

イギリス法における法的性別の決定基準
——性別を理由とする婚姻無効の裁判例を中心に——

家永 登

目 次

- 1 イギリス法における性別
- 2 スコットランドの判例
 - (1) X Petitioner (X Ptr) 判決 (1957年、スコットランド)
 - (2) Ewan Forbes-Sempill 判決 (1968年、スコットランド)
 - (3) Corbett v Corbett (otherwise Ashley) 判決 (1970年)
- 3 W v W判決 (2001年)
- 4 欧州人権裁判所判例からジェンダー承認法 (2004年) へ
 - (1) Goodwin v UK事件欧州人権裁判所判決 (2002年)
 - (2) Bellinger事件貴族院判決 (2003年)
 - (3) 2004年ジェンダー承認法 (GRA 2004)
 - (4) 小括

1 イギリス法における性別

(1) イギリス家族法¹⁾において性別の決定が問題となるのは、出生時の判定に基づいて出生登録に記載された性別が「誤り」であったとして出生登録の性別記載の変更を求める事件と、婚姻当事者が「男と女」ではなかった（同性であった）として婚姻の無効を主張する事件の2場面が典型である。その他には、婚姻完成能力（consummation）の有無（すなわち婚姻取消の可否）に関する事案や、爵位や財産の承継に関して男女の別が問題となった事案も存在する。

(2) 出生登録における出生子の性別について、イギリスの現行法である1953年出生・死亡登録法（Births and Deaths Registration Act 1953）2条によれば、子の出生に際して登録義務者（父母ら）は出生から42日以内に登録の義務を負う。登録すべき事項は、出生の日時・場所、子の名・氏・性別（sex）、親の氏名・住所および親の出生の日時・場所などとなっており、性別の登録が必要とされている²⁾。出生子の性別が不明確な場合の出生登録に

1) 一般的にイギリス法（“English law”）は“England and Wales”の法を指すところ（田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）295頁）、本稿に関してはScotlandの事件および欧州人権裁判所に“UK”政府が訴えられた事件も重要な役割を果たしているが、本稿では便宜的にそれらも含めてイギリス法と総称し、Scotlandの事件、“UK”（United Kingdom）関係の事件はその旨を特記する。

2) 英国王子Baby Prince Georgeの出生証明（birth certificate）がDaily Mail紙（2013年8月5日付）に掲載されているが、そこには“sex”を記入する欄がある（http://i.dailymail.co.uk/i/pix/2013/08/02/article-2383616-1B1DE0B1000005DC-985_964x1000.jpg）（2017年5月17日閲覧）。また、ABCニュース（2015年5月6日付）に掲載されたシャーロット王女の出生証明では、2015年5月時点でも性別記載欄が存在する（<http://www.abc.net.au/news/2015-05-06/princess-charottes-birth-birth-certificate/6447701>）（2017年5月17日閲覧）。

については、内務省報告書によれば、「民事登録に関して、政府は困難な状況においては柔軟な対応を認めてきた。インターセックスの子の出生証明の発行は延期することができるし、また後日修正することもできる」という取り扱いがなされている。ただし、「性別未確定」とする出生登録が可能なのか、可能だとしたら、いつまでに性別を追完すればよいのかは残念ながら判らなかった。³⁾⁴⁾

一般論としては、出生時に登録された性別は出生時の状態を登録したものであるから原則として変更することができず、とくにトランスセクシャルの者の性別変更はCorbett判決以来の判例法によって認められなかったが（第2章（3）を参照。ただし2004年ジェンダー承認法（第4章（3）を参照）で変更された）、他方で、両性具有者ないしインターセックスの者による出生登録の性別を変更する申立ては比較的容易に認められてきた。しかし、イギリス法の下で両性具有ないしインターセックスを理由として性別変更が認められるためには、その証拠を確保しておかなければならないこと、および最終的には男女いずれかに属さなければならぬことが指摘されている。⁶⁾

3) P. -L. Chau and J. Herring, "Defining, Assigning and Designing Sex" International Journal of Law, Policy and the Family, 16 (2002) p. 345, and p. 361 n. 130に引用された Home Office (2000) at para 3.6.3.（筆者は未見）。

4) P. -L. Chau and J. Herring, "Men, Women, People: The Definition of Sex" in B. Brooks-Gordon et. al. ed., SEXUALITY REPOSITIONED: DIVERSITY AND THE LAW (Hart, 2004) p. 201, n. 47は、この内務省報告書が、インターセックスの子の出生登録は子の性別が判明するまで延期することへの寛容さ（willingness）を示していると述べる。

5) BBC Newsによれば、2013年11月にドイツは「出生時に＜性別未確定＞の登録を認めたヨーロッパで最初の国になった」旨の見出しとともに、「両性の性質を有する子については、出生登録に際して、男（male）でも女（female）でもない登録を認めることになった」旨の記事が掲載されている（<http://bbc.com/news/world-europe-24767225>）（2017年5月17日閲覧）。

6) Chau and Herring, op. cit., n. 3, p. 345. なお、Independent紙によれば、染色体は男、外性器は女、性器官は両性という状態で生まれ、女として出生登録された者に対して、

(3) なお、性器官が非定型な状態で出生した子の呼称については、インターセックス（間性、中間型：intersex）、第3の性（third sex）、無性（no sex）、非典型（atypical sex）、両性具有（hermaphrodite）、半陰陽（pseudo-hermaphroditism）、性別未確定（性別未定、性別不詳：undetermined sex, indeterminate sex）、さらにはDisorders of Sex Development（DSD：性分化疾患）、Variation of Sex Development（VSD：性分化多様性）など、論者の主観に応じて様々な名称があてられる。引用の場合には原文に忠実に訳したが、その他の場合には原則として「性別未確定」を用いることにした。このような「性別未確定」の状態で生まれる子の数について正確な統計はないようであるが、少なく見積もって新生児1500人につき1人は外性器から性別判断ができない、新生児1000人に1～2人が性器修復手術を必要とし、1000人に17人が手術は不要だがインターセックスに分類される、世界人口の4%はインターセックスに分類されるなどの数値が示されている。⁷⁾

(4) 法的な性別を理由とする婚姻無効のリーディングケースは、性転換手術を経て社会生活上は女性となった者（被告）と婚姻した男性（原告）が⁸⁾、当該婚姻の当事者が「男と女」でないことを理由として婚姻無効を申し立て認められたCorbett判決（1970年）であるとするのが一般的である。⁸⁾ Corbett判決は高等法院（High Court）の検認・離婚・海事部（Probate, Divorce and Admiralty Division [現在のFamily Division]）における下級

ニューヨーク市当局が出生登録の性別記載を「男（male）でも女（female）でもなく『インターセックス』とする（read intersex）」ことを認めたため、同人はそのような出生登録を得た最初のアメリカ人となった旨を報じているが、身分登録に具体的にどのような記載がなされたのかは記事からは明らかでない（<http://www.independent.co.uk/news/world/americas/first-intersex-certificate-issued-us-55-year-old-trans-lgbtqi-sara-kelly-keen-an-a7501501.html>）（2017年5月17日閲覧）。

7) Chau and Herring, op. cit., n. 3, pp. 332-3.

8) S. Gilmore, “Corbett v Corbett—Once a Man, Always a Man?” in S. Gilmore et al. ed., LANDMARK CASES IN FAMILY LAW (Hart, 2011) p. 47 ff. など。

審裁判例であるが、判決を下したOrmrod裁判官が医師の資格を有し医学界でも著名な人物だったこともあり、法的な性別に関する先例として長く影響を及ぼしてきた。しかし、同判決は法律上の性別決定に際して生物的要素をきわめて重視する反面で、心理的、社会的要素を軽視しており、また、子どもの福祉や成長した子ども自身の意思・意向を尊重していないなどとして、多くの異議も唱えられてきた。さらに同判決が前提とした性分化に関する生物学的知見もその後発展を遂げており、Y染色体の存否および性器を最重要の基準として出生時に人の性別は決定され、その後は変更できないとした同判決の結論は、その前提である生物学的基準自体の当否も今日では疑問視されている。

(5) 現在では、1990年に発見されたSRY遺伝子（性決定遺伝子）こそがヒトの性分化のプロセスを発動させる契機であることが知られている⁹⁾。SRY遺伝子は通常はY染色体上に存在するが、Y染色体上に存在しない場合や、他の染色体上に転位している場合もある。さらにSRY遺伝子によって（胎児初期には中性的だった）性腺原基が精巢化し、精巢から分泌される男性ホルモンによって内・外性器や脳（性中枢）の男性化が推進されるが、アンドロゲン（男性ホルモン）の受容体が欠損しているアンドロゲン不応症（AIS）の場合などには、精巢は形成されるがその後の男性化が進行しないこと、逆に性染色体はXX型でSRY遺伝子は存在しないので性腺は卵巣だが、副腎から過剰なアンドロゲンが分泌されるために外性器などが男性化する先天性副腎過形成症（CAH）など、ホルモンの影響によって染色体、性腺、

9) 麻生一枝『科学でわかる男と女になるしくみ——ヒトの性は、性染色体では決まらない』（サイエンス・アイ新書、2011年）174頁、諸橋憲一郎「性の決定に働く遺伝子たち」季刊誌・生命誌24号（https://www.brh.co.jp/seimeishi/journal/024/ss_4.html）（2017年2月7日閲覧）。なお、性分化の過程について、簡単には、拙稿「性別未確定で出生した子の性別決定」専修法学論集131号（2017年）1頁以下の末尾に付した【CHART】を参照。

内・外性器が不一致となる場合のあることなどが明らかになっている¹⁰⁾。したがって、たとえ法的な性別決定に際して生物学的基準を採用するとしても、出生の時点でY染色体の存否や外性器の形状だけで男と女を確定的に分類することが今日の生物学的知見からは不可能な事例も存在するのである。

このような理由から、現時点で法的な性別の問題を考える場合にCorbett判決を出発点とすることは、歴史の変遷を顧みるためにも適切とはいえないと考える。しかもCorbett事件の当事者は裁判当時はすでに性転換手術を受けており、手術以前にインターセックスであったと主張したものの、その事実を証明することができず、裁判ではもっぱら性転換者（トランスセクシャル）の法的な性別変更の可否が争点とされた。しかしイギリスにおいては、Corbett事件より以前に、（トランスセクシャルではなく）インターセックスの当事者の法的な性別が争われ、Corbett判決とは異なる判断が示された裁判例が存在する。スコットランド民事控訴院におけるEwan Forbes-Sempill事件判決（以下ではForbes判決と略す）である。私は、少なくとも性別未確定（indeterminate sex）の者の法的な性別に関する判例の系譜は、このForbes判決を出発点として、Corbett判決をバイパス経由して、W v W判決に至る流れが本筋だと考える。

（6）なお、出生、婚姻、爵位や財産の承継以外にも、学校生活、保険証、運転免許証、パスポート等の性別記載など社会生活における性別も問題になるが¹¹⁾、本稿では必要な限度で触れるにとどまる。前出Herring教授らの論文は、出生時の状態を証明する出生登録の性別を事後的に変更することが難し

10) 今日の性別（性分化）の異常（disorder）に関する医学的な知見・用語については、大阪府立母子保健総合医療センター編『性分化疾患ケースカンファレンス』（診断と治療社、2014年）、日本小児内分泌学会性分化委員会「性分化異常症の管理に関する合意見解」（平成20年3月1日）（<http://jspe.umin.jp/medical/files/guide11203565.pdf>）（2016年12月22日閲覧）などを参照。

11) 家族法以外の領域における性別については、拙稿、前掲注9）第2章を参照。

いのに対して、パスポート等は現時点における本人の性的アイデンティティを証明するものなので、現時点における外見に合わせた性別が認められやすいと述べている¹²⁾。

2 スコットランドの判例

(1) X Petitioner (X Ptr) 判決 (1957年、スコットランド)¹³⁾

スコットランドにはForbes判決より約10年前に、性別変更の可否が争われた事件があった。X Ptr事件である¹⁴⁾。

【事実関係・判旨】

幼少期から女性的な趣味と物腰で、裁判の時点では性再適合手術 (reassignment surgery) も受けている50歳のXが、自分を男 (male) と記載した出生登録は誤りであるからこれを訂正し、女 (female) として再登録 (re-registered) することを求めた。Xが依拠した1854年スコットランド出生・死亡・婚姻登録法 (Registration of Births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1854) 64条は、州裁判所裁判官 (sheriff) は、出生登録の記載に何らかの「誤り」(error) があると認めた場合は出生登録の記載の「訂正」(correct) を命ずることができると規定していた¹⁵⁾。Tayside州裁判

12) Chau and Herring, op. cit., n. 3, p. 345.

13) 1957 SLT (Sh Ct) 61. (筆者は未見)。本判決に関してはもっぱらL. -A. Barnes (Macfarlane), Gender identity and Scottish law: the legal response to transsexuality, Edinburgh Law Review (2007) 11 (2), pp. 162-186 によったが、Webサイトからの引用のため頁数は表記できない (<http://www.euppublishing.com/doi/abs/10.3366/elr.2007.11.2.162?journalCode=elr>) (2016年12月26日閲覧)。

14) J. Thomson, FAMILY LAW IN SCOTLAND (7th ed., Bloomsbury Professional, 2014) p. 41 にも本判決への言及がある。

15) 現行法は1965年同名法42条。1854年法はBarnes, op. cit., n. 13 (同論文の注37) から引用。

所のPrain代理判事は、本件は医師らが慎重に指摘したように両性具有の事案ではなく性転換の事案であり、血液検査によればXの基本的な性別（basic sex）は男であることを示しており、Xの転換（changes）はいまだ性別決定の最深層には及んでいないと判示して、Xの申立てを棄却した。¹⁶⁾

【検討】

Barnes講師（Edinburgh Napier大学法学部）は、本判決は、性別決定の最深層にまで及ぶような性転換を行なった場合には性別変更の再登録を許すという趣旨なのか否かが不明であること、匿名の複数医師による血液検査に依拠するだけで、染色体、ホルモン、性腺、生殖器、心理的その他の性別決定に際して考慮される事項に言及がないことなどを批判する。¹⁷⁾

本判決は、1854年法の文言通り、出生時の出生登録における性別が「誤り」だった場合には出生登録の再登録（訂正）を認めるが、出生時の性別の登録が「正しい」（correct）ものであった場合には訂正は認めないという前提に立つものである。そして、両性具有（hermaphroditism）¹⁸⁾の場合には、出生時に男女いずれの性別で出生登録がなされていたとしても同法による訂正を認めるが、出生時の性別記載に誤りはなく、その後の性転換手術などによる身体的ないし心理的な性別の転換を経た者の場合は、それが性別決定の最深層に及んでいる場合に限って性別記載の変更を認めるという趣旨と解される。¹⁹⁾「最深層」の具体的な意味は不明だが、結論として、本件Xは両性具有者に該当しない「性転換者」であり、しかも転換が性別決定の最深層には及

16) 本判決については、S. Gilmore, op. cit., n. 8, p. 60（ただし、Barnes論文、前掲注13）169頁からの引用）。

17) Barnes, op. cit., n. 13.

18) 本判決が“hermaphroditism”という語を用いているので「両性具有」とした。

19) Barnes, op. cit., n. 13は、本判決とForbes判決の検討から、スコットランドの裁判所の態度を、両性具有者には再登録の医学的パスポート（medical passport）を与えるが、トランスセクシャルの者にはそれを与えないと要約する。

んでいないとして出生登録の性別記載の変更が認められなかった。

性別変更の裁判申立ての時点で、すでに性転換手術を受けている者の場合には、手術以前の時期の性腺・性器・ホルモンなどの身体的状態を証明することが困難であり、本件Xも血液検査（染色体検査か）だけで手術前の性別を認定されたものと思われる。しかし、出生時に性別判定が困難な子どもに対して生殖器の摘出手術などが実施され、身分登録に手術後の性別が記載されてしまう例は実際に少なからず存在するのであり、そのような子が後に確定した性別に性別を変更しようとする場合に、本判決が示したルールは困難をもたらすことになる。

（２）Ewan Forbes-Sempill 判決（1968年、スコットランド²⁰⁾）

【要旨】

Ewan Forbes-Sempill（旧名Elizabeth）は、貴族の家系に生まれ女として出生登録された。約40年間女性として活動した後に、男への出生登録の変更を州裁判所に申し立てて認められ（前件裁判という）、女性と婚姻した。その後、死亡した先代の准男爵位の承継をめぐって、Ewanは女性であるから爵位を承継できないとしてEwanの従弟Johnが争った事件である。

【争点】

Ewanは両性具有ないしインターセックスか、あるいはトランスセクシャルかが争点となった。前者であれば性別変更を認めた前件裁判のとおりEwanは男性であり、准男爵位を承継できることになる。

20) Lord Hunter, In the Case of Ewan Forbes-Sempill (Judgement 29 December 1967). 本稿は、S. Gilmore, op. cit., n. 8, p. 62 and p. 60, n. 70によった。なお、E. Coke, INSTITUTES (1812) には、「両性具有者」(hermaphrodite) は、優越的 (prevaileth) な性に従って土地を保有できると記されていることを同書は紹介している (同p. 62, n. 78)。

【事実関係】

1912年9月6日 スコットランドの貴族の家にEwan出生。Elizabethという洗礼名をつけ、女（female）として出生登録された。²¹⁾

Elizabethは男の子と遊ぶことを好み、女子校への進学を拒否して共学校に進学。ヨーロッパ遊学を経てAberdeen大学医学部を修了し、医師となった。²²⁾

1934年 Elizabethの父が死亡し、長兄が男爵位（barony）および准男爵位（baronetcy）を継承。

1945年 ElizabethはAberdeen郊外の一般医（GP）となる。この頃から男性のような外見で、男性として振舞うようになった。

1952年（月日不詳） Aberdeen州裁判所で、出生登録の性別および名（Ewanに改名）の変更の再登録（re-registration）の許可（warrant）を得た。

エディンバラ民事登録局（General Register Office in Edinburgh）に登録されたEwanの出生記録には、「氏名Ewan Forbes-Sempill、性別“M”（male）」と記載され、末尾に小さな文字で「上記項目は、民事登録当局による当初の記載に訂正（corrections）ないし改訂（amendments）を加えた」と付記されているという。²³⁾

1952年9月12日 Aberdeenの地元紙に、今後は「Dr. Ewan Forbes-Sempillとして知られることを希望する」旨の広告を掲載。

21) Z. J. Playdon, “The Case of Ewan Forbes” Gender Centre Home Page resources Polare 57に引用されたEwanの死亡記事による。

22) Ewanの経歴の一部は“Sir Ewan Forbes, 11th Baronet” (Wikipedia) から、出典[多くは新聞記事]の明記のある事項を引用した (https://en.wikipedia.org/wiki/Sir_Ewan_Forbes,11th_Baronet) (2016年12月22日閲覧)。

23) Z. J. Playdon, “The Case of Ewan Forbes” Press for Chang (<http://web.archive.org/Web/20081202001118/http://www.pfc.org.uk/node/390>) (2016年12月8日閲覧)。なお注21)の同氏の記事とは若干内容が異なっている。

1952年10月10日 家政婦だったIsabella Mitchelとの婚姻を発表。以後は農場経営者として生活した。²⁴⁾

1965年 Ewanの兄が死亡。Ewanの従弟Johnが准男爵位（および爵位に伴う財産）の継承について、准男爵位は男子に継承されるべきところ、Ewanは男ではないと争った。

本件は、1933年司法運営（スコットランド）法（Administration of Justice (Scotland) Act 1933）10条に基づいて、²⁵⁾スコットランド民事控訴院（Court of Session）に対してJohnとEwanが共同で申し立てた（joint petition）²⁶⁾事案である。

【裁判】

1967年12月29日 同控訴院のLord Hunter裁判官は、Ewanを男性と認定し、²⁷⁾准男爵位の継承を認める判決を下した。

Hunter裁判官は、両性具有および性転換の検討に際して12名の医学専門

24) Alford, Aberdeenshire Image LibraryにはEwanの結婚式の写真が掲載されている。

同記事によれば、Ewanは結婚を機にAlfordでの一般医の業務から離れることになったが、同氏の患者たちが感謝の意を表するために結婚式を開催しプレゼントを贈呈した際の写真とのことである。Ewanの性別変更が裁判所によって認められただけでなく、地域社会にも受け入れられていたことを示すものとして印象的である（<http://www.alfordimages.com/picture/number1045.asp>）（2016年12月30日閲覧）。

25) Playdon, op. cit., n. 21によれば、同条は、正当な理由がある場合には裁判官室における〔非公開〕審理による略式裁判（summary trial）を認める。

26) Barnes, op. cit., n. 13（同論文の注39）参照。

27) 同訴訟の経過および判決は長らく非公開とされていたが、近年になってスコットランド国立公文書館（National Records of Scotland）で公開されたという（請求番号：CS258 Court of Session: Unextracted Processes, 4th arrangement/1935-1994, CS258/1991 Unextracted Processes, 4th arrangement-1991/1991）（筆者は未見）。Gilmore, op. cit., n. 8, pp. 60-63には、現物を閲覧した上でのForbes判決とCorbett判決との対比がある。本稿の同判決に関する記述はGilmore論文のほか、前掲注21)のPlaydon氏の記事、前掲注13)のBarnes論文その他による。

家の証言を聞いた。Ewanは、男性としての社会生活を始める前は、長年にわたり女性として社会的に活動する確固たる医師であり、スコットランド民俗舞踊の女性踊り手として国際的賞賛すら受けていた。裁判所が依拠した医学的意見では、Ewanは男性的傾向のある両性具有者であることを示唆していた。主眼は染色体、性腺、外性器の外形に係る表現型(phenotypical)²⁸⁾、および心理的な性的特徴に置かれたが、実施された検査はArmstrong教授(Edinburgh大学)によれば「全面的に信頼できる」(“wholly reliable”)ものではなかった。医学的意見は一致したものではなかったが、Hunter裁判官はEwanに有利な事実認定をした。[しかし]もし他の医学的特徴を考慮したり、検査結果について別の衡量をしていたら、反対の結論に到達したかもしれない。[1952年の]州裁判所判決より数年前から、Ewanは性転換者に処方されるのと同じ男性ホルモンの投与を受けており、おそらくそれが彼の男性的体型の原因になった。それゆえ、彼の状態は両性具有者というよりはるかに性転換者のそれに一致するという証言もあった。³⁰⁾

【判決後の経緯】

准男爵名簿(Roll)は国王の裁可によって内務大臣が保管しているため、従弟Johnは、内務大臣に対して異議を申し立てたが、1968年12月、司法大臣の助言を得たうえで、内務大臣は、准男爵名簿にEwanの名を記載するよう命じた。1991年9月12日、Ewanが死亡し、准男爵位は従弟Johnが継承し

28) 遺伝子に規定されて発現する形態的、生理的な性質を表現型という。性染色体(性決定遺伝子)と表現型(内外性器等)の関係については、麻生・前掲注9)172頁以下などを参照。

29) Barnes, op. cit., n. 13によれば、Armstrong教授の証拠はHunter裁判官に受け入れられなかった。

30) Barnes, ibid. によれば、証拠によるとEwanの外観(description)は性転換のそれに最も一致するとRoth教授は結論づけた(同論文注42)。Barnes論文(同論文注43)によれば、Gooren教授(内分泌学)も、EwanはF to M(女性から男性へ)の性転換者であることはほとんど間違いないと証言したという。

³¹⁾た。ただし農地の多くはEwanによって小作人に解放されていた。

【検討】

近年までForbes裁判の具体的内容は非公開とされてきたが、Ewanの妻へのインタビューによれば、Ewan本人は、出生登録は「忌まわしい誤りによって (a ghastly mistake) 不注意にも女子として登録されてしまった」と語っていたという。³²⁾この発言が事実だとすれば、Ewanは性転換者ではなく両性具有者ないしインターセックスだった可能性があり、前件裁判はスコットランド法の一般的な傾向に従って、³³⁾出生登録の性別記載の変更を認めたものと推測される。

Thomson教授 (Glasgow大学、家族法) は、貴族院のBellinger判決 (後出、第4章 (2) 参照) は、性別決定に関して (Corbett判決以来の) 生物学的基準、すなわち性腺、性器、染色体のみを用いることを判示したという認識に立ったうえで、「インターセックスの性別に関しては、生物学的基準の優越を基礎に性別を選択する」と述べ、その根拠としてForbes判決を援用している。³⁴⁾さらに、出生後の精神的側面も含めた成長によってその子の当初の性別割当てが誤り (wrong) だったことが判明した場合には性別の変更が認められるが、すべての生物学的基準が出生時に合致していた場合には、出生時の性別が確定し、事後的な変更は許されないとしてX Ptr判決を援用する。基準の当否は措くとして、出生時に決定され、登録された性別が誤りだった場合には性別の変更が認められるが、出生時の性別が誤りでなかった場合には性別変更は認められないというのが、スコットランド法の共通の認

31) 前掲注21) に引用されたEwanの死亡記事 (The Daily Telegraph, 1 October 1991) による。

32) “Isabella, Lady Forbes” (The Telegraph. 2 March 2002), “Sir Ewan Forbes, 11th Baronet” (https://en.wikipedia.org/wiki/Sir_Ewan_Forbes,_11th_Baronet) から引用。

33) 前掲注19) に引用したBarnes氏の指摘を参照。

34) Thomson, op. cit., n. 14, p. 41.

識のようである。

なお本判決はX Ptr判決にはまったく言及していない。両判決の結論を分けたのには、X Ptr事件が当事者訴訟だったのと違い、Ewanは勅選弁護士によって代理され、Ewanは男として再登録した後に妻を得ており、しかも裕福で評判の高いスコットランド名士だったことも影響を及ぼしたと考えられている。

(3) Corbett v Corbett (otherwise Ashley) 判決 (1970年)³⁵⁾

【事実経過】

April Ashley (Mrs. Corbett) は1935年4月リバプールで生まれ、男として出生登録された。幼少期から男であることに悩んだ。船員になったが16～17歳ころには自殺未遂を繰り返し、その後パリで女装劇団員として生活し、この頃からエストロゲン服用を始めた。1960年25歳の時に性転換手術を受け、April Ashleyと正式に改名する。1960年11月に、Ashleyは原告 (Mr. Corbett) と出会った。彼は既婚で子もあったが、Aprilに強い関心を持った。当時Ashleyは女性モデル、女優として活躍し、同人を女性とするパスポートおよび保険証も取得していた (37c～)。Corbett氏は妻と離婚し、1963年9月にAshleyと婚姻の儀式を行った。挙式後原告が性的アプローチを試みたが、被告が拒否したため2人は別々に寝た。その後の性交渉の有無について、原告はなかったといい、被告は一緒に寝て完全な挿入も何度かあったという (39e～h)。結局この「婚姻」中に2人が同居したのはわずか14日間だけだった (39j)。

Ashleyが住居に対する権利を主張し、扶養料を請求したことなどから、原告は主位的には、婚姻当時Ashleyは女ではなかったとして本件婚姻の無効を主張し、予備的には、本件婚姻は未完成である (never consummated)³⁶⁾

35) Corbett v Corbett [1970] 2 All ER 33.

として婚姻取消を主張し、Ashleyも離婚の反訴を提起した。

【判旨】

《Ormrod 裁判官》 原告の本件婚姻無効請求を認める。

生物学的な性別は、遅くとも出生時までには固定され（fixed）、性器官の自然の分化によるにせよ、医学的・外科的な手段によるにせよ、反対の性に転換される（changed）ことがありえないことは医学的証人たちの共通の前提であった（47c）。婚姻は本質的に男と女の関係であるから、本件婚姻の有効性も被告が女であるか否かによって決まる（48f）。問題は婚姻の文脈において「女」という語（‘woman’ in the context of a marriage）が何を意味するかであって、私は被告の「法的な性別」一般（“legal sex”… at large）を決定することには関わらない。婚姻と呼ばれるものの異性愛的本質にかんがみれば、その基準は生物学的なものでなければならない（48g）[下線は筆者。以下同]。なぜなら、最も極度の男性性転換やホルモンバランスの異常があっても、男性染色体と精巣と男性器を有する者が、婚姻において女が自然に果たしうる本質的な役割である生殖を行うことはできないからである。法は、まず第一に、医師らが設けた基準の最初の3要件、すなわち染色体、性腺、性器基準を採用しなければならない。もしこれら3要件が不一致という場合には、難題が生じるだろう。本件では[不一致は]問題となっていないが、上に述べたところから[婚姻の本質ということか]、性器要件（genital criteria）を他の2つより重視すべきであると考ええる。身体的インターセックス（physical intersex）などのケースにおける外科手術の影響の問題は、[そのような事案が裁判所に持ち込まれ]決定を求められるまで残しておくべきである（～48j）。私の結論は、被告は婚姻に関しては（for the purpose

36) 2013年婚姻（同性カップル）法によって削除されるまでの1973年婚姻事件手続法11条c号は「婚姻当事者が各々男と女」ではないことを婚姻無効原因としていたが、Corbett判決は、1970年の時点で本件婚姻を無効とする制定法上の根拠規定をいっさい明記していない。第3章【評釈】④を参照。

of marriage) 女ではない、生まれた時以来生物学的な男であるから、1963年9月10日に執り行われた婚姻は初めから (ab initio) 無効である (void) (49a)。したがって原告に婚姻無効判決 (decree of nullity) を与える (50e ~ f, 51h)。

なお、婚姻完成 (consummation) の欠如による婚姻取消について、Ormrod裁判官は、本件被告は身体的に婚姻完成能力を有しないとした。なぜなら、執刀医によって造設されたまったく人工的な空洞 (cavity) を用いた性交渉は「婚姻完成に必要とされる」「自然かつ完全な性交渉」ないし「自然な形の性交 (coitus)」すなわち「真の結合」(“vera copula”) と見ることはできないからである。手術によって男性「の下腹部」に作られた人工的な空洞を用いた性交渉は、肛門や股間を用いた性交渉と同じようなものである (49h ~ j) と同裁判官はいう。³⁷⁾

【検討】

本件裁判の当時、すでに性分化にホルモン分泌が大きな影響を与えることなどが判明しており、そのことを十分に理解していたにもかかわらず、Ormrod裁判官は、少なくとも婚姻に関しては当事者の性別は出生時における生物学的要素によって決定され、その性別を事後的に変更することはできないとした。本件被告は性再適合手術以前の自分がインターセックスであった旨を主張したが、術前の写真や執刀医の供述などの証拠を一切提出できなかったため、インターセックス (したがって出生時の性別登録が「誤り」であったこと) を理由とする性別変更は認められず、性転換手術を経た性転換者の性別変更の事案として審理され、結論として性別変更は認められなかった。

その後のトランスセクシャルに関する裁判例の中には本判決に従った事例

37) なお、Corbett判決の判旨については、第3章 (W v W判決における同判決の引用箇所) も参照されたい。

もあるが、英国内外（とくにコモンウェルス諸国）の裁判例の中には、本判決に従わない事例も多数存在した。³⁸⁾最終的にトランスセクシャルの性別変更は、2004年ジェンダー承認法（後出、第4章（3）を参照）によって決着を見ることになり、同法の制定によってCorbett判決は完全に排除されることになった。³⁹⁾そして、2005年11月に英国民事登録局は、本件の被告だったApril Ashleyに対し、全面的ジェンダー承認証明書（full Gender Recognition Certificate）に従って同人の出生登録を新たに編製することを通知した。「手術から45年4か月を経て、彼女は法的な女性として適法に男性と婚姻することができることになった⁴⁰⁾」のであるが、法によって認められるよりはるか以前から彼女は社会的には受容されていたようである。⁴¹⁾

ところで、Corbett裁判で専門家証言をした医学者のうち3名（Armstrong医師、Dewhurst氏、Roth教授）は、Forbes裁判でも証言をしていた。⁴²⁾Corbett判決がForbes判決を継承する可能性があったにもかかわらず、⁴³⁾Corbett判決はForbes判決を引用すらしていない。しかし、法的な性別に関する判例法は、Forbes判決を出発点とし、Corbett判決における医学的証言

38) Gilmore, op. cit., n. 8, p. 63 ff.

39) R. Probert, "How Would Corbett v Corbett be Decided Today?" [2005] Fam. Law 382.

40) Gilmore, op. cit., n. 8, p. 72.

41) April Ashley Official Website (<http://www.april-ashley.com/>) (2016年12月31日閲覧)。April Ashleyは2度にわたり自伝を出版し、その後も自らのブログから発信を続けている。

42) Barnes, op. cit., n. 13. Armstrong医師は、被告をトランスセクシャルとした証言に同意しつつも、被告は身体的に正常な男性ではなく、いわゆるインターセックスと見るべき証拠もあったと証言している（43e）。

43) Playdon, op. cit., n. 21は、Forbes判決の内容が秘密にされなければならない理由があるとしても、この先例が提供する利益——訂正された出生証明と平等の民事身分——を、彼（Ewan）と同じくトランスセクシャル（transsexualism）として生まれたすべてのイギリス国民が享受できないことの明確な理由はないと批判する。

を經由して、後のW v W判決から、Bellinger判決へと、医学的知見の進展、社会的意識の変化にともなって発展してきたと見ることができる。このような判例の系譜を措定することができるなら、その中でCorbett判決のもつ重要な意義は、①本判決が、被告の法的な性別「一般」を決定するのではなく、「婚姻に関しては」被告は女性でないと限定して判示した点、および、②本判決が、被告はインターセックスではなく性転換手術を経たトランスセクシャルであると認定したうえで、本判決はインターセックス（とくに外科手術を受けた）者の性別を論ずるものではないと判決の射程範囲をトランスセクシャルの者の性別決定に限定し、インターセックスの者の性別決定は後世の判断に委ねた点にあると考える。【事実経過】で紹介したように、本件被告はすでに女性としてパスポートおよび保険証を取得していたのであるから、被告の性別を婚姻に限定して女性と認定した本判決は「性別一般」という絶対的な性別概念を否定し、「性別の相対性」を前提とした点で重要な先例と見ることができよう。

本判決は婚姻に関する性別を決定する基準の中では生物学的基準（性染色体・性腺・性器）を重視すること、および傍論として、この3要件が不一致の場合には性器基準を重視すべきことを判示している。臨床現場では、出生時における性別はこれらの基準によって決定されることが多いと思われるが、（出生時ではなく）婚姻時における婚姻当事者の性別決定に際しては、出生から婚姻に至るまでの時間の経過、この間の本人の成長・発達、例えばOrmrod裁判官が軽視した社会的・心理的要件や、第2次性徴の発現、ホルモンの影響、脳（性中枢）の分化などを考慮することができる。後出のW v W判決がいうように、出生の時点での出生子の性別決定とは異なり、婚姻の時点における当事者の性別決定に際しては「後知恵」のメリットを活かすことができるのである。

なお、Corbett判決における「婚姻完成」の有無、その前提である「婚姻の異性愛的本質」に関するOrmrod裁判官の判示については、W v W判決の

項で検討する。⁴⁴⁾

3 W v W判決 (2001年)⁴⁵⁾

本件は、婚姻時に妻は女ではなかったとして夫が婚姻無効（1973年婚姻事件手続法11条c号違反⁴⁶⁾）を申し立てたが認められなかった事例である。

【判旨】

《Charles裁判官》

＜導入＞ 原告（夫）は、婚姻時点において本件当事者は各々「男と女」ではなかったとして、本件婚姻の無効を申し立てた。争点は、婚姻儀式的時点において被告（妻）は女であったか否かを、1973年法11条c号⁴⁷⁾および

44) J. Herring, FAMILY LAW (7th ed., Pearson, 2015) pp. 85-8によれば、1973年婚姻事件手続法12条a号は、当事者の一方が婚姻完成無能力者（incapacity）だった場合に、また同条b号は当事者の一方が故意に婚姻完成を拒絶した場合には当該婚姻を取消しうる（voidable）と規定する。婚姻の取消原因である婚姻完成（consummation）は、秘蹟たる婚姻が完成するためには性行為によって2人が精神的にも一体となることを要するという考えに起源をもつが、今日では非宗教的な概念とされる。同書によれば、判例では、婚姻完成は膣へのペニスの挿入によって実現される性行為などと定義され、手術によっても回復不可能な性交不能の場合は婚姻完成無能力とされるが、婚姻中に1回のみの性交渉、18年間で8回の性交渉でも婚姻は完成するとした事例がある（なお同条項は異性婚にのみ適用される）という。

45) W v W判決（Nullity: Gender）[2001] 1 FLR 324. 判決中の＜導入＞などの小見出しは判決自体に付されたもので、[] 内の記述は筆者による要約や注記である。

46) 1973年婚姻事件手続法 [Matrimonial Causes Act 1973]。以下では1973年法と略す。

47) 同性婚を認めた2013年婚姻（同性カップル）法（Marriage (Same Sex Couples) Act 2013）によって削除される以前の1973年法11条本文は、「……婚姻は、以下の理由が存する場合にのみ無効（void）とする」と規定し、無効原因の1つとしてc号で両当事者が「各々男と女でないとき（not respectively male and female）」を挙げていた。上記2013年法の制定により、婚姻相手方の性別に関する錯誤は、1973年法12条1項c号が要求する婚姻への「有効な同意」（validly consent）の錯誤（mistake）を理由として「取

Corbett判決（1970年）に照らして判断することである（325F）。Corbett判決は、婚姻における当事者の性別を決定するための生物学的基準を提示したが（326A）、本件原告は、Corbett [の性別判定] 基準を適用して婚姻時に被告は女でなかったと主張し、被告は本件はCorbettとは区別されるべきであると主張している。

＜事実経過＞ 認定された事実および争いのない事実を時系列に配列する（326E）。

1947年 被告がイギリス北部で出生。被告は男子の名前を命名され、男として出生登録された。被告は亡母から、彼女（被告）は性別未確定（indeterminate sex）の状態生まれ、両親は医師から被告を女子（girl）として登録するか男子（boy）として登録するかを打診され、父の希望により男子として登録した旨を聞かされた。1948年に被告は母方の従姉妹の養子となり、養親は被告を男子として養育した

1947～62年 幼少期から人形で遊び、女子の洋服を着た。学校では男子と一緒にシャワーを拒否し、男子の制服を拒否。学校側は11歳ころには女生徒の上着を着ることを許可した。

1962～63年 15歳の時に、養親はGP（一般医）を説得して、被告の体型をより男らしくし、乳房の発達を抑えるためにテストステロンを定期的に注射するようにさせた。注射は効果がなく、養父が乳房縮小手術を受けさせようとしたため、被告は家出した。

1964～65年 17歳の時に再び家出をして、以後家には戻っていない。その時から被告は女性名を名のっている。

1960年代中・後期 被告はマンチェスターで男と同棲したが、やがて関係を解消した。被告の証言では、この関係は部分的に同性愛的性格のもので

消し得る」(voidable) ものとされることになった。なお、Herring, op. cit., n. 44, p. 142によれば、1973年法1条2項a号の離婚原因たる“adultery”は異性との性行為に限られ、同性愛その他の性行為は同法1条2項b号による。

あった。

1960年代後期～ 同棲関係終了の後、被告は女性的な服装で生活した。

1970年 23歳の時に、膣造設手術を受けようとしたが、脳血管障害のおそれがあるとして無期限延期された。

1970～80年にかけて、月経周期に応じたと思われる循環器の症状を時折経験した。

1980年 この頃から、経口でエストロゲン（女性ホルモン）の治療を始めた。

1987年 5月 D氏の執刀による性再適合手術を受けた。

1990年 5月 被告は、X（男性）と最初の結婚をした。

1991年 甲状腺軟骨形成手術によって、被告の女性的外貌はさらに進んだ。

1992年 被告は、婚姻を適切かつ安価に解消するためであると弁護士に助言されたため、婚姻時に被告とXは「女と男」ではなかったとして婚姻無効判決を得た。

1993年 被告は、本件原告（W、男）と婚姻。この婚姻の効果としてWは英国（UK）に残留する権利を取得したが、1996年に原、被告は別れた（separated）。

1996年 被告は原告との離婚を申し立てた。原告が争わなかったので、翌年、離婚の仮判決および本判決が認められた。被告は付随的救済手続（ancillary relief proceeding⁴⁸⁾）を進行させる旨を通告した。

1998年 原告が本件婚姻無効の訴えを提起した。同年、原告は再婚した。

原告の弁護人は、被告が日常生活において女性として過ごしてきたこと、

48) 前掲注1)、『英米法辞典』51頁“ancillary relief”の項によれば、離婚訴訟・婚姻無効訴訟の係属中に出される扶養命令、またはこれらの申立てを認容する判決に付随して出される扶養料や財産分与命令をいう。現行法における離婚、婚姻無効訴訟等で利用可能な付随的手続（決定）については、S. Harris-Short et. al, FAMILY LAW—TEXT, CASES, AND MATERIALS (3rd ed., 2015) p. 446以下などを参照。

原告との婚姻の時点において被告が社会的に女性だったことは認めている。原告は、婚姻無効が認められれば教会婚〔による再婚〕が可能になるという助言を受けて婚姻無効の訴えを提起したという（328H）。被告は、結論によつては出生証明の性別変更が可能となり、再婚の可能性も生ずるので応訴した（329B）。

原・被告ともに、被告に婚姻完成能力のないことを理由とする婚姻取消⁴⁹⁾は主張しなかった（330A）。

＜医学的証拠＞ 性再適合手術以前の被告に関して利用できる情報は少ないが、被告側の証拠では、被告の性器は、正常なペニスが存在する位置に2.5cm以下の皮膚の被覆（a flap of skin）があり、膣の開口はないとされる。被告は、睾丸はなく陰囊の痕跡もなかったと証言した。尿道開口部が上記皮膚の被覆のどの辺に存在し、手術前にどのように小便をしていたのかについて被告は無口で、その回答は曖昧であった（～331D）。被告を執刀したD氏によれば、外性器は極端に小さかったこと、尿道開口部はペニスの皮膚の被覆の中にあったという以外は記憶にない。被告は正常なペニスをもたず、明らかな異常（definitely abnormal）があったので、D氏は皮膚の被覆を切開して、正常な位置に膣を開口し、皮膚の被覆でラインを作り（lined with）、正常な女性の位置に尿道開口部を造設した（331F）。

〔Charles裁判官⁵⁰⁾は以下のようなConway医師の証言および報告に大きく依拠する。〕Conway医師は、〔被告の〕皮膚の被覆が極小のペニスなのか、小さな陰核なのかは微妙な判断である（a close call）が、被告の外性器はどちらかといえば男に近く、皮膚の被覆は小さなペニスに分類されると証言し

49) 1973年法12条1項は、「…婚姻は、以下の理由が存する場合にのみ取り消し得るもの（voidable）とする」として、そのa号に「当該婚姻が、いずれかの配偶者が婚姻完成能力を欠くために、婚姻が完成していない（has not been consummated）場合」を掲げる。

50) 本節（W v W判決）では、「私」はCharles裁判官を指す。

た。同医師によれば、性再適合手術が行われた後からでは、被告の当初のインターセックスの状態を診断することはきわめて難しいが、被告の遺伝的な性が男であることは明白であり、性腺の性はおそらく男であり、そのジェンダー指向が女性であることは間違いないと思われる。性器の外見によって決定される性（sex）は出生時には不明確であり、体型は圧倒的に女性的であった（331G～332B）。これらすべてに適合する診断として、被告は部分的アンドロゲン不応症（PAIS: Partial Androgen Insensitivity [Syndrome]）である可能性が最も高い。特に被告がテストステロン治療に反応して起こるはずの男性化に失敗したことがこの診断の根拠となる。さらに被告は体毛が乏しく、自然な乳房の発達を経験した。部分的アンドロゲン不応症者は、精子数の減少を伴うが完全な男性的外見の者から、若干拡大した陰核を伴う圧倒的な女性的外見の者まで、外見上のスペクトラムをもって現われる〔下線は筆者。以下同〕。被告は中間点の女性寄りに位置するように思われる。部分的アンドロゲン不応症者の性自認（gender identity）は、身体的な外見と同じく多様であり、完全な女性としての性自認をもつことも稀ではない（332D）。本件被告の既往歴で部分的アンドロゲン不応症の診断と適合しない唯一の部分は、実質を欠いた子宮の痕跡への言及である。かかる器官の痕跡が存在すること、時折の腹痛と定期的な諸症状はきわめて異例である。〔ちなみに〕完全アンドロゲン不応症はテストステロンが分泌されてもアンドロゲン受容体がまったく反応しないことで発症するが、この場合は、外見は明らかな女性であり、出生時の外性器の外見は完全に正常な女性のそれである（～332G）。

〔さらにConway医師は、S-T v J判決においてWard裁判官が引用した、Gooren医師による＜トランスセクシャルの生物学的側面および法的側面との関連＞報告（第23回欧州法律会議（1993年4月）で欧州委員会・欧州法律協力委員会により承認）の以下の部分に賛意を示した〕（333A～）。Gooren医師によれば、「男か女かへの性分化の過程は時間制限と臨界点を伴った多

段階の過程であることが次第に明らかになってきた。ひとたびこの臨界点を過ぎてしまうと後戻りはできない。性腺の分化は妊娠5～7週に起こり、性腺が精巣か卵巣になると、次の分化過程は内性器の形成である。胎児の睾丸は内分泌によって活性化し、テストステロンを分泌する。続く過程は、外性器の形成で、テストステロンの分泌によって男〔性器〕が、その欠如によって女〔性器〕が形成される。現代医学において、性別の割当て（sex assignment）の決定は一次的に外性器の形状を参照して行われる〔が、〕脳の明確な性分化は生後3～4歳になってからようやくはっきりする。ごく少数の男から女へのトランスセクシャルの死後解剖の結果では、対照群に比べて〔脳に〕形態学的な違いが見られた。脳の性分化が出生後に起こるという科学的知見から見れば、出生時に外性器によって子どもを男か女かに割り振ることは〔科学に基づく行為ではなく〕信仰上の行為である。〕

さらにConway医師は、今日の西欧諸国において〔性別判断が〕真に困難で不明瞭な事案では、インターセックスの子どもを女性性（female gender）とその生活形式に割り振って、適当な外科的介入を行うという方向へのバイアスがありうる」とも述べた（～333F）。

テストステロンの継続的な影響によってその者の性別（gender）は変わるが、性（sex）は変わらないという証言は、性別決定に関して純粋な生物学的基準（Corbett基準）に依拠するものと私は理解した。テストステロンの影響は、医師らが、純粋な生物学的基準では男か女かが明瞭ではない者の性ないし性別（sex or gender）を決定する際に考慮する要素である。アンドロゲン不応症者の場合は腹腔内に睾丸が存在するのが普通だが、D氏の報告には睾丸を摘出した旨の記述はない（334D）。

<認定（findings）> 私は、以下の結論に達した（334E）。

（１）被告の染色体の性が男であることは明らかである。Conway医師の報告書は被告が正常な男の46XY核型をもつことを示している。

（２）被告の性腺上の性はおそらく男であった（精巣を有し卵巣を有しな

い) ことを認定する。被告の性再適合手術時に腹腔から睾丸を摘出した証拠はないが、この証拠が欠如しても被告の性腺上の性がおそらく男であるとの意見を変更する必要をConway医師は認めなかった。また、子宮が存在することはきわめて異例であるという同医師の見解を採って、被告が子宮を有しなかったと結論する。

(3) 被告の外性器の外見は不明瞭である。

(4) 被告は正常なペニスをもたず、外科手術なしには皮膚の被覆を用いて性交を行うことは不可能である。しかし、被告の外性器は拡大した陰核というよりは小さなペニスに分類されると思われる。

(5) 被告は女の内性器ないし生殖器をもたず、膣の開口もない。

(6) 純粋な外性器基準では、被告は正常な男でも女でもなかったが、内性器と外性器によって決定するならば被告は男に近く、男 (male) であると思われる。

(7) 被告の体型と性器の外見は、10代初期から男というよりは女であった。体毛は少なく、手足は小さく、自然な乳房の成長が見られた。

(8) 被告はエストロゲンの服用を始めたり、性再適合手術を受けたりするはるか以前から女としての生活形態を選んでいる。この選択は最終的なもので、エストロゲン [の服用] と手術はこの選択を明確にさせた。

(9) 被告はこれまで常に不妊であり、不妊でない男または女になる可能性は今後もまったくない。

(10) 手術なしに被告は男としても女としても、性交することはまったくできない。

＜トランスセクシャルに関する最近の判例＞ [本件当事者は] 部分的アンドロゲン不応症と診断された者に関するいかなる先例にも言及しなかった。Corbett事件でOrmrod裁判官は、ホルモン障害の事実が確認されなかった被告をホルモン異常を理由としてインターセックスに分類すべきではないとした (335H~336A、なお347D)。S-T v J⁵¹⁾判決における少数意見でWard

裁判官は、トランスセクシャルについてのイギリスの先例および欧州人権裁判所の事例に関する非常に有用な検討を行っているが（336B）、同裁判官が対象としたのはトランスセクシャルの事案であり、出生時の性器の形状が男性か女性が明瞭でない本件のような事案は対象としていない。

Corbett v Corbett 判決（1970年） [Charles裁判官は、Corbett判決におけるOrmrod裁判官の判示を詳細に引用したうえでコメントを加えているが（338A～）、簡略に紹介する。] Ormrod裁判官の結論では、被告（Ashley）は出生時から男であり、婚姻時にも生物学的に男であったから、両当事者間の婚姻といわれたものは無効（void）である（本判決350D～Eから引用）。被告は、性再適合手術後は国民保険など社会的に多くの目的に関して女として扱われているのに、婚姻に関して女として扱わないことは非論理的だと主張するが、婚姻の性質は国民保険などとは違う。被告の主張はセックス（sex）とジェンダー（gender）を混同している。婚姻はジェンダーではなくセックスに依拠する関係である（351B）。

[さらにOrmrod裁判官は、婚姻における性別を婚姻完成と関連づけて検討するが、Charles裁判官は、婚姻完成に関する判示はCorbett事件の解決には不要であったとしたうえで（353A）、S v S判決（1962年）⁵²⁾においてWillmar控訴院裁判官が、人工的に造設された膣による性交も婚姻完成の要件を満たすとした判示を共感をもって引用している（354C～D）。]

「性別決定に関する医事法的側面」(Ormrod裁判官)の法医学会報告 [次いでCharles裁判官は、Ormrod裁判官が学会報告において提示した、精巣女性化症候群（testicular feminization syndrome）の者の診断チャートを紹介する（355B～E）。]

Genital（性器） External（外性器）：female

51) S-T v J [1998] 1 AER 431.

52) S v S (otherwise W) (No. 2) [1962] 3 All ER 55. 出生時には膣が完全に欠損していたが、のちに手術によって膣を形成した女性の婚姻完成能力の有無が争われた事案。

Internal（内性器）：partly female

*Breasts（乳房）：female

Gonadal（性腺・生殖腺）：Male（腹腔内に停留睾丸）

Chromosomal（染色体）：XY型（male）

Social（社会的）：女性（female）

Ormrod裁判官は「精巢女性化症候群」（現在は完全アンドロゲン不応症と呼ばれる）および「精巢不全症候群」（testicular failure syndrome. 乳房が男性型である以外は上記チャートと同じ。睾丸消失症候群ともいう）に言及しているが（355G～H）、Ormrod裁判官は、精巢女性化症候群および精巢不全症候群の者を女と見ていたと〔Charles裁判官は〕考える（356C）。本件（W v W）の被告は部分的アンドロゲン不応症だった可能性があるが、同人のチャートは以下のようになる（356C～E）。

Genital（性器） 外性器：不明瞭（どちらかと言えば男に近い）

内性器：不存在か不明瞭

*Breasts（乳房）：ある程度女性的な乳房の自然発達あり

Gonadal（性腺）：おそらく男（腹腔内に睾丸停留の可能性。子宮はない）

Chromosomal（染色体）：男性型 XY

Social（社会的）：女性

＜私の結論と理由＞ （1）Corbett判決における〔男と判定する〕生物学的基準を〔被告は〕満たしているだろうか（357B～）。私の結論は否である。私は被告の〔婚姻時に女であったという〕主張を認め、原告の主張を退ける。本件の事実認定および医学的証拠によれば、被告の染色体、性腺、性器の特徴はOrmrod裁判官が言った意味では一致して（congruent）いない。私は、Corbett事件が示した〔男女を判定するための〕生物学的基準を本件に適用する際に、染色体および性腺基準に重きを置くべきであるという原告の主張を退ける。そのような主張は、生物学的な3要件の中では性器基準を重視すべきとするCorbett判決にも、また、完全アンドロゲン不応症の者は

男性の染色体と性腺を有していても女と扱うべきであるというOrmrod裁判官の医事法学会報告にも反する（358C）。

（2）Ormrod裁判官によれば（358D～）、婚姻は男と女の結合（union）であるから、性（sex）は婚姻関係の本質的な要素である。婚姻はその上に家族（family）が築かれる基礎であり、婚姻内での自然な異性交渉（heterosexual intercourse）の能力は婚姻の本質的な要素である。婚姻は2人の相対する性（opposite sex）の人間によってのみ可能となる。婚姻における「女」の基準は生物学的なものでなければならない。なぜなら、男性性腺、男性性器を有する者は、婚姻における女性の本質的役割を自然に履行できる人を再生産（生殖）することができないからである（358F）。[しかし]私の判断では、家族の基礎となる婚姻制度は婚姻当事者が自然に子をもうける能力を有することを要求していない。不妊であることも婚姻完成と関係ない（359B～C）。私は、本件はCorbett判決の生物学的基準を満たしていないと考える（359G）。本件当事者は婚姻を完成させる能力を有する（360A）。婚姻当事者が男と女でなかった場合には婚姻は無効（void）であるのに対して（1973年法11条c号）、婚姻完成能力がなかった場合は婚姻取消（voidable）の原因となる（同法12条1項a号）。ある者が男か女かということと、ある者が婚姻完成能力を有するかどうかとは必ずしも関係しない（360C）。[再手術の可能性を論ずることは]本件被告が最終的かつ不可逆的にジェンダーを選択したことに反する（360D～E）。私見では、男または女として婚姻を完成させる能力は、婚姻に関して男か女かを検討する際の要素となるが、決定的な要素ではない（360F）。精巣女性化症候群[完全アンドロゲン不応症]のような染色体、性腺、性器の特徴を有する者を、Ormrod裁判官は婚姻完成可能な女性と判断するかもしれない（361A）。

（3）Corbett [判決が示した男女の判定] 基準を満たさない人は、婚姻に関して「男でも女でもない者」、「男性でも女性でもない者」となるのか（361B～）。これもありうる結論だが、私は採用しない。1950年欧州人権及

び基本的自由の保護に関する条約〔以下では欧州人権条約と略す〕12条は「婚姻年齢に達した男女は、各国法に従って、婚姻し、家族を形成する権利を有する」と規定しており〔傍点は筆者〕、わが法もこの規定に適合するように解釈されることになろう（361B～C）。S-T v J判決（1998年）に引用された欧州人権条約〔にかかわる〕判例などから私の見るところでは、欧州人権条約はある者が婚姻に関して男でも女でもないという結論に好意的でない（361C）。また、この〔第3のカテゴリーを認めるという〕結論は、男か女かに関して既に存在する困難を解決する場合と同じくらい多くの困難を新たに作り出すだろう（361D）。さらに、私の考えでは、〔第3のカテゴリーを創設するという〕結論は、（i）1973年法11条c号を制定する際の議会のアプローチに反し⁵³⁾、（ii）S-T v J判決に反し、（iii）1986年家族法58条5項にも反する⁵⁴⁾（361E）。これらにより、各々が男と女でない者の婚姻は1973年法11条c項のもとで扱われることになるが（361F）、私は以下のように考える。

（a）これ〔1973年法の上記条項〕は、婚姻に関してはすべての者が男か女に該当すると議会が考えていたことの明らかな証拠である。同条は、ある者が男か女かが疑わしい悲劇的なケースがあり、そのようなケースも扱うという事実を十分知ったうえで導入された。同条項によってカバーされない第3のカテゴリーを議会が想定していたとするのは奇妙なことである（361G）。

（b）1973年法の正しい解釈に際して、重点は性（sex）よりも、性別（gender）に置かれるべきであり（361G～H）、さらに、（c）1973年法の正しい解釈における「男と女」という用語の使用に際して、重点は、Ormrod裁判官が指摘した性的関係よりも、婚姻の経済的、民事的（civil）、契約的、および日

53) S-T v J [1998] 前掲注51), at 449D～Jに引用された“Law Commission Report on Family law Report on Nullity of Marriage” para32)を参照。

54) Family Law Act 1986, s. 58（5）は、「いかなる裁判所も、本章〔第3章（家族上の）地位の宣言〕その他の規定を根拠として、以下の宣言を行うことはできない」とし、その（a）号で「婚姻がその初めの時点から無効であったこと」を掲げている。

常生活上の取決めに置かれるべきであることを示している (362A)。しかしこれらの諸点は当法廷では論じられなかったので、私の結論においては重視しなかった (362B)。

(4) 私のアプローチと結論 (362C～) 私はトランスセクシャルは扱わない。脳構造に関する医科学の進歩に関する医学的証言を聞かなかったので、私の結論はそれには依拠しない。本件はCorbett事件で適用された生物学的基準を満たしていない。私が扱うのは、Corbett事件でOrmrod裁判官が「然るべき事案が裁判所に持ち込まれるまで残しておく、そこにはCorbett事件以上の難しさが存在する」と述べたような事案である (362E)。

出生時の被告は不明瞭な外性器をもった子どもであり、彼（または彼女）をいずれの性別で育てるかを決定するのが適切である（と当時は考えられていた）新生児であった。私の判断では、本件被告は部分的アンドロゲン不応症であるとするConway医師の診断は正しい。同医師によればその原因はアンドロゲン受容体の変異であり、男性身体のテストステロンへの反応に影響を及ぼす。したがって被告は（同時に心理的原因があり、脳構造に関連があったか否かはともかく）、出生時に外性器に身体的異常があり、身体的原因〔アンドロゲン不応症〕による発達異常があった (362G)。「インターセックス」というレッテルや用語の使用には注意が必要であり、むしろその原因になった要素の検討が重要であるが、「インターセックス」、「身体的インターセックス」という語は被告を表現する簡潔表現として便宜であることは認める (362H)。部分的アンドロゲン不応症の者は身体的にも社会的にも一定の幅をもった方向へと成長するというConway医師の意見に私は同意する (363A)。他の〔アンドロゲン不応症でない子の〕場合には、その子が養育される性別・性は医師とその他の者らによって決定されるが、〔アンドロゲン不応症の者を〕養育され、生活する〔男女いずれか〕一方の性別・性に割り当てること (assignment) は難しく、そのような場合には、「成り行きを見守る」(‘wait and see’) のがベストであるという議論にもかなりの力が

あるように思う。⁵⁵⁾どの程度の期間待つことが適当か、どのような基準が適当かは事案ごとに異なる (363B)。

私の判断では、本件被告のような身体的インターセックスとされる者の場合は、その者が婚姻に関して女か男かの決定は、彼らの発達および Corbett事件でリスト化されたすべての要件を考慮して行われなければならない。すなわち、その要件とは以下のようなものである (Corbett判決 [が示した i ~ v の 5 要件] を多少修正して 6 要件に拡大した) (363C)。

- i 染色体要件
- ii 性腺要件 (精巣ないし卵巣の存否)
- iii 性器要件 (内性器および外性器を含む)
- iv 心理的要件
- v ホルモン要件
- vi 第 2 次性徴要件 (毛髪の分布、乳房の発達、体型その他)

Conway医師はこれらの要件をすべて考慮した。この方法のもう 1 つの利点は、当事者が婚姻に関して男か女かの決定を、婚姻の時点から事後的に、後知恵 (hindsight) によって、(それより以前の時点で決定するよりも) 有利に行えることである。Conway医師の証言を考慮すると、被告はもし現時点で生まれていれば、[出生の時点で] 下される医学的決定は、この子は女子として養育されるべきであるというものであっただろう。もしこの [被告を女子として養育するという] 決定が被告の出生時に行われていたとしたら、そのこと [被告が女性であること] は、[その後の被告の人生における] アンドロゲン不応症の結果としての身体的発達、早い年齢からの女子として生きたいという彼女の願望、エストロゲン治療および手術以前の時点で女性のとして生きるという彼女の最終決定によって証明されたことであろう。私

55) この「議論」について本判決は出典を示していないが、Bellinger事件 (控訴審) における Green医師 (Charing Cross病院精神科コンサルタント医) の証言の一節である (Bellinger v. Bellinger (Appeals Court, 2001) [2001] EWCA Civ 1140, 116iv)。

の判断では、i) これらの諸要件、および、ii) 被告の出生から何年も後に
出されたCorbett判決の生物学的基準を適用して、被告を男子とした出生登
録を容認することはできないことから、[被告を男子とした本件出生] 登録
は、後知恵によって誤まり (error) であったと判断できる (363F～ G)。

上記のアプローチ、および、私がリスト化した6要件、すべての認定事実、被告は原告との婚姻を完成させる能力を有するという私の結論にかんがみ、とくに、(a) 部分的アンドロゲン不応症という診断を私が採用したこと、(b) 被告の外性器の不明瞭さ、(c) エストロゲンの服用を開始し [性再適合] 手術を受けるより相当以前の時点で、女性として生きると最終的に決定するに至った被告の発達にかんがみ、私の判断では、被告は、原告との婚姻に関して女であった。したがって、私は、被告との婚姻無効 (nullity) 判決を請求する原告の申立てを退け、原告の離婚無効請求を棄却する (364B)。

【評釈】

① W v W判決の意義の第1は、被告を部分的アンドロゲン不応症が原因と推認されるホルモン障害によるインターセックスであると認定したことである。Corbett事件の被告 (Ashley) は、性再適合手術以前はインターセックスであったと主張し、その旨の医学者の証言もあったが⁵⁶⁾、裁判所には認められなかった。Corbett事件においてOrmrod裁判官は、同事件の被告にはホルモン障害は認められないからインターセックスではないとし (本判決335H～336Aに引用された個所)、同人は出生時から性別決定基準のうちの生物学的な3つの要件 (性腺、性器、性染色体) が一致する男であり、性再適合手術等によって女性化したトランスセクシャルであると認定した。これに対して、本件でCharles裁判官は、Conway医師の医学的証拠を採用して、本件被告は部分的アンドロゲン不応症によるインターセックス状態にあるのに対して (332D～ H)、Corbett判決はトランスセクシャルを対象にしたも

56) Corbett判決 (前掲注35), 43eのArmstrong医師の証言。

のであるとして（336B）、本件とCorbettを区別した。したがって、Corbett判決は（性別決定一般に関するリーディングケースと見る見解が多いが）、トランスセクシャルの者の、しかも婚姻における性別に限定された先例であり、インターセックスの者の婚姻に関する性別決定に関しては本判決がリーディングケースであると考ええる。

前述のように、Corbett判決自身が、同判決の性別決定基準がすべての事案に適用されるものではないことを認めており、Ormrod裁判官は、とくに身体的インターセックスの者に対する外科手術の影響の問題は、後日そのような事案が申し立てられるまで残しておく旨を判示していた⁵⁷⁾。Herring教授らも、Ormrod裁判官はインターセックスの性別決定基準については後世の判断に委ねたと解釈する⁵⁸⁾。Corbett判決は性別決定基準としての身体的・解剖学的要件について多くを語っているものの、これら解剖学的要件は他の事件（other cases）では重要な要件となりうるかもしれないが、Corbett事件の被告の性別決定に関しては周辺的な重要性しか持たないとも判示している⁵⁹⁾。Corbettの被告は、出生時に生物学的3要件が一致した男性と認定されたのに対して、「他の事件」とは、解剖学的な性器官が男女いずれか一方に一致しないインターセックスに関する事件を意味しており、本件はまさにそのような事案であった。

② 本判決の意義の第2は、婚姻に関する性別決定基準として、出生時の生物学的要素だけでなく、その後の性的な成長・発達を加味したことである。Corbett判決が示した性別決定の5要件を修正し、CorbettにおいてOrmrod裁判官が列挙しながら軽視した第4要件（心理的要件）、第5要件（ホルモン要件）も第1～3要件（生物学的要件）と対等に考慮すべきであ

57) Corbett判決、前掲注35), 48j～49a.

58) J. Herring, and P. -L. Chau, "Assigning Sex and Intersexuals" [2001] Family Law 764.

59) Corbett判決、前掲注35), 44a～b.

るとしたうえに、第6の要件として第2次性徴をリストに加えた。出生後から婚姻時に至るまでの当事者の成長・発達を考慮したためである（363C）。しかも、出生時における性別判定の際には、子の将来的な性的成長・発達の予測が困難なのに対して、婚姻時における性別決定に際しては、出生時から婚姻時点までの当事者の性的な成長・発達を後知恵（hindsight）として考慮することができる利点があるとCharles裁判官はいう（363F）。Corbett判決が、婚姻に関する性別は婚姻の本質からして生物学的なものであり、それは出生の時点で固定されその後変更されることはないと判示したのに対して、本判決は、婚姻に関する性別は出生時点で定まり（固定化され）変更できないものではなく、当事者の成長・発達に応じて変化しうるものであり、婚姻の時点で、最終的な決定として確定していれば足りるという考え方に立脚している。

本件被告のような部分的アンドロゲン不応症の者は、その不応の程度によって性分化の態様も様々であるから、同症の新生児について、出生の時点でその子を男女いずれか一方の性別に割り当て、その子が養育され生活する養育の性を決定することは困難な場合も少なくない。Charles裁判官は、「出生時に外性器によって子どもを男か女かに割り振ることは信仰上の行為（an act of faith）である」というConway医師が紹介したGooren医師の言葉を援用している⁶⁰⁾。そのような性別割振りは医学的な根拠に基づくものではないという趣旨だろう。

③ 本判決の第3の意義として、本判決に見られるCharles裁判官の婚姻観を指摘できる。本件では原告、被告ともに婚姻完成の不能を理由とする婚姻取消は主張していないが（330A）、Charles裁判官は、Corbett判決で示されたOrmrod裁判官の婚姻完成に関する見解について検討する。

Corbett判決は、婚姻における男女の性別決定基準と婚姻完成とを関連づ

60) W v W判決、前掲注45), at 333E.

けて論じているが、生物学的要件を重視したCorbett判決の性別決定基準にはOrmrod裁判官の婚姻観が反映されている。すなわちOrmrod裁判官にとって、婚姻とは男と女の結合（union）であり、その上に家族が形成される基礎であるから、当事者が自然な異性間性交渉の能力を有することは婚姻の本質的な要素である（本判決358Fで引用）。Ormrod裁判官は、執刀医によって造設された人工的な空洞（cavity）を用いた性交渉は「自然かつ完全な性交渉」ないし自然な形の性交（vera copula）とは考えられない旨を判示し、男性の下腹部に手術によって作られた空洞を用いた性交渉は、肛門や股間を用いた性交渉と同じようなものであるとまで述べて（本判決352Cで引用）、Corbettの被告は婚姻を完成させる能力を有しないと結論した。

これに対してCharles裁判官は、婚姻完成に関するOrmrod裁判官の判示は同事件の解決に必要ななかったとしたうえで（353A）、婚姻の両当事者が自然に子をもうける能力を有することは婚姻の不可欠の要素ではないし、当事者の婚姻完成能力は当事者が婚姻に関して男か女かを決定するうえで決定的な要素でない旨を判示した。さらに、Charles裁判官は、婚姻の経済的、契約的、日常生活的な要素を重視し（362A）、Corbett判決に示されたOrmrod裁判官の上記のような婚姻観に対しては、S v S判決（1962年）⁶¹⁾におけるWillmar控訴院裁判官の以下の判示を援用して対峙する。すなわち、Willmar裁判官は「婚姻完成は法律問題であり、医学的意見は重要だが決定的ではない。膣の痕跡を拡大する手術と、何もない部位に人工的に膣を形成する手術との間に違いを見出すことは難しい。子をもうけることができないことが婚姻完成不能の理由とならないこと、当事者が得る性的な満足の程度が婚姻完成の成否に違いをもたらさないことが認められている（本判決353F～Hで引用）。そうだとしたら、人工的な膣を用いた性交渉と、人工的

61) S v S (otherwise W) (No. 2) [1962] 3 All ER 55. 出生時に膣が完全に欠損していたが、のちに手術によって膣を形成した女性の婚姻完成能力の有無が争われた事案。

に拡大された膣を用いた性交渉との間に違いを見出す根拠は何かが問われなければならない。いずれの場合にもペニスの完全挿入（full penetration）は可能であり、したがって2人の身体の完全なる結合（complete union of two bodies）は完成する。[身体の他の部位ではなく]自然の膣の存在する位置に形成された[人工的な]膣による性交渉を“vera copula”[真の結合]と見なさない理由はない」と判示したのであった（本判決354C～Dで引用）。Charles裁判官が、CorbettのOrmrod裁判官よりもWillmar裁判官の判示からはるかに大きな影響を受けたことは明らかである。

本判決がCorbett判決と反対の結論に至った理由は、表面的には男女の性別決定基準および婚姻完成能力に関する見解の相違にあるが、根底には両裁判官の婚姻観の相違があったと思われる。⁶²⁾

④ 本判決の第4の意義として、本判決が、婚姻に関して「男」でも「女」でもない「第3のカテゴリー」の存在を否定したことを指摘できる。Charles裁判官は、Corbett基準を満たさない者は、婚姻に関して「男でも女でもない」者、すなわち「第3のカテゴリー」なのかという問いを立て（361B～）、これもありうる結論だが、しかし、第3のカテゴリーを設ける考え方は欧州人権条約12条⁶³⁾に抵触する可能性があり、1973年法11条c号に示された議会意思にも反するなどの理由から採用しないと判示した（361E）。Charles裁判官は、本件被告のような部分的アンドロゲン不応症の者の外見は、完全な男性から圧倒的な女性までの間のスペクトラム（連続体）であるとしたConway医師の証言を引用しているが（332C）、法的な性別はスペクトラムではなく、男女に二分されるカテゴリー（範型）とする見解を採用している。Forbes判決においてHunter裁判官が、「生物学的な性はスペクトラ

62) 本判決は、S-T v J判決、前掲注51)におけるWard裁判官の少数意見も肯定的に援用している（336B）。

63) 第12条（婚姻についての権利）は、「婚姻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しかつ家庭を形成する権利を有する」と規定する。

ムであるが、法的な性別はカテゴリーであり、＜性別なし＞とか＜中間の性＞というものはない」と判示したのも同旨の見解として指摘しておきたい。

Herring教授らは、Charles裁判官がインターセックスの者を「性別なし」(no sex) とする考えを否定したことは全く適切であったと評価しており、私も結論的には賛成するが、性別未確定の状態で出生した子どもが自分自身で最終的な性別を決定するまでの間は、「性別なし」と呼ぶか、「中間の性」と呼ぶか、「第3の性」と呼ぶかはともかくとして、「男」か「女」かの二者択一を迫ることなく、「性別未確定」(indeterminate sex) という法的地位を保持することを認めるべきであると考ええる。生物学的な性がスペクトラムであってカテゴリーではなく、しかも出生の時点で生物学的な性別を確定できない状態で生まれる子どもが一定数は存在するのであるから、法律もこれに対応して、かかる子どもには「性別未確定」という地位の保持を認めることがその子の利益にかなうと考える。

なお、④の論点に関して、「第3の性」を認めたとしても、結局は「男」か「女」か「第3の性」かを決定しなければならなくなるので同じことであるというCharles裁判官の批判(361C～D)は、異性婚を前提とする婚姻に関してならばその通りであるが、同性婚を認めた2013年婚姻(同性カップル)法の制定によって、イギリスにおける婚姻に関しては事情が変わった。同法によって1973年法11条c号は削除され、もはや婚姻両当事者が各々「男と女」であることは婚姻の要件ではなくなったのであるから、イギリスの婚姻に関しては、当事者を「男」か「女」のいずれかに確定させる必要もなくなったと思われる。ただし、出生登録の際に性別未確定として登録した者が、性別未確定の状態のままで(男女いずれかに性別を追完することなしに)、2013年法によって婚姻が可能になったのか否かは詳らかでない。

64) Herring and Chau, *op. cit.*, n. 58, p. 765.

⑤ 本判決の第5の意義は、時間の経過に関する判示である。本件被告のような部分的アンドロゲン不応症の者は、その不応の程度によって性分化の度合いも様々であるから、同症の新生児について、その子の養育上の性を決定することは難しい場合が少なくない。かかる場合には、「成り行きを見守る」(wait and see) ことが最善であるという提案に同調するCharles裁判官の判示も本判決の特徴の1つに挙げられよう。この‘wait and see’には引用符がついているが、本判決では出典が明記されていない。しかし後述のBellinger事件の控訴院判決では、この言葉は同事件で証言したGreen教授(Charing Cross 病院精神科コンサルタント医)の言葉としてButler-Sloss長官裁判官が多数意見で引用したほか(Bellinger判決para39)、Thorpe裁判官も少数意見において、「現在では、むしろ本人が十分に成熟して自らの希望を表明できるようになるまで成り行きを見守るというアプローチがある」と援用している(同判決para116⁶⁵⁾)。それでは、どの程度の期間待つことが適当か、待ったうえでどのような基準によって割り振ることが適当かは事案ごとに異なると本判決は判示するが、私は、最終的には本人自身の成熟を待って可能な限り本人の決定に委ねるべきであるという上記Green教授やThorpe裁判官のような考え方に賛成する。少なくとも、本人による将来の決定を妨げる生殖器の摘出手術などを親や医師らが早期に決定することは控えるべきであるとする。臨床ではそのような運用になっているとの記述も見られる一方で、腹腔内に停留する睪丸を残置することはがん化を招く恐れがあるので摘出を推奨する旨の見解も見受けられ⁶⁶⁾、懸念が残る⁶⁷⁾。

65) Bellinger事件の控訴院判決は、Bellinger v Bellinger [2001] EWCA Civ. 1140.

66) A. M. Wisniewski, DISORDERS OF SEX DEVELOPMENT—A GUIDE FOR PARENTS AND PHYSICIANS (The Johns Hopkins Univ. Pr., 2012) p. 62, et al..

67) G. Davis, CONTESTING INTERSEX—THE DUBIOUS DIAGNOSIS (New York Univ. Pr., 2014) pp. 24, 78, 91, et al., 家永、前掲注9)も同旨の懸念を共有する。

4 欧州人権裁判所判例からジェンダー承認法（2004年）へ

（1）Goodwin v UK事件⁶⁸⁾欧州人権裁判所判決（2002年）

性再適合手術を受け女性として生活している原告が、出生登録の性別変更が認められないために、雇用、社会保障、年金、婚姻などで影響をうけ、さらに性別の変更が認められないために差別や敵意にさらされるなどしたと主張し、英国政府は同人の性別変更を拒絶することによって、欧州人権条約8条の私的生活を尊重する権利、同12条の婚姻をする権利を侵害したとして、欧州人権裁判所にUK政府を訴えた事件。

本判決は、同条約8条は人間としてのアイデンティティを確立する権利を含む各個人の私的領域を保護しており、手術を受けたトランスセクシャルの地位の変更によって公共の利益に何らかの実質的な不都合や侵害が生ずることは証明されていない、英国政府は、既に当「欧州人権」裁判所から関連する法的手段の審査をするように警告されていたのであるから、もはや手術後のトランスセクシャルの「イギリス法における現在の」法的地位が正当と評価される範囲内にあると主張することはできない。ここには、8条によって保障される原告の私生活への権利の侵害がある（～ para93）。また、原告は女性として生活しており、女性として男性と婚姻することを望んでいるのだから、原告の婚姻する権利の侵害が認められる（para101）。トランスセクシャルの者がどの程度の性再割当てを達成した場合に（性別変更の）法的承認を与えるかの要件、将来の婚姻の手続き、例えば相手方配偶者への情報提供などについては締約国が決定することになるが、だからと言って、いかなる場合にも（under any circumstances）トランスセクシャルの者が婚姻する権利を享受することを妨げる正当な事由は存在しない（para103）。ここ

68) Goodwin v UK [2002] 2 FLR 487.

に12条違反が認められるとして、トランスセクシャルの者が新しい性を法的に承認され、その性によって婚姻することを拒絶する英国政府の行為を条約違反として、原告の請求を認めた（para98～104）。なお、本裁判に第三者参加した人権団体“Liberty”は、Sheffield事件（1998年）の時点では、トランスセクシャルに対する性再割当ての法的承認〔性別変更〕に関してEUメンバー諸国間で誤った傾向が見られたが、その後2002年の時点では性再割当てを全面的に法的に承認する国が増加したことを指摘したが（para55）、本判決は、性再適合手術を受けたトランスセクシャルの者に対して法的承認を与えることについてEU諸国間で見解の一致がないことよりも、性再適合手術を受けたトランスセクシャルの新しい性的アイデンティティに法的承認を与える新しい傾向を重視すると判示した（para85）。

欧州人権条約と性的マイノリティーの関係については、Goodwin判決の他にも、Sheffield and Horsham v UK判決（1998年）⁶⁹⁾、I v UK判決（2002年）⁷⁰⁾など、英国が被告となった欧州人権裁判所の判例は数件あるが、それらはすべてトランスセクシャルに関するケースであり、インターセックスに関するケースはない⁷¹⁾。Goodwin判決も、トランスセクシャルの者が新たな性を承認されたとしても、その性の生物学的性質をすべて獲得するわけではなく、進歩する性再適合手術およびホルモン療法によっても染色体という性的アイデンティティの中核を変更することはできないから、出生時から生物学的基準（染色体、性腺、性器）が一致しないインターセックスの場合とは異なると判示して、トランスセクシャルとインターセックスを区別している

69) Sheffield and Horsham v UK [1998] 2 FLR 928. ちなみにSheffield夫人は、性転換手術を受けて社会的に女性として生活しているが、イギリス政府から女性としてパスポートの交付を受け、運転免許証も取得していることが事実関係の中に示されている。

70) I v UK [2002] 2 FLR 518.

71) R. English, Comment on W v W (2000), One Crown Office Row (http://www.1cor.Com/1315/?form|_1155.replyids=592) (2016年11月16日閲覧)。

(para82)。Goodwin判決はあくまでトランスセクシャルの事案であり、あえて言えば、インターセックスの者が性再適合手術を受け、性別変更を希望する場合にのみ関連をもつことになるだろう。

(2) Bellinger事件貴族院判決 (2003年⁷²⁾)

本件において、性再適合手術を受けて男から女となったトランスセクシャルである申立人は、1973年法11条c号が定める婚姻有効要件である「両当事者が各々男と女である」旨の規定⁷³⁾（にいう「女」）に該当し、したがって同人と男性との婚姻が有効であることの宣言を求めた。高等法院（Johnson裁判官）、控訴院（Butler-Sloss長官裁判官。ただしThorpe控訴院裁判官の反対意見がある）ともに申立人の請求を棄却したため、申立人（控訴人）が貴族院に上告した。

貴族院は、上告人は男として生まれ男として出生登録されたが、後に女性に性転換したトランスセクシャルであり、他の男性と有効に婚姻することはできないとして、全員一致で上告を棄却した（Nicholls貴族院裁判官が法廷意見を述べた）(para49)。なお、本判決は、上告人は出生時には全ての男性要件を満たして正しく男として登録され、21歳の時に女性と結婚までしたが、その後離婚してからは女性として生活するようになりホルモン治療や性再適合手術を受けたトランスセクシャルであり、性別を誤って割り当てられた者（gender mis-assignment）や、両性ないし間性の者（mixed or ‘inter’ gender）に関する事件でない旨を明記している（para7, 75）。

上記のように、結論的にはトランスセクシャルの者の婚姻を有効とは判決しなかったにもかかわらず、貴族院は、トランスセクシャルの者に関する欧州人権裁判所のGoodwin判決などにかんがみ、1973年法11条c号は改正さ

72) Bellinger v Bellinger [2003] UKHL 21, [2003] 2 AC 467.

73) 同性婚を認めた2013年改正により同項は現在では削除されている。

れるべきであるとし、ただ、改正は裁判所ではなく議会によって行われるべきであると判示し、さらに、本件は1998年人権法（Human Rights Act 1998）が発効する以前の事案であったにもかかわらず（para50）、1973年法11条c号は欧州人権条約8条および12条に適合していないとして1998年人権法4条に基づいて〔条約〕不適合宣言（declaration of incompatibility）を行った（para⁷⁴⁾55）。

（3）2004年ジェンダー承認法（GRA 2004）

欧州人権裁判所のGoodwin判決やイギリス貴族院のBellinger判決などを受けて、イギリス議会は2004年にジェンダー承認法（Gender Recognition Act 2004）を制定した。

同法は、18歳に達した者で（1条）、性別に違和感を有する者（gender dysphoria）は、2年間以上一貫して新たに獲得する性（acquired gender）で生活しており、死亡するまで新たな性で生活を継続する意志を有し、かつ、性別違和を専門とする医師の診断書を含めた登録医の報告など、同法3条が要求する証拠をそろえて、新たな性の認定をジェンダー承認委員会（Gender Recognition Panel）に申し立てることができる（2条）。性再適合手術は要件とされていない。申立てが要件を満たしていると認められる場合には、同委員会は、申立人が婚姻当事者またはシビルパートナーでないときは全面的（full）ジェンダー承認証明書（gender recognition certificate）を、婚姻している者またはシビルパートナー関係にある者のときは暫定的（interim）ジェンダー承認証明書を発給しなければならない⁷⁵⁾（4条2項）。婚姻当事者

74) 1998年人権法4条による不適合宣言については、拙稿「未成年者の中絶に関する保健省通達がヨーロッパ人権条約に違反しないとされた事例」専修大学法学研究所紀要42号『公法の諸問題Ⅸ』（2017年）201頁以下に引用したM. Partington, INTRODUCTION TO THE ENGLISH LEGAL SYSTEM 2016-2017 (Oxford Univ. Pr., 2015) pp. 160-1を参照。

75) J. Herring, op. cit., n. 44, p. 103, J. Thomson, op. cit. n. 14, p. 41.

に対して暫定的ジェンダー承認証明書が発給されたことは、婚姻無効原因となる（1973年法12条1項h号）。婚姻無効判決が確定したり、配偶者が死亡した場合などには、暫定的ジェンダー承認証明書は全面的ジェンダー承認証明書に転換される（5条）。身分登録局長官（Register General, RGと略す）は、ジェンダー承認登録簿（Gender Recognition Register, GRRと略す）を編製しなければならず、全面的ジェンダー承認証明書が発給された場合には国務大臣はそのコピーをRGに送付し、登録官はこれをGRRに記載するとともに出生登録にも記載し、両者間で追跡可能とする（同法Schedule 3）。

全面的ジェンダー承認証明書を取得した者の性は、すべての目的において新たに獲得した性となる（9条1項）。ただし、新たに獲得した性は、その者の父または母としての地位に影響しないほか（12条）、相続、スポーツ、性犯罪など、性別変更の影響をうけない領域も残されている（15～19条⁷⁷⁾）。

（4）小括

2004年ジェンダー承認法は、その制定の契機になったのがトランスセクシャルにかかわる欧州人権裁判所の諸判決だったことから、トランスセクシャルを対象とした法律となっているが⁷⁸⁾、性別未確定（いわゆるインターセックス）の者が、出生時に両親らが決定した性別を変更したいと希望する場合を排除する趣旨ではないと解される。しかし、インターセックスの者が

76) ただし、Marriage (Same Sex Couples) Act 2013の成立によって、婚姻中の者も他方配偶者の同意があれば全面的ジェンダー承認証明書を得ることができるようになり（GRA 2004, s. 3 (6A, 6B)）、シビルパートナーも両当事者が同時に新たな性を獲得する場合には全面的ジェンダー承認証明書を取得できることになった。

77) Gender Recognition Act 2004 については、J. Herring, op. cit., n. 44, p. 103 ff. のほか、J. Black et al., ed., A PRACTICAL GUIDE TO FAMILY LAW (10th ed., Oxford, 2015) p. 133 ff. を参照した。

78) 例えば、Black et. al, ibid, p. 133は、本法を「トランスセクシャルの者が新たな出生証明を取得し、承認されることを可能とした」法と性格づけている。

本法の要件を満たして性別変更（同法の文言では「新たな性の獲得」）を認められるためには、医師から「性別違和」の診断を受けるなどして自分が性別違和に悩んでいるように「装う」こと（**pretending**）をしなければならない⁷⁹⁾。もし、出生時に割り当てられた性別が「誤り」であったことを理由として性別変更を求めるのであれば、これまで通り裁判による必要がある。裁判手続は煩瑣かもしれないが、出生時の性別割当て（およびそれに基づく出生登録）が「誤り」であったことの証明のほうで、2004年ジェンダー承認法が要求する手続より容易な場合もあり得るだろう。

ちなみに、トランスセクシャルの者が本法の要件を満たしていない場合には、その性別決定については現在でも **Corbett** 判決が示した判例法〔**Corbett** 基準ということか〕が適用されることを **Bellinger** 事件貴族院判決は是認しているとの記述も見られるが⁸⁰⁾、はたしてそうだろうか⁸¹⁾。

* 本稿は、2016年度専修大学長期在外研究の成果の一部である。

79) N. Payton, “Comment: Why the UK’s gender recognition laws desperately need updating”, Pink News, 2015/7/23 (<http://www.pinknews.co.uk/2015/07/23/comment-why-the-uks-gender-recognition-laws-desperately-need-updating/>) はこのことを批判する（2016年12月22日閲覧）。

80) S. Gilmore and L. Glennon, *HAYES & WILLIAMS’ FAMILY LAW* (5th ed., Oxford, 2016) p. 33.

81) 本稿のうち、**W v W** 判決に関する記述は、第302回英米家族法判例研究会（2017年9月16日、早稲田大学）において報告した際のレジюмеおよび資料に加筆、修正を施したものである。また本稿および前稿（前掲注9）の内容を要約したものを『「性別」の法律学——法の世界で「男」と「女」はどのように決まるのか』と題して専修大学法学部140回連続講演会（第53回、2017年5月12日、専修大学）において発表した。