

最高裁令和5年10月25日大法廷決定

令和2年(ク)第993号：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  
民集77巻7号1792頁

## 事案

現行の日本の法制度は、人を男女という性別によって二分しており、民法や戸籍法などにおける法令上の性別は生物学的な性別によって定められてきた。もっとも、生物学的な性別と心理的な性別が一致しない性同一性障害（性別不合）の状態が生じる場合がある。性同一性障害の者が、自らの性自認に従った社会生活を送ろうとした場合、生物学的な性別に基づいた法令上の性別が障害となり、就職において性同一性障害のカミングアウトをしなければならないなど、様々な生きづらさに直面するという問題がある。その中で、平成15年7月10日、国会は、議員立法によって、「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）を成立させた。これにより、特定の要件を満たした性同一性障害の者は、家庭裁判所における性別変更審判によって、法令上の性別を変更することができるようになった。

もっとも、法令上の性別変更には厳格な要件がいくつも定められている。それらの合憲性を争う憲法訴訟が複数提起されてきたものの、いずれも最高裁は合憲との判断を下していた。たとえば、特例法が定める性別変更審判の要件を満たそうとした場合、生殖腺除去手術を受ける必要があったが、最高裁は平成31年1月23日の決定において、「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」としつつも、「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」として、合憲との判

断をしていた（判例②）。

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（申立人・抗告人・抗告人）は、平成21年に性同一性障害の診断を受けた。Xは、体型を女性化させるためのホルモン療法を受けており、生殖腺の機能は低下していた。他方で、術後の後遺症や激痛といったリスク、数百万円の多額の費用、長期間の休職などのデメリットに鑑み、性別適合手術は受けてはいなかった。平成31年2月、Xは、家庭裁判所に性別変更審判を申し立てた。家庭裁判所は、特例法3条1項1号から3号までの要件の充足は認められたものの、なお精子が形成されており「体外受精などにより妊娠に至る可能性も残されて」いること等を理由に、特例法3条1項4号の「生殖腺の機能を永続的に欠く状態」に該当しないと判断し、申立てを却下する審判を行った（岡山家審判令2・5・22民集77-7-1849）。Xは4号の憲法違反も含めて抗告したが、広島高等裁判所岡山支部は、4号要件の合憲性を肯定したうえで、Xの抗告を棄却した（広島高岡山支決令2・9・30民集77-7-1854）。Xは5号（外性器の近似性）要件該当性も主張していたものの、「4号の要件が認められない以上、5号の要件の該当性を検討する必要性も、憲法適合性を判断する必要もないから、抗告人の上記主張を判断するまでもなく、抗告人の本件申立ては却下すべきである」として判断が避けられた。Xは、4号と5号は憲法13条と14条に違反すると主張し、最高裁に特別抗告を行った。

## ■参考条文（事件当時のもの）

性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（平成15年法律第111号）

**第1条** この法律は、性同一性障害者に関する法令上の性別の取扱いの特例について定めるものとする。

**第2条** この法律において「性同一性障害者」とは、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（以下「他の性別」という。）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であつて、そのことについてその診断を的確に行うために必要な知識及び経験を有する2人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致しているものをいう。

**第3条** 家庭裁判所は、性同一性障害者であつ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。\*

- (1) 18歳以上であること。
- (2) 現に婚姻をしていないこと。
- (3) 現に未成年の子がいないこと。\*\*\*
- (4) 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。
- (5) 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。

2 前項の請求をするには、同項の性同一性障害者に係る前条の診断の結果並びに治療の経過及び結果その他の厚生労働省令で定める事項が記載された医師の診断書を提出しなければならない。

**第4条** 性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、民法（明治29年法律第89号）その他の法令の規定の適用については、法律に別段の定めがある場合を除き、その性別につき他の性別に変わったものとみなす。

2 前項の規定は、法律に別段の定めがある場合を除き、性別の取扱いの変更の審判前に生じた身分関係及び権利義務に影響を及ぼすものではない。

## 附則

2 性別の取扱いの変更の審判の請求をすることができる性同一性障害者の範囲その他性別の取扱いの変更の審判の制度については、この法律の施行後3年を目途として、この法律の施行の状況、性同一性障害者等を取り巻く社会的環境の変化等を勘案して検討が加えられ、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置が講ぜられるものとする。

\*1号（年齢要件）については、制定時「20歳以上」となっていたが、令和4年に民法において成年年齢の引き下げがなされたことに伴い現行のものに改正されている。

\*\*3号（子なし要件）については、制定時「現に子がないこと」となっていたが、平成20年改正によって現行のものに改められている。

## Navigator

本件は、性同一性障害の者（性別不合の者）が法令上の性別変更の審判を受けるための要件として定められたいわゆる生殖不能要件（特例法3条1項4号）の憲法適合性が争われた事案である。最高裁は平成31年に同様の事案において合憲決定（判例②）を出していたが、本決定はその判例を変更し、生殖不能要件を違憲とした。本決定はいわゆるトランスジェンダーの権利に関する重要判例であるが、同時に日本における憲法判断の方法を確立した決定であった。本決定は、保護範囲論－侵害論－正当化論の三つの構造をもつ。まず、保護範囲論において、「身体への侵襲を受けない自由」が憲法13条によって保障される権利であるとされた。次いで、侵害論において、直接的制約があることは否定したものの、性自認に従った法令上の性別取扱いを受けることを「重要な法的利益」としたうえで、4号の規定は、身体への侵襲を受けない自由を制約するとして。授益的な規定について制約を認めたことの意義は大きい。正当化論では、よど号ハイジャック記事抹消事件〔人権編22事件〕以来の利益衡量の定式が採用され、特に、「目的のために制約が必要とされる程度」と「具体的な制約の態様及び程度」に関して立法事実に基づく丁寧な検討がなされている。本決定ではより厳格な基準を示唆する「合理的で必要やむを得ない」などの基準は用いられなかったが、同時に、立法裁量にも言及がなかったことが注目される。本決定については、以上のような判決の基本的構造を踏まえつつ、いかなる立法事実がどの考慮事項の判断材料となっているかについて確認しながら、読み進めてほしい。なお、時間が無い方は、事案を確認したうえで、判決理由の【21】〔Questions〕の問22)から読み進めるといいだろう。

## ■特例法3条1項の構造

特例法3条1項		立法趣旨	最高裁による憲法判断
1号	18歳以上である	重大な事項で本人による慎重な判断が必要	
2号	現に婚姻をしていない	異性婚のみ認める婚姻秩序への混乱の防止	最決令2・3・11（判例③）により合憲
旧3号	現に子がいない	家族秩序の混乱・子の福祉	最決平19・10・19（判例①）により合憲
新3号	現に未成年の子がいない	子の福祉	最決令3・11・30（判例④）により合憲
4号	生殖腺がないこと等	親子関係・男女の区別への急激な変化の防止	最決平31・1・23（判例②）で合憲・本判決で違憲
5号	外性器の近似性	公衆浴場等での社会的混乱の防止	本決定は差戻し（憲法判断回避）

## ■決定の論理構造

保護範囲 【21】	憲法13条「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」		
	自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由（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、同条によって保障されていることは明らか		
侵害の有無 【22】～【24】	前提①	生殖腺除去手術を受けることが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あたる	
	前提②	本件規定は、性別変更審判を受けるために、原則として生殖腺除去手術を要求する	
	前提③	性自認に従った法令上の性別取扱いは個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益	
	結論	本件規定は、重要な法的利益実現のために手術を余儀なくさせるという点で、身体への侵襲を受けない自由を制約する	
正当化 【25】～【34】	基本的枠組み	このような制約は、身体への侵襲を受けない自由の重要性に照らし、必要かつ合理的なものということができない限り、許されない	
	利益衡量	必要かつ合理的な制約を課すものとして憲法13条に適合するかは、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および性質、具体的な制約の態様および程度等を較量して判断されるべきものと解するのが相当である。	
	本件規定の目的	①変更前性別の生殖機能が子が生まれれば、親子関係に関わる問題を生じさせる ②急激な形での変化を避ける必要がある	
	目的のために制約が必要とされる程度	本件規定がなくても親子関係等に関わる問題が生ずることは極めてまれ	
		法律上の親子関係等の問題は、立法措置等により解決を図ることが可能	
		平成20年改正により、「女である父」「男である母」の存在が肯認された	
		性同一性障害者に関する理解が社会に広まりつつある	
具体的な制約の態様および程度	制約の必要性は、低減している		
	性別適合手術を課すことは、医学的にみて合理的関連性を欠く		
	身体への侵襲を受けない自由の放棄か、重要な法的利益の放棄かの過酷な二者択一		
	生殖不能要件を採用しない国が増加している		
結論【35】	本件規定は、過剰な制約で、その程度は重大なものである		
結論【35】	本件規定は憲法13条に違反する		

○主 文

原決定を破棄する。

本件を広島高等裁判所に差し戻す。

○理 由

抗告代理人吉田昌史、同南和行の抗告理由について

## 第 1 事案の概要等

- [1] 1 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抗告人が、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」という。）3 条 1 項の規定に基づき、性別の取扱いの変更の審判を申し立てた事案である①。
- [2] 2 特例法は、2 条において、性同一性障害者について、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せよとする意思を有する者であって、そのことについてその診断を的確に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致しているものと定義し（以下、「性同一性障害者」というときは、この定義によるものをいう。）、3 条 1 項において、家庭裁判所は、性同一性障害者であって同項各号のいずれにも該当するものについて、性別の取扱いの変更の審判（以下「性別変更審判」という。）をすることができる旨を規定している②。
- [3] 3 として、特例法 3 条 1 項 4 号（以下「本件規定」という。）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。」と規定するところ、本件規定に該当するためには、抗がん剤の投与等によって生殖腺の機能全般が永続的に失われているなどの事情のない限り生殖腺除去手術（内性器である精巣又は卵巣の摘出術）を受ける必要があると解される。原審の確定した事実によれば、抗告人は、生殖腺除去手術を受けておらず、抗告人について上記事情があることもわかれぬ③。
- [4] 4 原審は、抗告人について、性同一性障害者であって、特例法 3 条 1 項 1 号から 3 号までにはいずれも該当するものの、本件規定に該当するものではないとした上で、本件規定は、性別変更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、社会に混乱を生じさせかねないなどの配慮に基づくものと解されること、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 項に違反するものとはいえないとして、本件申立てを却下すべきものとした④。
- [5] 5 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。」と規定する特例法 3 条 1 項 5 号（以下「5 号規定」という。）に関する抗告人の主張、すなわち、抗告人は 5 号規定に該当するものであり、仮に該当するものではないとしても 5 号規定は憲法 13 条、14 条 1 項に違反する旨の主張については、判断していない⑤。
- [6] 6 4 論旨は、本件規定は、憲法 13 条、14 条 1 項に違反し、無効であるというものである⑥。

## 第 2 本件規定の憲法 13 条適合性について

- [7] 1 本件に関連する事実等の概要は、次のとおりである。
- (1) 性同一性障害について
- [8] 性同一性障害とは、生物学的な性別と心理的な性別が不一致である状態をいい、医学的な観点からの治療を要するものである。今日では、心理的な性別は自己の意思によって左右することができないとの理解の下に、心理的な性別を生物学的な性別に合わせることを目的とする治療は行われておらず、性同一性障害を有する者の社会適応度を高めて生活の質を向上させることを目的として精神科領域の治療や身体的治療が行われている⑦。
- [9] 性同一性障害を有する者については、治療を受けるなどして、性自認に従って社会生活を送るようになって、法令の規定の適用の前提となる戸籍上の性別（以下「法的性別」という。）が生物学的な性別によっているために、就職等の場面で性同一性障害を有することを明らかにせざるを得ない

① [1] では、X の申立内容が記述されている。特例法に基づく性別変更の申立ては家庭裁判所に対して行い、家事事件手続法 232 条に基づき審判によって判断がなされる。非訟事件である家事事件手続は原則非公開であり、当事者の対立構造にもない（合憲性に関する国側の意見は示されない）。その中で本件のような憲法判断をどう実効的に行うかは 1 つの課題となっている。

② [2] では、特例法 2 条が定める「性同一性障害者」の定義とその定義に該当する者のうち、3 条 1 項の要件を満たした者は、「性別変更審判」を受けることができるという制度内容が確認されている。特例法 2 条の定義は、(ア) 生物学的性別が明らかであること、(イ) 心理的性別が生物学的性別とは異なるという持続的確信、(ウ) 心理的性別と身体的社会的性別とを適合させる意思があること、(エ) 二人以上の医師の診断の一致を要素としている。性別変更審判を受けると、戸籍上の性別に限らずすべての実体法上の身分関係が変更されたことになる（変更後の法的性別とは別の性別の者と婚姻も可能となる）。

③ [3] は、特例法 3 条 1 項 4 号（本件規定）の内容を解説している。本件規定は、ホルモン分泌等も含む生殖腺の機能「全般」が永続的不可逆的に喪失しない限り、生殖腺自体を除去する手術を要求している。ホルモン療法の結果、抗告人の精巣は縮小し、生殖腺機能も著しく低下していたが、生殖腺除去手術は受けていなかった。

④ [4] では、原審判断の要旨が記されている。原審は、判例②の判断に従い、4 号の合憲性を肯定していた。原審は、成人の子を許容する新 3 号成立後でも、4 号は「女＝父」の子が生じることを防止できる意義があることから 4 号にはなお意味がある旨論じていた。

⑤ [5] では、原審では 5 号（外観要件）の該当性および同規定の憲法適合性に関して判断がなかったことが記載されている。これは本決定が自判ではなく差戻決定となった理由となっている。

⑥ [6] では、抗告人の抗告理由が記されている。抗告人は、憲法 13 条以外にも、特例法は性同一性障害者以外の者にはおおよそ課せられない過大な負担を課しているとして 14 条 1 項違反の主張を行っていた。しかし、本決定は、14 条 1 項の問題には触れていない。14 条は立法裁量論が適用されることが前提となること、立法裁量の適用がない 13 条審査を優先させたものと考えられる。

⑦ [8] では、性同一性障害について解説がなされている。本決定は、性同一性障害を、「生物学的な性別と心理的な性別が不一致である状態をいい、医学的な観点からの治療を要するもの」と定義している。ここでは、心理的な性別は「自己の意思」によって左右することができないという理解に依拠して、生物学的性別に心理的性別を合わせるのではなく（コンバージョン・セラピーと呼ばれる）、心理的性別を前提とした社会適合性を高めることが今日の医学的治療の目的であることが確認されている。

⑧ [9] では、心理的性別（性自認）と法的性別（生物学的性別に基づく戸籍上の性別）が異なることによる不利益が生じることが指摘されている。住民票やパスポートなどの公的身分証明書の性別欄は戸籍上の性別と連動している。住民票や身分証明書の記載と本人の外見等の社会的性別が異なることで、就職や各種手続において、性同一性障害を事実上カムフラウトしなければならない場面が多々あるうえ、その結果として差別を受けるといふ「生きづらさ」に直面しうる（判解①301 頁）。本決定は、性自認に従った法令の取扱いを求める権利について憲法上の権利にまで昇華していないが、法的性別齟齬の放置はプライバシー侵害を必然的に伴うことに着目し、憲法 13 条の権利として構成することも可能なので

状況が生じたり、性自認に従った社会生活上の取扱いを受けられなかったりするなどの社会的な不利益を受けているとされている<sup>⑧</sup>。

## (2) 特例法の制定の背景等

**[10] ア** 性同一性障害については、上記のとおり、性同一性障害を有する者の生活の質の向上を目的とした治療が行われているところ、特例法が制定された平成15年7月当時は、日本精神神経学会の定めた「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン」（以下、「ガイドライン」という。）第2版に沿って、いわゆる段階的治療という考え方に基づく治療が行われていた。段階的治療とは、原則として、第1段階では精神的サポート等の精神科領域の治療を行い、次に身体的治療として、第2段階ではホルモン療法ないし乳房切除術を、第3段階では性別適合手術（生殖腺除去手術、外性器の除去術又は外性器の形成術等）を行うという3段階の手順を踏んで治療を進める考え方であり、性別適合手術は、第2段階を経てもなお自己の生物学的な性別による身体的特徴に対する強い不快感又は嫌悪感が持続し、社会生活上の不都合を感じている者に対する最終段階の治療とされていた。なお、第1段階及び第2段階の各治療は必ずしも次の段階に移行することにより終了するものではなく、精神科領域の治療やホルモン療法は第3段階を経た後も継続するものとして予定されていた<sup>⑨</sup>。

**[11]** また、ガイドライン第2版においては、第3段階を経た性同一性障害を有する者について、法的性別の変更がされなければ、社会生活上大きな障害になるものとされていた<sup>⑩</sup>。

**[12] イ** 国会での審議における法案の提出理由等からすると、特例法は、性同一性障害が世界保健機関の策定に係るICD（国際疾病分類）第10回改訂版等にも掲載された医学的疾患であるとの理解を前提として、性同一性障害を有する者が、段階的治療の第3段階を経ることにより医学的に必要な治療を受けた上で、自己の性自認に従って社会生活を営んでいるにもかかわらず、法的性別が生物学的な性別のままであることにより社会生活上の様々な問題を抱えている状況にあることに鑑み、一定の要件を満たすことで性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることを可能にし、治療の効果を高め、社会的な不利益を解消するために制定されたものと解される<sup>⑪</sup>。

**[13] ウ** 特例法には、その立案段階における議論を踏まえ、附則において、性別変更審判を受けることができる性同一性障害者の範囲等については、特例法の施行の状況、性同一性障害者等を取り巻く社会的環境の変化等を勘案して検討が加えられ、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置が講ぜられるものとする旨の規定が置かれた<sup>⑫</sup>。

**[14]** そして、特例法3条1項3号は、特例法の制定時には「現に子がいないこと。」と規定されていたが、平成20年法律第70号による改正（以下「平成20年改正」という。）によって、「現に未成年の子がいないこと。」に改められた<sup>⑬</sup>。

## (3) 性同一性障害に関する医学的知見の進展

**[15] ア** 性同一性障害の治療は、特例法の制定当時は段階的治療という考え方に基づいていたところ、その後、臨床経験を踏まえた専門的な検討等を経てガイドラインの見直しがされ、平成18年1月に提示された第3版では、性同一性障害を有する者の示す症状は多様であり、どのような身体的治療が必要であるかは患者によって異なるとして、段階的治療という考え方は採られなくなった。具体的には、性同一性障害を有する者について、まず精神科領域の治療を行うことは異ならないものの、身体的治療を要する場合には、ホルモン療法、乳房切除術、生殖腺除去手術、外性器の除去術又は外性器の形成術等のいずれか、あるいは、その全てをどのような順序でも選択できるものと改められた<sup>⑭</sup>。

**[16] イ** ICD第10回改訂版において、性同一性障害は「精神および行動の障害」の一つに分類されていた。その後、「障害」との位置付けは不適切であるとの指摘がされたため、2019年（令和元年）5月に承認された第11回改訂版において、性同一性障害は「性の健康に関する状態」に分類されるようになり、それに伴い名称が「性同一性障害」から「性別不合」に変更された<sup>⑮</sup>。

## (4) 性同一性障害を有する者を取り巻く社会状況等

**[17]** 平成16年7月の特例法の施行から現在までに、1万人を超える者が性

はないか。

**⑨ [10]** では、日本精神神経学会が定めた平成15年当時のガイドライン（第2版）が採用していた性同一性障害に関するかつての治療方針が示されている。従来は、段階的に治療を行うものとされ、精神的サポートやホルモン療法を経てなおお自らの身体に強い不快感がある患者には、必要な治療として生殖腺除去や外性器除去などの性別適合手術が実施されていた。判解①293頁は、特例法制定当時は、このような段階的治療のもとで、法的性別の変更を求めるほどに苦しむ者は、必要な治療として性別適合手術を受けるに至っているという想定が可能であったとしている。ガイドラインは政府が発出しているものではないものの、本決定は立法事実を認定するうえで非常に重視している。

**⑩ [11]** では、ガイドライン（第2版）も、性別適合手術を受けた者について、法的性別の変更がなされないままであると、様々な社会生活上の障害を受けることになる旨の記載を行っていたことが確認されている。

**⑪ [12]** では、特例法の制定当時の立法趣旨（具体的な規定である本件規定の趣旨とは異なる）が説明されている。この整理によれば、特例法の立法趣旨は、医学的に「必要な治療」を受けた者を対象として、その治療効果を高め、社会的な不利益を解消することにあつたということになる。

**⑫ [13]** では、特例法の附則について触れられている。このような附則は検討条項と呼ばれる（文獻④298頁）。附則がなくとも、立法事実の変化に応じて法律の見直しも含めた所要の措置を講ずべきことは当然であるが、検討条項は国会の意思を推察する根拠にもなりうる。本件規定は授益的規定であるから、三浦反対意見が[66]以下で示した論点がある。ただ、当該附則から性同一性障害者に便益を与えることが原則としてあり、3条1項の各規程は社会状況を前提に原則に制限を加えたものであるというのが「国会の意思である」ということが推論できる。すなわち、4号のみを違憲としたうえで、残余部分に基づき救済を与えても国会の意思に反しないという解釈の根拠となりうる（判解①296頁、311頁）。

**⑬ [14]** では、平成20年に3号（子なし要件）に改正がなされたことが指摘されている（見直しの趣旨については文獻②223頁以下）。平成20年改正は[27]の判断において重要な位置付けをもつ。

**⑭ [15]** では、本件規定の成立後、医学的知見が変化したことが指摘されている。最終段階として性別適合手術を受けるという段階的治療はなされなくなり、患者の個別事情に応じて、身体的治療の内容も様々な選択がありうるとされるようになった。その結果、法的性別を変えたいとまで思う者であっても、必ずしも医学的に必要な治療として性別適合手術を受けているとは限らない患者が容易に想定できるようになった。判解①303頁は、性同一性障害を有する者の約10%が、身体的違和感の解消ではなく法的性別変更のためにやむをえず手術をするという調査結果を引用している。

**⑮ [16]** では、国際疾病分類（ICD）において、性同一性障害の名称が「性別不合」へと変更されたことが指摘されている。人格の根幹ともいべき部分を障害と呼ぶことが不適切であること、旧来の名称は、心理的性別自体の変更の強要を招きかねないことなどが変更の背景にあった（文獻⑤15頁）。

**⑯ [17]** と[18]においては、特例法施行後の性同一性障害を有する者を取り巻く立法事実の変化が記述されている。これらは、[27]と[28]で論じられる混乱防止・激変緩和の必要性の低減を支える立法事実となる。[17]では、1万人以上がすでに性別変更審判を受けたとの事実が確認されている。なお、司法事実の場合、上告審が判断の基礎とできる事実の基準時は口頭弁論終結時であるが、本決定は、立法事実については決定時までの事実を考慮できるとする立場に依拠している（判解①291頁）。また、判解①296頁は、決定に記載された

別変更審判を受けるに至っている<sup>16)</sup>。

- [18]** この間、国においては、法務省が、平成16年以降、性同一性障害を理由とする偏見等の解消を掲げて人権啓発活動を行い、文部科学省は、平成22年以降、学校教育の現場において性同一性障害を有する児童生徒の心情等に十分配慮した対応がされるよう、各教育委員会等にその旨を要請する通知を发出したり、教職員向けのマニュアルの作成、配布を行ったりしており、厚生労働省も、平成28年、労働者を募集する際の採用選考の基準において性的マイノリティを排除しないよう事業主に求めるなどの取組をしてきた。令和5年6月には、性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に寛容な社会の実現に資することを目的として、「性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解の増進に関する法律」が制定された。また、地方公共団体においては、平成25年に、東京都文京区で性自認等を理由とする差別的な取扱いその他の性別に起因する人権侵害を行ってはならない旨の条項を含む条例が制定されて以降、相当数の地方公共団体の条例において同趣旨の条項が設けられている。さらに、一般社団法人日本経済団体連合会は、平成29年、企業において、性同一性障害を有する者を含むいわゆるLGBTへの適切な理解を促し、その存在を受容することに向けた取組を行っていくことが急務である旨の提言をしたほか、令和2年以降、一部の女子大学において法的性別は男性であるが心理的な性別は女性である学生が受け入れられるなどしている<sup>17)</sup>。
- [19]** また、特例法の制定当時、法令上の性別の取扱いを変更するための手続を設けている国の大多数は、生殖能力の喪失を上記の変更のための要件としていたが、その後、生殖能力の喪失を要件とすることについて、2014年(平成26年)に世界保健機関等が反対する旨の共同声明を発し、また、2017年(平成29年)に欧州人権裁判所が欧州人権条約に違反する旨の判決をしたことなどから、現在では、欧米諸国を中心に、生殖能力の喪失を要件としない国が増加し、相当数に及んでいる<sup>18)</sup>。
- [20]** 2 以上を踏まえ、本件規定の憲法13条適合性について検討する。
- [21]** (1) 憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定しているところ、自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由(以下、単に「身体への侵襲を受けない自由」という。)が、人格的生存に関わる重要な権利として、同条によって保障されていることは明らかである<sup>19)</sup>。
- [22]** 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、このような生殖腺除去手術を受けることが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といべきである<sup>20)</sup>。
- [23]** ところで、本件規定は、性同一性障害を有する者のうち自らの選択により性別変更審判を求める者について、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ものであり、性同一性障害を有する者一般に対して同手術を受けることを直接的に強制するものではない。しかしながら、本件規定は、性同一性障害の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も、性別変更審判を受けるためには、原則として同手術を受けることを要求するものといえることができる<sup>21)</sup>。
- [24]** 他方で、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、法的性別が社会生活上の多様な場面において個人の基本的な属性の一つとして取り扱われており、性同一性障害を有する者の置かれた状況が既にみたとおりのものであることに鑑みると、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益といえるべきである。このことは、性同一性障害者が治療として生殖腺除去手術を受けることを要するか否かにより異なるものではない<sup>22)</sup>。
- [25]** そうすると、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、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実現するために、同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える<sup>23)</sup>。このような制約は、性同一性障害を有する者一般に対して生殖腺除去手術を受けることを直接的に強制するものではないことを考慮しても、身体への侵襲

立法事実には裁判所自ら文献等を調査して確定したのも含まれるとしている。

- 17)** [18]では、性同一性障害や性的マイノリティに関する文科省・厚生労働省・国会・地方公共団体・企業団体・大学の取り組みが記載されている。ここで列挙された事由のうち、判例②以後の事情として注目されるのは、令和5年の性的指向理解増進法の制定であり、実際にも本決定による違憲判断を後押ししたものと考えられる。ただし、それ以外の事情の多くは判例②の時点ですでに存在した事実である。
- 18)** [19]では、国際的動向について言及がある。法令上の性別変更による生殖能力喪失を要件とすることについては、国際機関や国際裁判所において否定的な見解が出され、各国の法制度も変化していることが指摘されている。これらは、[32]と[33]で論じられる制約の過剰性を基礎づける事実として援用されている。
- 19)** [21]では、保護範囲論が論じられている。本決定は、憲法13条は「身体への侵襲を受けない自由」を保障しているとし、さらに、同自由を「人格的生存に関わる重要な権利」と位置付けている。ただ、憲法13条は「人格的生存に関わる重要な権利」に該当するもの全てを保障しているのか、その一部のみ保障しているのか定かではないことに注意が必要である。判解①288-289頁は、身体への侵襲を受けない自由について、13条に明記された「生命」に対する権利に準ずることを、保障根拠として提示している。
- 20)** [22]から[24]では、侵害論が論じられている。[22]では生殖腺除去手術の身体への侵襲の程度が考察されている。判解①289頁は、身体への侵襲の程度は、血液採取のような軽微なものから、薬剤注射・点滴、輸血、安全性の高い手術、リスクのある手術も含め多様であるところ、生殖腺除去手術は、危険性と不可逆性により強度の身体への侵襲に該当するとしている。本判決も生殖腺除去手術を「強度な侵襲」としたうえで、さらにそれが直接に強制された場合には、「重大な制約」にあたると論じている。ただし、本決定は、同意を伴わない直接的な強制を含む事案であった判例⑦と本件とは異なるという前提に依拠していると考えられる。
- 21)** [23]では、「自らの選択」により審判を求める者のみ手術を要求するだけであるから、直接的強制ではないとしている。判解①289頁は、最高裁が直接的制約ではないとしたものとして猿払事件[人権編21事件]があるものの、被制約者自身の選択が介在したことを理由としている点で、事案としては、神戸高専剣道実技履修拒否事件[人権編15事件]に類似するとしている。
- 22)** [24]では、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることの意義が論じられている。本決定は、性自認に従った取扱いを受ける権利について、人格的生存との結びつきは肯定したものの、憲法13条で保障されるものとまで位置付けず、あくまで「重要な法的利益」とするにとどめた。ただ、生殖腺除去手術を受けた者だけでなく、受けていない性同一性障害者をもそのような重要な法的利益の享有主体として想定していることは重要である。
- 23)** [25]前半では、本件規定が身体への侵襲を受けない自由を「制約」するものであることが示されている。自由な選択が介在しても、その選択が、重要な法的利益の放棄か憲法上の権利の放棄かの二者択一となる場合は制約に該当するというところであろう。この判示は、今後、授権的・授益的措置が憲法上の権利侵害となりうる場合を判断する際にも重要な先例となつてくる。
- 24)** [25]後半と[26]では、本件規定の憲法適合性を判断するための判断枠組みが示されている。[25]後半では、本件規定の制約は「必要かつ合理的」でない限り許されないと審査基準が示されている。この基準は、LRA審査を伴う厳格な「合理的で必要かつ得ない限度」ではなく、単純な利益衡量による審査を許すものである。判解①291頁は、厳格な基準不採用の理由

を受けない自由の重要性に照らし、必要かつ合理的なものということができない限り、許されないというべきである<sup>24</sup>。

**[26]** そして、本件規定が必要かつ合理的な制約を課すものとして憲法 13 条に適合するか否かについては、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べきものと解するのが相当である<sup>25</sup>。

**[27]** (2) そこで、本件規定の目的についてみると、本件規定は、性別変更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、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<sup>26</sup>。

**[28]** しかしながら、性同一性障害を有する者は社会全体からみれば少数である上、性別変更審判を求める者の中には、自己の生物学的な性別による身体的特徴に対する不快感等を解消するために治療として生殖腺除去手術を受ける者も相当数存在することに加え、生来の生殖機能により子をもうけること自体に抵抗感を有する者も少なくないと思われることからすると、本件規定がなかったとしても、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ることにより親子関係等に関わる問題が生ずることは、極めてまれなことであると考えられる。また、上記の親子関係等に関わる問題のうち、法律上の親子関係の成否や戸籍への記載方法等の問題は、法令の解釈、立法措置等により解決を図ることが可能なものである。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り子をもうけると、「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ところ、そもそも平成 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は、「女である父」や「男である母」の存在が肯認されることとなったが、現在までの間に、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。これに加えて、特例法の施行から約 19 年が経過し、これまでに 1 万人を超える者が性別変更審判を受けるに至っている中で、性同一性障害を有する者に関する理解が広まりつつあり、その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社会の様々な領域において行われていることからすると、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まではいい難い<sup>27</sup>。

**[29]** 以上検討したところによれば、特例法の制定当時考慮されていた本件規定による制約の必要性は、その前提となる諸事情の変化により低減しているというべきである<sup>28</sup>。

**[30]** (3) 次に、特例法の制定以降の医学的知見の進展を踏まえつつ、本件規定による具体的な制約の態様及び程度等をもとに検討する<sup>29</sup>。

**[31]** 特例法の制定趣旨は、性同一性障害に対する必要な治療を受けていたとしてもなお法的性別が生物学的な性別のままであることにより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ると解されるところ、その制定当時、生殖腺除去手術を含む性別適合手術は段階的治療における最終段階の治療として位置付けられていたことからすれば、性別変更審判を求める者について生殖腺除去手術を受けたことを前提とする要件を課すことは、性同一性障害についての必要な治療を受けた者を対象とする点で医学的にも合理的関連性を有するものであったといえる。しかしながら、特例法の制定後、性同一性障害に対する医学的知見が進展し、性同一性障害を有する者の示す症状及びこれに対する治療の在り方の多様性に関する認識が一般化して段階的治療という考え方が採られなくなり、性同一性障害に対する治療として、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、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、上記要件を課すことは、医学的にみて合理的関連性を欠くに至っているといわざるを得ない<sup>30</sup>。

**[32]** そして、本件規定による身体への侵襲を受けない自由に対する制約は、上記のような医学的知見の進展に伴い、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という重要な法的利益を放棄し

として制約が「直接的なもの」でないことを挙げる。他方、本決定は 2 号 3 号の合憲性を判断した判例①、判例③、判例④が言及した「国会の裁量権」に触れていないことが注目される。身体への強度の侵襲を伴う事案では「国会の裁量権」を前提としない利益衡量を行うという姿勢がうかがえる（判解①291 頁）。

<sup>25</sup> [26] では、「必要かつ合理的」（利益衡量）を判断するための 3 つの判断要素が示されている。この判断要素は、よど号ハイジャック記事抹消事件 [人権編 15 事件] で登場し、以来主要判で幾度も言及されている。ただ、本判決はこの三つの要素を丁寧に検討している点に特徴がある。

<sup>26</sup> [27] では、本件規定の立法目的の同定がなされている。立案担当者は、元の性別の生殖機能により子が生まれた場合の混乱防止（目的①）と元の性別のホルモン分泌の身体的・精神的悪影響（目的②）を立法目的として挙げていた（文献①93 頁）。本決定は、目的①を採用したものの、医学的知見を考慮してか目的②には言及せず、代わりに男女の区別に関する激変緩和を加えている（目的③）。

<sup>27</sup> [28] と [29] では、[27] で示された目的のために制約が必要とされる程度が検討されている。まず [28] では、親子関係の混乱防止（目的①）の必要性を支える立法事実に乏しいことが示されており、(A) そもそも親子関係が生じる可能性が低いこと、(B) 仮に生じても法制度上で対応可能であること、(C) 平成 20 年改正など特例法制定後の事情変更により、「女=父」「男=母」の存在は社会にとって予期せぬものではなくたことの三つを挙げている（判解①292 頁）。激変緩和（目的③）と関係する言及はないが、(C) の指摘は激変緩和の必要性を低下させる事情としての意義もある。

<sup>28</sup> [29] では、制約の必要性が低減しているとの結論が示されている。必要性が完全になくなっているとまでの結論は出していない。また、あくまで事情の変化を強調していることから立法当時は相応の必要性があったことが示唆されている。

<sup>29</sup> [30] から [32] では、身体への侵襲を受けない自由に対する具体的な制約の態様と程度が検討されている。ここでは、立法事実の中でも、特に特例法制定以降の医学的知見の進展に注目した検討がなされている。

<sup>30</sup> [31] では、性別適合手術の治療としての意義が論じられている。本決定は、医学的に必要な治療を求めるとであれば、その制約の程度は緩和されると想定しているようである（異なる立場として宇賀反意見 [73] 以下）。かつては段階的治療のもとで、法的性別変更の必要性が高いほど、性別適合手術は必要な治療であった。しかし、本決定は、医学的知見の進展により、性別適合手術は症状に対応する唯一の必要な治療でなくなったことを指摘している。つまり、社会生活上の問題から法的性別を変える必要性の高い者であっても、性別適合手術は必要な治療であるとは限らないことになり、性別適合手術の負担は医学的に不必要な要求である場合が生じることになったということになる。なお、ここで「合理的関連性」は、必要な治療と手術との関連性についてのもので、立法目的と規制手段との関連性に対して審査基準とは無関係である。

<sup>31</sup> [32] では、改めて、本件規定が、強度な身体的侵襲を甘受するか、性別変更審判を断念するかという過酷な二者択一を迫るものであることを確認しており、さらに、[19] で指摘した国際的動向に言及したうえで、「制約として過剰」であるとしている。判解①293 頁は、諸外国の動向が日本の法律の効力に当然に影響を与えるわけではなく、「性同一性障害を有する者を取り巻く社会状況等の一事情」として考慮されているとしている。

<sup>32</sup> [33] では、本件規定が「過剰な制約」であり、制約の程度は重大であるという評価が示されている。

<sup>33</sup> [34] では、本件規定は、必要かつ合理的なものではないとの結論が示されている。本決定は、[26] の判断

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といえる。また、前記の本件規定の目的を達成するために、このような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といえるべきである<sup>㉑</sup>。

**[33]** そうすると、本件規定は、上記のような二者択一を迫るという態様により過剰な制約を課すものであるから、本件規定による制約の程度は重大なものといえるべきである<sup>㉒</sup>。

**[34]** (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については、現時点において、その必要性が低減しており、その程度が重大なものとなっていることなどを総合的に較量すれば、必要かつ合理的なものといえることはできない<sup>㉓</sup>。

**[35]** よって、本件規定は憲法 13 条に違反するものといえるべきである<sup>㉔</sup>。

**[36]** これと異なる結論を採る最高裁平成 30 年(ク)第 269 号同 31 年 1 月 23 日第二小法廷決定・裁判集民事 261 号 1 頁は変更することとする<sup>㉕</sup>。

### 第 3 結論

**[37]** 以上によれば、本件規定は憲法 13 条に違反し無効であるところ、これと異なる見解の下に本件申立てを却下した原審の判断は、同条の解釈を誤ったものである。論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、その余の抗告理由について判断するまでもなく、原決定は破棄を免れない。そして、原審の判断していない 5 号規定に関する抗告人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こととする<sup>㉖</sup>。

**[38]** よって、裁判官三浦守、同草野耕一、同宇賀克也の各反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。なお、裁判官岡正晶の補足意見がある。

## 少数意見

裁判官岡正晶の補足意見は、次のとおりである<sup>㉗</sup>。

**[39]** 私は、本件規定による制約が、現時点においては過剰なものとなり、本件規定は憲法 13 条に違反し無効であるとの多数意見に賛同するものであるが、本決定後の立法府の対応について、補足的に意見を述べる。

**[40]** 本決定により本件規定が違憲無効となることを受け、立法府において本件規定を削除することになるものと思料されるが、その上で、本件規定の目的を達成するためにより制限的でない新たな要件を設けることや、本件規定が削除されることにより生じ得る影響を勘案し、性別の取扱いの変更を求める性同一性障害者に対する社会一般の受止め方との調整を図りつつ、特例法のその他の要件も含めた法改正を行うことは、その内容が憲法に適合するものである限り、当然に可能である。

**[41]** 本決定を受けてなされる法改正に当たって、本件規定の削除にどめるか、上記のように本件規定に代わる要件を設けるなどすることは、立法府に与えられた立法政策上の裁量権に全面的に委ねられているところ、立法府においてはかかる裁量権を合理的に行使することが期待される。

裁判官三浦守の反対意見は、次のとおりである<sup>㉘</sup>。

〈省略〉

### 2 5号規定について

**[42]** (1) 抗告人の論旨は、本件規定及び 5 号規定の憲法違反を

枠組みに照らすと、制約が必要とされる程度」については「必要性が低減」(29)、 「制約される自由の内容及び性質」については「人格の生存に関わる重要な権利」(21)、「具体的な制約の態様及び程度」については「過剰な制約」でその「程度は重大」(33) という 3 つの要素についていずれも必要かつ合理性を否定する方向で評価を行ったうえでこの結論に至ったと評価できる。

**[34]** [35] では、本件規定が憲法 13 条違反であることが示されている。

**[35]** [36] では、判例②を変更することが明記されている。ここで変更の対象となっているのは [35] の違憲という結論のみである。本決定は、結局、本件規定が判例②当時から違憲であったのか、その後の事情変化により違憲になったのか明らかにしていない(判解①294 頁)。性別変更審判の事案では違憲判断の遡及効が実務上問題とならないことから、実務上必要とはならない点にはあえて言及しなかったものと考えられる(判解①309 頁)。

**[36]** [37] では、本件規定の憲法適合性を前提として本件申立てを却下した原決定を破棄しつつも、5 号に関する審理を尽くさせるため、原審に本件を差し戻す判断を示している。この判断の背後には、原審での判断がなかったこともあり、当事者の主張はもろろん、社会や学説における議論も十分ではないことから、民事訴訟法 326 条が自判を要求する「裁判をするのに熟する」ときに該当しないとの判断があったものと考えられる(判解①310 頁)。ただ、三浦・草野・宇賀の 3 名の裁判官は、この差し戻しの結論に反対し、5 号も違憲としたうえで、X の性別変更を認める自判をなすべきだと主張し、反対意見を執筆している。

内容とするものであるが、抗告人は、原審においても、両規定の違憲を主張していたところ、原決定は、本件規定を合憲と判断し、5 号規定に関する抗告人の主張については判断していない。そこで、事案に鑑み、5 号規定の憲法適合性についても検討することとする。

**[43]** (2) 5 号規定は、「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。」と規定するところ、これに該当するためには、原則として、外性器の除去術及び形成術又は上記外観を備えるに至るホルモン療法(以下、これらの治療を「外性器除去術等」という。)を受ける必要があると解される<sup>㉙</sup>。

**[44]** このうち、外性器の除去術及び形成術は、生物学的な男性の場合は陰茎切除術及び外陰部形成術、生物学的な女性の場合は尿道延長術及び陰茎形成術であるが、これらの外科的治療は、生命又は身体に対する危険を伴い不可逆的な結果等をもたらす身体への強度の侵襲である。

**[45]** ホルモン療法は、ホルモンに関する薬剤を投与することにより、身体的に他の性別に適合させる一定の効果が生ずるものであり、他の性別に係る外性器に係る部分に近似する外観を備えるという点で、相応の効果が得られる場合がある。これも、上記外科的治療より強度は低いものの、身体への侵襲である。そして、ホルモン療法は、生涯又は長期にわたって継続するものであり、精巣の萎縮や造精機能の喪失など不可逆的な変化があり得るだけでなく、血栓症等の致死的な副作用のほか、狭心症、肝機能障害、胆石、肝腫瘍、下垂体腫瘍等の副作用を伴う可能性が指摘され、さらに、原則として、

<sup>㉑</sup> 岡裁判官の補足意見は、本決定後の立法府の対応について付言したものである。岡裁判官は、本件規定が違憲であるとしても、立法府はより制限的でない新たな別の要件を設定できている。これは本決定が性別変更に関する論点について「最後の言葉」を発するのではなく、立法府には別の手段によって規定目的を達成する余地があることから、適切な規制手段のあり方について、司法と立法の対話の端緒を開いたに過ぎないということを確認したと思われる、意識的に無意識的にかかわる「対話理論」が示唆されていることになる。

<sup>㉒</sup> 三浦裁判官の反対意見は、5 号の憲法適合性と一部違憲の問題について詳細な検討を加えており、その部分について抜粋してある。

<sup>㉓</sup> [43] から [46] では、4 号に関する本決定の判断では [22] で論じられた保護範囲該当性に関する議論を 5 号との関係で論じている。三浦裁判官は、5 号要件を充足するために必要な外性器除去術やホルモン療法のいずれも身体への侵襲を伴うものであると論じている。特に、ホルモン療法については、[45] において高い副作用のリスクがあることが指摘されている。

糖尿病、高血圧、血液凝固異常、内分泌疾患、悪性腫瘍など、副作用のリスクを増大させる疾患等を伴わない場合に行うべきものとされること等からすると、生命又は身体に対する相当な危険又は負担を伴う身体への侵襲ということが出来る。

**[46]** したがって、このような外性器除去術等を受けることが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というべきである。

**[47]** ところで、5号規定は、性同一性障害を有する者のうち自らの選択により性別変更審判を求める者について、原則として外性器除去術等を受けることを前提とする要件を課すにとどまるものであり、性同一性障害を有する者一般に対して外性器除去術等を受けることを直接的に強制するものではない。しかしながら、外性器の除去術及び形成術を望まない場合において、ホルモン療法によって他の性別に係る外性器に係る部分に近似する外観を備えるに至らないときや、現に副作用や疾患による困難があるためにホルモン療法を続けることを望まないときなど、性同一性障害の治療としては外性器除去術等を要しない性同一性障害者に対しても、性別変更審判を受けるためには、原則として外性器除去術等を受けることを要求するものということが出来る<sup>④</sup>。

**[48]** 他方で、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、法的性別が社会生活上の多様な場面において個人の基本的な属性の一つとして取り扱われており、性同一性障害を有する者の置かれた状況に鑑みると、個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益というべきである。このことは、性同一性障害者が治療として外性器除去術等を受けることを要するか否かにより異なるものではない。

**[49]** そうすると、5号規定は、治療としては外性器除去術等を要しない性同一性障害者に対して、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実現するために、外性器除去術等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、このような制約は、性同一性障害を有する者一般に対して外性器除去術等を受けることを直接的に強制するものではないことを考慮しても、身体への侵襲を受けない自由の重要性に照らし、必要かつ合理的なものということができな限り、許されないとすべきである。

**[50]** そして、5号規定が必要かつ合理的な制約を課すものとして憲法13条に適合するか否かについては、5号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べきものと解される。

**[51]** **(3)ア** そこで、5号規定の目的についてみると、5号規定は、他の性別に係る外性器に近似するものがあるなどの外観がなければ、例えば公衆浴場で問題を生ずるなど、社会生活上の混乱を生ずる可能性があることなどが考慮されたものと解される<sup>④</sup>。

**[52]** 外性器に係る部分の外観は、通常、他人がこれを認識する機会が少なく、公衆浴場等の限られた場面の問題であるが、公衆浴場等については、一般に、法律に基づく事業者の措置により、男女別に浴室の区分が行われている。このうち、公衆浴場については、浴場業を営む者は、入浴者の衛生及び風紀に必要な措置を講じなければならないものとされ、上記措置の基準については都道府県等が条例で定める(公衆浴場法3条1項、2項、2条3項)。この条例の基準は、厚生労働大臣の技術的助言(「公衆浴場における衛生等管理要領」平成12年12月15日付け生衛発第1811号厚生省生活衛生局長通知)を受け、一般に、一定年齢以上の男女を混浴させないことや、浴室は男女を区別すること等を定めており、こ

れらを踏まえ、浴場業を営む者の措置により、浴室が男女別に分けられている。旅館業についても同様の規制があるところ(旅館業法4条1項、2項、3条1項)、旅館業における共同浴室については、条例の基準として上記の定めがない場合も多いが、一般に、旅館業を営む者の措置により、男女別に分けられている(「旅館業における衛生等管理要領」上記厚生省生活衛生局長通知参照)<sup>④</sup>。

**[53]** このような浴室の区分は、風紀を維持し、利用者が羞恥を感じることなく安心して利用できる環境を確保するものと解されるが、これは、各事業者の措置によって具体的に規律されるものであり、それ自体は、法令の規定の適用による性別の取扱い(特例法4条1項参照)ではない。実際の利用においては、通常、各利用者について証明文書等により法的性別が確認されることはなく、利用者が互いに他の利用者の外性器に係る部分を含む身体的な外観を認識できることを前提にして、性別に係る身体的な外観の特徴に基づいて男女の区分がされているということが出来る。事業者が営む施設について不特定多数の人が裸になって利用するという公衆浴場等の性質に照らし、このような身体的な外観に基づく男女の区分には相当な理由がある。厚生労働大臣の技術的助言やこれを踏まえた条例の基準も同様の意味に解され(令和5年6月23日付け業生衛発第0623号厚生労働省医業・生活衛生局長生活衛生課長通知参照)、上記男女の区分は、法律に基づく事業者の措置という形で社会生活上の規範を構成しているとみることが出来る。5号規定は、この規範を前提として性別変更審判の要件を規定するものであり、5号規定がその規範を定めているわけではない。

**[54]** **イ** これらを踏まえて検討すると、性同一性障害を有する者は社会全体からみれば少数である上、性別変更審判を求める者の中には、自己の生物学的な性別による身体的な特徴に対する不快感等を解消するために治療として外性器除去術等を受け、他の性別に係る外性器に係る部分に近似する外観を備えている者も相当数存在する。また、上記のような身体的な外観に基づく規範の性質等に照らし、5号規定がなかったとしても、この規範が当然に変更されるものではなく、これに代わる規範が直ちに形成されることも考え難い。さらに、性同一性障害者は、治療を踏まえた医師の具体的な診断に基づき、身体的及び社会的に他の性別に適合しようとする意思を有すると認められる者であり(特例法2条)、そのような者が、他の性別の人間として受け入れられたいと望みながら、あえて他の利用者を困惑させ混乱を生じさせると想定すること自体、現実的ではない。これらのことから、5号規定がなかったとしても、性同一性障害者の公衆浴場等の利用に関して社会生活上の混乱が生ずることは、極めてまれなことであると考えられる。

**[55]** その一方で、5号規定がない場合には、性別変更審判により、身体的な外観に基づく規範と法的性別との間にずれが生じ得ることについて、利用者が不安を感じる可能性があることは否定できない。しかし、その場合でも、上記規範の性質等に照らし、性別変更審判を受けた者を含め、上記規範が社会的になお維持されると考えられることからすると、これを前提とする事業者の措置がより明確になるよう、必要に応じ、例えば、浴室の区分や利用に関し、厚生労働大臣の技術的助言を踏まえた条例の基準や事業者の措置を適切に定めるなど、相当な方策を採ることが出来る。また、特例法は、性別変更審判を受けた者に関し、法令の規定の適用については、その性別につき他の性別に変わったものとみなす旨を規定するが、法律に別段の定めがある場合を除外して、その例外を予定しており(4条1項)、公衆浴場等の利用という限られた場面の問題として、法律に別段の

<sup>④</sup> [47]から[49]では、4号に関する本決定の判断においては、[23]から[25]に該当する部分の検討、すなわち、5号の侵害該当性が検討されている。三浦裁判官は、本決定と同じ論理で侵害を肯定している。

<sup>④</sup> [51]から[61]では、4号に関する本決定の判断においては、[27]から[29]に該当する部分の検討、すなわち、5号の規定の目的のために制約が必要とされる程度が検討されている。三浦裁判官は、立案担当者の解説(文獻①93頁)に従い、公衆浴場などでの社会生活上の混乱防止を5号の立法目的として掲げている。

<sup>④</sup> [52]から[58]では、公衆浴場での混乱防止と5号の導入との合理的関連性について検討が進められている。三浦裁判官は、公衆浴場の利用関係を直接に規律しているのは各事業者の措置であり、性別変更審判によって変更される法的性別とは無関係であるとしている。すなわち、5号がなくなつたとしても、身体的外観に基づき男女が区別されている浴場の利用規律が変わるわけではないとしている([53])。これらの事情から、三浦裁判官は5号による制約の必要性は、相当に低いものとなっていると結論付けている([58])。

定めを設けることも考えられる。上記混乱の可能性が極めて低いことを考え併せれば、現在と同様に利用者が安心して利用できる状況を維持することは十分に可能と考えられる。

- [56] この点に関連して、5号規定がなければ、男性の外性器の外観を備えた者が、心の性別が女性であると主張して、女性用の公衆浴場等に入ってくるという指摘がある。しかし、5号規定は、治療を踏まえた医師の具体的な診断に基づいて認定される性同一性障害者を対象として、性別変更審判の要件を定める規定であり、5号規定がなかったとしても、単に上記のように自称すれば女性用の公衆浴場等を利用することが許されるわけではない。その規範に全く変わりがない中で、不正な行為があるとすれば、これまでと同様に、全ての利用者にとって重要な問題として適切に対処すべきであるが、そのことが性同一性障害者の権利の制約と合理的関連性を有しないことは明らかである。
- [57] これに加えて、特例法の施行から約19年が経過し、これまでに1万人を超える者が性別変更審判を受けるに至っている中で、性同一性障害を有する者に関する理解が広がりつつあり、その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社会の様々な領域において行われていることからすると、5号規定がなかったとしても社会的な混乱が生ずる可能性が低いことや、現在と同様に利用者が安心して利用できる状況を維持できること等については、社会全体にとってその理解が困難なものとはいえない。
- [58] 以上検討したところによれば、5号規定による制約の必要性は、現時点において、相対的に低いものとなっているというべきである。
- [59] ウ なお、トイレや更衣室の利用についても、男性の外性器の外観を備えた者が、心の性別が女性であると主張して、女性用のトイレ等に入ってくるという指摘がある。しかし、トイレ等においては、通常、他人の外性器に係る部分の外観を認識する機会が少なく、その外観に基づく区分がされているものではないから、5号規定がトイレ等における混乱の回避を目的とするものとは解されない。利用者が安心して安全にトイレ等を利用できることは、全ての利用者にとって重要な問題であるが、各施設の性格（学校内、企業内、会員用、公衆用等）や利用の状況等は様々であり、個別の実情に応じた適切な対応が必要である。また、性同一性障害を有する者にとって生活上欠くことのできないトイレの利用は、性別変更審判の有無に関わらず、切実かつ困難な問題であり、多様な人々が共生する社会生活の在り方として、個別の実情に応じた適切な対応が求められる。このように、トイレ等の利用の關係で、5号規定による制約を必要とする合理的な理由がないことは明らかである④。
- [60] (4) 次に、特例法の制定以降の医学的知見の進展を踏まえつつ、5号規定による具体的な制約の態様及び程度等をみることにする④。
- [61] 特例法の制定趣旨は、性同一性障害に対する必要な治療を受けていたとしてもなお法的性別が生物学的な性別のままであることにより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であると解されること、その制定当時、外性器の除去術及び形成術を含む性別適合手術は段階的治療における最終段階の治療として位置付けられ、ホルモン療法はその前段階の治療として位置付けられていたことからすれば、性別変更審判を求める者について外性器除

去術等を受けたことを前提とする要件を課すことは、性同一性障害についての必要な治療を受けた者を対象とする点で医学的にも合理的関連性を有するものであったといえることができる。しかしながら、特例法の制定後、性同一性障害に対する医学的知見が進展し、性同一性障害を有する者の示す症状及びこれに対する治療の在り方の多様性に関する認識が一般化して段階的治療という考え方が採られなくなり、性同一性障害に対する治療として、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、必要な治療を受けたか否かは外性器除去術等を受けたか否かによって決まるものではなく、上記要件を課すことは、医学的にみて合理的関連性を欠くに至っているといわざるを得ない。

- [62] また、1(2)に述べたとおり、現在の一般的な医学的知見の下において、性同一性障害を有する者の示す症状の多様性を前提にすると、特例法2条の性同一性障害者の定義における「自己を身体的に他の性別に適合させようとする意思」には多様な意思が含まれるものと解され、治療としては外性器除去術等を要しない場合があり、このような定義の解釈に照らしても、上記要件を課すことは、医学的に合理的関連性が認められないものとなっている。
- [63] そして、5号規定による身体への侵襲を受けない自由に対する制約は、上記のような医学的知見の進展に伴い、治療としては外性器除去術等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の若しくは相当な危険や負担を伴う身体的侵襲である外性器除去術等を受けることを甘受するか、又は自己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といえることができる。また、前記の5号規定の目的を達成するために、このような医学的にみて合理的関連性を欠く制約を課すことは、治療を踏まえた医師の具体的な診断に基づいて認定される性同一性障害者を対象とすること等をも考慮すると、制約として過剰なものになっているというべきである。
- [64] そうすると、5号規定は、上記のような二者択一を迫るという態様により過剰な制約を課すものであるから、5号規定による制約の程度は重大なものというべきである。
- (5) 以上を踏まえると、5号規定による身体への侵襲を受けない自由の制約については、現時点において、その必要性が相対的に低いものとなり、その程度が重大なものとなっていることなどを総合的に較量すれば、必要かつ合理的なものといえることはできない。
- [65] よって、5号規定は憲法13条に違反するものというべきである。
- [66] (6) 5号規定が違憲と判断される場合、本件規定の場合と同様に、5号規定だけが無効になると解されることであるが、本件規定及び5号規定が無効になると、特例法3条1項1号から3号までに係る要件のほか、特例法2条の性同一性障害者の定義に係る要件だけが残ることになるから、特例法の趣旨等に照らし、特例法全体が無効となるのか、本件規定及び5号規定だけが無効となるのかについて更に検討する。残余の要件により性別変更審判がされると、特例法の趣旨等に反することになり、司法の判断により新たな立法をするに等しく、立法権を侵害することにならないかという問題でもある④。
- [67] 特例法の制定趣旨は、性同一性障害に対する必要な治療を受

④ [59] では、トイレの利用について検討が進められている。三浦裁判官は、トイレでは他人の外性器の外観を認識する機会が少ないことから、5号がトイレ等における混乱の回避を目的としたものではないとしている。実際、立案担当者の説明でも具体例として挙げられているのは公衆浴場のみであり、トイレに関する言及はない（文獻①93頁）。

④ [60] から [64] では、4号に関する本決定の判断においては、[30] から [33] に該当する部分の検討、すなわち、5号の具体的な制約の態様と程度が検討されている。三浦裁判官は、外性器の除去・形成術やホルモン療法は、治療のあり方の多様性から、いずれも性別変更審判を求める者にとって医学的に必要な治療ではなくなっているとし、医学的に合理的関連性が低いとしている [61]。そして、5号の制約の程度は過剰で重大であると結論付けている。

④ [66] から [72] では、本件規定に加え5号も違憲無効とした場合、特例法全体が無効となるのか、それとも、本件規定と5号だけが無効となるのかという論点について検討がなされている。このような論点は、授權的・授益的規定に特有の論点であり、国

籍裁判判決「人権編7事件」でも問題となった。仮に立法府が、1号から5号まで全て揃っているから性別変更審判という受益を行ったのであり、1号から3号までの要件充足だけで変更審判を認めなければならないとすると、立法府は、そもそも性別変更審判という法制度を設けることはなかったとした場合、4号・5号だけを無効として、1号・2号・3号だけで性別変更審判ができるようにしてしまえば立法府が予期しない受益的規定を創設してしまうことになるのではないかと、立法府は1号から5号までを一体のものとして性別変更審判を設定したのだから、4号・5号が無効であれば、特例法全体を無効にすべきでないかという議論（全部無効論）がある。特に、特例法は、性別適合手術を受けた者に対する授益的措置である解した場合には全部無効論もそれなりに説得力がある。しかし、三浦裁判官は、立法の趣旨や規定から性別変更審判を請求できる者として立法府が基本としているのは2条に規定する性同一性障害者の定義に該当する者であり、4号・5号を無効として、残余の要件だけで審判を認めても立法権の侵害とはならないとしている。

けていたとしてもお法的性別が生物学的な性別のままであることにより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ると解される。そして、特例法3条1項は、性別変更審判を請求できる者の要件として、性同一性障害者であって同項各号のいずれにも該当するものと定めているが、このうち、2条に規定する性同一性障害者の定義に係る要件が全体の基本となる要件であるのに対し、3条1項各号に係る要件は、形式的にも内容的にも、それぞれ独立した個別的な要件である。

**[68]** このような特例法の趣旨及び規定の在り方からみて、特例法は、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という、その心理的及び意思的な状態を基本的な要件とし、一般的な医学的知見に基づく医師の診断によりこれらが認められる者について、法令上の性別の取扱いの特例を認めることを基本的内容とするものと解される。

**[69]** そして、**1(2)** に述べたとおり、現在の一般的な医学的知見の下において、特例法2条の「身体的に他の性別に適合させようとする意思」には多様な意思が含まれ、治療としては生殖腺除去手術や外性器除去術等を要しない場合がある上、本件規定及び5号規定は、それぞれ社会的な混乱を回避することを主な目的とし、両規定に係る身体的な状態はその原因を問わないものであることからすると、その身体的な状態が上記意思と不可分の関係にあるものとは解されない。また、特例法制定時の法律案の提案理由説明やその立法に関与した者の説明（南野知恵子参議院議員（当時）監修「解説性同一性障害者性別取扱特例法」日本加除出版（平成16年）等参照）においても、法令上の性別の取扱いの特例を認める趣旨について上記身体的な状態を不可欠の要素としたことはうかがわれない。

**[70]** そうすると、本件規定及び5号規定に係る要件は、特例法の趣旨及び基本的な内容と不可分の関係にあるということではできず、両規定に係る身体的な状態にない者であっても、治療を踏まえた医師の具体的な診断により、特例法2条に係る心理的及び意思的な状態が認められる場合に、これを上記特例の対象とすることが特例法の趣旨に合致することは明らかである。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が、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益であることからすると、むしろ、両規定の違憲を理由として特例法全体を無効にすることは、立法の目的に反するといふべきではない。

**[71]** 以上に鑑みると、本件規定及び5号規定が違憲と判断される場合、両規定だけが無効となり、残余の規定に基づいて審判を行うべきものと解されるが、それは、特例法の趣旨及び基本的な内容を何ら変更するものではなく、立法権の侵害といふべきものでないことは明らかである。

**[72]** よって、本件規定及び5号規定だけが無効になるというべきである。

＜省略＞

裁判官草野耕一の反対意見は、次のとおりである。

＜省略＞

裁判官宇賀克也の反対意見は、次のとおりである<sup>④</sup>。

**[73]** **1** 私は、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ふことはできず、本件規定が違憲であるとする点については、多数意見に全面的に同調する。多数意見が

述べるように、現在では、生殖腺除去手術は、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にすぎなくなっているのであるから、生殖腺除去手術は、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いえよう。したがって、医学的必要性の有無にかかわらず、また、本人が生殖腺除去手術を受けたいことを望んでいるかを問わず、生殖腺除去手術を受けなければ法的性別の変更を認めない制度は、自認する性別と法的性別の不一致により多大な不利益を受けている者に、法的性別を自認する性別と一致させるために生命・身体への危険を伴う生殖腺除去手術を受けることを選択するか、危険を伴う生殖腺除去手術を回避するために自認する性別と法的性別の不一致に伴う社会生活における様々な不利益を甘受するかという過酷な二者択一を迫ることになる。そして、本件規定は、生殖腺除去手術を受けない者は真正の性同一性障害者ではないという、医学的根拠のない不合理な認識を醸成してしまうおそれがあると思われる<sup>⑤</sup>。

**[74]** 本件規定が設けられた主たる理由は、生殖能力を残存させたまま法的性別の変更を認めた場合、女である父、男である母が生じ得ることとなって、社会的混乱が生ずることであるが、多数意見が指摘するように、平成20年改正により、既に成人の子がいる場合には、女である父、男である母の存在が法的に認められており、同改正から15年以上を経過した今日において、そのことによって社会的混乱が生じているとは認められない。また、法的な観点とは別に、外見上は男性である者が子を出産する事態はあったとしても極めてまれであるのみならず、それは法的性別の変更如何と関わりなく生じ得る事態であり、本件規定には、かかる事態を防止する意義が認められない。さらに、性同一性障害者がホルモン療法や生殖腺除去手術の前に精子や卵子を凍結保存し、性別変更後にそれを利用して子をもうけることが医学的に可能になっているが、そのような事態は生ずるとしても極めてまれであるのみならず、本件規定によってかかる事態を防止することはできないから、その点においても、本件規定の存在意義は認められない<sup>⑥</sup>。

**[75]** そもそも、性同一性障害者は、法的性別の変更によって、突然、自認する性別による生活を開始するわけではなく、ホルモン療法等によって外見上の性別が変化し、さらに家庭裁判所の許可を得て名の変更を行い、外見も名も自認する性別に合致した生活をしているのが一般的であると考えられる。したがって、外見や名からうかがわれる性別と法的性別が不一致であることの方が、社会的混乱を招くことが少なくないように思われる<sup>⑦</sup>。

**[76]** **2** 本件規定は、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る。この点については、前掲最高裁平成31年1月23日第二小法廷決定の共同補足意見においても、性別適合手術による卵巣又は精巣の摘出が、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と指摘されていたところである。リプロダクティブ・ライツも、憲法13条により保障される基本的人権と解してよいと思われるところ、自認する性別と法的性別を一致させるために、自己の生殖能力を喪失させる生殖腺除去手術を不本意ながら甘受しなければならないことは、過酷な二者択一を迫るものであり、リプロダクティブ・ライツに対する過剰な制約であると考える<sup>⑧</sup>。

**[77]** リプロダクティブ・ライツについては、身体への侵襲を受けない自由

<sup>④</sup> 宇賀裁判官の反対意見では、リプロダクティブ・ライツの侵害としての生殖腺除去手術という視点と性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利の憲法13条による保障という視点から重要な見解が示されている。

<sup>⑤</sup> [73]では、本件規定による具体的な制約の態様及び程度に関する検討がなされている。多数意見は、[31]において生殖腺除去手術が「医学的観点から必要な治療ではなくなったことを強調したうえで「過酷」な選択であるとしていた。これに対し、宇賀裁判官は、医学的必要性があっても「過酷」な選択となること指摘し、さらに、本件規定があることにより、生殖腺除去手術を受けない者は「真正の性同一性障害者」ではないという不合理な認識が醸成してしまうという法制度自体が生み出すいわばスティグマの負の効果の存在も指摘している。

<sup>⑥</sup> [74]と[75]では、制約の必要性が検討されている。[74]の記述は、多数意見の

[27]に対応するが、精子卵子の凍結保存という手段があることから、本件規定があっても、本件規定が防止しようとする事態は防ぎ切れないうちである。

<sup>⑦</sup> [75]では、法的性別と自認する性別・外見がずれることの方がより社会的混乱を招くことが指摘されている。この点については、たとえば、外見が男性の人物が、役所において性別欄に女性となる身分証を提示した場合に発生する事態を想定すれば容易に想像ができる。

<sup>⑧</sup> [76]と[77]では「制約される自由の内容及び性質」に関する事項が検討されている。特に、ここでは、生殖腺除去手術の要請は、身体への侵襲を受けない自由に対する制約の中でも、さらにリプロダクティブ・ライツ（生殖の権利）に対する制約という側面をもち、その深刻度が大きいことが指摘されている。

とは別に保障されていると解することもできるが、身体への侵襲を受けない自由に包摂されるという理解もあり得ると思われる。すなわち、2011年（平成23年）、ドイツの連邦憲法裁判所は、性別取扱いの変更について生殖能力喪失を要件とする規定を違憲であると判示したが、そこでは、人間の生殖能力は、基本法2条2項によって保護されている身体不可侵の権利の要素であると述べられている。

**[78]** 3 私見によれば、身体への侵襲を受けない自由のみならず、本件のように、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、幸福追求にとって不可欠であり、憲法13条で保障される基本的な権利といえると思われる。身体への侵襲を受けない自由との関連で問題になるのは本件規定及び5号規定に限られるが、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利が憲法13条により保障される基本的な権利であるとするれば、特例法3条1項の他の規定に関しても、基本的な権利への制約が許されるかが問われることになる<sup>①</sup>。

**[79]** 性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利が憲法上の権利として認められるという見解は、我が国の学説において有力であるのみならず、海外においても、国際人権法上又は憲法上、かかる権利が保障されるという考え方は、相当に有力であるといえると思われる。すなわち、2011年（平成23年）に、ドイツの連邦憲法裁判所は、性別適合手術を性同一性障害者による法的性別の変更のための要件とするのは違憲であると判示したが、その理由として、(i)基本法2条2項によって保障される個人の身体的不可侵性に対する過剰な制約、及び(ii)人間の尊厳を定める基本法1条1項及び人格の自由を定める基本法2条1項によって保障される基本的な権利の過剰な制約、の2点を挙げている。後者の(ii)について、ドイツ連邦憲法裁判所は、人間の尊厳は、人格の保護を求める基本的な権利と結合し、自己の性自認の法的な承認を要求すると判示している。また、2017年（平成29年）に、欧州人権裁判所は、法的性別の変更生殖不能要件を課すことは、欧州人権条約に違反するとししたが、そこにおいては、性同一性障害者の性自認に従った法的性別への変更生殖不能要件を課すことは、身体的完全性の権利の侵害のみならず性的アイデンティティの権利の侵害についても、欧州人権条約に違反すると判示している。

**[80]** 性自認は多様であるので、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益といっても、その外延が明確性を欠くという議論はあり得るが、特例法2条が定義す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利益に限れば、その外延は必ずしも不明確とはいえないと思われる。また、いささかも外延が不明確であれば、憲法13条後段に基づく新しい基本的な権利として認めないという考えをとれば、憲法に列挙されていない新しい基本的な権利はおおよそ考え難いことになる。当審がこれまで憲法13条後段に基づく新しい基本的な権利として明確に認めた「みだりにその容ぼう・姿態(…)を撮影されない自由」(最高裁昭和40年(あ)第1187号同44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁)、「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」(最高裁平成2年(あ)第848号同7年12月15日第三小法廷判決・刑集49巻10号842頁)、「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」(最高裁平成19年(オ)第403号、同年(受)第454号同20年3月6日第一小法廷判決・民集62巻3号665頁)にしても、いずれも「みだりに」という不確定概念が用いられており、何が「みだりに」に当たるかは決して一義的に明確ではなく、その外

延をめぐり学界で多様な議論があり、また、訴訟で争われることがあることは周知のとおりである。さらにいえば、憲法13条以外で規定された基本的な権利も、表現の自由や信教の自由を考えれば明らかとなり、決してその外延は明確ではなく、憲法学者の研究の大部分は、憲法上の基本的な権利として明記された権利の外延についての様々な解釈の優劣に関するものといえると思われる。検索エンジンやSNSの登場によって、表現の自由の外延について新たな議論が必要になったように、技術の進展等を含む社会情勢の変化に伴い、基本的な権利の外延は変動の可能性を伴うのであり、変動する外延を確定していく努力は、判例や学説に委ねざるを得ないであろう。また、性自認が多様であり得ることは、日本に固有の事情ではないにもかかわらず、ドイツの連邦憲法裁判所や欧州人権裁判所が、前述のように、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利を基本的な権利として承認したことも、外延に完全に明確にできないからといって基本的な権利としての承認を拒むのではなく、コアの部分を基本的な権利として認めた上で、その外延をより明確化する作業は、その後の判例や学説に委ねるという立場をとったものと思われる<sup>②</sup>。

**[81]** そして、自認する性別と生物学的な性別が一致する者が誤って自認する性別と異なる性別を戸籍に記載され、その訂正が許されず、生涯、自認する性別と異なる法的性別を甘受しなければならない状況を想像すれば、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益が人格的生存にとって不可欠であることについて、大方の賛同を得られると思われる。さらに、性別変更審判が認められた例は、累計で1万件を超えているが、それによって社会的な混乱が生じていることはうかがわれず、また、特例法に基づく法的性別の変更が記載される戸籍は、一般に公開されないものであり、通常は既に変更されている外見や名に合致した法的性別に変更するものである以上、他者の権利侵害が、性同一性障害者の法的性別の変更に伴って生ずるとは考え難い。したがって、性同一性障害者が性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益は、憲法13条によって保障されると考えようと思われる。

**[82]** 4 抗がん剤の投与等によって生殖腺の機能が永続的に失われているような特別な事情がある場合には生殖腺除去手術なしに生殖能力が失われることによって本件規定の要件を充足する場合があり得る。5号規定についてもホルモン療法等によって手術をすることなくその要件を満たすことはあり得る。女性から男性への性別変更審判を受けた者については、そのような例が多いという調査結果も存在する。もっとも、5号規定についても、男性から女性への性別変更審判を求める者の場合には通常は手術が必要になるところ、その手術も、身体への侵襲の程度が大きく、生命・身体への危険を伴い得るものである。また、5号規定の要件を充足するための手術は不要な場合であっても、当該要件を満たすために行われるホルモン療法も、重篤な副作用が発生する危険を伴うものである。したがって、5号規定も、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利と身体への侵襲を受けない自由との過剰な二者択一を迫るものであることは、本件規定の場合と異ならないといえる。他方において、5号規定を廃止した場合に社会に生じ得る問題は、もとより慎重に考慮すべきであるが、三浦裁判官、草野裁判官の各反対意見に示されているとおり、上記のような過剰な選択を正当化するほどのものともではないように思われる。したがって、私は、5号規定も、本件規定と同様に違憲であるとする点で、三浦裁判官、草野裁判官の各反対意見に同調する<sup>③</sup>。

<sup>①</sup> [78]から[80]では、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利」が憲法13条によって保障された憲法上の権利であることの論証が試みられている。本決定の多数意見は、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける」ことについて憲法上の権利であると位置付けず、「重要な法的利益」とするにとどめている。これに対して、[79]で宇賀裁判官が指摘するよう、ドイツ連邦憲法裁判所や欧州人権裁判所の判例は、「自己の性自認の法的な承認」や「性的アイデンティティの権利」を憲法(条約)上の権利として承認している。

<sup>②</sup> [80]では、外延が明確性を欠くことを理由に「性自認に従った法令上の性別の取

扱いを受ける権利」を憲法上の権利として否定する見解について反駁がなされている。宇賀裁判官は、これまで最高裁は「みだりに」という不確定概念を用いつつ新しい基本的な権利を認めており、外延が不明確であることは憲法上の権利性を否定する理由にならないとしている。

<sup>③</sup> [82]と[83]では、5号の要件の憲法適合性が検討されている。5号の憲法適合性について多数意見は判断を保留したが、宇賀裁判官は、三浦裁判官・草野裁判官と同様に、5号の違憲性も肯定している。

**[83]** そして、抗告人が本件規定及び5号規定以外の特例法の要件を充たしていることは明らかであるから、原決定を破棄し、本件申立てを認める旨の自判をすべきものとする。  
(裁判長裁判官 戸倉三郎 裁判官 山口厚 裁判官 深山卓也 裁判官 三浦守 裁判官 草野耕一 裁判官 宇賀

克也 裁判官 林道晴 裁判官 岡村和美 裁判官 長嶺安政 裁判官 安浪亮介 裁判官 渡邊恵理子 裁判官 岡正晶 裁判官 堺徹 裁判官 今崎幸彦 裁判官 尾島明)

## ■ 関連判例

[令和2年判決「非婚要件(2号)の合憲性を判断したもの」(判例③)]<sup>54</sup>

主 文  
本件抗告を棄却する。  
抗告費用は抗告人の負担とする。  
理 由

**[84]** 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きものとして、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。論旨は理由がない。

**[85]** よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。  
(裁判長裁判官 岡村和美 裁判官 菅野博之 裁判官 三浦守 裁判官 草野耕一)

### 補足説明①

#### 性別不合に関する診断と治療のガイドライン

本決定において、医学的知見に関する立法事実の変化は、専ら、日本精神神経学会が公表している「性別不合に関する診断と治療のガイドライン」の変遷に依拠して認定がなされている。このガイドラインの初版が公表されたのは平成9年であったが、そこで念頭に置かれていたのは、昭和40年のいわゆるブルーボーイ事件であった(文献⑤8頁)。当時、優生保護法28条により、本人の同意がある場合であっても、生殖を不能にする手術を行うことは刑事罰の対象となっていた。そのなかで、男娼(ブルーボーイ)に対して、睾丸摘出等の性別適合手術を行った医師が、優生保護法違反の罪で起訴された。同医師は、正当な医療行為であると主張したが、第一審判決は、性別適合手術が正当な医療行為となるための要件をいくつか提示したうえで、同医師の手術行為はこれらの要件を充たしていないとして、同医師を有罪とし(東京地判昭44・2・15判時551-26)、控訴審もそれを支持した(東京高判昭45・11・11判時639-107)。

このブルーボーイ事件に関し、裁判所は性別適合手術を絶対的に禁止したわけではなかったが、「性転換手術は優生保護法違反である」との結論だけが一人歩きし、性別適合手術やホルモン療法などの治療行為が忌避されるようになったとされている(文献⑤9-10頁)。そのような傾向が続いた中で、埼玉医科大学の診療科が性別適合手術の実施を同大学の倫理委員会に求めたことが契機となり、日本精神神経学会が、性別不合の者に対する正当な医療行為となるための条件や手続を記載したガイドラインを取りまとめた。そのガイドラインに従って、平成10年、埼玉医科大学において、公に性別適合手術が施行された。以来、このガイドラインに従った治療は、正当な医療行為として確立していくことになった。

ガイドラインは、本決定も引用しているWHO(世界保健機関)やアメリカ精神医学会などの諸外国の動向も踏まえ、改訂が進められてきた。平成15年に制定された特例法が前提としたガイドラインは平成14年に公表された第2版であった。第2版では段階的治療を原則とする立場が維持されていたが、やがて、受診者の示す症状は多様で差異が大きく、その多様性は、「生をどのように生きるのか」、そして、「性をどのように生きるのか」という価値観・人生観の違いに由来する部分が大きいということが明らかとなった。そこで、平成18年に改訂された第3版では、段階的治療の考え方は完全に廃止され、ホルモン療法や性別適合手術のいずれの治療法をどのような順序で行うかは、当事者への十分な説明と理解を得たうえで、医療チームが個別例に沿って最適なものを選択すべきとされた(文献⑤11頁、同第3版の10-11頁も参照)。

本決定は、平成24年に公表された第4版を前提とした判断を行っている。現在の最新版は令和6年に公表された第5版である。第5版では、「性別への違和感に起因する精神的な苦痛は社会の側の問題が大きな部分を占めており、違和感が直接引き起こす心理的障害は相対的に少ない」というWHOの考え方が紹介されている(文献⑤14頁)。なお、ガイドラインは、政府ではなく、あくまで民間の団体が作成したものである。医学の学会の治療方針は、単に科学的に唯一の結論が必然的に出されるものではなく、一定のイデオロギー、思想、倫理観の影響とは完全に無縁のものではない。特に、対審構造を持たない本件のような手続のもとでガイドラインの記載内容に大きく依拠することが立法事実の認定方法として適切であるといえるかは、検証しておく必要があるかもしれない。

<sup>54</sup> 判例③は、2号(非婚要件)の合憲性を判断したものである。本決定と比較した場合、憲法13条、14条1項、24条に違反しないとするのみであり、制約の有無はもちろん、判断枠組みに関する言及がなく、他方で、「国会の裁量権」に関する言及がある。一応、合理性は検討しているものの14条1項や24条との関係で論じられ

たものである可能性があり、本決定を前提とすれば、13条との関係では、そもそも保護範囲該当性が否定されていたと読むべきだろう。もっとも、同性婚訴訟の帰次第で、2号の非婚要件を支える立法事実が消失するかもしれない。

**補足説明②**

**近年の最高裁における  
判断枠組みの整理**

令和期に入り重要な最高裁判決が相次いでいるが、近年の最高裁判決の判断枠組みは大きく分けて四つの類型に分けることができるように思われる。第一の類型は、選挙権あるいはそれに類する権利に関する事案に適用されるものである。この類型は民主的統治過程の基盤となる権利が問題となることから最も厳格な審査の判断枠組みが採用されている。立法裁量に関する言及は、**「やむを得ない事由」**がある場合のみ合憲となり、やむを得ない事由の判断も総合裁量ではなく、制限をすることなしには選挙等の公正を確保しつつ権利行使することが**「事実上不可能ない著しく困難」**な場合のみがやむを得ない事由に該当するという、文字通り厳格な基準が採用されている。このような判断枠組みのリーディングケースとなるのは平成17年の在外日本人選挙権事件〔人権編63事件〕であり、令和期では最大判令4・5・25、民集76-4-711〔在外日本人国民審査事件〕で採用されている。

第二の類型は、表現の自由の中でも比較的制限の程度が強い、典型的には内容規制的な規制に適用されるものである。表現の自由事案については、選挙権に準ずる民主的政治過程における重要性があることに鑑みてか、次の第三類型も含めて立法裁量に言及がない。合憲となるのは**「合理的で必要やむを得ない」**場合のみであるとされる。ここで必要やむを得ないというのは、必要最小限度であること（LRA）が含意されているといわれているが（岩崎邦生「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成24年度463頁、504-505頁参照）、第一類型と異なり**「合理的で必要やむを得ない」**の判断は、よど号ハイジャック記事抹消事件〔人権編22事件〕以来の3要素に基づく総合判断によってなされる。はっきりしたことは最高裁判決や調査官解説からはわからないが、この類型についてあえて他の類型と差異化すれば、**「やむを得ない」**規制であることを求めるという点では第一類型と同じであるものの、その**「やむを得ない」**の内容が、他の規制手段によっては目的達成が**「著しく」「困難」**となる場合に限定されるわけではないという点で第一類型よりも緩やかであり、一方で、より制限的でない他の規制手段では目的達成が**「困難」**となることは要求している点で第三類型よりも厳格となり、その困難性の判断を三つの考慮要素によって判断するという点であろうか。この類型のリーディングケースとなるのは堀越事件〔人権編23事件〕であるが、令和期では大阪市ヘイトスピーチ対策条例事件（判例⑤）がこの類型に該当する。

第三の類型が、表現の自由事案の中でも規制の程度が緩やかな事案、いわゆる内容中立的規制や時・場所・方法に限定した規制に適用されるものである。この類型では、立法裁量に言及しないものの、**「必要かつ合理的な制約」**であれば合憲であるとされる。この**「必要かつ合理的な制約」**であるかどうかは結局利益衡量（ドイツの三段階審査によれば狭義の比例原則）によって正当化される制約ということになる。よど号3要素はこの利益衡量の判断のために使われることになる。判決文を素直に読むならば、第二類型と第三類型とは、よど号3要素によって判断される対象が異なっており、第二類型では**「やむを得ない」**（他の手段では困難）であることの判断に用いられるのに対し、第三類型では**「合理的な制約」**であるかどうかの判断に用いられることになる。第三類型の判断枠組みは、金沢市庁舎前広場事件（最判令5・2・21民集77-2-273〔人権編Appendix 2〕）で用いられたものであるが、本決定においても用いられている。本決定の場合、直接的制約ではないということで、第二類型まで厳格な審査には至らないが、第四類型のように立法裁量の事案とすることも不適切であると判断したのであろう。

第四の類型は、経済的自由の事案に適用されるものである。この類型は立法裁量を前提とした判断がなされることに特徴があり、最高裁の判断でも利益衡量が第三類型のように厳密に行われるわけではない。典型的には、要指導医薬品指定事件（最判令3・3・18民集75-3-552〔人権編Appendix 1〕）で用いられている。なお、立法裁量には幅があることが想定されており、あはき師法19条事件（最判令4・2・7民集76-2-101）のように**「著しく不合理であることが明白な場合」**のみ違憲とされる場合もある（この場合は第五類型としてもいいかもれない）。

		憲法判断の枠組み		
		立法裁量	合憲となる場合	合憲となる場合か否かの判断方法
選挙権・国民審査権	第一類型	なし	やむを得ない事由がある	ルール・アプローチ（公正を確保しつつ権利行使することが事実上不可能）
表現の自由	第二類型		合理的で必要やむを得ない限度である（LRA基準を示唆）	balancing・アプローチ（ex. 目的のために制約が必要とされる程度、制約される自由の内容および性質、具体的な制約の態様および程度等を較量して判断）
	第三類型		必要かつ合理的な制約である	
経済的自由	第四類型	あり		

**補足説明③**

**4号（生殖不能要件）  
以外の憲法適合性論**

特例法3条1項は、2条に基づき性同一性障害に該当するとされた者について、さらに五つの要件によって法的性別の変更を行おう者を限定するものである。本決定によって4号（生殖不能要件）は違憲となったが、その他の要件は残っている。このうち、2号（非婚要件）と3号（未成年の子なし要件）は、4号や5号（外観要件）のように身体への侵襲を要求するものではない。また、**「性自認に従った法令上の性別の取扱い」**は、重要な法的利益であるとしつつも、憲法13条で保障された権利とまでは位置付けていないのが本決定の立場である。憲法13条侵害の問題となるためには、二者択一の選択においてどちらかの選択肢が13条で保障された権利を放棄するものである必要があるが、2号や3号についてはそれに該当しないということになる。2号と3号の合憲性を判断した判例①、判例③、判例④は本決定とはまったく異なった判断枠組みにより憲法判断を行っている。もっとも、宇賀裁判官の反対意見が**【79】**で紹介したドイツ連邦憲法裁判所（2011年）、欧州人権裁判所（2017年）に加え、香港終審法院（2023年）の判決も、身体の完全性への権利だけでなく、性自認に沿って公的承認・法的承認を行うよう要

求する権利を、憲法上の権利として捉えている。外観や人間関係に現れる社会的性別と身分証明書などの法的性別の齟齬はプライバシーの必然的暴露を伴うという点に鑑みれば、法的承認を求める権利も憲法上の権利として扱ったうえで、憲法判断がなされるべきであろう。

他方で、5号については、本決定の枠組みを前提としたとしても、違憲となる可能性が高い。5号は、外性器に係る部分について、他の性別のものに近似する外観を備えることを要求するものであり、公衆浴場での混乱防止などを立法目的としている。近似する外性器そのものを形成する必要まではなく、外性器に係る部分が近い外見をもっていればよいとされ（文献①94頁）、合理的解釈が検討されるべきとされている（判解①295頁）。ホルモン療法を継続的に受けた場合、外科的手術を行わなくとも、FTM（女性から男性）、MTF（男性から女性）ともに外性器の形状が変化しうる（判解①311頁）。4号は、ホルモン分泌も含めた生殖腺機能の不可逆的喪失を求めるものであることから、ホルモン療法だけでは要件を満たすことが難しく、本件申立人のように外科的手術が要求される。他方で、5号についてはホルモン療法だけで要件を充足することがある。外科的手術を受けていなかった本件申立人Xも、差戻審において5号該当性が肯定され、性別変更が認められている。

もっとも、三浦裁判官が反対意見の【45】で指摘しているようにホルモン療法も身体への不可逆的影響をもち、致命的な副作用のリスクがあり、4号と同様に、5号も身体への侵襲を受けない自由に対する重大な制約に該当することは否定できない。また、5号要件については、これも三浦裁判官が【51】から【59】において詳細に検討するように、目的のために制約が必要とされる程度が相当低いといわざるを得ない。5号の立法趣旨は、社会的混乱を防ぐということにある。しかし、社会生活上、公衆トイレも含めて、他人の性器を見る機会はほとんどないに等しい。むしろ、顔や衣服などの外観が男性の者が女性トイレに入ったりする場合には、その場合の方が社会的混乱を引き起こすであろうことは容易に想像できる。公衆浴場や更衣室においては他人の性器を見る機会があるものの、性別変更審判が変更の対象としている法的性別がこれらの施設における利用関係を直ちに規律しているわけではない。それぞれの施設の利用状況や取り巻く状況に応じて、施設管理者が合理的に利用規則を定めることができるのであり、5号を満たすことなく法的性別の変更を行った者が変更後の性において直ちにその性別に割り当てられた公衆浴場を利用できるとは限らないし、逆に、法的性別の変更を経ない者について心理的な性別のトイレの利用を禁止することが違法になる場合もある（判例⑥）。致命的な副作用のリスクのある要求をこのような必要性のもとで肯定することは困難であるように思われる。

ただ、5号を違憲とする判断を最高裁が出す機会はすぐには訪れないかもしれない。現実には、法的性別の変更を希望する者の多くはホルモン療法の結果5号の要件を満たしていると考えられ、本決定後、家庭裁判所も柔軟に5号該当性を肯定している可能性がある。最高裁に係属するためには、家庭裁判所・高等裁判所から抗告がなされる必要があるが、性別変更審判については、抗告ができるのは、申立人のみであり、さらに申立人も申立てが却下された場合のみ抗告が許されている（家事事件手続法232条3項参照）。通常の訴訟のように判決に不服とする国側が上告できる仕組みとはなっていない。つまり、5号該当性が下級審で否定されない限り、最高裁に係属することはない。

なお令和8年3月現在、国会は4号についても5号についても法改正を未だ行っていない。5号に関する最高裁の判断を待っている可能性があるが、5号に関する憲法判断が近日なされるとは限らないことから早急な改正をなすべきであり、最高裁も本決定において5号についても判断を行うべきであったように思われる。

## Questions

### ①事実関係の確認

問1 伝統的に法令上の性別はどのように決められてきたか。

▶【事案】

問2 抗告人(X)の性別の状態はどのようなものであったか。

抗告人は、何法の何条の規定に基づき、何の申立てを行ったか。▶【1】

問3 特例法2条は、性同一性障害者をどのように定義付けているか。▶【2】

問4 特例法3条1項は、どのような者に、何を認めているか。▶【2】

問5 特例法3条1項4号（本件規定）は、どのような規定となっているか。また、本件規定の要件を満たすためには何を受ける必要があるか。▶【3】

問6 抗告人は、生殖腺除去手術を受けていたか。▶【3】

問7 原審は、抗告人の申立てに対してどのような判断を行ったか。▶【4】

問8 原審は、特例法3条1項5号の該当性と同号の合憲性についてどのような判断を行ったか。▶【5】

問9 抗告人は、抗告理由（論旨）において本件規定は憲法何条に違反すると主張していたか。▶【6】

問10 本決定によれば、性同一性障害とはどのような状態

で、何を要するものか。心理的な性別は自己の意思によって左右できるか。今日の医学的な治療目的は何で、どのような治療が行われているか。▶【8】

問11 本決定は、性同一性障害を有する者は、法的性別が生物学的性別に基づくことにより、どのような不利益を受けているとしているか。▶【9】

問12 本決定によれば、平成15年当時に行われていた段階的治療とはどのようなものか。自己の身体的特徴に対する強い不快感や嫌悪感が持続し、社会生活上の不都合を感じている者に対する最終段階の治療とはどのようなものであったか。▶【10】

問13 日本精神神経学会のガイドラインは、性別適合手術を受けた者について、法的性別変更がなされないとどのような問題があるとしていたか。▶【11】

問14 本決定によれば、特例法は、性同一性障害を有する者は、どのような状況にあるとの認識のもとで成立したのか。また、特例法は、何を高め、何を解消するために法令上の性別変更を導入したといえるか。▶【12】

問15 特例法の附則にはどのような事項が記載されていたか。▶【13】

問16 特例法3条1項3号は、どのような規定からどのよ

うな規定に改正されたか。▶【14】

問 17 本決定によれば、平成 18 年に提示された日本精神神経学会のガイドライン（第 3 版）は、段階的治療についてどのような考え方を採用したか。ホルモン療法、生殖腺除去手術、外性器の除去・形成の順序や選択はどのようなものとなったか。▶【15】

問 18 令和 5 年に出された ICD（国際疾病分類）では、従来の性同一性障害という名称はどのように変更されたか。▶【16】

問 19 特例法施行から現在までのくらの者が性別変更審判を受けているか。▶【17】

問 20 特例法施行から現在まで、文部科学省と厚生労働省はどのような取り組みを行ってきたか。国会と地方公共団体はそれぞれどのような法律・条例を制定したか。経団連はどのような提言を行ったか。一部の女子大はどのような取り組みを行っているか。▶【18】

問 21 世界保健機関はどのような声明を発したか。欧州人権裁判所はどのような判決を行ったか。▶【19】

## ②決定内容の確認

問 22 本決定は、憲法 13 条はいかなる自由を保障しているとしているか。また、その自由はどのようなものとして保障されているか。▶【21】

問 23 本決定は、生殖腺除去手術は、どのような身体への侵襲であるとしているか。また、いかなる場合に、身体への侵襲を受けない自由に対する重大な制約があるとしているか。▶【22】

問 24 本決定は、いかなる理由により生殖腺除去手術は直接的な強制ではないとしているか。他方で、本決定は、本件規定について、いかなる者に対し性別変更審判を受けることを要求しているとしているか。▶【23】

問 25 本決定は、法的性別は、社会生活上どのような意義があると論じているか。また、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることを、何と結び付いた、何であると述べているか。▶【24】

問 26 本決定は、いかなる点において、身体への侵襲を受けない自由を制約するものであるとしているか。▶【25】

問 27 本決定は、本件規定のような制約は、いかなる場合でない限り、許されないとしているか。▶【25】

問 28 本決定は、本件規定が必要かつ合理的な制約を課すものとして憲法 13 条に適合するか否かはどのように判断されるべきとしているか。▶【26】

問 29 本決定は、本件規定の目的は、何と何であるとしているか。▶【27】

問 30 本決定は、いかなる理由により、「本件規定がなかったとしても、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ることにより親子関係等に関わる問題が生ずることは、極めてまれ」であるとしているか。また、親子関係等に関わる問題は、どのように解決可能であるとしているか。▶【28】

問 31 本決定は、平成 20 年改正によりどのようなことが起こりうるとしているか。また、本決定は、なぜ、「女である父」や「男である母」の存在が、社会全体にとって予期せぬ急激な変化にあたるまでとはいえないとしているか。▶【28】

問 32 本決定は、特例法の制定当時に考慮されていた本件規定による制約の必要性は、何によりどうなっているか。▶【29】

問 33 本決定によれば、制定当時、性別適合手術はどのような位置付けをもっていたか。特例法は、性同一性障害にある者について、どのような者を対象とするものであったか。本決定によれば、性同一性障害に対する治療はどのようなものとなったか。性別変更審判を求める者に対し、生殖腺除去手術を受けたことを前提とする要件を課すことは今日の医学的観点からはどのように評価できるか。▶【31】

問 34 本決定が、「過酷な二者択一」であるとしているのは、何と何との選択か。本決定は、いかなる事情を考慮し、「制約として過剰」になっているとしているか。▶【32】

問 35 本決定は、本件規定による制約の程度についてどうなっているとしているか。▶【33】

問 36 本決定は、何と何を総合的に較量したうえで、本件規定の必要性・合理性について何と答えているか。本決定は、本件規定と憲法との関係について何と述べているか。▶【34】【35】

問 37 本決定は、平成 31 年の判決について何と述べているか。▶【36】

問 38 本決定は、5 号規定の憲法適合性について判断をしたか。判断をしていないのであればその理由はいかなるものであったか。▶【37】

## ③応用問題

問 39 特例法 3 条 1 項 5 号（外観要件）の憲法適合性について論ぜよ。▶【42】～【64】

## ○関連判例

最大判昭和 49 年 11 月 6 日刑集 28 卷 9 号 393 頁 [猿払事件] [人権編 21 事件]

最大判昭和 58 年 6 月 22 日民集 37 卷 5 号 793 頁 [よど号ハイジャック記事抹消事件] [人権編 22 事件]

最判平成 8 年 3 月 8 日民集 50 卷 3 号 469 頁 [神戸高専剣道実技履修拒否事件] [人権編 15 事件]

最決平成 19 年 10 月 19 日家月 60 卷 3 号 36 頁 [「現に子かいないこと」を求めた旧 3 号の合憲性を肯定] (判例①)

最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586 頁 [夫婦同氏事件] [人権編 10 事件]

最決平成 31 年 1 月 23 日集民 261 号 1 頁 (本件規定の合憲性を肯定。本決定により判例変更) (判例②)

最決令和 2 年 3 月 11 日 LEX/DB25570771 [「現に婚姻をしていないこと」を求める 2 号の合憲性を肯定] (判例③)

最決令和 3 年 11 月 30 日集民 266 号 185 頁 [「現に未成年の子かいないこと」を求める現 3 号の合憲性を肯定。ただし宇賀克也裁判官の反対意見あり] (判例④)

最判令和 4 年 2 月 15 日民集 76 卷 2 号 190 頁 [大阪市へいっすー対策条例事件] (判例⑤)

最判令和5年7月11日民集77巻5号1171頁〔経済産業省トイレ使用事件〕(判例⑥)

最大判令和6年7月3日民集78巻3号382頁〔優生保護法事件〕(判例⑦)

○ **本判決の調査官解説**

野中伸子「判解」法曹時報77巻1号(2025年)271頁(判解①)

○ **その他の判例解説・判例批評**

齊藤笑美子「判批」法学教室524号(2024年)38頁

檜垣宏太「判批」広島法学47巻4号(2024年)48頁

小泉良幸「判批」令和5年度重要判例解説8頁

卷美矢紀「判批」民商法雑誌160巻4号(2024年)684頁

阿部和文「判批」憲法判例百選I〔第8版〕(2025年)46頁

○ **参考文献**

南野知恵子監修『【解説】性同一性障害者性別取扱特例法』(日本加除出版、2004年)(立案担当者の解説)(文献①)

南野知恵子代表編者『性同一性障害の医療と法』(メディカ出版、2013年)(文献②)

針間克己ほか『プロブレムQ & A 性同一性障害と戸籍〔増補改訂版〕』(緑風出版、2013年)(文献③)

法制執務研究会編『新訂ワークブック法制執務〔第2版〕』(ぎょうせい、2018年)(文献④)

日本精神神経学会・日本GI(性別不合)学会「性別不合に関する診断と治療のガイドライン〔第5版〕」(2024年)(文献⑤)