

性同一性障害特例法における性別取扱いの変更と生殖腺除去要件の合憲性

【文 献 種 別】 決定／最高裁判所第二小法廷

【裁判年月日】 平成 31 年 1 月 23 日

【事 件 番 号】 平成 30 年（ク）第 269 号

【事 件 名】 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

【裁 判 結 果】 抗告棄却

【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】 裁時 1716 号 4 頁、裁判所ウェブサイト

LEX/DB 文献番号 25449940

事実の概要

抗告人 X は、生物学的な性は女性だが、性自認は男性である性同一性障害（Gender Identity Disorder：以下「GID」）との診断を受け、ホルモン治療等により、体つき、外性器の外観、声質等は男性型に変化し 2014 年 10 月には名の変更許可審判により男性名に変更している。X はパートナーの女性 A と婚姻するため、自己の性別取扱いを女性から男性に変更する審判を求めた。

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」）は、性同一性障害者を「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」（2 条）と定義し、「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」（3 条 1 項 4 号：本件規定）を性別取扱い変更の要件の一つとする。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不可逆的な手術をすることへの恐怖、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等を理由に、生殖腺除去手術を受けていない。岡山家津山支審平 29・2・6 は申立却下、広島高岡山支決平 30・2・9 は即時抗告棄却、最高裁へ特別抗告。

決定の要旨

抗告棄却。「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。もっとも、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」。

裁判官鬼丸かおる、同三浦守の補足意見

「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」であり、GID 当事者にとって「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、切実ともいえる重要な法的利益である」。本件規定は「自らの意思に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」ものではないが、当該手術を受けなければ

かかる「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」。また医療現場では現在「性同一性障害者の示す症状の多様性を前提とし」、性別適合手術は「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」から、手術を受けていない者にとっては、その意思に関わりなく「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、……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、本件規定には「この自由を制約する面がある」。そこでこの「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、必要かつ合理的なものとしては認められるか否か」を検討する。

本件規定の目的に関し、①性別取扱い変更後「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……極めてまれ」で「それにより生ずる混乱といっても相当程度限られ」る、②「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」が、これまでに「子なし要件」が緩和され（2008 年）、制度検討の要請（改正後附則 3 項）から 10 年が経過し、法施行以来性別取扱い変更の認容例は 7,000 人を超え、学校や企業等の取組みも進む等「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」。

以上によると「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」。

特例法制定時、生殖能力喪失要件を持つ国は多かったが、当該要件に反対する WHO 声明（2014 年）や、当該要件を欧州人権条約違反とする欧州人権裁判所判決（2017 年）もあり、現在は当該要件を不要とする国も増えている（③）。

「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。……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」。

判例の解説

一 問題の所在

1 「性同一性障害」

「性同一性障害（GID）」とは、身体的性別と性自認との間の違和を継続的に持つ状態にある者に対する医学的診断名であり、診断を受ければ精神的ケア、ホルモン療法、性別適合手術などの多様な医療的措置のうち、本人の希望するものを受けることができる。なお、GID について医学界では脱病理化の流れが進み、2013 年の米国精神医学会「精神疾患の診断・統計マニュアル：DSM-5」では、その診断名は「性別違和（Gender Dysphoria）」に変更され¹⁾、日本でもこの呼称が広まりつつある。

出生時に割り当てられた身体的性別とは異なる性別を生きる現象または人を「トランスジェンダー」と呼ぶが、トランスジェンダーと GID は同一概念ではなく、トランスジェンダーであっても、GID の診断を受けホルモン療法や性別適合手術を望まない者もいる。また日本精神神経学会のガイドラインによれば、GID の症例は様ではなく、すべての GID 当事者にとって、性別適合手術が唯一適切な医療的措置であるとは限らない²⁾。さらに「生をどのように生きるのか」「性をどのように生きるのか」は侵してはならない基本的人権に属するものであり、治療方針の決定については当事者本人の自己決定を尊重すべきことが確認され、現在医療現場では性別適合手術が治療の最終段階であるという考え方は取られていない³⁾。

2 特例法の概要と問題点

2003 年に成立した特例法によれば、2 名以上の医師により GID の診断を受け（2 条）、5 要件、すなわち、20 歳以上である（3 条 1 項 1 号）、現に婚姻していない（同 2 号）、現に未成年の子がない（同 3 号：2008 年に「子」→「未成年の子」に改正）、本件生殖腺除去要件（同 4 号）、変更後の性別の外性器に近似する外観を備えている（同 5 号）を満たす場合、性別取扱いの変更審判を経て、法令上自認する性別に変わったものとみなされ

る。

このように特例法は、医療現場の実情とは異なり、生殖腺の除去を含めた完全な身体的性別適合を前提に性別変更を認めるが、Xのように性別違和を有するものの、性別適合手術に強い抵抗を感じる、または経済的理由、体質上の理由等で受けられない者にとっては、性別取扱いの変更を諦めるか、自己の意思に反して生殖腺除去手術を受けるかの選択を迫られることになる。この点で特例法は、生殖腺除去を含む完全な身体的性別適合を望む者にとっては、自認する性での社会的生活を可能にする意義を持つが、他方で救済される者が限定的となること、その根底に身体的特徴（外生殖器の特徴・生殖腺の有無）のみに基づく二元的性別観があることが当初より指摘されていた⁴⁾。

二 特例法の生殖腺除去要件の 憲法 13 条適合性

1 立法裁量論から、権利論へ？

Xのように性別違和を有するが生殖腺除去手術は望まない GID 当事者にとっては、事実上手術の強制となる。この点、家裁・高裁では、性別取扱いの要件に関する立法府の裁量を前提とし、本件規定により X が制約され得る権利の内実、制約の存否につき十分な検討がなされていない。高裁は「性別に関する認識」が「自己の認識する性と異なる性での生き方を不当に強制されないという意味で、個人の幸福追求権と密接にかかわり」「個人の人格権の一部分」をなすとしたが、他方で性別が「民法の定める身分に関する法制の根幹をなし、法制度の趣旨と無関係に権利の内実を捉えることはできないとの制度依存的権利思考⁵⁾」により、立法裁量の範囲内かどうかの検討によって本件規定を合憲と判示した。

対して最高裁は、生殖腺除去要件に「その意思に反して身体への侵襲を受けない自由」を制約する面があると認め、また補足意見は当該自由を憲法 13 条から基礎付けており、家裁・高裁に比してより立ち入った審査をしようとするものとも評し得る。もっともその制約の合憲性につき法廷意見は、「現時点では」との留保つきではあるが、本件規定の目的の合理性を、特例法制定時の立法理由⁶⁾にほぼそのまま倣った上で合憲とした⁷⁾。生命・身体への処分に関する権利は憲法 13 条により保障されるとするのが学説上も一般的な理解で

あり⁸⁾、性別適合手術は生殖機能の完全な剥奪、また時に生命の危険をも伴うことからすればその強制は重大な身体への侵襲であり、その合憲性については厳格審査に服すると考えられるが⁹⁾、本決定は、緩やかな合理性の審査にとどまり不十分といわざるを得ない。

ただし、補足意見は「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、必要かつ合理的」かを検討し、①残存する生殖機能により子が生まれる可能性は極めて稀で、「社会に生ずる混乱」も相当限られること、②法施行から 14 年以上経ち、子なし要件の改正や学校・企業での取組みの進行など「社会的状況の変化」がみられることから、憲法 13 条に違反する「疑い」を指摘する。この意見も総合してみれば、一定の権利制約性を認め、社会的状況の変化を考慮して違憲の疑いを示唆し、国会を含めた社会的議論を促す決定とも評価できよう。

もっとも、補足意見は、残存する生殖機能により生まれた子の法的親子関係については別に議論し得るのに、これを生殖機能を放棄させてでも解決すべき「問題・混乱」と捉えること自体の合理性に踏み込まなかった点には疑問が残る。生殖腺の除去という身体への侵襲が、時には生命にも関わる問題である点、また X が生殖腺除去手術を望まない（できない）GID 当事者に対し、戸籍の性別変更のためだけに医学的には必要のない措置を X に強制する点¹⁰⁾に鑑みれば、性別適合手術の強制＝権利侵害を正当化するほどの目的が特例法の要件にあるかは疑問であり、端的に違憲としてもよかったのではないか。

2 補足意見の「事柄の変遷」論

この間、最高裁は、規制目的・手段の合理性以外に、社会的状況の変化、諸外国の立法の趨勢、条約・国連の委員会勧告等を含めた種々の「事柄の変遷」を理由に違憲判断を導く手法をとる傾向にある¹¹⁾。本件補足意見も決定の要旨の②社会的状況の変化、③海外の立法動向に触れており、このような「事柄の変遷」論を示すことで、社会的変化に対応するよう立法府にボールを投げたものであり¹²⁾、さらに時が経過してもなお立法府が対応しない場合には違憲判断を出すことを示唆したと解することもできる。

ただし、本決定を受けて立法府が迅速に対応し

なければ、Xら現行規定では救済されないGID当事者の性的アイデンティティは脅かされ続ける。いみじくも補足意見が述べたように、性別が「個人の人格的存在と密接不可分」であることを重視するならば、立法府に判断をゆだねる手法がはたして適切であったかは検討の余地がある。

三 リプロダクションの権利と性的アイデンティティ

特例法の本件規定は、性別取扱いの変更を認める代わりに、外部からは見えない卵巣・子宮の除去までも含む生殖機能の完全な放棄を求める点で、生殖・リプロダクションの権利（憲法13条）の剥奪ともいえる¹³⁾。学説上リプロダクションの権利は憲法13条の保障範囲に含まれるとされ¹⁴⁾、特に人格的生存の基礎に関わること、手術による生殖機能の放棄は不可逆的であることからすれば¹⁵⁾、この点でも合憲性につき厳格審査が求められよう。しかし、本件規定の目的のうち、元の性別の生殖機能の残存により子が生まれることで生じる「混乱や問題」はそれ自体不明確であり¹⁶⁾、厳格審査に耐え得ると思われない。

本件で問題となっているのは、決して「性別を自由に変更する権利」ではない。GID当事者にとって戸籍上の性別を変更することは、自分が自分であることの確信を社会的に保つための手段である。憲法学では性別が個人のアイデンティティの核心にあり、人格的利益に含まれるとする理解は少なくなく¹⁷⁾、およそ性的アイデンティティに関する事案では合理性の基準の適用は不適当との指摘もある¹⁸⁾。本件をきっかけに、すべての特例法の要件の目的が、GID当事者の戸籍上の性別変更の制限を正当化し得るものか否か、早急に再検討されることが望まれる¹⁹⁾。

●——注

- 1) American Psychiatric Association 編／日本精神神経学会 日本語版用語監修・高橋三郎ほか監訳『DSM-5 精神疾患の診断・統計マニュアル』（医学書院、2014年）443頁以下参照。
- 2) 性同一性障害者の比率は2,800人に1人との調査結果（池田官司「性同一性障害当事者数の推計」産婦人科の実例62巻13号（2013年））によれば、当事者数は全国でおよそ4万6千人と推計され、本件手術要件を含む特例法の要件等が原因で性別変更をしていないGID当事者は、相当数いると思われる。

- 3) 日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン（第4版改訂）」（2018年1月20日）9頁参照。https://www.jspn.or.jp/uploads/uploads/files/activity/gid_guideline_no4_20180120.pdf（2019年4月12日閲覧）
- 4) 筒井真樹子「消し去られたジェンダーの視点」インパクション137号（2003年）178～180頁参照。
- 5) 夫婦同氏制合憲最大判にすでにみられる制度依存的権利思考について、高橋和之「夫婦別姓訴訟：同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式」世界79号（2016年）参照。
- 6) 南野智恵子監修『【解説】性同一性障害者性別取扱特例法』（日本加除出版、2004年）93頁参照。
- 7) 合憲性の審査にあたり立法理由を踏襲した例として、子なし要件を合憲とした最決2007・10・19家月60巻3号36頁。二宮周平「性同一性障害特例法の合憲性——子なし要件違憲訴訟」谷口洋幸ほか編『性的マイノリティ判例解説』（信山社、2011年）36頁参照。
- 8) 佐藤幸司『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）460頁以下参照。
- 9) 高井裕之「家裁審判判批」新・判例解説 Watch（法セ増刊）21号（2017年）39頁参照。
- 10) 渡邊泰彦「家裁審判判批」新・判例解説 Watch（法セ増刊）21号（2017年）113頁参照。
- 11) たとえば国籍法違憲判決、婚外子相続分規定違憲判決。穴戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開〔第2版〕』（日本評論社、2014年）64頁参照。
- 12) 対話的違憲審査の理論について、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013年）参照。
- 13) GID当事者が出生上の性別の身体的特徴に違和感を持つことと、生殖補助医療等を用いて子を持ちたいと思う気持ちは両立し得る。針間克己ほか『性同一性障害と戸籍〔増補改訂版〕』（緑風出版、2013年）168頁参照。
- 14) 佐藤・前掲注8）460頁以下参照。
- 15) 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52号（2003年）11～12頁は、自ら生殖の道を断つという意味で性別適合手術を「消極的なリプロダクティブ・ライツ」の問題と捉える。
- 16) 谷口洋幸「人権としての性別——ヨーロッパ人権条約の判例が示唆すること」ジェンダー法研究5号（2018年）105頁参照。谷口は本件規定の根底に旧優生保護法の優生思想的発想をみる。
- 17) 佐々木雅寿「家裁審判判批」法教443号（2017年）137頁、長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）』（有斐閣、2017年）137～138頁【土井真一執筆】参照。
- 18) 辻村みよ子『家族と憲法』（日本加除出版、2016年）283頁参照。
- 19) 非婚要件の合憲性に関する事案が現在京都家裁で係争中である。京都新聞2019年2月9日付朝刊参照。