

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——

渡 邊 泰 彦

一 序言

1 特例法三条一項の要件の分類

平成一六年に施行された「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)により、性同一性障害の当事者が戸籍での性別を変更することが認められた。同法では、性同一障害であること(特例法二条、三条二項)の他に、特例法三条は五つの要件を設けている。⁽¹⁾ そのうち、特例法旧三条三号(現に子がないこと)について、最三決平成一九・一〇・二九(家月六〇・三・三六)と最一決平成一九・一〇・二二(家月六〇・三・三七)は、国会の裁量権を逸脱するものとはいえないとして、合憲とした。その後、平成二〇年改正で、特例法三条三号は、現に「未成年の」子がないこととなり、現在に至っている。

最近、三号に限らず、性別の取扱いの変更の要件を再検討する見解が、法律学からみられる。⁽²⁾

まず、特例法三条一項の要件を「不可逆性」と「家族秩序維持」の二つに分類して整理したい。

(1) 不可逆性

「不可逆性」とは、性同一性障害を理由に変更した性別が再び出生時の性別に戻らないことを意味する。性別の変更を簡単に認めないことは、一度認めた変更が簡単に元に戻らないことを求めていると考えられる。これは、他の性別であるという確信が継続的、不可逆的と判断された場合にのみ、性別の取扱いの変更を認めることで達成される。特例法二条にある「持続的な確信」と類似する。特例法三条一項一号「二〇歳以上であること」、五号「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」が不可逆性を示す要件である。

一号の年齢要件は、性別の変更が性別適合手術をとまらざる不可逆的なものとなるから十分な判断能力をもって慎重に判断して、請求をすることと理解される。⁽³⁾

五号は、性同一性障害の身体的治療が行われていることを意味し、ホルモン治療、FMTS (Female to male Transsexual 身体的には女性で性自認が男性の性同一性障害) の乳房切除術、性別適合手術と理解されている。とりわけ外科手術をとまらざる治療によって、外観が他の性別に近似する代わりに、出生時の性別の外観へ戻ることを困難とする意味で「不可逆性」といえる。⁽⁴⁾

性別適合手術は、身体の性器に係る部分に近似する外観のために必要であるが、当事者にとって身体的ならびに精神的にも、最も健康上のリスクが高い手術であり、その費用負担も重い。

本稿では、この性別適合手術の要否について、ドイツとオーストリアの判例を素材として再検討していく。

(2) 家族秩序

性別の変更は、当事者のみならず、その家族にも影響を及ぼすことがある。家族秩序要件は、家族にかかわる従来からの理解と矛盾する結果が生じないことを目的とする。特例法三条一項二号「現に婚姻していないこと」、三号「現に未成年の子がないこと」、四号「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠くこと」が含まれる。不可逆性が医学的な要件であるのに対して、家族秩序は、法律的・社会的要件といえる。

二号は、同性間の婚姻が生じることを避け、従来からの男女間の婚姻という家族秩序の維持を目的とする。

三号は、本来、子に二人の実父または実母が存在するという状況を避けることを目的とする。特例法旧三条一項三号について、最三決平成一九・一〇・二九(家月六〇・三・三六)と最一決平成一九・一〇・二二(家月六〇・三・三七)は、「現に子のある者について性別の取扱いの変更を認めた場合、家族秩序に混乱を生じさせ、子の福祉の観点からも問題を生じかねない等の配慮に基づくものとして、合理性を欠くものとはいえない」と判断した。

現行三号の「未成年の子がないこと」では、家族秩序の維持という目的を十分には達成できない。その趣旨は上記最高裁判例も挙げる未成年の子の福祉となり、存在理由が変化した。それとともに、新たな問題も生じた。東京家審平成二一・三・三〇(家月六一巻一〇号七五頁)は、性同一性障害である父(MtFTS (male to female transsexual))が性別の取扱いの変更の審判を請求できるように、その未成年の子が父のパートナーと婚姻した事案である。成年擬制の効果を受けるための婚姻締結は婚姻意思なく無効であるが、誰も無効を申し立てず、父の審判で問題となった。本審判は、申立人である父は、「申立人とF(申立人のパートナー筆者注) 関係、D(申立人の未成年の娘筆者注)の生活実態等から、Dの婚姻が婚姻意思を欠くものであったことを知る立場にありながら、父としてこれに同意した上で(民法七三七条一項)、同婚姻によって戸籍上はDについて成年擬制が及ぶことを利用して、Dが満二〇歳に達するのを待つ

ことなく平成二〇年法律第七〇号の施行当日に本件の申立てを行ったものであり、本件申立ては法の趣旨に反し、法により認められる申立権を濫用したものと認めるべきである」として、性別の取扱いの変更を認めなかった。

身体的治療をとまなう四号については、不可逆性要件であるという意見もあろう。しかし、生殖腺の機能を失うことや、その機能を永続的に欠くことは、生殖機能の一時的ではない不可逆的喪失を意味し、性同一性障害の不可逆性の判断基準ではない。四号独自の目的は、性別の変更の取扱いの後に元の性別に生殖機能により子をもうけないことにある⁽⁵⁾。具体的には、FAMTSであり男性に性別を変更した父が子を産まないこと、METSであり女性に性別変更した母が他の女性を懐胎させないことを目的としている。この要件の妥当性についても、性別適合手術の要件とともに本稿で検討していく。

性同一性障害と家族秩序の関係について、現在では、FAMTSで男性に性別変更した者が女性と婚姻し、妻が人工生殖により子を懐胎した場合に、その夫を父とする出生届が認められるかという問題がある。これは、特例法の範囲を超え、父の意義、父子関係の意義という民法の根本問題と関連していることを指摘するにとどめ、本稿では扱わない。

2 本稿の目的

平成一六年施行時の附則二条には、法律の施行から三年を目途に性別の取扱いの変更の審判を請求できる性同一性障害者の範囲を検討し、必要とあれば所用の措置を講ずることを定めていた。平成二〇年改正時の附則三条では「性同一性障害者及びその関係者の状況その他の事情」を勘案して検討が加えられるとする⁽⁶⁾。このように、特例法は、附則の表現は異なるものの状況の変化により法律の改正などを検討する可能性を示しており、本稿は、検討の必要性について考えてみたい。

性同一性障害の当事者が戸籍の性別の取扱いの変更を求めにあたり、特例法の要件のうち、「現に婚姻していない

こと」の要件については、すでに検討した⁽⁷⁾。さらに本稿は、性別適合手術を受けていること、そして生殖腺がないことなどの要件が必須ではないことを、ドイツとオーストリアの状況を参考に検討していく。

ドイツのトランスセクシュアル法⁽⁸⁾八条一項二号に定められていた「婚姻していないこと」の要件は、連邦憲法裁判所二〇〇八年五月二七日判決⁽⁹⁾により違憲と判断され、二〇〇九年七月一七日トランスセクシュアル法改正法⁽¹⁰⁾〔Transsexuellengesetz-Änderungsgesetz-TSGÄndG〕により削除された（同年七月二三日施行）。オーストリアでも、憲法裁判所二〇〇六年七月八日判決は、婚姻していないことを要件とする一九九六年通達が違法とした⁽¹¹⁾。

このような状況を前提として、ドイツとオーストリアでは、性別適合手術（ドイツでは生殖不能要件も）を要件とすることの妥当性が問題となった。両国では、全く違う法制度を採用しており、結論は同じでもその法的構成は異なり、日本においてどの程度参照となるのかは考えなければならない。議論のはじまりとして、以下ではドイツとオーストリアの判例を紹介していく。

註

- (1) 規定の趣旨などについては、南野智恵子監修『解説』性同一性障害者性別取扱特例法』日本加除出版（二〇〇四）を参照。
- (2) 松井茂記『LAW IN CONTEXT』憲法』有斐閣（二〇一〇）二五七頁以下、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」同志社法学六〇巻七号（二〇〇九）三三三頁以下。
- (3) 南野編・前掲 八八頁。
- (4) 南野編・前掲 九三頁は、公衆浴場で問題となるなど社会的混乱が生じることも考慮されており、医学的な要件であるとともに、社会的な要件であるとする。
- (5) 南野編・前掲 九三頁は、生殖腺から元の性別のホルモンが分泌されることで、身体的・精神的に何らかの好ましくない影響を生じる可能性もあげる。

- (6) 平成一六年の附則二条では、「性同一性障害者などを取り巻く社会的環境の変化など」を勘案して検討を加えるという文言であった。
- (7) 渡邊・前掲。
- (8) Transsexualgesetz について、従来は性転換法と表記していたが、性転換に限られない状況を対象とすることから、トランスセクシュアル法に変更する。
- (9) BVerfGE 121, 175. 同決定は、渡邊・前掲で紹介した。
- (10) BGBl. I Nr. 43, S. 1978.
- (11) 同判決の紹介については、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」東北学院法学六五号(二〇〇六)一頁、一一頁以下。

二 ドイツ

1 性別変更の要件

ドイツでは、トランスセクシュアル法八条一項が定める性別変更(大解決)の要件のうち、年齢制限と非婚姻要件が違憲と判断され、名の変更(小解決)の要件のうち国籍条項が拡大された。後述の連邦憲法裁判所二〇一一年一月一日決定までの性別変更の要件は、次のようになっていた。⁽¹²⁾

まず、性転換法一条一項一号から三号までに定める名の変更の要件を満たさなければならない。

- ① その性同一性障害の特徴に基づき出生登録簿に申し出た性別ではなく、他の性別に属していると確信し、かつ、少なくとも三年間自らの考えに相応した生活を送ることが余儀なくされること
- ② 他の性別に属しているという確信がもはや変わらないという高度の蓋然性が推定されること

③ さらに次のいずれかに該当すること

- (a) 基本法の意味におけるドイツ人であること
- (b) 無国籍者または祖国のない外国人は、その常居所を国内に有すること
- (c) 庇護権者または外国難民は、国内にその住所を有すること
- (d) 本国法がこの法律と同様の規定を有していない外国人は

・ 無期限の滞在権を有していること

・ 更新可能な滞在許可を有しており、かつ、継続して合法的に国内に滞在していること

さらに、性別変更が認められるためには、次の要件が加わる（性転換法八条一項）。

- ④ 継続的に生殖不能であること
- ⑤ 性別適合手術を受けていること

2 トランスセクシュアル法八条一項三号、四号の立法理由

性別変更のために性別適合手術を要件とするトランスセクシュアル法八条一項四号の制定まで、次のような議論がなされていた。

一九七六年に「生殖器を変更する手術又はその他の医的侵襲に基づく性別転換の事案」において性別変更を認める議員提案¹³が連邦議会に提出された。

トランスセクシュアル法制定への直接のきっかけとなった連邦憲法裁判所一九七八年一〇月一一日決定¹⁴は、MFTSの事案で、すくなくとも医学的知見によれば不可逆的で、性別適合手術を実施していた場合に、出生登録簿における男

性という届出の変更は認められると判断した。

一九七九年に提出されたトランスセクシユアル法案では、性同一性障害の状況を「他の性別に属するという精神的な状態は、『自然の誤り』を除去して完全に他の性別に近似するよう努めることで頂点を迎え」、「他の性別への社会的帰属の他に、トランスセクシユアルは外的な性徴を変える手術をたいはいは目指している」⁽¹⁵⁾と説明していた。そして、当事者が性別適合手術を行った場合に性別変更を限定する理由として、例えば男性が性的になおも男性として活動することができると、他の男性との婚姻締結は許されないことをあげた⁽¹⁶⁾。また、健康状態を理由にトランスセクシユアルが手術を受けることができない場合は数少ないと考えられ、そのような場合には名の変更を当事者に求めるとされていた。

草案に対して、名の変更（小解決）と性別帰属の確定（大解決）を後者に一元化する意見を出した連邦参議院も、性同一性障害を同じように理解していた。

「大解決に限定することで性別適合手術を行った場合にのみ法律が可能性を開くという結論となることから、何らかの強制により手術に導かれるという疑問は生じない。そのような手術を切に望んでいないどころか拒否している者は、従来の認識に従えば、性同一性障害とは表されない。むしろ、鑑定によれば、まさにそのような手術を行わないことが当事者の重大な不利益（自傷行為や自殺の危険）に導く。したがって、手術により他の性別に適合することへの望みが性同一性障害の最も確かなメルクマールである場合に、要件としての手術は、すくなくとも拒絶されるに違いない強制ではない。」⁽¹⁷⁾

また、連邦参議院は、名の変更に留まり、性別適合手術を受けないトランスセクシユアルの数は少数であると理解していた。

このように、トランスセクシュアル法が性別変更のために性別適合手術を要件としたのは、性同一性障害者は性別適合手術を望んでおり、性別適合手術を望んでいる者が性同一性障害であるという理解に基づいていた。

これに対して、生殖不能を要件とした理由は、立法草案では特に説明されていない。申立人が他の性別に属するとみなす決定が申立人と「決定の確定前に懐胎された子」の間の法律関係に触れないことを定めるトランスセクシュアル法草案第一条の規定に対して、「実子」との間とするべきとして、連邦参議院は次のような意見を述べていた。

「生殖不能とみなされる者がなおも子を懐胎させる、または懐胎する可能性は、従来の経験から排除されない。性徴を変更する手術の後も、すくなくとも女性については医学鑑定に反してなおも子を懐胎し、出産することを考慮しなければならぬ。このような子から、自らの血統を確認する可能性を奪うことはできない」⁽¹⁸⁾。

3 連邦憲法裁判所二〇一一年一月二一日決定

連邦憲法裁判所二〇〇五年二月六日決定⁽¹⁹⁾は、立法段階での性同一性障害に対する理解がもはや時代遅れとなり、「名の変更のみでとどまり、かつ、性同一性障害者である者が存在し、性同一性障害であることには、性別適合手術した者と変わりが無い」ことを指摘した⁽²⁰⁾。

この決定で示された性同一性障害に対する新たな理解が、その後の判例に大きな影響を及ぼした。その中で、性別適合手術と生殖不能がなおも性別変更の要件となるのが、連邦憲法裁判所二〇一一年一月二一日決定 (BvR 3295/07)⁽²¹⁾で争われた。

(1) 事実関係

当事者Xは、一九四八年に生まれ、男性器を有しており、R.R.の名で男性として出生登録簿に記載された。Xは自

分が女性であると確信している。確信する性別と同性である女性に対する性的指向を有し、女性とパートナー関係にあった。Xは、名をR.R.から女性名のJ.J.に変更し（トランスセクシュアル法一条）、爵位も女性形に変えた。また、ホルモン治療は行っているが、身分登録上の性別の変更は行っておらず、出生登録簿には「J.J.男爵夫人、男性」と記載されていた。

二〇〇五年一月二八日にXは、そのパートナーと身分登録所で生活パートナーシップの登録を申請した。二〇〇六年二月二日の通告で、生活パートナーシップを登録できるのは同性の二人の当事者のみであるとして、身分登録官は登録を拒否した。当事者Xらは、二〇〇六年二月八日に、その生活共同体の登録を身分登録官に命じるよう求めて、シェーンベルク区裁判所に申し立てた。

区裁判所は二〇〇六年八月三日決定で、生活パートナーシップの創設は二人の同性の人が要件であり、性別適合手術なしにはXが女性に属するとの裁判上の確定（トランスセクシュアル法八条一項）はできないとして、申請を却下した。同決定では、Xらに可能なのは婚姻締結のみであるとした。また、婚姻か生活パートナーシップかについて、法律では身分登録法上の性別に合わせており、当事者の性的指向に合わせてはいないとした。

Xらの抗告をベルリン地方裁判所二〇〇七年一月二五日決定は却下し、ベルリン高等裁判所 (Kammergericht) 二〇〇七年一月二三日決定も同様であった。Xらは、二〇〇七年二月二八日に憲法異議を提起した。

憲法裁判所での手続きが長期間にわたることとXの年齢を考慮して、Xとそのパートナーは、法的保障、とりわけパートナーの寡婦年金請求権を得るために、婚姻を締結した。

(2) 上告理由 (Rn. 39, 40)

Xは、基本法一条一項と結びついた二条一項の権利を侵害しているとして、次のことを主張した。

まず、法的及び社会的に承認された生活共同体において人と生活することについて、基本法で保護される権利を有するとする。そして、女性と確信する者として女性のパートナーと生活パートナーシップの創設を望んだのだと述べる。

また、確信する性別ではなく、性別適合手術の有無にのみ合わせて身分登録法上の性別を分類することは、性同一性障害に関する知見からすれば、すでに乗り越えられていることを指摘する。このことが違憲という結果に導くとする。さらに、六〇歳を超えるXにとって、身分登録法上の性別を変更するために必要とされる性別適合手術は、その年齢からみて予測不可能な健康上のリスクを有していると述べる。

婚姻締結は、同性婚の外観を有するという理由のほか⁽²²⁾に、当事者にも期待不可能とする。法的には男性であるXが女性名を称していることから、夫婦双方が女性名となり、婚姻当事者の一方が性同一性障害であることを第三者に知らせることになる。そのため、新たな役割で目立たずに、差別のない生活を送ることができず、人格権を害すると述べる。

(3) 判決理由

(a) これまでの判例 (Rn. 51)

本決定は、先にトランスセクシュアル法に関する判断をした二〇〇五年一月六日決定、二〇〇六年七月一八日決定⁽²³⁾、二〇〇八年五月二七日決定で示された、連邦憲法裁判所判例の基本的な考え方を指摘する。

まず、基本法一条一項と結びついた二条一項は、より親密な (engst) 個人的生活領域とともに、「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ーの発見及び認識並びに自己の性的指向を含む人の親密な性的領域をも保護する」。

そして、人の性別の帰属は、「単に出生時点の外的な性徴によってのみ定めることはできず、本質的には心理的素質及び確信する性別にもかかっている」⁽²⁴⁾。「自ら確信する性別に適合した外観とその法的な扱いとの間の矛盾によりその親

密な領域において暴露されることなく、確信する性別に相応した生活ができるために、性的領域における基本法上の保護は、人が持続的に確信する性的アイデンティティーを法的に承認することを求めている」⁽²⁵⁾。

これらの要請をふまえ、かつ、持続的に確信する性別への法的な帰属を期待不可能な要件にからしめることがないように、法秩序を形成する責務を立法者が負う。

(b) トランスセクシュアル法八条一項三号、四号の評価基準 (Rr. 52)

同性愛指向を有する性同一性障害の当事者 (Transsexuelle) がパートナーシップを法的に保障するために婚姻を行うのであれば、前記の原則と一致しない。

また、性別を変更して同性のパートナーと生活パートナーシップを創設するのであっても、前記の原則と一致しないことがある。つまり、性別変更が性別適合手術と生殖不能を要件とするならば、身体的に無傷であることへの侵害を条件とし、健康上のリスクと結びつく要件にからしめている。このリスクが学問的知見によって性別帰属の継続的に認識可能な変更のために必要な要件ではないときには、そのような要件を設けることは許されない。

(c) 婚姻と生活パートナーシップの選択可能性 (Rr. 53~55)

自らの選択で他人と継続的なパートナーシップを行い、かつ、このパートナーシップが法律上予定された制度により法的に保障されるという権利が、基本法二条一項の保護する自由な人格の発展に属する。男女カップルは基本法六条一項の要請に相応して婚姻を行うことができ、同性カップルには生活パートナーシップ制度を設けられている。婚姻と生活パートナーシップは、その開始時点における当事者の身分登録法上の性別の組合せによって定まる。どちらを行うかが、当事者の性的指向に結びついているとしても、これによって定まるのではない。

身分登録法上の性別による区別は、婚姻と生活パートナーシップの要件を客観的に簡単に確定でき、それらを行う前

に当事者が自己の性別の確信または性的指向というプライベートな事項を明らかにすることなく、その私的領域が保護されることに役立つ。

もともと、身分登録法上の性別による区別は、次のような状況では、基本法一条一項と結びついた二条一項による性的自己決定の権利を侵害している。

当事者の確信する性別が身分登録法上の性別と異なる場合に、その不一致を当事者に期待可能な方法で解消できなければ、当事者の確信によれば誤った性別で生活しなければ行えない制度でしか、そのパートナーシップを保障することができない。ここで、生殖不能（トランスセクシュアル法八条一項三号）と性別適合手術（同四号）の要件が当事者に期待可能であるのかが問われる。

本件では、METSである当事者が女性であると確信し、女性名へ法的に変更し、確信する性別の外観に合わせている。しかし、性別適合手術と生殖不能の要件を満たしていないため、身分登録法上では男性である。そのため、確信する性別からみて同性である女性パートナーとの関係を法的に保障するためには、次の選択しかない。

① そのパートナーと婚姻を行う

② 身分登録法上の性別を確信する性別に変更し、同性関係に相應する登録生活パートナーシップ創設の要件を満たすために、自らの性別を変更し生殖不能に導く手術を受ける

だが、双方とも期待不可能な方法で性的自己決定の権利を侵害している。

(d) 同性愛指向を有する性同一性障害の当事者による婚姻締結

名の変更のみをしたMETSが確信する性別から見て同性愛指向を有し、女性とのパートナーシップ関係を法的に保障するには、婚姻を締結するしかない（生活パートナーシップは同性間を要件とする）。しかし、このような当事者に

婚姻締結を求めることは期待できない。その理由として、次の二点で、確信する性別のアイデンティティを承認し、親密な領域で保護するという基本法二条一項（一条一項）の要請に合致しないことがあげられる。

まず、同性婚が認められていない国において、婚姻では、男性には夫、女性には妻という性的役割（Geschlechterrolle // gender role）が割り当てられる。名の変更のみをしたMFTSは確信する性別と一致しない夫という性別役割を与えられる。パートナーとの法的結びつきを諦めたくなければ、婚姻を締結するしかなく、当事者が男性であるという印象を与え、それと一致しない性別の確信との間の葛藤に陥る。同性愛指向を有するMFTSにとっては、自らの性的指向と一致しないヘテロセクシュアル的結びつきとしての婚姻での役割を与えられることになる。

また、夫婦ともに女性名で、ともに女性の外見であるならば、夫婦の一方がMFTSであることが外から認識できる。そのため、夫婦の性別に第三者が反応することを常に覚悟しなければならなくなる。また、確信する性別と一致した生活を送るために、夫婦という法的な身分を隠さなければならぬことを憲法上期待できない。性同一性障害の当事者とそのパートナーは、その親密な領域を他人にのぞき見られることからの保護（基本法一条一項と結びついた二条一項）を不十分にしか保障されない。そのため、自分たちの関係を保障するために婚姻を行うことを期待できない。

(e) 制度趣旨の正当性 (Rn. 60–62)

MFTSが女性とパートナー関係にある場合に、確信する性別では同性カップルであるが、身分登録上は異性であるため、生活パートナーシップを創設することができない。

生活パートナーシップは、身分登録上の性別を基準に法的に同性とされる当事者のための制度である。身分登録法上確定された性別と結びつけることは、生活パートナーシップの要件を審査する際に、当事者がどの性別に分類されるかを明白とすることに役立つ。このことは、正当な目的である。

また、原則として出生時点における外的な性徴に基づいて性別が定まる。これと異なり、確信する性別を身分登録で承認するために、一定の要件を設けることができる。性別が権利と義務の割り当ての基準となり、それに家族的秩序をからしめることができる。それゆえ、身分登録が耐久性と明確性を有し、生物学的性別と法的性別の分離をできるだけ避けることは正当である。

それとともに、十分な理由が存在し、変更しないと憲法上保障された権利が十分に守られない場合にのみ身分登録の変更を許可するという立法者の考えも正当なものである。それゆえ、任意の性別変更を防ぐために、客観的判断基準に基づいて、当事者が身分登録と異なる性別であるという確信が継続しており、この性別の承認が当事者にとって存在に関わる意義を有することを証明するよう求めることができる。この点から、トランスセクシュアル法で「トランスセクシュアルの領域で関連専門知識と職業上の経験を有する互いに独立した鑑定人による二つの鑑定意見によって最低三年間自らの性別に関するイメージに相応して生活することを強制されていること」(同法一条一号)、「他の性別への帰属の確信がもはや変わらないことが高い蓋然性を持って推定されなければならない」(同条二号)という要件を設けることには、憲法上、問題は無い。

また、性同一性障害の当事者の確信と生活が安定し不可逆であることの証明について、医学的看護 (Begleitung)、外見、鑑定内容など詳しく定めることもできる。

(f) 性別適合手術 (Rn. 59, 63~67)

他の性別という確信とその生活の継続を証明するために、性別適合手術を例外なく要件とすることは、当事者に期待不可能で、基本法二条一項(一条一項)と一致しない高すぎる要求であり、基本法二条一項からの性的自己決定権に反している。

性別適合手術は、健康上のリスクが著しく高く、副作用を伴うことから、身体を害されない権利（基本法二条二項）への著しい侵害となる。この健康上のリスクは、医者側で手術を思いとどまるよう助言しなければならないほど高くなることもある。

他方において、現在の医学では、自らの性器や性別特徴を自然の誤りとして性別適合手術によって正しくしようと努めることのみをもって、性同一性障害者であるとは確認できないとしている。むしろ、性同一性障害の治療のために性別適合手術が必須とはされなくなった。性別変更を必要とするかについても、医学側では、医学的診断によって個々の当事者ごとに確認しなければならない。⁽²⁶⁾

他の性別に属するという持続的確信は、性別適合手術をした段階で確認されるのではない。性同一性障害の当事者が一貫して確信する性別においてどのように生活し、自身で受け入れたのかという点で確認される。

しかし、性別適合手術が治療に必要であるとされず、かつ、性同一性障害の継続性の確認のために必要でない場合であっても、身分登録法では、性別の承認のために性別適合手術を無条件に要件としている。このことは、身体の侵襲にさらされ、健康での侵害を受け入れることを当事者に求めている。そのため、性同一性障害の証明にあたり、基本法一条一項と結びついた基本法二条一項と同条二項からの当事者の権利を十分に考慮しない過剰な要求をしている。

そのほかに、性別変更した者が再び出生時の性別に戻る場合に（トランスセクシュアル法九条三項、六条一項）、新たな性別適合手術を要件としていない。このことから、一方の性別に属する全ての者が外的な特徴についてその性別に相応してはいないことを、立法者は受け入れている。

(g) 生殖不能要件 (Rn. 68, 69)

さらに、生殖不能の要件（トランスセクシュアル法八条一項三号）も、次の二点から、身分登録法上の性別変更につ

いて当事者に期待不可能な要件を課している。

まず、生殖不能が外科的侵襲を要件とする限りで、きわめて重要な理由もないにもかかわらず、性的自己決定権の実現（基本法二条一項、一条一項）を、身体を害されない権利（基本法二条二項）の放棄にかからしめている。

外科的侵襲を伴う生殖不能の要件は、次の二つの間の判断を強制する状況に当事者を陥らせる。一方で、生殖不能となる外科的侵襲を拒否した場合には、確信する性別を身分登録法で承認されることをあきらめ、法的な性別との不一致の中で生活することを継続しなければならない。他方で、確信する性別での身分登録法上の承認に達する唯一の方法としては、身体的な変化と機能喪失をもたらすのみならず、人間の自己理解にもかかわる影響の大きい手術を受け入れなければならない。どちらを選択しても、心理的に、身体的に害されないという基本権が侵害される。

(h) 親子関係 (Rn. 71, 72)

生殖不能要件を排除すれば、法的に女性であるMETSが他の女性に子を懐胎させる、あるいは法的に男性であるFEMTSが子を懐胎するという事態が生じるかもしれない。性別の理解に矛盾し、法秩序に広い影響を及ぼすような事態を立法者が避けようとした目的自体は否定されない。

しかし、次の理由から、生殖不能要件の妥当性は否定される。

まず、FEMTSでは、ほとんどの場合ヘテロセクシユアルであるため、子を懐胎することはまれである。

次に、METSは、同性愛指向を有する例があり、女性を懐胎させる可能性を排除できない。だが、ホルモン治療によって、少なくとも一時的には生殖能力を欠いていることも考慮すべきである。さらに、生殖機能を永続的に欠くことを求めるとしても、手術前に採取した精子を凍結保存して、それにより女性を懐胎させることができる（実際にそのような事案が問題となったケルン上級州裁判所二〇〇九年一月三〇日決定（後述4）での解決を指摘する）。

これに対して、ホルモン治療によって生殖能力を欠く場合でも、さらに手術を受けた場合にのみ確信する性別を法的に承認することで、性同一性障害者は、身体を害されない権利と性的自己決定権を害される。親子関係の問題と性同一性障害の当事者の権利を比較衡量し、後者に大きな意味が認められる。

(4) 結論

以上のような理由から、トランスセクシュアル法八条一項三号、四号は基本法一条一項と結びついた同二条一項と二項に反し違憲である。そして、同規定は無効ではなく、立法機関が憲法に合致した改正を行う可能性を有しており、新規定が施行されるまで適用できない。

4 ケルン上級州裁判所二〇〇九年一月三〇日決定

前記連邦憲法裁判所二〇一一年決定は、生殖不能要件を検討するにあたり、ケルン上級州裁判所二〇〇九年一月三〇日決定⁽²⁷⁾の判断をあげていた。

(1) 事実関係

当事者Aは、一九六九年に男性として生まれ、一九九七年三月に性別適合手術を受けた後に、一九九八年三月一九日に区裁判所決定により名を女性名に変更すると共に、性別も女性となった。性別適合手術を受ける前である一九九五年四月六日にAは、自らの精子を精子バンクに預けていた。この精子を用いて、二〇〇六年四月一日にAのパートナーである女性Bが、ドイツでは許されないため、ベルギーで人工授精の施術を受け、二〇〇七年に子C、Dを出産した。AとBは、二〇〇八年五月九日に生活パートナーシップを創設している。

二〇〇九年一月二一日に、Aは、Bの同意を得て、CとDについて父性承認をした。しかし、父性承認の時点でAが

女性であったために、その有効性に身分登録所は疑問を抱き、身分登録監督所をとおして区裁判所に判断を仰いだ。区裁判所は、二〇〇九年五月九日決定で、ケルン身分登録所に父性承認に基づいて双子CとDの出生登録簿にAを父として記載するように命じた。この決定に対して、身分登録監督所が即時抗告をしたが、ケルン地方裁判所二〇〇九年六月一日決定は、父性承認は有効であるとして抗告を棄却した。身分登録監督所は、上級州裁判所に即時再抗告した。

(2) 決定理由

本件でAによる父性承認は民法一五九二条以下の要件を満たしており、父性承認の時点でAが男性ではなかったことは、その有効性を妨げるものではない。

民法一五九二条は「子の父は、以下に掲げる男性である」として父性承認は男性のみができると定め、トランスセクシュアル法一〇条では性別変更決定の確定によりAの性別に関わる権利と義務は新たな性別（女性）により定まる。しかし、これが妥当するのは法律で別段の定めがない場合に限られ、トランスセクシュアル法一一条が別段の定めにあたる。

性別変更の決定が確定する前に懐胎された子、または出生した子のみならず、確定後に出生した子についても同一一条が適用される。

同一一条は、草案段階で「決定の確定前に子が懐胎され、又は縁組した限りで」親子関係に触れるものではないと規定しており、その立法理由では「父の性別変更の後に初めて出生した、または後に父性が確認された場合であっても同様とすべきである」と述べられていた。⁽²⁹⁾その後、生殖不能とみなされた者でも子を懐胎させ、懐胎する可能性があり、このような子から血統を確認する可能性を奪うことはできないという連邦参議院からの意見を受けて、⁽³¹⁾現在の文言となった。

このような立法過程をふまえて、当事者のすべての実子に同一一条の保護が当然に与えられることが、明確に認識できる立法者の意思に相応する。

また、ドイツの医師には許されない人工授精を行ったことも、次の理由から、父性確認の妨げにはならない。

自己の出自を知る権利は、連邦憲法裁判所の判例によれば基本法一条一項との結びつきにおける二条一項から導き出される権利であり、基本法で保護されている。出自を知ることが、家族のつながりと自己の人格の発展にとっての重要な結び目である。子にとって自己の血統を明らかにできないことは、個人の著しい負担となる。誰が父であり、母であるのか、誰が父または母として責任を負い、扶養の義務の負うのかを知ることは、血統とともに子の発育に重要な意味を有する。

このような理由から、Aによる父性承認を認めたくえて、出生登録簿には変更前の男性名で父として記載される（トランスセクシュアル法一〇条二項、五条三項）。これは子の正当な利益のみならず、Aにとっても役立つ。子の出生証書の記載から父母の一方が性同一障害であることが明らかになる危険を防止できるからである。

5 小括

連邦憲法裁判所二〇一一年決定により、トランスセクシュアル法八条一項のすべての要件に違憲判断が下された。しかし、性別の変更と名の変更が同じ要件となるのではないであろう。二〇一一年決定は、性別適合手術を必須の要件とすることのみを否定しており、他の性別の外観への近似という要件は認めているとよめる。基本的に性別適合手術を必要とし、年齢による手術のリスクなどの理由がある場合にのみ免除するという基準でも、本決定に沿っている。これから、新たな基準を作っていくことが求められている。そのさいには、法律学の見地というよりは、医学の見地から、性

別変更を必要とする性同一性障害と評価できるかについて、より責任の重い判断が必要となる。その意味では、性別変更の判断基準が緩やかになったとは評価できない。むしろ、法律は基準作りを放棄し、医学に委ねたとも評価できる。

生殖不能要件も、それ自体を否定したのではなく、外科的手術によって生殖能力を失うことを強制できないとする。性別適合手術を要件としないとしても、生殖能力の喪失のために同様の手術が必要となるならば、一貫しない結果となるからである。二〇一一年決定により、ホルモン治療により一時的に生殖不能となっている場合でも、性別変更の要件としては十分となる。二〇〇九年ケルン上級州裁判所判決の事案のように、冷凍精子による人工生殖に対しては、生殖不能要件は対処できない。親子関係を定める基準を確かにして、子に父と母が存在するのであれば、性同一性障害を理由に性別変更した者に子が生まれることを完全に否定する必要はないのであろう。今後のドイツの対応は、日本において特例法を再検討する際に参考になると考える。

註

- (12) 条文訳は、渡邊・前掲 同法をもとに一部修正した。
- (13) BT-Drucks. 7/4940 und 7/5274.
- (14) 石原明・大島俊之編『性同一性障害と法律——論説・資料・Q&A』晃洋書房（二〇〇二）二〇〇頁（大島俊之執筆）。
- (15) BT-Drucks. 8/2947, S. 8.
- (16) BT-Drucks. 8/2947, S. 12. 他に、男性間の同性愛を罰する刑法一七五条（現在は削除）の構成要件を充たす状況に MFTS があるかぎり、他の性別への転換は排除されなければならないとする。
- (17) BT-Drucks. 8/2947, S. 20.
- (18) BT-Drucks. 8/2947, S. 23.

- (19) BVerfGE 115, 1.
- (20) 渡邊・前掲 同法 三四一頁以下。
- (21) NJW 2011, 909 ff. = EuGRZ 2011, 74 ff.
- (22) 同性間でも婚姻できるというイメージを避けるということは、これまでの連邦憲法裁判所決定でも述べられており、それにしたがった主張と考えられる。
- (23) BVerfGE 116, 243. 本決定については、林貴美「国際私法的観点からみた性同一性障害者の性別の問題」同志社法学六〇巻七号(二〇〇九)一一四七頁以下で紹介されている。
- (24) BVerfGE 115, 1 <15>.
- (25) BVerfGE 116, 243 <264>. 同決定では、すくなくとも、確信する性別の外観へ近似するために手術を受けたトランスセクシュアルについては、この性別を身分登録法上も承認することが導き出されるとする。
- (26) 連邦憲法裁判所二〇〇五年一月六日決定 BVerfGE 115, 1.
- (27) NJW 2010, 1295 = FamRZ 2010, 741.
- (28) トランスセクシュアル法一条
申立人が他の性別に帰属するとみなす決定は、申立人及びその親の間並びに申立人及びその子の間の権利関係に触れるものではないが、養子については、この者が決定の確定前に縁組した限りとする。これらの子の卑属との関係においても、同様とする。
- (29) BT-Drucks. 8 / 2947, S. 6.
- (30) BT-Drucks. 8 / 2947, S. 16.
- (31) BT-Drucks. 8 / 2947, S. 23.

三 オーストリア

性別適合手術は、ドイツに先立って、オーストリアで要件ではなくなった。ただし、性別変更の要件をめぐっては、連邦内務省による通達 (Erläss) の効力と解釈をめぐる独特の議論がされてきた点に特徴がある。

1 通達

オーストリアでは、性同一性障害を理由とする性別の変更のために特別法は制定していない。認証が登録後に不実となった場合の更正手続 (身分登録法一六条) で、出生登録簿の性別記載 (同一九条三号) の変更を欄外付記 (Randvermerk) する形で行われる。この点では、日本で特例法施行前に模索されていた方法に近い。

性別変更の具体的な要件は、一九八三年七月一八日連邦内務省通達で定められ、一九九六年一月二七日通達⁽³²⁾によってその内容が変更された。婚姻している者の性別変更を認めた憲法裁判所二〇〇六年七月八日判決⁽³³⁾は、実際には法規命令 (Rechtsverordnung) であるにもかかわらず、連邦官報に掲載されていなかったため違法であるとして一九九六年一月二七日通達を廃止した。そのため、実務上の指針を失われる事態となった。

連邦内務省は、二〇〇七年一月一二日に性同一性障害の当事者の扱いについて新たな通達「性同一性障害―性別適合手術による経過方法」(Erläss VA 1300/0013-III 2007) を出した⁽³⁴⁾。性別変更の申立てにより実施される調査手続において、精神療法の鑑定と性別適合手術の鑑定書のような相応する鑑定と鑑定書を提出するよう申立人に求めている。提出された鑑定書などについて、「提出された―放棄不可能な―証明手段が判断の基礎に置くことができる程度に明らかであるならば、鑑定してもらうことを断念できる。しかし、このような証明手段が提出されていない、場合によっては実

体的真実の究明のために特別の専門知識を必要とするならば、申立人は鑑定人による相応する鑑定を提出する義務を負う」とする。

さらに、二〇〇七年一月一二日通達の補充するために、連邦内務省は、二〇〇九年二月六日に新たな通達「身分登録 出生登録簿における性別登録の変更申立ての際の経過方法」(BMI-VA 1300/0063-III/2/2009)を出した。⁽³⁵⁾

性別変更の申立てに必要な資料として、出生証書、国籍証明書、実施された手術措置を読み取りうる手術記録・医師紹介状 (Arztbrief)、場合によっては継続している婚姻の婚姻証書、現在称している氏についての証明などを必要とする。

性別適合手術について、次のように定めている。

「通常は、次の性別適合手術の実施が必要である。

MH については、造陰と陰核形成をとまなう陰茎切除と睾丸摘出による完全去勢である。乳房形成は求められていない。⁽³⁶⁾

FM については、子宮と卵巣の摘出、場合によっては乳房切除である。陰茎形成は求められていない。

例えば、外国での実施によるなど不十分な鑑定書類の提出により性別適合手術の実施について疑いがあるとされる場合は、申立人は、鑑定人 (専門医) による相応する鑑定書・鑑定の提出について責任を負う。法医学鑑定の提出は、これが過去においては手術報告書の寄せ集めとしてのみ作成されていたことから不要である。」

連邦内務省は、身分登録所から送付された添付資料を調査して、その決定 (Stellungnahme) を、申立てのあった身分登録所と州政府官庁に文書で伝える。申立てを認める決定が到着した後には、身分登録所は、出生登録簿における性別の変更を欄外付記して、新たな出生証書を発行する。⁽³⁶⁾

2 行政最高裁判所二〇〇九年二月二七日判決

性別適合手術を受けていない当事者の性別変更が認められるかについて、行政最高裁判所二〇〇九年二月二七日判決⁽³⁷⁾で争われた。

(1) 事実関係

当事者Xは、一九五九年一月に男性として出生したが、性同一性障害であり、長期間にわたり自らの性別が女性と確信して生活してきた。二〇〇四年七月から精神療法の治療を受け始め、二〇〇五年一月からは精神科の監督と治療のもとにあり、二〇〇五年八月からはホルモン治療を受けている。二〇〇三年から二〇〇六年にかけてヒゲを完全に脱毛した。Xは、女性として生活しており、外観も女性に近づいている。しかし、性別適合手術を受ければ、それにとまなう長期間の入院を理由に、国際コンツェルンでの管理職の地位を失うことが考えられた。職場を失うリスクと、それによる社会での破綻が、Xには過大なものであるため、手術を受けていない。

二〇〇六年一月一月に出生登録簿における性別を男性から女性に変更するように登録の更正を申し立てた。二〇〇七年三月にウィーン市身分登録所は申立てを却下した。それは、一貫した治療により女性の外観に近づいているもの、Xが女性に属するためには明らかに十分なものではないと、身分登録所が判断したからであった。

(2) 原審

原審の行政裁判所は、次のような理由から、Xのとった措置では他の性別への明確な近似を十分に証明していないとしてXの控訴を棄却した。

(a) ヒゲの脱毛

Xはヒゲを脱毛したが、それは、他の性別の外観への近似のための措置として、第一義的な措置ではないとする。脱

毛は、育毛や美容、エステティックのように、性別の変更を生じさせない措置であるとする。また、ヒゲが生えない男性であっても、その性別の帰属が問題となるのではないことを指摘する。

Xが実施したホルモン治療と脱毛という措置によって、たしかに女性の外観へと近づいていくが、継続的、かつ、不可逆的で変更のない他の性別への帰属を十分に明白なものとするには、不十分であるとした。

(b) 性別の意義

原審は、性別とは、生物の原理的な二つの区別で、その遺伝的なもの（染色体）により、生殖腺またはホルモンにより、そして生殖器により（肉体的に）備えられたものであると定義した。

そのため、Xが主張する、服装による外観、日常における社会的振る舞いは、第一義的ではないとする。

また、原審は、セックスとジェンダーを分け、前者が性別を決めるものと考え、セックスは、肉体的な性徴（Geschlechtsmerkmal）、そこから生じる身体的機能、セクシュアリティの実際の営みを示すとす。それに対して、ジェンダーは、社会的な性役割、社会的な性徴すなわち服装や職業など文化において一定の性別について典型的と見られるものすべてとし、身体的性徴を直接には示さないとす。

本件において、Xはジェンダーの面でトランスジェンダーとして、女性について典型的に見られる社会的性徴のみが存在しており、Xの肉体的性徴（第一性徴）からは出生登録簿の更正は認められないとした。

(c) 性別適合手術

性同一性障害の当事者は望む性別を実際に維持するために生殖器の切除が必要なものと考えている、という前提に立つ。そして、職業上の利益は、手術を行わない理由として決定的なものではない。むしろ、Xは、完全な判断能力を有する成年となつてから長期間にわたり、経済的成功に優先を与えてきた。経験上、性同一性障害の当事者には、できる

だけ急いで外観を内的感覚に合わせることが生きる望みや強い必要と見られる。そのことから、Xは、判例のいう他の性別に帰属している確信がもはや変化しないことを高度の蓋然性をもって予測できないとした。

(3) 判決理由

本件での問題は、行政最高裁判所一九九七年九月三〇日判決における次の基準の理解にある。

「オーストリア身分登録法では、少なくとも、ある者が他の性別に属しているという抑圧的なイメージの下で生活していたこと、明らかに他の性別の外観へ適合させるという性別を修正する措置を行ったこと、他の性別に属する確信がもはや変化しないことが高い蓋然性を伴って予測させること、という事例において、当事者をその外観に相応する性別に属する者と見なければならぬ。」

そして、他の性別への明らかな適合として、第一次性徴（生殖器）の除去のような重大な外科的侵襲は、必要な要件ではない。

すでに一九九七年判決が他の性別に属する確信という心的な要素を指摘している。そして、この確信がすべての予測から不可逆的であり、他の性別の外観へ明らかに近似することで外部にも明確になれば、一般性（Allgemeinheit）にとって重要となる、性別を特徴付ける態度を身分登録法で考慮することは妨げられない。

3 憲法裁判所二〇〇九年一月三日判決

前述の行政最高裁判所判決が性別適合手術を要件としないのに対して、³⁸ 通達は性別適合手術に関する鑑定書の提出を定めている。性別適合手術の扱いによっては、二〇〇七年一月一日通達も廃止される可能性があった。そのことから、二〇〇七年通達の有効性について、憲法裁判所二〇〇九年一月三日判決で争われた。

(1) 事実

上告人Xは、MHSであり、体毛の除去のためのレーザー脱毛と針脱毛を三年間にわたり行い、発声の治療を行っていたが、性別適合手術は受けていない。Xは、確認書や鑑定書を添えて、リンツ市身分登録所に出生登録簿の性別記載を男性から女性に更正する申立てを行った。そのうち精神診療鑑定書には、「他の性別に属する継続的な願望の存在が定着したと推定される」と記載されていた。

リンツ市長は、性別適合手術が行われていないことなどを理由に申立てを却下した。

Xの抗告を、オーバーエストライヒ州首相の二〇〇八年一月七日の決定通知は、棄却した。その決定通知によれば、性別変更を認めるかについて、身分登録所自体は判断できず、独立した鑑定意見に従うとする。本件でXが市当局に提出した確認書や鑑定書は、国医療機関 (Amtsarzt) またはウィーン大学裁判医学部局によって作成されたものではなかった。また、その内容についても、将来予測、総合判断が記載されていないと述べた。その結果、他の性別に近似させる努力は認められるが、性別変更を認めるような、女性への明らかな近似を十分に証明するまでの情報が得られなると判断した。

(2) 上告理由

Xは、憲法上保障される権利を侵害されていること、二〇〇七年「性同一性障害」通達が法律違反または憲法違反であることを理由に、憲法裁判所に上告した。

法律違反(憲法違反)として、この通達が官庁の行為をとおして私人に対しても法律効果を生じるから法令として公布しなければならぬが、それが行われていないことから、違法と考えられるとする。

さらに、二〇〇七年「性同一性障害」通達がMHSに生殖器の切除と造陸という性別適合手術の鑑定書を要求するが、

法律と判例は性別適合手術を求めていないとする。そして、精神診療鑑定から他の性別に属する継続的な確信の存在が明白であるにもかかわらず、将来予測を欠くことを理由に上告人Xの性別変更申立てを拒否したのは、差別であるとした。ほかに、女性の性別を否定されることなどにより欧州人権規約八条の私生活尊重の権利を、性別適合手術を性同一性障害の当事者に強制することを国家が許している点で同二条の生活への権利を侵害されることなどを主張した。

(3) 判決理由

二〇〇七年通達の内容について、出生登録簿における性別変更性別適合手術を要件とするのではなく、「実際に性別適合手術が行われた場合にのみ、鑑定書が放棄不可能な証拠手段であるということ以上は述べていない」。

そして、通達は、重大な医的侵襲が行われねばならないことではなく、提出された証拠に基づいて判断できる場合に特別な鑑定の入手を断念できることのみを述べている。また、手続きの状況から鑑定の入手が必要となる場合において、官庁の鑑定を利用できないときは、官庁以外の鑑定人による鑑定書を入手することを通達は述べる。

そして、二〇〇七年通達は、法規命令 (Rechtsverordnung) ではないため、公布ではなく、布告 (deklarativer) の方
法でよく、有効である。

このように通達の内容を理解したうえで、本件上告人Xは、法の下でのすべての国民の平等という権利を侵害されている。

平等権の侵害を、決定通知のさいに官庁が恣意的であったことにみる。そもそも、官庁の恣意的な態度は、法状況を頻繁に誤認している場合にみられる。そのほかに、決定的な点について確認活動の不作為がある場合、とりわけ当事者による提出を無視した場合、文書内容から軽率に逸脱した場合、具体的な事実関係を顧慮しない場合に恣意的な態度となる。

本件では、官庁が通達内容を誤認して、独立した鑑定人による鑑定書の提出を証明手段として上告人Xに強制したことに問題がある。官庁は実体的真実の探求を職権によって行うことを考慮していなかった。官庁が通達における調査義務を誤解することで、形式的証明責任を逆至上告人Xに負わせたことは許されない。そして、本件では、他の性別の外観に明らかに近似しているか、他の性別に帰属する確信が変化しないことを高度の蓋然性をもって考慮できるかという、性別変更の判断で重要な問題について官庁が調査 (Erfahrung) を行っていないかった。それゆえ、上告人Xの平等権が害されており、リンツ市の決定通知は廃止される。

5 小括

オーストリアでは、性別適合手術の要否を正面から判断せずに、通達の効力や解釈の問題、添付書類の問題として扱ったことに特徴がある。性別適合手術について、行政最高裁判所二〇〇九年判決は性別変更の要件としていない。連邦内務省二〇〇九年通達では「通常は」性別適合手術の実施が必要として、例外を認める余地がある。両者は必ずしも矛盾しない。このようなバランスの上で、憲法裁判所二〇〇九年判決は、憲法裁判所二〇〇六年判決から揺れ動く身分登録実務において、新しい通達に従った処理を行うことを示した。

全く異なる制度から出発しているにも関わらず、ドイツとオーストリアは、性別変更の要件を同じように考え、性別変更を必要とする性同一性障害であるかを医学的見地から客観的に判断することになった。

註

(32) 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」東北学院法学六五号(二〇〇六)一頁、一七頁以

下に翻訳を掲載している。

- (33) 渡邊・前掲 東北学院法学一頁以下で紹介している。
- (34) 本文で紹介する内容のほかに、性同一性障害を理由に性別に中立な名への変更の申立てをする場合に性同一性障害治療手続について作成された提言について知らせなければならないこと、官庁以外での鑑定の費用は申立人が負担すること、性別変更のための資料が連邦内務省の部局に送付されることを定めている。
- (35) 本文で紹介する内容のほかに、申立ての管轄、申立ての方法、性別特有の名への変更を扱っている。
- (36) 発行は、性別特有の名への変更の後が望ましいとしている。性別または名の変更については、関係官庁に連絡される。名の変更手続きにより変更した名を含む新たな婚姻証書は、申立てにより発行する。婚姻証書に記載された性別記載「男性」または「女性」は、変更することができないとされる。

(37) VWGH 27. 02. 2009. (2008/17/0054)

判決要旨 http://www.ris.bka.gva.at/Dokumente/Vwgh/JWR_2008170054_20090227X01/JWR_2008170054_20090227X01.html > 参照
ある。判決文は [\[online\] TransX. \[retrieved on 2011-04-24\]. Retrieved from the Internet: <URL: http://www.transx.at/Dokumente/VwGH_Reb09_Zi_2008_17_0054.pdf>](http://www.transx.at/Dokumente/VwGH_Reb09_Zi_2008_17_0054.pdf)

(38) [\[online\] Der Österreichische Verfassungsgesetzshof \[retrieved on 2011-04-24\]. Retrieved from the Internet: <URL: http://www.oesterreichische-verfassungsgesetzgebung.at/der-ostreichische-verfassungsgesetzshof](http://www.oesterreichische-verfassungsgesetzgebung.at/der-ostreichische-verfassungsgesetzshof)

四 まとめ

1 特例法三条一項の要件は必要か

ドイツとオーストリアでは、理由付けは異なるが、性同一性障害の治療で性別適合手術は必ずしも求められないとい

う医学的見解を出発点とし、性別適合手術を必須の要件としない結論では共通している。

この共通する出発点を、日本の特例法の旧附則二条にある「性同一性障害者等を取り巻く社会的環境の変化」、附則三条の「性同一性障害者及びその関係者の状況その他の事情」と評価すれば、日本でも、法律の基礎としていた状況が根本的に変化したと評価できる。

二〇〇三年に特例法の立法のためにドイツの調査をしていた段階では、従来の性同一性障害の理解に基づくトランスセクシュアル法が適用されていた。また、同法に対する批判も表面化していなかった。日本の特例法は、性同一性障害者は性別適合手術を求めるという旧来の医学的見解に基づく最後の立法と位置づけることができる。

さらに、日本では、他国に例がないとされる「現に子がいないこと」要件の可否をめぐる議論に旧附則二条の三年の期間を費やしており、時代の流れに追いつく機会を失った。例えば、ドイツ連邦憲法裁判所二〇〇五年一月六日決定の意義を正當に評価していたのかという反省もある。⁴⁰⁾

それでは、これからの特例法をどのように考えていくべきであろうか。⁴¹⁾

結論を述べると、特例法三条一項を削除するか、免除を認めて絶対的な要件としないべきである。

「二〇歳以上であること」（同項一号）については、（特例法三条一項二号から五号までを満たす場合に）特例法二条の要件を満たす未成年者に性別の取扱いの変更を認めないことは、成年の当事者との間で、合理的な理由のない差別といえる。もっとも、「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン（第三版）」⁴²⁾では、性別適合手術の要件として二〇歳以上であることを求めており、実質的に一号は五号の要件と連動している。

成人年齢とする合理性がないとして棚村政行は、「医療同意年齢とも関連するため、本人の自己決定の尊重の観点から、一五〜一六歳になれば可能としてもよい」と提案する。⁴³⁾

そもそも、性同一性障害の当事者が自己の判断で性別を変更するとして、その判断能力を求める意義は乏しい。当事者は、そもそも他の性別であると確信しており、性別を選択するのではない。十分な判断能力があるから確信しているのではなく、性同一性障害だからであり、年齢（判断能力）は関係がない。⁽⁴⁴⁾

「現に婚姻していないこと」（二号）は、いくつかの理由から正当とはいえない。当事者の婚姻の自由を侵害する点については、別稿で述べた。⁽⁴⁵⁾

松井茂記は、戸籍上の性別の変更を求める幸福追求権（憲法一三条）の侵害、平等権の侵害として構成する。⁽⁴⁶⁾

「出生時に外見上の特徴によって判別された性別が戸籍に記載され、その戸籍に記載された性別が、その後その人の社会的性別を決定するために政府によって用いられること」を問題とし、「性同一性障害で性別適合手術を受けた人に限って戸籍上の性別の変更を求めることを幸福追求権と主張した方が説得的であろう」と述べる。⁽⁴⁷⁾「この権利ないし自由が人格的生存に不可欠だと考えた場合」、公共の福祉のための制約には「厳格な基準」を満たすかが検討され、「同性婚の拒否の違憲性を主張すると同時に、たとえ同性婚は認められなくても、既に婚姻している場合には性別の変更を拒否する十分な理由はない」といえることになる。⁽⁴⁸⁾

また、特例法のもので「性別変更が認められるのは、性同一性障害の患者に限られ、しかも一定の要件を満たす性同一性障害者に限られている点を」平等権の侵害と捉えることもできるとする。⁽⁴⁹⁾異なった取扱いが合理的かどうかが問題となり、目的と手段の適合性によって判断され、厳格な基準または中間の基準を満たさない限り正当化されないとする。もっとも、社会的身分による差別であるとしても、「性同一性障害者に対する差別とみるか、性同一性障害者の間の差別と見るかによって、何による差別が異なつてこよう」と述べる。⁽⁵⁰⁾前者であれば性同一性障害であることが、後者であれば婚姻していることが社会的身分となる。

婚姻している者の性別取扱の変更を認めるとなれば、戸籍謄本、戸籍全部事項証明書で夫婦のそれぞれの続柄をみれば、同性となっていることが明らかになる。戸籍の記載により、夫婦の一方の性同一性障害を強制的にカミングアウトさせるといふ問題は残る。

三号の「現に未成年の子がないこと」は、四条二項により、親の生別が変化してもその子との関係に影響を及ぼさないから、親の性別を変更しないことで未成年を保護する意義は明らかではない。

さらに、松井茂記は、二号と同様に幸福追求権と平等権の侵害となることを指摘する。棚村政行は、子無し要件を維持できない理由を的確に指摘したうえで、「性別変更により関係者の利益が害されないことという消極的要件を課して、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うえで総合的に判断すればよい」と提案する。⁽⁵¹⁾子の存在を考慮するのであれば、この見解によるのが妥当と考える。

未成年の子は、親権者の戸籍に記載されることから、戸籍の記載が問題として残る。⁽⁵²⁾ただ、性別の取扱いの変更に限らず、性同一性障害を理由とする名の変更でも、子の父母の欄に女性名の父、または男性名の母が記載される可能性はある。仮定に仮定を重ね、同性登録パートナーシップとその当事者を養親とする縁組を認めるならば、同性の親が戸籍に記載され、性同一性障害特有の問題とはならない。

四号の生殖能力喪失要件の扱いは、実は一番の問題である。「婚姻・養子縁組・相続などの民法上の根本問題については、欧米諸国と異なり、じつは細かい議論の蓄積がない」という棚村政行の指摘が的を射ている。ドイツでは、前述のケルン上級州裁判所判決が、血縁関係のある者が父であるという原則に従い、性別変更後のMETSが父となるとした。日本でも同様の主張が可能かは不明である。特例法四条二項は、性別取扱の変更「前」に生じた身分関係に、性別の取扱いの変更の審判が影響を及ぼさないと定めている。これに対してドイツのトランスセクシュアル法第一条は、養

子について同様の制限をしているが、実子について、性別変更後に生まれた場合も視野に入れている。

四号を『現に子がいない』という要件を外した場合にも残すのかは微妙な問題と言える⁽⁵³⁾という棚村政行の指摘もある。すでに、三号で一律に子がいないことを求めずに、未成年の子と限定していることから、男性の二人の親、または女性の二人の親が存在することがあり、その状況に対して特例法四条二項が戸籍上は父と母であるという原則を維持している。

性同一性障害の当事者が、確信する性別から見て同性となる者と性交渉をもち、子をもうけるといふ例は少ない（確信する性別からみて異性となる者との関係では、性同一性障害の当事者と血縁関係を有する子は生まれにくい）。さらに、ホルモン治療により、MIFTSには「不可逆的な精巣の萎縮と造精機能喪失」、FMTSには「月経の停止」が生じるとされることから⁽⁵⁴⁾、子が生まれるのはごく少数の事例に限られる。特例法四条二項を適用すれば、子に父と母があるという家族秩序は維持できる。四号の削除は、性別変更前に生じた身分関係に限らないという特例法四条二項の改正にも導く⁽⁵⁵⁾と考える。

そのうえに、生殖腺がないこと、またはその機能を永続的に失っていることを、すべての当事者に求める必要があるのだろうか。外科的に生殖腺を除去することを求めるのであれば、五号の性別適合手術を求めると同義となり、四号の独自の存在理由は明確ではない。

もっとも、四号を削除し、性同一性障害の当事者が変更後に子をもうけた場合にも、三号と同じく戸籍の記載の問題は残る。

五号の、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という要件を削除しても、性別適合手術が行われなくなるのではない。多くの場合において、性同一性障害の判断と治療に際して、性別適

合手術が行われる。

この要件について、二宮周平は、特例法の施行時点で、「高齢になり、生殖能力がない人についても、手術を要件とすべきだろうか。自己の性的アイデンティティーにかなった形で、心置きなく残りの人生を過ごすことを可能にするには、年齢を考慮し、無理な手術をしなくても、戸籍の性別の取扱いの変更が認められるべきではないだろうか」と述べていた。⁽⁵⁵⁾ さらに、性別適合手術を二〇歳以上とするとしても、「手術については、もう少し年齢的な成熟が必要だとしても、戸籍の性別取扱いの変更については、親権者などの同意を要件に年齢を下げることも考えられる」とも述べた。⁽⁵⁶⁾

ドイツやオーストリアの判例が基礎におくように、現在では性同一性障害Ⅱ性別適合手術を希望、という図式が成り立たなくなっている。⁽⁵⁷⁾ 日本精神神経学会による「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン」では、二〇〇二年の第二版で性同一性障害の臨床像に多様性が認められることを指摘し、二〇〇六年の第三版では「治療的にも個別例に沿った多様な治療法の選択が要請されることを意味している。当事者にとって最適な治療を構築するためには、治療法などについて十分に説明を行い、理解を得たうえで、自己責任のもとに自己決定によって自らに最も適した治療を選択すべきである。およそ公共の福祉に反しない限り、身体的治療として、ホルモン療法、乳房切除術(FEM) および性別適合手術のいずれの治療法をどのような順序でも選択できるようにすべきである」と述べる。⁽⁵⁸⁾ さらに、ガイドラインでは、「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FEM)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。身体的治療については、治療に関する十分な理解を前提としたうえで、自己の責任において、どのような治療をどのような順番で受けるかを自己決定することができる。ただし、診断の手続きと精神科領域の治療を省略することはできない」としている。⁽⁵⁹⁾ この趣旨をどのように理解すべきかという問題はあるが、性別適合手術を治療として画一的に受けるとはしていない

い。しかし、特例法三条一項五号によれば、治療では必要とされない場合、あるいは治療効果よりも健康上のリスクの方が高い場合でも、戸籍での性別の取扱いの変更のために、画一的に性別適合手術を受けなければならぬ。

性別の取扱いの変更の要件として、近似した外観を性器に係る部分に限定する必要はない。社会的にみて、近似した外観とは、服装・態度など日常生活テストで達成されている。それを超えて、健康上の高いリスクをとまなう性別適合手術を必須の要件とする必要性は正当化されない。性別適合手術の要否は、戸籍での性別の取扱いの変更の要件ではなく、性同一性障害の治療の観点から判断されることとなり、それで十分である。

性器が近似していないと、公衆浴場で男湯と女湯のどちらに入るのかという問題が生じるという反論があるかもしれない。⁽⁶⁰⁾しかし、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（ブレ・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。

2 今後の問題

以上のように検討していくならば、特例法三条一項一号から五号までの要件すべてに再検討が必要である。そして、性別の変更を必要とする性同一性障害の存在により、性別の取扱いの変更を行うべきと考える。性別変更の要件が、特例法二条による性同一性障害の判断、三条二項の医師の診断書の内容にかかってくるため、それに相応した専門医側の体制作りが必要である。

ドイツの判例で検討された、夫婦であるが、当事者の外観が同性である場合には、夫婦の一方が性同一性障害であることが明らかになるという問題は、日本でも生じうる。

ほかに、本稿で扱わなかったが、性同一性障害の当事者を夫とする夫婦で妻が人工生殖により子をもうけた場合の

親子関係の問題は残る。たとえ七七二条の嫡出推定により父子関係を認めても、生殖不能を父子関係の不存在を客観的に表すと評価されれば、常に親子関係不存在確認の危険にさらされる。これは、子の福祉にとって、よいことではない。外観説によって一般に生殖不能を父子関係がないと事情とは評価できない⁽⁶²⁾。しかし、現行法で生殖不能を要件として性別を変更していれば、生殖不能が外部的に客観的に表わされ、血縁上の父子関係の不存在を戸籍の記載のみから判断できる。これについては、婚姻による父子関係の推定の強さ、血縁が父子関係を定めるのかという原則問題をきちんと解決しなければならない。

註

- (39) 渡邊泰彦「ドイツ性転換法について」戸籍七五二頁(二〇〇三)一頁。
- (40) 渡邊・前掲 同法 三四〇頁以下。
- (41) 特例法三条の要件の全体的な見直しについては、すでに棚村政行「性同一性障害をめぐる法的状況と課題」ジュリスト一三六四号(二〇〇八)二頁、六頁以下がある。本稿は、棚村論文に追随しているにすぎない。
- (42) 二宮周平「戸籍の性別記載の訂正は可能か(二)」——特例法を読む——「戸籍時報五五九号(二〇〇三)七頁は、親権者または監護者の同意を得ていれば、性別適合手術を不要として、未成年者の性別取扱いの変更の検討も可能であるとする。
- (43) 棚村・前掲 六頁、七頁。
- (44) この点について早くから指摘していたものとして、松村比奈子「戸籍の性別変更と人権——自己決定権の法理の展開」駒澤大学マス・コミュニケーション研究所年報 第一九号(二〇〇二)五五頁以下、八四頁。
- (45) 渡邊・前掲 同法 三五七頁以下、松井・前掲 二六二頁。棚村は「将来的には、同性婚や同性パートナーの登録制度が認められれば、非婚要件は外されることとなる」と述べる(前掲 七頁)。
- (46) 松井・前掲 二五九頁。
- (47) 松井・前掲 二六〇頁。性別適合手術の要否は、ここでの主張に重要ではない。

- (48) 松井・前掲 二六一頁。
- (49) 松井・前掲 二六二頁。
- (50) 松井・前掲 二六三頁。
- (51) 棚村・前掲 七頁。
- (52) 二宮・前掲 一五頁は、性別の取扱いの変更があった者について新戸籍を編成するという解決策を提案する。また、家族単位から個人単位への戸籍編成の原理を変えることの検討も述べる。棚村・前掲七頁は、個人単位の身分登録制度になり、戸籍へのこだわりや戸籍意識がなくなれば、子の要件は不要であり、家族秩序を実質的に損なったり影響を与えることにもならないとする。
- (53) 棚村・前掲 八頁。
- (54) 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」(第三版)」[online] 二〇〇六年十一月八日、社団法人 日本精神神経学会「二〇一一年四月二四日検索」[URL: www.jspn.or.jp/ktj/ktj_k/pdf/guideline-no3_2006_11_18.pdf](http://www.jspn.or.jp/ktj/ktj_k/pdf/guideline-no3_2006_11_18.pdf)> 一六頁。
- (55) 二宮・前掲 八頁。
- (56) 二宮・前掲 八頁。
- (57) この点をすでに指摘していたものとして、棚村・前掲 八頁。
- (58) 日本精神神経学会・前掲 九頁。
- (59) 日本精神神経学会・前掲 一二頁。
- (60) 南野智恵子監修『解説』性同一性障害者性別取扱特例法』日本加除出版(二〇〇四) 九三頁。
- (61) 性同一性障害を理由に名の変更を認めたものとして、大阪高決 平成二二・一一・一〇 家月六二・八・七五がある。
- (62) ただし、外観説から、性交不能も父子関係の不存在を表すものとして、佐藤義彦ほか『民法V 親族・相続(第三版)』有斐閣(二〇〇五) 五八頁(佐藤執筆)。

(本研究は、科研費基盤研究(C)22530093によるものです。)