

**憲法** (配点 60 点)

【出題趣旨】

最高裁判所は、かつて、性同一性障害者の性別の取扱いの変更の要件として「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。」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」(以下「特例法」という。)3条1項4号(以下「生殖不能要件」という。)について、「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ものというべきである」と述べながらも、憲法13条に違反しないものとしていた(最二小決平成31年1月23判時2421号4頁)が、最近になって、これを判例変更し、憲法13条に違反するものとした(最大決令和5年10月25日民集77巻7号1792頁。以下「令和5年大法廷決定」という。)

今回の出題は、令和5年大法廷決定で先送りされた争点、すなわち、性同一性障害者の性別の取扱いの変更の要件として「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。」を求める特例法3条1項5号(以下「外観要件」という。)の憲法13条——通説(人格的利益説)によれば、憲法13条後段にいう「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」(幸福追求権)は、「個人の人格的生存に不可欠な利益」を保障している——違反を問うものである。

令和5年大法廷決定の多数意見は、問題文に【資料】として示したとおり、「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」、「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ふべきである」、「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、・・・個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益といふべきである」、「そうすると、本件規定〔(生殖不能要件)〕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ふ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ふことができ、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ふことができないう限り、許されないといふべきである」と判示し、憲法上の権利としての「身体への侵襲を受けない自由」の制約を認めた上で、「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」と判示し、その憲法適合性の判断枠組みを提示した。

そして、令和5年大法廷決定の多数意見は、「本件規定の目的についてみると、・・・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・・・等の配慮に基づくものと解される」ものの、「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」、また、「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、・・・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」、「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うこととはできない」、「よって、本件規定は憲法13条に違反する」と結論づけた。

こうして、令和5年大法廷決定の多数意見は、生殖不能要件を憲法13条に違反しないものとした原決定を破棄する一方、原審で判断されなかった外観要件の憲法適合性については、審理を尽くさせるため、原審に差し戻した。

この点、令和5年大法廷決定で、(生殖不能要件だけでなく、外観要件についても、憲法13条違反として自判すべきものとした)三浦裁判官の反対意見は、「5号規定〔(外観要件)〕の目的についてみると、・・・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」ところ、「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」、「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、・・・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」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」し、「公衆浴場等の利用という限られた場面の問題として、法律に別段の定めを設けることも考えられる」、なお、「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」、そのうえ、「性同一性障害に対する医学的知見が進展し、・・・性同一性障害に対する治療として・・・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〔外観〕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」ことから、「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、・・・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」、「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、その必要性が相当に低いものとなり、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うことはできない」、「よって、5号規定は憲法13条に違反する」と主張している（草野裁判官の反対意見も同旨）。

さらに進んで、宇賀裁判官の反対意見は、「身体への侵襲を受けない自由のみならず、・・・性同一性障害者と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人権といえる」と確言し、「5号規定〔(外観要件)〕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酷な二者択一を迫るものであることは、本件規定〔(生殖不能要件)〕の場合と異ならない」、「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、・・・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、上記のような過酷な選択を正当化するほどのものとまではいえない」から、「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」と主張している。

なお、令和5年大法廷決定の差戻審（広島高決令和6年7月10日）は、外観要件について、「公衆浴場での混乱の回避」という立法目的の正当性を認めつつも、「手術が常に必要ならば、・・・過剰な制約を課すことになり、憲法違反の疑いがある」と指摘した上で、「他者の目に触れたときに特段の疑問を感じない状態」であれば、特例法上、手術がなくとも性別変更が認められるべきものと判示し、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申立人につき、ホルモン治療によってすでに女性的な体になっているとして、性別変更を認める決定をした。

以上