

間性と性別表記の訂正

札幌高裁平成三年三月一三日決定（家庭裁判月報四三卷八号四八頁）

大
島
俊
之

I 事実

一 事実

二 原審判

三 抗告理由

II 本件決定

III 研究

一 間性とは何か

二 間性児の出生届

三 性別表記の訂正

四 名の変更

五 おわりに

I 事 実

一 事 実

〔大島注〕 以下では、抗告審の認定に基づいて事実関係を紹介する。なお、家庭裁判月報の「編注」によれば、事件関係者の人名は仮名にしているとのことである。そこで、人名は、すべて家庭裁判月報のとおり引用する。しかし、生年月日、住所、病院所在地などについては、筆者の判断で一部省略した。筆者の判断で省略した部分は、「……」で示した。

(1) 抗告人〔中山和美〕は、昭和六三年…月…日〇〇…病院において父中山利昭、母中山恵理子間の第二子として出生した。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、抗告人を同病院の小児科に入院させた。

(2) 抗告人は、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、治療期間中染色体分析の検査を受けたところ、四六XYとの検査結果が出たため、小佐野医師は、抗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、抗告人の診療にあたっていた産科の木下医師らは、抗告人の外性器の形態からして、抗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抗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抗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抗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、抗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、抗告人の出生証明書の性別欄に「男」と記載し、これを抗告人の父利昭に渡した。

(3) 抗告人の父利昭は、木下医師らに説明されるまま将来抗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、抗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、昭和十三年三月十日出生の届出をした。

(4) その後、抗告人は排尿障害があったため、〇〇……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、抗告人について、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児が有する尿道海面体が欠如している）、内性器の両側性腺は性巢で、明らかな子宮、膣は認められないうえ、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）、尿道は女児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、抗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、抗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（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）、そのためには抗告人の外性器を女性型に形成したうえ、現在の抗告人の女児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、抗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。

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除するとともに、今後の診療方針として、原告人に対し膾炙成術、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ものである。

二 原審判

中山和美は、札幌家庭裁判所小樽支部に対して、戸籍筆頭者中山利昭の戸籍中、和美の続柄欄に「二男」とあるのを「長女」と訂正することの許可を申し立てた。札幌家庭裁判所小樽支部平成元年三月三〇日審判は、本件申立てを却下した。その理由は、次のとおりである。

- 1 申立ての要旨〔省略——大島注〕
- 2 当裁判所の判断

(1)〔省略——大島注〕

(2) ところで、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の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ふべきである。

(3) よって、本件申立てを却下することとし、主文のとおり審判する。

三 抗告理由

〔大島注〕 以下では、家庭裁判月報四三巻八号五四頁五行目―六二頁五行目に掲載されているとおり、抗告理由を紹介するが、三つの点でお断りしておかなければならない。

第一点。抗告人は幼児であるが、弁護士が代理したとは記載されていない。事情が不明であるため、抗告人（幼児）と、抗告理由の執筆者とを区別することができない。

第二点。抗告理由中には、不適切な表現がある。このため、大島の判断で、「……」を施して省略をした箇所がある。

第三点。抗告理由中に、筆者の氏名および筆者の判例評釈の表題が引用されている。しかし、抗告理由の執筆者の見解と、引用された筆者（大島）の見解にはかなりの相違がある。

原決定は、抗告人の出生時の性別決定について、その判定基準に関する解釈、適用を誤り、抗告人の性別が女

であるのに、これを男と誤認した違法があり、原告人の戸籍の記載が不適法又は真実に反する場合に該当するか、戸籍法一一三条により原判決を取消し、原告人の戸籍上の性別を、「二男」から「長女」に訂正すべきである。

以下に、その理由を述べる。

第一 人の性別の判定基準について

一 人の性の分類

人の性を社会的、法的に分類すれば、男女いずれかに区分されるけれども、生物学的、医学的、心理学的見地を加えて厳密に分類すると、次の六通りとなる。

① 性染色体による性

人の染色体は、XXという染色体の組合せを一对とし、二三対（……四四本）までは、すべて同じ組合せとなり、二三対目の染色体（性染色体）がXXであれば女であるとされ、XYであれば男であると、一般的には理解されている。

しかし、性染色体自体がXX型であっても、内性器、外性器とも男性型となっている場合があり、逆にXY型であっても女性器を備えている例もあり、二三対目の染色体が一对に分離しないXOの人は、外見は女性であるが卵巣の発達が悪く、……（ターナー氏症候群）、二二対目がXXであり、二三対目がYのみである場合、すなわちXXYとなっている人は、外見は男性であるが、精巣が発達せず精子を形成しないうえに、女性型の乳房を呈し、……（クラインフェルター氏症候群）等の例があり、XX型か、XY型かというのは、生物学的レベルでの性分化を表すにしか過ぎず、身体的特徴に何らかの異常を持つ人の性別を判定する唯一絶対の基準とはなり得ない。

② 性腺（内性器）による性

人の精巣、生殖腺、卵巣、子宮等が存在することによる男女の区別であるが、身体的性徴に異常を持つ人に対しては、性別判定の決定的な基準となり得ない。

③ 外性器の形態（身体表現型）による性

人の陰茎が存在することによる男女の区別であり、一般的には出生時にその存在の正常であることが、外見上明らかであれば、他の性を検討することなく、これによって性別を判定しており、他に問題を生じない。

しかし、外性器の形態、機能に異常がある場合、外性器の有無が判別し難い場合等には、性別判定につき他の性の検討が必要となる。

④ ホルモン活動による性

人の先天的な男性ホルモン、女性ホルモンの分泌量、後天的なホルモン投与による男性化、女性化によって生じた性の区別であり、これのみによって性別を直ちに区別することはできない。

⑤ 社会的、法的な性

人の外観、社会生活、戸籍上の性別等による男女の区別であり、真実の性別判定の決定的基準ではないが、後述するとおり、出生時から身体的に異常な性を持つ人に対しては、社会的適応の見地から重視すべき基準となる。

⑥ 心理学的な性

多くの人は、自己の肉体上の性別を知覚し、これに適合した社会生活を経て行くが、肉体上の性分化に異常がないのに、意識的又は無意識的に、自己が肉体上の性別と異なる性に属しているとの確信を抱いている人（変性症、性転向症）の望む性であり、もとより性別判定の決定的基準とするには疑問がある。〔傍線は大島〕

二 正常な性を持つ人の性別判定基準

正常な性を持つ人とは、出生時から前記分類①ないし③のすべてを有し、とりわけ③が何ら異常なく存在することが、外観上一見して明白な場合であり、一般にその判定は、第一次的には出産時に介助した医師、助産婦の判断に委ねられる。

大多数の出生児は、③の点のみから性別の判定がなされ、①及び②の検討もされないことが通常であり、経験則上この点の判定だけで、過誤を生じることが希有であるから、右の判定による出生証明書が作成され、生後一四日以内（戸籍法第四九条）にこれを添付して出生届がなされる。

三 異常な性を持つ人の性別判定基準

1 異常な性を持つ人とは、出生時から前記①ないし③のいずれかに、正常でない徴候、例えば性染色体の異常（前掲①）、内性器（同②）又は外性器（同③）の形態、機能に、異常、奇形、存否不明等があった場合をいい、講学上「間性」といわれている。

前述したターナー症候群、クラインフェルター症候群、XXY症候群、真正半陰陽、男性仮性半陰陽、女性仮性半陰陽などがこの例であり、生物学的レベルにおける性分化の異常であつて、前掲⑥で述べた変性症、性転向症とは全く異なる。

原告人の場合は、右の男性仮性半陰陽に該当する。

2 間性の場合には、出生時に直ちに男女いずれかの性に特定することが著しく困難である。

間性の出生児は、前記①ないし③のいずれかに異常がある場合であるから、前述した出生時に正常な性を持つ人の性別判定基準を、そのまま適用することはできない。原判決は、この点を看過し、正常な性を持つ人の性別

判定基準を、間性である原告人にそのまま適用する誤りを犯している。

間性の場合の性別判定は、①ないし③に当てはまるか否かの問題ではなく、出生児が機能的又は形態的に、男女いずれかの性により近付けられるかとの観点から、出生当時の医学的知見に基づく調査、検討、社会適応の判断を経て、最終的に確定されなければならない（大島俊之「性転換と戸籍訂正」法律時報五五卷一号二〇二頁参照）。

間性の出生児は、性に関する機能的又は形態的障害を必ず伴っているから、障害の治療・除去が可能であれば治療・除去後の機能、形態につき、①ないし③又はそのいずれかにしたが性別を確定し、障害の治療・除去が不可能又は著しく困難であれば、①ないし③に関わりなく、医学的により近づけ易く、社会適応がより容易な性を性別として、社会的、法的に認知し確定すべきである。

3 人は幼児期、学齢期を経て、就職、婚姻等の長期間の社会生活を過ごす、すべて男女いずれかの一つの性別を基礎とし、人生を送るのであり、戸籍上の性と実生活の性とが相反するときは、耐え難い精神的苦痛を受け続け、本人はもとより近親者にとつても悲惨な人生となることは、多言を要しないほど明白である。

間性の出生児に対し、①ないし③の分類によって届出られた戸籍上の性のままで、異なる性による実生活を送らせることは、悲惨な人生を強要することに等しい。

間性の出生児が出生直後に届出た性が、医学的、社会的にみて、将来の実生活に適応し得ない性であるときは、法的に評価すれば、戸籍上の性が不適法であり、又は真実に反し又は錯誤があるものと解すべきであつて、このように解することは条理に適い、人の生存権、幸福追求権を宣言した憲法の精神にも合致する。

恣意的な性転換を試みている芸能人のような性別変更に関する戸籍訂正が、みだりに許されないことはもとよ

り当然であるが、間性の出生児の性別変更は、前述した異常な性を持つ人の判定基準をみたく限り、当初の性別判定が誤っていたのであり、戸籍訂正を許容されるべきである。(傍線は大島)

ちなみに仄聞するところによると、東京家庭裁判所においては、間性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り、同家裁判昭和三八年五月二十七日審判では、男性仮性半陰陽であった者の戸籍を、「長女」から「長男」に訂正することを、許可した事例が報告されている(田中加藤男「戸籍訂正に関する諸問題の研究」司法研究報告書一六輯三号二五六頁)。

第二 間性の出生児の出生届等について

一 出生児の性別につき、第一次判断権を有する医師、助産婦は、多くの場合正常児のみを取扱い、間性の出生児を取扱った経験者が極めて少ない。

また、間性の出生児の性別判定に知見を有する専門医の数も少ないから、初めて間性の出生児を取扱った医師は、①の性染色体検査結果を重視することとなる。

しかし、間性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(名古屋高裁判昭和四四年一月八日決定、家裁月報三三巻九号六一頁)は、誤りである。

原告人の出生届に添付された○○……病院木下太郎医師作成の出生証明に、原告人が「男」とされたのは、性染色体検査結果を重視したためであり、間性の出生児の性に関する専門医としての医学上の知見、将来の社会適応に対する配慮を欠いた真実に反する記載と評価すべきである。

二 出生時から異常な性を持つ人の性別決定は、その確定までにある程度の検査、検討期間を必要とし、戸籍

法に定める一四日以内の届出期間に間に合わない場合が多い。

しかし、右の届出懈怠によって過料の行政罰があるばかりでなく、異常な性を持つ出生児は、ほとんどが何らかの身体的障害を伴っているから、これら障害の治療費は、手術費用等を含めて極めて高額となり、社会保険の適用を受けない限り、親権者らの経済的負担の限度を越えることとなる。

ところが、出生児の場合は、出生届を経ない以上、社会保険適用がなされないという問題があるため、医師側、親権者らは後日性別変更が容易にできるとの誤った知識に基づき、染色体検査によって、出生児の性別を拙速的に判定し、出生証明を作成して出生届出をすることとなるのである。

原告人の出生届も、右と同様の経緯により提出されたものであり、このような出生届は真実に反し、錯誤によるものであり、無効であるといふべきである。

なお、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、⁽¹⁾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(昭和二十三年二月一日法務省民事局長回答民事甲一九九八号)が、本件出生証明の作成に関与した医師ら及び原告人の両親は、このような知識を有しなかった。

第三 原告人の性別について

一 出生時の状況〔省略—大島注〕

二 出生届等の経緯

1 原告人の両親は、医師らから原告人の肉體異常⁽²⁾を聞き、出生届提出後に戸籍上の性別を変えることも可能である旨の説明を受け、これを信じて届出期間最終日である昭和六三年…月…日前記出生証明を添付して、原告

人の名を和美とし「二男」としての出生届を提出した。

出生届が所定の期間内になされたのは、右の医師の説明のほか、抗告人の父が〇〇市役所職員でありながら、届出期間徒過により過料に処されるのを避けたいこと、抗告人の前記障害に対する治療費が嵩むので、経済的負担を軽くするため、早期に出生届を出し、社会保険の適用を受けたいことからであった。

2 抗告人の両親は、抗告人の戸籍上の性別を一応男としておいても、抗告人が将来女兒として成育する場合は、戸籍上の性別をそのように考え、男女いずれにも適用する「和美」の名を選び、女兒として成育する場合は、戸籍上の性別をそのように訂正できると考えていた。

三 その後の経緯〔省略—大島注〕

四 抗告人の成育状況等について

抗告人は、男女両性に通用する「和美」と命名され、以後女兒として育てられており、近隣の人々、親類縁者達に対しても、女兒として紹介し、女兒として扱われている。

排尿は、母親らがカテーターによる導尿で処理しているが、既に一人歩きができる状況となり、日常生活では、すべて女兒としての会話、立居振舞をするよう躱げられていて、抗告人の両親は今後もこの方針を貫く決意である。

抗告人の両親は、抗告人の出生届提出を早まったことを悔いており、性別変更を悲願とし、変更許可があった場合には、抗告人の成長後も出生時の秘密を秘匿し続ける決心をしている。

第四 原決定について

原決定が抗告人の性別を男と認定した根拠は、前述したとおり、性染色体、生殖腺、内性器の形態等のみであ

り、正常な性を持つ人の判定基準を、そのまま適用し対比している。

しかし、出生時から形態的、機能的に異常な性を持つ被告人に、右の判定基準を適用したことは、明白な誤りであり、医学上の知見、社会適応の具体的妥当性に基づく性別判定がなされるべきである。

さらに原決定は、被告人の外性器異常(外性器の形態が一見男性型か女性型か明らかでない。)を認定しながら、「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。」と認定しているが、前段部分の認定は正当であるけれども、右の認定は性別が男であることを否定する根拠となるのに、この点の理由を示さず、後段部分は明らかに事実誤認である。

被告人は、……生殖隆起及び尿道の長さが女性型であり、会陰部の陰前庭、陰遺残が認められているのであるから、女性としての身体的特徴をも備えているのであって、原決定はこの点を看過している。

結局、原決定は、生物学的な分化を表すにしか過ぎない性染色体検査結果及び精巢の存在を主たる理由として、被告人の性別を男と判断したにとどまり、被告人が出生時から外性器の異常を有すること、重症である排尿障害を除去するには、出生時の女性型の尿道を維持するしかないこと、その他の女性としての身体的特徴を備えていること、将来男性としての社会適応は不可能に等しいが、女性としての社会適応は比較的容易であること等を、不問に付した事実誤認、理由不備の違法があり、取消を免れない。

以上述べてきたとおり、被告人の性別は女であり、続柄を「二男」とした戸籍の記載は不適法であって、事実上に反し又は錯誤によるものであるから、原決定を取消、当審において被告人の続柄を「長女」とするのが相当であり、その旨の決定がなされるべきである。

- (1) 原文は「法務庁」であるが、「法務省」と改めた。
- (2) 原文は「肉的」であるが、「肉体」と改めた。

II 本件決定

主 文

- 1 原審判を取り消す。
- 2 本籍○○…○△…、戸籍筆頭者中山利昭の戸籍中、和美の続柄欄に「二男」とあるのを「長女」と訂正することを許可する。

理 由

第一 本件抗告の趣旨及び理由〔本稿ではI三で紹介した―大島注〕

第二 当裁判所の判断

- 1 本件申立てに至る経緯〔本稿ではI一で紹介した―大島注〕
- 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睾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。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つて、性別判定について特段問題が生じることはない（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染色体一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の構成となつていて、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「間性」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、絶対の基準ではなる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つ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った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陰前庭、陰遺残が認められ、女性型の外性器を形成する際の閉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、抗告人の現在の女兒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、抗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、その後抗告人の父母の同意のもとに抗告人の精巣を摘除した。従って、今後抗告人の外形が男性化することはない)。そして、抗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はできない。

第三 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」と表示されるという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、当裁判所の上記見解は決して恣意的な性転換による戸籍訂正を認めるものと解されてはならない。本件においては、原告人の性別は、医師により純粹に医療上の見地から女性と判定されたものというべきであつて、その間に原告人あるいはその父母の恣意が働く余地は全くなかつたものであるうえ、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、医療上の誤つ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つたものである。)(傍線は大島)

よつて、原審判を取り消したうえ、本件申立てを認容することとして、主文のとおり決定する。(裁判長裁判官 仲江利政 裁判官 吉本俊雄 小池勝雅)

III 研 究

医師が行つた一連の処置を前提とする限り、本件決定の結論は、妥当であろう(ただし、理由中には、支持しがたい記述がある)。不当な原審判を取り消し、本件決定が性別表記の訂正を許可するに至る過程で、筆者のかつ

ての研究が役立つであろうであり、筆者としては光栄に感じる。

一 間性とは何か

以下の医学的な記述は、大島俊之「性転換と法——戸籍訂正問題を中心として——」判例タイムズ四八四号七頁以下による。この論文の医学的な概観は、黒木良和・松井一郎『図説染色体異常』および木川源則編『半陰陽のすべて』（産婦人科シリーズ22）によっている。

間性とは、生物学的レベルにおける（すなわち身体的レベルにおける）性分化の異常をいう。したがって、間性（性分化の異常）について見る前に、生物学的レベルにおける諸々の性の要素について見ておくのが、適切であろう。

1 生物学的性の要素

生物学的レベルに限っても、ヒトのいかなる点をもって男性といい、また女性というか、ということとは必ずしも明確ではない。以下、その判別の基準と考えられるような、諸々の要素について、見ていこう。

(1) 発生学的性

発生学的性というのは、性染色体の型がXX型かXY型かで決定される性のことであり、「遺伝学的性」あるいは「染色体的性」と呼ばれることもある。ところで、一般に、哺乳類が生存するためには、常染色体のほかには、性染色体は、Xが一本存在すれば十分であり（XXの場合でも、一本は不活性）、また、必ず一本は必要である（なぜなら、X染色体上には、哺乳類が生存するために不可欠な遺伝子がついているからである）。したがって、哺乳類における性の基本プランは女性型ということになる。Y染色体上には、生存に不可欠な遺伝子が存在せず、た

だ基本プランである女性型をくつがえして、男性型に修正するための遺伝子が存在するだけである（近藤四郎|| 大島清『人間の生と性』二六頁以下による）。

(2) 生殖腺の性

生殖腺の性というのは、生殖腺の組織が、卵巣であるか精巣であるかによって、決定される性のことである。

元来、生殖腺は、皮層と髓層からできており、Y染色体が存在しない場合には、皮層が卵巣組織となる。これに對して、Y染色体が存在する場合には、髓層が発達して精巣となる。伝統的な医学においては、生殖腺の性こそが、男性・女性を識別する上で、最も基本的なメルクマールである、とされてきたようである。

(3) 内分泌学的性

内分泌学的性というのは、男性ホルモン（アンドロゲン）と女性ホルモン（エストロゲン）のバランスによって、決定される性のことである。

(4) 内性器の形態による性

元来、生殖腺の皮層にはミューラー管が、髓層にはウォルフ管が接続している。そして、Y染色体が存在しない場合には、ミューラー管の発育が促進されて、卵管、子宮、膣の一部が形成される。これに對して、Y染色体が存在する場合には、ウォルフ管が発達して、精巣上体、精管、性嚢が形成される。

(5) 外性器の形態による性

元来、未分化の外性器は、同一形態であり、男性型・女性型のいずれの方向にも分化しうるのである。女性においては、男性ホルモン（アンドロゲン）の作用を受けないために、生殖結節が陰核となり、生殖嚢が小陰唇となり、生殖隆起が大陰唇となる。男性においては、男性ホルモン（アンドロゲン）の作用を受けるために、生殖

結節が伸長して陰茎となり、生殖襞が左右癒合して尿道海綿体となり、生殖隆起が中央で癒合して陰囊となる。

2 間性（性分化の異常）

右に見た性の要素において、性分化の異常が存在する場合を、間性という。間性をどのように分類するかについて、医学界においては、一致した見解は存在しないようである。そこで、間性のうち、最も代表的な症候群について、極めて簡単に紹介するにとどめる。

(1) ターナー症候群

一九三八年に、ターナーが二症例を報告したので、この名が付けられた。性染色体の構成について見れば、X O（X染色体が一本欠如）型が多い。この症候群は、女性における代表的な性染色体異常であり、小人症、性的未発達がその特徴である。卵巣は顕著に萎縮しており、また外性器の形態は、乳児のようである。通常、第二次性徴が発現せず、恥毛・腋毛は、僅少もしくは無毛である。発生頻度については、出生女子一〇〇〇人に対して〇・三ないし〇・四人といわれている（発生頻度について、黒木〓松井・前掲二〇二頁は女子一〇〇〇人に対して〇・四人としており、木川・前掲四頁（鈴木〓中村〓康〓阿部〓匂坂）は女子三〇〇〇人に対して一人ぐらいとしている）。

(2) クラインフェルター症候群

一九四二年に、クラインフェルターによって九例が報告されたために、この名がある。男性の性染色体異常であって、性染色体の構成は、XXYである。この症候群は、先天的な異常であるにもかかわらず、出生後思春期までは、症状が発現しない。ところが、思春期以降になって、睾丸の發育不全、女性化乳房などの症状が出てくる。発生頻度については、出生男子一〇〇〇人に対し一・二人とする説もある（黒木〓松井・前掲二二二頁）。

(3) 真正半陰陽

組織学的に見て、生殖腺が、精巣と卵巣とを兼ね備えている場合をいう。すなわち、生殖腺の性は、男性でもあり、女性でもあり、決定できないのである。性染色体の型は、X X型の場合が多いが、X Y型あるいはモザイク型の場合もある。外性器の形態は、男性と女性の間位置する紛らわしいものが多いが、新生児期においては、停留辜丸、尿道下裂を伴う男子と判別されることが多い。したがって、男性とされる場合が多いようであるが、第二次性徴の面では、女性風に乳房が発達する例が多いようである。

(4) 男性仮性半陰陽

性染色体は、X Y型であり、また生殖腺も精巣であるが、表現型が女性型となっている場合をいう。生殖腺は精巣であるので、男性ホルモンが分泌されるが、ホルモン受容体が欠如しているために、男性への分化が阻止され、正常女性としての表現型をとる。とくに、完全型精巢性女性化症の場合には、出生時において疑問なく女児と判別され、思春期まで異常に気づかない例が多いといわれている。

(5) 女性仮性半陰陽

性染色体は、X Y型であり、また生殖腺も卵巣である。しかし、先天的な副腎皮質の過形成のために、男性ホルモンが生産が亢進し、このため、胎児期における性分化の過程で、外性器の形態が、男性の外性器の形態と紛らわしいものとなる。すなわち、本来の陰核が肥大して、陰茎のようになり、陰唇が陰囊のようになるのである。このため、停留辜丸、尿道下裂を伴った男性と、極めて紛らわしいことになる。あるオリンピック大会における女子一〇〇メートルのゴールドメダリストが、女性仮性半陰陽であった例が有名である。

3 間性の場合における性の決定に関する医学界の見解

間性の場合においては、形態的あるいは機能的にどちらかの性に、より近づけるために、内分泌学的療法が施されたり、性器の形成手術がなされたりすることがある。その際、出生の時に確認された性とは異なる性に近づけることが選択された場合には、性別表記の訂正の問題が生じることになる。

しかし、次に紹介するような医師の発言に耳を傾けるならば、間性の場合であっても、性別表記の訂正の問題が生じることがそれほど多くはないであろうということが理解されよう。

「養育する性を決定する最大の因子は、性器の形態である。真の染色体的性に沿って矯正できれば理想的ではあるが、それにとられすぎると、かえって不完全な男性や女性をつくることになる」(木川・前掲一六頁(玉田))。

「治療上で注意すべきことは、その患者の染色体の性にこだわって内・外性器を無理に染色体の性と一致させようとして不完全な性転換のごとき手術をしてはならない、ということである。半陰陽様の患者があつた場合には、全身の立場から各種の性 (genetic, gonadal, somatic, legal, social, etc.) を考慮したうえで、必要ならば手術する」(木川・前掲八三頁(鈴木・中村・康・阿部・句坂))。

「届出性別の変更は法律的な手続は別として患者に与える心理的影響はあまりにも大きい。性別別困難な症例において、出生届出の性のままとするか、変更するかは重大問題である。できるだけ早期に、しかも家族の要望を十分に考慮してなされなければならない。……その方針としては次のような事項があげられる。(1)できるだけ出生届の性に合わせる。(2)両親、家族の希望を最優先とする(1)と(2)とは多くの場合一致、符合する。(3)染色体構成、性腺の様相よりも性器系の様相に重点をおいて性決定を行う(性分化異常症例の治療において最低の基準は外見上男子または女子としての体型をもたせ、社会生活を送らせることにある。次の条件が性生活可能な状態にまでもちきたらすことであるからである)」(木川・前掲八三頁(志田・柴山))。

二 間性児の出生届

「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」（本件決定）。

「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（昭和二十三年二月一日法務省民事局長回答民事甲一九九八号）」（本件抗告理由）。

右の取扱について、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。

三 性別表記の訂正

1 手続

(1) 審判（家庭裁判所）

戸籍法一一三条は、「戸籍の記載が法律上許されないものであること又はその記載に錯誤若しくは遺漏があることを発見した場合には、利害関係人は、家庭裁判所の許可を得て、戸籍の訂正を申請することができる」と規定している。実際の手続では、家庭裁判所における審判によって、「家庭裁判所の許可」を得る。戸籍法一一九条は、「……第百十三条……の申立は、家事審判法の適用に関しては、これを同法第九条第一項甲類に掲げる事項とみ

なす」と規定している。

性別表記の訂正を許可する審判は、それだけで確定する。そして、戸籍事務管掌者である市区町村長に対して届出をする。

(2) 特別抗告（高等裁判所）

性別表記の訂正を許可しない審判に対しては、二週間以内に、高等裁判所に対して、即時抗告をすることができる。家事審判法一四条は、「審判に対しては、最高裁判所の定めるところにより、即時抗告のみをすることができる。この期間は、二週間とする」と規定している。そして、抗告裁判所が性別表記の訂正を許可する決定をしたときは、それだけで確定する。この場合には、戸籍事務管掌者である市区町村長に対して届出をする。

(3) 再抗告（最高裁判所）

性別表記の訂正を許可しない抗告裁判所の決定については、再抗告をすることができる。民事訴訟法三三〇条は、「抗告裁判所の決定に対しては、その決定に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があること、又は決定に及ぼすことが明らかな法令の違反があることを理由とするときに限り、更に抗告をすることができる」と規定している。

憲法一三条は、「すべての国民は、個人として尊重される。……幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定している。間性者の性別表記の訂正を許可しない抗告裁判所の決定は、憲法一三条に違反すると解する余地は十分にあると考える。

2 過去の裁判例

本件以前においても、間性児の性別表記の訂正は、すでに認められていた。

大阪高等裁判所管内家事審判官協議会は、「出生の時女子として出生届した者が出生後六ヶ年目に男性であることが判明したときその戸籍の性と名とを訂正する方法はどうすればよいか。(註)この者男女両性子であったとのこと。」という神戸家庭裁判所の提起した問題について、「性の記載には事実錯誤があるから戸籍法第百十三条の戸籍訂正の申立をし、名の点は性の判別に混同を生じ、社会生活に支障があるものとして戸籍法第百七条による名の変更を申立をすべきである」と結論づけている(家裁月報四卷三号一二七頁)。

判例集には掲載されていないが、男性仮性半陰陽の人物の性別を「長女」から「長男」に訂正することを許可した事例がある(東京家裁昭和三七年五月二七日審判、田中加藤男「戸籍訂正に関する諸問題」司法研究報告書一六輯三号二五六頁以下に引用されている)。

本件が家庭裁判月報に掲載されたことは、間性児の性別表記の訂正が認められる旨を、法律関係者に対して啓蒙する上で、たいへん意義深い。

四 名の変更

本件においては、男女いずれにも通用する名が選ばれているため、名の変更の許可は、申し立てられていない。しかし、性別表記の訂正の場合には、名の変更も申し立てられることが多いと予測される。その手続は、次のとおりである。

1 家事審判(家庭裁判所)

戸籍法一〇七条の二は、「正当な事由によつて名を変更しようとする者は、家庭裁判所の許可を得て、その旨を届け出なければならぬ」と規定している。実際の手続では、家庭裁判所における審判によつて、「家庭裁判所の

許可」を得る。戸籍法一一九条は、「第一百七条の二……の申立は、家事審判法の適用に関しては、これを同法第九条第一項甲類に掲げる事項とみなす」と規定している。

名の変更の許可を申し立てる際の申立定型用紙の申立実情欄には、「(1)奇妙な名である。(2)むずかしくて正確に読まない。(3)同姓同名者がいて不便である。(4)異性とまぎらわしい。(5)外国人とまぎらわしい。(6)年月日・僧侶となった(やめた)。(7)通称として永年使用した(使用を始めた時期 年 月)。(8)その他。」との不動文字の番号を囲んだうえ、具体的な事情を記載するようになっていく。

間性児の性別表記を訂正した後(または同時)に、名を変更する場合には、「(4)異性とまぎらわしい。」を○で囲むことになろう。

名の変更を許可する審判は、それだけで確定する。そして、戸籍事務管掌者である市区町村長に対して届出をする。

2 特別抗告(高等裁判所)

名の変更を許可しない審判に対しては、二週間以内に、高等裁判所に対して、即時抗告をすることができる(家事審判法一四条)。そして、抗告裁判所が名の変更を許可する決定をしたときは、それだけで確定する。この場合には、戸籍事務管掌者である市区町村長に対して届出をする。

3 再抗告(最高裁判所)

名の変更を許可しない抗告裁判所の決定については、「憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があること、又は決定に及ぼすことが明らかな法令の違反があることを理由とするときに限り」(民事訴訟法三三〇条)、再抗告をすることができる。

五 おわりに

医師が行った一連の処置を前提とする限り、幼児の性別表記の訂正を許可した本件決定の結論は妥当であろう。ただし、医師の行った処置については疑問に思う点がある。それは、新生児あるいは幼児に対して、救命のために必要な手術の域を越えて、性器の切除あるいは形成のための手術までも行った点についてである。このような手術は、本人が成長した後、本人の性同一性に基づいて、本人の意思により行うべきではなかったかという疑問が残る。

なお、本件決定理由および抗告理由中には、筆者（大島）が傍線を施した部分がある。これらの部分は、間性に関する本件においては、本来、不必要な記述である。これらの部分は、性同一性障害の場合には性別表記の訂正を認めない、あるいは認めるべきではない、ということを示唆しているようである。もしも、そうであるならば、性同一性障害に対する無理解を示すものであろう。性同一性障害と性別表記の訂正の問題については、大島俊之「性同一性障害の法律問題」（神戸学院法学一九卷一号）を参照。

いずれにしても、本件決定が家庭裁判月報に掲載されたことの意義は大きい。このことにより、法律家の間で、間性（半陰陽）、性同一性障害（変性症）あるいは性転換などに対する関心が高まることを期待したい。これらの問題は、単なる「性」に関する領域を越えて、「個人と社会」、「少数者の権利」、「法の本質」などについて思索する機会を法律家に提供する極めて重要なものである。