

性別未確定で出生した子の性別決定

——「性別の段階性」および「性別の相対性」の視点から——

家 永 登

はじめに

(1) 1990年代半ばのことである。知合いの医師から意外な話を聞いた。臨床の現場では、新生児の性別は性染色体ではなく「オチンチン」によって決まるというのである。その医師によれば、新生児の性別は一次的には外性器の形状で判断するが、外性器の形状だけでは男女の判定が困難な子については染色体の検査が行われる。しかし、染色体検査によって男と判定された場合でも、その後の形成手術によって「立小便」が可能な程度にまで外性器の形成が可能であれば「男」と出生証明書に記載するが、その可能性が低い場合には、その旨を説明すると両親のほとんどが女として養育することを希望するので、出生証明書には「女」と記載し、その後に生殖器（性腺・性器）摘出も含めて女性化に向けた治療が行われるとのことであった。これがその医師独自の方針でなく、1990年代における新生児医療の現場における一般的傾向であったことは後出の札幌高裁平成3年3月13日決定（後出、第3章(1)。平成3年札幌高決と略す）の事実関係からもうかがえる。

出生子の性別をこのような方法で決定することへの疑問は、最近になって、性分化に関する医学的知見を紹介する一般書を読んだことでいっそう強まった¹。性分化に関する研究や形成手術の進歩に応じて新生児の臨床

現場も変わっていると信じたいが、現在でも生殖器摘出（性再適合手術）を含めた早期の性別決定が行われていることをうかがわせる叙述も散見される。「出生届出の期限である出生から14日以内に性別も決定しなければならない」という誤解も社会に広まっている。このような誤解を解き、早期の性再適合手術実施への疑問を提示する必要を感じ、本稿を執筆した。

(2) 私の理解では、性分化の過程、およびその過程における変異（「非定型」ないし「性別未確定」児の発現）は以下のようになる。

人間の男女の性器官は、性腺（精巣・卵巣）、内性器（精囊・精管等、卵管・子宮等）、外性器（陰茎 [ペニス]・陰囊、陰核・小陰唇・大陰唇等）に分かれる（末尾の【CHART】も参照されたい）。妊娠した時点の胎児は性的には中性で男女の別はないが、性別の分化は胎児期初期に始まる。胎児の性染色体がXY型である場合には、通常はY染色体の上存在するSRY遺伝子（性決定遺伝子）の働きによって初期胎児の中性的な性腺原基が精巣へと発達し、染色体がXX型の胎児の場合は通常はSRY遺伝子が存在しないので性腺原基は卵巣化する。ここで「通常は」といったのは、細胞分裂時の転位等によってY染色体上にSRY遺伝子が存在しない場合や、X染色体上にSRY遺伝子が存在する場合、あるいは性染色体がXXY型・XXXY型（クラインフェルター症候群）、X型（ターナー症候群）の場合などが起こりうるからである。精巣からはミューラー管抑制因子が分泌されて卵管・子宮の形成が阻害されるとともに、テストステロン（男性ホルモン）が分泌されてウォルフ管から男性の内・外性器が形成される。さらに妊娠20週頃にテストステロンの暴露量が多い場合には脳（性中枢）の男性化が進み、少ない場合には女性化が進む。これに対してSRY遺伝子が存在しない胎児の場合は、ウォルフ管が退縮する一方でミューラー管

1 石原理『生殖医療の衝撃』（講談社現代新書、2016年）第4章の性分化に関する記述。

が女性の内・外性器へと発達する。ただし、XX型の胎児でも副腎皮質酵素の先天性欠損によって副腎が過形成を起こしてアンドロゲン（男性ホルモン）が大量に分泌され外性器が男性化する先天性副腎過形成症（CAH）や、XY型の胎児（精巣も存在する）だがアンドロゲン受容体がないために外性器や体型が男性化しないアンドロゲン不応症（まったく反応しない完全不応症〔CAIS〕と、部分的にしか反応しない部分不応症〔PAIS〕がある）などのホルモン障害による性分化の変異も見られる。

このように性分化にはいくつもの原因による変異が見られるが、生物学の世界では、それでも人間の性別は男女に二分されるカテゴリー（範型）と考えているのか、それとも、男女の間は連続するスペクトラム（連続体）であり、男と女の間形態であるインターセックスないし男でも女でもない「第3の性」も存在すると考えているのか。麻生准教授は生物学的な性を5つに分類する。すなわち性腺の性、内性器の性、外性器の性、第2次性徴の性、および遺伝子（染色体）の性である。そして、これらの基準による性別が典型例とは一致しない中間型が存在し、「インターセックス」などと呼ばれることを紹介する。「インターセックス」、「中間型」、「非典型」、「性別未確定」、「性分化疾患（DSD）」、「性分化多様性（VSD）」などその呼称は論者によって異なるが、典型的な男女のカテゴリーにあてはまらない者が存在することでは生物学は一致している²。

(3) 本稿の構成は以下のとおりである。

第1章では、家族法における性別が問題となりうる事項を、出生、親子、婚姻、死亡の順に概観する。次いで、出生子の出生証明、出生届出、戸籍記載における性別に関する法規制、その前提となっている性別の男女二分法制を概観する。第2章では、子どもが成長する過程で起こりうる性別の

2 麻生一枝『科学でわかる男と女になるしくみ——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、2011年）152-169頁を参照。

問題を家庭と学校に絞って概観する。第3章では、出生届の性別届出に基づく戸籍の続柄記載の変更をめぐる裁判例および戸籍実務を概観する。第4章では、親による子の性別決定（「養育の性」決定）と、子ども本人による性別の自己決定の調整に関して、「成熟した未成年者の原則」（その反面としての「親権遜減の原則」）が妥当すべきことを論じる。第5章では、性別の男女二分法は維持したうえで、子どもの性別は子どもの成長に従って次第に確定してゆき、最終的には本人が自己決定すべきであるとする「性別の段階性」論、および、子どもの性別は問題となっている事柄ごとに相対的に決定すれば足りるものであり、生活の全局面において一律に男女いずれかに決定する必要はないとする「性別の相対性」論を現時点における結論として提示する。

第1章 法における性別の男女二分法

(1) 家族法における男女の性別

① わが民法の婚姻法は、婚姻年齢について「男」は18歳、「女」は16歳と規定し（731条）、「女」は前婚の解消から100日間は再婚できないと規定しているが（733条）、これらは婚姻当事者が男女の異性同士であること（異性婚）、すべての人は男女に二分できること（男女二分法制）を前提とした規定と解される。しかし、これらの規定以外に婚姻法の領域において、人を男女に二分することを前提とし、男女いずれかであることによって法的効果を異にする規定は存在しない（夫婦の平等）。「妻」が女であり、「夫」が男であることは当然の前提とされているのであろうが、そのことを明記した条文はない³。

3 配偶者が同性であったにもかかわらず錯誤によって異性と誤信して婚姻した場合には、誤信した者には婚姻の意思がなかったとして婚姻無効を認めた判例がある（佐賀地判平成13年11月27日 D1-Law 判例 ID28071640）。配偶者の性別の錯誤は離

② 実親子法における当事者は子およびその親（父，母）であるが，「子」については，性別にかかわらず「子」である。「親」については，嫡出子の「父」の決め方に関しては「母」の夫を子の父と推定する嫡出推定規定がある（民法772条）。嫡出子の「母」の決め方を定めた明文規定はないが，772条は子を懐胎・出産した妻が母となることを含意していると通説は解している。なお，嫡出否認の訴えの規定に被告として「母」が登場し（775条），父を定める訴えの規定には「女」が登場する（773条）。嫡出でない子の「父母」に関しては，認知による旨の諸規定（779，780，783，787条ほか）にもかかわらず，判例は「母」については認知ではなく分娩した者を母としている（最判昭和37年4月27日民集16巻7号1247頁。代理懐胎による出生子についても最判平成19年3月23日民集61巻2号619頁）。

これら「父母」に関する規定は，父＝男，母＝女であることを当然の前提としていると考えられるが，民法には「父」を「男」，「母」を「女」とする明文規定はない。最決平成25・12・10（民集67巻9号1847頁）は，性同一性障害者の性別変更特例法（性別変更特例法と略す）によって性別を女から男に変更したAと婚姻した妻B女が第三者から精子提供を受けて体外受精によって婚姻中に懐胎，出産した子をAの嫡出子と認めた。同判決により，父は生物的な「男」（少なくとも生来的な男）でない場合もあり得ることになった⁴。ちなみに，イギリスの2004年ジェンダー承認法（Gender Recognition Act 2004）12条は，同法に基づいて性別変更が認められたとしても，子の父母としての地位に影響を及ぼすことはない旨を規定するが，これは，父が女に性別変更し，母が男に性別変更した後も，子の父母の地位にとどまること，換言すれば，女が父となり，男が母となるこ

婚原因（民法770条1項5号）にもなるであろう。

4 同判決と性別に関しては，渡邊康彦「同性の両親と子——ドイツ，オーストリア，スイスの状況(1)」産大法学47巻3・4号（2014年）292頁以下を参照。

とを許容した規定と解される⁵。

③ 相続および遺言に関して、民法は「男」「女」による差異を設けていないので、当事者の男女の別が問題になることはない。明治民法時代には、女戸主の入夫婚姻による家督相続の開始（民法旧736条）、同順位相続人間における男の優先（旧970条1項）、女家督相続人は爵位を承継できない（華族令）など、死亡・相続に際して男女の性別が法律関係に影響を及ぼす場合もあったが、現行民法は相続における男女の差別を一切認めていないし、華族制度が廃止され爵位継承の問題もなくなった。死亡に関して当事者の性別が問題になることは現在ではまったくない。

(2) 出生子の性別決定

民法においては、親子関係における子の地位に関して男女の性別は問題とならないにもかかわらず、子の出産に立ち会った医師・助産師らは出生証明書を作成する際に子の男女の別を証明することを要求されており（出生証明書の様式等を定める省令1条）、戸籍法は、父母ら出生届出義務者が出生届に男女の別を記載することを要求し（49条2項1号）、出生届の性別を前提として戸籍には実父母との続柄（長女、三男等）が記載される（13条4号）。実体民法（家族法）上は、出生の時点で男女の性別が法的関係に影響することはないにもかかわらず、付属法である戸籍法によって、人は出生の時点で男女の性別を決定することを要求されているのである。

なお、出生時に届け出た性別が誤りであることが後に判明した場合には、性別の錯誤を理由とする戸籍の続柄記載の変更（性別訂正）の審判を申立てることが認められる⁶。また、2003年に制定された性別変更特例法に

5 家永登「イギリス法における法的性別の決定基準」専修大学法学研究所紀要43号（2018年）掲載予定）を参照。

6 田中加藤男『戸籍訂正に関する諸問題の研究』（司法研究報告16輯3号、司法研修所、1967年）256頁以下を参照。

よって、一定の要件を満たした性同一性障害（性別違和）の者は、戸籍に記載された性別の変更を申し立て、審判によって戸籍の続柄記載の変更が可能になった。同法によって性別を変更した者は、民法その他の法令の適用につきその性別に変わったものと見なされるから（4条1項）、変更した新たな性別によって（異性と）婚姻することも可能となった。このように性別変更特例法も性別の男女二分法を当然の前提としているにもかかわらず、民法、戸籍法と同じく、男女を定義したり男女の判定基準を示したりする規定を一切設けていない（なお性別変更の要件を規定した同法3条1項のうち、特に4、5号を参照）。男女の判定は現状では出生時に子の性別を証明する医師・助産師に全面的にゆだねられているが、出生子の性別が不明確な場合には、後述のように「性別未確定」とする出生届が可能である（第3章(2)参照）。

(3) 性別の男女二分法制

① 性別の男女二分論 20世紀末以降、多くの西欧諸国は同性カップルに婚姻に準ずる地位を付与するパートナーシップ制度を導入し、21世紀に入ると同性同士の婚姻（同性婚）を認める国が増えている⁷。異性、同性を問わずすべてのカップルが婚姻ないしパートナーシップ制度を利用することができ、しかも、すべてのカップルが養子制度や生殖補助医療によって法的な親の地位を得ることができるようになった国では、法（少な

7 2016年11月26日に「新・アジア三国家族法会議」が開催された台湾では、同性婚を認める民法改正の可否をめぐる賛否両派の対立が報道されていた（中国時報、2016年11月25日、同紙11月28日など）。なお、小川富之「アジアにおける同性婚に対する法的対応——家族・婚姻の視点から」（福岡大学法学論叢61巻1＝2号（2016年）1頁）も参照。その後も、台湾司法院大法官會議が同性婚を認めていない現民法を婚姻の自由等を侵害するとして違憲判断を示したこと（朝日新聞2017年5月25日付）、ドイツ下院が同性婚許容法案を可決したこと（時事通信2017年6月30日付）などが報じられている。

くとも家族法)の世界において性別の概念を残しておく必要性を疑問視する意見が登場している^{8,9}。

わが国でも同性婚を認めるべきであるとする立法提案がなされているが¹⁰、同性婚を導入した多くの国と同様、この提案も男女二分法を前提としている。他方で、法における性別の男女二分法の再検討を示唆する見解も表明されている。広渡教授は、「近代法が当然視し、かつ、厳格に維持しようとした法制度としての男女二分法も、変容のダイナミズムの中に置かれている」と指摘する¹¹。さらに同教授は、1756年バイエルン・マクシミリアン法典、1794年プロイセン一般ラント法などにおいては、両性具有者は成人の時点で自分の性を決定できたこと、男女以外に「第3の性」を肯定する注釈書が存在したこと、はるか以前から教会法では宣誓のうえで自分の性別を決定できたことなど、1900年のドイツ民法典以前のドイツでは厳格な男女二分法制が採られていなかったことを紹介する¹²。また、二宮教授は、性別二元社会に批判的な立場から、学校・職場・地域などの公的領域では男女二分法を基礎に社会を構成する必要はないこと、その例として運転免許証には性別の記載がないことを指摘する¹³。

8 S. Harris-Short et al., *FAMILY LAW : TEXT, CASES, AND MATERIALS* (3rd ed., Oxford, 2015) p. 18.

9 広渡清吾「法制度としての性別」同著『ドイツ法研究：歴史・現状・比較』（2016年、日本評論社）250頁にはドイツにおける性別廃止論の紹介がある。

10 日本家族〈社会と法〉学会第33回学術大会（2016年11月）シンポジウム配布資料「家族法改正——その課題と立法提案」（2016年）39-40頁参照。同案は、「異性又は同性の二人の者は、婚姻をすることができる」（39頁）として男女二分法を前提としているが、本稿の関心からは、性別未確定の者の婚姻の可能性を検討する必要がある。なお上記提案については「家族法改正：その課題と立法提案」家族〈社会と法〉33号（2017年）を参照。

11 広渡清吾「自著『ドイツ法研究——歴史・現状・比較』を語る」専修大学法学研究所所報54号（2017年）5頁。1900年ドイツ民法典の男女二分法制のほうがむしろ例外的であったことが紹介されている。

12 広渡、前掲注9）241頁以下。

しかし、このような若干の論者を除けば、これまでのわが国における議論は、同性婚や性別変更特例法に関する議論も含めて、人間はすべて「男」「女」いずれかの性別カテゴリーに分類できるという男女二分法を当然の前提とした議論が多かった。

② 性と性別 橋本秀雄氏は、ヒトの「性」は、先天的な、①性染色体、②性腺（精巣と卵巣）、③内性器、④外性器、の第1次性徴と、後天的な、⑤誕生時に医師が決定する性、⑥戸籍の性、⑦第2次性徴、⑧性自認、⑨性的指向の9つから成り立っていると¹⁴。本稿は、子の出生時に医師らが判定して出生証明書に記載した性別、親が決定し出生届に記載した性別（養育の性）、出生届に基づいて戸籍の続柄欄に記載された性別（法的な性）と、生物的・身体的な性との関係のうち、生物的な性別の判定が困難な子ども¹⁵について、その「法的な性」ないし「養育の性」の決定について検討するものであり、性同一性障害（性別違和）や、性的指向（同性愛・両性愛など）の問題は扱わない。

第2章 家庭・学校における性別決定の要否

(1) 出生前後における性別の問題

性別が最初に問題となるのは、妊娠が判明した時点における母子保健手帳の交付であろう。母子保健法に基づいて作成される母子保健手帳の表紙

13 二宮周平「戸籍の性別記載の訂正は可能か(3・完)——個人の尊厳と自己決定」戸籍時報561号(2003年)27頁。

14 橋本秀雄『男でも女でもない(完全版):インターセックス(半陰陽)を生きる』(青弓社,2004年)15頁以下。なお、生物的な性(セックス)、社会的な性別(ジェンダー)、性的指向(性愛の対象)、こころの性(性自認)の関係については、風間孝・河口和也『同性愛と異性愛』(岩波新書,2010年)166頁以下を参照。

15 生物的な性別の判定が困難な者は、インターセックス、間性、半陰陽、性分化疾患(DSD: Disorders of Sex Development)など様々な呼称で呼ばれるが、本稿では原則として「性別未確定」("indeterminate sex")と記述する。

には出生子の男女の別を記載する欄が設けられており、保護者が記入するようになっている。同手帳の第1頁は「出生届出済証明」という頁で、出生子の性別について「男・女」いずれかにマル印をつけるようになっているが、これは「性別未確定」の出生届を認める戸籍実務と整合性をもたない（後述、第3章(2)参照）¹⁶。ちなみに、筆者の母子手帳における出生子の性別欄は「男・女・不明」の三択となっており、出生時に性別判定が困難な子どもに対する配慮がなされている¹⁷。出生後の家庭における養育の場面では、親族らから生まれた子どもの性別を聞かれることはあるだろうが、法的に子の性別が問題になることはない。医療に関しても、子どもの性別が不明確であること自体が医療の対象となることはあっても、性別が不明のために通常の医療行為が実施できないという場面はないと思われる。伴性遺伝疾患の有無を確認するための遺伝子検査（胎児段階での出生前診断も含む）も、Y染色体の存否、さらにいえばY染色体上の原因遺伝子の存否が問題なのであって、「性別」それ自体が重要なわけではない。

(2) 学校生活における性別の問題

子どもの性別が社会生活において問題となるのは、家庭よりも学校であろう。就学年齢を迎える児童について教育委員会は「学齢簿」を作成し就学通知を発するが（学校教育法施行令1条1項）、この学齢簿には「児童の氏名、性別、生年月日及び現住所、保護者の氏名及び現住所、入学前の経歴（小学校に入学するまでの教育又は保育関係の略歴など）が記載さ

16 厚生労働省「母子保健手帳について」(http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/kodomo/kodomo_kosodate/boshi-hoken/kenkou-04.html) (2017年6月30日閲覧)。ただし現在の手帳でも「出生時の児の状態」という頁は「男・女・不明」となっている。しかしこれでは、出生時には性別不明でも出生届出までには性別を決定すべしというメッセージと誤解されるおそれがある。

17 筆者自身の母子手帳（昭和24年10月、東京都交付）の「お産の記事」という頁には、性別「不明」の記載欄が設けられている。

れ¹⁸、この学齢簿に基づいて「児童指導要録」にも上記の生徒に関する記録が記載される。学齢簿の編製は住民基本台帳に基づいて行われるが（同施行令1条2項）、住民基本台帳法は、「住民票」には、氏名、出生の年月日、男女の別、戸籍の表示、住民となった年月日その他を記載することになっている（住民基本台帳法7条）。このように、現行法は学齢簿・指導要録の作製に際して生徒の性別を記載するものとしているから、子どもは就学時まで性別を確定させることが要求されているように見える。しかし、そのような要求は「性別未確定」の出生届を認める戸籍実務における扱い（後述、第3章(2)参照）と整合性をもたない。

本来、教育を受けるに際して男女の性別を確定させる必然性はないが、学校での共同生活を営むうえでは、トイレ、更衣室、修学旅行の寝室、入浴その他、男女の性別が問題になる場面は少なくない。わが国の学校は同調圧力が強い社会であり、性別未確定の子どもが学校生活の中で直面するであろう実際上の困難への対応は重要な課題である。

海外への修学旅行の場合には旅券（パスポート）の発給が必要になる。わが国の旅券法は、旅券の記載事項として「旅券の種類、番号、発行年月日及び有効期間満了の日、旅券の名義人の氏名及び生年月日、渡航先」を要求するだけで、本人の性別の記載は要求していない（旅券法6条）。しかし、同条4号は「前3号に掲げるもののほか、外務省令で定める事項」も記載事項とし、旅券法施行規則5条5項が「旅券の名義人の性別」の記載を要求している。わが国の旅券法制では旅券の申請時に戸籍抄本等の提出を要求し、これに基づいて旅券に性別が記載されるが¹⁹、諸外国ではパ

18 文部科学省 HP「小学校児童指導要録…の改善等について（通知）別紙第1 小学校児童指導要録に記載する事項等」（http://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/nc/attach/1288251）（2017年6月8日閲覧）による。ただし、これらの記録は、「原則として学齢簿の記載に基づき、学年当初及び異動の生じたときに記入する」とされており、異動が生ずることが予定されている。

19 旅券法施行規則1条2項によれば、旅券の申請者は戸籍の抄本等を提出しなければ

スポーツに男女の別の記載を要求しない国も増えている（後述、第4章(2)参照）。

学校スポーツでも男女の別は問題になる。スポーツ競技が男女別で行われるのは、男女間では身体的な発達の差異（生物的な性差）があり、生物学的な「男」が女子種目に出場することは公正でないという理由によるものと思われる。しかし最近では、スポーツ界における性別の基準が不明確であったこと、男女別に競技を行うこと、女子に性別チェックを行うことの正当性を問う声が上がっている。平均的な女子に比べて男性ホルモン（テストステロン）の産生が多いアンドロゲン過剰症のセメンヤ選手（南アフリカ）をめぐる、対戦相手から性別に関する疑問・不満が示されたのに対して、スポーツ仲裁裁判所（CAS）は、同選手のオリンピック出場資格を認める裁定を下した²⁰。女子アスリートに有利に働く遺伝学的な変異は、筋肉への血流、筋肉運動、酸素運搬、乳酸塩代謝など200種類以上が明らかになっており、その中からテストステロン過剰のみを規制することは不公平であるとして、裁定を支持する論者もいる²¹。トップレベルにおいてさえこのような状況にあるのだから、学校レベルのスポーツにおいて男女を厳密に区別することは不可能であり、自己申告に委ねるしかないであろう。アメリカ、フロリダ州の女子高校生が、男としての性自認を有するとして男子レスリング大会への参加を希望したが拒否されたため女子の大会に出場して優勝したところ、性転換治療の一環としてテストステロン注射を受けていたため不公平であるとの批判が起き、競技団体で出場資格の規

ばならないが、戸籍には本人の性別（続柄）記載がない場合がありうることは後述する（第3章(2)参照）。

20 セメンヤ事件については、麻生、前掲注2）156頁も参照。

21 シルヴィア・カンポレッシ（ロンドン大学キングスカレッジ講師）「キャスター・セメンヤは、オリンピックに出場する（そして優勝する）資格がある」による。（http://huffingtonpost.jp./silvia-camporesi/caster-semenya_b_11635928.html）（2017年5月8日閲覧）。

定作りが進められていることが報道されている²²。

第3章 出生子の性別をめぐる裁判例

(1) 戸籍の性別記載変更をめぐる裁判例

① 平成3年札幌高決以前の判例

性別が裁判所で争われる裁判例としては、出生届の性別（男女の別）記載に基づいてなされた戸籍の続柄記載の変更を申し立てる審判、および婚姻当事者の性別の錯誤等を理由とする婚姻無効確認の訴えなどがある。わが国の性別に関する先例は札幌高裁平成3年3月13日決定（以下では平成3年札幌高決と略す）であるが、本節では、①同決定以前の性別に関する裁判例、②平成3年札幌高決、③同決定以降の裁判例の順に概観する。ただし、公表された裁判例は多くない。

[1] 東京家審昭和38年5月27日²³

【判旨】「医師A作成の診断書及び医師B作成の診断書によると、申立人丙は、男性仮性半陰陽²⁴で、開腹試験の結果は、両側に睾丸を認めうる事が明らかである（現在外陰部整形手術中である）。すると、申立人が女性であることを前提とする戸籍記載には錯誤がある」として、戸籍法113条により申立人丙の戸籍記載中、丙の続柄欄「長女」とあるのを「長男」と訂正することを許可した。

【検討】平成3年札幌高決の「抗告理由」が援用している裁判例である。

22 朝日新聞2017年3月29日夕刊（4版6面）。

23 田中加藤男，前掲注6）256頁。

24 完全型（ないし部分型）アンドロゲン不応症（精巣を有し、男性ホルモンの分泌があるにもかかわらず男性の内・外生殖器が発達しないか不十分にしか発達しない）などが原因で外生殖器の形状から男女を判断することが困難な者を指す。

同抗告理由は田中加藤男判事の前出司法研究報告書から本審判を引用するが、同判事は「戸籍上、男が女と記載され、または女が男と記載される例がままある。その原因は男（女）に女（男）とまぎらわしい名を付けた場合が多いが、男女いずれに属する子か生理的、医学的に判明しない場合の例さえある」として、本審判を紹介している。本審判は「両側に睾丸を認めうる」ことを根拠に申立人を男性と認定している。当時の医学的知見によれば、出生時に外性器が不明瞭な新生児の性別はY染色体の存否によって診断していたと思われるが、本審判は睾丸の存在によって申立人を男性と判示している。開腹手術までして腹腔内に停留する睾丸の存在が認められているのだからY染色体（現在ではSRY遺伝子）の存在は明らかであるが、当時の臨床現場では、外性器が不明瞭な新生児の性別診断は、染色体検査によることなく睾丸の存否によって判断することもあったのだろう。なお、田中判事の同書は、性別の戸籍記載の訂正が許可される場合には、戸籍法107条によって名の変更も許可されるのが通常であると指摘する²⁵。

〔2〕 富山家審昭和32年4月17日²⁶

【事実関係】 戸籍筆頭者（父と思われる）が、父母との続柄欄に「四女」とある事件本人（19歳）を「七男」に訂正することを申し立て、戸籍訂正が認容された。審判自体は簡単なものだが、「参照」として添付された申立人による「申立の実情」、医師の診断書および担当家庭裁判所調査官の報告書が参考になる。

25 上記抗告理由は、「仄聞するところによると、東京家庭裁判所においては、インターセックスの人に対する性別変更の戸籍訂正認容例が、比較的多いとのことであ」と述べているが、田中判事の報告書にはそのような記述は見られない。「仄聞」の出所を知りたいところである。

26 家裁月報9巻4号68頁。

【判旨】（「参照」）

〈申立の実情〉 事件本人は申立人の四女として出生したものであるが、最近男性仮性半陰陽の診断により手術の結果、昭和32年〇月〇日医学的にも完全たる男性となったものであります。よって之に即応せしめるため、その戸籍事項の身分欄に、申立人の四女とあるを七男と変更訂正することの許可審判を求め度く、本申立に及んだ次第であります。

〈診断書〉

「氏名 田中タカ子（仮名，事件本人）19歳 住所（略）

一 病名 男性仮性半陰陽

附記 右の者医学的に男性なり 右之通診断候也

〇〇大学医学部附属病院泌尿器科

昭和32年〇月〇〇日 主任医師〇〇」

〈家庭裁判所調査官〇〇の調査報告書〉

「申立人田中タカ子を診断、手術を施した主任医師〇〇氏の陳述に基き明らかにされた手術の経過は次の通りである。

(1) 昭和31・〇・〇〇 第一回診断／此の際医師が、申立人の性転換希望を聞き、診断の結果、或る程度の可能性を認めたので、後日手術を施行することを約した。当日の所見要旨は次の通りである。／陰核に相当する部分が、長さ約二センチメートル程度尖出している。太さは径1センチメートル弱程度。但し尿道がない。膣に相当する部分に尿道が開口し、膣は全く欠如して居る。(尿道下裂)／子宮其他内陰部は外診によっては察知し得ないから、内生殖器の有無等は判定困難にあるが、小陰唇が欠如し大陰唇部の内側に辜丸に相当するものが發育しつつあり、外部から押えてもグリグリが判然として居る事、その他第二次性特徴として声が全く男性的である事、胸部乳房のフクラミが全然見られない事等より推断して、患者は将来女性として發育するよりも、男性として發育する可能性が多いと判定されたのである。

(2) 昭和31・〇・〇～〇・〇 入院／此の入院時には陰核尖起の周辺の皮肉を薄く剥脱した。将来陰茎として成長せしめる為である。此の部分は勃起が可能で、性感も有るので、尿道を作れば陰茎として一応役に立ち得る見込が有ったからである。

(3) 昭和31・〇・〇～〇・〇 第2回入院／此の入院時には、従来の尿道を閉塞し陰茎に尿道を作った。極めて手術として困難なものであり（殊に閉塞の部門が）放尿時に、微弱では有るが、旧道を経る傾向を防ぎ切れなかった。

(4) 将来の治療方針と性転換に対する医師意見 従来同様男性ホルモンの投用を継続し、男性としての特性が徐々に育成されるのを待つ外はない。手術面では尿道閉塞が完全に行われる様今後の経過を注目しなければならないが、一応必要な手術は了したと云い得る。／医師としては、患者の希望に基き、性転換の可能性を認めたので、手術、治療に当った訳であるが、臆造形の方が陰茎造形に比し、遙かに困難な手術であることは明らかである。／手術の結果、将来完全に男性としての機能を発揮し得る（換言すれば妊娠せしめ得る）程度に成るか否かは断言出来ない。／但し、現在では性衝動（動；筆者）に伴って陰茎が勃起し、摩擦と共に薄い粘液状の分泌を見るに至ったことは、或る程度男性としての特徴を具えて来て居ると見るべきであろう。

（菊治，タカ子調査） 申立人の家族状況は次の通りである。（略）

幼児（4才）の折、両親はタカ子の身体（性器）に異常を認めたので、〇〇市内の医師に診療を乞うたが、性特徴は成長するに従って発育するから格別心配しなくても良い旨意見を聞かされた。／声が不特定（女らしさがなく、かと云って男性的とも云えない）であり、年頃になっても乳房のフクラミが見られなかった。月経は1回も経験がない。陰毛は15才頃より生じた。男性に対して一向関心が起らず、逆に女性に対して性欲を覚える様になった／17才時に自洩を自然に経験した。女性に対する性交欲からで

ある。射精等の現象はなく、粘液様の分泌があったに過ぎない。／その後数回衝動に駆られて自洩を行ったことがある。／その頃より両股の付け根に腫瘤様の痛味を覚えた。此の部分が、後日〇〇大学で診断を受けた際、睪丸として成長しつつあった部分なのである。(中略)

(調査官意見) 診断手術に当たった医師の言を徴しても明らかな通り、タカ子は今後少く共、身体医学上からは男性として認めなければならない程度に、性転換を遂げてしまっているのである。／少く共男性として認む可き最小必要限度のものを具備したと云わざるを得ない。／それ以上の要件は、彼女(或は彼)自らが選んだ道であるから、如何に苦しみや困難を伴うものであっても忍従しなければならないことは致し方のないところである。／国家は(裁判所は)今となつては、彼女の(或いは彼の)希望の達成に援助こそ与えても、之を措止すべき一片の理由をも有しないのではなかろうか。此の場合、医師の判断や施術こそ、神の業として敬虔に肯定せねばならないものとするものである。上記の理由を以て、本件は許可相当と思料せられる。」

【評釈】 本件当事者は、出生時における外性器の不明瞭さから女性と判定され、女性として出生届がなされ、その旨(四女)が戸籍に記載された。しかし成長するにつれて女性であることに違和感を感じるようになり、睪丸の存在も確認されて、医師から「男性仮性半陰陽」と診断された(今日では部分的アンドロゲン不応症と診断されるのではないかと思われる)。そして本審判によって戸籍の続柄記載の変更が認められたものである。本件当事者はすでに性再適合手術を受けているが、当事者が手術前にインターセックス(男性仮性半陰陽)であったことが医師の診断書によって証明されている点で、生物的には女性であることが確定している者が性別に対する違和感を理由に性再適合手術を受けたうえで性別の変更を求めるトランスセクシャルの事案とは区別される。インターセックスの者については、出生届の性別記載に基づいてなされた戸籍の続柄記載が誤りであった場合

に、後に続柄記載の変更を認めるのが従来からのわが国の審判例²⁷および戸籍実務（第3章(2)を参照）であるが、本審判もこの原則に従って戸籍の続柄記載の変更を認めた。

〔3〕 名古屋高決昭和54年11月8日²⁸

【事実関係・判旨】 決定が簡略なために事案の詳細は不明だが、抗告理由によれば、事件本人は染色体は男性型だが性再適合手術を受けたうえで、戸籍の性別記載を男から女に変更することを申し立てたところ、原審判は、事件本人は本来正常な男性であって、外見上女性型を示しているに過ぎないとして申立てを却下したようである。申立人の抗告に対して、本決定は、「人間の性別は、性染色体の如何によって決定されるべきものであるところ、記録中の鑑定人〇〇作成の鑑定書によれば、事件本人Aの性染色体は正常男性型であるというのであるから、同本人を女と認める余地は全くない。抗告人の戸籍訂正申立を却下した原審判は、もとより正当である」と判示して、抗告を棄却した。

【評釈】 本件当事者はインターセックスではないようだが、本決定は、性別は法的には性染色体によって決定されると判示した唯一の高裁判例であった。しかし、次に紹介する平成3年札幌高決の抗告理由は、この名古屋高裁決定に対して、「インターセックスの出生児の性染色体が、XX型かXY型かは、前述したとおりXX型でも男性器、XY型でも女性器を備えている例さえあるから、性染色体を重視して性別を決定することは、誤りである」と主張し、同札幌高決も染色体によって性別を決定することを否定したので、今日では先例としての価値は有しないと思われる²⁹。

27 田中加藤男、前掲注6)256-7頁を参照。

28 家裁月報33巻9号61頁。

29 本決定の評釈として、大島俊之『性同一性障害と法』（日本評論社、2002年）66頁（初出は法律時報55巻1号、1983年）がある。

[4] 札幌家小樽支審平成1年3月30日³⁰

【事実】 申立人は、昭和63年1月2日、〇〇病院において出生したが、出生当初から鎖肛及び外生殖器異常（外生殖器の形態が一見したところ男性型か女性型か明らかでない）の障害を伴う状態にあったため、直ちに人工肛門造設術が施行され、性染色体の検査も行ったところ男性型（46XY）であることが判明したので、同月16日、申立人の性別を男、続柄を二男とする出生届出がなされた。その後、精巣摘出術が施行され、同人に対する今後の治療方針としては、いずれ時期をみて、臍形成術、女性ホルモン補充療法、外生殖器の形成等を行うことが予定されているが、現在においては未だ施行されていない。戸籍の性別記載（続柄）を長女に変更することを申し立てた。

【判旨】 「戸籍訂正は、戸籍の記載が当初から不適法又は真実に反する場合等についてなされるものであるところ、上記の事実からみるならば、申立人については、その性染色体、生殖腺、内性器の形態等からみて、そもそも男子として出生したものであることが明らかであり、更に、申立人は、現在、性染色体はもとより、その他においても女性として何らかの身体的特徴を備えている訳ではないことが認められる。そうであれば、申立人について、戸籍上の性別を男から女に訂正すべき余地がないものといわざるをえず、本件申立ては理由がないものというべきである」として、申立てを却下した。

【評釈】 本審判は平成3年札幌高決の原審判である。申立人は外生殖器が男女不明瞭な形状で生まれたが、排尿障害もあったため、医師と相談のうえ両親は女子として養育することを決意し、精巣摘出手術が行われたが、審判の時点ではそれ以上の女性化治療は行われていない。本審判は、現在の時点において性染色体、生殖腺、内性器の形態等という基準に照らして

30 家裁月報43巻8号62頁。

申立人は男であるとして、女への性別変更の申立てを却下した。外性器の形状を性別判定基準から除外し、かつ、精巣摘出だけでは男から女への性別変更の要件を満たしていないと判断されたことになる。後に本件抗告審決定の検討の際にも触れるが、本事案において、両親が医師の助言に基づいて決定した女性という「養育の性」は妥当だったのか、そして精巣摘出の決定は妥当だったのかは疑問がなくはない。その意味では、本人の意思も不明の現時点において、性別変更の申立てを却下した本審判の結論を一概に批判することはできない（後述、第4章(2)を参照）。本件において、戸籍の性（男）と養育の性（女）との齟齬を、戸籍の性を変更して養育の性に一致させることによって解決することが妥当であるかを検討するためには、本件における養育の性の決定過程をさらに詳しく検討する必要があると思われるので、本事案が抗告審での再審理に付されたことは望ましいことであった。

② 平成3年札幌高裁決定

[5] 札幌高決平成3年3月13日³¹

【事実】 本決定は、[4] 審判に対する抗告審である。

【判旨】 原審判を取り消し、本件当事者の戸籍記載の続柄欄に「二男」とあるのを「長女」と訂正することを許可する。

〔1 本件申立てに至る経緯

(1) 抗告人は、昭和63年1月2日〇〇市立病院において父中山利昭、母中山恵理子〔仮名〕間の第2子として出生した。出生時、抗告人は、外性器の形態が異常であったため、男女いずれとも性別判定が困難な状況であったが、重篤な鎖肛障害があり、早急にその改善を図る必要があったことから、出生に立ち会った産科医らは、抗告人の性別判定を留保したまま、

31 家裁月報43巻8号48頁。

原告人を同病院の小児科に入院させた。

(2) 原告人は、同病院小児科の小佐野医師らによって上記障害の治療を受けるとともに、治療期間中性染色体分析の検査を受けたところ、46XYとの検査結果が出たため、小佐野医師は、原告人の性別は男性であると判断し、この旨担当産科医に連絡した。

他方、原告人の診療にあたっていた産科の木下医師らは、原告人の外性器の形態からして、原告人が今後男子として発育並びに社会的な適応をなしていくことは困難で、女子として養育した方が適切であると考えていたが、小佐野医師から性染色体分析検査の結果原告人の性別は男性と認められる旨の報告を受けたこと、当時出生届をなすべき期限が目前に迫っていたことや早急に出生届を出さないと原告人が保険医療を受けられないといった事情があったほか、一旦出生届をなしても後日原告人の性別を容易に変更できるものと誤信していた（木下医師は、これ以前性別判定困難な出生児を診察した経験がなかった。）ことから、原告人の性別判定について泌尿器科の専門医との打ち合わせをしないまま、原告人の出生証明書の性別欄に「男」と記載し、これを原告人の父利昭に渡した。

(3) 原告人の父利昭は、木下医師らに説明されるまま将来原告人の性別が変更することがあっても、戸籍訂正は容易にできるものと誤信し、ただ、原告人の名については男女いずれでも通用する「和美」という名を命名したうえ、昭和63年1月16日出生の届出をした。

(4) その後、原告人は排尿障害があったため、〇〇大学医学部付属病院泌尿器科の佐々木医師の診察を受けたところ、同医師は、原告人について、外性器の形態からは男女いずれとも判定し難い外性器異常であること（生殖隆起は女性型で男子が有する尿道海綿体が欠如している。）、内性器の両側性腺は精巣で、明らかな子宮、膣は認められないが、会陰部には膣前庭、膣遺残があり（膣形成の際の開口部となりうる。）、尿道は女子としての長さを有すること、右腹部に巨大な膀胱があるとともに、外尿道口狭窄が認

められ、そのため排尿障害を起こしていること、これらの外性器異常、排尿障害及び前記鎖肛の原因は、原告人の脊椎管内に脂肪腫があり、その部位の神経が圧迫されて癒着し、そこから先に伸びる神経が正常に機能していないためであると考えられること、原告人の排尿障害は相当重度で、自力排尿は困難で、人工的間欠的にカテーテルを外尿道口から膀胱へ通して導尿をする必要があります（導尿をしない場合、腎不全等に陥り、生命にかかわる恐れがある。）、そのためには原告人の外性器を女性型に形成したうえ、現在の原告人の女子としての長さを有する尿道を生かすことが最適であること（カテーテルを形成尿道に通すことは困難である。）、他方、原告人の外性器を男性型に形成することは現在の医療水準からすると極めて困難であるうえ、仮に形成できたとしても、性交機能を有する男性型外性器は形成できないこと、さらに、そもそもカテーテルを形成された尿道に通すことは困難であるため、導尿作業自体に支障が生ずること、従って、原告人の生命を維持するためには、原告人に女性型の外性器を形成したうえ、女性として養育することが必要不可欠であるとの診断を下した。（下線は筆者。以下同）

そこで、佐々木医師は、以上の医学的な所見に基づき原告人の父母と相談した結果、原告人を女性として養育していくとの合意に達し、すでに原告人の精巣を摘出するとともに、今後の診療方針として、原告人に対し陰形成術、女性ホルモン補充療法等を段階的に行うことになっている。

(5) また、原告人の父母においては、佐々木医師の上記診断結果に基づき、原告人を女性として養育することを決意し、そのような養育をなすとともに、戸籍上の記載を養育の実態と合致させるため、同医師の勧めに従い本件戸籍訂正許可の申立てをなした……。

2 医学上の性別判定の基準について

(1) 現在の医学上、性分化のプロセスについては、性染色体がXX（女性型）、XY（男性型）のうちどちらの構成をとるかが決定されると、それ

ぞれ性染色体の構成に応じて未分化性腺が卵巣あるいは睪丸へと分化を開始し、分化の完了した性腺の働きにより内性器、外性器がそれぞれ女性型あるいは男性型へと分化するという経過をたどることが知られている³²。従って、正常な性分化が行われる場合（ほとんどの場合正常な性分化が行われる。）、〈1〉性染色体、〈2〉内性器の形態、〈3〉外性器の形態、〈4〉ホルモンの分泌について、男性はいずれについても男性型を示し、女性はいずれについても女性型を示すものであって、性別判定について特段問題が生ずることはない（外性器の形態から容易に性別判定が可能である。）。

(2) しかし、性染色体の異常、ホルモンの異常、発生障害その他の原因により性分化に異常をきたした場合、上記〈1〉ないし〈4〉について、あるものは男性型を示すが、他のものは女性型を示すという場合が起こりうる。例えば、性染色体自体がXX、あるいはXYの構成をとらないターナー症候群（性染色体としてX染色体1本しか有しないため、外性器は女性型でありながら、内性器に卵巣をもたず、あるいは卵巣が顕著に萎縮しているもの）やクラインフェルター症候群（性染色体がXXYの構成となっていて、外性器は男性型となるが、思春期以降乳房が発達するなど女性型の体型となるもの）といった性染色体自体の異常のほか、性染色体は女性型のXXでありながら、内外性器はともに男性型であるもの（逆性）、同一人でありながら、精巣と卵巣の性腺組織を有するもの（真正半陰陽）、性染色体が男性型のXYで、性腺も精巣でありながら、外性器が女性型、あるいは男女どちらとも判定困難なもの（男性仮性半陰陽）などが性分化異常の例として広く知られている。

このような典型的な男性にも女性にも属さない場合（医学上は「インターセックス」と呼ばれる。）、その性別を何を基準として決定するかについて

32 性分化の概略については末尾の【CHART】を参照。より精密な性分化の機序は、麻生、前掲注2)のほか、大阪府立母子保健総合医療センター編『性分化疾患ケースカンファレンス』（治療と診断社、2014年）2頁以下を参照。

ては、かつては医学上においても性染色体の構成を唯一の基準として決していたが、次第に性分化の異常に関する症例報告が増え、研究が進展するに従い、性染色体のいかんは唯一、絶対の基準ではないとされるようになり、現在の医療の実践においては、外性器異常を伴う新生児が出生した場合、異常の原因、内性器、外性器の状態、性染色体の構成のほか、外性器の外科的修復の可能性、将来の性的機能の予測等（これらの要素を考慮するのは、外性器異常を生涯にわたってもつことのハンディキャップ及び劣等感が甚大なものであるからである。）を慎重に勘案し、将来においてどちらの性別を選択した方が当該新生児にとってより幸福かという予測も加えたうえで性別を決定し、その決定に基づいて外性器の形成、ホルモンの投与その他必要な医療上の措置がなされるという扱いが定着するようになってきている。

そして、このような医療の実践が社会通念、国民感情に照らして容認し難いほど不相当であると断ずることはできない。

(3) ……抗告人は、性分化の過程で異常を生じ、性染色体は男性型のXYで、精巣を有するけれども、外性器は尿道海綿体が欠如する男女中間型のいわゆる男性仮性半陰陽であったものと認められる。

抗告人の診療を担当した前記佐々木医師は、抗告人の性染色体はXYの男性型であるけれども、外性器異常を伴う抗告人については、〈1〉抗告人が尿道海綿体を欠如しているため、外性器を男性型に形成することは極めて困難であること、それにもかかわらず抗告人を男性として養育した場合、抗告人が外性器の形態の異常及び機能障害を有することによって受けるハンディキャップ、劣等感は甚大なものであること、〈2〉他方、抗告人の会陰部には膣前庭、膣遺残が認められ、女性型の外性器を形成する際の開口部になりうること、〈3〉そして何よりも、抗告人は生命にもかかわりかねない重篤な排尿障害を負っており、その治療としては、カテーテルを外尿道口から膀胱に通して間欠的に導尿することが必要であるが、そのために

はカテーテルを形成された尿道に通すことは困難で、原告人の現在の女子の長さを有する尿道を維持することが必要であることなどの事情があるため、原告人を男性ではなく、女性と判断したものである（佐々木医師は、このような判断に基づき、その後原告人の父母の同意のもとに原告人の精巢を摘出した。従って、今後原告人の外形が男性化することはない。）。そして、原告人の性別判定に関する上記佐々木医師の医療上の判断が不相当であるということとはできない。

第3 結論

以上説示したところによると、原告人は女性でありながら、その戸籍には筆頭者との続柄が「二男」と表示されていることが認められるから、本件戸籍訂正許可の申立ては相当として認容されるべきである。（付言するに、……本件は確定した性別を他のものに故意に転換するというものではなく、いわば「性別が未確定」の段階であるのにもかかわらず、医療上の誤った報告に基づいてなした出生届出事項を後日判明した正しい性別に訂正するというのにすぎないものである。なお、出生届に関する戸籍実務においては、外性器の異常等により男女いずれとも判定困難な場合、その旨及び後日性別が決定したときに追完する旨を明記したうえ、戸籍筆頭者との続柄欄の記載を空欄として留保したままの出生届を受理する扱いになっているが、本件においても、このような手続をとれば何ら問題はなかったものである。）

よって、原審判を取り消したうえ、本件申立てを認容する。」

【評釈】 本決定は、法的な性別は染色体によって決定され、事後的に変更することはできないとした名古屋高裁の先例を否定し、法的な性別は子の将来の幸福も考慮したうえで決定されるとした画期的な裁判である³³。本件抗告理由は、性別に関する最先端の生物学的な知見を紹介、援用すると

33 本決定の評釈として、村重慶一『精選戸籍裁判例解説』（日本加除出版、2007年）46頁（初出は戸籍時報411号、1992年）、大島、前掲注29）76頁などがある。

ともに、前出の田中加藤男判事の研究に依拠してインターセックスの性別変更を認めた未公開の裁判例を発掘し、さらにインターセックスについては性別変更を認めるのが法務省の戸籍先例であることを指摘し、本件にもこれらの判例や戸籍先例が打ち立てた基準を適用して戸籍の続柄記載を変更するよう主張し、原審を覆させた。

本決定については、新生児の性別決定に際して性染色体のみで決定するとした旧判例（昭和54年名古屋高決）を否定したこと、そして性別の決定に際しては、様々な生物的な要素に加えて、いずれの性別を選択することが将来の子にとって幸福かも勘案して決定すべきであるとしたことは評価できる。しかし、生物的には男性の要素が強かったと思われる本件の子どもに対して行われた精巣摘出を含む女性化治療を追認したことには、今日の時点からみると疑問が残る。本件当事者は0歳の時点で両親の同意によって精巣摘出手術を受けている。1988年当時は、2歳までの早期に性再適合手術を実施することが望ましいという学説もあったようであるが、はたして本件時点で精巣摘出の必要はあったのだろうか。私たちはブレンダ事件（第4章(1)参照）の不幸な予後を知っているだけに疑問が残る³⁴。生命に危険の及ぶ重篤な排尿障害の治療のためのやむを得ない処置が必要だったことには異論はないが、この時点で精巣摘出の要否について医師間で十分な検討が行われたのか、父母には十分な説明が行われたのだろうか。本事案の当事者が、両親と医師が相談して決定した女性という養育の性（かつ戸籍の性別）に順応して、本件裁判官も期待した幸せな人生を歩んでいることを祈りたい。

いずれにせよ、本件こそが出生子の性別決定基準に関する現時点におけるわが国のリーディングケースである。

34 なお、後出の〔6〕水戸家裁土浦支部平成11年7月22日審判の事案も同様の危惧を抱かせる経緯をたどっている。

③ 平成3年札幌高決以後の事例

[6] 水戸家裁土浦支審平成11年7月22日³⁵

【判旨】

主文 本籍茨城県（中略）××番地筆頭者Aの戸籍中、△△の続柄欄に「長女」とあるのを「長男」と訂正することを許可する（確定）。

理由

第1 本件申立の要旨

1 申立人△△は、昭和46年6月4日A、B夫婦間の「長女」として出生届がなされた。申立人は、出生当初から男性とわかっていたが、外陰部に異常があり、精巣が外に出ておらず中に入っていたため、両親が医師と相談した結果女性として育てた方がよいということになり、女性として出生届をした。

2 申立人は3歳の頃に開腹手術をし、左方の睾丸を摘出しているが、成長するに従い体質的に男性であることがはっきりするようになり、周囲から女性として扱われて生活するのが段々苦痛になってきた。

3 申立人は自分の性に悩み、24歳ころ、3歳時に手術を受けたことのある甲病院に行き、同病院の〇〇医師から、申立人は男の身体をしているが、男性としての機能が果たせないから、女性のままで生きた方がよいのではないと言われた。しかし、申立人は好きな女性ができ、女性のままで生きていけないと考え、再び〇〇医師に相談したところ、同医師からも本件申立につき指導された。よって、主文同旨の審判を求める。

第2 当裁判所の判断

本件記録及び家庭裁判所調査官の調査結果を総合すると次の事実が認められる。

1 略（理由第1、1要旨とほぼ同じ）

35 家裁月報51巻12号40頁。

2 申立人は、昭和51年4月から幼稚園に入園したが、物心がついたころから母から女らしくするように言われており、男の子の遊びをすると叱られるので、いつも女の子と遊ぶようになっていた。昭和53年4月に小学校に入学したが、成長するにつれて体質は男性で高学年になると声は低くなり、女友達が生理の話をしているのを聞いても、自分には生理が一切ないので関係のない話だと思っていた。昭和59年4月には中学校に入学したが、周囲の女子生徒に合わせて女性として生活していた。男子生徒のことは全く気にはならなかったが、女子生徒を可愛いと思ったり、夢の中に時々裸の女性が出てきたりしていた。申立人は何故成長した女性になれないのかと思っていた。昭和62年4月高校に入学し、同じクラスに好きな女の子ができたが、自分には肉体的な限界があり、相手に自分の気持ちを伝えることはできなかった。男子生徒からも交際を求められたが、はっきりした返答ができず、曖昧なことを言って断ったりした。申立人は自動車デザインが好きで平成元年4月にデザインの専門学校に進学した。この専門学校は男子ばかりで女子は申立人1人のみで特別扱いされ馴染めず平成2年夏に中退し、その後、申立人は1年位家に籠もる生活をしていたが、平成4年5月から〇〇のルート販売の会社に就職し、現在も稼働中である。〇〇のルート販売をし、小売店を回っていると行く先々で男か女かと質問され、相談に乗ってくれた人が病院に行くことを勧めるので、申立人も1人で悩んでいても解決しないと思い思い切って、平成4年5月頃丙病院産婦人科に出かけて受診した。受診の結果は性染色体はXYであり、睾丸が残っているので男性であるが、この睾丸はほっておくと腫瘍の恐れがあるので摘出した方がよいと言われた。

3 平成8年5月頃、申立人は、甲病院の〇〇医師のところへ赴き面接した。同医師からは申立人は男性の身体をしているが、そのまま女性として生活していった方がよいと言われた。この頃、申立人には好きな女性ができ、相手の女性も申立人に好意を抱いていたが申立人の立場は、戸籍上

は女であるし普通の男性の身体ではないので、明確な態度がとれず、相手の女性からの交際の申し出を受け入れることができなかった。申立人は自分を男性として見てくれる人がいたこと、将来、申立人に好きな人が現れるかも知れないと思い戸籍の上だけでも男になりたく本件申立をした。

4 申立人の病名は、男性半陰陽であり、申立人の性染色体は46XYであり、生殖腺の分化形成から見た外見（表現型）は女性であるが申立人の本来の性は男性である。睾丸の働きだし（4週間位の間に形成される）が遅れたため、出生時、外陰部異常が見られたものである。申立人は出生当時、両側に精巣を有していたが生後11か月時の診断で男性半陰陽が分かった。手術のための麻酔が使えるようになるのを待って、3歳時に左側睾丸の除睾丸術と外陰形成が施された。除睾丸術はホルモンのバランスをとるため睾丸の右側を残し思春期に入り男性化が起こる時期にその右側の除睾丸術を施すことになるが、申立人はその除睾丸術を行っていない。また、この間性別自認の社会適応を図る必要があったが、申立人は通院等はなくフォローがなされなかった。触診等で見た申立人の残りの精巣は発育は悪かったため、同医師は申立人が来院した平成8年5月頃、申立人は女性として生きていく方がよいのではないかと話をした。しかし申立人の性別自認は一貫して男性であり、同医師と申立人の面接においても申立人は男性か女性かについての揺らぎは今後もみられることはないと思われたので、同医師は申立人を男性とするため今回の戸籍訂正申立を指導した。申立人は今後の性器の手術等により、男性としての性行動は可能であろうと思われ性的快感も得られるであろうが射精は出来ず、精子は作れないので女性を妊娠させる能力（妊孕性）はない。

第3 結論

以上の認定事実によると、申立人の性染色体は46XYであり、診断書による病名は男性半陰陽であり、本来の性は男性であること、睾丸の働きが遅れたため出生時外陰部異常がみられ3歳児に左側の除睾丸術と外陰形成を

施されたが、思春期に右側の除睾術は施されておらず、申立人の性別自認は一貫して男性であり、男性か女性かについての揺らぎは今後はみられることはなく、妊孕性はないものの性器の手術等により男性としての性行動が可能であることが認められる。そうすると、申立人が女性であることを前提とする戸籍の記載は真実に反するものというべきであるから、戸籍法113条により主文のとおり審判する³⁶。

【評釈】 本件は、ブレンダ事件（後出，第4章(1)参照）の「日本版」といっても過言ではない経過をたどった事件である。申立人は1971年に生まれた。性染色体はXY型、停留睾丸を有する男性だが、外性器に異常があったため、医師から女性として養育することを勧められた両親によって女性として出生届がなされ、3歳の時に片側の睾丸を摘出された。しかし第2次性徴期前後から男性としての性自認が芽生えたため医師を受診したが、かえって、平成4年にはがん化のおそれを理由に残存する側の睾丸の摘出を勧められ、平成8年の受診時にもなお女性のままで生きることを勧められた挙句、同年ようやく男性として生きること理解を示す医師に出会うことができ、その助言で本件性別変更の申立てを行ったものである。

本件申立人が生まれた1970年代の新生児医療の現場では、男性外性器の形成手術の困難さから男性と判明していても女性として養育する方向に誘導するのが一般的だったようであるが、本件子どもの外性器に関する本件審判の認定を読む限りでは、男性として養育することがそれほど困難であるようには思われぬ。出生の時点で担当医師が女性として養育することを勧める助言を行ったことの当否は当時としても疑問があり、とくに3歳の時点で行われた片側精巣摘出は（後知恵とはいえ）早計に過ぎた感を否めない。申立人が深刻な悩みを抱くようになって以降も睾丸摘出を勧めた

36 本審判の評釈として、村重、前掲注33)66頁、大島、前掲注29)83頁、澤田省三・戸籍708号（2000年）23頁、田中恒朗・平成11年度主要民事判例解説（判タ1036号、2000年）170頁などがある。

り、なおも女性として生きることを勧めた医師の助言の妥当性はさらに疑わしい。結論として、本審判は申立人の性別変更を認めたが、本人の自己決定であり、本来は生物的にも男性だったのであるから当然の結論といえる。

わが国の判例法においても、イギリス法同様、インターセックスの者に関して出生届の時点でなされた戸籍上の性別記載を変更することは、トランスセクシャルの者の性別変更に比べると許容的であるといえる³⁷。なお、その後の関連判例として、[7] 東京高決平成9年3月28日³⁸ および、[8] 東京高決平成12年2月9日³⁹があるが、いずれもトランスセクシャルの事案であり、インターセックスの事例ではない（ただし[8]の抗告理由中にはインターセックスへの言及がある⁴⁰）。

(2) 出生届の性別記載に関する戸籍実務

① 法務庁民事局長回答（昭和23年12月1日）

平成3年札幌高決の抗告理由は、「出生当時男女の性別を判定できないため、出生証明が作成不能であり、同証明を添付できない出生届、又は性別欄の記載がなされていない出生証明を添付した出生届であっても、監督法務局長の指示により、追完を前提として出生届は受理される扱いとなっている」と主張して、昭和23年12月1日法務庁民事局長回答民事甲1998号を援用し、同決定もこれを援用している。わが国の出生届に関する戸籍実務においては、外性器の異常等により男女いずれとも判定困難な場合には、その旨及び後日性別が決定したときに追完する旨を付記したうえ、出生子

37 この点はスコットランド判例法とほぼ軌を一にする。家永、前掲注5)を参照。

38 D1-Law.com 判例体系所収（判例ID：28162112）。棄却。

39 高民集53巻1号79頁で抗告棄却。村重、前掲注33)71頁によれば、最決平成15・6・1（戸籍時報559号3頁）で特別抗告も棄却された。

40 これらの評釈として、村重、前掲注33)71頁、石井美智子・判タ1065号168頁、金亮完・戸籍時報605号26頁などがある。

の性別欄（父母との続柄欄）を空欄としたままの出生届を受理する扱いになっているのである。同決定の評釈において大島俊之教授は、「上の取扱いについて、医学関係者（産婦人科医、小児科医など）および戸籍事務関係者に対して、啓蒙する必要がある」と指摘する⁴¹。村重慶一弁護士も、このような戸籍実務の扱いを紹介したうえで、本件を、「性別が未確定」の段階であるにもかかわらず、「医療上の誤った報告に基づく出生届出事項を後日判明した正しい性別に訂正するものである」と性格づけている⁴²。その後、星野一正教授も、同決定および上記民事局長回答を紹介し、「出生届の用紙に、『男女識別不能』あるいは『性別判定が可能になるまで性別記載保留』の項目に該当する場合はそのいずれか該当する項に印をつけ、性別を記入しない出生証明書を添付して出生届を提出することが可能である」旨を出生届用紙に印刷して、出生届に関する戸籍実務における性別未定の取扱いを国民に周知させることを提案している⁴³。

② 法務省民事局第二課長電報回答（昭和35年5月25日）

上記の昭和23年民事局長回答（民事甲1998号）は現在では『戸籍先例全集』には収載されておらず、代わって、同旨の表題のもと、以下の民事局回答が掲載されている⁴⁴。

「水戸地方法務局長電報照会（昭和35年5月21日）出生証明書中、子の男女欄に擬性半陰陽と掲記され、男、女いずれにも圈点のない嫡出子について、届出人（父）から届出中の父母との続柄欄を空白として出生届がなされた場合はそのまま受理して差支えないか。

41 大島、前掲注29)82頁。

42 村重、前掲注33)48頁、50頁（初出は戸籍時報411号50頁、1992年）。

43 星野一正「性は『男と女』に分けられるのか」時の法令1624号（2000年）56頁以下。

44 『戸籍先例全集』（2016年1月25日現在の差替版）【1392ノ32】。上記村重、大島両氏の解説には平成3年札幌高決の抗告理由に依拠して昭和23年回答が引用されている。

民事局第二課長電報回答（昭和35年5月25日民事(二)発210号）電照の出生届は、届書のその他の事項欄に、父母との続柄の記載が遺漏したものでないことを明らかにするための所要の記載をさせて受理する取扱でさしつかえない。」

戸籍実務の解説書によれば、上記回答にいう「所要の記載」としては「出生子は擬性半陰陽のため、父母との続き柄の男女の別は記載できない」旨を医師らに補記してもらい、それによって、男女欄および父母との続柄欄の無記載が届書の記載遺漏によるものではないことを明らかにする取扱いになっているという⁴⁵。

③ 戸籍実務におけるこのような取扱いは、出生時にその性別を判定して決定することが困難ないし不可能な子どもに配慮した妥当な扱いである。出生届の戸籍実務においてこのような取り扱いがなされており、性別判定が困難な場合には男女の別を記載しないままの出生届出が可能であるという事実は、もっと父母、医師・助産師、戸籍担当者らに周知されるべきである。平成3年札幌高決事件の弁護士は、抗告理由において、「本件出生証明の作成に関与した医師ら及び抗告人の両親は、このような知識を有しなかった」と述べている。

しかし、性別未確定のままで出生届が受理されるとしても、男女二分法を前提とする現行法のもとでは、どこかの時点で男女の性別を決定し、出生届の性別欄（父母との続柄欄）の記載を追完しなければならない。子どもが生まれた時点において、その子を育てる際の性別（養育の性）を決定する者は親以外にいない。親は、医師らの医療スタッフと相談し、経験のある専門医の意見や、同じ状態で生まれた子を持つ親の意見なども参考にして、養育の性を決定することになる。しかし養育の性を決定する親の権利も、子の利益のために行使しなければならない（民法820条）。少なく

45 荒木文明『戸籍のためのQ&A「出生届」のすべて』（日本加除出版、2008年）197-8頁。

とも、将来の子ども自身による自己決定を制約する生殖器摘出などの不可逆的な治療は控えるべきである。1～2歳の幼少期に性的態度が明確になる子どももあるが、その後の脳（性中枢）の性分化を経て、最終的には第2次性徴が現れる思春期以降に、子ども本人が自分が生きる性を決定して、追完することになろう（第4章(2)③⑥で再論）。

第4章 親による性別決定と子どもの自己決定

(1) ジョン・ジョアン事件の教訓

生殖器摘出手術を含む早期の性別決定に対しては、現在では懐疑的な意見が少なくないが⁴⁶、他方で、一定の性分化疾患に対して初期（1～2歳時）の生殖器摘出手術を推奨する意見は現在でも存在する⁴⁷。Davis氏は、インターセックスの乳幼児に対して生殖器摘出などの性再適合手術が行われていることを繰り返し批判するが⁴⁸、その背景には、過去の痛ましい事件への反省がある⁴⁹。

その事件は、1960年代末にジョンズ・ホプキンス病院で起きたジョン・ジョアン事件（ブレンダ事件ともいう）である⁵⁰。1966年、カナダ・ウイ

46 Georgiann Davis, *CONTESTING INTERSEX : THE DUBIOUS DIAGNOSIS* (New York Univ. Press, 2015) pp. 77～78, pp. 91～92. et al.

47 A. B. Wisniewski et. al., ed., *DISORDERS OF SEX DEVELOPMENT : A GUIDE FOR PARENTS AND PHYSICIANS* (The Johns Hopkins University Press, 2012) p. 62 ff. 参照。

48 G. Davis, op. cit., n. 46, p.24, pp. 78～, p. 84, pp. 90～, p. 158など。

49 G. Davis, *ibid*, p. 58 ff., 麻生, 前掲注2)16頁以下などを参照。

50 ジョン・コラピント／村井智之訳『ブレンダと呼ばれた少年——ジョンズ・ホプキンス病院で何が起きたのか』（無名舎, 2000年）。同書は性腺摘出手術を伴う「治療」に理論的根拠を与え（後にそのような「理論」は否定された）, 「治療」を実施した John Money と当事者家族の関係を中心に同事例をドキュメントする。以下の紹介は同書による。G. Davis, op. cit., n.46, p.61 ff. も参照。同書初版の出版後に兄弟に起きた悲劇については, John Colapinto, *AS NATURE MADE HIM : THE BOY WHO WAS RAISED AS A GIRL* (Harper, 2006) P. S. p. 10, 麻生, 前掲注2)22頁, 星野一正「乳

ニペグ州の片田舎に一卵性双生児の兄弟が生まれた。兄ブルース（匿名でジョンと呼ばれた）には包茎による排尿障害があったため、包茎の切除手術を受けることになった。ところが、執刀医が電気メスの操作を誤ったためペニスに重度の火傷を負ったジョンは、生後8か月でペニス切除手術を受けざるを得なくなってしまった。両親は、自信に満ちて自説を展開する姿をテレビで見て、ジョンズ・ホプキンス病院の性科学者（医師ではない）ジョン・マネーを受診する。人間の性自認は生まれながらのものではなく育て方によって形成されるという趣旨の主張を展開して一部の医学者やフェミニストの支持を得ていたマネーは、去勢手術を受けたジョンを女の子として養育することを提案し、両親もこれに従い、名前もブルースからブレンダ（匿名でジョアンと呼ばれた）に改めた。一卵性双生児の一方の「養育の性」を女に変更して養育し、他方は生物的な性（男）のままて養育して、両者を比較することによって養育の影響を実証するという願ってもない機会をマネーは得たのだった。

しかしジョアンはまったく女性化することなく、自分を男と認識し、男の子の遊びを好んだ。マネーは、彼の行動が「トムボーイ症候群」（おてんば娘）にすぎないと一蹴し、女性化への努力が足りないと両親を叱咤した。しかし、ジョアンは女の子らしく振舞うことをあくまで拒否し、11歳になるとマネーの診察を受けることも拒否する（「診察」の具体的内容は同書第5章に詳しい）。ジョアンを女の子として養育することがうまくいっていないことはマネー自身認識していたようだが、マネーは自分の仮説を証明する症例としてジョン（＝ジョアン）の事例を発表し、著書でも紹介したため⁵¹、本事例はマネー仮説の成功例として世界的に有名になっ

児の陰茎切断医療過誤事件」時の法令1618号（2000年）51頁などを参照。

51 ジョン・マネー『性の署名：問い直される男と女の意味』（朝山新一他訳、人文書院、1992年）111頁など。原書はJ. Money, P. Tucker, *SEXUAL SIGNATURES: ON BEING A MAN OR WOMAN* (1975)。

た。しかしこの症例に疑問を感じたBBC放送がブレンダを探し出し、実名や住所を秘匿することを条件に両親の承諾を得て1980年3月に番組で紹介し、さらに、従来からマネーの仮説や「治療」に疑問を抱いていたミルトン・ダイヤモンド（ハワイ大学）もこの事例に疑問を呈する記事を投稿した。ダイヤモンドは、若いころから「性自認はホルモンの影響によって胎児の脳に刻印されている」と考えて実験を続けてきた生物学者である。この番組をきっかけに、両親から真実を打ち明けられたジョアンは男として生きることを決意し、名前もデイビッドと改めた。そして本書の著者コラピントとのインタビューに応じ、実名での発表を許可する。その後、すべてを知ったうえで理解を示す女性と結婚したデイビッドは、妻が前婚でもうけた3人の子らの父親にもなった。

その後は双子の兄弟に普通の人生を歩んでほしかったが、原書の最新版には、初版刊行後に兄弟を襲った悲劇が「悲劇的な追記」として付されている⁵²。兄弟の母親は抑うつ症状に悩まされ、父親はアルコールに依存するようになった。双子の弟ブライアンも抑うつ症状に悩まされ、仕事を失い、妻に離婚され、子どもの監護権も失い、2002年に薬物を大量に服用して死亡した。両親が兄の治療にかかりきりだったことは、幼少期から弟に疎外感を与えていたのである。弟の死に対する強い罪悪感に苛まれた兄デイビッドも、やがて定職を失った挙句にアルコール依存に陥り、妻から一時的別居を提案された翌日に自殺してしまったのである⁵³。マネーの「治療」は、今日の研究倫理から見て多くの問題ををはらんでいるが⁵⁴、1970年代においても、ニュールンベルグ裁判で裁かれたナチスの人体実験や、タスキギー事件（被験者の承諾なしにアメリカ国内で行われた梅毒実験）などに対する批判はすでに多数公表されており、批判の対象は医学分野だけ

52 J. Colapint, *op. cit.*, n. 50, P. S., p. 10.

53 *Ibid.*, P.S., pp. 10-14 (“David Reimer: A Tragic Update”).

54 コラピント、前掲注50)79～80頁に引用されたマネーの本症例の報告などを参照。

でなく行動学や心理学分野の実験にも及んでいたのである⁵⁵。事実が明るみに出て以降マネーは本事例について沈黙を貫いたが、今日ではダイヤモンドらの主張のほうが有力視されているようである⁵⁶。

(2) 子どもによる性別の自己決定

① 成熟した未成年者の原則と親権遡減の原則

子どもの性別決定を法的視点から見ると、自分が生きてゆく性（性別）を決定する子ども本人の権利と、子どもを養育する際の性別を決定する親の権利・義務との調整をどのように行うべきかという問題になる。基本的な枠組みとしては、子ども本人の理解力・判断力の成熟に従って、親の権利は次第に小さくなってゆき、当該問題に関する子ども本人の判断力が十分に成熟した時点で親の決定権は終了することになる。これを「成熟した未成年者の原則」といい、親の権利の側からは「親権遡減の原則」という⁵⁷。

出生時に子どもの生物学的な性別が確定できない場合における、子どもの性別決定についてもこの原則が妥当する。性別は個人の人格の最も本質にかかわる事項であるから、とくに本人の意思が尊重されるべきであるが、新生児は自分の意思を表明できないから、親が医師らから十分な説明を受

55 タスキギー事件については、星野一正「タスキギー梅毒人体実験と黒人被害者への大統領の謝罪」時の法令1570号（1998年）45頁以下などを参照。1970年代の人体実験一般に対する批判については、家永登「人体実験をめぐる英米思潮の動向」同著『子どもの治療決定権』（2007年、日本評論社）所収244頁以下（初出は1974年）を参照。

56 P.-L. Chau and J. Herring, "Defining, Assigning and Designing Sex.", *International Journal of Law, Policy and the Family* 16 (Oxford Univ. Pr., 2002) pp. 335-9, コラピント, 前掲注50)185頁以下, 麻生, 前掲注3)32頁以下などを参照。

57 「成熟した未成年者の原則」については家永, 前掲注55)90頁以下などを, 「親権遡減の原則」については有地亨『新版家族法概論(補訂版)』（2005年, 法律文化社）190頁を参照。

け、関係者らと相談する機会を得たうえで、養育の性を決定し、治療方針についても決定することになる。その際に、わが国では「性別未確定」という選択が戸籍実務で認められていることを再度強調しておきたい（第3章(2)参照）。そして、最終的には、能力の成熟した子ども本人が自らの性別を最終決定することになる。

② 早期の性再適合手術の回避

出生からできるだけ早期に性再適合手術を実施し、出生時の生物的事実を子どもには秘匿したまま、親が決定した性別によって子を養育すれば子どもはその性別を受容するようになるというマネー仮説が否定された現在では⁵⁸、親は、子どもを養育する際の養育の性をどのように決定すればよいか。

子どもの性別決定に伴う問題のうち、外性器の整容手術（cosmetic surgery）については、尿道開通、失禁防止、膣による性交可能性の保持などといった治療目的のある場合を除いて⁵⁹、子どもが男女いずれかの性的態度を明確に示すようになった幼児期の早い時点で実施すべきという説と、子どもが自己決定できるような年齢と成熟に達してから本人自身が決定すべきであり、それまでは男女いずれでもないインターセックスとして養育すべきであるという説が対立するようである⁶⁰。前説が、思春期以降になってからの手術は子どもにトラウマを残すとして後説を批判するのに対して、後説は、子どもがいずれかの性的態度を明確に示すようになったの

58 ジョン・マネー、前掲注51)は、性自認の臨界期は言語習得の臨界期と一致する(131頁)、それは生後1年ちょっとの時期であるというが(118頁)、ブレンダ事件のブレンダ(デイビッド)は生後21か月の時点で「去勢」が行われている(117頁)。

59 Wisniewski et al., op. cit., n. 47, p. 67. 平成3年札幌高決の事案のように、排尿障害の治療のために必要な場合など、新生児期の外性器や排泄器の手術がまったく不要というわけではない。

60 Chau and Herring, op. cit., n. 56, p. 335, p. 339.

であれば、性的アイデンティティ確立を目的とした手術を実施する緊急性はないと反論する。さらに、極小ペニスの者に対するペニス除去などの女性化手術を推奨する説の背景にある〈明確に「男」でない者は「女」である〉という思想の問題性、性的快感を減殺・喪失させてまで性器の外見を整容する拡大クリトリスの縮小または除去手術への疑問、子どもの性器の外見は日常生活で外部に露見する機会はそれほど多くないという実際上の理由などから、早期の外科手術を疑問視する見解もある⁶¹。本稿の冒頭で紹介したエピソードのように、日本では「立小便」の能否が問題となるが、英米でも立小便の問題がないわけではない⁶²。

もう1つの問題は性腺（精巣、卵巣）摘出手術である。ブレンダ事件ではこれも整容手術と同時にこなされた。性腺摘出は不可逆的であり、その子どもの将来の生殖能力を喪失させるから、幼少期の実施は可能な限り回避すべきであることに現在の医学界で異論はないと思われる⁶³。しかし現在でも、腹腔内停留睾丸のがん化の危険を理由として早期の性腺摘出を推奨する医師も少なくない⁶⁴。その場合に、がん化のリスクと性腺摘出のリスクとはどのように衡量しているのだろうか⁶⁵。停留睾丸のがん化のリスクについては症例数も多くないようなので⁶⁶、リスクに関する正確な数値

61 Ibid, pp. 338-339.

62 コラピント、前掲注50)188頁参照。ブレンダ(=ジョアン)は立小便に固執した。

63 Wisniewski et al., op. cit., n. 47, pp. 54-55 も、卵巣精巣性DSD、部分的アンドロゲン欠損症、同不応症などの場合の精巣摘出は、その不可逆性を理由に不推奨としている。

64 Ibid., p. 47, p. 61, pp. 62-66. ただしがん発症率は疾患によって異なるから、危険が低率ならば性腺摘出は延期できるとする(p. 66)。

65 大阪府立母子保健総合医療センター編、前掲注32)17頁に掲載された生殖細胞腫瘍の悪性化リスクの統計では、疾患により0% (5 α -還元酵素欠損症)から60% (Fraser 症候群)までの数値が挙がっており、とくに腹腔内停留精巣については性腺摘出が推奨されている。なお、Wisniewski, et al., op. cit., n. 47, p. 62, et. al. も参照。

66 大阪府立母子保健医療センター編、同上、同頁(17頁)に生殖細胞腫瘍の発症リスクの統計が掲載されているが、症例数は少ない。

を挙げた説明, さらには信頼できる専門機関のセカンドオピニオンを得る機会の提供が必要であり⁶⁷, がん化のリスクだけでなく性腺摘出の心身両面に対するリスクについても公平な説明が必要である。

早期の性再適合手術を控えるべき理由は他にもある。例えば 46XX 型 DSD (Disorders of Sex Development: 性分化疾患) 患者 (先天性副腎過形成 [CAH]⁶⁸) では, 女性として養育された者のうち 95% が女性としての性自認を有するようになるというが⁶⁹, 逆にいえば, CAH の患者のうち 5% は養育の性に適応できないのである。今日では性染色体や性腺・性器のみを基準として生物的な性別を決定することは不可能と考えられており, 脳 (性中枢) の形成や第 2 次性徴に向けたホルモンの影響なども考慮して性別を決定しなければならない。幼少期に親が医師と相談して決定した養育の性に適応できない者が一定数存在する以上, 不可逆的な性再適合手術はできるかぎり控えるべきであろう⁷⁰。

外形的に性別の曖昧な外性器 (ambiguous genitalia) に対する整容手術や性腺摘出手術, さらにはホルモン投与なども含めて, 性別を男女のいずれか一方に方向づけるための治療について, Chau 氏らの論文は, Bellinger 事件控訴院判決が援用した精神科 Green 医師の証言に依拠して⁷¹, 今日のイギリスの臨床現場では, 本人が十分に成長して自らの希望を表明できるようになるまでは, 早期の外科手術は控えて, 「成り行きを見守る」

67 日本小児内分泌学会性分化委員会「性分化疾患初期対応の手引き」(同委員会性分化疾患に関する研究班, 2011年)はその冒頭で, 「性分化疾患は, その取り扱いについて経験の豊富な施設で扱うべき疾患である」と警告している。

68 大阪府立母子総合医療センター編, 前掲注32)110頁によれば, 染色体は女性型 (XX 型) だが, 遺伝子の異常により過剰な副腎アンドロゲンが産生されるために女子外陰部の男性化が起こる疾患である。

69 Wisniewski et al., op. cit., n. 47, pp. 51-2.

70 Wisniewski, ibid, p. 49 ff. は不可逆的な性腺摘出に消極的ではあるが, 同書60頁以下は性腺摘出を選択肢の1つとして提示することを躊躇しない。

71 Bellinger v Bellinger [2001] EWCA (Civ) 1140, para 116iv.

(wait and see) というアプローチが一般的であると述べる⁷²。Bellinger 裁判における Green 医師の上記証言は⁷³、その後の判例においても頻繁に引用されている⁷⁴。

③ 性別未確定の子どもの性別決定

わが国で性分化疾患 (DSD) 患者に積極的に対応している大阪府立母子保健総合医療センターの位田忍医師らは、ハワイ大学のダイヤモンド教授が同センターで行った講演において、性別決定は本人の自己決定まで待つべきであると述べたことを紹介しつつ、しかしわが国の現状では「両親の気持ちに寄り添い、できるだけ早期に社会的性別を提言し、……サポートを行いながら養育し、将来、本人が性別に違和感をもったときには変更できることを伝えておく」というのが、同医療センターの臨床方針であると紹介している⁷⁵。わが戸籍実務においては性別判定の困難な子の出生届出については届出期限が猶予されているのであるから、出生から14日以内という期限にこだわる必要はないが、長期間にわたって「性別未確定」状態のままに養育することは子どもの利益を損なう場合もある。また、出生時に性別未確定だった子に関して、一応の性別を届け出たとしても、後に性別訂正許可の審判を得ることは比較的容易であるから (第3章(1)参照)、同センターの助言も理解できなくはない⁷⁶。

しかしブレンダ事件のように、両親が決定した養育の性に違和感を持ち

72 Chau and Herring, *op. cit.*, n. 56, p. 339.

73 Bellinger v Bellinger, *op. cit.*, n. 71. 同医師の証言は、判示では「子どもが十分な年齢に達して、自らの希望を表明できるようになるまでは、むしろ成り行きを見守る (wait and see) というアプローチがある」となっている (para116iv)。

74 前掲、注5)の拙稿 (未刊) を参照。

75 大阪府立母子保健総合医療センター編、前掲注32) ii 頁、17頁 (位田忍)。

76 大阪府立母子保健総合医療センター編、同前17頁は、子どもの性別の自覚は1歳～1歳6か月までに確立するという。

思春期以降に悩むことのほうが、学校でのいじめなどより子どもにとって悲劇的な場合もある。停留睾丸のがん化予防を理由とする早期の性腺摘出についても、自分のあずかり知らないところで両親と医師によって決定され、実施された性腺摘出の結果を子どもは運命として受け入れることができるだろうか。Herring 教授らも、排尿障害の除去など医学的な理由がある場合を除いては、子どもが自ら決定できる十分な年齢に達して性器官の外見の変更を希望するようになるまでは、医療処置は待つべきであるとする⁷⁷。最近では、学校等においても次第に子どもの性的多様性に配慮がなされるようになりつつあるから、就学時まで性別を決定する必要性は以前に比べれば低くなったと思われる⁷⁸。

④ 性別未確定を許容する諸外国の動向

広渡教授は、近代以前のドイツにおいて、両性具有者の性別が本人の自己決定に委ねられていたことを紹介されたが⁷⁹、Chau 氏らの論文も、近代以前において両性具有者の性別は成人した本人の選択に委ねられていたことを紹介する。同論文によれば、性別決定に医師が関与するようになるのは20世紀に入ってからのことである⁸⁰。近代以前のほうが、人間の性別は人知をもってしては確定できない場合があることに対して謙虚な態度をとっていたのに対して、ドイツ民法典は、すべての人間は男女いずれかに分類できるという19世紀末葉当時の、現在から見れば不完全な生物学的知見に依拠して男女二分法制を採用したのであった。そのドイツでも2013年

77 J. Herring, and P.-L. Chau, "Assigning Sex and Intersexuals" [2001] Family Law, p. 766.

78 大阪府立母子保健総合医療センター編、前掲注32)50頁以下は、性分化疾患(DSD)で生まれた子どもおよび親に対する成長段階ごとの心理的ケアの必要性について述べる。

79 広渡、前掲注9)247頁。

80 Chau and Herring, op. cit., n. 56, p. 334.

に性別未確定の出生登録が認められるようになった⁸¹。BBC News によれば、ドイツは「出生時に〈性別未確定〉の登録を認めたヨーロッパで最初の国になった」旨の見出しとともに、「両性の性質を有する子については、出生登録に際して、男 (male) でも女 (female) でもない登録を認めることになった」旨の記事が掲載されている^{82,83}。

ちなみに、イギリスでは、1953年出生・死亡登録法 (Births and Deaths Registration Act 1953) 2条によって、子の出生に際して登録義務者 (父母ら) は出生から42日以内に登録の義務を負う。登録すべき事項は、出生の日時・場所、子の名、氏、性別 (sex)、親の氏名・住所などとなっており、子の性別の登録が必要とされている。しかし、内務省の報告書によると、「民事登録に関して、政府は困難な状況においては柔軟な対応を認めてきた。インターセックスの子の出生証明の発行は延期することができるし、また後日修正することもできる」とされている^{84,85}。一般論としては、

81 “Germany allows ‘indeterminate’ gender at birth” (<http://www.goeasycostarica.com>) (2017年5月21日閲覧)。ドイツ身分登録法22条3項は、性別の記載なしに出生登録を行うことを認めた。この場合出生登録簿の性別欄は空欄となる (佐々木健准教授のご教示による)。

82 <http://bbc.com/news/world-europe-24767225> (2017年5月17日閲覧)

83 Independent 紙によれば、染色体=男、外性器=女、性器官=両性の (出生登録上は) 女性に対して、ニューヨーク市当局は出生登録の性別記載を「男 (male) でも女 (female) でもなく『インターセックス』とする (read intersex)」出生登録を認めたため、この女性はいかかる出生登録を取得した最初のアメリカ人となった旨を報じている。ただし具体的にどのような記載がなされたのかは明らかでない (<http://www.independent.co.uk/news/world/americas/first-intersex-certificate-issued-us-55-year-old-trans-lgbtqi-sara-kelly-keenana7501501.html>) (2017年5月17日閲覧)。

84 Chau and Herring, *op. cit.*, n. 56, p. 345, and p. 361 n. 130 に引用された Home Office (2000) at para 3.6.3.

85 P.-L. Chau and J. Herring, “Men, Women, People: The Definition of Sex” in B. Brooks-Gordon et. al. ed., *SEXUALITY REPOSITIONED: DIVERSITY AND THE LAW* (Hart, 2004) p. 201, n. 47 は、この内務省報告書が、インターセックスの子の出生登録は

出生時に登録された性別は出生時の状態を登録したものであるから原則として変更することができず、とくにトランスセクシャルの性別変更は Corbett 判決以来の判例法によって認められなかったが、2004年ジェンダー承認法 (Gender Recognition Act 2004) で認められるようになったのに対して、インターセックスの者による出生登録の性別を変更する申立ては従来から比較的容易に認められてきたといえることができる⁸⁶。問題はインターセックスと認められる証拠を確保しておかなければならないこと、および依然として最終的には男・女の何れかに属さなければならないことが指摘されている⁸⁷。

⑤ 社会生活における男女二分法の再検討

イギリスでは、現時点ではパスポートに男女の性別記載が要求されているが、2004年ジェンダー承認法によって性別を変更した者や、出生登録時の性別記載が誤りであったとして性別変更の判決を得た者に関してはパスポートの性別記載の変更を認めている⁸⁸。その他の国においては、性別の男女二分法を否定する場面も最近では増えつつあり、前出の記事は⁸⁹、ドイツの他にも、オーストラリアで2011年にパスポートの性別欄に“X”という記載が認められ (2012年にはニュージーランドでも同様)、同年に南アフリカ共和国でパスポートの性別欄に“other”という記載が認められたこと、2007年にはネパールの人口統計が「第3の性」を認め、2009年にインドでは選挙人名簿に「第3の性」の範疇が設けられ、2011年にパキス

子の性別が判明するまで延期することへの寛容さ (willingness) を示していると述べる。

86 以上につき、前掲、注5) 拙稿 (未刊) を参照。

87 Chau and Herring, *op. cit.*, n. 56, p. 345.

88 HM Passport Office (<https://www.gov.uk/changing-passport-information/gender>) (2017年5月21日閲覧)

89 前掲注81) 参照。

タンでは国民登録カードに「第3の性」の選択が認められ、さらにタイ国軍では従来からインターセックスが他の性（男女）と同じ扱いを受けていることなどを紹介している⁹⁰。わが国では、自動車運転免許証には性別の記載はないが、パスポートには性別記載が要求されている。パスポートの性別記載は「国際標準」とする見解もあるが⁹¹、所持人の本人確認というパスポート本来の機能を考えれば、何十年も前の出生時の身分登録における性別よりも、現在の同人の外形に近い写真・サイン・指紋・虹彩などのほうが有効であろう⁹²。

伊達聡子弁護士は、男女共同参画基本法などの制定により、法文上で男女間で法的効果に違いが残るものは、母体保護法、母子及び寡婦福祉法、母子保健法、強姦罪の直接正犯などにとどまり⁹³、事実上の問題として、離婚時の親権者決定⁹⁴、子宮がんワクチン健診、女子校の入学の可否⁹⁵などの問題が残ると指摘する⁹⁶。しかし、離婚時の親権者・監護者として圧倒的に母が多いのは、母が「女」だからというよりは母が「主たる監護

90 Ibid. なお、G. Davis, *op. cit.*, n. 46, p. 90 (n. 7→p. 185) にもパスポートの性別に関する同様の紹介がある。

91 小島妙子他編『現代家族の法と実務——多様化する家族像』（日本加除出版、2015年）97頁（伊達聡子執筆）。

92 HM Passport Office, “Introducing the new UK passport design”は偽造、変造防止技術を駆使したイギリスの新たなパスポートを紹介する（https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/473495/HMPO_magazine.pdf）（2017年5月21日閲覧）。

93 改正刑法の成立によって「強姦罪」は「強制性交等罪」に改められ、男女いずれもが直接正犯となりうることになった（朝日新聞2017年6月16日付）。

94 伊達、前掲注91)97頁は、男女の性別が関係する問題として、母（女）が離婚後の親権者・監護者に指定される比率が圧倒的に高いことを一例に掲げる。

95 日本女子大学およびその付属校において性同一性障害の男子生徒の受験の可否を検討したことが報じられた（<http://www.asahi.com/articles/ASK355DBXK35USPT00C.html>）（2017年5月16日閲覧）。ただし女子大学の中には、すでに大学院や学部の科目履修生などについて男子にも門戸を開いているところがある。

96 伊達、前掲注91)同頁。

者」であることが多いからであるともいえるし、子宮がん検診は子宮のある者が（前立腺がん検診ならば前立腺のある者が）受診すればよいことであり、必ずしも男女の性別を決定しなければ対象者が確定できないわけではない。臓器移植意思表示カードには性別記載欄がないが、それは、移植のためには臓器の状態やサイズが重要であり、提供者が男女いずれかは重要でないからであろう。社会生活において男女の性別が重要性をもたない事項は案外少なくない。

二宮周平教授は、憲法13条の幸福追求権に基づく性的自己決定権は、インターセックスにとって「緊急不可欠でない限り、自分の意思にかかわらず性の選択を強制されないこと」の保障を要請するところ、学校や職場などの公的領域では人としての個性・能力が問題なのであり男女の性別は問われないとして、自動車運転免許に性別記載がないことを例に挙げ、他方で、私的領域における性愛に関しては男女が重要な要素として残るとする⁹⁷。

公的領域＝男女二分法否定、私的領域＝男女二分法維持と截然と分けることができるかは疑問だが、問題となっている事項ごとに男女の区別を否定したり男女の区別を相対化する考え方は示唆的である。例えば、「性別未確定」の出生届出をした子が成熟して自らの性別を決定するまでの間は、学校生活やパスポートに関しては本人の希望する外見等に従って男女を決定し、医療に関しては男女いずれの身体的要素が優勢か（性腺、内・外性器の存否、ホルモン分泌の多寡、第2次性徴発現の有無など）に従って男女を決定するという相対的決定もありうるだろう。生涯にわたる恒久的な地位として「性別未確定」や「間性」といった男女以外の「第3の性」を認めることには躊躇があるが、少なくとも戸籍実務上も認められている「性別未確定」状態にとどまっている間は、男女の区別が必要になる場面

97 二宮、前掲注13)27頁以下。

ごとに法的な性別を相対的に決定すれば足りると考える。

⑥ 子どもの権利条約と子どもの性別決定

国連子どもの権利条約（1985年）には、性的少数者、とくにインターセックスの子どもの権利に関する言及は見られないが⁹⁸、私は以下のように考える。同条約7条1項は「児童は、出生の後直ちに登録される」と規定し、同8条は「締約国は、児童が法律によって認められた国籍、氏名及び家族関係を含むその身元関係事項について不法に干渉されることなく保持する権利を尊重することを約束する」（1項）、「締約国は、児童がその身元関係事項の一部又は全部を不法に奪われた場合には、その身元関係事項を速やかに回復するため、適当な援助及び保護を与える」（2項）と規定する。8条は「身元関係事項」として「国籍、氏名、家族関係」のみを列挙するが、「身元関係事項」の原文が“his or her identity”であることを考えると、子どもの性別も「身元関係事項」に含まれるであろう。子どもは出生の時から性別を取得する権利があり、親には子の性別を決定する権利と義務があり、締約国は、親や子どもによる性別の決定を妨げてはならない。出生時に性別が未確定の子どもについては、出生時に性別の決定を強制されないことが子どもの権利である。

子どもの性別は、条約12条の趣旨に従って、その子どもの年齢および成熟度に従ってその子どもが表明した意見を考慮したうえで決定されるが、最終的には、子ども本人が自分の性別に関する意見を形成する能力を有するに至った段階で、自由に、ということは自己の意見を形成するための正確かつ十分な情報に接近する機会を得たうえで、子ども本人が決定すべきである。子ども本人の最終的な性別決定を妨げる性腺摘出など不可逆的

98 同条約の解説書も同様である。日本弁護士連合会編『子どもの権利条約・日弁連レポート』（駒草出版、2011年）、子どもの権利条約 NGO レポート連絡会議編『子どもの権利条約から見た日本の子ども』（現代人文社、2011年）など。

な外科手術は、何人も行うことができない。締約国は、子どもの出生時において性別の決定を強制したり、後に子どもが最終決定した性別への身分登録（戸籍記載）の記載変更を求めた場合にそれを妨げてはならない、というのが条約の要請であろう⁹⁹。

第5章 小 括

——「性別の段階性」と「性別の相対性」

以上の紹介および考察から、現段階では一応以下のような方向が妥当ではないかと考える¹⁰⁰。

① 性別の男女二分法は原則として維持するものとし、子どもの生涯にわたる恒久的な「第3の性」（ここでは「間性」（intersex）、「中間性」（middle sex）、「無性」（no sex）、「真の性」（true sex）、「その他」（other）など、男・女以外のカテゴリーを承認する見解をすべて「第3の性」と総称する）の制度化は認めない。

その理由は、生物的にヒトの性はスペクトラム（連続するもの）であって、2つにせよ3つにせよカテゴリー（範型）に分類することは本質的に不可能だからである。生物的には連続しているものを社会的便宜から男女に2分してきたのであるが、これに「第3の性」を加えたとしても、「男」か「女」かの紛争に、新たに「男」か「女」か「第3の性」かをめぐる紛

99 子どもの権利条約と成熟した子どもの自己決定権一般については、家永・前掲注55)90頁以下を参照。

100 なお、男女の性別以外の法的効果に関する「段階性」論および「相対性」論については、家永登「民事法における『死亡』概念〈覚え書〉——『死の段階性』論および『死亡概念の相対性』論の擁護」湯沢彦彦・宇都木伸編『人の法と医の倫理』（信山社、2004年）1頁以下、同「亡夫の凍結精子による出生子の法的地位——高松高裁平成16年7月16日判決を契機として」専修法学論集95号（2005年）167頁以下、同「裁判例に見る『家庭内別居』の諸相（1-2）」専修法学論集126-7号（2016年）なども参照。

争が加わるだけで、事態の解決にはならない。さらに、現在の社会においては、いまだに男女二分法を前提とした男女平等化や女性保護の運動や立法が進行中であり、この状況の中で男女以外の「第3の性」を設けることは、男女いずれかが明確でない者にかえて不利益となりかねない。そもそも大多数の人は（性別不明確の者も含めて）、男女二分法を当然と考えており、そのような人たちが男女いずれかの性を自己のアイデンティティと考えることを否定することはできない。

② 恒久的な「第3の性」の創設は認めないが、本人による最終決定までの間は「性別未確定」(indeterminate sex) という法的地位を保持することは認められるべきである。

わが戸籍実務が認める「性別未確定」の出生届を提出した場合は、後に本人の性別が確定し追完が可能になった時点で遅滞なく追完（性別の届出）を行えばよいのであり、追完に時間的制限はない。性別は本人のアイデンティティの根源であるから、性別の決定権は最終的には本人にある。しかし幼少の段階では子ども本人が自ら決定することができないから、本人の性別に関する判断力が成熟して自分で決定できるようになるまでは、「成り行きを見守る」こと (wait and see) が最善である。

③ 性別の決定にも「成熟した未成年者の原則」が妥当する。性別は成熟に従って次第に決定されるという考え方（「性別の段階性」論，上記②）は、子どもが自分で当該問題について決定するだけの判断力を有するに至った場合には、その時点で親の決定権は終了し、子ども本人の自己決定に道を譲るという「成熟した未成年者の原則」にもかなっている。

しかし、子どもの性別について「成熟した未成年者の原則」を適用し、最終的に本人が自己決定するとしても、一回きりの外科手術への同意・拒絶などと違って、性別決定は子どもの日常生活の全般に及び、かつ長期間にわたって子どもの心身両面に大きな影響を及ぼす。脳の性分化が確定するのは2～3歳頃ともいわれるから、この年頃の子どもに男児的（または

女兒的)な傾向が現れた場合には、この時点で親が「養育の性」を決定し、出生届を追完することも考えられる。しかし、この時期に出生届の性別記載を追完したとしても、後に本人が反対の性を選択した場合には性別変更の申立てを認めるべきである。

④ 「性別未確定」の者の社会生活上の困難への配慮が必要である。

人によっては、第2次性徴期(場合によってはそれ以降の時期)に至るまで男女のいずれかが判然としない場合があることは、紹介した裁判の事案からも明らかである。「性別未確定」のまま養育することを選択しても、あるいは親が決定した「養育の性」に従って養育することを選択しても、親子にとって社会生活上の困難、とくに学校生活は厳しいものとなることが予想される。最近の学校の中には、性的少数者である生徒への配慮を行っているところもあるようだが、まずは医師その他の医療職、教員・保母らの教育研修が必要である¹⁰¹。

⑤ 男女の性別は事案ごとに相対的に決定すれば足りるものであり、全生活関係について全面的かつ一律にその人を「男」か「女」かに区別することが必要な場面は、実はそれほど多くない(「性別の相対性」論)。男女の区別が必要になるまでは、生物的に性別未確定の者を法的にあえて「男」「女」いずれかに分類する必要はない。

関係する問題場面ごとにその人の「性別」を相対的に決定する性別の相対的決定は、実は、現行法のもとでも行われている。わが国の自動車運転免許証や臓器移植意思表示カードには性別記載欄はないし、本人認証技術の進歩によりパスポートの性別記載を廃止する国も増えている。私たちは、正当な根拠なしに性別の男女二分法を当然視しすぎてはいないだろうか。

101 「LGBT教員研修、全国6割で実施 文科省通知で対策」(朝日新聞2017年5月27日付)によると、教員を対象とした性的少数者の理解に関する研修が行われているが、教員の参加率は10%にも満たないことが報じられている(<http://www.asahi.com/articles/ASK4T3SV6K4TUTIL02N.html>) (2017年5月26日閲覧)。

性別が問題となっている場面ごとに、当事者を男女のいずれかに二分することが本当に必要なかどうかを再検討する必要がある。

⑥ 性別の相対的決定論を前提とすると、家族法の領域においても、性別の男女二分法、すなわち男女の区別の要否は改めて検討する必要がある。

親子法のうち、子に関しては性別によって法的効果が異なることは一切ないから、親子関係において男女を区別する必要はないし、わが民法も区別していない。

親のうち、父に関しては、子の法的な父が子の生物的な父でない場合があることは民法の予定するところであったが（民法772条、785条など）、性別変更特例法によって、法的な父は生物的な「男」であることも要求されないことになった¹⁰²。母に関しては、子を分娩した者を法的な母とするルールが確立しているが¹⁰³、生殖補助医療の進展を考えると、〈分娩者＝母〉ルールを今後も維持できるかは疑わしい。提供卵子・提供胚による体外受精によって、すでに卵子（遺伝子）の母と懐胎・分娩の母とは分離可能となったが、ミトコンドリア核移植によって卵子（遺伝子）の母が2人存在する場合もありうることになった¹⁰⁴。さらに、他の女性から摘出した子宮を別の女性に移植し、移植を受けた女性が懐胎・出産した例が報告されており¹⁰⁵、子宮の母と分娩の母の分離も現実問題となっている。しかも

102 最決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁。

103 最判昭和37年4月27日民集16巻7号1247頁（自然出産に関する。母子関係は「分娩の事実」によって当然に発生するとした）。最決平成19年3月23日民集61巻2号619頁（代理出産に関する。子を懐胎し出産した女性をその子の母とするとした）。

104 ただし、ミトコンドリア病遺伝子を有する女性に対するミトコンドリア移植を許可したイギリスの Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015 はミトコンドリア DNA の提供者は母とならない旨を規定した (J. Herring, *MEDICAL LAW AND ETHICS* (6th ed., Oxford, 2016) p. 384.)。

105 日本でも子宮移植に向けたプロジェクトチームが慶応義塾大学を中心に発足した旨の報道がある。「日本でも子宮移植のPTが発足 子供が産まれて真の成功となる」女性セブン2014年9月18日号 (<http://www.news-postseven.com/archives/>

子宮の移植先は女性である必要はなく、男性への移植も可能であるという¹⁰⁶。やがて男が出産する時代が到来するかも知れない。そのようなことを実施することの可否はもちろん別の議論であるが、実施された場合の親の決定方法を考えておく必要はあろう¹⁰⁷。

これからは、親の決定に際して生物的に重要なことは、精子の由来者、卵子（時にはミトコンドリア細胞）の由来者、子宮の由来者、分娩した者は誰であるか、さらには、その子を養育する意思をもつ者は誰であるかであり、それが男であるか女であるかの重要性は現在よりも弱まるであろう。

相続に関しても男女の区別は一切ないから、結局のところ、家族法の領域において男女の区別が残るのは、男女二分法を前提とした異性婚を採用している婚姻法だけということになる。すでに同性婚を認めた国の同性婚規定や¹⁰⁸、わが国の同性婚の立法提案も¹⁰⁹、男女二分法を前提としたものが多いが、婚姻意思の合致したカップルには、その性別にかかわらず平等に婚姻という法制度の利用を認めることが同性婚導入の趣旨であるなら

20140907_274954.html) (2017年5月14日閲覧) ほか。

106 「男も産める? スウェーデンで子宮移植出産の衝撃」産経ニュース2014年10月17日付 (<http://www.sankei.com/life/news/141017/lif1410170002-n4.html>) 参照 (2017年5月14日閲覧) ほか。

107 生殖補助医療の実施の可否の問題（事前規制）と、それによって生まれた子の法的地位の問題（事後調整）との関係については、家永登「人工生殖によって生まれた子と親子法——代理母・死後懐胎を契機にAIDを見直す」家永・上杉富之編『生殖革命と親・子』（早稲田大学出版社、2008年）201頁以下を参照。

108 ドイツで成立した同性婚を許容する民法改正法案でも、婚姻規定は「婚姻は異性あるいは同性の2人によって成立する」に変更されるという（AFP＝時事2017年6月30日付）(https://headlines.yahoo.co.jp/hl?a=20170630-00000035-jij_afp-int) (2017年7月1日閲覧)。なお、2017年7月20日の同性婚法施行法（2017年10月1日施行）1条2号によって、ドイツ民法1353条1項1文は「婚姻は、異なる性または同じ性の二人の者によって、生涯にわたり、締結される。」と修正された（佐々木健准教授のご教示による。訳文も同氏による）。

109 前掲、注10)参照。かかる性別の強調は、たとえそのような同性婚が立法化されたとしても、性別未確定の者を同性婚に関して差別することにならないだろうか。

ば、端的に「婚姻は両当事者の合意によって成立する」と規定すれば足りるはずである。このような同性婚規定が採用されれば、婚姻法においても当事者の性別を男女二分法によって確定させておく必要はなくなり、人は性別未確定のままでも婚姻することが可能になる。

⑦ 新生児の出産に立ち会った医師には出生証明書の作成・交付義務がある（医師法19条2項）。その前提となるのは医学的知見に基づく新生児の性別判定であるが、出生時には医学的な性別判定が困難な新生児も存在する。その場合に、わが戸籍実務では医師が理由を付記することによって「性別未確定」とする出生届が可能であるという事実は（前出、第3章(2)参照）、あまり知られていないようである。届出義務者である親だけでなく、出生証明書を作成する医師・助産師、出生届を受付・受理する戸籍担当者らにこの取扱いを周知させる必要があることを、最後にもう一度強調しておきたい。

⑧ 以上の提案は、現在あるいは将来において、性別未確定の者（ないしその親）が男女いずれかの性別を選択することを否定するものでないことは言うまでもない。

*本稿は、2016年度専修大学長期在外研究の成果の一部である。

【追記】 責了直前の段階で、佐々木健准教授から、「2017年10月10日、ドイツ連邦憲法裁判所で重要な決定がなされた。インターセックスの原告が出生登録簿の性別の選択肢についてインターセックス・複数の性を加えるよう訴えていた事案で、身分登録法の現行規定がインターセックスの人にとって差別的であり、個人の性的アイデンティティは基本法により保護されること、裁判所や州当局はインターセックスの人に対して男か女かの選択を強制すべきではない旨を判示し、第3の性を認める法改正を2018年11月31日までに行うよう議会に命じた（連邦憲法裁2017年95号報道資料、2017年11月8日）。」とのご教示を得た。重ねてのご教示に感謝する。

【CHART】 胎児・新生児の性分化

*この図は筆者が作成。

