

性同一性障害特例法による性別変更の生殖腺除去要件の合憲性

【文 献 種 別】 審判／岡山家庭裁判所津山支部

【裁判年月日】 平成 29 年 2 月 6 日

【事 件 番 号】 平成 28 年（家）第 1306 号

【事 件 名】 性別の取扱いの変更審判申立事件

【裁 判 結 果】 申立て却下

【参 照 法 令】 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、日本国憲法 13 条

【掲 載 誌】 判例集未登載

LEX/DB 文献番号 25545225

事実の概要

身体は女性として生まれながら心は男性という性同一性障害を有する X（申立人）は、ホルモン治療等により、現在は、①声が低くなり体毛が濃くなっている、②骨格筋が発達して筋力は強い、③乳房の隆起はなく男性型である、④外性器の外観は男性型の性器に近似している。しかし、X は、生殖腺の除去という身体に著しい侵襲を伴う戻すことのできない手術をすることに恐怖を覚えていること、手術をしても身体的に男性になるわけではないこと、身体的特徴を基準に性別を判断する考え方に納得できないことなどの理由から、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）3 条 1 項 4 号の要件を満たすために行われる生殖腺の除去手術は受けていない。

X は平成 26 年に裁判所の審判により名を変更したほか、女性である A との法律婚を希望し、平成 28 年から A およびその長男と同居しているが、X と A との婚姻届は不受理とされた。

本件は、X がその性別の取扱いを女から男に変更する審判を求めるものである。

審判の要旨

本件申立て却下。

1 特例法 3 条 1 項 4 号は憲法 13 条に違反しない

「憲法制定当時には想定されていなかった性別の取扱いの変更について、その要件をどのように定めるかは、その内容が合理性を有する限り、立法府の裁量に属」し、「同号は、特例法が性別の取扱いの変更を認める以上、元の性別の生殖能力

等が残っているのは相当でないことから定められたものと解される上、諸外国を含め、性別の取扱いの変更については様々な考え方があることなどに鑑みると、X が、性別の取扱いの変更に必要な手術等の医学的な安全性が確立しているとはいえないため、手術の後、二、三十年後も健康でいられるかは分からないなどと陳述していることを考慮しても、特例法 3 条 1 項 4 号が、憲法 13 条に違反するほどに不合理な規定である」とはいえない。

2 特例法 3 条 1 項 4 号の限定解釈の否定

「X は、仮に、特例法 3 条 1 項 4 号が憲法に違反して無効であるとはいえないとしても、同号の趣旨は、性別の取扱いの変更がされた後に、残存する元の性別の生殖機能により子が生まれることがあれば、混乱や問題が生じるためこれを防止することにあると解すべきところ、X は、性別の取扱いを変更した後に、A との法律上の婚姻を約束しており、X が女性として子を出産する可能性は全くないことから、本件においては、X の性別の取扱いを女から男に変更すべきであるなども主張するが、これは同号に反する独自の見解であり採用できない。

判例の解説**一 家族法規定の合憲性に関する近時の判例の動向****1 本審判の問題設定**

特例法 3 条 1 項はその柱書きで「家庭裁判所は、性同一性障害者であって次の各号のいずれにも該

当するものについて、その者の請求により、性別の取扱いの変更の審判をすることができる」とし、その4号は「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」を挙げている(本件規定)。本評釈では、本件規定およびその本件への適用の合憲性について検討する。

まず、本審判では憲法13条違反の主張に対し同条の内実について定義を行っていない。あるいは裁判所は端的に「(性同一性障害者が)性別を変更する権利」を念頭に置いているのかもしれない。しかし、ドイツ流3段階審査¹⁾の用語でいえば、権利の「保護領域」も、これに対する制限の有無も問わずに制限の正当性(法律の「合理性」)を審査するのは、権利の性質に応じた緻密な分析を欠くことになりかねない。

2 判例の判断枠組み

(1) かような判断の背景には、家族法規定の合憲性に関する近時の最高裁判例でしばしば見られる法制度依存的思考²⁾の影響があると推測される。このタイプの判断枠組みが特に顕著な婚外子相続分合憲決定³⁾は、相続制度の定めには伝統、社会事情、国民感情などの考慮を要し、婚姻ないし親子関係に対する規律等を離れて定めることはできないなどとして、これらを総合的に考慮する立法府の合理的な裁量判断を認めた上で、「民法が法律婚主義を採用した結果として、婚姻関係から出生した嫡出子と婚姻外の関係から出生した非嫡出子との区別が生じ、親子関係の成立などにつき異なった規律がされ」てもやむを得ないとして、法定相続分の差は不合理ではないと結論した。夫婦同氏判決⁴⁾でも、「氏は、婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律がその具体的な内容を規律しているものであるから、氏に関する上記人格権の内容も、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまっぴら初めて具体的に捉えられる」として、「具体的な法制度を離れて、氏が変更されること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずることは相当ではない」というのである。

このような推論様式は、特例法についても、最高決平19・10・19⁵⁾が「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『現に子がいないうこと』を求める〔特例法〕

3条1項3号の規定は、現に子のある者について性別の取扱いの変更を認めた場合、家族秩序に混乱を生じさせ、子の福祉の観点からも問題を生じかねない等の配慮に基づくものとして、合理性を欠くものとはいえない」というように、「家族秩序」なるものを挙げている点にも窺われる。また、東京高決平17・5・17⁶⁾が特例法3条1項の1号から5号までそれぞれについて検討した上で「5要件は、いずれも十分な合理的根拠があるものというべきであって、5要件の存在により、これを満たさない性同一性障害者の利益が制約されるとしても、そのような規制が立法府の裁量権を逸脱し、著しく不合理であることが明白であるといえず、憲法13条に違反するものでない」と述べ、「明白の原則」を採用しているのも、このような法制度依存的思考を前提としているのではないかと思われる。

(2) しかし、国籍法判決⁷⁾、婚外子相続分違憲決定⁸⁾および再婚期間判決⁹⁾といった違憲判断の手法に着目すれば、本件規定の合憲性を綿密に審査する方向も見えてくる。これらの判例では多くの考慮事項が列挙され、特に婚外子相続分違憲決定ではそれらの事項のいずれか一つが決定的な理由となるわけではなく総合的に判断するとされているが、本件規定との関連で特に留意すべき要素は、(ア)婚姻・家族の形態の著しい多様化とこれに伴う国民の意識の多様化、(イ)わが国の立法に影響を与えた諸外国の状況(「現在、我が国以外で嫡出子と嫡出でない子の相続分に差異を設けている国は、欧米諸国にはなく、世界的にも限られた状況にある」)であろう¹⁰⁾。性同一性障害に関するこれらの点を調べれば、Xに有利に働く状況が見つかるかもしれない。

もっとも、特例法が保守派が多数を占める国会で比較的すんなりと成立した底流には、性二分論を揺るがしかねない性同一性障害者の存在を無視(不可視化)できなくなったためにこれを性二分論の枠内に回収するという意図があったのかもしれない¹¹⁾。もしそうだとすると、これは強い政治的意思であり、裁判所として立法裁量を尊重するというのも無理のないことかもしれない。

二 身体の不可侵性の憲法的保障

1 身体の不可侵性

それでは改めて憲法13条の内実を特定しつつ

本件規定の合憲性について考えてみる¹²⁾。私見では、最も重要な問題は「身体の不可侵性」の侵害である。判例は早くから憲法 13 条が独自の内容を持つ法的権利であることを認めており¹³⁾、学説上、幸福追求権の一内容として自己決定権を挙げるのが一般的であり¹⁴⁾、さらにその内実として、自己の生命・身体への処分に関わる事柄に言及される。身体の不可侵性 (bodily integrity) はアメリカの判例上しばしば言及される¹⁵⁾。わが国でも、輸血拒否事件¹⁶⁾では、「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない」と判示された。ここでは憲法に直接には言及されず、また宗教上の信念に基づく輸血拒否の事案であったが、「輸血以外には救命手段がない事態」でさえも無断の輸血をしてはならないことがあると判示していることから見て、この判示の背後に身体の不可侵性の価値を読み取ることは十分に可能であろう。

本件では、このような身体の不可侵性が法律をも無効にしうる憲法上の権利として構成できるかどうかが問題であるが、憲法 13 条によって保障される「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」¹⁷⁾に比して重要性に劣るとは考えがたい。また、憲法規定上も、31 条以下で人身の自由に関する手厚い保障がなされ、逮捕・拘禁のような個人の身体の外からの束縛でさえ令状主義などの手続的保障が与えられていることからすると、身体への侵襲を拒否する権利を憲法上の権利として認めることに十分の根拠がある。本件規定が求める「生殖腺がない」ようにする、または「生殖腺の機能を永続的に欠く状態に」することは、身体への重大な侵襲である。もしこのような侵襲を刑罰として科すれば、憲法 36 条で絶対に禁止される「残虐な刑罰」に該当しよう。したがって、このような侵襲を避ける権利はきわめて重大な権利であって、その侵害は絶対的に禁止されるか、少なくとも裁判所における厳格審査に服するというべきである。すなわち、公権力による個人の身体への侵襲は、本人の同意がない限り、やむにやまれぬ立法目的があり、かつその侵襲が立法目的達成に必要な不可欠な場合でない限り、許されないというべきである。

2 違憲条件禁止の法理

もっとも、本件の場合、X が法律上の性別の変更および A との法律婚を断念しさえすれば、上記のような身体の侵襲を受けることは必要でない。すなわち、X は身体への侵襲を国家によって一方的に強制されているわけではない、ともいえるのである。実際、夫婦同氏判決では、「本件で問題となっているのは、婚姻という身分関係の変動を自らの意思で選択することに伴って夫婦の一方が氏を改めるという場面であって、自らの意思に関わりなく氏を改めることが強制されるというものではない」と述べて、このことが、氏が家族の呼称としての意義を有することなども併せ、「婚姻の際に『氏の変更を強制されない自由』が憲法上の権利として保障される人格権の一内容である」ことを否定する根拠とされている。

しかし、いわゆる違憲条件禁止の法理¹⁸⁾、すなわち国家が個人に提供する利益の享受の条件としてその個人が有する憲法上の権利の放棄ないし制約を受忍することを要求してはならないとするアメリカの法理は、わが国でも妥当の余地がある。とりわけ、この関係では剣道実技拒否事件¹⁹⁾が重要である。本判決は、直接には行政法上の裁量濫用・逸脱を判断したものであり、憲法上の権利の問題としては扱われていないが、公立の高等専門学校において、学生が信仰を理由として体育(必修科目)の授業で剣道実技への参加を拒否したために同科目の単位を認定されず、原級留置ひいては退学処分を受けた事案に対する判断であり、最高裁は、「退学処分は学生の身分をはく奪する重大な措置」であるとした上で、退学等の「処分は、その内容それ自体において〔当該学生〕に信仰上の教義に反する行動を命じたものではなく、その意味では、〔当該学生〕の信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、しかし、〔当該学生〕がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という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という性質を有するものであった」とし、当該学生に信仰と高専学生の身分との二者択一を迫るものであったことを重視している。

とすれば、本件においても、X は、身体への重大な侵襲を物理的に直接強制されているわけではないが、身体の不可侵性と法律婚のいずれを採るかという深刻な二者択一を迫られているのである。

から、身体の不可侵性という権利に対する公権力による制約があると認めるべきである。すなわち、法制度依存的思考による合憲性の論証——本件審判のように「元の性別の生殖能力等が残っているのは相当でない」というのは結論を述べるにすぎない（前掲東京高決平 17・5・17 も同旨）——を許さないと考えるべきである。

3 本件へのあてはめ

そこで、本件規定に対して目的審査と手段審査を行ってみると、たとえ目的審査を通過したとしても——すなわち、①すべての国民は男性か女性かいずれかでなければならない（そして②男性が子を出産することがあってはならない）という性二分論の制度枠組みが正当であると仮定し、さらに③Xのように法律婚を希望する者について同性結婚を防ぐという目的が正当であると仮定しても——、生殖腺の除去等がこれらの目的達成のために必要不可欠であるとはとうていいえない。すなわち、まず②については、特例法 3 条 1 項 3 号が平成 20 年法律 70 号による改正で「現に未成年の子がいないこと」となったことにより「子なし」の要件は相対化されている。②の問題が決定的でないとするれば①と③は戸籍上の記載の問題にほぼ解消できる。さらに、公衆浴場等で第三者が性別変更者の身体を見たときに生ずる困惑等についていえば、X の場合のように特例法 3 条 1 項 5 号の要件（外性器の外観）を満たせば足りる（同号の合憲性は別に考える必要がある）。なにより、本件審判自身述べるとおり「性別の取扱いの変更については様々な考え方がある」²⁰⁾ のであれば、これは生殖腺の除去等が必要不可欠でないことの証左である。

あるいは、判例の採用する総合考慮の定式（「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較量」²¹⁾ する方法）によったとしても、具体的制限の態様および程度がきわめて重大であることからすれば、同様の結論となろう。

なお、X が法律上の婚姻を希望しているという事情を重視する評者の立論によれば、とりあえず本件規定の違憲性は X に適用される限りのものであり、適用違憲ということになる。しかし、本件規定の下では、必ずしも法律婚を希望しない者も「戸籍上の性別変更」と「身体の不可侵性」との

二者択一を迫られるのであるから、やはり本件規定は違憲になるのではないかと思う。そうだとすれば法令違憲も可能であろう。

●——注

- 1) 小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第 3 版〕』（尚学社、2016 年）10 頁以下参照。
- 2) 小山剛「判批」平成 28 年度重判解 22～23 頁参照。
- 3) 最大決平 7・7・5 民集 49 巻 7 号 1789 頁。
- 4) 最大判平 27・12・16 民集 69 巻 8 号 2586 頁。
- 5) 家月 60 巻 3 号 36 頁。
- 6) 家月 57 巻 10 号 99 頁。
- 7) 最大判平 20・6・4 民集 62 巻 6 号 1367 頁。
- 8) 最大決平 25・9・4 民集 67 巻 6 号 1320 頁。
- 9) 最大判平 27・12・16 民集 69 巻 8 号 2427 頁。
- 10) なお、外国の立法を違憲判断に援用する際には、そのような立法が憲法裁判所や国際人権裁判所のような独立した裁判機関による判断を契機としてなされたものか、それとも、多数決原理による政治部門の自律的判断によるものかは、注意すべきである。もし後者ならば、裁判所の介入がなくとも差別の撤廃などがなされることを示す例として、むしろ裁判所の違憲判断を差し控えるべき理由となりうる。
- 11) 「特例法は性二分論やそれにまつわる伝統的規範を強化する方向に作用しうる」（大河内美紀「性と制度」法教 440 号（2017 年）44 頁、50 頁）という指摘がある。
- 12) なお、本稿では憲法 14 条の法の下での平等の問題の検討は割愛する。
- 13) 最大判昭 44・12・24 刑集 23 巻 12 号 1625 頁（京都府学連事件）。
- 14) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011 年）188～192 頁。
- 15) See *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720 (1997); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 849 (1992); *Cruzan v. Director*, 497 U.S. 261, 269 (1990)。
- 16) 最判平 12・2・29 民集 54 巻 2 号 582 頁。また、インフォームド・コンセントに関する最判平 13・11・27 民集 55 巻 6 号 1154 頁も参照。
- 17) 最判平 20・3・6 民集 62 巻 3 号 665 頁（住基ネット事件）。
- 18) 横大道聡『現代国家における表現の自由』（弘文堂、2013 年）37 頁以下参照。
- 19) 最判平 8・3・8 民集 50 巻 3 号 469 頁。
- 20) この事実認識については批判がある。本件に関する渡邉泰彦「判批」新・判例解説 Watch 文献番号 z18817009-00-040891484 (Web 版 2017 年 5 月 12 日掲載) 参照。
- 21) 最大判昭 58・6・22 民集 37 巻 5 号 793 頁（未決拘禁者新聞閲覧制限事件）。