

早稲田大学審査学位論文（博士）

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—

博士学位申請論文
法学研究科 民事法学専攻 博士後期課程
石嶋 舞

序章	3
第1節 語句の使用について	4
第1章 現行の性同一性障害者特例法	6
第1節 診断要件・身体的要件設定の背景	7
第2節 特例法の規範性	10
第2章 身体的要件の撤廃に照らして—他法との調整	13
第1節 親族法上の問題	13
第2節 その他の法令に内在する性別	18
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	19
(a) 妊娠・出産が実際に起きた場合に適用される規定	19
i. 文言上そのまま適用できるもの	19
<妊娠・出産自体に関連する規定>	19
<生殖能力と法的性別に齟齬がある者の配偶者及びパートナーに関連する規定>	21
ii. 語句に齟齬が出る可能性があるもの	23
<労働関係>	23
<福祉関係>	26
<遺族年金>	27
<その他>	29
(b) 妊娠・出産の事実の有無に関わらず、妊娠・出産に関連して適用される規定	29
i. 他者に生殖能力の予測を要求する規定	29
ii. 他者に生殖能力の予測した上での施策を要求する規定	31
<ハラスメント防止措置義務>	31
(c) 男性の生殖能力に係る規定	34
2. 外観具備要件を撤廃することによる他法への影響	35
第3節 小括	37
第3章 実際に起きた法改正—オランダを例に	41
第1節 旧法とその改正	41
第2節 性別取扱変更：民法第1編28条	43
第3節 親子関係：民法第1編11章	45
1. 母子関係	45
2. 人工生殖と法	48
3. 考察：性別取扱変更と親子関係	48
第4節 身分登録制度	50
1. 出生登録	51
2. 個人基本登録 (BRP)	52

第5節	オランダ法に対するまとめと若干の考察	53
第6節	小括	56
第4章	権利論的側面からの欧州の動向	
ー	オランダの法改正の経緯、及びドイツと欧州人権裁判所を例として	58
第1節	オランダにおける法改正の動機	58
第2節	ドイツ連邦憲法裁判所 2011年1月11日決定	61
第3節	欧州における「性的自己決定権」と日本法への親和性	64
第5章	具体的な法改正へ向けての提案	67
第1節	特例法それ自体	67
第2節	成人要件	67
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	68
2.	オランダにおける年齢制限に対する批判	71
3.	成人要件に対する小括	73
第3節	未成年の子なし要件	74
第4節	非婚要件	75
第5節	診断要件	77
第6節	新たに提案する性別取扱変更要件	79
終章	終わりに	81
	参照法令等一覧	86
	参考文献・資料	95
	登場判例一覧	102

序章

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、この間いわゆる「性同一性障害」や自己が同一性を覚える性としての性自認、恋愛感情／性愛がどういった対象に向かうのかを示す性的指向（あるいは性指向）¹、その他あらゆる典型的でない性別経験や性別表現に関して、研究や実践、あるいは臨床経験が積み重ねられてきた一方で、法分野においては、特例法中の性別取扱変更要件である所謂「子無し要件²」が緩和された以外に大きな変動は見られてこなかった。我が国における現行の特例法は、その立法時の情勢とも相まって、戸籍の性別取扱の変更ができる者を、医師により「性同一性障害」と診断された者で、かつ所定の手術を受けた者に限っている。しかしながら、性別違和に対する医療上の対応の進展から、医療上診断される性同一性障害と特例法の想定する性同一性障害者には乖離が生じており、特に身体的介入が性別違和の改善に必ずしも必要とされないことに関して、法はその認識を欠いていると言える³。また、現状身体的要件が、申立人に対し、侵襲性が高く不可逆的であり、かつ社会的・経済的リスクも高い身体処分を課していることから、申立の対象は成年以上に限られているが、未成年者であっても性別の取扱変更を行うことが妥当である者の存在を法は度外視している⁴。また法は婚姻の解消や子を持たない

¹ 法務省「啓発活動：性の多様性について考える」http://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04_00126.html (2017年10月10日20:30最終確認)等参照。

² 性別の取り扱い変更の審判を行える条件として、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律旧第三条3項に「現に子がいないこと」と定められていた。2008年改正。

³ 性別不一致の場合の性の表現は多様である。身体的変化を望む者ほど真性の性別違和を持っている者であるとした見方が誤りであることは、従来の「性転換症」の概念を排した医療上のガイドラインの変遷にも明らかである。本文で後述するように、特例法が当事者を従来型の男女概念に埋没させることを意図せざるを得なかった一方、医療において参照されるガイドラインでは、ハリー・ベンジャミン国際性別違和症候群協会（Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association、現在のWorld Professional Association for Transgender Health (WPATH、トランスジェンダーの健康のための世界専門職協会)）の発表したスタンダード・オブ・ケア第6版（2001年発表。なお最新のスタンダード・オブ・ケアは第7版、（2011年発表）である）、アメリカ内分泌学会ガイドライン、アムステルダム自由大学ジェンダークリニックのガイドライン等を参照し、本人のQOLの向上を初めとするケアの視点が中心に置かれている。しかしながら、医療が介入できるのは精神状態の改善、あるいはホルモン療法、性別再指定手術といった身体的治療に留まり、ガイドラインも医療介入の限界に自覚的である。診断を得ることを目的とする者、及び身体への医療介入を目的とする者以外は本来医療の埒外に置かれるが、後述するように、臨床的に意義のある不快感を覚えられない者で、生活上の性と登録上の性の不一致から不利益を被る者は存在するのであり、このような者にまで、医療の対象となるべき病理性の獲得を要求することは妥当ではない。

⁴ 未成年者においても、強い性別違和を持つ者が存在することは無視できない。性同一性障害者、とりわけ性転換症者（特に身体的違和・嫌悪が強く、多く性別適合手術を必要とする者）は、およそ12歳前後の第二次性徴の発来に伴い混乱をきたし、学童期に不登校、引きこもり、虞犯行動、自殺企図などの問題を引き起こす場合があることが臨床現場において確認されている（成人期の受診者がレトロスペクティブに語る経験の他、近年幼児期、児童期の受診者の実際の行動を医療チームがフォローする場合も散見されている。日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン」精神神経学雑誌代114巻代11号(2012)1250-1266頁、1254頁。また厚生労働省「自殺総合対策大綱」（平成24年8月28日閣議決定）も参照）。当事者は自身の経験して来た学生時代にも特に問題意識を持っており、男女の別のある制服や活動、他の学生との旅行における困難や、他の児童・生徒・学生の無遠慮な好奇心やいじめ等にさらされた歴史を、悲痛な体験として語る当事者は少なくない。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、121頁等では、性同一性障害当事者が生きやすい社会を考えた場合に学校の役割が大きく取り上げられる。また筆者の参加した日英LGBTユースエクステンションプロジェクト(2008、国際基督教大学ジェンダー研究センター・英国ブリストル市役所ユース&プレイサービス協賛)においても、主に話題に上がったのは学校でのいじめや教育に内在する差別観の再生産といった問題であった。こうした問題に対して、現状「法的」性別の変更で対処すべきか否かについての筆者の考えは、本稿第5章にて後述したい。

といった身分関係の整理をも当事者に委ね、性別取扱変更とこれらを二者択一の状況に置くことで、性別取扱変更を望む者に厳しい選択を迫っている。また特例法施行後十数年を経て、当事者の間で自己の性別違和の真性を示す基準として特例法要件が取り上げられてきたことで、当該要件は当事者にその充足を動機付ける規範的機能も持ってきた。このことにも着目し、特例法が課す要件が、当事者にいかなる影響を与え得るのかについても、もはや法は自覚的でなければならない。病態性の獲得や、ホルモン療法・手術を含む身体的介入による生殖能力喪失・外観の変更が、法的性別取扱変更にも動機付けられて行われ得る状況は望ましいものとは言えず、特に特例法要件が、本来本人の生活状態の向上には不必要であった手術や断種を動機付けてきた可能性があることは、今強く問題視されねばならない。

本稿では、画一的かつ重大な身体処分、及び断種を申立人に要求している2つの身体的要件につき、その撤廃を行う方法を具体的に考察した後に、これと関連する子なし要件、及び成年要件と、さらに非婚要件と診断要件にも一通り考察を加えた上で、新たに性別取扱変更に必要な要件を提案することを主な目的とする。また本稿においては、同様の性別取扱変更要件を持っていながらこれを撤廃したオランダにおいて、その法改正がたどった経緯や、当該改正の前後で起こった他法の改正、及び同国の身分登録法を参照し、日本における新たな要件提案の参考にするほか、欧州各国において性自認が自己決定の文脈で捉えられてきたことに触れ、性別取扱変更の権利性についても若干の検討を加えていく。

第1節 語句の使用について

本論に入るにあたり、本稿における語の使用についてまず説明をしておきたい。自身が男／女、もしくはその他の性であるという認識を「性自認」と言い、「性同一性障害」とはこの性自認と身体的性に齟齬が生じ、これに違和感を覚えることから、臨床的に有為な苦痛や生活上の機能障害を生ずる状態を指す。性自認という概念は、どのような性を恋愛／性愛の対象とするかを指す「性的指向」、また身体的な性⁵などとは区別されるため、「性同一性障害」を始めとする、出生時等に指定された性と自己の性自認が食い違う状態は、同性愛やインターセックス⁶とは区別される。またそのような性的不一致が常に性同一性障害と診断されるべき苦痛を伴うとは限らないことから、単に指定された性と自己の性自認が一致しない状態は「性別不一致」、その不一致に不快感ないし違和感を覚える状態は「性別違和」と記した。なお性別違和の有無に関わらず、既存のジェンダーを乗り越え、あるいは無視し、身体的な性に依拠せず多様な性自認・性表現を選択・体現する者を広義に「トランスジェンダー⁷」と呼ぶことがあるが、

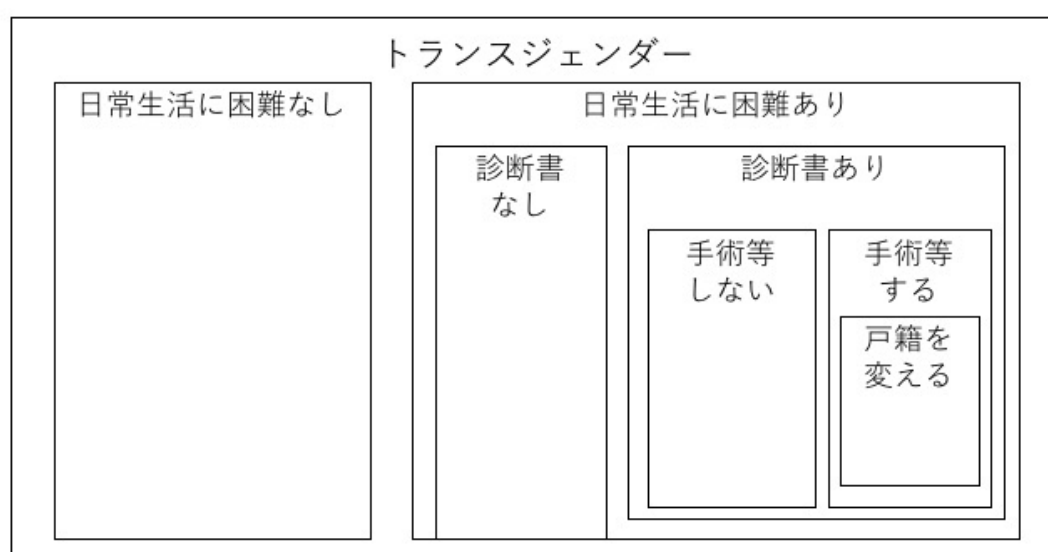
⁵ ジェンダーと区別するため、身体的性を「セックス」と呼ぶ場合がある。なおジェンダーは、社会的役割や外見的規範など、人間の精神活動の所産としての社会的・文化的なものによって決定づけられる性差を表す。ロニー・アレキサンダー他『セクシュアルマイノリティ第三版-同性愛、性同一性障害、インターセックスの当事者が語る人間の多様な性』明石書店(2012) 基本用語集 262-263 頁。

⁶ 身体的に、典型的な男女の身体とは異なった発達をした状態。性を特徴付ける部位は外性器に限らず、染色体や性腺、内性器やホルモンの分泌状態などに及び、インターセックスの中でもかなり細分化した違いがある。多くの場合、男性／女性としての性自認を持っており、出生時に指定された性と性自認に不一致を来さない場合も多い点に留意されたい。二宮周平「性のあり方の多様性」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—』1-5 頁、黒岩龍太郎「インターセックスと呼ばれる人々」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) 26-46 頁、26-67 頁参照。

⁷ 「トランスジェンダー」の内部にも分類があり、服装や外見への違和が強いものをトランスヴェスタイト、社会的性役割への違和が強いものを狭義のトランスジェンダー、肉体的違和が強いものをトランスセクシュアルなどと呼ぶ。ロニー・アレキサンダー他(2012)・前掲注5、基本用語集 262-263 頁参照。性にまつわる経験や表現が多様であることから、当事者が自己を表現する言葉も常に増え、変化し続けていることに注意されたい。

本稿は法の男女二元的な性質にまで考察を広げられたものではないため、トランスジェンダーについては特に言及していない。また性別取扱変更において現行の特例法は、疾患名である「性同一性障害」の診断を必要としており、かつ現行の特例法が当事者の状態を病的に解釈しているという性質から、本稿では、「障害」という語もあえてこのまま用いている。

図1 「トランスジェンダー」の射程



© Nijiro Diversity 2017

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—』
 村木真紀・五十嵐ゆり執筆部分より抜粋⁸。
 ※戸籍の変更については現行特例法の基準に基づく。

⁸ 村木真紀・五十嵐ゆり「企業研修 ダイバーシティの視点」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—』143-169頁、164頁「図15 トランスジェンダーの多様性」より。

第1章 現行の性同一性障害者特例法

現行の戸籍法は、その第49条で戸籍登録として原則14日以内の出生の届け出を義務づけており、同法同条第2項1号には、届出の記載事項として「子の男女の別」を記載すべきことが明記されている。また実父母との続柄は戸籍の記載事項とされており⁹、父母との続柄が真実と相違している場合は、その記載に錯誤があったものとして戸籍訂正の対象となる。従来の裁判実務では、性同一性障害を理由として戸籍上の性別記載の変更を申立てる場合はその記載に錯誤があるものとして、戸籍法第113条を根拠として戸籍訂正を行ってきたが、身体上の性が男/女のどちらかに区分できる性同一性障害者の場合は当該錯誤が認定されることは滅多になく¹⁰、従って性別取扱変更が認められることも稀であった。この戸籍法第113条に代わり、特例として性同一性障害を理由とする戸籍訂正を認容すべく、2003年7月10日に成立し、2004年7月14日に施行したのが特例法である¹¹。法施行以降は特例法を根拠として戸籍上の性（続柄）を変更することが可能となったことから、性同一性障害を理由とする性別取扱変更の申立に関し、その容認件数は飛躍的に向上した¹²。特例法の制定自体は、当時において性別取扱変更を求める者の存在を可視化し、法的性別取扱変更の手段自体を明確化した意味では、大きな進歩であったと評される¹³。しかし一方で、性別不一致の問題をジェンダーや生き方の多様性の文脈で捉えるには、特例法の制定当時は時期尚早であったと言え、また後述の通り特例法の制定には危急性があったことから、現行の特例法は従来型の男女像のみを想定し、ここからの逸脱を防ぐ構造をとっている¹⁴。現状法的前提とする性は男・女のみであるものの、性別取扱変更を要する者が必ずしも性器に関する手術を行う必要はなく、またそのような者全てが当該手術を受けることが可能であるとは限らないことや、リブ

⁹ 戸籍法第13条。

¹⁰ ただし、東京高裁決定平成12年2月9日「男女の性は遺伝的に規定されている生物学的性によって決定される」（石井美智子「いわゆる性同一性障害の治療としての性転換手術を受けた場合に、戸籍法一一三条による戸籍訂正が認められなかった事例」判タNo.1065(2001)168-169頁、168頁。東京高裁平成12年2月9日決定「いわゆる性同一性障害の治療としての性転換手術を受けた場合と戸籍法一一三条による戸籍訂正の許否」判タNo.1057(2001)215頁）、また横浜家裁審判平成6年3月31日「人の男女の別を何で決するかは、最も常識的に考えて、生物学的、生理学的な見地からであると言わざるを得ない」（澤田省三「『性転換』をめぐる若干の法的課題(上)-埼玉医科大学における性転換手術の実施を機縁として-」判時1692号(2000)28-35頁、30頁）に見られるように、特例法制定以前は生物学的性に依拠して戸籍上真実とされる性を判断する傾向が強かったため、性同一性障害を理由とする戸籍上の続柄欄の訂正は滅多に認められなかったようである。東海林裁判官の調査によれば、2001年当時性別の不一致を理由とする父母との続柄欄の訂正に関する裁判例は14件あり、その内許可された事例は6件であったが、その内5件は半陰陽のケースであった(同石井(2001)169頁)。性同一性障害で戸籍訂正が認められたケースは、アメリカで性転換手術(ママ)を受けた40歳代の男性について、昭和55年に東京家裁が戸籍訂正を認めた一件(前掲)、1954年に一件、1970年代、1980年代に一件ずつそれぞれ確認されているが、法務省は一貫して訂正を認めた事例はないとしていた(三橋順子調べ。土肥いつき「GIDをめぐる法的諸問題」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)125-137頁、127頁、注4-3)。

¹¹ 土肥(2012)・前掲注10、129頁。

¹² 特例法が施行された2004年7月16日から一年間で249件の申立があり、内208件が認容された。裁判所ホームページ「性別の取り扱いの変更申立事件数(平16.7.16～平17.7.15)」

http://www.courts.go.jp/about/siryo/siryo_saiban_seibetu/(2013年8月31日午前1時45分頃最終確認)以降件数は伸び続け、2012年には742件の新着申立の内737件が認容された。一般社団法人gid.jp 日本性同一性障害と共に生きる人々の会ホームページhttp://gid.jp/html/GID_law/(2013年8月31日午前2時00分頃最終確認)。

¹³ 上川あや、虎井まさ衛らの言による。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。

¹⁴ 特例法のこの性質については、かえって従来型の性別二元の観点を強化し、外見や性役割を含め、「望ましい」女性/男性/家族像の実践を当事者に要請しているとの指摘がある。特に本稿で扱う生殖能力喪失と外観具備の要件に関しては、当事者を女/男に明確に切り分ける意図を持つものであり、性別二元論の極致であるとの強い言及も存在する(吉野鞆「多様な身体」が性同一性障害特例法に投げかけるもの」Core Ethics Vol.4(2008)立命館大学大学院先端総合学術研究科383-393頁、385頁)。

ロダクションの機会の確保と性自認の公的な承認が個別に捉えられることを度外視して、特例法が生殖能力の喪失及び外性器の形成を男／女の基準としていることは留意すべき点である。また後述の通り、特例法が当事者の間で規範性を持ってきたことや、親族関係の形成にかかる一定の法的問題を解決していないこと、及び生殖補助医療等の科学技術の進歩から実質的な意義を欠きつつあるといった実質的な側面からも、各要件の中で最も問題を抱えているのは身体的要件であり、本稿ではまずこれらに重点を置いて、次項から検討を行っていく。

第1節 診断要件・身体的要件設定の背景

まず現行の特例法は、性同一性障害を以下のように定義する。

(定義)

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

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

(性別の取扱いの変更の審判)

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

- 一 二十歳以上であること。
- 二 現に婚姻をしていないこと。
- 三 現に未成年の子がいないこと。
- 四 生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること。
- 五 その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること。

2 前項の請求をするには、同項の性同一性障害者に係る前条の診断の結果並びに治療の経過及び結果その他の厚生労働省令で定める事項が記載された医師の診断書を提出しなければならない。

以上のように、特例法は性別の取扱い変更という判断を行うにあたり本人が成人年齢に達していることを求めた上で、子の有無や婚姻関係の有無という身分事項を調整する要件を課し、さらに生殖能力の喪失及び性器にかかる外観具備を所定の方式により終えた者¹⁵というかなり限定的なカテゴリに入る者にのみ申立を認めている。

¹⁵ 要件充足に必要とされる具体的な医療上の身体的介入については、平成16年5月18日障精発第0518001号厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部精神保健福祉課長通知による診断書の記載要領に示されるほか、外観具備の程度については判例による若干の調整がある。厚生労働省ホームページ「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律第3条第2項に規定する医師の診断書の記載要領について」

<http://www.mhlw.go.jp/general/seido/syakai/sei32/dl/youryou.pdf> (2017年4月24日15:27最終確認)、三橋純子「日本における戸籍性別変更の内訳推定」<http://junko-mitsuhashi.blog.so-net.ne.jp/2017-03-06> (2017年4月24日15:27最終確認)。

かねてより出生時に指定された性と異なる性を自認する当事者らは自己の性別違和に様々な方法で対処しており、身体的介入を行わないという選択も含め、本人の生活状態の向上に最適な対応方法が三者三様であることが特に医療現場においては明示的に認識されている¹⁶。特例法の制定当時においても当事者の対応実践の多様性は認識されていたが¹⁷、それにも関わらず特例法が申立人の身体的処分のあり様を限定するに至った理由としては、特例法と立法当時の医療の関係が挙げられる。特例法は、新聞や報道による周知のもと埼玉医大で実施されることとなった性別適合手術¹⁸の煽りを受けて性急に制定された背景があり、法は意図的かつ戦略的に「性同一性障害」という病を持つ者の救済手段という性格を持たされた。1998年の当該手術及びこれに関連する医療周辺の動きと特例法の制定経過を同時に観察するに、「性同一性障害」の語が初めて言及された第143回国会¹⁹の4ヶ月前に同医大の倫理委員会が性同一性障害者の性別適合手術の実施を承認しており、同国会の1ヶ月後には実際の手術が実施されている。同国会で言及されたのは性別適合手術にかかる刑事上の問題であるが²⁰、これはある性転換手術(判例ママ)が旧優生保護法第28条²¹に反するか否かが争われた東京地裁昭和44年2月15日判決²²を受けての発言と捉えられる。当該判決において裁判所は性別適合手術を適法とみなす基準を示しており、埼玉医大での手術に先んじてはこの基準を踏襲する形で「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン(以下「ガイドライン」)が作成された²³。このことから、特例法制定

¹⁶ 日本精神神経学会「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン(第4版)」
https://www.jspn.or.jp/modules/activity/index.php?content_id=84 (2017年4月24日2:21最終確認)。

¹⁷ 上川あや『変えていく勇気—「性同一性障害」の私から』(岩波新書、2007)106頁。

¹⁸ これ以前にも性別再指定手術が実施されていたことは三橋純子(「GIDの「神話」を「歴史」に引き戻す」GID(性同一性障害)学会第19回研究大会抄録集(2017)他)によって指摘される。埼玉医大における手術が特に立法対応の契機となったのは、1994年に埼玉医大において交通事故で重傷を負った男性の陰茎再建手術に成功したことが国際雑誌に掲載され注目を浴び、これを契機として同病院が男性への身体的変更を希望する性同一性障害者の診療を行うこととなった末、当該患者に性別適合手術を行うことがメディア等で大々的に周知されたためである。

¹⁹ 1998年9月22日。竹田(2008)・前掲注13、101頁。

²⁰ いわゆる性転換手術について適用が問題となるものとして、母体保護法の第34条あるいは第28条(双方ゆえなく生殖を不能にすることを目的として手術等を行う行為を処罰する規定)と刑法の傷害罪の規定が考えられることが言及された。犯罪の成立や手術の正当性については、当質疑の時点では具体的事実関係に基づいて判断すべきとされたが、ここでの政府委員の回答に対し、質問者である石渡議員は、間近に予定されている手術をきっかけに以降性別適合手術を受けるものが増加することを懸念し、法整備の必要性があると発言しており、手術が立法の契機となったことがうかがえる。

²¹ 「何人も、この法律の規定による場合の外、故なく、生殖を不能にすることを目的として手術又はレントゲン照射を行ってはならない」。

²² いわゆる「ブルーボーイ事件」。東京地裁昭和44年2月15日判決判時551号(1969)26-36頁。東京高裁昭和45年11月11日判決。裁判所は「性転向症者(原文ママ)に対する性転換手術は...不可逆的な手術であるというその性格上それはある一定の厳しい前提条件ないし適応基準が設定されていなければならない」とした上で、当該性転換手術の適法性を認めるに当たっての基準(イ)手術前の検査と一定期間の観察、(ロ)家族や生活環境の調査、(ハ)複数の医師による検討と能力のある医師による実施、(ニ)資料の作成・保存、(ホ)患者本人の理解と同意)を示し、この基準を逸脱する場合「性転換手術」は医療行為としての正当性を持ち得ないとした。当該判例は、性別適合手術の医療行為としての正当性を認めるにあたり一定の要件を充足すべきことを示したもののだが、当該事件において同時に麻薬取締法違反が認定されたことから、被告に懲役2年、執行猶予3年、罰金40万円という重い量刑が下されたことが相まって、当該判例が日本における性別違和に対する医療の動きを低迷させたと言われる。土肥いつき「性同一性障害とは何か」ロニー・アレキサンダー他『セクシュアルマイノリティ第三版-同性愛、性同一性障害、インターセックスの当事者が語る人間の多様な性』(明石書店、2012)92-109頁、95頁。

²³ 日本精神神経学会・性同一性障害に関する特別委員会による。初版は平成9年5月28日付「性同一性障害に関する答申と提言」において公表。現行第4版。

に至るまでは、治療が当ガイドラインに沿うか否かが性同一性障害者に対する医療行為の適法性の有無を判断する基準として扱われていく²⁴。

このように適法性の根拠とされた医療指針であるが、当時は医療も性同一性障害に対す治療を「医療」として確立させる段階にあったことに言及せねばならない。病気の発生の原因そのものを治療する根治治療とは異なり、性別適合手術のように、原因に技術的には介入できないが患者の苦痛を軽減する目的で行う救済治療においては、医療技術の利用が便宜的なものではなく、かつ病因に基づくことが示されねばならない。従ってガイドラインの制定にあたっては、裁判所に示された適法基準を踏襲することと合わせ、性別違和の治療の必要性が何らかの疾病に起因するものと特定される必要があったのである。このことから、性別違和を抱く者の負担が性役割を配分する社会編成からくる不利益に起因していることに医療者が自覚的であったにもかかわらず、性別違和はあえて社会的な性役割から切り離して扱われ、性自認は胎生期からの生物学的機序によって形成されるものと仮説立てられた²⁵。また特例法立法時に参照されたガイドライン第1版（1997年）および第2版（2002年）は、現行の第4版のようなアラカルト形式の治療指針ではなく、精神療法、性ホルモン投与治療²⁶、及び性別適合手術を段階的に位置付け²⁷、手術を終えて治療を完遂する形式をとっており、特例法がこの患者像に依拠したことで、先天的な病のために性別違和をきたし、手術を完遂して「もう一方の性」へ埋没するという当時の典型像が構築された。

手術に先導される形で立法を実現した特例法は、この典型的な当事者像を意図的に選択した側面がある。手術が公に周知されたことから、法が身体的性別を変更した者の法的性別の取扱いに速やかに対応する必要が生じ、特例法は当該手術実施から5年の勉強期間を経た後に、議員立法により制定された²⁸。特例法制定当時の主要なジェンダー政策は片面的な女性保護型からよ

²⁴ その後医療の適法性をめぐってガイドラインを参照しているものとして、1998年9月22日の第143回国会、東京高裁平成12年2月9日決定（特例法制定前に、オーストラリアで性別適合手術を受けた申立人が、戸籍法113条に基づき、戸籍上の父母との続柄欄を長男から二女に訂正する許可を申し立てた事例。原審（東京家裁八王子支部）で申立が却下された後抗告、棄却。「抗告人が性転換手術(ママ)を受けたオーストラリアでの治療経過が必ずしも明らかでなく、日本精神神経学会の前記ガイドラインに添った診断、治療が行われたかどうかについても、それを確認できる資料がない」としていることから、当ガイドラインに添った治療が当時有利に働いたことが確認できる（石井（2001）・前掲注10、168頁、判タNo.1057（2001）・前掲注10、215頁）。尚外国で性転換手術を受け、日本の家庭裁判所で性(続柄)の訂正と名の変更を同時に許可された例が存在するとの指摘もあるため、ガイドラインのみが絶対的な判断基準であった訳ではない（澤田省三「『性転換』をめぐる若干の法的課題(下)埼玉医科大学における性転換手術の実施を機縁として」判時1693号(2000)14-20頁、20頁。田中恒朗「平成11年度主要民事判例解説」判タNo.1036(2000)170-172頁、172頁）。

²⁵ 高橋慎一「性同一性障害医療と身体の内在性——ガイドライン・特例法とトランスジェンダリズムの分析から」山本崇記・北村健太郎編『生存学研究センター報告書[3] 不和に就て——医療裁判×性同一性障害/身体×社会』(2008)立命館大学生存学研究センター <http://www.ritsumeiji-arsvi.org/publications/read/ud/147> (2017年8月20日16:30最終確認)。

²⁶ 第二性徴抑制を目的としたものではなく、成人を対象とした性ホルモンの投与。MtFに対するエストロゲン投与、FtMに対するアンドロゲン投与等。肉付きや体毛の変化、既存の生殖機能の停止・縮小などを引き起こす。日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会（2012）・前掲注4、1262頁。

²⁷ 平成14年に公表された第二版では第二段階の治療対象が18歳に引き下げられ、また乳房切除手術が生殖機能に影響を与えないことを理由に性別適合手術から分離され、第二段階の治療と位置づけられた。日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会（2012）・前掲注4、1252頁。

²⁸ 特例法制定に際し、自民党は2000年9月に性同一性障害に関する勉強会を発足、2003年に南野千恵子参議院議員を中心として特例法法案がまとめられ、2003年7月に同法が可決・成立した（竹田（2008）・前掲注13、吉野毅「『多様な身体』が性同一性障害特例法に投げかけるもの」Core Ethics Vol.4（2008）立命館大学大学院先端総合学術研究科383-393頁、384頁）。特例法自体は議院立法であるが、委員会の提案した議案であったため、採決に際しては審査および審議が省略されており、議事録上にはほとんど議論の記録が無い。この時の立法運動の様子は、上川（2007）・前掲注17などに詳しい。

うやくジェンダーフリー型に移行した時期であり²⁹、竹田（2008）は特例法がジェンダーに保守的な議員の賛同を取りつけた理由を、特例法が性同一性障害を「障害化」「病理化」し治療の対象としたこと、またこれにより性同一性障害を男／女という性別二元論を規範とした「正常」な状態からの逸脱として捉え、これを従来型の「もう一方の性」に回収する枠組みを構築し、性別の移行をジェンダーやマイノリティに関する問題と捉えなかったこと、及び特例法が変更後の性の男女の別の明確化を必須としており、外形的にも十分に性別二元論の枠組みに当てはまる者のみを手続の対象としたことに見出す³⁰。特例法の制定当時においては医療・立法において相乗的に手術を受けない当事者の締め出しがなされており、特例法は少なからず意図的に、病により「もう一方の性」への移行を希求し、身体的治療を完遂して当該性への埋没を目指す「性同一性障害者」のみを申立の対象とすることで、従来の男女二元論に立脚して、性別取扱変更を要する当事者をここに回収する構造を内包している³¹。

第2節 特例法の規範性

上述のように、特例法は手術を受ける当事者のみを想定したことから、元の性別生殖能力等が残っていることは相当でないとして4号要件（生殖能力喪失要件）が、また社会上の混乱を回避するために5号要件（外観具備要件）が設定された³²。生殖能力喪失要件は、性別取扱変更後に子が生まれた場合に法的親子関係への混乱を回避できないことから根拠づけられる。し

²⁹ 特例法の制定時期の境界の動きは、竹田（2008）・前掲注13に詳しい。特例法の制定の議論が出たのは90年代末であるが、竹中の分析によれば、当時の男女共同参画等のマジョリティを対象としたジェンダー政策は、女性問題解決・女性の地位向上を目的とし、女性のみを焦点を当てた1990年代以前の片面的な女性保護政策からようやく脱却し、ジェンダーからの解放・ジェンダーフリー政策へと枠組みを転換した時期であったとされる（竹田（2008）・前掲注13、94-105頁）。なお、竹田は公的書類の性別記載を見直す動きがいくつもの地方公共団体で見られることをうけ、男女共同参画社会づくり自体もセクシュアルマイノリティ政策と不可分であるとの指摘もあっていると述べている。竹田は日本において実質的平等・ジェンダーフリーがジェンダー政策の基軸となっていた具体的な例として、1996年に首相の諮問機関である男女共同参画審議会によって答申された「男女共同参画ビジョン」の第一部に「社会的・文化的に形成された性別（ジェンダー）に縛られず」との文が明記されたことや、1997年以降の男女雇用機会均等法改正が、女性の保護を強化しつつも女性のみを焦点を当てた片面的な保護から脱していること、また2002年に女子差別撤廃委員会による定期報告書において間接差別の定義を勧告される等、国際社会の影響を受けたことを挙げている。この時期に性の多様性、特に「トランスジェンダー」概念を立法に持ち出すのは、時期尚早であったと言えよう。竹田は特例法成立前後の民法学者による議論でさえ性別二元論に基盤を置くものが多かったとしている（竹田（2008）が挙げた例として、大島俊之「性転換と法—戸籍訂正問題を中心として—」判例タイムズ No.484(1983) 77-106頁、大村敦志「性転換・同性愛と民法（下）」ジュリスト 1081号(1995) 61-63頁、大島俊之「性同一性障害者と法」判例タイムズ No.1049(2001) 63-74頁、澤田正三「『性転換』をめぐる若干の法的課題(下)—埼玉医大における性転換手術の実施を機縁として—」判例時報 1693号(2000)14-20頁、澤田正三「いわゆる性同一性障害の戸籍訂正について」志学館法学第2号(2001) 65-96頁）。特例法は医療実務から数年の遅れをとって制定されたと言えど、議員立法という性格も手伝って、法案提出後は10日で成立に至っている。この機に法案を可決させるには、他の大多数の議院の賛成を経ており、特例法が本文のような性格を持たざるを得なかったことも、当時としては妥当であったと言える。

³⁰ このため、ジェンダーに関する問題に議員間で著しい意見の差があっても、国内の性同一性障害者（性別適合手術を済ませた者）への一応の対応として、特例法は保守的な議院も含め多数の者の賛同を得たということである。このような特例法の持つ「『性別には男か女かしかなく、かつそれは出生時の外性器の形状によって決まる』という極めて単純」で固定的な性別観念には批判もある。竹田（2008）・前掲注13、98頁。

³¹ 竹田（2008）・前掲注13、土肥（2012）・前掲注22、92-109頁等参照。

³² 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）93-94頁。また東京高裁決定平成17年5月17日家月57巻10号99頁は、「性別の取扱いの変更を認める以上、元の性別の生殖能力等が残っているのは相当でないことから同項4号を、他の性別に係る外性器に近似する外観がないことによって生ずる可能性のある社会生活上の混乱を回避する必要があることから同項5号を、それぞれ要件として定めたものと解される。」とする。

かしながら、特例法が当事者による身体的要件の充足を誘起することにより、本来本人の性別違和の改善に不必要な手術に踏み切る危険性が指摘されてきた。特例法は、性別違和への対処方法として一定の指針を当事者に示した一方、「最後まで」いかない当事者—性別適合手術を行い、特例法により性別取扱を変更するところまでいかない当事者—を周縁においやる可能性もはらんでいる³³。当事者の一部の間にも、そのような手続きに乗らない者を、本気でない者、真に深刻に悩んでいない者として差別化し、そのような者と自己を対比することで自己の性別違和の真摯性を裏づけようとする動きが見られる。精神科医の報告によれば、手術後から性別取扱変更にかかる診断書を作成するまでの期間が短縮化しており、これは特例法の要件充足を目的として手術を受ける者の存在を示唆する³⁴。吉野（2008）は、特例法における法的性別取扱の変更要件が性同一性障害そのものへの見做し要件となり、特例法の要件を全て満たした上で「逆の性」への埋没に成功するいわば「性同一性障害エリート」層を産んだことを取り上げ³⁵、鶴田（2008）は、身体的介入（ホルモン投与）を行う真剣さによって他者との差別化を測る「なんちゃって FtM」言説の登場を指摘する³⁶。身体的な介入を加えた方が良いとする考えが浸透したことは、自身の性別や身体的処分を自身で決定する機会を喪失することにもなり得、安価な外科的介入の斡旋やホルモン剤の私的購入が容易に行われる今、特に孤立しがちな若年者にとって、そのような規範性の持つ問題は深刻である。そもそも特例法の要件が当事者に課す外科的介入は、当事者の意思のみでその諾否が決まるものではなく、当事者の身体的条件によっては手術そのものがない場合があるのであり³⁷、現在の特例法が課す身体的要件は、本来身体的変更を望まない者に無為な手術を動機づけてしまう他³⁸、性別変更可能な範囲、及び手術方式を限定した上での手術の強要により、手術に対する自己決定の範囲を矮小化し、また個人の性を生物学的範疇で処理することから、性別とは何かと言う本質的議論を隠蔽していることも問題として批判される³⁹。特例法が当事者間で規範的な作用を持ってきた一方⁴⁰、性別違和

³³ 杉浦郁子「「ガイドライン」「特例法」批判と「障害の社会モデル」の接合可能性—社会・医療・個人の負担配分の考察へ向けて」石田仁編著『性同一性障害ジェンダー・医療・特例法』書評論叢クエア vol.2 (2009) 150-159 頁、151-152 頁。

³⁴ 織田裕行ほか「特例法と受療行動に関する一考察」GID（性同一性障害）学会第 19 回研究大会、札幌、2017 年 3 月。

³⁵ 吉野（2008）は、医師による診断やそれに伴う恩恵（学校や職場での「正式な」カミングアウト等）を得るための「当事者たちの『認めてもらう』ための、ジェンダー・ステレオタイプにはまった過度なアピール」を取り上げ、特例法を用いて男女に同化した方が利益になると（善意で）考える医療現場が積極的にそれを受け取ることによる相互的なジェンダー規範の固定化の図式を明らかにした。吉野（2008）・前掲注 18、383-393 頁。尚、もちろん当事者の中には自ら積極的に「逆の性」への同一化を望む者も存在するのであり、それを否定するものではない。

³⁶ 鶴田幸恵「「金八」放送以降の知識の広まりは何をもたらしたか—FtM カテゴリー使用の倫理」石田仁ほか『性同一性障害 ジェンダー・医療・特例法』（御茶の水書房、2008）161-182 頁。

³⁷ 例えば、麻酔薬に対するアレルギーや重度の肝障害など。その他周囲の受け入れ状況や十分な休暇の確保等も障害となりうる。ガイドラインには身体的治療に移行するため条件が列挙されている。日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会（2012）・前掲注 4、1259-1260、1266 頁。また吉野（2008）・前掲注 18、385 頁も参照。

³⁸ 吉野（2008）・前掲注 18、383-393 頁。

³⁹ 國分（2004）はさらに、自己決定権と身体の可処分性の観点から、性自認に合わせた自己の性の自己決定は身体処分の自己決定よりも問題なく認められやすい権利だと考えるべきところを、特例法は身体処分をした者についてのみ性の自己決定を認めている点を挙げ、特例法の論理的転倒を指摘している。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 (2004)1-17 頁、14 頁。また島崎（2004）も、性転換手術（ママ）の実施が障害の『治療』として刑法上正当化されるにすぎないように、性同一性障害はとりわけ人権の問題として十分に把握されていないことを指摘している。竹田（2008）・前掲注 13、94-105 頁。

⁴⁰ 特に社会的・経済的自立性や実践経験に乏しく、性の規範を自己の外部に求める傾向のある若年層にとっては、特例法の要件充足を目的化してしまうことの弊害が深刻に出る場合がある。性ホルモンの私的購入や使用、安価な個人診療所での手術（朝日新聞 2013 年 2 月 8 日夕刊「乳房除去手術受け死亡 性同一性障害の個人診療所」）

の緩和に外科的介入が必須ではないことが明らかである以上、身体の処分とリプロダクションの機会の喪失が、法的性別取扱の変更（及び従来指定されていた性別と自身の自認する性が不一致であることに起因する重大な苦痛の回避）と二者択一の状態に置かれる可能性を考慮した場合に、身体的要件が保護する法益及びこれを撤廃することによる他法への影響を十分に精査しないまま、身体的要件を課すことはもはや妥当ではない。上記のように、特に社会学や人権の側面から身体的要件の弊害が指摘される中⁴¹、身体的な要件を具体的に撤廃するための法的検討は、これまであまりなされておらず、十分な研究の蓄積がなかった。そこで、本稿では身体的要件を撤廃した場合に要求される対応及び危惧される問題を、特に親子関係の成立に焦点を当てて、具体的に考察していきたいと思う。

など、専門的な知識を持つ者の監督を十分に得ずに、自己の身体に不可逆な介入を施した事例は少なからず実在する。

⁴¹ 国際的な動向として、国連人権理事会における報告 (United Nations, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53 (1, February 2013), available from undocs.org/A/HRC/22/53.) 78 段が生殖能力喪失要件を問題としており、また UN Woman, WHO らが共同声明「強要・強制された、あるいは不本意な断種の排除 (Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization)」を出したことから、日本国内でも身体的要件に対する対応はいずれ求められることになると考えられる。

第2章 身体的要件の撤廃に照らして一他法との調整

性別取扱変更の要件は各々連動するものであるが、上述の特例法の規範性に照らして、もっとも撤廃の危急性が高く、かつ撤廃した場合に他法への影響が大きいのが、第四号と五号の身体的要件である。以下では、まず登録上の性と生殖能力の齟齬によってもっとも直接的に影響を受ける親族法につき、現行親族法と特例法をいかに調整していくかを検討した後に、その他の法分野において身体的要件の撤廃の影響を受ける規定を洗い出した上で、いかなる種類の問題が生じ得るのかを具体的に把握していくことにする。

第1節 親族法上の問題

日本国内において子を懐胎・出産した者は母とされ⁴²、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。生殖能力喪失要件は性別取扱変更後の生殖を不可能としたことで、法的男性の出産や、法的女性が他者を懐胎させることを防ぎ、法的親子関係の成立上の混乱を回避したものと考えられる。しかしながら、性別の取扱を男性から女性に変更した者（以下「MtF⁴³」とする。）に関しては、まず第2号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、子との親子関係がいかに確定するのかわという問題がある⁴⁴。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、分娩の事実によって既に母のいる子を登録上女性であるMtFが認知できるのか否かも問題である。ここでMtFと子の間に親子関係が成立する場合、その親子関係が母子関係になるのか、父子関係になるのか、さらに親子関係が確定したとして、認知による親子関係の遡及効により第3号子なし要件に基づいて性別取扱変更が無効となるのか⁴⁵。これらの問題は現行法においても未解決のままであり、さらに医療技術の発達による配偶子の保存の可能性も相まって、法的親子関係にもたらされる混乱の回避という生殖能力喪失要件の目的は、現状既に完遂されているとは言い難い。

生殖能力喪失要件を廃し、性別取扱変更後に自己の生殖能力を用いて子をもうけた際に考えられる問題としては、1) 親子関係成立の基準をいかに考えるか、また2) 成立した親子関係

⁴² 民法779条に、嫡出でない子はその父又は母が認知できるとあることから、非嫡出母子関係は母の認知を待つように読めるが、自然血縁上の母子関係の存在が解体・分娩という事実で明確にできることから、判例においては認知を待つまでもなく母子関係の確認が可能であるされており（最高裁昭和37年4月27日判決 民集16巻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。

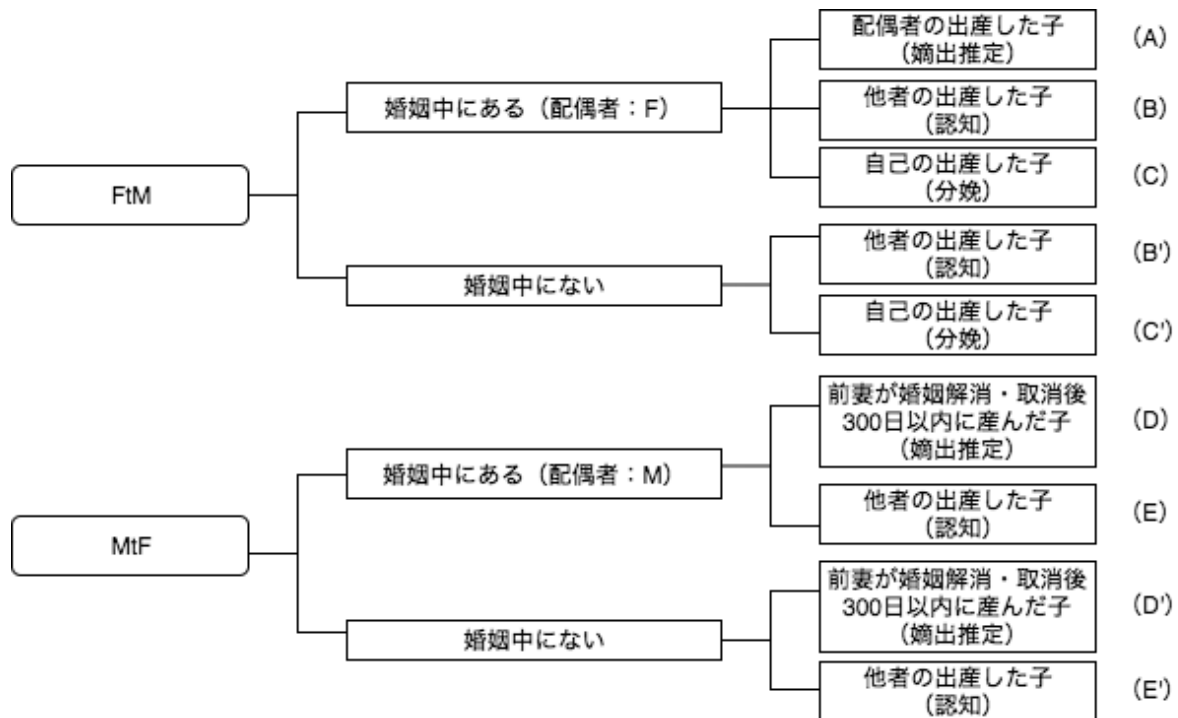
⁴³ Male to Female の略。なおこのような表記は男/女二元的でない性別を自認する者を議論の埒外に置くことになるが、法的性別が原則男/女のどちらかに限られることに鑑みて、ここでのMtFの表記は「法的取扱の変更」を男性から女性へ変更することを望む者を指すものとする。なお、女性から男性へ性別取扱を変更する者の表記はFtM（Female to Maleの略）とする。

⁴⁴ 後述の認知の場合は、その性別取扱変更時に当該MtFが子なし要件を満たしていなかったものとされ、性別取扱変更が無効となる可能性が示唆されるが（棚村政行「性同一性障害をめぐる法的現状と課題」ジュリストNo.1364（2008）2-8頁、6-7頁）、性別取扱変更後に出生した子に対し、離婚後300日以内に生まれたことによる嫡出推定が及ぶ場合は、当該MtFは性別取扱変更時には子なし要件を満たしていたと解釈され、この場合の性別取扱変更の有効性ならびに子との間に成立する親子関係については現状何ら言及がない。

⁴⁵ 棚村・前掲注44、6-7頁。子を認知した場合に性別取扱変更が無効になるとすれば認知を忌避することも考えられ、親子関係の成立の如何が曖昧であることは、子の立場からも問題視されねばならない。

を父・母のどちらとするのか、の2点が挙げられる。まず、親となる者の性別を問わず、現行の親子関係の成立基準に基づいた場合に、いかなる親子関係の出現が考え得るかを以下に挙げる⁴⁶。なお法が、戸籍の追完制度などを除いて男女二分の構造に立脚していることから、本稿では男／女に言及するにとどまっていることを申し置きしておかねばならない。また、図1では第2号非婚要件が維持された場合を想定しており、現状同性間での婚姻が認められないことから、婚姻中にある場合とは、FtM の場合は女性 (F) の配偶者がいること、MtF の場合は男性 (M) の配偶者がいることを指す。

【図2】 身体的要件を撤廃した場合に出現し得る実親子関係



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

親子関係の成立においては子と親の血縁関係の有無は問われず、民法は血縁に基づかない親子関係の存在を認めており、嫡出推定 (772 条)、嫡出の承認後の否認権の喪失 (776 条)、嫡出否認訴訟の出訴期間の限定 (777 条)、成年の子の認知における本人の同意 (782 条)、胎児や死亡した子の認知における母や子本人の承諾 (783 条)、認知の取り消しの禁止 (785 条) などは法律上の実親子関係と血縁上の親子関係の齟齬を認め、戸籍の記載の訂正を制限する⁴⁷。近

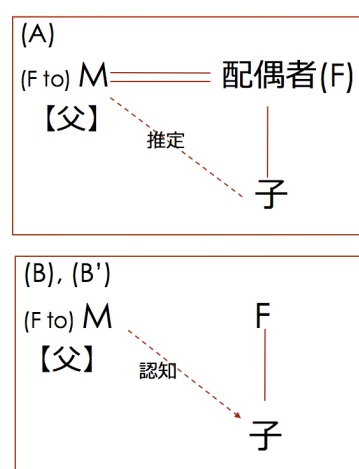
⁴⁶ 以下の表に記した類型の他に卵子の提供を行うことも考えられるが、本稿では割愛し、生殖補助医療の議論に譲る。

⁴⁷ 石井美智子「実親子関係法の再検討—近年の最高裁判決を通して—」法律論叢(2009)31-51頁、45頁。もっとも石井は、これらの条文を、あくまで戸籍上の記載を、血縁上の親子関係に反しても法律上の実親子関係に基づいて記載すべきと認めたものであり、藁の上の養子を実子として記載するなど、法律上の実親子関係が成立する要件にも反する戸籍上の記載を認めるものではないとして、最高裁判決平成18年7月7日民集60巻6号2307頁及び最高裁判決平成18年7月7日民集59巻1号98頁を批判する文脈でこれらの条文を挙げている。

年の判例においては、嫡出推定制度の意義は夫婦関係の秘事の暴露を防ぐとともに、父子関係を早期に安定させることにあり⁴⁸、必ずしも血縁を明確にするものではないことが確認された。嫡出推定制度は嫡出否認権の不行使を夫に認めることで親子関係の存否に夫の意思の介在を認めており、出訴権者、出訴期間また否認権行使の方法を限定することで子の法的地位の安定を図る⁴⁹。また認知による父子関係は血縁の不存在により覆され得るが⁵⁰、認知無効の訴え、親子確認不存在確認の訴えにより争う者がいない限り父の意思によりなされた父子関係が維持されることから、民法は血縁の有無に関わらずに成立した父子関係を一定程度保護している⁵¹。また分娩による母子関係については、代理懐胎のために分娩した者と血縁上の母が異なる場合にも、実親子関係を定める基準が一義的かつ明確でなければならないという要請から、分娩した者が母となる⁵²。

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

性別の取扱い変更後は、別段の定めがない限り変更後の性別で扱われることから、(A)、(B)、(B')の事例では FtM は男性として扱われ、現行の親子関係の成立基準に基づいて子と父子関係を持つものと考えられる。特例法に基づいて性別を女性から男性に変更した者が、AID（非配偶者間人工生殖）を用いて妻との間に子をもうけ、その子を実子として届出た場合、当該 FtM 夫と子の間には嫡出推定による実親子関係が認められる⁵³。認知の場合も同様に、認知をした FtM は他の男性と差異なく父子関係を形成するものと考えられ、従って (A)、(B)、(B') の例では、父子間に血縁の不存在が明確であっても、嫡出推定及び認知の枠組みが適用されると解される。



【図3】(A), (B), (B')

生殖能力を保持したままの性別変更が可能となった場合、問題となるのは (C) (C') 及び (D) (D')、(E) (E') の例である。(C) (C') に関し、分娩の事実による親子関係の成立は子に少なくとも一人の法的親を確保する意味で重要であり、これを否定することは妥当でない。分娩の事実に基づいて生じるのは「母子関係」であり、親としての権利義務においては父/母の登録の別により差異は生じないものの、分娩の事実に基づいて確認・否定される母子関係と、嫡出推定の排除の可否や、認知の場合は血縁の有無によって否定される父子関係とでは枠組みを異にするため⁵⁴、

⁴⁸ 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

⁴⁹ 二宮周平「性別の取扱いを変更した人の婚姻と嫡出推定」立命館法学 345・346 号(2012) 576-610 頁、585-587 頁

⁵⁰ 最高裁判決平成 26 年 1 月 14 日民集 68 卷 1 号 1 頁、最高裁判決平成 26 年 3 月 28 日集民第 246 号 117 頁、最高裁判決昭和 53 年 4 月 14 日家月 30 卷 10 号 26 頁。

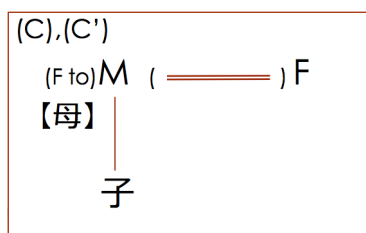
⁵¹ 二宮 (2012)・前掲注 49、585-587 頁。嫡出推定と認知とで親子関係の否定の扱いの違いは、婚姻の効果に重点をおきこれを尊重する意味を有するが、父子関係の安定という側面 で捉えれば、一方のみを血縁を基準として覆せるとすることは整合性に疑問が残るとされる。

⁵² 最高裁決定平成 19 年 3 月 23 日民集 61 卷 2 号 619 頁。

⁵³ 最高裁決定平成 25 年 12 月 10 日民集 67 卷 9 号 1847 頁。

⁵⁴ 父・母により扱いが異なる具体的な例として、民法は母子・父子関係ともに認知を予定していたが、母子関係は分娩の事実により当然に発生し、認知は不要であるとされたことを受け（最高裁判決昭和 37 年 4 月 27 日民集

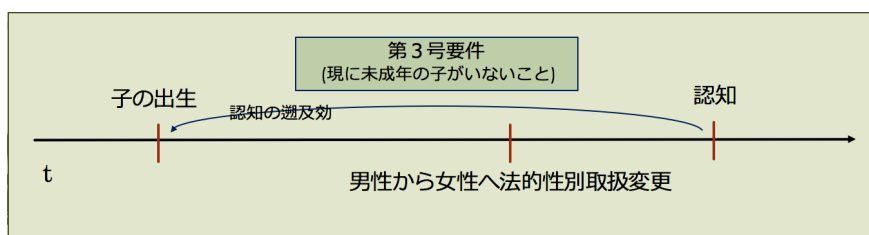
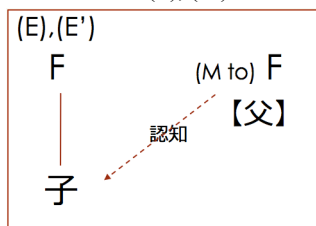
【図4】(C), (C')



(C) (C')における FtM と子の関係は当面母子関係となることが考えられる。しかしながら、(C) の場合では FtM の配偶者と子の関係がいかにか確定するのか、(C') の場合では FtM に女性パートナーがいた場合に当該パートナーと子との関係の形成を視野に入れるかという問題があり、また FtM に男性パートナーがいた場合に当該パートナーは子を認知することができるが、FtM (男・母) とパートナー男性 (男・父) が婚姻できないという

難点がある。もっとも、分娩の事実によるなら母、嫡出推定によるなら父、という枠組みを性別中立的に維持するのであれば、(C) の例では、配偶者と子の関係を父子関係の枠組みで処理することも考えられなくはないが、女性配偶者と子に推定による父子関係を認めることは、「特例法3条1項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は…男性とみなされるため…当該子は当該夫の子と推定される」とした判例と矛盾するほか⁵⁵、性別の取扱いを自ら変更したわけではない配偶者にまで性別取扱変更による父/母、男/女の齟齬を及ぼすことには議論の余地があると言えよう。従って、出産した FtM の女性配偶者では、推定による親子関係は生じないものと解される⁵⁶。生殖能力を有したままの FtM が婚姻を解消した場合に、100 日間の再婚禁止期間が適用されるべきかという問題については、同性間での婚姻が可能とならない以上、FtM の配偶者は常に女性であり、この女性配偶者が嫡出推定の対象とならないことから、適用の必要はない。また第 779 条は母による認知を認めるが、分娩による母が既に確定しているため、配偶者が子と実母子関係を持つには、子が母を 2 人持つことを認める必要が生じる。

【図5】(E), (E')



同様に(E) (E') に関しても、既に分娩の事実による母が確定していることから、2人の母が認められない限り、MtF は子と実母子関係を持つことができない。このことをもって子と MtF の間に親子関係が結べないとするのは、子がもう一人の親を確保できないという意味でも妥当でないため、MtF と子との間に父子関係の成立を認めることが考えられる。その子が当該 MtF の精子に

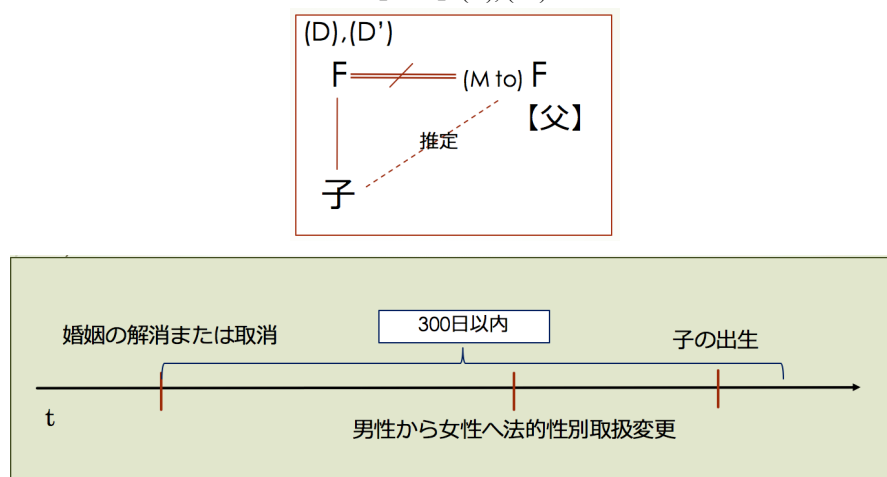
16 卷 7 号 1247 頁)、母子関係存在確認の訴えであれば、787 条但書の適用がなされず、検察官を相手方とし、母の死後何年経ていようとこれを行うことができること等が挙げられる(高橋朋子・床谷文雄・棚村政行(2014)・前掲注 42、147 頁)。分娩=母子関係、認知・推定=父子関係とした方が現状では判例法理に沿い、後に子から認知の訴えをする場合を考えても妥当に機能するものとする。

⁵⁵ 上述最高裁決定平成 25 年 12 月 10 日民集 67 卷 9 号 1847 頁。

⁵⁶ ここでは主に実親子関係にのみ触れたが、もっとも当該配偶者と子の関係を普通養子縁組により形成すれば、実母子関係も断絶しないため、子が母を 2 人持つことが可能である。なお日本法においては、代理出産などの理由で母性を他者に譲る手続きは想定されていない。

よって懐胎している場合で、その精子の使用がドナーとしての精子提供によるものでない場合は、MtF に認知の意思がある場合に親子関係の形成が認められることはもとより、子からの認知請求も認められるべきである⁵⁷。MtF が自己と血縁関係のない子の認知を行なった場合であっても、親子関係の成立においては血縁を問うものではないため、親子関係が認められると解されるが、性別取扱変更以前は男性であったことを以って、女性でありながら任意に「父子関係」を形成できるとすれば、登録上の「女性」に「生来女性」と「性別取扱変更による女性」という下位カテゴリーを創設する事になりかねない⁵⁸。全ての法的女性に認知による「父子関係」の創設を解放することは、子が2人の女性親を持つことに対する議論が成熟していない以上、現状妥当ではない。従って MtF による子の認知に関しては、子が2名の親を持つことをおおよそ期待し得る構造を確保するという視点から、限定的な場合に行えるとするのが適当であろう⁵⁹。

【図6】(D), (D')



(D) (D') に関して、男性としての前婚解消／取消後に性別の取扱を変更し、女性となってから男性と婚姻をする場合、当該 MtF は女性として扱われ、再婚禁止期間等の適用を受けるが⁶⁰、嫡出推定に関しては現状懐胎の時期により推定を受けるのだから⁶¹、例えば子の出産の時期に女性であったとしても、婚姻の解消・取消後300日以内に子が生まれ、その子の懐胎が推定される時期に当該子の母の夫であったならば、推定を受けるとするのが妥当である。推定により成立するのは父子関係のみであり⁶²、従ってこの場合の MtF と子の親子関係も父子関係となるものと考えられる。

⁵⁷ MtF と子間に成立するのが「父子関係」となれば、MtF が子を認知することを躊躇する場合が考えられるため、MtF が性別取扱を変更して登録上女性となった後であっても、子からの認知請求を認める事は不可欠である。

⁵⁸ 認知自体は、女性がした場合も男性がした場合と性質を異にする訳ではない。藤田八郎「「母の認知」に関する最高裁判所の判決について」駒澤大學法學部研究紀要 24(1966) 12-22 頁、18 頁。

⁵⁹ 出産した FtM に男性パートナーがいる場合と同様に、出産した女性と MtF が2人の間に子をもうけ、母及び父となった場合であっても、当該2人が婚姻を望む場合は、2人が女性同士となるために婚姻関係には入れないという問題がある。この点に関しては、婚姻制度に関する議論にて言及されねばならない。

⁶⁰ 女は前婚の解消又は取消の日から起算して100日を経過した後でなければ、再婚をすることができない(733条)。もっとも、前婚の解消又は取消の時に懐胎していなかったことを示せることから、女性として本規定の適用を受けても、再婚を禁止されることはない。

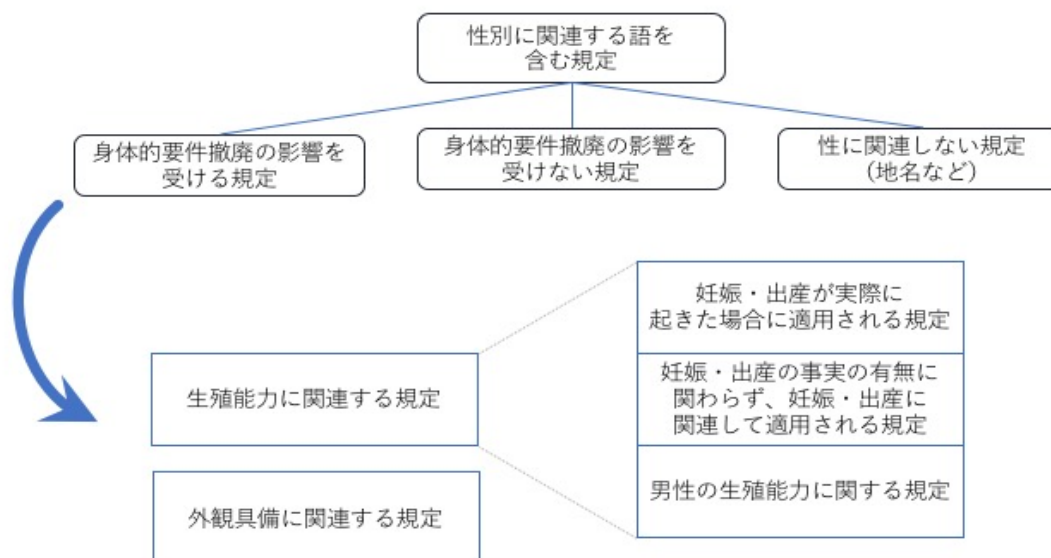
⁶¹ 分娩時の婚姻関係により親子関係を確定とする民法改正案があり、この場合 MtF は父子関係の推定を受けない。二宮周平「日本の立法と課題」『新・アジア家族法三国会議第6回会議』抄録集、2016年11月、台北、101-105 頁、102 頁。

⁶² 第772条自体は「夫の子と推定する」としており、MtF が子の母の夫であったならば(かつ非婚要件を維持するのであれば、子の出産が婚姻解消後300日以内であれば)、父・母の別に関わらず親子関係が確定するもの

第2節 その他の法令に内在する性別

以上、身体的要件を撤廃した場合に、法的性別と生殖能力が一致しないことにより直接的に影響を受ける親族法についての考察を行った。親族法以外の領域においても、女性ないし男性という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。本項においては、性に関連する文言を用いた法令その他をスクリーニングし分類することによって、親族法以外のいかなる領域に、いかなる類型の要件撤廃の影響が及び得るのか、これを概観することを目的とする。総務省の法令検索データベースにおいて性に関連する文言⁶³を検索し、これらの語を含む規定を抽出すると⁶⁴、大まかに労働・雇用、社会保障、設備・施設処遇、戸籍等民事登録・身分、税、医療、刑事規定及び被害認定のほか、男女平等関連分野において性別に関連する規定が用いられていることがわかる。これらにつきさらに検討を加え、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選別した。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と、(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、さらに (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と分類できる。

【図7】性に関連する語を含む規定の分類



とも考え得るが、第773条は「前条の規定によりその子の父を定めることができない時」と言及するように、他法は同条推定により確定するのは「父子」関係のみであることを前提としており、同条により確定できるのも父子関係のみと解するのが妥当である。

⁶³ e-Gov 法令検索に提供される、憲法・法律・政令・勅令・府令・省令・規則において、これらの語を横断的に検索し、分類を行った。性に関連する法令その他の外観を掴むにあたっては、「女」「男」「夫」「妻」「婦」「婚姻」「セクシュアル」「異性」「父」「母」「配偶者」「性別」の語を用いて検索を行った。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)

⁶⁴ 単に地名や商品名その他の固有名詞等に検索語が含まれるような規定を除外した。

身体的要件を撤廃した場合に新たに問題となるのは、上述の (C) (C') (FtM が自ら出産し、子と母子関係を形成した場合。(C) においては、FtM に女性配偶者がいる場合) と、(E) (E') (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) であることから⁶⁵、(C) 及び (C') においては、出産・妊娠及びこれに関連する身体機能と「女」の語が結びついているもの、また FtM の配偶者が異性である女性 (妻) となることから、(C) に関しては子を産んだ「母」の配偶者を男性 (夫) と特定しているもの、また (E) (E') に関しては、認知をする者を男性と特定しているものが問題となることを念頭に置きつつ、次にこれらの規定を分析していきたい⁶⁶。なお、本稿では検索された全ての規定を羅列することはせず、代表的なもののみを紹介していくため、検索された条文に関しては、本稿末尾の資料を参考にされたい。

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

(a) 妊娠・出産が実際に起きた場合に適用される規定

i. 文言上そのまま適用できるもの

<妊娠・出産自体に関連する規定>

規定がその性を問わず、妊娠・出産のみを述べるものであれば、法的に男性である者が妊娠・出産する場合 ((C) , (C')) であっても、これに規定を適用することにさほど問題はないだろう。また上述の提案に従って、法的性別に関わらず出産した者を母とするとすれば、妊娠・出産する者を「母」と記述する規定も、(C) , (C') の場合に適用して差し支えない。このような規定の内主だったものを示せば、例えば憲法改正手続法第 60 条における妊娠を理由とした期日前投票や、公職選挙法第 48 条の類似規定などは単に理由を妊娠とするために、文言としてはその者の性を問っていない。裁判員の辞退の申立理由や⁶⁷、生活保護法の出産扶助規定⁶⁸等もこの部類に当たる。出産を金銭給付によって補助する制度として、国民健康保険法及び健康保険法等における出産育児一時金の支給においても、出産者は文言上女性に特定されていない⁶⁹。また健康保険法においては被保険者の扶養者が出産する場合に支出されるとされる家族出産一時金も用意されているが、被扶養者の定義における「配偶者」もここにおいて男性 (夫) に特定される訳ではなく、さらにここでいう配偶者は、届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む⁷⁰。FtM の妻であり、配偶者であっても出生した子と親子関係の推定を受けない

⁶⁵ (D) (D') に関しては、子の懐胎が推定される時点で MtF が男性であったことに基づいて父子関係の推定が及ぶことに照らせば従来の嫡出推定による父子関係形成と変わらず扱えるため、ここでの検討の対象としなかった。

⁶⁶ (C) (C')、(E) (E') の場合に生じ得る問題に特化して考察を行うため、以降の分析においては検索対象の語を「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」の双方を含むものに限った。

⁶⁷ 裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第十六条第八号に規定するやむを得ない事由を定める政令 第 1 条一号。裁判員を辞退する理由の一つとして、妊娠中または出産の日から 8 週間を経過しないことがあげられる。

⁶⁸ 生活保護法第 11 条、16 条、35 条。

⁶⁹ 医療機関に直接支払われるか、あるいは医療機関を受診後に受給を申請するため、これらの支払いを受けられる者に対して、性別を理由として当該受給に関する情報提供がなされない、ということもないものと考えられる。また全国健康保険協会が指定する申請書式においても、「出産した者」「被保険者」「母」の語が用いられる。全国健康保険協会「子どもが生まれたとき」 <https://www.kyoukaikenpo.or.jp/g3/cat315/sb3080/r145> (2017 年 9 月 19 日 21:14 最終確認)。

⁷⁰ 健康保険法第 3 条 7 項。

という特殊な立場にあっても、本法で言う被扶養者（配偶者）から除外されると考えるべきではないだろう。同様の規定として、各種共済組合関連の法においても、組合員に産があつた場合あるいはその被扶養者に産があつた場合に付加的に支給される産費及び家族産費に関し、法令上の文言は産者の性別を特定せず、また被扶養者に含まれる配偶者の定義も上記と類似のものとなっている⁷¹。産のために就業できなかった期間に給与の支払いを受けられなかった場合、さらに産手当金が支給されるが、これについても(C)、(C')の場合の産に際して同様に支給されるべきである⁷²。細かいもので言えば、贈与税の非課税に関する規定⁷³や、在外公務員の住居手当にかかる特別措置⁷⁴においても使われる語句は単に妊娠・産であり、手続的な規定を見れば、戸籍の記載事項⁷⁵や出生証明書の様式⁷⁶、死産届出・証書⁷⁷においても、産者を単に母と形容しており、産や妊娠の語の使用に際しても特に女性であるか否かに言及はない。また不妊手術及び人工中絶に関する事項を定める母体保護法は、女子に対する受胎調整の実地指導を定める規定（第15条）を除いては、妊娠または分娩をする者を母、あるいは本人と形容し、また同意等を行う配偶者も単に配偶者としており、これには届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にあるものを含むとすることから⁷⁸、(C)、(C')の場合で不妊手術や人工中絶を行う場合も、本法の適用を受けると考え得る。その他、国家公務員災害補償法と地方公務員災害補償法に規定される産前・産後休業⁷⁹、地方公務員法において実施されるべき旨が規定される共済制度における産に対する給付⁸⁰等に関しては、これらを取得ないし請求する者を単に職員としている。妊娠等を理由として退職した者の再雇用について定める育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律、また子どもの保護者の妊娠・産に配慮する子ども・子育て支援法及びその下位法においても、妊娠・産者は特に女性と特定されていない。労働関係でこれと同様の産・育児に関連する諸制度に関する考察は、次項iiでさらに詳しく扱う。

文言自体は妊娠・産と女性を関連づけておらずとも、例えば献血者等の保護を行うにあたり、妊娠している者から採血してはならないとする採血者の義務を定める規定においては、健康診断あるいは本人の申し出により、妊娠の有無を確認する必要があるとされる⁸¹。あるいは道路交通法において座席ベルトの着用が免除される理由として、妊娠中であつて療養上・健康保

⁷¹ 国民公務員共済組合法、私立学校教職員共済法、地方公務員共済組合法、船員保険法（当該法では家族産育児一時金）他これらを引用する法令。これらの法においても、「配偶者」には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含むものとされる（国家公務員法第2条4項、私立学校教職員共済法第25条、地方公務員共済組合法第2条4項、船員保険法第2条9項）。

⁷² 全国健康保険協会「産で会社を休んだとき」 <https://www.kyoukaikenpo.or.jp/g3/cat315/sb3090/r148>（2017年9月19日21:31最終確認）。掲載される申請書式も上記と同様に文言上の齟齬は見られなかった。同様の産手当金規定は、国民公務員共済組合法、私立学校教職員共済法、地方公務員共済組合法、船員保険法にも存する。

⁷³ 直系尊属から妊娠、産、育児等に要する費用として贈与を受けたもの（結婚・子育て資金）に関する規定。租税特別措置法第70条の2の3、租税特別措置法施行令第40条の4の4。

⁷⁴ 妊娠等により配偶者の移動が困難であり、在勤地への帰着又は新在勤地への移動が不可能な場合などについて定める。在外公館に勤務する外務公務員の給与に関する法律第12条第2項、住居手当の支給に関する規則第8条2項四号、第8条の4。

⁷⁵ 戸籍法第49条。

⁷⁶ 出生証明書の様式等を定める省令第1条。

⁷⁷ 死産届出書、死産証書及び死胎検案書に関する省令第1条、2条。

⁷⁸ 母体保護法第3条。

⁷⁹ 国家公務員災害補償法第4条3項、地方公務員災害補償法第2条6項。

⁸⁰ 地方公務員法第43条。

⁸¹ 安全な血液製剤の安定供給の確保等に関する法律第24条、同法施行規則第14条、別表第二。

持上適当でない場合が挙げられるが⁸²、これらの適用を受けるに際しては、妊娠者自らが自身の妊娠状態を説明する必要があることに留意したい。

<生殖能力と法的性別に齟齬がある者の配偶者及びパートナーに関連する規定>

上記に記した家族出産育児一時金のほか、健康保険法、船員保険法及び各種共済組合法には、家族療養費、家族訪問看護療養費、家族移送費、家族埋葬料等といった被保険者の被扶養者を対象とする給付があるが⁸³、これらの支給対象となる被扶養者たる配偶者には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者が含まれる。家族出産一時金に関し、FtMの女性配偶者においては、夫の生んだ子との間に推定様の制度により直ちに親子関係が成立する訳ではないという特殊な立場にあってもこの適用を受け得べきことは、上記で確認した通りである。またこれらの支給に関連し、性別取扱変更者とその変更後の性に対して異性であるパートナーが被扶養者たる配偶者に該当する場合、当該支給の対象者となることは、性別取扱変更後にその変更後の性において異性である者との婚姻が認められることから、異論はない。問題は、性別取扱変更者に同性のパートナーがいた場合である。性別取扱変更者が生殖能力を温存した場合、同性のパートナーとの間であれば、何ら第三者の介入がない状態で二人の間に子をもうけることができるのであり、子に対し親としての責任を取るべき者がこの2名で完結することに鑑みれば、特に子があり、子が当該同性パートナーと生計を共にしている場合は、これらの社会保障を受けられることが妥当と言える。同性パートナーを、パートナー関係に基づいて直ちに配偶者関係として扱うことは、同性間での婚姻が認められない内は困難であるとの言もある一方、同性間の関係そのものに着目した場合であっても、近親婚に当たり婚姻できない関係を内縁保護法理により保護した判例や⁸⁴、同性カップルが社会的に認知され始めていることを挙げ、こうした社会保障制度における内縁保護法理を同性間にも適用可能とする説もある⁸⁵。詳細な検討は同性間の関係への婚姻適用の議論に譲るが、子を当該2名が同一生計の元養育しているような場合には、特別な配慮を要すると解すべき余地があることを付言しておきたい。国民健康保険のみならず、職域保険においても、保険者は各種共済組合や全国健康保険協会、あるいは各健康保険組合であるため、企業の裁量には限界があるが⁸⁶、一方で、企業がその裁量のみで規定する育児休暇その他の企業内手当等の各種制度に関しては、実際に同性間のカップルの一方に、配偶者としてその適用を可能としている企業が既に存在することも示しておきたい⁸⁷。

⁸² 道路交通法第71条の3、同法施行令第23条の3の2。

⁸³ 本澤巳代子・新田秀樹編著『トピック社会保障法 2015 第9版』（信山社、2015）168頁。他にも、同様の配偶者の定義を用いる者として、厚生年金保険法、労働者災害補償保険法、育児介護休業法等（二宮周平「同性パートナーの公的承認」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、21頁）。

⁸⁴ 叔父と姪の内縁関係が、叔父と先妻の子を養育する目的で形成され、当初から反社会的な側面を有すものではなく、社会的な承認も得られ、約42年間に渡り円満かつ安定的に継続したことに照らして、遺族の生活の安定と風刺の向上に寄与すべき厚生年金保険法の目的に鑑みて、遺族年金の受給権を認めた。最高裁平成19年3月8日判決民集61巻2号518頁。二宮（2017）・前掲注83、22頁。

⁸⁵ 二宮（2017）・前掲注83、22-24頁。

⁸⁶ 村木・五十嵐（2017）・前掲注8、165頁、健康保険組合連合会ホームページ <http://www.kenporen.com/>（2017年9月25日2:28最終確認）。

⁸⁷ 資生堂、ソフトバンク、日本IBM、パナソニック、ソニーなど。毎日新聞2017年1月10日21時24分（最終更新1月10日21時24分）<https://mainichi.jp/articles/20170111/k00/00m/020/072000c>（2017年9月25日2:45最終確認）。

育児休業に関しては、その性別を問わずに、取得者自ら申し出ることによって取得することができる⁸⁸。育児休業は原則 1 歳に満たない子を養育するために取得する休業だが、当該子の範囲は、法律上の親子関係がある者（実子・養子の双方）の他、特別養子縁組のための試験養育期間中にある子や養子縁組里親に委託されている子⁸⁹を含むものとされる⁹⁰。上述の提案に従えば、子を出産した FtM の配偶者と子の間には嫡出推定様の規定により実親子関係が成立するものではないため、当該配偶者と子は、育児休業制度の利用にあたっては、養子縁組等をしている必要がある⁹¹。なお配偶者の語においては、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む旨の定義がなされているため⁹²、配偶者が育児休業を取得していれば休業を延長できる、所謂パパ・ママ育休プラス⁹³等の「配偶者」関連の規定に関しては、内縁保護法理の適用を受けるものと解される⁹⁴。性別取扱変更者に同性のパートナーがおり、子を共に養育しようとする場合は、出産した FtM 男性を母とし、子を認知した MtF を父とするのであれば、子を養育する 2 名は法的には父母となるが、パートナー同士を見た場合には同性同士であり、子を養育する者として各種育児関連の制度を利用する資格を有しながら、この 2 名が婚姻できないことを以って、配偶者関連規定の適用を受けられないとすることは制度運用上妥当でないためである。その他、育児のための時間外労働の制限や、深夜業の免除⁹⁵、育児のための労働勤務時間の短縮等の措置等の制度⁹⁶においても、取得の対象は子を養育する者であり、子を養育している配偶者の扱いも育児休業の場合と同様とされるべきだろう。また公務員の特別休暇として、人事院規則一五・一四は妻の出産に伴い必要と認められる休暇⁹⁷、また配偶者関連の規定として、妻の産前産後期間中、また子が小学校就学の始期に達するまで育児に関わるための休暇⁹⁸の取得が認められており、また裁判員の辞退理由の一つとして、妻の出産に伴う入院等に付き添う必要がある場合が挙げら

⁸⁸ 育児介護休業法 5 条 1 項。浅倉むつ子ほか『労働法』（有斐閣、2015）274 頁。

⁸⁹ 養子縁組里親として委託することが適当と認められているにも関わらず、実親等が反対したことにより養育里親として委託されている子も含むとされる。

⁹⁰ 厚生労働省「育児・介護休業法について」

<http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000130583.html>（2017 年 9 月 25 日 3:34 最終確認）。

⁹¹ なお本稿で扱うような事例において行われるべきは、普通養子縁組である。FtM が母となった場合、この実母子関係を断絶せずに FtM の配偶者と子の養親子関係を形成できるためである。また民法 817 条の 3 で特別養子縁組をする者を配偶者にある者に限られているため、パートナーが同性間になる場合に現状特別養子縁組はできない。なお MtF が子と「母子」関係を形成したい場合は養子縁組を行うことが考えられるが、この場合も、子から認知請求の可能性を確保しておくために、MtF に関しては特例法に認知に関する条項をおこななければならない。

⁹² 育児介護休業法第 2 条 1 項四号。

⁹³ 育児介護休業法第 9 条の 2。

⁹⁴ 育児休業取得後は、賃金の 40%相当額を支給する育児休業給付金（雇用保険法第 61 条の 4）や、育児休業中の健康保険と年金保険の本人負担分及び事業主負担分の保険料の免除（健康保険法第 159 条、厚生年金法第 81 条の 2）といった他の育児休業関連の規定に関しても、通常通り適用を受ける。

⁹⁵ 育児介護休業法 第 17, 18, 19 条。小学校就学前の子を養育している労働者を対象とし、いずれも労働者の請求により取得する。

⁹⁶ 3 歳未満の子を養育する労働者が請求した場合に、事業主には、所定労働時間の短縮（育児介護 23 条 1 条、育児介護規則 35 条 1 項）、所定外労働の免除（16 条の 2）が義務付けられる。他に、小学校就学前の子を養育する労働者が請求した場合は、フレックスタイム制度、時差出勤制度、託児施設等の便宜供与、育児休業に準ずる制度のいずれかの措置を講ずる努力義務が事業主にはあり（育児介護休業法第 24 条）、また事業主は、労働者の配置を変更する際も、育児が困難にならないよう配慮しなければならない（同第 26 条）。浅倉ほか（2015）・前掲注 88、272-383 頁。

⁹⁷ 人事院規則一五・一四第 22 条 1 項九号。配偶者出産休暇。2 日間の範囲内で取得。厚生労働省審議資料「公務員の特別休暇（夫・父親のための休暇）」<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2008/03/dl/s0311-7d.pdf>（2017 年 9 月 25 日 6:13 最終確認）。同様の規定として、自衛隊法施行規則第 49 条 1 項九号。

⁹⁸ 同十号。男性職員の育児参加のための休暇。5 日間の範囲内で取得。自衛隊法施行規則第 49 条 1 項九の二号。

れる⁹⁹。これらすべての条文は明確に出産者を「妻」とするが、これらの規定における妻も、事実上婚姻関係にある者を含むとしており、これらの規定の適用に関しても、同様に適用を受けるべきであろう。

一方、例えば女性労働者が、自身が出産していないにも関わらず、配偶者の出産を理由に育児休業を取得しようとした場合に、これらの制度の利用を妨げるような言動がある場合が考えられる。事業者には、育児休業その他の育児にかかる制度の利用を申出たことや、これらを取得したことを理由として、労働者に対して解雇や契約の更新拒否・減給、降格等を含む不利益な扱いをしてはならないことはもちろん¹⁰⁰、これらの制度の利用を妨げるような言動や、これらの利用・取得を理由として職場環境を害するといったハラスメントを防止する措置を講ずることが義務付けられている¹⁰¹。ハラスメントの防止という加害性の予見可能性が問われる場面において、生殖能力と性別の齟齬はどのように扱われるべきか。ハラスメントに関しては、(b)にて後述する。

ii. 語句に齟齬が出る可能性があるもの

<労働関係>

語句に齟齬が出る規定類の典型として、妊娠・出産する者を女性と限定したものが挙げられる。妊娠した者が法的に男性であれば、文理的に解釈すれば当該男性は規定の適用対象から外れることとなるが、妊娠・出産の状態に対して適用される規定は、母の生命及び健康状態のみならず、生まれてくる子を保護する目的を有することから、妊娠の事実が既に存在する場合は、原則としてはその事実を以って、関連規定を類推適用することが妥当であると考ええる。

最も目立ったものとして、産前・産後の休業自体を定める労働基準法は妊娠する者として文言上女性のみを想定しているが¹⁰²、妊娠の事実がある場合に、妊娠した者の性を基準にこれらの待遇を受けられないとすることは、妊娠した者及びその子の利益を著しく害するため妥当でない。産前産後休業の取得に伴って、同様に文言上の齟齬が生じる健康保険法、厚生年金保険法等の産前産後休業関連規定¹⁰³、また学校職員の出産に伴う休業に際しての他職員の臨時的任用¹⁰⁴等に関しても、これの適用も受けるべきだろう。労働基準法における産前産後休業中の解

⁹⁹ 裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第 16 条第八号、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第十六条第八号に規定するやむを得ない自由を定める政令第 1 条四号。

¹⁰⁰ 育児介護休業法第 10 条、16 条の 4。不利益として定められる具体的な内容は、解雇や契約更新の拒否、労働契約内容の変更の強制など、平成 21 年厚生労働省告示 509 号第 2 の 11 に示される(厚生労働省 平成 21 年厚生労働省告示 509 号

http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11900000-Koyoukintoujidoukateikyoku/3_0701-1s_1.pdf (2017 年 9 月 25 日 4:58 最終確認)。浅倉ほか (2015)・前掲注 88、280 頁。

¹⁰¹ 育児介護休業法第 25 条。厚生労働省パンフレット「職場における妊娠・出産・育児休業・介護休業に関するハラスメント対策やセクシュアルハラスメント対策は事業主の義務です!!」<http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11900000-Koyoukintoujidoukateikyoku/0000137179.pdf> (2017 年 9 月 25 日 5:04 最終確認)。不利益な扱い及びハラスメントの認定方法も、こちらを参照されたい。

¹⁰² 労働基準法第 65 条 1, 2 項。同様に社会福祉施設職員等退職手当共済法等も、産前・産後休業を行う者を女子である被共済職員としている。

¹⁰³ 国家公務員共済組合法、地方公務員共済組合法、私立学校教職員共済法及びその下位法には産前産後休業にかかる規程があり、これらに文言上の齟齬はないものの、内容としては産前産後休業にかかるものであるため、この項での説明に代える。地方公務員災害補償法、国家公務員災害補償法、社会福祉施設職員等退職手当共済法においても産前産後休業にかかる規定が見られる。

¹⁰⁴ 女子職員の出産に際しての補助教員の確保に関する法律。

雇の禁止¹⁰⁵、及び母子保健法に定められる保健指導や健康診査その他の時間を確保する事業主の義務¹⁰⁶、その他それらの指導等を遵守するための対応を実施する¹⁰⁷・妊娠中の者を軽微な業務に転換させる¹⁰⁸といった事業主の義務を定める規定等に関しても同様である。

産前休業の取得、健康診査及び保健指導を受けるための休暇の取得ならびに配慮の必要な指導を受けた場合の対応を受けるための時間の確保、妊娠者の軽易業務への転換、妊産婦の時間外・休日労働、深夜業の制限、変形労働時間の適用制限¹⁰⁹に関しては、妊娠した者が自らこれらの待遇の請求を行う必要があることから、事業主に対応の義務が発生する場合は、事業主は必ず妊娠の事実を把握していることとなる。また生殖能力に関連して、及び生理に起因する休暇の取得も、妊娠を希望する者が自ら申請できる¹¹⁰。一方母体の回復のために取得が義務付けられる産後休業は妊娠者の請求の有無に関わらず実施されなければならない、また妊娠者の危険有害業務の就業制限に関しては¹¹¹、本人の請求の有無に関わらず妊娠した者を危険有害業務に就かせることを禁止しているため¹¹²、事業主にとっては不意打ちとなりかねない。特にこれらに違反した場合には罰則規定が設けられていることにも鑑みて¹¹³、事業主が、男性労働者に妊娠・出産能力が備わっていることを予測することが困難であることに配慮がなされなければならない。このような生殖能力の予測可能性を加味しなければならない事項は、(b)にて詳しく取り上げる。これら出産・妊娠に関する類似の制度は、自衛隊法や船員関連法にも存在する。特に船員関連法においては、原則船舶所有者は妊婦を船内で使用してはならず、妊婦を使用する場合には、医師による診察・措置が可能な港に入港できる等、妊娠者が業務に従事できる航海が限定されること、また一定の条件下での妊婦の夜間労働を禁止したり、通常の船員の労働時間、時間外労働、休息时间に関する規定を妊婦に関しては適用しない¹¹⁴、妊娠中であることにより船外への転落に備える必要な措置を講ずることが適当でない者はこれにかかる着衣や装備を行わない¹¹⁵、などといった船員に特殊な制限がある。妊婦という文言から男性は想定されないものの、妊娠の事実がある場合はこれに妊婦と同様の配慮がなされるべきであり、船上に滞在するという特殊な労働環境に配慮して適切に航海中の妊娠の発見、医療対応、また妊娠の事実の情報の船舶所有者等への通知が行われなければならない。また危険有害業務の禁止と言った妊娠出産に関する保護（母性保護）や出産に関連する生理休暇等の保護に関しては FtM が自身の申し出によって配慮を受けるとするが、防犯・風紀目的で女性に適用される規定に関しては、後述するように性別の取扱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、まだ妊娠・出産を FtM が行うか否かが不明であるうちから、事

¹⁰⁵ 労働基準法第 19 条。

¹⁰⁶ 男女雇用機会均等法第 12 条。

¹⁰⁷ 通勤緩和、休憩の延長、作業の制限などによる。男女雇用機会均等法第 13 条。

¹⁰⁸ 労働基準法第 65 条 3 項。

¹⁰⁹ 労働基準法第 66 条。

¹¹⁰ 労働基準法、船員法、船員労働安全衛生規則、人事院規則一〇・七（女子職員及び年少職員の健康、安全及び福祉）、人事院規則九・八二（俸給の半減）、人事院規則一五・一五（非常勤職員の勤務時間及び休暇）、人事院規則一五・一四（職員の勤務時間、休日及び休暇）、自衛隊施行規則。

¹¹¹ 労働基準法 64 条の 2、64 条の 3、女性労働基準規則第 1 条、2 条、3 条。同様の規定として、船員労働安全衛生規則第 75 条など。

¹¹² 厚生労働省「働く女性の母性健康管理措置、母性保護規定について」

<http://www.mhlw.go.jp/bunya/koyoukintou/seisaku05/01.html> (2017 年 9 月 20 日 3:28 最終確認)、西島徹ほか『法律と実務が体系的に分かる 社会保険のセオリー～ライフステージと社会保険手続の「なぜ」が理解できる～』(LexisNexis、2016) 46-53 頁。

¹¹³ 労働基準法第 119 条、違反した場合は 6 か月以下の懲役又は 30 万円以下の罰金。

¹¹⁴ 船員の雇用の促進に関する特別措置法第 87 条、船員の雇用の促進に関する特別措置法施行規則第 29 条、船員法第 88 条の 2、船員法第 88 条の 5、船員法施行規則第 58 条の 2、第 58 条の 3 など。

¹¹⁵ 船舶職員及び小型船舶操縦者法施行規則第 137 条。

業主にこれを適用する義務を課さずとも良いものとする¹¹⁶。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¹¹⁷、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の適用が望ましいだろう。

その他、妊娠・出産に関する労使関係の制度に関連して、事業主が法令に違反して妊娠中あるいは出産後の労働者を就業させた、あるいは妊娠・出産にかかる制度の利用を制限したり、これを利用したこと等を理由として不利益な扱いを行なったために離職するに至った者は、特定受給資格者として、一般の離職者よりも多い日数で失業給付中の求職者給付基本手当を受けられる¹¹⁸。出産者が労働者の収入によって生計を維持していた場合は、当該労働者は賃金の非常時払を受けることができ¹¹⁹、また政府の雇用安定事業の一環として事業主に支給されるトライアル雇用奨励金¹²⁰、政府の能力開発事業の一環として事業主等に支給されるキャリア形成促進助成金¹²¹の支給対象には、妊娠・出産・育児を理由として離職した者で一年を超えて安定した職業に就いていない求職者を一定条件のもと試用的に雇用した事業主や、妊娠、出産若しくは育児を理由とする離職後に再就職した者に、業務に関連する訓練受けさせた事業主が含まれる。これらの規定自体には妊娠者を女性と特定する記述はないものの、男性であっても妊娠の事実に基づいて利用可能な制度として、妊娠者、事業者双方に把握されても良いだろう。また男女雇用機会均等法は婚姻・妊娠・出産したことを理由として、あるいは産前・産後の休暇を請求する等これを補助する制度を利用したことを以って、その者を解雇する等の不利益な扱いをしてはならないことを規定しているが、これらの規定において想定されているのは女性労働者のみである¹²²。不利益な扱い自体が存在し、妊娠・出産の事実及びこれに起因する制度利用等との因果関係が認定される場合は、妊娠・出産等があった女性労働者に同様の扱いがあった場合にこれを不法行為とするのであれば、妊娠者が男性であっても同様に扱うべきだが、これの予防措置に関しては、事業主に男性の妊娠を予測させることの困難さから、一定の配慮が必要である（後述）。

その他、労働基準法では、生後一歳未満の子を育てる女性は、通常の休憩時間に追加して、各 30 分以上の育児時間 1 日 2 回まで請求することができる¹²³。この育児時間は元来授

¹¹⁶ 男女別の仮眠室・便所・休憩室の設置等がこれに当たるだろう。施設処遇に関しては後述する。浅倉ほか（2015）・前掲注 88、305 頁は、なお深夜業や一部の坑内労働の免除を含め女性一般に特有の身体・生理機能を理由とする保護や防犯・風紀の側面から必要とされる保護が存在するとする。一方、労働基準法制定時には風紀上の問題が女性の坑内労働禁止の理由の一つであったが、昭和 57 年の男女平等問題専門家会議の報告において、女性保護規制の必要性に関し、風紀上の問題はもはや妥当性を有しないとの見え方が示されたとの言もある（厚生労働省「女性の坑内労働に係る専門家会合第 4 回資料」<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2005/06/s0607-4a.html>（2017 年 9 月 23 日 19:54 最終確認））。なお、女性の深夜業の禁止に関しては、1997 年の男女雇用機会均等法改正に伴う労働基準法にて全廃されており、また 2006 年の均等法改正に伴う労基法改正によって、女性の坑内労働を一律禁止する規定は改正されている（同浅倉ほか・305 頁）。

¹¹⁷ 厚生労働省「労働基準法のあらまし（女性関係）」
http://www.mhlw.go.jp/general/seido/koyou/danjokintou/dl/danijokoyou_s.pdf（2017 年 9 月 23 日 20:17 最終確認）。

¹¹⁸ 雇用保険法第 10 条以下、雇用保険法施行規則第 36 条。

¹¹⁹ 労働基準法第 25 条、労働基準法施行規則第 9 条。

¹²⁰ 雇用保険法第 62 条、規則 110 条の 3 他。

¹²¹ 雇用保険法第 63 条、規則 125 条他。

¹²² 雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律 9 条、他。船員に関しても同様に、船員が妊娠・出産し、またこれを補助する母子保健法の規定による保健指導または健康診査を受けるための措置を求め、あるいは労働能力が低下したこと等を以って不利益な扱いをしてはならない旨の定めがある（船員に関する雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律施行規則第 3 条）。また妊娠した船員が保健指導、健康診査を受けるために必要な時間を確保することも、同様に事業主の義務である（同第 4 条）。

¹²³ 労働基準法 67 条。同様に、人事院規則一〇・七第 10 条は、生後一年に達しない子を育てる女子職員のみ保育時間の勤務免除を認める。

乳のために設けられた制度であるが、実質保育園の送迎等に利用されがちであることから、女性のみが取得できるとすることには既に批判がある¹²⁴。これまで妊娠・出産の事実が既に存在する場合は、妊娠・出産の事実を以って当該制度を妊娠・出産する男性にも適用すべきことを述べてきたが、このように、男性が取得できないことに既に批判のある制度を、出生をした事実を以って特別に出産した男性に適用することは妥当であるか。こうした問題は、ジェンダーの文脈で改めて考察が必要であろう。もともと授乳の時間の確保を目的として設けられた制度であることを勘案すれば、FtMが授乳することは不可能ではなく¹²⁵、また出産した男性が「母」とされることに鑑みて、当該規定の適用並びに当該休憩の請求を認めるべきとも考えられる¹²⁶。

<福祉関係>

「妊婦」「妊産婦」が女性と定義されるために、男性の出産に適用しようとした場合に文言上の齟齬が生じる最も代表的なものは、母子保健法である¹²⁷。市町村の行う保健指導や健康診査、並びに妊産婦・新生児の訪問指導、栄養摂取の援助などは母の性別の如何によって欠けてよいものではなく、妊娠した者が（必要に応じては医師又は助産師の妊娠の診断を証明する書類を添付する等して自身が出産したことを証明した上で）、市町村に妊娠の届け出をした場合は¹²⁸、このことを以って当該男性もこれらの施策の対象として認識されなければならない。ホルモンの投与により排卵が停止した等の事情のある FtM が後に妊娠を望むような場合は相応に妊娠を補助する医療介入を経るものと考えられるが、性別の取扱変更にかかる要件から医療上の身体介入を排除とした場合、理屈上は、何ら医療者等の介入を経ずに自然妊娠することが考え得る。もっとも生活上の性別変更に対応の外観変更を得るためにホルモン投与は有効な手段であるが、上述したように、こうした医療介入が性別が不一致である万人に適切である訳ではなく、性別取扱い変更の要件とすれば当該要件が少なからずそのような介入を強制してしまう働きを持つことから、性別取扱い変更に身体介入を要する医療上の要件を設けるべきとは言えない。しかしながら、自然妊娠しそのことを本人が秘匿した場合に、外部からそのリスクを察知することが、女性の場合よりも困難となることは指摘されなければならない¹²⁹。母子保健法第5条は、国及び地方公共団体の責務として、乳児及び幼児に対する虐待の予防及び早期発見に資することに留意して母子保健の施策を講ずるものとしている。同様に児童福祉法においても妊産婦は女子であることを明示する規定があるが¹³⁰、出産前に支援が必要とされる特例妊婦の定義や、市町村の実施する養育支援訪問事業、福祉事務所や児童相談所が必要に応じて妊婦に行う措置¹³¹等の対象から外されるべきではない。妊娠・出産に関連する児童福祉施設とし

¹²⁴ 浅倉ほか（2015）・前掲注 88、274 頁。

¹²⁵ 参考までに、カナダの *Huffington Post* の記者 Trevor MacDonald 氏が、自己の男性としての授乳経験を記事にしている。Trevor MacDonald 氏の記事 <http://www.huffingtonpost.com/author/trevor-macdonald> (2017 年 9 月 23 日 0:36 最終確認)。

¹²⁶ しかしながら、事実上性を問わずに行える育児内容に育児休業が当てられていることを勘案すれば、出産した男性が、母のみに可能である育児をすることを理由として当該休憩時間を確保できるとすることも積然としなない。ここでは男性が当該休憩時間を取得することの可否自体が考察されるべきである。

¹²⁷ 第 6 条「この法律において「妊産婦」とは、妊娠中または出産後一年以内の女子をいう」。

¹²⁸ 届出の内容としては、母子保健法施行規則第 3 条。

¹²⁹ 母子保健法との連携の強い児童福祉法において、その第 21 条の 10 の 5 に、病院、診療所、児童福祉施設、学校その他児童または妊産婦の医療、福祉または教育に関する期間及び医師、看護婦、児童福祉施設の職員、学校の教職員その他児童または妊産婦の医療、福祉または教育に関する職務に従事する者は、要支援児童や特定妊婦と思われる者を把握した時は、市町村にその情報を提供するよう努める旨の規定がある。

¹³⁰ 児童福祉法第 5 条。

¹³¹ 児童福祉法第 25 条の 8、第 26 条。

て、助産施設¹³²、母子生活支援施設¹³³の認定のための設備や運用に関する基準は都道府県の条例により定められるが¹³⁴、出産能力をもつ男性も、こうした福祉型支援の対象から外れないようにせねばならない¹³⁵。もっとも、施設での対応を要する場合は、女性との居室を別にするなど配慮は要されるだろう。施設処遇に関しては、(2)で改めて触れる。

<遺族年金>

業務災害・通勤災害による死亡に関する給付である遺族補償年金は、労働者が業務災害または通勤災害による怪我や病気が原因で死亡した場合に、当該労働者の収入によって生計を維持していた配偶者・子などが受給資格を得るが、当該配偶者が妻であった場合は無条件に、夫出会った場合は夫が60歳に達している場合にのみ受給資格を得ることになっており、配偶者の性別により年齢で差別が設けられている。これらの支給対象たる配偶者には、届け出をしていないが事実上婚姻状態にある認められる者も含まれ、また当該労働者の死亡時に胎児だった者が出生した場合は、当該子は当該労働者の収入によって生計を維持していた子に含まれるものとされる¹³⁶。就業等に関しては依然女性が不利な状況にあるとはいうものの、立法当時の女性が男性と同様に就業することが相当困難だった状況は大きく変化しており、共働き世帯が一般化した今日、こうした年齢差別を設けること自体に強い批判もあるところであるが¹³⁷、制度自体に対する言及は本稿では行わず、まず本稿では現状の制度にて性別取扱変更者がいかに取り扱われるのかを考えたい。この遺族補償年金の趣旨は、被扶養利益を補填することによる遺族の生活保障にあり、年齢差別は、男女の社会的自活能力の差異を定型的に補正しようとしたものであることに鑑みて¹³⁸、例えば子に対する2名分の親としての責任が同性カップルの内に完結している場合に、同性カップルに内縁保護法理を適用することに関しては、当該年齢差別が自己の性に起因する社会的な取扱いの差異に配慮したものであるから、これの適用を受ける（例えば女性同士のカップルが、当該社会保障制度上、双方がともに女性としての対偶を受ける）

¹³² 児童福祉法第7, 22, 36条。助産を受けられる対象を、保健上必要があるにもかかわらず、経済的理由により、入院助産を受けることができない「妊産婦」で申し込みをした者としている。なお都道府県等が必要と認めた場合は、申し込みを勧奨しなければならない(法施行規則第22条)。

¹³³ 児童福祉法第7,23,38条。子どもの保護者が、「配偶者のない女子又はこれに準ずる事情にある女子」であって、その者の監護すべき児童の福祉に欠けるところがある場合において、保護者が申し込んだ場合にこれを保護する施設とされる。なお都道府県等が必要と認めた場合は、申し込みを勧奨しなければならない(法施行規則第22条)。

¹³⁴ 児童福祉法45条。

¹³⁵ 本澤巳代子ほか(2015)・前掲注83、129-140頁、加藤智章・菊池馨実ほか『社会保障法第6版』(有斐閣、2015)271-273、305-319頁。

¹³⁶ 労働者災害補償保険法16条の2。同様の規定として、地方公務員災害補償法第32条、国家公務員災害補償法第16条、公害健康被害の補償等に関する法律第30条(遺族補償費)、公立学校の学校医、学校歯科医及び学校薬剤師の公務災害補償の基準を定める政令第8条、船員保険法第35条(遺族年金)。西島徹ほか(2016)・前掲注112、220-221頁、235-240頁。加藤智明、菊池馨実ほか(2015)・前掲注135、231-232頁。

¹³⁷ 大阪地裁判決平25年11月25日は、上級審では覆されたものの、地方公務員災害補償法第32条における年齢差別を違憲無効としている。菊池馨実「遺族年金の男女格差は解消を」週刊社会保障 No.2766(2014)32-33頁。なお当該判決は家庭モデルの変化のみを指摘するものではなく、男性失業率の高さや母子家庭においても就業している者が増えたこと、単独で家計を維持するための転職は就労形態の変更などの困難さは程度の差に過ぎないこと等を総合的に勘案して、妻のみを一般的に就労が困難である類型に当たるとして、男女のみの区別により受給権の有無を分けることの合理性に疑問を呈したものである。

¹³⁸ 河谷はるみ「遺族補償年金の支給要件にみられる男女差についての一考察 -大阪地裁判決(平25年11月25日)と大阪高裁判決(平27年6月19日)を素材にして-」九州看護福祉大学紀要 Vol.17, No.1(2016)29-33頁、29-30頁。

場合も妥当と言える¹³⁹。しかしながら、(C)、(C')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、妊娠中、あるいは産後という極めて自活能力の低い状態にありながら、制度上男性としての自活能力が期待される点に関しては若干のずれが指摘できる。FtM夫が妊娠中で、かつ妻によって生計を維持しており、この妻が死亡した場合、当該FtM夫は60歳に至るまで遺族補償年金の受給権者とはならず¹⁴⁰、他に当該遺族年金の受給権者がいない場合に一時金を受給できるに留まるのであって、その胎児であった子が出生した場合に、初めてその子について、当該死亡した労働者の収入によって生計を維持していた子として受給権が得られることとなる。一方私傷病による死亡に関する給付である遺族基礎年金・遺族厚生年金に関して、遺族基礎年金においては妻・夫の別を問わず、配偶者ないし婚姻関係と同様の関係にあった者に支給が認められることとなり¹⁴¹、また子のいる配偶者のみが対象となることから¹⁴²、FtMが胎児を有している事態は問題にならない。しかし遺族厚生年金に関しては、その配偶者が子の有無に関わらず受給権者となり¹⁴³、妻であれば何ら要件が課されていないのに対し、夫であれば、55歳以上でなければ受給資格が得られないという年齢要件があり¹⁴⁴、ここでの配偶者にも事実上婚姻関係と同様の事情にあるものが含まれるとされ¹⁴⁵、当該給付が遺族の生活保障の性格を有するものであって、また胎児の扱いも同様（将来に向かって死亡した者によって生計を維持していた子として扱われる¹⁴⁶）ことから、上記のFtMに胎児がいる場合、及び同性間のカップルが2人のみの間で子をもうけた場合に関し、同様の議論が可能である¹⁴⁷。なお遺族厚生年金における中高齢寡婦加算等や、国民年金法の寡婦年金もその対象を妻のみとしており¹⁴⁸、男女間に差異が設けられた制度となっているが、子がないことが受給要件となっているため、ここでは考察の対象としない¹⁴⁹。

¹³⁹ 最も、社会的に自活能力が低いとされる女性同士のカップルは、他の類型のカップルと比較して貧困などのリスクが高い状況にあるといった問題は看過できない。同性間への婚姻制度の適用拡大等の議論においては、こうしたジェンダー格差の問題も考察されなければならない。

¹⁴⁰ 労働者災害補償保険法 16 条の 2。

¹⁴¹ 2014 年より。本澤巳代子ほか（2015）・前掲注 83、62 頁。河谷（2016）・前掲注 138、29 頁。

¹⁴² 日本年金機構「遺族基礎年金」<http://www.nenkin.go.jp/service/jukyu/izokunenkin/jukyu-yoken/20150401-04.html>（2017 年 9 月 27 日 3:39 最終確認）、西島徹ほか（2016）・前掲注 112、220-221 頁、228-232 頁。

¹⁴³ ただし、遺族厚生年金と合わせて遺族基礎年金を受給する場合は配偶者に子がある必要がある。日本年金機構「遺族厚生年金」<http://www.nenkin.go.jp/service/jukyu/izokunenkin/jukyu-yoken/20150424.html>（2017 年 9 月 27 日 3:46 最終確認）。

¹⁴⁴ 厚生年金保険法 59 条。西島徹ほか（2016）・前掲注 112、220-221 頁、228-232 頁。

¹⁴⁵ 国民年金法第 5 条 8 項、厚生年金保険法第 3 条 2 項。

¹⁴⁶ 厚生年金保険法第 59 条 3 項、国民年金保険法第 37 条の 2 第 2 項。

¹⁴⁷ その他、国家公務員共済組合法の遺族（第 2 条 3 項）、地方公務員共済組合法の遺族（第 2 条 3 項）は、厚生年金保険法と同様の定義をしており、配偶者や胎児の扱いも同様である（双方同条 3 項、4 項）。

¹⁴⁸ 厚生年金保険法第 62 条、国民年金法第 49 条。

¹⁴⁹ その他、寡夫・寡婦関連でも、性別に関連する条文で、かつ子に関係するものが検索にかかる。同法は女／男の語を多用するが、「配偶者のない女子」「配偶者のない男子」ともに定義は同様であり、（同法第 6 条及び同法施行令第 1 条）出産・妊娠・胎児等に関わる条項がなく、基本的には母子家庭・父子家庭に同様の支援を提供することから、ここでの考察は割愛する。なおジェンダー格差の観点で言えば、寡婦の場合にのみ存在する特定寡婦税控除、寡婦の場合のみの寡婦年金支給なお母子及び父子並びに寡婦福祉法において寡婦のみを対象とした福祉事業など、など男女間に格差のある制度がこの分野に存在することに留意したい（国税庁「所得金額から差し引かれる金額（所得控除）」[.https://www.nta.go.jp/taxanswer/shotoku/shoto320.htm](https://www.nta.go.jp/taxanswer/shotoku/shoto320.htm)（2017 年 9 月 27 日 5:16 最終確認）、日本年金機構「寡婦年金」<http://www.nenkin.go.jp/service/jukyu/sonota-kyufu/1go-dokujij/20140422-02.html>（2017 年 9 月 27 日 5:55 最終確認）、厚生労働省「ひとり親家庭支援の手引き」<http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11900000-Koyoukintoujidoukateikyoku/0000125850.pdf>（2017 年 9 月 27 日 5:49 最終確認））。加藤智明、菊池馨実ほか（2015）・前掲注 135、345-349 頁。

<その他>

その他、刑法における墮胎罪関連の規程¹⁵⁰は、墮胎する者をいずれも「女子」とするが、本来であれば性別の如何を問わずに適用されるべきであろう。しかし刑法に関しては、罪刑法定主義の観点から、これの改正を待たねばならず、母体保護法が妊娠した者を母と形容しており、文言上は人工妊娠中絶に対して問題なく適用されうるとしても、法律上男性になった後に合法的な人工中絶行為として認められない方法で子を墮胎した場合等であっても、法律上男性であればこれを刑法第 212 条以下の墮胎関連の罪には問えないこととなる。従って性別取扱変更に際しての生殖能力の保持を認めるのであれば、本法の適用に関しては、変更前の性別で取り扱われると特例法中に特段に規定する必要がある。一方刑事訴訟法第 479 条による懐胎を理由とした死刑執行の停止や¹⁵¹、第 482 条に出産後 60 日を経過しない場合の懲戒・禁固または拘留の執行停止は、その言い渡しを受けた者の性別の如何を問わずに適用され得るだろう。他にも保健師助産師看護師法に見られる、助産師が処置できる範囲を定める規定や、保健指導の求めを正当な理由なく拒むことを禁止する規定においては、妊婦、産婦、褥婦の語が使われるが¹⁵²、実際には性別を問わずに妊娠した者を対象とすると解される。移植に用いる臍帯血を採取するにあたっての妊婦に対する情報提供や妊婦の同意の取得、妊婦の健康状態への配慮等¹⁵³に関しても同様である。食品表示や喫煙、アルコール摂取における妊婦への注意喚起や、広告される診療科名などを指定した規定等に関しては、性別に関する表記と生殖能力の齟齬に関連するものであっても、妊娠者本人が能動的に情報を受け取れるため問題が生じないものとする。

(b) 妊娠・出産の事実の有無に関わらず、妊娠・出産に関連して適用される規定

i. 他者に生殖能力の予測を要求する規定

この部類で最も目立つ規定群としては、2011 年の東日本大震災における原発事故も手伝って国内には大変多くの放射線関連の規定があり¹⁵⁴、これらにおける放射線障害防止規定においては、放射線関連業務に従事する者の実効線量限度、被ばく線量測定の頻度や部位、放射線管理記録の記録事項等において、妊娠の可能性の有無に着目して異なる基準が設けられている。業務従事者は「女子」「妊娠中の女子」と「男性職員及び妊娠する可能性がないと診断された女子（場合によっては妊娠の意思のない旨を書面で申し出た者を含む）」に分類され、妊娠中の女子に関しては、内部被爆による実効線量や腹部表面に受ける等価線量に特別な限度が設けられ、通常より高頻度で被ばく線量の測定をするなどの配慮がなされる他、妊娠の可能性のある女子に関しては、被ばく線量の測定が腹部を基準に行われる¹⁵⁵、被ばくできる線量の限度がより厳格に設定される、緊急時作業への従事等が免除される（妊娠の意思のないことを書面で示した者を除く）など、その妊娠能力を保護するための配慮がなされており、現に妊娠がある場合は本人が事業者等に申出ることとなるが、現に妊娠をしていない者がその出産能力への配慮を求める場合、男性の業務従事者は前提として出産能力がないものとして扱われており、かような配慮が受けられなかったことを事業主等の責めに帰することも、その生殖能力の推定の困

¹⁵⁰ 刑法第 212-216 条。

¹⁵¹ 第 479 条 2 項には、「死刑の言渡を受けた女子が懐胎している時」との記載がある。

¹⁵² 第 38、39 条。

¹⁵³ 移植に用いる臍帯血の品質の確保のための基準に関する法律第 33 条、省令 6、7、12、13 条。

¹⁵⁴ 具体的な規定のリストについては、巻末資料参照。

¹⁵⁵ 男子及び妊娠の可能性のない者は胸部にて行われる。

難さから妥当ではない。従って、生殖能力に配慮を受けなければ、出産を望む男性自らが、妊娠が確定する以前から自己の生殖能力について事業者等にカミングアウトする必要が生じると言えるだろう¹⁵⁶。自己の生殖能力の保護を要求するにあたっては、出産能力のある男性に、業務において出産能力を保護する配慮がなされ得るという情報が確実に提供される必要がある。同様の理由から、上述した妊娠した者に適用される危険有害業務の就業制限、及び妊娠していない女子に対して、その妊娠・出産能力の保護のために適用される規定¹⁵⁷に関しても、その生殖能力の予測の困難さに鑑みて、男性が出産を望む場合は、その男性本人から事業主に情報が提供されない限りは、事業主に生殖能力への配慮を欠いたことに対する責を問うべきではない。

一方、通常予測し難い生殖能力を保持していることを本人から伝達すべきとした場合に最も問題となるのが、本人が自己の持つ生殖能力に関する情報を提供すべきか否か判断ができない場合である。例えば医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律においては、処方箋により調剤された薬剤のほか、薬局医薬品、要指導医薬品の販売及び授与に際しては、当該薬剤を適切に使用するための指導に必要な情報収集の一環として、薬剤師が当該薬剤を使用する者の妊娠の有無及び妊娠週数を確認しなければならないとされるが¹⁵⁸、特に薬剤師が口頭でこれらの情報を確認した場合、おおよそ男性に妊娠の有無を質問するとは考え難い。しかしながら、専門職である薬剤師と、指導を受ける服薬者との間には情報の非対称性があり¹⁵⁹、服薬指導を受ける者が服薬に関して生殖能力への影響の有無を認識しており、かつ自己の保持する生殖能力に関する情報を自ら開示するとは考え難く、またそのような判断の責任を負うべきではない。医師や薬剤師のように、患者や依頼者にとって最善と思われる判断を担う、いわば信認関係に基づいて行動すべき立場にある者との関係で、かつ専門性が高く、生殖能力を保護・保持したい依頼者との間に大きな情報の非対称性が認められる場合に、どこに生殖能力を察知する責任を置くかについては、その推定が困難な生殖能力を持つ者に関する情報がいかに収集され、処理されるかによって判断されねばならないだろう。その他対象者が受動的に情報を得る場合で、登録上の性によりスクリーニングされ得る場面として、予防接種の通知があり、子宮頸癌等を予防するヒトパピローマウイルス感染症予防ワクチンの対象は女子のみとされる¹⁶⁰。もっとも対象年齢は12歳前後であるため、性別取扱変更の年齢制限がこれより低くなる場合、あるいは撤廃される場合のみに問題となる事項であるが、生殖器を温存したまま性別の取扱変更を認めた場合、男性であるが当該予防接種の対象となる者が存在しうること

¹⁵⁶ 女子である業務従事者に対して、妊娠の意思がない旨を書面で提出させることを認めていることから、生殖能力の活用の有無を事前に自己で判断しなければならない点に関しては問題がないが、女子の場合、出産能力を保護することが原則となる一方で、男性で出産能力のある者は、出産能力の保護を放棄することが前提となってしまう。男性が出産するという特殊な事例に事業者等に対応させることから、出産能力のある男性にそのような負担を負わせることもやむを得ないとも言えるが、出産能力がある場合に特別な保護を受け得るという情報自体は、当該男性が確実に取得する必要がある。

¹⁵⁷ 労働基準法第64条の2第1項三号、64条の3第2項、人事院規則一〇一七（女子職員及び年少職員の健康、安全及び福祉）第14条における、妊産婦以外の女子船員に対する、妊娠または出産にかかる機能に有害である業務に関する就業制限、船員法第88条の6、船員労働安全衛生規則第76条。

¹⁵⁸ 医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律第93条の3第2項、第36条の4第2項、第36条の6第2項。

¹⁵⁹ 橋都 浩平「契約か信認か」小児口腔外科 Vol. 20 (2010) No. 1. 1-4 頁。

¹⁶⁰ 予防接種法施行令第1条の3。また、同法施行規則の第2条の麻しん及び風しんにかかる予防接種の対象者としての「妊婦」に、法的に男性である妊娠者も含まれなければならない。

となる。最も、上述の医療機関による情報収集と異なり¹⁶¹、市町村がこれを行うことに鑑み、性別取扱変更の事実があった旨の情報を市町村が取り扱うことも考え得る¹⁶²。

その他、出産した女性労働者の割合や離職率等への配慮、妊産婦への配慮を施策の基準としたものや、調査、記録の対象としたものは¹⁶³、出産した男性を従来のカテゴリでは処理できなくなる。また妊娠・出産・育児を理由として休業または退職した女性の雇用の継続または再就職の促進等の施策を担う機関にとっても、極端に数の少ない男性出産者に対する想定を要求すべきか、ということも問題となろう¹⁶⁴。例えば少子化対策基本法、及びここに定められる施策を具体化するものとして制定された次世代育成支援対策推進法は、常時 101 人以上の労働者を雇用する一般事業主に次世代育成支援対策行動計画の策定・届出を義務付けるが¹⁶⁵、こうした一般事業主に、男性の出産への配慮まで義務付けるべきか。出産にかかる問題を性別中立化して捉えることも考え得るが、この場合は、特にハラスメントの問題や各種休業制度の利用のしやすさ等に関して現に存在するジェンダーの問題を不可視化しないよう、十分に注意する必要がある。妊娠・出産の事実の有無に関わらず事前の対応を要求する主だったものとして、ハラスメント施策等を次項にて考察するが、当面は、事業主等施策を行う者に対しては、男性労働者で出産する者に関し、固有の問題として対応する責を負わず、女性労働者が出産等にかかる制度を利用した/しようとした際に同様の扱いを受けた場合に、それが禁止される不利益な扱いに当たるか否かに照らして判断することになるものとする。

ii. 他者に生殖能力の予測した上での施策を要求する規定

<ハラスメント防止措置義務>

労使関係において、妊娠・出産・育児やこれに関する制度を利用することに起因して労働者に不利益な扱いをしてはならないとされることは上記に述べたとおりである。具体的な行為が不利益な取扱いに相当するかについては、当該休暇を欠勤扱いする等の事業主の行動が、当該制度の利用に対し抑止的に働いたか、あるいは経済的不利益の程度がいかなるものであったか等を勘案して判断されるが¹⁶⁶、例えば男性が産前産後休業を取得しないことを前提として、産前産後休業を欠勤と扱った上で、賞与の給付や昇給に対し男性に高い出勤率を要求していた場合、産前産後休業制度を利用する男性労働者に対する不利益な取扱いに当た

¹⁶¹ 現状保険証上の性別記載は戸籍上の記載に一致する住民基本台帳を基礎とする。これは公的医療保険制度の運営を円滑化する目的によるものであり、医療上必要な情報として生来の性別の情報を提供する、といった性質を持つものではない。なお、戸籍上の記載が変更されていなくても、表面の表記は「裏面参照」とし、備考欄に戸籍上の性別を記載するなどの工夫が可能である。厚生労働省保健局保険課ほか「被保険者証の性別表記について（事務連絡、平成 24 年 9 月 21 日）」<https://web.pref.hyogo.lg.jp/kf07/documents/1004-4.pdf>（2017 年 9 月 22 日 3:02 最終確認）。

¹⁶² 母体保護法第 15 条の受胎調節の実地指導。

¹⁶³ 少子化社会対策基本法、国土交通省組織令、女性の職業生活における活躍の推進に関する法律、次世代育成支援対策推進法、雇用対策法、青少年の雇用の促進等に関する法律及びこれの船員法、行政手続きにおける特定の個人を識別するための番号の利用等に関する法律、医療法、再生医療等製品の製造販売後の調査及び試験の実施の基準に関する省令。

¹⁶⁴ 雇用対策法、東京電力原子力事故により被災した子どもを始めとする住民等の生活を守り支えるための被災者の生活支援等に関する施策の推進に関する法律、厚生労働省組織規則、人事院規則二・三（人事院事務総局等の組織）。

¹⁶⁵ 法第 12 条、浅倉ほか（2015）・前掲注 88、273 頁。

¹⁶⁶ 浅倉ほか（2015）・前掲注 88、307-308 頁。

るだろうか。妊娠・出産に関連して請求できる産前産後休業の取得及び軽微な作業への転換¹⁶⁷、保健指導または健康診査に必要な時間の確保¹⁶⁸、時間外労働や深夜労働等の免除¹⁶⁹、育児時間の確保¹⁷⁰は、いずれも男女雇用機会均等法あるいは労働基準法に規定されるものであり、前者は事実上存在する男女格差を是正するために女性労働者に関して片面的に行う措置を特例的に許可しているが¹⁷¹、一方で男女共同参画社会基本法が、男女が性別による差別的取扱いを受けないことを男女参画社会形成の趣旨とし¹⁷²、片面的な女性支援から性別を理由とする差別を禁止する方向に転換したことに鑑みても、またそのような積極的改善措置（ポジティブ・アクション）が具体的に存在する格差を是正すべき措置であるべきことから¹⁷³、出産・妊娠に及びこれに関する制度を利用したこと等による不利益な扱いの禁止は、女性に片面的な保護を与えるものとするべきではなく、妊娠・出産の事実及び制度利用の必要性の事実に基づいて適用されるべきものである。従って、前述の例では、同様に出産・妊娠に関する制度を利用した女性が同様の出勤率を要求された場合に、これが制度の利用を十分に抑止したり、経済的不利益を誘引するようであれば、出産をしたのが男性であっても、そのような出勤率を要求することは禁止される不利益な扱いに当たると判断しても良いだろう。また職場における性的な言動に起因する不利益や¹⁷⁴、不利益の示唆など妊娠・出産及びこれにかかる制度の利用¹⁷⁵を困難にする言動を繰り返すといったハラスメントに¹⁷⁶に際しては、これの予防措置をとることも事業者の義務であり、妊娠・出産に関する制度利用に関するものは女性労働者のみを対象としているが¹⁷⁷、現状法的に男性である者の出産があり得ないとされているが故やむを得ず、また男性であっても妊娠・出産の事実がすでに生じた場合にこれらの制度を利用することが妥当である以上、妊娠・出産した者であればその性を問わず、これらの制度も利用できると解すべきである。

しかしながら、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、困難である。出産・妊娠の問題が女性に特有な問題として捉えられている規定として、女性の職業生活における活躍の推進に関する法律¹⁷⁸及びこれに関連する法は、事業主等が女性の職業生活に配慮した行動計画の策定をすべきことを定め、これに伴い女性の就業状況に関連するあらゆる情報の取得を要請するが、例えば一般事

¹⁶⁷ 労働基準法第 65 条。

¹⁶⁸ 男女雇用機会均等法第 12 条。

¹⁶⁹ 労働基準法第 66 条。

¹⁷⁰ 労働基準法第 67 条。

¹⁷¹ 男女雇用機会均等法均等法第 8 条。

¹⁷² 男女共同参画社会基本法第 3 条。

¹⁷³ 男女共同参画社会基本法第 2 条 2 項は、このような積極的改善措置を「男女のいずれか一方に対し、当該機会を積極的に提供すること」としており、これに男性を含むことから、均等法第 8 条の片面的支援には批判がある。浅倉ほか（2015）・前掲注 88、70 頁。

¹⁷⁴ 男女雇用機会均等法第 11 条第 1 項。性的な言動により労働者の就業環境が害されることなどが無いよう事業主に雇用管理上の措置を義務付ける。同条に関しては性別が特定されていない。

¹⁷⁵ 産前産後休業の取得、軽微な作業への転換、保健指導または健康診査に必要な時間の確保、時間外労働や深夜労働等の免除、育児時間の確保を請求・利用すること。

¹⁷⁶ 男女雇用機会均等法第 11 条の 2、施行規則第 2 条の 2。

¹⁷⁷ 厚生労働省「雇用における男女の均等な機会と待遇の確保のために」

http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/koyou_roudou/koyoukintou/danjokintou/index.html
(2017 年 9 月 24 日 0:57 最終確認)。

¹⁷⁸ 同法は、その第 3 条で「職業生活を営む女性が結婚、妊娠、出産、育児、介護その他の家庭生活に関する事由によりやむを得ず退職することが多いことその他の家庭生活に関する事由が職業生活に与える影響を踏まえ…」とし、女性の職業生活における活躍の推進に関して必要な施策を策定し実施する国及び地方公共団体の責務を規定する。また事業主の責務としては、女性労働者に対する職業生活に関する機会の積極的な提供、雇用する労働者の職業生活と家庭生活との両立に資する雇用環境の整備その他の女性の職業生活における活躍の推進に関する取組を自ら実施するよう努めるとともに、国又は地方公共団体が実施する女性の職業生活における活躍の推進に関する施策に協力しなければならない(4 条)とする。

業主が行動計画を定める際に把握すべき内容を性的役割分担その他職場風土等に関する意識等と定めており¹⁷⁹、かように男女間のジェンダー格差を調査することを念頭に作られた制度枠組みにおいて、出産できる男性に対する圧力を把握することは不可能である。特に2017年から新設された事業主に対する妊娠・出産等にかかるハラスメントの防止措置義務¹⁸⁰については、出産する男性という稀な事例にまで事業主に配慮を要請できるかと言えば、難しい。当該ハラスメントとは、客観的にみて、労働者が制度の利用を諦めざるを得ないような状況になるような言動を指す¹⁸¹。性的な言動によって労働者が就業環境を害されないよう、事業主に雇用管理上の措置義務を課す均等法第11条を例にとれば、均等法の運用上、事業者は平均的な同性（出産に関していえば女性）労働者を想定してハラスメント対策をすれば足りるものとされている¹⁸²。個人同士の関係で被害者に特有の性質を認識した上で加害者がハラスメントを行い、その結果重大な損害が生じた場合は、加害者にその損害を負担させ得るが、原則加害者にとって予見可能な一般性を逸する、被害者に特異な特性によって当該損害が生じたのであれば、その損害を負担すべきは被害者となる¹⁸³。均等法第11条に関する判例の分析ではあるが、城内（2009）は、セクシュアルハラスメントに関する判例群を詳細に分析した上で、行為における加害者の主観的意図（害意）が違法性を阻却する場面は極めて限定的に考えられるべきであると指摘する¹⁸⁴。また、例え一般的に許容される行為であっても、被害者が現に強い不快感を覚えており、かつそれが加害者にとって予見可能である場合には、不法行為になるとした判例を紹介している¹⁸⁵。第11条2にかかるハラスメントの認定が今後如何になされていくかにかかる問題ではあるものの、個人同士の関係で言えば、出産可能である男性に対する第11条2にかかるハラスメントを、被害者の就業環境を害するものとして認定できる可能性は存在する。出産や育児につき、性的役割分業に基づいた発言により就業環境を害するジェンダー・ハラスメントの問題としても、加害者が相手方の気持ちを理解し得る立場にありかつ執拗に発言を繰り返したような場合は、違法行為と評価され得るだろう¹⁸⁶。当該ハラスメントの問題に関しては、ジェンダーの問題を多分にはらむことはもちろん、性自認の問題、さらには性自認と生殖の問題自体が、性別に不一致を問題にしたことのない者にとっては未だ（説明を受けたとしても）理解し難い問題と言わざるを得ず、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として、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「社会通念条許容される範囲」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、加害者が受けた被害のリスクを具体的にいかに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。

179 女性の職業生活における活躍の推進に関する法律に基づく一般事業主行動計画等に関する省令2条1項9号（女性の職業生活における活躍に関する状況の把握等）は、一般事業主行動計画を定め、又は変更しようとするときは、直近の事業年度におけるその事業における女性の職業生活における活躍に関する状況に関し、必要に応じて把握しなければいけない事項として、「管理職、男性労働者（管理職を除く。）及び女性労働者（管理職を除く。）の配置、育成、評価、昇進及び性別による固定的な役割分担その他の職場風土等に関する意識（派遣労働者にあつては、性別による固定的な役割分担その他の職場風土等に関するものに限る。）」を挙げる。

180 男女雇用機会均等法第11条の2のほか、育児介護休業法第25条、その他、人事院規則一〇—一五、船員に関する雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律施行規則第3条の2も同様のハラスメント防止を定める。

181 厚生労働省パンフレット「職場における妊娠・出産・育児休業・介護休業に関するハラスメント対策やセクシュアルハラスメント対策は事業主の義務です！！」・前掲注101、8頁。

182 城内明「不法行為における「傷つきやすい被害者」—セクシュアル・ハラスメント—訴訟の分析」早稲田法学84巻3号(2009)403-451頁、405頁。

183 城内（2009）・前掲注182、405-406頁。

184 城内（2009）・前掲注182、412、418頁。

185 城内（2009）・前掲注182、413頁。

186 城内（2009）・前掲注182、429頁。

なお、妊娠・出産にまつわる不利益な取扱い、及び性や妊娠・出産にかかるハラスメントに関連する制度として、当該不利益な扱いの禁止等を定める均等法第9条に基づく苦情があった場合は、事業主には企業内部において苦情処理機関をもうけ、これを自主的に解決する努力義務があり¹⁸⁷、また女性労働者が妊娠・出産したこと、及び産前産後休業の取得、軽微な作業への転換¹⁸⁸、保健指導または健康診査に必要な時間の確保¹⁸⁹、時間外労働や深夜労働等の免除¹⁹⁰、育児時間の確保¹⁹¹を請求・利用したことに対する不利益な扱い、また職場における性的な言動に起因する不利益や¹⁹²、不利益の示唆など上記の請求をし難くする言動を繰り返すといったハラスメント¹⁹³に際し、労働者と事業者の間に紛争があった場合は、都道府県労働局長が労働者・使用者双方に助言・指導・勧告を行い¹⁹⁴、調停が必要な場合には紛争処理調停委員による調停を行うことができるとされている¹⁹⁵。当該制度において妊娠・出産に関するものは女性労働者のみを対象としているが¹⁹⁶、現状法的に男性である者の出産があり得ないとされているが故やむを得ないのであり、男性であっても妊娠・出産の事実がすでに生じた場合にこれらの制度を利用することが妥当である以上、出産した者であればその性を問わず、これらの紛争解決手段も利用できると解すべきである。

(c) 男性の生殖能力に関する規定

同性間での婚姻が認められない以上、女性である MtF が父として子を認知する場合に¹⁹⁷、これらを行える者を「男」や「夫」と定義している場合に、上記に示した親族法との調整と他法との間で齟齬が生じることとなるが、元来認知の条文が母による認知を認めていることから、認知を男性のみが行うものとして扱う規定はなく、例えば戸籍法施行規則は身分事項欄の記載事項として認知に関しては父または子を記すとして、文言条女性を排除しているが、MtF が認知をした場合も父とするのであれば問題ない。ただし、認知を定める民法第779条が母による認知を認めているとしても、母が認知をするのは極例外的な場合に限られるのであり、出産により確定した母がすでにいる子に対して、MtF が母として認知を行おうとすれば、実母が2名いる状態を認めなければならないことは上記に確認した通りであり、従って MtF が認知によって母となれる場合は極限られていることに留意したい。また児童手当法、児童扶養手当法は、共に父に関してのみ「この法律にいう「父」には、母が児童を懐胎した当時婚姻の届出をしていないが、その母と事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者を含むものとする」¹⁹⁸との規定を設け、

¹⁸⁷ 男女雇用機会均等法第15条。

¹⁸⁸ 労働基準法第65条。

¹⁸⁹ 男女雇用機会均等法第12条。

¹⁹⁰ 労働基準法第66条。

¹⁹¹ 労働基準法第67条。

¹⁹² 男女雇用機会均等法第11条第1項。性的な言動により労働者の就業環境が害されることなどが無いよう事業主に雇用管理上の措置を義務付ける。同条に関しては性別が特定されていない。

¹⁹³ 男女雇用機会均等法第11条の2、施行規則第2条の2。

¹⁹⁴ 男女雇用機会均等法第17条1項。

¹⁹⁵ 第18条1項、調停委員が機会均等調停会議を構成してこれを行う。以上浅倉ほか(2015)・前掲注88、68-81頁参照。

¹⁹⁶ 厚生労働省「雇用における男女の均等な機会と待遇の確保のために」・前掲注177。

¹⁹⁷ なお推定による父子関係に関しては、非婚要件を維持した場合に推定の基準となる点で MtF 必ず男性であるため、本項目での考察の対象とはしていない。

¹⁹⁸ 児童手当法第3条2項、児童扶養手当法第3条3項。

子を産んだ母のパートナーを明確に「父」と表記する¹⁹⁹。児童手当に関しては、子どもの年齢や数といった条件に照らして一方の親にのみ支給されるため、子を監護し、生計を共にする親が一名確定していれば良いので、その配偶者に関して、例えば FtM の女性配偶者が父となることを以って問題が生じることはない²⁰⁰。一方、配偶者の有無が問題となる児童扶養手当法に関しては、配偶者の定義として婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含むとしており²⁰¹、また子の扶養のために支給されるという制度の正確にも照らして、上記に考察してきたと同様、ここでの配偶者関係には FtM の異性配偶者はもちろん、FtM の女性パートナーや、各人の同性パートナーも含むと考えるべきだろう。

2. 外観具備要件を撤廃することによる他法への影響

この類型においては、1) 事業所などの特定の設備において男女の別を設けているもの、2) 刑事施設等において男女の区別を設けているものに分けることができる。1) 事務所や寄宿舎等の特定の施設においては、便所、仮眠室、休養所、更衣室、寄宿舎においては浴室や収容する建物等において男女の別を設けるべき規定がある²⁰²。2) 刑事施設等における処遇においては、被収容者を男女別に分離収容する旨の規定があるほか²⁰³、女子の身体及び衣類の検査は女子が行うこと²⁰⁴、その他の処遇も女子に対するものは極力女子の職員等に行わせること²⁰⁵、同様に犯罪捜査規範において、女子の任意の身体検査の禁止や女子の身体に対して捜索・検査を行う場合の女子の立会いがなければならない旨の規定が設けられ²⁰⁶、また関税法や金融商品取引法等においても同様の身体捜索規定がある²⁰⁷。その他、女子被収容者の入浴の立会いは女子

¹⁹⁹ ひとり親世帯を対象とする児童扶養手当に関しては、2010 年から父子家庭も対象となった経緯があるため、父母で個別に規定を設けている場合が多い。なお、配偶者の有無を問題とする児童扶養手当においては、「配偶者」に事実上婚姻関係と同様の事情にあった者も含まれるとされる（児童扶養手当法第 3 条 3 項）。加藤智明・菊池馨実ほか（2015）・前掲注 135、130-142 頁。

²⁰⁰ もっとも、当該配偶者が子の養育者として認められたい場合は、児童手当に関しては内縁に関する明文規定がないため、当該配偶者が養子縁組により子と親子関係を形成する必要がある。

²⁰¹ 児童扶養手当法第 3 条 3 項。

²⁰² 事務所衛生基準規則第 17 条、20 条、21 条、建設業附属寄宿舎規程第 19 条、労働安全衛生規則第 616 条、626 条、628 条、事業附属寄宿舎規程第 8 条、27 条、28 条。児童福祉施設の設備及び運営に関する基準第 41 条（児童養護施設の居室、便所）、48 条（福祉型障害児入所施設の居室、便所）、72 条（情緒障害児短期治療施設の居室、便所）、79 条（児童自立支援施設の居室、便所）、児童福祉法施行規則第 36 条の 9（児童自立生活援助事業所の居室）、身体障害者社会参加支援施設の設備及び運営に関する基準第 15 条、17 条（身体障害者福祉センター A 型及び在宅障害者デイサービス施設の設備基準）、児童福祉法に基づく指定障害児入所施設等の人員、設備及び運営に関する基準第 5 条（指定福祉型障害児入所施設、居室）。便所に関しては、旅館業法施行令第 1 条にも男女の区分があることが構造設備の基準とされており、また養護老人ホームにおいても便所の男女区分が設備の基準とされている（養護老人ホームの設備及び運営に関する基準第 11 条）。その他、救護施設、更生施設、授産施設及び宿所提供施設の設備及び運営に関する基準第 10 条（救護施設）、24 条（授産施設）。

²⁰³ 刑事収容施設及び被収容者の処遇に関する法律第 4 条、被収容者処遇規則第 5 条、捕虜等懲戒規則第 17 条。また更生保護施設における処遇の基準等に関する規則第 21 条 2 項は、更生保護施設にて男女双方を収容する場合は男女の居住区画を分ける旨を規定する。

²⁰⁴ 刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律第 34 条、第 75 条 2 項、第 154 条 3 項、第 181 条、第 212 条、第 242 条 2 項、少年院法第 21 条、第 85 条 2 項、第 197 条 3 項、刑事訴訟法第 105 条、131 条、被収容者処遇規則第 40 条の 2 第 1 項、少年鑑別所法第 24 条、第 74 条、武力攻撃事態及び存立危機事態における捕虜等の取扱いに関する法律第 11 条、45 条。

²⁰⁵ 被収容者処遇規則第 40 条の 2 第 2 項。

²⁰⁶ 犯罪捜査規範第 107 条、143 条、149 条。

²⁰⁷ 関税法第 129 条 4 項、金融商品取引法第 217 条 3 項、国税犯則取締法第 6 条 3 項、昭和二十二年法律第五十四号（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）第 109 条 3 項。

が行うこと²⁰⁸及び女子を他の被収容者から隔離して拘禁する場合は男性職員のみ監視下には置かないこと等²⁰⁹、また外貌に関するものとして必要な場合に女子被収容者等に調髪や顔そりが認められるなど²¹⁰、女性の性的プライバシー等に配慮した規定が一定の類型で見られる。もっとも、外見上の性別を既に移行し、現行特例法のために性別の取扱を変更していなかったような事例における刑事施設での対応に関しては、性自認が女性であるが性別取扱変更が未完であったために、拘置所にて収容中男性としての扱いを受けた者に関し、日弁連から 2009 年 9 月 12 日に黒羽刑務所長及び法務省へ、2010 年 11 月 9 日に東京拘置所長及び静岡刑務所長へ、性同一性障がい（勧告書ママ）を有する者への処遇の改善をすべき勧告が行われたほか²¹¹、法務省から各種刑事施設等に出された「性同一性障害等を有する被収容者の処遇指針について」とする通知が、居室の指定や外形変更の程度に応じた対応職員の指定、衣類の貸与・自弁等につき一定の指針を示している²¹²。これらの施設において対応が困難であるのは、むしろ外形の移行が済んでいるのに現行特例法のために性別取扱変更が未完である者の処遇であり、新たな特例法において身体的要件を撤廃し、実生活要件を課すとすれば、むしろ他の被収容者に馴染んだ形での収容が可能であるため、性別取扱を変更した被収容者への個別対応はしやすいものと考えられる。

ここで取り上げるべきは、刑事施設等で出産が起きた場合の規定である。検索に上がった諸規定においては、妊産婦等養護が必要な被収容者に対してはその措置が取られなければならない、出産する場合は当該刑事施設外の病院、診療所又は助産所に入院させるものとしており²¹³、被収容者の妊娠中はその栄養状態等にも配慮しなければならない²¹⁴。捕虜収容所においては、自弁物品として使用を申請した場合、捕虜収容所の運用に支障がない限り、自弁の生理用品の使用が認められている²¹⁵。また出産後は、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律第 66 条、少年院法第 59 条において、その長は、女子の在院者がその子を施設内で養育したい旨の申出をした場合において、相当と認める場合にその子が原則一歳に達するまでこれを許すことができることとされており、またその期間の延長や養育に必要な物品の支給、支障がなければ在院者が自弁のものを使用することや、子に必要な健康診断その他必要な措置を執ること等を定めている。法的に男性となった者は男子の施設に入ることになるが、男性用の施設がこれらの対応を行わなければならない可能性がある。前述の通知によれば、各施設の長は「個別の必要に応じて、可能な範囲で適切に対応」することとなっているが、妊娠・出産に関しては生まれてくる子の利益に配慮する必要があるのであって、出産の可能性のある被収容者を預かった場合、これらの適切な対応が周知される必要がある。

²⁰⁸ 少年院法施行規則第 30 条、少年鑑別所法施行規則第 18 条 2 項、国家公安委員会関係刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律施行規則第 17 条 3 項、海上保安留置施設及び海上保安被留置者の処遇に関する規則第 12 条、被収容者処遇規則第 40 条の 2、捕虜収容所処遇規則第 4 条、11 条、刑事施設及び被収容者の処遇に関する規則第 25 条。

²⁰⁹ 武力攻撃事態及び存立危機事態における捕虜等の取扱いに関する法律第 49 条。

²¹⁰ 刑事施設及び被収容者の処遇に関する規則第 26 条、27 条、少年院法施行規則第 31 条の 3、少年鑑別所法施行規則第 19 条 3 項。

²¹¹ 日弁連総第 57、67 号勧告書。

²¹² 法務省「性同一性障害等を有する被収容者の処遇指針について（通知）平成 23 年 6 月 1 日」

<http://gid.jp/html/information/pdf/Moji2011-06-01-3212.pdf>（2017 年 9 月 30 日 6:22 最終確認）。しかしながら、ホルモン療法等については極めて専門的かつこれを行わずとも収容生活上直ちに回復困難な損害も生じないとして、国の責務として行うべき医療措置の範囲外としており、当該医療へのアクセスが各施設における判断によっては制限され得るということは、強く議論の余地のあるところである。

²¹³ 刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律第 65 条、少年院法第 58 条、少年鑑別所法第 40 条。

²¹⁴ 被収容者処遇規則第 26 条。

²¹⁵ 武力攻撃事態及び存立危機事態における捕虜等の取扱いに関する法律第 59 条、捕虜収容所処遇規則第 23 条 1 項五号。

また施設処遇に関連して、売春の目的で勧誘等を行なった女子を補導処分にした際に収容する婦人補導院、あるいは売春の恐れのある要保護女子を保護する婦人保護施設あるいはこれを一時保護する婦人相談所内の施設²¹⁶を利用する場合は外観変更の済んでいない法的女性について、また上記に挙げた助産施設、母子生活支援施設、及び一般の助産所等については出産・育児をする法的男性について、居室等に配慮が必要になる。これらの者の性自認に合わせた処遇と生殖能力への配慮が同時に必要となる場合、公的領域及び公共性の高い領域においては、その施設が担う目的を達成するために必要な範囲内で、性別取扱変更の情報が把握されなければならない場面があると言えよう。

第3節 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²¹⁷、FtM の出産及び MtF の配偶子利用においては、生殖能力と父母の登録の別を連動させておくこと、つまり FtM が出産した場合は母子関係を、MtF が子を認知した場合あるいは MtF に親子関係の推定が及ぶ場合は父子関係を成立させることが、現段階では妥当であろう。あくまで法的母子関係・父子関係にそれぞれ前提とされる生殖能力が異なることから生じる法の適用上の問題を解決するための方法であり、家族法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、特例法の中には当該子と配偶者実親子関係に関する規定をおかず、関係の形成には当面養子縁組を活用することとなる。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。MtF が子と実母子関係を形成できないことに鑑みて、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に留意しつつ、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。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にある者に限るため²¹⁸、パートナー同士が同性間になる場合に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 になるため、同人と子の関係が断絶することが妥当でないことから、性別取扱変更があった場合のカップルが子と養子縁組により親子関係を形成する場合は、普通養子縁組を活用することになる。

親族法以外に関しては、体的要件を撤廃した場合に新たに問題となるのは、(C) (C') (FtM が自ら出産した場合)と、(E) (E') (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できるだろう。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

²¹⁶ 売春防止法第5条、17条、34条、36条。

²¹⁷ 石井・前掲注47、32頁。

²¹⁸ 民法817条の3。

であれば、これらの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、これを男性出産者の場合にも類推適用することが妥当である。「配偶者」に関しても、特に当該法令等上事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含むとする場合は、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は、この配偶者を排除するものではなく、また当該カップルが同性同士であっても、性別取扱変更者が生殖能力を温存すれば、性別取扱変更後性に対して同性の者との間で、何ら第三者の介入を必要とすることなく子をもうけられるという事実と照らして、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ことに鑑みれば、子の立場から、特に子に関係する制度利用で、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同性パートナーも含む必要があると言えよう。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。FtMが望まずに子を妊娠した場合等は、不妊手術及び人工妊娠中絶について定める母体保護法も、妊娠または分娩するものを単に母とし、またこれに同意等を行う配偶者に関しても特にその性別を指定する規定が見られないため、FtMが中絶を行うような場合も、これの適用を受けると解されるが、問題はこれと連動する刑法の墮胎罪が対象を「女子」としていることである。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ものを含むと書き添える必要がある。

特に他法においては、母体や女性の生殖能力を保護すべき規定、またこれの保護に関する制度を適切に受けられるよう、不利益な取扱の禁止やハラスメントを防止する義務を定める規定等が見られたが、制度の利用を利用者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る必要がある。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、男性が出産能力を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カミングアウトしておくべきとすることが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求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なければ、生殖能力を保持した者が自ら事業主等に伝えるとすることが妥当であると言えるだろう。ここでは、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そのような保護を受けられないことが原則となっていることに照らして、そのような配慮を受けらるという情報が当該男性にも知らされている必要がある。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、ハラスメント防止の観点からも、妊娠の可能性のある者がそのような制度の適用を受ける可能性があることを知っていることは、出産しない労働者等にとっても有用である。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困難であり、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として、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「社会通念条許容される範囲」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、加害者が受けた被害のリスクを具体的にいかに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や保護を受ける母性保護等に関する制度に関して、FtMがこれを利用する場合は本人の申請を要するとしたが、防犯・風紀目的で女性に適用される規定に関しても、性別取扱変更後に後述する実生活要件をもうければ、性別の取扱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れ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、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関しても、出産能力が推定されることを前提とする女性保護の射程から妊娠・出産能力のある男性は外れ²¹⁹、また妊娠・出産に関わる問題が女性に特殊な問題として把握された場合に、出産能力の温存を望む男性の就業状況や当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ものであり、このような国及び地方自治体が管理する施策や事業、及び公共性の高い事業の目的遂行においては、その目的遂行に資する限度内に限り、性別取扱変更にかかる情報が取得できるとすることも考えられる。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、男女全ての者に情報を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ても良いものとする。一方で、事業所内での男女別の設備利用等に関しては、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ないし個人に特別な待遇を認めるか、また事業所等の把握する性にまつわる情報が、どの程度他の労働者等に周知される環境にあるか等、事業所内での環境によって事情が異なってくる。私的領域において性別の情報が把握される場合の基準ないし待遇は、公的領域において性別の情報が把握される場合とは別に考えなければならない。

労使関係等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、医療指導を受けるような場合などには、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合があげられる²²⁰。このような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の手段として出生時に登録された性に依拠する場合に²²¹、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。雇用関係などの私的な領域で生殖能力が認識されるべき場合と、施設処遇や健康維持管理、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でその扱いが変わってくることから、公的領域における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、及び私的領域においていかなる情報取

²¹⁹ 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。

²²⁰ 医療機関の受診の際に提出する問診票など、本人が能動的に自己の性別を示す場合に、身体機能と登録上の性別に齟齬があることを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。

²²¹ 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した場合に、性別の取扱変更に関与せずとも、生殖能力を持たない者全てにその事実を開示させ得るか否か、という問題が生じてしまう。生殖能力の有無は高度に私的な情報であることから、性別などの既存の情報から一定程度推定的に把握されるべきものと考えられる。

集・管理を推奨すべきか、実際に生殖能力を保持しての性別取扱変更があった後の対応として今後考察する必要がある。

外見具備要件に関して付言すれば、男女別の施設処遇等に際して、自己の自認する性に従って取り扱われることによる性別取扱変更者本人の利益と、その周囲で本人に関わる者の利益（私的領域対私的領域）の調整をはかる意義がある一方、社会秩序に依拠せざるを得ない基準によって性が外部より判断できることから後者の利益が担保されることから、社会的秩序ないし規範意識にある程度の信頼を確保する必要があり、従って外観具備要件は本人の利益と当該社会的要請（私的領域対社会的領域）を調節する働きも持つとされる²²²。もっとも現行の第5号要件が要請するのは外性器にかかる部位のみの外観の具備であって、外性器の形状でその者が男／女であるかが予見し得ることによって個人の利益が保護される場面は極々限られるのであり、外性器の有無が社会生活上人の性別を予見することによりあまり寄与しない以上、男／女の別が外性器の形状によるという社会規範を特例法によって保護する必要性は少ない。特例法が社会秩序に基づく性別の予見性を保持することを意図するのであれば、変更後に承認されるべき性での継続的な実生活経験を要件とすれば足るものと考えられる。

なお、本項においては単純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ばならない。本項で言及した、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(C)、(C')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とが指摘できる。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ジェンダーの問題と共に考察されなければならないが、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²²³や、登録上の性別と生殖能力が結びついておらず、ジェンダー規範から逸脱したことによる不利益なども、考察の対象に入る。文理的に、あるいは学術的に特例法と他法の矛盾を極力避けたとしても、広くジェンダーの観点からの考察がなされなければならないことには、気を配らなければならない。

²²² 外性器がついているから男（女）性だ、とする社会秩序ないし規範意識をある程度信頼できることにより、個人の性的羞恥心や性的不安などに関する利益が保護される。根本(2011)は、第5号要件に関しては性別取扱変更を行う者の自己の性自認に沿った性で認識される利益と、その者と関係性を構築する具体的な私人固有の利益＝基本権同士の衝突という問題の他、個人の支配領域と社会の支配領域の対立、「自己認識における性」として承認されるという基本権の保護を社会に対してどこまで要求できるかに関し、社会秩序に依拠せざるを得ない問題があることを指摘した上で、社会秩序及びそれを支える規範意識によって外観具備要件が裏付けられる必要がある他、その社会秩序がリベラリズムの観点から正当化可能なものでなければならない（普遍主義的理由による正当化可能性を満たしている必要がある）として、外観により男/女を区別することがこれらの基準を満たして正当化されるのかを問う上で「公示」の概念を取り上げ、自己認識における性が外部に公示されないことによる性的利益への危険から社会の構成員を保護する必要性に言及する。根本拓「性同一性障害者をめぐる法及び社会制度についての考察」東大ローレビュー(2011) 106-126頁、115-117頁。

²²³ 大島俊之『性同一性障害者と法』（2002、日本評論社）93頁。

第3章 実際に起きた法改正—オランダを例に

第2章においては、(C) (C') 及び (D) (D')、(E) (E') の例においては、FtM が登録上男性でも「母子関係」、MtF が登録上女性でも「父子関係」が成立することを示した。男／女の登録と父／母の登録に生じる齟齬は、3号要件が「現に子がいないこと」から「現に未成年の子がいないこと」と緩和されたことを以って既に生じているところである。しかしながら、以上の対応では、MtF には実母子関係を形成する余地がなく、MtF・FtM 間の不均衡が問題となろう。MtF と子の実母子関係の成立、(C) における FtM の配偶者と子の「母子関係」成立、および (E) (E')、また (C') において FtM に女性パートナーがいた場合における、既に分娩の事実により母子関係が1つ確定した子に対する女性からの認知の問題は、分娩の事実によらない母子関係が認められ、かつ2人の母を持つことが認められた場合に解消する。かような共同母関係を認めた近時の法改正の例として、オランダ法を紹介したい。

2014年は、オランダ家族法に多くの改変がもたらされた年である。出生登録上の性別取扱の変更につき定めた民法第1編28条²²⁴以下のほか、親子関係を規律する第1編11章にも大きな改変が加えられ、実に多様な家族関係が法の内に想定される形となった。同性間での婚姻・登録パートナーシップの締結、一部の生殖補助医療の利用、また生殖能力を残したままでの性別取扱変更の介在を想定する同国の新しい親子関係法は、いずれこれらの問題に着手することになるであろう日本法においても示唆に富むものと考えられる。本項においては、オランダにて、生殖能力を保持しての性別取扱変更が、親族関係法及びその他の身分登録関係法とのいかなる調整を経て可能となったのかを概観することを主な狙いとする。以下にオランダ民法1:28条との関連を中心に、同国の親子関係法、個人基本登録法、人工生殖ドナー情報法を紹介した上で、その法制に若干の考察を加える。

第1節 旧法とその改正

同性婚を初めて制度化したオランダは、今日でも性的少数者に寛容な政策を執る国として知られる²²⁵。1985年に民法典中に挿入した性同一性障害者の性別取扱変更に関する規定は欧州でも初めての試みであったが、当時の立法が革新的であったが故に、また同性愛者を保護する立法活動が性同一性障害者の権利に対しても前衛的な保護を与えたという錯覚を働かせたために、当該民法規定は85年当時のまま四半世紀以上効力を持ち続け²²⁶、その内容は日本の特例法と類似した保守的な状態を四半世紀超に渡り残してきた。現行オランダ民法はその1:28条以下に性別取扱変更にかかる規定を設けており、改正1:28条は2013年4月2日に下院で審議、投票が行われ、同年12月18日に上院での投票を経て、2014年7月1日から施行した²²⁷。オランダにお

²²⁴ 本稿では、Boekを編、Titelを章、Afdelingを部、Artikelを条、lidを項、以下(a., b.,...)を号と訳した。以下の表記につき、例えば1:28c(3)と示した場合は、第1編28c条3項を指す。

²²⁵ 2000年9月12日に上院を通過、翌年施行(Waaldijk, C. (2001). *Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands*. In Robert Wintemute & Mads Tønnesson Andenæs (Eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnership: A Study of National, European and International Law* (pp. 437-464). Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.)。

²²⁶ 大島俊之「性同一性障害とオランダ法—立法的解決(1985年)前の状況—」神戸学院法学第29巻4号(2000)91-107頁、91頁。Katinka Ridderbos (2011). *The Netherlands Controlling Bodies, Denying Identities: Human Rights Violations against Trans People in the Netherlands* (pp. 1, 15, 51). New York: Human Rights Watch.

²²⁷ Transgender Netwerk Nederland “Tweede Kamer gaat in debat over transgenderwet” (2013) <http://transgendernetwerk.nl/2013/03/tweede-kamer-gaat-in-debat-over-transgenderwet/> (2013年11月8日22時30分頃最終確認)、Transgender Netwerk Nederland “Eerste Kamer kan verder met Transgenderwet”

る身分登録の制度は、ナポレオン式民法典にならい、公的な登録所において出生・婚姻（現在はパートナー登録を含む）・死亡を登録するもので、この出生登録上の情報は、後述する BRP 制度を経由して、警察、国税省、年金基金やその他の法的機関、及び銀行、保険会社、雇用者や教育機関等のあらゆる機関によって、軍務につく際や投票、パスポートの発行、運転免許証の発行時等様々な機会に参照される。この出生登録に記載される性別を変更することがオランダにおける法的性別取扱変更の手続となり、当該要件は 1:28 条以下に定められる。出生登録に登録された性別は、名前や生年月日とともに個人の身分証等に反映される他、オランダの身分登録の中央統括的な性格から、当該手続による性別取扱変更の効力は全ての法領域に及び、一括にその情報を変更することができる²²⁸。

オランダ民法旧 1:28 条は、自己が出生登録に登録されている性と異なる性に属すると強く認識する者に対し、地方裁判所において出生登録上の性別変更の申出を行うことを認めており、その要件は、

- 1) 性別適合手術を受けていること
- 2) 元の性が男性である者は生殖能力を喪失していること、元の性が女性である者は懐胎する能力を喪失していること
- 3) 第 28 条第 1 段に示される内容²²⁹に対し、専門家による公式の見解を得ていること

であった²³⁰。以前はこれに加え、性別変更を行う者は未婚であること、婚姻している場合は離婚すべきことが要件とされていたが、同性間の婚姻を認める法が 2001 年に施行したことから削除されている²³¹。また子に関しては民法 1:28c 条 2 項によって、性別の変更前にもうけられた子どもと当事者の関係は性別変更後も変更しない旨が規定されている²³²。その他要件とされる専門家の承認であるが、この専門家は別途規則で定められており、現在要件に係る見解を提出できるのは性別違和を専門とする心理学者、精神科医、外科医、内科専門医のみである²³³。年齢に関しては、1:28 条自体に日本の特例法における成人要件のように最低年齢を定めた規定はないものの、1:28 条が法的性別の取扱いの変更にも身体的要件を課していることに合わせ、オランダの医療実務がハリー・ベンジャミン国際性別違和症候群協会のスタンダード・オブ・ケアに従って行われており²³⁴、性別適合手術は成人にのみ適用されていることから、旧法上、未成年者に

(2013) <http://transgendernetwerk.nl/2013/11/eerste-kamer-kan-verder-met-transgenderwet/>, Transgender Netwerk Nederland “EINDELJK ZEGGENSCHAP OVER HET EIGEN GESLACHT” (2013) <http://transgendernetwerk.nl/2013/12/eindelijk-zeggenschap-over-het-eigen-geslacht/> 他 (2014 年 5 月 21 日 15:15 分頃最終確認)。

²²⁸ J.M.J. Chorus, & P.H.M.Cerver, E.H. Hondius (2006). *Introduction to Dutch Law Fourth revised edition* (pp.77-80). Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International., 大島 (2000) ・前掲注226、104頁、Katinka Ridderbos (2011) ・前掲注226、p.3。

²²⁹ 本人に他の性に属する確信があり、これが恒久的なものであること、生殖能力を喪失していること、性別適合手術を受けていること。Katinka Ridderbos (2011) ・前掲注 226、 p.19。

²³⁰ J.M.J. Chorus, & P.H.M.Cerver, E.H. Hondius (2006) ・前掲注 228、 p.80、及び Katinka Ridderbos (2011) ・前掲注226、 pp.16-17。

²³¹ Waaldijk, C. (2001) ・前掲注 225、 pp.437-464、 J.M.J. Chorus, & P.H.M.Cerver, E.H. Hondius (2006) ・前掲注 228、 p.80。

²³² 改正民法においても同様。Overheid.nl (オランダ政府法令検索)

<http://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2017-09-01> (2017 年 10 月 1 日 1:11 最終確認)。

²³³ Katinka Ridderbos (2011) ・前掲注 226、 pp.7-8, 19、 Transgender Netwerk Nederland “Vragen over uitvoering transgenderwet” (2013) <http://transgendernetwerk.nl/2013/04/vragen-over-uitvoering-transgenderwet/> (2013 年 11 月 30 日 21 時 20 分最終確認)。

²³⁴ 医療実務に関し、オランダではアムステルダム自由大学大学病院が性同一性障害の事例の内 85%を扱っていると言われ、性別違和を訴えての受診が成人の事例で年間 300 件程度なのに対し、未成年者からも 100 件程度の受診がある。前掲 Katinka Ridderbos (2011) ・前掲注 226、 pp.19-22。

は実質法的性別取扱いの変更を申立てる手段は無いものとされていた²³⁵。臨床においては、ジェンダークリニックを受診した性同一性障害の子どもは、未成年者であっても、双方の親の同意の下²³⁶、12歳から可逆的な二次性徴抑制療法を、16歳から性ホルモン療法を受けることができるが²³⁷、法的性別の変更に関して旧法は特定の身体的変更を行った者にのみ法的性別取扱いの変更を認め、年齢上の制限の判断は係る身体的変更を行えるとした臨床上の判断に依拠することで、実質これを成人に限っていたのである。また後述するように、実質的に未成年者の法的性別取扱い変更を制限してきた身体的要件は、個人の基本的人権である人格の自立権 (personal autonomy) や身体的完全性 (physical integrity) を侵害するものとして2008年頃から問題視されており、加えて医学的判断と法的自己決定は分離されるべきであるとの指摘もなされた。

改正後は性別取扱い変更対象を16歳以上とした上で身体的要件を削除し、自身が別の性に属するという本人の確信と専門家の承認を、本人の出生登録を管轄する役所に提出することによって法的性別の取扱いの変更を成立できると規定した²³⁸。この新法によれば法的性別の取扱い変更のために裁判所に行く必要はなくなり、手続は飛躍的に簡易なものとなった²³⁹。

第2節 性別取扱い変更：民法第1編28条

上述の通り、オランダにおける従前の性別の取扱い変更は、生殖能力の喪失、変更後の性のそれに近似した概観の具備、および性別違和を証明する旨の専門家の意見書の提出を要件としており、これらの要件の充足に要する手術が成人にのみ認められたことから、日本における特例

²³⁵ アムステルダム自由大学とグローニンゲン大学病院が90%の事例を担当していると言われ、上記2大学病院は双方ともスタンダード・オブ・ケアにそって治療を行うため、この方針に反して未成年者に第28条にかかる要件を満たすような身体的治療を施す事例は大変稀であると考えられる。Katinka Ridderbos (2011)・前掲注226、p.68。

²³⁶ この治療枠組みは医学上の実証研究に基づいている。しかしながら民法上通常の医療行為に対しては16歳から同意能力があるとされ(民法第7章447条)、また自己の利益を理解する能力があると見なされれば12歳から医療行為に対する同意できる可能性も示唆されており(民法第7章465条)、性別違和に対する医療介入にはより厳しい制限が適用されていることにつき、性別違和を抱える子どもの状況をより困難なものとしているとの指摘がある(Katinka Ridderbos (2011)・前掲注226、pp.66-70、

Transgender Netwerk Nederland "Transgenderwet aangenomen door Tweede Kamer" (2013) <http://transgendernetwerk.nl/2013/04/transgenderwet-aangenomen-door-tweede-kamer/> (2013年12月6日18時35分頃最終確認)。性同一性障害者の子どもの救済措置を考える上で、その親との関係についても後に考察する必要がある。参考として、Transgender Netwerk Nederland が若いトランスジェンダー本人やその親の問題とする体験を集積している(Transgender Netwerk Nederland "Grote meerderheid Tweede Kamer steunt transgenderwet" (2013) <http://transgendernetwerk.nl/2013/04/grote-meerderheid-tweede-kamer-steunt-transgenderwet/> (2013年12月1日19時45分頃最終確認)。

²³⁷ 性ホルモン療法は部分的にのみ可逆的であると言われるが、生殖能力等に不可逆的な影響も出る。また性ホルモン療法による影響を後に取り除くには手術を要する場合もある。16歳という年齢設定は絶対的なものではなく、必要と認められれば15歳であっても性ホルモン療法を受けることができる。前掲 Katinka Ridderbos (2011)・前掲注226、p.66。

²³⁸ 新法1:28条、及びWet erkenning genderidentiteit, 18 December 2013. COC, TNN and NNID "Shadow Report for the 65th Session of the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) 6th Periodic Review of the Kingdom of the Netherlands" (2016) <https://www.transgendernetwerk.nl/wp-content/uploads/Discrimination-of-Lesbian-Bisexual-Transgender-and-Intersex-persons-in-the-Netherlands-CEDAW-6th-Review.pdf> (2017年10月1日2:52最終確認) pp.5, 9.

²³⁹ COC Netherlands "Tweede Kamer bespreekt transgenderwet" <http://www.coc.nl/politiek-2/tweede-kamer-bespreekt-transgenderwet> (2013年11月30日21時20分頃最終確認)、Transgender Netwerk Nederland "Vragen over uitvoering transgenderwet" (2013)・前掲注233。

法が定める性別取扱変更の要件に概ね類似した内容を備えていた²⁴⁰。2014年7月1日に施行した現行 1:28 条は、性別取扱変更を司法の介入の対象から外し、他の性に近似させるための身体変更と生殖能力喪失の要件を削除して、性別取扱変更を飛躍的に容易なものとした²⁴¹。またこれに伴い、出生時に男性であった者が性別の取扱を変更し、登録上女性となった上で、自己の配偶子を用いて子をもうけることができることは勿論、出生時に女性であった者が生殖能力を保持したまま登録上の性を変更し、男性となった後に子を懐胎・出産する可能性も生じることとなった。ここで念頭におくべきは、オランダ法が前提としている性別不一致のありようが、従来定型的に考慮された『男性から女性へ／女性から男性へ、社会的役割や身体的概観・機能を限りなく「もう一方の性」に近づけることを望む』状態のみを指すのではなく、より広範かつ多様な状態を想定していることである。個々人の性自認が実に多彩であることが確認され、その変更する部分、あるいは変更する程度に関して、本人の生活の質を向上させるに最も適切な対応がその個々人によって異なり得ることが、同国の性別変更の要件に反映されたものと言え、性自認が性的指向と区別されることはもとより、自身の（あらゆる状態での）性別の変更と、自身あるいは自身のパートナーの子をもうけたいという希望が区別されている点に留意されたい²⁴²。故に、同国において、女性から男性へ性を変更した者 (FtM) と男性から女性へ性を変更した者 (MtF) が子をもうけた場合の類型は、かなり多岐にわたる²⁴³。

性別取扱変更があった場合の親子関係の確定の問題につき、オランダ民法は 1:28c 条において性の取扱変更の効果を規定し、以下のように対応した。まず 1:28c 条は第 1 項において、性別の取扱変更およびこれに伴う名の変更は、民事登録吏 (Ambtenaar van de Burgerlijke Stand) が出生登録上にその変更を記載した日から効果を生じる旨を定める。このため当該変更は遡及効を持たず、性別の取扱変更以前に存在した父子関係及び母子関係は従前のまま維持され、従って性別の取扱変更をした者が当該変更以前に子をもうけていた場合、子との間の既存の家族関係に関して、民法第 1 編（個人および家族法）に基づいて生じる権利 (rechten)、能力 (bevoegdheden)、義務 (verplichtingen) には何ら変更は生じない (1:28c (2))。ここにおいて登録上の性と父／母という身分の間に齟齬が生じることになるが、2014 年改正は、性別取扱変更後に子をもうけた場合においても、一定の場合に当該齟齬の発生を認めるものとした。一方、性別取扱変更後に子が出生した場合、2014 年改正で挿入された 1:28c 条第 3 項は、親子関係を定める民法第 1 編 11 章、及び名の権利 (naamrecht) を始めとする第 1 編 11 章から導かれる諸事項の適用においては、まず子を出産した者については、変更以前の性にあるものとして扱う旨を規定する。つまり当該部分は FtM が性別取扱変更後に出生した場合²⁴⁴、1:198 条第 1 項 a 号が、子を出産した者をその子の母とすると定めるところに従って、当該 FtM はその子の母として登録される。他方 1:28c 条第 3 項は、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) が適用されることを明記している。こ

²⁴⁰ オランダ民法においては、性別取扱変更を行う者に未成年の子があった場合でも、男性である母、女性である父の存在を認めており、この点は「現に未成年の子がいないこと」の要件を課す日本法と大きく異なる。

²⁴¹ 原則的には、16 歳以上であり、他の性に属するという確信を持ち、専門家がこれを証する証明書を民事登録吏に提出することで性別の取扱を変更できる。M.J.A. van Mourik en prof. mr. A. Nuytinck (2015) *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*. Wolters Kluwer Nederland, p.44。近年の国際的発展からの影響のほか、人身の侵害の不可能性に関して定める憲法第 11 条にも関連して、2011 年 9 月 20 日に法改正案が提出された。

²⁴² 実際に FtM が出生した事例として、カナダの Trevor MacDonald、アメリカの Thomas Beatie の例等が挙げられる。

²⁴³ 本稿掲載表 1 参照。

²⁴⁴ 同条が定める「性別変更後に子を出産した場合」とは、FtM が男性パートナーとの間に子をもうける場合や、女性パートナーの卵子を用いて体外受精した受精卵を自己の胎内に宿す場合、第三者の配偶子を用いた受精卵を自己の胎内に宿す場合などが想定される。同条はあくまで性別取扱を変更した者が出生した場合について定めるものであり、性自認と性的指向が区別される点に注意されたい。

のことは、MtF が性別取扱変更後に子をもうけた場合は、自身の配偶子を用いていても、後述の共同母の枠組みが適用され、当該 MtF は母として登録され得ることを意味する。2014 年改正は、性別取扱を変更したものが「出産」した場合には変更以前の性を用いる（つまり登録上の性に関わらず、出産した者を母と登録する）とすることで、性別取扱変更と親子関係の成立を調整したのである。これら母子関係の成立を詳細に説明するため、以下に同時期に改正のあった親子関係法を、特に母子関係に関して説明する。

第 3 節 親子関係：民法第 1 編 11 章

同国においては同性間でも婚姻ができるのは周知の通りである。同性ペアの親性 (oudership) に関しては 90 年代から立法者の間で議論があり、1998 年の登録パートナーシップ制度 (Geregiseerd partnerschap) の導入および 2001 年の婚姻規定改正に伴って、まず調整がなされたのは監護権²⁴⁵と養子縁組であった。この調整により、養子縁組を行えば同性ペアの双方が子と親子関係を持つことが可能となったが、異性間の婚姻と同性間の婚姻の間に所謂嫡出推定に関して差異が残されたことから、女性同士のペアに付与される親性については尚も議論が継続していた²⁴⁶。第 1 編 11 章親子関係法 (Afstammingsrecht) に規定される親子関係の成立原因は、女性と男性で若干の違いがあるものの、1) 出産、2) 出産時の婚姻・登録パートナーシップ関係、3) 認知、4) 司法による親子関係の確定、5) 養子縁組である²⁴⁷。性別取扱変更条項に多少先行して行われた親子関係法改正においては、親子関係の成立基準がより血縁主義から離れ、より性別中立的に適用されるに至ったことが最も注目される。

1. 母子関係

2014 年 4 月 1 日に施行した改正民法第 1 編 11 章に特徴的であるのは、子を出産した母と婚姻関係あるいは登録パートナーシップ関係にある女性が、一定要件のもと、出産した母と共に母として登録されることが可能となった点である。嫡出推定は従来、子を出産した母と婚姻関係にあった男性（夫）と子の関係にのみ適用されたが、本改正により、嫡出推定は出産した母と婚姻関係・登録パートナーシップ関係にあった者と子の間に性別中立的に適用されることとなった²⁴⁸。このように一人の子に対し二人が母子関係を結んだ場合、その母らを共同母 (meemoeder あるいは duomoeder) となどと呼ぶ。

²⁴⁵ Het gezagsrecht。未成年者を監護養育 (opvoeding en verzorging) する義務を指し、法律上の親を定める Ouderschap とは区別される。W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015) *Familierecht - Een introductie*. Boom uitgeverij Den Haag, p.210.

²⁴⁶ W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注 245、p.219。なお男性同士のペアでは双方が出産しないため、嫡出推定が及ばないことについては問題視されていなかった。以下に説明するように、2014 年改正によって婚姻あるいは登録パートナーシップに基づく母子関係の推定が行われるようになったことから、女性同士のペアにあっては双方が子と親子関係を築くことが比較的容易になった一方、男性同士のペアの双方が子と親子関係を築く場合は養子縁組を行わなければならない、親子関係を成立させるに当たって難度に甚大な差があり、この差異は 2 人以上の親を認めることを含めて現在議論がなされている。

²⁴⁷ W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注 245、p. 207。

²⁴⁸ 2014 年法改正以前は、所謂父子間の嫡出推定は、当該子を出産した母と婚姻関係にある男性にのみ適用され、登録パートナーシップ関係にある男性には適用されなかった。本改正により、婚姻と登録パートナーシップの差異も減少したことになる（なお関係の解消にあたっては、未成年の子を持たない場合に後者が裁判所の介入を要さない点で差異が残る）。W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注 245、p.213、オランダ政府ホームページ "Arranging a divorce, legal separation or termination of a registered partnership"

<https://www.government.nl/topics/divorce-separation-and-termination-of-registered-partnership/contents/divorce-legal-separation-or-termination-of-a-registered-partnership> (2016 年 5 月 31 日 20 時 31 分最終確認)。

母子関係に関しては 1:198 条に規定され、同条第 1 項 a 号は、子を出産した女性は法的にその子の母となる旨を定める。オランダ民法は子に対し少なくとも一人の親を確保する目的で出産した者を法的母とすることを原則としており、本号は卵子提供などに伴い 出産した者が当該子の遺伝子上の母でなくとも適用される²⁴⁹。同時に同条第 1 項 b 号は子の出生時に当該母と婚姻関係にあった、あるいは登録パートナーシップ関係にあった者を母する旨を規定し、これが所謂嫡出推定に相当する。当該母性推定は²⁵⁰、その子どもが匿名のドナーによる精子提供を受けて出生した場合に限り適用される点において、同様の父性の推定 (1:199(1)a, b) とは異なる。匿名ドナーによる場合にのみ母性推定を認める所以としては、精子バンクに提供された匿名ドナーの精子を使用した場合、当該ドナーが当該子の生涯に関わる可能性が限りなく少ないと考えられるためであり、匿名でないドナーが精子提供した場合は、当該ドナーが子と親子関係を結び、家族形成をする可能性を考慮しなければならないためである。非匿名ドナーより精子提供を受けた場合や、ドナーが匿名であっても女性同士の間婚姻関係・登録パートナーシップ関係がない場合は、女性による子の認知 (Erkennen) も可能とされ (1:198 (1) c、1:203 以下)、特に前者の場合は、子の利益を優先した上で、全ての関係者の利益が比較考量される²⁵¹。

このような婚姻あるいは登録パートナーシップに基づく母性推定の否定 (Ontkenning) や、母による子の認知の無効 (Vernietiging) は、基本的には父性推定の否定および父による認知の無効と同様の基盤に立つ。同国においても婚姻あるいは登録パートナーシップに基づく親子関係、および認知による親子関係は必ずしも血縁関係に基づいて成立するものではなく、親子関係の成立に一定程度当事者の意思の介在が認められているが、これらの関係を覆す場合、同国では血縁が決定的な基準とされている。まず基本となる父子関係に関する条項を見るに、婚姻及び登録パートナーシップに基づいて推定された父子関係 (1:199(1)a, b) は、当該父子間に血縁関係がないことを理由に争うことができると明記されている (1:200)。推定による父子関係を争えるのは、その父、母、子であるが、婚姻ないし登録パートナーシップ関係に入る前に当該父が母の懐胎を知っていた場合は、その子が自分の血縁上の子でないことを父が知っていた場合であっても、父母ともに当該父子関係を争うことはできず (1:200(2))、これは精子ドナーの利用、スワップ行為や売春など、子を懐胎する原因行為に父が同意していた場合も同様であり、これらに該当した場合は血縁の有無に関わらず原則父母ともに当該父子関係を争うことはできず (1:200(3))、この場合子のみが当該父子関係を争えることとなる。また推定による父子関係を争うことができる期間も、母は出産時から一年とされているのに対し、父と子に関しては父子間に血縁関係が存在しないだろうと知ったときからそれぞれ 1 年、3 年と定められており (1:200(5)、(6))²⁵²、ここにおいても血縁関係がその基準とされることが明示される。認知の無効に関しても同様であり、認知自体は必ずしも血縁に基づいて行われるものではないが、これの無効を訴える場合には認知を行った父と子の間に血縁関係がないことを理由として行い (1:205(1))²⁵³、認知の無効を争えるのは基本的にその父、母、子であって、父においては認知がまた母においてはその認知への同意が、錯誤や強迫によるものであった場合等に、権利の濫用にならない範囲に

²⁴⁹ W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注 245、p.220。

²⁵⁰ 以下婚姻および登録パートナーシップ関係に基づく親子関係の推定は、1:198(1)b による親子関係の推定を「母性推定」、1:199(1)a, b による親子関係の推定を「父性推定」と表記する。

²⁵¹ 認知には出産した母と、子が 12 歳以上であればその子の同意が必要であるが、当該同意が得られない場合にこれに代えて裁判所に許可 (Toestemming) を求めることができる。この場合の許可の基準は、血縁上の父が認知の許可を求めた場合よりも厳しくなる (1:204)。W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注 245、pp. 222-223。

²⁵² 子が父子間に血縁関係がないと知った時に未成年であった場合には、成人の時から 3 年を数える (1:200(6))。

²⁵³ ここでの血縁とは、認知した者が精子ドナーであった場合にも該当するため、自己の精子を使用したドナーがその子を認知していた場合は、当該ドナーは認知の無効を争うことはできない。

において父母に認知の無効の主張が認められる²⁵⁴。推定による母子関係の否定、および出産していない女性からの認知の無効においても以上と基本を同じくするため、当該母子関係は血縁の不存在を理由に争われ、訴権者は双方の母と子となる(1:202(1)a²⁵⁵、1:205(1)a)²⁵⁶。ここで母子関係に特徴的なのは、父子関係においては、推定および認知による父が、子との血縁関係をの有無を把握できない可能性がある一方で、母子関係に関しては、推定および認知による母は、自身が卵子を提供したような例を除いて、大概の場合に自身と子の血縁関係の不存在を把握している点である。推定による母子関係を否定する場合、推定による父子関係を否定する場合と同じく、出産していない母が婚姻あるいはパートナーシップ登録の前に配偶者／パートナーの懐胎を知っていた場合は両母とも母子関係を否定できず、また出産していない母がドナーによる人工生殖に同意していた場合も両母は母子関係を否定できない(1:202a(2))²⁵⁷。1:198条b項による母性推定が必ず人工生殖の手続および精子ドナーの匿名性を証明する手続を経ることに鑑みるに、おおよその場合において両母は訴権を持たない。また認知の無効の訴えに関しても、父子関係の場合は父子間の血縁関係の存否が不明確であることが前提に置かれ、当該父子関係が当事者の意思に反して形成された場合にこれを覆すことを認めることに主眼が置かれる一方で、共同母の一方が認知をした場合には、卵子を提供した場合を除いて子との血縁関係の不存在が明確であり、これを自覚しながら認知を行う点で父子間の認知とは異なる。認知した母と子の血縁関係の存否に関する錯誤を主張することは不可能であり、従って両母からの訴えが認められる事例は、脅迫があった場合など、父子間の場合と比較して限定的なものとなる²⁵⁸。

共同母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肢として用意されている。オランダにおける養子縁組一般に適用される条項として、2名が共同で養子縁組を行う場合も、所謂連れ子養子のような事例で1名が養子縁組を行う場合も、子の親となる者同士が縁組の直近3年間を共同で生活していることが要件とされるが、子がその親と養親の関係の内に生まれた場合は、当該期間は適用されない(1:227(2))²⁵⁹。同項の「関係の内に」とは、その子が、その子を出産した母と将来の養親の間に生まれた者である場合に当該期間が適用されないことを指すが、同時にこの規定は、子を出産した母と、養母となろうとする者の同意により、匿名ドナーを用いた人工生殖により当該子をもうける場合も含む。さらに共同母が匿名ドナーにより子をもうけ、養子縁組による母子関係の形成を選択した場合に関してはさらに別途の規定が置かれており(1:227(4))、同項は基本的に当該女性ペアの共同母としての立場を根拠に養子縁組を認め、「明白に子の利益を害す場合」にこれを認めない旨を規定することから、養子縁組一般が、原則養親や実親の意思に優

²⁵⁴ オランダにおいて認知には出産した母の同意が必要とされており、婚姻ないし登録パートナーシップに基づく父性の獲得においては何らの許可や手続きが要されないことから、婚姻及び登録パートナーシップは優越的に位置付けられると言えるが、現在婚姻関係ないし登録パートナーシップ関係外で生まれる子は2014年から2015年の間に出生した子の内の44パーセントにのぼり、認知もかなり一般的になっている。Het Centraal Bureau voor de Statistiek website “Ouders van ruim vier op de tien baby’s niet getrouwd” <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2016/21/ouders-van-ruim-vier-op-de-tien-baby-s-niet-getrouwd> (2016年6月16日23時50分最終確認)、W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注245、pp.214-215, 224-227。

²⁵⁵ ただし推定による母子関係の否定につき定める1:202a(3)は、出訴期間に関して、どちらの母とも子の出生から一年間と定めており、子の出訴可能期間に関しては成人の後3年以内と定められる。また推定による父子関係の否定に関し1:200(4)が定める「母が父を欺いて(bedrogen hebben)いた場合」に相当する規定も、母子関係においては存在しない。

²⁵⁶ S.F.M. Wortmann en mr. J. van Duijvend (2015) Personen- en familierecht Wolters Kluwer Nederland, p.199。

²⁵⁷ 父の場合は子を懐胎し得る行為への同意と記述される一方、母の場合は人工生殖への同意と記述される。

²⁵⁸ W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注245、pp. 221, 226, 228-229。

²⁵⁹ 1:227(2) “... De in de tweede zin bedoelde voorwaarde geldt evenwel niet indien het kind is of wordt geboren binnen de relatie van de adoptant en die ouder”。

先して、明白に子の利益にかなうときのみ成立するとされていることに鑑みれば²⁶⁰、同項は、通常の養子縁組以上に共同母の母としての立場を補強する性格を有すると言える²⁶¹。当該期間免除と共同母の立場に基づく養子縁組は、女性同士のペアが新たに子を設けた場合の親子関係の成立を、特に男性同士のペアが2人の間に子を設けようとした場合と比較して、著しく容易にしている²⁶²。

2. 人工生殖と法

1:198条1項b号、および1:227条4項において、精子提供をうけた人工生殖、および当該精子ドナーの匿名性が重要な基準とされる²⁶³。2014年改正により匿名ではない精子ドナーが、子の母(および12歳以上の子本人)の同意に代わる認知の許可を裁判所に求められるようになったこと(1:204(3), (4)²⁶⁴)にも関連して、親となることを望む匿名でない精子ドナーの立場が向上したことで、母性推定や共同母による養子縁組において精子ドナーの匿名性を要請する必要は高まった。1:198条1項b号あるいは1:227条4項の適用を受けるのは、原則として人工生殖ドナー情報法²⁶⁵の定めるところによりドナー情報機関 (de Stichting Donorgegevens) が、子の出生登録に際して精子ドナーの匿名性を証明した場合に限られ、この匿名性は人工生殖を行うものがドナーを特定していないことを指す。当該匿名性はドナーが全く不明であることを意味するものではなく、人工生殖ドナー情報法は、2003年以降、人工生殖の実施機関に対しドナーの特定の情報の記録とドナー情報機関への報告を義務付けており、当該機関は卵子と精子双方のドナーの情報を管理することで、後に人工生殖によって生まれた子が自身の血縁上の親の情報を得る機会を保護している²⁶⁶。

3. 考察：性別取扱変更と親子関係

ここにおいて先のMtFの事例を考えるに、1:28c条3項は、MtFが自分の精子を用いて性別取扱変更後に子をもうけた場合に、その子と養子縁組を望む場合は、1:277条4項の適用を受けると規定する。上記に見た通り1:277条4項は精子ドナーの匿名性を要求しているが、1:28c条3項

²⁶⁰ 1:227条第3項に明記される。W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注245、p.207。

²⁶¹ W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注245、pp. 45, 239-241, S.F.M. Wortmann en mr. J. van Duijvend (2015)・前掲注256、pp.215-216。

²⁶² W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注245、pp. 45, 239-241, S.F.M. Wortmann en mr. J. van Duijvend (2015)・前掲注256、pp.215-216。2014年改正によって女性による認知も認められるようになったものの、外国法が認知による母という立場を認めていないことを危惧して、養子縁組による共同母の立場を強化したものと説明される。W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注245、p.240。

²⁶³ 精子ドナーについても子の法的な親となる可能性を失う訳ではないため(例として1:204(3)は、精子ドナーが子と親しい関係にある場合に、認知にかかる母および子本人の同意に代わる裁判所の許可の請求を当該ドナーにも認めている)、匿名性の要請により、ドナーが子の生涯に関わる可能性が極僅かである場合にのみ母子関係の成立を認めることとした。親を2人のみに限るかこれを拡大するかは、親子関係の確定の問題を扱うde Staatscommissie Herijking Ouderschapにおいて議論がなされている。W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注245、pp. 209, 232(親の数を増やすことに疑問の声はある。2016年3月8日Gerald Janssen弁護士との対談より)。

²⁶⁴ Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting。

²⁶⁵ 共同母のように意思により親となる者がいる一方で、生物学的な親も社会的な親としての立場を失った訳ではないとする立場があり、親の人数を拡大する議論があることは前掲注の通りである。なお、今後代理母出産の是非なども当該機関によって議論される予定である。W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注245、pp.209, 232。

²⁶⁶ 子が追える情報として、12歳以上の子もしくはその法定代理人は、ドナーの髪の色などの身体的情報、教育歴などの社会的情報をドナー情報機関に請求できる。16歳以上であればドナー情報機関にドナー個人を特定できる情報の取得を要求でき、この時ドナーは書面による同意を行うが、これをドナーが拒否した場合は、ドナー情報機関が当該子とドナーの利益を比較し、情報の公開がドナーに深刻な影響をもたらさない限りは情報を公開する(WDKB Art.3(2))。W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注245、pp. 221, 231。

にかかる事例では MtF 本人の配偶子を用いて子をもうけているため、1:28c 条 3 項は 1:277 条 4 項の精子ドナーの匿名性という要件に例外的な対応を認めているものと言える。一方で、MtF が 1:198 条 1 項 b 号によって、子を出産した母との婚姻関係ないし登録パートナー関係に基づき母の身分を得られるかといえば、本号もまた精子ドナーの匿名性を求めているのであり、1:28c 条 3 項は本号における匿名性要件の排除を規定していない。匿名性の要請の排除という例外的措置が養子縁組に関して明示的に規定されていることに鑑みれば、推定規定の適用において明示的規定のない匿名性の要請の排除が認められるとは考え難く、従って MtF が自分の配偶子によりもうけた子と母子関係を望む場合は、匿名性の要請が働くために推定が及ばず、養子縁組によるか認知によることとなり²⁶⁷、およそ自分との血縁関係が期待できない場合のみ母性推定の適用を受けることが指摘される。認知制度の利用が一般化しつつあるとは言え²⁶⁸、母性推定の適用を受ける場合と異なり、認知・養子縁組においてはそのための手続きを要すことから、MtF が自己の配偶子を用いた場合は、他の共同母と比較して母子関係の成立が困難となると言える。推定による母子関係も認知による母子関係も原則血縁関係の不存在を理由に争われるが、両母の訴権の有無や出訴期間の規定に鑑みるに、共同母制度は「自己の配偶子を用いた上でのパートナーの出産」に対して同意するという状況を想定しておらず、共同母制度が、「出産によらない母と子の血縁関係の不存在が明確でありながら母子関係の成立に同意した」ことを念頭においている点を考えれば、前述の MtF の事例を、共同母制度が想定する、女性間で非匿名ドナーによる精子を用いた人工生殖を行った事例と同一視することは困難である。MtF が法的に女性として扱われることを選択していることから、子との関係を「母子関係」とすることは妥当であるが²⁶⁹、「自己の配偶子を用いた上での人工生殖への同意」という意味ではかえって父子関係の枠組を利用することが妥当な場合も考えられ²⁷⁰、今後そのような同意を含む「母子関係」をいかに扱うかは、卵子提供や代理母の問題と同時に議論が待たれる問題である。同様に、共同母制度は現状卵子の提供者と出産者を別にする母子関係の成立を想定していないと言えるものの、少なくとも出産による母とそうでない母に語句上の区別をつけず、親となる女性を「母」として包括的に扱う余地を残したことを指摘しておきたい²⁷¹。

また子を出産した FtM が「母」として登録されることにも言及したい。性別取扱変更後に子をもうけた FtM と MtF の差異に着目した場合、FtM は性別取扱変更前の性別で扱われ、MtF は性別取扱変更後の性別で扱われるという区別が生ずるが、オランダ法は出産した者を母とする原則を崩さなかった。この出産＝母原則は、まず出産をもって親子関係を確定することは、子に法的責任を負う親を少なくとも一人は確保することに資するのであり、後述の通りオランダの民事登録は中央統括的であり、当該登録事項はあらゆる法制度中に遍在する。他の法制度が「子を出産した父」を想定せず、現状オランダ法が父／母の区別を保持していることから、子を出産した父という類型を設けるよりは、当該 FtM を出産した者＝母として扱うことで煩雑化を防いだものと考えられる。一方 MtF を「母」とすることに関しては、実際に MtF が他の女性との間に子をもうける場合に人工生殖を用いる可能性は高く、そのような場合には、男女間で子をもうけた場合よりも、親子関係の成立に対する MtF 本人の意思の介在や本人と子の血縁関係の存在が明瞭であることから、MtF 本人が女性としての取扱を望む限りにおいて「母」と登録することが望ましいことに鑑みても、共同母の枠組みを使うことに合点がいくものの、MtF が親

²⁶⁷ S.F.M. Wortmann en mr. J. van Duijvend (2015)・前掲注 256、pp. 37-38。

²⁶⁸ Het Centraal Bureau voor de Statistiek (2016)・前掲注 254 参照。

²⁶⁹ 一方 FtM に関しては出産＝母の原則を崩していない点に留意されたい。後述。

²⁷⁰ 精子の提供者と認知者である父との利益が衝突した事例など、従来父子関係において積み重ねられてきた判例の枠組みが、母子間の認知に関しても適用されるか否かについて、裁判所の態度は明らかでない。W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注 245、p.229。

²⁷¹ W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注 245、p. 220。2人の母につき特段の区別の必要がある場合は、「1:198 条第 1 項 a 号の指す母」「1:198 条第 1 項 b 号の指す母」などと記述される。

子関係を成立させる意思の形成において「自己の配偶子を用いていること（子と血縁関係があること）」を前提としていた場合に、父子関係における場合と同様の錯誤が生じ得るのであって、この点においては、出産によらない母が血縁の不存在が明らかでありながら親子関係を成立させる意思があったことを前提として、出産によらない母が親子関係を争う機会を制限する共同母の枠組みを適用することに疑問も生じる。血縁関係を前提として親子関係を成立させる意思表示をした「出産によらない母」の立場を考慮するという意味で、この問題も卵子提供を含む人工生殖の問題とともに論じられていくものと考えられる。

血縁上の父が行う場合の認知が他の認知に比べて容易であることや²⁷²、親子関係の否定が血縁関係に基づいて行われる点において血縁の要素は残るものの²⁷³、2014年改正における「出産によらない母」の登場で、オランダ親子関係法における血縁の位置付けは大きく後退した。これまで子の出産時にその子を出産した女性と婚姻関係にあった男性に父性の推定を認めてきたこと、および男性に認知を認めてきたことから言えば、オランダ親子関係法はより性別中立的になったと言える。一方で、二人の父に関しては同親子関係法から当該2名のみ親子関係が成立することはなく、男性同士のペアの双方と子の間に親子関係を成立させたい場合は養子縁組を行う他にない一方、養子縁組に際しては共同母に特別に比較的容易な成立を認めていることに鑑みても、男性同士のペアと女性同士のペアの間の親子関係の成立に関する差異は拡大したと言える²⁷⁴。母性推定・女性による認知が認められたことにも照らして、ペアの内に子を出産した者を含むか否かによって親子関係の成立の難度に重大な差異ができたことになるが、特に子の親の確保の要請から出産した者＝母の構図を崩すことには慎重を要すものであり、また2人以上の親を子に認めることについても議論の余地があることから²⁷⁵、現状ではこのような差異の残存も許容されねばならなかつたであろう。

一方で、性別取扱変更を行った事実に着目した場合、FtMが男性としての取扱を望むにも関わらず「母」と登録されることも問題視され得る。FtMが母としての登録から被る不利益は、その登録事項の利用の場面において表出することから、以下にオランダの身分登録法を概観する。

第4節 身分登録制度

オランダにおける身分登録は、各地方自治体(Gemeente)²⁷⁶の民事登録役場(Burgerlijke stand)が管理する、出生、婚姻、登録パートナーシップ、死亡の登録を基礎とする(1:17(1))。その他の個人の身分に関する情報については特段の登録はなく、認知や名の変更などは出生登録に追記され²⁷⁷、1:28条による性別取扱変更もこの出生登録につき行われる。民事登録役場による上記の各登録は個人の身分事項を公証する機能を持つが²⁷⁸、一方でこれらの登録情報を元に別途の個人基本登録(Basisregistratie personen、以下「BRP」とする。)が作られ、このBRPは行政機関等による登録情報の利用を念頭においた制度と位置付けられる。BRP上の情報は警察、税金、年金

²⁷² 1:204条。認知に際し、子を出産した母や12歳以上である子本人の同意が得られない場合に、この同意に代わる許可を裁判所に申し出た場合、共同母における同様の手続きよりも比較的容易に認められる。W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注245、p.222。

²⁷³ W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注245、p.207。しかしこのことは血縁に基づかない法的親子関係の断絶が容易であることを示すものではなく、確定した関係については一定の安定性と永続性が保証される。

²⁷⁴ 男性同士のペアの場合一方が出産することがないため、常に1:277第2項に規定される最低3年間の共同生活の要件(本稿47頁参照)の適用を受けることになり、養子縁組において共同母の場合よりも成立が制限される。

²⁷⁵ 2016年3月8日Gerald Janssen弁護士との対談より。

²⁷⁶ オランダの最小行政区、市町村にあたる。

²⁷⁷ W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注245、p.69。

²⁷⁸ S.F.M. Wortmann en mr. J. van Duijvend (2015)・前掲注256、p.28。

等に関する公共の義務を有する機関が個人情報を要する際に当該機関に取得されるほか、銀行や保険会社、雇用者や教育機関等も、自己の管理するデータが BRP と合致することを保証する法的義務を有しており、従って BPR 上の個人情報はユビキタスな性質を有すと形容される²⁷⁹。その詳細を以下に見ていくにあたり、父／母という表記は当該父／母本人ではなく、その子の登録上に現れることに留意されたい。オランダにおける身分登録は個人単位であり、父／母という身分事項が表出する場面とは、その子の登録情報が利用された場合で、かつその情報が親の情報を含み、そこで父／母の表記が区別されているときである。

1. 出生登録

出生登録は、その子が出生した市町村の民事登録吏(Ambtenaar van de Burgerlijke Stand)によって行われる。原則その子の父か、子を出産していない母が届出の義務を負うが(1:19e(2))、これが不可能であれば子を出産した母が行う。民事登録吏は、届出時にその子を出産した母と示されている者が本当にその子を出産したのかを確認するため、医師もしくは助産師による証明(Verklaring)を求められることができ、これにより出産=母原則も担保されるほか、代理母出産によって出産した子を代理母出産を望んだ者の子として届出するような事態が防がれる(1:19e(8))²⁸⁰。

出生の届出は子の生まれた市町村ごとに行われるため、届出の形式も様々だが、届出時に必要とされる情報の中心となるのは、出生した子の出生日ならびに出生地、子の氏名と性、子の親(少なくとも出産した母)、および届出人の情報であり、届出においては届出人の身分証名の他、市町村に応じて出産母の身分証や市町村指定の書面、医師または助産師による出生の証明、また必要に応じて認知の証明や名の選択の証明、婚姻あるいは登録パートナーシップの証明、人工生殖ドナー情報機関による必要な証明などの提出が求められる。出産した母が不明でない限りは、上記の誰が届出をしても、子を出産した者はその子の父や出産していない母とは区別して把握され²⁸¹、父／母の記載に関しては、「出産した母」という他に単に「母(moeder)」と表記して出産した者を示す場合もある。出産した者に関する表記で、「母」の表記を避けた性別中立的なものは見受けられなかったが²⁸²、当該子の出生登録を書面に出力した際に「父」ないし「母」の記載がなされるかといえ、出生登録が作成された時代、および出力した市町村の用いる形式によって異なるようである。例えば Gouda 市発行の出生証明書(1987年に登録作成)によれば、出生した者を「以下の配偶者らの息子(zoon van de echtgenoten)」などと示した後に、親2名の氏名が羅列されており、出生届を提出した者が父であったことを記す以外は、

²⁷⁹ Human Rights Watch “Controlling Bodies, Denying Identities: Human Rights Violations Against Trans People in the Netherlands”

<https://www.hrw.org/report/2011/09/13/controlling-bodies-denying-identities/human-rights-violations-against-trans-people> (2016年3月8日6時56分最終確認)

²⁸⁰ S.F.M. Wortmann en mr. J. van Duijvend (2015)・前掲注 256, pp.30-31, W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注 245, pp.70-71。市町村によっては届出時に既に当該証明を要求するところもあり、例えばロッテルダム市は、届出時に出産した母の名と子の出生日および出生地を示す医師または助産師による証明を用意することとしており、届出には出産した母の有効な ID も用意するものとしている(2016年6月17日現在)。ロッテルダム市ホームページ“Geboorteaangifte” <http://www.rotterdam.nl/product:geboorteaangifte> (2016年6月17日10時54分最終確認)。

²⁸¹ 例えば、ユトレヒト市が出生の届出において提出を求める書面では、「出産した母(Moeder uit wie het kind geboren is)」と「その他の親(Andere ouder)」 「届出人(aangever)」という記述がなされる。ユトレヒト市ホームページ“Geboorteaangifte”

<https://pki.utrecht.nl/Loket/prodcat/products/getProductDetailsAction.do?id=433> (2016年6月17日15時48分最終確認)。

²⁸² オランダ本土の主だった各都市(Rotterdam, Utrecht, Amsterdam, Haarlem, Middelburg, Den Haag, Zwolle, 's-Hertogenbosch, Maastricht, Groningen, Arnhem, Leeuwarden, Lelystad, Assen, Nijmegen, Almere, Eindhoven, Enschede)のホームページ、および、オランダ政府ホームページを参照。出産した母の情報の提出につき特段の記述がない場合は、医師あるいは助産師による子の出生証明の提出が推奨されている場合が多い。

「父」「母」の記載はなく、親として名が記される2名の内どちらが父でどちらが母であるというを示す情報はなかった²⁸³。一方アムステルダム市で出力した出生証明書（2016年登録作成）によれば、1) 子の氏名と生年月日、出生時間、出生地および性、2) 親として「父」の氏名および「その子を出生した母」の氏名、3) その余の情報として、親2名（「父」および「出産した母」）の出生地と生年月日、および届出人の氏名と出生地、生年月日の記載の後に、出生登録を作成した民事登録吏の名や作成日、作成地等の情報が記されており、父と母の区別は明白であった。

出生登録は、登録される子本人が出生した市町村で管理され、登録上の情報を参照できるのは当該市町村においてのみである。就業や行政上の手続き等では、当該手続きを行う機関が出生登録上の情報を取得するのではなく、あるいは本人に出生証明書の提出を求めるのではなく、出生等登録に基づいて作成されたBRPデータベース上にある情報を当該機関が取得するという手法をとる。従って、より实际的に男/女と父/母の記載が異なる場合の不利益を検討するにあたっては、BRPの制度も参照しておかなければならない。

2. 個人基本登録 (BRP)

BRPは、公共性の高い特定の機関が本登録上の個人情報を利用することを目的に作られており、その登録中の情報は前述の出生・婚姻・登録パートナーシップ・死亡の各登録より抽出される。このため、民法1:28条に基づく性別取扱変更の対象となるのは出生登録上の性だが、これによってBPR記載の性別情報が更新され、個人情報を利用する必要がある各機関は当該BRP上で更新された情報を参照することになる。BRP上に登録される内容としては、本人の性別の他にその親の情報も含まれ、またBRP上の情報を取得する団体は、税務関係機関、社会保障機関、年金機関等多岐に及び、これらが一様にBRPから情報を取得する²⁸⁴。

ある者が父あるいは母であるという情報は、その子の出生登録及びBRP上に現れるが(WBRP 2.7(1)²⁸⁵)、BRPは個人基本登録法²⁸⁶の管轄下であり、BRP上の情報の利用に際しては、本法の下、一般法である個人情報保護法²⁸⁷を適用した場合よりもより厳格な情報の保護が要求されている。情報の取得に関しては、当該機関が、その目的のために必要とする場合に、その実施に必要な限りの範囲においてのみ情報の取得が認められるとされ²⁸⁸、BRP上の情報を利用する機関はおおよそ特定でき、いかなる団体が、いかなる場合に、いかなる理由によって、ど

²⁸³ 筆者が参照したGouda市発行の出生証明書による。このような記載によれば父/母に関する情報は性別中立的に表示されることとなるが、「zoon van de echtgenoten」という記載に着目したとき、子本人が性別取扱を変更していた場合に、当該変更後に発行された出生証明書の息子/娘の記載に変化が生じるのかは、今回の調査では明らかになっていない。この点について明らかにするためには、オランダの民事登録法が息子/娘の区別を行っているのか(法的に息子/娘の語を区別しているか、あるいは出生時に届けられた子の性に従って証明書発行時の息子/娘の語が確定し、事実上の区別をしている等)、本人の現在の性の情報に依拠して表記がなされたのかについて、更に調査が必要となる。前者であれば、当該息子/娘の身分は性別取扱変更以前に親との間に確定した関係となるため、性別取扱変更後も息子/娘の記載に変化は生じないものとなり、子本人が自己の情報を利用する場面で直接的に不遇を受けることが考えられ、子本人が性別取扱変更をした例を考えれば父/母よりもこちらの表記の方が重要な意味合いを持つだろう。

²⁸⁴ W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015)・前掲注245、pp. 69-70。

²⁸⁵ 同項はその者の氏名、性、親、現在及び以前の婚姻/登録パートナーシップ状況、現在・以前の配偶者/登録パートナー、子、死亡の情報を登録する旨を定める。その他にも国籍、社会保障番号、後見 (curatele) の有無等がBRP上で登録・管理される。

²⁸⁶ Wet Basisregistratie Personen. 個人基本登録に関する法。2014年1月6日に施行した法であり、旧称はWet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens。

(住民登録台帳 (GBA, Gemeentelijke Basis Administratie) に関する法)。

²⁸⁷ Wet bescherming persoonsgegevens。

²⁸⁸ S.F.M. Wortmann en mr. J. van Duijvend (2015)・前掲注256、pp.29-30、オランダ政府ホームページ“The Municipal Personal Records Database (in English)” <https://www.government.nl/topics/identification-documents/contents/the-municipal-personal-records-database> (2016年6月1日16時30分最終確認)。

の情報を使用するのかを簡易に検索することも可能である²⁸⁹。BRP 記載の情報の用途、及び当該用途に際し取得される主だった情報内容を概観するに、その者の親の情報が取得されることは稀であり、また BRP 上の情報を書面にて取得する方法は数通りあるが、親の情報が記載される形式にて BRP 上の情報を出力した場合であっても、親の記載は単に「親」とされ、父母を区別しない場合があり、従って BRP 上の情報を利用する機関が親の情報を取得したとしても、親の情報が父/母を区別した上で取得されるとは限らないことが指摘される²⁹⁰。

第5節 オランダ法に対するまとめと若干の考察

以上に見るに、2014 年改正にて性別取扱変更における生殖能力喪失要件を撤廃したオランダ法は、出産および自らの配偶子を用いた生殖を含めて、性別の取扱を変更した者がその変更後に子をもうけることを明示的に承認した。1:28c 条は、FtM・MtF を含むペアが、性別取扱変更前の性にかかる生殖能力を用いて、かつ当該ペアの間に出産が生じる形で子をもうけた場合を想定したものとなっており、その親子関係の確定については、MtF が自己の配偶子を用いて女性パートナーとの間に子をもうけた場合には、認知・養子縁組という手続きを一度挟んだ場合に「母」としての親子関係の成立を認め、また FtM が自ら出産した場合には、「母」として親子関係が登録されるものとした。FtM・MtF が、パートナーの一方が出産する形で、パートナーとの間で子をもうけた場合の親子関係の成立は、以下のようになる。

表 1：性別取扱変更後に子をもうけた場合の類型※ 1

本人	相手	子をもうける手法※ 2	本人と子の親子関係成立	相手と子の親子関係成立
FtM	男性配偶者/ 登録パートナー	本人の出産・相手の配偶子	出産による母 (1:198(1)a)	父性推定 (1:199(1)a, b)
		本人の出産・他人の配偶子	出産による母	父性推定
	女性配偶者/ 登録パートナー	本人の出産・他人の配偶子	出産による母	母性推定 (1:198(1)b)
		相手の出産・他人の配偶子	父性推定	出産による母
	FtM 配偶者/ 登録パートナー	本人の出産・他人の配偶子	出産による母	父性推定
		相手の出産・他人の配偶子	父性推定	出産による母
MtF 配偶者/ 登録パートナー	本人の出産・相手の配偶子	出産による母	母子間認知 (1:198(1)c)、 共同母養子縁組	

²⁸⁹ オランダ政府ホームページ “Wie mogen mijn gegevens in de Basisregistratie Personen (BRP) inzien?” <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/persoonsgegevens/vraag-en-antwoord/wie-heeft-recht-op-inzage-in-mijn-gegevens-in-de-gemeentelijke-basisadministratie-gba> (2016 年 6 月 1 日 16 時 51 分最終確認)、Ministerie van binnenlandse zaken en koninkrijksrelaties ホームページ “Wie krijgen mijn gegevens uit de Basisregistratie Personen (BRP)?” <http://www.wiekrijgtmijngegevens.nl/> (2016 年 6 月 1 日 16 時 49 分最終確認)。

²⁹⁰ 本人が BRP 上の情報を書面にて取得する場合には数通りの方法があるが、筆者が参照した Haarlem 市発行の書面においては、親に関する情報は単に「親の情報 (Gegevens Ouders)」と記載されており、母/父の記載はなく、各親につき性(Geslacht)の情報を記載する形式をとっていた。

			(1:227(4))
	本人の出産・他人の配偶子 ※匿名ドナー、同意あり	出産による母 (1:198(1)a)	母性推定
	本人の出産・他人の配偶子 ※匿名でないドナー、同意あり	出産による母	母子間認知、 期間免除養子縁組 (1:227(2))
男性非配偶者/ 非登録パートナー	本人の出産・相手の配偶子	出産による母	父子間認知 (1:199(1)c)、 期間免除養子縁組
	本人の出産・他人の配偶子 ※同意あり	出産による母	父子間認知、 期間免除養子縁組
女性非配偶者/ 非登録パートナー	本人の出産・他人の配偶子 ※匿名ドナー、同意あり	出産による母	母子間認知、 共同母養子縁組
	本人の出産・他人の配偶子 ※非匿名ドナー、同意あり	出産による母	母子間認知、 期間免除養子縁組
	相手の出産・他人の配偶子 ※同意あり	父子間認知、 期間免除養子縁組	出産による母
FtM 非配偶者/ 非登録パートナー	本人の出産・他人の配偶子 ※同意あり	出産による母	父子間認知、 期間免除養子縁組
	相手の出産・他人の配偶子 ※同意あり	父子間認知、 期間免除養子縁組	出産による母
MtF 非配偶者/ 非登録パートナー	本人の出産・相手の配偶子	出産による母	母子間認知、 共同母養子縁組
	本人の出産・他人の配偶子 ※匿名ドナー、同意あり	出産による母	母子間認知、 共同母養子縁組
	本人の出産・他人の配偶子 ※非匿名ドナー、同意あり	出産による母	母子間認知、 期間免除養子縁組

本人	相手	子をもうける手法※2	本人と子の 親子関係成立	相手と子の 親子関係成立
MtF	男性配偶者/ 登録パートナー	(出産なし)	養子縁組 (1:227 以下)	養子縁組
	女性配偶者/ 登録パートナー	相手の出産・本人の配偶子	母子間認知、 共同母養子縁組	出産による母

		相手の出産・他人の配偶子 ※匿名ドナー、同意あり	母性推定	出産による母
		相手の出産・他人の配偶子 ※非匿名ドナー、同意あり	母子間認知、 期間免除養子縁組	出産による母
FtM 配偶者/ 登録パートナー		相手の出産・本人の配偶子	母子間認知、 共同母養子縁組	出産による母
		相手の出産・他人の配偶子 ※匿名ドナー、同意あり	母性推定	出産による母
		相手の出産・他人の配偶子 ※非匿名ドナー、同意あり	母子間認知、 期間免除養子縁組	出産による母
MtF 配偶者/ 登録パートナー	(出産なし)	養子縁組	養子縁組	
男性非配偶者/ 非登録パートナー	(出産なし)	養子縁組	養子縁組	
女性非配偶者/ 非登録パートナー		相手の出産・本人の配偶子	母子間認知、 共同母養子縁組	出産による母
		相手の出産・他人の配偶子 ※匿名ドナー、同意あり	母子間認知、 共同母養子縁組	出産による母
		相手の出産・他人の配偶子 ※非匿名ドナー、同意あり	母子間認知、 期間免除養子縁組	出産による母
FtM 非配偶者/ 非登録パートナー		相手の出産・本人の配偶子	母子間認知、 共同母養子縁組	出産による母
		相手の出産・他人の配偶子 ※匿名ドナー、同意あり	母子間認知、 共同母養子縁組	出産による母
		相手の出産・他人の配偶子 ※非匿名ドナー、同意あり	母子間認知、 期間免除養子縁組	出産による母
MtF 非配偶者/ 非登録パートナー	(出産なし)	養子縁組	養子縁組	

※ 1 色のついた部分は、1:28c 条に該当する類型を指す。

※ 2 第三者による出産は本一覧に含まない（生殖能力が男性同士である場合の「養子縁組」の記載を除く）。

2014 年の親子関係法改正により出産によらない母が認められたことで、親子関係の形成の段階においては血縁の要素は大きく減退し、出産の可否によって現実には親子関係の成立の難度に顕著な性別格差を残したが²⁹¹、親子関係の成立基準の適用自体は大きく性別中立化した。出

²⁹¹ 男性同士のペアの場合一方が出産することがないため養子縁組を行う必要があり、また常に他に出産する者を要し、男性同士のペアの間のみで子どもをうけることができないことから、常に 1:277 条 2 項に規定される最低 3 年間の共同生活の要件の適用を受けることになる。一方で女性同士のペアでは、ペアの内に出産があり、精子の提供を受け共同母となる場合は原則親子関係の成立が当該 2 名の母と子の間で完結する形をとっており、

産によらない母子関係の成立にかかる制度が人工生殖の利用を念頭において設計されている一方で、父子関係の成立においては人工生殖の有無・精子提供者の匿名性の有無が積極的には問われない点で母子関係と父子関係の扱いの差異が残る。同年の 1:28 条改正では、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、FtM の場合は自ら出産した場合に性別取扱変更前の性別がその親子関係に適用され、出産＝母の原則は維持される。男／女の登録と父／母の登録の齟齬を考えるに、性別取扱変更に遡及効が認められないことから、当該齟齬は法改正以前から生じ得たところであるが、法改正後も、性別取扱変更後に FtM が出産した場合においては当該齟齬が起こることとなった。ここにおいて、当該記載の齟齬によって FtM 本人およびその子が被る不利益と、現状「親」ではなく「母」と記載する必要性を生ずる身分登録およびその周辺制度の合理性とを比較した場合、今回の改正では後者に重点が置かれたものとする。上記に記した BRP 制度に鑑みるに、オランダにおいては、当該制度のために出生証明書を出し提出する機会は少なく、また BRP を用いた場合であっても、BRP 上から親の情報が取得される機会は限られており、また BRP 上から親の情報が取得されたとして、そこに親の性別と父／母の記載との齟齬が明示されているとは限らない点が指摘できる。生殖能力の喪失が要件とされた法改正以前と比較すれば、登録上の父／母と男／女の表記に齟齬が生じ得るとはいえ、生殖能力の保持を望む場合にも性別取扱変更が可能となった点で状況は大きく改善したと言える。

オランダ法が性別取扱変更の有無に関わらず親子関係の成立における男女間の顕著な差異を容認している以上、性別取扱変更後に子をもうけた場合、FtM の場合は性別取扱変更前の性別がその親子関係に適用され、MtF の場合は性別取扱変更後の性別が適用される点で、MtF と FtM を比較して不平等を訴えることは困難とも取れるが、今後の FtM のリプロダクティブ・ライツの取扱に関しては、卵子の提供・代理母を含めた議論の展開を共に追う必要がある。FtM が「母」として登録される不利益は²⁹²、現状父／母の区別を要する身分登録制度が見直されるまでは、当該「母」としての登録の露出の機会を極力減じることで対応することが現実的かと考えられる²⁹³。オランダ法では出産の可否に起因して親子関係の成立の難度に顕著な差異が残されたことから、今後卵子の提供・代理母出産を含め親子関係一般に関する議論が継続することに疑いはなく、自己の配偶子を用いた MtF への母性推定適用の可能性、および MtF と子の間の血縁関係と共同母制度の想定する血縁関係の齟齬の問題、および FtM が出産してなお「父」と登録される可能性や、卵子を提供する可能性といった、性別の取扱を変更した者が自己の生殖能力を活用するに際して現状確認された問題に関しては、身分登録制度の性別中立化の可否の問題²⁹⁴と並行して、今後の議論が待たれる。

第 6 節 小括

オランダにおいては、2014 年に性別取扱変更における生殖能力喪失要件が撤廃されたが、これに先んじて親族関係規定（民法第 1 編 11 章²⁹⁵）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²⁹⁶、認知によっても母子関係が成立することとなり、子

国際私法上の問題で共同母の立場を守る要請を念頭に共同母の養子縁組利用を選択可能とした 1:227 (4) の存在を鑑みれば、男性同士のペアと女性同士のペアで親子関係の形成における難度に顕著な差があることが指摘できる。

²⁹² 「母」の登録が露出することで被る不利益のほか、出産の忌避なども予想される。

²⁹³ 前述の Haarlem 市の BRP の出力方法、Gouda 市の発行した出生証明書が参考になる。

²⁹⁴ 出生時に性別が特定できなかった場合に性別を特定しない出生登録の作成が認められる（1:19d）一方、性別を特定しない性別取扱変更が認められない点で議論がある。

²⁹⁵ Burgerlijk Wetboek, Boek 1 Personen- en familierecht, Titel 11 Afstamming.

²⁹⁶ 同国は同性間での婚姻を認めている。

が2人の母を持つことが認められた。女性同士のペアが2人の間に子をもうけようとした場合、女性が匿名ドナーに提供された精子を用いて出産したのであれば、出産者の女性配偶者または女性登録パートナーも推定による母性を獲得するとされ、また認知により成立した母子関係を血縁の不存在を理由に否定できる場合が限定された²⁹⁷。推定の適用を精子提供者が匿名である場合に限ったのは、精子提供者がおおよそ子と父子関係を望むことが考えられない場合に限って当該推定を認めようとしたためであり、子1人に対して成立し得る実親子関係は現状2人までとされる。本改正によれば、MtFが女性配偶者ないし女性登録パートナーとの間に子をもうけた場合に、おおよそ自分との血縁関係が望めない場合にのみ推定が働くという難点は指摘されるものの、MtFが自己の生殖能力を用いて子をもうけた場合でも認知によって子と母子関係を形成することができ、また FtM が出産する形で女性配偶者／女性登録パートナーとの間に子をもうけた場合であっても、当該配偶者／登録パートナーは子と母子関係を形成できる²⁹⁸。かような法制によれば、既に分娩の事実により子に1つの母子関係が確定していた場合であっても推定／認知により MtF と子の間に実母子関係が成立し得るほか、FtM が出産した場合に、その配偶者と子の間にも推定により早期に母子関係が成立することとなる。しかしながら、身体的要件が当事者に断種・身体介入を促す動きを見せたことから身体的要件の撤廃は早期に検討される必要があり、親子関係法制の大規模な改正を待つことは現実味に欠けると言えよう。次項においては、オランダにおいて性別取扱変更にかかる法改正が進んできた背景として、外国法との兼ね合い及び断種を法が求めることに対する人権的側面からの議論があったこと、またオランダに最も影響をもたらしたと考えられる外国判例であり、かつ国内における家族関係法制の調節を待たずに、人権論的側面から身体的要件の撤廃を進めた例であるドイツ連邦憲法裁判所判例を紹介し、また日本国内におけるその参考度合いを測る意味で、ドイツ及び欧州における性別取扱変更者に関連する決定の根底にあった性的自己決定権という概念と、日本国内における差別禁止規定との親和性について若干の考察を加える。

²⁹⁷ 基本的な枠組みは認知による父子関係を否定する場合と変わらず、訴権者は双方の母と子であり、出産によらない母の認知、ないし出産者による当該母の認知への同意が強迫もしくは錯誤に基づく場合等に、権利の濫用にならない範囲でのみ認知の無効の主張が認められる。精子の提供を受ける手続きを踏んだ場合に、特に子との血縁の存在において母の認識に錯誤が生じることが考え難いため、母からの母子関係否定は強迫があった場合という限定的な場合に限られる。M.W. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015) *Familierecht- Een introductie*. Boom Juridische uitgevers Den Haag. pp. 221, 226, 228-229.

²⁹⁸ オランダ法は改正を経て、親子関係の成立基準の適用自体は性別中立化したものの、親子関係の成立基準において出産に重きが置かれるために、身体能力的に男性同士となるカップルと女性同士となるカップルの間で、親子関係の成立のしやすさに大きな差異が生じていることが指摘できる。

第4章 権利論的側面からの欧州の動向

—オランダの法改正の経緯、及びドイツと欧州人権裁判所を例として

第1節 オランダにおける法改正の動機

旧 1:28 条における性別適合手術要件は、公の秩序を保護するために必要と解されたために制定された。後になって登録された法的性別を変更することは、例えば配偶者との関係や親としての身分関係等、本人と他の個人との法的関係並びに社会参加に重大な影響を及ぼし得、法的確実性を保護し、よって性別適合手術は法の侵害を排除するために必要であると考えられ、本人の確信のみでは法的性別取扱いを変更する法的要件として不十分と考えられたのである²⁹⁹。また生殖能力喪失要件は、生殖において法の想定してきた性的役割を当事者が逸脱することで、後に生まれる子どもが法の想定外の状況おかれることを懸念して規定されたとされる³⁰⁰。しかし身体的要件が性同一性障害者の人格的自立権や身体的完全性に干渉するものであることから、身体的要件によって保護されるとされた上記の法益は、個人の人権の最も基本的部分を成す権利と比較衡量される必要があった。1985年に法が施行して以降、オランダの親族法が様々な改正を経、また事実、体外受精技術や、卵や精子の凍結保存といった医学技術が進んでしまった手前、この二つの要件がもはや公の秩序の保護にあまり意味をなしていないことを鑑みても、今日的には身体的要件の侵害する個人の権利を重視することが妥当であった。

無論、まずは身体的要件それ自体の妥当性に対して議論がなされており、旧 1:28 条は、元の身体が女性であった者は永続的に懐胎できないこと、及び元の身体が男性であった者は永続的に子どもが作れないことを要とする生殖能力喪失要件を、身体の外形的変更とは別途の要件として記載している。外形の変更が心理的または医学的禁忌を理由として部分的に行うことができるのに対し、この生殖能力喪失要件は絶対的なものとして扱われる³⁰¹。この要件を単に生殖能力喪失要件と呼ぶことは厳密にはオランダにおける実務と多少の齟齬があり、例えばファミリープランニングにおけるような不妊技術やホルモン療法も生殖能力の喪失にあたるが、このような可逆的な施術は法的性別取扱いにかかる要件を満たすには十分とされない。本要件は永続的かつ不可逆な生殖能力喪失を要請すると解釈され、よって既に永続的に生殖能力を失う結果をもたらすような医学的状态にない場合は、卵巣や精巣の切除が必要とされる³⁰²。旧 1:28 条が他の性に極力近似するよう身体的変更を加え、かつ不可逆的に生殖能力を喪失していることを求めたことから、旧 1:28 条の要求を満たすには一定程度画一的な外科的介入が求められることとなり³⁰³、そのような介入が問題視された他、オランダにおける「生殖能力を永続的に欠く」状態の解釈に関しては、精子や卵の凍結保存があった場合も裁判所は「生殖能力を欠いた状態にない」とは判断しておらず、卵の凍結保存に関して近年は精子の凍結よりも厳格な基準が設けられているものの、オランダ下院は 2011 年 4 月 14 日、45 歳までの全てのオランダ国

²⁹⁹ Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、p.18.

³⁰⁰ Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、p.18.

³⁰¹ Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、p.17

³⁰² Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、p.17

³⁰³ 例えば MtF であれば陰茎と睪丸の切除と陰嚢を形成、FtM であれば胸と子宮、卵巣の切除が要される(陰茎の形成は必要とされない)。また MtF の者は外形に現れる特徴として声帯手術や豊胸等の手術が必要とされる場合があるが、これらは法的には特に必要でない。また FtM の場合胸の切除のみで当事者の精神状況や生活状況が十分に改善した場合でも、法的な認識を得るには卵巣の切除を必要とし、また外形に現れる特徴としての脂肪吸引などは、法はこれを要しない。アムステルダム自由大学大学病院 (VUmc) ジェンダーチーム Dr. Van Trotsenburg が 2011 年 4 月 5 日に、グローニンゲン大学病院 (UMCG) Dr. Weijmar Schultz, Groningen が 4 月 15 日にそれぞれ HumanRights Watch に解答。Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、pp. 19-22.

内の女性は卵を凍結保存することができ、かつその後性別適合手術を受けて法的に男性になることも可能であるという見解を出している³⁰⁴。本見解は片方が性別適合手術を受けている同性婚カップルが生物学的な実子を持つ可能性を示したものだが、実質性別取扱変更における生殖能力喪失要件の意味を大幅に弱体化させた。オランダの性別取扱変更関連法は、無論法的性別を変更する以前において当事者が子を持つことを妨げるものではなく、かつ 1:28c (2)によれば、性別の変更前にもうけられた子どもと当事者の関係は性別変更後も変わらないと既に規定されていることから、法的に男性である者が母親に、また逆に法的に女性である者が父親となる事例も既に法のうちに想定されている。つまり現行の身体的要件が立法時に想定したような公益を保護する役割を担っているかと言えば、事実上あまり説明もつかなかったのである。

オランダ国内において身体的要件を撤廃する旨の法改正の動きが具体化したのは 2009 年であり、同年 5 月 17 日、当時の外務大臣³⁰⁵ が 1:28 条の改正に言及した上、同年 6 月には当時の法務大臣³⁰⁶ が 3 月の欧州人権委員会の勧告を受け、同年秋に同法改正を協議にかけるとしていた。しかしながら、文部科学大臣³⁰⁷によって 10 月にも同様の発言がなされたが、年内にそのような改正案は出されず、続く 2010 年の連立政権崩壊に伴い 1:28 条改正の動向は不透明になっていた。新しい連立政権は同性愛者、バイセクシュアル、トランスジェンダーの人々の解放と政策発展への声明を出していたが、1:28 条改正の動きの再開が確認できるのは、2011 年 5 月 31 日に Transgender Netwerk Nederland に対して法務副大臣³⁰⁸が行ったコメントからである³⁰⁹。同コメント内で法務副大臣は、2011 年夏前に法的性別取扱の変更に関する生殖能力喪失要件を削除する法改正案を提出することを宣言しており、この案は 2011 年 4 月 8 日に、政府が国会に提出した解放政策の書類に掲載された。これを以て、後日生殖能力喪失要件を削除する旨の当該方針は、女性と同性愛者及びトランスジェンダー市民の解放に対する主要政策に据えられることとなる³¹⁰。オランダ国内でこのような動向が生まれた端緒であり、また政権崩壊を受けて尚法改正が継続された理由として、オランダが欧州の一国として、各種人権団体や判例、国際条約等、及び周辺国の司法判断による、人権論的側面からの圧力の影響下にあったことが挙げられる。オランダで法改正が議論される前後、オランダ周辺では以下の出来事が観察できる。

まず国際的な土壌として、国連女子差別撤廃委員会がオランダに対する 2010 年の総括所見において、MtF 女性の健康問題に関し、特に性別取扱変更において強制的な生殖能力の喪失が要件とされることに懸念を示した他³¹¹、性的指向および性自認に関連する国際人権法の適用に関する原則として 2007 年に国際連合人権理事会で承認されたジョグジャカルタ原則に関連し、当原則は、性の自己決定は個人の人格に不可欠であり、最も基本的な自己決定権、尊厳、自由の一つであることを示した上で、その第三原則で法の下に承認される権利が示されており、その内に法の下での性の承認においては性別適合手術、生殖能力の喪失、及びホルモン療法を含む医学的手段を強制されるべきでないことを明記しているが、オランダは 2008 年に、国連人権委員会

³⁰⁴ Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、pp. 27- 28。

³⁰⁵ Maxime Verhagen。

³⁰⁶ Ernst Hirsch Ballin。

³⁰⁷ Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen。教育、文化、科学大臣。

³⁰⁸ F. Teeven。

³⁰⁹ 原文はオランダ政府ホームページ“Documenten en Publicaties: B Transgender Netwerk Nederland herziening artikel 28 Boek 1 BW_26600” <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2011/05/31/b-transgender-netwerk-nederland-herziening-artikel-28-boek-1-bw-26600.html> (2017 年 10 月 11 日 23:04 最終確認)にて参照可。

³¹⁰ 前掲 Katinka Ridderbos (2011) pp.53-54。

³¹¹ CEDAW/C/NLD/CO/5, February, 5, 2010 para.46. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=NLD&Lang=EN (2013 年 12 月 9 日 5 時 10 頃最終確認)。及び前掲 Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、p.52。

における当時の外務大臣 Macime Verhagen の発言にてこの原則を承認していた³¹²。加えて、欧州内においては、欧州人権委員会人権弁務官が、2008年9月にオランダに対して、個人の性自認を法的に承認する際に適用される生殖能力の喪失、その他強制的な医学的治療の要件を排除することを勧告しており³¹³、加えて欧州評議会閣僚委員会が2010年3月に、変更後の性に対する法的承認における侵害的な要件を排除すべく、身体的要件を含む要件の定期的な見直しを加盟国に勧告したこと³¹⁴、及び2004年にオランダが“性別取扱変更の記録の決定の承認に関する条約”³¹⁵を批准したことが挙げられる。本条約はEU内組織である“民事上の身分に関する国際委員会 (ICCS)”によって定められ、批准国内で承認された性別を他の批准国でも有効とする旨を規定したものである。この条約自体は完全に上記に見る人権議論に友好的という訳ではなく、性別適合手術が行われていない場合若しくは公共の利益に反する場合は性別の変更を認めなくても良いとしているが、生殖能力の喪失を要件としておらず、このためオランダに続いてスペインが2010年に同条約を批准したが、同国では性別の取扱変更の際に生殖能力の喪失が要件とされないことから、実質オランダ国内でも生殖能力の喪失を要件としない性別の変更を承認することになるとして問題視された。オランダでは、第一院、第二院での議論の末、当時のオランダ外務大臣が、性別適合手術の要件に生殖能力喪失も暗に含まれていると発言することでオランダ国内法と条約の関係において矛盾は生じないとする解釈を示したが、1:28条が要件として性別適合手術と生殖能力喪失を個別に記載していることから、この2要件は個々に要されるものと解釈するのが妥当である³¹⁶。これにより、オランダは既に事実上オランダ国内で課される生殖能力喪失要件を満たさない者が他の批准国で行った性別取扱変更をオランダ国内でも認めざるを得ない状況に置かれ³¹⁷、この条約により事実上法的性別の取扱い変更を国内法で条件づける意味が多少なり減退したことで、より欧州や国際的な議論に親しい枠組みを受容する契機が生まれたと言える。また同条約に対しては、後述するオーストリア、ドイツも署名している他³¹⁸、ICCSの加盟国にはハンガリー、ポルトガル、イギリスといった性別適合手術と生殖能力喪失の双方を課さずに法的性別取扱の変更を認める国が含まれていることから³¹⁹、将来に渡りこれらの国とも法的性別の取扱の整合性をとる動きが期待されたのである。また欧州人権裁判所も、自己の性を自ら決定することは「自己決定の最も基本的な要素の一つである」と発言しており³²⁰、2011年に Human Rights Watch がオランダに関して作成した報告書³²¹においては、身体的要件はオランダ憲法第11条に保護される人格的自立権 (personal autonomy) や身体的完全性 (physical integrity) に反するとされた他、欧州人権条約第8条に保護される私生活を尊重される権利に関しても、身体的要件は、第8条2項が個人の私生活に対する公の干渉を許すところを超えた不均衡

³¹² Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、pp. 62-63。

³¹³ Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、p. 52。

³¹⁴ 人生の全ての領域において、性別変更に対し包括的な法的認識を保障する適切な手段を講ずるべきとし、特に名前の変更と公文書内の性別表記については早急に、かつ透明性とアクセス可能性を持った手段を講ずる必要があると勧告している。前掲 Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、p.52。

³¹⁵ The Convention on the Recognition of Decisions Recording a Sex Reassignment.
原文 <http://www.ciecl.org/Conventions/Conv29Angl.pdf> (2013年12月3日0:35分頃最終確認)。

³¹⁶ Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、pp.28-29。

³¹⁷ Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、p.29。

³¹⁸ Commission Internationale de l'état Civil (ICCS) “Liste des Conventions, état des signatures, des ratifications et des adhésions au 1.10.2013” <http://www.ciecl.org/SignatRatifConv.pdf> (2013年12月3日1時00分頃最終確認)第29条約にあたる。署名が行われたのは2000年9月12日であり、他にギリシャが署名しているが、オランダ、スペイン以外での批准・発効は未だなされていない。

³¹⁹ Commission Internationale de l'État Civil (ICCS) “Éditions Kluwer (04.2007)” <http://www.ciecl.org> (2013年12月3日1時30分頃最終確認)、Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、pp.29, 51, 61)。

³²⁰ European Court of Human Rights, Van Kück v. Germany, no. 35968/97, Judgment of 12 September 2003, Para.73. Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、p. 54。

³²¹ Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226。

な要請だとして、人格的自立権及び身体的完全性を侵害すると指摘された。同報告は、身体的要件が、欧州人権条約第 12 条が保護する家族を形成する権利、及び第 14 条の差別の禁止にも反するものとしており³²²、実際に 2017 年には、欧州人権裁判所で身体的介入を性別取扱変更の要件とすることが条約違反であると判断されることとなる³²³。

以上のような人権的な側面からの議論のほか、近隣国の動向もオランダの法改正の動向に大きな影響を与えた。2009 年 2 月にオーストリア行政高等裁判所が性別適合手術を不可欠な要件とすることは不当であると判断しており³²⁴、また 2011 年 1 月にドイツ連邦憲法裁判所にてオランダ法類似の身体的要件が違憲とされた。特にドイツ連邦憲法裁判所においては日本の特例法に類似した要件が次々に違憲ないし適用不可と判断されていた。人的流動性に鑑みて、これら近隣諸国の判断を無視することは妥当でなく、従ってオランダは、身体的要件がもはや立法当時に想定した法益を保護する役割を持たず、また技術の発展から旧法が既に親族関係の規定とも齟齬を生ずることが明らかにされたという具体的理由に加え、その周辺国の司法実践における人権論的アプローチや、国際的条約及び欧州内組織からの具体的圧力により、身体的要件が、特に個人の人権の基礎を成す人格的自立権や身体的完全性を損害するとの指摘に対して、応対する必要があったのである。オランダに当該変化をもたらした人権的議論の一つとして、次項からはドイツ連邦憲法裁判所における複数の性別取扱変更要件の違憲判決の経緯及び身体的要件に関する違憲判決を概観した後、欧州において性自認に関する文脈で用いられる「性的自己決定権」につき若干の考察を加えた上で、当該概念と日本法との親和性を考察していきたい。

第 2 節 ドイツ連邦憲法裁判所 2011 年 1 月 11 日決定

ドイツにおけるトランスセクシュアル法は³²⁵、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³²⁶、前者では出生登録上の名を、後者では性別取扱いと名の変更の双方を認める構造をとる。1980 年の立法当初、小解決の要件を定める同法第 1 章第 1 条においては、申立人の国籍や常居所等にかかる要件を定めた上で、1) 出生登録簿に記載

³²² 欧州人権条約 12 条の家庭を形成する権利に干渉するあらゆる手段の合法性の判断に用いられる尺度は、それが恣意的若しくは不均衡であるか否かであり、生殖能力の喪失を強要することは、この双方に照らし合法性が否定されるとした。また第 14 条並びに第 12 議定書に関して、性自認を基盤に該当者を絞ることは性に基づく差別であり、差別されない権利はオランダ憲法第 1 条でも保障されることが指摘される。また生殖細胞の凍結保存が可能となった今、立法趣旨と照らしても生殖能力の喪失は今日では何らの確実性を保障するものではなく、不相応であるとする。前掲 Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226, pp. 55,58。なお、2014 年に公表した「オランダ性同一性障害者法の改正と日本法への示唆」(早稲田大学大学院法研論集早稲田大学大学院法研論集 151 号, 53-78 頁)及び拙著修士論文においては、この欧州人権条約に関する解釈を、欧州人権裁判所の判断として紹介していた部分があったが、正しくは当調査報告書を作成した Katinka Ridderbos の私見であり、欧州人権裁判所が性別取扱変更にかかる要件として身体的介入を設けることを明確に条約違反(第 8 条に関してのみ)とするのは、後述の 2017 年の事例のことである。お詫びして訂正いたします。

³²³ A.P., *Garçon and Nicot v. France* (Applications Nos. 79885/12, 52471/13 and 52596/13) translated by Ali Erdoğan. 高確率で生殖能力を喪失する外科的手術を要件とすることは第 8 条違反であるとされた(para.135)。

³²⁴ Administrative High Court (Verwaltungsgerichtshof), no. 2008/17/0054、2009 年 2 月 27 日判決。Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226, p.57。

³²⁵ 正式名称 Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (特定の場における名の変更及び性の確認に関する法)。通称トランスセクシュアル法 (Transsexuellengesetz, TSG)。

³²⁶ 小解決を用意した意図としては、大解決が手術を要件としていることを受け、小解決により当事者が早い段階から望む性役割で、第三者やその他の機関にむやみな情報開示を行わずに、社会参加できるようにという考慮があったという。Higher Labour Court Hamm (Westfalen) LAG Hamm Case 4 Sa 1337/98 (decided on 17 December 1998). Richard Köhler. Alecs Recher, Julia Ehrt, 2013. Legal Gender Recognition in Europe. Berlin: TGEU. pp.47-48.

された性には属さず、他の性別に属するという確信を持ち、かつ3年以上その確信に相応した生活を送ることを余儀なくされていること、2) 他の性別に属しているという確信の永続性に蓋然性があること、及び3) その者が25歳以上であることを要件と定め、また裁判手続を定める第4条では、トランスセクシュアリズムの問題について特別の教育を受けかつ職業経験を有する独立した2人の専門家による鑑定を経て初めて第1条に基づく裁判手続をすることができるとしていた。大解決の要件を定める第2章第8条は、1) 小解決の3要件を満たすことに加えて、2) 婚姻していないこと、3) 継続して生殖不能であること、及び4) 性の外観上の特徴を変更する外科手術を受け、他の性の外観に明白に近似していることを要件として挙げていた³²⁷。従って性別取扱変更の要件においては、日本の特例法に挙げられる要件の内、年齢要件、非婚要件、生殖能力喪失要件、外観具備要件と類似の要件が課されていたこととなるが、これらすべての要件が、立法府による法改正を待たずに、連邦憲法裁判所による違憲判決によって無効化・適用不可とされてきた経緯がある。

連邦憲法最高裁判所は、トランスセクシュアル法の立法を後押しした1978年判決以降³²⁸、82年に大解決、93年に小解決の年齢要件を無効化し³²⁹、2008年には非婚要件を³³⁰、2011年には生殖能力喪失要件と外観具備要件を憲法に合致した法改正がなされるまで適用不可とした³³¹。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78年判決においては、個人の人格の自由な発展の権利を定める基本法2条1項は性の自己決定権を保障しているとされ³³²、以降の判例はこれを基盤としつつ、年齢要件は一般的平等条項である3条1項に照らして同様の要件を満たしたトランスセクシュアルを年齢によって差別する点から違憲とされ、非婚要件は、同6条1項が永続的な責任共同体としての婚姻を保護していることに反することから違憲とされた³³³。生殖能力喪失及び外観具備要件は、同2条1項に基づく性的自己決定権と、同条2項に基づく身体を害されない権利（die körperlichen Unversehrtheit）を侵害することから違憲の判断がなされている³³⁴。

³²⁷ 大島（2002）・前掲注223、153-158頁。

³²⁸ BVerfGE 49, 286.

³²⁹ BVerfGE 60, 128、及びBVerfGE 88, 87。島崎健太郎「性同一性障害者の年齢による名の変更制限と平等条項—性同一性障害者決定—」栗城壽夫・戸波江二・石村修編『ドイツの最新憲法判例』（1999、信山社）67-73頁。

³³⁰ 1 BvL 10/05. Bundesverfassungsgericht (2008) “Press Reliese NO. 77/2008 of 23 July 2008: § 8.1 no. 2 of the Transsexuals Act unconstitutional.”

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2008/bvg08-077.html> .

Last seen 25. April, 2017, 22:57.

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

http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/01/Germany_Federal_Court_Sterilisation_2011.pdf . Last seen 25.

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

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2011/bvg11-007.html> .

Last seen 25. April 2017, 21:56. 判例原文は、Bundesverfassungsgericht “Beschluss vom 11. Januar 2011 - 1 BvR 3295/07”

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/01/rs20110111_1bvr329507.html . Last seen 25. April 2017, 22:20.

³³² 大島（2002）・前掲注223、121頁、島崎（1999）・前掲注329、67-68頁。

³³³ 少なくともトランスセクシュアルの婚姻が法的に安全な責任共同体として継続できるようにせねばならず、生活パートナーシップ（Lebenspartnerschaft）などに変換することも考え得るが、当該カップルが婚姻により獲得した権利や課された義務を減じるものであってはならないとした。島崎（1999）・前掲注329、67-73頁。

³³⁴ Bundesverfassungsgericht (2008)・前掲注330。判例65段。

2011年判決の申立人は62歳のMtFであり、当時名の変更のみを終え、出生登録上の性別は男性であった。大解決に要する手術を終えておらず、登録上の性別は男性であったが、女性として同性間だけに認められるパートナーシップ登録³³⁵を自身の女性パートナーと共に申請し、同パートナーシップ登録が同性間だけに認められるところ、同登録における性が法律上の性を基準とすることからこれを拒否されていた。訴訟が長期に渡ることから、結果的に申立人は男性として婚姻によりパートナーとの関係に法的承認を得ていたが、裁判所は、申立人が名前と外見を変更しており、外形的には同性間カップルであるにも関わらずパートナーと婚姻関係に入ることで、配偶者の一方がトランスセクシュアルであることが暴露されることに鑑み、婚姻による解決は基本法1条1項と結びついた2条1項による個人の親密な領域に対する保護に欠けるとした³³⁶。基本法第1条1項と関連する第2条1項は「個人のより密接な領域を保護すると共に、個人の親密な性的領域を保護し、ここには性的自己決定権と、自己の性自認と性的指向を発見し認識することが含まれる³³⁷」ことに照らして、裁判所は性別取扱変更に必要な身体的要件を課すことの不均衡を次のように示す。

性別適合手術を性別取扱変更の要件とすることにつき、性があらゆる権利義務及び家族関係を決定する基礎となることから、身分登録事項に永続性と明白性を与え、生物学的性と法的性の乖離を回避した立法者の配慮は正当であるが³³⁸、このような手術は本人の健康状態や年齢を考慮した場合に本人に深刻な健康上のリスクと副作用をもたらすことから、基本法第2条2項の身体を害されない権利の侵害を構成し、本人が性別への法的承認の獲得のためにかような手術を受けると期待することは容認できないのであって³³⁹、現在の科学的知識において、性別移行の意思(Transsexualität)の永続性や不可逆性が必ずしも身体の変更の程度によって判断されるものではないとされる以上、その永続性の確認に不必要な場合にも例外なく性別適合手術を課すことは、基本法第1条1項と関連する第2条1項に反した過剰な要求であって³⁴⁰、生殖能力喪失要件は、それが外科的侵襲を伴う限りにおいて、性に対する法的承認と身体的機能の喪失を二者択一の状況に置き、性的自己決定権の実現を、身体を害されない権利の放棄にかからしめている³⁴¹。

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

³³⁵ 生活パートナーシップ。同国では生活パートナーシップ登録は同性間だけにのみ、婚姻は異性間だけにのみ適用される。

³³⁶ 57、58段。渡邊(2011)・前掲注331、44-45頁。もっとも、同性でありながら婚姻関係にあることによる一方配偶者のトランスセクシュアリティの暴露は、非婚要件が削除されたことにより既に起こり得るのであるが、本件の申立人は婚姻を望んでおらず、婚姻を避けた上でパートナーとの関係に法的保護を受けるには身体的要件を充足せねばならないのであって、元々自らの意思で婚姻状態に入り、後に性別取扱を変更する事例とは異なる。

³³⁷ 51段。

³³⁸ 61段。

³³⁹ 65段。

³⁴⁰ 63、66段。

³⁴¹ 68-69段、渡邊(2011)・前掲注331、47-48頁。

した上で分娩者となる者や他者を懐胎させる者の数が小さいという事実に触れた上で³⁴²、トランスセクシュアル法第 11 条が、性別取扱変更は本人とその親、その子、並びにその子の卑属の關係に影響を及ぼさないと規定しており、この規定は本人と実子の關係が性別取扱変更の影響を受けずに確定する旨を示していることを確認した³⁴³。

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

ドイツにおいては性別取扱変更の手続きに小解決・大解決の 2 種類が用意され、小解決においては身体的要件が課されないことから、小解決の要件とされる性別移行の意思の永続性の蓋然性の要件を満たしていながら、手術を受けず小解決に留まる者が、小解決の申立人全体の内 20-30%いることが観察されており³⁴⁴、このことが手術を受けないトランスセクシュアルの存在を可視化したことも注目に値する。

第 3 節 欧州における「性的自己決定権」と日本法への親和性

以上に司法による解決がなされた例としてドイツの判例を紹介した。ドイツにおいては、身体的要件は個人の人格の自由な発展の権利を定める基本法 2 条 1 項に含まれる性の自己決定権を侵害するとされ、その判断において「自己決定権」は中核的な役割をなす。しかしながら、日本国内において「性同一性障害」は本人による選択の余地のない「病」として市民権を得てきた側面があり、特に性自認を差別禁止の文脈で扱おうとする場合に、その差別禁止の対象たる性自認に一定程度の選択不可能性が要請されるであろうことから³⁴⁵、性自認の恣意性が強調されれば折り合いがつかない。ドイツや欧州が人権的側面から身体的要件を否定したこ

³⁴² 70-71 段。凍結保存した精子を用いた例として、ケルン上級州裁判所の判例に触れている (OLG Köln, Beschluss vom 30. November 2009 - 16 Wx 94/09 -, StAZ 2010, S. 45)。なおここで MtF の精子凍結保存についてのみ言及されているのは、FtM が主にヘテロセクシュアルであることが同段に示されているためだが、FtM に男性パートナーがいることも考え得るのであり、オレゴン州の Thomas Beatie 氏の事例のように、FtM がヘテロセクシュアルである場合にも、妻の不妊等をきっかけに提供精子を用いて妊娠・出産する例があることを付記しておきたい。

³⁴³ 21, 72 段。渡邊 (2011)・前掲注 331、49 頁。前掲のケルンの事例では、トランスセクシュアル法第 11 条に則って、男性から女性へ性別の取扱を変更した後に子に対してした父性承認を有効としている。本条項は、生殖不能とみなされた者が懐胎する／他者を懐胎させる可能性が認められたことから、子が血縁を確認できるようにとの意図で制定されており、養子に関しては、性別取扱変更前に縁組をしていた場合に限り、性別取扱変更前に成立した母子關係・父子關係が維持される(判例 71 段)。

³⁴⁴ 31 段。

³⁴⁵ 憲法 14 条に基づき禁止される「社会的身分に基づく差別」を認定する際、「社会的身分」をを出生によって決定される先天的地位や身分を指すと解するもの(狭義説)、本人が後天的に獲得したものであっても、社会的にマイナスの評価を伴うものであって、かつ「自分の力では脱却できない」という性質で限定される地位や身分であればこれに該当すると解するもの(中間説)、あるいは人が社会において継続的に占める後天的な地位や身分を広範に含むとするもの(広義説)の 3 つの立場があり、憲法学の多数説に立つ限り、少なくとも中間説に求められる程度の選択不可能性が要される。中里見博「同性愛と憲法」三成美保編著『同性愛をめぐる歴史と法-尊厳としてのセクシュアリティ』94-101 頁、70-113 頁。

とを日本国内にて参照する場合には、そこで扱われた自己決定権の性質を見なければならないだろう。

ドイツにおいて、基本法第2条第1項は一般的行為の自由を保障するとされる。第2条第1項はその前段で私的な生活形成の核心領域については絶対的な保護を与え³⁴⁶、後段においては一般的行為の自由を、他人の権利を侵害せず、また憲法秩序及び道徳律に反しない限りで保障する³⁴⁷。また一般的行為の自由の保障とは独立して、第2条1項は第1条1項と結びついて公権力からの介入を免れる私的な生活形成の不可侵領域を保障し、後段における3つの制約を受けないが、共同体に関係付けられ、これに拘束される制限を持つ一般的人格権が概念される³⁴⁸。上記連邦憲法裁判所判例において、「性的な自己決定、それとともに自己の性的アイデンティティの発見及び認識ならびに自己の性的指向を含む人の親密な性的領域」は基本法第1条1項と結びついた第2条1項に保護されるものとして一般的人格権に位置付けられており、身体的要件の合憲性審査では比例原則がその判断基準とされ、人格に関連する自由として、立法がその保護を目的とする利益の正当性と、制限の手段が当該目的に照らして適当か否かが一般的自由の場合よりもより厳格に審査される。ここにおいて性別を移行して生活する自己決定は、恣意的な行動選択を含む自己決定の自由に対する国家からの制限に正当化を要求する一般行為の自由の範疇というよりは、より私的で内的な領域の確保を目的とする、個別の保護領域を持った一般的人格権の中で扱われている。

なお権利の枠組みで性別取扱変更を考えるとすれば、欧州人権裁判所においても性別取扱変更にかかる事例が20件を超えて扱われており、その決定の中でも性的アイデンティティは自己決定権の文脈で捉えられる。より一般化された論理によって、性別の変更を法的に承認しないことを私生活及び家族生活の保護を規定する欧州人権条約第8条に反すると示した Goodwin 対イギリス判決³⁴⁹では、人格的自律の概念が欧州人権条約第8条の保護する権利解釈の根底に横たわる重要な原則であることに照らし³⁵⁰、第8条の保護が「個の人間としてのアイデンティティの詳細を確立する権利を含んだ個々人の私的領域に及ぶ³⁵¹」ことが確認され、その後の Van Kück 対ドイツ判決では申立人が自身を女性と定義する自由を「自己決定の最も基本的な要素の一つ」だとする³⁵²。性的アイデンティティを扱った事例において、裁判所は第8条の主要な目的を公権力の恣意的な介入からの個人の保護に認めており³⁵³、Van Kück 判決では、申立人が行なった性別適合の必要性を疑う国内裁判所の判断が、申立人の、私生活を尊重される権利の一部としての性的自己決定 (sexual self-determination) を尊重される権利に与える影響が問題とされ³⁵⁴、ま

³⁴⁶ エルフエス判決 (BVerfGE 6, 32)。2条1項後段を翻せば、他者の権利、憲法秩序、道徳律によって制限され得る自由が基本法2条1項の射程に含まれることが示唆されていると言える。戸波江二「自己決定権の意義と射程」樋口陽一、高橋和之 編集『芦部古稀祝賀 現代立憲主義の展開 上』(有斐閣、1993) 326-358 頁、330-332 頁。工藤達郎「薬物酩酊の権利?—ハシシ (Cannabis) 決定—」栗城壽夫・戸波江二・石村修編『ドイツの最新憲法判例』(信山社、1999) 42-53 頁、43 頁。

³⁴⁷ 卷美矢紀「自己決定権の争点—アメリカにおける議論を手掛かりとして」国立国会図書館調査及び立法考査局『レファレンス』56(5)(2006) 77-104 頁、90-91 頁。

³⁴⁸ 戸波・前掲注 346、336-351 頁。

³⁴⁹ Christine Goodwin v. the United Kingdom, 11 July, 2002. Application no. 28957/95. 建石真公子「性転換性転換後の戸籍の性別記載変更と婚姻—クリスティーン・グッドウィン判決—」戸波江二、北村泰三、建石真公子、小畑郁、江島晶子編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』(2008、信山社)、305-312 頁。谷口洋幸「トランスセクシュアルの性別訂正と婚姻—ヨーロッパ人権裁判所グッドウィン対イギリス判決」国際人権 14号(2003) 107-109 頁。

³⁵⁰ Pretty v. the U.K., Application no. 2346/02, para.61.

³⁵¹ Goodwin v. the U.K., para. 90.

³⁵² Van Kück v. Germany, 12. September, 2003. Application no. 35968/97, para. 73.

³⁵³ Van Kück v. Germany, para. 70.

³⁵⁴ Van Kück v. Germany, para. 78.

た *Schlumpf* 対スイス判決では、性別適合手術への保険適用にあたり、当該手術に 2 年間の再考期間を課すことが、高齢の申立人が手術を受けるか否かを決定することに影響し、従って自己の性的アイデンティティを決定する自由を侵害すること³⁵⁵、及び性別適合手術に要する裁判所の許可について争った *Y.Y* 対トルコ判決では、当該許可に生殖能力の喪失を要件とすることが、私生活を尊重される権利の基本的側面である申立人の性的アイデンティティと人格的発展の権利に影響を及ぼすことを問題として³⁵⁶、性的アイデンティティの実現にかかる身体的処分に対する自己決定に公権力が介入することに否定的な立場をとる。裁判所はこのように公権力の消極的義務を認めながら、一方で、かような性的自己決定の実現に対し、私生活及び家族生活を効果的に尊重することに内在する締約国の積極的義務³⁵⁷の存在も認めており、その有無の判断基準は、問題とされる個人の自由に対する制限が保護する一般の利益と、個人が実現しようとする利益との間に公正なバランスが敷かれているか否かに置かれ、*Goodwin* 対イギリス判決以降、性別を移行して生活する者（transgender）の人格的発展と身体的・精神的安全は条約に保障され³⁵⁸、特に当該バランスの審査において個人の利益が個別具体的に審査される際にも、個人が自己の性を決定することが個人の生活の最も親密な部分に関係する問題であることが繰り返し確認される³⁵⁹。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³⁶⁰。従って性的自己決定権は、締約国間のコンセンサスと、一般の利益と個人の利益の比較考量という制限を受けつつ、高度に私生活に密着するものとして、その実現に積極的な介入を求め得るものと位置付けられる³⁶¹。

日本国内における自己決定権の射程は必ずしも明確でないが、それが個人の自由な行動を広く保障するものと解した場合にも、性を移行して生活する自己決定は、恣意的な決定を含めて決定の自由への公権力の理由なき介入を防ぐ一般的自由の領域よりも、特に人格的生存に結びつき、時に積極的な実現を要請し得る、自己決定の核心的領域において扱われるべきものと考えられる。その真摯性の担保については国内規制に委ねられるところであるが³⁶²、性的自己決定が実現する個人の利益及びこれを制限する規制により個人の被る不利益と、その規制が保護する社会的利益を比較考量した場合に、その規制には特に必要不可欠な社会的利益が存在せねばならないものと解される³⁶³。

³⁵⁵ *Schlumpf v. Switzerland*, 8 January 2009, Application no. 29002/06, para. 104, 108, 115.

³⁵⁶ *Y.Y. v. Turkey* 10 March 2015, Application no. 14793/08, para.60, 66.

³⁵⁷ 同上。

³⁵⁸ *Goodwin v. the U.K.*, para 90, *Van Kück v. Germany*, para. 69, *Schlumpf v. Switzerland*, para. 101, *Y.Y. v. Turkey*, para. 58.

³⁵⁹ *Schlumpf v. Switzerland*, para. 104, *Y.Y. v. Turkey*, para. 60.

³⁶⁰ 谷口（2003）・前掲注 349、107 頁。

³⁶¹ なお、欧州人権裁判所は 2017 年 4 月 6 日に、生殖能力喪失あるいは生殖能力を喪失する可能性の高い治療を性別取扱変更の要件とすることが欧州人権条約第 8 条に反すると判断している（*A.P., Garçon and Nicot v. France*, 6 April, 2017. 前掲注 323）。性的アイデンティティの承認に本人の望まない手術あるいは生殖能力を喪失する蓋然性の高い治療を条件づけることは、私的生活を保護される権利を完全に享受することを個人の身体的統一性を尊重される権利の完全な享受を放棄するか否かにかからしめることから、締約国に要求される一般の利益と個人の利益の公正なバランスが保たれていないとして、被告国が条約第 8 条に基づく権利を保障する積極的義務の充足に失しているとした。当該第 8 条の判断に当たって裁判所は、欧州評議会人権弁務官の発行した「人権とジェンダーアイデンティティ（Human Rights and Gender Identity）や生殖能力喪失要件を問題とした国連人権理事会における報告（United Nations General Assembly “Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez (A/HRC/22/53)”. 78 段）、及び UN Woman, WHO らが出した共同声明（「強要・強制された、あるいは不本意な断種の排除」Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization）等の国際文書に触れた上で身体的要件を批判するコンセンサスを認め、国家の裁量の範囲を狭く評価している。

³⁶² 専門家による意見書や一定期間の生活実践など、性別取扱変更にかかる要件がこれにあたる。

³⁶³ 戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法学教室（1993）36-42 頁、41 頁。

第5章 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。

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。

第1節 特例法それ自体

まず特例法中の性同一性障害者の定義を変更する必要がある。医学上の診断要件について後述するように、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、まず法的性別取扱変更においては「性同一性障害者」のみを対象とするべきではなく、対象が病態を認められ診断を受けた性同一性障害者のみの状態から拡大され、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」に限っていることについても変更を行う必要がある。

第2節 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るべきであること、3) 年齢的にも生物学的にも安定しない間は性の自己認識も安定しない可能性があることから挿入されたとされる³⁶⁴。法的性別取扱いの変更が不可逆的な身体的改変を伴わないとした場合、申立の手続き利用が可能となる年齢を引き下げること視野に入る。もっとも、医療現場において自覚された内容ではあるが、若年者においても自己の指定された性別と異なる性別を確信的に自認する場合があることが知られている（後述）。日本において名の変更、

³⁶⁴ 棚村（2008）・前掲注 44、6 頁、南野千恵子監修（2004）・前掲注 32、87-88 頁。また東京高裁決定平成17年5月17日家月 57 卷 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るとした。

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³⁶⁵、国籍の選択³⁶⁶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はその子の陳述の聴取が義務づけられており³⁶⁷、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³⁶⁸、ここに子ども自身による意見表明の機会が認められる。医療同意年齢との関連で言えば、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ものと言え、当該医的侵襲の本質とこれによって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³⁶⁹。後述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、臨床現場では少なくとも 15 歳で性の自己決定が可能であると解釈されていると考えられる。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。

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

もっとも、医療分野において、身体に不可逆性のある変更をもたらす得る外科的介入（ホルモン療法）を行い得るとする年齢は徐々に引き下げられていったものであり、現行の第 4 版は、特例法の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位置付け、第一段階として精神療法、第二段として性ホルモン投与³⁷⁰、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おり、平成 14 年に公表された第 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³⁷¹。

特例法制定後、平成 18 年に公表された第 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³⁷²（第 204 条）における違法性阻却事由

³⁶⁵ 第二回政府報告 人権・人道「B. 国内法における最低法廷年齢」外務省ホームページ

http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jido/0111/11a_016.html (2013 年 11 月 13 日 18 時 30 分頃最終確認)。

³⁶⁶ 法務省ホームページ 国籍選択の届出 <http://www.moj.go.jp/ONLINE/NATIONALITY/6-4.html> (2014 年 1 月 7 日 21 時 45 分頃最終確認)。

³⁶⁷ 家事事件手続法、家事審判規則等で、十五歳以上の子の陳述の聴取を裁判所に義務づける旨の規定がある。家事事件手続法第 152 条、157 条、161 条、165 条、169 条、175 条、178 条、229 条、236 条、240 条の他、家事審判規則第 54 条等参照。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、1393-1394 頁、1341 頁。総務省行政管理局 e-Gov 法令データ提供システム・前掲注 63。

³⁶⁸ 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（1997）・前掲注 367、1394-1395 頁。

³⁶⁹ 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言えないとされると説明される。田坂晶「治療行為に対する患者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 頁参照。

³⁷⁰ 第二性徴抑制を目的としたものではなく、成人を対象とした性ホルモンの投与。MtF(後述)に対するエストロゲン投与、FtM(後述)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（2012）・前掲注 4、1262 頁。

³⁷¹ 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 4、1252 頁。

³⁷² 第 204 条。

³⁷³に該当する要件を満たしたものと解し、従来行われていた同手術に対するの倫理委員会による個別承認を撤廃した³⁷⁴。多く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ことがガイドラインに記述されたのはこの段階である。第3版はこの多様性に鑑みて、この個別の多様性は可能な限り尊重されるべきであるとして、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した³⁷⁵。

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ったために、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り、これを受けて行われたのが平成 24 年の第 4 版改訂である。本改訂では諸外国での臨床実務を参照し、若年者、特に第二性徴が発現する 12 歳程度から第二性徴が定着する思春期初期の者への対応として、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性徴の発来及び進行の抑制を可能とする、所謂「第二性徴抑制療法」を導入し³⁷⁶、特別の場合に 15 歳からのホルモン療法の開始を認めることとした。

表 2. 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/ 15(原則 18)歳 ³⁷⁷
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/20歳

未成年の性同一性障害者に関し、第二性徴の発来に伴って自認する性別と身体の性別のギャップの広がりから混乱を来した場合に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は、これまでも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、臨床現場において知られてきたが、性別違和を理由に若年期から医療機関を受診する者が増加したことから、実際にこれらの問題に医療現場が対処しなければならなくなったことが、第 4 版改訂の発端である。特に本改正で初めて 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

³⁷³ 刑法第 35 条。

³⁷⁴ 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するものとされた。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 4、1253 頁。

³⁷⁵ 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 4、1253 頁。

³⁷⁶ 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 4、1261 頁。第二性徴抑制療法とは、第二性徴の発来を抑制するホルモン製剤(Gonadotropin Releasing Hormone agonist: GnRHa 等)を使用して本人の性別違和感を軽減するものであり、薬剤の中止で第二性徴の発来が再開する可逆的なものである。この療法は思春期の進行を遅らせるため、患者周囲を含む思春期発達の状況を見ながら、第二性徴の獲得の再開や本人の性自認に合った性ホルモンの使用等、治療の切り替えを要すとされる。

³⁷⁷ 医療チームにおける 2 年以上の経過観察の上、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 4、1259-1261 頁。

イン中には児童思春期例の診断に際し成人以上に慎重を要すべきことが明記されており、治療の移行に要する意見書作成者の適格要件が 18 歳以上の受診者に対するものより厳格に設定された³⁷⁸。一方で今回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、第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。具体的には、思春期が始まると性別違和が寛解する例が少なからずあることから³⁷⁹、二次性徴抑制療法は二次性徴発来以前には使用せず、年齢については、Tanner2 期以上の第二次性徴が認められていれば何歳でも構わないが、同意に際する本人の能力を考え、二次性徴の発来が 12 歳前後であることを挙げた上で、患者本人が 12 歳未満の場合は「特に慎重に適応を検討する」とした³⁸⁰。第二次性徴抑制療法に際して、ガイドラインにはインフォームド・デシジョンについての記述があり、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た後、理解したことを確認した上で、文書での同意を必要とする旨が明記された上、法定代理人に関しては「未成年に対して行う治療であるから、親権者等法定代理人の同意を得ること³⁸¹」と別途記載していることから、ここでも未成年者本人へ一定の配慮を促していると読み取れる³⁸²。実際に国内での実施例では、二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処置がなされた³⁸³。第二次性徴抑制療法は、

³⁷⁸ 最新版ガイドラインにおいて 18 歳未満の者への身体的治療に際しては、「2 人の意見書作成者は、医療チームに所属して継続的に性同一性障害の診療を実施し、複数の身体的治療に関する意見書を制作した者に限定する」という特例が設けられ、かつ 18 歳以上を対象とした場合に適用される提出書類とは別途の、専用の書式による報告書を日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会に提出する必要があるとされた。尚この特例はあくまで暫定的な移行措置であり、将来は意見書作成の適格要件として精神神経学会の認定する所定の研修の受講を課すべきと言及している。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 4、1259-1261、1264 頁。

³⁷⁹ 思春期以前の子どもで性別違和を訴えて医療機関を受診した者が、診断を経て同性愛者であると結論づけられる事例も多く、性的指向が発現する時期を待って本人の性別違和の状態を観察することには一定の合理性があるだろう。またこのことは性同一性障害の診断において子どもを区別して分類すべき所以にもなっている。

WPATH ホームページ WPATH ICD Consensus Process: Just Plain Sense

http://www.wpath.org/uploaded_files/140/files/Just%20Plain%20Sense%202-18-13.pdf

(2013 年 12 月 7 日 19:00 頃最終確認)。

³⁸⁰ 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 4、1254、1260 頁。

³⁸¹ ガイドラインにおいて「未成年者」と記述される箇所として、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（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 4、1260-1263 頁）。尚精神科領域の治療においては「家族面接で理解と協力を求め[ることを]検討すべきであろう(1258 頁)」等の記述があるものの法定代理人に関する言及は無く、また性別適合手術に関しては対象者を成人に限っている。ガイドラインでは、思春期前期～18 歳未満の当事者に対する身体的治療の適応に際しては、本人の意思能力に一定の制限が存在するとし、法定代理人の承認を得たとしても医療関係者の適切な判断による適否の決定が必要であるとしており、これが意見書作成者の適格要件を厳格化した所以である。

³⁸² 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 4、1260 頁。

³⁸³ 国内での実施例としては、岡山大学病院が 16 歳患者に対し第二次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。針間克之ブログ Anno Job Log <http://d.hatena.ne.jp/annojo/20110119> (2013 年 11 月 18 日 18 時 05 分頃最終確認)参照。同ブログの情報源として挙げられた新聞記事は以下：神戸新聞「性同一性障害男児に抗ホルモン剤投与へ 全国初」(2011/01/19 08:00) <http://www.kobe-np.co.jp/news/shakai/0003747672.shtml>、神戸新聞「「発育抑制」議論重ね 性同一性障害男児に抗ホルモン剤」(2011/01/19 08:03)

<http://www.kobe-np.co.jp/news/shakai/0003747671.shtml>、共同通信(2011/01/19 11:31)「性同一性障害治療に抗ホルモン剤 小 6 男児、国内初」<http://www.47news.jp/CN/201101/CN2011011901000300.html>、毎日新聞「性同一性障害：小 6 男児に抗ホルモン剤 性徴抑制で国内初」。

可逆的であり、第二次性徴の獲得を抑制することを目的とするものであるが³⁸⁴、これらの治療においても、その実施に際しては本人の理解が大いに考慮に入れられている。

このように、特例法制定当時から医療現場における若年層の扱いは大いに変遷しているのであり、個々人の性別違和の解消に適した対応の多様性の明示はもちろん、未成年者であっても自身に対する治療行為を自ら理解し、これに同意できることが示され、またそのような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。未成年者であっても、専門家の監修の下で、不可逆的な治療の開始を行う判断がされ得るということは、未成年者であっても、ある程度安定的な性自認を獲得し得ることを意味する。医療に依拠する形で制定された特例法に、こうした変遷が特例法に未だ反映されていないことは疑問視されよう。

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の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15～16歳とするという考え方もある³⁸⁵。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基準年齢ではあるものの、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。

オランダに新法に関しては、新法案が法的性別取扱変更の対象年齢を16歳とするところを、その審議中に年齢のさらなる引き下げも問題となったところである³⁸⁶。そこでの審議中では、これをさらに12歳へ引き下げ、12歳から16歳までは両親の同意が要する旨が提案された。12歳という年齢は、性同一性障害者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

³⁸⁴ この治療は不可逆的な身体的治療と比較して身体への負担が少なく、未成年当事者の現在における第二次性徴の発来に伴う性別違和や苦痛を軽減させる他、未成年当事者が将来の性ホルモン療法により別の性の身体的特徴を獲得しようとした場合に有利に働き、よって未成年当事者の将来の生活の質を向上するものである。諸外国では既に未成年当事者に第二次性徴抑制ホルモンを投与することで本人の性別違和感を軽減する治療が行われており、実際このような治療を受けた後に性ホルモン治療や性別適合を行った当事者は、身長、肩幅、乳房等において望まない性での身体的特徴の獲得が進んでいないため社会適応度が高く、生活の質が良いことが報告されている。尚性同一性障害の診断に際しては、未成年者・成人共に原則二人の精神科医が一致して性同一性障害と診断することで確定するが、児童思春期例の診断には児童思春期精神医学の専門家の意見も求めることが望ましいとしている。またガイドラインは医的介入の限界も示唆しており、第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も指摘している点は、大変重要である。日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会（2012）・前掲注4、1254、1256、1259頁。

³⁸⁵ 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、201頁。

³⁸⁶ 法案はオランダまず下院において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、民主66党(D66)議院Pia Dijkstraやグリーンレフト党(GroenLinks)議院Liesbeth van Tongerenを中心として、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)法の再評価期間を5年毎の見直しとするところを3年に短縮することに対し改めて吟味を加えられた。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、ここでの審議において法的性別取扱変更の対象となる年齢のさらなる引き下げに関して直接議論がなされていた。

由来したものと考えられる³⁸⁷。これに対し当時のオランダ法務副大臣³⁸⁸は、身体的要件の撤廃に際しては医的判断と法的手続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³⁸⁹。オランダでは警察や行政当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さらに議論されていくだろう³⁹⁰。

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生、及び医療措置に求めうる救済の限界³⁹¹を鑑みてもこの年齢要件には未だ議論の余地があり、下院での議論から、少なくともオランダでは12歳から16歳までの未成年者への法的救済の必要性が認識されていることから、今後その取扱いに関しても議論が進むだろう。これに加えて、オランダを含む各国の性同一性障害者を調査する国際人権組織によって³⁹²、法的性別取扱い変更が一定の子どもの最善の利益になり得、自己の性自認が法の下に認識され得ることへの否定が子ども個人の人格の発展の妨げや損害になり得ることが調査されており、若年者が法的性別の取扱いの変更を待ち続けることが、稀に個人の人格の発展の妨げかつ損害になる事例が存在し得るとの指摘がある³⁹³。性同一性障害者たる子どもにも、法的性別取扱い変更の取扱いにアクセスする可能性が保障されるべきである。同調査によれば、子どもの性自認を法の下に承認する枠組みとして、児童の権利条約に鑑み、その第3条に従って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、性別適合手術やホルモン療法といった医的干渉における年齢の制限が、子どもの公的書類上の性別表記等を変更する可能性を左右し、よって子どもの人格形成に関与するような社会的取扱いを左右する決定要素になるべきではない。このような手続の可能性の否定は、新しく性の表記を承認することが子どもの最善の利益になるような事例では、当該子どもの利益に損害を与えることになると言える。また同条約第12条により、子どもを対象とした法的性別取扱い変更の枠組みにおいては、子ども自身の意見が聴取される機会が設けられるべきである。自身に関与する法的規定に則した自己に関する決定として、法的性別取扱いの変更の必要性に対し、当事者である子ども本人が自由に意見し、判断に際し然るべき重きを置かれるべきである³⁹⁴。自己に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

³⁸⁷ Katinka Ridderbos (2011)・前掲注226、p.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。

³⁸⁸ Fred Teveen.

³⁸⁹ Transgender Netwerk Nederland “Grote meerderheid Tweede Kamer steunt transgenderwet”(2013)・前掲注236。

³⁹⁰ Katinka Ridderbos (2011)・前掲注226、p.36-40。尚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の提案だったが、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い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押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。また法の再評価期間に関しては、Teveen 法務大臣が、法の見直しは通常5年毎であると解答し、承認されなかった。Transgender Netwerk Nederland “Transgenderwet aangenomen door Tweede Kamer”・前掲注236、Transgender Netwerk Nederland “Grote meerderheid Tweede Kamer steunt transgenderwet”(2013)・前掲注236。

³⁹¹ 当事者が必要とする救済を医療分野のみで補うことは難しく、社会的取扱いの変更等包括的な対応を要する。

³⁹² 本稿では Human Rights Watch における調査を参照した。上記複数注 Katinka Ridderbos (2011) 参照。

³⁹³ Katinka Ridderbos (2011)・前掲注226、p.67。

³⁹⁴ Katinka Ridderbos (2011)・前掲注226、p.66-70。

い、自己に影響する問題に関する規定に対して、本人の持つ責任の程度を増進させる権利があることが指摘される³⁹⁵。

3. 成人要件に対する小括

オランダの動向によれば、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、最終的には不可逆的な治療を行い得る年齢が参照され、完全に年齢での制限を撤廃すること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、今後医的判断と法的自己決定の完全な分離が図られれば、年齢的制限が撤廃されることも考え得る。日本においても臨床現場では未成年者である性同一性障害者や多様な性自認の存在が明確に認識され出している。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率し得るとして設定された年齢は十分に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るにせよ、上記に示したように、日本においても上記に列挙した名の変更、遺言、就労等、15歳を境に未成年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のであり、特例法制定当時の当事者像の変遷に鑑みても、手続き可能年齢を15歳に引き下げることが妥当であろう。また Human Rights Watch がオランダについて調査した内容を参照するのであれば、日本は子どもの権利条約を批准しており、性自認の法的承認を純粹に本人の最善の利益を基準に判断すべきと考えるのであれば、将来に渡り年齢要件の撤廃も考慮しなければならない。

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や³⁹⁶、おおよそ義務教育下にあると言う、本人が配慮を受けやすい状況を加味し³⁹⁷、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自力で対応し、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を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³⁹⁸。なお未成年者の性別の取扱変更に際しては、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は、その保護者、特に親が子の性別違和を理解することに時間を要する場合があることと³⁹⁹、未成年者に

³⁹⁵ Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、pp. 8, 10-11, 54-57, 67-70。

³⁹⁶ ガイドラインは「若年時には性自認かが揺らぐ可能性が成人以降より高いため、使用継続にあたって精神科医またはメンタルヘルスの専門家による定期的な観察が推奨される(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 4、1261頁)」としているが、ガイドラインを読むにこれは未成年者において診断の確定を行うことが不可能であることを指すものではなく、医療チームやその上位機関が、成人の場合よりも慎重を期した検討を加え、当事者に実生活経験(RLE)を行わせる等した上での継続的な経過観察を行った上で判断すべきとしたものと解釈できる。また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 Sexual and Gender Identity Disorders Work Group の言による。Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、pp.64-65)。

³⁹⁷ 初等中等教育に関しては、教育現場において性別が不一致である児童生徒に対し、学校生活において対応を要請している。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。

³⁹⁸ Bennett Theodore " 'No man's land': Non-binary sex identification in Australian law and policy" University of New South Wales Law Journal, The Volume 37 Issue 3 (2014) pp.847-843, pp. 866-867.

³⁹⁹ 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して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く、保護者と本人の間に確執が生じている場合も多い。保護者が必ずしも本人の性別取扱変更の意思を

特有の時宜性、いわば未成年期に自認する性で生活を送ることに特有の必要性を比較して、慎重に判断がなされねばならない。年齢要件は今後も段階的な考察の対象となっていくべきであり、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留意して、専門家による丁寧な観察が必要とされることに配慮しつつ、保護者の保護下に置かれるべき、つまり保護者の理解を得た状態で性別取扱変更を行うのが妥当である年齢にある者においては、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親との確執が強いような場合を除いて、その同意を得ることを要件とすることを提案する。

第3節 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の撤廃を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⁴⁰⁰、特例法自体は性別違和を抱く親の社会生活上の性や外見の変更を禁止するものではなく、むしろ親の外見上・生活上の性別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、帰って同要件が子の利益を害する場合も考えられる。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事実上の性別変更を抑制する効果があったとして、子をもうけた時に本人が「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、20年という長期に渡り性別違和の改善が見込めない親のもとで子が養育されることが、果たして子の利益にかなうのか問題視される。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・経済的影響を及ぼすだろう。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、当要件のはらむ問題が解決されたとは言い難い。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⁴⁰¹。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当該申立ての却下により直ちに消滅するものではなく、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、当該事例において子は実質的な婚姻意思がなかったにも関わらず婚姻を届出し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⁴⁰²。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、性別取扱変更が妥当であるのかは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、本人が用意した、性自認の確信及び実生活での適応具合などを示す証拠のみによってこれら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、申立人が養育する子がいる場合は、性別取扱変更手続においてその子の意見を聴取する機会を設けるべきだろう。

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。

⁴⁰⁰ 南野知恵子監修（2004）・前掲注32、89頁、東京高裁決定平成17年5月17日家月57巻10号99頁。

⁴⁰¹ 東京家裁審判平成21年3月30日家月61巻10号75頁。

⁴⁰² 棚村（2008）・前掲注44、7頁。

第4節 非婚要件

現在の婚姻制度の利用は異性間に限られており、異性間で婚姻した者たちの内、一方に性別が取扱を変更した場合に、同性間で婚姻している状態が創出されることから、同性間での婚姻が認められていないことに鑑みて当二号要件が挿入された。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も評価されるところであるが、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（下記図参照）。

表3.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

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、婚姻の要件として異性間の関係であることを求めることに反対するものではないと主張を構成して、非婚要件を充足せずに法的性別の取扱の変更を求めた事例も存在する。欧州人権裁判所の事例としては、Parry 対イギリス (2006)⁴⁰³及び Hämäläinen 対フィンランド (2014)⁴⁰⁴があり、また国内における事例としては、イタリアの Bernaroli の事例 (2015)⁴⁰⁵、また上述のドイツ連邦憲法裁判所事例 (2008)⁴⁰⁶がある。Parry 対イギリス、及び Hämäläinen 対フィンランドにおいては、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。ドイツの事例においては、前述の通り、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を違憲としつつ、立法者に対しては、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に言及している⁴⁰⁷。注目すべきはイタリアの Bernaroli 事例であり、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、イタリアに婚姻に類似した保護を継続するパートナーシップのような制度が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ている⁴⁰⁸。いずれも、一度婚姻制度の

⁴⁰³ Parry v. United Kingdom, 28 November 2006, ECHR (Application no. 42971/05).

⁴⁰⁴ HÄMÄLÄINEN v. FINLAND, 16 July 2014, ECHR (Application no. 37539/09), 当時のフィンランドにおいては、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。

⁴⁰⁵ 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, 22:59.

⁴⁰⁶ 1 BvL 10/05. Bundesverfassungsgericht (2008)・前掲注 330.

⁴⁰⁷ 同上。

⁴⁰⁸ 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。

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する働きを持つ訳では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⁴⁰⁹。

しかしながら、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のだ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であることを要件とする必要性が疑問視されるのは必至であり、婚姻制度自体の適用が同性間へ拡大することは免れないことから、非婚要件を批判するに当たっては、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ことは必須である。

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するとしており⁴¹⁰、婚姻届が受理されない場合を定める所謂「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障害として定められている訳ではない⁴¹¹。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、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て設けられたものであり、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って、同項が同性間での婚姻を否定しているとは考え難いのである⁴¹²。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、民法が婚姻の成立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」「妻」⁴¹³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カップル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によって、婚姻の平等化を実現する手段が考えられている⁴¹⁴。

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、という点に言及しなければならず、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と、婚姻の同性間の関係への適用拡大を免れないことから、そのような適用拡大が行われること自体が持つ影響とが比較されなければならない。この要件の撤廃は、婚姻の同性間の関係への適用拡大の議論の成熟と足並みを揃えて考えられなければならないだろう。渡邊(2017)は、さらに婚姻の解消が性別取扱変更の効果ではなく、申立て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、当事者夫婦に責任を丸投げしている問題を指摘する⁴¹⁵。従って、事実上同性間となった婚姻の継続が、従来の婚姻制度にもたらす影響が問題視されるので

⁴⁰⁹ 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り、事実上同性間での婚姻関係は、性別取扱変更以前から存在していることになる。

⁴¹⁰ 民法739条。

⁴¹¹ 民法731条以下、婚姻適齢違反や重婚等。

⁴¹² 三輪晃義「同性による法律婚の可能性 日弁連に対する同性婚人権救済申して」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』29-48頁、36-41頁。

⁴¹³ 戸籍法第47条、婚姻法施行規則第35条1項四号。

⁴¹⁴ 同性婚人権救済申立てのとっているアプローチ法である。三輪(2017)・前掲注412、40頁。

⁴¹⁵ 渡邊(2017)・前掲注385、203頁。

あれば、イギリスの Gender Recognition Act 2004 が行うように⁴¹⁶、婚姻状態にある者には暫定的な性別取扱変更証明書を発行する、といった手段も考えられる。同法によれば暫定的な性別承認証明書 (interim gender recognition certificate) は、婚姻の解消 (annulment) の目的でのみ使用されるものとされるが⁴¹⁷、こうした証明書が公的に発行されることの意義・用途もあろう。

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、同性間での婚姻を認めない国において、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、欧州評議会加盟国の継続的發展に注目がなさ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の是非につき選択し、継続を望む場合には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ろう。

第 5 節 診断要件

上記に示したように、日本における特例法は、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制定されてきた。一方で、WPATH⁴¹⁸では、出生時に指定された性において、性自認を含め典型的なジェンダー上の特徴を示さない状態を、本質的に否定的あるいは病的なものと判断すべきではないとする宣言を出しており、そうした性自認や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⁴¹⁹。国際的に使用される診断基準の一つである DSM-5⁴²⁰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

⁴¹⁶ Parry v. United Kingdom, THE FACTS B. Relevant domestic law and practice
1. Gender Recognition Act 2004 項参照。

⁴¹⁷ Parry v. United Kingdom, THE FACTS A. The circumstances of the case 項参照。

⁴¹⁸ World Professional Association for Transgender Health, トランスジェンダーの健康のための世界専門職協会。

⁴¹⁹ WPATH De-Pstchopathologisation Statement (May 26, 2010)

http://www.wpath.org/site_page.cfm?pk_association_webpage_menu=1351&pk_association_webpage=3928
(2017 年 10 月 5 日 0:06 最終確認)。

⁴²⁰ 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 のみに対し言及にとどめておく。World Health Organization “The 11th 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 0:35 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/jukyuu/shougainenkin/ninteikijun/20140604.html> (2017 年 10 月 5 日 0:23 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

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⁴²¹、診断除外項目としての性分化疾患をも削除することで、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（もう一方の性への）同一性よりも⁴²²、指定された性と本人の体験する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 に従った診断がなされるとすれば、もはや特例法制定時に説得的であった「もう一方の性」への埋没を希望する当事者は医師による診断対象の一部に過ぎず、またそのような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てが可能なる者を、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」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⁴²³、今一度考えねばならない。

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以降の意思の永続性、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、あるいは経済的保護（治療に対する保険の適用等）を受けづらくなる可能性も危惧されよう⁴²⁴。

Incongruence を扱う) に移動する予定であり、性別不一致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 21:39 最終確認)。

⁴²¹ 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」という記述の表現を用いる。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。

⁴²² 「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として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。

⁴²³ 性別違和を専門とする医療機関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だろう。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再指定手術による死亡例があったことから、性別違和を扱う医療機関は登録化される予定である。GID 学会 HP <http://www.okayama-u.ac.jp/user/jsgid/> (2016年12月15日 10時9分最終確認)

⁴²⁴ 特に現在精神領域の治療に関しては保険の適用があるものの、性別再指定手術前のホルモン療法、および性別再指定手術自体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。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(土肥(2012)・前掲注4、118-120頁)、また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(吉野(2008)・前掲注18、383頁)、現在特に身体的介入を要する当事者にとっては、これらの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る者や、十分な知識を持ち合わせずに海外で性別適合手術を行う者がおり、その予後の対応が不十分になる等の事

このため、上記に記したような、医療の射程（性別の不一致に起因する苦痛や機能障害の改善すること）と⁴²⁵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）が一致しない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。

第6節 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ついては、ドナーとしての精子提供等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。② 第一号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、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した年齢である。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。本人が義務教育下であって、他者の保護や配慮を受けやすいという特殊な状況にあることにも照らして、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の暫定的なものとしてこの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妥当だと考える。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 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。未成年の子がいることをもって性別取扱変更を妨げるのは、親が性別の取扱を変更できないことがかえって子の利益を害す

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ところである（日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会（2012）・前掲注 4、1265頁、吉野（2008）・前掲注 18、389頁、針間克之ブログ <http://d.hatena.ne.jp/annojo/20050617>（2013年10月9日21時25分頃最終確認））。

⁴²⁵ 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は、あえて避けていることが注目される（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）。

る場合があることから、妥当でない。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、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必要があると考える。申立人に養育する未成年子がいる場合は、申立人が用意してきた証拠のみによって判断せず、申立人と子との生活上の適応状況等につき、裁判所は、子から意見を聴取する機会を設けるものとする。④ 第二号非婚要件に関しては、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、婚姻の平等化と足並みを揃えて撤廃するべきと考える。しかしながら、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、婚姻の継続と自認する性の法的承認が二者択一の状況に置かれていることは問題視されるべきであることに注意しなければならない。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べきであるが、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。当該証明書の取得を可能とすれば、労使関係において性別の表記を変更した身分証が発行されやすくなる等、証明書の社会的な用途も期待できよう。もっとも、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は、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⁴²⁶。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⁴²⁷。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ような者とする。専門家の監督下にあった場合は一年間⁴²⁸、その他の場合は三年間の⁴²⁹、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、性別不一致に精通した 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⁴³⁰。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⁴³¹、さらに申立人が養育する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、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。

⁴²⁶ 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、婚姻の制度的な面によって性別取扱変更が妨害されることを議論する余地がある。しかし、婚姻制度の適用を同性間の関係へ広げることの可否の議論では制度論以上の考察が求められることから、他の婚姻平等に関する研究へ譲ることとしたい。もっとも、二宮（2017）・前掲注 83 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述べておきたい。

⁴²⁷ 同性間での婚姻が認められ、婚姻中であっても性別の取扱変更が可能となった場合に初めて、性別取扱変更の時点で既存の婚姻の継続の是非を問う必要があると考え、婚姻を解消しなければ完全な性別取扱変更を行うことができない現段階では、暫定的な性別取扱変更証明書を得るために配偶者の同意がなければならぬとするのは妥当でないと考え、判断の一要素とするに留めた。非婚要件が撤廃された際は、前述の通り、性別取扱変更配偶者の同意が得られない場合は、双方の配偶者が、一方配偶者が性別の取扱を変更したことを離婚事由にできるとすべきであると考え。

⁴²⁸ 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、法律の側面ですら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）」、「望みの性別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」と考えられている期間が 12 ヶ月であり、これらの介入の前に性自認に一致・調和した性別役割で 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）。

⁴²⁹ ドイツにおける立法を参考にした。

⁴³⁰ 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。

⁴³¹ 渡邊（2017）・前掲注 385、213 頁。

終章 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るし、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知っておく必要がある。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から排除されないという扱いがなされなければならない。

第2章にて行った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、そこでいかに取扱われるのか、という点である。母性保護や施設処遇、健康維持管理と行った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も含めた性別の情報が、どのように取扱われるべきか。また労使関係等のより私的な領域での情報利用についても、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・利用のされ方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⁴³²。性別という個人のアイデンティティに密着した情報は、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 Gender⁴³³) 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⁴³⁴。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だとし⁴³⁵、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、あるいはより広範なところでは、政府の統計的な、あるいは管理上の目的の達成に必要なかを綿密に検討しなければならない、もし性の情報が不要であれば、そのような情報のカテゴリは、書類や書式から削除すべきであるとした⁴³⁶。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、また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だろう。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、あるいはそれ以上に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あらゆる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、その目的に合わせて3つの、あるいは

⁴³² 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. また Benjamin Moron-Puech “The Legal Situation of intersexed persons in France” J. M. Scherpe et al. (dir.), *The Legal Status of Intersex Persons*, Intersentia. (2018年4月1日出版予定)、同氏執筆箇所 13頁目等参照。

⁴³³ 2013年7月1日発効、2016年7月1日までに段階的に実施。

⁴³⁴ 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 1:54 最終確認)、Bennett Theodore (2014)・前掲注 398、847-843、856頁。

⁴³⁵ X. Indeterminate/Intersex/Unspecified. Australian Government (2013)・前掲注 433、4頁。Bennett Theodore (2014)・前掲注 398、847-843、856頁。

⁴³⁶ Australian Government (2013)・前掲注 433、6頁。Bennett Theodore (2014)・前掲注 398、865頁。

さらに複数の性別カテゴリを設けるといのものであり、性別情報のむやみな開示を防ぎつつ、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⁴³⁷。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、同一の人物にも関わらず性別の表記が異なる場合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、性別不一致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⁴³⁸。欧州の動向を追うのであれば、オランダでは第三の性を登録する、あるいは性別の登録をなくすことに関して具体的な調査が進められており⁴³⁹、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⁴⁴⁰。オランダでは性を特定しない出生登録が可能であるにも関わらず、こうした性が他の法制度に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きで自ら男/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⁴⁴¹。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・性別の欄を保留に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⁴⁴²。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。性別、特に生殖能力に関係する法令のリストが本研究によって作られたことを生かして、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、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し、検討していくことは、今後の課題である。

⁴³⁷ Bennett Theodore (2014)・前掲注 398、847-843、869 頁、Benjamin Moron-Puech (2017)・前掲注 431。

⁴³⁸ 大島（2002）・前掲注 223、99 頁。なお大島（2002）における言及は「性同一性障害者」に対するものではあるものの、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うかがえる。

⁴³⁹ 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. Sekseregistratie 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 2:38 最終確認)。英語版の要約は” ENGLISH SUMMARY M/F and beyond Gender registration by the state and the legal position of transgender persons” https://www.wodc.nl/binaries/2393-summary_tcm28-73314.pdf (2017 年 10 月 7 日 2:43 最終確認)で閲覧可能。

⁴⁴⁰ Parliamentary Assembly of the Council of Europe “Discrimination against transgender people in Europe - the Resolution 2048 (2015)” 6.2.4 段 ‘consider including a third gender option in identity documents for those who seek it’. Benjamin Moron-Puech (2017)・前掲注 431。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 年 4 月 1 日出版予定)・前掲注 431、同氏執筆箇所 8 頁等参照。

⁴⁴¹ 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(Geboortekte)を作成するものとしており、その子出生後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その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ている（登録上の性別を男性から女性へ、さらに男性へと2回変更した後、自分は男女どちらの性別にも属さない(niet gesekueerd)と自認した者が、第三の性での登録を申立てた事例による。Supreme Court (Hoge Raad), March 30, 2007, LJN AZ5686)。Katinka Ridderbos (2011)・前掲注 226、p.74。

⁴⁴² 日本小児内分泌学会性分化委員会、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)。

性の登録それ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ども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、あるいは申立て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ものと言えるとの指摘がある⁴⁴³。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⁴⁴⁴、特別養子の場合のように、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⁴⁴⁵。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」の部分を決めているが、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⁴⁴⁶。つまり性別取扱変更者本人にとって「続柄」として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ことになる。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するという機能を越えた意味づけを実社会で持ってきたことを、いかに捉えるべきであろうか。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、戸籍にその長次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や⁴⁴⁷、運転免許証やパスポートといった、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⁴⁴⁸。

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」を把握すべきものとして理解されるべきではないとの言もある⁴⁴⁹。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、根本に立ち返って一度考えてみなければならない。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も、

443 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。

444 「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。

445 二宮（2003）・前掲注442、9-10頁。

446 高橋昌昭「一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「一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/（2017年10月6日20:36最終確認）。

447 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）—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。

448 大島（2002）・前掲注223、95-99頁及び225頁。特例法が制定される以前に、既に、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処遇としてこれらにつき検討を加えていた。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。

449 Bennett Theodore（2014）・前掲注398、pp.867-868。

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⁴⁵⁰。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、あらゆる登録制度において性の把握は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⁴⁵¹、今一度考える時期に来ていると言えるだろう。さらには、出生時に一括して性を登録する意味も問うことができるかもしれない⁴⁵²。国にとって、子を出生時にどちらかの性に登録して、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時期は様々である⁴⁵³。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である。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ことも、ここに記しておきたい。

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としては、特に婚姻制度に関連した、生殖の促進、伝統的は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⁴⁵⁴。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、考えていかねばならない。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。女性を差別的に取り扱うことを先人たちが批判していたことが功を奏して、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かなり進んできており、同性

⁴⁵⁰ Bennett Theodore (2014)・前掲注 398、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率が高いことや、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おいて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うことを指摘し、多様性を持つ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軸に置かれなければならないとする。

⁴⁵¹ あらゆる行政文書において個別に性の登録手続きを決めていけば、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」と言ったような他国に見られるような対応を、日本にて参考にするには困難である。

⁴⁵² 筆者が受けた、出生時には医師によって性別が男女のどちらかに決められるのに、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。

⁴⁵³ 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であるが、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、女性という性に歴史的に付随して来た意味づけや、典型的でない性表現起因する差別を抑制するために性の情報を利用する場面とは性別情報の利用の意図を異にする。もっとも、生殖能力というよりセンシティブな情報によって個人の情報を把握することを避ける意義もあることから、性別により生殖能力をある程度推定することの意義は、無視されてはならない。

⁴⁵⁴ Bennett Theodore (2014)・前掲注 398、pp.864-865。

間の関係にあらゆる形で承認を与える自治体も増えてきている⁴⁵⁵。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されないよう、また人として当然の権利を十分に享受できるようにしていくことは無論重要であり、さらに、こうした個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、男女のステレオタイプに窮屈な思い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っていく⁴⁵⁶。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⁴⁵⁷。

⁴⁵⁵ 渋谷区は条約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こと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 83、6-28 頁。

⁴⁵⁶ 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））。

⁴⁵⁷ 本論文の執筆にあたり、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。

参照法令等一覧

※1 総務省行政管理局 e-Gov 法令検索システムにおいて、本稿の考察に資すると考えた「女」「妊娠」「出産」「産前」「妊婦」「産婦」「認知」「生理」の語を含むもの、並びに「出生」と「妻」の両方の語を含むもの、「出生」と「夫」の両方の語を含むもの、「母」と「配偶者」の双方の語を含むものを、憲法・法律・政令・勅令・府令・省令・規則から検索しています。

※2 検索自体にはかからないもので、考察中に参照した上位規範等を含む場合があります。

1. 生殖能力喪失要件の撤廃の影響を受けるもの

(a) i 文言上そのまま適用できる規定を含むものとして検出されたもの

- 一般職の職員の勤務時間、休暇等に関する法律
- 人事院規則一〇-一五（妊娠、出産、育児又は介護に関するハラスメントの防止等）
- 人事院規則一九-〇（職員の一時休業等）
- 人事院規則九-七（俸給等の支給）
- 人事院規則八-一二
- 住居手当の支給に関する規則
- 健康保険法施行令
- 健康保険法施行規則
- 児童福祉施設の設備及び運営に関する基準
- 公職選挙法
- 出生証明書の様式等を定める省令
- 刑事訴訟法
- 労働基準法施行規則
- 印紙税法施行令
- 国家公務員の育児休業等に関する法律
- 国家公務員共済組合法の長期給付に関する施行法
- 国家公務員共済組合法施行規則
- 国家公務員災害補償法
- 国家公務員等共済組合法等の一部を改正する法律の施行に伴う経過措置に関する法律
- 国民健康保険法
- 国民健康保険法施行規則
- 地方公務員東京裁縫施行規程
- 地方公務員法
- 地方公務員災害補償法
- 地方公務員等共済組合法施行令
- 地方公務員等共済組合法施行規則
- 地方公務員等共済組合法施行規定
- 地方公務員等共済組合法等の一部を改正する法律の施行に伴う経過措置に関する法律
- 地方税法施行令
- 子ども・子育て支援法
- 小笠原諸島振興開発特別措置法
- 戸籍法
- 放送大学学園法
- 日本国憲法の改正手続きに関する法律
- 東日本大震災に対処するための特別の財政援助及び助成に関する法律

- 死産届書、死産証明書及び死胎検案書に関する省令
- 母体保健法
- 母子保健法施行規則
- 母子保健法施行規則
- 沖縄の復帰に伴う国税関係以外の大蔵省関係法令の適用の特別措置等に関する政令
- 沖縄の復帰に伴う地方税関係以外自治省関係法令の適用の特別措置等に関する政令
- 生活保護法別表第一に規定する厚生労働省で定める情報を定める省令
- 生活保護法別表第一に規定する厚生労働省で定める情報を定める省令
- 私立学校教職員共済組合法
- 私立学校教職員共済組合法施行規則
- 租税特別措置法
- 租税特別措置法施行令
- 租税特別措置法施行令
- 育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律
- 育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律施行規則
- 船員に関する雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律施行規則
- 船員保険法施行令
- 船員保険法施行規則
- 船員労働安全衛生規則
- 裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第十六条第八号に規定するやむを得ない事由を定める省令
- 道路交通法施行規則
- 防衛省の職員の給与等に関する法律施行令
- 国家公務員共済組合法
- 雇用保険法施行規則
- 健康保険法施行規則
- 地方公務員の育児休業等に関する法律
- 裁判官の育児休業等に関する法律
- 防衛省の職員の育児休業等に関する法律
- 出生証明書の様式等を定める省令
- 中国残留邦人等の円滑な帰国の促進並びに永住帰国した中国残留邦人等及び特定配偶者の自立の支援に関する法律施行令
- 法人税法施行規則
- 私立学校教職員共済組合法施行令
- 特定 B 型肝炎ウイルス感染者給付金とうの支給に関する特別措置法
- 再生医療等の安全性の確保等に関する法律施行規則
- 保険業法施行規則
- 消費者生活協同組合法施行規則
- 中小企業等協同組合法施行規則
- 船舶職員及び小型船舶操縦者法施行規則
- 母体保護法
- 私立学校教職員共済法
- 地方公務員等共済組合法
- 私立学校教職員共済法施行規則
- 国家公務員共済組合法施行令
- 船員保険法
- 船員保険法施行規則
- 健康保険法

(育児休業に関連するもの)

- 育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律施行規則
- 雇用保険法施行規則
- 地方公務員の育児休業等に関する法律
- 防衛省の職員の育児休業等に関する省令
- 船員に関する育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律施行規則
- 国家公務員共済組合法施行規則
- 人事院規則一九-〇（職員の育児休業等）
- 裁判官の育児休業に関する法律
- 国会議員の育児休業に関する法律
- 国家公務員の育児休業等に関する法律
- 雇用保険法
- 育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律
- 租税特別措置法施行規則
- 青少年の雇用の促進等に関する法律施行規則
- 船員に関する青少年の雇用の促進等に関する法律施行規則
- 次世代育成支援対策推進法施行規則

(a) ii 文言上齟齬を生じるが、生殖能力に関連する規定を含むものとして検出されたもの

- 人事院規則一〇-七（女子職員及び年少職員の健康、安全及び福祉）
- 人事院規則一〇-八（船員である職員に係る保健及び安全保持の特例）
- 人事院規則一九-〇（職員の育児休業法）
- 人事院規則一九-七（女子職員及び年少職員の健康、安全及び福祉）
- 人事院規則一五-一五（非常勤職員の勤務時間及び休暇）
- 人事院規則一五-一四（職員の勤務時間、休日及び休暇）
- 人事院規則八-一二（職員の任免）
- 住民基本台帳法別表第一から別表第六までの総務省令で定める事務を定める省令
- 保健師助産師看護師法
- 保健師助産師看護師法施行規則
- 健康保険法
- 児童福祉施設の設備及び運営に関する法律
- 児童福祉法
- 児童福祉法施行規則
- 公営住宅法施行令
- 刑事訴訟法
- 労働基準法
- 医療機器の製造販売後の調査及び試験の実施の基準に関する省令
- 医療法
- 医薬品の製造販売後の調査及び試験の実施の基準に関する省令
- 厚生年金保険法
- 厚生年金保険法施行規則
- 国会議員の育児休業等に関する法律
- 国家公務員の育児休業等に関する法律
- 国家公務員共済法施行規則
- 国家公務員共済組合法
- 国家公務員共済組合法施行規則
- 国家公務員災害補償法
- 地方公務員の育児休業等に関する法律

- 地方公務員共済組合法
- 地方公務員災害補償法
- 地方公務員等共済組合法
- 地方公務員等共済組合法施行規則
- 奄美群島振興開発特別措置法
- 女子教職員の出産に際しての補助教職員の確保に関する法律
- 女性労働基準規則
- 小笠原諸島振興開発特別措置法
- 指定漁船に乗り組む職員の有給休暇に関する省令
- 教育職員免許法施行規則
- 東京電力原子力事故により被災した子どもを始めとする住民等の生活を守り支えるための被災者の生活支援等に関する施策の推進に関する法律
- 次世代育成支援対策推進法施行規則
- 母体保護法
- 母子保健法
- 母子保健法施行規則
- 沖縄の復帰に伴う文部省関連法令の適用の特別措置等に関する政令
- 沖縄の復帰に伴う特別措置に関する法律
- 特定健康診査及び特定保健指導の実施に関する基準
- 社会福祉施設職員等退職手当共済法
- 福祉の措置及び助産の実施等の解除にかかる説明等に関する省令
- 私立学校教職員共済法
- 私立学校教職員共済法施行規則
- 移植に用いる臍帯血の品質の確保のための基準に関する法律
- 移植に用いる臍帯血の品質の確保のための基準に関する省令
- 育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律施行規則
- 自衛隊法施行規則
- 船員に関する育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律施行規則
- 船員に関する雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律施行規則
- 船員の雇用の促進に関する特別措置法施行規則
- 船員保険法
- 船員保険法施行規則
- 船員労働安全衛生規則
- 船員法
- 船員法施行規則
- 船員職業安定法施行規則
- 船員雇用の促進に関する特別措置法施行規則
- 被用者年金制度の一元化等を図るための厚生年金保険法等の一部を改正する法律及び地方公務員等共済組合法及び被用者年金制度の一元化等を図るための厚生年金保険法等の一部を改正する法律の一部を改正する法律の施行に伴う地方公務員等共済組合法による長期給付等に関する経過措置に関する政令
- 裁判官の育児休暇に関する法律
- 雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律
- 雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律施行規則
- 雇用保険法
- 雇用保険法施行規則
- 離島振興法
- 食育基本法

- 奄美群島振興開発特別措置法
- 離島振興法
- 小笠原諸島振興開発特別措置法

(データの処理や施策の策定、調査等に関連するもの)

- 厚生労働省組織規則
- 人事院規則二-三 (人事院事務総局等の組織)
- 行政手続きにおける特定の個人を識別するための番号の利用等に関する法律
- 保健師助産師看護師法施行規則
- 厚生労働省設置法
- 地方自治法施行令
- 次世代育成支援対策推進法規則
- 医療法施行規則
- 東京電力原子力事故により被災した子どもを始めとする住民等の生活を守り支えるための被災者の生活支援等に関する施策の推進に関する法律
- 雇用対策法
- 子ども・子育て支援砲
- 少子化社会対策基本法
- 国土交通省組織令
- 女性の職業生活における活躍の推進に関する法律
- 女性の職業生活における活躍の推進に関する法律に基づく一般事業主行動計画等に関する省令
- 女性の職業生活における活躍の推進に関する法律に基づく特定事業主行動計画の策定等に係る内閣府令
- 持続可能な社会保障制度の確立を図るための改革の推進に関する法律
- 交通政策基本法
- 研究開発システムの改革の措置等による研究開発能力の強化及び研究開発等の効率的推進等に関する法律
- 女性の職業生活における活躍の推進に関する法律に基づく一般事業主行動計画等に関する省令
- まち・ひと・しごと創生法
- 地域再生法
- 社会保障制度改革推進法
- 学校保健安全法
- 学校保健安全法施行規則
- 青少年の雇用の促進等に関する法律施行規則
- 船員に関する青少年の雇用の促進等に関する法律施行規則
- 次世代育成支援対策推進法施行規則
- 再生医療等製品お製造販売後の調査及び試験の実施の基準に関する省令

(本人が能動的に情報を取得できるもの)

- 食品表示基準
- 健康増進法
- 食品表示基準
- たばこ事業法施行規則
- 医療法施行令
- アルコール健康障害対策基本法
- 医療法施行規則
- 感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律施行規則

(生理休暇等、性別取扱変更者が自ら申し出られるもの)

- 船員労働安全衛生規則
- 労働基準法
- 船員法
- 人事院規則一五-一五 (非常勤職員の勤務時間及び休暇)
- 人事院規則一〇-七 (女子職員及び年少職員の健康、安全及び福祉)
- 安全な血液製剤の安定供給の確保等に関する法律
- 人事院規則一五-一四 (職員の勤務時間、休日及び休暇)
- 人事院規則九-八二 (俸給の半減)
- 自衛隊施行規則

(遺族年金等に関連するもの)

- 公害健康被害の補償等に関する法律
- 人事院規則一六-〇 (職員の災害補償)
- 地方公務員災害補償法
- 地方公務員等共済組合法
- 国民年金法施行規則
- 国家公務員災害補償法
- 公立学校の学校医、学校歯科医及び学校薬剤師の公務災害補償の基準を定める政令
- 厚生年金保険法施行規則
- 船員保険法
- 厚生年金保険法
- 国民年金法
- 人事院規則一六一三 (災害を受けた職員の福祉事業)

(寡婦に関連するもの)

- 公営住宅法施行令
- 雇用保険法施行規則
- 母子及び節並びに寡婦福祉法施行令
- 母子及び節並びに寡婦福祉法施行規則
- 母子及び節並びに寡婦福祉法
- 国民年金法

(育児時間、保育時間等に関連するもの)

- 人事院規則一〇-七 (女子職員及び年少職員の健康、安全及び福祉)
- 労働基準法

(出産者を妻と記述するもの)

- 自衛隊法施行規則
- 裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第十六条第八号に規定するやむを得ない自由を定める政令
- 人事院規則一五-一四 (職員の勤務時間、休日及び休暇)
- 人事院規則一五-一五 (妊娠、出産、育児又は介護に関するハラスメントの防止等)

(b) 妊娠・出産の有無に関わらずこれに関連して適用される規定を含むものとして検出されたもの
(放射線等関連)

- 獣医療法施行規則
- 核燃料物質等の事業所外運搬に係る危険時における措置に関する規則
- 東京電力株式会社福島第一原子炉施設の保安及び特定核燃料物質の防護に関する規則
- 船員電離放射機障害防止規則
- 放射性同位元素等による放射線障害の防止に関する法律施行規則
- 放射性医薬品の製造及び取扱規則
- 核原料物質の使用に関する規則
- 使用済燃料の貯蔵の事業に関する規則
- 実用発電用原子炉の設置、運転等に関する規則
- 核燃料物質等の工場又は事業所の外における運搬に関する規則
- 核燃料物質の受託貯蔵に関する規則
- 使用済燃料の再処理の事業に関する規則
- 試験研究のように供する原子炉等の設置、運転等に関する規則
- 核燃料物質又は核燃料物質の製錬の事業に関する規則
- 核燃料物質又は核燃料物質によって汚染された物の第二種廃棄物埋設の事業に関する規則
- 船舶に設置する原子炉（研究開発段階にあるものを除く）の設置、運転等に関する規則
- 東日本大震災により生じた放射性物質により汚染された土壌等を除染するための業務等にかかる電離放射線障害防止規則
- 核燃料物質の加工の事業に関する規則
- 核燃料物質の使用等に関する規則
- 人事院規則一〇-一五（職員の放射線障害の防止）
- 核燃料物質又は核燃料物質によって汚染された物の廃棄物管理の事業に関する規則
- 核燃料物質又は核燃料物質によって汚染された物の第一種廃棄物埋設の事業に関する規則
- 医療法施行規則
- 放射性同位元素等の事業所外運搬に係る危険時における措置に関する規則
- 研究開発段階発電用原子炉の設置、運転等に関する規則
- 東日本大震災により生じた放射性物質により汚染された土壌等を除染するための業務等に係る電離放射線障害防止規則
- 鉱山保安法施行規則
- 東京電力株式会社福島第一原子力発電所原子炉施設の保安及び特定核燃料物質の防護に関する規則
- 研究開発段階発電用原子炉の設置、運転等に関する規則
- 実用発電用原子炉の設置、運転等に関する規則
- 電離放射線障害防止規則

(その他)

- 学校保健安全法施行規則
- 児童福祉法
- 児童福祉法施行規則
- 児童福祉法施行令
- 厚生労働省組織令
- 女性の職業生活における活躍の推進に関する法律
- 次世代育成支援対策推進法施行規則
- 人事院規則二-三（人事院事務総局等の組織）
- 医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律施行規則
- 予防接種法施行令
- 感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律施行規則

- 予防接種法施行規則
- 中小企業等協同組合法施行規則
- 消費生活協同組合法施行規則
- 労働者派遣業の適正な運営の確保及び派遣労働者の保護等に関する法律施行規則
- 母子保健法
- 船舶職員及び小型船舶操縦者法施行規則
- 航空法施行規則

(危険有害業務関連)

- 労働基準法
- 船員労働安全衛生規則
- 船員法
- 人事院規則一〇-七 (女子職員及び年少職員の健康、安全及び福祉)

(ハラスメント関連)

- 雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律
- 雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律施行規則
- 育児介護休業法
- 女性の職業生活における活躍の推進に関する法律
- 人事院規則一〇-一五 (妊娠、出産、育児または介護に関するハラスメントの防止など)
- 人事院規則一〇-一七第三条 (女子職員及び年少職員の健康、安全及び福祉)
- 船員に関する雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律施行規則

(c) 男性の生殖能力に係る規定を含むものとして検出されたもの

(出産者の配偶者等を男性とするもの)

- 児童手当法
- 児童扶養手当法
- 児童扶養手当法施行規則
- 児童扶養手当施行令

(認知関連)

- 民法
- 国籍法
- 国籍法施行規則
- 法の適用に関する通則法
- 人事訴訟法
- 所得税法
- 戸籍法施行規則
- 戸籍法

2. 外観具備要件の撤廃の影響を受けるもの

(収容施設その他に関連するもの)

- 刑事収容施設及び被収容者の処遇に関する法律
- 更生保護施設における処遇の基準等に関する規則
- 捕虜等懲戒規則
- 被収容者処遇規則
- 国家公安委員会関係刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律施行規則
- 海上保安留置施設及び海上保安被留置者の処遇に関する規則
- 被収容者処遇規則(出入国管理及び難民認定法関連)
- 少年院法施行規則
- 少年鑑別所法施行規則
- 捕虜収容所処遇規則
- 刑事施設及び被収容者の処遇に関する規則
- 少年院法
- 刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律
- 少年鑑別所法
- 捕虜収容所処遇規則
- 武力攻撃事態及び存立危機事態における捕虜等の取扱いに関する法律
- 少年鑑別所法
- 犯罪捜査規範
- 売春防止法
- 婦人相談所に関する政令

(事業所、救護施設、福祉施設、その他)

- 事務所衛生基準規則
- 建設業附属寄宿舍規程
- 労働安全衛生規則
- 事業附属寄宿舍規程
- 旅館業法施行令
- 養護老人ホームの設備及び運営に関する基準
- 医療法
- 救護施設、更生施設、授産施設及び宿所提供施設の設備及び運営に関する基準
- 児童福祉施設の設備及び運営に関する基準
- 児童福祉法施行規則
- 高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律施行令
- 身体障害者社会参加支援施設の設備及び運営に関する基準
- 児童福祉法に基づく指定障害児入所施設等の人員、設備及び運営に関する基準
- 津波防災地域づくりに関する法律施行令

(その他身体検査等関連)

- 関税法
- 金融商品取引法
- 国税犯則取締法
- 昭和二十二年法律第五十四号（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）

参考文献・資料

(順不同)

- American Psychiatric Association. (2013). *Diagnostic and statistical manual of mental disorders* (5th ed.). Washington, DC: American Psychitric Publishing.
- Australian Government, Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender (2013) <https://www.ag.gov.au/Publications/Documents/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender.pdf> . Last seen 7. October 2017, 1:54.
- 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.
- Benjamin Moron-Puech “The Legal Situation of intersexed persons in France” J. M. Scherpe et al. (dir.), *The Legal Status of Intersex Persons*, Intersentia. Publication date: 1, April 2018.
- Bennett Theodore " 'No man's land': Non-binary sex identification in Australian law and policy” *University of New South Wales Law Journal*, The Volume 37 Issue 3 (2014) pp.847-843.
- Bundesverfassungsgericht “Beschluss vom 11. Januar 2011 - 1 BvR 3295/07” https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/01/rs20110111_1bvr329507.html . Last seen 25. April 2017, 22:20.
- 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 17, September, 2017, 22:57.
- 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, 22:57.
- Bundesverfassungsgericht (2011) “Press Release No. 7/2011 of 28 January 2011: Prerequisites for the statutory recognition of transsexuals according to § 8.1 nos. 3 and 4 of the Transsexuals Act are unconstitutional” <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2011/bvg11-007.html> . Last seen 25. April 2017, 21:56.
- CEDAW/C/NLD/CO/5, February, 5, 2010 para.46. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=NLD&Lang=EN . Last seen 9. December 2013, 5:10.
- COC Netherlands “Tweede Kamer bespreekt transgenderwet” <http://www.coc.nl/politiek-2/tweede-kamer-bespreekt-transgenderwet> . Last seen 30. November 2013, 21:20.
- COC, TNN and NNID “Shadow Report for the 65th Session of the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) 6th Periodic Review of the Kingdom of the Netherlands” (2016) <https://www.transgendernetwerk.nl/wp-content/uploads/Discrimination-of-Lesbian-Bisexual-Transgender-and-Intersex-persons-in-the-Netherlands-CEDAW-6th-Review.pdf> . Last seen 1. October 2017, 2:52.
- Commission Internationale de l'État Civil (ICCS) "Éditions Kluwer (04.2007)" <http://www.ciec1.org> . Last seen 3. December 2013, 1:30.
- Commission Internationale de l'état Civil (ICCS) “Liste des Conventions, état des signatures, des ratifications et des adhesions au 1.10.2013” <http://www.ciec1.org/SignatRatifConv.pdf> . Last seen 3. December 2013, 1:00.
- Commissioner for Human Rights, Council of Europe “Human Rights and Gender Identity” <https://rm.coe.int/16806da753> . Last seen 12. October 2017, 9:10.
- Giulia Dondoli. (2016). Transgender persons’ rights in Italy: Bernaroli's case. *International Journal of Transgenderism*, 18(3), pp.353-359. <http://dx.doi.org/10.1080/15532739.2016.1247404> . Last seen 17, September, 2017, 22:59.
- Het Centraal Bureau voor de Statistiek website “Ouders van ruim vier op de tien baby’s niet getrouwd” <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2016/21/ouders-van-ruim-vier-op-de-tien-baby-s-niet-getrouwd> . Last seen 16. June 2016, 23:50.
- Human Rights Watch “Controlling Bodies, Denying Identities: Human Rights Violations Against Trans People in the Netherlands” <https://www.hrw.org/report/2011/09/13/controlling-bodies-denying-identities/human-rights-violations-against-trans-people> . Last seen 8. March 2016, 6:56.
- J.M.J. Chorus, & P.H.M.Cerver, E.H. Hondius (2006). *Introduction to Dutch Law* Fourth revised edition. Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International.

- Katinka Ridderbos (2011). The Netherlands Controlling Bodies, Denying Identities: Human Rights Violations against Trans People in the Netherlands. New York: Human Rights Watch.
- M. van den Brink & H. Tigchelaar "ENGLISH SUMMARY M/F and beyond Gender registration by the state and the legal position of transgender persons" https://www.wodc.nl/binaries/2393-summary_tcm28-73314.pdf . Last seen 7. October 2017, 2:43.
- M. van den Brink & H. Tigchelaar "M/V en verder. Seksregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders" (2014) Den Haag: Boom Juridische uitgevers. https://www.wodc.nl/binaries/2393-volledige-tekst_tcm28-73312.pdf . 7. October 2017, 2:38.
- M.J.A. van Mourik en prof. mr. A. Nuytinck (2015) Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht. Wolters Kluwer Nederland.
- Ministerie van binnenlandse zaken en koninkrijksrelaties "Wie krijgen mijn gegevens uit de Basisregistratie Personen (BRP)?" <http://www.wiekrijgtmijngegevens.nl/> Last seen 1. June 2016, 16:49.
- Overheid.nl (オランダ政府法令検索) <http://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2017-09-01> . Last seen 1. October 2017, 1:11.
- Parliamentary Assembly of the Council of Europe "Discrimination against transgender people in Europe -the Resolution 2048 (2015)" <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21736> . Last seen 12. October 2017, 9:23.
- Richard Köhler. Alecs Recher, Julia Ehrst, 2013. Legal Gender Recognition in Europe. Berlin: TGEU. https://www.tgeu.org/sites/default/files/Toolkit_web.pdf . Last seen 12. October 2017, 9:25.
- S.F.M. Wortmann en mr. J. van Duijvend (2015) Personen- en familierecht Wolters Kluwer Nederland.
- TGEU (2011) "Federal Constitutional Court - 1 BvR 3295/07 –" http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/01/Germany_Federal_Court_Sterilisation_2011.pdf . Last seen 25. April 2017, 22:32.
- The Convention on the Recognition of Decisions Recording a Sex Reassignment. <http://www.ciecl.org/Conventions/Conv29Angl.pdf> . Last seen 3. December 2013, 0:35.
- Transgender Netwerk Nederland "EINDELIJK ZEGGENSCHAP OVER HET EIGEN GESLACHT" <http://transgendernetwerk.nl/2013/12/eindelijk-zeggenschap-over-het-eigen-geslacht/> Last seen 21. May 2014, 15:15.
- Transgender Netwerk Nederland "Grote meerderheid Tweede Kamer steunt transgenderwet" <http://transgendernetwerk.nl/2013/04/grote-meerderheid-tweede-kamer-steun-transgenderwet/> Last seen 1. December 2013, 19:45.
- Transgender Netwerk Nederland "Tweede Kamer gaat in debat over transgenderwet" <http://transgendernetwerk.nl/2013/03/tweede-kamer-gaat-in-debat-over-transgenderwet/> Last seen 8. November 2013, 22:30.
- Transgender Netwerk Nederland "Eerste Kamer kan verder met Transgenderwet" <http://transgendernetwerk.nl/2013/11/eerste-kamer-kan-verder-met-transgenderwet/> Last seen 21. May 2014, 15:15.
- Transgender Netwerk Nederland "Transgenderwet aangenomen door Tweede Kamer" <http://transgendernetwerk.nl/2013/04/transgenderwet-aangenomen-door-tweede-kamer/> Last seen 6. December 2013, 18:35.
- Transgender Netwerk Nederland "Vragen over uitvoering transgenderwet" <http://transgendernetwerk.nl/2013/04/vragen-over-uitvoering-transgenderwet/> Last seen 30. November 2013, 21:20.
- Trevor MacDonald (Articles on Huffpost News) <http://www.huffingtonpost.com/author/trevor-macdonald> . Last seen 23. September 2017, 0:36.
- UN Woman, OHCHR, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO "Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization" http://www.who.int/reproductivehealth/publications/gender_rights/eliminating-forced-sterilization/en/ Last seen 12. October 2017, 9:36.
- United Nations, Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53 (1, February 2013), available from undocs.org/A/HRC/22/53. Last seen 12. October 2017, 9:37.
- W.M. Schrama en M. V. Antokolskaia (2015) Familierecht - Een introductie. Boom uitgevers Den Haag.
- Waaldijk, C. (2001). Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands. In Robert Wintemute & Mads Tønnesson Andenæs (Eds.), Legal Recognition of Same-Sex Partnership: A Study of National, European and International Law (pp. 437-464). Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- WHO ICD-10 Version: 2016 <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en> . Last seen 10. October 2017, 21:39.

- WHO ICD-11 Beta Draft <https://icd.who.int/dev11/l-m/en> . Last seen 10. October 2017, 21:39.
- World Health Organization “The 11th Revision of the International Classification of Diseases (ICD-11) is due by 2018!” <http://www.who.int/classifications/icd/revision/en/> Last seen 5. October 2017, 0:35.
- World Professional Association for Transgender Health “Standard of Care, Version 7 (in English)” http://www.wpath.org/site_page.cfm?pk_association_webpage_menu=1351&pk_association_webpage=3926 . Last seen 12. October 2017, 9:46.
- WPATH De-Pstchopathologisation Statement (May 26, 2010) http://www.wpath.org/site_page.cfm?pk_association_webpage_menu=1351&pk_association_webpage=3928 . Last seen 5. October 2017, 0:06.
- WPATH ICD Consensus Process: Just Plain Sense http://www.wpath.org/uploaded_files/140/files/Just%20Plain%20Sense%202-18-13.pdf . Last seen 7. December 2013, 19:00.
- オランダ政府ホームページ “Documenten en Publicaties: B Transgender Netwerk Nederland herziening artikel 28 Boek 1 BW_26600 ” <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2011/05/31/b-transgender-netwerk-nederland-herziening-artikel-28-boek-1-bw-26600.html> (2017年10月11日23:04最終確認)
- オランダ政府ホームページ. “Wie mogen mijn gegevens in de Basisregistratie Personen (BRP) inzien?” <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/persoonsgegevens/vraag-en-antwoord/wie-heeft-recht-op-inzage-in-mijn-gegevens-in-de-gemeentelijke-basisadministratie-gba> (2016年6月1日16時51分最終確認)
- オランダ政府ホームページ “The Municipal Personal Records Database (in English)” <https://www.government.nl/topics/identification-documents/contents/the-municipal-personal-records-database> (2016年6月1日16時30分最終確認)
- ユトレヒト市ホームページ “Geboorteangifte” <https://pki.utrecht.nl/Loket/prodcat/products/getProductDetailsAction.do?id=433> (2016年6月17日15時48分最終確認)
- ロッテルダム市ホームページ “Geboorteangifte” <http://www.rotterdam.nl/product:geboorteangifte> (2016年6月17日10時54分最終確認)
- 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)
- 一般社団法人 gid.jp 日本性同一性障害と共に生きる人々の会ホームページ http://gid.jp/html/GID_law/ (2013年8月31日午前2時00分頃最終確認)
- 三橋純子「GIDの「神話」を「歴史」に引き戻す」GID（性同一性障害）学会第19回研究大会抄録集（2017）
- 三橋純子「日本における戸籍性別変更の内訳推定」 <http://junko-mitsuhashi.blog.so-net.ne.jp/2017-03-06> (2017年4月24日15:27最終確認)
- 三輪晃義「同性による法律婚の可能性 日弁連に対する同性婚人権救済申して」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』29-48頁
- 上川あや『変えていく勇気—「性同一性障害」の私から』（岩波新書、2007）
- 中里見博「同性愛と憲法」三成美保編著『同性愛をめぐる歴史と法-尊厳としてのセクシュアリティ』70-113頁
- 二宮周平「同性パートナーの公的承認」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
- 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
- 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
- 二宮周平「性のあり方の多様性」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—』1-5頁
- 二宮周平「性別の取扱いを変更した人の婚姻と嫡出推定」立命館法学 345・346号(2012)576-610頁
- 二宮周平「戸籍の続柄記載は必要か（1）—個人の尊厳と戸籍のあり方—」(2003)戸籍時報 No.564 9-18頁

- 二宮周平「戸籍の続柄記載は必要か（2）—個人の尊厳と戸籍のあり方—」（2003）戸籍時報 No.568 25-35 頁
- 二宮周平「戸籍の続柄記載は必要か（3）—個人の尊厳と戸籍のあり方—」（2003）戸籍時報 No.571 69-83 頁
- 二宮周平「日本の立法と課題」『新・アジア家族法三国会議第6回会議』抄録集、2016年11月、台北、101-105 頁
- 健康保険組合連合会ホームページ <http://www.kenporen.com/> (2017年9月25日 2:28 最終確認)
- 全国健康保険協会「出産で会社を休んだとき」 <https://www.kyoukaikenpo.or.jp/g3/cat315/sb3090/r148> (2017年9月19日 21:31 最終確認)
- 全国健康保険協会「子どもが生まれたとき」 <https://www.kyoukaikenpo.or.jp/g3/cat315/sb3080/r145> (2017年9月19日 21:14 最終確認)
- 加藤智章・菊池馨実ほか『社会保障法 第6版』（有斐閣、2015）
- 南野知恵子監修『【解説】性同一性障害者性別取扱い特例法』（日本加除出版、2004）
- 厚生労働省 平成21年厚生労働省告示 509号 http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11900000-Koyoukintoujidoukateikyoku/3_0701-1s_1.pdf (2017年9月25日 4:58 最終確認)
- 厚生労働省「ひとり親家庭支援の手引き」 <http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11900000-Koyoukintoujidoukateikyoku/0000125850.pdf> (2017年9月27日 5:49 最終確認)
- 厚生労働省「働く女性の母性健康管理措置、母性保護規定について」 <http://www.mhlw.go.jp/bunya/koyoukintou/seisaku05/01.html> (2017年9月20日 3:28 最終確認)
- 厚生労働省「労働基準法のあらまし（女性関係）」 http://www.mhlw.go.jp/general/seido/koyou/danjokintou/dl/danjyokoyou_s.pdf (2017年9月23日 20:17 最終確認)
- 厚生労働省「女性の坑内労働に係る専門家会合第4回資料」 <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2005/06/s0607-4a.html> (2017年9月23日 19:54 最終確認)
- 厚生労働省「育児・介護休業法について」 <http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000130583.html> (2017年9月25日 3:34 最終確認)
- 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）
- 厚生労働省「雇用における男女の均等な機会と待遇の確保のために」 http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/koyou_roudou/koyoukintou/danjokintou/index.html (2017年9月24日 0:57 最終確認)
- 厚生労働省パンフレット「職場における妊娠・出産・育児休業・介護休業に関するハラスメント対策やセクシュアルハラスメント対策は事業主の義務です！！」 <http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11900000-Koyoukintoujidoukateikyoku/0000137179.pdf> (2017年9月25日 5:04 最終確認)
- 厚生労働省ホームページ「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律第3条第2項に規定する医師の診断書の記載要領について」 <http://www.mhlw.go.jp/general/seido/syakai/sei32/dl/youryou.pdf> (2017年4月24日 15:27 最終確認)
- 厚生労働省保健局保険課ほか「被保険者証の性別表記について（事務連絡、平成24年9月21日）」 <https://web.pref.hyogo.lg.jp/kf07/documents/1004-4.pdf> (2017年9月22日 3:02 最終確認)
- 厚生労働省審議資料「公務員の特別休暇（夫・父親のための休暇）」 <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2008/03/dl/s0311-7d.pdf> (2017年9月25日 6:13 最終確認)
- 国税庁「所得金額から差し引かれる金額（所得控除）」 <https://www.nta.go.jp/taxanswer/shotoku/shoto320.htm> (2017年9月27日 5:16 最終確認)
- 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 (2004) 1-17 頁
- 吉野鞆「「多様な身体」が性同一性障害特例法に投げかけるもの」Core Ethics Vol.4 (2008)立命館大学大学院先端総合学術研究科 383-393 頁
- 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

- 土肥いつき「GIDをめぐる法的諸問題」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) 125-137頁
- 土肥いつき「性同一性障害とは何か」ロニー・アレキサンダー他『セクシュアルマイノリティ第三版-同性愛、性同一性障害、インターセックスの当事者が語る人間の多様な性』(明石書店、2012) 92-109頁
- 城内明「不法行為における「傷つきやすい被害者」—セクシュアル・ハラスメント—訴訟の分析」早稲田法学 84 卷 3 号(2009) 403-451 頁
- 大島俊之「性同一性障害とオランダ法—立法的解決(1985年)前の状況—」神戸学院法学第 29 卷 4 号(2000) 91-107 頁
- 大島俊之『性同一性障害者と法』(2002、日本評論社)
- 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』(弁護士会館ブックセンター出版部 LAB、2016)
- 島崎健太郎「性同一性障害者の年齢による名の変更制限と平等条項—性同一性障害者決定—」栗城壽夫・戸波江二・石村修編『ドイツの最新憲法判例』(1999、信山社) 67-73 頁
- 工藤達郎「薬物酩酊の権利?—ハシシ(Cannabis)決定—」栗城壽夫・戸波江二・石村修編『ドイツの最新憲法判例』(信山社、1999) 42-53 頁
- 巻美矢紀「自己決定権の争点—アメリカにおける議論を手掛かりとして」国立国会図書館調査及び立法考査局『レファレンス』56(5)(2006) 77-104 頁
- 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
- 建石真公子「性転換 性転換後の戸籍の性別記載変更と婚姻—クリスティーヌ・グッドウィン判決—」戸波江二、北村泰三、建石真公子、小畑郁、江島晶子編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』(2008、信山社)、305-312 頁
- 戸波江二「自己決定権の意義と射程」樋口陽一、高橋和之編集『芦部古稀祝賀 現代立憲主義の展開上』(有斐閣、1993) 326-358 頁
- 戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法学教室(1993) 36-42 頁
- 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)
- 日弁連総第 57 号勧告書
- 日弁連総第 67 号勧告書
- 日本小児内分泌学会性分化委員会、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)。
- 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 0:23 最終確認)
- 日本年金機構「寡婦年金」<http://www.nenkin.go.jp/service/jukyu/sonota-kyufu/1go-dokuji/20140422-02.html> (2017年9月27日 5:55 最終確認)
- 日本年金機構「遺族厚生年金」<http://www.nenkin.go.jp/service/jukyu/izokunenkin/jukyu-yoken/20150424.html> (2017年9月27日 3:46 最終確認)
- 日本年金機構「遺族基礎年金」<http://www.nenkin.go.jp/service/jukyu/izokunenkin/jukyu-yoken/20150401-04.html> (2017年9月27日 3:39 最終確認)
- 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」精神神経学雑誌第 114 卷第 11 号(2012) 1250-1266 頁
- 日本精神神経学会「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン(第4版)」
https://www.jspn.or.jp/modules/activity/index.php?content_id=84 (2017年4月24日 2:21 最終確認)
- 日本精神神経学会『DSM-5 精神疾患の診断・統計マニュアル』(医学書院、2014)
- 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」

- 本澤巳代子・新田秀樹編著『トピック社会保障法 2015 第9版』(信山社、2015)
- 杉浦郁子「「ガイドライン」「特例法」批判と「障害の社会モデル」の接合可能性—社会・医療・個人の負担配分の考察へ向けて」石田仁編著『性同一性障害ジェンダー・医療・特例法』書評論叢クティア vol.2 (2009) 150-159 頁
- 村木真紀・五十嵐ゆり「企業研修 ダイバーシティの視点」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—』143-169 頁
- 東京高裁平成 12 年 2 月 9 日決定「いわゆる性同一性障害の治療としての性転換手術を受けた場合と戸籍法一一三条による戸籍訂正の許否」判タ No.1057 (2001) 215 頁
- 東京高裁決定平成 12 年 2 月 9 日「男女の性は遺伝的に規定されている生物学的性によって決定される」(石井美智子「いわゆる性同一性障害の治療としての性転換手術を受けた場合に、戸籍法一一三条による戸籍訂正が認められなかった事例」判タ No.1065 (2001) 168-169 頁
- 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
- 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
- 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
- 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
- 橋都 浩平「契約か信認か」小児口腔外科 Vol. 20 (2010) No. 1. 1-4 頁
- 毎日新聞 2017 年 1 月 10 日 21 時 24 分 (最終更新 1 月 10 日 21 時 24 分)
<https://mainichi.jp/articles/20170111/k00/00m/020/072000c> (2017 年 9 月 25 日 2:45 最終確認)
- 河谷はるみ「遺族補償年金の支給要件にみられる男女差についての一考察—大阪地裁判決(平 25 年 11 月 25 日)と大阪高裁判決(平 27 年 6 月 19 日)を素材にして—」九州看護福祉大学紀要 Vol.17, No.1 (2016) 29-33 頁
- 法務省「啓発活動: 性の多様性について考える」http://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04_00126.html (2017 年 10 月 10 日 20:30 最終確認)
- 法務省「性同一性障害等を有する被收容者の処遇指針について (通知) 平成 23 年 6 月 1 日」
<http://gid.jp/html/information/pdf/Moji2011-06-01-3212.pdf> (2017 年 9 月 30 日 6:22 最終確認)
- 法務省「国籍選択の届出」<http://www.moj.go.jp/ONLINE/NATIONALITY/6-4.html> (2014 年 1 月 7 日 21 時 45 分頃最終確認)
- 浅倉むつ子ほか『労働法』(有斐閣、2015)
- 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
- 渡邊泰彦「性別変更要件の見直し—性別適合手術と生殖能力について—」産大法学 45 巻 1 号 (2011) 31-69 頁
- 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
- 澤田省三「『性転換』をめぐる若干の法的課題(上)-埼玉医科大学における性転換手術の実施を機縁として-」判時 1692 号 (2000) 28-35 頁
- 澤田省三「『性転換』をめぐる若干の法的課題(下)埼玉医科大学における性転換手術の実施を機縁として」判時 1693 号 (2000) 14-20 頁
- 田中恒朗「平成 11 年度主要民事判例解説」判タ No.1036 (2000)170-172 頁
- 田坂晶「治療行為に対する患者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
- 石井美智子「いわゆる性同一性障害の治療としての性転換手術を受けた場合に、戸籍法一一三条による戸籍訂正が認められなかった事例」判タ No.1065(2001)168-169 頁
- 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

- 神庭重信、池田学『DSM-5を読み解く—伝統的精神病理, DSM-IV, ICD-10をふまえた新時代の精神科診断』（中山書店、2014）
- 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
- 第二回政府報告人権・人道「B. 国内法における最低法廷年齢」外務省ホームページ
http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jido/0111/11a_016.html (2013年11月13日18時30分頃最終確認)
- 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)
- 織田裕行ほか「特例法と受療行動に関する一考察」GID（性同一性障害）学会第19回研究大会、札幌、2017年3月
- 菊池馨実「遺族年金の男女格差は解消を」週刊社会保障 No.2766 (2014) 32-33頁
- 藤田八郎「「母の認知」に関する最高裁判所の判決について」駒澤大學法學部研究紀要 24(1966)12-22頁
- 裁判所ホームページ「性別の取り扱いの変更申立事件数(平 16.7.16~平 17.7.15)」
<http://www.courts.go.jp/about/siryosiryosaiibanseibetu/> (2013年8月31日午前1時45分頃最終確認)
- 裁判所ホームページ「性別の取り扱いの変更」http://www.courts.go.jp/saiban/syurui_kazi/kazi_06_23/ (2017年10月6日20:36最終確認)
- 西島徹ほか『法律と実務が体系的に分かる 社会保険のセオリー~ライフステージと社会保険手続の「なぜ」が理解できる~』(LexisNexis、2016)
- 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
- 針間克之ブログ <http://d.hatena.ne.jp/annojo/20110119> (2013年11月18日18時05分頃最終確認)
- 針間克之ブログ <http://d.hatena.ne.jp/annojo/20050617> (2013年10月9日21時25分頃最終確認)
- 高橋 昌昭「一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「一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
- 高橋慎一「性同一性障害医療と身体の在り拠——ガイドライン・特例法とトランスジェンダリズムの分析から」山本 崇記・北村 健太郎 編『生存学研究センター報告書 [3] 不和に就て——医療裁判×性同一性障害/身体×社会』(2008)立命館大学生存学研究センター <http://www.ritsumei-arsvi.org/publications/read/ud/147> (2017年8月20日16:30最終確認)
- 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）
- 鶴田幸恵「「金八」放送以降の知識の広まりは何をもたらしたか—FtM カテゴリー使用の倫理」石田仁ほか『性同一性障害 ジェンダー・医療・特例法』（御茶の水書房、2008）161-182頁
- 黒岩龍太郎「インターセックスと呼ばれる人々」26-67頁 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) 26-46頁
- GID学会ホームページ <http://www.okayama-u.ac.jp/user/jsgid/> (2016年12月15日10時9分最終確認)
- WPATH「トランスセクシュアル、トランスジェンダー、ジェンダーに非同調な人々のためのケア基準（スタンダード・オブ・ケア）第7版：日本語版」
http://www.wpath.org/site_page.cfm?pk_association_webpage_menu=1351&pk_association_webpage=5099 (2017年10月12日10時26分最終確認)

登場判例一覧

(国内判例)

- 最高裁判決平成 26 年 1 月 14 日民集 68 卷 1 号 1 頁
- 最高裁判決平成 26 年 7 月 17 日民集 68 卷 6 号 547 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 3 月 28 日集民第 246 号 117 頁
- 最高裁判決昭和 37 年 4 月 27 日民集 16 卷 7 号 1247 頁
- 最高裁判決昭和 53 年 4 月 14 日家月 30 卷 10 号 26 頁
- 最高裁平成 19 年 3 月 8 日判決 民集 61 卷 2 号 518 頁
- 最高裁昭和 37 年 4 月 27 日判決 民集 16 卷 7 号 1247 号
- 最高裁決定平成 19 年 3 月 23 日民集 61 卷 2 号 619 頁。
- 最高裁決定平成 25 年 12 月 10 日民集 67 卷 9 号 1847 頁
- 最高裁決定平成 25 年 12 月 10 日民集 67 卷 9 号 1847 頁
- 最高裁決定平成 25 年 12 月 10 日民集 67 卷 9 号 1847 頁
- 大阪地裁判決平 25 年 11 月 25 日裁判所ホームページ

http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail4?id=83814 (2017 年 10 月 12 日 10 時 32 分最終確認)

- 東京地裁昭和 44 年 2 月 15 日判決 判時 551 号(1969)26-36 頁
- 東京家裁審判平成 21 年 3 月 30 日 家月 61 卷 10 号 75 頁
- 東京高裁平成 12 年 2 月 9 日決定判タ No.1057 (2001) 215 頁
- 東京高裁昭和 45 年 11 月 11 日判決 裁判所ホームページ

http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail3?id=20759 (2017 年 10 月 12 日 10 時 35 分最終確認)

- 東京高裁決定平成 17 年 5 月 17 日家月 57 卷 10 号 99 頁
- 東京高裁決定平成 17 年 5 月 17 日家月 57 卷 10 号 99 頁
- 東京高裁決定平成 17 年 5 月 17 日家月 57 卷 10 号 99 頁
- 横浜家裁審判平成 6 年 3 月 31 日判時 1692 号 (2000) 28-35 頁

(ドイツ判例) ※参考文献に掲載されていた方法に従って記載しています。

- 1 BvL 10/05
- 1 BvR 3295/07
- Administrative High Court (Verwaltungsgerichtshof), no. 2008/17/0054 (decided on 27 February 2009)
- BVerfGE 49, 286
- BVerfGE 6, 32
- BVerfGE 60, 128
- BVerfGE 88, 87
- Higher Labour Court Hamm (Westfalen)
LAG Hamm Case 4 Sa 1337/98 (decided on 17 December 1998).
- OLG Köln, Beschluss vom 30. November 2009 - 16 Wx 94/09 -, StAZ 2010, S. 45

(オランダ判例) ※参考文献に掲載されていた方法に従って記載しています。

- Supreme Court (Hoge Raad), March 30, 2007, LjN AZ5686

(イタリア判例) ※参考文献に掲載されていた方法に従って記載しています。

- Suprema Corte di Cassazione, 8097/2015

(欧州人権裁判所判例)

- Pretty v. the U.K., 29 April 2002, ECHR (Application no. 2346/02)
- Christine Goodwin v. the United Kingdom, 11 July 2002, ECHR (Application no. 28957/95)
- Van Kück v. Germany, 12 September 2003, ECHR (Application no. 35968/97)
- Parry v. United Kingdom, 28 November 2006, ECHR (Application no. 42971/05)
- Schlumpf v. Switzerland, 8 January 2009, ECHR (Application no. 29002/06)
- Hämaläinen v. FINLAND, 16 July 2014, ECHR (Application no. 37539/09)
- Y.Y. v. Turkey 10 March 2015, ECHR (Application no. 14793/08)
- A.P., Garçon and Nicot v. France, 6 April 2017, ECHR (Applications nos. 79885/12, 52471/13 and 52596/13)