

No. 977 (2017. 9.26)

## 性同一性障害者特例法とその周辺

- はじめに
- I 特例法の概要
  - 1 特例法の成立まで
  - 2 特例法の内容
  - 3 特例法をめぐる議論
- II 性別変更の要件
  - 1 年齢要件
  - 2 非婚要件
  - 3 子なし要件
- 4 生殖不能要件
- 5 外観要件
- III 性同一性障害と親子関係
  - 1 生殖補助医療によって生まれた子—AID を中心に—
  - 2 性別変更前の生殖機能によって生まれた子
- おわりに

- 「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」（平成 15 年法律第 111 号）により、性同一性障害者は一定の要件を満たすことで法的な性別の取扱いの変更が可能となった。しかし、この要件が厳しすぎるという批判は特例法の成立当初から存在しており、近年の国際動向を踏まえてその声は高まっている。
- 特例法は、変更の要件として、年齢要件、非婚要件、子なし要件、生殖不能要件、外観要件を掲げる。これらについて、国内の議論や諸外国の立法例等をまとめる。
- 性別変更をめぐるっては、その要件以外にも、親子関係法制に関わる非常に複雑な議論がある。生殖補助医療によって生まれた子との間の父子関係をめぐり平成 25 年最高裁決定や、諸外国の立法例・裁判例を紹介する。

国立国会図書館 調査及び立法考査局

行政法務課 <sup>ふじと</sup>藤戸 <sup>よしたか</sup>敬貴

第 9 7 7 号

## はじめに

「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」（平成 15 年法律第 111 号。以下「特例法」という。）によれば、家庭裁判所は、特例法第 3 条第 1 項各号に掲げられた要件を全て満たす性同一性障害者<sup>1</sup>について、その者の請求により、性別の取扱いの変更（以下「性別変更」という。）の審判をすることができる。この審判を受けた者は、民法（明治 29 年法律第 89 号）その他の法令の適用については、他の性別に変わったものとみなされる。

しかし、性別変更の審判を請求することができる性同一性障害者の要件（以下「性別変更の要件」という。）が厳しすぎるとして見直しを求める声は、特例法の成立当初から存在しており、近年の国際動向を受けてその声は高まっている。また、平成 25 年最高裁判所決定において性同一性障害と親子関係をめぐって一定の判断が示される等の動きもある。

本稿は、諸外国の立法例等を適宜参照しつつ<sup>2</sup>、特例法成立後の主な議論を簡潔にまとめる。

## I 特例法の概要

### 1 特例法の成立まで

我が国における性同一性障害の治療は、いわゆる「ブルーボーイ事件」<sup>3</sup>以来、長らくタブー

\* 本稿におけるインターネット情報の最終アクセス日は平成 29 年 8 月 18 日である。引用中、[ ] は引用者による補足である。後掲注(1)で述べるとおり、「性同一性障害」及び「性同一性障害者」という呼称については諸外国で見直しが進んでいるところであるが、本稿では、便宜、「性同一性障害」及び「性同一性障害者」の語で統一する。

<sup>1</sup> 特例法第 2 条は、「性同一性障害者」を次のように定義する。「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って、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 2 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」。なお、「性同一性障害（Gender Identity Disorder）」という呼称及びその定義については、現在、国際的に見直しが進んでいる。例えば、アメリカ精神医学会（American Psychiatric Association）が 2013 年に発表した DSM-5 (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition. 精神疾患の診断・統計マニュアル 第 5 版) では、「性別違和（Gender Dysphoria）」の語が採用されている（日本精神神経学会精神科病名検討連絡会「DSM-5 病名・用語翻訳ガイドライン（初版）」『精神神経学雑誌』116 巻 6 号, 2014, pp.444-445）。また、世界保健機関では ICD（International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems. 疾病及び関連保健問題の国際統計分類）の改訂作業が進行しており、そこでは「性別不一致（Gender Incongruence）」という語の採用が検討されている。以上について、針間克己「「性同一性障害」から「性別違和」へ—診断名変更の背景と日本への影響—」『日本精神科病院協会雑誌』35 巻 6 号, 2016.6, p.40 を参照。

<sup>2</sup> 本稿は、諸外国の立法例や裁判例を網羅的・体系的に紹介することせず、必要に応じて紹介することとする（主要諸外国の立法例や裁判例を詳細に紹介するものとして、大島俊之『性同一性障害と法』日本評論社, 2002 がある。また、100 以上の国又は地域の法制度をそれぞれ簡潔に紹介するものとして、Zhan Chiam et al., *Trans Legal Mapping Report 2016: Recognition before the law*, Geneva: International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, 2016. <[http://ilga.org/downloads/TLMR\\_ENG.pdf](http://ilga.org/downloads/TLMR_ENG.pdf)> がある。）。なお、性別変更に関する我が国の法制度と諸外国の法制度とを比較するに当たっては、次の指摘を踏まえる必要がある。「[性別変更の] 制度の前提ともなる家族制度や身分登録制度は国によって異なり、また、性別の変更の認め方や効果も一様ではない。運用の実態、さらには、それぞれの国における議論や制度の歴史・変遷などを考慮することも不可欠である。」（川崎政司「性同一性障害と法（公法を中心とした法律学の観点から）」南野知恵子ほか編著『性同一性障害の医療と法—医療・看護・法律・教育・行政関係者が知っておきたい課題と対応—』メディカ出版, 2013, p.273.）

<sup>3</sup> 昭和 44 年 2 月 15 日東京地方裁判所判決（判例時報 551 号 26 頁）において、睾丸摘出、陰茎切除及び造陰手術を行った産婦人科医が、優生保護法（昭和 23 年法律第 156 号。現在の母体保護法）第 28 条違反で有罪となった。もっとも、この判決の趣旨は、正当な医療行為と評価されるには一定の条件を満たす必要があるところ当該産婦人科医はそれを満たしていなかった、というものであって、必ずしも全ての性別適合手術が優生保護法違反であるとさ

視されてきた。しかし、平成8年には埼玉医科大学倫理委員会から「「性転換治療の臨床的研究」に関する審議経過と答申」が、平成9年には日本精神神経学会から「性同一性障害に関する答申と提言」<sup>4</sup>がそれぞれ出され、平成10年には性別適合手術<sup>5</sup>が国内で実施される等、医学の領域において性別適合手術の実施体制が整備されていった。

そのような中、法令上の性別の変更を立法によって可能とすることを求める声が高まるようになり<sup>6</sup>、平成15年に議員立法で特例法が成立するに至った<sup>7</sup>。

## 2 特例法の内容

特例法第3条第1項各号は、性同一性障害者の性別変更の要件として、①20歳以上であること（第1号。以下「年齢要件」という。）、②現に婚姻をしていないこと（第2号。以下「非婚要件」という。）、③現に未成年の子がいないこと（第3号。以下「子なし要件」という。）、④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（第4号。以下「生殖不能要件」という。）、⑤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（第5号。以下「外観要件」という。）、を掲げている。

家庭裁判所は、上記の要件を全て満たす者について、性別変更の審判をすることができる（特例法第3条第1項）。なお、家庭裁判所に性別変更の審判を請求する際、性同一性障害に係る医師の診断書の提出が求められている（同条第2項）。

この審判を受けた者は、民法その他の法令の適用について、他の性別に変わったものとみなされる（特例法第4条第1項）。これにより、新しい性別による婚姻や養子縁組等が可能となる。一方、審判前に生じた身分関係及び権利義務関係への影響はない（同条第2項）。<sup>8</sup>

なお、この審判を受けた者の戸籍に記載されている者（除籍者を含む。）が他にあるときは、当該審判を受けた者について新戸籍が編製される（戸籍法第20条の4）。

## 3 特例法をめぐる議論

性同一性障害者が性別変更の審判を求めるためには、特例法第3条第1項各号が掲げる5つ

---

れたわけではなかったが、優生保護法違反という結論だけが一人歩きした、とされる。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, pp.24-25 を参照。

<sup>4</sup> 平成14年、「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン（第2版）」に改訂された。平成29年8月現在、第4版改が公開されている。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 第4版改」<[https://www.jspn.or.jp/uploads/uploads/files/journal/gid\\_guideline\\_no4\\_20170520.pdf](https://www.jspn.or.jp/uploads/uploads/files/journal/gid_guideline_no4_20170520.pdf)>

<sup>5</sup> 「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン 第4版改」同上, p.25によれば、性別適合手術（sex reassignment surgery）の範囲は、基本的に内外性器の手術に関わるものであり、MtF（Male to Female. 男から女へ）の場合は精巣摘出術、陰茎切除術、造陰術、外陰部形成術、FtM（Female to Male. 女から男へ）の場合は第1段階の手術（卵巣摘出術、子宮摘出術、尿道延長術、陰閉鎖術）及び第2段階の手術（陰茎形成術）等である。

<sup>6</sup> 戸籍上、性別は続柄欄において「長男」、「長女」等と表現される。そして、戸籍における続柄欄を訂正するには家庭裁判所の許可が必要である（戸籍法（昭和22年法律第224号）第113条）。しかし、許可されることが比較的多かった名の変更（同法第107条の2）と異なり、性同一性障害を理由とする続柄欄の訂正はほとんど認められていなかった。東海林保「いわゆる性同一性障害と名の変更事件、戸籍訂正事件について」『家庭裁判月報』52巻7号, 2000.7, pp.1-76 を参照。

<sup>7</sup> 特例法の法案（第156回国会参法第17号）は平成15年7月1日に参議院法務委員会提出法案として提出され、同月2日に参議院本会議、同月9日に衆議院法務委員会、同月10日に衆議院本会議でそれぞれ可決された（南野監修 前掲注(3), pp.2-13）。なお、委員会提出法案は「各党間の合意に基づいて提出されるものであるから、通常は、委員会の審査を省略して、直ちに本会議にかけられ、趣旨弁明又は趣旨説明後採決され、短時間で成立することが多い」とされる（浅野一郎・河野久編著『新・国会事典 第3版』有斐閣, 2014, p.115）。

<sup>8</sup> 南野監修 同上, pp.98-102.

の要件を全て満たす必要がある。これらの要件については、「いずれも十分な合理的根拠がある」とする東京高等裁判所の判断<sup>9</sup>がある一方で、要件が厳しすぎるという批判もある（Ⅱ）。

また、生殖補助医療によって生まれた子、あるいは性別変更前の生殖機能によって生まれた子と性同一性障害者との間の親子関係についても議論がある（Ⅲ）。

## Ⅱ 性別変更の要件

### 1 年齢要件

#### (1) 日本

特例法第3条第1項第1号は、20歳以上であることを性別変更の要件とする。これは、①民法上の成年年齢が20歳であること（民法第4条）<sup>10</sup>、②性別はその人の人格そのものに関わる重大な事柄であり、また、その変更は不可逆的なものであるから、本人に慎重に判断させる必要があること、③日本精神神経学会のガイドラインが第3段階の治療（性器に関する手術）<sup>11</sup>の条件として20歳以上<sup>12</sup>であることを求めていたこと、等が考慮されたものとされる。<sup>13</sup>

年齢要件に対しては、判断能力の有無の基準が全ての法律において20歳で統一されているわけではなく、同じ民法にあっても婚姻や遺言等、20歳より低い年齢が設定されているものがあるところ、性別変更についてもより制限的でない基準が考慮されるべきとの指摘<sup>14</sup>がある。

#### (2) 諸外国

主要諸外国の立法のうち、年齢要件を課している例としては、スウェーデン（18歳以上<sup>15</sup>）、イギリス（18歳以上<sup>16</sup>）、スペイン（成年<sup>17</sup>）、オランダ（16歳以上<sup>18</sup>）等がある。

<sup>9</sup> 平成17年5月17日東京高等裁判所決定 家庭裁判月報57巻10号99頁

<sup>10</sup> 平成29年8月現在、成年年齢を18歳に引き下げることが検討されており、早期の国会提出が予定されているとの報道がある。「成人18歳」法案 臨時国会提出へ 上川法相 『日本経済新聞』2017.8.4, 夕刊。

<sup>11</sup> 平成14年の「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン（第2版）」では、性同一性障害の治療は第1段階（精神的サポート）、第2段階（ホルモン療法）、第3段階（性器に関する手術）というように3つの段階に分けられていた。特例法成立後の平成18年に公表された同ガイドライン第3版では、「治療は、精神科領域の治療（精神的サポート）と身体的治療（ホルモン療法とFTMにおける乳房切除術、性別適合手術）で構成される。治療は画一的にこの治療の全てを受けなければならないというものではない」とされるようになった。

<sup>12</sup> 平成29年5月20日に「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）」が一部改訂され、性別適合手術を施行するための条件のうち「年齢は20歳以上であること」が「成年に達していること」に改められた（「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン（第4版）」一部改訂のお知らせ 2017.5.20. 日本精神神経学会ウェブサイト <[https://www.jspn.or.jp/modules/activity/index.php?content\\_id=240](https://www.jspn.or.jp/modules/activity/index.php?content_id=240)>）。なお、ホルモン療法は原則的に18歳以上（条件付きで15歳以上）、乳房の切除は18歳以上であれば可能である。

<sup>13</sup> 南野監修 前掲注(3), pp.87-88.

<sup>14</sup> 谷口洋幸「性同一性障害特例法の再評価—人権からの批判的考察—」石田仁編著『性同一性障害—ジェンダー・医療・特例法—』御茶の水書房, 2008, pp.264-265. 棚村政行早稲田大学教授は、「本人の自己決定の尊重の観点から、15~16歳になれば可能としてもよいように思われる」と述べる（棚村政行「性同一性障害者と法—民事法の立場から—」南野ほか編著 前掲注(2), p.290）。

<sup>15</sup> 1 § första stycket 4 lagen (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall. なお、スウェーデンでは、年齢要件を15歳に引き下げることとする議論がある。矢野恵美「トランスジェンダー受刑者の抱える法的問題—スウェーデン、ノルウェーを参考に—」『刑事弁護』89号, 2017.春, p.79を参照。

<sup>16</sup> Gender Recognition Act 2004 (c. 7) s.1(1).

<sup>17</sup> Apartado 1 del artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. なお、スペインの成年年齢は18歳である。

<sup>18</sup> 2013年12月18日の法律（Stb.2014, 1）による改正後のオランダ民法典（Burgerlijk Wetboek）第1編第28条第1項。石嶋舞「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』151号, 2014, pp.55-

一方で、年齢要件が存在しない国も存在する。例えば、ドイツではかつて25歳以上であることを要件としていたが<sup>19</sup>、1982年3月16日の連邦憲法裁判所決定<sup>20</sup>により、平等原則に反するとして違憲とされた。

もっとも、年齢要件が法律上は明示されていない国であっても、性別適合手術を受けたことが性別変更の要件となっており、かつ、医療実務においてその手術に年齢制限がある場合には、実質的に、年齢要件がある場合と同じ結果になる。<sup>21</sup>

## 2 非婚要件

### (1) 日本

特例法第3条第1項第2号は、現に婚姻をしていないことを性別変更の要件とする。このような規定が設けられたのは、現に婚姻している性同一性障害者について性別変更を認めると、同性婚の状態が生じてしまうからである。なお、非婚要件は、性別変更の審判の際に「現に」婚姻をしていないことを要求するものであるから、離婚等により婚姻が解消されていれば性別変更は可能である。また、性別変更後に変更後の性別で婚姻することも可能である。<sup>22</sup>

非婚要件に対しては、仮に現に婚姻している性同一性障害者について性別変更を認めることで同性婚の状態が生じるとしても、「特例法による性別変更により生じる、同性愛指向を有する性同一性障害者が婚姻をしている例外的な事案であるから、一般論として同性間の婚姻を承認することを必ずしも意味しない」のであって、非婚要件によって離婚が実質的に強制されるとすれば婚姻当事者（性同一性障害者の配偶者も含む。）の保護に反するとの指摘がある。<sup>23</sup>

### (2) 諸外国

諸外国でも非婚要件を設ける立法例が多かった。しかし、近年、ヨーロッパ諸国を中心に同性婚を認める国が増えており<sup>24</sup>、そのような国では非婚要件が廃止されている<sup>25</sup>。

---

56によれば、2013年の民法改正前のオランダ民法第1編第28条には年齢要件は存在しなかったが、性別適合手術を受けていることが要件に含まれており、オランダの医療実務では性別適合手術は例外なく成人（18歳以上）にのみ適用されていたので、未成年者には性別変更の道が実質的に閉ざされていた。民法改正により、「性別適合手術を受けていること」等の身体的要件が削除され、さらに、16歳という年齢制限が明記された。

<sup>19</sup> §8 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz - TSG) vom 10. September 1980 (BGBl. I S. 1654).

<sup>20</sup> BVerfGE 60, 123.

<sup>21</sup> 二宮周平「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, 2003.8, p.7. 前掲注(18)も参照。

<sup>22</sup> 南野監修 前掲注(3), p.88. なお、非婚要件が定められたことに関して、「そもそも我が国の現行法制下では同性間の婚姻は制度的に予定されておらず、今回の婚姻要件を含む立法は、単に定められた枠内での整合的な法運用を行ったに過ぎない。従って、これを以て立法者における積極的にホモフォビクな意思の存在を推定することは必ずしも正しくない」との指摘がある(谷口功一「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」の立法過程に関する一考察」『法哲学年報 2003』有斐閣, 2004, p.216)。

<sup>23</sup> 渡邊泰彦「憲法と婚姻保護—性同一性障害者の性別変更要件をもとに—」『同志社法学』60巻7号, 2009.2, pp.365-367.

<sup>24</sup> 例えば、以下の資料を参照。鳥澤孝之「諸外国の同性パートナーシップ制度」『レファレンス』711号, 2010.4, pp.29-46. <[http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo\\_3050264\\_po\\_071102.pdf?contentNo=1](http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_3050264_po_071102.pdf?contentNo=1)>; 鳥澤孝之「諸外国の同性婚制度等の動向—2010年以降を中心に—」『調査と情報—ISSUE BRIEF—』798号, 2013.8.2. <[http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo\\_8243577\\_po\\_0798.pdf?contentNo=1](http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_8243577_po_0798.pdf?contentNo=1)>

<sup>25</sup> かつては非婚要件があったが同性婚の容認後にこれを廃止した国の例として、オランダ(2000年)、スウェーデン(2012年)、ニュージーランド(2013年)、フィンランド(2016年)等が挙げられる(括弧内は非婚要件を廃止する法律が成立した年)。2007年に性別変更を法制化したスペインは、既に2005年に同性婚を認めていたため、当初から非婚要件が存在しない。2013年に同性婚を容認したイギリスでは、配偶者の同意があれば、婚姻を

ドイツでは、2008年5月27日の連邦憲法裁判所決定<sup>26</sup>により、非婚要件<sup>27</sup>が違憲とされた。これにより、性別変更の場合には例外的に同性婚の状態が生じ得ることとなった<sup>28</sup>。また、オーストリアでは、1996年連邦内務省通達で離婚強制が要件とされていたが、2006年7月8日の憲法裁判所判決により、同通達は法律上の基礎を欠くとされた<sup>29</sup>。

### 3 子なし要件

#### (1) 日本

現行の特例法第3条第1項第3号は「現に未成年の子がいないこと」を性別変更の要件として掲げている。特例法の成立当初は「現に子がないこと」とされていたところ、平成20年の改正法（平成20年法律第70号）によって改められたものである。

成立当初の「現に子がないこと」という要件は、「女である父」や「男である母」が生じることによる家族秩序の混乱や子の福祉への影響を懸念する議論に配慮して設けられた<sup>30</sup>。最高裁判所も、この規定は「合理性を欠くものとはいえないから、国会の裁量権の範囲を逸脱するものということとはでき」ない、としている<sup>31</sup>。

しかし、親子の関係性は多様であるところ、現に子がいる性同一性障害者について一律に性別変更を不可とすることには批判が強く<sup>32</sup>、平成20年の法改正によって「現に未成年<sup>33</sup>の子がいないこと」へと緩和された。この改正によって成年の子との関係で「女である父」又は「男である母」が生じることとなったため、子なし要件の趣旨は主に未成年の子の福祉にあるとされるようになった<sup>34</sup>。

子の福祉を理由とすることに対しては、①親の外観上の変化に既に直面している子にとって、法的な性別の取扱いの変更は何の影響もない<sup>35</sup>、②家庭裁判所が性別変更の審判をする際に子の意見を聴取した上で総合的に判断すればよい<sup>36</sup>、等の指摘がある。

#### (2) 諸外国

身分登録の単位が個人である諸外国の立法例には、子なし要件は見当たらないとされる<sup>37</sup>。

---

継続したまま性別変更ができるようになった（Gender Recognition Act 2004 (c. 7) s.4(2)(b)）。

<sup>26</sup> BVerfGE 121, 175. 同決定については、渡邊 前掲注(23), pp.333-376 が詳しい。

<sup>27</sup> §8 Abs. 1 Nr. 2 des Transsexuellengesetzes.

<sup>28</sup> これをドイツにおける同性婚導入の先例と捉えるか否かについては争いがある（渡邊泰彦「同性婚による婚姻概念の変容—ドイツ連邦議会法務・消費者保護委員会公聴会より—」『同志社法学』68巻7号, 2017.2, pp.552-553）。なお、2017年7月、ドイツにおいて民法等が改正され、同性婚が認められることとなった（Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2787)）。

<sup>29</sup> 渡邊泰彦「同性カップルをめぐるベルギーとオーストリアの判決の紹介」『東北学院法学』65号, 2006, pp.11-13.

<sup>30</sup> 南野監修 前掲注(3), p.89.

<sup>31</sup> 平成19年10月19日最高裁判所第三小法廷決定 家庭裁判月報 60巻3号 36頁

<sup>32</sup> 嶋崎健太郎「特集1 憲法学習のキーワード 個人の尊重—性同一性障害者問題—」『法学セミナー』593号, 2004.5, p.12.

<sup>33</sup> 20歳未満でも婚姻をすれば成年に達したものとみなされる（民法第753条）。この点、子に婚姻意思がないと知る立場にありながら子の婚姻に同意した上で、婚姻による成年擬制を利用して性別変更を申し立てることが申立権の濫用に当たるとした審判がある（平成21年3月30日東京家庭裁判所審判 家庭裁判月報 61巻10号 75頁）。

<sup>34</sup> 川崎政司「性同一性障害者性別取扱特例法の解説」南野ほか編著 前掲注(2), p.227.

<sup>35</sup> 二宮周平「性同一性障害者の性別取扱いの変更申立てを却下した事例」『判例タイムズ』1204号, 2006.5.10, p.50.

<sup>36</sup> 棚村 前掲注(14), p.291.

<sup>37</sup> 同上

なお、韓国には性別変更に関する法律はないが、2006年9月6日の大法院規則（事務処理指針）によって性別変更の要件が定められ、「子どもがいないこと」が要件の1つとされた<sup>38</sup>。その後、2011年の同規則の改正によって「未成年たる子女がいないこと」に改められた<sup>39</sup>。<sup>40</sup>

#### 4 生殖不能要件

##### (1) 日本

特例法第3条第1項第4号は「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能<sup>41</sup>を永続的に欠く状態にあること」を性別変更の要件とする。これは、①元の性別の生殖機能によって子が生まれることで様々な混乱や問題が生じかねないこと、②生殖腺から元の性別のホルモンが分泌されることで何らかの身体的・精神的な悪影響が生じる可能性を否定できないこと、を理由とする。<sup>42</sup>

生殖不能要件に対しては、子が生まれた場合の「混乱や問題」が具体的に何を指すのかが明確ではないとの指摘<sup>43</sup>があるほか、いわゆる「リプロダクティブ・ライツ」（性と生殖に関する権利）の観点から批判<sup>44</sup>がある。

その一方、平成29年2月6日岡山家庭裁判所津山支部審判<sup>45</sup>は、生殖不能要件は「憲法13条に違反するほどに不合理な規定であるということとはできない」とした。

##### (2) 諸外国

20世紀後半に性別変更を制度化した諸国においては生殖不能要件に関する規定が置かれていたが、近年、見直しの動きがある。例えば、2013年にはスウェーデン<sup>46</sup>やオランダ<sup>47</sup>でそれぞれ法律の改正があり、生殖不能要件が廃止された。ドイツでは、2011年1月11日連邦憲法裁判所決定によって生殖不能要件を定める規定<sup>48</sup>が違憲であるとされた。

21世紀に入ってから性別変更に関する法律を制定したイギリス（2004年）やスペイン（2007

<sup>38</sup> 岡克彦「韓国における性同一性障害と性別変更の法的可能性——一般法院の司法解釈による性的マイノリティの人権救済のあり方——」『マイノリティ研究』6号, 2012.1, p.25.

<sup>39</sup> 岡克彦「トランスジェンダーをめぐる韓国の性別秩序の法的課題と「積極司法」のあり方——性的マイノリティを取り巻く法的環境の一面——」『比較法研究』78号, 2016, pp.263-264.

<sup>40</sup> このほか、ウクライナの保健省令では「18歳未満の生物学的な子がいないこと」が要件の1つとされていたところ（Chiam et al., *op.cit.*(2), p.45）、2016年12月にこの要件は廃止された（“Ukraine abolishes arbitrary and cruel trans health protocol,” 2017.1.25. Transgender Europe website <<http://tgeu.org/ukraine-abolishes-arbitrary-and-cruel-trans-health-protocol/>>）。

<sup>41</sup> 生殖機能のみならず、ホルモン分泌機能を含めた生殖腺の働き全般を指す。南野監修 前掲注(3), p.93.

<sup>42</sup> 同上

<sup>43</sup> 大河内美紀「性と制度」『法学教室』440号, 2017.5, p.49.

<sup>44</sup> 針間克己ほか『性同一性障害と戸籍—性別変更と特例法を考える— 増補改訂版』（プロブレムQ&A）緑風出版, 2013, pp.168-172.（野宮亜紀執筆）；寺原真希子「セクシュアル・マイノリティの法的問題」『法律のひろば』69巻7号, 2016.7, p.38.

<sup>45</sup> 『LEX/DB インターネット 法律情報データベース』（有料）文献番号 25545225. 評釈として、渡邊泰彦「性別変更における生殖不能要件の要否」『新・判例解説 Watch』民法（家族法）No.89, 2017.5.12. <[http://lex.lawlibrary.jp/commentary/pdf/z18817009-00-040891484\\_tkc.pdf](http://lex.lawlibrary.jp/commentary/pdf/z18817009-00-040891484_tkc.pdf)>; 高井裕之「性同一性障害特例法による性別変更の生殖腺除去要件の合憲性」『新・判例解説 Watch』憲法 No.129, 2017.7.21. <[http://lex.lawlibrary.jp/commentary/pdf/z18817009-00-011291510\\_tkc.pdf](http://lex.lawlibrary.jp/commentary/pdf/z18817009-00-011291510_tkc.pdf)> を参照。

<sup>46</sup> SFS 2013:405 Lag om ändring i lagen (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall; 矢野 前掲注(15), p.78.

<sup>47</sup> 石嶋 前掲注(18), pp.56-57.

<sup>48</sup> §8 Abs. 1 Nr. 3 des Transsexuellengesetzes. これを違憲とした BVerfGE 128, 109 の詳細については、渡邊泰彦「性別変更の要件の見直し—性別適合手術と生殖能力について—」『産大法学』45巻1号, 2011.6, pp.31-69 を参照。

年)では、そもそも生殖不能要件に関する規定が置かれていない。<sup>49</sup>

なお、2014年5月、世界保健機関(WHO)等は、不妊手術を性別変更の要件とすることを批判する共同声明を公表した<sup>50</sup>。また、2017年4月6日、欧州人権裁判所判決において、本人が望まない手術又は治療(不妊化を含む。)を性別変更の要件とすることは、欧州人権条約(European Convention on Human Rights)第8条が定める私生活が尊重される権利について、身体の完全性が尊重される権利の完全な行使の放棄という制約を課すことになり、条約違反に当たるとの判断が示された<sup>51</sup>。

他方、性別変更前の生殖機能が残存する場合、当該機能によって生まれた子との間の親子関係がどうなるのかという問題が生じ得る。この問題については、III2で扱うこととする。

## 5 外観要件

### (1) 日本

特例法第3条第1項第5号は、「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」を性別変更の要件とする。これは、公衆浴場の問題等、社会生活上の混乱が生じる可能性が考慮されたものであるとされる<sup>52</sup>。この点について、公衆浴場等の問題は、そもそも法的な性別の問題とは関係がないのではないかと指摘がある<sup>53</sup>。

また、外観要件及び4で述べた生殖不能要件に関連して、ホルモン療法、乳房除去、性別適合手術等の身体的治療を要求することは、①性別変更を望む性同一性障害者にとって身体的・経済的な負担が大きい<sup>54</sup>、②本来的には身体的治療を望んでいないにもかかわらず性別変更のために身体的治療を受けてしまうことがあるのではないかと<sup>55</sup>、等の指摘がある。

### (2) 諸外国

生殖不能要件と同様に、外観要件又は性別適合手術要件を見直す国が増えている。例えば、生殖不能要件に関して先に紹介したドイツの2011年連邦憲法裁判所決定は、他の性別の外観に明白に近似することを要件とする規定<sup>56</sup>についても判断しており、性別適合手術を必須とすることは違憲であるとした。オーストリアの2009年2月27日行政最高裁判所判決及び2009年12月3日憲法裁判所判決は、性別変更に関する手続を定める2007年連邦内務省通達について、

<sup>49</sup> 2017年8月現在、「Rainbow Map.” Rainbow Europe website <<https://rainbow-europe.org/#0/8701/0>>によれば、性別変更について立法的措置を行っているヨーロッパ31か国のうち、生殖不能要件がある国は14か国、生殖不能要件がない国(“No compulsory sterilisation required”)は17か国である。

<sup>50</sup> An interagency statement OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO, *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization*, pp.7-8. <[http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112848/1/9789241507325\\_eng.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112848/1/9789241507325_eng.pdf)>

<sup>51</sup> European Court of Human Rights, *Information Note 206: Case-law of the European Court of Human Rights*, 2017 April, pp.19-21. <[http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN\\_2017\\_04\\_206\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2017_04_206_ENG.pdf)>

<sup>52</sup> 南野監修 前掲注(3), pp.93-94.

<sup>53</sup> 「公衆浴場の入場の問題は、戸籍上の性別ではなく、性別適合手術前(プレ・オペラティブ)か、手術後(ポスト・オペラティブ)かという、現在でも生じる問題である。」(渡邊 前掲注(48), p.67.) 「公衆浴場の利用に限って言えば、当事者の利用マナーと周囲への啓発によって解決するのが本筋であり、仮に国や自治体の判断が必要だとしても、戸籍や住民票を根拠とするよりも、浴場や利用者に対して、実態に即した指針を提示するのが筋だと言えるでしょう。」(針間ほか 前掲注(44), p.127. (野宮亜紀執筆))

<sup>54</sup> 谷口 前掲注(14), p.270; 大河内 前掲注(43), pp.48-49.

<sup>55</sup> 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号, 2003, p.10.

<sup>56</sup> §8 Abs. 1 Nr. 4 des Transsexuellengesetzes.



同通達は性別適合手術を必須とはしていないとの解釈を示した<sup>57</sup>。また、オランダは、2013年の民法典改正（2014年7月1日施行）により、一切の身体的要件を廃止した<sup>58</sup>。

スペインでは、他の性別の身体的特徴を獲得するための医学的治療を少なくとも2年間受けたことが原則的に必要であるが、この医学的治療には性別適合手術は含まれない。また、年齢又は健康上の理由によって免除される場合がある。<sup>59</sup>

### III 性同一性障害と親子関係

前章では、性別変更の要件をめぐる議論をまとめた。本章では、子なし要件及び生殖不能要件と密接に関連するが、性別変更の効果、すなわち「性別の取扱いの変更」の意義及び射程が問題となる局面の一例として、性同一性障害と親子関係をめぐる議論を簡単に紹介する。<sup>60</sup>

#### 1 生殖補助医療によって生まれた子—AIDを中心に—

##### (1) 日本

非配偶者間人工授精（Artificial Insemination with Donor's Semen. 以下「AID」という。）については、平成29年8月現在、特段の立法はない<sup>61</sup>。性同一性障害者とその配偶者によるAIDの利用や嫡出推定との関係についても、特例法には特段の規定はない<sup>62</sup>。

性別変更によって男性となったFtM（Female to Male）の妻がAIDによって子を懐胎・出産した場合において、かつての戸籍実務は、当該子を嫡出でない子として取り扱っていた。その理由として、①生物学的には女性であるFtMが生殖機能を有していないことは明らかであるから嫡出推定の規定（民法第772条第1項）を適用する前提に欠けていること、②性別変更の審判を受けたことは戸籍に記載されるから、戸籍面上もそのような前提がないことが明らかとなっていること、等が挙げられた。<sup>63</sup>

しかし、平成25年12月10日最高裁判所第三小法廷決定<sup>64</sup>は、「性別の取扱いの変更の審判を受けた者については、…（略）…一方でそのような者に婚姻することを認めながら、他方で、その主要な効果である同条〔民法第772条〕による嫡出の推定についての規定の適用を、妻との性的関係の結果もうけた子であり得ないことを理由に認めないとするは相当でない」とし、当該子は嫡出推定を受けると判示した。

<sup>57</sup> ドイツ及びオーストリアについて、渡邊 前掲注(48)を参照。

<sup>58</sup> 石嶋 前掲注(18)

<sup>59</sup> Apartado 2 del artículo 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

<sup>60</sup> この点に関連して、棚村教授は、我が国における議論の状況を次のように評している。「戸籍の続柄や性別変更などという民事特別法・手続法の問題の解決が先行し、婚姻・養子縁組・相続などの民法上の根本的問題については、欧米諸国とは異なり、じつは細かい議論の蓄積がない。」（棚村 前掲注(14), p.292.）

<sup>61</sup> AIDをめぐる議論状況については、窪田充見『家族法—民法を学ぶ— 第3版』有斐閣, 2017, pp.212-218を参照。

<sup>62</sup> AIDと嫡出推定との関係について特例法が特段の規定を置かなかったこと理由としては、「想定や検討をしていなかったわけではなく、それは特例法の射程とするところではなく、その親子関係については、生殖補助医療にかかわる立法がなされていない段階では、現行民法の規定によって処理されるものと判断していたものである」と説明されている（川崎 前掲注(34), p.232.）。

<sup>63</sup> 武見敬太郎ほか「性同一性障害により性別の取扱いの変更の審判を受けた夫とその妻との婚姻中に出生した子に関する戸籍事務の取扱いについて（平成26年1月27日付け法務省民一第77号民事局長通達）の解説」『登記情報』633号, 2014.8, p.9.

<sup>64</sup> 最高裁判所民事判例集 67巻9号1847頁 この決定には2名の裁判官がそれぞれ反対意見を付している。

この問題については、嫡出推定それ自体の意義や生殖補助医療と嫡出推定との間の関係一般について既に多くの議論があるところ、性同一性障害に特有の事情を考慮すべきかどうかという問題が絡んでおり、学説においても様々な議論がある<sup>65</sup>。

そもそも、既述のとおり、性同一性障害者とその配偶者による利用の場合に限らず、一般的に AID その他の生殖補助医療（卵子・精子の凍結、代理懐胎等）を規律する立法が存在しない状況において、司法による問題解決には限界があるということも指摘されている<sup>66</sup>。

## (2) 諸外国

戸籍によって民事身分が一覧される我が国と異なり、ヨーロッパ諸国では、身分証書上の性別変更と家族法上の権利は別問題であるとされる。父子関係に関して、AID によって生まれた子の出生登録において FtM を父として記載することをイギリス身分登録庁長官が拒否した事件で、1997年4月22日欧州人権裁判所判決<sup>67</sup>は欧州人権条約第8条違反を認定しなかった。<sup>68</sup>

## 2 性別変更前の生殖機能によって生まれた子

性別変更前に生まれた子との間の親子関係は、我が国の特例法の下では性別変更の影響を受けない（第4条第2項）。諸外国にも同様の立法例がある<sup>69</sup>。他方、性別変更後に、変更前の性別に係る生殖機能によって、又は性別変更前に保存していた配偶子によって、子が生まれることがあり得る。このようなケースについて、諸外国はどのように対応しているのだろうか。

2013年に改正されたオランダ民法典では、FtM 自身が配偶者（同性婚の場合）若しくは登録パートナー又は第三者の精子により出産した場合、出産した者を母とする原則を崩さず、当該 FtM を「母」として登録するとした。一方、MtF（Male to Female）の性別変更前の精子によってその配偶者又は登録パートナーが産んだ場合、一定の要件の下で、当該配偶者又は登録パートナーとともに「母」として登録される。<sup>70</sup>

<sup>65</sup> AID によって生まれた子と性同一性障害者との間にも父子関係を認めるべきとする説として、梶村太市「性同一性障害の夫婦による嫡出子出生届をめぐる法律問題・下」『法律時報』84巻11号、2012.10、pp.70-77；棚村政行「性同一性障害と AID 出生子の法的地位」五十嵐敬喜ほか編『民事法学の歴史と未来—田山輝明先生古稀記念論文集—』成文堂、2014、pp.393-423；永沼淳子「性同一性障害者の父子関係」『名古屋大学法政論集』254号、2014.3、pp.877-906。父子関係を認めることに慎重であるべきとする説として、水野紀子「性別の取扱いの変更の審判を受けた者の妻が婚姻中に懐胎した子についての嫡出推定」『平成26年度重要判例解説』（ジュリスト臨時増刊1479号）2015、pp.83-84；羽生香織「性同一性障害を理由とする性別の変更と民法772条」『法律時報』87巻11号、2015.10、pp.63-70。棚村教授は、「本決定を含めて、改めて、婚姻関係と親子関係は切り離して考えるべきか、法的親子関係は血縁や遺伝的要素で決めるのか、生活の事実や子の福祉など総合的に判断すべきか、AID などの生殖補助医療により生まれてきた子との親子関係をどう規律すべきかなどの困難な問題につき必要な議論を尽くしたうえで、早急に法整備がなされる」べきだと述べる（棚村政行「性同一性障害で性別変更審判を受けた者の妻が婚姻中に懐胎した子と嫡出推定」『判例時報』2232号、2014.11.1、p.141）。

<sup>66</sup> 窪田 前掲注(61)、p.229。

<sup>67</sup> X, Y and Z v. the United Kingdom (no. 21830/93), 22 April 1997. 建石真公子「性転換とはどのような人権か—「性アイデンティティ」と「個人の尊重」—」『法学セミナー』525号、1998.9、p.24；三木妙子「欧州人権裁判所に現れた家族」三木妙子ほか著『家族・ジェンダーと法』成文堂、2003、pp.23-26を参照。

<sup>68</sup> 水野紀子「性同一性障害者の婚姻による嫡出推定」松浦好治ほか編『市民法の新たな挑戦—加賀山茂先生還暦記念—』信山社出版、2013、p.604。

<sup>69</sup> 例えば、イギリスの Gender Recognition Act 2004 (c.7) s.12；ドイツの§11 des Transsexuellengesetzes；オランダの民法典第1編第28c条第2項

<sup>70</sup> 詳細は、石嶋舞「オランダの親子関係と身分登録に関する規定—オランダ民法第1編28条性別取扱変更規定を中心として—」『比較法学』50巻2号、2016、pp.235-251を参照。

ドイツのケルン上級州裁判所 2009 年 11 月 30 日決定は、性別変更前に精子バンクを利用して精子を保存した MtF の生活パートナーが当該精子によって子を懐胎・出産した事例について、当該子の出生登録簿上、MtF は性別変更前の男性名で「父」として記載されるべきとした。<sup>71</sup>

## おわりに

本稿は、性別変更の要件を中心に、特例法をめぐる近年の議論を紹介した。性別変更の要件については多くの議論があり、「性同一性障害者」という呼称及びその定義についても見直しを求める声がある<sup>72</sup>。一方、性別変更の法的効果、換言すれば「性別の取扱いを変更する」とは具体的にどのようなことなのか、そもそも法律における「性別」にはどのような意味があるのか、については、例えばⅢで見たように、それほど自明ではない<sup>73</sup>。また、親子関係法制については、特例法だけで議論が完結するようなものではなく、嫡出推定や生殖補助医療等との連関の中で議論を精緻に詰めていかなければならない。

性別変更の要件はどうあるべきか。仮に要件を緩和するとして、特例法の効果規定の射程は現在のままで良いのか。特例法の改正は我が国の他の法制度<sup>74</sup>にどのような影響を与え得るのか。その影響をどのように評価し、どのように対応するのか。——これらを考えるに当たっては、性同一性障害者の権利利益はもちろんのこと、その配偶者や生まれてくる子等の権利利益も考慮する必要がある<sup>75</sup>。特例法について建設的な議論をするためには、自由や平等などの法的原理、多様な主体の権利利益、既存の法制度との整合性、等々について、厳格な思考を精密に積み上げていく作業が必要であろう。

もちろん、特例法はあくまで「法令上の性別の取扱いの特例」を定めるものであって、性同一性障害者が直面する社会的問題<sup>76</sup>の全てを規律するわけではない。それらの問題についても、別途、議論が継続されるべきであることは言うまでもない。

<sup>71</sup> 渡邊 前掲注(48), pp.48-50.

<sup>72</sup> 前掲注(1)を参照。定義について若干の補足をする。我が国の特例法では 2 人以上の医師の診断が一致していることが定義上要求されているほか(第 2 条)、審判の請求に当たって診断書の提出が必要である(第 3 条第 2 項)。諸外国の法制度でも、性別変更に当たって医師や専門家による診断書や意見書等の提供を求める例は多い(*Chiam et al., op.cit.*(2))。一方、そのような要求をしない国も現れている(“Rainbow Map,” *op.cit.*(49)では、デンマーク、フランス、アイルランド、マルタ、ノルウェー等が挙げられている)。このような要件の緩和について各国の法学者、実務家、当事者等はどのように受け止めているのか、他の諸外国にも広がっていくのか、注目される。

<sup>73</sup> 大村敦志東京大学教授は次のように述べる。「「特例」とは何に関する特例だったのか。実は、立法はこの点を必ずしもはっきりとはさせていなかった。また、そもそも「性別」とは何なのか。この点もさらに問われる必要があるだろう。」大村敦志『文学から見た家族法—近代日本における女・夫婦・家族像の変遷—』ミネルヴァ書房, 2012, pp.186-187. また、齊藤笑美子「性と家族の多様化と自己決定—性別の憲法問題—」大沢秀介ほか編著『憲法.com』成文堂, 2010, p.17 も参照。

<sup>74</sup> 本稿では親子関係法制の一部のみを取り上げたが、生殖機能に何らかの形で関わり、かつ、子なし要件や生殖不能要件の見直しによって何らかの影響を受けるような法制度が他に存在するかどうか、そしてその影響をどのように評価し、どのように対応するかということも検討されるべきであろう。

<sup>75</sup> 水野 前掲注(68), p.628.

<sup>76</sup> 例えば、被保険者証における姓名表記や性別記載の在り方(「性同一性障害 通称記載で国は統一した対応の明示を 患者団体が被保険者証の表記などで要望」『週刊国保実務』3054 号, 2017.4.3, p.5)、住民票やパスポート等の各種書類における性別欄の要否(針間ほか 前掲注(44), pp.180-182. (大島俊之執筆))、性同一性障害者である受刑者への配慮(矢野 前掲注(15))、等が挙げられるであろう。このほか、三輪和宏「諸外国における性同一性障害の医療上の課題と取組—医療保障制度の適用状況を中心に—」『レファレンス』743 号, 2012.12, pp.73-94. <[http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo\\_4059579\\_po\\_074304.pdf?contentNo=1](http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_4059579_po_074304.pdf?contentNo=1)> も参照。