

## 性同一性障害者の婚姻による嫡出推定

水野紀子

「1930年代の残虐行為が、ユダヤ人であること以外のアイデンティティを思い起こす自由と能力を、ユダヤ人から永久に奪い取ったのだとすれば、長期的にはナチズムが勝利したことになるだろう。」

アマルティア・セン<sup>1</sup>

### 1 性同一性障害特例法とその限界

性同一性障害 (Gender Identity Disorder, GID) とは、生物学的性別 (sex) と心理的な性別 (性の自己認識 Gender Identity) とが一致しない状態をいい、WHO (世界保健機関) が定めた国際疾病分類である ICD-10 にも掲載されている医学的疾患である<sup>2</sup>。身体の性と心の性が不一致であるとも形容される。当事者の苦悩は深く、身体の性と自分の考える性が一致しない場合、その生きづらさは尋常ではないとされる。身体の性を心の性に一致させるための性別適合手術が行われるようになり、世界各国において手術後の身体の性別に合わせた身分登録簿の修正が認められるようになった。

日本においても、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」(平成15年7月16日法律第111号、以下、性同一性障害特例法) が立法され、2004年(平成16年)7月16日に施行されてから、性同一性障害者のうち特

<sup>1</sup> アマルティア・セン (大門毅監訳・東郷えりか訳) 『アイデンティティと暴力——運命は幻想である』(勁草書房, 2011) 25頁。

<sup>2</sup> 自見武士「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の概要」家月56巻9号(2004)2頁。

定の要件を満たす者につき、家庭裁判所の審判により、法令上の性別の取扱いと、戸籍上の性別記載を変更できることになった。この法律においては、性別の取扱いの変更の審判の要件として、性同一性障害者であることのほか、20歳以上であること、現に婚姻をしていないこと、現に子がいないこと、生殖不能の状態であること等を規定していた。これらのうち、「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ったが、これに対して、子がいる性同一性障害者等から法改正の要望が出されたため、2008年（平成20年）に成立した「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の一部を改正する法律」によって、性別の取扱いの変更の審判の要件のうち、「現に子がいないこと」を「現に未成年の子がいないこと」に改めた。

これらの立法は単行法の議員立法であり、法制審議会にかけられて民法学者が審議することはなかった。また学説においても、とりわけ大島俊之<sup>3</sup>を主として性同一性障害者の立場に立った外国法紹介や性別変更を可能にする改正要求提案の業績はあったが、婚姻制度や親子関係との緊張関係について、外国において行われている慎重論を紹介したり分析検討を加える業績は、大村敦志の論文<sup>4</sup>がわずかに目立つばかりで、ごく少なかった。立法過程においても、犯罪者が身を隠すために性別の変更を悪用するのではないかというような可能性の低い危険について危惧された一方で、身体の性で婚姻したり子をもうけた性同一性障害者の性変更がもたらす問題については、議論は深められなかった。当初の立法では「現に子がいないこと」という要件があったことが、性同一性障害者の性別変更と親子関係について詰めた議論をしなくてもよい、一つの条件となっていたのかもしれない。しかし2008年の改正でこの要件をはずすときにも、性同一性障害者の希望を容れるべきであると強く主張され、親子関係についての議論はほとんど行われなかった。

<sup>3</sup> 大島俊之『性同一性障害と法』（日本評論社、2002）など。

<sup>4</sup> 大村敦志「性転換・同性愛と民法（上）（下）」ジュリスト1080号68頁以下・1081号（1995）61頁以下。

立法の際の外国法紹介や国際動向の紹介にも、一定の偏りがあったように思われる。ヨーロッパ人権裁判所1992年3月25日判決<sup>5</sup>が、身分証書の性別変更を承認すべきだと判示して、性別変更を認めなかったフランス破毀院の判例を変更させた経緯は、紹介されて繰り返し強調された。またそれ以外のヨーロッパ人権裁判所の判決を詳しく翻訳する業績もあったが、それらの判決の分析はなされず、性別変更を認めないことが遅れているとまとめられるだけであった<sup>6</sup>。そもそもヨーロッパ人権裁判所は、いわば英米法的な、効果ごとに限定された判決を下す裁判所であるが、その性格が十分に周知されることはなかった<sup>7</sup>。また、人権裁判所は、それぞれの国の法的・社会的条件によって判断を変えている。例えば、1992年判決でフランス政府に身分証書の性別変更を命じた際も、「フランスとイギリスの身分登録、名の変更、身分証書などの領域に関する法および実務が違う」<sup>8</sup>ことを理由として、イギリス法についてのそれまでの判例と異なる結論になるという説明をしており、さらに実際にその後1998年7月30日判決<sup>9</sup>では、イギリスには身分証書の

<sup>5</sup> C.E.D.H., 25 mars 1992, D.93, 101, n. MARGUENAUD, J.C.P., 92, 2, 21955, n. GARE. 邦文による紹介は、大島俊之「性同一性障害とヨーロッパ人権裁判所」神戸学院法学29巻3号（1999）85頁以下など。また大島俊之「性同一性障害に関するフランス判例の転換——ヨーロッパ人権裁判所1992年3月25日判決を契機とする転換」神戸学院法学29巻2号（1999）1頁以下は、これを受けたフランス破毀院の判例変更を詳しく紹介する。

<sup>6</sup> 大島・前掲注(5)「性同一性障害とヨーロッパ人権裁判所」が典型である。

<sup>7</sup> 三木妙子「欧州人権裁判所に現れた家族」三木妙子ほか『家族・ジェンダーと法』（成文堂、2003）がこのような人権裁判所の性格に自覚的な視点を持つ業績である。AID子と性同一性障害者の父子関係を認めなかった1997年判決についても、同23頁以下に詳しい紹介がある。

<sup>8</sup> 大島・前掲注(5)「性同一性障害とヨーロッパ人権裁判所」105頁から引用。この点について、1992年判決には、フランスの出生証書が広く身分証明に用いられるフランス特有の事情があったのではないかとする、Jean CARBONNIER, *Droit Civil*, P.U.F. 2004, p. 504. を参照。

<sup>9</sup> Sheffield et Horsham, 30 juill. 1998, §6. : C.E.D.H., 30 juill. 1998, D.1998. 370, obs. J.-F. RENUCCI. 大島・前掲注(5)「性同一性障害とヨーロッパ人権裁判所」135頁以下。パスポートなどは変更されているが、出生証書の性別を書き換えて結婚できるようにしてほしいという原告の訴えを認めなかった。判決は過去の性別を暴かれるという原

性別変更を命じなかった。

まして身分証書の性別変更と家族法上の権利については、切り離されて考えられている。ヨーロッパ人権裁判所は、性別変更を承認した後も、性転換者が新しい性で婚姻する権利を人権条約上の権利と認めていなかった。具体的には、性別変更者が元の自分の性の者と結婚することを禁じたイギリス法が人権条約に違反しないとした1986年10月17日のリース事件判決<sup>10</sup>をその後も長く維持して、前掲1998年7月30日判決においても確認しており、2002年7月11日判決<sup>11</sup>で初めて性別変更者の婚姻する権利を承認したのである。親子関係については、ヨーロッパ人権裁判所1997年4月22日判決<sup>12</sup>がリーディングケースとなっており、この判断はまだ覆されていない。この1997年判決の事案は、やはりイギリス法のケースで、トランスセクシュアルの男性が第三者の精子を用いた人工授精（以下AIDとする）によって生まれた子を認知しようとしたがこれを認めないイギリス法が争われた。人権裁判所は、人権条約8条が事実上の家族生活の保護をも要請するとはいいつつ、トランスセクシュアルの親子関係法についての規律はまだ存在せず、AID子とその父親になりたいという人物とを結びつける法的なルールも確立していない、「性同一性障害は、科学的、法的、道徳的、社会的な複雑な性格の問題であるから、一般的なアプローチの対象ではない」ことから、親子関係を認めないイギリス法は8条に違反しないと判断した。

しかしこのような人権裁判所の判断は形式的に紹介されてもほとんど分析・議論されず、まして、性同一性障害特例法との関係について議論がなされることもなかった。欧米においては、身分証書の性別変更を認めても、この性別変更はあくまでも身分証書の性別変更にすぎず、行政的な手続にすぎ

告の不利益と、一般的な共同体の利益の比較をいう。

<sup>10</sup> Rees, 17 oct. 1986, A.106, § 49. 大島・前掲注(5)「性同一性障害とヨーロッパ人権裁判所」29頁以下。

<sup>11</sup> C.E.D.H., 11 juill. 2002, D.2003, 2032 : J.C.P., G2003, 1, 101, n° 1 et ibid. 109, n° 16 et 22.

<sup>12</sup> C.E.D.H., 22 avr. 1997, D.97, 583, Rep.not., 98, 311, J.C.P., 98, 1, 107, n° 86, R.T., 98, 92 et 1011. 大島・前掲注(5)「性同一性障害とヨーロッパ人権裁判所」116頁以下。

ないという理解も強かったし、まして性別変更者がもともとその性であった者がもつすべての家族法上の権利をもつことを、人権裁判所が認めたわけではなかった。しかしそのような分析に基づく人権裁判所判決の紹介はほとんどなされず、1992年判決が性別変更を認めてフランス破毀院判決を覆し破毀院判決の変更をもたらしたことで、欧米各国の動静は決まったようにいわれる傾向があった。戸籍制度という、民事身分が一覧されて相互に情報が連結される完璧な身分登録簿をもつ日本では、戸籍の性別が変わることが社会共有の情報としてあらゆる機会に前提とされる構造になっている。性別変更が自動的に民事身分にも影響すると日本で誤解されたとしたら、その国内法的な常識が理由であったのかもしれない。しかしそれはあまりに皮相で単純化した理解であって、実際にはヨーロッパ人権裁判所の判決もそのような単純なものではなく、また、後述するように、フランス破毀院判例変更については国内法に対する人権裁判所の「強要」であるという批判も強い。

性同一性障害と自認する人々にも、多様性がある。性同一性障害は身体の性と心の性が不一致である障害であるが、その不一致が明瞭で身体へのはっきりした違和感に苦しむトランスセクシュアルと、不一致がより曖昧なトランスジェンダー<sup>13</sup>とに段階的に分かれる。さらに身体の性や心の性においても性分化がはっきりせず、中間的な性をもつ者もいる。性同一性障害特例法の立法にあたっては、主にトランスセクシュアルの事例が救済対象として想定されていたように思われる。幼少期から不一致の確信を抱いた患者が、思春期以降、心と身体の性が不一致であることによって自己破壊的衝動や自殺に追い込まれるほどの深刻な苦悩をかかえることが強調されたからである。

<sup>13</sup> トランスセクシュアルとトランスジェンダーとの相違について、無人島に流れ着いた場合を例に次のように説明される。無人島では、トランスジェンダーは周囲から社会的な性をつきつめられずに済むので伸び伸びと生活できるが、トランスセクシュアルは間違った身体をしているという苦しさは解消されずに打ちのめされたまま生きていくしかない、という。吉永みち子『性同一性障害——性転換の朝』（集英社新書、2000）29頁。

また手術を経たトランスセクシュアル、ホルモン治療にとどまるトランスジェンダー、それらのどちらもない異性装者（トランスバスタイト）という分類のしかたもあるようであるが、このような分類そのものへの批判も強い。

しかしその確信を抱けないまま成人した性同一性障害者がいったん身体の性で婚姻したり子をもうけていた場合には、トランスセクシュアルより心と身体の性の不一致が曖昧なトランスジェンダーの事例が多からうから、子なし要件を削除した改正法は、トランスジェンダーにも対象を拡大したといえるであろう。とはいえずれにせよ、当初の立法過程においても、また改正法の立法過程においても<sup>14</sup>、典型的なトランスセクシュアルからどこまで対象を拡大するのか、とりわけ性同一性障害者が婚姻を自己決定したことの本人の責任やその配偶者の期待や権利、さらにその間に生まれた子の問題について、十分な議論はなされなかった。議員立法の限界であったのかも知れないが、婚姻や親子関係という民法の基本問題について議論がないまま立法されたことは、将来に難題を残したといわざるを得ない。その具体的な一例が、本稿のテーマである性同一性障害者夫婦による AID 利用である。

性同一性障害者ではない夫婦が AID を利用して子を得た場合には、夫の嫡出子として出生届が受理される。その嫡出子身分がどのような手段で覆されうるかという解釈については、親子関係存否確認訴訟の対象となる推定の及ばない子とする少数説もあるが、多数説は、夫の同意があった AID については嫡出推定がかかり嫡出否認の訴えによらなければ嫡出子身分は覆されないとする解釈をとる。嫡出推定制度は、夫の血縁上の子ではない子が一定の割合で嫡出子のうちに含まれることを前提としており、夫が無精子症などの不妊症であったとしても、そのことを立証する親子関係不存在確認訴訟によって嫡出推定が覆るとすべきではない、と多数説は判断するからである。そして多数説・少数説を問わず、性同一性障害者ではない夫の場合には、AID 子は、訴訟で身分を奪われるまでは、夫の嫡出子として戸籍記載される。

<sup>14</sup> 性同一性障害と性的志向とは別のものであるから、性同一性障害者の身体の性による婚姻が、ヘテロセクシュアルの性的志向によるものである場合と、ホモセクシュアルの性的志向によるものである場合とがある。前者の場合には、性同一性障害者が心の性に一致した人生を送ることを決意した場合には婚姻は解消されるであろうが、後者の場合にはそのまま婚姻関係を継続することを望むであろう。とはいえ後者の場合において、当事者が性変更を望んで男女間の婚姻ではなく同性愛関係としての承認を求める場合もある。また後者の場合においては、性変更したとき、当事者が婚姻継続を望んだとしても社会的に同性婚を認めることになってしまう問題がある。

それでは、夫の身体的な条件については斟酌しないという嫡出推定制度の前提は、夫が不妊症である場合ばかりではなく、夫が性同一性障害者であり女性から転換した男性であった場合にも、機械的に適用されるだろうか。論理的にはそういう帰結になりそうに見える。しかし現在の戸籍実務では、この場合に嫡出子としての出生届を受理していない。この戸籍実務の取扱いが、AID 子に戸籍上の嫡出子身分を与えないことについて、GID 夫と AID 子に血縁関係がないことのみを理由とするのであれば、確かに不妊症の夫の場合における AID 子との取扱いの相違を説明できず、説得力がないといえるであろう。けれども、より深くこの問題を検討し、AID という生殖補助医療の性質や、性同一性障害者による AID 利用の問題性を考えると、嫡出推定制度の機械的な適用には疑問があり、現在の戸籍実務の扱いにも正当性があるように思われる。この問題が、本稿の扱うテーマである。

## 2 性同一性障害者による非配偶者間人工授精の事例とその報道

2012年2月15日付の新聞<sup>15</sup>は、性同一性障害で戸籍上の性を女性から男性に変えた東大阪市の前田良さん＝活動名＝とその妻が、第三者から精子の提供を受け AID でもうけた2歳の男児を法律上の夫婦の子である「嫡出子」と認めないのは不当だとして、東京家庭裁判所に不服を申し立てることを報じた。記事は、「非嫡出子扱いは民法違反」「差別許せない」という見出しで、「夫婦の思いと、それを阻む法律の壁とは何なのか」と伝える。子どもの頃から自分が女性であることに違和感があった夫は、2008年3月に性同一性障害特例法により性別を変更し、翌月に妻と結婚した。子どもがほしいと言い出したのは夫で、妻は、子どもが差別を受けないか、その時に支える母親になれるかと半年悩んだ末、「これまでの人生は苦しいことばかりだったという夫に、残りの人生を幸せに過ごしてほしい」と受け入れ、AID で子を産む決心をしたという。記事は、以下のように問題を解説する。「民法772条は『妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する』(嫡出推定)

<sup>15</sup> 引用は毎日新聞・東京朝刊による。署名記事であり、執筆者は丹野恒一記者とされている。

と規定している。GIDの男性は戸籍に性別変更したことが分かる記載があることを理由に、法務省は『親子に生物学的な父子関係がないことは客観的に明らかだ。嫡出の推定は及ばず、非嫡出子として届け出るよう求めている』と説明する。04年に特例法が施行され、性別変更後に結婚して子をもったケースは、同省によると16件ある。当初は保留した夫婦もあったが最終的に15組が従った。残る1組が前田さんだ。前田さん側の山下敏雅弁護士は『法務省の判断は民法の条文に明らかに違反しており、性同一性障害の人たちが本来の性別で幸せな生活を送れるようにと制定した特例法の趣旨にもそぐわない』と主張する。一方、一般の男性が無精子症のためAIDで子を持った場合、嫡出子として受理される。法務省によると、非嫡出子であるという記載にするためには、嫡出否認の裁判を起こすことが必要。これまでこうしたケースはないといい、父と子に遺伝上のつながりがないのは同じなのに、一般男性とGIDの男性の扱いに差が生じている。前田さんの子に戸籍はないが、住民票は作られ、各種の社会保障も受けられている。特別養子縁組をすれば相続上の不利益が生じることもないというが、前田さんは納得できない。『法律によって男になり、夫にもなったのに、なぜ父にはなれないのか。差別だ』。その一点が、裁判を起こす動機となった。そして記事は、「生殖補助医療の分野では、第三者の精子や卵子を使ったり、他人に代理母になってもらったりするなど、複雑な家族関係が生じているが、法は追いついていない。前田さんの裁判が、たなごらしにされてきた法整備に向けて、一石を投じることは間違いない。」と締めくくる。

生殖補助医療の分野で法が「追いついていない」のは、確かである。後述するように、日本法は、生殖補助医療を含めて生命倫理関係の立法が著しく遅れている。しかしフランス生命倫理法のような体系的な生殖補助医療の立法がなされている国であっても、GIDの問題はまだ立法的解決はされていない。前述したように、破毀院は身分証書の性別変更を認める判例変更をしたが、その変更についても反対は強く、ヨーロッパ人権裁判所によって無理矢理に強制された望ましくない判例変更という評価は少なくない。例えばカルボニエは、2004年に書き遺した教科書において、ヨーロッパ人権裁判所がGID男性のAID子との父子関係を認めなかった1997年判決を受けて、

性別変更を認めた「フランス破毀院はあまりに早く譲歩しすぎたのではなかったか？」と述べている<sup>16</sup>。ヨーロッパ人権裁判所や性別変更を立法的に承認したドイツ法への批判も根強く、カルボニエは、人権裁判所の判決を「象牙の塔 sa tour d'ivoire」の理論と批判し、コルニュは「民事身分が身体の新しい見かけに一致しなければならないと認めるなんてなんと不愉快なことか！」<sup>17</sup>と激しく反発する。見解が激しく対立する生命倫理領域であれだけの立法をなしとげてきたフランス法にして、ヨーロッパ人権裁判所のいう「科学的、法的、道徳的、社会的な複雑な性格の問題である」GIDについては、立法ができておらず<sup>18</sup>、したがってGID男性の行うAIDについての規制も、まだ明示的には立法されていない。

現在のフランス法では、AIDが許されるかどうかは、公衆衛生法典2141条の2 (Code de la Santé Publique art.2141-2) の解釈問題になる。この条文は、生殖補助医療は男女のカップルに施されることなどのほか、「病理的な性格による不妊であることが医学的に診断されていないから」とを要求しているが、GIDがこれに当たるか否かという判断である。通説の見解は、GIDはこれに当たらないからGID男性が行うAIDは禁じられていると解釈しているが、異論もないわけではなく、だからこそはっきりさせる立法を要求する意見も出てくるのであろう<sup>19</sup>。しかしフランス破毀院は、2005年5月12日判決において、GID男性がパートナーの女性の産んだAID子へなした

<sup>16</sup> Jean CARBONNIER, Droit Civil, P.U.F. 2004, p. 505.

<sup>17</sup> Gerard CORNU, Droit civil, Les personnes, Montchrestien, 13e éd., 2007, p. 105.

<sup>18</sup> 性同一性障害の「自由化」傾向に対して、法的安定性を守り、民事身分の一貫性と血縁上の親子関係のリアリズムを守るために、立法的介入の必要性を主張する論文として、Sophie PARICARD, Le transsexualisme, à quand la loi ?, Dr. fam. n° 1, Janvier 2012, étude 2. この論文をはじめフランス法の資料の存在について、小門穂氏にご教示を受けた。記して感謝する。

<sup>19</sup> 前注に引用の論文、および Pierre MURAT in J. -Cl. civil code, Art.16 à 16-12, Fasc.40, n° 30. P. MURATは、G. CORNUの「法の機能は、限界を画することであり、範囲を定めることである。策略に次ぐ策略は意味がない」という表現を引用して、「性同一性障害の問題でショッキング（腹立たしい）なのは、姑息な医療の集積と人工的な不自然さのエスカレーションである」といい、性同一性障害者の要求に歯止めをかける必要をいう。

認知を無効だと判断した<sup>20</sup>。もしフランスで立法が行われるとすれば、GID男性が行うAIDは禁止されることになるものと想像される。

しかし前述の日本の新聞記事は、GID男性が行うAIDを禁じる立法を要求しているようには読み取れない。むしろGID男性に対する同情から法務省の「差別」を糾弾するように読むほうが文脈的には自然であろう。生殖補助医療におけるマスコミ報道には、この問題に限らず、生殖補助医療を強行した当事者を「被害者」と位置づけ、その当事者の要求が通らない場面、具体的には当事者の期待するとおりの出生届が受け付けられない場面で、受け付けられない戸籍実務（法務省）を非難する報道が多かった。「被害者」という性質決定は、被害者に当事者性を獲得させ、被害を可視化することを可能にする手段である。「被害者が行使できる力は、被害者であることを誇示し、責任のすべてを相手に追わせてバッシングすることである。これはすべてを失った人たちに許された唯一の逆転の行為であり、被害者権力の発露とも呼べるものである」（信田さよ子）<sup>21</sup>。被害の可視化と同時に被害者という性質決

<sup>20</sup> Civ. 18 mai 2005, Dr. fam. 2005, n° 153, n. P. MURAT. ただしこの事案は、認知者がGIDであることが争点になったものではない。母が認知無効を申し立てたケースで、GIDである認知者は、1994年7月29日立法の生命倫理法によって民法典に導入された、生殖補助医療による出生子の身分を守る311条の20を根拠に認知は無効にならないと主張したが、原審判決は、認知が1994年5月4日に行われているためこの条文は適用されないとし、GIDでは血縁関係がないから認知無効と判断し、破産院はそれをそのまま認めたものである。生命倫理法立法以降の認知ケースにおいてGIDが争点とされたときに、破産院がどのように判断するかは確かにまだわからないが、この判決の評釈（Francois CHENEDE, AJ Famille 2005, p. 321）では、GID父の認知を無効とするヨーロッパ人権裁判所の判断を引用して、同様の結論を予想している。また、GIDの認知では親子関係が認められないケースとしてこの判決を引用する最新の教科書として、Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, La Famille, 4e éd., Defrénois, 2011, n° 1204. なお、身分証書制度のもとでは、戸籍制度のように認知者の身分が認知段階で認知届受理者に判るわけではないから、認知者の身分から受理しないということは難しい。しかしフランス民法336条により、事後的に検事が積極的に認知無効を主張する。

<sup>21</sup> DV被害は、加害者・被害者という構図でとらえることによって初めて問題が可視化できた。引用は、信田さよ子『それでも家族は、続く』（NTT出版、2012）83頁から。

定は権力でもあって、「イノセンスは正義であることを武器として、攻撃や支配へとつながっていく」ものであり、ときとして吟味や反論を封じる暴力的な言説になる。もっとも、たとえ暴力的な言説になったとしても、社会の中で被害を受けてきた弱者であり「すべてを失った」当事者であれば、声を上げて被害者としてのみ自己主張することが許されるだろう。そうでなければその被害を社会が自覚しないからである。しかし政治的・政策的にその被害をどのように解消していくかを考える責任がある者、被害の性質を吟味し被害を解消することの負荷について構造的な思考をする責務を負う者は、被害者という言説の限界を自覚して、被害者の単なる代弁者であってはいけないはずであり、そのような責務は、政策決定者のみならず、マスコミにもあるはずである。

生殖補助医療の是非においては、妊娠出産という生命の危険を不可避免的にもたらす負担や生まれる子の福祉、将来そのような手法で新しい生命を生み出すことの適否について考察しなければならない。その生殖補助医療を将来の社会が許容すべきかどうかは、知力を尽くして考え抜かなければならない複雑な考量を必要とする作業である。しかしこのような立法作業を苦手とする日本においては、未だに生殖補助医療の規制法は成立していない。したがって裁判で争われるのは、出生届段階での親子関係を争う事案になる。親子関係の成立と生殖補助医療の可否は一応は別問題であるが、実際には密接に関係している。将来の社会が生殖補助医療の禁忌を確立した通念としたときに、その親子関係をもつことは子の福祉に反することになるからである。禁じられるべき生殖補助医療によって出生した子の親子関係を容易に認めるべきではなかろう。

生殖補助医療は、「自己決定」に委ねることがもっとも危険な領域の一つである。しかしその危険性は、日本のマスコミ報道ではあまり表に出てこない。挙児を希望する当事者の願いは極めて強く、その願いは「自己決定」として主張される。確かに「親」希望者の「子を求める権利」と「自己決定」はわかりやすい論理であり、さらにすでに出生した子の存在とその福祉を求める要請は、あまりにも圧倒的で誰も否定できない迫力をもつ。その結果、生殖補助医療を肯定的に評価する報道が目立つこととなり、その傾向は、凍

結精子による死後懐胎事例に関する最判平成18・9・4民集60巻7号2563頁、代理懐胎事例に関する最決平成19・3・23民集61巻2号619頁<sup>22</sup>などをめぐる裁判報道においても顕著であった。

筆者は、この最判平成18・9・4の原審評釈<sup>23</sup>で、次のように述べた。「出生は、子にとってこの世への強引な拉致である。人生の重さは、いうまでもない。その重荷をあえて背負わせる新しい命の創造は、生きている両親の意思によって、はじめて正当化できることである。……死者の凍結精子を使ってつくられた子は、死体の細胞を使ってつくられた子で、その意味では、むしろクローンに近い要素がある。……生殖子を含む人体に関する問題においては、『自由』と『権利』という法学の基本的な概念を用いることが危うくなる。……本件のような問題では、人間を手段化・目的化してはならないというカントの古典的なテーゼを、より根源的な意味で再考してみる必要があるだろう」。そして上野千鶴子の次の願いを引用した。「産みたいときに産みたいだけ産む権利と能力を。産みたくないときに子どもを産まない権利と能力を。産めないときがあったときに、その事態を受け入れる権利と能力を。そして、どんな子どもでも生命として受け入れる権利と能力を」<sup>24</sup>。この評釈を執筆当時、筆者は、最高裁判所が親子関係を認めてしまうのではないかという危機感を抱いていた。親子関係を承認することは、その生殖補助医療の是非とは別物であるとはいえ、生殖補助医療の規制立法が成立していない日本で、事実上その生殖補助医療の手段そのものを是認する意味を持ちかねない。最高裁判所は、幸いにして強制認知を認容した原審を覆し、さらに早急に凍結精子による死後懐胎を禁止すべきであるとする厳しい内容の補足意見もつ

<sup>22</sup> 土谷裕子・ジュリスト1341号(2007)165頁等の評釈参照。代理懐胎についての私見は、水野紀子「生殖補助医療と子の権利」法律時報988号(2007)31頁以下、同「代理出産による子と卵子および精子の提供者との特別養子の成立——神戸家裁姫路支部平成20年12月26日審判評釈」リマークス41号(2010)70頁等。

<sup>23</sup> 原審である高松高判平成16・7・16家月56巻11号41頁についての水野紀子評釈・判タ1169号(2005)98頁。

<sup>24</sup> 上野千鶴子「リプロダクティブ・ライツ／ヘルスと日本のフェミニズム」『差異の政治学』(岩波書店、2002)より(初出は、上野千鶴子=綿貫礼子編著『リプロダクティブ・ヘルスと環境』[工作舎、1996]205頁)。

いた。GID夫によるAID利用の結果に関する本件が最高裁判所まで争われることになるのかどうかはまだわからないが、本件についても、同じような危機感を感じている。

とはいえ、死者の生殖子を用いた死後懐胎と、すでに長年実施されてきたAIDは、確かに考慮すべき要素は異なる。AIDは広く行われてきたために、すでに多くの子が出生しており、そのAID子たちの存在そのものがAIDについて是非の議論をすることを困難にしてきた。AID技術に否定的な言辭は彼らが生まれるべきではなかったというニュアンスをもつと誤解されかねなかったからである。しかし近年はAID子自身がAID技術を問題にする運動を始めた。改めてAID技術についてその是非を議論する条件は整ってきたように思われる。現時点でAID技術について再考してみたい。

### 3 AID技術の再考

AIDは、体外受精の技術が開発される以前から行われていた古典的な生殖補助医療である。昭和20年代から行われてきたAIDは、すでに多くの出生子をもたらしている。しかしほとんどのAIDケースでは、両親も生殖補助医療によって子を得たことを秘密にしたであろうから、AID子自身も自分がドナーの精子によって生まれたことを知らなかった。それでもたまたまその事実を知ることになったAID子は、多くの場合、非常に大きな苦悩を抱えることが明らかになっている。その苦悩は、単に自分の血縁上の父親を知ることができず、疾病や体質などの遺伝情報も得られないというものにとどまらない。「父親がわからないというのではなく、自分自身がわからなくなる」と語られる重いアイデンティティの苦悩である。近年になってAID子たちは、「非配偶者間人工授精で生まれた人の自助グループDI Offspring Group (DOG)」<sup>25</sup>などを形成してAID技術を社会問題化する運動を始めてい

<sup>25</sup> 「非配偶者間人工授精で生まれた人の自助グループ」のホームページは、<http://blog.canpaninfo/dog/>。また大野和基「ドキュメントAID・非配偶者間人工授精」g2(ジーツー)vol.7(講談社MOOK)<http://g2.kodansha.co.jp/4291/4641/4642/4643.html>は、AIDで出生し遺伝上の父を探す現役医師の苦悩をルポルタージュしている。

る。

長文の引用になるが、ある AID 子は、次のように語る。「私自身は、AID という技術に反対です。生殖技術の選択肢が増えることは、本当によいことなのでしょう。AID は、社会に受け入れられているのでしょうか。AID を否定することは自分を否定することになると言われることもありますが、それは違います。技術を否定することと、当事者を否定することはまったく別のことです。AID は 60 年続いてきたという既成事実の下に、是非が議論されることさえありません。でも生まれた子が直面する問題は、今議論されている代理出産や卵子提供、受精卵（胚）提供と同じです。……生殖技術はとかく『自分でそれを選んだ』という自己決定、自己責任の下に、個人で対処すべき問題に押し込められてしまっています。AID を選択した男性には精子がないという負い目があったかもしれませんし、女性には子どもを産まねばという圧力があったかもしれません。AID で精子を提供した男性も、何十年かたって自分が問題（例えば妻や子に、遺伝的つながりがある子が他にいるかもしれないと告白することができない、自分の子がパートナーに選んだ人が自分と遺伝的つながりがあるかもしれないと不安に思うこと等）に直面するかもしれないことなど説明もされず、想像もつかなかったかもしれません。さらに、自分の判断で精子提供し、しかも些少でも金銭を受領しており、今は家庭を築いているということから、問題をオープンにできないのかもしれませんが。しかし、AID で生まれた人びとを含め、この技術に関わった当事者の問題はすべて、個人的なことではなく社会的なことであると、私は訴えたいと思います。生殖技術を使う人と使わない人がいて、それは自己決定だから個々人の問題だというのは違うと私は思います。例えば、事実を知ってすぐのころ、どうしたらよいか行き詰まってしまって、周囲に話したことがありました。そこで言われたのは、『そこまでしてほしかったなら、愛されているんでしょ』『育ててもらったことに感謝しなければ』ということでした。これを言われると、私はもう何も言えなくなってしまいます。私は傷つくことを恐れて、次第に周囲に話せなくなっていきました。この技術には関わらなければ関係ないのではなく、やはり社会全体の問題だと思います」<sup>26</sup>。

AID 技術の利用は、拳児を望む不妊症患者の希望をかなえるものとして、

ときには産めないと離婚される妻を救済するための福音とさえいわれて、さほどの議論もなく正当化され、長年行われてきた。しかしこのような深刻な被害を子にもたらすことを、利用者は十分に熟知していたのだろうか。施術を施す医師は、いわばこの超長期的予後の不良を、患者に伝えていただろうか。そして「産めないとわかったときに、その事態を受け入れる権利と能力を」不妊症患者に与える努力を、社会は尽くしてきていただろうか。残念ながらこれらのいずれも行われてこなかったように思われる。もし AID を認容するのであるなら、少なくとも施術の前に患者に将来生じうる深刻な問題を説明する努力や生まれてきた子の苦悩を軽減できる工夫が必要であろう。

AID 技術の利用そのものは、世界的にも許容されている。しかしその許容は、ぎりぎりの判断にすぎないのではなかろうか。判断を左右するいくつかの理由が考えられる。まず第 1 に、AID においては、精液を女性の体内に入れる方法が性交と異なるのみであって、母体における妊娠・出産の過程は自然なものである。体外受精がはらんでいるかもしれない母体や胎児に対する未知の危険は、AID にはない。AID を生殖補助医療のうちに数えるまでもないという意見すらあるほど、医学的には自然妊娠に限りなく近い。第 2 に、AID は、医師でなければ不可能な高度な技術ではなく、素人でもキットを入手すれば可能な技術である。夫が原因となる不妊の場合に妻が妊娠して夫婦の子を得るためには、夫の承認のもとで妻が他男と性行為を行う例が古くからあるくらいであるから、仮に医師による AID を禁止しても、キットを利用して実行される可能性は高い。それくらいなら医師が健康なドナーの協力を得て、ドナーあたりの出生児数を制限したり記録を残すなどの管理をしつつ、AID 施術を提供する方がよいという判断はあろう。さらに第 3 に、子の法的な地位については、嫡出推定の枠組みを利用して子の身分を守ることができる<sup>27</sup>。伝統的な制度である嫡出推定は、妻の不貞行為による子が一

<sup>26</sup> 「不妊当事者の声を聞く 第 3 回 AID で生まれるということ」〔紙 REBORN〕32 号 (REBORN, 2010 年 3 月発行)。http://www.babycom.gr.jp/ranshi/ranshi-41.html から引用。

<sup>27</sup> 厳密には、出生後 1 年以内に AID に同意していた夫が嫡出否認の訴えを提起したときは覆る。法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会による「精子・卵子・胚の提



定の割合で嫡出子のうちに含まれていることを前提として制度設計されており、嫡出子身分は夫の子ではないという血縁を単に立証することによって覆るものではない。嫡出推定の制度的意義<sup>28</sup>は歴史の古い制度であるがゆえに単純ではなく、嫡出子の身分を与えて子を守ること、妻の不貞を公にすべきでないこと、婚姻による夫の義務と考えられることなど、様々に説明されているが、その意義の一つに、争われない身分を与えることによって、夫の子ではないという「自己の出自を知らされないでおく権利」<sup>29</sup>を子に保障してきたことがある。母の夫を父と信じて生きることができれば、子は自己のアイデンティティと精神的安定を守れるだろう。確かに自己の出自を知ったAID子は、知る前から何らかの違和感を持っていた経験、例えば父に似ていないことから母の不貞を疑ったような経験を語る例が多いが、自己の出自を知らないまま過ごしているAID子はむしろずっと多数派であろうと推測される。

GID夫によるAIDは、この第3の点において、通常の不妊男性のケースと決定的に異なる。GID夫が嫡出推定によって法律上の父親となっても、彼が血縁上の父親ではあり得ないことは、彼がGIDであること、つまり戸籍上のかつての性別は女性であったことから自明である。その事実がわからないように戸籍を改めることは、性別変更の遡及効を出生時に遡って認めることになるが、それは認められるべきではなからう。フランスにおける性別変更を承認する議論も、かつての婚姻が同性婚になったり、男性が出産したことになりうる遡及効は、当然に認めない前提で論じている。AID子は、あらかじめ「自己の出自を知らされないでおく権利」を奪われて出生する。

供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案はこの1年間の提訴権限を同意した夫から奪うことを提案している。

諸外国でもAID子は、嫡出子とされる。例えば最近のアメリカ法紹介として、花元彩「AIDにより出生した子の法的親子関係に関する一考察——夫の『同意』の立証を巡って」大阪経済法科大学法学論集71号(2012)89頁以下。

<sup>28</sup> 水野紀子「嫡出推定・否認制度の将来」ジュリスト1059号(1995)115頁以下、同「わが国における嫡出推定の空洞化とその問題性」民事研修480号(1997)13頁以下等。

<sup>29</sup> 保木本一郎『遺伝子操作と法——知りすぎる知の統制』(日本評論社, 1994)296頁。

成長して自分がAID子であることを知った子は、自己の出自を知りたいという強い要求をもつことが多い。

「自己の出自を知る権利」は、それだけでも簡単には論じられない重い問題である。西欧法の完全養子法は、出生証書そのものを封印するもので、血縁上の親が匿名権を行使していると子がアクセスできても出自がわからないために、養子たちは古くから「自己の出自を知る権利」を主張してきた。血縁上の親がわからないという養子たちの苦悩が、「自己の出自を知る権利」の承認を求める大きなムーブメントとなってきたのは周知のとおりである。しかし養子法においても、養子の出自を知る権利が完全に守られるようになったわけではない。この権利は、血縁上の親のプライバシー権や匿名権と衝突するため、妥協や試行錯誤が続いている。また養子を育てる上では、まだ養親への依存が強い幼い年齢のうちに養子である事実を告げて(この行為をテリング telling という)、その事実の上に親子関係を築いたほうが、後の養親子関係が安定するといわれる。

ドナーの生殖子による生殖補助医療は、プレ・アドプションといわれることがあるように、養子と重なる側面がある。歴史のある生殖補助医療であるAIDでは、成長したAID子たちが養子たちと同様に、「自己の出自を知る権利」を主張してきた。また成長してからAIDによる出生であったことを知らされたAID子が、その打撃から、幼児の時点でテリングをされるべきであったと主張することも多い。しかし養子とAID子との間には、大きな相違がある。すなわち養子という存在は養子縁組の前にすでに出生した存在であるのに対し、AID子は育てたいという「親」希望者のためにこの世に出生させられる存在であるという相違である。養子制度は、すでに生まれて存在している子のために、育てる養親を手当てする社会システムであるが、AIDはそうではない。養子の苦悩を和らげるために出自を知らせたりテリングをすることなどの対応が模索されるのは、養子の存在を所与のものとして前提した努力であり、それらの対応によって養子の存在を正当化するためではない。しかしAID子において問題とされているのは、「親」希望者のためにAIDという手法によって生命を生み出すことの評価そのものである。AID子の苦悩を和らげるために同様の対応が仮に有効であったとしても、

それらの対応がAIDという手法によって生命を生み出すことを正当化できるわけではない。「ちょっとしたお金稼ぎのためにやった」<sup>30</sup>若いドナーが自分の血縁上の父親であるというAID子の苦悩は、ドナーの素性がわかっても、それで解決されるわけではないのである。

生殖補助医療は、不妊症患者たちのニーズに応じて行われるようになった。医師は、「今、ここにいる」患者の必要に応じてAID施術を供給してきたが、そのときに少なくとも合わせて考慮されるべきであったのは、「今、ここにはいない」が、「将来、存在する」新たな人間のニーズであり尊厳である。「法律によって男になり夫にもなったのに、なぜ父にはなれないのか。差別だ」というGID夫の主張に対しては、どのように答えることになるのだろうか。果たしてこれは「差別」だろうか。彼の主張に対しては、AID子のかかえるであろう苦悩、とりわけこの場合には彼を父と信じる可能性をあらかじめ奪われたAID子の福祉を対峙すれば、自ずから明らかであろう。仮に差別であるとするとしても、自己の男性としてのアイデンティティ確立のために、他者である子の存在を手段として要求することは許されないであろう。立法論としても、筆者は、GID夫によるAID利用は禁止すべきであろうと考える。

しかし立法論となると、困難が山積している。これまでも日本においては、生命倫理領域における立法は困難を抱えてきたし、議員立法でたまたま成立した性同一性障害者特例法もとても十分に考えられた立法とはいえなかった。次に見るように、その困難さには、また立法がないまま運営されてきた日本の現実にも、日本特有の法意識と法状況が背景にあるように思われる。

#### 4 生命倫理領域の立法の困難さと日本の法状況

臓器移植や生殖補助医療など、医学の急速な進展によって可能となったが、自由に任せては大変な危険を伴う諸問題がある。この種の生命倫理領域の問題は、衆知を集めて自覚的に決断して規律を設けなくてはならず、自然に規

<sup>30</sup> この表現は、坂井律子＝春日真人『つくられる命』(NHK出版、2004)84頁より引用。

律ができあがるのを待って済む問題ではない。しかし日本法は、人体についての生命倫理的規律の立法作業を行うことができないまま今日に至っている。生殖補助医療領域の立法は試みられ、法制審議会などの中間報告が行われたが、これもそのまま立法に至ることなく途絶している。生殖補助医療立法の遅れの弊害は、産科婦人科学会の会告と実親子関係の承認をめぐる最高裁判例によって事実上ある程度抑制されているが、医療の自主規制であるために限界があり、最高裁判所が立法府に速やかな立法を要求する事態となっている<sup>31</sup>。現在のところ、成立した法令は「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」(平成12年12月6日法律第146号)、「臓器の移植に関する法律」(平成9年7月16日法律第104号、以下、臓器移植法)などごくわずかだけであり、あとは一部に行政指導指針があるばかりである。

世界的に先進国のこの種の規制を眺めると、規律のない自由が市場化に結びついたアメリカと、医師会の自粛や行政規制によって運営される日本と、1994年に包括的に生命倫理の問題を扱う生命倫理法を立法したフランスが対照的であり、これらの規制状況を比較する視点は、すでに多くの論者が指摘するところである<sup>32</sup>。さらに規制が及ばない開発途上国に視野を広げると、臓器移植や生殖補助医療は、金銭を対価に臓器を売ったり代理懐胎を引き受けたりする貧困層の存在を背景に商業的に行われ、先進国の客を対象とした臓器売買や生殖補助医療ツーリズムが隆盛となっている。

憲法の保障する自由と自己決定が至上原理となり、市場化の弊害が明らかになってから徐々に州法で規制が始まっているアメリカ法と、生命倫理法で体系的な規制を構築したフランス法は、極めて対照的な立法状況ではあるが、

<sup>31</sup> 生殖補助医療と日本法の親子関係については、水野紀子「生殖補助医療を契機に日本実親子法をふりかえる」法曹時報61巻5号(2009)1頁以下、同「親子関係法」大村敦志＝河上正二＝窪田充見＝水野紀子編著『比較家族法研究——離婚・親子・親権を中心に』(商事法務、2012)など。

<sup>32</sup> 例えば「人間の尊厳に基礎を置いて国民の間で根本的コンセンサスを形成した上で立法化を実現したフランス法との対照は、あまりに際立っている」とする、滝澤正「フランスにおける生命倫理法制」上智法学論集43巻4号(2000)9頁以下、18頁ほか、橋島次郎『先端医療のルール——人体利用はどこまで許されるのか』(講談社、2001)36頁以下など。

日本法と比較したときの相違として、両国において前提となっている事実がある。すなわち、フランス法とアメリカ法のどちらにおいても、規制がない分野は自由であるという前提があることである。しかし、日本においてはその前提が事実上、確立していない。

日本社会にこの自由の前提がないことが法規制のない行動も自粛させることになっており、その自粛を破るとマスコミのバッシングが加えられる危険があるほか、場合によっては不法行為法の損害賠償が認められる可能性もありうるだろう。この息苦しい圧力は、いわゆる「世間」の力として、日本社会の言論や行動の自由を束縛する抑圧となってきたものの、生殖補助医療においては、法規制の遅れを補う秩序をもたらしてきたことは否定できない。

立法がないまま医師会の自粛や行政指導指針によって運営されている日本の現状は、日本法の長所でもあれば限界でもあるといえるだろう。立法がなくとも日本産科婦人科学会の会告によって生殖補助医療が自粛されてきた点は、高く評価されるべきであるが、会告違反の医療を規制する力はない。また行政指導指針、いわゆるガイドラインには、例えば、ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針、遺伝子治療臨床研究に関する指針、疫学研究に関する倫理指針、臨床研究に関する倫理指針、ヒトES細胞の樹立及び使用に関する指針などがあり、これらは実際上極めて重要な役割を果たしている。ガイドラインは、立法よりは柔軟性があり、絶えず変わる医療研究や医療技術の最前線にはふさわしい方法であるかもしれない<sup>33</sup>。しかしガイドラインの位置づけには、根本的な危うさがある。ガイドラインに定めること以外は、すべて自由であると考えてよいのか、あるいはガイドラインが手続を定めること以外は、すべて許されないと考えるのか、その点についてのコンセンサスもできていない。実際には研究現場はガイドラインが定めていること以外

<sup>33</sup> フランス生命倫理法についても、法による規制は柔軟性を欠くというフランス国内の批判がある。アクセル・カーン(林昌宏訳)『モラルのある人は、そんなことはしない——科学の進歩と倫理のはざま』(トランスビュー、2011)100頁は、「法律によって明示するという大原則を掲げるフランスの生命倫理法は、実用的な形では整備されていない」とし、法は原則を定め、独立した委員会が新たな行為を解釈するシステムを推奨する。

は自粛しているが、もし自粛が破れたときには、一斉に過度に自由な方向に暴走する危険を抱えている。

また、現状のガイドラインそのものやガイドライン策定過程にも、少なからず問題がある。まず、ガイドラインには細かな手続規制が規定されているが、これらの体系的な整理がされていない。限定された対象ごとに定められたガイドラインであるために類推適用にも限界があり、新たな問題が生じたときに類推適用するには、ある場合には過剰規制となり、ある場合には過少規制となる。それゆえに、絶えず新たなガイドライン策定が必要となり、しかもガイドライン策定に時間がかかるために、対応の遅れが研究現場に支障を来している。ガイドライン策定に時間がかかる一つの理由として、例えば胚の地位についての原理的対立によって議論が硬直化したように<sup>34</sup>、体系性をもった策定がなされないために、原理的な議論を封じることができないことがあるように思われる。人工妊娠中絶の是非がキリスト教社会で激しい対立をもたらしてきたように、あるいはまた脳死臓器移植の是非が日本で臓器移植法の立法を妨げたように、具体的な規制の立案において原理的な対立がもちこまれると、妥協によってコンセンサスを作り上げることが困難になる。策定を担当する委員会のメンバーが交代すると、その価値観によって策定方針がそのたびに揺れることにもなる。なによりガイドラインを体系化して、基本を固める必要があるだろう。

この基本となるものについても、現状のガイドラインの多くは、インフォームド・コンセントを絶対視しており、その点も危惧される。インフォームド・コンセントは、決して正当化の万能薬ではない。インフォームド・コンセントがとれていても生命倫理の観点から許されないこともある。一方、現状のガイドラインは、研究ごとについてインフォームド・コンセントをとらねばならないとしているために、生命倫理的にはまったく問題のない実験を追加で行うことができないなど、不自由で不便なものとなっている。

ガイドラインのみならず、生命倫理に関する日本法の言論状況においては、

<sup>34</sup> 生命倫理専門調査会が2004年7月にまとめた「ヒト胚の取扱いに関する基本的な考え方」という報告書の成立過程について、島蘭進『いのちの始まりの生命倫理——受精卵・クローン胚の作成・利用は認められるか』(春秋社、2006)参照。

インフォームド・コンセントのみが主要な命題となっているように思われる<sup>35</sup>。当事者の意思決定をいかに確保するかという観点からの言説になりがちであり、「自己決定」が生命倫理を正統化するメルクマールであるかのようによ扱われる。脳死臓器移植に対する危惧も、もっぱら「自己決定」が確保されないことへの危惧として語られることが多い。しかし人間の自己決定に委ねることの危険性は、もとより論を待たない。「自由一般を守るためには、部分的に自由を制限しなくてはならない」<sup>36</sup>のである。

前述したように、生殖補助医療は、この「自己決定」に委ねることがもつとも危険な領域の一つである。しかしその危険性は、日本のマスコミ報道では周知されない。医師会の自主規制による「被害者」の主張が、また生殖補助医療の自由化を強く求める一部の国会議員の主張が、そのまま立法化される危険が少なくない。法は、単純な提言の主張ではなく、複雑な考量を体系化したものである。日本社会は、「世間」という共同体の圧力による秩序に依存した社会であったために、このような複雑な法による秩序の意義と、その法秩序が保障する自由の意義について、日本人は、立法者もマスコミも、十分に自覚することが、未だに不得手なのかもしれない。

## 5 おわりに——性同一性障害者との共存

本稿は、性同一性障害者がAIDを利用した場合に嫡出子として出生届が受け付けられない問題について論じようとするものであって、性同一性障害者の性別変更や婚姻がもたらす問題について、例えば性同一性障害者特例法の改正案などについて、詳論するものではない。しかし最後に筆者の考える方向性について簡単に述べておきたい。

性同一性障害者が存在するという事実を社会が共有し、患者がより苦しまずに生活できるように社会を変革することは必要なことであろう。いろいろ

な程度や形態で、中間的な性をもって生まれる者がいる。トランスセクシュアルにせよトランスジェンダーにせよ、心の性が本人にとっては「正しい性」であったとしても、客観的に総合的に見れば、中間的な性をもつ者であるといわざるを得ない。性別に従って二分化された社会のあり方ゆえに、中間的な性をもつ者が尊厳をもって生きられないとすれば、彼らと共存できるように、そのような社会のあり方を寛容に修正していくべきである。

また性的マイノリティといわれる者には、これらの障害をもつ者のほかに、性的志向がヘテロセクシュアルではなくホモセクシュアルである者が含まれることがある。同性愛であっても、当事者が従属的ではない大人同士の間での合意に基づいた性行動については、その自由な選択が尊重されるべきである。その上に同性愛者同士の婚姻まで認めるかどうかについては、各国の法制は多様に分かれている。それは婚姻制度をどのようにとらえるか、性的な結びつきを正当化するものとするか、それとも次世代を育む家族を守る制度的な枠組みと考えるか、にもよるであろう。ともあれ、性同一性障害や中間的な性の問題と性的志向の問題は、性的マイノリティという意味では統一的に論じる側面があるとはいえ、そこで課題になっていることは異なり、区別して議論すべきであろう。

さらにこれらの性的マイノリティの問題を、男女差別や男女共同参画社会の問題に拡大して、性別による差別解消とまとめて論じる学説がある<sup>37</sup>。しかし、これは明らかに別問題であろう。性差別や性別役割分業が強固な社会では、性同一性障害者の生きにくさはさらに高まることが予想されるが、心の性による権利を主張する性同一性障害者が、同時にステレオタイプ化された男女役割分業の支持者であって性差別主義者である可能性は十分にある。また、そもそも男性と女性という2つの分類の境界に中間的な存在があることが、その分類そのものを無効にするわけではない。筆者は、「男性と女性は異なる、しかし平等でなければならない」という立場をとる。未だに女性

<sup>35</sup> 米村滋人「医科学研究におけるインフォームド・コンセントの意義と役割」青木清＝町野朔共編『医科学研究の自由と規制——研究倫理指針のあり方』（上智大学出版、2011）など。

<sup>36</sup> Jean CARBONNIER, *op.cit.*, p. 384.

<sup>37</sup> 二宮周平「戸籍の性別記載の訂正は可能か(1)～(3・完)」戸籍時報555・559・561号(2003)。佐倉智美『性同一性障害の社会学』（現代書館、2006）は性同一性障害の当事者がジェンダー秩序を脱構築することを主張する本であるが、夫が性転換した妻の嘆きも描かれている(183頁以下など)。

に対する抑圧の強い日本社会で性差の存在を肯定する立場をとることは、差別に荷担する危険がないわけではないが、やはり身体的にも精神的にも性差が存在することは、否定できない事実であろう。しかし性差は個人差を凌駕するものではなく、また性差ゆえに性別役割分業や差別が正当化されるわけではない。それでも産む性であることは自然に女性をケア提供者の側に置き、ケア提供者は構造的に不利な立場に置かれるので、その不利ゆえに女性を弱者としないための社会的支援が必要である。婚姻制度もそのような社会的支援のもっとも古典的な一つであったといえるだろう<sup>38</sup>。

そして性同一性障害者が生きやすいように社会を変革する必要があるとしても、その変革は、患者の自己主張にかなうようにすべてを受け入れることではない。とりわけ第三者の法益がからんだときには限界があるはずであり、その限度を見極める必要がある。確かに性同一性障害という障害が存在することは社会的に周知される必要があるだろう。そして性同一性障害に対する理解がない会社が、患者の容姿を理由に服務命令違反で解雇したり、性自認と異なる性別に従って警察署に留置されたりするという問題については、患者の性自認を尊重して、このようなことのないよう、性同一性障害者の尊厳を守る配慮が必要であろうと思われ、その際には行政的な立法や政策も必要となるのかもしれない。

しかし民事身分における性決定については、より慎重な配慮が必要である。フランスでは、性別変更の可否は、民事身分の不可処分性概念との衝突という枠組みで議論されてきた。婚姻や親子関係からなる民事身分は、公的な存在であるとされる。そしてそれは、本人のアイデンティティの根幹であると同時に社会や他者との関係で決定されるものであり、その変更は他者自身の

<sup>38</sup> 筆者の考える男女共同参画社会にむけた課題については、水野紀子「家族法の本来的機能の実現——男女共同参画社会へ向けて」ジュリスト1424号(2011)46頁以下参照。エヴァ・フェダー・キティ(岡野八代=牟田和恵監訳)『愛の労働あるいは依存とケアの正義論』(白澤社発行・現代書館発売, 2010)304頁は、婚姻制度を依存とケアの関係から、次のように説く。「婚姻の法的・社会的地位の承認は、二人の個人がまるでつながっているかのように扱われることを意味する。しかし、そうした制度が社会的に承認されるべき主要な理由は、それが依存者のケアと扶養の場だからである」。

アイデンティティにも大きく影響するものであるがゆえに、その不可処分性という概念が歴史的に構築されてきたのであろう。所有権の絶対性概念と同様に、民事身分の不可処分性概念も、例外が認められないものではないとしても、それなりの必然性と必要性があって生まれてきた概念であるからには、当事者がそれを希望するからというだけの理由で自由に崩してよいものとは思われない。

カルボニエのように、出生地と出生年月日と性別を同様に「この世に存在しはじめたときにその人格に配布された肩書 (le titre)」として、本人の自由にならない決定的なものにとらえ、実年齢よりずっと若くみえて若く振る舞える熟年女優が、心理的年齢と出生証書の年齢が合わないことに精神的に非常に苦しんでいたとしても、心理的治療のために出生年月日が修正されるわけではないとする立場<sup>39</sup>もある。もっとも筆者は、性同一性障害は、外から見えない脳という身体部分に出生時点から刻印されていた性別が外性器の性別と異なっている場合であると理解するので、カルボニエほどには、出生時の性決定を決定的なものとは考えない。脳という身体の決定する性と外性器をはじめとする身体の決定する性に食い違いがあり、脳の性別が当人にとってあまりにも決定的であった場合には、出生時に配布された民事身分に変更が加えられても許容されるべきであろうと思う。多くの国の立法が、手術によって不可逆的な身体の変成があることを性別変更の要件にしてきたのは、それが浮動的なものではなく不可逆的なものである上に、「脳の性別が本人にとってあまりにも決定的であること」を表象するものでもあったからではなからうか。しかしこの手術も、万能ではない。ヨーロッパで最も有名な遺伝学者の一人でフランス国家倫理諮問委員会の委員であるアクセル・カーンは、次のように述べる。「数多くの手術が失敗したことに触れないわけにはいかない。専門家によると、ほぼ半数の手術は、大失敗であったという。要するに、手術を受けた者は、術後の身体にこれまで以上に不快であるという。……もちろん、手術が成功する場合もあるので、性転換手術にマイナスの評価を与えることが、私の意図するところではない。私が言いたいのは

<sup>39</sup> Jean CARBONNIER, op.cit., p.502.

は、きわめて複雑な問題に対して、簡略化・単純化された回答を与えているのではないかと言うことである<sup>40</sup>。確かに、ことは「きわめて複雑な問題」である。手術を要件としないのであれば、本人の希望に従うという、逆の「簡略化・単純化された回答」になりかねないが、それは民事身分秩序に対する思考放棄であろう。要件の構築によっては、手術をしなくても性別変更を認める可能性はあるかもしれないが、民事身分としての性別は、当事者が自由に決定できる浮動的なものとするべきではない。

性的に二分化された社会という表現は、性別役割分業と同義に用いられることがあるが、性別役割分業を否定するとしても、またあらゆる男女差別を否定するとしても、トイレが男女別になっているように性別に配慮した社会であることは、性差の存在とその意味するところから不可避であり、その意味では、我々の社会は、性的に二分化された社会であらざるを得ない。脳の性別が強固に固まってそれ以外の性別を受け入れられないのでなければ、中間的な性をもつ者は、身体の性別が決定した出生時の性を民事身分として保有しつつ、男らしい女性として、あるいは女らしい男性として、個性を發揮して自由に生活する道を追求するにとどまることになるか。

そして家族を形成する権利義務については、性別変更以上に、さらに慎重に考える必要があるだろう。この点を論ずるにあたって、同性婚については、その結びつきに社会的承認を与える何らかの制度は認めるとしても、婚姻は2人の間に子が出生する可能性のある点が決定的である制度であると考え、婚姻は異性間にしか認めないという立場をとりあえず前提にすることとする。西欧社会においては、同性愛者たちは近年まで刑事罰をもって迫害・排斥されてきた。キリスト教社会において、神によって聖別された性的結びつきである「婚姻」を、劣悪な地位におかれてきた同性愛者たちが、それゆえに激しく希求することは理解できる。日本社会において西欧におけるほど同性婚の要求が盛り上がらないのは、伝統的に衆道として同性愛を受け入れる文化があり、また相続権などの家族の権能は養子縁組という便法によって獲得で

<sup>40</sup> カーン・前掲注(33)92～93頁。とりわけ男性から女性への転換手術よりも女性から男性への転換手術が困難で成果が薄く、希望者が減少している。Sophie PARICARD, op.cit., n° 9.

きることによるのかもしれない。今後、同性愛者の運動によって西欧諸国においては同性婚が認められるようになる可能性はある。しかし同性間には、やはり子の存在が自然に生じる(可能性がある)異性間とは異なるものであり、まして同性婚を認めることが同性婚当事者が生殖補助医療によって子をもうける権利をもつことと同義になるのならば、筆者は賛成できない。

前述したように、性同一性障害者特例法の立法にあたって、家族の問題は十分な議論が行われなかった<sup>41</sup>。立法後は、渡邊泰彦によるドイツ法紹介<sup>42</sup>をはじめ、以前よりは民法学者による業績が蓄積されている<sup>43</sup>。しかし依然として「婚姻・養子縁組・相続などの民法上の根本問題については、欧米諸国と異なり、じつは細かい議論の蓄積がない」(棚村政行<sup>44</sup>)という状況に変わ

<sup>41</sup> 立法直後から、この点についての指摘は始まっていた。性同一性障害者の性変更の主張を問題ごとに個別的に見るアメリカの裁判例を紹介して、家族のあり方や社会の意識との乖離の問題を無視してはならないとする、棚村政行「今回の特例法の検討課題」南野知恵子監修『解説 性同一性障害者性別取扱特例法』(日本加除出版、2004)163頁以下。

<sup>42</sup> 渡邊泰彦「憲法と婚姻保護——性同一性障害者の性別変更要件をもとに」同志社法学60巻7号(2009)333頁以下、同「性別変更の要件の見直し——性別適合手術と生殖能力について」産大法学45巻1号(2011)31頁以下など。後者の48頁以下には、ケルン上級州裁判所2009年11月30日決定が、性同一性障害者の女性が、性別適合手術を受ける前の段階で自己の精子を精子バンクに預けておき、パートナーの女性がそれを用いてドイツでは許されない人工授精をベルギーで受けて生まれた子について、父性承認を求めたケースについて、自己の出自を知る権利などから、これを認めた判決が紹介されている。子の出生証書には変更前の男性名で父として記載されることから父母の一方が性同一性障害であることが明らかになる危険を防止できることも子の正当な利益として指摘されている。

<sup>43</sup> 2004年に性同一性障害者の性別変更を可能にしたイギリス法の立法について紹介する田巻帝子「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)148頁以下。この法では性別変更のためには既婚者は婚姻を解消しなければならないが、立法過程における議論では、元配偶者の保護については同年に立法されるシビルパートナーシップ法が対応することが強調された。同152頁。

<sup>44</sup> 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)2頁以下、引用は8頁。

りはない。日本法よりは複雑な議論が行われている欧米諸国においても、事態は流動的である。それらを見通して具体的な提言をする準備は、今の筆者にはないが、少なくとも性別の変更が自動的に身分関係に帰結するような議論が欧米諸国においてもされていないこと、また、すべきでないことは、確かであろう。むしろフランスにおいては、性別変更を認めるかどうか議論されたときには、身分関係についてはそれぞればらばらに、特に婚姻と親子関係については別に考えてよいという立場が性別変更を承認する立場の主張であり、性別変更に反対する立場が、婚姻と親子関係の、いかえればカップル概念と家族概念の緊密な結びつきを理由としていた。性別変更を承認しさらに婚姻も認めるべきだという性同一性障害者の希望に積極的な立場は、カップルの自由に任されることと第三者（子）が関係することとは当然に別の問題であるから、親子関係については別扱いをして良いのだと主張してきたのである<sup>45</sup>。

性同一性障害者特例法の改正法立法においては、子という第三者が関係するにもかかわらず、性同一性障害者の要求のみが重視されたように思われる。いったん身体の性で結婚する決断をし、子をもった性同一性障害者が、その決断の責任を問われることなく、異なる性に変更できることを承認した改正法には、疑問が残る。将来的には、配偶者や子の利益を配慮して、慎重に対応する必要があるであろう。いずれにせよ「簡略化・単純化された回答」にはなり得ない。まして本稿のテーマであるAID子については、GID夫の性別変更から自動的に、通常の男性と同じ嫡出推定の権利とAID利用を導くべきではないと考える。

エピグラフに引用したアマルティア・センの著書にあるように、人は多様なアイデンティティをかかえて生きる存在である。人種、国籍、性別、宗教、

思想信条、職業、地域社会における地位、そして家族内の地位と多層に重なった様々なアイデンティティは、人々の連帯と協力を組織づくる基礎であると同時に、ときには排斥の基準ともなる。また人は、社会の視線を自己の中に取り込んで自己認識するため、問題はやっかいになる。そして排斥への怒りが、そのアイデンティティのみを過剰に主張させるとき、平等化の名の下にその主張が他者への配慮を失うとき、新たな被害が生まれうる。寛容な共存が目指されるべきであろうし、例えば一定の民族対立のように、共存のうちに溶けあって解消していくアイデンティティの相違もあるかもしれない。しかし、排斥への怒りが、他者のアイデンティティや、ひいてはそれらの根拠となっている社会の制度や組織を否定するに至るとしたら、それは危険な破壊をもたらす空虚な夢になりかねないであろう。

<sup>45</sup> Jean HAUSER, Les personnes et Droits de la famille, RTD civ. (1), janv-mars 1998, p. 92 et suiv. Jean HAUSERは、執筆時点での公衆衛生法典L152-2条（現行の2141-2条とこの点に実質的変更はない）にある「病的性格が医学的に診断されている不妊」に当たらないから、性別変更後のカップルは生殖補助医療を受けられないとする。またアルコール中毒患者や暴力的な親などへの生殖補助医療の利用制限をしなかった生命倫理法にも批判的である。