

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

永 下 泰 之

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 項の規定に基づき男性への性別の取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と嫡出の推定

最高裁平成25年12月10日第三小法廷決定（平成25年（許）第5号：戸籍訂正許可申立て却下審判に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件，裁時1593号4頁，判時2210号27頁，金商1437号8頁）

【事実の概要】

X₁は、生物学的には女性だったが、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、特例法とする）2条に規定する性同一性障害者であり、平成16年に性別適合手術を受けた。平成20年、X₁は特例法3条1項に基づき、男性への性別の取扱いの変更の審判（以下、性別取扱変更の審判とする）を受けた後、女性 X₂と婚姻をした。その後、X₂は、X₁の同意を得て、非配偶者間人工授精（以下、AID とする）により子を懐胎、平成21年に子 A を出産した。

平成24年、X₁は、A を嫡出子とする出生届を東京都新宿区長 B に提出したが、戸籍事務管掌者である同区長は、A が民法772条による嫡出の推定を受けないことを前提に、出生届の父母との続柄欄等に不備があるとして追完をするよう催告した。X₁がこれに従わなかったことから、B は、A の「父」の欄を空欄とし、X₂の長男とし、「許可日」と「入籍日」を戸籍に記載した（以下、本件戸籍記載という）。

これに対し、Xらは、A は民法772条による嫡出の推定を受けるから、本件戸籍

記載は法律上許されないものと主張して、X₁の戸籍中、Aの「父」の欄に「X₁」と記載し、同出生の欄の「許可日」及び「入籍日」の記載を削除し、「届出日」、「届出人 父」と記載する旨の戸籍の訂正の許可を求めて、家庭裁判所に申し立てた。

原々審（東京家審平成24年10月31日金商1437号18頁）は、「X₁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」であり、AがX₁らの嫡出子とは推定できないから、BがAについて非嫡出子として記載したことが戸籍法に反するものではないなどとして、申立てを却下した。また、原審（東京高決平成24年12月26日判タ1388号284頁、金商1437号17頁）も、「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、生理的な血縁が存在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」き、「戸籍上の処理は、あくまでもAがX₁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」として、抗告を棄却した。これを不服としてX₁らが抗告。

【判旨】

破棄自判（原決定破棄、原々審取消し、申立認容）

「特例法3条1項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、以後、法令の規定の適用について男性とみなされるため、民法の規定に基づき夫として婚姻することができるのみならず、婚姻中にその妻が子を懐胎したときは、同法772条の規定により、当該子は当該夫の子と推定されるというべきである。もっとも、民法772条2項所定の期間内に妻が出産した子について、妻がその子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったこと

が明らかであるなどの事情が存在する場合には、その子は実質的には同条の推定を受けないことは、当審の判例とするところであるが……、性別の取扱いの変更の審判を受けた者については、妻との性的関係によって子をもうけることはおよそ想定できないものの、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同条による嫡出の推定についての規定の適用を、妻との性的関係の結果もうけた子であり得ないことを理由に認めないとするは相当でないというべきである」。「そうすると、妻が夫との婚姻中に懐胎した子につき嫡出子であるとの出生届がされた場合においては、戸籍事務管掌者が、戸籍の記載から夫が特例法3条1項の規定に基づき性別の取扱いの変更の審判を受けた者であって当該夫と当該子との間に血縁関係が存在しないことが明らかであるとして、当該子が民法772条による嫡出の推定を受けないと判断し、このことを理由に父の欄を空欄とする等の戸籍の記載をすることは法律上許されないというべきである」。

「Aは、妻である被告人X₂が婚姻中に懐胎した子であるから、夫である被告人X₁が特例法3条1項の規定に基づき性別の取扱いの変更の審判を受けた者であるとしても、民法772条の規定により、被告人X₁の子と推定され、また、Aが実質的に同条の推定を受けない事情、すなわち夫婦の実態が失われていたことなどが明らかなことその他の事情もうかがわれない。したがって、Aについて民法772条の規定に従い嫡出子として戸籍の届出をすることは認められるべきであり、Aが同条による嫡出の推定を受けないことを理由とする本件戸籍記載は法律上許されないものであって戸籍の訂正を許可すべきである」。

なお、本決定には、寺田裁判官及び木内裁判官による補足意見並びに岡部裁判官及び大谷裁判官による反対意見が付されている。

【評釈】

一 本決定の意義

本件は、性適合手術を受け性別取扱変更の審判を受けた夫の妻がAIDにより

懐胎・出産した子につき、民法772条による父性推定が及ぶとして嫡出子としての出生届を認めることを最高裁として初めて明らかにした点に極めて重要な意義を有するものである¹⁾。というのも、法務省は、性別取扱変更の審判を受けた夫の妻がAIDによってもうけた子と当該夫との父子関係について、民法772条による嫡出推定を及ぼすことはできないため、性別取扱変更の審判を受けた者の実子として法律上父子関係があると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はできないとの見解²⁾を示しており、戸籍実務もこれに即した対応を行ってきたからである。

なお、本決定を受け、法務省は、性別取扱変更の審判を受けた夫とその妻がAIDにより懐胎・出産した子につき、嫡出子として戸籍に記載するよう通達を発した（法務省民一第77号，平成26年1月27日）。

二 問題の所在

本件のような性別取扱変更の審判を受けた夫の妻がAIDによって子をもうけた場合には、以下、2点において問題が生じる。

第一に、AIDによる子は、いわゆる「推定の及ばない子」に当たるか否かである。すなわち、AIDによる出生であることは、客観的・外観的に嫡出子ではないことの根拠となりうるか否かである。前記法務省の回答、原審及び原々審も、嫡出子出生届を受理しない取扱いの前提として、性別取扱変更の審判を受

1) 本判決についての評釈等は、「判批」法セ710号（2014）118頁，安達敏男＝吉川樹士「判批」戸籍時報707号（2014）48頁，棚村政行「判批」医事法判例百選 [第2版]（別ジュリ219号）（2014）190頁，永沼淳子「性同一性障害の父子関係」法政論集（名古屋大学）254号（2014）877頁（特に889頁以下），花元彩「判批」新・判例解説Watch（文献番号z18817009-00-040691029）（2014），村重慶一「判批」戸籍時報708号（2014）62頁，山地修「判批」ジュリ1467号（2014）78頁，麻生多聞「判批」法セ713号（2014）112頁がある。

2) 法務省民事局第一課「質問状 一性同一性障害患者夫婦への非配偶者間人工授精により生まれた子の親子関係について」に対する回答（平成23年2月18日）（http://www.jsog.or.jp/news/pdf/announce_20110226.pdf）（2014年7月30日最終確認）。なお、同回答においては、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も受理することはできず、家庭裁判所が民法所定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届を受理することができる旨回答している。

けた夫の AID 子は、「推定の及ばない子」であるとしているとしているが、一般に AID による子であること自体で嫡出の推定が及ばないと言うことができるのであろうか。この点につき、民法772条の規定する嫡出推定制度の意義が問題となると同時に、いわゆる「推定の及ばない子」の意義もまた問題となる。

第二に、前記法務省の回答からは、民法772条による嫡出推定を及ぼすことができない理由は明らかではないが、原審及び原々審によれば、X₁は、戸籍の記載上特例法3条1項に基づき男性への性別取扱変更の審判を受けた者であり、男性としての生殖能力がないことが客観的に明らかであることから、嫡出推定が及ばないものと解されている。他方で、本件最高裁は、「実質的に同条〔772条〕の推定を受けない事情、すなわち夫婦の実態が失われていたことなどが明らかなることその他の事情」もうかがわれないうとして、従来の外観説の判断基準に即して嫡出推定を認めている。この点につき、原審及び原々審と最高裁との見解が相違している。すなわち、原審、原々審及び最高裁のいずれも外観説に基づいて判断しているものと思われるが、原審及び原々審は、最高裁とは異なり、戸籍の記載から生殖能力がないことが客観的に明らかであるとして、血縁説に近い形で外観説を「客観的に〔夫の子の〕懐胎の可能性がない」³⁾場合をも含めて捉えているものと思われる（岡部・大谷反対意見）。しかし、外観説を「客観的に〔夫の子の〕懐胎の可能性がない」場合を含めて捉えるとしても、本件のように、性別取扱変更の審判を受けた者であることが戸籍上記載されていることをもって、父子関係がないといいうのであろうか。少なくとも、従来の取扱いにおいては、生物学上の男女の婚姻夫婦による AID 子については嫡出子出生届が受理されていた（後述2. (2)裁判例を参照）ところ、本件で嫡出子出生届を受理できないとされた理由は、戸籍上性別取扱変更の審判を受けた者であることが戸籍に明記されている点にある。このとき、本件は本来生物学上の男女ではないという点に相違はあるが、AID であることは同じである。であるならば、両者において出生届の取扱いを異にすることは正当であるのかと

3) 窪田充見『家族法〔第2版〕』（有斐閣、2013）208頁。

いう疑問が生じる。そして、その際に戸籍の記載を「推定の及ばない子」とする根拠としてよいのであろうか、また、更に言うならば、そもそもとして、戸籍事務管掌者が法的父子関係を判断（認定）することが許されるのであろうかという問題が生じるのである。

ところで、あらかじめ結論的に述べるならば、第一の点、すなわちAID子が「推定の及ばない子」であるか否かは、本件のような嫡出子出生届を受理するか否かという問題については、およそ関係のない事柄である。なぜならば、嫡出推定の及ぶ嫡出子であるか「推定の及ばない子」であるかは、出生届（の受理）の段階では問題とならず、いずれも「嫡出子」として扱われるところ⁴⁾、後に親子関係（父子関係）を否定するために、親子関係不存在確認の訴えが提起されたときに初めて、「推定の及ばない子」であるか否かが問われることとなるからである。ところが、原審及び原々審は、当事者において積極的に父子関係のないことを主張しているわけでもないにもかかわらず、出生届受理の段階で、「推定の及ばない子」と判断してしまっている点が問題なのであり、かつ、問題はこの点にのみ集約される。ただ、AID子については、自然的血縁関係が存在しないこと自体は事実であることから嫡出推定は及ぼすことはできない（したがって嫡出子出生届を受理することはできない）とする見解もあり、また法務省の回答も上記のような見解を前提にしているものと思われることから、①AID子はいわゆる「推定の及ばない子」に当たるか否か、すなわち、AID子である自体でもって「推定の及ばない子」であるか否かを検討した上で、②戸籍上、性別取扱変更の審判を受けた者であることが明らかであることが、父子関係がないことの根拠となりうるかを検討する。

三 人工生殖（AID）と嫡出推定（父子関係）

1. いわゆる「推定の及ばない子」について

民法772条の規定する嫡出の推定には、父性推定と嫡出性推定の2つの機能が

4) 窪田・前掲書注(3)・179頁。

あり⁵⁾、この両者が一致する場合には嫡出子として推定される。ところが、両推定は常に一致するわけではないため、嫡出推定を排除するものとして、「嫡出推定を受けない嫡出子」及び「推定の及ばない子」という概念が生み出された。このうち後者の「推定の及ばない子」は、父性推定がないのであるが、嫡出性推定はある。このとき、夫との父子関係を直接に否定するためには、嫡出否認（民法775条）を待つまでもなく親子関係不存在確認の訴えによることとなる。「推定の及ばない子」の實質は、事実上の父子関係の推定であるから、これを排除するには事実としての父子関係の不存在を確認すれば済むからである⁶⁾。

問題であるのは、「推定の及ばない子」の範囲である。この判断基準については、判例・学説において見解が分かれている。代表的には、①懐胎期間中に夫との性行為がなかったことが、同棲の欠如によって外観上明白な場合に限る外観説⁷⁾、②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得ない場合とする血縁説⁸⁾、家庭の平和の保護と真実主義を調和せるため、父母の離婚や別居など、法律上の父母の家庭の平和が崩壊している場合とする家庭崩壊説⁹⁾などがあるが、現在においても、最高裁は①外観説の立場を堅持しており¹⁰⁾、本件においても外観説に基づき判断を下している。

2. AID 子の嫡出推定に関する従来状況

(1) はじめに

先にも述べたように、本決定以前、法務省は、AID によってもうけた子につ

5) 中川善之助編『注釈民法(22)のⅠ 親族(3)』(有斐閣, 1971) 88頁以下〔高梨公之〕。中川善之助=米倉明編『新版注釈民法(23) 親族(3) 親子(1)実子』(有斐閣, 2004) 149頁〔高梨公之=高梨俊一〕。

6) 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) 130, 131頁。

7) 我妻栄『親族法』(有斐閣, 1961) 221頁。

8) 中川善之助『民法大要 親族法相続法〔新版〕』(勁草書房, 1975) 91頁。

9) 松倉耕作「嫡出性の推定と避妊(ママ)」法時45巻14号(1973) 130, 133頁以下。

10) 最判昭和44年5月29日民集23巻6号1064頁, 最判平成10年8月31日家月51巻4号33頁, 最判平成12年3月14日家月52巻9号85頁。

いて、性別取扱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、性別取扱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はできないとの見解であり、戸籍実務もこれに即して対応してきたところである。

ところで、性別取扱変更の審判を受けた者に限らず、AID 一般においては、遺伝学上の父は第三者たる精子提供者であり、依頼者である夫は、生まれた子と遺伝的な繋がりが無い。そのため、AID 子については、嫡出推定を受ける嫡出子と解するのか、それとも「推定の及ばない子」と解するのかが問題となる。この点につき、現行法を前提としても、AID による懐胎・出産の時期について、民法772条の形式的な要件を満たしているのであれば、同条によって嫡出の推定が働くこととなる¹¹⁾。しかし、この推定は、当事者が父子関係につき争わなかった場合に限った推定である。従来、AID 子の嫡出推定が問題となっていたのは、後に父子関係の存否につき争いが生じた場合である。

(2) 裁判例

裁判例において、AID 子の嫡出推定につき、第三者から精子の提供を受けることについての夫の同意があったのか否かが問題となっていた。

東京高決平成10年9月16日(家月51巻3号165頁,判タ1014号245頁)は、親権者指定審判ではあるが、夫が無精子症であったため、第三者から精子の提供を受けることにつき双方同意した上で、AID を試み子をもうけたという事情があったため、親権者指定に先行して、AID 子の法的親子関係について言及する必要がある。このとき、東京高裁は、夫の同意を得て妻が第三者から精子の提供を受ける AID によって出産した人工授精子は嫡出推定及ぶ嫡出子であると解するのが相当であり、妻も、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は許されない旨説示している。

他方、大阪地決平成10年12月18日(家月51巻9号71頁)は、第三者から精子の

11) 窪田・前掲書注(3)・206頁。

提供を受けることにつき、夫の同意がなかったとされた事案である。本件において大阪地裁は、妻の人工授精による妊娠・出産を夫が承認していたと認めることはできず、また自己の嫡出子として承認したと認めることもできないとして、夫からの嫡出否認の訴えを認容した。

このように、数は少ないが、裁判例においては、第三者からの精子の提供につき夫の同意の有無に重点が置かれて父子関係の存否が判断されており、AID であるから夫と子との間に自然的血縁関係が存在しないことが明らかであることを理由として嫡出推定が及ばないものとは解されていない。もっとも、上記裁判例は、生物学上は男女の婚姻夫婦であるため、外観説に立つと一応は嫡出の推定が及びうるという事案であったため、最終的に同意の有無によって決せざるを得なかったものと解される。そうすると、本件のように、性別取扱変更の審判を受けた夫とその妻による AID では、「性行為による懐胎可能性」という前提が存在せず、外観説を援用しうるか否かがそもそもとして問題となるという点で異なり、また、第三者から精子の提供を受けることに対する夫の同意があったとしても、AID であることから自然的血縁関係が存在しないこと自体は事実であるから、夫の同意（夫の意思）のみに依拠して父子関係が存在すると解することもまた困難であろう。

(3) 学説

学説においては、配偶者間人工授精（AIH）によって生まれた子に嫡出推定が及ぶことについては問題がないが、AID については、鋭く対立している状況である。

多数説は、AID 子を嫡出推定される嫡出子と解する見解であるが、この立場にあっても、夫の AID への同意がある場合には民法772条の嫡出推定が及ぶとされている¹²⁾。このとき、夫の同意により、夫は子の嫡出性を承認したものとして

12) 谷口知平「民法解釈上よりみた人工授精子の地位」『親子法の研究〔増補版〕』（信山社、1991）175、183頁（初出：今泉孝太郎＝田中寛編『比較法と私法の諸問題』（慶應通信、1959）463、471頁）、小池隆一＝田中寛＝人見康子編『人工授精の諸問題』（慶應通信、1960）80頁〔人見康子〕、我妻・前掲書注(7)・229頁、鈴木禄弥『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頁など。

否認権を失う（民法776条¹³⁾か、夫のAIDへの同意を後になって覆すことは権利濫用になるとする¹⁴⁾か、あるいは、信義則上、夫は否認権の行使を許されない¹⁵⁾ものと解されている。

他方で、夫の同意があったとしても夫との間に自然的血縁関係が存在しないことから推定は及ばないとする説も少数ながら有力に主張されている¹⁶⁾。この見解は、多数説のように夫の同意がある場合に嫡出推定を認めると、夫の意思のみで血縁的事実に一致しない親子関係が固定されてしまうことへの懸念や、「推定」という強力な法的効果によって父子関係を固定してしまうと、AID子の出自を知る権利が事実上排斥されてしまうことへの懸念によるものである¹⁷⁾。また、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点からAID子を推定される嫡出子とすることに反対する見解がある。すなわち、①嫡出推定排除理論のうち外観説以外のすべてが父子間に血縁関係の存在を要求しており、その立場では「嫡出推定の及ばない嫡出子」と解される余地がないこと、②AIDでは夫婦双方が夫の子ではないことを知っており、誓約書やカルテに記載されること、また、提供者が近親者となる可能性があること¹⁸⁾、③いわゆる「藁の上からの養子」が、親子としての関係を数十年に亙って形成してきたような場合でも、法的親子関係は創設されないというのが最高裁判例の確固とした立場であるにも関わらず、夫のAIDへの同意によって法的父子関係が創設されるのでは、一私人に親子関係の処分を認めることとなり、親子関係の公序性に反することな

13) 我妻・前掲書注(7)・229頁、鈴木・前掲書注(12)・123頁、中川淳＝小川富之編『家族法』(法律文化社、2013)95頁〔羽生香織〕。

14) 野田愛子『現代家族法』(日本評論社、1996)149頁。

15) 中川(高)・前掲書注(12)・194頁、高橋・前掲書注(6)・139頁〔床谷文雄〕

16) 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。

17) 唄孝一＝人見康子「体外受精と医事法」Law School 4号(1978)45頁。「子の出自を知る権利」の保障という観点から、同様の懸念を示し、AID子の嫡出推定につき消極的であるものとして、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)601, 613頁以下。

18) AIDと近親婚の問題につき、岩城謙二「近親婚とAIDによる子」法令ニュース34巻12号(1999)16頁を参照。

だから、AID 子を嫡出推定される嫡出子と解する余地があるとは思われないとするものである¹⁹⁾。

その他、嫡出推定規定の適用はないが、夫の同意に養子縁組の意思を認め、妻の代諾により AID 子を養子と構成する見解も存在する²⁰⁾。この説は、多数説のように、生物学上の血縁関係がないところに父子関係を法律上認めてしまうことへの違和感があることや、同意があろうとも自然的血縁関係の不存在によって推定が及ばないとすると、今度は父親が後に子との父子関係を否定したいと思えば、いつでも親子関係不存在確認の訴えを提起しうることになり、かえって子の法的地位が不安定になることなどに鑑みると、生物学上の血縁関係がないところに親子関係の成立を擬制するという点で、養子縁組と本質を同じくし、また、AID の実質に率直な構成である。しかし、生まれた子どもを養子とみることがは依頼者夫婦の意思に反し、また、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などの難点がある²¹⁾。

現在のところ、AID 子一般の嫡出推定については、夫の同意を要件として嫡出推定を認めるとするのが多数説であるが、批判も多く、また同説内においても種々の見解が呈されており、もはや解釈論としては処理することの限界が見えてきている。

(4) 性別取扱変更の審判を受けた夫と子の嫡出推定

AID 子一般の嫡出推定につき、種々の見解が錯綜しているところであるが、特例法3条1項によって性別取扱変更の審判を受けた者は戸籍上の性別を変更しうることになったため、問題はより複雑なものとなっている。というのも、AID によることで自然的血縁関係が存在しないという点では同じであるが、性

19) 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) 136, 139頁。

20) 島津一郎『親族・相続法』(日本評論社, 1980) 107頁, 前田達明「人工授精子の法的地位」判タ537号 (1999) 8頁。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) 131, 145頁は、立法論として特別養子縁組類似の特殊な養親子関係として構成すべきであると主張する。

21) 棚村政行「東京高決平成10年9月16日判批」平成11年度主要民事判例解説(判タ1036号) (2000) 154, 155頁。

別取扱変更の審判を受けた者とその配偶者は、生物学上は同性であるため、従来の外観説が前提としてきた、性交渉による生殖可能性が全く存在しないからである。また、本件はそもそも、嫡出子としての出生届を受理すべきか否かという点が争われているのであり、一旦「嫡出子」として受理された後に改めて父子関係の存否につき争いが生じたものではない。つまり、従来の議論においては、AID子であることが、少なくとも戸籍事務管掌者には明らかではないので「嫡出子」として受理されてきたものの、後に父子関係につき争いが生じた場合に、AID子であること自体で「推定の及ばない子」とすることができるか否かという点が問題となっていたところ、最終的な決定因子として夫（父）の同意によってこれを決するとしてきたのであり、形式的には嫡出推定が及ぶことが議論の前提となっていたのである。ところが、法務省の回答や原審及び原々審に見られるように、嫡出子出生届の受理という手続上の問題と、父子関係（親子関係）の存否に関わる「推定の及ばない子」か否かと嫡出子出生届受理後のいわば後处理的問題とが複合的に判断されているし、下記にみる議論状況においても、これらも問題側面が明確には意識されていなかったように思われる。そこで、以下では、性別取扱変更の審判を受けた夫の子の嫡出推定につき、これまでの議論状況を確認しよう。

性別取扱変更の審判を受けた夫とそのAID子との嫡出推定及び嫡出子出生届につき、事案として現れたものは本件のみであり、他に裁判例は存在しないが、特例法制定時から、本件のような問題が生じることは想定されていたため、学説上は、議論の蓄積があり、また、鋭い対立が見られるところである。

まず、消極的な立場では、AIDという生殖補助医療の性質や、性同一性障害者によるAID利用の問題性などから、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〔及び従前の法務省見解〕にも正当性があるように思われるとする見解がある²²⁾。また、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、性同一性障害で性別変更

22) 水野・前掲注(17)・607頁。

をしたケースでは、夫の子ではあり得ないということが明らかなので、民法772条の嫡出推定は働かないとする見解もある（原審・原々審及び岡部・大谷反対意見も同様の見解に立っているものと思われる²³⁾。

また、夫の子でないことが明らかである場合には嫡出推定が適用されないとすると、AID 利用の場合の嫡出推定排除をめぐる現在の判断基準との関係が問題となり、性同一性障害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とを区別することは考えられるが、なお検討の余地が残されているとの慎重論もある²⁴⁾。

他方で、端的に性別取扱変更の審判を受けた夫であるからといって異なる取り扱いをする理由はないとし、当然に嫡出推定が及ぶものとする見解もあり、これが多数を占める。すなわち、民法は夫について生来の男性という規定はとくに置かず、特例法でも特段の定めを置いていない以上、性同一性障害者を差別扱いすることは許されないこと、嫡出推定・嫡出否認制度の立法趣旨、特例法の立法趣旨、外観説、行政の家族に対する不当な干渉からも嫡出子とすべきとするもの²⁵⁾や、特例法4条1項は、性別取扱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ところ、民法772条はその規定の文言上、同法あるいはその他の特別立法で性同一性障害者には民法772条を適用しないという規定がない以上、当然に同条の適用又は類推適用があるものとされる（本決定法廷意見及び補足意見はこの見解に立つものと思われる²⁶⁾。

23) 朝日新聞2010年1月10日朝刊（東京本社）34頁〔野村豊弘〕。

24) 窪田・前掲書注(3)・147頁。

25) 朝日新聞2010年1月10日朝刊（東京本社）34頁〔棚村政行〕。棚村政行「性同一性障害者と法—民事法の立場から」『性同一性障害の医療と法』（メディカ出版、2013）278、292-294頁。

26) 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」法時84巻11号（2012）70、76頁。また、梶村は、養子縁組を認めればよいとの見解に対し、実子と養子とは同一視することができず、また実子として育てたいとする親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画然と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ことも主張している（77頁）。

なお、特例法制定時から、こうした問題が生じることは想定内であったところ、「法務省がよもや婚姻を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とは、想定しませんでした。法務省の対応は、想定外でした」とのことである²⁷⁾。

また、特例法4条1項に基づき、夫の同意により嫡出否認権は消滅して、法的父子関係が確定する原則が性同一性障害の場合にもあてはまること、戸籍上の親子と血縁上の親子関係が必ずしも一致しなくてもよいことは民法の基本的な前提であり、夫婦の間で出生した子を嫡出でない子として届けさせ、特別養子とすることは人格権の侵害ともなろうとする見解もある²⁸⁾。

その他、嫡出子出生届の受理という点につき、判例法理である外観説の見地からも生殖補助医療関連親子法制部による要綱中間試案²⁹⁾からも、現行民法772条の嫡出推定の及ぶ嫡出子として出生届を受理する解釈も可能であるとする見解がある³⁰⁾ほか、嫡出推定・嫡出否認の制度の立法趣旨、生理的血縁と法的親子関係の不一致を前提とした法の構造、AIDに同意した夫を父とする判例の存在などから実体法上も嫡出推定が及ぶものと解した上で、戸籍事務管掌者の形式的審査権の濫用であり違法であるとするもの³¹⁾や、更に端的に手続的な瑕疵に言及するものとして、特例法4条の趣旨から戸籍事務担当者が性別変更の記載という個人情報を利用できるのは疑問であり、判例が採る外観説にも違反しているとして、嫡出子出生届は受理せざるを得ないと解する見解がある³²⁾。

以上の学説につき、まず、消極説については、現行制度上、「推定の及ばない

27) 野宮亜紀＝針間克己＝大島俊之＝原科孝雄＝虎井まさ衛＝内島豊編『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]。

28) 高橋・前掲書注(6)・148頁 [床谷文雄]。

29) 法務省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」(<http://www.moj.go.jp/content/000071864.pdf>)及び同「補足説明」(<http://www.moj.go.jp/content/000071865.pdf>) (2014年7月30日最終確認)。

30) 中村恵「性同一性障害者の親子関係」法時83巻12号(2011)44, 47-48頁。

31) 二宮周平「性別の取扱いを変更した人の婚姻と嫡出推定」立命館大学法学345=346号(2012)602, 607頁。

32) 渡邊泰彦「本件原々審判批」新・判例解説 Watch12号(2013)121, 123-124頁。

子」は親子関係不存在確認の訴えの要件であるにすぎず、父子関係につき争いのない場合には、実体法上嫡出推定の及ぶ嫡出子であろうと「推定の及ばない子」であろうと、いずれも「嫡出子」として扱われるという戸籍事務の取扱いからすると、性別の取扱いの変更を受けた夫の AID 子に限って特別の取扱いをする（嫡出子出生届を受理しない）のは理由に乏しい（望まぬ父子関係の確定や子の出自を知る権利の問題があるにしても、それらの問題は AID 子に限られず一般に生じる問題である）。なお、慎重説についても、あらかじめ外形的に明らかな場合とそうでない場合とを区別することも考えられるとするが、少なくとも現行制度では異なった扱いをすることが要請されているわけでもなく、あくまでも今後の課題であり、最終的には立法上の検討課題であると考えられることから、現時点においては、性別取扱変更の審判を受けた夫婦による AID 子を「推定の及ばない子」として嫡出子出生届を受理しないと結論を導くことはできない。

したがって、私見としては、本件のような性別取扱変更の審判を受けた夫婦による AID 子については、民法772条による嫡出の推定は排除できないものと考えられることから、嫡出子としての出生届も受理せざるをえないものと解される（ただし、形式的には排除することができないものと解するにすぎず、後に父子関係につき争いが生じた場合においても「推定の及ばない子」ではないとまでいうものではない）。

四 本件最高裁決定の検討

1. 原審・原々審と最高裁決定との相違

本件決定の検討に先立ち、原審・原々審と本件決定との相違を確認しておこう。

まず、原審及び原々審は、嫡出子出生届を受理することができないことの理由として、自然的血縁関係が事実上存在しないことを前提とすると嫡出推定が及ばないからだとしている。すなわち、特例法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戸籍記

載上から客観的に明らか³³⁾であることを理由としている。他方で、本件最高裁決定は、自然的血縁関係が事実上存在しないという事情があったとしても、夫婦の実態が失われていたことなどが明らかな事情もない以上、婚姻を経ていることから嫡出推定は及ぶものと解している。

以上のように判断が異なっているのは、第一に、民法772条の適用の前提につき、見解が相違しているからである。すなわち、原審・原々審のように嫡出子出生届を受理することができないとするのは、民法772条の嫡出推定は妻が夫により懐胎する機会があることを根拠とするものであるから、その機会がない場合には同条の適用はないと解しているからである（岡部・大谷反対意見）。これに対して、本件最高裁は、親子関係が血縁を基礎に置くとしても、同時に子の身分関係の法的安定の要請もあるため、その調整として、血縁関係との乖離の可能性があっても、婚姻によって父子関係を生じさせるものとしたのが民法772条であり、嫡出推定は及ぶ（木内補足意見）ものと解している。この点の見解の相違が、そもそも問題の出発点である。

もっとも、民法772条の適用の可否については、これを戸籍事務管掌者が判断して、嫡出子出生届の受理を拒むことができるか否かはまた別の問題であり、これが第二の相違点である。すなわち、原審・原々審（及び反対意見）によれば、戸籍の記載上、性別取扱変更の審判を受けた者であることが明らかであることから自然的血縁関係が存在しないことは明らかであり、それゆえ外観上も夫婦間に性交渉が行われる機会がなく、夫による懐胎もないとされるのであるが、本件最高裁は、夫婦の実態が失われていたなどの事情が認められるような場合については留保しつつも、戸籍上の記載を基に判断することは認めていない。いずれも外観説に立つものと解されるが、原審・原々審（及び反対意見）は、外観の判断の基礎を戸籍の記載にまで拡張して捉えているものと思われる。そして、この点は、戸籍事務管掌者による審査の範囲にもかかわる。戸籍事務管掌者は実質的審査権がない（形式的審査権を有するに留まる）と解されてい

33) 【原々審】東京家審平成24年10月31日金商1437号19頁。

るが³⁴⁾、この形式的審査権につき、提出された出生届に不備がないかどうかを確認することができるにすぎないとするのが一般的であろうが、この「不備」を戸籍上の記載をも含めて判断することができるかどうかは判断が分かれるところであろう。

このように、本件のような性別取扱変更の審判を受けた夫婦の AID 子の嫡出子出生届の受理については、①民法772条の嫡出推定規定の前提問題、並びに②嫡出推定排除の基準及び戸籍事務管掌者の形式的審査権の範囲の問題が相俟って複雑な様相を呈しているのである。

2. 検討

それでは、以上示した問題点をもとに、本件決定について検討をする。

(1)まず、民法772条の嫡出推定の制度趣旨は、原審は「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計ったものである」とするが、これは、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、同条それ自体の立法趣旨ではない³⁵⁾。推定の効力が嫡出否認や親子関係不存在確認がなされない限り覆されないほどの極めて強力な効力を有するのは、家庭の平和や夫婦間の秘事の隠避以上に、やはり父子関係の早期の法的安定の要請が求められているものと解される。現行民法も事実上血縁関係がない者に対する嫡出推定を制度上は排除しておらず、少なくともそのような場合が生じることも妨げられないにもかかわらず、あえて推定させる規定を置いている。更には、特例法4条1項は、法律に別段の定めがある場合を除き、民法その他の法律の規定については、変更後の性別に基づき適用されるものとしている。そうすると、性別取扱変更の審判を受けた夫の AID 子であることのみで「推定の及ばない子」ということはできず、出生届提出の段階においては、民法772条の嫡出推定が及ぶものと解さざるを得ない。また、

34) 中川(善)・前掲書注(5)・98頁〔高梨公之〕、中川=米倉・前掲書注(5)・177頁〔高梨公之=高梨俊一〕、内田貴『民法Ⅳ 親族・相続〔補訂版〕』(東京大学出版, 2004) 176頁、高橋・前掲書注(6)・126頁、前田陽一=本山敦=浦野由紀子『民法Ⅳ 親族・相続〔第2版〕』(有斐閣, 2012) 122頁、窪田・前掲書注(3)・179頁など。

35) 二宮・前掲注(31)・586頁。

性別取扱変更の審判を受けた夫のAID子と夫の同意のあるAID子とでは、自然的血縁関係が存在しないという点では何も異なるところはない。後者であれば嫡出子出生届は受理されているにもかかわらず、性別取扱変更の審判を受けた夫のAID子に限り特別扱い、すなわち嫡出子出生届を受理しないとするには、理由に乏しいと思われる。

(2)それでは、戸籍の記載上、性別取扱変更の審判を受けた者であることが明らかであるため、嫡出推定が及ばないと判断することはできるのであろうか。確かに、この点については、特例法4条1項は変更後の性別に基づいて適用するとしているだけであり、民法のおよそ想定していなかったケースである。したがって、原々審の述べるように嫡出子出生届を受理してきたのは「戸籍事務の審査の事実上の結果」に過ぎないものと捉えると、戸籍に性別取扱変更の審判を受けたことが明記されている以上、戸籍事務管掌者の形式的審査権の範囲内であると解する³⁶⁾こともあるいはできるのであろう。すなわち、戸籍の記載上、生物学上の父ではないことが明らかであるため、虚偽の嫡出子出生届がなされたものと解し、この点に「不備」があると認定するものであり、形式的審査権の範囲内の処理であると解するのである。しかし、このような処理は支持することができない。第一に、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るところ、このような極めて私的な個人情報を利用できるかは大いに疑問のあるところである³⁷⁾。また、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、嫡出子としての子の法的地位の存否に直結することであり、実体的な権利関係の判断であり、司法判断に服すべき事項である。現行民法では、生理的な血縁関係と法律上の父子関係の不一致は肯定されており、これを破るには嫡出否認及び親子関係不存在確認が許されているが、これもまた司法判断に服すべき事項であり、かつ、これらは夫及び利害関係人のイニシアティブに委ねられている。にもかかわらず、父子関係につき当事者間で争いがない場合においても「嫡出ではない子という客観的事実の認定」を戸籍事務管掌者

36) 【原々審】東京家審平成24年10月31日金商1437号19頁。

37) 渡邊・前掲注³²⁾・124頁に同旨。

ができるとするには根拠が乏しい³⁸⁾。もしこれを認めるのであれば、実質的に、戸籍事務管掌者に司法判断である法的親子関係存否の事前審査権を認めることに等しい。以上の理由から、戸籍事務管掌者が、戸籍上の記載から「推定の及ばない子」であると判断・記載すること（空欄とすること）は、父子関係の存否という法的判断をとともう事実認定を行っていることとなり、その形式的審査権の範囲を超えるものと解される。

(3)なお、原審・原々審及び反対意見は、戸籍上性別取扱変更の審判を受けたことが明らかであるから、事実上生殖不能であって、自然的血縁関係が存在しないことが外観上明白であるというように、外観説を基礎に判断しているものと思われる。この外観説の理解は、従来のものとは異なり、事実上、「客観的に懐胎可能性がない（生殖可能性の不存在）」ことまで判断の基礎に拡張した見解であると解される。そして、このように外観説を捉えるのであれば、本件のような性別取扱変更の審判を受けた夫の AID 子は、「推定の及ばない子」だとすることも可能であろう。しかしながら、「推定の及ばない子」であるか否かは、当該父子関係につき争いが生じた場合に初めて問題となるのであり、本件のように父子関係に争いが無い場合には、そもそも問題として生じないはずである。したがって、後に父子関係が争われる場合はともかく、本件のような嫡出子出生届の審査においては、外観説の適用解釈に誤りがあったのではなく、そもそも外観説を持ち出す必要がなく、また、審査におおよそ関係のない基準をその判断に取り込んでしまっているという点においても不当な判断である。

五 結びに代えて

本決定を敷衍するならば、性別取扱変更の審判を受けた夫の AID 子については、嫡出推定制度の趣旨に鑑みると、そのような AID 子であること自体でもって「推定の及ばない子」とすることはできず、また、父子関係という法的関係について司法に先んじて判断することが戸籍事務管掌者に許されているもので

38) 二宮・前掲注(31)・603頁に同旨。

もないため、いずれにせよ「嫡出子」として出生届を受理せざるを得ないと判断したものと解される。自然的血縁関係が一致しない場合においても嫡出子出生届を受理してきた戸籍実務及び生物学上の男女による婚姻のAID子の取扱いに鑑みても、性別取扱変更の審判を受けた夫のAID子に限って取扱いを異にする理由に乏しいことから、正当な判断であると思われる。

なお、本件は、もっぱら実体法的観点が強調されているが、むしろ嫡出子出生届という手続的側面に鑑み、実体法上の問題に踏み込むことなく、端的に戸籍事務管掌者の審査権限の範囲のみを問題とすることができた事案であると思われる³⁹⁾。本件の原審・原々審・反対意見のみならず、最高裁法廷意見（多数意見及び補足意見）もまた、「推定の及ばない子」そして外観説に引きずられてしまっているように感ぜられるところである。

ところで、性別取扱変更の審判を受けた夫のAID子の嫡出子出生届については、本件決定及びその後の通達によって問題としては解消しているが、嫡出子出生届受理後の父子関係については、問題として残されているところである。すなわち、嫡出否認の可否については、夫の同意のあるAIDの場合と同様とみるのであろうか。また、親子関係不存在確認の可否については、どうであろうか。私見としては、嫡出否認については、夫の同意のあるAIDの場合と同様に解するのが妥当であると思われるが、親子関係不存在確認の可否については、理論上、利害関係人からの請求を排除することはできないが、夫又は妻からの請求は権利濫用として排斥する可能性を残しつつ⁴⁰⁾、實際上、子に限って請求をすることができるとする解釈（寺田補足意見）に収束していくものと思われる。

また、本稿では検討に及ばなかったが、子の福祉の観点からの検討も忘れてはならない問題である。AID子の嫡出推定に反対する見解や本件反対意見がつとに強調していたように、望まぬ父子関係の固定化という問題や子の出自を知る権利の保障は、今日的課題である⁴¹⁾。もっとも、この問題は、特例法により性

39) 山地・前掲注(1)・81頁。

40) 最判平成18年7月7日民集60巻6号2307頁。

別取扱変更の審判を受けた者が現れたことから生じたものではなく、従前から一般的に存在してきたものであるため、今後、家族法制全体にわたる立法的対処が求められることとなろう。

41) 生殖補助医療をめぐる親子関係の子の福祉については、石井美智子「生殖保護医療における子の福祉—父は必要ないのか」法時83巻12号（2011）49頁、二宮周平「子の出自を知る権利」『生殖補助医療と法（学会議叢書19）』（日本学術協力財団，2012）212頁、水野紀子「生殖補助医療と民法の親子関係」（日本学術協力財団，2012）194頁（特に204頁以下）、同・前掲注(17)・601頁（特に613頁以下）などを参照されたい。