

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にゴルフクラブへの入会等を拒否したことが違法であるとされた事例

東京高判平成 27 年 7 月 1 日 LEX/DB 25540642

東北大学法学研究科博士後期課程 松原 俊介

第 1 事実

第 2 判旨

1. 判断枠組みと不合理取扱いの禁止
2. Y₂ の特質と A の入会を認めた場合に Y らの被る不利益
3. 本件拒否により X が被る不利益
4. 結論

第 3 検討

第 1 事実

X（原告・被控訴人）は、株式会社 A の代表取締役である。また、Y₁（被告・控訴人）は、本件ゴルフ場の経営等を主たる目的とする株式会社であり、Y₂（被告・控訴人）は、本件ゴルフ場の運営等を行う権利能力なき社団である。

X は、生物学的には男性であるが、1998 年に性同一性障害と診断され、2004 年 11 月に戸籍上の名を男性名から女性名に変更した。2010 年 7 月に性別適合手術（精巣摘出術、陰形成術及び外性器女性化形成術）を受けた後、同年 11 月に性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下、「特例法」という）に基づき性別の取扱いを男から女に変更する旨の審判を受け、同年 12 月、戸籍の性別表記を男から女へと変更した。

2012 年 5 月上旬、X が Y₂ に入会手続を問い合わせたところ、Y₂ は、株主会員制を採用しており、販売業者から Y₁ の株式（譲渡制限付き）を購入する必要があること、入会には 2 名の紹介者が必要であり、面接が行われることなどを教示した。日本国籍を有する者であることを除き Y₂ への入会要件はない。

A は、同月 10 日、販売業者を通じ、Y₁ の株式を購入し、6 月 11 日、Y₂ に対し、その教示に従って入会に必要な株券や入会申込書、戸籍謄本等の必要書類を提出した上で、記名

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にゴルフクラブへの入会等を拒否したことが違法であるとされた事例（松原 俊介）

者（法人が会員である場合に実質的な会員と扱われる個人のこと）をXとして入会を申し込み、Y₁に対し、本件株式の譲渡承認を請求した。

Y₂の代表者は、同月中旬、Xに架電し、Xが性別の取扱いの変更の審判を受けている点などを指摘した上で、Aの入会は認められないため、申込みを撤回してほしい旨申し入れた。Xは抗議したが、Y₂の理事会は、7月、Xや紹介者の面接を経ることなく、Aの入会を認めないことを決定し（以下、「本件入会拒否」という）、その旨をXらに通知した。また、Y₁は、同年11月、取締役会においてAの譲渡請求について承認しないことを決定し（以下、「本件承認拒否」といい、本件入会拒否と本件承認拒否を合わせて「本件拒否」という）、その旨をXらに通知した。

X及びAは、Yらに対し、Xの性別変更を理由とする本件拒否は、憲法14条1項の趣旨等を包含する公序良俗に反し違法であると主張して、共同不法行為（民法719条1項）に基づき、慰謝料などの損害賠償を請求した。

原審¹は、Xに対する慰謝料等の請求を一部認容した（Aの請求は棄却）。Yらが控訴した。

第2 判旨

控訴棄却

1. 判断枠組みと不合理取扱いの禁止

「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、……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」。「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」。

「そして、たとえ私人間においても、疾病を理由として不合理な取扱いをすることが許

¹ 静岡地裁浜松支部 2014（平成26）年9月8日判時2243号67頁。

されるものではない」ところ、本件拒否がされた当時、「特例法が施行されてから約8年が経過していたことなどの社会情勢を考慮すると、性同一性障害が医学的疾患の一つであることは公知の事実であったということができ」、「性同一性障害及びその治療を理由とする不合理な取扱いをすることが許されないことは、その他の疾病を理由とする不合理な取扱いが許されないのと同様であったということが出来る。」

2. Y₂の特質とAの入会を認めた場合にYらが被る不利益

①Y₂の構成員には「支配的な株主はおらず、その変動も少ない」が、②「入会資格は日本国籍を有することのみであり」、他の入会要件はないこと、③「入会に必要なY₁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」、④Y₁は、「積極的な新規会員募集の態度を示していたこと」、さらには、⑤「Y₂の定めに従って……入会の申込みをした者が、Y₂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ることなどに照らすと、Y₂が閉鎖的な団体であるということとはできない。」

「本件入会拒否時点において、Xは戸籍のみならず声や外性器を含めた外見も女性であり、「X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」。「X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Yらにとって特に困難とも認められない。」「Yらの主張する……既存の会員の強い不安感や困惑は、抽象的で具体性に欠けており、……多分に感情的、感覚的なものである。」

3. 本件拒否によりXが被る不利益

「Xの被った不利益は、直接的には、AがY₂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、Y₂の実質的な会員として非会員よりも安価な料金によりY₂でプレーすることやY₂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」。しかし、「Yらは、Y₂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、……何らの入会要件を設けておらず、実際に、Y₂の定めに従って……入会の申込みをした者が、Y₂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、Xも、Aの役員を通じて、Y₂に対して入会手続を問合せ、入会に必要な本件株式を購入し、教示に従って入会に必要な各書類をY₂に提出するなどする過程において、Y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、Xは、Y₂の定めに従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」。「そうすると、性同一性障害である

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にゴルフクラブへの入会等を拒否したことが違法であるとされた事例（松原 俊介）

こと及びその治療を受けたことを理由としてXがYらからY₂への入会を拒否されたことは、XのY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といえることができる。」

4. 結論

「Y₂が閉鎖性を有する団体とは認められず、被る不利益も抽象的な危惧に過ぎない一方で、Xの被った不利益は、直接的には、……経済的不利益にとどまるものではあるが、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、Y₂の定めに従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裏切られ、いわれのない不利益を被ったこと、このような理由による本件入会拒否及び本件承認拒否によって、Xは、自らの意思によってはいかんともしい難い疾病によって生じた生物学的な性別と性別の自己意識の不一致を治療することで、性別に関する自己意識を身体的にも社会的にも実現してきたことを否定されたものと受け止め、人格の根幹部分に関わる精神的苦痛を受けたことも否定できないことも考慮すると、Yらが構成員選択の自由を有することを十分考慮しても、やはり本件入会拒否及び本件承認拒否は、憲法14条1項及び国際人権B規約26条の規定の趣旨に照らし、社会的に許容しうる限界を超えるものとして違法というべきである。」

第3 検討

1 本判決は、三菱樹脂事件判決²の一般論を基本的に踏襲して、私的自治の原則が妥当していることを前提に、個人の基本的な自由や平等に対する侵害の態様、程度が社会的許容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」による救済が可能であるとした上で、本件拒否が社会的許容限度を超えるときは、不法行為上の違法性を認めるという判断枠組みを導き出している³。この判断枠組みは、不法行為に基づく損

² 最大判1973（昭和48）年12月12日民集27巻11号1536頁。ただし、本判決は三菱樹脂事件判決とは異なり、社会的許容限度を「憲法の規定等の趣旨に照らして」判断すること、また、憲法14条1項が不法行為上の違法性を検討する際の基準の1つとなることを明示する（勝山教子「判批」『平成27年度重要判例解説』〔『ジュリスト』1492号・2016年〕10頁）。

³ 本判決の規範においては、本件拒否が社会的許容限度を超えるときは、「不法行為を構成する」とのみ述べる。この判示は本件拒否の違法性という争点の検討においてなされ、かつ、結論において、本件拒否は「社会的に許容しうる限界を超えるものとして違法というべきである」とするため、この社会的許容限度の基準は、不法行為上の違法性を判断する基準として用いられていると思われる。

害賠償請求において、私的自治の原則と平等との衝突が争われた裁判例で広く用いられている⁴。

本判決では、社会的許容限度を超えるかどうかを判断するにあたって、(1)Y₂の特質及びAの入会を認めた場合にYらが被る不利益と、(2)本件拒否によりXが被る不利益の利益衡量が行われている。そして、本判決は、(1)については、Y₂が閉鎖性を有する団体とは認められず、既存会員に強い不安感や困惑が生じてY₂の運営に支障が生じるおそれがあるというYらが主張する不利益も抽象的な危惧に過ぎないとし、また、(2)については、Xは経済的不利益とともに「期待ないし信頼」を裏切られる不利益を受け、「人格の根幹部分に関わる精神的苦痛」を受けたことも否定できないとした上で、本件拒否は社会的許容限度を超えるものとして違法であると判断した。

2 Y₂の特質について、本判決は、Y₂が「私的かつ閉鎖的な団体」であるかを検討している。仮にY₂が、「私的かつ閉鎖的な団体」と評価されれば、信頼できる仲間だけを集めて親密な交際を楽しむことを実現するために、「構成員選択の自由」——どのような者に入会を認めるのかという結社の自由や、誰と契約を締結するのかという契約の自由から導かれる——が重視されることになる⁵。逆に、「公的」で「開放的」な団体とされれば、このような自由を重視することはできない。『『公衆』』に向けて、すなわち『公開』の形で相手方を求める以上は、恣意的な排除・選別を加えることなく、条件を満たす者を等しく受け入れることが期待され、「不合理な理由による差別的な取扱い、相手方の人格を傷つける行為とされる」のである⁶。

本判決は、結論としては、Y₂は閉鎖的な団体とはいえないとしている。一般に、会社のほかに任意団体としてのクラブを設立し株主全員がそのクラブの会員となる形式の株主会員制ゴルフクラブは、閉鎖的な私的社交団体としての性格が比較的強いと解されているが⁷、本件においてもY₁の株式はごく一部を除いてY₂の会員資格を充足する目的で保有されて

⁴ 例えば、外国人に対するゴルフクラブへの入会等の拒否が問題となった、東京地判1981（昭和56）年9月9日判時1043号74頁（以下、「1981年判決」という）、東京地判1995（平成7）年3月23日判時1531号53頁（以下、「1995年判決」という）、東京地判2001（平成13）年5月31日判時1773号36頁（以下、「2001年判決」という）や、外国人に対する公住浴場の入浴拒否が問題となった札幌地判2002（平成14）年11月11日判時1806号84頁等を参照。

⁵ 山本敬三「判批」『判例評論』525号（判時1794号・2002年）12頁参照。また、曾我部真裕「判批」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法（増補版）』（信山社、2014年）11頁は、「私的な結社性を比較的濃厚に備えている場合であって、どのような者に入会を認めるのかという結社の自由が重視される場合」には、国籍や性別、年齢により入会を制限することもとりあえずは可能と言わざるを得ないとする。

⁶ 大村敦志『不法行為判例に学ぶ 社会と法の接点』（有斐閣、2011年）204-205頁。ここでいう「公衆＝公開（性）」は「人々に広く開かれている」という意味である（同203頁）。また、山本・前掲注（5）12-13頁、服部弘志・榎本一久『実務解説ゴルフ場事件判例』（青林書院、2005年）209-210頁も参照。

⁷ 佐藤哲治「批判」『法律のひろば』48巻9号（1995年）44、46頁。

いることから、Y₂はこのような意味での株主会員制ゴルフクラブであるといえる。また、Y₂の構成員には支配的な株主は存在せず、その変動も少ないが（判旨 2①）、このことは Y₂が一体性のある閉鎖的な団体であることを基礎づけうるものである。しかしながら、入会資格・要件が緩やかであること（判旨 2②）、株式が市場で広く一般に取引されていること⁸（判旨 2③）、Y₁は積極的な新規会員募集の態度を示していること（判旨 2④）は、Y₂が「公衆」に向けて、「公開」の形で相手方を求めていると評価できる事実である。また、実際に Y₂の定めに従って入会申込みをした者が拒否されたケースは極めてまれであること（判旨 2⑤）は、実質的には厳しい入会資格・要件や入会手続きがあるなどの事情はなく、実際の運用においても開放的な団体であったことを基礎づける事実となる。以上より、本判決は、判旨 2①の事実を考慮しても、判旨 2②～⑤の事実から Y₂が閉鎖的な団体であるとはいえないと判断したものと思われる⁹。

3 本判決は、Yらと X の被る不利益を検討する前に、判旨 1 の判断枠組みに続けて、「たとえ私人間においても、疾病を理由として不合理な取扱いをすることが許されるものではない」く、性同一性障害も医学的疾患の一つであるから、「性同一性障害及びその治療を理由とする不合理な取扱い」は許されないと判示する¹⁰。この点、原審は、「性同一性障害及びそ

⁸ 1995 年判決は、預託金会員制と考えられるゴルフクラブに関して、「会員権が市場に流通し、会員募集等にも公的規制がなされていることなどからみれば、ゴルフクラブは、一定の社会性をもった団体であること」を否定できないとする。この公的規制の具体的内容は、判決文からは明らかではないが、「ゴルフ場等に係る会員契約の適正化に関する法律」が 1992 年 5 月に公布され、1993 年 5 月から施行されている。しかし、2001 年判決では、「同法は誰をゴルフクラブの会員として入会させるかについてのゴルフクラブの判断を規制するものでないから、同法の存在は、被告クラブによる外国人の入会制限の違法性に関する判断を左右するものではない」と判示しており、1995 年判決においても、「一定の社会性をもった団体」とするに当たっては、会員権が市場に流通していることが重視されたと思われる（この点については、木下智史ほか編著『事例研究憲法〔第 2 版〕』（日本評論社、2013 年）12 頁〔愛敬浩二執筆〕も参照）。

⁹ これに対して、ゴルフクラブへの外国人の入会を制限する旨の理事会決議は民法 90 条に違反せず、在日韓国人に対する入会拒否は違法ではないとした 2001 年判決や、帰化してから相当年限を経過していない者を会員としない旨のゴルフクラブの細則は公序良俗に違反せず、帰化した在日韓国人の入会を拒否したことは違法ではないとした 1981 年判決は、株主会員制であるゴルフクラブの具体的な入会資格や入会手続きが厳格であることから私的で閉鎖的な団体であると認定しているように思われる。この入会資格や入会手続は、その規定とともに実際の運用も見ながら判断されているといえる。

¹⁰ 本判決でも認定されているように、性同一性障害は、世界保健機関（WHO）が定めた国際疾病分類（ICD）に掲載されるなど医学的疾患と捉えられており、日本精神神経学会がまとめた「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン」においても、性同一性障害は医療の対象として位置付けられている。そして、特例法も性同一性障害が医学的疾患であることを前提として制定されている（川崎政司「性同一性障害と法（公法を中心とした法律学の観点から）」南野知恵子代表編『性同一性障害の医療と法——医療・看護・法律・教育・行政関係者が知っておきたい課題と対応』（メディカ出版、2013 年）260 頁）。しかし、性同一性障害を「疾病」や「疾患」と捉えることには批判的な立場もある（例えば、虎井まさ衛「当事者の立場から」同 29 頁以下参照）。また、本判決でも言及されている米国精神医学会が刊行する精

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にゴルフクラブへの入会等を拒否したことが違法であるとされた事例（松原 俊介）

の治療を理由とする不合理な取扱いが許されないこと」は、本件拒否当時、「公序の一内容を構成していた」としているが、本判決は、「公序」という言葉を用いずに原審と同様の規範を導いている。

「性別のみによる不合理な差別」の禁止が民法 90 条の公序の内容を構成することは、日産自動車事件¹¹や男子孫入会権事件¹²によってすでに確立していると考えられるが、原審は、「疾患」である「性同一性障害及びその治療を理由とする不合理な取扱い」の禁止も公序を構成すると考えたのであろう¹³。原審が性同一性障害を「自らの意思によっては如何ともし難い疾患によって生じた生物的な性別と性別の自己意識の不一致」と捉えていることも併せ考えると、原審の「公序」についての判断は、憲法 14 条 1 項を、「自己の意思や努力によっては変えることのできない事由に基づいて区別扱いするのは実質において不公正である」

神疾患の診断と統計マニュアル (DSM) は 2014 年に改訂されたが (DSM-5)、ここでは、「性同一性障害」という概念が削除され、「性別違和」に置き換えられている。これは、性同一性障害が精神疾患でないという立場を明確にしたものと理解されている (加藤秀一『はじめてのジェンダー論』〔有斐閣、2017 年〕33-34 頁参照)。

¹¹ 最判 1981 (昭和 56) 年 3 月 24 日民集 35 巻 2 号 300 頁。

¹² 最判 2006 (平成 18) 年 3 月 17 日民集 60 巻 3 号 773 頁。

¹³ ただし、不法行為における公序良俗の内容はあまりにさまざまで、民法 90 条の公序良俗と重なる部分もあれば重ならない部分もあるとされる (織田博子「公序良俗と不法行為」椿寿夫・伊藤進編『公序良俗違反の研究——民法における総合的検討』〔日本評論社、1995 年〕301-302 頁)。また、山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000 年) 32-34 頁も、民法 90 条や不法行為などの各制度は「禁止規範＝行為規範としての公序良俗規範」の遵守を確保するための補助 (制裁) 手段を用意しているのであり、法律行為の無効や損害賠償義務の賦課というそれぞれの補助 (制裁) 手段によって制約される自由や権利の種類、制約の程度がそれぞれ異なる以上、これらに応じて「公序良俗」違反の内容を決めなければならないとする。

この点、コース別雇用制に関する東京高判 2008 (平成 20) 年 1 月 31 日判時 2005 号 92 頁においては、「憲法 14 条は、私人相互の関係を直接規律することを予定したものではなく、民法 90 条の公序良俗規定のような私的自治に対する一般的制限規定の適用を介して間接的に適用がある……ところ、性による差別待遇の禁止は、民法 90 条の公序をなしていると解されるから、その差別が合理的根拠のない不合理なものであって公序に反する場合に違法となる」と判示しながら、不法行為の成立を認めるのにあたっては「不法行為の違法性の基準とすべき雇用関係についての私法秩序」という概念に依拠している。この概念については、「公序良俗違反よりも認められやすく、少なくとも不法行為の違法性を基礎付ける概念」との評価もあり (島田裕子「判批」村中孝史・荒木尚志編『労働判例百選 [第 9 版]』〔別冊ジュリスト〕230 号・2016 年) 35 頁)、公序という言葉を用いていないものの不法行為における違法性を導く秩序である点で、不法行為と民法 90 条の公序良俗の内容が重ならない部分もあるという評価と共通するところがあると思われる (島田陽一・土田道夫「ディアログ 労働判例この 1 年の争点」『日本労働研究雑誌』592 号 (2009 年) 15 頁以下参照)。

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にゴルフクラブへの入会等を拒否したことが違法であるとされた事例 (松原 俊介)

とする考え方¹⁴に通ずると思われる¹⁵。

しかし、原審は、本件拒否が「公序」に違反するかのあてはめを明示的にはせずに、本判決と同様に社会的許容限度を超えるか否かを基準に違法性の判断をしている。不法行為における違法性の判断は、伝統的には被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様の相関関係で決まり、侵害行為の態様が公序良俗違反にあたる場合には違法性を充足するとされているので¹⁶、「公序違反→不法行為上違法」の枠組みを採ることも考えられるが¹⁷、原審はこのような枠組みを採っていない。したがって、原審が「公序」について判示した理由は必ずしも明らかではないが、原審における「公序」についての判示が、本件拒否により X が被る不利益のうち、X の「人格の根幹部分」の否定を裏付ける秩序として作用したと理解する余地

¹⁴ 安西文雄「憲法 14 条 1 項後段の意義」『論究ジュリスト』13 号（2015 年）75 頁。これに対して、蟻川恒正は、「社会を成り立たしめる公的仕組みは、本人の『意思や努力』では乗り越えることのできない条件や障碍を已むをえず設定していることがあり、その峻厳な事理を認めるのでなければ、一定の別異取扱いをいわばデフォルトとして自らのシステムのうちに内蔵している法という規範システムは凡そ作動することができない」とする（蟻川恒正「最高裁判例に現われた『個人の尊厳』——婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」『法学』77 巻 6 号〔2014 年〕5 頁）。自己の意思や努力によっては変えることのできない事由と憲法 14 条 1 項との関係は、今後さらに詰めていく必要があるといえる。

¹⁵ この点については、「憲法的公序」論との関係でも示唆的である。これは、「公法私法二元論を超えて、憲法上の“公序良俗”が直接市民社会に妥当する」とするものであるが、憲法 14 条 1 項の保障内容（の一部）はこの「憲法的公序」として捉えられることになる（駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』（日本評論社、2013 年）336-337 頁。そこに引用される諸文献も参照）。

¹⁶ 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937 年）125 頁以下参照。この相関関係理論を判断枠組みとした違法性説については反対説も有力であり学説は混迷状況にあるが、違法性説は現在まで判例に対する影響力を失っておらず、判例における「違法」の判断方法には相関関係理論との対応関係を読み取ることができるとされる（窪田充見編『新注釈民法（15）債権（8）』〔有斐閣、2017 年〕287-293 頁参照〔橋本佳幸執筆〕）。

¹⁷ 不法行為に基づく損害賠償請求において、私的自治の原則と平等との衝突が争われた裁判例の判断枠組みとして公序（良俗）違反を用いるものとしては、①社会的許容限度を超える→公序（良俗）違反→不法行為上違法、②（社会的許容限度を超えるかどうかに言及せずに）公序（良俗）違反→不法行為上違法がある。

①については、例えば、帰化してから相当年限を経過していない者を会員としない旨のゴルフクラブの細則に基づく入会拒否について、1981 年判決は、入会許可の決定は、自由や平等に対する侵害の態様、程度からして社会的許容限度を超えない限り公序良俗違反とはならないとの一般論を述べた上で、ゴルフクラブの特質や区別の目的・手段等を検討して、上記細則やその適用は公序良俗違反ではなく、原告である在日元韓国人に対する入会拒否は違法ではないとした。②については、例えば、高松高判 2002（平成 14）年 2 月 26 日判タ 1116 号 172 頁は、不法行為に基づく損害賠償請求とともに地位確認請求もされた事案であるが、漁業協同組合が女性組合員に対し漁業補償金を分配しない旨の決定を「男女の不合理な性差別を禁止する憲法の趣旨に反し、民法上、公序良俗に反するものとして無効というべきである」とし、そのあとに続けて「原告は、被告による男女差別により、精神的打撃を受けたことが認められるから、被告による不法行為が成立する」としており、公序良俗に違反することから不法行為の成立を導いていると思われる。

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にゴルフクラブへの入会等を拒否したことが違法であるとされた事例（松原 俊介）

はあるように思われる。原審は、「自らの意思によっては如何ともし難い疾患によって生じた生物的な性別と性別の自己意識の不一致を治療することで、性別に関する自己意識を身体的にも社会的にも実現してきたという X の人格の根幹部分をまさに否定したものにほかならない (X の不利益が単に反射的・経済的なものに留まると考えることは、広く社会に対し、性同一性障害という疾患ないしその治療行為を理由とする不合理な取扱いを助長し、さらには、性同一性障害を患う者に対して、その疾患の自認及び治療行為を躊躇させるなどという、当裁判所が到底許容できない事態を招来しかねない。)」(傍点は筆者)と判示しているのであるが、そこでは、原審のいう「公序」は、X の不利益が、A を名宛人として行われた本件拒否の「反射的」な不利益であることや「経済的」な不利益に留まることを否定し、法的なかつ重大な不利益である「人格の根幹部分」の否定であると認めることを導いたと解することができる。

このように、原審が本件拒否は「性同一性障害及びその治療を理由とする不合理な取扱い」に当たるか否かの検討を明示的に行っていないことや、原審において「公序」が不法行為の違法性を判断するに当たっての判断基準(下位規範)として機能したとはいえなかったことなどを踏まえると、本判決が「性同一性障害及びその治療を理由とする不合理な取扱い」の禁止を「公序」と捉えなかったのは、そうする必要性を感じなかったからであると考えられることもできる¹⁸。

4 原審は、X の被る不利益の検討のなかで、本件拒否を「人格の根幹部分」の否定と捉えたが、本判決は、本件拒否を入会に対する期待ないし信頼の裏切りと評価している¹⁹。本判決は、本件拒否を、「先行行為に対する信頼」、「契約成立への正当な期待」という観点からの法的評価に基づく信義側上の義務に係る問題と捉えたのであろう²⁰。すなわち、当初から一定のカテゴリーに属する者を対象外とはせずに、団体加入・契約締結の交渉が進み一定の期待が形成された段階に至って、相手方の属性を理由に団体加入・契約締結を拒絶すると

¹⁸ 本判決が性同一性障害を「自らの意思によってはいかんともし難い疾病」と捉えていることや「性同一性障害及びその治療を理由とする不合理な取扱い」は許されないとしていることは、憲法 14 条 1 項に関する近時の考え方に通ずると思われる(前掲注(14)参照)。ただし、仮に「性同一性障害及びその治療を理由とする不合理な取扱い」の禁止が「公序」を構成すると考えるとしても、性同一性障害には特例法 3 条により性別の取扱いの変更を済ませている場合から未治療の場合まで多くの段階があり、性同一性障害及びその治療を理由としたある取扱いがどのような場合に不合理な取扱いとなるかは、戸籍上の性別や外見も含めて事例ごとに総合衡量により判断せざるを得ないと思われる。

¹⁹ 本判決は、日本国籍を有する者であること以外に Y₂ への入会要件を Y₁ は設けていないこと、実際に Y₂ の定めに従って入会の申込みをした者が Y₂ 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ること、X も Y₂ に対する入会手続の問合せ・本件株式の購入・Y₂ に対する入会の必要書類の提出等の過程において Y₁ 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を受けていなかったことから、入会に対する期待ないし信頼の利益を導いている(判旨 3 参照)。

²⁰ 潮見佳男『不法行為法 I 〔第 2 版〕』(信山社、2009 年) 116 頁以下参照。

すれば、それはもはや合理的な交渉拒否とはいえないからである²¹。そして、本判決は、このような期待ないし信頼の利益の中に、性同一性障害及びその治療を理由に不当に入会拒否をされないことを読み込もうとしたものと評価できる²²。このことは、本判決が、不法行為の違法性を認定する際に、Xの被る不利益の検討では述べられていない「Xは、自らの意思によってはいかんともし難い疾病によって生じた生物学的な性別と性別の自己意識の不一致を治療することで、性別に関する自己意識を身体的にも社会的にも実現してきたことを否定されたものと受け止め、人格の根幹部分に関わる精神的苦痛を受けた」との評価²³を付け加えていることから読み取れる。ここでいう「人格の根幹部分に関わる精神的苦痛」は、単なる期待ないし信頼の裏切りから生じたのではなく、性同一性障害及びその治療を理由に本件拒否を行っていることから生じているのである。

伝統的には、契約準備交渉過程において期待ないし信頼を裏切ったことを理由とする損害賠償の内容はいわゆる信頼利益の賠償であり²⁴、一般に精神的損害の賠償が含まれるとは考えられていない。したがって、Xの請求する慰謝料を認めるためには、これを基礎づける

²¹ 大村敦志『学術としての民法Ⅱ 新しい日本の民法学へ』（東京大学出版会、2009年）494頁。

²² 大阪地判1993（平成5）年6月18日判時1468号122頁は、マンションの賃貸借につき、借主が外国人（在日韓国人）であることを理由に入居を拒否したことについて、契約準備交渉過程における信義則上の義務の問題として捉え、借主において不動産仲介業者との交渉過程で契約の成立が確実なものと期待するに至ったにもかかわらず、外国人であることを主たる理由として入居を拒絶したことは何ら合理的理由が存せず信義則に反するとして、不法行為を認めた。この裁判例については、「本件は、いわば契約準備段階における信義則論に仮託して、入居差別の違法性を認めているのではあるまいか」との評釈があるが（河内宏「判批」『判例評論』454号〔判時1579号・1996年〕45頁）、本件と同様に、契約準備交渉過程における信義則上の義務の中に外国人であることを理由に不当に入居拒否してはならないことを読み込んだものと評価できる。

²³ 特例法2条は、「性同一性障害者」の定義の中に「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」（傍点は筆者）を有することを含めているが、これは、「自己の身体を心理的な性別に合わせようとし、また、社会生活を心理的な性別に合わせて送ろうとする意思をいう」とされる（南野知恵子監修『解説 性同一性障害者性別取扱い特例法』（日本加除出版、2004年）84頁）。本判決の判示と特例法2条を併せて考えると、本判決は、上記のような意思を有し、実際に治療によって実現してきた「性同一性障害者」が、本件拒否によってこれを否定されたことから、「人格の根幹部分に関わる精神的苦痛を受けた」と評価されたと解される。そうすると、「身体的」に何らかの治療を行い自己の身体を心理的な性別に合わせてきた者が、社会生活を心理的な性別に合わせて送ってきた場合には、本件と同様に「精神的苦痛」を認めることが可能であり、特例法3条により性別の取扱いの変更を済ませていることはそのための必須の条件ではないと解することができる。

²⁴ ここでの損害賠償の内容について、伝統的な見解に批判的な見解も含めて潮見・前掲注（20）136頁以下参照。一般的に、信頼利益の賠償とは、「契約が成立すると信頼したために相手方が被った損害」を賠償することであり、「契約が履行されれば得たであろう利益」である履行利益の賠償と区別される概念である（潮見佳男『基本講義 債権各論Ⅰ 契約法・事務管理・不当利得 第3版』7-8頁〔新世社、2017年〕）。ただし、仮に履行利益の賠償を認めたとしても、そこに慰謝料が含まれるとは一般には考えられていないと思われる。

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にゴルフクラブへの入会等を拒否したことが違法であるとされた事例（松原 俊介）

「精神的苦痛」の判示が必要不可欠となる²⁵。本判決が、Xの不利益を期待ないし信頼の裏切りと評価したに過ぎないにもかかわらず、原審と同額の慰謝料を認めたのは、本判決がこの「人格の根幹部分に関わる精神的苦痛」を重く捉えたからであろう²⁶。しかし、そうであれば、期待ないし信頼の裏切りとともにXの人格に関する不利益を正面から取り上げるべきであつただろう。この点で、ウェブサイト上の無料の資料請求サービスを利用して資料請求を行った外国人に対して、外国人であることのみを理由として資料送付を拒否した事例において、憲法「14条1項の規定の趣旨に照らし合理的理由を欠き、社会的に許容し得る範囲を超えて原告の法的利益を侵害すると認められる場合には、民法上の不法行為に当たる」として、「不合理な差別的取扱いに当たるか」を検討し、本件資料送付拒否は、「何ら合理的な根拠に基づくことなく、……外国人であるという特定の属性のみを理由にされたもの」であるから、「請求者である原告の資料送付を受けられるという合理的期待を裏切るものであるとともに、その人格権を不当に侵害するものとして、不法行為に当たる」とした裁判例²⁷が参考になる。この裁判例は、「不合理な差別的取扱いに当たるか」を社会的許容限度を超えるかという判断枠組みの下位規範とし、さらに、合理的期待の裏切りとともに人格権の侵害を正面から認めており、理論的に優れていると思われる。

5 不法行為に基づく損害賠償請求において私的自治の原則と平等との衝突が争われた事例について、社会的許容限度を超える侵害かどうかという三菱樹脂事件判決の判断枠組みによりつつ違法性を認めた一事例として本判決を捉えることができるが、その際には、本判決が違法性を認めたのは、あくまで本判決におけるXとYらの被る不利益(検討1(1)(2))の衡量の結果であることに注意しなければならない。特に、Y₂は閉鎖性を有する団体とは認められないこと(検討2)やXの入会に対する期待ないし信頼の利益が認められること(検討4)は、裏を返せば、当該団体が私的かつ閉鎖的な団体であると認められる場合や、当該団体が過去にも入会拒否をしていた事情があることやあらかじめ性同一性障害者を規約で排除していること等によって入会に対する期待ないし信頼の利益が認められない場合にどのように衡量されるのかは本判決からは不明である。この意味で、本判決が残した問題は多いと思われる。

[付記] 本評釈は、2017年4月15日に行われた東北大学公法判例研究会における報告に、加筆・修正を施したものである。研究会の参加者各位には、質疑応答を通して多くのご教授をいただいた。この場を借りて感謝を申し上げる。

²⁵ ただし、違法性の認定においては、「精神的苦痛」のような「損害」は直接には相関関係論の考慮要素に含まれないが、性同一性障害であること及びその治療を理由とした本件拒否がこのような「損害」をもたらすことは侵害行為の態様に関わり、そのために、違法性の認定で考慮されたと思われる。

²⁶ 勝山・前掲注(2)11頁参照。

²⁷ 大阪地判2017(平成29)年8月25日判時2368号23頁。