

## 論 説

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

石 嶋 舞

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

## 1. はじめに

2004年に「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下「特例法」とする）」が施行してから十年以上が経過し、同法に基づく申立の傾向や当事者らへの影響が十分に観察された頃合いと言える。特例法は性別取扱変更の要件として、1) 20歳に達していること、2) 現に婚姻をしていないこと、3) 現に子がいないこと<sup>(1)</sup>という身分関係の要件を課した上で、その立法時の状況から<sup>(2)</sup>、さらに性別取扱変更の申立の対象を2名の医師により「性同一性障害」と診断された者に限定し、身体的要件として、4) 生殖能力の喪失と5) 画一的な身体処分（外性器にかかる部分の外観具備）を設定した。登録上指定された性別と自己の性自認が不一致である状態に苦痛が伴う場合、この苦痛を改善する方法は個々人毎に異なり、必ずしも特例法の求める外科的介入が必要である訳ではなく、また本人の身体的・精神的特性上、そのような介入を行えない場合もあり得ることが判明している<sup>(3)</sup>。このような場合にも特例法の課す要件を全て充足せよとするのは、特に当該手術が生殖能力の喪失を強制する点においても問題となるだろう。また、特例法における性別取扱い変更の要件が、当事者の間で

---

(1) 2008年に「現に未成年の子がいないこと」に改正。

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

(3) 例えば、麻酔薬に対するアレルギーや重度の肝障害など。日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン」精神神経学雑誌第114巻第11号 (2012) 1250-1266頁、1259-1260、1266頁。

も自己の性別違和の真性を示す「性同一性障害者見做し要件」と化したこと<sup>(4)</sup>で、当該要件が、当事者を、特例法の要求する外科介入や病態性の獲得に駆り立てる危険性も危惧されている<sup>(5)</sup>。

4)、5)要件(以下「身体的要件」とする)は、登録上の性別と、外観及び生殖能力に齟齬があることにより生ずる混乱を危惧して設けられたものだが、上述の通り、特例法要件が当事者に対して持つ規範的作用の危険性や、特例法が身体の適切な処分、保全、及びリプロダクションの機会の保持を、法的性別取扱の変更(及び指定されている性と自認する性が不一致であることに起因する重大な苦痛の回避)とを二者択一の状態に置いていることは強く問題視されるべきである。本稿は身体的要件の撤廃を具体的に検討するための一助として、これが実際に行われた場合に危惧される問題を、種々の法分野をまたいで考察することを主な目的とする。またここでの考察を元に、新たに性別取扱変更の要件を提言することを試みる他、今後の性別登録のあり方に関しても、若干の言及を加えたい。

## 2. 身体的要件の撤廃と他法への影響

### 2.1 親族法

まず身体的要件が撤廃されることによって最も影響を受けるのは親族法である。法的男性による出産、また法的女性が他者を懐胎させることが可能となるために、法的親子関係の成立に問題が生じ、また親子関係を成立

(4) 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頁参照。

(5) 近年ではホルモン剤の私的購入や、当事者が当事者に対して行う海外での手術斡旋事業などが散見される。また安価な個人診療所での手術による死亡例もある(朝日新聞2013年2月8日夕刊「乳房除去手術受け死亡 性同一性障害の個人診療所」)。専門家等を挟んで自己の性別違和の改善に本来必要な対応を模索すべきであり、身体的改変を行うことを当然視する傾向は、当事者の直面する経済問題と合わせて非常に深刻な問題と言える。

させたとして、成立した親子関係を父子関係とするか、母子関係とするかという問題も生じる。筆者は別稿において、親族法上考え得る問題を以下のように整理した。<sup>(6)</sup> まず性別取扱変更後に生じ得る実親子関係には、以下の類型が考えられる。最初に①法的性別を女性から男性に変更した者（以下、必要に応じて「FtM」とする。）<sup>(7)</sup> が女性と婚姻し、その女性が当該婚姻中に子を出産した場合。次に、② FtM が、子<sup>(8)</sup>を認知した場合。さらに特例法が身体的要件を撤廃した場合に本人の生殖能力の温存が可能となるこ

(6) 詳しくは、拙稿「性同一性障害者特例法における身体的要件の撤廃についての一考察」早稲田法学第93巻1号(2017)79-115頁参照。

(7) Female to Male。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が、本稿では、現状法律上男性から女性へ、女性から男性への性別変更しか想定されていないことに鑑みて、「法的な性別取扱の変更」を女性から男性へ変更した者、あるいはこれを望む者を FtM と表記している。なお、法的性別取扱を男性から女性へ変更した者、あるいはこれを望む者は、MtF (Male to Female の略) と表記している。

(8) 子の認知の場合、届出の際に血縁関係を確認するものではないため、実質血縁関係のない者が認知しても法的親子関係は成立し、後にこれを争う者がいない限り、認知の手続きにより成立した血縁のない親子関係は覆されない(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 588頁参照)。一方で、認知により成立した親子関係は、血縁の不在を理由に無効とされる(最高裁判決平成26年1月14日民集第68巻1号1頁)。これと合わせ、性別取扱変更の審判を受けた者が、子の母の夫であることを理由に、当該子を自身の嫡出子であると記載した出生届を提出した場合は、当該夫に生殖能力がないことが戸籍により明らかであっても、戸籍事務管掌者は当該嫡出推定が及ぶことの可否について判断してはならないものとされる(最高裁決定平成25年12月10日民集第67巻9号1847頁)。嫡出推定が、その否定の方法、期間、出訴権者を限定して、推定により確定した親子関係の安定性を強固に図っていることに照らせば、認知と嫡出推定は異なる制度であるとも指摘できるが、戸籍事務管掌者が親子関係の成立の可否を判断するものではないという点は参照できる。以上に照らして、認知による親子関係は血縁をその核たる性質とするのではないかという批判を受けつつも、現状任意認知においては、認知により親子関係を形成する意思があれば、届出により血縁の有無を問わず親子関係が成立しているのであって、性別取扱変更の審判があった事実が記載されていることにより血縁関係の不存在が明確な認知届を、争いがない場合にまで(届出の時点で)無効とできるか疑問に思われたため、本稿では②の考察を行なった。

とから、③ FtM が温存した生殖能力を利用して自ら子を懐胎・出産した場合も問題となる。法的性別を男性から女性に変更した者（以下、必要に応じて「MtF」とする。）については、④婚姻の解消／取消の後、300日以内に元妻が出産したが、その子の出産時に元夫が既に法的性別を男性から女性に変更していた場合、また⑤ MtF が子を認知しようとした場合の親子関係が問題となる。<sup>(9)</sup>日本における現行の実親子関係の成立基準を参照すれば、子を懐胎・出産した者は母とされ、<sup>(10)</sup>当該母と婚姻関係にあった者、あるいはその子を認知した者が子の父となるとされる。これを性別取扱変更があった場合にもそのまま適用するとすれば、①、②の事例では、FtM を別段他の男性と区別して扱う規定がある訳ではないため、<sup>(11)</sup>当該 FtM と子の間においても嫡出推定及び認知の効果がそのまま働き、当該男性は子の父となるものと考えられる。一方、③の事例においては出産者が母となることが原則とされることから、自ら出産した FtM は、法的には男性であっても子と母子関係を形成する。④の事例においては、親子関係の推定が働く時点（日本の民法下では、子の「懐胎」が推定される時点）では、当該 MtF は法的に男性であったことから、当該 MtF と子の関係は父子関係となる。また⑤の場合においては、民法は認知を行う者を男性のみに限

---

(9) 精子の保存が可能であることにも照らして、④、⑤については、既に現行の特例法においても生じ得る事象であり、この場合の親子関係の確定の方法は未解決のままである。なお、本考察では身体的要件の撤廃に焦点を当てているため、非婚要件（特例法第3条1項2号）は残ったものとして扱っている。

(10) 民法779条に、嫡出でない子はその父又は母が認知できるとあることから、非嫡出母子関係は母の認知を待つように読めるが、自然血縁上の母子関係の存在が懐胎・分娩という事実で明確にできることから、判例においては認知を待つまでもなく母子関係の確認が可能であるとされており（最高裁昭和37年4月27日判決民集16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5版]』(有斐閣、2017) 149-150頁。

(11) 特例法第4条「性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、民法その他の法令の規定の適用については、法律に別段の定めがある場合を除き、その性別につき他の性別に変わったものとみなす」。

定していないものの、出産による母が既に確定していることから、子が2名の母を持つことが現行法の想定外にあること、また一方で、子の利益の観点から、子が2名の法的親を持つことを妨害するのは妥当でないことから、当該 MtF と子の関係は、当面父子関係となることが考えられる。

## 2.2 親族法以外

親族法以外の領域においても、法的登録事項と生殖能力の関連を前提に立法がなされているために、身体的要件の撤廃に伴って問題が生じる分野が予測される。本稿においては特にこれを分析すべく、性に関連する文言を用いた法令その他を検索し、分類・考察した<sup>(12)</sup>。親族法以外の分野において、身体的要件を撤廃した場合に新たに問題となるのは、FtM が自ら出産した場合 (③) と、MtF が性別取扱変更後に子を認知し父子関係を形成した場合 (⑤)<sup>(13)</sup> である。以下で具体的に、親族法以外のいかなる領域に、いかなる種類の要件撤廃の影響が及び得るのか、を概観していきたい。

## 3. 親族法以外で身体的要件の撤廃の影響を受ける法令等に関する考察

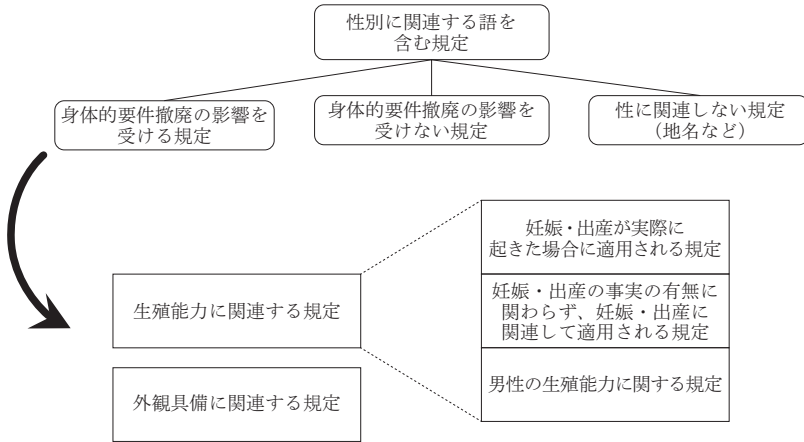
親族法以外の法令に関して、本稿では、性に関連する文言を用いた法令その他をスクリーニングし分類することによって考察を行なった。総務省の法令検索データベースにおいて性に関連する文言を検索し、これらの語

(12) 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日最終確認) 使用。

(13) ④は、MtF が子の懐胎が推定される時点では法的に男性であった事実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と考え、本項での検討の対象としなかった。

(14) 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・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、まず「女」「男」「夫」「妻」「婦」「婚姻」「セクシュアル」

【図1】性に関連する語を含む規定の分類



を含む規定を抽出すると、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③と⑤の事例であることから、③においては、出産・妊娠及びこれに関連する身体機

「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、前掲注12。

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

能と女性性を示す語が結びついているもの、また FtM に配偶者があった場合、配偶者は FtM の異性にあたる者＝女性（妻）となることから、子を産んだ「母」の配偶者を男性（夫）と特定しているものが問題となる。また⑤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。これを念頭に置きつつ、分析を行なっていき<sup>(16)</sup>たい。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してほしい。

### 3.1 生殖能力喪失要件を撤廃することによる他法への影響

#### 3.1.1 妊娠・出産が実際に起きた場合に適用される規定

##### (a) 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（③）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、③の場合に適用して差し支えないものとする。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、文言としてはその者の性を問うていない。裁判員の辞退の申立理由<sup>(18)</sup>や、生活保護法の出産扶助規定等もこの部

(16) 婚姻制度が同性間の関係に適用されていない現状を前提としている。

(17) ③、⑤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」の両方を含むものに限った。

(18) 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1項一号。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。



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<sup>(20)</sup>。また健康保険法においては被保険者の被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がある<sup>(21)</sup>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<sup>(22)</sup>。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という特殊な立場にあっても<sup>(23)</sup>、当該妻が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、組合員に出産があった場合、あるいはその被扶養者に出産があった場合に付加的に支給される出産費及び家族出産費に関し、法令上の文言は出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<sup>(24)</sup>。出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

---

(19) 生活保護法第11条、16条、35条。

(20) 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日最終確認)。

(21) 健康保険法第104条。

(22) 健康保険法第3条7項。

(23) 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(最高裁決定平成25年12月10日民集67巻9号1847頁)、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い変更による父/母、男/女の身分登録上の齟齬を及ぼすことには議論の余地があると言えるため、出産したFtMの女性配偶者と子の間には、推定による親子関係は生じないものと解される。

(24) 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(当該法では家族出産育児一時金)他これらを引用する法令。これらの法に

られなかった場合、さらに出産手当金が支給されるが、これについても、③の場合の出産に際しても法的女性の出産の場合と同様に支給されるべきである。<sup>(25)</sup>細かいもので言えば、贈与税の非課税に関する規定や、<sup>(26)</sup>在外公務員の住居手当にかかる特別措置<sup>(27)</sup>においても、使われる語句は単に妊娠・出産<sup>(28)</sup>であり、手続的な規定を見れば、戸籍の記載事項や出生証明書<sup>(29)</sup>の様式、死産届出・証書<sup>(30)</sup>においても、出産者を単に母と形容しており、出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妊娠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<sup>(31)</sup>含むとすることから、③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

---

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)。

(25) 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。同様の出産手当金規定は、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、船員保険法にも存在する。

(26) 直系尊属から妊娠、出産、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。

(27) 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。

(28) 戸籍法第49条。

(29) 出生証明書の様式等を定める省令第1条。

(30) 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。

(31) 母体保護法第3条。なお、FtMが法的男性であっても、受胎調節の指導を含め妊娠・出産にかかる情報提供がなされるべきであることは、後述の通りである。

法と地方公務員災害補償法に規定される産前・産後休業<sup>(32)</sup>、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出産に対する給付<sup>(33)</sup>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・出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・出産者は特に女性と特定されていない。労働関係における同様の出産・育児に関連する諸制度に関する考察は、次項 (b) でさらに詳しく扱う。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<sup>(34)</sup>。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、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助成金<sup>(35)</sup>、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人材開発支援助成金の<sup>(36)</sup>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<sup>(37)</sup>

---

(32) 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。

(33) 地方公務員法第43条。

(34) 雇用保険法第20条、雇用保険法施行規則第36条。

(35) 労働基準法第25条、労働基準法施行規則第9条。

(36) 雇用保険法第62条、規則110条の3他。厚生労働省「トライアル雇用助成金」  
[http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/koyou\\_roudou/koyou/kyufukin/trial\\_koyou.html](http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/koyou_roudou/koyou/kyufukin/trial_koyou.html) (2018年1月1日最終確認)。

(37) 旧キャリア形成促進助成金(平成29年3月まで)。雇用保険法第63条、規則第124条、125条他。厚生労働省「人材開発支援助成金」[http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/koyou\\_roudou/koyou/kyufukin/d01-1.html](http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/koyou_roudou/koyou/kyufukin/d01-1.html) (2018年1月1日最終確認)。

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も妊娠者を女性と特定する記述はなく、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良いものと言えるだろう。

文言自体は妊娠・出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て<sup>(38)</sup>おり、また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、妊娠中であって療養上・健康保持上適当でない場合が<sup>(39)</sup>挙げられてるが、これらの規定の適用を受けるに際しては、採血者や座席ベルトの着用を取締る者が男性の妊娠を予測することが困難であるため、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<sup>(40)</sup>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、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、これ

(38) 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。

(39) 道路交通法第71条の3、同法施行令第23条の3の2。

(40) 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ものとして、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)。

らの適用を受け得る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、特に子がおり、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、近親婚に当たる為に婚姻できない関係を内縁保護法理により保護した判例<sup>(41)</sup>や、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は同性間にも適用可能だとする言<sup>(42)</sup>もある。詳細な検討は同性間の関係への婚姻制度適用の議論に譲るが、子を当該2名が同一生計の下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。国民健康保険以外の職域保険においては、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と言<sup>(43)</sup>えるが、一

---

(41) 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40、22頁。

(42) 二宮 (2017)・前掲注40、22-24頁。

(43) 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、165頁。他、健康保険組合連合会ホームページ <http://www.>

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。<sup>(44)</sup>

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。<sup>(45)</sup> 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を含むものとされる。<sup>(46)</sup> 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推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なければならない。<sup>(48)</sup> 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<sup>(49)</sup> ため、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・ママ育休プラス等の「配偶者」関連の規定に関しては、まず FtM の異性パートナーは内縁保護法理の適用を受けるものと解される。<sup>(51)</sup> 一方で性別取

---

kenporen.com/ (2017年 9月25日最終確認)。

(44) 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日最終確認)。

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

(46) 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。

(47) 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日最終確認)。

(48) 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。実親の監護の困難性や不適當性を問わず、出産した FtM が既に形成した子との母子関係を維持しながら、FtM の配偶者と子の関係を形成する必要があるためである。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、特例法には MtF の認知に関する条項をおこななければならないと言えよう。

(49) 育児介護休業法第 2 条 1 項四号。

(50) 育児介護休業法第 9 条の 2。

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 を母とすれば、FtM の男性パートナーは子を認知し、子を養育する 2 名の男性カップルの双方が、法的に同一の子の父母となることが可能である。また子を認知した MtF が父となるとすれば、MtF の同性パートナーである女性が子を産んで母となった場合、この子を MtF が認知することで、子を養育する 2 名の女性カップルが法的に同一の子の父母となることが可能となる。しかしパートナー同士を見た場合には同性同士であり、子を養育する父母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、このような場合も、内縁保護法理の適用を受けるべきである。育児のための時間外労働の制限や、深夜業の免除<sup>(52)</sup>、育児のための労働勤務時間の短縮等の措置などの<sup>(53)</sup>制度においても、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に考えるべきだろう。その他、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

---

(51) 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。

(52) 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。

(53) 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（育児介護休業法23条1条、育児介護規則35条1項）、所定外労働の免除（法第16条の8）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（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（法第26条）。浅倉ほか（2015）・前掲注45、272-383頁。また「配偶者の範囲に関連して、同法における介護休業の手得理由となる、要介護状態にある「対象家族」の定義においては、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻と同様の事状にある者が含まれることを付言しておく（同法第2条1項二、四号）。

られる休暇、また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<sup>(54)</sup>の取得を認めている他、裁判員の辞退理由の一つとしては、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れている<sup>(55)</sup>。これらすべての条文は明確に出産者を「妻」としているが、これらの規定における妻には、事実上婚姻関係にある者が含まれるとされていることから、出産者が法的に男性であった場合でも、これらの規定の適用を受けると広く解釈する余地があると考えられる。法的男性を妻（あるいは事実上の妻）として扱うことは文言上の齟齬を生じるが、これらは現に出産が生じていることに着目すべき事例であり、また FtM が法の適用上例外的に妻と扱われることに着目しても、子の養育者として 2 名の親を見た場合に、当該 2 名が法的に同性同士であっても内縁保護法理を及ぼせる必要があることは、上記にみた通りである。

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<sup>(57)</sup>をしてはならないことはもちろん、これらの制度の利用を妨

(54) 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。

(55) 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。同様の規定として、自衛隊法施行規則第49条1項九の二号。

(56) 裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第16条1項第八号、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。

(57) 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](http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11900000-Koyoukintoujidoukateikyoku/3_0701)



げるといふ言動や、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<sup>(58)</sup>。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、3.1.2にて後述する。

**(b) 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群の典型として、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、原則としては妊娠・出産の事実を以って、関連規定を類推適用することが妥当であると考えられる。

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<sup>(59)</sup>。しかし妊娠の事実が既にある場合に、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<sup>(60)</sup>、厚生年金保険法等の産前産後休業関連規定、また学校職員出産に伴う

---

- 1s\_1.pdf (2017年9月25日最終確認)。浅倉ほか (2015)・前掲注45、280頁。

(58) 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。

(59) 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。

(60) 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定があり、これらに文言上の齟齬はないも

休業に際しての他職員の臨時的任用等<sup>(61)</sup>に関しても、出産者の性別を問わずに適用することが妥当である。労働基準法における産前産後休業中の解雇の禁止<sup>(62)</sup>、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<sup>(63)</sup>、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<sup>(64)</sup>・妊娠中の者を軽微な業務に転換させるといった事業主の義務<sup>(65)</sup>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<sup>(66)</sup>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、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<sup>(67)</sup>。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<sup>(68)</sup>に関しては、本人の請求の有無に関わらず妊娠した者を危険有害業

---

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。

- (61) 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。
- (62) 労働基準法第19条。
- (63) 男女雇用機会均等法第12条。
- (64) 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。
- (65) 労働基準法第65条3項。
- (66) 労働基準法第66条。
- (67) 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。
- (68) 労働基準法第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。

務に就かせることを禁止しているため、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罰則規定が設けられていることにも鑑みて、事業主が、男性労働者に妊娠・出産能力が備わっていると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、3.1.2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、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にはこれにかかる着衣や装備を行わない、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のように、FtMが自身の申し出によって配慮を受けるべきと考えられる分野として、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

---

(69) 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。

(70) 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。

(71) 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。

(72) 船舶職員及び小型船舶操縦者法施行規則第137条。

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、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<sup>(73)</sup>。また妊婦以外の女性に対する就業制限の内、重量物を取り扱う業務等、直接生殖能力に関わらないことに関しても、FtM 本人が望む場合に、そのカミングアウトを待っての適用が望ましいだろう。

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<sup>(75)</sup>。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

(73) 男女別の仮眠室・便所・休憩室の設置等がこれに当たる。施設処遇に関しては後述する。浅倉ほか (2015)・前掲注45、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考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、女性の構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)。

(74) 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](http://www.mhlw.go.jp/general/seido/koyou/danjokintou/dl/danjyokoyou_s.pdf) (2017年9月23日最終確認)。

(75) 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第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たこと、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)。

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分以上の育児時間を1日2回まで請求することができる<sup>(76)</sup>とされる。この育児時間は元来授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<sup>(77)</sup>。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産した男性に適用することは妥当であろうか。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。もっとも元来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<sup>(78)</sup>ではなく、また産した男性が「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<sup>(79)</sup>。

#### (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

---

(76) 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。

(77) 浅倉ほか(2015)・前掲注45、274頁。

(78) 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日最終確認)。

(79) 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、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釈然としない。ここでは男性が当該休憩時間を取得する可能性が考察されるべきである。

とした場合に文言上の齟齬が生じる。この類型で最も代表的なものは、母子保健法<sup>(80)</sup>である。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）、市町村に妊娠の届出をした場合は、<sup>(81)</sup>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、妊娠において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場合が考え得る。もっとも生活上の性別変更に対応な外観変更を得るにあたりホルモン投与は有効な手段ではあるが、上述したように、こうした医療介入は性別が不一致である万人に適切である訳ではなく、ホルモン投与を性別取扱変更の要件としてしまうと、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が考え得ることから、性別取扱変更<sup>(82)</sup>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、FtM が自然妊娠し、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。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

---

(80) 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」。

(81) 届出の内容としては、母子保健法施行規則第 3 条を参照。

(82) 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機関及び医師、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しよう努める旨の規定がある。

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、妊娠した FtM も、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対して行う措置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て、助産施設、母子生活支援施設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、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。もともと、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の配慮は要されるだろう。施設処遇に関しては、3.2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、夫であった場合は夫が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

---

(83) 児童福祉法第5条。

(84) 児童福祉法第25条の8、26条。

(85) 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）。

(86) 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）。

(87) 児童福祉法第45条。

(88) 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。

配偶者には、届出をしていないが事実上婚姻状態にあると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<sup>(89)</sup>。就業等に関しては依然女性が不利な状況にあるとは言えるものの、女性が男性と同様に就業することが相当に困難だった立法当時の状況からは現在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<sup>(90)</sup>。本稿では制度自体の是非に対する言及は行わず、まずは現状の制度において性別取扱変更を行なった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。このことに鑑みて<sup>(91)</sup>、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<sup>(92)</sup>、同性カップルに内縁保護法理を適用することを考えた場合、当該年齢差別は自己の性に

(89) 労働者災害補償保険法第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69、220-221頁、235-240頁。加藤智明、菊池馨実ほか(2015)・前掲注88、231-232頁。

(90) 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や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。

(91) 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。

(92) 本稿99-100頁参照。



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、当該保障の適用を受ける（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待遇を受ける）ことも妥当と言える。<sup>(93)</sup>しかしながら、③の事例で、男性が、出産という女性的役割を一時的に担う場合に、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、若干の問題が指摘できる。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<sup>(94)</sup>れず、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、初めて当該死亡した労働者（妻）の収入によって生計を維持していた子として、子については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<sup>(95)</sup>から、FtM が胎児を有していることは問題となら<sup>(96)</sup>ない。しかし遺族厚生年金に関しては、配偶者の受給権の取得に関し、妻で<sup>(97)</sup>

---

(93) もっとも、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の後は、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。

(94) 労働者災害補償保険法第16条の2。

(95) 2014年より。本澤巳代子ほか（2015）・前掲注40、62頁。河谷（2016）・前掲注91、29頁。

(96) 日本年金機構「遺族基礎年金」<http://www.nenkin.go.jp/service/jukyuu/izokunenkin/jukyuu-yoken/20150401-04.html>（2017年9月27日最終確認）、西島徹ほか（2016）・前掲注69、220-221頁、228-232頁。

(97) 遺族厚生年金の受給においては、遺族基礎年金と異なり配偶者の子の有無を問題としないが、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/jukyuu/izokunenkin/jukyuu-yoken/20150424.html>（2017年9月27日最終確認）。

あれば何ら要件が課されていないのに対して、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ることに留意が必要である<sup>(98)</sup>。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<sup>(99)</sup>、当該給付は遺族の生活保障の性格を有し、また胎児の扱いも遺族補償年金の場合と同様である(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)<sup>(100)</sup>ことから、上記の遺族補償年金にかかる、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の議論と同様のことが言える。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<sup>(102)</sup>、男女間に差異が設けられた制度となっているが、子がい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<sup>(103)</sup>。

(98) 厚生年金保険法第59条。西島徹ほか(2016)・前掲注69、220-221頁、228-232頁。

(99) 国民年金法第5条8項、厚生年金保険法第3条2項。

(100) 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。

(101) 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)。

(102) 厚生年金保険法第62条、国民年金法第49条。

(103) 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、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、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>(2017年9月27日最終確認)、日本年金機構「寡婦年金」<http://www.nenkin.go.jp/service/jukyusonota-kyufu/1go-dokuji/20140422-02.html>(2017年9月27日最終確認)、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-Koyoukintoujidokateikyoku/0000125850.pdf>(2017年9月27日最終確認))。加藤智明、菊池馨実ほか(2015)・前掲注88、345-349頁。

### 〈その他〉

その他、刑法における墮胎罪関連の規程は、<sup>(104)</sup>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得る一方、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法第212条以下の墮胎関連の罪が問われないこととなる。従って、性別取扱変更の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、<sup>(105)</sup>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<sup>(106)</sup>が、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<sup>(107)</sup>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考えられる。

---

(104) 刑法第212-216条。

(105) 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。

(106) 第38、39条。

(107) 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。

### 3.1.2 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

#### (a) 他者に生殖能力の予測を要求する規定

この類型では、放射線関連の規定群が最も目立つ。2011年の東日本大震災<sup>(108)</sup>における原発事故も手伝って、国内には多くの放射線関連規定があり、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<sup>(109)</sup>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、内部被曝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<sup>(109)</sup>る、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いる。現に妊娠がある場合は本人が事業者等に申し出ることとなるが、現に妊娠をしていない FtM 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難さから妥当ではない。従って、生殖能力に配慮を受けたければ、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コミ

<sup>(110)</sup>ングアウトする必要があると言える。同様の理由から、上述した妊娠し

(108) 具体的な規定のリストについては、巻末資料参照。

(109) 男子及び妊娠の可能性のない者は胸部にて行われる。

(110) 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

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<sup>(111)</sup>規定に関しても、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ことは難しい。一方、自己の生殖能力の保護を自ら要求すべきとするにあたっては、出産能力のある男性に、業務中の特定の場合において、出産能力を保護する配慮がなされ得るのだという情報が確実に提供される必要があることに留意したい。

ここで、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、高度な専門性を要するために、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<sup>(112)</sup>。しかし特に薬剤師が口頭でこれらの情報を確認した場合、おおよそ男性に見える者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<sup>(113)</sup>があり、服薬指導

---

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。

(111) 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。

(112) 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。

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

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も考え難く、またそのような判断の責任を本人が負うべきとは言えない。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に関連して、かつその者に求められる専門性が高いことからその者と生殖能力を保護・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、推定が困難な生殖能力を持つ者に関する生殖にかか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と言えよう。

その他対象者が受動的に医療に関わる情報を得る場合で、登録上の性により情報発信対象者が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人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<sup>(114)</sup>。もともと対象年齢は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得ることとなる。また当該予防接種に関しては、上述の医療機関による情報収集と異なり<sup>(115)</sup>、市町村がこれを行うことに鑑みて、性別取扱変更の事実があった旨の情報を市町村が取扱った上で、妥当な情報発信の対象を特定すること

(114) 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なければならない。

(115) 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日最終確認）。

<sup>(116)</sup>  
も考え得る。

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や調査・記録の対象とするものは、従来のカテゴリを用いるとすれば出産した男性を把握・処理できない。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対しても、極端に数の少ない男性出産者を想定した施策を要求すべきか、ということも問題となろう。<sup>(117)</sup>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、こうした一般事業主に、<sup>(118)</sup>男性の出産への配慮までも義務付けるべきか。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に事前の対応を要求するハラスメント施策等に関しては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、これを固有の問題として把握・対応する責を負わせず、女性労働者が出産等にかかる制度を利用した/しようとした際と比較して、出産能力のある男性が受けたのと同様の扱いを女性労働者が受けた場合に、それが禁止される不利益な扱いに当たるか否かに

---

(116) 母子保健法第15条の受胎調節の実地指導。

(117) 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。

(118) 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）。

(119) 法第12条、浅倉ほか（2015）・前掲注45、273頁。

照らして判断することになるものと考ええる。

**(b) 他者に生殖能力を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、いかに抑止的に働いたか、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<sup>(120)</sup>、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いたとして、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<sup>(121)</sup>、保健指導または健康診査に必要な時間の確保<sup>(122)</sup>、時間外労働や深夜労働等の免除<sup>(123)</sup>、育児時間の確保は<sup>(124)</sup>、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、これら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<sup>(125)</sup>。しかし一方で、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<sup>(126)</sup>、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留意すべきといえよう。片面的な女性支援のような積極的改善措置（ポジティブ・アクション）は、具体的に存在する格差を是正する措置であるべき

(120) 浅倉ほか (2015)・前掲注45、307-308頁。

(121) 労働基準法第65条。

(122) 男女雇用機会均等法第12条。

(123) 労働基準法第66条。

(124) 労働基準法第67条。

(125) 男女雇用機会均等法均等法第8条。

(126) 男女共同参画社会基本法第3条。



<sup>(127)</sup>である。このことから、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見るべきではなく、妊娠・出産の事実及び制度利用の必要性の事実に即して適用されるべきものと言える。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、出産をした者が男性であっても、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<sup>(128)</sup>や、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を困難にする言動を繰り返すといったハラスメント<sup>(130)</sup>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る。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、<sup>(131)</sup>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、これらのハラスメント予防措置に関する規定の適用も受けられると解するべきである。

---

(127) 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45、70頁。

(128) 男女雇用機会均等法第11条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。

(129) 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。

(130) 男女雇用機会均等法第11条の2、施行規則第2条の2。

(131) 同上、及び厚生労働省「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](http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/koyou_roudou/koyoukintou/danjokintou/index.html) (2017年9月24日最終確認)。

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、例えば女性の職業生活における活躍の推進に関する法律<sup>(132)</sup>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、ここで一般事業主が行動計画を定める際に把握すべき内容の一つとして、性的役割分担その他職場風土等に関する意識等を定めて<sup>(133)</sup>おり、かような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<sup>(134)</sup>については、出産する男性という稀な事例

(132) 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。

(133) 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第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。

(134) 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(妊娠、出産、育児又は介護に関するハラスメントの防止等)、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も同様にハラスメント防止を定める。

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。<sup>(135)</sup> 性的な言動によって労働者が就業環境を害されないう、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。<sup>(136)</sup> 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、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、原則、その損害を負担すべきは被害者となる。<sup>(137)</sup> 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。<sup>(138)</sup> 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。<sup>(139)</sup> 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があった場合に、その事例における予見可能性に照らして、これ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と言えよう。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・

(135) 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58、8頁。

(136) 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」早稲田法学第84巻第3号（2009）403-451頁、405頁。

(137) 城内（2009）・前掲注136、405-406頁。

(138) 城内（2009）・前掲注136、412、418頁。

(139) 城内（2009）・前掲注136、413頁。

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。<sup>(140)</sup> 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含むことはもちろん、性自認の問題、さらには性自認と生殖の問題自体が、性別の不一致に疑問を持っ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ない側面がある。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、被害者の被った重大な被害の程度を十分考慮に入れた上で、いかにそれを現在の違法性の評価基準である「社会通念上許容される範囲」<sup>(141)</sup> 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、被害のリスクを誰にいか負担させるべきかについて、さらなる考察が必要である。

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る。<sup>(142)</sup> 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、<sup>(143)</sup> 軽微な作業への転換、<sup>(144)</sup> 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、<sup>(145)</sup> 育児時間の確保を請求・利用したことに対する不利益な扱いがあった場合、または職場における性的な言動に起因する不利益<sup>(147)</sup> や、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<sup>(148)</sup> があった場合、労働者と事業者の間に紛争があれば、都道府県

(140) 城内 (2009)・前掲注136、429頁。

(141) 城内 (2009)・前掲注136、410-421頁。

(142) 男女雇用機会均等法第15条。

(143) 労働基準法第65条。

(144) 男女雇用機会均等法第12条。

(145) 労働基準法第66条。

(146) 労働基準法第67条。

(147) 男女雇用機会均等法第11条1項。

労働局長が労働者・使用者双方に行う助言・指導・勧告を行い、また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。<sup>(150)</sup> 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が対象とされているが、<sup>(151)</sup> 上記に記したハラスメント予防措置に関する規定群と同様に、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るべきである。

### 3.1.3 男性の生殖能力に関係する規定

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、<sup>(152)</sup> これらを行える者を「男」や「夫」と定義している場合に、前述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ととれるが、MtF が認知をした場合も父とするのであれば問題は生じない。ここでは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ごく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

(148) 男女雇用機会均等法第11条の2、施行規則第2条の2。

(149) 男女雇用機会均等法第17条1項。

(150) 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。浅倉ほか(2015)・前掲注45、68-81頁参照。

(151) 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131。

(152) 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時点で MtF が法的に男性であるため、本項目での考察の対象としていない。

ごく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<sup>(153)</sup>」との規定を設け、子を産んだ母のパートナーを明確に「父」と表記する<sup>(154)</sup>。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、例えば出産した者の配偶者（事実上の配偶者も含む）が子と法的親子関係を形成しなかったとしても、これにより直接問題が生じることはない<sup>(155)</sup>。一方、ひとり親家庭に育つ児童の福祉の増進を目的とする児童扶養手当においては配偶者の有無が問題となり、かつ配偶者の定義としては、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とされる<sup>(156)</sup>。ここでの配偶者に FtM の異性配偶者や、FtM の女性パートナー、及び各人の同性パートナーを含むかという問題については、ひとり親家庭の子の扶養のために支給されるという制度の性格にも照らして、上記に考察してきたと同様、ここでの配偶者関係にこれらの者も含まれると考えるべきだろう。

---

(153) 児童手当法第 3 条 2 項、児童扶養手当法第 3 条 3 項。

(154) 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」に事実条婚姻関係と同様の事情にあつ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88、130-142頁。

(155) FtM の妻など。もっとも、当該子と親子関係のない配偶者自身が子の養育者として認められる必要がある場合は、児童手当に関しては内縁に関する明文規定がないため、子と親との婚姻／内縁関係からただちに当該配偶者が子と生計を同じくする子の養育者と判断される訳ではなく、従って子と生計を同じくする父母等の指定を受けるか、当該配偶者が養子縁組により自ら子と親子関係を形成する必要がある。

(156) 児童扶養手当法第 3 条 3 項。

### 3.2 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<sup>(157)</sup>。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、女子の身体及び衣類の検査は女子が行うこと<sup>(158)</sup>、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<sup>(159)</sup>、同様に犯罪捜査規範において、女子<sup>(160)</sup>

---

(157) 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）。

(158) 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。

(159) 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。

(160) 被収容者処遇規則第40条の2第2項。

に対する任意の身体検査の禁止や、女子の身体に対して搜索・検査を行う場合には女子の立会いがなければならない旨の規定が設けられ<sup>(161)</sup>、また関税法や金融商品取引法等においても同様の身体搜索規定がある。その他、女子被収容者の入浴の立会いは女子が行うこと<sup>(162)</sup>、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<sup>(163)</sup>の監視下には置かないこと等<sup>(164)</sup>、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に調髪や顔そりが認められるなど<sup>(165)</sup>、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いを変更していなかったような事例に対す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、拘置所にて収容中に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<sup>(166)</sup>ほか、法務省から各種刑事施設等に出された

(161) 犯罪捜査規範第107条、143条、149条。

(162) 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。

(163) 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。

(164) 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。

(165) 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、少年鑑別所法施行規則第19条。なお男子に関しては、各同条に別途ひげそり、調髪（少年鑑別所法施行規則中では男女ともに第19条1項にて「在所者」として記載される。4項にて「在所者の調髪（自弁により行うものを除く。）の髪型並びにその調髪、ひげそり及び顔そりの方法の基準は、法務大臣が定める。」との記載が有り、この基準において男女の別が定められる）に関する規定が定められている。

(166) 日弁連総第57、67号勧告書。



「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。<sup>(167)</sup> 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となるため、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する。

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<sup>(168)</sup>に入院させるものとしており、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。<sup>(169)</sup> 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。<sup>(170)</sup> 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を申出た場合は、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、

---

(167) 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、強く議論の余地が残るところである。

(168) 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。

(169) 被収容者処遇規則第26条。

(170) 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に留意しなければならない。前述の法務省通知によれば、性同一性障害等を有する被收容者に対し、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、男性用施設が出産の可能性のある被收容者を預かった場合、これらの妊娠・出産に関する適切な対応が周知されている必要がある。

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收容する婦人補導院、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<sup>(171)</sup>を利用する場合は、外観変更の済んでいない法的な女性について、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・育児をする法的な男性について、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（登録上の性とは別に、その者が持ち得る生殖能力の情報）<sup>(172)</sup>が把握されなければならない場面があると言える。

外観具備要件に関して付言すれば、当要件は、男女別の施設処遇等の際して、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

---

(171) 売春防止法第 5 条、17 条、34 条、36 条。

(172) ここで単に「生殖能力」としなかったのは、性別取扱変更を行なったことのない者も含め、その者の生殖の可否を公権力が直接的に把握することに危機感を覚えたためである。本稿では、性別取扱変更前の性別を把握することによって、生来身についていたと考えられる生殖能力を推測することを念頭に置いている。

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、ないし社会的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、性別取扱を変更する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。ここで留意すべきは、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り、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点である。外性器の形状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保護する現行第5号要件を維持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の保持を担うべきであるならば、変更後に承認される性での継続的な実生活経験<sup>(173)</sup>を要件とすれば足るものと考えられる。

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

---

(173) 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。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。



生殖能力と登録上の性別が乖離した場合に要される  
法的対応に関する一考察 (石嶋) 131

<p>(本人が能動的に情報を取得できるもの)</p> <p>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</p> <p>(生理休暇等、性別取扱変更者が自ら申し出るもの)</p> <p>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(締結の半減)・自衛隊法施行規則</p> <p>(遺族年金等に関連するもの)</p> <p>公務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・人事院規則一六三(災害を受けた職員の福祉事業)</p> <p>(寡婦に関連するもの)</p> <p>公営住宅法施行令・雇用保険法施行規則・母子及び児童並びに寡婦福祉法施行令・母子及び児童並びに寡婦福祉法施行規則・母子及び児童並びに寡婦福祉法・国民年金法</p> <p>(育児時間、保育時間等に関連するもの)</p> <p>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</p> <p>(出産者を妻と記述するもの)</p> <p>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)</p>
<p>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</p>
<p>(放射線等関連)</p> <p>原子力規制委員会規則(放射線等)・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・船員電離放射線障害防止規則・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事業に関する規則・試験研究の用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去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・放射線等に関する規則・放射性同位元素等による危険時における措置に関する規則・研究開発段階廃電用原子炉の設置、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去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・研究開発段階廃電用原子炉の設置、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</p> <p>(危険有害業務関連)</p> <p>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)</p> <p>(ハラスメント関連)</p> <p>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</p> <p>(その他)</p> <p>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・人事院規則二一三(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・中心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</p>
<p>男性の生殖能力に関係する規定を含むものとして検出されたもの</p>
<p>(出産者の配偶者等を男性とするもの)</p> <p>児童手当法・児童扶養手当法・児童扶養手当法施行規則・児童扶養手当法施行令</p> <p>(認知関連)</p> <p>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</p>
<p>2. 外観具備要件の撤廃の影響を受けるもの</p>
<p>(収容施設その他に関連するもの)</p> <p>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</p> <p>(事業所、教護施設、福祉施設、その他)</p> <p>事務所衛生基準規則・建設業附属寄宿舎規則・労働安全衛生規則・事業附属寄宿舎規則・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、投進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</p> <p>(その他身体検査等関連)</p> <p>関税法・金融商品取引法・国税徴収規則法・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)</p>