

# 医療ツーリズムにおける法的・社会的問題

## —インドの商業的代理出産の動向—

藤田真樹

- I はじめに(背景と目的)
- II 代理出産をめぐる法的・社会的問題
  - 1. 代理出産の利用資格をめぐる問題とその事例
  - 2. 子の親権と国籍をめぐる問題とその事例
  - 3. 代理母の健康をめぐる問題とその事例
- III 代理出産をめぐる法案等の変遷の概要
- IV イギリスとアメリカにおける代理出産に対する規制の概要
- V インドのガイドライン等の規制状況と問題点
  - 1. 代理出産の利用資格
  - 2. 代理母の資格・中絶の権利
  - 3. 子の親権と国籍
  - 4. 代理母に対する金銭的補償
  - 5. 代理母の募集
- VI 考察

### I はじめに(背景と目的)

医療ツーリズムとは、「医療を受ける目的で

国境を越えて他国へ行くこと」を一般に意味するが<sup>1)</sup>、インターネットの普及や国際交通網の発達を背景に拡大し、現在では世界50カ国以上で医療ツーリズムが行われている<sup>2)</sup>。2008年の医療目的で渡航した者の数は年間600万人程度と推計され、2012年には市場規模は1千億ドルを超えたと見積もられる<sup>3)</sup>。

渡航目的としては、先端医療や、より良い品質の医療を求めて渡航するものが大半であるが、各国の医療事情に起因するところもある。例えば、カナダでは治療を受けるまでに時間がかかるため、待機時間の解消を目的に渡航するケースが多い<sup>4)</sup>。また、米国では公的医療保険の対象外で、かつ民間健康保健に加入していない多数の無保険者がいることに加え、雇用主が医療保険の負担を軽減するため従業員に医療費の低い海外での治療を推奨している<sup>5)</sup>。その他、幹細胞治療など自国では受けられない治療を求めて渡航する場合もある<sup>6)</sup>。

近年、医療ツーリストの渡航先としては、渡航理由に関わらずアジアが目的地となっている割合が高い。以前の医療ツーリズムは新興国か

1) 伊藤暁子「医療の国際化—外国人患者の受入れをめぐって—」『技術と文化による日本の再生』国立国会図書館総合調査報告書(2012年)102頁。

2) See Gahlinger, PM. "The Medical Tourism Travel Guide: Your Complete Reference to Top-Quality, Low-Cost Dental, Cosmetic, Medical Care & Surgery Overseas" (Sunrise River Press 2008) p. 1.

3) See Devon M. Herrick "Medical Tourism: Global Competition in Health Care" (NCPA Policy Report No.304) p. 1.

4) Michael D. Horowitz, MD, MBA; FACS, Research Associate, Jeffrey A. Rosensweig, PhD, Associate Professor of International Business and Finance and Director, and Christopher A. Jones, DPhil, MSc, FRSM, Research Associate. "Medical Tourism: Globalization of the Healthcare Marketplace, Retrieved" MedGenMed. (September 2012) p. 6. Nadeem Esmail "The Private Cost of Public Queues" Fraser Alert ,2012 edition" Fraser Institute (June, 2012) p. 2.

5) See Saritha Rai "Union Disrupts Plan to Send Ailing Workers to India for Cheaper Medical Care" New York Times (October 11, 2006).

6) See id. 4, Michael et al. p. 2. p. 6.

ら先進国への渡航が主流であったが、現在は先進国から新興国へ向かう新たな流れが加わっており、アジア地域の主要国における医療ツーリストの受け入れ数は、概ね年間300万人となっている。この背景には、これらの新興国においては、外貨獲得や内需拡大といった目的で、国策としてプロモーション活動や制度改革が行なわれた経緯があり、その他、営利企業が経営を行っている民間病院が多く、病院側に新たな収益源として医療ツーリズムに積極的に取り組むインセンティブが強くあることも指摘されている<sup>7)</sup>。

一方で、こうした医療の産業化の背景で、近年、法的・倫理的問題が生じている。とりわけ、医療ツーリズムに関するあらゆる問題が、インドの商業的代理出産の問題に集約して現れてきている。

インドは現在、①欧米に比べて費用が安いこと、②多くのインド人女性が代理母に志願する社会環境にあること、③医療水準が高く、プライベートヘルスケアが受けられること、④代理出産の斡旋業者が英語を話すことができること、⑤インド人の労働者の調達容易であること、⑥インドは世界的に有名な観光地であること、⑦国レベルでの法による規制がなされていないことなどの理由により、世界の代理出産のハブとなっている<sup>8)</sup>。商業的代理出産を手掛けるクリニックの数は登録制ではないため正確な数は不明であるが約1000存在し、市場規模としては現在約445億USドルであると推計される。2011年に代理出産によって生まれた子供の数は2000人を超えるとする報道もある<sup>9)</sup>。

しかし一方で、インドの代理出産をめぐることは、これまでも、子の国籍問題をはじめとして問題が絶えない。2008年には日本人を父として代理出産で生まれた子どもが親子関係に基づく国籍の取得ができず、日本に帰国できないとい

う所謂マンジ事件がインド国内外で報道され世界の注目を集めた。

また、2012年に入ってから、子の国籍をめぐるトラブル以外にも代理母の健康上のトラブルが報じられている。

このような代理出産に対し、インド政府は、当初は医学的理由だけに目的を限定し、厳格な要件で代理出産を認める方針を採用してきたが、代理出産の商業化の進展に伴い、代理出産を手掛ける病院、仲介業者の存在を無視できず、それを追認する形で規制するという、一部方針の転換をせざるを得ず、その後、様々な法的トラブルの増加を受け、2013年に入って再び、代理出産を規制する方向に転換した。

本稿では、こうした医療の産業化の問題を考える手がかりとして、近年話題になっているインドの商業的代理出産の法的問題について取り上げ、まずインドにおける代理出産に関して、近年どのようなトラブルが生じているのかを確認する(Ⅱ)。次に、代理出産に対するインド政府の対応について、時系列に沿って法案等の変遷を概観する(Ⅲ)。そして、インドの旧宗主国であり、現在もインドの立法政策に大きな影響を与えているイギリス、及び、一部の州において商業的代理出産を容認するアメリカについての法制度を概観し(Ⅳ)、①代理出産の利用資格、②代理母の資格・中絶の権利、③子の親権と国籍、④代理母に対する金銭的補償、⑤代理母の募集方法の論点について比較法的な見地から検討することによって、インドにおいて当初はイギリスにならって医学的な理由がある場合に限って、厳格な要件で代理出産を認めようとしてきたが、商業的代理出産が事実上広く行われるようになった事実を受け、商業的代理出産を容認するアメリカの一部の州と類似した規制を行おうとしていることを検証する(Ⅴ)。その上で、欧

7) 植村佳代「進む医療の国際化～医療ツーリズムの動向」株式会社日本政策投資銀行産業調査部。

8) See Kari Points "Commercial Surrogacy and Fertility Tourism In India ,The case of Baby Manji," The Kenan Institute for Ethics at Duke University, p. 3.

9) See "Surrogacy a \$445 mn Business in India." The Economic Times (August 25, 2008).

米における商業的代理出産を巡る議論を踏まえ、インドの商業的代理出産をめぐる固有の議論を確認し、生殖技術の商業化の問題について考察することを目的とする(Ⅵ)。

## Ⅱ 代理出産をめぐる法的・社会的問題

### 1. 代理出産の利用資格をめぐる問題とその事例

商業的代理出産は、代理出産の依頼者、代理母、生まれてくる子、医療機関、仲介業者等多くの利害関係を有する者が存在するため、多くの法的・社会的問題が存在する。近年、インド国内外において大きな議論となっているのは、性的マイノリティーによる代理出産の利用資格をめぐる問題である。

インド国内では、1961年インド刑法(The Indian Penal Code 1961) 377条で同性愛を禁止しているにもかかわらず、海外から、母国で禁止されている代理出産を目的として、インドを訪れるゲイカップルが数多く存在する。

インドにおいて同性愛者が代理出産を行っている実態について最初に報道されたのは、2008年のイスラエルのゲイカップルについてである。イスラエルでは商業的代理出産は違法であり、2009年まで同性カップルによる養子縁組も認められていなかった<sup>10)</sup>。しかし、ヨナタン(Yonatan)とオメール(Omer)のゲイカップルはムンバイへ渡り、卵子提供を受けヨナタン(Yonatan)の精子を用いて体外受精を用いて胚

を作製し、代理母に移植することによって、エビエタ(Evyatar)を授かった。イスラエル政府はパスポート等の必要な書類を揃えるために、二人にDNA検査をして親子関係を証明するよう求め、ヨナタン(Yonatan)が父親である証明書を出し、二人は子連れてイスラエルに帰国した。これに対して、イスラエルでは、国内では認められないゲイカップルの代理出産を目的としてインドへ渡航し、生まれた子を届出て国籍を付与して帰国させ、一緒に生活するのは法の潜脱であるとして批判が高まった<sup>11)</sup>。

2010年には、ゲイのフランス人であるレイモンド・スウト(Raimondo Souto)が、ムンバイで代理出産により双子を得たが、監護権が認められず、子が里子に出された。フランスは伝統的に性的マイノリティーの権利に関してリベラルな立場をとり、1999年にはフランス民法(Code civil) 515条で事実婚を認めている。しかし、同性婚は認められておらず、ゲイのカップルが共同で養子縁組をすることも、人工受精で子を得ることも認められていない<sup>12)</sup>。代理出産では、精子はフランス人男性のものを使ったので遺伝学上はスウト(Suoto)の子である。しかし、帰国後に子の診察をした医師が、子が代理出産によって生まれており、また、体重が軽く適切な養育が行われていない可能性があることを理由に警察に通報したため、スウト(Suoto)は逮捕された。スウト(Suoto)は子の監護権を主張したが、裁判所はこれを認めず、パスポートも剥奪されたためフランス国外へ出ることもできなくなった<sup>13)</sup>。

10) なお、2009年になって、テル・アビブ家庭裁判所は、前国会議員のウジ・エベン(Uzi Even)とパートナーのアミット・カルマ(Amit Karma)が、30歳のヨッシ(Yossi)を養子縁組することを認めている。“Court grants gay couple right to adopt 30-year-old foster son” HAARETZ (March 11, 2009).

11) See “Israeli gay couple gets a son in India” Times of India (November 18, 2008). See id 1 p. 16. 邦語訳の初出として、「生殖補助医療とテクノロジーを考える研究会忘備録」(2010年6月8日)下記URL参照 [http://azuki0405.exblog.jp/11276216]. (2013年8月20日最終確認)。

12) ただし、ゲイカップルに婚姻および養子縁組を法的に認めようとする動きもある “French Protests against marriage Bill”, BBC NEWS EUROPE (November 17, 2012).

13) See “Surrogacy woes: India-Born baby in French foster care” Daily News and Analysis (July 27, 2010). 邦語訳の初出として、「生殖補助医療とテクノロジーを考える研究会忘備録」(2010年8月3日)下記URL参照 [http://azuki0405.exblog.jp/11674305/]. (2013年8月20日最終確認)。

## 2. 子の親権と国籍をめぐる問題とその事例

インドの生殖補助医療をめぐる、メディアで最も多く報道されているのは子の親権と国籍をめぐる問題である。確認できる限りにおいて最も早く報道されたのは2004年のイギリス国籍の夫妻の双子についてである。イギリス人のラータ・ネグラ (Lata Negla) とアーカッシュ・ネグラ (Akash Negla) 夫妻はグジャラート州にある代理出産で有名なナイナ・パテル (Naina Patel) 医師の経営するアカンクシャー・クリニック (Akanksha Clinic) で、夫の精子と妻の卵子で体外受精を行ったうえ、受精卵を妻の母親であるラダ・パテル (Rhadha Patel) (44歳) に移植しニール (Neal) とナンダニ (Nandani) の双子を得た。イギリスにおいて代理出産は「1985年代理出産契約法 (Surrogacy Arrangements Act 1985)」および「1990年人受精卵及び胚研究法 (Human Fertilization and Embryology Act 1990)」によって規制されている。法律上の母親は分娩者である代理母とされるが (人受精卵及び胚研究法27条)、代理母の同意等の要件を満たした場合、子の出生から6カ月以内に裁判所に申立てを行い、決定で依頼者である母を法的な母とすることが認められている (同法30条)。ところが当時、インドではイギリスで採用されているような親子関係に関する裁判所の決定は認められておらず、また「1981年イギリス国籍法 (Nationality Law 1981)」は、婚姻関係にない男女間の子で父のみがイギリス国籍を有する場合には、法律婚または事実婚の外観が完成することをイギリス国籍取得の要件としていた (イギリス国籍法3条1項)。このため、イギリス政府は双子に対し

て依頼者夫婦の法律上の子としてパスポートを発行することができず、イギリスに入国することができなくなった。このトラブルは、結果として6カ月間のみ有効とするビザが発行され、一応の決着がついたが、インドにおける代理出産の問題が認識される端緒となった<sup>14)</sup>。

2007年11月、同じくナイナ・パテル (Naina Patel) 医師の経営するアカンクシャー・クリニック (Akanksha Clinic) で、日本人夫妻が離婚したため、子が帰国出来ないというトラブルが生じている<sup>15)</sup>。日本人の山田夫妻は、インド人女性プリトブン・メータ (Pritiben Mehta) と代理出産契約をした。アカンクシャー・クリニック (Akanksha Clinic) では、代理母は子に対する全ての権利を放棄する契約を締結する手続がとられていたが、山田氏は離婚経験があったため、夫婦が離婚した際に夫が監護権を持つとの条項も入れられていた。クリニックにおいて山田氏の精子と匿名の提供者の卵子から胚が作成され、インド人代理母に移植された。山田氏は子の出産を待つまでの間、日本に一時帰国した<sup>16)</sup>。代理母は無事に子を出産しマンジ (Manji) と名付けられた。しかし、子の出生する一カ月前に山田夫婦は離婚し、山田氏の離婚した元妻は、子連れ帰るために山田氏とインドに行くのを拒絶したため、山田氏は単身でインドに渡航することとなった。山田氏は、日本の大使館に掛け合い、子のパスポートまたはビザを発給するように求めたが、日本の民法は分娩主義を採用しており、生みの母を法的な親としているため、大使館はこれを拒否した。そこで、山田氏はマンジにインド人としてのパスポートを発行させるため、アナンド市に対して出生証明書を発行を求めた。しかし、1890年に制定されたインド

14) "Visa for twins born to their grandmother" The Guardian (July, 27 2004). "Twins born to their granny win entry to UK", The Telegraph (July, 27 2004). "Twins born to own gran fly home" BBC NEWS (July, 26 2004). 邦語訳の初出として、伊藤弘子「インドにおける生殖補助医療をめぐる近年の動向(2)」戸籍時報 No.681 (平成24年4月) 13頁。

15) See Baby Manji Yamada v. Union of India & ANR. (2008) INSC 1656) (September 29, 2008).

16) See id. 8 p. 4.

養子縁組法 (Guardians and Wards ACT 1890) は、人身売買を防止する趣旨から、独身男性による養子縁組を禁止していた。このため、マンジは3カ月の間、法的な母はいないという状況に置かれることとなった<sup>17)</sup>。この訴訟は連邦最高裁判所までもつれ込んだが、結果として、一月後、ラージャスターン地区を管轄するパスポート発行所は、日本への渡航許可書の一部としてマンジの身分証明書を発行した。日本の大使館も人道的見地に立って1年間有効のビザを発行した。マンジは帰国後、数日の間に山田氏に養子縁組された<sup>18)</sup>。

### 3. 代理母の健康をめぐる問題とその事例

代理母の健康上の問題についても昨年になって報じられている。2012年5月、アーメダバードのパルス・ホスピタル (Pulse IVI Women's Hospital) で、プレミラ・ベグラ (Premila Vaghela) は家計を補助し、自分の子を養うため、アメリカ人カップルの代理母になったが、原因不明の合併症のため死亡したことが報じられている。病院によれば、定期検査を待つ間、プリミラ (Premila) は夫のカラサン (Karasan) と座って話していたが、突然痙攣を起こしうずくまった。プリミラ (Premila) はすぐに治療室に運ばれ緊急帝王切開手術を受け、その後、集中治療が受けられる病院に搬送されたが、間もなく死亡した。なお、子供は未熟児で生まれたが元気に育っている<sup>19)</sup>。この事件に関して、営利主義の病院や仲介業者が、代理出産の依頼者の意図を汲んで、教育を十分に受けていない代理母の命よりも子の命を優先させ、プリミラ

(Premila) もこのような病院や仲介業者の犠牲になったのではないかという疑問も呈されている<sup>20)</sup>。

### III 代理出産をめぐる法案等の変遷の概要

このように、代理出産をめぐることは、代理出産の利用資格、生まれて来る子の親子関係の確立と国籍をめぐる問題、代理母の健康などについて様々な問題が生じている。代理出産をめぐるこのような問題に対して、インド政府はどのように対応してきたか。まず、時系列に沿ってその概要を述べる。

代理出産に関する問題がインド政府に初めて認識されたのは2000年になってからである。インド保健家族省 (Ministry of Health and Family Welfare) が設置するインド医学研究評議会 (Indian Council of Medical Research: ICMR)<sup>21)</sup> は、1980年に設けた「被験者を対象とする医学研究についての倫理声明 (Policy Statement on Ethical Considerations involved in Research on Human Subjects)」を設けたが、2000年に「被験者を対象とする生物医学研究の倫理ガイドライン (Ethical Guidelines for Biomedical Research on Human Participants 2000)」(以下「2000年倫理ガイドライン」とする)として改定する際、「生殖補助医療に関する特別原則の声明 (Statement of specific principles for assisted reproductive technologies)」の章が初めて設けられた。前文 (Introduction) には、「生殖補助医療は、精神的にも肉体的にも忍耐を必要とし費用も高額である。そこで、認証された

17) See id. p. 5.

18) See id. p. 7.

19) See “Surrogate mother dies of complications” Times of India (May 17, 2012), “India’s surrogate mothers are risking their lives. They urgently need protection”, The guardian (June 5, 2012). 邦語訳の初出として、「生殖補助医療とテクノロジーを考える研究会忘備録」(2012年5月22日) 下記 URL 参照 (<http://azuki0405.exblog.jp/15897924/>). (2013年8月20日最終確認)。

20) See “Pitfalls of surrogacy in India exposed” Asian Times Online (May 24, 2012).

21) は、医学研究の推進のために設けられたインド研究基金 (Indian Research Fund Association) を前身とする組織である。詳細については ([http://www.icmr.nic.in/About\\_Us/About\\_Us.html](http://www.icmr.nic.in/About_Us/About_Us.html)) (2003年8月20日最終確認)。

施設で、熟練した技能をもつ医師により、治療の必要な患者に対し、安全な医療技術が合理的な価格で提供されるため、早急にガイドラインを設けることが必要である」と述べられている<sup>22)</sup>。

一方、同評議会は2002年に、世界水準の治療が受けられることを当事者である患者と国民に保障するため、生殖補助医療施設を認証し、規制し、監督を及ぼすことを目的として「生殖補助医療施設の認可・監督および規制に関するガイドライン(The National Guidelines for Accreditation Supervision and Regulation of ART Clinic in India) 2002」(以下「2002年生殖補助医療施設ガイドライン草案」とする)を作成した。ICMRはこの草案を作成したのうち、有識者を集めた国家機関であるインド医科学会議(Indian National Academy of Medical Science)<sup>23)</sup>と共同して、この草案に対する公聴会を行ったのち、「生殖補助医療施設の認可・監督および規制に関するガイドライン(The National Guidelines for Accreditation Supervision and Regulation of ART Clinic in India) 2005」を作成した(以下「2005年生殖補助医療施設に対するガイドライン」とする)<sup>24)</sup>。

同評議会は2006年に2000年倫理ガイドラインを「被験者を対象とする生物医学研究の倫理ガイドライン(Ethical Guidelines for Biomedical Research on Human Participants 2006)」として改訂したが(以下「2006年倫理ガイドライン」とする)、その際前述の「生殖補助医療の特別原則の声明」も同時に改訂された<sup>25)</sup>。

この後、前述の日本人夫妻の間に生まれた子が、親が離婚してしまったため、日本に帰国できなくなったマンジ事件<sup>26)</sup>が起きて世界中でインドにおける商業的代理出産の問題が大きく報道されることとなった。

2008年にはインド保健家族省から「2008年生殖補助医療規制法案(Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill) 2008」(以下、「2008年法案」とする)が提出されたが成立には至らなかった<sup>27)</sup>。この法案にはIntroductionが設けられていなかったため、立法趣旨が不明確であるとの非難がインド国内のNGOからなされた<sup>28)</sup>。

2008年法案提出のあと、インド政府立法委員会(Low Commission of India)から「2008年生殖補助医療に関する施設および当事者の権利義務に関する法制化の必要性に関する報告書(Government of India, Law Commission of India, Need for Legislation to regulate assisted reproductive technology clinics as well as rights and obligations of parties to a surrogacy, Report No.228, August 2008)」(以下「2008年立法委員会報告書」とする)が出された<sup>29)</sup>。この報告書では、「ICMRによって作成された2008年法案は多くの欠陥を抱えるものであるが、ARTクリニックのみならず、生まれてくる子を含め代理出産の全ての当事者の権利と義務について規制を及ぼそうとしている点で前進している」としつつも、利他的な代理出産については容認されるが、商業的代理出産は禁止すべきという主張を中心に9つの提案がな

22) 「2000年倫理ガイドライン」64頁。

23) See NAMS's HP 下記 URL 参照 [http://www.nams-india.in/] (2013年8月20日最終確認)。

24) 下記 URL 参照 [http://icmr.nic.in/art/Prilim\_Pages.pdf] (2013年8月20日最終確認)。

25) 下記 URL 参照 [http://icmr.nic.in/ethical\_guidelines.pdf] (2013年8月20日最終確認)。

26) See id. 15.

27) 下記 URL 参照 [http://www.prsindia.org/uploads/media/vikas\_doc/docs/1241500084~DraftARTBill.pdf] (2013年8月20日最終確認)。

28) See Sama-Resource Group for Women and Health “Assisted Reproductive Technologies: Implications for Women's Reproductive Rights and Social Citizenship”, (December 10, 2010) p. 26.

29) 下記 URL 参照 [http://lawcommissionofindia.nic.in/reports/report228.pdf] (2013年8月20日最終確認)。

された<sup>30)</sup>。

2010年法案には、2008年法案にはなかった序章(Preamble)が設けられた。そこでは、「過去20年において、体外授精や代理出産を手がけるクリニックの数が劇的に増加した。誰もが許可なくARTクリニックを開業したため、インド全土にわたって、クリニックが乱立している。このような状況下において、公益的観点から、利害関係を有する者の医学的、法的、倫理的、社会的利益を保護するため、クリニックに対して規制を及ぼすことが必要となってきた。この法案は、倫理的枠組を提供し、より良い医療の実践を通じて、不妊治療を受ける患者の利益を最大化するとともに、利害関係を有する全ての者の法的権利を確保するため、体外授精、配偶子の提供者、代理出産を扱うクリニックおよびそれと関連する精子バンクを認証し監督する手続きを設けるものである」と述べられている<sup>31)</sup>。しかし、インド法律委員会報告書の商業的代理出産を禁止すべきとの見解は2010年法案においては受け入れられなかった。

倫理ガイドライン、生殖補助医療施設に対するガイドラインと、法案はそれぞれ性質が異なるため、一概に比較することはできない。しかし、序章(Preamble)等の変遷をおった限りにおいては、2000年倫理ガイドラインにおいては、医学的に治療が必要である者の利益の保護を目的として、認証された医療施設で標準化された治療が行われることが必要であるとしていたが、2010年法案では、法律による規制がなかったため既に乱立してしまったART(Artificial Reproductive technology: 生殖補助医療)クリニックをどのように監督していくか、またARTクリニックの増加に伴って、法的利害関係

を有する精子、卵子提供者、代理母の保護の問題が意識されるようになってきており、規制対象についてもARTクリニックから精子バンクまで拡大されている。しかし、代理出産が産業として行われるようになったことに伴い、ARTバンクの他、旅行代理店や、代理出産の仲介業者、代理出産を手掛ける法律事務所、生殖補助医療を提供する公立病院が実際には重要な役割を果たすようになってきたが、これらの存在について、法案等において未だ明確な位置づけはなされていないとの批判がなされている<sup>32)</sup>。

2008年法案、2010年法案ともに、未だ成立しておらず、目下、法的拘束力のない2005年の自主的な遵守に代理出産の規制が委ねられている状況であるが、2010年の法案の一部を先取りする形で、2013年にインド内務省(Home Ministry)から「代理出産を目的としてインドへ入国する外国人のビザの種類およびビザの交付条件(Type of visa for foreign nationals intending to visit India for Commissioning Surrogacy and conditions for grant visa for the purpose)」とする通達が在外大使館、領事館に向けて出された。この通達によって、代理出産を目的としてインドに入国する外国人は「観光ビザ」ではなく、「医療ビザ」でなければならず、医療ビザの交付のためには二年以上法律婚を継続している男女で、母国において代理出産が認められており、代理出産で生まれた子を法的な子として母国へ連れ帰ることができること等の証明が必要とされることとなり、インドにおいて事実上広く行われていた同性愛者による代理出産は困難になったことが指摘されている<sup>33)</sup>。

30) 「2008年立法委員会報告書」25頁～26頁。

31) 「2010年法案」1～2頁。

32) See id. 28, p. 26.

33) See “Australian Surrogacy and Adoption Blog: Surrogacy and Adoption Law in Australia by Stephan’s page, a Brisbane family and Surrogacy Lawyer” 下記URL参照 [http://surrogacyandadoption.blogspot.com.au/2013/01/regulatory-worries-from-india.html] (2013年8月20日最終確認)。

インドにおける代理出産をめぐる法案等の変遷

2000年	インド医学研究評議会 (Indian Council of Medical Research :ICMR) 「2000年被験者を対象とする生物医学研究の倫理ガイドライン (Ethical Guidelines for Biomedical Research on Human Participants 2000)」
2002年	インド医学研究評議会 (Indian Council of Medical Research :ICMR) 「2002年生殖補助医療施設の認可・監督および規制に関するガイドライン草案 (The National Guidelines for Accreditation Supervision and Regulation of ART Clinic in India 2002)」
2005年	インド医学研究評議会 (Indian Council of Medical Research :ICMR) 「2005年生殖補助医療施設の認可・監督および規制に関するガイドライン (The National Guidelines for Accreditation Supervision and Regulation of ART Clinic in India 2005)」
2006年	インド医学研究評議会 (Indian Council of Medical Research :ICMR) 「2006年被験者を対象とする生物医学研究の倫理ガイドライン (Ethical Guidelines for Biomedical Research on Human Participants 2006)」
2008年	マンジ事件 (Baby Manji Yamada v. Union of India & ANR. (2008) INSC 1656 (29 September, 2008))
2008年	インド保健家族省 (Ministry of Health and Family Welfare) 「2008年 生殖補助医療規制法案 (Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill 2008)」
2008年	インド政府立法委員会 (Law Commission of India) 「2008年生殖補助医療に関する施設および当事者の権利義務に関する法制化の必要性に関する報告書 (Government of India, Law Commission of India, Need for Legislation to regulate assisted reproductive technology clinics as well as rights and obligations of parties to a surrogacy, Report NO.228, August 2008)」
2010年	インド保健家族省 (Ministry of Health and Family Welfare) 「2010年 生殖補助医療規制法案 (Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill 2010)」
2013年	インド内務省 (Home Ministry) 「代理出産を目的としてインドへ入国する外国人のビザの種類およびビザの交付条件 (Type of visa for foreign nationals intending to visit India for Commissioning Surrogacy and conditions for grant visa for the purpose)」

IV イギリスとアメリカにおける代理出産  
に対する規制の概要

インド政府は近年、代理出産の利用資格を制限する方向で動いているが、商業的代理出産についてはなお容認する方向で規制を行おうとしているように思われる。本章では、インドのガイドライン等の規制状況と問題点について検討する前提として、今なおインドの立法政策に強い影響を与えており、商業的代理出産は禁止し

つつも代理出産を認めているイギリス、一部の州で商業的代理出産を認めているアメリカにおける代理出産の規制について、まず簡単にその概要を見ておきたい。

イギリスの代理出産に対する規制の概要は以下のとおりである。イギリスでは1978年に、世界ではじめて体外受精児が誕生して以来、体外受精技術の利用に対する倫理的な議論が引き起こされた。2010年に、HFEA (Human Fertilization Embryology Authority) に登録

された不妊治療クリニックの数は71件あり<sup>34)</sup>、45,264人の女性が合計57,652サイクルの体外授精または顕微授精を受けている<sup>35)</sup>。第三者の介入する生殖医療(Donor Insemination:DI)に関しては、1,985人の女性が3,878サイクルの治療を受けていると報告されている<sup>36)</sup>。代理出産については、1985年に「代理出産契約法(Surrogacy Arrangements Act 1985) (以下単に「1985年代理出産契約法」とする)」が、1990年に「人受精卵及び胚研究法(Human Fertilization and Embryology Act 1990) (以下単に「1990年HFE法」とする)」が制定された。そして、二つの法律を修正する「2008年人受精卵及び胚研究法(Human Fertilization and Embryology Act 2008) (以下単に「2008年HFE法」とする)」が設けられた<sup>37)</sup>。イギリスにおいては、代理母の卵子を用いて、医療機関で人工授精を行い、代理が出産を行う代理母方式(Traditional Surrogacy: Straight Surrogacy: Partial Surrogacy)による代理出産も、代理母以外の卵子と精子を体外授精させ、代理母に移植する借り腹方式(Gestational Surrogacy: IVF Surrogacy: Full Surrogacy)の代理出産についても、どちらも禁止されていない。しかし、医学的な理由がある場合に限って代理出産を認めており、商業的なものは禁止している。

アメリカにおける代理出産の規制であるが、連邦法で代理出産を規制しておらず、代理出産契約を禁止している州もあれば契約の履行に強制力を認めている州も存在する。したがって、各州によって規制状況が異なる。しかし、

州法のモデルとしては、1988年に統一州法全国会議(National Conference of Commissioners on Union States Laws, NCCUSL)から「生殖補助医療によって生れた子の地位に関する統一法(Uniform Status of Children of Assisted Conception Act 1988) (以下単に「1988年子の地位に関する統一法」とする)」が設けられた<sup>38)</sup>。その後、同じく統一州法全国会議(NCCUSL)から、2000年に「統一親子法(Uniforms Parentage Act 2000)」が設けられ(以下単に「2000年統一親子法」とする)、同法は、2002年改正され(「2002年統一親子法(Uniforms Parentage Act 2002)」)、現在に至っている(以下単に「2002年統一親子法」とする)。改正前の1988年子の地位に関する統一法、2000年および2002年統一親子法の採用、不採用、一部採用については、連邦制をとるアメリカにおいては各州議会の裁量に委ねられており、法規制を行わず商業的代理出産を容認する州も存在する<sup>39)</sup>。当事者間に争いがあり州法に規定がない場合、親子関係の確立および子の親権等について、裁判所によって決められることになる。

尚、1988年子の地位に関する統一法で、「代理出産の依頼者は、法律婚の関係にあり、少なくとも一方の配偶子を提供しているものに限られる(1条3号)とされていたが、2000年統一親子法では、この条項は削除された(1条3号)。この条項の削除によって、事実婚のカップルにも代理出産の利用資格が拡大され、また、カップルの双方が医学的な理由で配偶子の提供ができない場合にも、代理出産によって依頼者カッ

34) "Fertility treatment in 2010 : trends and figures", Human Fertilization Embryology Authority:HFEA (November 16, 2011) p. 6, 下記 URL 参照 [http://www.hfea.gov.uk/docs/2011-11-16\_-\_Annual\_Register\_Figures\_Report\_final.pdf] (2013年8月20日最終確認)。

35) See id. p. 7.

36) See id.

37) 詳細については、神里彩子「第3章 諸外国における生殖補助医療の規制状況と実施状況 [1] イギリス」神里彩子・成澤光編『生殖補助医療 生命倫理と法—基本資料集3』(信山社 2008年) 74頁以下参照。

38) 下記 URL 参照 [http://claradoc.gpa.free.fr/doc/269.pdf] (2013年8月20日最終確認)。

39) 現在法整備がなされているのは19州と DC であり、代理出産契約を無効としている州は、5州と DC であり、一部の州においては商業的代理出産も認めている前掲註37)「第1章 調査の概要」15頁。

ブルと遺伝的繋がりのない子を得ることが可能となった。

## V インドのガイドライン等の規制状況と問題点

前述したように、インド政府は当初は医学的理由に限って代理出産を認めるイギリス型の規制モデルを採用してきたが、商業的代理出産の増加に伴い、利害関係を有する者が増大してきたことから、商業的代理出産を容認するアメリカの一部の州のモデルを参考に商業的代理出産を容認する方向に方針を転換してきたように思われる。

一般的に商業的行為は(a)営利を目的としており、(b)集団的に、(c)反復継続して行われ、(d)定型性、(e)簡易迅速性が求められるという特徴を有する。このことについて、比較法的な見地から、①代理出産の利用資格、②代理母の資格・中絶の権利、③子の親権と国籍、④代理母に対する金銭的補償、⑤代理母の募集について個別の論点に沿いながら、インドのガイドライン等の規制状況についてその変遷を追うことによって、問題点の検証を行う<sup>40)</sup>。

### 1. 代理出産の利用資格

代理出産の利用資格について、2000年倫理原則においては、合法的に養子縁組出来る場合で(条項1)、かつ医学的にその手段に訴えることが唯一の解決となる場合(条項4)とされていた。

これに対し、2005年生殖補助医療施設ガイドラインでは、医学的に不可能であるか望ましくない場合に利用資格が認められるとし(条項3.10.2)、2000年倫理ガイドラインにあった、合法的に養子縁組出来る場合という条件は削除された。一方で、20歳以下のものに対しては、

原則代理出産の利用資格はなく(条項3.14.1)、20歳から30歳の女性については、避妊をしていない状態で2年以上夫と同居または婚姻関係にあるにも関わらず妊娠しない場合、30歳以上の女性については、避妊をしていない状態で1年間同居または婚姻関係にあっても妊娠しない場合でなければならないとする年齢等による制限が設けられた。

2008年法案以降は、法律婚・事実婚のカップル、独身の男性、女性にも利用資格が認められた(32条1項)。2000年倫理原則から2008年法案までの変遷を追うと、代理出産の利用資格として医学的な不妊を理由とする者から、アメリカの2000年統一法や、商業的代理出産を認める一部の州のように、事実婚についても代理出産を認め、更に、独身の男性や女性といった社会的な不妊を理由とする者まで利用資格を拡大してきたことがわかる。

しかし、2010年法案では、母国において代理出産が認められている文書の提出を求め、また事実婚のカップルについても母国で認められている場合とするとの要件を加え、代理出産の利用資格に制限を加える方向に向かっている。

### 2. 代理母の資格・中絶の権利

代理母の資格・義務について2000年倫理原則では、配偶子のドナーの資格について規定されているが、代理母の資格については規定されていない。中絶の権利に関しては、代理母は中絶する権利を有し、依頼主は既に支払った費用について請求することができないとされている(条項8)。

2005年ガイドラインでは、代理母の資格として、45歳以下であること(条項3.10.5)、生涯を通じて3回以上の代理出産を行っていないこと(条項3.10.8)、HIVに感染していないこ

40) インド政府が代理出産を産業として推進してきたことについて、先行研究として日比野由利編「生殖テクノロジーとヘルスケアを考える研究会 報告集I インドとタイにおける生殖技術と法整備の現状」がある。本稿では比較法的な見地から検討を行う。

と(条項3.10.7)と具体的な要件が設けられた。中絶の権利については、ガイドライン自体に規定はない。しかし、ガイドラインに付随する代理母の同意書のサンプルにおいて、「自らの意思で中絶の権利を有する。その際、遺伝学上の親、その代理人が妊娠で支払った全ての費用について賠償する」と記載されることとなった(4条7項)。

2006年倫理原則では、代理母の資格・義務についての詳細な規定は設けられていない。しかし、代理出産契約は法的に強制力をもつとされ、(条項8)、中絶の権利については、遺伝学上の親は既に支払った費用について請求することができないとされた(条項6)。

2008年法案では、代理母の資格として、年齢が21歳以上45歳以下であること(34条5項前段)と年齢の下限が設けられ、生涯を通じて3回以上の代理出産を行っていないこと(同条同項後段)、性感染症等の病気にかかっていないこと(34条6項)、配偶者がいる場合は、同意を得ていること(34条16項)との条項が追加された。中絶に関しては、施行規則(15条1項)で登録所に提出すべきとされる代理母になることへの同意書(FORM-J)において「自らの意思で中絶をする権利を有する。その際、遺伝学上の親、その代理人に、妊娠に関して生じた全ての費用を賠償する。ただし、この中絶が、専門家の医学的助言に従ったものである場合は別とする」と記載されることとなった。

2010年法案では、代理母の年齢について、21歳以上35歳以下(34条5項前段)と2008年法案に比べて厳格化された。一方で、生涯で出産できる回数については、自分の子を含め5回以上の出産を行っていないこと(34条22項)と変更された。また、代理母は妊娠中の胎児、および生まれてきた子を引き渡すまでの間、監護義務を負う(34条24項・25項)との規定が加わった。中絶の権利については、2008年法案と同様である。

これを見ると、代理母の資格・義務については、年齢制限の幅が狭くなっており、また、HIV以外の病気に罹患している者も欠格事由とされ、この点においては代理母の資格は厳格化されている。しかし、出産の回数については、生涯を通じて3回という制限から、自分の子を含め5回以上と、要件が緩和されている。

### 3. 子の親権と国籍

イギリスにおいて代理出産における法的な母は原則として分娩者である代理母とされ(HFE法27条)、依頼者である男性が法的な父とされる(HFE法28条3項)。代理母の同意等の要件を満たした場合、子の出生から6カ月以内に裁判所に申立てを行い、決定で依頼者である母を法的な母とすることが認められている(HFE法30条)。

これに対して、米国では、州法のモデルである「1988年子の地位に関する統一法」においては、5条以下で、代理出産を認める場合をモデルA、代理出産を認めない場合をモデルBとしているが、代理出産を認めるAの手続きに従う場合、依頼者及び代理母は、代理母が妊娠する前に裁判所に対して申立てをし、代理出産契約の事前承認を経なければならない(5条b項)。裁判所は、依頼者の女性が肉体的に精神的にも重大な危険を伴わずには妊娠出産できないことが医学的に証明されていること、代理母になる女性が妊娠出産を経験していること等の要件を全て満たしている場合に、代理出産契約に事前承認を与える。認可を得た代理出産契約に基づいて子が生まれた場合、依頼者夫婦が法律上の親となる。認可を得ない代理出産契約は無効である。代理出産契約を無効とする選択肢Bによれば、代理出産によって生まれてきた子の法律上の母親は、代理母となり、代理出産契約に同意していた夫が法律上の父親となる。「2000年統一親子法」、「2002年統一親子法」<sup>41)</sup>の発想

41) 下記 URL 参照 [http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa\_final\_2002.pdf] (2013年8月20日最終確認)。

も基本的に、「1988年子の地位に関する統一法」と基本的な枠組みは同じである。

州法に規定がない場合、判例においては、原則として子の最善の利益 (best interests of the child) という観点から子の親権が決定されるが、その際、①当事者の意思 (intent)、②遺伝学的な繋がり、③妊娠出産したのは誰か(分娩主義)が考慮される<sup>42)</sup>。判例においては、代理母方式の代理出産については、②と③の要素を考慮して代理母に親権を認め<sup>43)</sup>、借り腹型代理出産については、①、②の要素を考慮して代理出産の依頼者に子の親権を認める傾向がある<sup>44)</sup>。

インドでは、2000年倫理原則においては、子供を妊娠・出産した女性が母親であると推定され(条項2)、依頼主は、代理母の同意のもと、6週間後に養子縁組の優先権を得ることとされ

ていた(条項3)。しかし、2008年法案以降では、代理出産で生まれた子は依頼人の子と見なされ(35条1項～3項)、代理母は親権を放棄しなければならず(34条4項)、出生証明書には依頼者の氏名が記載されることとなった(同条7項)。親子関係の確立については、インドは当初、分娩主義を原則として、その後養子縁組を行う方式を採用するイギリスに類似した親子関係構築のための制度を採用しようとしていたと思われる。しかし、商業的代理出産が広く行われるようになった現実を踏まえ、契約者の意思を尊重し、契約当事者である依頼人の親の名を出生証明書に記載すると共に、代理母に子の親権を放棄させ、手続的煩瑣を避ける、商業的代理出産に親和性のあるアメリカの一部の州に類似した制度へと変化してきたことが伺える<sup>45)</sup>。な

42) Carla Spivack “The Laws of Surrogate Motherhood in the United States” Oklahoma City University School of Law p. 97. ただし、アメリカにおいては、親子関係の確立のレベルの問題と子の監護権を含む親権のレベルの問題の混乱がみられるように思われる。

43) 例として Baby-M 事件があげられる。1988年にニュージャージー州で争われた BABY- M 事件は、代理母方式の代理出産について問題となった事案である。ウィリアム・スターン と妻のエリザベス・スターンは、新聞広告による募集に応じたメアリー・ベス・ホワイトヘッドと、代理出産契約をした。契約の内容は、10,000\$ を対価としてウィリアムの精子をホワイトヘッドに人工授精し、出産後、ホワイトヘッドは子の親権を放棄し、ウィリアムに引き渡すというものであった。その後、多発性硬化症のため自ら子供を産めないエリザベスが正式に養子縁組することになっていた。ホワイトヘッドは1986年3月27日、無事女兒を出産した。しかし、ホワイトヘッドは心変わりし、子を手に置いておきたいと考えるようになり、子の引渡しを拒んだ。そのため、スターン夫妻は、法的な親は自分たちであると主張して提訴した。これに対して、ニュージャージー最高裁判所は、代理出産契約は州の法秩序を混乱させ、公序良俗に反し無効である。州の養子縁組法は、子の出生後、母親がカウンセリングを受けた後でなければ、養子縁組を認めていない。また、金銭を対価とする養子縁組を禁止する州法にも抵触する、さらに代理母は契約の内容を殆ど理解できていなかった事情が見受けられるとし、法的な親はホワイトヘッドであるとしつつも、家庭裁判所に、離婚訴訟で用いられる子の最良の福祉の原則を採用し親権がだれにあるのか決めるように命じた。結果として家庭裁判所は、スターン夫妻に親権が、ホワイトヘッドには訪問権が認められた。なお、この事件を契機としてニュージャージー州では代理母方式の代理出産を禁止された。See In the matter of Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988).

44) 1993年に California 州で争われた、Johnson v Calvert 事件は、借り腹方式の代理出産の事案である。アンナ・ジョンソン (Anna Johnson) はマーク・カルバート (Mark Calvert) とクリスピーナ・クラバート (Crispina Calvert) の夫妻と、代理出産契約を締結した。契約の内容は、子宮を摘出して自分で子を産めないクリスピーナの卵子とマークの精子を体外受精させ、アンナに移植し出産する。アンナは子の出産後、親権を放棄してクラバート夫妻に子を引き渡すが、その見返りとして、分割払いで計10,000 \$ の補償を受け取るというものである。しかし、子が生まれた後、アンナは契約にある三度目の支払いがなされなかったため、子の親権を放棄して引き渡すことを拒んだ。クラバート夫妻は提訴し、アンナは応訴した。これに対して、カリフォルニア州最高裁判所は、州親子法においては、分娩と遺伝学的繋がりによって母親が誰であるかの推定がなされる。しかし、分娩者と遺伝的な繋がりのある女性が異なる場合、自分の子として育てようとする意思をもつ女性が親となること、子の最善の福祉の観点から望ましいとして、Crispina が法的な母親であるとした。See Johnson v Calvert (1993) 5 C4th 84.

45) (イリノイ州) “Gestational Surrogacy Act” と極めて類似しているとの指摘がインド政府立法委員会からなされている。「2008年立法委員会報告書」14頁参照。

お、前述のマンジ事件を受け、2008年法案以降、代理出産契約後、子が出生する前に依頼した両親が離婚した場合、生まれて来た子はその両親の子と推定するとの規定が設けられた(35条4項)。

#### 4. 代理母に対する金銭的補償

イギリスでは、商業的代理出産は禁止されているが、妊娠出産に通常伴う医学的な費用の補償のほか、金銭的な報酬を伴わない、利他的代理出産(Altruistic Surrogacy)は認めている。その補償額は、「合理的な費用(reasonable expenses)」の範囲内でなければならないとするのがイギリス高裁の判断である<sup>46)</sup>。

インドにおいては、金銭的補償について、2000年生命倫理原則では、「医学的管理にかかる費用」は依頼者が持つとされていたが(条項9)、2005年生殖補助医療施設ガイドラインでは、代理母に対する支払い(payments to surrogate mothers)は医学的費用の他、「妊娠に関係する全ての費用(all expenses associated with the pregnancy)」が含まれなければならないとされた(条項3.5.4)。この補償額に限度が設けられていないため、当初インドでは合理的な費用を超える商業的代理出産(commercial surrogacy)を認めるかについて疑問視されたが、2008年マンジ事件判決<sup>47)</sup>で、連邦最高裁判所は、利他的代理出産と区別した上で、「商業的代理出産とは、代理出産の一形態である。代理母は子宮を用いて妊娠・出産する。その費用は、親になるという夢を叶えるための金銭的ゆとりのある不妊カップル、または、貯金や借金をすることができる者によって支払われる。

このような医学的手続きは、高度な医療施設を有し、国際的需要があり、貧しい代理母が調達可能なインドを含む幾つかの国において合法であり、産業とよべる規模に達しつつある」と合法であることを明示した。

なお、補償の支払い方法について、2008年法案の施行規則では、ARTクリニックへの提出が義務づけられる「依頼者と代理母の契約書(FORM-U Contract between the patient and the Surrogate)」において、依頼者から代理母に支払われる補償は3回の分割払い総額の75%を代理母への胚移植の際に支払わなければならないとしていたが(15条1項)、2010年法案の施行規則に付属する契約書では、代理母への補償は5回の分割払いとされ、子を出産した際の5回目の支払いで補償の全額のうち75%を支払うことと修正された(15条1項)。これに対して、インドの女性の人権保護団体から、依頼者よりの規定に変更されただけでなく、子が得られない場合は、感情的、身体的リスクが伴う代理母の労働、妊娠は価値がないものとして扱われており、代理母にとって搾取的で不利なものであるとの批判がなされている<sup>48)</sup>。

#### 5. 代理母の募集

イギリスにおいては、代理出産契約法3条で代理母の募集を行うことを禁止している<sup>49)</sup>。アメリカの一部の州においては商業的代理出産を認めており、仲介業者も数多く存在する。しかし、代理懐胎契約を有効とみなしている州では、厳格な基準とコーディネーションへの配慮がなければ、生まれて来る子供、代理懐胎者、依頼者の三者を守りきれないという配慮から、

46) See Neutral Citation Number: (2012) EWHC 2631 (Fam).

47) See Baby Manji Yamada v. Union of India & ANR. (2008) INSC 1656.

48) See Nivedita Menon, SAMA "The Regulation of Surrogacy in India-Questions and concerns" (January 10, 2012)

49) ただし、非営利のものも含め仲介団体が存在することが指摘されており、その実態の把握が困難であることが問題となっている。詳細については武藤香織「イギリスにおける代理懐胎の現状」『代理懐胎に関する諸外国の現状調査』(平成18年厚生労働省生殖補助医療緊急対策事業「諸外国における生殖補助医療の状況に関する調査」研究班)下記 URL 参照 (<http://www.pubpoli-imsut.jp/pdf/dairikaitail.pdf>) (2013年8月20日最終確認) 118頁。

透明性が高い基準をもうけ、選択基準、除外基準、スクリーニングのプロセスがかなり明確なものとなっている<sup>50)</sup>。

インドでは、代理母等の募集について、2005年ガイドラインでは、ARTクリニックによって、代理母の募集をすることは禁止され(条項3.10.4)、代理母の募集は、ARTクリニック、法律事務所、その他の独立した機関によって設立された(条項3.9.1.1)精子バンク(semen bank)を通じて行うことが規定された(条項3.10.4・3.9.1.3・3.9.2)。2008年法案以降も基本的な発想は同じである<sup>51)</sup>。

インドは、代理出産を斡旋する権限を、ARTバンク(ART bank)に委ねる方向で法制備を行おうとしているが、現在のところ代理母の斡旋の殆どを病院や個人が行っており、法制化された際に、どの程度実効性があるか疑問が残る。

## VI 考察

インド国内においては、国レベルで生殖補助医療を規制しようとするインド政府の姿勢について、代理母の権利を保護するという観点から一定の評価が出来るとする意見が多くみられるが、一方で、2008年法案については、一体誰の利益を保護するための法案なのかという疑問が

提起されている<sup>52)</sup>。すなわち、法案は現在の代理出産の在り方について規制するよりも、医療従事者に生殖補助医療技術に対する関心をもってもらうためのものとなっており、代理母の健康や子の福祉といった観点からは不十分なものであり、むしろ代理出産の依頼者や斡旋業者の利益を保護することを目的としており、産業としての代理出産を推し進めるための法整備を行ってきたかのようにも捉えられるというものである<sup>53)</sup>。

商業的代理出産を容認すべきかについては、アメリカにおいて、1980年頃からフェミニズムの法学者、実務家を中心に議論されてきた<sup>54)</sup>。商業的代理出産に賛成する代表的な論者としてはL・アンドリュースが挙げられる。その見解を要約すれば、代理母の存在自体フェミニズム運動の産物であり、商業的代理出産に反対することは、女性の自由な意思決定に対して、その同意なく政府の干渉を認めることになるが、それはフェミニストの主張に反する。女性も行為能力のある個人として任意に情報を受けて契約に同意したならば、リスクの伴う行動に従事することを認めるべきというものである<sup>55)</sup>。また、M・シュルツは、現代の生殖補助医療技術の発展を鑑みれば<sup>56)</sup>、個人の自由な意思決定により生殖行為を決定するのが重要であり、また子の親権との関係でも、分娩の事実より

50) 詳細については、神里彩子「第3章 諸外国における生殖補助医療の規制状況と実施状況 [1] イギリス」神里彩子・成澤光編『生殖補助医療 生命倫理と法-基本資料集3』(信山社 2008年)74頁以下参照。

51) 2010年法案においては、卵子提供のドナーや代理母の募集も行う予定であることを意識して、精子バンクからARTバンク(ART-bank)へと用語が変更された。

52) See "Comments and Suggestions on the Assisted Reproductive technology (Regulation) Bill and Rules-2008 (Draft) and request to incorporate suggestions" Sama Resource Group for Woman and health ,New Delih, (4 December, 2008) p. 1.

53) See Saronjini N B,Aatha Sharma, "The draft ART (Regulation) Bill :In Whose Interest?" , The Journal of Medical Ethics Vol 4 No.1 January-March 2009 p. 36.

54) 詳細については、吉田邦彦『民法解釈と揺れ動く所有権』「第7章 アメリカ法における「所有権法の理論」と代理母問題-フェミニズム法学・批判的人種理論・プラグマティズム法学に関する研究ノート」(有斐閣2001年1月)338頁~420頁。

55) See Lori B. Andrews, Surrogate Motherhood: The Challenge for Feminist, Lawrence O. Gostin (ed) "Surrogate Motherhood : Politics and Economics" (University of California Press 2007) pp.171-172.

56) See Marjorie M. Shultz, "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality" , Berkeley Law Scholarship Repository 1990 ,pp.307-315.

も、熟慮した上で明示された意思が重要であり、それによって子の最善の利益が達成されるとする<sup>57)</sup>。そして、商業的代理出産契約は一律に禁止すべきではなく、瑕疵のある意思表示や制限行為能力者であった場合は、既存の契約法理によって個別に対処すべきとする<sup>58)</sup>。これに対して、商業的代理出産に反対する見解として、E・アンダスンがあげられる。この見解は、商業的代理出産は、無条件の愛・信頼が貴重となる親子関係の場合、無償の愛の領域に商業的規範を持ち込むことになり、子の放棄に向けて、親の無償の愛を低めるために金銭の支払いを介在させることは、代理母が自律的に愛情関係を発展させることを阻害し、これは子の商品化へと繋がる<sup>59)</sup>。また商業的代理出産は、女性の生殖能力の商品化に繋がり、代理母に対する抑圧・操作による支配関係を形成することになり、代理母の人格を侵害することを理由とする<sup>60)</sup>。ただし、この見解は、営利的な代理出産以外もすべて禁止するのは現実的ではないとして、営利的ではない代理出産を容認しつつも、代理出産契約は法的に履行を強制できず、代理母の子の親権の放棄に対する翻意を認めるべきとの結論をとる<sup>61)</sup>。M・レーディンもE・アンダスンと類似の理由で商業的代理出産に反対する立場をとる。すなわち、商業的代理出産は、女性の生殖能力の商品化から子どもの商品化へ繋がり、更にはすべての人の商品化へ繋がり、ひいては個人の尊厳への侵害となるドミノ効果を持つ<sup>62)</sup>。また、女性の性的・抑圧

的構造を補強し、(黒人奴隷の子が主人の所有物であったように)依頼者と代理母との間の階層性が生じ、その固定化にもつながることをその理由とする<sup>63)</sup>。ただし、商業的代理出産を完全に禁止すると代理母の経済的苦境が生じ、「板ばさみ(double bind)」の状況が生じるので、暫定的な措置として、斡旋仲介も含む商業的代理出産は禁止し、契約の法的実現(履行の強制、損害賠償)は禁止すべきとする<sup>64)</sup>。

インドにおける商業的代理出産に関する議論についても、アメリカ同様に賛否両論ある。アカンシャー・クリニック(Akanksha Clinic)を経営するナイナ・パテル(Naina Patel)医師は以下の理由から商業的代理出産に賛成する立場をとる。代理母は子供のいない夫婦のための代理人として物質的な報酬を上回る崇高な行為を自発的に行っている側面がある。自然に妊娠・出産することが出来ない女性は、インド人の代理母に子を出産してもらうことで新しい人生を手に入れることができる。そして、貧しいインド人の女性は、子宮を貸すことによって纏まったお金を手にすることで、事業を興し、家を買ひ、子に教育を施すことによって貧困から逃れることが出来る<sup>65)</sup>。

これに対して商業的代理出産に反対するものとして、インド政府立法委員会の報告書が挙げられる。この立場は、代理出産は、子の商品化へ繋がるものであり、母と子の絆を壊し、自然の摂理に反するものであり、身体を売って金銭を得なければならない発展途上の国々の貧しい

57) See id. pp.325-345.

58) See id. pp.352-354.

59) See Elizabeth S. Anderson, Is Women's Labor a Commodity?, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 19, No. 1, (Winter, 1990), pp.75-80.

60) See id. pp.80-87.

61) See id. p. 87.

62) See Margaret J.Radin, *Prostitution and Baby-Selling:Contested Commodification and Women's Capacities*, "Contested Commodities" (Harvard University Press, 1996) p. 145.

63) See id. pp.151-153.

64) See id. pp.144-148.

65) See "The Indian Surrogate-A look Into India's surrogacy Industry" (Author unknown) p. 20.(Dr.Naina Patel's opinion)

女性の搾取に繋がる。そして、代理出産に成功しても、時として、代理母の精神的な負担についても考慮しなければならない<sup>66)</sup>。確かに、世界人権宣言16条1項は、成人した男女は人種、国籍、宗教に差別なく、結婚し家族を持つ権利を認めている<sup>67)</sup>。しかし、インドにおいては、この権利が協調されすぎてきた経緯があり、法が、代理出産の依頼者の自由を擁護し、依頼者の地位を認めようとしている現在、法に対する干渉をしないことが適切であるとは思われない。同時に、代理出産がもたらす社会的な目的と着地点を評価せずに、倫理的な観点から一切禁止してしまうのでは合理的ではない。生殖補助医療のような新しい技術を促進するためには、適切な法による干渉が求められる。暫定的には、現在求められている実際的な方法は、米国の1988年子の地位に関する統一法のように、依頼者夫婦の一方と遺伝的な繋がりがある場合に利他的な代理出産のみを認め、商業的代理出産については禁止すべきであるとする<sup>68)</sup>。

私見は、商業的代理出産については禁止すべきであるが、利他的な代理出産に限って暫定的に容認すべきであると考え。その理由として、まず米国の商業的代理出産に賛成する見解は、女性を自律した個人であることを前提に、自由な意思に基づいて商業的代理出産を行うことを前提としているが、発展途上にあるインドにおいて、同様の見解をとることは女性の搾取に繋がりがかねないことが挙げられる。インドの女性の人権擁護団体の代理母の属性に対する調査によれば、代理出産に志願する女性は一般的に貧困地域の出身で<sup>69)</sup>、初等教育を受けておらず識字率も低く安定した職に就ける見込みも薄い

<sup>70)</sup>。また、家父長制の影響が強く残るインドにおいて、夫に促されて代理出産に志願する女性の割合が高く<sup>71)</sup>、このような状況において、十分に情報を収集した上で、契約書を熟読し、自由な意思に基づいて代理出産契約を行うことは、極めて困難であると思われる。また、かつて米国において人種による階級の固定化があったように、インドにおいてはカースト制度の影響が現在も強く残っており、商業的代理出産を認めれば、依頼者と代理母との間の階層の固定化に繋がりがかねない。したがって、インド人女性の自己加害の危険を避けるため、一定の範囲で国家が後見的に介入することが必要となると思われる。しかし、一方で、米国以上に経済的な苦境に立たされている女性が数多く存在し、また代理出産が産業として成長し多くの利害関係人が生じた現状があるため、刑事罰をもって代理出産を一切禁止してしまうのは現実的ではない。商業的代理出産については法で禁止しつつも、利用資格を制限し、契約の履行の強制を排除し、代理母の翻意を認めるといったかたちで、利他的な代理出産に限って暫定的に認めるという「不完全な市場のモデル」を採用するのが、現実的な法のあり方ではないかと思われる。前述のように、2013年にインド内務省から在外大使館、領事館に向けて通達が出され、代理出産の利用資格が制限されることになったが、このように徐々に商業的代理出産を規制していくインド政府の対応は評価できる。今後のインド政府の対応が注目される。

#### 【付記】

本稿は、金沢大学医薬保健研究域医学系研究

66) インド政府立法委員会報告書11頁。

67) 前掲註12頁。

68) 前掲註24～25頁。

69) Center For Social Research "Surrogate Motherhood-Ethical or Commercial" 下記 URL 参照 [http://www.womenleadership.in/Csr/SurrogacyReport.pdf] p. 28.

70) See id. p. 31.

71) See id. p. 39.

員として調査にあたっていた、「グローバル化による生殖技術の市場化と生殖ツーリズム：倫理的・法的・社会的問題」の研究成果を私的に取り纏めたものである。本稿のⅤ章で取り扱ったインドの法案等における代理出産の商業化について大枠を最初に提示したのは、プロジェクト・リーダーである金沢大学医薬保健学研究域医学系助教の日比野由利氏である。また、本論稿の執筆にあたっては、大阪大学グローバルコラボレーションセンター専任講師(元金沢大学医薬保健研究域医学系研究員)の島蘭洋介氏、金沢大学医薬保健研究域医学系研究員の牧由佳氏の多大なる御示唆を得た。この場を借りて改めて御礼申し上げる。

## Legal and Social Issues Surrounding Medical Tourism Changes in the Stance Toward Commercial Surrogacy in India

Masaki Fujita

Medical tourism can be defined as the practice of traveling to another country for the purpose of medical treatments. The popularity of such tourism has expanded with the widespread use of the Internet and the development of international transportation, and today more than 50 countries around the world receive foreign visitors for medical purposes. It is estimated that about 6 million people traveled abroad for medical reasons in 2008, and the market is said to exceed 100 billion dollars in 2012.

The primary purpose of medical tourism is to seek leading-edge medical technologies or high-quality treatments, but another aspect is driven by the circumstances of the healthcare services in the tourists' home countries. For example, in Canada, a patient often endures a lengthy wait before receiving treatment. For this reason, many patients choose to travel abroad "to shorten the wait" by visiting a local clinic. In the United States, a significant part of the population lacks any health insurance coverage. Moreover, in many cases, employers encourage workers to seek medical care in a foreign country where treatment costs are lower in order to cut down on healthcare insurance expenses. Apart from the above, many patients travel abroad for access to treatments that are unavailable in their home countries.

Regardless of the purpose, Asian countries have accounted for a large portion of medical travel destinations in recent years. In the past, patients from emerging countries would most commonly travel to advanced countries. Today, however, there is a new flow of patients from advanced countries to emerging nations, with approximately 3 million medical tourists traveling to major Asian destinations every year.

One factor behind this development is the governments of the emerging countries that have promoted medical tourism and reformed their domestic regulatory framework with the aim of earning foreign currency and expanding domestic demand. It is also pointed out that, in such countries, a large number of hospitals are run by private-sector, profit-making corporations, increasing the incentive for hospitals to actively promote medical tourism as a new source of income.

Against the backdrop of the industrialization of medical care, problems have arisen in recent years from both legal and social aspects. The issue of commercial surrogacy in India is one area where a full spectrum of problems surrounding medical tourism has come to the fore.

India is now the world's hub of commercial surrogacy. Clinics in India are not required to register with the authorities to handle commercial surrogacy and an accurate count of such

clinics is unavailable. However, these clinics are said to number around 1,000, and the market is estimated to be worth about 44.5 billion dollars. Some news reports put the number of babies born through surrogacy in 2011 at over 2,000.

There is no end in the legal conflicts surrounding surrogacy in India, such as fighting over the nationality of the child. At first, the Indian government tried to apply strict regulations on surrogacy and limited the practice to only medical purposes, but as the commercialization of surrogacy became widespread, the government gave in to the trend and revised its regulatory stance to a more lenient one. However, in the face of an increasing number of legal problems, the government changed its stance once again and moved to tighten restrictions on surrogacy in 2013.

In this study, as a step in considering the issue of the industrialization of medical care, we will look at the headline-making legal and social problems surrounding commercial surrogacy in India and study changes in the relevant legislation in the country.

We will also take a look at the United Kingdom, India's former colonial master and a country with continuing influence on legislative policies in India, and the United States, where in some states commercial surrogacy has been legalized, from a comparative point of view. We will then consider the debates in Western countries concerning commercial surrogacy, and revisit the unique issues in India concerning this matter.

