

# 性同一性障害と婚姻

——英米法圏における問題——

大 島 俊 之

- 第1章 はじめに
  - 第1節 問題点
  - 第2節 大陸法諸国では
  - 第3節 日本では
  - 第4節 英米法圏では
- 第2章 イギリス
  - 第1節 コーベット対コーベット事件
  - 第2節 J対ST事件
- 第3章 アメリカ
  - 第1節 匿名対匿名事件
  - 第2節 B対B事件
  - 第3節 スタインケ対スタインケ事件
  - 第4節 MT対JT事件
  - 第5節 フォン・ホフバーグ対アレクサンダー事件
  - 第6節 その他の事件
    - 第1款 ラドラッチ事件
    - 第2款 ヴェッキオーネ対ヴェッキオーネ事件
- 第4章 ニュージーランド
  - 第1節 M対M事件
  - 第2節 司法長官対オタフフ家庭裁判所事件
- 第5章 その他の国々
  - 第1節 カナダ
    - 第1款 M対M事件
    - 第2款 LAC対CCC事件

- 第3款 B対A事件
- 第4款 C対C事件
- 第2節 オーストラリア
  - CおよびD婚姻事件（インターセックスの事例）
- 第3節 南アフリカ
  - W対W事件
- 第4節 シンガポール
  - イン対エリック事件
- 第6章 おわりに
  - 第1節 ポール・スミスの事例（オハイオ州の事例）
  - 第2節 ユタ州の事例
  - 第3節 伝統的な立場の難点

## 第1章 はじめに

### 第1節 問題点

性同一性障害と婚姻という場合には、次のような問題が考えられる。

① 夫婦の一方が性同一性障害と診断された場合、その者の戸籍上の性別表記の訂正・変更を認めるべきか。私見は、婚姻している者については、その者の戸籍上の性別表記の訂正・変更を認めるべきではないと考える。私見は、婚姻していない者に限って、SRS（性再指定手術）を受けた後に、戸籍上の性別表記の訂正を認めるべきであると考えている。ただし、過去において婚姻したことがあってもよい。

② 夫婦の一方が性同一性障害と診断された場合、既存の婚姻の効力はどうなるか。私見は、このような場合であっても、婚姻の無効あるいは取消を認めるべきではないと考える。ただし、離婚原因に該当する場合があると考えられる（第3章、第3節で紹介するスタインケ対スタインケ事件参照）。

③ 性同一性障害と診断され、SRS（性再指定手術）を受けた後に、戸籍上の性別訂正・変更が認められたとする。この場合、その新しい性

## 性同一性障害と婚姻

に属する者として、婚姻することができるか。本稿において中心問題として取り上げるのは、この問題である。

④ 性同一性障害と診断され、SRS（性再指定手術）を受けたが、戸籍上の性別訂正・変更が認められなかったとする。戸籍上の性別表記上、同性の者どうしの中の婚姻は認められるか。同性婚を認めるべきであるという主張もありえよう。しかし、本稿は、この問題については考察の対象外とする。

### 第2節 大陸法諸国では

本稿において中心問題として取り上げるのは、③のSRSを受けて戸籍上の性別訂正・変更が認められた場合に、新しい性に属する者として異性と婚姻することができるか、という問題である。この問題については、大陸法諸国においては、新しい性に属する者として婚姻することが認められている。1例を挙げれば、ドイツ連邦憲法裁判所1978年10月11日決定（BVerfGE 49, 286; FamRZ 1979, 25）は、次のように述べている。「申立人〔MTFポストオペラティブ〕が、以前の自己の性と同性の人〔男性〕と婚姻することができるという権利も、慣習法に反するものではない。男性に生殖能力があること、あるいは女性に妊娠能力があることは、婚姻をするための要件ではない。婚姻とは、基本法によれば（6条1項）、生涯にわたる男女の結合である（BVerfGE 10, 59 [66]）。人々の間には、男性トランスセクシュアルと男性との婚姻は、慣習に反し、否定されるべきであるという意見もありうるであろう。しかし、このような婚姻に反対すべき合理的で説得力のある理由はない（vgl. BVerfGE 36, 146 [163]）。学問的な知見によれば、男性トランスセクシュアルは、同性愛的な行動を希望しているのではなく、異性の相手を求めているのである。性器を変更する手術の結果、男性のパートナーを求めることが、性的にはノーマルなことなのである」。

大陸法諸国における婚姻の問題については、本誌の次号で取り上げる

予定である。

### 第3節 日本では

わが国においては、この問題は、特段の問題とはならないであろう。戸籍上の性別訂正・変更が認められた場合には、新しい性に属する者として、婚姻届は受理されるはずである。

そして、その婚姻は、無効・取消の対象とはならないと考えられる（民法742条～749条参照）。ただし、場合によっては、離婚事由に該当する場合があります（民法770条1項5号参照）。例えば、性交が不可能な場合が、それである。

### 第4節 英米法圏では

ところが、コモンロー諸国においては、新しい性に属する者として婚姻した場合に、その婚姻の効力が問題となっている。コモンロー諸国の裁判所の見解は分かれている。本稿は、このような英米法圏における判例の動向を紹介することを、主たる目的とするものである。

## 第2章 イギリス

### 第1節 コーベット対コーベット事件

<sup>(1)</sup>  
高等法院1970年2月2日判決

本件の当事者は、MTFトランスセクシュアル（ポストオペラティブ）である。本判決は、男性とMTFトランスセクシュアルとの間の婚姻を無効とした。本判決は、英語圏において極めて強い（私見によれば好ま

---

(1) *Corbett v. Corbett (otherwise Ashley)* [1970] 2 All ER 33. 判決が極めて長文であるため、筆者（大島）の判断で、一部分を省略し、かつ、小見出しを付けた。この判決については、17年前に、大島俊之「性転換と婚姻」大阪府立大学経済研究28巻3号（1983年）において極めて詳細に紹介されている。

## 性同一性障害と婚姻

しくない) 影響を与えた最も著名な判決である (以上, 大島)。

**原告の請求** 本件における原告アーサー・キャメロン・コーベットは、……次のような判決を求めた。すなわち、1963年9月10日にジブラルタルにおいて、その当時エイプリル・アシュレーと称していた被告との間において行われた結婚式は、挙式当時被告が男性であったために無効 (null and void) であると。また、原告は、予備的主張として、次のようにも述べている。すなわち、被告は性交ができず、もしくは故意に拒否したために、婚姻無効判決を求めると。

**被告の主張** これに対して、被告は、その答弁書において、挙式当時男性であったという原告の主張を否定し、その当時自分は女性であった旨を主張している。また、被告は、性交が不能であったとの主張、あるいは故意に拒否したとの主張を共に否定している。被告は、答弁書の第5節において、自己が多年男性とみられてきたことを認めつつも、結婚式の前に膣の形成手術を受けていたこと、および結婚式を行う以前から原告がそうした全ての事実を知っていたことを述べて、原告には被告の〔性交の〕不能もしくは拒否を理由として、〔婚姻の〕無効を主張する権限はない、と主張している。また、第6節において、原告は何度か完全に挿入しておきながら、射精ができなかったため、もしくは射精を欲しなかったために、すぐに抜去し、ヒステリックになった旨を述べている。第7節においては、実際に性交がなされたことを暗に示しつつ、原告の側で故意に拒否した旨を、選択的に主張している。第8節では、原告側の不能を選択的に主張している。すなわち、被告は、〔原告側の性交の〕不能もしくは拒否を理由として、自己のために〔婚姻の〕無効判決を求めているのである。また、被告は、訴訟の最終段階で認められた〔答弁書の〕修正において、原告が〔婚姻の〕無効を主張することは、禁反言の法理から認められない……と主張した。(中略)

**争点の整理** 本件における第1の争点は、婚姻の有効性に関するものであり、被告の真実の性にかかわる問題である。第2の争点は、仮に

婚姻がなされたとして、当事者が不能であったか、または〔性交を〕欲したか否か、という問題である。第1の争点に関しては、基本的な事実について〔当事者間に〕争いはない。第2の争点に関しては、原告および被告の提出した証拠の間に直接的な相違があるが、それほど大きな違いはない。(中略)

被告の生活史 被告は、1935年4月29日にリバプールで生まれ、出生の際には、男子として届け出がなされ、ジョージ・ジャミーソンと名付けられた。その後も、男子として養育された。性の確認についての錯誤があったという証拠はない。1951年に、被告は16歳で、商船に乗り組んだ。サンフランシスコに上陸するまでの間に、乗組員として、1回半の航海をした。サンフランシスコで薬を飲みすぎて入院した。間もなくイギリスに帰り、オームスカーク病院に入院した。ついで、1953年1月(17歳)には、かかりつけの開業医からリバプールのウォールトン病院を紹介され、当初は外来患者として、後には、短期間入院患者として、精神科医であるヴァイラント(Vaillant)博士の治療を受けた。ヴァイラント博士は、病院の記録を開示した。それによれば、被告は、ヴァイラント博士の助手による検査を受けたが、「女性のような外見」を示している点、および「顔および体にほとんど体毛がない」点を除いて、何ら異常は認められない、ということである。ヴァイラント博士は、被告が男性であることに何の疑問も抱かなかった、と供述した。病院の記録中には、アミトールまたはエーテルを少量投与した後に、治療のために行った被告との面接の結果を要約したものがある。そのなかで、被告は、子供の頃から女性になりたいという強い願望を持っていたこと、および船に乗っていたとき様々な同性愛の体験をしたことを述べている。ヴァイラント博士の監督下で被告を6か月にわたって治療した医師は、1953年6月5日付の手紙でもって、先の開業医に対して、その結果を通知している。その手紙には、次のような記載がある。

「この青年は、同性愛者であり、女性になりたいと言っている。青年

## 性同一性障害と婚姻

は、数多くの同性愛体験をしているが、それは、鬱病に原因がある。検査の結果によれば、女性的な外見を除いて、何ら異常は認められない。

(中略) その後、被告は、ロンドンに赴き、ホテルで臨時雇いとして働いた後、1965年までは、ジャージーに住んでいた。その後、フランス南部に行き、そこで、パリのナイトクラブ「カルーセル」を中心とする女性化した有名な男性達に出会い、そのメンバーに加わった。証拠を総合すれば、その頃、被告は、女性ホルモン(エストロゲン)の投与を受け、その結果、乳房が発達するなど女性的な体型となった。その当時、被告は、「トニ・エイプリル」と名乗っていた。

いわゆる性転換手術 ナイトクラブ「カルーセル」で4年間を過ごした後、被告は、ビュルー(Burou)博士を紹介された。博士は、1960年5月11日に、カサブランカにおいて、いわゆる「性転換手術(sex-change operation)」を行った。この手術は、睾丸を摘出し、陰囊の大部分を切除し、いわゆる「人工膺」を形成するものである。その方法は、陰茎の皮膚以外の組織を除去し、膀胱と直腸の間に、女性の膺のように窪んだ袋を形成するのである。また、陰囊の一部分は、女性外性器に似せた形成を行うのにも、使用するのである。(中略) この手術によって性器を切除する前において、原告の性器がどのような状態になったのかということについては、直接的な証拠はない。弁護士からの情報によれば、ビュルー博士は、いかなる情報の提供をも拒否しており、弁護士の手紙に対しても返事をよこしていない、とのことである。被告自身から、それを聞き出すことは望めない。被告は、商船に乗っていた頃には、「自分のペニスのサイズなんかにはほとんど興味がなかった」し、睾丸のサイズなど考えたこともなかった、と述べている。反対尋問の際に、勃起したことがあるか、また射精したことがあるか、という質問を受けて、被告は、回答を拒否し、ただ泣くばかりであった。

手術の後、被告は、ロンドンに帰り、今度は、エイプリル・アシュレーと名乗り、女性の服装をし、女性のように暮らしていた。手術後、人

工的な窶みを用いて、少なくとも1人の男性と性交渉を持ったが完全にうまくいった、と述べている。手術後6か月が経過した1960年11月に、原告と被告は、初めて出会ったのである。

原告の生活史 その当時、原告は40歳であり、結婚して妻と4人の子供達とともに暮らしていた。しかし、性的異常のために幸せではなかった。原告は、証人席において、自己の性的な体験について、フランクに、かつ、極めて詳細に供述した。原告は、まれにみる正直な証人であって、質問された事柄について、すべて、偽らずに慎重に答えた。この最初の婚姻以前に、極めて多くの女性と性的関係を持ったこと、そして婚姻後も、1962年の〔婚姻〕解消後も、同様であったことを述べている。また、原告は、自己の性的異常についても供述している。それによれば、かなり以前から、女性の服装をしたいという願望を有していた、とのことである。そして、婚姻の初期の段階においては、妻の面前で何度か女装をしたことがある、とのことである。その後も、妻に隠れて、年に4・5回の割りで女装をしており、女装したいという願望は継続していた。するどい洞察をもって、原告は次のように述べた。「そのような時、わたしは自分の姿を見るのが嫌いでした。というのは、わたしはファンタジーを望んでいるにもかかわらず、わたしの目に映るものは、まったくそうではなかったからです」。この供述は、本件における異常な人間性を理解する上で、極めて重要である。1943年頃から、原告の女装への関心は、強くなっていった。当初は、ポルノショップへ行く程度であったが、その後、だんだんと同じような傾向の人々と接触を持つようになり、ロンドンにおいて、時々、そうした人物と交際するようになった。そして、また、しばしば男性と同性愛行為をするようになり、肛門性交を行うようになった。だんだんと原告は、性的異常者の世界に深入りするようになり、あらゆる種類の性的異常に興味を持つようになった。そして、原告は、そのような世界のいろいろな傾向や、人物に詳しくなった。そして、「カルーセル」のトリ・エイプリルの噂を聞いた。



## 性同一性障害と婚姻

両者の出会い　そして、アメリカ人の異性装症者で「ルーズ」と名乗る人物を介して、両者は接触を持ち始め、1960年11月19日に初めて両者は出会い、レストラン「カプリス（気まぐれ）」で食事をともにした。この初めての出会いについて、原告が語った言葉の中に、その後の痛ましく、信じられないようなストーリーを理解する鍵が潜んでいる。その当時は、原告は、エイプリル・アシュレー（被告は、その頃、このように名乗っていた）がかつて男性であり、いわゆる「性転換手術」を受けたことを知っていた。初めて被告に出会ったとき、原告は、それが信じられなかった。原告は、被告の虜になってしまった。「わたしがそうなりたいたと望んでいたよりも、はるかに素晴らしかった。事実、わたしの空想を凌いでいた」。 (中略)

この空想と現実の一致こそが、その後の3年以上にわたる原告の被告に対する行動の原因となったのである。被告の原告に対する態度は、その後の交際の全段階を通じて、はるかに受け身的であった。両者は、1960年11月の初めての出会い以後、毎日もしくは2日に一度の割合で頻繁に会っている。当初、原告は偽名を使って自己紹介をしていたが、ほどなく真実を明らかにした。デート中、被告は、手術の詳細などを含めて、自分自身について、「少しずつ」語った。原告によれば、原告が被告を紹介してもらいたいと思ったのは、当初は、自分がトランスヴェスタイト（異性装症者）であったからであるけれども、すぐに、女性に対する男性としての関係に移って行った、とのことである。被告は女性のように見え、女性のように装い、女性のように行為した、と原告は述べている。原告は、トランスヴェスタイト（異性装症者）としてのトランスセクシュアルに対する愛ではなく、男性としての女性に対する愛を感じるようになった、ということ向被告に告げている。原告は、被告を女性と考えており、女性としての魅力を感じている、と繰り返し語った。しかし、その後結婚するまでの3年間には、何度も機会があったにもかかわらず、肉体的な意味での性的交渉がなかった、ということについては争いはな

い。両者の関係は、キスとか、穏やかなベッティング以上には至らなかったのである。被告は、原告が自分の裸の胸に触れたり、体のどこかを愛撫することを、決して許さなかった。このような関係が、原告のような様々な性的体験を有する男性を満足させたとは考えられない。しかし、それでも、両者の関係はうまく行っていたのである。(中略)

裁判官の見解 被告は、原告に対して真の愛情を感じたことはなく、3年間、原告の「看護婦」のように感じていた、と述べている。被告は、明らかに、原告を、苦悩し錯乱している人物と考えていたのである。被告の供述および原告の手紙から明らかのように、原告の心は、振り子のようによれ動いていたのである。原告自身も女性になりたいと望んでいたため、被告がうまく女性になっていることに対して嫉妬を感じる一方で、被告に魅力を感じている他の男たちに対しても、嫉妬していたのである。原告の態度をこのように見ることは、極めて理にかなっていると思われる。この奇妙な関係について両当事者の語ることに耳を傾けながら、わたしは、そこに、異性愛的な関係（他の場合における極めて広い体験について、当法廷で語っているにもかかわらず）が存しないことが強い印象として残った。(中略)原告がその妻と家族に被告を紹介し、極めて頻繁に自宅に招き、また皆で旅行したことについても、争いはない。これらの事実は、被告に対する原告の愛情が真実のものでなかったことを示すものであろう。

結婚に向けて 原告が被告に執着したために、原告と妻との関係は、1961年9月までに破綻し、別居するに至った。その間に、被告は、原告の助力を得て、平型捺印証書 (deed poll) によって名をエイプリル・アシュレーと変更し、その名でパスポートを取得した。しかし、被告の出生証明書を訂正しようとしてなされた登録簿管理者に対する申請は、受け容れられなかった。なお、国民保険省 (Ministry of National Insurance) は、手術後ほどなくして、女性としての保険証を交付しており、被告は保険の面では女性として取り扱われている。(中略)1961年には、原告は、

## 性同一性障害と婚姻

女性モデルとして成功した。その年、被告は、スペインに移住することを決意し、1961年11月に、別荘と「ハラカング」という名のナイトクラブを買った。1961年11月に、両者は、マルベッラに赴いた。その際、同じ別荘に住むが、同じ部屋では寝ないこと、および将来、原告の離婚が成立したときには婚姻することを約束した。被告は、1週間程度そこに滞在した後出掛けて行き、1か月ぐらい後に帰って来るというパターンを長期間続けていた。被告がマルベッラに滞在中には、被告は別荘に寝て、原告はナイトクラブで寝た。1962年に、両者は、洪水のような報道の標的にされた。それは、「ザ・ニュース・オブ・ザ・ワールド」誌の連載記事で、被告が、かなり詳細に自分自身について語った（その内容は、おおむね正確である）ことによって、最高潮に達した。

結婚 1962年6月に被告の妻が確定離婚判決 (decree absolute) を得た後、原告は、繰り返し結婚を迫ったが、被告はそれに応じなかった。原告はずっとマルベッラにとどまっていたが、被告は好きな時に行ったり来たりするパターンを続けていた。原告の言うところによれば、1962年7月から1963年7月までの間の半分近くを一緒に暮らしたとのことであるが、両者の関係は相変わらずであって、別々の建物で寝ていた。両者の「婚約」は、喧嘩のために切れたり続いたりしていた。婚約の全期間を通じて、性的なことは何も生じていない。1963年7月、被告は、結婚に向けて一歩踏みだした。すなわち、結婚についてジブラルタル〔英国領土〕の弁護士に相談し、被告との経済的な取り決めについても相談したのである。

両者は、自分達が結婚することができるのか、あるいは結婚に努力してくれるような人物を見つけることができるかという点について、かなり疑問視していたことは明らかである。実際には、ジブラルタルの弁護士が、特別の許可 (special license) を得てくれた。原告・被告ともに結婚の効力について法的にアドバイスを求めたり、受けたりはしていない。結婚式は、一応、1963年9月10日と定められたが、被告は逡巡していた。

ところが、1963年9月10日の朝になって、突然、被告が挙式に同意したので、両者はジブラルタルへ急いだ。その当時、原告がまだファンタジーに囚われていたのか、また被告は真剣であったのか、ということについて、私〔オームロッド裁判官〕は多少の疑問を持たざるをえない。

新婚生活 挙式の後、2人はマルベッラの別荘に帰り、原告は、性的アプローチを試みた。しかし、被告のいわゆる膣の膿瘍のために目的を遂げることができず、被告は別荘で、原告はクラブで別々に寝る状態が4・5日間続いた、ということに争いはない。その後、被告は演劇学校への入学準備のためのレッスンを受けるために、短期間の予定でロンドンに赴いた。その際、被告がロンドンで部屋を見つけ、その後、できれば原告がそこに行くことが約束された。原告は、実際に、1963年10月4日頃にロンドンに行き、彼女の部屋に1週間ほど滞在した。その間に、いかなる性的な事態が生じたのかについては大いに争いがある。原告は、その間ずっと被告は膿瘍についてこぼしていたと供述している。これに対して、被告は、次のように供述した。2人は入浴した後、一緒にベッドに入り、原告は何度も完全に挿入することができたが、すぐに「できない！できない！」と言いながら、射精することなく抜去して、泣きだしたと。10月2日に、原告はスペインに帰り、被告は、演劇学校の入学に失敗したが、12月初めまでロンドンに滞在した後、別荘の原告のもとに帰った。ここでも、両者の間に生じたことについて、争いがある。この問題は、〔性交の〕不能か故意の拒否かという本件の争点に関するものであるから、後ほど詳細に検討する。

破局 3日くらい後に、被告は、何も言わずにスーツケースをまとめてロンドンに帰った。これで両者の関係は終わった。2人が言うところの結婚をしていた間に、一緒に暮らしたのは、わずか14日間にしかない。被告は、ロンドンに帰ってからほどなくして（おそらく12月11日に）、手紙を出している。この手紙は重要なものであって、この2人の奇妙な関係、および結婚以来の被告の態度を明らかにするものである。

## 性同一性障害と婚姻

被告に真実が迫って来て、2人の偽りの状態に耐えられなくなった（極めて当然のことであろう）ことを示しているように思われる。手紙は、次のようなものである。

1963年12月11日

ロンドン

親愛なるアーサー

私からの手紙です。それほどいい手紙じゃなくてごめんなさい。私は何日も寝ないで、何度も考えました。心はたいへんな苦しみを感じていますが、とてもとてもはっきりとした事実を見つめています。それは、私があなたのもとには帰らないということです。これからどうしたらいいのか解りません。また、どんな風に生きて行ったらいいのかも解りません。でも、絶対にあなたのもとには帰りません。

私の28年間の短い人生のなかで、この3年間は、とても不幸で、恐ろしくて、そして長い3年間でした。3年の間に、あなたを知りつくしてしまいました！！あなたには非難がましいことは言わなかったけれど、あなたは私に戯れていただけなのです。

私はあなたと結婚するという罪を犯したために、いま、大きな代償を払っています。この3年間の恐れと怒りで、私は病気になってしまいました。私が今できることは、私の生活から、あなたを消し去ることだけです。でも、俗な問題がいっぱいあります。仕事、もっと安い部屋など。アーサー、私がお金のおねだりをしているとは思わないで欲しいの。そうじゃないの。だって、あなたとは結婚すべきじゃなかったのですもの。でも、家を貸してくださるか、家賃を払ってくださるかしてください。お願いしたいことは、それだけです。（略）

原告は、ファンタジーの世界に住んでいたもので、長く耐えられた。原告の返事の手紙には、被告の手紙を真面目なものとは受け取らなかったことを示すようなことが綴られている。原告が1964年中に書いた手紙が、

他にも2通ある。被告は明白に結婚から身を引いているにもかかわらず、原告は、ラヴ・アフターはまだ続いていると考えていたのである。

訴訟の経緯　しかし、1966年2月16日に、被告側の事務弁護士が、婚姻事件法 (Matrimonial Cases Act 1965) の第22条に基づいて、扶養を求める最初の召喚状を送達するに至って、両者の文通はやまった。それ以前においては、扶養の請求はなされていない。本件訴訟において、被告は、原告に経済的給付を求める意図のないことを証人席で明確に述べた。しかし、被告は、マルベッラの別荘を原告から貰ったと主張し、その実現を求めているのである。ところが、ここに1つの困難がある。というのは、原告が裁判権の外にいるために、必要な手続を行うことができないのである。そこで、別荘について直接請求をする代わりに方法として、扶養を請求する手続を開始したのである。(中略)原告は、宣誓供述書 (affidavit) において婚姻の有効性について争ってはいなかったが、1967年5月18日に、本件訴訟を提起したのである。

医学的な問題／鑑定報告書　次に医学的な証拠に移る。鑑定人レスリー・ウィリアムズ (Leslie Williams) およびジョセフィン・バーンズ (Josephine Barnes) が当法廷に提出した報告書および追加報告書を、次に掲載する。

下に署名しているわれわれは、高等法院によって、上記の事件の医学鑑定人に指名され、本日、ウィムポール街44番地において、被告たるエイプリル・コーベット (またはアシュレー) の性器を診察した。乳房はよく発達しているが、乳首は男性のような形をしている。声は少々低めである。陰茎はほとんど残っておらず、尿道口の位置はノーマルである。膣は、勃起した陰茎を挿入するのに十分な大きさである。膣壁は潤っている。「彼女の側」には、性交の障害となるものは存しない。直腸付近の検査によれば、子宮、卵巣あるいは精巣は存在しない。太股部には皮膚の移植のために切り取られたことを示すような傷痕はない。我々は、カ

## 性同一性障害と婚姻

サブランカ市レップベイ通13番地パーク・クリニックのビュルー博士に対して、正確にはどのような手術を行ったのかについて報告を求めることを提案する。また、ロンドンのガイズ病院小児科のポール・ポラーニ教授のような専門家によって、「彼女」の染色体検査を行うことも併せて提案する。

1968年5月22日

## 追加報告書

ジョセフィン・バーンズとレスリー・ウィリアムズは、1968年5月22日ロンドン、ウィムポール街44番地において、被告たるエイプリル・コーベットを診察した。エイプリル・コーベットは、人工膣を形成するための外科手術を受けているが、手術の結果は極めて良好である。正常な膣は、子宮頸部からの粘液性分泌物によって潤っているものである。本件における人工膣もまた潤っているが、これは、おそらく、人工膣を形成するために用いた皮膚に存する汗腺によるものであろう。先の報告書において、染色体検査を行うべき旨を提案したが、それが、本件に関する事実についての情報を完全なものとするための1つの手段となりうる、と思われるからである。

1968年7月6日

被告の「染色体的な性」について検査せよという提案は、男性であるか女性であるかを調べるために、ヒトの細胞の構成を検査する方法に関するものである。(略) 1968年10月31日に、ケンブリッジのハイホー教授は、検査した細胞は全て男性型である、と報告している。

医学証人 原告側の求めた証人は、クィーン・シャルロット病院産婦人科のデューハースト教授、ユニヴァーシティー・カレッジ病院のデント教授、およびチュアリング・クロス病院の臨床精神科医ランテル博士である。(略) 被告側の求めた専門家は、ニューカッスル王立病院のア

ームストロング博士，ケンブリッジのアイボー・ミルズ教授，およびニューカッスル・オン・クイン大学精神科のロート教授である。(略)

性的異常について 上に挙げた全ての医師の間には，基本原理および基本的な科学的事実について，広範な見解の一致が存する。性的異常は，大きく2つに分けられる。1つは，心理学的な異常であり，他の1つは，生殖システム(外性器を含む)の解剖学的な側面における発達異常である。心理学的な異常には，2つの種類，すなわち異性装症とトランスセクシュアリズムとがある。トランスヴェスタイト(異性装症者)とは，他方の性の服装をしたいという強い願望を有している人物(全てではないにしろ，多くは男性)をいう。この症状は，その性質上，断続的であって，永遠に他方の性に属する者として暮らしたいという衝動はない。トランスヴェスタイトの男性には，普通，同性愛的な傾向があるが，婚姻をしている者も多く，性行動において男性的な役割をやめてしまいたいという願望まではない。これに対して，トランスセクシュアルには，可能な限り他方の性に属する者になりたいという極めて強い衝動がある。この傾向は，すでに幼児期から存在し，正常に養育された場合であっても，自分を他方の性に属する者とする。そして，自分は男性の肉体をした女性なのだ(あるいは，その逆)，と考えるに至るのである。そして，自己の生物学的な性を示す性器を憎悪するのである。彼らは，「ご都合主義的歴史家」にたとえることができる。なぜなら，自分の考えにとって都合の良い事実のみを強調し，都合の悪い事実は隠蔽するからである。トランスセクシュアルの男性のなかには，人に気づかれることなく，女性の服装をして働いている者もある。彼らは，化粧が上手であり，女性のように乳房を発達させるためにエストロゲン(女性ホルモン)を使用し，それによって，顔面の髭や，陰部の体毛の男性的特徴を除こうとする。いわゆる「性転換手術」なるものが行われた事例が時々報道されるために，彼らは千里の道をも遠しとせずに，そうした医師のもとを訪れ，自分にもそのような手術をしてほしい，と執拗にせがむの



## 性同一性障害と婚姻

である。彼らは、当然多くの困難に遭遇することになり、その結果、極度の不安や強迫観念にとらわれた心理状態になることもある。

いわゆる性転換手術 今日まで知られている全ての心理学的な治療は、彼らには効果がない。そこで、真摯で責任感の強い医師達は、手術こそが心理的な苦悩を和らげる唯一の方法である、と考える傾向にある。ランデル博士は、約35症例について外科的な治療を勧めている。しかし、そのうちの多くの症例においては、生殖腺の摘除および陰茎の切除のみに限定している。そして、ランデル博士とデューハースト教授が慎重に選択したわずかな症例においてのみ、……いわゆる人工膺を形成する手術を行っているのである。これらの手術の目的は、言うまでもなく、患者の症状を緩和させることであり、また、患者の管理を助けることである。手術は、患者の性を変更するためのものではないのである。両医師は、手術前に、次のような内容の同意書に署名することを患者に求めている。

「私こと……は、……（外科医）によって説明されたところの男性器の切除および人工膺の形成を行うことに、同意する。この手術は、私の男性としての性を変更するものではなく、単に、私の精神衛生の面での悪化を防止するためにのみ行われることを、承知している。……（患者の署名）」

ロート教授は、このような措置の治療効果を疑問視しており、ひとりの患者に対して手術を勧めただけである。

このような手術の倫理的な問題点については、大きく見解の分かれるところであろうが、手術が真に治療目的のためになされる場合には、患者および医師の決断の問題である。1967年性犯罪法（Sexual Offence Act 1967）が制定されたことによって、上のような措置を施すことについての法的障害は除かれたものと考えられる。

被告はトランスセクシュアルである。しかし、トランスセクシュアリズムの真の姿をとらえなければならない。この症候は、いかなる年齢

の男性・女性にも生じうるものであって、トランスセクシュアルのうちには、真の性に基づいて婚姻し、子どもの父または母となっている者すらあるのである。ランデル博士は、1959年12月の英国医学雑誌 (British Medical Journal) に発表した論文において、婚姻している、または婚姻していた13人のトランスセクシュアルの男性の例について報告している。手術を行った患者のなかには、成熟した年齢に達している男性もいる。ある人物は、42歳の海軍の下士官であった。ランデル博士のもとを訪れた男性トランスセクシュアルは、今日までに190人にのぼるが、その全てが、解剖学的あるいは生理学的には正常な男性である。(略)

被告の生活史についてすでに述べたことが、男性トランスセクシュアルに関する記述とよく合致することが明らかである。ランデル博士は、被告を男性の同性愛的なトランスセクシュアル (homosexual transsexualist) と分類するのが妥当であろう、としている。デューハースト教授も、この診断に同意し、「去勢された男性 (castrated male)」という表現が正しいであろう、としている。アームストロング博士も、ウォールトン病院の記録中には、被告が典型的な男性トランスセクシュアルであることを示す証拠が存することを認めている。

間性の可能性について　しかし、アームストロング博士は、他方では、被告が肉体的に正常な男性ではなかったという証拠もある、と考えている。そして、被告は間性 (中性あるいは不確定な性を意味する医学上の概念) と呼ばれる症候の1例である、と述べている。(略) ロート博士は、被告は身体的要因も絡んだトランスセクシュアルであると考えている。(略) 私 [オームロッド裁判官] は、ランデル博士の証言を採用したいと考える。(略)

専門家の証言のなかには、トランスセクシュアリズムの病因または原因についての極めて多くの議論があった。ランデル博士およびロート教授は、トランスセクシュアリズムは出生後に生じる心理学的な異常であり、おそらく幼児期における何らかの経験 (今のところ全く特定するこ

## 性同一性障害と婚姻

とができない) によるのであろう、と現在のところ考えている。しかし、何らかの器官にその原因を求める別の見解もある。(略) 私の判断によれば、これらの理論は、本件の解決には役立たないであろう。証言に関する私の結論は、被告は男性トランスセクシュアルであって、比較的軽微な身体的異常の可能性もある、ということである。

性の決定基準 次に性器の解剖学的・生理学的な異常について検討する。ただし、証拠のこの部分は、他の事件では重大な意味があるかもしれないが、本件においては重要な価値を有するものではない。個人の性を決定するものとしては、少なくとも4つの要素があることについて、全ての医学証人の見解が一致している。

- 1 染色体的要素
- 2 生殖腺的要素 (すなわち、精巣または卵巣の存在または不存在)
- 3 性器的要素 (内性器を含む)
- 4 心理学的要素

証人のなかには、次の要素を加える者もいる。

- 5 内分泌学的要素または第2次性徴 (例えば、体毛の分布、乳房の発達ぐあい、体格など。これらは、体内における男性ホルモンと女性ホルモンのバランスの影響であると考えられる)

これらの基準は、医学的な見地を体系化するため、また身体的にせよ心理学的にせよ、性的な異常に苦しむ不幸な患者達を治療する最善の方法を決定するという困難な仕事を助けるために、医師達によって発展させられてきたものであることに留意しなければならない。デューハースト教授は、「我々は性を決定するものではない。我々は、ある個人が生きていく上で最も望ましい性について、医学的な判断を下しているに過ぎない」と述べている。これらの基準は、言うまでもなく、法的な性の決定基準と関係はあるが、必ずしも法的な性を決定するものではないのである。

間性に含まれる種々の症候群 半陰陽は、両方の性の性的な特徴を

持つ者として古くから知られている。最近では、真正半陰陽と仮性半陰陽とに区別されている。真性半陰陽は、精巣と卵巣の双方を有し、両性の身体的な特徴を併せ持っている。仮性半陰陽は、精巣もしくは卵巣のいずれかを有するのであるが、その生殖腺には対応しない性器を有するのである。(略) Y精子と卵子とが合体してXY染色体を持つ胎児ができ、正常な状態においては男子となる。X精子と卵子とが合体してXX染色体を持つ胎児ができ、正常な状態においては女子となる。ところが、この段階で様々な異常が生じることがあり、例えばXXYとかXO(Xが1本しかない)などの染色体異常の個体が発生することがあるのである。これら2つの症例においては、生殖器官の発達段階で異常が生じる。XXY症者は、精巣があまり発達せず、乳房が発達するなど、男性化の程度の低い男性となる。思春期において、男性としての第2次性徴(例えば、顔面の髭や男性的な体型)が生じないところから、この異常が明らかとなってくる。XOの個体は、膣および子宮を持ち、女性としての外見を有するが、卵巣組織が不活性である。治療を施さなければ、膣および子宮の形態は小児様のままであり、思春期にも変化が生じない。しかし、エストロゲンを投与することによって、そのような変化が生じる。もちろん、この個体は不妊である。(略) しかし、[間性の症候群は]これに尽きるのではない。正常な男子または女子になるか否かは、胎児期における化学的バランス(正確な表現ではない)に依るのである。この過程は、2つの症例によって明らかとなる。まず第1は、「副腎性器症候群(adreno-genital syndrome)」である。この症候群においては、染色体の構成はXXであるが、外性器は男性様である。すなわち、陰核が肥大して陰茎と紛らわしい程度になり、また陰唇が陰囊(もちろん、内部には睾丸はない)と紛らわしくなるのである。このため、停留睾丸を伴う男子と判断されることがあるが、詳細に検査すれば、この個体は正常な卵巣を有し、膣および子宮をも有していることが明らかとなる(略)。このような個体は、妊娠可能な女性であり、外性器の異常を除くことによ

## 性同一性障害と婚姻

って、正常な機能を持った女性として生活することが可能となる。第2の例は、外性器は女性の様であるが、染色体の構成はXYの症候群である。通常、睾丸は腹部に停留する。極端な場合には、睾丸性女性化症候群 (testicular feminisation syndrome) と呼ばれる。この症例では、形のよい乳房や女性外性器を有するなど、女性としての外見を示す。しかし、膣は異常に短く、子宮や子宮頸部はない。(略)

クラインフェルター症候群の可能性について　ミルズ教授は、被告は男性として生まれたが、アンドロゲンの形成が正常に行われなかったのであろう、としている。そして、被告はクラインフェルター症候群(正常な男性が思春期以後女性化する異常)であろう、としているのである。この症候群の症状は、睾丸が萎縮しているか、または極めて小さく、乳房が自然に大きくなり、陰部の体毛が女性のような形態をし、顔面にはほとんど髭がない、というものである。この症例では、多くの者は(必ずしも全てではない)、染色体の構成がXXYである。この症候群であるということがある程度の信憑性を持つためには、被告の睾丸が異常に小さいものであったことを知る必要があり、また組織標本を顕微鏡で検査することが望まれる。しかし、このような証拠はない。被告側からは、18歳頃から自然に乳房が膨らみ始めたという証言がなされている。しかし、私は、それが自然なものであったという被告の供述を信じることができない。乳房を大きくするために、被告が長期間にわたってエストロゲンの投与を受け続けたことが知られている。証言においては、被告は、20歳の頃からパリでエストロゲンの投与を受け始めたと述べている。しかし、ロート教授に対しては、18歳頃から始めた旨を述べている。ウォールトン病院の1953年5月22日の記録によれば、被告は自己の性を転換させるために女性ホルモンを使用した旨をほめめかした、とのことである。エストロゲンは、処方箋なしで、容易に入手することができる。乳首のまわりの色からすれば、被告が大量のエストロゲンを使用したようには思われぬ。しかし、被告自身が認めているように、パリにいた頃

には、4年間にわたって……使用を続けていたのである。このような事情から、乳房の発達が自然なものであったという被告の証言を、受け入れることはできない。(略)

裁判官の見解 私の判断によれば、被告は手術直前においても男性化の程度が少々低かったようであるが、クラインフェルター症候群、あるいはその他の内分泌学的異常があったということは証明されなかった。つまり、被告が内分泌学的な異常による間性症者であるということは、証明できなかったのである。

本件における事実問題のうち、この部分についての私の結論を以下に要約する。被告の染色体はXYであり、したがって染色体的には男性である。手術前には精巣を有していたのであるから、生殖腺の性も男性である。女性としての内性器・外性器を有していたという証拠はなく、反対に男性としての外性器を有していたのであるから、性器の性も男性である。心理学的には、トランスセクシュアルである。思春期における男性化の過程に、何らかの異常が存した可能性は否定しえないが、クラインフェルター症候群であったこと……の証明はない。社会的には(社会において被告が生活している様子を意味する)、被告は女性として生きること、ある程度成功している。被告の外見は、一見したところでは女性のように見えるが、証人席にいるところを、近くから長時間にわたって観察すれば、それほどでもない。声、マナー、ジェスチャーおよび態度は、完璧な女性を思わせる。医学鑑定人、および裁判の過程で手術後の被告の体を医学的に診察した医師達は、極めて巧妙な手術の結果、被告の体は男性よりも女性に近くなっている、と証言している。デューハースト教授は、検査後、「女性を模倣した程度には感服した」という言葉で、その見解を締めくくった。私の判断によれば、この言葉こそが、被告についての正確な表現であると思われる。個人の生物学的な性は、出生の時に確定され、それ以後は、他方の性の器官が自然に発達したとしても、あるいは医学的もしくは外科的な手段を用いたとしても、それを

## 性同一性障害と婚姻

変更することはできない。このことは、全ての医学証人が共通して認めている。したがって、被告の手術は、真の性に対しては何の影響も与えないのである。「性転換」という語は、精密な医学的検査を行った結果、出生の時に確認された性に錯誤が存したことがわかった人々について用いるのが適切である。(略)

法的問題／争点 原告側の弁護士は、被告が男性であることが証明されたと主張し、それゆえに、婚姻は無効であり、何の効果も生じないと主張している。これに対して、被告側の弁護士は、次のように主張している。すなわち、医学的には被告は間性であるが、法律は男性・女性という2つの性しか認めていない。そこで、どちらから「振り分け」なければならぬ。本件においては、被告は、あらゆる関係において女性とされるべきであると。また、「振り分け」は、当該人物およびその担当医が行うべきことであり、法律は、その結果を決定的な性として受け入れるべきである、とも主張している。(略) さらにまた、被告は病院において女性病棟に収容されて看護されており、国民保険の関係でも女性として扱われるなど、社会的には女性として扱われており、婚姻の関係でのみ女性ではないとするのは論理的ではない、という主張もなされた。

先例 本件は、英国の法廷において、個人の性の決定について争われた最初の事件であり、この問題について直接的に論じている先例は存しない。このように、先例が存在しないということは、驚くべきことのようにもあるが、ごく最近の2つの事実、すなわち陰形成技術の進歩、およびトランスセクシュアルの治療へのその応用ということによって、説明がつくように思われる。S. v. S (otherwise W) (No. 2) [1962] 3 All ER 55, [1963] P. 37 事件において、控訴院は、陰に先天的な欠陥のある女性であっても、完全な挿入が可能となるように手術によって陰を大きくすることができるのであるから、性交が不可能とは言えない、と判決している。また、判決文のなかには、全く陰を持たずに生まれた者

であっても、人工的に膣を形成することによって性交をなしうると判断しているような文言がある。しかし、(略)本件以前においては、生殖器官の発達異常に基づく婚姻関係事件は、すべて〔性交の〕不能か否かに関するものであって、被告の真実の性を問題にする必要がないものばかりである。すなわち、今日まで、本件のような事件は生じていないのである。しかし、本件のような事件について裁判所が審理および判断を求められるのは、これが最後になるとは思われない。したがって、本件は、1つの基本的な問題としてアプローチしなければならないのである。

法と性 法の基本的な目的は、個人と個人の関係、および個人と国または社会との関係を規律することである。本件は、個人の性がこのような関係に影響を与えるかどうか、与えたとすれば、それは決定的なものであるかどうか、ということが問題となった事件であると言わなければならない。多くの点で、法律は、性とは無関係である。(略)しかし、ある種の契約関係、例えば保険や年金においては、保険料や負担金の額を決定する上で性が関係する。また、労働条件の規制、あるいは国民保険のような国家が管理する事業等においても、性が関係する。しかし、これらの関係においては、性は決定的な要素ではない。なぜなら、個々の事例においては、当該人物を男性として扱うか女性として扱うかを、保険契約あるいは年金の当事者間で合意するのを妨げるものは存しないからである。同様に、国民保険の目的からみて適当と判断すれば、当局は、ある人物を男性として扱うこともできれば女性として扱うこともできる(本件の被告の場合がそうである)。

婚姻と性 これに対して、婚姻と呼ばれる関係においては、性が決定的な要素である。なぜなら、婚姻は常に男性と女性との関係と考えられているからである。家族制度の基礎であるこの制度においては、異性交の能力は基本的要素である。もちろん、婚姻には、相互協力あるいは相互扶助などのような、その他の多くの特徴もある。しかし、他のあ



## 性同一性障害と婚姻

らゆる関係から婚姻を区別するものは、それが異なる性に属するふたりの人間によって成立するという点である。(略)

婚姻は、本質的に男性と女性との関係であるので、本件における婚姻の有効性は、私の見解によれば、被告が女性であるか否かにかかっている。訴状の第2節においては、被告は男性であると主張されているが、それよりも、私の問題提起の方が正確であると考えます。もちろん、大は小を兼ねる。しかし、場合によっては、無意味な区別をするべきではない。そこで、問題は、婚姻の文脈において、「女性」という言葉は何を意味するか、ということである。私は、被告の「法的な性」を一般的に決定しようとしているのではない。「婚姻」と呼ばれる関係は、異性間の関係であることをその基本的特徴とするものであるから、その基準は生物学的なものでなければならない、というのが私の見解である。なぜなら、最も極端な性同一性障害者であっても、あるいはホルモン・バランスが極端に女性的であっても、男性の染色体、精巣および男性器を持つ者は、子を生むことができないからである。子を生むということは、婚姻における女性の根本的な役割である。言い換えれば、法は、医師達の挙げる最初の3つの要素、すなわち染色体的性、生殖腺的性および性器的性を重視すべきなのである。これら3つの要素が一致している場合には、それに従い、外科的侵襲を無視すべきである。これら3つの要素が一致しない場合には、大きな困難が伴う。本件においては、この問題は生じていないので触れないでおくが、私は、性器的性を他の2つの性よりも重視すべきものと考えます。(略) 被告は、婚姻の目的からすれば、女性ではなく、出生の時から生物学的には男性である、というのが私の結論である。したがって、1963年9月10日に行われた、いわゆる婚姻は無効である。(略)

手術後の性について もしも、法が、被告を女性に「指定」することを認めるならば、手術直前の被告の性は何だったのか、という疑問に答えなければならない。その時点において、被告が女性であったという

のであれば、男性器を持ち、女性器を持たない女性ということになってしまう。女性という指定が手術の後のものであるならば、手術が性を変更したことになる。仮に、ある人物が50歳の男性のトランスセクシュアルであり、子どもがいるとしよう。手術を受ければ、その者は、法的に女性であり、男性と「婚姻」することができるということになる！このような結論は、私には不可解以外の何ものでもない。被告側弁護士は、被告は社会的には多くの点で女性として扱われており、婚姻の点でのみ女性として扱うことを否定するのは論理的ではない、と主張している。仮に、婚姻が国民保険その他の社会制度と同じ性質のものであるならば、確かに論理的ではないことになろう。しかし、それらの制度と婚姻とは、根本的に異なる。被告側の主張は、セックスとジェンダーを混同している。婚姻は、セックスによるものであって、ジェンダーによるものではないのである。

性交の不能か拒否か 次に、性交の不能あるいは故意の拒否に関する第2の争点に移る。この点では、一応、婚姻は有効であり、また被告は女性であると仮定しておく。挙式後に生じた事実についての異なった証言のうち、私は原告の証言を受け入れるべきものとする。被告の証言の方がもっともらしく見える点もあり、また、原告がその手紙のなかで何も非難がましいことを述べていないのは不思議である。しかし、いわゆる人工腔の化膿の問題についての被告の証言は十分なものではなく、真実を語っていないのではないかという疑いを抱かざるをえない。被告は、ローズテール博士が相当期間にわたって治療してくれた旨を述べるが、被告側は博士を召喚していない。何故に博士を召喚しなかったかについては説明がなされておらず、このことが疑問を抱かせるのである。(略)

性交の意味 本件の特殊な事情のもとにおける被告の態度を、故意による拒否とみるべきか、それとも心理的な嫌悪とみるべきかについては、私は大きな困難を感じる。しかし、ビュルー博士によって造られた

## 性同一性障害と婚姻

人工的な窪みを用いて性交することはできないと思われるので、被告は肉体的に不能であると判断すべきものとする。ここで性交というのは、D-E v. A-G 事件において、「正常かつ完全な性交」、あるいは「vera copul (自然なコイタス)」と言われた意味においてである。私の判断によれば、〔本件は〕正常というのとは全く正反対であり、自然なところは何もない。男性の体に窪みを造り、それを用いて性交するのは、肛門を用いたり、あるいは太股の間で性交するのとほとんど違いがない。(略)

禁反言の問題について 被告が挙式の日において女性ではなく、全期間を通じて男性であったことが証明されたものと判断する。したがって婚姻は無効である。そうすると、修正された答弁においてなされた禁反言の主張の問題……が残ることになる。(略) 本件においては、ウィルキンス対ウィルキンス事件 (Wilkins v. Wilkins [1896] P 108) におけるような、既判力による禁反言 (estoppel per rem judicatum) が問題となっているのではないことに、まず留意しなければならない。本件において主張されているのは、法廷外の行為による禁反言 (estoppel in pais), または行為による禁反言 (estoppel by conduct) なのである。この点では、ヘイワード対ヘイワード事件 (Hayward v. Hayward [1961] 1 All ER 236, [1961] P 152) におけるフィルモア判事の判決を踏襲すべきものとする。判事は、禁反言の法理は婚姻無効に関する手続においては適用されず、したがって法廷外の行為による禁反言は問題にならない、と述べておられる。本件においても同様である。なぜなら、関連する事実が両当事者に等しく知られているからである。(略)

無効の形式 原告は、婚姻の有効性その他の争点について勝訴した。そうすると、残された問題は、……宣言的判決によるか、それとも通常の婚姻無効判決によるべきか、ということである。原告側弁護人は次のように主張する。すなわち、本件においては被告は男性であり、本件挙式は、意図的ではないにしろ偽りのものでしかない。つまり、「婚姻」は、無効であるのみならず、偽りのものであり、婚姻としての性質を全く持

たないものである。したがって、裁判所は、単に宣言的に命令をするだけで……十分である一と。

これに対して、被告側弁護人は、……原告に婚姻無効判決を与えるべきである、と主張している。言うまでもなく、この区別の重要性は、次の点にある。婚姻無効判決においては、裁判所は、付随的な救済を認める権限がある。これに対して、宣言的判決においては、そのような権限はない。私は、原告側弁護人の主張に共感を覚える。なぜなら、すでに確定した事実のもとにおいては、原告と被告との間において、いかなる時点においても、また、いかなる事情のもとにおいても、法的には婚姻関係は存在しえないからである。(略)

結論 以上の理由により、1963年9月10日に原告と被告との間で事実上行われた婚姻は当初より無効 (void ab initio) である旨を宣言する無効判決を、原告に与える。

## 第2節 J対ST事件

(2)  
控訴裁判所民事部1996年11月21日判決

本件の当事者は、FTMトランスセクシュアル(プレオペラティブ)である。本件においては、女性とFTMトランスセクシュアルとの間の婚姻の効力自体については、FTMトランスセクシュアルの当事者は争っていない(婚姻が無効であることを認めている)。しかし、婚姻解消後の給付を求めている。本判決は、この給付を認めていない。したがって、結論的にはトランスセクシュアルの当事者にとって不利なものであるが、判決文の内容は、コーベット事件判決よりも進歩しており、評価すべき点が多い(以上、大島)。

本件の事情 本件は、まことに悲しい物語である。わたしは、裁判

---

(2) J. v. S.-T. (formerly J.) [1998] 1 All ER 431. 判決が極めて長文であるため、筆者(大島)の判断で、一部分を省略し、かつ、小見出しを付けた。

## 性同一性障害と婚姻

官として、両当事者に対する同情を禁じえない。両当事者ともに、その種類は違うが、極めて重い苦悩を体験している。

以下では、わたしは、被告について男性の代名詞を用いる。被告は、イングランド北部の貧しい家庭に生まれた。彼は、女兒として出生し、ウェンディー（Wendy）と名付けられ、女兒として出生登録がなされた。出生当時、彼が染色体、生殖腺および性器の形態からして、女性に属していたことについては争いはない。彼は、女性であることに決して満足せず、次第に男児としての行動や、服装をするようになった。警察とのトラブルを起こした14歳の時、それ以前から使用していたマイケルという偽名を使用した。その後、どのような精神科的な治療がなされたのかは不明である。彼が性同一性障害者すわちトランスセクシュアルであることは明らかである。17歳以前に、男性として生活するようになり、社会的にもそのように受け入れられた。彼は、女性から愛され、また女性を愛した。20歳の頃、2度にわたって、一定期間、女性との安定した関係を築いていた。その頃は、性交の際にはあまり精巧ではない疑似ペニス（prosthesis）を使っていた。それは硬い器具であり、ある程度は継続して使用していた。1972年（彼は26歳）には、2番目の女性との関係が続いていたが、彼は重症の鬱病を病んでいた。「自分のものではない身体に囚われている」「このままでは生きて行けない」という思いに囚われた。精神科医のカウンセリングを集中的に受けた後に、テストステロンの投与を受けるという方法があることを教えられた。髭などの男性的な第2次性徴を発達させるためである。彼は、次のように述べている。

「この痛い注射が、わたしを変え始めた。わたしの声は低くなり、乳房は小さくなって行った。わたしは、男性のような外見になり、それとともに鬱病が良くなって行った。わたしは救われた、という素晴らしい感覚を味わった」。

フレミング博士（Fleming）の1973年10月19日付の手紙が残っている。フレミング博士は、次のように述べている。

「この症例は、全く疑いもなく、真正のトランスセクシュアリズムである。患者は、正常な男性として行動し、考え、感じている。患者は、思春期の前後を通じて、男性であり、女性に対して正常な性的魅力を感じている。わたしの経験によれば、本件のような症例を救うための唯一の希望は、男性として再登録 (re-registration) をすることである。患者は、長期間、マイケル・ポール (Michael Paul) という名を使用し、両方の乳房を切除することを希望してきた。そして、患者は27歳であり、長期間、女性に求愛し続けた。……それが、適法に名を変更して以来の希望であった」。

フレミング博士は、彼の運転免許証、国民保険証に新しい名を記載することを支持した。しかし、出生証明書の性別を改めることは不可能であった。同博士が、乳房切除の専門医に紹介し、それは1973年12月に実施された。しかし、それ以上の手術、特にペニスの形成のための手術は非常に困難であったために、受けていない。その結果、彼の乳房は切除されているが、乳輪は女性のように大きいままである。また、女性器を持っている。しかし、それ以外の点では、彼の精神も行動も男性のそれである。新しい生活を始めるために、彼はロンドンに転居した。そして、1977年の12月に、ホーム・カウンティーズで、原告と出会った。

被告が貧しい環境で生まれ育ったのとは対照的に、原告は、豊かな環境で育った。彼女は、被告と出会った当時、19歳であった（したがって、被告よりも11歳若い）。大学で神学を学んでいたが、大学に適應できない不幸な学生であった。そこで、居酒屋でアルバイトをした。その居酒屋でアシスタント・マネージャーをしていたのが被告であった。彼女は、ほんとうの性体験をしていなかった。原告と被告は、急速に親しくなっていた。2人は性交をした。被告は疑似ペニスを使用した。2人は、1977年7月7日から一緒に暮らすようになり、その後、原告の家族の反対を押し切って、結婚式を挙げた。

1985年に、原告は、妊娠クリニックで人工授精 (A I D) を受けた。

## 性同一性障害と婚姻

その結果、1987年に息子が生まれ、1992年には同様にして娘が生まれた。2人は、真実を開示することなく、また気づかれることなく成功し、安堵した。しかし、裁判官であるわたしには、謎である。本件の不可思議な点である。

2人の関係が破綻し始めた。原告は、1994年4月に離婚を請求した。その理由は、「夫」である被告が、共同生活を営むことを期待することができないような行動をとったということである。しかし、離婚は認められなかった。しかし、関係はさらに悪化した。そして、原告が、被告の家屋立入を阻止するために、差止請求をするに至った。この請求について審理される直前の1994年5月22日に、2人の間で激しい争いが発生した（その詳細については、後に検討する）。それは、被告は男性かということに関するものであった。原告によれば、被告は次のような行動をしたとのことである。ズボンを脱ぎ、疑似ペニスを見せて、「これじゃ不満足なのか」と尋ねた。これに対して、彼女は「それは、本物じゃないわ！」と答えた。1994年5月23日に、彼女は、旧友に相談した。偶然にも、その旧友は私立探偵であった。「マイケルの身体はどこかおかしいわ。彼の乳輪は大きいし、腕の付け根の所に傷痕があるの。疑似ペニスを使うし、彼の下着に血が付いていることがあるの」。旧友は迅速な行動を取った。そして、1994年5月25日に、原告に対して、被告が女兒として出生したという事実を告げた。翌日の差止請求の審理の場に、被告の出生証明書の写しが提出された。担当裁判官の表現によれば、「被告は茫然自失の状態であった」。この事実は、原告にとって衝撃的であった。それから20か月が経過した後に、ホリス裁判官に告げたところによれば、原告はその衝撃から立ち直るために、まだカウンセリングを受けているとのことである。

面接交渉事件　この衝撃が、訴訟の進路を大きく変えた。被告は、翌日、家庭を去った。被告は、離婚訴訟の係属中に、1989年の児童法（Children Act 1989）に基づいて、子との面接交渉を申し立てた。そのた

め、最高法院付弁護士 (Official Solicitor) が「訴訟のための後見人 (guardian ad litem)」に選任された。この申立については、裁判官ステイーブン・ブラウン卿が担当した。同裁判官は、1995年5月18日に、事件の特殊性および両当事者間の激しい敵対感情を考慮して、例外的に、「父」と子との面接交渉を停止することが正当化される、と判示した。その決定は、次のように述べている。

「本件は、まことに奇妙な事件であり、極めて例外的である。申立人自身が認めているように、本件においては、話合いが行われていない。彼は、相手方は当初から申立人が女性であることを知っていた、と主張した。そして、実際に、相手方が申立人の膺に指を入れたことがある、と主張した。しかし、相手方は、そのことを否定した。本件においては、何が事実であるのかを見極めることが容易ではない。わたしは、特殊な状況を把握し得る立場にはない。確かなことは、2人が長期間にわたって関係を維持し、しかも2人の間では議論されたことがない、ということである。申立人が、相手方の目にも、『純男 (full-blooded male)<sup>(3)</sup>』(もしも、このような表現が許されるとして)には見えていなかったであろうということは明らかである。彼は男性器を有していない。また、彼の身体には、彼が正常な生物学的な男性 (normal biological male) ではない明白な兆候があった」。

同裁判官は、判決文中で、次のようにも述べている。

「母が、J氏のジェンダーについて、実際にどのように認識していたのか、という点については、わたしが得られた証拠からは、明確に判断することができない。出生証明書が彼女に衝撃を与えたことは事実であ

---

(3) 「純男 (すみお)」というのは、日本の当事者や支援者らの使用する語で、トランスセクシュアルあるいはトランスジェンダーではない男性を意味する。なお、女性の場合には、「純女 (じゅんめ)」という語を用いる。

(4) 面接交渉権に関する判決では、当事者は子を基準にして表現されており、母というのは、子から見た場合の表現である。離婚訴訟・婚姻無効訴訟では、妻=原告のことである。



## 性同一性障害と婚姻

る。話し合いが試みられた兆候はあるが、実際に話し合いがなされたという証拠はない。しかし、出生証明書を見たことにより、相手が単に不十分な男性あるいは奇妙な男性というのではなくして、彼女は、自分が根本的な間違を犯していたことを認識をしたようである」。

婚姻無効訴訟　出生証明書の発見により、離婚訴訟は取り下げられ、原告は婚姻無効訴訟を提起した。被告は争わず、1994年8月19日に仮判決 (decree nisi) が下され、1994年10月20日に確定判決となった。被告は、その無効訴訟において、付随的な救済 (ancillary relief) として、定期金の支払い (periodical payments)、一括金 (lump sum) の支払い、および婚姻財産 (婚姻家屋) の清算を求めた。宣誓供述書によれば、原告はかなりの財産を所有している。これに対して、被告は、「婚姻」継続中に原告から贈与された財産以外には見るべき財産を持っていない。原告は、付随的な救済として、それらの金銭の返還を請求した。原告の弁護士は、ウィストン対ウィストン事件判決 (Whiston v. Whiston [1995] Fam 198, [1995] FLR 268) を引用している。この事件においては、重婚は一夫一妻制という婚姻の基本的概念に反する重大な犯罪であり、故意に重婚関係に入った当事者による1973年婚姻事件法 (Matrimonial Causes Act 1973) に基づく財産上の救済の請求が認められなかった。なぜなら、この救済を認めれば、重婚を犯した者がその犯罪から利益を受けることになるからである。原告は、このように主張した。シンガー裁判官は、1995年10月16日に、次のように判決した。

「前提問題として、被告は、公序に反したという理由で、付随的な救済を請求し得ないのか否かという問題がある。」

両当事者の主張　原告は、次の2点を主張した。

(1) 被告は、偽証によって挙式をした。1911年偽証法 (Perjury Act 1911) の第3条は、「婚姻に関して……婚姻に関する法律において要求される事項について、……故意に」偽証した場合には、7年の自由刑 (imprisonment) に処するとしている。1949年婚姻法 (Marriage Act

1949)の規定する方式に従って、被告は「独身男性 (bachelor)」であると宣誓した。そして、「わたしは、この婚姻に関して、近親関係などの婚姻障害はないと信じる」と宣誓した。

(2) 婚姻の前あるいは婚姻中に、被告は原告に対して、自分が女性であるということを開示しなかった。

これに対して、被告は次のように反論した。

(1) 偽証か否かは、刑事訴訟の証拠準則に基づいて判断されるべきである。

(2) 刑法上の故意 (mens rea) がない。

(3) あるいは、被告の行為は重大なものではない。

(a) 人格の異常に基づくものである。

(b) 自分では自分を男性であり、婚姻することができるものと確信している。

(c) 原告は、被告が女性外性器を持っていることを「婚姻継続中」知っていた。

(d) 「原告は、被告の事情について知っており、被告が有罪であるとか、あるいは故意に原告を欺いた、と主張することはできない。少なくとも、原告が求めている請求を正当化するほどの重大性はない」。

(e) 被告のプライバシー権、家族生活および家族を形成する権利を奪うことになる。

原審判決　ホリス裁判官は、原告を勝訴させ、次のように判示した。

(1) ホリス裁判官は、ウイストン対ウイストン事件判決が、指針を与えるとして、同判決のヘンリー裁判官およびラッセル裁判官の多数意見を引用している。

(2) ホリス裁判官は、次のように判断している。

「虚偽の宣誓をした者に対して、刑事訴訟の証拠準則を適用すべきものと判断せざるをえない。言い換えれば、わたしは確信を持ってなければならぬのである。次に、それは重大なものでなければならぬ。私見

## 性同一性障害と婚姻

によれば、これは肯定される。なぜなら、婚姻の核心を危うくするからである」。

(3) ホリス裁判官は、本件について次のように述べている。

「原告は、被告の出生証明書の謄本を見るまでは、あるいは少なくとも、その存在について告げられた1994年5月までは、被告が女性として出生したという事実を知らなかった。彼女は、婚姻の前には性体験がなかった。そして、被告は非常に小さい、または何らかの事情で変形したペニスを持っており、そのために疑似ペニスを使用していると考えていた」。

(4) ホリス裁判官は、彼女が知っていた事情の範囲、性に関する証拠の食い違いについて、次のように判断している。

(a) 挙式の前の性的な関係に関しては、原告が性的に無経験であったこと、性関係は1977年1月に開始したこと、および1977年3月頃に同居を始めたことについては、争いはない。同裁判官は、被告の証言を次のように引用している。

「わたしは〔原告をランカシャーに〕連れて行った。そこで、わたしの両親と姉妹に紹介した。彼女らは、わたしの手術について何も話さなかった。彼女らは、わたしに、被告〔原告の誤りであろう—大島注〕に告げたのかどうかと尋ねた。わたしは、まだ話していないが、そのうちに告げるつもりだと答えた。……わたし達は、婚姻の前に性的な関係を持った。わたしのジェンダーの問題は重要なこととは思えなかったもので、結局何も言わなかった。しかし、今は、そうすべきであったと考えている」。

(b) 疑似ペニスについては、被告は、次のように主張している。婚姻の数か月前のある日、原告は、被告を連れて、ソーホー地区のセックス・ショップに行き、ペニス拡大器を買った。その後、疑似ペニスと一緒にそれを使用した。裁判官は、次のように述べている。

「原告は、そのようなことがあったかどうか思い出せないと述べた。

この点については、原告の証言を信じることはできない。それ〔拡大器〕は、被告の性的行動を改善するために購入されたのであろう。そして、それは、実際、疑似ペニスとともに使用された。しかし、原告がそのことを完全に知っていたか否かは定かではない。

原告は、1981年までは、被告が性的な器具の助けを借りているという事実を知らなかった、と主張した。1981年に、ソックス類を入れている引き出しの中に疑似ペニスがあるのを発見して、そのことについて被告を問い詰めた。被告は、昔のパートナーとの間で使っていたが、原告との間では使ったことはない、と答えた。原告は、それを処分して欲しいと言い、被告は、そうすると答えた。しかし、また別の機会に、マットレスの下でそれを発見し、被告が性交の際にそれを使用していることを知った。原告は、被告のペニスが損傷されているのか、または異常に小さいのであろうと考えた。被告は、原告とその件について話し合わなかった。そして、彼らの性生活は、実際上なくなった。原告が性交を拒否するようになったからである。そして、被告が疑似ペニスを使っていることを知ってしまったからだということを、その理由にした。それから、性的な関係はほとんどなく、1年間に2度行っただけである。裁判官は、次のように述べている。

「被告は同意しないが、この点に関しては、わたしは原告の証言が正しいと考える」。

(c) 被告は、原告が被告の膣を発見したことについて、次のように述べている。

「ある時、〔原告は〕わたしの脚の間を触りながら言った。『これについて何も言いたくないの?』。〔原告は〕わたしのセックスについて話したいようであったが、わたしは、そうしたくないとはっきりと言った。その後も、規則的に性交渉を持った。16年後に婚姻関係が破綻をはじめめるまでは、この問題を、わたしにも、わたしの両親や姉妹にも、提起したことはなかった。わたしの知る限り、誰も、わたしが女性とし

## 性同一性障害と婚姻

て生まれたことを被告〔原告の誤りであろう—大島注〕に告げなかったようである」。

被告は、原告による「わたしのジェンダーの発見について」、後に次のように述べている。

「1977年の秋に、わたしの両親の家で、ある出来事が起こった。〔原告は〕わたしの脚の間に指を入れようとした。わたしは、『だめだ。そんなことをするな!』と言った。彼女は、手を離し、『この件について話したくないの?』と言った。わたしは、『話したくない』と答えた。それだけだった。〔原告は〕このような出来事があったことを否定している。その否定が、わたしが女性器を持っていたことを〔原告が〕知っていたことを示しているように思われる」。

ホリス裁判官は、この出来事について、次のように述べている。

「1977年の11月頃（婚姻の後であることが重要である）、彼らは、被告の母または親類の家に滞在中に、〔ある種の愛の行為中に〕ある出来事が起こった。被告が膣を持っているという事実を原告が発見した、と被告は主張している。しかし、原告は、それを否定している。しかし、何らかの出来事が起こったことに疑いはない。なぜなら、何年も後に、そのことについて述べた手紙が存在するからである。この手紙については、後に述べる。しかし、何らかの発見があったにせよ、被告が実際には女性であることに原告が気がついたとまでは言えないように思われる」。

また、同裁判官は、次のようにも述べている。

「婚姻した直後に、遅くとも、被告の膣に原告が気が付いたと被告が主張している時期までには、原告が不審に感じたことは明らかに事実であると考えられる。しかし、すでに述べたように、それに気が付いたとは思われない。被告は、1994年に原告に次のような手紙を出している。

『僕自身は、かつて君が僕を愛してくれたときと同じだ。しかし、君の目には、僕は別人のように写っているらしい。君には、16年前に、僕

の母の家で、僕との関係を終わらせる機会があった。しかし、君は僕を愛し、僕と生活を共にする道を選んだ。僕は相変わらずマイクだ。今も変わりはない。』。

すでに述べたように、何かが起こったことは事実であろう。しかし、被告が主張するようなことが起こったとは思われない。被告は、それについて話し合うことを拒絶したと認めている。

(d) 1990年の出来事について、ホリス裁判官は、次のように述べている。

「1990年に、また別の口論があった。原告も、そのことを認めている。その機会に、原告は、被告に『わたしは女性を好きになれないわ!』という意味のことを言った。しかし、このことは、被告が女性であるということ原告が知っているということの意味しない。これは、単に、被告が本当の男性のような性行為ができないことを意味しているに過ぎない」。

(e) 1994年5月22日の出来事の争点は、次のとおりである。被告の主張によれば、原告が貧弱な性生活について不満を述べ、被告を「男じゃない」と言ったとのことである。原告の主張によれば、被告は「本当の男じゃない」と言ったとのことである。同裁判官は、この点について次のように述べている。

「原告が何と言ったにせよ、被告が女性であることを原告が知っていたとは信じられない」。

(f) ホリス裁判官は、性生活に関する被告の主張を度々否定している。そして、原告はオーラル・セックスを求め、疑似ペニスを口にくわえることを好んだ、と被告は主張しているが、同裁判官はそれを否定した。同裁判官は、次のように述べている。

「〔被告が原告を刺激するために疑似ペニスを使うことについて〕原告が不審に感じていたことは事実であろう。しかし、原告は、被告を愛していた。被告のトイレ中あるいはシャワー室から出てきた時に、原告は

## 性同一性障害と婚姻

被告の裸体を何度も見ている、と被告は主張している。しかし、原告は、それを否定している。トイレの件については、被告は服を着ていた、と原告は主張している。また、被告がシャワー室から出てくる時は、背中を向けていた、と原告は主張している。被告が非常に恥ずかしがり屋で、原告に裸体を見せなかったという点については、わたし〔ホリス裁判官〕は全く疑いを抱いていない。弁護士は、その他の事実も列挙している。いずれも、原告が不審を抱いていたと思わせるようなことである。しかし、ここで、それらを繰り返すつもりはない。ザイトリン (Zeitlin) 博士は、児童法 (Children Act) に関する裁判において、次のように述べている。

『わたしの見解によれば、〔原告が被告を〕男性として受け入れていたということはある。しかし、証拠は逆の事実を示している。婚姻関係に入り、肉体的な関係があったとしても、原告が見たいと望むものを見たということはあることである。自己のパートナーが女性であると認めることは、難しかったであろう』。

20年以上の経験を有する臨床心理学者のデ・シルバ (De Silva) 博士は、次のように述べている。

『わたしの結論から言えば、原告は婚姻をした時点では〔被告の〕真のジェンダーを知らなかった。婚姻中も、被告の真のジェンダーに気が付かなかった』。

わたし〔ホリス裁判官〕は、これら両博士の意見を受け入れる』。

(5) 原告が知っていたか否かについて、同裁判官は、児童法に関する裁判において最高法院付弁護士〔＝訴訟のための後見人〕が準備した報告書から引用している。それは、被告と最初に面会した時の記録である。

『婚姻の際、自分〔被告〕の家族は、被告の状態について知っていたが、誰も〔原告に〕告げなかったことを〔被告は〕認めている。わたし〔最高法院付弁護士〕は、なぜ、誰も告げなかったのかと尋ねた。彼は、自分の家族には、自分のジェンダーについてまだ彼女に告げていないが、

いずれ告げる積もりだ、と言った、と答えた。婚姻の当初から、彼の両親、姉〔または妹〕およびその夫は、彼のジェンダーについて知っているが、誰もそのことを彼女に告げなかったことを知っていた」。

第2の報告書において、最高法院付弁護士は次のように述べている。

「わたしが、〔もしも被告が原告に事実を話していれば〕彼女は婚姻しなかったのではないかと尋ねると、いや彼女は婚姻したに違いない、と答えた」。

ホリス裁判官は、次のように述べている。

「もしも、原告が被告の真のジェンダーを知っていたならば、同居は続けたであろうが、『婚姻』はしなかったであろうと思われる」。

(6) 被告の認識についても、ホリス裁判官は、最高法院付弁護士の報告書を引用している。

「〔被告は〕完全な治療を受ければ、女性と婚姻をすることができる、と教えられていたと述べた。被告は、ホルモン療法などを受けた。そして、残りの治療は、人生の後の段階で受けるつもりであった。被告は、治療を完了すべきであることを認識していた。そして、そうしなかったことは人生で最悪のことであった、と認めている」。

最高法院付弁護士は、その第2報告書において、次のように述べている。被告は、1972年に精神科医から婚姻することができると告げられた。そして、1973年10月19日の書面によって確認されている。フレミング博士の書いたその手紙は、次のように述べている。

「この患者は……名を変更した後、婚姻したいと希望している」。

ホリス裁判官は、次のように判示した。

「確かに〔被告が〕婚姻することを希望していた証拠がある。しかし、法的に有効な婚姻をしようという助言を受けた形跡はない……〔最高法院付弁護士の報告書中には〕被告が男性であると信じていたという言葉はなく、また法的に女性と婚姻しようという言葉もない。すでに指摘したように、1994年5月26日に彼の出生証明書が法廷に提出された時には、



## 性同一性障害と婚姻

被告は茫然自失の状態であった。最高法院付弁護士の代表者が、子供に関して被告と面接したことは事実である。そして〔被告は〕重いストレスを感じていた。それが限りなく真実に近い。彼が英国で女性と婚姻しようと信じていたとは思われない。……最高法院付弁護士の代表者が説明しているように、被告は、彼自身の事例では、女性と有効に婚姻すると信じるはずはなかったのである。なぜなら、彼は、陰茎を形成する手術を完了していなかったからである。……被告は、治療の3段階（すなわち、ホルモン療法、乳房の切除、そして第3段階がペニスの形成である）を完了すれば、女性と婚姻しようと告げられていた。しかし、彼は、この第3段階を終えていなかった。したがって、有効に婚姻すると信じるはずはなかったのである」。

(7) ホリス裁判官は、その結論に達した。そして、最高法院付弁護士の評価を引用している。

「両者の関係の当初から、〔被告が原告を〕欺罔したことは争いはない。挙式には、彼の親族も参列したが、誰もそれを止めなかった。……挙式当時の欺罔は、両者の間の信頼関係を裏切ったものである」。

そして、ホリス裁判官は、次のように判決した。

「わたしは、この評価に同意する。被告は、わたしに告げた。被告の母または姉〔もしくは妹〕から、原告に真実を告げたのかどうかについて問われたときに、被告は、いずれ適当な時期に、自分が女性として生まれた事実を原告に告げる積もりだ、と答えた。しかし、それは偽りであった。わたし〔ホリス裁判官〕は、証拠に関する刑事訴訟の証拠基準を適用し、被告は有効な婚姻をすることができない障害事由があることを十分に認識していた、と判断する。そして、犯罪を犯した」。

次に、ホリス裁判官は、その重大性を緩和する要素について検討している。原告の行為が、被告の詐欺つまり犯罪を、ある程度、宥恕しているという主張に関するものである。

「しかし、婚姻を継続することによって、被告が与えた損害は宥恕されたという議論に同意することはできない」。

さらに、ホリス裁判官は次のように述べている。

「……被告の申立を棄却するには、多少の懸念がある。……実際上の問題に関してである〔つまり、原告は、被告の申立に反論しているが、被告は、婚姻家屋について利益を持つことがありうる〕。制定法に規定されているわけではないが、婚姻の無効について善意の当事者に対してのみ、経済的な救済が与えられる。そのような考慮を別にしても、ウイストン事件判決においては、考えられていない要素である。なぜなら、ウイストン事件においては、夫は妻に対して何の請求もしていない。本件の原告は、被告が原告に対して重大な犯罪を犯したことを、証明している。両当事者は、結果的に、〔有効な〕婚姻をしないまま、16年から17年も生活を共にしてきた。被告の原告に対する請求は、制限されるべきである。わたし〔裁判官〕の意見によれば、婚姻していない同居者としての請求に限られるべきである。それゆえに、以上の理由に基づき、1973年の婚姻事件法に基づく被告の請求を棄却する」。

要約すると、ホリス裁判官は、次のように判断したのである。

(1) 被告は、偽証罪で有罪である。なぜなら、婚姻に法的な障害はないと確信しているという偽証を行ったからである。独身男性であるという点に関しては、そのように信じていなかった。

(2) 犯罪は重大である。

(3) その重大性は、婚姻の核心に関するものである。

(4) 挙式当時、あるいは出生証明書が露顕するまで、原告は、被告が女性であるということを知らなかった。

(5) 原告がもしも真実を知っていたら、婚姻をしていなかったであろう。

(6) 被告は、故意に欺罔した。

(7) ウイストン事件判決という先例が適用され、原告が勝訴する。

## 性同一性障害と婚姻

控訴審判決 被告は、控訴理由において、2つの点を主張した。第1は、偽証罪で有罪であるということを証明する十分な証拠がない、ということである。

(1) 人格の異常は、自己認識および内面的に男性であるという確信に基づくものである。

(2) トランスセクシュアルに関する法の現状は混乱している。

(3) 1973年10月19日のフレミング博士の助言に基づいている。

(4) 最高法院付弁護士の報告書は、受け入れられない。

第2に、被告は有責であるという原審裁判官の判断は誤っている。「不道徳な原因から訴権は生じない (ex turpi causa non oritur actio)」という原則が適用され、重大な犯罪を犯した者は、その犯罪から利益を得てはならないという公の秩序に関する原則が適用される、とした点で誤っている。わたしの判断では、この第2の主張は、2つの別個の問題と関係する。

(a) もしも、偽証がなされたのであれば重大な犯罪であり、それによって利益を得てはならないとの公の秩序に関する原則が適用される。

(b) 犯罪が行われたか否かにかかわらず、より一般的に、「不道徳な原因から訴権は生じない (ex turpi causa non oritur action)」という原則が適用される。

エマーソン氏は、被告を弁護するために、トランスセクシュアルの地位に関して、たいへん興味深い資料を提出した。

以下では、次の問題について検討する。

I トランスセクシュアルと婚姻法

II トランスセクシュアルの医学的な定義、およびトランスセクシュアリズムが被告の精神に与えた影響

III 被告は偽証罪を犯したか

IV 被告の行為は重大な犯罪か

V 公序を理由として、被告の請求を棄却すべきか

VI 「不道德な原因から訴権は生じない」という原則にもとずいて、  
本件請求を棄却すべきか

VII 1973年の婚姻事件法23条によって裁判所に認められる裁量権を行  
使して、請求を棄却することができるか

## I トランスセクシュアルと婚姻法

コーベット事件判決 先駆的な判決は、コーベット対コーベット(別  
名アシュレー)事件判決である(*Corbett v. Corbett (Otherwise Ashley)*  
[1971] P 83)。この事件は、センセーショナルなものであった。判決は、  
1970年2月に下された。これは、フレミング博士が1973年10月19日付の  
手紙を書く約3年半前に当たる。この分野における専門家である同博士  
が、治療に関与した者に関するこの事件について知らなかった筈はなか  
ろう。この事件では、被告エイプリル・アシュレーが男性として生まれ  
たこと、および「性転換手術」を受けたことを、原告は知っていた。今  
では、「性転換手術 (sex-change operation)」という語よりも、「性別再  
指定手術 (gender reassignment operation)」という語が一般的である。  
この手術は、男性の外性器を切除し、人工的に膣を形成するものである。  
この手術の後、エイプリル・アシュレーは、性交が可能であったし、実  
際にも実行している。コーベット氏が婚姻の無効を主張し、オームロッ  
ド裁判官はその主張を認めた。そして、次のように判決した。婚姻とい  
う関係は、基本的に男性と女性との間の結合であり、ジェンダーではな  
く、セックスに基づく関係である。人の性を判定する要素は、まず第1  
に染色体であり(男性はXY、女性はXXである)、第2に生殖腺であり  
(卵巣または精巣の存在)、そして、第3に性器である(内性器を含む)。  
これら3つの要素が一致している場合には、婚姻という目的に関しては、  
それらによって性が決定され、心理的な要素あるいは手術による干渉は  
無視すべきである。コーベット氏の弁護士が、通常は無効判決ではなく、  
44 (84)

## 性同一性障害と婚姻

RSC Ord 15 による無効宣言を求めた点が特に注目される。オームロッド裁判官は、109ページにおいて〔All ER では51ページ—大島注〕、次のように述べている。

「この区別の重要性は、次の点にある。婚姻無効判決においては、裁判所は、付随的な救済を認める権限がある。これに対して、宣言的判決においては、そのような権限はない」。

オームロッド裁判官は、婚姻関係は法的に不可能であったとして、「婚姻」は、単に無効であるのみならず、外見だけのことであるという原告の主張に強い共感を示している。そして、同裁判官は、偽装婚の場合に教会裁判所が与えるような宣言判決を与えている。

この判決は、それ以降、わが国において多大の影響を与えた。わが国では、刑事事件にも適用された。女王対タン他事件 (R. v. Tan and Others [1983] Q. B. 1053) において、控訴裁判所は、心理的・精神的・社会的に女性になったというある人物の主張を退け、当該人物を男性とした。パーカー裁判官は、次のように判決した。

「……良識および望ましい法的安定性および継続性から、コーベット対コーベット事件判決は、婚姻のみならず、1956年性犯罪法の第30条および1967年性犯罪法の第5条に基づく刑事訴追の場合にも適用すべきである」。

しかし、〔オーストラリアの〕ニューサウスウェールズ州刑事控訴裁判所の多数意見は、異なる見解を採用した (R. v. Harris & McGuinness [1988] 17 N. S. W. L. R. 158)。これに対して、コーベット事件判決は、南アフリカにおいても採用されている (W. v. W. [1976] 2 W. L. D.<sup>(5)</sup> 308)。

リーズ事件判決　　これまでは、コーベット事件判決の原則は、ヨーロッパ人権裁判所による批判を免れることができた。しかし、弁護士は、

---

(5) 南アフリカのW対W事件については、第5章、第3節を参照。

強い変化の風が吹いていると主張している。リーズ事件判決（〔1987〕2 F. L. R. 111）<sup>(6)</sup>においては、申立人は、本件の被告と同様に、FTMのトランスセクシュアルであり、両方の乳房を切除し、自分自身では男性と考えており、社会的にも男性として受け入れられている。彼〔リーズ氏〕は、出生証明書の〔性別表記の〕訂正の拒否は欧州人権保護条約の第8条が規定している私生活および家族生活の保護の権利を侵害するものであると主張した。なぜなら、証明書が、彼の外見と法的な性との不調和を明らかにし、その謄本の提示が必要な場合に、当惑させられ、馬鹿にされるからである。裁判所〔ヨーロッパ人権裁判所〕は、12対3の多数決で、締約国の間に共通の基盤がほとんどなく、一般的に言えば、法は、現在、過渡期にある、と判示した。したがって、各締約国は、広範な裁量権を行使することができ、連合王国が必要なバランスを欠いているとは言えないとした。また、申立人は、婚姻をすることができず、同条約第12条に違反していると主張した。第12条は、次のように規定している。「婚姻をすることができる年齢の男女は、権利の行使を規制する国内法に従って、婚姻をしかつ家族を形成する権利を有する。」

以下の点について、判決は全員一致である。

〔49〕 当裁判所の見解によれば、第12条が保障している婚姻する権利は、生物学的に別の性に属する者どうしの間の伝統的な意味における婚姻に関するものである。規定の文言から、第12条が家族の基礎としての婚姻を保障していることは明らかである。」

〔50〕 さらに、第12条は、この権利の行使を締約国の国内法に従うべきものとしている。したがって、締約国は、この権利の本質を侵害しない限度で、制限をすることができるのである。生物学的に異性でない者と婚姻することについての連合王国における法的な障害は、この権利

---

(6) ヨーロッパ人権裁判所のリーズ事件判決については、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年）を参照。

## 性同一性障害と婚姻

の本質を侵害するようなものではない。」

「[51] したがって、本件においては、条約第12条の違反は認められない。」

コシー事件判決 また、コシー対連合王国事件 (Cossey v. U. K. [1991] 2 FLR 492) においても、類似の問題が問題が提起された。申立人は、MTFのトランスセクシュアルであり、完全な性再指定手術を受けている。彼女は、婚姻することを希望した。裁判所〔ヨーロッパ人権裁判所〕は、ヨーロッパ議会の1989年9月12日の決議、および欧州審議会の1889年9月29日の協議総会によって採択された勧告1117号（この領域における法と実務を調和させようとした）にもかかわらず、リーズ事件判決の当時と同様に、実務が多様であることを示しているとした。締約国の間に共通の基盤がほとんどないのが現状であり、したがって、各締約国は広範な裁量権を行使することができる、とした。そして、第8条に違反しているという主張について、次のように判示した。

「……当裁判所のかつての判決を変更すべき理由があるとは言えない。特に、現状においては、第8条の解釈を維持することが必要である。」

第12条の違反の主張については、次のように判示した。

「[45] 申立人が女性と婚姻する点については、法的な障害はない。したがって、国内法のために、婚姻をする権利が侵害されているとは言えない。

男性と婚姻しえないという点については、英国法の採用している基準は、婚姻する権利を保障した第12条の概念と合致する。」

「[46] 確かに、いくつかの締約国においては、コシー嬢のような立場に置かれている人は、男性と婚姻することができる。このような発展が認められるからといって、伝統的な婚姻観が一般に放棄されたと言う

---

(7) ヨーロッパ人権裁判所のコシー事件判決については、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年）を参照。

ことはできない。現在の状況の下においては、当裁判所は、この問題に関する第12条の解釈について新しいアプローチをしなければならないとは考えない。さらに、婚姻に関する人の性の判断基準として、生物学的な基準を採用し続けることには十分な理由があると考ええる。婚姻の権利の行使については、各締約国は、国内法によって規律する権限を与えられており、その枠内の問題である。」

同裁判所は、14対4の多数決で、第12条の違反は存在しないと判決した。

B対フランス事件判決　その後のB対フランス事件 (B. v. France [1992] 2 FLR 249) において、フランスが、条約第8条に違反している<sup>(8)</sup>と判決されたという事実を無視することはできない。同裁判所は、リーズ事件判決およびコシー事件判決とは異なる判決をした。同裁判所は、その理由について、科学が進歩し、人々の態度が変わり、トランスセクシュアリズムの重要性が認識されてきた、と説明している。クリスティーナ・シェフィールドおよびレイチェル・ホーシャムの事件において、再度、連合王国は条約第8条および第12条に違反しているという訴が提起された。彼女らは、法的、社会的および科学的な進歩・発展があり、かつての判例法を見直すべきであると主張した。特に、彼女らは、トランスセクシュアルの頭脳の構造に関する新しい科学的な研究を引用した。彼女らの主張は、ヨーロッパ人権委員会を説得することができ、1996年1月19日の決定によって、彼女らの請願は受理された。「条約に関する深刻かつ複雑な法的問題および事実上の問題がある」とされた。しかし、わたしの知る限り、同裁判所は、この訴について、まだ判決を下していない。<sup>(9)</sup>

---

(8) ヨーロッパ人権裁判所のB対フランス事件判決については、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年)を参照。

(9) ヨーロッパ人権裁判所のシェフィールドおよびホーシャム対連合王国



## 性同一性障害と婚姻

エマーソン氏の丹念な調査によって、多くの国々において進歩があったことが明らかにされた。同氏は、スウェーデン、ドイツ、イタリア、オランダ、アメリカ合衆国のいくつかの州（たとえば、*M. T. V. J. T.* [1976] 355 A.2d 204）、オーストラリアおよびニュージーランド（*M. v. M.* (1991) 8 FRNZ 209, a decision of the Family Court, and *M. v. M.*, a Supreme Court decision of Ellis J. on 30 May 1991）においては、トランスセクシュアルが婚姻をする権利を有していることを明らかにしている。

MT対J T事件判決 アメリカのMT対J T事件において、ニュージャージー州最高裁判所控訴部は、コーベット事件判決に追随しなかつた<sup>(10)</sup>。なぜなら、アメリカの裁判所に提出された専門家の証拠によれば、真正のトランスセクシュアルの解剖学的な特徴、性器の特徴が、ジェンダーつまり精神的な性と調和している場合には、婚姻の目的に関しては、これらの基準に基づいて性を判定すべきだからである。ハンドラー裁判官は、その判決の210-211ページにおいて、次のように述べている。

「……トランスセクシュアリズムで苦しんでいる人は、性器の性つまり解剖学的な性とジェンダー（すなわち、性に関する強く一貫した感覚）との間に不調和が存在する人である。トランスセクシュアルは、既存の性器を除去し、ジェンダーと調和する性器に置き換える手術を受けるなどの方法によって医学的に治療することが可能である。そのような性再指定手術が成功した場合には、ポストオペラティブのトランスセクシュアルは、医学的な治療の結果、男性または女性としての性的な機能を有することになる。そのようにして得られた性を、少なくとも婚姻の目的に関して肯定することができない法的な障害、明白な社会的タブー、あ

---

事件については、1998年7月30日に判決が下されている。この判決については、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年）を参照。

(10) MT対J T事件については、第3章、第4節を参照。

るいは公序はない。……〔原告が有効な婚姻をすることができると判断する場合には〕医学的な判断に基づいて行われ、もはや不可逆的である既成事実法に法的な効果を認める他はない。そのような承認をすることは、個人に内面的な安定を与え、個人的な幸福をもたらせる。そしてまた、社会的な利益、公の秩序あるいは道徳を害するものでもない〕。

同裁判所は、婚姻は有効であるという原審の判決を支持した。詐欺はなく、夫は原告を妻として扶養する義務があるとした。この事件においては、詐欺はない。なぜなら、夫は原告の状態を知っており、婚姻の前に性再指定手術に協力した。そして、手術後には、性交をしていた。

M対M事件判決 ニュージーランドのM対M事件 (*M. v. M.* (1991) 8 FRNZ 209) <sup>(11)</sup>において、ニュージーランドの家庭裁判所のオービン裁判官は、原告の「核心的なアイデンティティー」は女性のそれである。彼女の身体は、その心理学的な性との調和を獲得しているとした。そして、「『女性』の定義はともかくとして」婚姻の目的については、そして、挙式の当時においては、女性であるとして、その婚姻を有効とした。エマーソン氏は、ニュージーランドの1955年婚姻法の下における最高裁判所のエリス裁判官の判決文のコピーを提供してくれた。この事件においては、当事者は性再指定手術を終え、当事者の性と調和するような身体を与えられている。その者が元の性と同性の人と婚姻することを妨げる法的な障害はない、と判断された。エリス裁判官は、次のように述べている。

「他の性に属するという自己認識を持ち、そのように行為したいという如何ともしがたい願望を持つ人々がいる。そのような人々がその願望を満たすための治療および手術を受けることを社会が承認する以上、婚姻する能力を含めて、その再指定された性に基づいて機能することを、できるだけ完全に容認せざるをえない。2人の人間が、男性および女性

---

(11) ニュージーランドのM対M事件については、第4章、第1節を参照。

## 性同一性障害と婚姻

としての性器の外見を持つ以上、それが性的な機能を有するか否かを証明する必要はない」。

「トランスセクシュアルが手術を終えた場合には、元の性の機能を失う。MTFトランスセクシュアルは、陰茎および睾丸を失う。そして、膣に類似する窪みが形成される。また、乳房を整形し、男性として性的な関係を持たず、妊娠させることもない。また、FTMトランスセクシュアルは、子宮と卵巣を除去され、髭が生え、声が低くなり、陰茎を形成される。女性として性的な関係を持たず、妊娠することもない。トランスセクシュアルに対して、再指定された性に属する者としての婚姻の有効性を否定しなければならない社会的・法的な利益はない。現実を承認する他はない」。

「有効な婚姻をするためには、発生学的な性が決定的であると主張する場合には、MTFトランスセクシュアルは女性と有効な婚姻をしまうことになり、FTMトランスセクシュアルは男性と有効な婚姻をしまうことになる。しかし、それは、外見的には同性婚である。……トランスセクシュアルが再指定された性に属する者として婚姻することを許しても、なんら社会的な悪影響はないと考える。他人、特に子供達にとっても悪影響はないと考える。現存の法秩序の枠内で適切に処理することが可能であると考え」。

ホリス裁判官は、この判決を「説得的」とは考えない。しかし、わたしは、軽々しくこの判決を排斥することはできないと考える。トランスセクシュアリズムの原因に関する新しい見解を考慮する場合、コーベット事件判決については適切な時期に再検討をすべきである。しかし、現在のところ、この裁判官の理由付けのみに注目すべきであろう。また判決に引用されている弁護士の見解に注目すべきであろう。婚姻の有効性は、完全な形成手術によって、希望する性との完全な「身体的な調和」が達成されている場合にのみ、認められるべきであるとされている。したがって、FTMトランスセクシュアルの場合には、陰茎の形成まで含

まれるのである。この理由により、同判決は、本件の被告の助けにはならない。

エマーソン氏は、われわれの関心をこれらの事件に向けたが、これらの判決が本件にも適用されるべきであるとは示唆していない。また、コーベット事件判決の妥当性について批判していない。ただ、その可能性を残している。わたしは、これらの事件の検討に多大の時間を費やしてきたことを十分に承知している。これらの判決から得られた教訓に比べて、余りにも多くの時間を費やしてきた。わが同僚の裁判官諸氏と同様に、これらの考察は、本件についてはまったく不必要であると感じることもあった。しかし、社会秩序に理由を求めて判決する場合には、このような再検討は必要であると考える。〔中略〕

エマーソン氏による比較法的な検討から離れて、トランスセクシュアルの「婚姻」の無効に関する他の側面に移行しなければならない。この点については、わたし自身の調査に依拠している。

無効、付随的救済および同性婚 わたしの知る限り、教会裁判所 (Ecclesiastical Court) は、妻に対して一定金額の支払いを命じる権限とか、扶養料の支払い (payment of maintenance) を命じる権限を有しないが、離婚扶養料 (alimony) の支払いを命じる権限を持つ (例えば、*Bateman v. Bateman (Otherwise Harrison)* (1898) 78 LT 472)。付随的な救済を命じる権限は、1907年の婚姻事件法 (Matrimonial Causes Act 1907) によって初めて与えられたように思われる。〔中略〕

わたしの知る限り、婚姻の両当事者が同性であるために、婚姻が無効とされた最初の事件は、タルボット対タルボット事件 (*Talbot v. Talbot* (1967) 111 SJ 213) のように思われる。この事件では、本件と同様に、2人の女性が挙式した。次のように報告されている。

「オームロッド裁判官は、婚姻はなかったのであり、婚姻無効の仮判決を宣告し、かつ、確定判決となしうる旨を宣告した」。

1970年のコーベット事件判決が、この判決に続いた。

## 性同一性障害と婚姻

法律委員会 (Law Commission)<sup>(12)</sup> は、婚姻無効に関して検討した。婚姻無効に関する報告書は、次のように述べている (Law Com. No. 33)。

「[32] 無効原因についてさらに検討するまで、報告書の提出を延期することは不必要であると判断した。幸いにして、このような事例は極めて稀である。そして、問題は、議会が判断すべき社会政策に関する問題である。本報告書の付録Aとして掲載している草案において、われわれは、それを無効原因として規定しなかった。また、財産的救済に関する規定を置くことは適切ではないと判断した。……一方の当事者の性的な特徴が男性でもあり女性でもあり、いずれの性が優越的であるのかについて判断に迷い、婚姻の時点において異性に属すると誤解されるような事例は、極めて稀であると考ええる。これらの悲劇的な事例においては、裁判所は、扶養料に関して普通の範囲の給付を命じることができる。裁判所は、そのような救済を与えるのが妥当である事例と、そうではない事例とを区別することができる。もしも、議会がこの見解を採用するならば、本報告書の付録として掲載されている草案の1か条は、修正を余儀なくされるであろう」。

予想どおりのことが起こった。アレクサンダー・ライオン氏が修正動議を提出したのである。そして、司法長官 (Attorney-General) および司法次官 (Solicitor-General) の支持を得た (see Hansard, 2 April 1971, paras. 1827-1854)。結果的に、婚姻無効が宣言されるべき無効原因が追加された (1971年婚姻無効法第1条c項参照)。現在では、1973年婚姻事件法第11条c項とされている。「両当事者が男性と女性 (male and female) ではない」場合には、婚姻は無効とされている。

この法律は、用語の点で重大な変更を加えている。コーベット事件におけるオームロッド裁判官の判決は、教会法の原則に依拠しており、両

---

(12) 法律委員会は、1965年の Law Commissions Act によって設立された、法の簡素化と近代化を促進するための常設の委員会である。法改革が必要だと考える事項について、その改正のための調査と報告をする。

当事者は「男と女 (a man and a woman)」と表現されていた。これに対して、〔この法律においては〕「男性と女性 (male and female)」という表現が採用されている。裁判所が、将来において、ある人物の性について判断する場合に、医学の進展に基づいて、性 (sex) よりもジェンダー (gender) を重視することを可能にするように思われる。この点を指摘している学説が存在する。例えば、Cretney and Masson, *Principles of Family Law* (Sweet & Maxwell, 5th ed., 1990), pp. 46-48; S. Poulter, “The Definition of Marriage in English Law” (1979) 42 MLR409, 421-425; and A. Bradney, “Transsexuals and the Law” [1987] *Fam. Law* 350.

しかし、本件においては、コーベット事件判決が優れた先例であるか否かについて判断すべきではない。本判決が依拠すべき根本的な事実は、次のとおりである。

(1) 原告と被告との間のいわゆる「婚姻」は無効と宣告された。そして、被告は、この点については当裁判所で争ってはいない。

(2) したがって、当裁判所は、原告と被告の間には婚姻は存在しなかったということを前提として裁判をすべきことになる。そのような「婚姻」は法的には不可能であり、したがって、それは婚姻ではなく、単なる外見だけのことに過ぎなかったということになる。

II トランスセクシュアルの医学的な定義、およびトランスセクシュアリズムが被告の精神に与えた影響

ヨーロッパ人権裁判所は、リーズ事件判決において、次のような定義を採用している。

『「トランスセクシュアル」という語は、身体的にはある性に属するにもかかわらず、自分は他の性に属していると確信している人々を指す用語として用いられている。彼らは、一般に、医学的な治療・外科的な治療によって、自己の身体的な特徴を精神的な性に合致させようとする。手術を終えた人々は、一定の集団を構成している』。

## 性同一性障害と婚姻

欧州審議会の協議総会は勧告1117号を採択する際に、トランスセクシュアルについて、次のように判断した。

「……は、二重の人格として特徴づけられる症候群である。1つは身体的なものであり、他は精神的なものである。そのそれぞれが別の性に属しているという深い確信による。トランスセクシュアルは、身体を『矯正』することを求めようとする」。

1993年4月の第23回ヨーロッパ法学会の際に、欧州審議会のヨーロッパ法共同委員会は、ゴーレン (Gooren) 教授の用意した「トランスセクシュアリズムの生物学的側面およびその法的な影響」という報告書を承認した。彼は、次のように説明している。

「男性または女性に分化する様々な多くの段階があり、その各段階の間にどちらにでもなりうる時期がある。つまり危機的な時期である。その時期を過ぎると、後戻りはしない。染色体の型は受精によって決まる。受精後5～7週間で生殖腺の分化が始まる。生殖腺が卵巣または精巣になれば、内性器の分化が始まる。生殖腺からは性ホルモンの分泌が始まる。……次の段階が外性器の分化である。テストステロンが存在する場合には男性の外性器に分化し、それが存在しない場合には、女性の外性器に分化する。……現代医学における性の判定は、主として外性器に基づいて行われる。……脳の内部における性差は、出生後3歳から4歳くらいになってから明らかになる。……トランスセクシュアルの死体解剖が実行された数は極めて限られているが、それによれば、トランスセクシュアルの脳と非トランスセクシュアルの脳とを比較すれば、形態上の違いがある。……脳の性差は、出生の後に生じる。すなわち、外性器の基準によって男児または女児と判定された後に起こるのである」。

ゴーレン教授は、最近発表されたある論文の執筆者の1人である。それは、「ネイチャー誌」の1995年11月号(378巻)68頁に掲載されている(Nature, vol. 378, p. 68)。MTFトランスセクシュアルの脳の構造が、女性の脳の構造をしているという事実を明らかにしている。これは、ジェ

ンダー・アイデンティティーは脳の発育と性ホルモンの相互作用の結果であるという仮説を支持するものである。問題の部分は、視床下部の境界条床核である。この部分は、人の性行動について重要な部分である。脳のこの部分の大きさは、男性においては、女性よりも大きい。しかし、トランスセクシュアルの場合には、その大きさがジェンダーに対応している。

コーベット事件判決が下された1970年以降、医学は大いに進歩した。オームロッド裁判官は、トランスセクシュアリズムの原因について、次のように述べていた。

「この症状について、器官上の原因があるという見解がある。この仮説は、実験的な研究に依拠している。成熟した動物の交尾行動は、ある性ホルモンが視床下部のある細胞に与える影響によって決定されているという仮説に基づくものである。……この研究を人間に適用するのは、全く理論上のことである。……そのような『男性脳あるいは女性脳』という表現を用いることは、『脳』という語の曖昧さを生じさせる。……わたしの判決においては、これらの理論は本件の問題を解決する上で役立たない」。

イギリス法が医学における進歩に伴ってその態度を改めるべきか否かは、本件において当裁判所が判断すべき問題ではない。しかし、公序の関係する事件においては、ヨーロッパ〔大陸〕の見解について関心を払うべきであろう。

ゴーレン博士は、次のように結論づけている。

「外性器に基づいて判定された性のコースと調和しないジェンダー・アイデンティティーを形成した少数の人々に関する規定を用意することを〔法律家に〕求めることは、神経解剖学的な根拠により合理的である。この権利を否定することは、出生後に脳の内部で起こる性分化の過程に関する重要な科学的情報を否定することを意味する。……現在の法律実務は、すべての段階で調和している新生児には妥当である。しかし、こ



## 性同一性障害と婚姻

これらの過程で調和していない不運な者には、妥当しない」。

このような見解は、ヨーロッパ司法裁判所のP対S事件における法務官 (Advocate General) の意見書において支持されている (*P. v. S. and Another* (Sex Discrimination) [1996] 2 FLR 347; [1996] All ER (EC) 397, 401)。法務官は、次のように述べている。

「トランスセクシュアリティに関する研究は、極めて興味深い結果を示している。それは、古いタブーや偏見を全く根拠のないものにする。問題の倫理的な側面（それは誤解を生じさせる可能性がある）についてではなく、純粋に医学的かつ科学的な側面に注目しなければならない」。

「わたしの見解によれば、社会の現実から遊離してはならない。可能な限り速やかにそれに対応すべきである。……法が社会関係を規律しようとする限り、……社会の変化に対応しなければならない。そして、社会の変化および科学の進歩によって生じた新しい状況を、規律しなければならない」。

これらの医学的な証拠および法律家のコメントは、エマーソン氏に依拠するものである。コーベット事件判決以降の事情を明らかにするだけでなく、社会の利益も変化しているという事実を明らかにしている。また、狭い意味での「故意 (mens rea)」に関する問題にも貢献するものである。

〔精神疾患の〕診断と統計のためのマニュアル第4版 (Diagnostic and Statistical Manual IV) [DSM-IV と略称される—大島注] は、性同一性障害の診断基準について次のように記載している。

「青年および成人の場合、次のような症状で現れる。反対の性になりたいという欲求を口にする。何度も反対の性として通用する。反対の性として生きたい、または扱われたいという欲求、または反対の性に典型的な気持ちや反応を自分が持っているという確信」。

その多くは、コーベット事件判決において、オームロッド裁判官によって受け入れられている。

「トランスセクシュアルは、可能な限り、他の性に属する者となりた  
いという極めて強い願望を持っている。……自分は男性の体に閉じ込め  
られた女性である（あるいはその逆）と考えるまでに至る」。

これは、グリーン (Green) 博士の言う「核心的な自己感覚 (core sense  
of self)」である。グリーン博士は「おそらく正当であろう」と、ホリス  
裁判官は述べている。証拠によれば、ジェンダーは、生物学的な特徴に  
よってでなく、脳によって決定される。エマーソン氏は、ホリス裁判官  
が婚姻しうる能力とは無関係な医学的な証拠を考慮していることを正当  
としている。しかし、同氏は、同裁判官が偽証罪に関して被告の確信の  
問題に関するものとして医学的な証拠を考慮している点で誤っていると  
している。しかし、そのようなことを示すものはない。被告の「独身男  
性」であるという確信に関して、同裁判官は偽証罪に該当するとはして  
いないのであり、反対のことを示している。

III 被告は偽証の罪を犯したか〔略〕

IV 被告の行為は重大な犯罪か〔略〕

V 公序を理由として、被告の請求を棄却すべきか〔略〕

VI 「不道德な原因から訴権は生じない」という原則にもとづいて、  
本件請求を棄却すべきか。

(1) 「不道德な原因から訴権は生じない」という原則の根拠〔略〕

(2) 公序の目的〔略〕

(3) 婚姻の本質〔略〕

(4) 被告の行為は、婚姻という概念にとって有害な行為か

詐欺そのものは、婚姻とは関係がない。しかし、婚姻の合意の前に、  
詐欺が行われることがある。詐欺は重大なものである場合もあれば、軽  
微なものである場合もある。財産や金銭について嘘をつくことがある。  
当事者の一方は、オームロッド裁判官がコーベット事件判決で重要な要  
素と判断したところの、性交および子を生ませる能力について嘘をつく  
こともあろう。健康に関する事項、例えばエイズに関する事項が隠され

## 性同一性障害と婚姻

ることがありうる。性交によってウイルスが感染し、重大な損害を受ける可能性がある。妊娠しているという事実が、隠されることがあるかもしれない。あるいは、年齢や親族関係についての嘘があるかもしれない。これらの場合に、婚姻は取り消しうるものであったり、無効であったりする。しかし、これらの場合には、公序を理由として、付随的な救済の請求を棄却することについて、わたしは極めて慎重である。重婚や同性「婚」の場合において、付随的な救済の請求者が相手方に対して詐欺罪を犯したときに限定したいと考える。

上の2つの場合には、婚姻の根本概念に反しているからである。その他の場合は、1人の男性と1人の女性の結合であるという婚姻の根本概念を侵害するものではない。婚姻の根本概念、つまり婚姻の神聖さを汚す場合には、良俗違反 (contra bonos mores) と考える。

### 結 論

〔中略〕

本件における公序は、婚姻の根本概念を不可侵のものとするところである。被告が無効な婚姻から利益を得ることを許さないことが必要である。

以上の理由により、わたしは、本件控訴を棄却する。

VII 1973年の婚姻事件法25条によって裁判所に認められる裁量権を行って、本件請求を棄却すべきか 〔略〕

## 第3章 アメリカ

### 第1節 匿名対匿名事件

ニューヨーク州高位裁判所1971年8月6日判決<sup>(13)</sup>

本件の当事者は、MTFトランスセクシュアルである。挙式当時はブレオペラティブであったが、現在ではポストオペラティブであるようである。本件では、男性とMTFトランスセクシュアルとの間の婚姻の効

---

(13) *Anonymous v. Anonymous*, 325 N. Y. S. 2d 499.

力が問題となった。夫婦は一度も同居していない。本判決は、婚姻を無効とした（以上、大島）。

合衆国陸軍の下士官である原告は、被告との間の婚姻上の関係についての宣言を求めた。

請求の理由は、拳式の際に被告は男性であったということである。原告は、1968年の11月に、ジョージア州オーガスタの路上で被告と出会った。被告は女性のように見えた。原告は、被告とともに売春宿に入った。そこで少しの時間を一緒に過ごした。しかし、原告は、被告の裸を見ていないし、いかなる性的な関係も持たなかった。それから、1969年の2月の初めに、原告は、新しい任地であるテキサス州フォート・フードに移った。被告が後を追ってきた。両当事者は、2月22日に、テキサス州ベルトンで結婚式を挙げた。それから、両当事者は、原告のアパートに行った。原告は薬物を飲まされ、寝込んでしまった。彼は、朝の2時に目が覚めた。そして、被告に近づき、被告の体に触り、被告が男性器を持っていることを発見した。彼は、すぐにベッドを離れ、「ちょっと飲みすぎたようだ」と言った。それから、バス停まで行った。しかし、バスがまだ走っていなかったため、アパートに帰り、ソファの上で眠った。次の日、被告は、原告に対して、男性器を切除する手術を受けるつもりであることを打ち明けた。

両当事者は、一緒に生活をしたこともなければ、なんらかの性交渉を持ったこともない。原告は、1969年3月に外国に派遣され、1970年4月に帰還した。その間、被告は原告のもとへ沢山の手紙と医療費の請求書を送り付けた。陸軍もまた、原告の給料から、被告のために配分額 (allotment) を差し引いた。原告は、海外から帰国した後、サンフランシスコの法廷で一度被告に出会った。原告は、売春で刑務所に収容されていた被告の釈放の手続のために法廷を訪れたのである。そして、被告とともにニューヨーク市まで旅をした。そこで、離婚または別居の手続をする

## 性同一性障害と婚姻

ためである。その旅の途中、被告は原告に対して、手術が完了したので、自分は今では女性である、と告げた。

本件訴訟は、両当事者がニューヨークに滞在している間に開始した(原告は、ニューヨークの住人である)。被告はニューヨークの弁護士に依頼した。被告は、その後、西海岸に移動した。そして、サンフランシスコ、タコマ、ワシントンなどの様々な場所に住所を移している。被告は、弁護士からの連絡に対して、何も答えていない。そして、医学的な検査には全く応じていない。裁判所が召喚しても、被告は法廷に現れなかった。唯一の通信は、被告が購入した商品の請求書を原告に送り付けてくることだけである。

当裁判所は、結婚式当時、被告は女性ではなかったと考える。その後、手術によって被告の性は、変更されたようである。しかし、医学的な文献および弁護士の提出した情報によれば、男性器を除去しただけでは、その人物を真の女性に変更することはできない。結婚式の後に被告に生じたことは無関係である。なぜなら、両当事者は一度も同居したことがないからである。

法律は、同性どうしの「婚姻」について何も規定していない。婚姻は、男性と女性の間の契約でなければならない (*Morris v. Morris*, 31 Misc. 2d 548, 549, 220 N. Y. S. 2d 590, 591)。『婚姻』とは、男性と女性が法的に夫および妻として拘束される身分または関係をいう。婚姻は、より厳密には、男性と女性が、自由な意思に基づいて、夫および妻として生涯にわたって結びつく結合であると定義される」(52 Am. Jur. 2d Marriage, § 1)。Black's Law Dictionary は、3つの婚姻の定義を紹介している。それいづれもが、男性と女性との間の結合または契約としている。マリチオ対マリチオ事件 (*Mirizio v. Mirizio*, 242 N. Y. 74, 81, 150, N. E. 605, 607) において述べられているように、「身体的な性交の不能を婚姻の無効原因としていることから明らかなように、婚姻は、結果として子孫を得ることを目的としているという社会政策を示している」。

本件においては、詐欺または不能を原因として、婚姻無効の判決を求めている事件とは異なる。これらの事件では、婚姻契約の基本的な前提、すなわち男性と女性との関係であるということが満たされている。しかし、本件においては、この根本的な前提が欠けている。結婚式自体が無効である。それによって、なんの法的な関係も生じない。本件訴訟は、婚姻を無効にすることを求めているのではない。婚姻の無効を宣言することを求めているのである。原告と被告との間には、法的には婚姻関係が発生していなかった旨の宣言を求めているのである。家庭関係法 (Domestic Relations Law) 第144条は本件には適用することができないと考える。

したがって、当裁判所は、1969年2月22日にテキサス州ベルトンにおいて原告と被告との間に行われたいわゆる「結婚式」は、事実上も法律上も婚姻を発生させるものではなく、原告および被告は「夫および妻」ではなかった、すなわち有効な婚姻の当事者ではなかった、と宣言する。

## 第2節 B対B事件

ニューヨーク州高位裁判所1974年4月23日判決<sup>(14)</sup>

本件の当事者はF T Mトランスセクシュアルである。S R S (性再指定手術)を受けているが、最終段階の陰茎の形成手術を受けていない。本判決は、女性とF T Mトランスセクシュアルとの間の婚姻を無効とした(以上、大島)。

原告は、被告が男性であるか女性であるかという問題を提起した。

本件無効訴訟において、原告は、「原告と被告は共に女性である」と主張した(訴状第2節)。「1972年4月5日頃……原告と被告はいわゆる婚姻をした(第3節)」。「被告は、詐欺的な意図をもって、自己の名をマー

---

(14) *B. v. B.*, 355 N. Y. S. 2d 712.

## 性同一性障害と婚姻

ク・Bと自己紹介した。しかし、真実はマーシャ・Bであった（第4節）。婚姻の当時、被告は、原告および当局者を欺く意図を持って、「被告は男性であり、女性と婚姻することができる」と自己を表示した（第5節）。原告は、被告の言明、服装および外見から、被告が「男性であり、女性と婚姻することができ、夫としてすべての任務を果たしうるものと信頼した」（第11節）。そして、「原告は、被告の妻として同居を開始した。しかし、被告は正常な性交をすることができなかつた。被告は身体的にそれが不可能であった」（第12節）。「被告は、正常な性交はできず、婚姻という関係に入ることができないのである。被告は男性器を持たない。ノーマルなペニスあるいはペニスそれ自体を持っていない」（第13節）。被告は「女性であり、女性との間でノーマルな性交は不可能であり、女性と婚姻することはできない」（第14節）。「婚姻当時も、それ以降も、〔被告は〕身体的に婚姻状態に入ることができない、つまり性交をすることが不可能である。身体の状態に原因があり、かつ、それを治療することは不可能である」（第15節）。被告は、自分が不能であり、その不能が永続的であり、治療が不可能であることを知っていたにもかかわらず、原告を欺き、身体的に婚姻しようと誤信させた。その結果、原告は、被告を信頼して婚姻関係に入った（第16節）。「被告は、婚姻の後に、原告に対して、自分は自分の心の悩みを軽減させることだけを目的として婚姻したこと……および被告は、自分は身体的には女性であるが、真の男性であると考えていることを告げた。その他には、何の目的もないと告げた」（第17節）。「原告と被告は、ともに女性である」（第22節）。

被告は、原告の主張を否定し、反訴を提起し、遺棄を理由として離婚を請求した。1974年1月18日に破綻して以来、すでに1年以上〔原告は被告を〕遺棄しているというのである。

原告は、被告の身体検査を行うことを請求した。

法的な問題について検討する前に、被告の人生を理解することが適切であろう。

被告は、一般に、トランスセクシュアルと呼ばれる者である。「トランスセクシュアリズムというのは、ジェンダー・アイデンティティーの異常である」(Charles L. Ihlenfeld, M. D., *Journal of Contemporary Psychotherapy*, Vol. 6, No. 1, pp. 63-69, Winter 1973)。トランスセクシュアル達は、自分の身体の解剖学的な構造は自己の真のジェンダーを反映していない、と確信している。そして、解剖学的には明らかに正常な女性であるが、男性化することを望むのである。トランスセクシュアル達は、自分は間違っただけの身体を持って生まれたと感じている。その原因は、不明または十分な確実さを持っては特定されていない。現在のホルモン療法および手術による性再指定が、成人にとっての唯一の知られている治療方法である。ジェンダー・アイデンティティーの異常は、それが一度確立してしまうと、それを変更しようとする努力は不適切かつ無効であると考えられる (Charles L. Ihlenfeld, M. D., *supra*)。

出生証明書は、被告が「マーシャ・B」という女性であることを示している。1972年4月に、被告は、名前を「マーシャ」から「マーク」に変更することを申し立てて、認められた。被告の申請書には(8頁)、次のように記載されている。

「わたしは、出生した当時、女性であると判断され、女性名が与えられ、それが出生証明書に記載されている。しかし、幼い頃から、わたしは、自分の性的アイデンティティーに困難を感じるようになった。なぜなら、わたしは、自分自身を男性と感じていたからである。しかし、女性器を持っているという事実から、わたしは自分の真の性的アイデンティティーに疑問を感じてきた」。

「わたしは、成長するにつれて、男性が体の中に囚われていると感じるようになり、常に苦しい状況に追いやられた」。

「1972年3月14日に、乳房の切除を行った。……そして、1972年3月16日に、子宮切除を行った。両手術は、わたしの身体的な外見を、わたしの真の性的アイデンティティーと調和させるために行われた」。



## 性同一性障害と婚姻

トランスセクシュアリズムの領域におけるある専門家は、被告の名の変更を支持して次のように述べた。被告は、ジェンダー・アイデンティティーに関する医学的な問題を解決するために治療中である。医学的な検査によれば、被告は、女性の身体に閉じ込められた男性であるとみなすのが正しいことを示している。男性風の名に変更することは、被告の心理的・情緒的な状況を改善するのに有効である。

[1] [略]

[2, 3] [略]

[4] [略]

[5] 婚姻は、「1人の男性と1人の女性の間の、生涯にわたる民事的な身分、状態あるいは関係であり、この法的な結合は、異性でどうしであるということに依拠している」と定義される (Black's Law Dictionary, 4th Ed., p. 1123)。『婚姻』とは、男性と女性が法的に夫および妻として拘束される身分または関係をいう。婚姻は、より厳密には、男性と女性が、自由な意思に基づいて、夫および妻として生涯にわたって結び付く結合である」(52 Am. Jur. 2d Marriage § 1)。婚姻は、州が婚姻許可証を発行するようになる前からの慣習上の長い伝統を持つ。婚姻の記録は、かつては教会に残されていた。いくつかの州においては、今もなお、コモンロー婚（非方式婚）が認められている。この婚姻の場合には、婚姻許可証も聖職者の立会いも必要でない。しかし、すべての場合に、婚姻は男性と女性の間の結合であると考えられ、それに反する先例はない (*Jones v. Hallahan*, Ky., 501 S. W. 2d 588)。

当州においては、制定法も判例法も、男性・女性の定義をしていない。ニューヨーク州には、同性どうしの婚姻を禁じる法律はないし、また、同性どうしの者に婚姻許可証を発行することを禁じる法律もない。しかし、婚姻は、男性と女性との間の合意であると考えられてきた (*Morris v. Morris*, 31 Misc. 2d 548, 549, 220 N. Y. S. 2d 590)。

法律が、身体的な性交の不能を婚姻の無効原因としていることから明

らかなように、婚姻は、結果として子孫を得ることを目的としているという社会政策を示している (*Mirizio v. Mirizio*, 242 N. Y. 74, 81, 150 N. E. 605, 607)。

匿名対匿名事件 (*Anonymous v. Anonymous*, 67 Misc. 2d 982, 325 N. Y. S. 2d 499) において、裁判所は、男性の原告と、被告(女性のように振る舞っていたが、その後、手術を受けて女性になったと主張している者)との間で結婚式が行われたからといって、事実上も、法律上も、婚姻を発生させるものではなく、したがって、両当事者は夫と妻とではなかった、すなわち有効な婚姻の当事者ではなかった、と宣言した。

われわれの知る限りでは、その他に2つの州においても、この問題が取り上げられ、本件におけるわれわれの結論と同じ結論に達している (*Baker v. Nelson*, 291 Minn. 310 191 N. W. 2d 185, app. dsmd. 409 U. S. 810, 93 S. Ct. 37, 34 L. Ed. 2d 65; *Jones v. Hallahan*, supra)。

[6] 被告が主張するように、被告が女性の身体に囚われた男性であるとしても、記録によれば、その囚われた男性は婚姻において男性としての機能を果たする程には解放されていない。乳房切除手術、子宮切除手術およびアンドロゲンの投与というホルモン療法が行われているが、そのような結果には到達していない。ジョルジュ・ピュルー博士(過去15年間に、カサブランカにおいて、700人以上の人々に手術を行った)のコメントによれば、「わたしは、男性を女性に変えてはいない。男性器を女性器のように変更しただけである。すべては、患者の心による」(*Time Magazine*, p. 63 January 21, 1974)。

[7] 他の関係および他の状況においては、被告は男性として行為することができる。しかし、被告は、婚姻という関係においては、男性としての本質的な義務を果たすことができない。原告が主張するように、被告は「男性器を持たない。ノーマルなペニスあるいはペニスそれ自体を持っていない」。ホルモン療法および手術によっても、男性として生殖に必要な機能を果たすために必要な器官を持つことには成功してい

ない。……

被告の身体検査を行うことは不必要である。したがって、原告の求める被告の身体検査の申立を却下する。

……また、原告の身体検査を求める被告の申立も却下する。

### 第3節 スタインケ対スタインケ事件

(15)  
ペンシルベニア州高等裁判所1975年10月28日判決

本件の夫婦は、男性と女性である。夫が、一時期、トランスセクシュアルの治療（精神療法とホルモン療法）を受けた。本判決は、この事実が離婚原因としての「虐待 (indignities)」に該当するとして、離婚を認めた（以上、大島）。

本件訴訟は、原告（控訴人）の離婚請求を棄却した原審判決を不服として控訴されたものである。夫ロバート・スタインケの行為は虐待 (indignities) に該当し、離婚原因に当たると解されるので、原審判決を破棄し、控訴人を勝訴させる。

記録によれば、以下のような事実が認められる。両当事者は、1971年5月に出会った。その当時、ロバート〔夫＝被告、被控訴人〕は20歳であり、セシリア〔妻＝原告、控訴人〕は16歳であった。その年の8月に、両者は、メリーランド州に駆け落ちをし、8月4日に婚姻した。セシリアおよびその母（娘のために証言した）は、その当時、ロバートに関して何ら異常な点を感じてはいなかった。しかし、婚姻の直後、ロバートは、自分は成長したくない、と控訴人に告げた。そして、オムツを着け始めた。ある時、ロバートは、控訴人に対して、汚れたオムツを取り替えてくれるように頼んだ。控訴人は、それを拒否した。控訴人は、ロバートのこの行動にショックを受け、彼と議論することは不可能と感じた、

---

(15) *Steinke v. Steinke*, Pa. Super., 357 A.2d 674.

と証言した。彼らの家族や友人は、このことについて何も知らなかった。

1972年6月に、控訴人に娘が生まれた。そして、ロバートは、自分がオムツを着けるのを止めた。彼は、女装をしたいという希望を告げ、数か月後には、家の周囲で女装を始めた。そして、彼は、郵便でトランスセクシュアリズムに関する情報を集めた。それによって、治療を受けて、性転換を完了させる手術があることを知った。彼の内心に、女性になりたいという願望が育ってきた。彼は、女性になることを希望して、精神科医の診察を受け始めた。そして、ホルモン療法を受け始めた。

しばらくの間、控訴人は、ロバートがこのような状況を抜け出すものと期待していた。しかし、彼女は、別の解決策を模索し始めた。控訴人は、母の助言を得て、ロバートに性転換の希望を捨てさせるために、精神科医のもとに連れて行った。ロバートは、数回の診察を受けた後、いかなる助けも受けないと決心した。そして、性転換手術に至る6か月間のプログラムを続けないことを決定した。彼は、ホルモン治療によって、女性としてのアイデンティティーと外見を獲得していた。彼は、仕事場でも、公衆の場でも、自宅でも、完全に女性として行動するようになった。そして、それは、夫婦の友人達の知るところとなった。

ロバートは、手術を受けずに女性的な特徴を獲得し、内面の苦悩を克服すべき過渡期と考えていた、と証言した。最終的に手術を受けるか否かは、不確定であった。彼が、6か月のプログラムを中断してから3か月後に、控訴人は彼に対して自宅から出て行くように要求した。1974年2月10日に、ロバートは別のアパートに移り、女性としての生活を継続し、「カレン」と称するようになった。1974年6月の審理の際には、女性の服装で現れた。1974年7月に、医師達は、彼は手術に不適合であると告げた。ロバート自身も同様の結論に達していた。彼は治療を終えたと感じた。そして、再び男性として生活するようになった。

1974年7月に、ロバートは、女性になりたいという願望を捨てた。そのときに、控訴人が、虐待を原因として、裁判所に対して離婚の請求を

## 性同一性障害と婚姻

した。審理は、10月に行われた。ロバートは、弁護人に依頼せず、本人だけが出廷した。そして、離婚に反対した。彼は、12月に、担当裁判官に手紙を送り、自分の主張を撤回する旨を通知した。原審裁判所は、夫の行為は精神的な異常に基づくものであり、離婚原因は十分ではない、と判断した。

[ 1, 2 ] 本件について審理するに当たり、われわれは、記録を調査することにした (*See Dougherty v. Dougherty*, 235 Pa. Super. 122, 339 A. 2d 81 (1975); *Barr v. Barr*, 232 Pa. Super. 9, 331 A. 2d 774 (1974))。確かに、〔証拠の〕信頼性について、下級審の判断は重要な意味を持つ。なぜなら、下級審は、証人の行動や態度を観察したからである。この問題については、原審は、控訴審よりも有利な地位にある (*Dougherty v. Dougherty*, supra; *Sells v. Sells*, 228 Pa. Super. 331, 323 A. 2d 20 (1974))。

[ 3, 4 ] 1992年5月2日の法律 (P.L. 1237, § 10(1) (f), as amended, 23 P. S. § 10(1) (f) は、無責配偶者からの離婚請求を認めている。相手方が「無責の被害配偶者に虐待を加えた場合、例えば、相手を受け入れ難い状況に陥れた場合、あるいは生活を困難にした場合などが、これに該当する」。法律には、虐待の定義はない。虐待に該当するか否かは、個々の事例ごとに判断される (*See Boyer v. Boyer*, 183 Pa. Super 260, 130 A. 2d 265 (1957); *McLaughlin v. McLaughlin*, 170 Pa. Super. 516, 87 A. 2d 101 (1952))。控訴裁判所は、虐待に当たると判断するための一般的な基準を確立しようと努力してきた。その結果、一般には、妻としての地位とは両立し難いものであり、容認し難いものであり、苦痛を生じさせるような侮辱行為である、と考えられるようになった。ただ、1回だけの虐待行為では足りず、「通常の女性の感受性あるいはデリカシーからみて」容認し難い行為、あるいは苦痛をもたらせる一連の行為が、離婚の原因となるのである (*Commonwealth ex rel. Whitney v. Whitney*, 160 Pa. Super. 224, 228, 50 A. 2d 732, 734 (1947))。虐待行為の核心は、婚姻

において自然な愛情や親愛の情を示さず、害意あるいは疎外の意思を示すものである (*Barr v. Barr*, supra; *Sells v. Sells*, supra)。

[5] 本件において、控訴人である妻は、夫との生活を受け入れ難く、苦痛であると感じている。そのことは、彼女の感覚の異常性や、過度のデリカシーに基づくものではない。夫が女装をするだけでなく、身体的にも女性のような外見になった場合に、通常の合理的な女性は、ショックを受け、それを拒絶するであろう。当裁判所は、過度あるいは異常な性的欲求が、配偶者にとって受け入れ難く、苦痛である場合には、虐待に該当すると判断した。そして、そのような事実が確定された場合には、離婚を認めるのが適切であると判断した (*See Crissman v. Crissman*, 220 Pa. Super. 387, 281 A. 2d 719 (1971) (夫の同性愛的な行為が離婚原因とされた)。 *Diehl v. Diehl*, 188 Pa. Super. 491, 149 A. 2d 133 (1959) (妻の過剰な性的欲求が離婚原因とされた)。 *Krug v. Krug*, 22 Pa. Super. 572 (1903) (夫の異常な性的欲求が離婚原因とされた))。本件の記録によれば、控訴人の不幸な状況は、離婚を認めるに足りる。彼女は、16歳という非常に若い年齢で、家族の助言も祝福も受けずに婚姻している。2人が知り合ってからわずか数か月後のことである。彼女は、夫の嗜好を知らなかった。さらに、夫の行為は、若く経験の浅い女性に嫌悪感をもたらせるような種類のものであった。愛情を萎えさせ、嫌悪感をもたらせるようなものであった。

さらに、夫の行為は、妻の幸福に対する配慮の欠如を示している。そして、妻および子に対する責任を無視している。控訴人が証言しているように、夫が、女装して、妻の面前にあらわれ、妻の友人達の前あるいは公衆の場に現れることは、妻を侮辱するものである。一連の行為は、妻を侮辱するものであり、それだけで、虐待行為に該当すると言うに十分である (*DiFabio v. DiFabio*, 200 Pa. Super. 381, 188 A. 2d 838 (1963); *Simons v. Simons*, 196 Pa. Super. 650, 176 A.2d 105 (1961); *Boyer v. Boyer*, supra)。両当事者の証言によれば、夫の行為は、相互の関係が疎

## 性同一性障害と婚姻

遠なものであることを示している。相互の会話や親密さは消滅している。配偶者の一方が他方を継続して無視することは、明らかな虐待である (*Priest v. Priest*, 162 Pa. Super. 232, 57 A. 2d 437 (1948); *Commonwealth ex rel. Whitney v. Whitney*, supra)。終わりに、控訴人は、娘に対する配慮を示している。娘は、社会的にやや問題のある行動を示しているとのことである。おそらく、それは父の行動の影響を受けたためであろう。このことだけでは、虐待と言うには不十分であるが、子の健全な成長に対して配慮することは、婚姻の解消を求める控訴人の主張を補強するものである。当裁判所は、子に対する虐待は、時にはその親に対する虐待に該当することがあると認める。子に対する虐待は、離婚原因となりうる (*Crissman v. Crissman*, supra; *Walker v. Walker*, 109 Pa. Super. 530, 167 A. 446 (1933); *Cavazza v. Cavazza*, 102 Pa. Super. 312, 156 A. 629 (1931))。

[6] しかし、原審裁判所は、離婚原因は十分ではないと判決した。なぜなら、夫の行動は精神の異常によるのであるからであるとした。精神病に基づく行為は、虐待には該当しないことは確かである。なぜなら、意思に基づく行為ではないからであり、虐待行為の核心である敵意を欠いているからである (*Barr v. Barr*, supra; *Boggs v. Boggs*, 221 Pa. Super. 22, 289 A. 2d 479 (1972); *Fawcett v. Fawcett*, 159 Pa. Super. 185, 48 A. 2d 23 (1946))。「しかし、[この]原則は、過度に適用をしてはならない。有責配偶者は、……軽い神経症……によって、免責されるものではないからである。……特定の精神病が意思を奪っていない場合、あるいは健康の阻害がノーマルな意思能力を奪っていない場合には、当事者をその行為の主体と認めるべきである」(*Dougherty v. Dougherty*, supra, 235 Pa. Super. at 130, 339 A. 2d at 85, quoting, 2 A. Freedman, *Law of Marriage and Divorce in Pennsylvania*, 700-01 (2d ed. 1957))。

本件において、夫は、問題の行為を精神病に基づくものであると説明しようとしている。しかし、夫は、精神病に基づくものであるという自

己の証言を補強する証人も証拠も提出していない。反対に、夫および控訴人の証言によれば、夫が診察を受けた医師達は、彼が自己の意思に基づいてホルモン療法を受け、性転換手術の準備をしたことを示している。なんの診断も下されておらず、なんらかの病気であったと信じることは困難である。さらに、夫は、妻が夫の行動を改めさせるために選んだ精神科医から短期間の治療を受けただけで、治療を中断している。婚姻を破壊する異常さを治療するための医学な措置を拒絶することは、離婚の原因となりうる (*Fiorilli v. Fiorilli*, 202 Pa. Super. 529, 198 A. 2d 369 (1964))。

現在では、社会は異性装あるいは同性愛的な行動に対して寛大になってきている。性転換手術も普通のことになりつつある。しかし、われわれは、これらを精神的なアンバランスを示すものに過ぎないとして受け入れることに躊躇を覚える。本件において、夫は、自分の行為は、精神的な病気によるものであると主張している。われわれは、夫の異常さは精神病というよりも、私的な空想に過ぎないと考える。したがって、虐待の責任を免れることはできず、離婚原因に該当すると考える。このような文脈で考えると、これまで被告の情緒不安定が原因で離婚が否定された一連の事件と、本件における問題の行動とは異なるものと判断すべきものとする。これまでの一連の事件では、ある場合には、手術を要する明白な身体的な病気に関係している (*Stinson v. Stinson*, 163 Pa. Super. 497, 63 A. 2d 413, *allocatur refused*, 163 Pa. Super. xxv (1949))。あるいは、暴力的な行為の原因が明確化されている (*See, e. g., Simons v. Simons*, supra; *Braun v. Braun*, 186 Pa. Super. 260, 142 A. 2d 361 (1958); *Glass v. Glass*, 164 Pa. Super. 118, 63 A. 2d 696 (1949))。また、他の事件では、原告は、婚姻の前から、被告の精神状態について認識しており、配偶者が特殊な配慮を要することを認識していた (*Boggs v. Boggs*, supra; *Fawcett v. Fawcett*, supra)。

上に引用したすべての事件は、被告側の配偶者が、神経症的な症状に



## 性同一性障害と婚姻

より、恐怖心あるいは被害妄想により、自分でコントロールしえない過剰な反応を示した事例である。これに対して、本件においては、そのようなコントロールの欠如は示されていない。本件において病気と言われているものは重症ではなく、被告は仕事に就いているし、自分で治療も受けている。入院させられてもいないし、医師の治療は症状を重くしている。さらに、控訴人は、婚姻の当時、夫の嗜好について知らなかった。われわれは、これらの事情を考慮して、離婚を認めなかったことは誤りであると判断せざるをえない。

原審判決を破棄し、控訴人に離婚判決を与える。

### 第4節 MT対JT事件

ニュージャージー州最高裁控訴部1976年3月22日判決<sup>(16)</sup>

本件の当事者はMT Fトランスセクシュアル（ポストオペラティブ）である。本判決は、男性とMT Fトランスセクシュアルとの間の婚姻を有効とした。極めて優れた判決であり、英語圏において強い影響力を及ぼしたものである（以上、大島）。

本件控訴は、婚姻に関して人の性をどのように判定するかという困難な問題を提起している。ポストオペラティブのトランスセクシュアルに関する事例であり、当人は、男性として生まれたが、自分は女性であると主張している。

本件訴訟は、原告MTが、少年および家庭関係裁判所（Juvenile and Domestic Relations Court）に、扶養を請求したことによって始まった。これに対して、被告JTが、原告は男性であり、したがって婚姻は無効であるという反論を提起したときに、事態は急にドラマティックになった。事実審裁判官は、審理の後、原告は女性であり、被告はその夫であ

---

(16) *M. T. v. J. T.*, 355 A.2d 204 (1976). 判決が極めて長文であるため、筆者（大島）の判断で、一部分を省略し、かつ、小見出しを付けた。

ると判断した。したがって、詐欺は存在せず、被告は1週間に50ドルの扶養料を支払うように命じた。そこで、被告が控訴した。

原告の生活史 注意深く、証言を要約することが適当であろう。MTは、男児として生まれた。彼女は、自分が男性器を持っていることを認識していたが、女性器を持っているか否かについては知らなかった。子供の頃、男児のスポーツには参加しなかった。そして、非常に幼い頃から、男の子が好きであった。14歳の頃から女性の服装をするようになり、男性とデートをするようになった。特に適応したとは感じなかった。なぜなら、生涯を通じて、常に、自分は女性であると感じていたからである。

1964年に、被告と出会った。そして、被告に対して、自分が女性であると感じているという感覚を伝えた。それは、被告と一緒に生活をするようになって少し経った頃のことである。彼女は、70年に、チャールズ・L・イーレンフェルト (Ihlenfeld) 博士の診察を受けるようになった。そして、「身体的に女性になるために」手術を受ける可能性について相談した。そして、同博士の助言に基づいて、1971年に手術を受けることに同意した。同年5月に、彼女は、男性器を切除し、膣を形成する手術を受けた。被告が、その費用を支払った。そして、原告は、ニューヨーク州に対して、出生証明書の変更を求めた。

手術の後1年が経過した1972年8月11日に、ニューヨーク州で挙式をした。その後、ハッケンサックに転居した。そこで、夫と妻として生活を始め、性交もした。被告は、2年以上にわたって原告を扶養した。しかし、1974年10月に、夫は妻を捨てて家から出ていった。それ以来、夫は妻を扶養していない。

イーレンフェルト博士の見解 原告の主治医であるイーレンフェルト博士は、ジェンダー・アイデンティティーの専門家であり、医学界ではトランスセクシュアリズムのエキスパートとして認められている。彼の意見によれば、トランスセクシュアルとは「人生のごく初期の段階で、

## 性同一性障害と婚姻

身体的な性器と自己が男性か女性かという性自認との間の重大な食い違いに気がつくことがある。……トランスセクシュアルとは、その身体と精神的なアイデンティティーつまり精神的な性との間に食い違いの存する人物をいう。通常の場合には、解剖学的な性は「ノーマル」であるが、トランスセクシュアルは自分のことを解剖学的な性とは異なる性に属しているとみなしている。イーレンフェルト博士によれば、この食い違いを説明するための理論としては幾つかのものがある。しかし、ジェンダー・アイデンティティーが「極めて初期に、つまり3歳から4歳の頃に、極めて確固として確立される」という事実については、「ほとんど見解の相違はない」。同博士は、ジェンダー・アイデンティティーについて「自己が男性であるか女性であるかというトータルな感覚……」と定義している。それは、「人生および社会における個人の位置についての全ての考え方に浸透し、解剖学的な性は従的な意味しか持たない……」。

同博士は、1970年に初めて原告を診察した。原告は、自分を常に女性と感じ、女性として生活してきたと告げた。彼女は、治療としての性再指定手術およびホルモン療法を希望した。「誤った身体に閉じ込められている」という苦悩を終わらせるためである。また、自分の考えているように女性として完全に生きるためである。イーレンフェルト博士は、彼女をトランスセクシュアルであると診断した。同博士は、男性としての身体を持つ彼女のジェンダー・アイデンティティーを変更する手段を知らない。そして、唯一の治療方法は、彼女の魂のジェンダー・アイデンティティーに合致するように、彼女の身体を変更することだけである。この治療方法は、ホルモン療法と性再指定手術からなる。イーレンフェルト博士は、性再指定手術を勧め、その手術の前も後も、彼女を治療している。

手術前の診察の結果によれば、彼女は、陰茎、陰囊および睪丸を持っていた。手術の後には、そのような器官を持っていない。その代わりに、「性交に適し」かつ他の女性と同じように機能する膣および陰唇を持っ

ている。したがって、「伝統的な陰茎と膣による性交」が可能である。手術によって形成された「人工の膣」は、窪みであり、その皮膚は、元は陰茎の皮膚であり、後にはノーマルな膣と同様の粘膜を形成する。その膣は、角度によっては困難であるが、大きさ、機能および「膣壁の感覚」の点において、自然の膣と實際上異ならない。原告は子宮を持たない。しかし、膣は、「素晴らしい外観」であり、「子宮切除手術を受けた女性の膣と同じような」ものである。イーレンフェルト博士は、手術の後も診察を続けており、原告は性交に困難があるという苦情を訴えたことはない。同博士の知る限り、原告の染色体検査をした者はいない。同博士によれば、原告は乳房にシリコンを入れている。同博士は、身体の男性化を阻止し、女性化させるために、ホルモンの投与を継続している。同博士の見解によれば、原告は女性である。原告が性交の点でも「生殖」の点でももはや男性として機能しえなくなつて以来、同博士は、彼女を男性とみなしたことはない、とのことである。

アンニチェッロ氏の見解      ジョン・ホプキンス大学病院のジェンダー・アイデンティティー・クリニックに勤務する心理学者であるチャールズ・アンニチェッロ (Annicello) 氏が原告側の証人として証言した。彼は、トランスセクシュアリズムの専門家である。彼は、スライドによって、科学者が男性か女性かを判定する種々の方法について示した。同証人は、トランスセクシュアリズムは、その原因が染色体によるものなのか、性器によるものなのか、ホルモンによるものなのかはわからないが、性異常 (sexual variant) の1つであるとして紹介した。アンニチェッロ氏は、女性としての精神的なジェンダーを持っており、性再指定手術を受けた場合には、その人物は、女性とみなすべきである、という意見を表明した。「完全な」男性あるいは女性というものが存在しないからである。

サムエルズ博士の見解      リチャード・M・サムエルズ (Samuels) 博士は、行動療法、性障害およびトランスセクシュアリズムの専門家であ

## 性同一性障害と婚姻

る。彼によるトランスセクシュアリズムの定義は、上に紹介した専門家の定義と同じである。つまり「身体が、彼のジェンダー感覚と合致しない者」である、という定義である。同博士もまた、その原因は不明であるが、おそらくは、神経的、染色体的あるいは環境的な要素が関与しているであろう、と信じている。性再指定手術の後には、ある種の心理的な変化が生じる。トランスセクシュアルは、手術の前には鬱病を示すことが多いが、手術の後には、「より完全で、豊かな生活」を送る。そして、雇用上の困難を克服し、住居、社会保障および福祉の利益を受ける上での障害を克服することができる。そして、ある種の満足および救済の感覚が得られる。なぜなら、身体が魂と合致したからである。サムエル博士にとっては、ある人物に性再指定手術を行うべきか否かを判断する際の最も重要な要素は、その患者が選んだジェンダーに従って生きているか否かである。性再指定手術は、その人物のジェンダーを決定するものではない。性再指定手術を受け、男性器を切除した場合、サムエル博士は、その者を女性とみなすべきであると考えている。

T博士の見解 被告は専門家の証人として、T博士を召還した。被告の養父である。原告側の反対にもかかわらず、専門家として証言することが認められた。T博士は、出生の際の解剖学的な性に基づいて、性を判定すべきであると証言した。彼は、女性とは「解剖学的な意味における女性器を持っている人物をいい、少なくとも、陰、卵巣および子宮を持つ人物をいう」と述べた。同証人は、その前の証言を聞いていた。その上で、原告は女性の器官を持っていないのであるから、男性とみなすべきである、と述べた。しかし、彼は、「他の性の人のような感情的な反応を示す」トランスセクシュアルという者が存在すると信じている、と証言した。反対尋問において、T博士は、解剖学的な性のみが人の真の性を決定し、ジェンダーは重要な意味を持たない、と証言した。「女性のような感情的、精神的な反応を示す」人物は、「大変な苦悩」を味わっており、「深い同情を禁じえないが」、それでも、それは決定的な要素で

はない、と主張した。

原審裁判所の判断 事実審裁判官は、証言から慎重に事実を確定した。同裁判官は、MTの治療歴に関する証拠を採用した。被告は、原告の事情を承知の上で、性再指定手術に協力した。両当事者はニューヨークで挙式し、性交をすることによって、婚姻を完成させた。また、同裁判官は、その後、被告が原告を遺棄し扶養していない、という事実を認定している。

事実審裁判官は、専門家達の証言から、トランスセクシュアルについて、「解剖学的にはある性に属しているながら、他の性に属するものと確信している者」をいうと定義している。同裁判官は、性の判定に関する7つの要素を列挙している。同裁判官によれば、プレオペラティブのトランスセクシュアルは、その解剖学的な性によって分類すべきであるということになる。しかし、性再指定手術を受けて成功した後は、「精神的な性と解剖学的な性が、その外見と調和している」。そして、原告は生涯を通じて、女性としての精神的なジェンダーを持っており、手術によって解剖学的な性を変更している。したがって、挙式の時点においては女性である、というのが事実審裁判官の結論である。同裁判官は、次のように述べている。

「当裁判所の見解によれば、ある人物の心理的な選択が医学的に見て、気まぐれなものではなく、健全なものであり、不可逆的な性再指定手術が実施された場合には、社会には、その者がノーマルな人生を営むことを拒絶する権利はない。我々は、この人物をサーカスの見せ物として見るべきであろうか。この人物が、社会に対して、いかなる危害を与えるというのであろうか。トランスセクシュアリズムは、社会の多くの人々に嫌悪感をもたらせるものである。しかし、法的に事実を受け入れることを拒否すべきではない……」。

被告の基本的かつ一貫した主張は、挙式の時に原告は男性であったので、被告と原告の間の婚姻は、無効というものである。しかし、われわ

## 性同一性障害と婚姻

れは、この主張に同意することができない。原審の判決を支持する。

[1] われわれは、有効な婚姻は2人の異性どうし、つまり男と女の間で行わなければならない、という本件の基本的な前提を受け入れる。変化の風にもかかわらず、有効な婚姻のためのこの要件は、ほとんど普遍的である。「同性婚」については、63 A. L. R. 3d 1199 (1975) を参照。婚姻法の分野においては、異性どうしの結びつきのみが、法的に認められ、社会的にも認められている (52 Am. Jur. 2d, *Marriage*, § 1 at 865; e. g., *Singer v. Hara*, 11 Wash. App. 247, 522 P. 2d 1187 (App. Ct. 1974); *B. v. B.*, 78 Misc. 2d 112, 355 N. Y. S. 2d 712 (Sup. Ct. 1974); *Jones v. Hallahan*, 501 S. W. 2d 588 (Ky. Ct. App. 1973); *Baker v. Nelson*, 291 Minn. 310, 191 N. W. 2d 185 (Sup. Ct. 1971), app. dism. 409 U. S. 810, 93 S. Ct. 37, 34 L. Ed. 2d 65 (1972))。

ニュージャージー州が、これらの圧倒的な先例に従っていることには全く疑いがない。<sup>(原注1)</sup>婚姻に関するコモンローおよび制定法の歴史的な前提は、「夫と妻」になるうる者どうしだけが婚姻をする能力があるというものである (Cf. *Winn v. Wiggins*, N. J. Super. 215, 220, 135 A. 2d 673 (App. Div. 1957); *Jackson v. Jackson*, 94 N. J. Eq. 233, 236-237, 113 A. 495, 118 A. 926 (E. & A. 1922); N. J. S. A. 37:1-10)。婚姻に関する制定法は、婚姻が男と女の間でなければならないという要件を明示的には規定していない (N. J. S. A. 37: 1-1 et seq.; N. J. S. A. 2A: 34-1 et seq.)。しかし、制定法上の要件を補充しなければならない。立法者の意思が表明されている制定法を注意深く読み、同性婚は認められない、というように解釈すべきである。

(原注1) 第1審においても、控訴審においても、当州において適用すべき州法に関する問題は提起されなかった。当裁判所の先例によれば、公の秩序に反する場合を除き、挙式の有効性に関して適用されるのは、挙式を行った地の州法である (*Booker v. James Spence Iron Foundry*, 80 N. J. Super. 68, 77-78, 192 A. 2d 860 (App. Div. 1963); *Winn v. Wiggins*, 47

N. J. Super. 215, 220, 135 A. 2d 673 (App. Div. 1957))。われわれは、職権に基づいてニューヨーク州の制定法について調査した (New York Domestic Relations Law, §§ 5 through 25)。その結果、法律を文言どおりに解釈する限り、本件の婚姻を禁止する規定はなかった。また、現在のニューヨーク州の判例法は、上述したとおり、本件の婚姻が有効か無効かという法的な問題について参考とはならない。したがって、当ニュージャージー州法を適用することができる。

本件の争点は、外性器を手術によって変更したポストオペラティブのMTFトランスセクシュアルと、男性との間の婚姻は男女間の合法的な婚姻であるのか、というものである。

英国の事件であるコーベット対コーベット事件 (*Corbett v. Corbett*, 2 W. L. R. 1306, 2 All E. R. 33 (P. D. A. 1970)) は、ポストオペラティブの真正のトランスセクシュアルと男性との間の婚姻の効力に関する唯一の公刊された判決である。この事件の裁判官は、彼女は自己の性を男性から女性に変えたことを証明していないと判決した。この判決は、次のような医学的な見解を支持した。「個人の生物学的な性の構成は、(遅くとも) 出生の時には定まっており、反対の性の器官が自然に発達したとしても、または医学的もしくは外科的な手段を用いたとしても、それを変更することはできない。このことは、全ての医学証人が共通して認めている。したがって、被告の手術は、その真の性に対しては何の影響も与えないのである」(2 W. L. R. at 1323) [All ER では47ページ—大島注]。3つの性の要素、すなわち染色体、生殖腺および性器の性を重視すべきである。これらの要素が一致している場合には、婚姻の目的に関しては、それらによるべきである (*Id.* at 1325)。そして、「異性間の関係である」という婚姻の基本的な特徴に鑑み、性の判定基準は生物学的なものではない。「最も極端な性同一性障害であっても、あるいはホルモン・バランスが極端に女性的であっても、男性の染色体、精巣および性器を持つ者は、子を生むことができないからである。子を生むというこ



## 性同一性障害と婚姻

とは、婚姻における女性の根本的な役割である」(*Id.* at 1324-1325) [All ER では49ページ—大島注]。「セックス」と「ジェンダー」の相違に関する主張については、「婚姻はセックスによるものであって、ジェンダーによるものではない」と判示した (*Id.* at 1325) [All ER では49ページ—大島注]。さらに、同裁判官は、婚姻は不安定なものであり、信念や両当事者間の性交が曖昧なものであることも認識している (夫はトランスヴェスタイトである)。その上で、同裁判官は、婚姻は存在しなかったし、存在しえなかった、と結論づけている。なぜなら、婚姻を完成する (性交する) ことができなかったからである。

われわれは、コーベット事件判決にならうことはできない。当裁判所に提出された証拠によれば、ある個人の性を決定する際に関係する幾つかの要素があることが明らかになった。個人の解剖学的な性、性器の性が重要であり、多くの場合に不可欠であることは疑問の余地がない。例えば、出生の際の性の判定は、これらの性に基づいてなされている。しかし、他の目的に関しては、例えば公の登録、軍隊への登録、スポーツへの参加、ある種の職種への採用などにおいて、性器の性以外の性の要素もまた重要である (Comment, “Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law,” *Cornell L. Rev.* 963, 992-1002 (1971))。

本件においては、われわれは、コーベット事件判決の結論に同意することができない。コーベット事件判決においては、婚姻の目的に関しては、出生の際の性を変更することができず、生物学的な性が排他的な基準であるべきであるとしている。この点で、同判決は厳しい批判を受けている (Comment, *supra*, 56 *Cornell L. Rev.* at 1003-1007; Note, “Transsexuals in Limbo,” 31 *Md. L. Rev.* 236, 244 (1971))。

われわれがコーベット事件判決を斥けるのは、単なる言葉の上だけのことではない。婚姻に関する「性」の意味についての根本的な理解の仕方から、支持することができない。英国のこの判決は、セックスとジェンダーは根本的に別のものであると考えている。たしかに、場合によ

ては、そのようなこともありえる。例えば、プレオペラティブのトランスセクシュアルの場合がそうである。多くの専門家は、生物学的な基準に従って、プレオペラティブの性を判定すべきであるとしている。しかし、われわれが検討した証拠および文献によれば、個人の性あるいはセクシュアリティは、個人のジェンダーをも含むと考えられている。ジェンダーとは、自己のイメージであり、深い心理的・情緒的なセクシュアル・アイデンティティであり、特徴である。実際に「個人の心理的な性」というものは観察することができる。それは、すべての目的で使われるべきものではないにしろ、「实际的であり、現実的であり、そして人間的でもある」(Comment, *supra*, 56 Cornell L. Rev. at 969-970; cf. *In re Anonymous*, 57, Misc. 2d 813, 293 N. Y. S. 2d 834, 837 (Civ. Ct. 1968))。

[2] 英国の上述の判決は、トランスセクシュアルに対する性器の変更は、「真の性に影響を及ぼしえない」と考えている。しかし、われわれは、これは誤りであると考える。このイギリスの判決は、婚姻の目的のために求められる「真の性」は、生物学的な性でなければならない、という前提に基づいている。しかし、性再指定手術を受けたトランスセクシュアルについては、当裁判所における専門家達の証言によれば、解剖学的な基準とジェンダーの双方が重要なのである。このような証拠に基づいて、われわれは、婚姻の目的に関しては、真正のトランスセクシュアルの解剖学的な性つまり性器の特徴が、その者のジェンダーつまり魂あるいは精神の性に合致するようになった場合には、その性はこれらの基準によって判定すべきである、という結論にならざるをえない。

われわれの判決は明示しているが、原審は黙示的に同じことを前提としている。また、専門家達も、婚姻の目的に関しては、そして本件の事情においては、個人の性的な能力について、検討しなければならない、としている。性的な能力あるいはセクシュアリティとは、女性であれ男性であれ、身体的な能力と、性交に関する心理的および情緒的な指向

## 性同一性障害と婚姻

との両方を含む。

トランスセクシュアルに関連するように思われる他の裁判例は、参考にならない。被告が引用している匿名対匿名事件 (*Anonymous v. Anonymous*, 67 Misc. 2d 982, 325 N. Y. S. 2d 499 (Sup. Ct. 1971)) は、婚姻を無効とした。しかし、この事件では、2人は性交をしていないし、同居したことがない。被告はトランスセクシュアルであると主張しており、婚姻の後に男性器を切除している。しかし、その医学的な証拠がない。次のB対B事件 (*B. v. B.*, *supra*) 事件においては、女性が子宮を切除し、乳房を切除しているが、男性器の形成をしておらず、男性として性交することは不可能である。彼は、ノーマルな女性と婚姻した。その後、その女性が、訴訟を提起し、婚姻の無効を主張した。相手がトランスセクシュアルであり、手術をしたことについて告げられておらず、詐欺をされたというのがその理由である。裁判官は、次のように判決した。被告が女性の身体に囚われた男性であるとしても、彼が試みた性再指定手術は、身体から解放することに成功していない。

匿名対ワイナー事件 (*Anonymous v. Weiner*, 50 Misc. 2d 380, 270 N. Y. S. 2d 319 (Sup. Ct. 1966))<sup>(17)</sup> は、出生証明書上の性別表記の訂正を拒否したニューヨーク市保健局の決定を支持した。同裁判所は、「MT F トランスセクシュアルは、見かけは女性であっても、染色体的には相変わらず男性である」という行政当局の見解を暗黙のうちに承認した。そして、トランスセクシュアルの「性転換の事実を隠蔽したいという願望よりも、……詐欺から社会を保護しなければならないという社会的な利益を優先すべきである」とした (270 N. Y. S. 2d at 322)。繰り返しになるが、この場合には、染色体の性を基準とすべきではない。裁判所の指摘する詐欺の恐れは、本件の事実審裁判官の次のような適切な考察によっ

---

(17) 匿名対ワイナー事件については、大島俊之「性同一性障害と出生証明書——アメリカの判例における性別表記と名の変更」神戸学院法学30巻1号の第2章、第1節を参照。

て退けられるであろう。「トランスセクシュアルは、社会を騙そうとして  
 いるのではない。実際には、できるだけ偽りの外見を除去しようとして  
 いるのである」。さらに、匿名対ワイナー事件判決は、匿名事件判決にお  
 いて厳しく批判されている<sup>(18)</sup>。後者の判決は、ポストオペラティブのトラ  
 ンスセクシュアルに女性名への変更を認めている。後者の判決は、ニュ  
 ーヨーク医学アカデミー (New York Academy of Medicine) が推薦  
 し、裁判所が採用した染色体的な性に依拠することを非現実的であり、  
 非人間的である、と厳しく批判している。同判決は、次のように述べて  
 いる。

『男性 (male)』と『女性 (female)』の間には、『どちらでもない部  
 分 (no-man's land)』があるとされている。しかし、そのような理論を  
 受け入れるには、現行制度は厳格過ぎる。単純な定式、つまり次のよう  
 な定式を適用すべきである。精神的な性と解剖学的な性との間に不調和  
 が存在する場合には、社会的な性すなわちジェンダーは、解剖学的な性  
 によって判断されるべきである。しかし、医学的な介入がなされ、精神  
 的な性と解剖学的な性が調和された場合には、社会的な性すなわちジェ  
 ンダーは、その調和された状態に基づいて判定されるべきである。そし  
 て、その変化が統計的な変更を必要とする場合には、そのような変更を  
 認めるべきである。もちろん、精神的な指向が充足された場合にのみ、  
 変更を認めるべきである」。

他の事件であるハーティン対登録統計事務所長事件 (*Hartin v. Direc-  
 tor of the Bureau of Records etc.*, 75 Misc.2d 229, 347 N. Y. S. 2d 515  
 (Sup. Ct. 1973)<sup>(19)</sup> ) においては、出生証書の訂正を求めるトランスセクシ

(18) 匿名事件については、大島俊之「性同一性障害と出生証明書——アメリ  
 カの判例における性別表記と名の変更」神戸学院法学30巻1号の第2章、  
 第2節を参照。

(19) ハーティン対登録統計事務所長事件については、大島俊之「性同一性  
 障害と出生証明書——アメリカの判例における性別表記と名の変更」神戸  
 学院法学30巻1号の第2章、第3節を参照。

## 性同一性障害と婚姻

ユアルの請求が棄却された。裁判所は、性再指定手術は「精神療法の実験形態の1つであり、……個人の性を決定する細胞を変化させるものではない」という行政当局の判断を支持した(347 N. Y. S. 2d at 518)。このような理由づけは、先のワイナー事件判決と同様に、不適切である(Note, “Law and Transsexualism: A Faltering Response to a Conceptual Dilemma,” 7 Conn. L. Rev. 288 (1975))。ここに表明された見解を支持することは、本件の記録から導き出される結論とは合致しない。

[3] トランスセクシュアリズムで苦しんでいる人は、性器の性つまり解剖学的な性とジェンダー(すなわち、性に関する強く一貫した感覚)との間に不調和が存在する人である。トランスセクシュアルは、既存の性器を除去し、ジェンダーと調和する性器に置き換える手術を受けるなどの方法によって医学的に治療することが可能である。そのような性再指定手術が成功した場合には、ポストオペラティブのトランスセクシュアルは、医学的な治療の結果、男性または女性としての性的な機能を有することになる。そのようにして得られた性を、少なくとも婚姻の目的に関して肯定することができない法的な障害、明白な社会的なタブー、公の秩序はないと考える。

[4] 本件においては、原告のジェンダーと性器の間には、もはや不調和はない。医学的な治療によって調和がもたらされた。原告は、身体的にも精神的にも調和され、調和された外見、ジェンダーおよび解剖学的な性と調和した性行動が完全に可能となった。したがって、婚姻の目的に関しては原告を女性と認めるべきである。したがって、そのような人物は、かつての性に属する者との間で有効な婚姻関係に入ることができるとすべきである。医学的な判断に基づいて行われ、もはや不可逆的である既成事実には法的な効果を認める他はない。そのような承認をすることは、個人に内面的な安定感を与え、個人的な幸福をもたらせる。そしてまた、社会的な利益、公の秩序あるいは道徳を害するものではない。

したがって、原審裁判所が、婚姻の際に原告が女性であり、男性であ

る被告は法的に夫になったのであり、妻を扶養すべき義務がある、と判断したのは正当である。それゆえに、原審判決を支持する。

第5節 フォン・ホフバーグ対アレクサンダー事件  
(20)  
連邦控訴裁判所1980年4月14日判決

本件の夫は、FTMトランスセクシュアルであり(判決文からは、プレオペラティブなのか、ポストオペラティブなのかは不明である)、元軍人である。軍人であった頃には女性であった。本件の妻も軍人である。夫婦が婚姻し、妻が軍当局に対して配偶者手当を申請したところ、夫が女性としての軍歴を残していることが露顕した。軍歴上は女性である元軍人の夫と婚姻したのは、妻が同性愛的な傾向を有していることを示しているとして、妻は除隊処分を受けた。この除隊処分の効力をめぐる妻と軍当局との争いが主たる争点である。本判決は、金銭賠償の請求の点を除き、軍隊内の手続を優先すべきであるとしている(以上、大島)。

原告マリー・フォン・ホフバーグは、同性愛的な傾向があるとして、合衆国陸軍から名誉除隊処分を受けた。この除隊処分の直前に、原告は、陸軍長官その他を被告として、本件訴訟を提起した。原告は、宣言、差止請求および金銭賠償を請求した。連邦地方裁判所(アラバマ州中部地区)は、この請求を却下した。なぜなら、原告は、行政的な措置を尽くしていないからである。

原告は、請求を却下した裁判を不服として控訴した。そして、本件においては、行政手続を尽くすことは無益であり、認められている手続および救済手段は、原告の求めている救済を提供するには不適切であると主張した。

原告の事例においては、行政措置を尽くすことが無益ではないと判断

---

(20) *Von Hofburg v. Alexander*, 615 F. 2d 633 (1980).

## 性同一性障害と婚姻

する。原告の求めた宣言および差止を却下した原審の判断を支持する。原告の請求は、陸軍内部の行政組織によって審査されるべきであるからである。しかし、原告の金銭賠償の請求については、それを却下した原審判断を破棄する。なぜなら、この救済は、陸軍には与える権限がないからである。われわれは、連邦地方裁判所に対して、金銭賠償の請求を却下した裁判を見直すことを命じる。そして、この件については、原告が他の請求について行政手段を尽くすまで裁判を中断することを命じる。

### I 事実

原告マリー・L・フォン・ホフバーグは、<sup>(原注1)</sup>1975年1月2日に、3年の期間で、陸軍の軍務に就いた。最初の2年間に2度の昇進をし、素晴らしい軍歴を残している。原告は、1976年11月11日に、婚姻許可証を得て、アラバマ州コフィー地区の裁判官の面前でクリスチャン・L・フォン・<sup>(原注2)</sup>ホフバーグ (FTMトランスセクシュアル) と婚姻した。クリスチャン・<sup>(原注3)</sup>フォン・ホフバーグは、かつて、<sup>(原注4)</sup>リング・ルイズ・ボーワーズという氏名で、合衆国陸軍の1員であった。彼の記録によれば、1974年の入隊の際にも、1975年の除隊の際にも、女性であった。

(原注1) 原告の娘時代の氏名は、マリー・L・ソードである。

(原注2) 挙式を執り行った裁判官が、挙式当時クリスチャン・フォン・ホフバーグがトランスセクシュアルであり、生物学的には女性であったことを知っていたか否かは明らかではない。われわれの知る限り、婚姻の有効性については、いかなる州でも争われていない。

(原注3) リング・ルイズ・ボーワーズという氏名は、1975年12月2日に、アラバマ州巡回裁判官の命令によって、クリスチャン・フォン・ホフバーグに変更された。

(原注4) 被告は、クリスチャン・フォン・ホフバーグは生物学的に女性であると主張しているが、混乱を避けるために、文法的に男性の人称代名詞を用いる。また、フォン・ホフバーグと呼ぶこともある。われわれは、クリスチャン・フォン・ホフバーグが生物学的に女性であるのか、男性であるのかを知らない。

婚姻の後、原告は、婚姻している者に認められる配偶者手当を申請し、認められた。1977年1月24日に、アラバマ州フォート・ラッカーの陸軍総務局の認識票課の職員が、犯罪捜査課に対して、かつてリング・ボーワーズとして知られていた人物が、原告の配偶者としての身分証明書を得ている事実を報告した。原告およびリング・ボーワーズが共に女性であるので、犯罪捜査局は、原告が配偶者手当の支給に関して何らかの犯罪を犯しているか否かについて、すぐに捜査を開始した。被告でもあり、犯罪捜査局の職員であるローレンス・E・インゴールドおよびウィリアム・フェアクローズは、任務に基づき、原告のもとに赴いた。原告を拘束し、財布の中身を検査した。それから、原告は、犯罪捜査局に送られた。そこで、インゴールドが補充的な捜査を指揮した。そして、原告の財布の中から、クリスチャン・フォン・ホフバークが原告の母に宛てた手紙を押収した。その後、原告は、釈放されたが、監視下に置かれた。

犯罪捜査局の捜査に基づき、<sup>(原注5)</sup>法務官は、1977年3月31日に報告書を提出した。それによれば、原告とクリスチャン・フォン・ホフバークとの婚姻は無効である。原告を陸軍から除隊させるべきである。原告の配偶者手当の支給を中止すべきである。すでに支給した配偶者手当は、原告の給料から返還させるべきである。—というものであった。その後、原告の上官であるチャールズ・L・ゴールドマンは、原告の配偶者手当を終了させた。被告フェアクローズは、1977年4月6日に原告を逮捕し、身体検査をし、その後、釈放した。翌週の4月13日、原告は、上官に対して、自己の氏名をマリー・L・ソードから、マリー・L・フォン・ホフバークに変更することを申し立てた。この申立は、即日、却下された。

さらに、1977年4月には、中隊長ゴールドマンは、陸軍軍法635-200の13-5b(5)条に基づき、原告を除隊させるべきであるという勧告をし、<sup>(原注6)</sup>原告の属する旅団の指令官であり、被告の1人でもあるG・F・パワーズは、同性愛的な性向を理由として、原告を除隊させるべきか否か



## 性同一性障害と婚姻

について判断させるために、5人の士官からなる審査委員会を招集した。同委員会は、1977年6月に数回の審理をした後、原告の除隊を勧告し<sup>(原注7)</sup>た。そして、原告は、1977年7月20日に、合衆国陸軍から名誉除隊処分を受けた。

(原注5) 第1航空旅団の法務官は、被告であるジョージ・S・ハリントン・ジュニアである。

(原注6) 陸軍軍法635-200の13条は次のように規定している。

(a) 不適格

(7) 同性愛行動。

(b) 不適性

(5) 同性愛的傾向。

(原注7) 除隊委員会は、原告は女性であるとした。女性としてのクリスチャン・L・フォン・ホフバーグと関係を持った。原告は、クリスチャン・L・フォン・ホフバーグを夫とした。クリスチャン・L・フォン・ホフバーグは、精神的にはFTMのトランスセクシュアルであるが、生物学的には女性である。同委員会は、陸軍軍法635-200の立法者意思は、人の性を生物学的な意味において定義している。したがって、生物学的に女性どうしの者の間における夫婦関係について規定していない。委員会は、多数決により、原告が軍務にとどまるのは不適切である、と判断した。同性愛的な傾向を有する者として、除隊させるべきである、とした(同報告書19頁)。

陸軍から除隊処分を受けた後、マリー・フォン・ホフバーグは、軍歴訂正委員会に対して不服申立をしなかった。その代わりに、連邦地方裁判所に対して、彼女が除隊処分を受ける根拠となった軍法が憲法に違反していることの宣言を求めて、訴訟を提起した。そして、思想、結社の自由を侵害しており、プライバシーを侵害しており、信教の自由、残酷な刑罰を禁止している憲法に違反すると主張した。原告は、次のように主張した。陸軍が、原告とクリスチャン・フォン・ホフバーグとの婚姻を認めず、配偶者手当を終了させ、合衆国憲法第4条第1項および28 U. S. C. §§ 1738, 1739 において保障されている権利を侵害して、除隊処分

を決定しようとしていると主張した。さらに、陸軍が氏名の変更の申立を拒絶したことは、合衆国憲法修正第4条、修正第5条および修正第9条が保障している自由権を侵害しているとも主張した。また、原告を逮捕し、個人の財産を搜索し、押収したことは、修正第4条および修正第5条において認められている権利を侵害した、とも主張した。原告は、陸軍が彼女とクリスチャン・フォン・ホフバーグとの婚姻を認め、違法な逮捕および搜索をしないことを求めた。また、陸軍で軍務に就くことを求めた。<sup>(原注8)</sup>最後に、原告は、上記の権利侵害に関して、5万ドルの損害賠償を求めた。

(原注8) マリー・フォン・ホフバーグは、陸軍から名誉除隊処分を受ける1日前である1977年7月19日に、訴訟を提起した。地方裁判所は、陸軍からの除隊処分を禁じる予備的請求を棄却した(記録の21頁, 22頁)。この救済方法はもはや原告には認められないが、さらなる救済を求めることは正当である。さらなる救済として、陸軍への復帰、給料の遡及的な支払い、軍歴の訂正などがある。

連邦地方裁判所は、本件には訴の利益がないと判断した。そして、被告側の求めた略式判決を認容した。マリー・フォン・ホフバーグは行政的な措置を尽くしていないとして、請求を却下した(記録655頁)。これを不服として、控訴したのが本件である。司法裁判所に訴える前に、原告は行政的な救済措置を尽くすべき義務を負うことを認める。したがって、原告の請求のうちの1点を除き、原告の請求を却下した原審判決を支持する。しかし、金銭賠償を求めた点に関しては、それを棄却した原審判決を破棄する。なぜなら、この請求は、行政的な措置によっては適切に解決しえないからである。

## II 行政的措置を尽くすべき原則とその例外〔略〕

### A 行政的措置を尽くすべき原則〔略〕

### B 陸軍における措置を尽くすべき原則〔略〕

C 例外〔略〕

III 本件は例外に該当するか〔略〕

A 無益な場合の例外〔略〕

B 不適切な場合の例外〔略〕

IV 結論

われわれは、原告は陸軍からの名誉除隊処分の見直しを求める場合には、原則として、行政的な救済措置を尽くすべきであると認める。したがって、原告の請求を却下した原審判決を支持する。なぜなら、陸軍内部の行政的な措置によって解決することが可能であるからである。

しかし、原告の金銭賠償の請求は、行政的な手段によって満たすことができない。「司法的解決の実際上の有効性」という観念により、原告の請求について審理する裁判所は、陸軍の再審査手続が終わるまでは中断すべきである（*See McKart v. United States*, 395 U.S. 194-95, 89 S.Ct. 1662-1663 (1969)）。われわれは、賠償の請求を却下した原審判断を支持すれば、陸軍内の措置が終わる頃にはそのような機会が奪われてしまうことを恐れる。そのような可能性を考慮して、金銭賠償の請求を却下した部分を破棄して、原審に対して差し戻すこととする。そして、原告の他の主張に関する行政的な手段が完了するまで、裁判を中断することを命じる（*See Concordia v. United States Postal Service*, 581 F.2d 439, 444 (5th Cir. 1978)）。

第6節 その他の事件

以上のアメリカの判決は、筆者が判決文を入手することができたものである。しかし、この他に、筆者が判決文を入手することができなかつた判決が2つある。それら2判決について、アメリカの学者の論文から<sup>(21)</sup>

---

(21) Greenberg, *Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision between Law and Biology*, 41 *Arizona Law Review* 265 (1999) at 302-302.

孫引きで紹介することにする。

### 第1款 ラドラッチ事件

#### オハイオ州検認裁判所1987年判決

ラドラッチ事件判決 (*In re Ladrach*, 513 N. E. 2d (Ohio Prob. Ct. 1987)) は、オハイオ州検認裁判所 (Ohio Probate Court) の1987年のものである。この事件では、MTFトランスセクシュアル (ポストオペラティブ) は、婚姻許可証 (marriage license) を得られなかった。また、出生証明書の性別表記の変更も認められなかった。同裁判所は、次の2つの事実に依拠したように思われる。①ポストオペラティブのトランスセクシュアルは、出生の時には、生物学的には男性であった。②染色体は男性型であるという証拠以外の証拠はない。したがって、MTFトランスセクシュアル (ポストオペラティブ) の法的な性 (legal sex) は男性である、と判示した。

### 第2款 ヴェッキオーネ対ヴェッキオーネ事件

#### カリフォルニア州オレンジ地方裁判所1997年判決

ヴェッキオーネ対ヴェッキオーネ事件判決 (*Vecchione v. Vecchione*, Civ. No. 96 D003769, reported in L. A. Daily J., Nov. 26, 1997, at 1) は、オレンジ地方裁判所の1997年の判決である。この判決は、FTMトランスセクシュアル (ポストオペラティブ) は男性であり、カリフォルニア州においては有効に女性と婚姻することができる、とした。争点は、夫ジョシュア・ヴェッキオーネと、妻クリスティー・ヴェッキオーネとの間の婚姻は有効か否か、ということであった。また、5年間に及ぶ婚姻の期間中に、妻クリスティーが、夫ジョシュアの兄弟の精子を使って人工授精によって生んだ子の監護権が争われた。妻クリスティーは、夫ジョシュアには監護権がないと主張した。もしも、婚姻が無効であれば、夫ジョシュアは、子の法律上の父ではないことになる。裁判所は、婚姻

## 性同一性障害と婚姻

は有効であり、ジョシュアは子の法律上の父であるとした。

### 第4章 ニュージーランド

#### 第1節 M対M事件

オタフフ家庭裁判所1991年5月30日判決<sup>(22)</sup>

本件の当事者は、MTFトランスセクシュアル(ポストオペラティブ)である。本件では、男性とMTFトランスセクシュアルとの間の婚姻の効力が問題となった。本件訴訟は、まことに皮肉なもので、MTFトランスセクシュアル本人が、自分は男性であり、夫との間の婚姻は無効であると主張している。本判決は、英語圏における多くの判例について検討し、学術論文のような雰囲気醸し出している。非常に優れた判決であり、コーベット事件判決を厳しく批判し、婚姻を有効であるとしている。コモンロー諸国における現在の法理論の到達点を示すものであろう(以上、大島)。

本件は、家庭事件法(Family Proceeding Act)の第27条に基づいて、M夫人によって提起されたものである。同夫人は、被告M氏との間の婚姻の有効性について判断することを当裁判所に求めている。彼女の主張の核心は、ニュージーランド法の下では、婚姻は男性と女性との間で締結されたものでなければならず、彼女と夫Mとの間の婚姻は無効である、というものである。なぜなら、婚姻の時点において、彼女は男性(male sex)であったからというのである。

被告である夫M氏は、答弁書を提出し、弁護士に委嘱することなく、本人だけが出廷した。彼の主張は、極めて単純であり、1990年5月以降別居しているが、妻との間の婚姻は有効であるというものである。本件の特殊性に鑑み、当裁判所は、法廷助言者(amicus curiae)を置くこと

---

(22) *M. v. M.* [1991] NZFLR 337. 判決が極めて長文であるため、筆者(大島)の判断で、一部分を省略し、かつ、小見出しを付けた。

が適切であると判断した。そして、アダムス氏を法廷助言者に指名した。アダムス氏は、有能にその任務を果たしてくれた。同氏および原告側の代理人であるトレッドウェル氏に感謝する。両氏は、貴重な貢献をしてしてくれた。アダムス氏は、その意見書において、重要な問題については最高裁の判断に委ねるべきことを示唆している。そうすることによって、「上級審の権威」によって根本問題の解決がはかれるというのである。しかし、わたしは、その示唆に従わなかった。なぜなら、最低限の時間と費用によって事件を解決したいという本件の当事者の利益を、社会全体の利益よりも優先すべきであると考えたからである。家庭事件法の上訴手続によって、最高裁に係属させることは可能であり、その時に、それが可能になるからである。

原告の生活史 少し歴史を遡らなければならない。特に、原告の生活史を振り返ってみなければならない。証拠は、きわめて僅かである。しかし、そのことが決定的に重要というわけではない。多くの出来事について当事者間に争いが無いからである。原告は、宣誓供述書 (affidavit) を提出している。また、医学鑑定書を含む多くの証拠を提出している。彼女は、審理の過程では、ごくわずかの口頭証言 (viva voce evidence) しかしなかった。そして、被告M氏は反対尋問をしなかった。彼もまた、非常に短い証言しかしなかった。同氏は、婚姻を有効なものと考えており、法的あるいは医学的な問題に係わりたくないという立場であったということを付け加えておくのが公平であろう。彼は、法廷の判断に委ねる以外に方法はないのである。アダムス氏は、他の事件と比較して医学的な証拠が少ないことを指摘している。したがって、もしも可能ならば、もう少し医学的な証拠を集めるべきであると指摘している。しかし、わたしは、両当事者が提出した証拠だけに基づいて判断すべきであるという裁判の通常の原則を逸脱すべき重大な理由はないと判断した。医学的な証人を召喚すれば、時間と費用が掛かる。そして、それは誰かが負担しなければならないのである。

## 性同一性障害と婚姻

M夫人は、1943年7月12日に生まれた。彼女〔本件においては、彼女 (she) という代名詞を使用する〕は、男性という自己のジェンダーに当惑しながら成長した。そして、1966年に、平型捺印証書 (deed poll) によって名を変更した。また、1970年にも、平型捺印証書によって名を変更した。当市の著名な精神科医であるR・H・カルパン (Culpan) 博士の1972年11月16日付の鑑定書によれば、彼女は、1966年8月以降、同医師の診察を受けていたとのことである。カルパン博士は、次のように述べている。

「〔原告は〕男性のトランスセクシュアルである。つまり、身体以外の点においては自分は女性であるという強い確信を抱いている男性である。この点に関する葛藤が非常に強いために、様々な神経症状が現れている。そして、女装した場合には、それが軽減する」。

原告は、女性ホルモンの投与を受けた後に、カルパン医師の示唆に基づき、1969年の半ばにシドニーに行き、性転換手術つまり性再指定手術を受けた。この手術は、陰茎の切除、精巣の切除、膣の形成を含む。最後の手術について、外科医のカルテは、「陰茎の皮膚を使って膣を形成した」と述べている。その後、オークランドにおいて補充的な手術を受けた。わたしの目の前に提出された証拠によれば、男性から女性に性を変更するために可能な全ての医学的な措置が行われていると考えられる。それ以降、彼女は、女性の服装をし、女性として生活している。しかし、いくつかの問題があった。

原告が直面した問題の1つは、1973年に出生登録長官 (Registrar-General of Births) が、彼女の出生登録上の性別表記を女性に改めることを拒絶したことである。そして、1975年に、最高裁のマクマリン (McMallin) 裁判官は、「宣言判決法 (Declaratory Judgments Act)」に基づく「申請人の性の決定および宣言」に関する判決を求める訴を審理した。この事件は、T事件 (*Re T.* [1975] 2 NZLR 449) として判例集に掲載されている。しかし、掲載されているのは、判決の全部でない。マクマ

リン裁判官は、この問題について、原告の求めるような判決をする権限がないと判決した。

1977年9月9日に、オタフフの婚姻登録事務所 (Office of the Registrar of Marriages) は、原告がM氏と婚姻 (あるいは偽装婚姻) したという登録をしている。この婚姻に関してはほとんど証拠がない。しかし、この婚姻が、昨年 [1990年のこと—大島注] の5月に2人が別居するまで、12年半ほど続いたことについて争いはない。M氏は、その証言において、この破綻の原因が夫婦間の性的な問題にあったとは述べていない。この点について、原告は、少なくとも婚姻の点に関しては、自分は女性ではなかったのであるから婚姻は無効である、と主張している。本件において、もしも性交が完了されていないならば、婚姻は無効であったという主張は認められてしかるべきだろう。しかし、そのような婚姻は、本件ほど長期には及ばないものであろうと考えられる。さらに、カルバン医師の1972年の鑑定書によれば、膣は普通の膣と同様に挿入が可能であると述べている。「その結果、性交は可能である。そして、[原告] は、快感を得られると述べた」。もちろん、同医師の鑑定書は、本件婚姻よりも5年前のものである。しかし、その5年間に変化があったという証拠はない。したがって、原告の膣は人工的なものであり、懐胎は不可能であるが、本件の婚姻の期間中、性交は可能であったと判断する。

このような事実があるにもかかわらず、M夫人は、婚姻は無効であると主張している。これは、まことに悲しいまでに皮肉な事態と言わなければならない。彼女は、今では自分は女性ではないと主張している。1977年の9月9日に、オタフフ登録事務所において、婚姻の登録をなし得なかったと主張しているのである。しかし、かつて、彼女は、長年にわたって反対のことを求めてきたのであった。自分のライフ・スタイルを変え、医学的な措置を受けた。自分は身体的にも精神的にも女性であり、そのことを社会的にも公式にも認められたいとして、1975年の最高裁判決が出るまで努力してきたのであった。



## 性同一性障害と婚姻

ここで、法的な問題について検討しよう。本件に関して適用される制定法の規定はない。1955年の婚姻法 (Marriage Act) には、「女性」の定義はない。さらに、同法は、婚姻する両当事者は異性でなければならない、ということすら規定していない。したがって、わが国における婚姻関係を規律する法律に同性の婚姻を排斥する文言がない以上、そのような婚姻も有効であるという議論は、技術的には可能であろう。しかし、1955年法が、男性と女性の間における伝統的な意味における婚姻以外の婚姻を想定していたとは考えられない。本件における原告側の代理人は、M夫人が女性でなかったとしても、婚姻は有効であるか否かという議論をしなかった。したがって、本件においては、M夫人がもしも男性であるということになれば、婚姻は無効と判断すべきことになる。

コーベット事件判決 制定法がないので、英国の先例であるコーベット事件判決について考察すべきことになる。この事件においては、夫が、婚姻の無効を主張した。その主張の根拠は、被告である彼の妻が、婚姻の時点で男性であったというものであった。それゆえに妻の〔性交〕不能または拒絶により、婚姻は完成されていないというものであった。オームロッド裁判官は、9人にも及ぶ医学証人の証言を採用している。この事件の被告である妻の立場と、本件の原告である妻の立場とは類似している。両者ともに、ポストオペラティブのMTFトランスセクシュアルであるからである。しかし、コーベット事件においては、婚姻は極めて短い期間しか継続していない。コーベット事件においては、結婚式後、夫婦は14日間しか同居していない。このため、同裁判官は、妻の〔性交〕拒絶によって婚姻は完成していないという原告の主張を受け入れている。同裁判官は、妻は性交が不可能であったという判断の準備をしている。「ビュルー博士によって造られた人工的な窪み」を用いて真の意味における性交をすることは不可能であると述べているからである。結婚式後の2人の関係は、本件の場合とは全く異なっている。ただし、オームロッド裁判官は、そのことを原則に係わる重大問題とは考えていない。

コーベット事件は本件と類似しており、ここに引用するに値する部分が多い。

44ページにおいて、次のように述べている。

「個人の性を決定するものとしては、少なくとも4つの要素があることについて、全ての医学証人の見解が一致している。

- 1 染色体的要素
- 2 生殖腺的要素（すなわち、精巣または卵巣の存在または不存在）
- 3 性器的要素（内性器をも含む）
- 4 心理学的要素

証人のなかには、次の要素を加える者もいる。

5 内分泌学的要素または第2次性徴（例えば、体毛の分布、乳房の発達ぐあい、体格など。これらは、体内における男性ホルモンと女性ホルモンのバランスの影響であると考えられる」。

また、48頁においては、次のように述べている。

「婚姻は、本質的に男性と女性との間の関係であるので、本件における婚姻が有効であるか否かは、私の見解によれば、被告が女性であるか否かにかかっている。訴状の第2節においては、被告は男性であると主張されているが、それよりも、私の問題提起の方が正確であると考え。もちろん、大は小を兼ねる。しかし、場合によっては、無意味な区別はすべきではない。そこで、問題は、婚姻の文脈において、『女性』という言葉は何を意味するか、いうことである。わたしは、被告の『法的な性』を一般的に決定しようとしているのではない」。

「『婚姻』と呼ばれる関係は、異性間であることをその基本的特徴とするものであるから、その基準は生物学的なものでなければならない、というのが私の見解である。なぜなら、最も極端な性同一性障害であっても、あるいはホルモン・バランスが極端に女性的であっても、男性の染色体、精巣および男性器を持つ者は、子を生むことができないからである。子を生むということは、婚姻における女性の根本的な役割で

## 性同一性障害と婚姻

ある。言い換えれば、法は、医師達の挙げる最初の3つの基準、すなわち染色体的性、生殖腺的性および性器的性を重視すべきなのである。これら3つの要素が一致している場合には、それに従い、外科的侵襲を無視すべきである」。

また、49頁においては、次のように述べている。

「もしも、法が、被告を女性に『指定』することを認めるならば、手術直前の被告の性は何だったのか、という疑問に答えなければならない。その時点において、被告が女性であったというのであれば、男性器を持ち、女性器を持たない女性ということになってしまう。女性という指定が手術の後のものであるならば、手術が性を変更したことになる。仮に、ある人物が50歳の男性のトランスセクシュアルであり、婚姻しており、子どもがいるとしよう。手術を受ければ、その者は、法的に女性であり、男性と『婚姻』することができることになる！このような結論は、私には不可解以外の何ものでもない。被告側弁護人は、被告は社会的には多くの点で女性として扱われており、婚姻の点でのみ女性として扱うことを否定するのは論理的ではない、と主張している。仮に、婚姻が国民保険その他の社会制度と同じ性質のものであるならば、確かに論理的ではないことになろう。しかし、それらの制度と婚姻とは、根本的に異なる。被告側の主張は、セックスとジェンダーを混同している。婚姻は、セックスによるものであって、ジェンダーによるものでないのである」。

この学識豊かな裁判官は、ある医学証人が被告について「女性を模倣した程度には感服した」と述べた点に同意している。

裁判所の判断によれば、コーベット夫人（元エイプリル・アシュレーとして知られていた）は、婚姻の目的に関しては女性でなく、原告が勝訴した。基本的な判断基準を重視し、いかなる手術によってもXYという男性型の染色体を変えることはできないと判断したのである。

コーベット事件判決は、その後に公刊された判決において引用されている。また、多くの論文においても引用されており、学者からも論評さ

れているが、すべての学者が、オームロッド裁判官の採用したアプローチを支持しているわけではない。もちろん、コーベット事件判決は、当裁判所を拘束しない。しかし、この判決は、多くの医学証人の証言に依拠しており、本件と同じ争点を取り扱っている。その理論的な価値を簡単に無視するわけにはいかない。

T事件判決（ニュージーランド） ニュージーランドにおいては、コーベット事件のように深く考察した判決は、公刊されていない。このような事態が頻繁に生じるものではなく、また裁判所に訴えられることも稀であるからである。しかし、T事件において、1975年に最高裁のマクマリン裁判官の判決がある。すでに述べたように、この事件は、本件の原告に関する事件である。マクマリン裁判官は、次のように述べている（451頁）。

「イギリス法においては、婚姻は男性と女性との結合であると法的に認められている。発生学的に同性どうしの2人の人物の間の婚姻は認められない。婚姻しようとする2人の当事者が同性である場合には、その婚姻は法的には無効である。そして、もしも、その2人が婚姻許可証を得て、婚姻の形式を満たしたとしても、その婚姻の当事者は、無効の訴を提起することができる。連合王国においては、コーベット事件において、夫は無効判決を獲得した。もしも、本件の申立人が婚姻した場合には、当初から無効であると判断されることになろう……」。

コーベット事件判決を承認するとしても、裁判所がそれを引用するのは、あまりにも行き過ぎであるようにわたしには思える。

女王対タン他事件判決（英国／刑事事件） また、「女王対タン他」事件において（*R. v. Tan* (1983) Q. B. 1053）<sup>(23)</sup>、英国の裁判所は、コーベ

---

(23) 「女王対タン他事件」は、イギリス控訴院（Court of Appeal）刑事部（Criminal Division）の1983年2月10日判決のことである。まず関連する規定は、次のとおりである。

1956年性犯罪法（Sexual Offence Act）30条

①事情を知りながら、売春婦の稼ぎ (earning) によって、生活の全部又は一部を支えた男 (man) は、罰する。

②本条においては、ある男 (man) が、売春婦 (prostitute) と常時若しくは習慣的に生活を共にしている場合、又は、売春することを教唆若しくは強制するために、売春婦に対して、規制し、指示し、若しくは影響を与えている場合には、反対の証明のない限り、事情を知りながら、売春婦の稼ぎによって生活を支えているものと推定する。

1967年性犯罪法 (Sexual Offence Act) 5条

①事情を知りながら、他の男の売春 (prostitution of another man) による稼ぎによって、生活の全部又は一部を支えた男又は女 (man or woman) は、罰する。

②〔略〕

被告人は、3人であり、モイラ・タン (女性)、グロリア・グリーブス (MTFトランスセクシュアルのポストオペラティブ) およびブライアン・グリーブス (男性) であり、グロリアとブライアンは、夫婦として生活している。問題となった風紀紊乱所 (disorderly house) は、2軒あり、ワーウィック通りとクラレンドン通りにある。両者とも、グロリア・グリーブスが所有しており、前者の風紀紊乱所をモイラ・タンに貸し (モイラが性的なサービスを行う)、後者の風紀紊乱所では、グロリア・グリーブス自身が性的なサービスを行う (性交を伴わないサド・マゾのプレー)。

グロリア・グリーブスが、ワーウィック通りにある風紀紊乱所をモイラ・タンに賃貸して、売春婦 (モイラ・タン) の稼ぎから収入を得ていることが、1956年性犯罪法30条の構成要件に該当するか否かということが、ここでの問題である。売春婦の稼ぎで生活する罪は、1956年性犯罪法30条によって、男性に限って罰せられることになっている (これに対して、売春夫の稼ぎで生活する罪は、1967年性犯罪法5条によって、男女とも罰せられる)。判決は、MTFトランスセクシュアルのポストオペラティブであるグロリア・グリーブスを男性であるとして、有罪とした。

参考までに紹介すれば、3人とも有罪で、モイラ・タンは自由刑6か月、グロリア・グリーブスは自由刑18か月、ブライアン・グリーブスは自由刑24か月であった。モイラ・タンは自己の売春行為で自由刑6か月とされた。グロリア・グリーブスは、自己の売春行為で自由刑6か月、売春婦 (モイラ・タン) の稼ぎで生活する罪 (1956年性犯罪法30条) で自由刑12か月で、合算し自由刑18か月とされた。ブライアン・グリーブスは、売春婦 (モイラ・タン) の稼ぎで生活する罪 (1956年性犯罪法30条) で自由刑12か月、売春夫 (グロリア・グリーブス) の稼ぎで生活する罪 (1967年性犯罪法5

ット事件判決を肯定的に引用している。この判決は、[法的] 安定性および一貫性が望ましいので、コーベット判決は、婚姻の領域のみならず、刑法の領域にも適用すべきであるとした。この事件は、コーベット事件判決以降の裁判所が、コーベット事件判決の正しさを受け入れている例としてのみ価値がある。この判決は、コーベット事件判決を家族法の領域内に限定しようとする議論をしていない。

W対W事件判決(南アフリカ) 南アフリカのW対W事件判決(W. v. W. (1976) 2 SALR 308) <sup>(24)</sup>においては、事実は本件と類似している。この事件でも、妻がMTFのトランスセクシュアルであり、ポストオペラティブである。性交はなされた。両当事者は、ノーマルな性的な関係を持っていた。婚姻は、妻のトランスセクシュアリティとは無関係な事情によって破綻した。ネスタット裁判官は、婚姻を無効と判決した。同裁判官は、次のように述べている(313頁)。

「原告の提出した証拠は、手術が原告を女性に変えたとは証明していないと述べる時、わたしは過度に技術的なアプローチを採用しているとは思わない。手術がなされたことは、女性的な特徴、すなわち乳房および膣類似の窪みを人工的に付与したに過ぎない。原告が(常に)トランスセクシュアルであり、精神的に女性であるという主張がなされた。ポストオペラティブの状態では、被告と性交をする能力があった。したがって、婚姻における女性の基本的な役割(ただし、出産を除く)を果たすことができた。また、原告が女性の身体的、心理的な特徴を有しており、社会的にもそのように受け入れられており、女性のように見えるにもかかわらず、原告を男性に分類することは異常であるという主張がなされた。しかし、模倣によっては、完全な変更は達成できない。この人物が疑似女性であるとしても、婚姻の目的において女性とみなすためには、そのための医学的な証拠が欠けている。また、そうするためには、

---

条)で自由刑12か月で、合算し自由刑24か月とされた。

(24) 南アフリカのW対W事件については、第5章、第3節を参照。

## 性同一性障害と婚姻

立法者による立法が必要である」。

MT対JT事件判決（アメリカ）　しかし、ニュージャージー州最高裁控訴部のMT対JT事件（*M. T. v. J. T.* 355 A.2d 204 (1976)）においては、全く別のアプローチが採用された。この事例でも、妻がMTFトランスセクシュアルであり、ポストオペラティブである。両当事者は、婚姻の前後併せて数年の間、同居し、性交もしていた。同裁判所は、次のように述べている。

「本件においては、われわれは、コーベット事件判決の結論に同意することができない。コーベット事件判決においては、婚姻の目的に関しては、出生の際の性を変更することができず、生物学的な性が排他的な基準であるべきであるとしている。この点で、同判決は厳しい批判を受けている（Comment, 56 Cornell L. Rev. at 1003-1007; Note, “Trans-sexuals in Limbo,” 31 Md. L. Rev. 236, 244 (1971)）」。

「われわれがコーベット事件判決を退けるのは、単なる言葉の上だけのことではない。婚姻に関する『性』の意味についての根本的な理解の仕方から、支持することができない。英国のこの判決は、セックスとジェンダーは根本的に別のものであると考えている。たしかに、場合によっては、そのようなこともありえる。例えば、プレオペラティブのトランスセクシュアルの場合がそうである。多くの専門家は、生物学的な基準に従って、プレオペラティブの性を判定すべきであるとしている。しかし、われわれが検討した証拠および文献によれば、個人の性あるいはセクシュアリティは、個人のジェンダーをも含むと考えられている。ジェンダーとは、自己のイメージであり、深い心理的・情緒的なセクシュアル・アイデンティティーであり、特徴である。……また、専門家達も、婚姻の目的に関しては、そして本件の事情においては、個人の性的な能力について、検討しなければならない、としている。性的な能力あるいはセクシュアリティとは、女性であれ男性であれ、身体的な能力と、性交に関する心理的および情緒的な指向との両方を含む」。

「本件においては、原告のジェンダーと性器の間には、もはや不調和はない。医学的な治療によって調和がもたらされた。原告は、身体的にも精神的にも調和され、調和された性的な外見、ジェンダーおよび解剖学的な性と調和した性行動が完全に可能となった。したがって、婚姻の目的に関しては原告を女性と認めるべきである。したがって、そのような人物は、かつての性に属する者との間で有効な婚姻関係に入ることができるべきである。医学的な判断に基づいて行われ、もはや不可逆的である既成事実には法的な効果を認める他はない。そのような承認をすることは、個人に内面的な安定感を与え、個人的な幸福をもたらせる。そしてまた、社会的な利益、公の秩序あるいは道徳を害するものではない」(211頁)。

明らかに、本件のアプローチとコーベット事件判決あるいはW事件判決とを妥協させることはできない。生物学的な要素を優先させる場合には、性再指定手術の効果を重視することはできない。もしも、MTFTランスセクシュアル(ポストオペラティブ)が、疑似の、贗物の、あるいは模造の女性であり、実際には女性ではなく、男性であるならば、その者が婚姻をし、女性として性交が可能であっても、それは意味がないのであろうか。コーベット事件のオームロッド裁判官は、「婚姻における女性の基本的な役割」の意味を明確にしていない。それを妊娠可能という能力であると解釈しなければ、この言葉の意味を理解することができない。子を産めないことが根本的ではないことは明らかである。問題とはされていない婚姻においても、このことは生じているからである。

オーストラリアの2つの判決 最近の2つのオーストラリアの判決についても言及すべきであろう。1つは、ハリスおよびマクギネス事件におけるニューサウスウェールズ州の刑事控訴裁判所の判決である(*Harris and McGuinness* (1988) 35 A. Crim. R. 146)。もう1つは、おそらく重要性は少し低い、女王対コグレイ事件におけるヴィクトリア州最高裁大法廷の判決である(*R. v. Cogley* (1989) V. R. 799)。これら2つ



## 性同一性障害と婚姻

の判決について、アデレード大学のレベッカ・ベイリー・ハリスの興味深い評釈がある (13 Criminal Law Journal [1989] p. 353)。彼女は、その論文の冒頭に適切な引用をしている。

その変化は強力にして、

我の外面を女人にし、汝の内面を男にすることを得。

エイブラハム・カウリー<sup>(25)</sup>『女主人』(1647年)

コグレー事件判決 (オーストラリア／刑事事件)      コグレー事件については、僅かなコメントをするだけでよいであろう。被告人は、強姦をする意思を持って、暴行を働いた。この事件では、被害者が強姦の被害者になりうるか否かが争点になった。被害者は、トランスセクシュアル (ポストオペラティブ) であった。大法廷は、それは争点ではないと判断した。もしもそれが問題であるとすれば、陪審の判断に委ねられるべき事実問題であり、裁判官の判断すべき法的問題ではない、とした。筆者のベイリー・ハリス嬢は、この判決に批判的である。しかし、この問題には、これ以上触れずにおこう。それよりも、この事件の第1審判決においては、カミンズ裁判官は、コーベット事件判決に従わず、MT対JT事件判決に従った。同裁判官は、次のように述べている。

「MT Fの核心的なアイデンティティーが確認され、性再指定手術を終えている場合には、法的には女性とみるべきであると考え。2つの要素が重要である。核心的なアイデンティティーは必要であるが、MT Fトランスセクシュアルを女性とみるためには十分ではない」。

ハリスおよびマクギネス事件判決 (オーストラリア／刑事事件)

ハリスおよびマクギネス事件もまた、刑事事件である。2人は、キングス・クロスで客引をしていて、風俗犯罪取締係の警察官に対して客引

---

(25) エイブラム・カウリー (Abraham Cowley) は、英国の詩人である (1618-67)。

をしてしまうというミスを犯した。当時のニューサウスウェールズ州の法律の文言では（今では廃止）、客引は、男性が行ったときのみ犯罪となった。そこで、被告人側は、被告人らは男性ではなく女性であると主張した。リー・ハリスは性再指定手術を終えていたが、フィリス・マクギネスは終えていなかった。しかし、2人とも女性の服装をして、女性として行動していた。この事件のリー・ハリスとニュージーランドのT事件の申立人Tとは同一人物であると記載されているが、わたしの調査ではそうではない。つまり、本件の申立人とは同一人物ではない。

両被告人は有罪とされた。そして、その6年後に、刑事控訴裁判所の判断を受けることになった。多数意見のストリート（Street）裁判長およびマシューズ（Mathews）裁判官は、両控訴人を区別している。そして、ハリス〔ポストオペラティブ〕については、コーベット事件判決にならうことをしなかった。仮に、この事件が刑事責任の領域において先例としての価値があるとしても、染色体の構成によって刑事責任を決めるべきではない。ハリスは、法律的な意味における「男性」ではない。マクギネス〔プレオペラティブ〕については、異なる。彼女は、性再指定手術を受けておらず、転換は完全ではなかった。カルサーズ（Carruthers）裁判官は、異なる見解を採用している。性再指定手術、ホルモン療法あるいは精神的な態度を、染色体、生殖腺あるいは性器の要素よりも重視することができない、という意見である。同裁判官によれば、両控訴人〔ハリスとマクギネス〕を区別すべきではない。カルサーズ裁判官は、ニュージャージー州のMT対JT事件判決に対して批判的である。同裁判官の意見によれば、生物学的な男性に人工の窪みを造ったとしても、それを女性の膣と同視することはできない。その窪みを持っているからといっても、女性の内性器をもっておらず、その窪みを用いて「挿入」をすることができたとしても、それは自然な「性交」ではない。トランスセクシュアル（ポストオペラティブ）が、男性であるか女性であるかという問題は、その外見によって、あるいは社会的に女性として受け入

## 性同一性障害と婚姻

れられているか否かによって、あるいは自分自身をどのように考えているかによって、あるいは男性のパートナーが何らかの性的な関係を持ちことができるか否かによって、決定されるべき問題ではない。カルサーズ裁判官は、保守的で伝統的な立場を堂々と主張している。

マシューズ裁判官の見解（ハリスおよびマクギネス事件判決） これに対して、マシューズ裁判官は、様々の国々の様々な先例について詳細かつ網羅的に調査している。そして、全く異なる結論に達している。179頁において、コーベット事件において性再指定手術の要素を無視したオームロッド裁判官の理由について、次のように述べている。

「この裁判官〔オームロッド裁判官〕は、主として2つの考察に基づいている。1つは、医学的な理由であり、もう1つは社会的な理由である。前者については、すべての医学証人は、生物学的な性の構成は（遅くとも）出生の際に決定されるという点では一致している。そして、その性は、他の性の方向に自然に発達したとしても、あるいは医学的手段あるいは手術によってしても、それを変更することはできない。したがって、被告が手術を受けていても、その真の性に影響を与えることはできない。真の意味における『性転換』という語は、出生の際の判定が誤っていて、後になって医学的な検査の結果、その誤りが発見された場合にのみ妥当である」。

「オームロッド裁判官には深甚なる敬意を表するものではあるが、医学的な証拠からオームロッド裁判官のように、ある種の生物学的な要素が性の決定的な要素であると判断することはできない。染色体が決定的な要素であるとする（稀には染色体の異常があるし、また他の要素が染色体検査よりも重要な場合があるが）、人の性は受胎の瞬間に決定されることにある。真の問題は、トランスセクシュアル（ポストオペラティブ）の場合に、他の要素を染色体の要素よりも重視するか否かということである」。

このようにオームロッド裁判官の判決を引用し、コメントした後で、

マシューズ裁判官は、50歳に達したMT Fトランスセクシュアルが婚姻について女性として受け入れられてきたということを謎だとして、次のように述べている。

「この判決については多くの意見がありえよう。純粹に法的な観点からいえば、オームロッド裁判官は、婚姻に関してのみ性再指定手術の効果を論じている。したがって、それは、本件の控訴には直接的には適用されるものではない。それはともかくとして、わたしは、オームロッド裁判官と見解を同じくすることはできない。それが奇妙な論理であるからである。彼のいう仮想のトランスセクシュアルは、実際には性再指定手術を終えて女性として生きている。この性役割の転換は、通常ではないと言うことは可能であろう。そして、トランスセクシュアルの周囲の者にとって、それに対応することが困難であることは疑いようもない。しかし、そうだからといって、すでに生じてしまっている社会的な変化を認めるべきではないとは考えられない」。

マシューズ裁判官は、女性としての生殖能力のないこと、女性の内性器がないことを、この問題についての決定的な要素とすることを拒絶した。まず前者に関しては、MT Fトランスセクシュアル（ポストオペラティブ）は、男性としての生殖能力を完全に失っている。後者については、女性が子宮全摘手術を受けたからといって女性でなくなるものではない。オーストラリア最高裁裁判官のロナルド・ウィルソン卿がオーストラリア法医学会に提出した報告書から引用している。

「わたしが参照したイギリスの判決もオーストラリアの判決も、満足すべきものではない。過失によって生じた精神的ショックの損害賠償に関する事件である *Mount Isa Mines Limited v. Pusey* (1970) 125 CLR 383 事件判決において、Windeyer 裁判官は、次のように述べて満足していた。『法律は、医学の進歩に対して、その最後尾からノロノロとついて行く』。しかし、本件においては、そのようなことを言うてはいられない。医学は、法をはるかに追い越している。エイプリル・アシュレーは、想

## 性同一性障害と婚姻

像しうる完璧な姿で性転換を遂げた。しかし、〔法は〕その手術後の状態に法的な効力を認めることを拒絶している。裁判所は、過去の判例に拘束される。しかし、過去の状況に拘束されるのではなく、現実とのギャップを埋めるために柔軟性を必要としている (R. Wilson, “Life, and Law: The Impact of Human Rights on Experimenting with Life”: (1985) Australian Journal of Forensic Sciences 61) 』。

また、マッシュューズ裁判官は、コーベット事件に関するアメリカの評釈者の見解を引用している。

「トランスセクシュアル（ポストオペラティブ）の性を再分類することを拒絶することは、市民のプライバシーと尊厳を保護しようとする現代社会の原則とは相容れない。トランスセクシュアルの場合に性の再吟味を拒絶することは、すでに困難な状況にある人をさらに過酷な状況に追いやることになる。法的な性を、染色体の性、出生の際に確認された性に基づかずに、現在の心理学的な性、解剖学的な性に基づいて判定したからといって、社会は何も失うものではなく、トランスセクシュアルはノーマルな生活を送る機会を与えられることになる」。

「現在、トランスセクシュアルは、2つの望ましくない選択肢の中から究極の選択を余儀なくされている。1つは、出生の際に判定された性に従って生きることである。この道を選択した場合には、永久に仮面を被って生活し続けなければならない。反対に、医学的な性再指定手術を受ける道を選んだ場合には、社会から侮蔑され、好奇心の対象とされ、法的な性的アイデンティティーを持たないことになる。両方の道とも、恐怖の道であり、現在のわれわれが持っている知見とは合致しない (Transsexuals in Limbo: The Search for a Legal Definition of Sex (1971) 31 Md. L. Rev. 235) 』。

ハリスおよびマクギネス事件判決が婚姻に関する事件ではなく、刑事事件であることを強調しすぎることは問題である。マッシュューズ裁判官のコーベット事件判決に対する批判を無視することはできない。出生の際

に判定された生物学的な性が生涯にわたって継続し、性は不変であるという前提は、拒絶されている。このことは、家族法の領域においても妥当すべきものである。ストリート裁判官は、バンブル氏の「法など糞食らえ」という言葉を引用している。同一の人物について離婚事件では男性としておきながら、刑事事件については女性とするような判決を下すならば、このような感情を強化することになろう。もしもマシューズ裁判官の判決が説得的であると考えれば、それは家族法の領域においても適用すべきである。「過去に囚われず、現在の状況とのギャップを埋める」べきことは、いつでも、いかなる領域でも要求されることだからである。

本判決（オービン裁判官）の核心部分　もう引用は十分であろう。原告M夫人は、1977年9月9日の時点において女性であったのか、それとも男性であったのか、それともどちらともいえない状況にあったのかという核心的な問題について答えるべきである。彼女は、男性として生まれた。染色体の構成は不変である。しかし、それが全てであろうか。彼女が女性に転換するために用いた種々の方法は、ハイド氏をジキル夫人に変えようとするような無駄な試みであったのであろうか。それは、半陰陽的な状態を作り出しただけであり、男性との間で有効な婚姻をすることができない（女性とは婚姻することができる）ものであろうか。

本件の弁護人は、「出生、死亡及び婚姻登録法案」を証拠として提出し<sup>(26)</sup>た。この法案は、議会に提出されており、現在の政府も、それを維持するということである。この法案の29条は、本件の原告が行っているような性転換手続を終えた者に対して、性転換の事実を登録し、出生証明書

---

(26) この法案は、1995年3月31日に成立した（1995年9月1日施行）。この法律については、大島俊之「性同一性障害と性別表記の変更・訂正——ケベックおよびニュージーランドの立法」神戸学院法学30巻1号（2000年）参照。

## 性同一性障害と婚姻

には、出生の際に登録された性とは異なる性を記載すべき旨を規定している。<sup>(27)</sup> もしも、この法案が法律として成立した場合には、本件の原告が1975年に求めた申請は認められることになろう。しかし、同法案30条は、29条にもかかわらず、すべての人の性は、「今後もニュージーランド法の一般法に従って決定される」と規定している。<sup>(28)</sup> ニュージーランド法曹協会は、29条と30条との関係について、意見書を提出した。わたしはこの意見書の概要を知ることができた。その意見書の中に表明された批判は、適切であると思われる。もしも、この法案が、現在の形式で制定されれば、あるいは1977年9月の時点で制定されていたとすれば、本件の問題を解決することができない。

本判決は、これまでの様々な事件において表明された判決とは異なるものである。1970年にイギリスの高等法院〔コーベット事件判決〕が男性と判断した方法と、1989年のオーストラリアの裁判官〔コグレー事件判決〕が女性と判断した方法とは全く異なるということを明確に示している。それゆえに異なる判決を出したのである。ある方法が伝統的あるいは保守的な方法であると分類しうる場合には、それに従うことができない。ある方法が誤りである場合には、それに従うことはできない。医学および心理学の発展を反映し、社会の態度の変容を考慮した方法を採用すべきである。それが、正しい道である。コーベット事件判決は、法的には、当裁判所を拘束しないとしても、コーベット事件判決は婚姻法の領域では妥当な判決であるというトレッドウェル氏の主張の核心は、魅力的である。少なくとも、ニュージーランドにおいて立法的な解決がなされるまで、あるいは上級審が適切な判断を下すまでは、コーベット事件判決に従うべきである、というのである。コーベット事件判決を消し去ることはできない。しかし、婚姻期間の長さが異なるし、性的な関係を持ちえたか否かの点でも異なる。こういう事実上の差があるにもか

---

(27) 法案の第29条は、1995年に成立した法律では、第28条となっている。

(28) 法案の第30条は、1995年に成立した法律では、第33条となっている。

かわらず、そのことが理論的には判決に影響を与えない、というのである。たしかに、現在において、ニュージーランドには、拘束力のある先例は存在しない。しかし、婚姻が有効であるということを否定することにはならない。

本判決においてすでに引用した文言を繰り返す必要はなかろう。コーベット事件判決に対する批判は、現在の変化に対応しなければならないことを示している。私見によれば、ハリスおよびマクギネス事件におけるマッシュューズ裁判官の判決が、最も説得的である。婚姻に関する事件においてであれ、刑事事件においてであれ、発生学的な要素は不変の生物学的要素ではあるが決定的な要素ではない、というのが証拠の基本でなければならない。なぜそうでなければならないのか。単なる同情に基づいて問題を解決することができないという主張を受け入れるとしても、性転換には多くの効果があり、それを真の意味における性転換として認めるべき多くの証拠がある。染色体が不変であっても、また性器が重要であっても、それが全てではない。

本件においては、医学的な証拠は、M夫人の宣誓供述書に添付されている数年前の報告書に限られていることに留意している。心理的な指向、ホルモン療法および性再指定手術にもかかわらず、原告が男性であるという証拠はない。これらは、原告が反対の証明のために得た証拠である。カルバン博士は、「[原告が] 示している女性としての特徴は、数的にも意味の上からも、はるかに圧倒的である」と述べている。染色体の構造が決定的ではないということを認めると、現実には、疑いもなく、ある個人が性の分岐線のどちらに位置するかによって決定できるような単純なものではない。染色体を決定的なものと考えれば、ある程度の確実性を持つことになるが、過度の単純化をすることになる。いかなる場合にも、医学的な定義が圧倒すべきものではない。裁判所に提出されなかった証拠を考慮することはできない。「女性」とは何かということを定義することは裁判所の任務ではない。ある個人の人生に発生した出来事よりも、



## 性同一性障害と婚姻

発生学的な要素を優先すべきであるという医学的な証拠はない。出生の際の性から、ある種の過渡期を経て、他の性に移行するという効果をもたらす出来事よりも、発生学的な性を優先させるべきであるという医学的な証拠はない。

12年半の間に生じた様々な関係を考慮すべきである。M氏は、そのパートナーの過去を完全に知っていた。そして、異性であり、婚姻のパートナーとして、彼女を女性として受け入れた。そして、原告も自分を女性であると認識していた。当事者双方とも、「まやかし (pastiche)」とか「イミテーション (imitation)」などという語で表すべきものとは考えていなかった。このような表現は、やや傲慢な印象を与える。当事者の主観によってのみ判断することはできない。しかし、それは、当裁判所が直面している困難な問題の1つの側面ではある。原告の「核心的なアイデンティティー (core identity)」(コグレー事件の第1審判決の表現を使用するとすれば)は、女性のそれである。彼女の身体は、その心理学的な性との調和を獲得したのである。異なる見解がありえようし、それらは正当ではある。しかし、究極的に、生物学的な要素を決定的なものと考えなければならないという拘束力のある先例はない。また、そうすべきであるという医学的な証拠もない。「女性」の定義はともかくとして、1977年9月9日の挙式の時点においては原告は女性であったという見解を支持する。

したがって、婚姻は有効であったのであり、現在も有効である。

この見解は、最近のオーストラリアの行政控訴裁判所(オコーナー(O'Conner)裁判長)の判決における多数意見によるものであり、この判決は、4月29日のニュージールランド・ヘラルドに報じられている<sup>(29)</sup>。この

---

(29) ここで言うオーストラリアの判決とは、次の2つの判決のいずれか(または双方)を指すものと思われる(偶然にも、両事件とも裁判官名はオコーナーである)。

まず第1の事件は、Re Secretary, Department of Social Security and

判決においては、性再指定手術を終えたトランスセクシュアルは社会保障に関しては女性と判断すべきものとした。心理的な性の選択を確認するために不可逆的になされた医学的な結論を重視している。異なる法の領域においては、おそらく異なる方向があり得るということを示している。

本件の公表に関しては、家族事件手続法169条2項に従い、当事者の氏名・住所および当事者を特定させるような情報の詳細を公表することを禁じる規定に従うべきものとする。ただし、専門的な出版物において、「M」というイニシャルのみを用いて公表することを禁じるものでない。

---

HH (1991) 23 ALD 58 である(ブリスベン行政控訴裁判所の1991年4月23日判決)。当事者のHHはMTFトランスセクシュアル(ポストオペラティブ)である。HHは、満60歳の誕生日が過ぎたので、社会福祉局に年金の受給を申請した(オーストラリアでは、年給支給の開始年齢は、女性については60歳、男性については65歳である)。これに対して、社会福祉局は、HHは男性であるとして年金の受給権を否定した。第1審裁判所は、HHを女性と判断した。これに対して、社会福祉局が控訴した。ブリスベン行政控訴裁判所のオコーナー裁判官らは、ポストオペラティブであるHHを女性とした。

第2の事件は、Re Secretary, Department of Social Security and SRA (1992) 28 ALD 361 である(シドニー行政控訴裁判所1992年9月4日判決)。当事者のSRAは、MTFトランスセクシュアル(プレオペラティブ)である。年金受給者Bの妻として、社会福祉局に配偶者年金の支給を申請した。社会福祉局は配偶者年金の支給を停止した。第1審裁判所は、停止措置を否定した。これに対して、社会福祉局が控訴した。シドニー行政控訴裁判所のオコーナー裁判官らは、プレオペラティブであるSRAを女性とした。

なお、オーストラリア連邦裁判所は、1993年12月1日の判決で、MTFトランスセクシュアルのうち、ポストオペラティブは女性として取り扱うべきであるが、プレオペラティブは女性として取り扱うことができない、と判断した。

## 性同一性障害と婚姻

### 第2節 司法長官対オタフフ家庭裁判所事件

(30)

ニュージーランド最高裁判所1994年11月30日判決

上に紹介したM対M事件を契機として、司法長官がニュージーランド最高裁の見解を求めたのが本件である。登録官はトランスセクシュアルからの婚姻届けを受理すべきか否かについて、最高裁の態度を明確にすることを求めたものである。司法長官は、オタフフ家庭裁判所の判決に批判を加えているわけではない。本判決は、トランスセクシュアルが再指定された性に属する者として婚姻することができる旨を認めている。本判決は、イギリスのコーベット事件判決を批判し、アメリカのMT対JT事件判決を高く評価している（以上、大島）。

司法長官は、婚姻登録官を代表して本件訴訟を提起し、ニュージーランド法に従って発生的に定められた性では同性どうしの2人の人物が婚姻しうのか否かについて（当裁判所の）宣言を求めた。それは、予定している婚姻の当事者の一方が、外科的手段、ホルモン療法またはその他の医学的な手段によって、予定している婚姻相手と異なる性になっている場合に関するものである。

パイク氏（原告側弁護士）は、登録官は裁判所の見解を明確にすることを求めているのであって、特定の立場を支持するものではないと述べた。ウルリッチ氏（司法長官、女性）は、法廷助言者（friend of the Court）として出廷し、肯定的な見解を述べた。そこで、パイク氏は反対の弁論をした。当裁判所は、同弁護士から多くの助力を受け、議論のある多くの事実を整理していただいた。ウルリッチ氏の提出した書面も同様であり、（僅かに変更を加えて）本判決の一部を構成している。本件の問題を正しく理解するためには、それら全てを読まなければならない。さらに、ウルリッチ氏の弁論に関するわたし（エリス裁判官）の分析において、

---

(30) *Attorney General v. Otahuhu Family Court* [1991] 1 NZLR 603.

パイク氏の主張に依拠している。ウルリッチ氏の弁論の核心部分を受け入れ、結果的に本判決は短くなった。

まず、登録官の提起した問題に関係する人物について理解しなければならない。いくつかの先例(M対M事件を含む)は、婚姻の当事者が別れた後に、経済的な理由から夫婦財産の分割を視野に入れて、婚姻無効判決を求めている。

ハイド対ハイド事件 (*Hyde v. Hyde* (1986 [1861-73] All ER 175)) におけるワイルド裁判長(後にペンザンス卿)の判決の引用から始めよう。英国の婚姻裁判所(Matrimonial Court)は、(合衆国の)ソルトレイク・シティーのモルモン教徒の婚姻[かつて一夫多妻制であった。—大島注]を、イギリスの離婚法のもとで婚姻と認めることができるかという問題について考察している。同裁判官は、婚姻について古典的な定義をしている(177頁)。

「キリスト教世界では、婚姻とは、1人の男性と1人の女性との間の生涯にわたる自発的な結合であると定義され、それ以外のものは全て排除される」。

われわれの1955年婚姻法は、男性・女性、あるいは夫・妻について言及していない。ただし、第2表は例外であり、近親婚の禁止について、「男性は、彼の……と婚姻することができない」。「女性は、彼女の……と婚姻することができない」と定めている。そして、「妻」および「夫」にも言及している。この法律が、暗黙のうちに、婚姻を男性と女性との結合としていることは受け入れられていると思われる。また、ニュージーランドにおいては、その結合が、キリスト教または他の宗教によって認められることは必要ではない。また、その結合は、かならずしも生涯にわたるものでなくてもよい。自発的な結合というペンザンス卿の定義に同意する。婚姻は、死亡または離婚に至るまでの男と女の間で他者を排除する結合である。

本件は、婚姻に関する「男(a man)」と「女(a woman)」の定義に関

## 性同一性障害と婚姻

するものである。

最近の科学的な発見が明らかになるまでは、もしも（婚姻の）当事者の一方の性別に疑問がある場合には、身体検査によって性別を判定することができると考えられていた。大昔から、そのように考えられていた。乳房、膣などの性器の様子が完全な証拠と考えられてきた。しかし、半陰陽の場合には、両性の特徴を持っている。しかし、これは極めて稀である。可能であれば、そのような人物を、どちらかの性に属する者とするという明白な傾向があった。しかし、証拠によれば、そのことが極めて困難な場合がある。証拠によれば、染色体が1873年に発見される（染色体という命名は1888年のことである）以前において、コモンローあるいは教会法がこのような事例をどのように処理してきたかということは明らかではない。この時期以降、生殖に関する知見は、急速に促進された。本件の口頭弁論が始まる直前にイブニング・ポスト紙は、ジョフレイ・フィッシャー博士（元カンタベリー大主教）の言葉を引用している。

「過去数百年の間に科学がわれわれに対して行ったことは、道徳上の新しい問題……を提起したことだけである」。

本件も、このような問題を提起している。

1970年代には、科学の発展によって、人のセックスまたはジェンダーについて、様々な方法で考察することができるようになった。

コーベット対コーベット事件 (*Corbett v. Corbett* [1971] P. 83) において、オームロッド裁判官は、染色体的要素、生殖腺的要素（精巣または卵巣の存在）、性器的要素（内性器を含む）、心理学的要素、内分泌学的要素または第2次性徴（体毛の分布、乳房の発達、体格および声）を列挙している。同裁判官は、妻は男性であるので、8年前に夫と妻との間で行われた結婚式は無効であると判決した。妻は、可能な全ての性再指定手術を受け、女性として適応していた。オームロッド裁判官は、104頁において、事実に関する彼の判断を述べている。

「本件における事実問題のうち、この部分についての私の結論を以下

に要約する。被告の染色体はXYであり、したがって染色体的には男性である。手術前には精巣を有していたのであるから、生殖腺の性も男性である。女性としての内性器・外性器を有していたという証拠はなく、反対に男性としての外性器を有していたのであるから、性器の性も男性である。心理学的には、トランスセクシュアルである。思春期における男性化の過程に、何らかの異常が存した可能性は否定しえないが、クラインフェルター症候群であったこと……の証明はない。社会的には（社会において被告が生活している態様を意味する）、被告は女性として生きること、ある程度成功している。被告の外見は、一見したところでは女性のように見えるが、証人席にいたところを、近くから長時間にわたって観察すれば、それほどでもない。声、マナー、ジェスチャーおよび態度は、完璧な女性を思わせる。医学鑑定人、および裁判の過程で手術後の被告の体を医学的に診察した医師達は、極めて巧妙な手術の結果、被告の体は男性よりも女性に近くなっている、と証言している。デューハースト教授は、検査後、『女性を模倣した程度には感服した』という言葉で、その見解を締めくくった。私の判断によれば、この言葉こそが、被告についての正確な表現であると思われる。個人の生物学的な性は、出生の時に確定され、それ以後は、他方の性の器官が自然に発達したとしても、あるいは医学的もしくは外科的な手段を用いたとしても、それを変更することはできない。このことは、全ての医学証人が共通して認めている。したがって、被告の手術は、真の性に対しては何の影響も与えないのである。『性転換』という語は、精密な医学的検査を行った結果、出生の時に確認された性に錯誤が存したことがわかった人々について用いるのが適切である。（略）

また、同裁判官は、106頁において、次のように述べている。

「そこで問題は、婚姻の文脈において、『女性』という言葉は何を意味するか、ということである。私は、被告の『法的な性』を一般的に決定しようというのではない。『婚姻』と呼ばれる関係は、異性間関係であ

## 性同一性障害と婚姻

ることをその基本的特徴とするものであるから、その基準は生物学的なものでなければならない、というのが私の見解である。なぜなら、最も極端な性同一性障害者であっても、あるいはホルモン・バランスが極端に女性的であっても、男性の染色体、精巣および男性器を持つ者は、子を生むことができないからである。子を生むということは、婚姻における女性の根本的な役割である。言い換えれば、法は、医師達の挙げる最初の3つの要素、すなわち染色体的性、生殖腺的性および性器的性を重視すべきなのである。これら3つの要素が一致している場合には、それに従い、外科的侵襲を無視すべきである。これら3つの要素が一致しない場合には、大きな困難が伴う。本件においては、この問題は生じていないので触れないでおくが、私は、性器の性を他の2つの性よりも重視すべきものとする。 (略) 被告は、婚姻の目的からすれば、女性ではなく、出生の時から生物学的には男性である、というのが私の結論である。したがって、1963年9月10日に行われた、いわゆる婚姻は無効である」。

この判決は、証拠および問題の性的・社会的な意味について包括的に分析している。大いに敬意を表すべきであるが、ウルリッヒ氏の陳述から明らかなように、多くの点で批判されるべきであり、批判に耐えることは、極めて難しく、わたしの見解によれば不可能である。批判は、婚姻における男性と女性の役割に関するものである。生殖能力および性交の能力は、婚姻における本質的な要素ではないと言うべきである。コモローも教会法も、前者を要求していない。他方において婚姻が完成してない（性交していない婚姻のこと—大島注）場合には、婚姻は無効であると言われてきた。しかし、そのことは、もはや法規範ではない。私見によれば、ニュージーランドの法は変わり、性的な能力から離れ、性の心理学的・社会的な側面（ジェンダー問題と呼ばれることがある）を重視してきている。

このような移り変わりは、英国以外の判例において認められており、コーベット事件におけるオームロッド裁判官のアプローチは、常に受け

入れられているわけではない。わが国の家庭裁判所は、M対M事件 (*M v. M* (1981) 8 FRNZ 208) において、また、ニュージーダー州最高裁控訴部はMT対JT事件 (*MT v. JT* (1976) 355 A. 2d 204) において、ポストオペラティブのMT Fトランスセクシュアルは婚姻することができる、と判示している。より正確に言えば、彼女らと男性の夫との間の婚姻は無効ではない、と判示している。さらに付け加えれば、[オーストラリアの] 女王対ハリスおよびマクギネス事件 (*R. v. Harris and McGuinness* (1988) 17 NSWLR 158) におけるニューサウスウェールズ州控訴裁判所の多数意見も同様の立場であった。この事件は、刑事事件であり、被告人の性別が問題となった。これらの事件などについて、ウルリッチ氏の弁論で完全に分析されている。これらの3つの事件の判決理由は、極めて説得的である。本件について判断するために指針として、コーベット事件判決を受け入れることはできないと判断する。

本件において求められている宣言は、婚姻能力に関する問題を解決するためのものであって、他の法領域、例えば刑法や相続法の領域に関する問題を解決しようとするものではない、ということを経調する必要があると考える。もちろん、そのような法領域においても、[本件と] 共通する部分があることを認識している。

他の性に属するという自己認識を持ち、そのように行為したいという如何ともしがたい願望を持つ人々がいる。そのような人々がその願望を満たすための治療および手術を受けることを社会が承認する以上、婚姻する能力を含めて、その再指定された性に基づいて機能することを、できるだけ完全に容認せざるをえない。2人の人間が、男性および女性としての性器の外見を持つ以上、それが性的な機能を有するか否かを証明する必要はない。

トランスセクシュアルが手術を終えた場合には、元の性の機能を失う。MT Fトランスセクシュアルは、陰茎および睪丸を失う。そして、膣に類似する窪みが形成される。また、乳房を整形し、男性として性的な関



## 性同一性障害と婚姻

係を持たず、妊娠させることもない。また、FTMトランスセクシュアルは、子宮と卵巣を除去され、髭が生え、声が低くなり、陰茎を形成される。女性として性的な関係を持たず、妊娠することもない。トランスセクシュアルに対して、再指定された性に属する者としての婚姻の有効性を否定しなければならない社会的・法的な利益はない。現実を承認する他はない。

有効な婚姻をするためには、発生学的な性が決定的であると主張する場合には、MTFトランスセクシュアルは女性と有効な婚姻をしようことになり、FTMトランスセクシュアルは男性と有効な婚姻をしようことになる。しかし、それは、外見的には同性婚である。

すでに述べたように、わたしはウルリッチ氏の弁論を説得的と考える。彼女の主張から、2つの文章を引用する。トランスセクシュアルが再指定された性に属する者として婚姻することを許しても、なんら社会的な悪影響はないと考える。他人、特に子供達にとっても悪影響はないと考える。現存の法秩序の枠内で適切に処理することが可能であると考えている。例えば、2人の女性が、その一方の者の子を養子する例を引用してみよう。すなわち、わたしが担当したT事件 (*Re T* (Wellington Registry, AP55/89, unreported 10 April 1992)) がそれである。子の最善の利益を優先すべきである。この事件において、わたしは、MT対J T事件 (*MT v. JT* (1976) 355 A. 2d 204) におけるニュージャージー州最高裁判所控訴部、あるいは女王対ハリスおよびマクギネス事件 (*R. v. Harris and McGuinness* (1988) 17 NSWLR 158) におけるニューサウスウェールズ州控訴裁判所の多数意見と同じ立場に立った。そして、本件の発端となったM対M事件判決におけるオービン裁判官と意見を同じくする。

宣言の形式が、注意深い弁論の対象とされた。1989年の「出生、死亡及び婚姻登録法案」においては、「特定の性に身体を合致させるための外科的・医学的な手続を経た」者の出生証明書上の性に関する変更を認める規定が用意されている。このような身体に関する要件は、適切なもの

であると判断する。そのような手続を経た者が、選択した性に属する者としての社会的および精神的な性を有しているのことに疑いはない。

### 宣 言

したがって、私は、以下のとおり宣言する。1955年婚姻法 (Marriage Act 1955) 第23条の目的に関して、特定の性に身体を合致させるための外科的・医学的な手続を経た場合には、その者がその性に属する者として婚姻することに法的な障害はない。

弁論は、登録官が疑念を持つ恐れのある実務的な側面に向けられたものであった。そのような場合には、医学的な検査をし、登録官が結論を得られるような鑑定意見を得るべきである。

## 第5章 その他の国々

カナダ、南アフリカおよびシンガポールの判例については、筆者は、判決文そのものを直接的な形で入手することができなかった。そこで、いくつかの論文から、これら3国の判決の概要を紹介することにする。

### 第1節 カナダ

カナダ人の研究者ジョンソン<sup>(31)</sup>氏の論文によって、性同一性障害と婚姻に関する部分を中心に紹介する。ジョンソン氏は、カナダのアルバータ州エドモントン市在住の法学研究者である。

トランスセクシュアリズムの定義には多くのものがあるが、マニトバ州では、次のような定義がされている。

「……解剖学的にはある性に属していながら、自己は他の性に属していると確信している者をいう。その確信は極めて強く、『自分の』のジェ

---

(31) Johnson, The Legal Status of Post-operative Transsexuals, 2 Health L. J. (1994) 159-181.

## 性同一性障害と婚姻

ンダーに相応しい身体、外見および社会的地位を得たいと切望している」(Manitoba Law Reform Commission, Report on the Revision of Birth Certificates of Trans-Sexual Persons (Winnipeg: Queen's Printer, 13 September 1976) at 7)。

### 第1款 M対M事件

M対M事件 (M. v. M.(A.)), (1984) 42 R. F. L.(2d) 55 (P. E. I. S. C.)) においては、両当事者は、ある期間は事実婚上の夫婦 (common law spouses) として、後には婚姻した夫婦 (married persons) として、13年間におよび共同生活をしてきた。両当事者が別居した後、女性配偶者は、男性として暮らし始め、ホルモン療法を受け始めた。ただし、手術はまだ行われていない。共同生活が継続していた間、定期的に性交が行われており、妻のトランスセクシュアリズムは、夫婦関係が破綻した後に明らかになった。男性は、婚姻無効判決を獲得することができた。この判決は、非常に混乱したものである。マッケイド裁判官は、コーベット事件判決を好意的に引用している。そして、妻は潜在的なトランスセクシュアリズムの特徴を有しており、婚姻することができない、と判決した。しかし、コーベット事件判決の基準をあてはめれば、妻は、女性としての生物学的な特徴を持っており、女性と判断されるはずである。同裁判官は、次のように述べている。

「わたしがトランスセクシュアルの人格を正しく理解しているとすれば、ノーマルな異性性交の能力があったとしても、そのような身体的能力の行使を事実上不可能にする人格に内在する心理学的な要素がある。そのような心理学的な要素は、当初から明白で身体機能を阻害することもあれば、当初は潜在的である場合もある。当初は潜在的である場合には、その機能を行使することは可能である。そして、実際にも行使されることがある。しかし、それが一度明白になれば、異性性交を嫌うようになり、継続的に不能になることがある。そのような不能の条件は、婚姻の当初から存在していたのである。それは、潜在的であった事情が、

時間の経過とともに明白な現実になっただけのことである。婚姻は本質的に異性愛のものであり、被告に内在する性質とは両立しえないものである」。

#### 第2款 LAC対CCC事件

LAC対CCC事件 (*L. A. C. v. C. C. C.*, [1986] B. C. J. No. 2817 (Q. L.)) においては、6年間継続した婚姻の効力が問題となった。夫はFTMトランスセクシュアル（プレオペラティブ）である。裁判官は、事実が明らかではないとして、判断することなく却下したが、次のように明確に述べている。生物学的な要素だけが人の性的なアイデンティティーを決定する要素ではない。もしも、この判断基準に従えば、被告は男性ということになり、女性と婚姻しうることになるはずであった。

#### 第3款 B対A事件

B対A事件 (*B. v. A.* (1990), 29 R. F. L. (3d) 258 (Ont. S. C. T. D.)) においては、あるFTMトランスセクシュアルが、女性と20年間におよぶ関係を持っていた。この当事者Bが家族法 (Family Law Act, S. O. 1986, c. 4, s. 29) の意味において「配偶者 (spouse)」に該当するか否かということが問題となった。Bは、子宮の切除、乳房の切除およびホルモン療法を受けていたが、陰茎の形成手術は受けていなかった。コーク裁判官は、Bは家族法の意味においては配偶者でない、と判決した。男性とみなすことができないからである。コーク裁判官の理由の核心は、ホルモン療法を中断すればBは女性に「帰る」からである。ジェンダーの転換は、元に帰りえないものでなければならない。この事件では、ポストオペラティブのトランスセクシュアルのジェンダーは、どのような場合に転換したといえるのかという法的な問題が提起されている（しかし、回答は与えられていない）。出生の際の生物学的な特徴（染色体を除く）が手術によって除去された時か、それとも再指定された性の機能しうる外性器を獲得した時か、という問題を提起しているのである。

#### 第4款 C対C事件

## 性同一性障害と婚姻

C対C事件 (C. (L.) v. C. (C.), (1992) 10 O. R. (3d) 254 (Ont. Dist. Ct.)) においては、夫がF T Mトランスセクシュアルである。オンタリオ州の裁判所は、女性とF T Mとの間の婚姻は当初から無効 (void ab initio) である、と判決した。この事件では、F T Mトランスセクシュアルは、手術は受けていたが、陰茎の形成手術を受けていない。裁判所は、当事者はまだ性を転換していない、と判断した。両当事者は同性どうしであり、性交をすることができないので、同性婚である。したがって、法的には婚姻することができない、と判断した。

### 第2節 オーストラリア

#### CおよびD婚姻事件 (インターセックスの事例)

<sup>(32)</sup>論文によって、オーストラリアの判決を紹介する。ただし、本件は、性同一性障害に関する事例ではなく、間性 (インターセックス) に関する事例である。

判決は、CおよびD婚姻事件 (*In Marriage of C. and D. (falsely called C.)*, (1979) 35 F. L. R. 340) である。夫は、真正の半陰陽 (true hermaphrodite) であり、染色体はX X型である。生物学的には男性の特徴も女性の特徴も持っている。この夫は、1967年に女性と婚姻し、1978年まで12年間共同生活をしていた。夫婦には2人の子があり、夫婦の子であると考えている。1人の子は養子であり、もう1人の子は生物学的には、妻の子であるが、夫の子ではない。夫は、数度にわたって性器を「矯正する (correct)」手術および乳房を切除する手術を受けた。したがって、外見的には男性である。妻は、夫は性交することができなかった、と証言している。

裁判所は、妻の訴を認め、婚姻無効の判決を下した。その理由として、

---

(32) Greenberg, *op. cit.*, p. 306.

妻による婚姻の合意は相手のアイデンティティーに関する錯誤に基づくものであるということを挙げた。裁判所によれば、妻は自分の婚姻相手は男性であると考えていた。しかし、実際には、男性でも女性でもない者と婚姻したのである。夫は、男性の性器と生殖腺を持っていたが、染色体は女性型であった。したがって、男性でも女性でもない、というのが裁判所の結論である。裁判所は、暗黙のうちに、性の特徴が一貫していない者（男性と女性のミックスした生殖腺、性器および染色体を持つ者）は法的には婚姻することができない、と判断したことになる。

### 第3節 南アフリカ

#### W対W事件

南アフリカのタイトツ氏の論文によって、<sup>(33)</sup>南アフリカの判決を紹介する。タイトツ氏は、南アフリカのケープタウン大学法学部の教員である。

判決は、W対W事件判決 (W. v. W. [1976] (2) SA 308 (W)) である。

この事件では、原告はMT Fトランスセクシュアル（ポストオペラティブ）であり、男性の夫に対して、不貞を理由として、離婚を請求した。医学的な証拠は提出されなかった。そのため、裁判所は、性的なアイデンティティーの問題について、原告がかつて生物学的には男性であり、性転換手術を終えているという事実だけに基づいて判断をしなければならなかった。原告は、性転換の場合に出生証明書の性別表記を変更することができるという法律の規定に基づいて（1963年の法律第81号「出生、婚姻及び死亡登録法」の第7条B項 (S 7B of the Births, Marriages and Deaths Registration Act 81 of 1963)), 出生証明書の性別表記を女性に変えていた。原告は、これが、彼女の性的なアイデンティティーの証拠

---

(33) Taiz, The Legal Determination of the Sexual Identity of a Post-Operative Transsexual seen as a Human Rights Issue, *Med. Law* (1989) 7: 467-474.

## 性同一性障害と婚姻

であると主張した。

ネスタット裁判官は、出生登録は性的なアイデンティティーの絶対的な証拠ではない、とした。出生登録の記載は、一応の証拠 (prima facie proof) でしかないというのである。本件においては、かつての生物学的な性を変更する登録が認められたという原告の提出した証拠は、それを証明するものとしての価値はない、とされた。この学識ある裁判官は、コーベット事件判決を南アフリカに適用し、原告は性転換にもかかわらず法的には男性である、と判断した。したがって、婚姻は当初から無効である、とされた。

### 第4節 シンガポール

アメリカの論文によって、<sup>(34)</sup>シンガポールの判決を紹介する。

判決は、イン対エリック事件判決である (Lim Ying v. Hiok Kian Ming Eric [1991] SLR Lexis 184)。

原告である女性は、夫がF T Mトランスセクシュアル (ポストオペラティブ) であるという事実を知らずに婚姻した。妻は、「夫」は生物学的には女性であり、性交をすることができないという理由で、婚姻無効訴訟を提起した。シンガポール最高裁判所 (the Singapore High Court) は、婚姻無効判決を与えた。裁判所は、シンガポール婚姻法の目的における男性の定義を中心として分析をした。同裁判所は、トランスセクシュアルに手術後の性的アイデンティティーを認めた諸判決を批判した。この判決は、コーベット事件判決を肯定的に引用している。そして、出生の時に判定された性が婚姻の目的に関しても適用され、その後の医学的な介入を無視するとした。

---

(34) Greenberg, *op. cit.*, p. 306.

第6章 お わ り に

本稿では、同性婚については、一応、視野の外に置いている。仮に、伝統的な考え方に従い、同性婚は法的に認められないという前提に立っておくことにする。

ポストオペラティブのトランスセクシュアルに対して、再指定された性に属する者として婚姻を認めず、出生の時の生物学的な性に固執する場合には、出生の時の生物学的な性に基づく婚姻を認めざるをえないであろう。

ところで、性同一性 (Sexual identity) と性的指向 (sexual orientation) とは別のものである。したがって、例えば、MT Fトランスセクシュアル (出生の時の生物学的な性は男性) が、女性との婚姻を望むという場合がある (この者は、精神的にはレズビアンである)。出生の時の生物学的な性に固執する場合には、このような婚姻を認めざるをえないであろう。

反対に、F T Mトランスセクシュアル (出生の時の生物学的な性は女性) が、男性との婚姻を望むという場合がある (この者は、精神的にはホモセクシュアルである)。出生の時の生物学的な性に固執する場合には、このような婚姻も認めざるをえないであろう。

現に、アメリカでは、そのような婚姻が認められた例が2つ報告されている。これら2例は、いずれもMT Fトランスセクシュアルでプレオペラティブの例である。

第1節 ポール・スミスの事例 (オハイオ州の事例)

すでに紹介したように (第3章, 第6節, 第1款で紹介したラドラッチ事件参照), オハイオ州検認裁判所は, トランスセクシュアル (ポストオペラティブ) が再指定された性に属する者として婚姻することを, 否定した。その後, オハイオ州検認裁判所は, 次のような婚姻を認めるこ



## 性同一性障害と婚姻

とになった。

ポール・スミス (MTFトランスセクシュアルでプレオペラティブ) は、レズビアンである (性的指向は同性愛である)。オハイオ州検認裁判所の1999年の判決は、彼女が、女性と婚姻することを許可した。ポールは、女性の服装をし、名前を法的にデニーズに変えようと計画しており、性再指定手術を受けようと計画している。しかし、彼女は、法的に女性と婚姻をすることができる。彼女の婚姻を許可した裁判官は、このカップルが「歩き回り、吹聴して回り、州の婚姻可能性の定義に対して挑戦し続けるであろう」という事実について、何もコメントしなかった。<sup>(35)</sup>

### 第2節 ユタ州の事例

上のスミスの事例と類似した事例が、ユタ州でも起こっている。レズビアンであるMTFトランスセクシュアルが、同性婚を禁じているユタ州において、女性と婚姻することが認められた (Afi-Odelia E. Scruggs, Tying Legalities into Tangled Knot, Plain Dealer (Cleveland), Oct. 7, 1996 at 1B. see Michael Vigh, Transsexual Weds Woman in Legally Recognized Union, Salt Lake Trib. Feb. 5, 1999 at 1C).<sup>(36)</sup>

### 第3節 伝統的な立場の難点

上の2つの事例においては、当事者はいずれもプレオペラティブであるが、仮にポストオペラティブであっても、同じ判断をしたとしてみよう (オハイオ州検認裁判所はそのように判断した)。再指定された性に属する者としての婚姻を認めない場合には、上の2つの事例のように、外見上の同性の者どうしのように見えるカップルの婚姻を法的に認めざるを得ない。このことは、トランスセクシュアルについて、再指定された性に属する者として認めない伝統的な立場の難点の1つである。

---

(35) Greenberg, *op. cit.*, p. 303.

(36) Greenberg, *op. cit.*, p.268 において紹介されている。

〔付記〕 脱稿後、リトルトン対プランジ事件 (*Littleton v. Prange*) 事件 (テキサス州控訴裁判所1999年10月27日判決) を知った。この事件では、クリスティー・リトルトンがMTFトランスセクシュアル (ポストオペラティブ) であり、夫ジョナサン・リトルトンと婚姻している。妻は、医師プランジの医療過誤によって夫が死亡したとして、医師を被告として損害賠償請求の訴えを提起した。これに対して、医師は、クリスティー・リトルトンは男性であり、リトルトン夫妻の婚姻は無効であり、したがってクリスティー・リトルトンは生存配偶者としての訴訟当事者適格を欠いている、と主張した。

原審も、控訴審も、MTFトランスセクシュアル (ポストオペラティブ) である妻クリスティーは男性であり、婚姻は無効である。したがって、生存配偶者としての訴訟当事者適格を欠く、と判示した。