



憲法の現在

◆ 憲法問題特別委員会だより ◆

経産省トイレ使用制限事件判決は何を示し、何を示さなかったのか
— 補助線としての二重の基準論と司法府の役割論 —

憲法問題特別委員会 副委員長 吉原 秀



1 序 ～二重の基準論の淵源を視る～

2023年（令和5年）は、芦部信喜先生のご生誕100周年に当たる年である。

芦部先生のご功績を網羅的に語ることは筆者の能力では到底困難であるが、我が国の判例・訴訟実務にも大きな影響を与えた彼の功績の一つとして「二重の基準論」があったことに異論はなからう。

「二重の基準論」というと、本稿の標題と逸れるように映るかもしれないが、必ずしもそうではない。かつて司法試験受験生界における標準学説としても名を馳せた「二重の基準論」の地層奥深くには、裁判所が一步前を出て判断を示すべき局面、すなわち、司法府の役割に関する考え方が通底しているからである。そして、最大決令5.10.25裁判所ウェブサイト（性同一性障害特例法3条1項4号違憲決定^{※1}）及び最三判令5.7.11裁判所ウェブサイト（経産省トイレ使用制限事件判決）を憲法論の視点から見ると、^{※2}「二重の基準論」と共に芦部先生が紹介（詳解）された理論もまた、重要であるように思われる。

自分で書いておきながら、唐突な書き出しであるため、少し敷衍する。

「二重の基準論」という考え方は、大要、「表現の自由を中心とする精神的自由を規制する立法の合憲性は、経済的自由を規制する立法よりも、とくに厳しい基準によって審査されなければならない」という理論^{※2}であるが、芦部先生はその淵源に、1938年のカロ

リーヌ判決の法廷意見にストーン裁判官が付した脚注（のうち、脚注4）があったことも併せて紹介されている。そこには、大要、憲法が保障する基本権（^{※5}信教の自由、言論の自由、集会の自由など）が制約される場合（第一場面と呼ぶことにする。）、民主政の過程が制約される場合（第二場面と呼ぶことにする。）、世に容れられない宗教的、民族的もしくは人種的な少数者の権利が制約される場合（第三場面と呼ぶことにする。）には、合憲性の推定が作用しない（敢えて言い換えれば、司法府が積極的に介入する）ことが述べられている。第三場面については、もう少し視野を広げて「社会的な少数者」の権利が制約される場面と捉えることも可能であり、また、そう捉えるべきであろう。というのも、第三場面において司法府が積極的に介入する必要があるのは、多数決原理が支配する議会制民主主義に任せていては、少数者の権利保護が十分に達せられない（であろう）と考えられるためであり、このような考え方は、被制約権利が障がい者の権利や性的マイノリティの権利である場合など、広く少数者の権利（憲法上の基本権）を制約する立法の憲法適合性を検討する場合にも当てはまるからである。^{※7}

本稿の検討対象に話を戻せば、LGBTQという概念それ自体や当事者の方々の生活や境遇等について、社

※3 United States v. Carolene Products Company(304 U.S.144)

※4 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）68頁以下。

※5 “legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments”、という接続句内の一部に示される内容である。

※6 原文では、“those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation”と表現される（紙幅の都合上、周囲を含めて正確に引用できない点をご容赦いただきたい）。

※7 この点につき、泉徳治元最高裁判事は、ストーン裁判官が付した脚注4（Footnote 4）を意識して、「社会的に分離し孤立した少数者の権利」と表現するが（泉徳治『私の最高裁判所論—憲法の求める司法の役割—』（日本評論社、2013年）165頁）、まさに正鵠を射たパラフレーズといえよう。

※1 本決定についても憲法論の見地から検討に値する、あるいは検討を要する事項が少なくないが、紙幅の都合上、本稿では立ち入ることができない。

※2 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第8版〕』（岩波書店、2023年）212頁。（誰のせいとは言わないが…）司法試験受験生界においては、この部分のみが表面的に切り取られ、あたかも答案作成の負担軽減策であるかのように通用してしまった感が否めない。

会的な理解はまだ浸透しておらず、それゆえに、LGBTQの権利・利益について、民主政の過程に任せおくだけでは、必ずしも適切な権利の実現に至らないであろうから、司法府が「一歩前に出て」判断を示すことが期待されよう。

このような視座を我が国に提供したのも芦部憲法学の大きな功績と思われ、本稿で検討対象とする最高裁判例も、その功績の上に成り立っているのかもしれないから、序文としてここに紹介し、検討を進めることとしたい。

2 経産省トイレ使用制限事件判決にみる憲法論

(1) 判決要旨

本判決の要旨は以下に示すとおりである。紙幅の都合上、事案の概要まで詳述することはできないが、本件は専ら事例判断と解されるべきであるように思われ、それゆえに事実関係も判例の理解の前提として特に重要であるから、必要に応じて、原審・原々審に当たられたい（なお、「…」との表記は筆者による中略を意味する。）。

まず、本判決は、「国家公務員法86条の規定による行政措置の要求に対する人事院の判定においては、広範にわたる職員の勤務条件について、一般国民及び関係者の公平並びに職員の能率の発揮及び増進という見地から、人事行政や職員の勤務等の実情に即した専門的な判断が求められるのであり…、その判断は人事院の裁量に委ねられているものと解される。したがって、上記判定は、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したと認められる場合に違法となると解するのが相当である」と判示して、文面上は、特段の裁量統制が窺われない（換言すれば、行政裁量それ自体は相応に広範であることを前提とする）判断枠組みを提示している。

その上で、「本件処遇は、…上告人を含む職員の勤務環境の適正を確保する見地からの調整を図ろうとしたものである…。上告人は、健康上の理由から性別適

合手術を受けていないものの、女性ホルモンの投与や《略》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いる。^{※9} 現に、上告人が本件説明会^{※10}の後、女性の服装等で勤務し、本件執務階から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。また、本件説明会においては、上告人が本件執務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。^{※11} さらに、本件説明会から本件判定に至るまでの約4年10か月の間に…本件処遇の見直しが検討されたこともうかがわれない」と比較的詳細に本件事実関係（特に、本件判定の適法性との関係では消極方向に作用する事実）に触れたうえで、「遅くとも本件判定時においては、上告人が本件庁舎内の女性トイレを自由に使用することについて、トラブルが生ずることは想定し難く、特段の配慮をすべき他の職員の存在が確認されてもいなかったのであり、上告人に対し…上記のような不利益を甘受させるだけの具体的な事情は見当たらなかったというべきであり、」^{※11} 「本件判定部分に係る人事院の判断は、…他の職員に対する配慮を過度に重視し、上告人の不利益を不当に軽視するものであって、関係者の公平並びに上告人を含む職員の能率の発揮及び増進の見地から判断しなかったものとして、著しく妥当性を欠いたものといわ

※9 詳細な検討は他日に期すとして、ここではこの事実を判断の基礎に据えることそれ自体が相応に危険である可能性を指摘しておく。

※10 本件の一審原告（上告人）は、平成21年7月、上司に対して自らの性同一性障害について伝え、同年10月には、経済産業省の担当職員に対し、女性の服装での勤務や女性トイレの使用等についての要望を伝えており、これらを受けて、平成22年7月14日、経済産業省において、一審原告の了承を得て、一審原告が執務する部署の職員に対し、一審原告の性同一性障害について説明する会（本件説明会と呼称される。）を開催しており、同説明会において、一審原告が退席した後、同人が本件庁舎の女性トイレを使用することについて意見を求めたところ、本件執務階の女性トイレを使用することについては、数名の女性職員がその態度から違和感を抱いているように見えたという事実認定が前提とされている。また、担当職員が、一審原告が本件執務階の一つ上の階の女性トイレを使用することについて意見を求めたところ、女性職員1名が日常的に当該女性トイレも使用している旨を述べたとされている。

※11 昨今の風潮も踏まえると、異を唱えたくとも、そのような意見を述べただけで「人権に関する理解に乏しい」などと論難される可能性もあるように思われ、この点に関する事実評価の適切性については、疑問がある。自らが使用する職場のトイレに生物学上（≠身体的には）男性である者が当然のように出入りすることへの違和感等といった対抗利益を軽視する風潮もあるが、そのような見方では、適切な利益衡量に至らないように思えてならない。

※8 一審原告が、国家公務員法86条の規定により、人事院に対し、職場のトイレの使用等に係る行政措置の要求をしたところ、いずれの要求も認められない旨の判定がなされており、同判定を指して「本件判定」という。

ざるを得ない」と述べて、本件判定が違法であると判断した。

(2) 示された判断定式とそこにみる反ドグマーティク

—裁量統制の根源とカロリーヌ・ドクトリン—

前記のとおり、本件事実関係の具体的な検討に先立って本判決が示した判断定式は裁量統制が（少なくとも厳格には）作用していない一般的なものであった。

最高裁として行政裁量に係る裁量統制を行った例として、例えば、呉市県教組事件判決（最三判平18.2.7民集60巻2号401頁）^{※12}は、「その裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、…その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となる」という判断定式を用いているし、神戸高専剣道実技受講拒否事件判決（最二判平8.3.8民集50巻3号469頁）も「退学処分は学生の身分をなく奪する重大な措置であることからすると、…特に慎重な配慮を要するものである」と付言してから具体的な審査へ進んでおり、これらの各判断定式と、本判決が示したそれとの差は一目瞭然である^{※13}。

そして、裁量統制の要因の一つとして被制約権利（利益）の要保護性の高低があることを踏まえて本判決が示した判断定式をみれば、本判決は、トランスジェンダー（MtF）であった一審原告（上告人）の利益の要保護性の高さゆえに、ア・プリオリに厳格な裁量統制を行う姿勢を示してはいないことが確認でき

※12 本稿では立ち入ることができないが、この判例が行った裁量統制の密度をどのように評価するかについては必ずしも見解の一致を見ないことは付言しておく（行政裁量について審査密度が低いとされる類型として社会観念審査があることは周知のとおりであるが、例えば、山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣、2012年）229頁以下は、呉市県教組事件判決を、社会観念審査を行った一例と整理するようである。）。

※13 下級審判例であるが、厳格な判断過程統制を行ったことで知られる日光太郎杉事件判決（東京高判昭48.7.13行裁集24巻6=7号533頁）は、「本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽すべき考慮を尽さず、または本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価し、これらのことにより同控訴人のこの点に関する判断が左右されたものと認められる場合には、…裁量判断の方法ないしその過程に誤りがあるものとして、違法となる」という判断定式を採用している。

※14 端的にこの点について整理・指摘するものとして、例えば、興津征雄『行政法Ⅰ—行政法総論—』（新世社、2023年）439頁以下参照。

る。したがって、本判決から、LGBTQの権利・利益（≡自己の性自認に基づいて社会生活を送る利益）の要保護性の高低に関するドグマーティクを導出することはできない、ということになる。

もっとも、前記のとおり、本判決は、本件事実関係について詳細に言及した上で、「他の職員に対する配慮を過度に重視し、上告人の不利益を不当に軽視するもの」であったことを問題視しており、考慮された事項に関する評価の過大性/過小性に言及している（換言すれば、いわゆる重みづけの合理性に係る審査に立ち入っているようにも思われる）ことからすれば、そこでなされている判断の実質は判断過程審査であったと評価して差し支えない。

そうすると、行政の判断過程の合理性に係る審査へ司法府が踏み込んだ理由はどこにあったのであろうか。上記のとおり、（実質的な）判断過程審査を行った理由が被制約利益の重要性にあったわけではないとすれば、その理由は、被制約利益が「少数者の権利」であったことではなかろうか、というのが本稿で示そうとする1つの可能性である。まさに本件も、冒頭に紹介した第三場面の事案であり、本件との関係で欠かせない視点であるように思われる。

庁舎のうち本件執務階とその上下の階の女性用トイレの使用を認めず、それ以外の階の女性用トイレの使用を認める旨の処遇が「上告人を含む職員の服務環境の適正を確保する見地からの調整を図ろうとしたもの」であることは本判決においても判断の前提とされており、本判決は、特に「本件説明会」から「本件判定」に至るまでの約4年10か月もの間、上記の処遇について何ら見直された形跡が窺われないことを問題視している。このような事実関係を前提に、「遅くとも本件判定時においては…本件処遇による上記のような不利益を甘受させるだけの具体的な事情は見当たらなかった」として、「一般国民及び関係者の公平並びに職員の能率の発揮及び増進という見地」から判断したものとすらいえない、と断じているわけであるが、そこからは、被制約利益が少数者の利益であって、そ

※15 なお、同様の視点は、性同一性障害特例法3条1項4号違憲決定に付された三浦守裁判官の反対意見においても明確に示されている。

れと多数者の利益とを調整する場面においては、専ら行政の判断に任せていたのでは、安易に多数者の利益を過度に重視した判断に流れてしまうから、司法府として一步前に出て判断を示す必要がある、という姿勢を看取することが可能であろう。

まとめりに欠ける指摘にとどまってしまったのは偏に筆者の能力の問題であるが、本判決から、自己の性自認に基づいて社会生活を送る利益の要保護性が憲法上の基本権に匹敵するほどに高い、というドグマティックを導出するのは困難であろうことを指摘し、“本判決は、自己の性自認に基づいて社会生活を送る利益の要保護性が高いことを承認した判例である”、などといったある種の乱暴な議論が罷り通ることのないように警鐘を鳴らすことに成功していれば、本稿の目的は達せられたことになる。^{※16}

その上で、本判決の背後には、社会的なマイノリティの権利・利益が制約されている局面においては、司法府は積極的に一步前に出て判断を示す必要がある、という司法府の役割論があった可能性を指摘し、この点に本判決の意義を見出したいと考えるが、本稿のような雑駁かつ稚拙な分析で満足せず、今後も検討を続けていきたい。

(3) 一步前に出た司法の功罪を考える

一補足意見は「補足」であったか、

それとも「蛇足」であったか—

ここまでの分析を前提に、本判決に付された補足意見についても若干の検討を付しておきたい。^{※17}

宇賀克也裁判官は、補足意見として、「経済産業省が、女性職員が上告人と同じ女性トイレを使用するこ

とに対する違和感・羞恥心等を重視してとった対応が上告人の自らの性自認に基づいて社会生活を送る利益に対する制約として正当化できるか」という視点を提示しているが、もしこれが等価的な比較衡量ではなく、「性自認に基づいて社会生活を送る利益」に当初から力点を置いたものである場合、多数意見を本当に「補足」するものかは疑問である。渡邊恵理子裁判官は、トランスジェンダーとシスジェンダーの利害調整の問題と捉えており、多数意見もあくまでそのような視点から捉えられるべきものであるように思われる。もっとも、同裁判官は、「上告人にとっては人として生きていく上で不可欠ともいえるべき重要な法益である」とも述べているが、本稿の立場からは、これが多数意見を「補足」するものであるかは、やはり疑義なしとしない。

紙幅の都合上、これら以外の問題提起を行う余裕がないが、全裁判官が補足意見を付している本判決については、司法府として一步前に出ようとしたがあまり、総じて、補足と蛇足が入り混じっている節もあるように思われてならない。それゆえに、各裁判官の補足意見を踏まえて判例の分析を行う場合には、各意見と多数意見の距離も十分に踏まえた解釈が志向されるべきであろう。

3 結びに代えて

LGBTQの権利・利益についての司法府の判断は、令和を迎えた現代において転換点に差し掛かりつつあるように思われる。

このような時だからこそ、冷静な分析が求められ、本判決が「独り歩き」するかの如き事態は回避されなければならぬ。

最高裁が何を示し、何を示さなかったのか、という点を意識して概観したつもりであるが、全くもって十分な検討とは呼べない。今後も真摯に検討を続け、より詳細な検討を他日に期したい。

※16 本稿では指摘する紙幅がないが、本稿の目的は、性同一性障害特例法3条1項4号違憲決定によっても左右されないことは付言しておきたい。

※17 各補足意見を端的に整理するものとして、富永晃一「判解」ジュリスト1591号98-99頁がある。