

論文

迫られる「親」の再定義

——法的認知を求めるアメリカのlesbian-motherが示唆するもの——

有 田 啓 子*

1. はじめに

完璧な法がないかぎり、法が現実との齟齬をきたすことは不可避であり、その齟齬を埋める作業も完了することはない。本稿は、法領域に内在的にその課題を議論するのではなく、法の「外」から、法の課題について若干の考察をしたい。具体的には、法がまだ想定せぬ「家族」「親」のありようを描出し、法への示唆を考えたい。

主として欧米において性的マイノリティ（以下、LGBTIQ¹）が、新しい形の家族を作り始めていると言われるが、本稿は、それが「親」概念の定義に関してどのような示唆を与えうるのかについて、アメリカのケースを検討する中で考察したい。² なぜLGBTIQ家族に着目するのか。これまで、非伝統的子育ての試みは、少なからずなされてきた³が、今日、LGBTIQ家族は、潜在的に既存の「親」概念をずらす営みとなりうる。その意味では、一定の注目に値するが、それ以上に、現実の試みよりは、その試みが示めずさらに先に開かれ得る問いを示したい。そのためにまず、LGBTIQのうち、特にlesbian-familyに焦点をあてて、それが権利闘争や紛争解決のために裁判所でどのような主張をし、扱われているかを調べたい。このテーマの先行研究に、篠原（1987・1992・1995）・谷口（2002）がある。それらを参照しながら、筆者の考察を加えたい。結論を先取りすると、lesbian-motherの裁判所での主張は、「親」の法的定義を再考する素材を提供するが、その主張を超えた家族像の一端もすでに描かれ始めており、単に、性的マイノリティの権利擁護にとどまらず、社会全般の問題として対応が求められるであろうことを示したい。

2. lesbian-motherと裁判所

Woodhouse（2003）によると、自分がロースクールに入学した頃、すなわち、1980年代初頭は、まだ、ほとんどの家族法の教科書では、LGBTIQの子育てする権利などに言及されることはなかったという。しかし、その後の当事者運動により、法学者・政策策定者はLGBTIQの権利に一定の関心を払わぬことは許されない時代になりつつあるという。

ただし、大多数の親と同様、LGBTIQの親の主張も、子の権利との間に、深刻なコンフリクトは生じうるのであり、LGBTIQ家族とひとくくりにその権利のアドヴォカシーを謳うことは困難なことも認識しておく必要があるという。例えば、親の自律やプライバシーの権利と、子の、家族関係を継続する権利、遺伝的アイデンティティを知る権利などとの競合である。

lesbian-motherが、裁判所にて主張・申立するケースは、主として次の場合がある。（表1参照）

【表1 LGBTIQ家族と裁判所】

(1) 監護権・訪問権紛争	婚姻関係解消後の、監護権・訪問権紛争 同性愛関係解消後の、監護権・訪問権紛争 第三者（祖父母など）との、監護権・訪問権紛争 精子ドナー・代理母との、監護権・訪問権紛争
(2) 法的認知の申立	同性カップルによる共同養子縁組の申し立て 「第二の親による養子」の申し立て

（Woodhouseなどを参考に、筆者が作成）

キーワード：レズビアン・マザー、親権（監護権）、心理的な親、第二の親による養子縁組、機能的アプローチ

* 立命館大学大学院先端総合学術研究科 2003年度入学 生命領域

以下、3節で、婚姻関係破綻後の監護権・訪問権紛争を通して、裁判所が今日、同性愛者の子育てをどのように捉えているか、実態の一端を紹介する。4節で、同性愛関係破綻後の監護権・訪問権紛争を通して、新たな「親」の解釈としてどのようなものが実際に裁判所で採用されたかについての一例を見る。5、6、7節において、その解釈を超えた「親」の再定義の地平について若干の考察をしたい。

3．婚姻関係解消後の監護権・訪問権紛争

3-1 概観

このタイプは、1950年代から見いだされ、表1の中では最も早く現われた。⁴ 離婚に際し、元夫または元妻の同性愛行為が判明し、それをめぐって子の監護権が争われたもので、有責主義に立つ離婚法の時代には、ソドミー法⁵の下、同性愛者は圧倒的不利な立場にあった。このタイプの紛争について、篠原(1987)が詳しい。

(性的非行はとくに非難を受けやすい。引用者注) その主たる理由は、婚姻外の性関係をキリスト教倫理に反するとみるアメリカ社会の価値観にある。こうした道德の強制は、現在(1987年時点 引用者注)でも、姦通ばかりでなく、未婚の男女が性的関係を持ったり同棲することを禁じる州が少なからず存在することからも知りうるのである。(中略)

(同性愛は、引用者注)「最も寛容な社会の枠を踏み越えた」行為であり、「社会習俗に公然と刃向かう」行動なのである。[篠原1987:143-144]

1969年カリフォルニア州を皮切りに、アメリカ諸州で立法された破綻主義による離婚法により、離婚訴訟における争点は離婚原因から財産分与と子の監護権へと移ることになった。元夫/妻の同性愛行為もあからさまに指弾されて、それが監護権・面接交渉権における不適格性に当然の如く結びつけられることはなくなっていく。

篠原によると、1980年頃から、新たな判断基準が登場する。それが、「関連性の基準」(nexus test)⁶である。すなわち、『同性愛』であるということだけで監護権を剥奪するのではなく、『同性愛』が実際のところ、その子に対してなんらかの悪影響を及ぼしているのかいないのか、検証した上で判断せよ、という原則である。実際、表2のb-iのような見解が示されることになる。⁷

【表2 nexus testと同性愛】

a. nexus test非適用		Spence v. Durham, 198 S.E.2d 537, 541(N.C.1973)	同性愛は、「最も寛容な社会の枠を踏み越えた」行為であるとして、母親の同性愛行為を断じた。
b. nexus test適用	b-i 子への悪影響なしと判定	M.A.B.v.R.B., 13FLR1135 (N.Y.Sup.Ct. 1986)	子が親の同性愛を理由に仲間集団から疎外されても、それは親の行動によるものではなくて、社会の偏見によるものであるとのべられた
	b-ii 子への悪影響ありと判定	S.v.S.,608 S.W.2d 64 (ky.App. 1980)	母親が同性愛者である場合、子は近隣社会の中で仲間集団からいじめられるうえに、子に対して社会が期待する役割モデルの習得を妨げたり、子が自己の異性愛を認識する障害ともなるとされた。
		N.K.M.v.L.E.M.,606 S.W.2d 179 (Mo.App. 1980)	どの程度の予測がつけば悪影響を認めうるか。現時点では危害が生じていなくても、将来生じうるのだから、それまで待たずに、いま安全策を立てるべきだとされた。

(篠原[1987]の資料を、筆者が引用・編集し作成)

だが、一方で、この基準を適用した上で、親の同性愛が子に悪影響をもたらすとの判決(表2b-ii)も少なからず出る。たとえ現時点では子が心身ともに申し分なく成長していても、潜在的な悪影響が認められるとする場合と、そうでない場合と、同じ基準を採用しても、対照的な運用が実際には行われているが、これは何故なのかと篠原は問いをたて、それに対して、次のように考察している。

関連性のテストについて対照的な運用が行われる最大の理由は、同性愛そのものをめぐり証人となる専門家の

間に、いまだ一致した見解が見あたらない点にある。(中略) 将来の予測がつかないということになれば、子のために、悪影響が容易に認定されやすいことはやむを得ないことなのかも知れない。[篠原1987:144]

これに対し、nexus testの限界についての次のような指摘もある。

Robson (1995) は、まず、lesbian-motherが関わる監護権紛争をめぐる判断において徐々に、同性愛を反道徳視する特徴が薄められていく過程を、3段階に整理した。Robsonによれば、最も初期には、lesbian-motherは道徳に反するので、そのような親に監護権を与えること自体が問題であるとされたが、次の段階では、lesbian-motherが、「母親らしく」ふるまい、自らのセクシュアリティを公然と周囲に明らかにしないで、恋人と暮らすこともせずに、子育てに専念するならば、子の福祉に合う場合もあり得るとされるようになった。さらに次の段階では、母親の同性愛が道徳に反することはないが、nexus test、すなわち、実際に母親のセクシュアリティが子供を傷つけていないかどうかを検証した上で判断せよとされるようになった。Robsonは、実際にnexus testが適用された判例を示しながら、その時、「危害を与えている」とされた理由が驚くほど、他の段階の判断と似ていることを指摘する。⁸

3-2 子への影響についての裁判所の判断

筆者は、アメリカ法律判例オンラインデータベースlexis.Comにて検索し、表1の(1)を収集した。検索条件は、次の通りである。

Source: Legal > Cases - U.S. > Federal & State Cases, Combined

Terms: core-terms (lesbian and divorce and custody) and date (geq (01/01/1940)

and leq (12/31/2004)) [2005年9月11日現在]

1940年から2004年における、連邦裁判所、各州裁判所双方における判例のcitationにおいて、主要な単語として、「lesbian」、「divorce」、「custody」の三語が含まれているものを抽出した。この三語が主要な単語である訴訟は、元妻(「lesbian-mother」)と元夫が離婚に際し子の親権を争う訴訟である可能性が高いと考えたからである。結果、30件がヒットした。その内、明確に、子への危害について言及している判例は21件(表3)⁹で、残り9件中7件は違法ドラッグ・ネグレクト・同性愛の非道徳性などが問題とされるなど、nexus testが焦点ではなかった。21件のうち、lesbian-motherから子どもに対して、「悪影響なし」とした判例(表2 b-i)は、6件、「悪影響(の可能性)あり」(表2 b-ii)は15件であった。

【表3 裁判所におけるlesbian-motherと子への影響】

悪影響	出典・合計数
あり	1 Towend v. Towend, 1976 Ohio App. LEXIS 6193 (Ohio Ct. App. 1976) 2. Schuster v. Schuster, 90 Wn.2d 626 (Wash. 1978) 3. Kallas v. Kallas, 614 P.2d 641 (Utah 1980) 4. Dailey v. Dailey, 635 S.W.2d 391 (Tenn. Ct. App. 1981) 5. J.L.P.(H.) v. D.J.P., 643 S.W.2d 865 (Mo. Ct. App. 1982) 6. BENNETT v. O'ROURKE, 1985 Tenn. App. LEXIS 3253 (Tenn. Ct. App. 1985) 7. T.C.H. v. K.M.H., 693 S.W.2d 802 (Mo. 1985) 8. Collins v. Collins, 1988 Tenn. App. LEXIS 123 (Tenn. Ct. App. 1988) 9. In re Marriage of Diehl, 221 Ill. App. 3d 410 (Ill. App. Ct. 1991) 10. J. Johnson v. Schlotman, 502 N.W.2d 831 (N.D. 1993) 11. Phillips v. Phillips, 1995 Ohio App. LEXIS 1030 (Ohio Ct. App. 1995) 12. Hertzler v. Hertzler, 908 P.2d 946 (Wyo. 1995) 13. Ward v. Ward, 742 So. 2d 250 (Fla. Dist. Ct. App. 1996) 14. Bowen v. Bowen, 688 So. 2d 1374 (Miss. 1997) 15. Taylor v. Taylor, 353 Ark. 69 (Ark. 2003) 計15件
なし	1. M.P. v. S.P., 169 N.J. Super. 425 (N.J. Super. Ct. 1979) 2. Peyton v. Peyton, 457 So. 2d 321 (La. Ct. App. 1984) 3. Rowsey v. Rowsey, 174 W. Va. 692 (W. Va. 1985) 4. S.N.E. v. R.L.B., 699 P.2d 875 (Alaska 1985) 5. Blew v. Verta, 420 Pa. Super. 528 (Pa. Super. Ct. 1992) 6. Large v. Large, 1993 Ohio App. LEXIS 5810 (Ohio Ct. App. 1993) 計6件

(lexis.Comにて検索し、検出した30件より筆者が編集し作成)

nexus testが適用された上で、どのような理由で「子への悪影響あり」と判定されるのか、以下に表3の中の典型的な判例を取り上げ、具体的に見てみたい。

3-3 具体的事例の検討

Taylor v. Taylor, 353 Ark. 69 (Ark. 2003)

1999年、Wes Taylor（元夫）と、Rexayne Taylor（元妻）は離婚し、共同監護権が付与される。2000年、lesbianであることを公言しているKellie Taboraが、元妻の家に移り住み、同居を始める。それを知った元夫は、2001年、監護権の変更を求め提訴する。

元夫は、lesbianであることを公言している女性が住むような家に、自分の子供達を訪問させない、とする証言者を、複数、法廷に招き、「自分ならば、もっとノーマルな家庭生活と、もっとノーマルな社会生活」を子供達に提供することができると主張する。それに対し、元妻は、2人の息子たちの小学校の教師を証言者として招く。彼らによると、少年たちは、学校生活によく適応し、この間、なんら行動に変化は見られないことを証言した。元妻の父親（息子たちの祖父）も、孫たちは、成長している、Kellie がいるからといって、彼らの生活が異なったものになったとは思わないと証言した。

2002年4月17日、巡回裁判所は、次のように判示した。元妻とKellie とが1年間ベッドを共にしたという事実からは性的行為が行われたことを疑わざるを得ない。今後周囲の人々が、子に対してその事実をほのめかして嘲笑する事態もないとはいえない。Kellie の存在は、子の養育にとって不適切である。よって、子をとりまく環境に重大な変化が生じたと見なうるので、元夫に単独監護権を付し、元妻への訪問に関しては、少年たちが泊まるときにはKellie は居合わせぬことという条件が付された。元妻は上訴した。¹⁰

この巡回裁判所の判断は、まさに、nexus testを適用した上で、現時点では悪影響は認められないにもかかわらず、将来については予測不可能なので、安全策をとるというものである。¹¹ この事例は、上述のとおり、現時点での悪影響はないとしながらも、正反対の結論が導き出されるという、nexus testの特徴を例示するケースであろう。

Yoshino（2002）は、同性愛者へのアメリカ社会の対応を20世紀初頭から現代まで歴史的に概観し、同性愛者から異性愛者への転化（Gay Conversion）を求められた時代から、もはやそれを求められなくなった今日までの変遷を振り返る。その上で、たしかに、例えば職業選択などの場面で、同性愛があからさまに否定されることはもはやないが、教育、子育てなど子どもが関わる場面においては、子どもに同性愛を積極的に提示することを差し控える（Gay Covering）ことが強く求められている。そのドラスティックな局面が、監護権紛争であるという。すなわち、裁判所は、一方では性的指向によって異なる扱いをしないとしながらも、今日に至るまで、次のような判断がなされ続けていると指摘する。例えば、1998年、lesbian-motherが関わる監護権裁判において裁判所は、「たとえ、子どもの前でパートナーへの愛情表現を控えめにしていたとしても、子どもの成長にとって母親が同性愛者であることは、中立的なファクターとはなり得ない」とする。また、1996年、gay-fatherが関わる監護権裁判において裁判所は、「父親は子どもに自分の性的指向を隠しているというが、それはただドアを閉めて鍵をかけただけのことである」として、Coveringですら許さぬ厳しい判決が下されている。以上のように、子どもの前で、異性愛の親と同様あるいはそれ以下の愛情表現でさえ、子どもへの潜在的危険と捉えられているとして、Yoshinoは、もしも、裁判所が性的指向において中立の立場を取るというのなら、異性愛者と同様の行為をする者を不利な立場に置くことがあってはならないはずであるとする。¹²

筆者も、nexus testの考え方には、不整合が内在していると認めざるを得ない。親の異性愛が、子に危害を及ぼすか否かという問いは成立しない。そうならば、同性愛を反道徳と見なさないとしながら、他方で、それが子に危害を及ぼすか否かを問うのは矛盾であろう。しかし、ヘイトクライムによる事件等があると断たない現実をふまえれば、同性愛者の子育てについて裁判所が慎重にならざるを得ないのが実態だろうか。

4．同性愛関係破綻後の監護権・訪問権紛争

4-1 概観

これは元同性愛カップルが、共同して子育てをしてきたが、関係解消後、子の監護権・訪問権をめぐり、生物学的親と、非生物学的親とが争うケースである。このような紛争の場合、双方ともに同性愛者なのであるから、裁判所は性的指向を勘案しようがない。そのとき、いったい、紛争解決のメルクマールとしてなにが立ち上がってくるのかについて見たい。

このタイプの最初のものの一つが、Loftin v. Flournoy (1985)³である。同性カップルが共に子育てするも関係解消に至る。生物学的親が、非生物学的親に対し、6才の子への訪問を拒否したのに対し、裁判となり、非生物学的親の訪問権が認められたものである。その後、Savol v. Bowling (1989)⁴、Carney v. Dianna (1989)⁵、Springer v. Graham-Newlin (1988)⁶、In re Application of Alison D. (1991)⁷から、C.B.L. v. H.L. (1999)⁸に至るまでいずれにおいても、生物学的「母親」は、元パートナーを子と血縁・法律関係を欠く、単なる親しい第三者にすぎないと主張して子の監護権はもとより、面接交渉も拒否する。他方、非生物学的「母親」は、たとえ法的な関係を欠くとも、子との間に情緒的絆が存在し、かつ子を産む決断・子の財政上の支援も含めた養育、子の生活上の重要な決定過程における関与の経緯などを主張して、自らの「親性」を主張する。ここに、法に対して、「親」とは誰か、という問いが立てられることになる。

4-2 具体的事例の検討

V.C. v. M.J.B., 163 N.J. 200 (N.J. 2000)

M.J.B.は人工授精で妊娠し、パートナーのV.C.は分娩室まで付き添い、出産をサポートした。生まれた双子を共同で育てる。子らは、M.J.B.を「マミー」、V.C.を「ミーマ」と呼んだ。その後、M.J.B.とV.C.の同性愛関係は終了するに至る。関係解消後もしばらくの間、子らは二人の間を行き来していたが、次第にM.J.B.はV.C.の訪問も養育費も拒絶するようになる。V.C.は、共同監護権と訪問権の付与を裁判所に申し立てたケースである。¹⁹

谷口(2002)が判決の要旨を紹介をしている。以下に、引用する。

V.C.は心理的な親に該当するか。

第三者がどのような場合に心理的親 (psychological parent)²⁰や事実上の親 (in loco parentis)²¹に該当するかは明確ではない。事実上の親たる要件を最も明快に示すものとして Costody of H.S.H.-K事件判決がある。²² 同判決が示した要件は以下の4つである。

親子関係を形成することに法的な親が同意しその形成を促進していること

同居の事実

子の養育について重大な責任を負っていること

緊密な親子関係を形成するに十分な期間、親としての役割を果たしたこと [谷口2002:446-447]²³

本件においてニュージャージー州最高裁はV.C.に共同監護権は認めなかったものの、訪問権を付与した。谷口(2002)は、この判例を評して、「心理的な親」の具体例が同性パートナーに拡大されたという点において特徴的であり、同性愛者の権利保障の展開において重要である、とする。

筆者はこのケースを、単に同性愛者の権利擁護という面のみではなく、後述する家族の定義に関する機能的アプローチが裁判所によってまさに取り上げられた事例でもあることに着目したい。その影響は、単に特定の集団の権利の認知にとどまらないからである。実際、本件判決文において、ロング判事が次のような意見を付して念を押ししているのである。

本件はたしかにlesbianカップルを背景に提起されたものである。しかし、我々がはっきりと述べる基準は、

次のすべての人々にもあてはまるのである。すなわち、その子供と、血縁や養子縁組の関係はなくとも、もしも、その子供の親の承認を得ているのであれば、そして、その人物がみずからすすんで、その子供の親としての義務を引き受けてきたのであれば、その人物はすべて、我々の述べる基準が適用可能なのである。(748 A2d., 539,542)

ただ、この定義にも問題はある。後で再度見るが、例えば、 の同居しているという条件は不可欠なことなのか、また の「十分な期間」というのは、どのくらいの長さなのか、など、検討すべき点が残る。しかし、上述のように一定の評価を受けていることも事実である。²⁴

5 . 新しい「親」の申立

5 - 1 「第二の親による養子縁組」の申立

「第二の親 (second parent) による養子縁組」は、1980年代半ばに、NCLR²⁵が提唱し始めたもので、サンフランシスコで、初めて認められた。その後、徐々に数を増やし、現在、州レベルあるいは、上訴審レベルで認められているものが、10州ほどあるといわれている。²⁶

表1の(2)- に該当するもので、lesbianカップルの一方 (first parent) の子を、パートナーが養子縁組する旨の申し立てである。これについても、篠原 (1995) を参照したい。

Adoption of Tammy, 416 Mass. 205 (Mass. 1993)

Helen Cookseyと、Susan Lovelは、10年前にマサチューセッツ州ケンブリッジに共同で購入した住まいで、カップルとして同居してきた。どちらの女性も、今では医者として成功している。この間、2人は、双方の合意のもとに、どちらとも血のつながりがある子をもうけて、共同して親となろうと決めた。そこで、SusanはHelenのいとこの精子を用いた人工授精を受けて妊娠し、1988年4月に女兒Tammyを出産する。(中略) Tammyは2人を親と思い、Helenを「ママ」、Susanを「マミー」とよんでいる。(中略) HelenとSusanは、マサチューセッツ州法によれば2人が婚姻することはできないとしても、この後、物心両面にわたりTammyの最良の利益に資するには、親子関係の実態を法律上認めておくことが必要であると考えた。そこで2人は、裁判所に対し、共同してTammyを養子とすることの許可を申し立てたのが本件である。[篠原1995:182-183]

本件では、1993年に、マサチューセッツ州最高裁判所が、申立を認めている。

篠原 (1995) は、このケースの重要なポイントを2点にまとめている。アメリカ諸州では、それぞれの養子法のもとで、共同で養子縁組をする場合、そのカップルは婚姻していなければならないという理解がなされている中で、本判決により、マサチューセッツ州の場合に限って、州の養子法における「子の最良の利益」基準を緩やかに解釈し、婚姻せずに同居する者が2人で養子にすることが認められることになった点が、第一点、もう一つは、その養親となる者が、同性愛者であることは養子縁組の障害とはならないとした点である。²⁷

現時点では思考実験の範囲をでないかもしれないが、仮に、もしも、精子ドナーが父親となり、lesbianカップルが子の二人の母親となるとの合意のもとに、子を出産し共同して子育てするユニットが現れたらどうであろうか。そのとき、父母母子の組合せという、「親」概念の再定義の地平が開かれることになるだろう。実際に親が三人以上関わる生殖・子育ては、文化人類学や生殖補助技術の分野では、既知のことである。むしろ、父母子というリジッドな近代法の「親」概念の再考こそが必要かもしれない。同じことは、次のケースからも推察することができる。

5 - 2 精子ドナーによる「父性」の申立

Thomas S. v.. Robin Y., 209 A.D.2d 298 (N.Y. App. Div. 1994)

これは、表1の(1)-に該当するものである。²⁸

本件は以下のような経過をたどった。

Robin Youngと、Sandra Russolは、二人で子どもを育てあうことを決意し、精子提供者を捜す。Robinは、Thomas Steelから、父親としての権利・義務を放棄する旨の合意を交わした上で、精子提供を受け人工授精を実施する。Sandraも他の精子ドナーと同様の合意を交わして、人工授精を実施し、RobinとSandraは、あいついで出産しそれぞれの子どもを共同して育てる。数年後、その子どもは、生みの父親について興味を持ち始めたので、Robinらは、精子ドナーたちとコンタクトを取り、交流がはじまる。特にThomasとは良好な関係が築かれ、6年間、平穏に行き来し合う。1990年末、Thomasは子を自分の両親と祖母に会わせたいと考えはじめる。ただ、その際、彼らの同性愛を嫌う気持ちを鑑み、RobinとSandraには会わせたくないと考え、RobinとSandraに、自分の両親・祖母と子のみを引き合わせたい旨の依頼をする。Robinたちはそれを拒否する。1991年、Thomasは自らの父性を認めるよう申し立てるべく、当初の契約に反して父子関係の確定と訪問権を主張して提訴する。子どもと関係を育ててきて情緒的絆ができて点と、血縁関係が存在することが主張の根拠である。それに対して、Robinたちは、Thomasは大切な友人だが、生活費・教育費の負担の点でも、子どもの人生の重要な選択時になんらかの責任を果たしているかという点でも親の役割を果たしていないとして、禁反言（estoppel）²⁹に基づき、Thomasの言い分を否定した。判決において裁判所は、Thomasと子どもの父子関係を認めた。³⁰

この裁判において、一方の当事者は、父母子モデルを主張し、他方は母子家族共同体の実態を主張し対立した。しかし、子にとってのリアリティはどうだったのであろうか。むしろ父母母子あるいは、父父母母子という組合せだったかもしれない。³¹ ここにおいて、「親」の定義のさらなる検討の必要性が生じるのである。

6．機能的アプローチ（the Functional Approach）による「親」の再定義：その問題点と可能性

ある個人と個人が、法的に「家族」とみなされるか否かは、好むと好まざるとにかかわらず、社会生活を営むにあたり、さまざまなサービスへのアクセスの適否を左右する。そこで、「家族」「配偶者」「親」「子」の外延をめくり、紛争・申立が生じる。従来、裁判所は、異性愛夫婦が核となることを前提に、これらの外延について形式的な定義を採用してきた。この定義は予断の余地がなく、法廷によって判断が分かれるということもない。極めて明確な判断が下されてきた。

ところが、家族の多様性が増すにつれ、従来の形式的定義では、現実にはそぐわない事態が多数生じるようになってきた。爾来、従来のものに代わる定義が求められるようになっていく。その一つが、機能的定義である。従来の定義では、個々人は、「婚姻」か「血縁」か「養子縁組」かの三様態でしか関係づけられず、関係の質や強度・継続性は全く考慮に入れられなかったのに対して、この定義は字のごとく、その個々人が果たしている機能³²によって、「家族」を定義づけるというアプローチである。ここでは、この立場からの「親」の定義に限って見ていく。

Minow（1991）は、「親」の定義を次のように提起した。

- 1)「親」の語は、子どもの生物学的親または養子縁組した親を含む。ただし、関連法にて監護権が終了または、非認されない限りにおいて。
- 2)「親」の語は、次の3つの条件にあてはまる人物をも含む。
 - a) その人物は、子どもの人生にとって十分な期間、共に暮らしている。
 - b) その人物は、子どもの発達に沿って適切な日々の養育や指導を行っている。
 - c) もしも子どもがすでに生物学的親と暮らしているのであれば、その生物学的親がその人物が子どもの親となることを認めている、また、子どももその人物を親と認めている。[Minow1991:285注52]

篠原（1992）は、機能的定義の問題点を2点、指摘している。

すなわち、1つは、「十分な期間」、「適切な養育」など基準があいまいであるために、裁判所に広い裁量権を与えてしまうこと、もう1つは、各事案ごとに判断が要求されるため裁判所が個人の私生活に立ち入るのを許してしまうことであるとする。

Minowもこのアプローチの問題点を自ら指摘している。すなわち、第一が、予測不可能性であり、当事者は、自

分たちが家族と認められるのか否か、常に裁判の結果を待たねばならず、あらかじめ知ることができないという問題が生じる点である。第二が、可操作性で、当事者が自らに有利なように関係进行操作する可能性が生じるという問題がある。それだけでなく、政府が自らの政策遂行に有利なように定義进行操作する余地を与えるとして、Minowはむしろこれを最も警戒している。³⁴

筆者も、この定義は、「親」の定義に、「親としての適格性」が埋め込まれた循環定義となっている点、「適格性」という価値を含む基準による定義は、親としてのオートノミーの原則を犯さないかという点が気になる。

このように、問題をはらみつつも、機能的定義は、家族の多様化という現実の趨勢と、オルタナティブな家族定義を求める圧力とに後押しされて、実際に裁判所で採用されはじめていることは、すでに4節で見てきたところである。この定義をさらに徹底させた主張を行っているのがPolikoff (1990) である。

Polikoffによると、一方で、子の利益に最もよく適うためには、問題となっている大人が親としての機能を果たしているか否か、および子がその者を親とみているか否かの2点を考える必要があり、他方で、法律上の親の自律を守るためには、そのような関係の形成について親がどのような意思でどのような行動をとったかという点を考えねばならないと説いた上で、裁判所は、これらの基準をみatus者であれば、その数や性にかかわらず、法律上の親と認めるべきであるとするのである (Polikoff1990:483)。

この「親の数・性を限定しない」という主張は、上記で見てきたlesbian-motherたちの裁判所での主張を超えて、父母子という近代西洋の核家族概念の根本的変革の可能性を秘めている。

7. 「親」の定義のアボリアー結にかえて

Minow・Polikoffにおいて、「親」の定義の要諦は、法律的親と子による、その人物を親とみなすという意味、それへの合意、であった。ところで、その合意への翻意は許されるのか否か、これは、機能的定義につきまとう難問である。従来の形式的定義であれば、意思は問われぬし、翻意もまたあり得なかった。意思という変幻自在なものを定義のメルクマールとする機能的定義のアキレス腱であるのかもしれないが、山田 (2004) の次の主張に従えば、これも近代化を徹底した後の帰着点なのであろうか。山田は家族が個人化するのは近代化の必然的帰結であって、家族はこれまで国家と並んで、その関係が選択不可能・解消困難という意味で個人化されざる領域と考えられてきたが、この2領域にまで個人化が浸透していることが現代社会の特徴であると指摘する。この、選択・解消可能性が親子関係にも拡大するとき、「子どもにとって望ましい親と認定されないと、また、親にとって望ましい子どもと認定されないと捨てられる可能性を秘めている」[山田2004:349] のだろうか。

Woodhouseの指摘するように、親の権利と子の権利がコンフリクトを起こすことはあり得、その時は、子の意思を優先するべきであるとするならば、翻意は許されてはならないだろう。しかし、人はどこまで、そのような「片務的合意」を継続できるのだろうか。子育ての負担感が問題になっているのがむしろ昨今の実状であり、山田の指摘のとおり親はもはや片務に耐えられず、社会全体でいかに子育てを考えるか、それこそが課題であるのは、日本も同様であろう。法的定義以前に、「親」とはそもそも何なのか、問いの射程はそこまで含むべきであろうが、本稿の域を超えている。

本稿では、lesbian-motherの裁判所での主張を素材に「親」をめぐる諸議論の一端を見てきた。Lesbian-motherが家族を持つこと自体、反道徳であるという言説もある中で、あえて子を持ち育てる試みは、新しい家族形成への果敢なる挑戦であることは確かである。しかし、ひとたび、別離後紛争の当事者になったならば、従来の家族規範を盾にすることもありうるという点では、LGBTIQ家族が無条件に先進的であるわけではない。また、新しい家族の法的認知は、lesbian-familyのみならず、「心理的親」などの法解釈修正・拡大の動きも着実な伏流としてあったことも見てきた。今、lesbian-motherが立てた問いを超えて、まさに「親」の再定義が必要とされており、ひとりLGBTIQのみならず、社会のマジョリティが問われている問いであることは確かであろう。

注

- 1 Lesbian・Gay・Bi-sexual・Transgender・Intersex・Queer (Question) の略語。煩雑ではあれ、当事者自身それぞれの「アイデンティティ」を尊重するならばこちらの呼称となるだろう。もちろん、「アイデンティティ」自身も揺れ続く概念であり、単純ではない。本稿で取り上げられる性的マイノリティは、あくまで、日本とは文化的社会的背景を異にするアメリカのものであることを、銘記するために、あえて、英語表記としたい。
- 2 lesbian・gay家族において育てられている子の総数の推計として以下のものがある。
 - ・ABA (米国弁護士協会) AAP (米国小児科医学会) ・ ・ ・ 800万から1,000万人と推計。
ABA Annual Meeting Provides Forum for Family Law Experts, 13 Fam. L. Rep. (BNA) 1512, 1513 (Aug. 25, 1987).
American Academy of Pediatrics, Technical Report: Co-parent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents, 109 Pediatrics 341 (Feb. 2002)
 - ・「カナダの国勢調査 “ the 2001 Census ” がある。同性カップルは全体の0.5%の34,200組で、そのうち女性カップルは15,200組。その15%が子どもといっしょに暮らしていると報告されている。他に、アメリカでも、“ CENSUS2000 ” (2000) に、1790年以来はじめて、same-sex unmarried coupleの調査が本格的に導入され59万4391組が報告された。 ・ ・ ・ レズビアン・ゲイ・バイセクシュアルを自認する405人 (18才以上主要15都市在住) に電話でインタビューをした調査がある (“Kaiser Family Foundation,2001, *Inside-OUT: A report on the experiences of lesbians, gays and bisexuals in America and the public's views on issues and policies related to sexual orientation*. Retrieved January 17, 2003, from <http://www.kff.org/index.cfm>accessed 11.Oct.2005”) 。それによると、18才以下の子どもの親 (または法的な保護者) は、8%だった。」 [泪谷2003 : 134,註16]
 - ・Onorato (2005) によると、National Gay and Lesbian Task Force (<http://www.thetaskforce.org/>) は、2000Censusから、67,129組のゲイカップル、100,624組のレズビアンカップルが、子育てをしていると推定している。
- 3 例えば、Lamb,M.,E., (1982) に詳しい。
- 4 初期の事件が次のもの。Commonwealth v. Bradly,91 A.2d 379 (1952)
- 5 篠原 (2004) 、根本猛 (2005) 等参照。
- 6 NCLR (National Center for Lesbian Rights) によると、2000年10月1日時点で、同性愛者であるというだけで、監護権者としての適格性を欠くとする立場を、次の諸州は保持している。すなわち、アラバマ・ミシシッピ・ミズーリ・ヴァージニア州である。一方、「nexus test」はアラスカ・カリフォルニア・フロリダ州等、20州で採用されている。NCLRのオンライン発行物、“*Fact Sheet: Custody Cases Involving Lesbian and Gay Parents* ”
<http://www.nclrights.org/publications/custody.Htm> accessed 09 Sep.2005より
- 7 表2に引用した以外にも、篠原 (1987) は多数の判例を紹介しており参考になる。
例えば、aについては、引用以外に、次の判例を紹介している。L.v.D., 630 S.W.2d 240 (Mo.App.1982) : 「同性愛」行為を子の目にふれさせたり、子に「同性愛」を説くような親は、当該子への影響の有無を問う以前に、当然に不適格とされたもの。Chicoine v. Chicoine, 479 N.W. 2d 891,896 (S.D.1992) : 「同性愛」者の母は子を墮落させぬよう、忌まわしい生活をやめるまで訪問権を許されるべきではないと判示されたもの。
また、b-i については、次の判例を紹介している。Bezio v. Patenaude,410 N.E.2d 1207 (Mass.1980) : いわゆる「関連性の基準」 (nexus test) と言われる手法の確立に導いた判例。S.N.E.v.R.L.B.,699 P.2d875 (Alaska1985) : 子が心身ともに申し分なく成長しているような場合に、「同性愛」に伴うとされる社会的スティグマに依拠して、子の監護権を奪うことは許されなかったとした。また、b-ii については、Shuster v. Shuster,585 P.2d 130 (Wash.1978) : 子への将来における影響は予測がつかないので、悪影響が生じないように、監護親に「同性愛」の相手と同居しないことを条件とした。Jacobson v. Jacobson,314 N.W.2d 78 (N.D.1981) : 父母のいずれも、養育の意思・能力において遜色はないと認めた上で、母親の「同性愛」がタイブレーカーに使われた、等。
- 8 T.C.H. v. K.M.H., 784 S.W.2d 281 (Mo. Ct. App. 1989) において、ミシシッピ上訴裁判所は、次のような「危害」を証拠として認めた。すなわち、反対尋問において、母親は、子供が家にいるときに、母の友だちといっしょに寝ていたと、認めたこと、また、子ども達の前で、友だちにキスしなかったかどうか、愛情を込めて抱きしめたりしなかったかどうかを、母親がはっきりと否定できなかったこと。
- 9 Segmentをcore-termにしたので、ヒット数が非常に限定された。試しにsegment をopinionにすると、231件がヒットした。しかし、内容を確認できる範囲に限定するべく、あえて、条件を厳格にした。ヒットした30件のうち、元夫がgayであるケース、元夫が元妻を単にlesbianと言い立てているだけで、性的関係の証拠はないとされたケースを除いて、他はすべて、元妻がlesbianであり、離婚後監護権が争われたものだった。
- 10 判決文より、732-734頁を筆者が抄訳した。
- 11 これに対して、上訴審は、一部逆転判決を出す。すなわち、将来起こりうる危害を根拠に監護権を剥奪するのは、裁量権の濫用であるとしたのだった。ただし、同州の、非婚者の同居を認めぬ州法にのっとり、Kellieの退去を求めた。

12 Yoshino2002:858-864より。1998年の裁判とは、Delong v. Delong, No. WD52726, 1998 WL 15536。1996年の裁判とは、In re R.E.W. 471 S.E.2d 6, 8 (Ga. Ct. App. 1996) 同939頁より。

Yoshinoは、教育現場における ' Gay Covering ' の例として、" no promo homo " を挙げている。Yoshino2002 注216から注222に詳しい。これは、同性愛者の権利促進に積極的だと解釈できるようななどのような教育や活動も、学校は行ってはならないとする、地方または州による教育政策のこと。次のサイトでも言及がある。 <http://www.glsen.org/cgi-bin/iowa/all/library/record/30.html> accessed Jan. 01, 2006

また、棚瀬 (2002) も同様の指摘をしている。

「最近では、親が『同性愛』者であることは、監護権者の決定にあたって否定材料となりうるかが実際に問題とされてきた。(中略) 一応、今日それは問題にしないという形で判例は固まってきているが、一部には、今でも裁判所の隠れた偏見がその判断に微妙に影響を与えているとする批判もある。」[棚瀬2002 : 209]

13 No. 569, 630-7 (Cal. Super. Ct. Alameda Cty., Jan. 2, 1985)

14 No. CF27, 024 (Cal. Super. Ct., Los Angeles Cty., Jan. 30, 1989)

15 No. 89, 191, 039/CE99, 949, (Baltimore City Cir. Ct. filed July 10, 1989)

16 No. 642, 975-5 (Cal. Super. Ct., Alameda Cty., Oct. 17, 1988)

17 No. 88/692 (N.Y. Sup. Ct., Dutchess Cty., July 18, 1988)

18 723 N.E.2d 316 (Ill. App. 1999)

19 判決文541-544頁より、筆者が抄訳した。" Mommy "、" Meema "については542頁等に記載がある。

20 「心理的親」としてこれまで認められてきた第三者として、祖父母や親戚、兄弟といった血縁関係者や里親、継親などがある。[谷口2002 : 448]

21 Polikoff 1990 : 502-507に詳しい。

22 Custody of H.S.H.-K. (N.W.2d 419 1995) において示されたものである。谷口 (2002 : 446注4より)

23 谷口 (2002) によると、州最高裁は、さらに、これらについて次のような補足を行っている。

「 には、金銭を対価とする同意 (ベビーシッターなど) は含まれない。また心理的な親子関係は大人同士の関係解消によって一方的に終了させられるものではない。問題となるのはあくまでも親子のような関係を形成することに対する同意であり、関係解消後に起こりうる感情的確執から判断してはならない。さらに、子供の決断過程への参加は不可欠の要因ではなく、この要因を重視した事実審は失当である。必ずしも金銭的な援助を意味していない。親の役割は金銭より複雑である。核心となるのは本人が果たした役割の質や程度、範囲などである。では十分な期間が必要とされているものの、時間的な長さより、親子関係の内実や強固さが要因として勘案される。そして、それを具体的事例において判断するのは、専門家による観察結果を待つほかないとする。」[谷口2002 : 446-447]

24 Lesbian-mother のパートナーを、「心理的な親」として法的に認める例は、その後、マス・メディアで報道もされている。例えば、次のものがある。

Valerie Richardson, " Court backs ' psychological parent ' , " THE WASHINGTON TIMES July 05, 2004

25 当時の公式名称は Lesbian Rights Project

26 コネチカット・コロンビア特別区・イリノイ・インディアナ・マサチューセッツ・ヴァーモント・ニューヨーク・ニュージャージー・ペンシルベニア・バーモント州。

" Adoption by Lesbian , Gay and Bisexual Parents : An Overview of Current Law " (update January 2004) <http://www.nclrights.org/publications/adptn0204.htm> accessed 09 Sep. 2005

もっとも早い時期のものの一つが、In re Adoption of Minor T (17 Fam. L. Rptr. 1523 [D.C. Super. Ct. 1991]) であるとされる。

27 アメリカの従来の養子法では、養子縁組によって、生物学的親と子は完全に関係が絶たれ、養親以外、子自身が知るすべもないという点で、例えば日本の (普通) 養子縁組などとの違いが際だっていた。その後、日本においても特別養子縁組という生物学的親と法的関係が絶たれる養子縁組制度が創設されている。ただし、日本には戸籍制度があり、子が出自をたどる余地はある。本件のケースによって、アメリカでも生物学的親との法的関係を終了させることなく養親を得るという新しい養子縁組が認められたのである。

28 Agigan (2004) は、この事例のなかで、もっとも早い時期のものの一つが、C.M. v. C.C. (170 N.J. Super. 586; 407 A.2d 849; 1979 N.J. Super.) であるという。

29 「何らかの行為によってある事実の存在を表示した者に対し、それを信じて自己の利害関係を変更した者を保護する原則 今日では、事実の表示だけでなく、約束についても estoppel が認められる場合がある」田中英夫編集代表『BASIC英米法辞典』東京大学出版会67頁より。

30 以上、判決文より筆者が抄訳した。この裁判は、Polikoff (1996) ・Wray (1997) ・石井 (1994) が紹介している。石井は、Thomas に監護権が与えられなかった [ibid. : 18] としているが、それは、事実審の判断であり、その後上訴審にて、本文で記した通りの判決が下されている。また、訪問権については審理されなかったとして、差し戻されている。

- 31 子は、Sandraが別の男性の精子提供を受けて産んだ女兒と姉妹のように育てられているという。
- 32 Onorato (2005) によれば、家族定義についての機能的アプローチをはじめて示したのは、Lehr v. Robertson (1983) におけるステイブンス判事であるという。すなわち、「単なる生物学的に関係があるということだけでは、保護されるに値しない。むしろ、親子であることを決定づけるのは、日々の関わりにおける親密性から導き出される情緒的絆である」としたという。[Onorato2005 : 515]
- 33 財政的共同・家庭内責任の分担・重要な決断にコミットしたなど。
- 34 The Department of Housing and Urban Development が、1990年に採用した、薬物犯罪や暴行に関与した個人の「家族」は、すべて、立ち退き、家賃補助の停止の対象となると定めた規則 (Section 8 Certificate Program, Moderate Rehabilitation Program and Housing Voucher Program,55 Fed. Reg.28,538.1990) を紹介して、家族定義の政策的拡大の危険性に言及している。

参考文献

- Agigian, A. 2004 *Baby Steps:How Lesbian Alternative Insemination is Changing the World*, Middletown,Connecticut,Wesleyan University Press.
- 有田啓子 2006「Lesbian-motherの子育ては健全か - 発達心理学分野の実証研究とそれをめぐる議論 - 」『コア・エシックス』2:○-○.
- CENSUS 2000 <<http://www.census.gov/>>,accessed 23 Sep.2004.
- Goldstein, J., Freud,A., Solnit,A. J. 1973 *Beyond the Best Interests of the Child*, New York, Free Press. (島津一郎監修・解説、中沢たえ子訳、1990『子の福祉を超えて - 子の最善の利益 - 』岩崎学術出版社)
- “Notes:Looking for a Family Resemblance - The Limit of the Functional Approach to the Legal Definition of the Family - ” 1991 *Harvard Law Review* 104:1640-1659.
- 樋口範雄 1985『親子と法 - 日米比較の試み - 』弘文堂.
- 石井美智子 1994『人工生殖の法律学』有斐閣.
- 釜野さおり 2004「レズビアンカップルとゲイカップル - 社会環境による日常生活の相違 - 」善積京子編『スウェーデンの家族とパートナー関係』青木書店.
- 梶谷奈生 2001「同性愛者とその子どもたち - レズビアンマザー・ゲイファーザーに関する文献研究 - 」『上智大学臨床心理研究』24:165-173.
- Lamb, M. E. 1982 “Parenting and Child Development” in Lamb, M.E., eds., *Nontraditional Families:Parenting and Child Development* (久米稔監訳、岡村美奈・小関賢・三島正英・山下和子共訳、1993『非伝統的家庭の子育て - 伝統的家庭との比較研究 - 』家政教育社).
- Minow, M. 1991 “Redefining Families: Who's in and Who's out?”, *University of Colorado Law Review* 62:269-285.
- 中村恵 1998「人工生殖と親子関係 - アメリカ法を中心として - 」『上智法学論集』41(3):107-146.
- 中村恵 1998「人工生殖と親子関係(2完) - アメリカ法を中心として - 」『上智法学論集』41(4):265-299.
- 中村恵 2002「英米法部会 アメリカの新統一親子関係法 - 生殖補助技術によって生まれた子の法的親子関係を中心として - 」『比較法研究』64:112-116.
- 泪谷のぞみ 2003「レズビアン・マザー素描」『女性学年報』日本女性学研究会 24:132-143.
- 根本猛 2005「判例研究 実体的適正手続の新たな射程 - いわゆるソドミー法をめぐってLawrence v. Texas, 539 U.S. 558(2003) - 」『静岡大学法政研究』9(4):184-164.
- 野田愛子 2002「家族法は成熟したか - カッツ教授の序文 - 」『家族<社会と法>』日本家族<社会と法>学会18:1-13.
- 野村豊弘 1993「人工生殖と親子の決定」石川稔、中川淳、米倉明編『家族法改正への課題』日本加除出版、315-344.
- 岡田光世 2000『アメリカの家族』岩波書店.
- Onorato, N. M., 2005 “Note and Comment: The right to be heard incorporating the needs and interests of children of nonmarital families into the visitation rights dialogue,” *Whittier Journal of Child and Family Advocacy* 4 : 491-541.
- 小沢真嗣 2002「調停実務シリーズ(78) 子どもを巡る紛争の解決に向けたアメリカの研究と実践 - 紛争性の高い事例を中心に - 」『ケース研究』272:149-167.
- Polikoff, N.D. 1990 “This Child Does Have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet The Needs of Children In Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families,” *The Georgetown Law Journal* 78:459-575.
- Polikoff, N.D. 1996, “The Deliberate Construction of Families without Fathers: Is it an Option for Lesbian and Heterosexual Mothers?” *Santa Clara Law Review* 36:375-394.
- Robson, R. 1995 “Mother: The Legal Domestication of Lesbian Existence,” in Fineman, M.A.et al.eds., *Mothers in Law:Feminist*

Theory and the Legal Regulation of Motherhood, New York, Columbia University Press, 103-117.

篠原光児 1987 「親のライフスタイルと監護権の決定 - 子に対する悪影響がない限り親の同性愛を考慮してはならないとした *Bezio v. Patenaude*, 410 N.E.2d 1207(Mass.1980)判決とその周辺 - 」『判例タイムズ』649:142-146.

篠原光児 1988 「同性愛 - アメリカ家族法の一断面 - 」『判例タイムズ』672:23-29.

篠原光児 1992 「Nancy D. Polikoff, *This Child Does Have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Needs of Children in Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families*. (78 Geo. L.J. 459.1990)」『アメリカ法』(1):88-93.

篠原光児 1994 「アメリカ家族法判例の紹介」『早稲田法学』70(1):291-315.

篠原光児 1995 「母とその同居の相手方である女性が共同でなした子の養子縁組の申立てにつき、州法は同性のカップルが養子をするを排除する趣旨ではないとして、それが子の最良の利益にかなうときには認められるとした事例 - *Adoption of Tammy*, 619 N.E.2d 315(Mass.1993) - 」『アメリカ法』(1):182-187.

篠原光児 2004 「ソドミー法と同性愛者の権利 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S., 123 S.Ct. 2472(2003) - 合衆国憲法第14修正のデュー・プロセス条項のもとで、同性間の性行為を禁止する州法を合憲とした1986年の先例、*Bowers v. Hardwick*をくつがえして、違憲とした事例 - 」『アメリカ法』(1): 69-75.

Smith, D. M., Gates, G.J. 2001 “Gay & Lesbian Families in the US-Same-Sex Unmarried Partner Households – A Preliminary Analysis of 2000 United States Census Data,” *A Human Rights Campaign Report* August 22, 2001 <www.hrc.org>, accessed Oct. 13, 2005.

棚瀬孝雄 2002 『権利の言説 - 共同体に生きる自由の法 - 』勁草書房.

谷口洋幸 2002 「*V.C.v.M.J.B.* 168 N.J.200;748 A.2d 539(N.J.2000) - 原告の元同性パートナーの生物学的な子どもに対する共同法的監護権および訪問権の申し立てにつき、原告は子どもの心理的な親であるとして、共同法的監護権は否定されたものの、訪問権が認められた事例 - 」『アメリカ法』(2):445-449.

The 2001 Census, <<http://www12.statcan.ca/english/census01/release/index.Cfm>>, accessed 23 Sep.2004.

利谷信義、江守五夫、稲本洋之介編 1988 『離婚の法社会学 - 欧米と日本 - 』東京大学出版会.

Wray, T. 1997 “Lesbian Relationship and Parenthood: Models for Legal Recognition of Nontraditional Families,” *Hamline Law Review* 21:127-145.

Woodhouse, B.B. 2003 “Children's Rights in Gay and Lesbian Families: A Child-Centered Perspective,” in Macedo, S. & Young, I. M. eds., *Child, Family, and State*, New York and London, New York University Press, 273-305.

山口亮子 1999 「面接交渉権と子どもの利益 - 日米の比較 - 」『上智法学論集』42(3・4): 299-327.

山口亮子 2002 「子の奪い合い紛争の法的解決をめざして - アメリカ法の視点から - 」『家族<社会と法>』18:92-113.

山田昌弘 1994 『近代家族のゆくえ - 家族と愛情のパラドックス - 』新曜社.

Yoshino, K. 2002 “Covering,” *Yale Law Journal* 111:769-936.

Beyond limitations in the legal definition of 'parent':

what lesbian-mothers assert in legal courts in America.

ARITA Keiko

Abstract:

This article overviews what lesbian-mothers assert in American courts, using the references of Polikoff, N. D., Woodhouse, B. B., and Minow, M. etc. First, the author shows that courts impose severe punishments upon lesbian-mothers in custody battles against ex-husbands, even now. In the 80's, courts began to employ a judgment criteria named the 'nexus test.' A nexus test prohibits depriving lesbian-mothers of custody merely because they are lesbians, as long as their children are not harmed by them. The author went through 30 cases retrieved using lexis.com. In 15 of the cases, the judge decided against the lesbian-mother for the stated reason that there is or will be a risk. For example, in the case of *Talor v. Talor* (2002), the circuit judge decided there was a potential risk that the children would be teased in the future. Next, the author introduces custody battles between lesbian-mothers and separated lesbian partners or sperm donors, which show limitations in the established definition of a parent. For example, in *V.C.v. M.J.B.* (2000), it was asked whether the ex-partner was 'psychological parent' or not. The case of *Thomas S. v. Robin Y.* (1994), weighed the doctrine of estoppel and blood relationship. It was asked whether the man, who was the donor of the child, disavowing custody in a written document, could later withdraw this agreement and claim a father's rights.

Key words : Lesbian-mother, Custody battle, Psychological parent, Second-parent adoption, Functional approach