

性同一性障害特例法における性別変更のための生殖腺摘出要件の合憲性

- 【文献種別】 決定／最高裁判所大法廷
【裁判年月日】 令和5年10月25日
【事件番号】 令和2年（ク）第993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】 原決定破棄、差戻し
【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・5号、
日本国憲法13条
【掲載誌】 裁判所ウェブサイト
◆ LEX/DB 文献番号 25573119

昭和女子大学准教授 森本直子

事実の概要

本件は、生物学的な性別が男性、心理的な性別は女性（MtF）である原告人Xが、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、性同一性障害者であるXが、生殖腺除去手術を受けておらず、抗がん剤の投与等で生殖腺の機能全般の永続的な喪失状態にある事情もないため、特例法3条1項が定める性別変更審判の実施要件のうち、4号（以下「本件規定」）の「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」（生殖腺摘出要件）に該当しないと判断した。その上で、本件規定は、変更前の性別の生殖機能で子をもうけることから生じかねない社会の混乱等に配慮したものであり、その制約の態様等には相当性があり、憲法13条及び14条1項に違反しないと判断した。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」（性器外観要件）と定める同法3条5号（以下「5号規定」）について、Xの同規定該当性と同規定の違憲性に関するXの主張に対して、判断しなかった。

決定の要旨

原決定破棄、差戻し。

1 生殖腺摘出要件と憲法

「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」）が、人格の生存に関わる重要な権利として」憲法13条に「保障されていることは明らかである。」

「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、…強制される場合には」この「自由に対する重大な制約に当たる」。

本件規定は「性同一性障害…者のうち自らの選択により性別変更審判を求める者に…、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」。

「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、…個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益」である。「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」、この「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…点において、身体への侵襲を受けない自由を制約する」。「このような制約は、…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」ず、その判断は「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」。

2 本件規定は「必要かつ合理的な」制約か

本件規定の規制目的は、「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急激な…変化を避ける」ことにある。

しかし、性同一性障害者の現況に照らし、「本件規定がなかったとしても」、上記の「問題が生ずることは、極めてまれ」であるし、そうした問題の中には「法令の解釈、立法措置等により解決…可能」なものもある。例えば、『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」が、「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」これらの「存在が肯認されることとなった」。しかし、「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」。

特例法の施行以来「1万人を超える者が性別変更審判を受け」、「性同一性障害…者に関する理解が広まりつつあり、…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…行われている」ため、「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」。以上から「本件規定による制約の必要性は、…低減している」。

「特例法の制定趣旨は、…必要な治療を受けて…もなお…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」にあった。しかし、「医学的知見が進展し、…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、性別変更審判に際して生殖腺除去手術を求めることは「医学的にみて合理的関連性を欠くに至っている」。

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、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…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」。また、上記「目的を達成するために、…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」。以上から、「本件規定による制約の程度は重大」である。

「本件規定による身体への侵襲を受けない自由の制約」は、これらを「総合的に較量すれば必要かつ合理的なものということはできず」、「本件規定は憲法13条に違反する」。「原審の判断していない5号規定に関するX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」。なお、岡正晶裁判官の補足意見、三浦守裁判官、草野耕一裁判官、宇賀克也裁判官の反対意見がある。

判例の解説

一 本決定の意義

本決定は、人権侵害として批判され、世界的に撤廃傾向にある¹⁾ 法的性別変更のための生殖腺摘出要件を、最高裁²⁾ が憲法違反としたことで耳目を集めた。また、最高裁による12例目の、憲法13条については初の法令違憲としても注目される。最高裁は2019年1月23日の第二小法廷決定³⁾ (以下「2019年決定」) で、本件規定を「現時点では」との留保付きで合憲と判断したが、わずか4年後の本決定で判例変更に及んだ。しかし、その結論に2019年決定の三浦・鬼丸両裁判官による補足意見との連続性が確認される他は、変更を決定づけた事情は明らかでない⁴⁾。

二 性別変更をめぐる医と法の判断

特例法の法的性別変更プロセスには医と法の判断が混在している。性同一性障害を定義し、診断し、治療方法を決めるのは医の判断であり、治療の適法性や、性別変更審判の実施要件を決めるのは、法の判断である。後者は前者を踏まえたものになるが、両者の役割分担と関係性には注意を要する。

法廷意見は、生殖腺除去手術を含む性別適合手術が近年「必ずしも必要でない治療」となったことを根拠として本件規定の問題点を説明する。確かに、医が不要とする手術を法が要求することは理不尽である。しかし、医が当該手術を必要な治療と評価するだけでは、それを性別変更審判の実施要件とすることは正当化されず、そもそも適法な治療とすることすらできない。

一般に、身体への侵襲行為である医療行為が適法とされるために、①医学的適応のもとに、医師が治療目的をもって行い(医学的適応性)、②用い

られる医療行為の方法が現代医療の見地からみて妥当なものと解され（方法の相当性）、且つ③患者の同意があること、という三要件を満たさなければならぬ⁵⁾。③は医療におけるインフォームド・コンセントや、患者の自己決定尊重の考え方も親和的である。したがって、生殖腺除去手術が適法に行われるためには、同手術が「必要な治療」として①・②を満たすだけでなく、③の患者の同意、より厳密には、患者の真意に基づく自発的な同意が必要である。

法廷意見の論法は、医学的に必要ない手術を性別変更のために求めることになりかねない本件規定のナンセンスさを指摘する上では有効である。しかし、医において必要とされる治療でも、患者の同意がなければ、（強制治療として認められない限り）適法に行えない。この点につき、宇賀反対意見が同手術を「医学的観点から必要性が肯定されることに加えて、本人の真の同意がある場合に限り認められるべき」と述べたことは評価できる。もっとも、同手術が適法な治療として行われることと、それを性別変更審判の実施要件とすることは区別されるべきである。

性別適合手術には、その合法性が問われた刑事事件以降、国内では実施されない時期を経て、治療として確立した経緯がある⁶⁾。そのため、治療として必要な者がこの手術を「選択できる」体制は重要である。しかし、この手術を治療として「選択できる」ことと、性別変更のために「選択しなければならない」ことを区別しなければ、医と法の判断を混同することになる。

三 身体への侵襲を受けない自由か、 リプロダクティブ・ライツか？

本決定は、憲法 13 条の下で保障されることが初めて明示された「身体への侵襲を受けない自由」に照らして本件規定の憲法適合性を判断した⁷⁾。このアプローチには汎用性があり、他の身体侵襲を見直す契機にもなる⁸⁾点で意義は大きい。

他方、生殖腺除去手術を単なる身体侵襲の一種とみなすことは、本件規定の本質的問題を検証する上で不足であるように思われる。法廷意見は、同手術の「生命・身体への危険性と不可逆性」をその「強度の侵襲性」の証左としたが、これらは外科手術一般にほぼ共通する性質である。生殖腺除去手術はさらに、生物としての根源に関わる、

子孫を残す可能性を断つ⁹⁾ものであり、国家による生殖への介入や管理という意味で、外科手術一般よりも重大な侵襲と評価すべきであろう。また、本件規定による生殖腺除去手術は、旧優生保護法下の障害者等に対する強制不妊手術との類似性が指摘され、性同一性障害者を生殖すべきでない存在とみる優生思想の文脈でも批判されてきた¹⁰⁾。

以上から、本決定には「生殖の権利」ないし「リプロダクティブ・ライツ¹¹⁾」の観点からの分析も望まれたのではないか。これに関して、宇賀反対意見が、2019 年決定の共同補足意見を手がかりに、本件規定は憲法 13 条の保障する基本的人権としての「生殖に関する自己決定権であるリプロダクティブ・ライツの侵害という面においても重大な問題を抱えている」と述べたことは、問題の核心に迫るものと言えよう。

法廷意見がリプロダクティブ・ライツに踏み込まなかった背景には、性別変更を求める者が生来の性別で子をもうける例が少ない事情が影響したかもしれない。しかし、性自認に従って生きる選択と、子を持つかどうかの選択は一体でなく、性別変更と子をもうけることは両立可能とされる¹²⁾。司法には、ニーズの多少ではなく、重要性に応じた判断がその役割として求められる。

もっとも、本決定が判断しなかった 5 号規定（性器外観要件）の合憲性は、リプロダクティブ・ライツの観点からは評価できない。したがって、本決定のアプローチは、5 号規定の合憲性を遠からず検討することを視野に入れた選択であったようにも思われる。

なお、本件規定と同様に生殖不能をもたらす母体保護法（1996 年）下の不妊手術は、生殖腺の除去までは予定していない¹³⁾。それは前身の旧優生保護法（1948 年）下の優生手術¹⁴⁾も同様である。これらは本件規定がどれほど徹底的に不可逆的な生殖不能化を求めるものであったかを示唆する。反面、最近では凍結保存した精子・卵子を用いた性別変更後の挙児が可能であるため、生殖腺除去手術の一部は既に生殖不能化の用すら為さない身体への侵襲となっていたとみることもできよう。

四 反対意見——5 号規定をめぐる

本決定の 3 つの反対意見は、5 号規定の性器外観要件についても違憲とし、自判による性別変更

を認めるべきとの見解を示した。生殖腺除去要件は内性器に関する手術要件であるため、その違憲判断と無効化は、一般社会／多数派との関係における調整を要しない。これに対して、性器外観要件は、廃止した場合のトイレ、公衆浴場、更衣室等の男女別利用をめぐる混乱や不安が、しばしば一般社会／多数派から懸念される。

しかし、5号規定の要件を満たすためには、外性器の除去術及び形成術又はホルモン療法を受ける必要がある。これらはいずれも外科的・内科的あるいは短期的・長期的に作用する身体侵襲であるため、本件規定と同様に身体への侵襲を受けない自由が問題になる。

三浦反対意見は法廷意見が用いた総合的な較量審査によって、草野反対意見は目的手段審査によって、それぞれ5号規定を違憲とした。その過程で、公衆浴場等の男女別利用をめぐる従来の規範は、5号規定がなくても事業者による個別ルールの設置運営によって維持されると明言し、多数派の漠然とした不安や、「意に反して異性の性器を見せられない利益」を理由とする制約の必要性や相当性を否定したことは妥当である。

五 今後の展望

2019年決定の補足意見が本決定の違憲判断に継承されたように、5号規定も違憲とした反対意見は、最高裁による次の判断の布石となるかもしれない。反対意見はこの他にも、リプロダクティブ・ライツや、性自認に従った取扱いを受けることを憲法13条に保障される権利とする見解を示しており、今後の展開が注目される。

本決定が5号規定に関するXの主張を差し戻したため、権利救済はなお実現していない。差戻審で仮にXの5号規定該当性が認められれば、X個人は救済されるが、5号規定をめぐる問題が先送りされる。5号規定の違憲審査に進めば、違憲判断は予想されるものの、X本人の救済が遅れる。しかし、国会による法改正の動きは活発でない¹⁵⁾。

他方、本決定が特例法の残る要件（年齢要件、非婚要件、未成年の子なし要件）の合憲性や妥当性の再考を促し、さらには夫婦同氏や同性婚を含む家族制度全体を見直す法整備へとつながることも期待される¹⁶⁾。多くの発展的可能性を秘めた違憲判断である。

●—注

- 1) 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、92～93頁。
- 2) 下級審では、本決定の直前に本件規定を違憲として4号要件を満たさないFtMの性別変更を認めた家事審判がある。静岡家浜松支審令5・10・11(判例集未登載)。審判書はクラウドファンディング・サイトで公開(<https://www.call4.jp/file/pdf/202310/bd7b673e2a59f2a32365ec4fae4b0ddd.pdf>(2024年2月14日閲覧))。
- 3) 最決平31・1・23判時2421号4頁。4号要件を満たさないFtMの申立人が性別変更審判を申し立てた事案。
- 4) 河嶋春菜「判批」法セ819号(2024年)40頁。
- 5) 手嶋豊『医事法入門〔6版〕』(有斐閣、2022年)48頁。
- 6) 石嶋舞「性同一性障害者特例法における身体的要件の撤廃についての一考察」早法93巻1号(2017年)79頁、82～83頁、城祐一郎＝小林如乃「性同一性障害の性別の取扱いの特例に関する法律における生殖不能要件及び外観具備要件の合憲性に関し心理学的側面からの検討を含めた考察」慶應法学47号(2022年)169頁、173～178頁。
- 7) 河嶋・前掲注4)43頁、45頁。
- 8) 河嶋・前掲注4)40頁、45頁。
- 9) 谷口洋幸「人権としての性別」ジェンダー法研究5号(2018年)97頁、105頁。
- 10) 高井ゆと里＝山田秀頌「トランスジェンダーの性別承認法における不妊化要件に妥当性はあるか」生命倫理33号(2023年)4頁、10頁。笹沼弘志「なお続く断種強制 旧優生保護法と性同一性障害者特例法」月刊部落解放2023年6月号2頁以下。
- 11) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』(成文堂、2020年)212頁。
- 12) 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)85～87頁、168～172頁。
- 13) 母体保護法第2条第1項。「この法律で不妊手術とは、生殖腺を除去することなしに、生殖を不能にする手術で内閣府令をもつて定めるものをいう。」
- 14) 優生保護法第2条第1項。「この法律で優生手術とは、生殖腺を除去することなしに、生殖を不能にする手術で命令をもつて定めるものをいう。」
- 15) 「性別変更、法改正見通せず＝違憲判断も保守派慎重」と野党の意見交錯」時事通信社ニュース2023年12月31日(<https://sp.m.jiji.com/article/show/3135070>(2024年2月14日閲覧))。
- 16) 小林直三「判批」WJL判例コラム特報301号(2023年10月31日)10～12頁(westlawjapan.com/column-law/2023/231031/(2024年2月14日閲覧))。