

2011 年合格目標 新司法試験

論文アプローチ答練無料トライアル

論文式試験問題集[公法系・憲法]

受験上の注意事項

- 1 試験監督員の指示がある前に、この問題集を開くことを厳禁します。
- 2 試験開始の合図により、試験を始めて下さい。
- 3 問題は、1問です。
試験開始の合図の後、初めにページを調べて、落丁や印刷不鮮明等に気付いた場合は、黙って手を挙げ、試験監督員に申し出てください。
- 4 問題内容に関する質問には一切応じません。
- 5 試験時間は2時間です。
試験開始後1時間及び試験終了前5分間は、答案の提出及び試験室からの退出はできません。
- 6 受験票、法令集、筆記具、筆記具入れ、時計（計時機能のものに限る。）、眼鏡以外の物は机の上に置かないでください（飲料を置く場所については、下記13参照）。
なお、受験票は、氏名、受験番号が記載されている面を表にして、試験監督員が見やすい位置に置いてください。
- 7 各自持ち込んだ市販法令集への書き込み及び折り曲げは厳禁します。
- 8 答案の下書きは、問題用紙の余白部分を利用してください。
なお、それ以外の用紙等の使用はできません。
- 9 問題検討のためのラインマーカー及び色鉛筆の使用は、問題集に限り許可します。
- 10 アラーム付の時計の発信音を鳴らしたり、机やいすを揺らすなど、他の受験者の迷惑となるような行為はしないで下さい。
また、携帯電話、PHS及びポケットベル等は、必ず電源を切ってかばんにしまってください。
- 11 試験室内では、耳栓の使用はできません。
- 12 試験中の発病等やむを得ない場合には、黙って手を挙げて試験監督員の指示に従ってください。
- 13 試験室内及び試験時間中の喫煙や飲食は、厳禁します。
ただし、水分補給のため、ペットボトルに入った飲料は持ち込むことができますが、机上に容器を置かず、必ず足下に置き、机上にこぼしたり、水滴によって答案用紙を汚損しないよう十分に注意してください。
- 14 試験終了の合図とともに、直ちに筆記具を置き、試験監督員の指示を待ってください。
- 15 不正の手段によって試験を受け、又は受けようとした者に対しては、試験を停止することがあります。

TAC  **セミナー／新司法試験**

無断複製（コピー等）・無断転載等を禁じます。

200-6411-1024-16

論文式試験問題集〔公法系・憲法〕

(配点：100)

戸籍法第113条は「戸籍の記載が法律上許されないものであること又はその記載に錯誤若しくは遺漏があることを発見した場合には、利害関係人は、家庭裁判所の許可を得て、戸籍の訂正を申請することができる」と規定している。実際の手続では、家庭裁判所における審判によって、「家庭裁判所の許可」を得ることになる。わが国では、従来、いわゆる間性 (*intersexual*) (生物学的に、雌雄の区別のある生物で、その生殖器官や第二性徴が、雄でも雌でもなくその両方が入り混じった中間型となっている個体または性質をいう。) の場合には、出生後の成長の結果を考慮し、また発生学的な性の他に、生殖腺の性、内分泌学的な性を考慮し、さらに形成手術の結果をも考慮して、出生時の性別の判定に錯誤があったとして、戸籍上の性別表記の訂正が認められていたが、性同一性障害者については、一般には、戸籍上の性別表記の訂正は認められていなかった。

「性同一性障害」(*Gender Identity Disorder*, 以下「GID」という。) とは、日本精神神経学会によれば、「生物学的には完全に正常であり、しかも自分の肉体がどちらの性に属しているかをはっきり認知していながら、その反面で、人格的には自分が別の性に属していると確信している状態」と一応定義されている(日本精神神経学会「性同一性障害に関する答申と提言(第1版)」)。簡単にいうと、生物学的な性と、心理的・社会的な性とが一致しない状態をいう。その原因は未解明である。性の自己認識は生後間もなく確立されるから、少なくとも自由意思で選択しうる趣味・嗜好の産物ではなく、したがって同性愛とも異なる。わが国におけるその数は数千人とも数万人ともいわれるが、いずれにせよ圧倒的マイノリティであることに変わりはない。

一般に、人は生物学的性によって法的・社会的処遇を受けるので、GID者は、自らのジェンダー・アイデンティティに反する法的・社会的処遇に苦しむことになる。そこで、自身のアイデンティティを確立し、かつ、社会的承認を獲得する途として、大きく二つ考えられる。一つは、性転換手術(性別適合手術)により自己の認識に合った身体を得る途である。もう一つは、さらに進んで戸籍上の性別を変更する途である。前者の途は、かつて性転換手術を行った医師が旧優性保護法(現母体保護法)違反として有罪となって以来(いわゆるブルーボーイ事件)、国内ではタブー視されてきたが、1997年7月、日本精神神経学会の「性同一性障害に関する答申と提言」が公表され、1998年、同提言にまとめられた治療のガイドライン(第1版)に基づき、性別適合手術が行われたことにより、性別適合手術を含めた性同一性障害に対する治療の道が開かれ、ガイドライン公表後、多くの人が性同一性障害の診断を受けると共に、性同一性障害の存在自体が社会に認知されるようになった。

ところが一方、性同一性障害者が、治療によって性自認に従った性としての外見を獲得し、それに基づいた社会生活を確立しようとする際に、戸籍を中心とする身分証明上の性別、いわば法的な性別が依然として変更できないため、社会適応を阻害されているという事実が認められる。具体的には、身分証明書の提示によって性同一性障害を有することが明らかになることをおそれ、職場に戸籍謄本を提出できず、安定した職を得られない、同様に保険証の提示もできないため、保健医療を受けることができないといった事例が存するのである。そこで、手術を受けた者の性別変更に関する問題が生ずることになる。

この点、ヨーロッパでは、1970年代にスウェーデンで、1980年代にはドイツ、イタリアなどで性別変更関連の立法がなされた。例えば、スウェーデンでは、18歳以上の未婚者で、青少年時から国民登録台帳に登録されている性以外の性に属することを経験し、かつ長期間その性によって生活し、将来ともにその性によって生きていこうとするも

のは、自らの申請によって、国民登録台帳に登録されている性と異なる性に変更することができる。

わが国の法制に則していえば、戸籍上の性別変更が認められるかという形で顕在化することになるが、裁判所は、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」が成立し（2003年7月10日成立。以下、「特例法」という。【参考資料1】）、翌年施行されるまで、戸籍上の性別変更を認めてこなかったのである。「特例法」の施行により、G I Dの一部について戸籍上の性別変更が可能となったが、これにはいくつかの制限が課せられている。G I D者から特に批判が多かったのが、諸外国でも例がないとされる「現に子がないこと」（特例法第3条第1項第3号）という要件である。特例法第3条第1項第3号が「現に子がないこと」を要件としている理由については、次のような説明がなされている。

『現に子がないこと』の要件は、本制度が親子関係などの家族秩序に混乱を生じさせ、あるいは、子の福祉に影響を及ぼすことになりかねないことを懸念する議論に配慮して、設けられたものです。すなわち、現に子がいる場合にも性別の取扱いの変更を認めると、『女である父』や『男である母』が生じることになり、これにより、これまで当然の前提とされてきた、父＝男、母＝女という図式が崩れ、男女という性別と父母という属性との間に不一致が生じることになりませんが、これを法あるいは社会として許容できるかどうか問題となり得ます。また、現に子がいる場合にも性別の取扱いの変更を認めることになれば、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、差別やいじめなどを生じたりしかねないことなどを、子の福祉の観点から問題とする議論もあります。そこで、性同一性障害に対する社会の理解の状況等も踏まえつつ、これらのことを考慮するならば、制度化のためには、厳格な要件の下で性同一性障害者の性別の取扱いの変更を認めることとすることもやむを得ないと判断されたものです。」（南野智恵子監修・「解説」性同一性障害者性別取扱特例法131頁）。

しかし、この特例法の「現に子がないこと」という要件に対しては、過去に子をもうけた者は、子が親より先に死亡するという例外的かつ悲劇的な場合でない限り、一生涯自己のアイデンティティを否定される状況からの救済を受けられないとか、性別の取扱いの変更を求めようとする性同一性障害者は、すでに治療により外見が変わり、社会においても戸籍とは反対の性別として振る舞い、扱われているはずであり、戸籍記載を変更する段階では子への影響は極めて些少であるなど、多くの疑問が提示されていた。日本弁護士連合会も、2003年7月8日に「性同一性障害者の法的性別に関する意見書」を提出し、その中でこの要件の問題性を指摘した【参考資料2】。このように、この要件には立法論的批判が強かったことから、「特例法」の附則の「見直し条項」を受けて、「特例法」第3条第1項第3号は、平成20年6月18日に改正され、「現に未成年の子がないこと」に改められた【参考資料3】。しかし、この改正によっても、子が成人するまでは救済されないため、戸籍上の性別変更を十数年待たなければならない性同一性障害者がいまだ多く存在することになる。

Xは、「特例法」第2条の定義にいう性同一性障害者である。戸籍上の性別は男性であり、妻とは協議離婚している。Xは性同一性障害であるとの医師の診断を受け、女性への性別適合手術および名の変更を済ませ、外見上も女性として社会生活を営んでいる。しかし、戸籍等の性別欄が男性となっているため、戸籍の性別を記載された書類の提示を求められるような場合に、性同一性障害であることを知られてしまうのが苦痛であった。そこで、Xは、平成22年*月*日、A家庭裁判所に対して、性別の取扱いを男性から女性に変更することを求める審判の申立てをした。Xは、特例法（平成20年6月

18日改正)第3条第1項の各号が定める要件のうち、3号を除いて、残りの要件をすべて充足しており、かつ、特例法第3条第2項の定める医師の診断書も揃えていたが、Xに協議離婚した妻との間に生まれた5歳になる女子があったため、A家庭裁判所は、「現に未成年の子がいないこと」の要件に欠けるところとして、Xの申立てを却下した。なお、Xは、妻との協議離婚に際し、親権を放棄し、離婚後、娘とは会っていない。

Xは、無料法律相談に行き、自己が自認する性への変更の自由を侵害されたこと、及び性別の取扱い変更の審判申立てにおいて差別的取り扱いを受けたことを理由に、原審判を取り消すことができないか、弁護士に相談した。

〔設問1〕

あなたがXの訴訟代理人として訴訟を提起するとした場合、訴訟においてどのような憲法上の主張を行うか。憲法上の問題ごとにその主張内容を書きなさい。

〔設問2〕

設問1における憲法上の主張に関するあなたの見解を、被告側の反論を想定しつつ、述べなさい。

【参考資料 1】

性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（平成 15 年法律第 111 号）

（趣旨）

第 1 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 2 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 2 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 3 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 20 歳以上であること。
- 二 現に婚姻をしていないこと。
- 三 現に子がないこと。
- 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 4 条 性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、民法（明治 29 年法律第 89 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。

（家事審判法の適用）

第 5 条 性別の取扱いの変更の審判は、家事審判法（昭和 22 年法律第 152 号）の適用については、同法第 9 条第 1 項甲類に掲げる事項とみなす。

附 則

（施行期日）

1 この法律は、公布の日から起算して 1 年を経過した日から施行する。

（検討）

2 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 3 年を目途として、この法律の施行の状況、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。

（以下省略）

【参考資料 2】

性同一性障害者の法的性別に関する意見書（2003 年 7 月 8 日 日本弁護士連合会）（抄録）

第1 はじめに（略）

第2 性同一性障害者の現状、戸籍変更の必要性（略）

第3 戸籍変更の要件

1 戸籍変更の基本的要件

当会はこれまでの検討を踏まえ、戸籍変更の要件を以下のとおり考える。

- (1) 生物学的性と異なる性としての、強固、かつ、長期間にわたる性自認
- (2) 性別適合手術による、生物学的性と異なる性に近い外見の獲得
- (3) 生殖能力の欠如
- (4) 変更後の性自認の持続の蓋然性
- (5) 婚姻していないこと
- (6) 子がいる場合には、子の福祉を害しないこと

2 (1)ないし(4)の要件について（略）

3 (5)、(6)の除外要件について

さらに、家族法等との調整も勘案し、婚姻していないことも要件とすべきである。この要件を満たさない場合には、同性婚を認めるか、離婚や婚姻無効といった法的な処理までを行わねばならないからである。

これに対し、子がいないことは、それ自体を要件とすべきではなく、「子がいる場合には、子の福祉を害しないこと」を要件として求めるべきと考える。

確かに、子がいること自体は、戸籍訂正を求める以前の性自認の安定性について、疑問を生じさせる点ではある。

しかしながら、性自認の安定性については、それ自体が要件として検討されるのであるから、子を持つに至った経緯をも含めて、性自認の安定性を認めることができるかどうかを判断すれば良いのであり、子がいることが直ちに性自認の安定性を否定するとまでは言えないと考えられる。

これに対し、「子の福祉」の観点は極めて重要であり、この点から「子がいないこと」を要件として求める意見が出されることは理解できる。しかし、性同一性障害を有する者に子がある場合、戸籍訂正による子の福祉への影響を考えざるを得ないことは確かであるが、それは、戸籍訂正を求める者と子の関係、具体的には、子の年齢、親権・監護権の有無、子を含めた親族等の意識、戸籍訂正以前の生活状況等、個別に判断すべきことであり、全ての場合において、戸籍訂正が子の福祉を害するとは言い得ない。

よって、子がいることを一律に除外要件とすることは適当でないと考える。

第4 外国法制の検討（略）

第5 性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律案について

- 1 今般、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律案が国会に提出され、参議院では全会一致で可決されており、今国会で法律が制定される見込みである。

かような法案が国会に提出されたことは、性同一性障害を有する者の置かれた状況の改善への重要な一歩として積極的に評価できるところである。

- 2 しかしながら、上記法案は、戸籍変更を認める要件として、「現に子がいないこと」を要求しており、その点について疑問があると言わざるを得ない。

その理由は既に述べた通りであり、現在の法案において定められている「現に子がいないこと」という要件を「現に子がいる場合には、子の福祉に反しないこと」と改めるべきだと考える。

性同一性障害を有する者の置かれている現状を考えれば、戸籍変更を認める立法は早期に制定されるべきである。しかし、それがかえって一部の性同一性障害者の権利を不当に阻害することになってはならない。そのため、戸籍変更要件について、当事者や専門家の意見も十分に聴取し

て、議論を尽くすことを求める次第である。

また、仮に「現に子がないこと」を戸籍変更の要件とする法律が成立したとしても、同立法によって全てが解決したと判断するのではなく、それが十分な救済となっているか、不備はないか等を調査し、必要な見直しを行なっていくべきである。もちろんその際には、戸籍変更の要件の点にとどまらず、性同一性障害を有する人々が、雇用や社会保障その他生活全般の局面に亘り不利益・差別を受けることがないように、検討していくべきである。

【参考資料 3】

性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の一部を改正する法律（平成20年法律第70号）

性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（平成15年法律第111号）の一部を次のように改正する。

第3条第1項第3号中「子」を「未成年の子」に改める。

附 則

（施行期日）

1 この法律は、公布の日から起算して6月を経過した日から施行する。

（経過措置）

2 この法律の施行の日前にされたこの法律による改正前の性同一性障害者の性別の取扱いに関する法律第3条第1項の規定による性別の取扱いの変更の審判の請求に係る事件については、なお従前の例による。

（検討）

3 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性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律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。