

《国際家族法研究会報告 (第54回)》

## 性同一性障害者の父子関係に関する 最高裁決定

池谷 和子

一 はしがき

昨年の一二月十日、最高裁第三小法廷は原決定を破棄し、原々審判を取り消して、元女性である血の繋がらない原告に対して、法的な父親としての地位を認めた。原々審判と原決定を覆した最高裁の決定であったが、その決定においても三―二という非常に僅差となる微妙な判断となった。本件においては、最近になって広く一般にも知られるようになった性同一性障害者について父親の法的な父子関係に関する初の最高裁の判断がなされており、法的に「親子関係」や「家族」をどのように考えるのか、「子供の利益」をどう考慮するのかという点につき、非常に興味深い判例である。

男女という生物学的性別と、自らの性別に対する認知 (ジェンダー・アイデンティティ) が一致しない場合を性同一性障害という (厚生労働省ホームページ [http://www.mhlw.go.jp/kokoro/known/disease\\_gender.html](http://www.mhlw.go.jp/kokoro/known/disease_gender.html)) が、諸外国の推計から男性三万人に一人、女性十万人に一人の割合で存在すると言われており (参議院本会議、平成一五年七月二日、

性同一性障害者の性別の特例に関する法律の提案理由)、日本国内でも、平成二三年度に行われた厚生労働省の医療機関への調査では、国内での患者数を少なくとも四千人以上と推計した (日本経済新聞 電子版 二〇一三年四月二十一日)。さらに、平成一五年から平成二四年に札幌医科大学病院で性同一性障害と診断された八二名を基本値として、二千八百人に一人の割合で発生するとした研究 (池田官司他「札幌市における出生数あたり性同一性障害者数の推計」GID (性同一性障害) 学会第一五回研究大会二〇一三年三月) もある。

本件の原告である父親もまた、性同一性障害であった。精神的には自らを男性と認識しているが、体は男性としての生殖的な機能を有していない。すなわち、女性との間に自らの血の繋がった子供をもうけることは不可能であるにも関わらず、明らかに血の繋がらない子供に対して、民法七七二条における嫡出の推定を認めてよいのであろうか、というのが今回の主たる法的論点である。そして、夫婦が婚姻関係にあっても、明らかに客観的かつ外形的に血縁的な親子関係が生じないような事情がある場合、すなわち性的関係を持ちえないなど遺伝的な子をもうけることがあり得ないような事情がある場合には、子が実質的には民法七七二条の父子関係の推定を受けないというのがこれまでの最高裁の判例であったにも関わらず、今回の最高裁の判断は矛盾するのではないのかの問題も生じてくる。

本稿においては、まずは本決定に非常に関連してくる性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律について概観し、本事例内容、原々審判、原決定、最高裁決定について紹介をした上で、性同一性障害者の嫡出推定による父子関係について検討する。

## 二 性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律

本法律は、平成一五年七月一六日に成立し、一年後に施行されたものである（以下、特例法と略称）。わずか五か条による法律であり、第二条において①「性同一性障害者」とは、生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別であるとの持続的な確信をもち、②自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有するものであって、③そのことについてその診断を的確に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致しているものをいう、として性同一性障害者を定義した。そして、第三条において、家庭裁判所は、性同一性障害者のうち記載されている五つの条件に当てはまる者が請求をする。ここで、性別の取扱いの変更の審判をできるとし、第四条において、性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、民法その他の法令の規定の適用においては、法律に別段の定めがある場合を除き、他の性別に変わったものとみなすとしている。

第三条における条件には、①二十歳以上であること、②現

に婚姻をしていないこと、③現に子がいないこと、④生殖がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態であること、⑤身体に他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていることの五点が挙げられている。このうち③については、平成二〇年の改正において、性同一性障害者からの希望を入れるかたちで「子」から「未成年の子」へと変更された。

このような立法がなされた背景には、性同一性障害について日本精神神経学会がまとめたガイドラインに基づいて診察と治療が行われており、性別適合手術も医学的かつ法的に適正な治療として実施されるようになってきていることから、名の変更のみならず戸籍の訂正手続きによる戸籍の続柄の記載の変更を始めとして、社会的な不利益を解消することを目的としていた（参議院本会議、平成一五年七月二日、性同一性障害者の性別の特例に関する法律の提案理由）。さらに第三条において条件を付ける事で、本人以外の人々に混乱を来たささないような配慮もなされていた。例えば、④生殖がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態であること、⑤身体に他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること、の二点からは、性別適合手術を受けることで、他人が見ても他の性別に近い外観があり、元の生殖機能を失わせる必要があるとした。また、③現に子がいないこと、②現に婚姻をしていないこと、という条件がなければ、子どもにとつ

ては親の性別が変更することで心理的に多大な混乱を受けるし、配偶者にとっても個人的な影響があると同時に、法的にも同性婚を認めていない日本において事実上の同性婚状態となってしまうのであり、このような点に配慮された法律であると言える。

しかし反面、この法律は議員立法であり、法制審議会にかけられて学者が審議することもなかったし、立法過程においても身体の性で婚姻したり子をもうけた性同一性障害者の性変更がもたらす問題についても、議論は深められなかった(水野紀子「性同一性障害者の婚姻による嫡出推定」松浦好治・松川正毅・千葉恵美子編『市民法の新たな挑戦』(信山社、二〇一三年)六〇二頁)。そして平成二十年の改正で成年の子がいても性別変更が出来るようになった時にも、性同一性障害者の希望を容れるべきであるとの主張がなされ、親子関係についての議論は行われなままであった。しかも、条文には「現に」という文言が入っているがゆえに、その後に婚姻することも、子どもを持つことも可能となってしまった。

その結果、いくら性別変更の審判の請求時点では第三条において様々な混乱を回避するために条件を設けていても、審判によって他の性別に変わったものとみなすとしてしまえば、その後には様々な問題が生じてくることとなった。例えば、性別変更の審判の請求時点では婚姻していなくても、後に婚姻をしたり、自然には生殖は不可能であっても生殖補助

医療を用いて他人の精子・卵子を使って子どもをつくってしまうことが可能となってしまう。そのことが、本事例においても、問題の根底に存在しているのである。

### 三 事例の概要と原々審判、原決定

本件の原告であるAは、平成一六年に性別適合手術を受け、平成二〇年に性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律に基づいて性別の取扱いを男性に変更した。その後、AはBと結婚し、平成二一年一月に第三者からの精子提供(非配偶者間人工授精)により男子Cをもうけた。平成二四年四月にCの出生の届出をしたところ、D区長はCの戸籍について父の欄を空欄とした為、AとBは戸籍法一一三条に基づいて、父の欄を空欄からAに訂正することを求める申し立てを行った。

この申し立てに対し、原々審判である東京家裁の平成二四年一〇月三十一日の審判においては、申し立てを却下した。その理由としては、Aには生殖能力がないことは戸籍上客観的に明らかであり、CがAとBの嫡出子とは推定できないので、D区長がCについて非嫡出子として記載したことが戸籍法に違反するものではないし、特別養子縁組をすることで子供の法的保護に欠けることはないとの判断であった。この判断に対し、AとBらは、Cについて非嫡出子として記載することは憲法一三条、一四条に違反すると主張して、即時抗告を申立てた。

そして、原決定である東京高裁の平成二四年一二月二六日の第九民事部決定においても、本件抗告をいづれも棄却すると判断し、以下のような理由を述べている。「嫡出親子関係は、生理的な血縁を基礎としつつ、婚姻を基盤として判定されるものであって、父子関係の嫡出性の推定に関し、民法七七二条は、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定し、婚姻中の懐胎を子の出生時期によって推定することにより、家庭の平和を維持し、夫婦関係の秘事を公にすることを防ぐとともに、父子関係の早期安定を図ったものであることからすると、戸籍の記載上、生理的な血縁が存しないことが明らかな場合においては、同条適用の前提を欠くものというべきであり、このような場合において、家庭の平和を維持し、夫婦関係の秘事を公にすることを防ぐ必要があるということはできない。：（中略）：戸籍上の処理は、あくまでもCが客観的外観的に抗告人らの嫡出子として推定されず、嫡出でない子であるという客観的事実の認定を記載したものであるから、抗告人らの主張を考慮しても、本件戸籍記載が憲法一四一条又は一三条に反するものということはできない。」（判例タイムズ No.388（二〇一三年七月）二八四—二八六頁）

AとBは、Cが民法七七二条による嫡出の推定を受けるから本件戸籍記載は法律上許されないものであるとして、最高裁判所に許可抗告を申し立てた。それにより、今回の最高裁の判断が下されることとなったのである。

#### 四 最高裁決定

平成二五年一二月一〇日、第三小法廷は、主文で「原決定を破棄し、原々審判を取り消す。「父」の欄に「A」と記載し、「届出日 平成二四年一月▲日」「届出人 父」と記載する旨の戸籍の訂正をすることを許可する。」との決定を下した（平成二五年判第五号 戸籍訂正許可申立て却下審判に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件）。三一二という僅差での決定で、二つの補足意見と二つの反対意見が述べられており、いかに性同一性障害者の親子関係の問題が法的に複雑な問題であるかを推察することができる。

まず、多数意見においてはAを法的な父としたが、理由について以下のように述べる。「特例法三条一項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、以後、法令の規定の適用について男性とみなされるため、民法の規定に基づき夫として婚姻することができるのみならず、婚姻中にその妻が子を懐胎したときは、同法七七二条の規定により、当該子は当該夫の子と推定されるというべきである。もつとも、民法七七二条二項所定の期間内に妻が出産した子について、妻がその子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、その子は実質的には同条の推定を受けないことは、当審の判例とするところではあ

るが、性別の取扱いの変更の審判を受けた者については、妻との性的関係によって子をもうけることはおよそ想定できないものの、一方でそのような者に婚姻することを認めながら、他方で、その主要な効果である同条による嫡出の推定についての規定の適用を、妻との性的関係の結果もうけた子であり得ないことを理由に認めないとするのは相当でないといふべきである。」とした。このように多数意見では、特

例法第三条一項を文字通り捉え、男性とみなされるようになった以上は、当然に七七二条の嫡出推定も認められるべきこと、またこれまでの最高裁の判断である「夫婦間での性的関係を持つ機会がなかったことが明らかである等の事情がある場合には、実質的な嫡子推定受けない」とは矛盾するものの、婚姻を認めながら婚姻の主たる効果である嫡出推定を認めないことは相当ではないと判断した。

この多数意見への補足意見として、寺田逸郎裁判官は、「現在の民法では、「夫婦」を成り立たせる婚姻は、単なる男女カップルの公認に止まらず、夫婦間に生まれた子をその嫡出子とする仕組みと強く結び付いているのであって、その存在を通じて次の世代への承継を予定した家族関係を作ろうとする趣旨を中心に据えた制度であると解される。…(中略) …つまり、「血縁関係による子をもうけ得ない一定の範疇の男女に特例を設けてまで婚姻を認めた以上は、血縁関係がないことを理由に嫡出子を持つ可能性を排除するようなことは

しない」と解することが相当である。」とし、婚姻は嫡出子の仕組みと強く結び付いている以上、血縁関係よりも嫡出推定を優先すべきと補足した。

さらに、裁判官木内道祥裁判官は、「民法七七二条による推定の趣旨は、嫡出否認の訴えによる以外は夫婦の間の家庭内の事情、第三者からはうかがうことができない事情を取り上げて父子関係が否定されることがないようにすることにあるのであるから、血縁関係の不存在が明らかであると第三者にとって明らかである必要があるが、夫が特例法の審判を受けたという事実は第三者にとって明らかではなく、嫡出推定を排除する理由には該当しない。…(中略) …子の立場から見ると、民法七七二条による嫡出推定は父を確保するものであり、子の利益にかなうものである。」として、嫡出推定は第三者から見ても血縁の不存在が明らかの場合にのみ否定されるが、夫が特例法の審判を受けたことは第三者には明らかではない、として本事例においては嫡出推定が排除されず、また子の立場からしても嫡出推定によって法的に父親が確保されるので子の利益として補足意見を述べている。

このように、補足意見も含めると、実際に血が繋がっている可能性があるのかではなく、第三者から見て血縁の不存在が明らかかな場合かどうかを判断基準とし、またわざわざ特別法において婚姻を認めている以上は嫡出子を認めたも同然であると考えているのである。

以上の様な多数意見に対し、反対意見としては次のように述べられている。まず、岡部喜代子裁判官は、「Aは、特例法三条一項による審判を受けた者として同法四条一項により男性とみなされ、その結果法令の適用について男性として取り扱われる。したがって、Aは民法の規定に従って婚姻することができ、また父となることができる。しかし、現実親子関係を結ぶことができるかどうかは親子関係成立に関する要件を満たすか否かによって決定されるべき事柄である。特例法は親子関係の成否に関して何ら触れるところがないのであって、これは親子関係の成否についてはそれに関する法令の定めるところによるとの趣旨であると解するほかはない。本件において妻の産んだ子の父が妻の夫であるか否かは嫡出親子関係の成立要件を充足するか否かによるのであって、子を儲ける可能性のない婚姻を認めたことよって当然に嫡出親子関係が成立するというものではない。

嫡出子とは、本来夫婦間の婚姻において性交渉が存在し、妻が夫によって懐胎した結果生まれた子であるところ、当該子が夫によって懐胎されたか否かが明確ではないので、民法は七七二条一項、二項の二重の推定によって夫の子であることを強力に推定しているのである。ところが、特例法三条一項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、従来の女性としての生殖腺は永続的に欠いているが、生物学上は女性であることが明らかである者であり、性

別の変更が認められても、変更後の男性としての生殖機能を現在の医学では勝ち得ない以上、夫として妻を自然生殖で懐胎させることはあり得ないのである。…(中略)…嫡出推定の及ばない場合として当審が従来より認めているのは、多数意見の述べるとおり、事実上の離婚、遠隔地居住など夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情のある場合であるところ、本件もまた夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかである場合であって、上記判例の示すところと反するものではない。…(中略)…以上の解釈は、原則として血縁のあるところに実親子関係を認めようとする民法の原則に従うものであり、かつ、上述した特例法の趣旨にも沿うものである。

以上のとおり、実体法上原告人AはCの父ではないところ、同原告人が特例法三条一項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者であることが戸籍に記載されている本件においては、形式的審査権の下においても戸籍事務管掌者のした本件戸籍記載は違法とはいえない。」と述べ、特例法は親子関係の成否に関して何ら触れるところがない以上、現実親子関係を結ぶことができるかどうかは親子関係成立に関する要件を満たすか否かによって決定されるべきとして、原則として血縁のあるところに実親子関係を認めようとする民法の原則に従うべきとした。すなわち、本件もまた夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らか

事情のある場合であって、親子関係は成立しないと解釈したものである。

さらに、大谷剛彦裁判長もまた岡部裁判官の反対意見に賛同しつつ、次のように述べている。「特例法四条一項は、性別の取扱いの変更を受けた者は、民法その他の法令の規定の適用については、法律に別段の定めがない限り他の性別に変わったものとみなす旨規定しているが、その民法の規定について解釈上の問題があるとすれば、その点については、特例法の制度目的や制度設計の理解の上に立つた民法の解釈に従って適用が図られる趣旨と解される。

そして、特例法二条の性同一性障害者の定義規定や特例法三条一項四号の性別取扱いの変更について生殖腺を欠くこと等の要件の規定、及び現在の生殖医療技術を踏まえれば、特例法の制度設計においては、性別取扱いの変更を受けた者が遺伝的な子をもうけることが想定されていないことは、否定できないところと考えられる。…(中略)…以上のような特例法の制度設計を前提として現在の民法を解釈すると、本件の原告人らの子の地位は、父子関係の推定が及ばない、いわゆる「推定の及ばない嫡出子」の範疇にあると考えざるを得ないので、私は、岡部裁判官の反対意見に賛同し、その理由については同意見に述べられているとおりと考えるものである。」として、岡部裁判官の反対理由に加えて、いくら他の性別に変わったものとみなすとしても、民法解釈に当

たつては特例法の制度目的・制度設計の理解の上に立つと、血縁の繋がらない者同士を実親子関係と認めるような民法の規定は適用するはずがないと考えるものである。

##### 五 検討

多数意見では、嫡出推定は婚姻の主たる効果であり、特例法によって性の変更により婚姻が認められるのであれば、嫡出推定も認めざるを得ないと述べる。また、補足意見によれば、七七二条の嫡出推定が否定されるのは第三者から見ても血縁の不存在が明らかな場合だけであり、家庭内の事情、第三者からはうかがうことができない事情を取り上げて父子関係を否定すべきではないという。

しかし、婚姻そのものは性の変更によって可能であったとしても、自然に子どもが懐胎することは不可能である。寺田裁判官の補足意見にあるように、「現在の民法では、「夫婦」を成り立たせる婚姻は、単なる男女カップルの公認に止まらず、夫婦間に生まれた子をその嫡出子とする仕組みと強く結び付いているのであって、その存在を通じて次の世代への承継を予定した家族関係を作ろうとする趣旨を中心に据えた制度であると解される。」ことは確かである。けれども、「夫婦間に生まれた子ども」とは、単に法的に夫婦にある者の間に生まれた子どもということではない。その夫婦間に性的行為があり、その結果として自然に両親の血をついで生まれた子どものことを指すというのが、今の日本社会の一般的な考え方で

はないだろうか。日本社会においては、「家族」や「親子関係」は原則として血縁があることを前提としている。他人の精子をもとに人為的に作り出した子どもを実子とすることは常識的に考えても認めがたい見解である。もし、血縁を全く関係なくして「実親子関係」を法的に自由に認めるとなれば、それは性同一性障害者特有の問題を超えて、社会全体として「家族」や「親子関係」をどのように法的に考えるかという問題へと直結し、家族法の原則をひっくり返すような大きな変更となってしまう。また特例法自体も、親の性転換に子どもを巻き込むべきではないとして親子関係に配慮することとで極力性的変更への条件を厳しくしており、何より子どもが生まれた場合の親子関係については何ら規定をしていない。それゆえ、反対意見にもあるように、制度目的や制度設計に従った民法解釈がなされるべきであり、特例法四条によつて「他の性別に変わったものとみなす」と規定されていても、七七二条の嫡出性の推定には及ぶべきではないと考えられるのである。

さらに、木内補足意見においては、子にとつては早急に親子関係を確定させることが子の利益と述べる。しかし、昨今生殖補助医療の領域において問題となっているのは、「子どもの出自を知る権利」である。血の繋がった親を知ること、子どもの側が望めばその親と関わる事が出来ることは、子どもの精神的な成熟に非常にかかわってくることである（拙

稿「生殖補助医療と親子法」現代社会研究第九号九八頁）。血縁の存在は関係なく、早急に法的な父親を確定すれば、子ども自身が自らのルーツを知る機会を永久に葬ってしまうことにもなるのではなからうか（非配偶者間人工授精で生まれた人の自助グループ、長沖暁子著『AIDで生まれるということ』精子提供で生まれた子どもたちの声（萬書房、二〇一四年）からは、子ども達の生の声を知ることが出来る。）。

それを元に今回の父子関係について考えるならば、「子は成長して、父を父と信じられないため苦悩を抱えることとなる。人工授精で子どもをもうけ、法律上も父親となることは子の苦悩を考えない親のエゴであり、権利とは認められない。」（産経新聞二〇一三年十二月十二日）という水野教授の見解は、非常に納得のできるものである。

このように今回の決定においては、最高裁の多数意見よりも、下級審や最高裁の反対意見の方が、現実には即した常識的な判断がなされているように思われるのである。

#### 六 むすび

医療技術の進歩は、自然では決して起りえない事柄を可能としてきた。また、法においても、個人の自己決定や自由の拡大や多様性について、より広く個人の望みを叶えられるようになった。ただし、医療技術において現実には可能となつたとしても、倫理的な問題等において制限しなければならぬ問題が生じてきている。また、法は、すべての人に平等



に適用される一般的・抽象的な規範である。それゆえ、ある特定の人々を対象につくられた法律であったとしても、法律が成立した途端にその制度が当たり前の制度となり、それが標準となってしまう。その場合には、何らかの歯止めが必要となつてはこないであろうか。今回のケースで言えば、同性同士が両方の血をひいた子どもをつくることが不可能であるにもかかわらず、自然に反してまで片方のDNAしか受け継いでいない子どもを人為的に作り出して、何故法的にまで実子としたいのか。せつかく特例法において子どもの存在がない場合にのみ性別を変更できるように配慮されていたにも関わらず、性同一性障害者からの要望に従って未成年者以外の子どもがいる者にも性別変更出来るように改正した時に、何故親子関係についての問題点について慎重に議論されなかったのか。また、性転換した後に結婚したり子どもをもうけた時に、家族や親子関係についてはどのように法的に定義することになるのか。日本の社会においては、家族や親子間に血の繋がりが自然と捉えられているにも関わらず、人為的に血の繋がらない子どもを作り出した上で、法的に実子とすることは親の権利濫用とはならないのだろうか。生まれた子どもにとっては、血の繋がった親を一生探し出せないことになるからである。

今回は特例法をどのように解釈するかという問題ではあったが、特例法自体、特に親子関係については大きな問題が存

在する。性同一性障害者のみの問題ではなく、「親子関係」「家族」とはどのように法的に定義すべきなのか、「子どもの利益」をどのような考えるのかという社会全体の問題として、今後は様々な観点から検討・修正すべきなのではないかということを考えさせられる最高裁決定であったと言えるだろう。

(いけや かずこ・長崎大学教育学部准教授)