

| | |
|------------------|---|
| Title | 家族の法理からみた「人工授精」の問題： 「人工授精」における合理性と不合理性 |
| Sub Title | Legal phylosophy of the family and "artificial insemination" |
| Author | 田中, 實(Tanaka, Minoru) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 1952 |
| Jtitle | 法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.25, No.8 (1952. 8) ,p.14- 39 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 論説 |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19520815-0014 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

家族の法理からみた「人工授精」の問題

——「人工授精」における合理性と不合理性——

田 中 實

目 次

- 一 序 説
- 二 家族関係における二つの視點
- 三 婚姻の法理と「人工授精」
- 四 親子の法理と「人工授精」

一 序 説

一 いわゆる「人工授精」とは(一)、もともと醫學上不妊症の治療技術として發達してきたものであるが、近時、これが、いろいろな意味で社會問題化しつつあるようである。思うに、この問題は、ふかく人間の種族保存的欲求に根ざしているとともに、婚姻ないし親子の倫理的・社會的制度とも關連しており、したがつて、たんに醫學上の觀點からばかりでなく、ひろく倫理學・社會學・心理學・法學などの諸分野において、それぞれ考察されるべき多くの深刻な問題をふくんでいるといわなければならない。

また、法學的な觀點からしても、現行の民法・刑法などの實定法上「人工授精」がいかに取扱われるべきかという實用法學的側面と、現代の家族法理の上で「人工授精」はどこまで合理性を承認されるべきかという法理學的側面との二方面からの考察が、必要であろう。私は、右の第一の側面について、最近ごく簡略ながらも私見を述べた機会をえたが(2)、さらに、第二の側面について若干の試論的考察をめぐらそうというのが、本稿の中心課題である。というよりも、本稿では、實は「人工授精」の問題を手掛りとして、ヨリひろく婚姻ないし親子の法理を考える、という態度をとつてみた。その結果、あるいは考察の視點に多少ズレが生ずるところも出てきたことは否めないようである。大方の御諒恕を願うとともに、識者の御教示をうれば幸いと思ふ(3)である(3)。

(1) 「人工授精」Artificial Insemination については、すでに新聞・雜誌などで通俗醫學的な解説が、しばしばなされており、ここで改めて詳しく説明する必要はないであろう。要するに、夫婦間の通常の性的行爲をもつては妊娠できぬ場合の治療方法として考案されたものである。すなわち、生理的女性的行爲によらず、人工的に男性の Samen を女性の Uterus 内に注入し、妊娠させようとする技術なのである。そしてこの技術については、妻にたいして夫の Samen を用いる「配偶者間人工授精」Artificial Insemination with Husband (A・I・H)と、とくに不妊の原因が夫にある場合に、夫以外の男性の Samen を用いる「非配偶者間人工授精」Artificial Insemination with Donor (A・I・D)との二種が區別される(もつとも、臨床的には、夫の Samen と夫以外の男性の Samen とを混合して使用する場合もあるといわれる)。本稿で「人工授精」の問題としてとりあげるのは、主として A・I・D の場合を意味してゐること、いうまでもない。

かように、右の A・I・D が「人工授精」問題の中心をなすのであるが、ところで、これと反對に、妻が不妊である場合に、夫が妻以外の女性の生理的機能を利用し、人工的に夫の子をもうけるための「人工授精」は如何なものであるうか。徹底的な男女平等論からすれば、かような方法も同時に承認されうるはずである。しかし、實際上かように妻が不妊の場合に、夫が妻以外の女性にたいして「人工授精」を施すという事例は聞いたこともないし、さらに、右の A・I・D を主張する人々のうちにすら、この夫の「人工授精」を主張する人はほとんどいないようである。思うに、これは、げんざいの社會的諸條件のもとにおいて、夫の「人工授精」にたいする社會的要求が存在しない——すなわち、その要求が意識されない——ことにもとづくのであり、とりもなおさず、現段階における男女の實質的不平等からくる夫婦間の貞操觀念の差を露呈しているものである、とみるべきであろう。つまり、げんざいのような男女の實質的不平等の克服されない社會に

おいては、夫は、妻が不妊の場合、「人工授精」よりは、むしろ離婚をするか、あるいは「妾」などにより直接の性交渉を享樂しつつ子をもうけることが不可能でない程の優位を占めており、したがつて、子をもうけるという名目のもとに妻以外の女性との性交渉の chance が求められ、その反面、「人工授精」は必要なものとして意識されえない。これに反して、夫は、たとえ自分が不妊の場合であつても、妻を離婚することを欲せず、かつ妻が他の男性と性交渉の chance をもつことを容認することができないために、妻にたいして「人工授精」を施すことを求めるのである(のみならず、妻みずからにとつても、婚姻が生活安定のための手段と化しているかぎり、夫に従屬せざるをえないと同時に、A・I・Dにおいて、すくなくとも自分の實子はえられるのだから、子にたいする人間の欲求も充足され、時としては「人工授精」について積極的支持をあたるモメントがでてくるのであろう)。この意味において、實子にたいする要求そのものは、夫と妻とにおいて或程度まで共通的に存在するにせよ、妻の「人工授精」のみが主張され、夫のそれが主張されないということは、夫婦の完全に平等的な貞操観念を支えるに足るだけの社會的諸條件——男女の實質的平等——が成立していないことを明らかに示している、といわなければならない。

(2) 本塾通信教育部機關誌「三色旗」第四八號に、全く通俗的ではあるが、「人工授精の法律問題」と題して、「人工授精」の實施されている状況と、および主として民法上からみた「人工授精」の實用法學的問題とを概説しておいた。わが國では、歐米に比較して、「人工授精」の實施後な親目が浅いので、まだ實際のトラブルは聞かないようであるが、それにしても、「人工授精」によつて生まれた子の嫡出性や相続の問題などについて、いちおうの實用法學的な解明をあたえておくことは必要であらう。すでに十數年の歴史をもつ歐米におつては、最近、いくつかの判例も出ているようである。すなわち、例えば、カナダの裁判所が、「人工授精」という手段は不貞行爲 adultery であり、それによつて生まれた子は非嫡出子 illegitimate であると判決し、イギリスの裁判所もこれにならつたこと、ところがアメリカでは、一九四八年一月のニューヨーク州最高裁判所の判決におつて、嫡出子 not illegitimate であるとされたことなどが、「Fertility & Sterility», vol. 1, No. 3 (1950) p. 277 sq. 所收の「Artificial Insemination & Female」という論稿に引用をされてゐるのを發見したが、醫學専門雜誌のこととつ、その詳細がいたせられてゐるのは残念である。なお「I」 insemination artificielle, 1948 とつう小冊子の中で Savatier が法律論を書つてゐるが、あまりに概括的なもので、要領をえなうようである。おそらく歐米には、これらの論稿のほかにも、「人工授精」の法的側面 legal aspect について書かれた資料や文献が存在するだらうとは推測できるけれど、私はまだ入手してゐない。また、近著の Chamber's Encyclopaedia, New edition, 1950 所收の Artificial Insemination の項にも、かんたんな解説が出てゐるが、その末尾に legal advice is indicated とあるのみで、その内容はわからなく。

(3) ただし法哲學の任務は、所與としての自然的・社會的事實に、法がいかに調和しうるか、またいかに調和すべきか、ということに限

られるべきであり、かかる事實そのものを批判のもとにさらすことは、まことにラードブルッフのいうように、社會哲學の任務にぞくするかもしれない(Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932, S. 146. 田中耕太郎譯『法哲學』二一六頁參照)。とはいへ、法との調和を考慮するためには、同時に、その所與としての事實そのものに内在する意義をふかく究明することが不可缺である。私は、本稿で、「人工授精」の問題を、主として家族法理ないし家族法の構成原理に即して扱つてゆくつもりではあるが、時として、あるいは社會哲學の領域に足をふみこんでいるところも、ないとはいへまい。私の考察が、あまりにディレッタントだといわれるなら、そのせしりは、甘んじて受けるほかないと自認している。

二 「人工授精」にたいする世俗的評價は、きわめて區々である。宗教的立場から、例えばカトリックにぞくする人々が、反自然的行爲として反對を表明するのは、もとより當然であろうけれど、さらに醫學者のあいだにおいてすら、治療の本道を外れたものとして反對する人々もすくなくない、と聞いている。そして、一般の知識人も、直接には、むしろ單純な驚異感に止まつているか、または漠然とした嫌悪感をいだいているのがふつうであつて、積極的な支持をあたえている人は、必ずしも多くはない、というのが實狀ではなからうか。

だが、各人の世界觀的立場からする評價はともあれ、われわれにとつて、現實に「人工授精」がかなりひろく行われつつあるという事態を、たんに當事者の動物的本能や、醫師の物好きに歸せしめてしまうような常識的俗論をもつて満足することは、ゆるされないであろう。そこで、本稿では、たんに家族の法理という限られた側面からではあるが、われわれの現代の合理性からして、「人工授精」にたいする評價——その合理性が、どこまで、みとめられるか、を考えてみようとするのである。もとより、是非・善惡の道徳的價值判斷は別としても、すくなくとも、その存在意義を究明することは果されるべきであらう。あるいは、あの皮肉屋のバーナード・ショーが示した(4)のと別な意味で、婚姻制度にたいする一つの反逆とさう形においてであるにせよ(5)——。

ともあれ、以下、主として家族法理の觀點から、「人工授精」について、ささやかな考察をめぐらそう。

(4) Bernard Shaw, *Getting Married*, 1908. 彼は、この喜劇の中で、げんざいの婚姻法がきわめて非人間的、かつ不合理的になつてゐることを指摘し、男女の性的結合關係を、もつと自由で、しかも歪められないものにすべきことを主張した。

(5) アメリカでは、未婚女性の「人工授精」がすくなくない、といわれる。それは、婚姻から生ずる多くの拘束のみならず、およそ性的結合關係における從屬性を、ことごとく排除しようという消極的モメントが意外につよいことを示している。男女兩性間の對立の極度に尖鋭化した表現が、そこにみいだされるのであるが、それは、女性の完全な——男性に依存するを要せず、しかも子の存在を負担と感じない程度——經濟的獨立の基礎の上のみ可能なのである。と同時に、實質的には、未婚女性の「人工授精」が要求される積極的モメントとしては、何よりも、自分の財産の承繼者として子(相續人)を求めるほど、女性が特有財産を取得しようという社會的・經濟的基礎條件の存在を看過することはゆるされないのである。なお、バーナード・ショーは、前掲 *Getting Married* の序文で、未婚女性の母權に言及して、子を生むという權利は、あらゆる女性の權利中で、おそらくもつとも神聖なものだと論じ、さらに劇中に一人のオールド・ミスを登場させて、夫をもちたいとは思わないが、子供だけは欲しい、そして子供のためなら、どんなことでもするが、その子の父親のためには絶対にいやだ、といわせている。この喜劇は、婚姻問題にかんする議論を中心として進行するものであるが、ショーの思想を知るためにも、きわめて注目すべき作品であるといえよう。

二 家族關係における二つの視點

三 近代的家族は、夫婦を基點として成立する。この意味で、家族關係の中心をなすものは、何よりもまず、婚姻であり、したがつて、家族法理を考察するにあつて、その第一の視點は、婚姻の法理に求められなければならない。ことに「人工授精」においては、妻の生理的機能に夫以外の男性の Samen が介入するという意味で、まず第一に、婚姻の法理についての検討から考察をすすめるべきであろう。

とはいへ、「人工授精」は、たんに夫婦關係の埒内においてのみ解決されるべきものではなく、さらに親子の問題とも關連している。というわけは、「人工授精」は、妻の生理的機能にもとづき、妊娠し出産をとおして、人工的に親子關係を創出することを目的としているからである。だから、第二に、親子の法理という視點からも究明されるべきものを含んでいる

といわなければならぬ。

四 もとより、家族における夫婦・親子の兩關係は、ふかく内面的に結合しており、しばしば統一的なものとして成り立っている。つまり、婚姻は、たんなる夫婦の *mit-jeben* につきるものではなく、同時に、兩性の生理的機能としての生殖をおして、そこから當然に親子關係と結びつくべき契機を内在せしめているからである。したがつて、右に述べたように二つの視點がいちおう區別されるにせよ、その兩視點は、また相互に不可分的に關連するものでもあり、いわば「人工授精」問題の兩側面として理解されるべきであること、いうまでもない。

三 婚姻の法理と「人工授精」

五 婚姻の法理については、ラードブルッフが、その名著『法哲學』の中において、きわめて示唆にとむ洞察をあたえている。それによれば、「すべての法的婚姻觀や家族觀は、大別して個人主義的見解と超個人主義的見解とに分類しうる。個人主義的婚姻觀は、夫婦相互間に結ばれる契約關係という形態をもととして婚姻を考察し、超個人主義的婚姻は、婚姻當事者が取得する夫婦の身分という概念をもととしてこれを考察する」(1)。

いいかえれば、超個人主義的婚姻觀は、夫婦の子供たちに對する關係を出發點とする。そして、さらにカトリック的見解と(2)、政治的保守的見解との對立があり、それらは、家族と國家との關係の理解において全く對照的であるにせよ、いずれも「婚姻をもつて本質的に生殖共同體なりとする」點において共通の性格を有している(3)。

これにたいして、個人主義的婚姻觀は、夫婦相互間の關係を出發點とし、婚姻を「愛の共同體」として把握する。すなわち、「自由主義の擡頭と共に戀愛結婚の理想が出現し、自然法が好んで使う契約という思想の中にその法形式を求めることとなる。しかし戀愛結婚と法形式とは克服し難い對立關係にある。人間生活の最も移り氣な、最もわがままな現象たる戀愛

と、その最も合理的な、最も首尾一貫した秩序たる法とは、素材と形式とのごとく互いに吻合しようとしなさい。……かくて戀愛結婚は法に無關係な結婚であり、強制結婚ではなく良心結婚であり、良心結婚ではなく『自由な愛』であらねばならぬ」(4)。

(1) Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932, S. 148, 田中耕太郎譯『法哲學』二一八頁。譯は、原則として田中博士の右譯書にしたがったが、かなじかいなどについて、いくらか改めたところもあることをお断りしておく。以下同じ。

(2) なお、ひとしくキリスト教ではあるが、いわゆるプロテスタントイイズムの婚姻観は、むしろ個人主義的見解にぞくするとみられる。

田中耕太郎「現代婚姻思潮に於ける個人主義と團體主義」(『教養と文化の基礎』に所収)二七六頁以下参照。

(3) Radbruch, a. a. O., SS. 148-150. 邦譯二一八—二二二頁参照。

(4) Radbruch, a. a. O., S. 150. 邦譯二二一—二二頁。

六 かように、ラードブルッフは、婚姻観における二つの對立的な潮流の存在を、きわめてヴィヴィッドに描き出しているのであるが、この二潮流にたいする價值判斷そのものについては、彼自身は何も明示していない。この彼の態度が、ふつうに相對主義とよばれる彼の思想的立場からくる結果であること、あらためていうまでもない。

ここでは、いわゆる相對主義の思想原理自體についての批判的考察は、その所でないから、あえて言及しないけれど、ともあれ、およそ理念的な問題については、しばしば各人の人生觀ないし世界觀によつて根本的な見解の相違が生ずるのであることは、もとより承認せざるをえない。この意味では、ラードブルッフが相對主義の立場による法哲學において、たんに婚姻の二元觀を示し、それぞれの合理性を究明するに止まつて、その間に價值判斷を挟まなかつたのは、むしろ當然といつてもよいわけである。しかし、それにもかかわらず、ラードブルッフが人間の歴史的經驗の成果をとりあげていないというもつとも基礎的な不滿を、われわれは感ずることがないであろうか。

というわけは、人間の過去の歴史が、たとえ事實としてはどんなに複雑なものであり、また、いかに多くの曲折を辿つて

きているにもせよ、そこに一定の原理的發展の流れが存在することを、われわれは經驗的に教えられているからである。

七 婚姻觀における二つの潮流は、この意味において、たんに超時代的に並立するものとして没價值的に把握されるべきものではなく、まさに人間の歴史の歩みの上において、いかに對立してきたか、したがつて、近代的婚姻制度における理念として、いずれの婚姻觀が基調をなしているか、という觀點から、價值的に考察されなければならないのではあるまいか。

ことに、婚姻を、たんなる自然的制度としてでなく、むしろ社會的制度として認識しようとするかぎり、いかなるものか、近代ないし現代における婚姻の指導的理念であるかを示すことがゆるされなければならない、と考ふる(5)。

(5) ほんらい相對主義そのものが、すでに一つの歴史的經驗の産物にほかならない。すなわち相對主義は、近代社會の政治的構成原理たる民主主義の思想的基礎をなすという特殊の役割を果しているのである。だからして、ラードブルッフが相對主義そのものにたいして確い信頼をいだいたときには(尾高朝雄譯「法哲學における相對主義」參照——前掲田中譯『法哲學』に附録として所收)、實は、彼自身が相對主義を歴史的經驗の成果として肯定したことを示しているわけであり、そこに、ラードブルッフの相對主義には、一つの方法的自己撞着のひそんでいることが指摘されなければならないであろう。相對主義が寛容の倫理を要求するものでありながら、しかも相對主義そのものを否定するような立場にたいしては、けつして寛容でありえない、といういわゆる相對主義の限界とは(最近のものとして、尾高『ラードブルッフの法哲學』一一一頁以下參照)、まさに、かような相對主義そのものが一つの歴史的經驗の成果であるにもかかわらず、しかも方法的には價値判斷の尺度としての歴史的經驗における價値を度外視しようとするところにある、と考ふることができよう。

八 かような觀點からみるならば、近代的婚姻の理念は、何よりも個人主義的思潮によつて基礎づけられるものである、というを妨げないであろう。それは、一面、形式的には婚姻が民事的契約として構成されることを意味するとともに(6)、さらに他面において、實質的には婚姻におけるもつとも決定的なモティーフが個人的な「愛」であることを意味する。

ミュラー・ライアーが Ehenotiv の變遷を敘述したとき、それを要約するにあつて、第三期(近代)における婚姻のモティーフのつよさを、(1)愛、(2)子供、(3)經濟(財産)という順序によつて表示したことは(7)、戒能教授もいわれるように、たしかに「なおいろいろな點で補充を要するとは思われるのであるが、一應要領のよい要約であるといふことができる

であらう。」(8)

(6) このことは、同時に、婚姻における宗教的要素の排除としてあらわれる。歴史的にみれば、近代市民社会において、婚姻が民事的契約としての性格を貫徹してゆく過程は、教會が政治的権力を失い、信仰の自由が確立する過程と無関係には理解されえない。内田力蔵『イギリス家族法の基本原理』(法律學體系・理論篇第八二) 六九頁参照。

(7) Müller-Leyer, Phasen der Liebe, 1913, S. 104.

(8) 戒能通孝『社會生活と家族法』二九〇頁。ただし、ミュラー・ライアーの著書からの引用頁がちがつているのは、ミス・プリントでもあらうか。

九 あたかも一九〇四年、フランスにおいてナポレオン法典制定百年祭が華々しく行われた直後、民法典改正委員会の席上で、たまたま委員の一人であつた文學者ポール・エルヴィウー (Paul Ernest Hervieu) が、「愛 l'amour」という言葉は、民法典中に書き込まれていない。(しかし) 疑もなくそれは、婚姻の基礎そのものであり、それを高尚にする感情である。民法典はこの點について何も語らない。この語に場所を與えて配偶者相愛の義務を示さねばならぬと私には思われる」と發言し、その結果、同委員会が一致して、民法典第二二二條に「愛」という語を加えることに同意したときに(9)、個人主義的「愛」は、觀念的な指導理念たるに止まらず、まさに法典の中に結實する機會をすら、あたえられたわけである。

この改正委員会が問題としたように、たしかに民法典は「愛」という語を缺いてはいた。しかし、いうまでもなく、法典が「愛」を明示的に規定するかどうかは、實は、いつてみれば全く無意味なことである。むしろ、それよりも、はるかに重大なことは、近代民法典が財産の主體について權利能力の平等性を承認したときに、婚姻が家父長制の支配から脱却して(10)、平等な當事者間の「愛」の契約として構成されるに至る道が、同時に必然的に開かれていたことだつた(11)。

だからして、民法典の起草者の一人であるポルトリスが『民法典序論』を書いたとき、彼はその中に「愛」という語を用いたばかりでなく、それを自然法として考え、そこから婚姻を一個の民事的契約として構成したのである(12)。

(9) 宮崎孝治郎『ナポレオンとフランス民法』一一—一二頁参照。エルヴィウーの發言は、便宜上、同書より再引用した。ただし、か
づかいなどは、改めたところもある。

(10) 川島武宜・三藤正共譯、エールリッヒ『權利能力論』九四頁以下、とくに一〇一頁以下参照。

(11) このモメントを敏感にもとりあげて、婚姻當事者の法主體的平等性の理論を、先驗論理的に體系づけたものが、カントの婚姻理論で
ある。カントの婚姻理論については、すでに川島教授や故加古教授の適切な紹介・評價が存在するから(川島武宜「近代的婚姻の法理」
——『私法の理論』に所収、加古祐二郎「婚姻の法理學的考察」——『理論法學の諸問題』に所収)、ここでは省略する。なお、ビンダー
は、カントの形式論理に反對して、むしろ婚姻を共同體として把握するヘーゲルの婚姻理論を推すのであるが(Binder, Philosophie des
Rechts, 1925, SS. 450 ff.)、實は、ヘーゲルのいう「その實在状態においては外面的にすぎない自然的兩性の統一が、精神的愛、すなわ
ち自覺された愛に轉化する」(Hegel, Grundrissen der Philosophie des Rechts, 1821, § 161)と云うような、個別的人格主體性の没
却をおして統一的な婚姻共同體を把握する理論が、かえつて、婚姻當事者の人格主體性の平等を指摘したカントの理論を基盤として、そ
の上のみ初めて成り立ちうることを看過してはならないであらう。

(12) 野田良之譯・ゴルトタリス『民法典序論』三四頁参照。

一〇 かくして、再びラードブルッフの表現をかりるならば、近代ないし現代の婚姻は、まさに「愛の共同體」として特質
づけられるであらう。

婚姻における愛は、何にもまして「自由な愛」でなければならぬ。戀愛は何よりも自由であることを欲し、一切の義務
や拘束から遠ざかろうとする。この意味で、戀愛は法の對象とはなりえないし、また愛による婚姻は、極力、法による義務
づけを排除しようとするのである(13)。

(13) Radbruch, a. a. O., S. 150. 邦譯二二—二二頁参照。

一一 ところが、われわれは、なほラードブルッフが、正當にもつぎのように述べていることに耳を傾けなければならない
であらう。すなわち、「しかし個人主義的婚姻観についても、婚姻法の否定、自由な愛の要求ということだけでは、残ると
ころなく、いり盡くされてはいない。戀愛は法をディレンマに直面させる。すなわち愛は心の中の事實であつて、はかなく移ろ

い易いものであるにもかかわらず、その意識内容によるとまさにその最高の形態においては持續を、否永遠性を、自己のために要求するのである。たとえ人が愛の一時性を熟知しているにせよ、新しい愛はすべて永遠たることを自ら信じている。

……(かようにして)愛はその一時性という點では法的拘束を拒否するのであるが、その永遠の要求という點ではまさに拘束されること、拘束されていることを欲するのである。したがつて愛は法律婚にたいして奇妙に二義的な關係に立つている。すなわち、愛は、法律婚に反對すると同時に、法律婚の中に初めてその究極の成就を求めるのである。それ故に、婚姻法およびすべての婚姻法上の拘束は、愛の意識内容や意志内容自體の上に支えられることが可能である。そうすると婚姻法の任務は、それがかかる愛の永遠意識やかかる愛の永遠意志を支持し、これを幻想から實在へ高めるということになるであろう。……それ故にかかる婚姻法の任務は、どこまでも無限の任務ではなく、實現し得べき任務である。何故ならば、愛の關係ははからずして婚姻によつて多くの實質的諸關係と結びつき、そしてこの實質的諸關係は、持續的な内容となつて愛の關係の缺陷や變動を補い、愛の關係の消滅の後も持續してゆくからである。換言すれば、極めて多種多様な共通の利害が、しかもなかなんづく親としての共通の利害が、主觀的で壊れ易い婚姻の本來の感情的基礎の代りに、確固たる持續的な、しかも次第に強化されてゆく基礎を作り出すからである」(14)。

(14) Radbruch, a. a. O., S. 151. 邦譯二二—三頁。(ただし、傍點は筆者)

二三 ここでラードブルッフが、「親としての共通の利害」が、はかなく移ろい易い愛にもとづく婚姻にたいして「確固たる持續的な、しかも次第に強化されてゆく基礎を作り出す」と述べていることは、全く印象的である。

愛の永遠性は、いつてみれば、しよせん一つの信仰であり(「愛とは、いわば聖母の完全無缺な概念のような信仰である」—— Balzac, *Le Contrat de Mariage*, 1835, 頁)この世では、たしかに、もつとも幻想的なものの一つではあるにしても、そ

れが、親としての共通の利害や意識によつて確實性をあたえられてゆくということは、まことにリードブルッフの洞察したとおりであろう。

いわゆる「子は夫婦のカスガイ」という俗言は、あまりに卑俗的にひびくけれど、しかし、ポルタリスが、『民法典序論』の中で、婚姻を「愛の契約」として構成するとともに、子の問題について、つぎのように述べているのと同じことを、きわめて庶民的なしかたで表現したものといつてよいのではなからうか。

すなわち、「自然が兩者を結合させんがためにのみかくも相異らしめた兩性の接近は、やがて著しい結果をもたらす。妻は母となる。かくて新たな本能が發達する。新たな義務、新たな感情が従前のそれを強化する。そしてほどなく婦人の多産性がなお表われて来る。自然は、夫婦の結合に毎年新しい享樂と新しい義務とを與えてこれを強化することによつて、氣附かれぬ中にその結合の期間を延長して行く。……」この全時期を通じて、夫も妻も子供等も同一の屋根の下にしかも最も近い利害によつて相結ばれて、最も優しい愛情の習慣を得る。夫婦は互に相愛すべき欲求を感じ、且つ常に相愛すべき必然性を感じる。そこには、人間の知つてゐる感情の中で最も優しい感情、即ち、夫婦の愛と親子の愛が生れ且つ強化されて行く」(15)。

(15) 野田譯・ポルタリス前掲三五—七頁。

二三 かようにして、子の存在、子にたいする親としての共通の利害や意識、これらが不斷に動搖する「愛」にたいして確實な基底をあたえるものであるとするならば、われわれの當面の課題である「人工授精」という技術は、その本質的志向が親子關係の創出に向けられてゐるものであるという點において、「愛」をもつて婚姻の決定的モチーフとする近代婚婚観と、必ずしも矛盾するものではないであらう。と同時に、子をほしいという人間的な欲求——これは、自然的なものであるとともに、むしろヨリ多く社會的なものであり、また個人差の甚しいものであるが——に裏付けられて、時としては、或

程度まで積極的な支持をうることも可能なのではないかと、と考えられる。

いいかえれば、近代社會における婚姻の本質が「愛の共同体」というところに見出されるにせよ、なお副次的なものとして生殖的機能——それは、かなり社會的に規定されているものではあるが——を無視しえない、ともいうべきであろう。その結果、子の有無が、婚姻にとつて、けつして本質的な問題ではないにしても、なお、子が生まれぬということとは、婚姻の基礎を崩解させる危険をふくむこととなる。つまり、夫婦間に子が生まれぬということは、當事者にとつて、婚姻を解消せしめるべき本質的・直接的原因となりえないにもかかわらず、しかも事實上、しばしば深い空虚感をよびおこさずにはいないのである。——彼等は、相互の人格的「愛」を信じつつ、しかも、子という「愛」の証明をえられないことにおいて、あるいは致命的な「愛」の幻滅を感じることがないであろうか。そしてそこから、當事者間に越え難いギャップが生まれ、やがて「愛」そのものの破滅に導かれることすら、必ずしも絶無ではないであろう。このギャップを埋めるための非常手段として求められたのが、「人工授精」という技術にほかならないのである。かくて、「人工授精」は、それが神祕のヴェールをぬいだ、あまりに技巧的な技術であるという、いわば感覺的な點からくる嫌悪感を免れえないにせよ、親子關係を創出することによつて婚姻の——したがつてまた「愛」の——基礎を確實にする目的に奉仕するものであるとされるかぎり近代的婚姻觀に必ずしも背反するものではない、ということができるとはあるまいか。

もとより、心理學的にみて、子にたいする欲求は、社會的に規定されるばかりでなく、個人差・文化差のはげしいものであり(16)、それが「人工授精」という技術についての個人的好悪を制約するから、この非常手段が普遍化し「人工授精」の mass production 現象が生ずるとは考えられない。それはとにかくとして、ただ、ここでは、この技術が近代的婚姻の法理と必ずしも矛盾するものではない、むしろ調和點を見出すモメントをすら含んでいる、ということを描きおけば足りるのである(17)。

(16) 南博『社會心理學』六六、七一—二頁參照。

(17) 人間の生殖的機能にたいするタブー的思想をもつて、「人工授精」に反對する考え方も、すくなくないけれど、生殖的機能も、要するに醫學の研究對象たる生理的機能の一領域にほかならないのであつて、醫學が進歩するにもなつて、人間がそれをコントロールする力を取得するに至ることは、否定できない事實であろう。そして、もしそれが何らかの社會的要求によつて支持されるときには、例えば現在のわが國における birth-control の普及化のような大量の現象となつてあらわれることもあるわけである。この意味で、タブーとしての見地から、生殖的機能にたいする人間の技巧の介入を排斥し、それをあくまで神秘化しようとする態度は、けつきよく、自然にたいする盲目的・非合理的信仰というのほかはない。タブーの社會的・心理的意義について、南前掲二三五頁以下參照。

なお、birth-control の普及化をもつて、「人工授精」に反對する根據とする説もあるが、これは、人口政策的にはともかくとして、理論的には全くの誤解である。というわけは、birth-control の目的は、子を欲しないというのではなく、ただその數や生まれる時期をコントロールしようということにすぎないのである。(Westermarck, *The Future of Marriage in western Civilisation*, 1936, p. 26) けつして「人工授精」と矛盾するものではないからである。だが、いずれにせよ、「人工授精」または「産兒調節」のような反自然的行爲が行われるという事態の社會的意義は、私有財産制そのものと無關係には理解されえないであろう。いいかえれば、私有財産制のもとにおいては、子は何よりも親の遺産の承繼者(相続人)たるべきものとして把握されるのであつて、一面では相続人たる子をもうけるために「人工授精」が、他面では財産があまりに小さく分割されるのを防ぐために子の數を制限する目的で「産兒調節」が、それぞれ要求されるのである。だからして、事實上「人工授精」も「産兒調節」も、ともに主として有産階級にぞくする人々の好んで利用する手段となつてゐるのである。

一四 なお、婚姻の法理からの考察にあつて、われわれの看過してはならぬ問題は、「人工授精」がいわゆる姦通的要素をふくむのではないか、という疑問である。つぎに、これを検討しよう。

夫婦のあいだに他の第三者が介在する、妻が夫以外の男性の子を生むというようなことは、そのことだけをとりあげてみれば、たしかにリーゾナルなこととはいえないであらう。だが、いわゆる姦通 \equiv 不貞行爲とは、人間の外面的な生殖的機能ないし器官についてのみ成り立つべきものなのだろうか。事態を正當に考えるならば、生殖的機能ないし器官を配偶者以外の者に利用せしめる行爲が姦通 \equiv 不貞行爲として非難されるのは、原始的にはともかく、歴史的には、私有財産制そのも

のによつて規定された一夫一婦制(すなわち、婚姻が相続制を通じて私有財産制に奉仕するという倒立した關係)からくる結果とみるべきである。

この意味で、いわゆる姦通は、歴史的に生じた一つの社會的な——私有財産制によつて制約された——制裁 sanction の制度なのである。それだからこそ、一夫一婦制のもとにおいて、ひとしく貞操義務違反でありながら、夫の不貞行為はほとんど社會的非難の對象とされず(すくなくとも、制度的な sanction の對象とされず)、ひとり妻のそれのみが、その對象とされてきたのである。じゆうらい、世俗的には、妊娠 \parallel 出産という女性特有の生理的機能をもつて妻の姦通のみを肯定する根據とされてきたのであるが(18)、實は、さような差別的意識こそ、かえつて眞實を示している、というべきであろう。つまり、「姦通が妻の夫に對する裏切りというよりも、むしろ姦通の結果生まれるかも知れない他人の子に對し、夫の財産を相続させ、まるまると資産を奪う最悪質の窃盜に擬せられている」(19)からにはかならない。いかえれば、姦通にたいするこれまでの世俗的評價は、婚姻が相続制を通じて私有財産制に奉仕すべく從屬してきた(妻は夫のために正常な相続人を生み、それを養育すべき任務を有するものとして、從屬的地位におかれる)——すなわち、婚姻における決定的モチーフが、個人的「愛」にではなく、財産にあつた——という歴史的结果を、もつとも端的に示すものである。

これに反し、さきに述べたように、婚姻の近代ないし現代の理念が「愛の共同體」というところに求められるとするならば、姦通は、たんなる生殖的機能ないし器官について配偶者以外の者が介入するというような外面的なものとしてではなく、むしろ、夫婦間の「愛」と誠實とを裏切り、背信的行為に出るといふ内面的なものとして、評價されるべき問題となるであろう。かくて、「人工授精」が、夫婦間の協議と諒解の上で行われ、そこに背信的要素が存在しないかぎり——ことに、それが醫師の手を通じて行われ、直接の性的行為を伴わないのであるから——そのことだけでは姦通 \parallel 不貞行為として評價されない、ということが出来るわけである。

(18) ただし、それも、夫に貞操義務のないことを積極的に肯定する理由とはなりえないこと、もちろんである。
(19) 戒能前掲四一頁。

四 親子の法理と「人工授精」

一五 以上、前節で、子の存在することが夫婦間の愛情を支えるための、いわば一つのクサビとしての機能を果しうるといふような意味で、親子關係の創出をめざす「人工授精」の合理性がみとめられるということを描したのであるが、實は、この場合、もう一步立ち入つていえば、さらにつぎのような問題が看過されてはならないであろう。というのは、婚姻を支えうるような親子關係は、何よりも自然的なものに限られるべきであり、「人工授精」のごとき反自然的・人爲的な手段で創出された親子關係が、よく婚姻の永續的基礎たりうるであろうか、という問題である。

かような親子關係の實質的意義こそ、まさに「人工授精」におけるもつとも基本的な問題であり、倫理的にもきわめて深刻なものをふくむとともに、或點ではデリケートな人間の社會的ないし家族的心理とも關連しており、ここではとうてい十分な解決をなしえないのであるが、すくなくとも「人工授精」による親子關係の創出過程そのものうちに、どれほどの不合理性が内在するかという點の家族法理的な分析によつて、若干の手掛りはえられるのではないかと考える。つぎに、現代における親子關係の法理という觀點から、この問題を追究しよう。

一六 親子關係——ことに實親子關係——は、何よりも、出生による血縁という自然的事實を基礎として成立する。そのかぎり、實親子關係は、いわば全く宿命的な關係であり、その成否について當事者の合理的選擇意思の入る餘地はない。これに反し、養親子關係は、養子縁組という當事者の合意にもとづいて、擬制的につくり出される親子關係であり、必ずしも宿命的なものにつぎるわけではない。

民法の構成原理の上からみれば、嫡出親子関係がつくり出される合法的な手段として、かような二つのもの——實子と養子と——がみとめられているのである。つまり、實親子関係は、親子の血縁が當然に存在しうるであろうという自然的かつ社會的な素材（適法な婚姻）の上に、嫡出推定（民法第七七二條）適用の効果として、また、養親子関係は、養子縁組という身分創設的な合意（届出行爲において表現される。民法第七九九條）の効果として、それぞれ形成されているのである。

ところで、「人工授精」によつて創出される親子関係は、いちおう當事者の選擇意思によつて成立するものではあるが、しかも母（妻）とのあいだに實親子関係の存在することを基礎として、さらにその配偶者たる父（夫）とのあいだにも、法律上當然に實親子関係を形成させようと企圖されたものであり、いわば實親子と養親子との混合的な關係——いいかえれば、實質的には養親子たるべきものが、形式的に實親子たらしめられたもの——である、とみることができよう。通俗的にも「人工授精」は、「半養子」semi-adoption として理解されるのがふつうであり、一般には、全く血のつながりのない他人の子をすら養子とすることがゆるされるならば、すくなくとも妻の血を受けた子を正當なものとみとめても、さしつかえないではないか、という俗論がかなりひろく行われているようである。

もとより養子縁組は、正當に嫡出親子関係を發生せしめる効果をもつものであるから（民法第八〇九條）、いわば「半養子」たる「人工授精」兒をもつて嫡出子とみなすことは、そのことだけを形式的にとりあげるならば、あるいは當然といつてよいかもしれない。しかし、民法の構成原理に即して、實質的に事態を考へるならば、それが果して合法的な手段といえるかどうか、また、それが親子關係の現代的理念に照して容認できるかどうか、なお相當の問題があるのではないか、と思はれる。以下、實親子關係と養親子關係との兩側面から、この問題を検討してみよう。

一七 まず、外觀上の實親子關係からとりあげよう。

概念的解釋論からすれば「人工授精」兒は、形式上、夫婦間の出生子——「妻が婚姻中に懐胎し」出生した——という形

をとるのだから、いちおう民法第七七二條の嫡出推定の適用をうけるはずであり、實際の戸籍手續において、夫からの嫡出子出生届が提出され(戸籍法第五二條以下)、夫の嫡出否認(民法第七七四條)をうけないかぎり、そのまま嫡出子としての身分が確定する、という取扱いになるであろう。

しかしながら、もし實質的に考えるならば、先にも述べたように、實親子關係は、當然に親子の血縁が存在しうるであろうという自然的かつ社會的な素材を基礎として成り立つているのである。すなわち、婚姻中の妻は夫の子を懐胎すべき相當の機會があるという、そぼく、な婚姻觀を前提として、民法第七七二條の嫡出推定が構成されているのである。したがつて、もし例えは長期間の夫婦の別居、または夫の生殖不能というような婚姻の基礎たるべき自然的かつ社會的事實を缺いている——つまり親子の血縁が絶対に存しえない——場合には、たとえ戸籍の形式上は婚姻の要件をそなえているにせよ、妻の出生子について嫡出推定のあたえられる素地が存在しない、と考えなければならぬ(1)。かかる見地からすれば、「人工授精」兒は、いちおう形式的には夫婦間の嫡出子として扱われるにしても、實質的に第七七二條の嫡出推定の適用をうけたものではなく(嫡出推定をうけない嫡出子——表見的嫡出子)、したがつてその嫡出性は、夫の否認權行使による嫡出否認の訴でなく、一般の親子關係不存在確認の訴によつて争いうることとなり、「人工授精」兒の嫡出子たる身分は、きわめて不安定なものとならざるをえない(2)。

(1) かように嫡出推定について、その基礎たるべき事實關係を考慮すべきだというのが、最近の有力な學說の主張するところである(中川善之助『日本親族法』二九九頁、同監修『註解親族法』一六六頁、同編集『註釋親族法』上卷三〇八—九頁(外岡)、青山道夫『身分法概論』一四五頁など参照。ただし、夫婦の事實上の別居のように外部的にも明らかでない事實だけを問題にする説と、さらに夫の性的不能のよりに外部的には必ずしも明らかでない事實をもふくめる説がある)。私もまた、いちおう、これを是認したい。ただ、ほんらい「推定」というのは、その基礎たるべき事實關係をいちおう捨象し、その考慮を要しないための法的技術なのであり、そこへ再び事實關係を持ち込むことについては、なお疑問の餘地がないとはいえない。

もともと右のような學説は、嫡出否認權が夫にだけ專屬してゐることからくる不合理性を排除するために、嫡出推定を否定することによつて夫以外の者の親子關係否認權を構成しようという目的意識にもとづくものであり(中川「女の一生」七九頁參照)、反面において、「推定」という法的技術の機能を無視したという理論的批難を免れないのではなからうか。ところで、つぎのように解することはできないであろうか。つまり訴訟そのものの理論からすれば、法律關係の確定につき利害關係を有する者はすべて——すくなくとも、その關係の當事者たる子自身は——その確定を目的とする訴訟の原告となりうるはずである。一般に、第七七四條によつて夫だけが否認權を有すると論ずるのが、ほとんど確定的な學説であるけれども、正しくは、子その他の利害關係人にも訴權はあるが、ただ夫の意思に反して争うことはできない、という消極的な限定の意味に解すべきであらう。なお、沿革的にも、第七七四條(舊規定第八二二條)を、舊民法人事編第一〇〇條「否認訴權ハ夫ノミニ屬ス」、および舊規定原案第八二〇條「子ノ嫡出ナルコトヲ否認スル權利ハ夫ノミニ屬ス」と比較してみる場合、法文の面で、夫以外の者の否認權を積極的に否定したものは解し難い。のみならず、一般にいわれているように「否認權者を夫のみとしたことは、家庭内部の秘密を第三者によつてみだされなことを期した」(青山前掲一四九頁)ものであるにせよ、家族のメンバーであり親子關係の當事者としてきわめて深刻な利害關係を有する子自身にまで、親子關係否認權をみとめないというのは、あまりに不合理ではあるまいか。立法論としては考慮の餘地がある、とする説もあるが(青山前掲、中川編集前掲註釋上卷三一七頁(外岡)など)、解釋論としても、訴訟法理論との關連から、子自身の親子關係否認權を構成することは、必ずしも不可能ではなからう。なお、舊規定原案第八二〇條起草にあつて、法典調査會においても議論があつたらしく、富井博士が、夫の否認權專有を疑問視され、「若シ(子にも否認權を)許ス方ガ宜ケレバ、例ヘバ本條ニ「夫ノミニ屬ス」トシタノヲ「夫ニ屬ス」ト書イテ云々」(法典調査會「民法議事速記録」、第一五四回、日本學術振興會版第五〇卷一四五頁)と發言しておられることは、注目すべきである。これらの諸點については、長くなるので、他日、稿を改めて論ずることとしたい。

(2) 以上のような實質的見地によるにせよ、またそれを排斥するにせよ、「人工授精」兒にたいし、後に夫が變心して、みずから嫡出否認の訴または親子關係不存在確認の訴をおこすことは、可能であろうか。私は、夫が妻の「人工授精」についてあたえた同意は、夫の有する親子關係否認權と矛盾するものであり、したがつて英米法上のいわゆる「禁反言」Estoppelの法理と同じく(もつとも、この法理を家族法の領域に導入することは、一つの問題ではあるうけれど)、もはや否認をゆるすべきではない、と解したい。ただし、かように夫の否認權行使が禁止されるにせよ。もし夫がその「人工授精」兒の出生後一年以内に死亡した場合には、人事訴訟手續法第二九條によつて、その子のために相續權を害せられるべき者、その他夫の三親等内の血族が、否認の訴をおこすことは、みとめられることとなるであらう。

一八 つぎに、擬制親子たる養親子關係を考えてみよう。養親子關係は、民法上、養子縁組という特別の手續を経て、はじ

めて成立するものとされている。そして縁組行爲は、嫡出親子たる身分を發生させることを目的とする合意であり（第八〇九條）、しかも戸籍上の届出によつてその効力を生ずるのであるから（第七九九條による條七三九條の準用）、いわば一種の身分創設的要式契約としての性質を有するとみられるであらう。

「人工授精」は、實質的にみれば、夫が他人の子（たとえ、それが妻の生んだ子であるにせよ）を自分の子としてみとめよう、ということを目的としているのであるから、たしかに或面では養子——妻の連子の養子——と同じような機能を果すわけである。

だが、この場合、養子縁組による嫡出親子關係の發生が、民法上一種の要式行爲の效果として構成されているのにならして、「人工授精」においては、さような構成が成り立たない、ということを見逃すことはできない。この意味で、「人工授精」は養親子としての成立要件を欠いているといわなければならない。たとえ「人工授精」についてあたえられた同意が、親たる地位の承諾と同一であるとみられるところから、そこに養子縁組意思を推定ないし擬制することが理論上不可能ではないにしても、すくなくとも民法上合法的な養子縁組と同一視することは、ゆるされないであらう。

一九 以上、述べたように、嫡出親子關係の成立方法としては、「人工授精」に實親子の理論をあてはめるにせよ、また養親子の理論をあてはめるにせよ、民法の構成原理の上で、大きな背理があるといわなければならない。

このことは、けつきよく、親子關係の創出方法として、「人工授精」が非合法である——したがつて、嫡出親子關係としての法的保護を受けえない——という斷定を導くことになるのではあるまいか。もつとも、民法は、もともと「人工授精」という特殊な親子關係の創出方法を豫定していなかつたのだから、これは、あるいは止むをえない脱法手段というべきなにかもしれない。

二〇 さいごに、「人工授精」における最終的な問題として、視點を理念的な方面にうつし、親子關係の内在的法理という

觀點から、考察をすすめよう。

この場合、われわれの注目しなければならぬことは、現代における親子關係の理念的變化である。すなわち、實親子・養親子のいずれを問わず、歴史的經驗の教えるところによれば、現代における親子關係の本質は、家族制度的關係ないし相續關係に奉仕するものとしてではなく、むしろ社會的な哺育關係としての機能を果すべきものとして把握されうであらう。いわゆる「子のための親子法」という思想は、これを端的に標語化したものに他ならない(3)。

いいかえれば、現代的親子關係は、家のため・親のために支配權的親權を中心として統制されるべきものとしてではなく、むしろ未成熟子を保護養育するという、いわば社會的哺育の機能を果すべきものとして觀念され、親權は、自然的後見に轉化し、支配權的要素を失うべきものとされるのである。この意味で、親子關係の中において、支配し統制するものとしての親の意思は全面的に後退し、かえつて、子の人間性尊重のために、その利益を擁護するという社會的目的が中心課題として前面にあらわれてきているのである。

かような現代的親子關係の本質轉化——すなわち、その合理化の促進——は、實親子および養親子の兩關係にひとしくみられる傾向ではあるが、實親子關係は、自然的血縁に基礎をおくだけに、究極において(すくなくとも、その成立において)合理的な要素を清算しきることはできない。これに比較すれば、養親子關係は、その成立そのものが、すでに個人的な選擇意思にもとづくものであり、それだけ合理化がヨリ促進されつつある、ということが出来る。ことに「人工授精」は、實質的には養親子たるべきものが、形式上、實親子たらしめられたものであり、もし亂暴な表現がゆるされるならば「胎兒の養子」として把握することもできるのであるから、ここではとくに現代養子制度の合理化との關連において、検討してみるところとしよう。それは、同時に、いわゆる「半養子」というような俗論が、どこまで合理性の批判にたえうるか、という問題にたいする解答ともなるであらう。

(3) 於保不二雄『親子』(法律學體系、理論篇第八一)五頁以下参照。

二一 あらためて述べるまでもなく、養親子は人爲的に創出された擬制親子である。そして、子にたいする欲求は、社會的に規定されて個人差・文化差のいちじるしいものであるから、養子という社會的技術をみとめるか否かは、それぞれの歴史の社會によつて全く異なつてゐる。つまり、親にとつて、財産を相續せしめるとか、企業や労働に協力せしめるとか、老後の孤獨を慰めるとか、等々の要求はかなり普遍的に存在するにしても、それを充足するために、とくに親子關係を設定することが必要であると意識されるかどうかは、別問題だからである。例えば、わが國では古くから養子が濫用されてきているのに反して、中南米などではほとんど利用されていないゆえんは、そこにあるといつてよい。

ところで、最近における養子制度の注目すべき傾向は、「子のための養子」という新しい理念(これは、もちろん「子のための親子法」という思想の一環をなすものであるが)の導入である。すなわち、じゆうらい養子が主として親の利益に奉仕するために行われ、養子自身の利益が犠牲とされることが多かつた傾向にたいして、あらたに子の方の利益を保護しようという指導理念が掲げられたのである。とくに一九二〇年代以降においては、第一次大戦後の社會事情によるのであろうが、例えばイギリス養子法(一九二六年)にみられるように、あらたに孤兒・捨子・私生子などを保護しようとする社會目的の下に養子が利用されるにいたつたことは、周知のとおりであらう(4)。この傾向は、すくなくとも消極的に子を親の利益のための手段視してはならない、という思想を示すものである。

(4) 穂積重遠「英露に於ける養子制度の採用と復活」(法協四六卷一號)、中川『日本親族法』三一八頁以下、同「フランスに於ける養子法の變遷」(學新四〇卷一號、四號)、青山「養子法の近代的性格」(『家族史の諸問題』所收)など参照。なお、Abott は「養子の近代的モティーフ」は「子のなり親に親としての特典をあたえんとともに、親のなり子に親の保護をあたえる」ことだと指摘し(Abott, "Adoption", in *Encyclopaedia of Social Sciences*, vol. I). また Vernier によれば、最近におけるアメリカ養子法のうちこの傾向は「子の側の養子としての適格性ならびに親の側の養親としての適格性および育児能力が問題とされつつあることだ」といわれてゐる (Vernier, *Am-*

Rican Family Laws, vol. IV, 1936, pp. 279-80.

二三 もとより、いかに「子のための養子」といつてみたところで、養子縁組が親の選擇意思にもとづいて行われるものであるかぎり、親の利益を無視し、たんに慈善的・犠牲的精神のみを期待することは不可能である(5)。むしろ心理的には、子をもつことからくる親の家庭的幸福感情が、養子をなす直接の動機なのであらう(6)。それにもかかわらず、養子法における基本的指導理念が、子の利益を保護し、子の成長のために適當な環境をあたえる——「家庭に恵まれない児童には、これにかわる環境があたえられる」(兒童憲章第二條後段)——すくなくとも親の利益のために子を手段視しない、ということにおかれつつあることは、けつして看過しえない傾向といわなければならぬ。

かような新しい養子理念——これは、まさに二〇世紀的人間尊重の理念に通じている——の意義をふかく考えてゆくと、それは「人工授精」という親子關係の創出手段と調和しうるであらうか。若干の問題の餘地はあるにしても、基本的な點では、むしろ背反するものをふくむのではあるまいか。というわけは、「人工授精」は、何よりもまず第一次的には親の利益のための手段であり、その反面、子の利益の保護ということは度外視されているにちがいないからである。

それ故、「人工授精」を「半養子」として把握し、そこから養子制度とのアナロジーによつて「人工授精」を肯定しようというような俗論は、現代における養子理念に照してみて、とうてい合理的な考え方ということではできない。そこには、明らかに、養子をもつて親の財産相續・労働への協力・老後の慰安・扶養等々のための手段としてきた舊思想(家のため・親のための養子)の殘滓——すなわち、新しい傾向にたいする一つの逆行——がひそんでいる、といわなければならぬ。

(5) ことに私有財産制のもとにおいては、親子關係は、基本的につきのような特質をもつ。

第一に、子は、財産の承繼者(相續人)という地位を抜きにしては把握されえない。第二に、子は、つねに親の老後の扶養者としての地位に立つ(私有財産制のもとでは、社會保障には必ず限界がつきまとうからである)。その反面、親の地位にある者は、法律上、子にたいする監護教育権(親権)ならびに扶養請求権を保障されている。

かような意味において、養子をする場合にも、親は子を財産の承継者として適度に訓練するために、一般に幼年者を対象とするほど有利であるとされる。ところで、「人工受精」は、さらに出生當時から親としての地位を可能にし、かつ Donor を不明にすることによつて實親との關係を絶ち、その地位を獨占的なものたらしめうるわけである。「人工受精」の社會的意義は、以上のような物質的諸契機の上においてのみ、理解することができるであらう。

なお、もう少し立ち入つて考えれば、「人工受精」にたいする立場も、夫と妻とでは多少の差がみいだされるのではあるまいか。つまり、多くの場合、主たる財産の所有者たる夫にとつては、子は、まず財産の承継者（相續人）としてみられ、夫の生活共同者たるにすぎない妻は（相續させるべき財産を有しないのだから）むしろ子を老後の扶養者として受取るであらう。そして、財産の承継者としては、血縁の有無はそれほどの重要性をもたないけれども、老後の扶養者としては、何よりも血縁者たることが要望される。何故なら、實親たる資格においてこそ、子の世話になることが當然視される（血は水より濃い！）からである。げんざい「人工受精」が妻にたいしてのみ行われているという理由は、既に述べた夫婦間の貞操觀念の差とともに（一註（一）をみよ）、ヨリ積極的には、右のような物質的なものにもとづくこととみなければならぬ。

(6) アメリカにおいて、養子を欲する者がしだいに増加しつつある、と云われているのは (Abott, op. cit.)、それだけアメリカでは家族の崩解が急速にすすんでおり、心理的に家族的幸福感情への欲求がすよいといふ事態をあらわしているのである。家族の分解は近代社會のいちじるしい傾向であるが、それはもとより人間生活一般における社會的分裂の側面にすぎない。そして人間の形成する多くの社會的集團の中で、家族はもつともパーソナルな・直接的接觸によつて成り立つ關係であり、したがつて現代の人間の無政府状態におびやかされてゐる人々は、何よりもまず、家族への逃避を試みざるをえないわけである（清水幾太郎『社會心理學』一四六頁以下参照）。

しかも、家族の中でも、夫婦は互いに對立的な存在たることを免れえないけれども、親にたいして子——とくに幼児——は、むしろ從屬的なものであり、けつして對立的存在ではない。その意味で、幼児は親にとつてもつともアット・ホームな感情を生ぜしめる要素であり、親の家族への逃避——家族的幸福感情への欲求——は、とりわけ子という對象に集約化される可能性をもつこととなるであらう。實際上、親としての幸福感情は、めんどろな育兒の世話の意に介しないし、それどころか、かえつて育兒の世話の中にこそ、親としての意識および親子のきわめてインテリメートな相互的親愛感情が生じてくるわけである。だから、養子は、幼年者を對象とすればそれだけスムーズにゆくはずであり、さらにこれを徹底せしめて、いわば「胎兒の養子」ともいうべき「人工受精」という手段を採用すれば、もつとも理想的だといえなくもない。ことに「人工受精」は、一面では、夫からみて生活共同者たる妻の懐胎ということによつて出産以前から親としての意識

を生じうるし、また他面では、Donor を秘密にすることによつて實親との關係を断ちうるというような諸點において、たしかに婚姻共同体の中にもつともナイーブな仕方では養子もたらされてくる、とも考えられる。「人工授精」の要求される社會心理的意義は、以上のような諸點にあるといふのである。かくて、「人工授精」という反自然的・人爲的な手段を用いてまで子を欲する心理は、まさに、現代における人間の内面的分裂を反映しているのである。「人工授精」を求める考え方は、明らかに一つの心理的歪みを示しているが、われわれは、それが社會的制約を受けていることを忘れてはならないであろう。

二三 かくて、われわれは、「人工授精」という手段が、親の立場からみて便宜なものであるにせよ、さらに子の立場から、最近の「子のための親子法」という新しい親子關係の法理に即して考察するとき、ついに一つの根本的不合理性につきあたらざるをえないのであつた。

とはいへ、さいごに、つぎのようなアポリアが提出されるかもしれない。すなわち、一般に親子關係そのものが、どこまで合理性をうけいれうるであらうか。たとえ親子關係の合理化が現代的な課題であるにしても、なおそこには或限界が存するのではなかるうか(すくなくとも、ふつうの夫婦間の生理的出産の場合においても、出生について子本人の選擇意思は入る餘地がないという意味で)。――

かような人間關係——ひろくは、およそ生命——そのものに内在する非合理性、これは、まことに奇妙な切札である。それはたしかに、あの社會哲學上の究極的な觀念——人生觀・世界觀——につながつており、その前には、しよせん、合理を追う一切の法理論は沈黙せざるをえないであらう。私もまた、法理論のみの展開をめざすという本稿の意圖からして、ここでペンをおくことにしたいと思う。

x

x

x

おわりに、このつたない論稿を、つぎのブレークの詩とともに、「人工授精」によつて生をうけた無心の子らに捧げる。
——生まれ、生きることをそれ自身が、そのまま幸福であり、固有の意義をみいださうような明日の世界を願いつつ——

『私には名がない。

生まれて二日経つたばかりです。』

お前を何と呼ぼう？

『私は幸福、

喜びというのが私の名です。』

愛しい喜びがお前にふりかかると！

(ブレーク「みどり児の喜び」壽岳文章譯)

附記

本稿は、去る五月三〇日、本塾法學研究會においてなした研究報告を整理したものである。この研究をすすめるについては、多くの方々の御援助をうけた。とりわけ、醫學上の問題や文献については、醫學部・産婦人科の安藤教授、ならびに家族計畫相談所の山口、高島兩氏から、また法學上の問題については、小池、宮崎、今泉、峯村各教授、および須藤助教授から、それぞれ數多くの御教示、御示唆を頂いた。ここに特記して、心からお禮を申しあげたいと思う。

(一九五二・六・六)