

英米生殖技術関連裁判にみる 「親子」定義の分析に向けて

佐 野 俊 幸[†]

0 はじめに

本研究は裁判事例から家族概念を考えようという試みであるが、研究の過程で裁判事例の理解について、より深い考察が必要ではないかと考えるに至った。そこで以下、当初の研究の目論見を述べたうえで（§1）、上記課題についての分析を含め、中間的な報告をする（§2-）。

1 導入

1.1 本研究の目的

まずはじめに本研究の目指すところを、試論のかたちで概観してみる。本研究は複数の親子定義の間のハイアラキカルな関係を探る研究である。社会学的な親子定義、むしろ一般に家族定義をみると、たとえば森岡清美が家族の機能を「生殖・経済・保護・教育・保険・愛情等」（森岡清美・望月崇 1983: 5）としたように、家族はいくつかの関係性の束として把握することができる。そしてそうした関係性の束を、あるいは和集合、あるいは積集合といったように（久保田裕之 2009: 84）、平面的に編成することで家族を把握するという考えがひとつ考えられる。しかしここでひとつ疑問がある。把握が平面的なのは、通文化的な視点に立っているからではないのか。この反対に個別の文化に注目し

[†] SANO, Toshiyuki 首都大学東京 人文科学研究科 客員研究員
xtalk3m839@gmail.com

ていくと、それら関係性定義同士が必ずしも対等ではないのではないかと、優先順位という階続的關係を含んだものになる場合もあるのではないかと、とも考えられる。そこでこの、関係性の階続的關係を把握することがこの研究の目標である。

この目的のために、分析対象として①親性を争う裁判のうち、②生殖技術に関連したものについて、③英国と米国で比較することを考える。

まず、研究対象として親性 (parenthood, parentage) をめぐる裁判を取り上げるのはなぜか。親性の係争、すなわち「誰が親であるか」が争点に含まれている裁判においては、「アに基づいている甲に親性を認め、イに基づいている乙には親性を認めない」という決着の仕方をするからである。つまりこの決着が意味するものは、「アであるもののほうがイであるものよりも親としてふさわしい」という意味であり、「アであることのほうがイであることよりも親であるということにおいて重要である」ということを含意しているわけだから、「親子という関係性において、アという関係性の方がイという関係性よりも決定的」とであるということになり、そこから、アとイというふたつの関係性においてはアが優越してイが劣位に置かれると解釈することが可能になる。つまり、親性の係争は、親子を規定する関係性の間に優先順位を置く可能性があり、親の定義が（あくまで法的な範囲のみだが）分節化され、相互に階続的優劣関係がつく、層のように編成される、ということになることが推定される。このように判決文を通して、親子を規定する諸特徴の相互関係を明らかにすることが可能になる。

次に、生殖技術 (Assisted / Artificial Reproductive Technology. 以下、ART) の利用に伴う裁判をとりあげるのはなぜか。後述するが、本研究で想定しているのは主に代理出産に関連した親性の係争である。こうした種類の生殖技術を利用すると、たとえば代理出産においては、卵・精子を提供した「遺伝的親」、胚を懐胎した「出産母」、「生殖技術を用いて挙児することを表明した出産の依頼親」、そしてこれらのうちで「子に最も利益を与えうる親」「子との間で相互に心理的ニーズを満たしあっている親」などといったように、親子の関係性が、別々の個人に分配されることが起こりうる。つまり、伝統的な、「自然的」父と「自然的」母からなる「自然的」出産と比べた時に、このような「第

三者が関与する」生殖においては、家族的・親子的なるものが分節化されるであらう、それゆえ諸特徴を取り出しやすくなるであらうと推定される。

第三に、本研究は英米の係争を比較するということである。比較が成り立つためには両者がある程度似通っている必要がある。実際英米両国は英語圏で人的交流も盛んなだけではなく、ともに判例法体系＝コモンロー体系であり、同じ英国の裁判制度から分かれたものである。起源を同じくしているわけだから、もしそれにもかかわらず異なった法的判断が生じているなら、優先順位が文化に固有なものであることが明らかとなるはずである。両国を比較分析することで、親子のいろいろな関係性の間の優先順位に、どういったルーツがあるかを調べることが出来るようになるだろうということになる。

以上が本研究の目的と方法である。

1.2 生殖技術とそれに関連した用語、係争の分類

次に、基本的な用語を確認しておく。本稿が研究対象とするART＝生殖技術は、わが国の政府機関等ではしばしば生殖補助医療と称される。不妊などを理由に、医療技術を用いて子をもうけることを指し、いわゆる代理母、代理出産もこれに含まれる。医学的施術としては出産に向けて、まず精子と卵子という二つの配偶子から胚を作出し、その胚を子宮ないしそれに対応するものの中において胎児を育てた上で挙児するものである。このとき、自然的出産との違いは第三者の関与である。このとき具体的な関与者として、①プロセス全体を医療／生物学的技術によって支援する施術者、②配偶子、あるいは胚を提供するドナー、③胎児を子宮内で育て出産する代理母(surrogate)の三種の人間が考えられる。生殖を「補助」するこれらの関与者のほかに、関係者としては、こうしたART利用についての仲介を行ったりその法的側面を整えたりする業者も存在する。

こうした関与者の組み合わせ方で、ARTによる出産はいくつかのタイプに分かれる。本研究は法的な問題を取り扱うが、それとは別に医学的にみると、簡単には男性が原因の男性不妊型、女性が原因の女性不妊型、そしてそれ以外という区別がある。

一方、法的な面から見てみると、まず、親性についての係争になりにくいタ

イプがある。これはいうなれば「自家」出産するタイプであり、異性婚夫婦の双方が自ら配偶子を提供し、胚を作出し、妻が自ら出産するタイプである。このとき施術者が関与するのは、たとえば配偶子の授精を体外で（体外受精、In Vitro Fertilization = I V F）おこなったり、I V Fで作出された胚を妻の胎内に着床させたり（Embryo Transfer = E T）などするときである。しかしドナーや代理母の関与がないことから、親性についての係争にはなりにくい¹⁾

一方、親性係争に関連するタイプは、まず大きく、代理母が関与するものとそうでないものに大別できる。代理母が関与するタイプは、英米の法学ではさらに大きく二つのタイプに分類されている。その一つが伝統型と呼ばれる遺伝的代理型、もうひとつが懐胎代理型と呼ばれるタイプである。この二つは、代理母と子との間に遺伝的つながりがあるか否かで区別される。遺伝的代理型は、代理母と子との間に遺伝的つながりがあるものである。つまり、だれかしらの精子を何らかの方法で代理母の卵子に受精させた上で、代理母がこの子を出産するものである。そうした構造は、医療技術を用いなくても、たとえば妾腹の子を嫡出子として引き取る際に現れることから、聖書にも記述があるとされる²⁾。こうしたことから伝統型（traditional surrogacy）と呼ばれるが、ほかにも直接型（straight -）、あるいは近年は明示的な用語として遺伝型（genetic -）と呼ばれることもある。

遺伝的代理型はその授精方法について、A I（Artificial Insemination）、H I（Home -）、N I（Natural -）に区別することができる。実際の授精方法は医学的にはさらに細かく区別できるが、法的にはそれらの区別は、一般には重要でない。A Iは施術者の手によって授精が行われること全般を指す。H Iは依頼父母や代理母が自ら、注射器などのキットを用いて授精する方法である。家庭内で手軽に実施できることからH Iと呼ばれることがある。N Iは自然的な性行為（性交）によって授精を行うものである。法的には以上の3つの区別は、A Iが法に定められていることから法の保護を得やすい方法、逆にH Iは法の保護が得られない場合のある手法、そしてN Iは姦通と同一視されうる方法、という違いを生じる。

代理母が関与するもう一つのタイプである懐胎代理型（gestational surrogacy）は、代理母が、自分との遺伝的つながりのない子を出産する場合

である。たとえば不妊の妻に代わって、夫妻の間で作られた胚を代理母の胎内にE Tして挙児する方法である。近年は、代理母とは別のドナーの卵子を用いて胚を作出し、それを代理母の胎内にE Tする、という方法も好んで用いられる。これは法廷闘争に関連した選好であり、代理母と子に遺伝的つながりがないと、依頼親に有利な裁定が出やすいためである。

尚、代理母が関与する場合、とくにこれを業者を通じて行う場合では、代理出産の合意書 (surrogacy agreement)、あるいは契約書 (contract) が結ばれることが多い。このとき合意書には、代理出産を依頼する側 (以下、依頼父母) が親となること、代理母は親性を放棄する (terminate, relinquish) ことが明記されることが多い。

上記のほかに、代理母が関与せず、ドナーだけがかかわるタイプがある。事例にあらわれたものの中から、本稿では3つ、独身母型とLC型、男性不妊型を区別する。いずれの場合も、依頼母＝出産母が、ドナーからの精子提供を受けるものである。依頼母に配偶者がいない「未婚の母」などの独身母の場合と、依頼カップルがレズビアン、つまり女性の同性婚である場合 (Lesbian Couple)、さらに異性婚カップルが夫の不妊などの理由により、ドナーから精子提供を受けて妻が懐胎出産するもの、である。これらは法的に異なる面を持つため、本稿ではこれを区別することにする。ただし、独身母が実際には同性の事実婚 (LC) である場合も完全には排除できないが、判決文中に関係性の記述がない場合は独身母型に分類する。なお、同性婚カップルの場合、ゲイ・カップルでもARTを利用した挙児がみられる (GC型) が、本稿で取り上げる事例には含まれていない。

男性不妊型は、法的にはLC型と良く似た構造になるが、両者では親推定の有無に差が生じる。LC型の場合、LCは子からみたときに一人が遺伝的母であり、もう一方は非遺伝的母となる。そして異性婚の場合にみとめられている父性推定 (出産母の配偶者を父とみなす) は、同性婚の非遺伝的母には認められていない場合が多い。男性不妊型の場合は、父性推定が適用される場合がある。

なお、ドナーについては、依頼親の知り合い・友人である知己ドナー (known donor)、一定の条件で関係者へ個人情報を公開する公開ドナー (open donor)、

身元不明の匿名ドナー (anonymous donor) の区別がある。

以上から、法廷で係争になるARTのタイプとして5つ、代理母が遺伝的にも子の親である遺伝的代理型、代理母と子に遺伝的つながりのない懐胎代理型、代理母を用いない独身母型とLC型、男性不妊型³⁾というように区別することにする。

1.3 英米でのART判決の違い

以上のような研究において、どういう分析結果になる可能性があるかを示すため、以下、典型的と思われるケースをあげて仮の結論を導くことで、研究テーマを絞り込んでみたい。そのため、裁判事例ではあるが、判例に限らず新聞記事などからもケースを取り上げる。

1) 英国の事例

まず英国の事例を見てみる。一般に英国でのARTに関する親性係争では、英紙 The Daily Mirror によると、大人たちと子との間での遺伝的つながりが重視されるとある (The Daily Mirror, 2010-02-03, p.36)。

この遺伝的関係性の重視が典型的に現れたケースを新聞記事から一つみてみる。なお簡略のため、この項以降、事例中の既出の氏名はイニシャルで記述する。同性婚カップル (civilian partnership) の Sharon Arnold (以下、SA) と Terri Arnold (以下、TA) のLCに精子提供をした Andy Bathie (以下、AB) のケースである (The Times, 2007-12-04, p.19)。つまりLC型に相当する。ABは精子提供の際に子に何の関与もしないという条件をつけた。ただしこのとき授精のためにとった手段はAIではなかったもようである。また両者は知り合いであったから、ABは知己ドナーである。子が4歳になった時点で、Child Support Agency (児童支援局、以下、CSA) からABに対し、子の養育費として数千ポンド (数十万円) を支払うよう請求が来た。ABはこれを不服として提訴に至ったものである。CSAの動きはSAとTAが関係を解消したことを受けたもので、子が母子家庭となったために経済的支援者が必要と判断されたようである。CSAが主張したのは、ABが子の遺伝的親であること、遺伝的親には最終的責任があること、である。またCSA法の規定では、AR

Tによる挙児は、クリニックで正規の手続きを踏んで認可された匿名ドナーの場合のみ、親性を免除するとなっていた。A Iでも匿名ドナーでもないA Bにはこれが適用されないということだったようで、下級審ではA Bの訴えは却下された（なお、この後、C S A法は修正されたため、このような事態は現在起こらないことになっている）。

以上の事例でどこが問題になるかといえば、本来、子の養育に当たっていたのはS AとT Aの二人だったということである。この二人の関係解消により、精子提供者に養育費が請求された訳だが、われわれの直感からはむしろ、分かれたL Cの相方、非遺伝的母の方に請求されてもおかしくないと感じるのではないだろうか。つまり、経済的責任のある人間の候補者には、精子ドナーと非遺伝的母の二人がいたはずなのである。しかし裁判は、まず候補者を精子ドナー一人に絞った上で、彼が払うべきか否かを判断する、という展開をしている。A Bに支払い責任があるかどうかを判断する前に、責任候補者が遺伝的親のみに絞られていた、ということである。

この事例を以下の事例と比較するとさらにわかりやすいのではなかろうか。教会関係者の或る男が、或るL Cに対して、L C二人が一次的親（primary parents）であるというとりきめのもとで精子提供した（The Times, 2012-03-15, p.6）。これも知己ドナーのL C型のケースである。このときドナーが、子と過ごす時間を増やしたいとして休日の訪問やお泊りを要求したことから両者の関係がこじれ、訪問権をめぐる裁判になったものである。この判決では裁判官は、ドナーは親として二次的（secondary）ではないとしてL Cと対等に置いたうえで、三人目の親がいることで子の利益が減じることはないとして、ドナーの訴えを認めている。

つまり、訪問権の事例では、「親は多いにこしたことはない」とも取れる表現になっている。であるならば、A Bのケースでも、少なくともはじめには、非遺伝的母とA Bの両者を経済的支援の候補者とした上で、支払方法を考える、という手順を踏む方が、子の利益には適うのではなかろうか。しかし実際には、遺伝的親のみに親を絞り込んだ上で判断している。

以上の事例からすると、英国では、子の利益よりも親子の遺伝的つながりのほうが、親子の判断において優位に立っていることが想像される。

2) 米国の事例

続いて米国の事例をみていく。なお、州名称は以下、略号を用いる。また事件名の後の記号は引用記号 (citation) である。さて、論者のあるものは、米法廷は「子の最大の利益 (Best Interest of the Child)」が決定を左右すると指摘する (Nelson による引用, 2013: 244)。

遺伝的つながりより「子の最大の利益」を重視した判決として、Conn 州の事例, Doe 対 Doe (710 A.2d 1297[Conn1998]) を挙げる。これは遺伝的代理型で、代理母は親性放棄済みであるが、依頼父母である遺伝的父と非遺伝的母が離婚に至り、それにともなっていずれが子の親権 (custody) を得るかを争ったものである。この判例では養育における母親の役割の大きさに鑑み、「子の最大の利益」となるのは母親のほうであるとして、そちらに親権を認めた。つまり、遺伝的親よりも「子の最大の利益」になる非遺伝的親を優先した事例である。

上記に類似した判例は、Ala 州でもみられる (Brasfield 対 Brasfield, 679 So.2d 1091[1996])。しかし米国の法制度は、基本的に各州別個に法が定まっている。よって州によってはこれと逆にみえる判決も出されている (たとえば Ohio 州, Seymour 対 Stotski, 611 NE.2d 454[Ohio Ct.App.1992])。そういう意味では、米国は、ART 関連裁判におけるすべてのパリエーションがみられる、と考えたほうがいいのかもかもしれない。しかし州によっては、英国と逆の、「子の最大の利益」の方を遺伝的つながりよりも優先する決定が出る、という可能性がある。

2 研究の検討

上述のように、英米の ART 関連での親性係争では、「英は遺伝的つながりが子の利益に優先し、米では州によっては子の利益が遺伝的つながりに優先する」という結論が導き出せそうな予想ができる。しかし本当にそうなのだろうか。この点、3つの考慮すべきポイントがある。その第一は、そもそも、裁判を題材にそこから社会的な家族概念を導き出そうという、研究の設計の妥当性である。第二は、本当に裁判において、前述のような傾向性が結論できるのかどうか、前記予想の蓋然性である。第三は、前述のような傾向性の背景に何が

あるのか、特に社会的な要因の発見である。詳細は以下述べていくが、これら3つのポイントは相互に絡み合った問題となっている。

2.1 裁判／判決文の分析 特に英米の場合

1) 裁判過程とはなにか

本研究は、裁判／判決文を分析の中心において、判例法における英米の家族定義の違いを浮き彫りにしたうえで、その社会的背景を探るというものである。こうした研究のやり方から社会的に妥当な結論が導き出せるのか、その際どのような点に留意すべきなのか。まずこれを検討しておく必要があるが、この問題にどうアプローチしていけばいいだろうか。

この問題はさらに以下のように分節化される。そもそも社会学、ないし法社会学は、法を、あるいはもっと具体的に裁判過程を、どのようなものと考えているのか。制定法体系ではなく判例法体系であるということについてはどうか。そしてそうした状況下で判決を導くものはなんだと考えられているのか。そしてそれが特に、生殖技術にまつわる判決においてはどうか効いてくるのか⁴⁾。こうした諸論点が互いに入り組みながら存在している。

まずは裁判過程のコミュニケーションについて考えよう。この際、N.Luhmannを参照する。ただしLuhmannの理論から、簡単のため、記号以外の要素を捨象した記号システムに話を限定したうえで(清家竜介 2007: 97)⁵⁾、その「システム論」ではなく、法言説の「振る舞いに関するイメージ」を参考に、起訴から判決に至るまでの裁判過程の言説のふるまいをみってみる。すると、言説上の裁判過程は、まず抽象的には、外部から飛び込んでくる刺激＝言説を受けて(作動)、内部の言説的資源を用いて「法的」というオブラートでその外部言説を包み込みつつ、連続的に、法的言説を再生産し続け、確定に至るまで続く過程、とみることができる⁶⁾。ここで大事なものは、外部から飛び込んでくる言説は、内部化される際に「法的」の装いをとることで、オリジナルがある意味「隠蔽」される、ということである。こうした理解は、法実務に関する研究に、これに対応する成果が見て取れる。R.van Krieken (2005: 39-40)が参照しているDavisの研究によると、離婚係争で用いられる「子の最大の利益」は、当事者たる父母が、裁判の場であるがゆえに口を封じられているところの

家庭生活の悲喜こもごもを表明する際の建前として用いられることがしばしばであるという。つまりこのとき、父母の不平不満を表明する言説は、そのままでは法的とはみなしえない「外部の」言説であるが、法の内部言説の要素である「子の最大の利益」の中に隠蔽されることで、法的言説となって裁判過程の中に入り込んでくるということになる。

そしてこうした一連の過程を作動させる最初の外部刺激はなんなのか。これは「社会にとって法とは何なのか」という問いの答えに相当する。H.L.A.Hartは、法の定義のいくつかの例のなかで「公機関が紛争について行うことが法」だとしている（Hart 1961=1976: 1-）。E.Ehrlichの例示中にも、「裁判官の立場からすれば、法は、彼の前に持ち出されてきた訴訟事件を判断するための規則である」（Ehrlich 1913=1984: 8）とある。

さらに本稿ではA.Honnethによる承認論的批判理論を参照してみたい。Honnethは、法の運用の中に、承認論的コミュニケーションが特徴的に現れると考えている⁷⁾。承認論的コミュニケーション理論は、Habermasの批判的継承である。Honnethが批判するのは、Habermasの、合意形成に向けて行為されるコミュニケーション論では、紛争当事者が規範的パースペクティブを、「直観的に習得されている言語規則への制限」（Honneth 1994=1999: 16-19. 以下、同）と体験することになってしまう点である。Honnethは当事者たちがむしろ、「アイデンティティへの権利要求が侵害される」体験として、つまり社会的プロテストの根底に「直観的に与えられた正義の観念が侵害される」感覚があるとしている。つまり、「コミュニケーション行為の構造には社会的に認められることへの期待感」があるとして、承認論的にコミュニケーションを解釈することを主張する。

これに基づくなら裁判過程とは、法の外部にとっては、直観的には何らかの正義の侵害に対して自らの正当性、承認を求めて働きかけていくものであり、法の内部では、そのように刺激を受けて、連続的に法言説を生産し続けたうえで、外部が求めた承認に対する答えに相当するものを生産して外部へ投げ返す、そうしたものと考えることが可能かもしれない。

以上から言えるのは、第一に、裁判過程に現れる言説は「法的」の装いをとっている一方、その内部には外部言説が埋め込まれている場合がありうるとい

うこと、そして第二に、法的言説は判決文中では、何が社会的に承認されうるかを説明・定義しようとしていると解釈できる、ということである。

2) 判例法体系とは何か

ただし、ここで一点注意が必要なのは、英米がコモン・ロー体系 (common law) をとっている点である。このことによって分析のやり方や対象が変わるだろうか。

本研究が対象とするコモンローとは、「ローマ法や大陸法と対比させたときのイギリス法体系、ないしは特にその中でも、制定法体系に対比される慣習法体系 (判例法) を指す」(金子宏ら 2004: 414)。一方、一般に社会学的研究で法を扱うとき、それは制定法として、特にその立法過程に注目する形で研究がおこなわれるように思われる。

こうした違いの影響を探るため、英米法の特徴を、まずは D.Sugarman の研究を参照しつつ M.Weber の分析でみてみよう。Weber はその資本主義社会の分析の中で、その成立要件の一つとして形式合理的法システムのもたらす予測可能性を挙げている。しかし Sugarman によると Weber は、パンデクテン法学、つまり法的推論を数学的モデルに準じたものとして構想する法学の立場に影響を受けていたため、法典を持たない判例法体系はこれに比べ形式合理性が十分でないものと考えていたという (Sugarman 1987=1993: 26-27)。だとするなら、ローマ法体系の裁判過程とは異なり、その判決に至るうえで、特にその予測が不確定になる可能性がある。

この予測の不確定性の影響としていえるのは、まず、前述したような判決の傾向といった結論は、制定法体系の諸国に比べると安定していない、つまり、これと異なる結果が出る確率が高い可能性を示唆する。つまり研究が目的とする定式化への挑戦となりうる。だが一方で、そのような不安定な状況の中で外部からの刺激が法的決定に紛れ込みやすい可能性をも意味し、それだけ社会的ダイナミズムが現れやすい可能性もある。

コモンローの性質を調べるには、一つはコモンローの成立史をたどること、二つにはこうしたコモンロー制度の是非をめぐる論争をあたることも必要である。そしてコモンローの成立史からみえてくるのは、コモンローのもとでは裁

判が、制定法から距離を置いた独自のふるまいをする点である。

英国にコモンローをもたらしたのは 11, 12 世紀のノルマン征服以降のことであるとされる (J.H.Baker 2007=2014: 8, 20). ノルマン征服以前の英国は、共同体ベースの民会が州、そして国王のもとで統合されつつあった時期である。そして 1066 年の征服以降、ノルマン王朝は、州長官の力を抑制して自分たちの支配権を確立するため、しばしば巡回国王裁判官を派遣し、令状と強制執行力を背景に王威を民衆に示した (Baker 2007=2014: 13, Sugarman 1987=1993: 33). こうして 13 世紀にはその周辺に、独立した専門集団としての法曹が、政治や行政官とは別に、特にジェントリー層と強いつながりを持ちつつ (Sugarman 1987=1993: 52), 形成されていった。彼らは、そうした状況下で積み上げられていった裁判の結果、つまり判例法体系は、Sugarman の引く Maitland によれば、「コモンローの体系は、それまでコモンローを統御しようとしてきた国家の関係を不器用にではあるがいつでもはねのけ論駁していたのである。最強の国王や最も有能な大臣やこの上なく粗暴な護民官といえども、この『神がいるとも思えぬ無秩序』を前にしてはほとんどなすべがなかったであろう」 (Sugarman 1987=1993: 42) といったものとなっていた。つまり法曹集団にとってコモンローは、一方で法の科学性を謳いつつ、その一方で法を神秘的なものとすることで素人を遠ざけるという、都合のよい制度となっていたことがいえる。そして法がこうしてギルド的なものの支配下にあることで、例えば Main が言うように、時に制定法を抑制することも可能だった (Sugarman 1987=1993: 47), とされる⁸⁾。こうした裁判実務が制定法をいわば骨抜きにする現象に対応する事実、例えば東和敏 (2004: 中 86) も指摘している。

こうして Hill ないし Boorstin は、「…これがイギリス法の合理性に潜む特殊な非合理性をさしており、さらには法的言説が共同体のその他の領域から人為的に分離されていることについても」 (Sugarman 1987=1993: 45) 示している一方で、そうみえるようにしつつも他の共同体のニーズに柔軟に、時には法を「出し抜く」かのような仕方で、応える、という、コモンローの法制度の性質をしめしているとする。

以上のような「柔軟性」は、判例法体系の是非をめぐる論争でも指摘されて

いる。ここで取り上げるのは18世紀後半から19世紀前半にかけての米国における、法の法典化論争である。つまり米国の法制度を、判例法体系から制定法体系に変更するべく、法典を制定するか否かを争った論争である。A.J.King (1982: 331) はCookを参照して、判例法体系への批判は、主に3点、英法そのものを継受することへの批判に加え、法の不確定性と法的神秘性が挙げられていたとする⁹⁾。

結局のところコモンローは、ギルド的な法曹集団に有利な裁判をもたらすことを特徴のひとつとする。ここで仮に、この法曹集団がノルマン征服以来ずっと、こうした法サービスを提供することを経済合理的に行っていたと一括してしまうならば、彼らにとってクライアントの意向を酌むことも重要になる。よって判決は、クライアントないしクライアント層にアピールするもの、という傾向を帯びている可能性もある。こうしたことを確定するには、たとえば所得水準と裁判関連支出の大小の比較をする必要などもあるかもしれない。

こうして、かたや制定法はその立法過程として票と政治的パワーに相関するけれども、判例法においては、法的決定をリードするパワーが、所得水準とは限らないある種の経済的側面、法サービスのビッグユーザー性と相関している可能性がある。そうした点からも制定法とは異なり、個々の裁判においてクライアントにより密着した分析、ミクロスコピックな分析が必要になると考えられる。

3) 生殖技術に関連した裁判はなにによって規制されるのか

さらにARTに関する係争の中で、特に親性定義に関する事例を見ていくのだから、判決はARTそのものへの社会的受入れのほかに、英米両国の家族法の流れとも関連してくる。すなわち、ARTそのものに関連する諸決定のほか、家族の定義に関する諸法令や養取、児童福祉や離死別に関連した諸決定などである。ただし判決への影響ということを考えた場合、注意すべき点が一つある。それは、法領域によって決定が異なるという点である。

東(2004)は英国の制定法に記されている「子の最大の利益が至高の考慮事項(paramount consideration)である」という文言の取り扱いが、法領域ごとにどのように変化するかを検討している。そして特にAA1976(Adoption

Act. 養子収養法)とMCA1973 (Matrimonial Causes Act. 婚姻事件関係法), つまり養取を認めるか否かの係争と, 離婚に際して夫妻間でどう財産を分与するかの係争において, 考慮されるべき「子の最大の利益」の扱いが異なることを指摘している。

まずAA1976については, 養取裁判は, それまで親でなかったものに親子関係を認めるようにするか否かという裁判であるから, そもそも当事者の関係性が一般的な親子関係よりは薄いこと, それゆえ「子の最大の利益」ができるだけ大きくなるようにしつつも, 他の当事者の事情も同様に斟酌する, という決定をする傾向にあると指摘する(東2004: 中83-85)。

一方, MCA1973では, 本来は大人同士の財産分与の係争であるから, 大人の事情を最も考慮したいはずであるとしたうえで, 「子への支払いと子の看護者への支払いを区別すべきでない」という論があることを挙げ, 判決では暗示的には「子の最大の利益」を考慮しつつも判決文の上にはそれが明記されることがあることを指摘する。MCAに関する領域の裁判ではあくまで目指すは夫妻間の「公平な」配分であって, 「子の最大の利益」はそれに対して余分なものだという立場を取っているという(東2004: 中86)。

ARTに関連した諸裁判も, 代表的には二つの法領域を含んでいる。一つはだれが子を引き取るかという親権に関する係争だが, 親権と親性の判定とは別物であり, 親であっても訪問権しか持たない親, というものがこうした判決では現れうる。もう一方は, おもに離婚に伴っての, 扶養料の請求裁判である。こうした法領域の違いが決定に影響する可能性はある¹⁰⁾。

2.2 諸法理

事例を分析するまえに, 判決に関連した諸法理をまえもって整理しておく。以下は米国における諸学説であり, 英国では必ずしもこれらに準じた判決が出るわけではないが, 判決文を検討するうえで有効な概念であるため, 以下, まとめておく。尚, 「親」に関する法的概念には, たとえば親性, 法的親, 親権などが区別されねばならない。これらについては現状, 検討が十分でないが, おおまかなイメージとしては, 親性が事実関係として親子であることが認められること, 法的親が権利義務関係の認められた親であること, 親権は子に対す

る制御権・決定権が認められること、と区別しておきたい。

まずART関連で親性を考える場合、以下に挙げるような親性の諸「テスト」が適用される、とされる (E.Y.Hisano 2011: §4): ①遺伝テスト、②懐胎テスト、③意図テスト、④「子の最大の利益」テスト。遺伝テストは、テストの対象となっている大人と子との間に遺伝的なつながりがあるかどうかを意味する。懐胎テストは当該成人が子を懐胎出産したかどうか、意図テストは、代理出産を誰が計画したか、である。「子の最大の利益」テストは、当該成人が親となった場合に、子にとってそれが最大の利益となるかどうか、を意味する。ただしこれら4つのテストのうち、最後の「子の最大の利益」テストは問題の多いテストであるとされ、たとえばいつの時点をもって「子の最大の利益」を考えるか、経済力以外の要素をどう考えるか (所得差別につながる可能性が指摘される)、などについて、裁判官の恣意性が出やすいとされる (van Krieken 2005: 32, Hisano 2011: §6-B-1)。

つぎに、親、ないし親に準じる成人を定めるものとして、いくつかの法理が存在する (C.B.Sella 1991: §4, J.A.Aylesworth 2005: §5-B)。このうち、子との関係性に関する法理、つまりかならずしも出産直後の子には適用できないものが5つある。それらは、① *in loco parentis* (「親の位置に立つ」、仮に「代置親」とする。以下、同)、② *de facto parent* (実質親)、③ *equitable parent* (衡平親)、④ *equitable estoppel* (禁反言法理)、⑤ 心理的親 (*psychological -*) である¹¹⁾。代置親は自らの意思で親の位置に立って親として子に対すること、実質親は事実上親としての役割を果たしてきている人物である。衡平親は、取違え子のケースなどをイメージすると良いが、何らかの誤認によって本来親子ではないものを、親子双方がそうだと思い込んで周囲にもそう認知されてきていることを指す。禁反言法理は衡平親と似ているが、親子でないにもかかわらず、周囲に対しては親子であることを公言しそのように振舞ってきたことを意味する。ARTでは、代理出産合意書などに親となる旨宣言したものは、その言にしたがって親たるべし、といった判決が、禁反言法理の適用に当たる。最後の心理的親は、親子双方にとってその関係性が、親子としての心理的欲求と必要を満たしあってきたことを指す。

最後に、社会的関係構造に基づいて親子を判定する法理が二つ (Sella 1991:

§ 2), ① inclusive parenthood (包括的親性) と ② nonexclusive parenthood (非排他的親性) である。包括的親性は、養親や L C の非遺伝的親などといった、婚姻関係なども考慮した相手について、親となりうるものすべてに親性定義を拡張するものである。そしてこれら数人の組に対し、排他的に親性を認める。非排他的親性も「親的」なものすべてに親性を認めるが、この際、親の追加に制限を設けない。つまりこちらの場合、ドナーがあとで気が変わって親に「立候補」した時、これを拒否できない。

なお、上記のうち意図ベースのテストに関連して、but for 論理というものがある (V.L.Henry 1993: 300)。禁反言と似ているが、「その人間が存在しなかったら (なかりせば = but for)」, たとえばその人間が代理出産を計画しなかったら、子どもは存在しえなかっただろう、というものである。

3 英国

以下、本来は英米の事例に基づき、前述のような親性の定義がなされているかどうか、そしてその背景を探ることになるはずである。そしてそのためにはとにかく事例に当たらねばならない。しかし、米では 50 州に渡るさまざまな事例と諸論考の存在の膨大さ、英では事務的事情による判例そのものへのアクセスの困難から、十分に事例を検討するまでには至っていない。しかしこれまでの事例調査に基づき、その多少を、両国の家族法史や ART に関する歴史と絡めながら、ここで簡単に記すことで、事例分析の中間的な報告とする。

3.1 英国法制の ART 前史

はじめに英国を取り上げる。英では、「子の最大の利益」と生物学的決定論の対立は、そのニュアンスと関係者を変えつつ続いている論争である。

親子認定に関する古い形を求めてみると、英における母性は分娩主義だったとある (R.D.Harrison 2014: § 2)。一方父性は、17 世紀には生物学的決定論ではなく (おそらくは) 「blood (血統)」に基づいていたようである (A.Campbell 2007: § 1)。以下、しばらく R.van Krieken (2005: 27-35) に拠って、「子の最

大の利益」法理の変遷を、「離別の際に子が誰のもとになぜ引き取られるか」と関連させつつみていく。まず1660年に Tenures Abolition Act が定められ、「父の帝国」と呼ばれる父への全権を認めるところからはじめよう。言うなれば、血統に基づく父の全権である。しかし父による子への搾取に対し、子の財産を保護する必要から、まず、*parens patrie*（家父長）の法理が確立され、1696年の Falkland 対 Blertie 事件において、家父長法理は王が父権に介入する根拠として提示された。この時期の家父長法理の実際を、1891-4 年にかけての、R 対 Gyngall 事件 ([1893]2 QB 232) における Lord Esher の意見書でみると、女王は父が持つ自然的父権を凌駕することができ、その女王に成り代わって法廷が判決を下す、とある。よってこの時代、子の福祉対生物学的決定論は、家父長法理対 blood、王権対父権の対立となっていた。

しかしここに、母の姿はない。そこから母権論者がクレームを投げかけ、母に親権が認められるようになる。1839 年の Custody of Infants Act であり、家父長法理にかわって母権が父権に対峙するようになる。しかしこの法では依然、順位は王権、父権、そして最後が母権であった。そしてこのころ、Re Agar-Ellis 事件 ([1883]24 ChD 317) で「父のほうが『子の最大の利益』を心得ている」と判決されたことにより、「子の最大の利益」法理が始まる。つまりこのころ「子の最大の利益」法理は、母に対する父の判断力の優位性を前提に、これを決定に反映させるための方便として用いられていた。こうして、家父長法理に代わって登場した母権を、父権が凌駕するための原理として、「子の最大の利益」法理が現れる。

ただしこのころ、後分離家族の形態、つまり子は実際には、母と同居していた。このことから、徐々に同居親たる母に親権を認めたほうがよいという論調に変化していく。こうして、Stark 対 Stark&Hitchins 事件 ([1910]P 190) で、子を母に同居させつつ母に親権を認める、という先例が成立した。さらに1970年代には、Bowlby による母子愛着論や、離婚後のあとくされのない別れ = 「clear break」論が登場、これにより、母への親権の認定とともに、別れた実父に代わり継父が親権を引き継ぐという考えが、判決に反映されるようになり、母権が父権より優位に立つことになった。しかし1980年代に向けて、離別後も子とのつながりを維持する「共同親（耐久）モデル」が徐々に広がっていく。

一方で、1980年代に登場した批判法学(Critical Legal Studies. 以下、CLS)により、「子の最大の利益」などは社会的構築物であることが指摘され、「子の最大の利益」への理論的相対化も始まる(M.D.A.Freeman 1985: 161)。

3.2 Baby Cotton 事件

そうした1970年代に、ARTは始まっている(K.Horsey 2012: §2). 米国でBaby M事件(後述)のあった1980年代には、英ではBaby Cotton事件(Re C[1985]2 FLR 846)が耳目を集めた。これは女性不妊に悩んでいた英国外在住A夫妻が、イギリスの業者を通じて英国人の代理母サービスを利用して挙児したものであり、代理母にかわってA夫妻が子を引き取り、子を伴って出国する目的で、英法廷に対し、自分たちを後見人として認めるよう求めた裁判である。ソーシャルサービスによる面接などを経て、夫妻は後見人としての資格が認められた。しかしこのとき、裁判関係者などに対して、盛んに抗議の電話がかけられるなどの騒ぎになった。この事件のポイントは、法廷を含め関係者は誰も異議を唱えなかった点である。しかし「社会」の方が、これをうけいれなかった。同時期、Warnock委員会が報告書を作成している(1982年)¹²⁾が、Warnock報告ではARTは実害視され、すべてを悪とはしなかったものの、基本的に代理出産を抑制する方向で法への提言がまとめられていた。また、合意書に強制力を認めることに否定的だった(Horsey 2012: §2)。こうしたことはおそらくは、懐胎母=代理母を一個の母性とする視点があったと考えられる。たんなる挙児協力者とみなしえなかったということである。

上記の分析を前述の仮の結論、「英判例は子の福祉より遺伝的つながりが重視される」と比較したうえで、今後の研究の課題を確認する。ARTに先立って英では、父のbloodにもとづく父権が強く、母性については分娩主義というかたちの生物学的／生理学的決定論が支配的だった。Baby Cotton事件での社会的な感情の対応の要因は、この母性の側の分娩主義的生物学的決定論であったと思われる。一方の子の福祉は、その法理の始まりから、ときに父権を強調したりあるいは母権を支持したり、というように、ひとつの一貫した原理というよりは、方便として用いられてきたような印象を受ける。そういう点からみると、英の判例について分析していく際のポイントとしては、第一に「子の最

大の利益」法理がどういった判断の正当化に用いられているかを検討することとともに、第二点として、家族内争議についてそれをリードしていくような、あるいは家父長的判断であったり、「clear beak」であったり、というような、基本的なモデルとの対応関係を確認することが重要であると思われる。

4 米国

4.1 米国法制のART前史

事例を取り上げる前に、まず2点、簡単に確認しておく。ひとつはART裁判の始まる時期までの米国の法制史、もうひとつは米国の家族法の特徴である。両者とも、諸判決の背景を構成すると想定される。

米の法制史は、Esping-Andersen 的にいうならば自由主義対社民主義の対立構図を適用すると説明がしやすい。たとえば、米国のニューディール期、20世紀半ばごろまでの法学界の論争史について M.J.Horwitz (1992=1996: 1-4) は、古典的法意識 (Classical Legal Thought. 以下、CLT) 対リーガル・リアリズムの対立として描いている。CLTはレッセフェール的な自由主義、これに対するリーガル・リアリズムは、CLTがよって立つところの法の政治的中立性、法言説内での閉じた証明可能性 (確定性) に対して批判を行った。このリーガル・リアリズムはのちに批判法学=CLSに継承されるが、CLSのうちでも特に Unger 派は裁判を、自由主義対温情主義の妥協の産物として描いている (McCahery 1992: 136)。そしてこのCLSがさらにフェミニズム法学やコミュニタリアンへ引き継がれているとされる (吉田邦彦 1998: 192)。すなわちARTの始まった1970年代以降は、伝統派に対するフェミニズム法学やコミュニタリアンによる批判、という構図が背景にあることになる。

一方、米の家族法の特徴として、親子関係では例えば養子法などで、米法が継受した英の判例に対する違和が言われていたため、これにより独自の制定法によるオーバーライド (override) がなされている (以下、D.E.Abrams et al 2012: 1017)。その走りが1851年のMass州、Act to Provide for the Adoption of Childrenである。こうした違和は、米国を構成する非英国系の移民の伝統に基づくとされる。つまり、大陸法=ローマ法の伝統の影響がみられる可能性

がある。つまり米国の家族関係に関する決定は、英法の伝統よりもローマ法の伝統に近い可能性がある。

4.2 Baby M 事件

さて、事例に入るが、まずとりあげるのは米においてARTで耳目を集めた最初の事件、1986年ごろの、世界的にも知られたBaby M事件である。この時期、すなわち1980年代はLC、あるいは独身母にとってもベビーブームとなっていた (Sella 1991: 7, Henry 1993: §2-A)。

Baby M 事件は遺伝的代理型であり、女性不妊により、依頼父が精子提供をして代理母にAIして挙児したケースで、出産後に親性認定で係争になったものである。Baby M 事件が起きた時、メディアは代理母の素行不良を盛んに報じたとされる (E.Faulkner 1989: 240)。一方で生物学的父についてはほとんど報じられていない。ただしのちに、彼が一族の中で唯一のホロコーストの生き残りであることが明らかとなっている (J.O.Ross 1999: §3-B)。ここから、この事件が遺伝的継承の問題を刺激した可能性が指摘できる。事件そのものは最終的に、子の最大利益に基づき「契約」を実行すること、として、遺伝学的父に親権が認められるという決着を見た。代理母には監視付きの訪問権が認められたが、彼女は結局これを行使せず、このため、のちの依頼母による子の養取については、代理母の意志を顧慮する必要はないとして実行された。だがこれだけのマスコミからのバッシングを受けて、かつ敵対し合った夫妻の眼前で子を訪問する、ということが彼女にできたのか、疑問が残る。

この裁判の決着についてFaulkner (1989: 240-242) は、フェミニズム法学の立場から批判し、メディアの代理母の叩き方が男権的であること、子はあたかも契約金の対価として出産母から依頼親へ「売り渡された」一種の人身売買であること、を指摘したうえで、子の最大利益が家父長制の正当化のために動員されたと非難した。

また、後年Baby M 事件を分析したRossは、論考を法領域のみに限定して社会状況には言及しなかったが、「子の最大利益」に基づくのであれば、代理母にもチャンスはあったのではないかと、むしろ依頼親のほうが「子の最大利益」上で劣位にあった可能性がある、としたうえで、むしろこの事件は所有権モデ

ルに基づく生物学的継承の保護となっていると非難した。そして、「懐胎の段階から母子関係は始まっている」という独自の生物学的決定論を提示することで分娩主義を擁護している (Ross 1999: 19-24)。つまりむしろ逆にこの事件は、父権的継承と分娩主義の対立状況に対して、「子の最大の利益」を適用することで父権＝継承を承認した裁判であり、英国の Baby Cotton 事件とは異なり、母性ではなく父性側の生物学的決定論が優位になった事件、という解釈も可能ではないだろうか。

4.3 Baby M 以後の親性係争

上記の傾向はこの時期、たとえば 1986 年の Cal 州の JhordanC 対 MaryK 事件 (224 Cal.Rptr 530[Ct.App.1986]) にもみられる。これは独身母型で、独身母 MK が、JC をドナーとして HI で懐胎出産したことにたいし、ドナーが親性認定を求めたケースである。この時法廷は州法令を厳格適用し、法で認められた ART 施術を行っていないから法の保護は適用できない、とし、ドナーの親性を認めている。意図ベースを排し、遺伝的紐帯に基づいた判断だが、決定そのものは父性を認定したということである (Henry 1993: 294-295)。

1989 年の Colo 州の In re RC 事件 (775 P.2d 27[Colo1989]) も独身母型の親性係争で、独身母が法規にのっとって懐胎出産したが、出産後にドナーが、「父となることを条件に精子提供した」と主張したことで争いとなったものである。法廷は、共同親性への合意があると事実認定したうえで、ドナーの父性を認めた (Henry 1993: 295)。この事例については機会を改めて検討したいと思うが、独身母が共同親性合意をしていたというのが余り考えられないケースであり、そのため事前認定の段階で、判断が父権的に決定していた可能性がある。

しかしこの後、違った傾向の判断が現れる。1989 年から 1990 年にかけて、Or 州および連邦裁判所で争った一連の事件、McIntyre 対 Croach (780 P.2d 239[Or.App.], rev.denied, 784 P.2d 1100[Or1989], cert.denied, 495 US 905[1990]) は、独身母型親性係争で、ドナーは知名である。法規の施術要件を満たしていないながらも、共同親性合意の証拠がない、として、法令に基づき保護を適用、遺伝的父＝ドナーの親性を斥けたものである (Henry 1993: 296)。

これを ART 以外の似た構造の裁判に拡げてみると、たとえば 2002 年の

Cal 州, In re NicholasH 事件 (46 P.3d 932[Cal2002]) では、遺伝的母ではなく、非遺伝的な代置父にたいして親権が認められ、「子の最大の利益」を重視した決着を見ている。この事例は、未婚の女性 KimberlyH (= 遺伝的母) が妊娠中に別の男性 ThomasG (= 非遺伝的父) と出会い同棲に至り、その後の出産では T G が出生証明に父としてサインする。その後二人は関係を解消したが、K H は事件を起こして収監され、その間、T G が子を預かっている。そしてこのときに、T G = 非遺伝的父が親権を求めて提訴した。しかし出所した K H = 遺伝的母が警察に訴えたことで子は社会サービスが一時預かりする事態となって裁判に至っている。判決では非遺伝的父を実質親として認定したうえで、遺伝的母との間で「子の最大の利益」テストを適用、非遺伝的父に親権が認められたものである (Aylesworth 2005: § 3)。

ほかにも L C 型の親性係争, NY 州, 1993 年の ThomasS 対 RobinY 事件 (599 NYS.2d 377[FamCite1993]) も子の意向を汲んだ決定をしている (Henry 1993: 297)。

以上は、州をまたいでいるため傾向を一括することは危険だが、決定が「父権的→男女同権的→子の意向重視」に移ってきているように見受けられる。

ただしこのような親権の係争に対して、扶養料を要求する係争では、その請求が認められる形の決着がつきやすいようである。たとえば 1985 年, NY 州の KarinT 対 MichaelT 事件 (484 NYS.2d 780[1985])、1996 年ごろから 1998 年にかけての Cal 州の In re Buzzanka 事件 (In re Marriage of Buzzanca, 72 CalRptr.2d 280[1998], JayceeB 対 SupCourt, 42 CalApp.4th 718[1996]。以下, B 事件) は、いずれも遺伝的つながりのない元夫に対して扶養料の支払いを命じている (Henry 1993: 300, R.D.Monarch 1998: § 1)。

4.4 カリフォルニア州の親性判決史

一方、州を限って Cal 州の判例をみると、こうした「誰の意向を汲むか」とは異なる様相を見ることができる。以下、Monarch (1998) を参照して略述してみる。

Monarch は Cal 州における 3 つの裁判を比較して検討している。1993 年の Johnson 対 Calvert (5 CalApp.4th 84, 851 P.2d 776[1993]。以下, J C 事件)。

1994年の *In re Marriage of Moschetta* (25 CalApp.4th 1218[1994]. 以下、M事件)、そして前述のB事件である。

J C事件は懐胎代理型で、C夫妻がI V Fした胚をE TしてJが出産、親権を争った。このとき、C夫の父性を自明としたうえで、C妻とJはともに、遺伝的、あるいは懐胎的に母たりうるとし、そのうえで、意図に基づいてC妻を母とした。この事件はその後の基準の裁判となっている。この判決は、ポイント制（C妻が遺伝と意図の2点、Jが懐胎の1点）ともとれるが、Monarchはこれを「意図をタイブレーカーに用いた」と説明している。つまり、遺伝と懐胎に対して意図は一段下がる親性要件ということを意味する（Monarch 1998: § 1, § 3）。

その後のM事件は遺伝的代理型で、遺伝+懐胎の代理母と依頼母が親性を争ったケースである。このとき法廷は、遺伝と懐胎が一致しているからタイブレーカー＝意図は適用する必要がある、として、代理母を母とした。ここでも「タイブレーカー」と明示することで、意図の位置を一段下げている（Monarch 1998: § 1, § 3）。つまり、遺伝と懐胎の一致は、事前契約意図をオーバーウェイトするということを意味している。

そして前述のB事件だが、改めて詳細を見ると、これは懐胎代理型で、B夫妻の依頼により、出所不明の胚をE Tして代理母が懐胎、B夫妻の関係解消後に出産したもので、依頼母（B妻）による依頼父（B夫）への扶養料請求係争である。この事件では、遺伝的父母不明、懐胎出産母＝代理母はすでに親性放棄をしている。法廷は、B妻の訴えを受け入れ、依頼母のみが親であるとしたうえで、依頼父については、意図ベースの *but for* 論理を適用、扶養料の支払いを命じている。この際、本人が親責任を引き受ける気があるかないかは問題にする必要がないとしている。Monarchはこの決定を問題にする（Monarch 1998: § 5）。

Monarchは、先例とUPA（＝連邦統一親性法モデル）を素直に適用するとこのような結果にはならないはずだと主張した（Monarch 1998: § 4）。つまりB事件では親の順位はまず遺伝テストからドナー、懐胎テストから代理母が筆頭になり、ついでそれらの配偶者を親推定して適用、そのあと一段差があって、ようやく意図ベースにより依頼母であるB妻、最後にその合意者ないし依

頼母の配偶者のB夫となる、とする。これがJ C事件とM事件から導かれた、遺伝・懐胎・意図の3つのテストの間の順位付けである。代理母ないしドナーと、B妻、B夫の間に一段差があることが重要である。

このことが問題になるのは、こうした劣位者であるB夫に、扶養料の支払いを命じている点である。判決では、経済的責任については、法的親でさえあれば、その個人が親役割を引き受けているかどうか、つまりその人間の意志は問題にする必要はないとする。だがそうすると、B夫よりはむしろ遺伝的親たる匿名ドナー、あるいは代理母の方に責任があるはずで、それは彼らの身元が判明しているかどうかとは関係なく、「彼らが親責任を引き受ける気があるかどうかとも関係なく」、まずは彼らに、支払う義務があることになるはずなのだ(Monarch 1998: § 5)。

これがMonarchが指摘するCal州判決史の問題点である。そしてこうした不適切な判決を導きたいのならば、立法せよ、として、代理出産合意書の強制力を法制化することを提唱する。つまりMonarchの主張は、Baby Mでみたような遺伝的継承論ではなく、契約主義に基づいており、契約主義として、代理母への温情主義に対峙するという構図になる。

以上のようにCal州の判例史をみると、生物学的決定論対「子の最大の利益」論の対立は、当初の遺伝的継承論の優位から「子の最大の利益」論の優位へ、そして遺伝的継承論に変わって契約主義がこれに対決するという形をとってきている。そこでこれに伴い、親子定義は、遺伝主義から分娩主義、そして契約主義へと移行していく可能性がある。

以上から、米国に関する判例史を見るうえで、今後の課題とすべきは、第一に、そもそも、扶養料支払い判決と親権係争との違いに慎重であるべきである。ただし、判例そのものは、むしろARTに限らない方が適切な判断ができそうである。第二に、誰の意向が選好されるか、その変遷について、特に州ごとの違いを考慮した調査が必要である。第三に、遺伝的継承論、分娩主義、そして契約主義の三者の関係を検討する必要がある。第二と第三の課題については判例のみならず、これに対する社会的反応を調査する必要もある。以上、研究はこのように、英米の家族定義の流れを、それに関連した観念の対立構造の中で捉えようと試みている。更なる判例、諸学説、およびメディアの反応等を検討

する必要がある。

〔注〕

- 1) 1949 年、英国でエル事件が起きている。
- 2) たとえば旧約聖書創世記第 16 章では、アブラムの妻サライが女性不妊のため、その侍女との間に子をもうけて自らの子とした、とある。
- 3) さらにここに事例を挙げない G C 型がある。
- 4) 陪審員制度についても検討が必要だが、本稿では割愛する
- 5) 清家はルーマンの社会システム論を、「主体という中心を欠いたコミュニケーション論でもある」「コミュニケーションがコミュニケーションへと接続していくさまを観察し、それ…を法システムとして記述してゆく」（以上、清家 2007: 97）とする。
- 6) 「あらゆるシステムの作動は、つねにシステム自身に関係し、それゆえ自己に言及することなく外部への言及を生み出すことはできない」、そのような「自己言及的で、自律的で、作動のうえで閉じられたシステムを備えもつことが、それぞれ〔のシステム〕にとっての特殊な機能を有することにはほかならない」、そしてそうした「…再生産が環境世界のなかで、また…抱えている刺激やかく乱のもとで、環境世界を通してその再生産が起こる」、「システムは…、システムと環境世界との差異性のなかに同一性として導入するのである。そして…システムが、…その差異に向かう」（以上、Luhmann 1986=2000: 10-14）、つまり、政治や生物学などとは異なる、まさに法的なものとして、言説は再生産される。
- 7) Honneth は承認論的批判理論研究のテーマとして、法を特に重要な分野 3 つの内の一つと数えている（Honneth 1994=1999: 23）。
- 8) 「法律家は、法が柔軟であることや裁量の余地を残していることやそもそも幅広い解釈を許すといった性格を利用して、法の半自律的な領域を形成した。たとえば…依頼人に有利に働くように工夫し、国家法秩序からある程度の自立性を手に入れた（Sugarman 1987=1993: 40）」とある。
- 9) ただし法典化論争自体は結局は法曹内部の権力闘争と化して、判例法体系自体は保たれたと King は結論付けている。なお、英における論争には 1934 年の Law Quarterly Review 誌上のものが知られるが本稿では割愛（内田力蔵 2004: 154）。また、判例法と制定法の違いについては、カナダについてフランス系＝制定法のケベック州と、イギリス系＝判例法のその他諸州とを研究対象とした A.Campbell（2007: 3）では、判例法のほうが新しい事態に対して対応が早く多様なアプローチがとられる傾向があると指摘している。
- 10) ただし米国の法学説では、親性判定の一貫性を指向する傾向がある。米国は諸判決への学説の影響力が大きい（M.L.Cohen and K.C.Olson 1991=1994: 215）。

- 11) このほか R.D.Monarch (1998: §6) では, contract parent への言及がある.
- 12) これをうけて, Surrogacy Agreement Act が 1985 年に成立している. なお, 1997 年には Brazier 報告が出され, この 20 年近い間に, 報告書は代理出産に, より寛容となった (Horsey 2012: §6) という.

[文献]

- Abrams, D.E., 2012, "Chapter 17 Adoption and Assisted Reproductive Technology Section 2 Assisted Reproductive Technology," *Contemporary Family Law 3rd ed.*, West, 1014-1113.
- Aylesworth, J.A., 2005, "East vs. West: An Analysis of Connecticut and California Law Regarding Relationships Between Children and Those Who Function as Their Parents," *Quinnipiac Law Review*, 23: 1107-.
- Baker, J.H., 2007, *An Introduction to English Legal History 4th edition*, 2014.
- Campbell, A., 2007, "Conceiving Parents through Law," *International Journal of Law Policy and the Family*, 21(2): 242-.
- Cohen, M.L. and K.C.Olson, 1991, *Legal Research in a Nutshell 5th ed*, West. (= 1994, 山本信男訳『入門アメリカ法の調べ方』成文堂.)
- Ehrlich, E., 1913, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1984.
- Faulkner, E., 1989, "The Case of 'Baby M'," *Canadian Journal of Women and the Law*, 3(1): 239-245.
- Freeman, M.D.A., 1985, "Towards a Critical Theory of Family Law," *Current Legal Review*, 38: 153-.
- Harrison, R.D., 2014, "Mater Semper Incertus Est," *Medical Law Review*, 22(3): 357-.
- Hart, H.L.A., 1976, *The Concept of Law*, Oxford Univ. Press. (= 1961, 矢崎光圀監訳『法の概念』みすず書房.)
- Henry, V.L., 1993, "A Tale of Three Women," *American Journal of Law & Medicine*, 19(3): 285-311.
- 東和敏, 2004, 「イギリス家族法における子の利益原則の法的構造 上・中・下」『戸籍時報』568: 36-44, 569: 80-91, 570: 38-48.
- Hisano, E.Y., 2011, "Gestational Surrogacy Maternity Disputes," *Lewis & Clark Law Review*, 15: 517-.
- Honneth, A., 1994, *Die soziale Dynamik von Missachtung*. (= 1999, 藤野寛訳「軽んじられることの社会的ダイナミズム」『フランクフルト学派の今を読む』情況出版, 6-30.)
- Horsey, K., 2012, "Still Hazy After All These Years: The Law Regulating Surrogacy," *Medical Law Review*, 20(1): 67-.
- Horwitz, M.J., 1992, *The Transformation of American Law 1870-1960*. (= 1996, 樋口範雄訳『現

代アメリカ法の歴史』弘文堂.)

金子宏ら編, 2004, 『法律学小辞典 第4版』有斐閣.

King, A.J., 1982, "Cook, The American Codification Movement," *Maryland Law Review*, 41(2): 329-335.

van Krieken, R., 2005, "The 'Best Interest of the Child' and Parental Separation," *Modern Law Review*, 68(1): 25-48.

久保田裕之, 2009, 「『家族の多様化』論再考」『家族社会学研究』21(1): 78-90.

Luhmann, N., 1986, *Die Soziologische Beobachtung des Rechts*, Alfred Metzner Verlag. (= 2000, 土方透訳『法の社会学的観察』ミネルヴァ書房.)

McCahery, J.A. (戒能通厚・石田眞訳), 1992, 「イギリスにおける批判法学」『法の科学』20: 131-157.

Monarch, R.D., 1998, "In re Marriage of Buzzanca: Trial Court Analysis," *Western State Univ. Law Review*, 26: 1-24.

森岡清美・望月崇, 1983, 『新しい家族社会学』培風館.

Nelson, E., 2013, "Global Trade and Assisted Technologies: Regulatory Challenges in International Surrogacy," *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 41(1): 240-253.

Polikoff, N.D., 2012, "Reponse: And Baby Makes... How Many?," *Georgetown Law Journal*, 100: 2015-.

Ross, J.O., 1999, "A Legal Analysis of Parenthood by Choice, Not Chance," *Texas Journal of Women and Law*, 9: 29-.

清家竜介, 2007, 「フランクフルト学派の展開」仲正昌樹ら『現代思想入門』PHP 研究所, 44-103.

Sella, C.B., 1991, "When a Mother is a Legal Stranger to her Child," *UCLA Women's Law Journal*, 1: 135-.

Sugarman, D., 1987, *In Spirit of Weber: Institute for Legal Studies Working Papers 2*, Wisconsin Univ. Law School. (= 1993, 小林和之・山口聡・中山竜一訳「法, 近代, そして『イギリス的なものの特異性』」法文化研究会編『イングランドの法と社会』風行社, 15-116.)

内田力蔵, 2004, 『イギリス法入門』信山社.

吉田邦彦, 1998, 「アメリカにおける批判法思想の展開とわが民法学の行方 1・2」『民商法雑誌』119(2): 185-232, 119(3): 354-389.

Toward Analysing Differences between UK and USA on
Definitions of Parantage in ART Court Cases

SANO, Toshiyuki
Tokyo Metropolitan University
xtalk3m839@gmail.com