

トランスジェンダーの職場トイレ使用とセクシュアル・ハラスメント

山崎 文夫

はじめに

- 一 アメリカ判例の状況
- 二 イギリス判例の状況

三 わが国判例の状況

むすび

はじめに

トランスジェンダーの性自認に合った職場トイレ使用とセクシュアル・ハラスメント問題について、わが国では、これを直接規制する法律はなく、判例も二事件三例しかなく、立法・判例の行方も定かではない。本稿は、議論が先行するアメリカ合衆国連邦裁判所とイギリスの判例を素材に、この問題を検討し、わが国判例をめぐる議論に検討の視点を提供しようとするものである。

一 アメリカ判例の状況

バイデン大統領は、大統領就任式の二〇二二年一月二〇日、性自認又は性的指向に基づく差別防止及び取組みに関する大統領命令を発し、第一節・ポリシーで、「子どもたちは、トイレ、ロッカールーム又はスポーツへのアクセスを拒絶されるか否かを心配することなく学ぶことができなければならない。」とした。^①これは、一九七二年教育改正法第九編下の出生性と異なる性自認を持つトランスジェンダー学生の性自認に合った施設等使用に関するものである。命令は、労働者がホモセクシアルやトランスジェンダーであることを理由とする解雇は一九六四年公民権法第七編の禁止する性差別に当たるとするポストトック事件連邦最高裁判決（二〇二〇・六・一五）を受けたものであるが、^②判決は、これらの人々のトイレやロッカールーム・アクセスに関わるものではないことを明記しており、第七編の履行執行機関である雇用機会均等委員（EEOC）のガイダンス文書もそれを確認している。^③

1 トイレ使用とセクシアル・ハラスメント

判例は、トランスジェンダーの性自認トイレ使用はセクシアル・ハラスメントに当たるとの主張に、性自認トイレの通常の使用（normal use）はそれに当たらないと解する。

クルーザン対第一特別学校区事件第八巡回区控訴裁判決（二〇〇二・六・二〇）^④は、ミネソタ州のパブリックスクール女性教師Xが、学校区の関係者協議と異なり、学校区が性自認女性トランスジェンダー（MTF=Male-To-Female）同僚Dに女性トイレ使用を許したことにより、性及び信条に基づく差別を受けたなどと第七編に基づき提訴した事件

である（性別変更に関する二〇〇六年州法制定前。Dは性別適合手術を受けておらず既婚二子）。

判決は、次のように述べた。「敵対的職場環境に基づくセクシュアル・ハラスメントの申立てを証明するため、Xは、とりわけハラスメントが彼女の雇用条件又は特権に影響を及ぼしたことを証明しなければならなかった。ハラスメントは、雇用条件を変更し、かつ濫用的職場環境を創出するほど重大又は蔓延的でなければならぬ。

このことを証明するため、Xは、学校が『差別的な脅迫、愚弄及び侮辱』に満ち満ちていたことを立証しなければならなかった。当裁判所は、状況全体を考慮し、合理的人間が環境を敵対的又は濫用的とみなすか否か検討する。当裁判所は、Xは、Dに女性トイレ使用を許した学校区ポリシーがこのレベルに及ぶ職場環境を創出したことを証明することができなかつたとの地裁判断に同意する。ポリシーはX宛のものではなく、XはDが使用するトイレ以外の多くのトイレに容易にアクセスできた。Xは、Dがただ女性トイレにいたこと以上の不適切な行為をしたとは主張していない。状況全体を考慮し、当裁判所は合理的人間が環境を敵対的又は濫用的とみなさないと結論する。」

ドー対ポイヤータウン地区学校区事件第三控訴裁判決（二〇一八・五・二四）⁵は、教育改正法第九編に基づき、Xらペンシルバニア州のシスジェンダー（身体と性自認が一致する）ハイスクール男女学生四名が、二〇一七年、トランスジェンダー学生（一八歳未満適合手術不可）に性自認に合ったトイレ等使用を認め出生性施設使用は認めない学校区措置の差止を求めたものである⁶。セクシュアル・ハラスメント法理は、第七編と同じである。

判決は、「第九編は『敵対的環境型ハラスメント』の訴因を支持する。かかる申立てが認められるため、Xらは、セクシュアル・ハラスメントが「彼又は彼女」が施設の資源及び機会への平等なアクセスを実際に拒絶されるほど重大、蔓延的又は客観的に敵対的で、かつ『被害者の教育上の経験を害し、損なう』ものであることを証明しなければならぬ。敵対的環境型ハラスメントの申立てを裏付けるため、Xらは、加害行為が彼又は彼女の性のゆえに生じた

と証明しなければならない。」とした。

判決は、「クルーザン判決は、トランスジェンダー個人がトイレにいることは、同人が『単に女性トイレにいたという以外の不適切な行為をした』との証拠がないので敵対的環境を創出しないと判示する。トランスジェンダーの人がトイレにいることは、第七編のハラスメント申立てを裏付けるために要求される『差別的な脅迫、愚弄及び侮辱に満ちた』環境を創出しないのである。当裁判所は（クルーザン事件）第八巡回区控訴裁の判断に同意する。すでに指摘したように、Xらの真の異議はトランスジェンダー学生の存在に對するものであり、彼らの存在が創り出す『環境』に對するものではない。申立ては、トイレで手を洗う又はロッカールームで着替えるだけのトランスジェンダー学生にシスジェンダー学生がハラスメントされる旨の主張を含んでいることは確かである。これは第九編の敵対的環境申立ができる行為ではない。本件地裁は、このことを確認し、この申立てを認容しないと正しく判示した。」とした。

ペアレンツ・フォー・プライバシー対ダラス第二学区事件第九控訴裁判決（二〇一九・七・一一）⁷は、オレゴン州の学生、父母、父母団体が、二〇一七年、性自認男子学生（FTM）に男子トイレ等使用を認める学校区「学生安全プラン」施行を禁止し、同人に出生性施設使用を命じる裁判所命令を求めたものである⁸。

判決は、「当裁判所は、地裁の判断を支持し、出生時に反対の生物学的性を割り当てられたトランスジェンダー個人への又は同人による親密な接触のすべてのリスクを回避するために〔憲法〕修正一四条の基本的プライバシー権が存在するものではないと判示する。すべての学生を等しく取扱うポリシーは、第九編に違反して性に基づいて差別するものではなく、かつプライバシー施設の通常の使用（normal use）は、当人がトランスジェンダーだからといって、提訴可能な第九編のセクシュアル・ハラスメントを構成することはない」とした。

判決は、「Xらの主観的考えを信じるとしても、状況全体において、主張されたハラスメントは、第九編のレベル

に至るほど重大、蔓延的又は客観的に敵対的なものではない。Xらは、トランスジェンダー学生が不適切なコメントをし、Xらを脅迫し、意図的にヌードを見せびらかし、Xらの身体に触つたと主張していない。むしろ、Xらは、ロッカー及びトイレ施設においてトランスジェンダー学生が単に存在したことによりハラスメントを受けたと感じたようである。これでは十分ではない。施設に意図された目的で他の目的なくそれを使用することは、人がトランスジェンダーであるという理由だけでハラスメント行為を構成することはない。」とした。判決は、他控訴裁も同様の立場とする。

2 ハイスクール学生への対応

(1) 学校区ポリシーと裁判所

学校区ポリシーは、思春期末成年学生の精神的不安を考慮し、代替施設が容易に見いだせる学校内で、負担を負うシスジェンダー学生にも配慮して、学校区の裁量の下に策定される。判例もこの認識の下にあり、「裁判所が学校区ポリシーについて合格判断することや、学校区が公教育機関としてどのように義務を果たすことができるかについて判断することは、その役割ではないことを述べておく。裁判所は、学校区ポリシーが第九編やXらの憲法上の権利を侵害するか否かを解決するためにのみ申立てられる」とする（ペアレutz・フォー・プライバシー事件等）。

(2) ホイッタカー事件

ホイッタカー対ケノーシャ第一統合学校区教育委員会事件第七控訴裁判決（二〇一七・五・三〇）^⑨は、ウィスコンシン州のFTM学生Xが、二〇一六年、Xに女子トイレ又はジェンダーニュートラル・トイレのみ使用を認める学校区ポリシーに対し、男子トイレ使用を認める暫定的差止め命令を求めたことに、Xは回復不能な損害を被るおそれがあ

り数か月のXの男子トイレ使用に問題は生じていないなどとして暫定的差止を認めた。

(3) ドー事件

判決は、次のように事実認定した。「ハイスクールは、二〇一六年にポリシーを変更し、トランスジェンダー学生にその性自認に合ったロッカールーム等の使用をはじめて認めた。このポリシーを始めるに当たり、同校は、学生の特定分析を含む非常に注意深いプロセスをとった。許可はケースバイケースで与えられた。

学校区は、トランスジェンダーと主張する学生に、訓練されかつこの問題に関するライセンスを有するカウンセラーと面談することを求めた。このカウンセラーは、別のカウンセラー、校長及び学校運営者としてしばしば相談した。トランスジェンダー学生が彼又は彼女の性自認に合ったトイレ等使用を認められた場合も、当該学生はその施設のみ使用することを要求された。同学生は出生性施設を使用することはできなかった。

同校は、いくつかのマルチユーザー・トイレを有する。その各々は個別トイレ仕切りを有する。加えて、同校は、時間帯によりすべての学生が使用できる四〜八のシングルユーザー・トイレを有していた。そのうち四つは常時学生が使用できた。

ロッカールームは、共同部分、私的な『チームルーム』及びシャワー施設で構成される。約二年間かけ、同校はロッカールームを改修した。『ギヤングシャワー』は、プライベートカーテン付シングルユーザー・シャワーに換えられた。学生は体育時間前に運動着に着替えなければならないが、同校は、ロッカールームで着替えることを学生に要求していない。ロッカールームで着替えたくない学生は、個人的にシングルユーザー施設、シャワー区切り又はチームルームで着替えることができる。」

判決は、理由の詳細は省くが、「学校区は、現実的な諸問題に立ち向かおうと試み、誰でもが学びかつ成長できる

安全かつ敬意のある環境を維持するために誠実に義務を果たし、非常に思慮深くかつ注意深く策定されたポリシーを制定した。」と学校区の対応を評価した。

(4) ペアレント・フォー・プライバシー事件

判決は、次のように事実認定した。「二〇一五年九月、生物学的に女性だが広く少年と認められているハイスクー
ル学生が、学校管理者に男子トイレ及びロッカールーム使用を認めるよう要求した。被告ダラス第二学区……は、
トランスジェンダーの人が学校生活に安全に参加できるように、トランスジェンダー少年(学生A)及び将来同様の
要求をする学生のために『学生安全プラン』を策定実施することで応えた。

プランは、Aが『トランスジェンダー男性』であると認め、同校で同級生と一緒に男子施設を使用することを認め
た。プランは、また、Aが『使用しやすいと感じるトイレ』を指定していないが、Aは『同人が性的に自認する建物
内のトイレを使用』することができると規定する。加えて、Aの安全確保のため、プランは、すべてのスタッフが第
九編に関する教育訓練を受け、教員がいじめ及びハラスメント禁止を教えること、体育教員がロッカールームに最初
に入り最後に離れること、及びAのロッカーはコーチ室の体育教員サイトに直接接続していることを規定する。プラ
ンは、また、Aが懸念を共有することができる『安全担当者』をリスト化している。

Aは、男子ロッカールームを使い始め、『男子学生がいるが』着替えた。このことは、何人かのシスジェンダー少
年に『恥辱、屈辱、不安、恐怖、心労及びストレス』を生じさせた。彼らは、体育授業のために着替えなければなら
ず、出生時に反対の性とされた人がいる間待たなければならなかったからである。トイレ個別仕切りは役に立ったが、
シスジェンダー少年がAに自身を晒す恐怖を軽減するには不十分であった。仕切りにはすき間があり、それを通して
『一部裸の身体』が『凶らずして』見えることがあるからである。そして、利用できるシングルユーザー・トイレは、

しばしば使用できず、シャワーを備えていなかったので低評価であった。Aに晒される恐怖の結果、何人かのシスジェンダー少年は、可能な限り同トイレを使用するようになり、他の学生は、Aがいないトイレを見つけようと休み時間中に遠くのトイレを使うことにより遅刻リスクを負うようになった。

ダラス・コミュニティの父母及び学生がプランを知ったとき、多くは、何度もの学校委員会合で学区がそれを実施しないよう公然とそれに反対した。学区の何人かの父母は、その子どもが出生性とは生物学的に反対の性に変更された学生と一緒にロッカールーム等を使用することによる結果を心配した。プランは、また、何人かの父母の信じる慎重やヌードに関する子どもモラルや宗教上の教えに抵触する。加えて、何人かのシスジェンダー少女は、生物学的に男性のままのトランスジェンダー女子学生が女子ロッカールーム等の使用を認められるという恐怖の結果、ストレスと不安に襲われた。少女は保健室で着替えるという選択肢を有しているが、それは学校の反対側にある。」

判決は、理由冒頭で、「本件が、多くの人が強い感覚と信念を有する深く個人的な問題にかかわるものであることは明らかである。そのうえ、思春期とそれがもたらす身体的精神的变化は、学生の困難となり得るものであり、ロッカールームで他の学生に身体を晒すことは、不安の潜在的源となりうるものである。このことは特に性同一性障害を感じる学生に当てはまる。学区は、すべての学生のニーズを和解させる差別のない安全かつ生産的な学習環境を培うために、多様な学生（及び父母）の信条及び利益を導くという困難な仕事に直面している。」と述べ、理由の詳細は省くが、「裁判所は、ダラス第二学区策定の学生安全プランは、差別を回避しトランスジェンダー学生の安全と福祉を確保しようとしており、それは、第九編又は原告に認められ得る憲法上の権利を侵害しないと判断した。トランスジェンダー学生が、自認するジェンダーに適合する学校トイレ等をシスジェンダー学生が使用すると同じ態様で使用することを許容するポリシーは、修正一四条のプライバシー若しくは父母の権利又は修正一条の〔宗教上の〕

権利行使の自由に抵触せず、第九編の提訴可能なセクシュアル・ハラスメントをも創出ししない。」として学区の対応を評価した。

(5) アダムス事件

ボストック事件連邦最高裁判決後、アダムス対セントジョーンズ郡教育委員会事件第一一控訴裁判決（二〇二〇・八・七）^⑩は、フロリダ州のFTM学生Xが、二〇一七年、Xに男子トイレ使用を禁止し女子トイレ又はジェンダーニュートラル・トイレ使用を認める学区ポリシーは、Xの第九編及び修正一四条（平等保護）の権利を侵害すると救済を求めたことにつき、最高裁判決に言及してXの救済を認めたが、裁判長の反対意見がある。

(6) GG事件

GG対グルセスター郡教育委員会事件第四控訴裁判決（二〇一六・四・一九）^⑪は、FTM学生Xが、二〇一五年、バージニア州東区地裁に、男子トイレ使用を禁止する教育委員会ポリシーの暫定的差止を求めたものである。

地裁は、第九編実施のための連邦教育省規則「34 C.F.R. §106.33 同等の施設〔連邦助成〕受領者は、性に基づき分離したトイレ、ロッカールーム及びシャワー施設を設けることができる。ただし、一方の性の学生に供されるかかる施設は、他の性の学生に供されるかかる施設と同等でなければならぬ。」（一九七五年施行）について、「学校が性に基づいて学生を分離又は別個に取扱うことを決定するときは……トランスジェンダー学生にその性自認に合った取扱いをしなければならぬ。」との同省公民権局解釈（二〇一四年）を認めなかったが、控訴裁は、明白な誤りや矛盾がない限り同解釈を尊重するとしてこれを認め、事件を地裁に差戻すとともに地裁の差止却下を覆した。地裁は、これに従い差止を認めたが、教育委員会が上訴後、二〇一六年一月に大統領に選出されたトランプ大統領のもと、オバマ大統領時代の解釈を覆すため、二〇一七年二月に司法省公民権局及び教育省により、教育方針を定めるに当た

り州及び学区の主要な役割が尊重されなければならないとの解釈が示されたため、最高裁は、三月六日、事件を控訴裁に差戻し事件確定までXの男子トイレ使用を禁止した。その後Xがハイスクールを卒業し、控訴裁(二〇二〇・八・二六)は、Xへの名目的賠償一ドルの支払いを教育委員会に命じた(二〇二一・六・二八上訴不受理)。

本章冒頭のバイデン大統領命令は、トランプ時代の解釈を覆すものだが、第七編を含めて、トランスジェンダーの性自認トイレ等使用問題は、連邦最高裁において解決されていない。

3 使用者の対応

クルーザン事件のほか、カストル対マリコパ郡コミュニティカレッジ学区事件第九控訴裁判決(二〇〇九・四・一四)¹³⁾は、アリゾナ州のMTFコミュニティカレッジ・インストラクターXが、学生の苦情を受けて制定された性別適合手術終了を証明するまで女性トイレ使用を禁止する学区ポリシーに従わず契約更新されなかったことは第七編の性差別に当たるなど二〇〇二年に学区を提訴したことにつき、学区は、安全を理由に禁止したことを証明したが、Xは、それが性を理由とするものであることを十分に証明できなかったとした。

労働安全衛生基準 (Occupational Safety and Health Standards (1910))は、次のように規定する。¹⁴⁾「1910.141(c)(1)(i) 本条に規定する場合を除き、各性に分離したトイレ室のトイレ施設が、本節の表J-1「被用者数とトイレ施設数」に従い、すべての職場に提供されなければならない。各性に供される施設数は、施設が供される性の被用者数に基づかなければならない。トイレ室が一時にひとりしか入れず、内鍵がかかり、かつ、一便器がある場合は、各性用に分離したトイレ室を供する必要はない。」

労働省安全衛生局 (OSHA) は、トランスジェンダー労働者トイレ・アクセスガイド (二〇一五年) で、労働者

はその性自認に合ったトイレにアクセスできなければならぬとの原則を述べ、その使用に性自認の医学的又は法的証明を要しないモデルを示すが、各州法も企業ポリシーも様々である。二〇二一年二月二五日、民主党優位の下院が第七編等差別禁止法の「性 (sex)」を「性 (性的指向及び性自認を含む) (sex (including sexual orientation and gender identity))」に改正すること等を内容とする平等法案 (Equality Act Bill) を可決したが、同党と共和党が各五〇議席と拮抗する上院での可決困難な情勢が指摘されている。^①

4 小括

アメリカ判例では、思春期末成年学生のトイレ使用に関して、トランスジェンダー及びシスジェンダー学生双方の利益が考慮されているが、成年労働者の職場トイレ使用については、関係者の宗教や信条の保護等の問題があり、判例の行方は定かではない。

二 イギリス判例の状況

1 職場トイレ使用と性差別

職場 (衛生安全福祉) 規則 (The Workplace (Health, Safety and Welfare) Regulations 1992) は次のように規定する。
 「二〇条 (トイレ) (1) 適切かつ十分なトイレがすぐにアクセスできる場所に供されなければならない。／(2) (1) 項の原則に関わらず、次に掲げるものでないとき、トイレは適切ではない。／(a) トイレ室が適切に換気され照明があり、(b) トイレ室及びそれらを含む室が清潔かつ適切な条件に維持され、かつ、(c) 男性用及び女性用に分離されたトイレを

含む室が供されること。ただし、トイレが内鍵のかかるドアを有する個室であるときは、この限りではない。」
 クロフト対ロイヤル・メール事件控訴院判決(二〇〇三・七・一八)¹⁶は、性別適合手術待ちのMTF労働者X(既婚三子)が女性同僚(宗教事情あるエスニック含む)の反対する職場女性トイレ使用を求めたことに、Xは手術前ある段階までのジェンダーニュートラル障害者トイレ使用に協議合意(労組職場代表関与)したとする雇用控訴審判所判決(二〇〇二・九・三〇)¹⁷を支持し、Xは男性でその使用を認めないことは一九七五年性別禁止法の差別ではなく使用者は移行状況等に応じ合理的措置をとったとして、Xの主張するみなし解雇を否定した。

2 信条保護

二〇〇四年性認定法(Gender Recognition Act 2004)¹⁸では、出生証明書の性別変更に適合手術まで必要なく、専門医の証明書があれば法律家及び医師で構成される性認定委員会に申請できるが、シンクタンク研究員女性Xがツイッターで、同法をより性自認に基づいたものにする改正案に反対し、性自認や性表現に関わらず性は変えられないとの意見や生来女性のみ使用できる空間(woman's space)の主張を表明したことにより、同僚の苦情を契機に契約更新されなかったことは二〇一〇年平等法の信条差別(belief discrimination)に当たるなどと提訴したことに、フォルステイター対CGD事件雇用審判所判決(二〇一九・一一・三二)¹⁹は、Xの請求を棄却したが、雇用上訴審判所判決(二〇二一・六・一〇)²⁰は、同法推進機関である平等人権委員会(EHRC)訴訟参加の下、Xの信条は広く共有されたものでトランスジェンダーの権利を否定するものでなく同法で保護されるとし、審理を尽くすため事件を差し戻した。

この事件をめぐり、小説『ハリー・ポッター』の作家J・K・ローリングがXを支持し大きな批判を浴びたが、

二〇二〇年、ジョンソン首相が同案を取りやめた⁽²⁾。

3 小括

イギリスでも、トランスジェンダー以外の人の宗教や信条の保護が問題となっている。

二 わが国判例の状況

1 職場トイレ使用とセクシュアル・ハラスメント

(1) 通常の使用

トランスジェンダーの通常の使用がセクシュアル・ハラスメントに当たらないことに関連して、Y交通事件（大阪地決令二・七・二〇労働経済判例速報二四三二号九頁）がある。

決定は、採用時使用者に性同一性障害と告げ化粧しないで仕事すると誓約したMTFで適合手術を受けていないタクシー乗務員Xに対する化粧禁止違反を理由とする就労拒否につき、身だしなみ規定に基づく制約は業務上の必要性に基づく合理的な内容の限度に止めなければならず、女性に化粧を施した上で乗務することを許容する以上、性別に基づいて異なる取扱いをするのであるからその必要性や合理性は慎重に検討する必要があるとしたうえで、涉外担当が「気持ち悪い」などと述べたように一部の者をして当該外見に対する違和感や嫌悪感を覚えさせる可能性を否定することはできないものの、そうであるからといって同障害を抱える者の特徴として外見を可能な限り性自認上の性別である女性に近づけ女性として社会生活を送ることが自然かつ当然の欲求であることが否定されるのではなく、X

にも女性乗務員と同等に化粧を施すことを認める必要性があるとする。²²⁾

(2) トイレ使用

トイレ使用については経済産業省事件（東京高判令三・五・二七七 LEX/DB 25569720、東京地判令元・一二・一二 労働経済判例速報二四一〇号三頁）がある。²³⁾ 事件は、MTFで適合手術を受けることを希望するが疾病のため長期に手術を受けない職員Xが、経過措置としてXの同意を得て定められた、他職員への配慮からXの職場階と上下各一階の女性トイレ使用を認めず職場から二階以上離れた女性トイレ使用という本件トイレ処遇にかかわらず、職場階女性トイレ使用を求めたものである。

同省には、事務所衛生基準規則一七条が、人事院規則一〇―四（職員の保健及び安全保持）一五条を受けた通知「人事院規則一〇―四（職員の保健及び安全保持）の運用について」により各省各庁の長が講ずべき措置として準用される。同条は次のように規定し、その内容は、安全衛生規則六二八条（一般規定）と同旨である。²⁴⁾

「一七条（便所） 事業者は、次に定めるところにより便所を設けなければならない。／一 男性用と女性用に区別すること。／二 男性用大便所の便房の数は……。／三 男性用小便所の数は……。／四 女性用便所の便房の数は……。／五 便池は……。／六 流出する清浄な水を十分に供給する手洗い設備を設けること。／2 事業者は、便所を清潔に保ち、汚物を適当に処理しなければならない。」

地裁、高裁とも、調査官がXの処遇をめぐる面談で、Xに、戸籍上男性が女性トイレを使用した場合、当該トイレを使用する女性職員の了解を得ていなければ、同職員から訴えがあつた場合セクシュアル・ハラスメントが成立する可能性があることや、女性トイレ使用を認める民間企業も女性従業員の理解を得るプロセスを踏むという顧問弁護士の見解を伝えたことについて、調査官は当時の秘書課としての考え方を説明する過程で飽くまで一般論として言及し

たものであるから、当該発言について、直ちにXの人格権を侵害したりXに対するセクシュアル・ハラスメントに該当すると断ずることはできないとする。

本件ではXによるセクシュアル・ハラスメントは争点ではないが、適合手術を受けていないトランスジェンダーが身体の性と異なるトイレを使用した場合、それが通常の使用であれば違法なそれに当たらないとはいえ、広い意味でのそれに当たる可能性が大きく、不適切なコメントをし、他者の身体に触るものなどであれば、他の職員同様、人事院規則や男女雇用機会均等法上のセクシュアル・ハラスメント防止のための幅広いハラスメントの定義や、不法行為法、刑事法上の要件に該当する可能性がある。

2 使用者の対応

高裁は、本件トイレ処遇について、まず、性同一性障害者は、かつて入学や就職等の場面で好奇の目にさらされ、差別を受けるなどの問題があり、性同一性障害者特例法（二〇〇三年）は、一定の要件を前提に性別取扱変更審判を認めることにより、このような社会的な不利益を解消するために制定されたもので、その立法趣旨及び性別が個人の人格的生存と密接不可分なものであることに鑑みれば、自らの性自認に基づいた性別で社会生活を送ることは、法律上保護された利益であるとした。

判決は、最高裁判例に従い、公務員が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と当該行為をしたと認め得るような事情がある場合に限り国家賠償法一条一項の違法の評価を受けるとの判断枠組みを示したうえで、本件では、Xの要望を受けた同省との協議、職員説明会、職員意見聴取等を経て、Xが本件トイレ処遇に同意したものの、時間が経過しXが女性の身なりで勤務した期間も長期で、周囲もXの勤務状況を受け入れているところ、同省が、X

が性自認について職員説明会を開催しない限り処遇継続するとすることがXの権利を侵害し違法といえるか否かが問題とした。

判決は、同省は、Xの希望やその主治医の意見も勘案したうえで対応方針案を策定し、本件トイレ処遇を実施したのち、Xが適合手術を受けていない理由を確認しつつ、性別変更しないまま異動した場合の女性トイレ使用等に関する考え方を説明していたのであり、現在まで同処遇を維持していることに、公務員が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と当該行為をしたと認め得るような事情があるとは認めがたいとした。また、処遇は著しく不合理ではなく、客観的な事情の変化も認められないとした。

地裁は、処遇は庁舎管理権行使として行われること、個人が自認する性別に即した社会生活を送ることは重要な法的利益として国賠法上保護されること、女性職員に相応の配慮も必要だが、具体的配慮の必要性や方法は当該職員に係る個々の具体的事情や社会的状況の変化等を踏まえて当否の判断を行うことが必要と説示したうえで、本件につき、同省も女性ホルモン投与によりXが女性に性的危害を加える可能性が客観的に低い状態と把握したこと、当該トイレ構造では利用者が他者に性器等を露出する事態が考えにくいこと、振舞い等Xが女性として認識される度合いが高かったこと、性自認男性の女性トイレ使用を認める民間企業六例を同省も把握したこと、トイレ利用を巡る国民意識や社会の受け止め方の変化などの事情に照らせば、Xが休職から復職した平成二六年四月時点で窃視行為等を疑われるトラブルやXが女性性トイレを使用することに羞恥心や違和感を抱く女性職員とトラブルが生ずる可能性は抽象的にとどまっていたこと等に照らすと、同時点においてトラブルのおそれ等同省主張の事情をもって法的利益に対する制約を正当化することはできない状態に至っており、庁舎管理権行使に一定の裁量が認められることを考慮しても、同省が処遇を継続したことは注意義務を怠つたものとして国賠法上違法とした。

両判決は、個人が自認する性別に即した社会生活を送ることができることを法的利益としたが、この法的利益はトランスジェンダーだけでなくすべての人が有するものである。高裁は、他の職員が有する性的羞恥心や性的不安などの性的利益とも述べる。使用者は労働契約上従業員に安全配慮義務ないし職場環境整備義務を負うので、その制約²⁷は、関係者協議の上、適合手術を受けていないトランスジェンダーに関わる性的危害の可能性や、他者の羞恥心や違和感から生ずるトラブルの可能性を慎重に検討する必要がある。

女性の感じる羞恥心や違和感については、トイレで二人きりになることも考えられる以上、女性社員が従前男性として接していた社員を装いの変化を根拠に受け入れることは心理的に容易ならざること、適合手術を受けていない者に女性トイレ使用許可を与えることは女性の恐怖感と犯罪行為のおそれに鑑み避けるべきであるとする見解があり、LGBT支援弁護士も心理的抵抗を覚える女性が存在することを否定しない²⁸。

この事件は、性的危害の可能性が低い事案だが、地裁は、女性の羞恥心や違和感の評価が十分でないように思われる³⁰。高裁は、特例法の趣旨・要件を重視しており、同省は、他の職員が有する性的羞恥心や性的不安などの性的利益も併せて考慮し、Xを含む全職員にとって適切な職場環境を構築する責任を負うとする。

3 性別取扱変更審判を受けた人のトイレ使用

適合手術と審判を受けて特例法四条により（法律に別段の定めがある場合を除き）法令適用上女性に変わったものとみなされるMTFの人は、女性トイレ使用が認められなければならない。そのようなXがそれらを受けたことを理由とする会員制ゴルフクラブ入会拒否につき損害賠償請求事件（東京高判平一七・七・一LEX/DB 25540642、静岡地浜松支判平二六・九・八判例時報二二四三号六七頁）は、Xが人格の根幹部分に関わる精神的苦痛を受けたとし、

クラブ主張のXの女性浴室やロッカールーム使用に伴う会員の強い不安感や困惑の危惧は、X使用の際混乱はなく抽象的危惧に過ぎないとした。

4 小括

わが国では、トランスジェンダーのトイレ使用について、それ以外の人の羞恥心や違和感、性的不安、宗教、信条の保護は、これまで十分に意識されてこなかったといえる。

むすび

性別取扱変更を受けていないトランスジェンダーの性自認トイレ使用は問題状況が米英日で様々で、いずれも法理形成中だが、その申し出があった場合、使用者は、わが国の現状では、関係者と協議の上、当事者の移行状況と法的利益、トイレを使用する他の従業員、第三者及び施設管理者の法的利益と意向、代替トイレを含む施設の規模・構造及び改修コスト等、各企業の具体的事情に配慮して適切に対応する必要がある。³¹⁾

【注】

- (1) Executive Order on Preventing and Combating Discrimination on the Basis of Gender Identity or Sexual Orientation。ローラー・ミカ「トランスジェンダーアスリートと公民権法タイトル九をめぐる議論」レファレンス八四五号（二〇二一年）一頁以下も参照。
- (2) *Bostock v. Clayton County*, 590U.S. (2020). 中窪裕也「タイトル・セブンにおける『性』差別の禁止とLGBT」ジュリス ト一五五一号（二〇二〇年）九〇頁以下、大野友也「判批」鹿児島大学法学論集五五巻二号（二〇二一年）五七頁以下、中村良隆「判批」比較法学五四巻三号（二〇二一年）一三四頁以下参照。
- (3) U.S. Equal Employment Opportunity Commission, *What You Should Know: The EEOC and Protections for LGBT Workers*, EEOC-NVTA-0000-29, 06-30-2020.
- (4) *Crutan v. Special School Dist.*, No. 1, 294 F.3d 981, 984 (8th Cir. 2002).
- (5) *Joel Doe et al. v. Boyertown Area School District et al.*, No. 17-3113 (3rd Cir. 2018).
- (6) ペンシルバニア州では二〇〇六年法で出生証明書の性別変更に適合手術まで必要なく、性別移行の専門医証明書があれば州健康政策局により変更許可される。
- (7) *Parents for Privacy et al. v. William P. Barr*, *Dallas School District No. 2 et al.*, No. 18-35708 (9th Cir. 2020).
- (8) オレゴン州では *House Bill 2673* (2017) で出生証明書の性別変更に関し必要なく、裁判所命令又は性自認確認書（専門医公正証書）があれば州健康統計センター登録所に申請可能。
- (9) *Whitaker v. Kenosha Unified School District No. 1 Board of Education*, 858 F.3d 1034 (7th Cir. 2017). ウィスコンシン州では出生証明書の性別変更に関し必要なく、出生証明書の性別変更に関し必要なく、裁判所命令又は性自認確認書が必要。
- (10) *Adams v. School Board of St. Johns County*, 968 F.3d 1286 (11th Cir. 2020). フロリダ州では出生証明書の性別変更に関し必要なく、出生証明書の性別変更に関し必要なく、裁判所命令又は性自認確認書が必要。
- (11) G.G.[Gavin Grimm] v. Gloucester County School Board, 822 F.3d 709 (2016). 大林啓吾「判批」判例時報三三三三二号（二〇一七年）二五頁以下、岡田高嘉「判批」県立広島大学総合教育センター紀要四号（二〇一九年）四三頁以下参照。バージニア州では一九七九年以来出生証明書の性別変更に関し必要なく、出生証明書の性別変更に関し必要なく、裁判所命令又は性自認確認書があれば州登録所に申請可能。
- (12) *Gavin Grimm v. Gloucester County School Board*, 9th Cir., Decided: August 26, 2020, no. 19-1952.

- (13) *Kastl v. Maricopa County Community College District*, 325 F. App'x 492 (9th Cir. 2009), *アリゾナ州* 二〇〇六年法で出生証明書の性別変更により性別適合手術又は染色体数の証明が必要だが (Ariz. Rev. Stat. §36-337 (A) (3) (2006))、本件は同法前事件。
- (14) OSHA Guide to Restroom Access for Transgender Workers (www.osha.gov/Publications/OSHA3795.pdf).
- (15) H.R.5-117th Congress (2021-2022): Equality Act (www.congress.gov/bills/117/congress-house-bill/5/text). 「米下院」 JGBTO 差別禁止法案を可決」日本経済新聞電子版 2021/2/26 6:49 他。
- (16) *Sarah Croft v. Royal Mail plc, England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, Neutral Citation Number: [2003] EWCA Civ. 1045, Case No.: A1/2002/2092. この事件の雇用審判所及び雇用控訴審判所判決につき清水弥生「判批」労働判例八四九号(二〇〇三年)一二三頁参照。
- (17) *Ms. S. Croft v. Consignia plc, Employment Appeal Tribunal, BALII Case number: [2002] UKEAT 1160_00_3009*, Appeal No. EAT/1160/00.
- (18) 同法成立の経緯等につき、捧剛「イギリスにおける性転換者の法的性変更許可制度」國學院法学四八巻三三号(二〇一〇年)六七頁以下参照。
- (19) *Maya Forstater v. Center for Global Development, Employment Tribunal, London Central*, 13-21 November 2019, Case No.: 2200909/2019.
- (20) *Maya Forstater v. CDG Europe and others, Employment Appeal Tribunal*, 10 June 2021, Appeal No. UKEAT/0105/20/JO1.
- (21) その経緯につき、龔敏「イギリスにおける『性』関連差別の禁止」季刊労働法二七三号(二〇二一年)九九頁。労働党下院議員 Tonia Antoniazzi は、誤解を恐れず、二〇二一年五月一七日下院で、警察は性自認に基づき被疑者の性を記録するが、二〇一五年〜二〇一九年に女性被疑者の幼児性虐待事件が八四%増加する等しており(女性は性犯罪逮捕者の三%)、その理由を明らかにするため加害者及び被害者の性自認に加え両者の生物学的性の記録が必要と主張した(UK Parliament, Hansard, *Safe Streets For All*, volume 695; debated on Monday 17 May 2021)。
- (22) 清水弥生「判批」先見労務管理二〇二〇年一月一日号五一頁は、女性の化粧は年齢を重ねるほど必要で、女性と自認した社会で働く中高年にとって化粧をしないことは選択肢のうちになく、X(一九六〇年生)も同じとする。
- (23) 高裁につき、竹内(奥野)寿「判批」ジュリスト一五六二号(二〇二一年)四頁以下、岡田高嘉「判批」新・判例解説 Watch 文献番号 z18817009-00-011922082(二〇二一年)が、地裁につき、宮崎由佳「判批」法律時報二〇二〇年十二月号二八一頁以

- 下、名古屋道功「判批」ジュリスト臨時増刊・令和二年度重要判例解説（二〇二一年）一七五頁以下がある。トイレ使用につき、MTFで戸籍名変更したが適合手術を受けていない労働者（離婚）による①女性服装勤務、②女性トイレ使用、③女性更衣室使用を認めてほしい旨の申出が受け入れられないことを理由とする配転拒否は懲戒解雇事由に当たると、配転に従う旨の本人謝罪文提出、使用者の申出不承認回答に具体的理由説明がないこと等を総合すると、拒否は重大かつ悪質な企業秩序違反といえないなどとして懲戒解雇無効としたS社（性同一性障害者解雇）事件（東京地決平一四・六・二〇労働判例八三〇号一三頁）がある。同事件につき清水弥生前掲「判批」労働判例一四頁以下、新谷真人「判批」労働法律旬報一五五三号（二〇〇三年）二二頁以下、藤本茂「判批」法律時報七五卷一〇号（二〇〇三年）一〇五頁以下、小畑史子「判批」労働基準五五卷三号（二〇〇三年）一八頁以下、永野仁美「判批」ジュリスト一二六三号（二〇〇四年）一八九頁以下参照。
- (24) 労働安全衛生法七一条の二、四号・快適な職場環境を形成するため必要な措置。
- (25) 南野千恵子監修『性同一性障害者性別取扱特例法』（日本加除出版、二〇一四年）七五頁以下。
- (26) 藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、二〇一三年）五四〇頁以下は、判決の引用する昭和六〇年の在宅投票制度立法不作為に関する国賠法最高裁判決の職務義務違反説が、平成五年の所得税更正処分に関する判決を経て、通常の行政行為一般についても採用されるところとなっているとする。
- (27) 京都セクハラ（呉服販売会社）事件（京都地判平九・四・一七労働判例七一六号四九頁）は、女性更衣室盗撮につき会社は雇用契約に付随して労働者のプライバシーが侵害されることがないよう職場環境を整える義務があるとする。X社事件（東京地判平二五・九・二五労働経済判例速報二一九五号三頁）は盗撮防止義務違反は認められなかった。
- (28) 清水弥生前掲「判批」労働判例二〇頁。
- (29) 寺原真希子編『ケーススタディ職場のLGBT』（ぎょうせい、二〇一八年）八五頁。
- (30) 女性の被害申告差し控えが少なくないセクハラ被害の特質につき松本克美「セクシュアル・ハラスメント被害の法心理」立命館法学三九五号（二〇二一年）二二六頁。
- (31) お茶の水女子大学「トランスジェンダー学生受入れに関する対応ガイドライン」（二〇一九年）も、四・三トイレ「トランスジェンダー学生の身体・外見・服装・意識は多様ですので、当事者の出願前事前相談のときに、大学の施設や設備の状況を説明し、どのようにするかを相談して決めることとなります。」とする。