

男性から女性に性別を変更した者は、父でも、母でも、親でもないのか

【文献種別】 判決／東京家庭裁判所
【裁判年月日】 令和4年2月28日
【事件番号】 令和3年（家ホ）第500号、令和3年（家ホ）第501号
【事件名】 認知請求事件
【裁判結果】 棄却
【参照法令】 民法
【掲載誌】 判例集未登載
◆ LEX/DB 文献番号 25591787

京都産業大学教授 渡邊泰彦

事実の概要

Yは、性自認が女性で、身体的性が男性のトランスジェンダーである。Yは男性不妊の状態であったことから、精子の凍結保存を行った。Yは、交際相手であるA女に自身の凍結精子を提供し、2018年にAとYとの間の子としてX₁が出生した。X₁の出生当時にYとAは婚姻していない。

X₁の出生後、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下、特例法とする。）による性別取扱変更の審判が2018年に確定し、Yの法律上の性別が男性から女性に変更された。Yは、X₁を認知しておらず、特例法3条1項の「現に未成年の子がないこと」の要件には該当していなかった。

Yが再び自身の凍結精子を提供し、2019年にAは、X₂を懐胎した。

2020年3月2日にYはX₁の認知、X₂の胎児認知をするために認知届を提出したが、市は認知届を受理せずに、法務局の指示を仰いだ。X₂の出生後、同年9月4日に市長より、Yによる認知は無効な認知であり、不受理とする旨の通知がなされた。

2021年5月22日には、東京都の特別区にYはX₁とX₂を認知する認知届を提出した。区から法務局へ問い合わせの回答が得られておらず、戸籍上、X₁とX₂の父欄は空欄のままであった。

2021年6月に、X₁（甲事件）とX₂（乙事件）を原告として、法定代理人Aが、Yを相手方に認知の訴えを提起した。同時に、Yは、国を相手方にして、認知届が受理される地位であることを確認する訴訟を提起している。

DNA鑑定により、X₁、X₂とYが生物学上の親子関係にあるという結果が示されている。

判決の要旨

棄却。

「法律上の親子関係は、民法における身分法秩序の中核をなすものであり、多数の関係者の利害に関わる社会一般の関心事でもあるという意味で公益的な性質を有しており、当事者間の自由な処分が認められるものではないから、血縁上の父が子の父となることを争っていないからといって、このことから、直ちに法律上の親子関係を成立させてよいということにもならない。そうすると、法律上の親子関係が認められるかどうかは、現行法制度との整合性など諸般の事情を考慮して決めざるを得ないのであって、法律上の親子関係を認めるのが相当であるといえない場合には認知の訴えを認めるべきではないと解される。」

「民法は、『母』について、懐胎し出産することを前提とした規定を定めており（民法772条など）、『母』について、女性であることを前提にしていることが法文上から明らかであることからすれば、民法779条が規定する『父』は男性を、『母』は女性を、それぞれ前提としているものと解される。

そうすると、特例法4条1項により法律上女性とみなされる者が、民法779条が規定する『父』に当たるとすることは、現行法制度と整合しないというべきである。」

「特例法4条1項の趣旨は、法の適用において、性別の取扱いの変更によって不利な扱いを受ける

ことを防止するものであって、性別の取扱いの変更の審判を受けた者に対し、一般の男女に認められていないような特例を認める趣旨でないとするのが相当である。……たとえば、血縁上の親子関係があるからといって、懐胎、出産していない男性を『母』として、『母』と子との間に母子関係を認めることは、女性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者について、一般の女性とは異なる取扱いにより法律上の親子関係を認めることとなり、上述した特例法の趣旨に反することになる。

以上によれば、特例法4条1項により法律上女性とみなされる者が、民法779条が規定する『母』に当たるとすることは、現行法制度と整合しないというべきである。

「これを本件についてみると、被告は、女性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者であるから、民法779条が規定する『父』とはならず、また、原告らを懐胎、出産していないから、民法779条が規定する『母』ともならず、他に、現行法制度上、原告らと被告の間で法律上の親子関係を形成することを認めるべき根拠は見当たらないというべきである。」

判例の解説

一 本判決の位置づけ

1 本判決の概要

本件では、MtFGD（生物学的には男性で、自認する性別が女性）の当事者Yが凍結保存した精子を用いて、女性AがYの性別の変更の前にX₁を、後にX₂を出産している。この子X₁とX₂が、戸籍上の性別を女性に変更したYに対して、認知の訴えを提起した。未成年の子について、法的性別がともに女性である両親との法律上の親子関係が問題となる初めての事案である。

母は女性であり、父は男性であるという場合に、通常は、生物学的性別と法的性別が一致している。親の一方の性別変更後に子が出生し、この2種の性別が分離する場合における法律上の親子関係では、①法的に女性である父が認められるのか、②母が2人となることが認められるのかの2つの選択肢が考えられる¹⁾。本判決は、①、②双方を否定し、③血縁関係は存在するが、裁判認知において法律上の親子関係を認めないとした。その際に、現行法制度の整合性を、親子関係を形成

できないことにより子が被る著しい不利益よりも優先している。

2 法律の規定

特例法は、性別変更の要件として「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ること」を定め（3条1項4号）、性別変更後に子が生まれることを想定していない。民法も、変更後の性別における親子関係の規定は設けていない。特例法3条1項3号は、「現に未成年の子がいないこと」を性別変更の要件として、未成年の子については、法的性別が女性である父、男性である母が生じて両親が同性となることを避けている。それに対して、成年の子については、法的性別が女性である父などが生じうる。

3 判例

特例法による性別変更と親子関係について、最判平25・12・10（民集67巻9号1847頁、LEX/DB25446084）は、女性から男性に性別を変更した夫が提供精子を用いた人工授精に同意して、妻が子を出産した場合に嫡出推定の規定（民法772条）が適用されることを認めた。法的に男性である父と女性の母が存在し、父と子との間に血縁関係が存在しない点で、本件と異なる。

本件の対象となる民法の親子関係の規定とは別に、「現に未成年の子がいないこと」という性別変更の要件（特例法3条1項3号）を、最決令3・11・30（LEX/DB25571834）は合憲と判断している。

二 法律上の親子関係を設定する意義

法律上の親子関係が設定されない場合には、子に法的な不利益が発生する。

子は自らの実親を法的に実親と、親は自らの実子を法的に実子と戸籍で示すことができない。戸籍は、原則として、血縁に基づく実親子関係を記載する限りで、子の出自を表す機能を有しているといえる²⁾。血縁上の親が実親として戸籍に記載されないことで、子は自己の出自を知る機会を制限される。自らの血縁関係という、人の存在の核心に関する情報をコントロールする権利が奪われている。

さらに、子が未成年の間は、他の男性からの認知を防ぐことができない。望まない認知であれば、事後的に子の側から認知無効の訴えを提起しなければならない。

縁組によって原告X₁とX₂が被告Yと法律上の

親子関係を設定するとしても、実親子関係を有することはない。法律上は、父が不明の他人の子の縁組という、実際の子の出自とは異なる関係が戸籍に記載される。また、子が15歳未満であれば、実親と養親の協議により離縁されることもある（代諾離縁、民法811条2項）。

三 性別変更の前の出生と親子関係

本判決は、被告Yの性別変更の「前」に出生した第一子X₁と、「後」に出生した第二子X₂からの認知の訴えを区別していない。だが、両者は、別に扱わねばならない。

MtFGDの当事者が性別変更の「前」にもうけた子を性別変更後に認知した場合に、認知の遡及効により、子がある者の性別変更が生じうことは、特例法の制定時から指摘されていた³⁾。本件の第一子がこれにあたる。

性別変更後に認知することを特例法も、民法も禁じていない。特例法の逐条解説では、「性別の取扱いの変更の審判後に、審判前に出生した子を認知したり、強制認知の判決が下される場合があり得ること」を想定している⁴⁾。その場合の「性別の取扱いの変更の審判を受けた者と認知された子との間の親子関係については、同審判の効力について論じるまでもなく、同審判により直接の影響を受けるものではない。」と述べている。

認知の遡及効（民法784条）から親子関係の発生は出生時である。性別変更前に出生した第一子については、親の性別変更後に認知の訴えを提起した場合であっても、性別の取扱いの変更前に生じた身分関係は影響を受けない（特例法4条2項）。その出生時点での親は、法的に男性の父である。

なお、本判決は、生殖能力を喪失した後に凍結精子を用いて子が生まれたことが特例法3条1項4号の生殖不能要件の趣旨に整合しないとして、法律上の親子関係を認めるのは相当ではないとする。だが、「生殖腺の機能」とは生殖機能のみならず、ホルモン分泌機能を含めた生殖腺の働き全般を指すとされ⁵⁾、精子の凍結保存を含むという拡大解釈はできない。

四 性別変更の後の出生と親子関係

1 生物学的性別と法的性別

MtFGDの当事者が性別適合手術の前に凍結した精子また胚を用いて、その性別変更後に、女性

パートナーが子を出産することがある。本件の第二子がこれにあたる。

この場合の法律上の親子関係を定めるにあたって、本判決では、生物学的性別と法的性別の2種類の性別が錯綜している場面がみられる。例えば、母が懐胎、出産する者で女性であるから、民法779条の父は男性、母は女性であり、性別変更により女性となった者は父とはならないと述べている。ここでは、「懐胎、出産」したことで母となるとして、生物学的性別が重視されている。それに合わせると、779条にいう父も生物学的に男性の者となる。だが、本判決は、女性という法的性別を基準として、被告Yを父と認めなかった。

本件では、血縁関係に基づく法律上の親子関係の存否を判断するために、まずは、生物学的性別が対象となる。

2 母子関係を定める性別

法律上の母子関係で、懐胎、出産した女性を母とするルールが重視するのは、「懐胎、出産」である。法的性別は基準ではない。この点で、性別を男性から女性に変更した者であっても、懐胎、出産していない限り母とはならないと本判決が述べるのは正しい。母子関係は、出産という事実関係によって当然に生じるとされ（最判昭37・4・27民集16巻7号1247頁）、このように生じた母子関係は解消できない。法律上の母子関係は、親の性別ではなく、発生と解消の点で父子関係と区別される。本判決のように、特例法の問題を指摘する必要はない。

また、被認知能力からみると、本件のようにすでに原告X₁とX₂に法律上の母がある場合には、本件被告Yは、任意認知によっても、裁判認知によっても母となることはできない。そのため、従来の母子関係とは別に、出産していない女性である親との親子関係を設定することが必要となる。例えば、女性カップルの実親子関係を認める国では、同じく女性の親であっても、子を出産した生母との母子関係と、生殖補助医療に同意した、その女性配偶者（パートナー）のコマザー関係を区別している。

3 父子関係を定める性別

母子関係とは異なり、父子関係を定める性別は一つではない。最判平25・12・10は、女性から男性に性別を変更した夫を父とすることで、法的性別に基づく法律上の親子関係を設定している。

これは、夫婦間での提供精子を用いた生殖補助医療であり、父子関係は、血縁関係ではなく、否認されずに確定した嫡出推定に基づく。したがって、生物学的性別は問題とならない。

両親が法的に同性であるため婚姻できない本件では、嫡出推定に基づく父子（親子）関係は設定できない。血縁関係に基づく親子関係のみが問題となる。

比較法的にみると、ドイツでは、生物学的性別が男性である当事者が、性別適合手術を受ける前に自らの精子を精子バンクに預けており、女性への性別変更後に、その精子を用いて女性パートナーが子を出産し、父として認知した事案で⁶⁾、出生登録簿には男性名で父として登録されると判断した⁷⁾。さらに、母として認知しようとした事案では、子の母は法律により分娩した女性1人であることから（ドイツ民法1591条）、精子提供により生殖にたざざわったことに基づいて父子関係の設定のみが可能であるとして、母として子の出生登録簿に登録することを否定している⁸⁾。

日本でも、生物学的な関係からみた、生物学的父との親子関係が設定されるとすれば、同様のことが妥当すると考えられる。

五 特例法4条との関係

性別変更後に凍結保存した精子を用いた人工授精により子が出生した場合を、特例法は想定していない。この法の欠缺を埋めるためには、特例法4条2項の類推適用により、性別変更前に生じた身分関係と同様に、変更前の性別で親子関係を定めることが考えられる。

子を出産した者は法的性別が男性であっても母となる点で、分娩者が母であるというルールと合致する。子を分娩していない者（自らの精子で懐胎させた者）は、法的性別が女性であっても、母とならない。子との関係においては、懐胎させた者は父であり、出産した者は母であることにより、子は父母を有することになる⁹⁾。

六 おわりに

本判決が述べるように現行法制度の整合性から法律上の親子関係の設定が認められないのであれば、親を有するという子の基本的な権利を現行法制度が侵害していることになる。

原告である子の利益を考えると、法律上の親を

有しない不利益よりも、法的に男性の父を有しないことの不利益が上回っていることが示されねばならない。父子関係が認められる第一子 X_1 については（前記三）、不利益しか生じていない。

第二子 X_2 については、前記四のように現在の日本法の枠組みにおいて、認知の訴えによって父子関係のみを設定できる。父が男性であることに拘るならば、出産した母でもない、男性の父でもない親の類型として「親」に対する認知の訴えを認めることが、特例法の趣旨にも適う。

●—注

- 1) ①、②の他に、子が生まれたことにより、性別の変更を取り消し、子に男性の父と女性の母が戸籍上存在するようにする選択肢もある。南野知恵子監修『解説 性同一性障害者性別取扱特例法』（日本加除出版、2004年）98頁を参照。石嶋舞「性同一性障害者特例法における身体的要件撤廃についての一考察」早法93巻1号（2017年）79頁は、特例法の身体的要件から性別変更と親子関係について詳細に検討する。
- 2) 嫡出否認が制限されることを理由に、または提供精子を用いた生殖補助医療により、血縁関係を有さない夫が父と記載されるが、嫡出推定制度との関係によって生じる問題である。精子ドナーとの血縁上の親子関係については、ドナー登録制度という別の方法で子の自己の出自を知る権利を保障できる。
- 3) 南野・前掲注1) 43頁 [大島俊之]。
- 4) 南野・前掲注1) 90頁、98頁。
- 5) 南野・前掲注1) 93頁。
- 6) ドイツ民法1592条は父子関係の認知のみを定める。また、ドイツのトランスセクシュアル法11条は、特例法4条2項とは異なり、性別変更後も親子関係に影響を及ぼさないことを定める。
- 7) ケルン上級州裁判所2009年11月30日決定（NJW 2010, 1295 = FamRZ 2010, 741）。連邦憲法裁判所2011年1月11日決定（BVerfGE 128, 109）は、同決定の判断を是認している。渡邊泰彦「性別変更の要件の見直し——性別適合手術と生殖能力について」産法45巻1号（2011年）31頁を参照。
- 8) 連邦通常裁判所2017年11月29日決定（NJW 2018, 471 = FamRZ 2018, 290）。渡邊泰彦「性別変更と親子関係——ドイツ通常裁判所判例をもとに」国際公共政策研究24巻1号（2019年）10頁以下を参照。
- 9) 石嶋・前掲注1) 102頁は「現段階では妥当」とするが、「家族法その他の大規模な改正を待たずに本問題に対処するための暫定的な手段」と述べる。

* 本研究は、JSPS 科研費 JP18K01375 の助成を受けたものです。