

父母の属性——生殖腺の摘出要件廃止が民法に及ぼす影響

【文 献 種 別】 決定／最高裁判所大法廷

【裁判年月日】 令和 5 年 10 月 25 日

【事 件 番 号】 令和 2 年（ク）第 993 号

【事 件 名】 性別の取扱いの変更申立て却下審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件

【裁 判 結 果】 原決定破棄、差戻し

【参 照 法 令】 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 1 項 4 号・5 号

【掲 載 誌】 裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25573119

上智大学教授 羽生香織

事実の概要

本件は、生物学的な性別は男性であるが心理的な性別は女性であるXが、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」という）3 条 1 項の規定に基づき、性別の取扱いの変更の審判を申し立てた事案である。

原審は、Xについて、性同一性障害者であって、特例法 3 条 1 項 1 号から 3 号までにはいずれも該当するものの、「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。」と規定する特例法 3 条 1 項 4 号（以下「本件規定」という）に照らすと、Xは生殖腺除去手術を受けておらず、また、Xについて「抗がん剤の投与等によって生殖腺の機能全般が永続的に失われているなどの事情」があることもうかがわれないから、同号の規定に該当するものではないとした。その上で、本件規定は、性別変更審判を受けた者について変更前の性別の生殖機能により子が生まれることがあれば、社会に混乱を生じさせかねないなどの配慮に基づくものと解されるところ、その制約の態様等には相当性があり、憲法 13 条および 14 条 1 項に違反するものとはいえないとして、本件申立てを却下した。

なお、原審は、「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。」と規定する特例法 3 条 1 項 5 号（以下「5 号規定」という）は憲法 13 条および 14 条 1 項に違反する旨のXの主張については、判断していない。

Xは特別抗告した。

決定の要旨

1 「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」（以下「身体への侵襲を受けない自由」という）が、人格的生存に関わる重要な権利として、憲法 13 条によって保障されていることは明らかである。本件規定は、治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対して、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を実現するために、同手術を受けることを余儀なくさせるという点において、身体への侵襲を受けない自由を制約するものといえることができる。

2 本件規定は、性別変更審判を受けた者について変更前の性別の生殖機能により子が生まれることがあれば、親子関係等に関わる問題が生じ、社会に混乱を生じさせかねないこと、長きにわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で急激な形での変化を避ける必要があること等の配慮に基づくものである。しかしながら、性同一性障害を有する者は社会全体からみれば少数であること等からすると、本件規定がなかったとしても、生殖腺除去手術を受けずに性別変更審判を受けた者が子をもうけることにより親子関係等に関わる問題が生ずることは、極めてまれなことであると考えられること、また、平成 20 年改正により、成年の子がいる性同一性障害者が性別変更を受けた場合には、「女である父」や「男である母」の存在が是認されることとなったこと、特例法の施行からこれまでに 1 万人を超える者が性別変更審判を受けるに至っている中で、性同

一性障害者に関する理解が広まりつつあり、その社会生活上の問題を解消するための環境整備に向けた取り組み等も社会の様々な領域において行われていることからすると、特例法の制定当時を考慮されていた本件規定による制約の必要性は、その前提となる諸事情の変化により低減しているというべきである。

3 本件規定による身体への侵襲を受けない自由に対する制約は、特例法の制定以降の医学的知見の進展に伴い、治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対し、身体への侵襲を受けない自由を放棄して強度な身体的侵襲である生殖腺除去手術を受けることを甘受するか、又は性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を放棄して、性別変更審判を受けることを断念するかという過酷な二者択一を迫るものになったといえることができる。また、このような医学的にみて合理的関連性を欠く制約を課すことは、生殖能力の喪失を法令上の性別の取扱いを変更するための要件としない国が増加していることをも考慮すると、制約として過剰になっている。

4 「以上を踏まえると、本件規定による身体への侵襲を受けない自由の制約については、現時点において、その必要性が低減しており、その程度が重大なものとなっていることなどを総合的に較量すれば、必要かつ合理的なものということとはできない」とした上で、「本件規定は憲法13条に違反する」とし、「これと異なる結論を採る最高裁平成30年（ク）第269号同31年1月23日第二小法廷決定・裁判集民事261号1頁は変更することとする」とした。

5 「以上によれば、本件規定は憲法13条に違反し無効であるところ、これと異なる見解の下に本件申立てを却下した原审の判断は、同条の解釈を誤ったものである。論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、その余の抗告理由について判断するまでもなく、原決定は破棄を免れない。そして、原审の判断していない5号規定に関するXの主張について更に審理を尽くさせるため、本件を原审に差し戻すこととする。」

6 本決定は、裁判官全員一致の意見である。なお、三浦守裁判官、草野耕一裁判官、宇賀克也裁判官の反対意見、岡正晶裁判官の補足意見がある。

判例の解説

一 本決定の意義

本決定は、最高裁判所として初めて本件規定を違憲とする判断をしたものであり、これにより、「現時点では合憲」としつつ「社会の変化に伴い継続的な検討が必要」とする判断を示した最決平31・1・23集民261号1頁（以下「最決平成31年」という）を変更した。本件規定をめぐっては、静岡家裁浜松支部が別の家事審判で「違憲」とする初の判断を示し、確定している（静岡家裁浜松支審令5・10・11判例集未登載、以下「静岡家裁浜松支審令和5年」という）。

本決定は、親子関係法に内在している歪みを顕在化した。すなわち、性同一性障害に関して、戸籍上の性別の取扱いの変更という特例法による問題解決が先行し、親子関係という民法（親子関係法）上の根幹をなす問題について議論の蓄積がなされてこなかった¹⁾。議論が進展しない中で、本決定が指摘するところの、特例法3条1項3号の改正（平成20年6月18日法律第70号、以下「特例法改正」という）により「女である父」や「男である母」が存在することとなり、民法との整合性が取れていない状況（歪み）が生じたにもかかわらず、放置されてきた。そして、本決定により、この歪みが明らかになったものである。本決定が民法にどのような影響を与えるのか、そしてどのように対応するのかを検討しなければならない。本稿は民法に内在する歪みを論じるものである。

また、本決定は、そもそも「戸籍上の性別とは何であるのか」を問うものでもある²⁾。

二 本件審判手続

家事審判事件は、家事事件手続法別表第一に掲げる事項についての審判事件（以下「別表第一事件」という）と同別表第二に掲げる事項についての審判事件とに分類される。本件審判事件は別表第一事件である（性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律に規定する審判事件、家事別表一の126項）。別表第一事件は、家庭裁判所が、国家の後

見的作用として、重要な身分行為の許可、認証等を行うもので、争訟的性格を有せず、対立する当事者が存在しない。したがって、本件審判は、当事者（本決定でいうところの「性同一性障害を有する者のうち自らの選択により性別変更審判を求める者」）の申立てにより、家庭裁判所が審判を行うのみであり、相手方として国は登場しない。

三 親子関係法の根幹

民法には父・母とは何かを直接定義する条文はないものの、自然生殖において、一組の男女から子が生まれ、「女性が母」「男性が父」となり、父母が異性であることを大前提とする。

まず、母子関係は「懐胎」（772条1項）や「出産」（773条1項）に基礎づけられている。言い換えれば、民法は、「懐胎」する法的性別は「女」（令和4年民法改正による改正772条1項後段。以下、改正後の条文を「改正〇条」とする）であり、かつ、「出産」する法的性別は「女」（773条）とする。したがって、母子関係の成立基準は、女性が懐胎・出産して母となるのである。民法上、法的性別（戸籍上の性別）〔女〕＝生物学上の性別〔懐胎・出産〕＝父母の属性〔母〕は一致する。次に、民法は婚姻と親子関係とを連動させ、父子関係の成立の仕組みは婚姻（嫡出推定、772条）・非婚（父の認知、779条）で大きく異なる。民法上、「夫」（772条）や「認知をした者」（改正786条2号）について、従前、その法的性別を示す語句は明示されていなかった。改正法は、嫡出否認の訴えや認知の無効の訴えにおいて、子の母の固有の否認権を認め（改正775条1項3号、改正786条3号）、母は父に対して否認権を行使するものとされていることから（改正775条1項3号）、母と父は対置する関係にあり、母を懐胎させた者の法的性別を「男」と捉えているといえる（また、このことは、父母は異性であるという点からも肯定される）。したがって、父子関係の成立基準は、民法上、法的性別（戸籍上の性別）〔男〕＝生物学上の性別〔母を懐胎させた者〕＝父母の属性〔父〕は一致する（ただし、子の身分関係の法的安定を図るため、嫡出否認の訴えや認知の無効の訴えの提訴期間は制限される）。

このことから、民法では、自然生殖において、法的性別（戸籍上の性別）＝生物学上の性別＝父母の属性は一致する。したがって、「男性が母」「女性が父」となり、あるいは父母が同性となること

は想定していない。

なお、このことは、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法（生殖補助医療の提供等及びこれ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法律、令和2年法律第76号）においても貫徹されている。

四 親子関係法に内在する歪み

特例法制定時、本件規定を設けた理由について「性別の取扱いの変更がなされた後に、残存する元の性別の生殖機能により子が生まれるようなことがあるならば、様々な混乱や問題を生じることにもなりかねない」とされており、具体的にどのような混乱や問題が生じるかについて言及されていない。そこで、特例法制定当時の議論として、本件規定と密接に関わる「現に子がいないこと」（特例法改正前の3条1項3号）との要件を設けた理由に照らすと、現に子がいる場合に性別の取扱いの変更を認める場合には、「女である父」や「男である母」が存在することとなり、これまで当然の前提とされてきた、「女性が母」「男性が父」という図式が崩れてしまい、男女という性別と父母という属性との間に不一致が生じ、親子関係などの家族秩序にできるだけ混乱を生じさせないようにすることとの言及がなされている³⁾。したがって、本件規定においても、親子関係の大前提である「女性が母」「男性が父」という図式が崩れ、男女という性別と父母という属性との間に不一致が生じることが混乱や問題として認識されていたといえる。

しかしながら、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（明治29年法律第89号）その他の法令の規定の適用については、……その性別につき他の性別に変わったものとみなす。」として、親子関係に生じる混乱を回避する議論を詰めることはなかった。本来であれば、特例法制定時に、特例法の効果の射程について精緻な議論が必要であった。

そして、特例法改正により、性別変更した者と既に存在する子（成年子）との関係において、「女である父」や「男である母」が存在することとなった。本決定は、このような状態が是認されたと評価するが、ここで生じた歪みは、民法との整合性を図ることなく、包含されたにすぎない。さらに、性別変更前の性別の生殖機能により子が生

まれる可能性という特例法制定当時の懸念は現実のものとなり、女性から男性に性別を変更した者の妻がAIDにより出生した子の父子関係（最決平25・12・10民集67巻9号1847頁。本件では、父子関係を定める性別を法的性別とした）や、男性から女性に性別を変更した者が、性別変更前の自己の凍結精子を利用して、パートナー関係にある女性がAIDにより出生した子の父子関係（東京高判令4・8・19判タ1511号144頁、LEX/DB25572339。本件では、性別変更審判前に出生し、未認知である子との父子関係も問題となった）が争われている。本来であれば、懸念されていた事態が生じる前に議論が必要であった。

五 本決定の影響——母子関係

従前、女性から男性に性別変更した者は、懐胎・出産していない限り、自己の凍結卵子を用いたとしても、母とはならないと解されていた。しかし、本件規定が無効であることにより、女性から男性に性別を変更した者が、性別変更前の生殖機能（卵巣、子宮）を有することになり、懐胎・出産して子が生まれる可能性がある。法的性別（戸籍上の性別）と生物学上の性別の不一致は、母子関係の成立を阻害する。

六 5号規定について——父子関係

本決定は、5号規定の憲法13条適合性に関する判断を高裁に差し戻した。反対意見には、5号規定も違憲無効とするものもある。

本件規定が無効であるとしても、5号規定が有効に存在する限り、男性から女性に性別変更した者が、性別変更前の凍結精子を用いて生まれた子の父子関係という問題にとどまる（この段階で、自然生殖はありえない）。他方、5号規定を無効または廃止とした場合、男性から女性に性別変更した者が、自然生殖により、女性を懐胎させ、子が出生するという事態が生じる可能性がある。さらに、これまで判然としていなかった「父」の法的性別が、改正法によって「男」であることが推認されることから、法的性別（戸籍上の性別）と生物学上の性別の不一致は、父子関係の成立を阻害する。

七 戸籍上の性別とは

戸籍において民事上の身分を把握することがで

きる我が国において、静岡家浜松支審令和5年は、戸籍上は、当事者の父母との続柄欄の記載は性別変更後の性別に更正されるのであり、「子自身の父母の続柄の記載に特にその性別が記載されるわけではない」として、法的性別（戸籍上の性別）と父母の属性との不一致を黙認する。この点について、本決定は明言していないが、戸籍への記載方法について解決を図る必要があることを指摘している。

しかし、民法の大前提からすると、性別を変更した者が性別変更前の生殖能力および生殖機能を用いて自然生殖により子をもうけたとしても、法的性別（戸籍上の性別）≠生物学上の性別から、法律上、父または母となることはできない（のみならず、父母は同性とならない）と解する（なお、前掲最決平25・12・10は、法的性別を基準として、女性から男性に性別を変更した者の妻が婚姻中に懐胎した子は嫡出推定を受けるとしたが、自然生殖をも前提とした場合に、同様の基準を用いることができるかについては再考を要する）。したがって、理論上、子の戸籍における父または母は空欄となる。しかし、そのような結論が子の利益に反することは明らかであり、民法と特例法との整合性を図る必要がある。

本決定は性別変更した者が子をもうけることは「極めてまれ」とするが、一般法である民法に与える影響は極めて大きい。本決定により、民法に内在する歪みが露呈し、法律上の親子関係を定める性別は法的性別であるのか生物学上の性別であるのかという問題と対峙することとなった。「親子とは何か」が改めて問われている。

●——注

- 1) 棚村政行「性同一性障害者と法——民事法の立場から」南野千恵子ほか編著『性同一性障害の医療と法——医療・看護・法律・教育・行政関係者が知っておきたい課題と対応』（メディカ出版、2013年）292頁。
- 2) 『『特例』とは何に関する特例だったのか。実は、立法はこの点を必ずしもはっきりとはさせていなかった。また、そもそも『性別』とは何なのか。この点もさらに問われる必要があるだろう』（大村敦志『文学から見た家族法——近代日本における女・夫婦・家族像の変遷』（ミネルヴァ書房、2012年）186頁）。
- 3) 南野千恵子監修『解説 性同一性障害者性別取扱特例法』（日本加除出版、2004年）89頁、93頁、131頁、134頁。