

性別の取扱いを変更した人の 婚姻と嫡出推定

二 宮 周 平*

目 次

はじめに

- 1 東京ケースの検討
- 2 特例法の意義
- 3 民法772条の適用
- 4 AID子の親子関係
- 5 平等の視点と戸籍事務管掌者の権限

おわりに

はじめに

「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」(平15法律第111号, 以下, 特例法と略する)は, 2003年7月に制定, 公布され, 翌年7月から施行された。現在では, 「障害者」という表現の妥当性が問われ, GID当事者(Gender Identity Disorder)と称することが多くなっている。さらに「Disorder」という表現も問題視され, 性別違和(Gender Dysphoria)と称する例も増えている。しかし, 本稿では, 訴訟を対象とすることから, 社会的にかなり浸透した概念として, GIDを用いる。

特例法によれば, ① 20歳以上であること, ② 現に婚姻をしていないこと, ③ 現に子がないこと(2008年法改正で「現に未成年の子がないこと」に改正), ④ 生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあ

* におみや・しゅうへい 立命館大学法学部教授

ること、⑤ その身体について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5つの要件¹⁾を備えるときに、家庭裁判所は、性別の取扱いの変更の審判をすることができる（特例法3条1項）。2004年から2010年の7年間で、2,375件の申立てがあり、審理の済んだ2,318件中2,238件で変更が認容されている。

特例法施行後、訴訟となったのは、上述の③要件の合憲性だった²⁾。その後、性別の取扱いを変更したGID当事者が、変更後の対応について、訴訟を起こしている。1つは、戸籍の同居の問題である。2008年の法改正により、成年の子がいるGID当事者が性別の取扱いを変更した場合、当該GIDの父又は母が新戸籍を編製することになり、子は従前の戸籍に在籍したままとなる。しかし、子が父又は母の新戸籍に入籍を希望するときは、子から父又は母の戸籍に同居する旨の入籍の届出をすることができるとして（平20〔2008〕・12・12民一3217号通知）、家族としての同居を保障した。他方、子が性別の取扱いを変更して新戸籍を編製された場合には、除籍された元の親の戸籍に入籍することはできない。この対応の違いに合理性があるかどうか問われている³⁾。

もう1つは、性別の取扱いを女性から男性に変更したGID当事者（F to M）が、女性と婚姻し、妻が第三者からの精子提供により懐胎し、子を出産した場合、妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定するという民法772条1項が適用され、子は当該夫婦の嫡出子として扱われるのかどうかである。戸籍事務管掌者は、夫を父として認めず、当該子について職権で「父欄空白」の戸籍記載をした。当事者は父欄に夫の氏名を書くべきであるとして戸籍記載の訂正を求める審判を申し立てている。夫の生殖能力が不十分であって第三者からの精子提供を受けて妻が妊娠、出産する場合に、これまで判例・学説は772条を適用し、774条以下の嫡出否認権の不行使によって、子を当該夫婦の嫡出子として扱うことを認めてきた。

前者は、親が性別の取扱いを変更した場合と、子を変更した場合との間の戸籍上の取扱いの違いが、後者では、提供精子を用いた人工授精によっ

て生まれた子の法的地位の違いが問題となる。特例法によって、GID 当事者の性別の取扱いの変更を認めた以上、変更後の処遇に不合理な違いを設けるべきではない。本稿では、後者の問題を取り上げ、特例法の意義を確認した上で、民法772条の適用、提供精子を用いた人工授精子の法的地位、GID 当事者の平等処遇及び戸籍事務管掌者の権限について、検討を加えたい。

1 東京ケースの検討

1) 事実の概要

GID 当事者である A は、女性から男性への性別取扱いの変更審判を受けた。その後、男性として女性 B と婚姻した。A・B は相談の上、第三者から精子提供を受けて子どもをもうけることにした。B は提供精子によって懐胎し、子 C を出産した。A は C について自分達夫婦の嫡出子として出生届を東京都新宿区長に提出した。しかし、新宿区長は、出生届の「父母との続き柄」欄等に不備があるとして、追完するよう催告したが、A がこれに従わなかったことから、東京法務局長の許可を得て、子の父欄を空白として、子を B の非嫡出子とする戸籍記載をした。そこで A・B は、子 C は妻が婚姻中に懐胎した子として夫の子と推定されるから、A の嫡出子であることを根拠に、C の「父欄」に A の氏名を記載し、出生の欄につき、「届出人父」と記載する旨の戸籍記載の訂正を求める審判を申し立てた。

GID 当事者が性別取扱いの変更審判を受けた場合、戸籍の身分事項欄に【平成15年法律第111号3条による裁判発効日】〇年〇月〇日と記載される。戸籍事務の扱いは、この身分事項欄の記載から、F to M が夫の場合、夫が性別の取扱いの変更をした者であり、男性としての生殖能力がないことが明らかであるという考えを根拠にする。

2) 第1審の判旨

東京家審平 24 [2012]・10・31（現時点では判例集未掲載）は、「1 …夫である申立人Aは、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律3条に基づき、男性への性別の取扱いの変更の審判を受けたものであって、男性としての生殖能力がないことが戸籍記載上から客観的に明らかであって、Cは申立人ら夫婦の嫡出子とは推定できない」として、申立てを却下した。その理由は次のとおりである。

「2 一般的に、嫡出推定の及ばない子であっても、形式的に妻が夫との婚姻中に懐胎した子について、嫡出子として出生届がされた場合、戸籍事務を担当する市町村長は、親子関係不存在確認の確定判決等によって嫡出推定が及ばないことが確認されない限り、嫡出子としての出生届を受理せざるを得ない。しかし、これは戸籍事務の審査の限界による事実上の結果に過ぎず、かかる子について、嫡出推定が及ばない以上、嫡出子としての法的保護が及ばないことは明らかであって、嫡出子として取扱うべきことが民法上要請されているわけではない。

3 本件においては、上記1のとおり、戸籍の記載自体から、Cが嫡出子と推定できないことが客観的に明らかであるから、戸籍事務を担当する市町村長が非嫡出子として戸籍に記載したことは、市町村長の審査権の範囲内である上、客観的な事実にも合致しているから、本件戸籍記載には、『法律上許されないものであること又はその記載に錯誤若しくは遺漏があること』に当たる事由は認められない。

4 以上の戸籍上の処理は、あくまでもCが客観的外観的に申立人らの嫡出子として推定されるかどうかという客観的事実認定の問題であって、申立人Aを性同一性障害者の性別取扱いの特例に関する法律に基づき男性として取り扱うべきであるとの法律上の要請に反するものではなく、かかる取扱いは憲法14条で禁止された差別には該当しない。なお、本件のように非配偶者間人工授精によって妻が懐胎した子について、夫の同意があることを要件に、夫の子とする立法論はあり得るところであるが、そのよう

な法律が成立すれば格別、我が国においては未だそのような立法がされていないのであるから、申立人Aが人工授精に同意していることをもって、Cとの父子関係を認めることもできない。現状では、本件のような場合には、特別養子縁組をすることで対応することになるが、手続の煩わしさはあるとしても、それによって特別養親子関係が成立すれば、子の法的保護に欠けるとことはない。」

申立人らから即時抗告をした。

3) 第2審の判旨

東京高決平 24〔2012〕・12・26（現時点では判例集未掲載）も、抗告を棄却した。その理由は次のとおりである。

「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772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とはできない。また、抗告人らの主張する特例法4条の規定も、同法3条1項4号に規定する場合を前提とするものであるから、その場合の民法の規定の適用に変更を加えるものではない。そして、本件戸籍記載はCの父欄を空欄とするものであって、前記引用に係る原審判の『理由』欄の第3の4項のとおり、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14条又は13条に反するものということとはできない。」

抗告人らは特別抗告及び抗告許可申立てをした。

4) 第1審・第2審の論理と検討課題

どちらも、戸籍の記載から、夫に生殖能力がないことが明らかであることを指摘し、第1審は、CをA・Bの「嫡出子として推定できない」とし、第2審は、嫡出親子関係は、生理的な血縁を基礎とすることを前提に、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、民法772条適用の前提を欠くとして、どちらもCはAの実子ではなく、したがって、嫡出子出生届は受理できない、戸籍にAを父として記載できない、という結論を導く。

問題は、第1審、第2審の嫡出推定制度のとらえ方である。第2審は、民法772条の趣旨について、「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とともに、父子関係の早期安定を図ったもの」とするが、この理解は、民法774条以下の嫡出否認権の趣旨と合体されている。合体する以上、嫡出推定は、嫡出否認権と併せてその制度趣旨を捉えなければならぬ。すなわち、夫が出訴期間内に嫡出否認権を行使しなければ、生理的な血縁が存在しないにもかかわらず、子は夫の嫡出子として法律上の親子関係が確定する。民法は、嫡出否認権制度を導入し、否認権の行使を夫の意思に委ねたことにより、生理的な血縁と法律上の親子関係に不一致があることを認めている。すなわち、夫と子の間に生理的な血縁が存在しなくても、自分たち夫婦の嫡出子として育てたいという当事者の意思を尊重する仕組みなのである。

こうした捉え方に立てば、第1審のように、「親子関係不存在確認の確定判決等によって嫡出推定が及ばないことが確認されない限り、嫡出子としての出生届を受理せざるを得ない」のは、「戸籍事務の審査の限界による事実上の結果に過ぎず、かかる子について、嫡出推定が及ばない以上、嫡出子としての法的保護が及ばないことは明らかであって、嫡出子として取扱うべきことが民法上要請されているわけではない」という論理は成り

立たない。

また第1審は、非配偶者間人工授精（以下、AID (Artificial Insemination by Donor) とする）によって妻が懐胎した子について、立法がされておらず、父が人工授精に同意していることをもって父子関係を認めることができないとするが、これまでの判例・学説は、父子関係については、民法772条と774条以下を適用し、同意した父を法律上の父として確定する方向、つまり子の利益を考え、父子関係の安定化を図ってきた。この現状を踏まえれば、第1審の理解は不正確である。しかし、本件のような性別の取扱いの変更をしたGID当事者のAIDについてのみ、これまでの判例・学説とは異なる扱いをすることが、なぜ許されるのか。その理由は、第1審、第2審ともに、戸籍上、夫に生殖能力がないことが明らかだからとしか述べていない。こうした解釈の妥当性を、AIDに関するこれまでの判例・学説の対応から検討する必要がある。

さらに戸籍事務管掌者は、プライバシーに関わるきわめてセンシティブな性別の取扱いの変更という事実について、職務上、戸籍記載を見て知りえたことを基にして、親子関係の有無という本来ならば裁判で確認すべき事項について、本人に許諾も得ないで、行政内部の判断だけで事務処理をすることが許されるのだろうか。戸籍事務管掌者には、何を根拠にしてこうした権限があるとするのだろうか。特例法は、別段の定めがない限り、変更後の性別で取り扱われることを明記する。本件の場合であれば、Aは男性として扱われなければならない、婚姻をすれば夫として扱われなければならない。にもかかわらず、戸籍事務管掌者は、Aの変更前の性別を前提に生殖能力がないことが明らかだとして戸籍事務処理をする。こうした事態は、特例法の趣旨に反するのではないだろうか。

2 特例法の意義

1) 4条1項の立法趣旨と当時の議論

特例法4条1項は、「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ついては、法律に別段の定めがある場合を除き、その性別につき他の性別に変わったものとみなす」と規定する。立法者は、これにより、変更後の性別で婚姻や養子縁組などが可能となると説明している⁴⁾。生殖補助医療の利用については明言されていないが、当時、諸外国の立法例や判例が紹介、検討されていることから⁵⁾、立法担当者もAID子の法的地位の問題を認識していたものと考えるのが妥当であろう。論点の先送りということもありうるが、M to Fの場合、刑法の強姦罪など犯罪の客体となりうるとしており⁶⁾、刑法や民法の基本法の適用においても、特別の定めがない限り、変更後の性別として、その性別の人と同様に扱われるという想定だった可能性が高い。だからこそ、立法に深く関与した大島教授は、後に、こういう問題がありうることには気がついていたが、法務省がよもや婚姻している妻が非嫡出子を産んだという戸籍上の処理をせよと主張するなどは、想定しなかった、法務省の対応は、想定外だったと述べているのである⁷⁾。

しかし、本件のような問題が具体的に発生した後の法務省の対応は、以下のように嫡出子として扱わないというものだった。

2) 法務省の回答

日本産科婦人科学会倫理委員会は、特例法により女性から男性に性別の取扱いを変更した人と妻がAIDを受けることについて、学会のガイドラインに抵触しないとの見方を示し、同学会理事長の吉村泰典教授も、法律婚であることがAIDの要件であり、GID当事者の夫婦に実施するのを否定する理由はないとしていた⁸⁾。したがって、当該夫婦がAIDにより生

まれた子について嫡出子出生届をする事例は本件ケース以外にも複数あり、これを不受理とする戸籍実務上の対応が続いたため、2011年1月17日、日本産科婦人科学会は、法務省に対して、特例法により性別変更した者が変更後の性別で婚姻し、その婚姻夫婦の間に生物学的な親子関係を為し得ないことが明らかなきが生まれた場合に、その出生した子に対し、①嫡出推定により嫡出子とすることは可能か、②①が不可能な場合に、戸籍上の夫からの認知を行うことにより、認知準正は可能か、③①と②がともに不可能な場合に、戸籍上の夫の間に特別養子縁組は可能か、という質問状を送付した。2月18日、法務省は以下の回答をした⁹⁾。

①「当該子について、性別の取扱いの変更の審判を受けた者との間で民法772条による嫡出推定を及ぼすことはできないので、性別の取扱いの変更の審判を受けた者の実子として法律上の父子関係があるとは認めることはできず、嫡出子であるとの出生届を受理することができない。」

②「性別の取扱いの変更の審判を受けて男性となった者を認知者とする認知届を受理することはできない。」

③「家庭裁判所が民法上の要件を満たしていると判断して縁組を成立させる審判をした場合には、当該子を養子とする特別養子縁組を受理することができ」、また「普通養子縁組をすることにより、両者の間に嫡出子として法律上の親子関係を創設することも可能である。」

①の理由は、「民法772条による嫡出推定を及ぼすことはできない」であり、なぜそうなのかの説明はない。第1審、第2審は、この回答に解釈論的な理由づけをしようとしたものともいえる。

3) 検 討

第1審に対する判例評釈において、渡邊教授は、特例法4条1項により、性別の取扱いの変更後は、変更後の性別で扱われなければならないのに、生殖補助医療については、性別の取扱いの変更の事実、結果的には変更前の性別を考慮しており、特例法の趣旨に反すると批判し、特例法3条

1項4号の生殖不能要件は、変更前の性別で親になることを一般的に認めない趣旨、つまりF to Mの場合、変更前の女性として、変更後も母となることを妨げるものであり、変更後の性別である男性として父となることを妨げる趣旨ではないとする¹⁰⁾。

特例法4条1項について、立法者は、法律に別段の定めがある場合を除き、その性別につき他の性別に変わったものとみなし、変更後の性別での婚姻や養子縁組などを可能とする。生殖補助医療の利用に関して別段の定めがないのだから、東京ケースの場合も、F to MのGID当事者は男性とみなされ、女性との婚姻が認められる以上、民法772条も適用されることになる。問題は、民法772条の解釈として、第2審が述べるように、生理的な血縁が存在しない場合には、772条は適用されないとする解釈の妥当性である。

3 民法772条の適用

1) 嫡出推定と嫡出否認の一体的把握

民法772条は、その第1項において、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定」し、第2項において、「婚姻成立の日から200日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する」。この規定の趣旨は、注釈民法の説明によれば、「この二重の推定の力で父子関係を安定させようとする」ものである¹¹⁾。

第2審決定理由中、「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」とする部分は、上記注釈民法における「実親子関係は、一面において生理的な血縁を基礎とし、他面において婚姻を基盤として判定される」との記述から適宜抜粋したものである。しかし、注釈民法の記述は、その後、父子関係の生理的な血縁の存否は、出生の事実によって明瞭な母子関係のように必ずしもはっきりしな

いから、二重の推定の力で父子関係を安定させようとするものであると展開しており、決定理由の「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」という結論に結びつくものではない。なぜなら、民法は、生理的な血縁と法律上の父子関係の不一致を肯定しているからである。

民法は「夫は、子が嫡出であることを否認することができる」旨を規定するが(774条)、否認権は、嫡出否認の訴えによって行うこととし(775条)、しかも夫だけに、かつ子の出生を知った時から1年以内に提起することを求める(777条)。否認の方法、出訴権者、出訴期間について制限が課されており、反対の事実の証明によって簡単に推定が覆らないようにしている。これまでの判例・学説は、嫡出推定と嫡出否認の制限を一体のものとして捉えている。

例えば、我妻教授は、「この推定は、単なる経験則上の事実の推定とは異なり、夫の否認の訴えによって破りうるだけの強力なものとする」と述べ¹²⁾、内田教授は、「妻が婚姻中に懐胎した子は、その嫡出子としての地位が強力な推定によって保護されている」とする¹³⁾。窪田教授は、法律上、「推定」というのは、真実がそれと異なることを主張する者に立証責任を課するというものであり、その証明方法は特に限定されているわけではないのに対して、民法772条の嫡出推定を覆すためには、「嫡出否認」という方法に限定されていることから、同条が推定しているのは、推定以上のものであるということになるとし、その意味では、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子である」とした上で、嫡出否認という制度を設けても、実は同じだということになるとする¹⁴⁾。

このように学説は、772条について、同条が単なる事実を推定する規定ではなく、夫と子との間の法律上の父子関係を推定する規定であることを自明のこととして論じている。そして同条によって推定される法律上の父子関係を覆すためには、反対事実の証明では足りず、嫡出否認の方法によるしかないのであって、同条は、法律上の父子関係を強力に保護する規定

であると理解しているのである。

こうした学説の理解からは、上記注釈民法における「実親子関係は、一面において生理的な血縁を基礎とし、他面において婚姻を基盤として判定される」という記述の後半部分「婚姻を基盤として判定される」は、日本民法では、「妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子として判定される」ことを意味しており、772条の推定規定は、単なる事実の推定以上の意味を有している。これによって子の嫡出子としての法的地位をより保護することができる。

通常の意味での事実の「推定」であれば、第2審のいうように、生理的な血縁が存在しないことが明らかになれば、推定の前提を欠くとして、民法772条を適用しないという解釈も成り立ちうるかもしれない。しかし、772条の推定は、法律上の父子関係を推定するものであり、たとえ戸籍の記載などから夫と子の間に生理的な血縁が存在しないことが明らかであっても、その事実に基づく「法律上の父子関係が存在しない」という主張自体を「嫡出否認」の方法で、しかも夫がしなければならぬことを要請しているのだから、夫が否認の訴えを起こさない限り、法律上の父子関係は存続する。換言すれば、772条は、夫と子の間に生理的な血縁が存在しない場合でも適用され、法律上の父子関係を認めることにして、子の法的地位の保護を図ることに法的意義を有しているのである。

2) 生理的な血縁と一致しない親子関係の捉え方

以上のように、夫と子の間に生理的な血縁が存しないことが明らかな場合でも、否認権の不行使や出訴期間の経過により、夫の子と推定され、法律上の親子関係が存続することになる。これは、争う者がない限り表面化しないという問題ではない。例えば、他人の子を自分達夫婦の嫡出子として出生届をした場合（虚偽の嫡出子出生届）には、妻が婚姻中に懐胎した子ではないから、民法772条は適用されず、その事実が判明すれば親子関係不存確認の訴えによって法律上の父子関係を否定することができる（た

だし、判例は権利濫用法理を用いて訴えを認めないことがある〔最判平 18〔2006〕・7・7 民集 60・6・2307 など〕。また自分の子ではないことを知りながら、認知をする場合（好意認知）も、生理的な血縁が存在しないから、事実が判明すれば、認知無効の訴えによって法律上の父子関係を否定することができる（最判昭 53〔1978〕・4・14 家月 30・10・26）。これらの場合、当事者や利害関係者が争わなければ、嫡出子の父子関係あるいは婚外子の父子関係が存続する。まさに、争う者がない限り表面化しないという問題である。

しかし、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定する嫡出推定制度は、本来的に否認権の不行使を織り込みずみであり、否認権を行使しない限り表面化しないという問題ではない。窪田教授は、このことを「一定の条件の下で形成された実親子関係を保護するという姿勢も明確に示されている」と捉える¹⁵⁾。夫の同意の下に、妻が第三者から精子の提供を受けて懐胎、出産する場合について、判例は民法772条を適用し、子は推定の及ぶ嫡出子であり、妻から親子関係が存在しない旨を主張することは許されないとし（東京高決平 10〔1998〕・9・16 家月 51・3・165）、夫と子の間に生理的な血縁がなくても、夫の嫡出子とすることを肯定しているのは、子の利益のために父子関係を安定させる必要性を認識しているだけではなく、嫡出否認権の行使を当事者の意思に委ねる民法の構造を踏まえているからである。したがって、第 1 審のいうような「嫡出子としての出生届を受理せざるを得ないのは、戸籍事務の審査の限界による事実上の結果」なのではないのである。

沼教授は、例えば、妻の不貞を許して自分の子として育てようと思った夫があるのなら、「あえて否認の訴えを強制的に提起せしめるものではないことに注意」すること、嫡出否認の規定と嫡出性の承認の規定（776条）について、「自然血縁の尊重という客観的原理を人間意思のあくなき尊重に一歩近づけることにある」ことを指摘していた¹⁶⁾。民法は嫡出否認権の行使を当事者の意思に委ねているのである。確かに実親子関係である以

上、父と子の間に生理的な血縁があることが前提とはなっている。しかし、民法はこの客観的な生理的な血縁だけに基づいて法律上の親子関係を成立させるのではない¹⁷⁾。否認権の不行使を認めるのだから、親子関係の存否に当たって当事者の意思が介在することを肯定しているのである。

その意思是、父子関係を否定する方向で働くこともあれば、肯定する方向で働くこともある。否定の方向については、判例・通説は出訴権者・出訴期間を厳格に解釈して否認権の行使を制限することによって、夫を法律上の父とし、これによって子の保護者を確保して子の利益を守ろうとしてきた。他方、夫が父子関係を肯定するために否認権を行使しない場合は、子の法的保護者を確保できるのだから、生理的な血縁が存在しない場合でも、法律上の父子関係を肯定してきた。

したがって、たとえ戸籍の身分事項欄の記載から、夫と子との間に生理的な血縁が存在しないことが明白な場合があるとしても、民法772条1項の要件を満たす以上、同条を適用し、否認権を行使するのか、不行使にして自分達の嫡出子とするのか当事者の意思に委ねなければならないのである。これが現行法の構造である。第2審の「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」という部分は、この構造を踏まえていない。

ところで第2審は、「民法772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」と記述し、772条の立法趣旨を、「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」とするが、この理由づけは、これまでの判例・学説によれば、嫡出否認権者及び否認権の行使期間を制限することに関するものであり、772条それ自体の立法趣旨ではない。上記理由づけは、嫡出推定制度と嫡出否認権制度を一体的に捉えた場合にいえることであり、第2審は、これを772条の趣旨とするのだから

ら、むしろ否認制度と結合させて理解していると捉えることもできる。こうした理解からは、生理的な血縁の不存在=772条の不適用という結論にはならない。この点でも、第2審は法的な一貫性に欠ける。

3) 判例における民法772条の考え方

上述のように、現行の嫡出否認制度は、否認の方法、出訴権者、出訴期間について厳格な制限が課されている。例えば、夫婦が事実上離婚状態にある場合でも、妻が婚姻中に懐胎した子として夫の子と推定されることから、夫と子との間に親子としての共同生活が存在しないにもかかわらず、夫が否認権を行使しない限り、夫が子の父とされ、子は血縁上の父との間に法律上の親子関係を認められない。否認権は夫にのみ認められ、妻や子からは夫と子の間の父子関係を争うことができない。こうした嫡出否認制度の厳格さを緩和するために、判例・学説は、婚姻中に妻が懐胎した子であっても、一定の場合には、民法772条は適用されず、したがって、父子関係を争うのに嫡出否認の訴えによる必要はなく、一般的な親子関係不存在確認の訴えによって、確認の利益のある者は父子関係を争うことができるという解釈(判例の「推定を受けない嫡出子」、学説の「推定の及ばない子」)をとってきた¹⁸⁾。第2審が、夫の否認権行使の意思の有無を問わず、当然に民法772条が適用されないとするとした場合、これまでの判例法理と抵触しないかどうか問われる。

ところで、1970年代後半から1990年代まで家庭裁判所では、家庭破綻説による運用がなされてきた。血液型や生殖能力を調査した上で科学的・客観的にみて夫の子ではありえない場合において、父母の離婚や別居があり、母が子を養育していたり、母が血縁上の父と再婚・同居しているなど戸籍上の父と母の家庭の平和が崩壊しているときには、守るべき家庭の平和がないのだから親子関係の存否を争うことを認めるが、表面的にでも父母の同居が継続しているときには、プライバシーや子の利益を重視して親子関係の存否を争うことを認めないとする立場である¹⁹⁾。

これまで公表裁判例において親子関係不存在確認が認められたのは、母が血縁上の父と再婚や同居しており、子の養育上の利益が確保されている事例、戸籍上の父が子に対して愛着がなく、母が親権者として子の養育に責任を持つことを覚悟している事例、子と第三者夫婦との間に養子縁組が成立している事例だった²⁰⁾。このような事例では、子から戸籍上の父に対する不存在確認の訴えは母が法定代理をしているため、また戸籍上の父から子に対する訴えも子の利益を犠牲にすることがないため、鑑定や父子関係の不存在について母の合意があったと推測される。

これに対して、最高裁は、夫婦が懐胎期間中に事実上離婚状態にあったことから、子は「実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子」であるとして、子は夫からの嫡出否認の訴えを待つまでもなく、父のいない子として、母の相手方である男性に対して認知の請求をすることができるとした（最判昭44〔1969〕・5・29民集23・6・1064）。嫡出推定が排除される事由について、明治民法の時代から、学説には、懐胎期間中の夫の失踪、事実上の離婚、夫が海外滞在中あるいは収監中など懐胎期間中に夫との性交渉がなかったことが、同棲の欠如によって外観上明白な場合であるとする立場があった²¹⁾。外観説という。判例はこの外観説に立つとされている²²⁾。前掲最判昭44・5・29と最判昭44〔1969〕・9・4判時572・26（原審・東京高判昭43〔1968〕・9・30判時539・47）は、外観説の立場から、戸籍上の父と子との間の親子関係の不存在を確認した上で、子から血縁上の父に対する認知の訴えを認めた（どちらもその後、離婚が成立している）。つまり、外観説の適用により戸籍上の父との法律上の親子関係は否定されたが、認知請求によって血縁上の父との法律上の親子関係が成立することから、子の保護に欠けるところがない事例だった。

最高裁は、① 最判平10〔1998〕・8・31家月51・4・33、② 最判平10〔1998〕・8・31家月51・4・75、③ 最判平12〔2000〕・3・14家月52・9・85において、外観説をとることを再確認している。②は、夫（被相続人）が出征中に妻が懐胎した事案で、被相続人の養子から戸籍上の兄に対する

親子関係不存在確認の訴えだった。権利濫用とみられる事情がないことから、不存在確認の訴えが認容されている。他方、①③は、戸籍上の父から子に対する訴えであり、いずれも離婚後、母が親権者となり、子を養育している事案で、親子関係不存在確認の訴えが棄却された。母は鑑定に協力せず、戸籍上の父を子の父とすることを望んでいる節があった。その結果、子は法的な親を確保できている。特に③が重要である。

③は、離婚後、子の出生から4年後に、父が母(元妻)から自分の子ではないと知らされた時点から約1か月後に、親子関係不存在確認の訴えを起こしている。原審は、「嫡出推定及び嫡出否認の制度の基盤である家族共同体の実が既に失われ、身分関係の安定も有名無実となった場合には、同法777条所定の期間が経過した後においても、父は、父子間の自然的血縁関係の存在について疑問を抱くべき事実を知った後相当の期間内であれば、例外的に不存在確認の訴えを起こすことができるものと解するのが相当である」とし、本件では婚姻関係は消滅しており、家族共同体の実体が失われていることは明らかであるとして、父からの訴えを認めた。これに対して、最高裁は、「夫と妻との婚姻関係が終了してその家庭が崩壊しているとの事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要があるになくなるものではないから、右の事情が存在することの一事をもって、嫡出否認の訴えを提起し得る期間の経過後に、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と子との間の父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である」とした上で、前述の外観説を支持し、外観説にあてはまる事情は認められないことから、本件訴えは不適法であり、これを却下した第1審判決を正当とした。原審が純粋な家庭破綻説を採用していたわけではないので、これを否定したとまではいえないが、同説によって嫡出否認制度が事実上意味をなさないような事態を避けようとする姿勢は明確になっている²³⁾。

以上のように、民法772条の適用に関して、判例は生理的な血縁の存否だけで判断していないことがわかる。772条が適用されない場合を、家庭

破綻説では離婚や別居など戸籍上の父と母の家庭の平和が崩壊している事実に、外観説では懐胎期間中の別居（事実上の離婚）などの事例に限定している。

東京ケースにおいては、当該夫婦は円満に家族共同生活を営んでおり、事実上離婚の状態にはない。それにもかかわらず、生理的な血縁が存在しないから772条を適用しないとすれば、これまでの判例の立場である外観説に反する。またかつての家裁実務の家庭破綻説でも正当化できない。現在の家裁実務では、調停前置主義のために、親子関係不存在確認の事実について、調停で戸籍上の父と母の間で不存在の合意が成立し、さらに家事審判法23条（家事事件手続法277条）の合意に相当する審判を受けることについて合意した場合に、審判手続の中で鑑定を行い、不存在確認の審判を行っているが²⁴⁾、こうした合意が成立しない場合には、772条がそのまま適用され、不存在確認は認められない。ここでは、関係当事者の意思が優先され、生理的な血縁の有無だけで適用の有無が判断されていない。

こうした解釈・実務の運用の背景には、法律上の父子関係を確定させることによって、子に法的保護者としての父を確保することが、子の利益になるという考え方がある。だからこそ、前述最判①③のように、戸籍上の父が772条の不適用と父子関係の不存在を主張しても、これを認めず、生理的な血縁と一致しない法律上の父子関係を確定させているのである。親子関係の存否について、子の利益を優先する姿勢を読みとることができる。したがって、外観説であれ、家庭破綻説であれ、公表された判例で、子からの主張を斥けたものはないのである²⁵⁾。東京ケースの1審、2審の判断は、子の利益の優先というこれまでの判例・実務の運用にも反している。

ところで民法772条の適用の可否について、生理的な血縁の有無だけで判断せず、子の利益を優先するという判例・実務の運用は自然生殖の場合のことであって、本件のようにAIDなど生殖補助医療を利用した場合には妥当しないといった解釈は成り立つのだろうか。そのためには、AID子

の親子関係についての議論を検討する必要がある。

4 AID 子の親子関係

1) 学説と立法の動向

現在、日本には生殖補助医療を規律する法律はなく、また生殖補助医療を利用した場合の法律上の親子関係を定める法律もない。しかし、AID は 1949 年以降、法律婚夫婦に限って実施されており、すでに 1 万 5000 名以上が誕生しているといわれる²⁶⁾。そこで学説は法律上の親子関係について議論を重ねてきた。大別すると 3 説に分かれる。

第 1 は、AID の実施について夫の同意がある場合には、民法 772 条の嫡出推定の及ぶ嫡出子となると解する立場である²⁷⁾。自分達の子として育てたいという当事者の意思に合致すること、嫡出推定を及ぼすため、出訴期間の経過により法律上の父子関係が確定し、子の法的地位の安定にも資することから多数説となっている。また安定化のために、夫が AID に同意した場合には、夫からの嫡出否認の訴えを認めない。その法的構成としては、同意を民法 776 条の「嫡出性の承認」に当たるとみる、嫡出否認権の放棄とみる、否認権の行使を権利濫用とみるなどの考え方がある²⁸⁾。

第 2 は、夫の同意があっても、夫と子との間には生理的な血縁が存在しないことから、推定の及ばない子と解する立場である²⁹⁾。第 1 説では、父子関係が問題となったときに、夫の意思のみに依存して、血縁的事実に一致しない親子関係が固定してしまうことへの批判や、子の出自を知る権利の確保の観点から、子に争う機会を保障すべきという考え方による³⁰⁾。しかし、AID 子であることが判明すれば、確認の利益を有する者は親子関係不存在確認の訴えによって、夫と子との父子関係を否定することが可能となり、また当の夫自身が後に子との父子関係を否定したいと思えば、親子関係不存在確認の訴えを起こしうることになり、子の法的地位が不安定になる。子の保護に反する事態を招きうることから、少数説にとどまる。

第3は、嫡出推定に関する民法772条は適用されないが、夫の同意の中に養子縁組の意思を認め、母の代諾によりAID子を養子と構成する立場である³¹⁾。生理的な血縁が存在しない者に法律上の親子関係を認めるという点では、養子縁組と本質を同じくするが、生まれた子を養子とみることは、当事者の意思に反すること、養子縁組の要式性など、虚偽の嫡出子出生届の養子縁組への転換の場合と同じ問題が発生することなどから、少数説にとどまる。

2003年7月、法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案」は、現行法制度の基本部分をそのまま踏襲し、父子関係について、「妻が夫の同意を得て、夫以外の男性の精子を用いた生殖補助医療により子を懐胎したときは、その夫を子の父とするものとする」旨、定めた³²⁾。精子提供者は単に精子を提供しただけであり、法律上の親子関係からは一切排除される。任意認知も強制認知も認められない。

以上のように、現在、法律はないけれども、民法772条を適用し、嫡出推定を及ぼすことによって、AID子の法的地位を安定させるという解釈が多数説であり、立法の動向もこれに沿っている。

2) 判例の解釈

AID子については、2つの下級審判例がある。

妻が夫の同意を得て第三者から精子提供を受けて出産したが、その後、夫婦は離婚し、家裁で離婚後の子の親権を争う過程で、妻が子は人工授精子であり、夫と子の間には真実の親子関係が存在しないから、夫が親権者に指定される余地はないと主張した事案で、裁判所は、夫の同意を得て人工授精が行われた場合には、子は推定の及ぶ嫡出子であると解するのが相当であり、妻から親子関係が存在しない旨を主張することは許されないとした³³⁾（東京高決平10〔1998〕・9・16家月51・3・165）。

他方、夫の同意を得ていない場合には、夫からの嫡出否認の訴えが認められている（大阪地判平10 [1998]・12・18 家月51・9・71）。判旨は、民法772条が適用されない、したがって、親子関係不存在確認の訴えで争うことができるという解釈ではない。嫡出否認の訴えを認めている以上、同意を得ていないAID子の場合でも、民法772条が適用され、妻が婚姻中に懐胎した子として夫の子と推定される、したがって、嫡出否認の訴えで推定を覆すという論理をとっていることになる。本件訴えが嫡出否認の出訴期間内であったため、後者の解決が容易だったともいえ、出訴期間を超えている事案での対応が明らかになると、どちらの解釈をとるのが明確になるが、現時点では、形式的には772条適用を前提とする解釈と評価することが可能である。

以上、数は少ないが、公表された下級審判例は、AID子の場合にも、民法772条が適用されることを前提にし、夫の同意がない場合には、嫡出否認の訴えで推定を覆すことができるという解釈、夫の同意がある場合には、民法772条が適用され、嫡出推定が及び、夫以外の者は父子関係の不存在を主張することができないという解釈をとっている。いずれにせよ、AIDであるから、夫と子の間に自然血縁が存在しないことが明らかであるが、民法772条が適用され、夫の同意がある場合には、誰も争えないこととして法律上の父子関係を安定させようとしているのである³⁴⁾。

東京ケース第1審は、「非配偶者間人工授精によって妻が懐胎した子について、夫の同意があることを要件に、夫の子とする立法論はあり得るところであるが、そのような法律が成立すれば格別、我が国においては未だそのような立法がされていないのであるから、申立人Aが人工授精に同意していることをもって、Cとの父子関係を認めることもできない。現状では、本件のような場合には、特別養子縁組をすることで対応することになる」とするが、以上のような判例、学説の多数説、立法の動向を無視するものであり、客観性に欠ける。

東京ケースも、夫の同意の下に妻が提供精子により懐胎・出産している

点で、これまでのAID子と異ならない。少なくとも前述下級審判例によれば、夫の同意がある場合には、民法772条が適用され、嫡出推定が及び、子は当該夫婦の嫡出子としての法的地位を取得するはずである。第2審のように、「戸籍の記載上」という留保があるものの、生理的な血縁関係がない場合には、民法772条の適用の前提と欠くという解釈をとると、一般論として、性別の取扱いの変更をしていない者のAIDの場合でも、生理的な血縁関係がないことから、親子関係不存在確認の訴えが可能となり、子の法的地位が不安定になるおそれがある。こうしたおそれのある解釈を、これまでの下級審判例はとっていない。

それにもかかわらず、夫に生殖能力がない原因がGID当事者であることは、これまでの判例や多数説の取扱いと異にしてもよいことを正当化しうるのだろうか。

5 平等の視点と戸籍事務管掌者の権限

1) 学説の検討

GID当事者が変更後の性別で婚姻し、提供精子で子をもうけた場合に、子を嫡出子とすることができるかという問題に関して、水野教授は、AIDという生殖補助医療の性質や、性同一性障がい者によるAID利用の問題性などを考えると、嫡出推定制度の機械的な適用には疑問があり、現在の戸籍実務の扱いにも正当性があるように思われるとする³⁵⁾。また野村教授は、民法は夫婦間の自然生殖を前提としており、生来の男性が夫である場合の人工授精と違って、性同一性障がい者で性別変更をしたケースでは、夫の子ではあり得ないということが客観的に明らかなので、民法772条の嫡出推定は働かないとする³⁶⁾。

第1審、第2審は、野村教授の考え方に近いが、窪田教授は、夫の子でないことが明らかな場合に772条が適用されないと一般化すると、AIDが利用される場合には、嫡出推定が働かないということにもなりそうであ

り、嫡出推定の及ばない場合に関する現在の判断基準との関係が問題となり、性同一性障がいによる性転換というあらかじめ外形的にも明らかな事情と、外形的には明らかではない生殖機能の障害を区別するということは考えられるが、なお検討の余地が残されている問題だといえるだろうとして³⁷⁾、判断を留保される。

他方、両者を区別することは、差別的な取扱いであることを明言する学説が多い。棚村教授は、民法は夫について生来の男性とは規定しておらず、特例法でも特にルールを設けていないのだから、性同一性障がい者を別扱いする理由はないとする³⁸⁾。大島教授は、夫がGID当事者の場合についてだけ、生物学的な観点を優先させ、他の夫婦の場合と異なる処遇をするのは差別的な取扱いだとする³⁹⁾。渡邊教授は、第1番をF to M GID当事者に対する差別であるとし、AIDを肯定する立場からは、なぜこの場面でのみ血縁上の親子関係の存否が問われるのか理解できないし、AIDに否定的な立場からは、大多数を占める性別を変更していない夫婦によるAIDを戸籍事務の審査の限界として事実上容認するとすることに理解ができないと指摘する⁴⁰⁾。

床谷教授は、夫がGID当事者の場合も、法律上の妻が夫以外の男性の精子を受けて妊娠しているので、これも一種のAIDであり、AIDに際しての夫の同意による嫡出否認権の消滅により、父子関係は確定するものとしておくべきことを当てはめるべきであるとする。さらに語を継いで、戸籍上の親子が血縁上の親子関係に必ずしも一致しなくとも良いことは民法の基本的立場であり、法律上の夫婦として生活する者の間に出生した子を嫡出でない子として届出させる（嫡出子の身分を取得させるために養子縁組する）ことは、当該夫婦のみならず、子に対する人格権の侵害ともなろうとして、法務省の扱いを批判する⁴¹⁾。

梶村弁護士は、民法772条の規定する嫡出推定の要件は、父母が婚姻していること、母が婚姻中に懐胎したことの2点だけであり、野村教授の自然生殖が前提という主張には法文上の根拠がないとする。その上で特例法

の解釈として、特例法は性別の変更について単に戸籍法上の措置に限定することなく、実体法たる民法のレベルまでに格上げして、性別の変更を認め、婚姻まで認めたのであるから、嫡出推定規定にまで性別の変更効果が及ぶことは必然であり、婚姻まで認められた夫婦が、実子を持ちたいと考えることは人間自然の当然の要求であって、何人もそれを排除することはできないであろうとする。当事者が実子として育てたいと希望しているのだから、その希望は親子のアイデンティティそのものであり、養子で代替できるものではなく、民法もそれを前提として両制度を区別する法政策を採用したのだから、当事者の希望が叶うように目的論的に解釈すべきであると⁴²⁾。772条の解釈論としては、中村准教授も、不妊治療としてどこまで生殖補助医療を許容するかの問題は別としても、現行民法上、772条の推定の及ぶ嫡出子として、当該子の出生届を受理する解釈も可能とする⁴³⁾。

以上のように、GID当事者が変更後の性別で婚姻し、当該夫婦がAIDによってもうけた子について民法772条を適用せず、子に嫡出子としての地位を認めないとする学説は、公表されている限り、野村教授、水野教授にとどまり、第1審、第2審、法務省見解は、一般的に支持されているものではないことがわかる。支持が多数か少数かはともかく、適用肯定、適用否定の複数の解釈が存在する。そのどちらを選択するかは、最終的には、性別の取扱いの変更審判を受けた者が婚姻をし、生殖補助医療によって子をもうけることを肯定するかどうか、論者の価値判断に委ねられる。

2) 平等の視点

法律婚関係にある夫婦が、夫に不妊原因があることから、提供精子を利用して子をもうけることを決断する。確かに現在、生殖補助医療に関する法律はない。子の出自を知る権利も保障されていない⁴⁴⁾。しかし、日本産科婦人科学会は法律婚夫婦に限ってAIDを施術する。こうした医療の現状を前提にすると、子どもを持ちたいと思った夫婦が、AID、養子縁

組、里親のどれを選ぶかは、自らの選択に委ねられており、そのどれかを強制されたり、推奨されたりするいわれはない。梶村弁護士の主張するとおりである。GID 当事者が変更後の性別で婚姻した場合において、当該夫婦が AID によって子をもうけたいと思うことを否定することができるだろうか。

ところが、第 2 審は、戸籍に性別の取扱いの変更審判を受けた旨の記載がある場合には、夫に生殖能力がないことが明らかであるから、民法772条は適用されないとする。その結果、上述のように同じく法律婚で、同じく夫に生殖能力の問題があり、同じく子を持ちたいと思い、同じく提供精子による懐胎・出産を選択したにもかかわらず、ただ 1 点、戸籍に性別の取扱いの変更審判の記載があることによって、F to M GID 当事者の場合には、子は嫡出子として扱われず、戸籍には、父のない子として記載される。第 1 審は、特別養子縁組によって嫡出子の地位を取得すると指摘するが、なぜこの場合に限って、特別養子縁組を強制ないし推奨されなければならないのだろうか。

性別の取扱いの変更の審判を受けていない場合の AID と、このように取扱いに決定的な違いを設けなければならない理由は何かあるのだろうか。第 2 審のように民法772条の解釈なのだと説明されても、適用肯定、否定の複数の解釈がある以上、それは決定的な理由とはならない。適用否定説は明言を避けているが、要は、GID 当事者は生殖補助医療を利用して子どもをもうけるべきではないという価値判断があるのではないだろうか⁴⁵⁾。

ところで GID 当事者に対して性別の取扱いの変更を認める立法例では、日本同様、変更後は、その性別につき他の性別に変わったものとみなされている。F to M は男性であり、男性として女性と婚姻をする。法律婚夫婦として AID を選択することができる。例えば、イギリス法では、すべての目的において獲得した性になるため (Gender Recognition Act 2004, 9 条 1 項)、当然に子はその夫婦の子として扱われる⁴⁶⁾。子にとって必要な

は、安定的な養育環境である。

日本の立法者も、性別の取扱いの変更をしたGID当事者に対して、AIDを選択しない場合でも養子縁組は可能と明示している。AIDを選択せずに第三者の子を養子としても、AIDにより、妻が子を懐胎、出産した場合も、子の安定的な養育環境の形成という点では同じである。AIDを選択した場合のみ父子関係を認めない取扱いをする合理的な理由は何ら見出せない。

もし民法772条を適用せず、夫の嫡出子として扱わないとすると、法的には男性であるにもかかわらず、F to Mの夫は「子をもうけることのできない男性」「副次的な男性」というもう一つの法的な男性カテゴリ、「不完全な男」というカテゴリを生むことになる⁴⁷⁾。これでは、特例法を設け、性別の取扱いの変更を肯定し、「民法その他の法令の規定の適用について、法律に別段の定めがある場合を除き、その性別につき他の性別に変わったものとみなす」とした意味がないように思われる。変更後の性別で自己の幸福を実現することが保障されて、初めて人間として平等な存在として扱われるのではないだろうか。平等な処遇こそ、個人の尊厳を守ることである。

3) プライバシーの尊重と戸籍事務管掌者の権限

法務省は、日本産科婦人科学会からの質問に対して、「当該子について、性別の取扱いの変更の審判を受けた者との間で民法772条による嫡出推定を及ぼすことはできないので、性別の取扱いの変更の審判を受けた者の実子として法律上の父子関係があるとは認めることはできず、嫡出子であるとの出生届を受理することができない」と回答し、こうした処理を続けている。窓口の戸籍事務担当者が身分事項欄の記載を見過ごしたため、嫡出子出生届を受理し、戸籍の父欄に夫の氏名を記載したケースについて、職権で父のない子として記載を訂正することもしている⁴⁸⁾。

しかし、第1審は、「戸籍の記載自体から、Cが嫡出子と推定できない

ことが客観的に明らかであるから、戸籍事務を担当する市長村長が非嫡出子として戸籍に記載したことは、市町村長の審査権の範囲内である上、客観的な事実にも合致している」とし、第2審は、「戸籍の記載上、生理的な血縁が存しないことが明らかなる場合においては、同条適用の前提を欠くものというべきあり」、本件戸籍記載上の処理は、「あくまでもCが客観的外観的に原告人らの嫡出子として推定されず、嫡出でない子という客観的事実の認定を記載したものである」として、法務省の対応を正当化する。

ところで、性別の取扱いの変更をしたことは、きわめてセンシティブな個人情報であることから、現行の戸籍記載では、続柄や名の変更履歴については、転籍によって移記しない扱いをし、身分事項欄にも【平成15年法律第111号3条による裁判発効日】〇年〇月〇日と記載し、一般的にすぐわからないように工夫している。特別養子縁組の場合と同様にプライバシーの保護に一定の配慮をしている。

しかし、第2審は、「戸籍の記載上、生理的な血縁が存しないことが明らかなる場合においては、同条適用の前提を欠くものというべきあり、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とはできない」とする。GIDのため性別の取扱いを変更したことは、まさに公にすることを防ぐ必要がある「夫婦関係の秘事」であるにもかかわらず、戸籍の記載からその事実が分かる場合には、「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とはできない」とする。当事者が第三者に対して秘密にしておいて欲しいと思っていることを、その内容を理解できる戸籍事務管掌者が、その事実を職務上知り得た場合に、その事実を基に戸籍事務処理をしてよいものだろうか⁴⁹⁾。

前述のように、民法は、生理的な血縁と法律上の父子関係の不一致を肯定しており、嫡出否認権を行使するかどうかを当事者に委ねている。当事者には否認権を行使しないで、自分達の嫡出子とする機会が保障されているのだから、何よりも当事者の意思を尊重しなければならない。それにも

かわらず、嫡出子出生届を受理せず、父のない子として戸籍記載処理をすることは、こうした民法の構造を認識せず、当事者の意思を無視したものであって、戸籍事務管掌者の権限を超えている。

戸籍事務管掌者には形式的審査権しかない。第2審のいう「嫡出でない子という客観的事実の認定」はこの審査権を超える。法律上の父子関係の存否に関わる民法772条の適用の有無は、嫡出子としての法的地位を確保させることに結びつくのだから、実体的な権利関係の判断であり、司法審査に服さなければならない。かりに戸籍の記載から夫の子でないことが明らかであるとしても、否認するかどうかは夫の権限であり、夫が否認権を行使しないのに、戸籍事務管掌者が勝手に行政内部の判断だけで、夫の子ではないと記載することが、なぜできるのか、その根拠は何ら説明されていない。したがって、権限を越える行使として違法である。

おわりに

本稿では、民法772条の嫡出推定制度は774条以下の嫡出否認制度と合わせて理解されなければならないこと、嫡出否認権を行使するかどうかは当事者の意思に委ねられており、民法は、否認権を行使しないことにより生理的な血縁と一致しない法律上の父子関係が確定することを肯定する構造であること、判例は、嫡出否認以外の方法で父子関係を否定することを認めたが、外観説の立場であり、生理的な血縁の不存在だけで父子関係を否定することはしていないこと、夫が同意したAIDによって出生した子について、下級審判例及び多数説は民法772条を適用し、否認権の消滅により父子関係の安定化を図ってきたことを述べ、GID当事者が変更後の性別で婚姻し、提供精子で子をもうけた場合に限って、生理的な血縁が存在しないことを根拠に民法772条を適用しないことは、GID当事者に対する差別であり、結局は、GID当事者はAIDを用いて子をもうけるべきではないという価値判断に基づくものであり、特例法を制定した意味を没却して

しまうことを指摘した。したがって、戸籍事務管掌者が戸籍の記載から、夫が性別の取扱いの変更審判を受けており、生殖能力がないことから夫の子ではないとして、嫡出子出生届を受理しなかったり、父のない子として戸籍記載することは、戸籍事務管掌者の形式的審査権を超えるものであって、違法であることを述べた。

GID 当事者は一定の要件を満たした場合に、性別の取扱いを変更することができる。変更後は、変更した性別とみなされる。婚姻をし家族を持ちたいと思う気持ちを、なぜ尊重することができないのだろうか。法規制はないとしても、日本産科婦人科学会が AID の施術を認める以上、生まれた子の福祉を優先的に考える必要がある。それは当該夫婦の嫡出子として法的地位を安定化させることではないだろうか⁵⁰⁾。

772条適用否定説は、生理的な血縁のないことが戸籍上明らかなことからいうことに固執し、子に嫡出子の地位を否定することによって、何を守ろうとするのだろうか。父=生来の男性、母=生来の女性という親子の「自然な」秩序なのだろうか。

しかし、GID 当事者はもともと少数である。その中で5つの要件を満たして性別の取扱いを変更する人はさらに少ない。前述のように特例法施行後7年間で2,238件である。この中で、F to Mで女性と婚姻する人はさらに少ない。その中で AID を実施する例はさらに少ない。社会的な影響は限りなく小さい。民法772条を適用して子を当該夫婦の嫡出子とし、父の嫡出否認権行使を認めないことによって、子の法的地位と養育環境を安定させることができる。それにもかかわらず、772条を適用しないという解釈をとることは、GID 当事者の家族形成を否定することに等しい。また AID 子の法的地位を不安定にし、子の福祉に反する結果を招く。さらに青少年の GID 当事者にとっては、将来、性別の取扱いの変更審判を受けても、なお半人前の「男」「女」として扱われることを認識させ、自己肯定感を抱くことを困難にし、自己の生き方や将来に展望を持ちにくくさせるおそれもある。適用否定説は、こうした弊害を生むことを認識する必要

がある。象徴的な親子の秩序を維持することよりも、GID 当事者の人権に関わる利益を優先させるべきである。

以上どの観点から見ても、現在の法務省の対応には正当化できる根拠がない。平等の視点から早急に対応を改めることを要請したい⁵¹⁾。また裁判所に対して、772条適用肯定説があることを客観的に認識し、民法の構造に則った解釈を行うことを期待したい。

注

- 1) これらの要件の妥当性については、二宮周平「性的少数者の権利保障と法の役割」法社会学77号（2012）92～93頁、渡邊泰彦「憲法と婚姻保護～性同一性障害者の性別変更要件をもとに」同志社法学60巻7号（2009）333頁以下、同「性別変更要件の見直し～性別適合手術と生殖能力について」産大法学45巻1号（2011）31頁以下、谷口洋幸「性同一性障害/性別違和をかかえる人々と家族生活・家族形成」家族（社会と法）27号（2011）49頁以下、田巻帝子「性同一性障害に関する法の日英比較～家族関係を視点として」家族（社会と法）23号（2007）148頁以下など参照。
- 2) 「現に子がないこと」とされていた時期の判例として、東京高決平17〔2005〕・5・17家月57・10・99、最三小決平19〔2007〕・10・19及び最一小決平19〔2007〕・10・22家月60・3・36、37頁があり、いずれも合意の判断をしている。「現に未成年の子がないこと」と改正された時期の判例として、東京家審平21〔2009〕・3・30家月61・10・75がある。未成年の子に婚姻をさせ、成年擬制の効果を利用しようとした事案であり、特例法の趣旨に反し、申立権の濫用であるとして、変更の申し立てを棄却した。
- 3) 申立人は、親の戸籍への入籍届の受理を命じる審判を求めたが、原審は申立てを棄却し、大阪高決平24〔2012〕・1・27（未公表）も抗告を棄却した。最二小決平24〔2012〕・6・13（未公表）は、抗告理由の実質は立法政策の不当を主張するものであって、特別抗告事由に該当しないと、抗告を棄却した。
- 4) 小野寺理「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」ジュリスト1252号（2004）69頁。
- 5) 南野知恵子監修『【解説】性同一性障害者性別取扱い特例法』（日本加除出版、2004）60頁〔大島俊之〕、163頁〔棚村政行〕など。ただしAIDにはふれていない。しかし、立法とは無縁の私でさえ、特例法公布時にF to Mの人が女性と婚姻した場合には、第三者の精子を用いた人工授精が可能になると指摘し、法は多様なライフスタイルに中立的であり、寛容であるべきとの立場から、人工授精をして子育てすることを肯定していた（二宮周平「戸籍の性別記載の訂正は可能か（2）～特例法を読む」戸籍時報559号（2003）9頁）。
- 6) 南野監修・前注（5）99頁など参照。
- 7) 野宮亜紀・針間克己・大島俊之・原科孝雄・虎井まさ衛・内島豊「プロブレムQ & A 性同一性障害って？〔増補改訂版〕」（緑風出版、2011）225頁〔大島俊之〕。

- 8) 朝日新聞2010年1月10日朝刊(東京本社)34頁。
- 9) 中村恵「性同一性障害者の親子関係」法律時報83巻12号(2011)46~47頁より。
- 10) 渡邊泰彦「判批」TKC ローライブラリー 新・判例解説 Watch 民法(家族法)No.61(2012年11月30日掲載)4頁。もっとも、すべての人に保障されるべきリプロダクティブ・ライツの視点からは、生殖不能要件は、「元の性別にもとづいて子をもつのが適切ではない」という曖昧かつ主観的な立法趣旨で足りるものではないという批判がある(谷口・前注(1)57頁)。
- 11) 中川善之助編『注釈民法(22)の1』(有斐閣,1971)88頁[高梨公之],中川善之助・米倉明編『新版注釈民法(23)』(有斐閣,2004)149頁[高梨公之・高梨俊一]。
- 12) 我妻栄『親族法』(有斐閣,1961)216頁。
- 13) 内田貴『民法IV〔補訂版〕』(東大出版会,2004)170頁。
- 14) 窪田充見『家族法〔第2版〕』(有斐閣,2013)160頁。
- 15) 窪田充見「実子法」中田裕康編『家族法改正』(有斐閣,2010)51~52頁。
- 16) 沼正也『沼正也著作集16 墓場の家族法と揺りかごの財産法』(1972,三和書房)241,243頁。大島教授は、生物学的な親子でない者を親子とすることがあっても、国家が各夫婦・各家庭の事情に干渉しないという優れた面があるとする(野宮ほか・前注(7)224頁[大島])。
- 17) 例えば、滝井繁夫裁判官は、死後懐胎子が亡父との間で親子関係が認められるかが問題となった事案で、「民法は、嫡出推定やその否認を制限する規定、認知に関する制限規定など、血縁関係のない子と法律上の親子関係を認めたり、血縁上の親子関係のある者にも法律上の親子関係を認めない場合が生じることを予定した規定を置いていることから明らかに、血縁主義を徹底していない」と説示している(最判平18〔2006〕・9・4民集60・7・2563)。
- 18) 我妻・前注(12)219~222頁,山島正男「嫡出の推定」谷口知平・加藤一郎編『新版・判例民法演習5』(有斐閣,1984)96~103頁。阿部徹「民法772条・774条」広中俊雄・星野英一編集代表『民法典の百年IV』(有斐閣,1998)80頁以下,前田泰「日本における議論の整理」家族(社会と法)28号(2012)20~24頁など参照。
- 19) 松倉耕作「判批」法律時報45巻14号(1973)130頁など。
- 20) 二宮周平「子の福祉と嫡出推定~外観説の射程」戸籍時報692号(2013)9頁。
- 21) 1941年整理の「人事法案(仮称)」では、「妻ガ夫ノ子ヲ懐胎スルコト能ハザル事情アル場合ニハ之〔推定規定〕ヲ適用セズ」とされていた(我妻・前注(12)226頁)。
- 22) 前田・前注(18)24頁,窪田・前注(14)186頁,高橋朋子・床谷文雄・棚村政行『民法7親族・相続〔第3版〕』(有斐閣,2011)131頁[床谷文雄],など。
- 23) 床谷文雄「判批」私法判例リマックス22号(2001)81頁。
- 24) 岡部喜代子「いわゆる推定の及ばない嫡出子の手続的側面」判例タイムズ1301号(2009)47~48頁,澤井真一「実父子関係の成立を巡る実務上の諸問題」判例タイムズ1301号(2009)51頁,大沼洋一「嫡出否認の訴えと親子関係不存在確認請求訴訟」野田愛子ほか編『新家族法実務体系2』(新日本法規,2008)163~165頁,松原正明「家庭裁判所における親子関係事件の実情及び問題点」家族(社会と法)28号(2012)46~47頁など参照。

性別の取扱いを変更した人の婚姻と嫡出推定（二宮）

- 25) 二宮・前注(20)11頁。最判についてこれを指摘するものとして、前田陽一「民法772条をめぐる解釈論・立法論に関する2、3の問題」判タ1301号(2009)61頁及び62頁の図表2。また事案の分析や理由付け等から、単純に外親説の枠組で判断したものではないと評価する見解として、石井美智子「実親子関係法の検討～近年の最高裁判決を通して」法律論叢81巻2・3合併号(2009)35頁がある。
- 26) 西希代子「日本学術会議における検討～審議経緯と報告書の立場をめぐって」学術会議叢書19『生殖補助医療と法』（日本学術協力財団，2012）25頁。
- 27) 小池隆一・田中實・人見康子編『人工授精の諸問題』（慶應通信，1960）80頁，我妻・前注(12)229頁，鈴木祿彦『親族法講義』（創文社，1988）123頁，中川高男『親族・相続法講義〔新版〕』（ミネルヴァ書房，1995）194頁，高橋・床谷・棚村・前注(22)148～149頁〔床谷〕，水野紀子「生殖補助医療規制と民法の親子関係」学術会議叢書19『生殖補助医療と法』（日本学術協力財団，2012）205～206頁など。
- 28) 学説の構成について，高橋・床谷・棚村・前注(22)148～149頁〔床谷〕，本山敦「非配偶者間人工授精（AID）と嫡出推定」ジュリスト1164号（1999）138頁など。
- 29) 中川善之助『新訂親族法』（青林書院，1965）365頁，泉久雄『親族法』（有斐閣，1997）203頁など。
- 30) 出自を知る権利への配慮を根拠とする考え方は，畠孝一「人工生殖について思ってきたこと」産婦人科の世界52巻増刊号（2000）159頁（基になった座談会として，畠孝一・人見康子「体外受精と医事法」Law School 4号（1978）45頁）。
- 31) 前田達明「人工授精子の法的地位」判例タイムズ537号（1984）8頁など。なお深谷松男「人工生殖に関する家族法上の問題」家族〈社会と法〉15号（1999）145頁は，立法論として，特別養子縁組に類似する特殊な養親子関係として構成すべきだと主張する。
- 32) 大村敦志「生殖補助医療と家族法～立法準備作業の現状をふまえて」ジュリスト1243号（2003）12頁
- 33) ただし，子の親権者の決定に際しては，人工授精の事実が子の福祉に影響を与えることがありうるから，考慮すべき事情の1つとしたが，本件では，このことを考慮にいれずに，諸事情から母を親権者とした。
- 34) 生殖補助医療に関する判例としては，夫の死後，夫の保存精子を利用して妻が体外受精によって出産した事案で（死後懐胎子），父が子の懐胎前に死亡していることから，親権，扶養，相続権，代襲相続権など民法の法制が定める法律上の親子関係における基本的な法律関係が生じる余地がなく，死後懐胎子と死亡した父との間の親子関係を想定していないとし，死後懐胎子の親子関係の形成に関する問題は，多角的な観点から検討を行った上で，認めるか否か，認める場合の要件や効果を定める立法によって解決されるべき問題であり，立法がない以上，法律上の親子関係の形成は認められないとし，死後認知を否定したもの（最判平18〔2006〕・9・4民集60・7・2563），日本人夫婦が渡米し，代理懐胎で子をもうけた事案で（代理懐胎），実親子関係が公益及び子の福祉に深くかかわるものであり，一義的に明確な基準によって一律に決せられるべきであることにかんがみると，現行民法の解釈としては，出生した子を懐胎し出産した女性をその子の母と解さざるを得ず，その子を懐胎，出産していない女性との間には，その女性が卵子を提供した場合で

あっても、母子関係の成立を認めることはできないとしたもの（最決平 19 [2007]・3・23 民集 61・2・619）がある。なお国内で実施された代理懐胎（代理懐胎者は妻の母）によって出生した子について、特別養子縁組の成立を認めた審判が公表されている（神戸家姫路支審平 20 [2008]・12・26 家月 61・10・72）。これらは、妻が婚姻中に懐胎した子ではないため、民法772条は適用されない。この点で、東京ケースとは決定的に異なる。死後懐胎や代理懐胎で出生した子の法的地位の問題とは区別しなければならない。

- 35) 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 加賀山茂先生還暦記念』（信山社, 2013）607頁。
- 36) 朝日新聞2010年1月10日朝刊（東京本社）34頁。
- 37) 窪田・前注(14)147頁。
- 38) 朝日新聞2010年1月10日朝刊（東京本社）34頁。なお棚村政行「性同一性障害をめぐる法的状況と課題」ジュリスト1336号（2007）2頁以下参照。
- 39) 野宮ほか・前注(7)224頁〔大島〕。
- 40) 渡邊・前注(10)2頁。
- 41) 高橋・床谷・棚村・前注(22)150頁〔床谷〕。
- 42) 梶村太市「性同一性障害の夫婦による嫡出子出生届をめぐる法律問題（下）」法律時報84巻11号（2012）76～77頁。
- 43) 中村・前注(9)48頁。
- 44) 最近、AID で生まれた子どもたちが、親の病氣、血液検査、親の離婚などの不測の事態から、父と血の繋がりが無いことを知り、精神的ショックや喪失感、長い間隠されてきたことへの不信、怒りなどから、自助グループを作り、現状での AID の実施に強く反対する意見を表明している（非配偶者間人工授精で生まれた人の自助グループ会員「子どもの出自を知る権利について～AID（非配偶者間人工授精）で生まれた子どもの立場から」学術の動向15巻5号（2010）46～50頁より）。そしてこのような現状が改革されない限り、第三者の関わる生殖技術には反対であり、止めるべきであると主張する（『第三者の関わる生殖技術に STOP!!』（第三者の関わる生殖技術について考える会, 2010）3頁）。私見も子の出自を知る権利を保障しない現在の医療現場の対応には反対であり、こうした権利を定める法律が必要であると考え。現状には懐疑的であっても、だからといって、AID を止めるべきとまではいえない。そうすると、このことを根拠に、GID 当事者についてのみ AID 利用を否定することはできない。利用を区別する理由がない以上、GID 当事者にも AID の利用を肯定しなければならない。平等処遇の問題である。
- 45) 水野教授は、AID 技術の再考や生命倫理領域における立法の困難さを指摘し、またこの問題に慎重な姿勢を示しているフランス法学者の主張を紹介しながら、立法論としても、GID 夫による AID 利用は禁止すべきであろうとする（水野・前注(35)618頁）。その理由は、母の夫を父と信じて生きることができれば、子は自己のアイデンティティと精神的安定を守れるだろうが、GID 夫の場合は、戸籍の記載から母の夫が血縁上の父ではありえないことが自明であり、子は母の夫を父と信じる可能性をあらかじめ奪われているから、子の福祉に反することにあるようである（同616頁）。しかし、知らされないで信じるのが子の福祉になるとは思われない。子には出自を知る権利があることを踏まえるべきではな

性別の取扱いを変更した人の婚姻と嫡出推定（二宮）

いだろうか（後注(50)参照）。

- 46) 田巻帝子「性同一性障害に関する法の日英比較～家族関係を視点として」家族〈社会と法〉23号（2007）151頁，同「性同一性障がい者の婚姻と嫡出推定」ジェンダー法学会第10回学術大会シンポジウムⅡ「セクシュアリティとジェンダー」第4報告より。
- 47) 田巻・前掲ジェンダー法学会報告より。なお，GID当事者の家族生活・家族形成に関する論点については，谷口・前注(1)49～63頁参照。
- 48) 中日新聞2013年2月2日朝刊35頁。
- 49) 渡邊・前注(10)4頁。
- 50) 現在の日本では，AIDは匿名を原則にしており，出自を知る権利を保障すると，提供者が減るおそれがあると指摘される。しかし，人為的な手段を用いて子をもうける以上，優先すべきは，やはり子の利益である。子にとって，自分の血縁上の親は誰かを知ることには，自己のアイデンティティに関わる人格的な利益である。と同時に，育ての親は子の成育状況に配慮しながら，出自について告知をする責任を負う。その前提として，子との間に安定的な親子関係が確立されていなければならない。信頼と愛情に基づく安心感の中で告知されることで，子は自己の存在を肯定できるのだから，子の出自を知る権利は，子の利益を確保するかなめである（詳細は，二宮周平「子の出自を知る権利(3)～法的構成とその内容」戸籍時報643号（2009）37～55頁，「子の出自を知る権利」学術会議叢書19『生殖補助医療と法』（日本学術協力財団，2012）211～234頁）。
- 51) 梶村弁護士は，戸籍法13条4号の出生届における戸籍事務管掌者の形式的審査権の範囲を超えて民法772条の解釈問題に行政が踏み込むことの当否の問題と関連すると指摘し，形式的審査権に止めたことは，審査権の範囲を超えて実質的な判断をした結果，生じうる国家賠償の攻撃から行政の中立性と安定性を確保するための知恵だったはずであり，わざわざ人権侵害の嫌疑が掛けられる戸籍実務にまで踏み込むことは，行政の姿勢として賢明なのかどうか再検討されるべきであるとする（梶村・前注(42)76頁）。

〔補注〕

私見は，自然の生殖行為で生まれた子の場合には，子どもの平等及びジェンダー平等の視点から法律上の親子関係の発生について血縁主義を支持し，血縁上の父母が子育てに共同して責任を負うべきことと繋がるものと位置づけた（二宮周平「親子関係とジェンダー」『講座ジェンダーと法 第2巻』（日本加除出版，2012）113頁）。したがって，立法論として，母子も父子も生理的な血縁関係があれば，法律上の親子関係は発生し，父子の場合には客観的な事実による証明が困難であるため，父性推定を維持するとした（二宮周平「立法提案～改革の方向性」家族〈社会と法〉28号（2012）84～87頁）。他方，提供型の生殖補助医療で生まれた子の場合には，血縁主義ではなく，医療技術を用いて子をもうけ，育てることへの意思を中心に置き，民法の父性推定や分娩主義を適用するのではな

く、イギリスのような裁判所の決定で親子関係を成立させることを考えていた(二宮・前掲「親子関係とジェンダー」118頁)。しかし、その後、家族法改正研究会親子法部会(私的研究会)での議論では、生殖補助医療の利用を、「子どもの生まれ方の多様性」の1つと捉え、生殖補助医療利用の場合への偏見や蔑視にならないために、自然生殖の場合と生殖補助医療を利用した場合を区別しない親子関係の成立を考えるべきだとの意見が強く、現在、この方向で改正私案を検討している。「推定」ではなく、法が「母とする」「父とする」として法律上の親子関係を成立させる方向である。民法改正研究会家族法作業部会の提案と共通する(中田裕康編『家族法改正～婚姻・親子法を中心に』(有斐閣, 2010) 62～63頁[窪田充見])。

本稿は、性別の取扱いの変更をして女性と婚姻したGID当事者がAIDでもうけた子に関して、平等処遇と子の福祉の観点から、現行法の解釈として民法772条を適用すべきとするものである。上述のこれまでの私見や現在、検討中の改正私案は立法論であり、本稿で主張した解釈論を左右するものではない。

私見が目指すことは、自然生殖も生殖補助医療の利用も生命の誕生と育みが連結したものであるべきことであり、可能な限りのジェンダー平等であり、子どもの利益の優先である。そのための法律上の親子関係成立システムの構築である。この点に関しては変更はない。