

## 論 説

## 性転換手術と刑法に関する一考察

稲 田 朗 子

## I はじめに

1995年5月22日、埼玉医科大学倫理委員会に「性転換治療の臨床的研究」（主任研究者：原科孝雄）と題する実施申請がなされた。埼玉医科大学倫理委員会は審議の後、1996年7月2日に石田正統学長に答申書<sup>1</sup>を提出した。本答申は、外科的性転換治療を行うにはいまだ環境が整っていないので、環境整備等なされた後、改めて倫理委員会で審議するというものであり、性転換治療実施に道を拓くものと認識された。この答申を受けて、日本精神神経学会・性同一性障害に関する特別委員会は、1997年5月28日付「性同一性障害に関する答申と提言」のなかで「性同一性障害の診断と治療のガイドライン」を公表した<sup>2</sup>。そして1998年10月16日、埼玉医科大学総合医療センターにおいて、日本国内で初めて公式の性別適合手術<sup>3</sup>（性転換手術）が実施された。

日本では、いわゆるブルーボーイ事件において、性転換手術を実施した医師が優生保護法違反等で有罪判決を受けたことで、それ以来、性転換手術が、少

---

高知論叢（社会科学）第108号 2013年11月

<sup>1</sup> 埼玉医科大学病院「性転換治療の臨床的研究」に関する審議経過と答申  
<http://www.saitama-med.ac.jp/hospital/douitu.html>（2013年9月23日確認）

なお、性転換治療についての医学界における動向を紹介するものとして、石原明「日本の医学界における近時の動向」石原明＝大島俊之編著『性同一性障害と法律』（晃洋書房、2001年）170頁以下。

<sup>2</sup> 日本精神神経学会・性同一性障害に関する委員会「性同一性障害に関する診療と治療のガイドライン 第3版（2011年5月改訂）」

[https://www.jspn.or.jp/activity/opinion/gid\\_guideline/gid\\_guideline\\_no3.html](https://www.jspn.or.jp/activity/opinion/gid_guideline/gid_guideline_no3.html)（2013年9月23日確認）

<sup>3</sup> 現在、日本精神神経学会等では、「性別適合手術」の語を使用している。

なくとも公には実施されることがなかったのみならず、この問題を論ずること自体がタブー視されたといわれている<sup>4</sup>。ようやく1996年の埼玉医科大学倫理委員会答申を受けて、「性同一性障害」をめぐる議論が活性化し、その治療としての性別適合手術（性転換手術）にも、「正当な医療行為」というるためのガイドラインが策定されたとされる。

適法な性転換手術の実施を長い間不可能にしたとされる、いわゆるブルーボーイ事件については、判決後、刑法学者を中心に判例評釈が出されてきた。これらの判例評釈は、性同一性障害についての特段の関心を示していないし、有罪という結論に批判を加えるものもない<sup>5</sup>との評価も存在するが、1996年以降、刑法学の枠を超えて、本件を再検討する論稿が著されている。

本稿は、これら一連の判例評釈及び論稿を素材として、いわゆるブルーボーイ事件の、主として刑事法上の問題点を確認することとしたい。

## II ブルーボーイ事件判決の論理構造

### 1 性転換手術に関する裁判所の論理構造

まず、性転換手術に関するいわゆるブルーボーイ事件の判決内容を確認することから始めたい。本稿の関心からは、裁判所の判断に関する刑法上の理論の確認と共に、性転換手術の判断の前提たる、裁判所の判断の「思想」的背景を探ることが、本章の課題である。

## 2 事実の概要

### (1) 本件に至る経緯

1965年夏頃、「怪しげな女装のグループが夜中にさわぎ、風紀が悪くて困る」

---

<sup>4</sup> そのため、性同一性障害治療を受けるには、海外渡航が必要であったという。当事者の立場からの論稿として、虎井まさ衛「私の歩んだ道—当事者の立場から—」『形成外科』41巻6号（1998年）515頁以下、虎井まさ衛「性同一性障害をめぐる現状と課題 3 当事者の立場から」南野知恵子代表編『性同一性障害の医療と法』（メディカ出版、2013年）29頁以下。

<sup>5</sup> 石原＝大島・前掲注(1)はしがき i 頁。

との苦情を受けて捜査を開始した警察は、男娼やゲイボーイの取締りを企図したが、男娼に対して売春防止法を適用できないという問題に直面した<sup>6</sup>。これらの男娼が、本件被告人から性転換手術を受け、他にも同じ手術を受けた者がいることを認知した警察・検察は、風紀上野放しにしておくわけにはいかないとして、優生保護法違反事件として立件することにしたという<sup>7</sup>。

本件第1審判決<sup>8</sup>の認定によれば、被告人は昭和23年9月A医科大学を卒業、昭和25年医師免許証の交付を受けるとともに同大学産婦人科教室の助手となり、昭和31年に医学博士号を取得して翌年から同講師をつとめていたが、そのかわり昭和26年以来、実兄が開設した診療所B医院において産婦人科の担当医として診療に従事してきたものであるところ、

第1、いずれもB医院において、男娼から睾丸摘出、陰茎切除、造陰等一連のいわゆる性転換手術をもとめられるやこれに応じ、法定の除外事由がないのに故なく生殖を不能にすることを目的として、(1)昭和39年5月13日頃、X(当時22歳)に対しその睾丸全摘出手術をし、(2)同年11月15日頃、Y(当時23歳)に対しその睾丸全摘出手術をし、(3)前同日頃、Z(当時21歳)に対しその睾丸全摘出手術をし、

第2、麻薬業者ではなく、法定の除外事由もないのに、(1)昭和40年3月5日頃、B医院において、Cから麻薬の譲渡を依頼され、一旦は拒絶したものの、なお執拗に要求されたためこれを拒み切れず、翌6日頃、B医院においてCに対し、医療用麻薬オピオイド注射液1ミリリットル入りアンプル10本を代金合計60,000円で譲渡し、(2)その後も毎々Cから麻薬の譲渡を依頼されるやその都度、営利の目的をもって、昭和40年4月6日頃から同年9月9日頃までの間に前後15回にわたり、B医院において、Cに対し医療用麻薬オピオイド注射液1ミリリットル入りアンプル10本ずつを代金50,000円ないし60,000円で(合計150本、代価合計830,000円)譲渡

<sup>6</sup> 内藤道典「生体鑑定—性転換手術事件—」『警察学論集』24巻8号(1971年)145頁。

<sup>7</sup> 同上。

<sup>8</sup> 東京地判昭和44年2月15日刑事裁判月報1巻2号133頁以下、判時551号26頁以下、判タ233号231頁以下。

したものである  
として、起訴された。

## (2) 第1審判決の概要

### (i) 被告人側の主張

被告人側が争った争点は、下記の通りである。まず、公訴事実第1の優生保護法違反事件関係について、①本件睾丸摘出手術は正当な医療行為である、②優生保護法第28条は憲法第11条、第13条に違反する、③本件手術は優生保護法第28条の構成要件に該当しない、④被告人に犯意はなかった、として争った。また、公訴事実第2の麻薬取締法違反事件関係については、被告人は暴力団の幹部であるCに威圧されたため恐怖心からやむを得ず麻薬を渡したものであるから犯意は全くなく、またその際Cから無理やり金員を置いていかれ、それを拒むことは事実上不可能であったもので、営利の目的はなかったと主張した。

上記①の正当な医療行為であるとの被告人側主張は、以下のように敷衍されている。(a)X Y Zはいずれも医学的にみて性的倒錯のうち性転向症の症候群に入る精神異常者であり、肉体と精神が完全に分離しているため性に関する精神的葛藤が極めて大きく、反対性への肉体的転換を切願していた。(b)本件の睾丸全摘出手術は性転換手術の一段階として行われたものであり、性的倒錯者に対し、精神療法、体質を変えるための外科的療法やホルモン療法はいずれも効果がなく、治癒させることは不可能であるから、むしろ性転換手術が、彼らに社会適応性を付与しうる有効、適切な治療というべきであり、同手術はスカンジナビア諸国や米国等において相当数行われ、医学的に治療行為として承認されている。(c)手術を受けた3名は、自己の自由意思により被告人に対し真剣に性転換手術を依頼したのであって、単なる承諾以上の積極的な治療依頼があった。(d)被告人は長年産婦人科医として診療に従事し、大学において講師をつとめ、医学生教育にあたってきたもので、医学全般にも通じており、性的倒錯者についても数多く臨床経験を有し、造脛手術の経験も豊富であるから性転換手術を行う能力は十分にあった。従って、本件手術は正当な医療行為である、というものである。

上記②における被告人側主張は、人間が性的欲求の満足を追求する自由は、憲法にいう基本的人権特に自由および幸福追求に関する国民の権利の一内容として人間の本能に根ざす根源的なものであり、公共の福祉に反さない限り、みだりに抑圧もしくは制限されてはならないことは自明の理であるが、優生保護法第28条において同法による場合の外生殖が不能になる手術を全面的に禁止しているのは人間の性的本能を満足させる方法を国民から奪うことになり、国民の幸福追求の権利を否定するものである。仮に、優生保護法第28条が一般的には憲法違反でないとしても、本件手術を同条に反するものとするのは、同条の解釈適用において、本件被手術者のごとき性転向症者の幸福追求の権利を完全に抹殺することを意味し、憲法第11条、第13条に抵触するというべきである、というものである。

上記③における被告人側主張は、優生保護法第28条が禁止の対象としている「手術」とは同法所定の手術、すなわち「優生手術」と「人工妊娠中絶」を指すもので第28条はこの二つの手術にのみ関する技術的制限規定にすぎないと解すべきであり、本件の手術は性転換手術の一環としての治療的医学的去勢であり、そもそも第28条の対象とはなり得ず、また、生殖不能の結果が付随的に発生したにしても、目的そのものは「生殖を不能にすることを目的」としていないのであるから本件手術は第28条に該当しない、というものである。

上記④における被告人側主張は、被告人は本件手術を正当な医療業務に属すると信じ、産婦人科医としての豊富な経験を基礎に他の外科医など立会いのうえ手術を行ったのであるから、全く犯意はなかったものであり、少なくとも被告人が本件手術を違法でないと信じた点に過失はなく故意を阻却する、というものである。

## (ii) 第1審裁判所の事実判断

これに対し第1審の東京地判昭和44年2月15日は、以下の通り被告人側の主張を退けている。まず、被告人側の上記①における正当な医療行為であるとの主張に対しては、手術を受けた3名には、睪丸全摘出手術が医学上当前の治療行為として従来一般に承認されてきた疾病が存在しておらず、また3名とも生

物学的には男性であって、真正半陰陽でも女性仮性半陰陽でもないことが認められるとする。従って本件においては、性的倒錯者に対するいわゆる性転換手術そのものが医学上広く治療行為として認められるか否か、それが肯定されるとしても本件手術が具体的に正当な治療行為として評価しうるか否かが最も重要な問題点であるとして、以下の通り判断を示した。

まず、性転換手術の内容と医学的評価につき、ジョーンズ・ホプキンス医学研究所の例等を示しながら述べた上で、当裁判所の性転換手術に関する考え方として、「性転向者に対する性転換手術は次第に医学的にも治療行為としての意義を認められつつあるが、性転換手術は異常な精神的欲求に合わせるために正常な肉体を外科的に変更しようとするものであり、生物学的には男女性いずれでもない人間を現出させる不可逆な手術であるというその性格上それはある一定の厳しい前提条件ないし適用基準が設定されていなければならない」<sup>9</sup>。「現在日本においては、性転換手術に関する医学的研究も十分でなく、医学的な前提条件ないしは適用基準はもちろん法的な基準や措置も明確ではないが、性転換手術が法的にも正当な医療行為として評価され得るためには少なくとも次のような条件が必要であると考える」<sup>10</sup>。

- (イ) 手術前には精神医学ないし心理学的な検査と一定期間にわたる観察を行うべきである。
- (ロ) 当該患者の家族関係、生活史や将来の生活環境に関する調査が行われるべきである。
- (ハ) 手術の適応は、精神科医を混えた専門を異にする複数の医師により検討されたうえで決定され、能力のある医師により実施されるべきである。
- (ニ) 診療録はもちろん調査、検査結果等の資料が作成され、保存されるべきである。
- (ホ) 性転換手術の限界と危険性を十分理解しうる能力のある患者に対してのみ手術を行うべきであり、その際手術に関し本人の同意は勿論、配偶者のある場合は配偶者の、未成年者については一定の保護者の同意を得るべきである。その上で、本件手術に対する評価として、被告人は性転換手術を施行する能

<sup>9</sup> 刑事裁判月報1巻2号148頁。

<sup>10</sup> 同上。

力もある技術の優れた医師であり、本件各手術は被手術者から性転換手術をして欲しいと積極的に依頼されたため行ったこと、本件被手術者はいずれも性転向症患者であると推認することができることと認定し、被告人の本件手術は表見的には治療行為としての形態を備えていることは否定できないであろうとしながら、正当な医療行為と認めるためにはいくつかの条件が充足されていることが重要であり、本件各手術は以下の点で条件に適合していないとした。(イ)被告人は手術前に精神医学ないし心理学的な検査を全く行っていないし、一定期間観察を続けたこともない。(ロ)被告人は被手術者らの家族関係、生活史等に関し問診もせず、調査、確認が全くなされていない。(ハ)被告人は全く単独で手術に踏みきることを決定し、精神科医等の検査、診断を仰ぐこともなく、他の専門科医等と協議、検討をすることもしていない。(ニ)被告人は正規の診療録も作成せず、被手術者から同意書をとるなどのこともせず、極めて安易に手術を行っている。

「従って被告人が本件手術に際し、より慎重に医学の他の分野からの検討をも受ける等して厳格な手続を進めていたとすれば、これを正当な医療行為と見る余地があったかもしれないが、格別差迫った緊急の必要もないのに右の如く自己の判断のみに基いて、依頼されるや十分な検査、調査もしないで手術を行ったことはなんとしても軽率の謗りを免れないのであって、現在の医学常識から見てこれを正当な医療行為として容認することはできないというべきである」<sup>11</sup>。

被告人側からの上記②の優生保護法第28条が憲法違反であるとの批判に対しては、優生保護法第28条は、同法第34条の罰則規定とも考え合わせると、同法第3条、第4条、第14条のような特殊な場合においてさえも公共の福祉の見地から最小限度の肉体的侵襲により法の所期する目的を達しようとするものであり、性的自由をできるだけ保障しようとするものでこそあれ、性的自由を抑圧しようとするものではないし、従って立法目的それ自体は極めて正当であるというべきであるとする。しかも、第28条は、同法による場合の外生殖が不能になる手術を絶対的に禁止しているのではなく、「故なく」行うことを禁止しており、去勢や断種が医学的治療として行われるときには同条の禁止に違反しな

<sup>11</sup> 刑事裁判月報1巻2号153頁。

いことは当然であるばかりでなく、社会的断種やその他の断種についてもそれが法的に理由のあるときは許され得ると解される。また現実にも同条の存在によって国民が広くその性的本能を満足させる方法を奪われたり、幸福追求の権利を否定されるような事態が発生しているとも認められないから同条の禁止が広汎にすぎるために国民の幸福追求権などの基本的人権が侵害されているとは到底いい得ない。本件で問題となっている睾丸全摘手術が、正当な医療行為としてなされたものであるならば優生保護法第28条に違反することはあり得ず、本件においてはたまたま一定の前提条件を欠くために治療行為と評価されなかったに過ぎず、同条が性転向症者の幸福追求権を特に侵害しているとも解せられない、との判断を示した。

上記③における本件手術の構成要件該当性がないとの被告人側主張に対しては、以下の通り判断を示した。優生保護法は、優生手術に関して対象者の認定や審査等につき厳格な手続を定めているほか同法施行規則第1条により術式が制限され、同法第28条により故なく生殖を不能にすることを目的として行う手術またはレントゲン照射を禁止しているが、同条は、単に優生学的断種に関する技術的制限規定にとどまるものではなく、優生学上の理由の有無にかかわらず去勢手術については治療行為等客観的に許容しうるものを除き禁止しているものと解することができる。また「生殖を不能とすることを目的」とする手術というのは、その手術により生殖が不能になることが客観的に明らかであり、そのことを手術者も認識して行うような手術であれば足り、本件睾丸全摘手術が正当な医療行為として認められない以上、法律的には「生殖を不能にすることを目的」とする手術と評価せざるを得ない。

上記④の犯意が無かったとの被告人側主張に対しては、以下の通り判断を示した。被告人は本件手術を性転換手術の一段階として行ったものであるが、それが前記の通り客観的に正当な医療行為の範囲を逸脱したものとされる以上、本件手術の外形的具体的事実を認識してこれを行った被告人に犯意がなかったとはいえないし、被告人が本件手術を違法でないと感じたことが全く無理からぬことであるとはいえないから、この点に関する弁護人らの主張も理由がない。

なお、第2の麻薬取締法違反事件については、Cは被告人とは小学校時代か

らの知り合いで、これまで被告人に対して暴力をふるったり威圧的態度に出たことはなく、麻薬の譲渡を依頼した際も特に被告人を畏怖させるような言動に出たことは認められず、むしろ幼な友達であることを利用して懇願していたことが認められ、Cに麻薬を喝取されたとは到底いい難い。さらに、被告人がCに対し積極的に対価を要求した気配はなく、第1回目の譲渡の際にはCが一方的に6万円を押しつけるように置いていったことが認められるが、第2回目以後は被告人も格別受領を拒否することもしないで、受領した金員を返還しようとしたこともないことが認められるから、法律上やはり営利の目的があったといわざるを得ない、と判示した。

### (iii) 第1審裁判所の量刑判断

最後に、量刑の理由として、第1審は、公訴事実第2の麻薬取締法違反についてはその数量が極めて多量であり約半年以上にわたる長期間に行われ、対価も薬価に比して甚だしく高かった点から考えると悪質という外ないが、動機原因や被告人が必ずしも積極的でなかった点を十分斟酌する必要があるとする。

さらに公訴事実第1の優生保護法違反については、刑事事件としては本邦で初めての事案であり、未だ同種の事業が法廷で論議されたことも全くない未開拓の分野に関するものであるばかりでなく、それが医療行為として許されるものか否かも未だ定説がなく、最近アメリカ等で研究的に一定の厳しい条件の下でこれを許そうとする傾向が生じて来つつあることを考えると本件についてもあまり厳しい量刑にすることはできないことを挙げ、麻薬取締法違反については懲役2年(執行猶予3年)および罰金の併科、優生保護法違反については、懲役刑を選択するのは酷に過ぎるので将来に向かって世間に警告を発する意味で罰金を科するのを相当とし、麻薬取締法違反の罰金を合算した範囲内で罰金40万円を科した。

### (3) 被告人側の控訴趣意の概要<sup>12</sup>

第1審の有罪判決を受けて被告人は控訴したが、原審と同様に、①被告人の

<sup>12</sup> 「弁護士鹿野琢見外二名の控訴趣意書」高刑集23巻4号763頁以下。

本件行為は正当な医療行為である、②本件手術は優生保護法第28条の対象にはならないから、法令適用の誤りがある、との二点を争った。

控訴趣意によると、①において、原判決が「軽率の謬りを免れない」と判断したことは事実と反すると主張する。原判決の挙げる要件を欠くことが直ちに医療行為を違法なものとするには疑問があり、治療行為として一般に挙げられる条件を具備する本件手術は正当な治療行為であり、原判決指摘の要件を適法化要件に加えることは治療の前進をこばみ、消極的な医師に責任ののぐれの口実を与える結果になると主張する。また②においては、本件手術は性転換手術の一環としての治療的医学的去勢であるから、優生保護法第28条の対象にはなりえず、また特に控訴審における被告人側の主張として、同条構成要件の「生殖を不能にさせることを目的」としていないことを強調し、同条を適用することは誤りであると主張した。

### 3 判決要旨<sup>13</sup>

被告人側の控訴に対し、東京高判昭和45年11月11日は下記の通り判断し、本件去勢手術は、(一)正当な医療行為といえず、(二)優生保護法28条にいわゆる「手術」とは優生手術(同法2条1項参照)のみにかぎらず去勢手術をも含むものと解するのが相当として被告人の控訴を棄却した。

「被告人に被手術者等に対する性転向症治療の目的があり、被手術者等に真に本件手術を右治療のため行う必要があつて、且本件手術が右治療の方法として医学上一般に承認されているといいうるかについては、甚だ疑問の存するところであり、未だ本件手術を正当な医療行為と断定するに足らない。原判決が、性転向症者に対する性転換手術が法的に正当な医療行為として評価されるために必要な条件を掲げ、本件手術が右条件に適合しない点が多いので、これを正当な医療行為として容認できない旨判示しているのは、その表現において右判示するところと稍異なるけれども、略同旨であると考えられるのであつて、正当な結論であるというべく、……原判決に所論のような事実誤認があるとは認め

<sup>13</sup> 東京高判昭和45年11月11日高刑集23巻4号759頁以下、判時639号107頁以下、判タ259号202頁以下。

られない」<sup>14</sup>。「同条にいう手術は、同条の文理と検察官の答弁のように、同条が比較的人身に対する影響の少い優生手術でさえ、正当の理由がない限り一般的にこれを禁止していることに鑑み、身体に種々の障害を生ずるおそれの大きいいわゆる去勢手術を禁止することは、合理的な措置であるというべきことに照らすと、……原判示のような去勢手術をも含むものと解するのが相当であり、又同条にいう生殖を不能にすることを目的として手術……してはならない旨の文言を原判示のようにその手術により生殖が不能になることを認識して行えば足りる旨解することは、文理上いささか問題があるが、本法の趣旨に鑑みれば合理的で正当な解釈であると考えられ、且被告人に右認識があったことは明らかである。然らば、本件手術が同条の構成要件に該当するものと認定した原判決は正当」<sup>15</sup>である。

本件は、この控訴審判決で確定した。

### Ⅲ 本判決に対する諸評価

#### 1 判例評釈にみられる論点

前章で確認したいいわゆるブルーボーイ事件について、判決後に幾つかの判例評釈等が出されたほか、近時では法律学以外の分野から本判例に言及するものも散見される。そこでの中心的な論点は、旧優生保護法第28条違反の成否であるが、他方で同罪と傷害罪ないし同意傷害との関係も議論されている。本章では、これらの判例評釈を手掛かりに、本判決の理論上の問題点を確認する作業を行うこととする。

本判決に言及するもののほとんどは、判旨に賛同を示すものの、各論者の見解には大きな幅があるようにも思われる。ここでは最初に、大きく優生保護法違反を肯定する見解と、何がしかの疑問等を差し挟む見解に分けて、整理することとしたい。

---

<sup>14</sup> 高刑集23巻4号762頁。

<sup>15</sup> 同上。

## 2 優生保護法違反を肯定する見解

### (1) 金沢文雄の見解

まず、刑法学者のうち、優生保護法違反を肯定する見解として、金沢文雄の判例評釈から確認しよう。金沢は、控訴審判決の判例評釈において、「判旨に賛成」<sup>16</sup>としたうえで、以下のように述べている。性転換手術は、刑法的には一応、傷害罪の構成要件に該当し、または、本件のようにその去勢だけについて優生保護法28条の構成要件に該当すると解される点については疑問がない<sup>17</sup>。問題は、このような手術がいかなる場合に正当化されうるかという点にある。なんらの疾患がないのにただ性を転換したいという本人の恣意的な希望にしたがって性転換手術を行うならば、その行為は正当化されえない。承諾傷害が正当化されるためには、第1に傷害の程度が軽微であること、第2に、公序良俗に反しないこと、その他の条件が必要である。性転換手術はその侵害の重さからいって単なる承諾では正当化されえないことは、すでに優生保護法28条がより軽い断種ですら単なる承諾によっては正当化されないことを明示していることから明らかであるが、より重要な疑問として、本人の全人格の人工的変更を意味するという点で、人間の尊厳を基本とする法秩序の精神に矛盾することは明らかであり、また、それは現代の法秩序の基礎となっている男女両性の不可変性の原則をくつがえすという点においても法秩序の立場からとうてい是認できないものである<sup>18</sup>。性転向症者に対する性転換手術が正当化されうる可能性は、それが治療行為の領域内に含まれるものとして構成される以外にはない。そこで、性転向症が果たして「疾病」であるか、性転換手術がそれに適応した治療行為であるかという点が医学的および法律的に厳密に検討されなければならない<sup>19</sup>。

控訴審判決について、原審が本件手術の適応を一応認めるのに対し、原審が示した基準の(イ)(ロ)(ハ)は適応の判断に必要な手続に関するから、これを欠く以上

<sup>16</sup> 金沢文雄「新判例評釈 一. 正当な医療行為にあたらなるとされた事例 二. 優生保護法28条の『手術』の意味」『判例タイムズ』280号(1972年)91頁。

<sup>17</sup> 同上。

<sup>18</sup> 同上。

<sup>19</sup> 同上。

は適応は認められないはずであり、判旨(一)が適応を否定したのは妥当であるとする<sup>20</sup>。なお、原審が示した基準の(イ)(ニ)などは、解釈論としては正当化のための必要条件とまでは解すべきではないとする<sup>21</sup>。「治療の目的」については、原審はこれに触れていないが、治療の目的は疾病の認識を前提とするから、被告人が疾病の確認に必要な調査を行っていない以上、疾病の認識がなく、したがって治療の目的がなかったと認定されたのは当然として、これを明示的に否定した判旨(一)を支持する<sup>22</sup>。判旨(二)の、優生保護法28条の「手術」には優生手術のみならず去勢も含まれるとの解釈については、文理解釈として十分可能であり、去勢を同条から除外して別に傷害罪の成立を考えなければならない実質的理由はないとして、判旨は妥当であるとする<sup>23</sup>。「生殖を不能にすることを目的として」という点については、不妊化そのものを目的とするものでないという点で若干問題があるが、本条は一定の場合以外には不妊化手術を禁止する趣旨の規定であるから、その手術で生殖が不能となることを認識して行えば足りるとする判旨は妥当であるとする<sup>24</sup>。また、傷害罪と優生保護法とは普通法と特別法の関係にあり、特別法たる優生保護法違反罪が成立する以上、傷害罪は成立しないとする<sup>25</sup>。

## (2) 宮野彬の見解

次に、金沢と同様に刑法学者で、優生保護法違反を肯定する宮野彬の控訴審判決の判例評釈を確認しよう。宮野は、身体の享有者自身あるいはその同意の下で、身体の変更行為が無制限に許されるかという問題について、生得の身体の機能を根本的に変更するような行為は禁止され、優生保護法28条は、生殖不能という重大な身体変更に関して、法が特にその立場を明確にしたものであると述べる<sup>26</sup>。本件の争点の一つとなった、優生保護法28条の手術の範囲につい

<sup>20</sup> 金沢・前掲注(1693頁)。

<sup>21</sup> 同上。

<sup>22</sup> 同上。

<sup>23</sup> 金沢・前掲注(1694頁)。

<sup>24</sup> 同上。

<sup>25</sup> 同上。

<sup>26</sup> 宮野彬「正当な医療行為」『刑法判例百選Ⅰ総論』(1978年)76頁以下。

ては、同法2条で生殖腺を除去しないで生殖を不能にする優生手術の断種を含む以上、それよりも身体変更の程度の著しい本件のような去勢手術が含まれるのは当然とする<sup>27</sup>。また、本件のごとき去勢手術が、同法1条でいう優生上の見地から不良な子孫の出生を防止する目的で行われるときには、特別法たる優生保護法によって行為は正当化されるが、本件にはこのような目的は存在しない<sup>28</sup>ため、刑法35条の正当業務行為といえるかが論点となる。治療行為が正当化されるためには、主観的には医師に治療の目的があること、客観的には患者の現実的もしくは推定的同意があり、医学上一般的に承認されている方法によることが要求されるが、本件のような真性の男性で性転向症者に関してはその治療行為につき医学界でも肯定するにつき多くの疑問が出されており、性転向症が、もっぱら精神的疾患であるといわれているのに、精神医学的ないし心理学的な療法によらずに外科的方法のみに頼った点は妥当ではなく、治療に名を借りて批判の余地のある手術を営利のために軽率に実施したと受け取られてもやむを得ない<sup>29</sup>。行為に治療の性格が失われるならば、刑法上は主観的にその目的があったとはいえず、行為の違法性を阻却しない<sup>30</sup>。なお、原審は性転換手術が法的に正当な医療行為として認められるための条件を詳細に提示するが、親切的指摘とはいえても、そのような抽象的基準をたてなければ具体的事案が解決しえないものではなく、条件のほとんどは、通常事実認定の過程で検討されるとしている<sup>31</sup>。なお、宮野は本件優生保護法違反の他に傷害罪が成立するかという点については、観念的には傷害といえるが、優生保護法28条の立法趣旨と傷害罪の成立を認めれば刑は常に傷害罪の範囲で決められてしまい優生保護法34条が没却されてしまうことから、別に傷害罪を考慮する必要はないとしている<sup>32</sup>。

---

<sup>27</sup> 宮野・前掲注2677頁。

<sup>28</sup> 同上。

<sup>29</sup> 同上。

<sup>30</sup> 同上。

<sup>31</sup> 同上。

<sup>32</sup> 同上。

### (3) 高木武の見解

法学者の高木武は、第1審判決の判例評釈において、判旨に疑問を提起<sup>33</sup>しつつも、結論としては優生保護法を適用した判決を肯定している。すなわち、判旨が、内外の文献、外国における研究の成果、その評価などと本件との関係が明白ではないこと、性転換手術のわが国の医学界における位置、評価が不明または不相当であること、医学界の決するような事項にも立入りすぎていることに対して疑問を呈している<sup>34</sup>。そして、目的治療説から本件を評価すれば、性転換手術は、診療ではなく、そのためわが国では性転換手術が公然ではなく、密かに個人開業医によって行われ、被告人は診療録を正規に作成せず、受術者から同意書をとらないなど一般の診療と異なる取扱いを強いることが、わが国における性転換手術の医学界—医師界の一般の評価すなわち診療でないということ、如実に示しているとする<sup>35</sup>。加えて、診療録を作成せず、手術の同意書をとることなく行ったことから、被告人は本件手術を診療とはみていないと推定され、診療の目的があったかはきわめて疑わしいとする<sup>36</sup>。しかし結論としては、「判旨は、優生保護法つまり行政法体系における事案として、あえて刑法的理論によらず、性転換手術が診療でないということを明白にしながらか、すすめられたようである。これは、当然であり、相当である。」<sup>37</sup>として、本件が優生保護法第28条の適用を相当と考えることを肯定している<sup>38</sup>。

### (4) 高島学司の見解

医事法学者の高島も、下記の通り一方で医師の自家規制を待つべきものとしつつも、他方で本件去勢手術が優生手術に含まれることが勿論解釈として一応可能であると述べている。すなわち、控訴審判決は、その表現においてはやや

---

<sup>33</sup> 高木武「優生保護法第28条違反の罪の成立を認めた事例」『東洋法学』第13巻第1号(1969年)136頁。

<sup>34</sup> 高木・前掲注33141頁以下。

<sup>35</sup> 高木・前掲注33142頁。

<sup>36</sup> 高木・前掲注33143頁。

<sup>37</sup> 同上。

<sup>38</sup> 高木・前掲注33144頁。

異なる点があるとしても原審の判断をほぼ全面的に認めている<sup>39</sup>。優生保護法28条の「手術」には、断種のみに限らず去勢をも含むとの勿論解釈は一応可能である<sup>40</sup>。「生殖を不能にすることを目的として」については、弁護人らの主張するように不妊化そのものを目的とするものではないが、原判示のようにその手術により生殖が不能になることを認容して行えば足り、被告人にこの認識があったとする本件判旨を妥当とする<sup>41</sup>。そして、治療行為としての正当性もちえないとすれば傷害罪の成立が問題となる事案とも考えられるが、本件の場合承諾があっても重い傷害への承諾は違法性を保持するなど傷害罪の成立を認める見解は、将来はともかく現段階では理解しやすいとする<sup>42</sup>。

性転向症者の治療方法としての性転換手術については、医家の自己規制に待つべきものではないかとの見解を示しつつも<sup>43</sup>、安易な考えから非合法的な手術の横行しないよう厳格な一線を画すべきことはいうまでもない<sup>44</sup>と強調しており、この見解自体が高島の当該手術に対する捉え方を示しているともいえよう。

#### (5) 富田孝三の見解

原審の検察官であった富田<sup>45</sup>も、第1審判決の判例評釈において、優生保護法の文理上の困難に言及しつつも、優生保護法違反を以下の通り支持している。富田によれば、まず、被告人に治療目的があったか否かの点について本判決は全く言及していないが、被告人が治療の目的で本件手術を行うなどということは考えられない<sup>46</sup>。被告人は性転換手術について数多くの臨床経験を有する者でなく、また本判決の判断資料となった被告人側提出の性転換手術に関する文献等の中には、被告人自身が予め所持していたものや蒐集したものは一つもな

<sup>39</sup> 高島学司「性転換手術と優生保護法二八条」『医事判例百選』（1976年）203頁。

<sup>40</sup> 同上。

<sup>41</sup> 同上。

<sup>42</sup> 同上。

<sup>43</sup> 同上。

<sup>44</sup> 同上。

<sup>45</sup> 石田仁＝矢島正見（解説）「ブルーボーイ裁判資料」『法とセクシュアリティ』3号（2008年）123頁。

<sup>46</sup> 富田孝三「性転換手術と刑事責任」『法律のひろば』第23巻第5号（1970年）22頁。

くすべて起訴後になって弁護人が主としてその方面の専門家の意見や指示に従い逐次蒐集提出したものであり、被告人自身は本件当時治療行為として性転換手術が行われていたことすら知らなかった<sup>47</sup>と指摘する。次に本件性転換手術が医学上一般的に承認しうる方法といえるかにつき、アメリカにおいても僅かに地方の一病院であるジョンホプキンス病院（原文ママ、以下同様……筆者注）でそれも研究的予備的に実施しているに過ぎず、かかる程度では判決のいうように次第に医学的に治療行為としての価値を認められつつあるとまではいえるか否かは疑問であり、まして治療行為として医学上一般に承認されているとは到底い得ず判例自体もそのようには評価していない<sup>48</sup>。仮に本件手術が治療行為としての価値を認められるとしても本件の如きそれが最善の方法かどうか未確定の現段階で生殖能力を失い中性化するという極めて重大な結果を生ずる不可逆的手術を行うについては、医師はよく利害得失を比較考量してことを決すべきであって、かかる手術はジョンホプキンス病院において実施しているごとく研究の方法によってのみ、なされるべきであって本件の如く安易な治療行為としてなされるべきではないとする<sup>49</sup>。更に、判決は優生保護法第28条の「生殖を不能にすることを目的」とする手術というのはその手術により生殖が不能になることが客観的に明らかであり、そのことを手術者も認識して行うような手術であれば足りるとしているが、文理解釈上いささか無理との批難が考えられないでもないが、この法律の目的に合した正当なものというべきであるとする<sup>50</sup>。最後に被告人の行為が、刑法上同意傷害を成立させるかとの点については、本件の場合、優生保護法違反のほか傷害罪も成立し、その観念的競合とみるべきであるとしている<sup>51</sup>。

## (6) 鈴木義男の見解

上記(5)までの見解と異なり、当時検察官の職にあった鈴木義男の見解は、性

---

<sup>47</sup> 同上。

<sup>48</sup> 富田・前掲注(46)22頁以下。

<sup>49</sup> 富田・前掲注(46)23頁。

<sup>50</sup> 同上。

<sup>51</sup> 同上。

転換手術そのものの社会的意味に力点が置かれ、それとの関係で刑事制裁の運用を論じている点に特色があるといえようか。

鈴木は、本件第1審判決について、性転向症に対する性転換手術の合法性という未開拓の分野に正面から取り組み、医学の進展を十分に考慮した一つの方向づけを与えようとしたことには、十分の敬意を払わなければならないとしながら、法律学および医学の両面からさらに研究を重ねる必要があるだけでなく、今後における医学の発展によってあらたな角度からの再検討が促されるという可能性もあり、いま直ちにこの問題に関する終局的な解決を望むことは不可能であるとしながら<sup>52</sup>、今後の検討に資するという趣旨で以下の問題点を挙げる。

第一に、医学上の疑問として、いわゆる性転向症を病気とみることができるとしても、肉体的には特段の異常がないのであるから、広い意味における精神障害の一種ということになるが、欲望が異常であるということ以外にどのような精神医学的症狀が生ずるのかは、本件判決で検討された医学的な資料からは必ずしも明らかでない<sup>53</sup>。しかも、欲望という意味ないし行動の面だけに存在する異常性は、本人の自由な選択に基づいているのか病的な原因によるのかを区別することが容易でなく、また、病的とみられる場合とそうでない場合との違いも程度の問題にすぎないことが多い<sup>54</sup>。本件判決が性転換手術の実施にあたっては精神医学をも含めた総合的判断を経る必要のあることを特に強調している((イ)(ロ)(ハ))のは、この点からみて十分に理由のあることであるが、「一応……性転向者であることを推認することができる」という程度の判断しかできなかったことからみても、その診断は極めて困難なものであることがうかがわれるとする<sup>55</sup>。さらに、性転向者に対しての治療方法として性転換手術を行なうことが適当かどうかについても、疑問を示している<sup>56</sup>。本判決のように「次第に医学的にも治療行為としての意義を認められつつある」といってよいかど

<sup>52</sup> 鈴木義男「性転換手術は許されるか」(1969年)白井慈夫=鈴木義男=木村栄作『刑法判例研究Ⅲ』(大学書房, 1975年)71頁以下。

<sup>53</sup> 鈴木・前掲注6272頁。

<sup>54</sup> 鈴木・前掲注6272頁以下。

<sup>55</sup> 鈴木・前掲注6273頁。

<sup>56</sup> 同上。

うかも問題であろうとする<sup>57</sup>。

第二に、社会倫理ないし法の立場からみた疑問として、本件判決は、性転換手術に対する医学的な評価から出発して、一定の厳格な前提条件の下でそれが許されるという法的な結論を直ちに導き出しており、法的な問題点の検討にやや欠けるところがあるとしている<sup>58</sup>。性転換手術が、人間のあり方に関する自然の理法に反し、道徳的にも嫌悪すべきものとする感情が、わが国においてもなお支配的であると思われ、こういう一般的な道徳感情は、この問題に対する法的評価において十分に考慮されなければならないだけでなく、医学界においてさえ性転換手術に対する消極的な空気の強いことの背景をなしているとする<sup>59</sup>。

優生保護法は、その運用にかなりルーズな面のあることはしばしば指摘されているところであるが、規定の全体を総合的に考察すれば、国民一般の生殖能力を維持するという観点に十分な考慮を払っていることが明らかであり、優生保護法第28条にいう「故なく」という言葉が、正当な医療行為を処罰の対象から排除する趣旨であることはいうまでもないが、その直前の「この法律の規定による場合のほか」という部分とあわせて理解すれば、単に治療目的で手術をしたとか、そういう手術をすることも治療方法の一種とみる余地があるとかだけでは足りず、現段階における医療の水準からみて一般に承認されているような治療方法として行われる場合にだけ、手術の違法性が否定されるという趣旨を汲みとることができるとする<sup>60</sup>。

現在の法が性転向症に対する性転換手術や治療を目的とする同性愛行為を禁止しても、有効かつ正当な治療行為であることを信じ、法の制裁を覚悟のうえでこれを実施する少数の医師がでるのは防げず、本件被告人のように男娼等の依頼によって内密にこれを実施する医師もあるであろう<sup>61</sup>。違法に実施されるものであっても、手術の実施例が集積され、効果が確認されることになれば、

---

<sup>57</sup> 鈴木・前掲注5274頁。

<sup>58</sup> 同上。

<sup>59</sup> 同上。

<sup>60</sup> 鈴木・前掲注5274頁以下。

<sup>61</sup> 鈴木・前掲注5276頁。

医学界の評価はもとより、一般国民の受け取り方にも変化が生ずることも考えられ、医学その他の科学に対する法の立場は流動的なものであることを免れないとする<sup>62</sup>。

鈴木の見解において、性転換手術の社会（国民の受け取り方や医学界での評価）での位置付けによって法の立場が流動的であることを指摘している点は、妥当なものといえよう。但し、そこで前提とされている性転換手術やトランスセクシュアルについての捉え方は、現在からみるとかなり時代的制約が強いようにも思われる。そして、特に刑事法の運用という観点からは、流動的な立場に立たざるを得ない法の立場において、刑事法が如何にあるべきかについての検討が必要ではなかったであろうか。

### 3 優生保護法違反とすることの問題に言及する見解

#### (1) 植松正の見解

植松は、第1審判決の判例評釈において、「判旨は大局において正当と評すべき」<sup>63</sup>であるとしながらも、本件去勢手術を優生手術とすることについては、下記の通り明確に疑問を提起している。以下、植松の見解を確認する。

優生保護法第28条の法文の解釈について、「生殖を不能にすることを目的として手術……を行ってはならない。」となるのだから、判旨は、無理なことを敢えてしている。被告人側の主張は、「目的」を当該行為の主観的意図と解しているのに対し、判旨はこれを手術そのものの客観的性質と解しているが、判旨の解釈が無理なく成り立つためには、「目的とする手術を……」となっていてはならない。しかし、判旨のように解釈する方がこの法律の目的には合っており、この法律の立法技術的な欠陥のために、こういうことにならざるを得なかったのであろうとする<sup>64</sup>。

性転向症は精神的疾患であり、現代の医療体系では、これに外科的治療を施すことは、最後の手段であると考えるのが常識である。性転向症の治療手段と

<sup>62</sup> 同上。

<sup>63</sup> 植松正「性転換手術の適法限界」『判例評論』第129号（1969年）126頁。

<sup>64</sup> 同上。

して重大な器官の除去を伴う手術をするには、よほどの必要性が確認される場合でなければならず、そのことは判旨摘録の示すように、医学界に強い反対のあることから考えても当然のことである。ただ判旨が、しきりに単独の判断をもって処置したことを非難しているが、単独の判断か二人以上の判断かということに、あまりこだわるのはよくないとする<sup>65</sup>。

被告人の行為が治療行為たり得ないとしたら、刑法学上、同意傷害の事実が明らかに存在しており、それが最大の論点である。本件行為が優生手術に名を借り、その外形をもって行われたものであるから、そのことに眩惑されてはならない。検察官は優生保護法違反として起訴し、受訴裁判所も同意傷害のことには目をつぶったのであろうが<sup>66</sup>、重大な傷害の場合、同意があるからといって放任すべきではなく、一般の傷害罪の規定を適用すべきであり、本件もこれに該当するとの見解を示している<sup>67</sup>。

植松は、本評釈に先立って、1965年に本件が傷害罪ではなく、優生保護法違反として起訴された段階において、以下の見解を表明している<sup>68</sup>。

同意傷害について、「文化規範」「社会通念」「健全な常識」を基準として考えれば、同意傷害の特別規定がないからといって、どんな重傷害を与えても、同意さえあれば違法でないというのはおかしい。重い同意傷害を罰するのには、普通の傷害罪規定によることになるが、傷害罪は法定刑が広く、同意傷害には軽い方を適用すれば不当な結果を来さない。よって、同意があっても、重大な傷害を加えれば、傷害罪にあたり、その場合に適用される法条は一般の傷害の場合と同じ刑法第204条でよいとする<sup>69</sup>。

そもそも一般に同意傷害でも、重大な場合には傷害罪になるということを考えるに至ったのは、優生手術に関する法的規制があり、優生手術が一定の要件のもとにおいてでなければ許されていないという事実思い及んだため

---

<sup>65</sup> 植松・前掲注63126頁以下。

<sup>66</sup> 植松・前掲注63127頁。

<sup>67</sup> 同上。

<sup>68</sup> 植松正「性転換の手術」『時の法令』553号（1965年）

<sup>69</sup> 植松・前掲注6820頁以下。

ある<sup>70</sup>。優生手術などというものは、いくら本人が希望する場合にでも、施すことができないということを明らかにしている。「医師は……行うことができる。」というの、一定の要件のある場合に限り、医師にだけ行うことを許すという意味であることは明白だから、医師でない者には全く許されない。また、優生手術というの、「生殖腺を除去することなしに、生殖を不能にする手術」と定義されているが、生殖腺をも除去するという方法は、除去しない方法よりも重大な結果をもたらす手術なのだから、許されておらず、それは医師にも許されていない<sup>71</sup>。そうすると、本件の性転換手術は生殖腺除去も行ったのであるから、医師にさえ許されない手術であり、もう二つの手術も併せて、どれをとってみても重大な変化を人体にもたらすものであり、本人の同意にまかせてしまっただけという性質のものではない<sup>72</sup>。

この事件を、優生保護法違反と見る方が、かえって少しおかしいのではないか。この医師は優生手術として法律の定義している手術を行ったのではなく、別のことをやったのである。定義外のことをやったから、当局は同法違反と考えたのかもしれないが、この性転換手術の目的は、まさに端的に男性を女性にすることにあるのであって、生殖を不能にすることを目的としているのではないだろう。優生保護法違反と認めることの方が難儀なように思える<sup>73</sup>。

## (2) 町野朔の見解

町野朔は第1審判決の判例評釈において、概ね判決に好意的な評価を与えつつも、優生保護法における強制断種の問題性に言及しつつ、本件去勢手術を任意断種と比較してその不均衡を指摘している。町野の見解は、概ね以下の通りである。地裁の判旨は、性転換手術を当該男娼達に行うことが医学的に良好な結果を生むかについての十分な調査を、事前に行わなかったことを理由として本件被告人の行為の正当性を否認するが、この論旨は不当とはいえない<sup>74</sup>。

---

<sup>70</sup> 植松・前掲注6821頁。

<sup>71</sup> 植松・前掲注6822頁。

<sup>72</sup> 同上。

<sup>73</sup> 植松・前掲注6823頁。

<sup>74</sup> 町野朔「性転換手術」『統刑法判例百選』（1971年）259頁。

性転換手術が、性転向症者の精神状態にとって、具体的に利益をもたらさうるかは事前には予測し難く、事後的にたまたま良好な結果を得たとしても、事前の行為者の軽率な態度を客観的にみて、患者にとって不利益となる可能性が強かったということを理由として、行為の合法性を否定することは、必ずしも不合理ではない<sup>75</sup>。その上28条は、法定事由の存在する者に対して行われた生殖を不能ならしめる手術が、法令の定める技術的制約に違反したときにも適用される、いわば取締法規的性格をも持っており、手術の手續に瑕疵があったと見られる本件行為を、本条で処罰することも許されるであろう<sup>76</sup>。そして、本件手術の合法性が否定される理由を、被告人の治療目的の欠缺に求めるべきだとする富田の見解に対して、行為の合法・違法は、行為の危険性を中心として客観的に判断すべきであるから、判旨の客観的な考え方のほうが、むしろ健全であるとする<sup>77</sup>。

また傷害罪と28条違反の罪の関係について、以下のように述べる。優生保護法が、違法に生殖を不能ならしめる行為について処罰規定を設けたのは、同意傷害の可罰性について疑義があるため、特にその可罰性を明らかにする必要があると立案者が思ったためであるとし、28条違反の罪の法定刑が、傷害罪・傷害致死罪よりもはるかに軽いことから、医師により医術的に行われ、被手術者に対する危険性が通常の同意傷害よりも低い場合として、28条が特別法として、傷害罪の適用を全面的に排除してしまうという解釈も可能である。しかし、本件のように、去勢の結果まで生じさせたときは、結果の重大性ゆえに、傷害罪と28条違反の罪の観念的競合になるという解釈も成り立ちうる。本件弁護人の主張のように、「手術」および「目的」を限定的に解し、本件被告人の行為が、28条の関与するところでないとした場合には、当然傷害罪で処罰するということになる。本件が傷害罪で起訴されなかったのは、我が国の檢察実務が、同意傷害の不可罰性を認めるか、あるいはその処罰にきわめて寛大な見解をとっており、本件についても最初から傷害罪の成立に消極的だったのではないかと

<sup>75</sup> 町野・前掲注(74)260頁。

<sup>76</sup> 同上。

<sup>77</sup> 同上。

する<sup>78</sup>。

被告人の行為を処罰しても、本件男娼らのような性転向症者が、合理的な手段で性転換手術を受ける機会が否定されたのではないから、彼らの幸福追求の権利を侵害したことにはならないという判旨は正当であるとする<sup>79</sup>。また、生殖能力という本人にとって重大な法益を放棄しようとする者の利益を考慮して、合理的理由に基づく断種・去勢行為以外を処罰することは、必ずしも不当ではない<sup>80</sup>。さらに、判旨指摘の通り「現実にも同条の存在によって国民が広くその性的本能を満足させる方法を奪われた」と感じられていない日本の状態では、違憲性の主張はあまり説得力をもたないことも認めざるを得ない<sup>81</sup>。

以上の通り、大筋で判旨を認めてはいるが、以下の問題を提起している。優生保護法は、戦前の国民優生法から、さらに強制的断種の制度を大幅に拡充しており、28条も、被手術者の利益保護というよりは、むしろ素質ある国民が恣意的に断種手術を行うことから生じうる「逆淘汰」現象の防止という、国家的利益の保護を眼目とするものであるが、「不良な子孫の出生の防止」ということを公益として認め、強制断種あるいはこの公益に反する国民の行為を処罰するということが国家に許されるのかは大きな問題とする。優生保護法は、民族改良思想を継受しつつも、戦後の過剰人口問題に対処する過程で、医師が行う妊娠中絶、任意断種については、事実上自由に行われているのは公知の事実であり、取締側も黙認の態度をとっている。判旨によれば、優生保護法違反として起訴されたのは、本件が初めてであり、本件被告人の行為は、たまたま不適当な性転換手術という形態をとったがために起訴され、有罪判決を受けてしまった。本人の同意を得て、個人の法益である（少なくとも第一義的にそうであることは認められている）生殖能力を傷害する行為が処罰される結果をもたらしたことは、不均衡な法の運用だという感を免れえない<sup>82</sup>。本件は、わが国の現実を前にして、わが国の法が、性について、これからどのような態度で、

---

<sup>78</sup> 同上。

<sup>79</sup> 同上。

<sup>80</sup> 町野・前掲注(74)261頁。

<sup>81</sup> 同上。

<sup>82</sup> 同上。

どのように対応すべきかという、深刻な問題についての再検討をうながす事件でもある、としている<sup>83</sup>。

#### 4 1996年以降の諸見解

前節までに確認、検討した判決直後の評釈の後、1996年の埼玉医科大学倫理委員会の答申を契機として、1998年の埼玉医科大学総合医療センターにおける性別適合手術（性転換手術）に至る議論と相前後して、新たに本件に言及する論者が現れた。本節では、これらの近時新たに検討されている本件の評価について検討することとしたい。

##### (1) 猪田真一の見解

まず、刑法研究者の立場からの性転換手術に関する詳細な研究として、猪田真一の見解から確認しておこう。猪田は、性転換手術の問題を刑法的視点から論ずるのに際し、ブルーボーイ事件の裁判例を考察し、以下の通り述べる。本件の両判決は、刑法の傷害罪ではなく、母体保護法（原文ママ、以下同様……筆者注）28条違反の訴因のもとに進行し、この訴因について判断が示されたものであるとして、最初に母体保護法28条の文言解釈、すなわち「手術」の意味を検討している<sup>84</sup>。本件判決は不妊手術の断種に限らず去勢も含むと解釈しているが、「去勢も明らかに生殖を不能にする手術」<sup>85</sup>との理由から、母体保護法において問題とされる「手術」が断種と去勢であることは明らかであるとする<sup>86</sup>判旨を支持する。一方、「生殖を不能にすることを目的として」という文言の解釈については、母体保護法28条の「目的」は、あくまで不妊化がその対象とされるべきであって、客観化によって性転換が含まれることがあってはならず、文理解釈として敢えて無理なことをしてまで本件手術を母体保護法の禁止する一手術であると判断する判決には、当然のことながら賛成できるもので

---

<sup>83</sup> 同上。

<sup>84</sup> 猪田真一「性転換手術の治療行為性に関する一試論」『帝京法学』第20巻第1・2号（1998年）100頁以下。

<sup>85</sup> 猪田・前掲注84102頁。

<sup>86</sup> 猪田・前掲注84103頁。

はないとしている<sup>87</sup>。したがって、本件被告人が行った性転換手術における去勢は、不妊化を目的として行われた手術ではないため、母体保護法の関与するところではなく、傷害罪で議論されるべきものとしている<sup>88</sup>。このように、性転向者に対して性転換手術の一段階として行われた去勢は、母体保護法違反ではなく、刑法の傷害罪の議論対象となるが、わが国は性転換手術を治療行為として認めていない。そのため、その違法性阻却の可能性を「被害者の承諾」に求めることになる<sup>89</sup>が、性転換手術の実施は、被害者の同意のみではその違法性阻却の可能性がまずないことから、危ういものになってしまい、手術の実施は不可能になってしまう<sup>90</sup>。性転換手術は、「治療行為」という枠にはめて考察することによって、その実質的な治療行為性が確実かつ肯定的に解決されうる<sup>91</sup>。そして、性転換手術が法的に正当な治療行為と認められるためには、第1審判決の掲げている5つの項目がその要件とされる<sup>92</sup>が、性転換手術の治療行為性の問題をより確実かつ積極的に解決するためには、その正当化の要件を法定化し、立法的解決を図ることが必要になるとしている<sup>93</sup>。

猪田の見解は、母体保護法違反ではなく傷害罪の問題として本件手術を位置付けているところが注目されよう。同法の手術に去勢を含むとする点は、同手術の実体との関係ではなお検討を要するようにも思われるが、傷害罪の成否をどのような場合に正当化されるかとの観点から第1審判決の5要件の法定化を主張する点は、埼玉医科大学の性別適合手術（性転換手術）の際の議論と方向性において同方向のものともいえようか。ただし、当時の事案の解決方法として、傷害罪であれば適切であったかとの疑問への明快な回答は読み取れないようにも思われる。

---

<sup>87</sup> 猪田・前掲注84102頁以下。

<sup>88</sup> 猪田・前掲注84103頁。

<sup>89</sup> 猪田・前掲注84105頁。

<sup>90</sup> 猪田・前掲注84115頁。

<sup>91</sup> 同上。

<sup>92</sup> 猪田・前掲注84126頁以下。

<sup>93</sup> 猪田・前掲注84135頁。

## (2) 石原明の見解

刑法学者の石原明の見解も、猪田と同様に性転換手術の正当化を傷害罪の成否との関係で検討するものであり、その正当化を志向するものと位置付けてよいかと思われる。

石原は、1997年の論稿で以下の通り述べている。真性の性転向症は苦しい精神的葛藤をかかえる病態であり、その法律問題としては、刑事問題と民事問題がある<sup>94</sup>。刑事問題については、現在の医療技術からしても、性転換手術はまだ生殖能力を付与できるまでには至っていないため、母体保護法上の罰則や刑法の傷害罪の規定に抵触する側面をもつ<sup>95</sup>。そこで、性転換手術がどのように合法化されるかという法律問題を検討するにあたり、本件を考察する<sup>96</sup>。性転換手術は重大な医的侵襲を伴う措置であることから、その行為が正当化されるためには正当な治療行為であるとみなされる必要がある<sup>97</sup>。本件第1審判決では、その治療行為性に関して詳細な検討が行われている<sup>98</sup>。本判決で示された要件は、この問題に関する現在のわが国の議論状況からすれば概ね妥当なものと考えられ、こうした前提が守られる限り、この手術を治療行為と位置づけて、正当化する道は開かれているものと考えたいとする<sup>99</sup>。

真性の性転向者に対する性転換手術が「治療行為」として位置づけられるなら、母体保護法28条や刑法の傷害罪の規定をクリアすることができる可能性はあるが、その合法化を母体保護法上の「故なく」という短い用語の解釈論としてこれらの重要な問題をここに含ませることは、法の明確性にもとることになり、母体保護法のこの規定は、本来は国の人口構成の維持を図ることを保護法益とし、性転換の問題とはもともと別の意味をもつものであるから、法的にそれを整備する際は、母体保護法の一部改正というようなものではなくて、“性転換に関する法律”といったものが必要である<sup>100</sup>。わが国でも、個人の尊重

<sup>94</sup> 石原明「性転換に関する法律問題」『医療と法と生命倫理』（1997年）56頁。

<sup>95</sup> 石原・前掲注9460頁。

<sup>96</sup> 同上。

<sup>97</sup> 石原・前掲注9463頁以下。

<sup>98</sup> 石原・前掲注9464頁。

<sup>99</sup> 石原・前掲注9466頁。

<sup>100</sup> 石原・前掲注9467頁以下。

や幸福追求権といった憲法レベルでの議論を必要であるとする<sup>101</sup>。

99年の論稿では、性転換手術の治療行為性の検討と併せて、本件の量刑事情に着目し、これまでこの有罪判決のために、医学界でも性転換手術はタブーだとされてきたが、量刑事情にみられる寛刑表明や、判決で述べられた治療行為性の前提条件が今では医学の分野で慎重に検討され指針が作られており、必ずしもこの裁判例をもって性転換手術をタブー視することはないとする<sup>102</sup>。

刑法傷害罪との関係については、本判決は、母体保護法と刑法とを特別法と一般法との関係にあるとみて、特別法としての母体保護法の罰条のみを適用したものであるが、97年論稿でも論じられているように、母体保護法の法益は、性転換手術の問題とは別の意味をもつので、本来は刑法傷害罪との関係で問題を議論すべきであったとし、その治療行為性を論議することによって正当化する道が開かれ、このような角度からの論議を展開することが、本筋からのアプローチであるとしている<sup>103</sup>。

以上のように、母体保護法の適用を明快に否定していることは注目されるものの、本事件がその当時の時代において処罰されることの妥当性やその社会的影響については、明快な主張は読み取れないように思われる。

### (3) 田中圭二の見解

田中圭二は、旧優生保護法違反の保護法益について言及している点が注目されよう。田中は、控訴審判決の判例評釈において、本判決と原判決とはほぼ同旨であるから、両者を総合的に見て解説を進めるとし<sup>104</sup>、本判決と原判決が、性転向症と呼んでいる障害については、性同一性障害という用語を使用している<sup>105</sup>。そして医療界の現在の立場から、原判決のいう5種の条件を検討し、(イ)の条件は性同一性障害の診断にとって必要な条件であり、(ハ)はこの

<sup>101</sup> 石原・前掲注9494頁。

<sup>102</sup> 石原明「性転換に関する医と法の対応」『井戸田侃先生古稀祝賀論文集 転換期の刑事法学』（現代人文社、1999年）951頁以下。

<sup>103</sup> 石原・前掲注(102)952頁。

<sup>104</sup> 田中圭二「性転換手術と旧優生保護法28条」『医事法判例百選』（2006年）86頁。

<sup>105</sup> 同上。

障害の多角性を反映した医療チームに関する条件で、いずれも適正な条件とする。医師1人の判断が軽率で2人以上ならば慎重というものではないとする見解も存在するが、妥当ではないとする<sup>106</sup>。(ロ)の調査資料や(ニ)の資料は診療のため必要なものである等の理由で、適正とする<sup>107</sup>。(ホ)は医師の説明義務と患者本人の同意を要する旨の条件であり、術後の精神療法には配偶者の支援を要するため、その同意は必要であり、(ホ)も適正とする<sup>108</sup>。5種の条件は概ね妥当であり、かかる意味では原判決と判旨は支持できるとする<sup>109</sup>。そして、性同一性障害の場合、侵襲の少ない治療法があるのに、被告人はこれらを全く考慮せず、いきなり睾丸全摘出といった侵襲の著しい手術を行っており、この点だけでも正当な医療行為ではないとする<sup>110</sup>。

さらに、旧優生保護法28条違反の罪には被害者本人の同意のあることが一般的であり、本件の場合、生命に対する重大な危険がある場合は違法とする立場を採るならば、本件は違法でないことになるにもかかわらず、原判決や原判決のように処罰するというのであれば、旧法28条の違反の罪は同意傷害の罪ではなく、その法益には人口の維持ないし増加という点が考慮されているのではないかとの指摘をしている<sup>111</sup>。なお、田中のこの指摘には、このような人口政策を法益とすることに対する論者自身の評価は明言されていないが、一定の場合の優生手術について、旧優生保護法が「女性の生命・健康よりも、男性の『生まれる子に対する利益』および『優生上、問題のない国民人口の維持ないし増加』といった法益の方を優位に立たせている。そこでは、女性は国家や男性のために子を生む道具としか見られていないといっても、けっして過言ではなく、このことは、『母性の生命や健康の保護』といった本法の……目的に矛盾し、けっきょくは、『個人の尊重』の理念(憲法一三条)に抵触し、さらに、憲法二五条一項に違反しているといえるのではなからうか」と指摘していること

---

<sup>106</sup> 田中・前掲注(104)87頁。

<sup>107</sup> 同上。

<sup>108</sup> 同上。

<sup>109</sup> 同上。

<sup>110</sup> 同上。

<sup>111</sup> 同上。

から類推して、否定的に捉えられているといえようか<sup>112</sup>。

田中は、本件については明快に「正当な医療行為ではない」と断定しているものの、他方で優生保護法自体の目的が憲法に違反していることをも指摘している。

#### (4) 後藤幸子の見解

非法学分野でこの問題を検討した後藤幸子の論文は、新たな視覚から本件を検討するものとして注目されよう。後藤は、1996年以來の「性同一性障害」をめぐる動きは、実は典型的な〈男／女〉の枠に収まりきれない人々を、かえって〈男／女〉の枠に押し込めているのではないかとの問題意識の下、今日の「性同一性障害」をめぐる状況を改めて考え直すための一作業として、ブルーボーイ事件を検討する<sup>113</sup>。本件は、単なる「売春取締り」であったものが、手術実施が「不運」にもたまたま警察の目に触れてしまい、それが当局による医師の摘発を招いたものであり<sup>114</sup>、警察は、「生殖することができた「正常」な男性」の「生殖能力」を“奪った”ことを重大な“問題”として、「性転換手術」に優生保護法第28条違反を適用した<sup>115</sup>。もともとは全く異なる意図でつくられた法律が「生殖」の重視という共通項によって「性転換手術」と結びついたことを指摘する<sup>116</sup>。

その後、後藤は本件第1審判決を検討し、以下のような指摘をしている。被告人側主張の、「彼ら」は「病氣」の「かわいそうな人たち」であり、「手術によってしか救いようがない」ゆえに「性転換手術」が「治療」として承認されるべきである、という論理は、今日の「性同一性障害」をめぐる動きにも共通

---

<sup>112</sup> 田中圭二「優生保護法三四条の保護法益の面から見た本法の問題点」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『中山研一先生古稀祝賀論文集 第一巻 生命と刑法』（成文堂、1997年）81頁。ただし、前提として、ここで田中が想定しているのは去勢手術ではなく優生手術であることに留意すべきであろう。

<sup>113</sup> 後藤幸子『『ブルーボーイ事件』再考—「性転換手術」の実施と規制をめぐる—（1）』『日本文化論年報』第7号（2004年）55頁。

<sup>114</sup> 後藤幸子・前掲注(113)60頁。

<sup>115</sup> 後藤幸子・前掲注(113)74頁。

<sup>116</sup> 後藤幸子・前掲注(113)77頁。

するものである<sup>117</sup>。裁判所は、警察が手術を「摘発」する際に用いた論理と共通の土台に立っているが、警察、検察とは違い、当時の性科学における研究や諸外国の実践を参考に、一定の条件付きで理解を示している<sup>118</sup>。また、被告人側と裁判所のいう「性的自由」の“中身”が“ズレ”ており、被告人側のいうそれは「性的欲求の満足を追求する自由」であるが、裁判所のいうそれは、断種を「最小限度の肉体的侵襲」にとどめることによって保障される“生殖する”「自由」である。これは、「優生保護法」成立過程に対する裁判所の“認識不足”であり、このような裁判所の姿勢からは、優生保護法が「性転換手術」を想定していないことを改めて示している<sup>119</sup>。さらに、裁判所は、「断種」よりも「去勢」を厳しく規制されるべきとみなしているが<sup>120</sup>、このように、「生殖腺」に非常に重きを置く考え方が、男女二分法の考え方をより強固なものにする要素の一つになったとする<sup>121</sup>。最後に、量刑理由について触れ、優生保護法違反に関しては、軽めにとどめられたことを確認している<sup>122</sup>。

続けて後藤は、控訴審判決における注目すべき点として、「去勢」がより“重大なもの”である理由について、「身体に種々の障害を生ずるおそれの大きい」としたことを挙げ、高裁もまた、男女二分法という共通の発想に立っていることを指摘する<sup>123</sup>。

96年以降、(埼玉医科大学の……筆者注) ジェンダークリニックのメンバーによる、「ブルーボーイ裁判」の“再発見”とされる、「ブルーボーイ事件」は「性転換手術」について「専門の医療チームによる診断治療のプロセスとインフォームド・コンセントを明確に求め」という「先進的な判断」で裁判がなされたにもかかわらず、その判旨が正しく理解されなかったことで「性転換

---

<sup>117</sup> 後藤幸子『「ブルーボーイ事件」再考—「性転換手術」の実施と規制をめぐる—(2)』『日本文化論年報』第8号(2005年)37頁。

<sup>118</sup> 後藤幸子・前掲注(117)42頁。

<sup>119</sup> 後藤・前掲注(117)46頁以下。

<sup>120</sup> 後藤・前掲注(117)48頁以下。

<sup>121</sup> 後藤・前掲注(117)49頁以下。

<sup>122</sup> 後藤・前掲注(117)51頁以下。

<sup>123</sup> 後藤・前掲注(117)68頁以下。

手術」実施の“足かせ”となったという主張<sup>124</sup>は、必ずしも正しくない<sup>125</sup>。男女二分法の土台の上に述べられた「ブルーボーイ裁判」における“性転換手術＝正当な医療行為”という見解は、「異常」なものを少しでも「正常」に近づけ、よって〈男／女〉の枠組みで成り立っている「適応性」を「附与」しようという発想によるものである<sup>126</sup>。このことで、“マイノリティーの中のマイノリティー”を新たに生み出している<sup>127</sup>。いま求められるのは、「ブルーボーイ事件」の“先進性”を語るのではなく、むしろ裁判を含め「ブルーボーイ事件」を正確にとらえ直し、それが孕んでいた“問題”をしっかりと認識することであるとされている<sup>128</sup>。

後藤の問題意識によるところが大きいと思われるが、後藤はいわゆるブルーボーイ事件における男女二分法そのものを鋭く批判している点が注目されよう。裁判所の考え方を生殖腺に重きを置く考え方と看破している点は、本件における被告人側の憲法違反の主張においても検討されるべきものといえようか。ただし、刑法理論としては、なお、身体への侵襲の軽重は検討されるべき論点であり、本稿の課題でもある。

## 5 小 括

以上確認してきた通り、本件に関する評釈・諸見解は概ね判旨に賛意を表するものが多いとはいえ、各見解にはかなりの差異が見られる。前節までで、本件を優生保護法違反として構成する判旨に賛成の見解、疑問を指摘する見解、埼玉医科大学倫理委員会答申以降の見解の三つに大きく分類して確認してきた。

まず、優生保護法違反と構成する判旨を肯定する見解は、金沢、宮野、高木、高島、富田らに共通して、優生保護法第28条の不妊化目的規定との齟齬をある程度認識しつつも、去勢が優生手術に含まれるとの結論で一致している。しか

<sup>124</sup> このような主張として、原科孝雄「性転換症事始め、国内事情経過報告」『形成外科』41巻6号(1998年)、塚田攻「性同一性障害の原因と治療」『形成外科』41巻6号(1998年)を後藤は引用している。

<sup>125</sup> 後藤・前掲注(117)72頁以下。

<sup>126</sup> 後藤・前掲注(117)74頁以下。

<sup>127</sup> 後藤・前掲注(117)76頁。

<sup>128</sup> 後藤・前掲注(117)78頁。

し、その根拠は、去勢を除外する実質的理由がない（金沢）といったものや、生殖腺を除去しない断種含むから（宮野、高島も同旨か）といったもので、積極的な論証はなお足りないようにも思われる。しかも、28条の「生殖を不能にすることを目的」との成立要件については、結局断種は生殖を不能にするからそのことを認識していない訳がないというだけであって（金沢、高島、富田も同旨か）、本来法が想定していない事態に刑罰で対応することが適切かとの問題意識は見られないようにも思われる。これらに対して、鈴木の見解は、今後の検討に資するための問題提起ではあるが、科学に対する法の立場は流動的であるとしつつ、そこからその時の医療水準に見合う治療方法のみが違法性を否定されるとしており、はじめから刑事制裁が前提とされているところには検討の余地があるように思われる。

他方、本件を優生保護法違反として構成する判旨に疑問を指摘する見解も、植松のように傷害罪の成立を当然とする見解と、優生保護法による人工妊娠中絶や任意断種との比較から同法の不均衡な運用だと指摘する見解が混在している。後述するように、優生保護法の本来の立法の趣旨からすれば、同法による処罰は目的に齟齬があり、これを当時から明確に指摘していた点では評価できようが、そうすると性転換手術という、当時まさにその手術の意味が社会において正確に認識されていなかった時代における新しい手術について、刑罰の運用がどうあるべきかを問うべきではなかったか。

本稿冒頭に述べたように、埼玉医科大学倫理委員会の答申と前後して、ようやく性転換手術が「治療行為」として認識されるに伴い、96年以降の諸見解は概ね性転換手術の正当化を目指す方向で検討がなされるようになったといえようか。例えば猪田は母体保護法28条の手術に去勢手術が含まれるとしつつも、同条の生殖不能目的から母体保護法違反を退け、傷害罪の成否については本件第1審判決における5要件の法定化を主張するし、石原も母体保護法と性転換手術の違いを強調して、傷害罪について手術を正当化するアプローチを主張する。田中も旧優生保護法の違憲性に言及しつつ、上記5要件を正当とし、本件については正当な医療行為ではないと断ずる。これらの見解は、旧優生保護法が母体保護法に改正され、その際に優生思想の問題性が議論されたことの影響

もあってか、旧法の問題性についての理解の深まりがあったと評しうが、他方でなお、本件については不十分な手続のもとでの身体に対する重大な侵襲として、本件手術の違法性自体は当然視されているといえようか。問題なのは、そのような流動的な科学に対して、町野にあったような刑事法がどのように運用されるべきかとの問題提起に答え得ていないことのようにも思われる。

他方、本件については、近時非法律学からの検討<sup>129</sup>が散見され、後藤の指摘にみられるように、固定化された男女二分論そのものに対する疑問の提起からは、真の問題がまだ解決されていないことも窺わせる。とはいえ、本稿の問題関心は、このような科学（及び社会における認識）の流動性に向かって刑事法が如何に運用されるべきかにあるのであって、その意味では、そもそも本件手術が傷害罪を構成するのか、そして旧優生保護法による処罰が当時において、更にはその後において如何なる影響を与えたのか、如何なる問題を持っていたのか、その問題が現在ではどのように変化し、あるいは変化せず、そしてその問題に対してどのように解決に取り組みばよいのか、にあるといえよう。次章では、この点につき、特に傷害罪の成否と優生保護法による性転換手術の処罰について検討することとしたい。

## IV 性転換手術と刑法

### 1 同意傷害罪成立の可能性

本件は、旧優生保護法違反事件及び麻薬取締法違反事件として起訴され、審理された事件であったが、旧優生保護法違反につき、前章で検討した判例評釈

---

<sup>129</sup> 石田仁「蘇るブルーボーイ裁判の〈精神〉—性転換手術とその違法性に関する、雑誌メディアを用いた物語論的言説分析—」『法とセクシュアリティ』1号(2002年)85頁以下、石田仁「創られる『争点』、消される〈争点〉—ブルーボーイ裁判の内側における法の外側—」『法とセクシュアリティ』3号(2008年)89頁以下等。なお、民法学等の立場から言及、検討するものとして、大島俊之「性同一性障害をめぐる法的諸問題」(2頁以下)「性同一性障害と性別表記の訂正」(70頁以下)石原=大島・前掲注(1)所収、大村敦志「性転換・同性愛と民法(上)(下)」『ジュリスト』1080号(1995年)68頁以下、1081号(1995年)61頁以下、黒田隆史「性同一障害に関する法的諸問題—解釈による解決の可能性とその限界—」『法とセクシュアリティ』1号(2002年)55頁以下等。

の多くが、刑法の傷害罪成立の可能性について言及していた。植松は、一貫して同意傷害罪の問題であることを指摘している。町野は、優生保護法28条の関与するところでないとした場合は、当然傷害罪で処罰することになろうとしている。高島は、傷害罪の成立を認める見解が、将来はともかく現段階では理解しやすいとしている。傷害罪と優生保護法は普通法と特別法の関係にあるため、本件については傷害罪は成立しないとする金沢や、傷害罪と優生保護法違反との観念的競合とする富田も、傷害罪成立の可能性を肯定する見解といえよう。

刑法学上、医師が正当な治療行為として外科手術等を行った場合、その行為は刑法204条の傷害罪の構成要件に該当するが、刑法35条の正当業務行為として、違法性（あるいは構成要件該当性）が阻却され、犯罪は成立しないと説明される。このように治療行為が正当化される要件は、通常、①治療目的があり、②医学において一般に承認された方法でなされ、③原則として患者の同意（囑託・承諾）があることが必要とされる<sup>130</sup>が、論者の立場により、どの要件を重視するかにつき違いがみられる<sup>131</sup>。一般的に「行為無価値論」に立つといわれる論者は、①の治療目的を重視し、これを主観的正当化要素とする。治療の目的によらない行為は、偶然的に治療の効果があがっても違法性を阻却しないと<sup>132</sup>。これに対して、「結果無価値論」に立つといわれる論者は、治療目的は、客観的な治療傾向、すなわち、行為の客観的側面が生命・健康という優越的利益を維持する傾向の意味に理解されるべきとする<sup>133</sup>。前章で検討した判例評釈においては、富田が被告人に治療目的が無かったということを強調しているのに対して、町野が批判的な見解を示しているところに、両者の立場の相違が看取されるといえようか。通常、治療行為の正当化要件は、上記の3要件とされ、

<sup>130</sup> 内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣, 1986年) 527頁以下。

<sup>131</sup> 平野は、従来一方では、同意があっても(同意傷害は)違法とされる傾向が強かった半面、医療行為については正当業務行為として同意がなくても適法とされることも多かったとしている。正当かどうかの基準が、技術的な基準に合致しているかどうかで判断されていたためであるが、ドイツでは「専断的治療行為」という概念で解決しようとしていることに言及している。平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣, 1975年) 255頁。

<sup>132</sup> 木村亀二『刑法総論』(有斐閣, 1959年) 289頁、大塚仁『刑法概説(総論)〔改訂版〕』(有斐閣, 1986年) 368頁。

<sup>133</sup> 内藤・前掲注(130)531頁。

これらの要件を満たさない場合は、傷害罪が成立すると説明される。しかしながら、實際上の刑事医療事件においては、故意犯である傷害罪の成立が争われるのではなく<sup>134</sup>、過失犯である業務上過失致死傷罪の成否が問われる事案が殆どという状況にある。

刑法学上、もう一つの傷害罪不成立の可能性は「被害者の承諾」の理論<sup>135</sup>にある。「被害者の承諾」の考え方も、大きく二つに分かれるとされており、一つは「行為無価値論」からの考え方で、たとえ被害者の同意があり、被害者が自由な自己決定によってその処分可能な利益を放棄しても、その同意によってなされる行為自体が社会倫理的観点（あるいは公序良俗ないし社会的相当性の観点）から許容されるか否かが重要であるとする考え方、もう一つは「結果無価値論」からの考え方で、被害者の同意があれば、法益の主体がその処分可能な生活利益を自由な自己決定によって放棄したことにより、刑法が保護する必要がある法益がなくなるから、被害者の同意による行為は原則的に違法性を阻却するという考え方である<sup>136</sup>。戦前日本には兵役法74条が存在し、兵役忌避のための自傷行為を処罰の対象としていた。前者の「公序良俗」違反か否かで、違法性阻却を判断する見解が、かつては有力であった。しかし、このような考え方は、かつての兵役忌避罪がそうであったように、国家主義との親和性を有する。後者が、「利益不存在の原則」や「自己決定権」を重視するのは、自由

---

<sup>134</sup> 1980年に発覚した富士見産婦人科病院事件においては、被害者同盟が、病院の理事長らを傷害罪で刑事告訴したが、不起訴処分となった。1983年には検察審査会が「不起訴不当」議決を出したが、結果としてすべて不起訴処分となった。富士見産婦人科病院被害者同盟・原告団編『富士見産婦人科病院事件 私たちの30年のたたかい』（一葉社、2010年）。終末期医療事案においては、医師が殺人罪に問われた判例が存在する。横浜地判平成7年3月28日（東海大安楽死事件横浜地裁判決）、最（三）決平成21年12月7日（川崎協同病院事件最高裁決定）。拙稿「川崎協同病院事件最高裁決定」『高知論叢』105号47頁以下。

<sup>135</sup> 「被害者の承諾（同意）」に関する論稿として、他所で挙げるもののほかに、中野次雄「被害者の承諾」『総合判例研究叢書』（有斐閣、1956年）73頁以下、金沢文雄「被害者の承諾による行為」木村亀二編『刑法（総論）』（青林書院、1962年）248頁以下、井上祐司「被害者の同意」日本刑法学会編『刑法講座 第2巻』（有斐閣、1963年）160頁以下、町野朔「被害者の承諾」『判例刑法研究 第2巻』（有斐閣、1981年）165頁以下、日高義博『違法性の基礎理論』（イウス出版、2005年）、佐藤陽子『被害者の承諾』（成文堂、2011年）等。

<sup>136</sup> 内藤・前掲注(130)576頁以下。

主義や個人主義といった思想が背景にあり<sup>137</sup>、次第に有力化したものである。

同意傷害は、従来から「被害者の承諾」における主要な論点であった。刑法典が、同意ある殺人罪についての規定を設けているのに対し、同意ある傷害罪に関する規定を設けていないことも、その理由に挙げられる。したがって、同意傷害を不可罰とする見解も主張されている<sup>138</sup>。しかしながら、「行為無価値論」からの、「公序良俗」に反する、あるいは「社会的相当性」がないとするものだけではなく、「結果無価値論」の立場からも、同意傷害の可罰性は認められてきた。すなわち、「社会的責務の遂行の阻碍」となる程度の傷害は、個人的法益を超えて公的な法益をも侵害するため違法となる<sup>139</sup>、重大な傷害、あるいは「死の危険」がある程度の傷害については、違法性を認める<sup>140</sup>とする見解である。

本件においては、被告人の手術を受けたXYZの同意（承諾）は存在した。原審では「本件各手術は被手術者から性転換手術をして欲しいと積極的に依頼されたため行ったこと」とも認定されている。しかしながら、前章で検討した判例評釈において、本件を「被害者の承諾」の理論で違法性を阻却するとの立場をとるものは見られない。侵害の重大性を挙げるもののほか、金沢は、人間の尊厳を基本とする法秩序の精神に矛盾すること等もその根拠としている。そもそも「被害者の承諾」の理論による正当化の範囲は、「治療行為」による正当業務行為よりも狭いと解されており、医療行為性が否定された本件の場合、違法阻却の余地はないと考えられていた。

1996年以降、性同一性障害に関する議論の高まりを背景として、石原、猪田等は、改めて性転換手術を「治療行為」として位置付けることで、違法性阻却の可能性を見出し、加えて立法的解決の提言を行っている。また、石原、猪田、

---

<sup>137</sup> 内藤・前掲注(130)577頁。

<sup>138</sup> 須之内克彦「刑法における自己決定」『刑法における被害者の同意』（成文堂、2004年）74頁以下。

<sup>139</sup> 宮内裕「違法性の阻却」日本刑法学会編『刑事法講座〔第1巻 刑法(1)〕』（有斐閣、1952年）223頁。

<sup>140</sup> 平野・前掲注(131)254頁。なお、平野は本件第1審判決が優生保護法違反としたことにつき、同意により傷害罪ではないと考えたからであろうとの見解を示している。254頁以下。

田中は、本件第1審判決が示した5要件についても、妥当な正当化要件であると評価している。ただ、本判決が医療行為性を否定した点については、田中は、いきなり睾丸全摘出といった侵襲の著しい手術を行なっている点だけでも、正当な医療行為ではないとしているが、石原、猪田は明言していない。

本件性転換手術は医療行為ではなかったのであろうか。私見では、医療行為で無かったとまではいえないのではないかと考える。原審も、「表見的」とはいいながらも、本件手術が医療行為性を備えていたことを認めている。本件に関する多くの評釈等も含めて、同意による傷害についての違法性阻却を否定し、正当業務行為を否定しているが、流動的な科学に対する刑事制裁発動の限界確定という観点からは、事件全体の特質を見過ごしているようにも思われなくもない。科学が流動的であることを前提とせざるを得ない以上、無制約とはいかないまでも、患者本人の判断が正当業務行為（治療行為性）における違法性判断においてある程度勘案されてしかるべきであろう。そのように解すれば、同意の効果が正当業務行為の成否判断に影響を与えることは肯定されるべきであろう。第1審判決も、5要件の一つとして、手術に関し本人の同意は勿論、配偶者のある場合は配偶者の、未成年者については一定の保護者の同意を得るべきとして、その理自体はこれを認めているようにも思われる。ただし、第1審の5要件は、正当業務行為の判断基準としては、科学の流動性を勘案すると若干厳格に過ぎる憾みがあるように思われる。

危険性を認識しつつも、先端的な医療を受けたいという患者の希望は無視しえないものであり、十分なインフォームド・コンセントを前提とした上で、第一義的には患者本人の意思を十分尊重すべきであり、そうであれば、患者の真摯な同意によって、正当業務行為の成否をより緩やかに判断するというものも考えるべきではなかろうか。少なくとも、流動的な科学に基づく「医療」行為に対して刑事制裁を発動しようとするのであれば、患者本人の同意が欠如するという点を傷害罪の違法性の要件として、処罰範囲を明確にすべきであろう。このように解することこそ、基本的に科学の判断を尊重するもので、刑罰の謙抑性にもかなうものであろう。

上記の主張に対しては、危険性の高い冒険的な手術等を助長することや、患

者本人にそのような判断を強いることになるとの批判も予想されよう。しかし、同意は真摯なものであることが要求されるべきであり、また、当初の科学的な見込みに反して予測しうる重大な侵害結果が発生した場合は民事による救済も可能であるのだから、刑事制裁については同意の欠如を要件とすることにそれほど支障があるようにも思われないのである。このように考えると、やはり第1審の5要件は厳格に過ぎ、医療ガイドラインの基準の参考としてはさて置き、科学の流動性が問題となる事案における犯罪成立の要件としては不適切ではないかと考える。したがって、本件につき、傷害罪は成立しないと考えるべきではないかとの疑問が拭えないのである。

## 2 優生保護法違反の可能性

しかしながら本件は、傷害罪で立件されることなく、優生保護法違反として被告人は起訴された。前章で検討した判例評釈においても、優生保護法28条の適用を肯定する宮野、高木、鈴木や、特別法たる優生保護法違反罪が成立するとする金沢、傷害罪との観念的競合とする富田も、優生保護法違反を肯定する見解といえよう。町野も、同法28条が取締法規的性格をもつとして、手術の手続に瑕疵があったとみられる本件行為を、本条で処罰することも許されるとの見解を示している。

金沢は「優生手術のみならず去勢も含まれるとの解釈については、文理解釈として十分可能であり、去勢を同条から除外して別に傷害罪の成立を考えなければならぬ実質的理由はない」「『生殖を不能にすることを目的として』という点については、不妊化そのものを目的とするものでないという点で若干問題があるが、本条は一定の場合以外には不妊化手術を禁止する趣旨の規定であるから、その手術で生殖が不能となることを認識して行えば足りるとする判旨は妥当」としている。しかし、この評価は妥当なのであろうか。

旧優生保護法は、戦前の国民優生法を土台として、それに「母性保護」規定を加える形で、1948年に制定された。第1条の「優生上の見地から不良な子孫の出生を防止する」との目的は、国民優生法の「悪質なる遺伝性疾患の素質を有する者の増加を防遏すると共に健全なる素質を有する者の増加を図り以て国

民素質の向上を期する事を目的とす」(現代用語に改めた。……筆者注)るとの思想を汲むものであった。このような「優生思想」を背景とする規定が1994年の国際会議で問題視され、1996年、それらの条文が削除され母体保護法へと改正されている。なお、28条は、母体保護法にも引き継がれている。さて、1940年に国民優生法は成立したが、後の評価とは異なり、制定が目指された当時は、人権にも配慮した「科学」に基づいた法律として捉えられていたようである。当時の刑法学者の見解をみても、小野清一郎は、昭和6年の論稿において、断種手術は「古代に於ける去勢のその如く残虐なるものにあらずして……簡易にして苦痛と危険とを伴ふこと少き方法を以てなすもの」<sup>141</sup>であり、断種法の立法にあたっては、断種手術の方法について「Kastration (去勢……筆者注)は之を排斥しなければならぬ」としていた。木村亀二は、昭和8年の論稿において、「優生学的断種については、個人及び社会の利益のあらゆる保障を伴ったところの立法的解決が更に望ましい」<sup>142</sup>としているが、その考察にあたって「厳密なる意味における断種に関する問題であって、去勢には関係しない」<sup>143</sup>と述べている。そうであれば、その後成立した国民優生法や、その流れを汲む優生保護法第28条の「手術」のなかに、当然「去勢」を含むということがいえるのであろうか。本件判旨を支持する評釈者がいうように、「手術」には「勿論解釈」で去勢を含み、文理解釈上難があるのは、条文の出来が悪いため、そこは条文に補正を加えて読めばよい、ということが妥当なのであろうか。文理解釈上、無理が生じるのは、判旨がいうような意味で、法律やその条文を規定していないからではないか。優生保護法の解説書<sup>144</sup>をみると、優生保護法立法の立役者に挙げられる参議院議員・医学博士である谷口彌三郎と衆議院議員・医学博士である福田昌子との共著による解説書の逐条説明においては、第28条の「手術」のなかに、「去勢、断種手術」を含むように説明がなさ

<sup>141</sup> 小野清一郎「断種 Sterilization に関する一考察」『刑の執行猶予と有罪判決の宣告猶予及び其の他』(有斐閣, 1931年) 345頁

<sup>142</sup> 木村亀二「断種(下)」『刑政』46巻12号(1933年) 28頁

<sup>143</sup> 木村・前掲注(142)23頁。

<sup>144</sup> 本文中に挙げるもののほか、法務省刑事局参事官・高橋勝好『詳解 改正優生保護法』(中外医学社, 1952年)、末広敏昭(高木武がその恩師であるという。「はしがき」参照)『優生保護法 基礎理論と解説』(蜻蛉社, 1986年)等。

れている<sup>145</sup>箇所もあるが、谷口の解説書に掲載されている立案過程における谷口の発言は、優生手術のみを対象とするようにも読める<sup>146</sup>。また、厚生省公衆衛生局・厚生技官である安倍雄吉による解説書によると、優生保護法が対象としているのは、「去勢手術」ではなく「優生手術」であり<sup>147</sup>、第28条、第33条についても、「優生手術」の語のみで解説がなされている<sup>148</sup>。植松が判例評釈において、「本件行為が優生手術に名を借り、その外形をもって行われたものであるから、そのことに眩惑されてはならない。」と述べるのは、優生保護法を的確に捉えていたからだともいえる。

したがって、本件の辜丸全摘出手術は、優生保護法28条が禁止の対象としていた「手術」には該当しないと考える方が妥当であるし、また、手術の目的も「生殖を不能にすること」ではなく、直截に言えば性転換のための去勢であった、優生保護法の対象となる行為ではないと考えられる。

ではなぜ、本件につき優生保護法違反が適用されたのであろうか<sup>149</sup>。行政取締法規たる優生保護法が優先して適用されたとも考えられるし、同意傷害罪としての立件に消極的な捜査当局の問題もあったかも知れない。同意傷害罪よりも法定刑の低い優生保護法を適用したとの「配慮」があったのかも知れない。しかしながら、本来適用するには相応しくない法律で、やや強引に立件、起訴し、原審、控訴審とも有罪の判断を下すことで優生保護法による処罰にお墨付きを与えたことの問題性は大きいと考えられる。本件と優生保護法とを繋いでいるものは、「優生思想」であり、「優生思想」により「社会」に適合しないと

<sup>145</sup> 谷口弥三郎＝福田昌子『優生保護法解説』（研進社、1948年）77頁。

<sup>146</sup> 谷口弥三郎『優生保護法詳解』（日本母性保護医協会、1952年）24頁以下。

<sup>147</sup> 安倍雄吉『優生保護法と妊娠中絶』（時事通信社、1948年）35頁。

<sup>148</sup> 安倍・前掲注(147)93頁以下

<sup>149</sup> 『日本医事新報』1994号（昭和37年7月14日号）の「質疑応答」欄にて、性転換手術の可否についての問いが「東京 形成医」よりなされているが、完全な男性を外観上女性にするための手術は、本人の同意があっても傷害罪に該当するものと考えられると「係」により回答されている（126頁）。第1審の公判冒頭で、弁護人側はこれを引用し、この見解につき本件検察官の見解と合致するか否かの求釈明をしたが、立会検察官の「係とは雑誌社の係社員とのことである」との釈明の後には、傷害罪の主張はされなくなったという。判例タイムズの解説は、「傷害罪になれば却って法定刑が重くなるためか」と推論している。判タ233号231頁。

される被差別者の弾圧に、司法が容易に結びつく可能性を、本件は示しているといえよう<sup>150</sup>。そして、その可能性が現実のものとなるときには、本件のように手術を行なった医師たる被告人だけでなく、被害者たるXYZも教唆犯とされることが危惧されるのである。

### 3 小 括

以上の通り、本件は、「先端医療」としての特質を勘案すると、医療行為性を否定される事案ではなく、違法性が阻却され、同意傷害罪は成立しない。更に、優生保護法28条違反については、禁止の対象とする「手術」には該当せず、手術の不妊化目的にも該当しない。医療行為性判断については、高木、高島の評釈にもみられるよう、医療者の自己規制に委ねるべきとの見解が示されてきた。本件第1審が、精力的に正当化要件を示したが、その上で有罪判決を下したことが、結果的に医療の委縮に繋がったといえるのではないか。鈴木、法が性転向症に対する性転換手術等禁止しても、法の制裁を覚悟でうえでこれを実施する少数の医師がでるのは防げないであろうが、違法に実施されるものであっても、手術の実施例が集積され、効果が確認されることになれば、医学界の評価はもとより、一般国民の受け取り方にも変化が生ずることも考えられるとする見解は、医と法の実態を指摘するものではあるが、科学が流動的であるにもかかわらず、刑事制裁を容認することになってしまっただけでは、医師と患者を置き去りにしてしまわないかが危惧されることとなろう。国家刑罰権の発動は、謙抑的でなければならぬはずである。

## V おわりに

最後に、本件を現在取り上げることの意義を改めて確認しておきたい。単に

---

<sup>150</sup> セクシュアリティの多様性を認めない国家、社会への問題提起として、アムネスティ・インターナショナル編アムネスティ・インターナショナル日本ジェンダーチーム訳『セクシュアリティの多様性を踏みにじる暴力と虐待』（現代人文社、2003年）、真木柗鷹＝山田正行編著『トランスジェンダーとして生きる』（同時代社、2006年）等。

現時点から、時代的制約を無視して当時の判決の短所を捜すことには何ら意味がないからである。

くり返しになるが、1996年を契機に、刑法学者のみならず、Ⅲで検討した後藤をはじめとする論者によって、改めて本件が検討されている。それらには、判旨の憲法論を批判するものや、従来の(刑)法学者による判例評釈が、刑法の解釈論といった細かい論点の検討に終始し、被告人側が主張している憲法論の議論が欠けていることを指摘するものもある。例えば、後藤は、被告人側と判旨のいう「性的自由」の中身がずれていることを指摘する。判旨は、優生保護法が違憲ではないことをいいたいがため、被告人側の主張する「性的自由」との齟齬が生じたものと思われる。更に判旨は「現実にも同条の存在によって国民が広く性的本能を満足させる方法を奪われた」と感じていない旨述べるが、それは優生思想により「社会」適合的とされる、おそらくマジョリティーとされている国民にとってのことである。憲法は、マイノリティーとされる人々の人権をも守ることを使命とする。かつて横山晃一郎は、学生運動に関する論稿においてではあるが、「思想を裁判所は裁かない。だが、被告をそのような行為（構成要件該当的行為）へと駆りたてた行為事情に対する被告の認識と評価は、被告の行為の違法性と有責性を判断するのに不可欠なのである。そしてその限りで、被告をつき動かした思想が法廷の問題となる、といっってよい。」<sup>151</sup>と述べている。本件については、公判のかなりの時間が、XYZの証人尋問に費やされたという<sup>152</sup>。その上での判断であったとすれば、裁判官達に、先入観や偏見が存在したといえようし、その問題性を指摘できなかった論者にも、先入観や偏見が存在したといえようか。

さらに、上記の先入観や偏見は、異質なものを排除しようとする治安刑法と容易に結びつくのではなからうか。本件摘発の端緒は、市民からの要請で警察が動いたということから、市民もまた、治安刑法の担い手となることを示す事

<sup>151</sup> 横山晃一郎『憲法と刑事訴訟法の交錯』（成文堂、1977年）180頁以下。

<sup>152</sup> 石田＝矢島・前掲注45)121頁以下。なお、本件第1審に、精神科医の証人として関与した、なだいなだ著の小説『クワルテット』（1969年発表、集英社文庫1883年、筑摩書房1997年）が、裁判の様子を伝えている。

案ともいえよう。そしてまた、これらの摘発は、非常に恣意的であるようにも思われる。事実、障害者施設における女性入所者の子宮摘出問題は、傷害罪によっても、優生保護法によっても<sup>153</sup>立件されることはなかった。本件をこのような視点から見れば、そこに含まれていた問題性がなお未解決のままであることが確認できよう。本稿が、かつてのブルーボーイ事件を今取り上げて検討したのはそのためである。

---

<sup>153</sup> 堤愛子「優生思想が生んだ女性障害者の子宮摘出」優生手術に対する謝罪を求める会編『優生保護法が犯した罪』（現代書館、2003年）40頁以下。なお同書所収の「ある元・施設職員からの手紙」（35頁以下）「どうしても納得できない」（37頁以下）は、元施設職員の経験から、女性入所者に対して、生理時の介助が面倒だからとの理由で、子宮摘出が行われていたことを明かしている。佐々木千津子「補償はいらぬ、ただ誤ってほしい」（23頁以下）は、「生理をなくすため」として、不妊化するコバルト照射「治療」を強いられたことを明かしている。また、1997年9月17日付朝日新聞朝刊「本人の同意なしの不妊手術、日本でも実態調べて 厚生省に要望書」の記事中、厚生省母子保健課の話として「子宮摘出は、優生保護法の不妊手術にあらず、医療上の問題だ」との記載がある。内容の当否はさておき、本件の判旨と両立しうるのであろうか。