

スペイン法における性転換の取扱

大島 俊之

目次

I はじめに

1 性転換とは

(1) 間性

(2) 変性症

2 日本法の概要

(1) 判例

(2) 学説

3 外国法の概要

(1) 特別立法をしている国

① スウェーデン法

② ケベック法

③ ドイツ法

(2) 特別立法をしていない国

- II 序論
- III 初期の行政判断および判例
- IV 最高裁の新しい判例
- V 学説
- VI カンテロ教授の見解
- VII おわりに

I はじめに

最初に責任の所在を明らかにしておく。本稿のうち、「Iはじめに」、「VIIおわりに」および「注」は、すべて大島が独自に執筆した部分である。それ以外の部分は、スペインのサラゴサ大学のガブリエル・ガルシア・カンテロ教授の「スペイン…性転換と法廷」という論文の内容を大島が翻訳・紹介したものである（Gabriel Garcia Cantero, *Spain: Sex change and the courts*, 29 *Journal of Family Law* 425 (1990-91)）。同教授の論文には、幾つか脚注が付けられているが、本稿では、すべて本文中の中に入れた。

1 性転換とは

まず、「性転換」という言葉の意味を明らかにしておくべきであろう。この語は、医学上も、法学上も、必ずしも学問的な用語ではない。しかし、一般には、この語は、出生の際に確認された性とは異なる外観を作り出すこと（あるいは自然にそうなること）を意味するものとして、用いられている。このような意味における性転換が問題となる場合としては、間性と変性症の場合とがある。

(1) 間性

間性（一般には、「半陰陽」という語がよく用いられるが、正確には、半陰陽は、間性に含まれる一つのカテゴリにしか過ぎない）というのは、例えば、ターナー症候群、クラインフェルター症候群、XXXXY症候群、真正半陰陽、男性仮性半陰陽あるいは女性仮性半陰陽などのような生物学的レヴェルにおける性分化の異常をいう。このような間性の場合には、形態的あるいは機能的にどちらかの性により近づけるために、内分泌学的療法が施されたり、生殖器の形成手術がなされたり、生殖腺の摘出手術がなされたりすることがある。その際、出生当時に決定された性とは異なる性に近づけるときには、性転換の問題が生じることになる。ただし、わが国の医学界においては、手術に際しては、染色体の構成や生殖腺の状態よりも、戸籍に記載されている性、本人・家族の希望する性（戸籍上の性と一致することが多いようである）を重視すべきものとされているようである（木川源則編『半陰陽のすべて』一七六頁以下参照）。したがって、間性の場合であっても、性転換の問題が生じることとは、それほど多くはないと思われる。

(2) 変性症

変性症（性転換症あるいは性転向症などとも呼ばれる）とは、肉体上の性分化においては異常がなく、かつ、本人も自己の肉体の性については覚知しておりながら、しかも、人格的には、意識的にも無意識的にも、自分は肉体の性とは異なる性に属していると、確信している症候群をいう（服装倒錯、同性愛あるいは精神病などと混同してはならない）。つまり、変性症とは、精神医学レヴェルにおける性的同一化の異常である、ということができよう（ただし、精神医学界の現状においては、変性症の原因について、確立した見解は存しないようであり、内分泌学的原因あるいは生理学的原因を想定する見解もある。小此木啓吾・及川卓「性別同一性障害」（現代精神医学大系

8 人格異常・知的異常）参照）。現在のところ、このような変性症に対しては、内分泌学的療法、心理療法あるいは精神医学的療法は効果がない、と言われている。そこで、変性症者の望む性的外観を与えるために、治療行為として外科手術がなされる場合がある（ただし、治療行為として、外科手術を認めるべきか否かについては、医学界においても、見解が分かれているようである）。このような外科手術がなされた場合には、性転換の問題が生じることになる。

一般にいう性転換とは、広義においては、右の間性および変性症の双方の場合を含むが、狭義においては後者のみをいう。

2 日本法の概要

(1) 判例

①東京家裁昭和三八年五月二七日審判（判例集には登載されていないが、田中加藤男「戸籍訂正に関する諸問題の研究」司法研究報告書一六輯三号二五六頁に引用されている）。この事件では、男性仮性半陰陽であった者の戸籍を、「長女」から「長男」に訂正することが許可された。

②東京地裁昭和四四年二月二五日判決（判例時報五五一号二六頁、判例タイムズ二二三号二三一頁）。

③東京高裁昭和四五年一月一日判決（高刑集二三巻四号二五九頁）。②および③は、同一の事件に関する刑事裁判である。この事件では、変性症者の睾丸摘出手術をした産婦人科医に対して、優生保護法二八条違反による刑事責任が追求された。②および③ともに、有罪とした。

④名古屋高裁昭和四四年一月八日決定（家裁月報三三巻九号六一頁）。この事件では、性転換手術を受けた者

の戸籍の「二男」から「長女」への訂正が申し立てられたが、認められなかった。

⑤さらに、柳澤千昭「ある名の変更、戸籍訂正事件の審判——性のさすらい人事件の顛末」（判例タイムズ四七七号四四頁）には、柳澤判事が自分の担当した事件（最終的には申立が取り下げられた）の顛末を報告している。この事件は、性転換手術を受けた者が、自分の戸籍の「二女」から「二男」への訂正と、名の変更を申し立てた。なお、この者は、結婚式を挙げて女性と同居している。

(2) 学説

学説においては、右に紹介した②③の刑事事件について、刑法学者による評釈がある。富田孝三・ひろば二三巻五号二〇頁、植松正・判例評論一二九号二七頁（判例時報五六九号一二四頁）、町野朔・続刑法判例百選二五八頁、高木武・洋法一三巻一号一三五頁、金沢文雄・判例タイムズ二八〇号八九頁、高島学司・医事判例百選二〇二頁。その他には、次のようなものがある。

大島俊之「性転換と法——戸籍訂正問題を中心として」判例タイムズ四八四号（一九八三年）〔以下では、「大島・前掲(1)」として引用する〕。

大島俊之「性転換と婚姻」大阪府立大学経済研究二八巻三号（一九八三年）〔以下では、「大島・前掲(2)」として引用する〕。

大島俊之「性転換と戸籍訂正」法律時報五五巻一号（一九八三年）〔以下では、「大島・前掲(3)」として引用する〕。

大島俊之「ケベック法における氏・名・性別」大阪府立大学経済研究三五巻四号（一九九〇年）〔以下では、「大島・前掲(4)」として引用する〕。

3 外国法の概要

(1) 特別立法をしている国

① スウェーデン法 スウェーデンにおいては、「一九七二年四月二一日の特定の場合における性の確認に関する法律 (Lag 21 april 1972 om fastställande av Könstillhörighet i vissa fall, S F S nr 119)」が制定されている。この法律は、合計八か条の短いものであるが、紙幅の都合上、冒頭の三か条のみを紹介する (Petit, L. *ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel*, Rev. trim. dr. civ. 1976, 295 のフランス語訳から重訳した)。

第一条 ① 若き頃から、公の登録簿に記載された性には属さないと感じ、長期間そのように行動し、将来においてもそのような性的役割に従って生活するであろうことが推測される者は、申立によって、他方の性に属することの確認を求めることができる。

② 本条に基づく確認は、申立人が満一八歳以上であり、かつ、断種又はその他の理由によって生殖が不可能である場合に限り、有効である。

第二条 ① 性器の異常により、性的帰属に疑問の余地がある者は、自己の欲する性が、性器の成長と合致している場合、自己の欲する性によりよく合致させるために異常の矯正をなしうる場合、又はその矯正が不可能な場合には、自己の欲する性が自己の肉体の全体的構造によりよく合致するときは、第一条と同様の確認を求めることができる。

② 満一八歳以上の者、および満一八歳未満であっても後見に服していない者は、第一条と同様の申立をすることができる。その他の場合には、申立は、後見人によってなされなければならない。申立が、満一二歳以上の子に關

するものである場合には、確認は、子の同意があるときに限り、有効である。

第三条 第一条および第二条に基づく確認の申立は、婚姻していないスウェーデン市民に限り、これをなしうる。以上のように、スウェーデン法においては、変性症の場合には第一条によって、間性の場合には第二条によって、法的性の訂正をする途が開かれているのである。なお、スウェーデン法の詳細については、大島・前掲(1)を参照。

②ケベック法 ケベックにおいては、一九七七年制定の「氏名及びその他の身分事項の変更に關する法律 (Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil)」が存在する。この法律は、合計二五か条であり、そのうち性転換に關連するのは第一六条から第二二条まで合計七か条の規定である。紙幅の都合上、重要な二か条の規定のみを紹介する。

第一六条 本款は、一年以上ケベック州内に居住する成年のカナダ人で婚姻していない者が、性的外觀を変更することを目的とする医学的処置又は性器の構造を変更する外科手術を受けて成功した場合に、適用する。

第一七条 第一六条に規定する者は、司法大臣に対する請求によって、身分証書に、性別の表示及び名の変更を記載することを請求することができる。

以上のように、ケベック法においては、変性症の場合に第一六条および第一七条によって、法的性の訂正をする途が開かれている。なお、ケベック法の詳細については、大島・前掲(4)を参照。なお「付記」を参照。

③ドイツ法 ドイツにおいては、「一九八〇年九月一〇日の特定の場合における名の変更および性の確認に關する法律 (Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besondere Fällen, vom 10. September 1980, BGBl 1654)」が制定されている。この法律は、「変性症法 (Transsexuellengesetz—TSG)」と略称されている。この法律は、合計一八か条からできているが、重要な二か

条の規定を紹介する。

第一条 ①変性症的特徴によって、もはや出生登録簿に記載された性には属さず他方の性に属しており、かつ、三か年以上その外観に対応した生活を余儀なくされている者は、次の場合には、申立によって、裁判所による名の変更を求めることができる。すなわち、

- 1 その者が、基本法のいう意味において、ドイツ人であり（略）、
- 2 他方の性に属することがもはや変わらないであろうということが高い蓋然性をもって推測され、かつ、
- 3 その者が二五歳以上である場合。

② 申立人は、将来用いようとする名を申立の際に表示しなければならない。

第八条 ①変性症的特徴によって、もはや出生登録簿に記載された性には属さず他方の性に属しており、かつ、三か年以上その外観に対応した生活を余儀なくされている者は、次の場合には、申立によって、他の性に属するものとみなす旨の裁判所による確認を求めることができる。すなわち、

- 1 第一条第一項の第一号から第三号までの要件を満たしており、
- 2 婚姻しておらず、
- 3 継続して生殖が不可能であり、かつ、
- 4 性の外観的特徴を変更する外科的手術を受け、それによって他の性の外観に明白に近似する程度に至っている場合。

② 申立人は、将来用いようとする名を申立の際に表示しなければならない。ただし、申立人の名が第一条に基づいて、すでに変更されている場合は、この限りでない。

以上のように、ドイツ法においては、第一条によって名だけを変更するという方法と、第八条によって名と法的性の双方を変更するという方法とが用意されている。ドイツでは、前者を「小解決 (Kleine Lösung)」といひ、後者を「大解決 (große Lösung)」と呼ぶ。なお、ドイツ法の詳細については、大島・前掲(1)を参照。

(2) 特別立法をしていない国

やや古くなってしまったが、フランスの判例について詳細に紹介したものととして、大島・前掲(1)がある。また、オーストリアの学説については、大島・前掲(2)参照。以下で紹介するスペインでも、性転換に関する特別法は制定されていない。

それでは、いよいよ、カンテロ教授の論文の内容を紹介する。

II 序論

スペインでは、ごく最近まで、性転換の法的効果は問題とされなかった。それは、かつて、性転換には刑罰が課される恐れがあったこと (Diez Del Corral, *La Transsexualidad y el Estado Civil*, Anyario de Derecho Civil, 1060 (1981))、および民法が性転換を予想していなかったという二つの事情によるものであろう。しかし、当初こそ躊躇したもの、一九八九年三月三日の最高裁判決は、変性症を認めた。

この最高裁判決は、次のように述べている。性は、人の私法的身分の一部であり、出生に立ち会った医師によって発行される出生証明書に記載される人の基本的特徴である。人の性は、私法的身分に関する不変の要素であり、錯誤があった場合、または変更を命じる裁判があった場合にのみ変更することができる(一九五七年の私法的身分の登録に関する法律の四一条、四四条、九二条および九三条、および一九五八年の規則の一六三条、一七〇・七二

条および二四九条参照)。

出生証明書に記載された性を変更するには、二つの方法がある。第一は、司法大臣に請求するという方法である。私法的身分の登録は、行政的機能であるからである。第二は、裁判所に訴えるという方法である。裁判所は、私法的身分に関する全ての事項について裁判する権限を持っており、出生証明書に登録された性の変更を命じることができるからである。

Ⅲ 初期の行政判断および判例

一九七〇年代後半および一九八〇年代前半において、変性症者は私法的身分上の性を変更することができるといことが問題とされた。しかし、この問題について、満足のいく解決はもたらされなかった。

一九七九年六月九日の司法大臣決定 この事件は、エドアルドという名で、男性として登録されている人物に関するものである。エドアルドは、婚姻し、二人の娘をもうけた。娘達が成年に達した後、エドアルドは、女性になるために性転換手術を受けた。そして、彼は、「アソンプション」という名への変更を請求した(この名は、スペインでは、男性も女性も使用する名である)。司法大臣は、「一九五七年の私法的身分の登録に関する法律の」⁽¹⁾ 五四条は混乱を生じさせるような名を禁止しているとして、この請求を棄却した(しかし、この理由付けは、スペインにおいては説得的ではない。なぜなら、スペインにおいては、男性・女性の双方に用いられる名が存在するからである。なお、後に紹介する一九八一年五月二二日の決定によって、この原則は廃止された)。

一九八〇年三月九日の最高裁判決 この事件においては、原告は、出生証明書には男性と記載されているが、青年期以降、自分は女性であると感じていた。そして、一九七五年にオランダで性転換手術を受けた。その結果、

彼は、私法的身分の変更を請求した。第一審では、彼の請求は認められたが、控訴審は、これを覆した。最高裁は、原告の請求には根拠がないと判示した (Diez Del Corral, *op. cit.*, at 1077 参照)。

一九八一年五月二二日の司法大臣決定　これは、エドアルドからアンソンプションへの名の変更を請求して棄却された者に関する二度目の決定である。今回、彼は、トリニダードという名を使用する許可を与えられた。司法大臣は、一九七九年決定の理由を破棄し、一九五七年法の五四条は、男性・女性の双方に使用される名、例えばトリニダードのような名には適用されない、と述べた。

一九七九年のマラガ第三法廷判決　この判決は、スペインにおいて、はじめて、変性者というものの存在を認めたものと言われている。この判決については、上訴がなされず、確定した。そして、この判決は、公表されていない (この判決は、Diez Del Corral, *op. cit.*, at 1088 に引用されている)。

この最後の判決を唯一の例外として、その他の決定・判決は、性転換に伴う法的問題について考慮していない。そして、外科手術の結果として、人は、出生証明書に記載された性の変更を求める権利があるか否かという問題は、未解決のまま残されていた。名は、人物の同一性を識別するのに便利な氏名の一部分である。曖昧な名の使用を許可するという方法は、巧妙なものではあるが、根本問題を解決するものではない。一九八七年以降、最高裁は、それとは異なる道を歩み始めた。

IV 最高裁の新しい判例

一九八七年六月二日判決　アントニオという人物は、ラスパルマスで生まれ、男性として登録された。しかし、彼は、心理的には女性であると感じて、ロンドンで手術を受けた。彼の請求は、第一審で認められたが、控訴審で

否決された。彼による上告は、問題の特異さのゆえに、一三人の裁判官で構成される大法廷で審理された。九対四で、控訴審の判断が維持された。

最高裁は、変性症の問題については、立法が必要であるとした。しかし、問題解決は、裁判所でもできるとした。染色体で決定される性は不変である。世界には、外科手術を受けた者は性を変更したものであると承認する国もある。しかし、この変更は、フィクションである。したがって、本件において性転換をした人物は「いわゆる女性」であり、名を変更する権利を持つが、結婚する権利は持たない、と判示した。この事件では、一九五七年の私法的身分の登録に関する法律は適用されない、と判示された。そして、スペイン法の欠陥は、民法六条が規定しているように、判例法によって補充すべきである、とされた。

一九八八年七月八日判決 憲法一〇・一条が個人の人格の自由な発展の権利を宣言して以来、性転換を目的とする手術の課罰可能性の除去が、叫ばれるようになった。裁判所は、人格の発展にとって、心理的性が重要であることを強調した。この事件では、問題の人物は、染色体の構成上は男性である。しかし、心理的には女性と感じていた。生物学的性は不変であるが、裁判所は、性転換を認めた。

一九八九年三月三日判決 この事件において、男性として登録されている問題の人物は、五歳の頃から、女の子の遊びを好むので男の子の友達からは仲間とみなされていなかった。その後、一八歳の頃から、女性の服装・マナーで、芸術家としての道を歩み始めた。そして、二三歳のときに性転換手術を受けた。最高裁は、これまでの判決に従った。この判決は、次のように述べている。二つの性しかなく、人はどちらかの性に属さなければならない。その際、個性の発展にとって決定的に重要なものとして心理的ファクターを考慮しなければならない。本件において、名の変更を拒絶することは、憲法一〇・一条の規定する個性の自由な発展に対する重大な侵害とならう。しか

し、女性として行った婚姻は無効である。

V 学説

わずかの例外を除いて、スペインの学説は、新判例に批判的である(例えば、Angel Yaguez, *Transsexualidad y Cambio de Sexo*, 4 La Ley 1987, 166; Diez Del Corral, *Estado Civil y Sexo, Transsexualidad*, 2 *Actualidad Civil* 2135 (1987); Gordillo Cañas, *Comentario a la S. de July 1987*; Cuadernos Civitas de *Jurisprudencia Civil* 4721 (1987))。一九八七年判決の時点においては、とくにそうであった。しかし、このような学説の批判は、最高裁に影響を与えなかった。最高裁は、この一九八七年判決の立場を、一九八八年判決においても、一九八九年判決においても維持している。

一九八七年判決は、多くの評釈の対象とされた。ある学者によれば (Diez Del Corral, *op. cit.*, at 2151) 最高裁は、これと同一の議論を用いて、一九八〇年三月七日判決においては請求を拒絶した、と言われている。

判決の宣言的性質が批判されている。なぜなら、仮に、判決に遡及的効力を認めるとすると、その人物のかつての婚姻が無効になることになる。また、医学的干渉の結果としてもたらされた性によって、不確実・無制限な結果を生じさせたことが、とくに批判されている。例えば、男から女への変更の時期はいつかとか、性の逆戻りの可能性があるということなどである。さらに、いわゆる性転換問題の基本は肉体的な異常であり、人工的な外科手術の結果を考慮することは問題である。私法的身分に関する国際委員会は、この問題についての立法をすることに反対している。判例に批判的な学説は、自己の立場を支持するものとして、これを引用している。

VI カンテロ教授の見解

おそらく最も重要な学説は、ゴルディオロ教授による考察であろう (Gordillo Cañas, *op. cit.*, at 4736)。彼は、変性症を「反対の性に属するという抗しがたい感情、自分自身の性の否定、そして、性器の外形を変更したいという強迫的な願望」と、定義している。スペイン法は、一九八〇年のドイツ法の「小解決」を採用した。⁽²⁾ なぜなら、変性症者に対して婚姻の可能性を認めなかったからである。この解決は、ストラスブルにあるヨーロッパ人權裁判所におけるリーズ (Rees) 事件やコシー (Cossey) 事件の解決と類似している。変性症の問題についての司法的解決を見いだす出発点は、人間の尊重でなければならない。私法的身分は人間のために作られたのであって、人間が私法的身分のために作られたのではない。しかし、変性症が病気であるとしても、外科的手術は、きわめて表面的なものであり、治療といえるか。人間的視点からすれば、変性症者に対して寛大になるべきであろう。しかし、法的視点からは、人の私法的身分の決定に関しては、確実・客観的な科学的データが絶対的である。外科手術は、性の外部的なファクターにしかすぎず、人格はより深い。結論として、この問題の重要性からして、司法的に性の変更を認める前に、まだまだ考察を必要としていると考える。

しかし、学説の反対にもかかわらず、性転換手術を受けた変性症者は、スペイン法においては、出生証明書に登録された性の変更を認められている。このような人物が婚姻する権利を認められる恐れさえ出てきた。

VII おわりに

カンテロ教授の論文は、英語で執筆されており、全文でわずか五頁の論文である。しかし、この論文によって、

スペイン法における性転換問題の取扱の概要が明らかになった。スペインには、現在、性転換に関する特別法が存在しない。また、現在のスペイン最高裁は、外科手術をした変性症者の名の変更および出生証明書上の性別の記載の変更を認めている。ただ、現状では、変性症者は新しい性に基づいての婚姻は認められないが、将来的には、その可能性があるようである。

次に、カンテロ教授の個人的見解について。教授自身の立場は必ずしも明確ではないが、名の変更だけを認めて、法的性の変更とか、新しい性に基づく婚姻には反対の立場のように思われる。しかし、筆者（大島）は、このような立場を支持することはできない。

(1) カンテロ論文からは、この五四条がどの法律の条文なのかは明らかではないが、大島の判断で、「一九五七年の私法的身分の登録に関する法律の」という部分を付加した。

(2) カンテロ教授によるドイツ法の理解には、問題があるように思われる。ドイツにおいて「小解決」というのは、名の変更だけをして、法的性の変更をしない場合を意味するのであって、婚姻が可能か否かによって区別しているのではないと考えられるからである。

(付記) 本稿脱稿後の一九九一年二月一八日に「ケベック民法」が成立した。性転換については、その第一編人、第三章人格権の要素、第一節氏名、第4款性別記載の変更の中に、第七一条から第七三条の規定が置かれている。紙幅の都合上、最も重要な冒頭の規定のみを紹介する。

第七一条 ①性器の構造的変更又は性的外観を変更することを目的とする医学的・外科的措置を受けて成功した者は、出生証書中の性別の記載の変更、及び希望するならば、名の変更を請求することができる。

②成年者であり、婚姻しておらず、一年以上ケベック州内に居住しており、かつカナダ国籍を有する者に限り、前項の請求をすることができる。