

性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の「現に未成年の子がいないこと」の要件に関する意見書

2022（令和4）年3月23日

東京弁護士会 会長 矢吹 公敏

第1 意見の趣旨

性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律第3条第1項第3号が「現に未成年の子がいないこと」を性同一性障害者が法令上の性別を変更するための要件としていることは、性別についての自己同一性を保持する権利を不当に制限し、憲法第13条に違反するものであるから、速やかに上記要件から「現に未成年の子がいないこと」を削除する法改正を行うべきである。

第2 意見の理由

1 問題

（1）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「現に未成年の子がいないこと」の要件

性同一性障害者¹の性別の取扱いの特例に関する法律（以下「特例法」という。）は、家庭裁判所による性別の取扱いの変更の審判を受けることによって、民法その他の法令

¹ 制定当時、医学的な診断基準である WHO の ICD-10 や米国精神医学会の DSM-IV の中に精神疾患としての性同一性障害という疾患名が存在した。しかし、米国精神医学会は 2013 年に DSM-5 を発表した際に性同一性障害の概念を廃止して性別違和（gender dysphoria）という疾患名を採用した。その疾患名は、障害（disorder）という用語が外れている点で、精神病理性が薄れている。また、WHO は、2019 年に国際疾病分類の第 11 版である ICD-11 を採択（2022 年 1 月から実際に正式に使われ始める）しており、ICD-11 では、性同一性障害の概念は廃止されて、性の健康に関連する状態の下位分類として、性別不合（gender incongruence）という概念が採用され、精神疾患や病気としてではなく、性の健康に関連する状態と扱われることになった。WHO の国際疾病分類は日本でも使われているので、性別不合の概念は日本でも使われることが予定されている。（以上につき、針間克己「性別違和・性別不合へ 性同一性障害から何が変わったか」（緑風出版 2019 年））。

の規定の適用については、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すことを認めている（同法第4条）²。

現在、人の法令上の性別は、日本国民については、戸籍の実父母との続柄（戸籍法第13条第4号）として「三女」「二男」といった記載がされる（戸籍法施行規則第33条第1項・附録第六号のひな形）ことから、それにより表示されるものとなっている³。

特例法は、（1）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（同法第2条）が、（2）20歳以上であること（同法第3条第1項第1号）⁴、現に婚姻をしていないこと（同第2号）、現に未成年の子がいないこと（同第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（同第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（同第5号）のいずれにも該当し、かつ、（3）家庭裁判所に対して、医師の診断書を提出（同法第3条第2項）して、性別の取扱いの変更を請求した場合に、家庭裁判所は、性別の取扱いの変更⁵の審判をすることができるものとしている（同法第3条第1項柱書）。

² 法令上の性別の取扱いの変更の審判の効果が、民法その他の法令の規定の適用について、その性別につき他の性別に変わったものとみなすというものであることを前提にして、家事事件手続法第116条第1項第1号・同規則第76条第1項第6号は、その新たな法令上の性別の取扱いを戸籍に反映させるために、裁判所書記官は、戸籍の記載の嘱託をしなければならないとしている。2021年（令和3年）11月30日の最高裁第三小法廷決定では、多数意見は「性別の取り扱いの変更」、宇賀少数意見は「戸籍上の性別の変更」との語を用いている。

³ 戸籍法第13条第3項は、医師、助産師又はその他の者が出産に立ち会った場合には、それらの医師等が作成する出生証明書を出生届に添付しなければならないものとされており、その出生証明書には、出生証明書の様式等を定める省令第1条第1号により、「子の氏名及び性別」を記載することになっている。

⁴ 平成30年法律第59号により、2022年4月1日から、「18歳以上であること」となる。

⁵ 諸外国の立法例では、変更ではなく訂正といった語を使うものもある。その人の性自認による性別こそが本来の性別であるとの立場であろう。

特例法が2003年に制定（2004年に施行）されたときには、同法第3条第1項第3号は、「現に子がないこと」と定められていたが、2008年（同年に施行）に、「現に未成年の子がないこと」と改正された。

（2）性別の取扱いの変更の現状について

特例法が施行されてからすでに17年が経過した。性別の取扱いの変更を認める審判の件数は毎年増加しており、2022年1月1日現在、すでに累計で1万件を超えている。

特例法の第2条は、「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」（という診断）というかなり厳しい要件を課している。これは、性同一性障害の医学的な診断基準とも異なっているものである⁶。このように特例法はかなり厳しい要件を課しているが、それでも認容件数が1万件を超えており、出生時に割り当てられた性別とは異なる性自認をもつ人が、社会に少なからず存在する事実は明らかである。

そもそも、人はだれしも性自認、いいかえればその人自身にとっての性別の認識というものがある。もしも、出生時に割り当てられた性別に違和を感じない人でも、それと異なる性別で扱われれば、苦痛を感じることから、誰にでもそのような認識があることがわかる。ジョグジャカルタ原則前文⁷における性自認（gender identity。性同一性あるいはジェンダー・アイデンティティと訳されることもあるが同じ意味である。）の定義においては、性自認とはある人が深く感じている内的かつ個人的な性別についての体験であるとされている。性自認は、人がその日の気分で選択できるようなものではない。

（3）問題

⁶ DSM-IV では、「A 反対の性に対する強く持続的な同一感」「B 自分の性に対する持続的な不快感、またはその性の役割についての不適切感」「C その障害は、身体的に半陰陽を伴ってはいない。」「D その障害は、臨床的に著しい苦痛、または社会的、職業的、または他の重要な領域における機能の障害を引き起こしている。」である（高橋他訳「DSM-IV-TR 精神疾患の診断・統計マニュアル 新訂版」医学書院・556から557頁）。

⁷ <http://yogyakartaprinciples.org/>

性別の取扱いを変更するには未成年の子がいないことが要件となっていることが、憲法上許されるものかについて、出生時に割り当てられた性別とは異なる性自認をもつ人の現実を考慮しつつ、以下、検討する。

なお、特例法第 3 条の各号のいずれの要件についても、人がその性自認に沿った取扱いを求める権利の保障の観点から重大な問題を孕んでいるが、本意見書においては、2021年（令和3年）11月30日に最高裁第三小法廷決定が出たことを受けて、同法第3条第1項第3号「現に未成年の子がいないこと」の要件に絞って論じる。

2 特例法の制定と改正

（1） 特例法制定時（改正前）の「現に子がないこと」要件

特例法制定時の国会における議論においては、特に「現に子がないこと」要件に関する議論はされていない。制定に中心的に関わった議員のひとりである南野知恵子議員（当時）監修による「解説 性同一性障害者性別取扱特例法」（日本加除出版2004年）の「第3章性同一性障害者性別取扱特例法逐条解説」（89頁）によると、次のような説明がされている（太字は当会による）。

（1）本要件の意義・理由

「現に子がないこと」という要件は、本制度が**親子関係などの家族秩序に混乱**を生じさせ、あるいは子の**福祉に影響を及ぼすことになりかねない**ことを懸念する議論に配慮して、設けられたものである。

すなわち、現に子がいる場合にも性別の取扱いの変更を認める場合には、「女である父」や「男である母」が存在するということになる。これにより、これまで当然の前提とされてきた、父＝男、母＝女という図式が崩れてしまい、男女という性別と父母という属性との間に不一致が生ずることとなり、このような事態が社会的あるいは法的に許容され得るかどうかの問題となる。また、父又は母の性別の取扱いの変更が認められた場合には、その子に心理的な混乱や不安などをもたらしたり、親子関係に影響を及ぼしたりしかねないことなどを、子の福祉の観点から問題とする指摘もあったところである。

そして、性同一性障害者に対する社会の理解の状況等も踏まえつつ、これらのことを考慮するならば、社会的に大きな影響を及ぼしかねない性同一性障害者の性別取扱いの変更の制度化のためには、厳格な要件の下で性同一性障害者の性別の取扱いの変更を認めることもやむを得ないと判断されたものであり、以上のことから、現に子がいないことを要件としたことについては合理的な理由があるものと考えられる。

上記の文献は、「現に子がいないこと」の要件を定めた趣旨として、①親子関係などの家族秩序に混乱を生じさせることを防ぐ、②子の福祉に影響を及ぼすことを防ぐ、という二つの趣旨を掲げている。男女という性別と父母という属性との間に不一致が生ずることとなり、このような事態が社会的あるいは法的に許容され得るかどうかが問題となると述べている部分は、①の趣旨について説明するものであり、その子に心理的な混乱や不安をもたらしたり、親子関係に影響を及ぼしかねないと述べている部分は、②の趣旨について説明するものである⁸。

(2) 特例法2008年の改正による「現に未成年の子がいないこと」要件

特例法2008年の改正において、国会における議論では、改正前の「現に子がいないこと」の要件について、「『現に子がいないこと』とするいわゆる子なし要件は、子がいる性同一性障害者にも性別の取扱いの変更を認めた場合には、親子関係などの家族秩序に混乱を生じたり、子の福祉に影響を及ぼしかねないなどとする議論に配慮して設けられたものであります」との説明をしており、①の親子関係などの家族法秩序の混乱の防止と②の子の福祉の両者を挙げている。しかし、「現に子がいないことを」を「現に未成年の子がいないこと」へ改正するにあたっては「本法律案は、以上のことを踏まえ、子の福祉に配慮しつつ、子がすべて成年に達している場合には性別の取扱いの変更を認めようとするもの」と述べており、②の子の福祉のみを趣旨として挙げている。

上記改正によって、子が成年になったのちに、親が性別変更した場合には、法令上、子の母であったものの性別が男性となったり、子の父であったものの性別が女性になった

⁸ 最高裁2021年(令和3年)11月30日決定の宇賀克也裁判官の反対意見(以下「宇賀反対意見」という。)の4段落目「しかし、平成20年」以下においても同様の理解を示している。

りすることが生じることになった(もっとも、たとえば法令上は女性であっても、すでに実生活上は、その者にとっての性別どおりに男性として生活しており、子も父と認識している場合も多い)。したがって、改正により、①の親子関係などの家族秩序の混乱を防止するという趣旨は、特例法第3条第1項第3号にはあてはまらなくなったといえる⁹。

改正時の附則には、「(検討)3 性同一性障害者の性別の取扱いの変更の審判の制度については、この法律による改正後の性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の施行の状況を踏まえ、性同一性障害者及びその関係者の状況その他の事情を勘案し、必要に応じ、検討が加えられるものとする。」とされている。もっとも、国会の本会議・委員会において、かかる検討が加えられた事実は確認されていない。

3 最高裁判決

最高裁判所第三小法廷は、2021年(令和3年)11月30日、決定で、特例法第3条第1項第3号の要件は憲法第13条・第14条との関係で違憲無効であることを理由とする特別上告に対して、憲法第13条、第14条第1項に違反するものでないことは最高裁昭和30年7月20日大法廷判決¹⁰及び最高裁昭和39年5月27日大法廷判決¹¹の趣旨に徴して明らかである¹²と結論づけたうえで上告を棄却した。その際、カッコ書内で

⁹ なお、前掲宇賀反対意見は、「脆弱な根拠となったといえるように思われる」指摘する。この点は後に詳述する。

¹⁰ 事件番号昭和28年(オ)第389号・民集第9巻第9号1122頁。この1955年の大法廷判決は、認知の訴えについて「ただし、父又は母の死亡の日から三年を経過したときは、この限りでない。」とする(民法七八七条但書)ことの憲法適合性について、「憲法一三条違反を主張する点は、認知の訴提起の要件をいかに定めるかは立法の範囲に属する事項であつて、法律が認知の訴の提起につき、父又は母の死亡の日から、三年を経過した場合はこれをなし得ないこととする規定を設けたことは、身分関係に伴う法的安定を保持する上から相当と認められ、何ら憲法一三条に違反するものではない。また、憲法一四条違反を主張する点は、民法七八七条但書の規定は、認知の訴の提起に関し、すべての権利者につき一律平等にその権利の存続期間を制限したのであつて、その間何ら差別を加えたものとは認められないから、所論は前提を欠き、上告理由としては不適法である。」としたものである。

¹¹ 事件番号昭和37年(オ)第1472号・民集第18巻第4号676頁。この1964年の大法廷判決は、高齢(55歳以上)であるとの基準に該当することを理由にした待命処分は高齢者であるという社会的身分により差別をしたものであつて憲法一四条一項及び地方公務員法一三条に違反すると主張したのに対して、それらの「各条に列挙された事由は例示的なものであつて、必ずしもそれに限るものではないと解する」が、「国民に対し絶対的な平等を保障したのではなく、差別すべき合理的な理由なくして差別することを禁止している趣旨と解すべきであるから、事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱をすることは、なんら右各法条の否定するところではない。」としたものである。

¹² これら2つの大法廷判決だけを読んでも理由は明らかとまではいえないと思われる。最高裁判所が大法廷にて憲法判断をしなければならない場合については裁判所法第10条に定めがある。

最高裁の2007年(平成19年)10月19日の第三小法廷決定及び同月22日の第一小法廷決定を示した。多数意見は、それ以上、詳しい理由を述べていないが、結局、掲げている2007年の第三小法廷及び第一小法廷が理由として述べたことが本件でもあてはまるという趣旨であると理解される。

2007年の2つの小法廷決定¹³は、改正前の「現に子がいないこと」との要件について、「現に子のある者について性別の取扱いの変更を認めた場合、家族秩序に混乱を生じさせ、子の福祉の観点からも問題を生じかねない等の配慮に基づくものとして、合理性を欠くものとはいえないから、国会の裁量権の範囲を逸脱するものということとはできず、憲法第13条、第14条第1項に違反するものとはいえない。」として、憲法違反ではないとする判断を示したものである。

しかし、すでに述べたとおり、この「現に子がいないこと」の要件は、平成20年の特例法改正によって「現に未成年の子がいないこと」という要件へと改正されている。改正後の立法趣旨は、もっぱら子の福祉とされ、家族秩序の維持は含まれなくなったと解されるべきである。したがって、異なる立法趣旨が含まれた改正前の要件について判断した平成19年の決定を、改正後の要件の判断にあたって踏襲するのは、前提が崩れており適切でないと言わざるを得ない。

4 人がその性自認に沿った取り扱いを求める権利

前述のように、人は誰もその人の性自認がある。各個人は内面において性別について深く感じている経験がある。生まれたときに割り当てられた性別と自らが認識する性別が一致する人は、ずれを意識しないで生活ができるが、そこに何らかの不一致がある人は、内面において違和を感じるばかりではなく、社会的にも法的にも困難に遭わざるを得ないのが現状である。

そして、人の性自認は、その人の人格の核心に関わる。たとえば、自らを女性であるとの性自認を有する人、いいかえれば、自らを女性と感じて毎日を送っている人に対して、

¹³ この2つの小法廷決定はほぼ同じ文言である。

突然に、社会的・法的に男性として扱ったならば、その人は、人格の核心が害される経験をすることになる¹⁴。

憲法第13条は、人の人格的自律に不可欠な権利を包括的に基本的人権として確認・保障している¹⁵ことから、人がその性自認に沿った取り扱いを求める権利は、人の人格の核心にかかわるものとして、憲法第13条によって確認・保障されている¹⁶といえる。

この点、日本弁護士連合会は、すでに2009年、刑事施設における性同一性障がい者の取扱いに関する人権救済申立事件（2009年9月17日勧告。2010年11月9日勧告の事件でも同様。）¹⁷にて、「性同一性障がいを有する者は性自認を変更することが困難であって自らの意思によりかかる苦痛を回避することができない以上、その苦痛の緩和には、処遇を性自認に沿った扱いとするほかない。このような精神的苦痛をもたらす状況を緩和するための具体的権利として、性自認に沿った取扱いを求める権利は、憲法第13条の個人の尊厳から導かれる人権として認められるべきである。」と述べて、勧告の措置をとっている。

また、当会も、すでに、2016年8月24日及び2016年8月31日に、刑事収容施設における処遇に関する人権救済申立事件にて、性自認に沿った取り扱いを求める権利を確認した上で、勧告の措置をとっている。

関東弁護士会連合会は、2021年9月24日、「性別違和・性別不合があっても安心して暮らせる社会をつくるための宣言」を公表している。そこでは、「私たちの多くは、自分の性別とは生まれた時に付与された性別（生物学的性別）である、と当然のごとく考える。自らの生物学的性別に対し、違和感を抱くということはほとんどない。このような

¹⁴ 実際には、人の性自認のあり方は多様であり、「女性である」「男性である」「男性でも女性でもない」「女性でも男性でもある」「男性女性という二分法にあてはまらない」などさまざまである。

¹⁵ 憲法第13条は、「すべて国民は、個人として尊重される」として、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」が最大の尊重がされることを確認しており、人の人格的自律に必要な権利自由が基本的人権として保障されるものであることを確認している。

¹⁶ 憲法第13条は、憲法各条に列挙されていない権利自由をも包括的に確認・保障するものであるが、憲法第13条で保障される人権の一内容として人格権あるいは自己決定権があることが広く認められている。人がその性自認に沿った取り扱いを求める権利は、人格権に位置付けることも自己決定権に位置付けることも、現時点では、いずれもありうる。

¹⁷ いずれの事件も収容以前に性同一性障がいとの診断を受け、氏名も女性名に変更していたが、性別適合手術前である者からの申立てによるものであった。

人々はシスジェンダーと呼ばれている。社会や法制度は、人の性別とは生物学的性別であるという前提の下に形成されてきた。多くのシスジェンダーは、このような社会と法制度を当然のものとして考えてきた。(改段落)しかしながら、性は多様であって、その中には、出生時に割り当てられた性別に対し強い違和感を抱く人たち(トランスジェンダー)が少なからずいる。(改段落)もとより、人の性別の認識は様々であり、人が実感している性別は、気がついた時にはそのように感じているというものであって、それが、生物学的性別に一致する人と一致しない人が存在しているに過ぎない。」との認識のもとに、「そもそも、性自認というものは、基本権の深奥に位置する人格の核心に関わるものである。その性自認ないしその人にとっての性別を尊重される権利(以下「性自認の権利」という。)は、人間の生き様に直結する根源的な価値(利益)であり、憲法第13条前段の個人の尊厳に深く関わるものであって、性自認の権利が人格の発現として具体化する場面においては、同条後段の幸福追求権の実現として、最大限の保障を受けるべきものである。又、性自認は、個人の人格的生存と密接不可分なものであり、決して自らの意思で選択できるものではない。性自認は、憲法第14条第1項に規定された人種・信条・性別・社会的身分・門地と同様に、人をそれによって不当に区別することが許されない属性であり、どのような性自認のあり方であっても人は等しく個人として尊重されるべきである。このような基底平等の要請からは、性自認による異なる取り扱いは基本的には許されないと断言しなければならない。」と宣言している。

2021年(令和3年)11月30日の第三小法廷決定における宇賀克也裁判官反対意見は、「人がその性別の実態とは異なる法律上の地位に置かれることなく自己同一性を保持する権利」が憲法第13条で保障されていることを確認している。

国際人権条約に関する裁判例をみれば、欧州人権裁判所 A.P., *Garçon and Nicot v. France* 事件 (Nos. 79885/12, 5247/13, 52596/13, ECHR 2017 (6 April 2017)) において、「ジェンダー・アイデンティティは、個人のアイデンティティの要素として、条約第8条に規定されたプライバシーの権利の範囲内に完全に含まれる。これはすべての個人に該当する。」(95段落)と述べられている。欧州人権条約(1953年発効)は、

日本はその締約国ではないが、日本も締約国である自由権規約は欧州人権条約を参考にしているものであるが、同条約の第8条（私生活および家族生活の尊重を受ける権利）第1項は、「すべての者は、その私的および家族生活、住居ならびに通信の尊重を受ける権利を有する。」¹⁸と規定している。日本が締約国である自由権規約（1973年発効）第17条第1項は、「何人も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。」と規定しており、欧州人権条約の同様の条項を拡充した内容になっている。したがって、欧州人権裁判所の上記判断は、自由権規約の国内法的効力について判断するにあたって、重要な指針となるものである。

また、自由権規約委員会は、G. 対 Australia 事件（CCPR/C/119/D/2172/2012、（17 March 2017））にて、「規約17条にいうプライバシー（privacy）とは、「ある人の生活について、人との関係であるいはその人単独にて、その人のアイデンティティー（同一性）を自由に表現できる生活の範囲について言及する」ものである（脚注 Coeriel and Aurik v. Netherlands、 para. 10.2 段落）」と確認した上で、「これには、ある人のアイデンティティ、たとえばジェンダー・アイデンティティ（gender identity。一般に、性同一性あるいは性自認と訳されている。）の保護も含まれている（脚注 例えば Raihman v. Latvia、 para. 8.3 段落及び Toonen v. Australia、 para. 8.2.段落）」とした（7.2 段落）。

以上のように、人がその性自認に沿った取り扱いを求める権利は、憲法第13条¹⁹に基づいて確認され、保障されている。

5 「現に未成年の子がいないこと」要件の必要性・相当性

人がその性自認に沿った取り扱いを求める権利は、人の人格に直接に関わるものである。人が性自認と異なる性別を法的に割り当てられるならば、それは、性自認に沿った取り扱いを求める権利に対する重大な制限と言わざるを得ない。出生時に割り当てられた

¹⁸ 訳は欧州評議会訳 https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_JPN.pdf

¹⁹ 憲法第13条は、「すべて国民は、個人として尊重される」との認識のもとに、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」が包括的に最大の尊重がされることを確認しており、人の人格的自律に必要な権利自由が人権として保障されるものであることを確認している。

性別が自らの性自認と異なるにもかかわらず、法令上の性別として取り扱われるならば、法的な関係においても、社会的な関係においても、自らの性自認に沿った取り扱いを求める権利が否定ないし制限されていることになる。そして、このような権利の制限の可否については、性自認に沿った取り扱いを求める権利が人格に直接に関わる、憲法第13条で保障された基本的人権であることから、極めて慎重に判断されなければならない。

(1) 制限が必要とされる理由について

2021年(令和3年)11月30日の最高裁第三法廷決定の多数意見は、過去の「現に子がないこと」要件について「現に子のある者について性別の取扱いの変更を認めた場合、家族秩序に混乱を生じさせ、子の福祉の観点からも問題を生じかねない等の配慮に基づくもの」と述べた判例を掲げている。しかし、既に述べたとおり、2008年の改正時の議論をみれば、家族秩序の維持という立法趣旨は、もはや改正後の「現に未成年の子がないこと」の要件には含まれていないとみるべきである。なお、宇賀反対意見も、次のとおり、かかる立法趣旨は「脆弱な根拠になったといえるように思われる」と指摘している。

しかし、平成20年法律第70号による改正により、特例法第3条第1項第3号は、「現に未成年の子がないこと」という要件に緩和されている。したがって、子が成年に達していれば、「女である父」や「男である母」の存在は認められており、男女という性別と父母という属性の不一致が生ずる事態は容認されていることになる。そうすると、上記改正後は、男女という性別と父母という属性の不一致が生ずることによって家族秩序に混乱を生じさせることを防ぐという説明は、第3号要件の合理性の根拠としては、全く成り立たなくなったとまではいわないにしても、脆弱な根拠となったといえるように思われる。そうすると、「女である父」や「男である母」の存在を認めることが、未成年の子に心理的な混乱や不安などをもたらしたり、親子関係に影響を及ぼしたりしかねず、子の福祉の観点から問題であるという説明が合理的なものかが、主たる検討課題になる。

そこで、特例法第3条第1項第3号の立法趣旨の検討にあたっては、もっぱら子の福祉の観点から考えるべきである。

(2) 現実の親子関係

現実の親子関係をみれば、親の方は法的な性別変更よりも前に、元々法的な性別とは異なる性自認を有しており、そのような性別で現実生活中に生活している者も多く、子の多くは、そのような親と生活の全部又は一部を共にしており、そのような親の意識や認識を理解しているわけである。親子の関係は、愛情にもとづくものであり、お互いに親密な時間を過ごすことによって育まれるものである。親の法令上の性別が変わることで親子間の関係が質的に変化することを当然の前提とすべきではない。

この点について、宇賀反対意見は、「性別の取扱いの変更の審判を申し立てる時点では、未成年の子の親である性同一性障害者は、ホルモン治療や性別適合手術により、既に男性から女性に、又は女性から男性に外観（服装、言動等も含めて）が変化しているのが通常であると考えられるところ、未成年の子に心理的な混乱や不安などをもたらすことが懸念されるのは、この外観の変更の段階であって、戸籍上の性別の変更は、既に外観上変更されている性別と戸籍上の性別を合致させるものにとどまるのではないかと考えられる。」と指摘し、「むしろ若い感性を持つ未成年の方が偏見なく素直にその存在を受け止めるケースがあるという専門家による指摘もある。」とも述べている。そして、同意見は、戸籍公開の原則は否定されていると確認した上で、「戸籍における性別の変更があったという事実は、同級生やその家族に知られるわけでないから、学校等における差別を惹起するという主張にも説得力がないように思われる」として、「3号要件を設ける際に根拠とされた、子に心理的な混乱や不安などをもたらしたり、親子関係に影響を及ぼしたりしかねないという説明は、漠然とした観念的な懸念にとどまるのではないかという疑問が拭えない。」と述べている。

以上のように、親の法令上の性別変更がその子や親子関係に悪影響を及ぼすといった懸念は、憲法上の権利の制限を正当化する理由とまでは言えない。

(3) 性別変更を認めることが子の福祉に資すること

また、未成年の子がいる場合、親の性別の変更を認める方が、次の点において、むしろ子の福祉に資するものと言える。

第1に、親の社会的困難が性別変更により軽減されることがあるという点である。宇賀反対意見も「親の外観上の性別と戸籍上の性別の不一致により、親が就職できないなど不安定な生活を強いられることがあり、その場合には、3号要件により戸籍上の性別の変更を制限することが、かえって未成年の子の福祉を害するのではないかと思われる。」と述べているところである。

第2に、自らが存在するために大切な親が性別変更できないことにより子が背負う多大な精神的な負担を、親の性別変更を認めることで解消できるという点である。親が自らの性別について深刻に悩んでいることを知っている子にとっても、親が自ら望むとおりに法令上の性別を変更し、親の人権保障が全うされることは望ましいことであろう。宇賀反対意見も「未成年の子が、自分の存在ゆえに、親が性別変更ができず、苦悩を抱えていることを知れば、子も苦痛や罪悪感を覚えるであろう」と正しく指摘しているところである。

(4) 子の福祉に反するかについて

以上のとおり、現に未成年の子がいる場合でも、親の法令上の性別変更を認めることが子の福祉に反するものではなく、むしろ子の福祉に資する面が大きいのではないかと思われる。

親の法令上の性別変更を認めることが子の福祉に反するとした場合、具体的にいかなる点が子の福祉に反すると言えるのかについて、国会での審議も含め、十分な根拠が示されてきたとは言い難い。少なくとも、前述したような子の福祉に資するという利益を上回るような現実的な不利益や弊害が明らかにされてきたとは言えない。

なお、親の性別変更によって、子が心理的に混乱したり、葛藤することがありうるとしても、その点は子への心理的なケアなどの個別的なサポートにより対応すべきであり、現に未成年の子がいる者に一律に性別変更を認めないとするのは、既に述べたとおり、性自認に沿った取り扱いを求める権利の重要性や、性別変更を認めることが子の福祉に資する等の理由から、憲法上の権利に対する過度な制限であると言わざるを得ない。

法令上の性別変更について、特例法制定時には、漠然と「社会的に大きな影響を及ぼしかねない」との危惧があったことも窺われるが、すでに1万件以上の性別変更の審判がなされており、性自認に沿った性別変更を求める権利が保障されていることが社会に広く認知されてきている実態も考慮されるべきである。

6 「現に未成年の子がいないこと」要件の国際比較

各国において、性自認に沿った性別へと出生証明書等の法令上の性別を訂正（あるいは変更）するための条件として、子がないことあるいは未成年の子がないことを要求するものは、日本以外には存在しない²⁰。

このため、「現に未成年の子がいないこと」を要件とすることを扱った国際人権判例はみつからない²¹。しかし、国際的で学際的な専門職組織は我が国に対し、特例法第3条第1項第3号の未成年の子がいないことの要件の改正をもとめている²²。国際的な調査研究の報告においては、望む性別の法的な承認のために、いかなる法的親子関係であれ、その不存在を求めることはすべきでないとしている²³。

7 まとめ

性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律が人の法令上の性別を変更するために「現に未成年の子がいないこと」を要件としていることは、人が性別についての自己同一性を保持する権利を不当に制限しており、憲法第13条に違反していることから、速やかに「現に未成年の子がいないこと」を要件から削除する法の改正をなすべきである。

以上

²⁰ 前掲2021年11月30日最高裁決定宇賀反対意見。ケンブリッジ大学教授 Jens M. Scherpe らによる国際調査の結果として出版された Jens M. Scherpe ed., *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Intersentia Ltd 2015 at 637-638 においては、調査した法域では日本だけであるという。

²¹ そもそも日本は各種人権条約の個人通報制度を定める選択議定書の批准や条項の受諾宣言を全くしていない。

²² 世界トランスジェンダー・ヘルス専門家協会 (WPATH) は、2019年5月28日付の日本国法務大臣及び厚生労働大臣あての書簡において、「今挙げた条項すべてに改正が必要です。(略) 性同一性障害者特例法は、特定の集団の存在を認知し、そうした人びとの法律上の性別認定を可能にする一方で、日本のトランスジェンダーの人びとにとって恐るべき障壁となっています。『性同一性障害』診断を要件とすることは非科学的であり、臨床と研究のいずれにおいても、医療またはメンタルヘルスケアの領域ではもはや用いられていません。独身で未成年の子がないという要件は差別に該当します。また断種手術要件は、強制断種に該当します。これは日本でも広く知られている人権侵害です。」と述べている。

²³ 前掲 Scherpe at 638-639.