

## 論 説

## 基本権としてのジェンダー・アイデンティティ

春 山 習

序

- I. 問題の所在
- II. ドイツの判例法理
  1. 1978年決定
  2. 2011年決定まで
    - 2-1. 1983年・1993年決定
    - 2-2. 2005年決定
    - 2-3. 2006年決定
    - 2-4. 2008年決定
  3. 2011年決定
  4. 2017年決定
    - 4-1. 一般的人格権
    - 4-2. 平等原則
  5. 基本権としてのジェンダー・アイデンティティ
    - 5-1. 意義
    - 5-2. Geschlecht/sex/gender
    - 5-3. 課題
- III. 日本国憲法への示唆
  1. 憲法13条
  2. 憲法14条1項

結

## 序

本稿は、いわゆるトランスジェンダーの法的問題を通じて、基本権すなわち憲法上の権利としてのジェンダー・アイデンティティをどのように基礎づけられるのかを検討する。<sup>(1)</sup> ジェンダー・アイデンティティとは、自らがいかなるジェンダーに属するかという自認、いわゆる性自認のことである。<sup>(2)</sup> これは染色体や生殖器の差異などに基づくいわゆる生物学的性別とは区別される。したがって、ジェンダー・アイデンティティは生物学的性別と一致することもあれば、一致しないこともありうる。また、同性愛やバイセクシャルといった性的指向の問題とも区別される。

もっとも、日本国憲法においてジェンダー・アイデンティティがどのような意義を持つのかは明らかとはいえない。たとえば、日本国憲法14条1項は「性別」による差別を禁止しているけれども、この「性別」は生物学的性別に限定されるのだろうか。この文言に、ジェンダー・アイデンティティが含まれると解釈することは可能あるいは妥当なのだろうか。また、憲法13条によって保障されている人格権はジェンダー・アイデンティティを保障しているのであろうか。自己決定権とはどのような関係を持つのだろうか。

---

(1) 本稿は「トランスジェンダー」という語を、Susan Stryker にならい、「出生時に割り当てられた性別から距離を置く (move away) 者、その性別を定義し、含みこむために文化によって構築された諸領域を横断 (trans) する者」を指す言葉として用いる (Susan Stryker, *TRANSGENDER HISTORY* 2<sup>nd</sup> edition, Seal Press, 2017, p. 1; cf., pp. 36-38.)。この意味で、本稿の「トランスジェンダー」は広義であり、男性女性どちらでもない性自認を持つ者 (X ジェンダー) など、ジェンダー・バイナリーに対する違和を持つ者もその射程に含んでいる。もっとも、こうした言葉は常に変容する可能性を含んでおり、あくまで暫定的なものであるという留保も付け加えておきたい。

(2) ただし自認という語は恣意的な性別の決定可能性を意味しているわけではない。

ジェンダー・アイデンティティがとりわけ問題になるのは、性別違和を持つ者、すなわちトランスジェンダーの場合である。<sup>(3)</sup>性別違和を持つ者は、出生時に割り当てられた性別と性自認とが一致しないため、本人にとって深刻な問題を引き起こす。日本では2003年に性同一性障害者特例法（以下特例法という）が制定され、一定の要件を満たせば性別取扱いの変更が可能になったけれども、その条件についてハードルの高さが指摘されると同時に、変更したとしてもあくまで法律上の性別の取扱いが変わるだけであり、本人の性自認とは無関係に、一定の性別として社会的に取り扱われうることに注意が必要である。

もっとも、トランスジェンダーに関わる法的問題は多種多様である。一例をあげれば、労働環境、トイレなどの公共施設の利用、婚姻などのパートナーシップの問題、軍隊、学校におけるトランスジェンダーの取扱い、証明書における性別表記問題などであり、本稿でその全てを扱うことは到底できない。これが民法や刑法、行政法など分野横断的な研究が必要とされるゆえんである。本稿は、特に憲法学における研究の蓄積が未だ十分とは言えない状況において、その問題状況を分析し、今後の研究の方向性を指し示すことを第一の目的とする。<sup>(4)</sup>具体的には、様々な場面におけるトラ

---

(3) 一般的には性同一性障害と呼ばれることが多いが、その呼称が近年見直されていることを踏まえ、本稿ではトランスジェンダーあるいは性別違和を有する者と呼ぶ。もっとも、日本では性同一性障害との呼称に基づき法律が制定され、裁判所の判断が下されていることもあり、混乱を避けるため、文脈に応じて性同一性障害の呼称を用いることもある。

(4) 特例法を踏まえた先駆的な研究として國分典子「性同一性障害と憲法」愛知県立大学文学部論集日本文化学科編52巻1-17頁（2004）がある。特例法制定を機に、その問題点を検討したものであるが、本稿はドイツとの比較法を行い、また、特例法に限定されない憲法上の権利について検討する。ほか特例法それ自体に着目した議論は多い。たとえば谷口洋幸「性同一性障害者特例法の再評価：人権からの批判的考察」石田仁編著『性同一性障害：ジェンダー・医療・特例法』249-272頁（御茶の水書房、2008）や、拙稿・後掲注11）に挙げられている文献を参照されたい。継続して研究を続けている建石真公子の論文、たとえば「性転換とはどのような人権か」法学セミナー525号22-25頁（1998）、「フランスにおける「私生活の尊重の権

ンスジェンダーの法的な主張、利益がそこから派生すると考えられるような、中核的な権利が憲法上どのように基礎づけられるかを、ドイツの判例を参考に探求したい。

本稿は以下のように展開される。まず、日本の裁判例を通して問題点を析出し（Ⅰ）、ドイツを中心に比較法的検討を行い（Ⅱ）、それを踏まえて日本国憲法におけるジェンダー・アイデンティティの位置づけを検討する（Ⅲ）。

## I. 問題の所在

ここでは、ジェンダー・アイデンティティがいかに問題になるかを明らかにするために三つの裁判例を取り上げたい。第一に、戸籍上は男性であるが、女性としての性自認を持つ者が刑務所に収監される際に、男性受刑者として扱われるため、男性用の調髪への差止めを求めた事例（事例①<sup>(5)</sup>）。第二に、特例法による男性から女性への性別取扱い変更の審判を受けた者が、それを理由にゴルフクラブへの入会を拒否されたことについて不法行為に基づく損害賠償を求めた事例（事例②<sup>(6)</sup>）。第三に、特例法3条1項4号の生殖能力喪失要件の合憲性に関する最高裁決定である（事例③<sup>(7)</sup>）。

事例①においては、原告が性同一性障害の診断を受けており、女性とし

---

利」の憲法規範化」憲法研究4号79-92頁（2019）なども重要な先行研究であるが、基本的にフランスや欧州人権裁判所の判例を扱っている。なお、後者の論文では2019年1月23日判決およびその問題性に触れながら、トランスジェンダーの人権が憲法解釈上確立されているとはいえず、憲法13条の解釈を深めるべきだと指摘されている。本稿はドイツとの比較法をもってその点に貢献しようとするものである。また、法的にも医学的にも日進月歩が著しいこの分野においては、常に最新の状況を紹介、分析し、これまでの蓄積と照らし合わせる必要があることも付言しておきたい。

(5) 名古屋地判2006年8月10日：LEX/DB 28112198。評釈として越智敏裕「判批」Lexis判例速報3巻3号62-66頁（2007）。

(6) 東京高判2015年7月1日：LEX/DB 25540642。

(7) 最高裁第二小法廷決定2019年1月23日集民261号1頁。

ての性自認を持っていることが明らかであるにもかかわらず、男子房に収容することについて、裁判所は次のように判断している。

刑事施設法は、[刑事施設内における処遇の] 前提となる性別の判定方法については何らの規定も置いていないから、同社会通念上一般に是認されている判定方法、すなわち戸籍の記載や受刑者の生物学的、身体的特徴に基づいて男女の判定を行うことを前提としており、特段の事情が認められない限り、その性別に応じた処遇を行うものと定めていると解するのが相当である。…原告は、上記のとおり、戸籍上男性となっている上、男性器も摘出手術を受けた睾丸部分を除いて残しており、性別を判断する上での身体上の外観としては男性としての特徴を備えているから、名古屋拘置所長が、原告を基本的に男性受刑者として処遇することとしても、それ自体を裁量権の逸脱・濫用ということはできない。

性同一性障害の診断を受けている者に対して「社会通念上」の性別判定方法を用いることや、性同一性障害の診断が「特段の事情」にあたらぬとする判断など、刑事施設という特殊性を踏まえても、原告の事情を踏まえ、性自認を法益として、ましてや人権として考慮するという姿勢は全く<sup>(8)</sup>みられない。

事例②では、性別取扱い変更の審判を受けた者に対するゴルフクラブへの入会拒否について次のように述べる。

たとえ私人間においても、疾病を理由として不合理な取扱いをすることが

---

(8) もっとも、この訴訟での原告側の憲法上の主張は髪形に関する自己決定権であり、性自認に関する権利そのものではなかった。とはいえ、性同一性障害という事情によって、髪型だけでも女子受刑者と同様に扱うべきであるという主張は、ジェンダー・アイデンティティに関する重大な問題を提起していたはずである。この点、越智・前掲注5）65-66頁も参照。トランス女性である受刑者のホルモン剤の投与に関する東京地判2019年4月18日（LEX/DB: 25564214）、ドイツ連邦憲法裁判所の1997年判決・後掲注33）も参照。

許されるものではない。…自らの意思によってはいかんともし難い疾病によって生じた生物学的な性別と自己意識の不一致を治療することで、性別に関する自己意識を身体的にも社会的にも実現してきたことを否定されたものと受け止め、人格の根幹部分に関わる精神的苦痛を受けたことも否定できない。

こうして「憲法14条1項および国際人権B規約26条の趣旨に照らし」、入会拒否を違法と判示した。事例①と異なり、性別違和を持つ者の有する法益を一定程度評価しているといえよう。<sup>(9)</sup>しかし、ここでも「人格の根幹部分に関わる精神的苦痛」とは具体的にどういうことか、法的にどのように評価されるのかは判然としない。また、憲法14条1項および国際人権B規約26条(差別の禁止)の「趣旨」との関係も不明確である。そもそも判旨は「疾病」を理由とした差別的取扱いとみなしているようである。<sup>(10)</sup>「性別に関する自己意識を身体的にも社会的にも実現してきたこと」は、憲法上ないしは人権としてどのように評価されるべきなのだろうか。

事例③は、特例法3条1項4号に関する最高裁の初めての憲法判断である。同号は、家裁で性別取扱い変更の審判を受けるための要件の一つとして生殖能力を喪失することを要求していた。これが申立人の憲法13条に基づく「性別適合手術を強制されない自由」を侵害すると主張された事例で<sup>(11)</sup>ある。この点に関し、最高裁は次のように判示した。

---

(9) 判例評釈として、勝山教子「判批」平成27年度重要判例解説ジュリスト1492号10-11頁(2016)、宍戸圭介「判批」名経法学38号67-80頁(2017)、松原俊介「判批」東北ローレビュー第6号67-77頁(2019年)などがある。地裁判決の評釈として則武立樹「判批」国際人権26号118-119頁(2015)、栗田佳泰「判批」判例セレクト2015、7頁(2016)、君塚正臣「判批」判時2259号144-150頁(2015)。論説として茂木明奈「性的マイノリティの平等処遇—静岡地浜松支判平成26年9月8日を契機として」白鷗法学23巻2号117-136頁(2017)。

(10) もっとも、①のように、本件においても性別による差別は正面からは主張されなかったようである。法的主張としてそうした主張を基礎づけることが本稿の目的である。

(11) 詳細は拙稿「性同一性障害特例法における生殖能力喪失要件の合憲性」早稲田

本件規定は、性同一性障害者一般に対して上記手術を受けること自体を強制するものではないが、性同一性障害者によっては、上記手術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。

ここでは、性別適合手術を行うことまで欲しないけれども、性別取扱いを変更したいという当事者について、「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」と述べている。この判断は次の三点において不明確である。第一に、この「その意思に反して身体への侵襲を受けない自由」が憲法上の権利であるかどうか。この曖昧さは、補足意見が「憲法13条により保障される」と明言していることとは対照的である。第二に、本規定がその自由を「制約する面もあることは否定できない」という微妙な表現である。なぜ「制約する」ではなく「制約する面もあることは否定できない」という婉曲的な表現になるのかの説明は存在しない。手術を受けること「自体」を強制していないという表現も同様である。少なくとも本件申立人についていえばまさに当該自由が制約される典型例とすることができたはずである。第三に、なぜ当事者が「やむなく上記手術を受ける」ことになるのかの説明が不十分である。法廷意見は、「その意思に反して身体への侵襲を受けない自由」しか問題にしておらず、性同一性障害にとっての性別、性自認、性表現といった問題の法的な重要性を少なくとも明示していない。

本決定の基本的な問題点は、性同一性障害者のジェンダー・アイデンティティの問題が権利論として認められていないことである。「制約する面もあることは否定できない」という婉曲的な表現の前提には、「その意思に反」することなく要件を充足する、すなわち望んで外科手術を行い、性別取扱

---

法学95巻1号323頁以下（2019）。ほか、「判批」判例時報2421号4-9頁（2019）およびそこで挙げられている文献を参照。

い変更の審判を受ける当事者が大半であり、そうした当事者にとって権利制約は存在しないか、権利制約の程度よりも性別取扱いを変更する利益が上回っているはずだ、という認識があるように思われる。少なくとも権利制約の側面が十分に論じられていない。

ジェンダー・アイデンティティを憲法上の権利として認めるのであれば、そもそも自らの性自認の尊重こそが出発点になるのであって、その性自認に法律上の性別を適合させるために生殖能力喪失や外観手術といった過度な負担を法律によって課すことは、それ自体が権利制約になると考えられるはずである。果たしてこのような考え方は、日本国憲法においていかに位置づけられるのか、ジェンダー・アイデンティティとはそもそもどのような意義を持つのか、そうした権利があるとして、その具体的な保障内容はいかなるものか。これが本稿の検討する問題である。

## II. ドイツの判例法理

ここでの課題は、これまで示したようなトランスジェンダーの法的問題について、ドイツがどのように取り組んでいるかを参照し、その意義と限界を検討することである。なぜドイツかといえば、ジェンダー・アイデンティティについて、早くも1978年の段階で連邦憲法裁判所が基本法上の立場を明確に示しており、その後も判例の蓄積が存在するからである。そもそも、1978年以前は身分登録法(Personenstandsgesetz)に基づき名や性別の変更が試みられていた<sup>(12)</sup>。しかし、78年決定によって議論が触発され、

---

(12) Vgl. Arnulf Eberle, Ausfüllung einer Gesetzeslücke bei Transsexualismus durch progressive Rechtsfindung oder gesetzliche Fiktion?, in NJW 24 (6), S. 220-224, 1971; Michael Walter, Zur rechtlichen Problematik der Transsexualität, in JuristenZeitung 27 (9), S. 263-267, 1972; derselbe, Rechtliche Aspekte der Transsexualität, in StAZ 28 (5), S. 117-123. これらは、名前の変更や性別変更をどのような条件で認めるべきか、またその場合でも身分登録法のどの条文によるべきか等について議論を行っていた。ほとんどの論点は1978年の連邦憲法裁判所決定および1980年のTSG制定によって解決された。



1980年に一定の要件のもとに身分登録上の名を変更すること、および性別を変更することを認めるトランスセクシュアル法（TSG）が1980年に制定された<sup>(13)</sup>。その後も、TSGの規定について、断続的に違憲判断が下され、その中で基本権としてのジェンダー・アイデンティティが形成されてきたのである。このように、ドイツでは連邦憲法裁判所が重要な役割を果たしてきた。したがって、連邦憲法裁判所の判例を時系列で追いながら、議論の構造を把握し、検討することにした。これまで連邦憲法裁判例についての個々の紹介はなされてきたが、包括的な紹介、検討はなされておらず、また、ほとんどが親族法学者によるものであった。本稿は憲法学の立場から、総合的な紹介、検討を行うものである。

## 1. 1978年決定

連邦憲法裁が最初にトランスジェンダーの問題を取り上げたのは1978年10月11日決定であった<sup>(14)</sup>。すでに述べたように、この決定はTSG制定以前のものであり、身分登録における性別を変更する手続はまだ存在していなかった。そのような実定法がなくても、当事者（男性として登録されたが女性の性自認を持つ者：MtF）に対して、PTsGの規定の憲法適合的解釈を通じて、身分登録上の性別変更を実質的に認めたのがこの決定である<sup>(15)</sup>。

本件申立人は、1932年に生まれ、男性として登録された。53年に婚姻するが、女性としてのアイデンティティを持つようになり、64年には離婚。ホルモン治療を経て、申立ての時にはすでに性別適合手術を行っていた。また、訴訟当時には大学病院において看護師として働いており、女性としての社会生活実態を伴うものであった<sup>(16)</sup>。連邦憲法裁は、当時の医学的知見

---

(13) Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen.

(14) BVerfGE, 49, 286.

(15) 経緯や詳しい事実については大島俊之『性同一性障害と法』（日本評論社、2004）第5章第1節参照。

(16) BVerfGE 49, 286 (289f.).

を明示的に参照し、トランスジェンダーを「別の性別、すなわち自らの身体とは相いれない性別に対して完全な心理的同一性を持つもの」と定義した。そのうえで、同性愛やフェティシズムといった性的指向の問題と明確に区別した。<sup>(17)</sup>

連邦憲法裁は、本決定で基本法1条1項と結びついた2条1項によって身分登録上の名および性別を変更する権利が保障されるという判断を初めて示した。「基本法1条1項は人間の尊厳を保障している。それは人が自らのかけがえのなさ (Individualität) を理解し自覚するということである。さらに、人が自由に、自らの運命を責任を持って形成することを保障する。基本法2条1項は、同1条1項と結びつき、人間に備わっている能力と力が自由に発展することを保障する。人間の尊厳と自由な人格の発展への基本権は、したがって、身分登録について本人の心理的、身体的構成が属する性別に従うべきであることを要請する。」<sup>(18)</sup>

身分登録法上の従来の原則は、人は生まれながらにして男性か女性かであり、それが事後的に変わりうることは「経験則上」想定されていなかった。しかし、インターセックスの存在やトランスジェンダーの存在など、医学的知見からそうした経験則はすでに疑わしいものとなっている。本件の上告人も、その経験則が妥当しない一人である。トランスジェンダーは医学において認められた現象であり、性自認と外見を一致させようとすることは恣意的なものではない。<sup>(19)</sup>

連邦憲法裁の判例上、私的領域における決定権は、それが不可侵の、最も内的な領域に属するものでない限り、諸個人は他者と関わって生活する以上、制約される場合がある。しかし本件において、性別登録の変更を否定することによって基本権を制約するだけの公的利益は存在しない。<sup>(20)</sup>

---

(17) BVerfGE 49, 286 (278).

(18) BVerfGE 49, 286 (298).

(19) BVerfGE 49, 286 (299).

(20) BVerfGE 49, 286 (300f.).

がって、身分登録法47条1項を憲法適合的に解釈することで救済すべきである。原審は明確な立法がないことを理由に裁判所による救済を否定したけれども、基本法1条3項によって司法も基本権に拘束される以上、法の欠缺によって基本権が制約されている場合の判断としては不適切である<sup>(21)</sup>。

以上のような判断を示し、連邦憲法裁は、具体的な身分登録法の法解釈について連邦通常裁判所に差し戻した。その後、1979年3月14日判決において実際に性別表記の変更が認められ<sup>(22)</sup>、1980年9月10日にTSGが制定された。TSGは、身分登録上の名の変更を「小解決」、性別の変更を「大解決」とし、それぞれ一定の要件を満たした場合に、裁判所に申し立てることによって名もしくは性別の変更を行うことができるようにした<sup>(23)</sup>。

本決定は、一般的人格権に基づき、性別適合手術を済ませたトランスジェンダーに対して、身分登録法上の名および性別を変更する権利を一般的に認めたものと考えることができる<sup>(24)</sup>。性別が人間のアイデンティティにとって極めて重要であることを確認し、性自認と身分登録上の性別が一致することが原則であることを基本権に基礎づけ、その原則からの逸脱は一般的人格権の制約になることを明らかにしたことは重要である。この決定をもって、基本的には「基本権としてのジェンダー・アイデンティティ」が認められたといえることができるだろう。

本決定は一般的人格権としてジェンダー・アイデンティティを基礎づけるに際して、性教育判決とレーバッハ判決を引用し、私的領域に属する事柄についての決定権は、国家の対抗利益がない限り制約することができないと述べている。すなわち、性自認およびそれに適合する身体を持つことは私的領域に属すると考えられているのである。もっとも、基本権に關す

(21) BVerfGE 49, 286 (301ff.).

(22) BGHZ 74, 20.

(23) 立法の背景および当時の条文の邦訳について、石原明「性転換に関する西ドイツの法律」神戸学院法学13巻2号1-33頁（1983）。

(24) Saskia Wielpütz, Über das Recht, ein anderer zu werden und zu sein: Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, Nomos, 2011, S. 44.

る説示は簡潔で、人格の自由な発展との関連性、ジェンダー・アイデンティティがいかなる構造で保護されているのか、性的指向の保障とどのような関係にあるのか、自己決定と私的領域はいかなる関係にあるのかなど、発展の余地を残していた。

また、医学的な知見に基づき、トランスジェンダーを性的指向やトランスヴェスタイトとを概念的に区別し、その心身の一致を、単なる好みや感情とは異なる基本権上の要求として認めたことも大きな意義を有したといえる。トランスジェンダーを本件のみの特殊事例ではなく、一般的な現象と認めることで、広い射程を持つことを可能にした。さらに、立法を議会に促した点も政治的には重要である。

もっとも、この78年の段階では、トランスジェンダーはホルモン療法や性別適合手術によって、できる限り性自認の性別に近づきたいものであるという医学的知見が前提になっていた点には注意しなければならない。本決定でいうトランスセクシュアルはこのような意味である。あくまでここで認められているのは、手術を前提とし、身分登録上の性別を変更することを「ゴール」としたジェンダー・アイデンティティといえる<sup>(25)</sup>。本決定が「心理的、身体的な性別」に身分登録法が従うべきと述べる時、「身体的な性別」が意味するのは性別適合手術を経た後の身体的特徴なのである。したがって、手術要件を不要とし、生殖能力の有無や性別適合手術の有無にかかわらず身分登録上の性別変更が認められるべきだとした2011年決定とは論理が異なる。78年決定の前提によると、性別適合手術を要件として設けていることについて権利制約を観念することはできない。

また、当時の医学的知見を重視することは、トランスジェンダーを病態化することも意味していた。極めて詳細な申立人のプロフィールの紹介は、病気による「犠牲者」としての保護の必要性を強調している。さらに、トランスジェンダーは異性愛者であるという前提から出発していた点も後に克服されるべき問題点であった。法的にいえば、当時のドイツでは

---

(25) Wielpütz, a.a.O., S. 83.

男性同士の同性愛行為が道徳律に反するものであり、刑法犯とされていたことから、トランスジェンダーを同性愛と区別する必要があったのである。

本決定後に制定された TSG は、当然のことながら、以上のような限界をそのまま抱えていた。それに加えて、立法における妥協によって、年齢要件など本決定および当時の医学的な知見が示唆していなかったような要件も追加されることになった。<sup>(26)</sup>したがって、TSG 制定後もそうした問題をめぐって連邦憲法裁の判断が問われることになるのである。

## 2. 2011年決定まで

TSG 制定後、後述の2011年年決定まで30年余りの間に6件の連邦憲法裁判所の違憲判断が下された。すべて TSG に関わるものである。紙幅の関係からそれぞれを詳細に検討することはできないけれども、一貫して1978年決定の基本方針に基づきトランスジェンダーの基本権の内実を拡充する方向性を示しているといえよう。

### 2-1. 1983年・1993年決定

まず1983年決定は、大解決による性別変更の申立ては25歳以上でなければならないという年齢制限規定について、それが当事者の不可逆的な意思決定であることを担保するためのものであるという目的は正当であるものの、大解決の前提となっている性別適合手術自体には年齢制限がなく、医師の判断で行うことが可能になっていたという一貫性の欠如を指摘し、そのような場合には、年齢規定以外は大解決のためのすべての要件を満たす者について25歳以上かどうかだけで区別が生じることになり、これは基本法3条1項の平等原則に違反すると判断した。<sup>(27)</sup>

---

(26) 立法の経緯は Adrian de Silva, *NEGOTIATING THE BORDERS OF THE GENDER REGIME*, Columbia University Press, 2019, pp. 107-143.

(27) BVerfGE 60, 123.

この判断は、78年決定を踏まえ、基本法1条1項と結びついた2条1項によって当事者の性自認に適合する性別に変更する基本権が認められていることを前提とする。<sup>(28)</sup> さらに、これも78年決定に引き続き性教育判決を引用し、性的領域が私的領域の一部であることが立法裁量を限定する要因であるとの判示も行っている。もっとも、当事者は手術を行うことを望んでおり、かつ手術が性別変更に必要なであると想定する78年決定の問題点も同時に引き継いでいる点には注意が必要である。

1993年1月26日決定は、83年決定に引き続き、小解決の25歳の年齢制限について基本法3条1項の平等原則違反と判断した。<sup>(29)</sup> 「基本法1条1項と結びついた2条1項は、狭い人格的生活領域、特に親密・性的領域(Intim- und Sexualbereich)を保護している。そして、どのような契機で、どの程度の範囲で、個人の生の事情を明らかにするかを原則的に自分で決めるといふ個人の権利を保障している」<sup>(30)</sup>。TSGはこの法益を保護するものとして位置づけられている。具体的には次のとおりである。「小解決は、まだ性別適合手術を受けていない、あるいは手術を断念したトランスセクシュアルの特別な状況を考慮に入れ、日常的に第三者や役所に対してそれを明らかにすることを強いられずに自らの経験に対応する性別役割において生きることを可能にすべきである」<sup>(31)</sup>。

本決定は、名がジェンダー・アイデンティティにとって持つ意味を、具体的に明らかにしている。78年決定では、名の変更と性別変更が包括的に把握されており、名に独自の位置づけは与えられていなかった。また、TSG制定後も名の変更は「小解決」として、すなわちあくまで性別変更

(28) BVerfGE 60, 123 (135).

(29) BVerfGE 88, 87. 本決定は平等条項との関連で注目されてきた。この点は嶋崎健太郎による本決定の評釈を参照されたい。栗城壽夫ほか編『ドイツの憲法判例Ⅱ』67-73頁(信山社、2006)、谷川洋幸ほか編著『性的マイノリティ判例解説』42-46頁(信山社、2011)。

(30) BVerfGE 88, 87 (97).

(31) BVerfGE 88, 87 (97f.).

（「大解決」）の前段階として規定されていた。本決定は、いまだ78年決定時の医学的前提を持っているけれども、性別適合手術を受けていないか、受けることのできないトランスジェンダーにとって名の変更自体が持つ意義を述べており、その意味で重要な判断を示しているといえる。

平等条項が問題になった83年決定、93年決定は、親密・性的領域の保護として名の変更と身分登録上の性別変更を把握する。特に93年決定は、国勢調査法判決を援用し、その領域をどのように開示するかが当事者に委ねられると判断し、一種のプライバシー権の発想をみせている。身分登録上の性別変更のみが問題となっていた83年決定と異なり、社会生活において頻繁に用いられ、公開が前提とされていると同時に性別も表しうる名前の変更が問題になったからだと考えられる。<sup>(32)</sup> 名が明らかに性別をあらわすものである場合、名を使用するたびに、その外観と性自認との乖離が明白になることがジェンダー・アイデンティティへの制約になるのである。ここでは、トランスジェンダーの問題が、身分登録上のみならず、社会生活の問題でもあること、プライバシーの問題にも関係していることが認識され、その法的解決がはかられている。

これに関連して、連邦憲法裁において、TSGの規定それ自体に対する違憲性を問うものではないものの、小解決に基づいて女性名への変更を行ったにもかかわらず、男性用拘置所（Männerhaftanstalt）内で“Herr”と男性に対する敬称で呼ばれることについて一般的人格権の侵害を主張した事例が存在する。<sup>(33)</sup> ここで連邦憲法裁は、小解決が大解決の前段階であり、その意義を、「他の性別役割において振る舞うこと」と理解し、呼称が重要な意義を持つことを認めた。そのうえで、「名の変更後に、当事者の新

---

(32) 特に、25歳未満の若いトランスジェンダーにとって、性別と合致する名前ですべて社会生活を送ることの重要性および大解決よりも容易に性別役割の変更を行うことができる小解決の意義を指摘している。その背景として、性別違和に悩む当事者の自殺の危険性を全く認識していなかった83年決定（BVerfGE, 60, 123 (133)）と正反対の認識を示していることに注目すべきである。BVerfGE 88, 87 (99)。

(33) BVerfG, NJW 1997, 1632.

たな役割理解に対応して呼びかけ、記載すること」が一般的人格権によって保護されると判示した。身体とは区別された、名自体の持つ意義を認め<sup>(34)</sup>た点で、重要な判断であったといえよう。

## 2-2. 2005年決定

2005年決定は、すでに小解決によって名を変更しているけれども身分登録法上の性別変更はしていない当事者(MtF)が女性と婚姻した場合に、TSG 7条1項3号が改名前の方に再変更を強制していたことについて、同条項を基本法違反とした。当時すでに同性カップルのための生活パートナーシップ法が制定されており、法的なパートナーシップを結ぶ場合には婚姻か生活パートナーシップの選択肢が存在していた。しかし、このようなトランスジェンダーの場合、当事者の性自認からみれば同性カップルであるけれども、法律的には異性カップルとなるため、当事者がパートナーシップを結ぶ場合、婚姻しか残されていなかった。そして婚姻すると、当該規定によって自らのジェンダー・アイデンティティと異なる以前の名に戻さなければならなかったのである。

本決定は、医学的知見の進展を踏まえ、新たなトランスジェンダー像を打ち出した点で従来の判例と一線を画している。それは簡単に言えば、性的指向を含めたトランスジェンダーの多様性とそれに応じた医療措置の個別性である。関連諸団体の意見を踏まえ、小解決が単なる法的性別の変更のための前段階に過ぎないわけではなく、独自の意義を持つこと、手術要件を法的性別変更の前提にすることの問題性、医療側も常に手術を勧めるわけではないこと、トランスジェンダーの性的指向は多様であり、特にMtFには同性愛者が多いことなどを指摘している<sup>(36)</sup>。

---

(34) Laura Adamietz, Transgender ante portas? Anmerkungen zur fünften Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Transsexualität (Bundesverfassungsgericht-Beschluss vom 6.12.2005 - 1 BvL 3/03), Kritische Justiz Bd. 39, 4 (2006), S. 373.

(35) BVerfGE 115, 1 (8ff.).



こうした知見を前提に、連邦憲法裁は、当該要件は同性愛指向をもつトランスジェンダーに、変更済みの名を失うことなく法的なパートナーシップを保障していない限りにおいて、基本法1条1項と結びついた2条1項に違反すると判断した。異性愛であることを前提とする本規定の立法目的は、そもそも正当なものと認められないのである。本決定は、同条項によって「親密な性的領域」が保障されるとし、その中に「性的自己決定 (sexuelle Selbstbestimmung)」、「固有のジェンダー・アイデンティティ (eigenen geschlechtlichen Identität) および固有の性的指向 (eigenen sexuellen Orientierung) の認識と自覚 (Finden und Erkennen)」が含まれる<sup>(37)</sup>とした。この一環として名と性別の変更が把握されるのである。

このように、本決定は基本権について、78年決定以来曖昧であった人格的生活領域、性的領域、性的自己決定やジェンダー・アイデンティティ、性的指向の構造をあらためて整理したといえる。この判示部分は後の2006年、2008年、2011年決定にも踏襲されており、78年決定と並んで、ジェンダー・アイデンティティに関する重要な決定であると評価すべきである<sup>(39)</sup>。

さらに本決定はトランスジェンダーとパートナーシップの問題も取り扱っている。婚姻により変更前の名に強制的に再変更されるという規定についての判断であるからそのこと自体は当然としても、婚姻および生活パートナーシップ制度が性自認ではなく身分登録上の性別を基準にしていることを問題視し、その法構造全体の作用 (Zusammenspiel) によって基本権としてのジェンダー・アイデンティティの制約を認めている。

---

(36) BVerfGE 115, 1 (5f.).

(37) BVerfGE 115, 1 (17).

(38) BVerfGE 115, 2 (14).

(39) See, de Silva, *supra*, p. 282; Laura Adamietz, *Geschlecht als Erwartung*, Nomos, 2011, S. 167.

### 2-3. 2006年決定

2006年決定は、名の変更と性別変更の申し立てから外国籍の者を一律に排除する TSG 1 条 1 項 1 号の規定が、基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項の一般的人格権を基礎に、平等原則を定めた基本法 3 条 1 項に適合しないと判示した。<sup>(40)</sup> 本決定の基本権についての判示は、実質的に 2005 年決定と同様である。すなわち、「親密な性的領域」の中に「性的自己決定」および「固有のジェンダー・アイデンティティの認識と自覚」が含まれるとしたうえで、この基本権の保障は「性自認に基づいて生きることを可能にするために、性自認に適合した外見と法的取扱いの矛盾によって親密領域が晒されることなしに、持続的に自認されたジェンダー・アイデンティティを法的に承認することを要求する」<sup>(41)</sup> ののである。

### 2-4. 2008年決定

2008年決定は、性別変更について非婚要件を定める TSG 8 条 1 項 2 号の規定が基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項および基本法 6 条 1 項と適合しないと判断した。本決定も基本的に従来判例を踏襲しているが、「自己決定されたジェンダー・アイデンティティ (selbstbestimmten geschlechtlichen Identität)」<sup>(42)</sup> という表現が用いられていること、婚姻の保護を定める基本法 6 条 1 項が直接に関係してくる点で若干の相違がある。

本決定は、基本法 6 条 1 項が男女による結合を保障することから、同性婚およびその外観を呈することを防ごうとする立法者の目的は正当であるとしつつも、狭義の比例性を満たさないとした。<sup>(43)</sup> なぜなら、「自認した性別に適合する手術を済ませ、TSG 8 条の他の要件も充足した既婚のトランスジェンダーに対して、新たな性別を法的に承認する前提として、法的

---

(40) BVerfGE 116, 243.

(41) Vgl. BVerfGE 116, 243 (264).

(42) BVerfGE 121, 175 (190f, 202).

(43) BVerfGE 121, 175 (194).

に結合し、かつそうあり続けるべき配偶者との離婚を要求することができない」からである<sup>(44)</sup>。

要求できない (nicht zumutbar) という表現は後の2011年決定にもみられるところであるが、この表現が指摘しているのは、性別変更と婚姻とがどちらも基本法によって保障されていることを前提に、どちらかを選ばざるをえない状況を強いる TSG の構造の問題性である<sup>(45)</sup>。基本法 6 条 1 項によって婚姻は保護され、破綻がない限り継続するものと想定されていることなどから、非婚を強制することは当事者のみならずその配偶者の権利の制約にもなる<sup>(46)</sup>。既婚のトランスジェンダーが婚姻関係を継続したまま性別を変更することを許容したとしても、それは同性婚を認めることとは異なるため、基本法 6 条 1 項とは抵触しないと判断された<sup>(47)</sup>。

他方で、連邦憲法裁は基本法 6 条 1 項への配慮もみせる。すなわち、性別変更後もパートナーシップを維持できるとしても、それはやはり男女の結合とはいえないため、その意味での法的保護は与えられないけれども、二人の責任共同体 (Verantwortungsgemeinschaft) としての婚姻に伴う権利義務は保障されるべきだと述べ、その手段としてすでに成立していた生活パートナーシップへの移行を可能にする法改正を立法者に示唆するのである<sup>(48)</sup>。

(44) BVerfGE 121, 175 (194).

(45) BVerfGE 121, 175 (196f, 202).

(46) BVerfGE 121, 175 (198f, 200f.).

(47) BVerfGE 121, 175 (195, 201). その実質的理由として、婚姻したのちに一方当事者が性別変更の意思を示しても婚姻を継続する両当事者の意思があるカップルは少ないこと、また、そのようなカップルの場合、性別を変更しなくても外観としては同性婚のような状態がすでに生じていることが挙げられている。

(48) BVerfGE 121, 175 (203). 生活パートナーシップ法については渡邊泰彦「ドイツ生活パートナーシップ法の概観 (1)・(2・完)」東北学院法学65巻81-150頁(2006)、同66巻1-79頁(2007)参照。

## 3. 2011年決定

2011年1月11日の連邦憲法裁決定は、TSGの8条1項3号および4号に規定されていた生殖能力喪失要件および性別適合手術要件を違憲とし<sup>(49)</sup>た。本件の異議申立人は、MtFであり、名の変更は行っていたが、性別適合手術は経ておらず、身分登録上の性別変更は行っていなかった。彼女には女性のパートナーがおり、生活パートナーシップの登録申請をしたところ、身分登録上は男性と女性であるため、これを拒否された。申立人は性別適合手術を経っていない限り女性として認められないことについて、憲法異議を申し立てた。

本決定は、基本法1条1項と結びついた2条1項が、狭い人格的な生活領域と共に、親密な性的領域も保障していると述べ、それが性的自己決定、固有のジェンダー・アイデンティティと性的指向の認識と自覚を包摂<sup>(50)</sup>していることを判例を援用して確認する。

性自認と外面的な性別メルクマールに基づいて法的に定められた性別とが持続的に矛盾するトランスジェンダーの場合、人格の保護を求める基本権と結びついた人間の尊厳は、当事者の自己決定を斟酌し、かつ性自認に基づいたジェンダー・アイデンティティを法的に承認することを要求する。それによって、性自認に適合した外見と自身の法的な取扱いとの間の矛盾にさらされることなく、性自認に基づき生活を営むことが可能となるのである。このことから、立法者は、以上のような要求を満たす法秩序を形成すること、そこではとりわけ、性自認に基づく性別への法的な紐づけ<sup>(51)</sup>について要求不可能な条件にかからしめないよう義務づけられる。

---

(49) BVerfGE 128, 109. 同決定については平松毅「性同一性障害者に戸籍法上の登録要件として外科手術を求める規定の違憲性」『ドイツの憲法判例IV』73-76頁(信山社、2018)、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39-51頁(2011)も参照。

(50) BVerfGE 128, 109 (124).

(51) Ebd.

現行制度の下では同性のパートナーを持つトランスジェンダーは、パートナーとの法的保護を得るためには、結婚するか、不妊手術を受けて性別を変更し、生活パートナーシップを申請するかという選択を迫られることになる。このことは上記の諸原則と一致しない。手術要件は身体の不可侵への侵害を条件とし、医学的見地からして手術が不必要な場合には健康へのリスクも伴うものである<sup>(52)</sup>。

基本法2条1項によって保護される人格の自由な発展は、自分の選んだ人と持続的なパートナーシップを結ぶことおよびそれが可能な制度が法的に確保されていることを保障している。立法者によって結婚かパートナーシップが用意されているが、前者は男女、後者は同性同士のための制度であり、その性別は身分登録上のものが基準となる。しかしその点が基本法1条1項と結びついた2条1項の性的自己決定権を制約する<sup>(53)</sup>。同性カップルのために用意された生活パートナーシップ制度が利用できない以上、パートナーと法的関係を結ぶためには申立人は結婚するか、不妊および性別適合手術を受けて女性に性別を変更するかの二者択一を迫られるからである。

結婚の場合、小解決をして名前の変更をしたトランスジェンダーで、同性愛指向を持つ者は、結婚によって自らの性自認と異なるジェンダーロール（Geschlechterrolle）を割り当てられる。結果として、その者がトランスジェンダーであることも明らかになる。これは自認するジェンダー・アイデンティティの承認およびその親密領域の保護を要請する基本法1条1項と結びついた2条1項に合致しない<sup>(54)</sup>。ジェンダー・アイデンティティと性的指向に対する制約である。一方では結婚による性別帰属の印象と性自認との間の葛藤に陥り、他方では結婚によって異性愛的なジェンダーロールを、自身の性的指向に反して割り当てられることになるからである。

---

(52) BVerfGE 128, 109 (125).

(53) BVerfGE 128, 109 (126).

(54) BVerfGE 128, 109 (127).

他方で生活パートナーシップ制度を結ぶことができない点について、身分登録上の性別を基準にすること自体は憲法違反ではないにしても、トランスジェンダーを身分登録上承認すること（ここでは性別変更を認めること）に対して、高すぎる前提を置く場合には基本法1条1項と結びついた2条1項による性的自己決定を侵害する<sup>(55)</sup>。

TSG 制定にあたって、立法者が、2人の専門の医師の鑑定書を要求するなどの条件を設け、その持続性と異なる性に属するという認識が変わらないものであるということを追求することは正当である。しかし、例外を設けずに不妊および性別適合手術を要件とすることは、当事者に要求不可能であり、その限りで基本法1条1項と結びついた2条1項に違反する<sup>(56)</sup>。

性別適合手術は、基本法2条2項で保障された身体の不可侵への強度の制約であり、健康上のリスクと副作用を伴うものである。2005年12月6日の連邦憲法裁決定ですでに明らかにされたように、トランスジェンダーにとって性別適合手術が医学的に必要不可欠というわけではない。持続性と不可変性は手術による外見の適応度ではなく、トランスジェンダーがどれほど一貫した生活を送れるかどうかによって判断されるべきなのである。したがって、例外なしに手術要件を課すことは基本法1条1項と結びついた2条1項および2条2項に適切な考慮を与えていない過剰な要件といえる<sup>(57)</sup>。

また、TSG 9条3項および6条1項は、一度性別変更を行った者が再度性別を変更し、いわば出生登録上の性別を元に戻す可能性を開いているが、その際に再度の性別適合手術を要求していない。これは、立法者が性別をその外観のみによって判断していないこと<sup>(58)</sup>の表れである。

不妊手術もまた、基本法1条1項と結びついた2条1項における性的自

---

(55) BVerfGE 128, 109 (129).

(56) BVerfGE 128, 109 (130f.).

(57) BVerfGE 128, 109 (132f.).

(58) BVerfGE 128, 109 (132f.).

己決定の実現を、基本法2条2項の身体の不可侵と引き換えにするものである。この要件は、不妊を伴う身体への侵襲を拒否すると、性自認と異なる性別で生活しなければならない状況に当事者を置く。当事者の心理的、<sup>(59)</sup>身体的なインテグリティが制約されるのである。

立法者が、男性に属する者が子どもを産んだり、女性に属する者が子どもを産ませたりすることを避けるために生殖能力の喪失を設けることは正当な関心である。不妊手術要件を削除した場合、確かにそのような可能性が生じる。しかし、医学的知見によれば、女性として登録されたが男性の性自認を持つ者（FtM）の場合はその多くが異性愛の性的指向を持つため、そうした場合はほとんど生じない。MtFの場合、同性愛の性的指向を持つ場合が多いため、子どもを産ませる可能性があるが、ホルモン治療による影響により、実際にはそうしたことは起こりにくい。さらに、人工生殖医療の発展により、精子を冷凍しておくことができるため、不妊要件<sup>(60)</sup>を設けても問題は防げないのである。親子関係も、法律上は元の性別のまま扱われるのでその点も混乱は生じない。立法府の不妊要件の根拠と比較して、性的自己決定および身体の不可侵に、より大きな比重が置かれるべき<sup>(61)</sup>である。

以上のような要旨で連邦憲法裁判所はTSG 8条1項3号および4号に基づく生殖能力喪失要件と性別適合手術要件を違憲とした。この決定は、78年決定からの連邦憲法裁判所の判例に沿うものである。

現在の到達点ともいえる2011年決定は、生殖能力喪失要件と性別適合手術要件という、最も負担が大きく、かつ伝統的なジェンダー観からすれば当然必要であると考えられていた二つの要件を違憲とした点で重大な意義を持つ。本決定で保護に値すべきとされた法的な利益は、基本法1条1項と結びついた2条1項による親密領域の保護、性的自己決定、ジェンダ

---

(59) BVerfGE 128, 109 (134).

(60) BVerfGE 128, 109 (134f.).

(61) BVerfGE 128, 109 (136).

一・アイデンティティと、基本法2条2項に基づいた身体の不可侵である。親密領域の保護は、これまでの一般的人格権においても語られてきたところであり、また、身体の不可侵は性別適合手術および不妊手術によって制約されるものであるから容易に認められよう。

78年決定は手術済みの当事者が性別の変更を希望した事例であった。しかし本決定は78年決定と異なり、手術前の当事者に関するものであった。また、単に手術要件が問題となっているのではなく、同性のパートナーと法的パートナーシップを結びたいと考えている当事者によるものである。この点で身体の不可侵や性的指向、パートナーシップを結ぶ権利などが同時に問題になったのである。

#### 4. 2017年決定

2017年11月10日に下された連邦憲法裁判所決定は、TSGやトランスジェンダーに関する事例ではなく、出生時に性別の判断が困難ないわゆるインターセクシュアルに関する事例である。インターセクシュアルについてはそれ自体が様々な法的問題を持つ主題であるため、本稿は直接の対象とし<sup>(62)</sup>ない。本稿はむしろ、本決定が性別の持つ意義について極めて重要な判示<sup>(63)</sup>を行っている点に着目するものである。

ドイツの身分登録法は、2013年の身分登録法22条3項の改正によって、出生時の性別が不確定の場合、性別欄を空欄にしておくことが可能になっていた。本件で憲法異議を申し立てたXは、女性として登録されたが、その性自認が男性でも女性でもないものであり、それを支える医学的証拠も存在するとして、「インター」あるいは「ダイバー」として性別欄に記載するよう求めていた。そのような可能性を認めず、単なる空欄を強制す

---

(62) インターセクシュアルの法的問題一般について、家永登「性別未確定で出生した子の性別決定：「性別の段階性」および「性別の相対性」の視点から」専修法学論集131巻1-54頁(2017)参照。

(63) 詳しくは渡邊泰彦「第3の性別は必要か：ドイツ連邦憲法裁判所2017年10月10日決定から」産大法学52巻1号83-129頁(2018)参照。



ることは一般的人格権および平等原則の侵害であるというのである。<sup>(64)</sup>このような主張は、性別二分主義（ジェンダー・バイナリー）を採用すること自体への異議を含んでいるけれども、いずれにせよ、法的に登録される性別がアイデンティティの形成、維持にとって極めて重要であることを改めて論じている点に注目したい。以下、一般的人格権と平等原則それぞれについて紹介したい。

#### 4-1. 一般的人格権

本決定は、一般的人格権が、人格を構成するような意義を持つもののみを保護するのであって、人格に影響を与えうるもの全てを保護するわけではないという一般論を述べ、「それに従えば、一般的人格権はジェンダー・アイデンティティ（geschlechtliche Identität）も保護する」<sup>(65)</sup>と述べる。ここで引用されている判例は、2005年決定、2006年決定、2008年決定、2011年決定であり、全て2005年以降に下されたTSG関連のものである。もっとも、これらの判例に照らせば、ジェンダー・アイデンティティが一般的人格権によって保護されるという判示それ自体は驚くべきものではない。しかし、TSGが関わる狭義のトランスジェンダーのみならず、より一般的なかたちでジェンダー・アイデンティティの保障を説いたことは重要である。判例の蓄積がこれに資するものであったことは疑いえない。

性別は、「典型的には、自己理解および当事者が他者からどのように認識されるかという点において重要な地位を占める。」性別帰属は権利義務や身分の証明といった法的な事からだけでなく、「どのように話しかけられるか、外見、教育、振る舞いに対してどのような予期がなされるのか」という方向づけも規定する。<sup>(66)</sup> インターセクシュアルにも当然ジェンダー・アイデンティティの保障は及ぶ。インターセクシュアルの人々の中に

---

(64) BVerfGE 147, 1 (10).

(65) BVerfGE 147, 1 (19).

(66) BVerfGE 147, 1 (20).

は、性別帰属に特別な意義を見出さない人も居るかもしれないが、現状において、そして他者からの認識や自己理解といった日常生活においては性別帰属は実践的な意義を持つものである。<sup>(67)</sup>

性別記載欄に男性か女性もしくは空欄しか記入できない身分登録法は、このジェンダー・アイデンティティを制約する。なぜなら、自らの性自認に対応した身分登録上の性別を登録できないからである。申立人の性自認が男性でも女性でもないとしても、それとは別の積極的な性自認を持っているのであって、空欄ではその性自認を承認したことにはならない。<sup>(68)</sup> この意味での権利制約性について、本決定は1978年決定、1983年決定、2006年決定、2008年決定、2011年決定を援用している。これらはすべて身分登録上の性別変更(大解決)が問題になった事例であり、法的な性別の重要性を強調していると考えられる。<sup>(69)</sup>

現状において、ジェンダー・アイデンティティの身分登録法上の承認は、人格の発展にとって重要である。身分登録法の1条1項1号が述べるように、「法秩序における個人の地位」を示すものだからである。したがって、身分登録法以外において、いかなる法的な帰結があるかどうかとは無関係に、いかにすれば、身分登録法における性別の承認を拒否することそれ自体が、人格の発展に対する侵害になるのである。<sup>(70)</sup> もっとも、これは身分登録法が性別を基本的な位置づけとして設定しているからであって、そうした具体的な法状況を離れて自らのアイデンティティのメルクマールの承認を求める権利を認めるわけではない。

性別を男女に限定することによるこのような基本権制約は、正当化されない。というのも、本件規定には何ら正当な目的を見出せないからである。<sup>(71)</sup> 本決定が取り上げる論点のうち、本稿にとって重要なのは次の二点で

(67) Ebd.

(68) BVerfGE 147, 1 (21).

(69) BVerfGE 147, 1 (20).

(70) BVerfGE 147, 1 (22f.).

(71) BVerfGE 147, 1 (24).

ある。第一に、基本法それ自体が男女の性別を、そしてそのみを予定しているのではないかという問題。第二に、性別は国家秩序、法秩序の根幹をなすものであるから、男女以外の性別を認めることはできないのではないかという問題である。

第一に、基本法は男女の二元論を命じているわけでもなければ、性別を身分法の一部として規律するように強制しているわけでもない。また、男性、女性以外の性別を認めることを否定しているわけでもない。確かに基本法3条2項は「男女」と規定しているけれども、この規定は特に女性に対する不利益を是正する趣旨であって、そこから性別の概念が男女しかあり得ないということが確定するわけではない。また、それ以外の性別を排除するわけでもない。1978年決定において述べられた「誰しもが男性または女性であるという原理」も、当時支配的であった理解を述べたにとどま<sup>(72)</sup>る。第三の性別を認めたとしても、それは選択肢を増やすだけであり、男性または女性に不利益を及ぼすものではないのである。<sup>(73)</sup>

第二に、男女以外の性別を承認することによる帰結は確かに不明瞭なものであると認めつつも、そのような問題はすでに性別欄が空欄であることを認めている現行法でも生じているため、第三の性別記載を否定する根拠にはならない。第三の選択肢を単に創設するだけであり、身分登録の変更に触れるものではないため、身分登録の継続性という原則も侵害されるものではない。<sup>(74)</sup>

#### 4-2. 平等原則

基本法3条3項は、男性女性だけでなく、性別がどちらにも属さない者に対する、そのことを理由にした差別も禁止する。「同項の目的は、構造的に差別の危険にさらされている集団の構成員を、その不利益から保護す

---

(72) BVerfGE 147, 1 (24).

(73) BVerfGE 147, 1 (25).

(74) BVerfGE 147, 1 (27).

ることにある。男性でも女性でもない人間の脆弱性（Vulnerabilität）は、性別二元を範として従うことが支配的な社会においては、とりわけ程度の強いものである。…同項は限定なく一般的に性別（Geschlecht）と述べているのであり、これは男性や女性を越えた性別でもありうる<sup>(75)</sup>のである。」このような解釈は、体系的にみて、「男女」と規定している3条2項に矛盾することにはならない。また、基本法3条制定の際の歴史も、この解釈を妨げるものではない。「同項が改正される際に、『性的アイデンティティ（sexuellen Identität）』——ジェンダー・アイデンティティと性的アイデンティティの意味の区別はなされていない——を差別指標として入れる案は否定されたのであるが、それは差別からの保護の取り組みに反対する実体的な考慮からではなく、そのような保護は法的にすでに実現されている<sup>(76)</sup>という理由で否定されたのである。」<sup>(77)</sup>また、欧州司法裁判所も性別変更を原因とする差別について、広く性別にかかわる差別からの保護に含めてい<sup>(78)</sup>る。

以上のように、本決定は、22条3項が、男性か女性以外の「積極的（positive）な」性別記載を認めていないことが、一般的人格権および性別による不利益禁止原則の違反であると判示し、第三の性別を登録可能にするような法改正を立法府に命じた。結果として、2018年12月14日に法改正がなされ、2019年1月1日より「ディバース（Divers）」の記載が可能になった。

## 5. 基本権としてのジェンダー・アイデンティティ

### 5-1. 意義

判例法理を要約すれば次のようになる。基本法2条1項は、1条1項

(75) BVerfGE 147, 1 (28).

(76) BVerfGE 147, 1 (29).

(77) BVerfGE 147, 1 (29f.). vgl. BTDrucks 17/4775 (2011).

(78) BVerfGE 147, 1 (30).

と結びつくことによって、人格にとって重要な私的・性的領域を保障しており、その中で行われる性的自己決定も保護する。そこで発見あるいは認識される性自認は、性的指向と同様に、原則として法的承認を受ける。この構造において承認されるべきものとしての性自認およびそれに基づいて名あるいは法的性別を変更することが基本権としてのジェンダー・アイデンティティである。これを具体化するのが TSG である。このような連邦憲法裁の理解について、学説において異論はみられない。<sup>(79)</sup>

もっとも、すでにみてきたように、TSG の内容に関連したジェンダー・アイデンティティの具体的内容には変遷がある。<sup>(80)</sup> TSG 制定前の1978年決定においては、「本人の心理的、身体的構成が属する性別に従うべきこと」を意味しており、後に TSG によって設定される一定の条件のもとに身分登録上の性別を変更する可能性を開いた。もっとも、「身体的構成」の言葉が意味するように、これは手術後の当事者ないしは、いずれ手術を受けることを当然視された当事者を前提としており、病態としてのトランス像が原則となっていた。その後、2005年決定におけるトランス像の更新に応じて、多様なトランス像が前提とされるようになり、2011年決定が決定的に示したように、心理的な性自認を構成要素とする非・身体的な意味でのジェンダー・アイデンティティが基本権として確立するに至った。ジェンダー・アイデンティティは特殊な当事者にのみ認められるものではなく、性的自己決定、性的指向とならんで「性的領域」に含まれる基本権として保護されるのである。

これによって、性別変更の前提条件であった不妊要件や身体的適合要

(79) もっとも、コンメンタールにおいて判例が取り上げられる箇所は基本法2条1項であったり3条であったり6条であったりと、未だ議論が深まっているとはいえないようである。そもそも基本法上の関心が薄いようにさえ見受けられる。vgl. Dreier, in: ders., GG Kommentar, 3. Aufl., 1. Bd., Art 2 Abs. 1 Rn. 72; Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., 1. Bd., Art 3 Abs. 3 Rn. 452ff; Kotzur/Vasel, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl., Art. 6, Rn. 18; より詳細な学説の状況については Wielpütz, a.a.O., S. 77ff.

(80) Wielpütz, a.a.O., S. 76.

件、非婚要件は、むしろ身体の不可侵や性的自己決定、婚姻の保護の基本権制約として観念されることになった。さらに、2017年決定が示すように、性別記載欄に男性と女性しか存在しないこと自体が権利制約として把握されるのである。<sup>(81)</sup> もっとも、基本権としてのジェンダー・アイデンティティは、性別を字義通り「自由に」決定することを意味しない。あくまで具体的な法秩序や社会生活上の実態を前提にしたものである。こうした展開は、医学的知見の展開に連動している。<sup>(82)</sup> もっとも、判例は、それによって名および性別の変更を「治療」とみなすのではなく、明確に基本権として位置づけている。

また、ジェンダー・アイデンティティが私的・性的な領域に含まれることが強調されることによって、ジェンダーに関わる社会生活上の実態に目を向けられるようになった。すなわち、単に「性別変更」だけが問題となるのではなく、それに必然的に付随するパートナーとの関係や家族関係、子をもうけることなど、ジェンダーに関わる領域を包括的に論じることが可能になったのである。実際、名がもつ社会生活における意味や自らがトランスであることが露見することからの保護といった観点が考慮されている。2017年決定が述べるように、性別帰属は「どのように話しかけられるか、外見、教育、振る舞いに対してどのような予期がなされるのかという方向づけも規定する」ものだからである。

2017年決定は、トランスジェンダーが念頭に置かれたこれまでの判例法理を、「性別」の観点からさらに一般化させている。身分登録法1条1項1号が、性別を「法秩序における個人の地位」を示すものと述べていることに触れ、その重要性を強調する一方で、日常生活における自己理解や他者との関係性における性別の実践的意義も見逃していない。男女の性別二元論それ自体がインターセクシュアルのジェンダー・アイデンティティへの制約であるとし、その枠組み自体を否定した。

---

(81) ただしインターセクシュアルに限定されている。

(82) 当事者による運動の影響も重要である。see. de Silva, *supra*, p. 144.

名であれ法的性別であれ、一度変更した当事者は、その変更後の性別としてみなされなければならない、変更前の性別として扱ったり、そのような外見を与えることも権利制約とみなされる。したがって、変更したことそれ自体、いかえればトランスジェンダーであること自体の暴露も基本権<sup>(83)</sup>への制約である。こうした基本権を前提に、パートナー関係や家族関係、他の基本権が検討されることになる。名および性別を変更するための法律（TSG）およびそれに関わる法律は、このような基本権を制約しないような内容でなければならない。なお、比較的近時の判例にみられるように、一般的人格権としてのジェンダー・アイデンティティへの制約は、基本的には比例原則によって審査される。

## 5-2. Geschlecht/sex/gender

ところで、判例において、性別あるいはジェンダー・アイデンティティが自己決定される対象なのかどうか、あるいは生得的なものであり、その承認を要求するものなのかどうかという論点は明示的には扱われていない。「性的自己決定」や「自己決定されたジェンダー・アイデンティティ」という言葉が用いられてはいるけれども、それは性自認や性的指向が私的領域において発見・認識・形成されることをも同時に意味している。この問題は、ドイツ語圏における Geschlecht が、英語圏における sex と gender の両方を表しうること、そしてドイツの法学において、とりわけ裁判所において、英語圏における sex と gender の区別が明示的に採用されていないことに関わっている。ドイツのジェンダー・アイデンティティを論じるにあたって、この点に若干触れておく必要がある。

生物学的な性別（sex）に対比されるという意味での、文化的、社会的

---

(83) TSG 5条およびそれを援用する10条は、一定の場合を除き、申請者の同意なしに変更前の名や性別を開示したり、詮索することを禁じている。

(84) 特に2011年決定は、性的自己決定権（Recht auf sexuelle Selbstbestimmung）の侵害を認めている。

に構築された性別 (gender) という図式は、1970年代以降に普及したものである。このジェンダー概念は、ドイツを含むヨーロッパのフェミニズムにも、特に1980年代までに人口に膾炙したとされる。<sup>(85)</sup> もっとも、法律の領域においてはそうではなく、すでに紹介したように、1980年に制定されたTSGはトランスジェンダーではなくトランスセクシュアルという言葉が用いられており、現在に至っている。

トランスセクシュアルという言葉は、当時の医学的知見に基づき、トランスジェンダーを心理的にだけでなく、身体的にも性別変更を望む者を、病態としてみなしていることを意味していた。<sup>(86)</sup> しかし、当事者の運動などもあり、トランスジェンダーという言葉も次第に定着しただけでなく、すでにみたように、2005年決定において、同法が対象としている「トランスセクシュアル」の意義の実質的な修正がなされている。したがって、病態化の有無を除けば、また、インターセクシュアルの場合を除けば、同法を前提にして用いられる「トランスセクシュアル」という語は、英米圏で一般的に用いられている「トランスジェンダー」とほとんど同義ということになる。<sup>(87)</sup>

Geschlecht という語も同様に、当初は生物学的な意味での、すなわち

---

(85) Rosi Braidotti, *The Uses and Abuses of the Sex/Gender-Distinction in European Feminist Practices*, in Gabriele Griffin und Rosi Braidotti (Hrsg.), *Thinking Differently. A Reader in European Women's Studies*, Zed Books, 2002, pp. 285-307.

(86) Laura Adamietz, *Geschlechtsidentität im deutschen Recht*, APuZ, 20-21/2012, S. 2.

(87) Anne Koch-Rein, *Mehr Geschlecht als Recht? Transgender als Herausforderung an Antidiskriminierungsrecht*, Streit 1/2006, S. 9を参照。実際、TSG自体にも、名前を Transidentitätsgesetz ないしは Transgendergesetz に変えるべきだという批判がある。Wielpütz, a.a.O., S. 50f, 22ffも参照。TSGの改正に関する問題一般については Michael Grünberger, *Die Reform des Transsexuellengesetzes*, in Dominik Gross, Christiane Neuschaefer-Rube und Jan Steinmetzer (Hrsg.), *Transsexualität und Intersexualität*, Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2008, S. 81ff.



法的な意味での性別を表すものであったが、次第に gender の意味でも用いられるようになって<sup>(88)</sup>いる。実際、連邦憲法裁は、Geschlecht という語を、文脈によって sex の意味でも gender の意味でも用いている。また、sexuel と geschlechtlich を互換的に用いている例も<sup>(89)</sup>ある。具体的にいえば、いわゆる生物学的な特徴によって決定される（はずの）法的性別の意味でも、社会的、文化的な意味での性別の意味でも用いているのであり、したがって、Geschlecht は非常に包括的な意味での「性別」ないしは「性」を指していると考えられる。

しかし、2005年決定の定式化のように、少なくとも性的自己決定、性的指向と並んで用いられる geschlechtliche Identität は、gender の意味で用いていると考えるべき<sup>(90)</sup>であろう。2011年決定でみたように、身体的な特徴は問題になっていないからである。そこにおいて連邦最高裁は、性＝ジェンダーにかかわる領域は、人格の発展のために重要な性的-私的領域であるとするのみで、その内部には踏み込んでいない。ジェンダー・アイデンティティは、それが不可変であるから保護されるというよりも、性別帰属が法秩序における個人の地位に大きな影響を与え、かつ、人格の発展のために不可欠な重要な意義を持つことにより保護されるのである。私的領域の性自認を基準にすることが、少なくとも近年の連邦憲法裁の態度である。その意味で、ジェンダー・アイデンティティが自己決定の産物かどうかはさほど重要視されていないといえよう。2011年決定でいう性的自己決

---

(88) 逆にいえば、ドイツ語において gender に対応し、かつ Geschlecht と区別される語が存在しないということでもある。Laura Adamietz, *Geschlecht als Erwartung*, S. 24.

(89) BVerfG, 115, 1 (15). そのほか、たとえば、sex と gender の概念を注意深く使い分けしているジョグジャカルタ宣言の前文のドイツ語訳は Geschlecht (sex) と Geschlecht (gender) という表記を使い分けしている。Hirschfeld-Eddy-Stiftung (Hrsg.), *Yogyakarta-Pinzipien*, 2008, S. 13.

(90) Adamietz によれば、一般的にドイツ法学においては、性的指向を含まない場合に Geschlechtsidentität の語が用いられるという。Adamietz, *Geschlechtsidentität im deutschen Recht*, S. 1f.

定権とは、このジェンダー・アイデンティティに基づいて法的に名あるいは性別を修正することであり、その限度における自己決定と考えられる。基底にあるのはあくまでジェンダー・アイデンティティなのである。

### 5-3. 課題

さらなる問題として、次の三点を指摘しておきたい。第一に、基本権としてのジェンダー・アイデンティティの不明確性である。一般的人格権としてのジェンダー・アイデンティティがどれほどの射程を持つのかは未だ明らかではない。すでにみたように、基本的に判例で問題になったのは、TSGの適用をめぐる事例である。ここでは、名や性別を変更することに對して高すぎる条件を設けることが基本権の制約とみなされている。すなわち、当事者が名や性別を法的に変更することが基本権の内容と考えられている。しかし、どのような場合に基本権が制約されるのかは明らかとはいえない。たとえば、現行のTSGの規定によれば、名を変更するためには、自らの性自認にしたがって生きたいという心理的抑圧を少なくとも3年間持っている必要がある(1条1項1号)。また、名の変更や性別の変更の申請のためには、二名の相互に独立した専門家の意見書が必要である(4条3項)。これらは基本権制約とみなされないのか。そうだとするならば、それはなぜかが考察されなければならない。

問題はそれにとどまらない。ジェンダー・アイデンティティという考え方をつきつめれば、そもそも性別なるものを法的に管理することの必要性や、男女という性別の区別それ自体に対する異議申し立てが可能になるはずである。実際、2017年決定は、男女という二元的な性別しか認めていないことについて、どちらのジェンダー・アイデンティティも持たないインターセクシュアルの当事者に対する基本権制約とし、第三の選択肢を創設するよう命じた。しかし、第三の選択肢にも帰属意識を持たない者はどうなるのであろうか。<sup>(91)</sup>第四、第五の選択肢が存在していないことについても

---

(91) ただし、2017年決定の認めたいいわゆる「第三の性別」は、出生時に性別が判別

基本権制約とされるのか、そもそも法的な性別が存在していることが基本権制約なのか、など、多くの問題と同時に、ジェンダーと法の関係性についての新たな展望も生じることになる<sup>(92)</sup>。

内容の不明確性に対応して、どのような場合に基本権制約が正当化されるかも明確とはいえない。判例では比例原則による審査がなされているが、それぞれの要件の検討は非常に簡潔である<sup>(93)</sup>。TSG に関して合憲とされた判例も存在しない。しかし、法的性別やジェンダーは、氏名や婚姻、家族といった様々な法に関わるため、何らかの調整が必要になる局面も、少なくとも現在では存在すると考えられる。特に変更前の性別で子をもうけた場合の法的な親子関係の法律上の問題については解決されていない<sup>(94)</sup>とも指摘されている。基本権としてのジェンダー・アイデンティティと他の諸制度、諸法律との調和をいかに保つか、今後さらに問題となろう。

第二に、ジェンダーに関わる概念の不明確性である。まず確認しておかなければならないのは、そもそも法的な意味において性別 (Geschlecht) の定義は存在しないということである。このことが前に論じた sex/gender 概念との異同性の問題にも関係する。この観点から問題になるのは、geschlechtliche Identität と sexuelle Identität の異同である。というのも、判例で主に用いられる概念は geschlechtliche Identität ないしは

---

困難であるという身体的特徴を持つ者に限定されている。この点と、心理的な帰属意識を中心に観念されるジェンダー・アイデンティティとの整合性も一つの問題である。

(92) ジェンダー・アイデンティティの権利の潜在的な可能性を強く期待するものとして、Andrea Büchler und Michelle Cottier, *Intersexualität, Transsexualität und das Recht: Geschlechtsfreiheit und körperliche Integrität als Eckpfeiler einer neuen Konzeption*, *Freiburger Frauen Studien* 17 (2005), S. 115ff.

(93) この点、Wielpütz は、TSG の各条項に厳密に比例原則を適用した場合にどのように審査すべきかを詳細に検討している。それによれば、外観要件、不妊要件、名の変更要件および手続要件それぞれについて違憲性が認められるという。vgl., Wielpütz, a.a.O., S. 137ff.

(94) 石嶋舞「ドイツの現在の性別登録にかかわる法制度と諸問題」現代性教育ジャーナル99号 (2019) 2頁以下。

Geschlechtsidentität であるが、基本法を含むドイツの実定法にはその語は一切用いられておらず、むしろ sexuelle Identität が用いられているからである。たとえばベルリン、ブランデンブルク、ブレーメンの州憲法には sexuelle Identität に基づく差別を禁止する規定があり、また、EC 指令に基づき2006年に制定された一般平等取扱法 (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz : AGG) 1条、19条も、人種や性別 (Geschlecht)、<sup>(95)</sup> 宗教と並んで sexuelle Identität に基づく差別を禁止している。したがって、この sexuelle Identität が判例の geschlechtliche Identität とどのような関係にあるのかが問題になる。

Adamietz によれば、州憲法の sexuelle Identität は、ジェンダー・アイデンティティと性的指向の二つの概念を含んでいるけれども、主に念頭に置かれているのは性的指向であるという。<sup>(97)</sup> また、AGG における sexuelle Identität も、両概念を包摂しつつ、主に性的指向が念頭に置かれているとされる。というのも、そもそも制定の契機となった EC 指令では性的指向 (sexual orientation) に基づく差別の禁止が要請されていたから<sup>(98)</sup> である。ただし、同時に、立法の際の説明では、sexuelle Identität には同性愛およびバイセクシュアル、トランスセクシュアル、インターセクシュアルが含まれるとされており、<sup>(99)</sup> この意味でジェンダー・アイデンティティも含まれていると考える余地はある。しかし結局のところ、sexuelle

(95) それぞれ10条2項、12条2項、2条。

(96) AGG については山川和義、和田肇「ドイツにおける一般平等立法の意味」日本労働研究雑誌50巻5号18-27頁(2008)参照。

vgl. Peter A. Windel, Transidentität und Recht- ein Überblick, in Transsexualität und Intersexualität, S. 67ff.

(97) Adamietz, Geschlecht als Erwartung S. 31. ジェンダー・アイデンティティを問題にする場合には、トランスセクシュアルの語が特に用いられるとされる。

(98) ドイツ語訳では sexuellen Ausrichtung とされている (RL 2000/78/EG)。先行研究も、AGG における sexuelle Identität を「性的指向」と訳している。山川=和田・前掲注96)。

(99) BT-Drs. 16/1780, S. 31.

Identität の内容は明確とはいえない。<sup>(100)</sup>

この点、第三の問題にも関わるが、概念を截然と分ければ良いというわけではない。概念を明確にすればするほど、そこから排除される可能性も高まることになるからである。過少包摂のリスクを踏まえつつ、どのようにジェンダー・アイデンティティを憲法上の権利として保障するかが問われている。

第三に、平等原則による当事者の権利保護である。2011年決定に至る連邦憲法裁の判例が展開した基本権としてのジェンダー・アイデンティティは、基本的には名や法的性別を変更するための権利であり、また、それに基づいて変更を行った者を対象とする。したがって、性別を変更したとしても、トランスジェンダーであることに基づく不利益な取り扱いそれ自体から保護する枠組みを提供するものではないことにも注意が必要である。<sup>(101)</sup>

差別を禁止する場合に重要になるのは、差別指標をどのように観念するかである。この点、上述の諸概念の定義や関係性が問題になる。Anne Koch-Rein によれば、EU 法やドイツの実定法を前提にすると、ジェンダー・アイデンティティを十分に保護するための指標としては、第一に性別 (Geschlecht)、第二に sexuelle Identität、第三にジェンダー・アイデンティティ (geschlechtliche Identität) などの新たな指標を用いるという方法が考えられる。<sup>(102)</sup> Koch-Rein は、sexuelle Identität について、現状では性的指向として狭く解釈されるおそれがあること、そして同性愛のトランスジェンダーのような場合の評価が困難になることを理由に、sexuelle Identität は妥当ではないとする。また、ジェンダー・アイデンティティも、不変のアイデンティティのみが保護されるという狭い解釈を招くおそれがあり、危険であるという。ジェンダーのスペクトルを踏まえれば、ジ

(100) Olivier Tolmein, Transsexualismus im Kontext des Antidiskriminierungsrechts. Eine Frage des Geschlechts oder der Sexuellen Orientierung, in Transsexualität und Intersexualität, S. 113.

(101) Adamietz, Geschlechtsidentität im deutschen Recht, S. 2.

(102) Koch-Rein, a.a.O., S. 9-16.

ジェンダー・アイデンティティが「不変」である必要はないのである。<sup>(103)</sup>

このように、Koch-Rein は、さまざまな要素を区別すること自体は有益であるとしつつも、法的にはデメリットも多いことに注意を促す。差別は複合的なダイナミズムとして現れるのであり、概念を細分化することによってそうしたダイナミズムを見失い、カテゴリから外れる当事者を生んでしまう、また、差別の根源であるカテゴリを固定化してしまう危険性がある。<sup>(104)</sup> こうして Koch-Rein は、EU 司法裁判所の判例も踏まえ、「性別」のなかにトランスジェンダーや性的指向に基づく差別を包摂する解釈を唱えるのである。<sup>(105)</sup> これによって、基本法3条3項の「性別」メルクマールを活用することができる。いずれにせよ、平等条項によって基本権としてのジェンダー・アイデンティティをさらに実効的に保障していくことが求められている。

### Ⅲ. 日本国憲法への示唆

以上の検討を踏まえ、日本国憲法においてジェンダー・アイデンティティをどのように位置付けるべきであろうか。二つの、しかし矛盾しない方向がありうるだろう。一つは、憲法13条によって保障される権利として位置づけることである。もう一つは憲法14条1項の平等原則に位置づけることである。その総合が、憲法上の権利としてのジェンダー・アイデンティティということになるであろう。紙幅の関係上、本格的な検討はできないけれども、順に検討したい。

---

(103) Koch-Rein, a.a.O., S. 13ff.

(104) Koch-Rein, a.a.O., S. 16. 同様の指摘として Eva Kocher, “Geschlecht” im Anti-Diskriminierungsrecht, Kritische Justiz, 2009, S. 386.

(105) なお Adamietz の見解もこれに近いものである。vgl. Geschlecht als Erwartung, S. 250ff.

## 1. 憲法13条

憲法13条の解釈については諸説存在するが、<sup>(106)</sup>少なくとも、憲法第3章の個別の条文によって保障されていないけれども、個人の尊重や幸福追求の観点から保障されるべき事からについて、包括的に同条が保障していることには争いがないだろう（補充的規定ないしは包括的基本権）。争いがあるのはその範囲および根拠である。もっとも、多くの概説書では、同条によって保障される事からとして、判例の展開も踏まえ、一定の類型化がなされている。たとえば名誉権、プライバシー権、環境権、自己決定権であり、自己決定権のなかでも生命、身体に関するもの、家族、リプロダクションに関するもの、ライフスタイルに関するもの、<sup>(107)</sup>といった類型化がなされることが多く、この点にほとんど差はないといってもよい。

ジェンダー・アイデンティティは憲法13条にどのように位置づけられるであろうか。<sup>(108)</sup>まず、自らの性自認にしたがって生きることが同条によって保障されていることを認めるのはさほど困難ではないように思われる。法的性別も含む意味でのジェンダーは、個人の生き方の基底をなし、人格的自律の前提となるからである。13条で保障されるべきであるとされる事からの中でも、極めて重要な位置づけが与えられるべきであり、いわゆる一般的自由説によってはじめて包摂されるようなものではない。また、運転免許や髪形といった意味における自己決定権でもない。むしろその自己決定の前提を構成するのがジェンダー・アイデンティティだからである。ここで念頭に置かれる具体的な主張は、名および性別取扱いを性自認に適合するように法的に変更することである。

(106) 詳しくはさしあたり芹沢齊ほか『新基本法コンメンタール 憲法』13条〔押久保倫夫執筆〕（日本評論社、2011）参照。

(107) 佐藤幸治『日本国憲法論』第2章（成文堂、2011）、長谷部恭男『憲法〔第7版〕』第6章（新世社、2018）、渡辺ほか・後掲注114）第5章、長谷部ほか・後掲注114）§13Ⅲ〔土井真一執筆〕。

(108) 先駆的な研究として國分・前掲注4）。

松井茂記は、生物学的性別＝戸籍上の性別を準拠とすることで、「戸籍上の性別を変更する自由」が認められるか、という問題を設定する。<sup>(109)</sup>このような前提から当然に、戸籍上の性別から乖離することに正当性を求める議論が展開され、そのための審査基準が検討される。ジェンダー・アイデンティティの問題が単純な自己決定権の問題に還元されているのである。しかし、出発点にすべきは戸籍上の性別ではなく、ジェンダー・アイデンティティであり、戸籍上の性別変更に困難な条件が設けられていること自体が基本権の制約であると考えなければならない。

根本拓によれば、「自己認識における性に基ついた承認を法的に及び社会的に受けるという利益は、それをどこまで保護するかという問題はあるものの、基本的には法的保護に値する利益である。なぜなら、「性別」は現在の社会観念の下において人々のアイデンティティーを規定する最も大きな要素の一つであり、自己認識における性に基つく承認を受けることは、「個人として尊重」(憲法13条)されるために必要なものであると考えられるからである。<sup>(110)</sup>そのうえで、性自認は個人意思によって動かせるものではないから、自己決定権とは異なるものとして理解すべきだとする。<sup>(111)</sup>

法的性別＝戸籍上の性別を変更するかかどうかという局面においてはまさに法的性別を自己決定することが問題になっているようにも思われるが、それは自らの性自認に合わせた取扱いを受けるために行っているものであり、根本にあるのは性自認を承認、尊重されるという利益ということになる。性自認とその承認が持つ法的な意義を正当に指摘しつつ、性別は自己決定できるものではないから、この法的主張は自己決定権とは異なるものとして構成すべきとする議論には説得力がある。

---

(109) 松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法』257-266頁(有斐閣、2010)。

(110) 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」東京大学法科大学院ローレビューVol. 6, pp. 112-113, (2011)。

(111) 根本・同上113頁脚注41。



もつとも、ジェンダー・アイデンティティが「不変」であると固定化することには危険も伴う。ジェンダー・アイデンティティは多様であり、当事者のなかでも固定的な性自認を持たない者（いわゆる X ジェンダー）や、性別取扱いの再変更を希望する者が存在する<sup>(112)</sup>。このことは、いわゆる「第三の性別」を認めた2017年決定も示すところである。こうした当事者を権利保障の対象から外すことは妥当ではない。多くの者にとってそのように感じられているとしても、ジェンダー・アイデンティティが「不変」のものである必然性は存在しない。

そもそも、トランスジェンダーが認識される以前にも、ジェンダー・アイデンティティは「不変」のものとして認識されており、それゆえに性別の変更など不可能だとされていた。その時代からすれば、現代はジェンダー・アイデンティティが「自己決定」可能なもののようにみえるはずである。このように、ジェンダー・アイデンティティが選択可能か不可能かという評価は、性別二元論や法的性別の不可変性など、前提となるジェンダーの理解に依存するのである。

したがって、ジェンダー・アイデンティティの保障を求める権利は、単純な自己決定によるものでももちろんないけれども、そもそもそれは問題ではなく、自らのジェンダー・アイデンティティをどのように把握し、理解し、表現するかは、その個人の自由であるということを保障していると考えべきである。そうすることで、狭義のトランスジェンダーだけではなく、男女二元論を当然のものとしないうちのノン・バイナリーも射程に入れることができる。ジェンダー・アイデンティティが憲法13条によって保障されるのは、それが個人の意思で変えられないからではなく、個人の人格の発展にとって極めて重要だからである。その意味で、とりわけ名

---

(112) そもそも「ジェンダー・アイデンティティ」とは何か、という問題自体が単純ではない。心理学からのアプローチとして佐々木掌子『トランスジェンダーの心理学』（晃洋書房、2017）、フィールドワークを用いた社会学からのアプローチとして鶴田幸恵『性同一障害のエスノグラフィ』（ハーベスト社、2009）を参照。

および性別取扱いの変更には厳しい条件を設けることはその領域に介入するものとして評価される可能性が高いことになろう。名および性別取扱いの変更は「治療」ではなく権利の実現である。ドイツ連邦憲法裁の判例と比較してみても、日本の特例法はその要件の多くが違憲と<sup>(113)</sup>考えられる。

また、ジェンダー・アイデンティティは親密な領域の事からであり、かつ、それによって社会的に差別的取扱いをされる恐れもあるため、第三者が当事者のジェンダー・アイデンティティを暴露すること(いわゆるアウトティング)からも保護されなければならない。そして、トランスジェンダーであることを知りつつ、本人の性自認とは異なる性別として扱うこと(ミスジェンダリング)も、ジェンダー・アイデンティティの制約ないしは差別的取扱いである。したがって、事例①のような事例も、調髪以前に、トランス女性を男子受刑者として扱うこと自体が原則としてジェンダー・アイデンティティの制約とみなされ、それが正当化される事情があるかが問題とされなければならない。

## 2. 憲法14条1項

憲法14条1項後段は差別が禁止される属性を列挙している。判例においては受け入れられていないが、学説上は、列挙事由に該当する場合により厳格な審査を行うことが有力に主張されているところである。性別違和を持っていることを理由とする区別は、分類するとすれば「性別」か「社会的身分」に属すると考えられるだろう。この点、多くの概説書や評釈においてトランスジェンダー差別は「社会的身分」に分類されている<sup>(114)</sup>。この立

(113) 拙稿・前掲注11)。

(114) 勝山・前掲注9)11頁、君塚・前掲注9)146頁。もっとも、そもそもこれらの評釈の対象となった裁判において性別による差別ではなく障害ないしは社会的身分による差別が主張されていたことには留意すべきである。概説書の類では、渡辺康行ほか著『憲法I 基本権』136頁(日本評論社、2016)、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』190頁(有斐閣、2017)[土井真一執筆]が、社会的身分に性同一性障害の事例や性的指向の事例を分類している。なお、憲法14条1項の「性別」の意義について、「LGBTIに対する差別も、当然に禁止される」と注目すべき見解も

場は、憲法14条1項の「性別」を、「男女」に限定し、かつ、法的性別ないしは「生物学的」性別を意味すると解していることになる。<sup>(115)</sup> だからこそトランスジェンダーであることを理由にした差別は「性別」による差別ではないことになるのだろう。

しかし、これは自明な事からではない。2017年決定も述べているように、憲法が差別のメルクマールとして性別を列挙しているのは、性別（二元論）およびそこから生じるジェンダー規範に基づく差別を禁止する趣旨であると考えられる。したがって、そうした性規範から逸脱していることを理由とする差別は、「性別」による差別として評価することが可能であろう。<sup>(116)</sup> 性別も社会的身分も14条1項に列挙されており、一見どちらに分類しても大きな違いはないようにみえるけれども、トランスジェンダーの問題は性秩序や性別二元論に深く関係しているから、性別による差別として評価することには一定の意味がある。また、憲法以外の性別差別を禁止する実定法の解釈論にも応用可能だろう。同じことは性的指向に基づく差別にもいえる。実際、2020年6月15日にアメリカ連邦最高裁は *Bostock v. Clayton County* 判決において、<sup>(117)</sup> ゲイやトランスジェンダーであることを理由にした解雇について、1964年市民的権利に関する法（Civil Rights Act）第7編の「性別」に関する差別だと認める画期的判断を下している。

事例②において原告が「性別に関する自己意識を身体的にも社会的にも実現してきたことを否定されたものと受け止め、人格の根幹部分に関わる精神的苦痛」を受けたと述べられるとき、まさにここではトランスジェンダーであることを理由に差別的取扱いを受けているのであり、それが「人

---

存在するが、理由は示されていない。辻村みよ子・山元一『概説憲法コンメンタール』97頁 [糖塚康江執筆] (信山社、2018)。

(115) たとえば木下智史・只野雅人『新・コンメンタール憲法 [第2版]』167頁 [木下智史] (日本評論社、2019)。

(116) 茂木・前掲注9)も「性的アイデンティティ」による差別として事例②を評価すべきとする。この概念は「性同一性・性自認や、性的指向を含む概念」とされる。

(117) 2020 U.S. LEXIS 3252.

格の根幹部分に関わる」のは、ジェンダー・アイデンティティが否定されているからである。これは判決がいうような「疾病」による差別ではなく「性別」による差別と考えるべきではないだろうか。自らの性自認にしたがって生きることは何ら病理ではないのである。

## 結

本稿はドイツの比較法を中心に、基本権としてのジェンダー・アイデンティティがどのような内容を持ち、どのような問題を生じさせているかを検討した。日本国憲法の解釈論にとっても、ドイツの例は参考になる。たとえば、序で取り上げた事例①・②・③は、基本権としてのジェンダー・アイデンティティを出発点に据えていれば、全く異なったものになっていたはずである。

本来は自由であるべきジェンダー・アイデンティティが、性規範や形式的な要件、定義によって裁断されること、これが問題の本質である。ジェンダー・アイデンティティの問題は、権利の問題を通して、社会における性規範、とりわけ性別二元論と性別の不可変更性という規範に対して疑問を投げかけている。これが広い意味でのジェンダー論、たとえば同性愛や家族に関する問題にも関わるゆえんである。したがって、この問題は、法秩序におけるジェンダーという根源的な問題まで射程におさめている。本稿は限られた視角からの検討にとどまったが、ドイツ以外にもアメリカや国際人権法の知見も有益であると思われるし、親族法や社会学、歴史学など領域横断的な研究がさらに必要とされよう。