

早稲田大学博士論文概要書

脱病態的な性別取扱変更特例法の確立を目指して
— 現行特例法改正のもたらす影響の具体的考察、
及び新たな要件の提言

早稲田大学大学院法学研究科

石嶋 舞

「脱病態的な性別取扱変更特例法の確立を目指して

—現行特例法改正のもたらす影響の具体的考察、及び新たな要件の提言」（概要）

法学研究科 民事法学専攻 博士後期課程

石嶋 舞

2004年に「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下「特例法」とする）」が施行してから十年以上が経過し、同法に基づく申立の傾向や当事者らへの影響が十分に観察された頃合いと言える。特例法は性別取扱変更の要件として、20歳に達していること、現に婚姻をしていないこと、現に子がいないこと¹という身分関係の要件を課した上で、その立法時の状況から²、さらに性別取扱変更の申立の対象を2名の医師により「性同一性障害」と診断された者に限定し、画一的な身体処分（外生殖器にかかる部分の外観具備）と生殖能力の喪失を要求した。指定された性別と性自認が不一致である状態に苦痛が生じる場合、この苦痛を改善するための最善の対処法は個々人毎に異なり、必ずしも特例法の求める外科的介入を行う必要があるとは言えず、本人の身体的・精神的特性上そのような介入を行えない場合もあり得る³。しかしながら、特例法要件が当事者間で性別違和の真性を示す見做し要件と化したことで、特例法が、診断を得るための病態性の獲得、及び本来不必要な外科的介入を行うよう当事者を動機付ける危険性が指摘された⁴。また特例法は旧来の男女観から逸脱した者を、特定部位の外観の変更及び生殖能力喪失を条件とすることで、旧来の「もう一方の性」へ回収する構造を持っており、性別のありようを全く限定的に処分している。当該身体的要件は、登録上の性別と、外観及び生殖能力に齟齬があることにより生ずる混乱を危惧して設けられたものだが、外科的介入が万人に必須でないこと、及び上記に記した特例法を持つ当事者への規範的作用の危険性にも鑑みて、身体処分とリプロダクションの機会の喪失を、法的性別取扱の変更（及び、指定されている性と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いている現行の特例法は、深刻な欠点をはらんでいると言わざるを得ない。他の要件のはらむ問題もさながら、特に身体的要件に関しては、これが保護する法益、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せずに、これを課すことは今や妥当ではない。特例法に関しては、社会学や政治学、ジェンダー論や権利論において考察がなされてきたが、特例法を改正するための具体的な法的検討については、未だ十分な研究の蓄積がない。本稿の主な目的は、これら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具体的に考察した上で、外国法との比較から性別取扱変更の権利的側面に若干言及し、特例法の改正案を新たに提言することにある。

¹ 2008年に「現に未成年の子がいないこと」に改正。

² 埼玉医大において性別適合手術が実施されることが大規模に報じられたために、当該手術を終えた者の性別の取扱を性急に決定する必要が生じた。特例法立法当時は、男女共同参画等マジョリティを対象としたジェンダー施策に鑑みても、女性への片面的な保護からジェンダーフリー政策へと移行したばかりの時期であり、性別の不一致をジェンダー等の文脈で捉えて議論するには時期尚早であった。従って、立法にあたっては、性同一性障害を病理化・障害化し、当事者を旧来型の性別観に回収する方針をとった。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—」2008年度 GEMC ジャーナル第1号(2008) 94-105頁、98頁。

³ 例えば、麻酔薬に対するアレルギーや重度の肝障害など。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、1259-1260、1266頁。

⁴ 近年ではホルモン剤の私的購入や、当事者が当事者に対して行う海外での手術斡旋事業などが観察される。また安価な個人診療所での手術による死亡例もある（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」）。専門家等を挟んで自己の性別違和の改善に本来必要な対応を模索すべきであり、身体的改変を行うことを当然視する傾向は、当事者の直面する経済問題と合わせて、非常に深刻な問題と言える。

1. 身体的要件の撤廃と他法への影響

(1) 親族法

まず身体的要件が撤廃されたことによって最も影響を受けるのは、親族法である。法的男性による出産、また法的女性が他者を懐胎させることが可能となるために、法的親子関係の成立に問題が生じ、また親子関係を成立させたとして、成立した親子関係を父子関係とするか、母子関係とするかという問題も生じる。日本における現行の実親子関係の成立基準を参照すれば、子を懐胎・出産した者は母とされ⁵、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とされる。生殖能力喪失要件は、登録された性別と生殖能力が乖離した者が子を持つことを不可能としたことで、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が、現状においても、性別の取扱を男性から女性に変更した者（以下「MtF」⁶とする。）に関しては、まず非婚要件の充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、子との親子関係はいかに確定するのかという問題が解消していない。また MtF が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、MtF がこの子を認知できるのか否かという問題についても、現行の特例法は何らの解決も示していない。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生殖能力喪失要件の目的は、現在においても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るべきは、1) 親子関係成立の基準をいかに考えるか、及び2) 成立した親子関係を父・母のどちらとするのか、の2点である。本稿では、親となる者の性別を問わず、現行の母子関係・父子関係の成立基準を性別中立的にそのまま当てはめることで親子関係を確定することを試みる。現行民法は、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⁷。また民法は、親子関係の成立においては子と親の血縁関係の有無を問わず、血縁に基づかない親子関係が存在することを認めている。法律上の実親子関係と血縁上の親子関係に齟齬があっても、特定の場合には戸籍の記載の訂正を制限し⁸、近年の判例においても、血縁関係と齟齬のある親子関係を認めたものとして、嫡出推定の排除を否定した事例や⁹、代理母出産の場合も出産者=母の原則を堅持することを示した事例がある¹⁰。この点に配慮して現行民法の実親子関係の成立基準を当てはめた場合、FtM

⁵ 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懐胎・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とされており（最高裁昭和 37 年 4 月 27 日判決 民集 16 卷 7 号 1247 号）、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。

⁶ 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「法的性別取扱の変更」を男性から女性へ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。

⁷ 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（注 5 参照）、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（2014）・前掲注 5、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。

⁸ 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。

⁹ 最高裁決定平成 25 年 12 月 10 日民集 67 卷 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 卷 6 号 547 頁。

¹⁰ 最高裁決定平成 19 年 3 月 23 日民集 61 卷 2 号 619 頁。

に嫡出推定が及ぶ場合、もしくは FtM が認知する場合は父子関係が成立するが、FtM が自ら出産した場合は母子関係が成立する。また MtF に嫡出推定が及ぶ場合、及び MtF が同意の上で自己の配偶子を用いてもうけた子の認知を行う場合は、父子関係が成立する。現行の実親子関係成立の基準を崩さずに母子・父子関係を確定するとすれば、現行親族法の変更を待たずに生殖能力喪失要件の撤廃が期待できる。

(2) 親族法以外

親族法以外の領域においても、法的登録事項と生殖能力の関連を前提に立法がなされているために、身体的要件の撤廃に伴って問題が生じる分野が予測される。本稿においては、性に関連する文言を用いた法令その他を検索し分類することによってこれを分析した¹¹。分析においては、1) 生殖能力喪失要件を撤廃した場合と 2) 外観具備要件を撤廃した場合に影響を受ける規定を分類した上、生殖能力に関連する規定に関しては、さらに(a) 妊娠・出産の事実が既にある場合に適用されるもの、(b) 妊娠・出産が確定していないがその生殖能力に配慮する必要がある状況に適用されるもの、(c) 他者を懐胎させることを男性の生殖能力として把握しているものに分けた。親族法以外の分野において、身体的要件を撤廃した場合に新たに問題となるのは、FtM が自ら出産した場合と、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。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 FtM の妊娠・出産時にも適用できるものとする。文言に齟齬がある場合であっても、妊娠・出産という事実が現に存在するのであれば、生まれてくる子を保護する観点から、出産者が男性の場合にも類推適用することが妥当である。また母性保護等に関する規定は、制度の利用を自ら申請する場合は FtM もこれを利用できるが、生殖能力の保護等の目的で実施され、かつ本人の申請の有無を問わない施策等に関しては、男性が出産能力を有すと言う事情が予測困難であることから事業主等に配慮の責を問うことが難しく、また当該生殖能力を予め暴露することを本人に強いることも妥当でないため、出産能力を有する FtM が当該保護を受けたい場合には自ら申告することが望ましい。一方、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、当該母子が施策の埒外に置かれることも危惧される。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は、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と、こうした公共性の高い施策等の遂行においては、その目的の遂行に資する限り、性別取扱変更にかかる情報が取得できるものとするとも考えられる。公的領域において性別の情報が把握される場合と、私的領域において性別の情報が把握される場合の基準は、区別して考えるべきだろう。また生殖能力と登録上の性に齟齬がある者の場合、登録上の性が同性同士の者との間で、第三者の介入なしに子をもうけることが可能である。子の立場から、親としての責任を果たすべき2名がこの同性カップル2名で完結していることに鑑みれば、配偶者を対象に含む制度で、特に育児など子に関するものであれば、当該制度が内縁保護法理を用いているような場合は、当該制度における配偶者としての扱いに当該同性パートナーも含む必要があると言えよう。FtM が望まずに子を妊娠した際などに中絶を希望する場合は、母体保護法が妊娠または分娩するものを単に母とし、また同意等を行う配偶者に関して特にその性別を指定する規定が見られないため、これの適用を受けられると解されるが、これと連動する刑法の墮胎罪が対象を「女子」としていることが問題視される。特例法を改正するにあたっては、墮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ろう。外見具備要件に関して付言すれば、当要件は、自己の自認する性に従って取

¹¹ 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9月19日1:19最終確認) 使用。本稿における分析に要する規定を検出するため、検索対象の語は「女」「妊娠」「出産」「産前」「妊婦」「産婦」「認知」「生理」、並びに「出生」と「妻」の両方を含むもの、「出生」と「夫」の両方を含むもの、「母」と「配偶者」の双方を含むものとした。

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の調整をはかる一方、後者の利益が性を外部より判断できることにより担保され、かつこの判断基準がある程度社会的な規範に依拠せざるを得ないことから、そのような判断基準にある程度の信頼を確保しなければならないという社会的要請と、性自認に公的承認を受けたい本人の利益を調節する働きを持つとされる¹²。しかし現行の外観具備要件が要請するのは外性器にかかる部位のみの変更であって、外性器の形状でその者が男／女であることを予見する場面が極限られることから、現行の外観具備要件がそのような社会的規範を十分保護する機能を持っているとは考え難く、社会規範に基づく性別の予見性を特例法に担保させようとするのであれば、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。

2. オランダ法における解決

以上のように身体的要件の撤廃にかかる他法への影響へ対処した場合であっても、FtM に女性配偶者がいた場合に当該配偶者は子と母子関係を形成できず、また MtF が子と実母子関係を形成する機会がないという問題が残る¹³。これらは、分娩の事実によらない母子関係が認められ、かつ2名の母を持つことが認められた場合に解消する。

オランダにおいては2014年に性別取扱変更における外観具備要件及び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 11章¹⁴）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¹⁵、認知によっても母子関係が成立することとなり、子が2名の母を持つことが認められた。性別取扱変更後に子の出生があった場合の親子関係の確定につき、オランダ民法は1:28c(3)において、まず子を出産したFtMについては母子関係を成立させることを定め、他方MtFが自身の配偶子を用いてもうけた子との間に養子縁組を望む場合は、女性同士のペアにおける養子縁組を定める規定（1:277(4)・後述）が適用されると規定する。当該規定が養子縁組に関してわざわざ言及し、その他に言及していないことから、親子関係の成立を定めるその他の規定に関しては、MtFは特に例外的な扱いを受けないものと解される。一般的な共同母の枠組みにおいては、出産していない者が、出産した者の配偶者／登録パートナーであることを理由として、推定により子と母子関係を形成する場合は、精子の提供が匿名ドナーによるものであることが要される。従って、MtFが自己の配偶子を用いて子をもうけた場合は当該推定を受けることができず、認知もしくは養子縁組によって子と母子関係を形成することとなる。また共同母の枠組みにおいては、国際私法上の観点から2名の母が国外で認められない可能性を考慮し、出産によらない母と子の養子縁組が選択できるようになっている。当該共同母関係を基盤とする養子縁組は1:277(4)にて規定され、MtFがこれの適用を受けられるとするのが1:28c(3)である。性別取扱変更の文脈で当該共同母制度を読み直すと、MtFはおおよそ自分と子との間に血縁関係がない場合にのみ母性推定が受けられるという不可解な構造にはなっているものの、MtFは認知もしくは養子縁組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こととなる¹⁶。

¹² 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。

¹³ もっとも、日本における普通養子縁組が実母子関係を断絶しないことから、養子縁組によれば2名の母が認められる。実親子関係と養親子関係に優劣をつけることに筆者は賛成しないため、当面は養子縁組による解決がなされて良いものとする。養子縁組や認知には一定の手続きが必要な点で、推定を受ける場合よりも不確実かつ不便であることは指摘できる。

¹⁴ Burgerlijk Wetboek, Boek 1 Personen- en familierecht, Titel 11 Afstamming.

¹⁵ 同国は同性間での婚姻を認めている。

¹⁶ 一方出産の可否が親子関係成立の重要なファクターとなったことで、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も指摘できる。

3. 権利論的側面から性別取扱変更を捉える

オランダ法における共同母姓組の成立は日本法においても今後参照すべきものと言える。しかし身体的要件の撤廃の危急性から、オランダ法のような大規模な親族法改正を待って要件撤廃を行うことは妥当でない。上述したように、オランダの親族法改定自体は性別取扱変更を念頭に置いて行われたものとは言い難く、1:28 条以下の改正は人権的側面からの議論、国際的圧力、及び近隣諸国の判例による影響が強くあったものと考えられる。欧州においては性別取扱変更を自己決定権の文脈で捉える傾向があり、これを日本国内において参照するにあたっては、性自認を差別禁止の一要素に据えようとする国内の動きと、性自認を自己決定の文脈で捉えることの親和性についても若干の考察を加えなければならない。オランダ法改正に影響を与えた隣国ドイツにおける判例を見れば、ドイツのトランスセクシュアル法¹⁷には外観具備要件及び生殖能力喪失要件があり、当該要件の撤廃自体は行われていないものの、連邦憲法裁判所は 2011 年 1 月 11 日決定¹⁸において当該要件を違憲とし、法改正が行われるまでは適用不可としている。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)、第 2 章に大解決 (große Lösung) 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。大解決の要件から、ドイツの性別取扱変更においては、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。立法を後押しした 78 年判決¹⁹にて裁判所は、個人の人格の自由な発展の権利を定める基本法第 2 条 1 項は性の自己決定権を保障しているとし²⁰、出生登録上の性の変更を認めなかった連邦通常裁判所の決定を破棄した。以降の判例はこれを基盤とし、生殖能力喪失及び外観具備要件に関しては、同 2 条 1 項に基づく性的自己決定権と、同条 2 項に基づく身体を害されない権利を侵害することから違憲との判断がなされている²¹。このように、ドイツ判例においては性的「自己決定権」が中核的な役割をなしたが、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」である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²²、性自認の恣意性が強調されることは避けねばならない。ドイツ判例において性的自己決定権は、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性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領域で扱われている。また欧州人権裁判所においても、性自認の公的承認を認めた Goodwin 対イギリス判決²³が、欧州人権条約第 8 条の保護は「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²⁴」と述べた後、Van Kück 対ドイツ判決にて申立人が自身を女性と定義する自由は「自己決定の最も基本的な要素の一つ」だとされている²⁵。以降性的アイデンティティを扱った事例において、裁判所は性的自己決定を公権力により妨害することを避けるべき締約国の消極的義務を認めながら、そのような

¹⁷ Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz, TSG)。

¹⁸ 1 BvR 3295/07。

¹⁹ BVerfGE 49, 286。

²⁰ 大島俊之『性同一性障害者と法』（2002、日本評論社）121 頁、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）67-68 頁。

²¹ 判例 65 段。

²² 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』94-101 頁、70-113 頁。

²³ Christine Goodwin v. the United Kingdom, 11 July, 2002, ECHR (Application no. 28957/95)。

²⁴ Goodwin v. the U.K., para. 90。

²⁵ Van Kück v. Germany, 12. September, 2003, ECHR (Application no. 35968/97), para. 73。

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の存在にも言及しており、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を当該義務の有無の判断基準に据え、各事例を検討している。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²⁶。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衡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ている。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、性的自己決定は、恣意的な決定を含めて公権力の理由なき介入を防ぐとする一般的自由の領域よりは、特に人格的生存に不可欠なものとして、自己決定の核心的な領域に位置付けて扱われるべきものと解される。

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、これを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する必要がある。

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。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苦痛、生活上の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べき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。本稿では、最後に現行特例法の全ての要件に言及した上で、以下のように特例法の改正を提案する。

1. 生殖能力喪失要件と、外観具備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、性別取扱変更後に男性となった者が子を出産した際は、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、ドナーとしての精子提供であった場合を除いて、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、母子関係を形成することを妨げるものではない²⁷。

2. 年齢要件に関しては、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機会が増すことに鑑みて、15歳に引き下げる。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。また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、専門家に

²⁶ 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、107頁。

²⁷ 親族法の大規模な改正を待たずに身体的要件を撤廃するための暫定的な手段であって、FtMに父子関係を、MtFに母子関係の形成を認める方法を模索する必要がある。

よる丁寧な観察を必要とした上で、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ことが適切だと考える。しかし、特に保護者との確執が強く、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べきである。

3. (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、申立人が養育する子がいる場合は、家庭裁判所は、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べく、子からの意見聴取の機会をもうける。

4. 非婚要件に関しては、これを撤廃すれば同性間の関係へ婚姻の適用を広げることへの影響を免れないことから、同性間の関係も含めた婚姻の適用が実現するまでは、これを維持する。婚姻の継続と性自認の法的承認が二者択一の状況に置かれている問題に鑑みて、婚姻の平等化が実現するまでは、婚姻中にある者が性別取扱変更を申立てた場合は、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を発行する²⁸。

5. 申立の対象は、登録された性とは異なる性による継続的な生活実践経験があり、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²⁹、その他の場合は三年間の³⁰、希望する性での実生活経験を証明する。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、性別不一致に精通した2名の専門家の意見書を提出する。当該専門家は、精神科医に限らない。

6. 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³¹、さらに申立人が養育する未成年者の意見聴取の機会を確保するため、手続は家庭裁判所の審判により行う。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る。

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、その制度における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、内縁としての取扱いに含まれるとされなければならない。

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く、当該情報は、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³²。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、といった問題を念頭に、性の登録制度自体を見直していく必要性も出てこよう。戸籍や住民登録等、

²⁸ Parry v. United Kingdom, THE FACTS B. Relevant domestic law and practice 1. Gender Recognition Act 2004 項参照。

²⁹ WPATH のスタンダード・オブ・ケア (第 7 版) が、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する期間が 12 ヶ月である (日本語版 60-61 頁)。

³⁰ ドイツにおける立法を参照した。

³¹ 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』196-217 頁、213 頁。

³² Benjamin Moron-Puech (2017) *The emergence of intersex as a protected category in international law, Sexual Orientation and Gender Identity in International Law*, Leiden University, delivered 31 July 2017.

日本に独特な身分登録制度を加味した上で、男女二元の性別登録の是非や、登録された性別の情報の利用方法、性別を登録することそれ自体の必要性及び登録の妥当な方法を検討していくことは、今後の課題である。性の登録制度を見直す際は、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、多様な性を持つ人の困難を把握し、これを最小化する目的で、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³³。

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て、生殖の促進、及び伝統的な異性愛規範に基づく「道徳と家族生活」の保護の促進があった³⁴。しかし性別の不一致を持つ者や、同性間のカップルの存在を含め、既存の性役割・家族観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。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をいかに扱っていくか、あるいはいかに民法中にその多様性を反映させていくかを考えていかねばならない。性自認や性的指向、その他の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されないよう、また当然の権利を十分に享受できるようにしていくことは勿論、個々人によって多様であり得る生き方が肯定されることは、少数者の保護のみに限らず、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必要がある³⁵。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は急務である。

³³ Bennett Theodore (2014)・前掲注 32、p.868.

³⁴ 同上、pp.864-865.

³⁵ 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得る (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) 等参照)。