

論 文

トランスセクシュアルの性自認に関する人権を考える Thinking about human rights in relation to the Gender Identity of Transsexuals

安 藤 均
Hitoshi Andou

Abstract

To explore issues arising from the “Act on Special Cases in Handling Gender Status for Persons with Gender Identity Disorder” (hereinafter, the Special Act), allowing legal gender change based on gender identity, this study delves into the human rights of transsexuals.

In this study, the interrelationship between “sex” and “gender”, as well as “transgender” and “transsexual”, is elucidated, and relevant legislation is examined.

Further, an analysis is conducted of Japanese judicial precedents/academic theories from the constitutional perspective, and current global trends are assessed.

This study propounds that gender identity can be considered a human right as a “trump card” based on individual autonomy recognized in Article 13 of the Constitution.

Sex reassignment surgery precluding reproductive capability, mandated under the Special Act, is a violation of the right to the pursuit of happiness guaranteed by Article 13 of the Constitution.

In addition, among transsexuals, the fact that only those persons who have had sex reassignment surgery are eligible to change their gender violates the equitability of the law in Article 14 of the Constitution. Such eligibility should be amplified to include those receiving hormone therapy.

In conclusion, the time has come to not only change our use of the term “gender identity disorder” in Japan, but also reexamine the conditions for changing one's gender specified in the Special Act.

Key words: transsexuals (トランスセクシュアル), gender identity (性自認), Special Act (特例法), gender identity disorder (性同一性障害), sex reassignment surgery (性別適合手術), violation of the Constitution (憲法違反), legal revision (法改正)

目次

第1章 序論

第2章 性的マイノリティをめぐる状況

第1節 LGBTとSOGI

第2節 トランスジェンダーとトランスセクシュアル

第3章 関連法とガイドライン

第1節 戸籍法

第2節 性同一性障害者特例法

第3節 ハラスメント防止にかかる法令

第4節 医療のガイドライン

第4章 日本における性自認に関する人権論

第1節 裁判例

第1款 下級審はどのように考えているのか

第2款 最高裁はどのように考えているのか

第2節 学説

第1款 憲法第13条をめぐる議論

第2款 憲法第14条をめぐる議論

第3款 憲法第21条をめぐる議論

第5章 世界はどう動いているのか

第1節 国連等の動向

第2節 先進国の動向

第6章 まとめ

おわりに

第1章 序論

近年民法の家族法の分野では、2013年には非嫡出子の相続差別が違憲¹とされ、また、2015年に離婚後6か月の再婚禁止期間について100日を超える部分についても違憲²とされた。一方夫婦同氏(姓)制については合憲³とされるなど、大きな裁判があいついでいる。社会情勢と国際的な動向から、家族のあり方が問題となっている。このような中で、多様な性のあり方が許容されるべき時代になっている。

人はだれでも幸せに生きてほしい、人それぞれに自分らしく生きる自由がある。その実現に向けて社会全体が取り組む課題である。本稿では、性的マイノリティのうち、トランスセクシュアルの性自認に関する人権に焦点をあてどのようなことが問題なのかを検討する。そのためには、この20年間の大きな流れなど、当事者を取り巻く国内と海外の動向を俯瞰することで検討を進める。ひいては性的マイノリティといわれている人たちの基本的人権の理解を深めるものである。

第2章 性的マイノリティをめぐる状況

第1節 LGBTとSOGI

性とは、人間一人ひとりの人格に不可欠な一要素である⁴。性的マイノリティ(性的少数派)とは、社会の多くの人が普通でないとする性のあり方を生きる人たちのことである⁵。さらに、マイノリティという言葉には一般には社会的弱者とか被差別者とかの意味が伴うとの指摘がある⁶。筆者が性的マイノリティという言葉を使う際には、性的マジョリティー(性的多数派)も性的マイノリ

1 最判平成25年9月4日民集67巻6号1320頁(旧民法第900条但書前段)

2 最判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁(民法第733条)

3 最判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁(民法第750条)

4 針間克巳「セクシュアリティとLGBT」『こころの科学』No.189/9-126, 8頁

5 森山至貴『LGBTを読みとくーキア・スタディーズ』(筑摩書房、2019)17頁

6 東 優子「トランスジェンダー概念と脱病理化をめぐる動向」『こころの科学』No.189/9-126, 66頁

トランスセクシュアルの性自認に関する人権を考える

ティも多様な性のあり方の中で優劣のない一構成員と考えている。

性的マイノリティの権利保障については国際社会において重要な検討課題のひとつになっている。日本においても、今世紀になっていくつもの最高裁判決が出るなど、関係当事者からの訴えが散見される⁷。また、マスコミにおいても積極的に報道されている⁸。ドラマもある⁹。さらには、日本学術会議による公開シンポジウム¹⁰が開催されたほか、教育者・研究者の関心も高い¹¹。

日本では性的マイノリティという言い方がよく使われているが、欧米にならって、LGBTあるいはSOGIという表現も使われている。LGBTとはLesbian（レズビアン）、Gay（ゲイ）、Bisexual（バイセクシュアル）およびTransgender（トランスジェンダー）の頭文字である¹²。それぞれ、女性同性愛者、男性同性愛者、両性愛者、性同一性障害者といわれている人たちである¹³。また、だれに焦点をあてるLGBTに対して、何に焦点をおく概念がある¹⁴。SOGI（ソジ）という表記である。SOGIのSOはSexual Orientation（セクシュアルオリエンテーション）、GIはGender Identity（ジェンダーアイデンティティ）の頭文字である。それぞれ、「性的指向」、性別に関する自己意識を意味する「性自認」という言葉が使用される。SOGIはLGBTと違い、誰にも共通する属性である。これらは性の多様性といわれる所以である。トランスジェンダーは性自認と結びつく。性の多様性を考えるにあたっては、4つの要素で考えると理解しやすいとされる。生まれ持った「体の性」とその性別についての受け止め方である「性自認」、好きになる対象としての「性的指向」と服装・化粧などの容姿、言葉づかいなどの「性表現」である。

それらの組合せは様々で、それぞれの項目の度合いにも強弱が見られる。色のさまざまな濃淡で表現されるグラデーションに例えられるように、性には個性があり、問題は男と女の2つの区分で単純に分けられない¹⁵。例えば、自分を女性と思う、男性と思うということと、男性を好きになる、

-
- 7 最決平成19年10月19日家庭裁判所月報60巻3号36頁（性同一性障害者の性別変更のための子なし要件）、最決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁（性同一性障害者の父子関係）、最決平成31年1月23日集民261号1頁（性同一性障害者の性別変更のための生殖能力喪失要件）
 - 8 北海道新聞特集「性から生へ ジェンダーを越える」第1部「いまを知る」①～⑦（2020年1月2日～8日）、第2部 ①～⑤「呪縛を考える」（2020年9月28日～10月2日）
 - 9 「3年B組金八先生」第6シリーズ（2001）、東野圭吾『方想い』（文藝春秋、2001）のドラマ化など
 - 10 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」主催の公開シンポジウム「LGBTIの権利保障—雇用と労働—」（2016年12月11日）など
 - 11 三成美保『教育とLGBTIをつなぐ 学校・大学の現場から考える』（青弓社、2017）13頁。
文部科学省も「性同一性障害に係る児童生徒に対するきめ細かな対応の実施等について」（平成27年）、「性同一性障害や性的指向・性自認に係る児童生徒に対するきめ細かい対応の実施等について」（平成28年）などで、性同一性障害などの生徒と他の生徒への配慮との均衡をとりながら、教職員がきめ細かな対応をとるよう促している。一方では、国会議員でさえ侮辱的な発言が目立つ（自民党杉田水脈議員「LGBTIは生産性がない」（2018年7月雑誌『新潮45』）など）。
 - 12 電通ダイバーシティ・ラボが実施した「LGBT調査2018」によれば、LGBTを含む性的マイノリティは8.9%という調査結果が示されている（2019年1月10日 電通 NEWS RELEASE）。
 - 13 最近では、インターセックス（性分化疾患）を入れて、LGBTIという表現がよく使われる。
 - 14 東・前掲（注6）67頁
 - 15 三成美保・笹沼朋子・立石直子・谷田川知恵『ジェンダー法学入門』（法律文化社、2019）56頁

女性を好きになるということは別問題である¹⁶。性的指向と性自認とは別の問題である。とはいえ、現実の問題として、性自認と性的指向とが絡み合うことは想像される。

普通というのは、常識ということと同じく、数の論理からいえば多数派（マジョリティ）の感じ方・考え方ということになる。性的マイノリティにとって何が問題かという、普通とは違う言動によって、普通の人たちから理解されず、日常生活とか職場において、誤解と偏見をもって見られ、いじめあるいは差別を受ける、あるいは人間関係において孤立しがちなことである。これは普通とは違うことを告白するかしなにかに関わらず、起きやすい。性的マイノリティにとっては自己の存在感、自己肯定感の否定につながる。反対に言えば、普通の人には性的マイノリティを異常とみなし蔑む傾向にある¹⁷。しかしながら、何が普通で常識かは絶対的なものではない。生きる時代とか生活環境によって移ろい変わるものであることに注意が必要である。繰り返しになるが、性的指向や性自認は自分の意思では変えられないものである¹⁸。それを否定されることはその人の人格を否定することになりかねないという問題である。基本的人権の問題である。普通が正常で、普通でないのは異常というわけではない。あくまでも程度の差にすぎない。

第2節 トランスジェンダーとトランスセクシュアル

まず押さえておくべき点は、ジェンダーと性との関係である。ジェンダー (gender) とは、生物学的性差 (sex) に対して付与される社会的・文化的な意味での性差であるとされる。しかしながら、男性か女性かを染色体あるいは性器の形態で判定するのも社会のものの見方が反映されているものであることから、別のものと考えのではなく、ジェンダーの概念にセックスも含まれるとする見解¹⁹に留意する必要がある。このことは、有性生殖をもつ人間の生殖機能の差は重要な要素ではあるが、セックスとジェンダーは相対的な概念であることを示唆する。本稿はこの考え方に同意する。このことを概念図で書くと以下 (次頁) のとおりである。

16 針間克巳・大島俊之・野宮亜紀・虎井まさ衛・上川あや『性同一性障害と戸籍』（緑風出版、2013）122頁

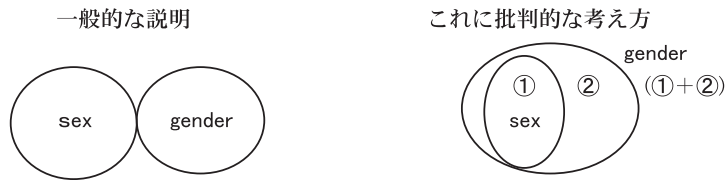
17 神谷悠一・松岡宗嗣『LGBTとハラスメント』（集英社新書、2020）29頁

18 神谷・松岡・前掲（注17）58頁。また、性自認は2歳までの言語獲得期に形成される（上野千鶴子「差異の政治学」井上 俊・上野千鶴子・大澤真幸・見田宗介・吉見俊哉編『岩波講座 現代社会学11 ジェンダーの社会学』（岩波書店、1995）6頁）とある。

19 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）2003、8頁。

また、伊東公雄・樹村みのり・國信潤子『女性学・男性学 第3版』（有斐閣、2019）337頁では、バトラー（アメリカの哲学者）のセックスもジェンダーと同様に社会構築物であるとの見解を紹介している（ジュディス・バトラー・竹村和子[訳]『ジェンダー・トラブル フェミニズムとアイデンティティの攪乱』（青弓社、2009）27-29頁）。

トランスセクシュアルの性自認に関する人権を考える



概念図1 sexとgenderとの関係

また、性自認とは、どのような性のアイデンティティ（性同一性）を持っているのか、生来自分がどの性別に属しているのかという感覚である。トランスジェンダーとひとくくりにしても、性別としては男性ではあるが女性であることを意識するMale to Female（以下、MTFという）といわれる人、女性ではあるが男性であることを意識するFemale to Maleといわれる人（以下、FTMという）²⁰など、さまざまである²¹。性別違和があっても、自分の身体に嫌悪感がない人から、ある人、嫌悪感があっても身体的治療を望まない人、望む人、さまざまだといわれている。さらには法律上性別変更まで行う人、そこまでには至らない人、さまざまである。また、性的指向を含めカミングアウト（公表）している人もいればしていない人もいる。ここでも個々人によって事情が違う性の多様性が問題を複雑にさせる。

ここで注意を要するのは、トランスジェンダー、イコール性同一性障害者ではないということである。このトランスジェンダーという言葉は、性別適合手術を行わない者の自称として使われ、「性同一性障害」（Gender Identity Disorder = GID）はもともと医学用語である。トランスジェンダーは、私たちは精神的な病気ではないとの主張が込められている用語だ²²ということに留意すべきである。

日本においても、現行では戸籍の性別変更を行うためには、第3章で取り上げるとおり、生殖能力を喪失する性別適合手術を行ったうえで、家庭裁判所の許可を得る必要がある。その場合に必要な医学的診断名が「性同一性障害」である。分かりやすさを優先して、日本で性同一性障害者を含めてトランスジェンダーと使われている²³が、国際社会では一般的な使い方ではないとして、そのよ

20 日本学術会議 法学委員会「社会と教育におけるLGBTIの権利保障文科会」「提言 性的マイノリティの権利保障をめざして—婚姻・教育・労働を中心に—」（2017年9月29日）2頁。

<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-23-t251-4.pdf>

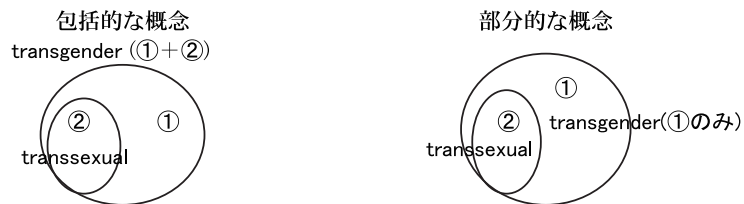
これに対して、松本洋輔「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン」と治療の実際『こころの科学』No.189/9-2016, 76頁では、身体的治療によって男性から女性への移行を希望する人をMTF、女性から男性への移行を希望する人をFTMとしている。

21 日本精神神経学会「性同一性障害に関する委員会」が行った性別違和感を主訴とする受診者数の推定調査によれば、日本の特徴としてヨーロッパに比べてMTFよりもFTMの受診者が多い（大島義孝・佐藤俊樹「性別違和の受診状況と人口割合」『こころの科学』No.189/9-126, 28頁）。

22 針間・前掲（注4）9頁

23 三成・前掲（注11）21頁と加藤秀一（『はじめてのジェンダー論』（有斐閣、2018）32頁）は、トランスジェンダーにトランスセクシュアルを含める。また、新聞記事の例としては、「トランスジェンダー（生まれ持った体の性に違和感を感じる人。性同一性障害を含む）」とある（2020年7月25日付北海道新聞「性自認や性的指向許可なく暴露 アウティングもバワハラ」の解説）。

うな使い方を続けることを問題視する意見がある²⁴。性別に合わせて身体を変更した人あるいは変更したい人をトランスセクシュアル (Transsexual) といい、持続的な性別違和感をもつものの身体的変更を希望しない人をトランスジェンダー (Transgender) と分類することがある²⁵。本稿では歴史的な経緯を考えて、トランスジェンダーとトランスセクシュアルとは別概念とし、「性同一性障害」に対応するものをトランスセクシュアルとする²⁶。この場合、外科的手術である性別適合手術のみに限定して良いのかが問題になるが、トランスセクシュアルに対する医療にはホルモン療法も含むものとして、本稿を進める²⁷。このことは、いずれの医療でも、性別変更の対象となることを示唆する。このことを概念図で書くと以下のとおりである。



概念図2 transgenderとtranssexualとの関係

第3章 関連法とガイドライン

第1節 戸籍法

日本における法律で、男・女を定義する条文はない。また、戸籍法第13条では、長男・長女などの実父母との続柄を戸籍に記載することが求められているが、男・女の区別は戸籍法施行規則で求める身分に関する事項に該当する。

「出生届」と同一用紙にある「出生証明書」には男女の別欄があり、医師が署名捺印する。戸籍上の性別は、当然のごとく、男と女の二分法を採用している。男と女の区別は出生時の身体、外性器の形状で医師が判断するといわれているが、性器も現実には多様で、外性器も単純に二分されるも

24 神谷・松岡・前掲 (注17) 31頁。東・前掲 (注6) 68-69頁が紹介する世界トランスジェンダー・ヘルス専門家協会 (WPATH) 「トランスセクシュアル、トランスジェンダー、ジェンダーに非同調的な人々のためのケア基準」(第7版) では、トランスジェンダーの定義として、「文化的に定義されたジェンダー・カテゴリーを横断あるいは超越する、多様性のある集団を表す形容詞。彼らのジェンダー・アイデンティティは、出生時に割り当てられた性別とは異なるが、その程度は様々である」とある (97頁)。
wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/SOC%20V7_Japanese.pdf https://www.wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/SOC%20V7_Japanese.pdf

25 日本学術会議 法学委員会・前掲 (注20) 3頁、24頁。なお、Background Guide for Global Classrooms Japan 2017の[議題]「人権とジェンダー平等 (Human Rights and Gender Equality)」18頁 (注33) でも、トランスセクシュアルは性同一性障害と呼ばれるとある。

26 大島義孝・佐藤俊博「性別違和の受診状況と人口割合『こころの科学』No.189/9-2016, 28頁によれば、広義のトランスジェンダーのうち、性別適合手術を受ける者は約2割という。

27 三成・笹沼・立石・谷田川・前掲 (注15) 57頁。加藤・前掲 (注23) 32頁は、性同一性障害をトランスセクシュアルといい、医療としてのホルモン療法や性別適合手術を含める。

トランスセクシュアルの性自認に関する人権を考える

のではないといわれている²⁸。

氏名の変更の場合、家庭裁判所の許可を要する。氏については「やむ得ない事由」（第107条）が、改名の場合には「正当な事由」（第107条の2）があることが求められる。性別の取扱いの変更は、次節の「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」（「性同一性障害者特例法」といわれる。以下、「特例法」という。）の適用がある。

戸籍の記載に錯誤がある場合には、家庭裁判所の許可を得て戸籍を訂正することができる。また、出生時の性別判断は生物学的要素を極めて重視した結果である。このことから、特例法が制定される時点の議論として、性別変更の場合でも戸籍法第113条に基づく戸籍の訂正として取り扱うことができないかが問題とされていた。同条に書かれている「錯誤」にあたらぬかの解釈の問題である²⁹。

しかし、最高裁判所も下級審裁判所も、男女の性別は生物学的性差（sex）によって決定され、戸籍法の取扱いもその前提のもとで成り立っているとして、戸籍の訂正を認めなかった³⁰。性自認である心理的・社会的性差による性別を認めていない。つまり錯誤ではないとする。この問題は立法に委ねられるべき問題であると裁判所はいう。

当事者にとってはあるべきものに正しく戻るのであるから、変更ではなく訂正なのだという主張は採用されないという結果になる。しかし、この判断は単純な二元論に基づくものであり、性の多様性が考えられていない。性別不変の原則の固定観念に陥っている。

子どもの命名との比較で考えるとどうだろうか。子どもに名前をつける行為は親の親権に基づく権利という考え方と子どもの代行との考え方がある³¹。子どもの代行にすぎないというのは、子どもの人格権を前提としている。子どもが成長すると問題があれば子ども本人に名前の変更を認めるということなる。性自認もこの考え方があてはまる。性別違和を感じている人が正常な判断能力を有するのであれば、後述のとおり、一定の緩やかな要件のもとで法的な性別の取扱いについて最終

28 麻生一枝『科学でわかる男と女のしくみ ヒトの性は、性染色体だけでは決まらない』サイエンス・アイ新書（ソフトバンク クリエイティブ、2011）によると、概ね、体の性と心の性とは胎児のそれぞれの性分化の臨界期における性決定遺伝子と男性ホルモンの有無・強弱に影響される。まず体の性は、性染色体XYの胎児ではY染色体上の特定遺伝子からの指令で精巣が作られ、さらに精巣が分泌する男性ホルモンで男型の性器が作られる。性染色体XXの胎児の場合には、Y染色体がないうえ、男性ホルモンが分泌しないので、卵巣と女型の性器が作られる（172頁）。これに対して、心の性は、体と脳の性分化の臨界期が異なり、心の性分化における臨界期の男性ホルモンの働きの有無・強弱で変わるという仮説がある（64頁）。また、出生後の養育の影響がまったくないとはいえない（88頁）。

なお、日本経済新聞（2020年10月3日朝刊）の報道（「性別決めるタンパク質を発見 阪大、マウス遺伝子を解析」）によれば、マウスの実験で、性別を決めるY染色体にある性決定遺伝子（SRY-T）を発見したとされる。

29 金亮完「速報判例解説◇民法（家族法）No.6」文献番号z188117009-00-040190158、99頁では、錯誤の拡大解釈による肯定説と、厳格な基準を求める否定説がある。

30 東京高決平成12年2月9日高民集53巻1号79頁。判タ1057号215頁。

東京高決平成15年3月27日公刊物未登載とその抗告審である最決平成15年5月28日公刊物未登載も同様である（南野知恵子監修『[解説]性同一性障害者性別取扱い特例法』（日本加除出版、2004）258頁以下）。

31 松川正毅『民法 親族・相続（第6版）』有斐閣アルマ（有斐閣、2019）173頁

的にはどちらの性を選択するかを本人が決定できるとするべきである³²。

第2節 性同一性障害者特例法

日本では、1997年に日本精神神経学会が「性同一性障害についての診断と治療のガイドライン」を発表したのがスタートである。それを踏まえて、1998年に埼玉医科大学で性別適合手術が行われた³³。2003年(平成15年)に戸籍上の性別の変更を認める特例法が議員立法として成立することになる³⁴。この特例法は、性同一性障害者の法律上の性別を男性から女性に、女性から男性に変更することを認めるための法律である³⁵。検討期間が極めて短期間であったため総意が優先し、以下のとおり、性別変更が認められるためには厳格な要件が求められている。

特例法において、性同一性障害者とは、「生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、①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、②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をいう。」³⁶(第2条)

性同一性障害というものは生物学的な性別と性自認が一致しないため、社会生活を送るにあたって苦痛を伴う、あるいは支障が生じ、社会にうまく適合することができない状態といえる。学校、職場での不適応が顕在化する。

性同一性障害者が性別変更を行うためには、家庭裁判所の審判による許可を得る必要がある。その申立てにあたっては、以下の要件をすべて満たす必要がある(第3条)。

- ① 20歳以上であること(1項一号)。いわゆる成年要件といわれるものである。
- ② 現に婚姻をしていないこと(1項二号)。いわゆる非婚要件といわれるものである。日本では同性婚が認められていないことによるとされている。
- ③ 現に未成年の子がいないこと(1項三号)。いわゆる子なし要件といわれるものである。
- 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(1項四号)。精巣、卵巣の切除など生殖腺の除去が求められる。いわゆる生殖能力喪失要件といわれる。
- ⑤ 望みの性の性器に近似する性器の外観を備えていること(1項五号)。他の性別の外性器を形

32 家永 登 専修大学法学部140回講演会(2017年5月12日)「「性別」の家族法一法の世界で「男」「女」はどのように決まるのか」 <https://www.senshu.u.ac.jp>。男女の二分法を前提にしても、人格権の根源である子どもの性別は最終的には判断力が成熟した子ども自身が決めるべきであるという。

33 この背景にあるのは、1964年のいわゆるブルーボーイ事件といわれている性別適合手術(性転換手術)をめぐる裁判で、ゆえなく生殖を不能にする手術にあたり優生保護法第28条違反とされた。

34 小野寺 理「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」ジュリスト1252号(2003.9.15)66頁以下

35 司法統計によれば、特例法によって性別の取扱いの変更が認められた件数は、2018年までに8,676人となっている。

36 ①と②は筆者が付記。また第3条の①～⑤も筆者が付記。⑤については平易な表現に改めている。

トランスセクシュアルの性自認に関する人権を考える

成する必要がある。いわゆる性器近似要件といわれる。

このように性別の変更を認めてもらうためには、これまでの生殖能力を喪失させるなど、④と⑤の性別適合手術³⁷を行わなければ性別変更ができないことになっている。

しかしながら、性自認の問題を抱えている人の中で、お金の問題あるいは健康上の理由、あるいは危険な手術を伴うことからの心理面の抵抗・恐怖心などの理由で、性別適合手術を断念する、あるいは望まないトランスジェンダーは法律の保護の対象外となるという問題がある³⁸。さらには、性別変更を希望するために不本意ながら性別適合手術に同意することがあり得る。事実上の強制である。

特例法と母体保護法³⁹とを比較すると、母体保護法第28条での不妊手術とは生殖腺を除去することなしに生殖を不能とする手術をいうとされているのに対して、特例法の場合には生殖腺の除去等、これまでの生殖機能の永続的・不可逆的放棄を求めているので、さらに厳格な要件を求めていることになる⁴⁰。

当事者の多くは、性別適合手術を受ける前の段階で、ホルモン療法とか乳房切除あるいは豊胸手術などの医学的な処置を行う、あるいは、洋服をその人の考える性表現にして日常生活を送るなど、外見上は性自認の性に移行して生活している実態がある⁴¹にもかかわらず、これらの人は特例法では対応できないことになる。この法律の要件では性別の変更を望んでも現状では認められない。性別適合手術を行った者のみが性別の変更が特例として認められるという。しかし、性別適合手術をしても性染色体が変わるものでもない。また、別の性の外観は整うが、その性が生来備わっているとされる生殖機能を取得するものでもない。手術後もホルモンの服用が必要とされる。この法律は、ジェンダーをセックスに合わせるのではなく、セックスをジェンダーに合わせるものである。伝統的な意味のセックスとジェンダーとの境界が曖昧となるのである。第4章の憲法論で言及するが、性別適合手術を行うかどうかは、国家が強制するものではなく、当事者の自由な判断に任せるべきものである。

同法の附則3[検討]では、性別の取扱いの変更の審判制度については、性同一性障害者の状況などの事情を勘案して、必要に応じて検討が加えられるものとする手当てされており、変更の余地

37 かつては性転換手術といわれてきたが、現在はより厳密に性別適合手術といわれる。Sex Reassignment Surgery (SRS)、Gender Affirming Surgeryの訳語として、性別再指定手術、あるいは性別再判定手術と訳されることもある(神谷・松岡・前掲(注17)5頁)。

性別適合手術として、MTFの場合は、精巣摘出術、陰茎切除手術と造陰術、外陰部形成術が行われる。FTMの場合は、卵巣摘出術、子宮摘出術、尿道延長術、陰閉鎖術、陰茎形成術などが行われる。南野・前掲(注30)32頁。山口 悟「3 性同一性障害と形成外科」南野知恵子監修・川崎政司・針間克己編著『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)79-89頁。

38 針間・大島・野宮・虎井・上川・前掲(注16)124頁

39 1996年に改正される前までは優生保護法といわれた。

40 川崎政司「性同一性障害者性別取扱特例法の解説」川崎・針間・前掲(注37)233頁

41 針間・大島・野宮・虎井・上川・前掲(注16)126頁

を残していることに留意すべきである。当初は三号要件が現に子がいないこととされていたが、平成20年に未成年の子がいないことと改正されている⁴²。少なくとも四号と五号要件の見直しは必要である。

第3節 ハラスメント防止にかかる法令

性自認の問題については、それに対する偏見やいじめ、差別が伴いやすいので、その場合にはハラスメントになることを明らかにしておく必要がある。

まず、男女雇用機会均等法にもとづく厚生労働省告示⁴³によれば、被害を受ける者の性的指向や性自認にかかわらず、「性的な言動」であればハラスメントにあたる。例えば、性的指向あるいは性自認に関する噂を流されることで、その人の人格が傷ついたと思う場合にはセクシュアルハラスメントに該当すると考えることができる⁴⁴。

また、労働契約法第5条では職場における使用者の労働者への安全配慮義務が定められているが、令和元年5月に労働施策総合推進法が改正され、性的指向あるいは性自認を理由とするパワーハラスメントを防止する義務が定められた⁴⁵。それを受けた厚生労働省の告示⁴⁶には、優越的な関係を背景として行われた次のような場合にはパワーハラスメントにあたるとの明示がある。まず、パワーハラスメントに該当する「精神的な攻撃」の例として、人格を否定するような行動を行うこと。これには、相手の性的指向・性自認に関する侮辱的な言動を行うことを含むとある。また、私的なことに過度に立ち入る「個の侵害」の例として、労働者の性的指向・性自認や病歴、不妊治療等の機微な個人情報について、労働者の了解を得ずに他の労働者に暴露することとある。パワーハラスメントにはアウティング（暴露）も含まれることがわかる。

また、人権条例も見逃せない。東京都の人権尊重の理念の実現を目指す条例のほか、カミングアウト（告白）の強制や暴露を禁止する国立市などの条例もある⁴⁷。

42 子なし要件の合憲性が争われた最決平成19年10月19日・前掲（注7）では、現に子のある者に性別の変更を認めた場合、家族秩序の混乱、子の福祉の観点から問題が生じるおそれがあるので合理性があり、国会の裁量の範囲を逸脱するとはいえないとして、憲法第13条、第14条に違反しないとされた。

43 2020年1月15日厚生労働省告示第6号「事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置等についての指針」。改正セクシュアル・ハラスメント指針といわれている。

44 例えば、「性別変更「同意なく明かされた」勤務先の病院提訴へ」（2019年8月29日付朝日新聞）

45 パワハラ防止法と呼ばれる。「労働施策の総合的な推進並びに労働者の雇用の安定及び職業生活の充実等に関する法律」第30条の2による。2019年5月29日改正。同法の施行日は、大企業は2020年6月1日、中小企業は2022年4月1日である。

46 2020年1月15日厚生労働省告示第5号「事業主が職場における優越的な関係を背景とした言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置等についての指針」。パワーハラスメント指針といわれている。

47 平成30年10月15日付「東京都オリンピック憲章にうたわれる人権尊重の理念の実現を目指す条例」第4条 都、都民及び事業者は、性自認及び性的指向を理由とする不当な差別的取扱いをしてはならない。また、平成30年4月1日付「国立市女性と男性及び多様な性の平等参画を推進する条例」第3条（1）性別、性的指向、性自認等による差別的取扱いや暴力を根絶し、全ての人が、個人として尊重されること。第3条（2）性的指向、性自認等に関する公表の自由が個人の権利として保障されること。第8条 2 何人も、性的指向、性自認等の公表に関して、いかなる場合も、強制し、若しくは禁止し、又は本人の意に反して公にしてはならない。

第4節 医療のガイドライン

性自認の問題を考えるにあたっては、医療分野の動向も承知しておく必要がある。また、医療の現場で使用されるガイドラインの理解が必要になる。

それは、日本精神神経学会が参考とする米国精神医学会のマニュアルであるDSM-5⁴⁸とWHO（世界保健機構）によるICD-11⁴⁹の疾病分類である。DSMについては、日本精神神経学会がこれに準拠したガイドラインを作成しており、ICDについては、日本ではICDの基準に準拠して、厚生労働省による「疾病、障害及び死因の統計分類」として統計調査に使われている。

ここで重要なのは、「性同一性障害」は精神的な病気なのかどうかである⁵⁰。日本ではこれまで、日本精神神経学会が作成したガイドラインによって診断、治療するにあたって「性同一性障害」という用語が使われ続けている⁵¹。しかし、世界では、性的指向と性自認については、多様な性のあり方として、いわゆる病気ではないと考える流れがある。これが脱精神病理化あるいは脱病理化といわれる考え方である⁵²。

現時点で最新の情報をフォローしていると思われる先行研究によれば、以下のように理解できる⁵³。

まず、同性愛については、1973年のDSM-IIから削除され、WHOのICD-10からも1990年に削除され、医学的治療の対象外となった⁵⁴。

性自認については、1980年のDSM-IIIから用いられてきた「性同一性障害」（Gender Identity Disorder）という表現が、2013年のDSM-5から、「性別違和」（Gender Dysphoria、GDと表記される）に変更された。「障害」（disorders）という文字が外れ、病気とみなされる程度が薄められた表記になった。トランスジェンダーについても、身体と性自認は一致しなくてもいいのではないかという考えから、脱病理化の流れが加速しているのである。「精神疾患」に分類されているのは、治療を受けるこ

48 DSM-5は、米国精神医学会が発行するDiagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders（「精神疾患の診断・統計マニュアル」とよばれる）の第5版のものである。2013年に公表された。精神科医などの専門家向けのマニュアルである。

49 ICD-11は、WHOが発行する「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」、略して「国際疾病分類」とよばれる）の第11版である。2018年に公表され、2019年に正式承認された。2022年1月から効力が発生する。そこでは精神医学の観点からだけでなく、性と生殖の観点からも検討が行われているといわれている。

50 針間克己「性別の自己決定権」日本性教育協会『現代性教育月報』1998年7月号4頁では、性自認は自分の意志と関係なく認知するという。大脳辺縁系にある分界条床核の大きさによるものではないかとの外国文献を紹介している。

これに対して、石田 仁「第1章 総論 性同一性障害」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）5頁では、性同一性障害は「障害」「病気」ではなく「個性」であると主張されることもあるが、それは間違いで病気（疾患）であるとする。

51 永野健太ほか「性の多様性、性同一性障害について」九州神経精神医学 第64巻第3～4号112頁（2019年）。日本で使われているのは『精神障害の診断と統計の手引き（第4版）』（DSM-IV）であるが、アメリカでは第5版（DSM-5）に更新されている。まだ、日本は第5版に更新されていないことに留意する。

52 針間・前掲（注4）11頁。東・前掲（注6）69頁

53 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）43-102頁。

54 針間・前掲（注4）11頁

とを希望する人が医療保険の適用を受けるためであるといわれている⁵⁵。

一方、WHOのICDでは、ICD-10で「第5章 精神及び行動の障害」の下位分類として「性同一性障害」(Gender identity disorder)が分類されていた。しかし、ICD-11では「第17章 性保健健康関連の病態」(Conditions Related to Sexual Health)の下位分類としての「性別不合」(Gender Incongruence)に移行している⁵⁶。性別不合は厚生労働省の仮訳であるが、性の不一致、あるいは性別不調和と訳す人もいる。また、Conditionsを「状態」と訳すのか、「病態」と訳すのかの問題がある。ここでいう病態は、障害(disorders)でも疾病(diseases)とも異なるとされる⁵⁷。これも脱病理化の流れである。これは精神疾患とはみなされないことを意味するとされる⁵⁸。これらでわかることは、性別違和は精神疾患に分類されるが、性別不合は精神疾患からは外されたとの差異が生じている。

また、DSM-5では、疾患名が変わるだけでなく、これまでの性(sex)という言葉が「指定されたジェンダー」(assigned gender)に変更になっている⁵⁹。この指定されたジェンダーとは生まれたときに指定された性別である。指定されたジェンダーとの「性別違和」を診断する基準も変わることになるという。これは、身体的な違和感とか治療を希望しなくても、「男扱いにされること」「女扱いにされること」などの、社会的な役割についての違和も診断の対象に含まれることを意味する⁶⁰。

これに対して、ICD-11では、性(sex)が「指定された性」(assigned sex)となっていることから、診断基準も、DSM-5の性別違和と比較し、身体の性別違和感が強調されていると考えられている⁶¹。ICD-11においても、性的不台として手術を希望する者にその道を残していることになる。

WHOの「国際疾病分類」改訂版(ICD-11)は2022年1月1日から効力が発生する。このことから、特例法の「性同一性障害」の表記の変更が必要と思われるし、それにとどまらず、トランスセクシュアルの性別変更要件の見直しが迫られる状況にあると考える。

また、治療方法についても、日本精神神経学会のガイドライン(第4版)で、第1段階は精神療法、第2段階はホルモン療法、最後に手術療法を行うというステップは廃止され、当事者の自己責任と自己決定のもとで、治療の選択を自由にすることができることになっている⁶²。治療法について連層構造になっていない。このことは、性別変更の要件としてこれまで要求されてきた生殖能力を喪

55 日本学術会議 法学委員会・前掲(注20)25頁

56 NHK「性同一性障害を『精神障害』の分類から除外へ」サイカルジャーナル(2019年5月26日)。
https://www.nhk.or.jp/d-navi/sci_cul/2019/05/news/news_190526-4/

厚生労働省「ICD-11のわが国への適用に向けて」19頁 http://jams.med.or.jp/dic/h30material_s2.pdf

57 日本学術会議 法学委員会・前掲(注20)25頁

58 針間・前掲(注53)57頁

59 針間・前掲(注53)71-72頁

60 針間・前掲(注53)72頁,84頁

61 針間・前掲(注53)100頁

62 齋藤利和「わが国における性同一性障害の歴史」『医学のあゆみ』256巻No.4(医歯薬出版、2016)272頁

失わせることが唯一ではないことを意味する。そのためにも保険の適用拡大を進める必要がある⁶³。

第4章 日本における性自認に関する人権論

第1節 裁判例

第1款 下級審はどのように考えているか

第1に、トランスセクシュアルの名前の変更が問題となった事例がある。その名前の変更許可申立却下審判に対する抗告事件⁶⁴では、原審⁶⁵の決定が取り消され、MTFのトランスセクシュアルである小学校教員の戸籍名の変更が認められた。結婚をしているが子どもはいない。ホルモン療法を受け、精巣を摘出していたが、名前の変更の申立てをした時点から希望する名前を使用し始めた。抗告審では、性同一性障害のため戸籍上の名前を使用することに精神的苦痛を感じており、名前を変更しても職場の混乱が生じるおそれはないとして、トランスセクシュアルの主張を認めた。原審は学校の先生という職業に過敏に反応したところがある。抗告審の判断が道理に適う事例である。

第2に、企業では、労働者が守るべきルールとして就業規則を定め、それに違反した場合には、制裁として懲戒処分を行うことがある。トランスセクシュアルの容姿などの性表現とトイレの使用が問題となった事例がある。

S社（性同一性障害者解雇）事件⁶⁶では、使用者のMTFであるトランスセクシュアルの会社員に対する解雇権の濫用が問題とされた⁶⁷。この事件での懲戒解雇事由は多々あるが、そのうちのひとつとして、当該会社員が配転命令を内示された際にその承諾要件として、女性の服装で勤務すること、女性用トイレを使用することなどを求めた。会社はそれを認めなかった。当該会社員は既に性同一性障害としてホルモン療法を受けていたほか、戸籍上の名前も女性名とも読める名前に変更を行っていた。

東京地裁は、会社側が当面の混乱を避けるために、女性の容姿をして就労しないように求めることに一応の理由があるという一方で、当該会社員が女性の容姿をして就労することを認めて欲しいと求めることには相応の理由があると認めた。そのうえで、会社が当該会社員の業務内容、就労環境等について双方の事情を踏まえた適切な配慮をした場合であっても、女性の容姿をして就労させ

63 これまでは、精神療法については保険の適用があり、ホルモン療法と手術療法は保険の適用にならなかった。しかし、2018年の4月から、一定の要件を満たせば、性別適合手術についても保険が適用になることになった。しかし、ホルモン診療については自由診療のままであり、ホルモン療法と手術の両方を行う場合には、混合診療となって保険の適用はないとされる（針間・前掲（注53）118頁）。保険の適用にはいまだ制約が多いことがわかる。

64 大阪高決平成21年11月10日家庭裁判月報62巻8号75頁

65 神戸家審平成21年9月15日家庭裁判月報62巻8号80頁。神戸家裁は、女性名と受け止められる改名を認めてしまうと、同性婚の外観が生じてしまうこと、学校教員であるのに男性と認識している保護者に混乱をもたらす軽視することのできない社会的混乱が生じるとして、申立てを認めなかった。

66 東京地判平成14年6月20日労判830号13頁

67 水町勇一郎『詳解 労働法』（東京大学出版会、2019）547頁

ることが企業秩序あるいは業務遂行において、著しい支障があるとの疎明が会社側からないとして、この点についても懲戒解雇の相当性を欠くとした。

会社は本人の申し出を一切禁止する業務命令を出しており、性同一性障害を抱える本人に対して誠実な対応が見られない。15年前の当時人権尊重の希薄さが垣間見える事件である。これは労働者の人格や容貌に関する自由に対するいきすぎた支配と拘束の典型的な事例であると指摘されている⁶⁸。この判決は、現時点で考えるならば、本人の申し出を真摯に受け止めておらず、パワーハラスメント事案にあたる。

第3に、トイレの使用が問題となった事例がある。経済産業省（性同一性障害）事件⁶⁹は、MTFのトランスセクシュアルである経産省の職員が性自認に対応する女性用トイレを自由に使用することを制限されたため、人事院に改善措置を求めたにも関わらず認められなかった。そのため、人事院の判定の取消しを求めたものである⁷⁰。

経産省は当該職員に対して女性用のトイレの使用を認めているが、職場のあるフロアとその上の階と下の階については使用を認めなかった。また、提訴前までには既に、性同一性障害の診断を受け、性別適合手術を受けてはいないものの、女性ホルモンの投与によって男性としての機能を失うほか、公私ともに振る舞いや外見において女性として認識される度合いが高かったと認定されている。

東京地裁は、「性別は、社会生活や人間関係における個人の属性の一つとして取り扱われており、個人の人格的な生存と密接かつ不可分のものといえることができる。」「個人がその真に自認する性別に即した社会生活を送ることができることは、重要な法的利益として、国家賠償法上も保護されるものというべきである。」「トイレが人の生理的作用に伴って日常的に必ず使用しなければならない施設であって、現代においては人が通常の衛生的な社会生活を送るにあたって不可欠なものであることに鑑みると、個人が社会生活を送る上で、男女別のトイレを設置し、管理する者から、その真に自認する性別に対応するトイレを使用することを制限されることは、当該個人が有する上記の重要な法的利益の制約に当たる」。また、女性用トイレを使用している女性職員に対する相応の配慮も必要であるとしたうえで、当該職員の別性への身体的・社会的移行状況にかかる具体的な事情の

68 菅野和夫『労働法（第11版）』（弘文堂、2017）653頁

69 東京地判令和元年12月12日労働判例ジャーナル96号2頁。LEX/DBインターネット TKC法律情報データベース [文献番号] 25580421。LGBT法連合会「経済産業省における性自認に基づく利用に関する東京地裁判決についての声明」（2019.12.13）<https://lgbtetc.jp/news/1649/>、令和元年12月13日付日本経済新聞など

70 原告が主張した法的根拠のひとつとして、障害者差別解消法がある。同法の障害者の定義に、「精神障害その他の心身の機能の障害がある者であって、障害及び社会的障壁により継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態にあるもの」とある（第2条1号）。事業者も行政機関も障害を理由として障害者でない者と不当な差別的取扱いをしてはならないが、社会的障壁をなくすための合理的な配慮については、事業者は努力義務である（第8条2項）が、行政機関は法的義務である（第7条2項）。

性同一性障害が同法の障害に該当するかどうか異論のあるところであるが、二宮周平「3 トランスジェンダーがおかれている社会の現状と課題」同編著『性のあり方の多様性—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）66頁は、性同一性障害者に対する合理的な配慮が求められているとする。

トランスセクシュアルの性自認に関する人権を考える

ほか、広く性同一性障害者が自認する性別トイレの利用に関する社会的な対応状況の変化⁷¹なども踏まえて判断する必要があるとした。そのうえで、東京地裁は、当該職員が職場環境の改善措置要求をおこなった時点以降は、上記の制約を正当化することができない状態に至っていたとして、経産省がもつトイレにかかる庁舎管理権の濫用に当たるとして、過失に基づく注意義務違反を認定し、違法であるので人事院の判定の取消しを認めた。

また、上司が本人に対して服装を男のものに戻したらどうかと発言したことに対して、東京地裁は、「性別に即した衣服を着用すること自体が、性自認に即した社会生活を送る上で基本的な事柄であり、性自認と密接不可分なものであることは明らか」である。「個人がその自認する性別に即した生活を送ることのできる法的利益としての重要性に鑑みれば、」当該職員との関係で法的に許容される限度を超えたものであり、業務上の指導を行うに当たって尽くすべき注意義務違反を認定し、違法とした⁷²。この判決は事例判決とはいえ、後述のとおり、人権に対する高い意識を認めることができる。

第4に、スポーツクラブの更衣室の利用が問題となった事例がある⁷³。報道の内容によれば、以下のとおりである。MTFのトランスセクシュアルで、性同一性障害の診断を受け、ホルモン療法と性別適合手術をすませていたが、未成年の子どもがいるために法定要件を満たさず、戸籍上性別変更をすることができなかった事情があった。本人が女性用の更衣室などの利用をクラブに申し立てたところ、クラブ側は本人の申立てを拒否し、あくまでも戸籍上の性別によるとして男性用の更衣室などの利用を求めて、同意書を徴求したため、本人が慰謝料を求めて提訴したものである。最終的には、本人の意に沿った和解が成立したと報道されている⁷⁴。

第5に、愛知ヤクルトカミングアウト強制事件がある⁷⁵。MTFのトランスセクシュアルで性同一性障害の診断を受け、家庭裁判所で女性名への変更が認められたため、上司に診断書を提出し健康保険証などの変更手続きを依頼した。本人は私生活では女性として過ごしていたとされる。しかし、職場では偏見をおそれてこれまでどおり男性名で働きたいと要望する一方で、更衣室などは男性用を利用しなくてもすむことを求めた。会社側は、役員用の更衣室や来客用トイレの使用を認める条件として、朝礼で全従業員に性同一性障害であることを説明させたとされる。本人は職場でカ

71 東京地裁は、性同一性障害者のトイレの問題について、社会的な状況の把握のために、国内の大企業の具体的な取組みなどの情報をフォローするとともに、諸外国の状況についても詳細な調査を行っていることは特筆すべきことである。

72 この裁判で東京地裁は慰謝料額120万円を認定している。

73 京都地裁平成27年12月18日提訴（同日付の朝日新聞）
<https://www.asahi.com/articles/ASHD77593HD7PTIL02K.html>

74 京都地裁平成29年6月19日和解。和解の内容は非公開であるが、報道によれば、裁判所は「性自認（心の性）を他者から受容されることは人の生存に関わる重要な利益である」と指摘している（同日付の毎日新聞）。
<https://mainichi.jp/articles/20170620/k00/00m/040/045000c>

75 名古屋地裁平成28年6月28日提訴（同日付の産経新聞）
<https://www.sankei.com/west/news/160628/wst1606280058-n1.html>

ミングアウト（告白）を強制された結果、うつ病を発症したとして、会社に損害賠償を求める訴えを行ったため、マスコミで報道された。

最後に、ゴルフクラブ入会拒否事件⁷⁶がある。性別適合手術を受け、性別を男性から女性に変更した会社社長が、当人の性別変更を理由に当該会社名義のクラブ会員権を取得することを拒否されたため、不法行為による損害賠償責任を求めたものである。特例法に基づき性別の変更も行い、外見も完全に女性であった。クラブ側は、既存の会員に強い不安感や困惑が生じることを懸念した。原審⁷⁷も東京高裁も、性別変更を理由に入会を拒否したのは、法の下での平等を定める憲法第14条1項と国際人権規約（B規約）第26条⁷⁸の趣旨⁷⁹から民法の公序良俗違反にあたるとして、性同一性障害者に対する損害賠償を認めた。東京高裁は、事件当時（平成24年）には、性同一性障害が医学的な疾患の一つであることは公知の事実であったとしたうえで、「性同一性障害及びその治療を理由とする不合理な取扱いが許されないことは、その他の疾病を理由とする不合理な取扱いが許されないのと同様であった」。また、本人は、「自らの意思によってはいかんともし難い疾病によって生じた生物学的な性別と性別の自己意識の不一致を治療することで、性別に関する自己意識を身体的にも社会的にも実現してきたことを否定されたものと受け止め、人格の根幹部分に関わる精神的苦痛を受けたことも否定できない」と認定した。

これら性自認の下級審の裁判例は、いずれもトランスセクシュアルのトイレあるいは更衣室の使用、服装が問題になったもので、日常生活のうえで避けられない問題である。

そのうち、第2の事例は解雇権の濫用が、第5の事例はハラスメントにあたるカミングアウトの強制が問題となった事例で、最後の事例は性別変更を受けた者に対する不合理な差別であり、わかりやすい。

第3の裁判例は、トイレの問題についてかなり踏み込んだ判決として高く評価できる。判決では、個人が性自認に即した社会生活を送ることができることは重要な法的利益であるとしている。時系列的にみて、本判決は、次款でとりあげる平成31年1月の最高裁判決、特に補足意見を意識しているように思われる。その補足意見で性別が「個人の人格的存在と密接不可分のもの」としているところも、本判決のよって立つところを同じくしている。また、当該最高裁の判決では社会的な受入れなどの対応状況を重要な判断の要素としており、この裁判でも、トイレの問題の現状につい

76 東京高判平成27年7月1日労働判例ジャーナル43号40頁。君塚正臣「判例評論」判時2259号144頁。勝山敦子「判例解説」ジュリ1492号10頁

77 静岡地浜松支判平成26年9月8日。LEX/DB TKC法律情報データベース 文献番号25504840。村重慶一「戸籍判例ノート」戸籍時報No.724（2015.4）62頁

78 国際人権規約のうち、自由権規約はB規約と、社会権規約はA規約と呼ばれる。

日本は1979年に国際人権規約（B規約）を批准している。第26条の条文は、後掲（注134）の本文を参照。

79 憲法と国際人権規約の私人間効力の問題は、最高裁は間接適用説に立ち、権利侵害が憲法と国際人権規約の人権規定の趣旨に照らして社会的に許容する限度を超えるか否かという判断基準を採用している。

トランスセクシュアルの性自認に関する人権を考える

て、国内の大企業における具体的な取組み、さらには諸外国の状況についても詳細な調査を行っていることは特筆に値する。

これらの裁判例が示唆するところは、性同一性障害の診断を受けている場合には、性別適合手術を受けていなくても、ホルモン療法などで、本人が望む性別に社会的に移行したと認識できる段階から、職場等でその性による施設利用を認めるというのが原則ではないかということである。

第2款 最高裁はどのように考えているか

特例法での性別変更要件については争いが多く、最高裁まで上告されている。そのうち、性自認そのものの問題として特例法第3条1項四号の生殖能力喪失要件が幸福追求権を認める憲法第13条と法の下での平等を定める憲法第14条に違反しないのかが争われた事件がある⁸⁰。申立人のFTMであるトランスセクシュアルは、ホルモン療法を受け、外性器の外観は男性の性器に近似するほか、外観も男性の体型であったとされる。身体に著しい浸蝕を伴う手術をすることの恐怖感などから、性別適合手術を拒否していたとされる。

原審の広島高裁⁸¹では、「性別に関する認識（本稿でいう性自認である⁸²）は、基本的に、個人の内心の問題であり、自己の認識する性と異なる性での生き方を不当に強制されないという意味で、個人の幸福追求権と密接にかかわる事柄であり、個人の人格権の一内容をなすものといえることができる。」「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であって、これらの法制の趣旨と無関係に、自由に自己の認識する性の使用が認められるべきであるとまではいうことができない。」「性同一性に係る上記の人格権の内容も、憲法上一義的に捉えられるべきものでなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまっぴら初めて具体的に捉えられるべきものである」。性別変更を認めるための要件については、「これらの者を取り巻く社会環境の状況等を踏まえた判断を要するのであって、基本的に立法府の裁量に委ねられている」とする。このように、原審は性自認が人格権に含まれるということ認めるが、あくまでも性別自己決定権は生物学的性に基づいた民法等の身分法秩序に服するとしている。

80 最決平成31年1月23日・前掲（注7）判タ1463号74頁。木村草太「性同一性障害特例法の生殖能力要件の合憲性」法時91巻5号4頁、濱口昌子「性同一性障害特例法における性別取扱いの変更と生殖腺除去要件の合憲性」TKCローライブラリー（新・判例解説Watch・憲法No.156）1頁（2019.4.26）、同「性同一性障害特例法における性別取扱いの変更と生殖腺除去要件の合憲性（最高裁決定）法セミ772号116頁、渡邊泰彦「性別の変更と生殖不能要件一家族法の視点から」TKCローライブラリー（新・判例解説Watch・民法（家族法）No.1）25巻107頁（2019.10）、小林直三「性別の審判を受けるにあたっての生殖腺除去手術の実質的強制」Westlaw判例コラム 文献番号2019WLJCC004 第159号1頁、上田健介「性同一性障害者特例法による性別変更の生殖腺除去要件の合憲性」法教464号117頁、羽生 習「令和元年度重要判例解説」臨増ジュリスト1544号62頁、斎藤 愛「令和元年度重要判例解説」臨増ジュリスト1544号10頁、君塚正臣「判例評論」判時2440号116頁、大島梨沙「判例紹介」民商法雑誌155巻5号1057頁、春山 習「判例評釈/憲法判例研究」早稲田法学95巻1号323頁。

81 広島高岡山支決平成30年2月9日家庭の法と裁判22号115頁。第一審の岡山家津山支決平成29年2月6日家庭の法と裁判22号119頁では、性別変更要件はその内容に合理性があれば国会の裁量に属するとする。

82 括弧は筆者の補記である。

この事件で最高裁は、性別変更の要件を満たすために性別適合手術を行うことが必要とされていることでやむなく手術をすることは、本人の「意思に反して身体への侵襲を受けない自由を制約する面」があることは認める。しかしながら、この要件を求めたのは、「生殖機能を残したまま性別変更を認めると、親子関係などに関わる問題を惹起して社会が混乱する、あるいは、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など」が考慮されたことによると説明する。「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」ことを認める。そのうえで、最高裁は、この定め
の目的、制約の態様さらには現状の社会的状況等を総合的に比較衡量すると、現時点では、憲法第13条と第14条に違反するものではないとした。結論として、生殖能力喪失要件は、立法府の裁量を逸脱するものではないという。

最高裁判決は4人の裁判官全員の一致によるものであるが、2人の裁判官⁸³の補足意見が以下のとおりなされていることは注目すべきところである。

まず、「性別は、社会生活や人間関係における個人の属性の一つとして取り扱われているため、個人の人格的存在と密接不可分のものということができ、性同一性障害者にとって、特例法により性別の取扱いの変更の審判を受けることは、切実ともいえるべき重要な法的利益である。」「性別の取扱いの変更を希望してその審判を受けるためには当該手術を受けるほかに選択の余地がないことになる。」「性別適合手術による卵巣又は精巣の摘出は、それ自体身体への強度の侵襲である上、外科手術一般に共通することとして生命ないし身体に対する危険を伴うとともに、生殖機能の喪失という重大かつ不可逆的な結果をもたらす。このような手術を受けるか否かは、本来、その者の自由な意思に委ねられるものであり、この自由は、その意思に反して身体への侵蝕を受けない自由として、憲法第13条により保障されるものと解される。」と指摘する。そのうえで、社会的状況の変化等を考慮している。まず、生殖機能を残した場合に生じ得る子どもが生まれるリスクは極めてまれで、それによる混乱も限定的であろうと考えている。また、法律改正の新たな要件では子どもが成人になっていれば性別適合手術を受けることができるので、「成人の子については、母である男、父である女の存在があり得ることが法的に肯定」されている。また、社会情勢も性同一性障害者について学校でも企業でもその性自認に従った取組みが進められるなど、相当の変化が生じているとする。そして、この補足意見は、総合的比較衡量⁸⁴すると、生殖能力喪失要件は憲法第13条に違反するとまで

83 鬼丸かおる、三浦守両裁判官の補足意見がある。

84 最高裁はこの判決で、判断基準の先例として以下の3つをあげている。①最判昭和30年7月20日民集9巻9号1122頁(子の認知請求事件)では、認知の訴えの除斥期間はすべての非嫡出子に適用されるので、憲法第14条の平等違反ではない。②最判昭和39年5月27日民集18巻4号711頁(待命処分無効確認判定取消等請求事件)では、任命権者の裁量の範囲を逸脱していなければ、憲法第14条で禁止している不合理な差別ではないとした。③最判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁(京都府学連事件)は、憲法第13条でプライバシーの権利としての肖像権が認められたものである。

はいえないもののその疑いがあると言及している。そして、性同一性障害者の性別に関する苦痛は、性自認の多様性を包含する社会の側の問題でもあるとして、一人ひとりの人格と個性の尊重という観点から理解ある対応が行われることを望むとしている。

この事件は性別変更のための性別適合手術の生殖能力喪失要件が問題になったことは既述のとおりである。まず、最高裁は憲法での性別変更請求権を保障していない⁸⁵ことが前提にある。そして、人権の制約が問題になったときに違憲審査基準として総合的比較衡量を適用している。また、最高裁は、憲法第13条の後段が定める生命に対する権利のなかに、「意思に反して身体への侵襲を受けない自由」が含まれていることを前提にしている⁸⁶ことに留意したい。

この判決の補足意見でも言及がなされているが、性別適合手術を一方向的に強制するものではないとはしているものの、性別変更を行いたい者にとっては事実上性別適合手術を強制されるもので、手術をするかどうか自由な選択が認められているとはいえない。これは、夫婦同氏（姓）制度でも同様な事情が認められ、法律上の婚姻と認められるためには氏を統一しなければいけない事実上の強制が働いていることにも共通する⁸⁷。法律上の効力を得るためには唯一の選択肢なのである。現行法上、性同一障害で戸籍上の性別変更を必要とする者にとっては、精神的な問題だけでなく、不可逆的な身体への強度の侵襲を伴うところが、意に反してでも大きな犠牲を強いることになる。ここに大きな問題がある。

これに対して憲法第14条の法の下の平等については、最高裁は1項後段の列举事由のどれに該当するかなどに言及することなく、憲法第14条違反ではないとしているにとどまっている。

第2節 学説

第1款 憲法第13条をめぐる議論

憲法第11条では、国民の基本的な人権を認め、憲法第13条は、前段で、すべて国民は、個人として尊重されると宣言する。後段では、生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、最大限尊重されるとある。

人権とは、人間が人間であることのみに基づいて当然に認められる権利である。人格とは、一人ひとりがもつ人間としての自律的な存在を意味する。

幸福追求権のひとつとして人格権がある。人格権とは、生命、身体、健康、平穏な生活などを守る諸々の権利の総称といえる⁸⁸。これについては、民法も憲法も同様に解することが可能との見解

85 木村・前掲（注80）6頁

86 判例タイムズ解説欄・前掲（注80）76頁

87 夫婦同氏（姓）制度の憲法違反が問われた最判平成27年12月16日・前掲（注3）において同制度を違憲とした少数意見では、夫婦となるために同氏を求めることは婚姻成立に不合理な要件を課したものと婚姻の自由を制約するものであるとする。

88 加藤雅信『新民法体系 V 事務管理・不当利得・不法行為 第2版』（有斐閣、2005）188頁

がある⁸⁹。

幸福追求権の権利行使については、憲法第13条から直接導き出されるのではなく、法律で具体的な定めが必要との学説もあるが、通説は、第15条以下の具体的な定めがなくとも、第13条後段から具体的な権利が導き出せるとする⁹⁰。いわゆる新しい人権である。これには、プライバシーの権利⁹¹、名誉権などの一般的人格権と自己の生命・身体に関する権利、リプロダクションの自己決定権⁹²などの人格的自律権⁹³が含まれるというのが一般的な理解である。

性自認の権利は、個人の幸福追求権を認める憲法第13条でどこまで保障されるのか。性別を決定する権利と身体を処分する権利が問題になる。

特例法の生殖能力喪失要件が問題になった最高裁判決の原審である広島高裁⁹⁴では、性自認は幸福追求権と密接にかかわる事柄であるので人格権の内容をなすとして、性自認とは異なる性での生き方を不当に強制されないといっているところである。

学説でも、性自認は第13条後段に保障される人格的利益に含まれるとするという見解がある⁹⁵。これに対して、性別が人格の基礎になって、性自認の性別によって取り扱われることが人格的な自律とか生存にかかわる重要な問題であることは認めても、「性別に関する自己決定権」とすることには慎重な検討を要すると指摘するものがある⁹⁶。それは、憲法が生物学的な性別を前提にしている以上、憲法第13条の幸福追求権との関係で「性別に関する自己決定権」を論じる場合でも、一般論として論じることはできず、性の多様性を考えると権利行使をどのように制度化するのかなど、権利行使を認める対象を特定の人とした場合の理由づけが問題になるはずであるとする⁹⁷。この見解については次の段落で検討するが、今や性自認が趣味とか嗜好の問題ではないことは勿論、既述のとおり、病気だとか障害だと考えるべきではないとの状況を考える必要があるだろう。人間は有性生殖であることから生物学的判定に基いた性別二分法によって国家が性別を管理するということが前提

89 渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法1人権(第7版)』(有斐閣、2019)275頁。幸福追求権について、学説では、理性を重視する人格的利益説、広い範囲の自由を保障する一般的自由説、手続を重視するプロセスの権利説がある(同266頁-270頁)。

90 渋谷・赤坂・前掲(注89)266頁。包括的基本権条項といわれることもある。

91 プライバシーの権利を憲法第21条(表現の自由と知る権利)の自己情報コントロール権と構成する学説がある(渋谷秀樹『憲法 第3版』(有斐閣、2017)183頁)。毛利 透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法 II 人権 第2版』(有斐閣、2017)57頁。

92 リプロダクションの自己決定権は憲法第24条(家族生活における個人の尊厳)で保障されているとする学説(渋谷・前掲(注91)467頁)もある。また、最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁(エホバの証人輸血損害賠償請求事件)の原審である東京高判平成10年2月9日高民集51巻1号1頁で、各個人が有する自己の人生のあり方は自らが決定することができるという自己決定権を認める。

93 人権の問題はすべて自己決定権にかかわるので、新しい人権としての「自己決定権」の対象、内容についてはさらなる検討が必要である(渋谷・赤坂・前掲(注89)292頁)。

94 前掲(注81)参照

95 土井真一「第3章 国民の権利及び義務」長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2) 国民の権利及び義務(1)』(有斐閣、2008)138頁。「性別が各人の自由な意思決定に委ねられるかどうかは別として」としたうえでの説明である。

96 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)」川崎・針間 前掲(注37)265頁

97 川崎・前掲(注96)265頁

トランスセクシュアルの性自認に関する人権を考える

であったとしても、性別不変の原則は絶対ではない。

憲法の保障する基本的人権の根拠については、人間固有の尊厳に由来するというのが通説⁹⁸である。通説は、人権すべてに公共の福祉の制約があるとする（一元的内在説）。公共の福祉とは、社会全体の利益という意味である。これに対して、マイノリティにとって意味のある「切り札」としての人権という見解がある⁹⁹。この見解は、憲法が保障する権利には、公共の福祉に基づく権利とその制約を受けない「切り札」としての権利があると考え¹⁰⁰。「切り札」としての人権の依拠するところは、個人の人格の根源的平等性であるとする¹⁰¹。性自認は、自分の存在を確認し自己の人生に関わる重要な問題である。このため、性自認は個人の人格的生存に不可欠な利益といえる。このことから考えると、性的マイノリティが考える性自認を性的マジョリティが偏見によって否定する、あるいは国家が過度に抑制することは、本人に別の生き方を強制することになり、個人の人格的自律を根本的に否定することになる¹⁰²。したがって、性自認は憲法で保障される「切り札」としての人権ということになる¹⁰³。この「切り札」としての人権は、第5章で取り上げるヨーロッパにおける個人の尊重に由来する「性自認に基づく性別自己決定権」と親和的である。

「切り札」としての人権を認めると、国家が特定の制約を設定することで、不当に性自認に基づく私生活を否定することは許されないことになる。性別変更が認められるために求める性別適合手術は、果たして国家権力による強制なしの自己決定であるといえるのであろうか¹⁰⁴。特例法の生殖能

98 芦部信喜著・高橋和之補訂者『憲法 第6版』（岩波書店、2015）82頁。通説に対しては、統治システムのプロセスを重視する「プロセス的基本的人権観」説という見解もある（松井茂記『日本国憲法』（有斐閣、2000）108-114頁）。

99 長谷部恭男『憲法 第6版』（新世界社、2014）109-115頁、143-162頁、166頁

100 基本的人権と人権とを同義で使用する場合でも、人権を概括的な意味として使うのか、自然権法を根拠とするのかなど、多様な意味で使用されている（辻村みよ子『憲法 第6版』（日本評論社、2018）96-99頁）。長谷部・前掲（注99）は後者の意味で使用している。2つの種類の権利のうち、公共の福祉に基づく権利は憲法第13条後段によって、「切り札」としての人権は同条前段の規定によるとする（111頁）。長谷部恭男「国家権力の限界と人権」『憲法の理性』（東京大学出版会、2006）87頁。

101 長谷部・前掲（注99）166頁。長谷部恭男『比較不能な価値の迷路—リベラルデモクラシーの憲法理論』（東京大学出版会、2000）68頁 注記（62）、95頁によると、比較不能な多様な価値観があるなかで、憲法は各個人が自分の生き方を自分で決めそれを実践することの権利を保障することが求められるとある。

中山茂樹「生命・自由・自己決定権」ジュリスト増刊『新・法学の争点シリーズ 3』（平成20年）95頁。内野正幸「自己決定権と平等」江橋 崇ほか編『現代の法 14 自己決定権と法』（岩波書店、1998）24頁。

102 長谷部・前掲（注100）『憲法の理性』79頁。毛利・小泉・浅野・松本・前掲（注91）55頁。

103 「切り札」としての人権という観念はドゥオーキン（アメリカの政治哲学者）の人権論を踏まえたものである。その権利の根幹に、「平等な配慮と尊重を求める権利」がある（松井・前掲（注98）307頁）。あるいは、「平等な尊重と配慮（equal respect and concern）を受ける権利」があるとする（木下 毅・小林 公・野坂泰司共訳『権利論』（木鐸社、1986）346頁）。『権利論』は、『TAKING RIGHTS SERIOUSLY』（by Ronald Dworkin）の翻訳である。その「訳者あとがき」（小林・346頁）によれば、尊重とは自由（freedom）の尊重を、配慮とは幸福（well-being）の配慮を意味するという。

また、深田三徳「ドゥオーキンの権利論と法理論」判タ568号20頁では、道徳的権利として認められる「等しい尊重」とは一人ひとりが考える「善き人生」の観念を尊重することを意味するとある。

長谷部恭男「「公共の福祉」と「切り札」としての人権」法時74巻4号86頁では、「切り札」としての人権は、各個人が私生活においてそれぞれの価値観に従って生きる権利を保障するものであるという。

なお、辻村・前掲（注100）97頁、133頁は、憲法第13条の「公共の福祉」の解釈について様々な見解があるが、人権の根拠の問題は人間の本質や文化論にも関係する難問であるとする。

104 渋谷・前掲（注91）186頁は、自傷行為の自由が保障されるのは、他者による強制なしの自己決定であることが求められるとする。

力喪失要件については憲法第13条で保障する生命・身体の処分に関する権利が問題になる。性別適合手術による性の処分は身体への自傷行為をはるかに超えて、生命に対する処分を国家が強いることになる¹⁰⁵。性別適合手術は美容整形でもなくタトゥーなどとは異質のものである。国家権力はみだりに身体の侵襲を強制してはいけないことになる。この点は、次款の憲法第14条の議論と関係する。

第2款 憲法第14条をめぐる議論

憲法第14条は、すべての国民は法の下に平等であって、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会関係において差別されないと定める。後段の列挙事項については、前段の平等原則の内容の例示であると考えるのが、判例および多数説である。

憲法の求める平等とは絶対的な平等ではなく、相対的な平等であるとされる¹⁰⁶。合理的な理由なくして差別してはならないが、社会通念からみて合理的な区別は認められる。また、一律平等に取り扱うのが原則であるが、合理的な範囲内で事実上の不平等を是正する実質的な平等も認められる¹⁰⁷。

この合理性についての違憲審査の判断基準については議論がある。通説は、憲法第14条後段の列挙事項については、歴史的経緯などに鑑み厳格な審査基準が適用され、その他の事項については合理性の基準が適用になるとする。合理性の基準によれば、著しく不合理であることが明白でなければ平等違反にならない。これに対して、厳格な審査基準によれば、立法目的がやむにやまれぬもので、その手段も必要最小限度でなければ違憲になる¹⁰⁸。ここでも最高裁と学説との距離が乖離している。最高裁は学説の基準によらず、これまでの事例でわかるとおり、比較衡量による判断を行っている事例が多い¹⁰⁹。しかし、学説・判例とも性差別についての審査基準が蓄積されていない¹¹⁰。

性同一性障害も基本的には生来のものといえるので、「社会的身分」に該当するという学説がある¹¹¹。性別違和が先天的なものと言い切れるかどうかは議論のあるところであるが、仮に後天的な

105 國分・前掲（注19）10頁

106 判例・通説とも相対的平等説である（辻村・前掲（注100）159頁）

107 辻村・前掲（注100）158頁

108 辻村・前掲（注100）162頁。これに対して芦部は、3とおりの審査基準（①厳格な審査、②厳格な合理性の審査、③合理性の審査）のうち、性差別には厳格な合理性の審査基準を適用する。これらの審査基準によれば、立法目的、達成手段、目的と手段との関係が審査される。このため、比較衡量論は独自の審査基準ではないとの指摘もある（渋谷・赤坂・前掲（注89）353頁、360頁）。

109 合理性基準を採用しているケースもある（例えば、最判平成27年12月16日・前掲（注3）の再婚禁止期間規定違憲訴訟）。芦部・前掲（注98）105頁では、最高裁が採用する比較衡量論は、人権の制約が合憲であるためには、制限の目的と手段が比例していなければならないというドイツの比例原則（①保護領域 ②制限 ③正当化）の考えに近いとされる。

110 辻村・前掲（注100）358頁

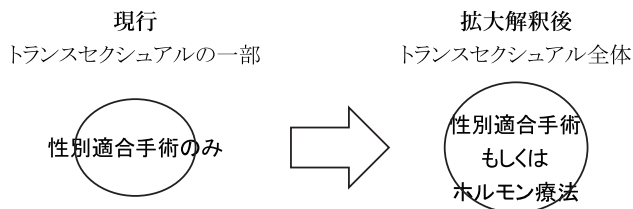
111 君塚・前掲（注76）146頁。社会的身分についての学説は、狭義説（先天的なもの）・広義説（後天的なものも含める）のほか、「人が社会において一時的ではなく占めている地位で、自分の力ではそれから脱却できず、それについて事実上ある種の社会的評価が伴っているもの」という中間説がある（芦部・前掲（注98）136頁）。また、同性愛は生来の性向なので社会的身分にあたることも参考になる。

トランスセクシュアルの性自認に関する人権を考える

ことが影響しているとしても、性自認は自分の意思で変えることができず、かつ、社会から偏見をもって見られることから、憲法第14条という社会的身分にあてはまる¹¹²といえる。

そうすると、トランスセクシュアルの性別適合手術についても、その手段の相当性が厳格な審査基準で問われることになる¹¹³。特例法での性別の変更は、例外中の例外として、生殖機能の永続的・不可逆的放棄を一律求めるものであった。国家として安定した社会秩序と善良な風俗を維持する必要があるとはいえ、ここまで限定することで平等性が損なわれているのではないかと疑問がでてくる。

この点、公平の観点からは、限定的に性別変更を認めるパターンリズムによる積極的格差是正措置（アフーマティブ・アクション）¹¹⁴に問題があると考ええる。性別適合手術は、手術に耐えうる健康と多額の金銭、さらには長期の治療期間などを要する。手術を望んでも断念せざるを得ないケースもありうる。また、手術が治療の第3ステップではなくなっている。現行の条件では機会の平等も結果の平等も確保されているとはいいがたい。このため、逆差別が生じているのではないかという疑問がある。これを解消するためには、性別変更の対象を現行の性別適合手術に限定することなく、ホルモン療法にとどまる場合でも社会生活において別性への移行が進んでいる人にも拡大すべきである。生殖機能という視点から見た場合、現行法でも希望する性の生殖機能を実質的にもたない性を認めているわけで、性別変更の対象をトランスセクシュアル全体に広げる。いわば「ジェンダー化されたセックス」（gendered sex）¹¹⁵を拡大解釈するという方策が求められると考えられる。このことを概念図で書くと以下のとおりである。



概念図3 性別変更を可能とする gendered sex

112 渋谷・前掲（注91）208頁の中間説に該当する。

113 辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版、2916）283頁、濱口・前掲（注80）4頁

114 辻村・前掲（注100）158-159頁

115 上野・前掲（注18）21頁では、ポスト構造主義のジェンダー論についての説明でgendered bodyとsexed genderという表現がある。

最後に考えなければならないのが、このような考えのもとでトランスセクシュアルは国家に対して性別変更請求権が認められるのかの問題が残る¹¹⁶。人権の取扱いについて、憲法では国民は国家からの自由（自由権）、国家による自由（社会権など）、国家への自由の権利をもつとされる。そのうち、社会権の代表的なものが憲法第25条の生存権である。この場合、国民は国家に対して積極的な作為を請求する権利がある。このように生存権については自由権的性格をもつとされている¹¹⁷。自己決定権についても社会権的性格をもつとの学説がある¹¹⁸。性自認を「切り札」としての人権として考える立場では、幸福追求権を定める憲法第13条にはベースラインとして戸籍の性別変更請求権が国家に対して認められるということになると考える。

第3款 憲法第21条をめぐる議論

性自認については、伝統的にはプライバシーの問題とされてきた。私事性、秘事性と非公知性の性格をもつからである。プライバシーの権利については、これまで憲法第13条の幸福追求権の位置づけで考えられてきた¹¹⁹が、憲法第21条の表現の自由の下で保障する自己情報コントロール権として位置づける学説がある¹²⁰。この考え方は、憲法第21条を情報の収集から発信、流通全般における情報に対する権利一般を保障するものと位置づける。情報化社会のもとで、私生活の自由を保護するプライバシーから、個人情報の保護を重視するものである¹²¹。

性自認や性的指向などの機微な個人情報について、本人の意に反してアウトティング（暴露）されることは、自己情報コントロール権に対する侵害ということになる¹²²。いずれにしても、性自認については本人が自由な意思でカミングアウト（告白）するのか、あるいはしないかの決定権を有することはいうまでもない。

また、採用の選考にあたっては、性自認や性的指向を理由に不適切な対応を行ってはいけないという行政指導が行われており¹²³、かかる個人情報の収集と利用にあたっては注意を要する。ここで問題になるのは、個人情報保護法における「要配慮個人情報」（第2条3項）の取扱いである。信条、社会的身分、病歴など不当な差別・偏見を生みやすい個人情報の取得については、原則事前の

116 木村・前掲（注80）5-6頁

117 渋谷・赤坂・前掲（注89）59頁

118 山本龍彦「生殖補助医療と憲法一三条―「自己決定権」の構造と適用」法律時報81巻11号102頁。これに対して、反対の見解（中山茂樹「生命・自由・自己決定権」ジュリスト増刊『憲法の争点』（2008）96頁）と消極的意見（川崎・前掲（注95）265頁）がある。

119 辻村・前掲（注100）144頁

120 渋谷・前掲（注91）349頁は、憲法第21条を情報の自由とする。渋谷・前掲（注91）353頁、401-412頁

121 最判平成15年9月12日民集57巻8号973頁（早稲田大学江沢民講演会名簿事件）、最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁（住基ネット訴訟）など、個人情報の取扱いが問題になった事件で学説の影響があるとする（渋谷・前掲（注91）404頁）。

122 渋谷・前掲（注91）409頁

123 厚生労働省「事業主啓発用ガイドブック：公正な採用選考をめざして（平成29年度版）」

トランスセクシュアルの性自認に関する人権を考える

同意が必要である（第17条2項）。しかしながら、現行の「要配慮個人情報」に性自認・性的指向が含まれていないため、その手当が必要であると考え¹²⁴。

また、性別変更前のトランスセクシュアルとトランスジェンダーにとって、生活するうえで大きな問題としてトイレの問題がある。トランスジェンダーらには性自認に基づくトイレを使用する権利があるのだろうか。憲法第14条で性別によって差別されないとするが、今日でも性別役割分業以外にも男女の身体的性差に基づく差別的取扱いが社会的な問題である¹²⁵。

これまでみてきたとおり、厳格な審査基準に照らして、トランスジェンダーが考える性自認にそったトイレの使用を禁じることは、平等違反となるということに一応なりそうである¹²⁶。しかし、問題はそれほど簡単ではない。

ここで考えなければいけないプライバシーの問題は以下のとおりである。第1は、性別変更の問題は国家対個人の関係で整理できるが、トイレの問題は個人対個人の関係で、同一空間を共同利用する人同士のプライバシーの調整が必要であることである。性別違和のない人とトランスジェンダーとがトイレを共同利用するにあたって、トランスジェンダーでない人のプライバシーをどう考えるかである。トランスジェンダーもそれ以外の人も、憲法第13条または第21条でプライバシー権が保障されている。トランスジェンダーからは、トイレという私的空間で性自認にしたがった自由が確保される。その反面、他の者からアウトティングされるリスクは残る。そうでない人からすると、身体的に同一でない人がトイレを共同して利用することによって安穩な私的空間をみだりに侵害されない権利が侵害されるとの主張がありうる。どれだけ身体的同一性が重要なのだろうか。大事なのは性の帰属意識を共有するという事ではないかと考える。現実には、トランスジェンダーに性自認の決定権がありながら、身体的に同一ではないということからくる性的マジョリティの拒絶反応があることが避けられないところに悩みがある¹²⁷。たとえば、FTMが男性用トイレに入ってきたときの立位による排尿のプライバシーもあろう。

第2は、共同利用する関係者間の相互理解が必要になるので、最低限の情報の公開が必要になる

124 日本学術会議 法学委員会・前掲（注20）17頁

125 辻村・前掲（注100）165頁

126 不当な差別かどうかを考える際に、男性用のトイレか女性用のトイレかの二者択一ではなく、現実的な対応として多目的トイレあるいはオールジェンダートイレなどの対応も考える必要がある。

127 トランスジェンダーのトイレの問題はアメリカでも賛否両論がある。カリフォルニア州では教育法が改正（2013）され、生徒は自己の性別認識に基づき設備を利用することができると手当てされた（前澤貴子「公立学校におけるトランスジェンダー カリフォルニア州教育法改正」論究ジュリスト（2013）202頁）。また、FTMの男性用トイレの使用をめぐる裁判（G・G対バージニア州グロースター郡教育委員会（2015）でも裁判所によって見解が異なる混乱がある（紙谷雅子「トイレ騒動—現在進行形」三成・前掲（注11）274頁）。また、ノースカロライナ州では治安上などの理由から出生証明書（生物学的性別）に基づくトイレの使用を義務付ける「トイレ法」が成立した（2016）が、翌年廃止となった（前澤貴子「反LGBT」法と批判されるノースカロライナ州の「トイレ法」（HB2）」論究ジュリスト（2016））。また、公共のトイレを出生時の性別に従って利用する条例案が住民投票で否決されたとの記事がある。<https://www.cnn.co.jp/usa/35117428.html>（2019.4.9）

これらを見る限り、アメリカではまだトイレの使用に関する合意形成ができていない。

と考えられることである。そのためには、性自認に基づいてどのトイレを使用するかの自己決定権があるとしても、トランスジェンダーであることを周囲の人に知ってもらい、周囲の人に理解してもらうことは必要ではないかということである。カミングアウトの問題である。ここでの判断もトランスジェンダーの社会生活でどの程度性別移行が進んでいるかによって変わる。トランスジェンダーのトイレ使用にかかるガイドラインが必要になる。そのうえで、学校・職場などで個別に配慮し対応することが必要になろう。

第3は、トイレの共同利用にあたっては、トランスジェンダーとは明確に一線を画す、盗写・痴漢などの反倫理的行為、犯罪の防止対策をどうするかも考えておく必要がある。

第5章 世界はどう動いているのか

第1節 国連等の動向

特に21世紀に入って、国際的にも性的マイノリティに対する人権侵害が問題視され、性的マイノリティの人権を保護する取組みが進められている。現状では各国の考え方に温度差があるものの、国連で議論されるようになった。

2011年、性的指向と性自認について初の国連決議となる決議が国連人権理事会で決議された¹²⁸。その内容は、世界のすべての地域において行われる性的指向や性自認を理由とする暴力や差別について、重大な懸念を表明するものである。

そこまでに至る特徴的な動きをみると、次のような流れである。まず、2006年に、いわゆるジョグジャカルタ原則が公表された¹²⁹。これは世界の人権の専門家が会議して採択したものであるが、その原則は翌年の2007年に国連人権理事会で承認されている。

その29ある原則のうち、第3原則（法の下で承認される権利）では「多様な性的指向や性自認をもつ人は、生活のあらゆる側面において法的に承認される権利をもつ。各人の自己定義された性的指向や性自認はその人格に不可欠であり、自己決定権、尊厳、自由の最も基本的な側面のひとつである。性自認の法的承認を受ける要件として、性別再指定手術、不妊手術、ホルモン療法を含め、医学的治療を行うことは必須ではない。」¹³⁰としている。この宣言は国連を拘束する法的効力をもつものではないが、それ以降国連で議論する際に準拠すべき考え方となっているとされる¹³¹。その

128 「17/19 人権、性的指向および性自認」決議
A/HRC/RES/17/19 documents-dds-ny.un.org

129 「性的指向と性自認に関する国際人権法の適用に関する原則」
http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf
これを紹介するものとして、近藤 敦『人権法 第2版』（日本評論社、2020）145-146頁、三成・笹沼・立石・谷田川・前掲（注15）60頁。

130 筆者の訳による。性別再指定手術とは本稿の性別適合手術を意味する。また、第5章で紹介する訳文で不妊手術と訳しているsterilizationという言葉は、断種手術と訳す人もいる。<http://yogyakartaprinciples.org/principle-3/>

131 Background Guide・前掲（注25）22頁

トランスセクシュアルの性自認に関する人権を考える

考え方の根底にあるのは、国際人権法ともいえる世界人権宣言と国際人権規約である¹³²。

その世界人権宣言第1条では、「全ての人間は、生まれながらにして自由であり、かつ、尊厳と権利について平等である。」¹³³と人間の尊厳を強調している。さらに、世界人権宣言を法的拘束力のある条約に発展したのが、欧州人権条約であり、さらには、国際人権規約であるとされる。

国際人権規約の「市民的及び政治的権利に関する国際規約」(B規約)の前文では、人権が、「人間の固有の尊厳に由来する」ことを認めている。また、同規約第26条では、「すべての者は、法律の前に平等であり、いかなる差別もなしに法律による平等の保障を受ける権利を有する。このため、法律は、あらゆる差別を禁止し及び、人種、皮膚の色、性、」¹³⁴「出生又は他の地位等のいかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な保護をすべての者に保障する。」¹³⁴とある。このことから、人間固有の尊厳に基づく人権は、性的マイノリティも含めて全ての人間に平等でなければならないことになる。

このジョグジャカルタ原則は、10年後の2017年に、ジョグジャカルタ原則プラス10¹³⁵として、性的指向と性自認に加えて、性的表現と性的特徴をも保護の対象としている。

また、2014年には、WHOなどの国連の専門機関による共同声明が出されていることも注目すべきである。それは「強制・強要された、または不本意な不妊手術の廃絶を求める共同声明」¹³⁶というものである。その冒頭の「トランスジェンダー及びインターセックスの人たち」の説明欄では、「多くの国において、トランスジェンダーとしばしばインターセックスの人たちは、ジェンダーに適合する取扱いを受けるためや性別変更を受けるためのひとつの要件として、しばしば不本意ながらも、不妊手術を行うことが求められている。国際人権団体や地域の人権団体、いくつかの憲法裁判所によれば、また、数か国の最近の法的変更を考慮すると、これらの不妊要件は、身体の不可侵性、自己決定及び人間の尊厳への十分な配慮に反する。しかも、トランスジェンダーとインターセックスの人たちに対する差別をもたらし、持続させ得る。」¹³⁷と明記している。

132 国際連合センター「性的指向と性同一性を理由とする差別の闘い」

<https://www.unic.or.jp/activities/humanrights/discrimination/lgbt/>

133 外務省の仮訳文である。https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/udhr/1b_001.html

134 外務省の翻訳文(一部)である。https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/2c_001.html

国際人権規約(B規約)第17条は世界人権宣言の私生活の権利(第12条)を受け継いだ条文である(谷口洋幸「第10章 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)261頁)。

135 「性的指向・性自認・性的表現及び性的特徴に関する国際人権法の適用に関する追加原則と国家の義務」

http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf

136 国連人権高等弁務官事務所(OHCHR)、国連ウィメン(UN Women)、国連合同エイズ計画(UNAIDS)、国連開発計画(UNDP)、国連人口基金(UNFPA)、国連児童基金(UNICEF)及び世界保健機関(WHO)「Eliminating forced, coerced and otherwise involuntary sterilization An interagency statement」World Health Organization.

https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201405_sterilization_en.pdf

これを紹介するものとして、日本学術会議 法学委員会・前掲(注20)39頁、針間・前掲(注53)130頁

137 筆者の訳による。

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/112848/9789241507325_eng.pdf;jsessionid=A978EEBD364AA504DBFDDC6AB1340683?sequence=1.p7「transgender and intersex persons」

第2節 先進国の動向

海外では、日本と違い、性別の変更を承認する要件として性別適合手術を要しないという動向が特にヨーロッパで顕著である。この点について、以下のとおり先行研究を参考に理解をすすめる。

例えば、イギリスの2004年のジェンダー承認法¹³⁸である。この法律は性別適合手術を受け別性の生活をしていたにも関わらず出生登録の変更が認められなかったトランスセクシュアルにかかる欧州人権裁判所の判決¹³⁹などを踏まえた立法化対応であるとされる。その裁判では欧州人権条約¹⁴⁰第8条の私生活の尊重を受ける権利 (Right to respect for private life)¹⁴¹の侵害の有無が問題となった。その判決では、私生活の権利には性自認に基づく性別の自己決定が尊重される権利があるとしている¹⁴²。

イギリスのジェンダー承認法での性別変更のための手続きは以下のとおりである。まず、性別承認の申請をすることができる者は18歳以上で (第1条)、性別違和感をもつ者である (第2条1項(a)号)。その者は直近の2年間、指定された性とは反対の性で生活していること (第2条1項(b)号)が必要で、かつ、死亡するまでその性で生活するという意思を有していること (第2条1項(c)号)が求められる¹⁴³。

また、ジェンダー承認委員会への申請にあたっては、性別違和を専門とする医師もしくは精神科の医師の報告書と専門がどうかを問わず別の医師の報告書の2通が必要である (第3条1項(a)(b))。その専門の医師もしくは精神科の医師の報告書には性別違和についての詳細な診断が含まれていなければならない (第3条2項)。また、性的特徴を変更することを目的とする治療を受けたこと、あるいは、現に受けていること (第3条3項(a))、あるいはその計画がある (第3条3項(b))場合には、その治療の詳細をいずれかの報告書に記載されていることが必要である。申請にあたってはこれらの条件に合致していることを証言しなければならない (第3条4項)¹⁴⁴。イギリスの場合、専門医の診断書が必要になるが、性別の変更をするために性別適合手術を受けていることは要件とされていないのである¹⁴⁵。

138 Gender Recognition Act 2004. 「2004年ジェンダー承認法」といわれる。

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/section/1>

家永 登「イギリス法における法的性別の決定基準—性別を理由とする婚姻無効の裁判例を中心に」専修大学法学研究所紀要 (43) 43頁 (2018)

139 グッドウィン対イギリス事件 (2002)。家永・前掲 (注138) 40頁。谷口・前掲 (注134) 248頁

140 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom. 「人権及び基本的自由の保護のための条約」は「欧州人権条約」といわれる。

141 [欧州人権条約] 第8条 (私生活および家族生活の尊重を受ける権利) 1項 すべての者は、その私生活および家族生活…の尊重を受ける権利がある。(筆者の訳による)

https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf

142 谷口・前掲 (注134) 258-259頁

143 [ジェンダー承認法] 第1条 (申請) と第2条 (申請の決定) で、申請要件が明記されている。(筆者の訳による。性自認の性は条文でacquired genderと表記されている。)

144 [ジェンダー承認法] 第3条 (証拠) として、申請にあたっての提出書類が書かれている。(筆者の訳による。条文は治療 (treatment) をうけている場合はという条件付きで書かれている。)

145 家永・前掲 (注138) 43頁。針間・大島・野宮・虎井・上川・前掲 (注16) 184頁。東・前掲 (注6) 71頁

トランスセクシュアルの性自認に関する人権を考える

また、スペインでも2007年の特例法によって、性別表記の訂正が認められるためには、2年以上希望する性のための医学的治療を受けていなければならないが、性別適合手術を受ける必要はないと規定されているとされる¹⁴⁶。

また、ドイツでも、戸籍の性別を変更するためには生殖能力を喪失させることを要件とする特例法¹⁴⁷の定めについて、2011年に、連邦憲法裁判所は違憲と判断した¹⁴⁸。同法では、性別変更の要件として、性同一性障害が原因で性自認に基づく別性での生活を3年以上していることなどのほか、日本の特例法で求められているのと同様の生殖能力喪失要件と他の性の性器近似要件が求められている¹⁴⁹。

連邦憲法裁判所はこれらの制約要件を違憲とする根拠として、ドイツ憲法¹⁵⁰が保障する「人間の尊厳」（第1条1項）¹⁵¹と同条と結びつく2つの基本的権利（第2条）¹⁵²に対する侵害をあげる。その基本的権利のうち、「人格の自由」を保障する一般的人格権（第2条1項）には、性的なアイデンティティの認識や性別の自己決定権が含まれるとする¹⁵³。また、「身体不可侵の権利」を保障する一般的人格権（同条2項）には、生殖能力も保護されているとする¹⁵⁴。

連邦裁判所は、性転換手術は著しい健康リスクと副作用を伴うもので、身体不可侵の権利に対する重大な侵害にあたるとする。専門分野では性同一性障害者に対する治療として性転換手術は必須ではないと認識されているとして、性同一性障害の永続性の証明として性転換手術を求めることは、上記の2つの基本的権利を十分に考慮しておらず、過剰な要件であると指摘しているのである¹⁵⁵。

146 針間・大島・野宮・虎井・上川・前掲（注16）185頁。東・前掲（注6）67頁。藤戸敬貴「法的性別変更に関する日本及び諸外国の法制度」国立国会図書館調査及び立法考査局（国立国会図書館）レファレンス830号（2020.3）95頁

147 「特別の場合における名前の変更及び性別の確定に関する法律」。「トランスセクシュアル法」もしくは「性転換法」といわれる。次掲・（注148）75-76頁

148 2011年1月11日連邦憲法裁判所判決。平松 毅「性同一性障害者に戸籍法上の登録要件として外科手術を求める規定の違憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例IV』（信山社出版、2019）73頁。木村・前掲（注80）6頁。判例タイムズ解説欄・前掲（注80）76頁

149 性転換法 第8条。平松・前掲（注148）75頁

150 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland。「ドイツ連邦共和国基本法」といわれる。以下の注記では基本法という。<http://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>

151 [基本法] 第1条（1）人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、保護することは、すべての国家権力の義務である。（3）以下の基本的権利は、直接に適用される法（Recht）として、立法、行政及び司法を拘束する。（筆者の訳による）

152 [基本法] 第2条（1）何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法上の秩序または道徳原理に違反しない限り、自らの人格を自由に発展させる権利（Recht）を有する。（筆者の訳による）

第2条（2）何人も、生命及び身体不可侵の権利（Recht）を有する。人身の自由は不可侵である。これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみ、侵害することができる。（筆者の訳による。körperliche Unversehrtheitを身体不可侵と訳した。）

153 平松・前掲（注148）73頁

154 平松・前掲（注148）74頁

155 平松・前掲（注148）74頁

このように、ドイツでは性別自己決定権から、性同一性障害者は国家に対して性自認に基づく性別変更を請求する権利が導き出されるとする¹⁵⁶。また、この事件では平等原則は問題となっていないが、ドイツ憲法では性別によって差別も優遇も認められないと明記されている¹⁵⁷。

また、フランスでも、2016年の法律¹⁵⁸で身分法の改正が行われ、性別変更を行うための生殖能力喪失要件は不要とした¹⁵⁹。

改正フランス民法典¹⁶⁰の定めは次のとおりである。成人（18歳以上）は身分証書の性別の記載が自分の外観や他人の認識と合致していないことを十分な事実によって立証する場合には、変更することができる。立証すべき主要な事実とは、①自分が要求する性に属していると公に自称していること、②自分が周囲の家族、友人、あるいは職場の人から要求する性に属していると認識されていること、③要求する性に合致するために名前の変更を行っていることである（第61条5項）¹⁶¹

その申請は司法裁判所に提出する。裁判所は、申請内容が上記の要件を充足しているかを確認する。その判断にあたっては、医療的処置、外科手術、あるいは不妊手術を受けていないという事実をもって、申請を拒絶する理由とすることはできないと書かれている（第61条6項）¹⁶²。フランスの場合、性自認を公表し、別性への社会的移行が確認できるレベルということになる。この考え方は、ドイツと同様、本人の意思の尊重と身体の不可侵性から導き出されている。フランスの場合、個人的な医療情報さえ必要とされていないところに特色がある。また、フランスとドイツに共通することは、戸籍の性別変更のための要件として、男性名・女性名に変更することを求めていることにも特色があろう。

また、フランスの事件ではあるが、2017年、欧州人権裁判所は、フランスにおいて性別変更を行

156 木村・前掲（注80）6頁

157 [基本法] 第3条（1）すべての人は、法の下に平等である。（3）何人も、性別、門地、…を理由に、差別され、又は優遇されてはいけない。何人も、障害を理由に、差別されてはいけない。（筆者の訳による。基本法第3条は、日本国憲法第14条に対応する。）

158 La LOI n°2016-2017 du 18 novembre 2016 de modernization de la justice du 21 ème siècle. 「21世紀司法現代化法」といわれる。

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033418805/>

小門 穂「フランスにおける性別表記変更の脱医療化—21世紀司法の現代化法のインパクト」ジェンダー研究 第6巻（2019年12月）157-165頁。

159 21世紀司法現代化法第56条では、民法典第60条で名前の変更の申請は身分吏に行うことにするなどの簡素化に加えて、第61条で性別変更のための申請の定めが追加されている。

160 Civil Code Chapitre II : Des actes de l'état civil, Section 2 bis : De la modification de la mention du sexe à l'état civil (Articles 61-5 à 61-8) https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000033437635?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF#LEGISCTA000033437635

161 筆者の訳による。性自認の性はsexe revendiquéと表記されている。

162 このほかに、[民法典] 第61条6項では、「申請者は自由な意思で、明確に性別の記載を変更することに同意する。また、申請を支持する証拠になるすべての情報を提出する。」「裁判所は、申請書が第61条5項の定める条件を満たすことを確認し、身分証書の性別の記載と、必要があれば、名前の変更を命じる。」とある。また、第61条8項では、「身分証書の性別変更は、変更前の親子関係には影響を及ぼさない。」とある。（筆者の訳による）

小門・前掲（注158）の説明によれば、これまでの生殖能力を維持することで生じうる出生子の問題は、新たに「生物学的親」という認定で親子関係を整理するという（164頁）。

トランスセクシュアルの性自認に関する人権を考える

うために従来求めていた実質的に断種を意味する「不可逆的な外見の変更」要件が欧州人権条約第8条の認める私生活の尊重を受ける権利に違反するとした。その根拠として、第8条の「私生活」には性自認、性的指向などの身体的・社会的アイデンティティも含まれるという。つまり、同条が保障する人格的自律の要素として性自認の自己決定権と人格形成の権利が認められるとする¹⁶³。性別の変更のために事実上不妊手術を強制することには認められなくなったのである。このように欧州人権裁判所の判決を受けて、英独仏は性自認に対応する法整備を進めていることがわかる。

グローバル化の中で、社会的・文化的な差異などが原因で、性自認など性の多様性への対応について世界が必ずしも同一歩調がとられているわけではない¹⁶⁴。しかしながら、個人の尊重・人間の尊厳を重視するヨーロッパの動向は日本においても無視することのできない大きな流れである。日本において性別変更のための生殖能力喪失要件の問題を考えるにあたっては、これら先進諸国のように、個人の尊厳と人格の尊重という原点に立ち戻って人権保護の視点から再構成することが求められている¹⁶⁵。

第6章 まとめ

21世紀はこれまでになく人間の尊厳と個人の人格が尊重され、性別の取扱いについても国家による排他的な性別管理ではなく、個人の性自認に基づく性の選択を許容する大きな流れがある。

性自認に関して日本においても2つの大きな問題が顕在化している。ひとつはトランスセクシュアルの性別変更要件であり、もうひとつはトランスジェンダーの性自認に基づくトイレ使用の問題である。

性自認は、自己のアイデンティティにかかわる根源的核心として、憲法第13条で認める個人の自律を根拠とする「切り札」としての人権として考えることができる。戸籍の性別変更要件として特例法で定める性別適合手術は生殖能力の喪失を永久的に求めるもので、生命の処分を迫るものである。また、治療の進歩に鑑みてもそれのみとするのは手段として相当ではない。これは、憲法第13条で保障する幸福追求権を侵害する。

また、トランスセクシュアルのなかで、性別適合手術をした者のみを性別変更適格者とするのに対しては、アフーマティブ・アクションという政策的観点からみても、そうでない人の対比で公平性を損ね、憲法第14条で認める平等原則に違反すると考えられる。

163 谷口洋幸「性別変更要件の人権侵害性—AP・ギャルソン・ニコ対フランス事件（ヨーロッパ人権裁判所2017年4月6日判決）」国際人権 No.30 (2019) 133頁、判タ解説欄・前掲（注80）76頁

164 判タ解説欄・前掲（注80）76頁によれば、アメリカでは、パスポート等の連邦レベルでの性別変更の訂正には性別適合手術を必要としないが、出生証明書等の州レベルでの性別訂正については同手術の要否につき対応を異にするとのある。

165 針間・前掲（注53）135頁

特例法の「性同一性障害」という表記は、2022年にWHO対応のため「性別不合」などの表記に変更となることが想定される。その際、単なる表現の変更にとどまらず、同法の性別変更要件を見直すべきタイミングなのである。それらの問題を考えるヒントとして、「ジェンダー化されたセックス」(gendered sex) という概念が有益ではないかと考えた。

また、トイレの使用問題については、トランスジェンダーの人もそうでない人にも憲法第13条または第21条でトイレという空間でのプライバシー権が認められているため、その調整は簡単ではない。そのため、ガイドラインの制定などによるルール化のほか、多様な性に応じた個別の対応が職場・学校でまずは求められる。

これらの問題は国民的な理解が求められるもので、多くの人に関心をもってもらいたいテーマである。そのなかで、命の大切さと性の多様性が尊重される寛容な社会が実現することを強く望む。

おわりに

本稿を執筆するきっかけとなったのは、性別適合手術を受け、男性の戸籍を得たことをカミングアウトしている音楽家・敦賀ひろきさん¹⁶⁶の「肢体は魂の入れ物、借り物」という言葉である。トランスセクシャルについてもっと知りたいと思ったからである¹⁶⁷。

2020年度の経済学部1年生合同ゼミナール(法律学)において、第1回は「姓と人権」(夫婦同氏(姓)制度)、第2回は「性と人権」(性の多様性)をとりあげ、第3回は「生と人権」についてのグループ討議とプレゼンテーションを学生に行ってもらった。敦賀さんには、第2回目に「自他のいのちを尊ぶ～万物は振動でできている～」の講話を行ってもらった。敦賀さんからはいろいろな示唆をいただき、厚くお礼申し上げる。また、敦賀さんを紹介していただいた、旭川大学保健福祉学部で家族社会学を教えている嶋崎東子准教授にもお礼を申し上げる。

なお、本稿のテーマについての理解と私見についてはすべて私に責任がある。

追記

本稿を紀要編集委員会に提出後、日本学術会議の分科会が新たに性的マイノリティの権利保障のための提言を公表していることが分かった¹⁶⁸。その内容については別途検討のうえ、私見を述べさせていただく機会を得たい。そのため、本稿はその文献を読むことなく終えている¹⁶⁹。

166 上川郡当麻町在住のシンガーソングライター。相馬佐江子編著『性同一性障害 30人のカミングアウト』(双葉社、2004) 76頁に掲載されている。

167 上川あや『変えてゆく勇気―「性同一性障害」の私から』(岩波書店、2014)

168 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」「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月23日)

<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-24-t297-4.pdf>

169 この他、東京地判令和元年12月12日・前掲(注69)に関する判タ1479号(2021年2月)121頁がある。