

未成年の子がいる者による性別変更の可否

- 【文献種別】 決定／最高裁判所第三小法廷
【裁判年月日】 令和3年11月30日
【事件番号】 令和2年（ク）第638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3号、憲法13条・14条1項
【掲載誌】 裁時1780号1頁
◆ LEX/DB 文献番号 25571834

京都産業大学教授 渡邊泰彦

事実の概要

申立人Xは、身体は男性として生まれながら、自認する性別は女性という性別違和・性別不合の当事者である。Xは、A女と結婚し、その間に長女Bをもうけた。Bの親権者をAと定めて離婚している。Xは、ホルモン療法に加え、性別適合手術を受けた。しかし、Aが未成年であるため、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3号（以下、特例法とする。）の「現に未成年の子がいないこと」の要件を満たしていなかった。

Xは、特例法3条1項3号の要件が、性別に関する自己認識と合致する性別において取り扱われるべきという点から憲法13条に違反し、成年子がいる者又は子がない者と未成年子がいる者とを必要性・合理性なく差別する規定であり14条1項に違反すると主張した。

第一審神戸家審令2・2・10(LEX/DB25591275)は、「立法府の合理的裁量の範囲内にあるというべきであるから、それをもって、憲法13条に違反し無効であると解することはできない。」としてXの性別変更の申立てを却下した。Xは抗告した。

第二審大阪高決令2・6・4(LEX/DB25591276)は、3号要件が「合理性を欠くとはいえないから、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ず、憲法13条、14条1項に違反するとはいえない。」として、抗告を棄却した。Xは、特別抗告をした。

決定の要旨

棄却。

「性同一性障害者につき性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件として『現に未成年の子がいないこと』を求める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3号の規定が憲法13条、14条1項に違反するものでないことは、当裁判所の判例（最高裁昭和28年（オ）第389号同30年7月20日大法廷判決・民集9巻9号1122頁、最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁）の趣旨に徴して明らかである（最高裁平成19年（ク）第704号同年10月19日第三小法廷決定・家庭裁判月報60巻3号36頁、最高裁平成19年（ク）第759号同年10月22日第一小法廷決定・家庭裁判月報同号37頁参照）。」

裁判官宇賀克也の反対意見がある。

「本件抗告人も、既に性別適合手術を終え、現在、身体的に女性となり、女性の名前に改名しており、精神的・身体的に女性である者であり、社会的にも女性として行動している。しかしながら、その実態に反して、3号要件のゆえに、戸籍上の性別を女性に変更することができず、法律上は『男性』とされている。自己同一性が保持されていることの保障の必要性は、生来的な女性であれ、医療的措置により身体的に女性となった者であれ、基本的に変わるところはないと考えられる。」

「3号要件は、憲法13条で保障された前記自己同一性を保持する権利を制約する根拠として十分な合理性を有するとはいえないように思われる。」

未成年の子の福祉への配慮という立法目的は正当であると考え、未成年の子がいる場合には法律上の性別変更を禁止するという手段は、立法目的を達成するための手段として合理性を欠いているように思われる。

したがって、特例法3条1項3号の規定は、人がその性別の実態とは異なる法律上の地位に置かれることなく自己同一性を保持する権利を侵害するものとして、憲法13条に違反すると考える。」

判例の解説

一 本決定の位置づけ

本決定は、性別の変更に関して、平成20年に改正された特例法3条1項3号が定める「現に未成年の子がいないこと」の要件の憲法適合性が争われた事案である¹⁾。「現に子がないこと」という特例法3条1項3号の旧規定について、最決平19・10・19（家月60巻3号36頁、LEX/DB28132476）、最決平19・10・22（家月同号37頁、LEX/DB28132477）が合憲の判断を下していた²⁾。

その他に、特例法について、非婚要件（3条1項2号）に関する最決令2・3・11（裁判所ウェブサイト、LEX/DB25570771）、生殖不能要件（同4号）に関する最決平31・1・23（判時2421号4頁、判タ1463号74頁、LEX/DB25449940）も合憲と判断していた。このうち、最決平成31年では、「現時点では、憲法13条に違反するとは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」とする補足意見が付された。

本決定は、参照判例の列举が大部分を占め、旧規定に関する最決平成19年と同じ理由で合憲と判断した。それでも、特例法3条1項が定める要件に関する最高裁の判断で、初めて反対意見が付されたという点に意義がある。

二 特例法3条1項3号について

1 立法理由

特例法制定時の3条1項3号は、「現に子がないこと」であった。特例法が参考とした欧米諸国の法律にはみられないとされる³⁾、いわゆる「子なし要件」が設けられた理由として、「親子関係などの家族秩序に混乱を生じさせ、あるいは子の福祉に影響を及ぼすことになりかねない」として「男女という性別と父母という属性との間に不-

致が生じること」、「子の心理的な混乱や不安」が挙げられる⁴⁾。

この要件に該当する当事者は当然に反対し、法案の成立自体が危ぶまれる事態も想定できた。そのため、①特例法の附則に見直し条項を入れる、②この条文の削除にむけ、今後特例法改正の努力をしていくことが約束され、反対が取り下げられたという経緯がある⁵⁾。

平成20年には、削除されずに、「未成年の子がいないことに改正された。その理由として、「子がいる性同一性障害者等から法改正の要望が出されている一方、その家族の一部からは慎重な検討を求める意見も出ている」ことを踏まえて、「子の福祉に配慮しつつ」性別変更を認めるものと述べられている⁶⁾。

2 判例

旧規定について、最決平19・10・19、最決平19・10・22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ず」、憲法13条、14条1項に違反しないと判断した。

改正後の事案として、東京家審平21・3・30（家月61巻10号75頁、LEX/DB25451536）では、16歳の娘が父の性別変更の要件を満たすために、父の交際相手の男性と婚姻届を提出し（父は同意している）、成年擬制により成人となっていた（11日後に離婚）。東京家裁は、性別変更の申立てが法の趣旨に反し、法により認められる申立権を濫用したものとして、申立てを却下した。

三 特例法に関する最高裁判例

本決定の法廷意見は、最大判昭30・7・20（民集9巻9号1122頁、LEX/DB27003019）、最大判昭39・5・27（民集18巻4号676頁、LEX/DB27001913）の趣旨から違憲ではないとする。

死後認知の3年の出訴期間（787条ただし書き）の憲法適合性に関する最大判昭30・7・20は、憲法13条に関して①身分関係に伴う法的安定性の保持、憲法14条に関して②すべての権利者につき一律平等にその権利を制限することは差別ではないことを示した。高齢者であることを一応の

基準としてなされた地方公務員の待命処分に関する最大判昭39・5・27の趣旨とは、③事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱いは平等原則に反しないということにある。

未成年の子がある当事者を対象とする本件規定に、上記②の一律制限は妥当しない。そのため、上記①法的安定性の保持、③合理的理由の存在を中心に、特例法3条1項3号の要件の憲法適合性を検討したと考えられる。

これに対して、宇賀裁判官の反対意見は、憲法13条との関係について、「特例法3条1項3号の規定は、人がその性別の実態とは異なる法律上の地位に置かれることなく自己同一性を保持する権利を侵害するものとして、憲法13条に違反すると考える。」とする。

四 個別の立法理由への批判

1 日本学術会議法学委員会

「未成年の子がいないこと」の要件について、最近では、日本学術会議法学委員会「社会と教育におけるLGBTIの権利保障分科会」が、次の3点から子なし要件の廃止を提案している⁷⁾。

第1点として、『女である父』『男である母』は子の心理的混乱をもたらすという理由付けには根強い『無意識の偏見』が内在しており、むしろ、子に対するスティグマを助長し、その家族の中で現に育っている子の福祉に深刻な悪影響を及ぼす」とする。

第2点として「戸籍の性別取扱いの変更は、外観上変更されている性別に記載を合わせるだけであり、外観上の変化にすでに直面し、現実の社会的性別の親を見て行動している子にとって、戸籍の性別記載の変更によって影響を受けることはない」と述べる。

第3点として、「自分の存在により親の性別取扱いの変更が認められないことを自覚する未成年子は、自己が成年に達するまで解決方法がないことについて深刻な葛藤に陥るおそれがある。」として、東京家審平21・3・30の事案を指摘する。

2 「家族秩序に混乱を生じる」

立法当初より大島俊之は、MtFGDの当事者が、性別変更前にもうけた子を性別変更後に認知した場合に、認知の遡及効により子がある者の性別変更が生じうることを指摘していた⁸⁾。

宇賀裁判官の反対意見は、特例法3条1項3号の「改正後は、男女という性別と父母という属性の不一致が生ずることによって家族秩序に混乱を生じさせることを防ぐ」という説明は、3号要件の合理性の根拠としては、全く成り立たなくなったとまではいわないにしても、脆弱な根拠となったといえるように思われる。」と述べる。戸籍に関しては、「社会的にごく少数と思われる性同一性障害者の戸籍における性別の変更は、我が国の大多数の家族関係に影響を与えるものでもない。したがって、3号要件が、我が国の家族秩序に混乱を生じさせることを防止するために必要という理由付けについても、十分な説得力を感ずることができない。」と述べる。

3 「子の心理的な混乱や不安」

すでに立法当初から、「子の心理的な混乱や不安」が生じるとしても、それは戸籍上の取扱いの結果ではなく、それ以前から当事者家族は対応しており⁹⁾、「この現実を認めて、性別表記の変更を認める他はない」ということが指摘されていた¹⁰⁾。

日本学術会議が示した第2の理由と同様に、宇賀裁判官の反対意見は、未成年の「子に生じている心理的混乱は、いずれも外観の変更起因するものであって、外観と戸籍上の性別を一致させることに起因するものではないのではないかと思います。」と述べる。さらに、「むしろ若い感性を持つ未成年のほうが偏見なく素直にその存在を受け止めるケースがあるという専門家による指摘もある。」と述べる。

さらに、日本学術会議が示した第3の理由と同様に、宇賀裁判官の反対意見は、「未成年の子が、自分の存在ゆえに、親が性別変更ができず、苦悩を抱えていることを知れば、子も苦痛や罪悪感を覚えるであろうし、親も、未成年の子の存在ゆえに、性別変更ができないことにより、子への複雑な感情を抱き、親子関係に影響を及ぼす可能性も指摘されている。」と述べる。

4 「子の福祉への配慮」

宇賀裁判官の反対意見は、「3号要件を設ける際に根拠とされた、子に心理的な混乱や不安などをもたらしたり、親子関係に影響を及ぼしたりしかねない」という説明は、漠然とした観念的な懸念

にとどまるのではないかという疑問が拭えない。……他方で、親の外観上の性別と戸籍上の性別の不一致により、親が就職できないなど不安定な生活を強いられることがあり、その場合には、3号要件により戸籍上の性別の変更を制限することが、かえって未成年の子の福祉を害するのではないかと思われる。」と述べる。

このほかに、第一審が指摘した「未成年の子を取り巻く学校や生活環境等の中で差別等」について、宇賀裁判官の反対意見は、戸籍公開の原則が否定され、他人からの閲覧、謄抄本の請求が認められないため、「戸籍における性別の変更があったという事実は、同級生やその家族に知られるわけではないから、学校等における差別を惹起するという主張にも説得力がないように思われる」と述べる。そして、「差別が生ずるとすれば、差別する側の無理解や偏見を是正する努力をすべき」とする。

五 おわりに

宇賀裁判官の反対意見に全面的に賛成する。特例法3条1項の要件をめぐる最高裁判例において、反対意見が付されたことの意義を評価したい。特例法の制定から20年が経とうとしている現在において、制定当時の立法理由を繰り返すことだけでは、もはや要件の正当性を維持できないと考える。

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）」において、ICD-10では「精神・行動・神経発達障害」に含まれる性同一性障害（Gender Identity Disorder（GID））は、2022年から国際的に発効するICD-11において、新たに追加された「17章 性の健康に関わる状態」に含まれる「性別不合（Gender incongruence）」となる。ICD-11における性別不合は、状態であって、精神疾患ではなくなる（脱病理化）。むしろ、身体的違和に焦点を絞り、身体的治療を希望する者を対象としている¹¹⁾。そのため、ICD-11の性別不合を性別変更の要件とすれば、その対象が現在よりも狭められる可能性も生じうる。今後は、自己同一性を保持する権利、性別に関する自己決定のための法律へと脱皮することが求められる。

●—注

1) 本稿は、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『性のあり方の多様性』（日本評論社、2017年）196頁、同「個人の尊厳とセクシュアリティの多様性」二宮周平編集代表・棚村政行編集担当『現代家族法講座 第1巻 個人、国家と家族』（日本評論社、2020年）327頁、同『『性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律』の概要と問題点』ケ研340号（2021年）18頁での検討をもとにしている。

- 2) 評釈として、金亮完「判批」速報判例解説（法七増刊）3号（2008年）97頁がある。
- 3) 宇賀裁判官の反対意見は、ウクライナで一時は規定されていたことを指摘する。反対に、日本法の影響を受けて子なし要件を設けた韓国の状況については、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側面」比較78号（2016年）257頁を参照。
- 4) 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）89頁。
- 5) gid.jp「性同一性障害特例法から『現に未成年の子がいないこと』条文の削除を求めます」2018年7月16日。<https://gid.jp/opinion/option2018071601/>（2022年3月6日閲覧）
- 6) 平成20年6月4日参議院本会議における遠山清彦議員の発言、平成20年6月6日衆議院法務委員会における浜四津敏子参議院議員の発言。
- 7) 日本学術会議法学会委員会 社会と教育におけるLGBTIの権利保障分科会「提言 性的マイノリティの権利保障をめざして（Ⅱ）—トランスジェンダーの尊厳を保障するための法整備に向けて—」（2020年）9頁。<https://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/kohyo-24-t297-4-abstract.html>（日本学術会議ウェブサイト、2022年3月5日閲覧）
- 8) 南野・前掲注4）43頁 [大島俊之]。また、FtMGD（生物学的には女性で、自認する性別が男性）の当事者では分娩者=母として常に母子関係が定まることから性別の変更が認められないという不均衡も生じるという指摘もある（棚村政行「性同一性障害をめぐる法的状況と課題」ジュリ1364号（2008年）7頁）。
- 9) このような状況は、特例法の立法前から指摘されていた。大島俊之「性同一性障害に関する法的な諸問題」南野・前掲注4）36頁、43頁。
- 10) 野宮亜紀=針間克己=大島俊之=原科孝雄=虎井まさ衛=内島豊『プロブレムQ&A 性同一性障害って何？ [増補改訂版]』（緑風出版、2011年）107頁 [大島俊之]。棚村・前掲注8）7頁も、「子どもたちは現実の社会的性別の親を見て行動しており、戸籍の性別によりほとんど何の影響も受けることはない」と述べる。
- 11) 針間克己『性別違和・性別不合へ——性同一性障害から何が変わったか』（緑風出版、2019年）100頁。

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