

# 外国においてなされた生殖補助医療により出生した子との 親子関係をめぐって

——フランス破毀院全体部二〇一九年一〇月四日判決以降の動向を中心に——

力 丸 祥 子

はじめに

第一章 破毀院全体部二〇一九年一〇月四日判決の意義

第二章 二〇一九年一〇月四日判決以降の動向

第三章 二〇一九年一〇月四日の判例理論の一般化に関する評価要素  
結びに代えて

はじめに

先に、フランス破毀院で出された二〇一九年一〇月四日の全体部判決をめぐって、外国でなされた代理出産とその

外国においてなされた生殖補助医療により出生した子との親子関係をめぐって（力丸）

親子関係についての考察を試みた<sup>(1)</sup>。フランスにおいては、同判決以降、本文中で見えるように、親子関係のフランスの戸籍への記載に関して、破毀院の第一民事部判決により計四つの判決が下されている。すなわち、二〇一九年一月一八日には、同性間カップルが代理出産を依頼した場合において、精子提供を受けた者に関しての出産とその子をめぐる親子関係につき三つの判決が出され、次いで、二〇二〇年三月一八日の判決において、女性同士のカップルにおいて戸籍上の記載を認める判決を下されている。

このように同性間カップルの双方が代理出産や医療補助生殖の手段によって得た子と親子関係があると、フランスの戸籍に記載をなすことができるか、という問題は、二〇一九年一月四日の判決以降何件か出ている。

だが、二〇一九年一月四日の判決は、一般化されるものなのか。本稿は、二〇一九年一月四日の破毀院全体部判決とそれ以降の判決とを比較しつつ、一月四日の判決の適用範囲について一言を試みるものである。

以下においては、まず第一に、二〇一九年一月四日に下された破毀院全体部の判断を簡単に見た上で、その判旨について明らかにする(第一章)。その後、二〇一九年一月一八日の三つの判決、及び二〇二〇年三月一八日の判決について検討したうえで(第二章)、二〇一九年一月の論理が先例として一般化できるものかについての検証を行う(第三章)。そして最後に、結びに代えて、我が国に対する若干の示唆を述べることとする。

## 第一章 破毀院全体部二〇一九年一〇月四日判決の意義

### 一 事実の概要

フランス人夫婦が、二〇〇〇年にアメリカ合衆国カリフォルニア州で代理出産を依頼し、夫は自己の精子を提供した。カリフォルニア州においては、代理出産は州裁判所のコントロールのもと合法とされていたため、同年七月十四日、カリフォルニア州最高裁判所は、生まれてくる子の父親を生物学上の父親、その配偶者を法律上の母親とした。同年一〇月二十五日、代理母は双子を出産し、一月にロサンゼルスにあるフランス領事館に戸籍を転記するための請求がなされた。しかし領事館は、出生が代理出産による可能性があるとしてこの請求を拒絶したため、この問題は外国において生じた身分関係を処理するナントの大審裁判所に送られた。フランスにおいて子らの出生がフランスの戸籍簿へ記載されたが、その後、検察官がこの転記の無効を求めて訴えたのが本件の始まりである。

### 二 破毀院全体部の判断

破毀院全体部が判示したのは大きく分けて、以下の二点である。すなわち第一に、代理出産における国際公序は、フランスの国内公序とは必ずしも一致しない。第二に、外国でなされた代理出産に関しては、フランスの戸籍への転記が必要となるが、精子を提供した父親は生まれた子と生物学上の親子関係がある。この父親の配偶者（母になろうとする者）とこの子との親子関係については、養子制度によるべきである。しかしながら本件においては、生まれてからすでに一八年以上が経過しているため、同制度を用いることができず、さらに、両親に関して、欧州人権条

約第八条にいうところの私生活に対する侵害が行われていることより、早急に身分確定をすべきである。

以上のように判断し、破毀院全体部は、生物学上の父親を父親とするのみならず、子の父親の配偶者を直接母親とすることを認めた。

### 三 二〇一九年一〇月四日判決の特徴

今回の破毀院判決で最も特筆すべき点は、直接子を懐胎、出産していない女性を母親として認めた点である。

破毀院全体部は、欧州人権裁判所の諮問意見を参照していること、及び、同事件が破毀院や欧州人権裁判所に複数回係属していることより、最終的判断が出るまでに子らが生まれてから一八年以上という長い時間が経過している、といった事案の特殊性に鑑みて、代理出産により母親となることを望む者に対し、その母親たることを直接認めた。これにより、国内法において違法とされている代理出産の効果を認めたと同様の効果をもたらした。

また、国内公序と国際公序との関係についても、両者は必ずしも一致するものではないとした。これまでの破毀院判決は身体の不処分性がフランスの国内公序であることを理由に、国内公序と国際公序とを特に区別することなく、代理出産はフランスにおいては認められないことを理由に効力を否定または制限していた。しかし、本判決においては国内公序と国際公序とを区別して判断が下され、カリフォルニア州で代理出産を正当なものとした判断の効力を認めている<sup>(2)</sup>。破毀院は欧州人権裁判所に意見の諮問をしており、実質上破毀院はその意見に拘束されることになるため、このような論理を取らなければならなかった面はあるであろう<sup>(3)</sup>。

その反面で、この判決は、国内公序と国際公序とを分けたうえで、欧州人権裁判所等というところの国際公序にお

いては、代理出産は違法であるとは限らないが、フランスの国内公序において代理出産は違法である、という点を改めて強調したものである、という捉え方もできる。

この部分の評価は分かれるところであるが、以上見たように、この判決によって、フランスにおいて代理出産の効力を事実上認めるのと同等の効果をもたらす場合のあることが明らかとなったのは事実である。

それでは、その後この判決はどのように位置付けられることとなったのであろうか。類似の事件における破毀院の判断を見てみることにしよう。

## 第二章 二〇一九年一〇月四日判決以降の動向

一 二〇一九年二月二十八日判決——第一、第二事件

### (1) 事案

この日に出された判決は、冒頭で述べたとおり、計三件である。<sup>(5)</sup> そのうちの二つは、生物学上の父とその者のパートナーである第二の男性双方が、代理出産で生まれた子の親として、フランスの戸籍簿に記載されることを求めた事案である。<sup>(6)</sup>

双方の事案の違いはほとんどなく、ただ婚姻の有無と代理出産を依頼した先がカリフォルニア州かネバダ州かに差異があるのみである。一方は、二〇一四年一月二二日に婚姻した男性同士のカップルにおいて、フランス国籍の男性を父、そのパートナーでフランス国籍の男性を親とする出生証明書が、アメリカ合衆国ネバダ州で代理出産により

外国においてなされた生殖補助医療により出生した子との親子関係をめぐって（力丸）

生まれた子について作成され、領事館においてフランスの戸籍に記載するよう求められた、というものであり、他方は、婚姻なきカップルにおいてカリフォルニア州での代理出産が問題となったものである。これらに対し、ナント大審裁判所の検事は、領事館で戸籍への転記の請求に異議を申し立てた。

## (2) 判旨

二〇一九年一〇月四日の判決は、母親となろうとした者について、その者と子との親子関係の創設には第一次的には養子縁組を考えるべきであるが、そのケースにおいては養子縁組による解決ができないこと、そして、事件が裁判所に継続してから長期間経過しているという特殊性から、直接の親子関係を認めたものであった。これに対し、二〇一九年一二月一八日の前記二つの判決は、子との間に完全養子縁組ができるか、の可能性を検討することなく、親子関係を認めている。すなわち同判決は、児童の権利に関する一九八九年一月二〇日のニューヨーク条約第三条第一項（子の最善の利益）、人権及び基本的自由の保護のための条約第八条（私生活および家庭生活の保障）、並びに民法第四七条を考慮し、さらに欧州人権裁判所（二〇一九年四月一〇日諮問意見）により、外国での子の出生が、民法第一六条の七及び第一六条の九で禁止されている代理出産に関する合意の結果であるという事実は、それ自体では、生物学上の父についてフランスの戸籍への転記を妨げ、母親になろうとする者に対して親子関係を認めるのを妨げるには十分とはいえない、と判示した。そして、これは二〇一九年一〇月の事案で見たとように、母親になろうとする者ばかりでなく、「親になろうとする者」と指定されている男性の場合であっても同様である。生物学上の父親との関係では戸籍に対する記載を妨げないことは、すでに二〇一七年七月五日の破毀院判決<sup>(7)</sup>において認められているところで

ある、と述べて、転記を認めなかった控訴院の判断を破毀したのである。

### (3) 評価

以上見たように、二〇一九年二月一八日の判決二件によって、一〇月の判決の原則が一般化されたようでもあ  
る。

これに対して、二〇一九年二月の事案のうち、第三番目の事案は、上記の二つのものとは少し状況が異なっている。

## 二 二〇一九年二月一八日判決——第三事件<sup>(8)</sup>

### (1) 事案

この事案は、精子提供を得て出産した女性ともう一人の女性、という女性同士のカップルに関するものである。また、利用した手段も代理出産ではない医療補助生殖(PMA)である。

ランス地区登録官事務所(ロンドン)が作成した出生証明書にある子は、イギリス、ロンドンで医療補助生殖により生まれたが、その母とパートナーの女性はいずれもフランス国籍であった。子をフランスの戸籍へ転記しようとしたところ、フランス民法典第四七条を根拠に、ナント大審裁判所の検事が反対したことにより訴訟となったものである。

この女性カップルは破毀申立において、控訴院は国際児童の権利条約第三条第一項によって保障されている子の最

善の利益にも由来する、個人の地位の継続性という国際私法の一般的な原則を無視した、と述べた。

## (2) 判旨

児童の権利に関する一九八九年一月二〇日のニューヨーク条約第三条第一項、人権及び基本的自由の保護のための条約第八条、民法第四七条を考慮して、子どもの最善の利益、児童の最善の利益を第一の考慮事項とすれば、以下のことが言える。すなわち、この訴えは、子の外国出生記録の転記を目的としたもので、親子関係の承認や創設のための訴えではなく、子が医療補助生殖により生まれたという事情、及び、この記録が民法第四七条の意味で証明的なものである場合には、出産した母親と他の女性を母親または親として指定しているという事実は、フランスの戸籍簿への転記を妨げるものではない。

以上のように述べて、ロンドンで生まれた子の出生証書の内容の転記の限度において、原判決を破毀、無効とした。

## (3) 評価

この二〇一九年二月の第三の事案は、二〇一九年三月二〇日<sup>(9)</sup>、破毀院第一民事部において一度扱われた事案である。この際に、女性間カップルが医療補助生殖により子をもうけた場合における、そのパートナーとの親子関係に關しては、欧州人権裁判所の諮問意見と破毀院全体部の判決を待つ<sup>10)</sup>、という判断が破毀院第一民事部においてされたため、判断時期が先の男性間のカップルのケースと同時にとなった。判旨からも明らかのように、男性間カップルの場合

の代理出産のケースと、全く同様の手法で、女性間カップルの場合に医療補助生殖によって子をもうけたケースとを取り扱っている。

この第三事件と同様に、代理出産ではない医療補助生殖による出産により子をもうけた女性とそのパートナーとが、子に対して親子関係ありの記載を戸籍にできるか、ということに関しては、二〇二〇年三月一八日の破毀院第一民事部の判決がある。

### 三 破毀院第一民事部二〇二〇年三月一八日判決<sup>(1)</sup>

#### (1) 事案

この事案は、人工生殖によって子をもうけた女性同士のカップルにつき、一方の女性が子の母親でオーストラリア国籍、そのパートナーの女性がフランス国籍であり、両者はオーストラリアに在住していたというものである。子はイギリスのチェルシーで出生しており、ケンジントン&チェルシー行政区の戸籍係において出生証書が作成されている。

在ロンドンフランス総領事館は、フランス国籍を持つ女性との間に親子関係がないことを理由として、領事館でフランスの戸籍への記載をすることを拒絶したため、女性たちはナント大審裁判所の検事に、フランスの戸籍に子の出生記録を転記するよう求めた。

原審のレンヌ控訴院が女性らの請求を認めなかったため、同人たちは、自身そして子の法定代理人として破毀申立

をなした。

(2) 判旨

児童の権利に関する一九八九年一月二〇日付ニューヨーク条約第三条第一項（子どもの最善の利益保護）及び人権及び基本的自由の保護のための条約第八条（私生活及び家庭生活の保護）、民法第四七条を考慮し推論すると、子の外国での出生記録の転記を目的とした訴訟において、その子が医療補助生殖により生まれたという事情、並びに、その記録が民法第四七条の意味で証明的なるものである場合には、その子が出産した母親と他の女性を母親または親として指定しているという事情も、フランスの戸籍簿への転記を妨げるものではない。

控訴院は、英国で作成された出生証書は、パートナーの女性が養子縁組をなさずに法律上の親であるとしており、また子は、生物学的母を一人だけ有することができるはずなのに、母親となろうとする者にも親たる資格を認めたとはいふと現実に対応していない、とする。

また、出産した母はオーストラリア国籍であり、フランス国籍のパートナーとの親族関係が成立していないことから、フランスの戸籍簿への転記請求は却下されなければならず、結果として国際条約違反があったとの訴えは無効であるとしている。

しかし、破毀院は、この出生証書は合法であり、英国法に基づいて作成された、として、原判決を破毀し、子の生まれがイギリスのチェルシーであることをフランスの戸籍簿に載せることを命じた。

### (3) 評価

この二〇二〇年三月の判決については、二〇一九年一二月の判決の流れをくむものとして、位置付けられている。<sup>(12)</sup>したがって、この判決の論理については取り分けて目新しいものはない。ただ、医療補助生殖については、現在フランスにおいて生命倫理法の改正の中で、その対象を拡大すべく検討されていることから、今後この問題は<sup>(13)</sup>その改正と関わってくるということが指摘されている。

### (4) 小括

以上の四つの判決より、破毀院がとる立場は以下のようにまとめられる。すなわち、二〇一九年一〇月四日の事案で見られたように、異性間カップルが代理出産という手法を使った場合のみならず、二〇一九年一二月の男性間カップルの事案のように、代理出産を依頼したカップルが同性間カップルである場合において、フランスの戸籍簿への転記は、そのカップルの間の関係が婚姻関係にあらうとならうと認められるとする。

さらに、子の出生の際に用いた手段が、代理出産であらうと、その他の医療補助生殖により子をもうけた場合であらうと、同様の状況が見られることを前提に、このような事実があるのみでは、フランスの戸籍簿への転記を妨げる事情としては十分ではない、としている。

リーディングケースとなった二〇一九年一〇月四日の破毀院全体部の判決の事案においては、訴訟提起から一八年ほどが過ぎ、完全養子縁組もできない状況になってしまっている、という特殊性があったため、上記のような判断が下されたことは判決文からも明らかである。これに対して、二〇一九年一二月の判決以降においては、親にならうと

する者と子との間に親子関係を認めるか検討する際に、もはや養子縁組が可能であるか否かの検討をすることなく、戸籍簿への転記を認めている。この点をもって、破毀院は、二〇一九年一〇月の全体部判決の理論を発展させることが望ましいと判断したからだという評価もできるところであるが、この点については次章でより詳しく検討する。<sup>(14)</sup>

### 第三章 二〇一九年一〇月四日の判例理論の一般化に関する評価要素

一 二〇一九年一〇月四日の破毀院全体部判決の理論を一般化することの可否

以上見たように、二〇一九年一二月の三件の判決、及び二〇二〇年三月一八日の判決の結論から見ると、もはや二〇一九年一〇月の判断は、一般化したように思われる。

ことに、代理出産に基づいて子をもうけた者と子との親子関係が戸籍上に転記されることについては、意義が大きい。というのも、フランスにおいては代理出産は現在まで違法とされており、来る生命倫理法の改正においても、代理出産以外の医療補助生殖に関しては、女性一般に広く認める意向であるが、その反面、代理出産の禁止については、フランスはその姿勢を堅持する予定である。それゆえ、二〇一九年一二月の第一、第二の事案が示すように、代理出産により子をもうけた場合であっても、生物学上の関係のない者を親としよう、という解決は、代理出産がフランス国内で違法とされていることに対する重大な変更ともなりかねない。

しかし先にも述べたように、この点に関しては、より詳細に検討する必要があるように思われる。というのも、第一に、破毀院全体部は二〇一九年一〇月の判決において、親子関係を認めるにあたっては養子制度によるのが望まし

い、という立場を崩してはいないからである。また第二に、生物学上の親子関係がない場合には養子縁組によって親子関係を創設することが、一般的に望ましいとはいえず、この事案においては子が生まれてから一八年以上が経過しており、完全養子縁組が認められる期間を徒過していた、という例外的事情があったためである。そして第三に、この事案で代理出産が行われたのではあるが、異性間カップルのケースであつたことより、なお、一二月の事案とは異なる点が存在すると考えられるからである。

以下では、二〇一九年一〇月の破毀院全体部の判断がこれ以降一般化されることについてのプラスの要因(①)とマイナスの要因(②)とを比較して見ることによって、破毀院の立場をより明らかにすることとする。

#### (1) 一般化に関するプラス要因

プラス要因としては、欧州人権裁判所との関係、二〇一三年のトビラ通達との関係、そして、代理出産に対する世論、の三点から、見ることができるといえる。

#### (a) 欧州人権裁判所の判断との関係

二〇一九年一月及び二〇二〇年三月における複数の判決において、繰り返し述べられているのは、児童の権利に関する一九八九年一月二〇日付ニューヨーク条約第三条第一項(子どもの最善の利益保護)及び人権及び基本的自由の保護のための条約第八条(私生活及び家庭生活の保護、民法第四七条を考慮して判断する、という文言である。フランスの破毀院など国内の最上級裁判所の判断に不服がある場合において、それが人権侵害がある場合など他の

要件を満たすならば、当事者は欧州人権裁判所に同事件の提訴することが可能である。そのようなシステムになっていることを考えれば、仮に、代理出産による子の出生、ということから、国内裁判所において、この子のフランス戸籍簿への転記を否定したとしても、当事者は欧州人権裁判所にこの事件を改めて提訴する可能性が高いと考えられる。その場合に、これまで同裁判所が示してきたように、子の最善の利益、ということに重きをおくのであれば、欧州人権裁判所において人権に配慮していない判決との判断が下される可能性も高く、それを前提に国内裁判所が再度判断をするという場合には、事実上、現在破毀院において下されているように、「出生が代理出産によるということだけでは戸籍に転記することの妨げとはならない」という判断を下さざるを得ないことになってしまう。

このように、一度否定しても、結局のところ肯定しなければいけないことになるのであれば、最初から肯定の判決を出すとするならば、欧州人権裁判所の考えるところと合致する判決が下されることとなる。

(b) トビラ通達との関係

また、子の最善の利益を重視するという考え方は、単に欧州人権裁判所だけのものではなく、フランス国内においても既に取り入れられている考え方である。その端的な表れとして、二〇一三年に出された、トビラ通達をあげることができ。この通達は、同性間カップルなどがフランス国外で代理出産により子をもうけ、フランスに帰国するという事例が多く見られ、そのようにして生まれた子が毎年フランス国内に相当数いるが、彼らにフランス国籍を与えるべく出された通達である。当時も、これは国内法で禁止されている代理出産を事実上認めるものであるとして大きな問題となり、憲法院によって合憲であるかの判断までなされた<sup>15</sup>。結論的には合憲の判断がなされたが、ここで当

時の司法相トビラ氏が重視したのは、既に存在している子の保護であった。

このように、二〇一三年の段階で既にフランスでは、法の形式的な解釈よりも、実質的に保護しなければならない者を保護するという立場が見られる。

この通達を前提とするならば、国内法で違法とされている代理出産により出生した子であったとしても、この世に既に存在している限り、一人の人間として、そしてフランス国民として守らなければならない、と考えるのが現在のフランスの立場であると言えるであろう。そうであるならば、子が存在する以上、その子の戸籍に関しフランスの戸籍に転記するということを認める余地はあると言える。ただ、これに対しては、二〇一九年一〇月の破毀院全体部判決が触れていたように、いったん養子縁組の余地を検討したのちに、それで困難のある場合には、直接的に親子関係を認めるといふ例外的な取り扱いを認める、という二段階の措置を考えても良い、という判断もできるであろう。したがって、トビラ通達の考え方は、一つの価値判断とはなるが、だからといって例外を認めないという考え方というわけではない。

(c) 代理出産に対する世論との関係

フランスにおいては、近時代理出産を合法化すべきと考えている人たちが増えてきている。これは調査会社 Ifop が行った二〇一九年五月及び九月の調査によっても裏付けられる。すなわち、同社はまず ADFH (Association des Familles Homoparentales) のため、二〇一九年五月二二日から二四日にかけて調査<sup>(16)</sup>を行っている。二〇一四年に行われた INSEE (国立統計経済研究所) 調査をもとに、年齢一八歳以上でフランス本土に居住している者のうちから、

外国においてなされた生殖補助医療により出生した子との親子関係をめぐって(力丸)

年齢および性別（社会人口的基準）、職業（社会職業的な基準）、住んでいる地方ならびに住んでいる都市の規模（地理的基準）に応じて抽出されたフランス人、二、〇〇〇名を対象に行われたものであり、調査方法はあらかじめ用意された質問に対するネットへの回答による。

この調査によれば、代理出産を求める異性間カップルがこの手段によって子を持つことに好意的であるとするものが六二%（大変好意的、二八%、どちらかといえば好意的三四%）、子を持ちたいと望むものが同性間カップルであった場合には四八%が好意的であると述べている（大変好意的、二〇%、どちらかといえば好意的二八%）。

そして、異性間カップルが代理出産により子を持つことについては、八二%の同性愛者が好意的だとしており、男女別に見ると、それぞれ六二%が好意的であると回答している。<sup>(17)</sup>

また、同性愛者が代理出産により子を持つことにつき、七七%の同性愛者が好意的だと答えている点が特筆すべき結果として指摘されている。性的指向ではなく、単に男女別に見ても、男性の四四%、女性の五一%が好意的であると回答している。<sup>(18)</sup>

同様の調査は、二〇一九年九月一日および一二日にも行われている。<sup>(19)</sup>この調査は、CNewsとSud Radioのために行われたものであり、二〇一五年に行われたINSEEの調査をもとに、年齢一八歳以上でフランス本土に居住している者のうちから、先のものと同じ複数の基準に応じて抽出されたフランス人、一、〇一七名を対象に行われた。調査方法はあらかじめ用意された質問に対するネットへの回答による。

この調査によれば、異性間カップルが代理出産により子を持ちたいとする場合、それに好意的であるとするものが六六%（大変好意的が三二%、どちらかといえば好意的が三四%）、子を望む者が同性間カップルであった場合には五〇%

が好意的であると述べている（大変好意的が二三％、どちらかといえば好意的が二七％）。二〇一四年の調査以来、代理出産を認めることに好意的な者のパーセンテージは、大まかに言って右上がりの傾向にあるが、この二〇一九年九月の調査に至って初めて、同性間カップルに関する問いに対して五〇％まで至った。ことに目を引くのは、同性間カップルの代理出産に好意的な者のうち一八歳から二四歳までのカテゴリーの回答である。このカテゴリーにおいては好意的な者の割合が七〇％（大変好意的が四一％、どちらかといえば好意的が二九％）にまで達している<sup>(20)</sup>。

以上見たように、フランスの世論はだいたい代理出産に好意的となっている。しかし、政府は代理出産が違法であるという立場を崩しておらず、直近の生命倫理法改正法案においてもこの立場を強固に維持している。

この生命倫理法の改正に関しては、女性同士のカップルや女性単独で、医療補助生殖の手段を用いて子を持つことも認めるとしている<sup>(21)</sup>。したがって今回の生命倫理法の改正がなされることとなるとすれば、父親のいない家族というものが法的に認められることとなる。そのような状況を前提とするならば、今回の二〇一九年二月以降の判決のように、親が双方とも男性、または女性、という親子関係もまた積極的に認めていく、という解釈もできるかもしれない。

## (2) 一般化に関するマイナス要因

一方のマイナス要因としては、国内法による禁止、そしてEU域内での統一法企図の失敗との関係、さらにカップルのあり方、の三点がその要因となると考えられる。

(a) 国内法で代理出産が禁止されていることとの関係

フランス国内においては一貫して代理出産が禁止されている。

先にフランス要因のところでは考えられたように、確かに、現在のフランスの司法機構にとって、国内裁判所の判断のみならず欧州人権裁判所の判断も重要であり、その影響力も否定することはできない、という側面はあろう。しかしながら、一〇月判決を詳しく見てみると、国内公序と国際公序の峻別が行われている。この点について、はっきりと評釈を加えているフランスの評釈は存在しないようである。それまでの破毀院判決は、代理出産がアメリカなど、各事案において実際に行われた場所では合法であったとしても、フランスにおいては違法である、という論理のもと、効果を否定、または限定的に解釈してきた。しかし、一〇月判決においては、外国では合法であったとしても、その国際公序がフランスの国内公序とは必ずしも一致しない、という趣旨を判決文において述べている。

このことは、この判決を検討した折にも触れたところであるが、フランスの裁判所は、このような表現をなすことよって、国際的に見れば代理出産にはいろいろな立場があるが、フランスにおいては依然違法である、ということを強調する意味があったのではなからうか。このようなフランスの姿勢は、先に述べたように生命倫理法の改正においても見られるところである。また、EU域内で代理出産について統一的な法規をつくるべく、各国の状況、意図を調査した際、フランスはむしろEU域内で積極的に代理出産を禁止すべきである、という立場を表明していた。このような事象を見ても、フランスが代理出産を合法化することには反対である、という姿勢を堅持しているようであり、そのような姿勢からするならば、先に述べたように、この判決の意図はむしろ、国際公序がどのようなものであれ、フランスでは代理出産を違法とする立場を貫く、ということを強調したものと考えられるのではないだろう

か。

このことは、いくつかの判決の中で、これが転記の問題に関する訴えであり、親子関係の承認や創設の訴えではない、ということに言及している点からも見て取れる。フランスの戸籍簿への転記の訴えだ、というのはまさにその通りであろうが、それゆえ、親子関係創設の訴えでないから、前章で見てきたような判断が可能なのだ、という論理はどのように捉えるべきなのであろうか。戸籍簿に転記されれば、「母」、「父」、または単に「親」と記載されることになるわけである。これは、親子関係が認められる、あるいは創設されるということと同様ではないのであろうか。二〇一九年二月以降の破毀院判決が意図していたことは、①まず代理出産自体について、フランスは禁止の立場を崩していないこと、②そして、外国で行われた代理出産などにより生まれた子に関する、フランスの戸籍簿への転記に関しては、あくまで外国で合法とされた書類に基づく身分関係を、外国の判断に特段の問題がない場合に、フランスの戸籍簿上に写し取っただけで、代理出産自体を認めるものではないこと、以上を明らかにすることであったのであろうか。現実に生まれ、存在する子をいかに保護するか、苦心した末の論理とも言えるであろうが、言い方を換えれば、詭弁に過ぎないとも言える。

さらに判例の論理を前提とすれば、代理出産などによって出生したという事実のみによってはその転記の効果を妨げることはできない、という論理によって、破毀院はこの転記の効力を認めているが、「代理出産などによって出生したという事実のみによっては、」<sup>(23)</sup>ということは、逆に転記の効果を妨げるといふような場合がありうるのか、という問題も出てこよう。

このほか、これまた先に見たように、現在破毀院判決においては、代理出産を事実上認めるような判決が相次いで

いるとも見られるが、近い将来覆される余地があるともいえる。すなわち、同性婚合法化により、同性間カップルが子を持つ権利も認められたということに関連し、この二〇一三年法制定直後は、パートナーの子と完全養子縁組をすることも比較的容易に各地方の裁判所において認められていた。しかしながら、そのうちに、養子縁組の対象となっている子が代理出産により生まれたというケースがこれまた多くあったことから、国内で代理出産を行えば違法であるため何の効果も認められないのに対し、国外で代理出産を行い、フランスに連れて帰ってきた場合に、問題なく養子縁組が認められるという結果になってしまうことは脱法行為となる、として、次第に養子縁組の効力に疑義を挟む考え方が出てきた。

このように、当初はたとえ比較的容易に効果を認めることとなったとしても、これが結果的に代理出産の効果を事実上肯定する、となることは明らかであるから、この点を指摘して、脱法行為であるということを理由に、近い将来効力を否定、または制限するという流れにならないとも限らない。そもそも代理出産は国内法で禁止されているのであるから、このような事態は考えうるどころであるし、解釈が変更されるというところまで行かなかつたとしても、例外措置として厳格に解すべきということもできる。したがって、今現在の判例の動向だけでは、事案の集積がそれほどないこともあり、判例理論として一般化できるか、という点についてはまだ時期尚早だということができよう。

また一步譲って、生命倫理法が改正された暁には、代理出産から出てくる親子関係に関して、判例理論の一般化という立場の変更もあるかもしれないが、これは改正以降に生じうる可能性の問題に過ぎない。それゆえ、法が改正される以前に立法機関でない裁判所が実質的な法改正、またはそれに類似するような立場をとった、と解釈することにはなお慎重でなければならないのではあるまいか。

(b) EU域内での統一法企図の失敗との関係

代理出産に関しては、二〇一三年、EU域内でも、代理出産に関する統一法を作るべきではないか、という試みがなされたことがある。<sup>(24)</sup> 統一法を作成する前提として、各国の状況を調査したところ、その内容があまりにも食い違っていたため、結局のところ、統一法を作成する実際上の動きにまでは至らなかった。その時も、フランスは、自国が代理出産の合法化に反対であること、そして、EU域内でも積極的に規制していくことが望ましいという立場を表明した。

このような状況からするならば、先に挙げたように、国内において、代理出産を認めるよう望む声がいかに大きくなったとしても、フランスの立場としては代理出産を合法化することには困難を示すのではないかと思われる。そもそも、フランスが代理出産について否定的な立場をとっているのには、以下のような多様な理由が存する。すなわち第一に、代理出産は、そもそも自分が産んだ子を出産後、すぐに手放すことを約するものであり、出産において通常は母親が子を守り育てる、という一般的な形態と相容れない。第二に、金銭的なやりとりがある場合は特に、人身売買に近い要素が存するとも考えられる。第三に、仲介業者が介入するケースが大部分であるが、仲介者と代理母との間に、法律などの知識の差があり、圧倒的に代理母の側が不利である。第四に、代理母がしばしば貧しい国の出身であり、医療、衛生状態も満足でないところで行われるということもあるため、母体に対する危険も大きい。第五に、一人の代理母では出産まで至らないリスクを考えると、代理母を複数用意するということもあり、その場合に、そのうちの一人が出産に至ると、それ以外の妊婦の胎児は不要ということとなるなど、人道的な問題も存する。第六に、インドなどでは代理母がその家族とは離れ、出産まで施設に在ることを求められるとともに、家族との面会も制限され

るなどの問題も存する。また、仮に代理母が家族と一緒にいることができるとしても、代理母が既婚である場合には、その夫との関係、すでに子供がいる場合には、その子に与える影響など、家族観に深刻な問題を引き起こす場合もある。

以上のように、法律的、金銭的、心理的、人道的などさまざまな問題を生ずるものであることが、フランスにおいて代理出産を違法とする理由である。<sup>(25)</sup>

このようなことからするならば、望む者が多いからと言って、フランスがすぐに代理出産を合法化することも考えにくい。このような事情も、先に述べたように、判例で一般化されたと思われた判断が後で覆される可能性もあるということの後押しする理由となるであろう。

(c) カップルのあり方との関係

これまで見てきた事件において対象となつてゐるカップルのあり方については、異性間カップルも同性間カップルもあり、同性間カップルの場合にも、男性間、女性間双方があつた。このようなカップルのあり方の違いは既に大きな意味を持たない、と解することもできるであろう。というのも、フランスにおいては同性婚が既に認められているからである。

しかしながら、子を持つことに際しては、カップルのあり方については今なお大きな意味を持つように思われる。なぜなら、異性間カップルの場合には、自然の形による生殖があくまでも前提となり、それが叶わない時の方法として一連の生殖補助医療の利用が考えられる。フランスは代理出産以外については異性間カップルに生殖補助医療を認

めている。これに対し、同性間カップルの場合には、自然の形による生殖がそもそも不可能である。女性間カップルの場合に、子を出産することは可能であるが、パートナーの女性と自然の生殖方法により子を設けることはできず、このパートナーの女性が、生まれてきた子と生物学上の親子関係を持つことはそもそも不可能である。男性間カップルの場合には、これにもまして、そもそも子を出産するということが不可能である。

したがって、このような自然の生殖能力という点から見た場合、問題となつているカップルが、異性間カップルであるか、同性間カップルであるか、そして、同性カップルである場合に、それが女性同士のカップルであるか、男性同士のカップルであるか、ということに関し、その違いをなお考慮しなければならないのではあるまいか。

また、フランスにおいて同性婚が合法化された際、同性間カップルが子を有する権利も認められたが（民法典第三四五―二条）、当初考えられていたのはどちらかが有する子をパートナーの子としても認める、という方法であった。しかし次第に、代理出産などにより子をもうける例が出現したことにより、裁判所も、これを脱法行為であるとして、親子関係を認めることに否定的となつた。<sup>(26)</sup>

しかし破毀院は、代理出産によつて出生した子とその親とならうとする者との関係について、効力を全く否定する立場から、次第に生物学的な親子関係のある父親との関係ではその者と子との間に親子関係を認める、という方向に変わってくる。ただ、そのパートナーと子との関係についてはあくまでも養子縁組としていた。この立場は、二〇一九年一〇月の判決においても、養子縁組がこういった問題の解決には適切であろう、という表現の仕方肯定されている。

### 三 小 括

以上、プラス要因、マイナス要因を見たが、今後破毀院の判断がどのような方向に進んでいくのかについては、欧州人権裁判所の判断を破毀院が自己の判決の中でどのくらいの比重をおいて取り入れるか、また、代理出産に關し違法とされている国内法の行方如何にかかってくることとなるであろう。

現在までのところ、フランスが代理出産を違法とする姿勢を貫いていることを考えれば、欧州人権裁判所の判断、諮問意見を踏まえた上で、生まれてきた子の人権は最大限に尊重するが、元々の代理出産を認めるものではない、というのがフランスの変わらぬ姿勢であると言えるのではあるまいか。そしてその姿勢は、フランスにおいて二〇一三年に出されたトビラ通達と軌を一にするものであろう。

これに対してはまた、生物学上でなくとも、法律上の親子関係を認めることが子の人権を最大限に保障することにつながるとして、破毀院は一二月の判決以降、積極的に法律上の親子関係を認めるという立場に舵を切ったのだ、という見方もできるかもしれない。現実に存在している子の人権保障も大きな問題であり、この視点はトビラ通達も持っているところである。

いずれにしても、法理論上の立場と現実の折り合いをどのようにつけるか、フランスの裁判所は今までも苦悩してきたと思われるが、この苦悩はこれからも続くことであろう。

## 結びに代えて

以上のことからすると、フランスは破毀院全体部の二〇一九年一〇月四日の判決の主旨を、一二月以降の判決において一般化した、と言い切ることは今なお慎重でなければならぬと思われる。しかし、そのような留保をつけた上でも、このフランスの考え方は我が国に対する示唆に富むものであると考えられる。

第一に、我が国においては、代理出産に関する明文の規定が存せず、ただ日本産科婦人科学会の自主規制が存するのみである。<sup>(27)</sup>このような状況に対しては、長年明文の規定による規制が求められているものの、<sup>(28)</sup>依然立法化されていない状況である。しかし、学会の自主規制も我が国での代理出産について否定的な立場をとっていることよりすれば、フランスのとる代理出産禁止の方向に基づく法規制は我が国においても参考となることであろう。

第二に、このように学会の自主規制があるとしても、我が国においても、フランスと同様、事実上代理出産によって生まれた子が出現する可能性はある。<sup>(29)</sup>フランスの苦惱は、まさにこのような問題を前にした時に、我が国が考慮しなければならない視点を提示していると言える。

ただ、代理出産に関する破毀院の判決に関連して、父親が生物学上の父親である場合には、少なくともその者との関係では戸籍簿への転記を認めるといったフランスの立場を我が国においても採用するかにつき、慎重でなければならぬであろう。というのも、代理出産に際し、我が国の最高裁平成一九年決定の事案は父母双方の配偶子が用いられたケースであったが、このようなケースの場合には父母双方と親子関係が認められることになってしまいうからである。

代理出産に関しては、子を望むカップルの痛いほどの気持ちは理解できるものの、ただ法律のみならず、倫理的、社会的な視点からも考えていかなければならない問題である。とはいえ、難しい問題であるからと言って、常に先送りすることも得策ではないであろう。

我が国において早期に立法化がなされることを願いつつ、今回はこれで筆を置くこととしたい。

- (1) 拙稿「外国でなされた代理出産とフランスにおける法律上の母との親子関係——破毀院全体部二〇一九年一〇月四日判決を契機として——」法学新報二二七巻三・四号（二〇二〇年）。
  - (2) フランスにおける判例評釈のほとんどは、直接代理出産を認めた点について重点を置いて評釈をなしている。
  - (3) 国内裁判所と欧州人権裁判所の判決との関係については、[https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/prises-parole\\_2039/archives\\_2201/nationales\\_convention\\_8451.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises-parole_2039/archives_2201/nationales_convention_8451.html)（二〇二〇年三月二十九日確認）参照。
  - (4) 二〇一四年六月二六日の欧州人権裁判所判決の中で、代理出産につき、EU域内諸国のそれぞれの立場の比較がなされている（n. 41 et 52）。すなわち、代理出産を明確に禁止している国は一四カ国、ドイツ、オーストリア、スペイン、エストニア、フィンランド、アイスランド、イタリア、モルダヴィア、モンテネグロ、セルビア、スロベニア、スウェーデン、スイス、トルコである。
- これに対し、アンドラ、ボスニア・ヘルツェゴビナ、ハンガリー、アイルランド、ラトビア、リトアニア、マルタ、モナコ、ルーマニア、サンマリノには、代理出産に関する明確な規定がない。一般規定によつて禁じられているか、容認されていない、または合法性が不確かなためである。
- 反対に、厳格な要件を兼ね備えていることを必要とするという制限はあるものの、代理出産が認められているのは、アルバニア、ジョージア、ギリシャ、オランダ、英国、ロシアおよびウクライナである。原則として、商業ベースではない代理出産が認められているが、ジョージア、ロシアおよびウクライナでは商業ベースでの代理出産も認められているようである。さらに、代理出産が規制の対象とはなっていない国として、ベルギー、チェコ共和国、ルクセンブルクとポーランドがあ

る。

また、アルバニア、スペイン、エストニア、ジョージア、ギリシャ、ハンガリー、アイルランド、オランダ、チェコ共和国、英国、ロシア、スロベニアおよびウクライナにおいては、外国でなされた代理出産により生まれた子の親になろうとする者が、その子との親子関係を認容してもらうこと、または法的に創設することが可能である（認可状、外国判決や外国での出生証明書により直接戸籍に記載すること、養子縁組による）。

代理出産が禁じられているか、法律によって何らの規定も置かれていない以下の一か国においても親子関係の創設は可能であるようである。すなわち、オーストリア、ベルギー、フィンランド、アイスランド、イタリア（父親となろうとする者が生物学上の父親である場合には、父親との親子関係については少なくとも可能）、マルタ、ポーランド、サンマリノ、スウェーデン、スイス、そして認められる場合もある国としてルクセンブルクがある。

反対に親子関係が認められないのは、アンドラ、ドイツ（父親になろうとする者が生物学上の父親である場合を除く）、ボスニア・ヘルツェゴヴィナ、ラトビア、リトアニア、モルダヴィア、モナコ、モンテネグロ、ルーマニア、セルビアおよびトルコである。

- (5) Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 2019, n<sup>os</sup> 18-14751 et 18-50007, D. 2020, 426, note S. Paricard; *ibid.*: 506, obs. M. Douchy-Oudot; *AJ fam.* 2020, 133, obs. J. Hous sier; *ibid.* 9, obs. A. Dionisi-Peyrusse; Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 2019, n<sup>o</sup> 18-11 815, D. 2020, 426, note S. Paricard; *ibid.* 506, obs. M. Douchy-Oudot; *AJ fam.* 2020, 131; *ibid.* 9, obs. A. Dionisi-Peyrusse; Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 2019, n<sup>o</sup> 18-12-327, D. actu. 20 déc. 2019, obs. Th. Cousette; D. 2020, 426, note S. Paricard; *ibid.* 506, obs. M. Douchy-Oudot; *AJ fam.* 2020, 131; *ibid.* 9, obs. A. Dionisi-Peyrusse; D. 2019, Chron. 1732 s. A. Gouttenoire et Ph. Bonfils (110110年八月五日確認)
- (6) Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 2019, n<sup>o</sup> 18-11 815, n<sup>o</sup> 18-12-327 et n<sup>o</sup> 18-14751, D. 2020, 10; *AJ fam.* 2020, 9, obs. A. Dionisi-Peyrusse; D. actu. 20 déc. 2019, obs. T. Coustet-Recueil Dalloz. La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA : un schisme entre loi et jurisprudence. 2020-426. <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=RECEUIL%2FCHRO N%2F2020%2F0476>; Recueil Dalloz, Contentieux familial - Méline Douchy-Oudot - D. 2020, 506 (110110年八月一日確認)
- (7) Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juill. 2017, n<sup>os</sup> 16-16901 et 16-50025 et n<sup>o</sup> 15-28597, D. 2017, 1737, communiqué C. cass., note H. Fulehron; *ibid.* 1727, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire; *ibid.* 2018, 528, obs. F. Granet-Lambrechts; *ibid.* 641, obs. M. Douchy-Oudot; *ibid.* 765,

外国においてなされた生殖補助医療により出生した子との親子関係をめぐって（力丸）

- obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat: *ibid.* 966. obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke: *AJ fam.* 2017. 482. obs. A. Dionisi-Peyrusse: *ibid.* 375. point de vue F. Chénéder: *ibid.* 643. Pratique P. Salvage-Gerest
- (8) 18 décembre 2019 / n° 18-14.751. n° 18-50.007. [https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS\\_LIEUVIDE\\_2019-12-18\\_1814751](https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2019-12-18_1814751) (二〇二〇年八月五日確認)
- (9) *Ire Civ.* 20 mars 2019. pourvois n° 18-50.008 et 18-12.327. [https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS\\_LIEUVIDE\\_2019-03-20\\_1812327](https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2019-03-20_1812327); *Civ. 1.* no. 18-14.751. *AJ fam.* 2019. 175 (二〇二〇年八月三日確認)
- (10) なる被毀申立は「*レ*」 n° 10-19.053.
- (11) 18 mars 2020 / n° 18-15.368. [https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS\\_LIEUVIDE\\_2020-03-18\\_1815368](https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2020-03-18_1815368) (二〇二〇年八月五日確認)
- (12) François Mélin, Transcription d'un acte de naissance mentionnant la mère et son épouse. *Civ. Ire.* 18 mars 2020, *F&P+B*, n° 18-15.368. *Dalloz actualité* 11 mai 2020 (二〇二〇年八月五日確認)
- (13) 二〇一九年一月一日に、国民議会第一読会において可決され ([http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/1150343\\_texte-adopte-seance](http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/1150343_texte-adopte-seance) (二〇二〇年六月二十五日確認))、法案の審議は上院に移されることとなった。上院において二〇二〇年一月に審議がなされた (<https://www.senat.fr/seances/s202001/s20200121/s20200121008.html>; [https://www.lefigaro.fr/flash-actu/le-senat-vote-l-ouverture-de-la-pma-a-toutes-les-femmes-20200123](https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/01/23/loi-sur-la-bioethique-le-senat-vote-l-ouverture-de-la-pma-a-toutes-les-femmes_6026896_823448.html) (二〇二〇年七月三十一日確認))。その後、新型コロナウイルスの影響により、国民と「*レ*」の問題についてはむしろ、コロナにより悪化した経済や雇用問題を先に解決すべきである、との意識が高まってきた (Hog 調査: *Les débats sur la PMA au lendemain du déconfinement*; <https://www.idop.com/wp-content/uploads/2020/06/117458-Rapport.pdf>) (二〇二〇年六月二十五日確認)。しかし、二〇二〇年七月三十一日、国民第二読会において、六六票対二七票、棄権三票で可決した。国民議会においては、社会保険により償還されることも可決された (<https://www.lefigaro.fr/actualite-france/loi-bioethique-l-assemblee-adopte-le-projet-de-loi-une-deuxieme-fois-20200801>; [https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/08/01/loi-bioethique-l-assemblee-adopte-le-projet-de-loi-en-deuxieme-lecture\\_6047874\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/08/01/loi-bioethique-l-assemblee-adopte-le-projet-de-loi-en-deuxieme-lecture_6047874_3224.html) (二〇二〇年八

月一日確認)。

- (14) Actualités de la bioéthique - Amélie Dionisi-Peyrusse - AJ fam. 2020, 9 <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=AFfAM%2FCRON%2F2020%2F0063>
- (15) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000029926601> (二〇二〇年八月六日確認)
- (16) [https://www.ijop.com/wp-content/uploads/2019/06/115524\\_Rapport\\_Ijop\\_ADFH\\_2019-sans-don.pdf](https://www.ijop.com/wp-content/uploads/2019/06/115524_Rapport_Ijop_ADFH_2019-sans-don.pdf) (二〇一九年一〇月二八日確認) pp.11 et ss.
- (17) 前掲注(16)´ p.13.
- (18) 前掲注(16)´ p.14.
- (19) [https://www.ijop.com/wp-content/uploads/2019/09/PMAs-sept\\_2019.pdf](https://www.ijop.com/wp-content/uploads/2019/09/PMAs-sept_2019.pdf) (二〇一九年一〇月二八日確認) pp.6-7
- (20) 前注統計資料´ p.8.
- (21) これに対しては、父親がいなくても子を持つということより、単に法律上の問題だけでなく、伝統的な家族観念に大規模な変更を与えるものであるとして、慎重な姿勢を示す者、団体もある。その反面で、国家倫理諮問委員会 (Comité consultatif national d'éthique: CCNE) は、報告書を出すなどして問題点を指摘し、自らの立場を明らかにしているが、明らかな反対はしていない。しかしこの問題については、二〇一七年以降様々な事情で審議が中断、改正作業が延期されており、二〇二〇年八月になってようやく国民議会の第二読会で法案が可決された。
- (22) 前掲注(1) 参照。
- (23) D.2019, p.2000, 2423, point de vue T. Perroud.
- (24) <http://www.economienmatin.fr/news-pays-europeens-gestation-pour-autrui> (二〇二〇年八月六日確認)
- (25) 拙稿「同性間カップルが子を持つ権利とフランス生命倫理法改正への動き」比較法雑誌五二巻四号 一二七頁(二〇一九年)
- (26) 前掲注(1) 参照。
- (27) 日本産科婦人科学会が、二〇〇三年四月に明らかにした「代理懐胎に関する見解」([http://www.jsog.or.jp/modules/statement/index.php?content\\_id=34](http://www.jsog.or.jp/modules/statement/index.php?content_id=34) (二〇二〇年七月三十一日確認)) によれば、

外国においてなされた生殖補助医療により出生した子との親子関係をめぐって(力丸)

「1、代理懐胎については、子を望む不妊夫婦の受精卵を妻以外の女性の子宮に移植する場合（ホストマザー）と依頼者夫婦のうち夫の精子を妻以外の女性に人工受精する場合（サロゲイトマザー）とがあるが、いずれも、倫理的・法律的・社会的・医学的な多くの問題をはらむ点で共通している。

2、代理懐胎の是非について、実施は認められないとし、その理由としては、

- 1) 生まれてくる子の福祉を最優先するべきである
- 2) 代理懐胎は身体的危険性・精神的負担を伴う
- 3) 家族関係を複雑にする
- 4) 代理懐胎契約は倫理的に社会全体が許容していると認められない」として

(28) 最高裁判所は平成一九年決定の判断の際に、津野裁判官、古田裁判長が補足意見において立法の必要性を述べている。そして同裁判官らは、代理出産に関し生じうる種々の問題については、「何ら法制度が整備されていない状況の下では、子を懐胎、出産し、新しい生命を現に誕生させた女性を母とする原則を変更して、卵子を提供した女性を母とすることにはちやうちよを感じざるを得ない。」と、懐胎・出産した者を母とする我が国の伝統的なルールに関しても見解を述べている。

また、今井裁判官は、その補足意見の中で、代理出産などの問題が民法制定当時想定されていなかったものであるから、民法典に規定がないことのみをもって、直ちにこれを否定することは相当ではない、と述べる。「本件子らの福祉という点から考えれば、……法的な実親子関係を認めることがその福祉にかなうことができるかもしれない。」しかしことはそれほど単純ではなく、「本件のような場合に実親子関係を法的に認めることの我が国の身分法秩序などに及ぼす影響をも視野に入れた考察をしなければならない。」とし、結論的には立法の必要性を述べる。

以上のように、最高裁は代理出産に関し立法の必要性は広く認めるものの、その立法が存在しない現在においては、今までのように、懐胎・出産した女性を子の母親とするという原則を基に考えざるを得ない、というところで一致している（最高裁第二小法廷平成一九年三月二三日決定民集第六一卷二号六一九頁）。

(29) 前注最高裁平成一九年判決。