

性同一性障害者特例法における 身体的要件の撤廃についての一考察

石 嶋 舞

1. はじめに
2. 現行の特例法
 - 2.1 診断要件・身体的要件設定の背景
 - 2.2 特例法の規範性
3. 身体的要件の撤廃に伴い危惧される法的問題
 - 3.1 親族法上の問題
 - 3.2 オランダ親族関連法改正
 - 3.3 その他の法令に内在する性別
 - 3.4 小括
4. 欧州の動向
 - 4.1 ドイツ連邦憲法裁判所2011年1月11日決定
 - 4.2 欧州における「性的自己決定権」と日本法への親和性
5. 終わりに

1. はじめに

我が国における現行の性同一性障害者特例法は、その立法の時宜性とも相まって、戸籍の性別取扱の変更ができるものを、医師により「性同一性障害」と診断された者で、かつ所定の手術を受けた者に限っている。しかしながら、性別違和に対する医療上の対応の進展から、医療上診断される

性同一性障害と特例法の想定する性同一性障害者には乖離が生じており、特に身体的介入が性別違和の改善に必ずしも必要とされないことに関して法はその認識を欠いている。

特例法施行後十数年を経て、当事者の中で自己の性別違和の真性を示す基準として特例法要件が扱われてきたことで、当該要件は当事者の中でその充足を促す規範的機能を持ってきたが、法的性別取扱変更に動機付けられての病態性の獲得やホルモン療法・手術を含む身体的介入による生殖能力喪失・外観の変更は望ましいものとは言えず、特に特例法要件が本来本人の生活状態の向上には不必要であった可能性のある手術や断種を動機付けてきたことは強く問題視されねばならない。

本稿では、特例法の生殖能力喪失要件及び外観具備要件（以下、これらを合わせて「身体的要件」とする）を削除した場合に生じる問題を確認することを第一の課題とする。さらにドイツ及び欧州における権利的側面からの解決の先例を簡単に紹介した上で、身体的要件を具体的に撤廃する方法を模索する。特例法の今後の方向性を整理し、特例法と医療の住み分けと、特例法の脱病態化に付随する問題を考察する一助としたい。

2. 現行の特例法

2.1 診断要件・身体的要件設定の背景

現行の特例法は、性同一性障害を以下のように定義する。

(定義)

第二条 この法律において「性同一性障害者」とは、生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別（以下「他の性別」という。）であるとの持続的な確信を持ち、かつ、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者であって、そのことについてその診断を的確に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致しているも

のをいう。

従って、特例法に基づく性別取扱い変更の審判の申立人となる「性同一性障害者」とは、身体的な性と身体的性が不一致であることに加え、医師2名以上により「性同一性障害」の診断を受けた者とされる。さらに特例法は、性別取扱い変更の審判の申立人を以下の要件を満たす者に限る。

（性別の取扱いの変更の審判）

第三条 家庭裁判所は、性同一性障害者であつて次の各号のいずれにも該当するものについて、その者の請求により、性別の取扱いの変更の審判をすることができる。

- 一 二十歳以上であること。
 - 二 現に婚姻をしていないこと。
 - 三 現に未成年の子がないこと。
 - 四 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。
 - 五 その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること。
- 2 前項の請求をするには、同項の性同一性障害者に係る前条の診断の結果並びに治療の経過及び結果その他の厚生労働省令で定める事項が記載された医師の診断書を提出しなければならない。

以上のように、特例法は性別の取扱変更という判断を行うにあたり本人が成人年齢に達していることを求めた上で、子の有無や婚姻関係の有無という身分事項を調整する要件を課し、さらに生殖能力の喪失及び性器にかかる外観具備を所定の方式により終えた者⁽¹⁾というかなり限定的な集団にの

(1) 要件充足に必要とされる具体的な医療上の身体的介入については、平成16年5月18日障精発第0518001号厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部精神保健福祉課長通知による診断書の記載要領に示されるほか、外観具備の程度については判例による若干の調整がある。厚生労働省ホームページ <http://www.mhlw.go.jp/general/seido/syakai/sei32/dl/youryou.pdf> (2017年4月24日15:27最終確認)、三橋純子「日本における戸籍性別変更の内訳推定」<http://junko-mitsuhashi.blog.so-net.ne.jp/2017-03-06> (2017年4月24日15:27最終確認)。

み申立を認めている。

かねてより出生時に指定された性と異なる性を自認する当事者らは自己の性別違和に様々な方法で対処しており、身体的介入を行わないという選択も含め、本人の生活状態の向上に最適な対応方法が三者三様であることが特に医療現場においては明示的に認識されている。⁽²⁾ 特例法の制定当時においても当事者の対応実践の多様性は認識されていたが、⁽³⁾ それにも関わらず特例法が申立人の身体的処分のあり様を限定するに至った理由としては、特例法と立法当時の医療の関係が挙げられる。特例法は、新聞や報道による周知のもと埼玉医大で実施されることとなった性別適合手術⁽⁴⁾の煽りを受けて性急に制定された背景があり、法は意図的かつ戦略的に「性同一性障害」という病を持つ者の救済手段という性格を持たされた。1998年の当該手術及びこれに関連する医療周辺の動きと特例法の制定経過を同時に観察するに、「性同一性障害」の語が初めて言及された第143回国会の4ヶ月前に同医大の倫理委員会が性同一性障害者の性別再指定手術の実施を承認しており、同国会の1ヶ月後には実際の手術が実施されている。同国会で言及されたのは性別再指定手術にかかる刑事上の問題であるが、これは⁽⁵⁾

(2) 日本精神神経学会「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン(第4版)」https://www.jspn.or.jp/modules/activity/index.php?content_id=84 (2017年4月24日2:21最終確認)

(3) 上川あや『変えていく勇気—「性同一性障害」の私から』(岩波新書、2007) 106頁

(4) これ以前にも性別再指定手術が実施されていたことは三橋順子(「神話」を「歴史」に引き戻す)GID(性同一性障害)学会第19回研究大会抄録集(2017)他)などによって指摘されるが、1994年に埼玉医大において交通事故で重傷を負った男性の陰茎再建手術に成功したことが国際雑誌に掲載され注目を浴び、これを契機として同病院がFtMの患者に性別適合手術を行うことがメディア等で周知されたことから、立法対応の契機となった。

(5) 1998年9月22日。竹田香織「性同一性障害者特例法をめぐる現代的状況—政治学の視点から—」101頁 2008年度 GEMC ジャーナル第1号(2008) 94-105頁。

(6) いわゆる性転換手術について適用が問題となるものとして、母体保護法第34条あるいは第28条(双方ゆえなく生殖を不能にすることを目的として手術等を行う行為を処罰する規定)と刑法の傷害罪の規定が考えられることが言及された。犯罪

ある性転換手術（判例ママ）が旧優生保護法第28条に反する⁽⁷⁾か否かが争われた東京地裁昭和44年2月15日判決⁽⁸⁾を受けての発言と捉えられる。当該判決において裁判所は性別適合手術を適法とみなす基準を示しており、埼玉医大での手術に先んじてはこの基準を踏襲する形で「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン（以下「ガイドライン」）が作成された⁽⁹⁾。このことから、特例法制定に至るまでは、治療が当ガイドラインに沿うか否かが性同一性障害者に対する医療行為の適法性の有無を判断する基準として⁽¹⁰⁾扱われていく。

の成立や手術の正当性について、当質疑の時点では具体的事実関係に基づいて判断すべきとされたが、ここでの政府委員の回答に対し、質問者である石渡議員は、間近に予定されている手術をきっかけに以降性別適合手術を受けるものが増加することを懸念し、法整備の必要性があると発言しており、手術が立法の契機となったことがうかがえる。

- (7) 「何人も、この法律の規定による場合の外、故なく、生殖を不能にすることを目的として手術又はレントゲン照射を行ってはならない。
- (8) いわゆる「ブルーボーイ事件」。東京地裁昭和44年2月15日判決 判時551号(1969) 26-36頁。東京高裁昭和45年11月11日判決。裁判所は「性転向症者（原文ママ）に対する性転換手術は… 不可逆的な手術であるというその性格上それはある一定の厳しい前提条件ないし適応基準が設定されていなければならない」とした上で、当該性転換手術の適法性を認めるに当たっての基準（イ）手術前の検査と一定期間の観察、（ロ）家族や生活環境の調査、（ハ）複数の医師による検討と能力のある医師による実施、（ニ）資料の作成・保存、（ホ）患者本人の理解と同意）を示し、この基準を逸脱する場合「性転換手術」は医療行為としての正当性を持ち得ないとした。当該判例は、性別再指定手術の医療行為としての正当性を認めるにあたり一定の要件を充足すべきことを示したもののだが、当該事件において同時に麻薬取締法違反が認定されたことから、被告に懲役2年、執行猶予3年、罰金40万円という重い量刑が下されたことが相まって、当該判例が日本における性別違和に対する医療の動きを低迷させた⁽¹⁰⁾とされる。土肥いつき「性同一性障害とは何か」ロニー・アレキサンダー他『セクシュアルマイノリティ第三版一同性愛、性同一性障害、インターセックスの当事者が語る人間の多様な性』（明石書店、2012）92-109頁、95頁。
- (9) 日本精神神経学会・性同一性障害に関する特別委員会による。初版は平成9年5月28日付「性同一性障害に関する答申と提言」において公表。現行第4版。
- (10) その後医療の適法性をめぐってガイドラインを参照しているものとして、1998年9月22日の第143回国会、東京高裁平成12年2月9日決定（特例法制定前に、オーストラリアで性別適合手術を受けた申立人が、戸籍法113条に基づき、戸籍上の

かように適法性の根拠とされた医療指針であるが、当時は医療も性同一性障害に対す治療を「医療」として確立させる段階にあったことに言及せねばならない。病気の発生の原因そのものを治療する根治治療とは異なり、性別適合手術のように、原因に技術的には介入できないが患者の苦痛を軽減する目的で行う救済治療においては、医療技術の利用が便宜的なものではなく、かつ病因に基づくことが示されねばならない。従ってガイドラインの制定にあたっては、裁判所に示された適法基準を踏襲することと合わせ、性別違和の治療の必要性が何らかの疾病に起因するものと特定される必要があり、このことから、性別違和を抱く者の負担が性役割を配分する社会編成からくる不利益に起因していることに医療者が自覚的であったにもかかわらず、性別違和はあえて社会的な性役割から切り離して扱われ、性自認は胎生期からの生物学的機序によって形成されるものと仮説立⁽¹¹⁾てられた。また特例法立法当時に参照されたガイドライン第 1 版 (1997

父母との続柄欄を長男から二女に訂正する許可を申し立てた事例。原審（東京家裁八王子支部）で申立が却下された後抗告、棄却。「抗告人が性転換手術（ママ）を受けたオーストラリアでの治療経過が必ずしも明らかでなく、日本精神神経学会の前記ガイドラインに添った診断、治療が行われたかどうかについても、それを確認できる資料がない」としていることから、当ガイドラインに添った治療が当時有利に働いたことが確認できる。石井美智子「いわゆる性同一性障害の治療としての性転換手術を受けた場合に、戸籍法一一三条による戸籍訂正が認められなかった事例」168頁 判タ No. 1065 (2001) 168-169頁、東京高裁平成12年2月9日決定「いわゆる性同一性障害の治療としての性転換手術を受けた場合と戸籍法一一三条による戸籍訂正の許否」判タ No. 1057 (2001) 215頁。尚外国で性転換手術を受け、日本の家庭裁判所で性（続柄）の訂正と名の変更を同時に許可された例が存在するとの指摘もあるため、ガイドラインのみが絶対的な判断基準であった訳ではない（澤田省三『『性転換』をめぐる若干の法的課題（下）埼玉医科大学における性転換手術の実施を機縁として』20頁 判時1693号 (2000) 14-20頁、田中恒朗「平成11年度主要民事判例解説」172頁 判タ No. 1036 (2000) 170-172頁）。

- (11) 高橋慎一「性同一性障害医療と身体の在り拠——ガイドライン・特例法とトランスジェンダリズムの分析から」山本 崇記・北村 健太郎 編『生存学研究センター報告書 [3] 不和に就て——医療裁判×性同一性障害/身体×社会』(2008) 立命館大学生存学研究センター <http://www.ritsumeikan-arsvi.org/publications/read/id/147> (2017年8月20日16:30最終確認)

年) および第2版(2002年)は、現行の第4版のようなアラカルト形式の治療指針ではなく、精神療法、性ホルモン投与治療⁽¹²⁾、及び性別適合手術を段階的に位置付け、手術を終えて治療を完遂する形式をとっており、特例法がこの患者像に依拠したことで、先天的な病のために性別違和をきたし、手術を完遂して「もう一方の性」へ埋没するという当時者の典型像が構築された。

手術に先導される形で立法を実現した特例法は、この典型的な当事者像を意図的に選択した側面がある。手術が公に周知されたことから、法が身体的性別を変更した者の法的性別の取扱に速やかに対応する必要が生じ、特例法は当該手術実施から5年の勉強期間を経た後に、議員立法により制定された⁽¹⁴⁾。特例法制定当時は主要なジェンダー政策は片面的な女性保護型からようやくジェンダーフリー型に移行した時期であり、竹田(2008)は⁽¹⁵⁾

(12) 第二性徴抑制を目的としたものではなく、成人を対象とした性ホルモンの投与。MtFに対するエストロゲン投与、FtMに対するアンドロゲン投与等。肉付きや体毛の変化、既存の生殖機能の停止・縮小などを引き起こす。日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン」1262頁 精神神経学雑誌第114巻第11号(2012) 1250-1266頁

(13) 平成14年に公表された第二版では第二段階の治療対象が18歳に引き下げられ、また乳房切除手術が生殖機能に影響を与えないことを理由に性別適合手術から分離され、第二段階の治療と位置づけられた。日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会・前掲注12、1252頁

(14) 特例法制定に際し、自民党は2000年9月に性同一性障害に関する勉強会を発足、2003年に南野千恵子参議院議員を中心として特例法法案がまとめられ、2003年7月に同法が可決・成立した(竹田・前掲注5、吉野鞆「『多様な身体』が性同一性障害特例法に投げかけるもの」Core Ethics Vol. 4(2008)立命館大学大学院先端総合学術研究科 383-393頁、384頁)。特例法自体は議院立法であるが、委員会の提案した議案であったため、採決に際しては審査および審議が省略されており、議事録上にはほとんど議論の記録が無い。この時の立法運動の様子は、上川・前掲注3などに詳しい。

(15) 特例法の制定時期の政界の動きは、竹田・前掲注5に詳しい。特例法の制定の議論が出たのは90年代末であるが、竹中の分析によれば、当時のマジョリティを対象としたジェンダー政策は、女性問題解決・女性の地位向上を目的とし、女性のみならず焦点を当てた1990年代以前の片面的な女性保護政策からようやく脱却し、ジ

特例法がジェンダーに保守的な議員の賛同を取りつけた理由を、特例法が性同一性障害を「障害化」「病理化」し治療の対象としたこと、またこれにより性同一性障害を男／女という性別二元論を規範とした「正常」な状態からの逸脱として捉え、ジェンダーやマイノリティに関する問題と捉えなかったこと、特例法が変更後の性の男女の別の明確化を必須としており、外形的にも十分に性別二元論の枠組みに当てはまる者のみを手続の対象としたことに見出す。特例法の制定当時においては医療・立法において相乗的に手術を受けない当事者の締め出しがなされており、特例法は少なからず意図的に、病により「もう一方の性」への移行を希求し、身体的治療を完遂して当該性への埋没を目指す「性同一性障害者」のみを申立の対象とすることで、従来の男女二元論に立脚して当事者をここに回収する構造を内包している⁽¹⁶⁾。

2.2 特例法の規範性

上述のように、特例法は手術を受ける当事者のみを想定したことから、元の性別生殖能力等が残っていることは相当でないとして4号要件（生殖能力喪失要件）が、また社会上の混乱を回避するために5号要件（外観具備要件）⁽¹⁷⁾が設定された。生殖能力喪失要件は、性別取扱変更後に子が生まれた場合に法的親子関係への混乱を回避できないことから根拠づけられる。しかしながら、特例法が当事者による身体的要件の充足を誘起することにより、本来本人の性別違和の改善に必要なでなかった手術に踏み切る危

ェンダーからの解放・ジェンダーフリー政策へと枠組みを転換した時期であったとされる。

(16) 竹田・前掲注15、土肥・前掲注8等参照。

(17) 南野知恵子監修『【解説】性同一性障害者性別取扱特例法』93-94頁。また東京高裁決定平成17年5月17日家月 57巻10号99頁は、「性別の取扱いの変更を認める以上、元の性別の生殖能力等が残っているのは相当でないことから同項4号を、他の性別に係る外性器に近似する外観がないことによって生ずる可能性のある社会生活上の混乱を回避する必要があることから同項5号を、それぞれ要件として定めたものと解される。」とする。

陰性が指摘されてきた。特例法は、性別違和への対処方法として一定の指針を当事者に示した一方、「最後まで」いかなる当事者一性別再指定手術を行い、特例法により性別取扱を変更するところまでいかなる当事者一を周縁においやる⁽¹⁸⁾。当事者の一部の間にも、そのような手続きに乗らない者を、本気でない者、真に深刻に悩んでいない者と差別化し、そのような者と自己を対比することで自己の性別違和の真摯性を裏づけようとする動きがある。精神科医の報告によれば、手術後から性別取扱変更にかかる診断書を作成するまでの期間が短縮化しており、これは特例法の要件充足を目的として手術を受ける者の存在を示唆する⁽¹⁹⁾。吉野（2008）は、特例法における法的性別取扱いの変更要件が性同一性障害そのものへの見做し要件となり、特例法の要件を全て満たした上で「逆の性」への埋没に成功するいわば「性同一性障害エリート」層を産んだことを取り上げ、鶴田（2008）⁽²⁰⁾は、身体的介入（ホルモン投与）を行う真剣さによって他者との差別化を測る「なんちゃってFtM」言説の登場を指摘する⁽²¹⁾。身体的な介入を加えた方が良いとする考えが浸透したことは、自身の性別や身体的処分を自身で決定する機会を喪失することにもなり得、安価な外科的介入の斡旋やホ

(18) 杉浦郁子「『ガイドライン』「特例法」批判と「障害の社会モデル」の接合可能性—社会・医療・個人の負担配分の考察へ向けて」石田仁編著『性同一性障害ジェンダー・医療・特例法』書評論叢クィア vol.2（2009）150-159頁、151-152頁

(19) 織田裕行ほか「特例法と受療行動に関する一考察」GID（性同一性障害）学会第19回研究大会、札幌、2017年3月

(20) 吉野（2008）は、医師による診断やそれに伴う恩恵（学校や職場での「正式な」カミングアウト等）を得るための「当事者たちの『認めてもらう』ための、ジェンダー・ステレオタイプにはまった過度なアピール」を取り上げ、特例法を用いて男女に同化した方が利益になると（善意で）考える医療現場が積極的にそれを受け取ることによる相互的なジェンダー規範の固定化の図式を明らかにした。吉野・前掲注14、383-393頁。尚、もちろん当事者の中には自ら積極的に「逆の性」への同一化を望む者も存在するのであり、それを否定するものではない。

(21) 鶴田幸恵「『金八』放送以降の知識の広まりは何をもたらしたか—FtM カテゴリー使用の倫理」石田仁ほか『性同一性障害 ジェンダー・医療・特例法』（御茶の水書房、2008）161-182頁

ルモン剤の私的購入が容易に行われる今、特に孤立しがちな若年者にとって問題は深刻である。そもそも特例法の要件が当事者に課す外科的介入は、当事者の意思のみでその諾否が決まるものではなく、当事者の身体的条件によっては手術そのものできない場合がある⁽²²⁾のであり、現在の特例法が課す身体的要件は、本来身体的変更を望まない者に無為な手術を動機づけてしまう⁽²³⁾他、性別変更可能な範囲、及び手術方式を限定した上での手術の強要により、手術に対する自己決定の範囲を矮小化し、また個人の性を生物学的範疇で処理することから、性別とは何かと言う本質的議論を隠蔽していることも問題として指摘される⁽²⁴⁾。特例法が当事者の間で規範的な作用を持ってきた一方、性別違和の緩和に外科的介入が必須ではないことが明らかである以上、身体の処分とリプロダクションの機会の喪失が、法的性別取扱の変更（及び従来指定されていた性と自身の自認する性が不一致であることに起因する重大な苦痛の回避）と二者択一の状態に置かれる可能性を考慮した場合に、身体的要件が保護する法益及びこれを撤廃することによる他法への影響を十分に精査しないまま、身体的要件を課すことはもはや妥当ではない。上記のように、特に社会学や人権の側面から身体的要件

(22) 例えば、麻酔薬に対するアレルギーや重度の肝障害など。その他周囲の受け入れ状況や十分な休暇の確保等も障害となりうる。ガイドラインには身体的治療に移行するため条件が列挙されている。日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会・前掲注12、1259-1260、1266頁、また前掲・吉野・前掲注14、385頁も参照。

(23) 吉野・前掲注14、383-393頁

(24) 國分典子「性同一性障害と憲法」14頁 愛知県立大学文学部論集日本文化学科編52 (2004) 1-17頁。また島崎 (2004) も、性転換手術（ママ）の実施が障害の『治療』として刑法上正当化されるにすぎないように、性同一性障害はとりわけ人権の問題として十分に把握されていないことを指摘している。竹田・前掲注5、94-105頁。

(25) 特に社会的・経済的自立性や実践経験に乏しく、性の規範を自己の外部に求める傾向のある若年層にとっては、特例法の要件充足を目的化してしまうことの弊害が深刻に出る場合がある。性ホルモンの私的購入や使用、安価な個人診療所での手術（朝日新聞 2013年2月8日夕刊「乳房除去手術受け死亡 性同一性障害の個人診療所」）など、専門的な知識を持つ者の監督を十分に得ずに、自己の身体に不可逆な介入を施した事例は少なからず実在する。

の弊害が指摘される中、身体的な要件を具体的に撤廃するための法的検討は、未だあまりなされていない。従って、以下では身体的要件を撤廃した場合に要求される対応及び危惧される問題を、特に親子関係の成立に焦点を当てて具体的に考察していきたいと思う。

3. 身体的要件の撤廃に伴い危惧される法的問題

3.1 親族法上の問題

日本国内において子を懐胎・出産した者は母とされ⁽²⁷⁾、当該母と婚姻関係にあった者、あるいはその子を認知した者が子の父となるが、生殖能力喪失要件は性別取扱変更後の生殖を不可能としたことで、法的男性の出産や、法的女性が他者を懐胎させることを防ぎ、法的親子関係の成立上の混乱を回避したものと考えられる。しかしながら、性別の取扱を男性から女性に変更した者（以下「MtF」とする。⁽²⁸⁾）に関しては、第2号非婚要件の充

(26) 国際的な動向として、国連人権理事会における報告（United Nations, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53 (1, february 2013) available from undocs.org/A/HRC/22/53) 78段が生殖能力喪失要件を問題としており、また UN Woman, WHO らが共同声明「強要・強制された、あるいは不本意な断種の排除」(Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization) を出したことから、日本国内でも身体的要件に対する対応はいずれ求められることになると考えられる。

(27) 民法779条に、嫡出でない子はその父又は母が認知できるとあることから、非嫡出母子関係は母の認知を待つように読めるが、自然血縁上の母子関係の存在が解体・分娩という事実で明確にできることから、判例においては認知を待つまでもなく母子関係の確認が可能であるされており（最高裁判決昭和37年4月27日民集16巻7号1247頁）、原則分娩者は母となる。母の認知は、棄児や迷子の場合等で、懐胎・分娩の事実の証明が困難である場合に適用されるものと解される。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）146-147頁。

(28) Male to Female の略。なおこのような表記は男／女二元的でない性別を自認する者を議論の埒外に置くことになるが、法的性別が原則男／女のどちらかに限られることに鑑みて、ここでの MtF の表記は「法的取扱の変更」を男性から女性へ

足のため婚姻を解消した後に性別取扱を変更したとして、その後300日以内に元配偶者が出産し、その者と子の間に親子関係が推定される場合に、⁽²⁹⁾ 子との親子関係はいかに確定するのか、あるいは婚姻関係になかったとして、女性が MtF との子を出産し、MtF が性別取扱を変更した後に子を認知しようとした場合に、分娩の事実によって既に母のいる子を登録上女性である MtF が認知できるのか否か、また MtF と子の間に親子関係が成立する場合、その親子関係が母子関係になるのか、父子関係になるのか、さらに親子関係が確定したとして、認知による親子関係の遡及効により第3号子なし要件に基づいて性別取扱変更が無効となるのか、⁽³⁰⁾ といった問題は現行法においても未解決のままであり、さらに医療技術の発達による配偶子の保存の可能性も相まって、法的親子関係にもたらされる混乱の回避という目的は、生殖能力喪失要件によって完遂されているとは言い難い。

生殖能力喪失要件を廃し、性別取扱変更後に自己の生殖能力を用いて子をもうけた際に考えられる問題としては、1) 親子関係成立の基準をいかに考えるか、また2) 成立した親子関係を父・母のどちらとするのか、の2つが挙げられる。まず、親となる者の性別を問わず、現行の親子関係の成立基準に基づいた場合に、いかなる親子関係の出現が考え得るかを以下⁽³¹⁾ に挙げる。なお法が、戸籍の完追制度などを除いて男女二分の構造に立脚

変更することを望む者を指すものとする。なお、女性から男性へ性別取扱を変更する者の表記は FtM (Female to Male の略) とする。

(29) 後述の認知の場合は、その遡及効により性別取扱変更時に当該 MtF が子なし要件を満たしていなかったものとされ、性別取扱変更が無効となる可能性が示唆されるが(棚村政行「性同一性障害をめぐる法的現状と課題」ジュリスト No. 1364 (2008) 2-8 頁、6-7 頁)、性別取扱変更後に出生した子に対し、離婚後300日以内に生まれたことによる嫡出推定が及ぶ場合は、当該 MtF は性別取扱変更時には子なし要件を満たしていたと解釈され、この場合の性別取扱変更の有効性ならびに子との間に成立する親子関係については現状何ら言及がない。

(30) 棚村・前掲注29、6-7 頁。子を認知した場合に性別取扱変更が無効になるとすれば認知を忌避することも考えられ、親子関係の成立の如何が曖昧であることは、子の立場からも問題視されねばならない。

(31) 以下の表に記した類型の他に卵子の提供を行うことも考えられるが、本稿では

図 1



していることから、本稿では男／女にのみ言及するに留まっていることを申し置きしておかねばならない。また図 1 では第 2 号非婚要件が維持された場合を想定しており、現状同性間での婚姻が認められないことから、婚姻中にある場合とは、FtM の場合は女性 (F) の配偶者がいること、MtF の場合は男性 (M) の配偶者がいることを指す。

実親子関係においては、法的母子関係は母の懐胎・分娩の事実により、父子関係は推定あるいは認知により確定するものとされており、母は常に明確であって、父はその子の父であることが常に明確とは言えないが為に、婚姻関係を基盤にその関係が確定するという程度において、法的母子関係・父子関係の成立にはその親の生殖能力が前提とされている。

親子関係の成立においては子と親の血縁関係の有無は問われず、民法は
 割愛し、生殖補助医療の議論に譲る。

血縁に基づかない親子関係の存在を認めており、嫡出推定 (772条)、嫡出の承認後の否認権の喪失 (776条)、嫡出否認訴訟の出訴期間の限定 (777条)、成年の子の認知における本人の同意 (782条)、胎児や死亡した子の認知における母や子本人の承諾 (783条)、認知の取り消しの禁止 (785条)などは法律上の実親子関係と血縁上の親子関係の齟齬を認め、戸籍の記載の訂正を制限する。⁽³²⁾近年の判例においては、嫡出推定制度の意義は夫婦関係の秘事の暴露を防ぐとともに、父子関係を早期に安定させることにあり、⁽³³⁾必ずしも血縁を明確にするものではないことが確認された。嫡出推定制度は嫡出否認権の不行使を夫に認めることで親子関係の存否に夫の意思の介在を認めており、出訴権者、出訴期間また否認権行使の方法を限定することで子の法的地位の安定を図る。⁽³⁴⁾また認知による父子関係は血縁の不存在により覆され得るが、⁽³⁵⁾認知無効の訴え、親子確認不存在確認の訴えにより争う者がいない限り父の意思によりなされた父子関係が維持されることから、民法は血縁の有無に関わらずに成立した父子関係を一定程度保護している。⁽³⁶⁾また分娩による母子関係については、代理懐胎のために分娩し

(32) 石井美智子「実親子関係法の再検討—近年の最高裁判決を通して—」法律論叢 (2009) 31-51頁、45頁。もっとも石井は、これらの条文を、あくまで戸籍上の記載を、血縁上の親子関係に反しても法律上の実親子関係に基づいて記載すべきと認めたものであり、藁の上の養子を実子として記載するなど、法律上の実親子関係が成立する要件にも反する戸籍上の記載を認めるものではないとして、最高裁判決平成18年7月7日民集60巻6号2307頁及び最高裁判決平成18年7月7日民集59巻1号98頁を批判する文脈でこれらの条文を挙げている。

(33) 最高裁決定平成25年12月10日民集 67巻9号1847頁、最高裁判決平成26年7月17日裁時1608号6頁、最高裁判決平成26年7月17日民集68巻6号547頁

(34) 二宮周平「性別の取扱いを変更した人の婚姻と嫡出推定」立命館法学 345・346号 (2012) 576-610頁、585-587頁

(35) 最高裁判決平成26年1月14日民集68巻1号1頁、最高裁判決平成26年3月28日集民第246号117頁、最高裁判決昭和53年4月14日家月30巻10号26頁。

(36) 二宮・前掲注34。嫡出推定と認知とで親子関係の否定の扱いの違いは、婚姻の効果に重点をおきこれを尊重する意味を有するが、父子関係の安定という側面で捉えれば、一方のみを血縁を基準として覆せるとすることは整合性に疑問が残るとされる。

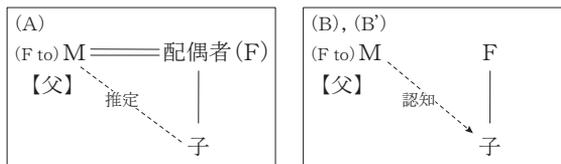
た者と血縁上の母が異なる場合にも、実親子関係を定める基準が一義的かつ明確でなければならないとの要請から、分娩した者が母となる⁽³⁷⁾。

このことを踏まえて、現行の母子関係の成立基準、父子関係の成立基準をそのまま当てはめた場合に、上記それぞれの親子関係において母子関係・父子関係のどちらが確定するかを見ていきたい。

性別の取扱い変更後は、別段の定めがない限り変更後の性別で扱われることから、(A)、(B)、(B')の事例ではFtMは男性として扱われ、現行の親子関係の成立基準に基づいて子と父子関係を持つ。特例法に基づいて性別を女性から男性に変更した者が、AID（非配偶者間人工生殖）を用いて妻との間に子をもうけ、その子を実子として届出た場合、当該FtM夫と子の間には嫡出推定による実親子関係が認められる⁽³⁸⁾。認知の場合も同様に認知をしたFtMは他の男性と差異なく父子関係を形成するものと考えられ、(A)、(B)、(B')の例では、父子間に血縁の不存在が明確であっても、嫡出推定及び認知の枠組みが適用されると解される。

生殖能力を保持したままの性別変更が可能となった場合、問題となるのは(C)(C')及び(D)(D')、(E)(E')の例である。(C)(C')に関し、分娩の事実による親子関係の成立は子に少なくとも一人の法的親を確保する意味で重要であり、これを否定することは妥当でない。分娩の事実に基づ

図 2



(37) 最高裁決定平成19年3月23日民集 61巻2号619頁。

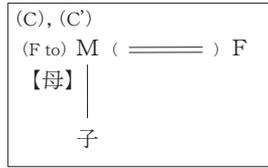
(38) 最高裁決定平成25年12月10日民集 67巻9号1847頁。

づいて生じるのは「母子関係」であり、親としての権利義務においては父／母の登録の別により差異は生じないものの、分娩の事実に基づいて確認・否定される母子関係と、嫡出推定の排除の可否や、認知の場合は血縁の有無によって否定される父子関係とでは枠組みを異にするため⁽³⁹⁾、(C)における FtM と子の関係は当面母子関係となることが考えられる。しかしながら、(C) の場合では FtM の配偶者と子の関係がいかにか確定するのか、(C') の場合では FtM に女性パートナーがいた場合に当該パートナーと子との関係の形成を視野に入れるかという問題があり、また FtM に男性パートナーがいた場合に当該パートナーは子を認知することができるが、FtM (男・母) とパートナー男性 (男・父) が婚姻できないという難点がある。もっとも、分娩の事実によるなら母、嫡出推定によるなら父、という枠組みを性別中立的に維持するのであれば、(C) の例では、配偶者と子の関係を父子関係の枠組みで処理することも考えられなくはないが、女性配偶者と子に推定による父子関係を認めることは、「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…男性とみなされるため…当該子は当該夫の子と推定される」とした判例と矛盾するほか⁽⁴⁰⁾、性別の取扱を自ら変更したわけではない配偶者にまで性別取扱変更による父／母、男／女の齟齬を及ぼすことには議論の余地があると言えよう。第 779 条は母による認知を認めるが、分娩による母が既に確定しているため、配偶者が子と実母子関係を持つには、子が母を 2 人持つことを認める必要が生じる⁽⁴¹⁾。

(39) 父・母により扱いが異なる具体的な例として、民法は母子・父子関係ともに認知を予定していたが、母子関係は分娩の事実により当然に発生し、認知は不要であるとされたことを受け (最高裁判決昭和 37 年 4 月 27 日民集 16 卷 7 号 1247 頁)、母子関係存在確認の訴えであれば、787 条但書の適用がなされず、検察官を相手方とし、母の死後何年経つていようともこれを行うことができること等が挙げられる (高橋朋子・床谷文雄・棚村政行・前掲注 27、147 頁)。分娩＝母子関係、認知・推定＝父子関係とした方が現状では判例法理に沿い、後に子から認知の訴えをする場合を考えても妥当に機能するものとする。

(40) 上述最高裁決定平成 25 年 12 月 10 日民集 67 卷 9 号 1847 頁。

図 3



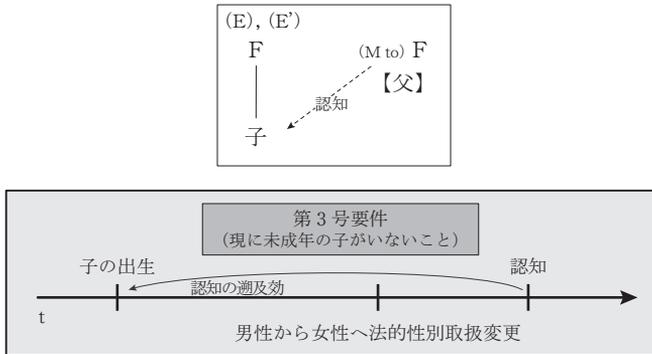
同様に (E) (E') に関しても、既に分娩の事実による母が確定していることから、2人の母が認められない限り、MtF は子と母子関係を持つことができない。このことをもって子と MtF の間に親子関係が結べないとするのは、子がもう一人の親を確保できないという意味でも妥当でないため、MtF と子の間に父子関係の成立を認めることが考えられる。その子が当該 MtF の精子によって懐胎している場合で、その精子の使用がドナーとしての精子提供によるものでない場合は、MtF に認知の意思がある場合に親子関係の形成が認められることはもとより、子からの認知請求も認められるべきである。⁽⁴²⁾ MtF が自己と血縁関係のない子の認知を行なった場合であっても、親子関係の成立においては血縁を問うものではないため、親子関係が認められると解されるが、性別取扱変更以前は男性であったことを以って、女性でありながら任意に「父子関係」を形成できるとすれば、登録上の「女性」に「生来女性」と「性別取扱変更による女性」という下位カテゴリーを創設する事になりかねない。⁽⁴³⁾ 全ての法的女性に認知による「父子関係」の創設を解放することは、子が2人の女性親を持つ

(41) 本稿では実親子関係にのみ触れるが、もっとも配偶者と子の関係を養子縁組により形成すれば、子が母を2人持つことは可能である。なお日本法においては、代理出産などの理由で母性を他者に譲る手続きは想定されていない。

(42) MtF と子の間に成立するのが「父子関係」となれば、MtF が子を認知することを躊躇する場合が考えられるため、MtF が性別取扱を変更して登録上女性となった後であっても、子からの認知請求を認める事は不可欠である。

(43) 認知自体は、女性がした場合も男性がした場合と性質を異にする訳ではない。藤田八郎「母の認知」に関する最高裁判所の判決について」駒澤大學法學部研究紀要 24 (1966) 12-22頁、18頁。

図 4



ことに対する議論が成熟していない以上、現状妥当ではない。MtF による子の認知に関しては、子が 2 名の親を持つことをおおよそ期待し得る構造を確保するという視点から、限定的な場合に行えるとするのが適当であろう。⁽⁴⁴⁾

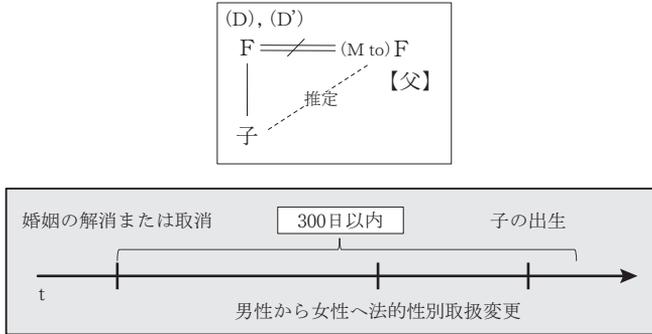
(D) (D') に関しては、男性としての前婚解消／取消後に性別の取扱を変更し、女性となってから男性と婚姻をする場合、当該 MtF は女性として扱われ、再婚禁止期間等の適用を受けるが、⁽⁴⁵⁾ 嫡出推定に関しては現状懐胎の時期により推定を受けるのだから、⁽⁴⁶⁾ 例え子の出産の時期に女性であったとしても、婚姻の解消・取消後 300 日以内に子が生まれ、その子の懐胎

(44) 出産した FtM に男性パートナーがいる場合と同様、出産した女性と MtF が 2 人の間に子をもうけ、母および父となった場合であっても、当該 2 人が婚姻を望む場合は、2 人が女性同士となるために、婚姻関係に入れないという問題がある。この点に関しては、婚姻制度に関する議論にて言及されねばならない。

(45) 女は前婚の解消又は取消の日から起算して 100 日を経過した後でなければ、再婚をすることができない (733 条)。もっとも、前婚の解消又は取消の時に懐胎していなかったことを示せることから、女性として本規定の適用を受けても、再婚を禁止されることはない。

(46) 分娩時の婚姻関係により親子関係を確定するとする民法改正案があり、この場合 MtF は父子関係の推定を受けない。二宮周平「日本の立法と課題」『新・アジア家族法三国会議第 6 回会議』抄録集、1016 年 11 月、台北、101-105 頁、102 頁。

図 5



が推定される時期に当該子の母の夫であったならば、推定を受けるとするのが妥当である。推定により成立するのは父子関係のみであり、従ってこの場合の MtF と子の親子関係も父子関係となるものと考えられる。⁽⁴⁷⁾

3.2 オランダ親族関連法改正

以上に (C) (C') 及び (D) (D')、(E) (E') の例においては、FtM が登録上男性でも「母子関係」、MtF が登録上女性でも「父子関係」が成立することを示した。男/女の登録と父/母の登録に生じる齟齬は、3号要件が「現に子がいないこと」から「現に未成年の子がいないこと」と緩和されたことを以って既に生じているところである。しかしながら、以上の対応では、MtF には実母子関係を形成する余地がなく、MtF・FtM 間の不均衡が問題となろう。MtF と子の実母子関係の成立、(C) における FtM の配偶者と子の「母子関係」成立、および (E) (E')、また (C') に

(47) 第772条自体は「夫の子と推定する」としており、MtF が子の母の夫であったならば（かつ非婚要件を維持するのであれば、子の出産が婚姻解消後300日以内であれば）、父・母の別に関わらず親子関係が確定するものとも考え得るが、第773条は「前条の規定によりその子の父を定めることができない時」と言及するように、他法は同条推定により確定するのは「父子」関係のみであることを前提としており、同条により確定できるのも父子関係のみと解するのが妥当である。

において FtM に女性パートナーがいた場合における、既に分娩の事実により母子関係が 1 つ確定した子に対する女性からの認知の問題は、分娩の事実によらない母子関係が認められ、かつ 2 人の母を持つことが認められた場合に解消する。かような共同母関係を認めた近時の法改正の例として、オランダ法を紹介したい。

オランダにおいては、2014年に性別取扱変更における生殖能力喪失要件が撤廃されたが、これに先んじて親族関係規定（民法第 1 編⁽⁴⁸⁾11章）が大きく改正され、分娩者＝母ルールを維持したまま、出産による母の他に、推定⁽⁴⁹⁾、認知によっても母子関係が成立することとなり、子が 2 人の母を持つことが認められた。女性同士のカップルが 2 人の間に子をもうけようとした場合、女性が匿名ドナーに提供された精子を用いて出産したのであれば、出産者の女性配偶者または女性登録パートナーも推定による母性を獲得するとされ、また認知により成立した母子関係を血縁の不存在を理由に否定できる場合が限定された⁽⁵⁰⁾。推定の適用を精子提供者が匿名である場合に限ったのは、精子提供者がおおよそ子と父子関係を望むことが考えられない場合に限りて当該推定を認めようとしたためであり、子 1 人に対して成立し得る実親子関係は現状 2 人までとされる。本改正によれば、MtF が女性配偶者ないし女性登録パートナーとの間に子をもうけた場合に、おおよそ自分との血縁関係が望めない場合にのみ推定が働くという難点は指摘されるものの、MtF が自己の生殖能力を用いて子をもうけた場合でも

(48) Burgerlijk Wetboek, Boek 1 Personen-en familierecht, Titel 11 Afstamming

(49) 同国は同性間での婚姻を認めている。

(50) 基本的な枠組みは認知による父子関係を否定する場合と変わらず、訴権者は双方の母と子であり、出産によらない母の認知、ないし出産者による当該母の認知への同意が強迫もしくは錯誤に基づく場合等に、権利の濫用にならない範囲でのみ認知の無効の主張が認められる。精子の提供を受ける手続きを踏んだ場合に、特に子との血縁の存在において母の認識に錯誤が生じることが考え難いため、母からの母子関係否定は強迫があった場合という限定的な場合に限られる。M. W. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015) *Familierecht-Een introductie*. Boom Juridische uitgevers Den Haag, pp. 221, 226, 228-229.

認知によって子と母子関係を形成することができ、また FtM が出産する形で女性配偶者／女性登録パートナーとの間に子をもうけた場合であっても、当該配偶者／登録パートナーは子と母子関係を形成できる。⁽⁵¹⁾ かような法制によれば、既に分娩の事実により子に1つの母子関係が確定していた場合であっても推定／認知により MtF と子の間に実母子関係が成立し得るほか、FtM が出産した場合に、その配偶者と子の間にも推定により早期に母子関係が成立することとなる。

3.3 その他の法令に内在する性別

親族法以外の領域で身体的要件を撤廃した場合に生じ得る混乱を考察するにあたり、法制に性別の要素が含まれる分野として、労働、社会保障、設備・施設処遇、戸籍等民事登録・身分、税、医療、刑事規定及び被害認定、男女平等関連規定がある。⁽⁵²⁾ その内で身体的要件を撤廃した場合に危惧される問題として、(1) 生殖能力喪失要件を撤廃した場合には、男／女の性別に連動した生殖能力を前提とする他法制度への影響が危惧される。母性健康管理に関する使用者の義務を例にとれば、懐胎・分娩という事実に基づき労働者を保護すべき義務であれば、生まれてくる子の保護の意義にも照らして、懐胎者が法的に男性であっても、懐胎の事実に基づいて、かような義務規定は類推適用され得るものと解し得る。しかし一方で、妊

(51) 詳しくは、拙著「オランダの親子関係と身分登録に関する規定—オランダ民法第1編28条性別取扱変更規定を中心として—」比較法学50巻2号(2016)235-251頁を参照。オランダ法は改正を経て、親子関係の成立基準の適用自体は性別中立的になったものの、出産に基準が置かれるために、身体能力的に男性同士となるカップルと女性同士となるカップルの間とで、親子関係の成立のしやすさに大きな差異が生じていることが指摘できる。

(52) e-Gov 法令検索に提供される憲法・法律・政令・勅令・府令・省令・規則において、「女」「男」「夫」「妻」「婦」「婚姻」「セクシュアル」「異性」「父」「母」「配偶者」「性別」の語を横断的に検索した上で、分類した。当該検索による詳細な分類結果については別稿を割きたい。総務省行政管理局 e-Gov 法令検索システム <http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi> (2017年4月7日17:48最終確認)

娠・出産能力の保護⁽⁵³⁾やハラスメントの認定に関し、使用者が男性として把握している労働者の妊娠・出産能力の保護、あるいはこれにかかる配慮を欠いたとして使用者の責任を追及できるかと言えば、その予測の困難さから疑問が残り、また男性労働者の妊娠が確定しない内から、当該男性労働者の妊娠・出産能力の開示を求めることも妥当ではない。男女平等関連規定に関しても、出産能力が推定されることを前提とする女性保護の射程から妊娠・出産能力のある男性は外れ⁽⁵⁴⁾、また妊娠・出産に関わる問題が女性に特殊な問題として把握された場合に、出産能力の温存を望む男性の就業状況や当刻男性への配慮状況は、本人が出産能力を暴露しない限り把握されないこととなる。また健康維持管理の基準として登録上の性が採用された場合に、子宮頸がんの検査対象の選別といった本人が受動的に情報を受け取る場合で、かつ疾病に対する予防的な施策が取られる場合は、男／女の登録によりリスク集団を把握することが考えられることから、男／女の登録と生殖能力が食い違⁽⁵⁵⁾うことが問題となり得る。いずれも、登録上の性別と生殖能力に齟齬が生じるという例外的な状況において、いかに生殖能力が把握される／されないべきか、また生殖能力の把握の手段として出生時に登録された性⁽⁵⁶⁾に依拠する場合に、いかに性別取扱変更前の性別情報を

(53) 例えば、放射線被害防止に関連する規定において、「男子と妊娠の可能性・意思（要届出）のない女子」とその他の者で線量限度の基準に区別が設けられている等。

(54) 最も妊娠・出産能力を理由とした女性差別に関しては、男性に出産が推定されないことは当該男性に差別が及ばないことを指し、この意味で出産能力のある男性が女性保護規定の射程外に置かれることは、概念的な問題に留まる。

(55) 医療機関の受診の際に提出する問診票など、本人が能動的に自己の性別を示す場合に、身体機能と登録上の性別に齟齬があることを私匿する可能性に関しては、特例法の身体的要件の撤廃の有無を問わずとも問題となるところである。

(56) 生殖能力の把握を性別によらず、あくまで生殖能力の有無によつた場合に、性別の取扱変更に関与せずとも、生殖能力を持たない者全てにその事実を開示させ得るか否か、という問題が生じてしまう。生殖能力の有無は高度に私的な情報であることから、性別などの既存の情報から一定程度推定的に把握されるべきものとする。

管理し、いかなる条件の下、いかなる程度で開示が認められるべきか、ということに問題は集約される。雇用関係などの私的な領域で生殖能力が認識されるべき場合と、施設処遇や健康維持管理等の公的領域で生殖能力が把握されるべき場合とで、その扱いは変わってくる。

（２）外見具備要件は、男女別の施設処遇等に際して、自己の自認する性に従って取り扱われることによる性別取扱変更者本人の利益と、その周囲で本人に関わる者の利益（私的領域対私的領域）の調整をはかる意義がある一方、社会秩序に依拠せざるを得ない基準によって性が外部より判断できることから後者の利益が担保されることから、社会的秩序ないし規範意識にある程度の信頼を確保する必要がある、従って外観具備要件は本人の利益と当該社会的要請（私的領域対社会的領域）を調節する働きも持つとされる⁽⁵⁷⁾。もっとも現行の第5号要件が要請するのは外性器にかかる部位のみの外観の具備であって、外性器の形状でその者が男／女であるかが予見し得ることによって個人の利益が保護される場面は極々限られるのであり、外性器の有無が社会生活上人の性別を予見することにあまり寄与しない以上、男／女の別が外性器の形状によるという社会規範を特例法によっ

(57) 外性器がついているから男（女）性だ、とする社会秩序ないし規範意識がある程度信頼できることにより、個人の性的羞恥心や性的不安などに関する利益が保護される。根本（2011）は、第5号要件に関しては性別取扱変更を行う者の自己の性自認に沿った性で認識される利益と、その者と関係性を構築する具体的な私人固有の利益＝基本権同士の衝突という問題の他、個人の支配領域と社会の支配領域の対立、「自己認識における性」として承認されるという基本権の保護を社会に対してどこまで要求できるかに関し、社会秩序に依拠せざるを得ない問題があることを指摘した上で、社会秩序及びそれを支える規範意識によって外観具備要件が裏付けられる必要がある他、その社会秩序がリベラリズムの観点から正当化可能なものでなければならぬ（普遍主義的理由による正当化可能性を満たしている必要がある）として、外観により男／女を区別することがこれらの基準を満たして正当化されるのかを問う上で「公示」の概念を取り上げ、自己認識における性が外部に公示されないことによる性的利益への危険から社会の構成員を保護する必要性に言及する。根本拓「性同一性障害者をめぐる法及び社会制度についての考察」東大ローレビュー（2011）106-126頁、115-117頁。

て保護する必要性は少ない。特例法が社会秩序に基づく性別の予見性を保持することを意図するのであれば、変更後に承認されるべき性での継続的な実生活経験を要件とすれば足るものと考えられる。

3.4 小括

現在日本においては、分娩者は母であり、父は不明確であるという前提から、判例法理によって父子関係・母子関係で異なる扱いがなされることに照らして、FtM の出産及び MtF の配偶子利用においては、生殖能力と父母の登録の別を連動させておくこと、つまり FtM が出産した場合は母子関係を、MtF が子を認知した場合あるいは MtF に親子関係の推定が及ぶ場合は父子関係を成立させることが、現段階では妥当であろう。あくまで法的母子関係・父子関係にそれぞれ前提とされる生殖能力が異なることから生じる法の適用上の問題を解決するための方法であり、家族法其他の大規模な改正を持たずに本問題に対処するための暫定的な手段であって、今後の親子法制の変化と相まって、FtM に父子関係を、MtF に母子関係を認める方法を模索せねばならないことはもちろん、必要な場合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、同時に考えていく必要があるだろう。

FtM の出産の場合は母子関係、MtF が自己の配偶子を用いた場合を父子関係とした場合であっても、FtM の女性配偶者と子の関係、及び MtF が任意に子を認知することの可否の問題が残る。実親子関係の成立基準を性別中立的に当てはめるとすれば、FtM の配偶者と子の親子関係は推定の枠組みで処理することになるが、現状判例により推定の適用が男性に限られることから、特例法の中には当該子と配偶者の実親子関係に関する規定をおかず、親子関係の形成には当面養子縁組制度を活用することとなるだろう。また MtF の認知に関しては、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など、認知可能な場合を限定する規定を特例法

(58) 石井・前掲注10、32頁。

の中に置くことになろう。

MtF に実母子関係を形成する手段がないといった問題は、出産によらない母子関係の成立と、子が母親を2人持つことの承認によって解消され得るため、国外における例としてオランダにおける家族関係法制の改正を簡単に紹介した。しかしながら、身体的要件が当事者に断種・身体介入を促す動きを見せたことから身体的要件の撤廃は早期に検討される必要があり、親子関係法制の大規模な改正を待つことは現実味に欠ける。

以下に家族関係法制の調節を待たずに身体的要件の撤廃を進めてきた例としてドイツの判例を紹介し、その参考度合いを測る意味で、ドイツ及び欧州における性別取扱変更者に関連する決定の根底にある性的自己決定権という概念と、日本国内における差別禁止規定との親和性について言及する。

4. 欧州の動向

4.1 ドイツ連邦憲法裁判所2011年1月11日決定

ドイツにおけるトランスセクシュアル法は、第1章に小解決 (kleine Lösung)⁽⁵⁹⁾、第2章に大解決 (große Lösung)⁽⁶⁰⁾ の二つを用意し、前者では出生登録上の名を、後者では性別取扱いと名の変更の双方を認める構造をとる。1980年の立法当初、小解決の要件を定める同法第1章第1条において

(59) 正式名称 Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (特定の場合における名の変更及び性の確認に関する法)。通称トランスセクシュアル法 (Transsexuellengesetz, TSG)。

(60) 小解決を用意した意図としては、大解決が手術を要件としていることを受け、小解決により当事者が早い段階から望む性役割で、第三者やその他の機関にむやみな情報開示を行わずに、社会参与できるようにという考慮があったという。Higher Labour Court Hamm (Westfalen) LAG Hamm Case 4 Sa 1337/98 (decided on 17 December 1998). Richard Köhler. Alecs Recher, Julia Ehrt, 2013. Legal Gender Recognition in Europe. Berlin: TGEU. pp. 47-48.

は、申立人の国籍や常居所等にかかる要件を定めた上で、1) 出生登録簿に記載された性には属さず、他の性別に属するという確信を持ち、かつ3年以上その確信に相応した生活を送ることを余儀なくされていること、及び2) 他の性別に属しているという確信の永続性に蓋然性があること、及び3) その者が25歳以上であることを要件と定め、また裁判手続を定める第4条では、トランスセクシュアリズムの問題について特別の教育を受けかつ職業経験を有する独立した2人の専門家による鑑定を経て初めて1条に基づく裁判手続をすることができるとしていた。大解決の要件を定める第2章第8条は、1) 小解決の3要件を満たすことに加えて、2) 婚姻していないこと、3) 継続して生殖不能であること、及び4) 性の外観上の特徴を変更する外科手術を受け、他の性の外観に明白に近似していることを要件として挙げていた⁽⁶¹⁾。従って性別取扱変更の要件においては、日本の特例法に挙げられる要件の内、年齢要件、非婚要件、生殖能力喪失要件、外観具備要件と類似の要件が課されていたこととなるが、これらすべての要件が、立法府による法改正を待たずに、連邦憲法裁判所による違憲判決によって無効化・適用不可とされてきた経緯がある。

連邦憲法最高裁判所は、トランスセクシュアル法の立法を後押しした⁽⁶²⁾1978年判決以降、82年に大解決、93年に小解決の年齢要件を無効化し、⁽⁶³⁾2008年には非婚要件を、⁽⁶⁴⁾2011年には生殖能力喪失要件と外観具備要件を憲法に合致した法改正がなされるまで適用不可とした⁽⁶⁵⁾。出生登録上の性の変

(61) 大島俊之『性同一性障害者と法』(2002、日本評論社) 153-158頁。

(62) BVerfGE 49, 286

(63) BVerfGE 60, 128、及び BVerfGE 88, 87。島崎健太郎「性同一性障害者の年齢による名の変更制限と平等条項—性同一性障害者決定—」栗城壽夫・戸波江二・石村修編『ドイツの最新憲法判例』(1999、信山社) 67-73頁。

(64) 1 BvL 10/05. Bundesverfassungsgericht (2008) “Press Reliese NO. 77/2008 of 23 July 2008: § 8.1 no. 2 of the Transsexuals Act unconstitutional.” <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2008/bvg08-077.html>. Last seen 25, April, 2017, 20:56.

(65) 1 BvR 3295/07. 参照した決定全文は、TGEU (2011) “Federal Constitutional

更を認めなかった連邦通常裁判所の決定を破棄した78年判決においては、個人の人格の自由な発展の権利を定める基本法2条1項は性の自己決定権を保障しているとされ、以降の判例はこれを基盤としつつ、年齢要件は一般的平等条項である3条1項に照らして同様の要件を満たしたトランスセクシュアルを年齢によって差別する点から違憲とされ、非婚要件は、同6条1項が永続的な責任共同体としての婚姻を保護していることに反することから違憲とされた。⁽⁶⁶⁾生殖能力喪失及び外観具備要件は、同2条1項に基づく性的自己決定権と、同条2項に基づく身体的を害されない権利（die körperlichen Unversehrtheit）を侵害することから違憲の判断がなされている。⁽⁶⁸⁾

2011年判決の申立人は62歳のMtFであり、当時名の変更のみを終え、出生登録上の性別は男性であった。大解決に要する手術を終えておらず、登録上の性別は男性であったが、女性として同性間のみ認められるパー

Court-1 BvR 3295/07-” http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/01/Germany_Federal_Court_Sterilisation_2011.pdf. Last seen 25. April 2017, 22:32. 邦訳で参照したものと、渡邊泰彦「性別変更要件の見直し—性別適合手術と生殖能力について—」産大法学45巻1号（2011）31-69頁。その他、ドイツ連邦憲法裁判所の資料で参照したものと、Bundesverfassungsgericht（2011）“Press Release No. 7/2011 of 28 January 2011: Prerequisites for the statutory recognition of transsexuals according to § 8.1 nos. 3 and 4 of the Transsexuals Act are unconstitutional”

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2011/bvg11-007.html>. Last seen 25. April 2017, 21:56. 判例原文は、Bundesverfassungsgericht “Beschluss vom 11. Januar 2011—1 BvR 3295/07” https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/01/rs20110111_1bvr329507.html. Last seen 25. April 2017, 22:20.

(66) 大島・前掲注61、121頁、島崎・前掲注63、67-68頁。

(67) 少なくともトランスセクシュアルの婚姻が法的に安全な責任共同体として継続できるようにせねばならず、生活パートナーシップ（Lebenspartnerschaft）などに変換することも考え得るが、当該カップルが婚姻により獲得した権利や課された義務を減じるものであってはならないとした。前掲・注57。

(68) 前掲・注58。判例65段。

トナーシップ登録を自身の女性パートナーと共に申請し、同パートナーシップ登録が同性間にのみ認められるところ、同登録における性が法律上の性を基準とすることからこれを拒否されていた。訴訟が長期に渡ることから、結果的に申立人は男性として婚姻によりパートナーとの関係に法的承認を得ていたが、裁判所は、申立人が名前と外見を変更しており、外形的には同性間カップルであるにも関わらずパートナーと婚姻関係に入ること、配偶者の一方がトランスセクシュアルであることが暴露されることに鑑み、婚姻による解決は基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項による個人の親密な領域に対する保護に欠けるとした⁽⁷⁰⁾。基本法第 1 条 1 項と関連する第 2 条 1 項は「個人のより密接な領域を保護すると共に、個人の親密な性的領域を保護し、ここには性的自己決定権と、自己の性自認と性指向を発見し認識することが含まれる」⁽⁷¹⁾ことに照らして、裁判所は性別取扱変更⁽⁷¹⁾に身体的要件を課すことの不均衡を次のように示す。

性別適合手術を性別取扱変更の要件とすることにつき、性があらゆる権利義務及び家族関係を決定する基礎となることから、身分登録事項に永続性と明白性を与え、生物学的性と法的性の乖離を回避した立法者の配慮は正当であるが、このような手術は本人の健康状態や年齢を考慮した場合に本人に深刻な健康上のリスクと副作用をもたらし得ることから、基本法第 2 条 2 項の身体を害されない権利の侵害を構成し、本人が性別への法的承

(69) 生活パートナーシップ。同国では生活パートナーシップ登録は同性間にのみ、婚姻は異性間にのみ適用される。

(70) 57、58段。渡邊・前掲注65、44-45頁。最も、同性でありながら婚姻関係にあることによる一方配偶者のトランスセクシュアリティの暴露は、婚姻要件が削除されたことにより既に起こり得るのであるが、本件の申立人は婚姻を望んでおらず、婚姻を避けた上でパートナーとの関係に法的保護を受けるには身体的要件を充足せねばならないのであって、元々自らの意思で婚姻状態に入り、後に性別取扱を変更する事例とは異なる。

(71) 51段。

(72) 61段。

認の獲得のためにかような手術を受けると期待することは容認できないのであって、⁽⁷³⁾現在の科学的知識において、性別移行の意思（Transsexualität）の永続性や不可逆性が必ずしも身体の変更の程度によって判断されるものではないとされる以上、その永続性の確認に不必要な場合にも例外なく性別適合手術を課すことは、基本法第1条1項と関連する第2条1項に反した過剰な要求であって、⁽⁷⁴⁾生殖能力喪失要件は、それが外科的侵襲を伴う限りにおいて、性に対する法的承認と身体的機能の喪失を二者択一の状況に置き、性的自己決定権の実現を、身体を害されない権利の放棄にかからしめて⁽⁷⁵⁾いる。

立法者が身体的要件によって意図したのは、1）あらゆる身分関係、権利義務関係の基礎となる性別に明白性・永続性を確保すること、及び2）生物学的性と法的性の乖離を回避することであるが、1）については性別移行の意思の永続性がもはや手術の程度によって評価されるものではなく、立法者の意図の達成に必ずしも必要でないことを理由として、健康上深刻なリスクを伴う手術を画一的に要件とする立法者の要求は過剰であり、そのような要件のもとでのみ性的自己決定権の実現を認めるとするのは、基本法1条1項と関連する2条1項に保護される基本権の保護に失するとされた。2）について裁判所は、多くの場合トランスセクシュアルは、ホルモン療法によって少なくとも一時的に生殖不能であること、また現代の生殖医療技術によっては性別取扱変更の後に凍結保存していた精子を用いる事態も回避できず、性別取扱を変更した上で分娩者となる者や他者を懐胎させる者の数が小さいという事実に触れた上で、⁽⁷⁶⁾トランスセクシ

(73) 65段。

(74) 63、66段。

(75) 68-69段、渡邊・前掲注65、47-48頁。

(76) 70-71段。凍結保存した精子を用いた例として、ケルン上級州裁判所の判例に触れている（OLG Köln, Beschluss vom 30. November 2009-16 Wx 94/09-, StAZ 2010, S. 45）。なおここで MtF の精子凍結保存についてのみ言及されているのは、

ユアル法第11条が、性別取扱変更は本人とその親、その子、並びにその子の卑属の關係に影響を及ぼさないと規定しており、この規定は本人と実子の關係が性別取扱変更の影響を受けずに確定する旨を示していることを確認した⁽⁷⁷⁾。

以上のように、当事例においては身体的要件にかかる手術が本人に課す負担と身体的要件が保護しようとする利益を比較した上で、さらに身体的要件が撤廃された後に生まれ得る子が親子關係を確保できることを確認した上で、外観具備要件・生殖能力喪失要件条項を適用不可とした。なお本事例はこれら2つの身体的要件の充足を拒むことによってパートナーシップ登録ができない状況を扱ったものであって、性別取扱変更後に子を設ける事態が直ちに生ずる訳ではなく、従って裁判所は、性別の取扱を変更した者がその変更の後に子をもうけた場合に、その変更の影響を受けずに親子關係が確定することを確認するに留まり、身体的要件の撤廃に伴い生じる立法構造上の問題については、今後の立法者の決定に委ねる形をとっている。

ドイツにおいては性別取扱変更の手続きに小解決・大解決の2種類が用意され、小解決においては身体的要件が課されないことから、小解決の要件とされる性別移行の意思の永続性の蓋然性の要件を満たしながら、手術を受けず小解決に留まる者が、小解決の申立人全体の内20-30%いることが観察されており、このことが手術を受けないトランスセクシュアル⁽⁷⁸⁾

FtM が主にヘテロセクシュアルであることが同段に示されているためだが、FtM に男性パートナーがいることも考え得るのであり、オレゴン州の Thomas Beatie 氏の事例のように、FtM がヘテロセクシュアルである場合にも、妻の妊婦等をつかき提供精子を用いて妊娠・出産する例があることを付記しておきたい。

(77) 21, 72段。渡邊・前掲注65, 49頁。前掲のケルンの事例では、トランスセクシュアル法第11条に則って、男性から女性へ性別の取扱を変更した後に子に対してした父性承認を有効としている。本条項は、生殖不能とみなされた者が懐胎する／他者を懐胎させる可能性が認められたことから、子が血縁を確認できるようにとの意図で制定されており、養子に関しては、性別取扱変更前に縁組をしていた場合に限り、性別取扱変更前に成立した母子關係・父子關係が維持される（判例71段）。

の存在を可視化したことも注目に値する。

4.2 欧州における「性的自己決定権」と日本法への親和性

以上に司法による解決がなされた例としてドイツの判例を紹介した。ドイツにおいては、身体的要件は個人の人格の自由な発展の権利を定める基本法2条1項に含まれる性の自己決定権を侵害するとされ、その判断において「自己決定権」は中核的な役割をなす。しかしながら、日本国内において「性同一性障害」は本人による選択の余地のない「病」として市民権を得てきた側面があり、特に性自認を差別禁止の文脈で扱おうとする場合に、その差別禁止の対象たる性自認に一定程度の選択不可能性が要請されるであろうことから、性自認の恣意性が強調されれば折り合いがつかない。ドイツや欧州が人権的側面から身体的要件を否定したことを日本国内にて参照する場合には、そこで扱われた自己決定権の性質を見なければならないだろう。

ドイツにおいて、基本法第2条第1項は一般的行為の自由を保障するとされる。第2条第1項はその前段で私的な生活形成の核心領域については絶対的な保護を与え、後段においては一般的行為の自由を、他人の権利を

(78) 31段。

(79) 憲法14条に基づき禁止される「社会的身分に基づく差別」を認定する際、「社会的身分」を出生によって決定される先天的地位や身分を指すと解するもの（狭義説）、本人が後天的に獲得したものであっても、社会的にマイナスの評価を伴うものであって、かつ「自分の力では脱却できない」という性質で限定される地位や身分であればこれに該当すると解するもの（中間説）、あるいは人が社会において継続的に占める後天的な地位や身分を広範に含むとするもの（広義説）の3つの立場があり、憲法学の多数説に立つ限り、少なくとも中間説に求められる程度の選択不可能性が要される。中里見博『同性愛と憲法』三成美保編著『同性愛をめぐる歴史と法—尊厳としてのセクシュアリティ』70-113頁、94-101頁。

(80) エルフェス判決（BVerfGE 6, 32）。2条1項後段を翻せば、他者の権利、憲法秩序、道徳律によって制限され得る自由が基本法2条1項の射程に含まれることが示唆されていると言える。戸波江二「自己決定権の意義と射程」樋口陽一、高橋和之 編集『芦部古稀祝賀 現代立憲主義の展開 上』有斐閣（1993）326-358頁、330

侵害せず、また憲法秩序及び道徳律に反しない限りで保障する。⁽⁸¹⁾ また一般的行為の自由の保障とは独立して、第 2 条 1 項は第 1 条 1 項と結びついて公権力からの介入を免れる私的な生活形成の不可侵領域を保障し、後段における 3 つの制約を受けないが、共同体に関係付けられ、これに拘束される制限を持つ一般的人格権が概念される。⁽⁸²⁾ 上記連邦憲法裁判所判例において、「性的な自己決定、それとともに自己の性的アイデンティティの発見及び認識ならびに自己の性的指向を含む人の親密な性的領域」は基本法第 1 条 1 項と結びついた第 2 条 1 項に保護されるものとして一般的人格権に位置付けられており、身体的要件の合憲性審査では比例原則がその判断基準とされ、人格に関連する自由として、立法がその保護を目的とする利益の正当性と、制限の手段が当該目的に照らして適当か否かが一般的自由の場合よりもより厳格に審査される。ここにおいて性別を移行して生活する自己決定は、恣意的な行動選択を含む自己決定の自由に対する国家からの制限に正当化を要求する一般行為の自由の範疇というよりは、より私的で内的な領域の確保を目的とする、個別の保護領域を持った一般的人格権の中で扱われている。

なお権利の枠組みで性別取扱変更を考えるとすれば、欧州人権裁判所においても性別取扱変更にかかる事例が 20 件を超えて扱われており、その決定の中でも性的アイデンティティは自己決定権の文脈で捉えられる。より一般化された論理によって、性別の変更を法的に承認しないことを私生活及び家族生活の保護を規定する欧州人権条約第 8 条に反すると示した Goodwin 対イギリス判決では、⁽⁸³⁾ 人格的自律の概念が欧州人権条約第 8 条

-332頁。工藤達郎「薬物酩酊の権利?—ハシシ (Cannabis) 決定—」栗城壽夫・戸波江二・石村修編『ドイツの最新憲法判例』信山社 (1999) 42-53頁、43頁。

(81) 卷美矢紀「自己決定権の争点—アメリカにおける議論を手掛かりとして」国立国会図書館調査及び立法考査局『レファレンス』56 (5) (2006) 77-104頁、90-91頁。

(82) 戸波・前掲注80、336-351頁。

の保護する権利解釈の根底に横たわる重要な原則であることに照らし、第8条の保護が「個の人間としてのアイデンティティの詳細を確立する権利を含んだ個々人の私的領域に及ぶ」⁽⁸⁵⁾ことが確認され、その後の Van Kück 対ドイツ判決では申立人が自身を女性と定義する自由を「自己決定の最も基本的な要素の一つ」⁽⁸⁶⁾だとする。性的アイデンティティを扱った事例において、裁判所は第8条の主要な目的を公権力の恣意的な介入からの個人の保護に認めており、⁽⁸⁷⁾ Van Kück 判決では、申立人が行なった性別適合の必要性を疑う国内裁判所の判断が、申立人の、私生活を尊重される権利の一部としての性的自己決定（sexual self-determination）を尊重される権利に与える影響が問題とされ、⁽⁸⁸⁾ また Schlumpf 対スイス判決では、性別適合手術への保険適用にあたり、当該手術に2年間の再考期間を課すことが、高齢の申立人が手術を受けるか否かを決定することに影響し、従って自己の性的アイデンティティを決定する自由を侵害すること、⁽⁸⁹⁾ 及び性別適合手術に要する裁判所の許可について争った Y.Y 対トルコ判決では、当該許可に生殖能力の喪失を要件とすることが、私生活を尊重される権利の基本的側面である申立人の性的アイデンティティと人格的発展の権利に⁽⁹⁰⁾影響を及ぼすことを問題として、性的アイデンティティの実現にかかる身

(83) Christine Goodwin v. the United Kingdom, 11 July, 2002. Application no. 28957/95. 建石真公子「性転換 性転換後の戸籍の性別記載変更と婚姻—クリスティーン・グッドウィン判決—」戸波江二、北村泰三、建石真公子、小畑郁、江島晶子編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（2008、信山社）、305-312頁。谷口洋幸「トランスセクシュアルの性別訂正と婚姻—ヨーロッパ人権裁判所グッドウィン対イギリス判決」国際人権14号（2003）107-109頁

(84) Pretty v. the U.K., Application no. 2346/02, para. 61.

(85) Goodwin v. the U.K., para. 90.

(86) Van Kück v. Germany, 12. September, 2003. Application no. 35968/97, para. 73.

(87) Van Kück v. Germany, para. 70.

(88) Van Kück v. Germany, para. 78.

(89) Schlumpf v. Switzerland, 8 January 2009, Application no. 29002/06, para. 104, 108, 115.

(90) Y.Y. v. Turkey 10 March 2015, Application no. 14793/08, para. 60, 66.

体的処分に対する自己決定に公権力が介入することに否定的な立場をとる。裁判所はこのように公権力の消極的義務を認めながら、一方で、かような性的自己決定の実現に対し、私生活及び家族生活を効果的に尊重することに内在する締約国の積極的義務⁽⁹¹⁾の存在も認めており、その有無の判断基準は、問題とされる個人の自由に対する制限が保護する一般の利益と、個人が実現しようとする利益との間に公正なバランスが敷かれているか否かに置かれ、Goodwin 対イギリス判決以降、性別を移行して生活する者⁽⁹²⁾ (transgender) の人格的発展と身体的・精神的安全は条約に保障され、特に当該バランスの審査において個人の利益が個別具体的に審査される際にも、個人が自己の性を決定することが個人の生活の最も親密な部分に関係する問題であることが繰り返し確認される。積極的義務において締約国は一定の裁量の余地 (margin of appreciation) を有し、締約国間に一定の共通した態度が見られればその余地は狭く、そのような態度がなければ当該余地は広く解される⁽⁹⁴⁾。従って性的自己決定権は、締約国間のコンセンサスと、一般の利益と個人の利益の比較考量という制限を受けつつ、高度に私生活に密着するものとして、その実現に積極的な介入を求め得るものと位置付けられる⁽⁹⁵⁾。

(91) 同上。

(92) Goodwin v. the U.K., para 90, Van Kück v. Germany, para. 69, Schlumpf v. Switzerland, para. 101, Y.Y. v. Turkey, para. 58.

(93) Schlumpf v. Switzerland, para. 104, Y.Y. v. Turkey, para. 60.

(94) 谷口・前掲注83、107頁。

(95) なお、欧州人権裁判所は2017年4月6日に、生殖能力喪失あるいは生殖能力を喪失する可能性の高い治療を性別取扱変更の要件とすることが欧州人権条約第8条に反すると判断している (A. P., Garçon and Nicot v. France, 6 April, 2017, Application no. 79885/12, 52471/13, 52596/13)。性的アイデンティティの承認に本人の望まない手術あるいは生殖能力を喪失する蓋然性の高い治療を条件づけることは、私的生活を保護される権利を完全に享受することを個人の身体的統一性を尊重される権利の完全な享受を放棄するか否かにかからしめることから、締約国に要求される一般の利益と個人の利益の公正なバランスが保たれていないとして、被告国は条約第8条に基づく権利を保障する積極的義務の充足に失っているとした。当

日本国内における自己決定権の射程は必ずしも明確でないが、それが個人の自由な行動を広く保障するものと解した場合にも、性を移行して生活する自己決定は、恣意的な決定を含めて決定の自由への公権力の理由なき介入を防ぐ一般的自由の領域よりも、特に人格的生存に結びつき、時に積極的な実現を要請し得る領域において扱われるべきもの⁽⁹⁶⁾と考える。その真摯性の担保については国内規制に委ねられるところであるが、性的自己決定が実現する個人の利益及びこれを制限する規制により個人の被る不利益と、その規制が保護する社会的利益を比較考量した場合に、その規制には特に必要不可欠な社会的利益が存在せねばならないものと解される⁽⁹⁷⁾。

5. 終わりに

性別移行の意思の真摯性が身体介入の程度で測られるものではないことが明らかとなった以上、性別の法的承認が得られなかった場合の当事者の被る不利益や、現行の特例法に要求される身体介入の侵襲性及び将来に渡る健康上の負担等を考慮し、身体的要件の撤廃は速やかに議論されるべき問題である。

身体的要件を撤廃するにあたり、特に性別取扱変更後に生殖能力が保持されることに照らして、本人と子の親子関係をいかに確定するかという問題が議論されねばならず、本稿では母子関係・父子関係の成立要因に立ち返って、これに忠実に親子関係を成立させることを提案した。母子・父子関係と法的男・女の登録の齟齬、あるいは一定の場合に母子関係が成立し

該第8条の判断に当たって裁判所は、欧州評議会人権弁務官の発行した「人権とジェンダーアイデンティティ（Human Rights and Gender Identity）」や、前掲・注26の国際文書等に触れた上で、身体的要件を批判するコンセンサスを認め、国家の裁量の範囲を狭く評価している。

(96) 専門家による意見書や一定期間の生活実践など、性別取扱変更にかかる要件がこれにあたる。

(97) 戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法学教室（1993）36-42頁、41頁。

ないことを問題として、特例法と親族法との調整を要とする場合であっても、性別取扱変更者と子の間に親子関係が成立することを確認した上で、法改正を待たずに、身体的要件を実質的に無効化したドイツの事例は参考になるだろう。性自認を自己決定の領域で扱うとするのであれば、性自認を差別禁止項目に位置付けることとの兼ね合いから、その決定が恣意的な行動選択を含む自己決定の自由よりも限定された、特に個人の人格に密接な領域に属するものと解される必要がある。

身体的要件が撤廃されれば、子なし要件は意義をなさず、また身体的改変という不可逆的な決定と性別取扱変更が切り離されることで年齢要件の引き下げも視野に入る。⁽⁹⁸⁾ また「性同一性障害」を取り巻く医療においては、性自認と本人に指定された性との不一致それ自体ではなく、その不一致に起因する違和感や機能障害を治療の対象とすることから、性別取扱変

(98) 子なし要件に対し棚村 (2008) は、性別取扱い変更により関係者の利益が害されないという消極的要件を課し、家庭裁判所が子の意見を聴取した上で判断すれば子無し要件は撤廃されても良いと指摘する (棚村・前掲注29、2-8頁)。当該要件が制定されたのは親の性別取扱変更を防ぐことが「子の福祉にかなう」とされたためだが (南野・前掲注17、89頁、東京高裁決定平成17年5月17日家月57巻10号99頁)、特例法は親の生活上の性や外見の移行を禁止するものではなく、むしろ親の外見上・生活上の性別が移行した後に、その外見上の性と登録上の性が異なることから生じる経済的困難等が子に与える影響を考えれば、かえって子の利益を害する場合も考えられる。仮に子なし要件に性別移行を抑制する働きがあったとしても、性別を移行できないことによる親の精神的苦痛は子に心理的・経済的影響を及ぼす。また子なし要件が「現に未成年の子がいないこと」と緩和されたことは子を持つ当事者にも性別取扱変更の道を開いたが、子に実態のない婚姻をさせ、婚姻による成年擬制を利用して性別取扱変更を申し立てた事例も存在することから (東京家裁審判平成21年3月30日家月61巻10号75頁)、当該要件が何を保護するのか、本当に当該要件が子の利益に資するのか、一度その趣旨に立ち戻って再考する必要がある。

(99) 年齢要件の理由としては、1) 民事上成人年齢が20歳であること、2) 性別はその人の人格に関わる重要事項で、その変更も不可逆であるため、本人自身が自己決定できる程度の判断能力を求めるべきであること、3) 年齢的にも生物学的にも安定しない間は性の自己認識も安定しない可能性があることが挙げられる (南野・前掲注17、87-88頁)。

更を要する者の射程と、医療の対象として診断を受ける者の射程が異なることに照らして、医療上の疾病の診断を要件とすることにも見直しの余地がある。自己の自認する性が法的に指定された性と不一致であり、性別を移行して生活することが妥当である場合も、そこに必ずしも病態を生じる程度の嫌悪感を抱くとは限らず、医療の射程が、嫌悪感から生じる苦痛や、ここから生じる生活上の機能障害を、（時に適切な場合は外科的な介入を用いて）緩和することにあることに照らせば、法的性別の移行に医師の介入及び病態性の獲得を必須とすることも、再検討する必要がある。

性別の取扱変更を求める者にとって、これが認められないことによる生活上の苦痛は甚大なものであり、また不必要な身体介入を回避することも然るべき要請である。外形の変更はさながら、性別を移行して生活する者が自身に備わる生殖能力を用いて子をもうけたいと考える場合が現に存在する以上、法的性別取扱変更の妥当性・必要性と、本人の身体改変ならびにリプロダクションの機会の喪失の是非は分離して考えられるべきであり、法が断種と身体処分を求めることの深刻な問題性も含め、また特例法が当事者にもたらした規範意識にも鑑みて、新たな要件の具体的かつ早急な検討が望まれる。

※本研究は、JSPS 科学研究費補助金（研究活動スタート支援）15H06681の助成を受けたものです。