

裁判所と立法府の対話に関する一考察

—— 最高裁令和 5 年 10 月 25 日大法廷決定を契機として ——

河 北 洋 介

I はじめに

最高裁判所（以下、「最高裁」）令和 5 年 10 月 25 日大法廷決定（以下、「令和 5 年大法廷決定」）¹ 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」）3 条 1 項 4 号の「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」という規定について、憲法 13 条に反すると判断した²。

特例法 3 条 1 項は、「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」とし、性別の取扱いの変更について、以下の 1 号から 5 号の要件を設けている。

- 一 十八歳以上であること。
- 二 現に婚姻をしていないこと。
- 三 現に未成年の子がいないこと。
- 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。

なお、このうち 3 号の要件は、2003（平成 15）年の特例法成立の時点では「現に子がいないこと」とされていたが、2008（平成 20）年の法改

正により「現に未成年の子がいないこと」と変更されて現在に至っている（以下、改正前の特例法 3 条 1 項 3 号を「旧特例法 3 条 1 項 3 号」という）。

そのうえで、特例法 3 条 2 項は、「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」として、医師の診断書の提出を求めている。

上記の各号が最高裁で争われたものは、以下の通りである。

特例法 3 条 1 項 2 号の合憲性	最高裁令和 2 年 3 月 11 日第二小法廷決定（以下、「令和 2 年第二小法廷決定」） ³
旧特例法 3 条 1 項 3 号の合憲性	最高裁平成 19 年 10 月 19 日第三小法廷決定（以下、「平成 19 年第三小法廷決定」） ⁴ 、最高裁平成 19 年 10 月 22 日第一小法廷決定（以下、「平成 19 年第一小法廷決定」） ⁵
特例法 3 条 1 項 3 号の合憲性	最高裁令和 3 年 11 月 30 日第三小法廷決定（以下、「令和 3 年第三小法廷決定」） ⁶
特例法 3 条 1 項 4 号の合憲性	最高裁平成 31 年 1 月 23 日第二小法廷決定（以下、「平成 31 年第二小法廷決定」） ⁷ 、令和 5 年大法廷決定

このうち、令和 5 年大法廷決定のみが違憲の判断をしている。

また、最高裁の各小法廷および大法廷の裁判官構成に関しては、以下のようになる。

平成 19 年第三小法廷決定	田原睦夫、藤田宙靖、堀籠幸男、那須弘平、近藤崇晴
平成 19 年第一小法廷決定	泉徳治、横尾和子、甲斐中辰夫、才口千晴、浦井紀夫
平成 31 年第二小法廷決定	三浦守、 <u>鬼丸かおる</u> 、山本庸幸、菅野博之
令和 2 年第二小法廷決定	岡村和美、菅野博之、三浦守、草野耕一
令和 3 年第三小法廷決定	林道晴、戸倉三郎、 <u>宇賀克也</u> 、長嶺安政、渡邊惠理子
令和 5 年大法廷決定	戸倉三郎、山口厚、深山卓也、 <u>三浦守</u> 、 <u>草野耕一</u> 、 <u>宇賀克也</u> 、林道晴、岡村和美、長嶺安政、安浪亮介、渡邊惠理子、 <u>岡正晶</u> 、 <u>堺徹</u> 、今崎幸彦、尾島明

なお、上記表中の下線は個別意見として「補足意見」を述べた裁判官を、波線は個別意見として「反対意見」を述べた裁判官をそれぞれ示している。

本稿の目的は、令和 5 年大法廷決定を契機として、最高裁と立法院の

対話について、その一側面を考察することにある。そのため、まず旧特例法 3 条 1 項 3 号および特例法 3 条 1 項 2 号から 3 号までの最高裁決定について概観する（Ⅱ）。そのうえで、特例法 3 条 1 項 4 号の合憲性が問題となった平成 31 年第二小法廷決定と比較しながら、令和 5 年大法廷決定について概説したい（Ⅲ）。そして、これらのことを受けて、最高裁と立法府の対話について検討したい（Ⅳ）。

Ⅱ 特例法 3 条 1 項 2 号 / 旧特例法 3 条 1 項 3 号および特例法 3 条 1 項 3 号に関する最高裁決定

本節では、特例法 3 条 1 項 2 号の「現に婚姻をしていないこと」という規定の合憲性に関する最高裁決定を見た後に、いわゆる「子なし要件」をめぐる旧特例法 3 条 1 項 3 号および特例法 3 条 1 項 3 号に関する最高裁決定を概観したい。

Ⅱ－1 令和 2 年第二小法廷決定

特例法 3 条 1 項 2 号の「現に婚姻をしていないこと」という要件が問題となった令和 2 年第二小法廷決定で、最高裁は「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、24 条に違反するものとはいえない」とし、合憲と判断した（下線：河北）。

特例法 3 条 1 項 2 号については、特例法の草案の段階で、「性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、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すとともに、その効果は審判前に生じた身分関係及び権利義務に影響を及ぼすことはないものとしております」⁸（下

線：河北)と言われていることから、性別変更により同性婚状態が生じてしまうことがないようにするために設けられたものと考えられる⁹。そのため、引用した「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」という最高裁の理解は、これに従ったものと思われる¹⁰。

同性婚訴訟について、地裁レベルでは、札幌地裁令和3年3月17日判決¹¹、大阪地裁令和4年6月20日判決(以下、「大阪地裁判決」)¹²、東京地裁令和4年11月30日判決¹³、名古屋地裁令和5年5月30日判決¹⁴、福岡地裁令和5年6月8日判決¹⁵があり、高裁レベルでは、執筆時現在、札幌高裁令和6年3月14日判決¹⁶、東京高裁令和6年10月30日判決¹⁷、福岡高裁令和6年12月13日判決¹⁸がある。これらの判決は、その論理は異なるものの、合憲と判断した大阪地裁判決を含め、憲法上、同性婚(あるいは婚姻に準じた制度を認めること)を許容しようと考えている¹⁹。そうであれば、特例法3条1項2号は、立法により同性婚あるいは婚姻に準じた制度を設けることになれば削除されることにはなるだろう²⁰。その点で、特例法3条1項2号は、立法草案の趣旨と令和2年第二小法廷決定とを前提とすれば、同性婚の承認との関係でも問題になるものと思われる^{21・22}。なお、令和2年第二小法廷決定は、特例法3条1項2号を含め立法府による解決を促すようなメッセージを明確には発していない²³。

II-2 平成19年第三小法廷決定、平成19年第一小法廷決定、令和3年第三小法廷決定

1) 旧特例法3条1項3号に関する最高裁決定

次に、旧特例法3条1項3号の「現に子がいないこと」という要件が問題となった平成19年第三小法廷決定と平成19年第一小法廷決定をみていきたい。平成19年第三小法廷決定は、「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『現に子がいないこと』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3号の規定は、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ではできず、憲法13条、14条1項に違反するものとはいえない」とし、合憲と判断した（下線：河北）。また、平成19年第一小法廷決定も同様のことを示した。

なお、平成19年第三小法廷決定・平成19年第一小法廷決定では合憲であるとされたものの、翌年2008（平成20）年に国会で旧特例法3条1項3号の見直しが行われた。その際、改正案の趣旨は、「『現に子がないこと』とするいわゆる子なし要件は、子がいる性同一性障害者にも性別の取扱いの変更を認めた場合には、親子関係などの家族秩序に混乱を生じたり、子の福祉に影響を及ぼしかねないなどとする議論に配慮して設けられたもの」ではあるが、「これに対しては、子がいる性同一性障害者等から法改正の要望が出されている一方、その家族の一部からは慎重な検討を求める意見も出ている」ことから、「子の福祉に配慮しつつ、子なし要件の対象を未成年の子に限定し、子がすべて成年に達している場合には性別の取扱いの変更を認めようとするものであり、性別の取扱いの変更の審判の要件のうち、『現に子がないこと』を『現に未成年の子がないこと』に改める」というものであった²⁴。

2) 特例法3条1項3号に関する最高裁決定

2008年改正による現在の特例法3条1項3号の「現に未成年の子がないこと」という要件についても、令和3年第三小法廷決定で問題になった。法廷意見は、「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『現に未成年の子がないこと』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3号の規定が憲法13条、14条1項に違反するものでない」ことを判例の趣旨に徴して明らかであるとしている。ただし、これには、宇賀克也裁判官の反対意見が付された（以下、「宇賀反対意見①」）。

宇賀裁判官は、まず「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 条に違反することには、大方の賛成が得られるものと思われる」という。そうであれば、憲法 13 条により、「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」が保障されている、というのが宇賀裁判官の議論の前提としてある。そのうえで、宇賀裁判官は、前述した旧特例法 3 条 1 項 3 号が改正され、「現に未成年の子がいないこと」という要件に緩和されたことを示したうえで、「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、……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、全く成り立たなくなるとまではいわないにしても、脆弱な根拠となったといえるように思われる。そうなると、『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かが、主たる検討課題になる」とした。そして、この点についての検討した結果、宇賀裁判官は、「3 号要件を設ける際に根拠とされた、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ないという説明は、漠然とした観念的な懸念にとどまるのではないかという疑問が拭えない」とし、「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か」と述べた。そのうえで、宇賀裁判官は、「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、「十分な説得力を感じることができない」とし、特例法3条1項3号の要件は、憲法13条で保障された自己同一性を保持する権利を制約する根拠として十分な合理性を有するとはいえない、²⁵「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ため、特例法3条1項3号の規定は、憲法13条に違反すると結論付けた。

3) 小括

平成19年第三小法廷決定と平成19年第一小法廷決定自体は、特に立法府による解決を促すようなメッセージを発していないことからすれば、この時点の最高裁の立場は、旧特例法3条1項3号の「現に子がいないこと」という要件について合憲であるとし、立法措置を講じるべきとは考えていない。しかし、法改正自体がこれらの最高裁決定の翌年に行われたことを考えると、これらの最高裁決定までの一連の訴訟が国会における法改正を促す契機になったとはいえよう^{25・26}。

また、現在の特例法3条1項3号の「現に未成年の子がいないこと」という要件が問題となった令和3年第三小法廷決定では、法廷意見を見るかぎり、立法府による解決を促すようなメッセージを発しておらず、この時点でも特例法3条1項3号の要件について立法措置を講じるべきとは考えてはいない。しかし、宇賀反対意見①では、憲法13条から「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」を導き出し、違憲の判断をしている。そしてこの理解に立っ

た場合には、前述した特例法 3 条 1 項 2 号の「現に婚姻をしていないこと」という要件についても違憲の判断が導かれる可能性を示していると思われる。その意味では、令和 3 年第三小法廷決定は、反対意見を含めて読むと、立法措置の検討を含めた、立法府に対する一定のメッセージを示したものと捉えることもできなくはない。

Ⅲ 平成 31 年第二小法廷決定との比較としての令和 5 年大法廷決定

ここまでの流れを見ると、最高裁は、(旧特例法を含め)特例法 3 条 1 項 2 号と 3 号について、簡潔な理由で合憲判断をしていることから、立法府にメッセージを伝えるべき状況とは見ておらず、立法として正当なものとして見ていると考えることができる。ただし、平成 19 年第三小法廷決定→平成 19 年第一小法廷決定→令和 2 年第二小法廷決定→令和 3 年第三小法廷決定という流れで見た場合には、令和 3 年第三小法廷決定で宇賀反対意見①が出されたように、徐々に変わりつつあると見ることもできる。

他方、特例法 3 条 1 項 4 号が問題となった平成 31 年第二小法廷決定は、法廷意見においても、立法府にメッセージを伝えるべき状況と見ており、特例法 3 条 1 項 4 号の憲法適合性についての疑義を匂わせるものになっていた。そして、令和 5 年大法廷決定では、法廷意見において特例法 3 条 1 項 4 号を違憲と判断し、さらに後述するように、3 名の裁判官による特例法 3 条 1 項 5 号の違憲判断にまで至った。

ここからは、平成 31 年第二小法廷決定と令和 5 年大法廷決定について見ていくことにしたい。

1) 平成 31 年第二小法廷決定

平成 31 年第二小法廷決定では、特例法 3 条 1 項 4 号の「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」という要件が問題となっていた(以下、Ⅲでは「本件規定」)。

まず、平成 31 年第二小法廷決定において、本件規定の下では、「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」になるが、「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」とする。しかし、平成 31 年第二小法廷決定では、「もっとも」と繋げて、以下のように判断した。

「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」（下線：河北）。

ここで示された法廷意見では、本件規定が「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面もあることは否定できない」ということ自体は認めつつ、「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」と述べていることから、法廷意見においても、立法措置の検討について立法府に対してメッセージを発しているものと考えることができ、「現時点では」という留保を付して、合憲としていることから、そのメッセージは相当に強いものとみることができる。しかし、「現時点」として、合憲判断にとどめたのは何故か。

この点で、興味深いのが、平成 31 年第二小法廷決定で補足意見を述べ

た鬼丸かおる元最高裁判事のインタビューにおけるコメントである。そこで、鬼丸元最高裁判事は、「身体的な侵襲は、憲法 13 条の問題になる可能性を多数意見も考えていると思います。ただ多数意見は特例法 3 条が直ちに身体的侵襲を強制するものではないと考えていたものです。つまり特例法を満たした人だけに許可をすとしたものです」と述べている²⁷。つまり、この時点で、令和 5 年大法廷決定に現れる「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」が憲法 13 条の問題になることを考えたうえで、「特例法 3 条の各号の要件を満たして初めて性別変更できるという条件付与規定だと考える見方」²⁸に立ち、「特例法を満たした人だけに許可をする」ものとして、「強制」するものとまでは解さずに合憲としたということになる。ただし、違憲の疑いは相当にあるものとは考えているため、「現時点では」という留保を付すことにより、立法府による解決に委ねたものとみることができる。

それに比して、平成 31 年第二小法廷決定の鬼丸かおる・三浦守両裁判官の補足意見（以下、「鬼丸・三浦補足意見」）について、鬼丸元最高裁判事は「ほとんどが手術をうけざるを得ないから、実質的には 13 条違反になるとしたのが補足意見です」²⁹と述べている。

鬼丸・三浦補足意見では、まず、特例法は、「性同一性障害者が、性別の違和に関する苦痛を感じるとともに、社会生活上様々な問題を抱えている状況にあることから、その治療の効果を高め、社会的な不利益を解消するために制定されたもの」であり、「特例法により性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、変更後の性別で婚姻をすることができるほか、戸籍上も、所要の変更等がされ、法令に基づく行政文書における性別の記載も、変更後の性別が記載されるようになるなど、社会生活上の不利益が解消されることになる」とした。そして、「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」（下線：河北）とする。そのうえで、「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とする。そして、性別適合手術について「その後の臨床経験を踏まえた専門的な検討を経て、現在は、日本精神神経学会のガイドラインによれば、性同一性障害者の示す症状の多様性を前提として、この手術も、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とされている」ことを指摘したうえで、特例法のもとでは、「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」ことから、「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」し、「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」ことからすると、本件規定は、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面があることを指摘した（下線：河北）。

それを受けて、鬼丸・三浦補足意見は、「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」を検討することになる。

本件規定の目的については、「性別の取扱いの変更の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」という法廷意見と同様ものと解している。そのうえで、しかし、性同一性障害者は、「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、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るから、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えることができる」としている。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」として、以下の①②を述べたうえで、「以上の社会的状況等を踏まえ、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」とする。

- ①特例法が平成 15 年の制定時の附則 2 項において施行後 3 年を目途に必要があるときに措置を講じることを規定しており³⁰、実際、前述のように、2008 年に国会で旧特例法 3 条 1 項の見直しが行われ、「その改正法の附則 3 項においても、『性同一性障害者の性別の取扱いの変更の審判の制度については、この法律による改正後の特例法の施行の状況を踏まえ、性同一性障害者及びその関係者の状況その他の事情を勘案し、必要に応じ、検討が加えられるものとする。』旨が定められ、その後既に 10 年を経過している」。
- ②「特例法の施行から 14 年余を経て、これまで 7000 人を超える者が性別の取扱いの変更を認められ、さらに、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」。

さらに、鬼丸・三浦補足意見は、特例法制定当時においては生殖能力喪失を要件とする国が数多くあったが、2014（平成26）年には、世界保健機関等が生殖能力喪失を要件とすることに反対する声明を発しており、2017（平成29）年には、欧州人権裁判所が生殖能力喪失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ており、現在は、その要件を不要とする国も増えていることを指摘する。

そのうえで、鬼丸・三浦補足意見は、「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」（下線：河北）としている。

では、鬼丸・三浦補足意見は、違憲の疑いを感じながらも、なぜ「補足意見」になったのか。この点について、鬼丸元最高裁判事は、「申立人の身体が元のままの性ということは大きな問題があると考えたもの」であり、「女性が事実上、妊娠可能な身体のまま性別が男性になると、男性として婚姻できますが、戸籍上の夫が懐胎して出産する可能性もあるし、戸籍上の妻が戸籍上の夫の冷凍卵子等を利用して妻とは遺伝的な繋がりのない子を人工的に懐胎させる（事実上、借り腹となる）可能性もあります。つまり、同性婚を認めることと同意義です。進んだ生殖医療の下では今後予想外のことが起きるかも知れません。特例法3条4号規定は、身体的侵襲だけの問題ではないと捉えたものです。また二小は国民感情がこの男女の性別の定義を一義的に解しているとは受け止められませんでしたし（つまり性自認した性が、身体とは別に性と認められるとの解釈）、同性婚を認めるとしたら、民主主義的なプロセスに委ねるべきで、司法が先頭に立つことではないと補足意見で判断したわけです」として、加えて「特別抗告という形式は相手のいない一方的な申し立てで対審構造ではありません。最高裁が考える範囲の場面を考えただけで、議論が尽くされたとは言い得なかったので、民意を得た形での解決に委ねたいと考えたものです」とす

る^{31・32}。つまり、「民主主義的なプロセス」や「民意を得た形」ということから、本件の争点には裁判所のみでは判断を躊躇する部分が内在していることから立法府による議論や解決の必要性を考えているとみることができる³³。そのことは、「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」とする鬼丸・三浦補足意見にもあらわれていると考えられる。そして、鬼丸元最高裁判事によれば、「当該事案は手術しないで許可を求めたのですから、特例法の要件は憲法違反との決定を出すことには、……国内で性別の問題が同性婚を認めるところまで進展していなければ出せないと言う結論は全員が一致したものです³⁴」とされる。

平成31年第二小法廷決定は、全体として、立法措置の検討について立法府に対してメッセージを發したものとみることができ、民主主義的なプロセスによる議論や解決を相当に促しているものに思われる。しかし、令和5年大法廷決定が出されるまで、本件規定について立法によって解決されることはなかった。では、なぜ立法府にメッセージがうまく届くことがなかったのであろうか。これを考えるとき、日本において「司法積極主義」を論じる際に指摘されることにヒントがあるように思われる。

日本の「最高裁は、たしかに違憲判断には消極的だが、憲法判断をすること自体については、全体としてむしろ積極的であり……、その結果として合憲判断を下すことに積極的³⁵」であり、そのため、日本は、憲法判断積極主義ではあるが、違憲判断消極主義であるという指摘がなされることがある³⁶。この指摘の重要なところは、「『憲法判断』に立ち入るか否かの決定の段階と『違憲判断』を下すか否かの決定の段階とで区別されなければならないことを主張した点³⁷」とともに、「裁判所がその積極主義によって立法府の・行政府の判断を正当化する機能をいとむことを指摘した点³⁸」にあるとされる。そして、この指摘の後者の点に従えば、違憲審査制というのは「憲法八一条の文言どおり『憲法に適合するかしないか』の決定なのであって、違憲判断によって政治部門に対する抑制機能を果たす

と同時に、合憲判断によって政治部門の行為を正統化する機能をも果たす³⁹ことになるため、仮に立法府が制定した法について裁判所が憲法適合性への疑義を抱いてはいるが民主主義的なプロセスで議論されることが望ましいと考えていたために、その法について合憲判断を下したとしても、立法府側からすれば、合憲判断による政治部門の行為の正当化機能のため、立法府がその問題に関心を示さない限り、その法を改正するなどの動きに出ることは生じにくいであろう⁴⁰。前述したように、実際、平成31年決定は憲法適合性への疑義を抱いているとのメッセージを立法府に伝えているように思われるが、令和5年大法廷決定時にも特例法3条1項4号の改正等がなされていなかったことを考えると、やはり合憲判断をしながら立法府との対話を促す手法には限界があるように思われる。

この点で、令和5年大法廷決定の三浦守裁判官の反対意見（以下、「三浦反対意見」）の以下の指摘は重要であろう。

「特例法の一部を改正する平成20年法律第70号は、附則3項において、性同一性障害者の性別変更審判の制度については、この法律による改正後の特例法の施行の状況を踏まえ、性同一性障害者及びその関係者の状況その他の事情を勘案し、必要に応じ、検討が加えられるものとする旨を定めていた。そして、世界保健機関等による共同声明をはじめ、本件規定等の問題に関わる国の内外の見解や、諸外国の裁判例及び立法例が見られる中で、平成31年決定は、本件規定の憲法適合性については不断の検討を要する旨を指摘した。しかし、その後を含め、上記改正以来15年以上にわたり、本件規定等に関し必要な検討が行われた上でこれらが改められることはなかった。／全ての国民は、個人として尊重され、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ものであり、状況に応じて適切な措置を講ずることは、国の責務である。取り分け、今日、性自認や性的指向等に関係なく、あらゆる分野において平等な参加が確保されるよう、社会

的な障壁を取り除き、不適切な規範や慣習に対処して、あらゆる人々が生き生きとした人生を享受することができる社会の実現が求められている（令和5年（2023年）5月20日G7広島サミットの首脳コミュニケ、2022年（令和4年）6月28日G7エルマウ（ドイツ）サミットの首脳コミュニケ等参照）。／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。民主主義的なプロセスにおいて、このような少数者の権利利益が軽んじられてはならない」（下線：河北）。

以下では、令和5年大法廷決定について、概観したい。

2) 令和5年大法廷決定

令和5年大法廷決定は、まず、憲法13条から、「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」（以下、「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」とし、「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」としている。平成31年第二小法廷決定と比較した場合、憲法13条により身体への侵襲を受けない自由が保障されるという点ではおそらく同じとみることができるが、生殖腺除去手術の強制が「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」ことを明示的に言及した点がもっとも異なる点であると思われる。

これを受けて、令和5年大法廷決定は、「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うことが出来る」としている。そのうえで、令和5年大法廷決定は「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」としている。さらに、令和5年大法廷決定において「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うことができない限り、許されないというべきである」としている（以上、下線：河北）。この点は、前述の鬼丸元最高裁判事の指摘に従えば、平成31年第二小法廷決定の法廷意見とは異なる部分ということになる。

そのうえで、令和5年大法廷決定で示された「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」という判断枠組みは、平成31年第二小法廷決定の鬼丸・三浦補足意見でも示されたものと同様と考えて良いと思われる⁴¹。とすると、これ以降の判断は、平成31年第二小法廷決定と大きな違いが生じ得る。

実際、令和5年大法廷決定は、本件規定の目的について、「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、平成 31 年第二小法廷決定と同様のことを示したうえで、「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とし、「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」としている（下線：河北）。

ここで平成 31 年第二小法廷決定との比較でみた場合、「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」と考えたうえで、さらに「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」としている点は、平成 31 年第二小法廷決定の法廷意見および鬼丸・三浦補足意見（の問題意識）とは異なる部分であると思われる。特に、前述したように、鬼丸元最高裁判事が「特例法 3 条 4 号規定は、身体的侵襲だけの問題ではないと捉えたもの」と考えていたこととの比較をした場合、令和 5 年大法廷決定の法廷意見は「身体的侵襲だけ」を「問題」として抽出することにして、その他の「問題」について「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」として扱うことにより、「問題」を峻別して取扱ったと考えることができる。また、「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」という部分については、前述した 2008（平成 20）年の法改正後に出された令和 3 年第三小法廷決定における宇賀反対意見①の影響をみることができる。

そして、前述を受けて、令和 5 年大法廷決定は「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みる」ことになる。

令和 5 年大法廷決定は、「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
うことができる。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」（下線：河北）とする。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」
とし、「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」（下線：河北）とする。そのため、「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」という結論に
達した。ここでも「現時点」ということを言っていることから、平成31
年第二小法廷決定時との比較を行っているものとみることが出来る。

また、岡正晶裁判官の補足意見（以下、「岡補足意見」）では、立法院の

対応について、「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」とし、法改正に当たって、「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」としている。この岡補足意見をみると、法律自体の「憲法適合性」そのものについては裁判所が判断しうるものであるが、どのような内容の法改正が憲法適合的な内容であるかを峻別し、憲法適合的な内容の法律を議論するのは立法府にあるということを示したものとみることができる。加えて、法廷意見が「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」としていたことも、岡補足意見と親和性があるように思われる。

さらに、令和5年大法廷決定では、3名の裁判官による反対意見が付されることになるが、そのどれもが特例法3条1項5号の「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」という外観要件（以下、「5号規定」）についても違憲と判断している。

そのうち、草野耕一裁判官の反対意見（以下、「草野反対意見」）では、『性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益』は、……重要な法的利益である。そうである以上、既に特例法が存在するにもかかわらず申請者がこの利益を享受するためには上記の如き手術を受けなければならないとすることは憲法13条が保障している『身体への侵襲を受けない自由』の制約に当たるといえる。したがって、5号規定が合憲であるというためには、5号規定が上記の自由を制約していること（以下、単に『制約目的』という。）に正当性があり、かつ、その目的を達成するために5号

規定が選択した手段が制約目的に照らして相当なものといえることが必要である」とし、制約目的を「自己の意思に反して異性の性器を見せられて羞恥心や恐怖心あるいは嫌悪感を抱かされることのない利益」（「意思に反して異性の性器を見せられない利益」としたうえで、これ自体には正当性が認められるとする。そこで、草野反対意見では、「手段が制約目的に照らして相当なもの」であるかを検討することになるが、そこで「5号規定が合憲とされる社会」と「5号規定が違憲とされる社会」を比較して、「5号規定が違憲とされる社会は、憲法が体现している諸理念に照らして、5号規定が合憲とされる社会に比べてより善い社会であるといえる」として、5号規定を違憲と判断した⁴²。

また、宇賀克也裁判官の反対意見（以下、「宇賀反対意見②」）では、「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」があることを指摘したうえで、「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」とする。また、「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人権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条により保障された基本的人権であるとするれば、特例法3条1項の他の規定に関しても、基本的人権への制約が許されるかが問われることになる」とし、「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条から保障されることを正面から認める。この点、前述の宇賀反対意見①でも、憲法13条により、「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」が保障されているとしてい

たことを想起すると、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける「利益」ではなく「権利」としていることには一貫性があるように思われる。さらに、この点、宇賀反対意見②では、「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、いささかで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人権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人権はおおよそ考え難いことになる」ともしている。そのうえで、「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酷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」として、5号規定についても違憲と判断した。

では、平成31年第二小法廷決定での結論を改めた三浦反対意見は、どのようなものであったか。

まず、三浦反対意見は、平成31年第二小法廷決定時点においても、「本件規定は、その当時、既に違憲の疑いが生じていた」という。これは、前述の鬼丸元最高裁判事の指摘とも一致していると考えられる。

もっとも、令和5年大法廷決定の時点と平成31年第二小法廷決定の時点において、立法事実が大きく変化したのか。令和5年大法廷決定の「本件に関連する事実等の概要」をみても、平成31年第二小法廷決定段階と異なることがあるとすれば、世界保健機関の策定する国際疾病分類である「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」が、「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」という点、「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

の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」という点⁴³、そして、「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」という諸点がそれにあたるだろう。

この点、三浦反対意見が平成31年第二小法廷決定での自らの結論を改めることに重要な影響を与えた事実は、まず、「ICD第10回改訂版を改訂した第11回改訂版」が「2019年（令和元年）5月に承認され、2022年（令和4年）1月に発効した」とことと考えることができる。三浦反対意見は、「ICD第11回改訂版における性別不合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は、アメリカ精神医学会のDSM（精神疾患の診断・統計マニュアル）第5版（2013年（平成25年））の性別違和に関する診断基準や、日本精神神経学会のガイドライン第4版改（第4版は平成23年、第4版改は平成30年）の性同一性障害に関する診断及び治療の指針等に示された医学的知見に沿うものと理解される」としており、「このような現在の一般的な医学的知見の下において、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の症状は多様かつ個別的なものであり、特例法2条の『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る。性同一性障害を有する者の中には、必ずしも内外性器に関し他の性別に適合させることを望まないとしても、胸のふくらみ、髭、声等の第二性徴に関し身体的に他の性別に適合させようとする意思を有する者がいることは、DSM第5版の診断基準等からも明らかであり、ICD第11回改訂版もこれを前提にするものと理解される。このような意思は、一般に認められている医学的知見を前提として、同条の上記意思に当たるものと解されるが、このような者にとっては、治療として生殖腺除去手術を含む性別適合手術を受けることを要しない」としている。そのため、「本件規定に係る要件を課すことは、医学的にみて合理的関連性を欠くに至っているが、この点は、ICD第10回改訂版の下で進展し一般化してきた医学的知見に加えて、国際的に合意されたICD第11回改訂版によって裏付けられるとともに、それら

を前提とする性同一性障害者の定義の解釈に照らしても、医学的な合理的関連性が認められないものとなっている」としている。

また、三浦反対意見をみる限り「地方公共団体においては、近年、いわゆるパートナーシップ制度が飛躍的に拡大している」ことも重要な立法事実の変化と捉えているように思われる⁴⁴。三浦反対意見は、「平成 27 年、東京都渋谷区及び世田谷区がこれを始めた後、他の地方公共団体にも広がり、平成 31 年決定当時は、10 程度の市区町であったが、東京都渋谷区等の調査によれば、令和 5 年 6 月 28 日時点において、東京都、大阪府等の 14 都府県を含め 320 を超える地方公共団体がこれを設け、これらがカバーする人口は、我が国の総人口の 70% を超えているとされる」としており、さらに「当初は、同性の二人を対象とする制度であったが、現在は、異性の二人をも対象とする制度が一般的であり、性別変更審判等に関わらず性同一性障害を有する者の利用が広く考慮されている。さらに、最近では、パートナーシップ制度と併せて、子や親を含め、ファミリーシップ制度を設ける地方公共団体も増加している」ことを指摘する。そして、「身近な地域社会において、このような制度が拡大し、特に大きな問題もなく運用されているとうかがわれることは、性同一性障害を有する者を含む性的少数者が、家族を形成して子育てをし、充実した社会生活を営むという、多様な家族の在り方に関する社会的状況の変化を示しているというべきである」とし、「特例法の施行から約 19 年が経過する中で、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が、パートナーシップ制度は、公的な制度という点でも、全国的な広がりという点でも、重要な意義を有するということができる」とする。そのことから、三浦反対意見は、「平成 31 年決定の共同補足意見で述べた事情に加え、以上のような事情等を併せ考慮して、総合的に較量すると、現時点において、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はいえず、本件規定は憲法 13 条に違反するというべき」という結論を導く。

では、5号規定についてはどうか。三浦反対意見は、「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い限り、許されないとすべき」として、「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」としている。そして、三浦反対意見は、5号規定の目的に関して、「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」と理解したうえで、詳細に検討した結果、「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とはできない」としている。

また、本稿の関心との関係では、三浦反対意見において「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」も検討している点は興味深い。そして、「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（本件規定と5号規定：河北）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」として、「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

本的内容を何ら変更するものではなく、立法権の侵害というべきものでないことは明らかである」としている^{45・46}。さらに、三浦反対意見は、結論として、「本件規定及び5号規定は違憲無効であり、5号規定の要件該当性について判断するまでもなく、特例法の残余の要件に照らし、抗告人の申立てには理由があるから、原決定を破棄し、原々審判を取消して、抗告人の性別の取扱いを男から女に変更する旨の決定をすべき」としている。

平成31年第二小法廷決定の際に出された鬼丸・三浦補足意見において示されていた立場からすると、令和5年大法廷決定で示された三浦反対意見の説示は、明らかに異なっている。この違いが生じたのは、何故か。それが前述した「平成31年決定は、本件規定の憲法適合性については不断の検討を要する旨を指摘した。しかし、その後を含め、上記改正以来15年以上にわたり、本件規定等に関し必要な検討が行われた上でこれらが改められることはなかった」という部分や「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。民主主義的なプロセスにおいて、このような少数者の権利利益が軽んじられてはならない」という三浦反対意見の説示にあらわれているように思われる。

平成31年第二小法廷決定は、法改正などの立法措置をとるよう立法府にメッセージとして送っていたものであったからこそ、令和5年大法廷決定において「本件規定等に関し必要な検討が行われた上でこれらが改められることはなかった」ということを三浦反対意見は説示し、さらに、「民主主義的なプロセスにおいて、このような少数者の権利利益が軽んじられてはならない」ことを説示したと考えられる。だからこそ、令和5年大法廷決定において三浦裁判官は、本件規定のみならず5号規定についても違憲と判断したうえで、しかも「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」についても検討したうえで、「立法権の侵害というべきものでないことは明らか」ということを説示したのではないだろうか。

IV 立法府との対話の進め方について

1) 平成 31 年第二小法廷決定と令和 5 年大法廷決定での「対話」の成否

佐々木雅寿は、「最高裁が国会や政治部門の対応を求め、対話を促す方法にはいくつかの種類がある」⁴⁷として、例として、以下の方法を挙げている⁴⁸。

- (1) 最高裁の多数意見による違憲判決（決定）の方法
- (2) 最高裁の多数意見が、結論は合憲であるが、理由中で法律などを違憲状態であると指摘する方法
- (3) 最高裁の多数意見の結論は合憲であるが、法律などの違憲の疑いを示唆して、国会の自主的な法改正を促す方法
- (4) 最高裁の多数意見は合憲であるが、反対意見が違憲判断を示して法改正を要請する方法

ここで確認されるべきは、平成 31 年第二小法廷決定における法廷意見が「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、「現時点では」という留保をして、合憲と判断したものであったということである。ここでの最高裁からのメッセージは、上記の 4 つの方法であえて示すとすれば、(3) に近いものと考えることができる。そして、そのうえで、鬼丸・三浦補足意見が付されている。しかし、そのメッセージが立法府に届かなかったために、令和 5 年大法廷決定の三浦反対意見はさらなるメッセージを立法府に送ったと考えられる。

平成 31 年第二小法廷決定は、最高裁と立法府との対話は成立しなかった。しかし、令和 5 年大法廷決定は、立法府との対話を最高裁は成立させたいと考えていると思われる。それが令和 5 年大法廷決定の違憲判断であったとみることはできないだろう。

令和 5 年大法廷決定は、特例法 3 条 1 項 4 号を違憲としたうえで、3 裁判官の反対意見で特例法 3 条 1 項 5 号を違憲と判断したことを考える

と、「身体への侵襲を受けない自由を制約する必要性について、公衆浴場等で問題を生じ得る程度の社会生活上の混乱を避けるという外性器要件の必要性が親子関係等に関わる問題を避けるという内性器要件の必要性を上回るとは考え難く、本件が最高裁に戻ってくれば、違憲と判断される可能性が極めて高いと思われる。もしそうであれば、多数意見は、外性器要件の憲法適合性に関する判断を留保することにより、立法府に対して猶予を与えたことになる」⁴⁹ という見方は十分に可能であろうし、「単純な『司法積極主義』とも異なる最高裁の慎重かつ緻密な司法の役割への意識が窺える」⁵⁰ ものと評価できる⁵¹。また、平成 31 年第二小法廷決定で立法府との対話が成り立たなかったことを考えると、「補足意見と反対意見の傍論部分で違憲の疑いを示し、法改正の要請をしても、国会は何も対応しない。やはり対話を実現させるためには、多数意見による明示的な違憲判断が必要」⁵² であり、前述した合憲判断による政治部門の行為の正当化機能をも合わせれば、令和 5 年大法廷決定は立法府との対話を実現し得るものとなったとみることができる。

2) 「対話」を成立させるには

では、多数意見の構成として対話を成り立たせるための条件は、どのように考えることができるのか。ここでは、前述のように、「違憲」という判断を下すことがまずある。しかし、対話を成立させる条件として、もう一つ「違憲状態」という判断を下すことも考えられるのではないか。

この点、一票の較差に関する訴訟が、この「違憲状態」というものが対話として成り立ち得ることを示唆している。最高裁平成 25 年 11 月 20 日大法廷判決⁵³ (衆議院)、最高裁平成 26 年 11 月 26 日大法廷判決⁵⁴ (参議院)において、最高裁は、「司法権と立法権との関係」について述べたうえで、「憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っている旨の司法の判断がされれば国会はこれを受けて是正を行う責務を負う」(衆議院) こと、「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っている旨の司法の判断がされれば国会はこれを受けて是正を行う責務を負う」(参議院) ことを

判示した⁵⁵。そして、これは、一票の較差に関する訴訟において、「違憲・事情判決には、……憲法上の強い要請や義務が伴い」、「違憲状態・結論合憲判決には……憲法上の弱い要請や義務が伴う」⁵⁶ことを示唆しており、そのように考えれば、「違憲・事情判決と違憲状態・結論合憲判決との区別は、強い型の違憲審査（における対話）と、より弱い型の違憲審査（における対話）とを最高裁が使い分けていることを意味する」⁵⁷とみることができる。

なお、「違憲」判断がなされたものについては、最高裁判所裁判事務処理規則 14 条に基づき、裁判書の正本が内閣と国会に送付される⁵⁸。また、一票の較差に関する訴訟における「違憲状態」の判断がなされたものについても、「その呼び名のインパクトや次は違憲判決も想定されうることなどから、これを受け、それぞれの議院で検討を行うことがほぼ慣例化しているといえる」⁵⁹との指摘がある。このことから、「違憲状態」という判断手法には、立法府との対話という観点からすると、有益な面があるようにも思われる。

たとえば、ここで本稿の関心に引き付けて考えると、まず、本稿で問題となっている性別変更審判では、対審構造ではないということがあげられる。前述した鬼丸元最高裁判事のインタビューにおいても、「特別抗告という形式は相手のいない一方的な申し立てで対審構造ではありません。最高裁が考える範囲の場面を考えただけで、議論が尽くされたとは言い得なかったので、民意を得た形での解決に委ねたいと考えた」⁶⁰とされるように、本件のような場合には、最高裁のみで判断を下すことに躊躇するという状況になることにも理由がないわけではない。また、鬼丸元最高裁判事が「近い将来同種申し立てや同性婚の議論が予想されるのに、いまだ反応は鈍く、コンメンタールもほとんどなく、相手側がいない状態で、反論は裁判所が考えよというのは酷ではないでしょうか」⁶¹とすることも十分に理解可能に思われる。しかし、同時に、「民主主義的なプロセス」や「民意を得た形」での解決を求めるとすれば、立法府との対話を成立させる必要があり、その際に、合憲という判断の手法を用いてしまうと、少なくとも

前述のように、合憲判断による政治部門の行為の正当化機能があることからすれば、たとえ最高裁として立法府への解決を求めるメッセージを投げかけても届かない可能性が高いように思われる。身体的な侵襲は憲法 13 条の問題になる可能性を多数意見も考えていたことからすると、違憲の疑いはあるが、明確に違憲と判断することが難しいと考えていたのが平成 31 年第二小法廷決定だと理解することができる。そうであれば、この時点で、少なくとも平成 31 年第二小法廷決定の丸鬼・三浦補足意見については、実質的には憲法 13 条違反になると考えていたことからすると「合憲」という判断ではなく、少なくとも特例法 3 条 1 項 4 号が身体的な侵襲の点で憲法 13 条違反にはなる可能性があるとして、その他の点も考慮して、「違憲状態」という判断を下すことも考えられたのかもしれない⁶²。憲法適合性に問題があったとしても、本件のような対審構造にはないものについて、最高裁としては違憲判断をすることに躊躇が生じることは考えられなくはない。そのような際に、一票の較差に関する訴訟に現れた「違憲状態」の考え方をを用いることで、「民主主義的なプロセス」や「民意を得た形」での解決を求めることは、一つの方法として考えられて良いのかもしれない^{63・64}。

また、「違憲審査制は、裁判の対審構造にもとづいて、具体的合意、さらには、基本的合意をめぐる対立する二つの立場をして、それぞれの主張を明確化させ、それぞれの論拠を提出させ、かつ、相手方の主張の問題点を指摘させあうことによって、また、このような作業を一般国民に公開しておこなうことによって、また、みずからの見解をも明らかにすることによって、憲法現実化過程に参加するすべてのファクターの間に包括的な対話状況をつくりだすことができる」という指摘がなされている。しかし、前述の通り、本稿で問題になっているのは、性別変更審判であり、非訟事件であるため、通常、対審構造をとらない。そのため、「非訟事件における違憲審査の重要性が増していることを踏まえると、そこでの手続保障を司法裁判所が行う違憲審査に適合的な内容に改める必要がある」⁶⁶ということも言われている。この点、令和 5 年大法廷決定を受けて、「裁判

所の判断に説得力をもたらすのは立法事実の裏付けであるが、付随的違憲審査制ではその存否や根拠の検証は対立する当事者の資料提出にかかっている。したがって、本件のように対立する当事者がいない状態では、立法事実の収集は不十分なものとどまりかねない」とし、「その意味で本件では、現行制度の限界を露呈させた」という指摘もなされている⁶⁷。そのため、アミカスキュリエなどの最高裁をサポートするシステムの導入も考えられて良いように思われる⁶⁸。

いずれにせよ、最高裁と立法府の対話を成り立たせるには、現状の判断方式を前提とすれば、「違憲」あるいは「違憲状態」という判断を下すことが必要であろう。その意味で、平成31年第二小法廷決定は、「現時点」という言い方から、立法府にメッセージを送り立法府による解決を求めるものであったが、「合憲」という結論であったことから、対話は成立しにくかったとみることができる。比して、令和5年大法廷決定は、特例法3条1項4号を「違憲」と判断したうえで、前述の3名の裁判官の反対意見で特例法3条1項5号をも「違憲」と判断したことから、立法府としては、特例法3条1項4号とともに、特例法3条1項5号についても検討する可能性がある。対話への国会の対応類型として、「国会や政治部門は、最高裁の違憲判決に従い法律の改廃などを行う」服従型、「国会や政治部門は、基本的に最高裁の違憲判決に従うが、法改正を行う際、違憲判決の内容を超える範囲の法改正を行う」拡張型、「国会が最高裁の違憲判決に全面的に同意できない場合にとりうるもの」としての対向型の3つがあるが⁶⁹、令和5年大法廷決定に対しては、単純な服従型での対応にとどまらず、たとえば拡張型の対応をすることも考えられなくはない。カナダにおける対話理論の位置付けの一つとして「違憲審査権をどのように行使すべきかについては意見の合理的な不一致が存在するため、対話理論はこれまでとは異なる問い、すなわち、ことによると不完全な裁判所の判決を修正したり、その判決に応答したりするために、立法府や社会が利用可能な選択肢がどのようなものか、という問いを検討するように迫る。そして、裁判官が、困難な問題に対して信頼し得る正しい答えを発見する保障はないため、対

話理論は、判決について議論し、修正し、拒絶する余地さえ立法府に認められている」⁷⁰ ことがいわれる。最高裁と立法府の対話という点から見た場合、令和5年大法廷決定に対して立法府がどのような対応をするのかは注目される。

3) 裁判所と立法府の役割

もっとも、前述した三浦裁判官反対意見が「民主主義的なプロセスにおいて、このような少数者の権利利益が軽んじられてはならない」と説示したことは、逆を言えば、本件で問題となっているような性別変更というセクシュアルマイノリティにしか関係しないようなものについては、民主主義的な議論の場で扱われにくいという面があるということを示している。そのため、「憲法訴訟制度の役割として、①社会における構造的な少数者（例えば、宗教的少数者、少数民族、LGBTの人々等）に対して、多数者意思の反映される傾向の強い政治部門が適切な法的保護を与えていない場合、②表現の自由や選挙制度など、民主的な意思形成のプロセスにおいて不当な規制行われている場合には、裁判所が積極的に介入する必要」があり、「この場合には司法の積極的介入を求める司法積極主義の考え方が妥当する」であろう⁷¹。また、たとえば夫婦同氏制の合憲性が争われた最高裁平成27年12月16日大法廷判決⁷²における寺田逸郎裁判官の補足意見が「選択肢のありようが特定の少数者の習俗に係るといような、民主主義のプロセスによる公正な検討への期待を妨げるというべき事情も、ここでは見いだすに至らない」としたことも、逆を言えば、「民主主義のプロセスによる公正な検討への期待」が難しい場合には、裁判所が厳しい姿勢でのぞむことを示したものと理解できる。そう考えれば、令和5年大法廷決定が特例法3条1項4号について、慎重に審査を行ったうえで「違憲」という判断を下したことの意義は大きい。また、旧優生保護法に基づく不妊手術に関する最高裁令和6年7月3日大法廷判決（以下、「令和6年大法廷判決」）⁷³ が令和5年大法廷決定を参照したうえで違憲と判断したことから、生殖不能要件のような「身体への侵襲を受けない自由」を憲法13

条によって保障された権利と位置付けたことの重要性とともに、マイノリティの声を民主主義的プロセスに届けるという面でも評価できる。

なお、前述の令和6年大法廷判決において、三浦守裁判官は補足意見を述べており、そのなかで、「本判決を踏まえた国の対応等について付言する」として、以下のような意見を述べる。まず、「本件は、立法府が、非人道的かつ差別的で、明らかに憲法に違反する立法を行い、これに基づいて、長年に及ぶ行政府の施策の推進により、全国的かつ組織的に、極めて多数の個人の尊厳を否定し憲法上の権利を侵害するに至った被害の回復に関する事案である」としたうえで、「国は、本件規定が削除された後も長年にわたり、被害者の救済を放置してきたものであり、一時金支給法による一時金の支給も、国の損害賠償責任を前提とするものではなく、その額も十分とはいえない。また、これまでにその支給の認定を受けた者は、不妊手術を受けた者の総数に比して極めて低い割合にとどまる」ことを指摘し、さらに、「このような状況において、平成元年判決等が示した法理が今日まで維持されてきたことは、国が損害賠償責任を負わない旨の主張を維持することを容易にするなど、問題の解決を遅らせる要因にもなったと考えられるが、国が必要な立法措置等により被害者の救済を図ることが可能であったことはいうまでもない」とした⁷⁴。そして、「これらの事情に加え、被害者の多くが既に高齢となり、亡くなる方も少なくない状況を考慮すると、できる限り速やかに被害者に対し適切な損害賠償が行われる仕組みが望まれる。そのために、国において必要な措置を講じ、全面的な解決が早期に実現することを期待する」としている。

国会にどのような対応が望まれるかという形で、このようなメッセージを三浦裁判官が送っていることは、令和5年大法廷決定での三浦反対意見と通じるものがある。そして、令和5年大法廷決定後に同様に特例法と関係する判決が出された。最高裁令和6年6月21日第二小法廷判決(以下、「令和6年第二小法廷判決」)⁷⁵である。令和6年第二小法廷判決で問題となったのは、法的性別が女性となった者が自己の精子で子を懐胎させた場合にその認知を求めることができるか否かであった。これに関して、

令和6年第二小法廷判決は、「嫡出でない子は、生物学的な女性に自己の精子で当該子を懐胎させた者に対し、その者の法的性別にかかわらず、認知を求めることができる」と解するのが相当である」とした。そして、ここでも三浦裁判官は補足意見を述べ、「法整備の必要性が認識される状況にありながら20年を超える年月が経過する中で既に現実が先行するに至っている。具体的な事件における事実関係を踏まえ、現行法の適切な解釈に基づく法律判断を行って事件を解決することは、裁判所の責務である」（下線：河北）とする。法整備の必要性を立法府自体が認識できていたという前提に立ったうえで、それでも「現行法の適切な解釈に基づく法律判断」で事件解決をすることを「裁判所の責務」と考えるのは、やはり令和5年大法廷決定の三浦反対意見とも通じるものがある。そして、「今や立法の不備こそが、親子法の秩序を大きく乱している要因というべきであろう」⁷⁶という指摘がなされていることからすると、令和5年大法廷決定において三浦反対意見が「民主主義的なプロセスにおいて、このような少数者の権利利益が軽んじられてはならない」と説示したことは、立法府の責務についての言及と捉えることもできる。

この点で、カナダ最高裁判決について、少しだけ言及したい。カナダにおける対話理論の代表的な判決の一つとして、禁止される差別事由として性的指向を含めていないアルバータ州個人権保護法（Alberta Individual Rights Protection Act）への異議を申し立てた事案である *Vriend v. Alberta*（以下、「Vriend 判決」）⁷⁷がある。このなかで、対話理論に言及した Iacobucci 裁判官は、「司法審査と諸部門の間のこの対話の重要な価値は、各部門が他の部門に対してある程度の責任を負うことにある。立法府の仕事は裁判所により審査され、その判決における裁判所の仕事は立法府により新たな立法を……通すことで対処され得る。諸部門の各々の責任とそれらの間の対話は、民主主義的なプロセスを否定するのではなく、促進する効果を持っている」⁷⁸とする。さらに、Iacobucci 裁判官は、民主主義という概念が多数決以上のものを意味し、民主主義では立法者は多数派と少数派の利益を等しく考慮する必要があり、その全員が立法者の決定

によって影響を受けることになるとしたうえで、「あるマイノリティの利益が考慮されなかった場合、特にその集団が歴史的に偏見と差別の対象となっている場合、司法の介入は不適切に行われた民主主義のプロセスを是正するために正当化される」⁷⁹とする。

立法府による対応を求める平成 31 年第二小法廷決定のメッセージが立法府に届かなかつたため、令和 5 年大法廷決定では特例法 3 条 1 項 4 号を違憲とすることで、明確なメッセージを送ったものと考えられる。そして、最高裁からのメッセージを受け取った立法府は、三浦反対意見にあらわれた「民主主義的なプロセスにおいて、このような少数者の権利利益が軽んじられてはならない」というメッセージとともに、今後対応が求められることになる。そういう動き自体は、Vriend 判決で Iacobucci 裁判官のいうように「民主主義的なプロセスを否定するのではなく、促進する効果を持っている」ように思われる。また、令和 5 年大法廷決定では特例法 3 条 1 項 5 号については、反対意見での違憲の判断はあるものの、多数意見は全く判断をしていないことから、立法府での解決に委ねたとみることでもできなくはない。令和 5 年大法廷決定を受けて、立法府がどのように動くのか。ここでは、ここからが対話の始まりであることを確認するだけにとどめておきたい。

V おわりに

性的マイノリティの問題に関して「日本は国連をはじめとする国際社会の場面では積極的な姿勢を示しているものの、国内の法政策や裁判事例はいまだに消極的な状態のままである」⁸⁰といわれる。そのなかで、令和 5 年大法廷決定において、特例法 3 条 1 項 4 号を違憲とした意義は大きい。

もっとも、性的マイノリティの問題については、今まで法が想定した前提を揺るがすことも考えられ、そうなると裁判所という部門だけにその解決を求めていくことにも困難が伴うようにも思われる。そうすると、民主主義的なプロセスにおける議論も必要になる。また、裁判所自体は、立法府との対話を促進するためにも、憲法適合性について、違憲や違憲状態

という判断を下す決断をすることも考えられて良いであろう。対話自体は、民主主義的なプロセスを促進する効果を持っているということをも引き受けるならば、立法府に対して、問題となっている法の何が憲法適合性の面で課題があるのかをメッセージとして裁判所が伝えることは、裁判所の役割としてあり得る。そして、そのメッセージを受け取った立法府は、裁判所の意見に従いながらも、自らの役割を果たすことが求められる。令和5年大法廷決定は、少なくとも、このような対話の契機の一つになるのではないだろうか⁸¹。

最後に、以下の問題意識を共有することで本稿を閉じることにしたい。「制度が前提としている『正常な』人間像は多様な人間のあり方のうちの一部にすぎず、その前提を共有しない人間にとって無理な制度である、ということになるのだが、法策定者がその事実を的確に想像することもまた困難なことだろう。その問題を深刻に感じている当事者がその事実を声として告発することでしか、制度の相対化や修正の可能性は起きてこないはずである。ここで人権と制度の連関は、是正不可能な沈黙の袋小路に閉じ込められたことになるのだろうか」⁸²。令和5年大法廷決定のような訴訟そのものが、当事者たちの声として現れたものとして見た場合、この声に耳を傾けることは、沈黙に追いやらないためにも、重要なものであろう。そして、「これまで法が一定の価値観や文化に偏向してきた部分を読み解き、これを解除することによって、あるべき中立性を回復していくこと」⁸³と「現在の法の言説が汲み上げきれない〈多様な現実〉について語ろうとする者の語りを阻害しない社会状況を作ること（阻害する社会状況を克服は正すること）」⁸⁴が、法が引き受けるべき課題としてある場合、裁判所による人権保障ということだけでなく、民主主義的なプロセスに声を届けるということも必要になるとと思われる。そのためにも、裁判所と立法府との対話を促進することには一定の意義があるのではないだろうか。^{85・86}。

追記：脱稿後に以下のものに接した。

- ・本多広高「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 号生殖腺手術要件最高裁憲法 13 条違反決定について」判例時報 2610 号 (2025) 5-19 頁
- ・青井未帆「『性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律』と憲法判断の方法——最大決令和 5 年 10 月 25 日を主たる検討対象として——」判例時報 2610 号 (2025) 20-27 頁

注

- 1 民集 77 卷 7 号 1792 頁。
- 2 本決定の判例評釈として、以下の脚注で挙げるもののほか、檜垣宏太「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」広島法学 47 卷 4 号 (2024) 185 頁、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～最高裁大法廷令和 5 年 10 月 25 日決定～」WLJ 判例コラム特報 301 号 (2023) [文献番号: 2023 WLJCC 023]、小泉良幸「性同一性障害特例法の生殖不能要件の違憲性」令和 5 年重要判例解説 (2024) 8 頁、南和行=吉田昌史「性同一性障害特例法の第 3 条 1 項 4 号を違憲無効とした最高裁大法廷決定」法学セミナー 830 号 (2024) 23 頁、巻美矢紀「性同一性障害特例法の生殖腺除去要件と憲法 13 条」民商法雑誌 160 卷 4 号 (2024) 684 頁、西村枝美「性別不合による法的性別変更の生殖腺欠如要件違憲決定」法学教室 521 号 (2024) 119 頁、野中伸子「性同一性障害特例法違憲最高裁大法廷決定の解説」ジュリスト 1595 号 (2024) 69 頁、齊藤笑美子「法的性別と性自認——特例法手術要件の合憲性」法学教室 524 号 (2024) 38 頁、白須真理子「性同一性障害者特例法における生殖腺除去要件の違憲性」法学教室 521 号 (2024) 122 頁、千葉勝美「性同一性障害事件の大法廷違憲決定と裁判官の視線」判例時報 2583 号 (2024) 5 頁、上田宏和「『性同一性障害特例法』違憲決定の憲法学的意義と限界、そして可能性」創価法学 53 卷 3 号 (2024) 1 頁、渡邊泰彦「性同一性障害特例法における生殖不能要件の合憲性」私法判例リマークス 69 号 (2024) 10 頁などがある。
- 3 裁判所ウェブ。LEX/DB25570771。
- 4 家庭裁判月報 60 卷 3 号 36 頁。
- 5 家庭裁判月報 60 卷 3 号 37 頁。
- 6 判例時報 2523 号 5 頁。
- 7 判例時報 2421 号 4 頁。
- 8 第 156 回国会参議院法務委員会第 18 号 (平成 15 年 7 月 1 日) (南野知恵子) また、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) 11 頁 (南野知恵子) によれば、性別変更審判の要件についての一部当事者が要件からはずれてしまうなどの批判があったが、「このタイミングを逃すことなく、まずは法律を成立させることが重要と、まさに苦渋の決断をしたのであった」という当時の状況が述べられている。

- 9 そのため、風間孝=河口和也『同性愛と異性愛』（岩波新書、2010）162頁によれば、特例法3条1項2号は「戸籍上では同性どうしの婚姻関係が成立してしまうこと」をさけるためにあり、「書類のうえであれ、同性婚の状態が成立するのはよくないという、同性婚を阻む異性愛主義による条件」とされる。一方、谷口功一「『性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律』の立法過程に関する一考察」法哲学年報（2003）216-217頁は、特例法3条1項2号について、「第一に、憲法二十四条第一項にも明示的に看取される通り、そもそもわが国の現行法制下では同性間の婚姻は制度的に予定されておらず、今回の婚姻要件を含む立法は、単に定められた枠内での整合的な法運用を行ったに過ぎない。従って、これを以て立法者における積極的にホモフォビクな意思の存在を推定することは必ずしも正しくない。また、第二に今回の特例法においては、確かに同性婚は肯定されてはいないが、そこで肯定されなかったのは同性婚一般の『権利』なのではなく、単に同法で規定される『性同一性障害』の当事者が例外的に許される同性婚の『特権』なのである」とする。なお、政治学の視点から特例法を検討するものとして、竹田香織「性同一性障害者特例法をめぐる現代的状況——政治学の視点から——」GEMC journal 第1号（2009）94-105頁参照。
- 10 なお、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）の「性同一性障害者性別取扱特例法 Q & A」によれば、特例法3条1項2号の「婚姻」は「届出により成立する法律婚をいい、いわゆる事実婚はこれに該当しません。したがって、性同一性障害者が事実婚の状態であったとしても、他の要件を満たせば、性別の取扱いの変更の審判を請求することは可能です」（同書130頁）とされる。
- 11 判例時報2487号3頁。
- 12 判例時報2537号40頁。
- 13 判例時報2547号45頁
- 14 裁判所ウェブ。LEX/DB25595224。
- 15 裁判所ウェブ。LEX/DB25595450。
- 16 判例タイムズ1524号51頁。
- 17 裁判所ウェブ。LEX/DB25621271。
- 18 LEX/DB25621576。
- 19 大阪地裁判決においても、「同性愛者にも異性愛者と同様の婚姻又はこれに準ずる制度を認めることは、憲法の普遍的価値である個人の尊厳や多様な人々の共生の理念に沿うものでこそあれ、これに抵触するものでないということが出来る」としており、また、「国民的議論を経た上で、国会が本件諸規定を改廃し、同性間の婚姻制度を構築するという選択をすることも可能であることはいうまでもない」としている。
- 20 実際、ヨーロッパ諸国で同性婚を承認した国家では、非婚要件を廃止しているとの指摘がある（藤戸敬貴「性同一性障害者特例法とその周辺」立法と調査997号（2017）4頁）。
- 21 ただし、性的自律への権利として、「性的アイデンティティまたは性自認を決定する権利」と理解した場合に、特例法3条1項2号の要件が必要となるかは議論があるように思われる。なお、一般論として、性別記載について、「多くの国において、男と女との区別は、伝統的に当然のこととして受け入れられている。実際、多くの国が、出生届や自動車免許書、パスポートのような公

- 文書において、何のためらいもなく、『男』あるいは『女』と記録する。しかし、たいていの国において、公文書上の性的アイデンティティまたは性自認の指標 (markers) を変更することについて法的に禁止するものはない。／この点において、日本の戸籍制度およびその登録内容の変更ができないというのは、並外れたものであり非常に制限的である」(Shigenori Matsui, *Sex, Sexuality, and Constitution: Enshrining the Right to Sexual Autonomy in Japan* (Vancouver-Toronto; UBC Press, 2023) at 44) との指摘がなされている。
- 22 報道によれば、令和 5 年大法廷決定後、両当事者ともがトランスジェンダーであった事案において、「同時に性別変更の審判をすれば、同性婚の状態が生じる可能性はなく、非婚要件を欠いていても、変更を認めるのが相当」と判断し、戸籍上の性別の変更を求めたトランスジェンダーの夫婦に対し、ともに申し立てを認めたものがあるとされる (二階堂友紀「トランスジェンダーの夫婦、結婚したまま性別変更 家裁が異例の判断」朝日新聞デジタル、2024 年 9 月 6 日 [<https://www.asahi.com/articles/ASS9542JSS95UTIL029M.html>])。
- 23 本稿の関心に引き付けてみた場合、令和 2 年第二小法廷決定の「現在の婚姻秩序」という「現在の」という語を付けたことには、立法府による解決を示唆している可能性もなくはない。しかし、過去の最高裁判決において、「現在の婚姻法秩序」というような用法が見られることを考えれば (最高裁平成 19 年 3 月 8 日第一小法廷判決民集 61 巻 2 号 518 頁参照)、そこまでは言えないようにも思われる。ただ、令和 2 年第二小法廷決定は、夫婦同氏制の合憲性が問題となった最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決民集 69 巻 8 号 2586 頁も先例として挙げていることからすれば、この大法廷判決が憲法 24 条 1 項の趣旨を「婚姻をやるかどうか、いつ誰と婚姻をやるかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきである」という趣旨」と理解して、憲法 24 条 1 項の「両性」という文言を用いずに趣旨を説明したことまでを考えると、あえて「現在の」という語を付けたようにも見えなくはない。
- 24 第 169 回国会参議院法務委員会第 14 号 (平成 20 年 6 月 3 日) (南野知恵子)
- 25 平成 19 年第三小法廷決定の抗告審である大阪高裁平成 19 年 6 月 6 日決定 (LEX/DB28140802) において、大阪高裁は、「なお」という形で、当時の特例法の附則 2 項にあった「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、この法律の施行後三年を目途として、この法の施行の状況、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」という規定に言及したうえで、「この規定は、法 (=「特例法」のこと指す。：河北) の立案・制定の過程において、本制度に係る審判を請求することができる性同一性障害者の範囲及び要件等について、各方面から様々な意見が出されたことに鑑み、立法府として、一定の期間における法の施行状況、性同一性障害者等を取り巻く社会的環境の変化等を踏まえ、必要と認められる改正措置等を講ずることを検討することを予定して置かれたものである。そして、この 3 号要件については、最も議論の対象となったものであることを思えば、この検討の過程において、性同一性障害者に対する社会の理解や受容の程度、制度の変更を更に認めた場合の社会生活に及ぼす影響の内容や程度、家族のあり方等についての認識を踏まえて、この要件をそのまま維持すべきか、一定の限定を加えるべきか、あるいは廃止すべきかの問題が具体的に議論されることが望まれるとこ

- るである」(下線:河北)としていた。確かに、抗告審における大阪高裁のこの言及自体も立法府で議論されるべきことであり、裁判所が判断すべきことではないというメッセージにも見えなくはない。しかし、大阪高裁があえて「なお」という形で示したことには、それなりに意味があるようにも思われる。
- 26 これは、ある意味で「政策形成訴訟」的な機能を果たしたと捉えるべきか。例えば、「判決での勝訴に結び付かなくとも、訴訟提起や訴訟過程自体に政策形成効果が見られる場合」(渡辺千原「訴訟による政策形成と法形成」立命館法学 387・388号(2019)565頁)が考えられる。一例として、いわゆる禁煙権訴訟といわれる東京地裁昭和62年3月27日判決(判例時報1226号33頁)があろう(棚瀬孝雄編『たばこ訴訟の法社会学』(世界思想社、2000)参照)。また、和田仁孝「法環境の変容と訴訟機能」法社会学63号(2005)12-13頁によれば、「政策形成訴訟が学界にも、実務界にも、そして社会一般にも大きな影響を及ぼしたのは、判決レベルの勝敗にかかわらず、そのプロセスで、旧来の不透明な秩序構成メカニズムでは顕在化しなかったような交渉過程が訴訟の中で実現し、また、訴訟外においても、訴訟提起や訴訟過程を通じて問題提起が大きく世論形成に貢献したことによるものである。そこでは訴訟内部でも、訴訟の外部での拡張された意味においても、交渉の実効的な場が設定され、交渉が促進・整序されていき、それが結果的に政策形成への世論や少数者の影響力行使のチャンネルとして機能した」としたうえで、「こうした意味において、政策形成訴訟・現代型訴訟の訴訟機能は、紛争解決機能でもなく、秩序維持機能でもなく、まさにフォーラム・セッティング機能と交渉整序・促進機能という概念でこそ、的確に捉えることができる」とされる。さらに、和田仁孝「過程としての裁判と法専門家」(北大路書房、2021)3-35頁参照。
- 27 大橋正春=鬼丸かおる=渡辺康行=喜多山宗=巻美矢紀「大橋正春・鬼丸かおる元最高裁判事に聞く」渡辺康行編『憲法訴訟の実務と学説』(日本評論社、2023)361頁[鬼丸かおる]。
- 28 渡辺康行編 前掲注(27)360頁[渡辺康行]。
- 29 渡辺康行編 前掲注(27)361頁[鬼丸かおる]。
- 30 前掲注(25)参照。
- 31 渡辺康行編 前掲注(27)360頁[鬼丸かおる]。
- 32 なお、大島梨沙「性別の取扱いの変更前の性別による生殖機能によって性別変更後に子が生まれた場合の法的親子関係」法政理論52巻2号(2019)26頁によれば、「元の性別による生殖能力によって子が生まれた場合の法的親子関係については様々な解決可能性があるが、現状で採りうる解決策は、ある程度限定できる」とされ、「紛争が生じた際に裁判所が解釈を示すという方法でも十分対応可能で、複数考えられる選択肢の中には大きく現行法の枠組みを変えなくて済む解決策もある」とされる。また、石嶋舞「性同一性障害者特例法における身体的要件の撤廃についての一考察」早稲田法学93巻1号(2017)79-115頁、同「生殖能力と登録上の性別が乖離した場合に要される法的対応に関する一考察——性障害者特例法の改正を念頭に——(上)・(下)」早稲田法学93巻4号(2018)87-131頁、早稲田法学94巻1号(2018)103-143頁参照。
- 33 春山習「性同一性障害者特例法における生殖能力喪失要件の合憲性——2019年1月23日最高裁判所第二小法廷決定——」早稲田法学95巻1号(2019)336頁は、平成31年第二小法廷決定について、「裁判所としては、たとえ違憲

の疑いがあるとしても、当事者の救済や過去の賠償、他の親族法との整合性という問題は国会の任務であり、裁判所の任務ではないということになろう」と指摘する。この指摘にもあるように、裁判所は、「国会の任務」と「裁判所の任務」を峻別しているように思われる。

- 34 渡辺康行編 前掲注 (27) 361 頁 [鬼丸かおる]。
- 35 樋口陽一『憲法 [第四版]』(勁草書房、2021) 468 頁。
- 36 樋口陽一『司法の積極性と消極性』(勁草書房、1978) も参照。
- 37 樋口陽一＝栗城壽夫『憲法と裁判』(法律文化社、1988) 237 頁 [栗城壽夫]。
- 38 樋口陽一＝栗城壽夫 前掲注 (37) 238 頁 [栗城壽夫]。
- 39 樋口陽一 前掲注 (35) 441 頁。
- 40 この点で、川崎政司「違憲審査をめぐる国会の対応等」山本龍彦＝白井誠＝新井誠＝上田健介編著『国会実務と憲法』(日本評論社、2024) 98 頁によれば、「政治的には、判決の結論の方に目が行き、合憲には不感応、違憲には敏感反応となる傾向」が見られるとの指摘がなされている。
- 41 令和 5 年大法廷決定と平成 31 年第二小法廷決定の鬼丸・三浦補足意見との連続性について、河嶋春菜「最高裁による性同一性障害特例法の違憲決定」法学セミナー 829 号 (2024) 43-44 頁参照。
- 42 草野反対意見について、駒村圭吾「性同一性障害特例法違憲決定」ジュリスト 1595 号 (2024) 61 頁は、「事案を利益状況の丁寧な描出で考察しようとするその姿勢に利益法学に通ずる傾向が見出される。しかも、かかるミクロな視点は、5 号要件が合憲とされる社会とそれが違憲とされる社会のどちらが『より善い社会』であるかという、福利の総量に関するマクロな社会間比較の中で行われた」とする。
- 43 本法について、龔敏「いわゆる『LGBT 理解増進法』の解説・検討」ジュリスト 1595 号 (2024) 76-81 頁参照。
- 44 この点、令和 5 年大法廷決定の法廷意見は、平成 31 年第二小法廷決定から令和 5 年大法廷決定までの間における「公的社会的取組によって立法事実が変化したということを実証的に論じていない」(河嶋春菜 前掲注 (41) 45 頁) という指摘がなされている。
- 45 三浦反対意見では、「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。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要件である」としている。そして、「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ものと解される」としている。そのため、三浦反対意見では、「特例法の趣旨及び基本的内容を何ら変更するも

- のではな」いとしている。
- 46 この点、国籍法違憲判決（最高裁平成 20 年 6 月 4 日大法廷判決民集 62 巻 6 号 1367 頁）との関係でも興味深い。前述の最高裁大法廷判決においては、部分違憲（一部違憲）という手法を用いた。もっとも「部分違憲は、法令の規定の文言または意味上の一部を切り取るものであるが、残部だけでは実質的な意味が残らない場合や、残部だけだと元の法文とは趣旨が大きく変わり、むしろ新たな立法として司法権の範囲を超え、立法権を侵害すると考えられるような場合には、当該規定は不可分のものとして、部分違憲の手法は利用できず全部違憲とすることになる」（曾我部真裕「部分違憲」曾我部真裕＝赤坂幸一＝新井誠＝尾形健編『憲法論点教室〔第 2 版〕』（日本評論社、2020）77 頁）とされる。三浦裁判官反対意見は本件でこれと同様の思考をしていると思われる。そして、国籍法違憲判決で問題となっていた国籍付与のような「授益的立法について部分違憲判決をするにあたっては、③違憲としようとする部分が、法律解釈として技術的に分解可能であり、かつ④違憲部分を除いた残部を適用することが、法律の趣旨、目的、構造等から導き出される合理的な立法者意思に沿うものでなければならぬ」（曾我部真裕「部分違憲」曾我部真裕＝赤坂幸一＝新井誠＝尾形健編『憲法論点教室』（日本評論社、2012）67 頁）と指摘されるが、三浦反対意見は本件でこれと似た思考形式を採っているとみることができるとされる。また、檜垣宏太 前掲注（2）205 頁は、「三浦反対意見は、かかる可分性の法理を念頭にいた検討を行っている」とみることができるとしている。さらに、野中伸子 前掲注（2）74 頁参照。
- 47 佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013）16 頁。
- 48 以下、佐々木雅寿 前掲注（47）16－17 頁。
- 49 マシャド・ダニエル「手術要件の緩和と性別変更後の親子関係の成否をめぐる諸問題」ジュリスト 1595 号（2024）66 頁。
- 50 大河内美紀「性をめぐる今日的課題と司法・行政の役割」法律時報 96 巻 10 号（2024）19 頁。
- 51 また、令和 5 年大法廷決定は平成 31 年第二小法廷決定の「合憲判断において違憲となりうる布石が打たれていたことがベースとなっており、その後司法が社会変化に応じて判断した形になっている」とされ、「こうした司法が他権を尊重しながらも少しずつ違憲に向けた変化を主導するものであり、漸進的司法積極主義ということができよう」という指摘がなされている（大林啓吾「応答促進的司法審査論を超えて」高橋和之＝長谷部恭男編『芦部憲法学：軌跡と今日の課題』（岩波書店、2024）632 頁）。
- 52 佐々木雅寿「最高裁判所と政治部門の対話——対話的違憲審査の理論」論究ジュリスト 12 号（2015）217 頁。
- 53 民集 67 巻 8 号 1503 頁。
- 54 民集 68 巻 9 号 1363 頁。
- 55 この点について、河北洋介「近年の一票の較差に関する最高裁判決について」名城法学 66 巻 1・2 号（2016）275－304 頁。
- 56 佐々木雅寿「最高裁判所と国会の『対話』と『違憲状態・結論合憲判決』」法学館憲法研究所 Law Journal 第 29 号（2024）186 頁。
- 57 佐々木雅寿 前掲注（56）187 頁。
- 58 川崎政司 前掲注（40）93 頁。
- 59 川崎政司 前掲注（40）94 頁。

- 60 渡辺康行編 前掲注 (27) 360 頁 [鬼丸かおる]。
- 61 渡辺康行編 前掲注 (27) 361 頁 [鬼丸かおる]。
- 62 一票の較差訴訟にあらわれた「違憲状態」について、「こうした違憲状態判決は、違憲警告判決と位置づけられる。違憲警告判決は立法者を法的に義務づけるものではなく、政治的責務を負わせるにとどまる」が、「その意義を過小評価する必要もない」(渡辺康行=穴戸常寿=松本和彦=工藤達朗『憲法Ⅱ』(日本評論社、2020) 385 頁 [渡辺康行])とされる。平成 31 年第二小法廷決定は、確かに「現時点では」ということから立法府による解決を促しているものと理解できるが、このメッセージが立法府に届かなかったことを考えると、やはり「違憲状態」なり、憲法適合性への疑義を明確に述べることは考えられてよかったように思われる。また、平成 31 年第二小法廷決定の鬼丸・三浦反対意見については、「ここまで踏み込むのであれば、当該法令は『端的に違憲』、性同一性障害者の多様性を考えつつ当該事案に適用する限りで違憲、もしくは、上位法たる国内法化条約に違反するという帰結(即ち、反対意見)が素直ではないか」(君塚正臣「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(生殖腺除去要件)は、憲法 13 条、14 条 1 項に違反するか」判例時報 2440 号(2020) 116 頁(判例評論 736 号 2 頁))ともいわれる。もっとも、「明示的な違憲判決には必ず対応しなければならず、違憲の警告についてもそれに準じる対応が求められるのに対し、個別意見による指摘は、国会に対して問題の所在を示して議論のアジェンダに載せると同時に、議論の材料を提供するという性格が強い。裁判所によるこうしたメッセージを受け止められないのは国会の側にも問題があることを意味する」(曾我部真裕「違憲審査と『対話』」法学教室 480 号(2020) 54 頁)という指摘もなされるように、裁判所によるメッセージを受け取る側の問題もあるだろう。なお、夫婦同氏制が問題となった最高裁令和 3 年 6 月 23 日大法廷決定集民 266 号 1 頁における三浦守裁判官の意見では、法によって夫婦別氏の選択肢を設けていないことが憲法 24 条に違反するとしながらも、婚姻の届出の受理の部分について「このような届出によって婚姻の効力が生ずると解することは、婚姻及び家族に関する事項について、重要な部分に関する法の欠缺という瑕疵を伴う法制度を設けるに等しく、社会的にも相応の混乱が生ずることとなる。これは、法の想定しない解釈というべき」として認めなかった。この点、裁判所自体が「民主主義的なプロセス」や「民意を得た形」での解決を求めているのであれば、このような手法は、本件のような場合でも考えられてよい選択肢であったように思われる。
- 63 佐々木雅寿「日本の違憲審査制の位置づけと評価」高橋和之=長谷部恭男編『芦部憲法学：軌跡と今日的課題』(岩波書店、2024) 581 頁によれば、「立法裁量が広いと解される統治規定に関する憲法問題についての違憲審査においても、違憲状態判決を活用する可能性が広がる」とされる。この点、本稿の問題のように、他の制度との関係もあり、民主主義的なプロセスでの判断に委ねるべき点がある場合にも、「違憲状態」という判断手法を用いる可能性はないかも検討の一つになると思われる。
- 64 もっとも、山本真敬「憲法判断を含む判決とその事後処理」山本龍彦=白井誠=新井誠=上田健介編著『国会実務と憲法』(日本評論社、2024) 117 頁が『『対話』』の前提として、判決類型や判断のあり方に対応する制度的な手当てが、最高裁(司法権)の側にも望まれる」というように、最高裁側の制度的な手当てで解決する部分もあるように思われる。たとえば、「最高裁がいかなる場合に

- 自らの判決正本を国会に送付するかは、自ら処理規則（最高裁判所裁判事務処理規則：河北）で定め得る」（同書 116 頁）ことから、最高裁自らで出来る制度的手当でもある。
- 65 樋口陽一＝栗城壽夫 前掲注 (37) 176－177 頁 [栗城壽夫]。また、ここでの対話状況としての裁判として、「違憲審査制は憲法現実化過程を積極的に推進していく具体的合意の形成（たとえば法令の制定）に際して遵守されるべき基本的合意（＝憲法）を確保することによって、憲法のよりよき現実化の推進に寄与しなければならないが、しかし、基本的合意の内容の確定（＝憲法規定の意味内容の確定）は、裁判所だけがこなすのではなく、憲法現実化過程に参加するすべてのファクターもそれぞれの基本的合意の内容確定をふまえて具体的合意の形成に参加するわけであるから、裁判所による基本的合意の内容確定が唯一的に正しいということにはならず、むしろ、裁判所のほうでも、基本的合意の内容確定にあたって、他のファクターによる具体的合意の形成を考慮に入れる必要があるということになり、基本的合意の確定に関しても、裁判所と他のファクターとの間にギブ・アンド・テイクの関係が成立しなければならないということになる。こういう関係において、裁判所が違憲審査制を通じて政治的共同体の共同運営のための内容的・手続的条件に関する基本的合意の確保という任務を果たしうるためには、裁判所を含む憲法現実化過程の参加ファクターのあいだの対話状況をつくりださなければならない」（同書 176 頁）ということも指摘されている。
- 66 佐々木雅寿 前掲注 (63) 574 頁。
- 67 齊藤笑美子 前掲注 (2) 43 頁。
- 68 この点、笹田栄司『裁判制度のパラダイムシフト I』（判例時報社、2023）119－161 頁参照。また、見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス』（成文堂、2012）165－206 頁参照。
- 69 佐々木雅寿 前掲注 (47) 18 頁
- 70 佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」大阪市立大学法学雑誌 54 巻 1 号 (2007) 42 頁。
- 71 山元一『グローバル化時代の日本国憲法』（放送大学教育振興会、2019）201 頁。
- 72 民集 69 巻 8 号 2586 頁。
- 73 裁判所時報 1843 号 1 頁。
- 74 ここでの「平成元年判決等が示した法理」とは、国家賠償法 1 条に基づく損害賠償請求について、(改正前の)民法 724 条後段の規定が不法行為による損害賠償請求権の除斥期間を定めたものとした最高裁平成元年 12 月 21 日第一小法廷判決民集 43 巻 12 号 2209 頁のことを指す。これについて、松本克美「民法 724 条後段「除斥期間」説の終わりの始まり——「除斥期間」説に基づき判例を〈統一〉した最判 89 年の再検討——」立命館法学 304 号 (2005) 316－339 頁参照。
- 75 裁判所時報 1842 号 1 頁。
- 76 森山浩江「法的性別が女性となった者が自己の精子で子を懐胎させた場合の認知請求の可否」新・判例解説 Watch 民法 (家族法) No.161 (2024) (文献番号: z18817009-00-041612516) 4 頁。
- 77 [1998] 1 S.C.R. 493.
- 78 *Ibid.* at para. 139.
- 79 *Ibid.* at para. 176.

- 80 谷口洋幸「性的マイノリティ /LGBTQ と国際人権法」近藤敦編集『国際人権法の規範と主体』（信山社、2024）134 頁。
- 81 なお、本件について、令和 5 年大法廷決定後、広島高等裁判所は戸籍上の性別変更を手術なしで認める決定を行った。「男性から女性 戸籍上の性別変更 手術なしで認める決定 高裁」NHK News Web（2024 年 7 月 10 日）
<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20240710/k10014507081000.html>
- 82 志田陽子「セクシュアリティと人権——『沈黙する主体』と『沈黙の権力』」石崎学＝遠藤比呂通編『沈黙する人権』（法律文化社、2012）73 頁。
- 83 志田陽子 前掲注（82）75 頁。
- 84 志田陽子 前掲注（82）75 頁。
- 85 本稿で参考にしたインターネット情報についての最終閲覧日は、2025 年 1 月 4 日である。
- 86 本稿は、2024 年 11 月 9 日に開催された中部憲法判例研究会で報告した内容を基に作成した。当日多くの貴重なコメントをいただいたにもかかわらず、本稿には十分にそれらを反映することができなかった。コメントをいただいた皆様にこの場を借りて感謝申し上げますとともに、十分に反映できなかった点も含め、今後の課題としたい。