

代理母契約に関するアメリカ諸州における 法実験室での試験管の検証*

— 代理母出産事件・日本最高裁決定を契機として —

カルヴィン・パン**
伊 川 正 樹 (訳)

訳者まえがき

1995年12月に、ハワイ大学ロースクールと本学法学部との学術交流協定が締結されて以来、これまで数々の成果を挙げてきた。とりわけ、2006年12月に本学において実施した交流協定締結10周年記念シンポジウムが、本誌第57巻第4号188頁以下(2008年)に収録されていることを始めとして(「初学者に対する法学教育法曹養成と一般教養としての法律学」)、2006年度に実施した、デービッド・キャリーズ教授による特別講義(「アメリカ法およびアメリカ財産法の概要」本誌第56巻第4号173頁以下(2007年))、および2007年度に実施した、マーク・レヴィン准教授による特別講演(「法律学におけるタバコ規制の意義と可能性」本誌第58巻第1・2合併号93頁以下(2008年))につきそれぞれ翻訳を収録している。

本稿は、2008年度の交流事業として、同年6月に実施した、カルヴィン・パン

* この問題に関する私(Pang)の理解は、英語に翻訳された文献のみを根拠としているため、事実に関する認識において正確さを欠く部分があるかもしれない。また、私は日本法制や大陸法に対する知識が乏しいので、いささか限定的な記述であることも付け加えておかなければならない。これらの点につき、あらかじめお断りとお詫びを申し上げたい。

** ハワイ大学ウィリアム・S・リチャードソン・スクール・オブ・ロー(William S. Richardson School of Law, University of Hawaii) 准教授(家族法)。

代理母契約に関するアメリカ諸州における法的実験室での試験管の検証

准教授による特別講義の原稿（原題 "The Aki Mukai Case - Peering through Test Tubes from Legal Laboratories of American States"）を訳出したものである。そのため、本稿における記述は、2008年6月時点での事実に基づくものである。本来であれば、同講義終了後ただちに翻訳を掲載すべきであったところ、訳者の都合により公表が遅れてしまったことにつき、お詫びを申し上げる。

パン准教授は、ハワイ大学ロースクールにて家族法を担当され、アジア地域の家族法問題にも意欲的に取り組んでおられる。

本稿は、平成19年（2007年）3月にわが国の最高裁で判断が下された「代理母出産事件」（最決平成19年3月23日民集61巻2号619頁）を契機として、アメリカ州法における代理母出産の現状と課題について指摘するものである。この講義の前年に下された最高裁の判断であるとともに、有名人夫婦が当事者として争い、マスコミに頻りに登場したこともあって、わが国では社会的にも大きな注目を集めた事例であった。のみならず、代理母出産の是非や親子関係など、倫理的、法的に興味深いさまざまな問題を数多く含んでいるテーマである。

以下は、パン准教授が講義用に概要として用意された記述の一部である。

昨年、日本の最高裁判所は、著名なテレビタレントと元プロレスラーで現在はマルチタレントとして活躍する2人に対し、彼らの双子の戸籍への登録を認めないとの決定を下した。日本では、この有名人に対する判断を契機として幅広い議論が巻き起こっている。すなわち、子どもを授かりたいが自分では産むことができない成人女性が、受精卵を提供して他の女性に懐胎してもらい、胎児を成長させて分娩してもらうことを内容とする代理母契約に関する問題を突きつけるものであったので、国民的な関心呼び議論を掻き立てることになったのである。人間ドラマと代理母契約に関する法的な問題の両者に対して、最高裁の判断に大きな注目が集まった。

パン准教授は、このテーマについて、アメリカ州法における代理母出産に対する立法上の特徴や裁判例を概観するとともに問題点を指摘しつつ、わが国裁判所の判断を丁寧に検討した上で、いくつかの問題提起をされている。こうした指摘は、実例の少ないわが国実務にとって有益な示唆になるものと思われる。また、このテーマはアメリカにおいても十分議論が尽くされているとはいえ、わが国でもこうし

た問題の指摘を踏まえつつ、議論を深めていくことが必要であると思われる。

なお、本稿で紹介する裁判についてはわが国でよく知られているところであり、かつ、パン准教授の英文原稿ではすべて実名が記載されているが（その他、アメリカの判決の紹介部分についても当事者の実名が記載されている）、本稿ではすべてイニシャルで表記する。また、原文には注釈は付されていないが、パン准教授が後に補足された箇所や引用判決の出典など、必要最低限の範囲内で補足的に注釈を追加した。

未筆ながら、本特別講義の実施にあたり、名城大学法学会および法学部懇談会より援助を受けたことに対し、感謝申し上げます。

* * *

近年、不妊に悩むカップルが、生殖技術の補助的手段を用いて子どもを授かる例が増えてきている。すなわち、「代理母 (surrogate)」と呼ばれる女性との間で、他の女性またはカップルのために子を懐胎し出産することを合意するというものである。代理母出産には、代理母が卵子を提供する場合もあり、その場合には代理母がその子との間に遺伝上の親子関係を有する場合もある。このようなケースは「従来型代理母 (traditional surrogacy)」と呼ばれる。別のケースとしては、子どもを授かりたいと願うカップルによって卵子と精子が提供される場合があり、「懐胎代理母 (gestational surrogacy)」と呼ばれる形式で、代理母契約の主な形である。従来型代理母か懐胎代理母かを問わず、いずれの場合にも、子どもを産んだ女性がかかる役務の依頼者（すなわちカップル）に対して、生まれた子どもを引き渡すことを合意しているのである。

私の知る限り、日本では代理母出産に関する法律はないものの、日本産科婦人科学会、そして最近では厚生労働省という2つの影響力の強い団体が、代理母出産の利用に対して強い反対の姿勢を示している。

代理母を利用するカップルのすべてとはいわなくともその多くが、公表することなくそれを行っていることは不思議ではない。しばしばそれは海外で行われ、日本に戻ってから難なくその子を自分たちの戸籍に入れることができる。しかし、M

代理母契約に関するアメリカ諸州における法的実験室での試験管の検証

と T という有名人夫婦には、日本政府に知られないように代理母を利用するという選択肢はなかった。そもそもこの夫婦は、M の子宮頸がんが発見され、子宮を喪失したことによって、子どもを授かることができなくなったということが公知の事実となっていた。また、メディアにより、M・T 夫妻がアメリカで代理母を通じて子どもを授かることを選択した事実が明らかにされていた。

ある別の代理母との間で数度試みが失敗した後、M・T 夫妻はネバダ州に住むアメリカ人女性 C に代理母出産を依頼し、2003 年 11 月に、Y と B という双子が生まれた。この双子は、遺伝上は卵子を提供した M と精子を提供した T の子である。ネバダ州法にしたがって、ネバダ州裁判所は、Y と B は M・T 夫妻の嫡出子であることを認め、出生証明書を発行した。

2 ヶ月後の 2004 年 1 月、M・T 夫妻は日本に帰国し、この双子を自分たちの戸籍に登録するべく出生届を品川区に届け出た。しかし品川区長は、M がこの双子を分娩していないことを理由として、受理を拒否した。そこで、M・T 夫妻は提訴した。

2004 年、東京高裁は、M・T 夫妻の訴えを認め、品川区長に対し双子の戸籍への登録を命じた⁽¹⁾。同裁判所は、アメリカ（ネバダ州）の裁判所による本件決定は、日本民事訴訟法 118 条 3 号における「日本における公の秩序又は善良の風俗に反しないこと」という要件を具備するため、効力を有すると判示した。高裁が示した理由は、次のとおりである。(1) この双子は、M・T 夫妻の遺伝上、親子関係があるため、両者の間に明確な血縁関係が存在すること、(2) 本件代理母出産契約に至ったのは、M・T 夫妻がその遺伝子を受け継ぐ子を得るための唯一の方法であったこと、(3) 本件代理母出産に至る本件代理母の動機は、ボランティア精神に基づくものであり、M・T 夫妻に対する奉仕の目的であったことが認められること、(4) 本件代理母に支払われた金銭は、本件代理母が要した標準的な経費を賄うのに必要な範囲を超えるものではないこと、(5) 本件代理母の生命・身体の安全および尊厳が最優先とされていたこと。

品川区長は、この決定に対して最高裁へ上告し、最高裁は、2007 年（平成 19 年）3 月 23 日、高裁の決定を破棄する決定を下した⁽²⁾。最高裁は、ネバダ州裁判所の裁判は公の秩序に反するものであるため、日本において効力を有しないと決定を下し

た。決定の概要は次のとおりである。アメリカの裁判所は、親子関係を結ぶことができない者について親子関係を認めている。母とは、その子を「懐胎し、出産した」者であり、現行民法は母子関係の成立につきそうした明確かつ客観的な基準を採用している。そのため、「その子を懐胎、出産していない女性との間には、その女性が卵子を提供した場合であっても、母子関係の成立を認めることはできない。」と判断した。最高裁の理解によれば、Mはこの双子を懐胎、出産していないため、法律上、母になることはできないことになる。したがって、最高裁は、この双子のM・T夫妻の戸籍への登録を拒否した品川区長の判断を支持した。

この裁判の結果ならびにその後のM・T家族の状況は、日本ではよく知られている。予想された通り、M・T夫妻は、この双子を日本政府による承認を受けることなしに自分たちの子として育てている。夫妻は今のところこの双子と養子縁組を結んでおらず、日本に住むアメリカ国籍保有者として育てている。この双子はアメリカで生まれているため、アメリカ国籍を保有しているのである。M・T夫妻は、この双子は自分たちの子であると確信している。Mは、代理母出産問題への慎重な対応と解決に向けた発言者として現在でも著名である。

M・T裁判に触発されて、この間、日本政府は、代理母出産に関する調査・研究を行うための委員会を日本学術会議に創設した。その調査では、Mに対する非公開での聞き取りも行われている。同委員会は最近、利益目的での代理出産の斡旋およびその実施、あるいは代理母契約を違法とする立法を行うべきとの勧告を行った。しかし、委員会の勧告は、代理母制度について、Mのようなやむにやまれぬ状況にある女性を前提として、厳しい法的制限の範囲内で行われる裁判を念頭に置いて理解している。また勧告は、そうした裁判では、代理母がこの母親とみなされることになることも述べている。

同委員会の報告書は、厚生労働省と法務省に提出された。今後、代理母契約に関する議論の舞台は国会に移されるだろう。しかし一方では、国会はこの物議の対象となり、感情的な論点を含む問題に対して取り組む用意ができていないとの指摘もある。

* * *

アメリカでは、代理母出産が引き起こす問題をいまだ克服できていない。50 州では、それぞれ独自の一連の判例法や制定法により、代理母制度に関して 50 通りの異なる解決が示される可能性がある。大半の州は日本と同じ状況である。すなわち、代理母出産の妥当性について制定法は何も定めていない。ごくわずかな州のみが、当該州内における代理母について禁止し、処罰の対象としている。しかし、いくつかの州では代理母の利用を合法化する法律が制定されているところもある。このような州は、承認を受けて代理母出産を行った場合にどのような問題が起きるのかということについての実験とデータ収集を行うための実験室としての役割を果たすことになる。代理母出産を法的に許容する州のうち、明確かつ意義ある結論を描き出すのに十分な実績を上げている州はないが、そのような州の「実験」は、後続の州に限らず、代理母出産の役務を提供し、または代理母制度を利用して子を授かる国民が所属する世界中の諸外国に対しても、モデルを提供するものである。

代理母契約に関する国民的な議論を引き起こす 2 つの判決がある。一つは Baby M 事件、もう一つは Johnson v. Calvert である。両判決は、代理母出産に関連する問題の議論の輪郭を描き出し、重要な問題を明らかにするのに役立つものである。

Baby M 事件⁶⁾では、父親とされる男性の精子と代理母の卵子から生れた子の親子関係が問題となった。この方法は、「従来型代理母」と呼ばれるものであり、代理母が子を出産するだけでなく、女性の遺伝子を提供するというものである。ニュージャージー州で起きたこの事案は、伝統的な親子関係の法に従い、次のように判示された。すなわち、本件代理母が卵子を提供し出産しているため、本件代理母がこの子の母であることは明らかである。さらに裁判所は、父親とされている男性 B が、この子の父であると判示した。不妊症を理由に代理母を利用した、父親とされている男性の妻 E は、親子関係から排除されたのである。

この事案が裁判で争われたのは、既婚で二児の母である代理母である女性 W が、この子ども (Baby M) の誕生後、代理母出産した子どもの引渡しに関して翻意したという事情に基づいている。この代理母は自殺をほのめかし、この子どもを連れて別の州へ逃走した。結局、ニュージャージー州最高裁は、本件代理母契約は「違

法であり、かつ、刑事罰の対象となりうる」ものであると判示し、この子どもの監護権 (custody) については、離婚に伴い監護権を決定する場合と同様に、父である男性 B に監護権を与えると同時に、監督付訪問権 (supervised visitations) を代理母である女性 W に認めた⁽⁴⁾。

第二の事例は、Johnson v. Calvert⁽⁵⁾である。この事案では、前述の日本における M が用いたものと同じ代理母のタイプが問題となった。すなわち、ある夫婦が未婚の女性との間で代理母契約を締結し、夫婦はそれぞれ精子と卵子を提供して、代理母が懐胎し、出産したというものである。これは、「懐胎代理母」という形態であり、代理母の役割は懐胎することに限定されている。

前掲の Baby M と同様に、代理母契約に署名した後に本件代理母の心情に変化が生じた。しかし、本件代理母は、子の出産前に不満を表明し、契約によって保証されていた 1 万ドルの支払いを求める書簡を送った。そして、それが支払わなければ、子の出産を拒否すると告げたのである。本件夫婦 C は、子が誕生してから 6 週間後に残額の支払いを予定しており、早期の支払いに応じる用意がなかったため、提訴に及んだ。

本件では、誰が母親なのかという点が争点となる。すなわち、ここでは 2 人の女性がこの子どもと生物学上の関係を有している。1 人は遺伝上の関係を有し、もう 1 人は出産の事実のある者である。当時の州法によれば、この両者とも法的な親子関係を主張することができた。カリフォルニア州最高裁は、この複雑な問題につき、子を出産した女性ではなく、妊娠および子の誕生の原因を生じさせる「意思」を有する者が親子関係を有すると判断を下した。子の誕生をもたらした親となる意思が力だとされている。

これらの 2 つの事案は、代理母契約に基づく親子関係の決定について、生物学上の要素と意思という要素との交錯を浮かび上がらせる。最初の Baby M 事件では、精子、卵子および子宮の提供者が判断の決め手となった。すなわち、これは生物学上の要素であり、明確かつ単純である。一方、Johnson 事件では、子を得る意思に重点を置くという、知的財産法概念を借用している。この事案では、代理母は妊娠をしたにすぎないため、少なくとも親子関係の決定に当たってはほとんど無関係に立場にある。

代理母契約に関するアメリカ諸州における法的実験室での試験管の検証

代理母は、生物学的判断と意思主義という単純な二分法では判断できない問題を提起している。それはより複雑で、社会、モラル、倫理、政治、宗教、経済的考慮などあらゆる問題がかかっている。医学や法的な問題は言うまでもない。簡単に解決できない、信条にかかわる難しい問題である。一つ問題を解決しても、新たな別の問題があらわになる。例えば、当事者間で円滑かつ公平に履行されるように代理母契約の質や内容を規制すると、子と代理母を商品化するという感覚が否めない。同様に、誕生前に親子関係を決めてしまうという方向性は、確実性および安定性を早期に確定させることになるものの、子に対する予期せぬしかし理解できる代理母の感情を犠牲にすることとなる。

アメリカ全 50 州が代理母出産に対してどのようにアプローチするかということについて、それぞれ異なる態度を示していることは不思議ではない。伝統的な方法で子を得ることのできないカップルや個人に対して同情は示されるものの、多くの州では依然として判断しかねており、定めるべき方針や規制への取り組みが停滞しているものといえよう。

しかしいくつかの州では、代理母出産を有効な選択肢として認める規定を詳細に定めているところもある。また、カリフォルニアやマサチューセッツのような州では、代理母契約や出産に関する国民的な議論を促進するような裁判例が相当数表れている。こうした法律の規定や裁判例が問題の所在を明らかにし、その範囲を提示しているにもかかわらず、次のようないくつかの未解決の問題が浮かび上がっている。

1. 代理母に対する報酬
2. 親になる者と代理母の評価および調整
3. 親子関係決定の形式とタイミング
4. 代理母の身体的および人格的自律の維持

これらの問題につき、以下、順に見ていこう。

1. 代理母に対する報酬

代理母出産に対する最も有力な反対論は、そのような出産は、子どもと代理母の役務を提供した女性の双方を商品化するものであるということである。こうした批

判は、代理母が赤ん坊を売り飛ばしているとか、借り腹、生殖の権利を安く売り渡しているなどとして代理母制度を低く評価する。こうした批判の前提として、子は動産と位置づけられ、代理母は経済的に裕福な者の望みを叶える道具として使われるものと認識される。

代理母出産およびその契約を許容する州では、一般的に代理母に対して報酬を支払うことを認めているものの、それは妊娠にかかる代理母の合理的な費用の支払いに限定されている。それに含まれるのは、医療費、特別食、所得の減少、住居費、家事・養育費、法的費用、移転費用および被服費である。初期の立法では、その額は1万ドルであった。現在ではその2倍にも上るものとみてもおかしくない。M・T夫妻が代理母に支払った金額は、この範囲内に収まるものであった。

合理的な費用の支払いのみを認めることにより、代理母は不妊の女性が母親になることの手助けをさせていただける「ボランティア」というイメージを促進することになる。これが実態を反映しているかどうかを証明することは困難である。ほとんどの代理母は、手助けをしたいという望みだけでなく自分の家計の足しにしたいという願いを含む複雑な動機をもっていることは、実情であるといえるだろう。「楽に手に入る金」目当てにそうした役務を提供しているという批判に対して、代理母たちは、妊娠や出産に伴う負担（体外受精を行う際の辛い思い、悪阻、長期療養の必要性、帝王切開、妊娠線、その他妊娠に伴うさまざまなリスク）を説明することによってそうした批判を否定している。事実、代理母を何度も行っている者は、自己の経験から得た知識に基づいて、自分だけではなく家族が負う心身に対する負担に対して高額な支払いを要求している。

アメリカでは、代理母を探している者に対して、対価の支払いを必要としないその者の家族に対して代理母出産の実施を奨励するような傾向にはない。事実、代理母として身内を使うことはアイデンティティの混乱を招き、最悪の場合には家族間の混乱が予想されるのである。

2. 親になる者と代理母の評価

いくつかの州では、代理母と親になる者の両者が、それぞれ代理母出産の候補者および当事者として適格があるかどうかについて、丁寧に選考し検査することを要

代理母契約に関するアメリカ諸州における法的実験室での試験管の検証

求している。この手続は、次のような代理母契約に関して生じる2つの重大な問題のゆえに重要である。すなわち、(1) 出産した子に対して、代理母が不当に緊密な接触を行うこと、(2) 代理母と親になる者との深刻な対立である。両当事者はこうした問題が生ずる可能性があることを理解し、それを予防または処理するために必要な成熟性が備わっていることが保証されることは重要である。

選考に加えて、カウンセリングも重要であり、多くの州では代理母および親になる者がそれを受けることを必要としている。カウンセリングは対立を予防し、問題が深刻化する前に最小限度にとどめる役割を果たす。

効果的な選考とその後のカウンセリングの必要性は、Baby M 事件からの教訓である。同事案における両当事者は、代理母契約が結ばれる前に一定の評価手続を経たものの、代理母 W が引き起こす可能性のあった問題に関する情報は示されなかった。同事案では、選考に当たった心理学者は、代理母 W は「最終的に子を手放すことについて強い感情をもつことをあらかじめ自認している」ことを見抜いていた。この心理学者は、代理母 W の「感情を否定する傾向」と、「最終的に子を手放すことができるかどうか」ということについて、彼女を調査することの重要性に触れていた。意外にも、この心理学者の提案は、代理母 W について議論されることも、対応されることもなかった。

またいくつかの州法では、微妙ではあるもののかなり直接的な形で、当事者の適格性の選考の助けとなり、契約の撤回の可能性を減らすような規定が置かれている。例えば、いくつかの州では、代理母になるためには、すでに自分の子を産んでいること、結婚していること、またはその両方を要求している。こうした規定は、家族のある者が代理母となるのであれば、親子関係について争うようなことはないだろうとの推定が根底に流れている。これらの規定が実際に予想した結果をもたらしているかどうかを判断することは難しく、実際、Baby M 事件および Johnson 判決は、ともにすでに1人以上の自分の子がいる代理母が引き起こした事案であり、代理母 W は結婚していた。なお、こうした規定がもつ差別的な効果は、平等保護の請求を引き起こす種にもなりうる。

3. 親子関係判定の形式とタイミング

代理母出産により生まれた子の親を特定する際に確実さと安定性を確保するため、当事者、特に親となる者の希望に対する州の対応はさまざまである。ある州では初期の段階（妊娠前という場合もある）で親子関係を決定し、ある州では子の誕生後に決定する例もある。多くの州では裁判所による関与を要求しているが、いくつかの州では、かなり略式ではあるが最終的に、両当事者が子の親を決めることを認めている。このような対応の多様さは、一方では期待を強固にし、かつ問題を見つけるために早期確定を求める利益と、他方では必要な場合には合法的に退く余地を当事者の一方に残しておくことの利益とを反映したものである。

早期決定を用いた好例がバージニア州で、同州では代理母契約は妊娠前に裁判所の承認を得ることが強く要請されている。換言すれば、両当事者は、代理母が妊娠する前に当該契約につき裁判所の審査を受け、その承認を求めるのである。契約を完成させ署名した後で、両当事者はその合意内容を裁判官に提出する。裁判官は、将来生まれる子の利益を保護するために特別代理人を選任し、親になる者の家庭の状況調査を命ずる。そうした状況調査に加えて、心理学的評価、心理学的調査およびカウンセリングが、裁判官が当該契約を最終的に承認するよりも前にすべて実施されていなければならない。その後、子の誕生後7日以内に、親になる者は裁判官に対して、書面により、その子が最後の介助妊娠（assisted conception）の日から300日以内に生まれたことを通知しなければならない。この通知を受け取り、親になる者の少なくとも1人がその子と遺伝上の関係があることを決定したら、裁判官は、その親になる者がその子の親であることを記載した出生証明書を発給するべく最終命令を下す。ニューハンプシャー州でも同様の妊娠前の手続が採用されている。ユタ州など他の州では、必ずしも妊娠前というわけではないが、両当事者が子の誕生前に当該契約について司法上の正当性を得ることを認めている。

いくつかの州では、契約および州法によって決定された親子関係を速やかに確定させるために、子の誕生後に裁判所による審理（judicial hearing）を実施することを定めている。例えばフロリダ州では、親になる者が子の誕生後30日以内に裁判所に請求をしなければならない。M・T夫妻が代理母出産を依頼したネバダ州で

代理母契約に関するアメリカ諸州における法的実験室での試験管の検証

も、同様の手続が採用されている。これらの州では、子の誕生後に決定が行われるものの、子の誕生後速やかに裁判所による証明書を取得することがやはり重視されており、誰が子の親であるかは代理母契約にしたがって決めるという両当事者の考えを認めるものである。こうした手続は、懐胎・出産をした者が産みの親であるとは想定しないため、代理母から親になる者へ親権を移すために煩雑な養子縁組の手続を要しない。

4. 代理母の自律性の保障

代理母制度の利用は、かなりの議論を呼ぶ困難な問題を引き起こす可能性を秘めている。まず、こうした女性の「使用 (use)」は、社会の底辺層の女性が懐胎代理母として他者の要求や金銭的誘引に従属する現象を引き起こすとの批判がある。アメリカにおける初期の代理母の事例では、両当事者の社会的・経済的状況がこのような懸念をさらに悪化させた。例えば、前掲 Baby M 事件では、代理母は中流家庭の主婦であったのに対し、依頼者は高等教育を受け社会的に成功を収めた医療専門家であった。また、前掲 Johnson v. Calvert では、代理母は未婚のアフリカ系アメリカ人女性であるのに対し、依頼者のうち夫は、専門的職業に就く白人既婚男性で、妻はフィリピン系アメリカ人であるとメディアに取り上げられた。Johnson 判決は、主人である白人の子の乳母になったアフリカ系アメリカ人奴隷を想起させる。

代理母とは、正当な目的で自己の身体を自発的に提供する強い思いやりのある女性であると考えられる者でさえも、通常、代理母自身に残されるべき自己決定権を依頼者がどこまで奪い取ることができるのかということについて懸念を示している。このことは、代理母の食事に関する細かな内容から、妊娠を終わらせるという代理母に憲法上保障された権利の侵害に至るまで広がる可能性がある。

代理母を合法化する法律を定めている州では、代理母自身の健康に関する問題や発育した胎児に関する問題にかかる決定権を代理母に保障しているのが通常である。こうした内容が妊娠を終了させる判断にまで及ぶかどうかは明らかではないが、少なくともニューハンプシャー州は、代理母の依頼者が中絶を要求しまたは禁ずることを禁止している。事実、ニューハンプシャー州では、代理母が子の誕生から 72

時間以内に書面により意思を表示した場合、その子を代理母の元に引き止めることを認めている。この規定は、代理母契約を正当化するためのニューハンプシャー州の受胎前に基づいて、子を引き渡すという当初の決定を撤回するための、短い期間でありながらも明確な機会を代理母に与えるものである。

これとは反対に、いくつかの州は代理母の保護に消極的であり、依頼者の期待を実現するのに有利な状況であるように思われる。例えば、イリノイ州では、代理母は胎児に有害と考えられる一連の行為を慎まなければならないこととされている。それには、喫煙、アルコールの摂取、放射線を受けること、その他健康相談員によって禁止されたあらゆる行為などが含まれている。さらに代理母は、健康診断、治療、その他の医師が妊娠の成功のために推奨する胎児の観察を受けなければならない。なお、イリノイ州法が、依頼者が合理的な医療費および付随費用を超える額を代理母に対して支払うことを認めている点に注目すべきである。この営利的な傾向は、代理母の人格的自律に対する重大な配慮であると説明することができる。

しかしイリノイ州でさえ、大多数の州の例に倣い、代理母出産契約を正当化するためには、依頼者側の医療上の必要性の存在を要求している。この医療上の必要性(通常は不妊)は、代理母出産は女性が妊娠による負担(妊娠線、体形の変化、ホルモンバランスの変化、不快や不自由など)を回避したいという単なる願望によるものではないという概念を具体化するものである。また、健全な生殖機能が失われている女性の助けになりたいという代理母の崇高な決断を支えるものでもある。このことは、代理母出産は、依頼者である母親、特に裕福な特権階級にある母親に有利な形で代理母を利用するという懸念を和らげる効果を持っている。

* * *

外国の法律家として、私は、日本の最高裁がこの問題にどのように取り組んだのかということについて大きな関心を持って M・T 夫妻の裁判の判決文を読んだ。この事案は、彼らが有名人であることや個人的な悲劇ゆえに世間の注目を集めるとともに、代理母出産というきわめて難しい問題に光を当てた。この事案に含まれているのは、親子関係に関する基本的な理念、およびそれに付随する権利と義務を伴

う地位を得るにはどうしたらよいかということに対する議論の提起である。最高裁の判断は、MとTの個人的な苦悩に対して否定的であるように見えなくもないが、それとは異なる判断をした場合に生ずる国民に与える影響に鑑みれば、特段驚くべきことではない。法的強制を伴うがゆえに、論争を巻き起こすような判断に直面したとき、通常、アメリカの裁判所は立法府の判断を尊重するが、こうした判断を目にするのは、アメリカ人弁護士・法学者である私にとっては日常的な現象である。これは安易な逃避であるものの、裁判所と議会との制度上の役割の相違を考慮すれば、一般的には全体として適切な判断であるということができる。

このケースに含まれる事情は間違いなく世間の共感を呼ぶものであり、M・T夫妻は「完全」と思われる事実を提示した。すなわち、この夫婦は結婚して数年が経っており、自然分娩で子どもを授かりたいという2人の試みは、Mのがんが見つかったことにより不可能となった。2人は適切な代理母として、既婚で家族のあるCと出会った。この代理母とその夫は、生まれた双子と親子関係を持つことは望まず、当初からM・T夫妻は親としての責任と権利を負うものと理解していた。金銭のやり取りは代理母の妊娠に合理的に関連しており、営利的なやり取りという要素はほとんどない。胎児の着床や出産が行われた手続、施設の安全性にはまったく問題はなかった。子どもの誕生後、M・T夫妻は直ちに親としての役割を引き受け、子の発育にとって必要な親子関係を形成した。ネバダ州法で必要な選考や評価などの要件をすべて満たしていた。結果として、ネバダ州および関係当事者の目から見て、この双子はM・T夫妻の子であることに間違いはない。

こうした説得力のある諸事実を目の当たりにしながら、日本の最高裁は、代理母出産全般に関わるような大きくかつ非常に繊細な問題を回避した。この問題を国会に検討させて自ら判断しないことは、賢明ではあっても特に納得のいく方法ではない。しかしこの判断は、裁判所一般が持つ保守的な性質にびたりと一致し、私が理解する日本の最高裁の保守的な性格とも合致する。

おそらく最高裁は、M・T夫妻がこの双子を遺棄することはないと十分認識していただろう。最高裁の判断により、この双子はこの家族の戸籍には入ることができないとされたのだが、彼ら愛する2人の大人から引き離すものではなく、何らか別の方法により両親の存在をなくすものでもない。起こりうる現実の悲劇は、この

双子を M・T 夫妻から奪い取ることである。私は、戸籍への登録を認めない結果として、この双子が失う法的・個人的権利の大きさを完全に理解することはできない。しかし、最高裁の判断により、誰が子どもの世話をし、安心感を与え、養育し、援助を与えるのかということについて、子どもたちの健全な感覚を失わせることはない、最高裁は認識していたのだと思う。

* * *

むすびに入る前に、この事案を検討していて私の頭をよぎった 2 つのことについて触れておきたい。

まず、私はこの事例を M・T 事件と呼んできたが、焦点が常に母親である M に当てられてきたということである。夫である T の役割は間違いなく重要であるにもかかわらず、本件にかかわる報道にほとんど登場しない。最高裁の判断も同様に母親に焦点が当てられている。

これにはもっともな理由がある。結局、代理母というのは、通常、ある女性のために別の女性に子どもを産ませるというものであり、女性の生殖能力にかかわりがあるものである。また代理母は、代わりの母親という印象を与える。すなわち、女性が実際に子どもを産むという伝統的な母親、胎児が形成されるための卵子を提供した女性（これは次第に普通のものとなってきた）、子を誕生させるための全体的な試みを組み合わせる要望と要求を持つ女性（これは最近新たに現れてきた）。これらの者のうち、誰が母親としての決め手を持っているのだろうかということが問われるのである。そこに、父親に関する検討の余地はほとんど残されていない。

アメリカでは、父親に対する社会的な期待は大きくなり続けているにもかかわらず、母親は依然として家族の中で重要な地位を占めている。親としての母の地位はより重視され、そのため日本ではその地位は高められており、日本の家庭では母親が子どもを育てるほぼ唯一の責任を負っているのが通常である。したがって、M・T 事件における「誰が親か」という問題が、ただちに「誰が母親か」という問題に転じたとしても驚くべきことではない。

M は、2 人のやんちゃな息子を育てることに生活のすべてを捧げるという役割か

ら脱却し、芸能人としてプロフェッショナルな生き方を続けている「母親」という興味深いイメージを呈している。彼女の生き方は、家庭と仕事のバランスをとって日常を慌しく過ごす働く母親に期待されてきたアメリカ人のそれである。彼女の知名度が夫のそれに匹敵し、超えることすらあることが、彼女をより魅力ある存在にする。私は日本の有名人の魅力についてはよく知らないが、女性有名人の魅力と世間の要求は、専業主婦の母親という伝統的な日本のイメージとはかけ離れているのではないだろうか。日本社会がこの裁判に対して一定の役割を果たしたのだとMに対して喝采を送ったとき、彼女に対して、母親としての役割を求める女性として賞賛したのだろうか、それとも有名人を賛美したケースだったのだろうか。私は両方であったらと思う。Mは通常の母親像とは「違う」姿を示していることは間違いない。

2つ目の点は、最高裁における補足意見が、M・T夫妻が子どもたちとの間に法的な親子関係を築く一つの方法として簡単に触れている養子制度の利用の可能性である。多数意見の影響を強く意識して、養子縁組が問題を解決する方法であることを当事者に熱心に説くかのようなのである。

養子制度が日本でどのように理解されているかについて書かれた英語の文献を見たことはないが、伝え聞いた話によると、養子の利用は好ましいものでも、特に望ましい状態ではなく、養子縁組をした子どもその親も学校でのいじめを気にして養子的事实を隠すという。このことが一部でも正しいとすれば、補足意見を書いた裁判官の養子に関するコメントは興味深いものである。

ある意味では、補足意見における裁判官のコメントは、多数意見がM・T夫妻とその子どもたちに与えた苦難を認め、対処しようとする試みであった。つまるところ、補足意見を書いた裁判官は、多数意見はM・T夫妻の選択肢を完全に奪っているわけではなく、養子縁組を通じて、自分たち家族の戸籍に登録ができ、法的な親子関係の状態を築くことができるということを言いたかったのである。

この提案は2つの見方ができる。すなわち、(1) M・T夫妻がこの方法は利用する価値がないと考えるのであれば、無意味な最終手段であり、あるいは(2) かつて検討されたことはないものの、この状況を救う、価値のある選択肢となる。

真の意図はわからないが、補足意見はM・T夫妻にとって助けとなり尊重すべ

き方法を捜し求めたのであり、その趣旨においては、彼らが望むものを得るためにありうる方法として養子制度を提示したのだと想像する。もしそうだとすれば、補足意見は、M・T夫妻の親子関係を否定するというショックを緩和するために、養子制度の地位をひっそりと、かつかすかに「向上させる」ものであったと考えられる。日本法が代理母の助けを借りて生まれた子の登録を阻止し続ける限り、この指摘は適切であろう。

注

- (1) 東京高決平成 18 年 9 月 29 日民集 61 巻 2 号 671 頁。なお、原審は、東京家審平成 17 年 11 月 30 日民集 61 巻 2 号 658 頁。
- (2) 最決平成 19 年 3 月 23 日民集 61 巻 2 号 619 頁。
- (3) *In re Baby M.*, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988).
- (4) もしニュージャージー州最高裁が、本件代理母契約を適法かつ有効であると判示したのであれば、代理母と遺伝上の父親の間には監護権に関する争いは生じない。すなわち、本件契約の下では、代理母は、養子縁組を認めて監護権を放棄し、遺伝上の父親とその妻が監護権を得ることを認めなければならないからである。しかし、本件契約を違法と判断したことにより、ニュージャージー州最高裁は、代理母と遺伝上の父親の双方から監護権の申立てがなされている中で、どちらの親の申立てが優先されるかを決定するのは事実新裁判所 (trial court) の役割であると述べている。したがって、Baby M の監護権は、離婚に伴い監護権を決定する方法と同様に決定されるべきであったのである。
- (5) *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. 4th 84, 851 P.2d 776; 19 Cal. Rptr. 2d 494 (Cal. 1993).