

正義・福祉・愛

—代理出産から「法の正しさ」を考える

河見 誠

〔キーワード〕 正義, 福祉, 愛, 代理出産, 法の正しさ

〈要 約〉

生命倫理課題の法的解決において正義が抱える限界と、それを乗り越えるための愛アプローチの必要性を、代理出産における親確定問題を通して検討する。この問題に対する答えは、適法的・手続的・実質的正義によって各々異なり、正義により確定的な解決を見出すことは困難である。と同時に、そもそも正義による解決は「いのちの誕生に対するまなごしの欠如」という重大な限界を抱えている。まず、少なくともいのちの誕生の主人公である「子どもの福祉」のために（大人の）正義は道を譲るべき、と言える。しかし、この福祉アプローチで親の確定はできないだろう。これに対し、愛アプローチによれば、いのちの誕生それ自体における大人（親）の子どもに対する関わり方の適切性（快樂の愛、有用の愛、善意の愛いずれの友愛のスタンスか）という観点から親を決定しうる。そして、親子間の適切な関係が愛の関係とすれば、その関係形成は、正義よりもむしろ愛の論理と帰結に従わなければならないだろう。このように、愛が正義を補うこと、正義に愛が貫かれること、善意の愛を正義の基盤とすることを通して「法の正しさ」を見いだそうとすることは、現代における正義論議の中に、実体的な社会倫理としてのノモスを再度組み込んでいくことを通した、生命倫理・法倫理の再構築に向けた試みであると言えるのである。

はじめに

生命倫理の課題は、立場によって見解が大きく異なり、一定の社会的結論を見いだすことが難しい場合が多い。しかし同時に、生命に関わる重大な課題である以上、社会としては一定の結論を、暫定的なものであるにせよ、決定しなければ不都合が生じることもまた多い。その社会的決定の役割を担う中心となるのが法である。ところが日本においては、未だ法が制定されていない重大な課題がいくつもある。例えば生命の終期については、安楽死、尊厳死いずれについても法は未整備である。そして生命の始期についても、人工生殖に関する法制定の動きには進展が見られない¹⁾。このことは事態のルールなき進行あるいは停滞を招き、医療者はもちろん、患者や子どもといった当事者を不安定な状態に置いてしまうことになる。日本社会、そして日本の法文化の問題点であると言えよう。

ではどんな形であっても、社会的決定が法に定められればそれでよいのか。やはり、生命に関わる重大な課題である以上、その決定内容に不服の者は、簡単にそれに従うとは言い難いであ

ろう。そのためには、たとえ自らの見解とは異なっているとしても、その決定が何らかの意味で「正しい」という納得あるいは少なくとも理解が必要であると思われる。法 (law; lex) に「正しさ」(jus) をもたらすもの (justification) としてまず第一に考えられるのは「正義」(justice) である。用語的に言えば、これは同義反復的で当然のことのように見える。しかし現実には、正義を持ち出すことによってかえって法の正しさが拡散して見えなくなってしまうたり、正しさから遠ざかってしまう、というジレンマが生じているように思われる。これは一方で正義の多義性、他方で現代正義論における正義の限定性に起因すると考えられるけれども²⁾、このジレンマ解決を単に正義の定義づけのやり直しですませるだけでは法に「正しさ」をもたらすものに接近することはできない。むしろ現代において正義を持ち出して論ずる際の限界を出発点にして、いのちを対象とする法の正しさはどのようにして見いだすことができるのか、ということを探究する必要があるだろう。

正義が生命倫理の課題をどこまで解決に導きうるか。正義に限界があるとすれば、それを乗り越えるアプローチにはどのようなものがあり、どこまで展開可能か。正義の限界は正義の定義に左右されることを留保しつつ、本稿ではこの問題を、代理出産における親確定という極めて法的な問題を題材にして検討してみよう。

1. 適法的正義

正義に基づいて考える場合、親はどのように確定されることになるのか、正義の分類を念頭に置きながら概観してみよう。

ローマ法以来の伝統的法原則「母親は懐胎により確定される」(mater est gestatio demonstrat.) に従った親確定を行うこと(代理出産者を母親とすること)は、確かに法(慣習法的法原則ではあるが)に従った解決ということで、適法的正義に適っていると言える。しかし技術発達により当該法原則の前提としている懐胎・出産とは大きく異なる事態が生じている中で、この適法的正義への固執は、法的安定性のみへの固執となり、かえって正義に反する(不正の放置をもたらす)かも知れない、という批判があることは周知のところである。海外での代理懐胎により生まれた子について、依頼者を母とした出生届が日本の役所で受理されず争われた事例において、最高裁が述べた「立法による速やかな対応が強く望まれるところである」という見解は、適法的正義の限界に苦しみ叫びと言える³⁾。それではそれがどのような意味で正義に反し、どのような不正が放置されると批判されうるのか。

2. 手続的正義(広義)

代理出産において生じる紛争は、紛争当事者の観点からすると、誰が実際に生まれてきた子どもの親(特に母親)となるのかを巡る争いである。ベビー M 事件のように、出産者側の子ども引き渡し拒否のケースが典型的であろうが、依頼者側の受け取り拒否というケースもある⁴⁾。また、上述の最高裁の事例は、両者の間に親となることの争いがなかったにもかかわらず、

結果的に産みの母親が親とされてしまうケースである。これらの場合、事態を打開しようとする当事者はそれぞれ、子どもを引き渡さないことは不当である、子どもを受け取らないことは不当である、産んだからといって親とされることは不当である、と主張するはずである。その際の「不当」性の根拠は、「約束は守るべし」という正義原理であろう。「約束」は、一般には、当事者双方とも約束の意味が理解できること、関連する情報を十分与えられていること、合意するかどうか考慮する時間があること、強制されず自由に判断すること、などの諸条件が満たされる限り、守るべきとされるであろう。これらの諸条件は、約束の内容ではなくて、約束締結に至るまでの手続の正当性を問題とする。従って、「約束は守るべし」は（広義の）手続的正義⁵⁾によって支えられる原理と言うことができよう。この点に鑑みれば、能力ある成人間によって自由に結ばれた約束である以上、代理懐胎・出産の契約を有効と見なす（従って依頼者側を親とする）ことは、かなり強い正義（とりわけ手続的正義）の要請ということになる。

3. 実質的正義

しかしこれに対し、そもそも約束の「内容」が正義（実質的正義）に反するとして、契約の有効性に異議を唱えることも可能である。例えば、有償で子どもを産んでもらい引き渡しを要請することは、子どもや身体を「もの」のように引き渡したり利用することであって、実質的に不正である、（従って契約は無効で結果的に代理出産者側が親）ということになる。

もっとも、これらの異議に対しても様々な再反論が可能である。代理出産における子どもの引き渡しは、子どもを子どもとして愛し育てることを目的としているのであって、人身売買（例えば労働力として売り買いすること）とは質的に異なるので、子どもを「もの」と扱っているとは言い難いのではないか。身体の道具化と言っても、例えば生体肝移植のように生命を生かす目的で（生命のために）身体を手段として用いることが容認されるのならば、代理出産も生命を生み出す（生命のための）行為として容認されるのではないか。有償であるとしてもそれは出産を一般の労働と同様にみなした対価ではなくて、代理懐胎に伴う生活上の補償と考えることもできるのではないか、等々である。

このように、代理出産における親確定問題については、正義の種類によって結論は大きく異なるとともに、各立場が決定的に有力であるとも言い難く、正義に基づく議論によって、確定的な解決を見いだすことは難しそうである。もっとも、上に述べた各正義それぞれの主張を調整しつつ、暫定的な「落としどころ」は見いだせるかも知れない。

4. 正義の「落としどころ」

そもそも、正義の論理に基づき、代理出産を法的に禁止するべきだと即座に答えるのは、たとえ実質的正義を持ち出したとしても、実はなかなか難しいことであるように見える。殺人を法的に禁止することに疑問を挟む人は、まずいないであろう。人の生命を奪うことは一般的には不正であり、また悪であるからである。これに対し、人の生命を生み出すことは不正なこと

ではないし、また生命誕生は悪であるどころかとても善いことであろう。代理出産の依頼者は生命誕生という善を望んでいるのであり、代理出産を引き受けた者もまたその善の実現のために協力をしているのである。

両当事者が相互に納得した上で自由な自発的合意の下に遂行する行為は、他者によって妨げられるべきでなく、むしろ原則的にその自由が法的に保障されるというのが近代法の原理であり、行為が社会的に悪いものではなく善いものとされるのであればなおさら、自由の制約は原則的に不当ということになる。

たとえ実質的正義からの批判を受け容れるとしても、特に、本人の責によらず子どもを産むことのできない依頼者、そして不妊の依頼者に同情し心から援助しようと考え協力する代理出産者には、子どもの人身売買や女性の身体道具化、また軽率な技術利用といった倫理的非難も、上記のように難しい。少なくとも不妊のカップルが無償で代理出産を依頼する場合に限り、法的に容認してもよいのではないかと、というのが、実質的正義の主張も考慮に入れた、正義の総合的判断の穏当な結論（落としどころ）となりうるように見える。そして、約束をした以上、代理出産者は心変わりをしたとしても産んだ子どもを依頼者に引き渡すべき、ということになりそうである。この、一定限度で代理出産を許容し、その範囲内では契約は有効で依頼者側が親となる、という「落としどころ」は、世論においても高い支持を得る可能性が高い⁶⁾。

5. 正義の限界——「いのちの誕生に対するまなざしの欠如」

ところが、例えば、ベビー M 事件を説明した上でそこでの代理出産契約は有効か無効かを尋ねると、ある一定数の者は、自分を代理懐胎者の身に置いて考え、お腹を痛めて産んだ子どもを引き渡す必要はない、従って無効、とする意見を述べる⁷⁾。

これらは無視してよい意見であろうか。（有償無償の問題は措いて考えるとして）正義の論理からすると、問題外の意見となりそうである。すなわち、代理懐胎者の事前の熟慮不足である、約束をした以上、心変わりは言い訳にならない、という論拠に基づいてである。しかし具体的な代理懐胎者の思いを問題外とする正義の論理には、「いのちの誕生に対するまなざしの欠如」があるように思われる。いのちの誕生への「期待と喜びと愛情」が誕生に具体的に関わった者に生じるのは当然で、健全なことではないだろうか。代理出産において「契約は守るべし」の論理を貫くことは、この人間的現実の軽視を伴わざるを得ない⁸⁾。

もちろん、依頼者側の期待と喜びと愛情も代理出産者側と同じようにある。しかし正義の論理はその対立を、当事者の期待と喜びと愛情とは別のレベルで、解消させようとするのである。

6. 「子どもの福祉」のために（大人の）正義は道を譲るべきか

いのちの誕生に伴って然るべき人々の期待や喜びや愛情の側面を無視あるいは脇に「置かざるを得ない」ことが正義の限界であるとしても、代理出産者の心変わりそれ自体を無条件に尊重することは難しいかも知れない。今度は逆に正義の側面を無視、軽視してよいかという問題

が生じるからである。しかし、いのちの誕生における本当の主人公である生まれてきた子どもを中心に置くならば、正義はその（代理出産契約は有効であるという）スタンスの変更を余儀なくされる可能性が出てくる。正義の論理から言っても、子どもはこの契約に関与していない以上、契約の結果を忍従する義務はないであろう。むしろ（もちろん、生まれたときに契約の賛否を子どもは主張できないが、その代わりに）子どもは「期待と喜びと愛情の中で誕生して育っていく」ことを主張できるはずであり、もし代理出産者の子として生まれ育つことでそのような環境（子どもの福祉に適った環境）が保証されるのだとすれば、正義は「子どもの福祉」に道を譲るべき（代理出産契約を無効にすべき）と言うことは説得力を持つように思われる。

「契約は守るべし」という依頼者側の主張も、「手放したくないほど愛している」という代理出産者側の主張も、大人の側の主張である。それが「子どもの福祉」に適うかどうかは別問題である。もし代理出産者を親とすることが子どもの福祉により資するならば、代理出産契約が上記の正義の観点からは完全に有効な契約でも、福祉の観点から無効であるとするのは、十分に考えられる。心変わりの可能性がありつつも代理母契約をしてしまった安易さが代理母側にあったとしても、そのことと母親としての適切さは別問題かも知れないのである。

7. 「子どもの福祉」によって親を確定できるか

しかし、「子どもの福祉」という観点に基づいて、親を確定することが可能であろうか。

依頼者側と代理出産側のどちらが誕生段階で子どもに相応しい親であると言えるか。（例えば、どちらがより期待と喜びと愛情に溢れているか。）両方いずれもが強い愛情を持っていると主張している場合、どのような基準で判断すればよいか。それは判断不能であるか、少なくともケースバイケースであろう。そして判断する者によって異なった、かなり恣意的な判断になると予想される。判断対象を（誕生段階から）子どもの福祉に適った「生育」環境にまで広げるとしても、やはり同じことである。その子どもにとって何が最善かを、未来を見通して判断することはそもそも不可能ではないだろうか⁹⁾。にもかかわらずこの観点から親を確定することは、恣意性を伴うものとならざるを得ないだろう¹⁰⁾。

8. 「愛」の関わり方の観点からの親確定

しかし「子どもの福祉」（「福祉」アプローチと呼ぼう）以外にも、もう一つ、「いのちの誕生に対するまなごしの欠如」という正義の限界を、子どもの視座を踏まえながら、乗り越えようとする試みが考えられる。すなわち、いのちの誕生それ自体に対する大人（親）の子どもへの「関わり方」の適切性（いのちの誕生に相応しい関わり方をしているかどうか）という観点からのアプローチである。親子間のより適切な関係は愛の関係であるとするれば、この試みは、愛に着目する「愛」アプローチと言えよう。

「福祉」アプローチにも愛の観点は含まれ、愛情の中で包まれて誕生し育つことが現実的に可能かどうかということを問題とするが、「愛」アプローチは、大人がどのような愛のスタンス

に基づいて子どもの誕生それ自体に関わっているかという、子どもと親との誕生における関係の適切性に基づいて、親の確定をするアプローチである。

この、人間に相応しい誕生に向けた親の関わり方という観点から考えるとき、依頼者を母とする決定を法的に支持することは不適切であると思われる。代理出産は、意図の母親(依頼者)、遺伝的母親(卵提供者)、産みの母親(代理出産者)の三人の母親が登場する可能性を持つ。意図の母親は「子どもがほしい」という欲求を基盤として誕生に関わる。遺伝的母親は、特に意図の母親と同一である場合、血のつながり「のために」誕生に関わる(さらに、胎児が障害を有する場合に中絶を求めるような約束が為されるときには、健康な子どもをつくる「ために」関わる)。これらに対し、産みの母親は、自らの生活、労力そして何より血肉を子どもに「与える」(いのちを与える)形で(場合によっては生命を賭ける形で)誕生に関わる。もちろん産みの母親もまた、主観的意図においては、有償の場合にはお金の「ために」、無償の場合でも子ども以外の誰か(依頼者あるいは自己満足)の幸せの「ために」誕生に関わるかも知れないが、ここで問題にしているのは、立場ごとの子どもへの関わり方の枠組みである。

子どもがほしい気持ち、血のつながりを求める気持ちが、必ずしも悪というわけではない。それらもある意味で愛情と捉えることは可能である。しかし愛には様々なレベルがある。前二者はそれぞれ、自己のために求める愛、相手を手段とする愛であるのに対し、産みの母親の誕生への関わり方は、与える愛のスタンスにより近い¹¹⁾。アリストテレスは、愛(フィリア)には有用のための愛、快樂ゆえの愛、善き人々の間の愛(善意の愛)の三種類があり、「有用のゆえに愛しているひとびとは自分にとっての善を愛しているものであり、快樂のゆえに愛しているひとびとは自己にとっての快を愛している」のに対して、善き人々は「相手方にとっての善を相手方のために願う」のであり、これが究極的な性質の愛である、とする¹²⁾。愛のレベルという観点に基づけば、三者の中で子どもとの関わりにおいて最も親としての適格性を持つ立場に立つのは産みの母親であろう。

9. 「いのちの誕生に対するまなざし」と「愛」アプローチ

厚生労働省が行った「生殖補助医療技術についての意識調査2003」において、「借り腹について社会的に認めてよい理由」が、一般論としてこの技術を社会的に認めてよいと答えた人に対して調査されている。そこでは「依頼者と代理懐胎をする双方が承諾したから」という理由は40%台で第三位であるが、「病気などで子宮を摘出した人が子どもをもてる」「病気などで子どもが産めない人が子どもをもてる」がその二倍の80%前後で、わずかの差で第一位、第二位となっている¹³⁾。つまり「約束を守るべし」よりも「いのちの誕生への期待・喜び・愛情」が、圧倒的に重視されている。上述注6の2007年調査のように借り腹を容認する者が全体の半数を超える状況(54.0%)になっていることに鑑みるならば、代理出産の是非、そして誰が親となるべきかについての日本社会の一般的な判断基準としては、「正義」よりも「いのちの誕生に対するまなざし」を優先させる傾向があるということであろう。しかしそこでは、子どもの観点よりも、「子どもが欲しい」という親の希望・意図の観点からのまなざしを中心に置か

れているのである。

また、「子どもが欲しい」という希望を叶える手段としては、借り腹（ホストマザー型）でも代理母（サロゲート型）でも同じことであるから、自らが当事者になる場合その手段を選ぶかどうかは別にしても、社会的・法的に容認すべきかどうかの判断においては、両者に差はないはずである。ところが、上記2003年調査における「一般論として認めるか」という質問に対する賛成は、ホストマザー型では46.0%だったのに対し、サロゲート型では31.3%であった。ここから日本社会において、代理出産の是非、そして誰が親になるべきかの判断基準として優先されるのは、「子どもが欲しい」という意図以上に「血のつながり」と言えそうである。

従って、もし日本社会の(恐らくは)マジョリティにおける「いのちの誕生に対するまなざし」に従うとするならば、代理出産における(母)親の確定は「血のつながり」に基づいて、配偶子(卵子)提供者ということになろう。しかし、「愛」アプローチによればこの帰結は否定される。「いのちの誕生に対するまなざし」であればどんなまなざしであってもよいというわけではなく、愛のまなざし、しかもより高いレベルの善意の愛のまなざしをもつことが倫理的に求められるのであり、その観点から親子の関係性の適切さの倫理的判断がなされるのである。そして法に対しては、子どもにこの善意の愛の関係性を保障するという観点から、親の確定、そして代理出産それ自体の是非について、社会的枠組みを形成していくことが求められることになろう。

善意の愛という、より高い倫理的要請に法が関わることは、法と倫理を区別すべきという近代社会以降の基本原則に反することにはならないか。確かに、法と倫理を「分離」すべきというスタンスに立つ場合にはそう言えるであろうが、両者を完全に「分離」することはできないであろう。「法は倫理の最小限(ein ethisches Minimum)である」という有名なスローガンを提示したイエリネクは¹⁴⁾、法が一定の倫理を人々に強制する危険性に鑑みて法のできる限りの謙抑性が必要であると認めつつも、両者を完全に分離することもまた危険であると考えて「最小限」という用語を用いた。「彼は、個人倫理を偏重する近代倫理を批判し、社会倫理の基底的意義を強調した上で、法は、客観的に、社会の存立のために必要な社会倫理の最小限しか要求せず、主観的にも、倫理的心情の最小限で満足するという、二重の意味で『倫理的最小限』だと主張した。」と説明されるとおりである¹⁵⁾。逆に言えば、法は社会倫理のうち、社会における人間関係を支えるための最も基本的枠組みとなるものを形成維持し保障するために存在しているということでもある。但し、法が関わるのはあくまで「社会」倫理である。法の第一義的な課題は、客観的な社会枠組みの倫理性であって、その枠組みに各人が主観的に全面的にコミットしているか否かという個人の倫理性ではない。「倫理的心情の最小限で満足する」ということは、法は個人の倫理に全く関わらないわけではないが、その提示する社会枠組みの否定に至らない限り、その枠組みの中で各人がどのような主観的な倫理的心情をもって行動しているかについては踏み込まない、ということの意味していると解される。

いのちを「与える」形で誕生に関わる関わり方を、親子の関係性の適切さの倫理的判断の基準に置くべきであるという「愛」アプローチは、「社会倫理」である。そこで問題とされているのは、上述のように、大人の子どもへの関わり方の客観的枠組みであり、大人が実際に有している主観的な意図、倫理的心情ではない。

しかし、善意の愛というより高度なレベルの愛に基づく枠組みは、社会倫理の「最小限」と言えるであろうか。この点に関しては、実際に家族法が、善意の愛、すなわち「与える」関わり方、「与え合う」関わり方を前提として家族関係の法的枠組みを形成維持している、ということを描き出すべきであろう。

家族法に従えば、私たちは婚姻という身分上の契約を結ぶことにより、相互に様々な義務を負い合う。同居、協力、扶助の義務（民法752条）、生活保持義務（夫婦の間では、そして親は未成熟の子に対し、健康で文化的な最低限度の生活を維持している限り、生活レベルを低下させても自らと同程度の生活を保障する義務があるとされるのが通説である）、貞操の義務（これも明文の規定はないが、民法771条1項1号の離婚原因、民法732条や刑法184条の重婚禁止から導かれる）、契約取消権（民法754条）、婚姻費用の分担（民法760条）、日常家事債務の連帯責任（民法761条）等である。これらの義務は、生活の時間空間をはじめ、経済的にも身体的にも精神的にも労務的にも、本来自らに属するものを、夫婦あるいは家族であること以上のいかなる理由なしに、無条件に相手に「与える」ことを内容とする。この観点からすると、婚姻契約は人格的な事柄まで含めて自分に属するものを相手に対し相手のために「与えよう」という決意の相互表明であり、社会的に見ると相互に「与え合う」関係に入ることの社会的表明なのである。相手のために「与える」義務の引き受け合いが、婚姻関係の骨格と言えよう。そしてこの関係は、誰からも強制されることなく「両性の合意のみに基づいて」成立する（憲法24条）。そして、婚姻契約においては（少なくとも日本の法体系では）一定の期間だけ婚姻関係に入るということは想定されておらず、いわば期限の定めのない契約である。この契約を通して、（少なくとも婚姻段階では）いのちが続く限り、一生の間与え合う関係を継続することを宣言しているのである。このように、自らの自発的決意により、死ぬまで相互のために「与え合う」ことを内容とする婚姻契約は、ある意味では人間関係の中で最も高いレベルで「与え合う」関係を生み出すものと言えよう¹⁶⁾。

さらに、例えば生活保持義務に見られるように、婚姻したカップルは、その後形成される親子関係に関しても「与える」義務を引き受けることになる。家族法は夫婦に関しても親子に関しても、「与える」という「愛」アプローチを基盤にしているのである。特に親子間の義務に関しては、（夫婦の場合は相互的であるのに対し）親から未成熟の子への一方的な義務であることに留意すべきである。親が子に「与える」という側面が、親子関係の骨格ということになろう。親の確定に関して、特に「与える」ということを基本にして考えるべき根拠を、ここに見ることが可能である。

このように、「愛」アプローチは、確かに一般の人間関係においては法が扱うべき最小限を超えているかも知れないが、家族関係においては関係形成の不可欠の出発点とされるべき「最小限」の社会倫理枠組みである、少なくとも現行法はそのように位置づけている、とすることができるのである。

もちろん、家族法という存在を否定する立場もありうる。もしそれが家父長制やジェンダー構造によって歴史的に形成されてきた実体的な家族関係の否定だけでなく、家族という特殊な親密圏の存在自体を否定する立場であるとするならば、「愛」アプローチは否定されることに

なろう。しかし家族の具体的な在り方がどのように変化していこうとも、特殊な親密圏関係（それを家族関係と呼ぶかどうかは別にして）が一般的な人間関係とはレベルが異なるものとして存在することを認める限り、そこには何らかのより高度な関係性の倫理が「最低限」のものとして貫かれなければならないはずである。その特殊な関係性を支える社会倫理枠組みは、最も基底的なレベルでは、「愛」の論理であるべきではないだろうか。現在の家族法の在り方に対して根拠ある批判を展開していくためには、その基底にある枠組みに立ち返って考えていくことが必要である。特に、ここでテーマにしている代理出産をはじめとして、既存の法的枠組みで対応しきれないような家族関係の問題が噴出している現在、社会的解決を導いていくためには、なおさらそのことが求められるであろう。

10. むすび——「愛」アプローチの帰結と意義

このようにして、「愛」アプローチを基底に置いて考えるならば、親の法的確定においては自由な合意による契約よりも愛の関係性が優先されるべき、ということになる。それは結果として、「母親は懐胎により確定される」という法原則の支持に結びつくけれども、愛の観点は、法的安定性という遵法的正義、生育環境の安定的確保という子どもの福祉の観点とは異なり、直接的な形でその法原則の倫理的な根拠づけを強力に与えるのである。

さらに代理出産の是非についても次のように考えることができそうである。通常、母親は愛の三側面を併せ持って子どもの誕生に関わる。しかし上記の愛の観点に従うならば、代理出産は、その愛の各レベルを分断して、善意の愛という愛の側面を孤立させた上でさらに副次的な位置に置き、そしてその側面を兼ね備えない者を意図的に親として確定させようとする取り組みであると解されることになり、やはり倫理的に非難されよう。

親子関係が社会倫理の最小限の枠組みであり、そして（正義の関係というよりも）愛の関係であるべきとするならば、それを形成しようとする者は、正義よりもむしろ愛の論理に従わねばならないだろう。従って代理出産を目的とした生殖技術の使用を法的に許容することは基本的にできない。それゆえ、日本学術会議の報告書が提示するような「代理懐胎の試行的実施」¹⁷⁾も認められないことになる。

そして、ここでの愛（フィリア）が友愛であり、友愛は性向（ヘクシス）であり徳（アレテー[卓越性]）であって、そのような徳を醸成する共同体のノモス（社会倫理）に適うことが、アリストテレスの本来の意味における適法的正義（ノモス的正義）であることに鑑みるならば、このように、愛が正義を補うこと、正義に愛が貫かれること、善意の愛を正義の基盤とすることを通して「法の正しさ」を見いだそうとすることは、現代における正義論議の中に、実体的な社会倫理としてのノモスを再度組み込んでいくことを通した、生命倫理・法倫理の再構築に向けた試みであると言えるのである。

注

- 1) 葛生栄二郎・河見誠・伊佐智子『新・いのちの法と倫理』（法律文化社、2009年）37頁、208-210頁。

- 2) 正義の多義性は、適法的正義、手続的正義、実質的正義等々の分類により、正義の意味が大きく異なってくることを指し、正義の限定性は、ノモス（社会倫理）を内容とするアリストテレスの広義の正義に踏み込むことなき狭義の正義論を現代正義論は論じていることを指している。
- 3) 民集61巻2号（2007年）628頁。この立法を求める見解が適法的正義の限界に苦しむ叫びであると言えるのは、それが単に成文法による法的安定性を求める見解と言うよりも、むしろ新しい事態に従来の慣習法的法原則で対応することが正義に適っているかどうかについて議論を尽くした結果としての立法を求める見解と解されるためである。
- 4) 大野和基『代理出産—生殖ビジネスと命の尊厳』（集英社、2009年）56-59頁。
- 5) 手続的正義は、裁判過程における適正手続という人権保障の観点や、法的社会的決定の正統性保障の観点において論じられることが多い（深田三徳・濱真一郎編『よくわかる法哲学・法思想』ミネルヴァ書房、2007年、98-99頁参照）。しかしここでは、手続的正義が重要だとされる根拠（決定における恣意専断の排除、内容に踏み込むことなき決定の正当化）に着目しつつ、その概念を私人間の約束に敷衍して用いる。そのことをあらわすため「広義」と付記した。
- 6) 厚生労働省が2007年に実施した意識調査では（ちょうど上述の最高裁判決時期に行われたものであるが）、子どもが産めない夫婦のためのホストマザー型代理出産を認めてよいとする者が、54.0%に上った。日本経済新聞2007年11月7日参照。
- 7) 著者の授業において学生にこの問いを投げかけると、いつも一定数、以下のような応答が返ってくる（代表的なレポートをまとめ直して列挙しておく。次注も同じ）。

「ホワイトヘッドさんにも同情します。最初は契約したとしても、実際にお腹の中で育て、産めば、情も出てくると思うし、自分で育てて行きたいという気持ちになると思います。」

「出産というものは、10か月も子どもをお腹に託し、命の危険があるものだ。けれど、それを乗り越えて出産したというメリー・ベスの意見も分からなくもない。」

「メリー・ベス・ホワイトヘッドの子どもを産むという負担は、精子を提供したビル・スターンより大きい。その分、産んだ子供への愛情が強くなることは仕方ないと思うし、卵子が自分のものならなおさらである。」

「私がメリーの立場だったら、多くの検査を受け、子どもが産まれるまでの体調管理にも気を配り、自分のお腹を痛めて産んだ子供をあげたくない、という気持ちが痛いほど分かります。譲渡を拒否する権利を強く与えるべき。」
- 8) 正義の論理がいのちの誕生における人間的現実の軽視を伴わざるをえないという側面は、契約は有効と考える者（前注と同じく学生）の意見の中にも現れている。

「産んだ子への愛情は、メリーベスの個人的感情。代理出産を引き受けた時点で、そのような感情は必要以上に持ってはいけなく考えられる。」

「愛情を持たずに依頼者に子どもを渡すことはできないのが当たり前であろう。でも契約は契約なのである。代理母になる人は、自分が産んだ後にどんな思いになるかも予想してまで契約をしなくてはいけない。契約をした以上は、自分の感情を殺してまで、契約相手に子どもを受け渡さなければいけない。もしそれが少しでも無理と思う人は、最初から契約してはいけないのである。契約や約束を交わしたならば、どんなにその後自分の気持ちが変化しても、守らなくてはならない。責任をもたなければならないのである。」
- 9) これは比較衡量を原理とする功利主義、衡量主義に共通する根本的欠陥である。Cf. John Finnis, *Moral Absolutes: Tradition, and Truth*, The Catholic Univ. of America Pr., 1991, p. 14.
- 10) 日本学術会議生殖補助医療の在り方検討委員会「対外報告・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）において挙げられている「子の福祉」の論点も（13頁）、

分娩者を母親とすることに必ずしも結びつくものではない。第一の、胎内環境における「エビジェネティック変化」は、いずれが親として相応しいかということより以前の、代理出産それ自体（さらには卵子提供による夫婦体外受精も含まれよう）の禁止・制約に結びつく論点である。第二の、代理懐胎で生まれてくることが子に与える精神的負担もやはり、いずれが親になるとしても生じうる問題であろうし、親としての適格性判断に関しては契約前に行うなどの制度的対応も可能であろう。第三の、依頼者による子の引き渡し拒否、引き取り拒否の可能性に関しては、分娩者による育児放棄の恐れもあることを挙げなければ均衡を失するであろう。

この報告では、代理懐胎を原則禁止しつつも、生まれてくる子が存在しうることから、やはり「子の福祉」という観点から母親確定の必要があるとし(23頁),「分娩者=母ルール」を支持する。その第一の根拠は、親子関係を「一律に確定することが可能となる」100%確実な方法であるから、とされる(25頁)。しかし、医師の証明書により「遺伝的な父親・母親を、実の父親・母親と定めても、社会的混乱は起こらないだろう」し、「そのほうが子どものためにもよいだろう」と言うこともできるのである(「座談会・生殖補助医療を考える－日本学術会議報告書を契機に」ジュリスト1359号, 2008年, 24頁)。

- 11) ここでは表現の簡潔さを優先して、「求める愛」と「与える愛」という対比的表現を用いた。これは、ニーグレンによるエロースとアガペーの対比に一応のところ対応するものではあるが(「エロースは、自己のための善の欲求である」「アガペーは、自己を与えるものである」アンダーズ・ニーグレン, 岸千年・大内弘助訳『アガペーとエロース I』新教出版社, 1954年, 188頁), 自己に与えることを求める愛, 他者に与えることを求める愛, と言い換えることも可能である。すなわち主眼は、自己に閉じた愛か, 他者に向けられた愛か, ということの区別にある。従ってここでの「愛」の内容はむしろ, 自己と他者との関わりを前提とする「フィリア」ということになる。
- 12) 『ニコマコス倫理学』第八卷第三章。トマス・アクィナスは、アリストテレスのこの箇所に基づきつつ、フィリア(友愛, amicitia)を次のように説明する。「有用性のゆえの友愛(amicitia)も快樂ゆえの友愛の場合も、人はその愛する友のために何らかの善を願っている。その限りにおいて、友愛の性質は保持されている。しかしこの善は究極的にはその人自身の快樂あるいは有用に帰されるのであり、有用と快樂ゆえの友愛は、欲情の愛(ad amorem concupiscentiae)に結びつけられる程度に応じて、真の友愛の性質を欠くことになる。』(*Summa Theologiae*, I-II q. 26 a. 4 ad. 3.)
- 13) <http://www.mhlw.go.jp/wp/kenkyu/db/tokubetu02/index.html>
- 14) Georg Jellinek, *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2. Aufl., Berlin, 1908, S. 45.
- 15) 田中成明『現代法理学』(有斐閣, 2011年) 170頁。
- 16) 河見誠『現代社会と法原理』(成文堂, 2002年) 116頁, 葛生・河見・伊佐・前掲書54-55頁。
- 17) 前掲「対外報告」20-22頁。

Justice, Welfare, and Love ——Examination of “Jus” through Parental Surrogacy

KAWAMI Makoto

I will examine the limits of justice in solving bioethical problems legally and the necessity of a love approach for overcoming them through the question of parental surrogacy. Since the answer to this question will differ depending on the form of justice, i.e. legal, procedural, and substantial, it is difficult to find a definite solution through justice. At the same time, a solution through justice has initially a serious limitation of “the lack of a look on the birth of life”. Then, at least we can say that justice should give way to “the welfare of children”, who are in the leading roles.

However, we could not settle the parenthood issue definitely by this welfare approach. On the other hand, we can settle it by a love approach from the perspective of appropriateness of the adults (parents) stance towards the child at birth (which is the stance of *Philia*, love for pleasure, love for utility or love for good). And if the appropriate relationship of parents and children is a relationship of love, relationship building should follow the logic and conclusions of love rather than those of justice. To find out “jus” (righteousness of law) in a way that love complements and penetrates justice, justice must be based on love as an attempt to reconstruct bioethics and law and ethics, through incorporating “*nomos*” (i.e. substantial social ethics) into the modern theory of justice.

Key words: Justice, Welfare, Love, Surrogacy, Jus

青山學院女子短期大學

紀 要

第六十六輯

平成24年12月 刊

JOURNAL
OF
AOYAMA GAKUIN
WOMEN'S JUNIOR COLLEGE

NO. 66

DECEMBER, 2012

目次

鬼束ちひろ論

――鬼束ちひろの表出史における第11シングル作品〈育つ雑草〉の位置

.....おかげさかずお.....1

正義・福祉・愛

――代理出産から「法の正しさ」を考える

.....河見 誠.....15

パラドクスとしての福音

――セバステイアン・フランク『パラドクサ』をめぐって

.....中井 章 子.....27

英語受動態の補文節主語

.....湯 本 久美子.....39

総力戦の文化史とフランス革命の世界史的位置

——文化史の危険性と可能性——

.....西 願 広 望.....65

定時制高校での教育相談、スクールカウンセリングにおける今日的課題

.....田 中 志 帆.....79

20世紀ロシア子ども史研究の意義

——ケリーの著書をめぐって（上）——

.....村 知 稔 三.....93

アクション・リサーチによる子どもが自由にのびのびと楽しんで

動きをつくりだす身体表現の授業研究

.....渡 部 かなえ.....107

青山学院女子短期大学研究成果一覧.....117

CONTENTS

OKAZAKI Kazuo

- A Research on the Position of <Sodatsu Zassou>
("The growing weed") in the Poetical Works written by Chihiro Onitsuka 1

KAWAMI Makoto

- Justice, Welfare, and Love
— Examination of "Jus" through Parental Surrogacy 15

NAKAI Ayako

- Christianity as Paradox: Sebastian Franck's "Paradoxa" 27

YUMOTO Kumiko

- Complement Subjects in English Passive Construction 39

SEIGAN Kôbô

- The Cultural history of total war and the French Revolution Reconsidered in World-
historical perspective
— The risk and the potentiality of Cultural history 65

TANAKA Shiho

- Contemporary Problems with School Counseling and Educational Consultation at
Night High School 79

MURACHI Toshimi

- Review on History of Childhood in Russia in the 20th Century (Part 1) 93

WATANABE Kanae

- Action Research of a Joyful, Free, Imaginative, and Creative Dance and Performance
Class for Children 107

編集委員

清水 康幸

鈴木 直子

松村 伸一

宮田 雅智

浅見 均

執筆者（五十音順）

岡崎 和夫 教授

河見 誠 教授

西願 広望 准教授

田中 志帆 准教授

中井 章子 教授

村知 稔三 教授

湯本 久美子 准教授

渡部 かなえ 教授

平成二十四年十二月一日発行

青山學院女子
短期大學紀要 第六十六輯

編集
発行

青山学院女子短期大学
東京都渋谷区渋谷四ノ四ノ二五

印刷
丸善株式会社