

性別の変更と生殖不能要件——家族法の観点から

【文 献 種 別】 決定／最高裁判所第二小法廷

【裁判年月日】 平成 31 年 1 月 23 日

【事 件 番 号】 平成 30 年（ク）第 269 号

【事 件 名】 性別の取扱いの変更申立て却下審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件

【裁 判 結 果】 棄却

【参 照 法 令】 性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律 3 条 1 項 4 号、憲法 13 条・14 条 1 項

【掲 載 誌】 裁判所ウェブサイト

LEX/DB 文献番号 25449940

事実の概要

申立人 X は、生物学的には女性として生まれたが、心理的には男性であると自認する性別違和の当事者である。ホルモン治療を受け、乳房の隆起はなく男性型となり、外性器の外観は男性型の性器に近似するなどの効果が出ている。平成 26 年には名の変更許可審判を受け、女性名 A 子から X に名を変更した。

X は、外性器の外観は男性に近似しているが、生殖腺の除去手術は受けていない。ホルモン治療を行っていたが、副作用のため平成 28 年 4 月以降中止していた。平成 28 年、X は、女性から男性に性別を変更する審判の申立てを行い、その際に性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律 3 条 1 項 4 号（以下、特例法とする）「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」が憲法 13 条に違反すると主張した。岡山家津山支審平 29・2・6 は、申立てを棄却した。X は即時抗告した。

広島高岡山支決平 30・2・9 は、「性別の取扱いの変更を認める要件の一つとして 4 号を定めることが、立法府が有する裁量権の範囲を逸脱すると認めることはできない。」と述べ、憲法 13 条に違反しないとして抗告を棄却した。X は、特別抗告を申し立てた。

決定の要旨

「本件規定は、当該審判を受けた者について変

更前の性別の生殖機能により子が生まれることがあれば、親子関係等に関わる問題が生じ、社会に混乱を生じさせかねないことや、長きにわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で急激な形での変化を避ける等の配慮に基づくものと解される。これらの配慮の必要性、方法の相当性等は、性自認に従った性別の取扱いや家族制度の理解に関する社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであり、このような規定の憲法適合性については不断の検討を要するものというべきであるが、本件規定の目的、上記の制約の態様、現在の社会的状況等を総合的に較量すると、本件規定は、現時点では、憲法 13 条、14 条 1 項に違反するものとはいえない。」

判例の解説**一 本決定の位置付け**

本決定では、性別変更の審判について特例法 3 条 1 項 1 号～5 号に定める要件のうち、4 号の「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」が憲法 13 条、14 条 1 項に違反するかが争われた。4 号の要件を満たす際に、5 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こと。」の要件を同時に満たす性別適合手術が行われることが多いため、手術の必要性については 5 号の要件の要否について論じられてきた¹⁾。

本件では、当事者 X が性別適合手術を受けなくともホルモン治療により 5 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こと。」の要件を満たしていたため、4号の生殖不能要件のみを満たすために生殖腺除去手術を受けなければならないかが問題となった。

本決定が性別変更の審判を受けるためにやむなく生殖腺除去手術を受ける場合があることを指摘したことは重要である。

これに対置される考慮事由として、①子の出生による親子関係に関わる問題、②生物学的性別に基づく男女の区別からの急激な変化をあげる。法廷意見は、これらの要素を総合的に較量して合憲と判断した。

三浦裁判官と鬼丸裁判官の補足意見は、当事者の利益を重視したうえで、子の出生による混乱を限定的とし、国民の意識や社会の受け止め方に相応の変化が生じていることを指摘し、「現時点では、憲法13条に違反するとまではいえないものの、その疑いが生じていることは否定できない」と述べる。その理由では、平成20年の特例法附則3項²⁾から10年も経過していること、生殖不能要件を否定する世界の動向も指摘し、内容的には、反対意見としても遜色のないものである。

結果としては棄却となったが、今後の変化への萌芽を示したともいえる。

二 判例における特例法3条1項

平成15年（2003年）に成立、16年7月16日に施行された特例法は、性同一性障がい（GID - Gender identity disorder）を、「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」と定義する（特例法2条）。当事者が性別変更の審判を申し立てるにあたり医師の診断書を提出し（3条2項）、3条1項1～5号の要件を満たすときは、家庭裁判所は、性別の取扱いの変更の審判をすることができる。

制定当初の3条1項3号の「現に子がいないうこと」の要件について、最決平19・10・19（家月60巻3号36頁）、最決平19・10・22（家月60巻3号37頁）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。その後、平成20年に3号は「未成年の」子がいないうことに改正された。

また、女性から男性に性別を変更した者が女性と婚姻し、妻が第三者からの精子提供により子を出産した場合に、子は夫の嫡出子であると推定されると判断した（最三小決平25・12・10民集67巻9号1847頁）。

このように、特例法は、子との親子関係をめぐって問題となり続けてきた。

三 生殖不能要件の意義

特例法3条1項4号が定められた理由として、(1)「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れば、様々な混乱や問題を生じる」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、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」という2つの理由がある³⁾。

本決定は、上記(1)の理由とともに、(3)「長きにわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で急激な形での変化を避ける等の配慮」をあげる。これは生殖不能要件に限定されず、特例法3条1項1～5号が性別変更の要件を厳格に定める理由といえる。

生殖不能要件を満たすために、病気などの理由から生殖腺の機能を永続的に欠いている場合を除き、多くの場合には生殖腺除去手術を受けなければならない。そのため、本決定も指摘するように、「性同一性障害者によっては、上記手術まで望まないのに当該審判を受けるためやむなく上記手術を受けることもあり得る」という問題が生じる。

四 原審との相違点

本決定と原審とは、特例法3条1項4号が違憲ではないという結論では一致するが、その理由づけは大きく異なっている。

まず、原審は、性別に関する認識が人格権の一内容であることから出発し、「性別は、民法の定める身分に関する法制の根幹をなすもの」と述べたが、「性同一性に係る上記人格権の内容も、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまって初めて具体的に捉えられる」、「身分法全体の法制度

を離れて、4号が性別適合手術を性別の取扱いの変更の要件の一つと定めていること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずることは相当ではない。」とした。

本決定は、意思に反して身体への侵襲を受けない自由からアプローチしている。そのため、身分に関する法制に触れることなく、憲法適合性の判断を行っている。

次に、原審が性別変更の要件をどのように定めるかについて社会環境の状況等を踏まえた判断を要し、立法府の裁量の範囲内であるとするのに対して、本決定は、制約の態様、現在の社会的状況等を総合的に較量することにより直接に憲法適合性を判断している。

五 性別変更後に出生した子

本件では、「親子関係等に関わる問題」、すなわち性別変更後にも生殖能力を維持している当事者が子をもうけた場合に、法的に男性である当事者が子を懐胎・分娩する事案、または法的に女性である当事者が他の女性に子を懐胎させた場合に、この当事者は父であるのか、母であるのかという問題が判断に影響を与えた。

この点について、社会における親子関係と法的な親子関係の2つの局面から検討しなければならない。

社会的に同性の両親が存在するということはいふまでもなくあり得る。特例法3条1項3号は「未成年の子がいないこと」を要件としているが、特例法は戸籍上の法的性別を変更するととどまる。性別違和の当事者が自認する性別で生活し、未成年の子が社会的に同性の両親と生活することを禁じているのではない⁴⁾。社会における親子関係に混乱が生じるとしても、特例法の要件とは関係がない。

法的に両親が同性となることは、現行法においても、子が成人に達した後に父母の一方が性別を変更することで生じうる。もっとも、子との関係においては、特例法4条2項により「性別の取扱いの変更の審判前に生じた身分関係及び権利義務に影響を及ぼすものではない。」として、性別変更前の性別としての父または母のままとする。

本件で問題となるのは、性別変更後に子が出生した場合である。補足意見が「性別の取扱いが変更された後に変更前の性別の生殖機能により懐妊・出産という事態が生ずることは、それ自体極

めてまれなことと考えられ、それにより生ずる混乱といっても相当程度限られたものといえることができる。」と述べるのは妥当である⁵⁾。

それでも、子が生まれる可能性が皆無ではないという批判に対して、性別を変更した親の一方と子の間でこの親の性別をどのように扱うかを答えなければならない⁶⁾。それについて、3つの方法が考えられる。

第1は、子が生まれたことにより、性別の変更を取り消し、子に男性の父と女性の母が戸籍上存在するようにすることである⁷⁾。しかし、当事者の生物学的性別と自認する性別の乖離が再び生じる。また、性別変更の取消しを恐れて、子の出生を隠すことになれば無戸籍児を生み出しかねない。

第2は、特例法4条2項を変更後に生じた身分関係にも類推適用し、子との関係では変更前の性別とすることである。つまり、子との関係においては、懐胎させた者は男性（父）であり、出産した者は女性（母）であることにより、子が法的には父母を有することになる⁸⁾。

第3は、変更後の性別で戸籍に記載することである。両親は父母であるという原則（常識）を覆すことになるが、日本でも子が同性カップルのもとで養育されていることはあり、さらにオランダ、オーストリアなどでは同性の両親を認めている。もっとも、生物学的な父母が戸籍に反映されないために自己の出自を知る権利の確保が問題となるほか、分娩者＝母ルールを相対化するのかという問題、血縁上の父がすでに戸籍上の父がある子を認知できるのかという被認知能力の問題など日本法では解決すべき問題が多くある⁹⁾。

どの方法であれ、親子関係という民法での問題の解決が、戸籍への記載方法という技術的な問題により制約されるべきではない。

六 社会の変化

補足意見が指摘するように、特例法は平成15年制定時には附則2項を、平成20年の改正時には附則3項を定め、社会状況の変化とともにその内容を修正していくことを自ら課している。

法廷意見は、「社会的状況の変化等に応じて変わり得る」（下線部は筆者による）と述べ、社会状況の変化を将来にみているのであろう。これに対して、補足意見は、憲法13条に違反する疑いが

生じている理由の1つとして、「近年は、学校や企業を始め社会の様々な分野において、性同一性障害者がその性自認に従った取扱いを受けることができるようにする取組が進められており、国民の意識や社会の受け止め方にも、相応の変化が生じているものと推察される。」（下線部は筆者による）として、変化がすでに存在しているとみる。

特例法の施行から、LGBTという用語の広がりを含め、社会の変化が急速に進んでいる現状から後者が妥当である。

七 おわりに

本決定も「不断の検討を要する」と述べるように、特例法については、「性同一性障害」という用語の使用を含め¹⁰⁾、根本的に再検討する時期に来ている¹¹⁾。特例法の要件を再検討するにあたり基本となる考え方は、「特例法2条に定義される性同一性障害を理由として性別変更を認める」というものである。この点から特例法3条1項1号から5号の要件はすべて不要であり、本決定の結論には反対である。もっとも、補足意見とは、結論が異なるが、理由で示された指摘と問題意識には賛成する。

本件で、4号の生殖不能要件において、生殖腺除去手術、性別適合手術の問題を扱ったことから、本決定をめぐる議論は、5号の外性器要件の検討にもつながる。また、親子関係の問題は、3号の「未成年の子がないこと」の要件の検討につながっている。そのアプローチは、本決定が述べる「意思に反して身体への侵襲を受けない自由」のほかに、原審のように「性別に関する認識は、……個人の人格権の一内容をなす」こと、あるいは特例法3条1項4号では「リプロダクティブ・ヘルス・ライツ」のように重層的である。

●—注

1) 特例法3条1項をめぐる近年の状況については、藤戸敬貴「性同一性障害者特例法とその周辺」調査と情報—ISSUE BRIEF—977号（2017年）を参照。

特例法3条1項の要件すべての削除について、渡邊泰彦「性的自己決定権と性別変更要件の緩和」二宮周平編『性のあり方と多様性 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年）196頁以下、同「性別変更要件の見直し——維持可能な要件はあるのか？」ジェンダーと法15号（2018年）108頁以下で主張してきた。本決定の原原審について、

同「判批」新・判例解説 Watch（法セ増刊）21号（2017年）111頁。

生殖腺除去を含む性別適合手術を要件とすることが違憲であるとしたドイツ連邦憲法裁判所2011年1月11日決定については、同「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」産法45巻1号（2011年）31頁を参照。

2) 「……改正後の特例法の施行の状況を踏まえ、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、必要に応じ、検討が加えられるものとする。」と規定する。

3) 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年）93頁。

4) 特例法3条1項3号との関連において、渡邊・前掲注1）『性のあり方と多様性』205頁以下。

5) 渡邊・前掲注1）『性のあり方と多様性』208頁。

6) 生じうる問題について詳細に検討するものとして、石嶋舞「性同一性障害者特例法における身体的要件撤廃についての一考察」早法93巻1号（2017年）79頁、89頁以下。

7) 渡邊・前掲注1）新・判例解説 Watch114頁。

8) 石嶋・前掲注6）102頁は「現段階では妥当」とするが、「家族法その他の大規模な改正を待たずに本問題に対処するための暫定的な手段」と述べる。

すでに生殖不能要件を削除しているドイツで、連邦通常裁判所（BGH）2017年9月6日（NJW 2017, 3379 = FamRZ 2017, 1855）は、女性から男性に性別を変更した者が子を出産した事案で、母として女性名で子の出生登録簿に登録されると判断した。同判決については、渡邊泰彦「同性の両親と子——ドイツ、オーストリア、スイスの状況（その6）」産法掲載予定で紹介する予定である。

9) その他に解決すべき問題については、石嶋・前掲注6）102頁を参照。同性の両親については、大島梨沙「同性カップルによる家族形成と法制度の変容」二宮編・前掲注1）『性のあり方と多様性』218頁を参照。

10) アメリカ精神医学界による「精神障害の診断と統計マニュアル（DSM）」の第5版（2013年）では「性別違和（Gender Dysphoria:GD）」、世界保健機構（WHO）による「疾病及び関連保健問題の国際統計分類（ICD）」のICD-11（2018年版）では「性別不合（Gender incongruence）」としている。

11) 特例法3条1項2号の非婚要件に関して、結婚後に性同一性障害と診断され、2号以外の要件を満たしている者が2019年2月8日に京都家裁に女性への性別変更を求める審判を申し立てた（京都新聞2019年2月8日 <https://www.kyoto-np.co.jp/politics/article/20190208000198>（2019年2月21日閲覧））。

* 本研究は、JSPS 科研費 JP18K01375 の助成を受けたものです。

京都産業大学教授 渡邊泰彦