

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 3 号の憲法適合性についての一検討：令和 3 年 11 月 30 日・最高裁判所第三小法廷決定を素材にして⁽¹⁾

辛 嶋 了 憲

はじめに

1. 問題意識

本稿は令和 3 年 11 月 30 日・最高裁第三小法廷決定を検討の素材にして、「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）3 条 1 項 3 号要件の憲法適合性を検討するものである。

本稿の問題意識は次のものである。特例法 3 条 1 項の各要件の憲法適合性に関する最高裁判所の判例の数は多くなってきている。これに対応して個別の判例評釈の数も増えてきている。しかし、近年、憲法学上の平等原則を研究する者の立場から、一連の最高裁の判例全体を概観する文献はさほど存在しないように思われる⁽²⁾。そこで本稿は特例法 3 条 1 項の各要件の憲法適合性を論じてきた最高裁の判断を比較し、それぞれの内容の相違を確認・検討する。この特例法 3 条 1 項をめぐる最高裁の決定の数が多くなっている事情

(1) 執筆前に一橋大学憲法判例研究会（2022 年 7 月 17 日）にて同決定に関する報告の機会をいただき、参加者の先生方より多くの重要な示唆をいただいた。また、校正に際して、岡田聖貴氏（一橋大学大学院博士後期課程）よりご助言をいただいた。篤く御礼申し上げます。

本稿での下線・強調・引用中の省略〔……〕などは原則として筆者によるものである。また字数の都合上、WestlawJapan からの引用は〔WJ: 文献番号〕と省略して記す。

(2) この点で齊藤笑美子「性と家族の多様化と自己決定」大沢秀介・葛西まゆこ・大林啓吾（編）『憲法.com』（成文堂、2010 年）105-118 頁は重要な先行研究である。

に加えて、本稿が検討の対象とする令和3年決定では、特例法3条1項3号要件は違憲という結論を出した宇賀克也裁判官反対意見（以下、宇賀反対意見）が登場した。同反対意見は学説上の注目を浴びており、かつ、その多くは肯定的な評価である。この宇賀反対意見を検討する論文として坂田隆介「【特集 憲法訴訟の反対意見を読み解く】性同一性障害特例法「現に未成年の子がいないこと」要件の違憲性」法セ808号（2022年）31-36頁を挙げなければならない。同論文は「本決定の法廷意見と宇賀反対意見とを比較し、宇賀反対意見が今後の判例の展開にいかなるインパクトを及ぼしうるか」を明らかにすることを目的に、令和3年決定を検討する重要な先行研究である⁽³⁾。本稿は令和3年決定以外の判例も概観することで、宇賀反対意見の持つ「インパクト」をより明らかにしたい（問題意識1）。

本稿筆者も宇賀反対意見の結果・理由共におおむね賛成するのであるが、宇賀反対意見が平等審査には言及していない点に疑問を有する。学説では既に3号要件の憲法適合性について、平等原則審査の可能性が論じられているが⁽⁴⁾、この在り方を平等原則を研究する立場から論じることとしたい（問題意識2）。

2. 章構成

問題意識を踏まえ、本稿は次の構成をとる。第一に、特例法3条1項の各要件が問題となった最高裁の決定を概観し比較する（Ⅰ）。これを前提に宇賀反対意見を検討する（Ⅱ）（以上、問題意識1に対応）。以上の検討を行った上で3号要件についての平等審査手法の妥当性等に対する本稿筆者の見解を

(3) 坂田隆介「【特集 憲法訴訟の反対意見を読み解く】性同一性障害特例法「現に未成年の子がいないこと」要件の違憲性」法セ808号（2022年）31頁。

(4) 坂田・前掲注3）35-36頁。加藤慶二「性同一性障害と立法裁量論」明治学院大学法科大学院ローレビュー10号（2009年）106-107頁。4号要件の憲法適合性について平等審査を検討する文献として松本和彦「性的アイデンティティの法的取扱いをめぐる事例分析」法セ797号（2021年）66頁。

示す (おわりに) (問題意識 2 に対応)。

3. 制度の確認

本題に入る前に特例法の制度を簡単に確認する。同法は平成 15 年 7 月 16 日に公付、翌年 7 月 16 日に施行された⁽⁵⁾。「人の法的な性別が基本的には生物学的な性別によって決められる」のであるが、同法の制定により、「一定の要件を満たし、家庭裁判所において性別取扱いの変更の審判を受けた者については、その性別につき心理的な性別である他の性別に変わったものとみな」される⁽⁶⁾。すなわち、法律上の例外を除いて「民法その他の法令の規定の適用については、……他の性別に変わったものとみな」し、「変更後の性別で婚姻や養子縁組などをすることも可能となる」。また、「戸籍の性別記載が変更され、変更後の性別が戸籍に記載されることとなる」⁽⁷⁾。

同法 3 条 1 項は「性別の取扱い変更の審判を請求することができる……要件」を定めている⁽⁸⁾。特例法制定当初の 3 条 1 項は次のものであった。

「家庭裁判所は、性同一性障害者であって次の各号のいずれにも該当する

(5) 齋藤陽夫「性同一性障害者の性別の取扱いが変更可能に」時の法令 1709 号 (2004 年) 36 頁。立法の経緯は同文献、「第 156 回国会・参議院法務委員会会議録」18 号 (平成 15 年 7 月 1 日) 1 頁 (南野知恵子発言) (発言 URL: 国会会議録検索システム <https://kokkai.ndl.go.jp/txt/115615206X01820030701/3> [最終閲覧日: 2022 年 11 月 26 日])、「第 156 回国会・参議院本会議録第 36 号」官報 (号外) (平成 15 年 7 月 2 日) 1 頁 (魚住裕一郎発言) (発言 URL: 国会会議録検索システム <https://kokkai.ndl.go.jp/txt/115615254X03620030702/4> [最終閲覧日: 2022 年 12 月 17 日]) も参照。参議院法制局 HP「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」(URL: <https://houseikyoku.sangiin.go.jp/bill/outline007.htm> [最終閲覧日: 2022 年 12 月 17 日]) も適宜参照した。南野知恵子「性同一性障害者性別取扱特例法に関する取組みと経緯」同代表編者『性同一性障害の医療と法』(メディカ出版、2013 年) 204-211 頁も参照。

(6) 齋藤・前掲注 5) 36 頁。

(7) 齋藤・前掲注 5) 42 頁。

(8) 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) 87 頁。

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。

- 一 二十歳以上であること。
- 二 現に婚姻をしていないこと。
- 三 現に子がいないこと。
- 四 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。
- 五 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。」⁽⁹⁾

従来、最高裁で憲法判断がされたのは、2、3、4号要件である。これらの要件が設けられた趣旨を紹介する。

2号要件については婚姻している当事者に「性別の取扱い変更を認めると……同性婚の状態という現行法秩序において解決困難な問題が生じてしまうため」、4号要件については「性別の取扱いの変更がなされた後に、残存する元の性別の生殖機能により子が生まれるようなことがあるならば、様々な混乱や問題を生じることにもなりかね」ないことや、「元の性別のホルモン」の「分泌」により「身体的・精神的に何らかの好ましくない影響を生じる可能性を否定できないと考えられた」ために設置された、と説明される⁽¹⁰⁾。

上記の五つの要件の内、3号要件は本特例法の一部を改正する法律（平成20年6月18日公付、同年12月18日施行）により改正された。現在では「現に未成年の子がいないこと」に改められている⁽¹¹⁾（以下、現在の3号要件を改正後3号要件とし、改正前の3号要件を改正前3号要件とする）。

当初3号が設けられた理由としては、①「親子関係などの家族秩序に混乱を生じさせ」ること（目的①）、②「子の福祉に影響を及ぼすこと」の懸念への配慮であると説明される（目的②）。「すなわち、現に子がいる場合にも性別の取扱いの変更を認める場合には……父＝男、母＝女という図式が崩れて

(9) 齋藤・前掲注5) 44頁に記載されている条文資料より。

しまい、男女という性別と父母という属性との間に不一致が生ずることとなる。この不一致を防止することで、家族秩序の混乱防止することが目的①である。目的②については、父母の「性別の取扱い変更が認められた場合には、その子に心理的な混乱や不安などをもたらしたり、親子関係に影響を及ぼす可能性があることへの配慮であると説明される⁽¹²⁾。なお、ここで言うところ「子」とは、「民法の規定により親子関係が発生する子」であり、「同一戸籍内に在るか」や、「親権の有無や現に子を養育しているかどうかとも関係な

- (10) 2号要件については南野・前掲注8) 88頁、4号要件については93頁より引用。また川崎政司「性同一性障害者性別取扱特例法の解説」南野(代表編)・前掲注5) 222-223、232-233頁も参照。

本稿筆者の現在の能力では記述することはできないが、近年、「性別変更前に凍結した精子を使って」、性別取扱い「変更後に生まれた」子どもと、性別取扱い変更をした者との間に、「法的な親子関係が認められるかが争われ」ている(「性別変更後の女性「父」と認める判決:変更前に生まれた長女 東京高裁」朝日新聞・朝刊(2022年8月20日)28頁)。

東京高等裁判所は「性別取扱い変更の審判……が確定した」時点より前の時点で出生した子どもについては、「その出生時において、生物学的な父子関係を有する法律上「男性」である被控訴人に対し、民法787条に基づく認知請求権(形成権)を行使し得る法的地位を取得したものと認められる」と判断する。この判断に際して、東京高裁が本件子どもが「認知請求権を行使し得る法的地位」を得られるか否かという本人の影響可能性に言及している(「認知請求権を行使し得る法的地位を、被控訴人が本件審判を受けたという自己とは関係のない事情によって失うものとするは相当ではなく」)ことは注目に値する。一方で、性別取扱い変更後に、「自己の凍結保存精子」により出生した子どもについては、「認知請求権(形成権)を行使し得る法的地位」は認められなかった(以上、令和4年8月19日・東京高裁判決[WJ:2022WLJPCA08199001])。

- (11) 藤田弓子「子がすべて成年に達した性同一性障害者について、性別の取扱いの変更が可能に」時の法令1828号(2009年)53頁以下。
- (12) 以上、齋藤・前掲注5) 40-41頁。南野・前掲注8) 89-91頁も同旨。これに加えて、「性同一性障害に対する社会的な理解が十分ではないところで「女性である父」や「男性である母」を認めると、……実質的には母2人、父2人の状況を生じることになり、そのことが偏見、差別、いじめなどにつながることを懸念する議論などもみられた」、とも説明されている(川崎・前掲注10) 223頁脚注4)。

い」⁽¹³⁾。また「現に」とあるため、「子が既に死亡していることなどによって審判の際に子がいなければ、審判を請求することができる」⁽¹⁴⁾。

「現に子がいないこと」から「現に未成年の子がいないこと」への3号要件の改正理由としては、(a)「現に子がいる性同一性障害者等から「子なし要件」の見直しを求める要望」の存在と、(b) 一方で「その家族の一部からは、「家族を守るためにどうしても必要な要件である」などとして慎重な検討を求め意見」の存在を顧慮したためである、と説明される⁽¹⁵⁾。

なお、改正前3号要件の合憲決定（下記判例③・④）の翌年の平成20年に法改正が実施されている。憶測の域を出ないが、改正の背景としては、改正理由（a）の事情に加えて、判例③・④を通して、3号要件の憲法上の問題がより顕在化したことによって、改正前3号要件の法改正の必要性が明らかになったのかもしれない⁽¹⁶⁾。

I . 特例法3条1項をめぐる憲法訴訟の概観

本章は特例法3条1項に関する最高裁の判例を概観し、検討する。

(13) 南野・前掲注8) 92頁。齋藤・前掲注5) 41頁。針間克己・大島俊之・野宮亜紀・虎井まさ衛・上川あや（著）『性同一性障害と戸籍 [増補改訂版]』（緑風出版、2013年）45頁（針間・大島）。

(14) 南野・前掲注8) 91頁。齋藤・前掲注5) 41頁、谷口洋幸「性同一性障害特例法の再評価」石田仁（編）『性同一性障害：ジェンダー・医療・特例法』（御茶の水書房、2009年（第2刷））267頁、針間ほか・前掲注13) 45-46頁（針間・大島）も参照。未成年擬制については本稿脚注28を参照。

(15) 藤田・前掲注11) 55頁。「第169回国会参議院会議録第24号」官報（号外）（平成20年6月4日）4頁（遠山清彦発言）（発言URL：国会会議録検索システム <https://kokkai.ndl.go.jp/txt/116915254X02420080604/10> [最終閲覧日：2022年12月18日]）も参照。参議院法制局HP「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の一部を改正する法律」も適宜参照（URL：<https://houseikyoku.sangiin.go.jp/bill/outline20070.htm> [最終閲覧日：2022年11月29日]）。より具体的な経緯については（川崎・前掲注10）227-229頁参照。

(16) 藤田・前掲注11) 55頁でも判例③・④が紹介されている。

特例法 3 条の各要件の憲法適合性については、主に自己決定権侵害（憲法 13 条）と平等原則（憲法 14 条 1 項）の観点から争った裁判例が複数存在する。例えば平成 31 年 1 月 23 日・最高裁第二小法廷決定（以下、判例①）、令和 2 年 3 月 11 日・最高裁第二小法廷決定（判例②）では、それぞれ 4 号要件と 2 号要件の憲法適合性が争われた。改正前 3 号要件の憲法適合性が争われたものとして、平成 19 年 10 月 22 日・最高裁第一小法廷決定（判例③）、平成 19 年 10 月 19 日・最高裁第三小法廷決定（判例④）、令和 3 年 11 月 30 日・最高裁第三小法廷決定（判例⑤）が存在する。いずれも合憲という結論である。

1. 概観

(i) 判例①

本件では、申立人が性別の取扱いの変更を求めたが、特例法 3 条 1 項「4 号の要件を満たすために行われる生殖腺の除去手術は受けていな」かった。当該手術を受けていない理由として、この手術は「生殖腺の除去という身体に著しい侵襲を伴う戻すことのできない手術」であり、「恐怖を覚えていること」などを挙げている。そこで、4 号要件が「憲法 13 条に違反し、無効であると主張」した⁽¹⁷⁾。

本件に対する最高裁の多数意見は次のものである。

「本件規定は、当該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や、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等の配慮に基づくものと解される。これらの配慮の必要性、方法の相当性等は、性自認に従った性別の取扱いや家族制度の理解に関する社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであり、このような規定の憲法適合性について

(17) 以上、平成 29 年 2 月 6 日・岡山家裁津山支部審判 [WJF:2017WLJPCA02066004]

は不断の検討を要するものというべきであるが、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、……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」⁽¹⁸⁾。

本件では鬼丸かおる・三浦守補足意見が付されている。同意見は検討内で適宜紹介する。

(ii) 判例②

本件では、現在も妻と婚姻し続けている性同一性障害を有する申立人が性別の取扱いの変更を求めた。その際に、2号要件が憲法13条、14条に違反すると主張した⁽¹⁹⁾。

最高裁は次のように論じた。

「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ではできず、憲法13条、14条1項、24条に違反するものとはいえない。」⁽²⁰⁾

(iii) 判例③

事案は次のようなものである。申立人は特例法3条1項の1、2、4、5の各要件は「充足」していたが、性別取り扱い変更申立て以前に「協議離婚した妻との間に」子どもがいるため、改正前3号要件を満たしていなかった。そのため、改正前3号要件が「憲法13条、14条、25条に違反して無効である」ことを主張した⁽²¹⁾。

最高裁は改正前3号要件の憲法適合性について、次のように簡単に論じる。

「現に子のある者について性別の取扱いの変更を認めた場合、家族秩序に

(18) 平成31年1月23日・最高裁第二小法廷決定 [WIJ:2019WLJPCA01239001]

(19) 平成31年3月27日・京都家裁審判 [WIJ:2019WLJPCA03276022]

(20) 令和2年3月11日・最高裁第二小法廷決定 [WIJ:2020WLJPCA03119001]

(21) 平成19年3月30日・奈良家裁審判 [LEX/DB:28140473]

混乱を生じさせ、子の福祉の観点からも問題を生じ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はできず、憲法13条、14条1項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……の趣旨に徴して明らかである。論旨は理由がない⁽²²⁾。

判例④はこの3日後に第一小法廷で判断が下された。決定文の文言に変わりはないため、省略する⁽²³⁾。

(iv) 判例⑤

判例⑤は詳細に事案等を紹介しよう。申立人Xは「身体は男性として生まれながら心は女性という性同一性障害を有する者」である。XはAと婚姻し、X・A間には子B(2020年2月15日当時、9歳⁽²⁴⁾)がいる。後に、Bの親権者をAとした上で、X・Aは離婚する。Xは既にホルモン治療・性別適合手術を受けている。Xは法令上の性別の取扱いを男から女に変更する審判を求めた。その際に、改正後3号要件が憲法13条・14条に違反し、違憲無効であることを主張した。

これに対して、神戸家庭裁判所尼崎支部は特例法に憲法違反はなく、「3号要件を満たさない本件申立てを容認することはできない」ことを理由に、Xの申し立てを却下した⁽²⁵⁾。

Xは即時抗告を行ったが、大阪高裁も神戸家裁と同様に憲法違反がないこ

(22) 平成19年10月19日・最高裁第三小法廷決定(家庭裁判月報60巻3号36-37頁)。

(23) 平成19年10月22日・最高裁第一小法廷決定(家庭裁判月報60巻3号37頁)。

(24) 「性別変更、申し立てを却下 未成年の子の親 神戸家裁支部」朝日新聞(大阪本社)・朝刊(2020年2月15日)30頁。「[未成年の子どもあり]性別変更訴え退ける 最高裁」朝日新聞・朝刊(2021年12月2日)29頁も参照。

(25) 以上の事案の概要について令和2年2月10日・神戸家裁尼崎支部審判[LEX/DB:25591275]を引用し、要約したものである。また、代理人弁護士の一人が執筆する松田真紀「性的マイノリティ問題と憲法訴訟」吉原秀(編)『代理人たちの憲法訴訟』(弘文堂、2022年)69頁以下から事件の背景・事情を知ることができる。

とを理由に抗告を却下した。なお、Xの代理人弁護士が高裁に提出した抗告理由補充書には、法学研究者、医学研究者をはじめとする複数の意見書がある⁽²⁶⁾。

Xは特別抗告を行い、最高裁の決定に至る。しかし、最高裁判所は、改正後3号要件が「憲法13条、14条1項に違反するものでないことは、当裁判所の判例……の趣旨に徴して明らかである……。論旨は理由がない」と短く述べ、抗告を棄却した⁽²⁷⁾。

2. 比較

(1) 判例③・④と判例⑤の間に違いがあるのか。

本題に入る前に判例⑤の持つ形式的意義を確認したい。判例⑤は改正後3号要件の違憲性が争われた初の事例である⁽²⁸⁾。この点が判例⑤の意義の一つとして挙げられている⁽²⁹⁾。もっとも、その内容は、そもそも何の権利を問題として設定しているのかも明らかにしていない判例③・④をなぞり、合憲という結論を特段の論証なく導いており、審査内容・結論共に何ら変化はない⁽³⁰⁾。そのため、判例⑤の実質的な意義は薄い。憲法学の研究者が判例⑤の意義として挙げ、検討の対象とするのは——判例③・④と何ら変化のない——

(26) 令和2年6月4日・大阪高裁第10民事部決定 [LEX/DB:25591276]

(27) 令和3年11月30日・最高裁第三小法廷決定 [WIJ:2021WLJPCA11309007]

(28) 羽生香織「判批」法教499号（2022年）102頁。また、未成年要件については、未成年の子が婚姻した場合には、成年擬制により、「未成年の子がいないことになる」（針間ほか・前掲注13）45頁（針間・大島）。関連する事案として平成21年3月30日・東京家裁審判 [WIJ:2009WLJPCA03306004] が存在する（渡邊泰彦「判批」新・判例解説編集委員会（編）『新・判例解説 Watch 【2022年10月】』（日本評論社、2022年）110頁）。

(29) 匿名解説「判批」家庭の法と裁判38号（2022年）40、41-42頁。匿名解説「判批」判タ1495号（2022年）81頁。

(30) 坂田・前掲注3）32頁。松原俊介「判批」法セ807号（2022年）137頁、中曾久雄「判批」新・判例解説編集委員会（編）・前掲注28）12頁。

多数意見ではなく、宇賀反対意見である⁽³¹⁾。何故、ここまで宇賀反対意見が着目されているのかは後述する。

(2) 判例① - ⑤の比較

以下、上記の判例を比較しつつ、それぞれ検討する。

特例法 3 条の各要件の憲法適合性が問題となった一連の判例はいずれも合憲という結論である。しかし判例①・②は将来的に 4 号・2 号要件が違憲になり得ることを示唆している⁽³²⁾。

判例①の多数意見の結論自体は合憲ではあるが、「[現時点では]との留保つきで制約を合憲」としている⁽³³⁾。審査内容も事情の変化論を論じており、将来的に 4 号要件が「社会的状況と国民意識の変化次第で、違憲の評価に転じる可能性を秘めている」⁽³⁴⁾ことを示唆する。このメッセージは同決定の鬼丸かおる・三浦守補足意見にヨリ強く現れている。同補足意見は(一)性別取扱い変更を認められた者の数、(二)学校・企業などにおいて「性同一性障害者がその性自認に従った取扱いを受けることができるようにする取組」が行われていること、また、(三)海外の法制度の変化、関連する欧州人権裁判所の判決の存在を指摘し、既に日本の国内外で事情の変化が始まっていることを示し、「本件規定の目的、当該自由の内容・性質、その制約の態様・程度等の諸事情を総合的に較量すると、本件規定は、現時点では、憲法 13 条に違反するとまではいえないものの、その疑いが生じていることは否定できない」⁽³⁵⁾と、「多数意見よりも少し違憲寄りの判断を示し」⁽³⁶⁾、4 号要件の違憲

(31) 下記に参照する文献のほか、齊藤笑美子「性的マイノリティの人権」愛敬浩二(編)『人権 I : 講座 立憲主義と憲法学 (第 2 巻)』(信山社、2022 年) 182 頁。

(32) 判例①について、松本・前掲注 4) 65 頁。上田健介「判批」法教 464 号 (2019 年) 117 頁も同趣旨。小林直三「性別の変更の審判を受けるにあたっての生殖腺除去手術の実質的強制」WLJ 判例コラム 159 号 (2019 年) 3 頁はそれでも実質的な検討がなされていないことを指摘する。

(33) 濱口晶子「判批」法セ 772 号 (2019 年) 116 頁。松本・前掲注 4) 64 頁。

(34) 松本・前掲注 4) 65 頁。また、前掲注 32) で挙げた文献。

性を仄めかしている⁽³⁷⁾。

判例②もたった二文の、まさしく「手短な法廷意見のみ」で⁽³⁸⁾、2号要件に対して合憲という結論を下しているのであるが、「あくまで「現在の婚姻秩序」を標準にしているだけである」と学説上指摘されている⁽³⁹⁾。もっとも、判例①のように家族制度に関する国民の意識が変化し得ることを論じているわけではないので、判例②がどこまで意図して「現在の婚姻秩序」という留保を付けたのかは、判決文からは明らかにはならない⁽⁴⁰⁾。

このように、判例①・②が将来的に違憲となり得る可能性を示しているのに対して、3号要件が問題となった判例③・④・⑤は事情の変化論どころか「現在」の家族秩序という留保も付けていないのである。

他方で、判例⑤の下級審は、上述の通り合憲という結論ではあるが、判例①・②が採用した一定の留保を付ける方針を用いている。

「憲法制定当時想定されていなかった性別の取扱いの変更について、そのような取扱いを認めるか、認めるとしてその要件をどのように定めるかは社会的認知度や理解も踏まえた上での立法府の裁量に属するもので」あり、「……家族秩序に生じる事態を、現時点における法あるいは社会と

(35) 平成31年1月23日・最高裁第二小法廷決定 [WJF:2019WLJPCA01239001]

(36) 松本・前掲注4) 64頁。

(37) 濱口・前掲注33) 116頁。同文献は補足意見を好意的に捉えつつも、「権利侵害の問題を最終的には社会的受容の問題と捉えて」いる点につき批判している。また、小林・前掲注32) 4頁も参照。また、補足意見を平成7年7月5日婚外子相続分合憲判決から同平成25年9月4日違憲判決への転換とパラレルに見る分析として春山習「判批」早法95巻1号(2019年)336-337頁。

(38) 倉田玲「判批」法セ789号(2020年)118頁。

(39) 倉田・前掲注38) 118頁。

(40) この点につき竹治ふみ香「判批」法セ795号(2021年)119頁の分析が有益である。なお、高裁は「規定の目的、制約の態様、現在の社会的状況等を総合的に比較衡量すると、本件規定は不合理なものとはいえない」と論じ、判例①と同じ総合考慮型審査を行なっている(令和1年6月20日・大阪高裁決定 [WJF:2019WLJPCA06206010])。

して許容できる状況にあるとは言い難い上、……性同一性障害に対する社会の理解の現状等をも踏まえた上で3号要件は設けられたものと解される。」「申立人の主張する権利が一定の限度で制限されるとしても、それは立法府の合理的裁量の範囲内にある」。(第一審)⁽⁴¹⁾

「3号要件は、親子関係等の家族秩序に混乱を生じさせることや、子の福祉に影響を及ぼすことを避けるという配慮から設けられたものと解されるのであり、現時点においては、合理性を欠くとはいえないから、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項に違反するとはいえない。」(第二審)⁽⁴²⁾

そのため、下級審の思考枠組みは判例①・②のものに近い。しかし、最高裁の多数意見は——判例①・②を経たのにもかかわらず——平成19年の判例③・④を繰り返すのみであった。

3. 相違の原因

3号要件が問題となった場合(判例③-⑤)とそれ以外の要件の場合(判例①・②)との間に、このような相違が生じたのは、問題となっている権利とその制約・介入の程度に起因するのではないと思われる。

判例①の抗告審の際に、提出された即時抗告状を見ると、抗告人代理人弁護士は4号要件が、自認する性別で生きる権利(以下、権利 α)の他に、「性別適合手術を受けない権利」(権利 β)への侵害を主張している——もっとも、そこではさほど身体への侵襲性については論じられていない。ゆえに、高裁は、最高裁とは異なり、身体への侵襲性についてはさほど論じず、自認する性と生物学的な性別の不一致性に関する人格権の権利(権利 α)の問題として判断していた⁽⁴³⁾。なお、抗告審の決定には平等原則違反は登場していない

(41) 令和2年2月10日・神戸家裁尼崎支部審判 [LEX/DB:25591275]

(42) 令和2年6月4日・大阪高裁第10民事部決定 [LEX/DB:25591276]

(43) 以上、平成30年2月9日・広島高裁岡山支部決定 [WIJ:2018WLJPCA02096001]

ため、特別抗告の際に、4号要件の憲法14条（以下、 δ ）違反を主張していたと推察される——。さて、判例①では最高裁の多数意見は権利 β について主に論じている（「その意思に反して身体への侵襲を受けない自由を制約する面」の存在）。補足意見は権利 α にも言及するが（「性別は、社会生活や人間関係における個人の属性の一つとして取り扱われているため、個人の人格的存在と密接不可分のものということができ……特例法により性別の取扱いの変更の審判を受けられることは、切実ともいうべき重要な法的利益である」）、やはりヨリ問題視しているのは権利 β （「その意思に反して身体への侵襲を受けない自由」）、そして権利 β への介入の強さ（（ β 1）「性別適合手術による卵巣又は精巣の摘出は、それ自体身体への強度の侵襲」、（ β 2）「外科手術一般に共通することとして生命ないし身体に対する危険」、（ β 3）「生殖機能の喪失という重大かつ不可逆的な結果」の発生）であった⁽⁴⁴⁾。

判例②では、第一審の段階から憲法13条（「自己の認識する性と異なる性での生き方を不当に強制されることはないという意味で個人の幸福追求権」）（権利 α ）と憲法14条（ δ ）の憲法適合性の他に、憲法13条に基づく「生涯を共にする伴侶を選択し、社会生活の基礎となる家族や家庭を構成する……幸福追求権」（以下、権利 γ ）を問題にしていた⁽⁴⁵⁾。最高裁も憲法13、14条の他、憲法24条（権利 γ ）違反の不存在を述べている⁽⁴⁶⁾。

3号要件の先例である判例③・④に関しては、筆者のアクセスできる資料・データベースでは、抗告理由などを入手できず、また最高裁の決定も——令和

(44) 平成31年1月23日・最高裁第二小法廷決定 [WIJ:2019WLJPCA01239001]

(45) 平成31年3月27日・京都家裁審判 [WIJ:2019WLJPCA03276022]。大阪高裁決定に関する匿名解説「判批」判タ1473号（2020年）69頁以下も参照。

(46) 筆者がアクセス可能な資料では抗告理由書等に当たることができなかったため、何故、最高裁判所が憲法24条に言及したのかは明らかにできなかった。なお、第一審の判旨でも憲法24条は登場するが、これは憲法13条違反の不存在を示すために登場しているのであって、2号要件の憲法24条の憲法適合性の論証とは異なる（平成31年3月27日・京都家裁審判 [WIJ:2019WLJPCA03276022]）。

3 年決定の多数意見と同じく——「憲法 13 条、14 条 1 項を挙げるものの、いかなる実体的権利が問題となるのか……何ら説明はされていない」ため⁽⁴⁷⁾、そもそも憲法 13 条の何の権利を論じたのか分からない。少なくとも身体への侵襲は問題となっていないため権利 β ではないし、婚姻要件の問題でもないため権利 γ でもない。差し当たり、令和 3 年決定の申立人と同じ内容を主張し、これに対応して最高裁は権利 a と δ の憲法適合性を論じていたと仮定する。

以上のように、判例①-⑤はどれも同じく憲法 13 条と 14 条が問題とするが、その内実は異なっている。このことが審査密度の相違に繋がり、そして、事情の変遷論の言及の有無にも繋がっているのかもしれない。この相違は参照する判例の違いにも現れている。以下、表にしてまとめる。

表

判例	判例①	判例②	判例③-⑤
問題となった権利・利益	α 、 β 、 δ	α 、 γ 、 δ	α 、 δ
侵害の程度	非常に高い (β 1-3)	言及無	言及無
立法裁量の言及 ⁽⁴⁸⁾	無	有	有
審査密度	濃	薄	薄
事情の変化への言及	有	無	無
「現時点の」留保	有	有	無
共通して参照する判例	昭和 30 年 7 月 20 日・最高裁大法廷判決(民集 9 卷 9 号 1122 頁) ⁽⁴⁹⁾ 昭和 39 年 5 月 27 日・最高裁大法廷判決(民集 18 卷 4 号 676 頁：待命処分判決)		
上記以外で参照している判例	昭和 44 年 12 月 24 日・最高裁大法廷判決(刑集 23 卷 12 号 1625 頁：京都府学連事件判決)	平成 27 年 12 月 16 日・最高裁大法廷判決(民集 69 卷 8 号 2586 頁：夫婦同姓合憲判決)	判例⑤は判例③・④を参照

(47) 坂田・前掲注 3) 32 頁。

最高裁の考える権利の性質や侵害の程度に由来するのか、3号要件に関しては改正前後共に、消極的な態度を取っている状況である。また判例①（と補足意見）・②も、審査密度が濃かったり、将来的に違憲となり得る可能性を示唆するものの、いずれも合憲という結論には変わりがない。このような状況下で、明示的に改正後3号要件に一石投じた反対意見の存在それ自体が⁽⁵⁰⁾、本令和3年決定の意義の一つである。

II. 宇賀反対意見の検討

では、この反対意見の内容は如何なるものなのか。これを確認し（1）、検討する（2）。

1. 確認

宇賀反対意見のうち、検討に必要な箇所をドイツ三段階審査⁽⁵¹⁾を用いて整

(48) この点につき、判例①が「立法裁量に言及して」いないことから、「制度準拠型思考」ではなく「自由権侵害の有無を審査する通常の枠組み」を採用したという、松本の分析が参考になる（松本・前掲注4）63-64頁）。これに依拠すると、判例①と宇賀反対意見は自由権侵害型の思考、判例②-⑤は制度準拠型思考ということになる。

(49) 昭和30年7月20日・最高裁大法廷判決が引用されている趣旨については、松原は「特別法の子なし要件に関する決定で、……「身分関係に伴う法的安定を保持する」という立法目的の場合に広範な立法裁量が認められることを窺わせている」（齊藤・前掲注2）115-116頁）という齊藤の文献を引用して、「本決定もその文脈でとらえることができる」（松原・前掲注30）137頁）と指摘する。しかし、これらの分析では、立法裁量論を論じていない判例①が昭和30年判決を参照する意味が説明できない。判例①でも最高裁判所は黙示的に立法裁量を前提にしていたと捉えるか、それとも、一連の決定において最高裁は単に憲法13条と14条の両方が問題となり判断した初期の事例として、昭和30年7月20日・最高裁大法廷判決を単に参照しているかのいずれかであろう。

(50) 坂田・前掲注3）31頁以下。武田芳樹「判批」法教499号（2022年）99頁。

(51) 三段階審査については鈴木秀美・三宅雄彦（編）『ドイツの憲法判例』（信山社、2021年）34-36頁（三宅雄彦）参照。

理し、引用する⁽⁵²⁾。

(A) 保護領域

「もし、生まれつき、精神的・身体的に女性である者に対して、国家が本人の意思に反して「男性」としての法律上の地位を強制し、様々な場面で性別を記載する際に、戸籍の記載に従って、「男性」と申告しなければならないとしたならば、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」。

このような「自己同一性が保持されていることの保障の必要性は……医療的措置により身体的に女性となった者」にも及ぶ。

(B) 介入

改正後 3 号要件は「精神的には女性であるにもかかわらず身体的には男性であった者が、医療的措置によって身体的に女性となった場合にも、戸籍上の性別との不一致を解消することを制限」している。

(C) 正当化

(a) 3 号要件の趣旨は、「[中略] 親子関係に影響を及ぼしたりしかねないことなど、子の福祉の観点から問題であるという指摘を受けたものであった」。

改正後 3 号要件は「[現に未成年の子がいないこと]という要件に緩和されている。したがって、子が成年に達していれば、「女である父」や「男である母」の存在は認められており、男女という性別と父母という属性の不一致が生ずる事態は容認されていることになる。そうすると、上記改正後は、男女という性別と父母という属性の不一致が生ずることによって家族秩序に混乱を生じさせることを防ぐという説明は、3 号要件の合理性の根拠としては……脆弱な根拠となったといえるように思われ

(52) 以下、令和 3 年 11 月 30 日・最高裁決定 [WIJ:2021WLJPCA11309007]

る。そうすると、「女である父」や「男である母」の存在を認めることが、未成年の子に心理的な混乱や不安などをもたらしたり、親子関係に影響を及ぼしたりしかねず、子の福祉の観点から問題であるという説明が合理的なものが、主たる検討課題になる」。

(b1)「性別の取扱いの変更の審判を申し立てる時点では、未成年の子の親である性同一性障害者は、ホルモン治療や性別適合手術により、既に男性から女性に、又は女性から男性に外観……が変化しているのが通常であると考えられるところ、未成年の子に心理的な混乱や不安などをもたらすことが懸念されるのは、この外観の変更の段階であって、戸籍上の性別の変更は、既に外観上変更されている性別と戸籍上の性別を合致させるものとどまるのではないかと考えられる。」

(b2)「成年に達した子であれば、親の性別変更をそれほどの混乱なく受け入れることができるが、未成年の子については、混乱が生ずる可能性が高いという前提についても、むしろ若い感性を持つ未成年のほうが偏見なく素直にその存在を受け止めるケースがあるという専門家による指摘もある。」[中略]「実際、3号要件のような制限を設けている立法例は現時点で我が国以外には見当たらない」。

(b3)「他方で、親の外観上の性別と戸籍上の性別の不一致により、親が就職できないなど不安定な生活を強いられることがあり、その場合には、3号要件により戸籍上の性別の変更を制限することが、かえって未成年の子の福祉を害するのではないと思われる。」

(b4)「性同一性障害者の戸籍上の性別の変更を認めても、子の戸籍の父母欄に変更はなく、子にとって父が父、母が母であることは変わらず、法律上の親子関係は変化しないから、親権、監護権、相続権などにも影響を与えない。そして、社会的にごく少数と思われる性同一性障害者の戸籍における性別の変更は、我が国の大多数の家族関係に影響を与えるものでもない。したがって、3号要件が、我が国の家族秩序に混乱を生

じさせることを防止するために必要という理由付けについても、十分な説得力を感ずることができない。」

(c) 「未成年の子の福祉への配慮という立法目的は正当であると考えますが、未成年の子がいる場合には法律上の性別変更を禁止するという手段は、立法目的を達成するための手段として合理性を欠いているように思われる。」

2. 検討

本件宇賀反対意見の意義・内容を検討する。既に坂田により詳細な検討がされている箇所は確認程度の言及に留める。

(i) 第一の意義として、宇賀反対意見が「自己同一性を保持する権利」(権利 *a*) という「これまでの最高裁では認められたことのない概念」を憲法 13 条の権利として認めたことを挙げなければならない⁽⁵³⁾(上記 A)。

判例②-⑤のいずれにおいても、最高裁法廷意見・多数意見は憲法 13 条の問題として設定しているが、判旨からどの権利を問題としているかは読み取れない。判例②や判例⑤については当事者の主張から、権利 *a* を念頭に憲法 13 条の憲法適合性を検討していると推察されるが、坂田の言うように、最高裁が権利 *a* を憲法上の権利として明示的に認めたわけではない。

更に、確かに判例①の補足意見は権利 *a* 的な「法的利益」*a* に言及してはいるものの、同意見が特に問題視したのは法的利益 *a* ではなく、「身体への侵襲を受けない自由」(権利 *β*) であったことにも留意しなければならない⁽⁵⁴⁾。そのため、審査密度が濃かった判例①の補足意見の射程は身体への侵襲性が存在する場合に限られる。一方で、権利 *a* を憲法 13 条の保障内容に含めることを前提とする宇賀反対意見の射程は、3号要件のみならず、特例

(53) 坂田・前掲注 3) 32-33 頁。齊藤・前掲注 31) 183 頁、松田・前掲注 25) 98 頁、武田・前掲注 50) 99 頁も参照。

(54) 坂田・前掲注 3) 33 頁。

法3条の他の要件の憲法適合性にまで及ぶ。

なお、日本でも度々言及されていることだが⁽⁵⁵⁾、ドイツにも本特例法と類似する「特別な場合における名の変更及び性の帰属の確認に関する法律」⁽⁵⁶⁾が存在する⁽⁵⁷⁾。同法8条は一定の要件を満たす場合には「申立てにより、裁判所は、当該者が他方の性に属するものと認められるべきことを確認するものとする」と定める⁽⁵⁸⁾。この要件の中には、「非婚要件」(削除済み)⁽⁵⁹⁾、「生殖能力」の喪失・「外科手術」による明白な外観近似要件が存在していた⁽⁶⁰⁾。前者の要件は2008年5月27日・連邦憲法裁判所第一法廷決定にて、後者の要件は2011年1月11日・連邦憲法裁判所第一法廷決定にて、違憲という結論が出されている⁽⁶¹⁾。前者は次のように論じる。

「性転換希望者の場合のように自分の性別の認識と、外見上の性別の特徴が矛盾するとき、そして、ある希望者が、その者の肉体を精神と一致させるために、認識してきた性別の外見に適合するために外科手術を受けたとき、人間の尊厳と人格保護に対する権利は以下のことを要請する。当事者の自己決定権を顧慮すること、その者の新しい性別の自己同一性

(55) 木村草太「判批」法時91巻5号(2019年)5頁。

(56) 藤戸敬貴「ドイツにおける法的性別変更」外国の立法285(2020年)61、64頁。

(57) ドイツを含む外国の法制度については木村・前掲注55)5頁のほか、大島俊之「性同一性障害に関する法的な諸問題」南野・前掲注8)37-39頁、棚村政行「性同一性障害者と法」南野(代表編集)・前掲注5)279-285頁、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(2020年)85頁以下。

(58) 藤戸・前掲注56)64頁。

(59) 藤戸・前掲注56)64頁脚注7。

(60) 藤戸・前掲注56)64頁。条文には残っているが「法律による新しい規定が施行されるまでは適用されないこととなっている」(同頁脚注8)。

(61) 藤戸・前掲注56)64頁脚注7、8。それぞれ、ドイツ憲法判例研究会(編)『ドイツの憲法判例IV』(信山社、2018年)掲載の春名麻季「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」69-72頁、平松毅「性同一性障害者に戸籍法上の登録要件として外科手術を求める規定の違憲性」73-76頁に詳細な判例解説が存在する。

を認めること、戸籍上の身分を今では精神・肉体に基づき当事者が帰属している性別に分類することである。」⁽⁶²⁾

このように連邦憲法裁判所では、宇賀反対意見が言う「自己同一性を保持する権利」を「基本法 1 条 1 項と結びついた基本法 2 条 1 項」により保障する（権利 a' ）⁽⁶³⁾。なお、2011 年決定では、権利 a' に加えて、権利 β' が言及されている（「……手術は、当事者にとって複数の相当な健康上のリスク・副作用を伴う、基本法 2 条 2 項によって保護された身体の新侵害性の過度な侵害である」⁽⁶⁴⁾）。判例①の補足意見で権利 β が言及されたことを想起させる。

(ii) 第二の意義として宇賀反対意見の正当化審査が「総合的衡量の判断枠組みではなく、目的手段図式の判断枠組みを用いている」ことを挙げなければならない⁽⁶⁵⁾。

判例①の多数意見は「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」すると述べ、補足意見も「本件規定の目的、当該自由の内容・性質、その制約の態様・程度等を総合的に較量して、必要かつ合理的なものとして是認されるか否か」という総合衡量型であった⁽⁶⁶⁾。補足意見の審査の内容も立法目的を確定するもののそれが正当なものか否かには言及せず、立法者が懸念する家族秩序の混乱が限定的なものであることと事情の変化を論じるものである。

では、宇賀反対意見の正当化審査はどのようなものだろうか。

まず、目的審査を行っている (Ca)。この目的審査は二段階から成っている。

(62) BVerfGE 121,175 (190f). 春名・前掲注 61) 69-70 頁。また、谷口・前掲注 14) 266 頁脚注 43 参照。

(63) BVerfGE 121,175 (190). 春名・前掲注 61) 70 頁。

(64) BVerfGE 128,109 (131). 平松・前掲注 61) 74 頁。同決定は判例①の評釈で参照・言及される（木村・前掲注 55) 5-6 頁、春山・前掲注 37) 332-333 頁。ドイツ基本法の条文は初宿正典（訳）『ドイツ連邦共和国基本法』（信山社、2018 年）2 頁を参照。

(65) 坂田・前掲注 3) 34 頁脚注 9。

(66) 平成 31 年 1 月 23 日・最高裁第二小法廷決定 [WIJ:2019WLJPCA01239001]

(一) 第一に、3号要件の二つの目的の内、家族秩序の混乱防止（目的①）が法改正により脆弱になったことへの指摘である。そのため、改正後3号要件を支える目的は、子どもの心理的な不安防止などの「子の福祉」（目的②）のみになる。(二) その上で、この目的②それ自体は「正当」であると論じている（Cc）。

続いて手段審査に移行している（Cb）。改正後3号要件という手段（「未成年の子がいる場合には法律上の性別変更を禁止するという手段」）は、「既に男性から女性に、又は女性から男性に外観……が変化している」場合には、「戸籍上の性別の変更」によっては、「未成年の子に心理的な混乱や不安」は生じない（Cb1）。つまり、目的②を促進したり、この達成に寄与せず、寧ろ「未成年の子の福祉を害する」（Cb3）。更に、宇賀反対意見は実質的に意義を失った目的①に対する手段についても検討する。3号要件の有無は「親子関係」の維持という目的の促進に寄与せず、また立法者が懸念する家族秩序の混乱も限定的であると言う（Cb4）。

以上をまとめると次のとおりである。宇賀反対意見の審査構造は三段階審査で整理することができる。正当化審査では、まず、目的に関する審査を行う。この内容は目的確定の審査と、確定した目的の正当性の審査である。続いてここで確定し、かつ、正当な目的を達成するための手段として、本件3号要件が適当かを審査している。宇賀反対意見の審査枠組みの意義はこのような目的手段審査を用いたことに留まらない。その審査の内容が、比例原則審査を行なっている点を挙げなければならない⁽⁶⁷⁾。なお、審査においては、専門家の意見や、海外の法制度を参照している。更に、本稿省略した箇所では、脚注12で紹介した学校での差別の惹起という立法時の予測については、「戸籍における性別の変更」の事実は「同級生」等「に知られるわけではない」から、「説得力がないように思われる」。「学校等で差別が生ずるとすれば、そ

(67) 比例原則審査の審査内容については鈴木・三宅・前掲注51) 36頁（三宅）参照。

れは差別する側の無理解や偏見を是正する努力をすべきなのではないかと思われる」と論じる⁽⁶⁸⁾。審査密度を濃くして、徹底的に、立法者の抽象的すぎる予測を洗い出して、それを否定していることが窺える。

おわりに：平等審査の余地

1. 平等審査

以上のように、宇賀反対意見は権利 a (i) を認めた点、そして、坂田の言うように目的・手段図式を用いることにより「合憲性審査の客観性確保という観点からも評価でき」(ii)⁽⁶⁹⁾、更に、比例原則審査を行なった点においても意義が存在する。

しかし、宇賀反対意見は憲法 13 条の権利 a に焦点を当てているが——その内容は本稿筆者からしても結論、結論に至った理由共に賛同するが——、次の理由から、権利 a 以外の選択肢が必要なのではないか。

確かに、宇賀反対意見が認めた権利 a と「同旨のことは、外国法研究の知見も踏まえて、既に多くの学説が提唱してきたものである」と指摘され⁽⁷⁰⁾、現に上述の通りドイツ連邦憲法裁判所も権利 a を認めている。一方で、判例⑤の匿名解説は申立人の主張した権利 a について「生物学的な性にかかわらず、……法的な性別を……心理的・社会的・身体的な性に合致させるよう要求できる権利が、憲法 13 条によって保障されるものとしているように見受けられるが、これまでこの点について判断を示した裁判例は見当たらない」と指摘する⁽⁷¹⁾。そのため、改正後 3 号要件の違憲性については、憲法 13 条違反の検討に加えて、憲法 14 条 1 項の平等原則違反も検討することも有益である

(68) 令和 3 年 11 月 30 日・最高裁決定 [WIJ:2021WLJPCA11309007]。また、渡邊・前掲注 28) 112 頁。

(69) 坂田・前掲注 3) 34 頁脚注 9。

(70) 坂田・前掲注 3) 33 頁、松原・前掲注 30) 137 頁。

(71) 匿名解説「判批」判タ 1495 号 (2022 年) 80-81 頁。

う。特例法3条の要件の憲法適合性を論じる文献でも、平等審査の可能性を主張するものも増えている⁽⁷²⁾。以下、この点を検討する。

判例③ - ⑤の多数意見はいずれも憲法13条と14条1項を一緒くたにして審査密度の薄い審査を行なっているが、そもそも、自己決定権と平等原則はそれぞれ異なる性質のものであるため、別々に論じるのが適切であるように思われる。同裁判所が先例として引用する昭和30年7月20日・最高裁大法廷判決も両者を分けて論じている⁽⁷³⁾。

両審査を分けた上で、未成年の子どもがいる者と、未成年の子どもがいない者の間の別異取扱いについて平等審査をする必要がある。なお、比較集団の設定については、坂田は判例⑤で申立人が主張した上記の区別ではなく、「性同一性障害者と非性同一性障害者との区別」の問題であると述べる⁽⁷⁴⁾。坂田の主張の背景には、4号要件の平等問題について上記の比較を論じた松本和彦の指摘がある。確かに、4号要件の不平等性を主張する場合には、性適合手術という非性同一性障害者「にはない負担を」、性同一性障害者が「背負い込むことになる」ため、性同一性障害者と非性同一性障害者との区別という比較集団を設定する必要がある⁽⁷⁵⁾。一方、3号要件では、同じ性同一性障害者であっても、未成年の子がいない性同一性障害者は他の要件を満たせば性別の取扱いを変更することができ、「自己同一性を保持する」ことができるのに対して、未成年の子がいる性同一性障害者は、他の要件を満たしたとしても、子が成年になるまでの年月の間、性別の取扱いを変更することができず「自己同一性を保持する権利」が侵害された状態が続くという別異取扱い

(72) 脚注4に挙げた文献、中曾・前掲注30) 13-14頁参照。

(73) 民集9巻9号1124頁。また、憲法22条1項と14条1項の両方が問題となった西宮市住宅条例事件でも一論じる順番の適否はさておき（この点は、拙稿「ドイツ一般的平等原則における審査モデルの一検討」一法19巻2号（2020年）781頁脚注234参照）—両者を分けて論じている（民集69巻2号423頁）。

(74) 坂田・前掲注3) 35頁。

(75) 松本・前掲注4) 66頁。

の問題である。そのため、本稿筆者としては、訴訟で主張された比較集団の設定でも問題ないのではないかと思う⁽⁷⁶⁾。

平等審査の審査密度の濃淡については、国籍法違憲判決（平成 20 年 6 月 4 日・最高裁大法廷判決）や再婚禁止期間部分違憲判決（平成 27 年 12 月 16 日・最高裁大法廷判決）を手がかりにすると、（指標 a）「重要な法的地位」⁽⁷⁷⁾に関わる場合や、権利・利益に対する「直接的な制約」⁽⁷⁸⁾が存在する場合、（指標 b）区別の基準に対して当事者の影響可能性が低い場合には、審査密度を濃くしなければならない⁽⁷⁹⁾。

本決定に照らして考えてみよう。宇賀反対意見が権利 a を、判例①が法的利益 a を論じていることから、振れ幅は存在するものの指標 a は存在すると言える。

問題は指標 b である。

改正前 3 号要件の憲法適合性が問題となった判例③・④が要素（b）について言及していないのは不適當である。「この要件は子が亡くならない限り性別の変更を認めないということであり」⁽⁸⁰⁾、当然、このような要件達成に対して、当事者の影響可能性は存在しないのである。このことは判例③の判例

(76) 例えば、「法的性別変更」について「25 歳以上であること」を要件として設けていたことの憲法適合性が問題となった 1982 年 3 月 16 日・ドイツ連邦憲法裁判所決定（藤戸・前掲注 56）57 頁。拙稿「連邦憲法裁判所における一般的平等原則審査の変遷」一法 18 卷 3 号（2019 年）1219 頁）では、「戸籍上の身分の変更が 25 歳のトランスセクシュアル（Transsexueller）には開かれているが、この変更が「25 歳未満のトランスセクシュアルにはそれ以外では同じ事情であったとしても拒絶されている」ことの不平等取扱いが問題となっている（BVerfGE 60,123 (133)）。トランスセクシュアルとトランスセクシュアルではない者の間の別異取扱いではない。

(77) 民集 62 卷 6 号 1372 頁。

(78) 民集 69 卷 8 号 2432 頁。

(79) 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法 I』（日本評論社、2016 年）147、152 頁（渡辺）。以上の点を含む審査密度のメルクマールに関する日独の共通項については拙稿・前掲注 76）1258 頁以下を参照。

評釈において、「他の要件については、その是非はさておき、時間の経過や本人の努力次第で満たすことが可能であるが、子なし要件についてはその限りではない」と、稲葉実香が全くもって適切にも指摘している通りである⁽⁸¹⁾。

改正後3号要件では、「子なし」から「未成年の子なし」に要件が変わったことにより、不利益の程度は減少したかもしれない⁽⁸²⁾。しかし、場合によっては最長18年間、自身の戸籍を変更できない状況に陥る当事者もいるであろう⁽⁸³⁾。本件でも、Xの子Bも当時9歳であり、Bが未成年の間、Xは法的な性別を変更できないままである。当然、子（B）の成年/未成年に対して、当事者（X）の努力などの影響可能性は存在しない。改正後3号要件も、本人影響可能性はなく、指標bが存在する。

このように考えると、国籍法違憲判決と同程度に厳格な審査に至らずとも、比較的審査密度の濃い審査が必要であろう。先例（判例③・④）から抜け出すべきである。

2. まとめ

(80) 浅野博宣「性同一性障害特例法と法の下での平等」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法〔第3版〕』（信山社、2022年）86頁。

(81) 稲葉実香「判批」法教342号別冊付録判例セレクト2008（2009年）5頁。なお、判例③・④が要素（a）（b）にも言及せず、審査密度の極めて薄い審査をした背景には、特例法の「見直し条項が付されて」いること、それ故「近く国会で議論が行われることを前提に」したことも指摘されている（5頁）。しかし、同所で、稲葉が指摘するように、当然、法改正の可能性が高く不平等な状況が改善し得ることは、裁判所がその憲法適合性の審査を放棄する理由にはならない。本人の影響可能性の不存在につき、二宮周平「性同一性障害特例法の合憲性」谷口洋幸・齊藤笑美子・大島梨沙（編）『性的マイノリティ判例解説』（信山社、2011年）36頁も同旨。

(82) 谷口・前掲注14）267頁、齊藤・前掲注2）111頁参照。

(83) この問題も既に指摘されている。田端章明・石田仁「性別に違和感を抱える人びとは特例法をどう受け止めたのか」・石田（編）前掲注14）76頁、中曾・前掲注30）13頁、稲葉・前掲注81）5頁。

上記のように本稿は憲法 13 条違反以外の選択肢を提示する。すなわち、憲法 13 条で保障されている「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」への権利制約・介入の論証を伏線にして—仮に 13 条違反が裁判所に認められない場合であろうとも—(要素 (a) の認定)⁽⁸⁴⁾、これに加えて本人の影響可能性 (要素 (b)) の有無により、審査密度を濃くして平等原則違反の有無を検討することが可能であるように思われる。

そして、①「正当な目標」、②適当性審査 (「不平等取扱いは立法者が追求した目的の達成に適當でなければならない、すなわち、不平等取扱いは目指されている目的を促進しなければならない」、③必要性審査 (「同様の効果を伴って目的が達成するようなより緩やかな手段が存在してはならない」)⁽⁸⁵⁾、④狭義の比例審査 (「相違の重要性と不平等取り扱いの重要性」の衡量) という比例原則審査⁽⁸⁶⁾の下、本件不平等取扱いを審査する必要があるだろう。

判例⑤における平等原則審査を論じる文献には、改正後 3 号要件の違憲の疑いが強い理由として、性同一性障害者が憲法 14 条 1 項後段列挙事由の「社会的身分」に該当することを挙げているものもある⁽⁸⁷⁾。しかし、周知のように、判例は後段列挙事由に対して例示列挙説を維持している。そのため、「社会的身分」該当性による違憲の可能性を、研究者から実務に向けてボールを投げ

(84) この「個々の実体的基本権侵害を否定しながらも、それらに触れる規制の一般的平等原則の侵害を認定するという判断方法」はドイツで用いられている平等審査方法の特徴の一つである (春名麻季「生活パートナーシップ関係の下での継養子の可否」ドイツ憲法判例研究会 (編)・前掲注 61) 117 頁)。

(85) 例えば、棚村は「性別変更により関係者の利益が害されないことという消極的要件を課して、家庭裁判所が性別変更の審判をする際に、子の意見を聴取した上で総合的に判断すればよい」という手段を提案している (棚村・前掲注 57) 291 頁。藤戸・前掲注 57) 91 頁も参照)。この点は 3 号要件改正時も議論になったようである (川崎・前掲注 10) 227-229 頁)。

(86) 以上、*Gerrit Manssen, Staatsrecht II 18.Aufl., 2021, Rn. 922-925.*

(87) 坂田・前掲注 3) 35-36 頁、中曾・前掲注 30) 13-14 頁。

でも無視されるであろう——無論、学説が議論しなくてよいというわけではないが。そのため、後段列举事由該当性ではなく、国籍法違憲判決が採用した思考枠組みを用いて本稿筆者なりに投球を試みた次第である⁽⁸⁸⁾。

もちろん、平等審査という道具にのみ頼れば良いというわけではない。前述の通り、平等審査の審査密度を上げるためには、他の基本権との関連性も必要である。そのため、「自己同一性を保持する権利」の権利としての重要性を高めることと、平等審査の妥当性・有効性は両輪の関係にある。この意味で、宇賀反対意見は両輪の内の一つを完成させたかもしれない。本稿は暫定的ではあるが、もう一つの車輪の構成を試みた⁽⁸⁹⁾。

(88) 執筆中に門田孝『『社会的身分』論からの解放に向けて：憲法14条1項後段列举事由特別意味説に対する疑問』（口頭発表）広島公法研究会（2022年12月17日、オンライン）に接した。

(89) 性同一性障害者の名前変更が付されていた年齢制限が問題となった1993年1月26日・連邦憲法裁判所第一法廷決定でも平等原則が問題となった。そこでも審査密度を考慮する際に、基本法1条1項と結びついた基本法2条1項が用いられている（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（編）『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第2版〕』（信山社、2006年）68、71頁。拙稿・前掲注76）1221頁以下。Vgl.BVerfGE 88,87（97,102）。