

ステレオタイプと差別

—トランスジェンダー差別に対する憲法学的考察—

岡 田 高 嘉

目次

はじめに

I ステレオタイプによる差別

- 1 ステレオタイプとは
- 2 間違っただステレオタイプ
- 3 規範的ステレオタイプ
- 4 統計的ステレオタイプ
- 5 小括

II トランスジェンダーをめぐる問題

- 1 トランスジェンダーと「平等な尊厳」
- 2 規範的ステレオタイプによる差別
- 3 トイレ法の導入
- 4 トイレ法と TRAP 法の共通点
- 5 トイレ法の背後にあるステレオタイプ
- 6 小括

おわりに

はじめに

本稿は、ステレオタイプ (stereotype) 又は固定観念というものに着目し、その観点から、アメリカの差別事件を分析するものである。

ステレオタイプは、伝統的に、性差別 (とりわけ女性に対する差別) の事件で問題とされることが多かった。男女間の異なる取扱いに関しては、①立法府の判断が女性の能力や適性に関する不正確なステレオタイプに基づいていないか、②男女の性別役割分業に関するステレオタイプを助長し、男性に対する女性の従属的立場の固定化につながらないか、といった点が問題となる。1970 年代以降、合衆国最高裁は、政府の行為の目的又は効果が、女性の

能力や役割に関するステレオタイプを強化するものである場合、平等保護条項の下で、違憲無効とする判決を示してきた。⁽¹⁾

一方、現在では、同性愛者やトランスジェンダーなど、いわゆる性的マイノリティに対する差別事件が注目を集め、問題とされることが多くなっている。⁽²⁾ 性的マイノリティに対する差別の背後にも、様々なステレオタイプが存在していると考えられる。たとえば、「男性は男性らしくかくあるべし」又は「女性は女性らしくかくあるべし」というステレオタイプは、これに適合しない性的マイノリティを社会的に排除することにつながる。

本稿では、3つのステレオタイプの類型に着目し、それぞれの観点から、いくつかの差別事件を分析する。次いで、性的マイノリティのうち、とりわけトランスジェンダーに対する差別の問題を取り上げる。ここでは特に近年

(1) たとえば、*Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971) では、死亡した子どもの遺産管理人 (administrator) として、両親の間で常に男性を女性よりも優先させるアイダホ州法の合憲性が問題となった。合衆国最高裁は、合理性審査を適用しながらも、一律の男性優先は恣意的であるとして、当該州法は平等保護条項に反し違憲無効であると判示した。*Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973) では、軍隊において、既婚の男性将校には扶養手当を自動的に支給する一方、既婚の女性将校には、その配偶者を扶養しているとの証明がない限り、扶養手当を支給しないとする連邦法の合憲性が問題となった。合衆国最高裁は、たとえ事実上、女性の方が配偶者に扶養されていることが多いとしても、行政上の便宜を理由に、性による区分を正当化することはできないとして、違憲判決を示した。*Ore v. Ore*, 440 U.S. 268 (1979) では、離婚後扶養料 (alimony) の支払義務を元夫にだけ認め、元妻には認めないアラバマ州法の合憲性が問題となった。州政府は、伝統的な家族モデルに沿ったものと主張したが、合衆国最高裁は、本件性による区分は家族を扶養するのは夫の役割であるとするステレオタイプ、さらに一律かつ形式的に女性に経済的能力なしとするステレオタイプに基づくもので正当化できず違憲無効であると判示した。さらに、*Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982) では、州立女子大学の看護学部は女性しか入学を認めない方針の合憲性が争われたが、合衆国最高裁は、「看護は女性の仕事である」というステレオタイプを強化するという理由で、違憲無効であると判示した。

(2) 本稿で「性的マイノリティ」とは、同性愛者やトランスジェンダーに限らず、広く典型的な男性又は女性の枠に収まらないすべての人々を指す。

アメリカで問題となっている、いわゆる「トイレ法」の合憲性をめぐる議論を検討する。トイレ法とは、政府がすべての人々に対して生物学的性別に従ったトイレの利用を求め、自認する性別でのトイレ利用を禁止する法律のことである。これがトランスジェンダーに対して差別的であるとして問題となっているが、トイレ法の背後にもステレオタイプが存在していると考えられる。

I ステレオタイプによる差別

1 ステレオタイプとは

ステレオタイプとは、熟慮を伴う知的プロセスによって形成されるというより、反射的又は直観的に形成されるものである。合衆国最高裁は、ステレオタイプを「不合理かつ無批判な分析から生じる考え方」と位置づけてきたと考えられる。⁽³⁾ 不合理かつ無批判な分析は、知的ショートカットとしての一般化又は単純化を優先し、科学的な証拠を無視又は軽視するものである。しかし、これらの知的ショートカットは、常に不合理であるというわけではなく、事実上、一般人又は政策決定者にとって、不可避の営為である。Linda Hamilton Krieger によれば、ステレオタイプは、単なる偏見でなく、すべての人間が記憶する過程において、情報を知覚、処理、保存するという一連の作業を単純化するために用いる認知機能である。⁽⁴⁾ ステレオタイプの形成は、通常の認知機能の主要な一部であり、実際問題として、欠くことのできないものである。また、すべてのステレオタイプが反射的又は軽率な感情から生まれるわけでもない。事実、ステレオタイプは、相応の事実に依拠している場合も少なくない。ステレオタイプが誤りであれば不合理であり、統計的に十分な根拠があれば合理的なものとなるのかもしれない。

Anthony Appiah によれば、少なくとも 3 つの異なる種類のステレオタイプ

(3) Tuan Anh Nguyen v. I.N.S., 533 U.S. 53, 89 (2001) (O'Connor, J., dissenting).

(4) Linda Hamilton Krieger, *The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity*, 47 STAN. L. REV. 1161, 1188 (1995).

が法の中で機能する可能性がある。つまり、「間違っただステレオタイプ」(false stereotypes)、「規範的ステレオタイプ」(normative stereotypes)、「統計的ステレオタイプ」(statistical stereotypes)である。⁽⁵⁾ 以下では、これらのステレオタイプについて、事例を交えながら概観する。

2 間違っただステレオタイプ

まず「間違っただステレオタイプ」とは、端的にいえば、あるグループについての不正確な思い込みのことである。政策立案の文脈では、政策決定者があるグループにとって実際は一般的でない特性を、そのグループに属する個人が備えていると思い込んである決定に及んだときに発生する。たとえ、そのグループの一部の人々がそのような特性を備えているとしても、他のグループの人々も同じようにその特性を備えており、グループ間でさして差がないのであれば、政策決定者の判断は間違っただステレオタイプに基づいていると考えられる。⁽⁶⁾ このような間違っただステレオタイプによる政府の決定が不合理であることは明白である。とりわけそのステレオタイプが否定的なものである場合は、なおさらである。人は、その属するグループに関する根拠のない一般化によって、従属を強いられ、又は自由をはく奪されるべきではない。

たとえば、同性愛に関する間違っただステレオタイプの例として、同性愛者(とりわけ男性同性愛者)が小児性愛の傾向があるというものがある。⁽⁷⁾ 同性婚を容認しない理由として、かつて州政府側は、同性愛者が少年に性的虐待を行う可能性が高いので、政府は同性婚を禁止する正当かつやむを得ない利

(5) K. Anthony Appiah, *Stereotypes and the Shaping of Identity*, 88 CALIF. L. REV. 41, 47 (2000).

(6) *Id.* at 48.

(7) Anthony Niedwiecki, *Save Our Children: Overcoming the Narrative that Gays and Lesbians Are Harmful to Children*, 21 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 125, 150 (2014).

益が存在すると主張していた。⁽⁸⁾ また、かつてボーイスカウトアメリカ連盟 (Boy Scouts of America) は、男性同性愛者が男性異性愛者に比べて少年に性的虐待を行う可能性が高いとして、男性同性愛者がグループリーダーの地位に就くことを禁止していたとされる。⁽⁹⁾ さらに、Clifford J. Rosky によれば、州家庭裁判所の裁判官が同性愛と小児性愛を混同し、同性愛者は性的虐待を行うものであるという間違ったステレオタイプに基づき、彼らの子どもに対する監護権や訪問権を否定する場合があったとされる。⁽¹⁰⁾

このような間違ったステレオタイプに基づく行為は、不合理の極みである。間違ったステレオタイプに依拠して、政府が異なる取扱いを正当化することは、許されるべきではない。

3 規範的ステレオタイプ

次に、「規範的ステレオタイプ」とは、人はその属するグループの構成員としてどのように振舞うべきかに関する規範的な考えのことである。規範的ステレオタイプは、グループの構成員はいかにあるべきか、又はいかに振舞うべきかを積極的に定義することを含む。⁽¹¹⁾

規範的ステレオタイプの中でも、とりわけ「性別規範」による差別がしばしば問題となる。「男性は男性らしくかくあるべし」又は「女性は女性らしくかくあるべし」という性別規範は、それに適合しない人々を社会的に排除する要因となる。しかし、あらゆる性別規範が必然的に不当な差別事件につながるわけではない。性別規範は、社会生活上の様々な場面で、私たちの行動

(8) Anderson v. King Cty., 158 Wash. 2d 1, 114 n.14, 138 P.3d 963, 1036 n.14 (2006) (en banc) (Bridge, J., dissenting).

(9) Dale v. Boy Scouts of Am., 734 A.2d 1196, 1243 (N.J. 1999).

(10) Clifford J. Rosky, *Like Father, Like Son: Homosexuality, Parenthood, and the Gender of Homophobia*, 20 YALE J.L. & FEMINISM 257, 286-94 (2009).

(11) Appiah, *supra* note 5, at 48.

をコントロールする。それは、男女の違い（性差）に関する伝統又は慣習的な人々の意識に根付くものであり、全面的に否定されるべきものではないのかもしれない。性別規範の押し付けが憲法上又は法律上問題となるか否かは、その文脈によることになる。以下では、近年の性別規範による差別事件を2つ簡単に紹介する。

(1) *Prowel v. Wise Business Forms, Inc.*⁽¹²⁾

Brian Prowel は男性同性愛者であり、ペンシルバニア州の地方部で暮らしていた。ブルージーンズにTシャツ、肉体労働に従事、粗野な言動、これらが当該地域の典型的な男性の姿であった。その地域の大半の男性は、狩猟や漁業で生計を立てていた。彼らにとって酒はビールであり、ジントニックなどは飲まない。一方、Prowel は、高い声の持ち主で、粗野な態度を取らず、おしゃれな服装を好み、常にきれいにしていた。その他、足を女性のように組んだり、自分の車にレインボーのステッカーを貼り、また芸術、音楽、インテリアデザイン、装飾物について話すことを好んだとされる。

Prowel は、同僚男性から、その女性のような立ち振る舞いや外見を馬鹿にされた。同僚男性らは、Prowel のことを、お姫様 (Princess)、お嬢ちゃん (Rosebud)、おかま (fag) と呼び、トイレの壁に同性愛を揶揄する落書きを行い、すなわち Prowel を AIDS であると揶揄した。⁽¹³⁾ 第3巡回区合衆国控訴裁判所は、これらの事実が性別規範に由来する嫌がらせの十分な証拠であり、Prowel は、男性はいかに振る舞うべきかに関する Wise 社の性別規範に適合しなかったことを理由に執拗に嫌がらせを受けたのであるから、公民権法第7編⁽¹⁴⁾ に違反する性差別が成立すると認定した。⁽¹⁵⁾

(12) 579 F.3d 285 (3d Cir. 2009).

(13) *Id.* at 287-88.

(14) Title VII of Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. § 2000e-2(a). 公民権法第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。

(2) *Jespersen v. Harrah's Operating Co.*⁽¹⁶⁾

Darlene Jespersen は女性であるが、自己像 (self-image) に合わないことを理由に化粧することを拒んだため、バーテンダーの仕事をした。Jespersen は、Harrah's カジノに 20 年間勤めていたが、新しい「身だしなみポリシー」(grooming policy) が策定・執行された後、職場を解雇された。この新たなポリシーは、「自己ベスト」(personal best) プログラムとして知られており、男女双方に適用されるルールであり、制服として、黒いパンツ、白いワイシャツ、黒いベスト、黒い蝶ネクタイの着用を定めていた。加えて、女性従業員は、①髪は、逆毛を立たせ、カールさせ、整えて、常に下しておくこと、②化粧 (フェイスパウダー、ブラッシュ、マスカラ) をして、口紅は常につけておくことなどが求められた。一方、男性が化粧することは明確に禁止されていた。自己ベストプログラムは、以上の点において、性別規範に依拠するものであったといえる。

Jespersen は、自己ベストプログラムが、雇用の条件として性的規範に適合するよう求める点で性差別的であり、公民権法第 7 編に違反すると主張した。これに対して、第 9 巡回合衆国控訴裁判所は、自己ベストプログラムが男女で不平等な負担を課さないのであれば、公民権法第 7 編に反する違法な性差別にあたらないとして、Jespersen の主張を退けた。⁽¹⁷⁾

(3) 両事件の違い

両事件で問題となった行為の背景に性別規範があることは明らかである。前者では、漁業や狩猟をする荒々しい男性のイメージに合わないとして、Prowel が職場で迫害を受けた。後者では、女性は化粧をするべきであり、人

(15) 579 F.3d at 292.

(16) 444 F.3d 1104 (9th Cir. 2006) (en banc).

(17) *Id.* at 1110.

前で素顔を晒すべきではないという規範を受け入れなかった Jespersen が職場を解雇された。⁽¹⁸⁾ しかし、両事件の結果は異なる。この違いは一体何に由来するのか。なぜ Prowel 事件で性差別が認められて、Jespersen 事件ではそれが認められなかったのであろうか。

Noa Ben-Asher によれば、性別規範が男女の社会における序列を強化するとき、とりわけそれが女性の経済的利得の獲得機会を制限したり、又は男性の家庭的役割に従事する機会を制限する場合に、裁判所はそのような性別規範の押し付けを違法なものとして禁止する傾向にあるという。⁽¹⁹⁾ そうすると、性別規範に基づく行為が、客観的に見て、就労機会を実質的に阻害する性質のものであったかどうか、両事件において重要な争点となる。Prowel 事件において、同僚男性による嫌がらせ行為は、Prowel の個性や能力を無視し、彼の稼得機会を明白かつ具体的に妨害するものであった。裁判所の認定によれば、Prowel の就労環境は、通勤途中に嘔吐のため停車せねばならないほどに、相当劣悪で多大なストレスを課すものとなっていた。⁽²⁰⁾ 対照的に、Jespersen 事件において裁判所は、「身だしなみポリシー」又は「自己ベストプログラム」が客観的に見て女性の就労機会を制限したり、その職務遂行を阻害する性質のものではないと判断した。⁽²¹⁾ 裁判所は、男らしさや女らしさに関する一般的な考え方、すなわち性別規範に従うことを求めるルールに対する、個人の主観的な反応や抵抗に全く無関心であったといえる。⁽²²⁾

自己の外見をいかに表現するかは、個人の自由に属する問題である。しかし、Jespersen 判決は、いずれの性別であろうとも、その性別にとって規範的

(18) Jennifer C. Pizer, *Facial Discrimination: Darlene Jespersen's Fight Against the Barbification of Bartenders*, 14 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 285, 287 (2007).

(19) Noa Ben-Asher, *The Two Laws of Sex Stereotyping*, 57 B.C. L. REV. 1187 (2016).

(20) Prowel, 579 F.3d at 288.

(21) Jespersen, 444 F.3d at 1112.

(22) *Id.*

に適切と考えられる方法であれば、個人の身なりの自由を制約することができるかと判断した。つまり、女性と自己認識している人は、女性の身なりに関する規範の中でしか、自己表現することが許されないことになるが、これは特に不合理ではない。男女それぞれにふさわしい身なりを求める「身だしなみポリシー」は、不当に性別規範を押し付けるものではないとされる。

性別規範は、性別に関する多数派の信条を反映している。多くの女性は、化粧を求める「身だしなみポリシー」に抵抗感を示すことはない。しかし、性別規範の押し付けは、典型的な男性又は女性の行動パターンに個人を無理やり当てはめるものであり、自己のアイデンティティに従って自由に生きる権利を奪うものである。これは、本来的にその性的指向や性自認ゆえに、性別規範に適應することができず、画一化を迫られることにより自己のアイデンティティが否定される者、すなわち性的マイノリティに対しては、とりわけ問題が多いと考えられる。

4 統計的ステレオタイプ

最後に、統計的ステレオタイプとは、①ある特性とあるグループとの間に統計的な相関関係がある中で、②当該特性を当該グループの個人に帰属させることである。⁽²³⁾ したがって、ある政府の決定が統計データに依存しており、個別評価に依存するものでない場合は、当該決定は統計的ステレオタイプに基づいた決定ということになる。しかし、このような決定は当然のことながら広く行われている。政府にとって、グループに関する統計データに頼ることなく、そのグループに関わる政策を立案することはほぼ不可能に近い。たとえば、女性の活躍を推進するための政策を実施する上で、女性の就労状況に関する多様な統計データは必須となる。しかし、統計データで浮かび上がる、そのグループの典型的な傾向を重視し過ぎると、いわゆる「非典型」の

(23) Appiah, *supra* note 5, at 47.

個人が疎外される。そのグループにとって典型的な特性を持たない個人は、当然のことながら数多く存在する。政府が特定のグループの統計データに依拠して行動し、かつそのデータが特定の具体的な個人の特性を全く反映していないとき、当該個人は不公平な取扱いを甘受せねばならないことになる。

以下の2つの著名な判例は、合衆国最高裁が、政府が男女の異なる取り扱いを正当化するために統計的ステレオタイプに依拠したことを非難し、違憲判決を導いたものと考えられる。

(1) *United States v. Virginia*⁽²⁴⁾

本件は、合衆国政府が、ヴァージニア州立軍事学校 (Virginia Military Institute-VMI) による女性の入学を一切認めない入学方針 (admission policy) は、合衆国憲法の平等保護条項に違反する女性差別にあたるとして、ヴァージニア州を訴えた事件である。

本件訴訟が開始される前の2年の間で、347名の女性がVMIへの入学について問い合わせを行っていたとされる。⁽²⁵⁾ しかし、VMIは女性の入学を認めてこなかった。VMIは、男性の入学しか認めないという独特の入学方針を維持する理由について、これまで士官候補生に課してきた極めて厳しい伝統的な教育プログラムを維持するために必要であると説明した。VMIによれば、仮に女性の入学を認めるとなると、女性のために、寮の部屋割りや訓練内容を大幅に修正せねばならず、極めて厳しい訓練を課すVMIの独特の教育プログラムは急激かつ劇的、そして最終的に破壊的な変更を余儀なくされ、同校の存在意義がなくなるという。⁽²⁶⁾

以上のVMIの議論は、ある専門調査団 (Task Force) の事実認定に基づいている。⁽²⁷⁾ 専門調査団の報告の趣旨は、①軍事訓練プログラム、とりわけ

(24) 518 U.S. 515 (1996).

(25) *Id.* at 523.

(26) *Id.* at 540.

VMI の教育プログラムは、大半の女性の教育及び訓練にとって全く不適切である、②中には VMI の教育プログラムに関心を持ち、それに適応しうる女性もいるであろうが、VMI の教育プログラムは、グループとしての女性にとって決して効果的ではないであろう、というものであった。⁽²⁸⁾

合衆国最高裁は、統計データに基づく分析が示唆するとおり、確かに大半の女性は VMI の教育プログラムを好んで選択することはないであろうと認めた。しかし、たとえグループとしての女性と、VMI の過酷な教育プログラムに適さない特性（男性に比して身体的強靱さに劣るという特性、より身体的負荷の弱い教育プログラムを好むという特性など）との間に、強い統計的関連性が認められるとしても、これらの統計的事実は、女性の全面的な排除を正当化しえない。VMI の教育プログラムに耐えうる意志と能力を有するか否かの判断は、個々の女性志願者に着目してなされるべきであり、統計データに依拠して、すべての女性を一律に排除することは許されない。⁽²⁹⁾ 合衆国最高裁は、VMI が女性志願者の個々の適性を全面的に捨象して、女性を絶対的に排除することは、合衆国憲法の平等保護条項に違反すると判示した。⁽³⁰⁾

(2) *Craig v. Boren*⁽³¹⁾

本件は、アルコール度の低いビールを買うことができる年齢を男女で区別するオクラホマ州法の合憲性が争われた事件である。女性は 18 歳に達すればビールを買うことができる一方、男性は 21 歳になるまで買うことができなかった。⁽³²⁾ 州政府は、当該州法は交通安全のためであり、18 歳以上 21 歳未

(27) *Id.* at 526-27.

(28) *Id.* at 549.

(29) *Id.* at 542.

(30) *Id.* at 546.

(31) 429 U.S. 190 (1976).

(32) *Id.* at 191-92.

満の男性について2%が飲酒運転で検挙されているのに対して、同じ年代の女性はわずか0.18%に過ぎないとする統計データなどを証拠として示した。⁽³³⁾

合衆国最高裁は、本件で性差別を正当化するには、重要な政府目的と、採用された手段が当該目的の達成に実質的関連性を有することが必要であるとされた上で、本件州法は明らかにこの要件を満たしておらず、平等保護条項に違反すると判断した。18歳以上21歳未満の男性について、2%が飲酒運転で検挙されているという統計データからすると、残りの98%の男性に対しても禁止することが、交通安全促進を達成する手段として、十分な効果があるのか疑問がある。また、この統計データそれ自体、若い女性は男性の車に乗せてもらい、送迎してもらうものという規範的ステレオタイプ(性別規範)が反映されている可能性が否定できない。⁽³⁴⁾ そのような統計データに基づいたアルコール規制法は、男性を女性の庇護者として位置づけ、そして女性を男性に依存させ続けることで、女性の従属的立場を助長する危険性がある。

5 小括

いわゆる「疑わしい分類」(suspect classification)のアプローチは、政府による人々の分類に対して、それが政治的無力化の危険性や当該グループに対する強い偏見が存在していると認められる場合に、より厳格な司法審査を行うというものである。⁽³⁵⁾ 人種による分類は、疑わしい分類の典型である。⁽³⁶⁾ 一方、性別による分類は「準疑わしい分類」(quasi-suspect classification)とされる。⁽³⁷⁾ 女性や有色人種に対する差別には長い歴史があることから、現在もなお構造的な差別が続いていると考えられる。したがって、人種や性別に関

(33) *Id.* at 200-01.

(34) *Id.* at 201-02 n.14.

(35) 「疑わしい分類」のアプローチにつき、西村裕三編『判例で学ぶ 日本国憲法 [第二版]』28頁(有信堂、2018年)参照。

(36) *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944).

するステレオタイプに政府が依拠することについては、政府の行為の目的や、その効果が慎重に吟味される必要があった。疑わしい分類のアプローチは、有色人種や女性に対する司法的救済手段として、発展してきたと考えられる。

ステレオタイプに依拠した人種分類又は性的分類は、有色人種や女性を「解放」というよりも、むしろ「従属」させる効果を伴う場合が多い。このような事態は、人種や性別など個人の能力と無関係な要素の考慮を一切禁止することにより、機会の平等と自由な競争による公平な結果が保障されるとする、いわゆる「個人主義的平等観」に反する。この平等観は、憲法上の最も基本的な価値観の 1 つであると考えられる。⁽³⁷⁾ それゆえ、裁判所は、政府が法制定に際して、ステレオタイプに依存することに対し強い疑いの眼差しを向けつつ、それに代わって、グループの特性に関係なく、すべての人々に平等な取扱いをすることの重要性や、またグループ間の違いに統計的関連性が認められ、異なる取扱いが必要と思われる場合、そのような統計データに安易に依拠することを避け、個別的審査を行うことの重要性を強調してきたと考えられる。

上述の判例のとおり、合衆国最高裁が統計的ステレオタイプを拒絶する背景には、政府が男女の性別役割分業や女性の従属的立場を維持させるために統計データを利用するかもしれない、又は統計データそれ自体が規範的ステ

(37) *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976). 性別による分類が、「疑わしい分類」ではなく、「準疑わしい分類」とされ、いわゆる中間審査基準が適用される理由の 1 つには、男性と女性の真の違いが、時として両者の異なる取扱いを正当化する場合があるからである。

(38) 対立する概念として、「グループ指向的平等観」がある。これは、過去において広範な差別を被ってきた有色人種や女性に対して、機会の平等をより効果的に保障するためには、単に差別を禁止するだけでなく、過去の差別に由来する現在の弊害を除去する積極的努力と特別な配慮が必要であるとの認識の下、グループごとの結果に着目し、不利な結果に置かれたグループの地位を改善しようとする平等観である。両平等観につき、西村裕三「差別と救済—アメリカ社会と平等」阪本昌成・村上武則編『人権の司法的救済』（1990 年、有信堂）20 頁以下参照。

レオタイプ (性別規範) を反映しているかもしれないという危険性が意識されていると考えられる。⁽³⁹⁾ 女性はグループとして、歴史的に公私双方の領域において抑圧されてきた。合衆国最高裁が性差別に対してより厳格な司法審査、すなわち中間審査基準を適用し、ステレオタイプの押し付けを拒否するのは、そのような抑圧及び従属と戦うためであると考えられる。

「疑わしい分類」のアプローチにより、有色人種や女性は、政府による不当なステレオタイプの押し付けから慎重に保護される仕組みが一応整っている。一方、「疑わしいクラス」又は「準疑わしいクラス」に属しないとされる人々は、必ずしもそのような保護が与えられるわけではない。性的マイノリティがその最たる例である。以下では、トランスジェンダーに対する差別を取り上げ、ステレオタイプの押し付けの問題を具体的に検討する。

II トランスジェンダーをめぐる問題

1 トランスジェンダーと「平等な尊厳」

近年、トランスジェンダーの権利保障をめぐる議論が活発化している。「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 (生物学的性別) 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

(39) Appiah は、規範的ステレオタイプと統計的ステレオタイプの間には、密接な関連性があることを強調している。統計的ステレオタイプに基づく一般化の背後には、人々が順応している規範的ステレオタイプが存在していると考えられる。よって、両者は極めて密接な関連性がある。Appiah, *supra* note 5, at 49.

あり、トランスジェンダーとは別概念である。⁽⁴⁰⁾ 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、当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、反対の性別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。⁽⁴¹⁾

さて、性的マイノリティの問題の中心は、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。アメリカでは、2015 年の *Obergefell v. Hodges* により、同性婚を容認しないあらゆる州法が違憲無効と判断されるに至った。⁽⁴²⁾ 同判決の注目すべき点として、法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官が、平等保護条項とデュー・プロセス条項とを絡み合わせて、「平等な尊厳」という統合的概念を描き出した点を指摘することができる。これは、自由と平等の相乗効果論、すなわち自由と平等は表裏一体のコインのような関係であるという議論であり、⁽⁴³⁾ ①同性愛者らに対する婚姻の基本的権利（婚姻の自由）の否定は、②同性愛者らに対する平等な市民的地位（尊厳）の否定でもあるから、③同性婚を容認しない州法は、同性愛者らに対して「平等な尊厳」を否定するものであるという議論である。

(40) 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。

(41) 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 (2001).

(42) 135 S. Ct. 2584 (2015).

Luke A. Bosoによれば、この「平等な尊厳」の概念は、「反従属原理」と「自由の原理」という2つの柱によって支えられている。つまり、あらゆる者は、政府による従属的效果を伴う不当な干渉を受けることなく、自己のアイデンティティを定義し、表現する自由を有する。州政府は、特別に意図していなかったかもしれないが、①同性婚を容認しないという選択により、同性間の親密な関係が異性間のそれに比して劣っているというメッセージを発信して、同性愛者らを社会的従属状態に置いた。その結果、②同性愛者らは社会的に排除され、自身の性的指向に関するアイデンティティを形成し、表現するという自由を奪われた。これにより、「平等な尊厳」が侵害されたということになる。⁽⁴⁴⁾

さて、今日、トランスジェンダーについても、同様の問題が存在する。トランスジェンダーをめぐって、多様なステレオタイプが社会に存在しており、これらに基づき、政府が行動した場合、トランスジェンダーは①社会的従属状態がいつそう強化されると同時に、②自己のアイデンティティを形成し、表明する自由が奪われることになる。

2 規範的ステレオタイプによる差別

トランスジェンダーは、規範的ステレオタイプ、すなわち伝統的な性別規範を打ち破る、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反する。

合衆国最高裁は、Price Waterhouse v. Hopkinsにおいて、性差別には性別規

(43) Laurence H. Tribeは、Obergefell判決の最大の意義は平等保護条項とデュー・プロセス条項とを「二重らせん」(double helix)のようにつく絡み合わせ、「平等な尊厳」の原理を確立した点にあるとする。「平等な尊厳」は、憲法上の平等論に大きな影響を及ぼす概念であると期待される。Laurence H. Tribe, *Equal Dignity: Speaking Its Name*, 129 HARV. L. REV. F. 16, 17 (2015)

(44) Luke A. Boso, *Dignity, Inequality, and Stereotypes*, 92 WASH. L. REV. 1119, 1153(2017).

範の押し付けが含まれることを明確にし、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、たとえば、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、女性を雇用上不利に扱うことは、公民権法第 7 編に違反すると判示した。⁽⁴⁵⁾ 本判決は、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」、すなわち性別規範に適合しないことを理由とする差別も、性差別として禁止されるという趣旨である。⁽⁴⁶⁾ トランスジェンダーに対する差別の背後にも、同様に、「男性は男性らしくかくあるべし」又は「女性は女性らしくかくあるべし」という性別規範が存在している。よって、Price Waterhouse 判決の論理は、トランスジェンダーに対する差別にも適用されると考えられる。また、Price Waterhouse 判決は、公民権法第 7 編違反の事件であるが、この論理は、憲法上の差別事件にも応用されてきた。

その代表的な事件として、Glenn v. Brumby を挙げることができる。⁽⁴⁷⁾ この事件では、ジョージア州法制審議会事務局の局長である Brumby が、同局職員である 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。第 11 巡回区合衆国控訴裁判所は、本件を性差別と捉えて中間審査基準を適用している。判決の要諦は以下のとおりである。

- ① 男性のように振舞わない男性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、

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

(46) しかし、上述のような「身だしなみポリシー」については、一般的に、不当な性別規範の押し付けではないとされ、Price Waterhouse 判決の論理は適用されないとする裁判例がある。Jespersen, 444 F.3d 1104 (2006).

(47) 663 F.3d 1312 (11th Cir. 2011).

性別規範に基づく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。⁽⁴⁸⁾

- 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。⁽⁴⁹⁾
- 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。⁽⁵⁰⁾
- 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が起こされる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十分かもしれないが、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。⁽⁵¹⁾

以上のとおり、第 11 巡回区合衆国控訴裁判所は、トランスジェンダーに対する差別は、性別規範の押し付けに起因する問題であり、平等保護条項の下で性差別を構成すると明確に答えた。

この他、第 1、第 4、第 6、そして第 9 巡回区合衆国控訴裁判所も、トランスジェンダーに対する差別は、性差別又は性別規範の押し付けの問題であると捉えている。⁽⁵²⁾

(48) *Id.* at 1317-1319.

(49) *Id.* at 1319.

(50) *Id.* at 1321.

(51) *Id.*

性別規範は、性別に関する多数派の信条を反映している。しかし、性別規範の押し付けは、①典型的な男性又は女性の行動パターンに個人を無理やり当てはめることで、その個人を社会的従属状態に置き、②自己のアイデンティティを形成し、表現するという個人の自由を奪う危険性がある。⁽⁵³⁾

3 トイレ法の導入

政府によるトランスジェンダーに対する差別は、トランスジェンダーはシスジェンダー⁽⁵⁴⁾に劣るという従属のメッセージを送ることになる。このメッセージは、近年のトランスジェンダーを標的とした州法上の規制によって、広く伝達される危険性がある。

近年、いくつかの州議会が、出生時の生物学的性別に従って、男女別の公衆トイレの利用を求める、いわゆる「トイレ法案」(Bathroom Bill)を提案していた。その代表がノースカロライナ州のHB (House Bill) 2である。⁽⁵⁵⁾

HB2は、シャーロット市が提案した、トランスジェンダーを含む性的マイノリティに対する差別禁止条例に対抗する形で、提出されたものである。同条例は、トランスジェンダーにその自認する性別でのトイレ利用を認める趣旨であった。2016年2月、McGrory知事(共和党)は、シャーロット市の差別禁止条例は急激な政策転換であると非難し、これを悪用する個人の異常な行動によって、人々が危険な状態に置かれ、公共の安全が脅かされると主張し、州議会に対応を求めた。⁽⁵⁶⁾

2016年の会期において、ノースカロライナ州議会がHB2を可決すると、

(52) *Rosa v. Parks W. Bank & Tr. Co.*, 214 F.3d 213, 214 (1st Cir. 2000); *G.G. ex. rel. Grimm v. Gloucester Cty. Sch. Bd.*, 822 F.3d 709, 723-24 (4th Cir. 2016); *Smith v. City of Salem*, 378 F.3d 566, 572 (6th Cir. 2004); *Schwenck v. Hartford*, 204 F.3d 1187, 1201-02 (9th Cir. 2000).

(53) *Boso*, *supra* note 44, at 1153.

(54) 出生時に割り当てられた身体的性別と性自認が一致している人のことを指す。

(55) N.C. Gen. Stat. Ann. § 143-760.

それは教育改正法第9編⁽⁵⁷⁾及び合衆国憲法に違反するとして、訴訟が提起された。⁽⁵⁸⁾ また、経済界及びスポーツ業界からも、HB2に対する異議が申し立てられ、州内で開催予定であった数多くのイベントが中止になった。このような事態を受け、2017年3月、州議会は、HB2に代わり、HB142を可決し、同年1月に新たに州知事に就任したCooper（民主党）はこれに署名した。⁽⁵⁹⁾ HB2の最も論争的な条文は、州政府施設（公的施設）を利用する人々に対して、出生時の性別に従ってトイレを利用することを求める条文であったが、HB142は一応これを削除した。このことは、当然のことながら、ノースカロライナ州がトランスジェンダーに対して、自認する性別でのトイレ利用を認める趣旨ではなく、そのような法律を持たない他の大多数の州に再度仲間入りを果たしたに過ぎない。さらに、HB142は、トイレなどの利用に関する規制権限を州議会が「専占」（preemption）することを明記し、ノースカロライナ州立大学を含む、地方自治体の組織が条例などによって、トイレなどの利用に関するルールを制定することを禁止した。⁽⁶⁰⁾

HB2からHB142に代わっても、トランスジェンダーの立場は依然として不安定のままであるから、訴訟は継続された。しかし、2017年10月18日に、

(56) David Badash, *NC Gov. Warns Charlotte Protecting LGBT People Will Bring 'Immediate' State Consequences*, NEW C.R. MOVEMENT (Feb. 22, 2016, 10:01 AM), http://www.thenewcivilrights_movement.com/davidbadash/nc_gov_warns_charlotte_protecting_lgbt_people_in_law_will_bring_immediate_state_consequences [<https://perma.cc/BZ5T-WRXT>].

(57) 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。つまり、「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。」 Title IX of the Education Amendment of 1972, 20 U.S.C. § 1681(a).

(58) *Carcaño v. North Carolina*, No. 1:16-cv-236 (M.D.N.C. Mar. 28, 2016).

(59) HB 142 (SL 2017-4) - North Carolina General Assembly.

Cooper 知事は、知事管轄部局と雇用関係にある約 55,000 人と、知事管轄部局と契約関係にある約 3,000 の事業者を対象に、性自認などを理由とする差別の禁止を内容とする行政命令 (executive order) を発令すると同時に、⁽⁶¹⁾ HB142 をめぐる訴訟に関して、裁判上の和解 (consent decree) を提案した。この和解は、HB142 の解釈や運用に制限を課すものである。これによると、知事管轄部局が管理する公共施設において、すべてのトランスジェンダーは、その自認する性別でのトイレ利用が妨げられないとされる。⁽⁶²⁾

さて、トイレ法の導入は、現在も多くの州議会で検討されているようである。2017 年の会期において 19 州でトイレ法案が提案、審議された。Joellen Kralik は、これらを①出生時に割り当てられた性別、すなわち「生物学的性別」に従ったトイレ利用に限定するタイプ (16 州)、②トイレの利用に関する規制権限を州議会が専占し、市及び郡などの下位自治体の条例制定権を制限するタイプ (6 州)、③教育現場においてトランスジェンダーの生徒又は学生がその性自認に従ったトイレ利用を制限するタイプ (14 州) にそれぞれ分類し、報告している。⁽⁶³⁾ これを一覧表にすると、次のとおりとなる。

(60) HB142 は、トランスジェンダーに対する露骨な差別規定を削除したものの、地方自治体などがトランスジェンダーの権利保障を目的に、職場や公共施設 (ホテルやレストランなど) における差別禁止を含む条例を制定することを、2020 年 12 月 (次の知事選) まで禁止する規定を設けた。N.C. Gen. Stat. Ann. § 143-760.

(61) NC Gov. Cooper : Executive Order No. 24: Policies Prohibiting Discrimination, Harassment, and Retaliation in State Employment, Services, and Contracts Under the Jurisdiction of the Office of the Governor.

(62) Cooper 知事による行政命令と和解の提案は、トランスジェンダーに重要な保護を与えるものであるが、HB142 によってもたらされる問題をすべて解決するものではない。ノースカロライナ州の全労働者の大半を占める民間企業の被用者は、性的指向や性自認を理由とする差別から保護されない。同様に、和解の効力は、知事管轄部局が管理する公的施設においてのみ有効であり、他の施設においてトランスジェンダーは保護を受けることができない。

州 (アルファベット順)	タイプ①	タイプ②	タイプ③
アラバマ	○		
アーカンソー	○		○
イリノイ	○		○
カンザス	○		○
ケンタッキー	○		○
ミネソタ	○		○
ミズーリ	○	○	○
モンタナ	○	○	○
ニュージャージー			○
ニューヨーク	○		○
ノースカロライナ		○ (成立)	
オクラホマ			○
サウスカロライナ	○	○	
サウスダコタ	○		○
テネシー	○		○
テキサス	○	○	○
ヴァージニア	○	○	○
ワシントン	○		
ワイオミング	○		

トランスジェンダーをトイレから排除しようとする立法は、公民権法第7編や教育改正法第9編、そして第14修正の平等保護条項に違反する疑いがある。以下では、トイレ法の合憲性をめぐる議論を検討する。

4 トイレ法と TRAP 法の共通点

(1) 女性の健康と身体の安全を守るという欺瞞

トイレ法の制定に動く州議会は、総じて、女性の健康や身体の安全を守ることを立法目的とする。つまり、立法化の背景には、トランスジェンダーは、潜在的な性犯罪者であり、シスジェンダーの男性は、トイレで女性を襲うために、トランスジェンダーであることを偽装する危険性があるという想定が

(63) Joellen Kralik, "Bathroom Bill" Legislative Tracking, NAT'L CONF. ST. LEGISLATURES (July 28, 2017), <http://www.ncsl.org/research/education/-bathroom-bill-legislative-tracking635951130.aspx>[<https://perma.cc/JWT5-58YS>].

ある。Shayna Medley によれば、トイレで性犯罪が多発するという恐怖を煽り、女性の健康と身体の安全という、実にもっともらしい利益を口実にして、トイレ法への賛同を呼びかける手法は、妊娠中絶規制を推進する手法と通じる部分がある。⁽⁶⁴⁾ 妊娠中絶規制を支持する議員又は人々も、中絶にまつわる恐怖を煽る活動を推進しつつ、女性の健康や身体の安全の懸念を前面に押し出し、規制への支持を得ようとしている。しかし、中絶がもたらす健康リスクに関しては、誤解や虚構が多い。たとえば、中絶手術は、手術併発症の危険性をはらんでいる、癌の原因となる、生殖能力の低下につながる、結果としてうつ病になり、最悪自殺にいたる、などと主張される。⁽⁶⁵⁾ 一部の州議会は、妊娠中絶に関する脅威の風潮を作り出すだけの根拠薄弱な科学的証拠に基づき、「中絶提供者や中絶施設を標的とした規制」(Targeted Regulation of Abortion Providers) である、通称 TRAP 法を正当化してきた。しかし、科学的知見及び専門家の証言に鑑みれば、実際問題として、妊娠中絶は決して危険な手術ではなく、女性の健康や身体の安全を脅かすものではないとされる。

近年、合衆国最高裁は、Whole Woman's Health v. Hellerstedt において、テキサス州の TRAP 法は中絶を求める女性に「過度の負担」(undue burden) を強いるものであるとして、違憲無効であると判示した。⁽⁶⁶⁾ Medley は、TRAP 法の事件で用いられる「過度の負担」基準は、平等保護条項違反の事件で用いられる司法審査基準と異なるものの、Whole Woman's Health 判決で示された原理は、トイレ法の問題を考察する上で有用であると説く。⁽⁶⁷⁾ 以下では、ま

(64) Shayna Medley, *Not in the Name of Women's Safety : Whole Woman's Health as a Model for Transgender Rights*, 40 HARV. J. L. & GENDER 441 (2017).

(65) Ariana Eunjung Cha, *Supreme Court Rules Against Texas and for Science in Abortion Case*, WASH. POST (June 27, 2016), [https://www.washingtonpost.com/news/to-your-health/wp/2016/06/27/the-supreme-court-rules-against-texas-and-for-science-in-abortion-case/\[https://perma.cc/R9C4-PRLE\]](https://www.washingtonpost.com/news/to-your-health/wp/2016/06/27/the-supreme-court-rules-against-texas-and-for-science-in-abortion-case/[https://perma.cc/R9C4-PRLE]).

(66) 136 S. Ct. 2292 (2016).

(67) Medley, *supra* note 64, at 464.

ず Whole Woman's Health 判決の概要を述べる。

(2) Whole Woman's Health v. Hellerstedt の概要

Whole Woman's Health 判決は、Casey 判決⁽⁶⁸⁾で示された「過度の負担」基準を再確認すると同時に、その内容を明らかにした判決であるとされる。⁽⁶⁹⁾

Casey 判決は、胎児の生命や女性の健康の利益のために、州は妊娠中絶を規制することが許されるものの、そのための法律が女性の選択の権利に「過度の負担」を課す場合は違憲となると判示した。⁽⁷⁰⁾では、「過度の負担」は、どのような場合に存在すると考えられるのか。Casey 判決に従えば、健康（身体の安全）のためと称する規制の目的又は効果が、母体外で胎児が生存可能状態になる以前の段階において、中絶を求める女性に対して実質的な障壁を置くものであると考えられる場合に、「過度の負担」が存在するとされる。⁽⁷¹⁾ Casey 判決の後、妊娠中絶に反対し、胎児の生命を守ることを主義とする、いわゆるプロライフ派で占められる州議会が今日まで続く TRAP 法を制定し始めた。そこで、下級裁判所は、「過度の負担」基準を定義・適用するにあたり、多くの困難に直面することになる。州は、女性の健康や身体の安全の利益の促進と称して、妊娠中絶に様々な要件を課す。しかし、これにより、中絶提供者の業務は大幅に阻害され、結果として、女性が妊娠中絶を受ける機会が制限される。このような TRAP 法をどのように扱うかが問題となった。この点に関して、Reva Siegel や Linda Greenhouse は、① Casey 判決は女性の

(68) Planned Parenthood of South-eastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

(69) 本判決に関する紹介として、小竹聡「Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 136 S. Ct. 2292 (2016)―中絶医の病院での『患者受け入れ特権の要件』および中絶施設の『外科施設の要件』を定めるテキサス州法の規定が、中絶のアクセスに対する過度の負担となり、合衆国憲法に違反するとされた事例」[2017・1] アメリカ法 111 頁、中曾久雄「ニュータイプの中絶規制の合憲性」愛媛法学会雑誌 43 巻 3・4 号 21 頁(2017 年)参照。

(70) 505 U.S. 833, 874 (1992).

(71) *Id.* at 878.

健康や身体の安全を口実にした不必要な規制に警鐘を鳴らすものであるから、⁽⁷²⁾ ②下級裁判所はこの趣旨に従い、健康や身体の安全を理由とした妊娠中絶規制について、それが実際に健康や身体の安全に貢献するものかどうか、慎重に審査しなければならないと論じる。⁽⁷³⁾ *Whole Woman's Health* 判決は、この論理を再確認したものと評価される。

さて、*Whole Woman's Health v. Hellerstedt* においては、テキサス州内の中絶クリニック（中絶提供者）に課される 2 つの要件、すなわち「患者受入れ特権の要件」(admitting privileges requirement)⁽⁷⁴⁾と「外来施設の要件」(ambulatory surgical center requirement)⁽⁷⁵⁾の合憲性が争われた。これらの要件が課されれば、州内の約 75% の中絶クリニックが閉鎖を余儀なくされることが予想された。⁽⁷⁶⁾このような事態は、州内の中絶クリニックへのアクセスを望む女性に極めて深刻な負担を課すものであり、とりわけ地方部や国境付近のエリアに与える影響は甚大であり、これによって特に影響を受けるのは貧しい女性や移民の女性であったとされる。⁽⁷⁷⁾

原審である第 5 巡回区合衆国控訴裁判所は、女性の健康や身体の安全を守

(72) Linda Greenhouse & Reva B. Siegel, *Casey and the Clinic Closings: When "Protecting Health" Obstructs Choice*, 125 *YALE L. J.* 1428, 1431 (2016).

(73) *Id.* at 1444-45.

(74) 「患者受入れ特権の要件」は、中絶を行うすべての医師に対して、そのクリニックから 30 マイル内に所在する地域の病院において特権を取得するよう求める。TEX. HEALTH & SAFETY CODE ANN. § 245.010(a).

(75) 「外来施設の要件」は、中絶を行うクリニックに対して、州内の外来施設の最低基準に合致するよう求める。これは、クリニックのトイレ設備、暖房装置、照明機器、換気装置、設備機器、衛生状況などの施設要件に関する詳細なリストである。*Id.* §§ 243.010, 245.010(a).

(76) 地裁の認定によれば、テキサス州には 40 以上の中絶クリニックが開業していたが、もし州法がすべて施行されたなら、おそらく 7 又は 8 のクリニックしか残らなかった。*Whole Woman's Health*, 136 S. Ct. at 2301.

(77) *Id.* at 2302.

るという州が主張する利益の事実的妥当性について、裁判所は独立した審査をなすべきではないと判示した。⁽⁷⁸⁾ しかし、合衆国最高裁はこれを否定し、州法がもたらす医学的利益に関する州の主張に対して、司法は単純に敬讓を払うべきではなく、むしろ州が主張する医学的利益を支える証拠を慎重に吟味し、法によって課される負担と比較衡量するべきであると判示した。⁽⁷⁹⁾ 合衆国最高裁の判決の要旨は以下のとおりである。

【患者受入れ特権の要件について】

テキサス州内で実施されている中絶が極めて安全であるという医学的証拠が示されている。それによると、妊娠初期及び中期（第1期及び第2期）の段階の妊娠中絶によって、入院を要する手術併発症が発生するリスクは1%に満たない。また、極まれに手術併発症が発生するにせよ、それは通常、中絶処置の後、数日経って明らかになるわけであり、この時点において、患者は自宅から最も近い病院で治療を求めるのが最善の方法である。したがって、中絶提供者は自身のクリニックから30マイル内の病院で「患者受入れ特権」を取得せねばならないという要件は、自宅で手術併発症を患う患者に何ら利益をもたらさない。この要件から生じるであろう中絶クリニックの激減と、この要件が健康及び身体上の利益に貢献しないという点を考慮すれば、「過度の負担」が認められる。⁽⁸⁰⁾

【外来施設の要件について】

「外来施設の要件」は、中絶手術に不必要でコストのかかる多くの施設設置基準を設けて、中絶クリニックにそれらに適合するよう求めるものである。これらの要件は、患者によりよい医療をもたらすための要件ではない。また、

(78) *Id.* at 2309-10.

(79) *Id.* at 2310.

(80) *Id.* at 2311-13.

より危険の伴う手術を行う施設に同じ要件を課していないことも問題である。分娩は一般的に中絶よりも危険の伴うものであるが、「外来施設の要件」はこれに適用されない。女性は助産師の支援を受けて自宅で出産することが認められている。テキサス州はさらに大腸内視鏡検査、脂肪吸引、流産管理を実施する施設についても、これらは中絶よりも危険性の高い手術であるにもかかわらず、「外来施設の要件」を適用していない。これら点から、州議会は、危険性の高い手術の安全性を高めることに関心があったわけではないことが明らかである。また、中絶手術は、肌を貫通させるような処置や、患者に強い鎮静剤を投与したりすることはないので、「外来施設の要件」が患者の転帰を改善することもない。手術併発症がまれに生じるにせよ、それは往々にして手術後に患者が帰宅した後に生じるものであること、そして、いったん帰宅した後は病院での治療を求める患者にとっては、中絶クリニックの「外来施設の要件」は無意味である。⁽⁸¹⁾

【結論】

テキサス州法が課す要件は、女性の健康と身体の安全にとって、有益とはいいがたく、むしろ有害である。テキサス州法は、女性の健康と身体の安全に対する脅威が存在しないにもかかわらず、妊娠中絶を望む女性に、長い時間をかけて異常なまでに高水準の施設に向かうことを強制している。この女性に課された負担は、それに相応する医学的利益が欠如していることを考慮すると、過度であり、合衆国憲法に違反する。⁽⁸²⁾

(3) Whole Woman's Health 判決の意義

テキサス州は、TRAP 法によって達成しようとする利益の事実的妥当性、

(81) *Id.* at 2315-16.

(82) *Id.* at 2318.

すなわち「立法事実」の妥当性に関して、裁判所は特段審査をせずに、敬讓を払うべきであると主張したが、合衆国最高裁はその主張を退けた。通常、法律の合憲性が争われる場合、「立法目的」及びそれを達成する手段（規制手段）の合理性を裏づけ支える社会的・経済的・文化的な一般事実、すなわち「立法事実」が問題となる。法律が合憲であるためには、当該法律の背後にあって、それを支えている立法事実の存在と、その事実の妥当性が認められなければならない。立法事実を検証しないまま、単純に「立法目的」及びそれを達成する手段の合理性を審査する方法は、実態に適合しない形式的・観念的な説得力の弱い判決になる可能性がある。⁽⁸³⁾

合衆国最高裁は、この点を再確認し、本件においては①科学的証拠に拠りながら、②立法事実を慎重に吟味し、③ TRAP 法がもたらす医学的利益と、それが及ぼす負担とを比較衡量するべきことを明確にした。

本件では、科学的証拠分析から、そもそもテキサス州内で合法的に実施されている妊娠中絶に医学的危険性が認められないことや、TRAP 法によって達成される医学的利益（女性の健康と身体の安全の利益）はほとんど認められないことが明らかになった。合衆国最高裁は、これらの科学的事実を前提に、TRAP 法の「患者受入れ特権の要件」及び「外来施設の要件」が及ぼす負担、すなわち州内の中絶クリニックの75%が閉鎖され、妊娠中絶手術を受ける機会が相当制約されるという事態を慎重に検討した。そして、当該要件がもたらす医学的利益はほとんど存在しない（むしろ不利益すら認められる）一方で、それが及ぼす負担は客観的に明白であるであるという比較衡量論に拠りながら、違憲判決を導いた。

以上の Whole Woman's Health 判決で示された、①科学的証拠の重視、②州の利益の事実的妥当性（立法事実）に対する慎重な審査、③州が主張する利益とそれに対応する負担との比較衡量といった要素は、TRAP 法以外の分野

(83) 芦部信喜『憲法 [第5版高橋和之補訂]』(岩波書店、2011年) 372頁。

の合憲性審査にも用いられている。⁽⁸⁴⁾ また、トランスジェンダーに対して差別的なトイレ法の合憲性を考える上でも、Whole Woman's Health 判決で示された原理は有用であると考えられる。⁽⁸⁵⁾

5 トイレ法の背後にあるステレオタイプ

(1) 性別二元論

いわゆるトイレ法は、上述のとおり、出生時に決まった生物学的性別に従って、男女別の公衆トイレの利用を求めるとするのが典型である。生物学的性別は出生証明書その他の身分証明書に記載される。しかし、外性器や内性器といった性器の外観に基づいて、生物学的性別を単純に定義することは、多くの可変的な要素が人間の性別に関与しているという科学的事実と反する。単純な「性別二元論」はもはや相当ではない。⁽⁸⁶⁾ トイレ法は、性別の科学的な理解に反しており、「間違っただけのステレオタイプ」又は「規範的ステレオタイプ

(84) 近年の投票権をめぐる事件で、「不正投票」(voter fraud) といったほとんど存在しない問題を根絶するという名目で、有色人種の有権者に重い負担を課すことになる法律を政府が制定することは許されないという結論を導くにあたり、Whole Woman's Health 判決が引用されている。問題の図式は同じである。つまり、州が中絶クリニックを廃業に追い込みたいという真の動機を隠すために、女性の健康や身体の安全の利益を口実にしたのと同様に、有色人種の有権者から投票権を奪いたいという真の動機を隠すために、選挙の公正性を維持するという利益が口実に利用された。たとえば、Veacey v. Abbot, 830 F.3d 216 (5th Cir. 2016) は、不正投票の撲滅を目的に制定された「テキサス州有権者 ID 法」が、有色人種の有権者の投票所へのアクセスを制限するとしてその合憲性が争われた事件である。本件で第 5 巡回区合衆国控訴裁判所は、Whole Woman's Health 判決に拠りながら、①テキサス州の過去 10 年の投票の中で、有権者本人による不正投票で有罪となった件数はたった 2 件であるという事実を鑑みれば、州議会がこのほとんど存在しない問題に強い関心を持っていたとは考え難く、それゆえ②有権者 ID 法が州の主張する目的にほとんど役立たないであろうことは明らかである一方で、③同法が有色人種の有権者に及ぼす差別的効果が甚だしいことを考慮して、同法を違憲無効とした。

(85) Medley, *supra* note 64, at 449.

プ」(性別規範)に依拠していると考えられる。

そもそも「生物学的性別」(biological sex)といっても、それは、「染色体性別」(chromosomal sex)、「性腺上の性別」(gonadal sex)、「ホルモン上の性別」(hormonal sex)、「生殖器上の性別」(genital sex)など様々あるという。これらは通常一致するが、そうでないこともある。たとえば、およそ1,500人に1人の確率で、あいまいな性器を持つ赤ちゃんが生まれ、その場合は、間性(インターセックス)と診断されるという。また、生まれつきアンドロゲン無感覚症候群(Androgen Insensitivity Syndrome-AIS)である人々は、通常女性として自己認識し、一見女性の外性器を持つが、男性の染色体や生殖腺を持ち、女性の生殖器官(内性器)を持たない。⁽⁸⁷⁾ よって、染色体によって生物学的性別を定義するトイレ法は、AISの女性を女性トイレから排除することになる。⁽⁸⁸⁾

トイレ法は、性別に関する科学的知見を反映しておらず、「間違ったステレオタイプ」や「規範的ステレオタイプ」(性別規範)に基づき、性別を構成する多様な要素を無視又は軽視し、恣意的に生物学的性別を定義している疑いがある。多くの場合、出生時に割り当てられた性別又は性別適合手術によって変更可能な出生証明書に基づき、生物学的性別が定義されている。⁽⁸⁹⁾ これは、立法府が、染色体性別やホルモン上の性別その他よりも、単純に身体の表面的外観を重要と見ていることを示す。⁽⁹⁰⁾ しかし、科学的知見に鑑みれば、生

(86) 「性別二元論」とは、様々な性別のあり方の中で、明確に区別された男と女という性別の2つだけが固定的で生得的なものとして社会に存在しており、この状況を社会制度の前提とみなし、性別の多様の分布を認めようとする立場をいう。綾部六郎「LGBTを法から考えるために」法学セミナー753号13頁(2017年)参照。

(87) Medley, *supra* note 64 at 454-455.

(88) たとえば、ミネソタ州がそのようなトイレ法案を作成したとされる。H.F. 41, 2017 Leg., 90th Sess. (Minn. 2017).

(89) Kralik, *supra* note 63.

(90) Medley, *supra* note 64, at 456.

物学的性別は極めて複雑であることは明らかである。人間には2つの性別しかないという性別二元論を前提にした立法は極めて疑わしいものである。⁽⁹¹⁾

(2) 性犯罪の危険性

トイレ法を促進する理由として、それが性犯罪を抑止するという理由が挙げられる。これは、①性自認が女性であろうとも、生物学的に男性であれば、結局は男性であるわけであるから、トイレで性的暴行を犯す危険性がある、②シスジェンダーの男性は、トイレで女性を襲うためにトランスジェンダーを装う危険性がある、といった理由で、トイレ法を正当化する議論である。

TRAP 法とトイレ法との最大の共通点は、立法事実として、事実上存在しない問題又は害悪を作り上げて、議会がそれを除去せねばならないと盛んに主張し、立法化への同意を得ようとする点にある。そのために、トイレで性犯罪が多発するなどという脅威を煽る活動が行われた。⁽⁹²⁾ 実際、学校でトランスジェンダーのトイレ利用が問題となった場合、保護者らは性的暴行の危険性をかなり懸念したという。⁽⁹³⁾ これはいかに脅威を煽る戦術に対して、保

(91) 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」第3条（以下、特例法）によると、性同一性障害者は、次の要件をすべて満たした場合、家庭裁判所の審判により、その性別を変更することができる。つまり、①20歳以上であること、②現に婚姻をしていないこと、③現に未成年の子がいないこと、④生殖腺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、⑤他の性別の性器に係る部分に近似する外観を備えていること、である。わが国の特例法も、性別二元論を前提に、かたくなに中間を許さない構えをとっている。とくに④と⑤の要件にそれが見て取れる。私たちの意識の中に、人間を男女のどちらかに分類しなければならないという、一種の強迫的固執が存在するのかもしれない。齊藤笑美子「強迫的性別二元制」志田陽子編『映画で学ぶ憲法』（法律文化社、2014年）137頁参照。

(92) Emily Bazelon, *Making Bathrooms More 'Accommodating'*, N.Y. TIMES MAG., Nov. 17, 2015, <https://www.nytimes.com/2015/11/22/magazine/making-bathrooms-more-accommodating.html> [<https://perma.cc/G9AY-EPUK>].

(93) G.G. ex rel. Grimm v. Gloucester Cty. Sch. Bd., 132 F. Supp. 3d 736 (E.D. Va. 2015).

護者が敏感であるか、それに影響を受けやすいかを物語る。

このような脅威を煽る戦術は、ノースカロライナ州でも行われた。すでに述べたとおり、このトイレ法案 (HB2) は、シャーロット市が提案した、トランスジェンダーを含む性的マイノリティに対する差別禁止条例に対抗する形で、提出されたものである。HB2 は、TRAP 法と同様に、女性の健康や身体の安全が脅かされるという相当の事実が存在しない中で、女性を守るという口実の下で、成立した。妊娠中絶の危険性に関する作り話と同様、トイレの性犯罪の作り話は、それが根拠薄弱であるとする科学的証拠や専門家の証言が多くあるにもかかわらず、多くの市民を納得させ、少なくとも部分的に、また一時的に、大きな成功を収めた。⁽⁹⁴⁾

トイレ法が、既存の刑事法によってすでに抑止し得ない性犯罪者に対して、さらなる抑止効果を発揮するとは通常考え難い。性犯罪は重大な問題であるが、トランスジェンダーをトイレから排除する法律は、その問題の解決に役立たないどころか、むしろ性犯罪を助長する。トランスジェンダーは頻繁に性的暴行の被害に遭っているにもかかわらず、⁽⁹⁵⁾ 逆に、性犯罪者として描かれる。⁽⁹⁶⁾ それは、酷くトランスジェンダーの人間性を無視した卑劣な描写であると同時に、性犯罪が実際にどのように起こるかに関する誤解に基づいている。⁽⁹⁷⁾ トイレ法は、トランスジェンダーを危険な状態に置くことで、彼らに対する性的暴行の危険性を高め、結果として自殺の危険性まで高めること

(94) 上述のとおり、ノースカロライナ州は、2017年3月にHB2を撤回した。

(95) Lauren Palk, *Sexual Assault in the LGBT Community*, NAT'L CTR. FOR LESBIAN RTS. (April 30, 2014), <http://www.nclrights.org/sexual-assault-in-the-lgbt-community> [<https://perma.cc/3BNV-NX8K>].

(96) Zack Ford の調査によると、トランスジェンダーの70%が、トイレの利用に関して、ある種の否定的な反応や嫌がらせを経験したとされる。Zack Ford, *Study: Transgender People Experience Discrimination Trying to Use Bathrooms*, THINK PROGRESS (June 26, 2013), <http://thinkprogress.org/lgbt/2013/06/26/2216781/transgender-bathroom-study> [<https://perma.cc/3GQ4-F2NG>].

になる。⁽⁹⁸⁾

6 小括

近年まで多くの裁判所は、トランスジェンダーに対する差別が、規範的ステレオタイプ、すなわち性別規範の押し付けの問題であるということを認識していなかった。⁽⁹⁹⁾ しかし、最近では変化の兆しが現れており、トランスジェンダーに対する差別は性別規範の押し付けであるから、性差別にあたるという理解が広がってきている。性別規範の押し付けは、自己のアイデンティティの形成や表明における自由な選択を軽視し、それを否定する危険性がある。

第 14 修正の平等保護条項の下、性差別は、より厳格な司法審査、すなわち中間審査基準が相当する。したがって、トランスジェンダーに対する差別にも中間審査基準が適用されうると考えられる。⁽¹⁰⁰⁾

Whole Woman's Health 判決は、「過度の負担」基準を適用するにあたり、①科学的証拠の存在、②州の利益の事実に妥当性（立法事実）に対する慎重な審査、③州の利益とそれに対応する負担との比較衡量といった要素を重視した。Medley は、これらの要素は「過度の負担」基準に固有のものというわけではなく、広く一般化が可能で、平等保護条項の司法審査基準の適用におい

(97) Carlos Maza, *We Can't Be Scared of the 'Bathroom Predator' Myth*, HUFFINGTON POST (Nov. 4, 2016, 12:22 PM), http://www.huffingtonpost.com/carlos-maza/we-cant-be-scared-of-the_b_8472698.html[<https://perma.cc/GE7Y-9MEX>].

(98) Kristie E. Seelman, *Transgender Adults' Access to College Bathrooms and Housing and the Relationship to Suicidality*, 63 J.HOMOSEXUALITY 1378, 1387 (2016).

(99) たとえば、Etsitty v. Utah Transit Authority, 502 F.3d 1215 (10th Cir. 2007) は、生物学的には男性であるが女性の性自認を持つ Krystal Etsitty が女装して出勤し、職場で女性用トイレを利用し始めたため、使用者が解雇したという雇用差別の事件であるが、第 10 巡回区合衆国控訴裁判所は、①性自認を理由とする差別それ自体が性差別にあたるという主張を退け、さらに②本件が男性に関する性別規範に従わなかったことを理由とする差別であるという主張についても、証拠不十分で退けた。

(100) Glenn v. Brumby, 663 F.3d 1312, 1315-16 (11th Cir. 2011).

でも、考慮されるべき要素であると説く。⁽¹⁰¹⁾

Whole Woman's Health 判決で無効とされた TRAP 法と同様に、トイレ法は、女性の健康と身体の安全が脅かされるという問題を設定し、それを解決する利益を主張している。しかし、そのような問題設定それ自体、間違っただけのステレオタイプ又は規範的ステレオタイプ（性別規範）に基づいている。トイレ法は、性犯罪を抑止したり、女性の身体の安全を守ることに貢献するのではなく、むしろトランスジェンダーの生活に多大な負担を課すことに貢献するだけである。

おわりに

政府がトランスジェンダーを冷遇する目的を持って、又はそのような効果を承知して行動すれば、当該グループに従属又は隷属をもたらす。それは、トランスジェンダーに対する劣等のメッセージとなり、社会における従属的立場を強化するものである。結果として、トランスジェンダーの人々は、自己のアイデンティティを形成し表現する自由がはく奪される。このような事態は「平等な尊厳」の原理に反すると考えられる。⁽¹⁰²⁾

2016年の大統領選で共和党が勝利した後、トランスジェンダーに対して差別的な、いわゆる「トイレ法案」が多くの州議会で提案された。トイレ法は、「性別二元論」に拠りながら、「性犯罪の危険性」を除去することを目的とする。しかし、これは間違っただけのステレオタイプ又は規範的ステレオタイプに基づいていると考えられる。この問題が憲法問題として争われる場合、Whole Woman's Health 判決が示した原理が重要な意味を持つと考えられる。同判決は、法律が憲法上の権利を制限している場合、政府の動機やその主張する利益の妥当性を慎重に吟味する義務が裁判所にあることを確認した上で、①科

(101) Medley, *supra* note 64, at 449.

(102) Boso, *supra* note 44, at 1153.

学的証拠の存在、②政府の利益の事実に相当性（立法事実）に対する慎重な審査、③政府の利益とそれに対応する負担との比較衡量といった要素を重視する姿勢を打ち出したものとして、注目される。

TRAP 法及びトイレ法は、女性の健康や身体の安全の問題を解決するという目的又は利益を掲げるが、実際そのような問題が本当に存在するのか慎重に検討する必要がある。妊娠初期及び中期の段階での妊娠中絶が手術併発症を引き起こす確率は 1% に満たないという医学的証拠に鑑みれば、議会が女性の健康や身体の安全の問題に強い関心を持ち、その解決を真剣に目指していたとは考え難い。そうであれば、TRAP 法が議会の主張する目的又は利益の達成に役立たないことは明らかである。そもそも問題が存在しないのであれば、それを解決する目的も利益も存在しないわけであるから、TRAP 法を制定してもそれらの達成に役立つことはない。TRAP 法は無意味なものとなる。その一方で、TRAP 法は、州内の中絶クリニックの 75% 以上を廃業に追いやり、女性の妊娠中絶へのアクセスを厳しく制限する効果を持つ。結果として、妊娠中絶を望む女性は「藪医者」の手に委ねざるを得なくなるか、又は非常に危険な自己墮胎に訴えざるを得なくなる。この点で、TRAP 法は、女性に対して、重大な健康及び身体上のリスクをもたらすものであった。⁽¹⁰³⁾

では、トイレ法はどうであろうか。トランスジェンダーにその自認する性別でのトイレ利用を認めて、結果として性犯罪が増加したという事実はないとされる。⁽¹⁰⁴⁾ シスジェンダーの男性がトランスジェンダーの権利を悪用するという想定も、同様にそれが発生するという証拠が乏しい。トランスジェンダーが自認する性別のトイレを利用すると、女性の健康や身体の安全が脅かされるというのは単なる憶測に過ぎない。

(103) *Whole Women's Health v. Hellerstedt*, 136 S. Ct. 2292, 2321 (Ginsburg, J., concurring).

(104) 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>.

トランスジェンダーが自認する性別のトイレを利用しても、女性の健康や身体の安全の問題が生じないとすれば、トイレ法を制定したところで、問題の解決に役立つことはなく、無意味である。トイレ法が、既存の刑事法によってすでに予防し得ない性犯罪者に対して、さらなる予防効果を発揮することはありません。むしろトイレ法は、性別二元論に基づき、生物学的性別と一致するトイレの利用を強制することで、トランスジェンダーに対して、身体的及び精神的損傷をもたらす可能性が高い。性犯罪の防止を目的とするトイレ法が、トランスジェンダーに対する性的暴行を助長する可能性がある。

TRAP法及びトイレ法は、女性の健康や身体の安全の問題を解決するという目的又は利益を掲げるが、実際そのような問題はそもそも存在せず、その一方で、社会的弱者に重大な健康及び身体上のリスクをもたらすという点で共通している。⁽¹⁰⁵⁾ この点を考慮すれば、トイレ法が憲法上容認される可能性は極めて低いと考えられる。

(105) Medley, *supra* note 64, at 461.