

性同一性障害特例法による生殖不能要件の憲法適合性と国際人権基準

【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】 民集77巻7号1792頁、裁時1826号37頁、判時2593号5頁、判タ1517号67頁、
賃社1841・1842号99頁、家判49号42頁

◆ LEX/DB 文献番号 25573119

青山学院大学助手 下村沙季マリン

事実の概要

本件は、「生物学的な性別」は男性であるが「心理的な性別」は女性である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、性別の取扱いの変更の審判を申し立てた事案である。

原審は、特例法3条1項4号（以下「本件規定」）が「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。」と定めるところ（生殖不能要件）、Xは生殖腺除去手術を受けておらず、また生殖腺の機能全般が永続的に失われているなどの事情もないことから、当該要件に該当するものではないと判断した。その上で、本件規定は性別変更審判を受けた者が変更前の性別の生殖能力によって子を生むことで生じかねない社会的混乱などへの配慮に基づくものであり、その制約の態様等には相当性があることから、憲法13条及び14条1項に違反するものではないとして、Xの申立てを却下した。

なお、X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（外観要件。以下「5号規定」）に自らは該当するものであり、仮にそうでなくとも同規定は憲法13条及び14条1項に違反すると主張したが、原審はこの点については判断しなかった。

決定の要旨

1 「自己の意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」）が人格的生存に関わる重大な権利として、憲法13条によって保障されていることは明らかである。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から、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。本件規定は、生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対しても、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益の実現のために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、これは必要かつ合理的ということができない限り、許されない。

2 本件規定の目的は、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って子を生むことで、親子関係等に関す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、性同一性障害者は少数である上、生殖腺除去手術を受ける

者も相当数存在すること、また生来の生殖機能により子をもうけることに抵抗感を有する者も少なくないと思われることから、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て親子関係等に関わる問題が生じることは極めてまれと考えられる。また、既に「女である父」や「男である母」は存在するが混乱が社会に生じたとはうかがわれない。加えて、性同一性障害者に関する理解が広まりつつあることからすると、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はいい難く、本件規定の制約の必要性は、その前提となる諸事情の変化により低減している。

3 特例法の制定当時、生殖腺除去を含む性別適合手術は段階的治療における最終段階に位置付けられていた。しかしながら、性同一性障害に対する医学的知見が進展し、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、本件規定の要件を課すことは、医学的にみて合理的関連性を欠くに至っている。そして、身体への侵襲を受けない自由に対する制約は、治療として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生殖腺除去手術を受けることを甘受するか、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。また、このような医学的にみて合理的関連性を欠く制約は、生殖不能を法令上の性別の取扱いの変更要件としない国が増加していることも考慮すると過剰になっており、その制約の程度は重大というべきである。

4 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は、必要かつ合理的なものということではできず、本件規定は憲法 13 条に違反する。

5 原決定は破棄を免れない。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、裁判官三浦守、同草野耕一、同宇賀克也の反対意見、裁判官岡正晶の補足意見がある。

判例の解説

一 本決定の包括的評価——国際人権法の視点から

本決定は、最高裁として初めて、特例法の定める生殖不能要件を違憲と判断したものである。

本決定で大法廷が、2014年にWHOなど計7つの国連機関が「強制・強要された、又は非自発的な断種の廃絶を求める共同声明」（以下「2014年共同声明」）を発したこと及び2017年に欧州人権裁判所が生殖不能要件は欧州人権条約違反であると判断したこと（AP・ギャルソン・ニコ対フランス事件（Applications nos. 79885/12, 52471/13 and 52596/13）判決。以下「2017年ECHR判決」）に言及し、国際人権基準との合致を考慮したことは特筆に値する。2019年の第二小法廷決定（最二小決平31・1・23判時2421号4頁。以下「2019年決定」）にて本件規定が合憲と判断された際、同決定では、鬼丸かおる裁判官及び三浦守裁判官が本決定と同様に国際的潮流に触れた上で、本件規定は憲法13条違反の疑いがあるとする共同補足意見を述べていた。本決定では、2019年決定の補足意見の立場が大法廷の多数意見となるに至り、なおかつ憲法13条違反による違憲無効が明確に認定された。

なお、本決定の前の2022年には、市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）の委員会が第7回日本定期報告審査に係る総括所見（CCPR/C/JPN/CO/7）において「生殖器又は生殖能力の剥奪……を含む、性別変更を法的に認めるための正当な理由を欠く要件の撤廃を検討」すべき旨を勧告している（para. 11. (c)）。総括所見に法的拘束力はないものの、締約国の当然の義務である「条約の遵守」には、総括所見へ適切な配慮を示すこともまた含まれるとされている¹⁾。近年の最高裁判例では、人権条約機関から受けた総括所見による勧告を憲法判断の一助とするものも増えており（例として、最大判令6・7・3裁判所ウェブサイト）、本決定でも上記総括所見への言及があることが望ましかっただろう。

二 国際人権基準における生殖不能要件の位置付け

生殖不能要件は様々な人権と抵触すると考えら

れるが、国際人権法上はとりわけ、拷問又は残虐な、非人道的なもしくは品位を傷つける取扱い(以下「拷問又は虐待等」)に相当する人権侵害であるとの認識が早期醸成されてきた。

性的マイノリティに関する国際人権法上の諸原則をまとめた初の文書である「ジョグジャカルタ原則」(2006年)では、原則3「法の下に承認される権利」において、性自認の法的承認のために生殖不能要件が課されるべきではないことが示されている。その後、2013年、拷問及び虐待に関する国連人権理事会特別報告者が報告書(A/HRC/22/53)の中で生殖不能要件の撤廃を勧告し(para. 88)、拷問又は虐待等としての位置付けがなされるようになる。2014年共同声明では、強制的な断種は健康権、プライバシー権や差別を受けない権利などの基本的人権に加え、拷問又は虐待等を受けない権利の侵害でもであるとされている。そして2017年には、ジョグジャカルタ原則に新たな内容を加えた「ジョグジャカルタ原則プラス10」が署名・採択され、原則10「拷問又は虐待等を受けない権利」における国家の義務として、非自発的な断種を強制する如何なる法律や政策も廃止すべきであることが新たに盛り込まれた。国連が任命した「性的指向と性自認を理由とする暴力と差別からの保護」に関する独立専門家による2018年の報告書(A/73/152)でも、生殖不能要件は「虐待的な要件(abusive requirements)」として撤廃が求められている(para. 81. (b))。さらに、国連高等弁務官事務所が公開した性的マイノリティの人権保護に関する文書『Born Free and Equal』(2012年)が2019年に改訂された折には、「拷問又は虐待等の防止」という位置付けで、生殖不能要件の撤廃の要請が追加された。

以上を日本の事例と照らすと、本件では、生殖不能要件の違法性は憲法13条(幸福追求権)の問題として捉えられており、これは拷問や虐待という観点からみる国際人権基準の考え方からはやや外れたアプローチであるといえることができる。

もっとも、本決定における判断の枠組みは、2017年ECHR判決のそれと重なる部分もある²⁾。2017年ECHR判決では主として欧州人権条約8条(私生活の尊重の権利)との適合性が問われており、この8条は日本国憲法13条に通ずると解される³⁾。また、本決定が生殖不能要件を「過酷

な二者択一を迫るもの」であるとしたように、欧州人権裁判所もまた同様に「不可能なジレンマを突き付けるもの」と判示した(para. 132)。

その一方で、行使/放棄の選択を迫られる権利として、本決定は「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という重要な法的利益」を挙げるところ、2017年ECHR判決は「身体的完全性の権利(right to physical integrity)」と「性自認の承認」を挙げている。一見すると、これらは概ね似通った性質であるとも思われるが、以下、それぞれの内容を考察し、比較する。

三 2017年ECHR判決及び本決定における権利・法的利益の比較

はじめに「身体的完全性の権利」であるが、欧州人権裁判所では豊富な判例の蓄積があり、多岐にわたる行為⁴⁾が当該権利と抵触するとされている。さらに興味深いことに、たとえ血液検査や患部の写真撮影のような比較的軽微な医療行為であっても、同意がなければ権利の侵害になると判断された例もある⁵⁾。同意のない身体的介入は主体性への介入にもなるとの見解がある⁶⁾ところ、血液検査の例から欧州人権裁判所もまた、身体そのものに対する侵襲性や不可逆性の程度よりも主体性への影響を重要視していることが推論される。

片や、「身体への侵襲を受けない自由」は、本決定において初めて最高裁によって憲法13条下で保障されることが定式化された。それ自体は画期的なことであるが、その内容は未だ不明確である。当該自由は欧州人権裁判所のいう「身体的完全性の権利」に近い内容であるとの見解もある⁷⁾一方で、専ら物理的な意味での身体を念頭に置いているとの見解もある⁸⁾。その解明に当たっては更なる判例の蓄積が待たれるが、本決定では身体への侵襲性や不可逆性が明らかに重要視されており、少なくともこの点は欧州人権裁判所の例と相違しているといえる。

次に「性自認の承認」である。早くも2000年代には、欧州人権裁判所は「性自認に関する権利(right to gender identity)」を私生活の尊重の権利の基本的側面に位置付けている⁹⁾。また、2017年ECHR判決においては、トランスジェンダー当事

者にとって性的アイデンティティを定義する自由は8条の範疇にある自己決定権のうち最も基礎的かつ本質的なものであると述べられている (para. 93)。

他方、本決定は「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける」ことは「法的利益」であるとの判断にとどまっており、憲法下の権利と認めるには至っていない。この点、宇賀裁判官は反対意見において「……性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることは、……憲法13条で保障される基本的人権といえる」と主張し、そこでは2017年ECHR判決にて性的アイデンティティの権利の侵害もまた判示されていることも根拠の一つとしている。性自認に関する権利は学説上でも支持されており¹⁰⁾、2017年ECHR判決との比較において、本決定の内容の今一步及ばない点といえる。

四 今後の展望

本決定では、外観要件の憲法適合性は判断されなかった。反対意見を述べる裁判官は3名とも違憲を主張しており、差戻し審(広島高決令6・7・10判例集未掲載)でも「手術が常に必要と解釈するのなら……違憲の疑いがあるといわざるを得ない」と判示され、Xの性別変更が認められた¹¹⁾ものの、外観要件については、生殖不能要件とは異なって最高裁による憲法判断がなされぬまま法改正議論の俎上に載せられることとなった。

また、生殖不能要件が憲法に反するものと認定された今、既に本件規定の下で意に反してやむを得ず生殖能力を喪失した当事者らへの補償をめぐる問題が浮上する。

この点、前記の国際人権文書のいくつかにおいても国家による補償が求められており、既に補償を実行している国もある¹²⁾。

さらに、女性差別撤廃委員会が2024年10月に発表した第9回日本定期報告審査に係る総括所見(CEDAW/C/JPN/CO/9)でも、特例法3条に基づき不妊手術を受けざるを得なかった全ての被害者が賠償を含む効果的な補償を受けられるようにすべきとの勧告がなされている(para. 42. (f))ことは、我が国にとって決して看過できるものではない。

無論、被害者救済については国会主導による法

整備が第一に求められるが、今後、国家賠償請求訴訟が提起される可能性も十分にあり得るだろう。

以上の2点について、今後の動向を注視する必要がある。

●—注

- 1) 申恵丰『国際人権法：国際基準のダイナミズムと国内法との協調〔第2版〕』(信山社、2016年)97頁。
- 2) 2017年ECHR判決に関する事実の概要、判決要旨及び解説については、谷口洋幸「判例紹介 性別変更要件の人権侵害性：AP・ギャルソン・ニコ対フランス事件〔ヨーロッパ人権裁判所2017.4.6判決〕」国際人権30号(2017年)133頁以下を参照。
- 3) 倉持孝司「プライバシーの権利と、私生活・私的生活の尊重：憲法学の視点から」国際人権17号(2006年)40頁以下参照。
- 4) 例えば、身体的暴力(Miličević v. Montenegro, Application no. 27821/16)、性暴力(X and Y v. The Netherlands, Application no. 8978/80)、強制的な婦人科検診(Y.F. v. Turley, Application no. 24209/94)など。
- 5) e.g. M.A.K. and R.K. v. The United Kingdom, Applications nos. 45901/05 and 40146/06.
- 6) e.g. Douglas, T. (2014) Criminal rehabilitation through medical intervention: moral liability and the right to bodily integrity. *The Journal of Ethics* 18(2), p. 117.
- 7) 建石真公子「生命への介入、その法的課題(13) 性別に関する『自己決定』と『身体を侵襲されない権利』(11) 日本における特例法の制定と問題点(3)」時の法令2119号(2021年)67頁。
- 8) 春山習「性同一性障害者特例法違憲決定について」早稲田法學99巻3号(2024年)370頁、脚注番号53。
- 9) Van Kück v. Germany, Application no. 35968/97, para. 75.
- 10) 学説については、春山・前掲注8)375～376頁に整理されている。
- 11) 東京新聞「手術なし性別変更 高裁決定要旨」2024年7月11日、朝刊第二総合6頁(中日新聞・東京新聞記事データベース、最終閲覧：2025年1月15日)。
- 12) 例えば、スウェーデン。詳しくは、齋藤実「北欧諸国におけるトランスジェンダーの状況：フィンランド及びノルウェーを中心として」ジェンダー法研究5号(2018年)120～121頁を参照のこと。