

教育現場におけるトランスジェンダーの権利保障

岡田高嘉

I はじめに

近年、性的マイノリティの権利保障をめぐる議論が活発化している。とりわけ、トランスジェンダーの権利保障が急速に注目を集めている。「トランスジェンダー」という言葉の意味は諸説あるが、一般的には、「出生時に割り当てられた性別（生物学的性）と性自認が異なる人々」と定義しうる。トランスジェンダーは、本人が自己認識する性別であるところの「性自認」（心の性）と、生まれ持った外性器や内性器が示す「身体の性」とが一致せず、「性別違和」（Gender Dysphoria）を抱える人々のことである。

他方、「性同一性障害」（Gender Identity Disorder）は、医療用語としての診断名であり、自らが感じている性別違和を治療の対象であると自覚し、精神科や泌尿器科、婦人科などによる治療的処置を受ける場合に用いられるのであり、トランスジェンダーとは別概念である。¹ トランスジェンダーであることと、性同一性障害であることとは、必ずしも一致しない。

性別違和を抱えているからといって、本人が必ずしも性別適合手術を経た性別の移行（変更）を望んだり、反対の性としての完全なメンバーシップを求めるとは限らない。トランスジェンダーという言葉は、性の多様性を前提にした柔軟な概念であり、本稿ではおおまかに「外見、言動及びその他の個人的特徴が伝統的な性別規範に適合しない人々」と定義しておきたい。²

さて、性的マイノリティをめぐる問題の中心は、長年、性的指向をめぐる問題であった。近年は特に同性婚の是非に焦点が当たっていた。現在では、欧米諸国を中心に、多くの国々で同性婚が認められるに至っている。アジアでは台湾が2017年5月に司法府の判断により同性婚への道を切り開いた。³ 同性愛者の権利保障が世界的に進む一方で、今日、同じく性的マイノリティであるトランスジェンダーの権利保障、すなわちその「性自認の尊重」が大きな課題となっている。とりわけ、男女別の集団行動が求められることの多い学校教育の現場においては、喫緊の課題であるといえる。トランスジェンダーにとって、自認する性別と異なる性別のトイレや更衣室、制服の使用が求められたり、運動会などの定例行事で自認する性別と異なる性別の役割を担わされたりすることは、多大な精神的苦痛を伴うことが多い。⁴ これらは、個人の人格や尊厳にかかわる重大な問題である。本

¹ この点、わが国の「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」によると、「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」（2条）としている。

² Taylor Flinn, *Transforming the Debate: Why We Need to Include Transgender Rights in the Struggles for Sex and Sexual Orientation Equality*, 101 COLUM. L. REV. 392, 392 (2001).

³ 台湾民法の婚姻に関する規定が同性カップルの婚姻を認めていないことにつき、2017年5月24日、司法院大法官が憲法22条の婚姻の自由及び同法7条の平等原則に違反すると宣告した。蔡秀卿「台湾でアジア初の同性婚の法的保障へ」法学セミナー753号（2017年）1頁参照。

⁴ 中川重徳・横山佳枝・熊澤美帆「LGBTと子ども—教育現場における問題点」法学セミナー753号（2017年）35頁。

稿では、アメリカの教育現場におけるトランスジェンダーの権利保障をめぐる議論を考察し、わが国の問題を考える上での手がかりとしたい。⁵

II トランスジェンダーに対する法的保護

1 教育改正法第9編

アメリカの連邦法である教育改正法第9編は、合衆国政府が財政支援を行うあらゆる教育活動における性差別を禁止する。同法は、元来、学校教育上の運動プログラムにおける男女平等の実現のために制定されたが、現在ではあらゆる教育プログラムにおける性差別の禁止を規定している。関連する条文は、以下のとおり規定する。

「合衆国のいかなる者も、性別を理由に、合衆国政府の助成金を受けるあらゆる教育プログラム又は活動に関して、その参加を排除され、利益を否定され、又は差別されない。」⁶

教育省公民権室（Department of Education Office for Civil Rights：OCR）は、教育改正法第9編の執行を担当する行政機関であるが、当該条文に関連して行政規則（行政解釈）を定めている。これによると、助成金を受けるあらゆる教育機関は、いかなる個人に対しても、性別を理由に、①援助、便宜又はサービスを拒んではならないこと、②援助、便宜又はサービスの提供に関する資格要件を満たしているか否かの決定に際して、異なる扱いをしてはならないこと、③異なる援助、便宜又はサービスを提供したり、異なる方法によって援助、便宜又はサービスを提供してはならないこと、④異なる別々の行動規範に従わせてはならないこと、⑤その他いかなる権利、特典又は機会の享受も制約してならないこと、が義務づけられる。⁷

さて、教育現場におけるトランスジェンダーの権利保障にとって、2つの重要な問題がある。第1に、教育改正法第9編及び関連する行政規則における「性別」（sex）の意味には、トランスジェンダーが含まれるのであろうか。つまり、「性別」の文言を、たとえば「トランスジェンダーであること」又は「性自認」を含めるよう解釈し、それを理由とする差別を禁止する趣旨であると理解することができるのであろうか。第2に、もしそのような解釈が可能であるならば、性差別禁止規定は、学校当局に対して、生徒の「性自認の尊重」まで求めるものであるのか。つまり、学校当局は、当該生徒がその性自認ゆえに暴力や中傷などを受けないよう対処することは当然のこととして、さらに①性自認に適合的な服装をすること、②自認する性別のトイレ及び更衣室を利用すること、③出生証明書記載の名前ではなく、本人が望む名前（通称名）を使用することの容認が求められるのであろうか。

2 公民権法第7編との類似性

教育改正法第9編上の保護がトランスジェンダーにも及ぶか否かに関して、同法で用いられている「性別」は、公民権法第7編で用いられている「性別」と同義であるとする議論がある。公民権

⁵ トランスジェンダーをめぐるのは、教育の文脈以外にも様々な法的課題がある。清水皓貴・鈴木朋絵「トランスジェンダーをめぐる法的問題」法学セミナー 753号（2017年）31頁、谷口洋幸「性自認と人権—性同一性障害者特例法の批判的考察」法学セミナー 753号（2017年）51頁参照。

⁶ Title IX of the Education Amendment of 1972, 20 U.S.C. § 1681(a).

⁷ 34 C.F.R. § 106.31(b).

法第7編は、人種、肌の色、性別、出身地及び信条を理由とする「雇用上の差別」から被用者を保護している。⁸

トランスジェンダーに対する差別が公民権法第7編の性差別禁止に抵触するか否かについては、かつてはそれを否定する裁判所が多かった。その理由は大きく分けて2つあった。第1に、性別の伝統的かつ平易な意味は、男性と女性の違いのことであり、⁹ そうすると、公民権法第7編は、①女性であることを理由とする女性に対する差別、②男性であることを理由とする男性に対する差別のみを禁止している。¹⁰ 第2に、合衆国議会は、公民権法第7編の制定に際し、トランスジェンダーを保護する意図はなかった。¹¹

しかし、これらの論拠は、合衆国最高裁のPrice Waterhouse v. Hopkinsによって、事実上覆された。¹² この事件で原告Hopkinsは、自分が「女性であること」それ自体ではなく、「女性らしくない」という理由によって、会社から昇進の機会を奪われたと主張した。被告Price Waterhouse社は、女性を昇進させていたが、Hopkinsについては、女性らしさに欠け、攻撃的 (aggressive) で男性的 (macho)、そして言葉遣いが粗野である (foul language) という理由で、昇進させなかった。Hopkinsは会社から「女性らしく歩くように」、「女性らしく話すように」、「女性らしい服装と化粧をするように」、「女性らしく髪を整え、装飾するように」と忠告を受けていた。このように「女性らしくない」という理由による不利益な扱いが、公民権法第7編違反の性差別を構成するか否かが争われた。Price Waterhouse判決の要諦は、以下のとおりである。

- ① 公民権法第7編は、単純な雇用上の男女差別（女性であることを理由とする女性差別など）だけを禁止しているわけではない。
- ② 合衆国議会の意図は、雇用上の決定に際して使用者が「性」を考慮することを禁止する趣旨であるから、Hopkinsの主張は認められる。
- ③ 公民権法第7編は、雇用上の決定において「性」は無関係であるべきことを求めている。
- ④ 「女性はかくあるべし」という性別規範（性的固定観念）に基づいた判断は、まさに「性」に基づく判断であるから、公民権法第7編に違反する。

以上のとおり、Price Waterhouse判決は、公民権法第7編の性差別禁止規定が、男女の違いを理由とする差別にとどまらず、社会的に作り上げられた「男性像・女性像」、すなわち性別規範又は性的固定観念に適合しないことを理由とする差別も禁止する趣旨であると判示した。この判決に依拠して、現在多くの裁判所は、トランスジェンダーに対する差別は、性別規範の押しつけであるから、公民権法第7編で禁止される違法な性差別にあたりと判示している。¹³

このような近年の裁判例の傾向を受けて、2012年、公民権法第7編の執行を担当する公正雇用機会均等委員会 (Equal Employment Opportunity Commission : EEOC) は、トランスジェンダーに

⁸ Title VII of Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. § 2000e-2(a).

⁹ Holloway v. Arthur Andersen & Co., 566 F.2d 659, 662-63 (9th Cir. 1977).

¹⁰ Ulane v. E. Airlines, Inc., 742 F.2d 1081, 1085 (7th Cir.1984).

¹¹ Sommers v. Budget Mktg., Inc., 667 F.2d 748, 750 (8th Cir.1982).

¹² Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989).

¹³ Smith v. City of Salem, 378 F.3d 566, 574-75 (6th Cir. 2004); Barnes v. City of Cincinnati, 401 F.3d 729, 737 (6th Cir. 2005); Schwenk v. Hartford, 204 F.3d 1187,1201-02 (9th Cir. 2000); Glenn v. Brumby, 663 F.3d 1317 (2011).

対する雇用上の差別は公民権法第7編に抵触する性差別にあたるとの立場を明確にした。¹⁴ その後、雇用以外の他の分野において性差別禁止を定める種々の法についても、その執行を担当する行政機関の多くがEEOCの解釈に続いた。2014年には、教育省も、教育改正法第9編上の性差別禁止は、性自認を理由とする差別や、男らしさ・女らしさといった性別規範に適合しないことを理由とする差別にも及び、同省公民権室がそのような差別の申立てを受理し、調査することを明らかにした。¹⁵ また同年、当時のオバマ大統領が、政府雇用及び政府契約の文脈において、性自認を理由とする差別を禁止する大統領命令に署名した点も注目される。¹⁶

3 性別規範の押しつけ (Gender Stereotyping) 禁止論

トランスジェンダーは、伝統的な性別規範又は性的固定観念を打ち破る、又は超越する存在である。そうであるがゆえに、トランスジェンダーと呼ばれる。その外観及び言動は、伝統的な性別規範に適合しない。Price Waterhouse判決が示す「性別規範の押しつけ禁止論」は、「男は男らしくかくあるべし」又は「女は女らしくかくあるべし」という性別規範の押しつけを問題視して、それに反する生き方をしているからといって、当該個人を不利益に扱うべきではないとする考え方である。このような考え方の下、たとえば、公民権法第7編の雇用差別の事件では、トランスジェンダーであるという理由で解雇する措置は、同法に反する性差別として許されないことになる。

では、トランスジェンダーが、その自認する性別のトイレや更衣室の利用を求めた場合、どう対応すべきであろうか。そのような利用を認めないと、これも法が禁じる性差別に該当するのであるか。性別規範押しつけ禁止論の下では、たとえば生物学的には男性である被用者が化粧をしたり、女性のように振舞うのは自由であり、このような性別規範に挑戦する行為を理由として、もし解雇がなされるとすれば、それは性別規範の押しつけで違法となる。では、生物学的性に従ったトイレの利用を求めることが、性別規範の押しつけとなるのであろうか。あるいは、自認する性別のトイレの利用を求めることは、既存の性別規範への挑戦を意味するのであろうか。この点、生物学的性に基づくトイレの利用を求め、性自認に基づく利用を認めない措置は、性別規範の押しつけではなく、単にトイレは性別によって男女別々に利用するという確立した一般原則に従うよう求めているに過ぎないとも解される。

Johnston v. Univ. of Pittsburgh of Com. Systemは、生物学的には女性であるが男性としての性自認を持つ原告Johnstonが、大学キャンパス内の男性用トイレや更衣室の利用が認められず、無断で使用し続けた結果、除籍処分を受けたため、大学の対応を性差別であるとして争った事件である。¹⁷ ここで合衆国地方裁判所は、大要以下のように判示して、Johnstonによる差別の主張を退けている。¹⁸

¹⁴ Macy v. Dep't of Justice, EEOC Appeal No. 0120120821, 2012 WL 1435995, (EEOC April 20, 2012).

¹⁵ Office for Civil Rights, U.S. Dep't of Educ., Questions and Answers on Title IX and Sexual Violence (Apr. 29, 2014).

¹⁶ Exec. Order No. 13,672, 79 Fed. Reg. 42,971 (July 21, 2014).

¹⁷ Johnston v. Univ. of Pittsburgh of Com. System, 97 F.Supp.3d 657 (2015).

¹⁸ 本判決を受け、原告は上訴したが、途中で和解に至った。大学は性自認に基づいた施設の利用を認めるべく学則を改正し、今日では、教職員及び学生の自認する性別によるトイレ利用を歓迎するとしている。また、トランスジェンダー学生の「性限定的な場所」(gender-specific space) へのアクセスに関して、引き続き最善の方法を実施するために対策本部を設置している。Dominic Holden, *Transgender Student Settles Locker Room Case With University Of Pittsburgh*, BuzzFeed.com (March 29, 2016), <http://www.buzzfeed.com/dominicholden/transgender-student-settles-locker-room-case-with-university#.tfnxJZ1100>.

- ① Johnstonは、自分が男性として在学し、その服装、言葉遣いその他男性としての振る舞いを理由に、又は女性らしい服装、振る舞い、言葉遣いをしないことを理由に、大学から差別や嫌がらせを受けたと主張していない。Johnstonの主張は、トイレや更衣室の利用に関して、自分の性自認に基づいた利用を大学が認めなかったという点に尽きる。このような主張は、性的規範押しつけ禁止論の下で、差別を主張するには不十分である。
- ② Johnstonは、トイレや更衣室等の利用を除き、あらゆる局面において、男性としての性自認に従って学生生活を送ることについて、大学は理解を示してくれたと述べている。また、Johnstonは、男性専用のウェートトレーニングコースに参加することも認められていた。大学は男性名への名前の変更も認めた。大学はその他のあらゆる局面でJohnstonの性自認を尊重し、男性として取り扱ってきた。
- ③ 大学は、単純にJohnstonの出生時の性別に従って分類し、当該分類に基づき、男性専用施設に入室することを禁止したに過ぎない。その理由は、トイレと更衣室は性別に従って利用するという制度を実施し、それを守るためである。差別というJohnstonの主張は、その自認する性別でのトイレ及び更衣室の利用が認められなかったという点に尽きる。このような主張は、性別規範が押しつけられたという主張ではない。

学校教育の文脈では、中傷や暴行から自由であること以外、トランスジェンダーにとって特に重要な問題として、たとえば①通称名の承認、②トイレや更衣室の利用、③服装規定などがある。

仮に性別規範の押しつけだけが問題なのであれば、学校当局は、生徒や教職員による嫌がらせに対応することが求められる一方で、その他の問題に対応することは求められないことにならないか。学校は、いじめや嫌がらせからトランスジェンダーの生徒を保護する責任はあると主張するが、その他の性自認の軽視、すなわち通称名の使用や、自認する性別のトイレや更衣室の使用について対応する義務がないと主張することも可能である。

4 教育改正法第9編の行政解釈

教育改正法第9編の執行を担当する教育省公民権室及び司法省は、教育現場におけるトランスジェンダーに対する差別は、同法に反する違法な性差別であると一般的に解している。しかし、上述のとおり、トランスジェンダーに対する差別は、本人の性自認が軽視され、その性として十全に取り扱われないという問題を含む。この点、教育省公民権室及び司法省は、学校が男女別のトイレを用意している中で、トランスジェンダーであることを理由に、当該生徒が自認する性別のトイレを利用させない場合、そのような扱いは、教育改正法第9編の下で違法な性差別となる、とする解釈を示していた点が注目される。¹⁹

このような行政解釈に全面的に敬讓を示し、トランスジェンダーに対してその自認する性別のトイレの利用を認めない措置は、教育改正法第9編に違反すると判示した裁判所も存在する。G.G. v. Gloucester County School Boardは、教育委員会が、生徒のトイレの利用に関して、その生物学的性と一致する利用に限定する方針を打ち出し、これに対して、生物学的には女性であるが男性の性

¹⁹ Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Plaintiff-Appellant and Urging Reversal, G.G. v. Gloucester City Sch. Bd., No. 15-2056, at 8 (4th Cir. Oct. 28, 2015), available at <https://www.justice.gov/crt/file/788971/download>.

自認を持つ原告Gavin Grimm(G.G.)が当該方針の違法性を争った事件である。合衆国地方裁判所は、当該方針は教育改正法第9編に抵触しないとしたが、第4巡回区合衆国控訴裁判所がこれを覆し、行政解釈に敬讓を示しつつ、当該方針は違法であると結論づけた。²⁰

さらに、2016年5月13日に教育省公民権室及び司法省が共同で発した「同僚（教育機関関係者）への書簡」(Dear Colleague Letter)は、あらゆる場面において、トランスジェンダーの生徒がその自認する性別として取り扱われるべきであることを明確にし、法令遵守のための指針をすべての学校区に示した。²¹ この書簡によると、学校当局は、①生徒（又はその年齢によってはその保護者）から、自身がトランスジェンダーである旨の申告があった場合、学校は当該生徒に対して、診断書などの証拠書類の提示を求めることなく、その自認する性別として取り扱わなければならないこと、②あらゆる差別行為に対して救済を与えなければならないこと、③本人が望む名前を使用しなければならないこと、④本人の自認する性別で、男女別の活動への参加及び男女別の施設の利用が認められなければならないこと、⑤本人のプライバシー情報を保護すること、が求められる。

ところが、オバマ政権時のこの書簡に関しては、2017年2月22日、トランプ政権が明確に撤回を表明した。撤回の主な理由は、①教育改正法第9編上の性差別の禁止が、性自認に基づく男女別施設の利用を求める趣旨であるか否かにつき、十分な法的分析がなされておらず、裁判所の判断も分かれていること、②教育現場におけるトランスジェンダーの取扱いについては、各州レベルで判断されるべきであること、すなわち当該地域の住民（生徒、保護者及び教育関係者など）が主体となって決めるべき事柄であること、という点にある。

なお、合衆国最高裁は、2016-2017年開廷期において、上述の第4巡回区合衆国控訴裁判所の判断を審理する予定であった（口頭弁論の予定期日は2017年3月28日）。しかし、トランプ政権が書簡を2017年2月22日に撤回したため、合衆国最高裁は、同年3月6日、この事実を前提に再度審理を尽くすように第4巡回区合衆国控訴裁判所に事件を差し戻した。

G.G.は、2017年6月に高校を卒業し、現在、暫定的差止命令の請求を取り下げた上で（同年8月11日）、名目的損害賠償及び宣言的判決（教育改正法第9編及び平等保護条項違反）を求めて、合衆国地方裁判所に修正訴状を提出した。またこの訴訟では、卒業生としての活動で学校を訪れた際に、男子トイレの利用が拒絶されないよう、関連する校則の執行の終局的差止命令を求めている。

5 障害を有するアメリカ人法 (Americans with Disabilities Act of 1990 - ADA)

「障害を有するアメリカ人法」(ADA)は、雇用、州・地方自治体の公共サービス、公衆施設における障害者差別を禁止する連邦法である。²² ADAが保護の対象とする「障害」とは、主として「個人の1つ又は複数の主要な生活活動を実質的に制約する身体的又は精神的な機能障害」を指す。²³ 「性同一性障害」がADAで保護される「障害」であれば、トランスジェンダーはその保護を受けることが可能となる。しかし、ADAは適用除外を定めており、そこで性同一性障害は服装倒錯、性転換、

²⁰ 822 F.3d 709, 720 (4th Cir.), cert. granted in part, 137 S. Ct. 369, 196 L. Ed. 2d 283 (2016), and vacated and remanded, 137 S. Ct. 1239, 197 L. Ed. 2d 460 (2017).

²¹ Dear Colleague Letter on Transgender Student jointly issued by the Civil Rights Division of the Department of Justice and the Department of Education dated May 13, 2016.

²² 42 U.S.C. § 12101.

²³ 42 U.S.C. § 12102(1)(A).

小児性愛、露出症、窃視症などと並んで、同法で保護される「障害」に該当しないとされている。²⁴つまり、性同一性障害は、ADAによる保護の対象外とされている。

しかし、近年、Blatt v. Cabela's Retail, Inc.がADAの適用を認める判断を示し、注目を集めている。²⁵ 本件は雇用差別の事件である。原告Blattは生物学的には男性であるが女性の性自認を持ち、2005年10月に性同一性障害と診断され、実生活上で様々な障壁に直面していた。Blattは、被告Cabela's社に2006年9月に採用され、就労時に①女性用の制服の着用、②女性名の名札の着用、③女性用トイレの利用が認められるよう配慮を求めたが、これらの要求はすべて拒否され、最終的に解雇された。これに対して、Cabela's社の対応は公民権法第7編及びADAに違反するとして訴訟が提起されたわけであるが、その際、仮にADAの保護が「主要な生活活動を実質的に制約する」性同一性障害を有する者に及ばないとすれば、それは不当な差別であり、平等保護条項に違反することも主張された。合衆国地方裁判所は、以下のように合憲限定解釈を行い、本件でADAの適用を認めた。

- ① ADAの適用が除外される「性同一性障害」とは、異なる性別として自認しているだけの状態を意味すると限定的に解釈することが可能である。
- ② そのような状態を超えて、重大な心的ストレスを課し、他者との交流、生殖、社会・職業上の諸活動を実質的に制約する性別違和の症状は、ここにいう「性同一性障害」にあらず、よってADAの適用は除外されない。

合衆国地方裁判所は、ADAが明文で「性同一性障害」を適用対象から除外しているにもかかわらず、その「性同一性障害」の概念を大幅に縮小解釈し、主要な生活活動を実質的に制約する性別違和症状については、ここで規定される「性同一性障害」に該当せず、ADAが適用されると結論づけた。この判決は、事実上、ADAが性同一性障害に適用されると判示するものである。ADAは、障害者に対して、「合理的配慮を行わないこと」や、「差別的効果を有するもの」も差別であると位置づけ、それらを禁止している。²⁶ したがって、①トランスジェンダーに対して自認する性別のトイレや更衣室の利用を認めないことが「合理的配慮」に欠けること、②トイレと更衣室は生物学的性に従って利用するという制度がトランスジェンダーに対して「差別的効果」を發揮していることが問題とされうる。ADAが性同一性障害に適用されるとすれば、トランスジェンダーに対する権利保障はより手厚いものとなる。

Ⅲ トランスジェンダーに対する憲法上の保護

トランスジェンダーに対する性的規範の押しつけは、教育改正法第9編に違反することになる。しかし、同法によって、自認する性別のトイレ及び更衣室を利用することが認められるか否かは判然としない。では、これらの問題を憲法上の問題として構成することは可能であろうか。公立学校及び公立大学などの公的機関によるトランスジェンダー差別は、教育改正法第9編違反の問題と同

²⁴ 42 U.S.C. § 12211.

²⁵ Blatt v. Cabela's Retail, Inc., No. 5:14-CV-04822, 2017 WL 2178123 (E.D. Pa. May 18, 2017).

²⁶ 42 U.S.C. § 12112(b).

時に、憲法問題も惹起する。また、個人の人格的生存が関わっている問題については、実定法レベルでの解釈や利益衡量に指針を与える意味でも、憲法上の権利の問題として構成しておかなければならない。²⁷

教育改正法第9編と合衆国憲法に基づく訴訟には次のような違いがある。第1に、両者は射程範囲が異なる。教育改正法第9編の射程範囲は、合衆国政府の助成を受ける機関及びプログラムに限られ、²⁸ そこには非公的機関が含まれる。²⁹ しかし、学校関係者、教職員及びその他の個人に対する訴訟はなしえないと解されている。他方、合衆国憲法の射程範囲は州その他の公的機関の行為に限定されるが、憲法訴訟は公的機関だけでなく、それに属する個人に対してもなしうると解される。³⁰

第2に、両者は違反の効果が異なる。教育改正法第9編違反とされた場合、当該差別行為は今後禁止されることになるが、理論上は合衆国政府からの助成金の喪失を甘受して、これに従わないことも一応は可能である。他方、憲法違反とされた行為は無効であるから、今後それを採用し続けることは原則として不可能となる。

1 平等保護

トランスジェンダーに対する差別事件で、平等保護条項違反が主張された場合、裁判所は当該差別行為に対していかなる審査基準を適用するべきであろうか。これは、トランスジェンダーに対する差別を性差別と捉えるか否かに関わる問題である。Glenn v. Brumbyは雇用差別（解雇）の事件であるが、ここで第11巡回区合衆国控訴裁判所は性差別と捉えて中間審査基準を適用している。³¹ この事件では、ジョージア州法制審議会事務局（Georgia General Assembly's Office of Legislative Counsel-OLC）の局長であるBrumbyが、Glennをトランスジェンダー（生物学的には男性、性自認が女性）であることを理由に解雇したことが、平等保護条項に違反する性差別にあたるか否かが争われた。判決の要諦は以下のとおりである。

- ① 男のように振舞わない男であるという観念に基づく差別は、性差別にあたる。あらゆる者は、トランスジェンダーであるか否かに関係なく、性別規範を理由とする差別から保護される。人は性別規範への挑戦を理由に懲罰されることはない。
- ② これらの保護がトランスジェンダーに否定されることはない。差別の性質は同じである。トランスジェンダーであることを理由とする差別は、性差別の1つの形式であり、これには平等保護条項の下でより厳格な審査（中間審査基準）が相当である。
- ③ 本件では、解雇決定が十分に重要な政府の目的と実質的に関連しているか否かが審査される。この証明責任は厳格であり、州政府が負うことになる。この責任は、訴訟に対応した「後付け」（post hoc）の仮定的又は創作的な理由に依拠することでは、到底果たすことができない。
- ④ 州政府は、女性職員がGlennの女子トイレの利用に反対し、仮にそれを認めた場合に訴訟を

²⁷ 志田陽子「LGBTの自律・平等・尊厳—なぜ憲法問題なのか」法学セミナー 753号（2017年）60頁。

²⁸ 20 U.S.C. § 1681(a).

²⁹ 20 U.S.C. § 1681(c).

³⁰ 42 U.S.C. § 1983.

³¹ Glenn v. Brumby, 663 F.3d 1312 (2011).

起こすかもしれないという懸念を挙げて、解雇の正当化を試みている。しかし、このような仮定的な正当化は、合理性の審査基準を通過するにはあるいは十分なかもしれないが、本件で適用される審査基準の下では全くもって不十分である。州政府は、性別規範に順応しないGlennを解雇することで達成される「重要な政府の目的」を何ら示していない。

Glenn判決は、差別的な解雇の合憲性が争われた事例であり、自認する性別のトイレを利用する権利が問題となったわけではない。本判決は性別規範に適合しないことを理由とする解雇は憲法違反であると判示した。他方、生物学的性と一致したトイレの利用を求めることは、上述のとおり、性別規範の押しつけの問題ではないとも解される。また、男女共用の個室式トイレを提供する場合は、そもそも差別の問題になりえないという主張もある。つまり、この場合、すべての者に2つの選択肢がある。男女に関係なく、すべての者は、自身の生物学的性と結びつくトイレを利用できる。もし、自身の生物学的性と結びつくトイレを利用しない場合、男女共用の個室式トイレを利用できる。いかなる者も反対の性別のトイレを利用することは認められない。結果として、トランスジェンダーを含む、すべての者は、同じように扱われているというわけである。³²

しかし、トランスジェンダーに対して、通常の男女別のトイレではなく、男女共用トイレ又は障害者用のトイレの利用を強制することは、当人をその組織の中で「異質な存在」として位置づけることになり、このような排除は、屈辱的なスティグマ、すなわち劣等のメッセージ効果となり、自尊心を傷つける差別であるという主張もある。³³ 仮にこれを性差別と位置づけると、中間審査基準が適用されることになる。州政府側は、自認する性別でのトイレの利用を認めない措置が、十分に重要な政府の目的を達成するための手段であり、目的と手段との間には実質的な関連性があることを証明する必要がある。政府の重要な目的としては、他者のプライバシーや安全を保護するという目的が想定しうる。このような目的と、性自認と一致するトイレの利用を禁止する措置との間の実質的関連性が問われることになる。

2 プライバシー権

(1) 消極的側面

自認する性別として取扱う条件として、学校側が本人に診断書などトランスジェンダーであることの情報記録の提示を求めることは、憲法上のプライバシー権を侵害する可能性がある。また詮索的な質問を行うことも同様である。判例は、個人的な事柄に関する情報の開示を強制されない権利として、情報プライバシー権（自己情報コントロール権）を認めていると考えられる。³⁴

(2) 積極的側面

「家庭教育とプライバシーに関する法」(Family Educational Rights and Privacy Act-FERPA)は、教育省が管轄するプログラムの下で助成金を受けるあらゆる教育機関に適用される。³⁵ 同法は、生徒のセンシティブ情報を保護するだけでなく、生徒又は元生徒に対して、学校教育上の記録が不

³² G.G. v. Gloucester County School Board, 822 F.3d 709, 733 (4th Cir.).

³³ *Id.* at 716-717.

³⁴ Whalen v. Roe, 429 U.S. 589 (1977).

³⁵ 20 U.S.C. § 1232g.

正確で誤解を招きかねないものであったり、プライバシーを侵害するものである場合、その修正・削除を求める権利を認めている。³⁶ 教育記録上の名前や性別記載を変更したいと望むトランスジェンダーは、同法の下でそのような修正要求が可能であると解される。³⁷ 保護者及び本人（18歳以上又は高等教育機関に通う者）は聴聞を受け、そこで当該記録が不正確で誤解を与えないように、又はプライバシーを侵害しないように、その内容を争うことができる。³⁸

この修正要求は学校卒業の後でも可能である。大学入試や就職に際して、正しい名前と性別のみが認識されるように、初等中等教育の記録の修正を求める利益があるとされる。³⁹

3 性自認の自己表現

トランスジェンダーは、服装規定に関係なく、自認する性別の服装をする自由など、性自認を表現するという第1修正の権利を有すると考えられる。判例においても、身なりにおける一般的な自由は認められている。⁴⁰ 学校教育の文脈においては、第1修正の権利が、男子生徒が望む髪型（長髪）をする権利を保護するために認められた事件がある。⁴¹ そして、マサチューセッツ州上位裁判所（Superior Court）は、15歳のトランスジェンダーの生徒に対して、女性としての性自認に適した服装をする権利を認めている。⁴² 同裁判所は、①原告が女性の性自認に適合的な身なりをすることで、自分が女性であるという自己認識を表現していること、②服装を通じて自分自身及び自身の性自認を表現することは、自身の健康で幸福な生活を営む上で必要不可欠であったこと、③原告の表現は、単なる個人的な選好にとどまらず、彼女にとって欠くことのできない、まさにアイデンティティの象徴であったと判示した。

さらに、教育環境の悪化を主張する学校側の主張に対しては、服装規制がなければ学校運営を相当かつ実質的に妨げるがゆえに、当該規制が必要不可欠であることを立証しなければならないと判示した。他の生徒の否定的な反応は、ここでいう「妨げ」には含まれない。つまり原告生徒の行動だけが問題とされる。そうでなければ、彼女の性自認に基づく表現に反対する者に拒否権（heckler's veto）が与えられることになる。したがって、原告自身の言動が秩序の維持にとって妨げとなる場合に限り、規制が許されることになる。

4 州政府の対抗利益

学校教育の文脈において、以上のような憲法上の権利を制約しうる対抗利益として想定しうるのは、①教育環境や秩序の維持、②他の生徒のプライバシー権、そして③身体的安全の利益であろう。

(1) 教育環境・秩序の維持

トランスジェンダーは、服装規定に関して、性自認を表現するという第1修正の権利を主張し、裁判においては相当な司法審査基準として厳格審査を要求することができる。そして、政府の利益

³⁶ 34 C.F.R. § 99.7(a)(2)(ii).

³⁷ National Education Association, LEGAL GUIDANCE ON TRANSGENDER STUDENTS' RIGHTS, at 20 (2016).

³⁸ 34 C.F.R. § 99.7(a)(2)(ii), 99.21.

³⁹ National Education Association, *Supra* note 37 at 20.

⁴⁰ Kelly v. Johnson, 425 U.S.238, 244.

⁴¹ Richards v. Thurston, 424 F.2d 1281, 1285(1st Cir.1970).

⁴² Doe v. Yunits, No.001060A.2000WL 33162199, at 6 (Mass. Super. Oct. 11, 2000).

がやむにやまれぬ利益で、当該学則等がその利益の達成に向けて綿密に仕立てられたものであるか否かを問うことができる。

秩序維持という利益に基づく規制を第1修正との関係で見ると、学校当局は、単に論争の懸念があるというのではなく、学校教育の運営上相当な支障が出るという説得力ある証明を行わない限りは、その主張は通用しないものと思われる。⁴³ この点は、ベトナム戦争に反対する意思表示として生徒が黒腕章を着用することを禁じた教育委員会規則の合憲性が問題となったTinker v. Des Moines Community School Districtで示されたルールが参考になろう。Tinker判決では、「教室での学習を著しく妨害したり、実質的な混乱を招いたり、他人の権利を侵害しない限り」は、第1修正の権利は保障されるべきであるとする。⁴⁴

(2) 他者のプライバシーの権利

自認する性別のトイレや更衣室の利用が認めがたい最大の理由は、他の利用者のプライバシー権や安全を脅かすというものである。以下のような主張が想定しうる。⁴⁵

- ① 性別に基づいてトイレや更衣室、シャワー室を分けることは、男性と女性の身体的な違いから生じるプライバシーと安全上の懸念に対処するためであり、あらゆる社会で常識的かつ普遍的に受け入れられてきた。
- ② 個人は、自分の身体の全部又は一部その他デリケートな部分が反対の性別の人間に晒されないという、身体的プライバシーに関する正当かつ重要な利益を有する。そのようなプライバシーは人間性や尊厳を守るために欠かせない。
- ③ 生物学的性に基づいてトイレ等を分けることは、重要なプライバシーの利益を保護することに貢献する。学校には、生徒が用を足したり、着替えたり、そしてシャワーを浴びる際には、反対の性別の者がいない中で、それらの行為がなしうることを確保する責任がある。心身ともに成長段階にある青少年の場合は、特に学校側の責任は重大である。

以上の他の利用者のプライバシー保護という利益について、一般的に裁判所は、トイレや更衣室におけるトランスジェンダーの存在それ自体が、自動的に他の利用者のプライバシーを侵害するという議論を退けている。たとえば、Cruzan v. Special School District No.1は、トランスジェンダーに女子更衣室の利用を認めるという使用者の措置により、ある女性被用者がセクシャルハラスメントを受けたとして、当該使用者を訴えた事件であるが、裁判所はこの措置がセクシャルハラスメントや性差別を構成しないと判断している。⁴⁶ 原告Cruzanの主張は、トランスジェンダーであるDavisが女性用トイレにいたというだけのことであり、Davisがそこで何らかの不適切な行動に出たとは主張していない。裁判所は、合理的な人間であれば、単にDavisが女子トイレを利用しただけで、就労環境が悪化したとは感じていないであろうと結論づけた。

⁴³ Jillian T. Weiss, *Protecting Transgender Students : Application of Title IX to Gender Identity or Expression and the Constitutional Right to Gender Autonomy*, Wisconsin Journal of Law, Gender & Society Vol. 28:3, 343 (2014).

⁴⁴ Tinker v. Des Moines Community School District, 393 U.S. 503,509 (1969).

⁴⁵ G.G. v. Gloucester County School Board, 822 F.3d 709, 734-736 (4th Cir.).

⁴⁶ Cruzan v. Special School District No.1, 294 F.3d 981 (D. Minn. 2002).

この事件は、使用者がトランスジェンダーにその自認する性別のトイレ利用を認めたことに対して、女性被用者がその違法性を争ったものである。裁判所は女性被用者の権利侵害の訴えを棄却したが、自認する性別のトイレの利用を権利として認めているわけではない。つまり、使用者が任意でトランスジェンダーに対してその自認する性別のトイレ利用を認めることは、法的に問題ないとするにとどまる。しかし、トランスジェンダーにその自認する性別のトイレ利用を認めても、直ちに他の利用者のプライバシーの権利等を侵害するわけではないとしている点は重要である。というのも、他の利用者のプライバシー侵害の問題が発生しないのであれば、プライバシー保護を目的として、トランスジェンダーにその自認する性別のトイレ利用を制限することは説得力を欠くからである。目的と手段との実質的関連性が問われる場合、この点は注目される必要がある。

(3) 身体的安全の利益

自認する性別のトイレや更衣室の利用を制限することに関して、それが性犯罪を防ぐという点において、身体的安全の利益に仕えたと主張されている。性的暴行は犯罪であるが、そのような犯罪を行おうとする者（性犯罪者）が、トランスジェンダーの権利を悪用する、又はトランスジェンダーに自認する性別の施設を利用させないことが性的暴行を抑止するという証拠は存在しない。実際、トランスジェンダーの人々に自認する性別の施設利用を認めている大多数の州や自治体において、結果として性的暴行を誘発したという事実はない。⁴⁷ 男子生徒がトランスジェンダーの権利を悪用するという推測も、同様にそれが発生するという証拠が乏しい。

人間にとって最も基本的な生理機能の1つを実践する際に、その性自認が軽視され、本人が望む性別のトイレが利用できないとすれば、それは個人の尊厳を傷つける無慈悲で過酷な取扱いといえる。プライバシーや身体的な安全の保護という抽象的な目的が、これを正当化できるほどに十分重要といえるか、また自認する性別のトイレの利用を禁止する措置が、プライバシーや身体的安全を保護するという目的と実質的に関連しているか、慎重に検討する必要がある。

IV おわりに

トランスジェンダーの権利保障に欠かせない「性自認の尊重」は、わが国の憲法13条の「個人の尊重」及び「幸福追求権」にかかわる重大な課題である。憲法14条の「平等原則」は、「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」による差別を例示列挙しつつ、「不合理な差別」を包括的に禁止する。「性自認」又は「トランスジェンダーであること」を理由とする差別も、合理性がなければ禁止される。学説によれば、列挙事由による差別は、民主主義の理念に照らし、原則として不合理なものであるから、それによる差別が争われた場合は、より厳格な司法審査基準を適用することが妥当である。⁴⁸ したがって、トランスジェンダー差別を「性別」又は「社会的身分」を理由とする差別と位置づけることができれば、より厳格な司法審査基準を導くことが可能となる。この点、アメリカでは、トイレや更衣室の利用に関する問題を含めて、トランスジェンダー差別を性差別の一種と位

⁴⁷ Marcie Bianco, *Statistics Show Exactly How Many Times TransPeople Have Attacked You in Bathrooms*, Mic (Apr. 2, 2015), <http://mic.com/articles/114066/statistics-show-exactly-how-many-times-trans-people-have-attacked-you-in-bathrooms#.VWGDSYcay>.

⁴⁸ 芦部信喜『憲法 [第5版高橋和之補訂]』（岩波書店、2011年）133頁。

置づけて議論することが多い。アメリカの議論状況は、わが国の問題を考える上で参考になる部分が多いが、トイレや更衣室の問題は、差別禁止という憲法14条の観点と同時に、個人の人格や尊厳にかかわる問題であるから、同13条の観点からも考察する必要がある。また、自認する性別に適した服装（制服）の着用は、性自認の自己表現としての「服装の自由」の問題であり、これには憲法13条とともに同21条の「表現の自由」が密接に関係している。トランスジェンダーの問題を考える上で、これらの憲法上の権利は重要である。

アメリカと同様、わが国においても、教育現場におけるトランスジェンダーの権利保障は、喫緊の課題である。文部科学省は2015年にトランスジェンダーの生徒に配慮するよう、都道府県教育委員会などに通知を出した。⁴⁹ さらに、2016年には支援方法を紹介する教員向けの手引も公開した。⁵⁰ これらによると、学校側は、以下の支援が可能であるとされる。

項目	学校における支援の事例
服装	自認する性別の制服・衣服や、体操着の着用を認める
髪型	標準より長い髪型を一定の範囲で認める（戸籍上男性）
更衣室	保健室や多目的トイレ等の利用を認める
トイレ	職員トイレや多目的トイレの利用を認める
呼称の工夫	校内文書（通知表を含む）を児童生徒が希望する呼称で記す 自認する性別として名簿上扱う
授業	体育又は保健体育において別メニューを設定する
水泳	上半身が隠れる水着の着用を認める（戸籍上男性） 補習として別日に実施、又はレポート提出で代替する
運動部の活動	自認する性別に係る活動への参加を認める
修学旅行等	1人部屋の使用を認める 入浴時間をずらす

各々の支援は、医療機関を受診して性同一性障害の診断がなされない場合であっても、可能であるとされる。また、卒業後に法に基づく戸籍上の性別の変更を行った者から卒業証明書等の発行を求められた場合は、戸籍を確認した上で、当該者が不利益を被らないよう適切に対応することを求めている。

トイレや更衣室の利用に関しては、他の生徒やその保護者への配慮の観点から、職員用トイレや保健室の使用が認められるとしている。したがって、自認する性別のトイレや更衣室の利用は、原則認められないとの立場であると考えられる。このように、トランスジェンダーの生徒への配慮と、他の生徒や保護者への配慮との均衡を取りながら、支援を進めることが重要であるとしている。

文部科学省のガイドラインは、憲法13条、14条及び21条などの権利を踏まえて、教育現場におけるトランスジェンダーへの対応が憲法適合的な方向でなされるよう求めるものであり、おおむね適切なものとして評価しうる。わが国では、アメリカと異なり、学校教育の文脈でトランスジェンダー

⁴⁹ 文部科学省「性同一性障害に係る児童生徒に対するきめ細かな対応の実施等について」（2015年4月30日）

⁵⁰ 文部科学省「性同一性障害や性的指向・性自認に係る、児童生徒に対するきめ細かな対応等の実施について（教職員向け）」（2016年4月30日）

のトイレの利用をめぐる訴訟は起こっていない。⁵¹ しかし、自認する性別のトイレの利用を認めず、職員用トイレや多目的トイレ（障害者用トイレ）の利用を強制することについて、それが差別的な取扱いであるとして、アメリカで大きな論争になっている。アメリカでは、カリフォルニア州、ワシントン州、マサチューセッツ州、コネティカット州などにおいて、生徒がその自認する性別のトイレが利用できることを定めるガイドランが自主的に制定されている。⁵² わが国においても、上述の憲法上の権利を踏まえつつ、自認する性別のトイレ利用につき、慎重に検討する必要がある。

⁵¹ 2015年11月13日、経済産業省の職員（戸籍上は男性だが性自認が女性）が、省内の女性トイレの利用が制限されたことに対して、処遇改善と損害賠償を求める訴訟を起こした。経済産業省は、女性の服装や休憩室の使用は認めたものの、女性トイレの使用は原則として許可しなかった。女性トイレの使用を認めない理由について、経済産業省は、①労働安全衛生法の省令で男女別のトイレ設置が定められていること、②女性職員の了解が不可欠だが、少なくとも2人から「抵抗感がある」との声があがったこと、さらに③戸籍上の性別を女性に変えない限り、障害者用トイレを使ってもらい、女性トイレを望む場合は異動ごとに性同一性障害であることを公表して同僚の理解を得るよう求める原則を確認したと説明した。本件は、行政訴訟と国家賠償訴訟からなる。行政訴訟には、行政措置要求の判定の取消しを求める訴訟がある。国家公務員には争議権がなく、その代わりに国家公務員法上、職場の改善を人事院に求めることができる。しかし、今回、人事院がその要求を認めなかったため、処分庁を人事院とした行政訴訟を起こした。さらに、国家賠償訴訟で、トイレの利用制限や上司らの発言が人格権を傷つけたことなどについて損害賠償を求めた。

⁵² National Education Association, *Supra* note 37, at 25.