

中核的人権をめぐる憲法裁判の国際標準化

— 最高裁判所およびヨーロッパ人権裁判所における性別変更訴訟を素材として —

International Standardization of Constitutional Justice Concerning Core Human Rights: An Analysis of Gender Reassignment Cases before the Supreme Court of Japan and the European Court of Human Rights

竹 内 徹

Toru TAKEUCHI

はじめに

2019年1月23日、最高裁判所は、「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」とする）が定める性別変更の要件のうち、生殖能力の喪失（生殖腺除去要件）について合憲とする判断を下した¹⁾。戸籍に記載された性別の変更は、しばしば憲法（人権）の問題として議論されてきた²⁾。人が己の確信する性を生きることは、その者のアイデンティティの基礎をなす事柄といってよい³⁾。本件は、特例法の生殖腺除去要件について、最高裁がその合憲性を初めて判断したものとして注目される。

他方で、同決定が注目を集めるもう一つの理由は、その補足意見が、法改正をめぐる諸外国の動向やヨーロッパ人権裁判所の判決に言及しながら、「〔憲法13条違反の〕疑いが生じていることは否定できない」と述べたことだろう。これは、後述するように、2008年の国籍法違憲判決以来の流れを踏襲するものである。また、2019年の決定は、国内でヨーロッパ人権条約に関するまとまった研究⁴⁾が発表されたのと時を同じくしており、日本

における同条約のプレゼンスを実感するとともに、同条約に関する研究の重要性を改めて認識する機会にもなった。

本稿では、国際条約およびその実施機関の勧告の扱いに関する最高裁の近年の動向も意識しながら、憲法裁判の国際標準化⁵⁾という視座から、補足意見を含む最高裁決定とそこで言及されているヨーロッパ人権裁判所判決の比較・検討を行う。そうすることで、一見すると積極的に評価できそうな補足意見に潜む問題点をも明らかにすることができるだろう。

一 国内裁判所における性別変更訴訟

特例法は、2003年7月に制定され、翌年7月に施行された。この法律により性同一性障害者⁶⁾は、希望するならば、同法3条1項1号から5号までの要件をすべて満たした場合に、家庭裁判所の審判によって、戸籍に記載された性別の変更を認められ、以後は法令の適用の場面で変更後の性別を有する者として取り扱われる。同法が定める性別の変更に必要な要件は、次の5つである。①20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、また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。本稿では④の要件に焦点を当てて議論を展開するが、この要件に対しては、特例法の制定当初から、性別適合手術を要しないまたは望まない者を同手術へと向かわせる可能性があり自己決定権を制約するとの指摘がある⁷⁾。特例法は、その附則において、性別変更の審判制度については同法の施行後3年を目途に性同一性障害者を取り巻く社会環境の変化等を勘案して検討を行い、必要な場合にはそのための措置を講ずると定めている。実際、2008年6月の改正により③の要件が、「現に子がいないこと」から現在のものに改められた⁸⁾。その後は、2018年6月の法律（2022年4月施行予定）により①の年齢要件が18歳に引き下げられたものの、これまで④の要件については見直しは行われていない。

以下では、④の要件の合憲性について判断した最高裁判所2019年1月23日決定を、必要に応じて下級審の判断も含めて検討する。

1 事実

申立人（本稿では「申立人」という表記で統一する）は、生物学的な女性として生まれながら性自認は男性という性同一性障害者である。2014年3月に某大学病院でホルモン治療を受けることを許可され、同年10月より身体の男性化を目的とした男性ホルモンの投与を開始した。その結果、外性器の外観を含む身体的特徴は男性のそれに近似するようになり、特例法が定める性別変更要件のうち④以外のすべてを満たすようになった。ところが、生殖腺の除去という身体に著しい侵襲を

伴う不可逆的な手術に対する恐怖等から、同手術は受けていない。

申立人は、当時同居していた女性と法律上の婚姻関係を結ぶために、戸籍に記載された自身の性別を女性から男性に変更する審判を裁判所に求めた。

2 下級審の判断

申立人が特例法3条1項4号の要件（上記④の要件）を満たしていないことについて争いはなく、同人は、同号が憲法13条に違反するため無効であると主張した。

岡山家庭裁判所津山支部は、2017年2月6日の審判で次のように述べてこの主張を退けた。「憲法制定当時には想定されていなかった性別の取扱いの変更について、その要件をどのように定めるかは、その内容が合理性を有する限り、立法府の裁量に属するものであるというべきであり、同号は、特例法が性別の取扱いの変更を認める以上、元の性別の生殖能力等が残っているのは相当でないことから定められたものと解される」。したがって、「申立人が、性別の取扱いの変更に必要な手術等の医学的な安全性が確立しているとは言いきれないため、手術の後、二、三十年後も健康でいられるかは分からないなどと陳述していることを考慮しても、特例法3条1項4号が、憲法13条に違反するほどに不合理な規定であるということとはできない」。

申立人からの抗告を受けた広島高等裁判所岡山支部は、2018年2月9日の決定で次のように述べて請求を棄却した。「性別に関する認識は、基本的に、個人の内心の問題であり、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ないという意味で、個人の幸福追求権と密接にかかわる事柄であり、個人の人格権の一内容をなすものということができ、これを社会的にみれば、性別は、民法

の定める身分に関する法制の根幹をなすものであって、これら法制の趣旨と無関係に、自由に自己の認識する性の使用が認められるべきであるとまではいうことができない。「どのような者について、前記のような〔身分法上の〕法的効果を有する法律上の性別の取扱いの変更を認めるのが相当か、その要件をどのように定めるかについては、これらの者を取り巻く社会環境の状況等を踏まえた判断を要するのであって、基本的に立法府の裁量に委ねられていると解するのが相当である」。そのうえで、立法府がその裁量の範囲を逸脱したかについて検討するに、特例法3条1項4号は、「性別の取扱いの変更がされた後、元の性別の生殖能力に基づいて子が誕生した場合には、現行の法体系で対応できないところも少なくないから、身分法秩序に混乱を生じさせかねない」という弊害を避けるために挿入されたものであり、その立法目的は正当であり立法府の裁量を逸脱するものではない。

3 最高裁判所の判断

(1) 法廷意見

最高裁判所は、2019年1月23日の決定で次のように述べて申立人の請求を棄却した。

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「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3条1項4号の規定（以下「本件規定」という。）の下では、性同一性障害者が当該審判を受けることを望む場合には一般的には生殖腺除去手術を受けていなければならないこととなる。本件規定は、性同一性障害者一般に対して上記手術を受けること自体を強制するものではないが、性同一性障害者によっては、上記手

術まで望まないのに当該審判を受けるためやむなく上記手術を受けることもあり得るところであって、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もあることは否定できない。もっとも、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、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。

(2) 補足意見

本件では、2名の裁判官が次のような補足意見を付している。

1 ……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、性同一性障害者にとって、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、切実ともいべき重要な法的利益である。

本件規定は、本人の請求により性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件の一つを定めるものであるから、自らの意思と関わりなく性別適合手術による生殖腺の除去が強制されるというものではないが、本件規定

により、一般的には当該手術を受けていなければ、上記のような重要な法的利益を受けることができず、社会的な不利益の解消も図られないことになる。

……〔中略〕……

したがって、生殖腺を除去する性別適合手術を受けていない性同一性障害者としては、当該手術を望まない場合であっても、本件規定により、性別の取扱いの変更を希望してその審判を受けるためには当該手術を受けるほかに選択の余地がないことになる。

2 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である上、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。このような手術を受けるか否かは、本来、その者の自由な意思に委ねられるものであり、この自由は、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由として、憲法13条により保障されるものと解される。上記1でみたところに照らすと、本件規定は、この自由を制約する面があるというべきである。

そこで、このような自由の制約が、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について検討する。

本件規定の目的については、法廷意見が述べるとおり、……。

しかし、……性別の取扱いが変更された後に変更前の性別の生殖機能により懐妊・出産するという事態が生ずることは、それ自体極めてまれなことと考えられ、それにより生ずる混乱といっても相当程度限られたものということができる。

また、上記のような配慮の必要性等は、社会的状況の変化等に応じて変わり得るもので

あり、……。

……近年は、学校や企業を始め社会の様々な分野において、性同一性障害者と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進められており、国民の意識や社会の受け止め方にも、相応の変化が生じているものと推察される。

以上の社会的状況等を踏まえて、前記のような本件規定の目的、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条に違反するとははいえないものの、その疑いが生じていることは否定できない。

3 世界的に見ても、性同一性障害者の法的な性別の取扱いの変更については、特例法の制定当時は、いわゆる生殖能力喪失を要件とする国が数多く見られたが、2014年(平成26年)、世界保健機関等がこれを要件とすることに反対する旨の声明を発し、2017年(平成29年)、欧州人権裁判所がこれを要件とすることが欧州人権条約に違反する旨の判決をするなどし、現在は、その要件を不要とする国も増えている。

性同一性障害者の性別に関する苦痛は、性自認の多様性を包容すべき社会の側の問題でもある。その意味で、本件規定に関する問題を含め、性同一性障害者を取り巻く様々な問題について、更に広く理解が深まるとともに、一人ひとりの人格と個性の尊重という観点から各所において適切な対応がされることを望むものである。

4 評価

(1) 性別の変更と憲法

本件で主たる問題となる申立人の法益は次の2つである。ひとつは、人が己の確信する性を生きるという個人のアイデンティティにかかわる人格的利益であり、もうひとつは、

その意思に反して身体への侵襲を受けないという意味での身体の完全性（身体の処分に關する自己決定）である。後者は、特例法3条1項4号が生殖腺の除去を性別変更の要件として定めていることから問題になる。学説上は、身体の処分に關する自己決定については、それを憲法13条の保障に含める理解が一般的であり⁹⁾、性自認の問題についても同条の保障に含まれるとする見解がある¹⁰⁾。どちらも極めて重要な法益であるが、問題は、これらの法益に対して十分な考慮が払われていたのかということである。

家裁の審判は、そもそも憲法13条が保障する権利の内容について何らの説明もしておらず、したがって、申立人のどのような法益が問題になっているのかについての言及も見られない¹¹⁾。他方で、生殖腺除去要件の正当化根拠については、「その内容が合理性を有する限り」立法府の裁量の範囲内であるとしつつ、その肝心の合理性の評価についてはまったくといっていいほど説明がなされないまま合憲判断に至っている。申立人の法益を不当に軽視する審査手法だといえる。

高裁は、幸福追求権との密接な関係から性自認が「人格権の一内容をなす」ことを認め、それが憲法13条の保障に含まれることを示唆する。ところが、直後の議論で立法裁量をもちだし、実質的にはその一事をもって合憲判断を導いている。また、生殖腺除去要件による手術の事実上の強制が身体に与える強度の侵襲については、一切言及されていない。ここでも、申立人の法益に対して十分な考慮が払われていたとはいえない。

これに対して最高裁は、生殖腺除去要件によって性同一性障害者が手術を事実上強制される場面があることを認め、そのことが、「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」と述べる。ところが、立法裁量

という表現こそ明示に用いてはいないが、そして、生殖腺除去要件の憲法適合性は社会状況の変化に応じて不断に検討されなければならないと述べつつも、実際には、特例法制定時の立法理由にそのまま依拠して合憲判断に至っており、緩やかな合理性審査にとどまっているといえる¹²⁾。

結局、家裁から最高裁までの判断に共通しているのは、申立人の上記の法益が不当に軽視されているということである。この点は、後の議論との関係で重要となるので、ここで強調しておきたい。

もっとも、最高裁の補足意見は、法廷意見と同じ結論に至りながらも、申立人の法益により注意を払ったものになっている。すなわち、性別は個人の人格的存在と密接不可分のものであり、己の確信する性を生きることは性同一性障害者にとって「切実ともいふべき重要な法的利益」であるとされる。そして、この法益を実現するためには生殖腺除去手術を望まない者も同手術を受けざるを得ず、この事実上の手術の強制は、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。このように述べて補足意見は、生殖腺除去要件がふたつの法益の間で選択を迫る二者択一のジレンマに性同一性障害者を追い込んでいることを、暗に批判しているのである。

(2) 憲法裁判の国際標準化？

もっとも、性別の変更をめぐる国内裁判所の判断を国際的文脈に置いて評価しようという本稿との関連では、補足意見のうち、諸外国の動向やヨーロッパ人権裁判所の判決等に言及している箇所が、より重要である。

国際条約やその実施機関の勧告への言及は、近年、最高裁においても見られるようになった。2008年の国籍法違憲判決および2013年の婚外子相続分差別違憲決定がそう

であり、個別意見も含めると、最近のものとしては2015年の再婚禁止期間違憲判決（山浦裁判官の反対意見）および同年の夫婦別姓判決（岡部裁判官の意見および山浦裁判官の反対意見）がある。これらの判決では、同時に、法改正に関する諸外国の動向にも言及がなされている。本件の補足意見も、この流れを引き継ぐものといえる。こうした諸外国の動向や条約およびその実施機関の勧告への言及が、とりわけ最終的に違憲判断につながるのであれば、一見して、憲法裁判の国際標準化とも呼び得る現象が生じているようにも感じられる。

しかしながら、そのような結論を下す前に、この現象を支えている基盤の「強度」について吟味しておく必要がある。それは、条約やその実施機関の勧告への言及方法を確認することで明らかとなる。上記の判決において最高裁（個別意見も含む）は、諸外国における法改正等の動向と条約およびその実施機関の勧告を並列させて、それらを社会状況の変化を示す一要素として一緒に括ってしまっている。端的にいえば、条約やその実施機関の勧告は、法規範性または法的効果を有するものとしては扱われていないのである¹³⁾。最高裁は、いわばキバを抜いた都合の良いツールとしてそれらを利用しているものであり、そこには、条約等への言及を回避する論理が同時に温存されている。仮に憲法裁判の国際標準化という現象が生じているとしても、それは極めて不安定なものでしかないのである。

本件の補足意見にも、基本的にこれと同じ評価が当てはまる。つまり、諸外国における法改正の動向とヨーロッパ人権条約（ヨーロッパ人権裁判所の判決）を社会状況の変化を示す一要素として括り、後者に前者と同等の扱いしか認めていないのである。もっとも、この評価に対しては、日本はヨーロッパ人権条

約の締約国ではないという当然の（しかし、形式的な）批判があるだろう¹⁴⁾。補足意見が諸外国の動向とヨーロッパ人権条約とを同列で扱っているのは、日本が同条約の非締約国であるという前提があつてのことかもしれない。ところが、補足意見が言及するヨーロッパ人権裁判所の判決を注意深く読むと、そうした形式的な態度の妥当性を問ひ直す必要があることに気付く。以下では、補足意見におけるヨーロッパ人権条約への言及方法を批判しつつ、日本の裁判所におけるヨーロッパ人権条約（より一般的に人権諸条約にも応用可能）の意義について検討する¹⁵⁾。

二 ヨーロッパ人権裁判所における性別変更訴訟

最高裁判所2019年1月23日決定の補足意見で言及されているヨーロッパ人権裁判所の判決は、A.P., Garçon and Nicot 対フランス事件判決¹⁶⁾である。これは事実について先の事件と極めて類似しており、結論の相違（ヨーロッパ人権裁判所は条約違反を認定）とそれをもたらした両裁判所の基本的な考え方の違いは、比較の素材として興味深い¹⁷⁾。

1 事実

申立人3名はいずれも、生物学的な男性として生まれ、出生登録簿には男性と記載されているものの、性自認は女性である。3名は、出生登録簿の性別の記載を男性から女性に変更するよう求める申立をフランスの裁判所に行ったが、いずれも認められなかった。この際、破毀院が示した性別変更が認められるための要件は、①性同一性障害を実際に患っていること、および②外見上の変化が不可逆的なものであること、の2つであった。申立人はこれら2要件のいずれも十分に立証してい

ないと判断された。

なお、破毀院の判決時点で、第一申立人は生殖腺除去手術を実施済みであったが、第二・第三申立人については、この点は必ずしも明らかではない。以下では、②の要件との関係で条約違反が認められた第二・第三申立人の事例に限定して、判決の紹介・検討を行う。

2 法廷意見

申立人は、上記②の要件について、性別変更を望む性同一性障害者に生殖腺除去手術を強制するものであり、条約8条に違反して彼らの尊厳や身体に対する尊重および私生活を無視するものであると主張した。

人権裁判所は、条約8条が保障する権利の内容について次のように述べた。

92 ……〔私生活の概念〕は、個人の身体的および精神的完全性だけでなく、ときとして個人の身体的および社会的アイデンティティの側面をも包含する。性自認、名前、性的指向、性生活といった要素は、条約8条によって保護される私的領域に含まれる。

93 当裁判所はまた、人格的自律の概念が条約8条の保障の解釈の基礎にある重要な原則であるということ、強調してきた。これにより当裁判所は、トランスジェンダーの人々への同条の適用の文脈で、それが、性自認を決定する自由を最も基礎的な要素の一つとする自己決定権を含むものと認めてきた。当裁判所はまた、トランスジェンダーの人々の人格的発展に対する権利および身体的・精神的安全に対する権利が同条によって保障されていることを認定してきた。

人権裁判所は、「外見上の変化が不可逆的なものであること」という要件が、性別変更の条件として性同一性障害者に生殖腺除去手

術を課すものであることを認定する¹⁸⁾。そして、締約国に認められる評価の余地（裁量）について、次のように述べた。

121 ……問題となっている利益の相対的重要性やそれを保護する最善の方法についてヨーロッパ評議会加盟国の間にコンセンサスが存在しない場合、とりわけ、敏感な道徳的または倫理的問題が提起される場合には、〔締約国の〕評価の余地は広がるだろう。また、対立する私的利益と公益との間で、あるいは対立する条約の諸権利の間でバランスをはかることを国が要求される場合にも、通常、評価の余地は広がるだろう。それにもかかわらず、個人の存在またはアイデンティティの極めて重要な側面が問題になる場合には、締約国に認められる評価の余地は制限されるだろう。

122 本件で当裁判所は、生殖腺除去要件について締約国が割れていることを指摘する。したがって、この主題についてコンセンサスは存在しない。さらに、当裁判所は、公益が問題になっており、この点について被告政府が身分の不可侵性の原則を保護する必要性や身分登録簿の信頼性や一貫性を保証する必要性を主張していること、また、本件が敏感な道徳的および倫理的問題を提起することを指摘する。

123 それにもかかわらず、当裁判所は、個人の存在の不可欠の側面についてはいうまでもなく、個人の内心のアイデンティティの不可欠の側面が、本申立の核心であることを指摘する。なぜならば、第一に、生殖腺除去の問題は個人の身体的完全性に直接かわり、そして第二に、本申立が個人の性自認にかかわるからである。この点について当裁判所は、人格的自律の概念が条約8条の保障の解釈の基礎にある重要な原則であること、お

よび、性自認に対する権利および人格的發展に対する権利が私生活を尊重される権利の本質的な側面であることを、かねてより強調してきた。これにより当裁判所は、本件において被告政府は狭い評価の余地しか有していなかったと結論付ける。

人権裁判所は、「外見上の変化が不可逆的なものであること」という要件のために、生殖腺除去手術を望まない性同一性障害者までもが性別変更のために同手術を受けているという事実を指摘したうえで¹⁰⁾、次のように述べて条約8条の違反を認定した。

132 ……当裁判所は、……当時有効であったフランスの法律が、完全な性別適合手術の実施を望まないトランスジェンダーの人々に、解決不可能のジレンマをもたらすことを指摘する。彼らは、その意思に反して生殖腺除去手術あるいは生殖腺除去に至る可能性の極めて高い処置を受けることで、条約8条の私生活を尊重される権利の一部をなす身体的完全性を尊重される権利の完全な行使を放棄するか、それとも、自認する性の承認を諦めて、同権利〔＝私生活を尊重される権利〕の完全な行使を放棄するかのいずれかである。当裁判所の見解では、これは、一般的利益と関係個人の利益との間で締約国が保つべき衡平なバランスを壊すものである。

3 反対意見

7名の裁判官のうち、1名（Ranzoni裁判官）が次のような反対意見を付している。

7 2016年10月時点での、ヨーロッパ評議会加盟国におけるトランスジェンダーの人々の性自認の法的承認に関する状況は、以下のようであった。7か国において承認が不可能

であった。22か国において、関係個人の生殖腺除去という、争点となっている条件を含む法的要件に従って承認が可能であった。そして、わずか18か国において、トランスジェンダーの人々の性自認の承認に、もはや法律によって生殖腺除去が要求されていなかった。

8 ……2013年2月13日の破毀院判決のときまでに、生殖腺除去が法的要件とされることなくトランスジェンダーの人々の性自認の法的承認が可能だったのは、わずか11の加盟国においてであった。

9 ……個人の存在またはアイデンティティの極めて重要な側面が問題になる場合には、締約国に認められる評価の余地は制限されるだろう。しかしながら、問題となっている利益の相対的重要性やそれを保護する最善の方法についてヨーロッパ評議会加盟国の間にコンセンサスが存在しない場合、とりわけ、敏感な道徳的または倫理的問題が提起される場合には、評価の余地は広がるだろう。……

11 コンセンサスが存在しないなか、そして本件が疑いなく敏感な道徳的および倫理的問題を提起することを踏まえて、被告国に認められる評価の余地は広いままである。しかしながら、多数意見の分析では、この評価の余地は消滅している……

4 評価——中核的人権をめぐる憲法裁判の国際標準化

最高裁決定と比較した際のヨーロッパ人権裁判所判決の特徴は、問題となる申立人の法益を極めて重要なものと位置付けている点にある。性自認については、人が己の確信する性を生きることは、人格的自律にかかわりその者のアイデンティティの核心をなす事柄であるとされる。生殖腺除去手術の事実上の強制については、個人の存在（身体の完全性）にかかわる問題と捉えられている。そこでは、

条約3条に触れながら、「条約の中核的原理のひとつ」をなす人間の「尊厳」にも言及がなされている²⁰⁾。

興味深いのは、こうした法益の重要性が、締約国の評価の余地を狭める要因として機能していることである。性別変更の要件として生殖腺除去手術を課すか否かについては、締約国の間にコンセンサスがない²¹⁾。反対意見が指摘するように、同手術を不要とする国は、むしろ少数派である。また、本件では、性同一性障害者の性別の変更に生殖腺除去手術という要件を課すことの適否が争点になっており、それは明らかに道徳的および倫理的問題に属するといえる。そうだとすれば、通常、締約国には広い評価の余地が認められるはずである。しかしながら、法廷意見は、「個人の存在またはアイデンティティの極めて重要な側面」がかかわる場合には、締約国の評価の余地は狭くなるとする。

Ranzoni 裁判官の反対意見が批判するのはまさにこの点であり、両者を読み比べると、力点の置き所の違いが目を引く。すなわち、反対意見によると、「個人の存在またはアイデンティティの極めて重要な側面」がかかわる場合には締約国の評価の余地は狭くなる、しかしながら、締約国の間にコンセンサスが存在しない場合、とりわけ、敏感な道徳的または倫理的問題が提起されている場合には、評価の余地は広がる。法廷意見と比べると、「しかしながら」という語句を境に、その前後の内容がそっくり入れ替わっているのである。要するに、反対意見では、コンセンサスが存在しない場合等には締約国の評価の余地が広がるということに力点が置かれているのに対して、法廷意見では、「個人の存在またはアイデンティティの極めて重要な側面」がかかわる場合には締約国の評価の余地が狭くなるということに力点が置かれているので

ある。

本判決は、直接には被告国であるフランスに向けられたものであり、人権裁判所はせいぜいヨーロッパ人権条約の締約国を念頭に置いて上に引用したような判断を下したに過ぎないだろう。しかしながら、締約国の評価の余地を狭めるその理屈の基礎に、中核的人権については国や場所を問わず保障されなければならない水準が存在する、という考えを読み取ることは不可能ではないだろう。このように考えるとき、日本の裁判所が、日本はヨーロッパ人権条約の締約国ではないので同条約は憲法や自由権規約の解釈に影響を与えない、という形式的な態度をとることは適当だろうか。また、最高裁の補足意見のように、ヨーロッパ人権条約を諸外国の動向と同列に扱い、それを社会状況の変化を示す一要素としてしまうことは適当だろうか。上のヨーロッパ人権裁判所の判決には、中核的人権との関係ではそうした対応を許さないという考えが現れているように思えるのである。

むすび

本稿では、性別変更の要件として性同一性障害者に生殖腺除去手術を課すことの適否について、最高裁判所とヨーロッパ人権裁判所の判断の比較を行った。両判断の相違点については、ここに改めて述べる必要はないだろう。

最高裁判所は近年、諸外国の法改正の動向や条約およびその実施機関の勧告に言及するようになってきている。個別意見も含めてその帰結は往々にして違憲判断であり、重要な成果として刻み込まれる。ところが、こうした憲法裁判の国際標準化とでも呼び得る現象は、その基盤において脆弱な不安定なものでしかない。条約を諸外国の動向と同等視して法規

範性を有する文書として扱わない実行は、条約を使いやすくする反面、裁判におけるその不適用を正当化してしまう危険を内包している。そこでは条約は、せいぜい最高裁の多数派が共有する価値判断（個別意見の場合は、個々の裁判官が有している価値判断）と合致した場合に控えめに言及されているに過ぎないのである。

こうした態度を批判するためにヨーロッパ人権条約をもちだすのは、一見して迂回のように感じられるかもしれない。しかし、A.P., Garçon and Nicot事件判決でヨーロッパ人権裁判所は、申立人の法益が極めて重要なものである場合には締約国におけるコンセンサスの不在を乗り越えることができるとしており、中核的人権については国や場所を問わず保障されなければならない水準が存在することが示唆されているのである。その対象には当然日本も含まれ、今や国内裁判所の判決は、その水準による評価にさらされているのである。日本の裁判所は、このことにもっと自覚的であるべきだろう。

もっとも、このようにして押し進められる現象を、とりわけ憲法裁判の国際「標準化」と捉えるためには、そのプロセスを公平なものにしていく必要があることはいうまでもない。

〔付記〕本稿は、平成31年度科学研究費（若手研究、課題番号19K13515）による研究助成の成果の一部を含んでいる。

注

- 1) 最高裁判所（第二小法廷）2019年1月23日決定。
- 2) 二宮周平「戸籍の性別記載の訂正は可能か（3・完）——個人の尊厳と自己決定——」戸籍時報561号（2003年）23頁以下、28-32頁。齊藤笑美子「性と家族の多様化と自己決定——性別の憲法問題——」大沢秀介・葛西まゆこ・大林啓

吾（編）『憲法.com』（成文堂、2010年）105頁以下、108-110頁。

- 3) 佐々木雅寿「性別の取扱いの変更審判申立事件」法学教室443号（2017年）137頁。
- 4) 小畑郁・江島晶子・北村泰三・建石真公子・戸波江二（編）『ヨーロッパ人権裁判所の判例II』（信山社、2019年）。
- 5) 本稿では「憲法裁判の国際標準化」という表現を用いるが、特に国際「標準化」という用語の使用には若干の躊躇を覚える。標準化という用語に多様性の否定が含意されていると同時に、標準化の過程で作用する力の所在は特定の地域や国、機関等に偏っている可能性が高いからである。特に後者についていえば、そうしたアンバランスな力関係を度外視して標準化を語ることは危険でさえあるだろう。ただし、本稿ではこうした問題には立ち入らない。さしあたり、議論を中核的人権に限定することで、弊害は一定程度緩和できるものと考えられる。
- 6) 特例法の定義によると、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」であって、そのことについて2人以上の医師の診断が一致しているものをいう。
- 7) 國分典子「性同一性障害と憲法」愛知県立大学文学部論集・日本文化学科編52号（2004年）1頁以下、10頁。他の要件も含めて、特例法の性別変更の要件に対しては多数の批判がある。例えば、参照：二宮周平「戸籍の性別記載の訂正は可能か（2）——特例法を読む——」戸籍時報559号（2003年）2頁以下、渡邊泰彦「性別変更の要件の見直し——性別適合手術と生殖能力について——」産大法学45巻1号（2011年）31頁以下、同「性的自己決定権と性別変更要件の緩和」二宮周平（編）『性のあり方の多様性』（日本評論社、2017年）196頁以下、大河内美紀「性と制度」法学教室440号（2017年）44頁以下、48-50頁、谷口洋幸「性自認と人権——性同一性障害者特例法の批判的考察」法学セミナー753号（2017年）51頁以下。
- 8) 他方で、最高裁判所は、2007年10月19日および22日の決定で、当時の③の要件について合憲判断を下していた。

- 9) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）188-190頁。
- 10) 長谷部恭男（編）『注釈日本国憲法（2）国民の権利及び義務（1）』（有斐閣、2017年）137-138頁（土井真一執筆）。また、前掲注（2）に挙げた論稿も参照。
- 11) この点は、権利制限の正当性の審査において権利の性質に応じた緻密な分析を欠くことになりかねないと批判されている。高井裕之「性同一性障害特例法による性別変更の生殖腺除去要件の合憲性」新・判例解説 Watch 21号（2017年）37頁以下、38頁。
- 12) 濱口晶子「性同一性障害特例法における性別取扱いの変更と生殖腺除去要件の合憲性」新・判例解説 Watch 憲法No. 156（2019年4月26日掲載）。
- 13) 婚外子相続分差別違憲決定についてこの点を批判するものとして、参照：齋藤民徒「嫡出子でない子の法定相続分を定める国内法規の違憲決定——国際法の立場から」新・判例解説 Watch 20号（2017年）319頁以下。
- 14) これまで、裁判で原告がヨーロッパ人権条約に言及した場合、被告である国は、何らの反応も示さないか、日本は同条約の締約国ではないという主張を展開するのが常であった。例えば、広島地裁2003年3月27日判決、名古屋地裁2011年3月24日判決、さいたま地裁2013年11月27日判決などを参照。
- 15) 下級審レベルではあるが、これまでも若干の判決において、自由権規約の解釈指針としてヨーロッパ人権条約およびヨーロッパ人権裁判所の判決に言及がなされてきた。ヨーロッパ人権条約と自由権規約の起草過程における密接な関係および両条約の規定の類似性が、その主たる根拠とされている。大阪高裁1994年10月28日判決、徳島地裁1996年3月15日判決、高松高裁1997年11月25日判決、東京地裁2006年6月29日判決を参照。なお、参照：泉徳治「ヨーロッパ人権裁判所との対話」小畑郁・江島晶子・北村泰三・建石真公子・戸波江二（編）前掲注（4）xxviii以下。
- 16) *A.P., Garçon and Nicot v. France*, Judgment of 6 April 2017.
- 17) 性別変更に関するヨーロッパ人権裁判所の判例の展開全般については、参照：谷口洋幸「人権としての性別——ヨーロッパ人権条約の判例が示唆すること」ジェンダー法研究5号（2018年）97頁以下。
- 18) *A.P., Garçon and Nicot v. France*, *supra* note 16, para. 120.
- 19) *Ibid*, para. 126.
- 20) *Ibid*, paras. 127-128.
- 21) ただし、近年では、ヨーロッパを中心に見直しの動きがある。藤戸敬貴「性同一性障害者特例法とその周辺」調査と情報977号（2017年）。