

論文式試験問題集
[憲法]

【憲法（人権）】

- 1 A市は、B県第2の都市（人口5万人）であり、元々は農業等の第一次産業を主産業としていたが、近年は、飲食店、観光産業等の第三次産業の割合も増えてきている市である。
- 2 平成21年頃、A市に、DV被害に遭う女性の保護のため、特定非営利活動法人Yが運営主体となり、「民間シェルター」（※1）1か所が開設された（以下、「本件シェルター」）。
※1 「民間シェルター」民間団体によって運営されている暴力を受けた被害者が緊急一時的に避難できる施設。
- 3 本件シェルターは、2階建て木造共同住宅であり、1階が共同で使用するキッチン、食堂、個室トイレ1室、洗面所、浴室、個室3室（個室に各1名入居）があり、2階に、個室6室（個室に各1名入居）との構造となっている。
また、本件シェルターの入居形態には、1週間の短期入所と原則1年の長期入所の2種類が存在する。
本件シェルターでは、開設当初から、DV被害・性被害に遭う女性利用者を受け入れる活動を継続的に行ってきた。
本件シェルターに入居する女性入居者の中には、（男性）配偶者から逃れるために入居する者、強制性交等の被害により男性に対する恐怖心を持つ者などがいる。
- 4 令和5年6月23日、性的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公布、同日施行され、国民の中でいわゆる「LGBT」に関する関心が深まってきつつある、
- 5 上記法律の施行、LGBTに関する報道が増えたことに伴い、上記法律施行前後から、東京都や政令指定都市など人口の多い地域・都市では、「LGBT」対応の民間シェルターが開設されるなどの対策が取られるようになってきた。
- 6 A市には、令和5年12月1日時点では、本件シェルター以外に、民間シェルターは存在しない（公的なシェルターも存在しない）。LGBT対応の民間シェルターは、B県内では、（A市から、150kmの距離にある）B県庁所在地のC市にしか存在しない。
- 7 令和5年12月10日、生物学上の性は男性であるものの、16歳の頃から、自分の性を女性と認識している「トランスジェンダー」（※2）であるX（現在32歳）は、Yに対し、本件シェルターの利用申し込みに関する相談を申し込んだ。
※2 トランスジェンダー：自身の性についての認識と身体的特徴としての性が異なる状態
なお、Xは、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律に基づく「性別の取扱いの変更の審判」を受けておらず、男性器が存在する（※令和5年10月25日、同法の手術要件が違憲である旨の最高裁決定がなされているが、本問では、その点は問題としない）。
見た目は、髪の毛が長髪、身長165cm、体重48キロ、服装は女性用の服装、女性用の化粧もしている状態であり、一見すると中性的又は女性的に見える状態である。
なお、Xに前科・前歴（刑罰歴・逮捕歴。少年法上の保護処分歴を含む。）はない。
- 8 相談内容及び申込内容は次のとおりである。
Xは、上記相談前、とある男性と6カ月程度、交際していたところ、当該男性から、日常的に暴行を受け、時には同意なく、強制性交の被害を受けるなどの、DV被害に遭っていた。
また、Xが交際の終了を当該男性に告げてからも、当該男性は、Xに対し、職場、居住先に押し掛けるなどのストーカー行為を行っている。

そのため、Xとしては、当該男性から逃れるため、本件シェルターの利用（長期入所又は長期入所ができない場合には短期入所）を申し込んだ。

- 9 上記相談及び上記申込みを受けたYの担当者としては、同日、「DV被害に遭ったことについて、何とか助けになりたい」、「しかし、男性器がある状態のトランスジェンダーが、女性のいる本件シェルターに入所することは、男性からの性加害を受け、入所している女性利用者が恐怖することから、できないものと判断せざるを得ない」「C市のLGBT対応の民間シェルターをお勧めしたい」（短期入所についても拒否）と回答した（以下、「本件入所拒否」という。）。

なお、本件入居拒否に関し、Xが入居するために必要な居室は空いており、本件シェルターの入居者に対するアンケート（意向調査）は行っていない。

- 10 Xは上記回答に対し、「B県内のLGBT対応の民間シェルターはA市から150km離れているC市にのみ存在し、自分はA市に勤務先があることから、仮にC市からA市内の勤務先に通勤するとなると、片道で移動に2時間もかかってしまう」、「自分はトランスジェンダー女性であり、心は女性であるにも関わらず、本件シェルターに入所できないのは違法である」と述べ、Yを被告として、本件入所拒否が違法であるとして、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。

なお、YはA市から委託を受けていないものとし、本件入所は、純粋な私法上の入所契約であることを前提とする。

そのため、行政法上の問題（①本件入居拒否の処分性、②本件入所拒否が国家賠償法上の「公権力の行使」にあたる結果、Y職員が国家賠償法上の公務員となり、Y職員、使用者であるYは使用者責任を負わないなど）を検討する必要はないものとする。

（設問）

本件入所拒否の憲法適合性について、想定されるYの反論を踏まえ、論じなさい。

[参考資料]

- 令和五年法律第六十八号（施行日：令和五年六月二十三日）
性的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
（目的）

第一条 この法律は、性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解が必ずしも十分でない現状に鑑み、性的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施策の推進に関し、基本理念を定め、並びに国及び地方公共団体の役割等を明らかにするとともに、基本計画の策定その他の必要な事項を定めることに

より、性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性を受け入れる精神を ^{かん} 涵養し、もって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する。

（定義）

第二条 この法律において「性的指向」とは、恋愛感情又は性的感情の対象となる性別につい

ての指向をいう。

2 この法律において「ジェンダーアイデンティティ」とは、自己の属する性別についての認識に関するその同一性の有無又は程度に係る意識をいう。

(基本理念)

第三条 性的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施策は、全ての国民が、その性的指向又はジェンダーアイデンティティにかかわらず、等しく基本的人権を享有するかけがえのない個人として尊重されるものであるとの理念にのっとり、性的指向及びジェンダーアイデンティティを理由とする不当な差別はあってはならないものであるとの認識の下に、相互に人格と個性を尊重し合いながら共生する社会の実現に資することを旨として行われなければならない。

(国の役割)

第四条 国は、前条に定める基本理念（以下単に「基本理念」という。）にのっとり、性的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施策を策定し、及び実施するよう努めるものとする。

(地方公共団体の役割)

第五条 地方公共団体は、基本理念にのっとり、国との連携を図りつつ、その地域の実情を踏まえ、性的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施策を策定し、及び実施するよう努めるものとする。

(事業主等の努力)

第六条 事業主は、基本理念にのっとり、性的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その雇用する労働者の理解の増進に関し、普及啓発、就業環境の整備、相談の機会の確保等を行うことにより性的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当該労働者の理解の増進に自ら努めるとともに、国又は地方公共団体が実施する性的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施策に協力するよう努めるものとする。

平成十五年法律第百十一号

性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律

(趣旨)

第一条 この法律は、性同一性障害者に関する法令上の性別の取扱いの特例について定めるものとする。

(定義)

第二条 この法律において「性同一性障害者」とは、生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別（以下「他の性別」という。）であるとの持続的な確信を持ち、かつ、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者であって、そのことについてその診断を的確に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致しているものをいう。

(性別の取扱いの変更の審判)

第三条 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。

- 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^{せん}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。
- 2 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。

(性別の取扱いの変更の審判を受けた者に関する法令上の取扱い)

第四条 性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、民法（明治二十九年法律第八十九号）その他の法令の規定の適用については、法律に別段の定めがある場合を除き、その性別につき他の性別に変わったものとみなす。

- 2 前項の規定は、法律に別段の定めがある場合を除き、性別の取扱いの変更の審判前に生じた身分関係及び権利義務に影響を及ぼすものではない。

参考答案
[憲法]

第1 Yによる本件入居拒否は、憲法14条1項に反し、違憲違法ではないか。

1 本件入居拒否に憲法14条が適用されるか。

憲法における国民の権利に関する規定は、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではなく、私人間における権利や利害の調整は、原則として私的自治に委ねられる。

しかし、私人の行為により個人の基本的な自由や平等に関する具体的な侵害又はそのおそれがあり、その態様、程度が憲法の規定等の趣旨に照らして社会的に許容し得る限度を超えるときは、不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、当該行為を無効としたり、当該行為が不法行為に当たるものと解したりして救済を図るのが相当である。

よって、憲法14条1項を不法行為の「違法」の判断において、間接的に適用できると解する。

2 憲法14条1項の「差別」

(1) 定義

憲法14条1項の差別とは、合理的理由のない区別に基づく不利益取り扱いを指す。

(2) 区別に基づく不利益取り扱いの有無

本件入居拒否では、女性、男性器を有するトランスジェンダーであるXに関し、前者と比較し、後者を、男性器があること、トランスジェンダーであることを理由として、入居拒

否している。

男性器の有無、トランスジェンダーであるか否かで、Xを女性と比較し、区別し、女性より不利益に取り扱っている。よって、区別に基づく不利益取り扱いが存在する。

3 「合理的理由」の有無（憲法14条1項の判断基準）

(1) 合理的理由の判断基準の決定のための考慮要素

この点、合理的理由の判断基準を決めるに当たっては、①区別による不利益の程度、②区別の対象となった事実が区別された本人にとって変えることが難しい事由に基づくものか否かを考慮する。

(2) ①不利益の程度、②区別対象

ア ①Xにとって区別による不利益が重大であること

この点、Xの被った不利益は、まず、民間シェルターに入れないことで、ストーカーからの身体の安全を守ることができない点である（身体的自由）。この点で重大な不利益が存在する。

Yからは、C市に民間シェルターがあるとの反論も考えられる。しかし、C市は、A市と150km離れており、XがC市の民間シェルターから、A市の所在するXの勤務先に通う場合は、片道2時間もかかり、Xの生活に重大な支障をもたらす以上、現実的な代替手段ではなく、C市に民間シェルターがあることは不利益の重大性を否定するものではない。

また、それにとどまらず、Xは、自己の性自認（アイデンティティ）により入居を拒否されたことで、自身の存在を否定されたとの精神的な苦痛を受けることから、この点も重大な不利益である。

イ ②区別対象の対象が変え難い事由に基づくものであること
また、本件入居拒否の対象は、Xに男性器であること、トランスジェンダーであることである。

まず、男性器が存在することは生物学的に変え難いものである（手術については、身体的・精神的苦痛を与えるもので去勢すべきではなく、変え難い事由とするべきである）。

次に、トランスジェンダーであることについても、性自認が自己の意思で容易に変えることができないものであることは社会的に認められており、変え難い事由にあたる。

ウ したがって、合理的理由の有無については、厳格に判断すべきものである。

本件入居拒否が、憲法14条1項に照らし、区別に合理的理由がなく、社会的に許容し得る限度を超えるときは、違憲・違法として違法を構成するものというべきである。

4 あてはめ

(1) Yの反論（女性入居者が不安を覚えること）

まず、Yからは、本件シェルターには男性からの性被害を受けた入居者がいること、Yに男性器があることから、女性

入居者が不安を覚えるため、入居拒否に合理的な理由があるとの反論があり得る。

確かに、本件シェルターの構造上、居室は個室であるものの、トイレ、浴室などについては、共用になっている。

そのため、トイレ、浴室などで、女性入居者が男性器のあるXを見ることで、不安を覚える可能性も否定はできない。

(2) Yの反論に対する再反論

しかし、Yは、入居者に対するアンケートを行っておらず、男性器のあるトランスジェンダーが入居することによる悪影響を十分に検討していない。

また、現に、女性入居者に不安を与えるかどうか、まず短期入所を検討・実施することもできたにも関わらず、Yは短期入所を検討・実施していない。

また、Xの見た目が中性的・女性的であることからすれば、女性入居者に与える不安も小さいことが想定される。

以上の点を考慮すれば、Xの入所による女性入居者の不安は抽象的な可能性に留まり、不安の有無、代替手段に関する検討も十分に行っていないことになる。

5 よって、Yの区別に合理的理由はなく、Xに与える不利益が重大であることから、社会的に許容し得る限度を超えている。

従って、本件入居拒否は、憲法14条1項に違反し、違憲違法である（不法行為上の「違法」である）。 以上

予備試験答案練習会(憲法)採点基準表

受講者番号	
-------	--

	小計	配点	得点
私人間効力	(7)		
私人間効力が問題となることの指摘		2	
私人間効力に関する理由(間接適用・新無適用説でも論じ方が適切であれば満点とする)		3	
私人間効力に関する結論(憲法の適用があるか・ないか)		2	
平等に関する基準・基準設定	(17)		
平等の定義・本件入居拒否の区別対象の指摘		4	
区別による不利益が重大であること(裁判例との比較の視点)		5	
区別の対象が変え難い事由に基づくこと(裁判例との比較の視点)		5	
合理的区別に関する基準の明示(裁判例の基準・合理的関連性の基準、実質的関連性の基準、いずれでもよい)		3	
基準の定立以外のあてはめで検討していても、あてはめで、十分に論じられていれば、上記項目に点数を与えるものとする。			
合理的理由に関するあてはめ	(16)		
Yの反論(本件シェルターの女性入居者に対する不安を与えること)		5	
Yの反論に対する事実の摘示(アンケート不実施、短期入所不検討、Xの外見・犯罪歴)		5	
その他のあてはめ(合理的理由の有無に関する検討)		6	
○裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

憲法 解説レジュメ

第1 出題趣旨

本問は、性同一性障害の本人を民間ゴルフクラブが入会拒否した事件などをモデルに、性自認（アイデンティティ）と平等をテーマにした問題である。

性自認と平等については、近年、重要な最高裁判例が出されており、社会的な関心も大きいことから、いずれ、司法試験の問題となることもあり得ると考え、出題した。

性自認と平等に関する百選判例を想起することが難しい場合も、国籍法事件などを参考に変え難い事由に基づく区別の合憲性については、厳格に考えるべきであるとの視点は想起できるであろう。

第2 設問への答え方（司法試験形式と予備試験形式）

司法試験の場合、原告、被告、私見の立場で回答する形式であることが多い。

一方、予備試験の場合、立場を分けて論ずるべきとの指示がなく、単に憲法適合性を論じさせる問題形式が多い。

しかし、予備試験の形式であっても、反論を意識した論述が高い評価を得られることに争いはない。

司法試験、予備試験の問題は答えが明らかな問題が出ることはなく、一方的な立場で論じるだけでは検討が浅くなり、高い評価は得られないであろう。

とはいえ、司法試験とは異なり、解答用紙が4枚分しかないため、完全に立場を分けて論じることは困難である。

そのため、「〇〇との意見があり得る。しかし、〇〇という理由から〇〇と考える」というように、複数の考えを示しつつ、一連の流れで論じることは可能である。

予備試験形式の際の論じ方については、参考答案のみならず、他の受講生の答案を読み、参考にされたい。

第3 解説

1 私人間効力（無適用・間接適用・新無適用説）

（1）無適用説

私人間に憲法の適用はない。

理由：憲法上の権利は対国家に対する人権であり（国家が人権の名宛人である）、私人間を想定していないため。

憲法を直接適用すると私的自治の原則に対する侵害となるため。

（2）間接適用説（従来の通説、判例）=間接効力説

民法90条・709条といった抽象的な規定である一般条項の解釈に憲法の趣旨を及ぼすことで、憲法を間接的に適用する。

理由：憲法を直接適用すると私的自治を侵害する一方、憲法上の権利の実質的保証を図る必要があるため。

(参考裁判例：三菱樹脂事件：最高裁昭和48年12月12日判決民集27巻11号1536頁)

(引用)

(一) しかしながら、憲法の右各規定は、同法第三章のその他の自由権的基本権の保障規定と同じく、国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もつばら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない。このことは、基本的人権なる観念の成立および発展の歴史的沿革に徴し、かつ、憲法における基本権規定の形式、内容にかんがみても明らかである。のみならず、これらの規定の定める個人の自由や平等は、国や公共団体の統治行動に対する関係においてこそ、侵されることのない権利として保障されるべき性質のものであるけれども、私人間の関係においては、各人の有する自由と平等の権利自体が具体的場合に相互に矛盾、対立する可能性があり、このような場合におけるその対立の調整は、近代自由社会においては、原則として私的自治に委ねられ、ただ、一方の他方に対する侵害の態様、程度が社会的に許容しうる一定の限界を超える場合のみ、法がこれに介入しその間の調整をはかるという建前がとられているのであつて、この点において国または公共団体と個人との関係の場合とはおのずから別個の観点からの考慮を必要とし、後者についての憲法上の基本権保障規定をそのまま私人相互間の関係についても適用ないしは類推適用すべきものとするのは、決して当をえた解釈ということとはできないのである。

(中略)

私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等に対する具体的な侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは、これに対する立法措置によつてその是正を図ることが可能であるし、また、場合によつては、私的自治に対する一般的制限規定である民法一条、九〇条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によつて、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存するのである。

(3) 新無適用説(近時の有力説) = 新無効力説 → どこまで受験上、深めるか?

(4) 回答にあたって、間接適用説・新無適用説のどちらを取るか? (受験戦略)

→ なるべく大多数の受験生がとる学説を選ぶべき。

2 平等に関する基本的知識

(1) 平等の審査密度に関する学説

①憲法14条1項後段特別意味説（後段列挙事由は疑わしい区別であり、厳格に審査すべきとする説）。

②（i）区別に関する権利利益・不利益の重要性、（ii）区別対象の事実が変え難い事由に基づくかを考慮し、審査密度を決定する（裁判例の立場?）。

(2) 平等に関する最高裁裁判例

参考裁判例①：非嫡出子相続分違憲事件（最高裁平成25年9月4日大法廷判決（民集67巻6号1320頁））

基準：本件規定により嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関する区別が、合理的理由のない差別的取扱いに当たるか否かということであり、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法14条1項に違反するものと解するのが相当である。

区別の対象：嫡出子と非嫡出子で後者が前者の2分の1とされていること。

参考裁判例②：国籍法事件（最高裁平成20年6月4日大法廷判決（集民228号101頁））

ポイント：日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある。一方、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。

→特別意味説との関連性。

基準：すなわち、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、同項に違反するものと解されることになる。

区別の対象：国籍法3条1項が、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後父から認知された子につき、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合に限り日本国籍の取得を認めていることにより国籍の取得に関する区別を生じさせていること

(3) 違憲審査基準の種類

厳格審査基準：やむにやまれぬ利益のため必要不可欠の手段であること

中間審査基準：重要な利益のために実質的に関連した手段であること

合理性の基準：正当な目的のために合理的に関連した手段であること

3 性自認・アイデンティティと平等

(1) モデル裁判例①（東京都青年の家事件）

ア 事案の要旨

同性愛者の団体からの青年の家の利用申込みを不承認とした教育委員会の処分を違法であるとして損害賠償請求を一部認容した事例

イ 判示内容

「Ⅰ まず、異性愛者である男女が同室に宿泊する場合について検討するに、男女が同室に宿泊することは、一般的には男女間で性的行為が行われる可能性があると共に、社会一般の道徳観念や慣習からしても好ましいことではなく、単に対価を得て宿泊場所を提供するに過ぎないホテルや旅館と異なり、青少年の健全な育成を図ることを目的として設立した教育施設である青年の家において、このような事態を避けるために、男女別室宿泊の原則を掲げ、この点を施設利用の承認不承認にあたって考慮すべき事項とすることは相当であり、国民もこれを一般的に承認していると考えられる。そして、この原則を、性的行為が行われる可能性について着目して、同性愛者の同室宿泊について考えるならば、複数の同性愛者が同室に宿泊することは右原則に実質的に抵触することになる。すなわち、同性愛者は、その性的指向が同性に向かうものであり、異性愛者が異性に対して抱くのと同一性的感情を同性に対し抱き、高ずれば同性との間で性的行為をもつものであるから、同性愛者を同室に宿泊させた場合、異性愛者である男女を同室に宿泊させた場合と同様に、一般的には性的行為が行われる可能性があるといわざるを得ないからである。そして、教育施設としての青年の家において、制度上一般的に性的行為が行われる可能性があることは、相当とはいえないから、同性愛者の宿泊利用の申込に対して、この点を施設利用の承認不承認にあたって考慮することは相当である。但し、その可能性については、異性愛者である男女の同室宿泊の場合と同程度と認めるべきであり、それ以上でもなければそれ以下でもないというべきである（なお、平成二年版「イミダス」には、「男性ホモの場合は強迫的で反復性のある肉体関係がつきまとい、対象を変えることが多い。」との記述部分があることは前記認定のとおりであるが、これによって、同性愛者の場合、異性愛者に比べ、性的行為の可能性が有意に高くなることは直ちにいえぬし、控訴人において、その点を問題にしているとも認められない。）。ところで、青年の家における宿泊は、おおむね六名以上で構成されている団体がするものであることは前記認定のとおりであるから、その宿泊は、通常、特定の二

人の利用者の宿泊ではなく、原則として数名の宿泊者の相部屋であると考えられる。そうすると、特定の二人による宿泊に比べ、性的行為が行われる可能性は、同性愛者においても、異性愛者同様に、それほど高いものとは認めがたい。また、夜間における管理は、前記認定のとおり、警備員が見回る程度であるから、性的行為が行われなどうかは、最終的には、利用者の自覚に委ねられている面が大きいというべきである。更に、介助を要する身体障害者について、異性の介助者しかいない場合には、利用者の便宜を優先して、青年の家の男女同室の利用を認めているのであり（当審証人高村延雄）、男女別室宿泊の原則も絶対の原則とはいえず、やむを得ない事由がある場合には例外を認めていることが認められる。このように、青年の家において性的行為が行われる可能性はそれほど高いものとはいえず、また、それも利用者の自覚に委ねられているというべきものであって、これを絶対的に禁止することはそもそも不可能な事柄であり、しかも、やむを得ない場合には例外を認めるものであるから、男女別室宿泊の原則を施設利用の承認不承認にあたって考慮することは相当であるとしても、この適用においては、利用者の利用権を不当に侵害しないように十分に配慮する必要があるというべきである。

（中略）

「Ⅱ ところで、控訴人は、男女別室宿泊の原則は青年の家において遵守すべきものであり、この原則を、同性愛者にも、性的行為が行われる可能性という観点から実質的に適用すると、同性愛者の宿泊利用は認められないと主張する。しかしながら、もともと男女別室宿泊の原則は、異性愛者である通常の利用者を念頭に、一般に承認されている男女別室の原則を青年の家においても当然に遵守させるべきであるとの考えから、その利用を承認するかどうかを決定するに際して考慮しているものと考えられるところ、右原則は、前記説示のとおり、性的行為に及ぶ可能性を含む種々の理由から異性愛者に関する社会的な慣習として長年遵守されてきたものであり、同性愛者はもともと念頭に置かれていなかったものである。そして、同性愛者について、この原則を適用するに際して、生物学的な男女にのみ着目するならば、同性愛者においても、これを遵守することは異性愛者と同様にそれほどの困難を伴わずに従うことができるのに、そうではなくて、性的行為が行われる可能性のみに着目して、実質的にこれを判断しようとする、青年の家が予定している宿泊形態（数名の者が同一の部屋に宿泊するものであって、一人ずつ個室に分かれて宿泊できるような相当数の個室はない。）では、同性愛者は、青年の家の宿泊利用は全くできなくなってしまうものであり、これは異性愛者に比べて著しく不利益であり、同性愛者である限り、青年の家の宿

泊を伴う利用権は全く奪われるに等しいものである(①)。 控訴人は、この点について、同性愛者も日帰り利用ができるから、それほど重大な不利益ではないと主張するが、青年の家は、宿泊機能と活動機能が一体となった施設であり、青少年が共同宿泊活動を通して成長する場として設置されたものであって、そこには、青少年の健全な育成という観点からは、共同宿泊活動が重要であるとの認識があること、したがって、その施設の主要かつ特徴的な利用は、宿泊を伴う利用であることは前記認定のとおりである。そして、同性愛者も、当然に青年の家を右のような共同宿泊活動の場として利用し、その利益を享受する権利を有するといふべきであるから、控訴人の右主張は採用できない。

Ⅲ そこで、男女別室宿泊の原則は、同性愛者について青年の家の宿泊利用権を全く奪ってまでも、なお貫徹されなければならないものであるのか、検討する必要がある。

男女別室宿泊の原則は、青年の家において、性的行為に学ぶ可能性を少なくする男女別室という宿泊形態をとり、利用者にこれを遵守させることによって、性的行為が行われる可能性を一般的には少なくする効果はあるが、実際にそのような行為が行われないかどうかは、最終的には利用者の自覚に期待するしかない性質のものといふべきである(②)。そして、青年の家において、性的行為に及ぶ可能性をなくすために、特に利用者の自覚を促したり、監視をするなどの働きかけをしていることは本件全証拠によるもこれを認めるに足りない。また、青年の家における宿泊形態においては、そもそも性的行為に及ぶ可能性がそれほど高いとはいえないことは前記説示のとおりである。このように、この原則がその防止を狙いとする性的行為に及ぶ可能性自体が高いものではなく、右原則を適用してみてもその効果は疑問であり、効果を挙げようとする試みもされていない。男女別室宿泊の原則といってもその必要性と効果はこの程度のものである。現実には生ずる可能性が極めて僅かな弊害を防止するために、この程度の必要性と効果を有するに過ぎず、また元来は異性愛者を前提とした右原則を、同性愛者にも機械的に適用し、結果的にその宿泊利用を一切拒否する事態を招来することは、右原則が身体障害者の利用などの際、やむを得ない場合にはその例外を認めていることと比較しても、著しく不合理であって、同性愛者の利用権を不当に制限するものといわざるを得ない。

(結論)

Ⅵ 以上のとおり、都教育委員会が、青年の家利用の承認不承認にあたって男女別室宿泊の原則を考慮することは相当であるとしても、右は、異性愛者を前提とする社会的慣習であり、同性愛者の使用申込に対しては、同性愛者の特殊性、すなわち右原則をそのまま適用した場合の重大な不利益に十分配慮す

べきであるのに、一般的に性的行為に及ぶ可能性があることのみを重視して、同性愛者の宿泊利用を一切拒否したものであって、その際には、一定の条件を付するなどして、より制限的でない方法により、同性愛者の利用権との調整を図ろうと検討した形跡も窺えないのである。したがって、都教育委員会の本件不承認処分は、青年の家が青少年の教育施設であることを考慮しても、同性愛者の利用権を不当に制限し、結果的、実質的に不当な差別的取扱いをしたものであり、施設利用の承認不承認を判断する際に、その裁量権の範囲を逸脱したものであって、地方自治法二四四条二項、都青年の家条例八条の解釈適用を誤った違法なものというべきである。

ウ ポイント

- ① 同性愛者は本運用により利用権を剥奪されること
- ② 男女別室宿泊の原則の実効性がないことからしても、必要性・相当性に欠けること。

- (2) モデル裁判例②（ゴルフクラブ入会拒否事件：東京高裁平成27年7月1日判決、勝山教子「憲法2 性同一性障害者に対するゴルフクラブ入会拒否の適法性」（ジュリスト1492号、平成27年度重要判例解説）10頁以下）

ア 事案の要旨

性同一性障害のため戸籍の性別を男性から変更した女性が、地元のゴルフクラブが入会を拒否したのは不当として損害賠償を求めた訴訟で、原審が一部認容したところ、控訴審も、いわれのない不利益を被ることによって、その人格の根幹部分に関わる精神的苦痛を受けたものと認めることができるなどとして原判決を維持して控訴棄却とした事例

イ 判示内容

私人間効力

憲法における国民の権利に関する規定及び国際人権規約は、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではなく、私人間における権利や利害の調整は、原則として私的自治に委ねられるが、私人の行為により個人の基本的な自由や平等に関する具体的な侵害又はそのおそれがあり、その態様、程度が憲法の規定等の趣旨に照らして社会的に許容し得る限度を超えるときは、民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、当該行為を無効としたり、当該行為が不法行為に当たるものと解したりして救済を図るのが相当であり、このような形で、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護することにより、両者の適切な調整を図ることが可能となる。したがって、本件入会拒否及び本件承認拒否

が、社会的に許容し得る限度を超えるときは、不法行為を構成するものというべきである。

(中略)

本件のように、私人間の権利衝突が問題となる場合、私的自治の観点からしても、私人相互間の関係を直接規律するものではない憲法や国際人権B規約の規定が直接適用されるものではないが、私人の行為が看過し得ない程度に他人の権利を侵害している場合、すなわち、社会通念上、相手方の権利を保護しなければならないほどに重大な権利侵害がされており、その侵害の態様、程度が上記規定等の趣旨に照らして社会的に許容しうる限界を超える場合には、不法行為上も違法になると解するのが相当である。そして、憲法14条1項や国際人権B規約26条は、上記不法行為上の違法性を検討するに当たっての基準の1つとなるものと解される。

被控訴人（元男性）の不利益

他方、被控訴人の被った不利益は、直接的には、原審相原告会社が控訴人クラブの法人会員の記名者たる地位を取得できないことにより、控訴人クラブの実質的な会員として非会員よりも安価な料金により控訴人クラブでプレーすることや控訴人クラブの主催する競技会等の諸催物に参加することができないという経済的利益を得られないことにとどまるものではある(①)。しかしながら、控訴人らは、控訴人クラブへの入会の要件として、日本国籍を有する者であることを除けば、年齢、性別、他のゴルフクラブへの在籍の有無等に関するものを含め何らの入会要件を設けておらず、実際に、控訴人クラブの定めにしたがって控訴人会社の株式を取得し、正会員2名の紹介を得て正会員又は法人会員としての入会の申込みをした者が、控訴人クラブから入会を拒否されたことは、過去に一例あるかどうか程度で極めてまれであり、被控訴人も、原審相原告会社の役員を通じて、控訴人クラブに対して入会手続を問い合わせ、入会に必要な本件株式を購入し、教示にしたがって入会に必要な各書類を控訴人クラブに提出するなどする過程において、控訴人らから入会を認めないことがあることをうかがわせるような対応は受けていなかったことに照らすと、被控訴人は、控訴人クラブの定めにしたがって入会申込みの手続を行えば入会申込みを拒否されることはないであろうとの期待ないし信頼を抱いていたものと認められ、そのような期待ないし信頼を寄せるべき事情があったといえることができる。そうすると、性同一性障害であること及びその治療を受けたことを理由として被控訴人が控訴人らから控訴人クラブへの入会を拒否されたことは、被控訴人の控訴人らに対する上記の期待ないし信頼を裏切られ、本来被るべき理由のない不利益を被ることになったもの(①)といえることができる。

- ・(一審の判断が維持されているため、一審の判示内容を引用)

(3) そこで、まず、被告クラブの特質と原告会社の入会を認めた場合に被告らが被る不利益について検討する。被告らは、被告クラブが会員の一体性を重んじる株主会員制・会員主導型の私的かつ閉鎖的な団体であると主張する。確かに、被告クラブの構成員を見ると、支配的な株主はおらず、その変動も少ないが(認定事実(3)ウ, (5)エ), 入会資格は日本国籍を有することのみであり、他のクラブに見られる年齢や性別に関する限定や、テストプレーの実施などゴルフの技量による限定といった入会要件は存在しないこと(認定事実(5)ア), 入会に必要な被告会社の株式は、ゴルフ会員権市場において広く一般に取引されていること(認定事実(3)エ), 被告会社は、平成24年3月に開催した株主総会において、対処すべき課題として「会員・準会員の登録促進」を挙げ、積極的な新規会員募集の態度を示していたこと(乙7, 弁論の全趣旨), さらには、被告クラブはこれまでに、本件を除き、入会申込みを拒絶したことがないと推認されること②(被告クラブ代表者本人, 被告会社代表者本人, 弁論の全趣旨)などにも鑑みれば、被告クラブが閉鎖的な団体であるとは到底認め難い。また、被告らは、原告X1を記名者とする原告会社の入会を認めることによって、既存会員に強い不安感や困惑が生じ、被告クラブの運営に支障が生じるおそれがあるなどとも主張する。しかし、本件入会拒否時点において、原告X1は戸籍のみならず声や外性器を含めた外見も女性であったこと(前提事実(2), 認定事実(6)), 原告X1が本件ゴルフ場を含めたゴルフ場その他の場所において女性用の施設を使用した際、特段の混乱等は生じていないこと(認定事実(6))③からすれば、原告X1が本件ゴルフ場を利用することによって、被告らが危惧するような事態が生じるとは考え難い。原告X1の競技会等への参加についても、適切な措置を講じることにより対処するのは被告らにとって特に困難とも認められない。そうすると、被告クラブは株主会員制かつ会員主導型のゴルフクラブではあるものの、閉鎖性を有する団体であるとは到底認め難く、被告らが主張する不利益も抽象的な危惧に過ぎないものと評価すべきである。

ウ ポイント

①ゴルフクラブに入会できない経済的不利益であるものの、入会できるという期待を害されていること

②本件クラブでは入会拒否の事例がないこと

③戸籍上の性別を女性に変更済み(性別変更審判を受けている)、原告X1は戸籍のみならず声や外性器を含めた外見も女性であったこと(前提事実(2), 認定事実(6)), 原告X1が本件ゴルフ場を含めたゴルフ場その他の場所において女性用の施設を使用した際、特段の混乱等は生じていないこと

(3) モデル裁判例③ (経産省トイレ使用禁止事件：最高裁令和5年7月11日判決)

ア 事案の要旨

生物学的な性別が男性であり性同一性障害である旨の医師の診断を受けている一般職の国家公務員がした職場の女性トイレの使用に係る国家公務員法86条の規定による行政措置の要求は認められない旨の人事院の判定が、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となるとされた事例

イ 判例の要旨

生物学的な性別が男性であり性同一性障害である旨の医師の診断を受けている一般職の国家公務員である者(①)に対し、その執務室がある庁舎のうち上記執務室がある階とその上下の階の女性トイレの使用を認めず、それ以外の階の女性トイレの使用を認める旨の処遇が実施されている場合において、次の(1)~(4)など判示の事情の下においては、上記の者がした職場の女性トイレの使用に係る国家公務員法86条の規定による行政措置の要求は認められない旨の人事院の判定は、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となる。

(1) 上記の者は、上記処遇の下において、自認する性別と異なる男性用のトイレを使用するか、上記執務室がある階から離れた階の女性トイレ等を使用せざるを得ない。

(2) 上記の者が所属する省において開かれた、その者が執務する部署の職員に対しその者の性同一性障害について説明する会においては、その者が上記執務室がある階の女性トイレを使用することについて、担当職員から数名の女性職員が違和感を抱いているように見えたにとどまり、明確に異を唱える職員がいたことはうかがわれない(②)。

(3) 上記の者は、女性ホルモンの投与を受けるなどしているほか、性衝動に基づく性暴力の可能性は低い旨の医師の診断も受けており、上記の説明会の後、女性の服装等で勤務し、上記執務室がある階から2階以上離れた階の女性トイレを使用するようになったことでトラブルが生じたことはない(③)。

(4) 上記の説明会から上記判定に至るまでの約4年10か月の間に、上記の者による上記庁舎内の女性トイレの使用につき、特段の配慮をすべき他の職員が存在するか否かについての調査が改めて行われ、上記処遇の見直しが検討されたことはうかがわれない(④)。

ウ ポイント

①性同一性障害の診断を受けていること(戸籍上の性別変更はしていないこと)。

② 当該本人は女性トイレを利用することの説明会で、反対した女性はいなかったこと

③説明会の後、別の階の女性トイレを利用していたが、トラブルは起きていなかったこと

④説明会から、今回の判定まで、4年10か月経過したものの、調査が行われていないこと。

4 モデル裁判例等を踏まえた本問の処理

(1) 私人間効力

この点は、私人間効力について、間接適用説を前提に論じることが想定される。モデル裁判例②を参考に規範を立てることが考えられる。

(2) 平等の審査密度

ア 学説・裁判例における審査密度に関する考え方

憲法14条1項後段特別意味説に触れることもあり得るが、これまでの最高裁判例で言及されている、(i) 差別に関する権利・利益・不利益の重要性、(ii) 差別対象の事実が変え難い事由に基づくかを考慮する方が、判例の理解を示せるであろう。

イ 審査密度に関するあてはめ

(ア) モデル裁判例①～③で考慮されている事項・判示内容

	モデル裁判例①	モデル裁判例②	モデル裁判例③
(i) 差別に関する権利・利益・不利益の重要性	・青年の家の利用権の剥奪	・ゴルフクラブ入会ができなくなること(経済的利益) ・入会への期待を害されること	・そして、上告人は、性同一性障害である旨の医師の診断を受けているところ、本件処遇の下において、自認する性別と異なる男性用のトイレを使用するか、本件執務階から離れた階の女性トイレ等を使用せざるを得ないのであり、日常的に相応の不利益を受けているといえることができる。

			→宇賀補足意見 「自らの性自認に基づいて社会生活を送る利益」
(ii) 区別対象の事実が変え難い事由に基づくか	性同一性障害 →言及はないものの、変え難い事由に基づく。	性同一性障害 →言及はないものの、変え難い事由に基づく。	性同一性障害

(イ) 本問における重要な事実

- ・ ストーカーからの被害から身を守るため（身体的安全）
→モデル裁判例①～③より重大である。

Xは、上記相談前、とある男性と6カ月程度、交際していたところ、当該男性から、日常的に暴行を受け、時には同意なく、強姦性交の被害を受けるなどの、DV被害に遭っていた。

また、Xが交際の終了を当該男性に告げてからも、当該男性は、Xに対し、職場、居住先に押し掛けるなどのストーカー行為を行っている。

「A県内のLGBT対応の民間シェルターはA市から150km離れているC市にのみ存在し、自分はA市に勤務先があることから、仮にC市からA市内の勤務先に通勤するとなると、片道で移動に2時間もかかってしまう」、

- ・ 精神的損害（アイデンティティの侵害）→モデル裁判例②、③

(3) 平等の判断基準

本問では、厳格審査基準～合理性の基準（違憲審査基準）を用いるか、又は、違憲審査基準を用いず、合理的理由の有無やモデル裁判例②のように社会的許容性の有無で判断してもよい。

モデル裁判例②「本件入会拒否及び本件承認拒否が、社会的に許容し得る限度を超えるときは、不法行為を構成するものというべきである。」

(4) あてはめで触れるべき事実

ア 検討することが求められる事実（合憲側・Yの反論）

- ・ 本件シェルターの構造（更衣室などで一緒になる可能性）
- ・ 本件シェルターには性加害に遭った女性入居者がいること（Xの入所で不安に思う者が存在する可能性）

イ 検討することが求められる事実（違憲側）

- ・ Xの見た目が中性的・女性的であること、前科前歴がないこと
- ・ 短期入所も希望していたが、短期入所も認めていないこと
- ・ 入居者に対するアンケートを取っていないこと

5 補足

(1) 最高裁令和5年10月25日決定（性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の手術要件を違憲とした事例）

→重要な裁判例であり、同裁判例によって、本問の結論が変わるか検討されたい（外観要件の維持との整合性を本問でどう考えるか）。

(2) 行政法上の問題（委託に基づいていた場合、国家賠償法の適用の可能性）

最高裁平成19年1月25日判決（民集第61巻1号1頁）

1 都道府県による児童福祉法27条1項3号の措置に基づき社会福祉法人の設置運営する児童養護施設に入所した児童を養育監護する施設の長及び職員は、国家賠償法1条1項の適用において都道府県の公権力の行使に当たる公務員に該当する。

2 国又は公共団体以外の者の被用者が第三者に損害を加えた場合であっても、当該被用者の行為が国又は公共団体の公権力の行使に当たるとして国又は公共団体が国家賠償法1条1項に基づく損害賠償責任を負うときは、使用者は民法715条に基づく損害賠償責任を負わない。

（DVの一時保護・民間シェルターが地方公共団体の委託に基づく場合）

参考となる法令・条文

配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律

（配偶者暴力相談支援センター）

第三条 都道府県は、当該都道府県が設置する婦人相談所その他の適切な施設において、当該各施設が配偶者暴力相談支援センターとしての機能を果たすようにするものとする。

2

市町村は、当該市町村が設置する適切な施設において、当該各施設が配偶者暴力相談支援センターとしての機能を果たすようにするよう努めるものとする。

3

配偶者暴力相談支援センターは、配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護のため、次に掲げる業務を行うものとする。

一

被害者に関する各般の問題について、相談に応ずること又は婦人相談員若しくは相談を行う機関を紹介すること。

二

被害者の心身の健康を回復させるため、医学的又は心理学的な指導その他の必要な指導を行うこと。

三

被害者（被害者がその家族を同伴する場合にあっては、被害者及びその同伴する家族。次号、第六号、第五条、第八条の三及び第九条において同じ。）の緊急時における安全の確保及び一時保護を行うこと。

四

被害者が自立して生活することを促進するため、就業の促進、住宅の確保、援護等に関する制度の利用等について、情報の提供、助言、関係機関との連絡調整その他の援助を行うこと。

五

第四章に定める保護命令の制度の利用について、情報の提供、助言、関係機関への連絡その他の援助を行うこと。

六

被害者を居住させ保護する施設の利用について、情報の提供、助言、関係機関との連絡調整その他の援助を行うこと。

4

前項第三号の一時保護は、婦人相談所が、自ら行い、又は厚生労働大臣が定める基準を満たす者に委託して行うものとする。

5

配偶者暴力相談支援センターは、その業務を行うに当たっては、必要に応じ、配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護を図るための活動を行う民間の団体との連携に努めるものとする。

参考解説

- ・東京都青年の家事件：東京高裁平成9年9月16日判決（君塚正臣「同性愛者に対する公共施設宿泊拒否」（別冊ジュリスト217号、憲法判例百選）66頁以下）
- ・ゴルフクラブ入会拒否事件：東京高裁平成27年7月1日判決（勝山教子「憲法2性同一性障害者に対するゴルフクラブ入会拒否の適法性」（ジュリスト1492号、平成27年度重要判例解説）10頁以下）

参考文献

- ・安西他「憲法学読本」（有斐閣、2011年）
- ・木下他「基本憲法I」（日本評論社、2017年）



最優秀答案

表

試験科目	試験地
憲法	明治大学

回答者: K.Y. 点数: 48点

憲
法
1
頁

第1. 本件入所拒否は、Xが男性器の勃起状態のトランスジェンダーであることのみを
 もとにした。すなわち、「性別」に係る事項に於「差別」(憲法14条1項)として、平等
 原則(同条)に反し、違法と存す。

第2. 本件に対し、Y側から、Yが民間団体であり、憲法の規定を直接に、又は
 類推して適用されることは存し得る反論が想定される。

しかし、現代社会においては、社会的権力^{による}侵害から人権を保護する
 必要があり、かつ、憲法は、全法秩序の基本原則である。この際、憲法の規定は私人
 間にも存する形で適用されるべきである。

もっとも、憲法の規定の私人間における直接適用を認めると、私的自治の原則
 が広く侵害される可能性がある。

そこで、憲法の規定は、私法の一般条項を媒介として、間接的に適用され
 なくてはならない。

この際、本問においては、~~本件入所拒否が~~ 平等原則(憲法14条1項)を
 ふたえて、本件入所拒否が ^{むしろ709条}民法90条に反し、違法と存すと検討すべきである。

(イ) 本件入所拒否は、Xが男性器の勃起状態のトランスジェンダーであることのみを
 もとにしたものである。本問において、トランスジェンダーが自身の性についての認識と身
 体特徴との性が異なる状態であるから、本件入所拒否は、「性別」に係る事項に於
 「差別」(憲法14条1項)に当たる。

(ロ) もっとも、上記の取扱いはいかなる場合に正当化されるか。

憲法14条1項は、前段で不合理な差別を一般的に禁止し、後段で歴史的
 に不合理な差別を及ぼした属性を例外としたものである。よって、合理的な理由のある
 区別的取扱いを許す、相対的平等を指向したものである。





※	A	B	C
---	---	---	---

23 とす。憲法14条1項は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基
 24 づくものでない限り、差別的な取扱いを禁止する旨を考へる。
 25 亦、上記合理的な根拠の有無の判断にあたり、国籍法違憲判決は、日本
 26 国籍が重要な法的地位で、嫡出子の身分は、子の意思等により変え得るべき
 27 ない事情であるから、慎重な検討を要するとしている。本件においては、性別が
 28 わが国において、婚姻を結ぶに際して重要な法的地位で、トランスジェンダーであることは、
 29 本人の意思等により容易に変え得るべきでない事情であるから、上記判決と同様、
 30 本件においても、慎重な検討が求められる。 good (判例)
 31
 32 3. 確かに、本件シェアードには、過去のDV被害等により、男性に対して恐怖
 33 感を抱く女性も入居しており、また、YがXにC市のシェアードを移すことで、
 34 代替的措置を採る。 おとせ
 35 しか、Xは、一般に中性的な女性に対して見守り状態であり、~~非~~Xに前科・
 36 前歴がないことが認められ、Xが他の女性利用者の恐怖感を生ずるおそれ
 37 はない、~~非~~他の利用者に害を及ぼすおそれもないと考へられる。ま
 38 た、仮にXがC市のシェアードを利用した場合、Xは通勤に片道2時間と考
 39 へられることとなり、その不利益も、小さいものでは無い。
 40 ところで、他の利用者は、Xの入居を認められアパートを実施する等として
 41 その意向を確認した上で対応を判断するべきであらう。このように解いても、
 42 Xが入居するための居室があつたこと、性的指向及びジェンダーアイデンティティ
 43 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ること、
 44 ~~非~~トランスジェンダーに対する社会の理解も浮上りつつある状況の下では、容易でないとはいへない。



裏

(注意事項)

1 答案用紙の種類

本答案用紙は、憲法の答案用紙です。

行政法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。

なお、試験時間中に答案用紙の取換えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の答案用紙の取換えの申出には一切応じません)。

2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意

(1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書く。

(2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、たしこ)となります。

(3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたるときは、訂正部分の表裏を書き通して答案を作成した場合と同様に記載することは認めません。

(4) 答案用紙の表裏を書き通して答案を作成した場合は、訂正部分の表裏に印の裏には何も記載しないでください。

(5) 答案用紙の印の裏には何も記載しないでください。

4 その他

解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判

45

4. したがって、本件入所拒否は合理的な根拠を欠く。

46

5. よって、本件入所拒否は、憲法平等原則(憲法14条1項)を以て

47

違反し、違法のものと認めらる。

48

H+

49

判例の使い方もgood

50

この字が人好(おさし)

51

憲 法 3 頁

52

53

54

55

56

57

58

59

60

61

62

63

64

65

66



最優秀答案

回答者 K.Y. 48点

第1 本件入所拒否は、Xが男性器のある状態のトランスジェンダーであることのみをもってされた。すなわち、「性別」に係る事項による「差別」（憲法14条1項）として、平等原則（同条）に反し、違法となるか。

第2 1. これに対し、Y側からは、Yが民間団体であり、憲法の規定を直接に、又は類推して適用されることはない旨の反論が想定される。

しかし、現代社会においては、社会的権力による侵害から人権を保護する必要があり、かつ、憲法は、全法秩序の基本原則である。とすると、憲法の規定は私人間にもなんらかの形で適用されるべきである。

もっとも、憲法の規定の私人間における直接適用を認めると、私的自治の原則が広く害されるおそれがある。

そこで、憲法の規定は、私法の一般条項を媒介にして、間接的に適用されるものとする。

2. そうすると、本問においては、平等原則（憲法14条1項）をふまえて、本件入所拒否が民法90条に反し、違法となるかを検討すべきである。

(1) 本件入所拒否は、Xが男性器のある状態のトランスジェンダーであることのみをもってされたものである。本問において、トランスジェンダーが自身の性についての認識と身体特徴としての性が異なる状態であるから、本件入所拒否は、「性別」に係る事項による「差別」（憲法14条1項）に当たる。

(2) もっとも、上記の取扱いはいかなる場合に正当化されるか。

憲法14条1項は、前段で不合理な差別を一般的に禁止し、後段で歴史的に不合理な差別を受けてきた属性を例示したものであって、合理的な理由のある区別的取扱いを許す、相対的平等を指向したものである。

とすると、憲法14条1項は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでない限り、差別的な取扱いを禁止すべきものとする。

また、上記合理的な根拠の有無の判断にあたり、国籍法違憲判決は、日本国籍が重要な法的地位で、嫡出子の身分は、子の意思などにより変えることのできない事情であることから、慎重な検討を要するとしている。本件にお

いては、性別がわが国において、婚姻などについて重要な法的地位で、トランスジェンダーであることは、本人の意思などにより容易に変えることのできない事情であるから、上記判決と同様、本件においても、慎重な検討が求められる。

3. 確かに、本件シェルターには、過去のDV被害等により、男性に対する恐怖感を抱く女性も入居しており、また、YもXにC市のシェルターを紹介するなど、代替的な措置を採っている。

しかし、Xは、一見すると中性的又は女性的に見える状態であることや、Xに前科・前歴がないことが認められ、Xが他の女性利用者の恐怖感を必ずしもあおるものとは考えられないし、他の利用者に害をなすおそれは小さいものと考えられる。また、仮にXがC市のシェルターを利用した場合、Xは通勤に片道2時間を要することなど、その不利益も、小さいものではない。

とすると、他の利用者に、Xの入居を認めるかアンケートを実施するなどしてその意向を確認した上で対応を判断すべきであったし、このように解しても、Xが入居するための居室があったことや、性的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るなど、トランスジェンダーに対する社会の理解も深まりつつあった状況の下では、容易でないとはいえない。

4. したがって、本件入所拒否は合理的な根拠を欠く。
5. よって、本件入所拒否は、平等原則（憲法14条1項）もふまえると、民法90条に反し、違法のものである。

以 上

最優秀答案

表

試験科目	試験地
憲法	明治大学

回答者:Y.Y 点数:48点

憲法 1 頁

第1 Xの憲法上の主張

1. (1) X, Yは被害者による不法行為に基づく損害賠償請求(民法709条)を提起し、Xは民事訴訟法で本件を却否す。憲法は専ら此主張を拒否する。

(2) その前提として、本件の民事争訟に憲法の規定が及ぼす有無の問題がある。

憲法の公権力の間に国民の権利義務を保障するの規範が及ぶ。私人間の争訟は私的自治の原則が適用され、憲法の規定は直接私人間には適用されない。民法私人間の争訟も民法1条、90条、709条が一般原則で、適用される。憲法上の規定が及ぶとは争訟に及ぼす有無を指す。

2. (1) Xが本件を却否する憲法適合性を争う際、主張し得る憲法条文は14条1項と15条1項のみである。特に15条1項が重要である。

(2) 憲法14条1項は法の下の平等を定むる。この平等は相対的平等を指し、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づいた差別的取扱いを許容する。社会は絶対的平等を貫徹すべきでない。合理的根拠の不足は平等を侵害する。

(3) 本件は性別による差別の問題である。Xは女性、Yは男性。民法上の性別は男性と女性に二分される。Xは女性、Yは男性である。

両者の社会的性別(シワ)上の女性と同一性、法律上の性別は男性と女性を指し、Yは本件シワの利用。



際、前者の利用と後者の利用を区別し得る。

(4) 本件は事柄の性質、シワの尊重、今年11月、性的傾向とシワが一時的なものであること、閉鎖的性質の理解、閉鎖的シワ(以下、理解増進法)の公布、施行時刻、社会的にシワの尊重の傾向を有する理解増進法上、シワの利用は個人に尊重され、シワの利用の不当な差別、法の目的(民法)からの考慮、申立、シワの利用の自由、重要な法的地位にあること、

この差別の合理性判断は慎重に検討され、

(5) 本件を却否する合理性判断の検討を総合考慮して、

7. Xは生物学的に男性として16歳の時点で、自分の性別を認識し、

16歳の時点で、16歳の時点で、16歳の時点で、16歳の時点で、

16歳の時点で、16歳の時点で、16歳の時点で、16歳の時点で、

16歳の時点で、16歳の時点で、16歳の時点で、16歳の時点で、

16歳の時点で、16歳の時点で、16歳の時点で、16歳の時点で、

16歳の時点で、16歳の時点で、16歳の時点で、16歳の時点で、

16歳の時点で、16歳の時点で、16歳の時点で、16歳の時点で、

16歳の時点で、16歳の時点で、16歳の時点で、16歳の時点で、

憲法 2 頁

→ 性別
要約
して
いい方

最優秀答案

回答者 Y.Y. 48点

第1 Xの憲法上の主張

1. (1) Xは、Yを被告として不法行為に基づく損害賠償請求（民法709条）を提起した。Xは民事訴訟において本件入所拒否が憲法に違反すると主張する。
(2) その前提として、本件のような私人間の争いにおいて、憲法の規定が効力を有するのか問題となる。

憲法は公権力との間で国民の権利・自由を保護するための規範であり、また、私人間では私的自治の原則が適用される。よって、憲法の規定が直接に私人間に適用されるのではない。ただし、私人間においては、民法1条、90条、709条等の一般条項を適用する際に憲法上の規定が読み込まれる形で効力を有すると考える。

2. (1) Xが本件入所拒否の憲法適合性を争うに際して主張に用いる憲法の条文は14条1項だ。
(2) 憲法14条1項は法の下での平等を定める。ここでいう平等とは、相対的平等を指し、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づく法的な差別的取扱いは許容される。社会において絶対的平等を貫徹すると、そのことによる不平等が大きく生じうる。
(3) 本件において、区別される2者は、Xと生物学上の女性だ。Xを一般化すると、法律上の性別は男性だが、自分の属する性別が女性と認識しているトランスジェンダーである。

両者は、社会的な性別（ジェンダー）上は女性で同一だが、生物学上の性別が男性か女性かという点で、Yが運営する本件シェルターの利用に際して前者は利用できず、後者は利用できるという区別がされている。

- (4) 本件での事柄の性質は、ジェンダーの尊重だ。今年には、性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解の増進に関する法律（以下、理解増進法とする）の公布・施行があり、社会的にジェンダーを尊重する傾向にある。理解増進法上、ジェンダーにかかわらず、個人として尊重され、ジェンダー等を理由とする不当な差別はあってはならない旨（同法3条）が定められている。

ゆえに、ジェンダーアイデンティティは今日、重要な法的地位にあるといえ、その区別での合理性判断は慎重な検討を要する。

(5) 本件入所拒否の合理性判断は複数の要素の総合考慮による。

ア. Xは、生物学上の性は男性であるが、16歳の頃から、自分の性を認識していた。Xは現在32歳で、この16年間でトランスジェンダーとして過ごしている。Xの体形や外観は中性的又は女性的であり、外見上Xが男性として認識されることは少なく、外見の判断による影響等は生じないと考えられる。また、Xに前科・前歴はなく、客観的な資料からは、危険・問題のある人物とは認識されない。

また、Xは交際していた男性からDV被害を日常的に受けていた。かつ、当該男性は、交際終了後、Xにストーカー行為を行っている。Xは、当該男性の行為から、身体的・精神的な傷を負っており、保護される必要性・緊急性を有している。この点、本件シェルターにて保護されている女性と何ら変わりはない。

イ. Xは、本件シェルターへの入所が拒否されると、150kmも離れたC市内のシェルターの使用を余儀なくされる。XはA市内に勤務しており、150km離れた所からの通勤はXに大きな負担となり、転職することも容易ではない。Xは、本件シェルターに入れないと、現在の生活が事実上困難になる。

ウ. 本件シェルターの入所形態は、長期・短期の2つがあり、Xは両方とも拒否された。本来であれば、YはXの入所について両者を区別して検討すべきだ。しかし、YはXが生物学上の男性であり、そのことから入所中の女性に恐怖を与えうることを理由に一括して本件入所拒否をした。

Xの申込当時、本件シェルターには、Xを受け入れる余裕があった。Yは、本件入所拒否の理由とした女性の恐怖について、アンケートを行っていない。Yは、Xの申込の判断をする際にすべきであった調査を行っておらず、裏付けのない観念的な理由に基づく入所拒否は合理的な理由に基づいていない。

以上を慎重に検討すると、Yの本件拒否処分は合理的な根拠に基づいた差別的取扱いとはいえない。

したがって、民法709条の検討としてされる憲法14条1項の適用上、本件入所拒否は、憲法に適合しないとXは主張する。

第2 Yの反論

1. 憲法の規定は専ら公権力と私人の間を規定したものであり、私人間には何

らの効力も持たない。そのため、本件入所拒否について憲法適合性が問題となることはない。

2. 仮に憲法の規定が私人間において間接的に効力を有するとしても、本件入所拒否は憲法に適合する。

(1) 事柄の性質について、Xは法律上、手術を受ければ生物学上の女性になれるのであり、自分でその変更を左右できるのであるから、その要保護性は高くない。よって、合理性判断は緩やかにされるべきだ。

(2) Yが本件入所拒否の理由として、男性への恐怖心を持つ女性は、その経歴から推察することができ、合理的な理由として、アンケートがなくても主張できる。YはXに、C市のシェルターへの入所を勧めた。150kmは、通勤できない距離ではなく、C市のシェルターはLGBTに対応しているので、本件入所拒否に問題点はない。

また、手術すれば、法律上の女性として、本件シェルターに入所できるので、手術をうけていないXには、本件入所拒否を争うことは、Xの不備に起因し、合理性がある。

第3 結論

1. 憲法の私人間効力について判例は間接適用説を採っている。よってXの主張が正しく、本件入所拒否について憲法適合性を問題としうる。

2. 本件において、区別が存在することは認められる。事柄の性質では、ジェンダーアイデンティティは、重要な法的地位として尊重されるべきだ。理解増進法で私人たる事業主についても努力義務があり、その他私人もジェンダーアイデンティティを尊重すべきことには変わりはない。YはXが手術を受ければ問題なかった旨を主張するが、Xに手術を事実上強制することは、Xの身体・精神に過度な負担を科するものであり、手術の不備をもって、Xの要保護性が下がるとはいえない。

3. 本件入所拒否において、Yは生物学上の性別による画一的な判断を行っており、要求される具体的な検討を欠いていたと考える。Yは理由として男性への恐怖を挙げるが、認識上、外見上ともに女性であるXについて、その恐怖心が生じる可能性は一般の男性に比して少ないことを個別事情として考えるべきであった。

よって、Xの主張が採用されるべきである。

したがって、本件入所拒否は、憲法に適合しない。

以上

採点実感・講評

(2023年12月24日 憲法・人権)

担当：山本賢太郎

第1 総論

本問に関しては、大きく出題趣旨と違う答案はあまりなかった。

法的三段論法はできており、全体として良くできていたと思う。

一方で、私人間効力の問題に気が付かなかった答案、著名な裁判例（国籍法違憲事件など）を意識できていた答案とそうではない答案で差が出ていたのかと感じた。

平等について、憲法14条1項後段の特別意味説にこだわっている答案が多く、最高裁判例が言及している「重要な法的地位」、「変え難い事由に基づく区別」といった点の検討が出来ている答案は、あまりなかった。

司法試験はあらためて説明するまでもなく、実務家登用試験である。実務家は判例を中心にしている以上、判例を無視することなどあってはならない。

司法試験・予備試験においても、判例の理解を示すことは必須である。

憲法は、判例の使い方が難しい科目であるが、優秀答案・司法試験の再現答案分析などを通じて、判例の使い方を学んでほしい。

なお、本問に関しては、Yの営業の自由（裁量の有無、三菱樹脂事件）、Yの入居者の利益を検討することも重要であり、この点も解説・参考答案に入れるべきであった（この点の指摘があれば、裁量点で加点している）。

また、Xの不利益・代替手段の有無を検討するに際し、問題文に引用されている性的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施行されていることも触れられていると高得点になったものと思われる。

第2 良かった答案（優秀答案）

良かった答案については、優秀答案2通を参照いただきたい。解説レジュメで触れて欲しいと思った点について、全て触れられている。参考にしてほしい。

第3 問題のあった答案・高い評価をつけられなかった答案の特徴

平等を問題視できていなかった答案

私人間効力を論じていない答案

判例の意識が全くない答案（学説に関する言及しかない答案）

指摘する事実が足りない答案

第4 本問における出題者・採点者の個人的な感覚による評価

不合格ライン：24点以下

合格ライン：25点以上32点未満

良好ライン：32点以上40点未満

優秀ライン：40点以上

以上

司法試験予備試験答案練習会 2023年12月24日分 得点分布表

憲法・人権

出席者 34名 平均点 32.1点

分布	人数
0	0
1~5	0
6~10	2
11~15	3
16~20	2
21~25	3
26~30	0
31~35	7
36~40	12
41~45	2
46~50	3

