

君塚正臣著『憲法——日本国憲法解釈のために』（成文堂、2023 年）

最高裁違憲判決についての増補

（2025 年 10 月時点）

以下は、最小限の先行掲示である。

188 頁 31 行目後

◎旧優生保護法違憲判決（最大判令 6・7・3 民集 78 卷 3 号 382 頁）

【事実】1996 年改正前の旧優生保護法（改正後の題名は母体保護法）に基づく優生手術（生殖を不能にする手術、不妊手術）を受けさせられたとする原告らが、同法は違憲無効であり、国会議員には同法規定を改廃しなかった立法不作為や偏見差別を解消する措置を講じなかったなどの立法不作為がある、厚生大臣には優生手術を推進した違法である、厚生大臣及び厚生労働大臣には旧優生保護法を廃止し優生政策を抜本的に転換すべき義務等があるところ、これを怠った不作為があるなどと主張して、国に対し、国家賠償法 1 条 1 項に基づき、損害賠償金及び遅延損害金の支払を求めた。一審（神戸地判令 3・8・3 賃社 1795 号 23 頁）は請求を何れも棄却した。二審（大阪高判令 5・3・23 賃社 1831=1832 号 59 頁）は、優生条項に基づき本件各手術を受けた原告らは、国に対し同法 1 条 1 項に基づく損害賠償請求権を取得しており、原告らの国に対する各損害賠償請求権は除斥期間の経過によって消滅したていないとして、その請求を一部認容した。国が上告した。

【判旨】「制定時の優生保護法は、4 条において、医師は、診断の結果、同法別表に掲げる疾患にかかっていることを確認した場合において、その者に対し、その疾患の遺伝を防止するため優生手術を行うことが公益上必要であると認めるときは、都道府県優生保護委員会に優生手術を行うことの適否に関する審査を申請することができる旨を定め、5 条から 9 条までにおいて、同審査の手続等について定めていた。そして、同法 10 条は」「都道府県優生保護委員会の指定した医師が優生手術を行う旨を定めていた。」「市民的及び政治的権利に関する国際規約に基づいて設置された人権委員会（以下「自由権規約委員会」という。）は、平成 10 年 11 月、日本政府の報告についての総括所見（以下「本件総括所見」という。）を採択した。本件総括所見において、自由権規約委員会は、障害を持つ女性の強制不妊の廃止を認識する一方、法律が強制不妊の対象となった人達の補償を受ける権利を規定していないことを遺憾に思い、必要な法的措置がとられることを勧告するとした。」「しかし、日本政府は、平成 18 年 12 月に自由権規約委員会に提出した報告において、優生保護法に基づき適法に行われた手術については、過去に遡って補償することは考えていないとした。」その後、「本件規定に基づいて不妊手術を受けた者に対し、補償の措置が講じられることはなかった。」「平成 31 年 4 月 24 日、『旧優生保護法に基づく優生手術等を受けた者に対する一時金の支給等に関する法律』（以下『一時金支給法』という。）が成立し、一部の規定を除いて施行された。」「3 条において、国は、本件規定に基づいて不妊手術を受けた者を含む所定の者に対し、一時金を支給する旨を定め、4 条において、一時金の額は 320 万円とする旨を定め、5 条 1 項において、内閣総理大臣は、一時金の支給を受けようとする者の請求に基づき、当該支給を受ける権利の認定を行い、当該認定を受けた者に対し、一時金を支給する旨を定めている。他方、同法は、一時金の法的性格を明らかにしておらず、一時金の支給を受けるべき者が同一の事由について損害賠償その他の損害の填補を受けた場合の調整等についての定めも設けていないなど、上告人に損害賠償責任があることを前提とはしていない。」「改正前民法 724 条後段の規定は、不法行為によって発生した損害賠償請求権の除斥期間を定めたものであると解されるところ、本件請求権の除斥期間は、本件訴えが提起される前に経過している。しかしながら、除斥期間の経過による効果を認めるのが著しく正義・公平の理念に反する特段の事情がある場合には、条理にもかなうよう、時効停止の規定（同法 158 条から 160 条まで）の法意等に照らして、例外

的に上記効果を制限できると解すべきであるところ、本件請求権については、上記特段の事情があるものとして、本件規定が憲法の規定に違反していることを上告人が認めた時又は本件規定が憲法の規定に違反していることが最高裁判所の判決により確定した時のいずれか早い時から6か月を経過するまでの間は、上記効果が生じないというべきである。そして、第1審原告らは、上記効果が生ずる前に本件訴えを提起したといえるから、本件請求権が除斥期間の経過により消滅したとはいえない。」また、「本件の事実関係の下において、除斥期間の経過により本件請求権が消滅したものとして上告人が損害賠償責任を免れることは、著しく正義・公平の理念に反し、到底容認することができない。」「憲法13条は、人格的生存に関わる重要な権利として、自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由を保障しているところ（最大決令5・10・25民集77巻7号1792頁参照）、不妊手術は、生殖能力の喪失という重大な結果をもたらす身体への侵襲であるから、不妊手術を受けることを強制することは、上記自由に対する重大な制約に当たる。したがって、正当な理由に基づかずに不妊手術を受けることを強制することは、同条に反し許されないというべきである。」「本件規定の立法目的は、専ら、優生上の見地、すなわち、不良な遺伝形質を淘汰し優良な遺伝形質を保存することによって集団としての国民全体の遺伝的素質を向上させるという見地から、特定の障害等を有する者が不良であるという評価を前提に、その者又はその者と一定の親族関係を有する者に不妊手術を受けさせることによって、同じ疾病や障害を有する子孫が出生することを防止することにあると解される。しかしながら、憲法13条は個人の尊厳と人格の尊重を宣言しているところ、本件規定の立法目的は、特定の障害等を有する者が不良であり、そのような者の出生を防止する必要があるとする点において、立法当時の社会状況をいかに勘案したとしても、正当とはいえないものであることが明らかであり、本件規定は、そのような立法目的の下で特定の個人に対して生殖能力の喪失という重大な犠牲を求める点において、個人の尊厳と人格の尊重の精神に著しく反するものといわざるを得ない。」また、「本件規定は、〔1〕特定の障害等を有する者、〔2〕配偶者が特定の障害等を有する者及び〔3〕本人又は配偶者の4親等以内の血族関係にある者が特定の障害等を有する者を不妊手術の対象者と定めているが、上記のとおり、本件規定により不妊手術を行うことに正当な理由があるとは認められないから、上記〔1〕から〔3〕までの者を本件規定により行われる不妊手術の対象者と定めてそれ以外の者と区別することは、合理的な根拠に基づかない差別的取扱いに当たるものといわざるを得ない。」「本件規定は、憲法13条及び14条1項に違反するものであったというべきである。」「昭和23年から平成8年までの約48年もの長期間にわたり、国家の政策として、正当な理由に基づかずに特定の障害等を有する者等を差別してこれらの者に重大な犠牲を求める施策を実施してきたものである。」「結果として、少なくとも約2万5000人も多数の者が本件規定に基づいて不妊手術を受け、これにより生殖能力を喪失するという重大な被害を受けるに至ったというのである。これらの点に鑑みると、本件規定の立法行為に係る上告人の責任は極めて重大であるといわざるを得ない。」「本件請求権が除斥期間の経過により消滅したとはいえないとした原審の判断は、結論において是認することができる。」

【少数意見及び有力な批判】三浦守裁判官補足意見「被害者の救済に関する問題のうち、中断の規定の適用の点については、中断事由に当たる事情があった場合は、被害者は損害及び加害者を知っており、3年の消滅時効の問題となることから、20年の期間の経過による権利の消滅の阻止が問題となるのは、實際上極めて限られた事案である。」

草野耕一裁判官補足意見「本件規定の違憲性は明白であるにもかかわらず、本件規定を含む優生保護法が衆・参両院ともに全会一致の決議によって成立しているという事実である。これは立憲国家たる我が国にとって由々しき事態であると言わねばならない。」「当審は、肅然として本件規定が違憲である旨の判決を下すべきであり、そのためには、本件請求権が除斥期間の経過によって消滅したという主張は信義則に反し、権利の濫用に当たると判断しなければならない。」

宇賀克也裁判官意見 多数意見が「改正前民法724条後段の期間を除斥期間と解する点については、多数意見と意見を異にし、」「消滅時効を定めるものと考える。」

＊そもそも除斥期間を過ぎており、憲法判断は無用である。歴代国会議員や歴代厚生大臣という「顔の見えない」責任を認定して国家賠償を認める手法には難がある。現在の目で見ても旧優生保護法が人格権侵害であったとしても、当時の科学的知見からすれば、優生手術はやむを得ない。逆に、熊本ハンセン病判決

など、人格権侵害には厳しいのが近年の裁判所の傾向であり、全員一致の違憲判断（少数意見の主戦場は除斥期間である）は妥当である。否、あまりにも「遅過ぎた正義」ではないか。

【主な評釈】百選のほか、小泉良幸・ジュリスト1605号54頁、同・新・判例解説Watch36号13頁、香川崇・ジュリスト1605号61頁、鷹野旭・同67頁、稲葉実香・令和6年度重判解10頁、齊藤愛・民商法雑誌161巻2号151頁、大久保邦彦・同171頁、西村裕一・法学教室530号105頁、原田大樹・同532号112頁、松本克美・法学セミナー837号34頁、内田暁・新・判例解説36号57頁、阿南真太郎・訟務月報71巻3号228頁、永石一郎・法の支配218号107頁、新里宏二・法と民主主義591号42頁、同・月報司法書士639号36頁、同・消費者法ニュース141号91頁、同・労働判例1313号2頁、同ほか・自由と正義76巻2号8頁、大石和彦・筑波ロー・ジャーナル37号113頁、檜垣宏太・広島法学48巻2号30頁、吉村良一・立命館法学417=418号393頁、仮屋篤子・名城法学74巻3号69頁。西内康人・有斐閣ONLINEロージャーナル（L2407005）など。

◎性同一性障害特例法訴訟（最大決令5・10・25民集77巻7号1792頁）

【事実】生物学的には男性である申立人が、性別適合手術を受けずに、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」（特例法）3条1項に基づき、女性への性別の取扱いの変更を申し立てた事案で、一審（岡山家審令2・5・22家判49号67頁）は、同項4号（「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。」）の要件を充たすためには、生殖腺の機能を欠く状態が永続的である必要があるところ、申立人の生殖腺機能が低下した状態は、申立人がホルモン療法を継続していることによるものであり、ホルモン療法が中断又は中止された場合に現在の生殖腺機能の低下状態が永続的に維持されるか否かも明らかでないというほかなく、ホルモン療法を受けるためには相当回数の通院と相応の費用負担が必要であり、今後の申立人の生活状況や経済状況次第ではホルモン療法が中断又は中止される可能性も客観的には存在するといわざるを得ないから、申立人が現時点においてホルモン療法を継続する意向を有していることをもって、上記可能性を否定することはできず、申立人は特例法3条1項4号の要件に該当しないとして、本件申立てを却下した。二審（広島高岡山支決令2・9・30家判49号64頁）も、申立人が特例法3条1項1号から3号には該当するものの4号には該当せず、同号は憲法13条及び14条1項に違反しないとして、申立てを却下した。

【判旨】「原審の確定した事実によれば、原告人は、生殖腺除去手術を受けて」いない。「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。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。」「憲法13条は、」「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。）人格的生存に関わる重要な権利として、同条によって保障されていることは明らかである。生殖腺除去手術は、精巣又は卵巣を摘出する手術であり、生命又は身体に対する危険を伴い不可逆的な結果をもたらす身体への強度な侵襲であるから、このような生殖腺除去手術を受けることが強制される場合には、身体への侵襲を受けない自由に対する重大な制約に当たるといふべきである。」「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ふことができる。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ふべきである。」「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。」「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」。原審に差し戻す。

【少数意見及び有力な批判】岡正晶裁判官補足意見「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。」

三浦守裁判官反対意見 2022 年、世界保健機関の ICD「第 11 回改訂版においては、性同一性障害や性転換症という名称に代えて、性別不合という名称が採用され、性の健康に関連する状態として、精神疾患とは異なるものに分類された。そして、その下位分類のうち、青年期又は成人期の性別不合については、『自ら実感する性と指定された性との明白かつ持続的な不一致によって特徴付けられる。しばしば、その実感する性の人間として生活し受け入れられるために、「移行」を願望するが、それは、自分の身体を、望む範囲で、できる限り、その実感する性に合わせるため、ホルモン療法、外科的治療又は他の保健医療サービスによって行われる。』旨の説明がされている。」「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、」「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」あり、「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。」「5 号規定は、『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。』と規定するところ、これに該当するためには、原則として、外性器の除去術及び形成術又は上記外観を備えるに至るホルモン療法（以下、これらの治療を『外性器除去術等』という。）を受ける必要があると解される。このうち、外性器の除去術及び形成術は、生物学的な男性の場合は陰茎切除術及び外陰部形成術、生物学的な女性の場合は尿道延長術及び陰茎形成術であるが、これらの外科的治療は、生命又は身体に対する危険を伴い不可逆的な結果等をもたらす身体への強度の侵襲である。」「ホルモン療法は、生涯又は長期にわたって継続するものであり、精巣の萎縮や造精機能の喪失など不可逆的な変化があり得るだけでなく、血栓症等の致死的な副作用のほか、狭心症、肝機能障害、胆石、肝腫瘍、下垂体腫瘍等の副作用を伴う可能性が指摘され、さらに、原則として、糖尿病、高血圧、血液凝固異常、内分泌疾患、悪性腫瘍など、副作用のリスクを増大させる疾患等を伴わない場合に行うべきものとされること等からすると、生命又は身体に対する相当な危険又は負担を伴う身体への侵襲といえることができる。」「5 号規定がなかったとしても、性同一性障害者の公衆浴場等の利用に関して社会生活上の混乱が生ずることは、極めてまれなことである。」「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、原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、原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である。」

草野耕一裁判官反対意見「5 号規定が違憲とされる社会であっても、『意思に反して異性の性器を見せられない利益』が損なわれる可能性は極めて低く、一方、この社会においては 5 号要件非該当者に性別適合手術を受けることなく性別の取扱いの変更を受ける利益が与えられるのであるから、同人らの自由ないし利益に対する抑圧は（許容区域への入場が無制限に認められるわけではない以上『完全に』とはいえないまでも）大幅に減少する。」「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。よって、5号規定の制約手段は5号規定の制約目的に照らして相当なものであるとはいえず、5号規定は本件規定と同様に違憲であると解するのが相当である。そして、抗告人が本件規定と5号規定を除く特例法上の要件を充たしていることは一件記録上明らかであるから、原決定を破棄した上で本件申立てを認める旨の決定を下すことが相当であると思料する次第である。」

宇賀克也裁判官反対意見「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考ええる。リプロダクティブ・ライツについては、身体への侵襲を受けない自由とは別に保障されていると解することもできるが、身体への侵襲を受けない自由に包摂されるという理解もあり得ると思われる。」「特例法に基づく法的性別の変更が記載される戸籍は、一般に公開されないものであり、通常は既に変更されている外見や名に合致した法的性別に変更するものである以上、他者の権利侵害が、性同一性障害者の法的性別の変更に伴って生ずるとは考え難い。したがって、性同一性障害者が性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益は、憲法13条によって保障されると考えてよい。」「5号規定も、本件規定と同様に違憲であるとする点で、三浦裁判官、草野裁判官の各反対意見に同調する。」

＊性器等がそのままよいとなると、公衆浴場やトイレで悪用する「性同一性障害」ではない者が出ること避けられない。性別は男女2つというのが伝統的（日本国憲法制定時でも）理解の筈だ。逆に、性の多様性は避けられないことは今や、科学的にも一般化されており、性転換に際しての無用な要件は不要である。全裸にならなければ問題は起きず、本規定合憲論はプライバシー侵害の容認論でもある。本来、憲法24条の問題として厳格審査すべきであった。合憲論は「男は男らしく女は女らしく」から一歩も踏み出しておらず、日本国憲法の個人主義に反し、性差別的（14条違反）だ。

【主な評釈】百選のほか、駒村圭吾・ジュリスト1595号54頁、マシャド＝ダニエル・同62頁、野中伸子・同68頁、同・法曹時報77巻1号271頁、小泉良幸・令和5年度重判解8頁、巻美矢紀・民商法雑誌160巻4号684頁、西村枝美・法学教室521号119頁、白須真理子・同122頁、齊藤笑美子・同524号38頁、河嶋春菜・法学セミナー829号40頁、南和行＝吉田昌史・同830号23頁、森本直子・新・判例解説Watch34号47頁、羽生香織・同109頁、下村沙季マリ・同36号281頁、渡邊泰彦・私法判例リマックス69号10頁、同・判例評論797号2頁、千葉勝美・判例時報2583号5頁、本多広高・同2610号5頁、青井未帆・同20頁、富山哲・判例・先例研究2024年版（東京司法書士会）1頁、城祐一郎・捜査研究891号36頁、辛嶋了憲・医事法研究10号89頁、稲葉実香・年報医事法学39号176頁、檜垣宏太・広島法学47巻4号48頁、辛嶋了憲・広島法科大学院論集21号327頁、河北洋介・名城法学74巻4号65頁、池田弘乃・有斐閣ONLINEロージャーナル（L2402006）など。