

# 性同一性障害者と嫡出推定

岡 林 伸 幸

## 1. 問題の所在

### (1) はじめに

英吉利の法諺に「国会は、男を女にし、あるいは女を男にする以外の全てのことが出来る」というものがある。これは英国の国会主権を表現したものであるが、現在では「性同一性障害者性別取扱特例法」(以下、特例法と称する)により、男と女にし、女を男にすることも可能となってしまった。勿論このことは、法律上の性別取り扱いに関するもので、生物学的に反対の性にすることが可能となったわけではない。そのため、同法により性を変更した者が、変更後の他の性の者(生物学的には同じ性)と婚姻し、生殖補助医療により子を設けるといった事態が生じることになった。果たしてこの子は誰の子となるのであろうか。

これに関して、最上級審裁判所として初めて回答を与えたのが、最高裁判所平成25年12月10日第三小法廷決定(民集67巻9号1846頁)である(以下、本決定と称する)。本決定は、性同一性障害により女性から男性に姓を変更した者が、その後女性と結婚し、非配偶者間人工授精(AID)によって生まれた子供を、その夫妻の嫡出子とすることを認めた(以下、このような夫妻を性同一性障害者夫妻と称する)。そして本決定は3対2という多数決で法廷意見が決定されたにもかかわらず、その後の学説の状況は本決定に対して殆どが賛成している状況にある。また、嫡出推定に関する私見である「血縁説」の立場から、本決定を批判するものは現れていない。本決定はそれほど支持されるべきものであろうか。本稿はこの論点を検討するものである。

### (2) AID 批判

本決定の論点の前提問題として、そもそもAIDは認められるのか、あるいはAIDを実施するにはどのような要件が必要か、そして実施した場合どのような法律効果が認められるか、について検討することが不可欠であろう。これについては私は未だ十分な見解を有しているわけではない。しかしながら、本稿の論点を検討するためには不可欠であることから、私見のデッサンを試みたいと思う。

我が国の婚姻制度は一夫一婦制を採用している。このことは法秩序の根本に据えられるべき価値観である。そうであるならば、第三者の精子を用いて生命を誕生させることは法秩序に反する行為ということになる。この場合、夫の同意は正当化事由とならない。法秩序は客観的なものであり、主観的な意思を考慮に入れる余地はなく、せいぜい紛争が顕在化しないという効能をもたらすだけである。つまり、AIDは科学的不倫であり、許容されるべきものではない。

また、生命倫理の観点からも否定されるべきである。生殖補助医療はあくまで「補助」でなければならないはずであるのに、AIDは生命の創造そのものに関わっていることになり、その領域を超えてしまっている。人間が人間の生命そのものを創造することは許されるべきではない。したがって、AIDは禁止されるべきものであろう。

以上の見解は、私の価値観を反映したものとなっており、多分に主観的な要素を含むものとなっている。そこでそれを一旦除外して、客観的な手続論の観点からの考察を試みることにする。生殖補助医療の問題は、各個人の道徳観・倫理観に左右される問題である。したがってその実施は、曲がりなりにも国民から選挙で選ばれた国会議員の議論を経た上での多数決により成立した法律を通じてでないと正当化できないものである。そして公共の福祉の観点から、規定されるべき内容として「夫の同意の確保方法」、「実施機関の適格性の審査」、「AID子の出自を知る権利の確保」が最低限必要であると思われる。このような内容を含む「生殖補助医療法」が成立・施行されるまでは、AIDを実施してはならないはずである。それにもかかわらず、産婦人科学会のガイドラインだけでこれを実施してしまっていることから、本稿のような問題点が生じてしまっているのである。さらに本決定の事案は、ガイドラインにより禁止されている「精子の選別」を行っており、この点でも本決定は支持できるものではない。

### (3) 本稿の構成

本稿では、まず本決定の論理・内容を検討し、その後で学説の状況を紹介し、精査して検討することにする。そして、AID否定説、嫡出推定に関する血縁説<sup>1</sup>、という私見の立場に立って、本稿の課題を検討して私見を述べる。

## 2. 判例の検討

### (1) はじめに

本稿の論点について、本決定が唯一の判例といえるものであり、それ故、原審決定や本決定の少数意見まで言及することにする。嫡出推定に関する従来の判例は外観説に立っているとされている。外観説は「外部から客観的に判断する」ということであるが、その判断基準は抽象的であり、そして判断対象にどの要素を取り入れるかによって結論が異なってくるところがある。つまり、判断者によって判定がまちまちになる危険性を孕んでいる。本判決もそれが如実に反映されている。

### (2) AID子の嫡出推定

AID子一般の嫡出推定について、本決定の先例といえる判例はない。ただ、親権者指定の審判に関して、東京高決平成10年9月16日(家月51巻3号165頁)は、夫の同意を得て妻がAIDにより出産した人工授精子は嫡出推定が及ぶ嫡出子であると解するのが相当であり、妻は夫と子との間に親子関係が存在しない旨の主張をすることが許されない、と説示した。

他方で、大阪地判平成10年12月18日(家月51巻9号71頁)は、AID子につき夫が嫡出否認

1 岡林伸幸「親子関係不存在確認の訴え」同法68巻7号I(2017年)377頁。

請求をした事案において、妻が第三者の精子を用いた人工授精又は体外受精による妊娠及び出産を行うことにつき、夫が事前に包括的に承認したと認めることはできないとして、嫡出否認の請求を認容した。

このことから、裁判例は、事前に夫の（包括的）同意があれば、AID子の嫡出推定を認めるようである。しかしながら、夫の同意があれば何故AID子の嫡出推定が認められるかについての説明はない。そして本決定も、性同一性障害者夫妻のAID子の嫡出推定を肯定している以上は、その前提としてAID子の嫡出推定一般を認めていることになると思うが、調査官解説はこれを否定している<sup>2</sup>。確かに、本決定はAID子一般の嫡出推定については全く言及していない。本決定の争点は「性同一性障害夫妻の嫡出子出生届の受理の可否」であり、本決定の射程はそれに限られ、AID子一般の嫡出推定の問題は前提問題にすぎず、それ故本決定がその問題に言及しないのはむしろ当然であると言えよう。しかしながら、性同一性障害者夫妻の間でのAID子について嫡出推定を認めながら、AID子一般の嫡出推定を認めないとするのは困難なように思われる。もしかしたら、性同一性障害者に関しては特例法があるが、一般的にはAIDに関する法律がないからこのような結論になる、ということであろうか。しかしこれでは牽強附会の感は否めない。やはり、AID子一般の嫡出推定に関して最高裁判所として初めて明らかにしたと見るべきではなかろうか。そしてこの点においても本決定は意義があると思うが<sup>3</sup>、やはりその理由は説明していないことになる。そして、どのような要件の元でAIDが実施されれば、AID子の嫡出推定が認められるのか、その要件・効果についても、当然のことながら言及がない。

### （3）性同一性障害者夫妻の間のAID子の嫡出推定

#### （a）法廷意見・補足意見

本決定の法廷意見は、特例法3条1項の規定に基づいて、男性への性別の取り扱いの変更の審判を受けた者の妻が婚姻中に懐胎した子は、民法772条の規定により夫の子と推定されるのであり、夫が妻との性的関係の結果により設けた子で有り得ないことを理由に実質的に同条の推定を受けないということとはできない、というものである。その理由は、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嫡出推定についての規定の適用を、妻との性的関係の結果により設けた子で有り得ないことを理由に認めないことは相当ではない、ということである。

さらに、寺田補足意見は、血縁関係に因る子を設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、と解するのが相当である、とする。木内補足意見は、嫡出推定の趣旨を、血縁関係との乖離の可能性があっても、婚姻を、父子関係を生じさせる器とする制度であり、嫡出否認の訴え以外では、夫婦間の家庭内の事情、第三者からは何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ことを保障している。そして、本件で問題となっている夫が特例法の審判を受けているという事情は第三者にとって明らかなものではないから嫡出推定は排除されない、とする。

2 『最高裁判所判例解説民事篇（平成25年度）』（法曹会・2016年）614頁〔山地修〕。

3 鈴木伸智「性別変更者の妻がAIDによって出産した子と嫡出推定」法教410号（2014年）83頁。

## (b) 原審決定・本決定反対意見

本決定の原審判決は、嫡出親子関係は、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、民法722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、夫が特例法3条1項の規定に基づき男性への性別の取り扱いの変更の審判を受けた者であって、当該夫と子との間の血縁関係が存在しないことが明らかな場合においては、民法772条を適用する前提を欠くものというべきである、として、AID子を性同一性障害者夫妻の嫡出子と認めなかった。

本決定の岡部・大谷反対意見は、民法772条の規定は、妻が夫によって懐胎する機会があることを根拠とするのに、その機会がないことが生物学上明らかであり、且つ、その事情が法令上明らかにされている者については、推定の及ぶ根拠は存在しない、とする。そして、本決定は、現在の民法の解釈枠組みを超えるものであり、本来的には立法的に解決されるべき問題であるが、その手当や制度整備もないままに踏み込んでしまうことになる、と批判する。

## (4) 小括

本決定の法廷意見も反対意見も、嫡出推定の根拠に関して外観説に立っているものと思われる。それにもかかわらず結論が異なるのは、まず嫡出推定の制度趣旨の捉え方に違いがあるからである。即ち、反対意見は親子関係が血縁に基礎を置くことを根拠としているのに対し、法廷意見はそれに加えて子の身分関係の法的安定の要請から血縁関係がなくても婚姻によって父子関係が設定されることがあることを強調する。次に外観の捉え方に関して、法廷意見は戸籍の記載を外観に含めていないが、反対意見はそれを含めて判断している。そのために結論が分かれてしまったといえる。

## 3. 学説の検討

### (1) はじめに

本決定が出される前は、法務省は、性別取扱いの変更の審判を受けた夫が妻と結婚し、その夫婦の間にAID子が出生した場合に、当該夫との間で嫡出推定を及ぼすことはできず、夫の実子として法律上の父子関係を認めることはできず、嫡出子出生届を受理することはできないとしていた。そして当該夫は認知することもできず、特別養子縁組をすることは可能としていた<sup>4</sup>。本決定における戸籍事務の対応はこれに沿ったものであった。

### (2) AID子一般の嫡出推定

#### (a) 肯定説

一般に、AID子の嫡出推定については、肯定説が多数説である。ただし、この見解はAIDの実施について、事前に夫の同意を必要としている。では、夫の同意があれば何故嫡出推定

4 中村恵「性同一性障害者の親子関係」法時83巻12号(2011年)46～47頁。

が認められるか、ということについての説明であるが、この見解の多くは嫡出否認権の喪失（民776条）に求めている。つまり、夫が同意したことにより、子の嫡出性を承認したものとして否認権が消滅して、AID子の嫡出推定が認められ、その嫡出子たる地位は確固不動のものであり、何人もこれを争うことができないものと解されている<sup>5</sup>。他方で、子と精子提供者の間に法的親子関係は成立せず、任意認知も強制認知も認められない<sup>6</sup>。我妻博士も同じ結論ではあるが、その根拠を、AID子が夫婦の間の子を得ようとする積極的な意思の下にできた子であり、その子に対して父としての責任を課すべきである<sup>7</sup>、としている。中川高男教授も、AIDについての夫の同意は嫡出性の承認以上に強いことから、AID子を「否認の許されない嫡出子」と考えるべきである<sup>8</sup>、として我妻説に同調する。

これ以外の法的構成として、夫がAIDへの同意を後になって覆すことは権利濫用になる<sup>9</sup>、あるいは信義則上、夫の否認権の行使は許されない<sup>10</sup>、というように、一般条項を用いて否認権の行使を否定することで嫡出推定を認めるということが提唱されている。ただしこれらの見解も、否認権の喪失構成を否定するものではない。

肯定説は、人工授精を望んだ夫婦の意思に合致しており、嫡出推定を及ぼすことによって子の地位の安定に資するというメリットがある。しかしながら、「客観的に夫の血縁上の子でないことは明らかであり、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不真実の親子関係が固定してしまうのではないか」という批判がある<sup>11</sup>。

#### (b) 否定説

嫡出推定に関して血縁説に立つ見解は、AID子の嫡出推定に関して一般に否定説に立つ。中川善之助博士は、AID子も婚姻中に妻が分娩した子であるから、形式的には嫡出推定を受けるが、夫の子でないことが確実に証明される場合には、実質的に嫡出推定を適用すべき場合でない<sup>12</sup>、とする。泉久雄教授も、AID子を推定されない嫡出子として取り扱うほかはない<sup>13</sup>、とする。

否定説は、客観的な事実合致しているというメリットがあるが、「子の地位があまりにも不安定になり、生殖という家族の秘事に他人が介在し、父子関係を第三者が争う道を広げることにもなりかねない」<sup>14</sup>。また、「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」<sup>15</sup>と批判されている。

5 谷口知平「民法解釈上より見た人工授精子の地位」同『親子法の研究〔増補版〕』（信山社・1991年）183頁。鈴木裕弥『親族法講義』（創文社・1988年）123頁。

6 中川淳・小川富之編『家族法』（法律文化社・2013年）95頁〔羽生香織〕。

7 我妻榮『親族法』（有斐閣・1961年）229頁。

8 中川高男『親族・相続法講義〔三訂版〕』（ミネルヴァ書房・1991年）184頁。

9 野田愛子『現代家族法【夫婦・親子】』（日本評論社・1996年）149頁。

10 高橋朋子・床谷文雄・棚村政行『民法7親族・相続〔第4版〕』（有斐閣・2014年）152頁〔床谷文雄〕。

11 棚村政行「東京高決平成10年9月16日判例解説」判タ1036号（2000年）155頁（以下、棚村①として引用する）。

12 中川善之助『新訂親族法』（青林書院新社・1959年）365頁。

13 泉久雄『親族法』（有斐閣・1997年）203頁。

14 棚村①155頁。

15 二宮周平「性別取扱いを変更した人の婚姻と嫡出推定」立命345・346号（2012年）594頁（以下、二宮①として引用する）。

## (c) 反対説

本山敦教授は、夫の同意があったとしても、AID子は嫡出推定される嫡出子にならない<sup>16</sup>、とする。即ち、外観説は、子の福祉よりも、夫婦の対面の保護が配慮されているが、AIDでは、夫婦双方が夫の子ではないことを知っており、誓約書あるいはカルテにも記録されている。精子提供は匿名が原則であるが、夫の兄弟が提供者になるような場合もあることからすると、外観説を援用してAID子を嫡出推定される嫡出子とするのは困難である。また、所謂「藁の上からの養子」が法的親子関係の創設を認められていないにもかかわらず、夫のAIDの同意によって法的父子関係が創設されるのでは、私人に親子関係の処分を認めるといことになり、親子関係の公序性に反する。このように本山教授は、外観説に従った場合における父子関係の不安定さという観点からAID子の嫡出推定に反対するのであるが、他方で、AID子の父子関係が争われること自体が子の福祉に反すると考え、AID子の父子関係の争いを封じる方が講じられるべきである<sup>17</sup>、として立法論への転換を目指している。

## (d) 養子縁組説

妻のAIDの実施に同意を与えていた場合には、子の保護を考えて、夫に子を養子にする意思があったものと考えて、養親子関係の成立を擬制する見解である<sup>18</sup>。前田達明教授は、夫が妻のAIDの実施に同意し、出産したAID子を夫が嫡出子として届出をするという一連の行為に、養子縁組の予約とその履行があるとすればよい<sup>19</sup>、とする。また深谷松男教授は、AIDを法的に容認することは、AID子を出生の時から養育する親を法的な親とすることであるから、特別養子的法的構成の中で解決するのが望ましいとして、家族法上の事後的救済を図るべきである<sup>20</sup>、とする。

これに対して泉教授は、縁組の届出もなく、明文の規制もない現段階では、縁組の成立を擬制することは無理である<sup>21</sup>、とする。また「生まれた子を養子とみることは依頼者夫婦の意思に反するばかりでなく、無効な嫡出子出生届の養子縁組の転換を認めない判例法理を前提とするかぎりAID出生子に酷な結果とな」<sup>22</sup>ることが指摘されている。

## (e) 小括

肯定説は、夫の同意によりAID子は推定される嫡出子となると解している。しかしながら否認権を失うなどの手続的な反対側の側面からの理由付けに留まり、夫の同意の法的性質やその本質については殆ど語っていない。僅かに我妻博士は「子を持つとする親の意思」に根拠を求めているが、この理由付けはむしろ養子縁組説と親和的であるように思われる。したがって、肯定説は実体的な土台が抜け落ちているように思われる。

この点に関し羽生教授は、AID子の実施における夫の同意は「医療機関に対して行われる“施術への”夫の同意を指しているものと考えられる」<sup>23</sup>とする。そしてAID子の親となり、養育責任を引き受けることへの夫の同意があったとしても、医療機関に対して行われる同意

16 本山敦「非配偶者間人工授精子（AID子）と嫡出推定」ジュリ1164号（1999年）139頁。

17 本山前掲139頁。

18 島津一郎『親族・相続法』（日本評論社・1980年）107頁。

19 前田達明「人工授精子の法的地位」判タ537号（1984年）8頁。

20 深谷松男『現代家族法〔第4版〕』（青林書院・2001年）123頁。

21 泉前掲203頁。

22 棚村①155頁。

23 羽生香織「嫡出推定される人工生殖子と生殖可能性の不存在」法セ706号（2013年）16頁（以下、羽生①として引用する）。

に法的拘束力が認められるのか、疑問である<sup>24</sup>、とする。そのような夫の同意は国家機関に対して行われて承認を得るべきであり、そして撤回の自由を保障するためにその方法を明確にすべきである<sup>25</sup>、とする。正鵠を得た見解である。

また手続的に見ても問題が多いと思われる。民法776条は、「子の出生後において」と規定しており、出生前の承認を認めていない。したがって、類推適用ということになるかと思うが<sup>26</sup>、その根拠は示されていない。同条の趣旨として、一般に①血縁関係の蓋然性、②自己の子とすることの意思、③身分的秩序の早期確定と子の利益の保護、が挙げられるが、AID子の場合①は問題とならず、②は実親子関係となじまず、せいぜい考えられるのは③ということになるか。しかしながら、③の内容は多様であり、決定的でないように思われる。認知権の放棄の問題で典型的に現れるように、そもそも身分権は一身専属的な権利であり権利者の人格権と深く結び付いていることから、容易に放棄できるものではないはずである。それにもかかわらず、嫡出否認権の喪失をAID子に類推するのであれば、それなりの根拠を示す必要があるように思われる。肯定説はこれに成功しているとは思えない。信義則や禁反言の原則は、取引関係に関する原則であり、身分関係にはなじむものではない<sup>27</sup>。したがって、否定説が妥当である。

### （3）性同一性障害者夫妻間のAID子の嫡出推定

#### （a）はじめに

AID子の嫡出推定を否定する見解は、性同一性障害者夫妻の嫡出推定についても否定説の立場に立つことになる。それに対して、肯定する見解は肯定説に立つことが多いが、しかしながら否定説に立つ見解もある。特例法は、立法の際に性別を変更することに関心が集中したことが原因で親子関係に関する規定がないため、このような論点が残されてしまうことになった。

#### （b）積極説

積極説の基本的枠組みは、特例法4条1項が「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、民法に性同一性障害者夫妻のAID子に関する別段の規定がないことから、民法772条の嫡出推定が認められる<sup>28</sup>、というものである。

二宮周平教授は、法は多様なライフスタイルに中立的であり、寛容であるべきだとすれば、人工授精を認めるべきであり、性同一性障害夫妻が家庭生活を営む場合に、人工授精をして子育てをすることを否定すべき理由は何ら見当たらない<sup>29</sup>、とする。

村重慶一弁護士は、「民法が嫡出推定の仕組みをもって、血縁的要素を後退させ、夫の意思を前面に立てて父子関係、嫡出子関係を定めることとし、これを一般の夫に適用してきたからには、性別を男性に変更し、夫となった者についても特別視せず、同等の位置づけがさ

24 羽生①16頁。

25 羽生①16頁。

26 二宮周平編『新注民法（17）親族（1）』（有斐閣・2017年）540頁、586頁〔野沢紀雅〕。

27 岡林伸幸「認知無効の訴え」千葉31巻3・4号（2017年）48頁。

28 花元彩「民法（家族法）No.2」新・判例解説 Watch 15号（2014年）99頁。

29 二宮周平「戸籍の性別記載の訂正は可能か（2）」戸時559号（2003年）9頁。

れるよう配慮をしつつその適用を認めることこそ立法の趣旨に沿うものである」<sup>30</sup>として嫡出推定を肯定する。

神谷遊教授は、この見解に立ちつつも、「生理的な血縁関係の不存在が客観的にも明らかである場合には、子の意思を尊重し、子が父子関係を否定できる余地を残すことが重要と思われ」<sup>31</sup>、として子の側からの親子関係不存在確認の訴えの許容性を示唆する。

谷口洋幸教授は、特例法4条1項が「みなす」としていることから、生物学的事実如何に関わらず、他の性別として法的に確定されたものと解すべきであるとする。そして民法772条の嫡出推定は、婚姻から父子関係を推定しているのであり、生殖能力から父子関係を推定するものではない<sup>32</sup>、として、性同一性障害夫妻のAID子の嫡出推定を肯定する。

積極説に対しては、徳永江利子教授が「確かに婚姻と親子は緊密に結びついているものの、婚姻法と親子法は別に定められているものであり、さらに婚姻は当事者が自己の意思に基づいて成立を選択できるのに対し、親子は『子』という出生に選択の余地がないものが存在するため、婚姻と親子については別の考慮が必要である」<sup>33</sup>と批判している。また池谷和子教授は「『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」<sup>34</sup>として、他人の精子を基にして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認め難い見解である<sup>35</sup>、と批判する。

### (c) 消極説

消極説の基本的枠組みは、特例法は親子関係の成否についてはそれに関する法令の定めによる趣旨であり、民法772条は、妻が夫によって懐胎する機会があることを根拠とするから、生物学上明らかにその機会がない特例法の男性擬制者には適用されず、そのAID子には嫡出推定は及ばない<sup>36</sup>、というものである。つまり、民法は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、性同一性障害者夫妻の場合には、夫の子では有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<sup>37</sup>、というわけである。そしてこのことは、嫡出推定に関する血縁説でなくても（外観説に立っても）主張することができる。それ故、本件の原審決定や本決定の反対意見はこの立場に立つことができるのである。

羽生香織教授は、本決定が「AID子の許否について」及び「AIDにより生まれた子の父子関係について」何ら検討することもなく、そして言及することもなく、婚姻から嫡出推定を認めるという結論を導きだした点を批判し、岡部反対意見に同調する<sup>38</sup>。そして特例法に

30 村重慶一「戸籍判例ノート(263)」戸時708号(2014年)64頁。

31 神谷遊「性同一性障害と嫡出推定」現代民事判例研究会編『民事判例 IX 2014年前期』(日本評論社・2014年)107頁。

32 谷口洋幸「性同一性障害者の性別変更と父子関係」季刊教育法183号(2014年)139頁。

33 徳永江利子「性別の取扱いを変更した人の父子関係」関東学院25巻1・2号(2017年)69頁。

34 池谷和子「性同一性障害者の父子関係に関する最高裁決定」洋法58巻1号(2014年)201~202頁。

35 池谷前掲202頁。

36 松尾弘「性別の取扱いの変更審判を受けた者の妻が婚姻中懐胎した子の嫡出性」法セ718号(2014年)102頁。

37 野村豊弘「コメント」2010年1月10日付朝日新聞朝刊(東京本社)34頁(棚村政行「性同一性障害と親子関係」甲斐克則・手嶋豊編『医事法判例百選〔第2版〕』(有斐閣・2014年)191頁参照)。

38 羽生香織「夫婦になること。親子になること。」司法書士510号(2014年)93頁(以下、羽生②として引用する)。

より男性への性別の変更が認められた者は、同法3条4号から生殖能力がないことが明らかであることから、嫡出推定の前提を欠く婚姻である<sup>39</sup>、とする。他方で、より根本的に「(第三者の関与する)生殖補助医療技術の許否について」論じられていない点が問題であり、「行為規制法および親子関係法の成立していない現状下で本件親子関係を承認することは、その生殖補助医療の是非とは別物であるとはいえ、事実上その生殖補助医療の手段そのものを是認する意味を持ちかねない」<sup>40</sup>と警告する。

これに対して、水野紀子教授は外観説の立場に立ち、嫡出推定の例外を厳格に解する見解に立っており、したがって本来であるならば、AID子一般については嫡出推定を広く認める見解に立つと思われるが、実際には、AID子の自己アイデンティティーの問題から消極的な姿勢を示している。そして、嫡出推定制度の意義の1つとして、子に争われない身分を与えることにより、夫の子ではないという「自己の出自を知らされないでおく権利」を子に保障しているとする。このことから、AIDを実施するためには、その子がAID子であることが絶対に分からないようにする必要があるが、性同一性障害夫妻の場合は、戸籍上夫が血縁上の父親で有り得ないことが分かってしまう。その事実が分からないように戸籍を改めることは、性別変更の遡及効を出生時に遡って認めることになるが、それは認めるべきではないであろう<sup>41</sup>。それ故、立法論としても、性同一性障害夫妻のAIDの利用は禁止すべきである<sup>42</sup>、とする。

消極説に対して夙に行われる批判は、健常者夫妻の場合、AID子の出生届を提出すると、戸籍事務管掌者は形式的審査権しか持たないために、その届出だけで判別できないので嫡出子として受理されるのに対して、性同一性障害者夫妻のAID子の場合だけ、嫡出子と推定されないのは均衡を失する（あるいは差別である）というものである。しかしながら民法772条が制定されたのは、人工生殖技術が用いられる前であり、自然生殖を前提としていたのは当然である<sup>43</sup>。またその規定は父子関係を確定させるための血液鑑定やDNA鑑定の技術が十分でなかった時代の産物である。したがって、この規定を無条件に人工生殖に適用することは疑問である。

#### (d) 慎重説

窪田充見教授は、この問題に関して、客観的に見れば夫による懐胎の可能性がないという共通点に着目し、夫に生殖機能の障害がある場合のAIDと対比してみると、この場合には問題となっているのは、外部的には明らかでない夫の生殖機能の障害であり、そこでは医師は施術に関与するものの、いわば家庭の秘め事としての側面がある。それに対して、性同一性障害夫妻のAIDの場合、性別取扱いの変更の審判（家事232条）を経てなされるものであり、AID子との血縁関係のないことが戸籍の記載上明らかである。その点では、両者は同一視できないという考え方もありうるように思われる<sup>44</sup>、としつつも、本質的に問題となって

39 羽生②94頁。

40 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巻11号（2015年）65頁（以下、羽生③として引用する）。

41 水野紀子「性同一性障害者の婚姻による嫡出推定」『市民法の新たな挑戦 - 加賀山茂先生還暦記念』（信山社・2013年）613～616頁。

42 水野前掲618頁。

43 力丸祥子「性同一性障害者とその配偶者が人工生殖により子をなした場合の親子関係に関する一考察」新報122巻1・2号（2015年）651頁。

44 窪田充見『家族法〔第3版〕』（有斐閣・2017年）151頁。

いるのは、特例法が認めた「性別の変更」をどのように受け止めるべきかという点にある<sup>45</sup>、と指摘して結論を留保している。

#### (4) 小括

以上のように、学説は、積極説、消極説、慎重説に分類されることが多いが、さらにその内部で様々な見解に分かれており、非常に多様である。本稿の論点が論者の価値観を如実に反映する証左ということであろうか。他方で、嫡出推定に関し血縁説に立てば、「AID子の嫡出推定否定説」→「性同一性障害者夫妻のAID子の嫡出推定消極説」となりそうなのであるが、血縁説に立つ論者の論考が見られないのが不思議である。そしてこのような学説状況の元において、判例が積極説に立つことを明らかにしたことに、本決定の意義が見出されるのである。

### 4. 私見の展開

#### (1) はじめに

中川高男教授は、AIDには賛成でないが、子のための親子法の観点から、AID子の保護は別個に考えるべきである<sup>46</sup>、とする。また二宮周平教授は「法規制がないとしても、日本産婦人科学会が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」<sup>47</sup>とする。だがこのような見解に与することはできない。なぜなら、AIDによる既成事実さえ作ってしまえば、それで違法な行為が正当化されることになってしまうからである。AIDは親のための技術であって、必ずしも子のためのものではない。このような状況においては、「子の福祉」の美名の元に「親のエゴ」が隠されてしまうことになるおそれがあるからである。また、既述のように、AIDのような生命倫理に関わる問題について、それを正当化するためには、法律に依拠する必要があり、任意団体にすぎない日本産婦人科学会の合意では正当化することはできない。学会の規約に違反したとしても、そのサンクションは最大限「除名」だけであり、これでは何の抑止にもならないからである。「赤信号、皆で渡れば怖くない」という発想は、法治主義を否定するものである。

#### (2) AID子の嫡出推定

確かに民法772条の嫡出推定の規定は、血縁関係にない父子関係を生むことがあるが、それはあくまで例外である。肯定説はこの嫡出推定の規定が血縁関係にない父子関係を認めている、と主張することが多いが、これは原則と例外を取り違えた本末転倒の見解とすべきものである。渡邊泰彦教授は「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ことが理解できない」<sup>48</sup>とするが、それは「事実の認識」と「評価」を混同しているからである。つまり、「健全者夫妻の場合、AIDが実施されてその子の出生届を提出すると戸籍事務管掌者は形式的審

45 窪田前掲152頁。

46 中川高男前掲184頁。

47 二宮①604頁。

48 渡邊泰彦「民法(家族法)No.4」新・判例解説 Watch 12号(2013年)122頁。

査権しか持たないために、彼がAID子であることが分からないから、それが受理されてしまっている」ということは「事実の認識」にすぎず、それが正しいと容認するという「評価」をしているわけではない。この点を誤解しないように注意する必要がある。

棚村教授は、私見に対して「戦後AIDは専門家と社会の認知を受け、既に1万人以上もいるといわれるが、このAID子の存在を全面的に否認することになり、『子の利益』の観点から、妥当でない」<sup>49</sup>と批判する。しかしながら、この批判は独断と偏見によるものである。「社会の認知を受け」とするが、その根拠は何であろうか。世論調査を引用されているが<sup>50</sup>、それだけで社会的に認容されたとすることはできないはずである。なぜなら、世論は常に変動するものであり、それが常に正義に一致するものとは考えられないからである。私は、「生殖補助医療法」が制定されて初めて社会の認知があると言えると考えている。また「既に1万人以上もいる」ことを挙げているが<sup>51</sup>、既述のように事実を先行させて規範を正当化することはできない。そして「AID子を全面的に否認することにな」とするが、私見は法律がない以上はそれまでそれを禁止（ないし自粛）すべきであると主張しているだけであり（AID子を抹殺せよなどとは主張したことは一切ない）、このことを「全面的に否認」とするのは針小棒大である。そして子の利益の観点からも、AID子の父子擬制（及び精子提供者との血縁関係の断絶）と共に、彼等の権利を保障する法律の成立・施行を経てからAIDを実施すべきであり、それまでは禁止するのが望ましいはずである。花元准教授は「AID子に関する法律がなく、早期に立法される見込みもないことからすると、司法の分野で、AID子の法的地位を確定させることは、当該子の身分を守り、もってその福祉を向上させるつながることになる」<sup>52</sup>として、本決定に賛成する。しかしながらこの見解は、AID子を巡る様々な問題を無視しているようにしか思えない。AID子を母の非嫡出子としても、子の身分は確定するはずである。そもそも何が「子の福祉」であるかを検討する必要があると思うが、子の身分を守ることしか挙げられておらず（これはあくまでも結果であって同語反復にすぎない）、あまりに不十分である。

### （3）性同一性障害者性別取扱特例法第4条について

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」と規定している。「これにより、変更後の性別で婚姻や養子縁組などをすることも可能となるほか、性別により法の適用や効果が異なる場合には、性別の取扱いの変更の審判を受けた者については、他の性別に変わったものとみなされ、当該性別としてその適用を受けることになる」<sup>53</sup>というのが、立法者の説明である。しかしながら、性別を変更し男性になったとみなされる者が婚姻し子を持つ場合の父子関係については議論がな

49 棚村政行「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」法時84巻11号（2012年）76頁（以下、棚村②として引用する）。

50 棚村政行「性同一性障害とAID出生子の法的地位」『民事法学の歴史と未来 田山輝明先生古稀記念論文集』（成文堂・2014年）422頁（以下、棚村③として引用する）。

51 棚村②76頁。

52 花元前掲99頁。

53 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）99頁（以下、南野①として引用する）。

されておらず、特例法制定当時、「法律に別段の定めがある場合」に該当するものはないと考えられていた<sup>54</sup>。また管轄する法務省は、「性同一性障害を理由に性別の変更が認められた場合には、民法772条の嫡出推定の規定が想定する範囲を超えており、戸籍の身分事項欄の記載から夫により妻が婚姻中に懐胎することが客観的に不可能であるために、民法722条の嫡出推定は及ばず、妻の婚外子(嫡出でない子)として届出するほかはない」<sup>55</sup>と考えていた。

積極説は、この条文を文理解釈し、性別変更後の新しい性別で婚姻が認められる以上、性別を変更して男性として婚姻をした者は、生来の男性が婚姻したのと同様の法の適用があるとする<sup>56</sup>。これに対して、消極説は、父子関係に関する議論が立法事実でないことから、法務省の見解に同調する。そして婚姻は嫡出推定の要素にすぎないので、変更後の新しい性別による婚姻を認めたからといって、嫡出推定まで認めるものではない<sup>57</sup>とする。

思うに、法律を解釈する際に、立法者意思は重要であるが全てではない。そして本稿の論点について、立法者は想定していなかったのであるから、立法事実はないと判断せざるを得ない。また、立法趣旨は解釈の有力な手掛かりであるが、それは多くの場合抽象的な理念であり、具体化の際には一義的に明確に把握できるものではない。また、立法後の諸事情の変化により、立法者意思や立法趣旨が必ずしも妥当するとは限らなくなることもある(例えば、旧貸金業規制法のみなし弁済規定のように)。

法律の解釈の出発点は文理解釈であるが、概念法学を克服した現在においては、要求されるのは論理解釈である。多くの場合、文理解釈は論理解釈と一致するものであるが、本稿の論点に関しては、そうになっているようには思われない。積極説は「法律に別段の定め」がないことを根拠にするが、特例法4条1項の法律要件の制約はそれに限られないであろう。確かに「みなす」という文言は、本来そうではないものをそうだと取り扱う、という意味であるが、その範囲は無制限ではなく解釈によって定められるべきものである。特例法4条1項の場合、立法事実から婚姻を可能にするために置かれた規定であるので、婚姻ができるのは確かであるが、それを超えてAID子の嫡出推定にまで及ぶと主張するには、やはり根拠が必要であろう。私は、科学法則に反するものや公序良俗に反するものは認められないと考えている。これらは法秩序に反するものであるからである。例えば立法者も、男性から女性に変わったものとみなされた者について、生理休暇に関する規定は適用されないとする。これは彼女には生物学的に生理が有り得ないからである<sup>58</sup>。このことから推論すると、性同一性障害者夫妻は生物学的に生殖行為をすることができないから、嫡出推定には特例法4条1項の適用はないと解するのが正当である。

#### (4) 性同一性障害者夫妻と嫡出推定

私は、既述のように、AIDの実施に反対であり、少なくとも生殖補助医療法が制定されるまでは禁止すべきであると考えている。そしてAID子の嫡出推定を一般に認めず、特例法4条1項は性同一性障害者夫妻に民法772条の適用を認めるものではない、と考えている。

54 南野①102頁。

55 南野知恵子代表編集『性同一性障害の医療と法』(メディカ出版・2013年)293頁〔棚村政行〕。

56 長沼淳子「性同一性障害者の父子関係」名法254号(2014年)888頁。

57 羽生②93~94頁。

58 南野①99頁。

したがって、性同一性障害者夫妻の AID 子の嫡出推定は認められないという結論になる。

私見に関しては、「本人には何ら責任がないにもかかわらず、AID 子に『非嫡出子』という不利益を課すのはおかしい」という批判が聞こえてくる。しかしながら、この批判には論理の飛躍があるように思われる。つまり、「帰責なき不利益」は現在の資本主義社会においてはいくらでもある事柄である。その中で、どの不利益が法的強制力を以て是正されるべきであるかは、それが「法律上保護に値する利益（法的利益）」であるか否かに依拠している。つまり、その検証が必要であるはずである。これを怠り、全ての不利益をなくさなければならないと主張するのであれば、それは空想的社会主義の思想であり、到底受け容れることができるものではない。

では、嫡出推定を否定することにより被る AID 子の不利益は法的利益といえるであろうか。そもそもこの不利益の源泉は、AID 子の親が医療機関の協力を得てそれを実施したことにあるはずである。したがって、その責任は偏に親にある。そうであるなら、親に責任がある以上、その不利益を子が背負うことになっても、やむを得ないことではなかろうか。というのは、例えば相続の場合、子は親の積極財産だけを相続して、その借金等の消極財産は「親が勝手にしたことだから」という理由で免れることはできないはずである（民896条）。それと同じことが AID 子にもいえると思う。つまり、AID 子は両親により「生命」という価値を享受した以上、「非嫡出子」という不利益を免れることはできないとしても、不当ということはできないであろう。そして生命は放棄することができない。したがって、AID 子はその不利益を甘受するしかない。後は、親が自分の道義的責任を果たすため、（特別）養子縁組をすることによって AID 子に嫡出性を付与すべきであろう。

#### （5）戸籍事務管掌者の審査権について

本稿の論点を実体的な観点からではなく、手続的な観点から検討する一連の論争があるので、それについても検討する。つまり、戸籍事務管掌者の審査権の範囲からアプローチするものである。渡邊泰彦教授は、性別の取り扱いの変更のような戸籍上の記載は、戸籍事務管掌者が職務上知り得た秘密であり、このような非常に私的な個人情報を戸籍事務管掌者が常に利用してよいというものではない<sup>59</sup>、と主張する。これを受けて永下泰之教授は、嫡出推定の問題は実体的な権利関係の判断であるから司法判断に服すべき事項であるとし、嫡出推定を破るためには夫及び利害関係人が提訴する必要があるが、これらは彼等のイニシアチブに委ねられていることから、父子関係につき当事者間で争いがない場合においてその判断を戸籍事務管掌者ができるとするには根拠が乏しい<sup>60</sup>、とする。そして二宮教授は「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」<sup>61</sup>と結論付ける。

さらに棚村教授は、「法的な父子関係を私人間で争いがないにもかかわらず、戸籍記載の有無だけで職権により母の嫡出子でないことの記載をすること自体、行政による夫婦や家族

59 渡邊前掲124頁。

60 永下泰之「性別取扱変更の審判を受けた夫の妻による AID 子の嫡出子出生届の可否」商討65巻1号（2014年）220～221頁。

61 二宮①603頁。

に対する違法なプライバシーの侵害と言わざるを得ない」<sup>62</sup>と非難する。

これに対して西村枝美教授は、嫡出親子関係が生理的血縁を基礎としていることから、AID子の父子関係を明確に定める立法がない時点では、血縁関係がないことを示す戸籍情報に基づいて、その身分を公証するための記載に留まる区長の行為は不利益処分ではないことから、本件の戸籍記載は区長の職権の範囲内である<sup>63</sup>、とする。

思うに、確かに行政機関は紛争を解決する最終的な決定権を持つものではないが、立法府である国会が定めた法律に従って行政権力を行使しなければならない立場にある。これは法治主義の帰結である。ところが法律には解釈が必須であり、行政権を執行するためには、行政機関が自ら「行政解釈」と呼ばれる解釈をする必要がある。それ故、これは紛争の発生の有無と無関係に決定せざるをえないものである。したがって、本決定前の行政機関の処分は違法なものではない。ただし、法律上の紛争が生じ、法原理部門である司法権を担う裁判所が判断した場合に、その「司法解釈」が「行政解釈」と異なる場合には、行政機関は司法解釈に従わなければならないことになる。これは司法権の独立を基盤に据えた三権分立の原理及び司法権の優越を基本とする法の支配の原理の帰結である。本件もこのように推移しており、これ自体は正当な対応である。したがって、行政機関は、紛争が起こっていないにもかかわらず、勝手に法律を解釈してはいけない、という見解は、三権分立と役割分担、法治主義及び法の支配の原理から成り立たないことになる（紛争がない場合に法的判断できないのは、むしろ司法機関の方である）。

## (6) 総括

本稿の論点は、最終的には、生殖補助医療を受ける権利を憲法13条が保障する自己決定権として位置付けるべきか否か<sup>64</sup>、という問題を踏まえて、AID子の利益擁護との調整の問題といえる<sup>65</sup>。二宮教授は、嫡出推定の規定の適用の可否は「最終的には、性別の取り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」<sup>66</sup>とし、私見である消極説に対して、性同一性障害の「当事者は生殖補助医療を利用して子供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」<sup>67</sup>と疑問を投げかけている。また、谷口洋幸教授も「表面的には生物学的あるいは法的事実に依拠しつつ、前提として、性同一性障害者は子供をもつべきではない、との価値観も透けて見える」<sup>68</sup>としている。しかしながらこの見解は問題を矮小化するものである。確かに生殖補助医療においても、生まれてくる子の福祉を優先すべきである。しかしながら、子の福祉とは何かということは必ずしも明らかにされておらず、生殖補助医療の実施においては、実際には子の福祉が第1に考えられているかどうかは疑わしい。例えば医療機関はAID子の出自を知る権利を頑なに拒んでいる。そして生殖補助医療はむしろ親の希望

62 棚村③403頁。

63 西村枝美「性別取扱いを変更した者の妻が第三者の精子により出産した子に関する区長の職権による戸籍記載の合憲性」法教401号（2014年）7頁。

64 麻生多聞「生殖補助医療とリプロダクティブ・ライツ」法セ713号（2014年）112頁。

65 松尾前掲102頁。

66 二宮①599頁。

67 二宮①600頁。

68 谷口洋幸前掲141頁。

を叶える目的で実施され、AID子の福祉は二次的なものになってしまっている。そしてAID子は自分で自分の人権を行使することができない（AID子は自分のAIDによる誕生を阻止できない）。だからこそ、国家（政府）はAID子の問題に介入し、AID子の福祉を守る責務を負っているのである<sup>69</sup>。したがって、問題の本質はAIDの正当化根拠にあり、性同一性障害者に対する差別が問題となるのではない。消極説に対して「差別主義者」のレッテルを貼り、問答無用で非難するのであれば、それは反知性主義に基づくものであり、このような邪推は徹底的に排除すべきものである。

（千葉大学教授）

---

69 石井美智子「生殖補助医療における子の福祉」法時83巻12号（2011年）54頁。