

# 性同一性障害者と性別適合手術

## 性同一性障害者性別取扱特例法の要件の観点から

法学部3年 鵜澤瑞穂

|              |                               |
|--------------|-------------------------------|
| [ 目次 ]       | Ⅲ．Gender Recognition Act 2004 |
| Ⅰ．はじめに       | Ⅳ．特例法の改正に向けて                  |
| Ⅱ．特例法と性別適合手術 | Ⅴ．おわりに                        |

### Ⅰ．はじめに

#### 1．性同一性障害を取り巻く環境の変化

1969年のいわゆるブルーボーイ事件<sup>1)</sup>を契機として、性同一性障害（Gender identity disorder：GID）の問題は医学界から姿を消し、性別違和に苦しむ人々は苦しい道を歩まなければならなかった。その後の1996年7月2日に埼玉医科大学倫理委員会から出された答申<sup>2)</sup>によって、「性同一性障害とよばれる疾患が存在し、性別違和に悩むひとがいる限り、その悩みを軽減するために医学が手助けをすることは正当なことである。」<sup>3)</sup>とされ、外科的治療を行うための環境整備の一環として「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の策定」<sup>4)</sup>が必要であると提言がなされた。これを受けて1997年5月28日に日本精神神経学会の性同一性障害に関する特別委員会は「性同一性障害に関する答申と提言」<sup>5)</sup>を出した。これにより、診断や治療などについてガイドラインが定められ、日本における性同一性障害者の治療が開始し、1998年10月16日には日本初の性別適合手術（Sex Reassignment Surgery：SRS）が行われた。このように医学的アプローチによって、性同一性障害を有する者（以下「性同一性障害者」という。）の少なくとも性別違和は軽減・解消することが可能になったのである。

その一方で、性同一性障害者の戸籍の性別の訂正は認められず<sup>6)</sup>、社会生活上の問題を抱えている状況は改善されることはなかった。司法による救済の道が断たれたことから、国会において新たに法律を作り、現状を改めることが必要になった。このため2003年7月16日に議員立法により、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。これにより2条に定める性同一性障害者であって、3条1項各号の要件をすべて満たすものについて、家庭裁判所で性別の取扱いの変更の審判(以下「審判」という。)を受けることによって、戸籍の性別の「変更」が認められるとともに、法令上の性別の取扱いは、審判前に生じた身分関係及び権利義務を除き、他の性別(特例法2条に規定する他の性別をいう。以下同じ。)で取扱うこととされた。2008年末現在、審判を受けた者は1263名に上っており、今もなお増え続けている。

## 2. 特例法と性別適合手術

審判を受けるには、特例法3条1項5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。」(以下「5号要件」という。)があるため、性別適合手術を受けなければならない。しかしながら、性同一性障害者には、性別適合手術を望み受けられる者、経済的・身体的理由から性別適合手術を受けられない者、様々な理由から性別適合手術を望まない者がいる。後者の二者については、5号要件を満たすことができず、審判を受けることができないため、一生、社会生活上で不利益を被るとともに、精神的苦痛を受け続けることになる。

本稿では、まず、性別適合手術の概説、5号要件の立法趣旨及び裁判例の確認並びに検討を行う。次に、5号要件を置くことによる問題を検討するとともに、この問題について世界で最も先進的な取り組みを行っている英国の立法例を紹介し、併せて特例法との違いを明らかにする。以上を踏まえて、性同一性障害者を受容する者(以下「受容者」という。)の人権と比較衡量し、①5号要件の特例を設けること、②5号要件の特例で審判を受けた場合には、

一定の場合において他の性別とみなすことを制限すること、の2点を提案する。これらを論ずるにあたっては、性同一性障害の知識・理解が必要であり、本稿にて概説することが求められるところであるが、すでに別の論文<sup>7)</sup>で行っているため省略する。

## Ⅱ．特例法と性別適合手術

### 1．性別適合手術

性別適合手術は、ホルモン療法を行っても性別違和が解消しない性同一性障害者に対して、外科手術によって内性器を摘出し、外性器を反対の性の性器に近似させる完全に不可逆的な手術である。女性から男性に性別を移行しようとする者(Female to Male: FtM)に対しては、①子宮・卵巣摘出、②膣閉鎖、③尿道の延長、④陰茎形成が行われる。男性から女性に性別を移行しようとする者(Male to Female: MtF)に対しては、①精巣摘出、②陰茎切除、③造膣、④外陰形成が行われる。FtM, MtFともに性別適合手術によって完全に反対の性の性器の外観や機能を有することはできない。5号要件に係る手術はそれぞれ②から④までの手術である。性別適合手術を受けるには、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(第3版)」<sup>8)</sup>(いわゆるガイドライン)に定めるいくつかの要件を満たす必要がある。費用については非常に幅があるが、岡山大学病院の場合、FtMは①から④までの手術を受けると約320万円、MtFは①から④までの手術(FtMと違って①から④までワンセットとなる)を受けると約150万円が必要となる<sup>9)</sup>。

現状としては、実施している医療機関がナグモクリニックを含む数院しかないこと、手術の成果に疑問があることなどから、タイ王国を中心とした海外の医療機関で手術を受ける者が多い。しかしながら、海外での手術は、手術代が比較的安く、一部の医療機関では技術も高いというメリットがあるが、一方で、帰国後に合併症が生じた際にすぐに対応してもらえないなどのデメリットがある<sup>10)</sup>。

## 2. 5号要件の立法趣旨等

### (1) 立法趣旨及び裁判例

5号要件の立法趣旨は、性同一性障害者性別取扱特例法逐条解説によれば、「他の性別に係る外性器に近似するものがあるなどの外観がなければ、例えば公衆浴場で問題を生じるなど、社会生活上混乱を生じる可能性があることなどが考慮されたためである。その意味では、この要件は社会的な要件でもある。」<sup>11)</sup>と説明されている。

5号要件を含む5要件について、子どものあることを理由として性別の取り扱いの変更の審判の申し立てを却下された原告の抗告審において東京高等裁判所は、「5要件のそれぞれについてみると、…(中略)…他の性別に係る外性器に近似する外観がないことによって生ずる可能性のある社会上の混乱を回避する必要があることから同項5号を、それぞれ要件として定めたものと解される。そうすると、5要件は、いずれも十分な合理的根拠があるものというべきであって、5要件の存在により、これを満たさない性同一性障害者の利益が制約されるとしても、そのような規制が立法府の裁量を逸脱し、著しく不合理であることが明白であるといえず、憲法13条に違反するものではない。そして、5要件はいずれも十分な根拠があることは前示のとおりであるから、5要件により、これを満たす性同一性障害者とこれを満たさない性同一性障害者との間に区別が生じることになるとしても、憲法14条1項に違反するものではない。」<sup>12)</sup>と判示した。

この裁判で問題となっている審判の各要件は、性同一性障害者自身の利益、性同一性障害に対する社会の状況、家族に関する意識などの問題を抱えており、様々な諸利益を衡量した上で設けられたものである。したがって、このような私人間の様々な諸利益を調整して設けられた特例法の各要件の当否について、立法府の合理的な裁量判断に委ね、立法裁量論を採用したことは裁判法理上、正しいといえる。しかしながら、性同一性障害者が各要件により制約を受けている人権は、憲法13条から導かれる自己の情報コントロール権及び自己決定権という人格的生存の根源にかかわる極めて重要なものであ

り、性別が人の人格の核となっていることも併せて考えれば、狭い立法裁量論を採用すべきである。そして、審判の各要件が設けられた経緯及び特例法に検討条項があることを踏まえ、合憲としつつも、上述の権利について侵害されている旨を認め、各要件の再検討を立法府に求めるよう判示すべきだったと考える。

## (2) 学説

学説においては、大島俊之教授の説が代表的である。大島説では、外国法を参考に戸籍の性別の記載の変更には、性別適合手術を受けていることを求めており、5号要件をそのまま存置するという立場をとっている<sup>13)</sup>。その一方で大島説は、審判を受けられない性同一性障害者の救済措置として、戸籍の性別の記載と法令上の性別の取扱いは変更せずに、住民票、パスポート、健康保険証などの性別の記載を変更する「中解決」を提案している<sup>14)</sup>。

棚村政行教授は、5号要件について「公衆浴場、公衆トイレ、更衣室、宿泊施設等の男女の別利用を予定しているところでは、利用者や社会の混乱を避けるうえで、外性器等の外観上の変更を重視することは十分に理解できる。しかし、性同一性障害では性器に関する手術を希望しないケース、ホルモン療法や精神療法のみを希望するケースなど多様なケースが考えられ、これらのケースでは性別変更は認められないことになってしまう。生殖能力喪失要件と併せて、日本でも、今後は外性器等の変更要件まで求めるかどうか論じなければならない。」<sup>15)</sup>と指摘する。

大島説では、上述のように5号要件を存置し、この要件を満たすことができない者に対しては中解決での救済を提案している。しかしながら、この中解決では法令上の性別は一切変更されないため、社会生活上、不利益を被ることは変わらない。そればかりか、行政文書間及び戸籍と行政文書の間で性別の不一致が起き、どちらの性別で扱うべきなのか社会的混乱が発生する。その他にも実際に立法を行えば、ザル法化や特例法の形骸化が懸念される。次節に述べる問題を解決するためには、大島教授の主張する説ではなく、棚

村教授が指摘する5号要件の見直しこそが求められるのである。

### 3. 5号要件を置くことにより生じる問題

#### (1) 性別適合手術と患者の経済力<sup>16)</sup>

性別適合手術を受けることができるかどうかは、性同一性障害者自身の経済力に大きく影響される。性同一性障害者は就労に大きな問題を抱えていることがあり、手術費用の捻出が困難であるケースが多いことに加えて、手術は健康保険が適応されないため、高額な手術費用を全額自己負担しなければならない。医療機関の少なさも経済力を削ぐ要因となっている。地方は性同一性障害者の診療ができる医療機関が少なく、診療を受けたい者は、遠くの医療機関まで多額の交通費をかけて行かなければならない。性同一性障害の診療は数年にわたって続くため、経済力のない者ほど医療資源へのアクセスが難しくなる。5号要件を満たすには、性別適合手術を受けていることが必要であるため、経済力のない性同一性障害者は、社会生活上、一生、生物学的性別で扱われることになる。

#### (2) 性別適合手術と患者の身体

性別適合手術は一般の外科手術と同様に、手術を受けるには相応の体力と手術に伴う精神的負荷に耐えることが必要であるとともに、全身麻酔及び手術操作により合併症が生じる可能性がある(術後も同様<sup>17)</sup>)。したがって、高齢者やなんらかの永続的で重篤な疾患を有する者は性別適合手術を受けることが極めて難しい。望む性別で生きたくても、自らの身体に起因する理由からそれができなくなれば、より強い自己嫌悪と精神的苦痛に苛まされながら一生を生き続けなければならないことになる。

#### (3) 性別適合手術を望まない者

一般に性同一性障害者といえば、椿姫彩菜さんやはるな愛さんなどを見て、ホルモン療法を受け、さらには性別適合手術を受ける人々という認識がある。

しかしながら、性同一性障害という疾患はICD-10<sup>18)</sup>によれば、下位分類として、ホルモン療法や性別適合手術を望む性転換症(Transsexualism)の他に、一次的に異性の一員になる経験をするために異性の衣服を着用するが、永続的に異性になりたいという願望は全くない両性役割服装倒錯症(Dual-role transvestism)を含む4つの疾患が存在する。このような性の多様性から、性別適合手術を望む者、乳房切除術で満足する者、単に異性装をすれば満足する者と例を挙げていけばきりがなが、必ずしも性同一性障害者すべてが性別適合手術を望み、受けるわけではないということである<sup>19)</sup>。性の多様性を認め、できるだけ多くの性同一性障害者がgender identityに沿った社会生活を送ることができるよう法整備を行うことが求められる。

#### (4) 医学的倫理

審判を受けるために性別適合手術を受ける性同一性障害者があらわれている。性別適合手術とは、あくまで性同一性障害者の持つ性別違和を減少・解消させ、反対の性別に近似する性器を獲得するために行われるものである。針間克己医師は、性別適合手術は生殖能力を無くす手術であり、戸籍の変更を目的とする手術は医学倫理上問題がある旨を指摘している<sup>20)</sup>。治療上必要のない手術を受ける必要がなくなるように法整備を行う必要がある。

### Ⅲ . Gender Recognition Act 2004

英国では、2004年7月にGender Recognition Act 2004(以下「GRA」と略す。)が制定された。同法は一定の要件を満たす性同一性障害者について、獲得した性(acquired gender)が記載されたジェンダー認定証明書(Gender Recognition Certificate)の発行及び一部の場合を除き、変更後の性で取り扱うことを定めている。本章では、GRAについて概説するとともに、性別適合手術を求める要件の有無に着目しつつ、特例法とGRAの違いを明らかにする。GRAの訳出にあたっては、田巻帝子助教授と針間医師の和訳を参考にした<sup>21)</sup>。申請

の要件に係る原文は注にて引用し、性の変更後に係る原文は字数の関係上、省略した。

## 1. GRAの内容

### (1) 申請の要件<sup>22)</sup>

GRAは申請の要件について、まず申請者は、いずれの性も少なくとも18歳であり、他の性で生活していることを求めている(条項1(1)(a))。次に4つの要件として(a)性別違和を有する、または、有してきたこと(b)申請の日を最終日とする2年間を通じて獲得した性で生活してきたこと(c)死亡するまで獲得した性で生き続ける意思があること(d)条項3のもとで課されている要件(登録医の作成した診断書や婚姻に関する法廷宣言書などの提出)に応じること、が求められている(条項2(1))。「性別違和」とあるのは、性別違和、性同一性障害並びに性転換症と種々に呼ばれる障害を意味している(条項25)。

### (2) 性の変更後

完全版のジェンダー認定証明書が発行されると、その後は変更後の性で取り扱われる(条項9(1)、条項11、条項13など)。ただし、性差が大きく関係する競争性の高いスポーツ大会への変更後の性での参加については、公正な競争及び競争者の安全を図るために禁止又は制限をすることが認められている(条項19)。変更前に生じた身分関係や親子関係、相続については条項9(1)による影響はない(条項9(2)、条項12、条項15など)。

身分証明の登録については、出生証明書の訂正や変更は行わずに、変更後の性が記載されたジェンダー認定証明書が発行される(条項10)。身分照会ではこの証明書が出生証明書の代わりに用いられることとなる。ジェンダー認定証明書の発行申請は、ジェンダー認定委員会(Gender Recognition Panel)に対して行い、委員会は申請の要件を満たしており、かつ、独身である場合には、完全版のジェンダー認定証明書を発行する。婚姻している場合には、暫

定版のジェンダー認定証明書を発行する。この暫定版の発行から6カ月以内に婚姻の解消もしくは婚姻の無効が証明できれば、完全版が発行される(条項5(2))。暫定版では性の取扱いの変更までは認められないことに留意されたい。

### (3) 性別適合手術を要件に求めない理由

GRAが性別適合手術を要件に求めない理由として、当時の憲法省(Department for Constitutional Affairs)<sup>23)</sup> 政務次官だったFilkin卿(David Geoffrey Nigel Filkin)は、「いくつかのケースでは、〔性別違和を有する〕人が、医学的な理由から〔性別適合〕手術を受けることができない、あるいは、受けるべきではない場合があるだろう。したがって、他のあらゆる要素が、その人たちがその〔獲得した〕性で一生生きていく意思の明らかな証拠を真に示しているように思われれば、法律の適用からそのような人を否定することは、正しくないと思われる。」<sup>24)</sup>と説明している。

## 2. 特例法とGRAの比較

特例法は、性同一性障害の中でも性転換症にあたる者に適用を限定し、本人の意思だけでは性別の取扱いの変更を認めない。本人の意思に加えて性別適合手術を受けていることを求め、性同一性障害者の性の多様性やその様々な事情を認めないこととしているのである。また「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の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とすることもやむを得ないと判断された」<sup>25)</sup> といえ、社会的利益をあまりにも追求しすぎていると考えられる。その一方でGRAは、性同一性障害は医学的なものであり、性の変更を認める条件は性同一性障害者本人の意思が一番大事であること、意思の確認には、性別適合手術を受けていることや生殖能力の喪失を絶対視しないこと、の2つで特例法とは180度異なるものである。その他にも様々な違いがみられるが、本稿では省略する。

### 3. 他国の状況

英国と日本以外の状況は、ジェンダー認定委員会の2005年現在の資料<sup>26)</sup>によれば、オーストリア共和国を含む32カ国、オーストラリア連邦の2特別地域6州、カナダの10州、アメリカ合衆国の1特別区46州、別に筆者が知っている大韓民国を加えて、97の国や地域が立法、行政又は司法のいずれかの方法で性別の取扱いの変更などを認めている。これらの分析としては、要件に性別適合手術を求めているのは、88の国や地域である。その他の国や地域(要件の有無が不明である3地域を除く)においては、要件に性別適合手術を求めてはいないが、生殖能力の喪失を求めている。ただし、スロベニア共和国を含む3カ国は、GRAと同じように要件に性別適合手術や生殖能力の喪失を求めていない。

## Ⅳ. 特例法の改正に向けて

GRAが有する理念を基礎として特例法の改正を考えるにあたっては、性同一性障害者と受容者の人権を比較衡量し、双方の人権の尊重を基調とすることがなにより大切である。本章では、諸事情により5号要件を満たさない者に性別の取扱いの変更の道を開くための前提条件、審判の要件並びに変更後の法令上の性別の取扱いについて検討する。

### 1. 5号要件の特例を設ける前提条件

#### (1) 適切な国会審議及び国民への知識の周知

性同一性障害に関する法の日英比較を行った田巻助教教授は、「英国はGID当事者の多様な実態に焦点を当て、本人の強い意思が確認できれば申請の要件を満たすとしているのに対し、日本では身体の性と心の性の一致にこだわり、医学的・社会的な観点からそれを正当化している。こうした違いが生ずる背景には、GIDをめぐる問題に関して社会の理解に大きなギャップがあるのはいうまでもなく、特に立法までの実質的議論の有無でも差異が見られた

からである。...(中略)...GIDの実情・実態についていま一度理解を進めていくのでなければ、今後の進展は難しい。」<sup>27)</sup>と指摘し、国民への正しい知識の周知と実際に国民がそれを理解すること、国会で実質的な審議を適切に行うことの必要性を指摘している。

2003年の特例法の制定及び2008年の改正を振り返ってみれば、両者とも与党プロジェクトチームや野党との協議の場において、少数の議員が国民の目に見えないところで不透明な議論をした後に、会期末に参議院法務委員長提案による法案の提出が行われている。加えて短期間で両院において全会一致で可決・成立という質疑討論のないスピード審議であった<sup>28)</sup>。一方でGRAは、2003年11月に貴族院(House of Lords)に法案が提出され、12月から翌年の2月まで審議された後に155対57で可決し、続いて、庶民院(House of Commons)において2004年2月から5月まで議論された後に355対46で可決・成立した。賛成派、反対派、双方の活発な議論が展開され、賛成派内においても様々な論点にわたって議論が展開された<sup>29)</sup>。

5号要件の改正案の審議を行う際には、実質的で透明性のある議論を行うのはもちろんのこと、性同一性障害について十分な知識を習得しておくべきである。改正案の作成については、事前に啓蒙をしっかりと行い、国民の理解を広く求めるとともに、双方の立場の意見を十分に反映するべきである。立法が国民の理解よりも先行すれば、性同一性障害者と受容者との間に摩擦が生じることになる。

## (2) ガイドラインの整備と医師の育成

性別適合手術を受けていない者に対しても、性別の取扱いの変更ができるようにすることは、手術により必ずしも身体の状態とgender identityの一致を求めるのではなく、本人の強い意思を重視することになるため、非常に高い確率で性同一性障害に罹患していることが担保されなければならない。しかし、ガイドラインを見ると、性同一性障害の定義がなく、成因に係るような検査もない。診断を行う医師については、「性同一性障害の診断と治療に理解

と関心があり、十分な知識と経験をもった精神科医<sup>30)</sup>とあるだけで、具体的な基準が示されておらず、法的拘束力もない。これでは、いわゆる自由標榜制とも相まって、医師であれば誰でもよいことになってしまう。性同一性障害の診断はgender identityの決定が本人の主観的供述によらざるを得ないことや除外診断においてアスペルガー症候群などを併発している場合は、経験豊富な医師でも鑑別が非常に困難であることなどといった性質がある。以上のことから、臓器の移植に関する法律や*The Standards of Care for Gender Identity Disorders : Sixth Version*<sup>31)</sup>などを参考にしつつ、性別違和を有する患者に対する医療に関する法律を立法し、細部は厚生労働省令で詰めるという形で、厳格な診断及び治療並びに医師に関する指針を策定し、適切な性同一性障害医療の運用及び医師の育成を行う必要がある。診断においては、診断にかかわる医師は厚生労働大臣が認定したものとするとともに、確定診断には原爆症の認定のように厚生労働大臣や厚生労働省疾病・障害認定審査会を関与させるべきである。

### (3) 受容者の人権への配慮

受容者の人権を考えると、性同一性障害者を受容する際に発生する心理的負担や性的羞恥心を害されるなどの問題が浮かび上がる。性同一性障害という「疾患」や「障害」という特殊性ゆえ、「理解し、受け入れなくては」という理屈と「トイレや浴場、更衣室などで一緒になるのは生理的嫌悪感がある、性犯罪に巻き込まれるかもしれない怖い」といった感情との葛藤のはざままで苦しみ、ときには罪悪感を感じ、萎縮してしまうことも考えられる。これらは、一律に正しい知識を持って理解・共感すれば解決できるという問題ではない。性同一性障害者と受容者の人権にアンバランス状態が生じ、性同一性障害者の要求に対して、受容者が沈黙を強いられるという構造になれば、受容者は、性同一性障害者を嫌う気持ちを抑えることができなくなる。表面的には嫌う気持ちを抑え、性同一性障害者の要求に応えるポーズをとることはできるかもしれない。しかし、心の底には性同一性障害者を嫌う気持ちが

沈黙し、将来、性同一性障害者と何らかの機会につきあうようになったときに、それを何としてでも避けるという形で表面化する。そうなれば、世論も今は性同一性障害者に対して肯定的であるが、将来的には否定的になりかねず、性同一性障害者と受容者の間に深い溝を作ってしまうことになる。

性同一性障害者と受容者が良好な関係を築き、お互いが暮らしやすい社会を作るためには、受容者の正しい知識に基づく最低限の理解・共感が必要であることはもちろんのこと、性同一性障害者については、一定の場合において人権制約の必要性がある。

## 2. 5号要件の特例の新設

経済的・身体的な理由から性別適合手術を受けることができない者及び治療上不要であって望まない者であっても審判を受けることができるように、5号要件の特例を定めた条項を特例法3条の次に加える。審判の請求にあたっては、5号要件の特例の適用を求める事情を証する証拠として、医師の診断書又は所得を証明する書面の提出を義務付ける。

5号要件の改廃によらずに新たに条項を設けるのは、次節に述べる理由から、変更後の法令上の性別の取扱いについて、5号要件を満たして審判を受けた者と満たさずに特例により審判を受けた者を区別する必要があるからである。

## 3. 法令上の性別の取扱い

審判を受けた者の法令上の性別の取扱いは、特例法4条1項及び2項に規定されており、審判を受けた者は審判前に生じた身分関係及び権利義務を除き、他の性別で取扱うこととされている。しかしながら、性別適合手術を受けていない者に対しても審判の対象範囲を広げた場合、上述の規定をそのまま適用すれば、社会的混乱を招くばかりか、上述の受容者の人権との関係で問題が発生する。したがって、以下の場面では、法令上の性別の取扱いを他の性別とみなすことは許すべきではないと考える。

### (1) 男女別の施設

男女別の施設としては、一般的に公衆トイレ、公衆浴場、宿泊施設、更衣室など様々な施設が考えられる。これらの施設の利用において男女を分離している目的は、異性、特に男性による女性へ性犯罪を防止するとともに、女性が男性との接触を強要されず、男性からプライバシーの侵害を受けないなど広く女性の性的尊厳を保護するためであると考えられる。ここで、gender identityに沿って男女別の施設を利用したいという性同一性障害者の権利と性的尊厳の保護を求めるといふ受容者の権利が対立することから、両者を比較衡量する必要があるが、後者の性的尊厳の保護を求めるといふ権利は基本的で不可侵の権利であるといえる。しかしながら、公衆トイレのように日常生活上必須の施設であり、また、必ずしも最高水準での保護が必要とまでは言えない施設がある。したがって、「性同一性障害者の性器が直接若しくは間接的に受容者に見える可能性があること、または、施設の使用中に受容者の身体の保護が困難になることから、他の性別と扱うことが受容者の性的尊厳を害するか」を基準として考えることが妥当である。この基準に該当する施設としては、公衆浴場や更衣室などが挙げられる。これらの施設においては、性的尊厳の保護の必要性は特に大きいと言えるため、法令上、他の性別とみなして取扱うことは許されない。その一方で、基準に該当しない公衆トイレなどの施設においては、法令上、他の性別とみなして取扱うことを許してもよいと考えられる。また、審判を受けていなくとも、性同一性障害であると診断が確定した者については、性犯罪が目的でなければ、違法性阻却事由ありと認め、建造物侵入罪にはあたらないとするのが適当であると考えられる。

なお、特例法の適用や診断の有無にかかわらず、生物学的性別に見える者がgender identityに沿って男女別の施設を利用することは、受容者に対して上述のような著しい恐怖感等を与えることなどにつながるため、公衆トイレであれば、コンビニエンスストアなどに設置されている男女兼用トイレを使うなど、受容者への配慮の気持ちを大切にされたい。

## (2) 刑事収容施設における男女の分離

刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律(以下「刑事収容施設法」という。)4条1項1号は、被収容者を「性別」に従って分離することを規定している。この性別の判断要素は必ずしも明確ではない。性同一性障害者のgender identityに沿った取扱いを求める権利の保障上は、性同一性障害者のgender identityを性別の判断要素として重視し、他の性別の収容区分に従って処遇することも考えられる。しかし、刑事収容施設法が被収容者を性別に従って分離している目的を考えると、主として、異性、特に男性による女性に対する性的虐待による身体的直接的な侵害を防止するとともに、女性被収容者が男性被収容者との接触を強制されず、また、男性被収容者や男性職員からプライバシーの侵害を受けないなど広く女性被収容者の性的尊厳を保護するためであると考えられる。したがって、男女の区別は生殖機能を中核とする身体的性差を基準とするのが合理的であり、特に性的虐待の防止の観点からは、その客観的で確実な保証のためには、身体的性差を基準として分離することの合理性が認められる。ゆえに、生物学的性別の身体的特徴を有する性同一性障害者を他の性別として、女子刑務所又は男子刑務所に収容することは認められないことになる。ここで、gender identityに沿った取扱いを受けるという性同一性障害者の権利からgender identityを性別とする理解と、性的虐待の防止という他の被収容者の権利から生物学的性別を性別とする理解が対立することから、両者を比較衡量する必要があるが、被収容者の性的虐待の防止を求める権利は特に基本的で不可侵の権利であるといえる。刑事収容施設における男女の分離が特に女性被収容者にとって重要であること、一般的に生物学的性別が男性(ホルモン療法を受けているFtMを含む)の方が女性と比して筋力が強いことなどからも、女性被収容者の人権保護の必要性はより大きいと考えられる。性同一性障害者の存在が認知されている現状では、権利の保護のために既存の人権規範の修正が迅速になされていくべきあるが、その修正は、これを受容する社会規範の醸成も見極める必要がある。

以上の検討を踏まえ、5号要件の特例により審判を受けたMtFは男子と区

分し居室は単独室で処遇し、FtMは女子と区分し単独室で処遇することが相当である。ただ、FtMの場合は、膣閉鎖、乳房切除を受けていれば、男子と区分し単独室又は共同室で処遇しても問題はないと考えられる。その他の調髪や入浴、着衣、身体検査などの処遇については、性同一性障害者の人権を不当に侵害することの無いように可能な限り、gender identityに沿った取扱いをする必要がある。

## V. おわりに

筆者が前回の子なし要件に関する論文を執筆してから約1年であるが、その短い間に性同一性障害を取り巻く環境は急速に変化しつつある。性同一性障害の新規患者の受付と身体的治療ができる医療機関は大阪府下では1院減少し、医療資源へのアクセスはますます困難になっている。その一方で、2007年末現在、性同一性障害を主訴として全国9つの主要医療機関を受診した患者は延べ7177名に上っており<sup>32)</sup>、これに対応するためにも、今後は国内の医療機関の拡充及び性同一性障害者と受容者の双方の人権の尊重を基調とした法整備が急務である。人権の保護という面については、地方公共団体や各政党、国際連合において積極的に取り組みがなされている<sup>33)</sup>。今年の4月に外科系学会社会保険委員会連合が厚生労働省に対して、性別適合手術を健康保険の対象とする案を提出したことは、経済的な理由から手術を受けられなかった者にとって大変な朗報であろう。

「残りの人生を性同一性障害者が性別違和のない、または、できるだけ少なくして生きていきたいと願うとき、審判の要件として性別適合手術は必要なのか」これが本稿最大のテーマだった。様々な資料を検討した結果、①5号要件の特例を設けること、②5号要件の特例で審判を受けた場合には、受容者の人権や心理的負担を考慮し、一定の場面において他の性別とみなすことを制限すること、この2点が担保されれば、必ずしも性別適合手術は必要ではないと結論付けた。本稿が、普段はなかなか見えてこない性同一性障害

者の実態を表面化させるとともに、特例法の要件を再考する機会を提供できれば幸いである。

## 注

- 1) 東京高等裁判所判決昭和45・11・11高等裁判所刑事判例集23巻4号759頁。
- 2) 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(1996)313-329頁を参照。
- 3) 埼玉医科大学倫理委員会・前掲注2)324頁。
- 4) 同上。
- 5) 日本精神神経学会・性同一性障害に関する特別委員会「性同一性障害に関する答申と提言」日本精神神経学会雑誌99巻(1997)533-540頁を参照。
- 6) 東京高等裁判所決定平成12・2・19高等裁判所民事判例集53巻1号79頁。
- 7) 拙稿「性同一性障害者性別取扱特例法：「子なし要件」に関する考察」桃山学院大学学生論集24号(2009)8-12頁を参照。同論文23頁中「性同一性障害の診断と治療に関するガイドラインと提言」とあるのは「性同一性障害に関する答申と提言」の誤りです。訂正してお詫びいたします。
- 8) 日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン(第3版)」<http://www.jspn.or.jp/05ktj/05index.html>(2009年11月1日アクセス)を参照。
- 9) 熊谷わか「日本の受診患者は7千人以上 性同一性障害」週刊朝日114巻55号(2009)99頁を参照。
- 10) 同上、針間克己ほか『性同一性障害と戸籍：性別変更と特例法を考える』(緑風出版, 2007)139-140頁をそれぞれ参照。
- 11) 南野知恵子『「解説」性同一性障害者性別取扱特例法』(日本加除出版, 2004)93頁。
- 12) 東京高等裁判所決定平成17・5・17家庭裁判月報57巻10号99頁。
- 13) 大島俊之「106 性同一性障害と戸籍の訂正」医事法判例百選(2006)233頁、大島俊之「性転換と法：戸籍訂正問題を中心として」判例タイムズ484号(1983)77-106頁をそれぞれ参照。
- 14) 大島俊之『性同一性障害と法』(日本評論社, 2002)95-102頁を参照。大島教授は、中解決以外に小解決及び大解決という概念を示しており、小解決は名の変更、大解決は戸籍の性別の変更(法令上の性別の取扱いの変更)としている。
- 15) 棚村政行「性同一性障害をめぐる法的状況と課題」ジュリスト1364号(2008)8頁。
- 16) 梅宮れいか「性同一性障害(女 男)治療における医療環境の問題点：患者の経済

力が治療条件の構築にあたる影響」福島学院大学研究紀要38集(2006)41 - 45頁において、詳細に検討されているので、本項と併せてお読みいただきたい。

- 17) ナグモクリニック「ナグモクリニックGIDセンター」<http://www.gidcenter.com/> (2009年11月1日アクセス)の「MTF性別適合手術」及び「FTM性別適合手術」のページをそれぞれ参照。
- 18) World Health Organization, *The ICD - 10 Classification of Mental and Behavioral Disorders : Clinical descriptions and diagnostic guideline*, (Geneva : World Health Organization, 1992), n. pp. 融道男ほか『ICD-10精神および行動の障害：臨床記述と診断ガイドライン』(医学書院, 新訂版, 2005) 224 - 227頁を参照。
- 19) 針間克己「セクシャリティとこころの問題」精神科51巻2号(2009)124 - 125頁を参照。はりまメンタルクリニックでは、性別違和を訴えて来院する患者のうち、精神科的な治療だけで社会生活を送れる人が約半数、ホルモン療法までの人が約半数となっている。ホルモン療法より先の性別適合手術まで受ける人は約15%となっている(熊谷わこ・前掲注9)100頁を参照)。
- 20) 針間克己「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」Modern Physician 25巻4号(2005)441 - 442頁を参照。
- 21) 田巻帝子「性同一性障害に関する法の日英比較：家族関係を視点として」家族 社会と法 23号(2007)150 - 151頁, 針間克己「英国のgender recognition billの試訳」<http://www.harikatsu.com/coramu/24.html> (2009年11月1日アクセス)をそれぞれ参照。
- 22) 申請の要件に係る原文は以下のとおりである。条項1(1)(b)に係る条項は省略した。
  - 1 Applications
    - (1) A person of either gender who is aged at least 18 may make an application for a gender recognition certificate on the basis of
      - (a) living in the other gender, or
  - 2 Determination of applications
    - (1) In the case of an application under section 1(1)(a), the Panel must grant the application if satisfied that the applicant
      - (a) has or has had gender dysphoria
      - (b) has lived in the acquired gender throughout the period of two years ending with the date on which the application is made,
      - (c) intends to continue to live in the acquired gender until death, and

## 性同一性障害者と性別適合手術

( d ) complies with the requirements imposed by and under section 3.

### 25 Interpretation

In this Act

“ gender dysphoria ” means the disorder variously referred to as gender dysphoria, gender identity disorder and transsexualism,

23) 憲法省は2007年5月9日に改称し、法務省 ( Ministry of Justice ) になった。

24) United Kingdom Parliament, Lords Hansard text for 13 Jan. 2004 (240113-10), <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldhansrd/vo040113/text/40113-10.htm>> (visited Nov. 1, 2009). 13 Jan. 2004 : Column GC10 以下を参照。 [ ] を付した部分は、訳出にあたって補った言葉である。

25) 南野・前掲注11) 89頁。

26) Gender Recognition Panel, *Table of gender recognition schemes in countries and territories that have been approved by the Secretary of State.* (Leicester : Gender Recognition Panel, 2005), (Apr. 2005) <<http://www.grp.gov.uk/formsguidancelistapprovedcountriesterritories.htm>> (visited Nov. 1, 2009).

27) 田巻・前掲注21) 158 - 159頁。

28) 南野・前掲注11) 2 - 12頁, 谷口功一「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」の立法過程に関する一考察」法哲学年報2003年号(2004)214 - 216頁をそれぞれ参照。

29) United Kingdom Parliament, *The Gender Recognition Bill [HL] (Bill 56 of 2003 - 04). House of Commons Library Research Paper 04/15.* (London : Parliament, 2004), (Feb. 17, 2004) <<http://www.parliament.uk/topics/Gender-recognition.htm>> (visited Nov. 1, 2009).

30) 日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会・前掲注8) 10頁。

31) The World Professional Association for Transgender Health, Inc. (WPATH), *The Standards of Care for Gender Identity Disorders : Sixth Version*, (n. p. : WPATH, 2001), (Feb. 2001) <[http://www.wpath.org/publications\\_standards.cfm](http://www.wpath.org/publications_standards.cfm)> (visited Nov. 1, 2009). 東優子・針間克己「性同一性障害の治療とケアに関する基準 (SOC)」臨床精神医学30巻7号(2001)887 - 902頁を参照。

32) 日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会調査。

33) 一部の地方公共団体では、行政文書から可能な限りの性別欄の削除などを行っている。先の衆議院総選挙では、公明党を含む3党が性同一性障害者の人権についてマニフェストに盛り込んでいた。2008年12月18日の国際連合総会本会議では、日本を含

む66カ国が、性的指向と性自認に関する声明(U.N.Doc., A/63/635)を共同で提出した。