

**法的性別が女性となった者が自己の精子で子を懐胎させた場合の認知請求の可否**

【文献種別】 判決／最高裁判所第二小法廷

【裁判年月日】 令和6年6月21日

【事件番号】 令和5年（受）第287号

【事件名】 認知請求事件

【裁判結果】 破棄自判

【参照法令】 民法787条、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3号・4号

【掲載誌】 裁時1842号1頁、裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25573598

大阪公立大学教授 森山浩江

**事実の概要**

Y（被告、被控訴人、被被告人）は、性自認が女性で身体的性は男性であったところ、不特定の女性に提供する目的で自らの精子を凍結保存する一方、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。）に基づき女性への性別取扱い変更の審判を受けるため、準備を進めた。YはZ（女性）と交際するようになり、ZはYが提供した凍結保存精子を用いた生殖補助医療によって、長女X<sub>1</sub>（原告、控訴人）を懐胎し出産した。

Yは性別適合手術を受けた。YはZと婚姻したが、その後、特例法3条1項2号の要件を充足するため離婚の届出をした。

平成●年、Yは、X<sub>1</sub>出生の事実を家庭裁判所に告げないまま、女性への性別の取扱いの変更の審判を受け、同審判（以下「性別変更審判」という。）は確定した。

Y、Z及びX<sub>1</sub>は、同居して暮らすようになった。

Zは、Yの凍結保存精子を用いた生殖補助医療により、令和●年に二女X<sub>2</sub>（原告、控訴人、被告人）を懐胎し、Zの嫡出でない子として出産した。X<sub>1</sub>及びX<sub>2</sub>とYの間には、DNA鑑定により生物学的父子関係が認められている。Yは、X<sub>1</sub>の認知及びX<sub>2</sub>の胎児認知の届出をしたが、Yの法的性別が女性であること等を理由に不受理とされた。

Xら（X<sub>1</sub>及びX<sub>2</sub>）は、Yを被告として認知の

訴えを提起した。YはXらの主張を争っていないが、一審（東京家判令4・2・28）は、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条の「父」に当たるとすることは現行法制度と整合しないとして、両請求を棄却した。

原審（東京高判令4・8・19）は、生殖補助医療により出生した子であっても、父子関係の形成を目的として凍結保存精子を提供した男性を「父」として、民法787条に基づき、認知請求権を行使しうる法的地位をその出生時から有すること等を検討の前提として示した。そのうえで、性別変更審判前に出生したX<sub>1</sub>については、Yに対する認知請求権を行使しうる法的地位を出生時に取得したとし、特例法4条1項は性別変更の審判前に生じた身分関係及び権利義務に影響を及ぼさない旨を定める特例法4条2項を参照して、X<sub>1</sub>は上記法的地位を有するものとして請求を認めた。他方、性別変更審判後に出生したX<sub>2</sub>については、法律上女性であるYは民法787条の「父」とは認められないから、X<sub>2</sub>が出生時に上記法的地位を取得したとは認められないとし、特例法4条2項類推適用もその前提を欠くとして、請求を棄却した。

X<sub>2</sub>は、上告受理の申立てに及んだ。

**判決の要旨**

破棄自判。

「民法その他の法令には、認知の訴えに基づき

子との間に法律上の父子関係が形成されることとなる父の法的性別についての規定はない」が、生殖補助医療の技術の進歩、特例法の施行等により、「法的性別が女性である者が自己の精子で生物学的な女性に子を懐胎させ、当該子との間に血縁上の父子関係を有するという事態が生じ得ることとなった」。

「民法の実親子に関する法制は、血縁上の親子関係をその基礎に置くものである」。父に対する認知の訴えは、血縁上の父子関係の存在を要件として法律上の父子関係を形成するものであるところ、「生物学的な男性が生物学的な女性に自己の精子で子を懐胎させることによって血縁上の父子関係が生ずる」点は、当該男性の法的性別が男性か女性かにより異なるものではない。

そして、「実親子関係の存否は子の福祉に深く関わるものであり、父に対する認知の訴えは、子の福祉及び利益等のため、強制的に法律上の父子関係を形成するもの」と解される。仮に、血縁上の父である者に対する子の認知請求が、その者の法的性別が女性であることを理由に妨げられるとすると、血縁上の父子関係があるにもかかわらず、養子縁組によらない限り、その者は子の親権者となり得ず、子は、その者から監護、養育、扶養を受けられる法的地位を取得したり、その相続人となったりすることができないという事態が生ずるが、「このような事態が子の福祉及び利益に反するものであることは明らかである」。

また、特例法3条1項3号は、主として未成年の子の福祉に対する配慮に基づくものであり、その規定内容は、子が成年である場合の法律上の父は法的性別が男性である者に限られないことをも明らかにする。他に、民法その他の法令において、法的性別が女性であることにより認知の訴えに基づく父子関係の形成が妨げられると解する根拠となるべき規定は見当たらない。

「以上からすると、嫡出でない子は、生物学的な女性に自己の精子で当該子を懐胎させた者に対し、その者の法的性別にかかわらず、認知を求めることができる」と解するのが相当である」。

なお、三浦守裁判官及び尾島明裁判官による補足意見がある。

## 判例の解説

### 一 本判決の意義

本件は、男性から女性に性別を変更したYが、自己の凍結保存精子を女性のパートナーZに提供し、Zが生殖補助医療により出産した子らについてYとの法的親子関係の成立が問題となった事件であり、同種の事案では初めて訴訟となったものである。Yが女性となった後に出生した子X<sub>2</sub>から、父としてのYに対してなされた認知の訴えは、本判決により認容されるに至った。

本判決は、父に対する認知の訴えの要件とされる「血縁上の父子関係」は、「生物学的な男性が生物学的な女性に自己の精子で子を懐胎させることによって」生じるとしたうえで、認知請求の認否の判断において、この「生物学的な男性」の法的性別は不問とされることを示した最高裁判決として、大きな意義を有する。なお、本判決により、結果として、生殖補助医療を介して「自己の精子で子を懐胎させ」た者への認知請求が認められ、また、男性から女性に法的性別を変更した者(MtF)を父とする認知請求が、性別変更と子の出生との先後を問わず認められたことになるが、本判決にはこれらの趣旨を明示する文言がないことに注意を要する。

### 二 学説の状況

原審の評釈では、子の福祉あるいはX<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>間の不平等の問題を指摘しつつも、現行法のもとではX<sub>2</sub>の請求棄却という判断もやむを得ないとの評価が多数であった<sup>1)</sup>。その前提には、「別段の定め」(特例法4条1項)を欠く現状では、性別変更後に出生したX<sub>2</sub>に、父としてのYに対する認知請求を認めようがないという原審の論理は否定しがたいという認識が存したと考えられる。

他方、親子関係形成のあらゆる場面で「他の性別に変わったものとみなす」(特例法4条1項)べきかという問題は、かねてより指摘されていた<sup>2)</sup>。変更前の性別の生殖機能により生まれた子の親子関係についても、具体的な検討が行われてきた<sup>3)</sup>。本件のような事案については、特例法4条2項類推適用により変更前の性別で親子関係を定める旨の主張<sup>4)</sup>や、立法までの「一時的な案」として、「認知するのが法的男性でなければならないとし

た規定はなく」、法的性別にかかわらず現行法における親子関係の成立基準で対応すべきとの主張があった<sup>5)</sup>。本判決は後者の主張に類似する<sup>6)</sup>。

### 三 本判決の分析

現時点で参照可能な本判決の評釈等には、子の福祉への視点の評価<sup>7)</sup>、また、多様な性のあり方に伴う家族形成への理解に関する評価が見られる<sup>8)</sup>。本判決は前者につき、認知の訴えや特例法の制度を支える理念として言及している。

もっとも、文面から看取できる原審との違いは、その判断構造にある。第一審及び原審は、特例法4条1項を起点とし、女性とみなされるYが認知制度における「父」たりうるかを問題とした。他方、本判決は、民法787条本文の解釈として判示を行い、特例法4条には一切言及しない。本判決の趣旨をどのように捉えるべきであろうか。

#### 1 本判決の判断構造について

本件の上告受理申立理由は、「性別変更をした親との関係において子の認知が認められるための要件としては、実親子関係についての基本に立ち返り、遺伝上・血縁上の父である親とその子の間において認知がなされれば、それをもって父子関係が形成されるという、いたってシンプルな問題」として本件を扱うべき旨を述べていた<sup>9)</sup>。本判決も、父に対する認知の訴えの要件である「血縁上の父子関係」を、自己の精子で子を懐胎させたことにより生じるものと捉え直し、法的性別は不問とする。ここでは、民法787条における父母の別は生物学的なものであることが、同条の趣旨に基づく解釈から導かれる。

従前の研究は、性別に関する様々な法規定に特例法が及ぼす影響を検討し、変更後の性別があらゆる場面で貫徹されるものではないことを示していた<sup>10)</sup>。例えば、妊婦である女性の安全に配慮するための規定が、拳児のため妊娠した法的男性(FtM)が望んでも適用されないとすれば、不合理である。民法においても、実親子関係の成立要件が父母で異なるのは生物学的差異によるものであるから、ここでの父母の別を法的性別により決定するのは、当然に不合理である。特例法4条1項は、あらゆる法規の諸規定における性別を、当該規定の趣旨を無視してでも支配する性質のも

のではなく、最終的には立法の整備を要するとはいえ、暫定的には体系的解釈により対応すべき場合がある。そして、立法及び解釈においては、特例法により変更される性と、民事身分としての性を区別する観点も必要となろう<sup>11)</sup>。

#### 2 立法的判断の回避?

本判決は特例法4条に言及せず、あくまで現行法の認知の訴えの枠組みの中で、解決を示そうとしているようにも見える。一般的な命題として示されたのは、「嫡出でない子は、生物学的な女性に自己の精子で当該子を懐胎させた者に対し、その者の法的性別にかかわらず、認知を求めることができる」と解するのが相当である」ことに尽きており、生殖補助医療の事案であることも、性別を変更した血縁上の父親に対して認知請求ができる旨も、明示されていない。

ここからは、特例法及び生殖補助医療との関係を敢えて示さない形で親子関係を決しようとする本判決の意向がうかがわれるようにも思われる。これは、FtMである夫について嫡出推定を認めた最決平25・12・10(民集67巻9号1847頁)に対し指摘されていたことと同様である<sup>12)</sup>。本来は立法により包括的に解決されるべき問題であることから、個々の立法的な意味を有しうる判決を回避したとすれば、その慎重さは評価できる。とはいえ、従前の枠組みに留めているようでありながら、性別変更を前提とする「法的性別」への言及は結局避けられず、また、自己の精子で当該子を「懐胎させた者」という表現には、一般的な判例法理としてドナーへの認知請求を可とする趣旨が含まれないよう、意思的な要素を忍び込ませているようにも見える。解釈による解決には限界があり、立法の必要性が糊塗されることがあってはならない。

#### 3 血縁関係の重視?

本判決は理由において、「民法の実親子に関する法制は、血縁上の親子関係をその基礎に置くもの」と述べる。民法は血縁を必ずしも実親子関係の基準としておらず、生殖補助医療における意思の役割が重要視される今日、この表現には違和感も感じられるところであろう。もっとも、いずれにせよ親子関係を血縁と意思の一方のみに帰する

ことはできず、「法律上の親子関係はその核心に血縁上の真実を含有しつつ、父子関係の立証困難性から他の要素……により補完され、それらと結び付いて成立している」<sup>13)</sup> こと自体は、どの立場からも否定されまい。上記表現は、それ以上に血縁を重視する趣旨ではなく、法的性別にかかわらず血縁上の父に対して認知請求ができる旨の判示を導くものであろう。もっとも、このように正面から血縁を重視する表現は、認知により初めて父子関係が成立すると解する判例に対し、再考を促す視点<sup>14)</sup> に繋がらう。

#### 四 今後に向けて

性別変更の生殖不能要件に関する最大決令 5・10・25（民集 77 卷 7 号 1792 頁）は、生殖能力を温存しての性別変更への道を開いた。このことをもふまえ、本判決で問題となった性別変更前の生殖能力により出生した子の親子関係については、より多様な事案を含めた議論がなされていく必要がある。本判決との関係では特に、MtF が性別変更後に凍結精子によりもうけた子の任意認知の可否が議論されることになる。認知請求の現行の制度枠組みを基礎とした本判決の射程は、任意認知に直接及ぶものではないと考えられるが<sup>15)</sup>、法的女性が認知により父となることを認めた本判決が任意認知の議論にも影響力を持つことは否定できない。もっとも、そもそも性別変更の有無にかかわらず届出の窓口で審査権限はなく、立法のない段階で性別変更後の任意認知の要件をどのように考えるべきかは容易な問題ではない。前掲最大決令 5・10・25 の後、立法の整備の必要性は極限にまで高まっている。本判決もそれまでの暫定的な位置づけのものと解される。生殖補助医療による子は次々と出生し、今や立法の不備こそが、親子法の秩序を大きく乱している要因というべきであろう。

#### ●—注

1) 原審判決の評釈等のうち、安達敏男＝吉川樹士「判批」戸時 850 号（2024 年）48 頁、鈴木伸智「判批」新・判例解説 Watch 文献番号 z18817009-00-041402273（Web 版 2023 年 1 月 6 日掲載）4 頁、手嶋昭子「判批」2023WLJCC002（WLJ 判例コラム 280 号）（2023 年）3 頁、西希代子「判批」リマークス 69 号（2024 年）68 頁、柳迫周平「判批」道垣内弘人＝松原正明編『家事法の理論・

実務・判例 7』（勁草書房、2024 年）128 頁。水野紀子「生殖補助医療を考える」法教 506 号（2022 年）91 頁は、現行の法体系では控訴審の「結論」もやむを得ないか、と言及する。なお、公法的観点からは、稲葉実香「判批」判評 782 号（2024 年）124 頁が多面的な批判を示す。

2) 羽生香織「性同一性障害を理由とする性別の変更と民法 772 条」法時 87 卷 11 号（2015 年）70 頁。小池泰「判批（本件控訴審）」医事法研究 9 号（2024 年）178 頁は、原審の評釈において、性の不変を前提とする民法と特別法の整合の困難を指摘していた。

3) 石嶋舞「性同一性障害特別法における身体的要件の撤廃についての一考察」早法 93 卷 1 号（2017 年）89 頁以下、同「生殖能力と登録上の性別が乖離した場合に要される法的対応に関する一考察（上）」早法 93 卷 4 号（2018 年）中、MtF と子の認知の問題につき 91 頁及び 123 頁、大島梨沙「性別の取扱いの変更前の性別による生殖機能によって性別変更後に子が生まれた場合の法的親子関係」新潟 52 卷 2 号（2019 年）特に 13～15 頁及び 24 頁。

4) 渡邊泰彦「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」新・判例解説 Watch 文献番号 z18817009-00-041342156（Web 版 2022 年 3 月 25 日掲載、本件第一審判批）4 頁、大島・前掲注 3）14 頁。

5) 石嶋舞「性同一性障害者の性別の取扱いの変更要件違憲訴訟」ジェンダー法学会編『ジェンダー視点で読み解く重要判例 40』（日本加除出版、2023 年）198～199 頁。石嶋・前掲注 3）「生殖能力と登録上の性別が乖離した場合に要される法的対応に関する一考察（上）」123 頁を参照している。

6) 二宮周平「判批」戸時 856 号（2024 年）8 頁。

7) 手嶋昭子「判批」2024WLJCC021（WLJ 判例コラム 327 号）（2024 年）5～6 頁、二宮・前掲注 6）6 頁。

8) 二宮・前掲注 6）3 頁、6 頁、10 頁。

9) 上告受理申立理由は、本件の上告人代理人を務めた仲間しゅん弁護士からご教示いただいた。この場を借りて御礼を申し上げる。

10) 石嶋・前掲注 3）「生殖能力と登録上の性別が乖離した場合に要される法的対応に関する一考察（上）」において、ほぼ網羅的な検討が行われる。

11) 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 年）624 頁。

12) 羽生・前掲注 2）64 頁以下。

13) 羽生香織「実親子関係確定における真実主義の限界」一橋法学 7 卷 3 号（2008 年）1013 頁。

14) 例えば、二宮周平「認知制度は誰のためにあるのか」立法 310 号（2006 年）2069 頁を参照。

15) 白須真理子「判批」法教 529 号（2024 年）121 頁。