

# 性同一性障害と憲法

國分典子

## 一、はじめに

昨年七月、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」(以下、「特例法」という)が成立した。性同一性障害の引き起こす深刻な問題については、一九九六年の埼玉医科大学倫理委員会の「『性転換治療の臨床的研究』に関する審議経過と答申」、一九九七年五月の日本精神神経学会の「性同一性障害に関する特別委員会」による「性同一性障害に関する答申と提言」あたりから、脚光を浴び、マスコミでも注目されるようになったものの、法の世界ではあまり大きくは取り扱われてこなかった。特例法成立は、当事者たちと、ごくわずかな研究者・実務家たちの粘り強い努力の成果とあってよいであろう。しかしながら、これですべてが解決されたわけではない。むしろ、今回の立法を通じてより問題が鮮明になったという側面もある。ここでは、特例法の内容とそれ以前のこの問題に関する判例のあり方を概観した上で、憲法学の観点から、特例法における性の扱いがどのような意味をもつものであるのかを今一度検討してみたい。

## 二、特例法の内容

今回成立した特例法によれば、「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つて、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」（第二条）を指す。こうした「性同一性障害者」について、以下の五要件を満たした場合に、本人の請求に基づいて家庭裁判所が性別取扱いの変更を審判することができるとというのが、本特例法の趣旨である。五要件とは、

- 一、二〇歳以上であること。
- 二、現に婚姻をしていないこと。
- 三、現に子がいないこと。

四、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。

五、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。

である。さらに、請求には、先の定義に基づき「性同一性障害者」と認められるに必要な二人以上の医師の診断結果並びに治療の経過及び結果その他の厚生労働省令で定める事項が記載された医師の診断書の提出が義務づけられている。

以上の要件を満たし、性別取扱いの変更が行われた場合、その後は「法律に別段の定めがある場合を除き」、「その性別につき他の性別に変わったものとみな」され、新戸籍が編成されることになる。

同法の内容については、制定後、二〇〇三年七月一七日の法務委員会上、いくつかの質問が寄せられた<sup>1)</sup>。そこでは、実際に診断・治療できる医療機関が極めて少ない、保健医療が受けられない可能性が高いなどの問題点が指摘されたほか、「現に子がいないこと」という条件の意味、専門医師の診断書の記載内容、性別記載欄の必要性の有無が論点として挙げられている。このうち、「子供がない」という条件についての質問に対しては、政府参考人から「審判を申請する時点で実子および養子がいないこと」を指すとの回答がなされた。また、診断書に関しては、特例法三条二項の「厚生労働省で定める事項」について、「性同一障害に関する診断結果や、治療経過及びその結果のほか、患者の生育歴や

性染色体検査、ホルモン検査等の項目を想定しており・・・今後、専門家からの意見をも参考にしつつ検討して「ゆく一方、「他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観」については、「その詳細を規定することについては考えでない」との厚生労働省の答弁に対し、裁判官が判断できるような詳細な診断資料が必要である旨の要請が委員から出されている。

### 三、特例法制定以前の判例

性同一性障害に基づく戸籍訂正の申請については、これまでいくつかの下級審判例があるが、長く申請は認められてこなかった。戸籍法一一三条は「戸籍の記載が法律上許されないものであること又はその記載に錯誤若しくは遺漏があることを発見した場合には、利害関係人は、家庭裁判所の許可を得て、戸籍の訂正を申請することができる」と規定するが、性同一性障害に基づく訂正申請は「錯誤」に当たらないというのがその一貫した理由づけであった。直近の判例として二〇〇〇年二月九日の東京高裁決定を例として紹介しておく<sup>2</sup>。

#### 1、事実の概要

Xは、染色体の構成や外性器の構造等、生物学的には男として出生したが、思春期に男性化していく自己の肉体に嫌悪感や拒否感が強まり、性別への違和感が増していった。高校卒業後、家業を手伝っていたが、A国で性転換手術を行なっていることを知り、渡Aし、ホルモン療法を受け始めた。その後、数回渡Aし、一時は性転換手術（正確には性適合手術といふべきかと思われるが、本稿では判例等の記載に合わせ、この表現を用いる）を断念したり、主治医から男性として生きてゆくことを勧められて、会社員として单身生活をはじめたりもしたが、やはり男性として生きてゆくことに精神的苦痛を感じ、最終的にA国で性転換手術を受けた。帰国後、ホルモン療法、神経科での抑鬱症の治療なども受けている。その後Xは、戸籍法一一三条に基づいて、戸籍上の父母との続柄欄を「長男」から「二女」に訂正するこ

との許可を求めたところ、原審において申立却下の審判を受けたため、その取消しを求めて抗告した。

## 2、決定の概要

高裁決定は、性同一性障害に関する今日の医学的状況を述べたのち、本件では、性転換手術を受けたA国での治療経過が必ずしも明らかでなく、日本精神神経学会のガイドラインに添った診断が行なわれたかどうかの資料がないこと、性同一性障害と診断した主治医も一時は男性として生きてゆくことを指導したこと、現在の主治医の一人で神経科の医師も当時の状況を振り返って「抗告人が性転換手術を受けることを積極的に推薦できる状況ではなかったが、さりとて阻止しなければならぬという状況でもなかったので、自己決定に任せた」と述べていることを「考え合わせると、抗告人にとって性転換手術以外に他に執るべき手段がなかったかについては疑問をはさむ余地がある」とした。

さらに、「これらの点はさて置き」として、「現行の法制においては、男女の性別は遺伝的に規定される生物学的性によつて決定されるという建前を採っており、戸籍法とその下における取扱いも、その前提の下に成り立っているものというほかないから、生物学的にみて完全な男（又は女）として出生し、その旨の届出がされて、戸籍に男（又は女）として記載された者が、性同一性障害と診断され、医師の関与の下にいわゆる性転換手術を受けて、外形的にみる限り別の性（女又は男）の内・外性器の形状を備えるに至ったとしても、性別に関する戸籍の記載が、戸籍法第一一三条にいう『法律上許されないものであること又はその記載に錯誤若しくは遺漏があること』に当たるといふことはできないといわざるを得ない」として本件申立てに理由なしと判断した。また付言して、「いわゆる性転換手術については、それが性同一性障害の治療方法として社会一般の承認を得るに至っているかといえ、現段階ではこれを肯定することを躊躇せざるを得ず、社会的なコンセンサスを得るためにはなお十分な議論を要する実情にあるといわざるを得ないし、性別の変更を肯定するとしても、単に戸籍法の分野のみならず、関連する法令の適用上種々の重大な問題を惹起し、社会生活全般に極めて大きい影響を及ぼすことが予想されるのであって、……結局のところ、立法にゆだねられるべきも

のと考えられる」と述べている。

#### 四、原理的な問題点

以上の決定の趣旨を考えるならば、今回の立法は前記決定の付言で示された社会的コンセンサスの問題に立法的な解決を与えたものとみることができよう。しかし、法案提出後、一〇日間という異例のスピードで成立した。特例法には、一方で、「現に子がいないこと」という要件が「過去の事情で将来を縛る酷な規定だ」との批判<sup>4</sup>をはじめとして、法学者、関係諸団体から多くの問題点が指摘されている<sup>5</sup>。特例法の附則では、「施行後三年を目途として」検討を加える旨が記されており、早期の成立を目指したための妥協点等は今後、さらに改善される可能性が残されている。そうした可能性は前提とした上で、ここでは性別決定に関わる原理的な問題点を憲法との関わりで以下に述べてみたい。

##### 1、問題となる性別とは何か

ところでまず、ここで扱う性別の問題とはそもそも何なのか。性について、生物学的・身体的性（＝sex）と社会的・文化的性あるいは心理・社会的性と呼ばれるもの（＝gender）の別が唱えられるようになって既に久しい。この区別からすれば、戸籍上の記載で求められているのは、明らかに生物学的性であると考えられる。従来の審判で、いわゆる間性の戸籍記載訂正が認められる<sup>6</sup>にもかかわらず、性同一性障害による記載訂正が認められなかったこと、今回の特例法が記載の「訂正」ではなく「変更」としていることも、これに関係しているとみてよいであろう<sup>7</sup>。一方、性同一性障害で問題となっている性とは何か。英語表記がgender identity disorderとされるように、そこで問題となるのは社会的・文化的性であると思われる。「心の性と身体の性の不一致」といった表現で端的に示されるのが性同一性障害の根本的問題であるとするならば、戸籍上の問題は生物学的性と社会・文化的性との内面的葛藤が表に出ざるを得ない、当たり前といえば当たり前すぎる衝突の場面といえよう。これに対して今回の立法が与えた解決はどのようなも

のだったのか。特例法の規定する「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」、「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」という二つの要件は、染色体による区別ではない点で従来の生物学的性の判別要件とは異なるとみることが出来るもの、やはり「生物学的」な要件である。ここに今回の立法の妥協点が現れているのみならず、この点にはジェンダー論において問い直される大きなテーマが横たわっているように思われる。

先に二つの性の区別として、ジェンダーとセックスを対置させたが、実はジェンダー概念はこの対比のなかでのみ意味を持ちうる概念ではない。今日のジェンダー論ではジェンダー概念が「社会的・文化的に形成された『性別』それ自体ではなくて、社会的・文化的に形成されている性別についての『通念』や『知識』に基づいてなされる言説実践や社会的実践という意味で使用されることが多い」ことが指摘され、「科学的知識や学問的知識」をも包摂した「当該社会のなかで作り上げられている知識（及びそれを使用した言説実践・社会的実践）をすべて含」むものであるとの考え方が<sup>8</sup>ある。このように考える場合、セックスはジェンダーの一部であると捉えられることになる。染色体による男女の別、性器の形態による男女の別などは当該社会のなかで立てられた区別のひとつの基準にすぎない。将来、もし染色体による区別以上に優れた判別方法が発見されれば、それが新しい基準となりうるかもしれない。「優れた」と書いたが、それは「社会が学問的あるいは科学的に優れていると認知した」ということであり、其の評価自体、相対的なものにとどまるのである。こうしてジェンダー論は、広く性別についての言説が社会において意識的ないし無意識的に「構築」されたものであるという議論に行き着く。こうしたことを考えるならば、ことさらに生物学的な性の区別を重視するにあたっては、重視することの必要性、その社会的根拠づけが明らかにされねばならない。それは、戸籍法等の制度上の問題としては、既に多くの学者によって指摘されている、そもそも性別というカテゴリーが必要かという問題にもつながってゆく。

他方、性同一性障害者本人の問題としてはどうなのか。先の特例法の性同一性障害の定義が「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」や医師の診断までも要求する特殊な形態になっているのに対し<sup>10</sup>、日本精神神経学会の「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン」では、「身体的性別とジェンダー・アイデンティティが一致しないことが明らかであれば、これを性同一性障害と診断する」とされている<sup>11</sup>。このガイドラインに従うならば、これに当てはまる者には「自己の身体的性が自己の性自認と異なるので、性自認における性を自らの性として認めたい」とするにとどまる者から、「思春期以降の自分の性的欲求が死にたくなるほど耐え難いから性転換手術をしたい」と望む者まで多様な意識をもつ者が含まれる。この多様性に従って、性の区別の問題もひとくくりにはできない論点が生ずる。

とりあえず、ここで性転換手術を望む者と望まない者という基準で多様な事例を分けて考えたとすれば、この区分によつて以下のような見方ができるのではないか。

まず、性転換手術を望まない者に関しては、比較的考えやすい。かれらにとって問題なのはまさにジェンダーである。先に言及したジェンダー論の論点からいえば、セックスがジェンダーの一部であるにせよ、ジェンダーと相對する概念であるにせよ、社会において問題となるのは、ジェンダーであるのだから、「身体的性」ではなく「自己の自認する性」が「自己の性」であるという議論になろう。

これに対し、性転換手術を望む者はより複雑である。かれらが「死ぬほどいやだ」と感じる性的欲求は純粋に生物学的な欲求である。先の、セックスも内包するジェンダーの広い捉え方からすれば、それが苦痛となるのは「男性的ないし女性的な欲求」であるという自己のなかの意識的あるいは無意識的な判断が介在するがゆえで、欲求そのものが苦痛を呼び起こすのではないということになろう。では、その意識的ないし無意識的判斷の介在を取り去れば、苦痛は回避されるのか？頭のなかでは「そうである」と解答し得べきこの問題は、実際にはそのように解答されない。男女の区別が社会的なものであるにせよ、今日の生殖医療が新しい次元に達しているにせよ、人間の生殖においてふたつの異なる機能が必要であるということは意識を超えた自然のなかの事実として厳然と存続し続けている<sup>12</sup>。今日のジェンダーの

問題が扱うさまざまな論点が「社会的」、「文化的」な区別や差別がより根本的な問題であるということを提示するにもかわらず、なおもこのふたつの機能の存在自体は止揚されずに残っている。だからこそ、ジェンダーは論じれば論ずるほど、性差を越えるよりは性差を深めるといふジレンマを抱えてもいるといえよう。それはあくとして、問題は、生物学的欲求が生殖機能に結びついていて、その欲求はふたつの機能的なカテゴリーがあることを常に繰り返して本人に意識させるといふことである。生物学的な差異が社会を構成する人間たちのなかにあるふたつの存在を否応なく指摘してしまう。この点で、かれらにとってはセックスの問題が根本的な課題として残る。ホルモン療法や性転換手術が必要となるのもそれがゆえである。上野千鶴子は、性転換希望者が苦痛の多い手術を受けても生物学的身体を自分の「性自認」に合わせようとすることを挙げ、これをもって「人間にとって性別とはセックスではなくジェンダーであることを、明瞭に示」すものとしている<sup>13</sup>。おそらく、その指摘は正しいのであろう。しかし、個人にとってより重大なのは、生物学的性としてのセックスのゆえに苦しまなければならないという問題である。いわゆる「セックス・ブラインド」は、平等原則などの社会的判断が問題になる場面では有効であっても<sup>14</sup>、当事者自身の判断ないし本人自身の内面的解決方法としては有効ではありえない。「性別とはジェンダーである」としても、手術をしてセックスを変えるところとは、一方でセックスを切り離してジェンダーを捉えることはできなかったのだということをも意味している。

今回の特例法は、日本精神神経学会のガイドラインと異なる定義をしたことで、以上にみた性同一性障害のふたつの区分のうち、「手術を望む者」に焦点を絞つての法律となった。先に、特例法が生物学的性別を重視していることの根拠が問われなければならないと書いたが、その根拠はこの点に関連している。この点では、特例法は、手術を望み手術をした者に認証を与えるという効果をもっているということができよう。しかし、これはいわば両刃の剣という側面を有している。以下、その具体的問題点について、憲法学的な観点からの考察を続ける。

## 2、憲法上の論点①—自己決定権



性別変更の問題を憲法上捉えるならば、まずもって問題とされるのは、自己決定権との関わりである。ここで自己決定権として問題になるものはふたつある。自らの性自認に従って性を決定する権利と自己の身体を自らの性自認に合わせて変える権利である。

自己決定権とは、文字どおり「自分のことは自分で決められる権利」と位置づけられ、憲法上の人権論においては、人格的利益説と一般的自由説のふたつの立場を中心に、議論が展開されてきた。人格的利益説においては、自己の性を決定する権利は「ライフスタイルの自己決定権」また場合によっては「家族の形成・維持にかかわる事柄」として論じられることとなる。また一般的自由説においても「人格的生存の核心部分」にあたるなどとしてやはり最大限の保護を与えられるべきものと考えられることになると思われる。

一方、もうひとつの自己決定、すなわち、性転換手術によって自らの身体を自らの決定で変えるという身体の可処分性の問題はどうか。日本においては過去にトランスセクシュアルに睾丸摘除手術をした医師が刑事責任を追及されたという事例がある<sup>15</sup>が、性同一性障害の外科的治療に踏み切った埼玉医科大学倫理委員会の答申を受けて旧厚生省および現厚生労働省は、医学会で適切と認められた治療行為なら、母体保護法に抵触しないとしている<sup>16</sup>。また学説も、「性同一性障害の治療を目的とした」行為は、母体保護法には該当せず、また刑法上の傷害罪に関しても「正当な業務による行為」として違法性を阻却されるという立場をとっている<sup>17</sup>。性転換手術が「治療」であるとすると見解は、本人の性自認を基礎に判断する見方と評価することができる。ただしこれは、裏返せば、「治療」でなくてはならないということをも意味している。

身体の処分の権利は、生命の権利に付随して「自己加害阻止原理」の範疇で論じられてきた。すでに「エホバの証人輸血拒否事件」最高裁判決<sup>18</sup>が人が信念を賭しても守るべき価値を認めたことから、ここでも「明白な」自己加害<sup>19</sup>でなければ自己決定を尊重するという見方が判例・学説を通じて確立されつつあるように思われる。しかし、「エホバの証人輸血拒否事件」で、一方では医師の生命尊重義務が肯定され、患者の自己決定権が生命の価値に優位せしめられて

いるというわけではないのと同様に、ここでも生命倫理上の観点が完全に克服されているわけではない<sup>20</sup>。埼玉医科大学倫理委員会が出した『性転換治療の臨床的研究』に関する審議経過と答申<sup>21</sup>のなかでも外科治療に懸念を示す意見として、手術は非可逆的な操作であり、手術後の自殺例もある、手術成績でよかったものが六〇〜八〇パーセントというのは生命に関係しない場合の手術としては低いのではないか、といった意見が挙げられている。生命の価値の議論との統一性を考えるならば、身体の問題、身体処分のどこまで許されるのかについて、より緻密な議論が必要となってくるであろう。

ところで、特例法には奇妙な転倒がある。以上の自己決定権の理解に従って考えるならば、自らの性自認に合わせて性を自己決定することは身体処分の自己決定よりも問題なく認められやすい権利だと考えられるはずである。しかし、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、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。

さらにいえば、手術を望む者についても厳密な意味で自己決定権が認められているわけではない。そもそもセックスとジェンダーの不一致があることについて医師の診断が必要とされていることは、自由な自己決定の扉を開く前に、医師がゲートキーパーとして立つことを意味する<sup>22</sup>。医師の存在は、当事者の訴えるジェンダー・アイデンティティを社会に認知させる道具立てとして「何よりも当事者にとって有益である」<sup>23</sup>とされるとはいえ、その役割は、患者の自己決定権を支えるインフォームド・コンセント等とは異なり、いわば本人の判断能力を確認するという意味合いを有している。積極的安楽死における当事者の判断能力の問題に比すべき厳格性がここでは要求されている<sup>24</sup>。「生命・身体処分に関する自己決定」が生命倫理上、慎重な対処を必要とすることは認められるとしても、一般に身体処分については、生命の処分よりは幅広い自由が認められると捉えられてきた。とすれば、性の処分は一般的な身体処分の枠組を超えて、生命の処分に匹敵する重要性を有するということがここに暗示されているのではないか。特例法はこの意味で、戸籍変更の条件を定めたという以上に、性転換の妥当性の範囲を示したという意味をもっているようにも思われる。

### 3、憲法上の論点②—性の処分と性の客観的価値

特例法では「性の処分は生命の処分に匹敵する重要性を有する」とされているのではないかと書いたが、性の処分の問題は、憲法上、どのように捉えられるのか。

先にみたように、性の自己決定はジェンダーの問題として論じられ、幅広く認めてゆこうとするのが、今日の学説の大方の見方であるといつてよいであろう。その一方で性転換手術については、手術自体の危険性、長期のホルモン療法の必要性、および手術後の状態に満足できなくなる者が相当数いるというデータもあって、慎重な意見が多い。自己の性の処分は、通常の身体処分と同じには考えられないのか？一般的な手術に関しては、病气、けがの場合以外にも、いわゆる美容整形などが社会的に広く認知されている。障害がなくとも行なう手術として、性転換は美容整形と同じ範疇では捉えられないのか？

性転換手術に特殊な問題として、施術すると生殖機能がなくなり、かつそれを再び復活させることはできないという点がある。さらに、生殖に関するふたつの機能、XとYがあるとして、施術してXはYになるわけではなく、Xの機能をもたないnot Xになるにすぎない。

前者の問題、すなわち生殖機能がなくなるという問題は、広い意味で生命の問題に関わる<sup>25</sup>。女性の自己決定権と胎児の生命の尊重の間の葛藤に類似した問題がここでは提示される。すでに見たように、医師は母体保護法二八条に基づき、原則として生殖を不能にする手術を許されていない。ここで患者の自己決定権と生殖医療に関する医師の特別な義務—ひいては、その義務の背後にあると考えられる将来の生命の可能性—とが衝突すると考えられる。同じ母体保護法一四条が人口妊娠中絶のできる場合を限定していることと平行してみるならば、リプロダクティブ・ライツとしての女性の自己決定権と同様の枠組で、性転換手術も消極的なリプロダクティブ・ライツの問題として捉えることが可能であるようにも思われる。むしろ、すでに胎児を宿した場合の自己決定の問題とは異なり、誕生しつつある生命を傷つけるわけではないこと、さらに、一般に子を作らない女性、結婚しない男性が自らの決定を当然享受していることを考えれ

ば、自ら生殖の道を絶つことは、中絶よりははるかに他者加害性の少ない行為として認められやすいはずだとも考えられよう。しかし、社会の評価も学説<sup>26</sup>も中絶問題以上に生殖を不能にすることは消極的である。今そこにある胎児の生命の問題に対して以上に、将来にわたつての生殖可能性の消滅に対するパターンリスティックな配慮が見受けられる。この点で、加藤秀一の「おそらく真の問題は、われわれの社会—特定の社会ではなく、およそ社会と呼びうるものすべてという意味で—の根本予件としての、生殖 $\parallel$ 再生産 (reproduction) という至上命令なのであろう」という指摘は重要であろう<sup>27</sup>。

もうひとつ重視すべきは、手術が不可逆的な選択であるという点である。不可逆的な分野の自己決定の問題に関しては、自殺に関連して、あるいは「主体たる『自己』と客体たる『自己』が意識の内において一体性を喪失し分裂している」という特殊性を重視することによって介入の必要性が説かれ<sup>28</sup>、あるいは「人格的自律そのものを回復不可能な程永続的に害する」場合に「人の人生設計全般にわたる包括的ないし設計的な自律権の行使」を考慮する結果、自己決定に対する「限定されたパターンリスティックな制約」の必要性が説かれる<sup>29</sup>ことがある。こうした考え方によれば、性転換手術においても、「ふたつの性の分裂」が「ふたつの自己の分裂」と捉えられ、また性別が人格的自律の根源に関わるものとして論じられる可能性がある。この場合、性はまさに人格の客観的価値に包含されるものとしてその重要性を捉えられるということになる。

一方、後者の問題、すなわち手術をしてもMONOXになるにすぎないという点も、おそらくパターンリスティックな配慮の対象となる問題である。しかし、なぜNOTXではないけないのか？

憲法の観点からいえば、性の問題が条文に現われるのは一四条と二四条であるが、このうち「両性」ということばを用いて、二分された性別の存在に言及するのは二四条のみである。二四条の扱う婚姻・家族の問題が、近代憲法構造のなかでジェンダーの挑むべき最後の砦といった感のあるなかで<sup>30</sup>、この条文にのみ現われるというのは、この問題が生殖を核として成り立つと考えられてきた近代家族観に関わっている点で示唆的である。憲法論上、「両性」が既存の概

念を超えられるかについては、いまだ十分な議論はなされていない<sup>31</sup>。が、二四条の理解において近代的家族像を重視するなら、ここでも「至上命令」としての生殖の価値が重視される可能性がある<sup>32</sup>。

もし以上のように、生殖を核とした家族観に性の客観的価値が結び付けられているとするならば、特例法の示した手術に当たつての医師の役割の問題以外に、「現に婚姻をしていないこと」、「現に子がいないこと」という条件も（法務委員会における説明によれば、擬制的親子関係も含むとはいえ）、この点に結びつく論点であるといえよう。

一方、こうした厳格な条件設定を設けたとはいえ、特例法がそもそも「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永遠に欠くにあること」を条件として性の問題と生殖の問題を分けているということ自体は、性別問題の裏にある生殖の社会的価値という問題から決別したものととして評価できる。そしてこの問題は、生物学的性の多様性、「性のグラデーション化」といった認識が普及しつつある今日、生物学的な男女の別が現実には脱構築されつつあることへの一定の法的評価を示しているともいえる。セックスの線引きをなくすのか、あるいは線を引き直すとすれば、 $X$ と $not\ X$ 、あるいは $Y$ と $not\ Y$ という二分ではいけないのか、 $X$ と $Y$ と $neither\ X\ nor\ Y$ の三分類を必要とするのかは、「男根ロゴス主義」、「第二の性」といった旧来の差別の問題を超えて再考されるべき課題であろうと考えられる。そのなかで、特例法は $not\ X\ ||\ Y$ 、 $not\ Y\ ||\ X$ として、二分法のなかでの線の引き直しをすでに始めているといえるのである。

このことは、まさに両刃の剣という意味を有する。それは男女の概念を広げる一方で、線の引き直しの事実を従来の概念のなかに隠蔽してしまうからである。また、先に取り上げた「性が人格の客観的価値に包含される」結果、パターンリスティックな介入を引き起こし得るといふ論点も、同様の問題を有する。性が単に生物学的な意味をもつにすぎないのではなく、人格の本質にかかわる、その意味で「ジェンダー」と捉えられることが介入を引き起こす原因となるといふ側面があるからである。

## 五、おわりに

以上、「こねくり回してきた」議論をもう一度整理し直すならば、次のようなことがいえるであろう。

今回の特例法の特徴は、いわゆる性転換手術を行った者のみを対象とし、それに対して認証を与えるという機能をもっているところにある。それは認証した者に対し「苦痛や苦悩を軽減して自身が求める意義ある生活や人生を実現することを援助」し、「それによって当事者が人としての尊厳を回復することに寄与」する一方<sup>33</sup>、手術をしない者を排除するという意味をもつのみならず、以下の点で、「両刃の剣」的な危うさを有する。第一に、性別変更可能な範囲をきわめて限定したことは、場合によって手術を要しない者も手術へと向かわせる可能性がある。第二に、詳細な要件は手術を望む者についても法的に「性変更」として認められる範囲を限定する結果となり、自己決定の余地を狭めるものとなっている。第三に、従来の男女の生物学的区別の基準が緩和された一方で、なおそれが生物学的性別という従来の範疇で処理されることによって性別とは何かの本質的議論が隠蔽されてしまっている。

そして、こうした問題の背景にあってより根本的な問題となるのは、性転換においてはセックスがジェンダーと連動しているために、結果的には、「不可逆的」でかつ「社会的価値をもった生殖」にまつわる手術による性の選択への国家的介入がジェンダーへの介入につながるということである。

もちろん、それが即悪いというわけではない。しかしこの議論は単に戸籍の変更の承認という問題にとどまらない。個人の自己決定権の範囲、「性」のもつ価値そのものを法体系がどのように、「承認」し直してゆくかという問題にかかわる。特例法の制定はその点で、問題の解決である以上に、問題の提起であるということを確認しておきたい。

## 注

- 1 第一五六回参議院法務委員会（平成一五年七月一七日）議事録参照。
- 2 戸籍訂正許可申立却下審判に対する抗告事件、東京高裁平二一（ラ）一九七九号、平二二・二・九民五部決定、判例時報一七一八号六二頁以下、判例タイムズ一〇五七号二一五頁以下。
- 3 特例法は、二〇〇三年五月一九日に公表された与党三党の「性同一性障害に関するプロジェクトチーム」による同法の要綱案を、それまで反対論の強かった自民党法務部会が了承し、野党もこれに賛成したことから、両院での審議を省略した異例のスピードで成立した（二宮周平「戸籍の性別記載の訂正は可能か②」特例法を読む」戸籍時報五五九号二頁参照）。
- 4 「立法の話題 戸籍の性別記載の変更が可能に——性同一性障害者特例法の成立」法学セミナー五八五号一二五頁参照。
- 5 特例法を詳しく検討するものとして、例えば、二宮周平前掲「戸籍の性別記載の訂正は可能か②」特例法を読む」参照。その他、関係団体、個人のインターネット上のサイトで特例法が検討されている。
- 6 間性の性別変更について、石原明・大島俊之編『性同一性障害者と法律——論説・資料・Q&A』晃洋書房二〇〇一年中の石原明「裁判例」の部分一八九頁以下、大島俊之『性同一性障害と法』日本評論社二〇〇二年五五頁以下、参照。
- 7 二宮周平前掲「戸籍の性別記載の訂正は可能か②」特例法を読む」六頁以下、参照。
- 8 江原由美子『自己決定権とジェンダー』（岩波セミナーブックス）岩波書店二〇〇二年七九頁以下、参照。
- 9 例えば、「異性愛のマトリックス」が性の二元論を要請するというバトラーの議論（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』青土社一九九九年（原著はJudis Batters, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York & London: Routledge1999）等）。
- 10 二宮周平前掲「戸籍の性別記載の訂正は可能か②」特例法を読む」六頁は、特例法の定義のこの特殊性を指摘し、「GIDの人の性別取扱いの変更を例外中の例外にしようとする意図が見え隠れしているように感じられる」とする。
- 11 インターネット上、日本精神神経学会のホームページ中の「性同一性障害に関する特別委員会」による「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン（第二版）」（<http://www.netlaputa.ne.jp/~eonw/source/guide2.html>）参照。
- 12 この点について、加藤秀一「ジェンダーとセクシュアリティ」庄司興吉・矢澤修次郎編『知とモダニティの社会学』東京大学出版会一九九四年一七五頁、参照。
- 13 上野千鶴子「差異の政治学」『岩波講座 現代社会学』一一卷（ジェンダーの社会学）岩波書店一九九五年六頁。

- 14 「セックス・ブライインド」について、横田耕一「性差別と平等原則」『岩波講座 現代の法』一一卷（ジェンダーと法）岩波書店一九九七年七一頁以下等、参照。
- 15 昭和四五年一月一日東京高裁判決（高等裁判所刑事判例集二三卷四号七五九頁以下、判例時報六三九号一〇七頁以下、判例タイムズ二五九号二〇二頁以下）。ここでは「生殖を不能とすることを目的とした」手術を禁じた旧優生保護法二八条違反の問題とされた。
- 16 この点につき、建石真公子「性転換とはどのような人権か」法学セミナー五二五号二三頁、参照。
- 17 この点について、猪田真一「性転換行為の治療性に関する一試論」帝京法学二〇卷一・二号七五頁以下が詳細に検討し、「性転換手術が医学的に適応し」、「手術によって精神的安定性および社会的適応性が付与され」、「一次性転向症者（被手術者）の承諾にもとづいて」、「能力のある医師（手術者）が性転向症治療の目的で性転換手術を実施」した場合という四つの要件をもって違法性が阻却されるとしている。ほかに、大島俊之前掲「性同一性障害と法」一五頁以下等、参照。
- 18 平成一二年二月二十九日最高裁第三小法廷判決（最高裁判所民事判例集五四卷五八二頁以下、判例時報一七一〇号九七頁以下、判例タイムズ一〇三一号一五八頁以下）。
- 19 内野正幸「自己決定権と平等」『岩波講座 現代の法』一四卷（自己決定権と法）岩波書店一九九八年一〇頁、参照。
- 20 身体処分の権利の生命倫理上の問題に触れるものとして、建石真公子前掲「性転換とはどのような人権か」二三頁以下、自殺関与罪との関連で主に生命処分の問題ではあるが、竹中勲「生命に対する権利と憲法上の自己決定権」佐藤幸治・初宿正典編『人権の現代的諸相』有非閣一九九〇年三一頁以下、また猪田真一前掲「性転換行為の治療性に関する一試論」一一〇頁以下は、「身体法益については、生命とは異なりその処分性は原則として肯定される」としつつも、「しかし、生命に危険を及ぼす程度の重大な身体障害の場合には、個人の尊重および個人の存立基盤である生命の尊重という理念に抵触する。そのため、このような場合には、身体法益はその処分性を否定せざるをえない」とする。
- 21 この「審議経過と答申」は、インターネット上のホームページアドレス <http://www.geocities.co.jp/MusicStar/9962/tg/toushin.html> に出ている。
- 22 東優子「『性同一障害者』とセクシユアル・ライツ」石原明・大島俊之編前掲『性同一性障害者と法律—論説・資料・Q&A—』一一二頁、参照。
- 23 東優子前掲「『性同一障害者』とセクシユアル・ライツ」一一二頁。
- 24 生命の処分の範疇にある問題と考えられる臓器移植法の本人の承諾と比べると、この点はさらに際立ってくる。



25 「われわれ生物は『性』というものを手段として、『生命の再生と若返り』をはかっている」(山内俊雄『性の境界 からだの性とこころの性』(岩波 科学ライブラリー七四) 岩波書店二〇〇〇年一四頁)。

26 例えば、自己決定権の範疇に「リプロダクションに関わる事柄」を挙げる佐藤幸治『憲法』(現代法律学講座) 第三版青林書院一九九五年四六〇頁以下でも、例として挙げられるのは妊娠、出産、避妊、墮胎などであって、生殖不能化までは視角に入っていないように思われる。

27 加藤秀一前掲「ジェンダーとセクシュアリティ」一七四頁。

28 土井真一「『生命に対する権利』と『自己決定』の観念」公法研究五八号九六頁以下。

29 佐藤幸治前掲『憲法』四六〇頁、等。

30 中山道子「公／私二元論崩壊の射程と日本の近代憲法学」井上達夫・嶋津格・松浦好治編『法の臨界』(I) 法的思考の再定位 一九九九年東京大学出版会二二頁以下、および他の同著者の論文、中里見博「ジェンダーが揺さぶる憲法構造の変容」法律時報七三巻一号五六頁以下、辻村みよ子「国家の相対化と憲法学」法律時報七三巻一号二二頁以下等、参照。

31 中山道子前掲「公／私二元論崩壊の射程と日本の近代憲法学」一三八頁注6は樋口陽一の捉え方(樋口陽一『転換期の憲法?』敬文堂一九九六年七四頁)を批判し、「『両性の合意』、『夫婦』という文言からは、一人の男性と一人の女性との間の結合しか想定できないというが、それでは、例えば、男性二人と女性一人の間の同様の結合を排除するテキスト上の根拠は何処にあるのか。問題は、『公序』の所在をどこに求めるかの立法政策上のレベルにあると考えるべきである」とする。

32 これに関連して、矢島基美「『自己決定権』をめぐる議論に寄せて(下)」上智法学論集四四巻一号九四頁は、先端医学、医療技術に対する法的規制について「そこに自然的な・生物学的な親子関係の尊重(人為的な・人工的な生命操作の忌避)・・・といった価値判断を見出すことは容易にできよう。そして、さらにいえば、そのような価値判断が、一方では、いわば近代社会の伝統的な『家族のかたち』を維持することを、他方では、生命の尊重、ひいては、人間の尊厳を確保することを目的として行われていることもまた明らかであろう」としている。

33 法律案の示す立法趣旨として、このようなことが挙げられている。