

シンポジウム「生命の資源化の現在」

## 代理出産と不妊相談

—ドイツにおける法と社会的実践

小椋宗一郎

### はじめに

いわゆる「代理母」に相当する一般的なドイツ語は“Leihmutter”<sup>1</sup>である。「借りる／貸す」という意味の“Leihen”<sup>ライエン</sup>と、“Mutter (母)”<sup>ムッター</sup>の合成語であるから、「貸し借り」される「母」（生殖機能）という意味になる。この言葉は、人工授精や胚移植による代理出産が可能となる前から用いられていた。つまりパートナー以外の女性との性交渉を前提とした代理出産を指していたのである。ドイツの『生命環境倫理事典』には次のような記述が見られる。

[女性の身体上の原因による] 不妊のカップルにおいては、女性の許容と同意のもと、男性が他の女性（ライムッター）と自然的生殖を行うことが可能だ。これはすでに昔から子孫を確保するために行われてきた形の代理出産である。今日の生殖補助技術により、[人工] 授精によって自然的生殖の過程を回避することが可能となった。<sup>2</sup>

婚外の性交渉を経る“古い”かたちから、生殖技術を用いた“新しい”かたちへと移行しても、「ライムッター」という言葉そのものに否定的な含意が残存しているのかもしれない。下記に見るように、ドイツで代理出産が刑罰によって禁止されている背景にも、こうした道徳的疑念が存在する可能

性は否定できない。しかし刑罰による禁止を根拠付けるためには、さまざまな具体的根拠が挙げられねばならないことは言うまでもない。第1章では、代理出産をめぐるドイツの立法の経緯をたどり、その根拠として挙げられた事柄について概観する。ひとこと言えば、代理出産による「子の福祉」の侵害を防止するという観点に立ったものである。そして「子の福祉」の実質を考えるにあたっては、単に保護されているというだけでなく、誰に、どのようにして保護されているかが問題となる。妊娠、出産、育児を通じて、可能な限り同じ母親（および父親）によって継続的に担われるということが重視され、場合によっては裁判所による検証の下に、子どもが生まれ育つための環境を確保することに関心が向けられる。その際、妊娠や出産の過程における金銭あるいは第三者の介在が、親子の絆にどのような影響をもたらすかということが具体的に検討される。ある子どもの母親が複数にまたがったり、その役割が受け渡されたりすることを示す「母性の分割」という概念が、ドイツの議論を理解するためのひとつの鍵となる。

このようにまず第1章は、代理出産をめぐるドイツの規制の理論的根拠について理解することを目的とするが、第2章では、体外受精に代表される新しい生殖技術一般について、ドイツで行われている医療と相談の根底にある実践的態度に目を向けたい。そもそも代理出産等が求められる背景には、“子どもが欲しい”という願望が叶えられないカップルたちの深刻な苦悩がある。ドイツでは、「子ども願望 (Kinderwunsch)」というキーワードのもとに、そうした悩みに焦点を合わせた議論の蓄積があり、また心身医学的観点を踏まえた不妊治療の実践がある。また制度的に整備された「妊娠相談」において、心理社会的観点から不妊の悩みに寄り添う取り組みが行われている。不妊をめぐる医療と相談の現場に立つ人々の論述から、ドイツにおける取り組みの特色を明らかにしたい。

新しい生殖医療をめぐる諸問題を、法規制の問題としてのみ捉えることは一面的だと私は考える。一定の医学的手段によって子どもをもうけることを規制するからには、それによって子どもを持ちたいと考える人々の苦悩を真剣に捉える必要があると思われるからだ。その点で不妊をめぐるドイツの取

り組みはひとつの参考になる。生殖医療の法規制をめぐる意見の対立を超えて、望ましい生殖医療のあり方を模索してゆくためには、法規制と援助という両方の視点が重要である。

## 第1章 ドイツにおける代理出産禁止の経緯

### 第1節 医師会ガイドラインから法制化へ

ドイツで代理出産の問題に関心が集まるようになったのは、他の欧米諸国にくらべて遅く、1980年代に入ってからであったと言われる。しかし80年代半ば以降、連邦医師会の決議およびガイドライン(85年5月)<sup>4</sup>、ベンダ委員会報告書(85年11月)<sup>5</sup>、ドイツ法曹大会決議(86年9月)、養子斡旋法改正(89年11月)、胚保護法可決(90年12月)といった一連の流れによって、代理出産禁止に関する法制度が整備されるに至る。市野川容孝によれば、この動きを先導してきたのはとりわけドイツ医師会である。ドイツの医師会は、その強い権限によって実効的にガイドラインを遵守させており、法はそれを補完する役割を果たすにすぎないとされる<sup>6</sup>。これに対して、86年のドイツ法曹大会決議は、「女性を道具化することは人間の尊厳に反する」ために代理出産を禁止すべきであるという決議を僅差で否決し、次に、代理出産は「人間の尊厳に反しない。ただし立法者は否定的な随件事由を理由としてこれを禁止する権限を有する」という決議を僅差で可決している<sup>7</sup>。したがって代理出産そのものの法規制に対しては法律家たちの間で賛否が分かっていたと言えるが、代理母の斡旋によって利益を得ることを禁止すべきという点では一致していた。そのためまず89年の養子斡旋法改正の際に「代理母斡旋禁止」が加えられ、最長で3年の自由刑または罰金刑が予定された<sup>8</sup>。その後、医師会による規制を法制化する形で胚保護法が成立したと言える。胚保護法は、代理出産のための(医学的)処置を行った者に3年以下の自由刑または罰金刑を科すと規定している<sup>9</sup>。

このほか、85年3月と12月、87年3月、2003年5月にはそれぞれドイ

ツ国内での代理出産に関する裁判の判決が出されている。最初の判決は契約の効力に関する判断を避けているが、以降の判決では代理出産契約は良俗違反により無効であるとされた<sup>10</sup>。次節では、初めてそうした判断が示され、上述の経緯にも大きな影響を与えたと思われる 85 年 12 月の判決を取り上げたい。

## 第 2 節 代理出産契約の無効性—— 1985 年 12 月判決

85 年 12 月 2 日ハム上級地方裁判所決定（以下「判決」と呼び、丸カッコ内の数字は NJW のページ数を指す）に係るケースの概要は次のとおりである。1981 年 11 月、子どものない夫婦の夫が、ある民間治療師によって斡旋された女性と代理出産契約を結び、人工授精が行われた。1982 年 11 月にはその女性に子どもが生まれ、子の引渡しと同時に 27,000 マルクが支払われた。しかし 1983 年に代理母の夫が自分の子ではないことを確認するために提起した裁判の証拠調べでは、血液型検査の結果、99% の確率で代理母の夫が子どもの生物学的父であることが判明した。本件は、依頼者夫が代理母夫婦に対して 27,000 マルクの返却と訴訟費用等の支払いを求めた事案である（781）。

まず判決は、依頼者と代理母の双方について、契約時における不法行為の主観的認識の存在を否定している。むしろ子どもに恵まれなかった依頼者が子どもを持つことには「主観的に是認するに足る動機 (subjektiv billigenswerte Motiv)」があったと評価し、かれらが代理出産を選んだことも「主観的には初めから否認するには当たらない」とする。非配偶者間人工授精による出産であるというだけでは公的介入の根拠とはならないとする判例を引合いに出し、本件においても「第三者としてあつかましくも人を裁こうとすることはできない」と述べる。他方、代理出産を引き受けた側の行為についても「主観的には当初から否認するには当たらない」とされる。「精子提供者の行為は理解できるが、『代理母』の行為はまったく是認できないとするなら、ダブルスタンダードを用いていることになる」（782）。

しかし「通説及び判例によれば、契約の良俗違反性は、その当事者が自己の行為の良俗違反性を認識していたか否かには関わりがない」。医師会決議やベンダ委員会報告書をはじめとして、公の議論においては代理出産を拒否する傾向が支配的であるが、これに反対する見解もまた存在することが指摘される。その上で判決は次のように述べる。

当法廷がどちらの見解を優先すべきかを決定する必要はない。本件における一連の契約は、何よりも望まれた子どもが取引の対象とされ、そしてそのことによっていわば商品に貶められたという点によって良俗違反の特質を有する。すなわち当該契約は子の福祉を著しく危うくする。(782)

当事者どうしの契約には「任意の給付 (freiwillige Leistung)」と書かれているが、子どもの引渡し後に初めて支払われるとする約定からしても、単なる妊娠中の経費補償と見なすことはできず、「経済的には対価 (Gegenleistung) の性格を示している」とされる (782)。また、その子は代理母にとって望まれた子ではなく、むしろ「素早く苦痛なく別れられるように、できるだけ子どもに対する深い感情的絆を築かないように気をつけなければならなかった」(783)。他方では依頼者夫婦の家庭に「通常の子どもと同じように受容されることも保障されなかった」。なぜなら、「かなりの経済的出費をもって『手に入れた (erwerben)』子どもを、……血の繋がった子どもと異なった目で見ることが予想されるからである」。また人工授精により行われた本件の場合、依頼者の妻が「遺伝的に繋がりのない子ども」を安定的に受け容れられるかどうか、また夫が他の女性との間に子をもうけたという事実が結婚生活に与える影響も予想できなかつたとされる。さらに「子どもの法律上の運命も決して安定していない」。契約のなかで子どもの受け取り拒否は原則的に許されないとされているものの、特にその子どもが「申立人 [依頼者夫婦] のイメージに合わない、あるいは不完全にしか合わない場合には」、引き取りが確実に履行される保証はなかつた。そもそも「[出産した親による] 養子

縁組に対する同意は子どもが生後 8 週間以降に初めてなされうる」と定められており、かつ養子縁組の成立は「後見裁判所の決定にかかっている」。したがって契約当事者は、自分たちの権限外の事柄について無効な契約を結んだと見なされる。以上が同判決により代理出産契約が無効とされた主な理由である。

1985 年 12 月の判決は、このように代理出産そのものの適法性ないし違法性に対する判断を差し控えながらも、「子の福祉」を根拠として当該契約は良俗違反であると判断した。その契約が「子の福祉」に反する理由として判決はまず「子の商品化」を挙げているが、高島も言うように、それが仮に無報酬でなされたとしても判決がいう良俗違反性には変わりがないだろう。なぜなら判決は、依頼者の認識やその妻への心理的影響にも言及し、子どもの受け渡しと安定した養育が確実に行われる保証がないこと、また養子縁組の際に依頼者夫婦による養育が子どもの福祉に適うかどうかを判断するのは、養子法上、当事者ではなく後見裁判所であることを根拠としているからだ。実際、このケースでは生物学的父が代理母の夫であったことから、いったん引き取られた依頼者男性の子であることが否定され、子どもは極めて不安定な地位に置かれた。

### 第 3 節 養子斡旋法と親子法の改正

このほか養子斡旋法と親子法の改正に触れておくべきだろう。養子斡旋法に代理母斡旋の禁止が加えられたことを述べたが、そもそもこの改正には次のような経緯がある。

ドイツの養子法は、1976 年の改正によりパラダイムの転換を果たした。それは、子を必要とする親に子を与えるというものから、親のない子に親を与える制度への転換である。養子法は、財産継承の手段から少年援助（児童福祉）の手段に変わったのである。<sup>14</sup>

養子縁組に関する出生前の同意を無効としていた前節の判決も、これに基づいている。養子縁組は、あくまでも子の福祉のために行われるべきであって、財産継承や親の願望を満たす手段とされてはならない。したがって養子縁組は、「子の福祉に資する (dienen) ものであり、かつ養親と子との間に親子関係が生じることが期待されるときに許される」(ドイツ民法 1741 条)<sup>15</sup>。さらに 1998 年 6 月 1 日に発効したドイツ民法改正において、次の規定が追加された。<sup>16</sup>

養子縁組の目的で、法律または習俗に違反する子の斡旋もしくは連れ込みに協力した者、またはこれを第三者に依頼し、もしくはそのために報酬を支払った者は、子の福祉のために必須 (erforderlich) であるときに限り、子を養子とすることができる。(民法 1741 条 1 項 2 文)<sup>17</sup>

これはとりわけ人身売買まがいの国際養子縁組に対する警告として、国際養子に国内のそれよりも厳しい基準を課すものであるが、外国での代理出産により生まれた子をドイツ国内に連れ込もうとする場合にも適用される可能性が高い。<sup>18</sup>「子の福祉のために必須」であると判断されるためには、すでに長期間同居して事実上の親子関係が出来上がっていることなどが必要である。

またこの改正では、それまで明文の規定が置かれていなかった母子の法的関係について、「子の母は、その子を出産した女性である」(1591 条) と定められた。連邦議会に提出された法案には、この規定の根拠が次のように説明されている。

この規定の出発点は、子どもの利益のためには「母性の分裂 (gespaltene Mutterschaft)」があってはならないという考慮である。ただし遺伝的母あるいは生物学的母の家族法の意味における母性について決定するに当たっては、次の観点が決定的なものでなければならない。つまり出産した女性だけが、妊娠中および出産直後に、子に対して身体的および心理社会的な関係を持ちうるということだ。そのため、この女性が母である

ということは、卵子提供者が遺伝的に母であるという認定を受けるための申立てによって取り除かれるような、単なる見せかけの母性ではない。むしろ産んだ女性が母であることは最初から動かしがたい。こうした明確な規定は、また代理出産の阻止にも役立つ<sup>19</sup>。

同法案理由では、外国で、あるいは国内の禁止下で、卵子提供（および代理出産）が事実上なされうることも想定されているが、その場合に対してもドイツ法の立場を明確化し、胚保護法等による代理出産の禁止を補強する意図が込められている。

#### 第 4 節 法整備の経緯から見たドイツ代理出産禁止の意義

2008 年 8 月、日本人男性がインド人女性に代理出産を依頼し、女の子が生まれた事例が報じられた。その当初は女兒の旅券が発行されず出国できないという事態に陥ったが、10 月 22 日には日本への入国が認められる見通しだと報じられている<sup>20</sup>。またちょうど同じころ、あるドイツ人夫婦もインドでの代理出産により双子をもうけている。こちらは 2 年経ってもドイツへの入国が許可されず、インドに足止めされている様子が 2010 年 3 月に報道された。2010 年 5 月にはドイツへの双子の入国が許可されたと報じられたが、養子縁組手続きは容易でないことも予想されている。この件の詳細については拙稿を参照されたいが、結局のところ事実上の同居を理由として養子縁組が認められる可能性が高いとはいえ、上述のように厳格な審査を経なければならぬことも確かである。

場当たりの日本の対応に比較すると、ドイツの立法の周到さと法実務の厳格さは驚くべきものに映るだろう。しかしたとえばフランスでは、対処と議論にさまざまな揺れを含みながらも、この種の養子縁組を認めない判決が出されている点で<sup>21</sup>、さしあたりドイツよりも厳しい対応が取られていると言える。独仏両国で代理出産が厳しく禁止される具体的理由の多くは共通しているが、規範構成の点では違いが見られる。つまりフランスで代理出産が禁

止された根拠は、とりわけ「人体の構成要素である子宮および母子という身分は処分不可能であるという理由による<sup>23</sup>」。これに対してドイツでは、上述のように「母性の分割」による「子の福祉」の侵害への懸念が主要な根拠として示される。たとえば胚保護法に対する主要な注釈書<sup>24</sup>においても、「[代理出産の禁止条項によって] 守られる法益は子の福祉である」とされる。「産まれた子をあとで第三者に渡すという認識が、すでに胎内における子どもの発達に悪影響を及ぼしうる」。また「産んだ母と社会的母との分離は、子どものアイデンティティの探求を著しく困難にする可能性がある」。さらに、「当事者たちに起こりうる心理的葛藤と代理母への健康上のリスク」が挙げられる。

ただし、上述のドイツ法曹大会決議にも見られたように、代理出産の禁止に関しては賛否が分かれていることを念頭に置くべきである。専門家ではなくむしろ一般のドイツ人たちの間で、「代理出産は人間の尊厳に反する」という言説も時折見られる。しかし議論の俎上では原理的推論のみによっては片付けられない。なぜなら、「人間の尊厳」の法的意義を慎重に考慮するならば、子どもや代理母、依頼者や医師などの各当事者について、具体的にどのような場合に「人間の尊厳」が侵害されたと言えるのかが問題となるからだ。<sup>25</sup>「子の福祉」への侵害についても、産んだ子どもを引渡すことが胎児または子どもの発達やアイデンティティ形成にどのような悪影響を及ぼすのか、法的地位や養育環境が脅かされるのはどのような場合かなどを具体的に検討する必要がある。本稿では、生殖医学や発達心理学、家族法学や家族社会学などに及ぶその問題群を包括的に論じる用意はないが、上述の限りでドイツにおける議論の特徴を示す点を指摘しておきたい。

第一に、母子の「心理社会的関係性」が重視される点が挙げられる。ドイツでは特に妊娠中絶をめぐる議論において、妊娠中における母子の一体性を考慮しなければならないことが認識されてきた。<sup>26</sup>代理出産に関しては、「産みの母」と引き離されることが、子どもにどのような影響を及ぼすかが大きな焦点となる。

第二に、「子ども願望」の扱いに着目したい。第2節で述べたように、代理出産契約は良俗違反により無効とされた。しかしそれによって“子どもが

欲しい”という依頼者たちの願望が否定されたわけではない。むしろ基本的には各人の自発的な「子ども願望」が認められながらも、その実現のために取られる手段に関しては「子の福祉」を規準とした制限が設けられていた。

また第三に、“子を欲する親の願望よりも、親を必要とする子の福祉が優先される”という原則を確認すべきである。親に望まれていることが子の福祉にとって大切な意味をもつことは明らかだ。しかし子の福祉を侵害するおそれがあるような方法で親の願望が追求されるとすれば、この原則によって制限が設けられる。

このように、親になることを望む人々の「子ども願望」が基本的には承認されつつも、それが「子の福祉」に対立する場合には、後者に明らかな優位性が認められる。このことは生殖医療だけでなく養子縁組に関する法制などの分野で、日本においても再認識されるべきだろう。しかし代理出産が「子の福祉」を一般的に侵害するという判断そのものは、上述のように、これまでの具体的事例や各規定の成立経緯、妊娠中の母子の一体性に関する考え方など、ドイツ特有の背景と深く関連するものである。したがって、日本においても捉え返されるべき示唆を含んでいるとは言えるが、改めて議論することなしにそのまま妥当するわけではない。

ドイツでは子どもが欲しいと望む人々の行為に法律の枠をはめることが決断されたのだが、そうした願望に対して単に冷淡な扱いがなされているとは言えない。というのも、医療や相談という実践的次元では、「子ども願望」に焦点を当てた議論と取り組みが積み重ねられてきたからだ。次章では、「不妊」という事態に直面した人々に対する援助に目を向けたい。

## 第 2 章 不妊をめぐる医療と相談

### 第 1 節 不妊治療と生殖医療——医師と患者の対話の重要性

“子どもが欲しい”という願いを示す「子ども願望 (Kinderwunsch)」というドイツ語の言い回しは、ひろく一般に用いられるだけでなく、それ自体が

独立したテーマとして議論される。ドイツの『生命環境倫理学事典』における「子どもがいないこと／子ども願望」の項目は、長年不妊治療に携わってきたシュタオバー医師らによって執筆されている（本節の丸カッコ内の数字は同書のページ番号を示す<sup>27</sup>）。

まずシュタオバーは、「子ども願望に合理的な根拠付けを見出すことは困難である」と指摘する。「『子どもを持つことは、空腹や睡眠、苦痛を避けるといったことと全く同様にひとつの欲求なのだ』といった話がしばしば繰り返される」（381）。しかしこうした「根源的感情」として体験される子ども願望に耳を傾けると、そうした願望がそれぞれの「感情世界」に根付いていることもまた明らかになる。シュタオバーは子ども願望の主な「動機ないしモチーフ（Motiv）」を、次の四つに分類している。

第一に、「**外的動機**」がある。子どもを持つことへのカップルの親や親類の圧力、そのほかの社会的プレッシャーが含まれる。第二に、「**パートナー関係上の動機**」が挙げられる。不妊治療を受ける理由として、多くの女性が「パートナーに子どもを贈りたい」と答えるという。子どもが産まれることによってだけパートナー関係に満足をもたらされると答えるカップルも多い。さらに子どもをもつことで夫婦関係の危機を救いたいと告げられることもまれではないという。第三に、**子どもそのものが動機**として挙げられる。「子どもは喜びをもたらす、世話をすることがまさに人生の使命だ」という話がしばしば聞かれる。「その際、たいていは人生設計に理想をもつカップルが問題となる。ところが驚くべきことに養子を取ることもできるという指摘は突き返される。というのも、どうやら自分の子どもであるということがもうひとつの内的動因であるからだ」。第四に、「**内的動機**」が不妊に関する対話のなかで最も重要だとされる。「子どもが、自らの満たされない願望の代償（Substitut）であると判明することは珍しくない」。自分にできなかったことを子どもに託したいという願望があると同時に、「多くの親は子どものなかにもまた自分たちを再発見することを望み、子どものなかで生き続けたいと願う」。女性は単に妊娠と出産を経験したいとしばしば強調し、男性はそれによって自らの男性性を確認することを望む。シュタオバーが言うに

は、「子どもを望むカップルと長年つきあってきてもやはり理解しがたいほど原始的な子ども願望が際立っている。これは、深い空虚さと年齢から自らを守りたいという内的願望と深く結びついて、社会化されているように思われる」(381)。

シュタオーバーが医師として関心を向けているのは、これらの動機を道徳的に評価することではない。(ドイツの)政治家たちは子どもの幸福を生殖医療の目的の中心に据えるべきだとしばしば強調するが、「より深い心身医学的 (psychosomatisch) 洞察」なくして、その要請に応えることはできないという。彼が関心を向けるのは、望んでも子どもがもてない患者たちの「苦悩の重圧 (Leidensdruck)」<sup>28</sup>である。シュタオーバーによれば、かれらの苦悩の重圧は、しばしば「人生の危機」をもたらすほどに深刻である。子どもを持たないことは、「人生の見通しの破綻」を意味しうる。また「女性にとっても男性にとっても、個人の人生設計において、自分の子ども [の存在] はしばしば個人のアイデンティティの確認を意味する」。人生の見通しや個人のアイデンティティの崩壊を招きかねない状況において、満たされない子ども願望のフラストレーションが亢進するとともに、「こころの空しさや無意味さの感情のなかに、深刻な人生の危機の姿が現れることはまれではない」(382)。

これほど深い苦悩を抱えた人々に日々直面しているシュタオーバー医師であるが、代理出産や人工受精をはじめとする新しい生殖医療技術を無制約に用いることによって、患者たちの苦悩が軽減されるとは全く考えていない。その理由は、まず不妊そのものの原因に心理的要因が絡んでくるために生じる事柄の複雑さにある。これについて整理している倫理学者マスホーフ＝フィシャー (Manfred Masshof-Fischer) によれば、多くの論者は心理的要因が不妊の決定的要因であるのは全体の5%にすぎないと捉えているが、望んでも子どもができない夫婦の35%に心理的要因があるという推計もある。いずれにせよ心身医学的知見の多数が、身体的機能障害の原因のひとつとして慢性的ストレスなどの心理的要因があることを示唆しているとされる。また心理学的知見は、不妊のカップルにおいて「人格的特質や感情的特徴 (とりわけ不安や抑鬱症状) だけでなく行動特性 (特に多いのが性的機能不全や不感

症)が実証可能であることを示している。その際、これらの特性は身体的な不妊の原因であると同時にその結果を示す可能性がある」(308)。つまり不妊が原因となって不安や抑鬱などの心理的症状を示しうると同時に、そうした心理的症状が原因となって身体的な生殖機能不全が引き起こされうる。こうした複雑な心身の相互作用について、現場のシュタオーバー医師も、不妊治療を比較的長期に中断することがむしろ妊娠率を高めるというデータがあること、リラックス体操なども有効であること、また「IVFの待機者リストに載っている女性たちが、自発的に妊娠することもまれではない」(303)ことなどを挙げている。

不妊治療のこうした性質をふまえ、シュタオーバーはカップルと医師との対話の重要性を繰り返し強調している。不妊のカップルに対する心理療法的対話や、同じ境遇にある人々のグループ・カウンセリングの有効性が実証されているという(303)。

不妊症においては、[患者に]寄り添う形の心身医療的診察 (begleitende psychosomatische Diagnostik) を標準的に行うことが推奨される。なぜなら、意識的な子ども願望には、妊娠または出産の内的拒絶が層をなして重なっている可能性があり、多くの場合に診査を助けるからだ。(精神のおよび心身の) 諸症状のリストを作成することや、精神分析的な人格検査が、もろもろの解明へと繋がる可能性がある。とりわけ性的障害や精神的なものにも原因がある月経障害には、より深い診察が必要である。<sup>29</sup>  
(302)

またドイツでは1990年より「侵襲的生殖技術を用いる前に、とりわけ心身医学的内容をとまなう第三者の医師による義務的相談」が保険適用内で行われている(304)。この相談には、予定されている処置の一般的成功率、それぞれの処置段階における対話の機会やもろもろの負担に関する医学的説明が含まれる。また心理的側面としては、その治療が引き起こしうる心的反応、たとえば反応的抑鬱、性的障害、(その処置が失敗に終わった場合に)

際限なくリスクを背負い込む姿勢が患者に生じる危険性があることなどが含まれる。また絶対的および相対的禁忌（精神障害、病的欲求）にも言及される。さらに社会的側面について、子どもを望む動機や養子縁組の可能性、ならびに家族のおよび職業的なストレス因子などが話し合われる。

シュタオーバーが性急な侵襲的処置に反対するのは、それによって治療的対話が妨げられてしまうためでもある。ドイツでは、不妊カップルの心理的状況を示すものとして、「健康な」子ども願望と「過大な (überwertig)」子ども願望という表現が定着している。「健康な」子ども願望をもつカップルも不妊であることに苦しむが、不妊治療の現実在即した限界を受け容れることができ、人生におけるそのほかの目標にも余地を残すことができる。自分たちのパートナー関係自体にも満足を認めることができるが、早くから養子縁組の可能性を検討するという。なぜなら「そうしたパートナー関係は、ナルシスティックな期待を背負いすぎることなく、子どもを生み育てることに対して開かれている」からである (309)。これに対して、「過大な」子ども願望を抱くカップルは、いかなる犠牲を払ってでも子どもがほしいと望む。「過大 (überwertig)」とは、物事に「度を越えた (über)」「価値 (Wert)」を与えることを示す言葉であるが、精神医学においては「(ついには妄想に導くくらい執拗に思考を占めてしまう) 過大観念 (überwertige Ideen)」あるいは「支配観念」を表す。シュタオーバーによれば、そうしたカップルの多くは直ちに侵襲的処置を受けることを望み、治療にあたって「何でもやる」覚悟を持つ医師だけを肯定的に評価する。国境を越えて病院から病院へと渡り歩くこともまれではない。そうした行動によって、不妊治療の基盤をなすべき医師と患者との関係が破壊されてしまうというのである。彼によれば「過大な子ども願望の問題性は、そうしたカップルが最後には無制限の生殖医療を行う医師を探し当てるということにも存する。残念なことに、いくつかの[外国の]病院では——大した倫理的議論もなしに——他人の配偶子や他人の胚の移植、代理出産や閉経後の妊娠が可能である」(382)。

不妊治療においては「励ましとリラックスを与えるような辛抱強い処置」が必要であるとされる。しかし患者たちが新しい生殖医療へと駆り立てら

れることによって、心身医学的要因を包括的に検討するような治療が困難になっているという。「今日の治療実践における拙速な対処によって、たくさんのカップルが自発的に——つまりリスクをはらんだ侵襲的処置なしに——妊娠に至るチャンスを奪われている」(305)。

このようにシュタオーバーは、医師と患者との信頼関係に基づく不妊治療を推進する観点から、新しい生殖医療の性急な使用に反対する。子宮摘出などにより妊娠が全く不可能な場合については別途検討する必要があるが、その場合においても「過大な」子ども願望の問題を考慮すべきであろう。あらゆる身体的リスクや金銭的な負担を覚悟し、どのような治療も進んで受けようとする「子ども願望」には、限度というものが取り払われている。それだけに医師にはリスクと効用の冷静な比較衡量が要求される。パートナー関係の安定や充足のため、自己理想の「代償」として「自分の」子どもを欲すると言う患者たちに対しては、本当に子どもの誕生がかれらの願望の実現につながるかどうかを率直に話し合う必要がある。つまり医学的処置を行うことばかりが医師の仕事ではなく、苦悩を抱えた患者たちに寄り添い、援助することが必要であるとされる。

以上のような——手間のかかる——医療を実現することは、窮迫した日本の産婦人科医療の現状からして、さしあたり困難だとも思われるであろう。しかしドイツの事例から考えてみても、これらをすべて医師が担当する必要はなく、むしろ医師以外の専門スタッフとの協力が大きな役割を果たすと言える。医師にとっては「病氣」を「治療」という観点が重要視されざるを得ないのに対し、「心理社会的相談」においては、必ずしも「治療」に囚われない自由な対話が可能だからである。次には、ドイツで制度的に整備された「妊娠相談」の枠内における取り組みに触れたい。

## 第2節 不妊についての心理社会的相談<sup>31</sup>

1995年に成立した「妊娠葛藤法 (SchKG)」は、「すべての女性およびすべての男性は……性啓発、避妊、家族計画ならびに妊娠と直接間接に関係す

るすべての問題について、それを目的とした相談所で情報提供を受け相談する権利を有する」と定める。<sup>32</sup>つまりドイツでは性と生殖に関わるあらゆる事柄について〈知る権利〉および〈相談する権利〉が保障され、この法律に法的および財政的根拠をもつ相談所が国内に1500ヶ所以上整備されている。<sup>33</sup>その業務には妊娠中絶の要件となる「妊娠葛藤相談」も含まれるが、妊娠中や出産後の事柄や青少年の啓発、さらに「子ども願望」（つまり不妊）についての情報提供や相談がなされている。これらの妊娠相談所と各病院との連携はまだ始まったばかりであるが、2000年には「ドイツ子ども願望相談ネットワーク (BkiD)」<sup>34</sup>も設立され、「ソーシャルワーク、社会教育、心理学、医学、教育学」<sup>35</sup>の専門家と相談実務者が連携を深めている。

「相談」の特質は、「結果に対して開かれた (ergebnisoffen)」という言葉で特徴付けられる。<sup>36</sup>相談のなかで何を話題にするかは来談者の自由であり、その結果としてどのような決断を下すかも本人にゆだねられる。そもそも妊娠相談を訪れるか否かも当事者の自由である。たとえ法律が禁じていようと、来談者が「代理出産」への希望を口にするのも自由であり、相談員は可能な限りの情報を提供する。ただし相談員の関心は、本人が希望する具体的手段よりも、その心理社会的背景に向けられることになるだろう。

心理社会的相談に関する文献において、前節における医学的見解とくらべても際立っているのは、本人の感じ方に対する鋭敏さである。

開業の心理療法師でありかつ相談所にも勤務するトレッツェル (Annette Tretzel) は、子どもを望む女性に月経のたびに繰り返される希望と失望の継起によって、「空しさの感情」が生み出されることを指摘している (以下、註のない引用は、BkiDのハンドブックによる)。<sup>37</sup>「希望と失望の感情的交代は、『責任社会』<sup>38</sup>という支配的な時代精神から生み出された思考パターンによって強められる。『正しい生き方』の指針として通用する社会的模範。それは、自ら決定し、自ら責任をもち、最大限自らの主導権によって自らの人生を形成せよ、と言うものである」(24)。自らの身体が思い通りに機能しない不妊という現実と直面し、しかもその原因の一部が心理的なものかもしれないと告げられると、不妊は自分の責任であるというプレッシャーが強ま

る。もしかすると自分は無意識に子どもを拒否しているのではないか、と悩む人も多いという。あるクライアントは、「あなたの責任ではない」というトレッツェルの言葉に、「目から鱗が落ちる」ように感じ、「とても気が楽になった」と語ったという。

トレッツェルは、近年の生殖医療の可能性が大きくなればなるほど、それを用いることだけでなく、用いないことに関しても「各人の釈明が求められる」ようになったと述べる。なぜなら、「人が何かを本当に望むのならば、そのためにできることはすべてやるべきだ」というのが「責任社会」のモットーだからである。

その種の機能主義的見解は、すべての成り行きを操作できるという信念を強める。すると自分の身体における何か機能がしないときの不安の深さは計り知れない。しかし「わたしのからだ」とは、私自身なのだ。身体がしばしば思い通りに操作できない独自のシステムとして現れるとき、ひとは、その身体と再び友好関係 (Freundschaft) を結ぶことができるだろうか、と自問する。(25)

トレッツェルが薦めるのは、「[自分の] 身体を援助するために、身体の合図に耳をすます」ことである。「すると身体は自らの機能を最大限に果たすことができる。『自分の身体と友好関係を結びたい』と望むならば、たとえ身体というパートナーが自分で探し当てたものでなかったとしても、良い関係といえるものが何かについても留意すべきである。良い関係には相互の敬意と尊重 (Respekt und Achtung) も含まれる。たとえ身体が、あいにく期待された機能を (まだ) 果たしていないとしても、それは特別な種類の相手なのだ」(25)。

哲学的には、身体の〈他者性〉<sup>39</sup>という概念を当てることができるだろう。ここには不妊という現実を身に受けた人々の経験が言い当てられていると同時に、「健康な」人々が日々忘れていく自己の身体へのいたわりが込められている。

## おわりに

メディアでは米国の有名人たちの依頼による代理出産も取りざたされている。しかし代理出産に手を伸ばそうとする人の多くは、子どもが持てないことに悩み苦しみにぬいた末に、どうしても諦めきれない人々であろうと思われる。不妊治療の過程が「希望と失望の継起」であるのに対して、子宮摘出などにより決定的に出産を諦めざるを得ないことを前提とした代理出産は、絶望の闇のなかに差し込んだひとすじの光に例えることができるかもしれない。また不妊治療では回数や期間に一定の限度を設けることが可能であるのに対して、代理出産は最後の切り札のような意味をもつことが多いだろう。しかしいずれにせよ「子ども願望」が亢進し、限度を失った心理的状态と関係する可能性があるという点で、「子ども願望」そのものに冷静な目を向けることの重要性を指摘することができる。

法、医療、相談という三つの側面を通じて、「子ども願望」の限界をめぐる問題関心が見えてくる。法においては「規制」の問題として、医療においては「治療」という観点において、相談においては当事者の心と身体と社会とのかかわりにおいて、その限界に目が向けられていた。本稿では、一方でドイツでは代理出産などが厳しく規制されていることを述べたが、他方では「不妊」に直面した人々へのケアの取り組みに注目した。代理出産を法律によって規制することはできる。しかし代理出産によってでも子をもちたいと思う人々の願望を、法律によって規制することはできない。かれらの苦悩を真剣に受け止めるならば、刑罰によって威嚇するばかりではなく、医療や相談におけるケアを通じて援助することの必要性が認識される。

生殖技術の使用に関するドイツの医師たちの抑制的な態度は、不妊治療に対する心身医学的な治療実践に基礎をもっている。生殖技術による治療そのものがストレスを引き起こし、自然な妊娠を妨げる要因となりうるということが、不妊の心理的要因に目を向けることにつながった。そして患者たちの「子ども願望」に耳を傾けているうちに、そこにはかれら自身の「内的要因」が深く関わっていることが分かってきた。夫婦関係の安定のため、ある

いは実現されなかった自己理想の「代償」としての役割を負わされた想像上の「子ども」たちは、自由な個人として生まれてくる実際の子どもたちとは区別される。生殖技術が自らの願望を追求する人々に子どもを与える可能性はある。しかしそれ以前に、自分自身の「子ども願望」を見つめなおす機会が与えられることにも大きな意義があると思われる。その際、過度の願望などを「病理」に結び付ける傾向をもたざるをえない医療とは別に、結果を問わない自由な対話としての心理社会的相談が果たすべき役割に注目されねばならない。技術が高度化し、医療システムが細分化および複雑化した現在では、医療という枠を離れて自己へと立ち戻るために、別の専門家の援助が必要とされる。またどれほど医療技術が進歩しても、自分の身体を完全に思い通りにすることはできない。身体の他者性の問題は残り続けるだろう。これと同様に、たとえ新しい生殖技術によって子を得たとしても、まさに思いどおりにならない一個の他者としての子どもとの関係という問題が立ち上がる。ここには生殖技術を用いることによって解決できることの限界が示されている。「子ども願望」に適切な限度を見出すためにも、医療の限界を冷静に見定めることが必要である。

相談といった地道な取り組みは、生殖技術の法規制をめぐる議論においては見落とされてしまうことが多い。しかしその規制によって道を閉ざされてしまう人々の苦悩に目を向けるならば、かれらに対してどのような援助を用いることができるかを考えるべきであろう。

## ■註

- 1 法律用語としては“Ersatzmutter”（直訳すれば「代役 (Ersatz)」の母）という。またホスト・マザー型の代理出産に限って、“Tragemutter (懐胎母)” が用いられる場合もある。そのほか Kaufmutter, Surrogatmutter などがあるが、最近では、報道や事典項目などでは自然生殖型と人工授精型、胚移植型を含めて一般的に Leihmutter が用いられることが定着してきたようである。本稿ではこれらも含めて「代理母」、Leihmutterschaftなどを「代理出産」と訳す。

- 2 Dieter Krebs, Artikel "Leihmutterchaft (zum Problemstand)", in Wilhelm Korff (Hrsg.), *Lexikon der Bioethik*, Gütersloh, 1998, S. 592.
- 3 高嶋英弘「代理母契約と良俗違反：ドイツの判決を素材にして」、「京都産業大学論集・社会科学系列」10、1993年、44-71頁（特に51頁参照）。
- 4 1985年5月15日、第88回ドイツ連邦医師会決議；ドイツ連邦医師会「ヒトの不妊治療としてのIVFおよび胚移植実施に関するガイドライン」、1985年（市野川容孝「生殖技術に関するドイツ、オーストリア、スイスの対応——政策過程の比較社会学」、「Studies : life science & society : 生命・人間・社会」2、三菱化成生命科学研究所、1994年、86-98頁に翻訳）。
- 5 アリキ・クリスタリ (Alikei Kristalli) /市野川容孝「生殖技術をめぐるドイツ国内の議論：ドイツ胚保護法の成立によせて」、生命倫理研究会『出生前診断を考える』、1992年を参照のこと。
- 6 市野川容孝、前掲書、1994年、66頁。
- 7 岩志和一郎「体外受精の許容条件とその限界」、「法律時報」59(12)、1987年。
- 8 市野川容孝、前掲書、1994年、99頁。齊藤純子「海外法律事情／西ドイツ・養子幹旋及び代理母幹旋禁止に関する法律」、「ジュリスト」956、1990年。
- 9 床谷文雄（訳）「付録 胚の保護のための法律（胚保護法）」、総合研究開発機構／川井健（共編）『生命科学の発展と法：生命倫理法試案』、有斐閣、2001年、226頁。ただし“menschliche Embryo”は「人の胚」ではなく「ヒト胚」とした。本稿では原則としてPersonを「人」と訳し、menschは、生物学的意味において「ヒト」、倫理の意味において「人間」と訳し分ける。
- 10 85年3月判決について岩志和一郎「西ドイツにおける代理母問題」、判例タイムズ37(30)、1986年、7-16頁。85年12月および87年3月判決について高嶋、前掲論文を参照。2003年の判決については井関あすか「代理母出産における法的母子関係に関する考察」、「九大法学」93号、2006年、220頁；FG Düsseldorf, Urteil vom 9. Mai 2003.
- 11 OLG Hamm, Beschl. v. 2. 12. 1985, *Sittenwidrigkeit eines sogenannten "Leihmutter-Vertrages"*, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Heft 12, 1986, S. 781-784. 以下、翻訳は小椋によるが、高嶋、前掲論文を参考にした。
- 12 契約が結ばれた1981年11月時点で1マルク＝約100円であり、換算すれば約270万円になる。

- 13 高嶋、前掲論文、61 頁。
- 14 鈴木博人「ドイツの養子法——福祉型養子と連れ子養子を中心に」、「民商法雑誌」138(4)、471 頁。
- 15 鈴木、同上、480 頁。養親の適性に関する審査事項は、高橋由紀子「ドイツの未成年養子制度」、養子と里親を考える会（編）『養子と里親』、日本加除出版、2001 年、255 頁に列挙されている。これによると、年齢、収入、健康などの客観的条件のほか、「心理的な適合性」として「夫婦関係の安定性、養育に関する考え、人生の目標・人生観・不妊の問題も含めた人生への満足度などが重要な調査項目である」とされる。
- 16 Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG). 床谷文雄「ドイツ家族法立法の現状と展望（三）（四）」、「阪大法学」47（2）；48(1)、1997；1998 年。岩志和一郎「ドイツの新親子法（上）（中）（下）」、「戸籍時報」(493)、1998 年、2-8 頁；(495)、1998 年、17-30 頁；(496)、1999 年、26-34 頁。
- 17 訳は高橋、同上、244 頁によるが、原文を参照して変更した部分がある。
- 18 ミヒヤエル・ケスター（Michael Coester）「代理母関係——ドイツ法、比較法及び国際私法」、北坂尚洋（訳）、「阪大法学」53（5）、2004 年、1329 頁。
- 19 Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts*, Drucksache 13/4899, 13.06.1996, S. 82.
- 20 2008 年 10 月 22 日付け毎日新聞 3 面「インド代理出産、法不備浮き彫り」。
- 21 小椋宗一郎「代理出産をめぐるドイツの言説——インドで代理出産を依頼した日本人とドイツ人の事例をめぐる」、日比野由利／柳原良江（編）『(仮題) 生殖のテクノロジーとポリティクス』、生活書院、2011 年（予定）。
- 22 小門穂「フランスにおける代理懐胎の実情と課題——「禁止」国ではなにがおこっているか?」、日仏女性資料センター（編）「女性空間」(25)、2008 年、68 頁以下。
- 23 小門、同上、66 頁。
- 24 Rolf Keller et. al., *Embryonenschutzgesetz - Kommentar zum Embryonenschutzgesetz*, Stuttgart u.a., 1992, S. 182f.
- 25 小椋宗一郎、前掲論文、2011 年。
- 26 小椋宗一郎「「妊娠葛藤」とは何か——妊娠中絶をめぐるドイツの議論」、日本倫理学会（編）「倫理学年報」第 57 集、282 頁および 285 頁以下参照。
- 27 Manfred Stauber, Art. “Kinderlosigkeit/Kinderwunsch”, in Wilhelm Korff (Hrsg.), *Lexikon der Bioethik*, Gütersloh, 1998, S. 381.

- 28 邦訳文献として次を参照のこと。W. Blankenburg 「苦悩の重圧——精神療法および精神病理学におけるその意義」、親富祖勝己（訳）、「季刊精神療法」12、1986年、161-173頁。
- 29 2006年のドイツ連邦医師会指針によって不妊治療一般において心理社会的相談が推奨されている。Bundesärztekammer, (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Novelle 2006.
- 30 『小学館 独和大辞典』第2版、2000年。
- 31 日本における取り組みとして、たとえば次を参照のこと。森明子／浜崎京子／まさのあつこ（編）『あなたらしい不妊治療のために』、保健同人社、2007年；久保春海（編）『不妊カウンセリングマニュアル』、メジカルビュー社、2001年
- 32 上田健二／浅田和茂（訳）(1996)、「ドイツ新妊娠中絶法——「妊婦および家族援助法改正法」とその理由書」、「同志社法学」第246号（Vol. 47, No. 6）、473-524頁。
- 33 連邦健康啓発センターのホームページ（[www.bzga.de](http://www.bzga.de)）による（2010年6月現在）。
- 34 Beratungsnetzwerk Kinderwunsch Deutschland (BkiD: <http://www.bkid.de/>). 同団体は「国際不妊カウンセリング協会（International Infertility Counseling Organization (IICO)）」に加入している。日本からは「日本生殖医療心理カウンセリング学会」が参加している。
- 35 Dorothee Kleinschmidt/Petra Thorn/Tewes Wischmann (Hrsg.), *Kinderwunsch und professionelle Beratung*, Stuttgart: Kohlhammer, 2008, S. 17.
- 36 Ibid, S. 21.
- 37 Annette Tretzel, Den Körper Monat für Monat beobachten ..., in Dorothee Kleinschmidt et al. (Hrsg.), op. cit., 2008, S. 23-26.
- 38 たとえば社会学者L・ハイトブリンクは、現代社会には「(医療費の支払いや年金に関する)自己責任」や「企業の社会的責任」といった言葉が氾濫するにもかかわらず、複雑化およびグローバル化する社会において、責任概念の中身はますます曖昧になっているという。「しばしば責任が要請されるのは、不確実でなすすべもない(Ratlosigkeit) ような場面においてである。こうした状況が、これまでよりも社会的および文化的条件を重視した社会的相談の重要性をもたらしている」(Ludger Heidbrink, Verantwortung in Zeiten der Ratlosigkeit. Zur Rolle des Verantwortungsprinzips in der gesellschaftlichen Beratung, Referat an Deutsche Gesellschaft für Beratung, 24.9.2010. <http://www.dachverband-beratung.de/weitere.php?docid=1>).

- 39 たとえば後藤浩子「フェミニズム = マイナー哲学における〈身体〉」、金井淑子／細谷実（編）『身体のエシックス／ポリティックス』、ナカニシヤ出版、2002年。

■付記

本論文はシンポジウム報告と同内容であるが、後に本研究機関誌に査読論文として投稿され、受理されたものである。

（おぐら・そういちろう グローバル COE 「死生学の展開と組織化」特任研究員）

---

## Surrogate Motherhood and Infertility Counseling in Germany

Soichiro Ogura

Surrogate motherhood is strictly prohibited in Germany, mainly because of the possible disadvantages in that children can be handled as “material objects.” Some judicial cases in Germany have revealed that surrogate motherhood can harm the stability of a child’s legal and psychological status. Hence, the German parliament approved the legal prohibition to prevent children from experiencing a “divided motherhood.” This legislation was led especially by medical doctors and those who supported them generally, but some opinions are still critical of it.

In this paper, we pay attention not only to this legal prohibition but also on the characteristic infertility treatment and counseling as found in Germany. Gynecologists try to cure the infertility caused by physical disorders, but they also care for the psychological conditions of infertile clients. Counselors care for patients’ “psycho-social” status and consequently infertile clients can sometimes reconsider their own desire for having a child. The restrictive legal situation concerning reproductive technologies in Germany is indirectly enabled by the social and medical support for the infertile. The experiences found in such support can show us an alternative way of assistance for those who suffer from infertility.