

# 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

2009年4月入学

根本 拓

- I. はじめに
- II. GID 特例法制定の経緯
  - 1 性同一性障害者が抱えていた問題
  - 2 GID 特例法の制定
- III. GID 特例法の評価
  - 1 肯定的評価および私見
  - 2 否定的評価および私見
- IV. 法および社会制度の検討の方向性
  - 1 残された問題点
  - 2 検討方針
- V. ⑤要件の改正
  - 1 検討の枠組み
  - 2 当事者の不利益
  - 3 社会秩序
  - 4 改正案
- VI. 個別具体的な場面における修正
  - 1 刑務所
  - 2 学校
  - 3 公衆浴場
  - 4 その他
- VII. 制度—性別表記—
  - 1 不必要な性別表記の削除
  - 2 法的性別と異なる性別の記載
  - 3 私人間文書
- VIII. おわりに

## I. はじめに

「人間は男と女の二つの性により成り立っている」。この命題は有史以来、自明であることが疑われず、一方で20世紀後半から激しい論争的となった。

1970年代以降、フェミニストは「性」を、生物学的性別としての「セックス」と社会的文化的性別としての「ジェンダー」とに区別し、後者が社会的、文化的及び歴史的に構築されたものであると主張した<sup>1)</sup>。これは「男」と「女」という記号から我々が想起させられる、「男らしさ」、「女らしさ」というイメージの自明性を掘り崩すものであった。

これに対し、性同一性障害 (Gender Identity Disorder) は、フェミニズムの分類でいえば、自然的で先天的な性別としての「セックス」にかかわる。性同一性障害とは、生物学的には男/女であるにもかかわらず、性の自己認識は女/男であるといった、生物学的な性と、自己認識における性が一致しない状態のことを指す<sup>2)</sup>。「身体的な性」と「心の性」の不一致があるとも言いかえられる。そして、後述する通り、いくつかの説は、この原因を先天的なものに求める。

最初に挙げた命題は、生物学的な性と自己認識における性が一致することを疑わず、少なくとも「男」か「女」かという「セックス」については先天的に決まることを前提としていただろう。しかし、生物学的な性と自己認識における性が先天的に異なる当事者は、どちらの「セックス」に決定されていたと言えるのだろうか。「セックス」の基準を先天的な「心の性」とすることはなぜ許されないのだろうか。このように、性同一性障害は、「ジェンダー」の基盤として、少なくとも

も確固たる「セックス」が存在することの自明性までも掘り崩す<sup>3)</sup>。

性同一性障害者の性を、法的にいかに取り扱うべきか。本稿では、この問題に対処するために制定された、「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、「GID特例法」とする)の制定経緯及び内容を概観し、その評価について述べる。次に、その評価を前提として、GID特例法の改正の方向性を提示し、さらに広く性同一性障害者をめぐる法及び社会制度の在り方について考察する。

## II. GID 特例法制定の経緯

### 1 性同一性障害者が抱えていた問題

前述のとおり、性同一性障害とは、生物学的な性と自己認識における性が一致していない状態を指し、医学的な疾患名<sup>4)</sup>である。GID特例法2条の定義は、「生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別(以下「他の性別」という。)であるとの持続的な確信を持ち、かつ、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者であって、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二人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致しているもの」となっている。生物学的な性が男性であり、自己認識における性である女性へ移行しようとする者、及びした者は一般にMtF (Male to Female)、その逆はFtM (Female to Male)と呼ばれる。

GIDの原因ははっきりとはわかっていないものの、脳の形態変化によるとする説、性

1) 上野千鶴子『差異の政治学』3頁(岩波書店, 2002)。

2) 南野知恵子監修『解説 性同一性障害者性別取扱い特例法』72頁(日本加除出版株式会社, 2003)。

3) これとは異なる視点で、ジュディス・バトラーは、身体は文化や言語に先立って存在するという考え方が言説によって作られたものであり、「セックス」は「ジェンダー」によって構築されたものであるとする。バトラーは「セックス」もまた社会的構築物であることを宣言するという方法で、「セックス」の基底性を否定するのである。現代位相研究所編『本当にわかる社会学』41頁[大河原麻衣](日本実業出版社, 2010)、上野千鶴子編『ラディカルに語れば…』160-161頁[上野千鶴子、竹村和子](平凡社, 2001)。

4) 針間克巳ほか『性同一性障害と戸籍』14頁[針間克巳](緑風出版, 2007)。

ホルモンの影響によるとする説、遺伝子によるとする説、心理的及び社会的な要因によるとする説、複合的な要因によるとする説などがある<sup>5)</sup>。GIDの原因を、心理的及び社会的な要因という後天的な要因に求めた場合、社会における「ジェンダー」が解消されたならば、社会的文化的影響のもとで作られるGIDも生じないことになる。これは、性差の宿命性を否定するフェミニズム<sup>6)</sup>と親和的な理解である。しかし、この説には、生物学的な男性を幼年期より女性として育てたにもかかわらず、女性としての自意識が形成されなかった研究結果などにより、近年疑問が投げかけられている<sup>7)</sup>。一方、脳の形態変化によるとする説や性ホルモンの影響によるとする説<sup>8)</sup>などの先天的要因説に立てば、むしろ、性の自己認識とはジェンダーによっては塗り替えられない、宿命づけられたものであるということになる<sup>9)</sup>。

性同一性障害者の身体違和は、精神科領域の治療（精神的サポートと実生活経験）と身体的治療（ホルモン療法、乳房切除術、性別適合手術（Sex Reassignment Surgery:SRS））によって<sup>10)</sup>、ある程度解消することができ

る<sup>11)</sup>。また、戸籍上の名前を、他の性を想起させる名前へ変更することは、GID特例法制定以前より、比較的緩やかに認められてきた<sup>12)</sup>。一方で、性同一性障害者による、法的性別の根幹にある戸籍上の性別表記の訂正申立が認められたことはなかった<sup>13)</sup>。

自己認識における性に基づく承認を法的に受けられないことにより、性同一性障害者は様々な不利益を被る。例えばMtFについて、銭湯や温泉の女風呂への入浴や、近年増えてきた女性専用車両への乗車において、法的性別が男であることがわかった場合には、見た目が女であっても、それらを拒否することが許される可能性がある。また、強姦罪の適用や、男性収容所と女性収容所のいずれに収容されるかを始めとする刑務所における処遇<sup>14)</sup>も、法的性別を基準として判断される<sup>15)</sup>。

法的に承認されない不利益は、法的承認を基礎とする社会からの承認を受けられない不利益につながる<sup>16)</sup>。たとえば正社員として採用されるためには、性別記載のある年金手帳などを示さなければならない。その結果、法的性別変更を認められない当事者は、外見

5) 南野監修・前掲注2)72頁。

6) 辻村みよ子ほか『岩波講座現代の法11ジェンダーと法』38頁〔紙谷雅子〕(岩波書店, 1997)。

7) 南野監修・前掲注2)28頁〔針間克巳〕。

8) 山内俊雄『性の境界』84頁(岩波書店, 2000)はホルモン因説が有力であるとする。

9) とはいえ、先天的要因説に立ったとしても、根本にある性の自己認識が、成長過程で社会的文化的な影響を受けることは否定できないであろう。南野監修・前掲注2)29頁〔針間克巳〕は『人間のジェンダーアイデンティティはその基盤に生物学的差異が考えられ、その上に社会的養育環境等の後天的要素が関与し形成されていく』との考えが主たるものとなってきている」とする。このような意味で、性同一性障害とは「身体と社会の間にある『こころ』の問題であり、生物学的な側面と社会学的な側面の両方を含んでいる」と理解することが適切であるように思われる。野宮亜紀ほか『性同一性障害って何?』49頁〔野宮亜紀〕(緑風出版, 2003)。

10) 性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン(第3版)10頁。

11) 野宮ほか・前掲注9)34頁〔針間克巳〕。

12) 性同一性障害の診断書と、一定期間の使用実績を証明することで、戸籍法上の名前の変更を認めるための「正当な事由」があるとされた。石田仁編『性同一性障害:ジェンダー・医療・特例法』252頁〔谷口洋幸〕(お茶の水書房, 2008)。

13) 東京高決平成12年2月9日高民集53巻1号79頁など。東京高決平成12年2月9日は、戸籍訂正の可否は「立法に委ねられるべきもの」とした。

14) 刑事施設において男性受刑者は原則として髪を短く切るよう要請される。この調髪処分の差し止めを求めて、MtFの受刑者が訴えを起こした事件がある(名古屋地判平成18年8月10日判タ1240号203頁)。裁判所は、戸籍上男性となっていること、及び男性器が一部残っていることを理由として男性受刑者として処遇することに裁量権の逸脱・濫用はないとした。

15) 南野監修・前掲注2)99-100頁。

16) 石川准『人はなぜ認められたいのか アイデンティティの心理学』193頁(旬報社, 1999)は社会においてある性別を有していると認められるためには、「法による『社会的な身分保証』」が必要であるとする。

における性別と法的性別が異なるため、雇用主に理解がない限り、パートやアルバイトで生計を立てなければいけなくなる<sup>17)</sup>。

さらに、住民票、健康保険証、パスポート、さらには選挙の投票所入場券といった日常的に用いる書類には性別記載欄があり、我々は数々の場面でそれらの提示を要求される。例えば、性同一性障害者は病院で生物学的な性が記載されている健康保険証を示すことを求められる。このことから、自己認識における性に基づく容姿及び服装をしている当事者は、健康保険証を提示することをためらう。その結果、勇気を出して病院に行ったときには手遅れとなるケースがあるようである<sup>18)</sup>。

また、書類に性別記載を求められることも多い。行政文書だけではなく、私人間の関係においても、レンタルショップの会員カード一枚作るにも申込書に性別の記載を要求される。

生活の中で、性別の提示または記載を求められる場面はことのほか多い。性同一性障害者はこれらの証明書の提示や書類への性別の記載を要求されるたびに、自己認識とは異なる性別を意識させられ、その性別に基づいた取扱いを受ける不快感さらには耐え難い苦痛を感じることになる<sup>19)</sup>。

適切な承認は人間の尊厳ある生にとって不可欠なものである。しかし、性同一性障害者は、個人の意思ではいかんともしがたい要因に基づいて、自己のアイデンティティとは異なる「歪んだ承認」を法及び社会から受けていたのである。

## 2 GID 特例法の制定

この性同一性障害者の法的性別の変更につき立法的解決を図るべく、2003年7月10日にGID特例法が成立した(2003年7月16日公布、2004年7月16日施行)<sup>20)</sup>。

性同一性障害者が性別を変更できる要件は、前述した法2条の「性同一性障害者」の定義に該当する者が、①20歳以上であること(3条1号)、②現に婚姻をしていないこと(3条2号)、③現に子がいないこと(3条3号 2008年に「現に未成年の子がいないこと」に改正された)、④生殖腺がないことまたは生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること(3条4号)、⑤その身体についてほか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(3条5号)である。この要件を充たし、家庭裁判所によって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」、別段の定めがない限り、「その性別につき他の性別に変わったものとみな」される(4条1項)。これに伴い、新たな性別に基づく新戸籍が編成される(附則4条)。そして、具体的な規定はないものの、住民票や被保険者証など行政文書に記載された性別も変更されるという取扱いがなされているようである<sup>21)</sup>。

GID特例法により、2009年末までに、1711人が性別変更を認められた<sup>22)</sup>。

17) 針間ほか・前掲注4)75頁〔上川あや〕。

18) 虎井まさ衛『男の戸籍をください』163-174頁(毎日新聞社、2003)。

19) 針間ほか・前掲注4)74-76頁〔上川あや〕。

20) GID特例法の立法過程については南野監修・前掲注2)2-13頁、及び谷口功一『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』日本法哲学会編『ジェンダー、セクシュアリティと法(法哲学年報2003)』212頁、214頁を参照。衆院本会議での可決に至るまでの議会における公式のプロセスはわずか10日という、異例なまでの速さで成立した。

21) 南野監修・前掲注2)147頁。

22) 性同一性障害を抱える人々が、普通に暮らせる社会を目指す会(gid.jp)のホームページ(<http://gid.jp/index2.html>、平成23年7月16日最終閲覧)参照。

### Ⅲ. GID 特例法の評価

#### 1 肯定的評価および私見

GID 特例法により、一定数の性同一性障害者が、自己認識における性を法的に承認され、それに伴い、その性で暮らすことについての社会的な承認も受けることとなった。この点を評価する声は多い。

私見では、GID 特例法の大きな意義は、このような当事者の救済のほか、生物学的性と法的性別の結びつきを弱めたことにある。

従来の法は、法的な男女の性別について、「遺伝学的に規定される生物学的性によって決定されるという建前をとって」いた<sup>23)</sup>。確かに、人間はほとんどの場合、発生学的に XX 染色体を持つ者と XY 染色体を持つ者とに分類できるし、卵巣を持つ者と精巣を持つ者とに区別できる。外性器の形もおおむね二つに区別できる<sup>24)</sup>。しかし、このような生物学的な分類を、法的な「女」と「男」という記号の中身を確定する上での絶対的な基準とする必然性は本来的にはない<sup>25)</sup>（さらに言えば、性同一性障害の要因を、脳形態や性ホルモンなどの生物学的なものに求めるのであれば、「生物学的性」の要素として、これらを考慮せず、性染色体や生殖腺のみを考慮する必然性も本来的にはない）。そうであるにもかかわらず、法的な男女の性別の判断の基礎に生物学的な分類があった背景には、生物学的な性と、自己認識における性との間にずれが生じることはないという前提のもと、身体的な外観という明確な基準によって男女

の分類を固定化しておくことが、社会秩序の維持という観点から便利であったからだと思われる<sup>26)</sup>。法的な性別の決定について、自己認識における性別ではなく生物学的な性別を基準とし、さらにそもそも多様であり得る性を「男女」という単純な二分法のもとに押し込めている点について、自明性のヴェールをまとった密かな政治的決定がなされていたと言える。

GID 特例法は、生物学的には男ないし女でない者について、その自己認識が女ないし男であることを根拠として、一定の要件を充たした場合に、法的性別を変更することを認めた。これは、法的な性別の基礎となる基準の決定は政治的になされているものであること、越境不可能と思われていた男女の障壁は乗り越えられるものであること、さらには、その男女の障壁をより低くすることも論理的には可能であることを明らかにしたのである。

#### 2 否定的評価および私見

一方で、GID 特例法にはいくつかの批判が寄せられている。

そのうちのひとつに、GID 特例法は「家」単位の血統と身分関係を国が管理する権力と差別の体系であるところの、家父長制的な戸籍制度を維持しようとするものであるという批判がある<sup>27)</sup>。この主張は、性別変更は、戸籍制度に傷をつけない範囲でしか認められなかったとする。

確かに戸籍制度の制度設計に問題はあるかもしれない。しかし、GID 特例法は 4 条で規定されている通り、法的な性別の取扱いを変更することを目的とするものであり、それ

23) 東京高決平成 12 年 2 月 9 日・前掲注 13)。生物学的性とは正確には、発生学的性（性染色体の型）のほかに、新生児の外性器の形態、生殖腺の性、内分泌学的な性、形成手術の結果も考慮して決定されることになる。大島俊之「判批」法時 73 卷 3 号 114 頁、116 頁（2000）。

24) ごくまれに、XXY 染色体を持つ者（クラインフェルター症候群）、生殖腺が卵巣と精巣を兼ね備えている者（真正半陰陽）、性染色体は XX（もしくは XY）であり、生殖腺は卵巣（もしくは精巣）のみであるが、表現型が男性型（もしくは女性型）になっている者（女性／男性半陰陽）がいる（これらの者は「間性」と呼ばれる）。このうち、男性仮性半陰陽の者について、女性から男性への性別の訂正（「変更」ではない）を認めた裁判例（東京家裁昭和 37 年 5 月 27 日審判判例集未登載）がある。大島俊之「性転換と法」判タ 484 号 77 頁、81 頁（1983）。

25) 大島・前掲注 23)103 頁が同旨。

26) 河合隼雄『とりかへばや 男と女』78-79 頁（新潮社、1991）参照。

27) 長谷川清美「抹消される多様性・あいまいさ」世界 717 号 137 頁、138 頁（2003）参照。



がなされた結果として戸籍が変わるに過ぎない。戸籍制度がどのように設計されていると、GID 特例法の制定や要件に影響が出ることはなかったであろう。②非婚要件が入ったことも戸籍制度との矛盾が理由であったのではなく、同性婚を認めない我が国の法秩序との整合性が理由であったと考えるのが自然である<sup>28)</sup>。このような批判は、「立法およびそれを支える制度の内容に関してなんらの内在的視点をも含まない」<sup>29)</sup>。

他方、多様な性を男女二分法に押し込めようとする点で、GID 特例法は本来捨て去られるべき男女二分法を強化したという批判もある<sup>30)</sup>。

確かに、男女二分法が社会的構築の産物であることは否定しがたく、多様な性秩序の在り方が考えられる中で、法的性別について男女二分法をとることは必然ではない。しかしそれでもなお、この批判には反論が可能であると考える。

第一に、既存の法秩序との整合性が挙げられる。法的性別も法的地位、すなわち「身分」のひとつであり、それに基づいて何らかの権利義務ないし法律効果が発生する。ここで、現在の日本法に目を向ければ、憲法（たとえば 24 条で婚姻は「両性の」合意のみに基づくと定める）をはじめとして、民法（たとえば 731 条で婚姻適齢について「男」は 18 歳、「女」は 16 歳と定める）、刑法（たとえば 176 条で強制わいせつの客体を 13 歳以上の「男女」と定める）といったあらゆる法律において、男女二分法が前提となっており、これに基づいて権利義務ないし法律効果が規定される。かかる法秩序のもと、新たな性を法

的に作り出したうえで特有の権利義務ないし法律効果を観念したり、または性別という法的地位を消去してそこから生じていた権利義務ないし法律効果を否定したりすることには、膨大な立法作業が必要になるという問題があるとともに、今までの法秩序との整合性の観点から疑問がある。また、それによっていかなる権利義務ないし法律効果が新たに生まれるのかという不明確性の問題もあるように思う。このように考えると、GID 特例法は、男女二分法を強化したとは言い切れず、むしろ既存の法秩序に合わせてそれを維持したにとどまるのではないだろうか。

第二に、概念自体の基盤は崩れているとはいえ、社会において、男女二分法が広く承認されていることは事実として否定しがたい。そうであるにもかかわらず、男女二分法を持つべきでない価値観として法的に否定することは、その価値観のもとにある性同一性障害を持たない者のアイデンティティを不安定化させるのみならず、生物学的な性とは反対の性として承認されたいという性同一性障害者の願望及び承認に向けた行動を否定し、その者のアイデンティティをもかえって不安定化させることがありうる<sup>31)</sup>。さらに、男女二分法は否定されるべきという主張の中には、性の多様性を社会に承認させるために、構築されてしまっている男女二分法との消極的な妥協として性転換をし、二分法の元で生きようとするような当事者に対して、「境界線上にいることを示し続け」<sup>32)</sup>たり、「トランスジェンダー<sup>33)</sup>としてのプライド」<sup>34)</sup>を持つたりすることを要求すると思われるものがある。ここに、社会的には十分に承認され

28) 南野監修・前掲注 2)88 頁。

29) 谷口功一「ジェンダー／セクシュアリティの領域における『公共性』へ向けて」思想 965 号 102 頁、103 頁 (2004)。

30) 吉野靱「『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 : コア・エシックス Vol.4 385 頁 (2008)、長谷川・前掲注 27)137 頁。

31) 谷口・前掲注 29)115 頁。谷口教授はこのような懸念を示したうえで、「被構築性に関する事実に記述からただちにアイデンティティ／差異からの離脱・浮遊が当為として導かれるわけではなく、仮にそのような当為を主張するならば、そこでは事実からただちに当為を導出するような方法二元論的錯誤が犯されている」とする。

32) 吉野・前掲注 30)389 頁。

33) 「トランスジェンダー」は多義的な意味で使われる言葉ではあるが、広くは生まれた性別とは異なる自己認識を持っていて、体と異なる性別を生きようとする人を指す。野宮ほか・前掲注 9)48 頁 [野宮亜紀]。

34) 田原牧「見失ったプライドと寛容性」情況第 3 期 4 巻 9 号 194 頁、200 頁 (2003)。

ていない男女とは別のカテゴリーを法的に承認した場合に、そのカテゴリーに属することを強いるような、集団における内的抑圧の弊害が生じる危険が見て取れるように思う<sup>35)</sup>。

このような状況に鑑みれば、GID 特例法が男女二分法を維持したことには、一定の合理性があるのではないだろうか。

GID 特例法が、男女二分法を維持したことについての批判はそれでもなおあろう。しかし GID 特例法は、前述したとおり、少なくとも、従来は越境不可能と信じられてきた男女の壁を乗り越えられるものと規定し、絶対的であった男女の区別を相対化した。改革は、社会文化的次元での人々の意識と、実体的な法制度という二つの次元での相互作用により少しずつ進めていくほかない<sup>36)</sup>。そう考えると、GID 特例法の制定は、男女二分法を否定する立場からも評価されてよいのではないかと思う<sup>37)</sup>。

#### IV. 法及び社会制度の検討の方向性

##### 1 残された問題点

GID 特例法は今後どのように改正されていくべきか。またそれとともに社会制度はどう構成されていくべきか。その方向性を検討する前提として、現段階で残されている問題を整理する。

まず、法的性別変更の要件に関する問題を述べる。

第一に、現行法の要件は、性別変更を望んでも何らかの理由によりそれが不可能ないし著しく困難である当事者を生む(問題 I)。例えば、③未成年の子どもがいる当事者は、子どもが成長しない限り、性別変更を

することができない。

第二に、現行法の要件を充たそうとすることによって、当事者が、望まない不利益を不可避免的に被るという問題(問題 II)がある。例えば②婚姻している当事者が性別変更をしようとする場合、望まない離婚を強いられることになる。

第三に、問題 I から性別変更ができない、または問題 II の不利益を避けるために性別変更をしない当事者が、性別を生物学的な性のままにとどめることによって不利益を被るという問題(問題 III)がある。ここでは、前述した、法的及び社会的に自己認識における性に基づく承認を受けられないことによる不利益が、GID 特例法の要件を充足しないために性別変更を認められない当事者にも、引き続き生じることとなる。

問題 III に関して特に、GID 特例法の制定に伴って生じた新たな問題として、性同一性障害者に法的性別の変更を認めたことが、性同一性障害者の社会的な認知、及び承認を加速させた一方で、かえって、法的性別の変更が認められない、またはしない当事者が、医学的には GID であるにもかかわらず、社会から「偽物」と見られ、性同一性障害者として認知されないという事態を生んだことが挙げられる<sup>38)</sup>。性別の越境可能性が認められたことのみが認知され、その越境困難性が十分に認識されていないことによる問題である。この事態の解消のためには、性同一性障害者であれば直ちに性別変更をするものではない(すなわち性別変更をしない性同一性障害者も「偽物」ではない)という認識を社会に広めるとともに、「偽物」と取り違えられる性同一性障害者を、性別の越境を容易にすることで減らすことが求められる<sup>39)</sup>。

自己認識における性に基づいた承認を法的

35) 谷口・前掲注 29)111 頁はかかる状況を「過剰な公的コミットメントの要求」とであるとす。

36) 谷口・前掲注 29)103 頁, 118 頁。

37) GID 特例法について同様の評価をするものとして、野宮ほか・前掲注 9)213-214 頁〔野宮亜紀〕。

38) 吉野・前掲注 30)385 頁, 二宮周平「判批」判タ 1204 号 47 頁, 49 頁 (2006)。

39) しかし、ここに、性別の変更を容易にすればするほど、それでも性別変更を希望しない、または希望してもできない性同一性障害者が「偽物」と認知される危険が大きくなるというディレンマがあるように思う。この解決困難なディレンマに対しては、社会において性同一性障害に対する正しい認識を促進していくと同時に、後述の方法で、社会における性別の意味を希薄化させていくしかないのではないかと考える。

及び社会的に受けるという利益は、それをどこまで保護するかという問題はあるものの、基本的には法的保護に値する利益である。なぜなら、「性別」は現在の社会観念の下において人々のアイデンティティーを規定する最も大きな要素の一つであり<sup>40)</sup>、自己認識における性に基づく承認を受けることは、「個人として尊重」(憲法13条)されるために必要なものであると考えられるからである<sup>41)</sup>。

以上の問題意識から、法的性別変更の要件が緩和できないか、できるとしたらいかなる程度までかが、改正を検討するにあたっての論点となる。

さらに、当事者の不利益を緩和する方法は、法的性別変更の要件を緩和することに限られない。

前述したとおり、性同一性障害者が不利益を被る場面の一つに、性別の記載された証明書の提示や文書への性別の記入を求められる場面がある。しかし、このような文書の性別記載に果たして意味があるのかという問題提起はかねてよりされていた。法的性別については二分法を維持せざるを得ないとしても、人間の性別に対するアイデンティティーが多様であることが明らかになった今、当事者のアイデンティティーと矛盾するような男女二分法が、社会において必要以上に強調されるべきではない。

そこで、社会において不必要に性別を意識させられる機会をどう減らしていくかが次の論点となる。

## 2 検討方針

ここまでの議論より、性同一性障害をめぐる法及び社会制度の在り方をめぐる論点は以下のように整理される。

(前提) 法的男女二分法は動かさない。

論点Ⅰ 法的性別変更の要件の緩和(性別の越境可能性を高めること)について検討する。

論点Ⅱ アイデンティティーの多様性を包摂するための仕組みとして、不必要に性別を意識する機会をなくすための制度の在り方を検討する。

(前提) は、既述のとおり、現段階での法秩序との整合性、男女二分法を捨てたときに生じる新たな権利義務ないし法律効果が不明確であること、及び社会的になお男女二分法が広く受け入れられていることより導かれる。

論点Ⅰについて、②非婚要件を撤廃せよという主張に対しては、同性婚を認めない現行法秩序との関係で困難な問題が生じるという反論がなされている<sup>42)</sup>。私見では、同性婚を認めるべきかという婚姻秩序の根本にかかわる問題があるものの、現段階の法秩序との整合性という観点より、かかる反論は説得的である。

③は2008年まで「子なし要件」と呼ばれており、その立法趣旨として、父=男、母=女という図式が崩れること、及び子の福祉が挙げられていた<sup>43)</sup>。しかし特に後者に対し、例えば法的性別変更前の治療(ホルモン治療やSRS)段階において、子どもは親の外観上の変化に直面して何らかの反応を示しているはずであり、法的性別の変更によって新たな影響を受けることはないといった強い反論がなされており<sup>44)</sup>、これを受けて、法改正が行われた。この改正は父=男、母=女という図式を崩すことを認めるものであり(つまり婚姻は解消されているが、父母がともに男であったり女であったりする状態が生じる)、

40) 石川・前掲注16)186-187頁。

41) なお、かかる利益を「性的自己決定権」として捉える見方もあるが、性同一性障害は個人の意思によって動かせないものであるから、複数の選択肢から何かを自己決定することとは性質が異なる。自己認識における性の承認を要求する権利(または利益)と捉えるべきであろう。

42) 南野監修・前掲注2)88頁。

43) 南野監修・前掲注2)89頁。

44) 二宮周平「戸籍の性別記載の訂正は可能か(2)一特例法を読む」戸籍時報559号2頁,11頁(2003)など。



極めて画期的なものであると思われる。この改正を一定程度評価する声がある<sup>45)</sup>。

一方で、ここまで見直されていない④生殖能力喪失要件、及び⑤外性器要件については4(1)で述べた当事者の被る不利益の大きさに鑑みれば、緩和の余地を検討すべきものであると考える。特に後述するように⑤の要件では当事者の不利益と、社会秩序との衝突が生じており、法的性別を変更する利益を人権と呼べるなら、「人権と秩序のバランスという困難な問題」<sup>46)</sup>がここに生じている。そこで、本稿では、論点Ⅰについて⑤要件に焦点を当てて検討したい<sup>47)</sup>。

一方、論点Ⅱについては、書類における不必要な性別記載をどこまで無くすることができるか、またもし無くせない書類があるとしたら、法的性別と別の性別を記載することは可能か、といった点について検討する。

## V. ⑤要件の改正

### 1 検討の枠組み

⑤要件の改正の検討はいかなる枠組みのものでなされるべきか。

自己認識における性の承認の要求は、国家に対してむけられるとともに、社会の構成員に、生物学的な性ではなく自己認識における

性を持つ者として相互の関係性を構築せよという形で向けられる。そして、GID 特例法の要件は、この要求を相手方が拒むことが許されるかという基準となる。このうち、⑤要件の立法趣旨について、『性同一性障害取扱特例法逐条解説』は「例えば公衆浴場で問題を生じるなど、社会生活上混乱を生じる可能性があることなどが考慮された」としている。すなわち、⑤要件の定立においては、②非婚要件とは異なり、既存の法秩序との整合性というよりも、性同一性障害者の利益と、この利益を尊重した場合に「混乱」させられることになる社会の構成員の利益の衝突の調整が問題となっている。

この衝突の調整のためにいかなる立法をすべきかは、判断の基準となる立法が無いときに、一方当事者の要求を拒否するような法律行為ないし事実行為について、公序良俗違反やそれを理由とする不法行為を成立させるべきかという問題状況一例えば女性専用車両にMtFが乗車することを禁止する運送契約は公序良俗に反するのかと類似性を持つ<sup>48)</sup>。そこで、以下、この点についての山本教授と大村教授の議論を参照する。

山本教授はかかる問題状況を、個人の「基本権」同士が相互に衝突し、その調整が必要となる場面であると捉える<sup>49)</sup>。なにが「基本権」となるかというその解釈については憲

45) 子の福祉という目的そのものの評価を留保しつつ、目的と手段の均衡が取れているとするものとして、石田編・前掲注12)267頁〔谷口洋幸〕。

46) 大村敦志「性転換・同性愛と民法(下)」ジュリ1081号61頁, 63頁(1995)。

47) 一方、④要件の立法趣旨は、「残存する元の性別の生殖機能により子が生まれるようなことがあるならば、様々な混乱や問題を生じることにもなりかねず、また、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を否定できない」ことにある。南野監修・前掲注2)93頁。特に、前半の「様々な混乱や問題」について分析したうえで改正が検討されるべき問題であると思われるが、紙幅の都合上、本稿は⑤要件の検討に絞りたい。

48) 本文では、事前の立法のあり方を論じるため、「判断の基準となる立法がない場合」を想定した。一方、事後的な司法的判断がなされる場合、乗車拒否に関する立法は無くとも、法的な「男/女」がいかなるものであるかということについての立法はあるため、本文に挙げた例でも広い意味では裁判所が判断するときに参照する立法が存在することになる。判断の基準となる立法がある場合、裁判所は立法尊重義務があるから、基本的にはこの立法による決定を尊重することになる。山本敬三『公序良俗論の再構成』56頁(有斐閣, 2000)参照。本文の例では、現行法を前提とした場合、法的性別変更をしていないFtMは、法的には「女」と認められない。しかし、判断の基準となる立法がある場合であっても、裁判所はその決定を補完する役割を持つ。同書78頁, 86頁参照。すなわち、法的に「女」と認められない者であっても、具体的場面において乗車を拒否することは、その者の利益を過度に侵害し許されないのではないかという判断を裁判所は行うのである。

49) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一)」論叢133巻4号1頁, 18頁(1993)。この結果として、一定の場合には、基本権の侵害からの保護を国家に要求する保護請求権が一方に生じ、裁判所が当該法律行為を公序良俗違反とすることで、当事者を救済する。

法を参照する。また、民法 90 条は基本権保護を目的とした規定であるから、社会において妥当する道德規範のうち「良俗」として考慮されるものは、基本権保護という観点により取捨選択される<sup>50)</sup>。そして、「基本権」の衝突の調整は「暗黙の共通感覚によって判断せざるを得ない」場合があることを認めつつ、暗黙の共通感覚の基礎を、一方の「基本権」が「善き生」の構想を迫るために必要なものであるか、という憲法が依拠するところのリベラリズムの思想に求める<sup>51)</sup>。

かかる考え方によれば、⑤要件では、性同一性障害者の基本権と、性同一性障害者と関係性を築く他方の私人の基本権との衝突の調整が問題となっており、双方の「基本権」の解釈及びその衝突の調整を、憲法及びリベラリズムを基礎として図ることになる。

これに対して、大村教授は、コアとして承認されている基本権の保護の必要性を認める一方で、基本権の外延の確定としてなされる「基本権の解釈」においては、社会における「道德的規範」や人々の持つ「暗黙の共通感覚」としての「社会常識」を考慮せざるを得ないのではないかと問題提起する<sup>52)</sup>。大村教授によれば、「良俗」として問題となる、社会における「道德的規範」や「暗黙の共通感覚」は、「リベラリズム」や「基本権」の被分析項となるのではなく、むしろこれらを分析項とするものでもあるということになる。そして、公序良俗が問題となる場面は、当事者の利益とともに、「秩序」ないし「共同性」が保護法益となっていると分析する<sup>53)</sup>。

以上の議論を前提として検討するに、性同一性障害者の承認をめぐる公序良俗違反が問題となる場面では、単に性同一性障害者の固有の利益と、その者と関係性を構築する具体的な私人の固有の利益とが裸の衡量をされるのではない。そこには、性同一性障害者の要求が、またはその相手方となる具体的な個人の行為が、具体的な個人固有の利益とは別個のものであり、社会の構成員の規範意識の表れである、「道德的規範」や「暗黙の共通感覚」としての「社会秩序」に即しているかという観点が入り込むことが不可避であると考えられる。ここでは個人の利益の衝突とともに、「個人の支配領域」と「社会の支配領域」（「社会秩序」）との衝突が生じているのである。

個人の支配領域と社会の支配領域が衝突する場合、この線引きの判断の中心に、善き生の特殊構想を実現する基盤となる基本権を置くべきであることはリベラリズム及びそれを基礎とする憲法の観点から疑いない。かかる観点より、性同一性障害者が何らかの要件を充たしたときに、「自己認識における性」として承認される利益は、その尊厳ある生に不可欠なものであり、「基本権」としての保護が要請される。

一方で、基盤となる基本権がどこまで広がり、その確保を個人が社会に対してどこまで要求できるかという外延は、時代時代に応じて異なる社会における人々の規範意識、そしてそれを基礎とする社会秩序に依拠せざるを得ないように思う<sup>54)</sup>。もちろん、いかなる社会秩序も、そのような秩序があるというだ

50) 山本・前掲注 48)61 頁。

51) 山本・前掲注 48)24 頁, 69 頁。山本教授はこのような判断が必要となる場面として、代理出産契約やエイズテストを受けることを条件とした入院契約など、一方が自己の基本権の制約に同意していたとしてもなおその同意の法的有効性を否定すべき場合とは何か問われる場面を挙げる。

52) 大村敦志『もう一つの基本民法 I』23 頁 (2005)。

53) 大村敦志「山本敬三『公序良俗論の再構成』を味わう」民商 125 巻 2 号 248 頁, 274 頁 (2002), 大村・前掲注 52) 18 頁。

54) 長谷部恭男『憲法 (第 4 版)』156 頁 (2008) は、憲法 13 条により保障されるプライバシー権の範囲の問題について、「私的な領域と公的な領域とは複雑に絡み合っており」、「具体的にどこまでを私的な生活領域の問題として保護すべきかは、社会の慣習や通念によって定まる部分が大い。」としたうえで、「人は私的な生活とともに、公的な生活をも生きており、公的な生活領域はほかのすべての社会の構成員に共有されている」なかで、「私的領域の限界が同時に公的領域の限界でもある以上、独自の線引きを許すならば、社会生活そのものが成り立たなくなる恐れがある」とする。そして、「私的領域の線引きの問題は、財産制度のルール設定と同様、調整問題の一種である」と述べる。

けで、基本権の範囲を制約するものとして許されるわけではなく、リベラリズムの観点から、個人が共生するための秩序として正当化可能なものでなくてはならない<sup>55)</sup>。しかし、社会秩序がもし秩序として存在することが許されるようなものであれば、性同一性障害者も「個人」である一方で、「社会」ないし「共同体」の構成員の一員であり、そこでの共生を求められる以上、性同一性障害者の保護される利益が、社会秩序により限定されることもやむを得ないのである。

以上より、⑤要件の検討の枠組みとしては、基本権同士の対立の衝突の調整という枠組みよりも、「社会秩序」の観点をより重視し、そもそも性同一性障害者の「基本権」が「社会秩序」との関係でどこまで広がるか、そしてその保護を、関係性を構築する相手方や社会に対してどこまで要求でき、一方で相手方や社会はその要求をどこまで受け入れるべきか、という枠組みのもとで考察するべきである<sup>56)</sup>と考える。

## 2 当事者の不利益

そこでまず、性同一性障害者の「基本権」を考える前提として、当事者が現行法の⑤要件により被っている不利益について概観する。

当事者が、現行法上設定された性別変更要件により被る一般的な不利益については既に述べた。そこで、ここでは特に⑤要件がある

ことにより当事者が被っているとされる不利益について述べる。

まず、問題Ⅰとして、外性器を備えるためのSRSには高額の手術費がかかり、さらに身体的負担を伴うという問題がある。日本で手術する場合、健康保険が適用されないため、FtMであれば400万円から450万円、MtFであれば約230万円の費用がかかると言われる<sup>57)</sup>。性同一性障害者は就労しにくい<sup>58)</sup>ため、一般に収入が低いとされており<sup>58)</sup>、この手術費は当事者にとって大きな負担となる。日本でSRSを実施している医療機関がわずかである<sup>59)</sup>こととも相まって、手術費の安いタイなど国外での手術を選ぶケースも多いが、言語の問題から医師との意思疎通が十分に図れないといった危険が指摘されている<sup>60)</sup>。さらに、手術には常に身体的な危険が伴う<sup>61)</sup>。

SRSがこのようなものであることにより、経済的な余裕がない当事者及び手術に耐えられない身体を持つ当事者は、法的性別を変更する道が閉ざされる。

これを問題Ⅱの視点から見ると、望まない手術を当事者が強いられるという問題となる。性別違和がどのような治療により解消されるかは人それぞれである<sup>62)</sup>。例えばFtMの中でも男性ホルモンの投与や、乳房切除術によって性別違和を解消できるような者もいる。しかし、このような当事者も、性別違和が無いにもかかわらず、法的性別を変更するためだけに身体への侵襲を伴うSRSを受け

55) このような観点から90条の「良俗」も取捨選択されるべきである。「良俗」を基本権保護の観点から取捨選択するとされる山本教授の見解と発想は近い一方で、「良俗」は必ずしも基本権保護に向けられている必要はなく、基本権保護に向けられていないものであってもリベラリズムの観点から共生のためのルールとして正当化可能であれば、「良俗」として考慮すべきである<sup>55)</sup>と考える。

56) このように考えると、⑤要件の定立は、性同一性障害者と社会秩序をどのように調整するかが問題となっている点で、大村敦志『法源・解釈・民法学』172頁（有斐閣、1995）が言うところの、それぞれの社会に存在する社会規範を考慮せざるを得ないという家族法の立法の問題と同質性を有することになる。

57) 石田編・前掲注12)17-18頁〔石田仁〕。

58) 石田編・前掲注12)47頁〔田端章明・石田仁〕。

59) 2006年当時、公的にSRSを行っている病院は4院しかない<sup>59)</sup>とされている。セクシュアルマイノリティ教職員ネットワーク編『セクシュアルマイノリティ：同性愛、性同一性障害、インターセックスの当事者が語る人間多様な性（第2版）』107頁〔土肥いつき〕（明石書店、2006）。

60) 石田編・前掲注12)26頁〔石田仁〕。

61) セクシュアルマイノリティ教職員ネットワーク編・前掲注59)120-121頁〔土肥いつき〕。

62) 野宮ほか・前掲注9)34-35頁〔針間克巳〕。

なければいけなくなるのである<sup>63)</sup>。

そして、問題Ⅲとして、SRSが受けられない、もしくは受けることを望まない当事者は、既述のとおり、法的承認が得られないことによる不利益、さらにそのことを基礎として、社会から「歪んだ承認」をされる不利益を受ける。

### 3 社会秩序

次に、基本権の外延を確定する上で考慮されるべき、日本社会における「社会秩序」について検討する。

この問題を論じるにあたっては、第一に、我々の社会の社会秩序及びそれを支える規範意識はいかなる内容のものであるのかが確定されなければいけない。

⑤要件は、「男/女」と認められるためには外性器を備えていなければいけない、より抽象化すれば「見た目の男/女らしさ」を備えていなければいけないという規範意識、及びそれに支えられる社会秩序が存在することを前提としている。

しかし、もし仮に調査の結果として、そのような規範意識が存在せず、または立法趣旨が説くような場面で、外性器を備えていなかったとしても混乱が特に生じないのであれば、⑤要件を厳格に設定する正当化根拠が失われることになる。

したがって、この点についての法社会学的な調査が重要になる<sup>64)</sup>。

第二に、前述したとおり、かかる社会秩序は、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ぬ。例えば、1960年代までのアメリカでは、通学する学校やバスの中で座る席を、黒人と白人で「区別」という「社会秩序」が法的に保護されていた。

この社会秩序は、黒人を二級市民とみなす、一定数の白人の規範意識に支えられていたであろう。しかし、このような差別的な社会秩序は、それを支える規範意識が特に南部で残っていた時代に、黒人の権利利益を制約する正当化根拠とすべきではないという観点から、裁判所<sup>65)</sup>及び立法府<sup>66)</sup>により否定された。この事例は、社会秩序が存在するというだけでは、個人の保護される権利利益の範囲を制約する正当化理由とならないことを表す。

リベラリズムの立場からは、法に正統性が認められるために、それが正義概念に則っていること、すなわち、善き生の特殊構想に依拠せず、個別的同一性が捨象された、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<sup>67)</sup>。

では、「男」または「女」と認められるためには外性器を備えていなければいけない、より抽象化すれば「見た目の男らしさ」または「見た目の女らしさ」を備えていなければならぬという社会秩序ないし規範意識は、かかる要請を満たし、黒人に対する白人の差別意識と質的に区別されうるだろうか。自己認識における性ではなく、生物学的な性により「男/女」を規定することについての正当化理由が要求される。

まず、社会秩序は人々の選好充足度を最大化する秩序の表れであるという純粋な功利主義的議論は取るべきではない。なぜなら、この議論は、「性同一性障害者は社会における異端な存在であり、この者の法的性別の変更など到底受け入れるべきではない」といった、普遍主義的な正当化が不可能である差別的な外的選好を、選好集計に含めてしまうからである<sup>68)</sup>。

そこで、一つの解答を「公示」に求める。

63) 吉野・前掲注30)388頁。石川・前掲注16)189-190頁は、「社会からの圧力」が当事者をSRSに追い込むとする。

64) 大村・前掲注56)179頁注16。

65) 黒人と白人の学生を分離した公立学校の設立を定めたカンザス州の州法を違憲とした *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) など。

66) 1964年に公民権法 (Civil Rights Act) 制定。

67) 井上達夫『法という企て』16頁 (東京大学出版会, 2003)。

68) ここに、不正な外的選好も無差別に選好集計に含んでしまうという功利主義の大きな問題点 (この問題に



ある個人が異性に対して感じる性的羞恥心または性的不安などの性的利益が法的保護に値することにほとんど異論の余地はないであろう。ここで、例えば見た目がいまだ「男」に見える MtF が女性専用車両に乗ったとしても、その MtF の性指向が男性に向いていれば、乗客である女性の性的利益が害される危険はない。しかし、自己認識における性が、男であるのか女であるのかというのは、外見によっては公示されず、判断することができない。そして、一般的に見た目が男であれば、自己認識における性も男であり、かつ性指向が女性に向いている蓋然性の方が高い。そうだとすると、見た目が男であるということは、自己認識が男であると社会的には公示されているということになり、性的利益が害される抽象的な危険が生じるのである。その他の女性／男性専用施設や、刑務所における処遇についても同様のことが言える。このように、自己認識における性が公示されないことから生じる、性的利益への危険から社会の構成員を保護する必要があるという理由により、かかる社会秩序は正当化されるのである。

しかしこの考え方は、突き詰めると困難な問題を生じる。例えば、技術が発達して、女性専用車両や女子トイレの入り口に、自己認識における性が女性である者のみを判別し、入ることを許すようなセンサーが取り付けられた場合、中にいる者は全て自己認識における性が女性であることが担保されるから、女性の性的利益を侵害する危険は生じない<sup>69)</sup>。また、職場など特定人との間の人的関係しか問題とならないようなときは、性同一性障害者であると伝えることで公示の要請が充たされているとも評価されうる。しかし、このよ

うな場合であっても、当該 MtF の見た目が「男」のままであったならば、その外見とは異なる女性として扱うことについて、社会の構成員は性的羞恥心を感じ、抵抗感を持たざるを得ないと思われる。このような感覚は、社会的に構築された本来持つべきでない感覚であり法的保護に値しない、したがって、社会の構成員はそのような性的羞恥心を感じることも受忍すべきとなるのだろうか。

私見では、ここでの抵抗感は、元をただせば性同一性障害に対する差別意識ないし偏見に由来するものであっただろう。しかし、性同一性障害者と関係性を構築する者は、性同一性障害者の実情及び不利益を一応理解し、その者が自己認識においては異なる性を持っていることを一応承認したとしても、なお見た目の男らしさ、女らしさについての観念を社会から強固に植え付けられて育った結果、それを満たさない者を逆の性として扱うことに、決して小さくはないであろう心理的負担を囚らずも感じてしまうと考えられる。このような観念は社会的に構築された持つべきではないものであるとしても、事実として当人に帰責性なく植えつけられてしまった以上、反射的に感じてしまう抵抗感を否定されることによる心理的負担を課されない利益は、人々の規範意識が徐々に変化するまで、なお保護に値するものとして普遍的正当化の要請を満たすのではないだろうか<sup>70)</sup>。

このような理由により、見た目の男／女らしさを、男女としての承認に要求する規範意識、それに支えられた社会秩序は、暫定的で将来に向かって徐々に変えられるべきものであるという強調すべき重要な留保が付きつつも、現段階では保護される。これが「公示」の要請に続く第二の解答である。

については井上・前掲注 67)272 頁が現れている。

69) 厳密には性的指向が女性に向いているとかかる危険が生じうる。

70) このように考えると、黒人差別問題についても、黒人が一級市民として承認されたのちの移行期間においては、それまでの社会規範により植えつけられた固定観念ゆえに、人々が黒人を一応承認していてもなお感じてしまう抵抗感については、これを保護することが許されるということになる。しかし、後述のとおり、制度設計の問題としては、かかる抵抗感が保護に値するとしても、具体的場面において、少数者の被る不利益の内容及び程度と抵抗感の内容及び程度を検討したうえで、その抵抗感を受忍すべきとする場面が生じうる。したがって、抵抗感が保護に値するということが、それを保護するような制度設計を正当化することには直ちにつながらず、これはまた別の問題である。



以上より、「社会秩序」は、保護に値する社会の構成員の利益に還元される形で、性同一性障害者の利益を制約する正当化理由となると考える。

#### 4 改正案

以上に基づいて、具体的な改正案を検討する。

なお私見では、後に詳述するように法的性別はあくまでも当該性同一性障害者をいずれの性として取り扱えばいいかについての原則であって、それが妥当でないときには、原則に対する例外として、個別具体的な場面ごとに立法的対応をすべきである。したがって、ここではまず、その原則ないしベースラインをどこにおけばいいかという問題を検討することになる。

⑤要件の改正については、まず現状維持案が考えられる。ドイツ<sup>71)</sup>、フランス<sup>72)</sup>、オーストリア<sup>73)</sup>、アメリカの多くの州<sup>74)</sup>、カナダのほとんどの州<sup>75)</sup>の法が外性器要件を要求している。しかし、日本の多くの見解は性同一性障害者の被る不利益の大きさを主な理由として、⑤要件を今のまま維持することに批判的である<sup>76)</sup>。

問題Ⅲの不利益は、後述する個別的場面における性同一性障害者の取扱いについて原則に対する例外を認めることや、文書において不必要な記載を禁止することで一定程度緩和することが可能である。しかし、問題Ⅰ、問題Ⅱとして生じる、高額な手術費、危険を伴う手術、法的性別の変更が一生不可能になる

当事者を生み出すという問題は、現状を維持する限り消えることはない。特に、自己認識における性に基づく承認を受ける利益が、人格的生存に不可欠であることを前提とすれば、法的性別の変更が著しく困難、または一生不可能となるような当事者を生み出すことは問題である。一方で、性同一性障害者はホルモン治療により、MtFは乳房の増大及びあごひげや体毛の発育の減少が生じることによって、また FtMは声帯の変化や髭及び体毛の増加が生じることによって<sup>77)</sup>、見た目の上では「女／男らしさ」をかなりの程度獲得することができる。そうだとすれば、社会に対する混乱が、外性器を伴わないこと自体を原因として生じるのは、立法趣旨がまさに述べるところの、外性器が露出される公衆浴場の場面にほぼ限られるのではないだろうか。そして、公衆浴場の場面で男／女とされるのに必要な外性器を備えない者が入浴することによる、他の入浴者の混乱は保護に値するが、これには後述するとおり、原則に対する例外として取り扱うことで足りると考える。

当事者の被る大きな不利益、及び社会秩序との抵触が限定的であることを考えれば、外性器を備えなくても自己認識における性としての法的承認を受ける利益は「基本権」として認められるべきである。そして、公衆浴場という限られた場面における社会の混乱の保護を理由として、この利益を原則として制限することは、目的は合理的であっても、手段として過剰であり妥当性を欠く<sup>78)</sup>。

次に、性同一性障害であると診断されたこ

71) 大島俊之『性同一性障害と法』157頁（日本評論社、2002）。

72) 大島・前掲注71)148頁。

73) 大島・前掲注71)170-171頁。

74) 大島・前掲注71)212頁。

75) 大島・前掲注71)223頁。10州のうち8州についてSRsが必要であり、残りの2州については資料が入手できなかったとされている。したがって、残りの2州については不明である（同書214頁）。

76) 大島・前掲注23)116頁、石田・前掲注12)270-271頁〔谷口洋幸〕、二宮・前掲注44)8頁など。

77) 野宮ほか・前掲注9)79-91頁〔内島豊〕。

78) 大村・前掲注52)21頁は公序良俗違反の判断において、当事者の利益が社会秩序にも照らし合わせて基本権といえるか、という基準とともに、「合理的な目的と手段の妥当性」の基準を挙げる。一方、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（二）」論叢133巻5号1頁、17-18頁（1993）は、アレクシーの議論をひいて、衝突する基本権同士の利益衡量を「一方の原理の非充足または侵害の程度が高ければ高いほど、他方の原理の充足の重要性が大きくなければならない」という衡量法則（狭義の比例原則）を基礎とし、さらに適切性と必要性

とのみを要件とすること、すなわち⑤要件に該当するものを削ることが考えられる。このような要件で認める立法は諸外国には見当たらない。

このような緩やかな要件は、当事者の利益を強く保護することになる一方で、見た目に全く「男／女らしさ」が無い者を、男ないし女として承認することを社会の構成員に要求することになる（例えば、外見は「男」にしか見えない MtF が女性専用車に乗ってきたときに、乗客の女性はこれを受け入れることを要求される）。しかし、これは公示がないことによる混乱の問題、及び見た目の「男／女らしさ」を承認の条件とする規範意識との大きな抵触を生む。前述のとおり、見た目に「男／女らしさ」を要求する社会秩序は現段階では保護に値する。そうであるとすれば、性同一性障害であるということから直ちに「自己認識における性」に基づく法的身分を得られる利益は、社会秩序との抵触が大きいという理由により、現段階では「基本権」として認めることは困難であると考えられる。したがって、要件をこの程度までゆるめるのは妥当でない。

そこで、上の二つの中間の領域において線を引くことが考えられる。

諸外国の立法を見ると、イギリスの「Gender Recognition Act」は⑤要件に対応するものとして、性別違和を有するもしくは有してきたことを前提として、申し立てがなされた日の時点で獲得した性別で二年は生活していることと、死亡するまで獲得した性別での生活を続ける意思があることを要件とする<sup>79)</sup>。手術に関する要件はない。また、スウェーデン法も、子供のときから法的な性と異なる性に属する生き方をしてきて、かつ長期間その性によって生活し、かつ将来もそのような性によって生きていこうとする者であることが要件となっている<sup>80)81)</sup>。

これらは客観的な「継続性」の要件と、主観的な「継続意思」の要件と言える。そして基本的には、日本法においても現行法の⑤要件に代えてかかる要件を定立すべきであると考える。

まず「継続性」について、ここまで性別が問題となる状況—刑務所、職場、女性／男性専用施設など—において、男女の区別を外見において判断する規範意識、及びそれに支えられる社会秩序は正当性を持つとしてきた。このことより、「基本権」の外延は外見において「男／女らしさ」を有しているかということにより画さざるを得ないと思われる。逆に、通常 of 社会生活において、外見上「男」または「女」であると承認できるのであれば、外性器が無くとも性同一性障害者は「男」または「女」と扱われるべきである。したがって、このような内実を持つ「継続性」を新たな要件とすべきである。

この「継続性」の有無は、自己認識における性によって社会生活を送っている年数、社会における服装、生活態様、ホルモン治療の結果として生じてくるような身体的特徴などの総合考慮により、社会通念上、外見的な「男／女らしさ」を備えているかという観点から決せられるものと考えられる。ここで、「外見上の男／女らしさ」という要件は漠然としており、裁判所にとっての明確性や一定の外観を備えていることを担保する必要から、例えば自己認識における性によって社会生活を送っている年数についてイギリスのように最低期間を設けるべきか、またはホルモン治療を受けていることを総合考慮の要素ではなく要件とすべきかなどが問題となりうる。しかし、このような要件の明確化は一方で、外見上は十分に「男」または「女」に見える当事者が、要件が充たされないことにより性別変更を認められないおそれを生じさせる。より多くの事例を検討しない限り、いずれが良いとも言

の原則によって行うとする。いずれも具体的なあてはめにおいて実質的な違いはないと考えるが、ここでは大村教授の枠組みに従った。

79) 針間他・前掲注 4)121 頁〔針間克巳〕。

80) 大島・前掲注 71)151 頁。

81) なお、アメリカのいくつかの州も、SRS を要求していない。大島・前掲注 71)212-213 頁。

い難い。

さらに、ホルモン治療により乳房が増大する MtF と異なり、FtM の場合、ホルモン治療によっても乳房の変化はほとんど認められない<sup>82)</sup>。乳房切除術を行っていない FtM について、外見上は「男」になっているとして継続性の要件をみたす場合がありうることを認めていいのかという困難な問題が残る。「継続性」の内容を詰めていく上で一つの焦点となるであろう。

一方、「継続意思」は、性別変更時点のみならず、将来的にも外見上の「男／女らしさ」が継続することを、当事者の主観によって担保するものであり、これも改正後の要件とすべきである<sup>83)</sup>。

以上より、⑤要件は、現在の外性器要件から、上で述べた内容を持つ継続性要件と継続意思要件へと改正がなされるべきであると考ええる。

なお、繰り返しになるが、かかる改正案は、外見が「男／女」であれば、その者を「男／女」として扱っていいという規範意識が現在において存在することを一応の前提としている。したがって、実際の検討にあたっては、これを確かめるための社会調査が不可欠である。とはいえ、立法は、現状を追認するためだけになされるわけではない。調査はあくまでも事実の観察にとどまるのに対し、立法には将来に対する展望も必要になるのである<sup>84)</sup>。性別の意義はより相対化されるべきではないかという思いも込めて、かかる改正を提案したい。また、社会秩序は時代にに応じて変わるため、この先もかかる改正案が正当性を維持するとは限らないことも改めて付け加えたい。

## VI. 個別具体的な場面における修正

法的性別は、具体的場面において、性同一性障害者をいずれの性として扱えばいいのかについての第一の基準となる。しかし、それを絶対的なものとすべきではない。目的の合理性と手段の妥当性が、具体的な適用場面においても追及されなければならない。具体的場面において、法的性別を基準として性同一性障害者を取り扱うことが妥当でなく、法的性別を変更していない当事者が、法的性別と反対の性に基づく取扱いを受けるべき場合がある。逆に、法的性別を変更した当事者を、法的性別と逆の性として扱うべき場合がある。以下、論点 I に付随する問題として、これらを検討する（なお、前者については、⑤要件に限らず、①要件ないし⑤要件のいずれかを充たさないために法的性別変更をしていない性同一性障害者が、かかる利益を有する場面について検討する）。

### 1 刑務所

刑務所の収監及びその後の処遇は、法的性別に応じてなされる<sup>85)</sup>。例えば MtF は、法的性別の変更をしていなかった場合、男性刑務所に収監される。しかし、MtF の自己認識における性は女性である。したがって、当該 MtF が雑居房に收容されると、男性に囲まれて常に性的不安を感じ続けることになる。また、例えば MtF はホルモン治療や SRS の効果などにより、身体的な外観も女であることがある。このときは、性的不安にとどまらず、周りの男性収監者との関係で、性

82) 野宮ほか・前掲注 9)89 頁〔内島豊〕。

83) この外見上の「男／女らしさ」が将来においても継続することについて「継続意思」はその担保力がそこまで強くない。これを制度的に担保するために、SRS 及びホルモン治療を健康保険の適用対象とすべきと考える。野宮ほか・前掲注 9)229-230 頁〔原科孝雄〕など。これは、性同一性障害者のみならず、社会の構成員にとっても、性同一性障害者との関係が安定するという点で利益になると思われる。大島・前掲注 71)19-23 頁によれば、ベルギー、フィンランド、フランス、イギリス、スウェーデン、ノルウェー、ドイツなど多くの国が、SRS 及びホルモン治療の費用を保険がカバーしている。日本もこれと歩調を合わせるべきであろう。

84) 大村・前掲注 56)218 頁。

85) 南野監修・前掲注 2)99-100 頁、名古屋地判平成 18 年 8 月 10 日前掲注 14)。

的危険が及びかねない<sup>86)</sup>。さらに、外見において異性であると感じさせる者を他の受刑者と同じ雑居房に入れることは、他の受刑者、さらには刑務所の秩序維持との関係でも望ましくない。一方で逆に、自己認識における性に基づいて性同一性障害者を扱うとすると、SRSまで終えている場合を除き、雑居房にいる自己認識における性と同性の収容者に混乱を生じさせるおそれがあり不都合である。

したがって、当事者の性的利益の保護や刑務所の秩序維持という目的を達成するための妥当な手段は、法的性別の変更をしていない性同一性障害者のうちSRSまで終えている者は自己認識における性に基づき収容し、残りの性同一性障害者は、独居房へ収容もしくは FtM または MtF 同士で収容することであると考える<sup>87)</sup>。また、髪型等についても、自己認識における性に基づく取扱いがなされるべきである。裁判例として、法的には男性であるが SRS を受けていた MtF は、被疑者留置規則 12 条 1 項、監獄法 3 条 1 項の趣旨に照らし、その名誉、羞恥心及び貞操等を保護し、留置場内の規律を維持するために男子と区分して留置すべきであったとして、この者を男子と共同留置したことには裁量の範囲を逸脱した違法があるとしたものがある<sup>88)89)</sup>。この裁判例は、監獄法及び被疑者留置規則の解釈により事件を解決しているが、一定の場合に、法的性別と異なる取扱いを認める明確な立法的措置をすることが望まし

い。

## 2 学校

未成年は①要件により、性別変更が認められない。そうすると、未成年、特に中高生の性同一性障害者は、例えば MtF であれば自己認識における性別が女であるにもかかわらず、男子用の制服を着用させられ、男子と一緒に体育の授業を受け、また長髪について学校から咎められる危険がある<sup>90)</sup>。自己認識における性として振る舞うことで、いじめを受けることもある<sup>91)</sup>。一方で 18 歳以上でないと、ホルモン療法も受けられないため<sup>92)</sup>、身体的特徴は法的性別通りの性を表すと考えられる。そうすると、仮に性同一性障害者を反対の性として扱ったとしても、周りの理解がない限り、いじめの対象となる危険が残るように思う。また、例えば自己認識における性と同性の生徒たちと同じ更衣室を使用することを許すと、その性を持つ一般生徒の混乱を生む可能性がある。このように、中学または高校において、性同一性障害者をどう取扱うかは非常な難問である。更衣室などの場面に配慮しつつ、性同一性障害であると診断された場合には、自己認識における性に基づいて扱うことを立法により認めるべきと考えるが、問題提起にとどめたい。教員を始めとする周囲の配慮が何よりも重要であることは言うまでもない<sup>93)94)</sup>。

86) 野宮ほか・前掲注 9)207 頁〔大島俊之〕。

87) 大島俊之「拘置所・刑務所における性同一性障害者の処遇」ジュリ 1212 号 73 頁, 74 頁 (2001) は、MtF について① SRS を完了している者は、女子施設に収容② SRS を完了していないが、すでに男性としての生殖能力を喪失している者も女子施設に収容 (ただし、ほかの被収容者のプライバシーに配慮して、ある程度、隔離すべきとする) ③ SRS を完了しておらず、生殖能力を保持している者は男子施設に収容するが、本人の安全等に配慮してある程度隔離すべきとしている。

88) 東京地判平成 18 年 3 月 29 日判時 1935 号 84 頁。

89) 実際の運用においても、性別変更はなされていないものの SRS を終えた MtF について、基本的には男性として処遇しつつ、四六時中ほかの男性の被収容者から隔離して扱ったという例があるようである。野宮ほか・前掲注 9)207 頁〔大島俊之〕。

90) 野宮ほか・前掲注 9)118 頁〔野宮亜紀〕。

91) 野宮ほか・前掲注 9)118 頁〔野宮亜紀〕。

92) 性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン (第 3 版) 16 頁。

93) 野宮ほか・前掲注 9)137-140 頁〔虎井まさ衛〕。

94) 本文では共学を想定した。しかし、さらに男子校/女子校に法的性別とは反対の自己認識における性を持



### 3 公衆浴場

公衆浴場において、外性器を備えていない者が入浴した場合、他の入浴者に混乱が生じる場合がありうる。本来、性同一性障害者が自己認識における性に基づいて入浴した場合、他の入浴者が、性的対象として見られる不利益を被ることはない<sup>95)</sup>。しかし前述した公示の問題があり、さらに反射的に感じてしまう抵抗感は保護に値する。また、公衆浴場で自己認識における性に基づいて入浴する性同一性障害者の利益は、人格的生存に不可欠とまでは言えないと思われる。かかる観点から、例えば改正案の⑤要件の充足により法的性別を変更したものの、SRSを行っていない性同一性障害者に対して、公衆浴場の経営者が変更後の法的性別での入浴を拒否したとしても、他の入浴者の性的安心感を保護するという目的には合理性があり、その目的のために性同一性障害者の入浴を制限するという手段も妥当なものと言わざるを得ないと考える。したがって、その拒否行為は公序良俗に反して不法行為に当たるとまでは言えなくなる。

### 4 その他

(1)ないし(3)で論じた場面以外にも、法的性別と異なる取扱いをすべきか否かが問題となる場合がある<sup>96)97)</sup>。事前に予想することができ、ある程度一般化が可能な場面については、明確性及び法的安定性を確保するため、なるべく立法的措置をとることが望ましい。それ以外の場面については、裁判例の蓄積が待たれる。

## VII. 制度—性別表記—

ここまで、法的性別においては、男女二分法を前提としつつ、その越境のハードルを低くする方針を提示し、またその境界線は個別具体的な場面において動かすべきものであるということを論じた。次に、論点Ⅱについて、社会の構成員の多様なアイデンティティを包摂するために、この前提となっている男女二分法を相対的に希薄化<sup>98)</sup>する試みについて検討する。

### 1 不必要な性別表記の削除

行政文書における不必要な性別表示の削除、及び行政文書の記入の場面での不必要な

---

つ性同一性障害者の入学を許可すべきかという問題がある。私立学校については、未成年の性同一性障害者は外見において法的性別通りの性が現れており、生徒に混乱を生じさせる可能性があるため、当該学校法人の学校運営の自由、教育の自由の一環として、このような生徒の入学を許可しないことも認められるように思う。一方、公立の男子校／女子校については学校運営の自由は観念できないが、男子／女子しかいないという秩序があることを前提に入学してきた他の生徒の、反対の性の外見を有する者と空間を共にすることで生じる困惑ないし混乱は、なお法的保護に値するように思うことを理由として、このような生徒の入学を許可するのは困難であるとするのもやむを得ないと考える。

95) 厳密には、性同一性障害者の性的指向が自己認識における性と同性に向いていた場合は、他の入浴者がかかる不利益を被る危険がある。しかし、これは性同一性障害者ではない者で、同性愛指向を持つ者が入浴する場合にも生じる問題である。

96) 会社が法的性別を変更していないMtFからの女性として扱ってほしいという申し出に対し、適切な対応を取らなかったということの一つの理由として、懲戒解雇の相当性が否定された事例として東京地決平成14年6月20日労判830号13頁。

97) 強姦罪の保護法益は女性の性的自由である。自己認識における性が女性であり、SRSにより外性器を備えたMtFについては、法的に性別変更をしていなくとも、姦淫された場合の不利益状況は、SRSを受け、かつ法的に性別変更をしたMtFと同一であると考えられる。このような者は「女性」としての性的自由を有するとして強姦罪の客体に含めるべきではないだろうか。

98) 男女二分法に基づくアイデンティティを持つ人もまた社会に包摂されるべきという観点から、男女二分法を否定はするべきではない。あくまでもその重要性を相対的に低くするのである。



性別記載の要求の否定は、多くの論者が主張し、また当事者が希望するところでもある<sup>99)</sup>。性別の表示及び記載要求は、絶対的な基準ではない男女二分法を維持することにつながる。そして、単純な男女二分法とは異なるアイデンティティーを持つ者が、その他の構成員と同様に抵抗感なく社会生活を送ることを困難にし、そのような者を社会が包摂することを阻害する。

法定の身分証明書の存在しない日本においては、住民票、パスポート、社会保険証、運転免許証などが身分証明書としての役割を果たすことが多い<sup>100)</sup>。このうち、運転免許証には性別記載がないが、住民票、パスポート及び社会保険証にはこれがある。そして、不動産契約、正規社員としての雇用契約、医療契約などの締結にあたってこれらの証明書を提示することが求められ<sup>101)</sup>、そのたびに性同一性障害者は苦痛を感じることになる。しかし、住民票や社会保険証に性別を記載する必要性は見いだせない<sup>102)</sup>。選挙の投票所入場券なども含め、不必要な性別記載は削除されるべきである。また、印鑑登録証明書の申請用紙や各種行政サービスの申込書などの行政文書を記載するにあたって、無意味に性別の記載を求めることもやめるべきである。東京都小金井市（性別記載欄がある申請書等300件、うち削除可能なものが108件）、千葉県市川市（性別記載欄がある申請書等306件、うち削除可能なものが125件）、東京都世田谷区（性別記載欄がある申請書等300件、うち削除可能なものが171件）などの地方自治体が、これに取り組んでいる。削除不能とされた文書については、身体介助において法

が同性介助を原則としているなどやむを得ないものもある一方で、法律・政令等に性別記載が定められており、地方自治体の裁量を超えるために削除できなかったものもあるようである<sup>103)</sup>。後者については、国の対応が求められる。

## 2 法的性別と異なる性別の記載

次に、性別記載の表示が必要である書類について、法的性別と異なる性別を記載することを許容すべきかが問題となる。結論としては、書類が性別記載を要求する趣旨から個別具体的に考えていくしかない。そこで、ここではその一例としてパスポートを取り上げる。

パスポートはほかの書類に比べて、名義人の同一性確認の必要性の度合いが高いと言え<sup>104)</sup>、また性別記載が国際標準であるように思うので、性別記載が必要な証明書であると言える。そしてパスポートは、海外に渡航する者と旅券保持者の同一性を公に証明し、外国に対して保護を依頼するために政府が発行する身分証明書<sup>105)</sup>であるから、相手国政府との関係で、性別欄には法的性別を記載しなければならないとも思える。しかし、法的性別と別の性の外見を有する性同一性障害者は、パスポートに法的性別が記載されることで、入出国の手続き時、パスポートの提示が求められるような買物時などに、名義人との同一性が疑われる不利益を被る可能性がある<sup>106)</sup>。また、差別犯罪が多発するところでは命の危険さえある<sup>107)</sup>。さらに、相手国政府や、相手国で性同一性障害者と関係性を構

99) 石田編・前掲注12)58頁〔田端章明・石田仁〕。

100) 大村・前掲注46)61頁。

101) 針間ほか・前掲注4)74-75頁〔上川あや〕。

102) 大村・前掲注46)62頁、針間ほか・前掲注4)169-170頁〔大島俊之〕など。健康保険証については、医師が治療を行うにあたって、性別を確かめることが必要な場合があるが、これは医師が実際に診療をするにあたって必要があるときに個別に確かめればよいのであり、単なる風邪の治療のような場合も含めて一律に窓口で性別を確認する必要はないと思われる。

103) 地方自治体の取り組みについては南野監修・前掲注2)252-257頁。

104) 大村・前掲注46)68頁注(1)。

105) 芦部信喜『憲法（第4版）』217頁（岩波書店、2007）。

106) 野宮ほか・前掲注9)119頁〔野宮亜紀〕。

107) 虎井・前掲注18)20-21頁。アメリカネブラスカ州で男性として生きてきたMtFが実は法的には女性である

築する者にとって、同一性確認のためにはむしろ、外見上の性別が記載されているほうが望ましい<sup>108)</sup>。したがって、①ないし④要件を充たさないがために法的性別を変更できない当事者についても、改正案における⑤要件を充たすことにより、パスポートの性別記載は変更することが認められるべきと考える<sup>109)110)</sup>。

### 3 私人間文書

行政文書については国及び地方自治体が対応することにより、不必要な性別記載を無くすことができる。しかし、私人間で交わされるありとあらゆる文書—各種会員登録申込書、街頭アンケートなど—について、その性別記載が一见、不必要であると思われる場合であっても、これを法律で規制するのは困難であり、また性別記載を求める私人の利益との関係から法律によって規制すべきではないと思われる。したがって、これらの文書において性別記載を要求されることによる不利益へは、そのときに同時に提示を求められる身分証明書から性別記載をなくすこと、法的性別を記載しなければならない絶対的な必然性がない場合には、自己認識における性に近い性別を記載することを当然に許容することで対応すべきと考える<sup>111)</sup>。

## VIII. おわりに

法的な性別とはなにか。法的性別はどこに向かうのか。この問いに答えて本稿を終えたい。

法的性別とは、それに基づく権利義務ないし法律効果を発生させるものである。

法的安定性の見地からは、「男」または「女」という法的身分から発生する権利義務ないし法律効果は一定であることが望ましい。したがって、例えば病気などにより夫婦のいずれかが生殖能力を欠くとしても、妻が婚姻中に懐胎した子については民法 772 条 1 項により嫡出推定が働くことになる。従来法は、「男」ないし「女」に該当する者を固定化し、そこに属する集団を、同一の権利義務を有し、同一の法律効果が発生する主体として扱った。

しかし、法的性別は一方で、社会において特定の性別を有する者として承認されるための基礎となる。

したがって、法的性別の変更が認められないことによって、個人が社会から承認されない不利益を被り、かかる不利益を個人に受忍させることが妥当でない場合には、法的性別は内容を変更することを迫られる。かかる要請に基づき、GID 特例法は、男女の法的身分の越境可能性を認めた。

本稿ではかかる要請をより重視し、特に⑤

と発覚し、殺されたブランドン事件を描いた映画としてキンバリー・ピアース監督『ボーイズ・ドント・クライ』(1999)がある。

108) 大村・前掲注 46)68 頁注(1)。

109) アメリカやオーストラリアはパスポートの性別記載の変更に関する要望について柔軟に対応している。針間ほか・前掲注 4)170 頁〔大島俊之〕。

110) 本文における検討では短期滞在を考えた。しかし、特定の外国に長期間滞在する場合、そこで男女が問題になる法律関係(例えば男子校/女子校への入学、刑務所への収容など)を形成するに当たり、男女の証明にパスポートを用いることがある可能性がある。パスポートの機能についてより詳細な検討が必要である。

111) 今後、雇用契約締結時に法的性別と同じ性別を表示することを求めることが不法行為を構成するか、または法的性別と異なる性別を表示して雇用契約を締結したことが懲戒解雇事由にあたるかが、性別表示を求める絶対的な必然性の問題として議論になりうると考える。後者の問題について、荒木尚志『労働法』398 頁(有斐閣、2009)は、経歴詐称が重要な経歴に関するものである場合、労使双方の信頼関係に基礎を置く継続的契約上の信義則違反であり、懲戒事由の一つとなすとする。私見では、法的な男女が決定的に重要な職業である場合を除き、法的性別と異なる性に基づいて契約を締結したとしても、職務に支障が出るとは考えられず、労使間の信頼関係を害するというのも説得的でないので、懲戒事由には当たらないと考える。大学中退の秘匿は経歴詐称として懲戒事由にあたるが、刑事事件の有罪が確定していない段階で賞罰なしとした点はこれに当たらないとした最判平成 3 年 9 月 19 日労判 615 号 16 頁も参照。

要件について、社会秩序とのバランスを取りつつ、法的身分の越境可能性を高めることを提案した。そして、これにより社会秩序との関係で具体的場面において不都合が出る場合、また具体的場面において性同一性障害者の利益保護について不十分さが残る場合、当該法的性別に通常認められていた権利ないし法律効果を制限し、また一方で当該法的性別に通常認められていなかった権利ないし法律効果を拡張することが妥当であるとした。

かかる取扱いを許容することは、性別という法的身分から一律の権利義務ないし法律効果を発生させるという、従来の法的性別の意義を揺るがすものである。

しかし、それでもいいのではないかと、むしろそうせざるを得ないのではないかと考えている。

従来の法的性別は、その身分が認められる主体の均質性—同じ外性器、同じ染色体、同じ生殖腺を持つ者—を予定していた。ところがGID特例法は、従来の法が予定していなかった主体を、法的性別の枠の中に取り込んだ。主体の均質性という前提を、GID特例法は突き崩したのである。そうであるとしたら、かかる前提がもはや成り立たない以上、同一の権利義務、同一の法律効果という帰結も、論理必然ではないが変更されることが許され、主体の特質に応じた権利義務、主体の特質に応じた法律効果を認めるところまで進んでよい、もしくは進まざるを得ないのではないだろうか<sup>112)</sup>。比喩的に言えば、両端に法が従来予定していた「男」と「女」の特質を有する主体とそこから生じる権利義務ないし法律効果があり、その間はグラディエー

ションになっている。絶対的であった法的性別を、このように一定程度相対化することを認めてもよいのではないだろうか<sup>113)</sup>。

本稿で、性同一性障害が法的性別に対して投げかけた問題を題材にして検討したかったのは、究極的には、個人が自律的存在として尊重されつつ社会において共生していくということについてであった。今後の検討課題は多く残ったが、この問題について一定の方向性を提示したことをもって、本稿を終えたい。

### 謝辞

本稿を執筆するに当たり、大村敦志先生には、お忙しいなか何度もお時間をとっていただき、本稿についてのご指導を賜りました。本稿に見るべきものがあるとすれば、それは先生のご指導によるところが大きく、逆に多々ある不十分な点は、自分の力不足によります。本稿の執筆は自分にとって大きな挑戦でしたが、それを温かく見守ってくださった先生には感謝の念が尽きません。

また、編集担当になっていただいた加納さやかさん、幸田雅美さんには、校正にあたり、多大なるご迷惑をおかけしたとともに、その鋭さに脱帽するしかないご指摘をいただきました。さらに、友人である木澤愛子さんには、司法試験前の忙しいときにもかかわらず、原稿を読んでもらい、貴重なコメントをいただきました。その他、本稿を話題にしたときにヒントをくれた他分野で活躍する友人を含め、これらの方々に改めて深く御礼を申し上げます。

(ねもと・たく)

112) この点に関して、法的性別を男に変更し結婚したFtMが、第三者の精子を用いて妻との間に人工授精で子をもうけた場合について、法務省は、嫡出子としては扱われない(嫡出推定が働かない)としている。朝日新聞2010年1月10日朝刊。法務省は朝日新聞の取材に対し、GID特例法は生物学的な性まで変更するものではなく、遺伝的な父子関係がないのは明らかである以上、嫡出子としては認められないと回答したようである。このような取扱いについては、平等原則違反であるという批判もある。しかし、通常他人の精子を使う非配偶者間人工授精は、遺伝的な父子関係がないことが明らかであるにもかかわらず、一般的には嫡出子として受理されていることとのバランスも含め、平等原則違反についての慎重な検討が必要となる一方で、私見のように考えると、同じ「男」であっても、嫡出指定について異なる取扱いをすることを許す余地が論理的には生じることになる。

113) とはいえ、文字通りの個別具体的場面ごとに、当該主体にいかなる権利義務ないし法律効果の発生を認めるかを検討しなければならぬとすると、法的安定性の要請が大きく害されることになる。したがって、本文5(4)で述べたとおり、通常とは異なる取扱いが要請される場面ごとに、発生する権利義務ないし法律効果とその要件を、あらかじめ立法で定めておくことが望ましい。そうでなければ、裁判例の蓄積が待たれることになる。