

〔論 説〕

オリンピックとLGB（中－4）

佐 藤 義 明

はじめに

I～II（以上、第89号）

III LGB個人の権利保障に関する現状と課題

(1)～(7)（以上、第90号・第91号）

(8) LGB個人の権利保障についての対外的ジェスチャー

(9) 日本政府による公的差別

(A) 個人としての差別

(a) 難民資格の認定

(b) パートナーと家族を形成する権利の保障

(i) 便宜的手段：養子縁組

(ii) 婚姻未満の制度：事実婚と民事的結合

(iii) 婚姻（途中まで、第92号）

(iv) 婚姻要件具備証明書の発給

(c) 子と家族を形成する権利の保障

(i) 生殖補助技術の利用（以上、本号）

⑩ パレート改善

誰も現状より不利にすることなく社会全体の厚生を改善することは「パレート改善」と呼ばれる。いっそう正確には、社会全体の厚生を改善する政策は利益を得る人だけでなく何らかの損失を被る人を生じさせることが通常なので、純粋なパレート改善政策はほとんど存在しない。それゆえ、

仮説的補償原理（カルドア＝ヒックス基準）の下で、利益が損失を上回る政策を採用するべきであると考えられる⁽¹⁾。たしかに、婚姻の開放は、税控除や社会保障手当を受ける人を増加させるので、納税者の負担は増加する。しかし、性的指向を理由とする差別を解消し、LGB個人の選択肢を異性愛者のそれと平等化する利益と納税者が従来の水準以上の負担を負うことになるという「損失」を衡量すると、婚姻の開放は仮説的補償原理の下で正当化されると考えられる⁽²⁾。

これに対して、そもそも婚姻制度が税の所得再分配機能を弱め、階級間の不平等を強化しているとして、婚姻の開放に反対する主張がある⁽³⁾。「ウィンザー事件」⁽⁴⁾が象徴するように、富裕な人が死亡したときに、その同性パートナーに配偶者の地位を認めることは、後者に相続税（ウィンザー事件に即して言えば連邦遺産税）の控除を認めることを意味するから

-
- (1) 常木淳『「法と経済学」による公共政策分析』（2012年）21-23, 110頁参照。
- (2) 選択的夫婦別姓制度の導入もパレート改善になるといわれる。山口一男「選択的別姓問題と個人の自由の価値」、available at https://www.rieti.go.jp/jp/special/special_report/103.html。この導入は、事務経費など納税者の負担を増加させるとしても、自由の拡大という利益と衡量すると、仮説的補償原理の下で十二分に正当化されると考えられる。同制度は身近な多様性の承認として、少数者への社会的寛容を生むという正の外部効果も発生させる。二宮周平「家族法改革の展望」辻村みよ子編『ジェンダー社会科学の可能性第1巻——かけがえのない個から』（2011年）213, 221頁参照。2017年の調査で、選択的夫婦別姓許可に賛成する割合は42.5%であった。内閣府「家族の法制に関する調査」、available at <https://survey.gov-online.go.jp/h29/h29-kazoku/index.html>。この割合は過去最高であった。棚村政行「家族法とジェンダー——現代家族法の課題」島田陽一他編『「尊厳ある社会」に向けた法の貢献——社会法とジェンダー法の協働』（2019年）523-524頁参照。婚姻の開放に賛成する割合はこの割合より高く、それに反対する割合も、選択的夫婦別姓許可に反対する割合（53.7%）より低い。佐藤義明「オリンピックとLGB（中-3）」成蹊法学92号（2020年）199, 221頁参照。
- (3) 陳昭如、辜知愚訳「婚姻における異性愛家父長制と特権——台湾の同性婚論争」女性史学27号（2017年）39, 46-47頁参照。
- (4) *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013). 婚姻を異性間に限定する婚姻防衛法（DOMA）を違憲としたこの判決は、連邦の1,138の税控除や社会保障手当を同性カップルに認める効果をもった。杉山麻里子『ルボ同性カップルの子どもたち——アメリカ「ゲイビープーム」を追う』（2016年）20頁参照。

である。また、婚姻の開放は「ケアの家族化」を推し進め、ケアを国の役割であるとする認識を弱めることから、中流以下の人々をいっそう不利な状態に置いたり、「独身者懲罰」につながったりするともいわれる⁽⁵⁾。

差別解消による承認の正義の実現は正当な政策目的である⁽⁶⁾。法は富裕であることを婚姻障害としていない。富裕な異性カップルの婚姻を承認し、富裕な同性カップルのそれを禁止することは差別である。分配の正義は、累進課税と社会保障を通して実現されるべきである⁽⁷⁾。婚姻制度が

-
- (5) 陳前掲講演(注3)47頁参照。配偶者の優遇に対して、「独身者が既婚者の生活を支えるためのコストを支払わなければならない理由は何か」と問われている。松田和樹「同性婚か?あるいは婚姻制度廃止か?——正義と承認をめぐるアポリア」国家学会雑誌131巻5・6号(2018年)1,20頁参照。
- (6) 「自分の欲望が社会的に…公認されたといふ喜び」が「肉体の欲望が満たされる」幸福よりも大きい場合があるが、「同性愛はさういふものを1つも与えてくれません…そこで抜け出せない人は目先のきかない人だとしかいへないのです」といわれることがあった。三島由紀夫「新恋愛講座」『決定版三島由紀夫全集29』(2003年)15,64頁。
- (7) 憲法の要求する分配の正義は、「健康で文化的な最低限度の生活」の保障に止まる。婚姻の開放がそれを不可能にするという根拠はない。なお、勤労の義務を果たさない者は分配の正義を請求できない。樋口陽一他『憲法Ⅱ』(1997年)195-196頁参照(中村陸男執筆)。就労と職業訓練を怠ると社会保障給付を減額するワークフェア(アクティベーション)と社会保障は一組である。ワークフェアについて、小沢修司『福祉社会と社会保障改革——ベーシック・インカム構想の新天地』(2002年)148-156頁参照。アクティベーションについて、近藤倫子「社会的包摂(ソーシャル・インクルージョン)政策の展開——我が国と諸外国の実践から」国立国会図書館調査及び立法考査局編『ダイバーシティ(多様性)社会の構築』(2017年)15,17頁参照。この点では、マルクス主義も、格差の是正ではなく、労働に基づく分配を原理としていることが注目される。See Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy: An Introduction* (2d ed. 2002), pp. 199-201 [W・キムリッカ、千葉眞、岡崎晴輝訳『現代政治理論〔新版〕』(2005年)291-293頁]。ベーシック・インカムを保障すると、人々は脱消費主義的ライフスタイルを創造し、「金にはならないが社会貢献の道を選択」といわれる。小沢同書3,5,130,182-183頁参照。しかし、人々が、規模の縮小した消費主義的ライフスタイルを維持し、金にらず社会貢献でもない行為——例えば、医療費抑制に貢献するスポーツの実践ではなく、国家プロによるスポーツの観戦——に惑溺しないという根拠はない。勤労は報酬を支払う者の需要を満たすが、無償の活動は社会に貢献するとはかぎらないのである。それゆえ、社会参加を条件とする部分的ベーシック・インカム制度でなければ検討に値しない。

将来のある時点において廃止されるべきであるとしても、実際に廃止されるまでは、差別なく運用されなければならない。婚姻制度の廃止という近未来において実現する見込みの乏しい分配の正義を名目に、承認の正義の実現を阻止することは著しく不合理である。

婚姻の開放は、異性カップルによる婚姻を何ら妨げない⁽⁸⁾。それは、カップルの公認という婚姻の制度目的を貫徹する措置である⁽⁹⁾。夫婦とその自然生殖による未成年の子が構成する家族を標準家族（定位家族）と呼ぶとしても、憲法は、標準家族を「嫡出家族」⁽¹⁰⁾、その他の家族を「非

小沢同書 126-128, 131, 150, 152-153 頁参照（社会参加を条件とするべきであるとする主張を紹介しつつ、その条件の設定と運営が困難であると指摘する）。

(8) 婚姻制度は国家による家族への関与であり、その開放は当事者の選択への介入ではない。野崎綾子『正義・家族・法の構造転換——リベラル・フェミニズムの再定位』（2003年）67-68 頁参照。性的指向による差別の解消は、国家による関与の中立化なのである。

(9) 二宮周平「最高裁判官の家族観——補足意見、意見、反対意見から」松川正毅編『木内道祥先生古稀・最高裁判事退官記念論文集——家族と倒産の未来を拓く』（2018年）1, 16 頁参照。

(10) 水野紀子「団体としての家族」ジュリスト 1126 号（1998年）72 頁。水野は「長い年月を経て安定した制度」と「制度化されていない程度の多数者の単なる習慣」を区別する。水野紀子「生殖補助医療を契機に日本実親子関係法をふりかえる」法曹時報 61 卷 5 号（2009年）1441, 1461 頁参照。しかし、経年も制度化も、制度の合理性の証明ではない。「差別の不当な性質がいつそう十分啓発されて理解されれば、歴史は道を譲らなければならない」。Goodridge v. Department of Public Health, 798 N.E. 2d 941, 958 (Mass. 2003). 差別の伝統に対して、排除されてきた人に自由を回復する伝統もあるのである。中曾久雄「同性婚を否定する州憲法と連邦憲法上のデュー・プロセス・平等保護」愛媛法学会雑誌 42 卷 1 号（2015年）155, 176 頁参照。羽淵雅裕「同性婚に関する憲法学的考察——Lawrence v. Texas, 539, U.S. 558 (2003) を契機として」帝塚山法学 10 号（2005年）31, 44 頁も参照（伝統の問題は、同性婚が根づいているかではなく、人生のパートナーを選択する自由が根づいているかという問題であるとする）。差別の解消が要求されていること自体、現行の婚姻制度が安定していない証拠である。「当事者の意志や目的から離れて制度の『本質』を独断的に決めて、もっぱらそれだけによって現実の制度をもっともらしく正当化しようとする」思考の脱却は喫緊の課題である。森村進「ポリガミーと離婚に関する近代ヨーロッパの思想——グロティウスからミルの批判者まで」屋敷二郎編『夫婦』（2012年）41, 53 頁参照（カントとヘーゲルを批判する）。

嫡出家族」と位置づけて、前者を後者よりも優遇しているわけではまったくない。

LGB個人は、「特定の社会文化規範への新たな『囲い込み』」⁽¹¹⁾を受けられる、すなわち、「多様なライフスタイルを（国家や社会によって）承認可能な形態に作り替えることを余儀なくされるという犠牲を払うことによって」⁽¹²⁾婚姻の開放を獲得するといわれる。しかし、同性カップルが婚姻しないことを選択し、現在のライフスタイルを維持することは可能である。また、届出主義の下で婚姻することが、同姓の強制を除けば、どのような具体的な「犠牲」を要求するのかは明らかではない。文化的側面に焦点を当てることによって、「万人が必要とする切実な生活上のニーズに根ざしている側面」⁽¹³⁾を隠蔽するべきではない。

婚姻の開放は、「家族制度やセックスに基づく住民の管理体制を生きながらえさせる」⁽¹⁴⁾と批判されることもある。フランスでは、「同性婚法の成立は、それ自体は前進であるといえようが、一方で保守派に伝統的価値観再構築の口実を与えるものであった」⁽¹⁵⁾といわれる。しかし、婚姻制度が廃止されるべきであるとしても、廃止を遅らせることにつながるという抽象的な危険^{リスク}を理由として、異性カップルが享受している婚姻の利益を同性カップルに享受させないことは公正ではない。

婚姻の開放の代わりに、ヘテロセクシズムに基づいて作られている法制度と、それを支えると同時にそれが再生産している「意味秩序全体とを揺り動かしていく」べきであるという主張もある⁽¹⁶⁾。しかし、揺り動かした後、近い将来に望ましい法制度に移る見込みがあり、その際には従来の差別による損害を補償するのであれば、同性カップルに婚姻制度からの

(11) 志田陽子「アメリカにおける風俗統制と権利獲得運動——ストーンウォール事件と憲法論」陶久利彦編『性風俗と法秩序』（2017年）264, 270頁。

(12) 河口和也『クイア・スタディーズ——Queer Studies』（2003年）75頁（強調佐藤）。

(13) 小泉明子「婚姻のポリティクス（1）——アメリカの同性婚訴訟を中心に」民商法雑誌137巻2号（2007年）151, 153頁。

(14) 長野慎一「家族と性的少数者」渡辺秀樹、竹之下弘久編『越境する家族社会学』（2014年）172, 182頁。

(15) 北原零未「フランスにおける同性婚法の成立と保守的家族主義への回帰」中央大学経済研究所年報45号（2014年）13, 34頁。

(16) 松田前掲論文（注5）3, 25頁参照。

排除という不利益を受忍させることは無責任である。二級市民として扱われてきたLGB個人にとって、婚姻の公認は自尊回復手段である⁽¹⁷⁾。平等化したら廃止が遠のくならば、その制度は廃止する必要性がそれほど高くないとしかいえない⁽¹⁸⁾。婚姻を開放したうえでなお追求される反婚の主張のみが追求されるに値する。

① 婚姻の限界

民法は近親婚と重婚を禁止し⁽¹⁹⁾、刑法は重婚を犯罪とする。これらの婚姻の限定に対して、すでに1985年に、個人の尊厳と両性の平等が貫徹されているかぎり、同居する同性カップル、同性カップルと養子、「ポリガミイ（同時複数性愛）的家族」は憲法の下で異性婚と等価であり、「『家族』保障として婚姻制度を把握するよりは、独立した個人のさまざまな連帯を保障し、それぞれの生活を保障する問題として考える方が妥当」⁽²⁰⁾であるとして、近親婚はともかく、同性婚と複婚を婚姻制度に取り込むべきであると示唆する学説が存在した。

いうまでもなく、性的指向に関する婚姻障害の廃棄とその他の婚姻障害の廃棄とは独立の問題である。実現可能性（feasibility）の高い婚姻障害を廃棄することは、見通しのない将来にすべてが一気に廃棄されるという願望的思考（wishful thinking）に身を委ね、それまでどの婚姻障害も廃棄しないままであるよりも望ましい⁽²¹⁾。救済が後になる者が先になる者

(17) 辻村みよ子、山元一編『概説憲法コンメンタール』（2018年）155頁参照（糠塚康江執筆）。

(18) 婚姻する権利の追求に対する賛否の紹介として、岡野八代「平等とファミリーを求めて——ケアの倫理から同性婚をめぐる議論を振り返る」現代思想43巻16号（2015年）60, 62頁参照。

(19) 近親婚以外の婚姻障害がある婚姻の届出が受理されている場合には、取り消されないかぎり有効に成立しているものと扱われる。堀勝洋『年金保険法——基本理論と解釈・判例〔第3版〕』（2013年）493頁参照。

(20) 横田耕一「日本国憲法からみる家族」『法学セミナー増刊総合特集シリーズ31——これからの家族』（1985年）85, 94頁。

(21) 過程に配慮する議論として、個人単位での課税が究極的な目標であり、ケアが必要な者への手当はその人におこなうことが筋であるとしつつ、現行の世帯単位の課税制度を同性カップルに開放したうえで、配偶者控除の廃止に進むべきであるとする主張がある。永易至文『プロブレム Q&A 同性パートナー生活読本』（2009年）68-69頁参照。同書74-75頁も参照（年金の3号被

を嫉妬することは生産的ではない。婚姻障害の全廃のみを目標にする主張は、目標を実現する過程に関する構想を欠いている⁽²²⁾。

同性婚の承認に反対する理由として、近親婚や複婚の承認への「滑りやすい坂 (slippery slope)」に足を踏み出すことへの懸念が挙げられる⁽²³⁾。近親婚や複婚の排除が十分な根拠をもつならば、それらの排除は正当である⁽²⁴⁾。「滑りやすい坂」に対する危惧は、排除の根拠が薄弱であるという認識ゆえに、それらに関する議論をタブーにしようとする願望である。タブーは個人を保護する方向では必要であるかもしれない。例えば、人権はなぜ保障されるべきかという問いに「天賦のものだから」と回答し、それ以上の議論をタブーとする場合である。しかし、権利を制限する理由についてタブーとすることは許されない。

まず、近親婚に関連して、インセスト・タブーがなければ「家族で子ども

保険者の制度も、まずは同性パートナーを3号被保険者にしたうえで、可能となったらそれを廃止すればよいとする)。

(22) 過程に配慮しない議論として、日本で代理懐胎が認められると、「アジア女性が出稼ぎで代理母となる」が、彼女たちが自由に自己決定したといえる「対等な社会」は形成されていないとする主張がある。二宮周平、榊原富士子『21世紀親子法へ』(1996年)24頁参照(榊原執筆)。代理懐胎の対価で彼女たちがエンパワーされることは、「対等な社会」実現の手段である。「対等な社会」を形成する手段を提案せずに代理懐胎を禁止することは無責任である。また、「非嫡出子の相続権を平等化するのであれば、夫婦財産別産制のもとで…きわめて劣悪な財産的地位にある生存配偶者〔の〕居住権を確保する改正が、同時に立法される必要がある」とする主張もあった。水野紀子「公権力による家族への介入」水野紀子編『社会法制・家族法制における国家の介入』(2013年)159, 180頁注29参照(強調佐藤)。生存配偶者の居住権の確保と非嫡出子の相続権の平等化は独立の課題であり、前者の解決を後者への対応の条件とする理由は存在しない。前者は当事者が遺言などによって対応しやすいのに対して、後者は当事者による克服がいっそう困難な問題であることに鑑みると、後者が先に改正されるべき課題であったことは明らかである。

(23) マルティン・ネットスハイム、太田航平、村山美樹訳「基本権に基づく圧力にさらされる伝統的法制度——婚姻を例に考える」国立国会図書館調査及び立法考査局『家族のダイバーシティ——ヨーロッパの経験から考える』(2017年)19, 36頁参照。

(24) 三輪晃義「同性による法律婚の可能性——日弁連による同性婚人権救済申立て」二宮周平編『性のあり方の多様性——1人ひとりのセクシュアリティが大切にされる社会を目指して』(2017年)29, 42頁参照。

もを育て、次の世代へと継承していくことはできない」といわれる⁽²⁵⁾。この論者は、「インセスト・タブーがなぜ不可欠であるかまでは詳述していない」が、自身の「婚姻制度の存在意義とするものが前提とされていると推測される」⁽²⁶⁾。この論者が理由を詳述していないのは、詳述できないからであろう。反論しようとする誰かが説得力のある根拠を推測して補充するのを待っているようにさえ見受けられる。

成人の近親姦は禁止されていない。育児の条件は性交同意年齢に達しない者の保護である。刑法は、13歳未満の者と性交等をおこなうことを強制的性交罪、そのような者に対するわいせつ行為を強制わいせつ罪とする⁽²⁷⁾。なお、13歳以上18歳未満の者に対する性交等は、各都道府県の青少年保護育成条例で禁止されている⁽²⁸⁾。また、児童福祉法第33条の11は施設職員等が「被措置児童等にわいせつな行為をすること又は被措置児童等をしてわいせつな行為をさせること」（同第33条の10第2号）を禁止し、同第34条1項6号は「児童に淫行をさせる行為」を禁止し、同第60条1項は、その違反に「10年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」としている。

東京高裁は近親婚の禁止の根拠として反倫理的であることを挙げる⁽²⁹⁾。

(25) 水野紀子「当事者の『願望』を叶えるのが法の役目ではない」中央公論 2014年4月号41頁参照。

(26) 佐々木くみ「婚姻の自由の憲法理論的研究に関する覚書」山元一他編『憲法の普遍性と歴史性——辻村みよ子先生古稀記念論集』（2019年）173、186-187頁。

(27) 強姦罪はもともと親告罪とされていたが、子が親を告訴することは困難なので、親が容疑者である場合には加害者にしないという改正が必要であると指摘されてきた。See, e.g., Concluding Observations on the Sixth Periodic Report of Japan, U.N. Doc. CCPR/C/JPN/CO/6 (2014), p. 3, para. 10. この点は、2017年の刑法改正で、強制的性交罪等について、一般的に非親告罪化された。また、同改正は、「その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じて」18歳未満の者と性交等をおこなうことなどを犯罪化した（第179条）。

(28) 例えば、東京都青少年健全育成条例は、青少年との「みだらな性交又は性交類似行為」を禁止する。なお、婚姻最低年齢は男性が18歳、女性が16歳であるが、2022年に両性で18歳とされる予定である。

(29) 東京高判1984年7月19日、行集35巻7号956、958頁参照（近親者の重婚的内縁関係を反倫理的であるとする）。上告は棄却されている。最判1985年2

最高裁も、立法は「社会一般の倫理的・感情的感情を踏まえて」⁽³⁰⁾なされるべきであるとする。しかし、法は倫理的であろうとその他の性質であろうと、多数者の「感情」の強制を任務としない。立法は、倫理を起源とする憲法の原理に服するとしても、多数者の「感情」に配慮する必要はない。

近親婚の禁止に根拠があるとする、それは優生学的なものでしかありえない⁽³¹⁾。近親者間の子には生存に有害な劣性遺伝子が同型接合によって発現しやすいことから、拳児は近親ではない者の間でおこなわれることが望ましい⁽³²⁾。しかし、近親婚の禁止が不可欠であるかには疑義がある。主要組織適合性抗原複合体(MHC)が類似し、体臭の類似する近親者の性的魅力は低いという生物学的機序や、「なじみ」が深い者の性的魅力は低いという心理的機序が存在することから⁽³³⁾、法が禁止しなくても近親婚の頻度は抑えられるからである。そうすると、近親婚の禁止は優生学的な根拠も薄弱で、文化的な理由によるものというしかなくなり、「見直しが可能である」⁽³⁴⁾と考えられる。

複婚について、東京高裁は、「人間相互の愛情と信頼及び人格の尊重は、その本質からして、複数の異性との間に同時に成立しうることにはありえない」として、男性1人女性2人の共同生活について、「健全な性道徳に悖り、善良の風俗に反する反社会的な行為」であるとする⁽³⁵⁾。この判決は、

月14日、訟務月報31巻9号2204頁参照。2011年3月23日「日本年金機構理事長あて厚生労働省年金局長通知」(年発0323第1号)は、近親婚の制限に反するような関係は、反倫理的なので原則として事実婚関係に当たると認定しないとして、最判2007年3月8日、民集61巻2号518頁を制限的に解釈する。

(30) 最決2007年3月23日、民集61巻2号619、628頁(強調佐藤)。

(31) 辻村みよ子『憲法と家族』(2016年)136頁注136参照。

(32) 「藁の上からの養子」は、近親婚の可能性と子が出自を知ることの困難化ゆえに、子に有害であるといわれる。細川清『改正養子法の解説——昭和62年民法等一部改正法の解説』(1993年)41頁参照。特別養子縁組の場合には、実親の戸籍に子の出生の事実が、養子の戸籍に審判確定の事実が記載され、本人および正当な利害関係をもつ者(戸籍法第10条の2第1項)は、実親を検索しうる。この制度は、出自を知り子の権利の保障と、養親以外の者による真実告知の防止を両立させる措置である。同書46-47頁参照。

(33) 長谷川寿一、長谷川眞理子『進化と人間行動』(2000年)126-128頁参照。

(34) 大村敦志『家族法〔第3版〕』(2010年)135頁(最高裁もおじと姪の内縁関係を承認したとする)。

愛情などの「本質」に関する科学的根拠を挙げていない。前掲の宇都宮地裁真岡支部判決⁽³⁶⁾の事案において、判決は取りあげなかったが、被告が複数愛(polyamory)を指向すると主張しており、「複数愛もセクシュアリティの1つであるならば、それを否定する合理性はどのように説明されるのだろうか」と問われるのである⁽³⁷⁾。

生物学的に、ヒトの雌雄の体格の差は、典型的な一夫一婦の霊長類のなかでは少し大きく、雄の体重に対する精巣の相対的な重量も、雌が1頭の雄としか配偶しない種に近いが、精子間の競争がある程度存在すると考えられる数値である。すなわち、ヒトは一夫一妻が多数であることが自然と考えられると同時に、一夫多妻が不自然なものとして排除される種ではない⁽³⁸⁾。

民族学的にも、完全な一夫一妻社会は16%にすぎず、83%は一夫多妻が許容されている社会に分類されることから、生物学的知見は実態と合致するといわれる⁽³⁹⁾。日本においても、江戸時代までの慣行を反映して、1871年(明治3年12月20日)の新律綱領は、妻妾ともに2等親としていた⁽⁴⁰⁾。現在でも、アフリカの多くの社会では、一夫多妻が慣習であ

(35) 東京高判2000年11月30日、判例タイムズ1107号(2003年)232,233頁参照。内縁関係が複数ある場合には、「法の趣旨及び社会一般の倫理観」を基準に、先行する内縁関係が実態を失っていないかぎり、その当事者のみを配偶者とするべきであるとした例がある。東京地判1988年12月12日、判例時報1311号(1989年)60,63頁参照。

(36) 佐藤前掲論文(注2)214頁注65。

(37) 手嶋昭子「同性カップルの一方の不貞行為による関係破綻につき内縁関係に準じて損害賠償が認められた事案」WLJ判例コラム臨時号193号(2020年)1,5頁参照。「共通の愛の対象があれば、大人3人は仲よくやつて行けない筈がない」といわれる。三島由紀夫「第一の性」『決定版三島由紀夫全集32』(2003年)154,217頁。

(38) 長谷川、長谷川前掲書(注33)207-209頁参照。

(39) 同書209-211頁参照。世界的には、単婚制度は多数派ではない。安念潤司「憲法問題としての家族」ジュリスト1022号(1993年)46,47頁参照。

(40) 村上一博「明治前期における妾と裁判」法律論叢71巻2・3号(1998年)1,3頁参照。1940年オリンピック大会の招致委員会・組織委員会の会長やIOC委員を務めた徳川家達は、「洋行中妾を携帯したる」ことで知られている。樋口雄彦『第16代徳川家達』(2012年)104-105,124頁参照。家達が華族「会館の給仕を鶏姦」したことも知られている。同書88,94頁参照。

る⁽⁴¹⁾。ムスリム国家のなかにも、一夫多妻を許容するものがある⁽⁴²⁾。「チベット自治区」の条例は一妻多夫を承認する⁽⁴³⁾。文化多元主義を踏まえれば、一夫多妻を安易に「野蛮」と断罪することは許されない⁽⁴⁴⁾。ヨーロッパ法を基礎とする国々でも、2009年に合衆国では約50万人の複数愛実践者が存在すると推定されている⁽⁴⁵⁾。オランダでは、2005年に1人の男性と2人の女性による市民的結合が承認されており、ブラジルのサンパウロ州でも、2012年に同様の組み合わせの結合の解消と相続に法的保護が及ぼされ、「三人婚」が公認されたと評されている⁽⁴⁶⁾。

一方が複数愛を指向し、他方が単数愛を指向する場合には、複数愛に関する合意が存在しないかぎり、前者と第三者との性的関係は不貞行為になる⁽⁴⁷⁾。しかし、当事者全員が複数愛を指向するか、単数愛を指向する当事者が他の当事者の複数愛の実践に合意した場合には、同意されている行為は不貞行為に当たらないと考えられる。

(41) See Florence Efua Dovlo, Problems of the Impact of Social Change on the African Traditional Family, in *Families in Transition* (Nancy B. Leidenfrost ed., 1992), pp. 149-151 [フローレンス・エファ・ドヴロー、田窪純子訳「社会変化がアフリカの伝統的家族に及ぼす影響についての諸問題」N・B・ライデンフロスト編、松島千代野監訳『転換期の家族——ジェンダー・家族・開発』(1995年)223, 224-225頁] (複数の妻は労働力として意義をもつと指摘する)。

(42) イスラム教は複婚を許容するが義務づけてはいない。複婚を義務づける宗教があるとすると、その信仰を否定して一夫一婦制を維持する必要があるかが問われる。松井茂記『Law in Context 憲法——法律問題を読み解く35の事例』(2010年)135頁参照。

(43) チベットの一妻多夫は、夫が兄弟である場合があることを前提としている。長谷川、長谷川前掲書(注33)133-134, 218-219頁参照。

(44) 屋敷二郎「夫婦——法文化のまなざし」屋敷二郎編『夫婦』(2012年)9頁参照。屋敷は、「名誉殺人」も野蛮ではないと示唆する。筆者は、被害者の自己決定が介在しないことだけを理由としても、名誉殺人は野蛮であるといわざるをえないと考える。

(45) 深海菊絵『ポリアモリー——複数の愛を生きる』(2016年)50頁参照。2020年6月、3人以上の成年者がドメスティック・パートナーシップの登録をすることを認める条例がマサチューセッツ州サマヴィル市で制定された。この条例は同市議会において全会一致で可決されたものである。

(46) 同書57頁参照。

(47) 手嶋前掲評釈(注37)45頁参照。

重婚の禁止も、「文化的な理由によるもの」⁽⁴⁸⁾といわれる。しかし、「それ以上の説明はないので『理由』の中身ははっきりしない」ことから、「『文化的理由』によって『個人のライフスタイルの自己決定』を制約してよいのはどうしてか」という疑問が浮か[ぶ]。民法が男性のスカーツ着用を禁止してよいかという疑義は、重婚の禁止にも当たるといわれるのである⁽⁴⁹⁾。刑法の重婚罪も、婚姻制度の保護という社会的法益に対する罪と位置づけられており、そこでいう婚姻は法律婚を意味し、事実婚を含まないとされている⁽⁵⁰⁾。法律上の単婚制度のみを刑法で保護する実質的理由はまったく明らかではない。

複婚の禁止は、(い)複婚を認める場合よりも多くの人の婚姻を可能とする、(ろ)性秩序を守る、(は)家族の機能を発揮させる、(に)人格的結合を安定化させるなどの機能を果たすともいわれる⁽⁵¹⁾。しかし、いずれも複婚を禁止する正当な理由であるか疑義がある。

(い)単婚は、『(競争の激しい)男性同士の平等』を図り、その間で配偶者獲得機会を行き渡らせて社会の安定を図る制度」であり、男性がその配偶者を強姦や密通から防衛する費用を抑える制度であるといわれる⁽⁵²⁾。しかし、婚姻市場における弱者の保護は正当な政策目的ではない。かりにそうであるとしても、複婚を形成する自由の制約を正当化するためには、理論的可能性だけではなく、複婚が禁止されて初めて配偶者の獲得が可能になった男性の存在が証明されなければならない。

「豊富な資源を持つ男性の再婚相手になる機会」を奪う法律がかりに制定されたとしたら、それは、女性の資源獲得機会を制約し、その人権を侵

(48) 大村前掲書(注34)136頁。直系姻族であることを婚姻障害とする民法の規定は優生学的根拠をもたず、「倫理の維持の見地」のみに基づくことが明らかである。細川前掲書(注32)210頁参照。

(49) 内藤淳「一夫一婦制と『憲法の目的』」屋敷二郎編『夫婦』(2012年)17、22-23頁参照。

(50) 西田典之、橋爪隆補訂『刑法各論〔第7版〕』(2018年)424頁参照。

(51) 二宮周平編『新注釈民法(17)——親族(1)』(2017年)72-73頁参照(二宮執筆)。

(52) 内藤前掲論文(注49)33頁参照。男性同士の単婚の承認は女性獲得市場に参入する男性を減少させ、女性同士の単婚の承認は男性が獲得する女性を減少させる。複婚禁止のこの目的が正当であるとすると、前者のみを承認する制度設計もありうることになる。

害する「反＝配分」的立法である⁽⁵³⁾。同じことは、複婚を維持しうる男性の配偶者になる機会の剥奪についても当てはまる。離婚と再婚が自由である現代では、複数の配偶者を時間差でもつことが可能であり、『時間差乱婚』化⁽⁵⁴⁾が起きている⁽⁵⁴⁾。このような時代に、複数の配偶者を同時にもつことだけを禁止するためには、十分な理由が必要である。しかし、説得力をもつ理由はこれまで提示されていない。

(ろ) 性秩序が公衆衛生秩序であるとする、複婚の禁止はそれを維持するための合理的手段ではない。複婚の場合には、当事者は基本的に当事者間で性行為をおこなうのに対して、それが禁止されると、婚姻外の性行為を可能にする性産業の需要が拡大し、国家による規制を必要とすると考えられるからである。これに対して、性秩序が公衆衛生と独立の多数者の道徳観によるとすると、それは複婚を希望する者の自由を否定する正当な理由ではない。具体的な必要と離れた道徳観の強制は法の役割ではない。万が一そうであるとする、婚姻外の「二股交際」も犯罪としなければ一貫性がない⁽⁵⁵⁾。事実婚の重婚も処罰するべきであるとする主張が存在するものの⁽⁵⁶⁾、この主張はまったく支持されていない。

(53) 同論文 36 頁参照。

(54) 同論文 33 頁参照。

(55) 同論文 24-25 頁参照。

(56) 牧野英一『刑法各論上巻』(1950年) 293-294 頁参照。立法論まで「基本的に解釈論に規定され、その延長上に存在する」とする傾向は、民法学に顕著である。常木前掲書(注1) 35 頁参照。例えば、国家法は、社会において形成される私法秩序に含まれる規範と一致しなければならないとされる。宮澤俊昭『国家による権利実現の基礎理論——なぜ国家は民法を制定するのか』(2008年) 67 頁参照。社会で多数者が形成するのは、私法秩序ではなく私的秩序である。国家法は、憲法に照らしてそれを取捨しなければならない。国家法は「コミュニティが従う社会規範に沿うものである必要があり、それを無視した外生的規範を合目的的に強制することは、法の正しいあり方ではない」とまとめられる内田貴の立場も、「社会規範」が正解であるとはかぎらないと批判されている。常木同書 43-45 頁参照。家族法の問題は、権利の保障の問題ではなく、「存在するものの合理性」とその「慣性」によればよいとの考えから、少数者の権利の尊重ではなく少数派への「寛容」のみが問題であるとして、「少数派にも、多数の人々が奉ずる価値への配慮(譲歩)が要請される」とする主張もある。大村前掲書(注34) 376 頁参照。この驚くべき立論は、「非嫡出子の相続分差別については慎重な議論が必要である」とする主張につながる。司法消極主義をもって知られる日本の最高裁ですら3年後に

(ハ) 家族をどのように機能させるかは当事者が決定すべき私事である。複婚が承認されている社会で複婚家族は機能している。複婚を禁止することによって初めて可能となる機能が特定されないかぎり、この理由は取りあげるに値しない。

(ニ) どのような人格的結合を選択するかは個人の自由である。長期的結合のみを保護し、短期的結合を抑圧することは、国の正当な政策ではない。実際に、婚姻から一定の期間が経過しないと離婚を許可しないという制度は存在しない。そもそも、複婚が承認されている国において、複婚が単婚よりも当事者の人格的結合が常に不安定な関係であるという証拠は存在しない。人格的結合の安定化が正当な政策であるならば、3人以上で人格的結合を形成する者に対しては、複婚を承認する必要こそあれ、それを拒否する理由は存在しない。

かつて、LGB個人は「次々と相手を変えていく者がある一方、カップル志向をもつ者がいることも事実のようである」⁽⁵⁷⁾といわれた。相手を変えていく者の存在はあたかも公知の事実のごとく扱われ、他方、「カップル志向をもつ者」の存在は推測されるにすぎないとされたのである。しかし、LGB個人が異性愛者よりも「カップル志向」が弱いという証拠は存在しない⁽⁵⁸⁾。カリフォルニア州では、ゲイの37～46%、レズビアン⁽⁵⁹⁾の51～62%がパートナーと同居しており、カップリングの形態はLGB個人と異性愛者でそれほど相違がないといわれる⁽⁵⁹⁾。むしろ、半数が離婚す

違憲と判断する差別の解消に反対する民法学は、「法の支配」という理念の対極にあるといわざるをえない。

(57) 石川稔「同性愛者の婚姻（その2）——同性婚は認められるか」法学セミナー 356号（1984年）56頁（強調佐藤）。石川は、立花隆『アメリカ性革命報告』（1979年）137頁を引用し、「1対1のカップルを形成する[ホモ]がいることは事実である」と認めている。石川稔「同性愛者の婚姻（その1）——同性婚は認められるか」法学セミナー 355号（1984年）92頁注14参照。石川は「ゲイ解放運動とホモ反対運動」を対置しつつ（「同性愛者の婚姻（その1）」91頁）、LG個人を一貫して「ホモ」と呼ぶ。

(58) 同性愛には充足感が欠けているためゲイは頻繁に相手を変えんとする精神医学者の発言について、衆道が反証になるといわれる。平田俊明「日本における『同性愛』の歴史」針間克己、平田俊明編『セクシュアル・マイノリティへの心理的支援——同性愛、性同一性障害を理解する』（2014年）73, 78-79頁参照。衆道では通常、若衆が成人して婚姻すると念者との関係が変質したことから、この反証としては適切ではない。

る異性夫婦に対して、同性カップルの離別率はその半分であるという調査もある⁽⁶⁰⁾。2000年前後のイギリスの調査で、単婚を好むと回答した者は男性の80%と女性の89%であった⁽⁶¹⁾。ほぼ同時期の調査で同国のLGB個人は人口の6%と推計されていることにかんがみれば⁽⁶²⁾、かりにLGB個人全員が単婚を好むと回答しなかったとしても、単婚を好むと回答しなかった男性の3分の2、同様の女性の2分の1は異性愛者であったことになる。

次々と相手を変えていく者がいるとしても、それは「永続的に関係をもつことができるパートナー (right partner) を探し求めているから」であり、離婚・再婚を繰り返す異性愛者と異ならないと考えることができる⁽⁶³⁾。婚姻から排除されているLGB個人は、同性パートナーと婚姻のような関係を形成することを想像することが困難である場合が多い⁽⁶⁴⁾。古くは1880年に、刑務所にいた男性カップルの1人が「男同士では夫婦になれないのを悲しみ自殺未遂を行った」⁽⁶⁵⁾ことが知られているのである。

⑫ 社会的帰結

同性カップルによる婚姻を認めることの帰結に基づいて、それに反対する2つの主張がありうる。

(59) 石井クンツ昌子「米国の家族と社会学研究——変容、現状、多様性」家族社会学研究23巻2号(2011年)186,192頁参照(異性カップルは62%が同棲か結婚をしているとする)。ただし、ここで比較されているのは、LG「人口」と異性「カップル」なので、異性人口との比較が必要である。

(60) 杉山前掲書(注4)140頁参照。

(61) C・ファイン、M・A・エルガー「男女関係の神話」『性とジェンダー——個と社会をめぐるサイエンス』(2018年)8,11頁参照。

(62) 入江敦彦『ゲイ・マナーが英国経済を支える!』(2008年)30-31頁参照。

(63) 石川前掲論文(注57「同性愛者の婚姻(その2)」)56頁注25参照。

(64) See Akitoshi Yanagihashi (Keith Vincent transl.), Towards Legal Protection for Same-Sex Partnerships in Japan: From the Perspective of Gay and Lesbian Identity, in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law* (Robert Wintemute & Mads Andenaes eds., 2001), pp. 349, 353.

(65) 斉藤巧弥「明治期の新聞における『鶏姦』報道の特徴——『読売新聞』と『朝日新聞』の分析から」国際広報メディア・観光学ジャーナル24号(2017年)21,27頁。

1つは、婚姻の開放が異性婚の減少をもたらすという反対である。この主張について、合衆国最高裁は、同性カップルに承認されていない特権を享受するために異性カップルが婚姻を選択しているという説明は直感に反し、非現実的であるとした⁽⁶⁶⁾。かりに異性婚が減少したとしても、それが個々人の自己決定の結果であるかぎり、社会的に受容されるべきである。正当な政策は、異性婚の増加ではなく、国の存立を危険に陥らせている人口減少に歯止めをかけるために、挙児と育児の担い手を増加させることである。「『同性愛』の増加は、人類が人口増加による人類滅亡の歯止めとして無意識的に選択していると結果的には考えられる」⁽⁶⁷⁾といわれることもある⁽⁶⁸⁾。しかし、婚姻の開放は、夫夫・夫婦が生殖補助技術の利用や特別養子縁組などによって挙児・育児に従事することを促進し、少子化の緩和に貢献できると考えられる⁽⁶⁹⁾。

もう1つは、婚姻を開放すると、生殖補助技術の利用や特別養子縁組を同性カップルに認めることになるとする反対である。もちろん、婚姻を開放すれば、夫婦と夫夫・夫婦を区別するためには合理的理由が要求される。しかし、婚姻の開放と挙児・育児の承認を論理的に独立の問題であると考えすることは不可能ではなく、これは反論になっていない。婚姻を開放する前に、同性カップルに両者を認めることも可能である⁽⁷⁰⁾。この論者

(66) See *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. __ (2015) [「同性婚を憲法上の権利として確立した米国最高裁判決——ケネディ裁判官の法廷意見全文」同性婚人権救済弁護団編『同性婚——だれもが自由に結婚する権利』(2016年) 226, 249頁(猪子(ヒューイット)晶代訳)].

(67) 安岡譽、橋本忠行「iPS細胞(人工多能性幹細胞)時代の人間の性と性愛に関する一考察」札幌学院大学人文学会紀要 98号(2015年) 83, 106頁。この論文は、同性配偶による子の誕生が実現して初めて同性愛者が人口増加に貢献するとするが、現在の生殖補助技術の利用によっても、すでにそうしうることを看過するべきではない。

(68) 人口爆発に対しては、異性愛禁止法の制定が想像された。See Arthur C. Clarke, *Profiles of the Future: An Enquiry into the Limits of the Possible* (1999), p. 80 [アーサー・C・クラーク、福島正実、川村哲郎訳『未来のプロファイル』(1966年) 90頁].

(69) 同性婚人権救済弁護団編『同性婚——だれもが自由に結婚する権利』(2016年) 172頁参照(三輪見義執筆)。

(70) ドイツでは、生活パートナーシップ法制定後、婚姻の開放前に、二次養子縁組の禁止は同性パートナーの子が両親と家族として共同生活を送る権利を

は、婚姻の開放に反対しながら、責任感のない親の下でも子の最善の利益が確保されるために、「婚姻関係にある家族間に立ち入ってすべての夫婦や親子の関係に実効的な法の保護をもたらすことが必要」⁽⁷¹⁾であるとする。すべての親が婚姻関係にあるわけではない。子の利益を真剣に考慮するならば、すべての夫婦ではなくすべての親子に実効的な法の保護をもたらすことこそが課題である。婚姻の開放は、拳児と育児の環境を安定化する選択肢を同性親に与え、子の最善の利益の確保に貢献する⁽⁷²⁾。子の利益は、特定の類型の親を婚姻から排除することによってではなく包摂することによって確保される。

婚姻の目的はリプロダクションであり、「子を守る繭を構築すること」であるとしたうえで、同性婚当事者による生殖補助技術を利用した拳児を「許さないことが、新しく生まれる生命に対する最低限のエチケットである」ともいわれる⁽⁷³⁾。この発言者が「エチケット」にしかその主張を根拠づけられないことが問題の本質を表わしている。多数者、まして当事者である子ではない者の多数が「エチケット」とみなすものを少数者に強制することは法の役割ではない。生殖補助技術の利用について、「少数者の人権は、多数者の好みや都合、そして利益のためにしばしば抑圧されてきたのだが、このことを再び繰り返してはならない」はずである⁽⁷⁴⁾。

この発言者自身、同性婚の当事者が「既に生まれた子を養子にして育てるのならともかく」と留保しているように⁽⁷⁵⁾、同性婚も「子を守る繭」

侵害するとする判決が下された。二宮周平「同性婚への道のりと課題」三成美保編『同性愛をめぐる歴史と法——尊厳としてのセクシュアリティ』（2015年）122, 139頁参照。

(71) 水野紀子「子どもの平等権——非嫡出子問題を中心に」家族『社会と法』10号（1994年）155, 159頁（強調佐藤）。DVのある家庭で成長することは「児童虐待であり…公権力が家庭へ介入し、子どもの福祉を見極めて両親間の紛争を解決する方向に一歩でも進めるべきであろう」とする論考として、水野前掲論文（注22）179頁参照。

(72) 同性婚人権救済弁護団編前掲書（注69）168頁参照（三輪見義執筆）。

(73) 水野紀子「日本家族法の特徴と婚姻の行方」国立国会図書館調査及び立法考査局『家族のダイバーシティ——ヨーロッパの経験から考える』（2017年）71, 74頁参照（強調佐藤）。

(74) 金城清子「生殖の自由・権利、家族を形成する権利」『新編日本のフェミニズム5——母性』（2009年）297, 299, 301-303頁参照。

(75) 水野前掲コメント（注73）74頁参照。

となりうる。それにもかかわらず、異性婚のみを「繭」として理想化する「エチケット」は、同性愛嫌悪の現れでしかない⁽⁷⁶⁾。異性婚制度の下で、「児童虐待は増加の一途をたどっている」⁽⁷⁷⁾。2016年に児童虐待相談件数が「過去最多」の122,575件となり、死亡した児童も52名にのぼったのである⁽⁷⁸⁾。合衆国最高裁も繰り返し確認しているように、「政治的に好意

(76) 嫌悪に基づく典型的な記事として、池谷和子の著作がある〔以下、強調佐藤〕。例えば、「アメリカ連邦最高裁判所判決と同性婚の問題点」現代社会研究13号(2015年)91頁は、婚姻の目的を「妻や母という役割の保護」であるとし、「『父親と母親の揃った子育てこそ子どもの発育に最善である』」ことを「自明の事実」とする。性的指向は「嗜好」にすぎず、同性カップルは異性カップルと比べて「育てている子どもに対して性的虐待をする割合が高い」とする記述を、「どの程度これらの研究結果が真実をついているかの証明は難しい」と断りつつ引用する。この引用はFamily Research Councilの掲載する文献による。この団体は、科学的根拠ではなく嫌悪に基づく主張を繰り返しているとナスバウムが批判する団体である。佐藤義明「オリンピックとLGB(中-2)」成蹊法学91号(2019年)97,101-102頁参照。また、同性愛者には「異性愛者への敵愾心」がみられるとする。これは、敵愾心をもたない相手のなかに自己と同じ敵愾心があるに違いないと思ひ込むという典型的な心理的投影である。同じことは、「自然の摂理」に反するので、「同性カップルの方が原則であるとして異性カップルを迫害・排除することはあってはならない」とする「アメリカにおける同性婚の合法化傾向とその問題点」東洋法学56巻3号(2013年)201頁にもいえる。この記述は、特定の形態の家族を「自然化」しているという点でも典型的である。「自然化」された家族形態の相対化という課題について、丸山茂「ジェンダー理論と家族の変容——フランスにおける同性婚の導入」神奈川大学評論88号(2017年)92,92-93頁参照。

池谷の見解を支持するものとして、有澤知子「同性婚とアメリカ合衆国憲法——Obergefell v. Hodges 判決を中心に」工藤達朗他編『憲法学の創造的展開上巻——戸波江二先生古稀記念』(2017年)495,506-507頁参照。この文章は、「異性婚でなければ、子供の出生はありえないので、血の存続もありえない」(同506頁)とする異性婚と生殖の混同に始まり、婚姻が開放されると「今以上に離婚率が高くな[る]」という、因果関係の薄弱な推測(同508頁)、男性同士が代理懐胎を利用する場合に、「代理母との問題がいろいろ生じることがあるらしい」(同頁)という根拠の付されない伝聞が続く。池谷と共通する敵愾心の投影は、「異性婚は少数派になってしまうのであろうか」(511-512頁)という、人口構成におけるLGB個人の比率に鑑みれば現実性をまったく欠く憶測に極まる。

(77) 高橋美知子「児童福祉」古橋エツ子『新・初めての社会保障論〔第2版〕』(2018年)136頁。

をもたれていない集団を傷つけようとするむき出しの欲望は、政府の正当な利益ではない⁽⁷⁹⁾のであり、「敵意 (animosity)」のみに基づく制定法は違憲である⁽⁸⁰⁾。

この発言者は1つの典型的発想によっているようにみえる。それは、子は1対の男女から生まれたと考えて人格を形成するべきであり、同性親はそのような象徴的起源を子に示しえないので、同性婚の承認は子の利益に反するというものである⁽⁸¹⁾。例えば、オーキンは、2つのジェンダーの存在を自然に伝える異性の両親は、子が適切な正義感覚を発達させるために不可欠であり、婚姻を契約化するべきではないとする⁽⁸²⁾。この議論は「自然的家族という古いイデオロギー」を先験的に取り込んだものである⁽⁸³⁾。

両親が異性か同性かによって子の成長に差がないことは広く認められており、そのことは子が「性別にふさわしい行動」をするかどうかについて

(78) 「児童虐待相談の対応件数及び虐待による死亡事例数の推移」、available at <https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11900000-Koyoukintoujidouka-teikyoku/0000198495.pdf>. これらの数に同性親の家族が含まれているかどうかは明らかではない。しかし、含まれていたとしても、現在の日本の状況では、ほとんど問題にならない数であると考えられる。

(79) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 580 (2003) (Justice O'Connor, concurring).

(80) 「敵意」に注目する論考として、中曾久雄の著作がある。例えば、「宗教的信念に基づくウェディングケーキ作りの拒否——Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission」愛媛大学教育学部紀要 65 巻 (2018 年) 241, 250-253 頁参照。

(81) See *Mariage pour tous: 170 juristes contre le "marché des enfants," Le monde*, March 15, 2013, available at https://www.lemonde.fr/societe/article/2013/03/15/mariage-pour-tous-170-juristes-contre-le-marche-des-enfants_1849346_3224.html. この表明に対して、「法学内在的なものではなく、『法学者』としての資格を使った自らの価値観の表明ではないか」という指摘がある。大島梨沙「フランス——『すべての者のための婚姻』と残された不平等」法律時報 88 巻 5 号 (2016 年) 65, 66 頁参照。

(82) See Susan Moller Okin, *Justice, Gender, and the Family* (1989), pp. 107, 176 [スーザン・M・オーキーン、山根純佳他訳『正義・ジェンダー・家族』(2013 年) 160-161, 285 頁].

(83) See Will Kymlicka, Review: Rethinking the Family, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 20, No. 1 (1991), pp. 77, 83-86, 89, 91, 96-97.

すらいえる⁽⁸⁴⁾。1970年代からの「ほとんどすべての研究」が親の性的指向は子の発達に関係がないとしていることを受けて、アメリカ小児科学会などは、親の性的指向による育児・育児に関する差別に反対している⁽⁸⁵⁾。同性親は異性親とまったく同じように親役割を果たしうるのは学問的に確立しているのである⁽⁸⁶⁾。欧州人権裁判所が1999年の「ダ・シウヴァ対ポルトガル事件」判決⁽⁸⁷⁾で明らかにしたように、性的指向のみを理由とする親権の否定は、欧州人権条約第14条が禁止する差別に当たるのである。日本では、特別養子縁組制度が創設されたときに、養親を夫婦に限定する理由として、「乳幼児を現実に監護養育することを目的とすることから、夫婦の双方が養親となることが合目的であり、自然である」⁽⁸⁸⁾とされた。しかし、現在では、同性カップルによる乳幼児の監護養育が合目的ではないという根拠が存在せず、夫婦のみをあるべき養親として自然化するべきではないことは明らかである。

同性婚を公認すると同性2人から生まれたと子が誤解するという想定は説得力がない。同性カップルは、そのような誤解を維持することは不可能であるという前提で、生殖補助技術の利用や養子縁組などの経緯を子に説明してきた。むしろ、自然生殖による育児という誤解を維持しようと試み

(84) 杉山前掲書（注4）110, 127-131, 160-161頁参照。問題は学校や同級生による差別である。合衆国でも8州は、公立学校でLGBTについて取りあげることが禁止している。杉山同書131-135頁参照。レズビアンの子育てについて、泪谷のぞみ『『レズビアン・マザー』素描』女性学年報24号（2003年）132, 133-134頁参照。

(85) 遠矢和希「性的マイノリティの家族形成と生殖補助医療」日比野由利編『グローバル化時代における生殖技術と家族形成』（2013年）131, 141頁参照。ドイツでも、パートナーが同性であることは子の福祉を害さないとされる。倉田賀世「ドイツにおける規範的『婚姻』『家族』概念の変容可能性——同性パートナーと子供により構成される共同体の取扱いをてがかりとした一考察」古橋エツ子他編『家族法と社会保障法の交錯——本澤巳代子先生還暦記念』（2014年）49, 63頁注45参照。

(86) See, e.g., Julie Shapiro, Custody and Conduct: How the Law Fails Lesbian and Gay Parents and Their Children, *Indiana Law Journal* Vol. 71 (1996), pp. 623, 653.

(87) Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, (Application No. 33290/96), [1999-IX] Eur. Ct. Human Rights 309, (2001), 31 EHRR 47.

(88) 細川前掲書（注32）75頁。

てきたのは異性カップルであり、自然生殖によらない親子関係という「向き合いたくない問題から身を守るための、集団的浄化のよく知られたメカニズム」が働き、同性カップルがスケープゴートとされているのである⁽⁸⁹⁾。

養子について、実子であるかのように育てるよりも、縁組の事実を隠さず、懐胎者と関係を維持するオープン・アドプション (open adoption) が望ましいと考えられるようになってきている⁽⁹⁰⁾。養子縁組を疑似自然生殖とする「虚偽の慣行」は廃棄され、それは生殖の代替ではなく生殖とならぶ親子関係設定方法と位置づけられつつあるのである⁽⁹¹⁾。「人間化」された懐胎者は、自尊感情をもつことが可能になり、養育家族による育児に協働することができる⁽⁹²⁾。3人以上の親をもつ子は、複数の家族の関係構築を媒介する⁽⁹³⁾。オープン・アドプションが主流化するにつれて、懐胎者が育児におけるみずからの役割を見だしやすい男性カップルを養親として希望する例は増加しているといわれる⁽⁹⁴⁾。

(89) See Irène Théry, *Mariage et filiation pour tous: une métamorphose inachevée* (2016), pp. 84-86 [イレヌ・テリー、石田久仁子、井上たか子訳『フランスの同性婚と親子関係——ジェンダー平等と結婚・家族の変容』(2019年)124-128頁]. See also *id.*, pp. 88-90, 105, 121 [邦訳132-133, 156-157, 178頁].

(90) 杉山前掲書(注4)115-116頁参照。養子への^{テリング}告知は、親が絶対的な存在である3歳から4歳でおこなうことが望ましく、遅くとも小学校低学年までにおこなうべきであるとされる。公益財団法人家庭養護促進協会大阪事務所『子どもの養子縁組ガイドブック——特別養子縁組・普通養子縁組の法律と手続き』(2013年)149頁参照。

(91) See Théry, *supra* note 89, pp. 101-105 [邦訳150-157頁].

(92) 二宮周平「利他的行為としての生殖補助医療——提供者・代理懐胎者の尊厳の確保」島田陽一他編『「尊厳ある社会」に向けた法の貢献——社会法とジェンダー法の協働』(2019年)471, 486-487頁参照。このことは人工授精の場合に一般に当てはまる。南貴子『人工授精におけるドナーの匿名性廃止と家族——オーストラリア・ビクトリア州の事例を中心に』(2010年)229-230頁参照。

(93) 上杉富之「ポスト生殖革命時代の親子と家族——多元的親子関係と相互浸透的家族」法律時報86巻3号(2014年)74-75頁参照。

(94) 杉山前掲書(注4)115-116頁参照。男性である両親に対して、代理母は養育女親に代わる役割を果たせる。日比野由利「代理出産における親子・血縁」野辺陽子他『「ハイブリッドな親子」の社会学——血縁・家族へのこだわりを

イギリスにおいては、1990年以降、同性カップルや独身者に生殖補助技術の利用を認めていたが、2008年に「父の必要性」条項が「支援する親役割(supporting parenting)の必要性」に置き換えられ、その利用はいっそう容易になった⁽⁹⁵⁾。男性カップルのうち1人の精子を用いた代理懐胎⁽⁹⁶⁾による拳児も公認されており、親決定手続によって両者が子の法律上の親となる⁽⁹⁷⁾。子の保護者を「父と母」から「親」へと展開するこの制度を裏づけているのは、子に必要なのは、その養育環境を安定的に確保し、成長を支える大人の存在であり、その性別は関連性がないという発想であり、同性親と子の間に親子関係を確立することは、親としての責任を遂行させる手段であるという発想である⁽⁹⁸⁾。

⑬ 超現代的家族

婚姻は性的関係を本質とすると考えられてきた。そこで、性的指向を理由とする差別を解消した婚姻に基づく家族を現代的家族と呼ぶことができる。これに対して、性的関係の有無にかかわらず築かれた相互ケアのための親密圏を超現代的家族と呼ぶことができる⁽⁹⁹⁾。ミルトンは、聖書によれば、結婚の目的は「人を孤独な生活の不安から守り、慰め、元気づけるための男女の適切かつ快活な語らいにあり」と明言し、生殖という目的は、後になってから、必要性においてはともあれ、尊厳性においては二次的な目的にすぎない」としていた⁽¹⁰⁰⁾。この結婚観によれば、かつて「多

解きほぐす」(2016年)42, 65, 67-68頁参照(ゲイカップルの育児は、「オープンで多様な家族のモデルケース」になりうると指摘する)。

(95) 二宮前掲論文(注92)482頁参照。

(96) 「代理懐胎」は妊娠を含めるために、「代理出産」は出産を含めるために用いられ、同義である。生殖補助技術関連法制について、一般に、林かおり「海外における生殖補助医療の現状——死後生殖、代理懐胎、子どもの出自を知る権利をめぐる」外国の立法243号(2010年)99頁参照。

(97) 石井美智子「生殖補助医療における子の福祉——父は必要ないのか」法律時報83巻12号(2011年)52頁参照。

(98) 二宮前掲論文(注92)482頁参照(これらは同性カップルの家庭で子が育っている事実に正面から向き合う発想であると指摘する)。

(99) 現代的家族と超現代的家族の定義について、佐藤前掲論文(注2)232-233頁参照。

(100) See John Milton, *The Doctrine and Discipline of Divorce, in Complete Prose Works of John Milton, Vol. 2* (1959) (1643), pp. 234, 235 [ジョン・ミ

少の雑物（本筋でないもの）」であり、「その雑物が社会的に容認されるものかどうかが問題」であるとされた生殖能力を失った高齢者の婚姻も⁽¹⁰¹⁾、婚姻の本筋の一形態であるといえることになる。

ミルトンの結婚観を延長すると「生殖が婚姻の二次的目的にすぎず、快活な語らいが主目的ならば、なぜそれが男女間でなければならないのか？多くの男、特に子供や老人は異性よりも同性との会話を好むではないか」と問われることになる⁽¹⁰²⁾。かつて、ミルトンに対する反論とされたこの問いは、現在では婚姻制度を問い直す契機となる。そもそも、異性愛の性行動の大半は人間のきずなを形成する手段であり、同性愛の機能も同じである。同性愛は、初期人類の社会組織の重要な要因として進化した「一種の明確な親切行動」であり、同性愛者は「人間の所有するわずかな利他的衝動のうちのなにかがしさを遺伝的に担っている人々かもしれない」といわれるのである⁽¹⁰³⁾。人格的な結びつきの安定化が婚姻の役割であり、婚姻の開放の根拠であるならば⁽¹⁰⁴⁾、性的ではない人格的な結びつきの保護がつぎの課題となることは論理的である。

少子高齢社会においては、構成員の連帯（solidarity）に基づくケアのための超現代的家族をどのように保護するかが重要な課題である。2015年国勢調査によれば、夫婦と未成年の子からなる標準家族世帯は26.9%にすぎない⁽¹⁰⁵⁾。ケアを保障するセーフガードは年齢や性的指向にかかわらず必要となる⁽¹⁰⁶⁾。とりわけ、長い高齢期に、生殖や性別役割などの社

ルトン、新井明他訳『離婚の教理と規律』（1998年）34-35頁。

(101) 石川前掲論文（注57「同性愛者の婚姻（その2）」）60頁参照。

(102) See Baron Pufendorf, *Of the Law of Nature and Nations* (Basil Kennett transl., 4th ed. 2005) (1672), p. 584（ミルトンは自身の家族が不幸であったのでそのような主張をしているようであると指摘する）。

(103) See Edward O. Wilson, *On Human Nature: With a New Preface* (2004), pp. 143-144 [E・O・ウィルソン、岸由二訳『人間の本性について』（1997年）261, 263頁]. Cf. *id.* pp. 142, 147 [邦訳259, 267-268頁]（「早まった生物学的仮説の正当化が大きな苦惱を生ぜしめる原因となった例として、同性愛の取り扱いの例ほどひどいものは他にはあるまい」とする）。

(104) 二宮前掲論文（注2）227頁参照（婚姻の開放までは、事実婚として同性カップルの生活を保障するべきであるとする）。

(105) 2017年9月27日総務省統計局「平成27年国勢調査——世帯構造等基本集計結果——結果の概要」5頁参照。

(106) 駒村圭吾「同性婚と家族のこれから——アメリカ最高裁判決に接して」世

会的機能ではなく、相互のケアという「関係性そのものの『内部』」に家族の意味が見いだされる状況は、異性カップルと同性カップルに等しくおとずれる⁽¹⁰⁷⁾。LGB 個人も、家族を形成し、そのような関係性を形成する手段を奪われるべきではない⁽¹⁰⁸⁾。性的指向を理由とする差別なく「親密性の組織」を保護の対象とすることが現在の課題なのである⁽¹⁰⁹⁾。

日本の法学では、対立を強調し概念の限界を明確にする議論に比して、概念を共通にするものを明確にする議論が十分ではないといわれる⁽¹¹⁰⁾。性的要素が「カップルであること (conjuality)」に不可欠ではないとす

界 873 号 (2015 年) 23, 26 頁参照。

(107) 小倉康嗣「家族のそのさき、絆のそのさき——『ゲイのエイジング』というフィールドがもつ意味」渡辺秀樹、竹ノ下弘久編『越境する家族社会学』(2014 年) 190, 194-195, 203 頁参照。

(108) 加藤慶「アメリカにおける男性同性愛高齢者の特徴と社会サービスの提供に関する研究」社会福祉学 39 号 (2015 年) 33, 35 頁参照。

(109) シングル・マザーと子の保護に焦点を当てて、性的家族の代わりに、ケア関係を単位とする「親密性の組織」の保護を主張する著作として、see Martha Fineman, *The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies* (1995), pp. 5-6, 8-9, 228 [マーサ・A・ファインマン、上野千鶴子監訳『家族、積みすぎた方舟——ポスト平等主義のフェミニズム法理論』(2003 年) 19-20, 23-24, 249 頁]。同書は、「ほんらい子どもと一単位であるべき」である懐胎者は、母親業から分離されてはならないとする。See *id.* pp. 217-219 [邦訳 243-245 頁]。そして、子の最善の利益は「ほんらい」懐胎者と独立には存在しないとして、それを依頼者が実現する可能性を先験的に否定する。子を懐胎者と独立の存在と認めず、子ではなく懐胎者の保護を目的とするのである。たしかに、同書は母子の対をケア単位のメタファーであるとする。See *id.* pp. 233-235 [邦訳 257-259 頁]。しかし、同書は母子以外が構成する「親密性の組織」をほとんど検討していない。シングル・マザーは、就労や育児能力を超える懐胎の自制を求められないプライバシーの権利をもち、子と一単位であるがゆえに社会資源からの分配を請求する権利を当然にもつと主張するだけである。See *id.* pp. 231-232 [邦訳 254 頁]。この結論は、子の最善の利益——ひいては、教育を十分受けた有権者・勤労し国家に貢献する納税者の育成という公益——にまったく配慮していない。母子を対として、父の権利を全面的に否定する立場に対しては、「女が子どもを産む機械でないように、男は生ませる機械ではない」(入江前掲書(注 62) 210 頁)と反論できる。

(110) 竹崎博允「激動の時代における司法の役割と裁判所の在り方を最高裁長官が語る」ジュリスト 1436 号 (2012 年) ii, v 頁参照。

ると、性的関係の特権を廃止し、相互ケア関係を直接保護すべきことになる⁽¹¹¹⁾。性について国の立場を中立化し、ケア関係を保護するパートナーシップ制度は、同性愛差別の是正にも寄与する⁽¹¹²⁾。イタリアは、G7構成国で同性婚も民事的結合も認めない日本を除く最後の国であったが、2016年5月20日に「同性間の民事的結合および共同生活に関する法律」を制定した。同法は貞操義務に関する規定をもたず⁽¹¹³⁾、近親者によるケアのための家族も保護しうるように設計されている⁽¹¹⁴⁾。

超現代的家族は、人格的關係をその本質的要素としている。そこで、「情緒関係よりも開かれたつながりで結ばれた、新たな『家族』のあり方」まで保護するかどうかはその先の問題となる。例えば、「家族」との紐帯を断とうとするホームレスが、死後の処理を生活支援者に委託しようとする場合、現在は、有効な遺言が存在しないかぎり——一般市民にとって作成は困難であり、作成していても遺留分の適用は排除しえない——、法的には「家族ありき」で処理される⁽¹¹⁵⁾。そこで、本人が拒絶する「家族」ではなく、その選択による「新たな家族」として生活支援者を公認する制度が必要であるといわれるのである⁽¹¹⁶⁾。この点は、民法学でも、「ネットワークとしての家族」⁽¹¹⁷⁾の処遇の問題として注目されている。

(111) 谷口洋幸他『セクシュアリティと法——身体・社会・言説との交錯』(2017年)74-77頁参照(齊藤笑美子執筆)。

(112) このようなパートナーシップに注目する立場は、「リバタリアン・クィア」を名乗る。藤森かよこ「リバタリアン・クィア宣言」藤森かよこ編『クィア批評』(2004年)3, 16-22頁参照。

(113) この制度は国が介入しない私事と位置づけられたという指摘もある。芦田淳「イタリアにおける同性間の民事的結合(シビル・ユニオン)および共同生活に関する新たな法律」外国の立法270号(2016年)50, 51, 54頁参照。

(114) 近親者の構成するケア家族の1つのイメージは、リンゼイ・アンダーソン監督の映画「八月の鯨」(1987年公開)であろう。

(115) 「貧困、ホームレス、階級をめぐる討議(その2)」部落解放773号(2019年)97, 104頁参照(大西連発言)。

(116) 沼正也「理論親族法学」『沼正也著作集16——墓場の家族法と揺りかごの財産法〔新版〕』(1977年)121頁が提唱した「私的保護法の理論」を参照しつつ、パートナー関係を超えてケアの分配を構想する主張として、二宮前掲論文(注2)229-232頁参照。

(117) 大村前掲書(注34)372頁。

（iv）婚姻要件具備証明書の発給

日本国民が外国で婚姻する際に「日本国法上何等の法律的障害のないことを証明する」書類の提出を要求されることがある。政府は、異性婚を目的とする申請には婚姻要件具備証明書を発給するとしつつ、2002年5月24日の法務省民事局民事第一課長通知（法務省民1第1274号）で、同証明書を同性婚のために発給すると、日本法上それが認められていると誤解されるおそれがあるとして、それを発給しないとした。しかし、2009年9月1日の同課長名の通知は、同証明書とは別の書類として、申請者が独身で婚姻適齢に達していることを証明する書類を、外国における同性婚のために発給するとした⁽¹¹⁸⁾。この政策変更は、「婚姻の亜流」とであると批判されることもある民事的結合が婚姻制度の維持のために導入されたのと同じく、代償的措置によって公的差別を維持しようとするものである。

この政策変更について、国会では、「言うまでもなく、民法では同性婚は認められていない」としたうえで、そのような行為を証明書の発給によって後押しすることは「いわば日本の道徳観というんですか、そういう価値観とかに直結する非常に重要な問題」とであると難詰する質問があった⁽¹¹⁹⁾。「言うまでもなく」、民法は同性婚を明文で禁止しておらず、民法が同性婚を認めていないというのは1つの解釈にすぎない。また、「日本」の道徳観とは、誰がどのような手続で認定するものであるかも問題となる。それらを特定できないならば、それは反証可能性のない個人的信仰にすぎないと考えられる。「言うまでもなく」、「道徳観」や「価値観」を理由として政府が差別することは憲法の下で許容されない。

（c）子と家族を形成する権利の保障

衆議院議員がLGBTカップルは「子供を作らない、つまり『生産性』がない」と発言したことがある⁽¹²⁰⁾。生産性の唯一の基準が挙児であると

(118) 杉浦郁子他編『プロブレム Q&A——パートナーシップ・生活と制度（増補改訂版）』（2017年）133-134頁参照（大村芳昭執筆）。

(119) 第171回国会衆議院法務委員会会議録第4号（2009年4月3日）9頁参照（稲田朋美発言）（強調佐藤）。

(120) 杉田水脈「『LGBT』支援の度が過ぎる」新潮45、2018年8月号57、58-59頁参照。同記事に対して、「LGBT（性的少数者）の人権問題対策の推進」という名目で計上された法務省の予算は国の一般会計予算の0.000001%に当た

いう意見はきわめて特異なものである⁽¹²¹⁾。日本における労働生産性は「主要先進国で最も低い状態が続いている」⁽¹²²⁾が、この事実は性的指向にかかわらず当てはまる。再生産が生産性の中核的な内容であるならば、育児・育児をおこなわない多くの異性愛者も生産性が低いことになる。以下で検討するように、日本では、同性カップルによる生殖補助技術の利用や未成年の子の養子縁組には社会的・法的な障害が存在し、「作らない」のではなく作れないというべきである。同じ条件で育児・育児が認められているにもかかわらず、異性カップルよりも同性カップルがそれらを回避することが示されたときに初めて、上記の発言が取り上げるに値するものとなる。実際には、同性カップルの待遇が改善されてきた合衆国では、育児をおこなうカップルは、ゲイで1990年の20組に1組から2009年には5組に1組へ、レズビアンで5組に1組から3組に1組へ増加したといわれる⁽¹²³⁾。

る1,300万円で、札幌市や世田谷区の該当する予算も200万円であり、支援はむしろ手薄であるとする批判がある。江川紹子『『新潮45』LGBT差別——江川紹子が指摘、休刊だけですまされない問題の本質』、available at https://biz-journal.jp/2018/09/post_24888.html。同誌は廃刊された。

(121) 再生産が生産性の数値に十分算入されていないことは事実かもしれない。

(122) 青山寿敏「生産性をめぐる議論」レファレンス832号(2020年)55頁。日本国民1人当たり国内総生産(GDP)は、2000年には世界2位であったものが、2019年には25位となっている。生産性の低さの理由の約半分は女性の生産性の低さによるといわれる。デービッド・アトキンソン「なぜ日本は『女性の生産性』が極端に低いのか——男性と『同一労働』をさせる覚悟、する覚悟」、available at <https://toyokeizai.net/articles/-/152294>。

(123) See Lisa Belkin, *The Way We Live Now: What's Good for the Kids*, *The New York Times Magazine*, Nov. 5 (2009). ゲイの22%、レズビアン33%が子をもつという報告もある。石井前掲論文(注59)192頁参照。2013年には、同性カップル69万組のうち、112,000組が21万人近くの18歳以下の子を育てていたともいわれる。杉山前掲書(注4)11頁参照。フランスでは、2012年に、同性カップルが3万人から4万人の子を養育していたといわれる。辻村前掲書(注31)25頁参照。また、同国で同時期、両親の少なくとも一方が同性愛者である子は30万人とも40万人ともいわれている。大村敦志「バクスの後——私事と公事の間で」水野紀子編『社会法制・家族法制における国家の介入』(2013年)115, 120頁参照。

(i) 生殖補助技術の利用

① 生殖と親子関係の設定

民法は生殖と親子関係の設定を独立の問題としている。親子関係を設定する根拠には、遺伝的つながりと育児・育児の意思がありうる。後に述べるように、最高裁は、懐胎の事実が母を特定する独立の根拠になるとしている。しかし、そこで依拠される判例は、第三者の卵子による懐胎が技術的に不可能で懐胎者と遺伝的母が常に一致していた時期に、懐胎の事実を遺伝的つながりの証拠と位置づけるものであった⁽¹²⁴⁾。それゆえ、判断の基礎となっていた文脈の変化した判例に依拠する最高裁の立場は強く批判されている。

2004年4月10日の日本産科婦人科学会(JSOG)の会告「胚提供による生殖補助医療に関する見解」は、遺伝的つながりに「子に対する自然の情愛と撫育の基盤があると感じるのが一般的な捉え方であろう」とする。「感じる」ことは判断の十分な根拠にはならない。また、一般的な状況にはない生殖補助技術の利用者とその子について、「一般的な捉え方」を判断の根拠にするべきではない。2015年6月20日のJSOGの会告「提供精子を用いた人工授精に関する見解(旧「非配偶者間人工授精」に関する見解)」の「付帯事項」も、不妊患者の84.1%が提供精子を「配偶者が望んでも利用しない」と回答したことを、「不妊患者も『第三者からの胚提供』の利用には抵抗感を抱いていることを示している」とする。84.1%の人々の「抵抗感」は他の15.9%の人々の自由を制約する根拠にはならない。

これに対して、嫡出推定の制度は、夫が育児する意思を擬制して親子関係を設定する。子の出生を知って1年経過すると、夫は嫡出否認の訴えが提起できなくなるのであり、遺伝的つながりは重視されていない。そこ

(124) 最判1962年4月27日、民集16巻7号1247,1248頁参照。樋口範雄『続・医療と法を考える——終末期医療ガイドライン』(2008年)75-76頁も参照。依頼者夫婦の受精卵を用いた代理懐胎の場合、遺伝的つながりゆえに依頼者を母とするべきであるという示唆がある。向井亜紀『会いたかった——代理母出産という選択』(2004年)295-296頁参照。同書34,248頁も参照(「『遺伝子を残す』ことに人一倍ロマンを感じていた」とする)。遺伝的つながりのみを強調することは、「『家』は血の形を成して各家族の血管の中に流れる」(江原小弥太『家の問題と家族』(1937年)47頁)という見方に回帰しかねない。なお、江原自身は、「各自が努力として『家』に負けず、良き方へ生かしてゆくといふのがわれわれ個人の意志のはたらかされる点である」と続けている。

で、最高裁は、DNA 鑑定によって元夫との遺伝的つながりが否定された子について、夫婦がすでに離婚して別居し、親権者である妻の下で子が監護されていても、「子の身分関係の法的安定を保持する必要」を根拠として、嫡出否認の訴えを退けている⁽¹²⁵⁾。また、提供精子による子について、遺伝的つながりがありえない FtM の夫の嫡出子と認めている⁽¹²⁶⁾。

「胚提供による生殖補助医療に関する見解」は、「施術に同意した夫を父とする」確定方法は、「実親子概念に対して変則を設けることになる」とする。これは民法の誤解である。「提供精子を用いた人工授精に関する見解」は AID (Artificial Insemination by Donor)⁽¹²⁷⁾ の施術対象を異性婚夫婦に限定していることから、嫡出推定が及び、夫を父とする確定方法は「変則」ではなく原則である。意思に基づく親子関係の確定は、民法の規定する親子概念に「全く別の要素を取り込む」ものではまったくない。

結局、遺伝的つながりと挙児・育児の意思の所在が異なる場合には、後者を優先するべきである。自然生殖は親となる意思の証拠にすぎず、血縁ではなく親になる意思が親子関係の究極の根拠である⁽¹²⁸⁾。遺伝的つながりよりも「愛育の事実と親子結合の意思の存在」を重視するべきであるという見解は、新奇なものではない⁽¹²⁹⁾。進化生物学の観点からも、自己の遺伝子を引き継いでいない養子の育児は、非適応的な行動ではなく、子をもちたいという動機と子に対する愛情という強力な適応行動の副産物であり、進化的なエラーではないと考えられている⁽¹³⁰⁾。同性カップルによる

(125) 最判 2014 年 7 月 17 日、民集 68 卷 6 号 547, 550 頁参照 (夫婦が性的関係をもつ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、父子関係の存否を争えんとする)。この判決は、嫡出推定制度のあり方の再検討を急務としているとも指摘される。辻村前掲書 (注 31) 47 頁参照。

(126) 佐藤前掲論文 (注 76) 134-135 頁参照。

(127) AID に対して、AIH は配偶者間人工授精 (Artificial Insemination by Husband) を意味する。

(128) 二宮周平『家族法 [第 5 版]』(2019 年) 165-166 頁参照。「欲しいー得る」という意思の対象に子を置くことは、子の「モノ化」につながるといわれる。梅澤弓子「生殖技術とわたしたち——『代理母』を中心に」新田啓子編『ジェンダー 研究の現在——性という多面体』(2013 年) 161, 175-177 頁参照。この批判に従うと、「親になる意思」をともなわない「できちゃった」懐胎のみが子を「モノ化」しないあるべき挙児ということにもなりかねない。

(129) 谷口知平『親子法の研究』(1958 年) 6 頁参照。

(130) 長谷川、長谷川前掲書 (注 33) 130-131 頁参照。

育児は、意思に基づく親子関係の1つのあり方として、何ら不当なものではない。

親が遺伝的つながりを重視することは自由である。実際に、体外受精によって遺伝的つながりのある子を得る人が増加するとともに、養子縁組を選択する人は減少している⁽¹³¹⁾。もっとも、異性カップルの受精卵によるホストマザー(体外受精型代理母)⁽¹³²⁾が多く利用されることと、代理懐胎の利用をそれに限定することは独立の問題である⁽¹³³⁾。日本では1年間に約17万件の中絶があり、それを削減しようとするならば、子を産むが自分で育てないことを認め、育ての親に橋渡しすることが重要である⁽¹³⁴⁾。そのとき、遺伝的つながりを強調し、親子の観念を血縁と不可分な狭いものとすることは望ましくない⁽¹³⁵⁾。子の最善の利益という観点からは、「DNA鑑定や血統主義に注目する以前に、子に愛情を注ぎ、育て上げる意志を持った者こそが親とされ、その責任を果たしていくことに問題はない」⁽¹³⁶⁾と考えられる。

フランスにおいて、親子関係は血縁によって成立するとみるパランテ(*parenté*)に対して、系統図にみずからを位置づけることで心の安定を得ることを子に保障することは不可能であるとして、擬制的「タテ関係」ではなく機能として親子関係を捉えるパランタリテ(*parentalité*)という概念が提唱されている。パランタリテは親となる意思に依拠しており、育児・教育に収斂することから、3人以上のプルリパランタリテ(*pluriparentalité*)もありうることになる。日本で、生みの親以外の「仮親」が子

(131) 森和子「養子縁組家族から示唆される非配偶者間生殖補助医療による家族のあり方」心身医 56巻7号(2016年)718,719頁参照。

(132) 第三者の卵子を用いる代理懐胎は、サロゲートマザー(人工授精型代理母)と呼ばれる。

(133) 後者の主張として、辻村みよ子『代理母問題を考える』(2012年)105頁参照。

(134) 日比野由利『ルボ生殖ビジネス——世界で「出産」はどう商品化されているか』(2015年)205-209頁参照。2018年度の公式の中絶件数は168,015件であった。Available at https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/eisei_houkou/16/dl/kekka6.pdf。

(135) 柘植あづみ「生殖技術に関する受容と拒否のディスコース」江原由美子編『新編日本のフェミニズム5——母性』(2009年)304,306,308頁参照。

(136) 向井亜紀『家族未満』(2007年)66-67頁。

の成長に関与してきた例や⁽¹³⁷⁾、2007年1月12日にカナダ・オンタリオ州の裁判所が3人の親を法的に承認した例は⁽¹³⁸⁾、このような概念が受け容れられる可能性を示唆している。

生殖補助技術を利用した懐胎は疑似自然生殖 (*pseudo-procréation charnelle*) と位置づけられやすい。例えば、「提供精子を用いた人工授精に関する見解」は、AIDを「不妊の治療として行われる医療行為」とする。「不妊克服を目的とする生殖医療利用権」が「子を持つ権利」と並置されることもある⁽¹³⁹⁾。フランスの生命倫理法も、第三者による胚の提供などを不妊の治療と位置づけている。このような位置づけは、生殖補助技術の利用についての医師の支配と、同性カップルを排除した「好ましい家族」のイデオロギーの維持を動機とするものであったといわれる⁽¹⁴⁰⁾。

「生殖補助医療」は不妊の原因を治癒させる治療ではない⁽¹⁴¹⁾。それは技術を用いた挙児という「社会的調停」である⁽¹⁴²⁾。それが医療行為とされるのは、当該技術の適用が「医師が行いうる正当業務行為」に当たるからにすぎない⁽¹⁴³⁾。子をもつ意思是、自然生殖によろうが生殖補助技術の利用によろうが、同等なものである⁽¹⁴⁴⁾。世界人権宣言第27条1項および

(137) 杉山前掲書(注4)169-170頁参照。

(138) A.A. v. B.B., 2007 ONCA 2 (CanLII).

(139) 辻村みよ子『憲法改正論の焦点——平和・人権・家族を考える』(2018年)121頁参照(強調佐藤)。

(140) See Théry, *supra* note 89, pp. 112-113 [邦訳167-168頁]。

(141) 体外受精も「純粋な不妊治療とはいえない」。中谷瑾子「生命科学の進歩と家族の行方」『これからの家族』(1985年)179, 185頁参照。生殖補助技術の提供が医療であるとする、その施術について応召義務が成立することになる。

(142) See Théry, *supra* note 89, pp. 112-113 [邦訳167-168頁]。

(143) 岩志和一郎「生殖補助医療と医事法の関わり」甲斐克則編『医事法講座第5巻——生殖医療と医事法』(2014年)3, 5-6頁参照。

(144) クローニングについて、see Richard Dawkins, What's Wrong with Cloning?, in *Clones and Clones: Facts and Fantasies about Human Cloning* (Martha C. Nussbaum & Cass R. Sunstein eds., 1998), pp. 54, 55 [リチャード・ドーキンス「クローニング、何が悪い」マーサ・C・ナスバウム、キャス・R・サンスタイン、中村桂子、渡会圭子訳『クローン、是か非か』(1999年)42, 43頁]。Cf. *id.* p. 61 [邦訳50頁] (自分が嫌うことだけでは、技術を利用したい人がそれを実施するのを止めさせる十分な理由にはならないので、「反対論者は、もっと説得力のある反対の仕方をする必要がある」とする)。

社会権規約第15条1項の規定する「科学の進歩及びその利用による利益を享受する権利」と、それを行使して挙児をおこなう権利は、人権としてすべての人に保障されるべきものである。不妊人口は人口の10～15%といわれるが⁽¹⁴⁵⁾、生殖補助技術の利用を「不妊克服」を目的とする場合に限定する理由は存在しない。例えば、治療しても妊娠する可能性のない性分化疾患をもつ女性による生殖補助技術の利用も禁止されるべきではない。生殖補助技術を利用した挙児は、親子関係を設定する正当な方法として直截に認められるべきである⁽¹⁴⁶⁾。

② 女性カップルによる挙児：AID

女性カップルによる挙児は、一方の卵子と提供精子を受精させて、どちらかが懐胎する場合と、提供卵子と提供精子を受精させてどちらかが懐胎する場合がある。代理懐胎も利用できるが、それについては、それが唯一の挙児の手段となる男性カップルの場合とともに、次に検討する。日本でもLGB個人が生殖補助技術を利用することがあると報道されているが⁽¹⁴⁷⁾、それは、代理懐胎ではなく、女性カップルによる体外受精などであったと考えられる。AIDの利用によって誕生した子は「半養子」とも呼ばれ、親子関係に困難な課題が生じるといわれることもあり、子が遺伝的親の情報にアクセスできる制度や、長期的に人生を支える相談・支援制度を準備することが望ましいといわれる⁽¹⁴⁸⁾。

③ 男性カップルによる挙児：代理懐胎

男性カップルは、一方の細胞で人工多能性幹細胞（iPS細胞）を作成し、それを卵子へと展開し、他方の精子と受精させれば、両者の遺伝子をもつ受精胚を得ることができる⁽¹⁴⁹⁾。そして、一方に移植した子宮または

(145) 金城清子「生殖技術と法的規制（下）」法律時報66巻11号（1994年）14、16頁参照。

(146) See Théry, *supra* note 89, pp. 111-112, 121-123 [邦訳166, 179-181頁]。

(147) 日本経済新聞2019年10月7日朝刊34面参照。

(148) 森前掲論文（注131）721頁参照。

(149) 和田幹彦「iPS細胞・卵子・精子——『同性間の実子』の限界と新たな可能性」法学志林110巻4号（2013年）1、4、6-12頁参照。同論文40頁も参照（「同性間の子」の認容は法的思考の論理的帰結であり、同性愛者はその子の誕生に協力する医師・研究者を見出すと推測する）。

人工子宮によれば、代理懐胎によらずに、両者と遺伝的つながりのある子をもつことができる⁽¹⁵⁰⁾。現在のところ、これらの技術は利用できない。しかし、かりに利用したとき、受精によるかよらないかによって、出生した子の尊厳の有無を区別する理由は存在しない⁽¹⁵¹⁾。そのときには、女性だけが懐胎・出産をおこなう状況が変化し、女性という「階級」が廃絶されるかもしれない⁽¹⁵²⁾。

現状では、カップルの一方の精子を懐胎者または第三者の卵子と受精したうえで、懐胎者の子宮に着床させる必要がある。第三者の精子を用いて、いわば「懐胎する前からの養子」を得ることもありうる。いずれによるにせよ、卵子の提供と代理母の介在が必要である。国際生殖医学会連合の調査によれば、提供卵子を用いた懐胎は、65か国・地域の8割で認められているが、日本では実施例が限られている⁽¹⁵³⁾。

代理懐胎については、それが許容されるかどうかと、許容されるにしろされないにしろ、それによって誕生した子の親子関係をどのように確定するかが問題となる。代理懐胎が禁止されていても、それがおこなわれる可能性は残ることから、子の地位に関する法は必要である⁽¹⁵⁴⁾。

外国でおこなわれた代理懐胎による子について、最高裁は、依頼者を子

(150) ギーター・アラヴァムダン、鳥居千代香訳『インドの代理母たち』(2018年)230-236頁参照(2030年代初めに伝統的な妊娠が必要なくなる可能性を指摘する)。

(151) クローン技術の人への応用が人間の尊厳に反することは自明ではない。松井前掲書(注42)374頁参照。

(152) See Shulamith Firestone, *The Dialectic of Sex: The Case of Feminist Revolution* (1970), pp. 208-209, 213, 216 [シュラミス・ファイアストーン、林弘子訳『性の弁証法——女性解放革命の場合』(1972年)283-284, 290, 293-294頁]。この世界が実現すると、性的指向という概念は消滅すると指摘される。See William N. Eskridge, Jr. & Edward Stein, *Queer Clones*, in *Clones and Clones: Facts and Fantasies about Human Cloning* (Martha C. Nussbaum & Cass R. Sunstein eds., 1998), pp. 95, 99 [ウィリアム・N・エスクリッジ・ジュニア、エドワード・スタイン「同性愛者にとってのクローニング」マーサ・C・ナスバウム、キャス・R・サンスタイン、中村桂子、渡会圭子訳『クローン、是か非か』(1999年)93, 98頁]。

(153) 日本経済新聞2017年3月24日朝刊2面参照。

(154) 梶村太市、棚村政行編『夫婦の法律相談〔第2版〕』(2010年)387頁参照(中村恵執筆)。

の母とすることは公序に反するとして、懐胎者を母としつつ、依頼者夫婦とは特別養子縁組の可能性があると付言した⁽¹⁵⁵⁾。この判決に対して、2007年4月のNHKの世論調査で、受精卵を提供した依頼者の子と認めるべきであるとする回答が56%であったことに照らして、親子関係を認めなかった最高裁は「国民の多数が理解し得ないような身分法の基本秩序を…信じている」と批判されている⁽¹⁵⁶⁾。

また、特別養子縁組制度は、実親が育児をおこなえないか、虐待などの理由で育児をおこなうべきではない場合を想定する制度であり、代理懐胎の場合に適用することは制度趣旨に合わないことが問題となる⁽¹⁵⁷⁾。そもそも、特別養子縁組をすると子は依頼者夫婦の実子と同じ扱いとなることから、法的に禁止されていない代理懐胎による子は依頼者の実子であると直截に認めるべきであるといわれる⁽¹⁵⁸⁾。代理懐胎による子に依頼者の「にせものの子」というレッテルを貼ることは子の利益に反し、子の人格権を侵害するので、あえて親子関係の成立を認めない「積極的な理由づけは困難」である⁽¹⁵⁹⁾。

フランス人夫婦が夫の精子と第三者の卵子を用いてカリフォルニア州で代理懐胎によって得た子について、同州では親子関係が認められたにもかかわらず、フランスの国内裁判所が、代理懐胎契約はフランス法の原則である民事身分の不可処分性に反して無効であるとして、親子関係の成立と子への国籍付与を認めなかった事例がある。これに対して、この問題が付

(155) 最決2007年3月23日、民集61巻2号619, 630, 633頁参照（津野修、古田祐紀判事補足意見および今井功判事補足意見）。特別養子縁組を支持する学説として、床谷文雄「代理懐胎をめぐる親子関係認定の問題」ジュリスト1359号（2008年）50, 56-57頁参照。

(156) 樋口前掲書（注124）66-67, 72頁参照（血縁と子の利益の観点から依頼者を親とすることに具体的問題が存在しないことから「根拠を失った身分法の基本秩序とは何か」が問われるとする）。

(157) この制度は例外を認める。養親ではなく実親との関係で要保護要件が満たされていれば、特別養子制度創設の前になされた普通養子縁組から特別養子縁組への転換が認められるという解釈が「立法の精神に合致する」のである。細川前掲書（注32）103頁参照。

(158) 樋口前掲書（注124）65頁参照。

(159) 稲葉実香「生殖補助医療とリプロダクティブ・ライツ——憲法学の立場から」日比野由利編『グローバル化時代における生殖技術と家族形成』（2013年）225, 244-246頁参照。

託された欧州人権裁判所は、抽象的原則ではなく具体的な子の最善の利益を基準とするべきであるとして、親子関係を否認することは欧州人権条約第8条に違反するとしている⁽¹⁶⁰⁾。子の最善の利益こそが基準になるという判断は、日本も做すべきものである。

国際人権法は代理懐胎を禁止していない。それゆえ、代理懐胎を禁止することは、自国の希望者に代理懐胎を許容する外国で代理懐胎を実施させる結果となる。例えば、代理懐胎を禁止しているフランスからベルギーなどに出向いて代理懐胎を実施する多数の例が知られている⁽¹⁶¹⁾。

日本法は代理懐胎を禁止していない。問題は自主規制である。1992年の日本生殖医学会の「倫理委員会報告——『代理母』の問題についての理事見解」は、「社会的、倫理的、法律的要素が大き [い]」ことから、代理懐胎の「実施について明確な結論を得るに至らなかった」とした⁽¹⁶²⁾。医師の専門家団体として誠実な対応である。これに対して、2003年4月12日のJSOGの「代理懐胎に関する見解」は「代理懐胎の実施は認められない」とする⁽¹⁶³⁾。JSOGの会告に反してAIDを実施した医師が除名された先例を背景に⁽¹⁶⁴⁾、現在の会員は代理懐胎をほとんどおこなっていない。

(160) See *Mennesson v. France*, (Application no. 65192/11), Judgment of June 26, 2014. 判決の要約は、available at <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145389%22%5D%7D>. 建石真公子「生殖補助医療における法の役割——『権利』と『公序』の選択」憲法理論研究会編『対話的憲法理論の展開』（2016年）257, 264-268頁参照。同論文269頁参照（従来の法の枠組にはない問題に関する判断は「公序」に依拠しがちであるが、「人権との関係でより明確な概念を提示していくことが求められて [い] る」とする）。

(161) 辻村前掲書（注133）37頁参照。

(162) 三輪和宏、林かおり「日本における生殖補助医療の規制の現状と法整備の動向」レファレンス815号（2018年）37, 47頁参照。

(163) JSOGは、登録された体外受精（IVF）実施施設を当初公開しなかったが、この姿勢は、単に情報公開とプライバシー保護の問題ではなく、「先端的生殖医療の実施を希望する少数者に対する差別の問題」であったと指摘される。石原理「『生殖革命』の進展」上杉富之編『現代生殖医療——社会科学からのアプローチ』（2005年）20, 33頁参照。

(164) この医師は、「生殖障害者」の生殖医療を受ける権利を医師は保障しなければならないとする。根津八紘「第三者の関与する生殖医療はなぜ必要か——生殖障害者と扶助生殖医療（前編）」医学のあゆみ262巻12号（2017年）1135頁参照。この医師は、除名処分が無効であるとする訴訟を1998年に提起し、2004年に和解し、会員に復帰した。この除名処分は、会員に萎縮効果を

上記の医師は代理懐胎も施術したが⁽¹⁶⁵⁾、JSOGは嚴重注意処分に止めたことから、裁判所はこの会告の有効性を判断する機会をもっていない。

代理懐胎の利用は科学利用権の行使である。この権利は、依頼者はもちろん代理母の権利でもある⁽¹⁶⁶⁾。両者は憲法第13条の下で代理懐胎を利用するかどうかの自己決定権ももつ⁽¹⁶⁷⁾。国公立病院がそれを侵害することは禁止されているはずである。私立病院によるその侵害も、憲法の下で公序良俗に反する違法行為に当たる可能性があると考えられる。JSOGが代理懐胎を一律に禁止することも両者の権利を侵害し、会告の違反を理由として医師を除名する処分も公序良俗に反し無効であると判断されうる⁽¹⁶⁸⁾。「公共の福祉」の観点から代理懐胎の利用の適切性を確保するための措置がどうしても必要なのであれば、立法によるべきである。

「女性の自己決定権やリプロダクティヴ・ライツを前提にしてきた」議論が正当であるのに対して、「男性の子孫を持ちたいという願望によって

もったと考えられる。

(165) この医師は、国内で禁止しつつ外国での代理懐胎を黙認することは論理性がないとする。根津同論文1136頁参照。また、代理母は「命懸けで災害救助にあたる人達」と同じであるが、経費以外の金銭を得てはならないことは「いうまでもない」とする。根津八紘「第三者の関与する生殖医療はなぜ必要か——生殖障害者と扶助生殖医療(後編)」医学のあゆみ262巻13号(2017年)1201,1203頁参照。災害救助者が報酬を得ることが許容されるのに、代理母がそれを禁止されなければならない理由は明らかではなく、それは「いうまでもない」ことではない。

(166) 松井前掲書(注42)26頁参照。

(167) 金城前掲論文(145)20頁参照。金城は、代理母が出産後に引き渡しを拒否する権利と母とされる権利をもつことを代理母のためのセーフガードとして提唱する。同頁参照。金城清子『生殖革命と人権——産むことに自由はあるのか』(1996年)147-149頁も参照。金城は、代理懐胎を抑制することが社会的に望ましいとする。同論文20頁参照。本稿は、代理母を保護しつつ、代理懐胎を促進するべきであるとする。依頼者が子の引き取りを拒否する場合には、依頼者が子に対して「相当高額」の損害賠償義務を負うとするのも必要であろう。二宮、榊原前掲書(注22)28頁参照(榊原執筆)。

(168) 松井前掲書(注42)25頁参照。会告が体外受精を受ける資格を法律婚夫婦に限定することは患者の選別であり、「このように医学的ではない基準を医師会が決めることは、医師の専門家としての裁量の範囲を超えている」という指摘も存在する。唄孝一「家族と医療・序説」唄孝一、石川稔編『家族と医療』(1995年)2,35頁(唄執筆)。

代理出産を利用することは、正当な利益や権利性を認めることはできない」とする主張がある⁽¹⁶⁹⁾。この主張の根拠はまったく示されていない。女性が精子を購入しておこなう懐胎は正当であるのに、女性が男性カップルと契約しておこなう懐胎が典型的に正当ではないとする理由はおおよそ見出しがたい。

代理懐胎を規制するか、規制する場合にはどのように規制するかについて、2016年のある著書は、「多くの国々の法制度や条件を参考に、さらなる検討が求められる」⁽¹⁷⁰⁾とする。この記述は日本の学界を象徴する。検討の必要性を指摘しながら検討自体はおこなわず、比較法自体に意味があるとする姿勢である⁽¹⁷¹⁾。たしかに、外国の例は日本にとって社会実験としての意義をもちうることから⁽¹⁷²⁾、社会実験をみずから試みる場合に負う危険を避け、他国の経験にただ乗りして、ベストプラクティスを選択するという方針は、合理的にみえる。しかし、この方針には2つの問題がある。

1つは、法の不在の費用^{コスト}を代理懐胎の利用者に負わせることである。日本で代理懐胎を実施できない希望者は、外国で代理母を探し出し契約書を作成する費用を負担することになる。代理懐胎を実施する国の医療水準が日本のそれより劣る場合には、それによる危険も負う。たしかに、カリフォルニア州などで挙児すると、依頼者を親とする出生証明書を得られ、日本領事館に実子として届け出ることができる⁽¹⁷³⁾。代理懐胎による子であると知られている場合にも、代理懐胎契約を胎児認知に当たるとする擬制によって、日本人父の子として日本国籍が与えられる。しかし、代理母の夫による嫡出否認を省略できるか、懐胎前に胎児を認知できるかなどの

(169) 辻村前掲書(注31)41頁注90参照。

(170) 同書43頁。

(171) 日本は小国なので何事も外国に及ばないとして、古今の学者は外国を慕い学んできたが、「伝聞を信じて実際に見ず、身近なものを否定し疎遠なものを採用するということは…学者の通弊である」。山鹿素行、土田健次郎記「配所残筆」『聖教要録・配所残筆』(2001年)123,186頁参照。

(172) 佐藤義明「未来法学の構想〔第3版〕」IFL ディスカッションペーパー1号(2019年)5-6頁参照。

(173) 小川富之「生殖補助医療の進歩と家族について」田井義信編『民法学の現在と近未来』(2012年)287,296頁参照。石井美智子「生殖補助医療によって生まれた子の親子関係」家族「社会と法」33号(2017年)34,35頁も参照。

疑義があり、この処理は現行法と矛盾する「危うい方法」である⁽¹⁷⁴⁾。依頼者が戸籍にこのように記載させることは、公正証書原本不実記載罪の教唆または詐欺罪に当たる可能性すらあると指摘されるのである⁽¹⁷⁵⁾。

自主規制のみで「秩序が保たれている」日本の状況は、世界的に「特異な例」であるといわれる⁽¹⁷⁶⁾。「日本の社会は、法で規制されていなくても、実は自由ではない…『世間』がひんしゅくすると、マスコミのバッシングを浴び、社会的なサンクションを強く受け[る]。生殖補助医療の場合には、それがプラスに働[いている]」⁽¹⁷⁷⁾といわれる⁽¹⁷⁸⁾。しかし、自主規制と「社会的なサンクション」で保たれている日本の秩序は、依頼者と代理母の権利を侵害する「過剰規制」⁽¹⁷⁹⁾の下にあるというべきである。日本の特異性は社会的抑圧の強さと起業家精神の弱さにある。「世間」の「ひんしゅく」は多数者の少数者への嫌悪であり、それはマイナスに働いているとしかいえない。

もう1つは、経済開発機構(OECD)加盟国34のうち26ですでに代理

(174) 稲葉前掲論文(注159)239-240頁参照。

(175) 藤田信樹「生殖補助医療の定義と各国の規制状況」日比野由利編『アジアの生殖補助医療と法・倫理』(2014年)144,146頁参照。なお、細川前掲書(注32)41頁も参照(「藁の上からの養子」に関する虚偽の出生の届出は、公正証書原本不実記載罪に当たるとする)。なお、「藁の上からの養子」については、虚偽の出生届の転換によって養子縁組を認める有力な学説と、それを認めない判例が対立している。川田昇『親権と子の利益』(2005年)245,286-293頁参照。

(176) 日比野前掲書(注134)80頁参照。

(177) 「パネル・ディスカッション」国立国会図書館調査及び立法考査局『家族のダイバーシティ——ヨーロッパの経験から考える』(2017年)75,84頁(水野紀子発言)。

(178) 水野は、日本法は「法の適用によるチリング・エフェクトを考えつつ多型的な法を整備する立法技術において劣る」と指摘する。水野紀子「フェミニズムと法」長谷部恭男他編『現代法の動態5——法の変動の担い手』(2015年)125,141頁参照。日本で萎縮効果を最も発揮してきたのは自主規制であろう。1997年12月3日の「行政改革会議最終報告」が提唱したように、日本は、「法の支配」という基盤のうえに「行政の不透明な事前規制を廃して事後監視・救済型社会への転換」を図ってきた。萎縮効果をもつ法を「エチケット」を強制するために利用することはこの方向に逆行する。

(179) 安部圭介「代理出産——原則禁止案は過剰規制」朝日新聞2008年5月22日朝刊14面。

懐胎に関する法整備がおこなわれている現在では、日本の「対応の遅さは明らか」なことである⁽¹⁸⁰⁾。「代理懐胎に関する見解」については、2005年に、生殖革命を「社会が受け入れるために適切で穏当な初期条件を設定してきた」と評されていた⁽¹⁸¹⁾。15年を経て、この評価を維持することはできない。社会実験の費用を負ってそれを遂行し、利益を先取りするとともにベストプラクティスを世界に提示する行動力がないことはそれとして、日本が比較に憂き身を費やしている間に、比較される国々が各自の決断を下した事実は直視されるべきである。

生殖補助技術を利用する資格などの問題は「文化闘争と専門技術性によって特徴づけられる」ことから、その利用に関する「自律条件を設営整備する義務」と「この義務を果たす学会などの機関を決定し、『独立した協働者』としてその整備過程をモニタリングする義務」を区別し、学会が前者を、裁判所が後者を担えばよいとする見解がある⁽¹⁸²⁾。しかし、この見解は説得的ではない。まず、任意団体である複数の学会のうち、前者を担当する学会を特定する基準が確定されていない。学会の専門性は、価値観の多様性を特徴とする「文化闘争」を解決する能力と矛盾する。国会や裁判所には関係者の見解を反映させる手続が存在するのに対して、学会は、関係者（の代表者）を特定し、その見解を反映させる十分な手続をもたない。生殖補助技術の施術に携わる医師の多数が当該学会の会員であるとしても、当事者、権利に関する専門職である法律家、当該技術に係わる社会状況に関する専門家である社会学者などが会告の策定に公正に代表さ

(180) 鳥田安三「生殖補助医療と養子縁組の連関——その心理的・制度的課題と子供の福祉を中心に」人間学研究論集7号（2018年）65, 68頁参照。2010年に、アジアの国・地域23のうち、法令をもつのが10、日本のように私的指針のみをもつのが8であった。三輪和宏「アジア諸国における生殖補助医療の規制——インドおよびタイの規制制度を中心に」レファレンス2013年4月号65, 68-69頁参照。

(181) 家永登「生殖医療に対する法的対応」上杉富之編『現代生殖医療——社会科学からのアプローチ』（2005年）40, 48頁参照（強調佐藤）。

(182) 山本龍彦「生殖補助医療と憲法13条——『自己決定権』の構造と適用」辻村みよ子、長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（2011年）325, 338頁参照。山本は、「裁判所への学説提供」を任務とする憲法学が「自己決定権の内実を巡る『権利』のディスクールから離れて、自律条件の形成プロセスや構造を巡る『統治』のディスクールへと焦点を移すべきなのか」という問いには答えていない。

れたことは保障されていない。

裁判所が「文化闘争」に関する判定を回避すれば、裁判所に対する一方当事者からの批判を避けられるかもしれない。しかし、それは権利の保障という任務を放棄することにもなる。法の解釈と適用を学会に委ねることは、政府が当事者と多分野の専門職の利害の調整という任務を放棄し、部分利益を代表する集団にその機能を移譲することを意味する。「アカウントビリティ等に着目した裁判所によるモニタリング」⁽¹⁸³⁾の具体的なあり方は何ら提示されていない。医学会は、医学・医療水準と、医療倫理に関する議論の状況を国会や裁判所に提示しようとしても、その会告で特定の技術の利用に関する法を定立する正統性をもたない。

「代理懐胎に関する見解」は、代理懐胎を禁止する理由を4つ挙げる。(い)「生まれてくる子の福祉を最優先するべきである」こと、(ろ)代理母の「身体的危険性・精神的負担を伴う」こと、(は)「家族関係を複雑にする」こと、(に)「倫理的に社会全体が許容していると認められない」ことである。これらすべてが根拠薄弱である。

(い)代理懐胎自体は子の最善の利益に適う。自然懐胎を放置しながら代理懐胎を一律に禁止する理由は存在しない。

第1に、代理懐胎を禁止すると、生まれてくる子が存在しないことになる。問題は、生まれない方がその子の利益に適うかどうかといういわゆる「非同一性問題」である。それを判断する基準が存在しなければ、この問いの答えは「否」であろう⁽¹⁸⁴⁾。子は誕生するかどうかについて自律 (autonomy) をもたないので、医師が、善行 (beneficence) の観点から、子と依頼者の利益に適う最善の判断に従った「選択が行われるようにする」⁽¹⁸⁵⁾べきであるといわれる。しかし、この判断は、自然懐胎の場合と同じように、親になろうとする者がおこなうべきであり、医師の役割は選択の前提となる情報の提供に止まるはずである。会告は、誰の・どのような利益か特定することなく、JSOGが社会の利益とするものを子の最善の利

(183) 同論文 335 頁。

(184) この判断はフランスの「反ペリッシュ法」の立場である。同法について、門彬「医療過誤による先天的障害児の出生をめぐって——司法判断に対する立法府の対抗措置」外国の立法 215 号 (2003 年) 108 頁参照。

(185) 吉村泰典『生殖医療の未来学——生まれてくる子のために』(2010 年) 89 頁参照。

益よりも優先している⁽¹⁸⁶⁾。

現在の日本で、第1子の26.3%は「いわゆる『できちゃった』のタイミングで生を受けており、16歳から49歳の女性の6人に1人が妊娠中絶を体験している」⁽¹⁸⁷⁾。自然懐胎については親の育児能力・意思を問うことなく、代理懐胎についてだけ「権利を主張できない新しい命が生まれてくること」⁽¹⁸⁸⁾を禁止し、子に「生まれてくるべきでなかった」という負^{ネガティブ}の烙印を押す理由は存在しない⁽¹⁸⁹⁾。代理懐胎で誕生した子は、代理懐胎を「全否定されると、傷つくし、怖くなります。代理出産がなければ、私はこの世に存在していないわけです」と発言している⁽¹⁹⁰⁾。異性婚と同性婚の比較の場合と同じように、理想化された自然懐胎と、問題を生じていない大多数の例ではなく例外的に問題が生じた例に代表させた代理懐胎を比較することは、公正ではない。

第2に、子どもの売買を禁止する児童の権利条約第35条を引用して、代理母が依頼者に子を引き渡すことは子の売買に当たるといわれる。代理懐胎契約は、着床しなかったり流産したりした場合に金銭が支払われなくともすることがあるが、「母体への負担に対する対価であれば、妊娠末期の流産や死産の方が健康な出産よりは高くなければならないはずである」として、対価は「子の授受」に対するものであるので、子の売買に当たるといのである⁽¹⁹¹⁾。代理懐胎契約は、「当事者の一方がある財産権を相手方

(186) 辻村前掲書（注133）64頁参照。

(187) 向井前掲書（注136）206頁。

(188) 大野和基『代理出産——生殖ビジネスと命の尊厳』（2009年）199頁。

(189) 渕史彦「生殖補助医療と『子の福祉』」樋口範雄編『ケース・スタディ生命倫理と法〔第2版〕』（2012年）126, 127頁参照。実親子関係を認めず養親子関係だけを認めて、「代理懐胎禁止・抑制というシグナルを一応送りつつ、法的親子関係を成立させて〔子〕の福祉を図る」ことで、公序と子の福祉のバランスをとることができるといわれる。早川眞一郎「国際的な生殖補助医療と親子関係——代理懐胎」論究ジュリスト2号（2012年）127, 135頁参照（営利・非営利を問わず代理懐胎を禁止することが適切であるとす）。しかし、子の最善の利益の尊重こそが公序であり、誰の具体的な権利も保障せず、多数者の感情のみを保護する「公序」は保護に値しない。代理懐胎を禁止することは適切ではなく、上記のバランスをとることはそもそも課題ではないというべきである。

(190) 杉山前掲書（注4）166頁参照。

(191) 二宮、榊原前掲書（注22）20頁参照（榊原執筆）。

に移転することを約し、相手方がこれに対してその代金を支払うことを約することによって、その効力を生ずる」売買ではなく——子はそもそも「財産権」ではない——、「当事者の一方がある仕事を完成することを約し、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を支払うことを約することによって、その効力を生ずる」請負またはそれと類似の非典型契約であると考えられる。母体の保護は、依頼者に要求される安全配慮の内容として、代理懐胎契約の適正化の条件とすれば足りる。

第3に、妊娠は育児であり、妊娠期間に代理母と子との親子関係が成立していること、および、親子関係の変化は望ましくないことを理由に、親子関係の継続性の保護が子の最善の利益に適うといわれる⁽¹⁹²⁾。しかし、この主張の前提は科学的に証明されていない。むしろ、「親子関係が必ずしも妊娠・出産を通して育まれた愛情に基づくものではないことは民族誌資料から明らかである」⁽¹⁹³⁾。JSGOは、生殖補助技術を利用して誕生した子の成育について、ほとんど調査していない⁽¹⁹⁴⁾。禁止した施術による子

(192) 堂囿俊彦「代理出産について——実母とは誰かという問いをめぐる」、available at <http://cbel.jp/modules/pico/2004062.html>。この主張は、Phyllis Chesler, *Sacred Bond: The Legacy of Baby M* (1988) [フィリス・チェスラー、佐藤雅彦訳『代理母——ベビー M 事件の教訓』(1993年)]を想起させる[以下、拙訳]。同書の事実の記載は参照に値する。例えば、代理母の「私は妊娠している間いつでもそれを止める権利があった」、「私は彼女に命をあげた。私は彼女の命を奪うこともできる」という発言である(p. 7 [邦訳14頁])。しかし、同書の下す評価は、原題「聖なる絆」が象徴するように、反証可能性のない憶断ではないかを慎重に評価する必要がある。例えば、「『生みの父』とは何か。[依頼者(夫)]の動機は通常以上の無意識の子宮羨望だったのではないかとする評価である(p. 30)。なお、邦訳は原文を反映していない。例えば、この部分は、「本当の『生みの親』は自分である、などと彼が思い込んでいるのは、心の底に押し込められている常軌を逸した子宮願望のせいではないのか?」とする(53頁)(強調佐藤)。他にも、「生みの母」は「不滅の魂を子に伝えることができ[る]」のではないかと問われるとする部分(18頁)は、「生物学的母は不滅の魂をもつ人間なのではないか」(p. 9)、依頼者(妻)が夫の「体裁の良い奴隷」であるとする部分(45頁)は、「解放された女性ということとはほとんどできない」(p. 25)である。堂囿同記事のように、訳文の原文との不整合に警告を付すことなくこの訳書を参考文献として挙げることは許されない。

(193) 上杉富之「人類学からの対応——親子・家族研究を中心に」上杉富之編『現代生殖医療——社会科学からのアプローチ』(2005年)20, 33頁。

について、調査する余地はないかもしれない⁽¹⁹⁵⁾。しかし、外国の実例を調査することはできるはずである。例えば、合衆国では、アメリカ生殖学会が無償・有償を問わず代理懐胎を許容しており、その商業的斡旋も活発におこなわれている⁽¹⁹⁶⁾。イリノイ州は、同性カップルによる有償の代理懐胎契約が効力をもち、代理母が母となる権利を放棄し依頼者を親とすることを認めているが⁽¹⁹⁷⁾、この制度の廃止は問題となっていない。

2012年の辻村みよ子の著書は、1986年の「ベビー M 事件」⁽¹⁹⁸⁾と1993

(194) 吉村前掲書(注185)40頁参照。生殖補助医療で生まれた子の長期予後の検証は、「生殖医療に携わる者の最低限の責務である」。同49頁参照。

(195) 「胚提供による生殖補助医療に関する見解」は、AIDを禁止する理由として、子が発達過程で「アイデンティティーの確立に困難をきたすおそれがある」こと、思春期以降に「子が直面するかも知れない課題…が解明されてはいない」こと、「出生に関する秘密」ゆえに「親子関係の稀薄化と子が体験しうる疎外感」、出自を知った子が抱く葛藤と社会的親への不信感および子が出自を探索し続ける可能性、社会的親による障害をもつ子の養育が「難しくなる可能性がある」、子が「安定した養育環境を奪われる危険にさらされるかもしれない」ことを列挙する(強調佐藤)。これらは、単なる推測または孤立した逸話を一般化した理由づけであり、社会調査に基づく根拠とはとてもいえない。

(196) 吉村は、アメリカ生殖学会は「有償性を否定しておらず、その結果商業的な代理懐胎の斡旋が横行している」として、消極的な評価を混せて紹介し、「近年では同性愛者を対象とする配偶子ドナーや代理懐胎の斡旋業が運営されてい」ると続ける。吉村前掲書(注185)73頁参照(強調佐藤)。

(197) 前澤貴子「民法上の親子関係を考える——嫡出推定・無戸籍問題・DNA検査・代理出産」調査と情報858号(2015年)1,9頁参照。

(198) ニュージャージー州最高裁は、代理母契約を無効であるとして、代理母を母としつつ、子の最善の利益に照らして、代理母に訪問権を、依頼者である遺伝的父に養育権を認めた。代理母の承認に消極的な論者は、「代理出産が行われ始めた初期の段階」のこの事件が示唆する問題は、四半世紀近く経った現在でも過去のものではないとして、経済力に焦点を当てる子の最善の利益は代理母に「酷な判断基準」であり、「代理母にとって残酷きわまりない」判決は「奴隷制度までも彷彿とさせた」とする。大野前掲書(注188)52-55頁参照。同書が代理母の利益を子の利益よりも優先する根拠は、「何か腑に落ちない」という感情だけである。同書125頁参照(有償代理出産を“bioslavery”[生物学的奴隷制]と呼ぶ発言を紹介する)。同書は、カリフォルニア州の業者は代理母と依頼者間で「比較的うまくいっていた」ことを認める。同書85頁参照。しかし、イリノイ州法について、「生身の人間がそうドライに割り切れるものだろうか」と問う。同書163頁参照。同書171頁も参照(「ドライ

年の「ジョンソン事件」のみに言及し、最近約20年間の事件は1件も挙げることなく、合衆国で依頼者と代理母の間で「争いが絶えない状況が生まれています」、当事者が契約を守らない場合など「生まれてきた子にとって、不幸な展開が待っていることになります」と断定的に記述する⁽¹⁹⁹⁾。同書は代理懐胎契約何件のうち何件で争いが生じたかを記載していない。争いがあるとしても、それは、1年以上養育していた代理母が子の必要を満たしていないので、子の最善の利益を確保できる依頼者(男性カップル)に養育させるよう、子の引き渡しを裁判所が命令した例かもしれない⁽²⁰⁰⁾。

代理懐胎は「ベビーM事件」の後35年以上おこなわれてきている。1985年当時は、代理母の卵子を使った懐胎が主流であったが、現在では、第三者の卵子を使った懐胎が95%を占め、子の引き渡しを拒否する代理母はほとんどおらず、「時代は変わった」⁽²⁰¹⁾といわれる。依頼経験者は「技術の進歩と経験の蓄積があったこの30年は、いかにリスクを抑え新しい命を授かるかを追求してきたものだったのだろう。でなければとくに禁止になっているはずだ」⁽²⁰²⁾と指摘する。

(ろ) 治療ではない技術の利用が当然に不当であるわけではない。問題は、技術を利用する際の危険^{リスク}の評価である。日本では、妊産婦の死亡率は出産10万回につき4.9であり、代理懐胎固有の危険^{リスク}は存在しない⁽²⁰³⁾。2015年厚生労働省労働災害統計によれば、たとえば、林業に従事する約45,000人のうち38名が1年間に労災で死亡しており(10万人当たり84.4人)、それと比べてこの死亡率が高いか問題となる⁽²⁰⁴⁾。代理懐胎の承認に

な) 割り切りに「危ういものを私は感じる」とする)。割り切れない者は契約を締結してはならず、あえて締結された契約の違反を認めるべきではないことは、法的責任能力をもつ人々が構成する社会の基本である。

(199) 辻村前掲書(注133)48-50頁参照(強調佐藤)。辻村みよ子『ジェンダーと法〔第2版〕』(2010年)197頁も参照。

(200) 2015年のイギリスの例である。中村恵「イギリスにおける代理懐胎を巡る法的状況」上智法学60巻3・4号(2017年)11,32頁参照。

(201) 杉山前掲書(注4)61頁。

(202) みつつん『ふたりばば——ゲイカップル、代理母出産(サロガシー)の旅に出る』(2019年)55頁。

(203) 日本学術会議生殖補助医療の在り方検討委員会「代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題——社会的合意に向けて」(2008年)9-10頁参照。

消極的な日本学術会議も、代理母と子に対する危険は、「あるとしても、それは極めて高度のものであるとはいえない」ことを認める⁽²⁰⁵⁾。一定の危険はあるが社会的に有用な行為については、自衛官などを顕彰する危険業務従事者叙勲や、「自己の危難を顧みず人命の救助に尽力した方を対象とする紅綬褒章」の制度が存在する。同じように代理懐胎者を顕彰することも一考に値する。

(は) 代理懐胎が摩擦や混乱をもたらしても、利用者にとって、それは「無用な」ものではない。制度が技術革新に対応できずに個人の権利を制約している場合には、権利を保障するために制度を改正する必要があることは繰り返し確認されるべきである⁽²⁰⁶⁾。例えば、代理母の夫が遺伝的父ではないことを証明しても、嫡出否認が認められるとはかぎらない⁽²⁰⁷⁾。そこで、代理懐胎の場合には、契約締結の過程と内容を適正なものにしたうえで、親になる意思に基づいて、依頼者を親と推定する規定を新設することが望ましい。依頼者は、拳児を発意し、医師や代理母の探索、代理懐胎契約の締結、契約の履行への関与、そして、補償または報酬の支払いなどの投資を遂行したことから、責任をもって育児することが見込まれ、その下で養育されることが子の最善の利益に適うことが通常であると考えられるからである。「当初から、積極的に企図・意図して子が生まれる行動をとった男・女が、法的父母である」⁽²⁰⁸⁾という規則を確立しさえすれば、混乱は生じえない。

(に) 最高裁は、代理懐胎がおこなわれていることは「公知の事実」であり、「今後もそのような事態が引き続き生じ得ることが予想される」とした⁽²⁰⁹⁾。この判示は、代理懐胎契約を公序良俗に反して無効であるとした2年前の大阪高裁の立場を採用しないことを明確にしたものと考えられ

(204) 死亡率の高さゆえに生命保険への加入が困難なテストドライバー、スタントマン、潜水士、さらに、プロアメリカンフットボールやプロボクシングの選手との比較も問題になる。

(205) 日本学術会議生殖補助医療の在り方検討委員会前掲報告書(注203)18頁参照。

(206) 辻村前掲書(注133)65頁参照。

(207) 前澤前掲論文(注197)8頁参照。

(208) 和田幹彦「精子提供者の死後に体外受精・出生した子の認知請求控訴事件 [東京高裁平成18.2.1判決]」季刊教育法152号(2007年)70.71頁。

(209) 最決2007年3月23日、民集61巻2号619, 627-628頁参照。

る。大阪高裁は、「人をもっぱら生殖の手段として扱[う]」こと、「第三者に懐胎・分娩による多大な危険性を負わせる」こと、「人道上の問題がある」こと、依頼者と代理母の「生まれた子を巡る深刻な争いが生じる危険性を胚胎している」こと、そして、代理懐胎に対し「否定的に評価する見解が有力である」ことという、いずれも根拠の薄弱な理由を挙げている⁽²¹⁰⁾。

ここでも、問題は、社会的少数者である当事者が倫理的に問題ないと考えられる行為を、多数者が禁止することが正当であるかどうかである。日本医師会「医師の職業倫理」は、2004年と2008年の版で、「営利目的で代理懐胎を斡旋することや斡旋に関与すること…は非倫理的であり、慎まなければならない」としていたが、2016年の第3版で、「倫理面から欧州では禁止している国もあり、わが国においても慎重な検討が必要になる」として、非倫理的であるという記述を削除した⁽²¹¹⁾。この削除は遅ればせながら妥当なものである。

「民意」に従うことが倫理的であるわけではない。多数者の意識が問題になるとしても、2007年の厚生労働省の調査で、夫婦の受精卵を使う代理懐胎を認めてよいという回答が54%であった⁽²¹²⁾。この回答者たちは「悲惨な代理母の体験や、卵子や精子の高値取引、闇マーケットを含んだ『赤ちゃん市場』の実態」を知らないであろうから、「子どもを産めない人への日本人らしい同情や共感といった程度にしか受け取れない」とする懐疑的な見解がある⁽²¹³⁾。しかし、大多数の事例では依頼者と代理母が“win-win”の関係を形成したと考えられ、その実態に関する知識を増やしたとしても、代理懐胎が「短絡的な幸福追求[であり]『命の贈り物』という安易な選択」⁽²¹⁴⁾であると、民意が断定するとはかぎらない。

代理懐胎は、インドで、依頼者から祝福されてカルマ・ポイント（積善）になる行為であるとみなされている⁽²¹⁵⁾。タイでも、タンブン（積徳）

(210) 大阪高決 2005年5月20日、判例時報1919号（2006）107,110頁参照。最決 2005年11月24日は、この決定に対する特別抗告を棄却していた。

(211) 三輪、林前掲論文（注162）46頁参照。

(212) 日本経済新聞 2007年11月7日朝刊 38面参照。

(213) 大野前掲書（注188）179-180頁参照。

(214) 同書 199頁。

(215) アラヴァムダン前掲書（注150）39-41頁参照。

になる人助けの道徳的善行であるという理解が存在している⁽²¹⁶⁾。依頼者と代理母いずれの意思にも合致し、誕生する利益を子にもたらず代理懐胎は、当事者全員の利益に適う行為であるが、それに対する批判は、保護されるべき具体的な利益を特定していない。

多くの女性が経済的動機で代理懐胎を引き受けているかもしれない⁽²¹⁷⁾。営利的であることは社会の需要を満たすことを意味し、それ自体は何ら倫理的欠陥ではない。危険^{リスク}をとまなう代理懐胎の引受けの条件として無償であることを強制することは不当である。必要なのは、不当な社会的圧力から自由であることを確保するために、依頼者と個人的な利害関係のない女性に候補者を限定したり、「報酬や健康条件、回数制限などを定めたくえでプロフェッショナルの代理懐胎・出産を認め[たり]」する制度や⁽²¹⁸⁾、依頼者と代理懐胎者との「間を適切にマネジメントできる人間の関与」である⁽²¹⁹⁾。代理母が依頼者の感謝を心理的に必要とするならば、金銭支払い後に医師などに丸投げする依頼者の態度を抑え、依頼者と代理母の間に有資格のコーディネーターが介入することを法的に要求すればよい。代理懐胎は、一律に禁止されるべきものではなく、適切な監督の下で「飼いなす」べきものである⁽²²⁰⁾。国家が、他の労働と同じく強制労働を禁止することは当然であり、それに加えて、臓器移植と同じようなコーディネート制度を構築すべきかどうかこそが論点である。

代理懐胎は生殖医療技術を用いた施術にすぎない。営利的代理懐胎が禁

(216) 同書 85, 100 頁参照（ただし、外国人依頼者の起こした事件によって、このようなイメージが損なわれたとする）。2015年にタイとインドで、それまで認められていた商業的代理懐胎が禁止された。二宮前掲論文（注 92）484 頁参照。この禁止は、代理母の自己決定権、勤労の権利、職業選択の自由を侵害し、代理懐胎の社会的効果——インドは、外国人依頼者に子を連れてインドを再訪させる「したたかな戦略」をもっていたはずである（日比野前掲書（注 134）184 頁）——を放棄する措置である。

(217) See Gena Corea, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs* (1985), p. 229 [ジーナ・コリア、斎藤千香子訳『マザー・マシン——知られざる生殖技術の実態』（1991年）271頁]。

(218) 齊藤善久「ベトナムにおける生殖補助医療と法・倫理」日比野由利編『アジアの生殖補助医療と法・倫理』（2014年）37, 53 頁参照。

(219) 二宮前掲論文（注 92）485 頁参照。

(220) 日比野前掲書（注 134）216-219 頁参照。

止されていると紹介されるイギリスでも、過大 (disproportionate) でなければ、代理母が経費を超える報酬を得ることは公序に反しないとされている⁽²²¹⁾。たしかに、「医師が、患者のために自由かつ独立に専門的診断をおこなうとき、営利の動機が影響を与えることを許してならない」ことは世界的に認められている⁽²²²⁾。代理懐胎の施術が類型的この基準に違反するわけではない。それにもかかわらず、医療倫理を名目として代理懐胎の施術が禁止されるのは、医師の「非医療者が専門家の権限を侵害する行為への反発…医療行為を営利目的のビジネスと同等にみられることを避けようとする意志」⁽²²³⁾が理由であるかもしれない。動機が慈善か報酬を得ることかによって、代理懐胎に貴賤はないというべきである。

「『家』を重視する傾向のある」日本では、「家族や周囲の医師が決定に作用する…事態が生じる」ことや、代理懐胎の受諾が「人情や美徳とされるようになって、それ自体が1つの大きな社会的圧力になる」ことが懸念されると指摘される⁽²²⁴⁾。ここでは、「家」を重視する傾向が問題であるとも、それに個人々が抵抗するべきであるとも主張されない。この指摘は、代理懐胎が「人情や美徳」とされるべきではないことを自明視するが⁽²²⁵⁾、

(221) 早川前掲論文 (注 189) 132-133 頁参照。

(222) 拙訳による。日本医師会訳は、「医師は、患者の立場に立って、営利に影響されることなく、自由にかつ独立して専門職としての行為を行うべきである」とする。「WMA [世界医師会] 医の倫理の国際綱領」日本医学ジャーナリスト協会編『患者の権利宣言と医療職の倫理綱領集——日英文対照』(2003年) 81 頁参照 (強調佐藤)。この訳は、何が排除されるのか、どの場面で排除されるのかをあいまいにしている。日本医師会の「JMA 医の倫理綱領」(同書 87 頁) は、「医師は、医業にあたって営利を目的としない」とする。同書 88 頁参照。その「注釈」は医師の「責任に見合う報酬と、健全な医業経営のための適正な医療報酬は必要である」として、禁止されるのは「社会常識に反して利益追求に走るようなこと」であるとする。同書 107 頁参照。営利的代理懐胎はこの基準に当然に抵触するわけではない。

(223) 植植あづみ「生殖補助医療に関する議論から見る『日本』」上杉富之編『現代生殖医療——社会科学からのアプローチ』(2005年) 138, 142-144 頁 (自由診療に高額を支払っている利用者は、医療がビジネスであり、医師の主張が欺瞞であると喝破しているとする)。

(224) 辻村前掲書 (注 133) 137 頁参照。

(225) 日本学術会議生殖補助医療の在り方検討委員会前掲報告書 (注 203) 12 頁も参照。

その理由は不明である。代理懐胎を「壮大な人体実験」⁽²²⁶⁾としたり、代理母の健康を管理するための集住施設を「赤ちゃん工場」としたりする負の烙印を強化することは法の任務ではない。法の任務は、偏見を解消し、代理母の自由な意思決定を保障し、補償や報酬の支払いを確保し、代理母と子の健康に配慮する仕組みを用意することである。

日本で禁止されていることから、希望者は外国で代理懐胎をおこなうことになる⁽²²⁷⁾。このような行為は「外国の女性の身体を道具として扱うことの非倫理性」をもつと指摘される⁽²²⁸⁾。このように断罪する論者は、外国の女性を自己決定の主体として扱わず、「命を生み出すという重い意味を…理解することができるのか」⁽²²⁹⁾とすら問う。非倫理性を弾劾する主体は「想像で決めつけてしまう」⁽²³⁰⁾非倫理性を自覚することなく、外国の女性の能動的人格を否定し、受動的な存在へと貶めるのである。代理母が自己の身体を道具にしていると決めつけるのは、「偏見に満ちた差別」に他ならない⁽²³¹⁾。慈善を動機とする代理懐胎には反対しにくいと認める論者も⁽²³²⁾、子を引き渡した後「やり場のない虚無感に襲われるかもしれない」、「『同情のわな』にはまった自分を見出すのだろうか」として、代理母の感情は、本人ではなくこの論者こそが知るとする⁽²³³⁾。

社会科学は、社会的に「作られた欲望」を批判することがある⁽²³⁴⁾。し

(226) アラヴァムダン前掲書（注150）69頁。

(227) 先端技術の開発は、国際的に一律に禁止されないかぎり、1国で禁止しても、他国に先に開発されるだけである。実際に、顕微授精技術は、オーストラリアで禁止を解除するべきかどうか議論されている間に、同国の研究者の技術を基礎に、シンガポールで実現された。金城清子「生殖技術と法的規制（中）」法律時報66巻10号（1994年）16, 21頁参照。

(228) 浅井美智子「ジェンダーフレームから見た新生殖医療」上杉富之編『現代生殖医療——社会科学からのアプローチ』（2005年）59, 60頁参照。

(229) 辻村前掲書（注133）137頁。

(230) 向井前掲書（注136）74頁。

(231) 同書192, 209, 308頁参照（実情を知らない法律家が代理懐胎の禁止を決定することは「腑に落ちない」とする）。依頼経験者は、「商業的」という言葉ゆえに「代理母の選択には」商品を選ぶようなイメージがあるのだろうか…そんなものは存在しなかった」とする。みつん前掲書（注202）120頁参照。

(232) 浅井前掲論文（注228）70頁参照。

(233) 同論文71頁参照（強調佐藤）。

(234) See, e.g., Corea, *supra* note 217, p. 228 [邦訳268頁]。

かし、そのような批判は、当事者の現実を捨象する「非常に乱暴な物言い」⁽²³⁵⁾である。「外国の女性」という類型の人々を一律に扱い、その意思を「同情のわな」にはまったとする主張も「非常に乱暴な物言い」であろう⁽²³⁶⁾。先に触れた訴訟で「代理出産した女性の尊厳を侵害する要素を見出すことはできない」と明白に認定した東京高裁の方が、具体的な状況に即して当事者の意思をはるかに尊重して判断している⁽²³⁷⁾。

「アジア女性の身体を利用・搾取することが危惧されている」⁽²³⁸⁾といわれる場合にも、「アジア女性」は典型的で受動的な存在と先験的に断定されている⁽²³⁹⁾。ここで、論者は自身が父権主義的な立場に立つことを自覚しているが⁽²⁴⁰⁾、代理懐胎の報酬に相当する所得を「アジア女性」が得る代替的手段は何ら示さず、貧困な状況に放置することは代理母自身が受け入れる「搾取」よりも倫理的であることを自明視している。商業的代理懐胎の承認が貧富の格差という社会構造の存在を是認しているとする指摘もある⁽²⁴¹⁾。しかし、貧富の格差は単なる事実であり、代理懐胎の承認はそれを強化するどころか、他の手段によって解消されない格差を縮小させるために「アジア女性」がとりうる唯一の手段である場合が少なくないと考えられる⁽²⁴²⁾。

(235) 立石真也「そこに起こること」上杉富之編『現代生殖医療——社会科学からのアプローチ』（2005年）119, 122頁。

(236) 社会的不利益を進んで担っている「介護者などの女性に対して、フェミニストが彼女らの行動を虚偽意識の産物だとか、個人や集団の病理だと決めつけて軽んじることがあってはならない」。See Fineman, *supra* note 109, p. 53 [邦訳 78頁]。

(237) 上告審の今井功判事補足意見はこの認定に言及する。最決 2007年3月23日、民集 61巻2号 619, 631-632頁参照。

(238) 辻村前掲書（注 31）41頁。同書 42頁参照（「貧しい女性を生む機械として利用し人体を搾取している」とする）。辻村みよ子『比較憲法〔第3版〕』（2018年）143-144頁も参照。

(239) マスコミが、韓国人代理母を搾取する代理出産ツーリズムとして批判した例は、日本人夫婦が日本人代理母を同伴して渡韓した例であった。淵上恭子「韓国の生殖ツーリズム——グローバル化時代のアジアにおける代理出産と卵子提供」日比野由利編『グローバル化時代における生殖技術と家族形成』（2013年）13, 16頁参照。

(240) 辻村前掲書（注 133）23頁参照。

(241) 日比野前掲書（注 134）57頁参照。

さらに問題なのは、代理母が「いわば現代的な『奴隷』のような扱いを受けている」⁽²⁴³⁾とする記述である。この記述は2つの問題をもつ。1つは、奴隷という用語の通常の意味に即していないことである。1926年9月25日の奴隷条約⁽²⁴⁴⁾第1条1項は、「その者に対して、所有権をとまなうまたはすべての権力が行使されている者の地位または身分」を奴隷とする。この定義にまったく当てはまらない扱いについて、実際以上の負の印象を与えるために、用語が濫用されているのである。同じように、イギリスの“Modern Slavery Act 2015”という表題の法律は、「奴隷、隷属、強制労働および人身取引」を規律される行為として区別している⁽²⁴⁵⁾。この法律について、「まるで人が人に買われ所有されているかのような状態」⁽²⁴⁶⁾という比喩で奴隷が定義されることもある。このような用語法は宣伝的行為というべきである。もう1つの問題は、当該集団の大多数が奴隷に当たることを証明することなく、最も極端な例——それらすら奴隷の定義に当てはまるかに疑義がある——を過度に一般化して、全員が奴隷のような扱いを受けていると誤解させることである。

実際には、インドでは、半身不随の夫の治療費を稼ぐために代理懐胎した例が知られている⁽²⁴⁷⁾。治療費を稼ぐ他の手段を確保することなく代理

(242) なお、セックスワークという概念に対して、性取引の多くは女性の男性に対する奉仕を対象としており、それを労働と位置づけると「ジェンダー格差の構造も正当化しかねない」といわれる。辻村みよ子編『ジェンダー社会科学の可能性第1巻——かけがえのない個から』(2011年)237頁参照(青山薫執筆)。しかし、具体的状況しだいで、セックスワークはジェンダー格差の構造を克服する唯一の手段にもなりうる。

(243) 辻村前掲書(注133)v頁(強調佐藤)。

(244) Slavery Convention, Sep. 25, 1926, available at <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/SlaveryConvention.aspx>.

(245) 天野麻依子「ビジネスと人権——英国現代奴隷法の検討」自由と正義70巻1号(2019年)52,56頁参照。この法律について、高橋大祐「英国現代奴隷法がもたらした『ゲームチェンジ』——試される日本企業の経営倫理」経営倫理93号(2019年)2頁参照(同法の制定には、国連事務総長特別代表が起草し2011年に国連人権理事会決議17/4が支持(endorse)した「ビジネスと人権に関する指導原則」が影響を与えたとする)。

(246) 苗村博子「英国現代奴隷法の持つ意味——日本への示唆を含めて」国際人流33巻1号(2020年)8,10頁(強調佐藤)。

(247) 日比野由利「インドにおける生殖補助医療と法・倫理」日比野由利編『ア

懐胎を禁止することは、この女性が夫に治療を受けさせる可能性を奪う。夫のためでなくても、代理懐胎は代理母自身をエンパワーするほとんど唯一の手段になっていることがある⁽²⁴⁸⁾。貧困な女性には、「もし[代理懐胎を]やらなければ、この先も低収入の仕事だけをして、貧しい生活に甘んじて生涯を終えるしかない」と考え、「自ら決心して代理母に志願している」者がいる⁽²⁴⁹⁾。代理母の集住施設をもつ医院は、そのキャリア形成のための講習会を開催したり、その報酬を代理母名義の口座に振り込んだりするなどしており、それらに「インドという文脈で…さまざまなメリットがあることもまた事実」なのである⁽²⁵⁰⁾。代理母がみずからの再生産能力によって報酬を得る自由を否定する根拠は存在しない⁽²⁵¹⁾。

インドの代理母は、代理懐胎によって5~10年分の所得を稼ぐといわれる⁽²⁵²⁾。同じだけの収入を得ようとすれば、「100回以上、体を売らなければならなかった」⁽²⁵³⁾とされる。インドが「世界の供給国」である腎臓を売却する報酬は10~12万円であるのに対して、代理懐胎の報酬は60~75万円である⁽²⁵⁴⁾。合衆国における代理母の報酬(補償)は、合衆国軍の新兵の年収に匹敵し、カリフォルニア州では代理母の半数を「軍人の妻」が

ジアの生殖補助医療と法・倫理』(2014年)57,58頁参照。

(248) 同論文66頁参照。代理懐胎はインドの女性に「かつてはなかったような選択肢や可能性をもたらししている」といわれる。同論文71-73頁参照。2019年の1人当たりGDPは、世界146位のインドでは2,098ドルで、1位のルクセンブルクの115,839ドルはもちろん、25位にすぎない日本の40,256ドルよりもはるかに低い。Available at <https://www.globalnote.jp/post-1339.html>.

(249) 日比野前掲書(注134)37-38頁参照。

(250) 同書42-48頁参照。グローバリゼーションは、ベイビー・ビジネスに貧困な人々を巻き込み「危うい方向に向かわせようとしている」が、そこで「代理母の心のケアなど一切お構いなしの『取引』が行われている」とする記述として、大野前掲書(注188)165頁参照。同書は、この記述の直後に、本文で紹介した医院の医師のインタビューを取りあげているが、この医師による代理母の身体的・心理的・社会的ケアに言及していない。

(251) See Kymlicka, *supra* note 83, pp. 89-91, 94-95.

(252) 辻村前掲書(注133)23頁参照。

(253) アラヴァムダン前掲書(注150)35-36頁。

(254) 松尾瑞穂「インドにおける生殖ツーリズムと代理懐胎——ローカル社会とのかかわりを中心に」日比野由利編『グローバル化時代における生殖技術と家族形成』(2013年)33,44-45,51頁参照。

占めるといわれる⁽²⁵⁵⁾。もっとも、人によっては、1日あたり約4,000円という「決して大きな額ということではない」「報酬」で代理懐胎を引き受けている例もある⁽²⁵⁶⁾。

商業的な代理懐胎の実例の増加という「傾向を容認できないことは言うまでもありません」、独身男性などが代理懐胎を利用して「『子をもつ権利』を主張したりすることが認められないことは、言うまでもありません」として、根拠を述べる必要すら否定されることもある⁽²⁵⁷⁾。しかし、それらの傾向を容認し、主張に耳を傾けるべきことこそいうまでもないというべきであろう。あえてその理由をいえば、それこそが、代理母と依頼者の自己決定権を保障し、そうでなければ誕生しなかった子を存在せしめることになるからである。独身女性が可能な育児を、独身男性は可能でないというためには十分な根拠が必要である。依頼者の資格は、育児・育児の意思と能力で足り、夫婦であること、女性であること、特定の理由で懐胎が困難なことは、関連性をもたない。懐胎が可能な女性が、キャリア形成などの理由で利用するいわゆる「便宜的代理懐胎」⁽²⁵⁸⁾を排除する理由も存在しない。

代理懐胎を公認する場合には、性的指向による差別を新設するべきではない。かつて、インド政府は、同性カップルによる代理懐胎の利用を認めていたが、同性間性行為を禁止する刑法第334条が存在していた。同条を違憲とした下級審の判決を2013年に最高裁が覆したことから⁽²⁵⁹⁾、同年、

(255) See Lorraine Ali & Raina Kelley, *The Curious Lives of Surrogates*, *Newsweek*, Apr. 7, 2008, p. 44.

(256) 向井前掲書(注136)30, 220-221頁参照。

(257) 辻村前掲書(注133)110-111頁参照。「言うまでもない」とするこの論者は、「はじめから『代理出産は禁止すべきだ』という考えをもっていた人たちが多数を占めている」(同書118頁)日本学術会議の委員会の委員を務めた。その報告書は冒頭から、そもそも代理懐胎を「望ましい医療と考える人はおそらくいないであろう」と結論を先取りしている。日本学術会議生殖補助医療の在り方検討委員会前掲報告書(注203)1頁参照。向井前掲書(注136)211頁も参照(審議会の構成員の選出方法は不透明であるとする指摘があり、その報告書が日本社会を代表するという説得力は薄いとする)。

(258) 日本学術会議生殖補助医療の在り方検討委員会前掲報告書(注203)16頁。職業生活を続けようとする女性と懐胎で収入を得ようとする女性の意思を両方尊重することは、十分正当である。他の労働と代理懐胎を区別する論理的な根拠は存在しない。

インド内務省は代理懐胎の依頼資格を「2年以上の婚姻実績のある異性愛夫婦」に限定した⁽²⁶⁰⁾。ところが、2018年9月6日、最高裁は先例を変更し同条を違憲であるとした⁽²⁶¹⁾。そこで、同性カップルに代理懐胎を禁止する根拠が失われ、内務省の通達を維持するかどうか争われることになった。翻って、連邦による許容の下で、19州が代理懐胎を許容している合衆国において、アメリカ生殖医学会（ASRM）は、生殖補助技術の利用について性的指向による差別を禁止するべきであるとしている⁽²⁶²⁾。

代理懐胎の忌避は、自然の作用を人為化することへの忌避に基づく。例えば、体外受精された受精卵の選別が問題とされる。母体保護法は、障害をもって誕生するという理由で中絶すること（胎児適応）を認めていない⁽²⁶³⁾。しかし、自然に、胚の染色体異常などの原因で最大78%の受精卵が子宮に着床しなかったり、妊娠早期に自然流産したりしており⁽²⁶⁴⁾、それに相当する行為を人為でおこなうことにどれほどの問題があるか疑義がある。インドなどで認められている、出生前診断による子の性の産み分けも類似の問題である。それは人口構成における性比を歪めるので禁止するべきであるといわれることもある⁽²⁶⁵⁾。しかし、出生前診断と産み分けを

(259) 2016年には、下院で刑法第377条の改正案が否決されていた。インドにおける状況について、小川富之「同性愛者に対する法的対応の歴史的経緯」福岡大学法学論叢61巻1・2号（2016年）434, 440-445頁参照。

(260) 松尾前掲論文（注254）38頁参照。インドでは、2010年にも、代理懐胎の依頼資格を「合法的な性的関係をもつ2者」に限定する法案が提出されていた。三輪前掲論文（注180）82頁参照。ただし、独身の男性の子はその者の嫡出子と推定されるとされていた。同論文81頁参照。同じ年のタイの「生殖補助医療を通じて生まれた子を保護する法案」も代理懐胎依頼資格を婚姻している夫婦に限定していた。同論文90頁参照。

(261) See Navtej Singh Johar & Ors. v. Union of India, available at <https://www.thehindu.com/news/national/article24880700.ece/binary/Sec377judgment.pdf>.

(262) 杉山前掲書（注4）36-38頁参照。

(263) 出生前診断で医師が障害の有無について診断を誤った場合、生まれてきた障害児のために賠償——実際には、育児などの負担の補償——が認められることがある。それは、中絶を減らしたり、生まれてきた子の生存を可能にしたりするために有用であるといわれる。樋口前掲書（注124）124, 129頁参照。

(264) 長谷川、長谷川前掲書（注33）144-146頁参照。

(265) 日比野前掲書（注134）74頁参照。

希望する人の実数、性比が歪んだ大規模戦争後の状況、性比が偏ったときに比率の低下した性の子を産む動機が上がることを考えると、それを禁止する必要が本当にあるのかには疑義がある。