

判例研究 性同一性障害特例法 3 条 1 項 4 号の合憲性 (最決平成 31 年 1 月 23 日)

中曾 久雄

NAKASO Hisao

(愛媛大学教育学部)

はじめに

1 事案の概要

本件の原告は、平成 26 年に裁判所の審判により名を変更した。その後、女性との法律婚を希望し婚姻届を提出したが不受理とされた。そこで、原告は性別の取扱いを女から男に変更する審判を求めた。しかし、原告は性転換手術を受けておらず、特例法第 3 条第 1 項第 4 号（以下、本件規定）に基づき性別の取扱いの変更審判申立が却下された。

2 判旨 抗告棄却

「性同一性障害者につき性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件として『生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること』を求める性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律 3 条 1 項 4 号の規定（以下「本件規定」という。）の下では、性同一性障害者が当該審判を受けることを望む場合には一般的には生殖腺除去手術を受けていなければならないこととなる」。

「本件規定は、性同一性障害者一般に対して上記手術を受けること自体を強制するものではないが、性同一性障害者によっては、上記手術まで望まないのに当該審判を受けるためやむなく上記手術を受けることもあり得るところであって、その意思

に反して身体への侵襲を受けない自由を制約する面もあることは否定できない。もともと、本件規定は、当該審判を受けた者について変更前の性別の生殖機能により子が生まれることがあれば、親子関係等に関わる問題が生じ、社会に混乱を生じさせかねないことや、長きにわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で急激な形での変化を避ける等の配慮に基づくものと解される。これらの配慮の必要性、方法の相当性等は、性自認に従った性別の取扱いや家族制度の理解に関する社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであり、このような規定の憲法適合性については不断の検討を要するものというべきであるが、本件規定の目的、上記の制約の態様、現在の社会的状況等を総合的に較量すると、本件規定は、現時点では、憲法 13 条、14 条 1 項に違反するものとはいえない」。

鬼丸かおる裁判官、三浦守裁判官の補足意見

「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下「特例法」という。）は、生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別であるとの持続的な確信を持ち、かつ、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者であって、そのこ

とについて2人以上の医師の診断が一致しているものを対象として、その法令上の性別の取扱いの特例について定めるものである。これは、性同一性障害者が、性別の違和に関する苦痛を感じるとともに、社会生活上様々な問題を抱えている状況にあることから、その治療の効果を高め、社会的な不利益を解消するために制定されたものと解される。そして、特例法により性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、変更後の性別で婚姻をすることができるほか、戸籍上も、所要の変更等がされ、法令に基づく行政文書における性別の記載も、変更後の性別が記載されるようになるなど、社会生活上の不利益が解消されることになる。

「また、性別は、社会生活や人間関係における個人の属性の一つとして取り扱われているため、個人の人格的存在と密接不可分のものということができ、性同一性障害者にとって、特例法により性別の取扱いの変更の審判を受けられることは、切実ともいえるべき重要な法的利益である。本件規定は、本人の請求により性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件の一つを定めるものであるから、自らの意思と関わりなく性別適合手術による生殖腺の除去が強制されるというものではないが、本件規定により、一般的には当該手術を受けていなければ、上記のような重要な法的利益を受けることができず、社会的な不利益の解消も図られないことになる。さらに、性別適合手術については、特例法の制定当時は、原則として、第1段階（精神科領域の治療）及び第2段階（ホルモン療法等）の治療を経てなおその身体的性別に関する強い苦痛等が持続する者に対する最終段階の治療として行うものとされていたが、その後の臨床経験を踏まえた専門的な検討を経て、現在は、日本精神神経学会のガイドラインによれば、性同一性障害者の示す症状の多様性を前提として、この手術も、治療の最終段階ではなく、基本的に本人の意思に委ねられる治療の選択肢の一つとされている。したがって、生殖腺を除去する性別適合手術を受けていない性同一性障害者としては、当該手術を望まな

い場合であっても、本件規定により、性別の取扱いの変更を希望してその審判を受けるためには当該手術を受けるほかに選択の余地がないことになる」。

「性別適合手術による卵巣又は精巣の摘出は、それ自体身体への強度の侵襲である上、外科手術一般に共通することとして生命ないし身体に対する危険を伴うとともに、生殖機能の喪失という重大かつ不可逆的な結果をもたらす。このような手術を受けるか否かは、本来、その者の自由な意思に委ねられるものであり、この自由は、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由として、憲法13条により保障されるものと解される。…本件規定は、この自由を制約する面があるというべきである。そこで、このような自由の制約が、本件規定の目的、当該自由の内容・性質、その制約の態様・程度等を総合的に較量して、必要か合理的なものとして是認されるか否かについて検討する」。

「本件規定の目的については、法廷意見が述べるとおり、性別の取扱いの変更の審判を受けた者について変更前の性別の生殖機能により子が生まれることがあれば、親子関係等に関わる問題が生じ、社会に混乱を生じさせかねないことや、長きにわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で急激な形での変化を避ける等の配慮に基づくものと解される。しかし、性同一性障害者は、前記のとおり、生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別であるとの持続的な確信を持ち、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者であるから、性別の取扱いが変更された後に変更前の性別の生殖機能により懐妊・出産という事態が生ずることは、それ自体極めてまれなことと考えられ、それにより生ずる混乱といっても相当程度限られたものといえることができる。また、上記のような配慮の必要性等は、社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであり、特例法も、平成15年の制定時の附則2項において、『性別の取扱いの変更の審判の請求をすることができる性同

一性障害者の範囲その他性別の取扱いの変更の審判の制度については、この法律の施行後3年を目途として、この法律の施行の状況、性同一性障害者等を取り巻く社会的環境の変化等を勘案して検討が加えられ、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置が講ぜられるものとする。』と定めていた。これを踏まえて、平成20年、特例法3条1項3号の『現に子がいないこと』という要件に関し、これを緩和して、成人の子を有する者の性別の取扱いの変更を認める法改正が行われ、成人の子については、母である男、父である女の存在があり得ることが法的に肯定された。そして、その改正法の附則3項においても、『性同一性障害者の性別の取扱いの変更の審判の制度については、この法律による改正後の特例法の施行の状況を踏まえ、性同一性障害者及びその関係者の状況その他の事情を勘案し、必要に応じ、検討が加えられるものとする。』旨が定められ、その後既に10年を経過している。特例法の施行から14年余を経て、これまで7000人を超える者が性別の取扱いの変更を認められ、さらに、近年は、学校や企業を始め社会の様々な分野において、性同一性障害者がその性自認に従った取扱いを受けられることができるようにする取組が進められており、国民の意識や社会の受け止め方にも、相応の変化が生じているものと推察される。以上の社会的状況等を踏まえ、前記のような本件規定の目的、当該自由の内容・性質、その制約の態様・程度等の諸事情を総合的に較量すると、本件規定は、現時点では、憲法13条に違反するとまではいえないものの、その疑いが生じていることは否定できない。

「世界的に見ても、性同一性障害者の法的な性別の取扱いの変更については、特例法の制定当時は、いわゆる生殖能力喪失を要件とする国が数多く見られたが、2014年（平成26年）、世界保健機関等がこれを要件とすることに反対する旨の声明を発し、2017年（平成29年）、欧州人権裁判所がこれを要件とすることが欧州人権条約に違反する旨の判決をするなどし、現在は、その要件を不要とする

国も増えている。性同一性障害者の性別に関する苦痛は、性自認の多様性を包容すべき社会の側の問題でもある。その意味で、本件規定に関する問題を含め、性同一性障害者を取り巻く様々な問題について、更に広く理解が深まるとともに、一人ひとりの人格と個性の尊重という観点から各所において適切な対応がされることを望むものである」。

3 本判決の位置づけ

本件規定は「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」を性別変更の要件とする。これは、元の性別の生殖機能によって子が生まれることで生じる混乱や問題が生じかねないこと、生殖腺から元の性別のホルモンが分泌されることにより、何らかの身体的・精神的な悪影響が生じる可能性を否定できないこと、を理由とするものである。しかし、それが、自己決定権との関係で問題とされてきた¹。本判決は、最高裁が初めてこの問題に対して憲法判断を行った点で注目される。

4 本判決の構造と意義

4-1 自己決定権の構造

本件規定のもとでは、性別の取扱いの変更を希望する者は、その審判を受けるためには性転換手術を受けることが余儀なくされることが問題となっている。これを憲法学の視点から考察した場合、自己決定権の侵害か否かが問われることになる。

そこで、まずは、自己決定権に関する議論を振り返ることとする。自己決定権とは、個人が一定の私的事項について公権力によって干渉されることなく自ら決定することのできる権利である²。すなわち、自己決定権とは、自分の生き方を「自分で決める」権利である³。自己決定権を憲法上列挙されていない権利として、憲法解釈的に追加することを主張するならば、自己決定権における固有の内容、

¹ 藤戸敬貴「性同一性障害者特例法とその周辺」調査と情報 No. 977(2017. 9.26) 6頁。

² 君塚正臣「幸福追求権—延長上に家族と平等を一部考える—」横浜国際経済法学 19巻2号(2010年) 136頁。

³ 石川健治「自分のことは自分で決める」樋口陽一編『ホーンブック憲法 改定版』（北樹出版、2000年）126頁。

保障範囲,さらにはその基礎づけを提示する必要である⁴。以下では,その代表的な見解を概観していくことにする。

まず,自己決定権の質を限定するのが,人格的自律権説である⁵。人格的自律権説のもとで,自己決定権が保障される理由は,自己決定が個人の善き生にとって不可欠だからということになる。人格的自律権説は,自己決定権の質を問い,自己決定権を1つの憲法上の権利としての基礎付けをし類型化を行おうとする。人格的自律権説を主張する佐藤幸治教授は,以下のような類型化を行う。①「人格価値そのものにまつわる権利」(例,名誉権,プライバシーの権利,環境権〔人格権〕),②「人格的自律権(自己決定権)」,③「適正な手続的処遇をうける権利」および④「参政権的権利」を挙げる。一方で,①「人格価値そのものにまつわる権利」の内実であるとされる名誉権,プライバシーの権利,環境権(人格権)は,権利のカテゴリーとしてそれなりの特定性・明確性をもっているといえるが,他方で,②「人格的自律権(自己決定権)」のカテゴリーは「漠然としていることは否めない」とする。そこで,②の内容について細分化を行い以下のように類型化を行う。i「自己の生命,身体の処分にかかわる事柄」,ii「家族の形成・維持にかかわる事柄」,iii「リプロダクションにかかわる事柄」,iv「その他の事柄」に類型化を行う。ivについては,i・ii・iiiに匹敵する重要な類型が形成される可能性が残されているという⁶。さらに,上述の類型化以外の権利・自由についても,「規制の趣旨・強度如何によっては結果的に個別的権利・自由の侵害というべき場合がありうる」として,13条の前段の問題にとどまらず,後段の補充的保障の対象となる自己決定権の侵害と目すべき場合があり

うるということを確認する⁷。人格的自律権説のもとで,自己決定権が保障される理由は,自己決定が個々人の善き生にとって不可欠だからということになる。

これに対して,自己決定の質を問わないのが,一般的自由権説である。もっとも,一般的自由とはいっても,文字通りすべての自由が保障されるわけではなく,他者に対して加害行為を行う自由は除外され⁸,「公共の福祉に反しない限り一般的に自由を拘束されないとする一般的自由権の存在が認められる」のである⁹。この一般的自由権説の考え方によれば,「人権は国家の活動の限界を画し,国家の立入り禁止の一線を画する」ものであり,「国家の介入の禁止された領域の内部では,個人は,他人の権利を侵害しないかぎり自由に行動することができる」。「少なくとも個人の自由な行為が他人の権利を侵害しない場合には,その行為をするかしないかは個人の自由な決定に委ねられ,公権力はそれに介入することは原則的に許さない」というのである¹⁰。一般的自由権説は,人格的自律権説のように自己決定権の個別の類型化や追加を主張するというものではない。一般的自由権説は,他者に加害を与える自由を除いて自由の範囲を限定しないという意味において自己決定権の射程を一般的自由までに広げ,したがって,一般的自由と自己決定権は同義となる¹¹。そして,一般的自由権のもとでの自己決定権の保障に際しての焦点は,「自分のことは自分で決める,他人の干渉を受けない」というところにある。何についての自己決定か,自己決定の内容や価値といったものは,二次的意味しかもたないことになる。たとえ些細なことであって

⁷ 佐藤・前掲注(6) 109頁。

⁸ 戸波江二『憲法〔新版〕(ぎょうせい,1998年) 175~178頁。

⁹ 橋本公亘『日本国憲法』(有斐閣,1998年) 218~220頁。

¹⁰ 戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法学教室 158号(1993年) 42頁。

¹¹ 辻村みよ子『女性と人権』(日本評論社,1997年) 238頁。憲法上の権利の多くが自己決定権の側面が存在することについては,赤坂正浩『憲法講義(人権)』(信山社,2011年) 284頁。

⁴ 小泉良幸「自己決定とパターンリズム」西原博史編『岩波講座憲法2 人権論の新展開』(岩波書店,2007年) 172頁

⁵ 藤井樹也『「権利」の発想転換』(成文堂,1998年) 327頁。

⁶ 佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣,2008年) 101頁。

も、自分で決めるべきことを他人から禁止されれば、自己決定権の侵害になる¹²。

性転換手術により自己の身体を可処分する権利、すなわち、身体の処分に関する自己決定権は、人格権自律権によっても、一般的自由権説によっても憲法上の人権の1つとして構成できる¹³。性転換手術は自己の認識に合致する性の獲得を可能とする。他方で、場合によっては本来手術を望んでいなかった者に対しても手術を求めてしまうことになる。また、性転換手術を行った者のみを対象とし、性別変更の「認証」を与えるということは、手術をしない者を排除するということになる¹⁴。本件で問題となっているのはまさにこうした問題であり、身体を処分しない自由、すなわち、自己の意に反して身体への侵襲を受けない自由である。自己決定権の趣旨に鑑みれば、身体を処分するか否かは個人の自由に委ねる事項である¹⁵。性転換手術は、補足意見も指摘するように、「外科手術一般に共通することとして生命ないし身体に対する危険を伴うとともに、生殖機能の喪失という重大かつ不可逆的な結果をもたらす」ものである。加えて、性別の取扱いを希望する者は、その審判を受けるために当該手術を受けることが余儀なくされる。要するに、本件規定は、性別の取扱いの変更を希望し、その審判を受けるために、自己決定権という憲法上の重大な法益を放棄することを強制する¹⁶。本件規定の正当化事由として挙げられるのは、性別の生殖機能により子が生まれた場合の混乱や問題である。

しかし、こうした事由がどの程度説得性のあるものであるかは定かではない¹⁷。そうすると、こうした不確かな事由で、自己決定権の放棄を強制することが正当化されるかは極めて疑わしい。

しかしながら、本件が提起する自己決定権の問題は、自己決定権の根源的重要性にも関わっている。自分の生き方を自分で決めるということ自体に価値を認める自己決定権は¹⁸それぞれの多様な人生を生きる個人にとって「どうしてもゆずれないもの」があることを確認し¹⁹、時に、社会の多数者に抗してでもそれが尊重されなければならないことを要求する²⁰。その意味で、自己決定権は各人の「善いと信じる人生を生きる」²¹ことを可能にするという点で人権保障を根底的に支えている。本件規定は、性転換手術を受けない者には性別の取扱いの変更の審判を受けられることを閉ざす点で、性別という人間の自律にとり必須といもいべき事項に対して重大な制限を課している。その結果、性同一性障害者に対して自己のアイデンティティに反し生物学上の性で生活を送ることを強制することになる。それは、「善いと信じる人生」の実現を根源的に否定することにつながる²²。

4-2 本判決のスタンス

本件における法廷意見は性転換手術まで「望まないのに当該審判を受けるためやむなく上記手術を受けることもあり得るところであって、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由を制約する面もあることは否定できない」としつつ、「本件規定は、当該審判を受けた者について変更前の性別の生殖機能により子が生まれることがあれば、親子関係等に関わる問題が生じ、社会に混乱を生じさせかねないことや、長きにわたって生物学的

¹² 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 第2版』（日本評論社、2014年）15頁。

¹³ 芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1994年）395頁。

¹⁴ 國分典子「性同一性障害と憲法」愛知県立大学文学部論集日本文化学科編（2003年）10頁。

¹⁵ この点について、以下の指摘が有益である。自己決定について、自分の抱く信念から距離を置いて吟味し、必要な場合にはそれを修正する機会が保障されていなければならない。自己決定権の本質は、特定の決定を維持するというのではない。自己決定を認めることは、同時に自己決定の変更可能性を認めることでもあり、個人が「善き生についての異なる解釈を理性的に吟味できるようになるために必要な文化的『条件』」が必要となる。小泉・前掲注(4)171～172頁。

¹⁶ 竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010年）202頁。

¹⁷ 藤戸・前掲注(1)6頁。

¹⁸ 新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅱ人権』（日本評論社、2016年）52～53頁（横大道聡担当）。

¹⁹ 竹中・前掲注(16)20頁。

²⁰ 石川・前掲注(3)129頁。

²¹ 小泉・前掲注(4)172頁。

²² 中曾久雄「LGBTと憲法—LGBTに対する権利保障はいかにあるべきか？」片桐直人・岡田順太・松尾陽編『別冊法学セミナー 憲法のこれから』（日本評論社、2017年）20頁。

な性別に基づき男女の区別がされてきた中で急激な形での変化を避ける等の配慮に基づく」もので、「性自認に従った性別の取扱いや家族制度の理解に関する社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであり、このような規定の憲法適合性については不断の検討を要するものというべきであるが、本件規定の目的、上記の制約の態様、現在の社会的状況等を総合的に較量すると、本件規定は、現時点では」、憲法に反しないとする。これに対して、補足意見は、自己決定権の趣旨に配慮して、「手術を受けるか否かは、本来、その者の自由な意思に委ねられるものであり、この自由は、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由として、憲法 13 条により保障されるものと解される」とする。その上で、「特例法の施行から 14 年余を経て、これまで 7000 人を超える者が性別の取扱いの変更を認められ、さらに、近年は、学校や企業を始め社会の様々な分野において、性同一性障害者がその性自認に従った取扱いを受けることができるようにする取組が進められており、国民の意識や社会の受け止め方にも、相応の変化が生じている」ことに鑑み、「憲法 13 条に違反するとまではいえないものの、その疑いが生じていることは否定できない」とする。

本判決における法廷意見と補足意見を別つものは、立法事実に対する評価である。法廷意見は現時点では、本件規定は憲法に反しないとするが、補足意見は、現時点の社会状況からすれば、憲法に反する「疑い」があるという。立法事実に着目すれば、法律の合憲性を支える事実が変化すれば、制定時には合憲だった法律が違憲となり得る。とは言え、法廷意見も補足意見も、法律を支える事実に言及するものの、問題点は、具体的データは示されていないということにある。法廷意見も補足意見も「社会的状況の変化」や「国民の意識や社会の受け止め」に言及するが、それがいかなる時点のデータや資料に基づくものなのかを示していない。「社会的状況の変化」や「国民の意識や社会の受け止め」を引き合いに出す以上、具体的なデータあるいは

資料を示したうえでその変化の是非を論じるべきであったように思われる。いずれにせよ、立法事実の審査の在り方やその検討については、今後改めて検討すべきであろう。

むすび—本判決の意義と射程

本判決は、現時点で本件規定を合憲としたが、将来、社会的事実の変化により違憲と判断することもあり得ることを明確にしている²³。その意味で、本判決は、政治部門に対して違憲のシグナルを送っているというべきであろう²⁴。

本件規定の問題は、性別の取扱いの変更を希望し、その審判を受けるために、自己決定権という憲法上の重大な法益を放棄することを強制すること、そのことが性同一性障害の「善いと信じる人生」の実現を根源的に否定していることである。本来であるならば、こうした問題について、より慎重な検討をすべきであったろう。再度の判断が待たれるところである。

性同一性障害者のみならず、広く LGBT に対する権利保障の根底には、多様な性を認め 1 人ひとりの人権が保障される社会をどのように実現していくかという問題がある²⁵。この点について、補足意見は「性同一性障害者の性別に関する苦痛は、性自認の多様性を包容すべき社会の側の問題」であり、「本件規定に関する問題を含め、性同一性障害者を取り巻く様々な問題について、更に広く理解が深まるとともに、一人ひとり的人格と個性の尊重という観点から各所において適切な対応がされることを望むものである」と指摘する。多様な性を認める人権感覚の涵養が今後なお一層求められる。

²³ なお、諸外国では、性別適合手術要件を見直す国が増えてきているという。藤戸・前掲注(1) 7 頁。

²⁴ 土井真一「法の支配と違憲審査」論究ジュリスト 2 号(2012 年) 167 頁。

²⁵ 中曾・前掲注(22) 24~25 頁。