The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	性別変更と親子関係 ： ドイツ連邦通常裁判所判例をもとに
Author(s)	渡邉, 泰彦
Citation	国際公共政策研究. 2019, 24(1), p. 1-14
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/73298
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

性別変更と親子関係

ドイツ連邦通常裁判所判例をもとに

Legal Parent – Child Relationship between Transsexuals and Their Biological Child in Germany

渡邉泰彦*

Yasuhiko Watanabe*

Abstract

The decision of Supreme Court of Japan on January 23, 2019 determined that Article 3 para. 1 item 3 of Act on Special Cases in Handling Gender Status for Persons with Gender Identity Disorder is not unconstitutional. This decision noted that problems regarding parenthood will occur and may confuse the society if a person who has received a ruling of a change in recognition of gender status uses his or her reproductive function before the change of gender status and has a child. This paper introduces two judgements of the Federal Court of Justice of Germany (Bundesgerichthof - BGH). One of the Judgements decided that a FtM-Transexual who bore a child is registered in the birth register as the mother of the child because Article 1591 German Civil code rules “the mother of a child is the woman who gave birth to it”. Another judgement decided that a MtF-Transsexual who made other women pregnant with own sperm is registered in the birth register as the father of the child.

キーワード：トランスジェンダー、性同一性障害、親子関係、ドイツ

Keywords：Transgender, Gender dysphoria, Parenthood, Germany

* 京都産業大学法学部教授

1. はじめに

1.1：最二決平成31年1月23日

最二決平成31年1月23日は、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、性別変更の審判の要件として、「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。」と定めることが、現時点では憲法13条、14条1項に違反するものとはいえないと判断した。決定理由では、「性同一性障害者によっては、上記手術(生殖腺除去手術 - 筆者注)まで望まないのに当該審判を受けるためやむなく上記手術を受けることもあり得るところであって、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由を制約する面もあることは否定できない。」と述べる。

しかしながら、「当該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」という立法時に述べられた理由を強調し、合憲の結論へと導いた。

これに対して、鬼丸かおる裁判官と三浦守裁判官による補足意見は、「以上の社会的状況等を踏まえ、前記のような本件規定の目的、当該自由の内容・ 性質、その制約の態様・程度等の諸事情を総合的に較量すると、本件規定は、現時点では、憲法13条に違反するとまではいえないものの、その疑いが生じていることは否定できない。」と踏み込んだ判断を示した。その考慮要素の1つとして「性別の取扱いが変更された後に変更前の性別の生殖機能により懐妊・出産という事態が生ずることは、それ自体極めてまれなことと考えられ、それにより生ずる混乱といっても相当程度限られたものということができる。」ことを挙げている。

特例法3条1項4号廃止に導きうる理由[1]を列挙しながらも、鬼丸裁判官、三浦裁判官は、違憲という結論にまでは踏み込まなかった。性別変更後に変更前の性別の生殖機能により子をもうけることが稀であっても、存在しうること、そして出生した子の親子関係について変更前または変更後の性別により父または母であると定めるのかが現行法では明確ではないことが理由ではなかったかと推測される[2]。

1.2：性別変更と親子関係

性別変更前に出生した子との関係については、特例法4条2項が「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。」と定めており、変更前の性別での父または母であり続ける。現行法においては、未成年の子があるときは性別の変更の要件を満たさないため(特例法3条1項3号)、子が成年に達した後に親が性別を変更した場合に妥当する。

性別の取扱いの変更の審判後に、審判前に出生した子を認知したり、強制認知の判決が下される場合があることは、特例法の立法時に指摘されていた[3]。特例法3条1項3項の「子なし要件」への批判に対しては「そのような事態は、ごく例外的にしか生じないものであり、それがゆえに、親子関係などの家族秩序にできるだけ混乱を生じさせないようにするといった趣旨が一般的に達せられなくなる

---

[1] 渡邉泰彦「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、渡邉泰彦「性別変更要件の見直し -維持可能な要件はあるのか？」ジェンダーと法 No. 15 (2018) 108頁において、特例法3条1項1～5号の要件全てを削除すべきであると主張してきた。

[2] 親子関係について生じうる問題について詳細に検討するものとして、石嶋舞「性同一性障害者特例法における身体的要件撤廃についての一考察」早稲田法学93巻1号 (2017年) 79頁、89頁以下。

[3] 南野知惠子監修『【解説】性同一性障害者性別取扱特例法』日本加除出版(2004) 43頁［大島俊之執筆］。

わけではない。」と説明していた[4]。だが、実際に認知された場合に、親が父であるのか、母であるのかという点については、答えは出されていなかった。認知の遡及効から審判前に生じた身分関係となり、特例法４条２項により他の性別に変わっていないとして、変更前の性別である男性に基づき父となるのであろう。

次に性別変更後に子をもうける場合として、最三決平成 25 年 12 月 10 日(民集 67 巻 9 号 1847 頁)のように女性から男性へ性別変更した FtM トランスセクシュアルの当事者を夫とする夫婦で妻が第三者からの精子提供により子を出産した事案では、性別変更後の性別である男性として夫が子の父となる。もっとも、法廷意見では、「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ことは相当でない」と述べており、婚姻から生じる効果であることを強調する。

性別変更後に遺伝的つながりがある子が出生するということは、特例法３条１項４号が「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。」を要件としていることから、立法時には想定されていなかった。そのため、性別の取扱いの変更の審判の効果に関する特例法４条の解説でも、婚姻や養子縁組は特例法４条１項により変更後の性別であるのに対して、妻であった、夫であったことという身分については同条２項により影響がないと解説されるに留まる[5]。審判後に出生した子の親子関係に４条１項か２項のどちらが適用されるかは述べられていなかった。

本稿では、生殖腺除去手術を受けずに性別を変更した後に子を出産する、または懐胎させた場合に、その者は子の父となるのか、母になるのかを考察する。確かに、特例法３条１項４号が削除されていない現状では生じ得ない問題である。しかし、この問題を解決しないと、特例法３条１項４号の削除の検討は前に進まなくなる。

具体的には次の２つの問題が対象となる。

(1) 生物学的性別が女性である当事者が、性別違和を理由に男性に性別を変更した後に、子を出産した場合に、分娩者＝母ルールから母となるのか、法的性別に相応した父となるのか。

(2) 生物学的性別が男性である当事者が、性別違和を理由に女性に性別を変更した後に、自らの精子により他の女性に子を懐胎させた場合に、生物学的性別から父となるのか、法的性別から母となるのか。

この２つの問題について、本稿では、ドイツで 2017 年に連邦通常裁判所が判断を下した２つの決定と、その後の動きを紹介していきたい。

2. ドイツにおける性別違和と性別変更

2.1：トランスセクシュアル法による性別変更

ドイツでは、1980 年制定、1981 年施行のトランスセクシュアル法(Transsexuellengesetz - TSG)1～7 条が名の変更(小解決)について、同８～12 条が性別変更(大解決)について定めている。そのうち、トランスセクシュアル法８条１項に定められていた 25 歳の年齢要件、非婚要件、生殖不能要件、外観

[4] 南野監修・前掲 90 頁。
[5] 南野監修・前掲 99 頁以下。

要件という性別変更の要件を連邦憲法裁判所は違憲と判断した[6]。現在でも性別適合手術に関わる生殖不能要件と外観要件の文言はトランスセクシュアル法に残っているが、適用されない。現在、トランスセクシュアル法8条1項は、自認する性別が出生登録簿に記載されている性別と異なる状態が3年以上継続しており、異なる性別に属する自覚が変わらない蓋然性が高いことという日本の特例法では2条で規定する内容と、国籍要件を定めるトランスセクシュアル法1条1項1号〜3号の準用規定のみとなっている。

ドイツ連邦憲法裁判所2011年1月11日決定(BVerfGE 128, 109)[7]は、当時のトランスセクシュアル法8条1項3号の生殖不能要件を違憲であると判断するにあたり、FtM(女性から男性)トランスセクシュアルはほとんど場合ヘテロセクシュアルであり子を懐胎することが稀であること、MtF(男性から女性)トランスセクシュアルでは女性への同性愛指向を有することがあるとしてもホルモン治療により生殖能力を欠くことを指摘していた。性別適合手術を性別変更の要件としないことにより、法的性別を変更した者が、その生殖機能により子をもうけることが、稀ではあるとしても、皆無ではない。

連邦憲法裁判所2011年1月11日決定に引用されたケルン上級州裁判所2009年11月30日決定は、生物学的性別が男性である当事者が、性別適合手術を受ける前に自らの精子を精子バンクに預けてており、女性への性別変更後に、その精子を用いて女性パートナーが子を出産し、父として認知(父性承認)した事案である。ドイツ民法典には母の認知の規定がないこともあり、法的には女性であるが、生物学的性別である男性に対応する「父」として認知していた。子の出生登録簿には、男性名で父として登録されると、ケルン上級州裁判所は判断した。

それに対して、以下で紹介する2つの連邦通常裁判所の事案では、変更後の性別に応じた父または母として認められるかが問題となった。

2.2：トランスセクシュアル法11条1文

トランスセクシュアル法では、原則として、性別変更の判断の確定により、別段の定めがない限り、性別に関する権利と義務は新たな性別による(トランスセクシュアル法10条1項)。同条の「別段の定め」として、同法11条は、親と子の関係について定めている。

1980年立法当初のトランスセクシュアル法は、性別変更の要件として生殖不能要件が定められていたため、性別変更後に子をもうけることは不可能であると考えられていた。

草案段階におけるトランスセクシュアル法11条は、次のとおりであった[8]。

「申立人が異なる性別に属するとみなす判断は、判断の確定前に子が懐胎された、又は縁組されたときは、申立人とその親及びその子の間の法律関係に触れるものではなない。この子の卑属との関係についても、同様とする。」

この文言に対して、生殖不能とみなされる場合、性別適合手術を行なった場合であっても、当時の医療水準からすると子をもうける可能性が否定できないという反論が連邦参議院において出された。それを受けて一部の文言が削除され、次のように修正された。

「申立人が異なる性別に属するとみなす判断は、申立人とその親及びその子との間の権利関係に触れるものではない、しかし、縁組の際には、判断の確定前に縁組した子との権利関係に限る。この子の

---

[6] 非婚要件を違憲とした連邦憲法裁判所2008年5月27日決定(BVerfGE 121, 175)については、渡邉泰彦「憲法と婚姻保護 - 性同一性障害者の性別変更要件をもとに」 同志社法学60巻7号 (2009) 333頁を、生殖不能要件と外観要件を違憲とした連邦憲法裁判所2011年1月11日決定(BVerfGE 128, 109)については、渡邉泰彦「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) 31頁を参照。

[7] 連邦憲法裁判所2011年1月11日決定の概要については、渡邉・前掲産大法学45巻1号を参照。

[8] BT- Drucks. 8/ 2947.

卑属との関係においても、同様とする。」

法 11 条１文が性別変更前に生じた親子関係において、つまり当事者と親との関係、または当事者と性別変更「前」に出生した子との関係においては、変更前の性別によるとすることは明らかである。性別変更「後」に出生した子との関係においてもトランスセクシュアル法 11 条１文が適用されるかの問題について、本稿で紹介する２つの連邦通常裁判所決定は、この立法過程での文言の修正を重視した。

3. 女性から男性への性別変更

3.1：事実関係

当事者 X は、女性として出生したが、2011 年 6 月に男性に性別を変更した。容器での精子提供を受けて、2013 年 3 月に子を出産した。この子の出生登録において X を母としてか、父としてか、または親がないとして登録するかが問題となった事案である。第１審ショーネブルク区裁判所 2013 年 12 月 13 日決定と第２審ベルリン高等裁判所 2014 年 10 月 30 日決定は、X が子の母として女性名で子の出生登録簿に登録されると判断した。この２つの決定については、すでに別稿にて紹介しており[9]、以下では上告審である連邦通常裁判所 2017 年 9 月 6 日決定[10]について、その決定理由を紹介する。

3.2：連邦通常裁判所 2017 年 9 月 6 日決定

連邦通常裁判所 2017 年 9 月 6 日決定は、性別変更の裁判上の判断が確定した後に子を出産した FtM トランスセクシュアルの当事者にトランスセクシュアル法 11 条 1 文が適用され、変更前の性別に相応する母として女性名で子の出生登録簿と出生証明書に記載されると判断した。

法的性別が男性であるにもかかわらず、母という法的身分を与えることは、基本法 1 条 1 項との関連における 2 条 1 項による一般的人格権を侵害せず、3 条 1 項および 3 項の平等権にも、6 条 1 項の家族の保護にも違反しないとする。

また、変更前の性別に相応する母として子の出生登録簿に記載することは、基本法 1 条 1 項との関連における 2 条 1 項による情報に関する自己決定権も侵害していないとする。

1) トランスセクシュアル法 11 条 1 文の適用

本決定は、「11 条 1 文がトランスセクシュアルの血縁上の子が親の性別変更の裁判上の判断の後に出生した事案をも含むと考えるのは正当である」と判断した(Rz. 15)。

しかし、法 11 条１文の後半が縁組について「判断確定前に縁組した子」との権利関係に限定するのに対して、その反対解釈として実子については出生時期により適用を制限するのではないという結論が、立法資料からも導き出される（Rz.17)。

前記のトランスセクシュアル法 11 条 1 文の立法過程から、法 8 条 1 項による性別変更の決定の後でも血縁関係を有する子を出産する、または懐胎させる事案を立法者が考慮していたのみならず、このような事案に法 11 条を適用するものとすることがうかがえる。(Rz. 18)

また、トランスセクシュアル法は、実親子法との関係において出生または懐胎によって生物学的に定まる父または母という法的身分が変更されないことを求めており、出生が親の性別変更の前か後か

[9] 渡邉泰彦「同性の両親と子 － ドイツ、オーストリア、スイスの状況 －（その４）」産大法学 49 巻 4 号 （2016）1 頁、89 頁以下。
[10] BGHZ 215, 318.

に関わりなく、全ての生物学的な子に妥当する。なぜなら、法8条1項による性別変更の判断の後に出生した子であっても、生物学的に基礎付けられていない母子関係または父子関係が与えられることで、自己の出自を知る可能性を奪われることは許されないからである。(Rz. 19)

2) 子の出生登録簿における名の記載

ドイツのトランスセクシュアル法は、日本の特例法とは異なり、性別違和を理由とする名の変更について規定している。そして、トランスセクシュアル法5条3項は、「申立人の生物学的子又は申立人と第1条の決定前に縁組した子の出生登録には、申立人について、第1条の決定の確定前に基準となる名を届け出なければならない。」と定め、法1条による名の変更前に称していた名が子の出生登録簿に記載される。

この規定の目的は、親がトランスセクシュアルであると第三者が推論できる、またはそのような推論のきっかけを与えうるような内容を有する出生証書を提出することを強いられるべきではないこととされる[11]。この目的は、父または母の地位と現在称する名が相応しないことで父母の一方がトランスセクシュアルであることが出生登録簿と出生証明書から判明するということがないことによって達成される。(Rz. 21)

3) 基本権侵害

X が男性となっているという事情を考慮せずに、実親子法が子の「母」という法的身分を与えることで、Xの基本権を侵害しているのではない。(Rz. 22)

a) 一般的人格権

連邦通常裁判所も、トランスセクシュアルである親の一方にとって、トランスセクシュアル法8条1 項により性別変更の判断の後に出生した、または懐胎された子との関係において、自認し、かつ、法的に帰属する性別での親の役割に相応しない法的身分(父または母)となることで、この親の一方の性別アイデンティティーが侵害されるという点は了解している。しかしながら、人格の発展は、基本法2条に従い、憲法秩序の制限内にある。この制限とは、形式的及び実質的に基本法と合致するすべての法規範と理解される。このことは、民法1591条、1592条、トランスセクシュアル法11条1文でも同じである。 (Rz. 24)

「ドイツの実親子法は、分娩者の役割を女性(母)に(民法1591条)、懐胎させた者の役割を男性(父)に(1592条)与えることで、生殖機能を性別と結びつける点により特徴づけられる。この点につき、根本的な憲法上の疑義は生じ得ない。とりわけ、父性と母性を純粋に社会的意味内容に分解し、法的分類としては放棄する「性中立的な」実親子法を形成する義務を基本法から読み取ることはできない。なぜならば、結局のところ、生殖機能と性別の間の結びつきが生物学的に理由づけられることに争いはないからである。生物学的性別による生殖機能と、・・・それとは異なる法的性別とに齟齬がある場合の身分法上の帰属の問題は、性別に特化した現行の実親子法に基づいて解決することができ、解決されねばならない。」(Rz. 25)

憲法では、親の法的地位の実親子関係に基づく割り当てが原則として生物学的な出自に合わせられ、これによりできる限り生物学的親子関係と法的親子関係の間での一致を達成するという要請[12]が、基本法6条2項1文から導き出される。そして、分娩者が母であり、母との社会的関係に基づいて遺伝的に子を懐胎させたと典型的に考えられる者、または裁判上の確認により証明された者が父であると

[11] 立法理由として、当事者の名の変更から302日経過後に生まれた子についても「その出生証書、実親子関係証書(Abstammungsurkunde)において、その性別に応じた名を称する親が記載されることを保障する」ことがあげられていた(BT-Drucks. 8/ 2947, S. 14)。

[12] Vgl. BVerfGE, 108, 82, Rz. 67.

分類することにより、法律はこの要請と合致している。「トランスセクシュアル法 11 条１文の規定により、親の一方の性別変更にもかかわらず子には法的に常に１人の父と１人の母があり続けることが保障される」。(Rz. 26)

「生物学的生殖機能と相違する身分法上の割り当ては、法秩序の統一性にとって幅広い効果を有するかもしれない。なぜならば、法的カテゴリーとしての母子関係と父子関係は恣意的に交代できるものではなく、その設定の要件の観点からも、それと結びついた法律効果の観点からも互いに区別されているからである。FtM トランスセクシュアルは、子との遺伝的結びつきが精子ではなく、卵子によって作り出されることから、現行法では、自らが出産した子の父とみることはできない」。母子関係が卵子による遺伝的出自と結びつくのではないことから(民法 1591 条)、「妊娠した FtM トランスセクシュアルについて、彼が子を分娩したのであるから、民法 1591 条の意味における母子関係にのみ帰することができる。分娩と結びついて母を割り当てることで、父を割り当てる法的または事実上の道が開かれる。」(Rz. 27)

b) 子の基本権侵害の有無

また、このような親子関係は、子の出自を知る権利、両親による監護及び教育を保障される権利という子の基本権を侵害していない。

自己の出自を知る権利により、国家機関を通して到達可能な情報を知らされずにおかれるという状況からは保護される。「もし、家族法上の身分権(Statusrecht)が明らかではない、またはどの生殖機能(分娩、懐胎させる)に具体的な親子割り当て(Eltern - Kind - Zuordnung)を帰させようとするかが生物学的実態と矛盾する方法でのみ表わされているならば、自己の実親子関係(Abstammung)に関して出生登録簿から読み取れる本質的な情報が、子に知らされずにおかれていることになるだろう」。(Rz. 29)

両親による監護及び教育を保障される権利という点では、X が子の法的な父となるならば、この子は、それまで唯一であるが競合する X との「父子関係」をあらかじめ取り消さねばならないという期待不可能な要件のもとでのみ、遺伝的に懐胎させた者- 親密な精子提供者- との実親子関係を身分上の効果と結びついて確定することができる。(Rz. 30)

c) 親の性別の再変更

生物学的な生殖機能との結びつきが子に法的に安定した父と母への帰属を作り出すことも無視できない。親の性別の再変更の際には、このことが妥当しなくなる。(Rz. 31)

d)平等権

法律の規定は、基本法３条１項および３項に違反していない。X は、その他の法的な男性と比べて差別されていない。「平等基本権は、実親子法上の親子帰属の際に生物学的に逃れられない区別を法的に考慮することと矛盾しない」。X は、「子を懐胎し妊娠することができるという事実上の生物的素因により、法的に男性に帰属する他の者と区別されている。このことは、自らが分娩した子との身分法上の関係においてこの能力を有しない男性と異なって扱うことを正当化する。」(Rz. 32)

e)基本法６条１項

婚姻と家族を国家の特別の保護の下におく基本法６条１項の保護領域にも該当していない。家族の範囲における子とその親との共同生活は、彼らにどのような身分法上の帰属を実親子法が割り当てるのか、または拒絶するのかということとは関係がない。(Rz. 33)

4) 情報に関する自己決定権

子の出生登録簿に変更前の性別である女性の親として母と記載することが、基本法１条１項との関

連における2条1項による情報に関する基本権を侵害していないかが問題となる。

「情報に関する自己決定権は、トランスセクシュアル法において特別の意味を有する。人の性別の問題は、その性的領域、親密圏に該当する。名の変更または性別変更の当事者は、その以前に称していた名、場合によっては法的性別の変更が理由なしに暴露されることから保護されるべきである。それにより、一方で、第三者による無理解と差別から守られ、他方で、新たな性別役割での登場が容易となるとされる。」(Rz. 35)

しかし、すでに連邦憲法裁判所2015年2月3日決定が述べているように[13]、「以前の名または性別を明らかにする必要がないという請求権が限界なしに存在するのではない。規定目的を正確に捉えており比例性に相応する規定を形成する公共の重要な利益に矛盾する場合には、そのような要求は、憲法的観点においても限界に達する。トランスセクシュアル法 5 条1項[14]はこの要請を、以前の名または法的性別の変更が、これが公の利益の特別の理由から必要とされる、またはその法的利益が確信される場合に(のみ)、当事者の同意なしに明らかにされる、または探査されるという形で具体化している。」(Rz. 36)

身分登録の重要なデータは、身分登録簿における認証によってのみ証明することができ(身分登録法54条1項)、他の登録簿にある身分関係の記載には証明力はない。身分登録証書は、身分登録簿における認証と同じ証明力 (Beweiskraft)を原則として有している(身分登録法 54 条 2 項)。身分登録(Personenstand)とは、「家族法の徴表から明らかとなる氏名を含めた法秩序内における個人の地位」であり、出生、婚姻締結、生活パートナーシップの設定、死亡とそれらと結びつく家族法上及び氏名法上の事実が含まれる(身分登録法1条1項)。家族法上の事実として、ドイツ法で判断する場合には、子の母と父が誰であるのかという事項が含まれる。(Rz. 37)

「特別の証明機能を授けられた身分登録簿への登録の完全性と正確性への保護に値する利益は、子の出生登録簿への登録によってトランスセクシュアルであることが-直接または間接的に-暴露されるという危険に晒されるかもしれないXの利益を上回る。」(Rz. 38)

トランセクシュアルであることが暴露される危険は、身分登録簿に関する法規定によって次のように回避することができる。

まず、出生証書の交付申請者、出生登録簿の閲覧者は、登録の当事者、その配偶者、生活パートナー、尊属と卑属に制限されている(身分登録法62条1項)。このうち当事者以外の人々も、出生登録簿の当事者の親の一方がトランスセクシュアルであることを、その家族上の近しい関係から知らないことはないであろうと推定される。その他の者は、原則として、証書交付または登録簿の閲覧の前にその法的利益を疎明しなければならない(身分登録法2条2項)。さらに、トランスセクシュアルである親がその子の法定代理人であるときは、閲覧制限(Sperrvermerk)の登録を申し立てることができる(身分登録法64条1項)。(Rz. 40)

トランスセクシュアルである親が、法律関係の交流において、その子の出生証明書を提出するよう求められる場合に、トランスセクシュアルであることが暴露されるという危険が特に生じるかもしれない。だが、出生の事実のみの証明であれば、この親は、子の親の氏名を記載しない出生証明書(身分登録法59条2項)を提出することができる。この制度は、トランスセクシュアル法5条1項の暴露禁

[13] NJW 2015, 2016, Rz. 12. 男性名から女性名に変更した株式会社の業務執行者が、以前に商業登記簿に記載された以前の男性名を完全に抹消して女性名とするように請求したが、「取引安全の保護と商業登記簿の特別の完全性は、商業登記簿において本来称していた名の継続性と認識可能性を必要とする」(Rz. 8)として、請求を認めなかった。

[14] トランスセクシュアル法5条1項「申立人の名を変更する決定が確定したときは、決定時に称していた名は、申立人の同意なしには公開してはならず、又は探査してはならない、ただし、これを公益の特別な理由から求める場合、又は法的利益が確信される場合はこの限りではない」。

止を視野に入れて導入されたものである。(Rz. 41)

その他に、X を男性名で父として記載する、または性中立的な「親の一方」として記載した出生証明書によって、X がトランスセクシュアルであることを秘密にするために寄与できることは少ないかもしれない。なぜなら、親の一方のみ記載しないという内容の出生証明書が交付されることはない(身分登録法行政規則(PStG- VwV)59.4 号[15])。そのため、ドイツで子を出生した男性が唯一の親として子の出生証明書に記載されているときは、この子を出産した者がなぜ記載されていないのか推測することは避けられず、出生証明書に記載された親がトランスセクシュアルであることに容易に思い至ることは避けられない。(Rz. 42)

出生登録簿の秩序に従った執務への公の利益は、出生登録簿に正しい(zutreffend)親子帰属を認証することのみを求めている。X を子の「母」と登録するならば、変更前に称していた女性名の登録(トランスセクシュアル法 5 条 3 項[16])は、トランスセクシュアル法 5 条 1 項による憲法上重要な暴露禁止との関連において独自の意義を有しないこととなる。トランスセクシュアル法 5 条 3 項により、後に子は、親がトランスセクシュアルであることを推測するきっかけを与えない形での出生登録と出生証書によってその出自を証明できる。したがって、立法機関は、子の利益において原則的に正当な目的を追求している。(Rz. 43)

3.3：決定後の裁判手続

連邦通常裁判所 2017 年 9 月 6 日決定の後、連邦通常裁判所 2017 年 11 月 8 日決定[17]により審問異議(Anhörungsrüge)が棄却された。さらに連邦憲法裁判所では、2018 年 5 月 15 日に不受理決定が下された。そして、ヨーロッパ人権条約 8 条(家族と私的生活)違反、8 条との関連における 14 条(差別禁止)違反を理由にヨーロッパ人権裁判所に提訴された[18]。

4. 男性から女性への性別変更

4.1：事実関係

MtF トランスセクシュアルの当事者である X は、2012 年に性別変更の判断が確定していた。2015 年に X 自らの精子によって、他の女性 B が子 A を懐胎した。2015 年 3 月 23 日に公正証書において、X は、B の同意を得て、A の出生前に母として子を認知した。2015 年 6 月に子 A が出生した。X と B は、双方を母として A の出生登録簿に登録するように、ベルリン市フリードリヒスハイン・クロイツベルク身分登録所に申し立てた。

身分登録所は、B が母として子の出生を認証した。しかし、2015 年 7 月 15 日の通知により、X を同じく母として登録することは、子の生物学的母が法的母であり、X による母子関係の認知は効力を生じないことを理由に拒絶された。

X、A、B は、母子関係の認知が有効であり、X は母として出生証書に記載されるとして、監督官庁に対して、前記の通知を取り消し、X と B を母とする内容で A の出生を認証するように異議を申し立て

---

[15] 59. 4 記載事項の省略
出生証書の交付のときに事項を記載しないよう求められたときは、法第 59 条第 2 項にあげる事項が省略されるものとする利用権限者を定めることができる。両親が記載されているときは、親の一方の事項のみを記載しないよう求めることはできない。
[16] トランスセクシュアル法 5 条 3 項「申立人の実子又は申立人が第 1 条による判断確定前に縁組した子の出生登録簿には、申立人について、第 1 条による判断確定前に基準となっていた名を記載しなければならない。」
[17] XII ZB 660/14. 連邦通常裁判所(BGH)ホームページ　https://www.bundesgerichtshof.de に掲載。
[18] Applications nos. 53568/18 and 54741/18 O.H. and G.H. v. Germany.

た。しかし、監督官庁は、民法1591条に従い、子を分娩した者が母であり、この者のみを母として出生登録簿に登録することができるため、申立ては理由づけられないとした。

それに対して、Xも女性名で母として登録するように身分登録法49条により身分登録所に命じることを求めて、X、A、Bは裁判所に申し立てた。

4.2：第1審・第2審の判断

第1審ベルリン・シェーネブルク区裁判所2016年1月11日決定は[19]、身分登録所がAの出生登録簿にBを母として、Xをもう一人の母と記載しなかったことは正当であると判断した(Rz. 10. 以下、第1審決定の段落番号を記載)。その理由として、子の母と登録されるのは子を分娩した者であること、ドイツ法において母による認知が予定されていないことをあげる(Rz. 12〜14)。

トランスセクシュアル法11条1文によって定められていることから計画に反する法の欠缺は本件には存在せず、母による認知は、父による認知の規定(民法1592条2号)を類推適用することによって有効となるのではない。精子によって懐胎させることは男性の性別の者のみが可能であり、実親子法上の地位は変化せず、身分登録法上の性別変更によっても変わらない。これにより、親の一方の法的性別変更にもかかわらず、子は一人の父と一人の母を有することができる。(Rz. 15)

また、X、A、Bの基本権も侵害されていない(Rz. 16, 17)。

Xによる母子関係の認知を1592条2号により有効な父子関係の認知と解釈することができるかは未確定とすることができる。Xをその以前の男性名での父としての登録が問題となるかについては、Xがその申立てを望まないことが明らかであるから検討する必要はない。(Rz. 18)

申立人は控訴し、ベルリン高等裁判所(KG)2016年9月6日決定は、抗告を棄却した。その理由は、第一審と同様に、分娩者ではないXは母ではないこと(Rz. 10. 以下では、控訴審の段落番号を記載)、母の認知をドイツ法が予定していないこと(Rz. 11)、父の認知の規定が類推適用されないこと(Rz. 13)をあげる。

4.3：連邦通常裁判所2017年11月29日決定

連邦通常裁判所2017年11月29日決定[20]は、性別変更により法的性別が女性であるMtFトランスセクシュアルを子の母として子の出生登録簿に登録することを、次の理由から否定した。

子の母は、分娩した女性である(民法1591条)。ドイツ民法は、法律によって母は1人のみとしている。したがって、とりわけ代理懐胎の事案における卵子提供者の母子関係のような実親子法上の母子について他の可能な形式を立法者は故意に排除している。母子関係の認知について、現行法に規定はない。コ・マザーのように実親子関係による女性の両親の成立というその他の形式も同様にドイツ法に規定はない。(Rz. 11)

精子提供によりXが生殖にたずさわったことに基づいて、父子関係の設定のみが可能である。Xが女性に属しているにもかかわらず可能であることは、トランスセクシュアル法11条1文から明らかとなる。性別変更後の子の出生の事案についてもトランスセクシュアル法11条1文が適用されるという控訴審の指摘は正しく、連邦通常裁判所2017年9月6日決定の判断とも合致する。(Rz. 12)

Xは、その生殖への寄与と実親子法で一致する法的父の地位を得ることができるかもしれない。しかし、弁護士に相談したXは父子関係を認知する代わりに、母子関係の認知を表示し、2人目の母と

[19] AG Schöneberg, Beschluss vom 11. Januar 2016 - 71b III 426/15 -, juris.
[20] NJW 2018, 471 = FamRZ 2018, 290.

なることを目的としている。このXの表示を、父子関係の認知へと転換することはできない。(Rz. 13)連邦通常裁判所2017年9月6日決定がFtMトランスセクシュアルの事案について述べたのと同様に、変更前の性別に応じて法律上父となることで、トランスセクシュアルの当事者の基本権を侵害していない。(Rz. 15)

連邦憲法裁判所の判例は、生物学的状況に応じて子が1人の父と1人の母を有することが保障される点から出発している。そして、連邦憲法裁判所2011年1月11日決定がケルン上級州裁判所2009年11月30日決定を指摘して、子が親の一方の法的性別の変更にもかかわらず、法的には常に1人の父と1人の母を割り当てられ続ける、又は割り当てられることが保障されていると考える。そのことに、トランスセクシュアル法11条と民法1591条以下は、対応している。(Rz.16)

第3の性別を認めた連邦憲法裁判所2017年10月10日決定によって別の評価に導かれることはない。本件ではトランスセクシュアル法8条以下の性別が中間的ではなく一義的であるため、根本的に異なっている。立法機関が法的性別変更にもかかわらず身分効果を以前の性別に結びつけることは、各親の特有の生殖への寄与の投影への子の利益、法律により特別に保護される利益に対応する。(Rz. 17)

5. 実親子法改正草案

5.1：研究チーム「実親子法」

連邦法務・消費者保護省は、実親子法（Abstammungsrecht）で改正が必要な部分を調査し、整合のとれた全体構想のための改正提案を示すために2015年2月に専門家による研究チームを組織した。この「研究チーム　実親子法」(Arbeitskeis Abstammungsrecht)は、11名の中心メンバーによって構成され[21]、2017年7月4日に法務大臣に最終報告書を提出した[22]。

この最終報告書は、「D トランスセクシュアル及びインターセクシュアルの親子関係」として、次の提案を行った(番号は、報告書における提案の通し番号)。

(60)トランスセクシュアルまたはインターセクシュアルであり、子を分娩した親の一方は、第1の親の地位を占める(民法 1591 条に対応)。第2の親の地位の帰属は、これについて適用される条文(民法1592条に対応)に従う。

(61) どの性別で、またはどの記載(父、母、コ・マザー(Mit - Mutter)、(その他) 親の一方としての性中立的記載)で親それぞれが「出生登録簿」に登録されるかを、ここで先回りするべきではない。

研究チームの提言によると、一般論として、子を分娩し、法的母となる者が、子の第1の親の地位を割り当てられる。そのことは、トランスセクシュアルおよびインターセクシュアルの当事者についても、子を懐胎した親の一方の法的な性別アイデンティティーが出生時点で何であるのかを問題とする

[21] 委員長Meo-Micaela Hahne連邦通常裁判所第12部(家族法)首席裁判官、Dagmar Coester-Waltjenゲッチンゲン大学名誉教授(民法・国際私法)・ドイツ倫理委員会委員、 Rüdiger Ernstベルリン高等裁判所長官、Tobias Helmsマールブルク大学教授(民法・国際私法)、Matthias Jestaedtフライブルク大学教授（公法)、Heinz Kindler社団法人ドイツ少年研究所(Deutschen Jugendinstitut e.V.）(心理学)、Thomas Meysen社団法人少年保護補導及び家族法研究所(Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht)、Ute Sacksofskyフランクフルト大学教授（公法)、Eva Schumannゲッチンゲン大学教授（法制史・民法)、Wolfgang Schwackenbergドイツ弁護士会家族法委員会委員長、Christiane Woopenケルン大学教授（倫理・医学理論)・元ドイツ倫理委員会委員長。

[22] 報告書では、自然生殖または精子提供型人工授精での父子関係、母の女性パートナーと子の実親子関係を認めるコ・マザー関係を中心に条文の提案と解説がなされている。
A第1の親の地位の帰属 - 法的母子関係、B 第2の親の地位の帰属-父子関係及びコ・マザー関係、C胚提供の事案における法的親子帰属、D トランスセクシュアル及びインターセクシュアルの親子関係、E 多数親子関係：2人以上の法的親の許可？、F自己の出自を知る権利という構成のうち、AとBがその多くを占め、C〜Eについてはそれぞれ数ページずつ解説されているにすぎない。

ことなく、維持される。

第２の親については、報告書ではコ・マザーを提案していることからも、その性別は重要ではないとする。

5.2：実親子法改正法律草案（議論部分草案）

「研究チーム　実親子法」の最終報告書をもとに、改正作業を進めていた法務・消費者保護省は、2019年3月13日に改正の中核部分を含んだ議論部分草案「実親子改正のための法律草案」[23]を公表した。この草案の中心部分は、女性間の婚姻において婚姻当事者の一方が精子提供型人工授精により子をもうけた場合に、縁組なしに他の一方がコ・マザーになるという提案である。女性の親であるから母とするのではなく、子を出産した母(Mutter)と、出産していないコ・マザー(Mit - Mutter)を区別している。

草案1600条hでは、トランスセクシュアルとインターセクシュアルに関して次のような規定を提案している。

1600条h 別型の性自認を有する者
本節の規定は、別型の性自認を有する者に準用する。

この規定により、民法典第4編第2章第２節「実親子(Abstammung)」の規定すべてが、別型の性自認を有する者(Personen mit Varianten der Geschlechtsidentität)に準用される。すなわち、「女性」および「男性」、または「母」および「父」という文言のある実親子法の規定は、トランスセクシュアルおよびインターセクシュアルの当事者に適用される。草案1600条hによって、第２節の実親子関係の個別規定を不自然で、誤りを含んだ形で読み替えることが避けられるとする。一般の言語使用と権利関係に取り入れられている「父」と「母」を維持することで改正草案が社会により受け入れることが期待されている。さもないと、性自認がその生来の性徴に相応して男性または女性として出生する大多数の人々について馴染みがないと思われる名称を選択しなければならなくなるからである[24]。

この規定により、トランスセクシュアルについては、前記の２つの連邦通常裁判所の判断と同じ扱いとなる。つまり、性別変更後であっても、子を分娩したFtMトランスセクシュアルは母であり、子を懐胎させたMtFトランスセクシュアルは父となる[25]。

一方で連邦通常裁判所判例のようにトランスセクシュアル法11条を考慮し、他方で当事者の身分登録法上の性別とは切り離して、母、父またはコ・マザーとして実親子法上の分類をしている[26]。

草案では、一次的に性別に合わせるのではなく、草案1591条、1592条に従って母子関係、父子関係、コ・マザー関係を構成する他の要素に合わせている。草案で選択された、または維持された概念は、実親子法上の考慮の範囲内での正確な法的親子分類にのみ役立つものである。実親子法で子の親となるものを身分登録法でどのように記載するかは、別個の問題とする[27]。

---

[23] Diskussionsteilentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts.
[24] A. a. O., S, 59 f.
[25] A. a. O., S, 60.
身分登録簿での性別の記載が「ディバース」となっている、または未記載となっているインターセクシュアルについても、子を分娩した者が母である。精子提供型人工生殖で子をもうけ、子を出産していない親である場合には、父またはコ・マザーとなる。父子関係について基準となるのは、草案1592条の要件の存否である。
[26] A. a. O., S, 60.
[27] A. a. O., S, 60.

そのほかに、議論部分草案は、精子提供型人工授精による親子関係について現行法よりも詳細な規定を予定し、草案 1598 条 c に医療機関における人工生殖の際の裁判上の親子関係の確定についての規定を設けている。草案 1598 条 c 第 1 項が精子提供者登録法（Samenspenderregistergesetz）に定める要件を満たす精子提供者が子の父とならない場合を定めるとともに、この場合には、人工授精に母とともに同意した者が、父またはコ・マザーと裁判上確認されることを定める。

このように、議論部分草案では、一定の手続きを経て医療機関において実施される精子提供型人工授精では施術への同意という意思に基づく親子関係を認めるが、その他の場合においては遺伝的父子関係を法的な父子関係としている。精子提供型人工授精への同意という意思に基づく親子関係として、血縁に基づく親子関係と明確に区別している。したがって、精子提供者登録簿に登録されている場合を除き、性別変更後であってもその精子によって子を懐胎させた者は、子の父となる。

だが、議論部分草案の規定によると、MtF トランスセクシュアル X が性別変更後に女性 Y と同性婚を締結している場合において、Y が子を出産したときは、X が子の出生時に母と婚姻しているものとしてコ・マザーとなる。X と Y が婚姻していない場合であっても、X が認知（コ・マザーの承認）をすると、コ・マザーとなると考えられる。この点では、前記ように自らの精子で自然生殖により懐胎させた者が父となるという考えがどこまで貫徹されるのか、今後の立法の推移が注目される。

6. おわりに

6.1：実親子関係

別稿で指摘するように[28]、(i)生物学的血縁関係を反映した父または母の記載、(ii)記載から性別変更が判明する強制アウティングの回避(情報に関する自己決定権の保護)、(iii)元の性別を記載されないという性別のアイデンティティの尊重という要素のいずれを優先するかにより対策は異なる。

ドイツの判例は、性別変更後に子が出生した場合に子との関係では変更前の性別を基準とする。つまり、子との関係においては、懐胎させた者は男性（父）であり、出産した者は女性（母）であることにより、子が法的には父母を有することになる。例えば「生物学的親」という性中立的な記載を採用するのではなく[29]、父 1 人、母 1 人という伝統的、かつ、生物学的な親子の構造を維持する。生物学的血縁関係を反映した出生登録簿の記載となるが、前記(ii)(iii)の点では問題が残る。

日本法の原則からしても、子を分娩した者が母である。自らの精子で子を懐胎させた者は、父となる。もっとも、同性婚が認められていない日本において、嫡出推定は問題とはならない。子を認知する場合も、母としてではなく、父として認知することとなる。母として認知するのは分娩した者であること、多くの場合においてすでに分娩した母が存在していることから子は母からの認知については被認知能力を有しないことが理由としてあげられる。強制認知の場合には、遺伝的親子関係があり、同様に母からの認知について被認知能力を有しないことから、父子関係が裁判上確認される。

このような解決に対して、石嶋舞は、「現段階では妥当」とするが、「家族法その他の大規模な改正を待たずに本問題に対処するための暫定的な手段」と評価する[30]。

性別変更後も分娩者を母とし、懐胎させた者を父とする法的根拠を、特例法 4 条 2 項に求めるには検討を要する。同規定は、ドイツのトランスセクシュアル法 11 条に似てはいるが、性別変更の影響が

---

[28] 渡邉泰彦「性別の変更と生殖不能要件――家族法の視点から」新・判例解説 Watch vol. 25 (2019)掲載予定。
[29] フランスでは「生物学的親」と記載すべきとした裁判例がある。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」憲法研究第 4 号（2019）93 頁、96 頁以下を参照。
[30] 石嶋・前掲 102 頁。

及ばない事項を「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限定している。また、立法過程において、ドイツとは異なり、性別適合手術後に子をもうける事態は全く想定されていなかった。これを法の欠缺とみて、「審判後に生じた」身分関係に特例法4条2項を類推適用することで、ドイツの判例と同様の結論に導くことは可能であろう。

さらに進んで、父と母という概念を一般的な言語使用とは異なる法的概念に純化することも考えられる。性別とは切り離して、子を分娩した者を母とし、自らの子を懐胎させた者を父とするという定義である。例えば、法的な性別が男性であっても、子を分娩した者は、法的には男性の母とする。ただし、法律上の定義を一般の用語使用から切り離すことは難しいため、性別変更が強制的にアウティングされるという危険が高まる。

6.2：戸籍の記載

変更前の性別に相応して父または母として戸籍に記載される場合には、性別変更の事実が強制的にアウティングされる危険が生じる。

戸籍の謄本などの交付は、戸籍に記載されている者、配偶者、直系尊属、直系卑属が請求することができる（戸籍法10条1項）。それ以外の者は、戸籍法10条の2第1項が定める「自己の権利を行使し、又は自己の義務を履行するために戸籍の記載事項を確認する必要がある場合」（1号）、「国又は地方公共団体の機関に提出する必要がある場合」（2号）、「前二号に掲げる場合のほか、戸籍の記載事項を利用する正当な理由がある場合」（3号）にのみ交付を請求できる（戸籍法10条の2第3項が定める弁護士や司法書士なども業務遂行に必要な場合にのみ交付を請求できる）。そのため、ドイツ連邦通常裁判所2017年9月6日決定が述べるように、性別変更の事実が暴露される危険を回避できる。

戸籍上の性別に関係なく、分娩した者を母、自らの精子により懐胎させた者を父として記載することで、子は自己の出自を知ることが可能となる。母1人、父1人からなる両親が戸籍上も維持される。

ただし、記載する名に関しては、ドイツと同じ状況にはない。なぜならば、ドイツでは名の変更もトランスセクシュアル法に基づいて行われるのに対して、日本では戸籍法107条の2による一般的な名の変更の手続きによるからである。自認する性別に相応する名に変更していたとしても、申立理由は「通称として永年使用した」、または「その他」として「当該名の使用を強いることが社会観念上不適当である」となり[31]、性同一性障害または性別違和に基づくものとは特定できないことが多い。また、日本では中性的な名で、一見して男性か女性かが判明しない場合もある[32]。

戸籍抄本においては、交付請求者が性別変更した者の名を変更前の名とするか、変更後の名とするかを選択する、あるいは、どちらかを原則とし、申し出により他の名を記載するという方法が考えられるべきであろう。

以上のことから、「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」ることは回避できるため、特例法3条1項4号の要件を削除することは可能である。

＊本研究は、JSPS科研費JP18K01375の助成を受けたものです。

[31] 大阪高決平成21年11月10日家月62巻8号75頁。渡邉泰彦「婚姻している性同一性障害者の名の変更」速報判例解説 vol.9（2011）93頁を参照。

[32] 大阪高決平成21年11月10日（家月62巻8号75頁）は、「『△』という名が女性の名であるとも断定できないから、『△』への名の変更によって直ちに同性婚の外観を呈するといえるか疑問である」という理由をあげ、婚姻している男性からの名の変更を許可した。