

受刑者による利用の可否の問題に見る 人工授精の「あり方」(二・完)

—Gerber v. Hickman 判決を素材に

三 枝 健 治

- I. はじめに
- II. Gerber v. Hickman 判決の紹介 (以上前号)
- III. 検討
 - 1. 序
 - 2. 複数のアプローチの可能性
 - 3. 受刑者の権利制限とその審査基準
 - 4. 権利制限の審査基準の本案でのあてはめ
 - 5. 多数意見と反対意見の対立
 - 6. 制裁としての人工授精の利用禁止
 - 7. 人工授精の「附従性」「補充性」原則
 - 8. 「附従性」「補充性」原則の一般原則性
 - 9. 「公序」としての一般原則の規範性
- IV. おわりに (以上本号)

III. 検 討

1. 序

子孫を残したい—それは人間の根元的な要求で、その否定は極めてセンシティブな問題となる。だからこそ Skinner 最高裁判決は、子をもうける

権利の重要性を強調し、遺伝上の犯罪的体質を断つために受刑者から子をもうける権利を剥奪しようとした強制的断種法を違憲で無効と判示した⁽⁵³⁾。本件の原告 Gerber にとって、子をもうける手段は人工授精しかなく、その利用を否定することは Skinner 判決が禁じたはずの断種に事実上等しい結果を生じさせる。このように事実上の断種を招来する人工授精の利用の禁止がはたして許されるのか、仮に許されるとしてそれはなぜか。これが本件で問われた問題である。

そもそも受刑者には、判例上、婚姻する権利 (Turner 判決) と生殖機能を保持する権利 (Skinner 判決) が認められるものの、夫婦面会を通じて性交渉により子をもうけることは権利としては否定されていた (e.g., Hernandez 判決)。本件判決は、受刑者が、通常の性交渉であれ、人工授精であれ、収監中に子をもうける権利を持たないことを明らかにしたが、受刑者による人工授精の利用が連邦裁判所において否定されたのは、既に紹介の通り、今回が初めてではない。本件以前に、Goodwin 事件でも、また Anderson 事件でも、受刑者は人工授精の要求を実現することはできなかった。しかし、Goodwin 事件では精子を入れる容器とそれを刑務所外へ運ぶ手段の提供という積極的な関与まで刑務所当局に求められたうえ、そもそもそう遠くない将来に受刑者が釈放される見込みが高く、通常の性交渉により子の父親となる可能性が十分残されていたこと、また Anderson 事件では未だ人工授精の相手さえ特定されていなかったことから、両事件とも必ずしも人工授精の利用を認める必要性が高いとは言い難い面があった。これに対して、本件は釈放の可能性が考えられず、人工授

(53) Skinner 判決は強制的断種法を無効にする理由として断種対象となる犯罪の分類に理由がないことを指摘したが、それは単に同法を無効ならしめるための法技術で、仮に横領も窃盗と同様に断種対象とするとしたところで同法が有効になるという趣旨であるとは解されない。断種が広く受刑者に対して行われること自体を同判決が問題にしたことは、子をもうける権利が特に強調された (Skinner, 316 U.S. at 541) ことから容易に窺える。

精が受刑者に文字通り残された唯一の方法で、しかも人工授精の手続を原告側が全て手配した結果、刑務所当局は原告の手配した手続の実施を妨げないよう黙って見ていれば済む事件であり、事案としては人工授精の利用を肯定するに値する事情がより揃っていた。だからこそ、一度は控訴審合議判決でその利用に肯定的評価が与えられたのである。しかし、最終的にはこの合議判決が全員法廷判決により取り消されことで、今度は、なぜ受刑者による人工授精の利用を否定しなければならないかがより厳しく問われることとなった⁽⁵⁴⁾。

-
- (54) 既に紹介したように、本件 Gerber 事件では、否定説の事実審判決(Gerber I)の後、控訴審合議判決(Gerber II)が2対1で肯定説、そしてこれを取り消した同控訴審全員法廷判決(Gerber III)が6対5で否定説と僅差の連続ないし逆転で、Goodwin 控訴審判決が2対1で否定説であったことも併せて、受刑者による人工授精の利用の可否という問題が立場を大きく二分する非常に困難な問題であることが理解できる。なお念のため、本件では、各裁判官の判断に政党色や年齢等の属性との関連性が見られないことを付言しておく(例えば、同じクリントン大統領により任命された者でも、否定説に立つ者もいれば(Silverman(1951・男)、Gould(1946・男)、Rawlinson(1952・女)、Damrel(1938・男))、肯定説に立つ者もいる(Paez(1947・男))Berzon(1945・女))。裁判官のデータは全て http://air.fjc.gov/history/judges_frm.html で確認できる。

これまでのところ、ローレビューレベルではいわゆる student note しか本件に触れるものは見られないが、多くは肯定説に与する。Lindsay S. Harrington, Note, Life-Term Inmates' Right to Procreate via Artificial Insemination: Why So Much Fuss Over the Contents of A Plastic Cup?, 33 McGeorge L. Rev. 521 (2002); Robert T. Downs, Note, The Right to Procreate While Incarcerated: A Look at the "Obvious" Differences Between Male and Female Inmates, 12S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 67 (2002); Adam M. Breault, Note, "Onan's Transgression": The Continuing Legal Battle over Prisoners' Procreation Rights, 66 Alb. L. Rev. 289 (2002); Jaime Escuder, Comment, Prisoner Parents: An Argument for Extending the Right to Procreate to Incarcerated Men and Women, 2002 U. Chi. Legal F.271 (2002); But cf., Tammi Michele Kipp, Should the Right to Procreate

2. 複数のアプローチの可能性

本件控訴審全員法廷判決の多数意見は、専ら「受刑者」との関係で人工授精の利用の可否を検討している。しかし、この問題は、子をもうけるという「受刑者」本人の権利にとどまらず、非受刑者たる「配偶者」の権利、および生まれてくる可能性のある「子」の利益にも影響を与えることから、一応、「配偶者」又は「子」の観点から問題を考えることも可能なようにも思われる。

まずは、「配偶者」の権利に着目するアプローチを想定してみよう。それによると、仮に受刑者が受刑者であるがゆえに人工授精により子をもうけることが制限されるとしても、そのことから非受刑者である配偶者の子をもうける権利をも制限することが当然に正当化されるわけではなく、受刑者の権利制限が配偶者にも影響を及ぼす場合は、むしろ非受刑者たる配偶者の権利制限の問題として捉えるべきであると主張されることになる。これは人工授精の利用肯定につながる考えで、本件控訴審全員法廷判決の

be Imprisoned?: The Debate of *Gerber v. Hickman*, 29 New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement 125 (2003). また控訴審合議判決 (*Gerber II*) を専ら紹介する(執筆時期との関係で、後の全員法廷判決 (*Gerber III*) による取消を予想できなかったのであろう) student note も肯定説に与するものが多い。Sarah L. Dunn, Note, The "Art" of Procreation: Why Assisted Reproduction Technology Allows for the Preservation of Female Prisoners' Right to Procreate, 70 Fordham L. Rev. 2561 (2002); Richard Guidice Jr., Note, Procreation and The Prisoner: Does the Right to Procreate Survive Incarceration and Do Legitimate Penological Interests Justify Restrictions on the Exercise of the Right, 29 Fordham Urb. L.J. 2277 (2002); Jeri Munsterman, Note, Procreation from Prison via Fedex and The Extension of the Right to Imprisoned Women, 70 UMKC L. Rev. 733 (2002). But cf., Note, Constitutional Law -Due Process- Prisoners' Rights- Ninth Circuit Holds That The Right to Procreate Survives Incarceration. -*Gerber v. Hickman*, 264 F.3d 882 (9th Cir. 2001)., 115 Harv. L. Rev. 1541.

Kozinski 裁判官反対意見に同趣旨の発想が見られるし、また Goodwin 事件と Anderson 事件では実際に受刑者側から主張されている⁽⁵⁵⁾。しかし本件全員法廷判決の多数意見はそのようなアプローチに賛成せず、Goodwin 事件と Anderson 事件の各判決では先例が引かれたうえでかかる主張が明確に否定された⁽⁵⁶⁾。受刑者の権利制限は配偶者等の第三者の対応する権利

(55) このような立場は、合衆国最高裁判例が刑務所規則について、それが非受刑者の権利制限を伴うか否かで、二つの異なる審査基準を採用しているように見えることに根拠をおく。すなわち、合衆国最高裁は、*Procunier v. Martinez*, 416 U.S. 396, 94 S.Ct. 1800, 40 L.Ed 2d. 224 (1974) で刑務所当局による受刑者の手紙の検閲の合憲性について争われたところ、この問題を受刑者の権利制限の問題としてではなく、「非受刑者」の権利制限の問題(手紙を受け取る権利の制限)と捉え、当該規制が合憲となるのは政府の重要な利益を保護するに必要不可欠な場合であるとして厳格な審査基準を採用したのに対して(*Procunier*, 416 U.S. at 413. なお、同判決は結論として、刑務所収監の不平まで検閲するような広範な規制は刑務所の保安管理という政府の重要な利益の保護に必要な限度を超えており違憲と判示)、同年 Pell 事件では、既に紹介した通り、マスメディアによる受刑者との対面インタビューの禁止を「受刑者」の権利制限と捉え、権利実現の代替手段が他に残されていれば一最も制限的でない規制でなくとも一構わないとして、合理性の審査基準を採用した(*Pell*, 417 U.S. at 824)。従って、以上を踏まえれば、刑務所規則の合憲性は、非受刑者の権利制限も伴う場合(*Procunier* 事件)には、それを伴わない場合(*Pell* 事件)よりも厳格に審査されることが必要になるとするのが判例の立場であると主張される。

(56) *Goodwin*, 702 F.2d at 1399 quoting *Southernland v. Thugpen*, 784 F.2d 713 (5th Cir. 1986). *Goodwin*, 702 F.Supp. at 1455 and *Anderson*, 827 F.3d at 621 quoting *Lyons v. Gilligan*, 382 F.Supp. 198 (N.D.OH. 1974); *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972); *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944)). 本件の控訴審全員法廷判決の多数意見は、非受刑者たる配偶者の子をもうける権利を結果として制限する事案であるにもかかわらず、*Procunier* 判決の厳格な審査基準ではなく、*Turner* 判決の合理性の審査基準を採用している(*Gerber*, 291 F.3d 617)。

ところで、前掲注(55)のように、受刑者の権利制限が非受刑者の権利制限を伴う場合は、それを伴わない場合よりも厳格にその有効性を審査すべきであるとする主張は、*Procunier* 事件及び *Pell* 事件後の判例の展開に目を向

の制限も必然的に予定し、従って配偶者の権利を受刑者の権利と切り離して考えることはできないというのである。このような立場を踏まえれば、

ける必要があるように思われる。というのは、合衆国最高裁は後に *Turner* 事件で受刑者の権利制限が合理性の審査基準に服すると一般的に示したうえで (*Turner*, 482 U.S. at 89)、婚姻規制が受刑者而非受刑者の権利とともに制限することに留意しながら、当該事件では *Procunier* 事件の厳格な審査基準の採否を論じるまでもなく、より緩やかな合理性の審査基準の下でさえ婚姻規制は違憲であると指摘しているからである (*Id.* at 97)。これは合衆国最高裁が、刑務所規制について、それが非受刑者の権利制限を伴うか否かにかかわらず、統一的に合理性の審査基準に照らしてその有効性を判断する流れに乗ろうとしたとも解釈できるし、そう解するほうが、本文で述べた通り、受刑者の権利制限は必然的に第三者の対応する権利の権利制限をも予定すると考える先例の立場を踏まえれば、むしろ自然である (*Turner* 判決が *Procunier* 判決と *Pell* 判決の二つの基準を統一したものであると評価するものとして、Adam M. Breault, Note, "Onan's Transgression": The Continuing Legal Battle over Prisoners' Procreation Rights, 66 Alb. L. Rev. 289, 295, 298-301 (2002) 参照)。事実、*Procunier* 判決は後に *Thornburgh v. Abbott*, 490 U.S. 401, 109 S.Ct. 1874, 104 L.Ed. 2d 459 (1989) により部分的に判例変更され、非受刑者が受刑者宛に手紙を送る場合には厳格な審査基準ではなく、*Turner* 判決の合理性の審査基準で足りるとされた。しかも *Thornburgh* 判決の結果、本来であれば、*Procunier* 判決は射程が限定されたとはいえ、形式的には受刑者が非受刑者に手紙を送る場合にはなお有効で、その限りで厳格な審査基準が採用されるはずであるが、そのような事案においてさえ *Turner* 判決の合理性の審査基準で足りると判示する控訴裁レベルの判決例も現在は見られるに至っている (E.g., *Rodriguez v. James*, 823 F.2d 8, 12 (2d Cir. 1987))。このように *Procunier* 判決をいわば骨抜きにする動きが見られることからすると、刑務所規則が、受刑者のみならず、結果として非受刑者の権利制限をも伴う場合でも、それが受刑者の権利制限と表裏一体であるならば、特により厳格にその有効性を審査する必要はないと考えるのが実質的な判例の流れであると評価しうる (But cf. T. Joe Snodgrass, *Constitutional Law—A Call For Strict Scrutiny: Eighth Circuit Denies Inmate's Request For Artificial Insemination—Goodwin v. Turner*, 908 F.2d 1395 (8th Cir. 1990), 17 Wm. Mitchell L. Rev. 883, 895 n. 86 (1991))。本件控訴審全員法廷判決の多数意見、*Goodwin* 事件、および *Anderson* 事件の各判決はまさにこのような立場にあると位置づけられる。

問題を「配偶者」の権利という観点から捉えても、結局、「受刑者」本人の権利制限の問題として検討することになる。

これに対して、生まれる「子」の利益に着目するアプローチをとるとどうなるであろうか。このアプローチはこれまでに現実に裁判上主張されたことはないが、二つの考え方があり得る。一つは、「配偶者」の権利制限と捉える主張と同様、仮に受刑者の子をもうける権利が制限されるとしても、出生可能性という、第三者の子自身の利益の制限まで正当化されるわけではないと考えるものである。しかし、人工授精の利用肯定につながるこのような考え方は、受刑者の権利制限は第三者の対応する権利の制限も当然に予定するという先の判例の立場を前提とする限り、認められそうにない。もう一つは、人工授精を求める大半は仮釈放の見込みの低い長期刑受刑者で、子の実質的な親が非受刑者たる配偶者のみとなることが予想される場所、そのような状況では受刑者が親となることはその子のためならず、認められないという考え方である。これは逆に人工授精の利用否定につながる。しかし、子の利益の名の下に出生それ自体の可否を決めることには一般に慎重でなければならないし、仮にそうするにせよ、受刑者は面会等を通じて子と精神的な結びつきを一定の範囲で持ちうるので、一方の親が長期刑受刑者であるという事情だけで、それが子の出生を妨げるほどにその子の利益に反するとは評価すべきでないであろう⁽⁵⁷⁾。そう考え

(57) 本来、実親となるに親としての適性ないし資格は不要であるが、人為を伴う人工授精により親となる場合には、養子縁組と同様に子の利益の観点から、親となりうる者を限定すると考えることはありうる。事実、そのような考えを背景に、親が一人となるような境遇では子のためにならないとして、独身女性に人工授精を実施しない医療関係者もアメリカでさえない(E.g., Barbark Kristchevsky, *The Unmarried Women's to Artificial Insemination: A Call for an Expanded Definition of Family*, 4 Harv. Womesn's L.J. 1, 3 (1981). 独身女性が同性愛カップルの一方当事者であることも往々にしてある)。しかしアメリカ不妊学会の倫理委員会(Ethics Commission of the American Fertility Society)のガイドライン上、独身女性による人工授精

ると、この考え方も決定的なものではない。結局、どのようなアプローチ

は禁止されていないので(See Holly J. Harlow, *Paternalism Without Paternity: Discrimination Against Single Women Seeking Artificial Insemination by Donor*, 6S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 173, 191 (1996)), 要望通り独身女性に人工授精を実施する機関もあるし(それ故、独身女性が人工授精の実施拒否について争った公表判決例はないと指摘されている。但し、同性愛カップルに対する人工授精の実施拒否のケースが公表判決例はないが現実には一件はあると報告されている。Id at 206.)、現に法律上、これを直接禁止する規定は存在しない(See Catherine DeLai, *Ethical, Moral, Economic and Legal Barriers to Assisted Reproductive Technologies Employed by Gay Men and Lesbian Women*, 4 DePaul J. Health Care L. 147, 177 (2000)). 1995年にハワイ州(S. Cong. Res. 75, 18th State Leg. (Hawaii 1995)), ミネソタ州(S. File No. 1785, 79th Leg. Sess. (Minn. 1995)), オレゴン州(H.B. No. 2303, 68th Leg. (Or. 1995))の3州で独身女性に対する人工授精を禁止する法案の導入が試みられたが不成功に終わったようである。Id at 162.)。一但し、間接的な法的障壁として、下記の旧統一親子関係法 § 5(b)を採用している州では精子提供者の父性を独身女性が排除できないという不利益が与えられている。Ibid.

本件が起きたカリフォルニア州では、むしろ同州家族法典(Cal. Fam. Code) § 7613が、旧統一親子関係法(Uniform Parentage Act (1973) § 5(b))の定める「妻以外の《既婚》女性との間で人工授精する目的で有資格医師に精子を提供した者は、あたかもそれにより懐胎した子の実の父親でないかのように扱われる」という規定を条文に盛り込む際、同規定から《既婚》という文言を削除し、独身女性の人工授精利用者にも精子提供者の父性排除の利益を与えている。But cf. *Jhordan C. v. Marry R.*, 224 Cal. Rptr. 530 (Cal. App. 1986) [人工授精を実施した独身女性者は精子提供者の父性を排除できないとされた事案。但し、否定の理由は有資格医師に精子提供がされなかったことにあり、独身女性による人工授精が公序に反するわけではないとあって示唆されている。Id. at 397-398.]。(なお、旧統一親子関係法はその後改正され、現在、新統一親子関係法(Uniform Parentage Act(2002) § 702)は、既婚者にも、独身者にも、カリフォルニア州の立場と同様、精子提供者の父性排除の利益を与えようとする立場に変わり、しかも、その父性排除の利益は人工授精が、当事者自身が人工授精を行う自己授精のように、有資格医師によらずに実施された場合にも、与えられるとするに至っている。Id. § 702 「[配偶子] 提供者は生殖補助医療の手段により妊娠した子の親で

を取ろうとも、受刑者による人工授精の利用の可否の問題は、最終的には

はない。』)。

このように、独身女性一人が親となる場合でも、それが子を持つことを否定するほどに子の利益に反するとは少なくとも法律上積極的に評価されていないのであれば、専ら実質的な親が非受刑者たる配偶者一人となるという理由だけで、仮釈放の見込みの低い長期刑受刑者による人工授精の利用を一律に禁止することはできないはずである(しかも、受刑者の場合は夫婦間の人工授精で、むしろ夫婦以外の第三者を伴わないだけ独身女性の場合よりは問題が少ないとも言える)。このことは、カリフォルニア州を例にとると、刑務所収監の事実は親権喪失の事由として考慮されるが(カリフォルニア州家族法典(Cal. Fam. Code) §7825)、しかしだからといって長期収監の事情だけで親権が剥奪されることはないとされていることにも一致する(In re Terry E., 225 Cal. Rptr. 803, 815 (Ct. App. 1986))。

ところで、日本では産婦人科学会のガイドライン(「非配偶者間人工授精と精子提供に関する見解」(1997)・「体外受精・胚移植に関する見解」(1983))で人工授精・体外受精の対象者を既婚の法律上の夫婦に限定しており、未婚の独身女性による人工授精の利用は否定されている。また、近時法制化に向けてまとめられた厚生科学審議会生殖補助医療部会の「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」(2003年4月)も同様に法律上の夫婦に限り生殖補助医療の対象とするとしている(後掲注(102)参照)。この限定が、専ら親一人となる状況は子の利益とならないと考えた結果であるならば、我が国では、独身女性の利用が禁じられるように、仮釈放の見込みが低い長期刑受刑者による、人工授精を含めた生殖補助医療の利用は、子の実質的な親がその配偶者のみとなることを理由に、禁止されるべきであるとも考えられるかもしれない。しかし少なくとも同ガイドライン及び同報告書が当然に既婚受刑者による利用まで、以上の理由で禁止することを明確に意図しているとは読めない。

そもそもアメリカでも日本でも、家族法において子の利益を実現する「子の最善の利益」基準は、離婚に伴う親権(監護権)の所在や養子縁組の可否の決定など、既に出生済みの子のより望ましい行く末を確定するために用いられるものである。かかる基準を未だ生まれていない子の出生の可否それ自体にまで用いれば、場合によっては優生学的な選別を伴う危険が生じる点に留意する必要がある。子の利益にならないからという理由で国家がその子の出生を否定することは一般に不適當であるし、仮にそうするとしても非常に慎重でなければならないと考える。なお、後掲注(104)でこの点は再論し

「受刑者」本人との関係で、その受刑者という地位を基礎に判断する他ないことになると思われる。

3. 受刑者の権利制限とその審査基準

そもそも刑罰は、その目的が応報にあるにせよ、社会復帰にあるにせよ、犯罪者の自由を拘束し、「制裁」として機能する。刑務所収監により、受刑者は監房に一定の期間あるいは生涯にわたり閉じこめられ、様々な権利が制限される。本件 Gerber は、そのような受刑者の権利の制限の一つに、人工授精の利用の禁止が含まれることを示した。

かつて裁判所は、刑務所収監に伴って受刑者の権利がいかに制限されようとも、その点について司法判断を下すことを回避してきた。「裁判所は刑務所運営を監督する権限もないし、通常の刑務所規則に干渉する権限もない」⁽⁵⁸⁾と考えられたからである。このような受刑者の権利の保護に対する裁判所の消極的姿勢は「無干渉主義 (hands-off doctrine)」と呼ばれた。これは、「権利縮小は刑務所制度の制度上の要求とその目的をかなえるために実際問題として必要で、それらの制限又は制約が我々の司法制度の下では、抑止と応報が矯正に加えて要素であることを思い起こす役割を結果として果たしている」⁽⁵⁹⁾ので、「制裁」として受刑者の権利が制限される

ているので、併せて参照されたい。

【参考】カリフォルニア州家族法典 (Cal. Fam. Code) § 7825

(a) 本節の「親権喪失」手続は以下の二つの要件をともに満たした場合に提起することができる。

- (1) その子が親の一方又は双方が重罪で有罪判決を受けた者であること。
- (2) 親の一方又は双方が有罪とされた犯罪の事実関係が、親として子の監護及び監督をなすに不適であることを示すような性質のものであること。

(58) Banning v. Looney, 213 F.2d 771 (10th Cir. 1954).

(59) Hudson, 468 U.S. at 524. 但し、むしろ Hudson 判決は受刑者の権利の制限に全く歯止めが不要であるという考えではない。

のは至極当然であると考えられた結果でもあろう。

しかし、このような無干渉主義は1970年代にリベラルな合衆国最高裁の姿勢を背景に徐々に改められ⁽⁶⁰⁾、裁判所は、刑務所規則が不当な権利制限で違憲であるという受刑者の主張に耳を傾けるようになる。例えば、*Procunier v. Martinez* 判決⁽⁶¹⁾では受刑者の手紙の広範な検閲規制が取り上げられ、それが違憲と判示されたし、また *Cruz v. Beto* 判決⁽⁶²⁾では仏教徒の受刑者に対する宗教実践の禁止ないし妨害が違憲であるとされた。受刑者が憲法から「鉄のカーテン」⁽⁶³⁾で切り離されるわけではないことが確認されたのである。

しかしそうすると、今度は、受刑者の権利の制限がどこまで認められ、どこから許されなくなるのか、その基準が明らかにされる必要がある。合衆国最高裁は、*Pell* 判決、*Hudson* 判決で、受刑者は「受刑者としての地位又は矯正制度の適法な行刑上の目的に矛盾しない憲法上の権利を持つ」としてその基準を示し⁽⁶⁴⁾、最終的には *Turner* 判決でこれらの判決を踏まえ、刑務所規則が①「刑務所収監に根本的に矛盾しない」受刑者の憲法上の権利を制約するときは、②「適法な行刑上の利益に合理的に関連する場合に有効となる」と定式化し⁽⁶⁵⁾、その合理性の審査基準の4つの要素を例

(60) See Susan N. Herman, *Slashing and Burning Prisoners' Rights: Congress and the Supreme Court in Dialog*, 77 Or. L. Rev. 1229, 1236-1245 (1998); see also Snodgrass, *supra* note 56. 「無干渉主義」からの脱却にウォーレンコートの Marshall 裁判官の考え方の影響を指摘するものとして、Melvin Gutterman, *The Prison Jurisprudence of Justice Thurgood Marshall*, 56 Md. L. Rev. 149 (1997) 参照。

(61) *Procunier*, 416 U.S. 396.

(62) 405 U.S. 319, 92 S.Ct. 1079, 31 L.Ed. 2d 263 (1972).

(63) *Wolf v. McDonnell*, 418 U.S. 539, 555, 94 S.Ct. 2963, 41 L.Ed. 2d 935 (1974), cited in *Hudson*, 468 U.S. at 523.

(64) *Pell*, 417 U.S. at 822; *Hudson*, 468 U.S. at 523 (quoting *Pell*).

(65) *Turner*, 482 U.S. at 89. 同箇所を受刑者間の手紙のやりとりを禁止する規則の合憲性を判断する際に②の合理性の審査基準にしか言及されないが、

示するに至った⁽⁶⁶⁾。以後、受刑者の権利の制限を争点とする判決例ではこの Turner 判決の審査基準が用いられ、本件の控訴審全員法廷判決でも、同基準に従って人工授精の利用を禁じる刑務所当局の方針が検討されている。すなわち Turner 判決が引用されながら、第一に、①子をもうける権利が刑務所収監に根本的に矛盾するものか否か、第二に、②当該権利を制限する刑務所の規則が適法な行刑上の利益に合理的に関連するか否か、という二段構えの基準が本件判決の指針として据えられているのである⁽⁶⁷⁾。前者は刑務所収監中の子をもうける権利の存否の問題、後者は前者で権利が存在するとされた場合の当該権利行使の制限の要否の問題である。

4. 権利制限の審査基準の本件でのあてはめ

ところで本件では、上記基準のうち、後者②の「適法な行刑上の利益」の存在は認められそうにない。というのも、それが従来通り、刑務所内の保安全管理上の懸念を意味するとすれば、問題とされる人工授精の手順では単に受刑者の精子が刑務所の外に送られるだけなので、所内に何ら保安全管理上の問題を生じさせる余地がないからである。この点は、取り消された控訴審合議判決、および同全員法廷判決の Tashima 裁判官、Kozinski 裁判官の各少数意見が詳述する通りである。従って、②が充足されないとすると、受刑者による人工授精の利用の可否は、専ら前者①の検討、すなわち、子をもうけることそれ自体が「刑務所収監に根本的に矛盾しない」ものか否かで決まることになる。

しかし受刑者の婚姻を禁止する規則の合憲性を判断する際には、婚姻する権利が①の「刑務所収監に根本的に矛盾しない」か否かも検討されているので (Id. at 95-96)、②に加えて①が規制の審査基準と予定されていることは明らかである。

(66) Id. at 89-90.

(67) Gerber III, 291 F.3d at 620, quoting Turner, 482 U.S. at 94-96, 96-99.

受刑者による人工授精の利用の可否を判断するにあたり、子をもうける権利が刑務所収監に矛盾するか否かという問題に解答が迫られたのは本件が初めてというわけではない。既に Anderson 事件と Goodwin 事件でもこの点に目は向けられている。しかし最終的には、既に紹介した通り、前者では事案との関係で司法判断を受けるに十分熟していないとして刑務所収監中に子をもうける権利が存続するかは判断する必要がないとされ、また後者では子をもうける権利が「受刑者としての地位に…仮に矛盾しないと仮定しても」⁽⁶⁸⁾ (傍点三枝) その権利行使が制限されうるとして、子をもうける権利の存否を確定することなく議論が進められた。

これらいずれの事件でも①について判断が終局的に示されなかったのは、実は、その点の判断を避ける積極的な意図が裁判所にあったからであるように思われる。特に Goodwin 事件の控訴審判決が受刑者による人工授精の利用を否定する際、それが①の刑務所収監に矛盾するか否かという点の検討を「仮に矛盾しないと仮定しても」という形で棚上げし、あえて②の「適法な行刑上の利益」という点からその正当化を図ったことにその点が強く窺える。そもそも従来の判決例では、②の「適法な行刑上の利益」は主に刑務所内の保安全管理上の問題という意味で用いられてきたもので、同事件の控訴審判決が言うような男女受刑者の平等な待遇の要請を意味するものではない。にもかかわらず同判決が男女受刑者の待遇を平等化するという行刑上の必要性から人工授精の利用が制限されると新たな論理を展開させ一従って、女性受刑者による人工授精の利用を否定的に考えざるを得ない以上、それと同様に男性受刑者による利用も否定せざるを得ないと主

(68) Goodwin, 908 F.2d at 1396. なお、同事件の事実審判決は「子をもうける権利が『刑務所収監それ自体に根本的に矛盾する』という印象(impression)」(傍点三枝)であるとして①について判示はしているが(Goodwin, 702 F. Supp. at 1454)、しかし「印象」としか表現できなかったことに裁判所が①の判断を断言しきる自信を持ち得なかったことを示していると評価できる。そこに、同事件の控訴審判決が①を回避して②へと判断を回避したのと同じ姿勢を読みとることも許されよう。

張し一たのは、あくまで②の点から受刑者による人工受精の利用を否定することに固執したうえ、しかしそれでは先述の通り、男性受刑者の精子を刑務所外に送る方法で人工授精を実施する場合は所内の保安管理上の問題が生じる余地がないので、従来と異なる新たな内容を「適法な行刑上の利益」に読み込まざるを得なかったからであろう。換言すれば、同判決は①の判断を避け、多少「無理」をしてもあくまで②から理由づけを試みようとしたもので、男女受刑者の平等な待遇の要請という、これまで主張されたことのなかった事由が「適法な行刑上の利益」に突如盛り込まれたことはまさにその「無理」の表れであった。同判決はその「無理」の不自然さを批判されている⁽⁶⁹⁾。

受刑者による人工受精の利用の可否が争われた事案で、このように裁判所が①の判断を回避し、あるいは①から②へと判断をあえてシフトさせた理由は次の三点考えられる。まず第一に、①の点、すなわち子をもうける権利が刑務所収監に矛盾するか否かは、人工授精ではなく、夫婦面会における通常の性交渉を求めたケースでも同様に問題とされたが、それらの判決例において①に関する判断が必ずしも統一されていなかったという点である。本件 Gerber 事件の控訴審全員法廷判決で多数意見と反対意見で評価が分かれたように⁽⁷⁰⁾、これら夫婦面会の権利性を否定する判決例にはその理由を①の点、すなわち、子をもうける権利が刑務所収監に根本的に矛

(69) 例えば、「男性受刑者と女性受刑者を平等に扱うこと—それは、保安管理や社会復帰といった典型的に主張される行刑上の利益からははずれる目的である」と評価されつつ (Downs, *supra* note 54, at 68)、「Goodwin 事件と Gerber 事件の刑務所施設は、[子をもうけるという] 重大な権利を完全に否定するために平等保護条項を用いて、実質的に平等保護条項を [平等非保護条項へと] 逆さまにひっくり返している」(Id. at 88) と指摘されている。これは、平等条項が本来には予定されていない不自然な形で使われていることを批判するものと解される。

(70) 前掲注 (46) と (49) を対照させると、多数意見と少数意見が全く同一の判決例をそれぞれの立場から理由を説明していることが分かる。本文で述べたような理由づけの評価の違いが一目瞭然である。

盾することに求めるものが多いが、しかし他方、①ではなくむしろ、刑務所内の保安全管理上の問題を指摘して②の点、すなわち適法な行刑上の利益の存在を理由とするものも少なくない。後者の立場では、受刑者が子をもうける権利は、その手段である性交渉の性質上、保安全管理上の問題が引き起こされるが故にその行使が否定されるだけで、権利それ自体は刑務所収監に矛盾するわけではないと解しうる。かくして、通常の性交渉を求めるケースで①の判断が判例上分かれていると評価できる状況では、人工授精を求めるケースでもそれと平行に考え、裁判所が①について踏み込んで確定的な判断を示すのに躊躇したとしても当然である。

第二に、そもそも①に言う「刑務所収監」という用語の意味が曖昧で、審査基準として活用しづらいという点である。仮にそれが受刑者の身体的拘束ないし社会からの隔離という物理的状态を指すに尽きるならば、肉体的な性交渉が求められた場合と異なり、人工授精が手段に求められた場合は、かかる物理的制約に抵触しないことになりそうである⁽⁷¹⁾。しかし「刑務所収監」という用語がその物理的性質に止まらず、制裁や社会復帰といった刑罰制度の目的ないし機能をも含み意味するのであれば、人工授精は前者の意味で抵触せずとも、後者の点、とりわけ刑の制裁という点で抵触するとも解しうる。根本的に矛盾するものか否か判断する基準となる「刑務所収監」という用語の意味について共通の理解が一義的に確立していなければ、それに矛盾するか否か判断することは困難となる。裁判所が基準の曖昧さを嫌い、①の判断を見送った可能性は十分考えられる。

更に第三に、受刑者の権利を規制する刑務所の規制が有効であると判示する場合、①からではなく、②から理由づけたほうが実務上抵抗感が少なくて済むという点である。「刑務所収監」の本質—それが物理的性質を指

(71) 但し、身体から放出された後も精液を身体の一部であると見做し、それが刑務所の外に送られ所外で妻と交わることを以て身体的拘束という刑務所収監の物理的性質に抵触すると解する余地はある。これが後述する通り、控訴審全員法廷判決の反対意見の立場である(後掲注(77)参照)。

すか、その目的ないし機能を指すかは別にして一から直ちに権利の存在それ自体を完全に否定するよりも、刑務所内の保安全管理上の問題という「行刑上の利益」の存在を具体的に指摘し、かかる実際上の不都合が生じるが故にその限りで権利の行使を制限するとしたほうが、より限定的に受刑者の権利を規制するイメージを持ち、裁判所にとって心理的に使いやすい。従って、②から説明できるのであれば、何もわざわざ①から説明を試みようとはしなくなる。事実、夫婦面会の権利性を否定する判決例で、①ではなく②からそれを説明するものが少なくないのもこのためであろう⁽⁷²⁾。Goodwin 事件の控訴審判決は、通常の性交渉ではなく、人工授精が求められたケースでも、①から②へと判断を回避するかかる傾向に従おうとした。しかし、同判決は新たに②の「適法な行刑上の利益」を「無理」に作り出したことで批判を浴びることとなったことは既述の通りである。

以上三つの理由から判決例において①の判断を回避する傾向が少なからず見られるなか、本件 Gerber 判決は、受刑者による人工授精の利用を否定するにあたり、まさにこの①の点に正面から取り組み、「収監中に子をもうける権利は刑務所収監に根本的に矛盾する」⁽⁷³⁾と判示して、かかる権利が刑務所収監中は存続しないことを明らかにした。受刑者から人工授精の利用が求められた事例において、初めて合衆国控訴裁判所レベルで①の判断が踏み込んで示された点に、本件 Gerber 判決の大きな意義がある。

5. 多数意見と反対意見の対立

ところで、このように「収監中に子をもうける権利は刑務所収監に根本的に矛盾する」と理解すると、今度は必然的に、それがどう根本的に矛盾するかを明らかにする必要が生じる。

(72) 前掲注(49)の特に②③⑤⑦⑧⑨⑩判決参照。

(73) Gerber III, 291 F.3d at 623.

この点、本判決の多数意見は人工授精が刑務所収監に根本的に矛盾することを「矯正制度の性質と目的」⁽⁷⁴⁾の二つの意味から説明を試みようとする。ここにいう「刑務所収監」はその物理的性質のみならず、その目的ないし機能をも意味し、両方の観点から人工授精により子をもうけることが矛盾するものであることを説こうとするものである。

まず刑務所収監の物理的性質に関しては、「刑務所収監は、その性質上、受刑者を社会から切り離すもの」であるから⁽⁷⁵⁾、「単に刑務所に収監されているということだけで、婚姻、プライバシー、および個人的生活に付随する大多数のものがそれに矛盾することになる」⁽⁷⁶⁾とする。従って、精液を刑務所外に送って子をもうけるような「有形的な親交」は「婚姻の肉体的な要素」であると考え⁽⁷⁷⁾、それは刑務所収監の「性質」に根本的に矛盾して認められないとする。また、刑務所収監の目的に関しては、それを幾つか特定して列記しつつ、「[権利の] 制限又は制約が我々の司法制度の下では、抑止と応報が矯正に加えて要素である」⁽⁷⁸⁾から、子をもうける権利を通常人と同様に非受刑者にも認めることは刑務所収監の「目的」に根本的に矛盾して否定されるべきであると評価される。

このような多数意見の立場に対して、反対意見は—Tashima 裁判官の反対意見も Kozinski 裁判官の反対意見も—不満を示す。「[刑務所収監に

(74) Id. at 622.

(75) Id. at 620 (quoting Pell, 417 U.S. at 822-823).

(76) Id. at 621.

(77) 多数意見は精液を発送して子をもうけることが「有形的な親交」であると直接に明言する箇所はないが、例えば Turner 判決を基礎にした原告の請求を理由がないとして退ける際に述べた次の表現からもそれが窺える。

「Turner 最高裁判決の認めた受刑者の婚姻する権利には、収監中に性交渉により婚姻を完成 (consummate the marriage) させたり、その他婚姻に伴う有形的な親交の要素を享受する権利は含まれない。同判決が考えていたのは、明らかに、婚姻の無形的な感情面が刑務所収監中も存続する一方で、肉体的な面は存続しないということである。」(Id. at 623.)

(78) Id. at 622.

より幾つかの権利の縮小が必然的に伴うという] 漠然とした原則を形を変えて繰り返し述べても、なぜ子をもうける権利が刑務所収監に根本的に矛盾するのかが説明されない」⁽⁷⁹⁾と言うのである。反対意見によれば、精液の刑務所外への発送に「婚姻の肉体的な要素」は認められず、従って刑務所収監の「性質」に根本的に矛盾するところはないはずであると考えられる。すなわち、「精液入りの小包の発送又は弁護士によるその小包の回収を求める原告 Gerber の要求は、婚姻の肉体的な要素を伴わない以上、否定されるべきものではない」のである⁽⁸⁰⁾。これは精液が所外へ発送されても、受刑者が身体的に拘束されたまま社会から隔離されている点で変わりがないので、刑務所収監の性質に抵触するところはないと評価しているであろう。そして更に、刑務所収監の「目的」については、「多数意見は矯正の目的を、受刑者の隔離、犯罪の抑止、犯罪者の処罰、および社会復帰の提供と特定し、それらが子をもうける権利に矛盾すると指摘するが、しかしそのいずれの目的についても、なぜ、そしてどのように子をもうける権利と矛盾するか説明されていない」と指摘され、「実際は、子をもうけることを禁じる背後の目的が犯罪者を処罰すること」⁽⁸¹⁾にあるのではな

(79) Id. at 624 (Tashima, J., dissenting). See also id. at 629 (Kozinski, J., dissenting). (「多数意見は『子をもうける権利が刑務所収監に根本的に矛盾する』という立場に立つが、それがどう矛盾するものか説明していない。」)

(80) Id. at 629 (Tashima, J., dissenting). See also id. at 630 (Kozinski, J., dissenting) (「子をもうけることは、その権利行使にあたり受刑者の移動の自由の喪失に矛盾するようなものの一つであろうか。少なくとも原告 Gerber の提言するような場合はそうでないように思われる。というのは、原告 Gerber は夫婦面会のために家に帰ることを要求することを求めているわけでもなく、また刑務所内部での夫婦面会を求めているわけでもないからである。」)

(81) Id. at 626 (Tashima, J., dissenting). See also id. at 630 (Kozinski, J., dissenting). (「おそらく多数意見は全く別の種類の矛盾について述べているのであろう。刑務所は自由人が享受する権利の幾つかを受刑者には認めないこととなっている。すなわち、そのような権利の喪失が処罰なのである。」)

いかと推論されている。

このように刑務所収監の物理的性質との関係で、控訴審全員法廷判決の多数意見と反対意見では、所外の妻に夫である受刑者が精子を送って子をもうけることが、性交渉と同様に「有形的な親交」で、「婚姻の肉体的な要素」を含むものか否か、評価は分かれている。多数意見がそれを認めるのは、精子を受刑者の身体の一部と捉え、それが一刑務所外とはいえ一妻との間にまさしく交わるからであろう。しかし反対意見が主張するように、受刑者本人はなお身体的に拘束され社会から隔離されたままで、他者との肉体的な接触は一切ない。にもかかわらず、このような人工授精の手法を性交渉と同様に「有形的な親交」と見做し、そこに「婚姻の肉体的な要素」を認めることは擬制的である。むしろここでは、子をもうけるために精子を刑務所に送ることは受刑者には認められないという政策的な(価値)判断(policy)が初めにありきで、性交渉と同様に人工授精にも「有形的な親交」が認められるという構成を後からかかる政策的判断を正当化するために用いられているにすぎないように思われる。そうだとすれば、このような政策的判断の実質的な根拠はどこにあるのかを明らかにすることが重要であって、擬制的な構成に目を向けるより、直截にその政策的な価値判断それ自体について論じるべきであろう⁽⁸²⁾。反対意見が「子をもうけるこ

(82) このような視点は言わずもがなであるが、アメリカ法学でのリーガルリアリズム(legal realism)につとに見られるものである。周知の通り、リーガルリアリズムは、法解釈の決め手が、これまで信じられてきた法の形式的な論理ではなく、その背後にあるpolicy(法政策的価値判断)にあると考える立場の総称である(だからこそ、この立場によると、法律以外の社会科学がpolicy発見のために重要視されることになる)。このリーガルリアリズムのアメリカ法学での展開の全体像については、我が国でもしばしば引用されるMorton J. Horwitz, *The Transformation of Law 1870-1960* (1992) [訳書: 樋口範雄訳・現代アメリカ法の歴史(1998)] 参照。なお本論から離れるが、同書でのリーガルリアリズムに対する評価について言及しておきたい。同書は、リーガルリアリズムの展開の全体像を描きつつ、リーガルリアリズムの本流と一般に考えられているカール・ルウエリン(Karl Llewellyn)が

とを禁じる背後の目的が犯罪者を処罰すること」にあると定し、受刑者による人工授精の利用を①「刑務所収監に根本的に矛盾する」ものと評価してこれを否定した多数意見の真の理由を看破したことは、その意味で頷けるところがある。

実際にはその本流ではない、ということを強調しようとしたものである(この点は、筆者が留学中に履修登録した同教授の「アメリカ法の歴史(American Legal History, 1890-1960)」の授業でも特に強調されていた点である)。ルウエリンが価値中立的な社会科学との結びつきを強めて法の道具主義的アプローチを強調したことを以て、そのような「方法論」にリーガルリアリズムの「本流」性を認めるのが世間の支配的な考え方であるが、かかる道具主義的な「方法論」ではなく、革新的な政治的スタンスという「価値の内容」にこそリーガルリアリズムの「本流」性を認めるというのがホロウィッツの主張である。その意味で、このようなホロウィッツの意図を意識して前掲訳書を読むと、そこで“value free”という単語の訳として使われている「価値自由」との表現(例えば訳書4頁[原書 Horwitz, Transformation, supra, at 5等に頻出する「価値自由な社会科学」])は、実質的には「価値中立」ないし「没価値」を意味するものであることに十分な留意を払う必要がある。

この点、吉田邦彦・民法解釈と揺れ動く所有論(2000)42頁注(110)は、「本流」のリアリストが価値に関して情熱的であったとするホロウィッツの解釈を、「今日の哲学状況から『再解釈』したやや牽強附会的な見方」と批判する。これはルウエリンを本流とみるようなリアリストに対する世間の一般的な評価に基づく記述であろう。このような認識により、吉田教授は、左翼的なリアリストであった「R.ヘイルやM.コーヘンなどをリアリズム法学全体の中では例外的地位を占めるにとどま[る]」としたうえで、「リアリズムとCLS[Critical Legal Studies: 批判法学]とを直結させること」は「リアリズム法学の現代的再解釈としては興味深い」が、「やや無理がある」と捉えている(同61頁)。リアリズムとCLSの関係に対する同教授のような捉え方の是非はここで論じないが、吉田教授自身も価値中立的でないリアリストの存在は認めている点ではホロウィッツと共通している(左翼的なリアリストこそがリーガルリアリズムの本流かという「本流」争いはおくとして、吉田教授もそれら左翼的なリアリストの「リーガルリアリズム」としてのCLSへの影響は認められるものと思われる。なお、「方法論」に宿る「価値の内容」について議論することの重要性を訴える同教授の指摘(前掲書71-164頁(2000))は、アメリカ法に直接影響を受けた研究者ならではの指摘と筆者自身共感を覚える)。

6. 制裁としての人工授精の利用禁止

このように、人工授精を禁止する真の理由が、刑務所収監の物理的性質ではなく、むしろその目的ないし機能の一つの受刑者の処罰、すなわち「制裁」という点にあるとすると、そもそも果たして制裁として、人工授精により子をもうける権利を否定することが許されるかが問われることになる。

この点、反対意見の立場は明確である。それによれば、刑務所収監として法が予定する制裁は、受刑者が身体的に拘束され社会から隔離されるという収監それ自体に尽き、それ以上に制裁として受刑者の権利を制限することは、明文の規定がない限り、過剰な制裁として許されない。あくまで、規制される権利が①「刑務所収監に根本的に矛盾しない」か否かは、専ら刑務所収監の物理的性質に照らして判断すれば足り、それと無関係に制裁の名の下に、身体的拘束ないしそれに必然的に伴う自由の制限を超えて受刑者の権利を規制することは認められない。「ひと度この道を先に進むと、では話す権利は制限されるのか、所有する権利は、結婚する権利は、宗教実践の権利はどうか、と歯止めがなくなる」⁽⁸³⁾からである。そのような制裁としての権利制限は議会により定められたときに科しうるにすぎない。従って、本件では、人工授精が受刑者の身体的拘束という刑務所収監の物理的性質に抵触するものでないとする、「カリフォルニア州議会が、刑罰として、肉体的な自由の喪失に加えて、受刑者は子をもうける権利を持つてはならないと命じる場合は話は別」⁽⁸⁴⁾だが、そのような禁止規定はなく、「現時点で、受刑者による人工授精の利用を禁止すると州議会が決定しているようには思われない」⁽⁸⁵⁾ので、反対意見の立場によると、制裁と

(83) Gerber III, 291 F.3d at 630 (Kozinski, J., dissenting).

(84) Id. at 630-631 (Kozinski, J., dissenting).

(85) Id. at 626 (Tashima J., dissenting). See also id. at 630 (Kozinski, J., dissenting). (「[カリフォルニア] 州議会はそのような[刑罰として、肉体的な自由の喪失に加えて、受刑者は子をもうける権利を持つてはならないと

して受刑者に人工授精の利用を禁止することは認められない。

これに対して、多数意見は、刑の制裁という側面を前に出し、それを刑務所収監の本質に読み込むことで、人工授精により子をもうけることが制裁を本旨とする刑務所収監に矛盾し、認められないと主張する。①「刑務所収監に根本的に矛盾しない」か否かは、刑務所収監の物理的性質に止まらず、その目的ないし機能の制裁という観点からも判断しようとする。「我々の見解は『矯正制度の適法な方針と目的』…略…によっても根拠づけられる」⁽⁸⁶⁾というのである。このような多数意見の立場を押し進めれば、究極的には、人工授精により子をもうける権利は、それが受刑者の身体的拘束という刑務所収監の物理的性質に抵触せずとも、それと無関係に、まさに制裁の観点から否定することができることになる。

実は、こうなると、ここで焦点となっている Turner 判決の①基準は受刑者の権利制限の有効性を判断する基準として機能することは期待できなくなる。というのも、受刑者の権利制限が制裁として刑務所収監の本質に位置づけられたことで、いかなる権利制限も、制裁という名の下、自動的に許されることになりそうだからである。これこそ反対意見の危惧した歯止めなき規制である。

もっとも、少なくとも本件では、多数意見は人工授精の利用を禁止するにあたり、決して無制限に制裁を科すことを意図していたわけではない。むしろ単に、通常の性交渉により子をもうける場合と同じ制裁を、人工授精により子をもうける場合にも、そのままスライドしてあてはめようとしたにとどまる。通常の性交渉により子をもうけられないならば、それと全く同じように、人工授精により子をもうけることも一たとえ技術的に可能であるにせよ—認められないとしたにすぎないのである。「子もうける権

命じる] ことはしなかった。原告 Gerber が拘禁される原因を定めている制定法は、単に刑務所収という言葉を用いるだけで、それ以上の権利否定については何も述べていない。)]

(86) Id. at 623.

利が刑務所収監中は存続しないことは、例えば、受刑者が…夫婦面会を求める憲法上の権利を持たないと判例法上確立していることに表れている」⁽⁸⁷⁾と指摘されている点に、制裁として人工授精を否定すべきか否かを、通常の性交渉の可否とのバランスで考慮しようとする多数意見の姿勢を窺うことができる。反対意見は Goodwin 事件の控訴審の反対意見を引用しつつ、人工授精が新しい生殖技術であることを捉え、「刑務所も州も単に新しいという理由だけで憲法上の権利の行使の合理的要請を拒絶してはならない」⁽⁸⁸⁾と主張するが、実際には、多数意見は「新しい」人工授精のケースであることを理由にその利用禁止を主張したわけではなく、むしろ技術の革新性にはニュートラルの立場で、そのような「新しい」ケースも「古い」性交渉のケースとまた等しく扱おうとしたのであった。受刑者が子をもうけることができないことは、通常の性交渉を手段とした場合にも、人工授精を手段とした場合にも、変わらぬ帰結であり、いずれのケースでも同じように制裁として機能するのである。

以上から明らかな通り、多数意見が、通常の性交渉が認められていない場合に、その障害を回避するため、いわば抜け道として人工授精を用いて子をもうけることを許さないのは、それが性交渉と人工授精をパラレルに捉えようとしているからである。多数意見にとって、制裁としての人工授精の可否は、結局、性交渉の可否次第であり、両者は同一の帰結となることが予定されている。その意味で、多数意見は、性交渉の場合を「表」とすれば、人工授精は「裏」で、両者を表裏一体の関係と捉え、人工授精の認められる範囲（「裏」）が性交渉の認められる範囲（「表」）を超えることはありえないと考えていたことになる。このように、多数意見の背後には、性交渉と人工授精を表裏一体の関係と捉える発想が現実に見られる。ここ

(87) Id. at 621.

(88) Id. at 628 (Tashima J., dissenting) (quoting Goodwin, 702 F.Supp. at 1454).

では、そのような考え方を、人工授精の範囲が性交渉の範囲に従うという意味で、「人工授精の附従性」原則と呼ぶことにしよう。

ところで、人工授精と性交渉を表裏一体と捉えるかかる発想を更に一步押し進めると、表裏と評価される関係は、実質的に裏が表の影である以上、同時に、序列を伴う主従の関係と観念される可能性がある。このような考え方によると、表の性交渉は「主」、裏の人工授精は「従」として、後者(「従」)が前者(「主」)に従う関係と捉えられ、後者は、前者の認められる範囲内で、かつ前者が肉体的疾患等の不妊症が原因で実現しえない場合にして初めて、補充的に認められるということになる。ここでは、人工授精と性交渉がともに子をもうける手段となりうる場合には前者が後者に劣後するという意味で、このような考え方を「人工授精の補充性」原則と呼ぶことにしよう。先述の通り、多数意見に少なくとも人工授精の「附従性」原則とでも称すべき発想が見られると解しうるが、しかし更にそれがこの人工授精の「補充性」原則をも含み持っていたものかは、その可能性は否定できないものの⁽⁸⁹⁾、判決それ自体から判断することはできない。

7. 人工授精の「附従性」「補充性」原則

こうして、子をもうける手段である通常の性交渉と人工授精の二つの関

(89) 人工授精の「補充性」原則が現れるのは、仮に性交渉によれば子をもうけることができるという関係が当事者間に存在する場面に限られる。というのは、そのような場合にして初めて、人工授精の「附従性」原則から、人工授精も認められることになり、自然生殖と人工生殖の「序列」を付けるか否かが議論されることになるからである。要するに、要件(b)(人工授精の「補充性」原則)は要件(a)(人工授精の「附従性」原則)を前提とするもので、前提としての後者が充足されない限り、前者の要件の充足性が問われることはないのである。本件では、そもそも受刑者には性交渉により子をもうけることが認められておらず、従ってそれと同様に人工授精も認められず、両者ともに認められないとされた以上、その序列を観念する余地はなかった。

係に対する多数意見の評価を紐解くと、そこに、人工授精の「附従性」原則と、「補充性」原則の存在の可能性が同時に読みとられ、あるいは読み込まれることとなった⁽⁹⁰⁾。両原則に従えば、「附従性」原則からは、人工授精が認められるのは通常の性交渉が認められる場合であるとして範囲が限定されたうえ、今度は、「補充性」原則から、その同一範囲内で両立する人工受精と性交渉との間では、性交渉により子をもうけることが不可能な場合に初めて人工授精により子をもうけることが認められるとして序列が付けられることになる。これをより明確に定義すれば、結局、人工授精が認められるには以下の二つの段階を経なければならないことになる。すなわち、人工授精が認められるのは、当事者が

- (a) 仮に通常の性交渉を手段とすれば子をもうけることができるような関係があることを前提としつつ、
- (b) しかし、肉体的な疾患等の不妊症を理由に性交渉によっては子をもうけることができない場合、

に限られるのである。

要件(a)は人工授精の「附従性」原則(人工授精と性交渉を「表裏」一体と捉え、前者が認められる範囲は後者の範囲内であるとする原則)、要件(b)は人工授精の「補充性」原則(人工授精と性交渉を「主従」と捉え、両者がともに子をもうける手段として利用可能な場合には性交渉が優先し人工授精の利用が否定されとする原則)を反映したもので、(b)は(a)を前提にしている。要するに、人工授精は、本来であれば自然の性交渉により子をもうけることができるはずでありながら、しかしその実現が不妊症を理由に不可能である場合に、性交渉に代わって、子をもうける手段として認められるにすぎないと把握されるのである⁽⁹¹⁾。

(90) 「原則の存在の可能性が…読みとられ、あるいは読み込まれる」という表現を用いている筆者の真意については、後掲注(106)参照。

(91) 容易に想像できる通り、人工授精の「附従性」「補充性」原則というネーミングは、保証債務の「附従性」「補充性」という表現を転用したものである。

このような構図を踏まえると、本件 Gerber 事件で、受刑者による人工授精が否定されたのは、上記(a)(b)のうち、(a)が認められなかったからであると評価しうることになる。多数意見と反対意見とで、①「刑務所収監に根本的に反する」からと説明するか、②「適法な行刑上の利益」が存在するからと説明するかで理由づけは異なるが、両者ともに、収監中は受刑者が肉体的な性交渉により子をもうけることはできないという点では一致している。従って、受刑者は、もともと通常の性交渉により子をもうけることができる関係にない以上、不妊症であるか否かを問わず一より端的に言えば、肉体的な疾患等で不妊の受刑者であっても一、(a)が充足されず、(b)を考慮するまでもなく、人工授精の利用が禁止されることになるのである。こうして、多数意見の基底にありうると読みとられた(a)の人工授精の「附従性」原則ないし(b)「補充性」原則をより明確に意識することにより、多数意見の全体像を見通すことが可能になったと言えよう。

8. 「附従性」「補充性」原則の一般原則性

ところで、これら本件 Gerber 判決を通じて通用可能性を確認するに至った人工授精の「附従性」「補充性」の両原則は、仮に有用な原則と評価しうるとしても、受刑者による人工授精の利用の可否という行刑上の問題を契機に論じたものであるから、妥当する範囲もそのような極めて特殊な

る。保証債務が主たる債務との関係で、「附従性」「補充性」を持つように、人工授精という人工生殖の手段は性交渉という自然生殖の手段との関係で、「附従性」「補充性」を持つと捉えられる。もっとも、保証債務と人工授精では、「附従性」に関して、若干ニュアンスを異にする面がある。前者では、主たる債務が成立する場合にその範囲で保証債務も成立するという意味で用いられるが、後者では、仮に性交渉によれば子をもうけることができるような関係がある場合にはその範囲で人工授精が認められうるという意味で使われ、いわば「表」の場面の存在が現実にはなく、仮定的に想定されているにすぎない。

場面に限られるようにも思われる。しかし実際、以下に見る通り、そのよう
な行刑上の特殊な場面を離れ、人工授精一般の「あり方」として広く妥当
しうものである。

例えば、我が国では、人工授精を含む生殖補助医療の「あり方」につい
て、法整備の準備の一環として検討された成果が近時公表されている(厚
生労働省の厚生科学審議会生殖医療部会「精子・卵子・胚の提供等による
生殖補助医療の整備に関する報告書」(2003年4月28日)、以下「報告書」)
が⁹²⁾、その報告書の中にも「附従性」「補充性」の両原則が現実に現れて
いる。この事実は、それらが、場面を問わず、生殖補助医療全般の一般原

(92) 報告書自体は <http://www.mhlw.go.jp/shingi/kousei.html#k-seisyoku> で
見ることができる。同報告書の背景及び概要については、石井美智子「非配
偶者間生殖補助医療のあり方・厚生科学審議会生殖補助医療部会の審議状
況」ジュリスト1243号(2003)19頁以下参照。この報告書作成の経緯は次の
通りである。すなわち、旧厚生省の厚生科学審議会先端医療技術評価部会
の下に1998年に設置された「生殖補助医療技術に関する専門委員会」の「精
子・卵子・胚提供等による生殖補助医療のあり方についての報告書」(2000年
12月、ジュリスト1204号(2001)96頁以下、以下「前報告書」)が、生殖補
助医療の実施に必要な法整備の必要性を指摘したことを受け、一方では厚生
労働省の厚生科学審議会生殖補助医療部会が設置され、そこで非配偶者間の
生殖補助医療の実施条件等の規制について検討され、他方では法務省に法制審
議会生殖補助医療関連親子法制部会が設置され、そこでそのような生殖補助
医療により生まれる子の親子関係を確定するためのルールについて検討が始
められた。本文で触れる報告書は、前者の厚生労働省の厚生科学審議会生殖
補助医療部会の検討結果を踏まえ、生殖補助医療の「あり方」として提言さ
れたものである[なお、脱稿後、後者の法務省の法制審議会生殖補助医療関
連親子法制部会での検討の中間的結果として、「精子・卵子・胚の提供等によ
る生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する
要綱中間試案」(2003年7月)が公表されていることを知り得た。[http://
www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI35/refer01.html](http://www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI35/refer01.html)。この中間試案はここで触れ
ている報告書と異なり、生殖補助医療の「あり方」について定めようとする
ものでなく、いわばその後の(もっとも生殖補助医療の実施の前提条件とい
う意味ではその前の)、生殖補助医療で生まれた子の親の確定という問題に
対処するルールを作ろうとするものである。]

則として広く機能しうることを示している^(92a)。

まず人工授精の「附従性」原則に関しては、報告書で「加齢により妊娠できない夫婦」が生殖補助医療の対象者から除外されている点にそれが見てとれる⁽⁹³⁾。生殖機能を喪失した高齢の男女に人工授精を含む生殖補助医療の利用を否定したのは、それらの者は、肉体的な疾患等の不妊症がなくとも、もはや通常の性交渉により子をもうけることがそもそも不可能な関係で、先の(a)の要件(「附従性」原則)を欠くからであろう⁽⁹⁴⁾。

(92 a) その意味で、「附従性」「補充性」の両原則は、実際には、人工授精であると、体外受精であるとを問わず、人工生殖(生殖補助医療)全体に共通して通じる一般原則である。もっとも、人工生殖の種類に応じて別途規制しうるのは当然である。

(93) 報告書Ⅲ 1(1)。

(94) もっとも、この点、報告書自体は、「加齢により妊娠できない夫婦」が生殖補助医療を受けられない理由をそれが不妊症でないことに求め、(b)の要件(「補充性」原則)に利用禁止の根拠があるかのように説明する(報告書Ⅲ 1(1))。しかし、それでは元々不妊症であった者は、生殖機能を喪失するであろうと一般に考えられる年齢に達した後でも、不妊症の存在を理由に生殖補助医療を利用しうることになりかねない。報告書が予定しているのは、加齢により生殖機能を喪失した者を一律に生殖補助医療の対象外とすることでであろうから、そうであれば、むしろポイントは不妊症の有無(要件(b))ではなく、本来的に性交渉により子をもうけることができるような関係があるか否か(要件(a))、すなわち生殖機能の喪失の有無にあるはずである。報告書では、要件(b)の前提に要件(a)があることを十分認識していないために説明に不十分な面があるが、以上に述べた通り、「加齢により妊娠できない夫婦」を人工授精を含む生殖補助医療の対象外とした真の理由はやはり「附従性」原則(要件(a))にあると解されるので、報告書の表現はどうかあれ、かかる原則は広く生殖補助医療の「あり方」として妥当するものとして報告書に盛り込まれていると言って差し支えない。報告書が「附従性」原則(要件(a))と「補充性」原則(要件(b))を区別せず混同しているのは両原則を明確には意識していないからであり、この意味においても、本稿がそれを主張することも意義はあると考える。

なお、報告書は、独身女性による人工授精の利用を禁止する理由については、それが不妊症でないからとはせず、「子の利益」にならないからとし

また、人工授精の「補充性」原則に関しては、報告書で「子を欲しながら不妊症のために子を持つことができない」者だけが生殖補助医療の利用ができるとされている点にそれが見られる⁽⁹⁵⁾。報告書によると、その理由は「人為的に生命を新たに誕生させる技術である生殖補助医療の利用はむやみに拡大されるべきではなく、生殖補助医療を用いなくとも妊娠・出産が可能であるような場合における生殖補助医療は認められるべきでないから」⁽⁹⁶⁾とされており、この表現に、人工授精と性交渉がともに子をもうける手段となりうる場合には前者の利用が否定されるという先の(b)要件(「補充性」原則)がまさにそのまま示されていると評価しうる。

もっとも、報告書が規制対象と予定する生殖補助医療は、非配偶者間の人工授精(いわゆる AID)と体外受精(精子提供型・卵子提供型・胚提供型)で⁽⁹⁷⁾、配偶者間の人工授精(いわゆる AIH)と体外受精は規制対象からはずれているので、広く生殖補助医療全体に通用するかに見えた二つの原則、すなわち「附従性」「補充性」原則は、配偶者間の生殖補助医療の場面ではあてはまらなないと考える余地もないわけではない。しかし、報告書が特に非配偶者間の生殖補助医療を取り上げたのは、それが配偶者以外の第三者の精子・卵子・胚が介在することでより慎重な扱いが求められ、他方、配偶者間では、人工的に受精させるとしても、話は配偶者間で

ている(後掲注(102)参照)。これは、独身女性が不妊である場合にも生殖補助医療を否定するので、不妊症の有無(すなわち、要件(b))という視点だけでは、生殖補助医療の可否を決する基準として不足であることを報告書自体が少なからず認識していたものと解しうる。しかし、要件(b)以上に求められるものが「子の利益」という基準であるとする報告書のような立場には、本稿は既に疑問を示しており、また後に改めて否定的評価を加えている。前掲注(57)及び後掲注(104)参照。

(95) 報告書Ⅲ 1(1)。

(96) 報告書Ⅲ 1(1)。

(97) 以上が報告書において検討の結果容認されるもので、この他に検討の結果禁止されるのが代理懐胎(いわゆる借り腹型・代理母型)である。報告書Ⅲ 1(2)(6))。

濟み比較的問題は少ないと考えられたからにすぎないと推察される⁽⁹⁸⁾。そうであれば、非配偶者間の生殖補助医療で妥当すると報告書で考えられている「附従性」「補充性」の両原則が配偶者間の生殖補助医療には妥当しないと積極的に排除する理由がない限り、これらの原則は、生殖補助医療

(98) このような推察は、「報告書」の議論の方向性を与えた「前報告書」に見られる次のような記述により正当化される。「なお、生殖補助医療には、夫婦の精子・卵子・胚のみを用いるものと提供された精子・卵子・胚を用いるものが存在し、また、人工授精、体外受精、胚の移植、代理懐胎等様々な方法が存在しているところであるが、本専門委員会〔厚生科学審議会先端医療技術評価部会・生殖補助医療技術に関する専門委員会〕では、その中でも特に、その実施に当たって、夫婦以外の第三者の精子・卵子・胚を用いることとなることや夫婦の妻以外の第三者が子を出産することとなることから、親子関係の確定や商業主義等の観点から問題が生じやすく、それらを適正に実施するために必要な規制等の制度の整備等を行うことが特に必要と考えられるAID、精子提供による体外受精、卵子提供による体外受精、提供胚の移植、代理懐胎（代理母、借り腹）といった精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療のあり方について検討を行った。」（前報告書Ⅰ2、傍点三枝）。

〔なお、脱稿（帰国）後、「生命科学の発展と私法—生命倫理法案」と題する2002年度の私法学会シンポジウムでの我妻堯医師の次のような趣旨の発言を私法65号（2003）を通して知り得た。すなわち、「法律学者の間では、法律的な夫婦関係、親子関係を強調する余り、夫婦間の人工授精や体外受精までも規制の対象にすべきであるという説も…かなり出ていまして、実は私はちょっと驚きまし[て]」「夫婦間の人工受精というものは非常に長い歴史がありますので、それを規制するという考え方」には医師サイドとして消極的であるという趣旨の発言である（同6-7頁）。しかし、同医師も、「例えば、冷凍保存した精液があったご主人が亡くなった後で、それを使って体外受精をして妊娠した場合」などの「極端な例は幾らでも考えられますから、そのような例に対しては何らかの規制の対象にすべきであると考えが必要かもしれません」（同頁）として、例えば、筆者が本文ですぐ後に述べるような死後の人工授精・体外受精が配偶者間で行われる場合にも、非配偶者間の場合と同様に問題となるので、規制の必要性があることを認めている。まさに、本文で後述した通り、ここで触れられた死後の人工授精・体外受精は配偶者間と非配偶者間を問わず等しく「附従性」原則により規制されるべきものであることが同医師の発言からもいわば逆説的に確認される。〕

全体に対して、それが配偶者間で実施されるものか、非配偶者間で実施されるものであるかにかかわらず、広く適用されるものと考えるべきである。これを人工授精に引き直して言えば、配偶者間の人工授精(AIH)においても、また非配偶者間の人工授精(AID)においても、等しく、「附従性」原則と「補充性」原則は人工授精の一般原則になりうるということである。

「附従性」「補充性」の両原則が、AIDのみならず AIH にも適用されるべきものであることは具体的に次のようなケースを考えると更に納得がいく。それは死後の人工受精のケースである。報告書は、精子・卵子・胚の提供者の死亡後の利用を禁じ、精子提供者死亡後の非配偶者間の人工授精、すなわち死後の AID は許されないとするが⁽⁹⁹⁾、報告書自体において配偶者間の人工授精は規制対象とされていないので、夫死亡後の配偶者間の人工授精、すなわち死後の AIH は実施可能なようにも見える。しかし、AID であろうと AIH であろうと、死後の人工授精を認めるべきではないことは変わらないはずである。なぜなら、報告書が死後の AID を禁じる理由として挙げた「既に死亡している者の…子どもが生まれることとなり、倫理上問題である」点と、「[精子]提供者が…死亡した場合は、その後提供の意思を撤回することが不可能となるため[人工授精時点で]提供者の意思を確認できない」不都合がある点⁽¹⁰⁰⁾は、死後の AIH でも同様にあてはまるからである。従って、AID であれ AIH であれ、死後の人工授精が認められないと解されることになるはずで、これは人工授精の「附従性」原則(要件(a))から統一的に説明されることになる。すなわち、どのような人工授精であれ、当事者の一方が既に死亡している場合は、本来的に性交渉により子をもうけることができるような関係が人工授精の時点で存在しておらず、要件(a)(「附従性」原則)を欠くので認められないと説明できるのである。このように死後の人工授精のケース一つ取って

(99) 報告書Ⅲ 3(6)。

(100) 報告書Ⅲ 3(6)。

も、「附従性」原則、そしてそれを前提とする「補充性」原則は、配偶者間の場合であれ、非配偶者間の場合であれ、やはり、等しく広く人工授精全体の一般原則と位置づけられることが確認されよう。

以上から、「附従性」「補充性」原則が人工授精の一般原則たりうるということが明らかにされたが、あるいは既にこれらは無意識に当然のように考えられていたもので、改めて広く適用されるべき一般原則として確認するまでもないと思われるかもしれない。しかし、少なくとも本稿が検討してきた受刑者による人工授精の利用の可否という特殊な行刑上の問題では、Gerber 判決の反対意見に見られたように、必ずしもこれらの「一般」原則性が明確には意識されていたとは言えなかった。従って、その限りで両原則の役割を確認する必要性と有用性は否定しえない。受刑者による人工授精の利用の可否が問われた特殊な場面では、人工授精の「附従性」「補充性」の原則は埋もれていたのだから、それらを顕在化させ、かかる特殊な場面でもそれらが一般原則として機能しうることを示すことに意義はあると言えよう。

更に、一般原則としての人工授精の「附従性」「補充性」の両原則の存在ないし存在可能性を明らかにする意義は、何も特殊な行刑上の場面だけにわけではない。それらは一般原則として、人工授精全体の「あり方」を探る際の指針を提供する。両原則は、いわばサーチライトのように⁽¹⁰¹⁾、それに反するような人工授精の「あり方」が提示されると、原則との乖離を浮き彫りし、その合理性を再検証する契機を与えることになる。

例えば、報告書で提示された「あり方」の中で、これらの原則との乖離

(101) 「サーチライト」という表現は、元々は、河上正二「契約の法的性質決定と典型契約—リース契約をてがかりにして—」加藤古稀・現代社会と民法学の動向下(1992)299頁で、典型契約の任意法規が持つ「枠組み」としての性格を形容する際に使用されたものであるが、ここでは同じように、人工授精の一般原則と位置づけた「附従性」「補充性」原則の持つ「枠組み」としての機能を示すためにその表現を借用した。

が見られるとして問題になりうるのが、生殖補助医療の対象者を法律上の夫婦に限定している点である⁽¹⁰²⁾。報告書によると、事実上の夫婦や独身者は人工授精を含む生殖補助医療を利用できないとされているが、しかし少なくとも事実上の夫婦を対象外とした点は、人工授精の「附従性」原則(要件(a))をそのままあてはめると、過剰な規制と評価されよう。というのも、同原則によると、法律上の夫婦でなくとも、仮に性交渉によれば子をもうけるような関係が当事者間にありさえすれば、人工授精への道は開かれるべきだからである。確かに独身女性については(但し実際に問題となるのは要件(b)により、結果として不妊症の独身女性に限られる点に注意)、その者に特定の相手がいなければ、性交渉によれば子をもうけることができるような関係がそもそも存在せず、要件(a)を欠くので、報告書の提言するように、人工授精を含む生殖補助医療は認められないとすることに問題はない。しかし事実上の夫婦については、性交渉によれば子をもうけることができるような関係が当事者間に存在し、要件(a)を満たす以上、人工授精は一更に要件(b)まで充足することを条件に一認められて然るべきである。報告書は、独身者に加え、事実上の夫婦も、人工授精を含む生殖補助医療の対象者から除外した理由として、法律上の夫婦の間に生まれる場合に比べて事実上の夫婦の間に生まれる場合には、「生まれてくる子の親の一方が存在しない、生まれてくる子の法的地位が不安定であるなど生まれてくる子の福祉の観点から問題が生じやすい」からと、「子の利益」にならない点を持ち出している⁽¹⁰³⁾。しかし、法的な地位が不安定となるのだから

(102) 報告書Ⅲ 1(1)。

(103) 報告書Ⅲ 1(1)。なお、報告書を作成した厚生労働省の厚生科学審議会医療部会では、事実上の夫婦を生殖補助医療の対象外とした前報告書に縛られる形でこの点の議論は深められていない(2002年4月3日第11回議事録参照。<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2002/04/txt/s0403-1.txt>)。従って、実質的な議論は前報告書を作成した旧厚生省の厚生科学審議会先端医療技術評価部会の生殖補助医療技術に関する専門委員会で作されたことになる。同専門委員会では、事実上の夫婦も対象に含めるべきであるとする意見もあったが、

生まれてこないのが「子の利益」であるとは言えるはずもない。また、「子の利益」がその究極的な理由であるならば、法律上の夫婦についても、身分的地位の点以外で実質的に子の利益に反するような夫婦には等しく人工授精は認められないとされるはずであるし、また事実上の夫婦であれば身分的地位の点が不安定であれその他の点を含めれば、実質的に一律に子の利益に反するような関係であると直ちに考えられるはずもない。「子の利益」という観点が、事実上の夫婦に人工授精の利用を認めない理由として十分に合理的であるとは言えないのである。そもそも一般に、当事者間の自然生殖ではなく、人工授精という人為を伴う場面であっても、国家が、ある一定の属性の親の下で生まれると子の利益にはならないと色づけし、子の出生それ自体を否定することは控えるべきであるし、また仮にそれが許されるとしても、そう判断するには極めて慎重でなければならない⁽¹⁰⁴⁾。

法律家の立場の委員(丸山英二教授・石井美智子教授)らにより、事実婚の間に生まれた子は法律婚の間に生まれた子よりも法定相続分が半分であるなど「子の利益」にならないこと、また生殖補助医療の利用のために法律婚の形式にすることを求めても過度の負担にはならないことを理由に、反対意見が示され、結局、反対意見が前報告書に採用された(2001年4月13日第14回・同年6月6日第15回議事録参照。http://www1.mhlw.go.jp/shingi/s0004/txt/s0413-1_18.txt, http://www1.mhlw.jp/shingi/s0004/txt/s0413-1_18.txt)。

- (104) 前掲注(57)参照。[なお、脱稿(帰国)後、同旨を説く渕史彦「生殖補助医療と『子の福祉』」ジュリスト1247号(2003)126頁に接した。渕講師によると、このように生殖補助医療を法律上の夫婦に限定すべきでないと批判すると、特別養子において法律上の夫婦が共同で養親となることが求められていること(民法817条の3)との整合性を説明する必要が生じるところ、「事実婚のカップルが特別養子を迎えることを認めると、事実婚カップルの間に生まれた実子は非嫡出子の地位しか得られないのに、特別養子は当該カップルの嫡出子として扱われるという不均衡な状態が生じる。これに対して、提供による生殖補助医療を事実婚カップルが受けることを認めても、そのような具体的な不都合が生じないから」両場面は異なると考えられるとされている。筆者の観点からすると、前掲注(57)で指摘した通り、特別養子においては、既に生存している子の行く末を確定する場面であるのに対して、人

とすれば、「附従性」原則をそのまま適用し、事実上の夫婦のように、本来であれば性行為により子をもうけることができるような関係が当事者に存在すると認められる場合は、出生自体を否定する形で「子の利益」を考慮するまでもなく、当事者に不妊症があることを条件に基本的には人工授精を認めるべきことになろう⁽¹⁰⁵⁾。人工授精の「附従性」原則(要件(a))は、その一般「原則」性が確認されたことで、こうして、人工授精全体の「あり方」を考える指針としても重要な意味を持つことが期待される。

9. 「公序」としての一般原則の規範性

これまでに、本件 Gerber 判決の中に潜在的に隠れていた「附従性」原則と「補充性」原則を掘り起こし、それらが人工授精の一般原則として、

工授精の可否は子の出生それ自体を決定する場面であり、両者は同一の場面ではなく必ずしも類推される必然にないと言明されることになろう。特別養子においては、子の利益という名の下で出生自体が否定されることはないのである。なお、濶講師も出生否定という形で「子の利益」を考慮することには強い疑問を示し、「個人の尊重原理(憲法13条)」に反し、容認しがたい」と指摘している。]

- (105) 仮に法律上の夫婦に限るという政策を維持するのであれば、その一応の理由は、子の利益とは切断された意味での法律婚の維持という点に求められるほかにないように思われる。いずれにせよ、一般原則である「附従性」原則(要件(a))を越えて人工授精の認められる範囲を限定する理由としては、「子の利益」は不十分である。

なお、事実上の夫婦でも人工授精を利用しうると考える本稿の立場でも、当該事実婚がいわゆる重婚の内縁や近親婚の関係にある場合は、その関係の反社会性故に、人工授精を含む生殖補助医療の利用が否定されることも是認されうる(しかし、「子の利益」が否定の理由となるわけではない。このような場合に人工授精の利用が否定されるのは、要件(a)(「附従性」原則)で言う「仮に性交渉を手段とすれば子をもうけることができるような関係」が事実として存在するが、かかる「関係」の存在は適法なものとは承認されず、結局、法的には存在しないものと扱われ、要件(a)を欠くことになるからであると考える)。

行刑上の場面のみならず、その他の場面でも広く通用しうるものであることを検証してきた。しかし、ここで考えなければならない問題が一つ残されている。それは、一般原則としての地位を揺るぎなく占めるかに見えた両原則が、実はアメリカにおいては、行刑上の特殊な場面を扱った Gerber 判決ではその存在ないし存在可能性が認められるものの、それ意外の場面では、人工授精全体に広く適用されるような一般原則としては、少なくとも判例上、確立されていないという問題である。すなわち、Gerber 判決から筆者が読みとった「附従性」「補充性」の両原則の射程は、ことアメリカでは、Gerber 判決限りの様相を呈しており、判例上、これらの原則が人工授精の一般原則という地位を与えられそうにもないのである⁽¹⁰⁶⁾。

このことは二つケースの現実を見れば容易に確認できる⁽¹⁰⁷⁾。第一に、アメリカでは、同性愛カップルの一方当事者である場合も含め、不妊症で

(106) 実際のところ、Gerber 事件の控訴審全員法廷判決でも、これまで説明してきたような人工授精の「附従性」「補充性」原則については、そのような発想(特に自然生殖と人工授精とを同じ範囲内で認めようとする「附従性」原則に親和的な発想)が見られるものの、それらが同判決で人工授精の一般原則として明示されているわけでは決していない。むしろ、同判決では、人工授精という観点からではなく、制裁という刑の本質論の観点から、自然生殖を手段とする場面で子をもうけることは認められないという不利益を制裁として捉え、等しく人工授精を手段とする場面でもかかる制裁を科すと考えたものである。「附従性」原則の実質的な基礎と評価しうる自然生殖と人工授精のパラレル論は、同判決では、刑の制裁論の範囲内の要素として機能しているにすぎず、それが独立に人工授精の一般原則として意識されて独立に論じてられているわけではない。このように、Gerber 事件の控訴審全員法廷判決では「附従性」「補充性」原則が明確には人工授精の一般原則とは位置づけられてはいないなかで、本稿では、両原則の存在可能性が同事件に読みとれると筆者が解釈し、これまでに、そのような筆者の解釈をあくまで判決の内在的理解の一つの可能性として(従って、実質的には判決の外在的な解釈として)提示したにすぎない点に留意が必要である。前掲注(90)参照。

(107) 第一のケースについては前掲注(57)、第二のケースについては後掲注(109)参照。

あると否とにかかわらず、独身女性による人工授精が行われているという現実、第二に、死後の人工授精が行われているという現実、である。

これら二つの現実とは、「附従性」原則が人工授精の一般原則として確立していれば、生じることはないものである。すなわち、人工授精の「附従性」原則(要件(a))からすると、第一のケースについては、既に触れた通り、独身女性は、特定の相手がいないので、またレズビアンカップル間でも同じく特定の異性の相手がいないので、性交渉によれば子をもうけられるような関係が存在しておらず、従って人工授精は認められないはずであるし、第二のケースについても、これまた既に見た通り、死後の人工授精は、当事者が死亡している以上、性交渉によれば子をもうけられるような関係が受精時点では認められず、やはり人工授精の利用は禁じられるはずである。このような現実が見られることは、「附従性」原則、ひいては「補充性」原則が人工授精の一般原則としてアメリカでは確立していないことを示すものである。

もっとも、第一のケースについては、同性愛カップルの一方当事者である場合を含め、独身女性による人工授精の利用の可否を争点とした訴訟は、法規制のないアメリカではその実施に躊躇しない医療機関が少なからず存在するのでほとんど現実には問題となっておらず単に世の中の現象としてそのような事実があるというだけで⁽¹⁰⁸⁾、訴訟の場に至れば少なくとも判例上は、「附従性」原則ないし「補充性」原則が人工授精の一般原則として示され、性交渉によれば子をもうけることができるような関係が存在し

(108) 前掲注(57) 参照。なお、独身女性が人工授精を利用してもうけた子の父が誰かを定める法的ルールが存在するからといって、それだけでかかる場面での人工授精の利用が積極的に法律上承認されていることには必ずしもならない。人工授精等の生殖補助医療により生まれた子の親を確定するかは、生殖補助医療の「あり方」とは別問題である(「あり方」に反した生殖補助医療がなされて子が生まれた場合にも親が誰かは確定する必要がある)。但し後掲注(112)の本文参照。

ないことを理由に独身女性に人工授精を認めないとされる可能性も絶対にないとは言い切れない。しかし、第二のケースでは、現実には(事実上の)夫の死亡後の人工授精の可否を巡り現実に訴訟で争われており⁽¹⁰⁹⁾、

(109) See ①Hecht v. Superior Court, 20 Cal. Rptr. 2d 275, 283 (Ct. App. 1993); cf. ②Hecht v. Superior Court, 59 Cal. Rptr. 2d 222, 227-28 (Ct. App. 1996), ordered unpublished by 1997 Cal. Lexis 131. [ガラス瓶15本分の保存精子を巡り、精子提供者(故人)の先妻の子供達と、死亡時まで故人が長らく連れ添った女性(Hecht)との間で対立し、①ではガラス瓶3本の凍結精子、②では残り12本の凍結精子のHechtへの引渡し認められた事案。] アメリカでは、凍結精子を利用した死後授精を肯定する立場が強いように見受けられる(例えば、Ronald Chester, Freezing The Heir Apparent: A Dialogu On Postmortem Conception, Parental Responsibility, And Inheritance, 33 Hous. L. Rev. 967 (1996))が、批判的立場がないわけではない。See Andrea Corvalan, Comment, Fatherhood after Death: A Legal and Ethical Analysis of Posthumous Reproduction, 7 Alb. L.J. Sci. & Tech. 335 (1997).

ところで、死後の人工授精で生まれた子の社会保障の受給資格や相続人としての地位(故人の「子」と言えるか否か)について争われたケースも幾つかある。Woodward v. Commissioner of Social Security, 760 N.E. 2d 257 (Mass. 2002); cf. In re Estate of Kolacy, 753 A. 2d 1257 (N.J. Super. Ct. 2000). [社会保障の受給資格は法定相続人としての地位の有無によるところ、前者は死後の人工授精により生まれた子にもそれが認められる場合がありうると判示した事案で、後者はその地位を死後の人工授精により生まれた子に現実に認めた事案。] しかし、このいずれのケースも死後の人工授精によって生まれてきた子の地位に関する問題を扱っているもので、死後の人工授精の可否それ自体を扱ったものではないことに留意する必要がある(相続人としての地位について、死後の人工授精により生まれた子にまで法定相続を認めると、既に出産済みの子の相続分が不意に減少することになるが、それが妥当か、という観点から議論されることが多いが、そこからも分かる通り、この問題は死後の人工授精が倫理的に許されるかという問題とは別次元の話である)。この点につき、新統一親子関係法は、当該故人と死後の人工授精により生まれた子との間に親子関係(相続権)を原則として否定し、死後の人工授精により生まれる子の親となることについてその故人が同意していたときに限り親子関係を例外的に認めるとしている(Uniform Parentage Act (2002) § 707「ある個人が、生殖補助医療により親となることに記録

その判決では、精子提供者たる故人の生前の意思が遺言等により明確である限り、凍結保存された精子による死後の人工授精は許されるもので、死後の人工授精が「公序」(public policy)に反して認められないか否かは裁判所ではなく議会が決めるべき事柄であるとされている⁽¹¹⁰⁾。「生殖医療の利用が適切でないと議会により考えられていない場合にその利用を禁止することは裁判所の役割ではない。そのように生殖医療を規制しようと[裁判所が]努力すると、子をもうける権利とプライバシーの権利が基本的な権利であるという権利の性質に鑑みれば、深刻な問題を引き起こすこ

上同意した (consented in a record) もの、卵子・精子・胚を着床 (placement) させる前に死亡した場合、その故人は生まれてくる子の親とはならない。但し、その故人となりし夫又は妻 (the deceased spouse) が、死後に生殖補助医療がなされたときに当該子の親となることに記録上同意していた場合はこの限りでない。))。もっとも、州法レベルで死後の人工授精により生まれた子に相続権を否定するところも現実には存在する (例えば、ルイジアナ州、ノースダコタ州。See Margaret Ward Scott, Comment: A Look at The Rights and Entitlements of Posthumously Conceived Children: No Surefire Way to Tame the Reproductive Wild West, 52 Emory L.J. 963, 979-980 (2003).) [脱稿(帰国)後、上述の Woodward 事件を紹介する久保野恵美子「判例紹介」アメリカ法2003-1号221頁に接した。また同紹介(226頁注(22))により、我が国でも死後の人工授精が現実に実施され、生まれてきた子の地位を巡り問題となっていることを知り得た(日経新聞2002年6月25日夕刊18頁)。]

なお、このような死後に凍結精子を用いる人工授精により子をもうけることと、死後に凍結受精卵を移植することにより子をもうけることは手段として区別しうるが、両者併せて死後生殖 (posthumous reproduction) と呼ばれる。See generally, John A. Robertson, *Emerging Paradigms In Bioethics: Posthumous Reproduction*, 69 Ind. L.J. 1027 (1994).

- (110) Hetch, 20 Cal. Rptr. 2d at 289-290. (同判決では、公序が死後の人工授精に否定的であるという主張にも肯定的であるという主張にもどちらにも賛成しないと指摘され、「改めて強調するのは我々は[死後の人工授精を希望する]遺言や精子バンクの契約の有効性、又は本件の継承的財産設定取決書の強行性といった争点、あるいは我々の前にないその他の争点を審理しないということである。」と述べられている。Id. at 291.)

とになるろう」⁽¹¹¹⁾と述べられており、ここに、技術的に可能な人工授精を立法以外の形で制限することに対するアメリカの裁判所の消極的な姿勢がはっきりと見てとれる⁽¹¹²⁾。とすれば、このような裁判所の姿勢を前提にすると、第二のケースはもちろん、第一のケース、そして更に人工授精全体について、法律による規制がないにもかかわらず、これまでに確認したような「附従性」「補充性」の両原則を一般原則として「公序」に読み込み、そのような観点から人工授精の利用を禁じることは、アメリカでは判例上考えられないと言うほかない。

しかし、以上はあくまでアメリカの話であり、少なくとも日本において、これと同様に考える必要はない。確かに、生殖補助医療を規制しようとする姿勢が極めて消極的なアメリカでは、「附従性」「補充性」の両原則が人工授精の一般原則として確立し、これらが「公序」を構成すると想定するのは不可能であるかもしれないが、しかし我が国では、まさにそれらが検討されたうえで報告書にまとめられ実施されようとしていることから分かる通り、両原則が人工授精の一般原則としての地位を占めるとの意識は

(111) Id. at 291 (quoting *Johnson v. Calvert*, 19 Cal. Rptr. 2d 494 (1993)).
同 Hetch 判決の引用する *Johnson* 判決の本文記載の判示部分は、元々は、代理母契約の有効性との関係で論じられたものである。

(112) この意味で、Gerber 事件の控訴審全員法廷判決における反対意見は、人工授精の立法以外による規制に対して一般的に見られるアメリカの裁判所の消極的な姿勢を反映したものと言えるかもしれない(もっとも、反対意見も多数意見と同様に、問題を刑の制裁という観点から捉えており、人工授精という観点から捉えているわけではない)。では、一般的にこのような消極的な姿勢があるにもかかわらず、Gerber 事件の控訴審全員法廷判決において、立法による規制もないのに多数意見がなぜ行刑上の特殊な場面において人工授精の規制にあえて乗り出したかという、性交渉とのバランス論がここで考慮されたからであろう。すなわち、刑務所収監の場面では性交渉により子をもうけることがそもそも否定されており、人工授精の可否を判断するにあり、それが禁止されていないその他の通常の場面とは異なり、初めより否定的な評価が先行するからであると考えられる。

既に潜在的に存在してきたとも言えるので、それも可能なことのように思われる。むしろ、我が国では、「附従性」原則と「補充性」原則という人工受精の一般原則を「公序」の内容と観念し、それに反するような独身女性者による人工受精や死後の人工受精の実施を定めた契約は無効で許されない⁽¹¹³⁾、報告書が法案化される方向であることを考えれば、

- (113) ところで、人工受精は特に医療機関等によらずとも当事者自身により容易に実施できる技術であり、当事者が自ら行うこともありうる。従って、「附従性」「補充性」原則を貫こうとするのであれば、それに反する人工受精の実施契約を無効とするだけでは不十分で、その他の規制が必要となる。(なお、自己授精 (self-insemination) が容易なことは、例えば Goodwin 事件において原告の妻が自身で人工授精を行うことになっていたことを想起された。Goodwin, 908 F.Supp. at 1398.)

アメリカでは、独身女性やレスビアンカップル等が偏見による実施拒否を医療機関で受けることを回避するため、実施の容易な自己授精に頼ることが少なくないが、しかし自己授精では次の三つの不利益が生じることから、医療機関で実施することを求めるニーズが存在すると指摘されている。すなわち、(1)医療機関では精子提供者の斡旋をうけられるが、自己授精では自らそれを確保する必要があること、(2)多くの州では、医療機関による人工授精でなければ精子提供者の父性排除の利益を得られないこと(前掲注(57)で紹介した旧統一親子関係法 § 5(b)の中では「有資格医師に提供した」ことが父性排除の要件となっていることに注意)、(3)遺伝病を含め、精子提供者の健康状態を適切にチェックしえないこと、以上の三点の不利益が自己授精の障壁となりうる(Harlow, *supra* note 57, at 178-179. 但し、既に前掲注(57)で述べた通り、旧統一親子関係はその後改正され、現在では、有資格医師に提供した場合でなくとも、精子提供者の父性排除の利益が与えられるに至っている点に留意が必要である。See Uniform Parentage Act (2002) § 702 and *id.* cmt.)。このように、刑罰規定の設定という強い規制手段以外にも、(2)のような精子提供者の父性排除の否定という間接的な形で、実施に医療機関の介在しない自己授精を規制することも統一親子関係法の改正レベルにおいて見られるようなアメリカの動向には反するが一選択肢として考えてよいように思われる。

[なお、脱稿(帰国)後に、米村滋人「生殖補助医療と実際の限界」ジュリスト1247号(2003)124頁が、医師サイドからの視点で、「特にAIDは、当事者間や私企業等が医療機関外で行うことも可能であり、医療機関のみ厳

自然でさえある。

もしこのように、「附従性」「補充性」原則は人工授精の一般原則として「公序」の構成要素となるとすると、今度は、それらは単に報告書等に現れた人工授精の「あり方」の内容を裏付ける記述的な説明概念ということにとどまらず、これに反する人工授精の取り決めは無効であるという意味での原則の規範的な側面を更に強めることになる。しかし、そうすると、人工授精が技術的に可能な場合にも「附従性」「補充性」の両原則により制約を受けるのは何故かが問われることになる。「附従性」「補充性」の両原則の規範的根拠がここで問われるのである。

両原則の規範的根拠は、報告書が立法化されれば、直接そこに求められることになる。しかしこのような個別の法令がなくとも、これまでに我が国では人工生殖が自然生殖を補完するための代替手段でしかないと位置づけられ、基本的にそれが社会的に承認されてきたという経緯がある⁽¹¹⁴⁾。これは、報告書で述べられている通り⁽¹¹⁵⁾、人工授精を含む生殖補助医療

格に規制しても実効性には疑問がある。事実婚夫婦への規制にも妥当するが、ヤミ AID を助長し精子売買などの温床を作るよりは、医療機関が柔軟に判断することで緩やかだが網羅的な規制を行うほうが現実的な解決とも考えられる」と主張していることに接した。上で述べたような間接的な規制の可能性を改めて考えさせる指摘である。]

(114) 日本産婦人科学会のガイドライン(前掲注(57)参照)には批判もなされてきたが、人工生殖(生殖補助医療)が自然生殖より控えめでなければならぬというその基本的スタンスに強い批判はなかったと言える。報告書の骨格を定めた前報告書を作成した旧厚生省の厚生科学審議会先端医療技術評価部会の生殖補助医療技術に関する専門委員会において、生殖補助医療技術が不妊症の場合に限り利用でき、それ以外の利用は認められないのは「常識」である旨述べられていることも、そのようなスタンスが社会的に承認されてきた表れの一つである(12年7月11日第16回議事録参照。高齢者や同性愛者による利用や、自然妊娠を回避するためのモデルによる便宜的利用を否定することが、異論なく確認されている。http://www1.mhlw.go.jp/shingi/s0007/txt/s0711-1_18.txt)。

(115) 前掲注(96)参照。

が、それが本来は自然になされるべきところに人為を施すものであるから、自然生殖に比べて控えめな役割しか持たず、その範囲と序列につき前者が後者を越えることは許されるべきではないと考えられてきたことを示している。現行法秩序は生命の誕生が生物学的な自然生殖を基本に成立するものとして構成されており、このような現行法秩序を前提とする限り、人工生殖を認めるにせよ、自然生殖を完全に無視した形でこれを受け入れることはできない。もし無条件に人工生殖を認めると、突き詰めれば、一個人の選択で精子と卵子を全く自由に物理的に組み合わせて生命を誕生させることを許容することとなり、現行法秩序の予定しない生命の「物」化を招来しかねなくなるからである。従って、あくまで自然生殖を基本枠組みとし、本来であれば自然生殖が可能となる関係（枠組み）の範囲内で、不妊症を克服する限りにおいて人工生殖の利用を認めることにより、現行法秩序の前提とする生殖のあり様を維持すべきことになる。

「附従性」「補充性」の両原則を含む報告書、ないしそれに基づいて制定されるであろう法律は、このような現存の社会意識を法律という明確な形で確認しようとするもので、この点に関する限り、立法を契機に新たにそれを公序としてゼロから創造しようとするものではない。我が国において、アメリカと異なり、まさにかかる社会的な規範意識に裏付けられているからこそ、両原則の立法化が支持されているのであろう。本来であれば自然生殖により子をもうけることができる関係がありながら、不妊症を理由にそれが実現しえない場合にして初めて人工生殖が認められるという「附従性」「補充性」原則は、現行法秩序が前提とする生殖の本来的なあり方を維持することを理由に、そうすべきであるという規範的な形で、既に現時点での我が国の社会において受容され、かかる社会的な規範意識を基礎に、人工生殖たる人工授精の一般原則として、公序を形成しているように思われる⁽¹¹⁶⁾。

(116) 人工授精をはじめとする人工生殖を無制限に認めることが、子をもうける

IV. おわりに

本稿は、Gerber 判決を素材に、受刑者による人工授精の利用の可否という行刑上の特殊な問題について、そこに隠れる人工授精の一般原則を引き出すことを意図しつつ、検討してきた。以上の通り、最終的に Gerber 判決に読みとった人工授精の一般原則とは「附従性」原則と「補充性」原則のことで、両原則は人工授精全体の「あり方」の一端を示すものであった。

但し、受刑者による人工授精の可否という問題は、このような人工授精の一般原則が本件 Gerber 判決にも適用されるとしても、これで終わるわけではない。というのは、「附従性」「補充性」の両原則は、この問題をあくまで理論的に考えるとどうなるかというベースラインを示したもので

という個人の権利を最大限に尊重することになると考え、「附従性」「補充性」原則が人工授精の利用を不当に制限にするものであると批判する余地はある。しかし、両原則は、自然生殖と人工授精をパラレルに捉え、従前通り前者の認められる範囲で後者を、それ以上の制限—例えば、「子の利益」という観点からの利用制限—なしに、そのまま補完的に認めようとするもので、人工授精の利用に自然生殖以上の制限を加えようとするものではない。その意味で、自然生殖を基本とする現状を基準とする限り、価値ニュートラルな原則である。しかし反面、両原則は、自然生殖の範囲内に限り補完的にしか人工授精を認めないという形で、技術的に可能な場合にも、その利用を制限する点では、価値ニュートラルとは言えない—この限りで、なぜ人工授精の利用が制限されるのかが問われる。「附従性」「補充性」原則を公序と捉えれば、本注冒頭で示したあり得る批判は、そのような公序を否定して人工授精の利用を完全に個人の自由な選択に委ねることを求めるもので、例えば男女2人の結合を婚姻とする公序との関係で、「なぜ同性同士の婚姻が認められないのか」「なぜ3人以上で婚姻することができないのか」と議論すると同様、公序の相対化原理としての自己決定権、あるいはライフスタイルの自己決定が問題となっているとも言える(吉田克己「自己決定権と公序—家族・成年後見・脳死」私法学の再構築(1999)252頁以下、大村敦志・消費者・家族と法(1999)319頁参照)。

しかなく、立法政策論的な観点からその可否をどう考えるかはまた別問題として残されているからである。

特に本件の原告 Gerber にとって、子をもうける手段はもはや人工授精しかなく、その否定は Skinner 判決の禁じた断種と事実上同じことを意味する。控訴審全員法廷判決では、「断種が侵襲的で、永久的かつ修復不可能なものである」ことを捉え、多数意見は「断種と人工授精の便宜を与えないことは全く異なる」とした Goodwin 事実審判決を引用して自らの立場が Skinner 判決に反しないと主張したが⁽¹¹⁷⁾、反対意見は、Gerber 事件では釈放可能性が受刑者になくことを考えると、それがあつた Goodwin 事件と異なり、断種と人工授精の否定はまさに同視されると考えるべき事案であると批判した⁽¹¹⁸⁾。「本件で原告 Gerber の要求を否定することは、Skinner 事件のように、同人から子をもうけるという基本的な権利を永久に奪うものであり、漠然とした行刑上の利益に対する『過剰な反応』(Turner, 482 U.S. at 541)を支える事実の一つたりともない」⁽¹¹⁹⁾との反対意見の指摘に、人工授精の利用禁止が受刑者の家系を根絶するという事態の深刻さが表れている。

当然ながら、このような事態の深刻さを考慮し、議会が立法により、受刑者による人工授精の利用を認めることは許される。無論、立法の際には、子をもうけるという受刑者の権利の重要性のみならず、他方で、犯罪被害者やその家族の感情も立法にあたって配慮しなければならない。またそもそも人工授精の可否を論じる以前に、夫婦面会の制度の可否やその範囲についても検討されることになる。いずれにせよ、様々な事柄を自由に多角的に検討したうえで、議会の判断により、受刑者に科す「制裁」の内容について定め、その結果、立法政策上の観点から、受刑者による人工授精

(117) Gerber III, 291 F.3d at 622 (quoting Goodwin, 702 F.Supp. at 1454).

(118) Id. at 628 (Tashima J., dissenting).

(119) Ibid.

の利用を肯定することは可能であるし、そのこと自体は「附従性」「補充性」の両原則によって排除されるものではない。この意味で、控訴審全員法廷判決の反対意見が、受刑者による人工授精は、立法により否定されない限り、禁止されないとしていたのは、実は逆に、立法による承認がない限り、受刑者による人工授精の利用は否定されると言うべきものであったことになる。立法政策論が法律上の明文規定という形で結実化しない限り、あくまで理論的には人工授精の一般原則としての「附従性」「補充性」の原則がこの問題を解くポイントになるのである⁽¹²⁰⁾。

以上、本稿は、受刑者による人工授精の利用を認めるべきか否かという、裸の価値判断がぶつかりあうような「上」からの立法政策論的な観点からではなく、むしろ人工授精の一般原則という、理屈を基礎にした「下」からの解釈論的な観点から、問題を論じようとしたものであった。そして、このように「下」から問題を捉えることで Gerber 事件に読みとるに至った「附従性」「補充性」の両原則が、少なくとも我が国では、行刑上の特殊な場面を越えて、広く人工授精一般の「あり方」の一端を示すものであ

(120) なお、本件 Gerber 事件では男性受刑者が妻との間で刑務所外での人工授精を実施できるか否か問題となり、控訴審全員法廷判決でそれが否定されるに至ったが、人工授精の「附従性」「補充性」の両原則からすると、女性受刑者が夫との間で刑務所内での人工授精を実施することは、男性受刑者の場合と同様に否定されることになる。男性であれ、女性であれ、受刑者には性交渉により子をもうけることは禁じられており、「附従性」原則に従い、自然生殖が認められなければ人工生殖も認められないことになるからである。Gerber 事件に触れる student note では、子をもうける権利の重要性を強調しつつ、反対意見の説くように、行刑上の問題がない以上、男性受刑者による人工授精を認めるべきであると捉え、更に進んで男女平等保護という観点から、女性受刑者にも男性受刑者の場合と同様に人工授精を認めるべきであると主張するものが多いが (E.g., Downs, *supra* note 54; Escuder, *supra* note 54; Munsterman, *supra* note 54)、本稿の立場からは、そのような男女両受刑者保護の方向へと平等が働く余地はないことになる。

ると観念しうることを検証してきたのである⁽¹²¹⁾。

[訂正] 本稿前半部分に誤植があるので訂正します。×人工受精→○人工授精(本誌36巻2号73頁1・5行、74頁6行・注部分11行、75頁13行、79頁4行、80頁6・10行、87頁注部分21行、91頁3行、92頁3行、93頁21・31・34行、97頁3行、98頁4・10行、99頁注部分1行、103頁14行、111頁6行、118頁14行)。

(121) 「附従性」「補充性」の両原則からは、自然生殖との関係で人工授精が認められる範囲と序列が示されるにすぎない。その認められるとされた人工授精のなかで、例えば近親者等の指定提供者の精子を使うことが許されるか、生まれてくる子に出自を知る権利を認めるべきかという、見解が激しく対立するこれらの論点には、両原則は考察の視点を何も提供しない。これらについては別途議論が必要となる。両原則は人工授精の一般原則ではあるが、あくまでその「あり方」の一端しか明らかにし得ないものである。