

判例研究

性別の取扱いの変更申立て却下審判に対する 抗告棄却決定に対する特別抗告事件

—— 最高裁令和 5 年 10 月 25 日

大法院決定民集 77 卷 7 号 1792 頁 ——

柴 田 泰 和^{*}

- I 事案の概要
- II 判旨
- III 検討
- IV 結

I 事案の概要

本件は、生物学的な性別が男性であるが心理的な性別は女性である被告人 X が、性同一性障害の性別の取扱いの特例に関する法律（以下、「特例法」という。）3 条 1 項に基づき、法的性別を男性から女性に変更する審判を申し立てた事案である。

原審は、被告人 X について、性同一性障害者であって、特例法 3 条 1 項 1 号から 3 号までにはいずれも該当するものの、特例法 3 条 1 項 4 号（以下、「本件規定」という。）に該当するものではないとした上で、本件規定は、性別変更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、社会に混乱を生じさせかねないなどの配慮に基づくものと解されるところ、その

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 24 卷第 2 号 2025 年 8 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士課程。

制約の態様等には相当性があり、憲法13条及び14条1項に違反するものとはいえないとして、本件申立てを却下すべきものとした。なお、原審は、「その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること」と規定する特例法3条1項5号（以下、「5号規定」という。）に関する原告人の主張、すなわち、原告人は5号規定に該当するものであり、仮に該当するものではないとしても5号規定は憲法13条、14条1項に違反する旨の主張については、判断していない。

Xは、本件規定が憲法13条及び14条に違反するとして、特別抗告した。

II 判旨

原決定破棄、差戻し。

1 「憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定しているところ、自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由（以下、単に「身体への侵襲を受けない自由」という。）が、人格的生存に関わる重要な権利として、同条によって保障されていることは明らかである。」

2 「生殖腺除去手術は、精巣又は卵巣を摘出する手術であり、生命又は身体に対する危険を伴い不可逆的な結果をもたらす身体への強度な侵襲であるから、このような生殖腺除去手術を受けることが強制される場合には、身体への侵襲を受けない自由に対する重大な制約に当たるといふべきである。

ところで、本件規定は、性同一性障害を有する者のうち自らの選択により性別変更審判を求める者について、原則として生殖腺除去手術を受けることを前提とする要件を課すにとどまるものであり、性同一性障害を有する者一般に対して同手術を受けることを直接的に強制するものではない。しかしながら、本件規定は、性同一性障害の治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対して、性別変更審判を受けるためには、原則として同手術を受けることを要求するものといふことができる。

他方で、性同一性障害者がその性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることは、法的性別が社会生活上の多様な場面において個人の基本的な属性の一つとして取り扱われており、性同一性障害を有する者の置かれた状況が既にみたところのものであることに鑑みると、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益というべきである。このことは、性同一性障害者が治療として生殖腺除去手術を受けることを要するか否かにより異なるものではない。

そうすると、本件規定は、治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対して、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を実現するために、同手術を受けることを余儀なくさせるという点において、身体への侵襲を受けない自由を制約するものということができ、このような制約は、性同一性障害を有する者一般に対して生殖腺除去手術を受けることを直接的に強制するものではないことを考慮しても、身体への侵襲を受けない自由の重要性に照らし、必要かつ合理的なものということができない限り、許されないというべきである。

そして、本件規定が必要かつ合理的な制約を課すものとして憲法 13 条に適合するか否かについては、本件規定の目的のために制約が必要とされる程度と、制約される自由の内容及び性質、具体的な制約の態様及び程度等を較量して判断されるべきものと解するのが相当である。」

3 「そこで、本件規定の目的についてみると、本件規定は、性別変更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、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必要があること等の配慮に基づくものと解される。

しかしながら、性同一性障害を有する者は社会全体からみれば少数である上、性別変更審判を求める者の中には、自己の生物学的な性別による身体的特徴に対する不快感等を解消するために治療として生殖腺除去手術を受ける者も相当数存在することに加え、生来の生殖機能により子をもうけること自体に抵抗感を有する者も少なくないと思われることからすると、本件規定がなかったとしても、生殖腺除去手術を受けずに性別変更審判を受けた者が子をもうけることにより親子

関係等に関わる問題が生ずることは、極めてまれなことであると考えられる。また、上記の親子関係等に関わる問題のうち、法律上の親子関係の成否や戸籍への記載方法等の問題は、法令の解釈、立法措置等により解決を図ることが可能なものである。性別変更審判を受けた者が変更前の性別の生殖機能により子をもうけると、「女である父」や「男である母」が存在するという事態が生じ得るところ、そもそも平成20年改正により、成年の子がいる性同一性障害者が性別変更審判を受けた場合には、「女である父」や「男である母」の存在が肯認されることとなったが、現在までの間に、このことにより親子関係等に関わる混乱が社会に生じたとはうかがわれない。これに加えて、特例法の施行から約19年が経過し、これまでに1万人を超える者が性別変更審判を受けるに至っている中で、性同一性障害を有する者に関する理解が広まりつつあり、その社会生活上の問題を解消するための環境整備に向けた取組等も社会の様々な領域において行われていることからすると、上記の事態が生じ得ることが社会全体にとって予期せぬ急激な変化に当たるとまではいい難い。

以上検討したところによれば、特例法の制定当時に考慮されていた本件規定による制約の必要性は、その前提となる諸事情の変化により低減しているというべきである。」

4 「次に、特例法の制定以降の医学的知見の進展を踏まえつつ、本件規定による具体的な制約の態様及び程度等をみることにする。

特例法の制定趣旨は、性同一性障害に対する必要な治療を受けていたとしてもなお法的性別が生物学的な性別のままであることにより社会生活上の問題を抱えている者について、性別変更審判をすることにより治療の効果を高め、社会的な不利益を解消することにあると解されるところ、その制定当時、生殖腺除去手術を含む性別適合手術は段階的治療における最終段階の治療として位置付けられていたことからすれば、性別変更審判を求める者について生殖腺除去手術を受けたことを前提とする要件を課すことは、性同一性障害についての必要な治療を受けた者を対象とする点で医学的にも合理的関連性を有するものであったとすることができる。しかしながら、特例法の制定後、性同一性障害に対する医学的知見が進展し、性同一性障害を有する者の示す症状及びこれに対する治療の在り方の多

様性に関する認識が一般化して段階的治療という考え方が採られなくなり、性同一性障害に対する治療として、どのような身体的治療を必要とするかは患者によって異なるものとされたことにより、必要な治療を受けたか否かは性別適合手術を受けたか否かによって決まるものではなく、上記要件を課すことは、医学的にみて合理的関連性を欠くに至っているといわざるを得ない。

そして、本件規定による身体への侵襲を受けない自由に対する制約は、上記のような医学的知見の進展に伴い、治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対し、身体への侵襲を受けない自由を放棄して強度な身体的侵襲である生殖腺除去手術を受けることを甘受するか、又は性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を放棄して性別変更審判を受けることを断念するかという過酷な二者択一を迫るものになったといえることができる。また、前記の本件規定の目的を達成するために、このような医学的にみて合理的関連性を欠く制約を課すことは、生殖能力の喪失を法令上の性別の取扱いを変更するための要件としない国が増加していることをも考慮すると、制約として過剰になっているというべきである。

そうすると、本件規定は、上記のような二者択一を迫るという態様により過剰な制約を課すものであるから、本件規定による制約の程度は重大なものというべきである。」

5 「以上を踏まえると、本件規定による身体への侵襲を受けない自由の制約については、現時点において、その必要性が低減しており、その程度が重大なものとなっていることなどを総合的に較量すれば、必要かつ合理的なものということとはできない。」

6 「以上によれば、本件規定は憲法 13 条に違反し無効であるところ、これと異なる見解の下に本件申立てを却下した原審の判断は、同条の解釈を誤ったものである。論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、その余の抗告理由について判断するまでもなく、原決定は破棄を免れない。そして、原審の判断していない 5 号規定に関する抗告人の主張について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。

よって、裁判官三浦守、同草野耕一、同宇賀克也の各反対意見があるほか、裁

判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。なお、裁判官岡正晶の補足意見がある。」

Ⅲ 検討

1 本決定の特徴

本決定は、最高裁による12件目の法令違憲の判決である。憲法学から見た本決定の特徴は、憲法13条から法令違憲を導いた点にある。以下、多数意見について、順を追って説明する。

2 背景

(1) 性同一性障害者

性同一性障害者特例法は、医学的に性同一性障害と診断された者の中でも、法令上の性別が自らの性自認に従った性別でない¹⁾と社会生活をおくることができない者を救済する目的として、2003年に議員立法によって成立した。性同一性障害者の治療の効果を高めるとする特例法の目的から、同法2条は特例法の範囲を「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、そのことについてその診断を的確に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致しているもの」とした。これは、特例法の範囲が、制定当時の治療法である「精神療法→ホルモン療法→手術療法」の順で進められる「段階的治療」¹⁾において、手術療法まで終えた性同一性障害者に限定されていたということである。

特例法3条1項は、法令上の性別変更の要件を定めている。その中で、同項4号の生殖腺除去要件（以下、「4号要件」とする。）は、変更前の性別の生殖機能によって子が生まれた場合の様々な混乱と問題を防止するという目的に基づいて

1) 山内俊夫編『性同一性障害の基礎と臨床〔改訂第2版〕』（新興医学出版社、2004）54-58頁〔山内俊夫執筆〕。

設けられた²⁾。これは、親族法が前提とする、法的性別と生物学的性別の一致を維持した要件である³⁾。

(2) 2021 年合憲決定

2021 年、最高裁第二小法廷で、4 号要件の合憲性に関する決定が下された（以下、「2021 年合憲決定」とする。）⁴⁾。最高裁によれば、4 号要件は「性同一性障害者一般に対して〔生殖腺除去〕手術を受けること……を強制するものではない」。しかし、生殖腺除去手術を望まないにもかかわらず、性別変更のために生殖腺除去手術をやむなく受ける場合があるため、「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」。4 号要件は、「変更前の性別の生殖機能により子が生まれること」から生じる親子関係等に関わる問題による社会の混乱と長く「生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で」の急激な変化を避けるという配慮に基づいている。「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」としたうえで、「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、」4 号要件は、「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」と判示した。

3 保護法益

(1) 身体への侵襲を受けない自由

本件における被侵害利益は、憲法 13 条上の「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」（以下、「身体への侵襲を受けない自由」とする。）である。2021 年合憲決定においても、被侵害利益は身体への侵襲を受けない自由であったが、それが憲法上の権利であるかどうかは不明確であった。これに対して、本

2) 南野千恵子監修『解説 性同一性障害者性別取扱特例法』（日本加除出版、2004）91 頁。

3) 羽生香織「判批」新・判例解説 Watch 34 号（2024）113 頁以下。

4) 最二小決平成 31 年 1 月 23 日裁判集民 261 号 1 頁。

決定は、身体への侵襲を受けない自由を「人格的生存に関わる重要な権利として」の憲法上の権利であると明言している。本決定は、4号要件が憲法上の権利の問題であることを明確にしている。

本決定は、身体への侵襲を受けない自由を「人格的生存に関わる重要な権利として」の憲法上の権利であると述べている。この点については、まず、「人格的生存に関わる重要な権利」の意味もしくはその内包と外延が問題となりうる。檜垣宏太は、講学上、憲法13条の保障対象が人格的利益であるのか、もしくは一般的行為自由であるのかという対立があることを踏まえて、本決定は、この争点について、憲法13条が人格的利益を保障対象としていることを明言したと評価している⁵⁾。そして、芦部信喜と佐藤幸治の幸福追求権の定義の差異を前提にして、「人格的生存に関わる重要な権利」とは人格的生存に「不可欠」であるとまでは言えない「利益」を含んでいるとする。この檜垣の説明を前提にすると、身体への侵襲を受けない自由が人格的生存に重要な権利であるということは、人格的生存に不可欠である利益だけでなく、人格的生存になお「重要」である人格的利益も保障する権利であると言える。

他方で、身体への侵襲を受けない自由が人格的生存に関わる重要な権利である根拠はどこにあるのか。本決定はその具体的な根拠を示してはいないが、次のような説明がありうる。それは、身体への侵襲を受けない自由が「人格の存立」にとって重要であるという説明である⁶⁾。本件の担当調査官は、憲法13条が生命に対する権利を明記している以上、それに「準ずるもの」として身体への侵襲を受けない自由を保障しているのは明らかであるとする⁷⁾。この見解は、身体への侵襲を受けない自由は生命に対する権利と同じような性格を有していることを含意しているように思われる。生命は「尊厳な人間存在の根元であ」⁸⁾り、生命の剥奪は個人の生に不可逆的な影響を与えることから、生命に対する権利は人格の存立にとって最も重要な権利である。そして、生命と同様に身体も人格にとって

5) 檜垣宏太「判批」広島法学47巻4号(2023)192頁。

6) 藤岡康宏『民法講義Ⅴ 不法行為法』(信山社、2013)197頁参照。

7) 野中伸子「判解」ジュリ1595号(2024)71頁。

8) 最大判昭和23年3月12日刑集2巻3号191頁。

必要不可欠であり、身体への侵襲も個人の人格に不可逆的な結果を与えることがあるから、身体への侵襲を受けない自由も人格の存立にとって極めて重要な権利である。このことを踏まえると、身体への侵襲を受けない自由が人格の生存に関わる重要な権利であるということは、人格の存立の前提である自己の身体への他者からの侵襲に対する保障を意味していると言える⁹⁾。

(2) 性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益

本決定は、身体への侵襲を受けない自由の他に、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益」も保護法益として規定している。最高裁は、性同一性障害者の「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける」ことを「個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益」とであると位置付け、生殖腺除去手術を受けたかどうかによって左右されるものではないとした。性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益は、法的性別が社会生活において個人の基本的な属性であり、性同一性障害者の「就職等の場面で性同一性障害を有することを明らかにせざるを得ない状況が生じたり、性自認に従った社会生活上の取扱いを受けられなかったりするなどの社会的な不利益を受けている」という戸籍の社会的役割¹⁰⁾に鑑みて導出されている。

本決定における法益の位置付けは、そもそも多数意見で法益の位置付けそのものが与えられていなかった 2021 年合憲決定や抗告人団が特別抗告理由として主張した「性別取り扱いを一致させる権利」とは、著しく対象的である。また、経産省職員事件判決の各補足意見では、トランスジェンダーは「自らの性自認に基づいて社会生活を送る利益」(宇賀克也補足意見)、「個人がその真に自認する性別に即して社会生活を送る……重要な法的利益」(長嶺安政補足意見)、「個人がその真に自認する性別に即した社会生活を送ることができる重要な法益」(渡恵理子・林道晴補足意見)を有すると述べているが¹¹⁾、これらの法益と性自認に

9) 卷美矢紀「判批」民商法雑誌 160 巻 4 号 (2024) 690-691 頁参照。

10) 野中・前掲注 7) 69 頁。

11) 最三小判令和 5 年 7 月 11 日民集 77 巻 5 号 1171 頁。ただし、今崎幸彦補足意見は、「自然かつ切実な欲求」として法的利益として扱ってはいない。

従った法令上の性別の取扱いを受ける利益は、それぞれ、法益の主体がトランスジェンダーと特例法上の「性同一性障害者」である点や、前者が法的性別と自らの性自認の性別が異なることを前提にしたうえで「自らの性自認に基づいて社会生活を送る」ことを目的にしている一方で、後者が法的性別を変更することを目的にしている点で、性質の異なる法益である。加えて、最高裁は性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることを「法益」と位置付けているため、それが（憲法上の）権利でないことは明白である。

鬼丸かおる元最高裁判事によれば、2021年合憲決定では、最高裁は、特例法の構造を夫婦同氏制度と類似したものだと把握していた¹²⁾。夫婦同氏制合憲判決¹³⁾では、最高裁は、「氏名」と「氏」を区別したうえで「氏」は民法において具体化されるとし、法制度を前提にした「制度準拠的思考」¹⁴⁾で審査が行われた。2021年合憲決定において、最高裁が「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける」ことを、「氏」の制度と同一であると把握していたかは不明であるが、少なくとも「特例法3条各号の要件を満たして初めて性別変更できる」¹⁵⁾と捉えていたのは確かである。

これに対して、本決定では、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益に「ベースライン」¹⁶⁾が設定されている。最高裁によれば、この法益の享受は、「性同一性障害者が治療として生殖腺除去手術」を受けたかどうかに左右されない。このことは、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益は、「性同一性障害の治療として生殖腺除去手術を要する性同一性障害者」と「性同一性障害の治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者」という属性の区別に左右されず、性別変更を求める性同一性障害者に一律に付与されるものでなければならないことが含意されている¹⁷⁾。

12) 大橋正春 = 鬼丸かおる = 渡辺康行 = 嘉多山宗 = 卷美矢紀「大橋正春・鬼丸かおる元最高裁判事に聞く」渡辺康行編『憲法訴訟の実務と学説』（日本評論社、2023）359頁〔鬼丸かおる発言〕。

13) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁。

14) 蟻川恒正「『婚姻の自由』のパラドックス」法時94巻6号（2022）16頁。

15) 大橋ほか・前掲注12）360頁〔渡辺康行発言〕。

16) 長谷部恭男『Interactive 憲法』（有斐閣、2006）192頁以下参照。

17) 野中・前掲注7）71頁。

このように考えると、仮に性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益が法制度による法益であるとしても、夫婦同氏制合憲判決における制度準拠的思考によってではなく、法益を前提とした条件を規定しなければならないことを意味している点で、夫婦同氏制合憲判決で述べられた「氏」のあり方とは根本的に異なる¹⁸⁾。

4 制約

(1) 生殖腺除去手術

次に、4号要件による身体への侵襲を受けない自由の制約について考察する。

本件で問題となっている4号要件は、生殖腺除去手術を課す法的要件である。最高裁は、本件の制約類型を検討するために、まず生殖腺除去手術の性質について考察する。それによれば、生殖腺除去手術は、「生命又は身体に対する危険を伴い不可逆的な結果をもたらす身体への強度な侵襲である」。「身体への強度な侵襲」は、「身体に対する危険」とそれによる「不可逆的な結果」で構成されており¹⁹⁾、これに当てはまるのが生殖腺除去手術であることが確認されている。そのため、最高裁は、このような身体への強度な侵襲を伴う生殖腺除去手術の強制は、身体への侵襲を受けない自由の「重大な制約」に当たると解している。

他方で、4号要件は、自らの選択により性別変更を求める性同一性障害者に対して、「原則として生殖腺除去手術を受けることを前提とする要件を課すにとどまり、」性同一性障害者一般に対して直接的に強制しているわけではない。しかし、4号要件は、性別変更を求める性同一性障害者の中に存在する「性同一性障害の治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対しても」、性別変更の審判のために生殖腺除去手術を受けることを「原則として」「要求している」。

この部分にあるのは、「直接的な強制」と「要求」の区別である。本決定によれば、生殖腺除去手術を受けることを性同一性障害者一般に求める場合、その義務付けは「直接的な強制」となる。他方で、自らの選択により性別変更を求める

18) 同上参照。

19) 檜垣・前掲注5) 195頁。

性同一性障害者に対して生殖腺除去手術を求める場合、その義務付けは「要求」となる。そして、4号要件は「生殖腺除去手術を受けることを前提とする要件を課すにとどま」るため、「直接的な強制」ではなく「要求」に該当する。

続いて、最高裁は、4号要件が「性同一性障害の治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対しても」（強調は筆者による）、性別変更の審判のために生殖腺除去手術を受けることを「原則として」「要求している」と述べている。ここで重要な点は、並列の機能を有している「も」という助詞が使用されていることから、生殖腺除去手術を受けることを「原則として」「要求」されているのは、「性同一性障害の治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者」だけではないということが暗示されていることである。「性同一性障害の治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者」は、性別変更を求める性同一性障害者という全体集合の部分集合であるから、その補集合は「性同一性障害の治療として生殖腺除去手術を要する性同一性障害者」であろう。そのため、最高裁は、4号要件の制約分類である「要求」の中に、「性同一性障害の治療として生殖腺除去手術を要する性同一性障害者」と「性同一性障害の治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者」という属性の区別を見出し、4号要件による身体への侵襲を受けない自由の制約の問題が後者にあることを示している。

(2) 制約類型

したがって、最高裁は、4号要件が「治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対して、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を実現するために、〔生殖腺除去〕手術を受けることを余儀なくさせる点において、身体への侵襲を受けない自由を制約するもの」であるとすると。最高裁は、本件を、属性の区別をもとに、性別変更を求める性同一性障害者の中でも「治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者」にかかわる事案として、本決定の射程を画定している。

また、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益は、性別変更を求める性同一性障害者に一律に付与されるものでなければならぬものであるにもか

かわらず、4号要件は「治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者」に対して生殖腺除去手術を受けることを「余儀なくさせ」ている。本決定のように制約類型の段階で「余儀なくさせる」という表現を用いた先例として参考になるのが、エホバの証人剣道実技受講拒否事件である²⁰⁾。この判決では、最高裁は、学校側が下した処分は信仰上の教義に反する行動を命じたものではないため、信教の自由を直接的に制約するものではないが、学生にとって退学処分を回避するために剣道を受講することは「自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられる」ものであると判示した。本決定の担当調査官は、エホバの証人剣道実技受講拒否事件には「自由権」と「重要な法的利益」の「二者択一」の構造があったとして、本決定と類似した事案であると見ている²¹⁾。すなわち、4号要件は、「治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者」に対して性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという「重要な法的利益」を実現するために、身体への強度な侵襲を伴う生殖腺除去手術を受けることを要求している。そのため、最高裁は、4号要件が身体への侵襲を受けない自由と性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益の二者択一の構造を含んでいると解した。

続いて、最高裁は、「このような制約は、性同一性障害を有する者一般に対して生殖腺除去手術を受けることを直接的に強制するものではないことを考慮しても、身体への侵襲を受けない自由の重要性に照らし、必要かつ合理的なものといえることができない限り、許されない」と述べる。最高裁は、4号要件が生殖腺除去手術の「直接的な強制」には当たらないとしている。しかし、最高裁は、4号要件が身体への侵襲を受けない自由に対する「直接的な強制」でないとしても、「身体への侵襲を受けない自由の重要性に照らし、」「必要かつ合理的な」制限であったかを審査する必要があると述べている。この部分での「身体への侵襲を受けない自由の重要性」とは、身体への侵襲を受けない自由が人格的生存に関わる重要な権利であるとされていたことから、「人格的生存に関わる」という意味での「重要性」であると思われる。ただし、本決定から、「身体への侵襲を受けない

20) 最二小判平成8年3月8日民集50巻3号469頁。

21) 野中・前掲注7) 71頁。

い自由の重要性」が具体的に何を意味しているのかは不明確である。さらに、ここでは「身体への侵襲を受けない自由の重要性」が必要性・合理性の判断枠組みを導いているように見えるが、ここでの「身体への侵襲を受けない自由の重要性」が身体への侵襲を受けない自由が制約される事案一般にかかわるのか、もしくは4号規定のような身体への強度な侵襲を伴う事案²²⁾に限定されているのかについても判然としない。

5 正当化

(1) 判断枠組み

最高裁によれば、4号要件が憲法13条上「必要かつ合理的な」制約であるかどうかは、4号要件「の目的のために制約が必要とされる程度と、制約される自由の内容及び性質、具体的な制約の態様及び程度等を較量して判断される」とする。本件では、必要性は4号要件「の目的のために制約が必要とされる程度」に、合理性は「制約される自由の内容及び性質、具体的な制約の態様及び程度等」にそれぞれ該当する。そして、4号要件は、この必要性和合理性を「総合較量」することによって判断される。

最高裁の総合較量に対する姿勢については、堀越事件判決の千葉勝美補足意見が述べる通り、審査基準を明示せずに「一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量するという『利益較量』の判断手法を採って」、「基準を定立して自らこれに縛られることなく、柔軟に対処している」²³⁾。このような較量要素の定立の方法は、具体的な事件において最も「適正な紛争解決」を目指す最高裁の姿勢に由来しているように思われる²⁴⁾。そして、本件の担当調査官も千葉補足意見と同様の見解を有していることから²⁵⁾、最高裁は本件においても事案に則して較量要素を採用したように思われる。

22) 同上72頁。

23) 最二小判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁。

24) 藤田宙靖『最高裁回想録——学者判事の七年半』（有斐閣、2012）135頁以下参照。

25) 野中・前掲注7）72頁。

(2) 必要性

まず、4号要件の必要性については、4号要件の目的は「変更前の性別の生殖機能により子が生まれること」から生じる親子関係等に関わる問題による社会の混乱の防止と長く「生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で」の急激な変化を避けるという配慮にある。しかし、①社会的少数者である性同一性障害者が子をもうけることにより親子関係等に関わる問題が生ずることは極めてまれなことであり②法律上の親子関係は立法措置に解決することが可能であり、実際に2008年の法改正によって「女である父」や「男である母」の存在が肯認されたが、これによる親子関係等に関わる混乱が社会に生じたとうかがわれず③性同一性障害者への環境整備が様々な領域で広がっていることにより、「社会全体にとって予期せぬ急激な変化に当たる」とは言えない。そのため、「特例法の制定当時に考慮されていた〔4号〕規定による制約の必要性は、その前提となる諸事情の変化により低減している」と評価された。

必要性の審査については、まず、①②は、抽象的な指摘に留まり、実証的な検証が可能であれば、必要性の制約をより厳密に審査することができたと評価する見解がある²⁶⁾。また、本件の事案の概要等に照らすと、③は2004年以降の国家や地方公共団体による性同一性障害にかかわる人権の啓発活動、民間団体などによる社会におけるLGBTの理解増進などの活動を指しており、最高裁はこれらの点を評価している。

他方で、必要性の審査が2021年合憲決定以後の事情のみを考慮していると評価することは難しい。実際、本件の立法事実が較量される際には、特例法の制定時から本決定時までの事情が考慮されており²⁷⁾、2021年合憲決定から変化した事情のみを論拠とすることは意識されていない。

(3) 合理性

次に、4号要件の合理性については、特例法制定以降の医学的見地²⁸⁾を踏まえ

26) 千葉勝美「性同一性障害事件の大法廷違憲決定と裁判官の視線」判時2583号(2024)7頁参照。

27) 野中・前掲注7) 72-73頁。

て、「具体的な制約の態様及び程度等」が審査される。ここでは、合理性の審査全体が、制定当時から進展した医学的見地に基づいて遂行されることが明示されている。そのため、医学的見地の視点は、本決定全体ではなく、あくまでも合理性の審査のみに有効な観点である。

特例法の趣旨は、性同一性障害者の法的な性別を変更することによって、治療の効果と社会的不利益を解消することである。この趣旨に照らすと、①制定当時の医学的見地である段階的治療に基づいた4号要件は、現在の医学的見地に照らせば、合理的関連性は有しておらず②そのような状態で、身体への侵襲を受けない自由と性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益のどちらかを迫るという態様は過酷な二者択一であり③諸外国では生殖能力の喪失が要件となっていない状況から、4号要件の目的のための制約としては過剰になっている。そのため、4号要件は、身体への侵襲を受けない自由と性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益の二者択一を迫るという態様により過剰な制約を課すため、本件規定による制約の程度は重大なものであると評価された。

まず、合理性の審査において医学的見地が審査の文脈になっている要因は、特例法が当時の医学的見地を基礎に制定されたという事実に基づいているように思われる。次に、①にて、事案の概要等を踏まえると、日本精神神経学会によって定められた「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン」第3版が2006年の時点で段階的治療を採用しておらず、また2021年5月に承認された世界保健機関の策定に係るICD（国際疾病分類）第11回改訂版が性同一性障害を「精神および行動の障害」から「性の健康に関する状態」に分類して「性同一性障害」の名称を「性別不合」へと改めたため、4号要件はもはや医学的見地の観点から合理的関連性を有していないと評価された。

また、②においては、医学的見地の観点から合理的関連性を有していない状態では、身体への侵襲を受けない自由と性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益のバランスが崩れていると評価されている。ここでは、身体への侵襲を受けない自由は人格的生存に関わる重要な憲法上の権利であることと、性自認に

28) 森本直子「判批」新・判例解説 Watch 34号（2024）47頁以下参照。

従った法令上の性別の取扱いを受ける利益は性同一性障害者に原則付与されなければならないという、それぞれの性質が背後に控えている。

さらに、③では、医学的見地の進展という状況の中で、2014年に世界保健機関などが性別変更の要件として生殖除去要件を課することに反対する共同声明を行い、2017年に欧州人権裁判所が生殖除去要件を欧州人権条約に反するとし、欧米を中心に諸外国の法規定も変化したという文脈において、4号要件の目的との相関関係を測り、4号要件はその目的に対して過剰な制約であるとした。ここでは、必要性の審査で結論付けられた4号要件の必要性の「低減」という評価が背後に控えている。

このように見ると、性同一性障害の医学的見地の進展を加味することができたのが、合理性の審査の文脈であったと言える。本決定の事実において性同一性障害の医学的見地が詳述されており、あくまでも医学的見地から事案を見ていた本決定では、合理性の審査が正当化の段階における主戦場であったと評価することができる。ただし、合理性の審査についても、2021年合憲決定以後の事情が審査されているわけではない。そのため、本決定からのみでは、なぜ2021年合憲決定から判例の変更が可能であったのかは明確ではない。

他方で、合理性の審査では、判断枠組みの文脈における合理性の較量要素の「制約される自由の内容及び性質」は明示的に言及されてはいなかった。この理由は、おそらく、「制約される自由の内容及び性質」が合理性の審査の前段階において既に言及されていたからであると考えられる。実際、本決定の被侵害利益である身体への侵襲を受けない自由と性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益は、保護法益の文脈にてその性質が既に定立されていた。また、既に憲法上の権利と法的利益の両方の性質が定立されていたがゆえに、合理性の審査②で、医学的見地の観点から合理的関連性を有していないことを踏まえて、身体への侵襲を受けない自由と性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益の二者択一が「過酷」とであると評価されたと見ることができる。すなわち、合理性の審査の前段階において「制約される自由の内容及び性質」は既に言及されており、憲法上の権利と重要な法的利益の二者択一の評価の前提を成していたということである。そのため、合理性の審査にて「制約される自由の内容及び性質」が明示

的に言及されていなかったとしても、このことが、本決定において最高裁が自ら定立した較量要素から逸脱したと直ちに評価することはできないと考えられる。

IV 結

本決定²⁹⁾において認められた憲法13条上の権利が「身体への侵襲を受けない自由」であったことは、憲法学にとって示唆的である³⁰⁾。なぜならば、近代法学の努力が、まずは「身体」の確保に向けられてきたからである³¹⁾。身体への侵襲を受けない自由は、憲法上明記されている特定の場面を想定した「特殊」な「人身の自由」とは別に、「一般的」な「身体の自由」として憲法上の身体に対する権利の保障をより手厚くする重要な意義を有している可能性がある³²⁾。

他方で、「身体への侵襲を受けない自由の重要性」の意味が判然としない点は本決定の課題である。特に、「身体への侵襲を受けない自由の重要性」が本件の判断枠組みに影響を与えたのであれば、その重要性が、身体への侵襲を受けない自由一般の事案にかかるのか、もしくは本件の事案に限るのかなど、司法審査の範囲や程度にかかわる問いと結びつき³³⁾、さらに言えば、公共の福祉に反する場合は生命に対する権利さえも「立法上制限乃至剝奪されること」³⁴⁾がありうるため³⁵⁾、一般的にまたは個別の事案で「身体への侵襲を受けない自由の重要性」がどれほどの重みをもつのかという点も含めて、より詳細な論理が展開されてい

29) なお、広島高裁における差戻し審決定では、特例法3条5号の「外観要件」の目的の正当性を是認しながらも、外観要件手術を常に必要とする場合は憲法違反の疑いがあると述べたうえで、性別適合手術なしでも外観要件が満たされると判示した（広島高決令和6年7月10日判例集未登載）。

30) 浅田訓永「憲法13条後段と『身体についての権利』」同志社法学72巻4号（2020）483頁以下参照。

31) 石川健治「人格と権利——人格の観念をめぐるエチュード」ジュリ1244号（2003）29頁。

32) 嶋川恒正「自己決定権」高橋和之・大石真編『憲法の争点 第3版』（有斐閣、1999）77頁。

33) 長谷部恭男『憲法学のフロンティア』（岩波書店、1999）59-80頁参照。

34) 最大判昭和23年3月12日刑集2巻3号191頁。

35) この点については、2024年9月20日国立台湾大学で開催された日台憲法若手研究者フォーラムでの長谷部恭男教授のコメントに依拠している。

く必要があろう。それゆえ、憲法上の身体に対する権利の更なる研究が求められる。