離婚と凍結受精卵の処置：アメリカにおける最近の議論を中心として(<II民法解釈学の諸問題>)(伊藤高義教授退官記念論文集)

メタデータ	言語: jpn
	出版者:
	公開日: 2017-10-02
	キーワード (Ja):
	キーワード (En):
	作成者: 尾島, 茂樹
	メールアドレス:
	所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/10915

離婚と凍結受精卵の処置

――アメリカにおける最近の議論を中心として――

尾島茂樹

一　はじめに
二　問題の背景
三　アメリカにおける議論の状況
四　若干の検討―わが国における議論への示唆
五　おわりに

一　はじめに

不妊治療のために体外授精が行われる際、受精卵の一部は子宮に着床させられずに、凍結保存されている。長期間保存される凍結受精卵は、後にその受精卵の「親」である精子と卵子の提供者がその処置（disposition）をめぐっ

て対立した場合、複雑な問題を生じさせる。典型的には、夫婦が不妊治療のため体外授精を行い、余剰の受精卵を凍結した後、離婚した際、あるいは離婚を争っている際、受精卵の処置について合意できない場合に問題が生ずる。[1] この問題は、わが国においては、現実の問題としてはいまだ重要な課題となっていないが、[2] 人工生殖技術の発展とともに問題が顕在化する可能性を秘めている。そこで、本稿では、この問題につき判決を契機として近時とくに活発な議論が行われているアメリカ[3]の文献[4]を参考として、[5] わが国における議論の一助としたい。

二　問題の背景

体外授精[6]の際、なぜ受精卵は凍結保存されるのか。まず、前提として、精子は凍結保存できるが、卵子は凍結保存に適さない事実がある。[7] これにより、卵子を授精させずに凍結保存するという方法は採れないことになる。そして、受精卵を凍結保存する理由として以下のように説明されている。[8] 第一に、受精卵凍結保存により、女性の排卵誘発と卵子摘出の回数を減らすことができる。女性が第一回目の体外授精で妊娠しなければ、第二回目に凍結受精卵を使用できる。これにより、時間を節約し、不便さ、治療上のリスク、費用を軽減できる。

第二に、受精卵凍結保存により、女性が卵子を造る能力を失った後でも、凍結受精卵を利用して妊娠が可能となる。これにより、卵巣ガンの治療後や高齢化に伴う生殖機能の低下・喪失後も、妊娠・出産が可能となる。

第三に、受精卵凍結保存が可能であると、道徳的に受精卵の破棄に反対する人も複数の受精卵をつくることを承知できる。かりに直ちに使用されない受精卵は破棄されなければならないとすれば、それに反対する人は、複数の受精卵をつくりたがらないだろう。その場合、「自然のサイクル」に従って体外授精がなされることになるが、その

妊娠可能性は極めて低い。受精卵凍結保存は、受精卵破棄に反対する人の選択肢を広げている。

第四に、受精卵凍結保存により、多数の受精卵を着床させる誘因を減少させ、多胎児妊娠の可能性を減少させる。多胎児妊娠は、女性のリスクを増加させ、またそれを知った親に胎児の減数をするか否かという悩みを生じさせる。この可能性を減少することができる。

アメリカにおいては、凍結保存されている受精卵は、通常は、その製造に関与したカップルによって使用されるが、そのカップルがその受精卵を二人の間の子を産むためにもう使わないことを望むか、または使えないとすれば、そのカップルにはその処置について五つの選択肢がある。[9] すなわち、①一人で、あるいは他のパートナーと共に、そのカップルの一方、または双方によって受精卵が使用されることを認める、②他の患者に贈与する、[10] ③破棄する、[11] ④研究に使うことを認める（その後、破棄される）、[12] ⑤無期限に凍結保存したままとする、[13] の五つである。これらのどれかにカップルが合意できれば、それに従うことになるけれども、合意ができなければ、受精卵の処置をめぐり紛争が生ずる。

ところで、体外授精治療を行い、受精卵を凍結保存する際には、その将来の処置についてあらかじめ合意がなされることが少なくない。この合意は、通常、インフォームド・コンセントの一環として医療機関が提供する合意書によって行われる。この合意が、医療機関とカップルとの間の合意か、カップルの一方と他方との合意か、という問題はさて置くとしても、[14] 以下にみるように、アメリカではこの合意の効力それ自体が問題の対象とされている。もちろん、結論として、あらかじめカップルの間で明確な合意をし、紛争が生じた後にそれを強制すべきだという主張もかなり有力になされており、その主張を前提とする制定法もある。[15] しかし、繰り返しになるが、問題は、そのような合意の強制の可否にあるともいえるのであって、「事前の合意」を強制すればことが足りるという問題で

はないのである。

三　アメリカにおける議論の状況

1　判決

アメリカにおける議論は、次に紹介する四つの訴訟[16]に伴い発展してきた。まず、それらを紹介し、アメリカの訴訟の現状を把握したい[17]。

(1)　デイヴィス対デイヴィス事件（Davis v. Davis）[18]

〔事実の概要〕　デイヴィス夫妻の体外授精治療の過程で、夫妻の受精卵が凍結保存された。この際、夫妻は凍結受精卵の処置に関する合意書に署名してはいなかった。その後、夫から離婚訴訟が起こされ、離婚手続きの中で凍結受精卵の処置が問題となった。妻は後日の自己の妊娠に使用する目的での保存を主張したが、夫は婚外で父親になるか否かを決定するまでの保存を望んだ。

〔事実審裁判所〕　事実審裁判所は、人間の生命は授精の瞬間に始まっており、受精卵は体外の子であると判断し、「子の最善の利益（best interests of the child）」原則を適用し、それを使っての妊娠を望む妻のための保存を命じた。

〔控訴審裁判所〕　夫妻はともに別の相手と再婚し、元妻はその受精卵を使っての妊娠の主張を変え、子のいない他のカップルへの贈与を主張した。控訴審裁判所は、受精卵は物（property）であると判断し、夫妻は等しくその受精卵に対する権利を有するとした。そして、元夫の意思に反してその受精卵を使って妊娠することは、子をつく

らないという元夫の権利を侵害するとし、結局、受精卵は二人の共同の支配下に置かれるべきだとして、事実審に差し戻す判決をした。

〔最高裁判所〕　最高裁判所は、受精卵は人でも物でもなく、特殊な存在であるとしたうえで、受精卵の処置は次のように定められるべきだと判断した。すなわち、第一に、当事者の意思が考慮されるべきであり、当事者が合意できないときには、処置に関する事前の合意が強制される。本件では、事前の合意はなかった。第二に、事前の合意がなければ、どちらの当事者の利益が勝るか（バランス・テスト）によるべきである。具体的には、①他方当事者が当該受精卵を用いずに親になる合理的可能性を有している場合には、子をつくることを望まない当事者の利益が勝る、②妊娠を望む当事者が当該受精卵を用いる以外に親になるための合理的な選択肢がない場合には、妊娠を望む者の利益が勝る、③一方当事者がたんに受精卵の贈与を望んでいる場合には、他方当事者の利益が勝る。本件では、③により、元夫の勝訴と判断した。

（2）カス対カス事件（Kass v. Kass）[19]

〔事実の概要〕　夫妻は、体外授精治療の過程で、一定の事情が生じた場合の凍結受精卵の処置に関する条項を含む同意書に署名していた。同意書のある条項では、離婚の場合に夫婦が受精卵の処置に合意できなければ、受精卵の所有権は裁判所が決定するとされ、他の条項では、夫婦が治療を続けることを望まず、かつ受精卵の処置に合意できないときは、受精卵は体外授精治療のために贈与されるとされていた。その後、夫妻は離婚することになり、離婚合意書では受精卵は同意書にそって処置されると定められた。しかし後に元妻は考えを変え、当該受精卵を使用した妊娠を望んだが、元夫は当該受精卵を使用した妊娠に反対し、研究目的での贈与を主張した。

〔事実審裁判所〕　事実審裁判所は、女性は、胎児に対して支配権を有しているのと同様に、受精卵に対して

も排他的判断権を有しているとし、また、男性の子をつくらない権利は体外授精への参加で放棄されているとして、当該凍結受精卵を元妻の妊娠に使用するよう命じた。また、同意書については、受精卵の処置決定権が裁判所に委ねられているものと判断された。

〔中間上訴裁判所〕中間上訴裁判所は、女性の権利は実際に着床するまでの受精卵には及ばないとし、過半数[20]の裁判官が、同意書は受精卵を体外授精治療のために贈与するという元夫妻の意思を明確にする証拠だと判断し、事実審裁判所の判決を取り消した。

〔最高裁判所〕最高裁判所は、デイヴィス判決に依拠しつつ、受精卵の処置に関する当事者の合意は、有効で拘束力を有し、当事者の紛争の際に強制できるとの判断を前提に、全員一致で、当事者は、離婚及び受精卵の処置について合意できない際には、当該受精卵を研究のために贈与する意思であったと判示し、中間上訴裁判所の判決を支持した。

(3) エイ・ズィー対ビー・ズィー事件 (A.Z. v. B.Z.)[21]

〔事実の概要〕体外授精治療の結果、夫妻には双子の娘がいた。妻が夫に知らせず凍結受精卵を用いてさらに妊娠しようとした（結果は失敗に終わった）ことなどから、夫妻は離婚を決意したが、その際、夫は、妻が残存凍結受精卵を用いることの差し止めを求めて訴えを提起した。夫妻は、治療の度ごとに受精卵の処置に関する同意書に署名しており、それには、別れた（separation）際には受精卵は妊娠のため妻に戻されると規定されていた。

〔検認及び家庭裁判所〕検認及び家庭裁判所は、夫が同意書に署名してから双子の娘が生まれている事実を状況の変化だと指摘し、一般論としては、当事者は凍結受精卵の処置に関する合意をする自由を有しているが、状況の変化により、合意は強制できないと判示した。そして、拘束する合意がなければ、通常は、子をつくる妻の利益

が、子をつくらない夫の権利に勝るが、本件では、子をつくらない夫の権利が、さらなる子をつくる妻の権利に勝るとして、夫の請求通り差し止めを認めた。

〔最高裁判所〕 最高裁判所は、「家族関係に入るか入らないかを拘束する合意に個人は拘束されない」ことを規定した二つの制定法[22]と、「将来の家族関係を個人に強制する先行合意の強制に消極的な判決[23]」に依拠しつつ、親になることを強制するような契約は公序に反し無効であると判示し、検認及び家庭裁判所の判断を支持した。

（4）ジェイ・ビー対エム・ビー事件（J.B. v. M.B.）[24]

〔事実の概要〕 体外授精治療を受ける際、夫婦は、離婚の際には体外授精治療のため受精卵を譲渡するという規定を含む同意書に署名していた。体外授精により子が生まれたが、後に夫婦は離婚した。元妻は残存受精卵を使って妊娠し、あるいはそれらを保存し、あるいはそれらを他の誰かに贈与することを望まなかったが、元夫は、同意書の強制を望み、第三者への贈与を主張した。

〔事実審裁判所〕 事実審裁判所は、当事者は体外授精治療の際、婚姻内で子をつくることを意図しており、残存凍結受精卵を破棄しても、父親となる能力をいまだ有している元夫の子をつくる権利に影響しないとして、当該受精卵の破棄を命じた。

〔控訴審裁判所〕 元夫は、元妻が離婚の際、受精卵の第三者への贈与に同意していたこと、事実審裁判所の判決は、元夫の憲法上の権利に違反していることを主張して控訴した。控訴審裁判所は、婚姻する、または親になるというすべての合意は、後に翻意した個人に対し強制されるべきではないと述べ、出産に関する契約は、憲法原則、制定法[25]、判決[26]に由来する公序に違反し無効であるので、強制できないとして、受精卵を破棄するよう判示した。

〔最高裁判所〕 最高裁判所は、まず、離婚の際の凍結受精卵の処置に関する合意書について、「裁判所が誰が支配

するかを定めない限り、体外授精治療のために譲渡される」とされていた点、元夫が口頭の合意を主張している点をとらえ、当事者の意思が明確でないとして、裁判所に決定が委ねられているとした。[27] そして、デイヴィス対デイヴィス判決のバランス・テストに依拠しながら、親になることを望まない元妻に、その意思に反して親になることを強制できないとして、残存凍結受精卵は妊娠のために使用できないと判示したが、元夫が保存費用を負担するのであれば、受精卵の凍結保存を続けてよいとして、控訴審裁判所の判決を一部修正した。

(5) 小括

以上の諸最高裁判決の捉え方については、大きく分けて二つの見方がある。[29] 一つは、デイヴィス判決とカス判決が事前契約の強制を認めるのに対し、エイ・ズィー対ビー・ズィー判決とジェイ・ビー対エム・ビー判決が事前契約の強制は公序違反であるとしたとして、《受精卵の処置に関する契約の効力》という観点から判決を把握しようとする。[30] もう一つは、諸最高裁判決がいずれも《意思に反して親にならない利益の保護》という点で一致していることを主張する。[31]

2　学説

デイヴィス判決の影響から、学説の議論は、当初、受精卵の法的地位に関して開始された。そこでは、受精卵を、①人とする、[32] ②物とする、③人でも物でもない特殊な存在とする、という三つの見方が検討されたが、[33] 現在では、おおむね、③の見方が支配的である。[34] そして、その後の判決例の展開から、[35] 現在では、受精卵の法的地位に関する議論をそのまま処理に結びつける見解もあるものの、[36] 多くは③を前提にしながら、暗黙のうちに①と②のどちらに重点を置くかを背景に、受精卵処置の問題をいかに処理するかという問題が直接論じられている。

(1) 契約による処置を主張する学説—多数説[37]

第一に、事前の契約を強制することは、子をつくることに関する私的自治を保護する唯一の方法である。かりに契約が強制されないとすれば、受精卵に関与した当事者以外の第三者が当事者の利益を十分に考慮しないまま決定を下すことになり、また、将来を拘束する契約の自由は、自由の幅を広げる。[38] 第二に、事前の契約を強制することは、体外授精治療の効率的運用のためにも必要である。かりに契約が強制されないとすれば、医療機関は受精卵を処置できず、また、後に紛争を生じさせることになるという。[39] この考え方に対し、第一の理由に対しては、自己決定（privacy）の問題には、後の意思の変更を認めるべきであると反論し、第二の理由に対しては、契約が存在しても紛争は生じるので、契約の締結が実は効率的でないという反論がある。[40]

（2）受精卵の使用を望む当事者に与えるとする学説

カップルは体外授精治療の際、受精卵を子をつくるために使用するという黙示の契約を締結している。その結果として、女性であれ（通常、自己が用いる）、男性であれ（再婚相手や別のパートナー、あるいは代理母が用いる）、出産を望む当事者に受精卵は与えられるべきだという。[41] この考え方に対し、子をつくる権利は無条件ではなく、少なくとも他に子をつくる手段がない場合に限定すべきだという批判がある。[42]

（3）出産したい女性を常に優先すべきだとする学説

女性は卵子を摘出するために非常な苦痛・リスクを伴うが、男性は精子を得るために苦痛を感じない。また受精卵は胎児と同様に扱うべきであり、堕胎には配偶者の同意はいらない。[43] したがって、受精卵は男性よりも女性にとって価値が大きく、女性の排他的権利の下にあるから、出産したい女性を常に優先させるべきだという。[44] この考え方に対し、競合する利益の比較の際には、性の違いが影響すべきでないという批判がある。[45]

（4）不可侵権（inalienable right）による処置を主張する学説[46]

子をつくる自由の中心は、人間の子をつくる能力をいかに使うかについて現在の選択をなすことであり、契約による処理は、この原則に違反し、また出産、家族関係、血縁の強さについての重要な社会的価値を崩すものだという。[47]そして、重要なのは相互の同意であるとして、受精卵の処置に関する合意は、第一次的にその処置を決定するが、当事者が意思を変えたときは、相互の同意が満足されず、合意が強制され得ず、受精卵は、あらたな合意がなされるか、その受精卵が使用できなくなるか、保存施設が利用できなくなるまで、保存されるべきだという。[48]この考え方に対しては、①契約の自由、②パターナリズム、③信頼の原則、④他の類似の制度（遺言や臓器提供カード）との比較、⑤体外授精治療の効率性に基づく批判があり得る。[49]

（5）当事者が合意できない場合には、受精卵は破棄されるべきだとする学説

意思に反して親になることを強制することは、生きる自由に対する侵害であり、この結果をさけるため、受精卵は破棄されるべきだという。[50]この考え方に対しては、他に子をつくる手段が残されていない当事者の利益をいかに保護するかという課題が残る。[51]

（6）ケース・バイ・ケースで考慮するとする学説

重要なのは、どちらの当事者が一度失ったら回復できない憲法上の権利を有しているかだとする。そして、一方当事者がもはや子をつくる能力を有していない場合には、親になる権利とならない権利が対立しているのであって、そのような状況では、個別にそれぞれの利益を比較するしかないという。[52]この考え方が主張するバランス・テストに対しては、そもそもそもそも同価値でない利益を比較すること自体誤りであるという批判がある。[53]

四　若干の検討―わが国における議論への示唆

凍結受精卵処置の問題が生ずるので体外授精治療をやめるべきだという議論は、人工生殖技術の発展や子をつくる権利を無視した暴論であろう。また、受精卵の凍結を制限するべきだという議論[54]やそのためのドイツの立法もあるが[55]、先に述べた受精卵凍結の利点を考えれば、採用され得ない選択肢のように思われる。

アメリカとの実体との比較では、おそらくわが国では、凍結受精卵の存在は離婚の際の「取引材料」となる可能性もあり、他の条件とのトレード・オフで形式上受精卵の処置に関する現在の合意が形成される可能性も否定できない。この場合は、即座に受精卵が処置されてしまえば、問題は生じなくなる。

また、契約に対する考え方の違いも影響する可能性がある。アメリカでは、契約は、約因理論を中心として、交換のための手段と考えられている。もちろん、約束的禁反言理論などによる修正もあるが、あくまで交換が主目的である。これに対し、わが国の契約の目的は意思による将来の拘束である。さらに、とくに家族関係に関する契約に対する考え方の違いには看過できないものがある。たとえば、判決で言及されたように、婚約は、アメリカではいくつかの州でそれ自体法的意味をなさないという立法があるが、わが国では、不要式の諾成契約とされ、意思変更後に婚姻を強制されることはないものの、その不当破棄は損害賠償の対象となる。以上の理由から、わが国には、アメリカと比較して、凍結受精卵の処置に関する契約を強制する、あるいは意思変更者に対する損害賠償請求を認める土壌があるのではないかと思われる。

また、デイヴィス判決で採用され、ジェイ・ビー対エムビー判決で引用されたバランス・テストについては、結局のところ、子をつくる権利とつくらない権利を比較することになるのだが、いずれも憲法一三条に規定される幸

福追求権の一つと考えられ、単純に比較することはできないように思われる。結局、一方の利益を認めれば、相手方の憲法上の権利を侵害するからである（この点で不可侵権を主張する学説の指摘は重要だが、その結論では解決になっていないように思われる）。それよりも、私には、実は、判決において、バランス・テストは当該受精卵を妊娠のために使わないという結論を導くために利用されているのではないかと思われる。すなわち、先に見た四つの判決は、学説の一部が主張するように、いずれも「子をつくらない権利」を優先する結論を採っている。その際には、すでに子を持っている事実や子をつくる能力を有している事実を考慮して、「子をつくる権利」を退けている。したがって、これらの事例は、そもそも当該受精卵を用いる以外に子をつくる手段がない当事者に関する裁判を扱ったものではない。かりにそうであれば、裁判所は、バランス・テストを用いず、エイ・ズィー対ビー・ズィー判決のように、直接、公序を適用し、「子をつくらない権利」を優先するのではないだろうか。

受精卵処置として常に「子をつくらない権利」を優先させることは次の理由から支持されるだろう。すなわち、人が一人生まれるという事実は、その親にとって精神的に重大な意義を有する。かりに養育費等の支払いが免除されても、自己の血を引く子孫が存在すること自体による精神的負担は非常に大きい。おそらく婚約に基づく婚姻を強制しないのは多くの立法が採用するところだろうが、いわんや子孫を残す契約は意思に反して強制され得ないのではないか。また、したがって、この理由から、女性の産む権利を無条件で保護する考え方は採用できないように思われる。

結局、わが国では、次のような方向で議論できないだろうか。まず、当事者の現在の合意があれば、合意が優先される。[56] 現在の合意がない場合には、インフォームド・コンセントの際の同意を当事者間の事前の合意とみて、この内容を優先させるけれども、[57] 受精卵は破棄する。つまり、離婚の際、受精卵を破棄するという合意に対して一方

が受精卵を使いたいと意思変更することは認められないが、離婚の際、受精卵を使用するという合意に対して一方が受精卵を破棄したいと意思を変更した場合、受精卵は破棄され、他方は代わりに損害賠償を請求できるとするのである。その内容は、子をつくる期待を契約違反により侵害されたことによる損害であり、一種の債務不履行責任である。

五　おわりに

アメリカにおいて、本稿が取り扱った問題は、困難な問題だとか[58]、解決は立法によるべきとの主張も多く[59]、立法にはなお障害があるものの、モデル法の検討も進んでいる[60]。しかし、問題は、人ひとりが生まれるか否かという問題にかかわり、立法により直ちに解決する問題とも思われない。

本稿では、凍結受精卵処置の問題を、契約法と家族法の交錯する問題として扱ったが[61]、究極的には、子をつくるということの意義、あるいは子をつくる権利の内容と、子をつくらないことの意義、あるいは子をつくらない権利の内容についてより議論を深め、さらには、家族法における契約の意義について議論していく必要があるように思われる。

注

(1)　本稿は、夫婦により提供された精子・卵子による受精卵の処置を課題とし、第三者提供の場合を扱わない。また、問題が生ずるのは、「離婚」の際に限られないけれども、典型的事例として、夫婦が離婚する際の問題を考える。本稿のタイトルにも「離

婚」を掲げているが、問題を限定する趣旨ではない。

(2) 斉藤博「受精卵の凍結保存―医の倫理と臨床応用の枠組み」ジュリ九五六号一〇一頁（一九九〇年）は、新潟大学の取扱いとして、離婚の際は受精卵は焼却される旨を紹介し、深谷松男「人工生殖に関する家族法上の問題」家族一五号一四一頁（一九九九年）は、「受精卵の所有権は生殖の権利の主体である夫婦の共有に属し、しかもその所有権は彼らが夫婦であり続ける限りで許される。したがって、夫婦の一方が死亡したり、離婚したりしたときは、所有関係は終了し、受精卵は処分されることになる。凍結受精卵についても同じであるから、離婚若しくは夫の死亡後に妻が凍結受精卵による人工生殖をすることは許されないと解するべきである」とし、大村敦志『家族法』（一九九九年・有斐閣）二〇九頁には、研究目的での受精卵利用に関する日本産科婦人科学会のガイドラインが紹介され、受精卵の利用は夫婦の婚姻期間に限られ、かつ卵子を提供した母体の生殖年齢を超えられない旨が示されている。また、二〇〇〇年三月の日本弁護士連合会による「生殖医療技術の利用に対する法的規制に関する提言」では、提言四で「精子・卵子・胚の冷凍保存期間を五年とし、その期間が経過した時、またはその提供者が自然生殖年令を越えた場合に廃棄する。提供者または医療機関から提供者が婚姻関係を解消した旨の通知を受けた場合も同様とする」とし、他方、二〇〇〇年一二月の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による「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の報告書」、さらには、クローン・体外受精等研究会の「生命倫理法試案」（総合研究開発機構＝川井健共編『生命科学の発展と法』（二〇〇一年・有斐閣）（以下、『生命科学』と略す）九頁以下。とくに五条二項、七条五項）では、おもに第三者の精子・卵子を利用する場合を念頭に置いており、本稿の課題は、検討対象となっていない。なお、余剰凍結受精卵の扱いについては、星野一正「余剰凍結受精卵の医療への活用は、非倫理的か」時法一六四八号六二頁以下（二〇〇一年）参照。

(3) この問題に関し、イギリスにはすでに制定法がある（Human Fertilisation and Embryology Act, 1990, ch.37）。また、イスラエルにおいて同様の問題に関する判決が下されている（Nachmani v. Nachmani, see, Dorner, *Human Reproduction: Reflections on the Nach-*

mani Case, 35 TEX.INT'L L.J.1 (2000); Stolier, *Disputing Frozen Embryos: Using International Perspectives to Formulate Uniform U.S. Policy*, 9 TUL.J.INT'L & COMP.L.459 (2001); Shapo, *Frozen Pre-embryos and the Right to Change One's Mind*, 12 DUKE J.COMP. & INT'L L.75 (2002)）。さらには、イギリスに加え、カナダ、オーストリア、スウェーデン、ドイツ、デンマーク、ノルウェー、オランダとの比較法を試みる論稿もある（Lawrence, *Procreative Liberty and the Preembryo Problem: Developing a Medical and Legal Framework to Settle the Disposition of Frozen Preembryos*, 52 CASE W.RES. L.REV. 721(2002)）。しかし、イギリスの制定法が問題を本質的に解決しているとは思われず、その他の国々の議論はアメリカほど活発とは思われない。また、わが国がこの問題に関する制定法を持たない状況で、同じく制定法が存在しないアメリカの議論は、制定法抜きでの問題処理、及び立法の指針（アメリカでの立法の動向については、Baker, *Conceiving Solutions: Model Act to Address Issues Raised by Fertilization Methods*, A.B.A.J. DEC.1998 at 78-79; Baker, *Model Act on Hold: Family Law Section Stalls its Proposed Measure Addresing Reproductive Technology*, A.B.A.J. JUNE 2000 at 105; Arado, *Frozen Embryos and Divorce: Technological Marvel Meets the Human Condition*, 21 N.ILL.U. L.REV. 241,260-261(2001)参照）としても参考になると思われる。その他、各国の状況の概説として、Forster, *The legal and Ethical Debate Surrounding the Storage and Destruction of Frozen Human Embryos: A Reaction to the Mass Disposal in Britain and the Lack of Law in the United States*, 76 WASH.U. L.Q.759, 760 (1998)参照。また、イギリスの人工生殖の現状の紹介として、Johnson, *A Biomedical Perspective on Parenthood*, in WHAT IS A PARENT? 47 (ANDREW BAINHAM ET AL. eds., 1999)参照。また、わが国において、諸外国（アメリカ、イギリス、フランス、ドイツ、ヨーロッパおよび国連）の状況を紹介する最近の文献として、『生命科学』前掲注(2)掲載諸論文参照。

(4) アメリカにおける議論の紹介として、石川稔「凍結受精卵の法律問題」法セ四二六号一四頁以下（一九九〇年）、三村芙美子「胎児の地位と、胎児以前の生命（受精卵）の法的問題について」亜大二六巻一号二九九頁以下（一九九一年）、石川稔＝中村恵「アメリカにおける人工生殖をめぐる法的状況」唄孝一＝石川稔編『家族と医療－その法学的考察』（一九九五年・弘文堂）三七五頁以下、中村恵「最近の判例」米法一九九六年二号三八〇頁以下、柳村政行「アメリカにおける法状況」家族一五号九九

頁以下（一九九九年）、中村恵「人工生殖と親子関係（一）ーアメリカ法を中心としてー」上法四一巻三号一二二頁以下（一九九八年）、『生命科学』前掲注(2)一一四頁以下（棚村政行執筆）がある。

(5) Family Law Quarterly の Annual Servey of Periodical Literature においては、三三号、三四号では、それまでなかった「受精卵（Embryos）」という項目が設けられ（33 FAM.L.Q.1051, 1059(2000), 34 FAM.L.Q.809, 817(2001)）、三五号では、「体外授精と受精卵（In Vitro Fertilization and Embryos）」という項目が設けられている（35 FAM.L.Q.775, 782(2002)）。実際、以下に紹介する判決を契機としてここ数年にこの問題に関し発表された論稿は膨大な数にのぼっている。本稿は、とくに最近のものを中心に紹介し、引用は網羅的でないことをお断りしなければならない。

(6) アメリカにおける体外授精の状況の紹介として、Moriarty, *Addressing in Vitro Fertilization and the Problem of Multiple Gestations*, 18 ST.LOUIS U.PUB.L.REV.503 (1999); Medenwald, *A "Frozen Exception" for the Frozen Embryo: The Davis "Reasonable Alternatives Exception"*, 76 IND.L.J.507, 510-511 (2001); George, *The Stem Cell Debate: Legal, Political and Ethical Issues Surrounding Federal Funding of Scientific Research on Human Embryos*, 12 ALB.L.J.SCI. & TECH.747, 748-758 (2002)参照。

(7) Apel, Esq., *Disposition of Frozen Embryos: Are Contracts the Solution?*, 27-Mar. VT.B.J.29 (2001).

(8) 以下の記述は、Coleman, *Procreative Liberty and Contemporaneous Choice: An Inalienable Rights Approach to Frozen Embryo Disputes*, 84 MINN.L.REV.55, 60-63 (1999)による。この文献は、五つの理由をあげるが、最後の一つは、広い意味で治療上のリスクの軽減という理由であり、第一の理由に含まれると考え割愛した。その他、Apel, Esq., *supra* note 7, at 29; Fetty, *A "Fertile" Question: Are Contracts Regarding the Disposition of Frozen Preembryos Worth the Paper upon Which They are Written?*, 2001 L.REV.M.S.U.-D.C.L.1001, 1004-1005 (2001); Kaplan, *From A to Z: Analysis of Massachusetts' Approach to the Enforceability of Cryopreserved Pre-embryo Dispositional Agreements*, 81 B.U.L.REV.1093, 1095 (2001)も参照。

(9) Coleman, *supra* note 8, at 63.

(10) 本稿では、donate あるいは donation の訳語として「贈与」という言葉を用いたが、わが国の契約法に定める「贈与」ではなく、たんに「与える」という意味でご理解いただきたい。

(11) ただし、ルイジアナ州では、凍結受精卵の破棄は、制定法により禁じられている（LA.REV.STAT.ANN. §9:129(West 2000)）。また、ケンタッキー州では、受精卵の意図的な破棄を導かない場合に限り、受精卵を体外授精または体外授精の研究に使用することができる（KY.REV.STAT.ANN. §311.715(LexisNexis 2001)）。

(12) 前注のケンタッキー州に関する記述参照。また、イリノイ、ルイジアナ、ニュー・メキシコ、ペンシルベニアの四つの州で、研究目的の受精卵使用を禁じ、または制限している（720 ILL.COMP.STAT.ANN. §510/6(7)(West 1993); LA.REV.STAT.ANN. §9:122 (West 2000); N.M.STA.ANN. §24-9A-3,5(Michie 2000); 18 PA.CONS.STAT.ANN. §3216(a)(West 2000)）。これに対し、ニュー・ハンプシャー州では、受精卵研究を明確に認めているが、その取り扱いには制限がある（N.H.REV.STAT.ANN. §168-B:15(LexisNexis 2001)）。

(13) 受精卵凍結保存は期限付きで行われるが、この期限は常に厳格に強制されるとは限らない。とくにカップルが期限後に保存を望めば、別の施設へ移すことが可能である（York v. Jones, 717 F. 421, 427(E.D. Va. 1989)）。

(14) この問題については、Daar, *Frozen Embryo Disputes Revisited: A Trilogy of Procreation-Avoidance Approaches*, 29 J.L.MED. & ETHICS 201 (2001); Shapo, *supra* note 3, at 80-81, 90.

(15) FLA.STAT.ANN. §742.17(West 1997).

（試訳）

卵子、精子、受精卵の処置、及び相続権

（体外授精を）依頼しているカップル及び治療する医師は、離婚、一方配偶者の死亡、その他不測の事態の際の、依頼しているカップルの卵子、精子、及び受精卵の処置に関する合意を書面によりしなければならない。

(1)書面による合意がなければ、残存する卵子、または精子は、それを提供した当事者の支配下にある。
(2)書面による合意がなければ、受精卵の処置に関する決定権は、依頼しているカップルに共同的に（jointly）帰属する。
(3)書面による合意がなければ、依頼しているカップルの一方の死亡のときは、すべての卵子、精子、または受精卵は、依頼しているカップルのうちの生存者の支配下にある。
(4)（相続権に関する項ー省略）

(16) 四つの訴訟に加え、Litowitz v. Litowitz, 10 P.3d 1086 (Wash.Ct.App.2000)に言及されることがあるが、この訴訟では、卵子が体外授精のために第三者から提供されたものであり、妻が体外授精に参加していない（体外授精の結果、すでに子が生まれているが、代理母によった）状況の下、離婚手続きの際、残存凍結受精卵の処置が問題となった点で、問題状況が異なる。本稿では、この判決は取り扱わない。この判決については、Kwok, *Baby Contracts*, 110 YALE L.J.1287 (2001)参照。

(17) アメリカの裁判の流れをまとめた最近の文献として、Apel, Esq., *supra* note 7, at 29-31; Stolier, *supra* note 3, at 463-469; Shapo, *supra* note 3, at 80-94; Lawrence, *supra* note 3, at 723-728.

(18) Davis v. Davis, 1989 WL 140495(Tenn.Cir.Ct.1989); *rev'd*, 1990 WL 130807(Tenn.Ct.App.1990); *aff'd*, 842 S.W.2d 588(Tenn. 1992). 本件は、その後、連邦裁判所への移送が申し立てられたが、連邦最高裁判所は棄却した（Stowe v. Davis, 507 U.S.911 (1993)）。トリのデイヴィス判決を契機として、アメリカにおける議論が開始された。デイヴィス判決の検討として、Muller, *Davis v. Davis: The Applicability of Privacy and Property Right to the Disposition of Frozen Preembryos in Intrafamilial Disputes*, 24 U.TOL.L.REV.763(1993); Luongo, *The Big Child: Davis v. Davis and the Protection of "Potential Life"?*, 29 NEW ENG.L.REV.1011 (1995); Carow, *Davis v. Davis: An Inconsistent Exception to an Otherwise Sound Rule Advancing Procreational Freedom and Reproductive Technology*, 43 DEPAUL L.REV.523 (1994)参照。わが国におけるデイヴィス判決の紹介として、石川・前掲注(4)一四頁以下、三村・前掲注(4)二九九頁以下（以上、第一審判決のみ）、石川＝中村・前掲注(4)三七五頁以下、中村・前掲注(4)三八〇頁以下（以上、最高裁判決まで）参照。

(19) Kass v. Kass, 1995 WL 110368(N.Y.Sup.Ct.1995); *rev'd*, 663 N.Y.S.2d 581 (N.Y.App.Div.1997); *aff'd*, 696 N.E.2d 174 (N.Y.1998).

(20) インフォームド・コンセントの書類は、離婚の際の受精卵の処置に関してはあいまいで、当事者の意思を明確に表していないという反対意見がある。

(21) A.Z.v.B.Z., 725 N.E.2d 1051 (Mass.2000).この判決の検討として、Gardiner, *Reproductive Health: Massachusetts Court Holds Contracts Forcing Parenthood Violate Public Policy*, 28 J.L.MED. & ETHICS 198 (2000); Daar, supra note 14, at 197; Kaplan, *supra* note 8, at 1093 参照。また、デイヴィス判決との比較検討として、Steinberg, *Divergent Conceptions: Procreational Rights and Disputes over the Fate of Frozen Embryos*, 7 B.U.PUB.INT. L.J. 315(1998)参照。

(22) MASS.GEN.LAWS ANN. ch.207 § 47A (West 1998)（婚約違反は訴因にならないと規定する）;MASS.GEN.LAWS ANN. ch.210 § 2 (West 1998)（子の誕生日の四日後より前に養子のために子を引き渡す合意をしてはならないと規定する）。

(23) R.R.v.M.H., 689 N.E.2d 790 (1998)（代理母が産んだ子を引き渡す代理母契約は、出産後、代理母が意思を変えることを認める合理的期間を含まない限り、強制できないとした）;Capazzoli v. Holzwassser, 490 N.E.2d 420 (1986)（個人に婚姻の放棄を要求する契約は無効であるとした）;Gleason v. Mann, 45 N.E.2d 280 (1942)（婚姻を一般的に制限する合意は無効であるとした）。

(24) J.B.v.M.B., 751 A.2d 613 (N.J. Super.Ct.App. Div. 2000); *aff'd in part and modified in part*, 783 A.2d 707 (N.J. 2001).この判決の検討として、Recent Cases, *Family Law-Contract-Supreme Court of New Jersey Holds that Preembryo Disposition Agreements are not Binding When One Party Later Objects-J.B.v.M.B., No.A-9-00, 2001 WL 909294 (N.J.Aug.14, 2001)*, 115 HARV.L.REV.701 (2001)参照。

(25) N.J.STAT.ANN. § 2A-23-1(West 2000)（婚約違反は訴因にならないと規定する）。

(26) In the Matter of BABY M, 573 A.2d 1227 (N.J.1988)（代理母契約は公序に反し強制できないとした）;Sees v. Baber, 377 A.2d 628 (N.J.1977)（母がその子を養子に出す合意を取り消すことを認めた）。

(27) 裁判所は、傍論で、受精卵の処置に関する契約の有効性について言及している。それによれば、公序により契約は後に意思変

更の自由を許すものでなければならないとし、意思を変更した当事者の利益を考慮しなければならないとしたうえで、通常は、妊娠を望まない当事者の利益が勝るとしている。

(28) この修正は、元夫の連邦裁判所への提訴の道を残すと共に、道徳的、宗教的信念から受精卵の破棄に反対した元夫の感情への配慮を示す。元妻も、元夫の負担による受精卵保存には反対しなかった。

(29) Shapo, *supra* note 3, at 102-103 は、アメリカのケイス・ローは不統一であるとする。

(30) Waldman, *Family Law Conundrums in Assisted Reproduction*, 21 WHITTIER L.REV.451, 454-459 (1999); Fetty, *supra* note 8, at 1002-1004; Robertson, *Precommitment Stategies for Disposition of Frozen Embryos*, 50 EMORY L.J.989 (2001). Daar, *supra* note 14, at 197, 199-201 は、契約の効力という点から、意思に反する出産をさけるための三つのアプローチを検討する。

(31) Daar, *Panel on Disputes Concerning Frozen Embryos*, 8 TEX.J. WOMEN & L.285,293(1999); Apel, Esq., *supura* note 7, at 31.

(32) 黙示的に生育可能性（viability）という観点から生命の始まりを判断する連邦裁判所の堕胎に関する判決（Roe v. Wade, 410 U.S.113(1973)）から、連邦裁判所はこの考え方をとらないだろうことを指摘するものとして、Lyon, *Babies on Ice: The Legal Status of Frozen Embryos Involved in Custody Disputes During Divorce*, 21 WHITTIER L.REV.695, 723-724(2000)参照。

(33) Sieck, *In Vitro Fertilization and the Right to Procreate: The Right to No*, 147 U.PA.L.REV.435, 442-446(1998); Satpathi, *Gliding over Treacherous Ice: Fulfillment and Responsiblity in the New Reproductive Era; Why Contractual Ordering is Apprpropriate*, 18 TEMP.ENVTL.L. & TECH. J.55, 59-67(1999); Haut, *Divorce and the Disposition of Frozen Embryos*, HOFSTRA L.REV.493, 496-501(1999); Hodges, *Thursday's Child: Litigation over Possession of Cryopreserved Embryos as a Call for Legislation*, 40 SANTA CLARA L.REV.257, 257-283(1999); Stevens, *The Legal Status and Disposition of Cryopreserved Embryos: A Legal and Moral Conundrum*, 13 J.SUFFOLK ACAD.L.181, 185-190(1999).

(34) Davidoff, *Frozen Embryos: A Need for Thawing in the Legislative Process*, 47 SMU L.REV.131,137-139 (1993); Henderson, *Achieving Consistent Disposition of Frozen Embryos in Marital Dissolution Under Florida Law*, 17 NOVA L.REV.131, 148-156 (1993).議論の詳しい紹介

として、McGough, *A Case for Federal Funding of Human Embryonic Stem Cell Research: The Interplay of Moral Absolutism and Scientific Research,* 18 J.CONTEMP.HEALTH L. & POL'Y 147, 174-182 (2001); Parker, *Bringing the "Gospel of Life" to American Jurisprudence: A Religious, Ethical and Philosophical Critique of Federal Funding for Embryonic Stem Cell Research,* 17 J.CONTEMP.HEALTH L. & POL'Y 771, 787-789 (2001)参照。

(35) 裁判所が必ずしも法的地位からの分析を採用しないことにつき、Schonfeld, *"To Be or Not to Be a Parent?" The Search for a Solution to Custody Disputes over Frozen Embryos,* 15 TOURO L.REV.305, 311-312(1998)参照。

(36) Katz, *My Egg, Your Sperm, Whose Preembryo? A Proposal for Deciding Which Party Receives Custody of Frozen Preembryos,* 5 VA.J.SOC. POL'Y & L.623, 635-639 (1998).

(37) 有力な主張者として、Robertson, *Prior Agreements for Disposition of Frozen Embryos,* 51 OHIO ST.L.J.407 (1990); Robertson, *In the Beginning: The Legal Status of Early Embryos,* 76 VA.L.REV.437 (1990); J. ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE: FREEDOM AND THE NEW REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES 113 (1994); Robertson, *supra* note 30, at 995-1007. その他、Malo, *Deciding Custody of Frozen Embryos: Many Eggs are Frozen but Who is Chosen?,* 3 DEPAUL J.HEALTH CARE L.307(2000); Waldman, supra note 30, at 459; Apel, Esq., *supra* note 7, at 32; Stolier, *supra* note 3, at 480; Fetty, *supra* note 8, at 1033-1042.なお、Recent Case, *supra* note 24, at 706-708は、デフォルト・ルールの適用を示唆する。

(38) Robertson, *Prior Agreement, supra* note 37, at 415.

(39) *Id.* 417-418.

(40) Lawrence, *supra* note 3, at 728.

(41) Feliciano, *Davis v. Davis: What about Future Disputes?,* 26 CONN.L.REV.305, 345-346 (1993).

(42) Shapo, *supra* note 3, at 667-674.この考え方は、①不妊優先、②他人への贈与、③破棄の順で考慮すべきとする。

(43) Planned Parenthood v. Danforth, 428 U.S.52 (1976).

(44) Colker, *Pregnant Men Revisited or Sperm is Cheap, Eggs are Not,* 47 HASTINGS L.J.1063, 1074 (1996).この文献は、末尾で人工生殖にまつわる人種差別、階級差別に言及し、体外授精自体を禁止すべきだと主張するが、通常、「フェミニズム学説」として引用されるので、それに従う。また、女性の産む権利を強調するものとして、Daar, *Assisted Reproductive Technologies and the Pregnancy Process: Developing an Equality Model to Protect Reproductive Liberties,* 25 AM.J.L. & MED.455, 477(1999)参照。

(45) Coleman, *supra* note 8, at 85,120-126.

(46) Id. 88-127; Lawrence, *supra* note 3, at 728-737.

(47) Coleman, *supra* note 8, at 126.

(48) Id. 89.

(49) Id. 118-126.

(50) Martin & Lagod, *The Human Preembryo, the Progenitors, and the State: Toward a Dynamic Theory of Status, Rights, and Research Policy,* 5 HIGH TECH.L.J.257, 290-291 (1990).

(51) Shapo, *supra* note 3, at 102.

(52) Gunsberg, *Frozen Life's Dominion: Extending Reproductive Autonomy Rights to in Vitro Fertilization,* 65 FORDHAM L.REV.2205, 2238-2239(1997); Silver & Silver, *Confused Heritage and the Absurdity of Genetic Ownership,* 11 HARV.J.L.& TECH.593, 614-615 (1998); Arado, *supra* note 3, at 258.

(53) Medenwald, *supra* note 6, at 507; Lawrence, *supra* note 3, at 737-742.

(54) Perry & Schneider, *Cryopreserved Embryos: Who Shall Decide Their Fate?,* J.LEGAL.MED.463, 496-497 (1992).

(55) 「胚の保護のための法律（Gesetz zum Shutz von Embryonen (1990)）」。翻訳として、『生命倫理』前掲注(2)二二六頁以下（床谷文

雄・訳）がある。この法律では、一回の卵子採取において、三つ以上を授精することを禁じている（同法一条四項参照）。

(56) 当該受精卵が正常の生殖に使用されるとか、されないとかいうことが問題となる限りにおいて、当該受精卵の精子と卵子の提供者間で受精卵の処置につき現時点で合意があれば、その処置はその合意によるということで、問題はないと考える。「現時点」での合意が存在することが重要である。ただし、クローン目的や、実験目的等の正常の生殖とは異なる利用との関係では、受精卵等の利用を精子・卵子の提供者の同意のみにかからせることには問題があろう。

(57) 体外授精を行う時は当事者の感情が高ぶっており、その時なされた離婚等の際の受精卵の処置に関する合意は、はたして意味のある合意かという指摘として、Waldman, *Disputing over Embryos: Of Contracts and Consents,* 32 ARIZ.ST.L.J.897,922-925(2000)参照。この問題については、十分な説明のうえで、冷静な判断を求めるしかあるまい。また、わが国では民法七五四条が問題となる可能性があるが、離婚後、あるいは離婚を前提としている場合には、合意の取消権はないとしてよいだろう。

(58) Shapo, *supra* note 3, at 103.

(59) Cuva, *The Legal Dimensions of In Vitro Fertilization: Cryopreserved Embyos Frozen in Legal Limbo,* 8 N.Y.L.SCH.J.HUM.RTS.383, 412-414 (1991); Davidoff, *supra* note 34, at 159; Forster, *supra* note 3, at 772-774; Fieatal, *A Solomonic Decision: What Will Be the Fate of Frozen Embryos?,* 6 CARDOZO WOMEN'S L.J.103,126(1999); Walter, *His, Hers, or Theirs-Custody, control, and Contracts:Allocationg Decisional Authority over Frozen Embryos,* 29 SETON HALL L.REV.937,968(1999); Melchoir, *Cryogenically Preserved Embryos in Dispositional Disputes and the Supreme Court: Breaking Impossible Ties,* 68 U.CIN.L.REV.921, 968 (2000).

(60) 注(3)に掲げた文献参照。

(61) 憲法論からの議論として、たとえば、Dolgin, *An Emerging Consensus: Reproductive Technology and the Law,* 23 VT.L.REV.225(1998)参照。

【付記】本稿は、平成一二年度・一三年度文部科学省科学研究費補助金（奨励研究(A)）の交付を受けた研究の一環をなすもので

ある。参考文献は平成一四年（二〇〇二年）春頃までのものを用い、アメリカ合衆国において平成一四年九月までに執筆した。なお紙幅の関係で欧文の雑誌論文の著者表記につき、氏のみを示した。

The author would like to express his appreciation to Michigan State University-Detroit College of Law, where this article was written.

【追記】脱稿後、帰国し、本山敦「精子・卵子・胚の所有と管理」ＮＢＬ七四二号二一頁以下（二〇〇二年）、大村敦志『家族法（第二版）』（二〇〇二年・有斐閣）二一三頁以下、光石忠敬「人間、『ヒト』、『ひとモノ』、そして物―クローン法の問題を考える」法の支配一二八号四六頁（二〇〇三年）、我妻堯「生殖補助医療と親子関係　医学の立場から」ジュリ一二四三号四一頁以下、特に四七頁（二〇〇三年）に接した。

［平成一五年四月］

【追記の二】校正の段階で、夫が凍結保存した精子で、夫の死後に体外受精で妊娠、出産した母から生まれた子による、母の元夫に対する死後認知請求を棄却した松山地判平成一五年一一月一二日、及び代理出産国籍問題に関する新聞報道に接した。本稿の課題とは異なるが、これらの報道は、先端生殖医療技術のかかわる法的紛争に備え、わが国においても、十分な議論及び法の整備が必要なことを示している。

［平成一五年一二月］