文にリプロダクティブ・ライツを明記したものは存在しないが、生殖補助医療法3条1項の「提供を受ける者の心身の状況等に応じて」「女性の健康の保護が図られなければならない」、2項の「各当事者の十分な理解を得た上で、その意思に基づいて」という文言にリプロダクティブ・ヘルス・ライツの理念が盛り込まれているという答弁がある¹⁰。

行政においては、平成12年に内閣府で制定された「男女共同参画基本計画」において、「生涯を通じた女性の健康支援」の項の中に「リプロダクティブ・ヘルス／ライツの中心課題には、いつ何人子どもを産むか産まないか

8 第147回国会参議院国民福祉委員会会議録第17号（平成12年4月27日）10頁、衆議院厚生委員会会議録第14号（平成12年5月12日）21頁。

9 第203回国会参議院法務委員会会議録第3号（令和2年11月19日）18頁、衆議院法務委員会会議録第3号（令和2年12月2日）20頁。

10 前掲注9、参議院4頁、衆議院6頁。内田亜也子「生殖補助医療の提供等に関する法整備の実現と課題——生殖補助医療に関する民法特例法案の国会論議——」立法と調査431号（2021年）218頁。

を選ぶ自由、安全で満足のいく性生活、安全な妊娠・出産、子どもが健康に生まれ育つことなどが含まれており、また、思春期や更年期における健康上の問題等生涯を通じての性と生殖に関する課題が幅広く議論されている」とあり、「リプロダクティブ・ヘルス／ライツに関する意識の浸透」が施策の基本的方向として示されている¹¹。第2次計画においては、「性と生殖の健康・権利（リプロダクティブ・ヘルス／ライツ）」についての説明の中に、「なお、……わが国では、人工妊娠中絶については刑法および母体保護法において規定されていることから、それらに反し中絶の自由を認めるものではない。」という記載がされたが¹²、平成22年の第3次から最新の令和2年の第5次男女共同参画基本計画においては、この言葉の説明とともになお書きは消えている。【基本認識】において「『リプロダクティブ・ヘルス／ライツ』（性と生殖に関する健康と権利）の視点が殊に重要である」との記述があるのみであり、具体的な施策とこの権利との関連にも触れられていない。

(3) 学 説

憲法学においては、憲法13条が「一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利」¹³、すなわち自己決定権を保障していると考え、この中に「リプロダクションにかかわることがら」や「性・家族のあり方」についての自己決定が含まれると考えるのが一般的である。この枠組みで、避妊や人工妊娠中絶、生殖補助医療といった項目に触れられるが、これらが「憲法上の権利」として認められているか、あるいは認められるべきかについて、憲法学でははっきりした回答が示されていない。自己決定権のトピックとして論じながらも、いまだ刑法に墮胎罪が存在することや性別変更に際し性別適合手術が強制されてきたこと、生殖補

11 https://www.gender.go.jp/about_danjo/basic_plans/1st/index.html

12 https://www.gender.go.jp/about_danjo/basic_plans/2nd/pdf/2-08.pdf

13 佐藤幸治『日本国憲法論（第2版）』（成文堂、2020年）212-217頁。

助医療の実施について学会の自主規制に委ねた結果、長く法律婚夫婦に限定されてきたことなど、憲法上の権利として保障されているとすれば矛盾や疑問が生ずる現状¹⁴について、憲法違反であるという主張は多くは見られず、この分野における憲法学の議論は不十分である。

他方で、この分野の自己決定権の議論が、アメリカにおける、避妊具の使用や男性どうしの性行為などがプライバシーにあたるかどうか争われた憲法訴訟にルーツがあるためか、「女性の」権利という主張はあまりみられないように思われる。

むしろ、国際法やジェンダー法学、公共政策、そして医療の分野において、リプロダクティブ・ライツについての研究がさかんである。これらの研究の特徴として、国際社会におけるリプロダクティブ・ライツの議論の系譜を踏まえ、女性の権利性を強調する傾向がある¹⁵。

歴史的に、女性がしばしば性暴力の犠牲になったり、中絶を強いられたり、

14 これらの問題については、拙稿「人工妊娠中絶法制の日仏比較—非犯罪化から権利へ」金沢法学62巻2号(2020年)1-31頁、同「性同一性障害者特例法における性別適合手術の強制と憲法13条」医事法研究4号139-150頁(2022年)。笹沼弘志「旧優生保護法国賠事件について—憲法と法の憲法適合的解釈の観点から/旧優生保護法違憲訴訟仙台地裁判決(仙台地判令和元・5・28)・東京地裁判決(東京地判令和元・6・30)」国際人権32号(2021年)71頁では、母体保護法において婚姻相手に不妊手術を受けた旨を通知する義務についてもリプロダクティブ権の侵害にあたり違憲であると指摘している。

15 たとえば伊佐智子「わが国のリプロダクティブ・ライツをめぐる問題状況と議論状況について」社会と倫理23号(2009年)57-72頁は、そもそも男性も含めたすべての人間が持つ権利であるとしながらも、妊娠・出産という女性特有の機能や男性との力関係を理由に、それが「女性の権利」となったことに極めて好意的であり、むしろ男性は女性のリプロダクティブ・ライツを阻害する存在とされる。他方で、辻村みよ子「女性と人権—『人権の世紀』を拓く課題—」国立婦人教育会館研究紀要第4号(2000年)3-8頁は、「ジェンダーに基づく女性の人権侵害を重視するという視座ないし強調点の問題と、人権の本質に関する理論上の論点とを一旦区別することが求められる」として、「女性の人権」論を批判的に考察している。

逆に子を産むことを強いられ、産めなければ離婚を余儀なくされたりしてきた経緯から、女性を保護するためにこうした考え方が生まれたことからすると、女性の権利性を強調してきたのは自然なことであるし、現在もまだそのような問題が根絶されていないことを考えると、今なお女性の権利としてとらえられがちであることにも一定の理解は可能である。さらに、妊娠・出産は女性にのみ可能であり、女性にのみ負担を強いるいとなみであることを考えるなら、女性特有の権利性がクローズアップされることもうなずける。

しかしながら、性と生殖は女性にのみ関係するものではない。妊娠・出産以外の、自分の子をもつかもたないかの決定権、いつ誰との間に性関係をもつか、子をもうけるかどうかといった要素については、男性にも当然に権利性が認められるし、また、性暴力の被害者にも男性は存在する。

本判決において、「子をもうけるかどうかという自己決定権」「子をもうけるか否か、もうけるとして、いつ、誰との間でもうけるかを自分で決めることのできる権利」として、男性についてもこの権利を認めたことは、このような議論状況に一石を投じる可能性がある。

(4) リプロダクティブ・ライツをめぐる判例

本判決と前後して、旧優生保護法下の優生手術（強制断種）をめぐる各所で提起されている裁判において、下級審の多くが憲法13条および24条に基礎づけて、子供を産み育てることについての権利を承認し、優生手術がこの権利を侵害することを認める判決を出している（ただしいずれの判決も除斥期間を適用し国家賠償を認めていない）。

この一連の判決に先鞭をつけた令和元年の仙台地裁判決は、「子を産み育てるかどうかを意思決定する権利」を「リプロダクティブ権」と称し、これは「子を産み育てることを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、憲法上保障され

る個人の基本的権利である」と判示した¹⁶。令和2年の東京地裁判決は、「憲法13条は、国民の私生活上の自由が公権力の行使に対して保護されるべきことを規定しているものであり、実子をもつかどうかについて意思決定をすることは、当然、同条により保護されるべき私生活上の自由に当たるものと解される。これを、原告が主張する『リプロダクティブ・ライツ』ないしそれに包摂される概念というかどうかはともかく、本件優生手術は、少なくともこのように憲法で保護された原告の自由を侵害するものといえる。」¹⁷と述べた。

リプロダクティブ・ライツという言葉を使うことについては慎重な裁判所も多いが¹⁸、「子を産み育てるか否かについて意思決定をする自由」が、個人の尊厳と密接にかかわり人格的生存に不可欠なものとして憲法13条によって保障され、優生手術はこれを侵害するものであること、また優生条項を含む立法が個人の尊厳に立脚したものとはいえ憲法24条2項にも違反することを認めている点でこれらの下級審は共通しており、実質的にはリプロダクティブ・ライツを承認するものと考えられる。今後、控訴審・上告審においても、結論についてはともかく、またそれをどのような名称で呼ぶかはさておき、このような内実をもつ権利が否定されることはないように思われる。

ただし、生殖機能の喪失は先天的にも後天的にも起こりうるものである。この点を強調して、生殖機能の喪失自体は「人としての価値や尊厳に直接かわるものではなく、優生保護法の問題は「優生思想の下、それが一方的に奪われたこと」であり、優生思想が社会に深く浸透したことによって差別や偏見を被ったという「人としての尊厳に対する毀損」であって、「リプロ

16 仙台地裁令和元年5月28日判決（判時2413・2414号3頁）。

17 東京地裁令和2年6月30日判決（https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/922/089922_hanrei.pdf）。

18 大阪地裁令和2年11月30日（https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/064/090064_hanrei.pdf）、札幌地裁令和3年1月15日判決（判時2480号62頁）、神戸地判令和3年8月3日（LEX/DB文献番号25590787）。

ダクティヴ権を強調することは、原告らが被った被害の全貌を見えにくくする」と指摘する見解もある¹⁹。

優生手術がこの権利を根源的かつ不可逆的に奪うものであるのに対し、無断出産はこの権利の行使が妨げられたものであり、権利侵害の態様としては大きく異なる。しかしながら、保障しようとしている内容は、自分の子をもつかどうか、誰との間に子をもうけるかといったことについての自己決定権であり、同じ権利を指していると考えてよい。

3 本件におけるリプロダクティヴ・ライツの侵害

本件では、夫は「子をもうけるかどうか、もうけるとして、いつ、誰との間でもうけるかを自分で決めることのできる権利」を侵害されたとして、損害賠償が認められた。第一審においては、この権利の侵害に対する慰謝料のみを認めたが、控訴審においては、自己決定権の侵害の結果、親子関係が発生したこと、婚姻関係破綻の原因となったこと、および「子との親子関係が今後も継続すること」の三点を精神的苦痛として認定し、他方で妻の妊娠の可能性の認識があったことや、自ら移植を拒否する意思を表明しなかったことを、慰謝料減額の事情として考慮している。

以下、この権利の侵害がどのような態様・程度のものかと評価されるべきかを検討する。

(1) 胚移植同意書の署名の偽造

胚移植に際し、妻が夫の署名を偽造したのは、夫自身は同意書に署名してくれないだろうと認識していたがゆえのことであり、その点で妻が夫のリプロダクティヴ・ライツを侵害したことは明らかである。

とはいえ、生殖補助医療だからこそ、精子提供・体外受精や受精卵の凍結保存と、胚移植、2段階の同意がそれぞれに「子をもつかどうかの決定」を

19 小山剛「旧優生保護法仙台判決を受けて 人としての尊厳」判例時報2413・2414号(2019年)18頁。

構成するのに対し、自然妊娠の場合には、性行為をすることそのものにこの二つの同意が含まれる。すなわち、受精卵を作ることと妊娠することを別々に同意することは、自然妊娠では不可能であり、その意味で生殖補助医療では2段階目を拒否する特権が与えられているとみることもできる。

さらに、自然妊娠の場合には、たとえ子供をつくる気がなく、かつ妊娠しないと信じたことについて相当の理由があったとしても、いったん女性が妊娠してしまえば人工妊娠中絶を迫ることは身体への侵襲を強要することになるのに対し、生殖補助医療では胚移植・妊娠に至る前に、女性の身体を害することなくストップをかけることができるという、これもいわば特権をもっていることになる。

このように、自然妊娠ではありえない機会が与えられており、かつ、クリニックに対して凍結受精卵の破棄を申し出ることによってこれを行行使えたにもかかわらず、夫はこれを怠った。少なくとも、離婚を考えているのでちょっと考えたいと伝えるだけでも、クリニックも慎重になり、夫に直接話を聞くなどして、権利が侵害されるのを防げただろうと思われる。こうした事情にかんがみるなら、2段階目の同意にあまりにも重きをおくことは適当でない²⁰と考える。

(2) 親子関係の成立・存続という苦痛？

大阪高裁は「親子関係が成立したこと」や「子との親子関係が今後も継続すること」も考慮して「多大な精神的苦痛」を認めたが、これが何の法益を侵害したことによる損害なのか、判然としない。

望まぬ妊娠をした女性には人工妊娠中絶という選択肢があるのに対し、本件のように男性がリプロダクティブ・ライツを侵害された場合に子供を拒否することができないことを問題視する向きもあろう。しかしながら、日本の刑法にはまだ墮胎罪が存続しており、母体保護法14条1項1号は人工妊娠

20 とはいえ、生殖補助医療法の審議過程において、胚移植時の同意こそが決定的なものとされていたことにつき、本稿(一)注13(金法63巻2号62頁)。

中絶の理由として「妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれ」を求めており、運用としては非常に広く「経済的理由」を認めているとはいえ、法制度上は女性に人工妊娠中絶の「権利」があるとはいえない。また、同条は人工妊娠中絶に配偶者の同意を要求していることも考えると、男性が一方的に子供を拒否することができないのはむしろ当然といえる²¹。

子供が生まれたこと自体を法益侵害と主張する類似の訴訟にいわゆる *wrongful birth* 訴訟²²、すなわち出生前診断や妊娠中の検査における医師の過失により障害のある子が生まれたことに対する損害賠償請求訴訟があるが、これらにおいて裁判所は、医師の説明義務違反によって人工妊娠中絶の機会や

21 配偶者の同意要件はそれ自体、女性の権利の侵害であるという批判がある。現実に、DVによる妊娠や母体に危険がある場合にも配偶者が同意してくれず妊娠中絶ができないケースがあったり、未婚でも医療機関が子の父にあたる男性との訴訟リスクやトラブルを恐れて男性の同意を求めたり、ときにはレイプ犯の同意すら求められることがあった。14条1項2号の適用については刑法の強制性交罪の構成要件とおおむね一致するとされているが、ごく最近まで「この認定は相当厳格に行う必要があり、いやしくもいわゆる和姦によって妊娠した者が、この規定に便乗して人工妊娠中絶を行うことがないよう十分指導されたい」との通知（厚生省発見第122号平成8年9月25日）が存在しており、人工妊娠中絶が可能な時期にはまだ有罪が確定していない以上、医療機関としてはそうせざるを得なかったものと思われる。このように女性のリプロダクティブ・ライツどころか尊厳や健康すらも十分に守られていないことに留意すべきである。

なお、最近ようやく厚労省もこのような問題を認識し、上記通知を「本号に該当しない者が、この規定により安易に人工妊娠中絶を行うことがないよう留意されたい」という表現に改めるとともに（厚労省発子1020第1号令和2年10月20日）、強制性交の加害者の同意を求める趣旨ではないという運用指針（子母発0828第2号令和2年8月28日）や、婚姻関係が破綻している場合には配偶者の同意は不要とする運用指針（子母発0310第1号令和3年3月10日）を示した。

22 *Wrongful birth* 訴訟の判決として、東京地判平成4年7月8日（判時1468号116頁）、前橋地判平成4年12月15日（判時1474号134頁）、函館地判平成26年6月5日（判時2227号104頁）など。境原三津夫「日本における *wrongful birth* 訴訟と障害胎児の妊娠中絶」生命倫理Vol.12 No.1（2002年）183-188頁。

障害児を養育する精神的準備をするという自己決定の機会が奪われたこと、障害がないと信じていたのに障害をもって生まれてきたことのショック、子が先天性障害によって死亡した場合には重篤な症状に苦しみ短期間で死亡するのを見ることになったというショックなどを精神的苦痛と認めている一方で、障害のある子と親子であることそのものの精神的苦痛を認定したものはない。東京地裁は「先天性障害児を中絶することとそれを育て上げることとの間において財産上又は精神的苦痛の比較をして損害を論じることは、およそ法の世界を超えたものといわざるを得ない」と述べ、子供の出生そのものや、その養育のための医療費について、財産的・精神的損害とすることを否定している。

また、署名の偽造は夫婦間の裏切りではあるとしても、それは離婚原因となった1回きりの行為にすぎないのに、親子関係の成立および継続そのものを継続的な法益侵害ととらえるのは無理がある。

そもそも、前の判決において子との親子関係を認め、別件和解において養育費の支払いも定められているにもかかわらず、親子関係の成立や継続についての精神的苦痛を認めるのは、矛盾をはらんでいる。夫は養育費相当額を損害として主張しているところ、地裁は妻の不法行為と養育費の支払いに相当因果関係を認めなかったのに対し、高裁は「別途解決されるべきこと」で将来分については未確定であるという理由で損害として認めなかった。養育費の減額等もあり得ることになるが、これに加えて、親子関係が継続することそのものを損害とするのは、「親という、養育費を払わなければならない地位にいることに対する慰謝料」として、夫から払われるべき養育費と事実上相殺されることとなり、妻の不法行為の責任を、結果として何の罪もない子に負わせることとなる。

以上のことから、子との間に親子関係が成立し継続することそのものを損害と捉えることは適切ではない。

大阪高裁がそれぞれの項目についていくらと算定したのかは示されておら

ず、またこのようなケースにおいて慰謝料としていくらが適切かを判断する物差しを筆者はもたないが、(1)では2段階目の同意に少し重きをおきすぎており、権利侵害の程度を過大に評価しているように思われること、(2)は損害とするには適当ではないので、判決における慰謝料の算定は、別途これらについて慰謝料減額が考慮されているとしても、いささか多いように思われる。

おわりに

生殖補助医療法が成立したとはいえ、この法律は上記のようなケースを解決するにはまったく無力である。リプロダクティブ・ライツ、すなわち子をもうけるかどうか、いつ誰との間にどのような間隔で子をもうけるかについて決定する個人（とカップル）の権利については、昨今の判例や国会での議論からも、ゆくゆくは定式化され、認められるようになる公算が高いと思われるが、この権利をどのように確保していくかは、将来の検討にゆだねられたままである。親の一方に対するリプロダクティブ・ライツへの侵害が、結果として親子関係の否定であったり、養育費の減額であったりと、子の福祉を損なうことにつながりうるとすれば、これは決してないがしろにしてよい問題ではない。

同時に、権利を認めるということはその行使に当たっては責任をも伴うことは当然であり、夫婦の問題である子をもうけるということについて一方に任せきりにしておいて、あとになってもう一方がリプロダクティブ・ライツの侵害を主張するというようなことを容認してはならない。本件においては、別居後に、妊娠について相談もせず同意書を偽造したという明らかな不法行為があったが、常よりこのようなことがらについて勝手にサインをしておいてくれという夫婦も少なからずいるだろうと推測され、そうした場合には黙示の同意を認定する必要があるだろう。

先に指摘したように、憲法学においてもこの分野にかんする検討は極めて不十分である。本件や優生手術をめぐる判例が示されたことを機に、リプロダクティブ・ライツの保障について、憲法学の分野でも真摯な議論が行われることが望まれる。

(追記) 本研究は科研費基盤研究 (C) (課題番号19K01419) の助成を受けたものである。