

Title	性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律における生殖不能要件及び外観具備要件の合憲性に関し心理学的側面からの検討を含めた考察
Sub Title	A study of constitutionality including the viewpoint from psychology regarding subsection 4 & 5 of the article 3 on the act on special cases in handling gender status for persons with gender identity disorder
Author	城, 祐一郎(Tachi, Yūichirō) 小林, 如乃(Kobayashi, Yukino)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2022
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.47 (2022. 1) ,p.169- 200
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20220117-0169

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する 法律における生殖不能要件及び外観具備要件の 合憲性に関し心理学的側面からの検討を含めた考察

城 祐 一 郎
小 林 如 乃

- I はじめに
- II 性同一性障害者に対する治療としての性別適合手術に関する諸問題
- III 平成 31 年 1 月 23 日最高裁決定における問題点と検討
- IV 外観具備要件の撤廃を主張する見解及びその反論
おわりに

I はじめに

平成 31 年 1 月 23 日最高裁決定（最高裁判所裁判集民事 261 号 1 頁）では、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律¹⁾（以下「性別特例法」又は「本法」という。）3 条 1 項 4 号が規定する生殖不能要件について、現時点では憲法違反ではないとの判断を下したものの、補足意見が付され、現状は憲法違反とまではいわないものの、その疑いが生じているとの指摘がなされた。

この点については、そもそも合憲であるとした結論に対する批判が多々あるほか、補足意見の考え方に対して、違憲とする立場からの批判や合憲とする立場からの批判もあり、議論が紛糾している状況にある。

そこで、本稿では、そもそも性同一性障害者²⁾の性別変更要件として、上記生殖不能要件及び本法 3 条 1 項 5 号の外観具備要件が必要であるのかどうかについて検討することとしたい。その際、それらの要件を満たすために必要とされる性別適合手術は、どのようにして生まれ、どのような経過を辿って適法

1) この法律は、平成 15 年 7 月 10 日成立し、同月 16 日に公布され、翌 16 年 7 月 16 日より施行された。

化へと進んできたのか、その際の医師らによって作成されたガイドラインはどのような役割を果たしたのか、また、その手術の安全性等についてはどのように考えられているのかなどを考察した上、そのような性別適合手術の状況を前提として、上記最高裁の見解に関する現在の議論の状況は、果たして多くの国民から受け容れられるものとなっているのかどうかなどについて、心理学的側面を含めて多角的に検討を試みることにしたい。

Ⅱ 性同一性障害者に対する治療としての性別適合手術に関する諸問題

第1 性同一性障害者の定義及び性別変更のための要件

1 医学上の定義

性同一性障害者³⁾とは、「生物学的には完全に正常であり、しかも自分の肉体がどちらの性に所属しているかをはっきりと認知していながら、その反面で、人格的には、自分が別の性に所属していると確信し、日常生活においても、別の性の役割を果たそうとし、さらには変性願望や性転換願望を持ち、実際に実行しようとする人々である。」といわれている⁴⁾。

具体的には、①体と心の性の不一致により、間違った性に生まれたとの確信

2) 現在では、性同一性障害という用語の替わりに、「性別違和」という用語が用いられることも多い。これは「Gender Dysphoria」の日本語訳であり、2013年にアメリカ精神医学会が発行した「精神障害の診断および統計マニュアル」第5版（DSM - 5）において、精神疾患としての「性同一性障害（Gender Disorder）」が削除され、代わりに「性別違和（Gender Dysphoria）」と記載されるようになったことに由来する。もっとも、本稿では、法令の名称に「性同一性障害者」と使われていることに従い、同用語を用いる。

3) 近時、性的マイノリティを指すものとして、LGBTという用語がよく使われており、具体的には、Lesbian（女性の同性愛者）、Gay（男性の同性愛者）、Bisexual（両性愛者）及びTransgender（性同一性障害者）の各頭文字を集めたものであるが、前3者と最後の性同一性障害者とは、かなり内容が異なっている。すなわち、前3者は、同性愛者という範疇にある者であり、同性愛は、性的な指向の問題であるのに対し、性同一性障害は医学上認定されている障害の一つである。学術的にも、「性指向の問題である同性愛とは異なり、性同一性障害は性の自己意識の問題である。」（佐藤俊樹ほか「性同一性障害に対する包括的医療の実践」岡山医学会雑誌 113 巻 261 頁）と明言されている。

があり、そのため、②強い不快感と苦痛があり、その結果、③社会生活に重大な支障を来している状態である⁵⁾。

医学的には、以上の3条件を満たす場合に性同一性障害と診断されることになる。

なお、男性から女性への指向を示す場合には、MTF又はMtF (male to female)と表され、逆に、女性から男性への性別変更の指向を示す場合には、FTM又はFtM (female to male)と表される。

2 法律上の定義

性別特例法によって、初めて法律上、性同一性障害者が認知され、その性別の変更に関する取扱いについて規定がなされた⁶⁾。

この法律で対象とする性同一性障害者とは、同法2条において、「この法律において『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、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をいう。」と定義づけられている。

4) 埼玉医科大学倫理委員会「『性転換治療の臨床的研究』に関する審議経過と答申」埼玉医科大学雑誌23巻4号314頁

5) 同上320頁

6) この法律については、そもそも自己の性別に違和感を持つ者を病者として取り扱うことが問題であるとする主張がある（石嶋舞「性同一性障害者特例法における身体的要件の撤廃についての一考察」（以下「石嶋①」という。）早稲田法学93巻1号84頁以下等）。その主張の根底には、自らの性自認に基づく性別選択の自由を認め従来の戸籍制度をそれに見合うように変更するという考え方があるものと思われる。これに対し、生物学的に認められた性別を尊重し従来の戸籍制度を維持しようとする考え方が対立している。前者は、同性婚の自由化を推し進める考え方に近く、後者は、性別変更は本来はなされるべきではないが、ただ、それが精神的な障害である場合には例外的に変更を認めるというものであり、性別特例法が立法された際の考え方である。

実質的には、上記医学的定義を受けて定められたものといえよう。

3 性別変更のための要件

性別特例法により性同一性障害者に対して、その性別の変更が認められることになったが、その手続としては、性別特例法3条により、家庭裁判所は、性同一性障害者からの請求により、性別の変更の審判をすることで性別変更ができることとなった⁷⁾。

ただ、その審判のための要件としては、同条1項各号及び同条2項において、次の要件が求められている。すなわち、20歳以上であること（3条1項1号）、現に婚姻をしていないこと（3条1項2号）、現に未成年の子がいないこと（3条1項3号）、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（3条1項4号）、その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること（3条1項5号）及び性同一性障害者に係る診断の結果並びに治療の経過及び結果等が記載された医師の診断書（3条2項）といった事項の要件を充足することが求められている⁸⁾。

本稿では、このうち3条1項4号の生殖腺不能要件及び同項5号の外観具備要件について検討対象とするが、そのためには一般的には生殖腺を除去した上、異なる性の性器に近似する外観を形成するための手術をする必要がある⁹⁾、これを古くは性転換手術と呼ばれ、現在では性別適合手術と呼ばれているが、まず、それら手術がどのようなものであったか、また、現在はどうであるのか、

7) この場合の法的効果については、性別特例法4条1項は、「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は、（中略）その性別につき他の性別に変わったものとみなす。」と規定していることから、基本的には、すべての面で他の性別に変わったものとして扱われることになる。

8) これらの要件が定められた立法趣旨などについては、南野千恵子監修「解説・性同一性障害者性別取扱特例法」87頁以下参照。

9) もっとも、手術に先だって当該患者が性同一性障害であるかどうかの診断がなされなければならないが、これについては、現在は、性同一性障害の診断と治療のガイドライン第4版改（2018年・日本精神神経学会）に従って診断がなされている。

そもそもそれら手術が合法なのか非合法なのかなどについて、以下に明らかにする。

第2 性転換手術の発生・経過及び我が国での実施状況

この種の性別適合手術、当時は性転換手術と呼ばれていたもので、ここでは、その呼び方で説明するが、その第一例は、1931年にドイツで行われ、その手術方法は、1953年にオランダ人医師クリスチャン・ハンバーガーによる症例報告で初めて周知のものとなった。それ以来、手術とホルモン療法の合併あるいは単独施行による性転換を希望し実施された患者の症例報告が各国で多数みられるようになったといわれている¹⁰⁾。

その後、ヨーロッパ等では、性転換に寛容であったため、性転換手術が広く行われるようになり、この面では保守的と言われていた米国においても、ジョーンズ・ホプキンス医学研究所（メリーランド州ボルティモア所在）に性別鑑定診療施設（Gender Identity Clinic）が設立され、性転換手術が実施されるようになった¹¹⁾。

しかしながら、我が国では、昭和40年代に至っても、性転換手術が公然と実施されたり、その症例が発表されたということではなく、大都市の個人開業医が密かに行った例があるのではないかと窺える程度であり、公的にも私的にも性転換手術に関する委員会等の設立もなく、立法措置も採られていなかったのが実態である。

また、当時の医学会の考え方としても、性転換手術を医療行為として肯定しない意見は多数見られ、性転向症者の異常な精神的欲求を満足させることは、麻薬患者に麻薬を与えるのと同じであって、本質的に医学的な意味での治療行為とは認め難いなどとして否定されていた¹²⁾。

10) 後述する昭和44年2月15日東京地裁判決（判例時報551号26頁）におけるイラ・B・ポーリー「性転換手術の現況」を引用した判示内容。

11) 東優子「非典型的な『性』をめぐる性科学の言説」（第3回講演・女性学連続講演会（2010））63頁

第3 性別適合手術（性転換手術）の刑事法上の問題点

上記のような国内での状況下において、後述するように、実際に性転換手術が実施され、これが起訴されたことで社会的な耳目を集め、性転換手術の適法性、妥当性などが問題とされた。

そこで、まず、性別適合手術における刑事法上の問題点について明らかにしておく。

1 性別適合手術（性転換手術）に関する法律上の規定

そもそも、かつての優生保護法 28 条は、「何人も、この法律の規定による場合の外、故なく、優生手術を行ってはならない。」と規定して優性手術を禁じていたところ、そこでいう「優性手術」とは、同法 2 条 1 項において、生殖を不能にする手術を指していた。それゆえ、生殖を不能にするような手術、つまり、性転換手術は、この優生保護法によって基本的に禁じられていた。

ただ、この優生保護法は、その後、平成 8 年の法律改正により、母体保護法と名称が改められるとともに、その規定も種々改正された。もっとも、上記の規定については、母体保護法 28 条において、「何人も、この法律の規定による場合の外、故なく、生殖を不能にすることを目的として手術又はレントゲン照射を行ってはならない。」と改められたものの、これまでと同様に、「生殖を不能にすることを目的」とする手術は、原則的に禁じられている。

以上のように、優生保護法の時代も、現在の母体保護法の時代においても、いずれにおいても、性別適合手術（性転換手術）は、「生殖を不能にすることを目的として手術」することにほかならないことから、この規定に反するおそれがあり、刑事処罰の対象とされている。

12) 前出東京地裁判決での判示内容である。他には、性転向症について精神療法等による治療が絶対不可能といえない以上、性転換手術のような不可逆的手術はなすべきでないとか、性転向症者に対する性転換手術を医学的にも治療行為として認める余地はあるが、現段階においてそれが最善の方法であるか否かは未確定であり、従って医学上、法律上の問題点を確認し、制度的な規制をした上で手術を行うべきであるなどという意見も挙げられていた。

ただ、そうなる、といつかなる場合においても、性別適合手術（性転換手術）は違法となるのか、それとも医師による治療行為としての手術の一環として、一定の要件を満たせば、刑法36条の「正当業務行為」として違法性が阻却され犯罪不成立となる場合があるのかを検討しなければならない¹³⁾。この点について、以下の裁判例が一定の方向性を示している。

2 性転換手術が優生保護法違反として審理された事例

男性の性転換手術が優生保護法28条違反であるとして起訴された事案として、昭和44年2月15日東京地裁判決（判例時報551号26頁）及びその控訴審である昭和45年11月11日東京高裁判決（判例時報639号107頁）が挙げられる。それら判決では、被告人に対し、いずれも優生保護法違反として有罪判決が言い渡された。

この事案において、被告人は、実兄が開設した診療所において、3回にわたり、3人の男娼から睾丸摘出、陰茎切除、造陰等一連のいわゆる性転換手術を求められるやこれに応じ、故なく、生殖を不能にすることを目的として、それら3名に対し、いずれもその睾丸全摘出手術をしたことが優生保護法違反とされたものであった。

(1) 本件東京地裁判決の判示内容

本件判決では、性転換手術が医療行為として適法化されるための要件に関して、「現在日本においては、性転換手術に関する医学的研究も十分でなく、医学的な前提条件ないしは適用基準はもちろん、法的な基準や措置も明確でないが、性転換手術が法的にも正当な医療行為として評価され得るためには少なく

13) このような手術の場合、本人の同意があるのが通常であるから、「被害者の同意」としては違法性阻却事由とはならないことになる。それゆえ、「本罪は同意傷害の一つの形態で、同意があるため旧法（筆者注：旧優生保護法）34条の法定刑が通常の傷害罪のそれよりも軽くなっているということもできる。」と指摘されている（田中圭二「性転換手術と旧優生保護法28条」別冊ジュリスト「医事法判例百選」183号87頁）。

とも次のような条件が必要であると考える。」と判示した上、①手術前には精神医学ないし心理学的な検査と一定期間にわたる観察を行うべきである、②当該患者の家族関係、生活史や将来の生活環境に関する調査が行われるべきである、③手術の適応は、精神科医を混えた専門を異にする複数の医師により検討された上で決定され、能力のある医師により実施されるべきである、④診療録はもちろん調査、検査結果等の資料が作成され、保存されるべきである、⑤性転換手術の限界と危険性を十分理解しうる能力のある患者に対してのみ手術を行うべきであり、その際手術に関し本人の同意はもちろん、配偶者のある場合は配偶者の、未成年者については一定の保護者の同意を得るべきであるとの5つの要件を示した。

これらの5つの要件を満たせば、正当な医療行為として認められ、「正当業務行為」として違法性阻却事由となると判示したものである。この判示事項はきわめて妥当なものであり、実際にも、その後、現在における性別適合手術の際の実施要領等にも全て取り入れられているものとなっている。

その上で、本件判決は、被告人が実施した本件性転換手術については、「被告人の本件手術は性転向症者に対する性転換手術の一段階と見うるから、表見的には治療行為としての形態を備えていることは否定できないであろう。」としながらも¹⁴⁾、前述した①から⑤の各要件、特に、手術前の患者の意思確認等が十分ではなかったし、精神医学上の検査や問診等もほとんどしていなかったことなどから、上記の要件を満たすものではないとして、優生保護法違反が成立するとしたものであった¹⁵⁾。

14) 性転換手術が法令上許容された手術でないことから、本件東京地裁判決が治療としての一定の効果を認めることに疑問を呈する見解として、高木武「公法判例研究」東洋法学13巻1号141～142頁がある。また、性転換手術に関する当時の医師らの認識やその技術レベルなどからして治療行為として認められないとする見解として、富田孝三「性転換と刑事責任」法律のひろば23巻5号22頁がある。

15) 本件判決の判旨を是認するものとして、町野朔「性転換手術」続刑法判例百選261～262頁。

(2) 本件東京高裁判決の判示内容

控訴審である本件判決もほぼ同様の見解を示し、「被告人は、産婦人科専門医師に過ぎず、本件手術当時においては、いわゆる性転向症者に対する治療行為、特に本件のような手術の必要性（医学的適応性）及び方法の医学的承認（医術的正当性）について、深い学識、考慮及び経験があったとは認めがたい上、原判示のように、本件手術前被手術者等に対し、自ら及び精神科医等に協力を求めて、精神医学乃至心理学的な検査、一定期間の観察及び問診等による家族関係、生活史等の調査、確認をすることもなく、又正規の診療録の作成及び被手術者等の同意書の徴収をもしておらず、又性転向症者に対する性転換手術を医療行為として肯定しない医学上の諸見解があることが認められ、これ等の事実（中略）を総合考察すると、（中略）本件手術が右治療の方法として医学上一般に承認されているといえるかについては、甚だ疑問の存するところであり、未だ本件手術を正当な医療行為と断定するに足りない。」として、同様に優生保護法違反の成立を認めた¹⁶⁾。

なお、上記高裁判決が、性転換手術そのものに対し、当時においては、未だ医学上一般的に承認されていないとして、その未成熟さゆえに正当な医療行為として認められる余地はないとし、違法性阻却事由となる場合の要件なども示さなかったことは、前記東京地裁判決が性転換手術自体は適法となり得る治療行為であると判断したこととは異なっていると評価されよう。

第4 性同一性障害の診断と治療のガイドラインの策定

上記東京地裁判決も同高裁判決も、その判断内容は妥当なものであり、当時の被告人の手術に対して違法であるとした判断は妥当なものであったと思われる。前記東京地裁判決では、性転換手術を適法な医療行為として違法性阻却事由が認められるための要件を示していたものの、性転換手術を実施した医師が有罪とされたという事実だけが独り歩きをした結果、その後、そのような手術

16) この判断を妥当とする見解として、高島学司「性転換手術と優生保護法 28 条」医事判例百選 202 頁、金澤文雄「新判例評釈」判例タイムズ 280 号 89 頁等。

を実施しようとする医師はいなくなり、我が国では、約30数年間にわたって性別適合手術が実施されないという時代を迎えることとなった。

そのような中で、平成7年5月22日、埼玉医科大学倫理委員会に「性転換治療の臨床的研究」という申請がなされた。これは、同大学の形成外科の教授らによるもので、性同一性障害者が性転換を希望してもそれが叶わないという我が国の現実に疑問を持ったことによるものであった。そして、同大学倫理委員会の答申では、精神療法、ホルモン療法を経た上で、性別適合手術が選択されるべき場合もあるとの認識の下で、関連する学会や専門家集団による診断基準の明確化と治療に関するガイドラインを策定することなどを答申した¹⁷⁾。

そこで、このような答申の結果を受けて、日本精神神経学会は、上記ガイドラインの策定に乗り出すこととし、同学会の性同一性障害に関する特別委員会は、米国でのガイドラインなどを参考にした上、多くの意見を集約して、平成9年5月28日付けの「性同一性障害に関する答申と提言」の中で「性同一性障害の診断と治療のガイドライン」（初版ガイドライン、以下「治療等ガイドライン」という。）を公表した¹⁸⁾。この治療等ガイドラインにおいて、性同一性障害は医療の対象とされ、性別適合手術は、性同一性障害の治療として正当な医療行為であると位置づけられたのである¹⁹⁾。

そして、これを受けて、平成10年10月16日、埼玉医科大学において、我が国で初めて公に性同一性障害の治療として性別適合手術が実施された。これ以後、治療等ガイドラインに基づいて性別適合手術が実施されるようになった。

17) 田中雄喜『「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン」の作成と改訂に関する分析』（2015年度科学技術インタープリター養成プログラム修了論文）。

18) 2018年（平成30年）1月18日付け「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン（第4版改）6頁。

19) このガイドラインの策定においては、性別適合手術ありきが先行し、それを正当化するために策定され、その後、性別特例法につながっていくという批判的な見方をする見解もある（前出石嶋①82～83頁）。

第5 ガイドライン一般についての法的性質についての検討

埼玉医科大学の関係者の尽力により、性別適合手術を実施するためのガイドラインが策定されたのであるが、そもそも、このガイドラインにどのような法的効力があるのか、また、これに従った場合には、刑事的にも免責されることになるのかが問題となる。そこで、ガイドラインの法的性質について検討しておくこととする。

そもそもガイドラインとは、「政府や団体が指導方針として掲げる大まかな指針」(大辞林)のことであるが、これは法的には、法律でもなければ、命令でもない。したがって、それ自体としては法的な効力や効果は何もない²⁰⁾。

しかしながら、ここで検討の対象とするガイドラインは、行政官庁や学会などが自ら制定した指示・方針にすぎないとしても、誰しもそれによって行動することが予定されているものである。

それゆえ、「ガイドラインは、直接的な法的拘束力はないものの、それが定着している場合(これが重要であるが)、それを遵守していれば、一定の法的効力と同等の効果を有することも期待できる。」²¹⁾のであり、したがって、ガイドラインに沿った行動は、時間を要するとはいえ、自ずと医療水準²²⁾を構成することとなり、法的な適否の判断に当たって、是認される方向に強く働くという作用を有することとなって、これに沿って行動した場合には、原則的に合法性、適切性が認められる²³⁾。有識者等を集めて十分な検討をした上で作成されたものである以上、その内容の合理性、妥当性などは当然に満たしているものと考えられ、そうであるなら、これに従った行動が原則として違法なもの

20) 甲斐克則「終末期医療のルール化と法的課題」医事法学 24 号 82 頁。

21) 同上。いわば、ソフトローともいえるものであるとしている。

22) 医療水準は、医師の注意義務の基準(規範)となるものであるが、新規の治療法が普及するには一定の時間を要し、医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性、医師の専門分野等によってその普及に要する時間に差異があり、その知見の普及に要する時間と実施のための技術・設備等の普及に要する時間との間にも差異があるのが通例であるとされている(平成7年6月9日最高裁判決(民集49巻6号1499頁)、平成8年1月23日最高裁判決(民集50巻1号1頁)等)。

となるとは考え難いであろう。

さらに、ガイドラインと立法の比較として、ガイドラインは、「その策定の場面でも適用の場面でも関係者等の合意が取得しやすいだけでなく、個々の事例に内在する問題に対して柔軟な対応ができる。一方、（中略）ルール化している点で定立した規範が明示され、批判的吟味が可能であるだけに、立法に近く、公共的な権威がその分、取得しやすいのである。」²⁴⁾として、その柔軟性というメリットだけでなく、定立した規範の明示に基づく効果により、立法に近い性質をも有するとの指摘もなされている²⁵⁾。

したがって、それらガイドライン等に従った行為には、適法性が推認されるのであり、その実際上の効果について、以下検討する。

第6 治療等ガイドラインに従った性別適合手術の適法性

たしかに法的な建前としては、治療等ガイドライン自体はあくまで指針にすぎないものであって、それ自体が適法性を担保するものとはなり得ない。しかしながら、日本精神神経学会において十分に検討され、性同一性障害の治療等

23) 阿部泰隆「行政法解釈学Ⅰ」279頁では、ガイドラインについて、「当該法律の主務官庁の見解であるが、裁判所に対して拘束力ある法令ではなく、民間企業を指導するものでもない。専門家の見解として、企業としては、これに沿って判断すれば、株主代表訴訟で責任を問われる可能性が軽減されるものであろう。」として、法的な拘束力はないものの、一定の法的効果が期待できるものとして捉えている。

24) 飯島祥彦「医療現場の臨床倫理問題の解決方法としてのガイドラインの省察」医事法学31号24頁。また、樋口範雄「医療情報保護ガイドライン」法学教室291号3頁では、「ガイドラインか法律かは、見かけほど大きな違いがない」、「重要なのは形式ではなく、むしろ医療分野に適合したルールを盛り込めるかどうかである。」と指摘する。

25) 民事法の領域ではあるが、平成23年12月9日東京地裁判決（裁判所ウェブ・医事法学28号151頁以下）では、子宮脱治療のための手術を受けた女性が、術後に肺血栓栓塞症を発症し、意識障害に陥り、重篤な後遺障害が残ったという事案において、担当医師が、学会等の定めた肺血栓栓塞症予防や治療に関するガイドラインに準拠しないで医療を提供したとして、当該医師に対して注意義務違反を認めたと、この場合、ガイドラインに従っていないことが過失の内容となることから、当該ガイドラインは法規に準じた役割を担っていることになると思われる。

の指針として策定されたものであるところ、それが合理的なものであることは、上記学会において承認され、また、多くの精神科医等からの反対もないという事実裏付けられているものと考えられる。

このような合理的な内容として認められるガイドラインに沿った行為であるということは、それが適切な医療行為であると評価されることとなり、これが刑法35条における「正当業務行為」の内容を構成することになって、違法性阻却事由となると考えてよいと思われる²⁶⁾。

この点について、治療等ガイドライン第4版改では、「初版ガイドラインに従って性別適合手術を行った医師は、当然、刑事責任を問われてはいない。なぜなら、性同一性障害に対する性別適合手術は、母体保護法28条の『生殖を不能とすることを目的』にしているのではなく、あくまで性同一性障害に対する治療を目的としており、代替えの方法が現在のところ存在しないことから、母体保護法に違反しないとの考えが法曹界でも趨勢を占めていると思われる。」²⁷⁾としている。

この見解においては、性別適合手術は、そもそも母体保護法28条に規定される構成要件に該当しないと判断しているものと思われる²⁸⁾。しかしながら、

26) なお、条文上は、「『故なく』、生殖を不能にすることを目的」とする手術等を禁じていることから、正当な治療目的であれば、「故なく」なされたものではない以上、構成要件該当性が欠如すると解することも可能なようにも読める。しかしながら、「故なく」との用語は、例えば、刑法130条の住居侵入においても、刑法が口語化される以前は、「『故なく』人の住居（中略）に侵入し」とされていたところ、この点の解釈として、「『故なく』とは、正当な理由がなく、すなわち、違法にの意である。違法な侵入のみが犯罪となりうることは当然であるから、この語は、語調の上から加えられた修飾語にすぎない。」（大塚仁「刑法概説（各論）」104頁）とされており、「故なく」という文言は、実質的な意味を持たないと解されるところ、この文言については、口語化の際に、「正当な理由がないのに」と変更され、その後の解釈においても「特に正当な理由がないものだけが本罪を構成することを注意的に規定したものの解されている。」「正当性の判断に実質的な利益考量を伴う場合には、違法性阻却事由の有無の問題として処理すべきである。」（前田雅英ほか「条解刑法（第2版）358頁」と解されていることに照らしても、違法性阻却事由である刑法35条の問題として、その適法性の判断をすべきこととなる。

27) 前出ガイドライン6頁。大島俊之「性同一性障害と法」18頁。

治療を「目的」²⁹⁾としているから、「生殖を不能とすることを目的」としてないと解するのは、解釈上無理があるものと思われる。究極の目的は、もちろん性同一性障害に苦しむ患者の治療にあるとはいえ、そのためには、生殖を不能にすることで達成する性別適合手術をしなければならないのであり、不可避免的に生殖を不能にしなければ治療ができないのである以上、そこに生殖を不能にする目的は存しないといっても単なる言い換えであるとしか評価し得ないところである。

しかしながら、そのような「目的」が存して構成要件に該当したとしても、前述したように、正当業務行為として違法性阻却事由が認められるのであるから、なんら不都合はない。

また、刑事責任を問われていないとする点については、治療等ガイドラインの当初の策定に関与した埼玉医科大学山内俊雄教授が「当時の優生保護法違反といった過去の判例があるので、司法が何か言うかと思ったんです。この点については法務省にあらかじめ問い合わせても返事はもらえなかったもので、結果的には、『そういう（ガイドラインで定められた）手続きを踏んでるからいい』っ

28) このような見解と思われるものとして、性転換を目的とする手術は、不妊化を目的とするものではないため、本法の対象外であるとする見解（猪田真一「性転換手術の治療行為性に関する一試論」帝京法学 20 卷 1・2 号 103 頁）もあるが、上述したように、性転換をするためには不妊化が不可避免的に伴うのであり、前者の目的は存するが後者の目的は存しないという解釈は無理があるものと思われる。

29) この「目的」は、目的犯のうちで、「客観的に規定されている行為医それ自体が正当ないしは価値中立であり、客観的行為では違法であると判断することができず、規定の目的が加わることによって違法性が付与される場合」とするもので、相場操縦罪の目的や、売春防止法の売春目的での客待ちと同様に扱われる類型に含まれるものと思われるが、「全くの正当な行為に違法性の要素を付与することによってこれを限定的に解することで、正当な行為が違法な目的の存在によって違法な行為と判断」されるのであるから、その「目的」は「目的が実現することの未必的認識認容では足りず、強度の内容が要求されるものと解すべきである」（以上、伊藤亮吉「目的犯の目的の内容（2・完）」名城法学 63 卷 4 号 23～28 頁）としても、ここでの「生殖を不能にする目的」は、性別適合手術における一連の客観的行為それ自体から明らかになるものであり、どのように厳格に解しても、施術者において、この「目的」が存在することは否定できないものと思われる。

てことだったと思います。そういう司法からのクレームはなかったということですよ。」³⁰⁾と述べていることに照らしても、治療等ガイドラインについて、司法関係者も、事実上、法令などと同様の効果を認めていたことを表しているものといえよう。

なお、性別適合手術が母体保護法違反とならないにしても、傷害罪となるのではないかとの問題は残っている。しかしながら、この点については、本来的に被害者となる患者の同意があること、治療目的という正当な目的でなされる行為であること、更には、治療等ガイドラインに従った適切な方法でなされていることに鑑みれば、これも正当業務行為として違法性が阻却されるものと考えてよいであろう³¹⁾。

このように、治療等ガイドラインが法令等でなく、単に、学会が策定したにすぎない手術上等の指針にすぎないものであっても、それが性同一性障害者の治療上、すぐれて適応性があるものであり、当該医療行為の正当性を基礎付けるものであることから、司法関係者もこれらの点を重視し、捜査、起訴の対象としないのであって、事実上、法令等と同様の効果をもたらすものとなったと評価されるものといえよう。

このような治療等ガイドラインの策定とその実施という既定事実が積み重なる中で、平成 15 年 7 月 10 日、性別特例法が成立し、同法律による性別変更の手続き上、性別適合手術がむしろ要件とされることとなり、これが適切かつ必要な治療として法的にも認められることとなった。

そして、性別適合手術の実施例は、性別特例法の適用を受けた事例だけでも、平成 16 年から同 30 年までの間において 8,676 件に上っている³²⁾。

30) 前出田中 52 頁。

31) 前出ガイドライン 6 頁。もっとも、治療等ガイドラインに従わず、患者の意思確認が不十分であったり、精神医学的な診断等が不備であったり、医師としての専門性が欠けていたりしたような場合には、母体保護法 28 条違反や刑法 204 条の傷害罪として捜査の対象になるのはもちろんのことである。

32) 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」レファレンス 830 号 81 頁。

第7 手術療法である性別適合手術の概要

事実上、法令等と同様の効果がある治療等ガイドラインに沿った性別適合手術の概要は、以下のとおりである³³⁾。

手術の実施に当たっては、形成外科医、泌尿器科医、産婦人科医等が協力して実施する。

女性化のためには、精巣摘出術、陰茎切除術、造陰術、外陰部形成術、豊胸術、甲状軟骨形成術、下肢の脱毛などを行い、また、男性化のためには、①乳房切除術、②卵巣摘出術、子宮摘出術、尿道延長術、陰閉鎖術、③陰茎形成術、睪丸形成術などを段階的に実施することになる。

その際の安全性確保のために、性別適合手術を行う者に関する要件として、「①性別適合手術は、医療チームに属する形成外科医・泌尿器科医・産婦人科医などが協力して行うことが原則である。医療チームが別の医療機関に性別適合手術を依頼することもできる。ただし、性別適合手術は麻酔科医が麻酔を担当し、入院可能な医療機関にて行われるべきである。②性別適合手術に関して十分な技量を有する者であることはもちろんであるが、同時に性同一性障害についての知識、特にその心性に対する十分な理解と経験を持ち合わせていることが望まれる。従って、原則として執刀医ないし執刀医グループのうち少なくとも1名は、GID学会³⁴⁾認定医を含むことが求められる。」などとして、適切かつ安全な手術が実施されるように、そのメンバー構成や技量の程度なども含めてガイドラインが詳細に示されている³⁵⁾。

そして、その性別適合手術に関する実施状況についての検討であるが、埼玉医科大学倫理委員会では、次のとおりの答申をしている³⁶⁾。すなわち、

- ① 手術を受けた者が男性か、女性かによって手術成績に差はない。

33) 前出ガイドライン 24 頁以下、前出山内 81 頁以下による。

34) GID（性同一性障害）学会とは、「Japanese Society of Gender Identity Disorder」の略称である。

35) 前出ガイドライン 26 頁

36) 前出埼玉医科大学 320 頁

- ② 手術を受けたことを後悔する例は少ない。
- ③ 種々の観点から評価した成績では60%から80%近いものが良好もしくはかなり良好と評価されている。
- ④ 術後、精神病院に入院したり、自殺を企図したもの、うつ状態を呈したものが散見される。

との評価がなされている³⁷⁾。

なお、現在では、性器に係る手術と乳房切除術は、平成30年4月1日より保険適用になっている³⁸⁾。

Ⅲ 平成31年1月23日最高裁決定における問題点と検討

第1 生殖不能要件及び外観具備要件が性別特例法上に設けられた理由及び問題点

まず、生殖不能要件については、生殖腺の機能を残存させると、元の性別の生殖機能によって子が生まれることで種々の混乱や問題が生じかねないことや、生殖腺から元の性別のホルモンが分泌されることで何らかの身体的、精神的な悪影響が生じる可能性を否定できないからとされている³⁹⁾。

また、外観具備要件については、公衆浴場の問題等、社会生活上の混乱が生じる可能性が考慮されたものであるとされている⁴⁰⁾。

もっとも、これらの要件については、上記のような立法趣旨はもちろん理解できるものの、その一方で問題がないわけではない。例えば、女性に性別を変

37) ただ、そのような評価に対して否定的意見として、「手術成績でよかったものが60～80%との報告があり、生命に関係しない場合の手術成績としては問題がある。」(同上322頁)との指摘もある。

38) この保険適用については、性別適合手術前のホルモン療法への保険適用がないことの問題点が指摘されている(石嶋舞「生殖能力と登録上の性別が乖離した場合に要される法的対応に関する一考察(下・完)」(以下「石嶋②」という。)早稲田法学94巻1号131頁)。

39) 前出南野93頁

40) 前出南野93～94頁

えたいと思う男性であれば、男性機能を有したままでは、性別を変更することができず、あくまで戸籍上の性別を変更したいのであれば、生殖腺を除去し、外観具備要件に適合するための性別適合手術を受けなければ、これらの要件を満たさないことになる。つまり、この要件は、戸籍上の性別を変えたいのであれば、性別適合手術を受けなさいと言っているに等しいといえるものだからである（もちろん、元々生殖腺の能力がない人や、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人もいることから、必ずしも手術をしななければならないというわけではないが）。

そのため、このような規定は、その意思に反して身体に侵襲を受けることを受忍させるものであるから、憲法13条で保障される幸福追求権などを侵害しているものであって無効ではないかとの主張が出されるようになった。そして、特に、特例法3条1項4号の要件に関して、これが違憲であるとして裁判になり、それに対して、平成31年1月23日、最高裁の見解が示された⁴¹⁾。

第2 本件最高裁決定の法廷意見

この最高裁決定において、生殖不能を要件とする性別特例法3条1項4号の規定は、「性同一性障害者が当該審判を受けることを望む場合には一般的には生殖腺除去手術を受けていなければならないこととなる。本件規定は、性同一性障害者一般に対して上記手術を受けること自体を強制するものではないが、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ころであって、そ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もあることは否定できない。」として、前述したように、性別特例法3条1項4号の規定が、憲法上保障されている「意思に反して身体への侵襲を受けない自由」を制約するという問題点を指

41) この判決に対する批評としては、濱口晶子「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（最高裁決定）」法学セミナー772号116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」法律時報91巻5号、大島梨沙「性別の取扱いの変更における生殖腺除去要件の合憲性」民商法雑誌155巻5号137頁などがある。

摘した。

その上で、「もっとも、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。」として、この規定は、憲法に違反するものではないとして合憲であるとした。

たしかに、審判により性別の変更が認められておりながら、身体的には元の性のままであった場合、性別変更をしていながら、元の性による生殖行為が行われる余地がある。そのような場合には、元は男性であった戸籍上の女性が、他の女性との間で子をもうけることがあり得るのであって、その場合、幼稚園や小学校に通う児童の父親が、戸籍上は女性ということも生じることになり、戸籍制度がほとんど破綻することになると思われる。したがって、この最高裁の法廷意見は納得のできるものといえよう。

第 3 本件最高裁決定の補足意見

もっとも、この最高裁の判断においては、補足意見として、2 名の裁判官は、前記法廷意見と同様の問題点を指摘した上、憲法 13 条は、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由を保障していると解されるところ、「本件規定は、この自由を制約する面があるというべきである。」として、法廷意見に比べてより強い表現で憲法に違反するおそれがあることを述べた。

そこで、そのような自由を制約してしまうことの妥当性に関して検討し、法廷意見に対し、次のとおり反論した。

まず、法廷意見による、変更前の性別の生殖機能により子が生まれることによる親子関係に関する社会的な混乱を回避するためという理由付けについては、性同一性障害者の特性に鑑み、

- ①「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うことができる。」

として、先に述べたような、元の性による生殖活動による混乱はさほど起きないのではないかと想定している。

また、本件補足意見は、法廷意見による、生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中での急激な形での変化の回避への配慮という理由付けに対しては、

- ②「上記のような配慮の必要性等は、社会的状況の変化等に応じて変わり得るもの」

であるとしており、例えば、平成20年には、特例法3条1項3号の要件を緩和して、成人の子を有する者の性別の取扱いの変更を認める法改正が行われ、成人の子については、母である男性、父である女性の存在があり得ることが法的に肯定されたことに照らし、また、性別特例法の施行から14年余を経て、これまで7,000人を超える者が性別の取扱いの変更を認められ、さらに、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ことなどに照らし、「以上の社会的状況等を踏まえ、前記のような本件規定の目的、当該自由の内容・性質、その制約の態様・程度等の諸事情を総合的に較量すると、本件規定は、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。」「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容すべき社会の側の問題でもある。その意味で、本件規定に関する問題を含め、性同一性障害者を取り巻く様々な

問題について、更に広く理解が深まるとともに、一人ひとり的人格と個性の尊重という観点から各所において適切な対応がされることを望むものである。」などとして、憲法違反とまではいわないものの、その疑いが生じていると指摘した⁴²⁾。

第4 本件最高裁決定の法廷意見に対する批判

本件決定の法廷意見が、「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」と述べていることに関して、次のような批判がなされている。

すなわち、「すでに現行法においても同様の『混乱』は生じうるという。たとえば、2号の非婚要件を充足するために婚姻を解消し、性別取扱い変更の審判を受けたMtFについて、婚姻解消の300日以内に元配偶者が出産した場合である。民法772条によれば嫡出推定が及ぶはずであるが、これは懐胎の時点を基準とするから、当時男性であったMtFは女性でありながら父であるということになる。あるいは、MtFが男性であったときに婚姻関係のない女性との間にもうけ、認知をしていなかった子について、性別取扱いの変更後に認知を行うことができるのか、できるとした場合、女性でありながら父ということになるのか、あるいは、認知には遡及効があるから（民法784条）、3号の子なし要件を満たしていなかったとして性別取扱いの変更が無効になるのか、といった問題がある。さらに、現在の人工生殖技術の発展に鑑みれば、性別取扱い変更の前に精子や卵子を保存しておき、変更後にそれを用いて子をもうけること

42) さらに、本件補足意見は、生殖不能要件についての世界的な潮流として、「世界的に見ても、性同一性障害者の法的な性別の取扱いの変更については、特例法の制定当時は、いわゆる生殖能力喪失を要件とする国が数多く見られたが、（中略）現在はその要件を不要とする国も増えている。」として、他の諸国での例をもって憲法違反の疑いの根拠としているが、それらの国々は同性婚を認めるなど性別選択の自由化が進んだ国々であって、必ずしも我が国の実情に即したものとは言えないものを例として挙げているのであって、適切な理由とは思われない。ただ、この点については、紙数の関係もあるので別の機会に譲り、本稿ではこれ以上は触れない。

も可能であり、これは特例法によっては防ぐことはできない。そもそも、補足意見も認めるように、3号の子なし要件が2008年に改正され、「現に未成年の子がいないこと」とされた以上、20歳以上の子については父＝法的女性あるいは母＝法的男性であるという事態はすでに生じているはずなのである。」⁴³⁾と批判する。

たしかに嫡出推定や認知をめぐる問題については指摘されているとおりであろう。しかし、それは懐胎と出産との間にタイムラグがあることや、同様に、出産から認知までのタイムラグがあることから生じる問題で、その間に性別変更手続がなされるという例外的事象には対応できないという問題でしかないはずである。また、「現に未成年の子がいないこと」に関する問題は、補足意見に関して述べられているように、既に、「未成年の子」がいないことを条件から外した段階で起き得る問題であって、このことが生殖不能要件の是非に直結するものではない。

ただ、これらのことが起きるにしても、女性から男性に性別変更が認められた者が、実際に、出産をして子を産むという現実と、上記の例で挙げられている法律の適用によって、かつての性に基づいて親子関係の問題が生じるというのとは、本質的な違いがあると考えべきであろう。最高裁の法廷意見も、このような問題を想定して、「社会に混乱をもたらす」といっているのであって、これを批判するために、些末な例外を挙げて、根本的な問題を否定するのは、問題のすり替えであるとの批判がなされ得るものと思われる。

第5 本件最高裁決定の補足意見に対する批判

1 生殖不能要件の設定が違憲であるとする見解からの批判

本件補足意見がかなり踏み込んだ指摘をしたことには好意的に評価しつつも、「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容すべき社会の側の問題」とするに止めた点は、権利侵害の問題を最終的には社会的受容の問

43) 春山習「性同一性障害者特例法における生殖能力喪失要件の合憲性」早稲田法学95巻1号334頁

題として捉えており疑問が残り、社会側の問題・混乱を理由に権利侵害を正当化することはできず、端的に違憲とすべきであったとする見解⁴⁴⁾ などがある。

2 生殖不能要件が合憲であるとする見解からの批判

まず、補足意見で述べられた①の点については、この論理は、確実な根拠に基づく推定とはいえないものであり、性同一性障害があったのだから、元の性による生殖活動は起きないだろうといているにすぎないものである。実際のところ、性同一性障害者であっても、その障害の程度には差があるのが当然であり、やっぱり元の性のほうがいいと思って戻ろうとする者もいないはずはないのであって⁴⁵⁾、上記補足意見のように言い切っていないかはかなり疑問である⁴⁶⁾。

次に、補足意見で述べられた②の点については、たしかに、性同一性障害者が一定程度社会的に受け入れられていることや、その数が相当多数に上っていることも事実として認められるといえるところだとは思われる。ただ、だからといって、社会全体が、例えば、5号要件に関してではあるが、外観と法律上の性別の違いをそのまま受け入れているかどうかは疑問であるといわざるを得ない。

すなわち、直ちに、性別適合手術を経ていない、つまり、身体的には全く元

44) 前出濱口

45) 「神奈川県茅ヶ崎市の40代元男性は2006年、戸籍上の性別を女性に変えた。それをいま、強く後悔している。家裁に再変更の申し立てを繰り返すが、『訴えを認める理由がない』と退けられ続けている。」平成29年10月29日付け朝日新聞

46) 同様に、「性同一性障害の当事者が、確信する性別から見て同性となる者と性交渉を持ち、子をもうけるという例は少ない。」(渡邊泰彦「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—」(産大法学45巻1号65頁)との主張もあるが、多いか少ないかは評価の問題である上、その「少ない」という根拠も示されておらず、このことをもって、「社会に混乱を生じさせかねないこと」に対する反論とはなり得ない。また、「ホルモン治療により(中略)子が生まれるのはごく少数の事例に限られる。」(同上)としているが、現在は、ホルモン治療を受けることなく性別適合手術を受けることも認められていることから、この主張はその前提を欠いているといえよう。

の性のままであるにも関わらず、戸籍上は異なる性として扱うのであれば、些末な例であるとは思われるが、公衆トイレや銭湯なども戸籍上の性に従って立ち入ることが可能であるとしなければ一貫性がないと思われる。

しかしながら、そのようなことまで現在の社会は容認していると見てよいのか、例えば、女性が女性専用施設である女湯への立ち入りに関して、たとえ精神的には女性であるにしても、外見上、男性そのままであったような場合に、我が国の一般的な女性全員がこれを容認し、一緒に入浴するようなことを許容するのかが疑問を禁じ得ないところである。これはこのような問題に声を上げていない一般女性の人権を侵害することになるのではないかとの観点から問われなければならない事柄である。

もっとも、この点については、性別特例法3条1項5号の外観具備要件に関するものであり、本件補足意見の射程内の議論ではない。そのため、この点についての問題点は、以下に改めて検討することとしたい。

IV 外観具備要件の撤廃を主張する見解及びその反論

第1 法的見地からの議論の状況

1 外観具備要件の撤廃を主張する見解の概要

外観具備要件については、これを特例法から撤廃すべきとの意見は多い⁴⁷⁾。その論拠とするところは、「法的性別取扱変更に動機付けられての病態性の獲得やホルモン療法・手術を含む身体的介入による生殖能力喪失・外観の変更を望ましいものとは言えず、特に特例法要件が本来本人の生活状態の向上には不必要であった可能性のある手術や断種を動機付けてきたことは強く問題視されなければならない。」⁴⁸⁾とする見解や、「特例法は身体処分をした者についてのみ、性の自己決定を認めるものとなっている。このことは場合によっては、

47) 前出渡邊 65 頁、國分典子「性同一性障害と憲法」愛知県立大学文学部論集 日本文化科学編 52 号 9 頁、前出石嶋① 80 頁以下、前出石嶋② 104 頁以下等

48) 前出石嶋① 80 頁

本来手術まで望んでいなかった者にまで手術を求めさせる傾向を生んでしまう可能性があるのではないか。」⁴⁹⁾との見解や、さらには、性別適合手術等の身体的治療を要求することは、性別変更を望む性同一性障害者に対して身体的・経済的負担が大きいといえるのではないか⁵⁰⁾との見解などが挙げられる。

更には、「外観具備要件に関して付言すれば、当要件は、男女別の施設処遇等に際して、自己の自認する性に従って取り扱われることによる性別取扱変更者本人の利益と、その周囲で本人に関わる者の利益（私的領域対私的領域）の調整をはかる意義がある一方、社会秩序に依拠せざるを得ない基準によって性が外部より判断できることから後者の利益が担保されることから、社会的秩序、ないし社会的規範意識にある程度の信頼を確保する必要があり、従って外観具備要件は、性別取扱を変更する本人の利益と当該社会的要請（私的領域対社会的領域）を調節する働きも持つとされる。ここで留意すべきは、現行の第5号要件が要請するのは外性器にかかる部位のみの外観の具備であり、外性器の形状でその者が男／女であるかが予見し得ることによって個人の利益が保護される場面は極々限られる点である⁵¹⁾。外性器の形状が社会生活上人の性別を予見することにあまり寄与しない以上、男／女の別が外性器の形状によるという社会規範を保護する現行第5号要件を維持する必要性は少ない。」⁵²⁾と主張する。

49) 前出國分 10 頁

50) 大河内美紀「性と制度」法学教室 440 号 49 頁

51) このように言い切ってよいかは甚だ疑問である。温泉好きの女性は多いと思われるが、令和元年度における温泉宿利用人数は、延べ人数であるが、126,529,082 人であり（令和元年度温泉利用状況・環境省ホームページ）、このうちの半数が女性だとしても約 6,000 万人に影響する事柄である。決して些末な問題ではないし、看過してよい問題ではないと思われる。

52) 石嶋舞「生殖能力と登録上の性別が乖離した場合に要される法的対応に関する一考察—性同一性障害者特例法の改正を念頭に—（上）」（以下、「石嶋③」という。）早稲田法学 93 巻 4 号 128～129 頁。石嶋① 101 頁も同様。

2 上記見解に対する反論

もっとも、上記の各見解で指摘する問題点は、現行法の制定時においても考慮されていた事柄であり、それらの不利益を考慮しても、なお現行法による制約が妥当であるとされて立法化されたものである。そして、それらの主張を現時点で考慮しても、外観具備要件を満たすことが性別変更の手續上不可欠との立法過程における判断は、依然として妥当するといわざるを得ないのではないかと思われる。

すなわち、前述したように、この要件が必要なものとして立法化されたのは、公衆浴場や女性用トイレなどに関して社会生活上の混乱が生じることを懸念したものであり、これは「外性器の形状でその者が男／女であるかが予見し得ることによって個人の利益が保護される場面は極々限られる」と軽々に言えるようなものではない。実際にそれらを使用する一般女性にとっては極めて重大なものであり、女性としての「個人の利益が保護され」なければならない場面に他ならないのである。

このような社会生活上の混乱が生じる点に対する反論として、「具体的に、公衆浴場以外の場で、社会生活上の混乱を生じる場面を想定できるでしょうか。わたしたちは、社会生活の場面で、相手の性器の形状を問題にすることはまずありません。」「公衆浴場の利用に限って言えば、当事者の利用マナーと周囲への啓発によって解決するのが本筋であり、仮に国や自治体の判断が必要だとしても、戸籍や住民票を根拠とするよりも、浴場や利用者に対して、実態に即した指針を提示するのが筋だといえるでしょう。」⁵³⁾ とする見解や、「性器が近似していないと、公衆浴場で男湯と女湯のどちらに入るのかという問題が生じるという反論があるかもしれない。しかし、公衆浴場の入場の問題は、戸籍上の性別ではなく、性別適合手術前（プレ・オペランティブ）か、手術後（ポスト・オペランティブ）かという、現在でも生じる問題である。」⁵⁴⁾ との見解がある。

53) 野宮亜紀「プロブレム Q & A 性同一性障害と戸籍」124 頁

54) 前出渡邊 67 頁

しかしながら、前者の見解は、単なるマナーと啓発で処理できるとして問題を矮小化しているものとしか思われぬ。外観具備要件を不要とし、自己の性自認に従って性別選択ができるのであれば、戸籍上、女性となる者の外観が男性であっても⁵⁵⁾、自己の性自認が女性であるとする以上、女性用の浴場やトイレの使用に当たっても、これを女性として扱わなければ、それはまさしく「差別」に他ならない。これは単なるマナーや啓発で済む問題ではない。そもそもマナーの内容であるが、男性器が残ったままの法律上の「女性」は、女性用の施設の利用を差し控えるように指導するというマナーなのであろうか。

自己の性自認が女性であり、法的に「女性」と認められたのであれば、生物学上の「女性」と全く同様に扱わなければならないのであり、外観の如何にかかわらず、たとえ男性の外観と同一であっても、これを「女性」として受け入れなければ、外観による差別を行うことになり、憲法14条に違反することは明らかである。そうすると、そのような外観の法的女性を受け容れることに抵抗がないという女性ばかりであれば問題はないが、果たして、現在の我が国の女性一般の認識は、そのようなものであると言い切つてよいのであろうか。この点は、心理学的分析が不可欠であり、後に検討することとする。

また、後者の見解は、その趣旨が不明確であるが、少なくとも、女性用の公衆浴場に男性器を残したままの法的な女性が立ち入るという問題は、外観具備要件が存する以上、現在は生じていない。そもそも性別変更の手續の有無と性別適合手術の有無とは当然に別の事柄である。その主張が、性別適合手術後で未だ性別変更の手續を経ていない者は、戸籍上は男性であるが外観は女性であ

55) 前出石嶋③などでは、「外観変更の済んでいない法的女性」などの表現がまま見られるが、外観具備要件を撤廃した上で、性別変更をするために自己の性自認以外に、「外観変更」を要求するのであれば、自己の性自認が女性である男性が、男性機能や髭などの男性としての外観を残したまま女性として生活するという場合は、「法的女性」として認められないのかという問題を抱えている。少なくとも論者の立場であれば、自己の性自認を保護する以上、この認識が女性であるなら、男性性器があっても、髭があっても、ホルモン療法などを受けていなくて外観が男性そのものであっても、そのまま法的な女性として認めなければ論旨が一貫しないものと思われる。

り、このような者が女性用の施設を利用することも現時点であるのではないかということの意味しているのであれば、その点の問題はないであろう。要は、戸籍上の性別変更よりも、その外観が重視されて当然の場面だからである。これをもって外観具備要件が不要であるとの結論を導き出せるはずもないことは明らかである。

第2 心理学的見地からの問題の提起及び反論

1 心理学上の「恥ずかしい」という意識の位置付け

心理学では、「恥ずかしい」とか、「羞恥心」という一般用語について、無意図的な、あるいは、自らの望まない苦境や逸脱を意識した際の情緒的な反応であるとしている⁵⁶⁾。羞恥心は、「恥ずかしい」、「気恥ずかしい」、「面目ない」、「気詰まり」など様々な表現がなされる多義的な情動語であり、欧米での社会心理学分野における羞恥心に関する研究英語では、これらの概念に対応する語として、「embarrassment」、「shame」、「shyness」などが挙げられている。このような感情に関しては、長年、国内外において、その原理、発現状況、羞恥心の喚起要因などについて、詳細な研究が蓄積されてきている⁵⁷⁾。

そもそも、羞恥心とは、人が他者からの評価により自己を否定される恐怖や不安に対し、自己を防衛するための心理の表れであり、自己の存在を脅かされ恐怖を経験させられることに対し、恥ずかしいという気持ちによって、危険を回避しようとする点にその本質の一側面がある⁵⁸⁾。というのは、一見、恥ずかしいということは単にそのような気持ちの表れであるかのように思われるかもしれないが、恥ずかしさの故に、その行為を抑止しようとすることで、その

56) Buss, A. H. "Self-consciousness and social anxiety," San Francisco: Freeman., 樋口匡貴「恥の構造に関する研究」社会心理学研究 16巻 103-113頁（以下、「樋口①」という。）

57) 前出樋口① 103-113頁、有光興記「罪悪感、羞恥心と共感性の関係」心理学研究 77巻 2号 97-104頁、薊理津子「恥と罪悪感の研究の動向」感情心理学研究 16巻 1号 49-64頁、福田哲也、樋口匡貴「羞恥場面における観察者の行動が羞恥感情に及ぼす影響—公恥状況における影響およびその影響プロセスの検討—」感情心理学研究 23巻 3号 116-122頁

先にある危険を事前に回避しようとすることに意味があるからである。恥ずかしいというのは、例えば、特に女性が裸体を見られる場合などに顕著に現れるが、これは、その裸体を見られるということが、その次に発生する余地のある身体に対する危害が加えられるかもしれないという恐怖心などから、事前の段階で示す感情反応なのである。したがって、恥ずかしい気持ちが現れるような場面では、必ず、その後、何らかの危険が生じるような場面が想定できるのである。この点について、恥は苦痛を伴い、劣等感、身が縮むような感覚、他者から見られている感覚、肩身が狭い感覚、無価値感、無力感が付随し、自己を無価値で非難されるべきものとして捉え、逃避願望が高まるものであることを実証する調査研究も報告されている⁵⁹⁾。

2 羞恥心をもたらす反応の役割

先にも述べたように、心理学的には、防衛反応が羞恥心の本質にあることから、恥ずかしいと感じる行為を避けるという行動をとる。見られたくない、聞かれたくない、知られたくないという反応がなされることで、外部との接触を断つことになる。そのことによって、他人が入り込む余地を減らし、自己がカバーしている領域の安全を守ろうという行動に出る。このことについて、気恥ずかしさを頻繁に経験する人は、対人場面での相互作用を円滑に遂行できず、視線を避けるなどの対人回避行動を引き起こすことも示されている⁶⁰⁾。

また、身体的な性的特徴や性的行動が他者の視線に曝されることに強い羞恥を

58) Kitayama, S., Markus, H. R., & Matsumoto, H. "Culture, self, and emotion": A cultural perspective on "self-conscious" emotions. In J. P., Tangney, & K. W. Fischer (Eds.), *Self-conscious emotions: Shame, guilt, embarrassment, and pride*. New York: Guilford Press. pp. 439-464, Leary, M. R. 1983 *Understanding social anxiety: Social, personality, clinical perspective*. Beverly Hills, California: Sage Publications., 菅原健介「シャイネスにおける対人不安傾向と対人消極傾向」*性格心理学研究* 7巻 22-32 頁

59) Lewis, H. B. "Shame and guilt in neurosis," Madison, CT: International Universities Press, Tangney, J. P. (1993) *Shame and guilt*. In C. G. Costello (Ed.), *Symptoms of depression*. New York: Wiley. pp. 161-180.

感じてそれらを隠蔽しようとする性的隠蔽は、羞恥という苦痛を感じる状況から自身を防衛するための逃避行動であり、羞恥心の根源的なものであるとされる⁶¹⁾。人間の着衣の発展は、羞恥心によって引き起こされた、性器を隠蔽するための行動から発展したものであるという見解も示されている⁶²⁾。

したがって、この恥ずかしいという感覚に基づく行為は、頭で考える行動とは異なり、瞬間的になされ、また、反射的になされるものであるとみなすことができる。要は、理性でコントロールできるようなものではないという性質を有するものである。

男性用トイレと女性用トイレを分けてほしいと女性が欲するのは、トイレの中での無防備な姿を見られるのが恥ずかしい、トイレを使用している音を聞かれるのが恥ずかしい、また、そもそもトイレを使用して排泄行為に及んでいることを知られるのが恥ずかしいといった心理に基づくものであるが、それらは、いずれも、そのような無防備、無抵抗な状態で襲われることを危惧しての感情反応なのである。羞恥心を喚起する状況の一つとして性的状況の存在があること⁶³⁾や、男性に比べて女性の方が羞恥心が高いことを示唆⁶⁴⁾する研究もある。

性差に関して、生物学的要因による筋骨格等の身体構成上の相違に起因するエネルギー系の体力において、女性の筋力は男性の60～80%程度であり、速度要因も加えた筋パワーではその差はさらに顕著である⁶⁵⁾。また、身体的暴力や性的暴力に関する言説においては、男性（外見上男性とみられる人）は、

60) 前出菅原 22-32 頁、Miller, R. S. "On the nature of embarrassment: Shyness, social evaluation, and social skill," *Journal of Personality*, 63, pp. 1061-1069, Edelman, R. J. "Individual differences in embarrassment: Self-consciousness, self-monitoring, and embarrassment," *Personality and Individual Differences*, 6, pp. 223-230.

61) 菅原健介「人はなぜ恥ずかしがるのか—羞恥と自己イメージの社会心理学—」、角辻豊「ヒトの羞恥心と着衣の起源についての一考察（笑いの意味の誤解との関連について）」*笑い学研究* 10 卷 55-58 頁

62) 前出樋口① 103-113 頁

63) 前出樋口① 103-113 頁

64) 有光興記「罪悪感、羞恥心と性格特性の関係」*性格心理学研究* 9 卷 2 号 71-86 頁

女性に対して抑圧的な存在として、すなわち、何らかの少なからぬ脅威を感じさせる存在として認識される傾向にあることが示されている⁶⁶⁾。つまり、女性は、男性よりは物理的に弱い存在として、世に存する以上、その生存における必要性から羞恥心が生まれたものである。そうであるなら、この羞恥心を尊重し、その感情を包容することで、その後の防衛行動にまで及ぶ必要性をなくすることができるのであって、女性として安全に暮らすことを保証することになるのである。

一時期、ジェンダーフリー教育ということで、小学生の男女を同じ部屋で着替えをさせるなどという教育がなされたことがあった⁶⁷⁾。しかし、この試みは、小学生の女子児童の強力な抵抗と、それを支える父母らの反対により廃止されたということがある。女子児童にしてみれば、自己が無防備になる裸体に近い状態を、男子児童にさらすことがいかに危険なことであるかを事前に察知していたからこそ、その際に、恥ずかしいという感情が出て、着替えをすることができないという行動に至ったものといえるのである。

このように、羞恥心の持つ役割は、女性が弱者として自己防衛を図る上で、不可欠の要素なのである。単に、法律でこのようにしますから、恥ずかしいという気持ちを持たないで下さいなどと指示できるようなものではない。女性としての生存を賭けた戦いに臨むために、防衛機能として羞恥心が働いているのである。

たしかに、浴場での男性との混浴は些細な問題であると捉える向きもあろうかと思われるが、心理学的観点からすれば、軽視することのできない事態であり、防衛本能を持つ女性に対する強圧的、人権侵害的な迫害であるといってもよい事態であると評価できるものと思われる。

65) 加賀谷淳子「体力の性差を踏まえた運動・スポーツ」学術の動向 11巻11号52-53頁

66) Pain, R. "Social geographies of women's fear of crime," Transactions, Institute of British Geographies, 22, pp. 231-244.

67) 渡部昇一、新田均、八木秀次「日本を貶める人々―「愛国の徒」を襲う「売国の輩」を撃つ」、山本彰編「ここがおかしい男女共同参画―暴走する『ジェンダー』と『過激な性教育』」

おわりに

性同一性障害をめぐる問題は、性別の変更を希望する者が、それを取り巻く社会との間でスムーズに生活していくために、医療界においても、また、特例法の立法などにおいて法律界も尽力してきたものである。

たしかに立法に当たって種々検討したことが、その後における事情の変更に より、改正が必要になる場合もあるとは思われるが、しかしながら、その一方で守られるべき人権が存するのであれば、それを蔑ろにするわけにはいかないであろう。

公衆浴場において、男性器を有したままの法律上の女性が、女性用の浴場で入浴することを可能にする法改正を主張されている問題についても、多くの一般女性がそれを容認しているといえるような状況があるのか甚だ疑問である。前述したように、心理学的な観点からも女性の防衛機能としての羞恥心を侵害するものに他ならないことなどを考慮すると、そういった女性の人権侵害を無視し、単に、法律的に外観具備条件を撤廃することこそが人権尊重であるといわれても、それによって畏怖、困惑する一般女性らの人権に対する配慮が欠けているのではないかと懸念されてならない。

実際にも、既に、女装した男性が女湯に入ったという事件が発生しているのであり⁶⁸⁾、この事件では、当該男性には建造物侵入などの犯罪が成立しているが、同様の事態が法律上適法なものとして起き得るのであり、そのようなことを一般女性が受け入れるとは到底思えないのであるが、それは時代遅れと批判されるようなことなのだろうか。

68) 令和3年7月30日付け弁護士ドットコムニュース