

代理出産に関する規制：中国の立場及び選択方向*

劉 長秋** (尹 琳*** 訳)

Summary

In Chinese academia, there has been a great deal of controversy regarding surrogacy, which has formed opposing views of pro-surrogacy and anti-surrogacy. From an ethical perspective, surrogacy is grossly unethical, and the law should prohibit it. China has adopted a regulatory model that completely bans surrogacy. This direction is the correct position. However, there are practical problems with the current regulatory policy, such as the low level of legislation and incomplete regulation. In the future, regulating surrogacy in China may seek to increase the legislative level, increase illegal costs, and intervene in criminal and civil law to regulate surrogacy.

(Keywords: surrogacy, mainland China, surrogacy ban, choice of measures)

はじめに

21 世紀 70 年代以後、人類の生殖補助医療技術は、現代医学技術が発展を遂げたことによる大きな突破口であり、人類に大きな幸せをもたらしてきた。人類の生殖補助医療技術の急速な発展と臨床医療における応用の拡大につ

* 本論文は、2017 年 7 月 17 日、広島医療社会科学研究所センターの主催したシンポジウムでの講演内容に、2020 年に採択された『中華人民共和国民法典』の新しい規定に関する若干の検討を加えたものである。

** 劉長秋：元上海社会科学院法学研究所研究員、現在上海政法学院教授、広島医療社会科学研究所センター客員研究員。

*** 尹 琳：上海社会科学院法学研究所副研究員、広島医療社会科学研究所センター客員研究員。

れ、多くの不妊の夫婦はこの技術を利用して親になる夢を実現した。しかし、同時に、それに伴った倫理的及び法律的問題も多く生じてきた。代理出産は、その中で最もよく議論が引き起こされる問題の一つである。代理出産とは、（一人）女性の妊娠能力を利用して親になりたい人や夫婦のために子どもを妊娠し、かつ出産する行為である⁽¹⁾。近年来、仕事上のストレスの増大、墮胎の過剰な自由化及び病気など、多くの要因の影響を受けて、ますます多くの女性が不妊症に悩まされ始め、代理出産で子どもを持つことにより自分の夢を実現させるのは、多くの女性にとって出産ニーズにおける最後の頼みの綱となった。これにより、代理出産が現実的需要として中国国内で大量に現れ始め、次第に産業化する傾向にある。代理出産をいかに規制し、生殖補助医療技術の健全な発展を確保するかということは、中国における理論界及び実務界にとって緊急に解決しなければならない現実的な問題となっている⁽²⁾。

一、代理出産に関する学術論争と倫理分析

他の国と同じように、代理出産は中国国内の学界において大きな論争が行われ、「代理出産支持説」と「代理出産反対説」という対立する見解に分けられている。その中で、「支持説」の論者は人数において絶対的な優位を占め、「反対説」の論者は僅かの少ない人数にとどまっている。

（一）代理出産に関する学術論争

1、代理出産支持説

支持説は、出産は人間（特に女性）の基本的ニーズであり、中国では老後

(1) Paul G. Arshagouni, *Be Fruitful and Multiply, by Other Means, if Necessary: The Time Has Come to Recognize and Enforce Gestational Surrogacy Agreements*, *DePaul Law Review*, 2012, 61, (1) :799-847.

(2) 中国では、大陸、台湾及び香港やマカオなど四つの異なる法域があり、それぞれの法律伝統及び適用も異なるため、本稿にいう中国とは主に中国大陸を指し、香港、マカオと台湾を含めない。

生活の最も信頼できる保障手段でもあるとされている。子どもと健全な家庭を持つ前に、子宮を失ったり、出産に適さない病気を患ったりすると、ほとんどの女性の生活に大きな悪影響を及ぼす。代理出産の現れは、これらの女性に子どもを持つ新たな希望を与えた。この背景の下で、法律は人々の出産ニーズに応じ、代理出産を通じて人々の子持ちという夢を叶えるように許可すべきであるとされる。そして、代理出産は代理母の同意に基づいているので、代理母の人格を侵害せず、その健康を損なうおそれもない、したがって、立法上こうした代理出産を許可すべきであると主張される。また、イギリス、イスラエル、インド、ウクライナ、ロシア及びアメリカの幾つかの州においては、代理出産をある程度容認しているとし、代理出産は、他の国や地域に法律上容認できる社会現象であり、その存在自体が合理的であることを示し、この合理性は尊重される必要がある、そのため、我が国も上記の国家や地域の合理的なやり方を参考にして、立法上代理出産をオープンにすべきであるとされる⁽³⁾。そして、代理出産の方式としては、限定的なオープンモデルを採るべきであると多くの学者は主張している。すなわち、純粹に他人を助けることを目的する利他性の代理出産は法律により容認され、利得目的の商業的な代理出産は法律で厳しく禁止されるべきであるとする。もちろん、理論界では、代理出産が利得目的であるどうかを区別せず、無条件で開放する見解を主張する者もいるが⁽⁴⁾、それはごく少数の学者に過ぎない。

2、代理出産反対説

代理出産支持説と対照的に、代理出産反対説の論者は、代理出産は自然出産のルールに反する生殖行為であり、「自分と他人を単に手段として取り扱ってはならず、つねに同時に目的自体として取り扱わねばならない」とするカ

(3) 宮曉燕、潘珍珍：代理出産行為に関する民法の思考、安徽警官職業学院学報 2007 年第 5 期。

(4) 高艳莉：生命法理学理論に基づいた代理出産の実行性分析、商丘師範学院学報 2015 年第 5 期。

ントのいう絶対主義の道徳信条に反し、代理母を単純な出産道具とみなし、女性の尊厳を侵害し、代理母への搾取となるとする。そして、代理出産者の立場から見れば、代理出産の発生は多く金銭と関わり、人類の高尚かつ純粋な出産活動が銅臭に染まり、人間の母子感情という素晴らしい関係を冒瀆し、かつ傷つけることになる。これは明らかに中国の伝統社会の倫理と道徳観に反し、社会と家庭の倫理を混乱させる⁽⁵⁾。それだけでなく、代理出産契約は代理出産の子どもを標的として、客観的に子どもを取引の対象とみなし、子どもを売買する疑いがあるので、人間の尊厳を著しく侵害することになる。だからこそ、法律は代理出産を禁止すべきである、ということになる。

（二）代理出産に関する倫理分析

代理出産を含めた人類の補助生殖医療技術の問題は、人々の生育権と人間の尊厳に直接かかわることから、倫理上の問題として最も注目を集めるものと思われる。補助生殖分野では、倫理と法律が深く結びつき、分離しにくく、法律自体が倫理の一部であり、国家立法システムによって確認され、規定された最低限の生命倫理である。したがって、代理出産という問題の法理はその倫理問題に由来し、代理出産問題に関する法的判断と立法対応は、その倫理に対する分析や議論から離れられない。代理出産の倫理本質を科学的に分析してこそ、立法者は代理出産規制の立法方向を理性的に把握でき、更に代理出産がもたらしてきた挑戦により科学的かつ効果的に応じることができる。倫理は現実の善あるいは生きる善だといわれる⁽⁶⁾。倫理分析の立場から見れば、代理出産は倫理に著しく反した生殖活動である。

まず、代理出産は人間性に著しく反する。出産は人間の本能であり、人としての自然権利である。しかし、出産は単純な物質化の出産過程ではなく、

(5) 冀睿、裘晟：妊娠能力のない女性の生育権問題、南京人口管理幹部学院学報 2006 年第 1 期。

(6) カント：法哲学原理、楊東柱等編訳、北京出版社 2007 年版第 79 頁。

一人の命を育み、そしてその過程でその育む命と絶えずに交流し、ケアしていく過程である。この過程において、女性は妊娠の主体としては大量の時間、精力と感情を投入し、そして胎児との間に親子の絆が強くなっていく。これは女性の母親としての本性から生じたものであり、人類における最も素朴かつ純粋な善であるが、完全に遺伝子によるものではなく、遺伝子はこの親子関係をより一層強くさせる要素の一つに過ぎない。代理出産が他人のために妊娠出産する過程としては、⁽⁷⁾ ある種の出産労働であるが、「出産労働は身体に関する過程だけでなく、感情的、社会的及び心理的な過程でもある。この過程の結果は物でなく人間である」⁽⁸⁾。代理母にとって、代理出産した子どもは自分の体から剥離された肉親でもある。代理出産された子どもが他人に引き渡されることは、代理母が出産された子どもと分離する結果に直面し、代理出産女性の感情を傷付け、かつ人類の本性としての母性を抑圧してしまう。この点で言えば、代理出産は人の本性に反する行為であり、現実の悪であり、倫理上正当性を持ってない。

次に、代理出産は妊娠者の心身健康を損害しあるいはその危険性がある行為であり、代理出産者の最善の利益に反する。ある学者は、「経験主義に基づいた研究は、女性が代理出産者になるに際して、異なった理論基礎を示し、そしてほとんどの代理出産の経験者は身体的損害も心理的損害も受けていない」と結論づけた⁽⁹⁾。しかし、実際には、この結論は明らかに条理に反する。生殖医学の視点から言えば、女性は生育の過程で妊娠後自分自身の権利と自由の制限を受けなければならないほか（例えば、行動上の不便、食事の制限など）、身体、心理など様々な危険と損害に耐えなければならない、例えば体型

(7) Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Thomson West, 2007, p. 4529.

(8) Ian Kerridge, Michael Lowe, Cameron Stewart, *Ethics and Law for the Health Professions*, the Federation Press, 2009, p.415.

(9) Angela Campbell, Law's Suppositions about Surrogacy against the Backdrop of Social Science, *Ottawa Law Review*, 2011-2012, 43: 29-60.

崩れ、産痛、薬物反応など現実的損害あるいは傷害、ひどい場合には子宮外妊娠、産後出血、流産、羊水塞栓症、胎盤早期剥離、多胎妊娠リスク、卵巣過剰刺激症候群などのリスク及び産後鬱もしくは鬱病など心理問題が含まれる。したがって、代理出産は実に、代理出産者に自身の健康の危険と損害ないしは生理と心理を含めた様々なリスクと損害を冒しつつ、他人のために妊娠し子どもを産む過程である。そのことは代理出産女性の最善の利益に合わないし、生命倫理学の無害（有利）原則に反する。

さらに、代理出産は代理出産者の人格の尊厳を侵害する。ある研究結果によれば、代理出産は代理出産母にとって積極的な経験であると言われる。⁽¹⁰⁾しかし、代理出産の過程では、依頼者も代理出産の仲介業者側も、代理出産母を出産の道具としか見なさず、これは「人を単に手段として取り扱ってはならず、つねに同時に目的自体として取り扱わねばならない」とカントの言う倫理信条に反するものである。そのため、代理出産は代理出産母にとって決して積極的な経験ではなく、侮辱である。インドの代理出産母に関する研究は、代理出産母としての履歴が代理出産母及びその家族にとって恥であるという結論をまとめている。⁽¹¹⁾代理出産行為は女性を「出産機械」と見做し、女性を道具化させた。それは実際に女性の個人の尊厳を著しく侵害することになる。

前述した三つの内容は、如何なる形の代理出産の場合にも存在する。営利目的の商業的な代理出産においても、単純に他人を助けるための代理出産においても同じである。また、代理母は代子に遺伝子の関係がある局所代理出産でも、両方に何らかの関係を持たない完全代理出産においても同じである。こうして、代理出産に関する倫理の本質は一致し、その存在目的と形態の違

(10) Vasanti Jadval, Clare Murray, etl. Surrogacy: the Experiences of Surrogate Mothers, *Human Reproduction*, 2003, (18) : 2196-2204.

(11) Kristiana Brugger, International Law in the Gestational Surrogacy Debate, *Fordham International Law Journal*, 2010,35, (5) :665-697.

いによって実質的な区別が存在するわけではない。倫理上において、それは人間性に反し且つ無害原則あるいは有利原則に合致せず、倫理に反するものである。代理出産の種類の違いは、異なる代理出産が倫理に反する程度の差をもたらすだけである。例えば、営利目的の代理出産から言えば、この種類の代理出産は金銭を目的として、人類の出産という崇高かつ偉大な人類行為を冒瀆するだけでなく、その過程で代理母への搾取が存在し、人間性に反し、また生命倫理学上の無害原則に反するほかに、非営利化という最低限の倫理にも反する。局所代理出産は、代理母が自分の卵子を寄与する必要があり、代理母は出産した子どもとの間に抹殺できない血縁関係が存在していることで、それは人間性に対する違反と歪みがさらに深刻である。親族の間での代理出産に関しては、金銭との関わりがそれほどないが、近親相姦のような問題が生じ、家族の血縁倫理関係を混乱させる。

上述したように、代理出産は、倫理に著しく反し、人類倫理の最低限を突破した人類補助生殖行為である。法律は倫理の最低ラインとして、代理出産を容認してはならない。逆に、人類の本性を確保し、そして代理母の最善利益と尊厳を考慮し、かつ補助生殖医療技術の健全な発展を保障するために、法律は代理出産を禁止する必要がある。これは、代理出産に対して法律のとるべき基本的立場である。

二、中国における代理出産規制の立場選択

需要はいかなる現象の存在と発展にとっても原動力であり、現代の工業社会の発展によって引き起こされ、益々目立つ不妊問題は、医学臨床において代理出産の巨大かつ現実的な需要を生じる。20 世紀 80 年代以降、人工授精及び試験管ベビーをはじめとする補助生殖医療技術は、中国において急速な発展を遂げ、医学臨床への応用が一層普及し、技術も益々成熟してきた。高い生殖機能障害率は、この技術の発展と応用を一層推進し、これが生殖機能障害を抱える多くの家庭の重要な選択肢となり、これらの家庭を救うための

救命ボートになっていった。数多くの生殖機能障害を抱える患者の中で、人工授精や試験管ベビーを通して子持ちの夢を実現しているが、生殖能力を完全に持てない一部の人は、生育の問題の解決のために代理出産に頼らざるを得ない。これは代理出産が中国で現れ、徐々に氾濫した原因である。

代理出産の出現は、自身の生育能力を失い自分で子どもを産めない一部の女性にとって依然として子持ちの願望がある程度満たすことができるが、女性の母性に対する回避と抹殺及び身心健康上へのダメージ、そして女性と児童の尊厳への侵害によって、代理出産には倫理上の正当性が認められない。代理出産を放任すれば、人類の倫理規範及び法律秩序を乱し、社会の健全な発展にとって不利益である。そのため、中国は代理出産の規制にあたって、全面的禁止の立場をとっている。2001年2月、元国家衛生部（現在国家衛生健康委員会）は、「人類補助生殖医療技術管理方法」を發布した。当管理方法は、代理出産を明確に禁止する。その第3条は、「人類補助生殖医療技術の応用が、医療機関において医療の目的で行われるものである上で、国家計画生育政策、倫理原則及び関連法律の規定に適合しなければならない。如何なる形式の配偶体、受精卵、胚胎の売買を禁止する。医療機関及び医療関係者は如何なる形式の代理出産技術も実行してはならない」と規定している。ただし、このような規定は、明らかに代理出産が中国大陸で氾濫することを有効に阻止できない。医療臨床上の代理出産に対する大量の需要によって、高額の利益に誘惑され、一部の医療機関及び医師はしばしばこの規定に違反し、こっそり他人のために代理出産医療技術のサービスを提供する。同時に、代理出産の仲介業者ないし一部の悪徳弁護士も仲間入りをするようになり、それらの不良医療機関及び医師と連携し、代理出産を産業化していくように推し進めている。このように、代理出産が、ますます中国国家衛生健康委員会を悩ませる厄介な問題となった。2013年以降、中国国家衛生健康委員会は国家と各省、地方範囲で人類補助生殖医療技術に関する特別規制キャンペーンを実施しているので、中国大陸における代理出産の氾濫をある程度抑制でき

ていた。しかし、立法の欠如による規制力不足のため、このキャンペーンは根本的な問題を解決できなかった。中国大陸では出産・育成政策の緩和に伴い、出産能力を失った女性も代理母を委託するようになった。したがって、中国は将来において必ず代理出産の氾濫問題に悩まされるに違いない。

目下、中国社会から強く注目され、かつ人々の懸念する代理出産は、基本的に商業化された代理出産である。文化など多方面の理由で、中国では非商業的な代理出産の土壌がほとんど存在しないため、親族の間でない限り、非商業的な代理出産の発生がめったにない。これだけでも、中国学者の主張する「代理出産を利得性のものと利他性のものに分け、別々に禁止と容認の立場をとる」というやり方は現実的な必要性を持たない。代理出産は人間性に反しており、かつ代理母に悪影響を及ぼすなど様々な原因のために、親族関係のない他の女性を単なる助ける目的で代理出産のサービスを提供するような女性はほとんどいない。そこで、医学臨床において、利他性の代理出産によっては益々強くなる代理出産のニーズを解決しにくいものの、利他性の代理出産は命を救うための頼みの綱ともなっている。したがって、商業化された代理出産を開放することこそ、代理母に報酬を提供し、代理母になると希望する女性も増え、現実にはますます増大する代理出産のニーズに応じることができる、ということは言えよう。しかし、利得性の代理出産は代理母への搾取を意味するだけでなく、社会の正しい価値と観念を腐食し、社会の健全な発展に対しても壊滅的な打撃をもたらす。だからこそ、世界中ほとんどの国家と地区は立法にも実務にも営利性の代理出産を禁止し、ないし犯罪として規制している。この点からみれば、中国政府が全面的に代理出産を禁止するという規制立場をとるのは明らかに正確であり、人類補助生殖医療技術の健全発展にも有利である。

三、中国における代理出産規制の立法問題及び可能な方向性

中国にとって、代理出産を全面的に禁止することは代理出産の倫理を科学

的に分析した上で成り立ち、同時に人類補助生殖医療技術の健全な発展を保障する目的に基づき、代理出産を規制し人類補助生殖医療技術の挑戦に対応する必然的立場でもある。しかし、現時点では、中国における代理出産の立法対策にはかなり不足があり、より効果的な規制対策を早急に取りなければならない。

（一） 問題分析

2014年10月、中国共産党第18期中央委員会第4回全体会議（4中全会）において採択された「法による国家統治の全面的推進における若干の重大な問題に関する中共中央の決定」では、「法による国家統治」（依法治国）を史上最高の地位に引き上げ、「法による国家統治」が現代中国の主旋律となった。この背景では、政府の管理と規制が法治の軌道に組み込まれ、法によって行わなければならない。法的根拠がないあるいは法的根拠が足りない場合、政府の管理を妨げるであろう。代理出産の規制において、中国政府は明らかにこのような窮地に陥ることになる。人類補助生殖医療技術の規制は過去長い間、中国ではあまり注目されなかったし、また人々は倫理道徳によってこの問題を解決すべきであると考えていたため、中国では人類補助生殖医療技術に関する立法対策がかなり遅れていた。今までに、2001年に元国家衛生部から発布された「人類補助生殖医療技術管理方法」と「人類精子バンク管理方法」しかなく、規制の範囲は医療機関及び医療関係者が人類補助生殖技術行為を行なうことにとどまり、代理出産に関与しかつ代理出産の産業化を推進した中で最も大きな役割を果たしている仲介業者の行為に及んでいなかった。そして、規定効力のレベルが低いため、これらの管理方法では実務において参照の役割しか果たさず、裁判所でさえ関係事件を審判する際に直接的な法的根拠として機能できず、代理出産に対する司法規制に影響を及ぼし、司法裁判では同じ事件でも異なる判決が出されることがしばしばあった。加えて、ただ省庁の規則としての効力と権限の制限を持ち、代理出産などを含めた人類補助生殖医療技術行為を不法に行った医療機関及び医療関係者に対して、

最大3万円以下の料料しか科せられないので、これらの管理方法は、代理出産を効果的に規制することができない。というのは、代理出産のサービスを提供する過程で得られる報酬が、代理出産の仲介業者でもそれを行う医療関係者でも、料料より遥かに高額なものだからである。明らかに、代理出産行為を行なう違法コストに関しては、中国の現行規定による処罰が軽すぎて、不法な代理出産行為を効果的に抑制する目的を達成できないのである。それだけでなく、「現代の法治社会では、如何なる法律も独立して利活用されるものではなく、他の法律と協力し合うべき」としている⁽¹²⁾。代理出産は医学、倫理学及び法学など多くの領域に関わる社会現象として、その法的問題は、刑事法、民事法、そして行政法などの各部門に及んでいるため、その規制も当然刑法と民法からの支持と協力を必要としている。例えば、刑法は社会的危険性が大きい代理出産行為、特に代理母を搾取しかつ代理母の人格の尊厳を冒涇した営利性のある代理出産行為を処罰し、民法は代理出産契約の無効性及び代理母が出産した子どもの法的地位を明確にしなければならず、代理出産行為が社会にもたらしてきたマイナスの影響を緩和していく。ところで、現状から見れば、中国刑法では代理出産行為に関連する犯罪を追加しておらず、民法でも代理出産契約及び代理母が出産した子どもの法的地位を規定しない。これも、代理出産が中国大陸において氾濫することを容認する原因として見逃すことができない。

(二) 中国における代理出産規制の可能な方向性

実は、2015年12月に「人口及び家庭計画法」が改正される前に、その草案には代理出産問題に関する規定が設けられていた。「(草案)」は、「精子、卵子、受精卵及び胚胎の売買を禁ずる；如何なる形式の代理出産をも禁ずる」

(12) 丁書琴：器官移植活動における犯罪現象の刑事法的認定、中国衛生法制 2006 年第 5 期。

と明確に規定している。これは、中国において代理出産の氾濫がもたらしてきた挑戦にとって、積極的な意味を持っている。しかし、残念ながら、当「(草案)」は全国人民代表大会常務委員会で審議・採択される際に、立法の時期は尚早である、かつ学術論争が激しいなどの事情を考慮して、最終的にこの条文は削除された⁽¹³⁾。このことは、社会では政府の代理出産に対する立場が転換したのかと騒がせ、代理出産の氾濫を一層激化させてしまうことになった。実際には、中国政府が依然として代理出産を全面的に禁止しており、その立場は変わっていない。当法律改正案が採択された後、国家家族計画委員会のスポークスマンは、代理出産が中国では依然として違法であり、そして国家衛生家族計画委員会が依然として強く取り締まる立場を継続していくと発表した。これからも長い間に、代理出産を禁止することは中国政府が維持する法的立場であると予測できる。代理出産を効果的に抑制するために、将来中国の立法が以下のように発展していくべきであるように思われる。

1、代理出産規制に関する立法レベルの向上

現段階では、中国において代理出産への対応不足は、規制における現行規定の効力レベルが低すぎることに起因しているので、全面的かつ効果的に代理出産を規制するために、効力レベルのより高い「補助生殖技術法」を制定する必要がある。このような法律においては、医療機関及び医療関係者が行う代理出産行為を禁止するばかりでなく、それ以外に不法な代理出産仲介行為も法的規制の範囲に含まれるべきである。すなわち、規制の対象においては、代理出産行為の実行を幫助する行為、例えば代理出産情報を載せること、

(13) 当『(草案)』が全国人民代表大会常務委員会で論議された際、一部の代表は、中国共産党第18期第五回全会で全面的に二人子政策をオープンにした背景には、今回の『人口と家族計画法』の改正の目的は国家が二人子政策を立法上確認し、立法上の保障を得ることにある。代理出産問題が中国で大きな論争を引き起こし、上記の代理出産禁止条文を取り入れた場合は、今回の法改正の進度が遅れ、時にはその論争が激しすぎることで法律改正案が採択されない恐れがある。このことを考慮して、『(草案)』では最終的に代理出産条文を削除したのである。

代理出産場所を提供することあるいは代理出産行為に法的サービスを提供することなども法的規制の視野に取り入れるべきである。「人口と家族計画法」が改正された際に、「代理出産の禁止条文」が設けられることに失敗したことにより、このような専門的、かつ法的効力レベルが高い「人類補助生殖医療技術法」を制定することは、中国の代理出産規制において早急に解決しなければならない現実的な問題になった。

2、代理出産に関する違法コストの増加

中国では、将来的には代理出産規制の立法は実効性レベルを向上する可能性が高いと同時に、代理出産サービス活動に従事することによる違法コストを増加させる見込みがある。未来の「人類補助生殖医療技術法」は、代理出産規制の現実的必要性に応じて当該行為に関与する機関と個人への処罰を高める可能性がある。例えば、提供医療機関と医療関係者の資格を取り消し、代理出産医療サービス、仲介サービス、法的サービスに従事する者に対する過料額などを増やすことによって、現在代理出産に対する処罰が軽すぎるような問題を避け、それに従事する機関及び個人に対して、高額な違法コストを示し、それを見ただけで躊躇させてしまうことである。

3、刑法と民法の代理出産規制への介入

世界の状況から見れば、「ほとんどの先進国は、代理出産を禁止するかあるいは代理出産を最大限に規制する」⁽¹⁴⁾。例えば、ドイツ、フランス、スペイン、スイス、オランダ、フィンランド、イギリスなどである。幾つかの国家では代理出産は刑法規制の範囲に含まれ、例えばイギリスでは「代理出産取り決め法」を制定し、商業的代理出産に刑法上の規制を科し、スロベニア刑法典等も明確に代理出産を犯罪として規制している。社会的危険性を持つ行為への対応及び防止において、刑法による抑制のコストは相対的に高いが、それ

(14) Susan Markens, *Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction*, University of California Press, 2007, p.23.

は最も効果的な手段である。この点は、既に中国の過去の立法実践によって証明されてきた⁽¹⁵⁾。この背景からは、中国はかつての立法経験及び諸外国の立法経験を参考にして、刑法の中で代理出産に関する犯罪を追加するかもしれない。現時点では、商業的代理出産は犯罪化される可能性が高い。もう一方では、社会にマイナスの影響を及ぼす他の行為と比べて、「代理出産における特殊なところは、代理出産契約を法的に否定しても、出産された子どもの養育権の帰属問題を判断しなければならない」⁽¹⁶⁾ ことである。たとえ法律が代理出産行為を厳しく禁止しても、その発生を避けられない。したがって、代理出産された子どもの養育と保護を確保するために、親子関係の問題を解決する必要がある。この影響で、中国の民事立法、特に『民法典』を通して代理出産協定の効力を明確にし、代理出産の子どもの法的地位問題を解決する必要がある。2020年5月28日、第13期全国人民代表大会第三回会議で『中華人民共和国民法典』（以下は民法典と略称する）が採択された。この法律は、以前の中国民事立法における人類補助生殖医療技術に関する規定の欠如に対して、その関連内容を追加している。その第1009条は、「人体遺伝子、人体胚芽などにかかわる医学及び科学研究活動に従事する場合、法律、行政法規及び国家の規定を遵守しなければならない、人体の健康を害してはならず、倫理道徳に反してはならず、公共利益を害してはならない」と規定している。代理出産は、中国国家省庁規定（つまり「人類補助生殖医療技術管理方法」）によって禁止され、倫理道徳に反すると認識されたことであるため、『民法典』によって禁止される民事行為とみなされる。しかし、残念ながら、『民法典』では人体胚芽に関する規定はまだ細分化されず、代理出産の子どもの親権問

(15) この点は人身器官売買に対する刑法の対応から検証される。2011年中国の『刑法（修正案八）』が制定する前に、『刑法』にはいかなる人身器官売買に関する犯罪規定をも設けなかったため、医学臨床上様々な生体の器官売買が盛んに行われていたが、『刑法（修正案八）』が施行された以降、この犯罪は大いに減少した。

(16) 楊彪：代理出産協定の執行可能性問題：市場、道徳と法律、政法論壇2015年第4期。

題などはまだ規定されず、人類補助生殖医療技術をめぐる民事問題に対して、より正確な指導を行っていく、今後さらに細分化する必要がある。