

## 論 説

生殖能力と登録上の性別が乖離した場合に  
要される法的対応に関する一考察  
——性同一性障害者特例法の改正を念頭に——（下・完）

石 嶋 舞

1. はじめに
2. 身体的要件の撤廃と他法への影響
  - 2.1 親族法
  - 2.2 親族法以外
3. 親族法以外で身体的要件の撤廃の影響を受ける法令等に関する考察
  - 3.1 生殖能力喪失要件を撤廃することによる他法への影響
  - 3.2 外観具備要件を撤廃することによる他法への影響（以上、93巻4号）
  - 3.3 身体的要件を撤廃した場合の他法への影響についての小括
4. 具体的な法改正へ向けての提案
  - 4.1 特例法それ自体
  - 4.2 成人要件
    - 4.2.1 未成年者の性的自己決定—医療現場における経験の参照
    - 4.2.2 オランダにおける年齢制限に対する批判
    - 4.2.3 成人要件に対する小括
  - 4.3 未成年の子なし要件
  - 4.4 非婚要件
  - 4.5 診断要件
  - 4.6 新たに提案する性別取扱変更要件
5. 終わりに

### 3.3 身体的要件を撤廃した場合の他法への影響についての小括

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、<sup>(1)</sup> 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。あくまで現行法の枠組において、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なのであって、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、必要な場合にもともと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。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 FtM が出産した子の関係、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、判例により現状推定の適用が男性に限られることから、関係の形成には当面養子縁組を活用することとなると考える。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の中に置くことになろう。このような方法では MtF が子と実母子関係を形成できないことが指摘されるが、子から認知請求を行う可能性を確保しておくため、MtF が認知により子

---

(1) 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、32頁。

と親子関係を形成することは可能としておく必要がある。子に既に1名母が確定しているため、認知によって実親子関係を形成すればその関係は当面父子関係とならざるを得ないが、MtFが子と養子縁組を行えば、子と「母子」関係を形成できることを指摘しておきたい。養子縁組に若干言及すれば、特別養子縁組制度は子と縁組できる者を配偶者のある者に限るた<sup>(2)</sup>め、パートナー同士が同性となる場合には、同性間での婚姻が認められるまでは特別養子縁組はできず、また FtM の配偶者が異性であった場合も、実母が当該 FtM となり、同人と子の関係が断絶することが妥当でないことから特別養子縁組の利用は妥当でない。従って性別取扱変更があった際に子と養子縁組により親子関係を形成する場合は、普通養子縁組制度を活用することになる。

親族法以外に関し、身体的要件を撤廃した場合に新たに問題となるのは③ (FtM が自ら出産した場合) と、⑤ (MtF が性別取扱変更後に子を認知し父子関係を形成した場合) であるが、まず規定が単に妊娠や出産を述べるものであればそのまま適用が可能であろう。文言に齟齬があっても妊娠・出産という事実が現に存在するのであれば、当該規定は出産する者のみならず生まれてきた子をも保護する性質を持つものであるから、出産者が男性の場合にもこれを類推適用することが妥当である。「配偶者」の語に関しても、特に当該法令等の中で事実上婚姻関係と同様の事情にある者がこれに含まれるとされる場合は、出産するのが男性であって、その女性配偶者が直接的に親子関係の推定を受けないという特殊な場合にあって、配偶者に関する規定から当該女性配偶者が排除されるものではないと考える。また当該カップルが同性同士であった場合についても、性別取扱変更者が生殖能力を保持すれば、性別取扱変更後の性に対して同性の者との間で第三者の介入を経ずに子をもうけられる事実と照らせば、親としての責任を果たすべき2名がこのカップルで完結しているため、特に子に係す

---

(2) 民法817条の3

る制度で当該制度が内縁保護法理を用いているような場合は、子の立場から、当該制度における「配偶者」に同性パートナーを含むと解釈する必要がある。<sup>(3)</sup> FtM が中絶を行うような場合は母体保護法の適用を受けると解されるが、これと連動する刑法の堕胎罪が対象を「女子」としている点は問題視される。特例法を改正するにあたっては、堕胎罪の適用においては変更の審判前に女子であった者を含むと書き添える必要がある。

考察においては、母体や女性の生殖能力を保護すべき規定、またこの保護に関する制度を適切に受けられるよう、不利益な取扱いの禁止やハラスメントを防止する義務を定めた規定等が見られたが、制度の利用を利用者が自ら申請するような場合は生殖能力を温存した FtM もこれを利用でき、かつ不利益な取扱いについては、女性において同様の扱いが不利益な扱いに相当するのであれば、これを不利益な扱いと認定すべきと考える。一方で、母体や女性の生殖能力を保護する目的で実施され、かつ本人の申請の有無を問わない危険有害業務の就業制限等に関しては、事業主等、当該配慮を実施すべき責を担う者が、男性が出産能力保持しているという事情を予測することが困難であることから、また当該男性が生殖能力を利用しない内から予め当該生殖能力を暴露すべきとすることも妥当でないことから、こと放射線関連規定に関しては女子においても書面による意思表示で生殖能力に対する配慮を放棄することを認めていることにも鑑みて、出産能力のある男性が当該生殖能力に配慮を受けたければ、当該男性が自ら事業主等にその旨を伝えるとすることが妥当であろう。女子の場合は生殖能力を保護することが原則になっている一方で、出産能力のある男子に関しては当該保護を受けないことが原則となっていることに留意する必要がある、そのような配慮が受けられるという情報が当該男性にも十分伝達され

---

(3) もっとも同性カップル一般に内縁保護法理を認めるべきとする説があることも認識しておく必要がある。二宮周平「同性パートナーシップの公的承認」二宮周平編『性のあり方の多様性 一人ひとりのセクシュアリティが大切にされる社会を目指して』(日本評論社、2017) 6-28頁参照。

なければならぬ点を指摘しておきたい。このような制度利用等の情報の提供は男女を問わずに行うことが望ましく、妊娠の可能性のある者が受け得る制度を知っておくことは、ハラスメント防止の観点からも、出産しない労働者等にとっても有益である。

ハラスメントを防止する措置を講ずべき事業主の義務の内に出産の可能性のある男性への配慮を組み込めるかと言えば、現状では困難であり、また当事者が、性別及び性別役割分業に基づいた発言により就業環境及び生殖の機会それ自体を害された場合に、被害者の被った被害の程度にも鑑みて、いかにそれを現在の違法性の評価基準である「社会通念上許容される範囲」や加害者の予見可能性という枠組みに取り込んでいくのか、また加害者が受けた被害のリスクを具体的に誰にいかん負担させるべきかについてはさらなる考察が必要である。本来本人の申出によらずに配慮を受ける母性保護等に関する制度において、FtMがこれを利用する場合は本人が自ら申請することが妥当であると前述したが、防犯・風紀目的で女性に適用される規定に関しても、性別取扱い変更の実生活要件（後述）をもうければ、性別の取扱いの変更ができたことを以って、FtMが男性としての社会生活を送っている前提があることから、FtM本人から申出がない場合は事業主<sup>(4)</sup>にこれを適用する義務を課さずとも良いものとする。また妊婦以外の女性に対する就業制限の内、重量物を取り扱う業務等、直接生殖能力に関わらないことに関しても、FtM本人が望む場合に、そのカミングアウトを待って適用することが望ましいだろう。

一方で、母性保護や男女平等関連規定においては、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<sup>(5)</sup>外れ、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

---

(4) 手術を受けていない等の理由で、FtM自ら防犯・風紀目的の規定の適用を受けたいと申出ることが考えられ、この場合は対応を要する。

(5) もっとも妊娠・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

場合に、出産能力の温存を望む男性の就業状況や当該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。特に公共性が高く、出生する子の保護をその目的に含む母性保護施策においては、FtM が妊娠を秘匿したような場合に当該施策の埒外に置かれてしまうことが危惧される。また刑事施設等の施設処遇に関しても、特に男子を収容する施設が子を出産する可能性のある被収容者を適切に把握する必要がある、このような母子の保護にかかる国及び地方自治体が管理する施策や事業、及び公共性の高い目的を持つ事業の遂行においては、その目的達成に資する限度内に限り、性別取扱変更にかかる情報を適切な情報保護の下で取得可能とすることも考えられる<sup>(6)</sup>。妊娠・出産及び育児に関して利用可能な制度を、その性別を問わずに周知することの有用性は前述した通りであるが、例えば子宮頸癌等にかかる予防接種等、性別の登録によってリスク集団が把握されるような場合は、事業の規模や、受信者の性を問わずに情報発信することのコスト、及びその公共性を加味して同様の情報取得を認める余地がある<sup>(7)</sup>。一方でより私的な領域における性別情報の把握に関しては公的な領域とは区別され、例えば事業所内での男女別の設備利用等を考えれば、これの利用を事業所等に届け出た性の登録に従って行うか、性別取扱変更が未完であっても本人の望む性での施設利用や個人に特別な待遇を認める得るか等は事業所内の環境によって事情が異なり、また事業所等の把握する性に関する情報がどの程度他者に知られ得るかも事業所の規模や環境等によって左右され得るため、私的領域において事業主等が性別取扱変更情報を取得できるか否かは、その事業所等の環境や情報の利用目

---

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。

- (6) 性別取扱変更があった情報からその者が生来指定された性別を把握することで、その者の保持する生殖能力を推定できるようにすることを指す。ある者の生殖の可否を公権力が直接に把握することには慎重であるべきと考えるためである。
- (7) 実践的な問題を加味しての一つの提案であるが、性別の取扱変更のあった事実は高度に個人的な情報であり、公権力等がこれを取得・利用できるとする場合は、権利論的側面からもこれを正当化できなければならない点に留意したい。

的、及び当該目的の達成に当該情報の取得が妥当と言い得るかによって、個別の判断が必要とされよう。私的な領域において性別及び生殖能力にかかる情報の開示を本人が行うものとした場合に最も問題となるのが、本人がその必要性を認識することが困難であるために本人が能動的に情報開示することを期待できない場合である。例として、薬剤使用の指導を受ける場合や医療指導を受ける場合等、専門家でありかつ本人の利益に資するべくその専門性を活用することが期待される者と本人の間に情報の非対称性がある場面が挙げられる。<sup>(8)</sup> 本人と比較して高い専門性を持つ者が、推定が困難な生殖能力を持つ者に関する情報をいかに収集し処理すべきか。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を出生時に登録された性に依拠する場合<sup>(9)</sup>に、いかに性別取扱変更前の性別情報を管理し、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、ということに問題が集約される。施設処遇や健康維持管理、母性保護等の公的領域で生殖能力が把握されるべき場合と、雇用関係等の私的な領域で生殖能力が認識されるべき場合とでその扱いを分類することが可能だろう。公的領域において、性別及び性別取扱変更にかかる情報の記録並びにその扱いをいかに行うか、及び私的領域においていかなる場合に情報収集を認め、いかなる情報管理を推奨すべきか。各々の場面での情報の取扱い方法を調査し今後考察する必要がある。

なお、本項においては単に文理的な側面から法令その他を分析したが、未だ残存する男女格差も含め、ジェンダーの側面からの考察も加えなけれ

---

(8) 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際に、身体機能と外観に齟齬があることを秘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。

(9) 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るとすれば、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る。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考えられる。

ばならない。社会保障制度等において男女間で制度利用要件に差異が設けられているものに関しては、特に③の事例で、男性が出産という女性的役割を一時的に担う場合に、制度上男性としての自活能力が期待されるという齟齬が生じる。このような問題は制度が男女間に差異を設けること自体の問題と共に考察されなければならない、また今回の法令検索においてはその対象外となったスポーツ大会への参加の問題<sup>(10)</sup>や、登録上の性別と生殖能力が結びつかず、ジェンダー規範から逸脱したことによって受ける不利益等も考察の対象に入る。文理的に、あるいは術学的に特例法と他法の矛盾を極力避けたとしても、今後広くジェンダーの観点から考察がなされるべきであることに気を配らなければならない。

#### 4. 具体的な法改正へ向けての提案

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に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とを考慮し、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ない。この点に関して、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。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を考える必要がある。このため、自己の性別の決定は、恣意的な行動選択を含む自己決定の自由よりもより限定された、特に個人の人格に密接な領域に属する自己決定であると解される必要がある。<sup>(11)</sup>

---

(10) 大島俊之『性同一性障害者と法』(2002、日本評論社) 93頁。



身体的要件が撤廃されれば、子なし要件は意義をなさず、また身体介入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。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。以下で現行特例法の各要件に若干の言及を加えた後、上記の各検討を踏まえて、今後の性別取り扱い変更にかかる要件につき具体的な変更案を提案してみたい。

#### 4.1 特例法それ自体

まず特例法それ自体がその名称において性同一性障害者のみを対象としていることを見直す必要がある。前述の通り、法的な性別の取扱変更を行うべき者と医療上の治療の対象となる者の射程がずれることから、法的性別取扱変更においては性同一性障害者のみを対象とすべきではない。申立権者の範囲が拡大され、かつ身体的要件が撤廃されることに伴って、現行第二条が性別取扱変更の申立の対象となる者を「身体的に…他の性別に適合させようとする意思を有する者」に限っている点も変更を加える必要がある。

#### 4.2 成人要件

成人要件は、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、その変更も不可逆的であるため、本人自身が自己決定できる程度の判断能力を求めべきこと、また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か

---

(11) 拙著「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」早稲田法学第93巻1号(2017)79-115頁参照。

ら挿入されたとされる。<sup>(12)</sup> 成人要件が性別取扱変更の不可逆性に重きを置いて挿入されたのだとすれば、法的性別取扱変更が不可逆的な身体的改変を伴わないとした場合、申立が可能となる年齢を引き下げること視野に入る。日本において名の変更、就労、また遺言、単独での氏の変更、養子縁組および離縁の協議、国籍の選択等は15歳以上で本人が行うことができる他、子の監護や親権停止に係る審判等においては、子が15歳以上であれば裁判所にはその子の陳述を聴取する義務があり、また実務上裁判所がそれ以下の子どもの意見を聴くこともあることから、ここに子ども自身による意見表明の機会が認められる。自己の自認する性別を法的に承認されることを権利の側面から捉えれば、その要件は医療上の基準とは切り離して考えられるべきだが、本人の性自認を確定的に扱った前例として医療同意年齢を参照すれば、治療行為に対する同意はその法的性質に鑑みて必ずしも民法上の行為能力を具備することは要されないと言え、医療上の身体介入に関しても、当該医的侵襲の本質と自己の身体にもたらされる侵襲の程度、さらに自己が下す諾否の意思表示の意味を理解する能力があると判断されれば、たとえ未成年者であっても有効に同意できると解される。<sup>(14)</sup> 後述

(12) 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 頁、南野知恵子監修『【解説】性同一性障害者性別取扱特例法』(日本加除出版、2004) 87-88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、性別はその人の人格にかかわる重大な事柄である上、その変更は不可逆的なものとなるため、本人に慎重に判断させる必要があることから、同号成人要件には合理性があったとした。

(13) 家事事件において子の意思を考慮するかどうかは自由裁量の問題とされているが、実務では「子の福祉の判断のための一切の事情」の判断基準の一つとして、15歳以下の子であってもその意見を聴取し決定をすることが多い。二宮周平「家族法と子どもの意見表明権—子どもの権利条約の視点から—」立命館法学256号 (1997) 1390-1411頁、1394-1395頁。

(14) 未成年者・重度の精神障害者等、民法上一律にその行為能力が否定されている者の治療行為に対する同意能力に関しては、治療行為に対する同意はその法的性質に鑑みて、意思表示ではあるが法律行為ではないと解され、民法上の行為能力を具備することは医的侵襲に対する同意能力の有無を判断する一つの指針とはなり得ても、決定的な判断基準とは言えないと説明される。田坂晶「治療行為に対する患者

する治療のガイドラインにおいて不可逆の治療を15歳から可能としていることから、臨床現場では15歳で性の自己決定を確定的に扱う場合があることが分かる。

現行の身体的要件が見直され、性別取扱変更にかかる要件として侵襲性及び不可逆性の高い身体処分が排除された場合、性自認を自己決定の文脈から解する意義に鑑みても、成人要件は十分改定され得るだろう。

#### 4.2.1 未成年者の性的自己決定——医療現場における経験の参照

医療における話ではあるが、未成年者の性的自己決定が確定的に取扱われ得る事例として、ガイドラインの変遷に若干言及したい。身体に不可逆性のある変更をもたらす外科的介入（ホルモン療法）を行い得る年齢は徐々に引き下げられており、現行の第4版は、特例法が制定当時に参照していた第1版・第2版とはだいぶ様相が異なる。ガイドラインは平成14年、18年、24年に改正が行われ、初版のガイドラインは、性同一性障害者に対する治療を段階的に区切り、第一段階として精神療法、第二段として性ホルモン投与<sup>(15)</sup>、第三段階としてFtM患者に対する乳房切除とFtM・MtF患者双方に対する性別適合手術を設けていたが、第2版では第二段階の治療対象が18歳に引き下げられた上、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<sup>(16)</sup>。特例法制定後に公表された第3版では、特例法が性別適合手術を要件としたことを受け、同手術が母体保護法第28条や刑法上の傷害罪における違法性阻却事由に該当する要件を満たしたものと解し、従

---

の同意能力に関する一考察—アメリカ合衆国との比較法的考察—同志社法学60巻4号(2008)217-277頁、221-222頁。

(15) 第二性徴抑制を目的としたものではなく、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」1254頁 精神神経学雑誌第114巻第11号(2012)1250-1266頁、1262頁。

(16) 日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会(2012)・前掲注15、1252頁。

来行われていた同手術に対する倫理委員会による個別承認が撤廃された<sup>(18)</sup>方、受診者本人の価値観ないし人生観の違いに由来して、性同一性障害の示す症状が多様であり、症例による差異が大きい旨の記述も挿入された。第3版はこの多様性に鑑みて、当該個別の多様性は可能な限り尊重されるべきとして、従来の段階的治療を廃止し、本人の選択に配慮して、およそ公共の福祉に反しない限り、身体的治療としてのホルモン療法、乳房切除 (FtM)、性別適合手術のいずれの治療法もその順序を問わず行えるよう改訂された。<sup>(19)</sup> ここにおいて医療チームの裁量や受診者の治療選択の幅が広が

表 1. ガイドライン改訂年表

	1997年 (第1版)	2002年 (第2版)	2006年 (第3版)	2012 (第4版)
精神療法	第一段階	第一段階	精神的治療	精神的治療
二次性徴抑制	なし	なし	なし	身体的治療/ 12歳程度
ホルモン投与	第二段階/20歳	第二段階/18歳	身体的治療/18歳	身体的治療/ <sup>(20)</sup> 15 (原則18) 歳
乳房切除	第三段階/20歳	第二段階/18歳	身体的治療/18歳	身体的治療/18歳
性別適合手術	第三段階/20歳	第三段階/20歳	身体的治療/20歳	身体的治療/ <sup>(21)</sup> 成年

(17) 刑法第35条、204条。

(18) これに変わって医療チームの検討により同手術の適応判定を行うこととなり、その判定の妥当性ならびに透明性を確保する新たな方策として、法曹関係者や学識経験者などの参加を求める性別適合手術適応判定会議の開催と承認を必要ととした。日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会 (2012)・前掲注15、1253頁。

(19) 日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会 (2012)・前掲注15、1253頁。

(20) 医療チームにおける1年以上の経過観察の上 (2017年5月20日より、2年の経過観察が1年に短縮されている)、特に必要とされると認められる場合に限り15歳以上を対象とする。尚15歳以上18歳未満の者のホルモン療法開始に要する意見書の作成者には、18歳以上の者を対象とする場合よりも厳しい適格要件が設定されており、かつ18歳以上を対象とした場合より厳格な報告を行うこととされている。日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会 (2012)・前掲注15、1259-1261頁。

(21) 2017年5月20日より「20歳以上」から「成年に対していること」に改訂。日本

つたために、受診者も多様化し、特にホルモン療法の対象とならない18歳未満の受診者への対応が問題となった。これを受けて改訂された第4版では、若年者、特に第二次性徴が発現する12歳程度から第二次性徴が定着する思春期初期の者で、性別違和感が実生活に影響を及ぼす程度に顕著な場合に、可逆性のあるホルモンの投与より第二次性徴の発来及び進行の抑制を可能とする、所謂「第二次性徴抑制療法」が導入された他、特別の場合に15歳からのホルモン療法の開始が認められることとなった。

未成年の性同一性障害者に関し、自殺企図を初めとする深刻な問題を引き起こす場合があることがカウンセリング等を通して成人期の受診者から語られており、第3版施行以降、実際にこれらの問題に医療現場が対応する必要が生じた。特に第4版で初めて18歳以下が身体的治療の対象とされたことからガイドライン中にはその対応が明記され、児童思春期例の診断に際しては成人以上に慎重を要すべきとして、治療の移行に要する意見書作成者の適格要件がより厳格に設定された<sup>(22)</sup>一方、新しく導入された第二次性徴抑制療法に関しては、本人が12歳未満の場合は特に慎重に検討するとされているものの、特に年齢による下限は設定されておらず、二次性徴の発来に著しい違和感を有する者に適応を検討するものとしている。二次性徴抑制療法に際してはインフォームド・デシジョンに関する記述があり、親権者等法定代理人の同意に関しては別途に記載した上で、治療開始に当たっては治療の効果と限界、副作用について改めて説明し、その理解を確認した上で文書での同意が必要とされる<sup>(23)</sup>。実際に国内での実施例では、二

---

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（第4版）』一部改訂のお知らせ（2017.5.20）」[https://www.jspn.or.jp/modules/activity/index.php?content\\_id=240](https://www.jspn.or.jp/modules/activity/index.php?content_id=240)（2018年9月27日最終確認）

(22) 日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会（2012）・前掲注15、1259-1261、1264頁。

(23) 日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会（2012）・前掲注15、1260-1263頁。第二次性徴抑制療法・性ホルモン療法・乳房切除手術に関する項目毎に、治療開始には親権者等法定代理人の同意が必要であり、親権者が二人の場合は双方の同意が必要となることが記載されている。

次性徴抑制療法開始に際し未成年者である患者本人に対して詳細な説明がなされた上、同意書には母親と共に本人の署名を得る対応がなされた<sup>(24)</sup>。このように特例法が参照した医療上の対応を見ても、法制定当時から医療現場における若年層の扱いは大きく変遷しており、個々人の性別違和の解消に適した対応の多様性は勿論、未成年者本人の同意が重要視されていることが伺える。不可逆的な効果をもたらし得る性ホルモン治療においても、特に必要と認める場合は15歳からの治療開始が認められる。百歩譲って医療への依拠を許したとしても、こうした変遷が法に反映されていないことは疑問視されよう<sup>(25)(26)</sup>。

#### 4.2.2 オランダにおける年齢制限に対する批判

上述したガイドラインの不可逆的治療への同意年齢と同様に、医療同意年齢に基づいて、本人の自己決定の観点から性別取扱変更の年齢要件を15

---

(24) 国内での実施例としては、岡山大学病院が16歳患者に対し第二性徴抑制のための抗ホルモン剤を使用した他、2011年に大阪医科大学付属病院に通う兵庫在住の12歳患者に対して使用した例がある。診察に際し、患者自身が読めるように全ての漢字にふりがなを付け、出現頻度の低いものまで25の副作用について「心筋梗塞（心臓に血液が流れにくくなって苦しくなります）」等易しい言葉で書かれた説明書が渡された。

(25) 15歳未満の若年者であっても性別違和を生じ得ることは無視されてはならない。また後述のように、性自認を法的に承認されることを権利の文脈で捉えた場合に、性自認の安定性を欠く（再度の性別取扱変更があり得る）ことを理由に、15歳未満を手続の埒外に置くことは問題視され得る。性別という民事登録事項につき、後述の通り2種類のみからなる性別が個人の識別に大して寄与しないことから、性別取扱変更の他者・他法への影響に配慮すれば、性別という身分登録事項の安定性自体を保護する意味は少ないと考えられる。

(26) ガイドラインは医学的介入の限界も示唆しており、二次性徴抑制を初めとする身体的治療は、性別違和に伴う本人の苦悩を軽減し社会適応を改善するための手段に過ぎず、特に学童期の受診者に対しては学校生活での性別取り扱い全般に対する包括的介入を同時に行わなければ、治療の意味が半減してしまう場合が多いとの記述がある。日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会（2012）・前掲注15、1254頁。

～16歳とすると言う考え方もある。<sup>(27)</sup> 性的自己決定が行える年齢として、医療現場の実践において導き出された有力な年齢基準ではあるものの、一方で法的な性別取扱変更を行う自己決定と、医療上の介入を受ける年齢とは切り離して考慮すべきとの考えもある。

オランダにおいて性別取扱変更を定める民法第1編28条以下は、従来日本の特例法と類似の要件を課していたが、2014年の法改正にて身体的要件が撤廃された他、その手続き対象年齢も16歳以上に引き下げられた。新法案の審議中、その年齢をさらに12歳へ引き下げ、12歳から16歳までは両親の同意を要とする旨の提案もあつた。<sup>(28)</sup> 12歳という年齢は、性別取扱変更にかかる法の改正に対してロビー活動を行ってきた団体が年齢の下限の設定を推奨しなかったことや、第二次性徴が12歳前後に発来し性別違和が増大することに由来したものと考えられる。<sup>(29)</sup> これに対し当時のオランダ法務副大臣は、身体的要件の撤廃に際しては医療上の判断と法的手続きを切り離すべきとの意見を肯定しながらも、結局は同国において不可逆な治療に入れるのが16歳以上からであることを参照した。<sup>(30)</sup> オランダでは警察や行政当

---

(27) 渡邊泰彦「性的自己決定権と性別変更要件の緩和」二宮周平編『性のあり方の多様性 一人ひとりのセクシュアリティが大切にされる社会を目指して』（日本評論社、2017）196-217頁、201頁。

(28) 法案はまずオランダ下院において2013年4月2日に審議、同月9日に投票が行われ、可決された。投票時には審議中に挙げられた議院2名の意見に対しても投票が行われ、新法案に対し1) 16歳という年齢制限の引き下げ、2) 要件とされる見解を提出できる専門家の拡大、また3) 5年毎の見直しとされる法の再評価期間を3年に短縮することが検討された。これらの意見に関してはいずれも下院投票では承認されなかったものの、年齢引き下げに関して直接議論がなされている。

(29) Katinka Ridderbos (2011). *The Netherlands, Controlling Bodies, Denying Identities: Human Rights Violations against Trans People in the Netherlands*. New York: Human Rights Watch, pp.66-70. Transgender Netwerk Nederland や COC Netherlands 等が年齢の下限を設定することに懐疑的であった。後者2団体はトランスジェンダー保護の有力団体として知られ、国際人権組織の調査や本新法案成立にも関与している。

(30) Transgender Netwerk Nederland “Grote meerderheid Tweede Kamer steunt transgenderwet” (2013) <https://www.transgendernetwerk.nl/grote-meerderheid->

局が要求した場合に14歳から身分証の提示が義務づけられており、こうした点を鑑みても、同国においても年齢制限は今後も議論されるものと考えられる<sup>(31)</sup>。

法的性別を参照され得る年齢や自己により性別を含む身分情報を提示する機会が生じる年齢、また外見における性差の発来、及び医療措置に求めうる救済の限界に鑑みても、年齢要件には議論の余地がある。加えて、オランダを含む各国の性同一性障害者やトランスジェンダーの扱いを調査する国際人権組織によって、法的性別取扱変更が一定の子どもの最善の利益になり得ること、及び性自認の法的承認を否定することが未成年者個人の人格の発展の妨げや損害になり得ることが指摘されており、性別取扱変更が妥当である未成年者にも、その手続にアクセスする可能性が用意されるべきである。同調査によれば、児童の権利条約第3条に従い、法的性別の取扱いは純粋に子どもの最善の利益によってのみ決定されるべきであり、医療介入における年齢の制限が、未成年者本人の人格形成に影響するような本人の社会的取扱を左右する決定要素になるべきではない。また同条約第12条より、未成年者を対象とした法的性別取扱変更の枠組みにおいて

---

tweede-kamer-steun-transgenderwet/ (2018年6月30日最終確認)。

(31) Ridderbos (2011)・前掲注29, pp.36-40。尚手続上性自認を確認する専門家の拡大については、現状医療機関内での、特に診断開始時における患者の待機リストが長蛇に及び、専門家が限られることにより待機期間が存続することが懸念されていたが、アムステルダム自由大学の医療チームによってその可能性が否定されたことを理由に承認されなかった。このため依然として法的性別取扱変更の手続に医師の診断を要すことになり、この点においても医療上の条件と法手続が完全に分離したとは言い難いが、当事者の最善の利益を推し量るべき専門家を育てることの難しさに鑑みて、現状最も臨床経験がある専門家の範囲としては妥当だったのではないかと考える。Transgender Netwerk Nederland “*Transgenderwet aangenomen door Tweede Kamer*” (2013) <http://transgendernetwerl.nl/2013/04/transgenderwet-aangenomen-door-tweede-kamer/> (2018年6月30日最終確認)、Transgender Netwerk Nederland “*Grote meerderheid Tweede Kamer steunt transgenderwet*” (2013)・前掲注30。

(32) Ridderbos (2011)・前掲注29, p.67.



は、本人の意見が聴取される機会が設けられるべきことにも言及がなされて<sup>(33)</sup>いる。自己が関与することにより、決定に対する本人の納得が増進するのみでなく、子どもの成長とその獲得した能力に伴い、自己に影響する問題に関して、本人の持つ責任の程度を増幅させる権利があることが指摘<sup>(34)</sup>される。

### 4.2.3 成人要件に対する小括

オランダの動向を見れば、医療分野が徐々に分離される段階にある現在においては完全な年齢制限の撤廃は実現しなかったが、同時に法の下に承認される性が自己決定やアイデンティティの文脈で解釈され出しており、今後医療上の判断と法的自己決定の完全な分離が図られれば、年齢要件が撤廃されることも考え得る。日本においても未成年者の抱く性別違和や多様な性自認の存在が明確に認識されている。医療実践において不可逆的な治療を受け得る程に性自認を確立し得るとして設定された年齢は参照に値するものであろうし、医療と法的手続における適齢を分離して考えた場合も、日本においても名の変更、遺言、就労等、15歳を境に未成年者本人が決定を行うことができるようになる上、15歳以上は裁判所においてその意見表明の機会も明確に確保されているところである。義務教育を終えれば独力で社会に露出する機会が増加することに鑑みても、まずは手続を可能とする年齢を15歳に引き下げることが妥当である。将来的には、性自認の法的承認は本人の最善の利益を基準に判断すべきことから、年齢要件の撤廃を考慮する必要がある。

年齢要件を考慮するにあたっては、未成年者が「法的性別」を変更する意味を考えなければならない。その性自認の揺らぎ<sup>(35)</sup>や、おおよそ義務教育

(33) Ridderbos (2011)・前掲注29、pp.66-70.

(34) Ridderbos (2011)・前掲注29、pp.8, 10-11, 54-57, 67-70.

(35) 日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会 (2012)・前掲注15、1261頁。  
一方、未成年者の診察経験も国内外で蓄積されつつあり、6ヶ月以上の経過観察を行った後の診断が覆されることは稀であるとされる (アメリカ精神医学会の The

下にあると言う本人が配慮を受けやすい状況を加味し、性を自ら決定するための経験、及び性別の不一致に起因するあらゆる場面に<sup>(36)</sup>対応し、この困難に対するレジリエンスを獲得するための経験を積むべき適切なモラトリアム期間を<sup>(37)</sup>、未成年者に確保すべきことも考慮しなければならないだろう。一方、性が法的に承認されることにより、自認する性が可視化・正当化され、個人的な確信や社会的な認可に結びつくと言う、法的性別のシンボリックな意味も同時に認識されなければならない。<sup>(38)</sup>なお若年者の性別の取扱変更の際には、保護者その他との人的関係において理解を得られていることが最も望ましいが、性別取扱変更の手續に保護者の同意を必要とすべきかについては、その保護者、特に親が子の性別不一致を理解することに時間を要する場合があること、及び未成年者に特有の時宜性（未成年者に自認する性で生活を送ることに特有の意義）とを考慮して判断がなされなければならない。年齢要件は今後も段階的な見直しの対象とすべきであ

---

Sexual and Gender Identity Disorders Work Group の言による。Ridderbos (2011)・前掲注29、pp.64-65)。

(36) 初等中等教育に関しては、性別が不一致である児童生徒に対する学校生活における対応が要請されている。文部科学省通知「性同一性障害に係る児童生徒に対するきめ細やかな対応の実施等について（通知）」(2015年4月30日)。また、性的マイノリティの児童生徒全般に関する悩みや不安を受け止める必要性については、厚生労働省「自殺総合対策大綱」(平成24年8月28日閣議決定)も参照。

(37) 性別取扱変更後の生活に伴う困難に対応する準備をし得るモラトリアム期間を設ける目的での年齢要件の設定においては、勿論性別変更をしないことによる生活困難も同時に加味し、これとバランスをとる必要がある。

(38) Bennett Theodore “‘No man’s land’: Non-binary sex identification in Australian law and policy” *University of New South Wales Law Journal*, Volume 37 Issue 3 (2014) pp.847-843, pp. 866-867.

(39) 性同一性障害やLGBTという語の普及からその認知度は増してきたものの、自己の指定された性別と自認する性別が不一致である者に対する差別的な意識が現状存在する以上、保護者が本人の状態を飲み込むことに葛藤を覚えることも少なくない。保護者と本人の間に確執が生じている場合も少なくなく、保護者が必ずしも本人の性別取扱変更の意思を理解し、代弁するにふさわしい者であるとは限らない点に留意されたい。保護者に対するカミングアウトの難しさは、ぜひ当事者の手記等を参照されたい。

り、より若年者に性別取扱変更を認める場合は、その性自認の揺らぎと保護者の専門性の乏しさに配慮して、専門家による丁寧な観察が必要とされることに留意しつつ、保護者の保護下に置かれ、保護者の理解を得た状態で性別取扱変更を行なうことが妥当である者においては、特に子どもの利益の実現にとって必要であるにも関わらず保護者との確執が強いような場合を除き、その保護者の同意を得ることを要件とすることを提案する。ただし、前述した通り、未成年期に自認する性で生活を送ることに特段の意義があることから、保護者の同意に過度に重要性を置くべきではなく、あくまで保護者の同意を促すために置く要件であって、子の性別取扱変更の意思と保護者の意見が対立した場合は、保護者の意見に反して性別取扱変更を行った場合に子が受けうる不利益と、性別取扱変更を行わないことで子が受ける不利益とを衡量して判断がなされるべきである。なお、保護者と意見の対立する子にいかにかんして手続保障を行うか、という問題についても今後考慮が必要である。

#### 4.3 未成年の子なし要件

上記で身体的要件の撤廃、特に生殖能力喪失要件を撤廃すべきことを述べたが、これらの要件が撤廃されれば、もはや子なし要件は用をなさない。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、<sup>(40)</sup>特例法自体は性別違和を抱く親の生活上の性や外見の変更を禁止するものではなく、親の外見上・生活上の性別と登録上の性に齟齬があることから生じる経済的困難等が子にもたらす影響を考えれば、かえって同要件が子の利益を害することも考えられる。母＝女性、父＝男性という登録上の身分の維持が子のいかなる利益を保護するのか不明確であり、仮に同要件が子の成人まで親の実生活上の性別変更を抑制する効果があるとして、かつ性別取扱変更を望む者が、子をもうけ

---

(40) 南野知恵子監修 (2004)・前掲注12、89頁、東京高裁決定平成17年5月17日家月57巻10号99頁。

た当時には「女である母」あるいは「男である父」として子を養育する意思があったことを強調したとしても、性別違和の改善を抑制された親のもとで<sup>(41)</sup>20年という長期に渡り子が養育されることが子の利益にかなうのか、強く問題視される。性別取扱変更を行えないことによって親が被る種々の生活上の困難や精神的苦痛は、子に心理的・経済的影響を及ぼし得る。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、子の視点に立った場合に、当該法改正が当要件のはらむ問題を解決したとは言い難い。例えば同改正に際し、男性から女性への性別取扱変更を望む父が、16歳に至った娘を自分の男性パートナーと婚姻させ、成年擬制を利用することで性別取扱変更の要件充足を図った事例がある。<sup>(42)</sup>家庭裁判所はこれを法に認められる申立権の濫用であるとして、当該性別変更の申立を却下したものの、子に及んだ成年擬制の効果が直ちに消滅するものではなく、また本事例においては婚姻の届出の11日後に離婚届が提出されていることから、当該事例においては子には実質的な婚姻意思がなかったにも関わらず婚姻の届出がなされたことが強く推認されるのであって、子の利益を大きく侵害した例であると言えるだろう。当該要件が何を保護するのか、本当に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。

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。<sup>(43)</sup>性別取扱変更の申立人が希望する性でいかに安定した家族生活を送っているのか、また性別取扱変更が妥当であるのかは、申立人の子の生活にとっても重大な要素であり、上記の判例にも鑑みて、性自認の確信及び実生活での適応具

(41) 法的性別の取扱を変更することで生活を円滑化することが、性別の不一致に起因する違和感や機能障害をある程度軽減するものとする。

(42) 東京家裁審判平成21年3月30日 家月61巻10号75頁。

(43) 棚村(2008)・前掲注12、7頁。

表2. あべメンタルクリニックを受診したトランスセクシュアルの性的指向  
統計 (平成11年2月13日現在)

	FtM	MtF
男性に	2	47
女性に	56	26
両性に	6	22
どちらにもない	0	1

阿部輝男「性同一性障害関連疾患191例の臨床報告—統計分析と今後の問題点—」376-377頁、臨床精神医学第28巻4号(1999)373-381頁

合などを示すべく本人が用意した証拠等が必ずしも子の利益を考慮しているとは言えず、当該証拠のみによって子の利益の侵害の有無を判断することが妥当でない場合が考えられることから、申立人に養育する子がいる場合は、性別取扱変更手続においては、その子の意見を聴取する機会を設ける必要があると言えよう。

#### 4.4 非婚要件

当二号要件は、現在の婚姻制度の利用が異性間に限られていることに鑑みて、異性間で婚姻した者たちの内一方が性別の取扱を変更した場合、同性間で婚姻している状態が創出されることから挿入された。性別の取扱変更が認められ、変更後の性に対する異性との婚姻が認められるようになったこと自体は評価される場所であるが、性自認が性的指向と別の問題として捉えられるように、無論性別の取扱いを変更する者が皆、変更後の性に対する異性とのパートナー関係を望んでいるとは限らず、変更後の性に対する同性とパートナー関係を望む者もある。

性別取扱変更において同様の非婚要件を課す外国法においては、性別の取扱変更に際して婚姻の解消を求めることは、有効に成立した婚姻の「継続」を害するものであり、一度有効に成立した婚姻を継続すること自体は、異性間の関係であることを婚姻成立時の要件とすることに反するもの

ではないと主張し、非婚要件を充足せずに法的性別の取扱の変更を求めた例も存在する。同様の非婚要件を扱った前例に、欧州人権裁判所の事例としては、Parry 対イギリス (2006)<sup>(44)</sup> 及び Hämäläinen 対フィンランド (2014)<sup>(45)</sup> があり、また国内裁判所における事例としては、イタリアの Bernaroli 事例 (2015)<sup>(46)</sup>、またドイツ連邦憲法裁判所の事例 (2008)<sup>(47)</sup> がある。Parry 対イギリス、及び Hämäläinen 対フィンランドにおいては、各国内に婚姻とほぼ同様の法的保護及び権利義務が生じるパートナーシップ制度が存在することを以って、非婚要件を課すことは不合理ではないとされた一方、ドイツの事例においては婚姻が基本法第 6 条 1 項に保護されることから非婚要件は違憲とされた。ただし、ドイツにおいても、裁判所は、立法者に対する言及として、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付言した上で、当事者らの関係を生活パートナーシップ (Lebenspartnerschaft) などに変換し得ることを指摘している<sup>(48)</sup>。注目すべきは、事件当時そのようなパートナーシップ制度の存在しなかったイタリアの Bernaroli 事例である。本事例では、既存の婚姻の解消を要件にするとしても、婚姻に類似した保護及び権利義務関係は継続させるべきとする前述の 3 件と同様の考えから、婚姻に類似した保

---

(44) Parry v. United Kingdom, 28 November 2006, ECHR (Application no. 42971/05).

(45) Hämäläinen v. Finland, 16 July 2014, ECHR (Application no. 37539/09), 当時のフィンランドにおける性別取扱変更には、婚姻の解消ではないものの、既存の婚姻を登録パートナーシップに変更すること (あるいはその逆) を要し、この変更には配偶者、あるいはパートナーの同意が必要とされていた。

(46) Suprema Corte di Cassazione, 8097/2015. Giulia Dondoli, “Transgender persons’ rights in Italy: Bernaroli’s case”, International Journal of Transgenderism. <http://dx.doi.org/10.1080/15532739.2016.1247404>. Last seen 17, September 2017.

(47) BvL 10/05. Bundesverfassungsgericht (2008) “Press Reliese N0. 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.

(48) 同上。

護を継続するパートナーシップのような制度がイタリアに存在しないことを以って、そのような制度が導入されるまでは、一方配偶者が性別の取扱を変更した場合でも、既存の婚姻関係を継続することを認めるとして<sup>(49)</sup>いる。いずれも、一度婚姻制度の下に有効に認められた関係が、一方配偶者の性別取扱変更後も、少なくとも婚姻時と同様の法的保護、及び権利義務関係の下に継続するべきであるという観点に立っており、日本国内においても、特例法が一方配偶者の生活上の性の変更を禁止しないことに鑑みても、本人及び配偶者の双方が関係の継続を望むのであれば、一度有効に成立した婚姻関係を同様の条件の下で継続させることを考える必要がある<sup>(50)</sup>だろう。

一方、当要件の撤廃によって、同性間で婚姻状態が継続していることに問題がないとされるのであれば、婚姻の成立の時点においてのみ異性間の関係であることを要件とする必要性が疑問視される。このため、ここで非婚要件を批判するにあたっては、同性間への婚姻制度の適用拡大に関する議論を参照する必要がある。

日本国内での婚姻制度の成立時点においては当然に制度の利用対象を異性間の関係としたことから、当事者らの性にわざわざ言及する必要もなかったために、婚姻制度を規律する法その他において明確に制度の利用を異性間に限るとしたものはない。民法は婚姻の成立要件として異性であることを挙げている訳ではなく、その婚姻の意思に基づく届出のみを要<sup>(51)</sup>としており、所謂婚姻障害事由にも、婚姻の当事者が同性同士であることが

(49) その後2016年にイタリアでパートナーシップ法 (Unione civile) が成立している。

(50) 外見や社会生活上の性の移行は婚姻関係の解消を問わずになされ得ることに注意されたい。婚姻中にある一方配偶者が法的性別を変更する場合、変更がなされるのは本人の法的性別のみである。性別取扱変更を行わずとも、一方配偶者が外観等の生活上の性別移行を済ませた場合、外観上同性間での婚姻関係が生ずることとなる。

(51) 民法739条。

障害として挙げられている訳ではない。<sup>(52)</sup> また憲法第24条1項が婚姻を「両性の合意のみに基づいて成立し」としているのは、個人が婚姻をするか否か、また婚姻するとすれば誰とするか、これを自ら決定する婚姻の自由の保障のため、換言すれば旧来の家制度の否定を主旨としたものであり、同項は同性間での婚姻を否定するものではない。憲法が同性間での婚姻を当時想定していなかったとすれば、その禁止も想定できなかつたのであつて、同項が同性間での婚姻を否定しているとは考え難い。<sup>(53)</sup> 具体的に婚姻の適用を同性間に拡大するためのアプローチとしては、民法が婚姻成立の要件とする届出において、その様式を定める戸籍法が当事者を「夫婦」「夫」<sup>(54)</sup>「妻」の語で形容していること、また民法その他の法がこれらの異性間の関係を前提とした語を用いていることに照らして、これを性別中立的に変更したり、同性でも婚姻できる旨の定めを別途設ける等の手段が考えられている。<sup>(55)</sup>

非婚要件の是非を問うにあたっては、無論一度有効に成立した婚姻の継続と、一方配偶者の性別取扱変更が二者択一に置かれても良いかという点にも留意しなければならない。もっとも婚姻成立の要件の問題と、一度有効に成立した婚姻を継続する問題は異なる。婚姻の無効・取消事由に当てはまらず、かつ当事者の双方が婚姻の解消を望まない場合には、一度成立

(52) 民法731条以下、婚姻適齢違反や重婚等。

(53) 三輪晃義「同性による法律婚の可能性」二宮周平編『性のあり方の多様性 一人ひとりのセクシュアリティが大切にされる社会を目指して』(日本評論社、2017) 29-48頁、36-41頁。

(54) 戸籍法第47条、戸籍法施行規則第35条1項四号。

(55) 同性婚人権救済申立てのとっているアプローチである。三輪(2017)・前掲注53、40頁。なお、同性間のみ適用される新たな婚姻類似の制度を創出するのではなく、あくまで「婚姻」という馴染みのある言葉・制度の中に同性間の関係を含めることで、差別的な取扱を防ぐ考え方があることを述べておきたい。このような考え方の内では、登録パートナーシップ制度や市町村による同性間の関係の承認は、婚姻の平等化を実現する段階的な手段として位置付けられる。



した婚姻の内容が何ら審査されるものではないのだから、婚姻の成立を異性間に限るとする要件が、有効な婚姻が成立した後に一方配偶者に性別取扱変更があった場合の婚姻の継続を妨げるものではないと言える。婚姻と同様の関係を継続できる他の制度が日本国内にない以上、婚姻を解消させられることで当事者及びその配偶者が被る不利益が考慮されなければならない。一方で、同性間での婚姻の継続を認めるのであれば、婚姻の成立を異性間に限る理由はない。将来の同性間の関係への婚姻の適用拡大を免れないという実質的な側面を見るとすれば、かような適用拡大が行われることの持つ影響を考慮し、婚姻の同性間の関係への適用拡大の議論の成熟を待つ必要もあると言える。<sup>(56)</sup> 渡邊 (2017) は、婚姻の解消が性別取扱変更の効果ではなく、申立に先立って当事者自らが処分しなければならない「要件」となっていることを指摘し、当事者夫婦に婚姻の処分の責任を丸投げする問題を指摘する。<sup>(57)</sup> 従って婚姻中にあることを以って性別取扱変更の手続ができないとするのは妥当でなく、当該一方配偶者の性別取扱変更により同性間の関係となった婚姻の継続が従来婚姻制度にもたらす影響が危惧されるのであれば、婚姻の平等化が実現するまでの間、婚姻中にある者が性別取扱を変更するための一時的な手段として、イギリスの Gender Recognition Act 2004が従来行ったように、申立人が婚姻中にある場合は暫定的な性別取扱変更証明書を発行するなどの手段も考えられる。同法によれば暫定的な性別承認証明書は婚姻の解消の目的で使用されるものとされるが、<sup>(58)</sup> こうした証明書が公的に発行されることの私的な意義・用途も期待

---

(56) 前述の、「二者択一」の問題及び一度有効に成立した婚姻の「継続」という観点から、婚姻の適用対象の拡大よりも先に非婚要件の撤廃を行うことも十分考えうる。ただし、非婚要件の撤廃後に婚姻の適用を異性間の関係に限定し続ける必要は無いのであり、非婚要件の撤廃の先行は、婚姻の適用拡大までの様子見程度の働きしかなさくない。本来であれば、同時に実現することが最も理にかなっていると考える。

(57) 渡邊 (2017)・前掲注27、203頁。

(58) 同性間の婚姻が認められていなかった当時、イギリスでは性別取扱変更の申立人が婚姻中にあった場合にも性別取扱変更の可否の判断が行え、変更が認められ

できよう。

なお、前述の Parry 対イギリスから 8 年後に判断がなされた Hämäläinen 対フィンランドでは、締約国中に同性間の婚姻を承認するコンセンサスがあるか、また同性間の婚姻を認めない場合に、性別取扱変更があった際の既存の婚姻の扱いに関するコンセンサスがあるか否かを詳細に判断しており、締約国の継続的な発展に判断の基盤が置かれていることを付言しておきたい。また国内において婚姻あるいは婚姻類似の関係を継続することを承認するとした場合には、本人及び配偶者が、婚姻関係締結当初は異性間の関係を締結することを意図していたことに配慮して、一方配偶者の性別取扱変更に伴いその関係の継続の是非を判断するにあたっては、性別取扱変更者本人及びその配偶者双方の意思を反映する機会を設けることが望ましいと考える。従って、性別取扱変更者が審判申立時に婚姻中にある時は、本人がその婚姻の継続を望む場合には性別取扱変更者に配偶者の同意を得るべきとするか、あるいは双方の配偶者が、一方配偶者の性別取扱変更を離婚事由として婚姻を解消することを認める必要があるだろう。

#### 4.5 診断要件

1998年に国内で行われた性別適合手術が大々的に報じられたことをきっかけに制定された日本の特例法は、性別適合手術が行われた者の法的性別をいかに取扱うかということに主眼を置いて構成されている。一方で、<sup>(59)</sup> WPATH では、性自認を含めたあらゆる性的事項につき、出生時に指定された性別における典型的な特徴を示さない状態を、本質上病理的あるいは否定的なものとして判断すべきではないとする宣言を出しており、性自認や

---

ば暫定的な性別承認証明書 (interim gender recognition certificate) が発行されていた。イングランドとウェールズは当該証明書が発行された事実婚姻を取消せる根拠 (a ground for that marriage being voidable) となるとし、スコットランドは当該証明書の発行を理由に離婚できるものとしていた (Explanatory Notes to the Gender Recognition Act 2004, para 20)。

(59) World Professional Association for Transgender Health.

性的特徴を画一的に病理化することは、これらに対するスティグマや偏見、差別意識を強化・促進し得るものであると警鐘を鳴らしている<sup>(60)</sup>。国際的に使用される診断基準の一つである DSM-5<sup>(61)</sup> に言及すれば、2013年に公開された第5版においては、従来「性同一性障害 (Gender Identity Disorder)」であった項目は「性別違和 (Gender Dysphoria)」と名称を変え、ジェンダーのあり方の限定を避けて、本人の苦痛に焦点を当てる方針が採られており<sup>(62)</sup>、診断除外項目としての性分化疾患をも削除することで、

---

(60) WPATH De-Psycho-pathologisation Statement (May 26, 2010) [http://www.wpath.org/site\\_page.cfm?pk\\_association\\_webpage\\_menu=1351&pk\\_association\\_webpage=3928](http://www.wpath.org/site_page.cfm?pk_association_webpage_menu=1351&pk_association_webpage=3928) (2017年10月5日最終確認)。

(61) Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (Version 5)、精神障害の診断と統計マニュアル第5版。製作しているのはアメリカ精神医学会だが、日本の医師・医療機関もこれを用いることがあり、国際的に利用されているマニュアルである。他の国際的基準に、WHOの作成するICD(疾病及び関連保健問題の国際統計分類、International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems)があるが、これについては2018年に新版の発表が予定されていることから、本編中ではDSMのみに対する言及にとどめておく(World Health Organization “The 11<sup>th</sup> Revision of the International Classification of Diseases (ICD-11) is due by 2018!” <http://www.who.int/classifications/icd/revision/en/> (2017年10月5日最終確認))。なお、日本の行政においてはICDが採用される(例えば、日本年金機構「国民年金・厚生年金保険 障害認定基準 (2017年9月12日更新版)」<http://www.nenkin.go.jp/service/jukyu/shougainenkin/ninteikijun/20140604.html> (2017年10月5日最終確認) 等参照)。なお、ICDにおいては、現行第10版における「Gender Identity Disorders (性同一性障害)」が、第11版では「Gender Incongruence (性別不調和、日本語訳不確定)」と改められ、また第10版において性同一性障害は精神疾患の章(V Mental and behavioural disorders 中のコード番号F64以下)に記載されていたが、Gender Incongruenceはセクシュアル・ヘルスに関連する状態を扱う章(17 Conditions related to sexual health 中、コード番号HA40は青年期と大人の、HA41は子どものGender Incongruenceを扱う)に移動する予定であり、性別不一致の状態の脱精神疾患化が伺える。WHO ICD-11 Beta Draft <https://icd.who.int/dev11/l-m/en>, WHO ICD-10 Version: 2016 <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en> (2017年10月10日最終確認)。

(62) 第5版では「障害 (disorder)」「性同一性 (gender identity)」「同一化 (identification)」といった用語を避け、「体験し、または表出するジェンダー」という記述的表現を用いる。また「性 (sex)」という言葉を生物学的指標に関連させ

性別違和における身体的な性の二分すら排除している。医療の対象はあくまで本人の体感する「性別違和」であり、つまり他の性への同一性より<sup>(63)</sup>も、指定された性と本人の体験する性の不一致に起因する不快感（臨床的に意味のある苦痛、あるいは社会等の重要な領域における機能障害）に焦点が当てられたのである。本項によれば、指定されているジェンダーに整合しない行動がみられる／あるいは整合しない状態のみでは、医療機関が性別違和の診断を行うことは妥当とされておらず、あくまで臨床的に有意な（clinically significant）障害によって特徴づけられるもの（＝精神疾患）を診断の対象としている。

DSM-5 の診断基準を参照すれば、医師による診断対象となる者は性別の移行を希望する者の一部に過ぎず、また病態的な状態を持たないが性別を移行したい者は、本来であれば医療の対象から外れることとなる。性別取扱変更<sup>(64)</sup>に医師による「疾病の」診断書を要請することは、性別取扱変更の申立が可能なる者を、精神科医にかかるべき「臨床的に意味のある苦痛、または社会、職業、または他の重要な領域における機能の障害」を持つ者に限定することと等しく、性別取扱変更を必要とする者にこのような病態の獲得を要求することが妥当であるか、特例法の持ち得る規範性にも照らして、今一度考え直さねばならない。

性別取扱変更が本人の生涯に安定的・長期的に影響することに鑑みて、性別取扱変更は、本人の永続的な性別移行の確信が確認された場合に認めるべきである。しかしこの確信を証明するものが、疾病を持つ旨を示す診

---

た狭い意味で捉えた上で、性別違和の項では「ジェンダー」の語を多用している。

(63) 「性同一性」とは社会的同一性についてのカテゴリーであり、男性/女性その他のカテゴリーへの同一化を意味したが、性別違和とは、指定されたジェンダーに対するその人の感情的・認知的不満足を表すとされる。

(64) 性別違和を専門とする医療機関での定員状況を鑑みても、臨床的に意味のある受診者のみを対象とするのが妥当であろう。なお、性別違和を抱く者の経済的困難にも関連して、近年安価な非認定医療機関を受診しての性別適合手術による死亡例もあった。現在では GID（性同一性障害）学会が、認定医制度を設けている。GID 学会 HP <http://www.okayama-u.ac.jp/user/jsigid/>（2018年9月28日最終確認）

断書である必要はない。性自認には揺らぎがあることから、性別移行に精通した専門家の継続した観察やアドバイスを受けることが本人の利益にもなると考えるが、性別を移行した状態でのある程度継続的な生活実態など、客観的かつ説得的な証拠があれば、これを以って本人の性別移行の意思の永続性、及びそのような生活の継続可能性を証明するに足りると考えることも可能であろう。

特例法の立法過程を参照するに、その申立人の範囲を設定する過程で性別違和を抱く者の一部が「性同一性障害者」として認識を得ていき、病を持つ者として保護の対象に位置付けられてきた経緯があることから、性別取扱変更の申立の対象者を脱病態化させることが、医療上の、あるいは経済上の保護（治療に対する保険の適用等）を受けづらくさせる可能性も危惧されよう。<sup>(65)</sup> このため、上記に記したような、医療の射程（性別の不一致に

---

(65) 特に現在精神領域の治療と一部のごく限定的な手術療法に関しては保険の適用があるものの、性別適合手術前のホルモン療法への保険適用がない（大阪弁護士会人権擁護委員会 性的指向と性自認に関するプロジェクトチーム『LGBTsの法律問題 Q&A』（2016、弁護士会館ブックセンター出版部 LAB）71頁、GID学会『「性同一性障害診療における手術療法への保険適用」について（2018年4月14日）』<http://www.okayama-u.ac.jp/user/jsgid/seimsei%20180414.pdf>（2018年6月30日最終確認）。また性同一性障害の外来治療を行う病院が当事者の需要に対し不足しており、医師が都市部に集中することから交通費もかかることや、当事者が性別にまつわる職業困難に遭いやすいことも指摘され（（土肥いつき「GIDの人たちをとりまく環境」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-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）110-124頁、118-120頁）、吉野靱「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、383頁）、現在特に身体的な医療介入を要する当事者にとっては、治療に対する保険の適用も喫緊の課題である。経済的な理由からガイドラインに沿わない安価な医療機関で手術を受けたり、十分な知識を持ち合わせずに海外で性別適合手術を行い予後の対応が不十分になる等の事例も少なからず存在しており、当事者の経済状況は深刻な課題と言える。その他性別の移行を望む者に対する医学的啓蒙や、当事者の労働環境の改善、専門家や医療者・機関数の拡充も課題として指摘されることである（日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会（2012）・前

起因する苦痛や機能障害を改善すること)<sup>(66)</sup>と法の射程(外見や生活上の性別が移行しており、法的に別の性で把握されることが妥当である者の性別の取扱を変更すること)が異なることが強調されなければならない。特例法の要件が脱病態化したところで、性別が不一致であることに起因する苦痛や機能障害の改善は、医療の対象であり続ける。

#### 4.6 新たに提案する性別取扱変更要件

上記に行ってきた検討を踏まえて、最後に、新たに性別取扱変更に関する要件を以下に提案したい。まず、第3条1項において、1) 第四号の生殖能力喪失要件と、第五号の外観具備要件(身体的要件)は撤廃した上で、墮胎罪に関しては従前の性で扱うとする特則を挿入する。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場合の特則として、性別取扱変更後に男性となった者が子を出産した場合は、その者は当該子の母となるものとする。また性別取扱変更後に女性となった者に関しては、自己の配偶子を用いて子をもうけることに本人が同意していた場合は、当該子を認知し父となることができ、また当該子の父である旨の認知請求の対象となるものとする。尚この認知にかかる規定は、当該女性となった者が当該子と養子縁組を行い、子と母子関係を形成することを妨げるものではない。父母で法的取扱が異なる場合があることから当面の父母の身分をかよ

---

掲注15、1265頁、吉野(2008)389頁、針間克之のブログ <http://d.hatena.ne.jp/annojo/20050617> (2018年6月30日最終確認)。

(66) 現行のDSMの診断基準は、あくまで本人が苦痛や機能障害を有していることを医学上の診断の根拠としており、そうした苦痛や医療介入の必要性の有無を問わずに性別が不一致である状態一般を「精神障害」の基準に当てはめることをあえて避けたことが注目される(DSM-5の草案がその対象をあまりに広く設定したため、臨床的に重大な苦痛を経験しているか、治療介入を必要としているか否かに関わらず、広く性別の不一致を経験する者を精神障害としての基準に当てはめてしまうことにWPATHが懸念を示し、性別不一致に伴う苦悩に焦点を当てていくことを推奨した経緯がある。康純「性同一性障害の概念について」近畿大学臨床心理センター紀要(Bulletin of Center for Clinical Psychology Kinki University) Vol.5 (2012) 3-10頁、7-8頁)。

うに決定するのであり、後の父母の身分の変更や、証明書等の記載への配慮を考慮に入れる。2) 第一号年齢要件に関しては、名の変更、遺言、就労等において15歳を境に未成年者本人が決定を行うことができるようになること、及び15歳以上は裁判所においてその意見表明の機会も明確に確保されていることに鑑みて、まず15歳に引き下げる。これは義務教育の終了に続いて、性別情報を露出した上で、独力で生活を維持し始める可能性のある現実的な年齢にも配慮して設定する年齢である。しかし、本人の最善の利益を性別取扱変更の主要な判断基準に据えるのであれば、年齢により区別を設けることは本来妥当でない。この年齢要件が、性別移行に伴う困難に対応するレジリエンスの獲得や、自己の自認する性について向き合うモラトリアム期を確保することに資するか否か、これを観察するために暫定的に年齢設定を行うのであり、年齢要件は今後も段階的な引き下げ・撤廃の議論の対象とする。さらに、今後より若年の者に性別取扱変更を認めるとする場合は、その性自認の揺らぎと保護者の専門性のなさに鑑みて、専門家による丁寧な観察を必要とし、保護者の理解を得た状態で性別取扱変更を行うことが妥当であると考えられる年齢では、保護者の同意を要件とする。しかし特に保護者との確執が強く、かつ本人の利益のために性別取扱変更が必要である場合は例外とする。3) 第三号の(未成年の)子なし要件に関しては、身体的要件の撤廃に伴って意味をなさなくなるため撤廃する。ただし、上述した東京家裁平成21年審判にも照らして、子の利益を顧みない性別取扱変更を防ぐため、申立人が未成年子を養育している場合は、家庭裁判所は、申立人と子との生活上の適応状況等につき子から意見を聴取する機会を設け、当該性別取扱変更がその子の利益を害さないことを確認するものとする。4) 第二号非婚要件に関しては、婚姻の平等化と足並みを揃えて撤廃するべきだと考える。これを撤廃すれば婚姻制度への影響を免れないことから婚姻の平等化を待つとしても、依然として当事者らに婚姻の解消という身分関係の整理の責任を丸投げし、既存の婚姻の継続と自認する性の法的承認を二者択一の状況に置くことは問題視され

る。従って、婚姻の平等化に至るまでは、婚姻中にある当事者が性別取扱変更の申立を行う場合は、婚姻関係を除いて性別取扱変更に係る要件を満たしていることを証明する暫定的な証明書——当人の性自認自体は法的に承認されるが、婚姻の制度的な障害からこれを戸籍その他に記載できないことを証明するもの等——を発行することを提案する。もともと、婚姻の制度的な要請によって性別の取扱変更が阻まれる点において批判を免れない妥協案である点は申し述べておかねばならない。<sup>(67)</sup> なお配偶者がいる者が性別取扱変更を申立てる場合は、その変更配偶者の同意を得ていればこれを証明し、性別取扱変更の可否を判断する一要素として、これを考慮するものとする。5) 申立権者は、登録された性とは異なる性による継続的な生活実践があり、当該性で永続的に生活することに強い蓋然性が認められる者とする。専門家の監督下にあった場合は一年間、<sup>(68)</sup> その他の場合は三年間の、<sup>(69)</sup> 希望する性での実生活経験を証明するものとする。また申立人が自己の希望する性に基づいて永続的に生活する蓋然性を示すものとして、性別が不一致である状態に精通した2名の専門家の意見書を提出する。なお当該専門家は、精神科医に限らない。<sup>(70)</sup> 6) また戸籍の訂正には家庭裁判所の介入が必要であることとのバランスを考え、<sup>(71)</sup> さらに申立人が養育する

---

(67) 性自認を公的に承認されることを権利的側面から捉えるのであれば、婚姻の制度的な側面によって性別取扱変更が妨害されることは問題視される。二宮(2017)・前掲注3等をはじめとして、婚姻平等実現への機運が高まりつつあることを指摘したい。

(68) WPATHのスタンダード・オブ・ケア(第7版)によれば、不可逆的な身体介入(外科手術)を行う意思決定をする前に、「家族、対人、就業、就労、経済、法律の側面でどういった困難が想定されるか、自覚的であらねばならず、「望みの性役割での経験を積み、社会適応のための機会を十分に得ることができる」と考えられる期間が12ヶ月であり、これらの介入の前に性自認に一致・調和した性役割で12ヶ月以上継続して実生活を送ることを推奨している(日本語版60-61頁)。

(69) ドイツにおける立法(§ 1 Abs. 1, § 8 Abs. 1 TSG)を参考にした。

(70) ただし現状、国内においては精神科医が最も性別取扱変更にかかる診断書を作成してきた経験を有する。この専門家の範囲の確定は、今後の課題となる。

(71) 渡邊(2017)・前掲注27、213頁。



未成年の子がいた場合にその子の意見の聴取の機会を確保するためにも、手続は家庭裁判所の審判により行うものとする。また性別取扱変更手続が病態性を要さないことを反映して、法の名称自体も、「性別の取扱の変更にかかる特例を定める法律（性別取扱変更特例法）」などとするのが妥当であろう。

## 5. 終わりに

上記の法改正に加えて、本稿での考察に基づけば、母性保護、子の出産や養育などに関する制度利用等においては、性別を問わずその情報が提供されることが推奨され、FtMも申請によって出産にかかる制度を利用できることや、推定し難い生殖能力に保護を受けたい場合は、その旨を自己申告できることを周知する必要がある。またこれらの制度や社会保障制度の利用において、その配偶者の定義が内縁にあたる者を含む場合は、子と自動的に親子関係が形成されないFtMの妻はもちろん、子の養育を行う同性のカップルも、内縁としての取り扱いに含まれる扱いがなされなければならない。

他法への影響に関する考察において最も問題となったのは、性別という個人のアイデンティティに深く関わる情報が、どのように登録・把握・管理され、どのように、かつどの程度他者に取得され、いかに取扱われるのか、という点であった。母性保護や施設処遇、健康維持管理等の公共性が高い領域において、性別取扱の変更があった事実を含む個人の登録上の性別の情報の取扱いと、さらに労使関係等のより私的な領域での情報利用について、一定の指針が定められなければならない。この点に関しては、あらゆる場面での性別情報の取得・利用の方法を詳細に調査していく必要があるだろう。男女2つしかない性の登録は、個人を識別するにあたっては大して効率的な情報ではない。<sup>(72)</sup>性別という個人のアイデンティティに密着

(72) Benjamin Moron-Puech (2017) *The emergence of intersex as a protected category*

した情報は、特定の目的の達成に必要な場合にのみ、その目的の達成に必要な限度において取得・利用されるべきであるという考えに、筆者は賛成する。例えばオーストラリアはその政府指針 (the Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender) において、Sex と Gender の概念を明確に分けた上で、主に Gender の情報を収集することが好ましいとし、Sex の情報は通常不要であると言及した。<sup>(73)</sup> さらに個人の記録においては、男女の他に第三の性を選択できるようにすべきとし、かつこれら性別の情報を取得する全ての機関は、そのような情報が特定の機能において必要であるか、あるいは政府の統計的な、又は管理上の目的の達成に必要であるかを綿密に検討しなければならず、もし性の情報が不要であれば、そのような情報カテゴリは書類や書式から削除すべきであるとした。<sup>(74)</sup> 当該ガイドラインは婚姻などの連邦法に対しては拘束力を持たず、連邦政府機関にのみ適用される限定的なものではあるものの、その姿勢は参考になる。公的な性の登録に多様性を認める方法としては、第三の性の登録の許可、それ以上の複数の性の登録の許可、あるいは性の登録の廃止といったアプローチが考えられるが、中でも Bennett Theodore や Benjamin Moron-Puech の提唱する複合的アプローチが興味深い。当アプローチ

---

*in international law*, Sexual Orientation and Gender Identity in International Law, Leiden University, delivered 31 July 2017. また Benjamin Moron-Puech (2018) “The Legal Situation of intersexed persons in France,” in J. M. Scherpe et al. (dir.), *The Legal Status of Intersex Persons*, Cambridge, Intersentia, pp.305-318. 参照。

(73) Australian Government, Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender (2013) p.3. <https://www.ag.gov.au/Publications/Documents/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender.pdf> (2017年10月7日最終確認)、Bennett Theodore (2014)・前掲注38、847-843、856頁。

(74) X (Indeterminate/Intersex/Unspecified) Australian Government (2013)・前掲注73、4頁。Bennett Theodore (2014)・前掲注38、847-843、856頁。

(75) Australian Government (2013)・前掲注73、6頁。Bennett Theodore (2014)・前掲注38、865頁。

は、性別にかかる情報を原則強調せず、重要な目的の達成に必要な範囲でのみ性別情報の登録及び取得を認め、かつ登録される性別に関しては、その目的に合わせた数の性別カテゴリを設けるというものであり、性別情報のむやみな登録・開示を防ぎつつ、性の情報が必要な分野においてはその利用を認め、かつ3つに収まらない性の多様性を不可視化しない意味で画期的である。<sup>(76)</sup> 英語圏の各国の制度を参照するにあたっては、行政文書間において、同一人物にも関わらず性別の表記が異なる状態が許容されている点に注意しなければならないが、これに関して大島(2002)は、性別が不一致である状態への対応方法が個人毎に異なることを指摘した上で、そのような者の基本的人権を擁護するためには、ある程度登録上の画一性を犠牲にすることもやむを得ないとしている。<sup>(77)</sup> 欧州の動向を追うのであれば、オランダでは第三の性の登録、あるいは性別の登録の撤廃に関して具体的な調査が進められており、<sup>(78)</sup> 欧州評議会の議員議会も、その決議2048において、本人が望む場合は、アイデンティティ文書の上での選択肢として第三の性を含むことを考慮せよと加盟国に要求している。<sup>(79)</sup> オランダでは性を特定しない出生登録がなされる可能性があるにも関わらず、この性が

---

(76) Bennett Theodore (2014)・前掲注38、847-843、869頁、Benjamin Moron-Puech (2017)・前掲注72。

(77) 大島(2002)・前掲注10、99頁。なお大島(2002)における言及は「性同一性障害者」に対するものであるが、その者全てが性別適合手術を実施しないことに当時より認識があったことが伺える。

(78) Utrecht Center for European Research into Family Law は本件に関する代表的な調査機関である。第三の性の承認、あるいは性の登録の廃止に関する大規模な調査としては、M. van den Brink & H. Tigchelaar “M/V en verder. Sekserregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders” (2014) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 等を参照。https://www.wodc.nl/binaries/2393-volledige-tekst\_tcm28-73312.pdf (2017年10月7日最終確認。英語版要約有り)。

(79) Parliamentary Assembly of the Council of Europe “Discrimination against transgender people in Europe –the Resolution 2048 (2015)” 6.2.4段。Benjamin Moron-Puech (2017)・前掲注72。同氏は、他にも男女二元の性別になじまない者に他の選択肢を与えるべきとする潮流を示す決定等を紹介している。Benjamin Moron-Puech (2018)・前掲注72等参照。

他の法制度において認識されていないことや、男／女の性のどちらかを登録しておくことが好ましいという推測から、性の曖昧な状態で生まれてきた子に手術を施しがちであることの問題性が指摘され、また登録上の性を後の手続で自ら男／女どちらでもないものに変更できないことの妥当性が問題視されてきた。<sup>(80)</sup>日本においても、性が曖昧な状態で子が生まれた場合は名前・性別の欄を保留した出生届を提出することができるが、追完した場合にその旨の記載が残るといった問題がある。<sup>(81)</sup>また登録上の性の変更を本人の性自認に基づくとするのなら、男／女どちらでもない性を自認する者の性の取扱をどうするかという問題や、出生時に既に性を登録することの是非を念頭に、性の登録制度自体を見直していく必要性も出てこよう。男女二元の性別登録の是非や、登録された性別情報の利用方法、また性別を登録することそれ自体の必要性や、その妥当な方法を模索することは、今後の課題である。

性の登録自体のありようを考える場合には、日本に独特な身分情報の取扱い制度、つまり戸籍や住民票、続柄による記載等についても考察を加えていかなければならない。現行の戸籍実務においては、性別の取扱が変更されると、他に同一戸籍に在籍する者がいた場合は性別の取扱を変更した

---

(80) オランダ法は民法 1:19d 条において、出生時に子の性が特定できない場合はその旨を記載した暫定的な出生証明書 (Geboorteakte) を作成するものとしており、出生後 3 ヶ月以内にその子の性が特定されれば、これを破棄する形で新たな出生証明書を作成すること、また 3 ヶ月以内その性を確定できなければ、性の確定が不可能である旨を明記した出生登録を作成することを規定している。なお男女どちらでもない性を自認する者が、出生登録上の性を、男女どちらでもないと後から変更することについては、オランダの最高裁はこれを否定したが (Hoge Raad, March 30, 2007, LJN AZ5686, Ridderbos (2011)・前掲注29, p.74)、2018年に Roermond 地裁が後の変更を認めるべきとの判断をしている (Boris Dittrich “*Dutch Court Signals Need for Gender Neutral Option*” (2018) <https://www.hrw.org/news/2018/06/01/dutch-court-signals-need-gender-neutral-option> (2018年7月2日最終確認))。

(81) 日本小児内分科学会性分化委員会、厚生労働科学研究費補助金難治性疾患克服研究事業 性分化疾患に関する研究班『性分化疾患初期対応の手引き』(2011)。

者が除籍され、新戸籍が編成されることになっている。戸籍が同一の氏を名乗る夫婦および子ごとに編成されるという性格を持ち、また戸籍の変動が婚姻・縁組・離婚・離縁などの身分行為に伴う氏の変更、子の氏の変更、あるいは申立に基づく分籍等に基づいて生じることを考えれば、性別取扱変更による新戸籍の編成は、これらとその原理を異にするとの指摘がある。<sup>(82)</sup> また性別取扱変更の事実に関する記載をとっても、直接的に性別取扱変更の事実を書かないことによってその事実の暴露に若干の配慮がなされているものの、<sup>(83)</sup> 特別養子縁組の場合のように、新戸籍から直接従前の戸籍を辿れないようにする趣旨も認められない。<sup>(84)</sup> また「長男／女・二男／女」といった続柄の表記に関しては、一組の父母から生まれた子を、男女別に見て、その出生の時期の前後で「長・二・三」の部分を決定するが、<sup>(85)</sup> 性別取扱変更の後はその下の男／女部分の変更がなされるのみである。つまり性別取扱変更者本人にとって「続柄」の記載は従来の意味を失っており、現行の戸籍実務は、性別取扱変更者に対して取り敢えずの新戸籍を編成して対応することで、性別取扱変更者を戸籍の記載が持つあらゆる意味の埒外に置いていると言える。特に未成年者の性別の取扱変更を考えた場合に、他の家族と同一戸籍に入っていることの実質的な利益を考える必要もあるだろう。家族と同一の戸籍に記載される利益とは何か。戸籍が個人の身分事項を単純に公証し、そこから発生する権利義務関係を明らかに

---

(82) 二宮周平「家族法と戸籍を考える (2) 戸籍の性別記載の訂正は可能か (2) 特例法を読む」戸籍時報559号(2003) 2-17頁、9-10頁。

(83) 「平成15年法律第111号3条による裁判発効」の表記によって、性別取扱変更があったことを示す。

(84) 二宮(2003)・前掲注82、9-10頁。

(85) 高橋昌昭「目でわかる戸籍の処理 (11) 性同一性障害特例法の施行に伴う戸籍実務の取扱い(上)」戸籍時報no.574(2004) 84-95頁、高橋昌昭「目でわかる戸籍の処理 (11) 性同一性障害特例法の施行に伴う戸籍実務の取扱い(下)」戸籍時報no.575(2004) 67-80頁。なお、従前の戸籍における他の兄弟姉妹の父母との続柄に影響はない。裁判所ホームページ「性別の取扱いの変更」[http://www.courts.go.jp/saiban/syurui\\_kazi/kazi\\_06\\_23/](http://www.courts.go.jp/saiban/syurui_kazi/kazi_06_23/) (2017年10月6日最終確認)。

するという機能を超えた意味づけを実社会で持ってきたことを、いかに捉えるべきか考えねばならない。なお実定法上の権利の区別がない兄弟姉妹関係について、戸籍にその長二を記載することが単に序列意識を助長するものであると指摘し、性を続柄によって記録することの意義を問う先行研究<sup>(86)</sup>や、パスポートなどの戸籍以外の行政文書について、別途個別に性別表記変更の要件を設ける提案が既に日本国内に存在していることを付記しておく<sup>(87)</sup>。

公的な性の登録は、結局はどこまでいっても人工的なものである。性の登録制度を見直すのであれば、人口の管理と保護という、法によって性を登録する本来の理由に立ち返ってこれを行うべきであり、性の登録制度は自然に存在する「本来の性」を把握するものとして理解されるべきではないとの言もある<sup>(88)</sup>。公的に性を承認されることの象徴的な意味合いを考慮に入れつつ、法による性のカテゴリ分けがなぜ必要であるのか、根本に立ち返って考え直す必要があり、多様な性を持つ人の困難が把握され、これを最小化する目的のために、法による性のカテゴリ分けが再構築されても良いはずである<sup>(89)</sup>。男女平等の動きも手伝って、法的性別が財産の帰属や権利

(86) 二宮は、兄弟姉妹間の権利義務に違いがない以上、同じ表記にしなければ公証制度としての一貫性に欠け((2) 32頁)、続柄欄は性別欄に純化するべきであり、家族単位での身分登録の妥当性に問いを投げた。二宮周平「戸籍の続柄記載は必要か(1)(2)(3) 一個人の尊厳と戸籍のあり方」(2003)それぞれ戸籍時報 No.564 9-18頁、No.568 25-35頁、No.571 69-83頁。

(87) 大島(2002)・前掲注10、95-99、225頁。特例法が制定される以前より、性別適合手術を受けておらず、かつ生殖能力を喪失していない者に対する対応としてこれを検討していた。なお先述した性の登録の画一性についての大島先生の議論も参照されたい。

(88) Bennett Theodore (2014)・前掲注38、pp.867-868。

(89) Bennett Theodore (2014)・前掲注38、p.868。同氏は、典型的でない性を持つ者が、そうでない者と比較してより劣悪な健康状態にある割合が高いことや、典型的でない性を持つことに起因するスティグマ化や差別、労働環境におけるハラスメントや失職のリスク、また典型的でない性を持つ者が施設処遇において特に暴力や性的暴行に対し脆弱な立場に置かれること、さらにそうした者が行政システム上で不利な立場に置かれることで、人生におけるあらゆる機会を不平等に配分してしま

を左右するようなことは実定法上なくなった。いわば性の登録の意義はかなり減退してきており、あらゆる個別の登録制度において、性の把握がどのようになされるべきか、また性の公的登録においてはどの程度の画一性の犠牲が許容され得るか、<sup>(90)</sup>今一度考える時期に来ていると言える。さらには、出生時に一括して性を登録する意味も問われる。<sup>(91)</sup>国にとって、子を出生時にどちらかの性に登録し、その者を生涯その性で把握する利益はどこにあるだろうか。上記で検討した制度の内でも、その性別情報の利用の目的や利用の時期は様々であった。<sup>(92)</sup>また法令検索上に出てこない場面においても、例えば学校等で、児童・生徒・学生の取扱いを男女別にする意義

---

うことを指摘し、多様な人々により良い結果をもたらすことが、性の把握に関する法や政策の発展の主軸に置かれなければならないとする。

(90) あらゆる行政文書において個別に性の登録手続を決めていけば、個別の制度の目的を達成する手段として、どの程度本人の性別を把握すべきかを個別に判断することができ、無用な性別情報の把握・暴露を防げるほか、多様な性を認める余地ができるが、画一性を犠牲にすることで行政上の煩雑さを招く。上述の通り、日本には戸籍という独自の制度があり、ここからあらゆる個人情報を抽出する形で個人情報を取扱っており、こうした制度的な面にも具体的な考察がなされなければ、「目的に照らして性別情報を登録・提供する」と言った他国に見られる対応を、日本にて参考にすることは困難である。

(91) 筆者が受けた、出生時には医師によって男女の別を決定するが、性自認に基づく性別変更を行うことは妥当か、という質問に対する回答としたい。性自認と乖離した性で社会生活を送ることの困難さは、既に先人たちが示してきた通りであり、公的に性別が認められることの意味が、事実の記録以上に、社会的な承認の意味合いを強く帯びることに鑑みても、性自認に基づいた性に公的承認を与えることを、筆者は支持する。

(92) 例えば、上記で検討した各制度の内、公的に性別の把握がなされる必要があると考えられるもので若年期に行われるものの一つに、子宮頸がん等にかかるHVPワクチン接種の推奨があるが、当該ワクチンの推奨年齢は10代である(松本光司「子宮頸癌制圧のためのHVPワクチン」(2008)日本産婦人科学会雑誌60巻9号199-205頁、202頁に示される主要各国におけるワクチン接種の推奨年齢より。性行開始前が望ましいとされ、参考文献では、日本では14-15歳が適切との言及がある)。ここで性別情報を扱う目的は子宮頸癌のリスクがあるか否かであり、性に歴史的に付随して来た意味づけへの対応や、性に起因する差別を抑制するために性の情報を利用するといった場面とは、情報の利用の意図を異にする。

や、スポーツにおける公平性の維持、現存する男女間の不平等への対処など、性別把握の意義は多種多様にある。法的な性の把握の問題は、法制度上での、文理的、あるいは学術的な考察に留まるものではなく、ジェンダーの視点から考察すべき要素も多分に含んでいる。

従来、男女二元の性別によって個人を把握しておく国家の利益の一部には、特に婚姻制度に関連した生殖の促進、また伝統的な異性愛規範に基づく<sup>(93)</sup>道徳と家族生活の保護の促進があった。しかし性別の不一致を訴える者や、同性間のカップルの存在を含め、既存の性役割に当てはまらない生き方の存在は広く認識されつつある。既存の男女役割分業も瓦解しつつあり、あらゆる形態の家族が現に生活していて、多様な生き方が可視化されてきた今、民法中に存在する既存の親子観、家族観、男女観の枠組みがこれらの者をいかに扱っていくか、また民法中にいかにその多様性を反映させていくかが問われる。父母で子に対する権利義務が変わらない現在、父母をわざわざ書き分ける必要のある法分野はごく限られている。先人たちの努力が功を奏し、今や男女間においても、これを区別して取り扱える場面は限られている。性別が決定的な要素となる最たる制度は婚姻であるが、婚姻を同性間にも平等に適用するための議論も進んでおり、同性間の<sup>(94)</sup>関係にあらゆる形で承認を与える自治体も増えている。性自認や性的指向、その他性にまつわる経験や表現が従来のステレオタイプに収まらない人々が差別を受けず、また人として当然の権利を十分に享受することは無論重要であり、さらに、こうした個々人によって多様であり得る生き方の肯定は、少数者の保護のみに限らず、男女のステレオタイプに窮屈な思い

(93) Bennett Theodore (2014)・前掲注38、pp.864-865.

(94) 渋谷区は条例によりパートナーシップの承認及びこれに対する証明書の交付を行い、世田谷区は同性カップルがカップルである旨を記した宣誓書の受領証交付を行う形で、那覇市は市長がパートナーシップ登録簿に申請のあったパートナー関係を登録し、登録証明書の交付を行う形で同性カップルの承認を行なっている。その他、伊賀市、宝塚市、札幌市が世田谷区方式（宣誓書受領方式）のパートナーシップ承認を行なっている。二宮（2017）前掲注3・6-28頁。



をしてきた万人が伸びやかに能力を発揮し、他者を尊重し、社会参加することに繋がる。<sup>(95)</sup> まずは、何が「男」で、何が「女」であるかを、画一的な身体処分や身分関係の処理に委ね、旧弊な男女観に当てはまらない者に不均衡な苦痛、不利益を与えている現行の特例法の改正が急務である。<sup>(96)</sup>

---

(95) LGBT など、多数者に対する少数者として同性愛者やトランスジェンダー、性同一性障害者などを捉え、少数者としての保護を説くのではなく、SOGI (Sexual Orientation and Gender Identity, 性的指向と性自認) という万人に共通する概念を用いて、皆が自分のこととして SOGI の多様性について考える授業実践がある (渡辺大輔・楠裕子・田代美江子・良香織「中学校における「性の多様性」理解のための授業づくり」埼玉大学教育学部附属教育実践総合センター紀要 (10) (2011) 97-104頁、樋上典子「人の性はグラデーション: 「多様な性」の授業実践より (特集 性的マイノリティの児童生徒へのかかわり)」月刊学校教育相談29 (12) (2015) 30-32頁等参照)。逆に、型にはまらない性のありようを否定することは、本人を萎縮させ伸びやかな成長を阻害するのみならず、自殺等の深刻な結果を招きうることは、前述の通りである (厚生労働省「自殺総合対策大綱」(平成24年8月28日閣議決定))。

(96) 本論文の執筆にあたっては、JSPS 科学研究費補助金 (研究活動スタート支援) 15H06681の助成を受けました。