

# 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

大 島 梨 沙

## 1. はじめに

### (1) 平成31年最高裁決定

最二決平成31年1月23日裁時1716号4頁は、「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」を性別の取扱いの変更の要件とする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。）3条1項4号が憲法13条、14条1項に違反しないと判示した。その際、法廷意見はこの要件の目的の1つとして、性別の取扱い変更の「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」を挙げた。本稿は、本決定に触発され、社会に混乱ではなく一定の見通しを示すことを目的に、性別の取扱いの変更の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た場合に法的親子関係がどうなるのか<sup>1</sup>について複数の可能性を検討するものである。

---

1 この問題を扱う先行研究として、石嶋舞「性同一性障害特例法における身体的要件の撤廃についての一考察」早稲田法学93巻1号（2017）79頁（とりわけ89頁以下）がある。また、渡邊泰彦「性的自己決定権と性別変更要件の緩和」二宮周平編『性のあり方の多様性』（日本評論社、2017）196頁（とりわけ209頁以下）、同「性別の変更と生殖不能要件—家族法の視点から—」

## (2) 元の性別による生殖機能によって子が生まれるのはどのような場合か

いかなる場合に、戸籍上の性別を変更した者について元の性別による生殖機能によって子が生まれうるのか。現行の特例法には、上記決定で問題となった3条1項4号による生殖腺除去・機能欠如要件が存在するため、一見すると起こりえないように思われる。しかし、現行特例法下であっても、性別適合手術前に自然生殖が行われ、性別変更後に子が生まれるケース（MtFの場合に起こり得る）や、治療開始前に精子や卵子を凍結保存しておき、その凍結配偶子を利用して性別変更後に子が生まれるケースが考えられなくはない<sup>2</sup>。

### (a) 人工生殖の場合

凍結配偶子を使った人工生殖により、法的性別の変更後に子が生まれるという事態は、現行法下であれ、特例法3条1項4号が廃止された後であれ、起こり得る。

具体的には、㊦MtF（Male to Female、本稿では、男性から女性に法的性別を変更した人を指すこととする）が保存しておいた凍結精子を利用してシスジェンダー（Cisgender）女性<sup>3</sup>（パートナーである場合もあれば第三者である場合もありうる）が子を出産する場合、㊧MtFが保存しておいた凍結精子を利用してFtM（Female to Male、本稿では、女性から

---

新・判例解説 Watch 民法（家族法）No.97（2019）1頁（とりわけ3頁）、二宮周平「性同一性障害者性別取扱い特例法における生殖不能要件の検討～最判2019〔平成31〕・1・23が提起した課題」戸時782号（2019）4頁（とりわけ9頁）も、この問題に言及している。

2 現行法下でも起こり得る問題について、石嶋・同上90頁に詳しい言及がある。

3 生物学的性別と性自認がいずれも女性で一致している人を指す。

男性に法的性別を変更した人を指すこととする）が子を出産する場合、㉗ FtMが保存しておいた凍結卵子とシスジェンダー男性<sup>4</sup>（パートナーである場合もあれば第三者である場合もある）の精子による受精卵を当該FtM以外の女性の子宮に着床させて子が生まれた場合、㉕ FtMが保存しておいた凍結卵子と MtFが保存しておいた凍結精子を用いて当該FtM以外の女性が子を出産した場合、が考えられる。

とはいえ、日本産婦人科学会の会告では、代理懐胎を禁止し、かつ生殖補助医療の利用を（一部について事実婚も含む）夫婦に限っており、男女を前提としているため、当該会告による規制が実効的に行われるならば㉗ ㉕は起りえないし、生殖腺欠如要件があるために現状では㉙も起りえない。だが、会告による規制が実効的に行われなかった場合や、他の規制の少ない国で人工生殖が実施された場合には㉗㉕㉙が起り得る。生殖腺欠如要件が廃止されると、㉙も起り得る。

#### (b) 自然生殖の場合

現行特例法下ではほぼ考えられないが、㉚生殖機能を失う前に MtF とシスジェンダー女性の間で自然生殖が行われ、その子が生まれるまでの間に特例法の要件を満たして MtF の法的性別が女性に変更され、その後に子が生まれるということが起り得る<sup>5</sup>。

では、仮に特例法3条1項4号の要件が廃止された場合にはどうなるか。この場合でも、元の性別による生殖機能によって子が生まれるという事態が一般的になるとは考えにくい<sup>6</sup>。トランスジェンダーの当事者にも異性愛

---

4 生物学的性別と性自認がいずれも男性で一致している人を指す。

5 現行特例法には現に未成年の子がいないことという要件があるが、変更時にはまだ子が出生していないため、変更が起り得る。ただし、子が生まれた後で当該変更が取り消される可能性が残る。

6 渡邊泰彦「判批」新・判例解説 Watch 21号〔2017〕113頁、同（2017）・前掲注（1）209頁等。

指向の人の方が多いところ、MtFとシスジェンダー男性の間、FtMとシスジェンダー女性の間では、生物学的には同性となるため、元の性別による生殖機能で自然生殖により子が生まれることがないからである。とはいえ、トランスジェンダーの当事者にも同性愛指向の人がいるため、㊦ MtFとシスジェンダー女性の間、㊧ FtMとシスジェンダー男性の間、での性交により子が生まれる可能性がある。また、異性愛指向の場合でも、㊨ MtFとFtMの間での性交により子が生まれる場合がありうる。

### (3) 親子法上の論点は何か

以上のような事態が仮に生じた場合に、何が（法的な性別の変更があった場合に独自の）親子法上の論点となるか。根本的な問題は、法的性別と生物学的性別のズレ<sup>7</sup>にどのように対応するかという問題である。現行特

---

7 このように述べる前提として、そもそも「法的性別」とは何で、「生物学的性別」とは何かという問題に答えなければならない（この課題について、石田仁「法的性別の根拠は？」谷口洋幸ほか編『セクシュアリティと法』（法律文化社、2017）8頁）。本稿ではひとまず、「生物学的性別」を性染色体がXXかXYかによって定まる性別とし、「法的性別」を戸籍上に表記された性別という意味で用いたい。戸籍上の性別は、原則としては、出生時の外性器の「形状」を基準に決定されている。多くの場合は生物学的性別と一致する。後に性別適合手術を受けて外性器の形状が変化しても、出生時の外性器の形状によって決定した戸籍上の性別が維持される。例外となるのが、性同一性障害特例法によって性別の取扱いが変更された場合である。また、外性器の形状では判断しえないインターセックスの場合について、性染色体の核型、外性器の外科的修復の可能性、将来の性的機能の予測等も勘案し、将来においてどちらの性別を選択した方が当該新生児にとってより幸福かといった予測も加え、そうした医療上の状況にもとづいて決定される（札幌高決平成3年3月13日家月43巻8号48頁）。なお、インターセックスは、多くの場合、性染色体がXXでもXYでもないため、生物学的性別が男でも女でもない。本稿では、インターセックスの問題は検討の対象外とする。

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。」と規定しており、変更後の性別である法的性別によって取り扱うものとしている。反対に、親子法は、生物学的性別を前提として母子関係を成立させてきた。判例が形成した分娩者＝母ルールは、生物学的女性の身体がなければ分娩者にはなりえないことから、母子関係の理解において生物学的性別を前提としているといえる。卵子提供者のように、子との血縁がある者であっても分娩していなければ母とはなりえない。実親子法における「母」は、子との血縁がない場合もあるが、絶対的に生物学的性別に基づく概念である。これに対し、父子関係については、血縁や生物学的性別よりも社会的要素が重視されてきた。妻が懐胎した子の父を夫とする嫡出推定は、子との血縁よりも社会的要素を重視する典型的なものである<sup>8</sup>。婚姻していない女性が子を懐胎し出産した場合の父子関係についても、血縁主義が貫徹されているわけではなく、子と血縁関係のない男性がした認知でも有効となる。つまり、父については（母とは異なり）生物学的性別に基づかなければならない必然性はない。むしろ、判例の立場によれば、「父」とされるためには生物学的に男性であるということよりも、社会的に「男性」とか「父」と認識されうる人であることが重要となる<sup>9</sup>。ただし、認知の場合には嫡出推定の

---

8 ただし、血縁がなければ父が否認しうるため、血縁の要素がまったくないわけではない。最決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁は、特例法4条1項と婚姻の効果を根拠として、妻が生んだ子について夫であるFtM（子との血縁はない）に嫡出推定は及ぶと判断した。この決定に対する賛否は学説において分かれている。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頁は、変更後の法的性別で民事身分を把握するこのような最高裁の考え方を批判し、法的性別の変更と民事身分（身分関係、家族法上の権利）とを安易に連動させてはならないとする。

9 他方で最決平成25年に批判的な見解は、FtMは戸籍の身分事項欄に「平

場合とは異なり、事後的に、血縁関係がないことを理由に利害関係を有する者が認知無効を主張できることになっているため、非嫡出父子関係においては血縁が一定の役割を果たしている。

このような実親子法において、特例法4条1項が定める原則をどこまで貫徹させるべきか<sup>10</sup>。まずはこの点について検討した上で(2.)、先の㊦から㊧のような場合にどのように解決すべきかを考えたい(3.)。

## 2. 総論的検討—特例法4条1項と実親子法

特例法4条1項を実親子法においてどこまで貫徹させるのか。これについては、現行法を前提とした解釈論と、将来的に特例法3条1項4号の要件を廃止するとした場合に性別変更の効果をどのように定めるべきかという立法論の2つがあるが、いずれにせよ、現行特例法4条1項が定める原則を適用するという可能性(1)と、特例法4条1項が定める原則とは異なる対応をするという可能性(2)、の2通りが考えられる。

---

成15年法律第111号3条」という項目が表示されることによって生物学的には女性であることが判明することをもって、FtMが社会的に「男性」とか「父」と認識されうる人とはいえない(嫡出推定が及ぶ前提がない)と解釈する。

- 10 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」判時87巻11号(2015)70頁も、「親子関係を形成するあらゆる場面で「他の性別に変わったものとみな(す)」(特例法4条1項)ことが果たして妥当であるのか、今後の課題である」と指摘し、親子法における法的性別での取扱いに限界があることを指摘していた。

### (1) 特例法4条1項が定める原則を適用する場合—移行後の性別での対応

現行特例法4条1項の原則をそのまま適用するのであれば、元の性別での生殖機能によって子が生まれても、生物学的性別ではなく法的性別（性別変更後の性別）によって対応すべきということになる<sup>11</sup>。

子が生まれた場合の「法的性別での対応」には、2つの解釈の可能性が考えられる。第1は、生物学的現実を無視して、あくまでも法的性別に従って実親子法を適用するという可能性である(a)。第2は、現在の実親子法の前提に従い、生物学的現実に沿って法的親子関係を定立させるが、その結果「法律上の親」となった法主体の表記は法的性別によるという可能性である(b)。

#### (a) 法的男性は認知・父性推定、法的女性は分娩によってのみ実親となるという解釈

この考え方（以下、「法的性別徹底説」と呼ぶ）によると、あくまでも法的性別に従って実親子法を適用することになるため、たとえば特例法により男性とみなされている者（FtM）が子を出産しても、それだけでは子との親子関係は成立しない。なぜならば、実親子法上の男性は、分娩者との婚姻（772条）か認知（779条）によってしか法律上の親になることができない存在だからである。分娩による母子関係は、子と男性との間には成立しえない。よって、事実としてFtMが子を出産した場合でも、当該FtMは法的には男性であるから、分娩によって子と親子関係を形成することはできない。しかし、子と血縁がある法的な男性であるため、父として子を認知することによって親子関係が成立すると理解することになる。

---

11 渡邊（2019）・前掲注（1）3頁が、解決方法の1つとしてこの可能性に既に言及している。

届出上や戸籍上、当該FtMは当然に父と表記される。

反対に、MtFの精子により子が生まれた場合、あくまでも法的性別（女性）に従って実親子法を適用すると、分娩していない限りは血縁上の親であっても実母となることはできないことになる<sup>12</sup>。この点は、自己の卵子により子が出生した場合でも、懐胎・分娩をしたのが代理母である場合には、分娩者が母となり、卵子提供者が母となるわけではないという判例法理<sup>13</sup>とも平仄が合う。したがって、この場合のMtFが子の法律上の親となるためには養子縁組を用いるということになり、縁組時の法的性別により、子の養母となる。

この考え方の利点は、トランスジェンダー当事者の性自認と子に関する戸籍の記載が合致すること、常に移行後の性別で解釈をするため理論上は一貫性のある解釈ができること、にある。しかし、欠点も少なくはない。この解釈によると、出産したFtMが子を認知するまでの間、子に法律上の親が1人もいないことになる<sup>14</sup>。仮にFtMが認知をした場合でも、実母は存在しえない<sup>15</sup>のであり実親を2人確保することができなくなってしまふ。実親を2人確保するとすれば、血縁上の父であるシスジェンダー男性

---

12 779条の法文上は母による認知が認められており、この場合のMtFに認知による母子関係成立を可能とする解釈もありえないわけではない。しかし、最判昭和37年4月27日民集16巻7号1247頁が分娩により認知を俟たず母子関係が成立するものと判示したこと、現行の認知届には「認知する父」との記載しかないこと（戸籍法60条1号）、母による認知がありうる場面は棄児などの場合とされていることから、現行実親子法の解釈としては少し無理があるように思われる。また、分娩女性に加えて二重に母子関係が成立しうるかという問題も生じる。

13 最決平成19年3月23日民集61巻2号619頁。

14 石嶋・前掲注（1）93頁もこの点を指摘する。なお、胎児認知を活用すれば子の出生時からFtMが法律上の「父」となることができるが、任意に胎児認知しなかった場合にはやはり問題となる。

15 ただし、FtMの妻が連れ子養子縁組により養母となることができるなど、養母は存在しうる。



も子を認知することを認める必要が生じるが、現行の実親子法は2人の男性が認知をすることを想定していないため、先に認知をした男性が存在する場合には、さらに別の男性が認知をすることはできないだろう<sup>16</sup>。どちらの「父」にも子との血縁があるため、先の認知を無効にすることはできず、早い者勝ちになるかもしれない。父を1人確保できるとしても、民法や戸籍法には、嫡出でない子の届出義務者を母とする（戸籍法52条2項）など、父が法的に存在しない場合でも母は存在することを前提にした規定があるため、母が法的に存在しないとすると都合は少なくない。さらには、生物学的現実を無視してしまうため、子の出自を知る権利をいかに保障するかという問題がある<sup>17</sup>。

これらの問題を解決するために、FtMが子を出産した場合には胎児認知をしていたものとみなすという規定や、FtMが子を出産した場合に限り認知を二重に成立させることができるという規定、FtMが子を出産した場合に限り届出義務者は父とするといった規定を創設するなどの立法をして対応する可能性がないわけではないが、改正しなければならない点が多すぎる上、それを支える法理論を新たに構築しなければならない。法的性別徹底説は、少なくともFtMが出産するケースについては採用しえない選択肢であると考える。

(b) 生物学的現実に沿って法的親子関係を定立させるが表記は法的性別によるという解釈

第2の解釈（以下、「法的性別記載説」と呼ぶ）は、法的性別徹底説とは異なり、生物学的現実に沿って法的親子関係を定立させるが、その結果

---

16 Sophie Paricard. 《Vers un droit spécial de la filiation ? 》, D. 2018. p.77, 渡邊（2019）・前掲注（1）3頁もこの問題を指摘している。

17 渡邊（2019）・前掲注（1）3頁もこの問題を指摘する。二宮・前掲注（1）9頁は、この点を重視して、後述の生物学的性別徹底説を採用する。

「法律上の親」となった法主体の表記は法的性別によるとするものである。たとえば、実親子法によれば、ある人が子を出産した場合、出産という事実によって「出産した人」と「子」との間に「法的親子関係」という実体が形成される。その「出産した人」がFtMである場合、特例法はその人を男性とみなす、すなわち子の「父」と表記することを要請すると理解する。認知をしなくても分娩の事実だけでFtMと子との法的親子関係を成立させる点で、法的性別徹底説とは異なる。

反対に、MtFの精子により子が生まれた場合、生物学的現実に従い、認知によって子との法的親子関係を成立させる。それによって法律上の親となったMtFを子の「母」と表記すべきことになる。

この考え方の利点は、親子関係の実体を形成する際には生物学的現実に基づくため、立法を待たずとも子が生まれた時点で必ず1人の法律上の親を確保できること、子に2人の法律上の実親が存在することを妨げないことにある。しかし、戸籍等において、父2人または母2人と表示されることが現行法上可能かが問題となりうる。たとえば、MtFとシスジェンダー女性の間で子が生まれた場合、分娩したシスジェンダー女性は分娩によって母となり、MtFも認知によって子と親子関係が形成され戸籍の表記は「母」となる。従来の戸籍法では、父1人・母1人を前提とした記載を行ってきたため、従来のあり方を修正することになる。また、生物学的現実と法的性別とをどのように使い分けているのが判然としないため、例えば、届出義務者を母とするといった法文（戸籍法52条2項）について、母とは分娩者たる女性を指すのか、認知したMtFを指すのか、両方もが該当すると考えるのかといった解釈問題が生じる。さらに、MtFの場合に、外見も名も法的性別も女性である人が認知をすることに現実的なハードルがあるのではないかという問題がある（この点は(2)でも生じる問題であるため後で検討する）。また、法的性別徹底説と同様、子の出自を知る権利をどのように保障するかが問題となる。

法的性別記載説の場合の戸籍サンプル

本籍 ●県○市…	
氏名 甲野花子	
～中略～	
戸籍事項に記載されている者	【名】 太郎 【生年月日】 令和元年5月1日 【母】 甲野花子 ← <span style="border: 1px solid black; padding: 2px;">分娩した女性</span> 【母】 乙山桜子 ← <span style="border: 1px solid black; padding: 2px;">認知したMtF</span>  【続柄】 長男
-----	
身分事項	
出生	省略 【届出日】 令和元年5月5日 【届出人】 母
認知	【認知日】 令和元年5月10日 【認知者氏名】 乙山桜子 …
	<span style="border: 1px solid black; padding: 2px;">必要？不要？</span> → 【特記事項】 性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律4条1項による表記

これらの問題のうち、母2人・父2人記載問題については、実親子関係の定立方法はあくまでも分娩・嫡出推定・認知といった従来の手段に基づいており、単に表示の仕方を修正するにすぎないため、従来の制度との齟齬はそれほど大きくなく、技術的には、現行法下でも対応可能であるかもしれない<sup>18</sup>。事後的に母子関係や父子関係の存否が争われる場合に、出産したFtMやシスジェンダー女性に対しては親子関係不存在確認、認知したMtFやシスジェンダー男性に対しては認知無効が用いられるべきであるところ、いずれも戸籍の身分事項の記載によっていずれを用いるべきかを理解することができる（戸籍サンプル参照）。ただし、戸籍法の中には、戸籍には戸籍内の各人について「実父母の氏名及び実父母との続柄」を記

18 渡邊（2019）・前掲注（1）3頁は、「親子関係という民法での問題の解決が、戸籍への記載方法という技術的な問題により制約されるべきではない」とする。

載しなければならない(戸籍法13条4号)との記載があるし、出生届書に子の「父母」の氏名及び本籍を記載しなければならない(戸籍法49条2項3号)との規定がある。これらを改正せずに法的性別記載説の解決を採用する場合には、特例法4条1項を根拠にすることになるだろう。同項の原則を貫徹させることができるのか、戸籍法13条4号や49条2項3号の趣旨が問われることになる。これら戸籍法規定が、性別変更前の生殖能力によって子が生まれるという事態を想定せずに作られたもので、実親2人を表記するという趣旨に留まると解釈すれば、父父・母母といった表記も、実親子法によって親子関係が形成されている限り可能という結論になる。しかし、上記戸籍サンプルのように、【父】【父】や【母】【母】との表記がある戸籍を、性の多様性がまだ浸透していない現在の日本の状況で、子が各所に提出しなければならないとすると子の利益にならないとの判断もありえよう。

MtFの表記に関して興味深いのは、フランス<sup>19</sup>・モンペリエ控訴院2018年11月14日判決<sup>20</sup>である。同判決は、男性から女性に性別変更をしたMtFが妻(※フランスでは同性婚が可能である)に精子提供をし公証人のもとで胎児認知した事案において、子の出生証書には当該人を子の「母」としてではなく「生物学的親(parent biologique)」として記載すべきものとした。元の性別での表記を強制することはMtFの私生活の尊重に対する権利を侵害するものであることと、生物学的親子関係を知ることの子

---

19 フランスでは、21世紀の司法を現代化する2016年11月18日の法律第1547号により、トランスセクシュアル・トランスジェンダーのための性別の変更に関する規定が創設された(仏民法典61-5条から61-8条)が、性別変更後に子が生まれた場合についての特別の規定は置かず、司法に解決を委ねる形とした(大島梨沙=齊藤笑美子「フランスにおける性的少数者の権利に関する判例の動向」憲法研究4号〔2019〕93頁)。

20 CA Montpellier, 14 novembre 2018, n° 16/06059; AJ fam. 2018. 684 obs. par G. Kessler.

の利益との衡量の結果、このような解決が示されている。同判決の評釈においてはさらに、「生物学的」親とそうでない親とを区別するべきではないとして、単に「親」としてもいいのではないかと提言されている<sup>21</sup>。日本においても、出産したFtMや精子提供をしたMtFについて、「親」などと表記し、「父」や「母」とは表記しないという解決策がありうるかもしれない。ただし、現行法で「父」や「母」との表記がされているものについて、「親」である当事者にどのように条文を適用するかという問題が生じる。子の出自を知る権利を尊重する結果、特例法4条1項が定める「その性別につき他の性別に変わったものとみなす。」との効果からは説明できないという問題も残る。

## (2) 特例法4条1項の原則とは異なる対応をする場合—元の性別での対応

以上のような理解に対し、そもそも、元の性別の生殖能力により子が生まれた場合には、「他の性別に変わったものとみな」しえない事情が生じたとして、元の性別によって対応するという可能性もあろう（以下、この考え方を「生物学的性別徹底説」と呼ぶ）<sup>22</sup>。元の性別の生殖能力により子が生まれた場合についての別段の定めを立法によって置くことによって、もしくは特例法4条1項が定める「法律に別段の定めがある場合」にあた

---

21 Guillaume Kessler, 《La déssexualisation de la parenté》, AJ fam. 2018, p.685.

22 石嶋・前掲注(1) 102頁、二宮・前掲注(1) 9頁がこの考え方への支持を表明している（ただし石嶋は現段階では妥当とするが、将来的にはFtMに父子関係を、MtFに母子関係を認める方法を模索し、同時に、元々成立した親子関係をたどる手段を残しつつ、父・母の登録の別を後に変更する方法を用意することも考えていく必要があるとする）。渡邊（2019）・前掲注(1) 3頁も、解決方法の1つとしてこの考え方を挙げる。

ると解釈することによって、あるいは「前項の規定は、法律に別段の定めがある場合を除き、性別の取扱いの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すものではない。」と定める特例法4条2項を審判後に生じる身分関係についても類推適用することによって<sup>23</sup>、このような扱いとすることができよう<sup>24</sup>。この考え方によると、元の性別に基づき、FtMは「母」、MtFは「父」として親子関係定立のルールが適用され、そのように戸籍等にも表記されることになる。実際には、性別変更前に子が生まれていた場合と同じ表記のされ方になろう。たとえば、FtMが分娩した場合には生まれた子の母となり、MtFが精子提供をして子が生まれた場合には認知によって子の父となる。

この場合、実親子法の問題が生じない点が利点といえる。しかし、法的に性別を変更した後であるにもかかわらずなぜ変更前の性別で表記されることになるのか、ジェンダーアイデンティティの尊重の観点を踏まえた十分な説明が必要であるように思われる。また、欠点としては、現実には外見と表記とが一致しないことから生じる困難があることが挙げられる。たとえば、法的性別記載説の箇所でも言及したが、MtFが認知することは実際にはそれほど容易ではないように思われる。生物学的性別徹底説によれば、MtFは理論上、子の父として認知届を出すことが可能であるが、外見上女性であり名前も女性名で法的性別も女性である人が役所の窓口を訪れて、父として認知届を出そうとしても、そのままでは受け付けてもらえ

---

23 渡邊 (2017)・前掲注 (1) 209頁、同 (2019)・前掲注 (1) 3頁。Paricard・前掲注 (16) は、特例法4条2項と同旨の規定であるフランス民法典62-8条は性別変更「前」に生まれた子に関する規定であるため、生物学的性別徹底説の実効的な根拠とはなりえないとする。

24 この他に、渡邊 (2019)・前掲注 (1) 3頁は、子が生まれたことによって性別の変更を取り消すという可能性を提示するが、同教授も指摘する通り、性別変更の取消を恐れて子の出生を隠すような事態となりかねず、妥当ではないと考える。

ないだろう。MtFはそこで、自らが性同一性障害特例法により性別を変更した者であること、男性としての生殖能力によって子が生まれたことを説明しなければならなくなる。シスジェンダー男性であれば認知届を出す際に子が自らの精子によって生まれたということを説明したり証明したりしなくても済むが、MtFの場合には本当に子が自らの精子によって生まれたということをDNA鑑定等によって証明させられる可能性もあるかもしれない。

このように、法的性別＝外見上の性別と、実親子法において取り扱う際の性別が異なることから生じる困難は、MtFの場合に特に大きい。凍結精子の保存をしていたことか、男性としての生殖能力が失われていないことを医師らに証明してもらうなど、男性としての生殖能力に関する何らかの証明を求める戸籍実務や立法で対応することはできるだろうが、MtFと（何の証明もなく認知できる）シスジェンダー男性の間のこれだけの違いが正当化できるだろうか。法的な実父子関係というのはそもそも、（血縁がない場合に認知無効等が行われることはあるが）〈生物学的現実を基準として成立する〉ものとは考えられてこなかったはずであり、従来の実親子法制上の原則と食い違うことになる<sup>25</sup>。

以上の3つの考え方はいずれも一長一短があるが、少なくとも大幅な立法的手当が必要となる法的性別徹底説をFtMが出産するケースについて採用することは困難である<sup>26</sup>。現状で最も採用しやすい解釈は生物学的性別徹底説であろうが、MtFについては課題がある。ではいずれが望ましいのか。そもそも、これら3つはどれか1つに絞らなければならないものなのだろうか。現行実親子法が母子関係と父子関係とでは異なる原則に

---

25 Paricard・前掲注（16）78頁。

26 Paricard・前掲注（16）77頁も、フランス親子法においてこのような考え方は不可能であるとする。

基づいていることから、MtFとFtMでは状況が異なるはずであり、異なる解決を採用することも排除されないのではないか。さらに、MtFとFtMの間に子が生まれた場合には検討すべき特別の論点があるように思われる。そこで、以下では、冒頭にあげた⑦から⑨の場合のそれぞれについて、どのように解決すべきかを検討する。

### 3. 各論的検討—それぞれの場合にいかに対応するか

#### (1) FtMとシスジェンダー男性との間に子が生まれた場合

##### (a) FtMが子を分娩した場合

自然生殖であれ人工生殖であれ、FtMが子を分娩したのであれば (① ⑤⑦)、FtMと子の間に法的母子関係が発生すると解することが従来の判例法理の趣旨に合うことは否定し難い。現実生活上も、母とする方が妥当であろう。FtMは男性名を有し法的性別は男性であるが、子を妊娠・出産する過程ではホルモン療法を中断することになるため、外見上の男性的特徴は多少後退し、お腹が大きくなるなど、女性的特徴が見られるはずである。多くの場合、事情を説明した上で産婦人科や産院で出産すると考えられ、子が生まれた際に作成する出生証明書の「母の氏名」欄に、医師らは、分娩者たるFtMの氏名を (たとえ男性名しか分からなくても) 記入するだろう<sup>27</sup>。FtMが戸籍上は男性であるからといって、分娩の事実があ

---

27 ただし、FtMとして出産することを知られたくないとして、自宅等で秘密裏に子を出産する可能性がないわけではない。この場合は出生証明書が作成されないことになり、FtMの分娩の事実を証明しにくくなるため、問題が生じ得る。FtMが自主的に自らを母として出生届を出しても、出生証明書がなければ戸籍上の「男性」が出産したとは信じてもらえず、受け付けてもらえないかもしれない。反対に、FtMが「子の母は身元不明の人物で失踪した」と虚偽を述べた上で自らが「失踪した母の同居人」とであると



る以上、出生証明書を作成しなくていいとは思わないはずである。出生証明書とともに提出される出生届の母の欄には、FtMの出産時の氏名（男性名）か変更前の氏名（戸籍を辿ることにより確認できる女性名）のいずれかを記載し、編製される子の戸籍には母として記載することになると考える。名の変更前の女性名まで書く必要があるか、母として記載するが名は男性名のままで記載するかの2つの可能性があるが、「母」との表記と平仄を合わせるためには女性名を記載することになるか<sup>28</sup>。「【母】男性名」とした方が子の出自を知る権利を保障しやすいが、子に対してのみならず戸籍を参照したすべての人にこの事実を表示した方がいいか否かは判断が分かれそうである。

いずれにせよ、法的性別が男性に移行したにもかかわらず元の性別で取り扱うことになるため、特例法4条1項の原則が適用されない理由が示されなければならない<sup>29</sup>。特例法4条1項は、トランスジェンダー当事者が移

---

して出生届を出し、さらに子の父として認知届を出すことが考えられ、場合によってはこれが受理される可能性もある。そうすると、病院等で産むよりは自宅出産の方がいいということになり、FtMの出産を危険にさす可能性もある。

28 ドイツ・ベルリン高等裁判所2014年10月30日決定も、FtMが出産した事例において、子の出生登録簿には母として変更前の名で記載されるとしている（渡邊泰彦「同性の両親と子（その4）」産大法学49巻4号〔2016〕861頁以下）。ただし、フランスにおいては、子を出産したFtMは「特殊な歴史をもった男性」であると自己のことを認識しており、シスジェンダー男性と完全に同一に扱われたいと考えていないとの指摘もあるという（Paricard・前掲注〔16〕79頁）。「【母】男性名」との表記は、現行法の解釈の範囲内で、このようなFtM特有の性自認を尊重することができる方策といえるかもしれない。

29 前注（28）ベルリン高等裁判所2014年決定は、「性別変更の一般的な効果（トランスセクシュアル法10条1項）は、身分登録法の秩序機能と子の基本権の観点において制限される。」としてこの点を説明した（渡邊・同上860頁）。ただし、ドイツのトランスセクシュアル法と日本の特例法を同様に解していいかは別途検討する必要がある（たとえば「トランスセクシュア

行後の性別での性自認を有し、移行後の性別で社会的にも承認され、移行後の性別を前提に行動するため、法律上も移行後の性別に合わせなければ当事者や関係する人々にとって不都合であることから説明できるものである。しかし、FtMが子を妊娠し出産するということは、男性として行動し、社会的にも男性として承認されるものとは言い難い。FtM自身も、子の出産は女性が行うものと社会的に認識されていることを承知の上で、その行為をする決断をしたと考えられる。したがって、特例法4条1項の原則が適用される前提が妊娠・出産に関する場面においては存在しないといえる。しかし、やはりジェンダーアイデンティティの尊重という観点からは問題がないわけではない。FtMは出産を終えてしばらくすると、また男性としての外見となり、男性として行動することになる。いつまでも子に関して女性・母として扱い続けることが妥当ではないことも考えられる。そこで、親子関係の定立段階前後においては女性として扱うことが妥当としても、その後は「父」となる可能性が模索されてよい<sup>30</sup>。「父」となるための最も簡便な方法は、FtMが「母」として子の出生届を出した上で、子と普通養子縁組をすることであろう。FtMは男性と婚姻しえないため、子の「父」たる男性と「母」たるFtMが婚姻している状態が生じ得ず、子は嫡出でない子となる。嫡出でない子と普通養子縁組をすることが民法上肯定されている(798条、FtMに妻がいる場合には共同で縁組しなければならない〔795条〕)ため、この場合は縁組可能といえよう。

---

ル法11条が親と子の関係に触れるものではないとすることから、親の出生登録簿と子の出生登録簿で親の性別の記載が異なることも認められていた。」点など)。

30 この点について、渡邊・前掲注(28)859頁は、実生活において、子の観点からすると、生まれてからFtMが女性であったことはなく、男性=父として存在していることを挙げ、「それでも子の出生登録簿上では母と記載するのであれば、身分登録簿(日本において戸籍)が何を映し出す制度であるのかを問いかけている」と指摘する。

養子縁組の際の子の代諾権者は親権者たる FtM であるが、自らとの養子縁組であるため、特別代理人を選任することになる（826条1項、昭和23年11月30日民甲3186号民事局長回答）。縁組時の FtM の法的性別は男性であるため、縁組をすると「養父」となる。

なお、この場合の子のシスジェンダー男性との父子関係については、FtM とシスジェンダー男性が現行日本法下では婚姻しえないため、認知によって成立することになる<sup>31</sup>。

また、FtM に妻がいる場合、妻と FtM が分娩した子の間に「嫡出推定」は及ばない<sup>32</sup>ため、妻は子と連れ子養子縁組をすることによって子との法的親子関係を形成することになる。

#### (b) FtM が卵子提供をしたが分娩しなかった場合

FtM が卵子を提供したが他の女性が出産した場合（㊦㊧）は、分娩者が法律上の母となるため、生まれた子と FtM の間で実母子関係が発生することはない。FtM が出産した女性の懐胎時の夫である場合は、判例によれば父性推定により子の父となる<sup>33</sup>。出産した女性との婚姻から200日以内に子が生まれた場合には、出生届の提出によって父子関係を発生させることができる<sup>34</sup>。FtM が出産した女性の夫ではない場合で、出産した女性

---

31 石嶋・前掲注（1）94頁と同旨。同性での婚姻が可能なフランスでは、FtM に夫が存在しうところ、FtM は子との関係では母となるため、夫に父性推定が及ぶ（フランス民法典312条）との見解がある（Paricard・前掲注（16）78頁）。

32 石嶋・前掲注（1）94頁にこの点についてより詳しい検討がある。

33 最決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁は、第三者の精子を利用してシスジェンダー女性が子を出産した場合に、当該女性の夫に嫡出推定が及ぶとしており、同じ理屈が当てはまるといえよう。Paricard・前掲注（16）81頁も同旨。

34 大連判昭和15年1月23日民集19巻54頁等によって形成された、いわゆる「推定されない嫡出子」のケースである。

に他に夫がないならば、FtMは子を認知することができる<sup>35</sup>。以上の解釈においては法的性別によっていることになる。ただし、子の血縁上の父などから親子関係不存在確認請求や認知無効請求がなされる可能性がある。卵子提供をしたFtMは子と血縁があるが、精子提供者ではないため、子の父としての届出は無効となる可能性が高そうである<sup>36</sup>。血縁上の父が先に子を認知していた場合にはFtMが重ねて認知することはできない。FtMが生まれた子の法律上の親になろうとするならば、養子縁組を用いることになる。養子縁組については、生物学的性別を基準とする理由はないため、縁組時の法的性別を基準とすることが妥当である。つまり、FtMが子と養子縁組をした場合には子の養父となる。ただし、子の実親（分娩者等）が養子縁組に同意する必要があり、縁組が成立しうるかどうかは

---

35 石嶋・前掲注(1) 93頁も同様に理解する。

36 フランスでは、FtMが性別変更後に行った認知についての無効請求が認められた事例がある (Cass. civ. 1re, 18 mai 2005, Bull. civ. I, no 218; Defrénois 2005, art. 38242, p 1493; n. J.Massip; n.p.B.)。ただし、これは卵子提供したケースではなく、FtMが血縁のないパートナー女性の子を好意認知したものであったため、当然の結論といえる。その後の立法により、生殖補助医療に同意していた場合には血縁の不存在に基づく認知無効は不可能となった。なお、中村恵「性同一性障害者の親子関係」法律時報83巻12号(2011) 48頁は、このフランスの事例のように卵子提供でないケースにおいてFtMの認知届は不受理とする法務省の回答を妥当とするが、筆者は認知届は受理されるものと考え。このような解釈は、最決平成25年12月10日民集67巻9号847頁の婦結からも導かれる (小池泰「判批」医事法学29号(2014) 164頁)。後に認知無効請求がなされると従来の判例法理によれば認知が無効となる (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」判時87巻11号70頁は子の地位が極めて不安定になるためこのような婦結は望ましくないとする)。現行親子法下での認知は血縁によって成立するわけではないため、認知をすること自体は妨げられないであろう。認知無効の方を制限すべきであると考え、これは一般親子法の課題である。

ケースバイケースとなる<sup>37</sup>。

## (2) MtFとシスジェンダー女性との間に子が生まれた場合

### (a) 自然生殖の場合

MtFとシスジェンダー女性との間で自然生殖により子が生まれた場合(㊸㊹)、MtFを元の性別で取り扱うことには困難が生じる。MtFとシスジェンダー女性の間では法的性別が女性同士となって現行日本法上は婚姻しえないため、嫡出推定(772条)によって当該MtFが父となる余地はない<sup>38</sup>。MtFを男性として取り扱う場合に可能性があるのは認知であるが、前述の通り、届出をする時点で外見も法的にも女性である人が認知をしようとした場合には、少なくとも、自身がMtFであることを役所窓口で説明しなければならないだろう<sup>39</sup>。認知をしようとしているMtFが特例法に

---

37 Paricard・前掲注(16)80頁は、縁組を活用した親子関係の定立という方法について、縁組をしようとする者以外の意思(共同縁組をすべき配偶者の意思や既に認知をした実親の意思)に依存するために不確かである点が子の利益を侵害するものであるとする。

38 ただし、性別変更前の自然生殖によりシスジェンダー女性が懐胎した場合(㊸)で、懐胎した女性とMtFが婚姻していたのであれば、嫡出推定は懐胎時を基準として夫に及ぶため、子の出生が性別変更後であったとしてもMtFに嫡出推定が及び、MtFは子の父として記載されることになる(石嶋・前掲注(1)96～97頁)。他方で、懐胎した女性とMtFが懐胎時点で婚姻していなかった場合、性別変更前に胎児認知したのであれば出生時に女性となってもMtFは子の父となるだろうが、性別変更後に認知する場合には困難がある(性別変更の取消しの可能性について前掲注(5)参照)。

39 石嶋・前掲注(1)95～96頁はこのようには述べていないが、「生来女性」と「性別取扱変更による女性」とを区別することに慎重であり、MtFからの認知の可能性を限定すべきだとする。その例として、認知者となるMtFが子をもうけることに同意していた場合を挙げる(同102頁)。渡邊(2017)・前掲注(1)209頁は、MtFによる認知について「女性であることを理由にできないかもしれない」とし、Paricard・前掲注(16)77頁も

より性別を変更した者であることは、戸籍を参照すれば戸籍事務管掌者は把握することができる。当該子の母の懐胎時に夫がおらず、他に認知した人もいないのであれば、当該認知届は受理される可能性がある。受理された場合には、一般には「父」と記載されることになろう<sup>40</sup>が、法的性別記載説に立ち「母」や「親」といった記載をすることもありうる<sup>41</sup>。しかし、FtMが分娩する場合と比べて、MtFを元の性別で取り扱うことがなぜ正当化されるのか、説明が難しいように思われる。MtFの外見や社会生活上の行動様式は一貫して女性である。したがって、特例法4条1項の前提は失われていないようにも思われる。子の出自を知る権利との関係においては父=男性であることが求められるが、それ以外の場面でとりわけ男性として扱わなければならない必然性はないのではないか。

では、法的性別である女性として取り扱うとどうなるか。法文上、認知は女性であっても可能であるが、判例法理や戸籍実務は、女性による認知を想定していない（認知届にも「認知する父」の欄があるのみである〔戸籍法60条1号〕）。仮に女性からの認知が可能であるとしても、分娩したシスジェンダー女性が母であるとして既に戸籍に記載されている中で、さらに女性からの認知が認められるとすることは現行法上はハードルが高く、

---

MtFについては変更後の性別での記載の余地はないとする。

40 凍結精子によるパートナー女性出産のケースであるが、ドイツ・ケルン上級州裁判所2009年11月30日決定は、移行後の性別で扱われる例外となる別段の定めがある場合に該当するとして、父性承認（日本における認知に類似）をしたMtFについて性別変更前の男性名で父として記載されるとした（渡邊泰彦「性別変更の要件の見直し—性別適合手術と生殖能力について」産大法学45巻1号〔2011〕48頁以下）。ただし、この理由付けについては、立法時にこのような事態が生じるとは想定されていなかったこと、当時は不妊要件があったことから、移行後の性別で扱われる例外となる別段の定めがある場合に該当するとはいえないとの批判があるという（Paricard・前掲注（16）78頁）。

41 フランスにおいて、「生物学的親」との表記を採用した例について、前掲注（20）参照。

女性として取り扱うと、MtFは実親子関係を形成できなくなる恐れがある<sup>42</sup>。残された手段は、養子縁組である。養子縁組は縁組時の法的性別に基づいて行われるため、MtFは養子縁組により、子の養母となる。ただし、子の親権者が養母たる当該MtFのみとなるため、分娩者である実母の同意が得られない可能性がある<sup>43</sup>。

以上から、MtFには、自ら男性として扱われることを受け入れ、子を認知するか、女性として子と養子縁組をするか、（養子縁組の他の要件を満たす場合には）選択肢があると見ていいのではないか<sup>44</sup>。ただし、MtFの性自認の尊重という観点からは問題のある解決であるし、実親子法上も血縁を理由にMtFを父としてよいかという問題がある。

このように考えたとしても、MtFが任意に認知をしなかった場合に、子から認知の訴えをすることができるかという問題が残る。他に法律上の父がいない子が血縁上の父に対して認知請求をすることは子の利益を守る

---

42 渡邊（2017）・前掲注（1）209頁は、母が2人となることからMtFの女性としての任意認知は否定されるとする。石嶋・前掲注（1）95頁は、子の側から見ると、実親を1人しか確保できないこととなり、妥当ではないことから、MtFと子の間に父子関係を成立させることが考えられるとする。既述のフランスのモンペリエ控訴院判決（前掲注〔20〕）は、MtFの認知により親子関係を成立させることができるとした上で、当該関係を「母子関係」とはせず、「生物学的親子関係」とであると表記させることにより、「二重の母子関係」問題を回避している。同事例においては、MtFと子との親子関係を認めなければ、MtFが死亡した際に不当な帰結が生じることも問題視された（MtFとシスジェンダー女性間に性別変更前に2人の子がいたため、性別変更後に生まれた子にもMtFとの親子関係を認める必要があるとされた）。

43 Paricard・前掲注（16）80頁は、縁組を活用した親子関係の定立という方法について、縁組をしようとする者以外の意思（共同縁組をすべき配偶者の意思や既に認知をした実親の意思）に依存するため不確かである点が子の最上の利益を侵害するものであるとする。

44 これは、既述のモンペリエ控訴院判決（前掲注〔20〕）の原審（モンペリエ大審裁判所）が採用した解決であった。

岩として親子法上重視されており、子からMtFに対する認知請求を拒めることは難しいだろう<sup>45</sup>。この場合、強制認知が認められれば、MtFは「父」ということになるだろうが、法的性別記載説に立つと「母」や「親」といった記載もありうることは既述の通りである。

### (b) 人工生殖の場合

MtFの凍結精子を用いてシスジェンダー女性が子を出産した場合 (㊦㊧)、当該MtFの凍結精子を用いた生殖補助医療によって子が生まれたという医師の証明書等があるならば、MtFが父として任意で子を認知する際に、もしくはMtFに対する認知の訴えの際に、自然生殖の場合よりも証明が容易であるように思われる。その他の状況は(a)と同様といえる。いずれにせよ、ここまで血縁主義的な理解を親子法において採用していいのかという問題が残る。なお、凍結精子を利用した生殖にMtFが同意をしていなかった場合、子からの認知の訴えは拒けられる可能性が高いのではないか<sup>46</sup>。

### (3) FtMとMtFの間に子が生まれた場合

FtMとMtFの間に子が生まれた場合 (㊦㊨)、FtMと子の間に法的母子関係が成立することは(1)と変わらないが、両者は性別変更後でも婚姻する

---

45 石嶋・前掲注 (1) 95頁、渡邊 (2017)・前掲注 (1) 209頁も、子からの認知請求は認められるべきであるとする。

46 石嶋・同上は、同意していた場合でも、ドナーとして精子提供したにすぎないのであれば、子からの認知請求は認められないことを指摘する。なお、最決令和元年6月5日判例集未搭載は、妻が元夫の同意なく凍結精子を利用して子を出産した事例において、元夫に嫡出推定が及び、嫡出否認期間が過ぎていることを理由に妻が産んだ子と元夫との父子関係を肯定したが、認知は嫡出推定での考慮要素とは異なる。



ことができるため、嫡出推定について検討する必要がある。

民法772条1項は、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」とする。ここでいう「妻」と「夫」を生物学的性別によって解釈すべきか、法的性別によって解釈すべきか。2つの可能性がある。

1つは、法的性別によって解釈するという可能性である。最決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁は、FtMの妻（シスジェンダー女性）が産んだ子について、FtMと子との間に嫡出推定が及ぶとした。つまり、ここでの「夫」を法的性別によって解釈している。よって、母子関係の定立について特例法4条1項の適用を外し、「妻が婚姻中に懐胎した子」における「妻」にFtMが含まれると解釈できたとしても、法的性別が女性であるMtFを「夫」と解釈することは難しい。したがって、FtMが産んだ子について、その配偶者であるMtFに嫡出推定が及ぶとはいえないということになる。FtMと婚姻したシスジェンダー女性にも嫡出推定は及ばないのであり、この点での平仄は合っているといえよう。

しかし、FtMについては生物学的性別（元の性別）で取扱いながら、MtFについては法的性別で取り扱うとすると、双方がシスジェンダーの婚姻夫婦の自然生殖で子が生まれた場合に両者が法律上の父母となることと帰結が大きく異なってしまう、妥当性を欠くようにも見える。そこで、FtMの配偶者がMtFである場合には特別に、MtFも生物学的性別（元の性別）で取り扱うこととし、嫡出推定によりMtFと子との間に父子関係を成立させるという解決が第2の可能性として考えられる。しかし、嫡出推定の有無は通常、分娩した女性に法律上の「夫」がいる（子が母とその夫との婚姻から200日経過後若しくは婚姻取消し・離婚から300日以内に生まれている）ことを基準に判断する。そして、母の夫と子との間に、子の出生と同時に自動的に父子関係が発生するものである。法的性別に基づき客観的に定まることが重要であり、FtMとMtFの夫婦の場合にだけ特別の取扱いをすることは立法的対応なしでは難しいように思われる。

よって、現行法を前提とするならば、子を分娩したFtMと子の間には

母子関係が発生するが、FtMには「夫」が存在しないため、配偶者たるMtFに嫡出推定が及ぶことはない。MtFが子と親子関係を形成するには、認知か養子縁組によることになる(上記(2)と同様)。MtFが子を認知した場合、「父母」が婚姻しているため、認知準正により、子は嫡出子となる(民法789条2項)。

#### 4. おわりに

以上で見たように、元の性別による生殖能力によって子が生まれた場合の法的親子関係については様々な解決可能性があるが、現状で採りうる解決策は、ある程度限定できる。特例法の生殖腺欠如要件を削除した際に、これらすべてに一挙に答えを出さなければならなくなるわけではないし、当該要件が存在する現在においても、㊦㊧㊨㊩は起こり得る。紛争が生じた際に裁判所が解釈を示すという方法でも十分対応可能で、複数考えられる選択肢の中には大きく現行法の枠組みを変えなくて済む解決策もある。本稿は、実親子法について検討したにすぎず、その他の解釈問題については扱うことができなかったが、生殖腺欠如要件の撤廃によってもたらされると恐れられている「混乱」の予防に少しでも寄与できるならば幸いである。