

## 性同一性障害者の父子関係

永 沼 淳 子

- 一 問題の所在
- 二 非配偶者間人工授精により出生した子の嫡出推定
- 三 性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律
- 四 民法七七二条
- 五 むすびにかえて

### 一 問題の所在

平成二五（二〇一三）年一二月一〇日、最高裁判所第三小法廷において、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（平成一五年法律第一一一号。以下「特例法」という。）に基づき性別を男性に変更した者が婚姻し、その者の妻が第三者から精子の提供を受けて懐胎・出産した子の出生届につき、戸籍事務管掌者がした父の欄を空欄にする等の戸籍の記載について、父の欄に性別を変更した者の氏名を記載し、性別を変更した者の嫡

出子とするよう求めた許可抗告で、戸籍の訂正を認めた。<sup>(1)</sup>

特例法により性別を変更した場合、性別変更した者の戸籍の身分事項欄には、「平成一五年法律第一一一号三条による裁判発効日」△年△月△日」と性別変更したことが記載される。この記載は、婚姻等により新戸籍が編製されるときや、養子縁組等により他の戸籍に入るときも移記されるため、戸籍事務管掌者も性別変更の事実を認識することになる。今回の最高裁決定は、父と子に生物的血縁がないことが戸籍から明らかである場合は、子は「非嫡出子」になるとの東京高等裁判所の決定を破棄し、特例法に基づき性別を男性に変更した者は、それ以後、法令の適用について男性とみなされるため、婚姻中に妻が懐胎したときは民法七七二条により、子は「嫡出子」になるとした。

ところで、性別を変更した者の親子関係は、生来の男性が女性に性別を変更して子をもつ場合と、生来の女性が男性に性別を変更して子をもつ場合が考えられる。男性から女性に性別を変更した者と子の関係は、最高裁第二小法廷平成一九（二〇〇七）年三月二三日決定<sup>(2)</sup>により、母子関係の成立は認められないことになる。他方、女性から男性に性別を変更した者と子の父子関係については、この事案が初めての判断となる。法務省によると二〇〇四年に特例法が施行されてから、性別を男性に変更した者の妻が夫以外の者から精子の提供を受け出産した例は、一二月時点で三九件確認されており、今後同じ事情をもつ夫婦に大きな影響を与えると思われる。

この事案では、性別を変更した者の妻が非配偶者間人工授精（Artificial Insemination with donor's semen、以下AIDという。）の施術を受け懐胎・出産した子について、戸籍に「嫡出子」と記載されなかったことが審判を提起する理由になったが、生来の男女が夫婦になりAIDにより子をもうけた場合、父に生殖能力がなく、父と子に生物的血縁がないことが戸籍からは明らかでないため、その子は夫婦の「嫡出子」として戸籍に記載される。

この事実を受け、本稿は、第一に、特例法により性別を変更し男性となった者とA I D子の関係につき、父子関係を定めた民法七七二条はどのような立場を採るのか、第二に、特例法四条一項は「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」と定めているが、民法七七二条の適用にあたり、変更した性別での適用を認められるのか、若干の考察を行うものである。

## 二 非配偶者間人工授精により出生した子の嫡出推定

### 1 わが国における非配偶者間人工授精の状況

本稿は、特例法により性別を変更し、男性として女性と婚姻した者が、その妻となった者との間に合意によるA I Dで子を得た場合、性別を変更して男性になった者とその子どもとの父子関係について論じるものであるが、その前提として、生来の男女の夫婦間で行われるA I Dにより産まれた子どもと、生理的血縁のない夫との父子関係について、学説と判例がどのような立場をとっているのかを整理する。

夫の無精子症や精子欠乏症、あるいは精子に遺伝的な問題があるため子を得ることができない場合、A I Dによる不妊治療が行われている。人工授精とは、自然の性交では妊娠しない夫婦のために、性を伴わずに妊娠を可能にした最初の技術で、注射器で子宮に精子を注入する方法である。<sup>5)</sup> わが国初のA I D子が一九四九年に慶応大

学病院で誕生してから、現在までに約一万五千人から数万人が出生したと言われている。出生数に大きな幅がある理由は、第一号A I D子が誕生してから、日本産科婦人科学会がA I Dについて「非配偶者間人工授精に関する見解」<sup>(6)</sup>を策定した一九九七年まで、何の規制もなく、正確な出生数を把握する仕組みがなかったためである。現在、A I Dを含む生殖補助医療の実施と報告について、同学会は「生殖補助医療実施医療機関の登録と報告に関する見解」<sup>(7)</sup>で、当該学会において登録義務があるとされる生殖補助医療の実施は、当該学会に登録した施設のみで実施することができるとし、実施した症例の経過、妊娠・出産を報告する義務を負うとしている。二〇一三年に発表されたデータによれば、A I Dを含む生殖補助医療を実施している医療施設数は、全国で五八六であり、そのうちA I Dを実施した施設は一五である。<sup>(8)</sup>

ところで、A I Dは世界的に利用されている生殖補助技術であるが、この普及は子を望む患者の全面的な支持によるものではなく、A I Dを選択するしかない理由があり、その理由として考えられる三点を以下のように述べている。①A I Dは精液を注入する方法が性交と異なるだけで、母体における妊娠・出産の過程は自然なものであり、体外受精がはらんでいられるかもしれない危険がないこと、②A I Dは医師による施術のほかに、キットを購入することで素人でも可能であり、医師によるA I Dを禁止しても、キットを利用して実行される可能性があり、そうであるならば、医師が健康なドナーの協力を得て、ドナー一人あたりの出生児数を制限し、記録を残すなどの管理の下、施術を提供する方が良いとする判断があること、③A I Dにより出生した子の法的地位は、嫡出推定の枠組みを利用して子の身分を守ることができることである。<sup>(10)</sup>

世界的に普及し、わが国でも半世紀以上の歴史を持つA I Dの治療実績は、平成二四（二〇一二）年に発表された二〇一一年の実績として、総患者数八九二、妊娠数一六五、出生児数九二、平成二三（二〇一一）年に発表

された二〇一〇年の実績として、総患者数六三九、妊娠数一三八、出生児数五三、平成二二（二〇一〇）年に発表された二〇〇九年の実績として、総患者数八〇六、妊娠数一七七、出生児数九七、平成二一（二〇〇九）年に発表された二〇〇八年の実績として、総患者数九〇八、妊娠数一八四、出生児数七六であった。<sup>(11)</sup> 直近の報告から毎年五〇から一〇〇人程度のAID子が出生しているが、AIDによる出生児数は、他の生殖補助医療により出生する子どもの数と比較すると少ない。例えば、体外受精のひとつである顕微授精による出生児数は、平成二四（二〇二二）年に発表された二〇二一年データでは五千四一五、平成二三（二〇二一）年に発表された二〇一〇年データでは五千二七七、平成二二（二〇一〇）年に発表された二〇〇九年データでは五千一八〇、平成二二（二〇〇九）年に発表された二〇〇八年データでは四千六一五であった。<sup>(13)</sup>

AID子の出生数が少ない理由として、一般的に、親子関係を遺伝的繋がりと理解するわが国において、夫婦の精子と卵子を使用する顕微授精は受け入れられやすく、一方で、父と遺伝的繋がりのないAIDは「控えめにしか認めない」とする潜在的な意識があるとされる。<sup>(14)</sup> また、日本産科婦人科学会の「非配偶者間人工授精に関する見解」に付された「解説」の存在も理由のひとつに挙げられよう。解説には、「臨床的にこれ以外の方法では妊娠が不可能、あるいはこれ以外の方法で妊娠をはかった場合に母体や児に重大な危険がおよぶと判断される、と医師が臨床的に判断した場合に適応となりうる。しかしながら、原則として本法の施行は無精子症に限定されるべきである。慎重な配慮なしに他の治療法で妊娠可能な症例に本法を行うことは、厳に慎まなければならない。」として、AIDの施術を無精子症に限定していることが考えられる。なお、右の見解に対し、顕微授精の導入後もAID治療を受ける患者数に変化はないとする意見もある。<sup>(15)</sup>

このような現状の下、AIDにより産まれた子どもたちの法的地位はどのように考えられているのか確認する。

## 2 非配偶者間人工受精により出生した子の法的地位

前述したように、わが国ではAIDを含む生殖補助医療を規制する法整備は未だなされていない。また、生殖補助医療を利用して子を得た場合の親子関係に関する法も同様である。これらの法整備の遅れは、子を欲する親の自己決定の名の下に、親子関係に課題を抱えた子どもを生じさせているが、これに一定の歯止めをかけているのが日本産科婦人科学会により策定された各種会告である。「非配偶者間人工授精に関する見解」には、AIDを実施するための七項目が記載され、さらに、会告が正しく理解されることを目的としてすべての事項に「解説」が付されている。七項目中、二で「被実施者は法的に婚姻している夫婦で、心身ともに妊娠・分娩・育児に耐えられる状態にあるものとする。」とし、三で「実施者は、被実施者である不妊夫婦双方に本法の内容、問題点、予想される成績について事前に文書を用いて説明し、了解を得た上で同意を取得し同意文書を保管する。また、本法の実施に際しては、被実施者夫婦およびその出生児のプライバシーを尊重する。」と定める。さらに、三の解説には、「本法において夫婦の同意を確認することは、生まれてくる子ども福祉を考慮の上で極めて重要である。そのため治療開始前に、本法により出生した子どもは夫婦の嫡出子と認めることを明記した同意書に、夫婦が同席の上で署名し、夫婦とも拇印を押すなど本人確認を行ったのちに治療を開始する。」としている。また、当該学会は、特例法により男性に性別を変更した者がその妻とAIDの施術を受けることについて、二〇〇七年に「ガイドラインに抵触しない」との見解を公表し、当該学会理事長である吉村泰典教授も「法律婚であることがAIDの要件。今回のような夫婦に実施するのを拒否する理由はない。」と発言している。<sup>16)</sup>

以上のような活動とは別に、立法に向けた動きとして、二〇〇三年七月に法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会が取りまとめた「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<sup>(17)</sup>」では、AID父子関係について、第二で「妻が夫の同意を得て、夫以外の男性の精子（その精子に由来する胚を含む。以下同じ。）を用いた生殖補助医療により子を懐胎したときは、その夫を子の父とするものとする。」とし、民法七七二条により嫡出推定を及ぼすことで、AIDにより出生した子の法的地位を保護している。また、生殖補助医療のために精子が用いられた男性の法的地位に関する規定は、第三、一、（二）で「制度枠組みの中で行われる生殖補助医療のために精子を提供した者は、その精子を用いた生殖補助医療により女性が懐胎した子を認知することができないものとする。」とし、さらに（二）で「民法第七八七条の認知の訴えは、（一）に規定する者に対しては、提起することができないものとする。」として、認知も強制認知も認めていない。

### 3 非配偶者間人工授精子に対する学説と判例

AID子の法的地位について、学説は、第一に民法七七二条の推定される嫡出子とする説、第二に推定の及ばない嫡出子とする説、第三に特別養子とする説がある。

第一の推定される嫡出子とする説は、以下のように説明する。そもそも嫡出の推定は、妻の子が必ずしも夫の子でないことを認めるものであり、このことは夫の嫡出否認権によって裏付けられている。これをAID子に当てはめると、AIDは夫の同意のもと施術されるのであるから夫が否認権を行使することは考えにくい。それ

を行使する場合は、事前の同意により権利濫用になるとする。また、A I Dが夫の同意の下、夫の精液を混合して行われ場合には夫の子と推定される嫡出子となり、この同意には嫡出性の承認以上に強い縁組に相当するものであるから、夫の否認権を否定すべきだとする説もある。<sup>(19)</sup>これに対して、第二のA I D子を推定の及ばない嫡出子とする説は、夫の行方不明、別居、生殖不能等で妻が懐胎する可能性がない場合に生まれた子は、母に戸籍上の夫がいても、夫の子と推定するのは不条理であるとする。この説によれば、七七二条は、婚姻した男女の間に生まれた子は、原則的には夫の子であるだろうが、他人の子であることも絶対にならないことではないという場合を想定しての規定であり、A I Dのように絶対に夫の子ではない場合に適用すべきでないと言張する。しかし、例外として、夫の精液を混合したときは推定される嫡出子になるという。また、A I Dを承諾した夫には妻の実子を養子にする場合と類似の意思があると認められるけれども、縁組の届出はないのだから養子縁組とすべきではないとする。<sup>(20)</sup>第三の特別養子とする説は、特別養子が養親側に親としての責任を引き受ける意思があることを不可欠な要件としていること、縁組の成立により養子と実親との関係が断絶することがA I D子の場合と同様であると解し、父子関係で遺伝的な繋がりが無いA I Dは、嫡出推定の適用の有無ではなく、特別養子規定の準用によるべきであるとする。<sup>(21)</sup>

ところで、長い歴史をもつA I Dであるが、A I D子をめぐる訴訟は平成一〇年まで、まったく提起されなかつた。A I D子関連の初めての裁判例である東京高等裁判所平成一〇（一九九八）年九月一六日の決定は、<sup>(22)</sup>親権者の指定を争う審判及びその抗告審であったが、決定中、夫婦が同意してA I Dにより出生した子の法的地位について判断を示した。高裁の判断理由は、以下の通りである。「夫の同意を得て人工授精が行われた場合には、人工授精子は嫡出推定の及ぶ嫡出子であり、妻が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。」さらに「人工授精子の親権者を定めるについては、未成年者が人工授精子であることを考慮する必要がありと解される。夫と未成年者との間に自然的血縁関係がないことは否定することができない事実であり、このことが場合によっては子の福祉に何らかの影響を与えることがありうると考えられるからである。」としたうえで、「その年齢からして、未成年者は母親の愛情と配慮が必要不可欠であることは否定することができず、養育態度、養育環境、未成年者の受入れ態勢等については双方を比較して優劣はないのであるから、母親の愛情と配慮の必要性を否定して、親権者を相手方にすべき特段の事情は存在しない。」したがって、「未成年者が人工授精子であることを考慮に入れなくても、その親権者を抗告人と定めるのが相当であるというべきである。」として、母親を親権者に指定した。AID子を「嫡出推定の及ぶ嫡出子」とする本決定を受け、血縁関係より意思により構築される父子関係の存在を支持する見解が表明される一方で、AIDに同意するという個人の意思から「嫡出推定の及ぶ嫡出子」という親子関係を認めることに対し、「親子関係の公序性に反する」という見解もみられる。

### 三 性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律

#### 1 特例法立法の背景

人間の性に関する包括的概念であるセクシュアリティは、身体的性別、ジェンダー・アイデンティティ、性指

向、性嗜好、性役割などの構成要素からなる。性同一性障害 (Gender Identity Disorder—GID) とは、身体的性別 (sex) と、自分が男性あるいは女性であるとのその人の内的な確信 (Gender Identity) が一致しない状態を指し、体の性別と心の性別の不一致と言われる。性同一性障害の治療は、一九六〇年代までは精神科医を中心に行われ、治療内容は「心の性別を体の性別に一致させる」ものであったが、その多くは効果がみられなかった。その後、外科的技術や内分泌学の進展に伴い、「体の性別を心の性別に一致させる」治療方針が登場した。<sup>(25)</sup>

わが国においては、一九六九年、男性から女性への性転換手術を執刀した産婦人科医に有罪判決が下ったこと(いわゆる「ブルーボーイ事件」)<sup>(26)</sup>により、性転換に関する治療は長く行われなかった。三〇年近く経過した一九九六年、埼玉医科大学倫理委員会が『性転換治療の臨床的研究』に関する審議経過と答申」を公表し、性同一性障害の治療基準の明確化、ガイドラインの策定、診断や治療の体制整備の必要性を訴えた。直後の一九九七年、日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会が「性同一性障害の診断と治療のガイドライン」<sup>(27)</sup>を策定・公表し、性同一性障害は医療の対象であり、性別適合手術 (Sex Reassignment Surgery : SRS) は性同一性障害の治療として正当な医療行為であると報告し、翌一九九八年、埼玉医科大学において、このガイドラインを遵守した国内初の性別適合手術が行われるに至った。<sup>(28)</sup>これを機に、性同一性障害者に対する医学的な救済は前進したが、法的救済は未整備のままであった。

性同一性障害者が求める法的救済は、主に名と戸籍の続柄欄の変更である。名の変更とは、男性名から女性名へ、女性名から男性名へ、名を変更することであり、戸籍の続柄欄の変更とは、父母との続柄を示す「長男」や「二女」という記載の変更である。この二点について、性同一性障害を理由として、家庭裁判所に対し戸籍法第一〇七条の二により名の変更許可の申立てを行った場合、その多くが許可されていたが、戸籍法第一一三条の戸

籍の訂正手続による戸籍の続柄の記載変更については、申立てのほとんどが不許可とされていた。<sup>(29)</sup> 続柄欄の変更につき、戸籍法第一一三条は「戸籍の記載が法律上許されないものであること又はその記載に錯誤若しくは遺漏があることを発見した場合には、利害関係人は、家庭裁判所の許可を得て、戸籍の訂正を申請することができる。」としている。平成一五（二〇〇三）年、続柄欄の訂正を求めた抗告事件で東京高裁は、「ところで、現行の戸籍法等の法制は、男女の性別は生物学的性によって決定されるという建前を採っており、現時点においては、心理的社会的性を法的性別決定の基準とするのは相当ではないと解すべきところ、抗告人は、上記のとおり、生物学的には女性として出生し、その旨の届出がされている。したがって、抗告人が性同一性障害と診断され、性転換手術を受け、外的には男性の形態を備えるに至っているけれども、性別に関する戸籍の記載が戸籍法第一一三条にいう錯誤に当たるといふことはできない。」として、戸籍の訂正許可申立てを却下している。<sup>(30)</sup>

このような法的取扱いは、性同一性障害者が社会生活を送るうえで様々な障害を生じさせることになり、次第に立法による解決を求める動きが活発になった。

## 2 特例法四条一項の意義

特例法は、二〇〇三（平成一五）年七月一六日公布され、二〇〇四（平成一六）年七月一六日施行された。<sup>(31)</sup> その内容は、二条で性同一性障害者について定義し、三条一項で性別の取扱いの変更の審判を受けることができる者の要件を規定し、四条一項で「性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、民法（明治二十九年法律第八十九号）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。」としている。

特例法四条一項によれば、性同一性障害により性別の変更が認められた者は、変更後の性別で婚姻や養子縁組が認められるほか、性別により法の適用や効果が異なる場合にも、変更後の性別としてその法の適用を受けることになる。例えば、労働基準法等の女子保護規定は、性別を変更し男性になったとみなされた者には適用されず、性別を変更し女性になったとみなされる者は原則として適用されるが、生理休暇に関する規定については、生理がないため適用されないとしている。さらに、強姦罪の適用についても、性別を変更し男性になったとみなされる者は強姦罪の実行行為を行う主体となり得、性別を変更し女性になったとみなされる者は強姦罪の客体になり得ることになる。<sup>(32)</sup>

特例法制定の議論中に、四条一項が適用される例として、「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もつ場合の父子関係」について、特に触れられていない。しかし、変更後の新しい性別で婚姻が認められ、労働基準法や強姦罪の適用があるとする立法の立場からすれば、性別を変更し男性として婚姻した者は、生来の男性が婚姻したのと同様の法の適用があると考えるべきであろう。

なお、特例法制定時、「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>(33)</sup>

## 四 民法七七二条

### 1 平成二五（二〇一三）年二月一〇日最高裁判所第三小法廷決定

#### （1） 事案の概要

X1は生物学的には女性であることが明らかであったが、特例法二条に規定する性同一性障害であったため、二〇〇四年に性別適合手術を受け、二〇〇八年三月に特例法三条一項に基づいて、女性から男性に性別の取扱いの変更の審判を受けた。これにより、X1の戸籍の身分欄には、戸籍法一三条八号及び戸籍法施行規則三五条一六号により「平成一五年法律第一一一号三条による裁判発効日」△年△月△日との記載がされた。翌月、X1は女性であるX2と婚姻し、X1の実弟から精子の提供を受け、AIDにより二〇〇九年一月に男児Aをもうけた。このため、当時の本籍地である兵庫県宍粟市に「嫡出子」として出生届を提出したところ、X1の性別変更を理由に受理されなかったため、これを取り下げた。<sup>64</sup>その後、二〇一二年一月にX1らは転籍後の本籍地である東京都新宿区にAを嫡出子とする出生届を出したが、新宿区長は出生届の「父母との続き柄」欄等に不備があるとして二回にわたり追完催告したが、X1が従わなかったため、東京法務局長の許可を得て、父親の欄を空欄にし、AをX2の「非嫡出子」とする戸籍の記載をした。

このため、X1らは、東京家庭裁判所に対し、第三者の精子を使った人工授精で妻が産んだ男児を嫡出子と認めるよう戸籍訂正許可を申し立てたが、同年一〇月三十一日、申し立ては却下された。東京家庭裁判所は却下の理由について、X1には生殖能力がないことは戸籍上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、区長がAについて非嫡出子として記載したことが戸籍法に違反するものではないし、特別養子縁組をすることで子どもの法的保護に欠けることはないとしている。この結果を受け、X1らは東京高等裁判所に対し、即時抗告を申し立てたが、抗告棄却の決定がなされた。

東京高等裁判所は、抗告棄却の理由として、「嫡出親子関係は、生理的な血縁を基礎としつつ、婚姻を基礎として判定されるものであって、父子関係の嫡出性の推定に関し、民法七七二条は、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くものというべきであり、このような場合において、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必要があるということはできない。また、抗告人らの主張する特例法四条の規定も、同法三条一項四号に規定する場合を前提とするものであるから、その場合の民法の規定の適用に変更を加えるものではない。そして、本件戸籍記載はAの父欄を空欄とするものであって、前記引用に係る原審判の『理由』欄の第三の四項のとおり、戸籍上の処理は、あくまでもAが客観的に抗告人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であるから、抗告人らの主張を考慮しても、本件戸籍記載が憲法一四条又は一三条に反するものということはできない。」とした。Xらは最高裁に許可抗告を申し立てた。

## (2) 判旨

### 破棄自判

「(1) 特例法四条一項は、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旨を規定している。したがって、特例法三条一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のみならず、婚姻中にその妻が子を懐胎したときは、同法七七二条の規定により、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、民法七七二条二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（最高裁昭和四三年（オ）第一一八四号同四四年五月二十九日第一小法廷判決・民集二三卷六号一〇六四頁、最高裁平成八年（オ）第三八〇号同二年三月一四日第三小法廷判決・裁判集民事一八九号四九七頁参照）、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の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三条一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つて当該夫と当該子との間の血縁関係が存在しないことが明らかであるとして、当該子が民法七七二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。」

「(2) これを本件についてみると、Aは、妻である原告人X2が婚姻中に懐胎した子であるから、夫である原告人X1が特例法三条一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、民法七七二条の規定により、原告人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が明らかなることその他の事情もうかがわれぬ。したがって、Aについて民法七七二条の規定に従い嫡出子としての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う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。」

### (3) 民法七七二条の解釈

東京高裁は、民法七七二条の嫡出推定について「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から、「戸籍の記載上、生理的な血縁が存しないことが明らかなる場合においては、同条適用の前提を欠くものというべきであり、このような場合において、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必要があるということはできない」として、嫡出子としての出生届は認められないとした。これに対し、最高裁は、AはX2がX1と婚姻中に懐胎した子であり、X1が特例法により性別を女性から男性に変更した者であっても「民法七七二条の規定により、原告人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が明らかなることその他の事情もうかがわれぬ。したがって、Aについて民法七七二条の規定に従い嫡出子としての戸籍の届出をすることは認められるべきである」としている。

東京高裁は、生理的な血縁が存しないことが明らかなる場合は民法七七二条適用の前提を欠くとしているが、最



高裁は、同条の適用に生物的血縁関係を求めないとする立場である。以下、民法七七二条の意義について検討する。

## 2 民法七七二条の嫡出推定<sup>(35)</sup>

民法七七二条は、一項で「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」とし、二項で「婚姻成立の日から二〇〇日後又は婚姻の解消若しくは取消の日から三〇〇日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。」と規定する。母子関係が出産の事実により明白であるのに対し、父子関係は母子関係ほどはっきりしていないため、一項で婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定し、二項で婚姻中に懐胎したか否かは、子の出生時期によつて推定するものとした。一項と二項の二重の推定により父子関係を早期に安定させようとするのが本条の意義とされる。七七二条の条文中に「嫡出」という文言はないが、本条の推定を受ける子に対し、七七四条が「第七七二条の場合において、夫は、子が嫡出であることを否認することができる」としていることから、七七二条の要件に当てはまった子に嫡出性が認められることが判明する。ところで、七七四条の嫡出否認の訴えは、嫡出推定を受ける子であっても、子または親権を行う母に対し（七七五条）、子の出生を知った時から一年以内に提起できるとされている（七七七条）が、これはつまり、父と子に生物的血縁がない場合にも親子関係を認めていることを意味している。

妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定され、「嫡出子」と呼ばれるが、この「嫡出子」は七七二条の推定を受けない子と区別するため、講学上「推定される嫡出子」と説明される。七七二条の推定を受けない子は二つ

に大別され、一つは「推定されない嫡出子」であり、もう一つは「推定の及ばない子」である。「推定されない嫡出子」とは、七七二条の推定から外れているため「推定される嫡出子」にならないが、眞実夫の子である場合である。例えば、婚姻届の受理から一九九日以内に出生した子は、婚姻中に出生した子であるが、婚姻中に懐胎したと推定されないため「夫の子」とは推定されない。判例は、内縁が先行して内縁中に懐胎し、その後婚姻届を提出し、その翌日に生まれた子について、親子法全般の精神からみて出生と同時に嫡出子の身分を取得しているとされている。<sup>(36)</sup>さらに、父子関係の否定について、「推定されない嫡出子」の父子関係は民法の規定の適用外であるため、嫡出否認の訴えではなく親子関係不存在確認の訴えによるとする判例がある。<sup>(37)</sup>これら判決を受けて、学説には、七七二条の「婚姻成立の日」には「内縁成立の日」も含まれ、内縁成立の日から二〇〇日経過後で、婚姻届提出後に出生した子は、七七二条の嫡出推定を受ける子であると説がある。<sup>(38)</sup>しかし、判例は、この説を支持せず、内縁成立の日から二〇〇日経過後で、婚姻届提出後に出生した子は「推定されない嫡出子」であると説した。<sup>(39)</sup>

もう一方の「推定の及ばない子」とは、七七二条の要件に該当しているが、嫡出推定の及ばない場合である。嫡出推定は、夫婦の婚姻生活が正常な場合を前提としており、この欠如が客観的に証明され、妻が夫によって懐胎することが不可能な事情が存在するときは、推定は及ばないとする。判例も、離婚届け提出の二年半前から別居し、事実上の離婚状態であったときに妻が懐胎した子について、夫からの嫡出否認の訴えを待つまでもなく実の父に対して認知請求を認めている。<sup>(40)</sup>妻が夫によって懐胎することが不可能な事情とは、事実上の離婚、夫の服役、夫の行方不明等である。このような事情がある場合、嫡出推定は排除されるため、親子関係不存在確認の訴えにより親子関係を否定することができる。

問題となるのは、どのような場合に「推定の及ばない子」となるかである。学説は三つに大別される。第一は、右に記載したように、事実上の離婚や夫の服役等、「夫婦間の個人的交渉に立ち入らずに夫の子の懐胎の不能なことが明らかな場合」<sup>(41)</sup>に限るとする外観説である。この説は、夫以外の者が妻の不貞を暴露し、平和な家庭を破壊することは不当であるという前提にたち、性交渉の有無等夫婦の秘事を調査しなければ、夫の子か判定できないような場合は、嫡出推定が及ぶとするものである。したがって、夫の生殖不能や血液型の背馳の場合も嫡出推定が及ぶことになる。通説であり判例も支持する。第二に、親子関係について血縁であるという事実を重視し、夫の生殖不能、血液型の背馳、人種の相違等、夫の子でないことが客観的に証明された場合にも推定は及ばないとする血縁説<sup>(42)</sup>がある。この説は外観説に比べ、より真実の親子関係を重視するものである。第三に、家庭が平和であるなら外観説により嫡出推定を及ぼし、家庭の平和が失われたときは血縁説により嫡出推定を排除するとう、外観説と血縁説の折衷説で家庭破壊説と呼ばれる。この説によれば、すでに離婚している場合や妻が子の真実の父と同棲し、子を養育している等により家庭がすでに破綻している場合は、守るべき家庭の平和は存在しないのだから、真実の血縁関係ある父を法律上の父と認めるとするものである<sup>(43)</sup>。

### 3 A I D子の嫡出推定

次に、A I D子の嫡出推定について、生来男女夫婦と、性別を男性に変更した者とその妻に分けて、学説、判例、研究者等の見解を紹介する。

## (1) 生来男女夫婦のAID子について

①日本産科婦人科学会会告「非配偶者間人工授精に関する見解」の解説文には、AIDにより出生した子どもは夫婦の嫡出子と認めることを明記した同意書に、夫婦が同席の上で署名し、夫婦とも拇印を押すなど本人確認を行ったのちに治療を開始する、としている。②東京高等裁判所平成一〇(一九九八)年九月一六日の決定は、夫婦が同意してAIDにより出生した子の法的地位について、「夫の同意を得て人工授精が行われた場合には、人工受精子は嫡出推定の及ぶ嫡出子であり、妻が夫と子との間に親子関係が存在しない旨の主張することは許されない。」との判断を示した。③水野教授は、立法による解決をするならば、夫がAIDに同意していた場合は、夫の子と確定することが適当であるとしたうえで、現行民法では、AIDの出生後一年以内は夫による嫡出否認を提訴することも考えられるが、夫のAIDへの同意を民法七七六条の承認と解釈することで封じることが可能であるとしている。<sup>(44)</sup>④本山教授は、嫡出推定排除理論のうち、外観説以外のすべての説が父子間に血縁関係を求めていること、夫のAIDへの同意で法的父子関係が創設されることは、私人に親子関係の処分を認めことになり、親子関係の公序性に反する等の理由から、AID子を推定される嫡出子とすることに反対している。<sup>(45)</sup>その他の学説は、民法七七二条の推定される嫡出子とする説、推定の及ばない嫡出子とする説、特別養子とする説があり、推定される嫡出子とされる説が多数説である。

## (2) 性別を男性に変更した者とその妻のAID子について

二〇一〇(平成二六)年一月一〇日朝日新聞朝刊の一頁と三四頁に次のような見解が掲載された。①性同一性障害学会理事長・九州国際大学院法学研究科長である大島俊之教授は、「生まれた子と遺伝的な父子関係がな

い点では、Aさん（本件審判の当事者で性同一性障害者…筆者による注）も同じ人工授精によって子をもうけたほかの多くの夫も同じ。過去に女だったという、戸籍に記載された事実をもとに嫡出子と認めないのは道理が通らない。性同一性障害者への差別だ」と述べている。②日本産科婦人科学会理事長で慶応大医学部教授の吉村泰典教授は、日本産科婦人科学会の倫理委員会が特例法により男性に性別を変更した人と妻がAIDを受けることについて「ガイドラインに抵触しない」との見解を二〇〇七年に示したことを前提に、「法律婚であることがAIDの要件。今回のような夫婦に実施するのを拒否する理由はない」と明言した。さらに、③早稲田大学の棚村政行教授は「民法は夫について生来の男性とは規定しておらず、特例法でも特にルールを設けていないのだから性同一性障害者を特別扱いする理由はない」と指摘した。④一方、学習院大学の野村豊弘教授は「民法は夫婦間の自然生殖を前提としている。今回のケースは、生来の男性が夫である場合の人工授精と違って夫の子ではあり得ないということが客観的に明らかなので、民法七七二条の嫡出子とみる『推定』は働かず、法務省のように判断するしかない」と発言している。⑤水野教授は、嫡出推定制度の前提は夫の身体的条件を斟酌しないことからすると、夫が性同一性障害者である場合にも適用されるように見えるが、AIDの性質や、性同一性障害者のAID利用の問題性を考えると、この制度を機械的に適用することに疑問があるとする、⑥渡辺教授は本審判の一審決定について、FMGID（女性から男性に性別を変更した性同一性障害者）に対する差別であり、AIDを肯定する立場からは、なぜこのような場面でのみ血縁上の親子関係の存否を問われるのか理解できず、AIDを否定する立場からは、大多数の性別を変更しない夫婦によるAIDを戸籍事務の審査の限界として事実上容認することに疑問を呈している。<sup>(47)</sup>

## 五 むすびにかえて

特例法により女性から男性に性別を変更した者の妻がA I Dにより懐胎・出産した子は、性別を変更した者とその妻の嫡出子になるとする最高裁の決定に賛成する。

今回の決定には、岡部、大谷両裁判官の反対意見と、寺田、木内両裁判官の補足意見が付されており、民法七七二条の規定する嫡出推定の解釈、特例法により性別を変更した者が変更した性別で民法の適用を受けることの解釈について、厳しい検討の過程を窺うことができる。以下、反対意見に対し若干の検討を加えることで、本稿のむすびとしたい。

岡部裁判官は、民法七七二条について「嫡出子とは、本来夫婦間の婚姻において性交渉が存在し、妻が夫によって懐胎した結果生まれた子であるところ、当該子が夫によって懐胎されたか否かが明確ではないので、民法は七七二条一項、二項の二重の推定によって夫の子であることを強力に推定しているのである。」と説明し、「推定の及ばない子」について「嫡出推定の及ばない場合として当審が従前より認めているのは、多数意見の述べるとおり、事実上の離婚、遠隔地居住など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のある場合であるところ、本件もまた夫婦間に性的関係を持つ機会のなかったことが明らかな事情のある場合であって、上記判例の示すところと反するものではない」としている。

確かに、民法七七二条の規定する嫡出子は父と血縁関係があることを基礎としているが、一方で、嫡出否認の訴えにより父子関係を否定できることから、逆説的に血縁関係がなくても父子関係を認めると解されている。木内裁判官の補足意見は、この点につき「民法七七二条が出生時の母の夫を父とするのではなく、婚姻成立の二〇〇

日後、婚姻の解消等の三〇〇日以内の出生をもって婚姻中の懐胎と推定し、婚姻中の懐胎を夫の子と推定したのは、親子関係が血縁を基礎に置くことと子の身分関係の法的安定の要請を調整したものと解される。夫婦の間の父子関係については、同条の定めによる出生に該当するか否かをもって父子関係の成立の推定を行うことにより、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としたものということができる。」と述べており、正当である。

民法七七二条に関するもう一つの論点である「推定の及ばない子」とは、民法七七二条の要件に該当しても嫡出推定が及ばない場合であり、判例の認めるところである。「推定の及ばない子」とされる事情として最高裁が認めるものは、事実上の離婚や夫の行方不明等であり、岡部裁判官の「事実上の離婚、遠隔地居住など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のある場合であるところ、本件もまた夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったこととする意見と異なるものである。最高裁が支持する、いわゆる外観説は、性的関係がないという事情が、夫の行方不明のように外観から明らか場合以外は、嫡出推定を及ぼすことになる。これに対し、岡部裁判官の反対意見は、「特例法により性別を女性から男性に変更したために、妻と性交渉がない」ことを理由に「推定の及ばない子」としており、これはつまり、父と子の間に血縁関係がないことが客観的に明らかなる場合を指し、いわゆる血縁説を支持するものと思われる。前述のように、民法七七二条は血縁関係がない場合でも父子関係を認めるものであり、解釈に誤りがある。木内裁判官の補足意見は「嫡出推定を及ぼさない事情」について、「特例法は、元の性別の生殖腺がないこと等を要件としているが、このことは、客観的に確実であっても、第三者にとって明らかなものではない。特例法で性別の変更をした者の元の性別も、必ずしも第三者にとって明らかなものではない。前記のとおり、民法七七二条による推定の趣旨は、嫡出否認の訴えによる以外は夫婦

の間の家庭内の事情、第三者からはうかが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とするところにあるのであるから、血縁関係の不存在が明らかであるとは第三者にとって明らかである必要があるが、夫が特例法の審判を受けたという事情は第三者にとつて明らかなものではなく、嫡出推定を排除する理由には該当しない」と明言し、外観説を採るものである。

さらに、特例法四条の解釈の問題について、性別を変更した者が変更した性別で民法の適用を受けることについて、岡部裁判官の反対意見は「特例法は親子関係の成否に関して何ら触れるところがないのであって、これは親子関係の成否についてはそれに関する法令の定めるところによるとの趣旨であると解するほかはない」としている。特例法四条一項は、「性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、民法（明治二十九年法律第八十九号）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」とし、制定時の議論では、「法律に別段の定めがある場合」について、該当するものはないとされていた。この点に関する寺田裁判官の補足意見は、婚姻制度は男女カップルの公認と夫婦の子を嫡出子とする仕組みであり、それにより次世代への承継を予定した家族関係を作る趣旨があった上で、「戸籍上女性とされてきた同一性障害者の性別を男性に変更することを認める特例法が、婚姻し、夫となることを認める限りでの適用に限定せず、民法の適用全般について男性となったものとみなすとして（四条）、嫡出推定に関する規定を含めた嫡出子の規定の適用をあえて排除していないのも、このように婚姻と強く結び付く嫡出子の仕組みの存在をもふまえてのことであると解される。」と述べている。民法七七二条に、「特例法により性別変更の審判を受けた者については別に定める」等の例外規定がないので、民法全般について変更後の性別による適用が予定されていると解すべきであろう。



性同一性障害者が特例法により自己の心の性別に体の性別を変更し、変更後の性別でその後の人生を過ごすことは、性同一性障害者にとって幸福なことであるし、当事者でない者にとっても差別のない社会は喜ばしいものである。今回の最高裁決定は、性別を変更し男性となった者とその妻がA I Dにより授かった子との父子関係について、特例法と民法七七二条の適用につき、妥当な判断を下した。しかし、この決定は、生殖補助医療に関する法律が整備されていない現状の下、それにより誕生する親と子の関係について予定しているわけではない現行の法律を適用した結果であることを忘れてはならない。生殖補助医療に関する規制は、生来男女夫婦の利用だけでなく、特例法により性別を変更した者とその配偶者による利用も視野に入れ、親子関係と子の出自を知る権利も含め、早急に立法することが望まれる。

注

- (1) 最高裁判所決定の全文は、以下のURLより参照せよ。<http://www.courts.go.jp/hantei/pdf/20131211164109.pdf>
- (2) 判タ一三八八号二八四頁。高裁決定の判旨は、第四章で紹介している。
- (3) 判時一九六七号三六頁。事案の概要は、以下の通りである。日本人夫婦である $X_1$ 、 $X_2$ は、妻 $X_2$ が子宮がん治療のため子宮摘出手術を受け、その後、子宮摘出手術前に妻の卵巣から採取していた卵子と、夫 $X_1$ の精子を人工授精させ、平成一五年、二個の受精卵を米国ネバダ州の在住の女性Aの子宮に移植した。同年五月、 $X_1$ とA及びその夫Bとの間で、生まれた子の法律上の父母は $X_1$ らであり、A Bは子に関する法的権利又は責任を有しないことなどを内容とする有償の代理出産契約を締結した。ネバダ州修正法一二六章四五条によれば、有効な代理出産契約により親と定められた者は、法的にあらゆる点で実親として扱われることとされており、同章には親子関係確定の裁判手続規定が置かれている。その後、同年一月、Aは双子を出産し、 $X_1$ らはネバダ州

の裁判所に対して親子関係確定の申立てを行い、同裁判所はX<sub>1</sub>が双子の血縁上及び法律上の実父母であることを確認した。帰国後、X<sub>1</sub>らは、品川区長に対し、X<sub>1</sub>を父、X<sub>2</sub>を母と記載した嫡出子としての出生届を提出した。

- (4) 朝日新聞二〇一三年二月二日一頁。
- (5) 石井美智子『人工生殖の法律学』（一九九四年、有斐閣）六頁。
- (6) 日本産科婦人科学会の「非配偶者間人工授精に関する見解」は、一九九七年に導入され、二〇〇六年に一部改訂されている。  
[http://www.jsog.or.jp/about\\_us/view/html/kaiokoku/H18\\_4\\_hihangusha.html](http://www.jsog.or.jp/about_us/view/html/kaiokoku/H18_4_hihangusha.html)で公開されている。
- (7) 日本産科婦人科学会の「生殖補助医療実施医療機関の登録と報告に関する見解」は、一九八六年に導入され、二〇一〇年改訂し、登録と報告の強化を図っている。
- (8) 日本産科婦人科学会の「平成二四年度倫理委員会 登録・調査小委員会報告」による。
- (9) 石井・前掲注(5)三三頁。体外授精とは、卵管閉塞のために体内で受精できない場合に、卵子を取り出して体外で受精し、培養後子宮に戻す方法で、人工授精に比べ人の手によって生命を作り出すという感があるとしている。
- (10) 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』(二〇一三年、信山社) 六〇一頁以下。
- (11) それぞれの数字は、前掲注(8)と、日本産科婦人科学会の「平成二三年度倫理委員会 登録・調査小委員会報告」、同「平成二二年度倫理委員会 登録・調査小委員会報告」、同「平成二二年度倫理委員会 登録・調査小委員会報告」による。
- (12) 顕微授精とは、顕微鏡を使って精子と卵子を受精させる方法で、卵細胞質内精子注入法や透明帯開孔法や囲卵腔内精子注入法などがある。現在の主流になっている卵細胞質内精子注入法は、一つの精子を細いガラス針に吸い込み、卵子の細胞質に直接注入する方法で、高度の乏精子症や精子無力症の場合でも受精が可能になる。中川善之助・米倉明編『新版注釈民法(23)』(二〇〇四

- 年、有斐閣）五頁（島津一郎）。
- (13) それぞれの数字は、前掲注(1)の日本産科婦人科学会の報告による。
- (14) 中川・米倉編・前掲注(2)六頁（島津一郎）。
- (15) 水野紀子ほか「生殖補助医療を考える―日本学術会議報告書を契機に」ジュリ一三五九号七頁（吉村発言）。吉村泰典教授は加藤尚武教授の「顕微授精の導入でAIDが減った、という話は一時的だったのですか。」という質問に対し、「一時的といいますが、いまも顕微授精によって妊娠する人もお見えになりますが、AIDをしなくてはいけない人というのはそんなに減っていないと思います。」と発言している。
- (16) 朝日新聞二〇一〇（平成二二）年一月一日三四頁。
- (17) 「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」は、法務省のホームページ「パブリックコメント」の『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』に関する意見募集』ページから参照できる。
- (18) 小池隆一・田中実・人見康子編『人工授精の諸問題―その実態と法的側面』（一九六〇年、慶応通信）三六五頁以下。
- (19) 我妻榮『親族法』（一九六一年、有斐閣）二二九頁以下。
- (20) 中川善之助『新訂親族法』（一九六五年、青林書院）三六五頁以下。
- (21) 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）一五号（一九九九年）一三五頁以下。
- (22) 判タ一〇一四号二四五頁。事案の概要は、以下の通りである。X女（申立人・抗告人）とY男（相手方・被抗告人）は平成二年に婚姻したが、Yが無精子症であったため、XYは合意のうえでAIDを行い、平成六年Aが誕生した。XYは平成八年から別居し、平成九年に調停離婚し、その際Aの親権を本件審判において決定することに合意した。なお、Aは本件決定当時、満四歳

七か月であった。

(23) 田中道裕「人工授精子の嫡出推定と親権者指定」判タ一〇〇九号八九頁以下。「思うに、自然的血縁関係がないこと一点をもって、父を親権者とするに消極的な評価を導くことはできないであろう。人工授精子の出生後夫婦が離婚に至る場合に、父が（自然的血縁関係がないことから）監護の意欲を喪失することも少くないであろうが、本件のように父が人工授精子を自ら監護養育することを熱望する場合には（親権者指定審判の申立てがなされるのはほとんどこのような場合であろう）、自然的血縁関係がないことで父を母より劣位に置く理由はない。」としている。

(24) 本山敦「非配偶者間人工授精子（AID子）と嫡出推定」ジュリ一六九号一三六頁以下。公序性に反する理由として、「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互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。これに照らすならば、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。」と述べている。

(25) 針間克己「性同一性障害の医学的概念と現況」南野知恵子監修『解説 性同一性障害者性別取扱特例法』（二〇〇四年、日本加徐出版）一六頁以下。

(26) 事案は、医科大学の講師であり産婦人科医の被告人が、三人の男娼からの依頼に応じて、法定除外事由がないにもかかわらず、寧丸摘出、陰茎切除、造脛など一連の性転換手術を行ったとして、優生保護法違反に問われたものである。東京地裁は、判決文中に性転換手術が適法な医療行為と評価されるための条件を列挙し、当該事案はこの条件を満たすものではないとして、有罪とした。被告人は控訴したが、一九七〇年、東京高裁は控訴棄却とした。宮野彬「正当な医療行為—ブルーボーイ事件—」平野龍一編『刑法判例百選I総論』（一九七八年、有斐閣）七六頁。

(27) 日本精神神経学会の「性同一性障害の診断と治療のガイドライン」は、現在、第四版が公表されている。https://www.jspn.or.jp/

activity/opinion/gid\_guideline/files/journal\_114\_11\_gid\_guideline\_no4.pdf

- (28) 南野知恵子監修『解説 性同一性障害者性別取扱特例法』(二〇〇四年、日本加徐出版) 七三頁以下。
- (29) 小野寺理「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」ジュリ一二五二号(二〇〇三年) 六六頁以下。
- (30) 東京高決平一五(二〇〇三)年三月二十七日判時一七一八号六二頁。
- (31) 特例法は、その後、二〇〇八(平成二〇)年と二〇一一(平成二三)年に改正されている。
- (32) 南野・前掲注<sup>28</sup>九八頁以下。
- (33) 南野・前掲注<sup>28</sup>一〇二頁以下。
- (34) 六栗市のこうした対応は、所轄行政庁である法務省が発表した見解による。法務省は朝日新聞の取材に対し「特例法は生物学的な性まで変更するものではなく、生物学的な親子関係の形成まで想定していない」と文書で回答。出生届を出す窓口で、戸籍から元は女性だったとわかるため、「遺伝的な親子関係がないのは明らか」(民事一課)と説明している。『朝日新聞二〇一〇年一月一日一頁。
- (35) 民法七七二条の嫡出推定の理解については、中川・米倉・前掲注<sup>12</sup>二六頁以下、同一四八頁以下(高梨公之・高梨俊一)、及び長瀬二三男『民法の解説 親族法』(二〇〇五年、一橋出版) 七四頁以下を参照した。
- (36) 大連判昭和一五(一九四〇)年一月二三日民集一九卷五四頁。
- (37) 大判昭和一五(一九四〇)年九月二〇日民集一九卷一五九六頁。
- (38) 我妻・前掲注<sup>19</sup>二一六頁。
- (39) 最判昭和四一(一九六六)年二月二五日民集二〇卷二号二〇二頁。
- (40) 最判昭和四五(一九七〇)年五月二九日民集二三卷六号一〇六四頁。

- (41) 我妻・前掲注(19)二二二頁。
- (42) 中川善之助『民法大要 親族法相続法(新版)』(一九七五年、勁草書房)九一頁。
- (43) 松倉耕作「嫡出性の推定と避妊」法時四五卷一四号(一九七三年)一三〇頁以下。
- (44) 水野紀子「不妊治療に関連した親子関係の法律」ペリネイタルケア二〇〇一年新春増刊号(二〇〇一年)二六七頁以下。
- (45) 本山・前掲注(24)一三六頁以下。
- (46) 水野・前掲注(10)六〇一頁以下。
- (47) 渡辺泰彦「批判」TKCローライブラリー新・判例解説Watch民法(家族法)No.六一(二〇一二年)二二頁。