

代理出産契約の効力

菅野耕毅

目次

一 序 文

二 代理出産契約の意義と類型

三 代理出産契約の法的構成

(一) 代理母契約の内容

(二) 懐胎母契約の内容

(三) 代理出産の民法的構成

四 代理出産契約の効力

(一) 生殖の自由と制限

(二) 代理出産と公序良俗

(三) 代理出産と金銭支払の契約

五 結 語

付属資料(一) ベビーM事件における代理出産契約書

付属資料(二) ベビーM事件判決(Stern v. Whitehead)

付属資料(三) ベビーC事件判決(Johnson v. Calvert)

一 序 文

わが子をもちたいというのは普遍的な願望であり、歴史的にも古くから見られ、一族の存続繁栄のためにそれが必要であった時代においては、とくにそれが強かったものと思われる。例えば、旧約聖書には、子が生まれなかつた妻サライは夫アブラムに「わたしの女奴隷のところに入ってください。わたしは彼女によつて、子を与えられるかも知れません」と頼み込み、女奴隷ハガルを側妻にして子(イシユマエル)を産ませた話(創世記一六章一―三節)、ヤコブの妻ラケルは子が欲しくて自分の女奴隷ビルハを夫ヤコブの側妻にして子(ダン、ナフタリ)を産ませた話(創世記三〇章一―八節)などが記されている。

現代においては、人工授精(artificial insemination)、さらには体外受精(in vitro fertilization)などの生殖医療技術の進歩により、そうしたことが技術的に可能になってきた。とくに、近年では、「代理母」による出産の方法がとられるようになり、アメリカやヨーロッパにおいて実際に実施されるとともに、その是非についての議論も活発に行われてきた。

この代理出産については、最近、わが国の不妊夫婦においても需要があり、アメリカ等に赴いて、この方法を利用しているとのニュースもいくつか伝えられるようになった。こうした状況については、これをどのように受け止めるべきか、わが国においても十分に議論する必要がある。この代理出産の問題は、産科医療の問題であると同時に、社会的な問題でもあるので、これを倫理的、社会的、法的な側面から検討する必要がある。

本稿においては、この代理出産の契約的側面、とくにその契約の効力をどう考えるかについて、アメリカのベビー

M事件判決やベビーC事件判決などを素材としながら、主にその契約の効力と公序良俗との関係を中心として、若干の考察をすることにする。

(一) この物語では、女奴隷ハガルが身籠ると自分の立場を忘れて女主人サライを見下すようになったため、この二人の間に争いが起こり、サライは身重のハガルを追い出す結果となるが、天使が現れてハガルとその子を保護して、無事に出産するに至るといふ筋書きとなっている。これは、現代の代理母事例において、代理母志願者が実際に妊娠し出産すると、当初の意思を撤回して依頼者側と争う筋書きと似ているし、また天使の保護は、当事者間の約束はどうかであれ実際に懐胎出産する女性の親としての権利と子の利益を守るべしとする裁判所の考え方と相通じるものを感じられて興味深い。

(二) 平成二年(一九九〇年)九月時点で、ロサンゼルス市の代理母斡旋センター(Center for Surrogate Parenting, Inc.)を開業するウイリアム・ハンデル弁護士によると、これまでに日本人夫婦四組の子ども四人が誕生し(第一号の子は三歳半)、ほかに妊娠を試みている待機組が九組あるとのことである(朝日新聞平成二年九月一〇日)。

また、平成四年(一九九二年)八月、代理母斡旋会社ICNY(Intertility Center of New York)を開業するノエル・キーン弁護士によると、これまでに代理出産を試みた日本人夫婦が一〇組あり、そのうち一組が実際に子どもを引き取り、さらにこのほかに一五組が登録を希望しているとのことである(朝日新聞平成四年八月三十一日)。その一組は、四〇歳代の夫婦で、ICNYで米国人代理母リストの中から日本人と容姿の似た人を選んで契約を結び、夫の精子で人工授精をし、平成三年一〇月に米国内で出産、夫婦は一か月米国内に滞在し、米国で妻が出産したことにして領事館に実子の出生届をして一一月に帰国した、費用は約七〇〇万円という(朝日新聞平成四年四月八日)。

二 代理出産契約の意義と類型

一般に、子を産めない妻の代わりに他の女性が夫の子を産む場合に、その妻の代わりに子を産む役割を果たす女性性を「代理母」といい、それを引き受ける行為を「代理妊娠」とか「代理出産」と呼んでいる。これは、多くの場合、夫の精子を用いて代理母に人工授精をするか、または体外受精をしてその胚子を移植するのであるが、最近さらに、子を欲している妻自身の卵子を用いて体外受精をし、その胚子を代理の女性に移植して代理出産をする場合もみられ、この場合は「借り腹」ないし「貸し腹」などともいわれている。

ところで、これらの用語法については、わが国でも、^三外国でも、論者によりさまざまであり、必ずしも統一されてはいない。アメリカの例でみると、例えば、アイオワ法科大学セミナーがまとめた模範法律案は、つぎのように定義している。^四「surrogate(代理母)」とは、代理母契約により、親になることを希望する夫婦のために子を妊娠することを合意した女性をいう。「surrogate contract (代理母契約)」とは、代理母関係を規定する本法各条項の諸条件に従う合意をいい、「surrogacy arrangement(代理母関係)」とは、子の出産後、親になることを希望する夫婦が出生した子の親になるという目的のもとに、父になることを希望する者の精子と母になることを希望する者の卵子のいずれかまたは両方を使って、性交以外の手段により女性が妊娠することに同意する全ての関係をいう旨を規定している。^五

この定義によると、「代理母」は、「父になることを希望する者の精子」(と代理母の卵子)を用いる場合のほかに、「母になることを希望する者の卵子」を用いる場合をも含めて、広い意味に用いられている。後者の「母になるこ

とを希望する者の「卵子」を用いる場合は、卵子を提供した妻と、妻の代わりに受精卵（胚子）の移植を受けて妊娠し出産した女性とは、どちらも母親といえることから、その区別が必要になる。すなわち「genetic mother（遺伝的母）」と「gestational mother（懐胎母）」との区別である。これについては、アメリカ自由人権協会（American Civil Liberties Union）は、^(六)じぎのよう^(六)に定義をしている。「gestational mother（懐胎母）」とは、出産後に子に対する権利を放棄する意図をもって、他の人のために、子を懐胎し分娩することに同意する女性をいい、「genetic mother（遺伝的母）」とは、代理出産協定から生まれる子の法的・監護的親となる意図をもって、遺伝物質すなわち卵子を提供する、懐胎母以外の非匿名の女性をいう。しかし、ここでも、懐胎母の用語は、(a)懐胎母が遺伝物質を提供し、それゆえ遺伝的母であり、かつ懐胎母である場合と、(b)懐胎母以外の誰かが遺伝物質を提供している場合の二つの関係を示すものとしているので、「gestational mother（懐胎母）」の範囲は、上述の「surrogate（代理母）」の範囲と一致することになり、用語法上重複がみられることになる。

なお、ドイツでも用語法は統一されていないが、判例では「Leihmutter（代理母）」が多く用いられる。^(七)ドイツの養子縁組斡旋法（一九八九年改正）では、「合意に基づいて、人工的な受精あるいは自然の受精を受入れ、あるいは自らの血統でない胚を移植させ、あるいはその他の方法で懐胎し、その結果出生した子を、養子またはその他の方法による継続的受容を目的として、出生後に第三者に引き渡す意思を有する女性」を「Ersatzmutter（代理母）」と定義（二三条a）している。^(八)一方、M・ハーダーは、妻が不妊のため、父となることを希望する夫の精液を使って人工授精を受ける意思のある女性を探し、それにより懐胎・出産された子がその不妊夫婦に引き渡される場合、その女性を「Ersatzmutter（代理母）」とし、夫の精子と妻の卵子を用いて授精し、その胚子を別の女性の子宮に移植して、出産後にその子を夫婦に引き渡す場合の女性を「Leihmutter（貸腹の母）」としている。^(九)ドイツ法律家

集会決議（第五六回、一九八六年）は、自然または人工的に受胎し、自分の子の出生後に、母となることを希望する者（そして同時に精子提供者でもある父となることを希望する者）に渡すべく義務づけられた女性を「代理母」と呼び、他の女性の受精した卵子を懐胎し、出生後は子を卵子提供者（遺伝的母親）に渡すことを義務づけられた女性を「懐胎母」と呼んでいる。⁽¹⁰⁾

このような状況を考慮して、本稿では、子を欲する夫婦に代わって出産する行為を広く「代理出産（surrogacy, surrogate parenting）」、その役割を果たす女性を、広義の「代理母（surrogate, surrogate mother）」ということにする。そして、その代理母のうち、代理母自身の卵子が用いられる（人工授精であると体外受精であるとを問わず）場合を、狭義の「代理母」とし、子を欲する夫婦の妻の卵子を用いて体外受精をした後に胚子（受精卵）を移植する場合を、その卵子を提供した「遺伝的母親（genetic mother）」と区別する意味で、「懐胎母（gestational mother）」（これは「借り腹」とか「貸し腹」などとも呼ばれる⁽¹¹⁾）ということにしたい。

(三) わが国の多様な用語法については、高嶋英弘「代理母契約と良俗違反——ドイツの判決を素材にして——」京都産業大学論集二三巻一号（一九九三年）四八頁、六八頁参照。

(四) Model Human Reproductive Technologies and Surrogacy Act, 72 IOWA L. Rev. 943 (1987). アメリカ医事法研究会（代表・植木哲）「ヒト生殖技術および代理母に関するモデル案」ジュリスト九七三号（一九九一年）一〇〇頁。

(五) 「代理母（surrogate mother）」の用語法には、つぎのような批判もある。「代理母（surrogate mother）」という用語は、通常の用語法では不正確である。というのは、一般に、サロゲイト（surrogate）とは、生物学上の父親の妻に譲る子どもを産んだ母親ではなくて、他人の産んだ子どもを育てる人をいうからである。もっと良い用語は「代理妻（surrogate wife）」または「繁殖母（breeding mother）」であろう。もし、妊娠が子どもを育てるつもりから女性からもってきた卵子によるのであれば「代理子宮（surrogate womb）」が適切な用語である。A. M. Capron and M. G. Radin, "Choosing

Family Law over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood," Larry Gostin, Surrogate Motherhood, 1990, p.72.

- (六) The American Civil Liberties Union, Larry Gostin, Surrogate Motherhood, 1990, p.293.
- (七) 岩志和一郎「西ドイツにおける代理母問題」判例タイムズ五九七号（一九八六年）七頁。
- (八) Vgl. Deutsch, Arztrecht und Arzneimittelrecht, 2. Aufl. (1991), S.219. 高島英弘「代理母契約と良俗違反——ドイツの判決を素材にして——」前掲五〇頁。
- (九) M・ハーダー著、河上倫逸・平田公夫訳「人工生殖医学の家族法上の諸問題——誰が母なのか・ドイツの場合」法律時報五九卷一二号（一九八七年）二八―二九頁、M・ハーダー著、河上倫逸・平田公夫訳「誰が母なのか——人工生殖医学の家族法上の諸問題」河上倫逸ⅡM・ハーダー編『ドイツ法律学の歴史の現在』（ミネルヴァ書房、一九八八年）二五七―二六〇頁。
- (一〇) 第五六回ドイツ法律家集会決議・民法法部会「ヒトにおける人工授精」河上Ⅱ星監訳『人為的生殖医療技術をめぐる議論状況』法律時報五九卷一二号（一九八七年）五三―五五頁。
- (一一) P・シンガー&D・ウェールズ著、加茂直樹訳『生殖革命』（晃洋書房、一九八八年）一九九頁は「完全な代理妊娠」（部分的代理妊娠と対比）、樋口範雄「代理母の親子関係」判例タイムズ七四七号（一九九一年）一八四頁は「完全代理母」（二部代理母と対比）、山海谷 超「ルポ代理母裁判②」法学セミナー四三七号（一九九一年）七一頁は「宿主代理母」（伝統的代理母と対比）⁴⁴ Ralf AAR Lawrence, The Medico-legal, Social and Ethical Implication of Surrogate Parenthood (Med Law [1992] 11: p.661) ⁴⁵ 「Fullsurrogacy (parcial surrogacyと対比) などといった呼び方をしている。

三 代理出産契約の法的構成

(一) 代理母契約の内容

狭義の代理母の契約は、どのような内容をもっているであろうか。その典型的な例として、アメリカのニュージャージー州のベビーM事件 (Stern v. Whitehead) があげられるので、その契約内容の概略をみてみよう。^(二)

この事例は、ユダヤ人虐殺によるスターン家の唯一の生存者であるウイリアム・スターン (四一歳、生化学者) が血縁の子を残したいと思っただけでも、一一年前に結婚したスターン夫人 (四一歳、小児科助教授) が多発性硬化症に罹り妊娠は危険となったため、ニューヨーク不妊センター (ICNY) を通じて代理母契約をした事例である。その代理母契約は、「代理母」メアリー・ベス・ホワイトヘッド (二九歳、二児の母) およびその「夫」リチャード・ホワイトヘッド (年齢不詳、ゴミ収集人) と、「実父」ウイリアム・スターンの三人を当事者として、つぎのような内容の合意により構成されている。契約当事者の関係を図示すると、図1のようになる。

その内容は、①代理母メアリー・ベス・ホワイトヘッドは、実父ウイリアム・スターンの精子による人工授精を受け、妊娠したときは産期まで懐胎して出産し、出産後は直ちに子を実父に譲り渡し、自ら親権をすべて終了させること、②代理母の夫リチャード・ホワイトヘッドは、妻がこの人工授精を受け、出産後は直ちに子を実父に譲り渡し、親権をすべて終了させることに同意し、血液検査その他その子の父性推定を反証するのに必要なあらゆる行為をすること、③実父ウイリアム・スターンは、代理母メアリー・ベス・ホワイトヘッドに対し、その妊娠に伴う

医療、入院、医薬品、検査、療法などの諸費用を支払い、子の監護権の譲渡しがなされた後は直ちに、代理出産サービスおよび彼女の義務履行に要した費用の補償として一万ドルを支払うこと、というものである。

その他に、代理母メアリー・ベス・ホワイトヘッドは、人工授精前に心身の健康状態を確認するために一定の検査（身体的・遺伝的評価、梅毒・淋病・ヘルペス等の性病検査）を受けること、妊娠中も定期的に所定の検査を受けること、喫煙・飲酒・違法な薬物使用をせず医師の承諾なしに薬物療法を受けないこと、医学的理由があるとき以外は中絶をしないこと、羊水検査により胎児に遺伝的・先天的異常が判明した場合は実父の要求に基づき中絶に同意すること、などの義務を負う。また、実父ウィリアム・スターンは、生物学的父親であることが証明されている限り遺伝的・先天的異常があるかもしれないどんな子についても法的責任を負うこと、ウィリアム・スターンが子の出生前または出生直後に死亡した場合には、子はウィリアム・スターンの妻の監護の下に置かれることとされる。さらに、

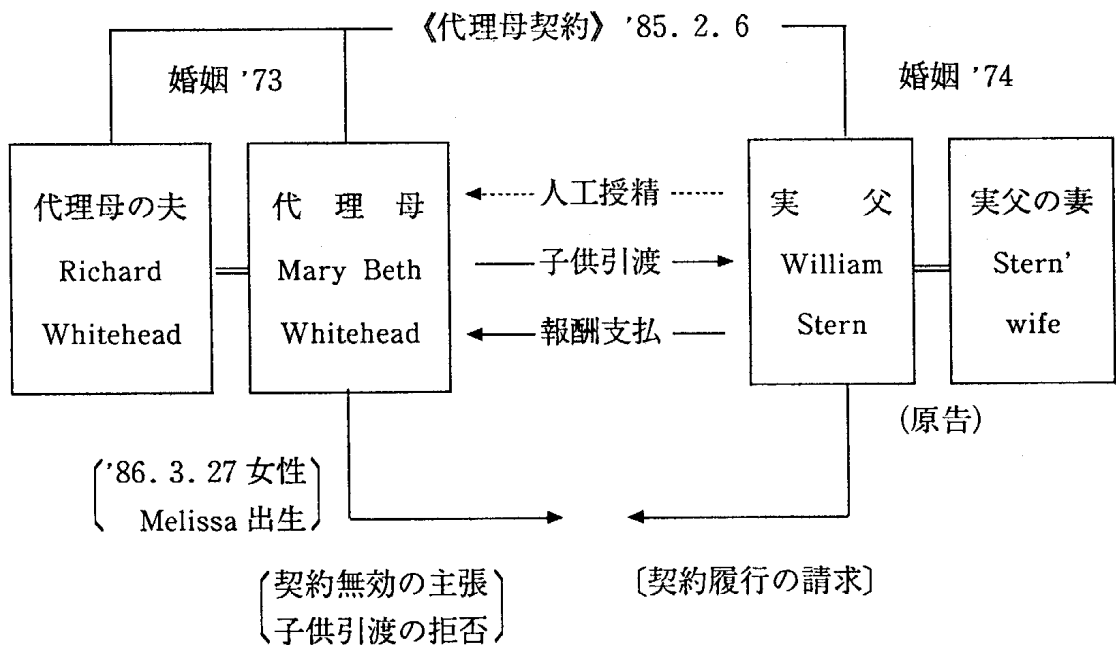


図1 代理母契約の例〔ベビーM事件〕

支払いに関しては、妊娠五か月になる前に流産した場合には負担実費以外に補償金は支払われないものとし、妊娠四か月を経過した後に流産または死産した場合には代理出産契約は終了するものとし補償金は一千ドルとする。と、検査の結果、ウィリアム・スターンが子の生物学的父親でないと確定した場合には、この契約は破棄されたものとみなされ、メアリー・ベス・ホワイトヘッドは何らの報酬も受ける権利がなくなることも同意されている。とくに、この契約の報酬のために子の有償譲渡として契約が無効と解されることを防止するために、金銭授受はサービスおよび出費の補償であり、決して親権終了の報酬または子の養子縁組のために手放す承諾の代価ではないことを強調している。

(二) 懐胎母契約の内容

つぎに、懐胎母の契約は、どのような内容をもっているのだろうか。その典型的な例として、アメリカのカリフォルニア州のベビーC事件(Johnson v. Calvert)があげられるので、その契約内容の概略をみてみよう。^(二二)

この事例における懐胎母契約は、夫マーク・カルバート(二四歳)、五年前に子宮摘出手術を受けた妻クリスピーナ・カルバート(二六歳、看護婦)、「懐胎母」であるアンナ・ジョンソン(二九歳、クリスピーナの同僚看護婦、独身)の三人を当事者として、つぎのような内容の合意により構成されている。その内容は、①懐胎母アンナ・ジョンソンは、夫マーク・カルバートの精子と妻クリスピーナ・カルバートの卵子を用いた体外受精による胚子の移植を受けて懐胎し、出産後は直ちに子を実父母としてのカルバート夫妻に譲り渡すこと、②懐胎母アンナ・ジョンソンは、子に対する親権をすべてカルバート夫妻に譲り渡すこと、③カルバート夫妻は、懐胎母アンナ・ジョンソン

に対し、その代償金一万ドルを分割払いにし最終支払いを子の出生後六週間以内に支払い、アンナ・ジョンソンの生命に対する二〇万ドルの生命保険証券のために支払うこと、というものである。契約当事者の関係を図示すると、図2のようになる。

(三) 代理出産の民法的構成

以上のような代理出産契約が、わが国で行われた場合はどうか。^{二四} こうした契約の効力については、後に論ずることにする。

まず、不妊夫婦がこのような代理母関係において子を産んで、それを自分たちの子とするためには、どのような法律手続を経なければならぬかを考えてみると、つぎのようになる。①夫のある代理母が、依頼者の精子提供による人工授精を受けて妊娠し出産すると、その出生子は代理母夫婦の嫡出子となる（民法七七二条）。②依頼者とその子との父子関係については、(a)子が代理母夫婦の推定さ

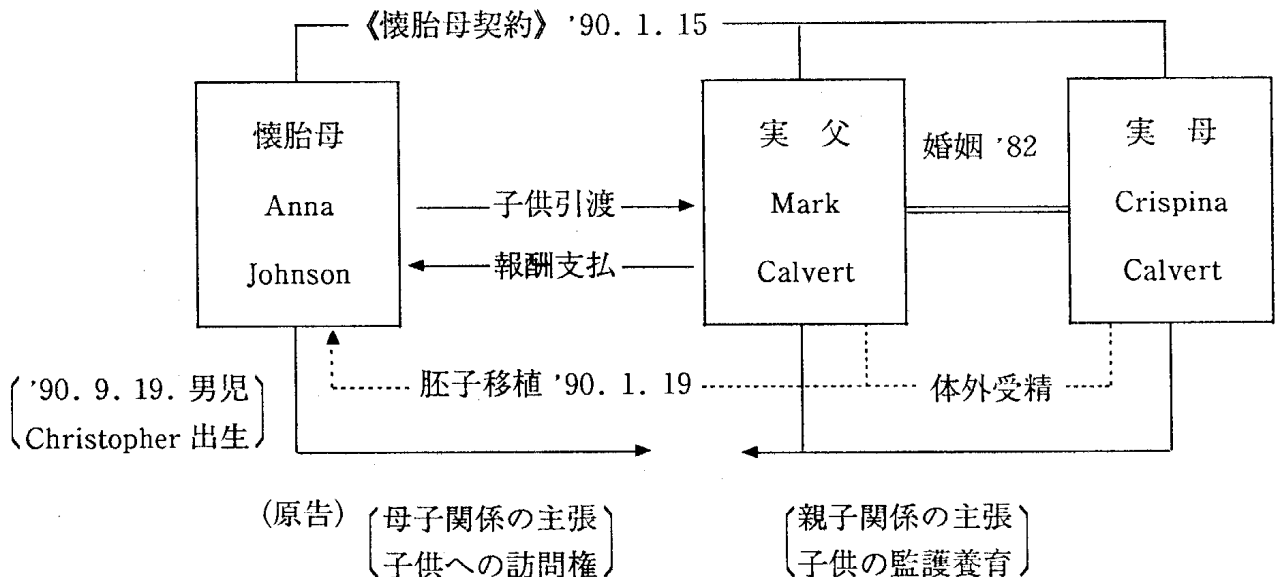


図2 懐胎母契約の例 [ベビーC事件]

れる嫡出子である場合には、代理母の夫が嫡出否認手続（民法七七五条）をとった後に、依頼者が認知手続（民法七七九―七八一条）をして（最判昭和四四年五月二九日、民集二三卷六号一〇六四頁）初めて依頼者がその子の父となり、(b)子が代理母夫婦の推定されない嫡出子となる場合は、利害関係人から父子関係不存在確認の手続をとった後に、依頼者が認知手続（民法七七九―七八一条）をするか、または、子から依頼者を相手方として認知の訴え（民法七八七条）を提起する（最判昭和四四年五月二九日、前掲）ことにより、依頼者がその子の父となる。(c)代理母が独身者である場合は、出生子の代理母との関係は非嫡出子であり、父子関係については、依頼者が認知手続（民法七七九―七八一条）をするか、または、子から依頼者を相手方として認知の訴え（民法七八七条）を提起することにより、依頼者がその子の父となる。③依頼者である実父と代理母との協議により、親権者を実父に変更する手続（民法八一九条四項）をとり、実父の代諾により（民法七九七条）その子と実父の妻との間で養子縁組手続をする（民法七九五条）。こうした、諸手続を経て、その子は、依頼者とその妻との嫡出子となる（民法八〇九条）ことになろう。

また、もし不妊夫婦が上述のような懐胎母関係において子を産んで、それを自分たちの子とするためには、どのような法律手続を経なければならぬか。この類型においては、①懐胎母が出産した子の母は誰かについて、(a)分娩の事実を基礎として懐胎母を母とみる説と、(b)遺伝的つながりを基礎として卵子を提供した依頼者である女性を母とみる説とに分かれる。(a)の懐胎母説をとれば、依頼者夫婦がその子を自分たちの子とするための法律手続は、前述の代理母契約の場合と基本的に同様となる。(b)の卵子提供者説をとれば、②懐胎母が婚姻している場合は、その子の嫡出否認手続（民法七七五条）をとった後に、懐胎母が独身の場合は、母子関係不存在確認の手続をとった後に、依頼者である精子提供者と卵子提供者とが認知手続（民法七七九―七八一条）をするか、または、その子が

ら依頼者たちを相手方として認知の訴え（民法七八七条）を提起することにより、依頼者夫との父子関係および依頼者妻との母子関係が認められ、その出生子は依頼者夫婦の嫡出子となる（民法七七二条）。

なお、上記③の養子縁組の手続については、特別養子縁組の要件（民法八一七条の二）を満たすときは、なるべくその方法によった方がよいであろう。実母との親子関係が終了し、嫡出身分が安定するからである。

（一一）付属資料〔一〕参照。Daniel M. Bartels et al., *Beyond Baby M* (Humana Press: Clifton, New Jersey, 1990) pp.263 ~ 268. ベビーM事件の第一審については、早川武夫「代理出産児はだれの子か」法学セミナー三九一号（一九八七年）八頁、最高裁判決については、樋口範雄「代理母訴訟判決——ニュージャージー州のベビーM最高裁判決をめぐって」法学教室九六号（一九八八年）七六頁参照。

（一二）付属資料〔三〕参照。Johnson v. Calvert (No. S023721 Supreme Court of California, May 20, 1993, Decided) 5 Cal. 4th 84:851 p.2d 776; 1993 Cal. LEXIS2474:19 Cal. Rptr. 2d 494. 同事件の第一審については、山海谷超「ルポ／代理母裁判（オレンジ郡訴訟）①～⑤」法学セミナー四三六号～四四〇号（一九九一年）、朝日新聞平成二年一〇月二三日、最高裁判決については、朝日新聞平成五年五月二二日参照。

（一四）原田晃治「いわゆる代理母の出産した子の法的地位について」戸籍六〇〇号（一九九三年）一頁、民事月報四七巻一二号（一九九三年）八頁参照。

四 代理出産契約の効力

(一) 生殖の自由と制限

上述のような代理出産契約は、まだ存在していない子につき、その身分関係をめぐって、子を欲する者と出産をする者との間において合意するものであるから、そうした契約の効力を認めるべきか否かが問題となる。

不妊の夫婦の、できることなら双方のまたはせめて一方の血縁につながる子をもちたいという願望もまた、追求すべき価値として主張される。しかし、その願望を満たすために、他の女性の妊娠ないし出産能力を用いることは、さまざまな問題もある。例えば、代理母の産んだ後で手放すことの心理的問題、出産に伴う危険の問題、報酬を得たいために出産の危険と心理的負担を冒す貧困女性の問題、生まれる子の法的地位の問題、さらには婚姻の単一性と生殖の尊厳の問題などである。そのため、この代理母制に全面的に反対する議論があり、それほどでなくとも、一定の制限は加えるべきである旨の主張が多い。こうした問題をもつ代理出産を目的とした契約それ自体についても、その効力を制限的に解し、または全面的に効力を否定する考え方が存するのである。

(二) 代理出産と公序良俗

こうした代理出産の契約の効力を考える場合に、その内容が、いわゆる「公序良俗」に反するか否かが大きな問

題となる。それが公序良俗に反するものであれば、契約は無効となり、拘束力が認められなくなるからである。

(a) ベビーM事件判決の見解

ベビーM事件の第一審判決（一九八七年三月三十一日）は、代理母契約を公序（public policy）に反せず有効であるとしたが、ニュージャージー州最高裁判決（一九八八年二月三日）は、これは州法に違反し、公序にも反して無効であるとした。ここにおける公序は、まず「子どもたちはその実父母兩人のもとに在って育て上げられるべきこと」（Children should remain with and be brought up by both of their natural parents.）である。そのほかに、実父の権利と実母の権利は同等であること（本契約は母親の権利を破棄することにより父親に独占的権利を与えるものである）、わが子を手放すような重大な決定は全く任意によく知ったうえでなされるべきこと（本契約は報酬によって動機づけられ、出産後の諸問題を知らず、撤回不能な契約である）、子の最善の利益を守ること（本契約は親の適格性や子が実母と生活しないことの効果などを考慮せず、子の利益を無視している）なども、公序の内容としてあげている。^{二五}

(b) ベビーC事件判決の見解

一方、ベビーC事件の第一審判決（一九九〇年一月二十二日）は、上記の懐胎母契約は、州憲法や連邦憲法に反せず、また公序（public policy）にも反しないと判決した。二審判決も、カリフォルニア州最高裁判決（一九九三年五月二〇日）も上訴を棄却し、原審判決を支持した。懐胎母側が「養子縁組承諾に対する金銭支払」や「親権の出生前の放棄」は、州刑法や養子縁組法の基礎にある公序の認めないことであり、本契約はそれに抵触するので無効であると主張したけれども、判決（多数意見）は、本件の金銭支払いは親権の放棄の代価ではなく胎児（自分の受精卵でない）の懐胎および出産というサービスに対する報酬であり、この場合の親権の譲渡しは親権終了を規律

する法律の基礎にある公序にも抵触しないと判示した。^(二六)これに対して、ケンナード判事 (Kennard, J.) は、つぎのような諸見解を考慮して、上記多数意見に対して反対意見を述べている。

それは、商業的代理出産は貧乏な女性たちに対して経済的搾取の恐れがあること、女性の生殖能力と代理出産による子どもたちを「商品化」して「人間性を奪う」ことになることなどを指摘し、その契約を公序に反して無効であるとする学説 (Capron & Radin) を考慮し、また代理出産は「重大な倫理的問題をもたらす」 (American Medical Association)、「婚姻の単一性と人間の生殖の尊厳とに反する」 (Catholic Church) とか、「人間の生殖にまつわる複合した社会的、情緒的、道徳的な意味を商業的価値に置き換え……親たる身分の遺伝的、懐胎的、社会的な構成要素を分断するもので、……母子関係についての深く根ざした社会的道徳的前提を変えるものである」 (New York State Task Force on Life and the Law) といった見解も考慮して、代理懐胎の濫用を防止するような特別立法がないからには、多数意見の無批判的な有効説には与することはできないというものである。

(c) フランス法の場合

フランスの判例をみると、不妊夫婦の夫の精子を用いた人工授精により代理母が生んだ子を妻が完全養子とする申立てをしたマリールーズ事件において、パリ控訴院は、代理母出産 (代理母が自己の生殖機能を他人に利用させ、生まれてくる子をその生物学的父が認知し、その妻が養子とするためにその子を引き渡すことを約束する) は、それが当事者の自由な意思に基づき当事者の個人的責任においてなされ、営利的な関心の外にあるかぎり公序良俗 (民法六条) に反せず適法であるとしたが、破毀院 (一九九一年五月三一日) は、女性が他人のために妊娠出産し、生まれてくる子を出生と同時に遺棄することを約束する合意は、人の身分の不可処分性という公序の原則に違反するし、また生まれた子を依頼者の完全養子とする手続は養子制度の濫用であるとして、原審判決を破毀して

いる。^{二七}また破毀院は、代理母を仲介する協会について、当該協会が子の希望者と代理母との間に民法一一二八条（取引きされる物でなければ合意の目的とする^{二八}ことはできない）に反した合意を締結させるものであり、その合意は人の身分の不可処分性という公序良俗に反することを理由にこれを無効とし、^{二九}また、養子斡旋契約についても養子法および公序良俗に反すると^{三〇}して、これを無効とする判決を出している。

政府が一九八三年に設立した「生命科学と健康に関する全国倫理諮問委員会〔CCNE〕」は、代理母契約について、契約目的が違法でありかつ養子法を潜脱するものとして違法としており、とくに代理母の搾取、報酬の問題性、仲介機関の介在、生母から引き離される子の利益などを問題にしている。^{三〇}

(d) ドイツ法の場合

ドイツの判例には、不妊夫婦が民間治療師の仲介で、代理母希望者と二万七千マルクの報酬で代理母契約を結んで実行したが、出生した子が検査の結果代理母の夫の子であることが発覚し、依頼者が代理母に対して費用と報酬の返還請求をした事案において、代理母契約は「善良の風俗 (gute Sitten)」に反して無効である (BGB 一三八条一項) としたハーム上級地方裁判所の判例 (一九八五年二月二日) が有名である。^{三一}この判決は、その良俗違反性について「良俗の概念は、支配的な法道徳、社会道徳により内容を確定される」としたうえで、「代理母の使用は、子に対する不利益の可能性や、体外受精・胚移植の商業化の危険のため、禁じられるべきである」(第八八回ドイツ医師大会、一九八五年一月二六日) や「代理母は子の人格の尊厳を侵害する」(ベンダ委員会・最終報告書、一九八五年一月二五日) などの学説・世論の動向を考慮したうえで「本件における契約の機能は、何よりも、望まれた子が取引の対象にされ、そしてそのことによっていわば商品に貶められたという点によって良俗違反の特質を保有する。すなわち、当該契約は、かなり子の福祉を危殆化する」と判示している。本件においては、「私は、

私を生物学上の父とする子の出産に際して、その子の母に二万七千マルクを任意に支払う」旨の契約と、その一月後の「代理母は、夫妻のために、夫の精子による人工授精を受けて子を出産し、夫妻は子を引き取る義務を負う」旨の契約との二つがあるが、判決はこれについて、前者の支払は後者の行為に対する対価をなすもので「経済的には当事者により一体として望まれた契約作用」の一部に過ぎず、当事者にとって重要であったのは「代理母が対価と引き換えに夫の子を妊娠し出産すること」であつたと推論して、そこから、子が取引の対象にされ商品に貶められたという結論を導いたのである。

懐胎母（貸し腹）契約に関する学説をみると、単に分娩費等の費用の補償に限定されているのでない限り、善良の風俗に反し無効であり（BGB一三八条一項）、もし無償で自発的に懐胎することは善良の風俗に反するとはいえないとしつつも、親となることを願う者に子を引き渡すという合意は、養子法の諸規定に反し、とくに合意による強制可能な引渡請求権は養子法の至上の要請である「子の福祉が最重要視されるべきこと」（一七四一条一項）と矛盾することを指摘して、養子法違反を主張する学説が注目される。^(三三)

(e) その他の法の場合

イギリスでは、従来、代理出産契約は養子縁組に関連した支払を禁止する養子法または公序良俗に違反するのではないかということが問題となつたが、人の受精と胎生学の法律（一九九〇年）の制定により、一定の要件を満たせば、裁判所は、代理出産の結果として出生した子が依頼者の子として扱われることを命ずることができる（三〇条）ことになつたので、その契約が代理母契約法（一九八五年、営利的代理母契約の禁止、代理母斡旋に関する広告の禁止^(三三)）に反しない限り、三〇条の命令を求めることを予期してなされたそれらの契約が違法と判断されることはない^(三四)と解されている。スペインでは、一九八八年、人工生殖に関する法律（法律第三五号）を制定し、その中で

「代理母を禁止する。約因の有無を問わず、代理母契約は絶対無効である。代理母は、子を妊娠分娩した女性として法律上の母となる。子の父性は裁判所の決するところによる」(二〇条)と規定している。^(二五)

スウェーデンでは、一九八九年にIVF法を制定し、その中で、代理母についても倫理の見地から認めるべきではないとしている。^(二六)代理母契約は、金銭の授受がありまたは金銭支払が約束されている養子を許可しないスウェーデン養子規制と衝突するからである。

オランダ法においては、代理母契約は、その契約の内容が公序良俗 (public policy and good morals) に反して無効である (民法一三七三条) と解される。その理由は、「人々が個人的自由を享受すべき領域を覆う契約」は違法であること、代理母の搾取のおそれがあること、人間の尊厳に反する赤子売買に道を開くことになること、などである。^(二七)

ユダヤ法においては、取得されるべき目的物はその取引の時点で存在していなければならず、代理出産契約は、その合意の時点では子が存在しないので、その契約は法的に拘束力がない (公序良俗に反するからではなく、契約法の構成要件の欠如から生ずる) と解される。^(二八)

(f) わが国の学説

代理母契約の公序良俗違反性について、わが国の学説はどうか。わが国における代理母契約と公序良俗を議論した論考はほとんどみられない。これに言及しているものとしては、日本法における養子縁組の契約的構成は親子法的意思主義の極みであり、子を産む契約の合法化への移行の素地はあるとし、ホステスマザーの法的検討にあたっては、考慮してよい点を含んでいると論ずる説がある。^(二九)代理母契約は、実父が契約当事者であり、子は実の父が得られ社会的利益にも合する点を重視し、必ずしも公序良俗に反するとはいえないとする考え方もある。^(三〇)また、わが

国で代理母契約が結ばれた場合は、代理母の夫からの嫡出否認の訴または親子関係不存在の訴により、代理母の夫との父子関係が否定された後に、依頼者（実父）が認知届をし、代理母の代諾または親権者指定により実父へ親権を移行したうえ実父の代諾で、依頼者である実父の妻が養子縁組をすればよいから、既存の法の枠内で十分処理できるが、問題は公序良俗との関係であるとする指摘もある。^(三二)

代理母契約の公序良俗違反性を判断するための要因として、学説は、①対価（手数料）の性質、②他人に引き渡すことを予定した出産の道徳性、③子が出生の経緯を知って受ける衝撃をあげるもの、^(三三)その他に、④代理母の人権、⑤夫婦の守操義務などもつけ加えるもの^(三四)がある。また、対価の有無のほかに、⑥代理母志願者への十分な説明と承諾、⑦子の福祉の危殆化（および法的地位の不安定）^(三五)をあげ、とくに⑦を重視するものもある。^(三六)

(三) 代理出産と金銭支払の契約

上述のように、代理出産契約の公序良俗違反性ないし違法性は、子の身分の不可処分性に起因するだけではなく、それ以上に、代理出産により子を依頼者に引き渡すことが金銭支払の約束と不可分に結びついている事実^(三七)に起因することがわかる。そこで、つぎに、代理出産契約に含まれる金銭支払について考察する。

(a) イギリス代理母契約法の場合

イギリスの代理母契約法（一九八五年^(三八)）は、営利的に代理母契約を締結する目的で交渉すること、すなわち、(a) 交渉に着手し、または関与すること、(b) 交渉を申し出、または承諾すること、(c) 契約の締結または締結の交渉に使う目的で情報を蒐集することなどを禁止している（二条一項）。^(三九)に営利的に（on a commercial basis）行為する

とは「その人自身または交渉に関連する他の者が、いかなる時においても、支払を受け取ったとき」または「代理母契約の締結、交渉、促進に関連して、自身または他の者が支払を受けることを目的として行爲したとき」をいう（二条三項(a)・(b)）。なお、「支払(payment)」とは「金銭支払(payment in money)」または「金銭と同等の支払(Payment in money's worth)」を意味する（一条八項）。この禁止規定（二条）に違反した者には、罰金もしくは三か月以下の投獄、またはその両方の刑罰が科せられる（四条）。ただし、代理母自身や、自分のために代理母に子の懐胎を依頼した人は、前記一項違反とはならない（二条二項(a)・(b)）し、代理母への支払または代理母の利益のための支払は適用外とされる（二条三項後段）。

(b) ベビーM事件の場合

ベビーM事件においては、代理出産契約書は、代理母への一万ドルの報酬は、代理母が負担した「出産サービスおよび諸出費(surrogate services and expenses)」に対する「補償(compensation)」であり、「親権終了の報酬(fee for termination of parental rights)」や「子を養子に出す承諾の代価としての支払(payment in exchange for a consent to surrender the child for adoption)」ではないと定め（四条^(三)）、裁判においても当事者（依頼者）が、この報酬は養子縁組を購う場合にみられるような危険はない旨を主張した。しかし、判決は、この代理出産における報酬は養子縁組の場合よりも問題がないわけでは決してなく、養子縁組に関連した金銭支払がもたらす弊害のほとんどすべてが存在するとして、つぎのように判示している^(三六)。

第一に、代理出産は金銭なしには存在しないか、または極めて少ないこと（養子縁組は金銭支払なしでも安定した供給がある）、第二に、代理出産は金銭の提供により引き起こされる（養子縁組は金銭提供とは関係なく妊娠出産された後に起こる）もので、いわば生命の危険をかけた女性の出産能力の購買とみられること、第三に、代理出

産では、その適格性には関係なく最高額の入札者が養親となること（養子縁組では実親が承認斡旋機関に子を引き渡すことでちょうどよい暮し向きとなる）、第四に、代理出産の同意は妊娠前のもので状況を十分理解したうえの同意とはいえないのに、事後の同意撤回は不可能であること（養子縁組では母親が自分の子を引き渡す同意は撤回可能である）などを指摘している。こうした違いにもかかわらず、それらは、女性の子を連れ去るために彼女の境遇（望まない妊娠または金銭の必要）を利用するのであり、その本質的な弊害は同一であると結論している。代理出産契約がつくり出す諸原則は、子の母親からの分離を保証するもの、その適合性を考慮しない養子縁組を期待するもの、子を全く無視するもの、彼女の願望や母親としての適性を考慮せずに母親から子を取り上げるものなどであり、これは法律の目的とは正反対のものである。そして、代理出産契約は「金銭の使用」によって、こうしたことのすべてを行い、その目標のすべてを達成するのだと断じて、代理出産契約における「金銭の使用」の弊害を強調している。

(c) ベビーC事件の場合

ベビーC事件においては、懐胎母側が、代理出産契約は公序に反するとして「子の養子縁組の同意に対する金銭支払(payment for consent to adoption of child)」を禁止している刑法二七三条に包含されている公序を引用したが、判決は、その契約に基づく懐胎母への金銭支払は、「子への親権を放棄することに対する支払(payment for giving up parental rights to the child)」というよりは「胎児の懐胎および出産の引受における彼女のサービスに対する補償(compensation for her services in gestating the fetus and undergoing labor)」を意味するとして、この契約が刑法二七三条に包含されている公序や養子縁組法に抵触することはないと結論した^{三七}。判決は、懐胎母がこの契約を結ぶ時点において、やがて産む子を手放すことに合意したのは、金銭的な誘因(financial inducements)によりやむを

えず攻落されたとは解さず、彼女が子の「遺伝的母 (genetic mother)」でなかったことを重視して自由な意思決定があつたと推測しているようである。

(d) 金銭支払をめぐる議論

アメリカにおいては、一九八三年当時から、代理出産契約における金銭の授受を問題視し、胎児に悪影響のあることを妊娠中に平気でするような自覚のない女性までも金銭目的で代理母となり、結局は子を商品化することになるので、子にとって有害であり、また、代理母は自己の判断だけで医療を受けられず、医師も代理母の同意のみでは妊娠管理ができないので、妊婦と医師にとつても有害であるといった主張がみられた。^(三八) 同じころ、ドイツにおいても、報酬の取決めについては、親の機能対価を得て依頼主に譲渡するもので子の売買と同じ反習俗性があり、また依頼主が多額の報酬を提示することによって経済的に苦境にある女性にこの種の契約を結ばせることになり公序良俗に反するとして無効とする見解が主張されていた。^(三九)

その後、ベビーM事件ニュージャージー州最高裁判決(一九八七年)を契機として、代理出産に関する金銭支払をめぐる立法的議論がさらに活発となり、フロリダ、インディアナ、ケンタッキー、ミシガン、ネブラスカなどの諸州においては、一九八八年議会会期中に、代理母および第三者である代理出産仲介人に報酬を支払うことを不法とし、もし報酬支払を含むならば代理親関係契約は無効で拘束力のないものとする法律案が可決された。^(四〇) これらの法律においては、報酬のために代理出産を仲介することに対する制裁は、ケンタッキー州の五〇〇ドルの罰金または六か月の禁錮刑から、ミシガン州の五万ドルの罰金および五年の禁錮刑に至るまでの幅がある。代理出産契約を締結することに対する制裁は、一万ドルの罰金および一年以上の禁錮刑の刑罰を付した、軽罪と重罪の両方が規定されている。

一方、アメリカ法律家協会の家族法分科会は、一九八八年中期の会議において、代理出産契約に法的拘束力を認めるとともに、子を分娩する女性がその子の法律的母親であるとするコモン・ローの推定規定を破毀することとする模範代理出産法典を可決したが、この法典は、代理母への支払の範囲を七千五〇〇ドルから一万二千五〇〇ドルまでと規制したうえで報酬を是認すること^(四一)にしている。

学説の中には、ベビーM事件のニュージャージー州最高裁判決を批判し、代理出産の害悪は、金銭授受のゆえに生ずるのではなく、契約の撤回不能な権利放棄のゆえに生ずるものであるから、「親権終了の同意を義務づけた代償としての支払(payment for a binding agreement to terminate parental rights)」と「懐胎サービスへの支払(payment for gestational services)」とを区別し、前者は禁止すべきであるが、後者は認めるべきであると主張する説がある^(四二)。オランダの学説にも、妊娠の労苦に対する報酬は合理的であり、子の購入価格とは関係ないので適法であり、その報酬についての合意は費用償還についての合意として有効であると論ずるものがある^(四三)。もともと、この説においても、その金額の大きさを問題とし、報酬として容認できる金額は当面一万五千〜二万ギルダー程度であり、それを超えるような報酬は不道德であると論じている。

(一五) The Decision of the New Jersey Supreme Court in the Case of Baby M, Larry Goslin, Surrogate Motherhood (Indiana University Press, 1990) pp.253~260. 付属資料 [一] 参照。

(一六) Johnson v. Calvert (No. S023721 Supreme Court of California, May 20, 1993, Decided) 5 Cal. 4th 84. 付属資料 [二] 参照。

(一七) 詳しくは、野村豊弘「フランスの判例における代理母と養子縁組」星野英一ほか編『現代社会と民法学の動向(下)』(有斐閣、一九九二年)六〇八〜六一〇頁参照。

- (一八) 野村豊弘「フランスの判例における代理母と養子縁組」前掲六〇四～六〇七頁参照。
- (一九) 難波讓治「フランスの判例における公序良俗」法律時報六五卷三号(一九九三年)八八頁参照。報酬を伴う養子縁組仲介契約が公序良俗に反して無効であるとしたわが国の判例として、東京地判大正一五年六月五日(評論一六卷民四五一頁、新報八九号二三頁)がある。
- (二〇) 大村敦志「フランスにおける人工生殖論議」法学協会雑誌一〇九卷四号(一九九二年)六七七頁参照。
- (二一) 高橋英弘「代理母契約と良俗違反——ドイツの判例を素材として——」京都産業大学論集二三卷一号(一九九三年)五二頁参照。
- (二二) M・ハーダー著、河上倫逸・平田公夫訳「人工生殖医学の家族法上の諸問題——誰が母なのか・ドイツの場合」法律時報五九卷一二号(一九八七年)二八頁。
- (二三) Surrogacy Arrangement Act (1985). 人見康子「生命科学の進展と法律——代理の母の法律をめぐって——」民事研修三五〇号(一九八六年)三二二頁参照。
- (二四) Gillian Douglas, Law, Fertility and Reproduction (Sweet and Maxwell, 1991) p.156. Derek Morgan and Robert G. Lee, Blackstone's Guide to the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (Blackstone Press Limited, 1991) p.153.
- (二五) 人見康子「人工生殖と代理母」法学教室一二五号(一九九一年)二二五頁参照。
- (二六) AML Broekhuijsen-Molenaar, Contractual Aspects of Surrogate Motherhood in the Netherlands, Med. and Law 10\5 (1991) p.502.
- (二七) Warren Freedman, Legal Issues in Biotechnology and Human Reproduction (Quorum Books, 1991) p.88.
- (二八) 人見康子「人工授精と体外受精」『現代家族法体系³⁾』(有斐閣、一九七九年)五五四頁。
- (二九) 相原弘明「人工授精・体外受精・代理母をめぐる法律上の諸問題」レファレンス(国立国会図書館調査立法考査局)三七卷一号(一九八七年)九六頁、人見康子「人工授精と体外受精」前掲五五三頁参照。
- (三〇) 石川 稔「新・家族法事情・代理母契約²⁾」法学セミナー三五四号(一九八四年)九三頁。
- (三一) 樋口範雄「代理母の親子関係」判例タイムズ七四七号(一九九一年)一八五頁。
- (三二) 原田晃治「いわゆる代理母の出産した子の法的地位について」戸籍六〇〇号(一九九三年)一〇頁、民事月報四七卷一二号(一九九三年)一七頁。

- (三三) 高鷲英弘・前掲論文六四頁。
- (三四) Surrogacy Arrangement Act (1985). 人見康子「生命科学の進展と法律——代理の母の法律をめぐって——」前掲三二頁参照。
- (三五) 付属資料〔一〕参照。Daniel M. Bartels et al., *Beyond Baby M* (Humana Press: Clifton, New Jersey, 1990) p.264.
- (三六) The Decision of the New Jersey Supreme Court in the Case of Baby M, Larry Gostin, *Surrogate Motherhood* (Indiana University Press, 1990) pp.253~260.
- (三七) Johnson v. Calvert (No. S023721 Supreme Court of California, May 20, 1993, Decided) 5 Cal. 4th 84. 付属資料〔三〕参照。
- (三八) 石川 稔「新・家族法事情・代理母契約③」法学セミナー三五四号(一九八四年)九〇頁参照。
- (三九) 岩志和一郎「西ドイツにおける代理母問題」判例タイムズ五九七号(一九八六年)一四頁、ディーター・シュヴァーブ著、神谷 遊訳「人工生殖をめぐるドイツ法上の問題」ジュリスト九〇五号(一九八八年)九二頁など参照。
- (四〇) Karen H. Rothenberg, *Surrogacy and the Health Care Professional*, Larry Gostin, *Surrogate Motherhood* (Indiana University Press, 1990) p.203.
- (四一) George P. Smith, *The Case of Baby M—Love's Labor Lost*, Larry Gostin, *Surrogate Motherhood* (Indiana University Press, 1990) p.238.
- (四二) Larry Gostin, *Surrogate Motherhood* (Indiana University Press, 1990) pp.8~13.
- (四三) AML Broekhuijsen-Molenaar, *Contractual Aspects of Surrogate Motherhood in the Netherlands*, Med. and Law 10\5 (1991) p.502.

五 結 語

代理出産契約の効力については、ヨーロッパ法は消極に、アメリカ法は積極に解する傾向がみられる。この契約が公序良俗に反するとするかどうかは、公序良俗をどうみているかによる。アメリカの公序 (Public Policy) の原則は、立法府によって選択可能なポリシーであるのに対して、ドイツの良俗 (gute Sitte) の原則は、支配的な社会道徳の観念を意味し、いわば社会的に形成された普遍性をもつ観念であるから、時の立法府がどちらかに決めればよいというものではない。こうして、ドイツでは、代理出産を認めるべきではないとする支配的な社会道徳の観念を尊重し、一九九〇年の胚保護法により、代理母に対する人工授精や胚移植を禁止することにした。一方、アメリカでは、州ごとに、それぞれのポリシーに従って、これを認め、または制限禁止しているのである。

わが国の学説には、意思主義の極みともいべき養子縁組法をふまえて代理出産契約の合法化への移行の可能性を認める積極説もあるが、私は、親のための養子から「子のための養子」を指向する親子法の理念を重んじて「親に子を与える」よりも「子に親を与える」ことに重点を置き、親のない子に親を与える養子縁組を推進すべきであり、子の身分が不安定になるような代理出産契約を認めることには反対である。代理出産契約は、婚姻秩序、親子間秩序などの人倫に反するもので、公序良俗に反する契約として無効 (民法九〇条) と解すべきであろう。

それでも、こうした契約が結ばれ、代理母が子を産み、依頼者に譲り渡されることは防ぎえない。その場合に、注 (二) の事例のように、依頼者の妻が産んだように装い、依頼者夫婦の嫡出子として届け出るのは問題である。

現行民法上は、代理母の夫の嫡出否認ないし父子関係不存在確認、子の認知、実父と妻との共同養子縁組といった

手続が可能であることは前述した。出生子の身分は特別養子など最大限保護する手続をとるべきである。

本稿では、代理出産契約の効力につきその有効性と公序良俗との関係を考察してきた。その他に、代理出産契約の不履行の場合の法的責任、すなわち出産依頼者が子の受取を拒否した場合、代理母が子の引渡を拒否した場合、代理母が妊娠中の注意義務に反して胎児に悪影響が生じた場合、出産依頼者が約束の報酬を支払わない場合、その他の義務の不履行の場合にどうなるかの問題があるが、これらはまた別の機会に論ずることにしたい。

〔付記〕 本稿は、平成四・五年度科学研究費補助金〔総合研究A〕『生殖医療における人格権をめぐる法的諸問題』（課題番号

○四三〇一〇六三）の共同研究において分担した研究の成果の一部である。

代理出産契約書

この契約書は、つぎの当事者の合意により、一九八五年二月六日に作成された。

依頼者 William Stern (ア)の契約書では「実父X」という)

婚姻している女性 Mary Beth Whitehead (イ)の契約書では「代理母Y₁」という)

彼女の夫 Richard Whitehead (ウ)の契約書では「夫Y₂」という)

契約の内容

この契約書は、つぎの事柄に関して作成された。

- (1) 実父Xは、年齢一八歳以上の成人で、この契約を締結することを望んでいる。
- (2) この契約の唯一の目的は、Xとその不妊の妻に、Xと血縁のある子を得させるようにすることである。
- (3) 代理母Y₁およびその夫Y₂はともに、年齢一八歳以上であり、以下の事項のために、この契約を締結することを望んでいる。

それゆえに、ここに含まれる相互の約束のため、およびこれによって法的拘束力を生ぜしめる意図のために、当事者たちはつぎのように合意する。

第一条〔代理母 Y_1 の義務〕代理母 Y_1 は、自分が子を妊娠する能力があることを告知する。 Y_1 は、子の最善の利益のために、この契約書の諸条項に従って、自分が妊娠し、産期まで懐胎し、分娩するどの子とも親子関係を形成せずまたは形成しようとしないうこと、そして、子が出生した後は直ちに監護権を実父 X に自発的に譲り渡し、この契約書に従い、上記の子に対する親としてのすべての権利を終了させることを了解し、かつ同意する。

第二条〔夫 Y_2 の義務〕代理母 Y_1 およびその夫 Y_2 は一九七三年一月二日以来婚姻関係にあり、 Y_2 は、その目的、意図およびこの契約書の諸条項に同意し、妻たる代理母 Y_1 がこの契約書の諸条項に従って人工授精を受けることを承認する。 Y_2 は、子の最善の利益のために、代理母 Y_1 がここに述べられているように人工授精により妊娠するどの子とも親子関係を形成せずまたは形成しようとしないうことに同意し、また、直ちに子の監護権を実父 X に自発的かつ快く譲り渡し、自分の親権を終了させることに同意する。 Y_2 は、さらに、前述の契約に従って妊娠し出産されるすべての子について、法により定められている父性推定を反証するため、それに必要な血液検査およびHLA検査を含むあらゆる行為をすることを承認する。

第三条〔代理母 Y_1 と夫 Y_2 の義務〕実父 X は代理母 Y_1 とともに、この文書による契約的合意に参加し、そこで、 Y_1 は医師の手により、 X の精子を用いて人工授精を受ける。代理母 Y_1 は、妊娠するに至った場合は自分が当該胚子（胎児）を分娩するまで懐胎することを承認する。代理母 Y_1 およびその夫 Y_2 は、代理母の医学的、家族的、個人的な経歴に対するすべての背景調査に協力し、その情報を彼らが知る限りにおいて正確であるように保証することに同意する。代理母 Y_1 およびその夫 Y_2 は、子の出生後直ちに、実父 X にその子の監護権を譲り渡すこと

に同意する。この契約書の意図および目的を促進するために、上述の子に対する彼ら各々の親権を終了させる
手続を設定して協力し、また、必要な宣誓供述書、文書類などすべてに署名した上でこれを行うことが、子の
最善の利益のためのこの契約の意図であることを認める。懐胎された子は、その生物学的な実の父であるXに
上述の子を与えるという唯一の目的のために、そうなされていることを、Y₁およびY₂は了解している。Y₁およ
びY₂は、子の出生の前後に必要な宣誓供述書すべてに署名し、上述の子の出生証明書に実父すなわち生物学的
父親としてXの名前を記載させるのに必要な父性手続のいずれにも自発的に参加することに同意する。

第四条〔報酬、実父Xの義務〕この契約の報酬については、それはサービスおよび出費の補償であり、決して親権
終了の報酬または子を養子縁組のために手放す承諾の代価としての支払と解されるべきではないのであるが、
その内容はこの契約の他の条項のほか、つぎのとおりである。

(1) この契約書の条項に従って、生まれた子の生物学的な実の父であるXに監護権の引渡しがなされた後直
ちに、代理母Y₁に、代理出産サービスおよびこの契約書の下で彼女の義務を実行するのに要した費用の代価と
して一万ドルが支払われるべきものとする。

(2) 代理母Y₁に支払われる報酬は、この契約書に署名した時に、Xの代理人であるニューヨーク不妊センター
(以後ICNYという)に預けられ、そして、ここに述べられているように、代理母Y₁の義務と責任が完了す
るまで預託されている(その預託契約書写しについては添付書類「A」参照)。

(3) 実父Xは、代理母Y₁がその妊娠により負担した費用のうち、つぎのように特別に定義されたものは支払
わなければならない。

① Y₁の妊娠の結果として生じた、すべての医療、入院、および薬物、検査ならびに療法などの諸費用、

これは、彼女の現在の健康保険、および特別な医療の全費用ならびに当該妊娠に関係したあらゆる情緒的ないし精神的状態または諸問題の治療のための合理的諸費用のすべてを含んでいる高額医療保険によって補償ないし許容されないものであるが、しかしそうした諸費用は、いずれも、その妊娠終了の日から六か月を経過した後は決して支払われまたは弁償されることはなく、また、この契約書は、明確に、当該妊娠に係する逸失賃金またはそのほかの項目化できない諸雑費（添付書類「B」参照）のためのいかなる費用も除外する。

② 実父Xは、子の出生の六週間以後に生じるいかなる潜在的疾病の医療費についても責任を負わなくてよい。ただし、当該六週間の満了前に、医学的問題またはそれに付随する異常が、医師により認識されて治療がなされ、かつ、Xの代理人が受領書の返送を要する配達証明郵便によって、この治療の勧告を受けたのと全く同様の通知文書がICNYに送付された場合はこの限りでない。

③ 実父Xは、すべての父性検査の全費用について責任がある。そうした父性検査は、実父Xの随意で、条件付捺印証書による代理出産報酬の権利放棄の前に、要求してもよい。実父Xは、HLA試験の結果、子の生物学的父でないことと確定した場合にはこの契約書は破棄されたとみなされ、代理母Y₁は、何らの報酬も受ける権利がなくなる。実父Xは、代理母Y₁およびその夫Y₂から、すべての医学的およびその関連諸費用の返還を受ける権利を有する。

④ この契約書に従って、Xの要請により負担したY₁の適正な旅行費用。

第五条〔妊娠出産の危険の負担〕代理母Y₁およびその夫Y₂は、受胎、妊娠、出産に付随する死の危険を含むあらゆる危険（ただし、産後の合併症については限られたもの以外は除く）を引き受けることを了解して同意する。

上記の危険および合併症のリストの写しは、ここに添付し、契約書の一部とする（添付書類「C」参照）。

第六条〔精神医学的評価の取扱〕このために、代理母 Y_1 およびその夫 Y_2 は、 X またはそれについての代理人によって指図されるとおりに、精神科医Joan Einwohnerによる精神医学的評価を受けることに同意する。 X は、上記の精神医学的評価の費用を支払うものとする。 Y_1 および Y_2 は、彼らの評価に先立って、上記の精神医学的評価の結果作られる報告書のICNYまたは X およびその妻に対する配付を認める医療上の権利放棄書に署名するものとする。

第七条〔子の命名権〕このために、代理母 Y_1 およびその夫 Y_2 は、上記の子に命名することは実父 X の排他的な独占権であることに同意する。

第八条〔子の範囲〕この契約書において「子」と称するのは、ここに意図されている受精に従って同時に生まれる子らすべてを含むものとする。

第九条〔実父 X の死亡と子の監護〕上記の子の出生前または出生直後に X が死亡した場合にはその子は X の妻の監護の下に預けられることを、代理母 Y_1 およびその夫 Y_2 は了解し、かつ同意する。

第一〇条〔流産・死産と報酬〕妊娠五か月になる以前に流産した場合には、第四条(1)号に挙げられているような補償金は一切、代理母 Y_1 に支払われないものとする。しかし、第四条(3)号に挙げられている費用は、代理母 Y_1 に支払われまたは償還されるものとする。子が、妊娠四か月の後に流産し、死亡し、または死産して、上記の子が生存しない場合には、代理母は、第四条(1)号に挙げられている補償金の代わりに一千ドルを受け取るものとする。上述したような流産ないし死産の場合には、この契約は終了するものとし、代理母 Y_1 も、実父 X も、この契約書による義務をそれ以上負わないものとする。

第一一条〔健康診断・遺伝的評価〕代理母 Y_1 および実父 X は、それぞれ身体的および精神的健康が満足すべき状態

にあるか否かを決定するため、免許ある医師の指示および監督のもとに、完全な身体的および遺伝的な評価を受けるものとする。上記の身体検査は、性病の検査を含み、それは梅毒・ヘルペス・淋病を含むが、それに限定されないものとする。当該性病検査は、少なくとも、受精行為の度ごとにその前になされるものとする。

第二二条〔契約の終了〕 妊娠が、実父Xの考えにおける合理的時間内に生じなかった場合には、実父Xの代理人たるICNYから、代理母がICNYへ届け出ている住所に宛てて、代理母Y₁へ通知することにより契約は終了するものとする。

第二三条〔出生前診断と妊娠中絶〕 代理母Y₁は、受精担当医師の専門医学的意見において、代理母Y₁の身体的健康のためにかような行為が必要であるか、またはその子が当該医師により生理的に異常であると決定された場合を除いては、ひとたび懐胎した子は、これを中絶しないことに同意する。Y₁は、さらに、当該医師の要求に応じて遺伝的および先天性の欠損を発見するための羊水穿刺（添付書類「D」参照）または類似の検査を受けることに同意する。当該検査により、胎児が遺伝的および先天的に異常であることが判明した場合には、代理母Y₁は、実父Xの要求に基づいて胎児を中絶することに同意する。その場合においては、代理母に支払われた報酬は、第一〇条に準じるものとする。もしも、Y₁が、Xの要求に基づく胎児の中絶を拒否するならば、この契約書において開始したXの義務は直ちに消滅するものとする。

第二四条〔異常児出産の責任〕 第二三条の規定にもかかわらず、実父Xは、羊水穿刺またはその他の検査によっても遺伝的および先天的に異常が発見されないかもしれないことを承認し、そして、それゆえに、もしその子の生物学的父親であることが証明されているならば、遺伝的または先天的な異常を有するかもしれないどんな子のためにも法的責任を負う（添付書類「E」および「F」参照）。

第一五条〔妊娠中の注意義務〕代理母 Y_1 は、さらに、彼女が頼んだ産科医師だけでなく受精担当医師が彼女に与えるすべての医学的指図に応ずることに同意する。 Y_1 は、また、煙草を吸い、酒類を飲み、違法な薬物を用いることをせず、あるいは彼女の医師による承諾書がない限り、処方なしの薬物療法または処方のある薬物療法を受けないことに同意する。 Y_1 は、妊娠第七月までの間は月一回以上、妊娠第八月および第九月には月二回以上（それぞれ二週間の間隔による）の訪問による出生前の医学的検査を受けることに同意する。

第一六条〔人工授精同意拒絶証書〕代理母 Y_1 は、彼女の夫 Y_2 に、ここに添付されている証拠書類「G」と同じような同意拒絶証書を作成させることに同意する。

第一七条〔契約の理解と同意の任意性〕各当事者はそれぞれ、自分がこの契約およびその法的効果を十分に理解していることを認め、また同じ契約書に自由にかつ自発的に署名していること、および他の者たちが当該契約を自由にかつ自発的に履行しないものと信ずる理由を当事者の誰ももっていないなかったことを認める。

第一八条〔契約条項の可分性と効力〕この契約書の条項のどれかが、無効または強制不可能であるようにみられる場合には、その条項はこの合意書の残余条項から分離できるものとし、また、この契約書の残余条項の無効または強制不可能の原因となることもない。もし、こうした条項がその範囲または広さのために無効とみなされるのであれば、当該条項は法により許された範囲または広さの限度において有効とみなすものとする。

第一九条〔契約書の正本と副本〕この契約書の正本は、履行のために ICNY により保有されるが、その副本は代理母 Y_1 と、実父 X に配付され、正本と同じ法的効力を有するものとする。

《当事者の署名略》

ベビーM事件 (Stern v. Whitehead) に関する

ニュージャージー州最高裁判所判決 (抜粋)

(首席裁判官 Wilentz による)

一 判決の要旨

われわれは、代理出産契約を無効とした。それは、この州の法および公序良俗に抵触するからである。われわれは、自分自身の子をもちたいという不妊夫婦の深い願望は理解するけれども、「代理」母に対する金銭の支払は、違法であり、おそらくは犯罪となり、そして女性の品位を落とす可能性があるものと判断した。本件において、われわれは、証拠によりかような監護は幼児の最善の利益に当たることが明らかなので、実父に監護権を認容するけれども、代理母の親権の終了および妻Ⅱ継親による養子縁組については、これを両方とも無効とした。こうして、われわれは「代理母」をその子の母親として復位させたのである。

女性が任意に報酬を受けずに「代理母」として行為することに同意した場合に、彼女が自分の子を譲り渡すという拘束力のある合意に従うことを条件としているのでなければ、われわれは、そこに現行諸法規に対する違反はないことがわかる。そのうえ、われわれの本日の判決は、州議会が、代理出産契約を許容するために、憲法上の限界の範囲内で、現行法律制度を変更することを妨げはしないのである。しかしながら、現行法のもとでは、われわれに提示されている代理出産契約は、違法であり、無効である。

二 判決の理由

II 代理出産契約の無効性と非強行性

われわれは、この代理出産契約は無効であるという結論に達した。われわれの結論は、つぎの二つの根拠に基づいている。この州の制定法および判例法に示されているように、現行制定法に対する直接的抵触と州の公序良俗に対する抵触である。

代理出産契約の基本的目的の一つである私的斡旋により子の養子縁組をすることは、ニュージャージー州においては許されているけれども「非常に疎んじられている」。この目的のための金銭の使用は——そして、その金銭は養子縁組をするために支払われているのであり、ストーン夫妻が主張したようにメアリー・ベス・ホワイトヘッドの人的サービスの代価ではないことは、全く疑いのないところである——違法であり、またおそらくは犯罪である。……金銭の誘因に加えて、契約の強制もある。それは、実母が養親夫婦に子を譲り渡すという、出生前、妊娠前か

らの取り消すことのできない合意である。こうした合意は、私的斡旋による養子縁組においては、全く法的拘束力がない。……養子縁組が認定斡旋機関による場合においても、譲り渡しの正式合意が出生の後になされたときだけであり……、しかも、規則に従って、産みの母がカウンセリングを受けた後においてのみである。……代理出産契約のこれら法的効力のない諸条項に必要なものとは、同様に法的効力はないのだが、子の最善の利益が実父とその妻に付与される監護権により促進されるように、養子縁組の実現のため、実母側が彼女の契約的譲与ならびに彼女の親権を終了させるための諸手続に協力してそれを争わないものとする一連の同意である。——これはすべて、彼女がまだ妊娠する前に、またある事例では、彼女が実父と養母がどんな人物であるかを問わずかでもわかるようになる前になされるのである。

A 法律条項との抵触

代理出産契約は、(1)養子縁組と関連した金銭の使用を禁止している法規、(2)親権の終了を命ぜられ、または養子縁組が認められるに先立って、親の不適格または遺棄の立証を必要とする法規、(3)私的斡旋養子縁組において、監護権の譲渡し、および撤回可能の養子縁組への同意をさせる法規、などに抵触する。

(1) われわれの法律は、いかなる養子縁組のための子の斡旋についても、これと関連して金銭を授受することを禁止している。……違反は重大な罪である。……その例外としては、認定斡旋機関の手数料……子の出生に関する一定の出費などがある。

本件においては、この禁止に違反しないように代理出産協定を解釈するため、相当の注意が払われた。この協定は、つぎのように構成された。養親スタン夫妻は代理出産契約の当事者ではないこと、ホワイトヘッド夫妻に支

払われた金銭は彼女のサービスに対するもので——養子縁組の報酬ではないこと、契約の唯一の目的は「その実の生物学的父親であるウィリアム・スターンに子を与えること」であるとされたこと、金銭は「サービスおよび出費に対する補償であり、決して親権を終了させる報酬でも、または養子縁組のために子を譲り渡す同意と引換えになされる支払でもない」とされたこと、不妊センターへの料金（七千五〇〇ドル）は、法律上の代理、助言、管理的仕事、および他のサービスに対するものであるとされたこと、などである。それにもかかわらず、金銭が養子縁組に関連して授受されたことは明らかのように思われる。

不妊センターの主要な役割は、第一に、その子を養子に出す代理母の「仲介者」としてであり、第二に、その養子縁組をすすめるすべての手続の世話役としてである。その養子縁組仲介者としての役割は、スターン氏に、もし彼がメアリー・ベス・ホワイトヘッドを再び代理母として使用するならば、さらに七千五〇〇ドルを支払うことを求めた条項によって示され、また「妻による子の養子縁組のための協定を調整する」ことに対するICNYの合意によって示されている。この代理出産契約は、ホワイトヘッド夫人に、ベビームを養子縁組のために譲り渡すことを求めている。この合意は、スターン氏とその夫人が子をもちたいと希望していることを記し、その子が生まれる前にスターン氏が死んだ場合にはスターン夫人のもとに「預けられる（養子として）」ことを規定している。一万ドルの支払は、子の監護権の譲渡しと、スターン夫人による養子縁組を助長するためのホワイトヘッド夫人の親権の終了を含む彼女の「義務と責任の完結」とに基づいてのみ発生する。スターン夫妻が養子縁組のためではなくサービスのためだけに支払をするという議論に関しては、われわれは、彼らは妊娠四か月前に子が死んだ場合には全然支払をせず、もし「サービス」が十分に尽くされたときも子が生まれなかったときは一千ドルしか支払われないことになっていた、という事実だけは記しておく必要がある。さらに、ホワイトヘッド夫人の見積費用で、スター

ン氏により承認されたものの一つは、ホワイトヘッド夫人の養子縁組に関連した付随的雑費のためと推定される「養子縁組手数料」であったことをつけ加えておく。

スターン氏は子の養子縁組のために自分が支払っていたことを知り、ホワイトヘッド夫人は子が養子となるために自分が金銭を受け取っていたことを知り、不妊センターは子の養子縁組に助力する報酬として支払われていたことを知っていた。三者全部の行動は、法律の目的達成を阻むために働いた。代理出産事業において養子縁組への通常ルートに対する魅力的な代替ルートとして彼らが強く求めたこれらの協定は、実際には何か他の金銭のための私的養子縁組のようなものと同様であると主張することは、軽信的傾向を引き締めるのである。

幼児売買は、それに関わったすべての当事者の搾取という結果となる可能性がある。……それとは逆に、養子縁組法は、それら子の最善の諸利益のうち、第一に人道主義的目標を促進することを求めるのである。……幼児売買の否定的な結果は、代理出産の情況、とくに子または実母の利益にかまわずに子を預けて養子にすることを求める可能性のある情況においては、もしかすると贈物であるのかもしれない。

(2) 本件においては、親権の終了は、法律的な前提要件の証明によつてではなく、契約条項の利益の主張によつて達成された。上述のすべてのことから、自分の親権を放棄しまたは親権の終了行為を争わない旨の契約上の同意も、われわれの裁判所では拘束力をもたないことは明らかである。州議会が、もし契約における一片の短い文章により親権が終了することを認めようとしたのであれば、それほど注意深く、一貫して、実質的に、親権の終了を制限することはなかったであろう。

その終了は無効であったから、……その結果、スターン夫妻によるメリッサ (Melissa) の養子縁組は正当に認可されなかったのである。

(3) メアリー・ベス・ホワイトヘッドが「監護権を譲り渡し……かつ、すべての親権を終了させる」ことに同意している旨を定めている代理出産契約のこの条項は、彼女に取消権を与える事項を含んでいない。意図されていることは、養子縁組のために子を譲り渡すという撤回不能の同意——換言すれば、ホワイトヘッド夫人がベビームをスターン夫妻に譲り渡し、その後で彼女の親権の終了を認めるための、彼女による撤回不能な委託である。第一審裁判所は、代理出産契約の特定履行を許可するための条件として示すべき「最善の利益」を要求した。……「最善の利益」がスターン夫妻に有利になるように決定したために、その裁判所の命令は、他の事柄の中に、監護権を譲り渡し親権をすべて終了させるというこの合意の特定履行を入れることになったのである。

ホワイトヘッド夫人は、子の出生後間もなく、スターン夫妻がベビームを自分たちに取り戻す目的で彼女に「一週間だけ」子を手元におくことを許した後に、引渡拒絶をすることによって彼女の同意と譲渡しを撤回しようとした。それゆえ、第一審裁判所の特定履行を認める裁定は、その子を譲り渡す同意は撤回不能であったという裁判所の見解を反映している。われわれは、第一審裁判所のこの契約の解釈を受け入れる。実際、これが当事者の意図であったことは、全く明らかである。しかしながら、私的斡旋の養子縁組における子の監護権の譲渡しについての実母の同意を撤回不能とするこうした条項は、明らかにニュージャージー州法に抵触している。

B 公序の考慮

代理出産契約の無効は、上記の法律条項に直接抵触している結果であり、その目的と手段がニュージャージー州の公序に対比して評価されるとき、より一層強調される。この契約の基礎的前提は、実父母がその子の監護権をどちらがもつべきかを、その出生より前に決定することができることであり、それは、子の最善の利益が監護権を決

定すべきであるという確立した法理とは全く関係がない。

代理出産契約は、実父母の一人からその子を永久的に引き離すことを保証する。しかしながら、われわれの方針は、これまで長い間、可能な限りにおいて子どもたちが彼らの実父母両人のもとに在って育て上げられるべきであるというものであつた。……現行養子法においては、そのように述べられていないが、この趣旨は依然としてこの州の公序の一部となつている。……これは、実際には何の意味もないような、ある種の単なる理論的理念ではない。その方針を追求することに失敗した衝撃は、何よりもこの代理出産契約の結果によく示されている。子は、できるだけ確かな平和と安全をもつてその生活を始める代わりに、相争う母と父の間の綱引きの中にあつて、速やかに自分の立場に気づくのである。……

代理出産契約は、実親たちの権利は彼らの子に関しては等しく、父親の権利が母親のそれよりも大きいことはないとこの州の方針に違背する。……代理出産契約の全目的および効果は、母親の権利を破棄することによつて、子に対する独占的権利を父親に与えることである。

契約のもとで、実母は、自分の子に対する結びつきの強さを知る前に、取り消せないように約束している。彼女は、全く任意で事情を知悉した上での決定をしていくわけではない。というのも、全く明らかのように、子の出生前のいかなる決定も、最も重要な意味では、情報を知悉した上でのものではないし、また、その後のいかなる決定も、事前に存在した契約上の約束、訴訟のおそれ、および一万ドルの支払の誘因により強制されるのであり、全くの任意ではないのである。彼女の利害関心は、この取引を管理する人たちにとっては、あまり重要ではない。

実父および養母の利害関係は、確かに最も有力な、現実的に唯一の役立つ利害関係であるけれども、その彼らでさえ、公序が要求するものより以上には残されていないのである。彼らは、実母について、その遺伝的な体質、そ

の心理的および医学的経歴など、ほとんど知らないのである。そのうえ、彼らが親としての責任の自覚を決意するための試みは、見せかけのそれすらなされていないのである。

しかしながら、なによりも悪いことには、その契約が、子の最善の利益を全面的に無視していることである。スターン夫妻の監護親としての適格性、スターン夫人の養親としての適格性、彼らのホワイトヘッド夫人に対する優越性、または子がその実母と一緒に生活しないことによる影響などを決定するために、いかなる時に、いかなる審査がなされるのかについて、ほんの僅かの示唆もない。

これは、子の売買、または少なくとも、子に対する母親の権利の売買であり、その唯一の軽減事由は、買手の人がその父親であるということである。養子縁組に関連した金銭の支払の禁止を促した弊害のほとんどすべてが、ここに存在する。

養子縁組と代理出産契約との違いにも言及しなければならぬ。なぜなら、代理出産に関連した金銭の使用は、養子縁組を購う場合に見られるような危険をもたらさないと主張されているからである。

第一の、そしておそらく最も重要なことは、代理出産が金銭なしに存続することはありそうもないことを、当事者すべてが認めていることである。代理母のいわゆる私心のない動機にもかかわらず、もしも金銭支払がないならば、代理出産もないか、または極めて少ないであろう。その結論は養子縁組と対比される。支払の禁止にもかかわらず、不十分ではあるが安定した供給が残存していることが、その明らかな理由である。養子縁組それ自体は、幼児を扶養する資金的負担から実母を解放することにより、金銭支払と同等のものとなるのである。

第二に、養子縁組において金銭の使用が問題を生み出すのではない。——違法な資金が提供される前に、妊娠が生じ、そして通常は出生自体が生じるのである。代理出産についてみると、代理出産をその生命の危険をかけた女

性の出産能力の購買から成り立っているようなものと考えらるならば、その「問題」は金銭の提供により引き起こされ、それとともに始まるのである。

第三に、養子縁組に関連した金銭の使用を禁止している法律に関しては、望まれざる妊娠に固有の財政的圧迫感と結果として生じる扶養義務が、その母親を、最高額を支払う不適格な養親へと導くわけではない。彼女は、承認幹旋機関に子を譲り渡すことで、ちょうどよい暮らし向きとなる。代理出産においては、金銭支払が許されている限り、おそらくは、適格性には関係なく、最高額の入札者が養親となるであろう。

第四に、養子縁組においては、母親が自分の子を譲り渡す同意は撤回可能であり、承認幹旋機関に対するとき以外は、子を譲り渡した後でもそれが可能である。承認幹旋機関の場合には、規則により、思慮不足の譲り渡しに対して保護がある。代理出産においては、同意があまり早くになされるので、どんなに多くの助言も母親志願者の必要を満たしはしないだろう。それなのに、同意は撤回不能なのである。

その主たる差異は、代理母の境遇は自発的で意図的であるのに対して、望まれざる妊娠の苦境は意図されていないことであるが、それは実際には重大ではない。最初に、それは「目を大きく見開いてこれを検討した」代理母に対する同情よりも、その妊娠を望まなかった母親に対する同情の方が、より強い反響をもたらす。しかしながら、よく考えてみると、女性の子を連れ去るために彼女の境遇（望まない妊娠または金銭の必要性）を利用するのであり、その差異は程度の問題であるから、その本質的な弊害は同一であるように思われる。

本件における代理出産契約によって意図された企画では、営利によって駆り立てられた仲介者が、その販売を推進する。いかなる理想主義が関係者の誰を動かそうとも、営利動機が、優勢となり、浸透し、究極的には取引を支配する。子を求める需要は大きい、その供給は小さい。避妊、妊娠中絶の有用性、および独身母親がその子を養

育しようとする大きな願望は、養子縁組のために提供される子の不足をもたらした。……この情況は、金銭を使用してその供給を増大させて市場に均衡をもたらそうとする仲介者の参入の機会を用意させたのである。

代理出産は貧者の犠牲において富者の便益のために用いられるだろうという論が主張されているが、反論もなされている。……応答の中で、スターン夫妻が富者ではなく、ホワイトヘッド夫妻が貧者ではないことが示されている。それにもかかわらず、代理母が、下位二〇%の所得階層の女性たちと同様、上位二〇%の所得階層の女性たちにも、同じ率でいるであろうということがありそうもないことは、われわれには明らかである。……換言すれば、われわれは、低所得階層の不妊夫婦が高所得の代理母を見つけるだろうとは、信じられないのである。

ホワイトヘッド夫人は多分その結果を十分に理解して代理出産協定に同意していた旨の要点が示されている。彼女が金銭の必要に迫られていたか、また彼女のその結果の理解がいかに重要であったかの問題はさし措くとして、われわれは、彼女の同意は不適切であったと推察する。文明社会においても、金銭では買うことができないようなものも存在するのである。アメリカでは、われわれは、金銭で購買された行為が、たんに「自発的」であったというそれだけの理由でそれが良いとか、または規制や禁止を超えるものであったということを意味するわけではない旨を、だいぶ前に判示したのである。……使用者は、たとえその労働が「自発的」であるとしても、彼らが約定しうる最低の価格で労働を買うことや、……同一職務につき男性に支払われるよりも安い賃金で女性の労働を買うこと、……子どもたちから過酷な労働をする旨の同意を得ること、……または、労働者たちから危険もしくは不健康な労働環境を受忍する旨の同意を得ることなどは、もはやできないのである。……要するに、労働であれ、愛であれ、または生命であれ、それが買うことのできるものは何であれ、富と認めることよりも重要だと社会が見なす価値が存在するのである。

この原理が、代理出産——それは、ときどき、当事者全員に大きな満足をもたらす結果になっていると思われるが——の禁止を勧めるのかどうかは、われわれが言うべきことではない。われわれは、ここでは、現行法の下でホワイトヘッド夫人がその協定に「同意した」という事実が問題の方向を決定するものではないということだけを述べておく。

代理出産契約の長期的な効果は、知られていず、懸念されている——それは、子が自分の生命が買われたものであること、ただ金銭を得るだけのために自分に生を与えた誰かの子であることを知ったときに受ける衝撃、実母の孤立の全重圧が彼女の身体および子の売渡しという紛れもない現実とともに長いこと実感されるという実母の受ける衝撃、実父および養母が自分たちの行為の結果を理解したときに受ける衝撃などである。……

代理出産契約は、それが基づくべき諸原理を作り出しているが、その諸原理はわれわれの法律の目的とは正反対のものである。……それは、子をその母親から分離することを保証するもの、その適合性を考慮しないで養子縁組を期待するもの、子を全く無視するもの、母親からその願望や母親としての適性を考慮せずに子を取り上げるものである。また、それは、金銭の使用によって、これをすべて行い、その目標のすべてを達成するものである。

それ以外にも、この協定の結果として生ずる女性たちの頹廃がある。もちろん、多くの事例において、代理出産は、不妊夫婦のみならず、代理母自身に対しても満足をもたらすであろう。しかしながら、多くの女性が代理出産を否定的には認識せずに、むしろそれを一つの機会とみるだろうということが事実であつても、それが他の女性に対する蹂躪の可能性を減少させるものではない。

要約すれば、この代理出産協定の有害な結果は、われわれにはすべて極めて明瞭であるように思われる。ニュージャージー州においては、自分の子を売り渡す代理母の同意は無効である。……その撤回不能性は、それを買うこ

とを意図した金銭が違法性を帯びさせたと同じように、その契約全体に違法性を帯びさせる。

IV 憲法上の問題点

当事者双方は、憲法——州および連邦——が彼らの基本的な請求権の承認を委託している旨を主張している。彼らの憲法上の主張の根拠は、本質的に同一である。それは、プライバシー権、生殖の権利、自分の子と交際する権利であり、これらの諸権利は、直接的に修正第一四条から、または権利章典の組み込みにより、あるいは修正第九条から、または権利章典全体を囲む半影部（周辺に存する黙示のルール）をとおしての、いずれかに淵源している。それらは、人格的な親交、婚姻、性、家族、生殖などの諸権利である。それらの根拠が何であろうとも、それらは連邦憲法および州憲法の双方により保護されている基本的権利であることは明らかである。……スターン夫妻が主張している権利は、生殖の権利であり、メアリー・ベス・ホワイトヘッドが主張しているものは、彼女の子と交際する権利である。われわれは、生殖の権利は、スターン夫妻が主張しているほどその範囲が広くはないということがわかった。……

生殖の権利とは、ごく単純に言えば、性交渉によるか人工授精によるかを問わず、実子をもつ権利である。これは、それ以上のものではない。スターン氏は、その権利を奪われはしなかった。ホワイトヘッド夫人の人工授精によって、ベビーMは彼の子なのである。監護、世話、交際、および出生後の養育は、生殖の権利の一部ではない。それらは、憲法上は同じように保護されるかもしれないが、しかし、生殖の権利以外の多くの考慮すべきものを包み込んだ権利である。スターン氏の生殖の権利が彼にベビーMの監護権を与える旨を主張することは、ホワイトヘッド

ド夫人の生殖の権利は彼女にベビーMの監護権を与えない旨を主張することとなるだろう。それは、憲法上の生殖の権利は、その中に、誰か他の者の生殖の権利を毀損するような、憲法上保護される契約上の権利が含まれていることを主張することになるだろう。

われわれは、つぎのような結論を下した。それは、生殖の権利は、もしその本質に極限するならば、最もよく理解されかつ保護されること、また結果として生まれる子に関する権利を取り扱おうとするとき、異なった利害関係が作用し始めることである。子の監護に対する父親の側の基本的権利が、同じ子に対する母親の主張により反対された場合に、父親の側の基本的権利を彼の生殖の権利の一部として暗示し始めるようなものは、われわれの文化ないし社会には何も存在しない。それゆえ、われわれは、第一審裁判所とは意見を異にする。ベビーMの監護に対するスターン氏の主張を支持することを要するような、憲法上の根拠は何もない。われわれの結論は、こうして、個人のプライバシー権および自己決定権は、これらの諸権利行使が善意の第三者に及ぼす影響により制限されるということを説明するものとして理解されるだろう。

V 監護権

代理出産契約が違法であり拘束力がないことを決定したことから、われわれは、今や、スターン氏に独占的かつ永久的な監護権を与えた代理出産契約の諸条項を考慮することなしに、監護権の問題を決定しなければならない。

(それは、その契約の存在およびその成立の前提となった事情は、子の最善の利益に適切であると見なされるまでは考慮されてはならない、ということの意味するわけではない。) 処理済みの代理出産契約についてみると、そ

の法律的構成は、ある夫婦の妻と他の夫婦の夫との人工授精により出生した子の監護をめぐる、二夫婦間の紛争となる。父性法の下では、実父と実母の請求は、同等のウエイトで権利が認められる。すなわち、その者が父親であるとか母親であるという理由だけで、一方が他方に対して優位に立つことはない。……これらの事情に与えられた適用規準は明らかであり、子の最善の利益が監護権を決定するのである。

この監護権紛争の事情は異例であり、それらが、大した異例の論争を誘発したのである。ホワイトヘッド夫妻はつぎのように主張した。たとえば、われわれがスターン夫妻に監護権を認めることによって、子の最善の利益が満たされたとしても、われわれはそうしなかつたであろう。なぜなら、それは、代理出産契約——立法的に定められた重要な公序を侵害しているとホワイトヘッド夫妻により主張され、われわれも同意した契約——を助長するだろうからであると。彼らの見解は、代理出産契約を阻止するためには、代理母が不適合で子の最善の利益を無視するのではない限り、監護権は代理母に留められるべきである、というものである。われわれは、これに反対である。この代理出産契約が拘束力がなく違法であるとする、われわれの宣言は、類似の契約を阻止するのに十分である。われわれは、その点を鮮明にするため、その子の利益を犠牲にしなくともよいのである。

彼女の苦境を仮定して、ホワイトヘッド夫人がむしろ厳しく判断された——第一審裁判所と専門家証人の両者によつて——ように、われわれには思われる。彼女には契約違反の責任があり、そして実際に彼女は極めて重要な約束を破つたが、しかし、この母親は苦闘なしに自分の新生児を手放すべきであると示唆するのは、正常な人間の能力を超えた何か完全なものを期待することであると、われわれは思うのである。生存のほかに、それより強いどんな力があるというのだろうか。われわれは、完全に適格な母親が彼女の新生児をおそらくは永久に手放すことを期待され、そのうえ彼女がそうしなかつたからといって悪い母親であるといわれるような、そのような事例を他に知

らないし、また想像することもできない。これらの事情のもとにおける彼女の行為の道徳的本質については、彼女が妊娠する以前になされた契約を引合に出すことよって判断すべきであると示唆するような当局を、われわれは知らない。われわれは、ホワイトヘッド夫人がしたように裁判所の決定に違反することを支持していないし、支持するつもりも全くない。たとえ内容の悪い裁判所の決定であつてもそうである。しかし、彼女が自分の幼児をおそらく永久に譲り渡すべき旨の決定に対する彼女の抵抗は、ある程度理解するに値する。彼女がその幼児を保有する努力は、スターン夫妻がその幼児を連れ去る努力に比べてみると、ある人を（残りの一方ではなく）不法行為者にするということが、それほど明白であるのか、われわれにはわからない。スターン夫妻は悩んだけれども、しかし彼女はそれを実行した。そして、もしわれわれが、紛争に巻き込まれた人間的利害関係の評価の悩みを乗り越えるならば、金銭の支払、子への期待、精子の提供などと比較して、彼女の九か月間の妊娠、分娩の労苦、彼女の生命の危険には、どれほど大きいウェイトが与えられるべきであろうか。

われわれは、第一審裁判所が、ホワイトヘッド夫妻に比較し、メリッサの教育におけるスターン夫妻の関心を強調したことについて、より進んだ関心をもっているのである。この差異が考慮されるべき正当な要因であることについては、われわれは疑いをもたない。しかし、最善の利益テストは、知識階級の新しい一員ではなく、むしろ生命を得て幸福になることを当然期待されてよい一人の人格円満な人を育て上げるために設計されている、ということを見過ごしてはならない。「最善の利益」は、その中に、いかなる理想的ライフスタイルをも含んではない。問題は、つまるところ、一人の人間の期待できそうな将来の幸福についての、多数の要因から成り立つ判断ということになる。……安定性、愛情、家族的幸福、寛容、そして最後に、自立心の維持——これらはすべて、大学教育の可能性よりも、将来の幸福の予想において、非常に高く位置づけられるのである。……われわれは、第一審裁判

所は意見を異にするだろうというつもりではない。われわれは、この争点について、ありうる誤解をすべて払拭することを望んでいるだけである。

結 論

本件は、新しい出産協定である代理母の人工授精に対して、なんらかの見通しを提供するものである。明らかに、この不幸な事件は、それ（出産協定）の統制のない使用はこれに関わるすべての人に苦悩をもたらさうことを、例証している。犠牲者となる可能性があるのは、代理母とその家族、実父とその妻であり、さらに最も重要なのは子である。代理出産が不妊夫婦のために、積極的結果を提供してきたことは明らかであるけれども、それはまた、本件が示しているように、本質的に無辜で善意の関係者に苦悩を引き起こすこともありうるのである。

われわれは、わが現行法は本件において使われた代理出産契約を認めていないことがわかった。しかしながら、代理母が、全く金銭支払なしに自ら進んで代理母として役割を果たすことを志願しており、自分の意思を撤回したり、自分の親権を主張したりする権利が与えられている場合においても、なお代理出産に対して法律的禁止をする例は、どこにも見当たらない。そのうえ、州議会は、憲法上の拘束にだけは従わなければならないが、この最も微妙な問題を、自分が適当と思うように自由に取り扱うことができる状態にある。

もし、州議会が代理出産を処理することを決定するならば、本件の考察は、その多くの潜在的な損害に強烈な光を当てることになるだろう。われわれは、この主題に対し法律を制定することの困難性を過少評価してはいない。それに関連する倫理的および道徳的問題との直面が避けられないことに加えて、そうした私的な事柄を規制するこ

との賢明さと有効性の問題があり、さらには、かような公共の利益の問題がある。代理出産の立法的考慮は、新しい生殖生命工学——体外受精、精子および卵子の保存、胚移植等——の全体的な関連問題に焦点を当て始める機会を提供することにもなるであろう。問題は、その濫用の危険を最小にしながら、この技術の便益を——とくに不妊夫婦のために——いかに享受するかである。この困難ではあるが見込みのある領域において、社会がその価値および目的となるものは何かを決定する場合にだけ、この問題は処理することができるのである。

ベビーC事件 (Johnson v. Calvert) に関する

カリフォルニア州最高裁判所判決 (抜粋)

一 判決の要旨

本件において、われわれは、最近の生殖技術の進歩によって提起された法的諸問題のいくつかに言及する。代理出産契約に従って、夫と妻の配偶子から成る接合子が他の女性の子宮に移植され、彼女は結果として生じた胎児を産期まで懐胎し、遺伝的には彼女に関係のない子を出産した場合には、カリフォルニアの法律のもとで、その子の「実母」は誰であろうか。妻がその子の実母であるとする決定は、懐胎女性の憲法上の権利を剝奪することになるのか。そして、そのような契約は、この州の公序により禁止されるのか。

われわれは、夫と妻は子の実親であり、またこの結果は州憲法、連邦憲法、または公序に抵触しないものと結論する。

二 事実の概要

マークとクリスピーナ・カルバートは、子をもちたいと希望している夫婦である。クリスピーナは、一九八四年に子宮摘出術を受けざるをえなかった。しかしながら、彼女の卵巣は卵子を産出する能力を存続していたので、ついに、夫婦は代理出産を考えた。一九八九年に、アンナ・ジョンソンは、同僚からクリスピーナの苦境について聞き、カルバートのために代理母として奉仕しようと申し出た。

一九九〇年一月一五日に、マーク、クリスピーナ、およびアンナは、マークの精子とクリスピーナの卵子によってつくられた胚子がアンナに移植されて、その子はマークとクリスピーナの家庭に「彼らの子として」引き取られるものとする旨の契約書に署名した。アンナは、彼女が子に対する「すべての親の権利」をマークとクリスピーナのために譲り渡すことに同意した。その代償として、マークとクリスピーナは、アンナに対し一万ドルを、最終支払を子の出生後六週間以内とする分割払いで、支払うものとする。マークとクリスピーナは、また、アンナの生命に対する二〇万ドルの生命保険証券のために支払うことにした。

その接合子は、一九九〇年一月一九日に移植された。一月たらずの後に、超音波検査によりアンナは妊娠していることが確認された。

不幸にして、両者間の関係は悪くなった。マークは、アンナが幾度か死産および流産を経験していたのを開示しなかったことを知った。アンナは、マークとクリスピーナが、要求された保険証券を入手するのに十分なことをしていないことに気づいた。彼女はまた、六月に早期の陣痛の徴候の間に、すてばちな気持ちを感じた。

一九九〇年七月には、アンナは、マークとクリスピーナに、彼女に支払われるべき報酬の残額を請求し、さもなければ彼女は子を手放すことを拒否するという内容の手紙を送り届けた。その翌月に、マークとクリスピーナは、自分たちが生まれるべき子の両親である旨の宣言を求める訴訟をもって応酬した。アンナは、子の母親と宣言されることを求める彼女自身の訴状を提出して、結局二つの裁判が併合された。両当事者は、その訴訟の目的のための独立の訴訟後見人に同意した。

子は、一九九〇年九月一九日に出生し、分析のために、血液サンプルがアンナおよび子の両者から採取された。血液検査の結果、アンナは遺伝的母親としては認められなかった。両当事者は、暫定的措置として、子がマークおよびクリスピーナとともに留まること、アンナの訪問を認めることを条件に、裁判所の決定に同意した。

一九九〇年一〇月の審理において、両当事者は、マークおよびクリスピーナが子の遺伝的両親であることを保証した。証拠調べおよび弁論の後に、事実審裁判所は、マークおよびクリスピーナが子の「遺伝的、生物学的、および自然的」父母であること、アンナは子に対する「親の」権利を有しないこと、ならびに、代理出産契約はアンナの請求に対しては適法で強制力があることを決定した。裁判所はまた、訪問を許す決定を終了させた。アンナは、事実審裁判所の判決を不服として上訴した。第四地区控訴裁判所、第三部は、上訴を棄却した。われわれは、審査を許可した。

三 判決の理由

(一) 統一親子法の下における母性の決定

統一親子法（本法）は、上院法案第三四七号として、一九七五年に導入された一連の諸立法の一部である。その立法目的は、嫡出子と非嫡出子の法律的差別を排除することであった。本法は、嫡出子と非嫡出子の平等な取扱いを命ずる合衆国最高裁判所の判決のすぐ後にそれに追隨したものである。（参照例省略）

公表印刷物は一九七五年一〇月二日に発行されて、上院法案第三四七号を、こんなふう述べて。「本法案は、修正されたため、現在、子たちを嫡出または非嫡出として表示すること、ならびに、彼らの法的権利および彼らの両親の権利を定義することを規定する、さまざまな法律を改正し、または廃止することになるだろう。これらの残酷にして旧弊な規定の代わりに、上院法案第三四七号は、両親の婚姻上の身分よりも、親子関係の存在に基づく親と子の権利を基礎とする、統一親子法を制定するだろう。」

上院法案第三四七号は、無視できる程度の反対を伴って通過したのだが、これに関係する部分は、カリフォルニア州民法典の第四部の第七節の七〇〇〇〜七〇二一条となった。

民法七〇〇一条および七〇二一条は、嫡出子と非嫡出子の区別を「親子関係」の概念をもつて置き換えている。「親子関係」とは、それに付随して法律が権利や特権を与えまたは義務や責任などを課するような「子とその実親または養親との間に存在する法的関係」を意味する。それは「母子関係と父子関係」を含む（民法七〇〇一条）。「親子関係は両親の婚姻身分の存否にかかわらず、すべての子およびすべての親に対して等しく与えられる」（民法七〇〇二条）。このように、「親子関係」は、「実親」と「養親」という二種類の親を包含する法的関係なのである。

本法案の可決は、代理出産論争を解決する必要により動機づけられたものでなかったことは明らかである。この論争は、実際に、一九七五年当時にはまだ知られていなかったのである。しかし、それは、外見上は、子の母親は誰かが争点となるような稀な事例をも含むあらゆる親子決定問題に適用されるのである。われわれは、本法を顧み

ずに、本件を他の判断基準、すなわち憲法上の命令および公序の必要に関するわれわれの良識を含む判断基準に従って判決するように要請されている。しかしながら、われわれは、その要請を断わること強いられているように感じる。裁判所は、しばしば、法を制定する議会が予想しなかった実際の状況において、制定法を解釈しなければならぬ。例えば、サレム事件（一九九二年）において、裁判所は、被告人が犯罪目的で住居に侵入した重罪が証券の詐欺的販売のそれであった場合に、不法目的侵入の有罪決定を支持した。この筋書きは、おそらく、州議会が刑法四五九条を制定したときには、その予想範囲にはなかつたのである。それにもかかわらず、不法目的侵入の法は、外見上、その被告人の行為を対象として、それに適用するために正当に解釈されたのである。同様に、本法もそのために特別に道具立てされたものとはいえないが、この論争を解決するための手法を提供している。それゆえに、われわれは、本法の枠組みの範囲内で、両当事者の論争の分析を続ける。

これらの論争は、容易に要約される。アンナは、もちろん、彼女が出産した事実に基づいて、自分の母性の主張を根拠づける。カルバート夫妻は、クリスピーナの子に対する遺伝的關係が彼女が子の母親であることを確認する旨を主張する。未成年者の訴訟代理人がその論争に加わって、さらに、本法により設けられたいくつかの推定が同じ結果を指示することを主張する。やがて明らかになるように、われわれは、未成年者の訴訟代理人により引用された推定は本件には当てはまらないというのでなければ、血液検査の証拠の提示は、出産をした証明となるので、母性を確認する一つの手段となる旨の結論を下す。

われわれは、母性決定に直接向けられている本法のこれら数少ない条項を考えてみる。「利害関係者はすべて」おそらく遺伝的母親をも含めて「母子関係の存在を決定するために訴訟を提起してもよい」（民法七〇一五条）。民法七〇〇三条は、子と実母の間では、親子関係が「子を出産したことの証明、すなわち本法によって、確定され

る」旨を的確に規定している（民法七〇〇三条）。民法七〇〇三条を別にすると、本法は、実母が親子関係を確定することのできる特別な方法は何も示していない。しかしながら、本法は、實際的にみる限りでは、父子関係に適用できる条項が、母子関係の存否を決定する訴訟にも適用されることを言明している（民法七〇一五条）。このように、これらの諸条項を調べることもまた、適切なことである。

男は、民法七〇〇四条に定められている方法により、父子関係を確定することができる（民法七〇〇六条、七〇〇四条）。男は、もしも、証拠法六二一条に規定されている諸条件を満たすならば、父性はその条文の下で推定される（民法七〇〇四条）。後者の規定は、婚姻している女性に生まれた子の父性の問題を決定するときに、その条件いかにより適用され、また、血液検査から得られた証拠に頼ることを予期している（証拠法六二一条）。その代わりに、民法七〇〇四条は、一定の条件の下に、その男の子に対する振舞または子の実母との婚姻ないし婚姻企図を基礎とした父性の推定を創設している。

われわれの見解では、民法七〇〇四条に含まれる諸推定は、ここには適用されない。それらは、実質的証拠が子の実父として特定の男を指し示すような状況を述べている。本件においては、母子関係を主張しているのは誰かに関して疑問は存在せず、また女性たちそれぞれの主張の事実的基礎は明白である。このように、実母は誰かを確かめるのに、証拠上の推定に頼る必要はない。その代わりに、われわれは、二人の請求者間におけるような、純粋に法的な決定をしなければならない。

本件のためには重要な意味があるが、証拠法八九二条は、父性が当面の問題に関連のある事実である場合には、訴訟において血液検査を命じてもよいと定めている。母性が争われている場合にも、血液検査から得られる遺伝的証拠が、同じように容認されうる（証拠法八九二条）。証拠法は、さらに、もしも、裁判所が、血液検査に基づく

証拠により開示されたように、父親だと主張する者がその子の父親でないことが専門家すべての結論であることを発見するならば、父性の疑問はそれによって解決される旨を定めている（証拠法八九五条）。類推により、血液検査は、また、母性の疑問に関しても、その方向を決定する。さらには、一定数の遺伝的標識の発見に基づき、反論可能な父性推定（従って母性も同じ）が存在する（証拠法八九五条）。

本件に適用されないような父性推定を無視したとしても、われわれには、クリスピーナではなくアンナが子を分娩したこと、およびアンナではなくクリスピーナがその子と遺伝的關係を有している、という争いのない証拠が残されている。このように、両女性ともに、本法によって期待されているように、母子關係の証拠を提示しているのである（民法七〇〇三、七〇〇四條、証拠法六二一、八九二條）。生物学的に可能な多様な出産の可能性をもたらす生殖技術の発達にもかかわらず、まだ、カリフォルニア州法は、どの子に対しても、唯一の実母だけを認めているのである。

われわれは、血液検査の証拠と分娩した証明については、民法七〇〇三條に立法上の明白な優先性を認めることはできない。「May」は、出産したという証明は、おそらく唯一のものではないにしても、母子關係を確定するための認められた方法であることを示す。選言的な「or」は、血液検査が、本法において規定されているように、出産した証明に対する代替的手段を構成することを示す。統一親子法の文言は、単に「古い格言 *Mater est quam [gestatio] demonstrat*（懐胎によって母親は証明される）」を映しているに過ぎないといえよう。この語句は「証明される」という言葉の使用により、常に推認の意味に曖昧さをもたらしている。懐胎が母親の地位を証明するといつても、それは母親身分の *sine qua non*（必須条件）ではないということを主張することも可能である。むしろ、コモン・ローが遺伝的血縁關係を母親の権利の基礎とみていたということも、ありそうなことである。この後者の説

明の下では、懐胎は簡単に、より根本的な遺伝的関係の反駁できない証拠となるであろう(五三)。この曖昧さは、人工的生殖技術の使用から生ずる問題により強調されたが、本法では、どこにおいても明白に説明されてはいない。

二人の女性がそれぞれ容認可能な母性の証明を提示したのであるから、われわれは、代理出産協定で明示されたような両当事者の意図を調査することなしに、本件を決定することができるとは信じていない。マークおよびクリスピーナは、自分たちの遺伝子をもった子をもちたいと望んでいるが、生殖技術の援助なしには肉体的にそれが不可能な夫婦である。彼らは子の出生を明確に意図し、かつ体外受精を遂行するのに必要な処置をとったのである。彼らの行動の基となった意図がなかったならば、子は存在しなかったであろう。アンナは、マークとクリスピーナの子の出産を手助けすることに同意した。両当事者の目的は、マークとクリスピーナの子を世に送り出すことであり、マークとクリスピーナがアンナのために受精卵を提供することではなかった。クリスピーナは、最初からその子の母親となることを意図していた。アンナが演じた懐胎の役割は、子の出産をもたらすのに必要ではあるが、アンナは、もし彼女が受精卵の移植の前に、その子の母親になる彼女自身の意図を公言していたとすれば、その子を懐胎し分娩する機会は与えられなかったであろうといっても間違いない。なぜ、アンナの事後の心変わりにより、クリスピーナが子の実母であるという決定を無効にしなければならないのか、その理由は明らかでない。

われわれは、本法が、母子関係を確定する方法として、遺伝的血縁関係と出産との両方を認めたとしても、その二つの方法が一人の女性に一致しないときは、子を産み出そうと意図した女性——すなわち、自分の子として育てることを意図した子の出生をもたらそうと意図した女性——がカリフォルニア州法の下における実母である、と結論する。

われわれの結論は、いく人かの法解釈学者の著作物に、その支持が見つけられる(五三参照)。ヒル教授は、代

理出産の状況においては、遺伝的關係それ自体は親子關係の決定につき優先権を与えられるべきではないと論じ、「その生殖協定における役者たちは全員、子をこの世に送り出すのに必要であるとはいっても、それを意図した親たちの労苦なしには子が生まれることもなかったのである。……意図した親たちが、生殖關係の第一原因、すなわち原動力者である」(H3)と記している。

同様に、シュルツ教授も、生殖技術の分野における最近の發展は「積極的な企画性を劇的に拡大している。……そうでなければ存在しなかったであろう子を存在させるために諸手段をとることができる」と述べる(Shultz)。「人工生殖技術の状況の範囲において、自発的に選ばれ、思慮深く、明確で、取決められた企画が、法的親子關係を推定的に決定するのが当然である」とシュルツ教授は主張する。

他の法解釈学者は、生殖技術に関して、つぎのように適切に示唆している。子という精神的概念は、その創造を支配する要因であり、その概念の創始者は子を産む者として十分に信用に値する。精神的概念は、独自の価値があるものとして認められなければならない。それは、提案している親たちには、子への期待を造り出し、また、社会には、提案者として子の両親に相應しい振舞を求め期待を造り出すのである。

さらに、シュルツ教授が認めているように、子どもたちの利益は、とくに彼らの生活の最初においては、「彼らに存在をもたらすことを選んだ大人たちの生活とは反対に進行しそうにはない」のである(Shultz)。このように、「子の福祉に責任がある大人たちの計画および期待を尊重することは、親たちにとっても子どもたちにとっても同じように、確実な成果と重大な相互關係がありそうである」。対照してみると、本法に関するアンナの説明においては、親となろうとする者と遺伝的關係のある胎児を懐胎することに同意した女性は、もし母親となろうとした者がその出生後に子を受け取断ることを断わったならば、彼女の期待とは反対に、決定の課する責任をすべて負うよう

な子の実母として留めおかれるだろう。われわれが望みを抱くべきものは、懐胎者も妊娠のために卵子を提供した女性も出生後に子の監護を進んで引き受けようとせず、親となろうとする者を法的な実親と認めるルールが子のための確実性および安定性を最もよく促進するような、そうした極端に稀な状況であるだろう。

本法の下における母性の争点を解決することにおいて、われわれは、代理出産契約に示されているように、両当事者の意向を自由に考慮したいと思ってきた。なぜならば、われわれの見解によれば、その合意は、外見上は、公序と抵触しないからである。

予備的に、マークおよびクリスピーナは、ウィルソン知事の拒否権により法案が法律となるのを妨げられたにもかかわらず、この州の公序の一つの表明として代理出産を規制しようとした法案が一九九二年議会を通過したことについて説明するよう、われわれに促している。上院法案第九三七号は、代理出産契約は健全な社会公共秩序に反しないという事実を認めることを抑えた。上院法案第九三七号は法律となったので、それに反対する議論の余地がなくなつたのである。しかしながら、その拒否権は、その立法的宣言が真にカリフォルニア州の公序を表明しているか否かの疑問を提起している。

知事の拒否権行使のメッセージの中に、われわれは、州議会の公序の評価に疑う余地のない同意ではなく、むしろ代理出産の実施に関する留保が認められるのである。「代理出産は、比較的最近の現象である。この実施に関する道徳的および心理的な広がりのおよび全貌はまだ明らかになっていない。実際、それらは、いま現れ始めたばかりである。カリフォルニア州においては、わずか二つの公表された裁判所の意見が、この難しい主題を扱っているにすぎない。……この困難な道徳問題の包括的な規制は、時期尚早である。代理出産が実際的であり続ける限りは、それは家族法の分野においてすでに確立された法的枠組みにより支配されうるのである。」代理出産の是認がさほ

ど明確なものではないとすれば、われわれは、上院法案第九三七号の成立が、本質的に自然に、代理出産契約と公序との調和を樹立するものではないとの結論に達する。(もちろん、われわれは、知事の拒否権行使の事実から反対の結論を導き出すわけでもない。)

アンナは、代理出産契約がいくつかの社会秩序に抵触すると主張する。彼女が子の法的な実母である旨の彼女の論点を頼みとして、彼女は、子の養子縁組の同意に対する支払を禁止している刑法典二七三条に包含されている公序を引用する。彼女は、さらに、代理出産契約は事実上、彼女の親としての権利の出生前の放棄を構成するので、それは本州養子縁組法の基礎にある政策に抵触すると主張する。

われわれは、これに異議を唱える。代理懐胎は、厳密な見方をすれば、養子縁組とは異なり、それゆえ養子縁組法には従わない。両当事者は、子を懐胎する前に、体外受精およびそれに関連する医療処置に参加することに、自発的に同意している。それゆえ、アンナは、この契約に入るその時に、やがて生まれるべき自分自身の子を手放すための財政的誘因に攻落されやすかつたわけではない。上に論じられたように、アンナは、その子の遺伝的母親ではなかった。契約の下でアンナに対する金銭支払は、子に対する「親の」権利を放棄する代価というよりは、むしろ胎児の懐胎および出産の労苦の引受における彼女のサービスの対する補償を意味する。金銭支払は、妊娠中および子の出生後の両方に対するものであった。したがって、われわれは、本件において用いられた契約が刑法典第二七三条に含まれる公序や養子縁組法に抵触するということには、納得がいかないのである。同じ理由により、われわれは、これらの契約は親の権利の終了を支配する法律の基礎にある公序とは抵触しないものと結論する。

これまで、代理懐胎は、自発的でない奴隷状態の禁止に抵触するのではないかと示唆されてきた。自発的でない奴隷状態は、労働の拒否に対する刑事罰の事例には認められていた。われわれは、ここで論争中の契約におけるそ

うした弊害を見て可能性を全然見ていず、そして強制ないし拘束の外部証拠は、全く欠けているのである。ある点では、その契約は、マークおよびクリスピーナに妊娠の中絶をするか否かの独占的な決定権を与えることを表明しているが、他の点では、それは「すべての当事者は、妊婦は彼女が懐胎しているいかなる胎児についても中絶するか否かの絶対的な権利を有していることを理解している。これに反するいかなる約束も強制力がない。」ことを承認していることを、われわれは書き留めておく。それゆえに、われわれは、懐胎母から彼女の妊娠を終了させる自由を奪うことを表明している代理出産契約の有効性を決定する必要はない。

結局、アンナおよび解説者たちは、代理出産契約は女性とくに低所得階層の女性を搾取しまたは人間性を奪う傾向があるという事柄を述べている。アンナの反対は、懐胎母が自分の出産した子を手放す結果として生ずると彼女が主張する、心理的損傷の周辺に集中している。ある者はまた、代理出産の実施は、社会が子どもたちをその親たちの意思で取引きされる商品と見るのを助長することになるだろうと、警告している。

われわれはみな、この論争の解決のための適切な討論の場合は議会であると承知してもいる。そこでは本件記録には大きく欠けている経験的なデータが調べられるし、一般的な適不適の諸原則が明らかになるのである。しかしながら、本件を解決すべきわれわれの責任の観点から、われわれは、できるだけ、その可能な結果を考慮することにした。

われわれは、代理懐胎協定が、公序に基づいてそれらの無効を要求しなければならないほどに、アンナの指摘する不幸な結果を引き起こしそうだとは、思えないのである。常識は、裕福な女性たちよりもしばしば貧乏な女性たちが代理母として働くことを示唆しているけれども、一般的に経済的必要性が彼女らに低賃金またはその他の好ましくない雇用を受け入れさせることで彼女らを搾取するのに比べて、さらに著しい程度で、代理出産契約が貧しい

女性たちを搾取するという証拠は全く存しないのである。同様にして、われわれは、代理出産は、子どもたちは単なる商品であるという態度を助長するだろうという主張に、説得されているわけではない。それを支持するような証拠は一切提供されていない。使用可能な限られたデータは、すべての関係者に対し、代理出産には重大な悪効果は存在しないことを表わしているように思われる。

女性が親になろうとして赤子を懐胎し分娩することに事情を知って物分かりよく賛同することなどできないという議論は、いく世紀にもわたって女性たちが法の下における平等な経済的権利および職業上の地位を達成しようとするのを阻んできた理由の付带的意味を伝えている。この見解を復活させることは、代理母側にとつては個人的かつ経済的選択を締め出すことであり、また自分自身の遺伝子をもった子を生み出す唯一の方法といえるものを企図する親たちを否定することでもある。確かに、この当面の事例においては、学校でよく勉強をし子を産んだ経験もある有資格の職業看護婦たるアンナが、代理出産契約に入るためのインフォームド・デシジョンをするのに必要な知的な手段または生活経験を欠いていたというようなことが、真面目に議論されることはありえない。

(二) アンナ・ジョンソンは実母ではないという決定の合憲性

アンナは、彼女が子との交際を継続する権利は連邦憲法の下で保護されることを、長々と主張した。

第一に、われわれは、ここに密接な関係のないような憲法上の権利に言及する。

手続上の適正過程に関する争点は存在しない。アンナは、養子縁組のための所定の手続は、懐胎母が自分の懐胎し分娩した子をその遺伝的親に譲り渡す場面にも、準用されるべきである旨を、明白に主張しているにもかかわらず、彼女は、一般に認められたこの問題を、告知または聴聞における明確な欠陥として言及しているのではない。

さらに、アンナも法廷助言者であるACLUも、平等保護条項に基づく主張をはっきりと表現していないし、われわれは、これらの諸事実の中に、その適用に必要な根拠を見つけない。これが、婚姻夫婦のために彼らの遺伝的子孫である子を懐胎し分娩することを自発的に同意した女性が、結果として生まれる子を母親に向けようとして、受精のために卵子を提供する妻とは異なった境遇にある理由なのである。

アンナは、子の監護および世話における実親の利益を基本的自由権と認める多数の判決を引用して、実体的適正過程、プライバシー、および生殖の自由などの理論に主に頼っている。アンナが引用するこれらの事例の多くは、彼らの子たちに対する彼らの親子関係を終了させようとする企てに直面している未婚の父親たちの権利を取り扱っているのである。これらの事例は、代理懐胎母のための親の権利の承認を支持していない。アンナは、未婚の父親の権利を評価して展開された親子関係のプライバシーを強調する言葉を引用しているけれども、若干の事例におけるある言葉は、遺伝的親の権利の重要性を強化している。

アンナの議論は、彼女が本当に子の母親であるという先の決定に依存している。アンナではなく、クリスピーナが自分の子として子を儲ける意図で体外受精のため卵子を提供したのであるから、カリフォルニア州法の下ではクリスピーナがその子の母親であり、それゆえ、アンナがこの境遇で有している憲法上のいかなる利益も、母親のそれよりも決して優るものではありえない。未成年者のための訴訟代理人が指摘しているように、本件における争点は、アンナの主張する実母としての権利が憲法に反して侵害されているかどうかではなくて、むしろ彼女が法的な実母では全くないという決定が合憲かどうかということである。

アンナは、彼女の「産みの母」としての地位に基づいた子と親密な関係にある自由利益の憲法的保護に対する彼女の主張を支持するのに、主としてミハエルH対ジェラルドD事件（一九八九年）の合衆国最高裁判所の決定に依

存している。その事例では、裁判所は相対多数で、ある男が他の男の妻との私通において父として儲けた子に関しては、その男の親の権利を憲法上否定してもよい旨を判示したが、それは、そうした家族の中に生まれた子の来歴上の嫡出推定に示されたように、自由利益の保護と伝統的に調和してきたのは、婚姻家族であるからである。ミハエルH事件における相対多数の論拠は、アンナの助けにはならない。やがて発達して赤子となる接合子を提供し、またその子を自分たちの子として育てようとするカップルとの合意に従い、赤子を懐胎し分娩する女性の権利を、社会は伝統的に保護してこなかった。そうした合意は、あまりにも最近のものであるので、伝統の保護を請求することはできない。伝統がこの事例に関係をもつ範囲において、それは、新しい医学的処置をとおしてであれ、自分たちの家族をつくるために生殖する権利を行使するカップルの主張を支持するものと、われわれは信じる。

そのうえ、もしわれわれが、アンナが子と親密な関係にある何らかの自由利益を享受する旨の結論を出そうものなら、そのときは、その子の実父母であるマークおよびクリスピーナの生殖上の選択および彼らの子との関係における自由利益は、必然的に侵害されることになるだろう。アンナの主張が成功した場合の親の諸権利はいずれも、ただクリスピーナの出費を攻撃することができるだけである。われわれがすでに見てきたように、アンナはカリフォルニア州法の下では子に対する親の権利を有しないのであり、また彼女は、そうした利益がマークおよびクリスピーナにより享受されている親子の絆を弱めまたは侵害するようなときは、十分に強力な政策根拠が、その子との親密な関係にある彼女の自由利益の保護と調和することにつき、われわれを説得することに成功していない。

法廷助言者であるACLUは、カリフォルニア州憲法に具現化されたアンナのプライバシー権が、彼女の「産みの親」としての地位の承認と保護を要求していると力説する。われわれは賛同することができない。確かに、われわれの州憲法は、連邦憲法が認めているよりも一層広い範囲で生殖の意思決定を成し遂げるプライバシー保護を、

カリフォルニア市民に与えるものと解されてきたことは真実である。しかしながら、法廷助言者は、いかにしたらアンナの主張が州のプライバシー権の広範な変数の範囲内に収まるかについて、説得的にはつきりと表現することに成功していない。法廷助言者は、代理出産合意に従ってその遺伝的父母のために赤子を懐胎し分娩するという選択が、憲法的重要性において、自分自身の子を産むかどうかの決定と等価であるとみなしているように思われる。われわれは意見を異にする。代理懐胎合意に加わる女性は、彼女自身の生殖の選択をする権利を行使することはない。彼女は（定義によれば）結果として生まれる子を自分の子として育てようとする期待は全然もたずに、必要で重大なサービスを提供することに同意しているのである。

人工授精との類比で描写して、アンナは、マークおよびクリスピーナが憲法上の保護を与えられていない単なる遺伝的提供者であると主張する。しかしながら、その事実の特性描写は不正確である。マークおよびクリスピーナは遺伝的物質を誰かに「提供する」ことは全然意図していない。むしろ、彼らは、唯一の利用可能な方法により、自分たちと血縁関係にある子を儲けようと意図しているのである。人工授精を規律する民法七〇〇五条は、ここには適用がない。

最後に、アンナは、体外受精のような新しい生殖技術の取扱いに対する法律の不備は、そうした（生殖技術の）実施の立法的否認を示していると主張する。その法律がそうした技術が開発されるずっと以前に起草されたことを前提とすれば、われわれは賛同できない。そのうえ、われわれは、それらを否認する権限を、根拠もなくわがものとすべきではない。議会がまだそうすることを適当と認めていないときに、生殖技術の使用を禁止することは、司法部の役割ではない。こうした努力はいずれも、生殖とプライバシーの権利の基本的性質に照らして、真剣な疑問を提起することになるだろう。むしろ、われわれの仕事は、この世に子を産み出すという本質的な生物学的機能が

二人の女性間に分割された場合に、「実母」(民法七〇〇三条)という用語の法律上の用法を解釈して、われわれの当面の紛争を解決することであった。

四 処分決定

控訴裁判所の判決を維持する(上告を棄却する)。

五 反対意見 (Kennard 裁判官による)

I 背景的事実 (省略)

II 本意見の出発点 (省略)

III 代理懐胎制 (省略)

IV 公序良俗の考慮

人間の生殖のために代理懐胎法を用いることの倫理的、道徳的、および法的な関連は、本質的な論争を引き起こした。代理懐胎に対する学問的文献の論評は、代理出産契約とくに報酬を伴う代理出産協定の有望性、またはそうした協定から生まれた子どもたちの親は誰かの問題を決定する最良の方法に対して、ほとんど意見の一致を示していない。

代理出産の支持者たちは、一般に、代理懐胎は、そうでなければ子をもつことができない人たちに子を儲ける能力を広げる他の生殖技術のように「個人的な自由、実行および責任」(Shultz, Reproductive Technology, 1990)を強めるものであると論ずる。この見解の下では、子を産むことのできる女性たちは、家族をつくることを希望する不妊夫婦から報酬を受けてそうすることに自由に同意することが許されることになろう (Shalev, Birth Power: The Case for Surrogacy, P.145)。「代理母」は、その協定に加わる前に「彼女の出産労働への見込み投資の価値を計る」ともと期待されており、また、もし彼女の「自律的な生殖の決定」が「自発的」であるならば、「他方の当事者の期待にそう」ように、それに対して責任をもつべきである (Shalev, Birth Power, supra, at p.96)。

ある憲法学者は、代理懐胎のような技術の使用は憲法上保護されており、また強行されるべき州の利益の表示に基づいてのみ制限されるべきであると論ずる (Robertson, Procreative Liberty and the Control of Conception, 1983, 405)。ロバートソン教授は、生殖それ自体は、婚姻して子を儲ける基礎的の市民権を認めた合衆国連邦裁判所の決定の下に保護されていると推論する (Robertson, supra, at p.414)。この前提から、彼は、生殖の権利は子を妊娠または出産できない人々にまで及ぶべきであると論ずる (Robertson, supra, at p.411)。もともと、最近の合衆国連邦裁判所の判例に照らしてみても、あらゆる生殖技術に対するプライバシー権の広範な適用に関するロバートソン教授の命題は、もうすでに疑問視されてはいるが。

しかしながら、代理出産の批判者たちは、子の懐胎および譲り渡しに対する金銭の支払は、財政的な必要から商業的代理出産協定に従うように誘われる貧乏な女性たちの経済的搾取の恐れがあると主張する。ある者は、経済的利益のために子を産むように定期的に雇われる貧乏な女性たちの「繁殖動物」階層の増大を恐れる。他の者は、代理出産協定に加入する女性たちは、彼女らが九か月間自分らの体内で養育した子を譲り渡すことによる心理的衝撃

を、過小評価しているのではないかと、指摘する。

代理懐胎はまた、「人間性を奪う」もの (Capron & Radin) であり、女性の生殖能力および代理懐胎協定による子を、売買可能な産物として取り扱うことにより、女性と子を「商品化」するとも言われている (Radin)。その女性と子の商品化は、抑圧された性の固定化を強め、すべての子の福祉を脅かすだろうと、恐れられている (Medical Technology)。いく人かの批判者たちは、たえず拡大する「代理出産幹旋業者の事業」の宣伝活動を予見している (Goodwin)。

代理出産契約が、人的サービスの協定とみられるにせよ、その結果として生まれる子の販売のための協定とみられるにせよ、契約的代理出産の批判的解説者たちは、これらの契約を公序良俗に反して強制力がないものとみている (Radin)。

さまざまな見解を代表する諸団体は、法解釈学者により強調された多くの関心事を共有する。例えば、アメリカ医学会は、出生後に譲り渡すための子の妊娠は、重大な倫理的問題をもたらすと考えている (Rep. of the Judicial Council)。同じように、カトリック教会の公式見解は、代理出産協定は「婚姻の単一性と、人間の生殖の尊厳とに反する」というものである (Magisterium of the Catholic Church)。

ニューヨーク州生命と法に関する研究班の政策声明は、商業的代理出産協定が提示するとみられる広範な倫理的諸問題を要約している。すなわち「報酬と引換えにする他人のためのサービスとしての子の懐胎は、社会が妊娠を理解して評価している方法とは根本的に離反している。それは、人間の生殖にまつわる複合した社会的、情緒的、道徳的な意味を、商業的価値に置き換えるのである。……この転換は、生まれる子に対し、女性に対し、また親たちと彼らの産み出した子との関係に対して、深い意味を有するのである。代理母による出産は、親族関係と養育の

結びつきによるのではなく、むしろ契約上の義務により共に結びつけられた人々の間に先例のない相互関係を作ることよって、親たる身分の遺伝的、懐胎的および社会的な構成要素が分断されることを許すのである。……代理母による出産は、母子関係についての深く根ざした社会的道徳的前提を変えるのである。……それは、女性たちの道徳的な呵責も悔恨もなしに、自分たちの親としての責任を放棄する可能性と積極的意思とを前提とするものであり、また親の身分に伴う諸義務を譲り渡し買い取ることのできるものとするのである(New York State Task Force on Life and the Law)。

代理懐胎の支持者たちと批判者たちは、代理懐胎協定により生まれた子の法的母親は誰かを決定するために、広範で多様なアプローチを提案している。代理出産の擁護者たちは、妊娠前契約の実施を提案する。その契約においては、懐胎母たちは親の権利を譲り渡すことに同意を済ませているのであり、そうすれば「法的な親の身分の決定をあきらめるような意思決定をするだろう」(Shultz)。ロバートソン教授は、例えば「性交によらない協同的生殖の権利は、当事者たちが子のための彼らの義務と権限をいかに分配すべきかについて合意する権利をも含む」と主張する。「父性および母性の法的推定は、両当事者のこの合意により克服されるだろう」(Robertson)。

他方、代理出産の批判者たちは、法的親子関係の問題の決定要因として、人間の生殖におけるユニークな女性の役割を考慮する。彼らは、男性と女性とが共に子の遺伝物質に寄与するにもかかわらず、胎児を懐胎する行為は女性だけの役目となる旨を論ずる(Radin)。それゆえに、彼らの見解では、代理懐胎の結果として自分の分娩した子と遺伝的関係のない女性も、子を出産したすべての他の女性と同等なのである。いずれの立場においても、分娩した女性が子の母親なのである(Capron & Radin)。こうしたアプローチの下では、養子縁組を規律する法は、代理懐胎により生まれた子に対する親の権利を規律すべきことになる。子の出生に基づいて、懐胎母は、彼女の親の権

利を遺伝的母親のために譲り渡すか否かを決定することができるのである(同)。

V 模範立法(省略)

VI 統一親子法(省略)

VII 多数意見の「意思」基準の分析(省略)

VIII 子の最善の利益(省略)

IX 結 論

医療技術における最近の発展は、人間の女性の生殖の役割を、遺伝的母親と懐胎母という二人の女性の間に分割することを可能にするに至った。こうした代理懐胎協定は、大人の参加者たちそれぞれに対して、敏感な感受性を呼び覚ます。しかし、最大の関心事は、代理懐胎が出生を可能にした子の福祉であるに違いない。

統一法委員会全国会議(NCCUL)の提案による模範立法は、こうした子の福祉を、かれらの親子関係を正確に定義することによって保護しようとしている。こうした正確さは、子の出生後にケース・バイ・ケースの評価を必要とする「子の最善の利益」基準を用いることを不可能にする。しかし、その評価は、裁判上の監督、法的助言および子を最もよく扶養できるのは誰かを決める裁判のための機会など、注釈付合衆国法律集(USCACA)に述べられたそれらのものに類似する多くの保護を与えるであろう。

私は、マークおよびクリスピーナのような夫婦のために、代理懐胎は二人に遺伝的關係のある子を育てる唯一の希望を提供することは認める。しかし、遺伝的關係のある子を求める願望は、広範囲の解釈学者によって表明され

た、統制されていない代理出産は女性と子の福祉に根本的脅威をもたらすという、本質的問題を減少させない。この脅威は、代理懐胎を許容する立法によって広く軽減されうるけれども、裁判所の監督の下に、かつ注釈付合衆国法律集（USCACA）で提案された方式の手的要件をもって、その立法は、代理懐胎協定により影響を受けるすべての人々、とくに子を保護するために奉仕する。わたしの見解では、立法府は、代理懐胎により提示された複雑な争点に注意を振り向けるべきである。

この意見において、私は、代理懐胎により提示された困難な諸問題に完全な解決を与えるとは主張しない。おそらくは、完全な解決などありえない。しかし、代理懐胎の複雑な争点に向けて、また潜在的濫用から保護するため、特別に立案された制定法がないからには、私は代理懐胎に関する多数意見の無批判的な有効説には与することはできない。

私は、控訴裁判所の本判決を破棄し、子の最善の利益に基づいて問題の親子関係を決定するため、事実審裁判所に事件を差し戻すべきものとする。