

生殖補助医療とアメリカ法の現状 ——いわゆる代理母から出生した子の母親は誰か——

織田 有基子
おだ ゆきこ

北海学園大学法学部教授

はじめに

1 アメリカにおける代理出産の現状

2 アメリカ実質法

3 アメリカ抵触法

おわりに

はじめに

本稿では、アメリカにおける代理出産の問題、特に、いわゆる代理母から出生した子の母親は誰なのかという点をめぐるアメリカの実質法ならびに抵触法の最近の動きを紹介する。

今回、代理母に関する議論の舞台としてアメリカを選んだ理由は、以下の点にある。子を欲しいと強く願う日本人がアメリカで生殖補助医療を受け、その結果無事誕生した子を日本に連れ帰ってくる例が、最近、インターネットをはじめ各種メディアを通じて報告されている。例えば、マスコミを賑わせたある日本人女優の場合、いったん自然妊娠したものの、その途中で子宮ガンにかかっていることが判明したため、やむなく子宮を摘出したが、「血のつながった」子を是非欲しいという理由でアメリカにおいて代理母を求め、自分とその夫との受精卵を代理母の体内に注入する方法による妊娠・出産に成功し、誕生した子は現在は日本で養育されている⁽¹⁾。このように、アメリカは、現実の場面で、日本との間で国際私法上の問題が潜在的に生じている、あるいは生じる可能性が極めて高い国として考えられる、というのが第1の理由である。

第2に、後に述べるように、アメリカでは、この約10年ほどの間に、代理出

産における母子関係について、実質法上非常に興味ある動きが生じており、加えて、代理出産問題に深く関係する統一親子関係法の改正も行われている。このあたりの事情を確認しておくことは、今後、日本における代理出産の牴触法的側面を検討してゆく上でも必要ではないかと思われる。

なお、「代理母」という用語は、かつては surrogate mother(サロゲイト・マザー)の訳語として広く用いられてきた。しかし最近では、代理出産が大きく2種類に分けて考えられてきていることに伴い、語の用い方に変化が見られる。代理出産方法の1つは、代理母とされる出産女性が自身の卵子を用いて出産する方法で、これはアメリカでは伝統的代理母などと呼ばれている。しかし、この場合の代理母は子宮も卵子も提供しており、出産のみならず遺伝上の母親でもあるから、「代わりに行為する」という意味の surrogate という語を用いるのは適切ではないとの批判がアメリカ国内に存する。また、アメリカ社会においては surrogate mother という言葉自体に否定的ニュアンスが存在するとの指摘もある⁽²⁾。

これに対して、同じく代理出産と言っても、出産女性以外の卵子を用いる方法もある。前出の日本人女優の例はこれに該当する。この場合、出産女性と生まれてくる子供との間に遺伝的つながりはなく、代理母は妊娠・出産の役割を果たすのみである。そこで登場するのが、妊娠、懐胎を意味する gestation(ジェステーション)という言葉である。この語は surrogate よりも包括的な語であり、gestational mother という語は、生殖補助技術によって、遺伝的には無関係な子を懐胎する者と、遺伝的につながりのある子を懐胎する者との両者を含めて論ずるのに適切な言葉であるとされる⁽³⁾。近年、アメリカの判例、制定法、論文などにおいて、この gestation の語は次第に多く見受けられるようになってきており、本稿においても、このような背景をふまえた上で、代理母の語を使用することとしたい。

以下では、まず、アメリカにおける代理母を用いた出産の現状を簡単に説明する。その上で、代理出産における母子関係に関するアメリカ各州の実質法(判例、制定法)、および現行の統一親子関係法の関連規定を紹介し、現在のアメリカの実質法上、この問題への対処方法がいかに多様であるかを確認する。最

後に、この問題の抵触法的側面に関する現在のアメリカの状況に触れることとする。

1 アメリカにおける代理出産の現状

現在のアメリカにおいて代理出産がどのくらい行われているか、その数を明確に示すことは難しい。しかし、アメリカ厚生省の下部組織である Centers for Disease Control and Prevention が毎年行う生殖補助医療全般に関する全国規模の調査⁽⁴⁾から、そのおおよその件数を推測することは可能である。

その調査によれば、2001年に全米で実施された生殖補助医療行為10万7587件のうち、解凍によらない卵子による受精胚を代理母に移植した件数（これは、代理出産のうち、出産女性以外の卵子を用いる方法にはほぼ該当する）は500件弱とされる⁽⁵⁾。なお、伝統的な代理出産（出産女性自身の卵子を用いる）方法は、従来、子の誕生後、代理母がこれは自分の子であると主張して子を依頼者に引き渡さないケースを頻発させたため、最近のアメリカの医療現場ではこの方法は採用されなくなってきており、他方、（出産女性以外の）依頼女性の卵子を用いる新しい方法が、代理出産全体の85パーセント以上を占めるとも言われる⁽⁶⁾。そうであるとすれば、伝統的方法および新しい方法を含めた代理出産全体の件数は年間600件近くのにほることになる。また、生殖補助医療行為全体の約1.5パーセント（1698件）はアメリカ国外居住者に対するものであり、代理出産についても国外居住者に対するものが相当数含まれているものと推測される。ちなみに、生殖補助医療の最大のリスクが多胎妊娠であることはつとに指摘されているが、この統計においても、生殖補助医療行為により無事出産に至った2万9344件のうち、その約35.4パーセント（1万377件）において1度に複数の子（計4万687人）が誕生したことが明らかにされている⁽⁷⁾。

2 アメリカ実質法

次に、代理母が出産した子の母親の決定に関するアメリカ実質法の現状を概観する。アメリカでは親子関係の問題は主として各州法（この中には、判例および制定法が含まれる）によって規律され、また生殖補助医療に関しても、基本的

には州法による規制に委ねられている。そこで、まず州の判例を、次いで州制定法、最後に統一親子関係法の順に紹介する。

(1) 判例

代理出産に関する判例はこれまでにいくつか出されており、その内容は、州により、また時期により大きく相違する。以下に、母子関係確定に関し特に興味深いと思われる9件の判例を、年代順に掲げる。

(ケース1) In re Baby M, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988)

本件は、ベビーM事件として有名な1988年のニュージャージー州最高裁判所判決であり、いわゆる伝統的代理母（代理母と卵子提供者が同一のタイプ）の事案である⁽⁸⁾。不妊の妻を持つ夫が代理母との間で代理出産契約（子が生まれたら子をその妻の養子とし、代理母は母親としての権利を放棄する代わりに金銭を受け取る、など）を締結し、その後無事に子が誕生したが、代理母が子の引渡を拒んだため、夫が代理母に対して契約の履行を求めた本件において、裁判所は、そもそも代理出産契約自体がニュージャージー州法および同州の公序に反して無効であり、同州法の原則に従い、子を出産した代理母を子の母親であると判断した⁽⁹⁾。

(ケース2) Johnson v. Calvert, 851 P.2d 776 (Cal. 1993)

受精胚の移植を受けた代理母の妊娠が判明した後に、出産依頼夫婦と代理母との関係が悪化し、両者とも自分が親であると主張した事案。ケース1とは異なり、出産を依頼した女性（本件では卵子提供者でもある）と出産女性とが異なる新型の代理出産におけるものである。舞台となったカリフォルニアの州法は、母子関係の存否は（父子関係の存否と同じく）血液検査で証明する旨規定していた⁽¹⁰⁾が、本件では代理母と出生子との間には遺伝的なつながりがなく、血液検査が意味を持たないため、新たに別の理論を求める必要が生じた。そこで考えられたのが、親となる意思に基づく親子関係の決定、すなわち親として子を養育しようとする意思を持つ者を親と認める見解である。そもそも出産を依頼する夫婦の存在がなければ子の誕生もなかったわけであるから、その意味でもそ

の依頼夫婦の存在は極めて重要であると考えられ、また子の福祉というファクターも考慮に入れた結果、子の母親は出産を依頼した女性であると判断された。

(ケース3) *Moschetta v. Moschetta*, 30 Cal. Rptr. 2d.893 (Cal. 1994)

ケース1と同じく伝統的代理出産事案である。代理母の妊娠中より出産依頼夫婦間の関係が悪化し、子の出生後に夫が子を連れて家を出たため、妻が夫に対し法的別居および子の親権を求め、これに対し夫は離婚を要求したという事案である。本件訴訟には、代理母自身も親権を求めて参加している。裁判所は、ケース2の事案との差異に留意しつつ、殊に伝統的代理出産契約の実現に対しては公的・法的な関心が強いものの、カリフォルニア州の判例はまだこの問題について明確な答えを出していないとした上で、本件における伝統的代理出産契約は実現不能であると判断した。そしてまた、子は母親を1人だけ持つことができるという前提に立ち、本件においては遺伝上の母親と代理母が一致していることから、容易に代理母を母親と考えることができるとされている。

(ケース4) *Belisto v. Clark*, 644 N.E.2d.760 (Ohio 1994)

ケース2と同様の新型の代理出産事案(代理母は出産依頼女性の姉妹)において、本判決は、ケース2の判決を、「親となる意思」という原則の適用(立証)の困難さ、オハイオ州の公序(契約による親権の放棄や、既存の養子法との不整合など)、遺伝上の親の権利(出産への同意や潜在的親権の放棄)を十分認識していない点などから批判し、より遺伝的要素を重視して、自ら親権を放棄しない限り卵子提供者である出産依頼女性を母親であると論じている。

(ケース5) *In re marriage of Buzzanca*, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Cal. 1998)

1組の夫婦が女性に出産を依頼し、その女性(代理母)はさらに別の男女(ドナー)からそれぞれ精子および卵子の提供を受けて懐胎・出産した後(したがって、依頼女性も懐胎女性もともに、子と遺伝上のつながりはない)、夫が妻に対し離婚を求めたのに対し、妻は子の母親として扶養料を請求した事案。遺伝上の母親(卵子提供者)にも代理母にも子の親となる意思がない本件において、裁判所は、ケース2の判断に従い、親となる意思を有する依頼女性を母親と認めた(なお、依頼男性が父親であるとされ、子に対する扶養責任が認められている)⁽¹¹⁾。

(ケース6) R.R. v. M.H., 689 N.E.2d 790 (Mass. 1998)

伝統的代理出産事案。ロードアイランド州に居住する依頼者の精子と人工受精の結果妊娠し遺伝上の母親でもある代理母(マサチューセッツ州居住)が、懐胎後に心変わりし、自ら母親になることを主張したため、依頼者が代理出産契約⁽¹²⁾の実現を求めた。マサチューセッツ州裁判所は、(同州には代理出産に関する規定はないため、養子法を援用して)代理出産契約には代理母が子の親権を放棄するか否かを定めるための合理的な期間が定められていなければならないなどとして、そのような定めのない本件契約の実現を否定した。

(ケース7) A.H.W. v. G.H.B., 772 A. 2d. 948 (N.J. 2000)

新型の代理出産の事案であり、かつ出産を依頼した妻の姉妹が無償で代理母となったケースにおいて、この依頼夫婦および代理母が、州に対し、出生証明書に記載される依頼夫婦を法律上の親と認めるよう、子の出生前の時点で裁判所に求めた事案。裁判所は、ニュージャージー州は判例法上無償の代理出産を認めているが、(同州の養子法には)子の誕生後子の引渡まで72時間の猶予期間をおくよう定められており、本件はこれに抵触するとして請求を棄却した。

(ケース8) Perry-Rogers v. Fassano, 715 N.Y.S. 2d.19 (N.Y. 2000)

黒人夫婦と白人夫婦の2組の夫婦がそれぞれ人工受精により子を出産する計画であったにもかかわらず、医師側のミスで黒人夫婦の胚が白人妻の子宮に移植された結果、白人夫婦の間に、一人は白人、一人は黒人という双子が誕生してしまった。DNA鑑定の結果、黒人の子は黒人夫婦の子であることが判明し、その黒人の子の母親は誰かが問題となった事案において、裁判所は遺伝的つながりを重視し、母は黒人妻であると判断した。本件ではそもそも出産の依頼がなく代理出産事案とは言い難いが、結果として卵子提供者を母親としたその判断は示唆的である。

(ケース9) J.R. v. Utah, 261 F.Supp. 2d. 1268 (Utah 2003)

出産依頼女性と出産女性が異なる新型代理出産において、依頼夫婦を親とする出生証明書の発給を州に対して求めた事案である。後出のように、ユタ州では代理出産契約が無効とされているため、州法に従うならば代理母が母親になるはずの事案であった。しかし、裁判所は、生殖補助医療の場面において代理

母を母親とする州法の規定は、合衆国憲法およびユタ州憲法上保障されている家族関係に関する基本的自由を、遺伝上の父母について侵害するものであると述べている⁽¹³⁾。

懐胎（ないし出産）、遺伝、親となる意思という3つの要素が、かつてのように1人の女性に集約されていた時代には、問題なくその女性を母親とすることができた。代理出産契約を認める州においても、「伝統的」代理出産事案においてはその代理母（この場合は遺伝上の母親でもある）を母親と解しているようである。しかし、前述のように、出産後のトラブルを回避するために、現在ではそのような医療行為はほとんど行われなくなっており、代理出産の大部分は遺伝と懐胎が別々の女性によって担われている。このような新型の代理出産事案においては、懐胎、遺伝、そして親となる意思という3つのファクターのいずれを優先させるべきか、個々具体的なシチュエーションに応じて検討されている様子がこれらの判例からは窺える。

出産女性を母親とするという従来の見解は、誰を母親とすべきかが一見して明確であり、また、その懐胎期間中、胎児と代理母との間には肉体的・精神的なつながりが生じているとの理由⁽¹⁴⁾から、これを支持する声が現在も少なからず存する。しかし、そもそも自然の方法によって子を誕生させることのできない夫婦が、養子縁組ではなく、リスクの大きい代理出産をなぜ選択するかと言えば、やはり、自分たちと血のつながった、自分たちと同じ遺伝子を持った子を後世に残したいというその1点に尽きるのではあるまいか。だからこそ、DNA鑑定が可能となったこの時代において、懐胎の事実より遺伝上のつながりを優先する考え方が次第に支持を広げているのであろう⁽¹⁵⁾。ケース2を嚆矢とする「親となる意思」というファクターについて、別のカリフォルニア州裁判所判決⁽¹⁶⁾は、あくまでも「実母は1人」という原則を前提とした上で、方や子を出産した女性、片や遺伝的つながりを有する女性という二人の女性が別個に存在して収拾がつかない場合に最後の切り札として用いられる概念が、この「親となる意思」なのであると説明する⁽¹⁷⁾。さらに、遺伝的つながりを持たない女性であっても、「親となる意思」さえ有しているならば⁽¹⁸⁾、「子の最善の利益」

ないし「子の福祉」の観点から、その女性を母親とすることが妥当とされる場合もあり得る⁽¹⁹⁾。生まれてくる子にとってはきちんと養育されることこそが重要であると考えられるからである。ただし、「親となる意思」を有する者が誰であるかについては、代理出産契約において予め明確にされることが要求されるだろう⁽²⁰⁾。代理出産における母親の決定に関する各州の判例は、今後も引き続き注目される。

(2) 制定法

参考までに、代理出産契約の私法上の効力に関する州の制定法の一部につきごく簡単に整理した表を、次に掲げる(表)。一見して明らかなように、現在のところ、この問題について制定法が置かれていない州の方が多く、そのような所では判例が重要な役割を果たすことになる。また、制定法がある州についても、その法の状況は刻々と変わる可能性がある⁽²¹⁾⁽²²⁾。

(表) 代理出産契約の私法上の効果に関する規定の例(概要)

	州名	規定	備考
有効	アーカンソー	Ark. Code Ann. 9-10-201	親となる意思を持つ者が親 (依頼者夫婦が親)
	フロリダ	Fla. Stat. Ann. 742.15	親となる意思を持つ者が親 (報酬付は違法)
	イリノイ	750 Ill. Comp.Stat. Ann. 47/15	となる意思を持つ者が親(対価は禁止)
	ネヴァダ	Nev. Rev. Stat. Ann. 126.045	親となる意思を持つ者が親
	ニューハンプシャー	N. H. Rev. Stat. Ann. 168-B:16	親となる意思/ (遺伝的つながりが要求される場合もあり)
	テキサス	Tex. Fam. Code § 160.754	親となる意思を持つ者が親(報酬付は無効, 実現不能)
	ヴァージニア	Va. Code Ann. 20-158	報酬付きは無効
	ワシントン	Wash. Rev. Code Ann. 26.26.101	
無効	ウェスト・ヴァージニア	W. Va. Code 48-22-803	
	アリゾナ	Ariz. Rev. Stat. 25-218	禁止/ (代理母が母親)
	コロンビア特別区	D.C.Code Ann. 16-402	禁止かつ実現不能/報酬付は民事罰(1万ドル以下), 懲役(1年以下)
	インディアナ	Ind. Code Ann. 31-20-1-2	無効
	ケンタッキー	Ky. Rev. Stat. Ann. 199.590	無効
	ルイジアナ	La. Rev. Stat. Ann. 9:2713	無効, 実現不能
	ミシガン	Mich. Comp. Laws Ann. 722.855	無効, 実現不能, 禁止/罰金(5万ドル以下), 懲役(5年以下)
ネブラスカ	Neb. Rev. Stat. Ann. 25-21, 200	無効, 実現不能	

ニューヨーク	N.Y. Dom. Rel. Law 122	無効, 実現不能 / (報酬付は民事罰 (1万ドル以下), 刑事罰も)
ノース・ダコタ	N.D. Cent. Code 14-18-05	無効 / (代理母が母親)
ユタ	Utah Code Ann. 76-7-204	無効, 実現不能 / (代理母が母親)

同じく私法上有効(無効)であると言っても、その内容は多様である。代理出産契約を有効とする州の中でも、出産を依頼する女性の姉妹が無報酬で代理母を引き受けるケースなどは認めるものの、報酬付きの代理出産契約は無効とする州もある。また、代理出産契約を有効とする州においては、代理母ではなく、親となる意思を有する女性を母親と認める州が多いようである。他方、代理出産を無効とする州の中には、さらに違反者に対する刑罰を規定する州も存する。そもそもなぜ懐胎契約を無効とするのか、その理由としては、赤ちゃん売買につながる危険性を挙げる見解が多い⁽²³⁾。

(3) 統一親子関係法

以上のように、代理出産については、現在のところ州ごとにその対応がまちまちであるが、この点につき今後の一つの方向性を示すものとして、以下に統一親子関係法を紹介する⁽²⁴⁾。

この統一親子関係法 (Uniform Parentage Act) は、その当初のものは嫡出子・非嫡出子の実質的な法的平等を図ることを目指して1973年に制定されたが、生殖補助技術の急速な進展に伴いこの規定では追いつかなくなった点を補うため、1988年に2つの統一法が策定された⁽²⁵⁾。しかし、これらの法は広い支持を得られず、これらを採用した州が極めて少なかった上に、その後の事情の変化に対応する必要も生じたため、それまでの計3つの統一法を整理統合して、2000年に統一親子関係法は新しく生まれ変わることとなった。そしてさらに2002年に改訂が施されている。

全部で9編から成る本統一法のうち、第7編および第8編が広い意味での生殖補助医療に関する規定である。第7編は、親になろうとする女性が懐胎(ないし出産)する場合を扱うのに対して、第8編は、親になろうとする女性以外の

者が懐胎(ないし出産)する場合を扱っている。もっとも、「代理出産契約 (gestational agreement)」と題されている第8編はカッコつきの規定であり、代理出産契約を承認しない州は、この第8編を除く第7編までだけを採択することも可能である⁽²⁶⁾。

本統一法第801条は、代理出産契約が有効と認められるための要件を提示する。代理母になろうとする女性、もしあればその夫、配偶子(卵子および精子)の提供者、および親になろうとする者は、書面により代理出産契約を締結することができる。そして、その契約には、懐胎母になろうとする女性が生殖補助の手段による妊娠に合意すること、代理母、もしあればその夫、および配偶子の提供者は、生まれた子の親としての全ての権利および義務を放棄すること、親になろうとする者が子の親になることなどが含まれていなければならない。親になろうとする男性および女性の双方が、代理出産契約の当事者となる必要があるため⁽²⁷⁾、最初から片親ということは認められないし、また同性カップルが親になることも認められないものと思われる⁽²⁸⁾。もっとも、この男女が法律上婚姻していることは要求されない。嫡出子も非嫡出子も平等に扱おうとする1973年当初の統一親子関係法の基本姿勢を、本条は受け継ぐべきものだからである⁽²⁹⁾。

また、この代理出産契約は、性交渉により妊娠した子の誕生には適用されない。なお、代理出産契約に報酬を付けることは可能である。

第802条および第803条は、代理出産契約を有効とするために不可欠な、裁判所による事前審査に関する条文である。つまり、「親になろうとする者が親だ」という、どこかあいまいに見える方法も、このような裁判所による厳格な審査を前提とした上でのことなのである。代理母または親になろうとする男女は、法廷地州に少なくとも90日間居住していなければ手続を開始できない⁽³⁰⁾。これはフォーラムショッピング防止のためである⁽³¹⁾。なお、2002年改訂前の第803条では、裁判所が確認すべき事項の1つとして、代理母となるべき女性が過去に少なくとも1回は懐胎・出産しており、かつその生まれた子が、これから生まれる子や代理母に健康上の悪影響を与えないことが挙げられていた⁽³²⁾。しかし、現行法ではこの規定は削除され、代理母につき、過去の懐胎・出

産の経験は要求されない。

当該裁判所は、子の誕生後180日を経過するまで、専属的かつ継続的管轄を有する(第805条)。州際間での訴訟競合、およびそこから生じ得る子の奪い合いの危険を極力抑えようとする趣旨である⁽³³⁾。

裁判所によるいわば事後審査に関する規定である第807条によれば、子が生まれた場合、親になろうとする者は、裁判所に対して、生殖補助医療行為の後300日以内に出生の通知を行わなければならない。そして、この通知を受けた裁判所は、親になろうとする者が子の親であると確認すること、必要があれば、親になろうとする当事者に子を引き渡すよう命じること、当局に対し、親になろうとする者を子の親として記載する出生証明書の発行を命じること、などを内容とする決定を出すことが要求される。したがって、仮に日本人夫婦が依頼夫婦となり、この条項を採用している州で代理出産契約を締結し、代理母が子を懐胎・出産した場合には、その州では、出産を依頼した日本人夫婦の名前を出生証明書の親の欄に記載することが法律上要求されることになる⁽³⁴⁾。

締結された代理出産契約が有効とは認められない、つまり裁判上実現できない場合の親子関係は、本統一法第2編に定める原則に基づくこととなる⁽³⁵⁾。すなわち、誕生した子の母親は、卵子提供者が誰であるかにかかわらず、子を出産した女性(代理母)とされる⁽³⁶⁾。ただし、この有効とは認められない代理出産契約に、親になろうとする者として参加した者は、当該契約自体は裁判上実現できないとしても、子の扶養については責任を負うべき場合があるとされる⁽³⁷⁾。

3 アメリカ牴触法

以上のように、実質法レベルでは代理出産に関する議論が盛んに行われているのに対し、牴触法レベルにおける議論は、現在のところあまり活発ではないようである⁽³⁸⁾。代理出産を切実に希望する者は、予め各州法を綿密に調べた上で、代理出産が認められる州へ出かけて行き、そこで代理出産契約の締結・実現を果たす場合が多く⁽³⁹⁾、州際間ないし国際間の事案に関する判例がまだ十分に集積されていないことも関係しているように思われる。

しかし、例えば、代理出産を容認し、かつ親となる意思を有する女性を母親と認めるA州において、A州の女性甲（代理母）が、そのようなことを一切認めないB州の乙夫と丙妻との間で代理出産契約を締結し、子丁が無事に誕生した後、乙夫、丙妻、子丁がB州へ戻った場合、A州では丁の法律上の母は丙妻になるが、では、B州において丁の母は甲と丙のいずれになるだろうか。このような局面において、十分な信頼と信用条項、すなわち合衆国憲法第4編第1節第1文の「各州は、他州の法律、記録および司法手続に対して、十分な信頼と信用を与えなければならない。」という規定との関係が重要となる⁽⁴⁰⁾。前出の統一親子関係法は、その第103条(b)項において、親子関係の決定につき法廷地法主義を採用する⁽⁴¹⁾一方、代理出産に関する第8編前文は、十分な信頼と信用条項にかなり留意して書かれている⁽⁴²⁾。現在のところ、代理出産をめぐる十分な信頼と信用条項の扱い方に関する裁判所の態度は明らかではなく、また、この点に言及する論文も、必ずしも明確な解決方法を提示しているわけではない⁽⁴³⁾。同じ身分関係領域であっても、例えば、養子縁組⁽⁴⁴⁾や同性婚（ないし類似の同性関係）⁽⁴⁵⁾とは十分な信頼と信用条項との関係について熱心な議論があることを考えると、少々アンバランスであるようにも感じられる。しかし、十分な信頼と信用条項については公序に基づく例外が認められると解釈されており⁽⁴⁶⁾、代理出産の許否、ないし代理出産による母子関係の成立についてもそれがあてはまるとすれば、先の設例でいえば、A州において正当に成立した丙妻と子丁との母子関係を、B州が自州の公序を理由に認めないことも十分に考えられる。各州の代理出産に対する対応が大きく異なり、しかもその対応を制定法によって明らかにしていない州が多い現状に鑑みるならば、今後は、代理出産について各州自身が守るべき公序（利益）の範囲・程度と十分な信頼と信用条項とのバランスの取り方に関する議論に注目が集まるものと思われる⁽⁴⁷⁾。

代理出産が行われる際には当事者間で予め「契約」が締結されることから、母子関係の成立についても契約関係の抵触法問題が生じる可能性も考えられる⁽⁴⁸⁾。実は、前出のケース6（R.R. v. M.H., 689 N.E.2d 790）が、この点に若干関わるものである。この事案では、ロードアイランド州に居住する依頼者とマサチューセッツ州に居住する代理母との間で締結された代理出産契約中に、ロー

ドアイランド州法を「解釈」準拠法とするとの条項が置かれていた(ただし、ロードアイランド州も、マサチューセッツ州と同様、代理出産に関する制定法は有していない)。この点について裁判所は、子はマサチューセッツ州で懐胎・出生し、母もマサチューセッツ州の住民であることから、当事者関係や子に関する懐胎契約の意味内容はマサチューセッツ州法によって判断されるべきであるとしている⁽⁴⁹⁾。

代理出産における母子関係をめぐり、アメリカと外国との間で実際に生じた国際的事案の1つに Beasley 事件が存在する⁽⁵⁰⁾。カリフォルニア州に居住する弁護士夫婦(依頼夫婦)とイングランドに居住する女性(Beasley, 代理母)がインターネット上で知り合い、2001年2月、カリフォルニア州において書面による代理出産契約を締結した。言うまでもなく、カリフォルニア州では代理出産契約が判例法上認められている。その後、カリフォルニア州において、夫の精子とドナー提供による卵子との受精卵が、代理母の子宮に注入された。つまり、本件においては、出産依頼女性および代理母と生まれてくる子との間には遺伝的つながりは存在しない。7週間後に双子を妊娠していることが判明し、依頼夫婦は減数手術を希望したのに対し代理母側がこれを拒否したため、両者間に対立が生じ、依頼夫婦は代理出産契約を撤回した。そこで代理母は、カリフォルニア州の家庭裁判所において、生まれてくる双子の親は自分であること、しかし自分には双子を扶養する経済的余裕がないので養子手続を行いたい旨の申し立てを行った。この時点では、代理母に親となる意思のないことが明らかである。同年10月、家庭裁判所は、依頼夫婦が子の共同監護権を有し、代理母には親たる権利も義務もないと判断した⁽⁵¹⁾。その後、代理母はイングランドへ帰国して双子の女兒を出産し、今度は自分で子供たちを育てることを決意した。

他方、依頼夫婦は、イングランドの家庭裁判所に、ハーグ子奪取条約⁽⁵²⁾に基づき子の返還を求める申し立てを行ったが、2002年2月、裁判所は、(子の返還先となるべき)子の常居所がイングランドにもカリフォルニア州にもないとして申し立てを棄却した⁽⁵³⁾。依頼夫婦は、その後すぐに、今度はハーグ条約によらずにカリフォルニア州への子の返還を求めたところ⁽⁵⁴⁾、これが認められ、子の将来を決めるのに最も適切な法域はカリフォルニア州であるとされたのである。

なぜなら、① 遺伝上の父およびその妻がカリフォルニア州に居住しており、本件代理出産契約はカリフォルニア州で締結され、カリフォルニア州は既にこの問題を把握しているなど、本件のほとんどの要素はカリフォルニア州に関わっているのに対し、イングランドとの関係はほんの偶然的なものに過ぎない、② イングランド裁判所は、コミティに基づき、カリフォルニア州裁判所が子の最善の利益に適った結論を出すことを信じなければならないと考えられ、③ カリフォルニア州において当事者が対等に戦いうるか否かは確かに疑問であるが、それは本件に限らず渉外事案一般の問題だ、などの理由からである⁽⁵⁵⁾。代理母が居住するイングランドの法律は代理母を母親としており、しかもこのことは、受精卵や配偶子の注入当時、代理母がイングランド国内にいたか否かを問わず適用されると規定している⁽⁵⁶⁾。それにもかかわらず、である。イングランド裁判所は、合衆国憲法の十分な信頼と信用条項の考慮を要求されるわけではないが、結局、裁判管轄ないしコミティといった理論を用いて、カリフォルニア州裁判所による法廷地法の適用を最大限に尊重したと言える。その後、この事案がどのような解決を見たかについては明らかではない。

おわりに

アメリカ実質法上、代理出産に対する態度は州ごとにまちまちである。代理出産を制定法により認めない州もあれば、制定法がなくとも判例法でこれを認める州もある。また、代理出産により誕生した子の母親についても、出産女性を母親とする従来の姿勢を続ける州がある一方で、遺伝上つながりのある女性を母親とする州があり、さらに「親となる意思」に基づいて判断する州も存在する。代理出産に関するこのような州ごとの相違は、統一親子関係法の登場によってさらに拡大する可能性があるように思われる。なぜなら、この統一法中の第8編が、代理出産を認める前提に立った上で、これまでに当然と考えられてきた種々の制約（たとえば、代理母となりうる要件）を可能な限りはずす一方、裁判所による事前・事後審査を厳格に行うことによって安全かつ公正な代理出産を保障し、「親となる意思」を有する者を親と認めるという極めて新しい規定となっているため、本統一法を採用する州とそうではない州との間の格差はま

すまず広がるものと予想されるからである。

代理出産に関する法制度のこのような相違によって生じる州際(国際)間の法抵触について、アメリカ国内における議論が十分に尽くされたとは未だ言い難い。ただし、前述のように⁽⁵⁷⁾、統一親子関係法は、親子関係一般につき法廷地法主義を採用しながら、十分な信頼と信用条項に配慮する姿勢を示している。また、州裁判所の中には、代理出産の実質法的側面につき州法(判例法, 制定法)が存在しない場合に、裁判所の関与を常に必要とする養子手続を参照して判断する所があることから、十分な信頼と信用条項およびその公序に基づく例外について、養子縁組における議論を参照することも可能であろう⁽⁵⁸⁾。さらに同性婚における抵触法的側面に関わる議論も有用であるかもしれない。

アメリカにおいては、代理出産における母子関係をはじめとして、子を殴って死亡させた遺伝上の父親を紹介した不妊センターの責任⁽⁵⁹⁾、保存受精胚を用いて出生した子の相続権⁽⁶⁰⁾など、生殖補助医療をめぐる多様な問題が生じており、その各々について抵触法的側面を考えることができる。代理出産問題の解決に取り組む上で、こうした情報の収集、分析、整理を重ねてゆく努力が、これからも引き続き求められるだろう。(本稿は、2003年10月13日開催の第109回国際私法学会における報告に、若干の加筆修正を施したものである。ご教示を賜った諸先生に、この場を借りてお礼申し上げる次第である。)

- (1) 2003年11月に双子の男児が誕生した後、日本の法務省は、この子らに日本国籍は認めるが、実子としての戸籍の届出は受理しないとの見解を示している(2004年6月)。これに先立ち、カリフォルニア州で代理出産により生まれた子を日本で実子として届け出たところ、その母親の年齢が50歳を越えていたため、民事局長達達(昭和36年民事甲2008号)に則って行われた調査により代理出産の事実が判明したという事案において、当該代理出産契約がカリフォルニア州裁判所により認定されていることから、これを父親による胎児認知とみなすという新しい解釈により子に日本国籍を付与するという判断を、法務省は行っている(2003年11月)。このように、国境を越える代理出産の問題は、日本においても顕在化しているのである。
- (2) National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Parentage Act (Last amended or revised in 2002) (以下、UPA) Article 8, comment para.5.
- (3) 前注, UPA Article 8, comment para.6.

- (4) この調査・統計は、連邦法である Fertility Clinic Success Rate and Certification Act (1992) により、全米各地のメディカルセンターから厚生省に対して毎年行われる報告内容を利用して作成されるものである。2004年7月現在、Assisted Reproductive Technology Surveillance-United States, 2001 (<http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/ss5301a1.htm>) が最新版であり、以下ではこの中の数字を用いる。
- (5) 前注、Table-3の数値より算出。
- (6) Skaine, "Paternity and American Law" (McFarland, 2003) p.113.
- (7) Surveillance, p.6, および Table-5.
- (8) 本件では、代理母に出産を依頼した夫の精子が利用されている。なお、本判決については、樋口範雄「代理母訴訟判決—ニュー・ジャージー州のベイビーM最高裁判決をめぐって」法学教室 96号 76頁など。また、より全体的には、中村恵「人工生殖と親子関係—アメリカ法を中心として(1), (2完)」上智法論 41巻3号 107頁, 4号 265頁 (1998)。
- (9) ニュージャージー州では、金銭授受のある(私人間の)養子縁組は「赤ちゃん売買」の虞があるため制定法で禁じられていた。N.J.S.A. §9: 3-54a. この違反に対しては刑罰が科せられる。N.J.S.A §2C: 43-1b, 2C: 43-6a(3). ただし、本件では、「子の最上の利益」の観点から、子の養育は依頼夫とその妻が行い、親権を有する母(代理母)には面接権が認められることとなった。
- (10) 本判決後、州法は改正され、事情は若干異なっている。Cal. Fam. Code §7551 (Order for genetic tests is civil proceeding involving paternity; "Genetic tests")
- (11) 本判決は控訴審判決であるが、同年6月に上告棄却判決が出ている (1998 Cal. LEXIS 3830)。
- (12) 判決文からは明らかではないが、本件代理出産契約はおそらくマサチューセッツ州において締結されたものと思われる。
- (13) ユタ州では代理出産契約を有効とする法案が、2004年11月現在、州議会に上程されている。
- (14) 例えば、(ケース7) 772 A.2d. 948, 953.
- (15) 遺伝上のつながりを明確にしておくことは、近親婚の防止にも資するものと解される。
- (16) Robert v. Susan, 135 Cal. Rptr. 2d 785 (Cal.2003).
- (17) 同上, p. 789. 「親となる意思」アプローチについては、Storrow, Parenthood by Pure Intention : Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage, 53 Hastings L. J. 597 (2002) なども参照。
- (18) ケース5参照。

- (19) Sheldon, Surrogate Mothers, Gestational Carriers, and a Pragmatic Adaptation of the Uniform Parentage Act of 2000, 55 Me. L. Rev. 523 (2001), Larkey, Redefining Motherhood : Determining Legal Maternity in Gestational Surrogacy Arrangemnets, 51 Drake L. Rev. 605 (2003)などを参照。
- (20) 「親となる意思」アプローチを補完する方法を提案するものとして、例えば、Gillers, A Labor Theory of Legal Parenthood, 110 Yale L. J. 691 (2001)など。
- (21) 2004年9月現在(ただし、イリノイ州法の規定は2005年1月より発効予定)。アメリカ法データベース Lexis-Nexisに基づく。
- (22) その他、アラバマ州法およびアイオワ州法上、代理出産を赤ちゃん売買禁止規定の適用範囲に含めない旨の規定はあるものの (Ala. Code 26-10A-34, Iowa Code Ann. 710.11), その私法上の効果は不明である。また、ウィスコンシン州は、出生証明書に代理母に関する情報の記載を要求する旨の規定を有する (Wis. Stat. 69.14(1)(h))。
- (23) Baughman, In Search of Common Ground: One Pragmatist Perspective on the Debate Over Contract Surrogacy, 10 Colum. J. Gender & L. 263 (2001), Garavaglia, The Value of the Post-Modern Child: Property, Personhood or Purgatory?, 80 U. Det. Mercy L. Rev. 1 (2002). なども参照。この点は、前出のベビーM事件 (In re Baby M) においても指摘されている。
- (24) 統一親子関係法全体を紹介するものとして、中村恵「アメリカの新統一親子関係法」比較法研究第64号112頁(2003)がある。
- (25) Uniform Status of Children of Assisted Conception Act (USCACA), および Uniform Putative and Unknown Fathers Act (UPUFA)。
- (26) 2004年11月現在、採択州は、デラウエア、テキサス、ワシントン、ワイオミングの4州であり、州議会に上程中の州は、カリフォルニア、イリノイ、メイン、ニュージャージー、ユタの5州である。このうち、第8編を含めているのは、テキサス、イリノイ、メイン、ユタの各州である。本統一法の採択状況は、Uniform Law Commissioners のウェブサイトに掲載されている (http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upa.asp)。
- (27) 同条(b)項。
- (28) ただし、同性婚ないしこれに類似する同性関係を認める一部の州(例えば、ヴァーモント州やマサチューセッツ州など)が、今後、本統一法の採択を検討することになれば、この点は問題となろう。
- (29) UPA Sec.801 comment, para.3.
- (30) 同条(b)項(1)号。

- ③1) UPA Sec.802 comment, para.2.
- ③2) UPA (2000) 第 803 条(b)項(5)号。
- ③3) UPA sec.805 comment.
- ③4) 各種報道によれば、冒頭に挙げた日本人女優の場合も、アメリカ・ネヴァダ州の出生証明書の親の欄にはその日本人夫婦の名前が記載されているとのことである。
- ③5) 第 809 条(b)項。
- ③6) 第 201 条(a)項(1)号。
- ③7) 第 809 条(c)項。
- ③8) 代理出産と抵触法一般については、Appleton, Surrogacy Arrangements and the Conflict of Laws, 1990 Wis. L. Rev. 399, Grammaticaki-Alexiou, Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law: Artificial Reproduction Technologies and Conflict of Laws: An Initial Approach, 60 La. L. Rev. 1113 (2000) など。Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage, 113 Harv. L. Rev. 837 (2000) などの著者である Marsha Garrison 教授も、代理出産に関連する抵触法上の議論はあまり盛んではないようだと言っている(2003 年来日時における発言)。
- ③9) この点については、アメリカの代理出産に関するウェブサイトでも注意を促しているものが多い。
一例として、<http://www.everythingsurrogacy.com/cgi-bin/main.cgi?Laws#notes>.
- ④0) この規定は、アメリカ合衆国が連邦制をとりつつも 1 つの国家として機能するために重要な役割を果たすものとして考えられている。
- ④1) 第 103 条(b)項は次のように規定する。「裁判所は親子関係につき当州の法を適用しなければならない。以下の地の法は適用されない。(1) 子の出生地、または(2) 子の過去または現在の住所地。」同項のコメントによれば、この規定は、「裁判所はその法域の実質法 (local law) を適用する」とすることによって法選択原則 (あるいは法適用関係) を単純化したものである。
- ④2) 第 8 編前文の第 3 段落において、親となろうとする者の住所地の法が、懐胎契約を無効とし、またはこれに刑事罰を科すような法を有している場合には、十分な信頼と信用の問題が生じる、と述べられている。なお、同法第 311 条は、他州における父親による認知についてのものであるが、十分な信頼と信用を与えることを要求している。
- ④3) 若干古いものであるが、前出、注③8) の Appleton 論文は、こうした問題に真正面から取り組んだ詳細な論文である。比較的新しいものとして、例えば、前出、注③9) の Larkey 論文など。

- (44) 例えば, Whitten, Choice of Law, Jurisdiction, and Judgment Issues in Interstate Adoption Cases, 31 Cap.U.L.Rev.803 (2003), Seymore, International Adoption and Cultural Transformation : International Adoption & International Comity : When is Adoption “Repugnant”?, 10 Tex. Wesleyan L. Rev. 381 (2004).
- (45) 例えば, Cox, Adoptions by Lesbian and Gay Parents must be Recognized by Sister States under the Full Faith and Credit Clause Despite Anti-Marriage Statutes that Discriminate Against Same-Sex Couples, 31 Cap.U.L.Rev.751 (2003), Strasser, Marriage, Transsexuals, and the Meaning of Sex: on DOMA, Full Faith and Credit, and Statutory Interpretation, 3 Hous.J.Health L. & Pol’y 301 (2003), (Anonymous) Constitutional Constraints on Interstate Same-Sex Marriage Recognition, 116 Harv.L.Rev. 2028 (2003), Woudenberg, Giving DOMA Some Credit: The Validity of Applying Defense of Marriage Acts to Civil Unions under the Full Faith and Credit Clause, 38 Val.U.L.Rev.1509 (2004), McShea, Roesengarten v. Downes : Connecticut Refuses to Dissolve Vermont Civil Union, 22 Quinnipac L. Rev. 523 (2004) など。

熱心に議論が行われる背景には, 同性婚などの同性関係について, ヴァーモント州のシヴィル・ユニオン法制定やマサチューセッツ州最高裁判所のグッドリッジ判決(Goodridge v. Department of Public Health, 440 Mass. 309, 798 N.E.2d 941 (2003)) など画期的な事態が生じていることも関係しているものと思われる。なお, 子を生むことができない同性カップルが子を欲する場合には, 養子縁組または代理出産の方法をとることが考えられるため, この3つの問題は一緒に論じられる場合も多い。

- (46) Restatement of Law 2d., Conflict of Law (1988) §103.
- (47) Combs, Stopping the Baby-Trade: Affirming the Value of Human Life through the Invalidation of Surrogacy Contracts : A Blueprint for New Mexico, 29 N.M.L Rev. 407 (1999) は, この問題に触れている。Fink & Carbone, Between Private Ordering and Public Fiat : A New Paradigm for Family Law Decisionmaking, 5 J.L. Fam. Stud. 1 (2003) は, 抽象的ながら十分な信頼と信用条項に言及する。また, 十分な信頼と信用条項には言及していないものの, 代理出産契約と州の公序との関係に若干の関心を払うものとして, Morley, Arbert, Kneedler & Pereira, Developments in Law and Policy : Emerging Issues in Family Law, 21 Yale L. & Pol’y Rev. 169 (2003), Holliday, Who’s Your Daddy (and Mommy) ? Creating Certainty for Texas Couples Entering into Surrogacy Contracts, 34 Tex. Tech L. Rev. 1101 (2003).
- (48) 抵触法問題に直接触れてはいないが, 代理出産「契約」に着目して論じるものとして, 例えば Warlen, The Renting of the Womb: An Analysis of Gestational Surrogacy Contracts under Missouri Contract Law, 62 UMKC L. Rev. 583 (1994), Ohs, The

Power of Pregnancy: Examining Constitutional Rights in a Gestational Surrogacy Contract, 29 Hastings Const. L.Q. 339 (2002) など。

- 49) 689 N.E. 2d 795. 本判決については, Plant, With a Little Help from my Friends: The Intersection of the Gestational Carrier Surrogacy Agreement, Legislative Inaction, and Medical Advancement, 54 Ala. L. Rev. 639 (2003) および Faulkner, Applying Old Law to New Births : Protecting the Interests of Children Born through New Reproductive Technology, 2 J. High Tech. L. 27 (2003) に若干の記述が見られる。また, 代理出産契約における準拠法選択の可否について, 第2次抵触法リストイメント中の契約に関する規定を手がかりとしつつ当事者による準拠法選択を認め, 法廷地法の適用を導いた判例も報告されている (Hodas v. Morin, 814 N.E. 2d 320 (Mass., 2004))。このような論点については, 親子 (家族) 関係法および契約法の双方の観点からの検討が求められるであろう。
- 50) この事案については, 当時の新聞報道の他, 前出, 注(6)の Skaine 論文や前出, 注(8)の Ohs 論文などにも若干の記述が見られる。ただし, 本件訴訟は世間で非常に騒がれ, カリフォルニア州裁判所がギャグ・オーダー (箝口令) を出したため, 残念ながらもつきりしない点も多い。
- 51) W and B v. H (Child Abduction: Surrogacy) [2002] 1 FLR 1008. この事件について, カリフォルニア州裁判所の記録は公開されていないようである。なお, この裁判では, 法廷地法であるカリフォルニア州法が適用されている。
- 52) Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (1980).
- 53) 前出, 注(5)。なお, イングランドを子の常居所と考えない理由として, 代理母が子の遺伝上の親ではない点を挙げている。
- 54) 管轄問題を争点としている。
- 55) W and W v. H (Child Abduction: Surrogacy) [2002] 2 FLR 252 (2002年4月10日)
- 56) Human Fertilisation and Embryology Act 1990 §27(1), (3).
- 57) 前出, 注(4), および注(2)。
- 58) 例えば, Restatement of Conflict of Laws (2nd) §290 (Incidents of Foreign Adoption) comment c.
- 59) Huddleston v. Infertility Center of America Inc., 31 Pa. D. & C. 4th 128 (Pa. 1996). 遺伝上の母親でもある代理母 (伝統的代理母) が, 子を不法死亡させた遺伝上の父親を紹介した不妊センターの不法行為責任を問うたところ, 裁判所は, 父親の殺害行為は予見不可能であり, 被告はそれについて責任を負わないと判示。本件においては, 不妊センターおよび子の出生地がインディアナ州, 父親の居住地がペンシルヴァニア州であったため, その準拠法が問題となったが, 判決は, 本件は虚偽の抵

触の事案であり、抵触法問題を考える必要はないとした。

- (60) Woodward v. Commissioner of Social Security, 760 N.E. 2d. 257 (Mass. 2002). マサチューセッツ州最高裁は、夫の死後にその保存精子を用いて妻が懐胎・出産した子の（無遺言）相続権について、一定の要件を充たせば（夫と子の間に遺伝関係があること、夫が生前、自分の死後にその精子を用いて妻が懐胎すること、そしてその結果誕生した子に扶養を与えることについて、明確に同意を与えていたこと、など）、これを認めると述べている。前注、注(49)の Faulkner 論文など、本判決に言及する文献は多い。