

判例研究

性同一性障害特例法 3 条 1 項 4 号が 憲法 13 条に違反し無効とされた決定 —最大決令和 5 年 10 月 25 日裁判所ウェブサイト

檜 垣 宏 太

目次

- I 事案の概要
- II 判旨
- III 評釈

I 事案の概要

最大決令和 5 年 10 月 25 日裁判所ウェブサイト（以下「本決定」という。）⁽¹⁾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」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。

原審（広島高岡山支判令和 2 年 9 月 30 日判例集未登載）は、X 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、4 号に該当するものではないとした上で、4 号は、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

(1) 本決定の評釈として、小林直三「性別の取扱い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に関する最高裁大法廷決定に関する一考察」WLJ コラム特報 301 号（文献番号 2023WLJCC023）、羽生香織「父母の属性—生殖腺の摘出要件廃止が民法に及ぼす影響」新・判例解説 Waech 民法（家族法）No.150（文献番号 z18817009-00-041502395）。

47 - 性同一性障害特例法3条1項4号が憲法13条に違反し無効とされた決定（檜垣）

ところ、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。

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号に関するXの主張、すなわち、抗告人は5号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。

II 判旨

・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

〔(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。

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。

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、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。

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うべきである。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。

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えることができない限り、許されないといえるべきである。

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。」

「(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。

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。

以上検討したところによれば、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、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。」

「(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見ることとする。

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。

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うべきである。

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

43 - 性同一性障害特例法3条1項4号が憲法13条に違反し無効とされた決定（檜垣）

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条に違反するものというべきである。

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。」

本決定は裁判官全員一致の意見である。なお、岡正晶の補足意見、三浦守、草野耕一、宇賀克也の反対意見がある。

Ⅲ 評釈

1 はじめに

本決定は、戦後12例目の法令違憲の判決・決定である。性同一性障害特例法3条1項4号を15人の最高裁判所裁判官全員一致で違憲と判断した。わずか4年前の平成31年に第2小法廷が同号につき合憲判断⁽²⁾を下していたことと、令和5年10月25日時点で依然日本社会においてトランスジェンダーに対する偏見が根強くあることを踏まえると、平成31年決定を明示的に判例変更した上で違憲と判断したことは非常に重い判断であると言わざるをえない。そして、その違憲の理由付けにおいて最高裁としてはじめて、日本国憲法における包括的基本権規定であるとされる憲法13条の保障内容について、「人格的生存に関わる重要な権利」が保障されているとした点、日本国憲法上明文のない「身体的自由」について憲法13条で保護されるとした点、憲法上

(2) 最2決平成31年1月23日集民261号1頁。

の権利の放棄を「余儀なくさせる」ことを「制約」であると認定している点で判例実務上及び学説上きわめて重要な意味を持つ判決である。よって、その意義に鑑み、判例評釈を執筆するものである。

以下では、本決定多数意見の判断枠組みが①保護範囲②制約③正当化のいわゆる三段階審査⁽³⁾に従って分節して読解可能であることから、三段階審査に従って分析を加える。もっとも、これは本稿筆者が、本決定ないし他の判決が完全に三段階審査に従っていると認識しているわけではなく、あくまで判文の構造上の相似性と分析の便宜から用いるものに過ぎない。

2 保護範囲

多数意見第 2. 2. (1) 第一段落は保護範囲についての論述である。

多数意見は、非常にシンプルに、

「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。」

と述べる。

ここは、①憲法 13 条は「人格的生存に関わる重要な権利」を保護している、②「身体への侵襲を受けない自由」は「人格的生存に関わる重要な権利」である、ゆえに③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、

(3) 松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001 年）、石川健治「憲法解釈学における「議論の蓄積志向」」法時 74 卷 7 号 60-65 頁（2002 年）、小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第 3 版〕』（尚学社、2016 年）〔初版 2009 年〕等参照。

41 - 性同一性障害特例法3条1項4号が憲法13条に違反し無効とされた決定（檜垣）

という三段論法のお手本のような記述になっている。

よって、「身体への侵襲を受けない自由」は憲法13条で保障されていることとされた。

もっとも、多数意見はかかる自由の保護の程度については触れていない。

憲法13条については、学説上かねてから①その法的効果の有無⁽⁴⁾や、②法的効果があるとして前段・後段を分節して異なる法的効果を与えるかどうか⁽⁵⁾、さらには③保障対象は人格的利益か一般的行為自由か⁽⁶⁾という形での対立があった。

本決定は、以上の争点について、（必ずしも他方の立場を排斥する趣旨かはともかく、）①について法的効果があること、②について前段・後段を分節せず、一体として取り扱うこと、③について人格的利益が保障されることを明言した。もっとも、③について、通説（芦部信喜）は、幸福追求権を「個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体」⁽⁷⁾（傍点本稿筆者）であるとしていたところ、本決定は「人格的生存に関わる重要な権利」（傍点本稿筆者）としている。これは「不可欠」とまで言えない利益をも包含する形で、以前よりも保護範囲を拡大した佐藤幸治説を採用したと見ることができる⁽⁸⁾が、今後の判例の展開に待たざるをえない（なお、宇賀反対意見3

(4) 法的効果を認めない立場として美濃部達吉『日本国憲法原論』（有斐閣、1948年）167頁。認める立場として芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）328-355頁、佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2021年）193-220頁ほか現在多数説。

(5) 前段・後段を分離する見解として根森健「人権としての個人の尊厳」法教175号54-57頁（1995年）、長谷部恭男『憲法〔第8版〕』（新世社、2022年）113-116頁等。

(6) 人格的利益説の代表が種谷春洋「第1章 生命・自由および幸福追求権」芦部信喜編『憲法Ⅱ 人権（1）』151-152頁（有斐閣、1978年）、芦部・前掲注（4）344頁、佐藤・前掲注（4）197頁。対して一般的行為自由説の代表が阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993年）236-242頁、戸波江二「幸福追求権の構造」公法58号18頁（1996年）である。

(7) 芦部・前掲注（4）344頁。

(8) 佐藤・前掲注（4）196頁。なお、かかる佐藤説の変遷を指摘する近時の論稿として、齊藤正彰「人格的利益説の終焉？」北大法学論集73巻2号47頁（2022年）。

は「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」について「幸福追求にとって不可欠」であるから「憲法 13 条で保障される基本的人権」といえるとしており、憲法 13 条で保障されるためには「重要」程度でよいのか、それとも「不可欠」でなければ保障されないと考えているのか明確ではない。もっとも、宇賀裁判官も特例法 3 条 1 項 4 号を違憲とする部分については多数意見に加わっているのだから、ここまでで検討した「人格的生存に関わる重要な権利」が憲法 13 条で保護されるという前提理解は共有していると考えべきであろう。従って、ここで宇賀裁判官が言う「不可欠」は、規範として提示しているものではなく、あてはめレベルにおいて、「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」利益が「幸福追求にとって不可欠」であるから当然「人格的生存」にとって「重要」であるという評価を行っているにすぎないと理解すべきであろう)。①及び②については、京都府学連判決⁽⁹⁾や(表現の自由の制約を正当化する対抗利益としての名誉の保護の憲法上の基礎づけというやや微妙な場面ではあるが)北方ジャーナル判決⁽¹⁰⁾で認められていたといえるが、③については、本決定で初めて明言された。その意味で極めて重要な意義を有する判決である。

そして、なぜ本決定が、最高裁が従来避けてきた大上段の議論を、しかも最高裁大法廷 15 人の裁判官全員一致の判断の下で展開したかという、憲法 13 条の根本にある人格権、それを構成する 2 つの根本要素である「精神」と「身体」の相反・衝突⁽¹¹⁾がトランスジェンダーの抱える苦痛・問題⁽¹²⁾の本体だったからではないだろうか。つまり、本件で争われている性同一性障害特例法 3 条 1 項 4 号の憲法適合性判断は、本質的に、憲法 13 条についての深い省察

(9) 最大判昭和 44 年 12 月 24 日刑集 23 卷 12 号 1625 頁。

(10) 最大判昭和 61 年 6 月 11 日民集 40 卷 4 号 872 頁。裁判所による名誉毀損を理由とする出版差止仮処分が憲法 21 条に反しないとする論証の過程で「言論、出版等の表現行為により名誉侵害を来す場合には、人格権としての個人の名誉の保護(憲法 13 条)と表現の自由の保障(同 21 条)とが衝突し、その調整を要することとなる」と判示した。

39 - 性同一性障害特例法3条1項4号が憲法13条に違反し無効とされた決定（檜垣）

なしに説得力のある論証が展開できない窮地に最高裁大法廷を追い込む性質を持っていた問題であったといえる。このことは、三浦反対意見が「指定された性と性自認が一致しない者の苦痛や不利益は、その尊厳と生存に関わる広範な問題を含んでいる」と「尊厳」に言及することとも、その意味で平仄があう。

3 制約

多数意見第2.2.(1)第二段落から第四段落は制約についての論述である。まずは第二段落である。

「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。」

-
- (11) 建石真公子「性転換とはどのような人権か」法セ525号22頁（1998年）。また、「身体的自由が確保され、国家により公的に「人格」が承認されているにもかかわらず、あるいはそれゆえに、後景に隠れていた精神の自由がクローズアップされるようになる」と明確に指摘していたのは、石川健治「人格と権利」ジュリ1244号27頁（2003年）である。
- (12) ショーン・フェイ（高井ゆと里訳）『トランスジェンダー問題』（明石書店、2022年）375頁は、「私たちは、論争されたり馬鹿にされたりするための「問題」ではない。」と、結論の章で同書の題名の解題を行っている。「トランスジェンダー問題」とは、通常、トランスジェンダーではない圧倒的多数のシスジェンダーの目から見れば、トランスジェンダー、特にMtFのトイレや公衆浴場の利用の可否の「問題」として観念されるが、トランスジェンダーの目から見た社会が真に取り組むべきトランスジェンダーの「問題」とは、トランスジェンダーが異常者として扱われることで暴力や殺害の対象にされたり、職につけなかったり、住居がなくホームレスにならざるをえなかったりという、そういう切実な「問題」なのである、ということのアイロニカルな示唆である。

ここも、保護範囲の論証部分同様、見事な三段論法になっている。すなわち、①「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」の「強制」は「身体への侵襲を受けない自由」に対する「重大な制約」になる。②「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。ゆえに③「生殖腺除去手術」の「強制」は「身体への侵襲を受けない自由」に対する「重大な制約」である、と。

ここでのポイントは、「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」はさらに2つに分節可能であるところ、(ア)「危険を伴う」と(イ)「不可逆的な結果をもたらす」との関係が問題になる。本稿筆者は「生命又は身体への」「危険を伴う」だけでも、つまり(ア)のみでも、「強度な侵襲」と言うことはなお可能であると考え、(ア)だけでなく(イ)の「不可逆的な結果をもたらす」ことも満たさなければ「強度の侵襲」とは評価されないと述べていると解釈することもできなくはないであろう。本決定の事案が、生殖腺除去手術の強制という(ア)(イ)両方を満たす事案であったため、「強度の侵襲」と評価するために(ア)(イ)両方を満たさなければならないのか、それとも(ア)(イ)どちらかだけでよいのかは、今後(ア)又は(イ)のみしか満たさない事案が生じた際に明確にされることとなろう。

もっとも、いずれにせよ以上の規範だけでは、本件事案は解決できない。「生殖腺除去手術を受けることが強制される場合」とは、たとえば旧優生保護法に基づく強制不妊手術のように、本人の意思に関わりなく特定の属性の者に対し一律に手術を強制する場合が考えられる。しかし、特例法3条1項4号は、性別の取扱いの変更の審判の要件として、「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」ことを設定しているだけであって、性別の取扱いの変更の審判を求めない性同一性障害者に対して生殖腺除去手術を受けることを強制するものではない。そこで、本件事案を、生殖腺除去手術を「強制」

する事案と類比して把握するために、何らかの操作が必要とされることとなるのである。そのために、保護範囲論証が1つの段落で論証が完了していたのと異なり、制約論証には3つもの段落が必要になっていると考えられる。

多数意見第2.2.(1)第二段落の規範を受け、第三段落は話題の転換を示す「ところで」を挟んだ上で、特例法3条1項4号が「性同一性障害を有する者一般に対して同手術〔注：生殖腺除去手術：注は本稿筆者〕を受けることを直接に強制するものではない」とし、第二段落の「強制」規範がそのまま使用できる事案ではないことを確認する。

その上で「しかしながら」と繋いで、4号「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、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うことができる」とし、さらに第三段落の「他方で」と繋いで、「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⁽¹³⁾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うべきである」ことを論証する。この第二段落第二文と第三段落の論証が、第四段落の、4号は「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うことができる」という評価につながる。

ここでのポイントは、2点ある。1点目は、「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」を得るために「身体への侵襲を受けない自由」を放棄させ生殖腺除去「手術を受けることを余儀なくさせる」場合には「身体への侵襲を受けない自由」への「制約」があると認めた点である。2点目は「余儀なくさせる」類型においては（「強制」類型とは異なり）「重大

な制約」があるとは明言していない点である。以下、それぞれについて論じる。

1 点目について。これは従来の最高裁が暗黙の裡に従っていたと考えられる規制／給付二分論というパラダイムを突き崩すロジックを提供していると考えられる。もっとも、最高裁は、すでにエホバの証人剣道拒否事件判決⁽¹⁴⁾において、「被上告人がそれら〔注：原級留置処分及び退学処分：注は本稿筆者〕による重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられるという性質を有するものであった」という形で言及していたところである（もっとも、同事案は行政裁量の統制の事案であり、法令違憲の本決定とはその点では事案を異にするが）。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という……法的利益」が憲法上の権利であるとは明言していない。この部分は、宇賀反対意見 2 が同利益を「憲法 13 条で保障される基本的人権」という形で憲

(13) 「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」とは、多数意見第 2. 1. (1) の第一段落「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。」、第二段落「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。」の 2 つの部分の指すように思われる。これは、性同一性障害者が「自己の意思によって左右することができない」事柄で、就職時のいわゆるカミングアウトの事実上の強制やそれを避けようとするれば性自認に反する社会的取扱いを受けるといった重大な「社会的な不利益」を被っていることの指摘であり、これら 2 つの要素がなければ「個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益」にはならないと最高裁が考えている可能性がある。

(14) 最 2 判平成 8 年 3 月 8 日民集 50 卷 3 号 469 頁。

法上の権利であると明言していることと対比すれば、多数意見は「憲法上の権利」であるとまでは言っていないと解釈するべきであろう。そうであれば、多数意見は少なくとも、ある利益が「重要な法的利益」であると言うことができるならば、その利益を得るために憲法上の権利（本決定の事案では「身体への侵襲を受けない自由」）の「放棄」を「余儀なくさせる」規定は、「余儀なく」「放棄」させられる方の憲法上の権利を「規制（制約）」すると判断したものと理解されるべきである⁽¹⁵⁾。

なお、このような「給付」を「規制（制約）」に転換するという事案の性質上、国籍法違憲判決⁽¹⁶⁾と同様、救済（レメディ）に法的問題が生じ得る。この点については、三浦反対意見2.(6)が5号規定を違憲無効とした上での事案処理で立法権侵害とならないかについて詳述しているところであるから、それを踏まえつつ後に本稿Ⅲ5で論じる。

2点目について。多数意見第2.2.(1)第二段落と異なり、第四段落では多数意見は本件事案のもとで「重大な制約」があるとは明言していない点が注目される。

つまり、「強制」類型と「余儀なくさせる」類型とを分節し、いずれも「身体への侵襲を受けない自由」の「制約」（それも生殖腺除去手術という「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

(15) かかる行論を理解するためには、特にアメリカの連邦最高裁判例を参考にする中林暁生、横大道聡が展開してきた、いわゆる「違憲な条件の法理」が参考になるかもしれない。中林暁生「違憲な条件の法理」法学65巻1号33-73頁（2001年）、横大道聡『現代国家における表現の自由』（弘文堂、2013年）37-126頁参照。しかし、「違憲な条件の法理」は判例から帰納的に抽出された法理であるがゆえに経路依存的な揺れがあるのは他の判例法理と同じであり、「違憲な条件の法理」自体内容が不明瞭でもある上に学説からも多くの批判を受けている。以上を踏まえれば、そのような大上段の法理を持ち込まなくても、本決定の行論を分析することは可能であることから、ここでは本格的な検討を行わず、文献の紹介にとどめる。

(16) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

襲」である) はあるとするものの、その正当化審査の厳格度あるいは審査の基準を制約類型ごとに変化させる可能性を示唆していると考えられる⁽¹⁷⁾。

そして、「余儀なくさせる」類型は「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」点で「強制」類型より審査を緩くしても構わないが、他方で「身体への侵襲を受けない自由の重要性に照ら」すことで幾分審査を厳しくし、結果として、「余儀なくさせる」類型について、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ないという、判例でおなじみの比較衡量の判断基準が導かれていると考えられる。かかる「必要かつ合理的なもの」かどうかの判断基準は、特例法 3 条 1 項 4 号の「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」されるものである。これは「目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである」⁽¹⁸⁾ (よど号ハイジャック記事抹消事件判決) と助詞など細かな違いを除き同じ基準であるといえる。

4 正当化

(1) 4 号の目的のために制約が必要とされる程度

この要素について判断をするためには、まずは 4 号の「目的」を認定する必要がある。多数意見第 2. 2. (2) は、特例法 3 条 1 項 4 号の「目的」について、「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

(17) 「重大な制約」になりうる「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」の「強制」事案、たとえば旧優生保護法に基づく強制不妊手術の事案であれば、直ちに違憲か最も厳しい審査(規制の目的がやむにやまれぬ政府利益にあり、手段がその実現のために必要最小限であること)にかけるであろうことが予想される。

(18) 最大判昭和 58 年 6 月 22 日民集 37 卷 5 号 793 頁。

33 - 性同一性障害特例法3条1項4号が憲法13条に違反し無効とされた決定（檜垣）

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」とする。これは、2つに分節できる。①親子関係に関わる社会の混乱防止と、②①の激変緩和である。

そのうえで、かかる「目的」の「制約が必要とされる程度」については、

(ア)-1「混乱」が生じるのは「極めてまれなこと」であり「混乱」防止目的はそもそも正当性が疑わしいこと（「性同一性障害を有する者は社会全体からみれば少数」「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」「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」）

(ア)-2「混乱」防止目的のうち「法律上の親子関係の成否や戸籍への記載方法等」により生じるものは、「法令の解釈、立法措置等により解決を図ることが可能」であること

(ア)-3「平成20年改正」（特例法3条1項3号が「現に子がいないこと」から「現に未成年の子がいないこと」に変更された）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……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」こと

(イ)「急激な形での変化を避ける必要がある」ことについては「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」

を指摘する。

以上を踏まえた結論として、「目的」は正当だとしても「制約の必要性は……低減している」としている。

いずれについても一応首肯できる評価であるが、疑問もないではない。(ア)-1 及び (ア)-2 は、既に平成 31 年決定の当時から (というよりも正確には 2003 年の立法時から) 存在していた事情である。また (ア)-3 及び (イ) は平成 31 年決定までの間の時点から 4 年余り経過した分だけ現に混乱が生じておらず、またその 4 年余り経過した分、一般国民への理解が広まっていることも事実であろうが、それが平成 31 年決定の時点から本決定までの間に、合憲の結論を違憲に変化させるほどに変化したものであるかには疑問がある。平成 31 年決定は、「現時点では」合憲という留保をつけていた点で注意を惹いた判決である⁽¹⁹⁾ が、本決定は平成 31 年決定の時点から立法事実が変化したがゆえに違憲であるというロジックを採用していない。そうであれば、結局、平成 31 年決定の時点で、既に「制約の必要性は……低減してい」と言えるのではないか。たかが 4 年といえはいつてしまえなくもないが、他方で三浦反対意見が言うとおり、「この 4 年余の間にも、本件規定により重大な影響を受けた者は少なくない」のである。平成 31 年決定の時点で違憲判決を出しておくべきであったのにそれを怠り、結果、この 4 年余りの間に不本意ながら生殖腺除去手術を受けた性同一性障害者の身体の自由の不当な制約を招来した責任は、国会だけでなく最高裁判所にもあると言わざるを得ないであろう。

(2) 制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等

(19) 上田健介「性同一性障害者特例法による性別変更の生殖腺除去要件の合憲性」法教 464 号 117 頁 (2019 年)。

多数意見第2.2.(3)は、「本件規定による具体的制限の態様及び程度等」をみるとし、なぜか比較衡量の基準として自ら立てた「制限される自由の内容及び性質」の検討を飛ばしている。これは、「制限される自由の内容及び性質」は既に多数意見第2.2.(1)で検討済み、ということなのであろう。

多数意見第2.2.(3)第二段落は、第一段落の「性同一性障害に対する医学的知見が進展」した結果、生殖腺除去「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た」こと（要するに、生殖腺除去手術は「制約」などではありえず、良き「治療」であったのだが、手術を望まない性同一性障害者の存在が判明しその者にとってはもはや「治療」ではなくなったこと、すなわち、「医学的に見て合理的関連性を欠く制約」となったこと）を決め手として、「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……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といえることができる。」「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うべきである」とした。そして結論として、「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」とであると評価する。

「制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等」の判断の結論において、「本件規定による制約の程度は重大なもの」という評価が下されているが、これはあくまで正当化段階である比較衡量の結果であって、制約段階の分析では明言されていなかった点であることに注意が必要である。「医学」的「必要」もないのに「生殖腺除去」を要求するこ

とはどう考えても許容し難いから、「過酷な二者択一」を課している制約が「重大」であるということであって、この「医学」的「必要」性がないという判断を経るまでは、なお制約が「重大」かどうかは不明であったと最高裁は考えているのではないか。

そして、ここでも「制約が必要とされる程度」と同様、「性同一性障害に対する医学的知見が進展」した結果、生殖腺除去「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た」事実、やはり平成 31 年決定の時点でも存在した事実ではないかという疑念が拭えない。そしてそうであれば、繰り返してであるが、この 4 年間に行われた性同一性障害者の身体への自由への不当な制約につき国会だけでなく最高裁判所にも責任があると言わざるを得ないだろう。

(3) 結論

「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 条に違反するものというべきである。」

ここについては、違憲となった時点については既に述べたように異論があるものの、それ以外については特に異論はない。

5 救済（レメディ）の問題

(1) これからの救済

本決定は「身体への侵襲を受けない自由」に対し「余儀なくさせる」類型の「制約」がある事案であり、本稿Ⅲ 3 で述べたように本質的には給付の文脈であった。そのため、国籍法違憲判決同様、救済の問題が生じ（う）る。給付要件が違憲無効とされた場合、給付を認めるための要件が消滅し、給付

29 - 性同一性障害特例法3条1項4号が憲法13条に違反し無効とされた決定（檜垣）

が得られなくなるという処理がなされるおそれがあり、そうであれば違憲判決が出たとしても原告の権利救済に結びつかない可能性があるからである。

多数意見はこの救済の問題について言及していない。その理由は、特例法3条1項5号について憲法適合性判断を示さず差し戻しにした結果、性別の取扱いの変更を認めるという決定を下していないからである。他方で、5号も違憲とし、性別の取扱いの変更を認めるという反対意見を書いた3裁判官は、この問題をクリアする必要が出てくるところ、三浦反対意見がこの点について詳述している（三浦反対意見2（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ところであるが、本件規定及び5号規定が無効になるとすると、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すると、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。」

純粋に違憲範囲の問題としてみれば前者の、権力分立違反の問題としてみれば後者の記述ということになるが、いずれにせよ権力分立違反になるような解釈（立法権を侵害する解釈）はできない（憲法適合的解釈が施されることになろう）。従って、先に後者の検討を行うことにはなるが、違憲範囲の問題たる前者は権力分立の範囲内におさまっているのが通常なので、「問題でもある」という整理でも許容範囲であるとはいえようか。ともあれこの前者と後者の問題は、本来分節して検討されるべき事柄であることは指摘しておきたい。

ここでは、国籍法違憲判決と同様、立法権の侵害にならないかどうかがいわゆる「可分性の法理 (severability doctrine)」⁽²⁰⁾ の適用によって決せられることになるであろう。その判断基準は、「もし法律の違憲的な部分または違憲的な適用が除去されてしまえば、議会は、残りの有効な部分または適用だけでは満足しなかっただろう、という蓋然性が明白かどうか、つまりそれだけを有効な法として存立させようと意図したかどうか (would have intended) どうか」⁽²¹⁾ である。

三浦反対意見は、かかる可分性の法理を念頭においた検討を行っていると見ることができる。

三浦反対意見は、「特例法の制定趣旨」を「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」と解釈する。そして、それを前提に「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」と解釈する。つまり、ここでは、特例法 2 条の、「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」要件と「医師の診断」要件が、議会の基本的な意思決定を反映した要件であると解釈しているのである。

では、かかる議会の基本的な意思決定からみて特例法 3 条 1 項 4 号及び 5 号を「除去」した場合に、「議会は、残りの有効な部分または適用だけで満足」

(20) 可分性の法理については、山崎皓介「アメリカにおける可分性の法理について」北大法政ジャーナル 21・22 号 137-160 頁 (2015 年) 参照。

(21) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、1973 年) 172-173 頁。

するかどうか。

三浦反対意見は、①「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」こと、②特例法3条1項4号「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」こと、③「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……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ぬ」ことを踏まえると、「特例法の趣旨及び基本的内容と不可分の関係にあるということとはでき」ないとしている。つまり、特例法3条1項4号及び5号を「除去」したとしてもなお、「議会は、残りの有効な部分または適用だけで」「満足」するということである。「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」というのは、まさにこのことを言うものである。そして、ここまでの検討でさしあたり可分性の法理に照らして特例法3条1項4号及び5号が2条及び3条1項の他の要件から可分であることが論証されたため、特例法3条1項4号及び5号の部分違憲（全部違憲にはならない）の結論を導くには十分であると考えられる。

にもかかわらず、不思議なことに、三浦反対意見は、論述を続ける。いわく、「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うほかない」。これは、木村草太が国籍法違憲判決を素材に

同判決の「届出による日本国籍の取得をもすべて否定することは……立法者の合理的意思として想定し難い」という部分を「制度自体の遡及的廃止によって区別の不合理性を解消する選択は合憲的でない（ので、敢えてそうした違憲な選択をしようとする意思は合理的とはいえない）、と述べたものと解すべきであろう」⁽²²⁾としていることを参考にすれば理解することができる⁽²³⁾。「個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益」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」利益を減少させる選択肢は、違憲とまでは断言できないとしても望ましい選択ではなく、合理的な立法者はそういった利益を増加させる選択をするであろうという形で、三浦反対意見の解釈の説得力を強化する意図で、かかる部分が書き加えられていると考えられる。

(2) これまでの救済

本稿筆者は、本決定の違憲の理由付けからすれば平成 31 年決定の時点で既に特例法 3 条 1 項 4 号は違憲であったと考えるが、仮にそうではなく、平成 31 年決定以降令和 5 年 10 月 25 日までの間のどこかの時点までは合憲であったが、どこかの時点から違憲に切り替わったことを前提に考えることとする。そうであれば、その違憲に切り替わった時点以降に特例法 3 条 1 項 4 号が存在した結果、生殖腺除去手術を「余儀なくさせ」られた性同一性障害者については、国家賠償がなされる必要があるかもしれない。同様に不妊手術を強制された事案として、各地で旧優生保護法に基づく強制不妊手術を理由とする国家賠償法に基づく請求がなされ⁽²⁴⁾、2024 年 2 月現在、最高裁大法廷に回

(22) 木村草太「最高裁・国籍法違憲判決を考える 報告②」憲法理論研究会編『憲法学の未来』（敬文堂、2010 年）168 頁。

(23) 松原俊介「裁判所による不平等の救済方法の可能性」法政理論 53 卷 1 号 49-68 頁（2020 年）も参照。

(24) 仙台高判令和 5 年 6 月 1 日 2023WLJPCA06019002 等。

25 - 性同一性障害特例法3条1項4号が憲法13条に違反し無効とされた決定（檜垣）

付されている。本稿Ⅲ3で詳述したように、「強制」類型と「余儀なくさせる」類型では、同じ「制約」の範疇に含まれるにせよなお差異があり、また生殖腺除去手術と特例法3条1項4号の存在との間の因果関係についても問題になりうるが、最も大きなハードルは立法不作為の国賠法上の違法性であると考えられる。平成31年決定で最高裁が幾分疑問を呈しつつも合憲としていた以上、在外邦人選挙権制限判決⁽²⁵⁾のいう「立法の内容……が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」に該当するというのは難しいと考えられるが、他方で制約の結果は生殖腺の除去であり、これは単なる「身体への侵襲を受けない自由」の侵害というだけではなく、同時に宇賀反対意見2が言うところの「リプロダクティブ・ライツ」侵害でもあり、言うまでもなく重大な権利侵害であることを踏まえれば、権利侵害の「明白」性を基礎づけることは可能かもしれない⁽²⁶⁾。

6 差戻しについて

最高裁大法廷の裁判官15人のうち、特例法3条1項5号についても違憲であり、性別の取扱いの変更を認めるべきであるとしたのは、反対意見の3人（三浦守、草野耕一、宇賀克也）であり、それ以外の12人は5号については

(25) 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

(26) なお、小山剛「優生手術と国家賠償」網中政機喜寿『立憲国家の制度と展開』（尚学社、2021年）298-302頁は、旧優生保護法に基づく強制不妊手術を理由とする国家賠償請求訴訟で国家賠償法4条により準用される民法724条の除斥期間該当性について、「リプロダクティブ権の侵害というだけで評価しつくせない「尊厳に対する持続的な毀損」として評価すべきであるから除斥期間を適用する前提を欠くとする。「尊厳」に言及する三浦反対意見を参考に、特例法3条1項4号及び5号が存在した結果、生殖腺除去手術を「余儀なく」させられた人々には、優生保護法に基づく生殖腺除去手術が惹き起こしたものと同程度の「尊厳に対する持続的な毀損」を生じさせていると言える可能性があると同時に、少なくとも多数意見の理解のもとでも、「リプロダクティブ・ライツ」の侵害それ自体でやはり重大な権利侵害であり、在外邦人選挙権制限判決の「明白」性要件を充足すると言うことは可能なように思われる。

自判せず原審に差し戻している (多数意見第 3)。

これは正当だろうか？

まず、下級審や学説での議論が少ない状態で、最高裁が法令違憲の判決を下すのは勇気がいるということは常識的にわかる。下級審で審理を尽くさせ、説得力のある判決を執筆したいというのは常識的に理解可能である。また、外在的な批判としては、近時岡野誠樹がアメリカ判例に範をとって展開している、宣言的判決の濫用の危険 (「一見中立的な宣言判決の手續ルールが「富裕で情報力のある訴訟当事者」に与えるであろう「不均衡なアドバンテージ」⁽²⁷⁾ 問題) と同類型の問題⁽²⁸⁾ を避けるためにも、かかる対処がにわかに不当であるとはいいいにくい。

しかし、本件で特例法 3 条 1 項 5 号の合憲性判断を避け、性別取扱いの変更が先延ばしにされたことで、当事者である性同一性障害者の「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」「個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益」は制約され続けているのであって、しかもこれは最高裁多数意見自身が述べるように、軽い利益の軽微な侵害ではない。

(27) 岡野誠樹「宣言判決の生理と病理」蟻川恒正 = 木庭顕 = 樋口陽一編著『憲法の土壌を培養する』(日本評論社、2022 年) 174 頁。

(28) *303 Creative LLC v. Elenis*, 143 S.Ct.2298 (2023) でも司法判断の形骸化・審理の骨抜きという類似の問題がみられる。福音派の Smith が経営するウェブデザインなどを仕事とする 303 Creative LLC が、同性婚は神の意志に反するという宗教上の信念を有しており、その信念に従って同性婚を祝福するためのウェディング・ウェブサイト制作は拒否するつもりであるが、このような告知をホームページに掲載するとコロラド州差別禁止法 (CADA) に抵触するおそれがあった。そこで CADA の性的指向に基づく差別禁止条項が修正 1 条の言論の自由条項や宗教の自由条項に違反するとして、違憲宣言判決と執行差止を求める訴訟を提起した。連邦最高裁は、修正 1 条の言論の自由条項違反であり CADA の性的指向に基づく差別禁止条項について将来の適用を違憲と判決した。この訴訟においては、原告と被告の間で、原告のウェブサイトが「表現」である等と合意する供述書が作成され、これに大きく依拠して連邦最高裁の違憲判決が下されている点の特徴である。福嶋敏明「303 Creative LLC v. Elenis, 143 S.Ct.2298 (2023)」関西アメリカ公法学会 (2023 年 10 月 25 日報告) 参照。

23 - 性同一性障害特例法3条1項4号が憲法13条に違反し無効とされた決定（檜垣）

また、救済の必要性は高い。そして、本決定で4号を違憲にする過程で示した論証からすれば、5号についても同じロジックで違憲になる蓋然性がある（現に三浦反対意見は、4号についての本決定多数意見とほぼ同様の論証により5号を違憲とする）。そうであれば、本件事案は岡野が念頭に置く問題場面の利益状況と大きく異なると考えられる。以上を踏まえれば、5号についても（遅くとも令和5年10月25日時点で）違憲判決を出してよかったのではないかと思われる（権利の重要性、権利侵害の重大性、違憲となる蓋然性がそれぞれあり、5号についての審理の充実を上回る利益が見込まれる）。

7 本決定の意義と射程

本決定が、保護範囲について、憲法13条の規範内容についてかねてから学説上対立があったところ、「人格的生存に関わる重要な権利」を保障していると明言したことには極めて重要な意義がある（もっとも、従来の「私生活上の自由」系統の判例⁽²⁹⁾との関係・射程⁽³⁰⁾については今後の判例の動向次第だろう）。あわせて、「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」が「人格的生存に関わる重要な権利」に該当することから憲法13条で保護されるとしたことについては、いわゆる「身体的自由」の憲法的保護について学説上は一致があった⁽³¹⁾ものの明文の根拠規定がなかったことからこの点でも重要な意義がある。

また、制約について、重要な利益を得るために憲法上の権利の放棄を余儀なくさせられる二者択一的状況がある場合には、給付の文脈を規制（制約）の文脈に転換するという形で、制約論に理論的な革新をもたらしており、こ

(29) 京都府学連事件（最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁）、指紋押捺拒否事件（最3判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁）、住基ネット事件（最1判平成20年3月6日民集62巻3号665頁）。

(30) 曾我部真裕「個人の尊重と生命、自由及び幸福追求に対する権利（1）」法教484号65-66頁（2021年）。

(31) 種谷・前掲注（6）149-151頁、芦部・前掲注（4）351頁、佐藤・前掲注（4）200頁。

の点でも重要な意義がある。

そして、結論について、特例法 3 条 1 項 4 号を、わずか 4 年前の平成 31 年 (2019 年) には合憲としていたにもかかわらず、その判決を明確に覆した上で最高裁判所裁判官 15 名の全員一致で違憲と判断したことにも、特にトランスジェンダーに対する偏見が根強くある令和 5 年 (2023 年) 10 月 25 日時点の日本社会の状況において極めて重要な意義がある。

しかし、平成 31 年決定の時点から数えてみても本決定が下されるまでに既に 4 年余りが経過しており、その間に戸籍上の性別変更を受けるために性別適合手術を「余儀なく」された人がいる以上、もっと早期に違憲判決を出すべきであったのではないかという疑問は残る。

また、5 号について再度差し戻した点については、審理を尽くさせ説得的な決定としたいという点ではそれなりに理解できるが、権利の重要性、権利侵害の重大性、違憲となる蓋然性に鑑みたときにはそのような裁判所の利益は権利救済に劣後するといわざるを得ない。最高裁は 4 号だけでなく 5 号についても違憲判断を行い、令和 5 年 10 月 25 日時点で原告の性別変更を認めるべきであったといえる。

※ 1 本研究は、JST 次世代研究者挑戦的研究プログラム JPMJSP2132 の助成を受けたものである。

※ 2 本稿校正中に春山習「LGBT をめぐる近時の裁判例」法教 520 号 43-47 頁 (2023 年)、河嶋春菜「最高裁による性同一性障害特例法の違憲決定」法セ 829 号 40-46 頁 (2024 年) に接した。