



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	公法判例研究
Author(s)	内藤, 陽
Citation	北大法学論集, 72(4), 275-293
Issue Date	2021-11-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/83399
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_72_4_08_Naito.pdf



公法判例研究

内藤 陽

妻が、夫に無断で、保存されていた受精卵の移植を受けて妊娠・出産した行為が、夫の子をもうけることについての自己決定権を侵害したとされた事案
大阪高裁令和2年11月27日判決（令和2年（ネ）第1300号：損害賠償請求事件）
LEX/DB:25568423

※原審：大阪地裁令和2年3月12日判決（平成29年（ワ）第12214号：損害賠償請求事件）判時2459号3頁

【事案の概要】

本件は、夫Xが妻Y（XとYはのちに離婚）に対して、別居中、Xの意思を確認せずに「融解胚移植に関する同意書」（以下、本件同意書）を偽造して、事前に培養・凍結保存されていた受精卵（胚）の移植（以下、本件移植）を受け、子を妊娠及び出産した行為によってXの自己決定権を侵害した、として不法行為に基づく損害賠償を請求した事件の高裁判決である。

なお、原審において、Xは、本件移植を行った診療所（以下、本件クリニック）の医療法人及びその院長に対しても、Xが真に同意しているか否かの意思確認を慎重に行うべきであったのにこれを怠りYの妊娠・出産に加担した、として不法行為に基づく損害賠償請求を行ったが、大阪地裁は本件クリニックの医療法人及びその院長の不法行為責任を認めなかった¹。この敗訴部分についてX

¹ その理由について大阪地裁は、①本件同意書が、体裁に照らして、Xの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であるとはいえないこと、②本件同意書の書式及び作成方法が学界の見解に沿ったものであることから、Xに対し直接の意思

は控訴しなかったため、本評釈では取り扱わない。

また、損害額の算定についての争いや本件移植に関する X の同意の有無についての具体的な事実認定の問題にも立ち入らず、自己決定権と不法行為の成否の問題に絞って検討を行う。

【事実】

X と Y は、平成22年に結婚し、同居して東京にて共同生活を送っていたが、平成26年4月に別居するに至り、平成29年11月に離婚した（元）夫婦である。

X と Y は、以前より不妊治療のため受診していた本件クリニックにおいて、平成26年4月10日に「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」及び「凍結保存受精卵（胚）を用いる胚移植に関する同意書」に各自署名押印して提出した。同日、X と Y それぞれから提供・採取された精子と卵子によって受精及び当該受精卵の培養が行われ、15日に当該受精卵（胚）が冷凍保存された（以下、本件受精卵）。

ところで、この当時既に、X より別居の希望が Y に告げられており、その方向で話が進められていた（なお、X はこの別居が、離婚のための別居であったと主張するが、裁判所は採用していない）。その際に Y は別居をする条件として不妊治療に協力することを X に提示しており、前述の X の精子の提供も Y の依頼によるものだった。

同年4月12日に X と Y は別居を開始し、同年10月、X は東京から単身大阪へ引っ越しをした。本件移植が行われるまでに、Y が同年6月に別件手術を受けてその退院時には X が Y を迎えに行ったり、夫婦で何回か東京や大阪で会うこともあったが、やり取りの回数は頻繁ではなかった。不妊治療を進めることに X は積極的ではない態度を Y に示していたものの、結局夫婦間で今後の不妊治療に関する結論が出ることはなく、また離婚についての合意もなされなかった。

平成27年3月19日付けで、本件クリニックは、Y の居住先に、X・Y 宛てで、凍結保存された本件受精卵の保存期限が同年4月末日で満了となるため、期限までに保存を継続するか廃棄処分をするかを選択し所定の手続を行うよう求める書面を送付した。

確認をすべきであったのにこれを怠ったとはいえないこと、を挙げた。

同年4月22日、Yは、本件同意書を本件クリニックに提出し、本件移植を受けた。その際、本件同意書には「私たち夫婦は、現在凍結保存中の胚を貴院にて融解し胚移植を受けることに同意します」との記載があり、夫氏名及び妻氏名をそれぞれ記載する欄が設けられているが、Yは、妻氏名欄に自署するとともに、夫氏名欄に自署と筆跡を変えてXの氏名を記載した（以下、本件署名）。平成27年5月にYは本件クリニックにおいて、妊娠判定採血を受け、陽性判定を受け、その後、子を出産した（以下、本件子）。6月以降、YはXに対して妊娠したことを告げ、本件移植に至った自分の心情の説明や関係の修復を試みる連絡を何度かとり、実際に話し合いの機会もあったが、XはYに対して拒絶的な態度を続けた。

平成28年2月にXは本件クリニックに対し、Yの妊娠を知って以降初めて、本件同意書に関する問合せを行った。このことに関する本件クリニックからYへの問い合わせを経て、XはYが本件同意書に自身の名を記載したことを知るに至った。

XとYは、平成28年8月の離婚調停を経て（不成立）、平成29年11月に協議離婚が成立した²。

Xは、自己の同意なく本件署名をして偽造した本件同意書を本件クリニックに提出し、本件移植を受け、子を妊娠・出産したYの行為が自らの自己決定権を侵害したとして、Y（及び先述のように本件クリニックの医療法人ら）に対して、慰謝料等の支払いを求めて大阪地裁に訴えを提起した。これに対してYは、本件署名を偽造したものではなく、黙示の同意に基づくものであるから、Xの自己決定権を侵害したものではない、と主張した。

原審の大阪地裁は、Yに対してXの自己決定権を侵害したとして880万円（及び遅延損害金）の支払いを命じた。

これに対して、XとY双方が控訴した。なおYは原審での主張に加えて、

² Xは出産された子について、嫡出否認請求訴訟及び親子関係不存在確認訴訟を提起したが、大阪家庭裁判所はそのどちらも認めなかった（大阪家裁令和元年11月28日判決（平成28年（家ホ）第568号：嫡出否認請求事件／平成29年（家ホ）第272号：親子関係不存在確認請求事件）（D1-Law/28281679））。そこで、大阪家裁は、「〔本件移植について〕夫が同意していたか否かは、当該夫婦の家庭内の事情であり、外観上、第三者から明らかとはいえないから、夫の同意がないことをもって、嫡出推定が及ばない事情があるとするとはできない」と判示していることが興味深い。

YはXの同意があると信じていたのだから過失はなく、またXが不妊治療の中止を求めなかったことからXの自己決定権を侵害していない、と主張した。

【判旨】

大阪高裁は、Xの控訴を棄却した。一方、YのXに対する不法行為の成立は認めたとうえで、その賠償金額を559万6400円へと減額した。

Yの不法行為の成否に係る自己決定権の侵害に関する判示部分は以下の通りである。

「(1) 不法行為の成否について(当裁判所の判断)

ア 不妊治療と出産に至る経緯

……Xは、Yが本件移植を受けることを事前に知らされておらず、本件同意書にYが本件署名をしたことも知らず、Yが妊娠した後になって初めて、本件移植があったことを知った。本件クリニックは、本件署名のある本件同意書が提出されたからこそ本件移植を行ったのであり、その提出がなければ、本件移植は行われず、本件子が出生することもなかった。

イ 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。

Xは、妻であるYとともに体外受精の手続を進めていたのであるから、自らの精子を本件クリニックに提供した平成26年4月10日の時点では、近い将来にY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、本件移植が行われるまでの約1年の間、Xは、本件クリニックに対し、凍結保存受精卵(胚)をYに移植しないよう求めたことはないものの、問合せすらしていない。少なくとも、Y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。

ところで、Yが本件子を出産したのは本件移植を受けたからであるところ、本件移植を受けるためには夫であるXの明示的な同意が必要であったことは、本件同意書に夫の署名欄が設けてあったことから明らかである。本件同意書はX・Y夫婦と本件クリニックとの間で取り交わされるものであるけれども、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、Yの立場からしても、平成

26年4月12日の別居以降、子をもうけることについてXが積極的な態度を示していなかった経緯を踏まえれば、本件移植を受けるに先立ち、改めてXの同意を得る必要があったことは明らかであったといえる。ところが、Yは、Xの意思を確認することなく、無断で本件同意書に本件署名をして本件クリニックに提出し、本件移植を受けたのであるから、Yのこの一連の行為は、X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。……」

「(2) Yの主張について

ア Yは本件署名は偽造ではなく、Xの同意に基づくものであり、仮にそうではないとしても、YはXの同意があると信じていたから過失はないと主張する。

しかし、前記(1)のとおり、Yが、平成27年4月22日、本件クリニックにおいて本件移植を受けるに当たり、Xが、Yに対し明示的に同意した事実を認めることはできない。

……本件移植の時点において、Xがこれに同意していなかったことは明らかである上、Yは、X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。したがって、Yの前記主張はいずれも理由がない。

イ Yは、本件クリニックに対してもYに対してもXが不妊治療の中止を求めなかったことなどからすれば、本件移植はXの自己決定権を侵害したとはいえないと主張する。

しかし、前記のとおり、Yが本件移植をした時点で、Xが本件移植に同意していなかったと認められる以上、Xの自己決定権の侵害を否定することはできない。Yが指摘する点は、その損害である慰謝料の認定の際に考慮し得るにとどまるというべきである。したがって、Yのこの主張も理由がない。」

【原審の不法行為の成否に関する判示部分】

原審大阪地裁の判示の該当部分もここで引用しておく³。

「(1) ……XとYとが取り組んだ別居に至るまでの体外受精の状況、別居後の体外受精の状況、別居後本件移植に至るまでの夫婦関係の状況に照らせば、……Xは、別居後少なくとも一定期間は、Xとの子を懐胎することを前提としたYの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ものであり、Yにおいても、Xが不妊治療の継続に反対していると認識していた

³ なお高裁は原審の事実認定をほぼそのまま引用している。

とはいえない。

しかしながら、本件移植を行うに際してはXの同意を要するものであったことは事柄の性質上明らかであるところ、……Xは、Yが本件同意書にX名の署名をした平成27年4月20日時点において、本件移植に同意していなかったものと認められ、Yも、同時点において、Xが本件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。

(2)したがって、Yは、Xに対し、Y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。」

【評釈】

はじめに

大阪高裁は、妻Yの一連の行為によって夫Xの「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」が侵害されたとして、不法行為の成立を認めた。

本件でその侵害の有無が争われた「子をもうけることについての自己決定権」は、基本的には私法秩序上で保護される法益である。ただし、自己決定権という法概念は周知のように我が国の憲法学の人権論においても大いに関心を集めるテーマのひとつである。くわえて、生殖補助医療科学技術の発展により、「子をもうけることについての自己決定権」、さらにこのことについての男性の自己決定というテーマは、今後ますます重要性を持ち、またこれに関係する法的紛争の増加も予想される。以上のことから、本件は注目すべき判決であると考えられるため、ここに評釈を行うこととする。

一. 本判決の構造

本章では、大阪高裁が「(1) 不法行為の成否について」で、Yの行為が不法行為に当たるか否かを判断した論理構造の分析を行う。

まず、高裁は、「ア 不妊治療と出産に至る経緯」の箇所、認定された事実のうちこの論点に係わる事柄を整理する。すなわち、Xは本件移植が行われることや本件同意書が提出されたことを知らされていなかったということ、また本件同意書が本件クリニックに提出されなければ、本件移植は行われず、本件子が出生することもなかったことが述べられる。

そして、「イ 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」において、最初に高裁は、個人は人格権の一内容としての「子をもうけることについて自己決定権」を持つということ、及びその内容を一般命題として述べた。ここで述べられている個人の「子をもうけることについての自己決定権」の内容は、①子をもうけるか否かを自分で決めることのできる権利、②子をもうけるとして、いつもうけるかを自分で決めることのできる権利、③子をもうけるとして、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整理することができる。

続く段落で、まず受精卵を提出した時点でYとの間に子をもうける蓋然性があることをXが認識していた、と述べられる。これは高裁が、その時点でXが妻であるYとの間で——消極的であったとしても——子をもうけることを自分で決めたこと、またはそのように評価できる行為をしたことを指摘していると考えられる。このような事実があることを指摘して、これ以降、高裁は上記③の「誰との間で子をもうけるか」の点については関心を示していない。続く二文で、本件移植が行われるまでのXの行態に視点が移され、本件クリニックに対して問い合わせは行っておらず、またYに対して積極的な同意を明示したことがなかったことが指摘される。Xの本件移植についての本件クリニック及びYに対するかような態度が以下の判断の前提となる。

そして、「ところで…」で始まる段落で不法行為の存否に関する実質的な判断が行われる。まず、Yが本件移植を受けるためにはXの明示的な同意が必要であることが論じられた。それは本件同意書が署名を夫に求めているからである。この本件同意書はあくまで本件クリニックと夫婦の間のものであり、XとYの間で取り交わされるものではない。けれども、「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。それゆえ、Xが「子をもうけること」について、前段落で見たように積極的な態度（＝同意の明示）を示していなかった以上、Yの立場としても、本件移植の前に改めてXの同意を得ることが必要であった、と高裁は指摘する。しかし、YはXの意思を確認することなく、無断で本件同意書に署名をして提出し本件移植を受けたので、この一連の行為はXの自己決定権を侵害しており、不法行為に当たる、と高裁は結論付けるのである。

さて、以上のような判示について、原審のそれと比較をすることでその論理

構造を明確なものにしたい。

原審は、本件移植はXの同意が必要であるが、Xは同意しておらず、Yもそれを知っていたか容易に認識し得たことを挙げて端的にYの自己決定権の侵害を認めている。これに対して、高裁は、本件移植に消極的な態度であったXに対して、Yがその意思を確認せずに、本件移植を受けた点が自己決定権の侵害だと論じている。つまり、原判決では本件移植への同意の有無それ自体に判断の重心を置いているが、本判決は、本件移植について積極的な態度を見せなかったXに対しYが意思確認をしなかったことに着目した判断がなされた、と評することができる⁴。

二. 本判決の位置づけ

本章では、本件で高裁が、個人一般の「子をもうけることについての自己決定権」を論じたことに注目し、このことに関する判例及び下級審の裁判例、そして学説を確認した上で、その意義の位置づけを行う。

(1) 判例及び下級審の裁判例

周知のように、最高裁はこれまで「自己決定権」という用語を使用して判決を下したことはない⁵。例外的に、平成12年の改正によって地方自治法100条に設けられた政務調査費（現在は政務活動費）の制度趣旨について、それを「地方公共団体の自己決定権や自己責任が拡大し、その議会の担う役割がますます重要となってきたことに鑑み…」という表現で説明する判例は存在している⁶。しかし、その「地方公共団体の自己決定権⁷」なるものが、本件のような事

⁴ 本判決においても、「移植の時点において、Xがこれに同意していなかったこと」や「Yは、X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〔こと〕」は指摘されているが、これらのことはXによる無過失の主張を認めないとする判断部分において論じられている。

⁵ ただし、個別意見においては「自己決定権」の用語はしばしば使用される。例えば、親子関係不存在確認請求事件（最判平成26年7月17日民集68巻6号547頁）の山浦裁判官補足意見など。

⁶ 最判平成17年11月10日民集59巻9号2503頁や最判平成28年6月28日民集253号23頁など。

⁷ なお、かような意味での自己決定権概念は、一連の地方分権改革で提唱されるようになったものである。その一例として、「地方分権推進計画（平成10年5月29日閣議決

例で問題となる個人の自己決定権概念とは性質が異なるものであることは明白であろう。

ただし、最高裁は、この用語を使用することについては消極的な態度を取り続けているものの、学説が自己決定権論を行う際に引用するところの、内容上はそれと同視しうるような判示を行うことがある。いわゆるエホバの証人輸血拒否事件判決⁸がその代表例である。この事件において最高裁は、憲法13条への言及や「自己決定権」という用語、それに相当するなんらかの一般命題の提示を避けながらも⁹、「自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否する…[という]意思決定をする権利」を人格権の一内容として認めた。この判決文について果たして「自己決定権の承認¹⁰」をどこまで読み込むことができるのかという論点の指摘はあれど、後述のように、基本的には学説はこの判決が学説上の自己決定権論と同方向を向くものとして好意的かつ積極的な位置づけを与えてきた¹¹、といえよう¹²。

他方で、下級審の裁判例においては「自己決定権」という用語がしばしば判決文中に姿を現す。輸血拒否事件の東京高裁判決において、「各個人が有する自己の人生のあり方（ライフスタイル）は自らが決定するという自己決定権¹³」という表現がなされていたことはよく知られている。そのほかにも、高裁レベ

定)」、<https://www.cao.go.jp/bunken-suishin/doc/bunken-suishindoc980529bunken.pdf>（最終閲覧日2021年7月7日）。

⁸ 最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁。

⁹ 参照、潮見佳男「判批」平成12年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1202号、2001）66頁以下。

¹⁰ 浅野博宣「自己決定権と信仰による輸血拒否」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅰ〔第7版〕』（有斐閣、2019）51頁。

¹¹ この表現は、山本龍彦「自己決定権」辻村みよ子＝山元一＝佐々木弘道編『憲法基本判例』（尚学社、2015）86頁より借用した。この山本の評価は憲法学説の立場からのものであるが、私法学の立場からの評価も同様のものとみなせるだろう。

¹² 輸血拒否事件と同じく「医療と自己決定」に関する判例としてよく挙げられるのは、乳がんの治療に関する乳房温存療法事件（最判平成13年11月27日民集55巻6号1154頁）である。そこで最高裁は、乳がん治療のため手術により乳房を失わせることが、女性患者にとって「患者自身の生き方や人生の根幹に関係する生活の質にもかかわるものである」ことを重視して、医師側の説明義務の程度を強めた。

¹³ 東京高判平成10年2月9日高民集51巻1号1頁。

ルとしては、大学のゼミの招聘講師によるセクハラ事件に関して、被害者側の「性的自由ないし性的自己決定権」を侵害したとして不法行為の成立を判示した判決¹⁴、NHKの番組制作に関して、「取材に応ずるか否か、どの程度、範囲で応ずるか」についての「取材対象者の自己決定権」について論じた判決¹⁵、リストラ問題に関して、労働契約に関して、労働者の「自由に合意解約に応じるか否かを決定する」ことについての「退職に関する自己決定権」を論じた判決¹⁶などがある。

もっともこれらのような判決があることを理由に、下級審では最高裁と異なり「自己決定権」という用語が積極的に使用される傾向がある、とまでは評価しがたい。ここでは、さしあたり下級審では問題となった法益について事案に沿った具体的内容を冠したうえでそれを「自己決定権」として論ずることがある、と評するのが妥当であろう。

(2) 学説

学説における自己決定権概念を確認するにあたり、まず押さえておく必要があるのは憲法学で論じられる自己決定権論と、私法学の主に不法行為法分野で論じられるそれとの関係性である。両学問分野の自己決定権論は、内容上完全に一致するものではないが議論が結びついているという性格を持つ。以下ではそのような性格を持つに至った経緯を整理しながら、それぞれの自己決定権論を確認していこう。

まず憲法学においては周知のように、自己決定権概念を、憲法上の各権利がその核心において保障している自己決定の要素とは別のものとして捉えたうえで、憲法13条によって保障される生命、自由、及び幸福追求に関する国民の権利(幸福追求権)のうちの裁判上の救済を受けることができる具体的権利のひとつとして論じてきた。そして、この権利の内容は「自己に関する事柄につい

¹⁴ 東京高判平成16年8月30日判時1879号62頁以下。

¹⁵ 東京高判平成19年1月29日民集62巻6号1837頁以下。なお、上告審(最判平成20年6月12日民集62巻6号1656頁以下)では、これを「自由な判断で取材に応ずるかどうかの意思決定」という表現に変更した。

¹⁶ 東京高判平成24年10月31日労働経済判例速報2172号3頁以下。

て、公権力の干渉を受けることなく、自ら決定することのできる権利¹⁷⁾として定義されることになる。ここで問題となるのは、その「自己に関する事柄」とはなにか、ということである。

多数説は、包括的基本権たる幸福追求権から導かれる諸権利も「『基本的人権』と捉えるにふさわしい内実をもつものでなければならない¹⁸⁾」という問題意識からこれに固有の規範内容を定めるため、「自己に関する事柄」を「個人の人格的生存に関わる重要な私的事項¹⁹⁾」として理解する。そうしてその具体的内容を、①子供を持つかどうかなど家族のありかたを決める自由②身じまいなどライフスタイルを決める自由③医療拒否、特に尊厳死など生命の処分を決める自由と整理したり²⁰⁾、あるいは、①自己の生命・身体の処分にかかわる事柄②家族の形成・維持にかかわる事柄③リプロダクションにかかわる事柄④幸福追求権それ自体が「社会政治状況と関係しつつ発展的に形成されていくもの」だという視点から前者三つに限定されないという意味でそれ以外の事柄、と整理したり²¹⁾している²²⁾。また、①生命・身体のあるり方に関する自己決定権②親密な交わり・人的結合に関する自己決定権③個人的（個性的）な生活様式に関する自己決定権として、その類型化を試みる学説もある²³⁾。この学説においては、「子どもをもうける自由」と「子どもをもうけない自由」を内容とする「子どもをもうけるか否かの選択・自己決定の自由」が論じられ、それは①と②の性質を持っていると説かれていたことが注目に値しよう²⁴⁾。

¹⁷⁾ 渡辺康行＝宍戸常寿＝松本和彦＝工藤達朗『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社、2016）124頁以下。

¹⁸⁾ 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020）212頁。

¹⁹⁾ 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019）128頁。

²⁰⁾ 芦部・前掲注（19）128頁。

²¹⁾ 佐藤・前掲注（18）199頁及び212頁。

²²⁾ なお、この見解に対するいわゆる一般的（行為）自由説に基づく自己決定権論について、さしあたり、阪本昌成『憲法2 基本権クラシック〔第4版〕』（有信堂、2011）107～108頁及び113頁以下、戸波江二『憲法〔新版〕』（ぎょうせい、1998）175～178頁及び186頁以下。

²³⁾ 竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010）。竹中本人によれば、この立場においては、「家族の形成・維持にかかわる事柄」は基本的には憲法24条によって根拠づけられることに特色のひとつがある。

²⁴⁾ 参照、竹中・前掲注（23）142頁、193頁。竹中は、「子どもをもうける自由」の内容

憲法学では自己決定権を概要以上のような理解でもって捉え、憲法上の権利としてのその存在を主張してきた。しかし、先述のように、「この意味での自己決定権を明示的に認めた最高裁判決はない」。そこで、輸血拒否事件等を「自己決定権の保障とかかわる²⁵⁾」判例とみなして参照してきたのであった。

これに対して、私法学における自己決定権論は、それまで財貨秩序に議論の重点を置いていた私法学が人格権ないし人格的利益（以下ではこの区別の問題には立ち入らず、単に人格権とする）を保護法益として積極的に認めていく展開の中で発展してきたものである。その発展過程において憲法学的自己決定権論ないしその視点が取り入れられたのであった²⁶⁾。

人格権を保護法益化する取り組みの展開は、主に不法行為法（特に名誉毀損など）の領域で進められた²⁷⁾。そこで障壁となったのは、我が国の民法典には人格権の侵害に対し一般的に被害者を保護する旨の規定が存在していないということである。この問題に対して私法学は、人間の尊厳と人格の自由な発展を保障したボン基本法1条及び2条にもとづいて一般的人格権という概念を発展させたドイツの議論を参考として、私的領域一般における人格権の基礎を日本国憲法13条に求めた。そして、このときに、憲法学において同時進行的に行われていた憲法13条の解釈に関する議論との接点が生まれた。かくして、以下のような人格権の定義が提出されることとなった。すなわち、「人格権とは、人間の尊厳に由来し、人格の自由な展開および個人の自律的決定の保護を目的とするとともに、個人の私的領域の平穏に対する保護を目的とする権利である²⁸⁾」と。

として、「男女の性交を媒介にして子供をもうける自由」が含まれることについては争いが無いが、「生殖技術を用いて子供をもうける自由」に関しては、なお議論の途上にある。「子どもをもうけない自由」の内容としては、「避妊薬・避妊具使用の自由（および、避妊のための医療措置を受ける自由）」、「妊娠中絶の自由」をあげられる、と整理している。

²⁵⁾ 以上、参照、中村睦男＝常本照樹＝岩本一郎＝齊藤正彰編著『教材憲法判例〔第5版〕』（北海道大学出版会、2020）108～109頁。

²⁶⁾ 以上、参照、吉田克己『憲法と民法』（『市場・人格と民法学』（北海道大学出版会、2012）49～50頁。

²⁷⁾ 以下、参照、五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、2003）2頁以下。

²⁸⁾ 潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第2版〕』（信山社、2009）194頁。

このような私法上の保護法益たる人格権の基礎・根拠が憲法条項及びそこで保障される価値にあるという考え方は、人格権の内容の具体化及び精密化作業の成果とともに、実務においても徐々に受け入れられていく。憲法13条を挙げながら人格権の一種としての名誉権に基づく差止請求権を認めた北方ジャーナル事件判決²⁹は、この流れの一つの到達点とみなすこともできるだろう。

自己決定権は、かように展開した人格権概念のひとつとして、個人の私的事項について決定したことを他人に干渉されないという内容の権利として発展し、承認されるようになった³⁰。自己決定権を人格権の一種として理解することについて消極的な態度をとる有力な見解はあったものの³¹、輸血拒否事件の最高裁判決において医療の場における宗教上の信念に基づく人格権として“自己決定権”論が語られたことは、好意的に受け止められた。そしてその際、判決文中、憲法条項を引用せずに直接「私法レベルの権利として把握³²」されたかにも読める患者の“自己決定権”は、憲法13条から導かれるものであると私法学者からは主張されたのであった³³。

さて、このような私法学の議論を鑑みれば、本判決が定立した「子をもうけることについての自己決定権」についても、さしあたり憲法13条にその法的根拠、あるいは少なくとも基礎があるということになるだろう。しかし、翻って憲法学の立場からすれば、かような理解に基づいて本判決を咀嚼することができのかどうかはやはりそれほど自明の事柄ではない。なぜなら、上述の私法秩序において保護される人格権としての自己決定権が存在し、その基礎・根拠が憲法条項にあるという考え方について、その論理の受け止めが——この考

²⁹ 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁。

³⁰ 先駆的な業績として山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社、1987）。山田・同書342頁以下は、自己決定権を“憲法上の権利”として認めつつ、しかしそこから具体的な権利を導くことは難しいとしてその根拠を憲法13条には求めず、「国民は憲法を待つまでもなく自由であり、自己決定は憲法が例示する諸自由の前提ないし上位概念と考えるのが良い」と述べていた。

³¹ 五十嵐・前掲注（27）246頁。

³² 山本・前掲注（11）91頁。

³³ 参照、吉田邦彦「判批」判時1782号・判例評論521号（2002）184頁以下。潮見・前掲注（9）67頁も「『自己決定権』が憲法13条に位置付けられるものとして存在していること」は本判決の思考の基礎のひとつとして据えられている、と述べている。

え方を否定するのも方策のひとつであろうが——まだ十分に行われていないからである³⁴。本判決の評釈を半歩超えて論じれば、私法秩序における自己決定権概念は、民法学説においても実務においてもますます具体化・発展していくことが予想される。これに何らかのかたちで応答することは憲法学の喫緊の課題のひとつであるといえよう³⁵。

(3) 本判決の位置づけ

以上の確認を踏まえたうえで、本判決の意義の位置づけを行おう。

すると、本判決は、急速に発展する生殖医療技術の利用によって生じた事案における「子をもうけること」にかかわる不法行為法上保護されるべき個人の人格権について、「自己決定権」の用語を使用し一般命題の形でその存在を認めたものである、と評することができる³⁶。このような点において本判決は、現実世界において生じる実際の問題に対する司法における法実践を通じて、学説と相互に影響を受けながら、ボトム・アップ的に私法上の特定の法益を権利の名を冠して編みあげていく過程のひとつとして位置付けることができよう³⁷。本判決はまずこの文脈においてその意義を認めるべきものである。

ところで、それでは大阪高裁は、かようにして保護法益と認めた個人の「子をもうけることについての自己決定権」について、ヨリ具体的には夫Xに対する何をもってそれが侵害されたと考えているのだろうか。次章では第一章で行った本判決の論理構造の検討を前提として、改めて判決文を詳細に分析することにより、この問題の答えを探りたい。

³⁴ この問題についてのひとつの有力な回答として、宍戸常寿「私人間効力論の現在と未来」長谷部恭男編『講座 人権論の再定位 3 人権の射程』（法律文化社、2010）40頁。

³⁵ 他方で、このような両学問領域の議論の「隔たり」を繋ぐ理路そのものの解明作業と並行して、私法関係において保障される各人格権について、その法的関連を具体的に分析し、それぞれの基礎・根拠となっている「人権」を分析していくことも、憲法学として重要な作業である。参照、中村睦男「私人間相互関係と人権」『人権の法理と統治過程』（信山社、2021）32頁及び46頁。

³⁶ なお、本判決は、「子をもうけることについての自己決定権」を人格権として保障したが、それは輸血拒否事件最高裁判決と同じく「差止構成の余地」までも含意しているとはいえないだろう（参照、吉田邦・前掲注（33）184頁）。

³⁷ 本文の表現は山本・前掲注（11）92頁を参考としたものである。

三. 本判決における「子をもうけることについての自己決定権」の内容とその意義

(1) 本判決の判断内容の詳細な検討

これまで確認してきたように本件において高裁は、個人は人格権の一種としての「子をもうけることについて自己決定権」を持つということ、そしてその内容を一般命題として述べ、以下に続く不法行為の成否に関する実質的判断の前提としている。

ところで、「子をもうけることについての自己決定権」は、女性が自己の身体の処分権のひとつとして特に“産まない権利”を求めてきたという歴史的経緯に基づき、女性のリプロダクティブ・ライツのひとつとして議論が行われてきたという背景を持つものである³⁸。リプロダクティブ・ライツの主体については、1994年の国際人口・開発会議で採択されたいわゆるカイロ行動計画が女性単独ではなく「すべてのカップルと個人」と述べていたものの、各主体の関係や男性と女性の権利ないし選択が衝突した場合の優先関係などの諸問題については決着がついているわけではない。そして、この権利に関する議論の土俵は、主に(a)消極的生殖の権利(産まない権利)としての人工妊娠中絶の問題と、(b)積極的生殖の権利・生殖補助医療技術利用権(産む権利)の問題の2つであった、とされるが、現在も様々な主張が提起されているところである³⁹。

これに対して本判決は、個人の「子をもうけることについて自己決定権」を認めたとうえで、上記の議論とは異なる土俵で問題の処理を行ったといえる。それでは高裁はどのような土俵で判断を行ったのかといえ、それは、夫Xと妻Yというカップル内で、Xという個人の「子をもうけることについて自分で決めるということ」がYの一連の行為によって実際に確保されていたのかどうか、という問題である。

そもそも、個人が「子をもうけることについて自分で決める」とき、たいて

³⁸ 以下参照、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)、柘植あずみ『生殖技術』(みすず書房、2012) 173頁以下、辻村みよ子『ジェンダーと人権』(日本評論社、2008) 260頁以下、同『ジェンダーと法〔第2版〕』(不磨書房、2010) 182頁以下など。

³⁹ 辻村みよ子「人権主体と性差」『講座 ジェンダーと法 第4巻 ジェンダー法学が切り拓く展望』(日本加除出版、2012) 6頁。

いの局面においては、当該個人と親密な関係性を持った他者、すなわちパートナーが主体としてそこには存在している。なぜなら、子をもうけることに不可欠な妊娠という行為が、現時点では、男性／女性が単独で行うことはできないものだからである。そして本件のように通常は——将来的にもこれが“通常”であり続けるのかどうかについては断言できないが——男女カップル間によって、妊娠はなしうるものである⁴⁰。そのとき、子をもうけるという重大な内容は、カップルとしても各個人としても、パートナーとのコミュニケーションを通じて決定されるはずのものであり、またそうであるべきもの——憲法24条の趣旨を考慮しても——であろう。

さらに、本件においては個別的事情が、このカップル内でのパートナーとのコミュニケーションをその都度改めて行わなければいけないものへとさせている。それは、本件の妊娠が、生殖補助医療科学技術を利用した凍結保存した受精卵の胚移植によるものだからである。この場合、通常の性行為による妊娠と異なり、男性側から精子が採取されてから実際の妊娠に至るまで各個人の当初の考えも変化しうるような長いタイムラグがあり、同時に諸々の医療行為もその過程のなかで施されることもある。これらの医療行為は、一個の不妊治療行為として包括的に概念把握されるべきものではなく、多種の行為のそれぞれについて医師の説明が行われ、当事者が決定し、実施されるものである、という思想のもとで制度設計がなされている⁴¹。そしてそこでは、各医療行為における当事者の決定につき、被実施者とそのパートナーとの間でコミュニケーションが行われることが前提とされている。言うまでもなく、本件同意書において

⁴⁰ 例えば問題となるのは、女性がいわゆる精子バンクを利用して単独の自己決定で妊娠を行うようなケースの存在である。現在の所、わが国においては、日本産科婦人学会の見解によって、提供精子を用いた人工授精をあくまで不妊の治療として行われる医療行為として定義しており、被実施者は法的に婚姻している夫婦に限定されている。参照、日本産科婦人科学会「提供精子を用いた人工授精に関する見解（旧『非配偶者間人工授精』に関する見解）」http://www.jsog.or.jp/modules/statement/index.php?content_id=24（最終閲覧日2021年7月7日）。もっとも女性が海外の精子バンクを利用することでこの制限をすり抜けて妊娠するようなケースが今後増加する可能性は否定できない。

⁴¹ 参照、岩志和一郎「生殖補助医療と医事法の関わり」甲斐克則編『医事法講座 第5巻 生殖医療と医事法』（信山社、2014）25頁以下。

夫の署名が要求されているのもこのような思想に基づくものである。

以上のような、カップル内で各個人が本件のようなかたちで「子をもうけること」、そしてそれについて決定をするときに内在する、パートナー同士、ここでは夫妻のコミュニケーションの必要性・前提性を念頭に置いて、高裁は、本件移植をめぐるXという個人の「子をもうけることについて自分で決めること」が十分確保されていたかどうか、という論点に着目して判断を下したと考えることができる。裁判所のかような視点を読み取ることができるのが、判決文中の「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、Yの立場からしても、……子をもうけることについてXが積極的な態度を示していなかった経緯を踏まえれば、本件移植を受けるに先立ち、改めてXの同意を得る必要があった」と指摘している部分である。高裁は、ここで明らかに、「子をもうけること」というカップル間の「各人のその後の人生に関わる重大事項」につき、YからXへのコミュニケーションが行われるべきであり、そのうえで決定がなされるべきであったと考えている。しかし、YはXに無断で本件移植行為を受け、Xの子を妊娠してしまった。Yのこの行態は——その心情はどうあれ——結果としてはパートナー同士のコミュニケーションが行われる可能性を一方的に遮断してしまったといえる。そして、このYの行態によってXは「子をもうけるか否か、もうけるとして、いつもうけるか」について自分で決める機会を失ってしまった。このことこそが本事案におけるYによるXの自己決定権の侵害である、というべきである。このような発想で、大阪高裁はYがXの自己決定権を侵害したとして、不法行為の成立を認めたのである。

なお、以上のような高裁が示した考え方に沿って判決文を読み進めたとき、Xが不妊治療の中止を求めなかったことを理由に自己決定権の侵害を否定しようとするYの主張に対する判断の理由付けについては疑問が残る（【判旨】の「(2) Yの主張について」のイ）。高裁はそこで「Yが本件移植をした時点で、Xが本件移植に同意していなかったと認められる以上、Xの自己決定権の侵害を否定することはできない」と述べている。しかし、自己決定権の侵害が生じているとみなしたのは、Yが曖昧な態度を取るXの意思を確認せずに本件移植を受けたということそれ自体のはずである。それゆえ、Yのこの主張を否定するにあたり、本件移植における同意の有無を持ちだすべきではなかったというべきであろう。

(2) 「子をもうけることについての自己決定権」

このように、本判決で高裁が実際に保護しようとしたのは、生殖補助医療科学技術の利用を前提とした「子をもうけること」に関するいわばパートナー間の相互コミュニケーションの保障である、といえる。これを通じてカップル内の各個人がこのことに関して自分で決定をする機会が実際に確保されることになるのである。

すると、ここで見逃すことができないのは、確かに高裁は、前段階で個人は人格権としての「子をもうけることについて自己決定権」を持つということ、そしてその内容を一般命題として述べてはいるけれども、本件で実際に保護されている法益は、本件事案の性質からして、その自己決定の具体的内実——例えばXの「Yとの間には子をもうけない」というような意思決定——ではなく、むしろ何らかの自己決定をする機会それ自体であったということである。このことから高裁は、そのような「自己決定権」の行使の機会を保護しようとしたからこそ、この概念に関する最高裁の消極的な姿勢を乗り越えていくかたちで、個人が当該権利を持つということをまず前提として論じたとみることができる。また見方を変えれば、このようにして「子をもうけることについての自己決定権」概念の内容に関する未だ決着のつかない諸論点には立ち入らずに問題を処理できるからこそ、高裁は、個人は「子をもうけることについて自己決定権」を持つ、という命題を定立することができたと読み込むこともできるように思われる。

そうだとすれば、第2章で検討したように、確かに、本判決は、現実世界における具体的な問題に対して、下級審がボトム・アップ的に私法上の特定の法益を「自己決定権」の名で具体化させたものとしての意義を認めることはできるけれども、その意義の大きさ・射程については過大に見積もるべきではないように思われる。本件事案から、例えば子を実際に出産することにつき男女間でその自己決定の内容が対立状態にあり、片方が「子をもうけることについての自己決定権」を根拠として出産等を求めようとするような事案までは相当の距離があるといえよう。

おわりに

本評釈では、本件で高裁が個人の「子をもうけることについての自己決定権」を認めたことについてその意義を確認したうえで、その侵害について不法行為

の成立を認めた論理を分析し、そこには夫婦間でのコミュニケーションが確保されていたかどうかに着目する思考があったことを明らかにした。

ところで一方で、このような夫婦間の自己決定に関するコミュニケーションについては、以下のような問題があることからこれを論ずる場合には一定の注意を払わなければいけないことを最後に指摘しておきたい。

すなわち、自己決定権の概念については、一般に、社会における力関係の差異がある場合に、「自己決定」が周囲の人々の考え方や社会の圧力によって簡単に操作・誘導される可能性がある⁴²、という懸念が向けられてきた。そして、「子をもうけること」の局面は、まさにその代表例であるといえる。社会的に厳然たる事実として、男女の間の力関係の差は未だ存在し、それは特に夫婦間において顕在しがちであり、大いに問題視されているところである。カップル間で、特に妊娠・出産といった事柄について相互コミュニケーションを取ることを第三者が要求するときには、結果としてそのような操作・誘導につながる可能性があることに留意する必要があるだろう⁴³。

⁴² 江原由美子『自己決定権とジェンダー』（岩波書店、2012）211頁。

⁴³ 参照、吉田克己「家族法改正問題とジェンダー」前掲注（26）120頁以下。