

冷凍胚の法的地位および処置規則について

——無錫冷凍胚案から——

徐 文 海*

目 次

- はじめに
- 一 判決概要
- 二 冷凍胚の法的地位
 - 1 主体説
 - 2 客体説
 - 3 中間説
 - 4 倫理物説
- 三 冷凍胚の処置規則
 - 1 人になる可能性
 - 2 夫婦の婚姻状況
 - (1) 婚姻中の場合
 - (2) 離婚の場合
 - 3 夫婦の生存状況
 - (1) 一方が死亡した場合
 - (2) 双方が死亡した場合
- 四 医療施設・保存施設の法的地位
- おわりに

はじめに

近来、人工授精（AIH・AID）、体外授精——受精卵移植（IVF手術）など生殖補助技術（ART）が広く実施され、不妊当事者や一人子が亡くなっ

* ジョ・ブンカイ 同済大学法学部助理教授

た家庭に希望を与える一方、社会にもいろいろな倫理的、法律的なチャレンジをもたらす。2014年9月17日、江蘇省無錫市中級人民法院（地裁）がはじめて冷凍胚に関する判決をくだした。上訴者と被上訴者が共に冷凍胚の管理および処置をするという形で案件が解決されたが、冷凍胚の法的地位、処置規則、保存機関の法的地位などの問題は、裁判ではあまり扱われなかった。中国では、冷凍胚についての法律上の規定が十分ではない¹⁾。ゆえに、これらの問題を解決するとき、具体的な法律条文ではなく、法律原則や法律精神、倫理道徳を準用せざるを得ない（本案はその一例である）。本稿では、この案件から冷凍胚に関する前述の問題を検討してみたい。

一 判決概要

2012年8月、XとY（夫婦関係）がIVF手術を受けたため、Z病院と相談し、卵子15個が取られた。そのうち、移植0個、冷凍4個、まだ胞胚になれない卵6個、ほかの精子と卵子を放棄して、その6個の受精卵が胞胚になれば冷凍保存にするという契約を結んだ。同日、両方がまた「胚と胞胚冷凍、解凍および移植同意書」を結んで、保存の期限、費用および期限がきた後の処置などのことを規定した。2013年3月XとYが交通事故にあって死亡し、4個の冷凍胚の相続権に関して争いがあり、Xの両親（原告、控訴人）がYの両親（被告、被控訴人）に対して訴えを提起し、4個の冷凍胚の管理および処置の権利を要求した。審理中、裁判所がZ病院に補助参加を要求した。

第1審²⁾は、IVF手術による受精卵は人になる可能性があり、将来生命特徴をもつ特別なものであり、一般的な物のように譲渡し、相続すること

1) 中国では、生殖補助医療に関する規定は、「人類補助生殖技術管理方法」、「人類精子庫管理方法」、「人類補助生殖技術規範」などがある。以上の規定にはヒト受精卵の売買、代理懐胎などを禁じる規定があるが、冷凍胚の法的地位や処置規則などの重要な問題を扱わない。

2) 詳しくは江蘇省宜興市人民法院（2013）宜民初字第2729号判決参照。

ができないことから、4個の冷凍胚は相続されないという理由で、原告の請求を棄却した。原告は不服として控訴した。控訴理由は以下であった。中国の法律にはヒト受精卵を相続することができないという規定がなく、冷凍胚はXとYの合法的な財産であり、相続人である原告が相続するのは当然である。そしてZ病院は法律によっても契約によっても当該冷凍胚の処置権がない。被控訴人は自分にも相続権があるため、控訴人と共に管理や処置の権利を有すると主張した。Z病院は冷凍胚が特別なものであり、倫理道德に関わり、相続の対象にならないと言った。控訴審は、ヒト受精卵が人と物の間の過渡にあり、人になる可能性があるため、命がないものに比べれば、道德上より高い地位があり、特別に尊重され保護される必要があると判断した。倫理、感情、特別利益の保護などを総合的に考量し、民法の原則と目的によって、控訴人と被控訴人とともに4個の冷凍胚を管理させ、処置させるという判決をくださった³⁾。

本案では、冷凍胚を原告と被告が「財産」と主張し、第一審とZ病院が「相続できない特別なもの」と見なし、控訴審が「人と物の間の過渡にあり、双方が共に管理し処置する」と判断した。冷凍胚の法的地位に関して統一な意見に達成することができなかった。この不一致によって、管理や処置の範囲、冷凍胚保存機関の権限も曖昧な状態になった。ゆえに、冷凍胚の法的地位の確定は一切の問題の前提である。控訴審は事案を「相続権紛争」から「管理と処置に関する紛争」に変更し、当事者の訴訟上の請求を相続権と認定せず、直接に総則での「民事權益」を適用した。解決として社会的な評価もよい判決であるが、前述した一連の問題を避けることで法的安定性を実現できなかった。特に控訴審が管理と処置の限度と冷凍胚の保持期間を明確にせず、将来代理懐胎が合法になって、生命をうむことを期待することも、判決に内包されているのではないか⁴⁾といわれる。

3) 詳しくは江蘇省無錫市中級人民法院（2014）錫民終字第01235号判決参照。

4) 田野「体外胚胎の処分問題研究」北京航空航天大学学報（社会科学版）29巻6号（2016年11月）32頁参照。

二 冷凍胚の法的地位

冷凍胚の法的地位について、理論上と実務上の意見はおおよそ主体説、客体説と中間説にまとめられる。

1 主体説

主体説の基本観点は冷凍胚を有限的な自然人、「法的人格」と見なす。冷凍胚が民事権利義務を有する主体である。イタリアの Francesco Busnelli は、体外受精のヒト受精胚が憲法上に認められる法的主体であり、生命権や財産権を有すると主張する。しかし、ヒト受精胚は人になる、ならないという可能性が両方あるので、財産権は出産を前提とする⁵⁾。これは有限自然人説の典型的な代表である。中国では、身体から分離される器官や組織は人の意思によって、その後また身体と一体になって、ある機能を実現する、あるいはある正当な目的を達成する場合には、当該身体から分離される器官や組織は、人の身体と見なすべきであるという説がある⁶⁾。この説からみれば、冷凍胚は身体から分離される組織であり、正当な目的は子どもをうむため再び身体に戻すことから、人の身体と見なし、権利の主体の範囲に属すべきであろう。立法上は、アメリカのルイジアナ州が1986年に公布した「ヒト胚法」(Human Embryo Statute)は明確にヒト受精胚を「Juridical Person」(法的人格)と定義し、体外受精の胚の訴訟資格を規定している。司法上も、「人の生命は妊娠した時から始まり、冷凍保存されるのは試験管にいる子どもである」と認定し、母に冷凍胚の監護権を認めた Davis v. Davis という判例がある⁷⁾。

5) Francesco Donato Busnelli. Bioeticay derecho privado, Editora Juridica Grijley, 2003, Lima. 徐国棟「体外受精胚胎的法律地位研究」法制与社会發展65号(2005年10月)58頁から引用。

6) 謝在全『民法物權論(上册)』(中国政法大学出版社 2011年)29頁参照。

7) See Davis v. Davis, 842 S.W. 2d P588, 597(Tenn. 1992).

まとめると、主体説は生命の起源、胚の利益の保護などの角度から、冷凍胚の人になる可能性、さらに胚の提供者の身体の一部性に基づいて、冷凍胚の権利主体の性質が与えられるべきことを認める。根本的な目的は人と同じような厳格的な保護を与え、生命への尊重を示すことであろう。

しかし、主体説の欠点は明らかである。次の3点から考察できる。まず、物理的にみれば、冷凍によって、胚の発育が中止し、通常の意味での理性・意識・感知能力などの精神的な要素も、器官・組織などの物理的な要素もない。冷凍胚は他の人と分別できる器官がなく、人のあるべき発達した脳や認知能力もなく、さらに分裂することがあるので、決して人ではないと言われる⁸⁾。

次に、冷凍胚が人になる可能性が確かにある。しかし、仮に冷凍胚を権利主体と認めても、ある不可欠な前提がある。それは胚が解凍され母体に移植され、胎児に成長することである。冷凍状態の胚は人になる可能性をまだ実現していない。この段階で「冷凍胚が人になる可能性」を主張するのは意味がない偽命題であろう。なぜなら、母体に移植されるまえの胚は可能性のある細胞にすぎない⁹⁾。要するに、私益の保護と科学研究や医療などの社会利益の保障とのバランス（冷凍胚を人と見ると保護の程度が高く、冷凍胚を利用する科学研究などが過度に制限される可能性がある）から、冷凍胚に権利主体の地位を与える必要性は高くはないと思われる。

最後に、権利主体の認定基準からみれば、自然人の民事権利能力は出生から死亡までであり、これが各国の通例である。出生というのは胎児が母体と離れて独立な個体で生きていることを意味する¹⁰⁾。出生前の胎児さえ権利主体の資格を有しないのに、より前段階での冷凍胚が資格を有すると構成することは行き過ぎである。

8) See John A. Robertson, Embryo Research, University of Western Ontario Law Review, Vol.24, Issue 1, P25, 1986(6).

9) See Olga Batsedis, Embryo Adoption: A Science Fiction or an Alternative to Traditional Adoption? 41 Fam. Ct. Rev. P565, 570(2003).

10) 梁慧星『民法総論（第四版）』（法律出版社 2011年）88頁参照。

2 客 体 説

客体説の基本観点は冷凍胚を権利客体と見なす。具体的には財産説と私的生活利益説の2つに分かれる。

財産説は、冷凍胚の物理的な存在という形から、冷凍胚は人になる可能性があるが、移植される前には、本質的に財産に属することを主張する¹¹⁾。胚が生体外財産 (Excorporeal Property) であり、所有者に支配されるという観点もある¹²⁾。アメリカの York v. Jones ケースはこの観点をとりあげて、York 夫婦は冷凍胚の財産権を有すると認められた¹³⁾。

同じ客体説に属するが、「物」ではなく、「私的生活利益」の角度から冷凍胚を私的生活の客体とみなす説もある¹⁴⁾。

中国では、母体に移植される前の胚は財産的価値があるが、特別に保護されるべきものであるとみなす説がある¹⁵⁾。胚は人の存在価値に密接する特別なものであり、胚に内包する人格としての尊厳はそのきずなである。要するに、冷凍胚は人格権的利益がある特別なもので法律上特別に保護されるべきだと言われる¹⁶⁾。すべての説の前提は「物格説」¹⁷⁾である。冷凍胚は法律上の最高レベルの物格がある倫理物であり、物の保護方法について最高レベルの標準を採用すべきであると考えられている¹⁸⁾。

財産説は冷凍胚の物理的な性質と所有権の概念を強調し、あまりにも倫

11) See Donna M. Scheinbach, Comment, Examining Disputes Over Ownership Rights to Frozen Embryos: Will Prior Consent Documents Survive if Challenged by State and/or Constitutional Principles, 48 Cath. U.L. Rev. 989, 1011(1999).

12) See Kevin U. Stephens, Sr. M. D. Reproductive Capacity: What does the Embryo Get? Southern University Law Review, 1997(2).

13) 前注 7) 参照。

14) See Radhika Rao. Property, Privacy, and the Human Body, Boston University Law Review, 2000(2).

15) 白彦「試管嬰兒技術中人類胚胎的法律地位探析」中国衛生法制52号(2001年3月)31頁参照。

16) 方興「冷凍胚胎の倫理属性及処置規則」倫理学研究76号(2015年3月)51頁参照。

17) 人格に対して、物が本来備えている性質がある。後述「4 倫理物説」参照。

18) 楊立新「冷凍胚胎是具有人格属性的倫理物」檢察日報(2014年2月19日)第3面参照。

理性や道徳的な配慮が足りない。一方、私的利益説は、物という概念を避けて、直接に民事権益という名で各当事者の利益を調整することで、法規範を明確にできず、範囲が曖昧になることは否定できない。

3 中間説

中間説によると、冷凍胚は人でもなく、物でもない。人と物の間の過渡的な存在で、人と物の中間状態である。中国では、「潜在的な生命への保護、女性健康への保障、科学発展への促進3つの方面から、冷凍胚を人と物の間の中間的存在として認定、特別に保護すべきである」¹⁹⁾、「冷凍胚は人と物の間の身体組織であり、準主体と準客体両面の法的地位を兼有する」²⁰⁾という通説がある。日本では、2003年「ヒト胚の取扱いに関する基本的考え方」（中間報告書）によって、生命倫理専門調査会は以下のような意見を述べている。ヒト受精卵については、人格を持つ「人」ではなく、単なる「モノ」でもない中間的存在として位置付けざるを得ない。これを「人の生命の萌芽」と呼ぶことにするが、その概念自体は、「ヒト胚の取扱いは『モノ』に対するのと同じであってはならない、しかし『人』と同一であるべきでもない」ということ以上に何を意味するかは不明確であるため、さらに考察を加える必要がある²¹⁾。北川善太郎氏も、生命の単位である生物体は人間とはいえないが物でもないものと言われて、「第三の法領域」²²⁾の概念を提示した。

実務上も、中間説が次第に通説になっていく。Davis v. Davis ケースでは、テネシー州最高裁が「体外ヒト胚を人として物として取り扱うことができない。ある過渡的な中間的存在とみなすべきである」²³⁾とした。Jeter

19) 徐・前注 5)・59頁参照。

20) 徐海燕「論体外早期人類胚胎の法律地位及処分権」法学論壇154号（2014年7月）152頁参照。

21) 中間報告書16頁参照。

22) 北川善太郎「近未来の法モデルについて」法学論叢136巻4-6号（1995年3月）55頁参照。

23) 前注 7) 参照。

v. Mayo Clinic Arizona ケースでは、控訴審もヒト胚を人と身体組織の間の中間的存在とした²⁴⁾。本無錫事案の控訴審の「人と物の間の過渡」という判断も中間説に属するであろう。

中間説は、冷凍胚の物理的な性質や、「人の生命の萌芽」への尊厳という倫理的な性質を総合的に考慮しており、一定の合理性がある。特に刑法と母体保護法からは、主体説を否定し、道徳と倫理からは、客体説にあまり納得できない場合には、曖昧で明確ではない、中間説がやむを得ない選択になるであろう。しかし、中間説の最大の問題点は、「人」=主体と「物」=客体という二分の権利構成と適合しないことである。精神上の利益など無形な権利の客体は別として、有形な客体が物に属するのは現代民法の基本構造であろう。確かに、ドイツ民法(90a)やスイス民法(641a)では、「動物は物ではない」という規定があり、形式的にこの二元構造を克服するようになるが、このような規定は日本でも中国でも見当たらない。また、特別な事情がない限り、物の規定を適用するのも一般である²⁵⁾。要するに、中間説のように、「主体・客体・第三の法領域」という新しいモデルを作るのは現在の法制度との調整や一般国民の納得はともかくとして、必要性がほんとうにあるのかという疑問がある。中間説の目的は、物理的な存在を否定しないと同時に、「人の尊厳」に関係するヒト胚を尊重しなければならない点にある。この目的は、現行法の範囲で、解釈などの方法を利用して実現することができることから、中間説の必要性は高くないと考える。

4 倫理物説

前述の日本の中間報告書から1年後の2004年の「ヒト胚の取扱いに関する基本的考え方」には、いささか変化があると思われる。「人」として

24) See *Jeter v. Mayo Clinic Arizona*, 121 P.3d 1256(Ariz. Ct. App. 2005).

25) 動物への特別な保護の必要性についても、議論する余地があるであろう。動物の権利からのものであるか、あるいは人類の動物への精神的な利益であるか。

扱っていないが、「人の尊厳」という社会の基本的な価値を維持するために特に尊重されるべき存在であり、かかる意味で「人の生命の萌芽」として位置付けられるべきであり、通常の「物」とは異なった扱いがなされていると考えられている²⁶⁾。客体を基礎として、「人の尊厳」を尊重するのは、「中間的存在」より客体説に近くなると思われる。一言でいうと、二元構造のもとで、単一な法的人格に対して、多層的な「法的物格」制度を作って、「物」を各自の属性によって分別し、相応に保護することがより適切かもしれない。

法的物格とは、権利客体の資格であり、権利も義務も負わず、人に支配される存在である²⁷⁾。法的人格は平等であるが、法的物格は平等ではなく、物の物理的属性や特徴によって違う。一部の物は生命がなく、動物や植物は生命がある。生命がある動物においても、食用動物とペットや野生動物との間には差がある。ほかの物として、例えば、通貨や有価証券は物理的な実体はあるが、象徴的意味（通貨や有価証券自体は価値がないが、内容から価値が現われるという意味である）だけがある点に、独自の法律的特徴がある。異なる物は異なる法的物格を持ち、法律上、異なる地位を有し、保護の方法や程度も異なる。

物の物理的属性と特徴から、法的物格は3種類に分けられる。

第1種類は生命物格、すなわち倫理物である。身体組織や器官、動物とくにペットや野生動物、そして植物とくに希少植物はこの範囲に属する。

第2種類は抽象物格、すなわちネット上のバーチャル財産、通貨、有価証券など抽象的意味がある物である。

第3種類は一般物格である。伝統的な意味で独自の存在であり、人に支配され、一定の要求を満たす物である²⁸⁾。

26) 「ヒト胚の取扱いに関する基本的考え方」5頁参照。

27) 楊立新・朱呈義「動物法律人格之否定——兼論動物之法律“物格”」法学研究2004年5期（2004年9月）97頁参照。

28) 梁慧星『物権法』（法律出版社 2003年）23頁。

この分類から見ると、まず権利主体と権利客体の二元構造が克服されていない。特別に考慮すべき客体について財産権の上に尊重などの精神的な要素を加え、特別な保護をすることには妥当性がある。特に社会の発展によって、新しい客体が次々に現れ、また、すでに存在する客体でも、社会観念の変化によって、改めて対応する例も次第に出てくる。このような客体には、財産権だけではなく、人格的利益や社会的利益も含まれる。物の性質によって、人格的利益や社会的利益の程度も違い、保護の方法と程度も違う。ゆえに、冷凍胚を倫理物と定義し、もっとも厳格な法的保護をすべきであると思われる。

まとめてみると、冷凍胚は生命になる可能性があっても、通常の意味での「自然人」とはいえない。民法上の権利能力の取得条件も満たさない。さらに、体外胚の生殖補助・医学研究などの目的からみても、主体説が採用されれば、このような機能が制限され禁止される恐れもある。一方、中間説を取ると、本案のように、冷凍胚の性質が明確ではない状態に置かれ、各当事者や利害関係者の権利義務の範囲も曖昧で、特に「管理と処置」の意味が不明であり、代理懐胎が違法である現状で、当事者に不適切な期待を与えることは裁判所が本来やるべきことではないと考える。したがって、倫理物説に基づいて、人と物の二元構造を維持し、冷凍胚を物の処理規則を基本とした上で「人の尊厳」を尊重したほうが、冷凍胚の保護と治療・研究の保障とのバランスを同時に考慮する適切な選択であろう。

三 冷凍胚の処置規則

法律上、冷凍胚は客体に位置づけられるが、倫理物として「特別な保護」ということをどう理解するのかが問題になる。この問題を解決するまえに、冷凍胚の可能な目的、すべての処置方式、冷凍胚についての可能な関係者を明確にする必要がある。先に言わなければならないのは、冷凍胚には夫の精子と妻の卵子との結合、夫の精子と第三者の卵子との結合、妻

の卵子と第三者の精子との結合3つの場合があるが、ここでは本案のような夫の精子と妻の卵子との結合の場合に限って検討してみたい²⁹⁾。

国際生物倫理委員会の分類によると、体外胚は四つの種類に分けられる。① 子宮に移植するため育成される胚、② 子宮に移植するため育成されるが、必要性を超えて残る胚、③ 幹細胞の育成や研究のため、卵細胞受精の方法で作られる胚、④ ドナーの細胞の細胞核と受精卵の核を置換して形成される胚³⁰⁾、である。したがって、目的によって、子を作るため母体に移植される胚、科学研究や医療のため育成される胚の二種類がある。冷凍胚の処置方式は、前述した目的に合わせて、現段階はほぼ解凍移植、科学研究、保存、贈与、廃棄にとどまり、一般物のような売買、抵当などは倫理性と矛盾するから許されない。冷凍胚にかかわる可能な関係者は、精子卵子の所有者である夫婦、夫婦の相続人、夫婦から譲られるほかの不妊症がある夫婦と医療施設・保存施設などが含まれる。

体外胚の作成・使用はもともと生殖補助医療のために生じたので、再生医療に関する研究や発生学の研究などにおける重要性はいうまでもないが、当事者との関係や社会的な影響という角度から、生殖補助医療を中心に、科学研究を副次的に冷凍胚の処置規則を議論することが妥当である。

1 人になる可能性

ここでいう「人になる可能性」は生物学上の意味のみならず、現実上の意味も含まれる。胚が着床する前提は母体に移植されることで、移植がないと人になる可能性もなくなる。ゆえに、人になる可能性がある胚は、おもしろに、妻の胎内に移植される胚と、移植できる胚を他の夫婦³¹⁾が自己の胚

29) 確かに、ほかの2つの場合はより複雑である。特に冷凍胚を物とみなす前提で、所有権概念で、冷凍胚の共有者の共有持分をどう理解すればいいのかは困難であることを認める。しかし、ここでは、この困難さを避けることではなく、もっとも基本的な状態を解明した上で、ほかの場合に及ぶ作業ができると考える。

30) 文希凱『国外胚胎幹細胞利用立法綜述』（知識産権出版社 2006年）20頁参照。

31) 胚の提供を受けなければ妊娠できない夫婦。

移植のために得た胚であって、当該夫婦が使用しないことを決定した場合の胚がある。この場合の処置方式は簡単かつ唯一で、母体に移植されることである。この場合だけ、「人になる可能性」があると言えるであろう。つまり、子を欲しながら不妊症のために子を持つことができない法律上の夫婦の冷凍胚への処置の手段がもっとも多い。同時に、この場合の冷凍胚は人格的利益が高いので、もっとも厳格な保護が必要である。所有者である夫婦以外の人あるいは医療施設・保存施設は、夫婦の指示がない場合には、冷凍胚の状況を変化させることが許されない。所有者である夫婦は解凍移植・保存・廃棄、もしくは医療施設・保存施設に科学研究のために贈与することができる。ほかの夫婦の出産のための贈与は、自ら使用しないことを前提にするだけでなく、冷凍胚への「人の尊厳」を尊重するため、生まれた子の福祉のために安定した養育環境が十分に整えられるなどの要素も揃えるべきである³²⁾。このような場合には、所有者である夫婦は移植という目的で、冷凍胚の排他的処置権がある。これは冷凍胚が物である性質からである。唯一の制限は倫理物であるため、「人の尊厳」を尊重し、自由に譲渡することができない。ここで注意すべきであるのは、提供者の胚を受けた夫婦は「人になる可能性」がある胚の新しい所有者になることである。無制限の譲渡という典型的な「人の尊厳」を尊重しない行為を避けるため、移植のための胚は一回だけ贈与することができるとして制限すべきだと考える。

一方、科学研究のための冷凍胚は「人になる可能性」のない胚ともいえるであろう。科学研究のために育成される胚や、夫婦から医療施設・保存施設に科学研究の目的で贈与される胚は、生物学上「人になる可能性」があるが、移植の可能性はなく、移植されることも許可されないので、この

32) 厚生科学審議会生殖補助医療部会「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」2003年4月28日。一方、中国では、「人類補助生殖技術管理方法」によって、精子や卵子が提供できるが、胚を他の不妊症の夫婦に譲ることができる規定がないので、実際に胚の提供が否定される。

ような可能性は事実上実現できない。客観的にみれば同じ倫理物である冷凍胚でも、移植される冷凍胚より保護の限度は縮小されるべきであると考ええる。この場合の冷凍胚の所有者の範囲は広がり、前の場合の保管者である医療施設・保存施設は所有者の範囲に属し、科学研究の範囲で冷凍胚を処置することができる。移植のために一回しか贈与できない冷凍胚は、科学研究の目的で、贈与を受けた夫婦から医療施設・保存施設に贈与されることも許されると思う。

2 夫婦の婚姻状況

夫婦の婚姻状況と合意が冷凍胚の処置に関わる。科学研究の目的の冷凍胚が、夫婦から医療施設・保存施設に贈与された後、所有者は変更され、関係施設が科学研究の限度内で処置することができる。この点から見れば、夫婦の婚姻状況・生存状況などは、特に移植のための冷凍胚に影響が強いと考える。

(1) 婚姻中の場合

婚姻中でも離婚後でも、夫婦は、冷凍胚を分割できない倫理物として共同共有し、共同に処置すべきである。婚姻中は、中国の婚姻法司法解释一の17条2項の「日常生活用ではない夫婦共同財産を処置する場合には、双方一致で合意しなければならない」という規定に準じて、冷凍胚を保存、移植、廃棄、贈与のいずれをする場合にも、夫婦が共同で決定すべきである。事前に夫婦と医療施設・保存施設の間に契約があっても、契約の内容として医療施設・保存施設と夫婦の間の権利義務を互いに制限することを中心にするのが一般的であり、夫婦の間の合意があっても倫理物の特徴によって限度がある。特に夫婦の一方に単独で冷凍胚の移植、廃棄などの行為をすることを認めない。つまり、婚姻中は、夫婦が冷凍胚を共同共有するので、冷凍胚に対する処置は夫婦ともにしなければならない。両方が合意に達しない場合には、契約上の規定によって冷凍胚を処置すべきである。

保存、廃棄、贈与は特に問題がないが、移植の場合にさらに議論する必要がある。生殖補助医療は自然妊娠と違って、受精卵による胚の育成と母体への移植との間には一定の時間差がある。つまり、夫婦両方とも、胚を育成するために精子・卵子を採取された後、考え方が変わって、移植を放棄する可能性がある。この場合は両方の意思が一致しなければ、どのような処置がよいのかが問題になる。まず、女性のほうが移植を拒否する場合は簡単である。身体の不可侵性から、女性の同意がなければ、移植することは刑法上の傷害罪に該当する可能性もあるので、契約があっても本来の移植の目的は達成できないことに疑問はない。問題は男性のほうが移植を拒否する場合である。生殖補助医療では、女性のほうがより高いリスクを負い、自然懐胎と同様に、妊娠した女性に中絶をする権利がある期間内は冷凍胚に対する絶対権がある³³⁾という意見がある。つまり、女性がこの期間内は、自由に懐妊や不懐妊を決定することができると言われている。しかし、自然懐胎の場合には、女性の絶対権は自己決定権によって中絶をする権利だけになる。生殖補助医療の場合にも女性のほうが一方的に冷凍胚を使わないことができる。この点は、中絶をする権利を参照しなくても、合意ができないという角度から解決できる。男性の、子がほしくない意思を無視し、事実上彼に親子関係を成立させ、監護、養育、扶養などの義務を押しつけるのは妥当ではない。女性の生育権を保障すべきであることは認めるが、男性の自由意思を無視して、彼に不利益をもたらすことは許されないと考える。ゆえに、婚姻中の場合には、冷凍胚に対する処置は夫婦双方の合意によるべきであり、合意が達成できない場合には、移植はできず、その他の処置は契約にしたがうべきである。

(2) 離婚の場合

移植に関して夫と合意できない妻が子をほしい場合には、離婚によって

33) Shirley Darby Howell, *The Frozen Embryo: Scholarly Theories, Case Law, and Proposed State Regulation*, 14 DePaul J Health Care L 407, 416(2013).

解決するしかない。しかし、離婚の場合でも冷凍胚は夫婦の共同財産として扱われる。人になる可能性がある倫理物であるので、移植するための冷凍胚がいくつかあっても、不可分な物として夫婦間で分けることはできない。移植の合意が達成できれば、婚姻中と同様に合意によって母体に移植することができるが、合意が達成できないのが普通であろう。したがって、移植の目的が実現できない。冷凍胚の性質は実際に「人になる可能性」がなくなる。処置の方式は保存、廃棄、贈与など3種類である。夫婦の合意によって、この3種類の処置を自由に選択できるが、できなければ、契約の規定によって解決する。例えば、5年間の保存費用を支払って、時間を経て契約によって保存施設から廃棄する。あるいは、契約上移植できない冷凍胚を科学研究のため医療施設に贈与する。

前述したような前夫と合意できなかった妻が、ほかの人と結婚して子を産むという選択（救済ともいえる）がある。前夫との冷凍胚を利用することが許されるかどうかは、妻の生育の利益と夫の不生育の利益とのバランスを比較考量する結果になると考える。このような双方の利益の判断はほかの状況にも適用される。アメリカでの Davis v. Davis ケース、J.B. v. M.B. ケース、Reber v. Reiss ケースはその例である。Davis v. Davis ケースでは、前夫の不生育の利益は、前妻のほかの夫婦に贈与する利益より優位性があると判断された³⁴⁾。J.B. v. M.B. ケースでは、前妻の生物学上の母になりたくない利益は、契約があっても前夫のほかの夫婦に贈与する利益より優位性があると判断された³⁵⁾。Reber v. Reiss ケースでは、前妻が治療によって、前夫との冷凍胚を利用しないと生物学上の母になる可能性がないという前提で、生育の利益は前夫の不生育の利益より優位性があると判断された³⁶⁾。Davis v. Davis ケースと J.B. v. M.B. ケースでは、不生育の利益が生育の利益より優位性があることが認められた。しかし、Reber

34) 前注 7)・588, 604頁参照。

35) See J.B. v. M.B. 170 N.J. 9, 783 A. 2d 707, 719(N.J. 2001).

36) See Reber v. Reiss, 42 A.3d 1131, 1140.

v. Reiss ケースでは、生育の優位性が不生育の利益より優位性があることが認められた。問題になるのは、子のほしくない人に生物学上の子がつくられ、かりに親権否定などの方法によってこの人が子に対して一切監護、養育、扶養しない約束があっても、それは単なる両親の間の契約にすぎない。子の福祉の保護の角度や子の意思の尊重などの角度から、さらにこの人に追認と、これらの義務履行を要求することができるであろう。

さらに、ここで両当事者の状況を交替して、前夫が冷凍胚を利用しないと生物学上の父になれない場合には、この冷凍胚を利用させることができるかどうかについては、前夫が代理懐胎を利用するしか方法がないことが明らかである。この場合には J.B. v. M.B. ケースで確定された前妻の生物学上の母になりたくない利益の優位性に矛盾するだけではなく、中国や日本のような代理懐胎が認められていない国では法律上も否定される。しかし、同じく冷凍胚を利用しなければ生物学上の母や父になることができない人の間で不一致の結果が生じることは不公平ではないかとの異議がある。特に再婚によって、提供される精子・卵子・胚を利用し子ができるという選択と、養子縁組という選択が存在する場合には、生育の利益が不生育の利益より優位性があるという判断は納得できない。

本来、利益衡量ということは、合意や契約のように具体的な基準があるものではない。裁判所にこのような強い感情的で個人的な事案に決断させることは、できるかぎり避けるべきである。しかし、現行法が十分とは言えない現時点では、裁判所はこのような判断をしなければならない。ゆえに、できれば合意や契約を先に考慮し、利益衡量を特例として補助的に位置づけ、冷凍胚を処置する。それだけではなく、利益衡量の基準もできるかぎり制限して明確にする。特に移植のために利用される冷凍胚については、代替的方法がある場合には、不生育の利益が生育の利益より優位性があると考える。

したがって、離婚の場合の冷凍胚の処置について、婚姻中の処置と同じく、夫婦の合意が達成できるかどうかに着目すべきである。合意ができな

ければ、契約に基づいて処置するが、特段の事情があれば、夫婦双方だけではなく、可能である子の福祉なども含めて総合的な利益衡量をすべきである。

3 夫婦の生存状況

(1) 一方が死亡した場合

夫婦の一方が死亡した場合には、移植するための冷凍胚は共同共有から一方が所有することになると考える。冷凍胚が物である性質から、相続の対象になるのは特に問題がないが、移植するための冷凍胚は不可分な物である上、夫婦双方にとって特別な存在であるので、夫婦の一方に相続されない。相続された冷凍胚の処置については問題が起こってくる。死後の人工生殖に対する規定はないが、相続人である配偶者の無制限な利用は認められない。冷凍胚の処置については、夫婦双方の合意が必要であるため、死亡した配偶者の意思をどう理解すればよいのかが問題となる。この点だけではなく、死亡している者の胚により子が生まれることに倫理上大きな問題が生じること、生まれた子にとっての遺伝上の親である者が出生時から存在せず、子の福祉の観点から問題であることは前述した日本の厚生科学審議会生殖補助医療部会の報告書でも述べられており、この理由から胚を廃棄すべきであると言われる。その結果、現実には日本でも中国でも一方が死亡した場合には冷凍胚を移植することが許されないことになる。

しかし、日本で起こった死亡後の人工授精に関する一連の事案については意見が支持と反対に分かれていた³⁷⁾。一方が死亡した後の冷凍胚の処分

37) 東京高判平 18・2・1 家月58巻5号74頁。最判平 18・9・4 家月58巻12号44頁。具体的な分析は二宮周平「認知制度は誰のためにあるのか（4）——人工生殖と親子関係——」戸籍時報607号（2006年12月）11頁以下参照。最判平 18・9・4 は死後懐胎子の認知に対する判決であるが、ほとんどの学説が死後懐胎という生殖補助医療自体に反対すると言われる。しかし、死後認知の議論から死後懐胎自体に賛成はともかくとして、議論する余地もあるという観点がある。小池泰「男性死亡後に保存精子を用いた人工生殖によって生まれた子の親子関係」別冊ジュリスト『家族法判例百選 [第7版]』（2008年10月）62頁以下

に関しては、夫婦の移植直前の合意がない場合には、医療施設・保存施設との契約上の規律によって移植できないのは事実である。しかし、合意の意味をどう理解すればよいのかはこの問題の解決に大きな影響がある。ひいては、結局利益衡量という基準に着目することになる。

妻が死亡した場合は、代理懐胎を利用しないと子をもうけることができないので、夫が移植という処置方法を選択することができないことには異議がないであろう。それゆえ、夫は保存・廃棄・贈与をすることができる。この3つの選択はいずれも本来冷凍胚を育成する移植の目的と違って、本来目的を変更する場合には両方の「新しい合意」の必要があるが、夫が相続権によって単独に処置することができる。保存・廃棄・科学研究のための贈与は問題はないが、ほかの夫婦への移植のための贈与は問題があるように思われる。つまり、まだ「人になる可能性」がある倫理物である冷凍胚はだれから移植しても、もっとも厳格な保護が必要である。この厳格さを保障する基本的な方法は提供者である夫婦の合意である。妻が死亡した場合には、このような「新しい合意」を得ることができないので、夫は科学研究という目的の贈与だけができる。保存・廃棄・贈与の処置方法について夫が死亡した場合にも同じ対応になる。

したがって、唯一の複雑な状況は、夫が死亡し、妻が冷凍胚の移植を行う場合に生じる。前述した生殖補助医療部会の報告書に提示される3点について分析する。

第1に、倫理上の問題について。最判平18・9・4には、「生殖補助技術を用いた人工生殖は、自然生殖の過程の一部を代替するものにとどまらず……（現行法制度が）死後懐胎子と死亡した父との間の親子関係を想定していない」という補足意見がある。つまり、生殖補助医療は、少なくとも自然生殖のように夫婦両方が健在である状態が想定されている。しかし、「自然生殖の過程の一部を代替する」という点から見れば、死後懐胎でも、

↘参照。

「夫の性行為による射精，受精という自然の生殖過程の一部を人為的な体外受精によって代替するという点では，ほかの生殖補助医療と何ら違いはない」³⁸⁾として，夫婦双方とも健在であるという要件を否定する意見がある。そのほか，射精直後に男性が死亡した場合など，自然生殖でも死後懐胎が生じる可能性がある³⁹⁾との反論もある。さらに，夫婦双方の合意による移植手術の直前，手術室の外で待つ夫が急死した場合には，手術室にいる医者に伝え，手術を中止すべきだろうか。特にこの場合の移植は，夫婦双方の合意を得たものであるので，中止することは，倫理上の考量という点からはあまり説得的でないと考える。

第2に，子の福祉について。最判平18・9・4の判決に指摘されたように，死亡した父が死後懐胎子の親権者になりうる余地はなく，死後懐胎子が父から監護，養育，扶養を受けることはありえず，父の相続人にも代襲相続人にもなりえない。要するに，死後懐胎が認められても親子関係や死者である父の各利害関係者との間での一切の法律上の効果が発生しない。結局，母一人だけと関係があるという結果になる。しかし，亡父の祖父母からの支えがある場合には，経済的にも愛情的にもよいのではないかと考える。

第3に，死亡した夫の意思表示について。何回も論じたように，契約があっても，冷凍胚を母体に移植する前であれば，夫婦の一方は同意を撤回することができる。死亡によって，亡夫は意思を撤回できず，また彼の意思を確認することができない。要するに，妻が移植するためにしなければならぬことは，亡夫の意思を確認することである。合意の重要性についてはいうまでもなく，冷凍胚の処置方法を変更する場合には，必ず夫婦の「新しい合意」が必要になる。一方，冷凍胚についての目的や処置方法が変わらない場合には，「新しい合意」をする必要がない。冷凍胚を移植す

38) 家永登「最高裁判決と生殖補助医療のあり方」法律時報78巻12号（2006年11月）2頁参照。

39) 小池・前注37)・63頁参照。

る際に、医療施設・保存施設から同意書に夫婦両方のサインを要求するのは、再び合意を要求することではなく、これまでの移植する合意をもう一度確認することと理解すべきである。極端な例をあげれば、夫がサインをしなくて、移植手術の手術室の外で期待かつ心配な様子で結果を待つことは、移植の意思を維持するとも理解できるであろう。したがって、夫婦と医療施設・保存施設との間に移植のための契約を結んでいる場合、主体的に変更の意思を主張しないかぎり、先の意思を維持するのが当然であろう。夫が死亡した場合に、直接夫の口から意思を確認できないのは事実であるが、夫が生前の遺書や、今までの行動などから契約上の目的を維持する意思を確認することは困難なことではないであろう。一方、保存、廃棄、贈与の目的から移植の目的への意思変更には「新しい合意」が必要であるから、このような意思の確認作業は許されないと考える。

以上の分析によって、生殖補助医療部会の報告書に指摘される死後懐胎の否定理由については、いずれも説得力がそれほど高くないと思っている。しかし、死後懐胎を否定するのは、死後懐胎による親子関係の処理が困難であるからであろう。最判平18・9・4のような事案について様々な意見があり、学説が一致する可能性がみえない。死後懐胎という行為を否定し、亡夫と妻の権利を無視し、このような問題を避けるのはもっとも簡単な解決案であろう。しかし、どのように避けても、結局死後懐胎という事実が発生した。問題は再び死後認知に代表される親子関係に回ってくる。したがって、親子関係という問題を解決する重要性和必要性があり、この問題が解決されれば、死後懐胎は問題にならないであろう。法規制がない場合、最判平18・9・4は先例としての機能があり、親子関係の効果に関して、親権、扶養、相続権、代襲相続権など一切発生の余地がないことと、亡夫の祖父母の相続権などを保障したいのであれば、養子縁組という方法もある⁴⁰⁾ことから、親子関係を否定することができると考える。親

40) 二宮周平「妻が亡夫の保存精子を体外受精して出産した子の認知請求を否定した事例」法学セミナー増刊速報判例解説1号(2007年10月)115頁以下参照。

子関係は否定するが、死後懐胎は認められるべきであると考ええる。すなわち、養子縁組で対応することに賛成する。

（2）双方が死亡した場合

双方が死亡した場合には、冷凍胚を移植する目的を実現する利益者がいなくなった。冷凍胚は「人になる可能性」もなくなった。契約上に規定があれば規定によって処分され、規定がなければ、被相続人の財産として相続人に相続させる。「人になる可能性」がないので、相続人が保存、廃棄、科学研究のための贈与しか処置できない。保存は、死亡した夫婦が医療施設・保存施設と結んだ契約や冷凍胚の最長期の保存期間に反することができない。

本無錫事案はこの場合と一致する。死亡した夫婦の両親である相続人は冷凍胚を相続することができる。しかし、「管理と処置」という権利の限度が明確ではない。「管理」という言葉は「保存」に類似しており、最長期の保存期間は、冷凍胚を相続人が保存することができるかと解すべきである。「処置」は「廃棄、科学研究のための贈与」に限定すべきであると考ええる。裁判所がこのような曖昧な判決をくだしたことは、違法である代理懐胎を使わないと実現できない期待を当事者に与えただけではなく、国民にも裁判所が代理懐胎を支持する誤解を与えたことから、適当とはいえないであろう。

さらに、相続人がいない場合に、管理人である医療施設・保存施設は契約の規定によって冷凍胚を処置する。契約上の規定が不明であれば（この可能性はないはずである）、医療施設・保存施設は無主物の占有によって、保存、廃棄、科学研究をすることができる考える。

四 医療施設・保存施設の法的地位

冷凍胚の処置は、医療施設・保存施設と深くかかわっている。保存によ

る利害関係があるだけでなく、一部の場合において当事者にもなる。トラブルや法的な不利益を避けるため、医療施設・保存施設が必ず依頼人と厳密な契約をすることは当然な選択である。IVF手術について配偶子や胚の術後の処置などは言うまでもなく、当事者の死亡や意思変更などの各状況への対応も契約に載せなければならぬと明確に要求される⁴¹⁾。本無錫事案についても、死亡した夫婦が病院と「胚と胞胚の冷凍、解凍および移植同意書」を結んだ。同意書に保存期間、期間終了後の廃棄などの規定があった。ゆえに、医療施設・保存施設は移植手術以外単なる保管者であり、当事者とは保管契約関係しかない。保管中冷凍胚を損害すること、目的を変更することなどによって、依頼者に財産的、精神的損害賠償責任がある。保管者である医療施設・保存施設は積極的に冷凍胚の処置に手を出すのは無権処分⁴²⁾ともいえるであろう。しかし、倫理物である冷凍胚について、「人の尊厳」を尊重するため、保管者である医療施設・保存施設が冷凍胚の処置に適度な制限をするのも理解できると考える。例えば、廃棄は当事者自らがするのではなく、医療施設・保存施設が一定の慎重な方法によって実施すること、ほかの夫婦に贈与する場合は、医療施設・保存施設あるいは国家の関係部門から丁寧に適切な受贈者を選ぶことなど、である。現在の「報告書」(日本)や「管理方法」(中国)のように、医療施設・保存施設をトラブルから避けさせるため、優越的な地位を利用して、合理性を検討する余地がある約款を依頼人に結ぶことを強要することは、適切な制限とはいえないであろう。

おわりに

冷凍胚は「人になる可能性」があるので、「人の尊厳」を尊重すべき倫

41) 中国の「人類補助生殖技術管理方法」の第14条参照。

42) 張聖斌「人体冷凍胚胎監管、処置権帰属的認識」法律適用2014年11期(2014年11月)45頁参照。

理物である。物の属性が基本であり，一般的に物の規定にしたがって処置すべきであるが，倫理性を保障するため，冷凍胚を処置する場合には，まず夫婦の合意を得なければならない。合意が達成できなければ契約にしたがうことにし，特殊な場合に利益衡量によって処置する。本来，利益衡量は契約の規定が不十分な場合に行われるが，現在の段階では，医療施設・保存施設からの定型化契約にあらゆる細かい規定があるので，不十分な可能性はあまりないともいえる。したがって，利益衡量は不合理な規定の適用を避けるために用いるべきである。具体的にいえば，不生育の利益が生育の利益より優先すること，移植の目的が変わらない場合には，死亡した夫の意思を全面的に確認してより適切な処置をすることなど，である。

本判決については，冷凍胚を相続人である祖父母に「相続させた」のは適当であるが，「人になる可能性」がないので，無制限の「管理と処置」をさせたのは適切ではないと考える。相続人の「管理と処置」の限度は契約と最長期の保存期間に反さず，保存，廃棄，科学研究のための贈与のいずれにも該当すべきである。

冷凍胚に関する課題は倫理，医学，法律様々な分野と関連し，「人の尊厳」，社会意識などの価値観と深い関係があるものである。代理懐胎や妊娠中絶などの課題にも絡んでいるので，これからの理論的検討や法整備は，生命倫理や子の利益などの角度からこれらの課題と合わせて総合的に把握しなければならないと考える。

〔補〕 毎日新聞2017年1月4日（朝刊，13版）によれば，不妊治療を手がける婦人科クリニック（奈良市）の院長が2014年，凍結保存された別居中の夫婦の受精卵について，夫の承諾を得ず妻に移植し，妻はこの体外受精で妊娠し，長女を出産したという事例がある。夫は2016年10月長女と親子関係がないことの確認を求めて奈良家裁に提訴した。まだ審理中であるが，どのような結論になるか注目している。