性同一性障害者特例法 3 条 1 項 2 号の性別変更のための非婚要件の合憲性

【文献種別】 決定／最高裁判所第二小法廷

【裁判年月日】 令和 2 年 3 月 11 日

【事件番号】 令和 1 年（ク）第 791 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】 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 2 号、憲法 13 条・14 条 1 項・24 条

【掲載誌】 裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25570771

明治大学教授 清野幾久子

事実の概要

申立人（抗告人、特別抗告人。以下、X という。）は、身体的性別は男性として出生し、戸籍に男性と記載されているが、幼少時から自分は女性であるとの性自認を持ちながら成長した。X は、1995 年に Y と婚姻し、翌年に子をもうけた。X は、2012 年に専門的知見のある医師から性同一性障害の診断を受け、ホルモン治療を継続して、2014 年に性別適合手術を受けた。その後の X には、乳房の女性化、全身の少毛化、体脂肪の増加、筋力の低下等が認められ、生殖腺の機能は永続的に失われている。X は、2017 年に名の変更の許可審判を受け、名を、A から X の性自認に適合する C に変更した。

X は、2019 年に、Y との婚姻を継続したまま、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。）に基づいて、戸籍の性別記載を男から女に変更（以下、「法的性別の変更」という。）する審判を求めた（以下、「本件申立」という。）。X は、特例法 3 条 1 項 2 号の「現に婚姻をしていないこと」という要件（以下、「非婚要件」という。）のみを満たさない状態であったので、非婚要件の憲法 13 条、14 条 1 項違反を主張した。

京都家裁（原原審）は、非婚要件は憲法 13 条、14 条 1 項に違反しないとし、本件申立を却下した（京都家審平 31（2019）・3・27 判タ 1473 号 71 頁）。

抗告審である大阪高裁も原決定を支持して抗告棄却とした（大阪高決令元（2019）・6・20 判タ 1473 号 69 頁）。そこで X は、同規定が、憲法 13 条、14 条 1 項、24 条に違反するとして特別抗告した。

決定の要旨

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『現に婚姻をしていないこと』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 2 号の規定は、現に婚姻をしている者について性別の取扱いの変更を認めた場合、異性間においてのみ婚姻が認められている現在の婚姻秩序に混乱を生じさせ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から、国会の裁量権の範囲を逸脱するものということとはできず、憲法 13 条、14 条 1 項、24 条に違反するものとはいえない。このことは、当裁判所の判例（最高裁昭和 28 年（オ）第 389 号同 30 年 7 月 20 日大法廷判決・民集 9 巻 9 号 1122 頁、最高裁昭和 37 年（オ）第 1472 号同 39 年 5 月 27 日大法廷判決・民集 18 巻 4 号 676 頁、最高裁平成 26 年（オ）第 1023 号同 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 巻 8 号 2586 頁）の趣旨に徴して明らかである。」

判例の解説

一 トランスジェンダーと特例法

本決定¹⁾は、性同一性障害者の法的性別の変更について定める特例法3条1項2号の非婚要件について、最高裁が初めて合憲判断を下したのものとして特筆される²⁾。

生まれながらの(生物学的な)性別(Sex)と、自己の精神的な認識における性別(性自認(Gender Identity))との同一性に違和感(性別違和(Gender incongruence))を持つ人々のことをトランスジェンダーという。トランスジェンダーであっても、必ずしも法的性別の変更を求めるわけではないので、以下で日本の判例を扱う際には、トランスジェンダーと特例法における性同一性障害者とを区別して使う。

二 本決定の引用する3つの判決

本決定は、特例法3条1項2号が、性同一性障害者の戸籍変更の要件として非婚要件をおくことについて、13条、14条1項、24条1項に違反しないとして、Xの特別抗告を退けたが、その際最高裁は、3つの大法廷判例を引用している。

1つ目の昭和30年判決(最大判昭30・7・20民集9巻9号1122頁)は、認知の訴えについての出訴期間の制限(民787条)についてであり、原告は制限を13条違反と主張したのであったが、最高裁は、13条の人権条項としての内容に詳しく触れることなく、家族法における立法府の裁量の広さを理由として合憲としたものである。2つ目の昭和39年判決(最大判昭39・5・27民集18巻4号676頁)は、地方公務員への待命処分が問題とされた事件であり、「事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取り扱いをすること」を任命権者の「裁量権の範囲」とした14条の法の下の平等についてのリーディングケースであるが、裁量の幅の広さを前提とする判断枠組みであるうえに、そこにおける区別事由は「高齢」であって本件とは事柄が異なることから、これも、本事例を判断するにあたって適格的とはいえないといえよう。

これらに対し、本決定の3つ目の引用判例である平成27年の大法廷判決(最大判平27・12・16

民集69巻8号2586頁)³⁾は、民法750条の規定する夫婦同氏制について、13条、14条1項に加え、24条1項にも言及し、合憲性について判断された判決である(以下、「第1次同氏制判決」という)。

この第1次同氏制判決では、憲法24条1項について、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたもの」⁴⁾としてはいるが、正面から「婚姻の自由」について述べることはしていない。もっとも、同日の同じ大法廷判決である女性の再婚禁止期間違憲判決(最大判平27・12・16民集69巻8号2427頁)が、「婚姻をするについての自由」を、「十分尊重に値する」とするにとどめていることからすると、第1次同氏制判決でも、婚姻の自由を、13条から導かれる個人の尊重や人格的自律と結びつけられた人権保障規定としてはとらえていないとみてよいと推察される。この点、婚姻の自由について、人権としてはとらえず、現行婚姻制度を前提とし、その枠内での自由ととらえる思考(制度優先思考)にたつものといえよう⁵⁾。

このような、婚姻の自由についての制度優先思考を前提としつつも、第1次同氏制判決は、24条2項の内容について、従来の最高裁にはない判断を示した。すなわち、24条2項は、立法にあたって、法律の内容が、単に、憲法上の権利たる人格権を侵害せず、かつ、両性の形式的な平等が保たれていればそれで足りるというものではなく、24条1項を前提としつつ、裁量の限界として「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針」(以下、「要請、指針」という。)を示しているとする。もっとも、きわめて簡素な本決定要旨からは、本決定がこの「要請、指針」にどのように配慮し、検討を加えたのかは知ることができない。下級審にも婚姻の自由についての制度優先思考が強固である⁶⁾。第1次訴訟の判断枠組みから本決定への批判的視座を導くには大きな限界があるといえよう。

三 本決定後の判例動向

しかしながら、本決定後の判例における少数意見においては、第1次夫婦同氏制訴訟とは判断枠組みを異にする個別意見が出されてきている。

その1つとして、夫婦同氏制違憲訴訟（第2次）大法廷決定（最大決令3・6・23集民266号1頁⁷⁾。以下、「第2次同氏制決定」という。）がある。同決定は民法750条の合憲を述べたが、多数意見に対し、判断枠組みを異にする個別意見が出されている。その中でまず、特筆されるのは、三浦守裁判官の「意見」である。同意見は、24条1項の婚姻の自由に関し、制度構築に関する立法裁量の問題として検討するのではなく、婚姻の自由という人権に対する制約の問題として検討を加えている。

さらに、宮崎裕子・宇賀克也裁判官の共同反対意見では、当事者双方の生来の氏名に対する人格的利益を喪失することなく婚姻中も同等に享受する人格的利益を認めたいと、民法750条について、夫婦同氏とせず婚姻することを希望する場合であっても、夫婦同氏を受け入れない限り当事者の婚姻の意思決定を法的に認めないとする制約を課す規定として、「制約」を認め、その合理性に関して、当事者の婚姻の意思決定が自由かつ平等であるべきことを求める憲法24条1項の趣旨に反するため、同条に違反する旨を述べた。この共同反対意見においては、「制約」が、24条1項の婚姻における「夫婦の同等の権利」に反するとする部分に三浦意見との相違がある。

2つとして、特例法3条1項3号の、いわゆる「子なし」要件について判断した、令和3年11月30日の最高裁の大法廷決定（最三小決令3・11・30集民266号185頁）⁸⁾における宇賀克也裁判官の反対意見である。同反対意見では、本件制約と13条との関連付けについて、仮に精神的・身体的に女性である者に対し、国家が本人の意思に反し、「男性」としての法律上の地位を強制し、様々な場面で戸籍に従って男性と申告しなければならない場合を想定した場合、それは「人がその性別の実態とは異なる法律上の地位に置かれることなく自己同一性を保持する権利を侵害するものであり、憲法13条に違反することには、大方の賛成が得られるものと思われる。」とし、人が、「自己同一性が保障されていることの保障の必要性は、生来的な女性であれ、医療的措置により身体的に女性となった者であれ、基本的に変わるところはないと考えられる。」として、性同一性障害者に

とっての法的な性別変更が、憲法13条の自己同一性の保持と結びつくことが示されたことが画期的である。これは、判断枠組みとして、第2次夫婦同氏制訴訟判決の反対意見と同様に、権利優位思考にたつものとして評価できよう。

四 特例法2号要件撤廃と同性婚許容の連動性？

ヨーロッパ諸国では、トランスジェンダーの非疾病化、非障害化、人権化の観点から、21世紀の初頭から、法的性別の変更に必要とされるすべての要件について撤廃が行われつつある⁹⁾。対して、日本では、いまだ5要件が温存され、判例もこれを合憲としているが、学界では、人権的観点からみて違憲とする論も多い¹⁰⁾。

本決定では、非婚要件撤廃の場合、同性婚が許容されていないという「現在の婚姻秩序に混乱を生じさせかねない」ことが実質的理由としてあげられている。しかしながら、同性婚容認の問題と非婚要件との関係において、1980年に「名前変更および性別確定の特例に関する法律」（以下、「トランスセクシュアル法」という。）を制定した¹¹⁾ドイツが参考となる。同法には、特例法同様に、出生登録簿における性別登録変更の際の諸要件が設けられていたが、連邦憲法裁判所の判例において違憲判断が積み重ねられ¹²⁾、非婚要件については、2008年5月27日に違憲の決定がなされた（以下、「2008年決定」という。）¹³⁾。

2008年決定は、トランスセクシュアル法の8条1項2号の非婚要件について、基本法1条1項と結びついた2条2項から、「自己決定に基づく」、人格的価値にかかわる「性別のアイデンティティを承認してもらい権利¹⁴⁾」の制約となり違憲となると述べる一方、同性婚が認められていない当時のドイツの婚姻制度との関係について積極的に憲法判断しているわけではない。その後、違憲判決による取扱いの変更の時期を経て、2009年の法改正で非婚要件は削除される。一方、ドイツにおける同性婚の容認は2017年であったので、2008年の違憲決定、2009年の非婚要件の削除改正は、同性婚容認に先立って行われたということになる。

ドイツと日本の法制度や婚姻外の家族の保護等

の相違を踏まえても、トランスジェンダーにとって、法的性別の変更が人間の内面の深い領域にかかわる権利の問題であることからすると、制度より人権に重きをおく判例や、そのような判例を踏まえた行政の取り扱いの進展が強く望まれているといえるであろう。

●—注

- 1) 本決定に関する評釈として、渡邊泰彦「性別変更における非婚要件の要否」新・判例解説 Watch (法セ増刊) 27号 (2020年) 95頁、竹治ふみ香「性別変更の審判における非婚要件の合憲性〈最新裁判例研究/民法〉」法セ795号 (2021年) 119頁、建石真公子「性同一性障害者特例法における非婚要件の合憲性」ジュリ臨増1557号 (令和2年度重判解) (2021年) 8頁など。なお、非婚要件の問題点について早くから指摘したものととして、渡邊泰彦「憲法と婚姻保護——性同一性障害者の性別変更要件をもとに」同法60巻7号 (2009年) 333頁以下、松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法』(有斐閣、2010年) 259頁以下。本判決に言及するものとして、清野幾久子「トランスジェンダーに係る憲法判例についての一考察——LGBTQ問題と憲法」明治大学法科大学院論集26号 (2023年) 1頁以下など。
- 2) 特例法3条1項各号の要件の合憲性については、まず、最決平19・10・19家月60巻3号36頁が3号の「現に子がないこと」を合憲とした (2008年に、「現に未成年の子がないこと」に改正)。ついで、最決平31・1・23判時2421号4頁が4号の「生殖腺除去」の合憲性を認めながらも、多数意見において「身体の侵襲を受けない権利」との関係が問われ、不断の検討を要し、総合較量すべきことが示された。同決定では、2裁判官の補足意見においてではあるが、最高裁では初めて、性自認に関する言及がされた。
- 3) 本判決につき、石崎学「夫婦同氏訴訟——民法750条の合憲性」新・判例解説 Watch (法セ増刊) 18号 (2016年) 31頁など参照。
- 4) 24条1項につき、防御権的にとらえる点につき、学会の通説と同様である。樋口陽一ほか『憲法Ⅱ〈注解法律学全集(2)〉』(青林書院、1997年) 132頁 [中村陸男執筆]。
- 5) このように、婚姻の自由の解釈において、個人の人権の側面よりも、婚姻や家族を国家が制度として保障することという側面を優先することの問題として、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879号 (2016年) 138～150頁。なお、婚姻の自由を人権規定としてとらえるものとして、辻村みよ子『憲法と家族』(日本加除出版、2016年) 121～122頁。
- 6) 下級審でも、婚姻の自由についての制度優先思考が根強く存在する。例えば、同性間の婚姻を認める規定を設けていない民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定が、同

性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを受容する法的手段を提供しないとしていることは、立法府の裁量権の範囲を超え、その限度で憲法14条1項に違反するとして下級審 (札幌地判令3・3・17 (裁判所ウェブサイト) においてすら、婚姻の自由について、制度の中での自由ととらえている。

- 7) 本決定につき、土井真一「婚姻の際に夫婦別氏の選択を許さない民法750条及び戸籍法74条1項の合憲性」新・判例解説 Watch (法セ増刊) 30号 (2022年) 23頁など参照。
- 8) 本決定につき、中曾久雄「性同一性障害特例法3条1項3号の合憲性」新・判例解説 Watch (法セ増刊) 31号 (2022年) 11頁など参照。
- 9) 2018年には、WHOが国際疾病分類 (第11回改訂版 (ICD-11)) を公表し、ジェンダー・インコングレンスを精神疾患のカテゴリーから除外したことなどを踏まえた改正も進んでいる。戸籍上の取り扱いを含め、法的取り扱いという意味での性別変更について各国で様々な対応がされていることにつき、藤戸敬貴「法的性別変更に関する日本及び諸外国の法制度」レファレンス830号 (2020年) 79頁以下が詳しい。
- 10) 渡邊泰彦「性別変更要件の見直し——維持可能な要件はあるのか？」ジェンダーと法15号 (2018年) 108頁以下など参照。
- 11) Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz - TSG) vom 10. September 1980 (BGBl. I S. 1654)。なお、ドイツのトランスセクシュアル法や違憲判断の歴史につき、嶋崎健太郎「性同一性障害者の年齢による名の変更制限と平等条項」ドイツ憲法判例研究会『ドイツの最新憲法判例』(信山社、1999年) 52頁以下を参照。
- 12) 2011年には、性別適合手術要件が身体の完全性 (integrity) および自己決定権を侵害すると判断されている。BVerfGE 128, 109参照。
- 13) BVerfGE, 121, 175, Beschluß vom. 27. 5. 2008。本決定については、春名麻季「性転換法による婚姻解消要件と一般的人格権・婚姻の保護」ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例IV』(信山社、2018年) 69頁などを参照した。なお、訳については筆者に責任がある。
- 14) ドイツの2008年決定における「性別のアイデンティティを承認してもらおう権利」につき、清野・前掲注1) 17頁参照。