

変貌する社会に於ける親子法の展開（Ⅰ）

——国際家族法学会第7回世界会議に世界の動きを探る——

松 嶋 由紀子

序論

- 一 はじめに
- 二 世界会議の概要
- 三 本会議の特色について

本論

- 一 人工生殖に関する問題
 - 1 問題提起
 - 2 伝統的親子観念——親（特に父性）の推定と否認について
 - 3 北欧三国に於ける人工生殖——親の権利と子供の権利
 - 4 英国に於ける人工生殖——親の資格と法的関与
 - 5 代理母問題をめぐって
 - 6 受精卵の保護
 - 7 人工生殖児の基本的人権
 - 8 若干の私見

（以上本号）

- 二 親と子に関する法律問題
- 三 国際養子に関する法律問題
- 四 結語

序論

一 はじめに

国際家族法学会第7回世界会議が、平成3年5月13日から18日に亘り、ユーゴスラビア・オパティヤで開催された。湾岸戦争に始まる世界情勢の不安に加えて、開催国であるユーゴの共和国間の分離・独立をめぐる政治的闘争の激化により、各地で内乱が発生し、一時は会議開催自体が危まれたが、開催当時、クロアチアは平穏で、ECやクロアチア・スロベニア両共和国教育省の絶大な支援のもと、会議はスムーズに運ばれた。本会議プログラム委員会の委員の一人として、本稿では、会議の概要とその一般的特色について概略し、次いで、本論として本会議のハイライトともなった人工生殖・親子関係・国際養子の三点に問題点をしばって、各国の法状況や現実の政策状況、将来起こり得る問題等に触れ、世界の先進各国で生じつつある親子法の変貌を探る手がかりとしたい。

二 世界会議の概要

メインテーマは「親：変貌する社会に於ける親子関係と法(Parenthood: The Legal Significance of Motherhood and Fatherhood in a Changing Society)」であり、世界約30数カ国から、約160名の参加をみた。前記の事情から、参加者数は当初予想された300名を下回りはしたが、ソ連や東欧諸国等、初めて参加をみた国々も多く、変革途上の各国の実情を知る上でも誠に有益なものであった。報告者は約70名¹⁾で、第一日目に次の四氏の基調報告が行われ、親子法の基盤をなす現代の親子問題についての多角的な問題提起がなされ、二日目以降に続く法的側面についての討議発展の端緒となった。以下、主要なトピックと

1) 日本からの参加者は7名で、内3名が報告者として壇上に立った(島津一郎氏「子供の権利に関する国際規約：人工生殖と子供の認知に関する日仏比較(中間報告)(The International Convention of the Rights of the Child—Artificial Procreation and Filiation of the Child—Comparative Study of France and Japan)」・磯野富士子氏「日本法に於ける親子関係(Parenthood in Japanese Law)」・南方曉氏「現代日本に於ける単親家族(Lone Parent Families in Current Japan)」)。

変貌する社会に於ける親子法の展開(I)

Keynote Speaker のみ記述するにとどめるが²⁾、少くともここにテーマの枠組みを示すのは客観的に親子法の世界的方向性を把握するのに有益であると思われるからである。なお、本稿は、筆者が持ち帰った若干の報告資料及び筆者の会議メモに基くものである事をお断りしたい。何れ、機会を得て詳細を補完したいと考えている。また、各テーマは仮訳である。

第一日・基調講演

- (1)「親の文化的側面 (Cultural Dimension of Parenthood)」N. Rouland(フランス) —— 親子関係とは何であるかを文化人類学的視点並びに哲学的・歴史的・社会的視点から報告。
- (2)「ヨーロッパに於ける人口動態の推移と法(Europe's Second Demographic Transition and Law)」D. van de Kaa (オランダ) —— ヨーロッパ各国の人口動態・家族構成の変化を統計学的に分析し、それに対応する親子法の推移を論述。
- (3)「離婚後の親子問題(Parenting after Separation)」M. P. M. Richards (英国) —— 離婚が子供に対し如何なる影響を与えるかを心理学的手法を用いて実証的に論述。幼年期・学業成績・成年後の就業に到る迄、分析した点がユニーク。
- (4)「親についての遺伝学的検討 (Genetic Aspects of Parenthood)」H. Van den Berghe (ベルギー) —— 親と子の遺伝学的研究並びに医学的・科学的見地から人工生殖の現状・問題点・将来の展望を報告。

第二日・(I)親とは? : 科学からの挑戦 (Parenthood : The Challenge of Science)

- (1)自然生殖並びに(医学的措置に依る)人工生殖に於ける親の確定と否認 (Establishing and Contesting Parenthood in Natural and Medically Assisted Procreation)

「親と科学：親の推定と否認(Parenthood and Science : Establishing and Contesting Parentage)」Anders Eriksson & Åke Saldeen(スウェーデン)

- (2)人工生殖：子供の法律上の措置 (Medically Assisted Procreation : Legal

2) 本来ならば、親子法に関する世界の学者の関心事やその全貌を明らかにするためにも、会議で報告されたすべてのテーマと報告者を記するのが適当であるが、ここでは紙幅の関係で、Keynote Speaker のみ記述するにとどめた。

Implications for the Child)

「人工生殖児の権利 (The Rights of Artificially-Procreated Children)」

Michael Freeman (英国)

「基本的人権と人工生殖 (Basic Human Rights and Artificial Procreation)」 Cyril Hegnauer (スイス)

「代理出産の防止 (Deterring Surrogacy)」 Martha Field (アメリカ)

(3) 受精卵の保護 (Protection of the Embryo)

第三日・(Ⅱ) 父性と母性：リーガルバランス (Fatherhood and Motherhood : The Legal Balance)

「何故親は子供に対して義務を負うのか (Why do Parents have Duties towards their Children ?)」 John Eekelaar (英国)

「離婚の際の子供の取り決め：法的状況と社会的現実 (Making Arrangements for Children in Divorcing)」 Robert Mnookin & Eleanor E. Mac-coby (アメリカ)

「性なき親と声なき子供：家族法のジレンマ (Genderless Parents and Voiceless Children : Dilemmas for Family Law)」 Kate Funder (オーストラリア)

(Ⅲ) 親と子の関係：リーガルバランス (The Parent-child Relationship : The Legal Balance)

「夫婦とその間の子供に対する離婚の影響 (The Impact of Divorce on Marital Parents and their Children)」 Josip Obradović (ユーゴスラビア)

第四日・(Ⅳ) 生物学的親と社会的親：リーガルバランス (Biological and Social Parenthood : The Legal Balance)

「擬制親と生物学的親 (Step-parenthood and Biological Parenthood)」 Anders Agell (スウェーデン)

「昨今の擬制家族：社会の変化、不確実性の一般化と法の役割 (Step-families Nowadays : Social Evolution, Normative Uncertainties and the Role of the Law)」 Irene Thery (フランス)

(1) 擬制親 (Step-parenthood)

変貌する社会に於ける親子法の展開(Ⅰ)

分科会：(A)擬制親 (Step-parenthood)

(B)少数民族，多元複合民族社会及びその親子関係 (Minorities, Multiculturalism and Parenthood)

(2)国際養子縁組 (International Adoption)

「国際養子縁組 (International Adoption)」J. H. A. Van Loon (オランダ)

「自己の出生を求める養子達 (Adoptees Searching for their Origin)」

Ingrid Baer (ドイツ)

分科会：(A)国際養子縁組

(B)擬制親 (継続討議)

第五日：(V)親子関係に対する国家的側面 (National Aspects)

親権への国家干渉 (State Intervention in the Field of Parental Authority)

「家族政策と自由主義国家 (Family Policy and the Liberal State)」Robert Dingwall (英国)

分科会：(A)親権への国家干渉

(B)憲法的見地 (Constitutional Aspects)

(C)手続き法的見地 (Procedural Aspects)

(VI)親子関係に対する国際的側面 (International Aspects)

「未婚の父と人権 (The Unmarried Father and Human Rights)」Ruth Deech (英国)

「子供の権利とヨーロッパ人権規約 (Children's Rights and the European Human Rights Convention)」Lucy Smith (ノルウェー)

三 本会議の特色について

今回の世界会議で特筆すべきことは、社会に於ける親子関係の変化に伴い、子供の権利の尊重と、親の子に対する責任の変質が提起されていることであろう。筆者自身の舞台裏での参加も含め、今回、率直に感じた会議の特色を、具体的にいくつか検討することとする。

まず第一に、本会議は、開催に至る一年以上前から、理事会でプログラム委員会が組織され、数回に亘る委員会の討議を通じて問題を整理し、プログラムを組んでいくという国際的共同作業によって着々と準備がなされた経緯がある。これが効を奏して、会議自体が活発で内容も充実し、各国の現状や法の紹介のみにとどまらず、系統立った報告・議論が行なわれた。特に第一日目の基調報告で、親子関係の背景分析、歴史的検討、心理・倫理・文化的検討と法との相関関係等、基礎研究がなされ、それらをふまえて二日目以降の法的諸問題が総合的に積み上げられ、まとめられていく様は誠に見事であり、周到的準備なしには得られなかったであろう成果であった。また、国内学会では見られない、研究の厚みと深みを強く感じさせるものであった。

第二に、ソ連を始め、ポーランド、チェコスロバキア、ハンガリー、トルコ、開催国であるユーゴスラビア等、東欧の参加によって、その法の実態を知り得たのは有益であった。何れの国も、政治的リベラリゼーションは、親子関係にも大きく影響しており、国家の強い干渉から家族自治への動きが見られ、経済事項以外は国家からの権力を排除する一般的傾向が見受けられた。しかし、その一方で、皮肉にも家族手当が削減され、貧困に陥る結果、家族自治は危機に頻し、捨て子の増加等の現象も増えつつあることは否めない事実である。ピル解禁や、中絶の自由化等、家族政策の変更はあっても、各国とも（ユーゴ等一部を除き）法の整備には至らず、まさに移行期にあり、混沌とした状態である。中でも親子法は、国家政策や立法のレベルで捉えられるのみで、市民法的思考には遠い感があった。

第三に、受精卵(Embryo)の保護に始まる、人工生殖(Artificial Procreation)をめぐる種々の問題について議論が白熱した。新しい問題ゆえに、各国が模索している状態と言えよう。ヨーロッパ、特に北欧やイギリスは、法の整備も早く、問題の核心に対する取り組み方も深く鋭く、報告も秀逸であった。その他、ハーグコンベンションの影響もあって、国際養子の問題にも参加者の多くの関心が集まっていた。

第四に、親権概念(Parental Rights)の変質の報告が注目される。近年の国連による子供の権利に関する一連の宣言によって、少くとも理念的には、全世界

に共通な概念としての、子供の権利性の視点が確立し、それとの関係で、親権は子供の権利性を保障するための責任という形で理解されようとしている。この理念を基礎として、各国で法改正が行われ、また行われつつあるのである。

何れにしろ、欧米の報告は、小手先の解決や、各国の立法説明、法の適用のみにとどまらず、問題の本質に深く切りこみ、根本から思考を積み上げていく手法を用い、広く社会全体へ観察・思考の手を伸ばしていることに特色があると言えよう（詳細については本論一 8 若干の私見参照）。

本論

一 人工生殖に関する問題

1 問題提起

ここでは、特に議論の白熱した人工生殖 (Artificial Procreation) に関する問題について、各国主要報告者を選んでその論点を紹介するが、それに先立ち、数多くの研究者達が提起している問題点を整理してみたい。

まず各国の報告や立法上の視点、会場での議論を通じて浮び上がっていた共通問題のうち、基本的なものは、次の六点到要約し得る。①人工生殖は、そもそも社会的に認めべきものなのか。遺伝子操作による第三の人間創造の危険性も含め、果たしてその倫理的・宗教的問題をクリアすることができるのか。或いはもし認めるとした場合、その限界線をどこまでとすべきなのか（例えば代理母は認めない等）。②法律上、子供を持ちたいという親の自己決定権と、生まれてくる子供の人権との相剋をどう調整すべきか。③受精卵 (Embryo) はヒトか否か。法的保護の対象となるのは何時からか。④人工生殖児の法的父親または母親は誰か。誰に監護権 (custody) を与えるべきか。⑤人工生殖（特に体外受精）の措置並びに受精卵の医学的実験からの保護につき、国家が公的機関を通じて関与する必要があるか否か。⑥法は如何なる役割りを果たし得るか。人権保障との関係で、人工生殖に伴う特別立法は必要か。

この他に、より具体的に論議された点は、以下の通りである。④相手方の「同意」に重要な法的効果を付するのには問題はないか（否認権の放棄の効果等）。

⑥体外受精や人工授精を受ける権利を有するのは誰か（婚姻中の夫婦，同棲者，未婚の女性のいずれにも認めるか，或いはいずれかに限定すべきか）。⑦医学上の検査結果を親の決定に評価できるか（父親と推定される人物が検査を拒んだ場合や，複数の男性がドナーである場合，強制診断は可能か，その手続きはどうか）。⑧ドナーは匿名にすべきか否か（子が自ら出生を知る権利とプライバシーとの関係をどう調整するか）。⑨伝統的に生物学的親と法的親は一致するのを原則としてきたが，人工生殖による組み合わせの複合から，社会的親（事実上，子供を養育している者）を法的親とする必要はないか。⑩ドナーによる精子や卵子，或いは代理出産の商品化について危険性はないか。⑪代理出産契約は強制し得るか（斡旋契約の効力は）。⑫精子や卵子の凍結保存は何時まで許されるか。⑬受精卵の医学実験は何時まで許されるか。遺伝子操作は許されるか。⑭人工生殖に関し，世界的に共通の規制を検討する必要はあるか（例えば国連等の場で）。⑮代理出産の場合，代理母は監護者（custodian）となり得るか。なり得るならば，代理母と精子提供者（通常は依頼者夫婦の夫）のどちらに監護権を与えるのが適当か。joint custodyはその解決法となるか。⑯懐胎のみの代理母（gestational surrogacy）の場合，母親は卵の母か，子宮の母か。⑰特に女性の自己決定権及び女性の人権には特別な配慮が必要か。等の諸点に報告の主題や議論が集中したが，これらの諸問題は，いずれ我が国に於いても，審議を尽くし，乗り越えねばならないハードルの数々であると考えらる。

2 伝統的親子観念——親（特に父性）の推定と否認について

Anders Eriksson & Ake Saldeen（法務省法務次官・ウプサラ大学教授<スウェーデン>）

Parenthood and Science——Establishing and Contesting Parentage

ここでは，人工生殖に直接的に触れている箇所は少ないが，親とは何か，何故親を確定する必要があるのか等，親子法の基本的命題を探求しており，これは人工生殖を問わず，親子法全般に関わる問題でもあるので，簡単に触れておく。

変貌する社会に於ける親子法の展開(I)

まず、子供にとって誰が親かを確定する必要があるかという疑問に対し、以下の理由により、その確定の必要性を説く。①親は自分達の子供を初めて世に送り出した者として、その子を育てる責任を最初に問われるべき存在であるという道徳的観点、②親子関係は基礎的な社会構成単位の一つであり、子供を育てる親が確定しないと構成単位の安定を欠くという社会的要因、③子供の精神的発達面に於ける両親の存在の重要性³⁾、或いは子供が自分のルーツを知ることの大切さという心理的要因⁴⁾、④生物学的親の確定により、子供に遺伝性疾患の発見の可能性を与えるという医学的要因、⑤子供の生活費・養育費・教育費等の経済的側面を、両親と国家の双方で支えるという経済的要因⁵⁾。これらの理由により、親の確定は必要であると考ええる。

次に、親を確定するためには、いかなる規則を加えるべきかについて、日本の嫡出推定制度にも似た、「Pater est-rule」の伝統的な法原則の適用とその限界を論ずる。即ち、北欧諸国では、婚姻中の女性が出産した場合、彼女の夫をその子の父と看做すという原則が支配している。この原則は、子供の法的地位の早期安定に対し、大いに貢献してきた。しかし、その反面、未婚の女性から生まれた子供に対する差別を助長する点や、父親の推定に対し異議が申し立てられた場合、既にその推定原則は崩れ去っているという事実、生物学的父親以外の男性が、例えば近年とみに多い複合家族に於けるように、子供の社会的父親としてその子の面倒を見たいと欲する場合に、この推定原則が障害となる点

-
- 3) 単親家庭と両親が揃っている家庭で育った子を比較してみると、後者の子供の方が発達上、優れているという調査結果もある (G. R. Patterson 「Coersive family proccess」 Oregon, 1982, 及びスウェーデン政府リポート, Vårdnad och umgänge, Ds 1989: 52, bil. 1)
 - 4) 例えば、たとえドナーから精子提供を受けた人工授精によって生まれた子供であっても、その子が一定年齢に達したら、その子に対し生物学的父親を知らせるべきであるとする国もある(スウェーデン)。これは、子供が自分のルーツを知る重要さを考慮したものであり、子供の権利であると捉えている。
 - 5) 子供の経済面に於ける両親の責任と国家の責任の分担の割合は、国によって様々な段階があるが、子供の福祉に対する責任の大半を国家が肩代わりしている北欧諸国に於いてさえ、公費の拡大には難儀しており、全面的に国家が責任を負うには至っていない。将来的にも、子供の生活費のある程度の部分については、第一義的に親が責任を負うという制度は全廃不可能と考える。

などから、批判が加えられてきた⁶⁾。しかしながら、この原則に代替する新たな原則が見当たらない以上、これを保持し、かつこの推定原則が及ばない場合の例外規定を設ける他ないのではないかと考える。これに関連して、生物学的父親と法的父親とを一致させるべきかという点に対し、能うる限り、一致させるべきであるとする（但し、一方で、これが最善とは言い切れない場合もあることは認める）。

次に、未婚の母により、もうけられた子供（婚外子）に対する父性推定について、北欧法では、伝統的に非嫡の子と父親との関係を積極的に認めてきており、父性確定を社会的義務であると考えていると説く⁷⁾。その方法には、裁判手続による方法と、父親であるとされる男性が書面による任意認知をする方法の二つがある。裁判手続による場合、父性確定の訴えを起す訴訟適格を有する者は、北欧諸国でも国によって異なるが⁸⁾、一方で血液検査等の科学的証明を積極的に採り入れながらも、他方、母親の証言に重きを置き、母親が証言し相手方が認めれば、それ以上の追及はしないという蓋然性の理論が大きく支配している。報告者自身の私見でも、完全かつ明瞭な調査や追及は必要ないと考え、むしろ、父親側の任意認知の方法を推奨している。但し、北欧三国とも、父親側の任意認知には、必ず母親側の承認を必要とする⁹⁾。

また、現在、北欧で増加しつつある同棲者に対し、「Pater est-rule」の原則を適用すべきか否かについて、④同棲者には登録形式がなく、同棲中であると

6) ノルウェー政府リポート (NOU 1977: 35) 参照。

7) 父性確定は社会的義務であるという考え方から、未婚の母が子の父親に対する情報提供をするのも義務的に捉えている。例えば、母親が（強姦された等の）正当な理由もなく、父親のアイデンティティの証明協力義務を拒めば、罰金刑に処せられることもあるし（デンマーク）、国家から子供の扶養費の前払いを受ける権利を奪われることもある（スウェーデン）。

8) スウェーデン法では、唯一子供だけが訴訟適格を有する。但し、子供が18歳以下で監護権に服している場合は、社会福祉委員会（Social Welfare Board）、または監護者である母親が子供に代わって訴えを起こすことができる。ノルウェーでは「fylkesmanen」という代理人を通して国家が唯一の当事者となる。婚外子の推定上の父親は北欧三国のいずれに於いても訴訟適格を有さない。

9) スウェーデン法ではこの上に更に、国家機関が、その男性が生物学的父親であるか否かの調査をし、父親であるとの結論に達しなければ認められない。これは生物学的父親と法的父親との一致を目ざすためである。

変貌する社会に於ける親子法の展開(Ⅰ)

いう証左を欠く、⑤「Pater est-rule」は、本来、安定した長期の関係（まさに婚姻関係がそうである）を想定して生み出された原則であるが、同棲は、多くの場合、短期で終わる傾向があり、不安定である¹⁰⁾、⑥未婚の母親が一人暮らしの場合と、同棲相手と暮らしている場合とで、生まれた子の間に差をもうけることにならないか¹¹⁾、等の理由から、その適用に関しては消極に解している。

また、同性愛の同棲者が子供の法的父親になることができるかという点に対し、⑧法的親はできる限り生物学的親と一致させるべきである、⑨子供にとっては女親と男親の両親がそろっている方がベターである、⑩同性愛者の家庭には多少ともアブノーマルな要素があると考える人もいるし、子供の発達に悪影響を及ぼさないと限らない¹²⁾、等の理由により、否定的見解をとっている。

3 北欧三国に於ける人工生殖——親の権利と子供の権利

Linda Nielsen (コペンハーゲン大学教授<デンマーク>)

The Right to a Child versus The Right of a Child

ニールセン教授は人工生殖に関し、最も鋭い説を展開される。教授によれば、親になりたいという願望を満たすために発達してきた新しい生殖技術は、我々が今まで抱いてきた親子関係や自然生殖に対する伝統的観念に挑戦するものである。この挑戦は、法や倫理の問題とも密接に結びついているが、最も配慮しなければならないのは、生まれてくる子供の利益 (interests) である。ここでは、主に、ノルウェー・スウェーデン・デンマークの北欧三国に於ける人工生殖に関する現在の法状況を概説し、次いで、生まれてくる子供の利益をいかに

10) スウェーデンのある調査報告によれば、同棲者の大多数が2～3年以内に同棲状態から婚姻または解消に移行するという結果が出ている（スウェーデンオフィシャル統計リポート「Familjebildning och familjeupplösning under 1980-talet, Demografiska rapporter 1990:1」）。

11) ノルウェーでは1970年代にこの点につき議論がなされたが、差をもうけるべきではないという結論に達した結果、「pater est-rule」は未婚の同棲者には適用されないこととなった。

12) 現に「Registered Partnership」として、同性愛者に対し、婚姻と類似の登録制度を法的に認めたデンマークでさえ（Act No. 372 of June 7, 1989）、パートナーが親権者になったり、養子をとることは禁じており、これは二人の同性愛者は子供の両親と看做すことはできないという考え方からとされている。

確保するか、倫理の問題とは何か、人工生殖利用の拡大が将来いかなる問題を生み出すか、そこで果たし得る法の役割りとは何かについて触れている。

(i) スカンディナビア諸国では、世界的に見てもかなり早い時期に、人工生殖に関する法の制定化をみている(ノルウェー：1987年、スウェーデン：1989年¹³⁾、デンマーク：1991年4月法案を提出、審議中)。以下、各国の法状況を順次比較検討していく(但し、デンマークについては現在、立法中なので、法案内容をその対象とする)。

まず、人工生殖を受ける権利についてであるが、スカンディナビア諸国に於いてはそれは個人的権利とは看做されない。ノルウェーでは、その法の制定理由(legal motives)の中で、女性(あるいは夫婦)の自己決定権は、たとえそれが生殖に関するものであっても、社会の統制や共同決定のニーズに対して何らかの責任を負うべきであると強調している。従って、生殖技術を受ける利用資格についても(各国の婚姻観や宗教的要素により多少の差はあるが)、制限を伴っており、例えばノルウェーでは体外受精を利用できるのは婚姻中の女性に限られている¹⁴⁾。

ドナーの精子提供による人工受精(AID)は、スカンディナビア三国で共に認められているが、卵子の提供(egg-donation)や受精卵の提供(embryo-donation)、あるいは体外受精と結びついた形で精子の提供は、ノルウェー・スウェーデンでは禁止されている¹⁵⁾。卵子や受精卵の提供が禁止されるのは、例え

- 13) このスウェーデンの1989年法が具体的に人工生殖に関する法のどの Act を指すかはリポートにその説明がない。例えば後述の Per Westman (スウェーデン)の説明によれば、スウェーデンに於ける人工生殖法は、1984年の人工授精法に始まり、1988年の体外受精法、1989年の子にドナーを知る権利を認める法改正、1991年受精卵の保護に関する法等、一連の Act が認められる。しかし、ここでは報告者の言葉に依っていることをお断りしておきたい。
- 14) スウェーデン及びデンマークでは、同棲者も民法上の婚姻に準じた資格が与えられており、婚姻夫婦同様、体外受精を受ける資格を有すると思われる(但し、デンマークでは未だ法制化には至っていないが)。特にデンマークでは、倫理協議会(Danish Council of Ethics: 1987年設立)が、独身女性やレズビアン女性(Registered Partnership 制度の成立とも相俟って)にも、体外受精を受ける資格を認めるべきであると提案したが、1991年4月提出の法案に採り入れられるには至らなかった。
- 15) デンマーク法案では、卵子の提供は認めるが、受精卵の提供は禁止するとしている。この差が何故生じるのかは、未だ議論が尽されておらず、単に、受精卵の提供は男女共に不能である場合のごく限られた夫婦の問題に過ぎないと指摘しているのみである。

変貌する社会に於ける親子法の展開(Ⅰ)

ばノルウェーでは、①子供の利益に鑑みて、子供のアイデンティティに最も基礎的な親子のきずなを子供から剝奪する可能性のあること、②子宮と卵の間の自然なつながりの破壊は、従来、女性の体内で行われてきた生殖から出産までの過程を崩し、親の同一性を操作する可能性のあること（これは倫理上、我々の文化に対する基本的侵害とも考えられる）、③個人の自由や自治を優先させることによって、生殖に伴うドナーの選別や商業化の危険性が生じること、④精子の提供と異なり、卵の提供には医学的施術を必要とするし、移植と同様、危険を伴うこと、等の理由があるからである¹⁶⁾。また、スウェーデンでも、①生まれてくる子供の幸福を第一義的に考えるべきこと、②この種の不能の技術的解決法は、人間性に関する見解(view)そのものを害する危険性があり、倫理的に認め難い等の点が挙げられている。また、体外受精と結びついた形で精子の提供を禁止する理由としては、例えばノルウェーでは、体外受精と精子提供の組み合わせにより、それらの技術を別々に使った時よりも、更に大きな範囲で生殖を操作する危険性の存することが指摘されている。これに対し、ドナーの精子提供による人工授精(AID)が、子供のアイデンティティに及ぼす重大な影響を認識しつつも、何故認められるのかという点については、AIDの方法自体の技術的簡便さから、もしこれを禁止すると、社会のコントロールがきかない所に市場(market)ができる危険性があるためとしている。ここでは、倫理的考察は、現実的必要性から来る法的是認に道を譲らざるを得なかったと言える。

AIDの場合に、ドナーを匿名とすべきか否かの点につき、デンマーク・ノルウェーでは匿名原則をとっている。従って子供には、真実の父親のアイデンティティについても、またAIDの事実についても知らされる権利はない。その理由は、例えばノルウェーでは、①通常、ドナーは匿名を望むであろうこと、②社会的親にとっても、子供が生まれて数年の後に生物学的父親が現われる事態になって欲しくないであろうこと、③匿名原則を廃してしまったら、ドナーとなる者が激減するであろうこと、④子供にとっても、生物学的親の存在を知ることとはショックであろうし、社会的親との間に思わぬ軋轢が生じるであろう

16) これらは、ノルウェーの人工生殖に関する法の legal motives の中で述べられている。

ことが挙げられている¹⁷⁾。しかし、スウェーデンでは、子供が自分のルーツを知るのは必要不可欠な権利であるとして、匿名原則を廃している。即ち、子供がある程度成熟するまでは無理に知らせるべきではないが、一旦成熟したならば子供に知らせるべきであるとする。生物学的父親のアイデンティティを知ることは、子供と社会的親との間に必ずしもネガティブな効果を与えるとは限らないし、何より子供には自分のアイデンティティを確立する上で自分のルーツを知る必要があるというのである¹⁸⁾。子供の利益に対する各国の見解の違いから、このように全く異なる対処の仕方が生まれるのは興味深いことである。

スカンディナヴィア三国では、代理出産 (surrogacy) は禁じられている。スウェーデン・ノルウェーでは、卵子の提供と結びついた形での代理出産は固く禁じられ、デンマークでも養子法¹⁹⁾にその禁止事項がある。デンマークの legal motives には、代理出産では、代理母が妊娠期間中にお腹の子供に対し愛情を感じるに至るであろうこと、赤ん坊の引渡し契約自体がデンマーク社会に於ける基本理念と相容れないものであることが指摘されている。

精子・卵子・受精卵の冷凍保存については、例えばデンマークでは、事実上、長年に亘って精子の冷凍保存が行われてきており、卵子・受精卵の冷凍保存に対する禁止事項もない。但し、1991年4月法案では、保存の期間を最長1年とし、これを行政的にコントロールすべきであるとしている。ノルウェーでは、卵子の冷凍保存は禁止されているが、受精卵の冷凍保存は1年以内ならば許される。

受精卵研究 (embryo research) については、デンマークでは、1987年に一時的禁止にふみ切ったが、1991年4月法案では、妊娠を成功させるために体外受精を発展させるという目的がある場合に限り、研究を許すべきであると提案している (なお、今まで述べてきた三国の法規定を筆者が具体的に整理したのが後掲の表1である)。

17) デンマークではこの種の議論はあまり盛んではない。

18) ドナーの数も、匿名制を廃したことによって確かに一度減少したが、恐らく別のタイプのドナーが出現したことにより、その数は再び増え始めているという。

19) デンマーク養子法 (Act No. 326, 1986年6月4日) §§ 33。

変貌する社会に於ける親子法の展開(Ⅰ)

(ii) 次に生まれてくる子供の利益に鑑みて人工生殖を考察するとき、以下のことが言えるであろう。即ち、人工生殖は子供に命を与えるという意味で、子供にとって誠に有益であるとされるが、これは議論のすりかえである。要は、親になりたいという大人の願望を満たすために生み出された生殖技術であり、子供自身の利益のためのものではない。報告者自身は、生まれてくる子供に対し、最善の環境を確保することこそが最優先課題であると考えている。また、子供を欲する親の強い願望が、必ずしも子供にとって最善の環境を確保するとは限らない。例えば、体外受精によって単独でも親になり得る可能性は、子供にとって父親と母親の双方に対して有すべき権利を奪うことにならないであろうか。親になる権利を(代理母などに生ませた)他人の子を奪う権利にまで拡大させるのは誤りであろう。事実、卵の提供も受精卵の提供も、子供を作ることがある大人から別の大人への贈与(gift)となる点で変わりはなく、そこでは子供自身の利益は見落とされている。また、遺伝子の継承の重要性からみても、卵及び受精卵の提供は禁止されるべきである。

人工生殖の代替手段として養子制度をいう者もあるが、そもそも養子制度は「親がない」子供のための問題を解決するものであり、他方、人工生殖は「子供がない」大人のための問題を解決するものである。目的の異なる二つの制度を併列的に並べて優劣を評価することは誤りであると考えている。

ドナーのアイデンティティやAIDの事実について、匿名原則をとるのも誤りであろう。これらを知るのは子供の基本的権利であるし、自己の出生を知るという子供の権利を無視することは、子供の自由と自律性を傷つけることにもなるだろう。ドナーの決定や匿名の決定は、子供の出生前、ほんの短時間で決せられるのであろうが、それらの子供に対する影響は大きく、一生つきまとうのである²⁰⁾。

(iii) 倫理的問題との関係について見る時、まず言えるのは、我々は人間社会に近づきつつある新たな危険に逸早く気づき、いかなる倫理的警鐘が危険の防

20) これら一連の、子供の利益という観点からの考察は、後述の Cyril Hegnauer (スイス) の見解と共通点が多い。但し、後者は権利の形式的構成に主眼点が置かれているように思う。

止,あるいは減少に役立つかを考えるべきである,という点である。

西洋社会に於ける生活観や価値観は極めて多元的であり,倫理規範も個人の問題であると片付けがちである。しかし,倫理基準の個人化は,もし人間性が崩壊の危機に瀕しているとしたら,あるいはその個人化が自己本位制の上に成り立ち,消費者文化(consumer culture)が共同体意識や社会の連帯意識を隅に追いやっているとしたら,由々しき問題である。体外受精によって生まれてくる子供について契約を交わしたり,受精卵を研究材料として供したりすることは,我々が考える人間の命というものに誤った方向づけをしていないであろうか。親は受精卵をいかようにも処理できるのであろうか。他の財産権との境界線(division)はどこに引くべきなのであろうか²¹⁾。少なくとも,精子や卵子や代理出産を,契約を介して売買するという商業化は,非人間性を増々促し,通常の品物の売買と大差がない状態にまで追い込むかも知れない。また,ドナーの選別(これはスカンディナビアの文化には受け入れ難いので現に禁止されているが)は,生物改良にも通じ,犠牲を顧みない究極の幸福の追求であるとは言えないであろうか。確かに,倫理的欠陥がわかっている場合でも,実用主義的理由から,方法の是認へと導かれる場合があることも否めない²²⁾。しかし,報告者自身の私見によれば,このような人間の生命創造に関する問題については倫理的考察こそ急務であり,倫理的考察を尽さずして実用性や法の論理性に走るのは誤りであるとするならば,究極的には,法の論理より倫理こそが優先されなければならない。

(iv) ここに至って,法はどのような役割りを演ずることができるであろうか。

21) 例えばアメリカのあるケースで,7つの受精卵が冷凍保存されていたところ,母親と父親がその間に離婚に至り,父は受精卵を破壊しろと言い,母は受精卵を子宮に戻し,生みたいと主張した。裁判では,監護権の一問題として処理されたいが,このケースには,そもそも子供のためにある監護権をもって受精卵を破壊することができるのか,受精卵と他の財産権との境界線はどこにあるのか,いつから物ではなくヒトとなるのか,ヒトと考えた場合に7つの受精卵全部を母親に生むよう強要できるのかといった,様々な問題が内包されている。

22) 例えば, AID がその技術的簡便さゆえに,コントロールできない場所に市場が生まれる危険性を防ぐため,法がこれを是認するといった如き場合(前述)。

変貌する社会に於ける親子法の展開(Ⅰ)

たとえ、ある国である種の人工生殖を禁止したとしても、他の国で利用の可能性が開ければ、その禁止は妨げられることにもなる²³⁾。しかし、それでも、各々の国々は各々の文化に見合った独自の法を生み出さねばならない。幾つかの領域で法規が欠けていたとしても、それは道徳的是認を意味するわけではない。こういった分野では、利用の限界を個人的判断に任せず、社会がコントロールすることが必要であり、そのための法規は必要不可欠であると考える。

(Ⅴ) 新しい生殖技術を受け入れることは、単に現実の処方を受け入れるのみならず、その底に潜む人間性のビジョンをも共に受け入れるのであるということ忘れてはならない。受精卵研究や、洗練され、改良された生殖技術を受け入れれば受け入れるほど、それらを規制するための多くの法が増々必要となる

<表1> (筆者作成)

国名 具体的法規則	デンマーク	スウェーデン	ノルウェー
人工生殖に関する法	1991年4月法案提出	1989年法	1987年法
AIH・AID	認	認	認
IVFを受ける資格	婚姻夫婦 同棲者) 認	婚姻夫婦 同棲者) 認	婚姻夫婦のみ認
IVFの場合における sperm-donation		禁	禁
egg-donation embryo-donation	egg-donation は 許されるべきとする	禁	禁
donor の匿名原則	あり	なし(子供に知る 権利を認める)	あり
surrogacy	禁	禁	禁
精子・卵子・受精卵 の凍結保存	各1年以内		egg 禁 embryo 1年以内
受精卵の研究	1987年一時禁止, 1991年法案では目 的により認める		禁

23) 現に、日本では直接的法はないにしろ、少なくとも代理出産契約は無効と看做されるであろうが、アメリカ人の代理母に代理出産を依頼した日本人夫婦の出現例にもあるように、日本で禁止したとしても、アメリカで利用可能となれば、アメリカへ行って利用するといった法の抜け穴状態は起こり得るのである。国毎の事情もあるが、一方で世界的な協調も諮られねばならないであろう。

であろう。しかし、法や規則といったものは、起こってしまった争いを解決するには役立つかも知れないが、争いが起こるのを防ぐことはできないし、その争いに倫理観が巻き込まれた場合、それを克服するには大きな困難を伴うであろう。

4 英国に於ける人工生殖²⁴⁾——親の資格と法的関与

Gillian Douglas & Nigel Lowe (カーディフ ロースクール講師・同教授<英国>)

Becoming a Parent in English Law

子供に対する親の責任を果たさせるため、英法は長きに亘って、法的親の資格をコントロールしてきた。歴史的に見て、親と子の遺伝学的なつながりは、法的親を決する上で常に必要とされてきたが²⁵⁾、近時の人工生殖技術の発展は、法的親と遺伝学的親との合致を崩し、血のつながりの重要性を薄める結果となった。例えば、つい最近まで、母親と言え子供を生んだ女性が母と決まっていたが、受精卵や卵子・精子の提供により、遺伝母とは別の女性の体内で子供が育てられる可能性が現実のものとなり、生みの母と遺伝母のどちらを

24) 英国については、本来、Michael Freeman の「The Rights of Artificially Procreated Children」に触れたかったが、報告者が欠席した上、提出された Paper が膨大であり、訳をこなす時間的余裕もなかったので、ここでは Douglas & Lowe の報告の前半部分（特に人工生殖に関する部分）に触れるにとどめた。

25) 但し、これは必ずしも完全なものではなく、例えば非嫡出子と父との関係は遺伝学的父親と判明しながらも法的に認められない状態が長きに亘って続き、これが法的には認められたのはかなり最近になってからのことである。

26) そもそも英国に於ける人工生殖の医学的研究は、かなり早い時期から進んでおり、1978年には世界初の体外受精児が生まれている。こうした事態を受け、1982年には、各界の代表者から構成されるワーノック委員会（Chairman: Dame Mary Warnock）が設置され、1984年には議論の結果としての所謂ワーノックリポートが発表された。これを受け、代理母法を始めとする人工生殖に関する一連の立法が行なわれ、この1990年法へと結実してきたのである。また1991年3月には、この法についての実務要綱が発表されている。1990年法は、このリポートで触れている内容の他にも、受精卵研究を14日以内に制限したり、遺伝子の変更禁止規定も含み、人工授精・体外受精・受精卵移植等に関し、英国とは異なる政策をとる国々からも、現代の最高水準をいく優れた立法として高い評価を受けている（ちなみに現在、英国で IVF による子供は1581人、AID による子供は1700人近くが既に生まれているとされる）。

法的母親とするかの問題が生まれた。また、ドナーの精子提供によって生まれた子供にとっては、子供を生んだ女性の夫とドナーである遺伝学的父親のどちらを法的父親とすべきかの問題が生じた。これらの問題に答えるべく、英国では、1990年11月に「1990年ヒトの受精及び受精卵学に関する法 (Human Fertilization and Embryology Act 1990)」が成立した²⁶⁾。この法によれば、たとえ卵が別の女性のものであっても、子供を生んだ母が法的母親になり、また、たとえ遺伝学的つながりはなくとも、子供を生んだ女性のパートナー（婚姻中であればその夫、同棲中であればその同棲相手である男性）が法的父親になっている。ここに至って、遺伝学的なつながりと法的親の承認とは、必ずしも一致しないものとなったのである。

人が親の地位につくための方法には、大別して次の二つがある。即ち、私的自治に任せながら国家が法的親の承認を与える「private ordering model」と、国家が積極的に関与しながら親の地位を与える「state regulation model」の二つである。独身女性が非嫡出子を生んだ場合が前者の典型的な例であり²⁷⁾、養子制度による養親の決定が後者の典型例である。非嫡出子の推定上の父親は、自動的に親としての法的地位を得るわけではなく、母の承認という private ordering か、あるいは裁判手続による父親の宣告命令という state regulation のどちらかがなければ、親としての法的承認を得ることはできない。

人工生殖の場合、親の地位はどのように決せられるのか、private ordering か、あるいは state regulation によってかについて、以下述べることにする。

1990年法が規定しているのは、人工生殖全般に亘るものではなく、主に体外

27) 未婚の母は、法が自動的に legal Parent と認める唯一の人物である。婚姻中の夫婦も婚姻が有効であれば legal parents となるが、婚姻が無効であれば（例えば、16歳以下の婚姻や近親婚や重婚の場合）、そうはならない。未婚の母にはそのような規制もない。

28) 従って、パートナーの精子を使用した人工授精(AIH)は donated sperm ではないので、この法では扱われていない。また、提供された配偶子を使用しない卵管内移植も、体外で受精卵が形成されたのではなく、受精が本人の卵管内の卵子と外からの精子によって行なわれる結果、この法には含まれない。

29) しかし、現実的には、特に精子提供による人工授精(AID)は医学的技術を必要としないし、方法も簡便であるので、ライセンスもなく、公的機関でもない場所で、友人や同情者の精子を受けて行なわれるケースが多いとの報告もある。

受精による場合と精子提供による場合のみであるが(s.1.(3)(4)²⁸⁾、まず、法は、提供された配偶子(gametes)の使用を含む施術や処置は、ライセンスのある公的機関で行なわれることが必要であるとしている(s.2.(1)²⁹⁾。ライセンスのある機関で処置がなされる場合、「ヒトの受精及び受精卵学に関する認可庁(Human Fertilization and Embryology Authority)」のコントロールを受ける。処置の認可にあたって最も注意が払われるのは、処置を受ける人並びにそのパートナーの親としての「適正」と、父親になる人にとっての子供の「必要性」である。前者の親の適性の評価については、申込人本人並びにそのパートナーの年齢や病歴の審問に始まり、子供にとって遺伝性の病気を受け継ぐ心配はないか、育児の怠慢や子供に対するいじめの危険性はないか、子供に対する犯罪や子供に対するケアの放棄の前歴はないか、既に子供がいる場合には、その子に対する、人工生殖児の新たな誕生の影響等も考慮に入れられる。これらの調査にあたっては、申込人・パートナー・医者に限らず、地方機関の社会サービス部門(social services department of local authority)や警察にも調査の手を広げてよいとされている。このような調査の主目的は、子供に害が及ぶ危険性がある場合に処置を施すのを避けることにありとされるが、これに対しては批判的見解をとる者もある。後者の父親になる人にとっての子供の必要性には、一つには、父親となる人が真に子供を欲しているか、その人物に父親としての社会的役割りを果たす資格はあるかという問題、もう一つには、パートナーのいない独身女性や同性愛者の女性がライセンスのある機関で処置を受ける機会を減らすという目的が含まれている³⁰⁾。また、パートナーは、体外受精等の処置の前にカウンセリングを受けることになっているが(1990年法 s.13(6))、これは、最終的に処置を受けることを決意した当事者にとって障害となる危険性があるとの批判もある。

体外受精や AID の利用に於いて、事前の調査をあまりに厳しくすることは、

30) しかし、現在、養子不足と同様、処置を受けたいという要求は供給をはるかに上回り、殆どの人は私的機関で高いお金を払って処置を受けているのが現状である。この状況は、独身女性に安易に処置を施してしまう危険性があり、公的機関での処置を減らす目的が却って裏目に出ているとも言えよう。

変貌する社会に於ける親子法の展開(Ⅰ)

private ordering とは、かけ離れるかも知れない。しかし、商業的な企業の出現や、親になりたい願望ばかりに重きを置く人に対する規制を考えると、state regulationの要素は多少なりとも必要となってくるのである。この点、養子制度に於ける養親の審査にも似て、state regulationにより近いものになると言えよう。

代理出産について英国法(Surrogacy Arrangements Act 1985, 及び1990年法 s. 36) は、この利用の拡大を極力防ごうという目的から、すべての場合において、懐胎した女性を法的母親とすることによって、依頼した夫婦の妻が自動的に母親の地位を得ることを防いでいる。そして、もし代理母が結婚しているならば(依頼した夫婦の夫の精子が使われている場合であっても)、代理母の夫がその子の父親と推定される(1990年法 s. 28 (2)(5)³¹⁾)。従って、依頼した夫婦が親の地位を得るためには、裁判手続によらねばならない。1990年法 (s. 30) によれば、代理出産契約は依頼者である男女が婚姻中の夫婦である場合にのみ許され、裁判所は、「婚姻中の当事者の子供として法的に扱われるべき子供を提供する」命令を下すことができる³²⁾。但し、その条件として、少なくとも依頼者夫婦の一方の配偶子の利用の結果、子供が生まれること、代理母及び子供の父が surrogate order に同意していることが必要とされる。裁判所が命令を下す際に、子供の福祉に直接触れることはないが、家族事件手続 (family proceedings)の一環として、1989年子供法 (Children Act 1989) のもとでの手続が加えられるので(1989年子供法 s. 1 で子供の福祉は至高の考慮事項とされている通り)、子供の養育の問題は避けられない課題となる。また、1990年法(s. 30 (9)) で、養子に関する規則が surrogacy order にも適用可能となっており、代理出産契約手続を効果的に養子手続に変更することもできる。従って、代理出産は、private ordering とは離れ、state regulation により近いものと言える。

31) 代理母の夫が父親と推定されるという制度は、代理出産の安定性や、生まれた子供を依頼者夫婦に手渡す可能性に関し、必ずしも望ましいことではないが、安易に代理出産契約に走らないために生み出されたものであらうと思われる。

32) 但し、この命令には強制力はなく、1990年法(s. 36)にも unenforceable であると記されている。

5 代理母問題をめぐって

Martha A. Field (ハーバード大学法科教授<アメリカ>)

Surrogate Motherhood

ある女性が別の家族のために子供を懐胎する代理母契約は、その利用の拡大に伴い、様々な問題を惹起せしめている。現在、アメリカでは、その法制化が注目され、端緒についたばかりで、国家レベルでの法制はなく、各州がバラバラに処理しているのが現状である³³⁾。代理出産契約の実施に関して、(i)代理出産契約は強制可能か否か、(ii)子供の監護権(custody)は誰が有するのかという二点について主に論ずる。

(i) まず、第一に、代理出産契約はその履行を強制すべきではない。もし、法的に強制可能なものとすれば、代理出産を促し、いよいよその数を増やすことになる。増加が何故に好ましくないのか、なぜ抑制しなければならないのかは、次の理由による。①女性(特に貧しい女性)の搾取(exploitation)につながる危険性。対価として受け取る金額が多ければ、後で深く後悔するやも知れぬ行為にも走りやすいし、代理出産システムの進展によっては、冷凍精子や冷凍受精卵を第三世界に運び入れ、その地の女性に安価で懐胎させることも起こり得る³⁴⁾。法の中には、臓器の提供や性的交渉をもつという約束、結婚の約束、自分の子を養子に出すという約束のように、たとえ一旦合意したとしても、本質的に法で強制できないカテゴリーがあり、代理出産契約はこの範疇に含まれるべき性質のものである。②子供の売買(baby selling)につながる危険性。

33) アメリカには、現在、異なった50もの規制システムがあると言われる。制定法があるのは約10州で、判例によるものも多い。代理母契約の効力(有償・無償を含む)、履行強制の可否、斡旋契約の効力、生まれた子供の父母の決定、監護権や面接権等の問題につき、各州で多種多様な組合せの判断規制が行なわれている。受精卵を法的人格の対象としたものもある(Louisiana Revised Statutes, Chap. 3 Human Embryos §§ 121~133(1986))。なお、アメリカに於ける人工生殖の各州法並びに判例については、1991年6月(於・札幌大学)の比較法学会第54回シンポジウムでの石川稔教授(上智大学)の報告に詳しい。

34) 例えば、トルコ人が、わずか500ドルでイギリス人の患者に移植するための腎臓を売ってしまうという事実にも似て、まさに現実に関わり得る話である。

例えば、子供の取り引きがエスカレートし、子供が売買契約の対象物(objects)となるときは、身体的に障害のある子供や HIV (ヒト免疫欠如症ウイルス) 陽性の子供や、契約相手に気に入らない子供は、欠陥商品として拒絶される可能性がある。一方は売ろうとして生み、一方は気に入らないから買わないという事態が起こると、その子に対して責任を負う家族が誰も存在しない狭間に子供が陥る結果となる。子供の商品化は断じて許されるべきではなく、こういった事柄は、政策的にも市場経済の外に置くべきである(ベビーM事件に於けるニュージャージー州最高裁の見解参照³⁵⁾)。③養子制度を破壊しかねない潜在的影響。代理出産が強制可能になれば、養子より遺伝的つながりのある子供の方を選ぶ親が増え、その結果、養子制度は潰滅的打撃を受けるであろう³⁶⁾。代理出産により、オーダーメイドの子供達が生み出される代わりに、現に存在し、家庭を必要としている子供達が見捨てられるであろう³⁷⁾。④代理出産を承諾した女性の権利の保護。例えば、強制を不可能にすれば、契約に同意した女性本人に、その契約を履行するか否かの選択権を認めることになり、女性の権利が重視されるが、強制可能となると、この権利が損なわれることになる。これらの理由により、代理出産契約は強制不可能なものとするべきである。

以上の点は、いわゆる「伝統的代理出産 (traditional surrogacy)」について論じてきたものであるが、最近、アメリカでは「純粋な懐胎のみの代理出産 (gestational surrogacy)」の問題も生じている。前者は、依頼者夫婦の夫の精子を代理母の卵子と結合させるので、代理母がその子の遺伝的母親となるが、後者は、依頼者夫婦の夫の精子と妻の卵子を体外受精させて、代理母の子宮に着床させ、育てるもので、代理母と子供には遺伝的つながりはない。1990年秋の

35) ニュージャージー州最高裁は、Mary Beth Whitehead and Baby M 事件 (通称ベビーM事件) に於いて、代理出産をめぐる大金が流れるのは有害であり、子供の商品化は、社会の正常な状態に変調をきたすであろうと示唆している。世の中にはお金で解決できないものもあるのだとも判示した。

36) 国立養子協会 (National Committee for Adoption in the United States) も、まさにこの点を強調して、代理出産に異を唱えている。

37) 現在、アメリカでは、養子 (特に健康な白人の子供) が不足しており、最近では一見して適合不能 (unadoptable) と思われるような子供まで引き取られていくと言う。しかし、代理出産の利用の拡大は、この現象を脅やかし、逆戻りさせるに違いない。

Calvert 対 Johnson 事件³⁸⁾で、Parslow 判事は、借り腹のみの代理母である Ms. Johnson が、生んだ子供の引き取りを請求したのに対し、ある程度の期間、里親 (foster mother) としては認めるが、Ms. Johnson に親権 (parental rights) を認める余地はなく、遺伝的つながりのある Calvert 夫妻こそが真の親であると判示した³⁹⁾。また、当事者間の代理出産契約は適法であり、強制可能 (legal and enforceable) であるとも判示した。しかし、報告者の私見としては、借り腹のみの代理母である Johnson にも監護者 (custodian) の資格を与えるべきであるし、この種の契約を強制可能なものとするのは、先に述べた危険性を増々助長するだけであろうから⁴⁰⁾、代理母に遺伝的つながりのあるなしで差をもうけるべきではないと考える。

(ii) 第二に、子供の監護者には誰になるべきかの問題であるが、報告者は、生みの母親 (birth mother) にも、遺伝的つながりの有無を問わず、監護権を認めるべきであると考え。一般に、代理出産契約が交わされる場合、生みの母親は、親権を放棄し、訪問権もなく、子供と永久にコンタクトをとらないような契約条項に同意させられるのが通常である。しかし、代理母契約がない場合、伝統的代理出産では、精子提供者である依頼者側の夫と、卵及び生みの母である代理母とが共に監護権を主張する立場にある。また、借り腹のみの代理

38) カリフォルニア州で昨秋、起こった事件で、gestational surrogacy としては初めて裁判になったケースである。30 代の Calvert 夫妻が、妻の子宮摘出により子供がもてず、Anna Johnson という、3 歳の子をもつ single mother を、自分達の子の出産者として雇った。Calvert 夫妻の精子と卵子を体外受精させ、受精卵を Ms. Johnson の子宮に移植し、着床に成功したものであるが、懐胎期半ばにして、彼女はその子を自分の子として育てる決心をし、裁判所に対し、現在の法のもとでは生んだ女性が母であるとして、生まれた子の親権を主張した。勿論、過去においてはそれは自明の理であったが、gestational surrogacy の誕生は、その前提を崩壊させてしまったのである。

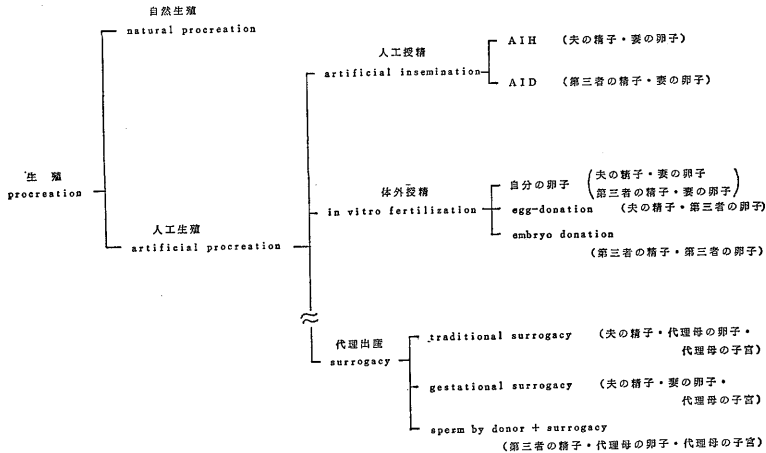
39) Parslow 判決はマスコミにも好意的に取り上げられた。Ms. Johnson は約束を裏切った女性として新聞等で批難されたが、メディアは Ms. Johnson に Calvert 夫妻のような親の役割りはできないと決めてかかっている感があり、彼女に監護者 (custodian) の資格があると論じたものは一紙もなかった。

40) また、gestational surrogacy の方法が普及すれば、多くの女性は、生みの苦しみを味わう代わりに、代わって生んでくれる女性を雇う方を選ぶかも知れないし、これがエスカレートすれば、借り腹のみの代理母と、遺伝母との関係をより稀薄化させるため、自分達以外の人種や民族の女性を利用することも起こり得る。

変貌する社会に於ける親子法の展開(I)

出産の場合、報告者の説によれば、二人の遺伝学的親と、一人の生みの親の三人に親としての権利を認めることになる。アメリカで、別居中の両親が子供の監護権争いをする場合の解決法の一つに、両親に共同監護権(joint custody)を与える方法があるが⁴¹⁾、これは一見平等主義に見えて必ずしも好ましい解決法とは言えず⁴²⁾、代理母を巻き込んだ監護権争いの場合にも同じことが言える⁴³⁾。

<表2> (筆者作成)



- 41) 物理的には、子供が親と一緒に暮らす時間を半々に分けることであり、法的には、子供の生活上の決定事項(学校の問題や医療上の問題等)の決定権を両方の親に与えることである。
- 42) 例えば、子供にとって、二つの家庭を三日毎に、あるいは一週間、一か月毎に行き来するのは、必ずしも良い影響を与えるとは言えない、特に子供が幼い場合には、また二つの家庭がタイプの全く異なる場合には、子供に情緒不安定を生じさせる恐れもある。また、両親の仲がこじれている場合、子供に対する決定事項に双方の同意が得られず、收拾がつかなくなる可能性もある。最近では、アメリカでも、joint custody に対し批判的見解をとる学者が多い。
- 43) また、これに加えて、監護権争いが裁判所にもちこまれた場合、裁判官は子供の best interest に鑑みて監護者を決定するわけであるが、裁判官が考える、子供の best interest が常に現実に適っているとは限らない。例えば、監護権を主張し合う両者の間に財産や学歴の面で大きな開きがあった場合、裁判官は、金持ちで教養のある方を監護者として指定するであろう。しかし、裁判官への心証の良い父親よりも、条件は劣っても愛情深い代理母の方が現実には監護者として適っている場合もあり得るのである。

少なくとも、子供が幼い時期は、生みの母親に監護権を与え、安定した環境で育てられるべきである。何故なら、生みの母親は、その子がお腹の中にいる間、栄養を与え、育み、出産の苦しみに耐えた人だからである。生まれた時点で、その子を誰よりも知り、最も親密な関係にあり、唯一人、母乳を与えて育てることのできる人だからである。

生みの母親に監護権を与えるという報告者の考え方は、アメリカでもコンセンサスを得ていない⁴⁴⁾。しかし、これは一つの権利としても認められるべきであるし、代理出産契約を強制不可能なものとして監視に付するためにも必要であると考ええる。

(なお、今まで述べた人工生殖の理解の一助として、不完全ではあるが、筆者自身が整理した簡単な表が前掲の表2である。)

6 受精卵の保護

- ・ Michael Coester (教授, ゲッティンゲン<ドイツ>)
The Legal Status of the Embryo in German Family Law
- ・ Ferdinand Kerschner (リンツ大学教授<オーストリア>)
Medically Assisted Procreation — Legal Implications for the Child
- ・ Per Westman (ウプサラ大学講師<スウェーデン>)
Protection of the Unborn Child and the Rights of Parents—
Recent Development in Swedish and English Law

ドイツでは、人工生殖について、第二次大戦中の苦い経験から、極めて厳しい態度が採られている様子が窺われる。受精卵(Embryo)保護については、既に立法が成立しており、その法目的は、大きくは子宮外の受精卵の濫用の禁止、具体的には④遺伝子変更の禁止、⑥遺伝母以外の女性の子宮に受精卵を移植することの禁止にある。受精卵は権利能力を有するか、即ち、受精卵は人で

44) 代理母に限らず、人工生殖一般について世界でも最先端を行くアメリカで、代理出産契約についても肯定的に論ずる学者が多い中、報告者は批判的な少数派の一人と言われる。

変貌する社会に於ける親子法の展開(Ⅰ)

あるか、または母体の一部に過ぎないかという問題については、医学ではなく、価値判断の問題であると捉える。ドイツ民法上は、出生前是人ではないとするが⁴⁵⁾、ドイツ憲法裁判所の見解によれば、受精卵の権利は潜在的(potential)なものではなく、人権の一部を成しており、少なくともその保護法益は基本的権利(basic right)として、憲法上、認められるべきであるとする⁴⁶⁾。また、受精卵は、生まれた子供よりも、より緊密に親に結びつき、両親の監護権(parental custody)の一部に服するとされ、親は第一義的保護者(caretaker)であり、国家はその監視人(watchdog)であるとされる。子と親との権利衝突の場面で、子の権利を犠牲にすることを許した規定はなく、常に、子の福祉の実現が最優先課題とされている。

オーストリアでは、1990年に受精卵の保護に関する法案が法務省から発表され、今夏、立法化される見通しである。中絶を認めていることとのバランスから、受精卵の保護も制限的になると思われるが、ヨーロッパ人権宣言の精神に基き、立法がなされるであろう。以下、受精卵並びに人工生殖に関する法の草案の大要である。①自然生殖・人工生殖を問わず、生殖の自治と子供の利益が立法上の考察対象とされる。②当事者の死後、その精子を使用することを禁ずる。③受精卵を遺伝学上の当事者以外に移植することを禁ずる。④精子提供者を登録し、子が成年に達した時は自己の出生(origin)を知る権利を与える。⑤人工生殖により利潤を得ることを禁ずる。⑥依頼者は婚姻者・同棲者に限定する。⑦人工生殖の処置については、夫または同棲相手の正式な同意を必要とする。⑧出産した女性がその子の母親となる。⑨受精卵を科学的目的に使用することを禁ずる。⑩たとえば、遺伝治療上の目的であっても、生殖細胞(germ cells)を破壊することを許さない。⑪受精卵の冷凍保存期間は1年(特別な場合は2とし、それ以上の保存については罰則をもうける。

スウェーデンでは、従来、①受精卵は法的保護の対象となるか、②母が受精卵の生死を決定できるのは何如なる権利に基づいてか、③胎児は法の対象とな

45) BGB §§ 1

46) German Constitution Art. 2 II 1にある、「right to life」と看做される。

るか、④ドナーは匿名にすべきか否か(子の出生の情報を確保するため、ドナーを登録制とするか否か)等の問題につき、議論がなされてきた。そして、1984年の人工授精法(1984 Act on Artificial Insemination)に始まり、1988年の体外受精法(1988 Act on In vitro fertilization)、1989年、子にドナーを知る権利を認めるための法改正といった一連の立法がなされ、受精卵の保護についても、幾つかの政府リポート⁴⁷⁾を受けて、1991年3月にその関係法⁴⁸⁾が成立し、本年10月1日から施行される予定である。その法の中で、受精卵に関し、実験に供与され得るのは14日以内、冷凍保存は1年以内と規定されている。また、未出生児については、原則として、父母とも胎児に代わって裁判所に提訴する権限は認められていない。

また、スウェーデンの Westman の報告では、イギリスについても触れているが、イギリスでは、1990年法により、受精卵の保護を公的機関の管理下に置くこととした。子は、18歳になると、遺伝学上の親を知る権利が与えられるのは、スウェーデンと同一歩調をとるものである。

1986年には、ヨーロッパ受精卵保護委員会の勧告書(recommendation)が出され、受精卵の保護に関する要請は増々高まりつつあると言える。

7 人工生殖児の基本的人権

Cyril Hegnauer (チューリッヒ大学教授<スイス>)

Basic Human Rights and Artificial Procreation by Donor

47) 例えば、1984年の「遺伝子の保全 (Genetic Integrity)」, 1987年の「胎児の保護 (Protection of the Unborn Child)」, 1989年の「妊婦と胎児——二人の個人 (The Pregnant Woman and the Foetus——two Individuals)」といった一連の政府リポートは、いずれも受精卵や胎児の保護を目指したものである。

48) この1991年3月成立の法は、具体的には次の三つのパートから成り立っている。即ち、「公衆衛生規制に於ける遺伝学的技術の使用に関する法 (Act on the use of genetic technology at public health controls)」, 「治療・研究のためのヒトの受精卵の使用に関する法 (Act on the use of fertilized human eggs for treatment and research)」, 「医療・ケアの処置者に対する監督法の一部修正 (Act with amendments in the Act on supervision over medical and care staff)」の三部である。

Hegnauer は、人工生殖一般に関し、数少ない反対論者の一人である。即ち、従来の人工生殖に関する議論は、子供のない大人の苦しみの救済に偏るきらいがあったとし、子供の立場に焦点を当てて論じる。ドナーによる人工生殖は、伝統的態度に固執するか、自由主義的發展に移行するかの問題ではなく、子供のない大人が子供をもつ権利と、生まれてくる子供の基本的人権との抵触の問題であるとし、子供の人権侵害を訴え、人工生殖全般に否定的見解をとる。

そもそも、大人が生殖によって子供をもつ権利には、ある種の制限が伴うものである。婚姻中の夫婦にあっては、配偶者間の子供をもつという権利であり、他の男性の誰とでも子供をもうけて良い権利ではない。また、それは夫婦間の権利であって、個人の権利ではない。ところが、人工生殖に於いては、夫以外の他の男性の精子提供を受けることによって子供ができ、或いは片親のみの決定で子供ができてしまう。そこでは二人以上の父親、或いは母親の出現の可能性が起こるのみならず、自然生殖の前提が崩壊してしまう。

子供のない大人が子供を得る手段には、大別して、養子制度と人工生殖があるが、この二つはその目的に大きな差がある。養子制度は、家庭のない子供に親を与えるのが主目的であるから、子供にとっての最善の利益がまず第一義的に考えられ、子供を欲する親の願望は二次的なものとなる。しかし、人工生殖の場合は、これが逆転し、子供を欲する親の願望が第一義的になり、生まれてくる子供の基本的人権は厳しい制限を強いられることとなる。

国連の子供の権利宣言⁴⁹⁾や権利条約⁵⁰⁾に見られる、一連の child law の發展は、子供の権利の承認と強調に向けての動きである。その第一原則は差別の廃止であり、子供はその生まれや境遇によって差別されることなく、すべての権利を享受すべきであるとされる。しかし、人工生殖によって生まれた子供は、その出生によって差別され、権利を奪われる可能性はないであろうか。以下の三つの点で、子供の権利が侵蝕される可能性を認めざるを得ない。④子供の人格形成に於いて、親から受け継ぐ遺伝的要素は、大きな役割りを果たす。子供は、性格・容貌・動作・知性等の家族員間の類似性を通して、自己のアイデン

49) 1959 UN-Declaration of the Rights of the Child

50) 1989 UN-Convention of the Rights of the Child

ティティを確立し、運命的な親との出会いを実感し、この世に自分を送り出してくれた人として親に対し尊敬の念を抱いていくのである。しかし、ドナーによる人工生殖によって生まれた子供は、社会的親との間に、この種の類似性を欠き、性格も異なり、自己確認の機会を奪われてしまう。⑥子供には、可能な限り両親に育てられるという権利がある⁵¹⁾。それが満たされないのは、親の死亡や別居・離婚・養育義務の放棄等の要因が考えられるが、ドナーによる人工生殖の場合にも、遺伝学的両親のもとで育てられる子供の権利が、子供をもちたいという大人の願望によって阻まれる結果となる。⑦子供には、可能な限り自分の親を知る権利がある⁵²⁾。しかし、ドナーによる人工生殖の場合、多くの国々で匿名制度が採用されている結果⁵³⁾、子供が親を知る権利は阻害されている。たとえ匿名にしても、真実の情報が漏れない保障はなく、それが明るみに出た場合、子供の受ける衝撃には計り知れないものがあろうし、社会的親との関係が悪化する事態も考えられる。以上の点から、ドナーによる人工生殖により、もうけられた子供は、自然生殖によって生まれた子供に比し、差別を受けており、法的にも、倫理的にも、この種の生殖の方法は認め難いと考える。

子供を育てる楽しみに費される時間は、人生のわずか4分の1を占めるに過ぎないが、人工生殖により生まれてきた子供にとって、その出生の秘密や、遺伝学的影響や、自己のアイデンティティの問題は、成人してもなお一生続くものであることを忘れてはならない。

8 若干の私見

現代文明社会に於ける、市場経済性の追求や、科学の進歩（或いは、ある面では突出と言った方が適切かも知れないが）、国家・社会のシステムの発展、宗教・道徳観念の稀薄化、それらに伴う価値観の多様化は、家族間の人間関係

51) 国連子供の権利条約第7条

52) 同じく国連子供の権利条約第7条

53) 但し、スウェーデンでは1989年の法の改正により、一定の年齢に達すれば、精子提供者の情報を提供されるのは、子供の権利であるとする。また、イギリスでも1990年法により匿名原則を廃している。

変貌する社会に於ける親子法の展開(I)

についても、必定、その変化を余儀なくさせる。親子関係の変貌は、当然、法及び社会政策にも反映し、例えば、親権という概念一つとっても、親の権利 (parental right) から、親の子に対する責任 (responsibilities) へと大きくその意味が変化してきたように思われる。さらに近年の、国連による子供の権利に関する一連の宣言は、子供の権利を守るところから一步進んで、権利主体としての子供の存在を確認する方向へと向かっている。それが地球上の普遍的原理として受容されるに至るきざしを見せているのは重要である。子の権利主体性を保護するものとしての親の責任が重視され、法上の親資格や親責任の新しい概念を生み出すことになる。また、子供の権利と親の権利が抵触した場合に、子供の権利をまず優先させるという考え方は、子供の地位の向上と安定化に増々貢献するものと思われる。常に、そして最初に、考えられなければならないのは、子供の福祉 (welfare of a child) であり、子供にとっての最善の利益 (best interest of a child) なのである。

人工生殖の問題に関しても、倫理問題等、まず初めにクリアしなければならぬ問題がなおざりにされ、科学技術のみが先行してしまっている感がある。かかる現状にあって、人工生殖の権利を子供を欲する大人の権利に過ぎないと捉え、その対極にある、生まれてくる子供の権利をクローズアップし、子供の利益の観点から人工生殖に否定的見解を唱える、Cyril Hegnauer や、法の論理に人類創造の倫理を優先させ、特に代理母に関し、たとえ法の論理的一貫性といえども社会倫理や人権の前にはその席を譲ることも已むを得ないとし、法に限界を画そうとする、Linda Nielsen の見解には、共鳴できる点が多い。また、この問題で世界的に最先端に位置するアメリカで、Martha Field のように、代理母契約の利用の拡大に対する危機感から、その増加を防ごうという動きがあるのも、興味深い点である。受精卵の保護に対する動きにも、ヒトの生命創造の関心の鋭さに、近代ヨーロッパ文明の深さを感じさせられる。既に、ヨーロッパの国々や、アメリカの幾つかの州で人工生殖や受精卵保護に関する立法化が行なわれているが、現実をすべてカバーするには至らず、コントロールの難しさを語っている。また、Linda Nielsen の指摘にもあるように、一つの国での技術開発と利用の可能性は、他の国の法を穴ぬけにする危険性もあ

り、世界的に共通の検討をする必要性に迫られている。

未だ法制化をみない我が国に於いても、小手先の法の解決のみに走らず、倫理的問題に代表される、是か非かの根本的問題の解決にまず着手すべきであるを考える。即ち、日本で現在説かれている嫡出推定による措置といった法解釈だけで済まそうとせず、例えばワーノックリポートのように広く各界の意見を聞き、国民多数の意見を聴取して立法と取り組む必要性があろう。特に法的問題として、どこまで倫理的・文化的価値に切り込めるか、日本の法律学研究の真価が問われるところである。

なお、紙面の関係で、フランス・ベルギー・オランダ・アジア諸国は割愛せざるを得なかったが、何れ、稿を改めて書くこととする。