

〔判例評釈〕

トランスジェンダー職員の女性トイレ使用の 制限に関する人事院判定が違法とされた事例 ——最三小判令和5年7月11日民集77巻5号1171頁——

奥 忠 憲

I. 事案

Xは、平成16年5月以降、経済産業省の同一の部署で執務している。この部署の執務室がある庁舎（以下「本件庁舎」）には、男女別のトイレが各階に3か所ずつ設置されている。なお、男女共用の多目的トイレは、上記執務室がある階（以下「本件執務階」）には設置されていないが、複数の階に設置されている。

Xは、生物学的な性別は男性であるが、幼少の頃からこのことに強い違和感を抱いていた。Xは、平成10年頃から女性ホルモンの投与を受けるようになり、同11年頃には性同一性障害である旨の医師の診断を受けた。そして、Xは、平成20年頃から女性として私生活を送るようになった。

また、Xは、平成22年3月頃までには、血液中における男性ホルモンの量が同年代の男性の基準値の下限を大きく下回っており、性衝動に基づく性暴力の可能性が低いと判断される旨の医師の診断を受けていた。なお、Xは、健康上の理由から性別適合手術を受けていない。

Xは、平成21年7月、上司に対し、自らの性同一性障害について伝え、同年10月、経済産業省の担当職員に対し、女性の服装での勤務や女性トイレの使用等についての要望を伝えた。これらを受け、平成22年7月14日、経済産業省において、Xの了承を得て、Xが執務する部署の職員に対

し、X の性同一性障害について説明する会（以下「本件説明会」という。）が開かれた。担当職員は、本件説明会において、X が退席した後、X が本件庁舎の女性トイレを使用することについて意見を求めたところ、本件執務階の女性トイレを使用することについては、数名の女性職員がその態度から違和感を抱いているように見えた。そこで、担当職員は、X が本件執務階の一つ上の階の女性トイレを使用することについて意見を求めたところ、女性職員 1 名が日常的に当該女性トイレも使用している旨を述べた。

本件説明会におけるやり取りを踏まえ、経済産業省において、X に対し、本件庁舎のうち本件執務階とその上下の階の女性トイレの使用を認めず、それ以外の階の女性トイレの使用を認める旨の処遇（以下「本件処遇」）を実施することとされた。

X は、本件説明会の翌週から女性の服装等で勤務し、主に本件執務階から 2 階離れた階の女性トイレを使用するようになったが、それにより他の職員との間でトラブルが生じたことはない。

また、X は、平成 23 年、家庭裁判所の許可を得て名を現在のものに変更し、同年 6 月からは、職場においてその名を使用するようになった。

X は、平成 25 年 12 月 27 日付けで、国家公務員法 86 条の規定により、職場の女性トイレを自由に使用させることを含め、原則として女性職員と同等の処遇を行うこと等を内容とする行政措置の要求をしたところ、人事院は、同 27 年 5 月 29 日付けで、いずれの要求も認められない旨の判定（本件判定。以下、本件判定のうち上記のトイレの使用に係る要求に関する部分を「本件判定部分」）をした。

本件判定部分の取消請求について、第 1 審（東京地判令和元年 12 月 12 日）は認めたが、原審（東京高判令和 3 年 5 月 27 日）は棄却した。原審を受け、
二五 X が上告した。

Ⅱ．判旨

「原審の……判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである」。

「国家公務員法 86 条の規定による行政措置の要求に対する人事院の判定においては、広範にわたる職員の勤務条件について、一般国民及び関係者の公平並びに職員の能率の発揮及び増進という見地から、人事行政や職員の勤務等の実情に即した専門的な判断が求められるのであり（同法 71 条、87 条）、その判断は人事院の裁量に委ねられているものと解される。したがって、上記判定は、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したと認められる場合に違法となると解するのが相当である」。

「これを本件についてみると、本件処遇は、経済産業省において、本件庁舎内のトイレの使用に関し、上告人を含む職員の服務環境の適正を確保する見地からの調整を図ろうとしたものであるということが出来る」。

「そして、上告人は、性同一性障害である旨の医師の診断を受けているところ、本件処遇の下において、自認する性別と異なる男性用のトイレを使用するか、本件執務階から離れた階の女性トイレ等を使用せざるを得ないのであり、日常的に相応の不利益を受けている（傍点報告者。以下同じ）ということが出来る」。

「一方、上告人は、健康上の理由から性別適合手術を受けていないものの、女性ホルモンの投与……を受けるなどしているほか、性衝動に基づく性暴力の可能性は低い旨の医師の診断も受けている。現に、上告人が本件説明会の後、女性の服装等で勤務し、本件執務階から 2 階以上離れた階の女性トイレを使用するようになったことでトラブルが生じたことはない。また、本件説明会においては、上告人が本件執務階の女性トイレを使用することについて、担当職員から数名の女性職員が違和感を抱いているように見えたにとどまり、明確に異を唱える職員がいたことはうかがわれない。さらに、本件説明会から本件判定に至るまでの約 4 年 10 か

月の間に、上告人による本件庁舎内の女性トイレの使用につき、特段の配慮をすべき他の職員が存在するか否かについての調査が改めて行われ、本件処遇の見直しが検討されたこともうかがわれない」。

「以上によれば、遅くとも本件判定時においては、上告人が本件庁舎内の女性トイレを自由に使用することについて、トラブルが生ずることは想定し難く、特段の配慮をすべき他の職員の存在が確認されてもいなかったものであり、上告人に対し、本件処遇による上記のような不利益を甘受させるだけの具体的な事情は見当たらなかったというべきである。そうすると、本件判定部分に係る人事院の判断は、本件における具体的な事情を踏まえることなく他の職員に対する配慮を過度に重視し、上告人の不利益を不当に軽視するものであって、関係者の公平並びに上告人を含む職員の能率の発揮及び増進の見地から判断しなかったものとして、著しく妥当性を欠いたものといわざるを得ない」。

「したがって、本件判定部分は、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものである」として違法となるというべきである」。

「以上と異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は理由があり、原判決中、本件判定部分の取消請求に関する部分は破棄を免れない。そして、以上に説示したところによれば、上記請求は理由があり、これを認容した第1審判決は正当であるから、上記部分につき被上告人の控訴を棄却すべきである」。

「なお、上告人のその余の上告については、上告受理申立て理由が上告受理の決定において排除されたので、棄却することとする」。

「よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官宇賀克也、同長嶺安政、同渡邊恵理子、同林道晴、同今崎幸彦の各補足意見がある」。

【宇賀克也裁判官補足意見】

「1 本件で第1審と原審とで判断が分かれたのは、①上告人が女性ホル

モンの投与や《略》等により女性として認識される度合いが高いことがうかがわれ、その名も女性に一般的なものに変更されたM t F (Male to Female) のトランスジェンダーであるものの、戸籍上はなお男性であるところ、このような状態にあるトランスジェンダーが自己の性自認に基づいて社会生活を送る利益をどの程度、重要な法的利益として位置付けるかについての認識の相違、及び②上告人がそのような状態にあるトランスジェンダーであることを知る同僚の女性職員が上告人と同じ女性トイレを使用することに対する違和感・羞恥心等をどの程度重視するかについての認識の相違によるのではないと思われる」。

「2 本件を検討するに当たって、上告人が戸籍上はなお男性であることをどのように評価するかが問題になる。本件で、経済産業省は、上告人が戸籍上も女性になれば、トイレの使用についても他の女性職員と同じ扱いをするとの方針であったことがうかがわれるが、現行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下では、上告人が戸籍上の性別を変更するためには、性別適合手術を行う必要がある」。しかしながら、「性別適合手術は、身体への侵襲が避けられず、生命及び健康への危険を伴うものであり、経済的負担も大きく、また、体質等により受けることができない者もいるので、これを受けていない場合であっても、可能な限り、本人の性自認を尊重する対応をとるべきといえる。本件においても、上告人は、当面、性別適合手術を受けることができない健康上の理由があったというのであり、性別適合手術を受けておらず、戸籍上はなお男性であっても、経済産業省には、自らの性自認に基づいて社会生活を送る利益をできる限り尊重した対応をとることが求められていたといえる」。

「3 経済産業省は、職員の能率が充分に発揮され、かつ、その増進が図られるように服務環境を整備する義務を負っているところ（国家公務員法 71 条 1 項）、庁舎内のトイレについて、上告人の自らの性自認に基づいて社会生活を送る利益に配慮するとともに、同僚の職員の心情にも配慮する必要がある。本件で経済産業省が、女性職員が上告人と同じ女性

トイレを使用することに対する違和感・羞恥心等を重視してとった対応が上告人の自らの性自認に基づいて社会生活を送る利益に対する制約として正当化できるかを検討すると、法廷意見が指摘するとおり、上告人が女性トイレを使用することにより、トラブルが生ずる具体的なおそれにはなかったと認められる」。

「そして、本件判定が行われた平成 27 年 5 月 29 日の時点では、上告人が女性の服装で勤務を開始してから 4 年 10 か月以上経過しており、上告人がその名を変更し職場においてその名を使用するようになった平成 23 年 6 月からは約 4 年が経過していた。したがって、本件判定時には、たとえ、上告人が M t F のトランスジェンダーで戸籍上はなお男性であることを認識している女性職員が、本件執務階とその上下の階の女性トイレを使用する可能性があったとしても、そのことによる支障を重視すべきではなく、上告人が自己の性自認に基づくトイレを他の女性職員と同じ条件で使用する利益を制約することを正当化することはできないと考えられる」。

「さらに、上告人が戸籍上は男性であることを認識している同僚の女性職員が上告人と同じ女性トイレを使用することに対して抱く可能性があり得る違和感・羞恥心等は、トランスジェンダーに対する理解が必ずしも十分でないことによるところが少なくないと思われるので、研修により、相当程度払拭できると考えられる。上告人からカミングアウトがあり、平成 21 年 10 月に女性トイレの使用を認める要望があった以上、本件説明会の後、当面の措置として上告人の女性トイレの使用に一定の制限を設けたことはやむを得なかったとしても、経済産業省は、早期に研修を実施し、トランスジェンダーに対する理解の増進を図りつつ、かかる制限を見直すことも可能であったと思われるにもかかわらず、かかる取組をしないまま、上告人に性別適合手術を受けるよう督促することを反復するのみで、約 5 年が経過している。この点については、多様性を尊重する共生社会の実現に向けて職場環境を改善する取組が十分になされてきたとはいえないように思われる」。

「4 結論として、本件判定部分は、本件の事実関係の下では、人事院の裁量権の行使において、上告人がM t Fのトランスジェンダーで戸籍上はなお男性であることを認識している女性職員が抱くかもしれない違和感・羞恥心等を過大に評価し、上告人が自己の性自認に基づくトイレを他の女性職員と同じ条件で使用する利益を過少に評価しており、裁量権の逸脱があり違法として取消しを免れないと思われる」。

【長嶺安政裁判官補足意見】

「私は、法廷意見に賛成であるが、さらに以下の点を敷衍しておきたい」。
「本件説明会において、担当職員が、数名の女性職員の態度から違和感を抱いていると見たことから、経済産業省としては、職員間の利益の調整を図ろうとして、本件処遇を導入したものと認められるところではあるが、トイレの使用への制約という面からすると、不利益を被ったのは上告人のみであったことから、調整の在り方としては、本件処遇は、均衡が取れていなかったといわざるを得ない。もっとも、上告人は、本件説明会の翌週から女性の服装等で勤務するようになったというのであるから、本件処遇は、急な状況の変化に伴う混乱等を避けるためのいわば激変緩和措置とみることができ、上告人が異を唱えなかったことも併せて考慮すれば、平成 22 年 7 月の時点において、一定の合理性があったと考えることは可能である」。

「しかし、本件判定時に至るまでの 4 年を超える間、上告人は、職場においても一貫して女性として生活を送っていたことを踏まえれば、経済産業省においては、本件説明会において担当職員に見えたとする女性職員が抱く違和感があったとしても、それが解消されたか否か等について調査を行い、上告人に一方的な制約を課していた本件処遇を維持することが正当化できるのかを検討し、必要に応じて見直しをすべき責務があったというべきである。そして、この間、上告人によるトイレ使用をめくり、トラブルが生じることもなかったというのである。上記の経緯を勘案し、

また、自認する性別に即して社会生活を送ることは、誰にとっても重要な利益であり、取り分けトランスジェンダーである者にとっては、切実な利益であること、そして、このような利益は法的に保護されるべきものと捉えられることに鑑みれば、法廷意見がいうように、人事院が上告人のトイレの使用に係る要求を認めないとした本件判定部分は、著しく妥当性を欠いたものであると考える次第である」。

【渡邊恵理子裁判官補足意見（林道晴裁判官同調）】

「私は、その主文および理由ともに、法廷意見に賛同するものであるが、トランスジェンダー（MtF）である上告人による本件庁舎内のトイレ利用の検討について補足意見を述べておきたい」。

「私は、経済産業省に施設管理権等に基づく一定の裁量が認められることを否定するものではないが、原判決も認めるとおり、性別は、社会生活や人間関係における個人の属性として、個人の人格的な生存と密接かつ不可分であり、個人がその真に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は重要な法益として、その判断においても十分に尊重されるべきものとする」。

「もっとも、重要な法益であっても、他の利益と抵触するときは、合理的な制約に服すべきことはいうまでもなく、生物学的な区別を前提として男女別トイレを利用している職員に対する配慮も必要であり、したがって、本件についてみれば、トランスジェンダーである上告人と本件庁舎内のトイレを利用する女性職員ら（シスジェンダー）の利益が相反する場合には両者間の利益衡量・利害調整が必要となることを否定するものではない」。

一九 「しかしながら、女性職員らの利益を軽視することはできないものの、上告人にとっては人として生きていく上で不可欠ともいえるべき重要な法益であり、また、性的マイノリティに対する誤解や偏見がいまだ払拭することができない現状の下では、両者間の利益衡量・利害調整を、感覚的・

抽象的に行うことが許されるべきではなく、客観的かつ具体的な利益較量・利害調整が必要であると考えられる。本件についてみれば、上告人は、性別適合手術を受けていないものの、本件説明会の翌週から女性の服装等で勤務するようになり、社会生活を送るに当たって、行動様式や振る舞い、外見の点を含め、女性として認識される度合いが高いものであったということができたのであり、上告人による女性トイレの利用に当たっては、法廷意見や1審判決が判示するとおり、女性職員らの守られるべき利益（上告人の利用によって失われる女性職員らの利益）とは何かをまず真摯に検討することが必要であり、また、そのような女性職員らの利益が本当に侵害されるのか、侵害されるおそれがあったのかについて具体的かつ客観的に検討されるべきである」。

「そして、本件についてみれば、経済産業省は本件説明会において女性職員が違和感を抱いているように『見えた』ことを理由として、上告人に対しては執務する部署が存在する階のみならずその上下の階、あわせて3フロアの女性トイレの利用も禁止するという本件処遇を決定し、その後も、上告人が性別適合手術を受けず、戸籍上の記載が男性であることを理由にこれを見直すことなく約4年10か月にわたり本件処遇を維持してきたものであり、このような経済産業省の対応が合理性を欠くことは明らかであり、また、上告人に対してのみ一方的な制約を課すものとして公平性を欠くものといわざるを得ない。とりわけ、一般に、当初はトランスジェンダーによる自認する性別のトイレ利用に違和感を持ったとしても当該対象者の事情を認識し、理解することにより、時間の経過も相まって緩和・軽減することがあるとする指摘がなされており（一件記録によれば、このように考えていた女性職員らが存在したこともうかがわれる）、また、誤解に基づく不安などの解消のためトランスジェンダーの法益の尊重にも理解を求める方向で所要のプロセスを履践することも重要であるという指摘もなされている。そして、このような観点からは、仮に経済産業省が当初の女性職員らからの戸惑いに対応するため、激変

緩和措置として、暫定的に、執務する部署が存在する階のみの利用を禁止する（その必要性には疑問が残るが、たとえ上下2フロアの女性トイレ利用まで禁止する）としても、徒らに性別適合手術の実施に固執することなく、施設管理者等として女性職員らの理解を得るための努力を行い、漸次その禁止を軽減・解除するなどの方法も十分にあり得たし、また、行うべきであった」。

「また、原審の認定事実によっても、本件説明会において女性職員らが異議を述べなかったことの理由は明らかではない。上告人が男性であると認識していたために、上告人が女性トイレの利用を希望することを知って戸惑う女性職員が存在することそれ自体は自然な流れであるとしても、本件説明会において女性職員らが異議を述べなかった理由は一義的ではなく複数あり得るものである。すなわち、女性職員らが、上告人にその自認する性別のトイレ利用を認めるべきであるとの認識の下で異議を述べなかったことも考えられる（一件記録によれば、このような女性職員の存在もうかがわれる）。また、女性職員らが、異議ある旨の意見を多数の前で述べることに気後れした可能性がないとは言い切れないものの、戸惑いながらも上告人の立場を配慮するとやむを得ないと考えた場合や反対することは適切ではないのではないかと考えた場合（一件記録によれば、このように考えた女性職員らの存在もうかがわれる）などの理由による場合も十分にあり得ると考えられる」。

「原判決が、こういった女性職員らの多様な反応があり得ることを考慮することなく、『性的羞恥心や性的不安などの性的利益』という感覚的かつ抽象的な懸念を根拠に本件処遇および本件判定部分が合理的であると判断したとすると、多様な考え方の女性が存在することを看過することに繋がりかねないものと懸念する」。

「以上のとおり、トイレの利用に関する利益衡量・利害調整については、確かに社会においてこれまで長年にわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がなされてきたことやそのような区別を前提としたトイレを利

用してきた職員に対する配慮は不可欠であり、また、性的マイノリティである職員に係る個々の事情や、例えば、職場のトイレであっても外部の者による利用も考えられる場合には不審者の排除などのトイレの安全な利用等も考慮する必要があるといった施設の状況等に応じて変わり得るものである。したがって、取扱いを一律に決定することは困難であり、個々の事例に応じて判断していくことが必要になることは間違いない」。

「しかしながら、いずれにしても、施設管理者等が、女性職員らが一様に性的不安を持ち、そのためトランスジェンダー（M t F）の女性トイレの利用に反対するという前提に立つことなく、可能な限り両者の共棲を目指して、職員に対しても性的マイノリティの法益の尊重に理解を求める方向での対応と教育等を通じたそのプロセスを履践していくことを強く期待したい」。

【今崎幸彦裁判官補足意見】

「トランスジェンダーの人々が、社会生活の様々な場面において自認する性にふさわしい扱いを求めることは、ごく自然かつ切実な欲求であり、それをどのように実現させていくかは、今や社会全体で議論されるべき課題といってよい。トイレの使用はその一例にすぎないが、取組の必要性は、例えばM t F（Male to Female）のトランスジェンダーが意に反して男性トイレを使用せざるを得ないとした場合の精神的苦痛を想像すれば明らかであろう」。

「本件説明会において、上告人は、女性職員を前に自らがトランスジェンダーであることを明らかにしているが、引き続き行われた意見聴取の際には女性職員から表立っての異論は出されていない。その後上告人は本件処遇に従い使用を許された階の女性トイレを使用しているところ、その期間は本件判定の時点で約4年10か月（休職期間を除いても約3年8か月）にわたっているが、その間何らの問題も生じていない。加えて、原審の認定事実によれば、本件説明会に先立ち、上告人は、平成10年頃

から継続的に女性ホルモンの投与を受け、平成 20 年頃からは私的な時間の全てを女性として過ごすようになっており、そのことを原因として問題が生じたことはなかったというのである」。

「法廷意見は、こうした事案において、直接には上告人の行政措置要求に対する人事院の本件判定部分の当否を判断の対象としているが、実質においては上告人に対する経済産業省当局の一連の対応の評価が核心であったことはいうまでもない。その観点から得るべき教訓を挙げるとすれば、この種の問題に直面することとなった職場における施設の管理者、人事担当者等の採るべき姿勢であり、トランスジェンダーの人々の置かれた立場に十分に配慮し、真摯に調整を尽くすべき責務があることが浮き彫りになったということであろう」。

「課題はその先にある。例えば本件のような事例で、同じトイレを使用する他の職員への説明（情報提供）やその理解（納得）のないまま自由にトイレの使用を許容すべきかという、現状でそれを無条件に受け入れるというコンセンサスが社会にあるとはいえないであろう。そこで理解・納得を得るため、本件のような説明会を開催したり話合いの機会を設けたりすることになるが、その結果消極意見や抵抗感、不安感等が述べられる可能性は否定できず、そうした中で真摯な姿勢で調整を尽くしてもなお関係者の納得が得られないという事態はどうしても残るように思われる（杞憂であることを望むが）。情報提供についても、どのような場合に、どの範囲の職員を対象に、いかなる形で、どの程度の内容を伝えるのか（特に、本人がトランスジェンダーであるという事実を伝えるか否かは場合によっては深刻な問題になる。もとより、本人の意思に反してはならないことはいうまでもない。）といった具体論になると、プライバシーの保護と関係者への情報提供の必要性との慎重な較量が求められ、事案によって難しい判断を求められることになろう」。

「こうした種々の課題について、よるべき指針や基準といったものが求められることになるが、職場の組織、規模、施設の構造その他職場を取り

まぐ環境、職種、関係する職員の人数や人間関係、当該トランスジェンダーの職場での執務状況など事情は様々であり、一律の解決策になじむものではないであろう。現時点では、トランスジェンダー本人の要望・意向と他の職員の意見・反応の双方をよく聴取した上で、職場の環境維持、安全管理の観点等から最適な解決策を探っていくという以外にない。今後この種の事例は社会の様々な場面で生起していくことが予想され、それにつれて頭を悩ませる職場や施設の管理者、人事担当者、経営者も増えていくものと思われる。既に民間企業の一部に事例があるようであるが、今後事案の更なる積み重ねを通じて、標準的な扱いや指針、基準が形作られていくことに期待したい。併せて、何よりこの種の問題は、多くの人々の理解抜きには落ち着きの良い解決は望めないのであり、社会全体で議論され、コンセンサスが形成されていくことが望まれる」。

「なお、本判決は、トイレを含め、不特定又は多数の人々の使用が想定されている公共施設の使用の在り方について触れるものではない。この問題は、機会を改めて議論されるべきである」。

III. 検討

1. 本判決における本件判定部分の審査

以下では、まず、前提として、行政措置要求を受けた人事院による事案の判定に関し、趣旨、及び、関連規定を概観する((1))。続いて、本判決の審査の手法を評価する((2))。そのうえで、本判決の審査におけるXの利益((3))と女性職員の利益((4))の性質について、及び、本判決で激変緩和措置が認容されていること((5))について、確認する。

(1) 行政措置要求を受けた人事院による事案の判定

本件では、トランスジェンダーであるXが、職場である本件庁舎内において、自認する性に基づく女性トイレの使用を制限されるという処遇に関する行政措置要求を受けた人事院による事案の判定の適法性が問題と

なっている。国公法第 87 条は、こうした事案に関する審査と判定をする権限を人事院に与えているが、その理由は、①勤務条件の内容が広範かつ専門的であるところ、人事院が人事行政に関する広範な権限と専門性を有しているから、及び、②「労働基本権制約の代償機能を果たしている中立第三者機関である人事院が処理することにより、公正な判断が期待できる」からであるとされている¹。

また、人事院の判定は、国公法に定められている平等取り扱いの原則（第 27 条）、人事管理の原則（第 27 条の 2）、情勢適応の原則（第 28 条）、職務給の原則（第 62 条）、不利益取扱いの禁止（第 108 条の 7）等に照らし、直接には「一般国民及び関係者に公平なように、且つ、職員の能率を発揮し、及び増進する見地」（第 87 条）に基づくものとされている²。職員の能率の発揮と増進に関しては、そもそも国公法第 71 条に定められている。

(2) 本判決における審査手法

本判決においても、勤務条件の広範性に加え、一般国民及び関係者の公平、及び、職員の能率の発揮と増進の見地（国公法第 71 条、第 87 条）から、人事行政や職員の勤務等の実情に即した専門的な判断の必要性が認められ、その判断が人事院の裁量に委ねられているものとされている。そのうえで、具体的な審査基準として、人事院の判定が、「裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したと認められる場合に違法となる」とされている。

そのうえで、本判決は、本件判定部分に関する人事院の判断について、本件における X の利益と他の職員の利益に関する具体的な事情を考慮した結果として、「本件における具体的な事情を踏まえることなく他の職員に対する配慮を過度に重視し、上告人の不利益を不当に軽視するものであって、関係者の公平並びに上告人を含む職員の能率の発揮及び増進の見地から判断しなかったものとして、著しく妥当性を欠いたものといわざるを得

1 吉田耕三・尾西雅博編『逐条国家公務員法〔第 2 次全訂版〕』（学陽書房、2023 年）785 頁。

2 同上 785-786 頁。

ない」としたうえで、本件判定部分が裁量権の範囲の逸脱濫用にあたり、違法となるとしている。

こうした本判決における審査については、考慮事項の重要性も対象とする判断過程審査であり³、この点では、考慮事項の重要性を対象としない審査や、判断過程には踏み込まない審査よりは、比較的踏み込んだものと評価することができるであろう。その一方で、人事院の判断について「著しく妥当性を欠いたもの」とする文言からは、人事院の裁量を前提に、単に妥当性や合理性を欠くか否かを問うものよりも緩やかな審査をしたものとも考えることもできるであろう。

(3) Xの利益

なお、本判決では、本件におけるXの利益について、Xが、自認する性とは異なる男性用のトイレを使用するか、執務階から離れた階の女性用のトイレを使用することを強いられる結果として、日常的な不利益を被っていることが指摘されている。そのうえで、こうしたXの不利益が不当に軽視されていると評価されている。しかしながら、その前提として、こうしたXの利益が、なぜ、本件における人事院の判断以上に、重視されるべきであるのかという理由について、多数意見では十分には明らかとはされていない⁴。

その一方で、多数意見との関係性について明らかにはされていない⁵ものの、異例にも全ての裁判官によって示された補足意見においては、Xの利益について、多数意見以上に踏み込んだ言及がなされている。こうした言及から、その理由について窺い知ることができるであろう。

すなわち、宇賀補足意見では、「自らの性自認に基づいて社会生活を送る利益をできる限り尊重」すべきであったとされている。長嶺補足意見で

二

3 こうした見方をするものとして、服部麻理子「判批」新・判例解説 Watch 行政法 No. 242 (2023 年) 3 頁。

4 服部・同上、井川志郎「判批」法学セミナー 826 号 (2023 年) 115 頁。

5 井川・同上。

は、「自認する性別に即して社会生活を送ることは、誰にとっても重要な利益であり、取り分けトランスジェンダーである者にとっては、切実な利益」であるとされている。渡邊補足意見（林同調）では、「性別は、社会生活や人間関係における個人の属性として、個人の人格的な生存と密接かつ不可分であり、個人がその真に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は重要な法益」であるとされている。今崎補足意見では、「トランスジェンダーの人々が、社会生活の様々な場面において自認する性にふさわしい扱いを求めることは、ごく自然かつ切実な欲求」であり、その実現については「社会全体で議論されるべき課題」とされている。

これらの補足意見について、性自認に基づき社会生活を送ることが重要な利益であると考えられていることが窺われる。厳密には、今崎補足意見では、利益であるとはされておらず、さらには、「社会全体で議論されるべき課題」という文言からは、他の補足意見と比べると、他の利益との衡量における X の利益の重要性について謙抑的な姿勢も感じられる。とはいえ、「ごく自然且つ切実な欲求」という文言や、本件における具体的な事情の評価からは、性自認に基づき社会生活を送ることが重要な利益であるという点について、否定するものではないと考えられるであろう。

以上のとおり、本判決では、本件判定部分に関する人事院の判断における利益衡量について、性自認に基づき社会生活を送ることという重要な利益が X に認められることを前提に、本件のトイレ使用制限による X の不利益が不当に軽視されているとされた。

(4) 女性職員の利益

その一方で、本件のトイレ使用制限による女性職員の利益については、
— X が性暴力に及ぶ可能性は低いとする医師の診断があることや、説明会に
— おいて X による女性トイレの使用に対し明確に異を唱える職員がいたことが窺われないことから、トラブルが生じるとは想定し難く、また、特段の配慮をすべき職員の存在が確認されなかったとしたうえで、X に対し不利益を甘受させるだけの具体的な事情が見当たらないとされた。そのうえ

で、本件判定部分に関し、人事院は、女性職員が抱くかもしれない違和感や羞恥心等を過大に評価しているとされた。

この点につき、補足意見においても、女性職員の利益を客観的・具体的に評価し相対化しようとする考えを看取することができる。すなわち、宇賀補足意見では、女性トイレの使用による「トラブルが生ずる具体的なおそれはなかった」ことに加え、女性職員の抱く可能性のある違和感や羞恥心等は研修によって相当程度払拭できることが示された。長嶺補足意見では、女性職員の違和感が解消されたか否か等の調査をし、Xの処遇に対する検討や見直しがなされなかった点が指摘された。渡邊補足意見（林同調）では、説明会で女性職員が違和感を抱いているように「見えた」ととどまること、女性職員の理解を得るための努力を行なうべきであったことや、『性的羞恥心や性的不安などの性的利益』が感覚的かつ抽象的な懸念であることが考慮された。今崎補足意見では、意見聴取で女性職員から表立っての異論が出されていないこと、また、別の階の女性トイレの使用や、女性として過ごしている私的な時間において問題が生じていないことが認識されている。

以上の補足意見も併せて考慮すると、本判決の審査においては、Xの利益が重視されたというよりは、女性職員の利益が、あまりにも抽象的かつ不明確であり、重視されるに値するものではないという評価がされたのではないかと考えることもできるかもしれない。多数意見において、Xの不利益について単に日常的な不利益に言及されるにとどまり、性自認に基づき社会生活を送ることにまで踏み込まれなかったのも、そのように、本件における女性職員の利益の重要性があまりにも乏しかったため、そもそも、Xの不利益の性質や重要性について踏み込まれるべき必要性がなかったからなのかもしれない。

(5) 激変緩和措置

本判決の多数意見において、Xに対し不利益を甘受させるだけの具体的な事が見当たらないとされたのは、あくまでも、「遅くとも本件判定時

において」である。このような留保が付された背景として、今崎補足意見以外の補足意見において、激変緩和措置を設けることが認容されている点にも留意する必要がある。すなわち、宇賀補足意見では、早期に研修を実施し、理解の増進を図りつつ、制限を見直すべきとする中で、当面の制限を認めている。長嶺補足意見では、X が異を唱えなかったことも踏まえたうえで、混乱を避けるための激変緩和措置を認めている。渡邊補足意見（林同調）でも、女性職員等の戸惑いに対応するための暫定的な措置については否定していない。

2. X の利益の憲法上の位置づけ

本判決では、X の利益と憲法上の利益や根拠との関係性が明らかにされることはなかった。この点につき、「問題の本質は性的マイノリティに対する差別にある。……問題となっている利益の憲法上の位置づけすなわち人権該当性を論じることで、公的機関の裁量により明確な限界を設けることこそが、司法の最高機関に求められた役割ではなかったか」⁶ という批判がある。

本判決では、あくまでも、本件判定部分という行政行為が国公法第 87 条に違反するかという点から審査がなされたのであり、X の利益に関しても、その限りで考慮されたこと、及び、前記 III1 (4) のとおり、そもそも女性職員の利益が強く疑われ、抽象的かつ不明確で、比較的重要ではないものとされたように見受けられることからすると、少なくとも本判決における紛争を解決する限りでは、X の利益の憲法上の位置づけまで論じる必要がなかったのかもしれない。または、後記 III2 (1) のとおり、特に憲法第 13 条の観点から X の利益をいわば新しい人権の類型の一つとして裁判
九 所が認めることには謙抑的であるべきとする考えがあったのかもしれない。

とはいえ、たしかに、そこまで論じることは、問題の本質や、本判決の

6 同上。

背景について理解することにも資するであろう。特に、X が性自認に基づき社会生活を送ることに関しては、憲法第 13 条の観点から、及び、トランスジェンダーである X が性自認を事由としてシスジェンダーとの間で差別を受けないことに関しては、憲法第 14 条の観点から、考える余地があるように思われる。

そこで、以下では、X の利益の憲法上の位置づけに関し、自己決定権等の新しい人権の保障を求め、個人の尊重原理について求める憲法第 13 条の観点から (1))、及び、平等原則について定める憲法第 14 条の観点から (2))、それぞれ検討する。

(1) 憲法第 13 条

憲法第 13 条の観点からは、性自認に基づき社会生活を送ることを新しい人権として保障することができるかが問題となりうる。とはいえ、新しく保障する必要の生じた権利については、通常は、国会が法律上の新しい権利として形成することが原則であるところ、これを裁判所が憲法上の新しい人権として認めることは、裁判所が未だ法律上の新しい権利として形成していない国会と場合によっては対立しうる政策判断・価値判断をすることなのであり、憲法の想定する国会と裁判所の役割分担という観点からは極めて例外的であるとされている⁷。そのうえで、この指摘によると、裁判所による新しい人権の創設は、「国民の間に新しい人権の原理的承認について広範なコンセンサスが形成され、その基本的な内容が裁判官の恣意的・主観的な価値判断をほとんど入れる余地のないほど明確になった段階で初めて認められるものだと考えなければならない」とされている⁸。

本判決でも、補足意見において、トランスジェンダーに関する理解の不足や、トランスジェンダーによる性自認に基づくトイレの使用に関するコンセンサスの形成の不足等が認識されていることからすると、性自認に基づき社会生活を送ることを憲法上の新しい人権として承認することについ

7 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』（有斐閣、2020年）149頁。

8 同上。

て、国民の間に未だ十分に広範なコンセンサスが形成されていないと考えられているのかもしれない。

なお、新しい人権の主たるものの一つとして、自己決定権がある。とはいえ、性自認に基づき社会生活を送ることを、及び、そもそもの前提としての性自認自体を、自己決定権として保障できるかについては、性同一性障害のような疾病や障害と自己決定との結びつきが不明であるとする指摘⁹がある。もちろん、そもそも性同一性障害は診断等の対象となるようなものではない¹⁰ため、これを疾病や障害とするのは差別的なことであると考ええる。しかしながら、性同一性障害特例法違憲決定¹¹においても確認されているとおり、トランスジェンダーにおいて、心理的な性別は自己の意思によって左右することのできないものであることはたしかであろう。そうすると、自己の意思によって左右できない性自認について、自己決定の対象ではないとも考えられる。しかしながら、「性別が人格的生存にとって重要だとの考え方は自己決定権論をとらないとしても十分首肯できることから、憲法 13 条の保護の射程に置くことは十分考えられよう」との指摘もある¹²。少なくとも、自己決定でないからといって、自己決定権以外の新しい人権として憲法第 13 条に基づき保障することまでは否定されない。

また、性自認に基づき社会生活を送ることを、憲法第 13 条の個人の尊重原理から基礎づける学説も見受けられる。すなわち、個人の尊重原理が多様性・個別性の尊重の要請を含むとする学説を確認したうえで¹³、「自

9 南野知恵子ほか編『性同一性障害の医療と法』（メディカ出版、2013 年）265 頁（川崎政司）。

10 国際疾病分類（ICD）、及び、精神疾患の分類と診断の手引（DSM）上、性同一性障害が診断等の対象となる疾病とはされていないことを解説するものとして、谷口洋幸編『LGBT をめぐる法と社会』（日本加除出版株式会社、2019 年）七 52-53 頁（三橋順子）。

11 最大決令和 5 年 10 月 25 日。同決定においても、ICD を含め、性同一性障害に関する医学的知見の進展について確認されている。

12 新井誠「判批」WLJ 判例コラム臨時号第 202 号（2020 年）。

13 曾我部真裕「個人の尊重と生命、自由及び幸福追求に対する権利（1）」法学教室 484 号（2021 年）67-68 頁。

らの性自認に従った取扱いを受ける権利」についても、『個人の尊重』（13条前段）が、多様性・個別性の尊重の要請を含むとすれば、「13条によって保障される方向で議論をする必要があるように思われる」とするものがある¹⁴。本判決の評釈の中にも、「性自認に基づいた社会生活を送ることは、『個人の尊重』の観点から重要な法的利益」であるとするものがある¹⁵。

（2）憲法第14条

本件における「問題の本質は性的マイノリティに対する差別にある」とする前記の指摘¹⁶もあるところ、少なくとも、本件をトランスジェンダーとシスジェンダーとの間での差別の問題として、平等原則について定める憲法第14条の観点から理解し、検討することは、本件における問題の性質や本判決の背景を理解するうえで重要であると思われる。

もっとも、前記 III2 のとおり、本件は国公法第87条に基づく人事院の判定が同条に違反するかが問題となったものである。したがって、差別の問題であると理解した場合であっても、直接には、憲法第14条ではなく、同じく平等原則について定める国公法第27条に違反するかが、検討されたうえで、国公法第87条違反の検討において考慮されるべきものであることに留意する必要がある。とはいえ、国公法第27条は、あくまでも憲法第14条の規定を受けたものであり、基本的には、同条に関する議論の妥当するものとされている¹⁷。

以上を踏まえ、本件について、憲法第14条、及び、国公法第27条の定める平等原則の観点から検討すると、本件の問題の重大性が明らかとなる。すなわち、前記 III2 (1) のとおり、心理的な性別は自己の意思によって左右することのできないものであるとすると、本件は、こうした自らの意思や努力によっては変えることのできない性自認という事由に基づき、別異

六

14 曾我部真裕「個人の尊重と生命、自由及び幸福追求に対する権利(2)」法学教室 485号(2021年)80頁。

15 朱穎嬌「判批」新・判例解説 Watch 憲法 No. 220(2023年)3頁。

16 前掲注(5)。

17 前掲注(1)291-299頁。

取り扱いがなされたものであり、したがって、平等原則に違反する合理的理由のない差別であることが比較的強く疑われるものであると評価することができるであろう。本判決において、人事院の判断がXの利益を不当に軽視するものとした背景として、こうした点も考慮された可能性がある。

3. 本判決の射程

本判決は、事例判断であり、この点について、様々な評価がなされているところ、少なくとも、事例判断以上の判断を示すことにも意義のあったことは否めないであろう（(1)）。ただし、本判決の後には性同一性障害特例法違憲決定が控えていたという事情にも留意すべきかもしれない（(2)）。

(1) 事例判断

本判決における判断は、あくまでも事例判断であることが補足意見で言及されている。すなわち、渡邊補足意見（林同調）では、トイレの利用に関する利益衡量や利害調整について個々の事例に応じて判断すべきであることが、今崎補足意見では、本判決はトイレを含めた公共施設の使用の在り方に触れるものではないことが示されている。なお、公衆施設の使用の在り方に関しては、本件の地裁判決の評釈の中に、鍵付きの個室様式である女性用トイレの場合と、公衆浴場等、他者に性器等の露出をする公衆施設の場合とでは、議論の立て方が変化する可能性を指摘するもの¹⁸がある。

本判決の評釈の中には、本判決において事例判断とした点につき、社会的政治的な議論や対立に関わることを避けるべきとする観点から評価するものがある。すなわち、性自認に基づく権利についての一般論の判断を避けたことに関しては、「最高裁が大上段の一般論を明示して一定の方向に社会的コンセンサスを誘導するような構成の判決は妥当ではないとの基本的な判断」によるとするもの¹⁹や、「個別事件の具体的状況を汲み取って判断するという司法判断にふさわしい判断手法により、アメリカのよう

18 前掲注(12)。

19 野川忍「判批」WLJ判例コラム特報第294号(2023年)。

な『文化戦争』に陥るのを避けつつ、具体的に妥当な解決をもたらしたという点で一つの成功例とみることはできる」とするもの²⁰がある。トランスジェンダーの権利についての一般的な指摘をすることにより、トランスジェンダーの権利保障に関する社会的政治的な議論や対立に巻き込まれてしまうという事態を避けるために、あくまでも本件の紛争の解決に必要な範囲の判断にとどめるべきとする司法機関としての思慮があったとすると、事例判断以上の判断は難しかったのではないかと考えられる。

また、職場におけるトランスジェンダーの権利保障に関し、一定の考え方や指針を導くことができるとするものもある。すなわち、今崎裁判官以外の「4人の裁判官によって、依るべき基本的な考え方と、実施すべき具体的対応のイメージはすでに十分に示されているのであって、その意味では、本件最高裁判決は、法廷意見と補足意見との有機的な構成によって、トランスジェンダーの人々の権利をどのように保護し、具体的に定着させていくべきかを示す意欲的な判決」とするもの²¹や、「トランスジェンダーの性自認に基づいて社会生活を送る法的利益は重要なものであり、それを制限するには、具体的事案に即して、客観的かつ具体的な利益較量・利害調整を行わなければならない」という基本的な指針を示したとするもの²²がある。

その一方で、本判決の事例判断については、「あまりに射程の短い判断は、問題の根本的解決を先送りしてしまうという消極面ももつ。性的マイノリティの人々が生きやすい環境を実現するためには、あとどれくらい」X「と同じような苦難の道を経験しなければならないのだろう」との批判もなされている²³。本判決が謙抑的な事例判断にとどまるものとされることで、他の事案において、予見可能性が十分でないために、被害の生じるおそれ

20 木下智史「判批」法律時報 95 巻 11 号 (2023 年) 3 頁。

21 前掲注 (19)。

22 前掲注 (15) 4 頁。

23 前掲注 (20)。

も考えられる。

そうすると、少なくとも、個室である女子トイレの使用だけでも、本件以外の事例を意識した指摘をすべきであったかもしれない。たとえば、本判決では、X が性同一性障害の診断、女性ホルモンの投与や、性暴力の可能性が低いとの診断を受けた等の事情が、本件判定部分の違法性を導く根拠の一環として確認されている。しかしながら、医学上、性同一性障害は診断の対象とはなっておらず²⁴、その診断を受けることは難しい。女性ホルモンの投与は身体に大きな負担をかけるものである。本件において性暴力の可能性が低いとの診断を得たのは、男性ホルモンの量が基準値を下回るからであったが、こうした診断を得るためには、女性ホルモンの投与等、身体に大きな負担をかけることを強いられる。事例判断を超え、女性トイレの使用が認められるために、これらの事情が必要なかという点について判断することにも意義のあることは否めないであろう。

(2) 性同一性障害特例法違憲決定の存在

本判決において事例判断にとどまった背景には、本判決の前月の6月27日に最高裁大法廷における弁論期日が9月27日に決まった性同一性障害特例法違憲決定²⁵の内容や影響を予見しきり難かったという事情もあったのかもしれない。すなわち、本件の事案のように戸籍上の性別の変更を求めるような場合であれば、その変更の際し、同決定で違憲とされた生殖不能要件、及び、同決定の多数意見では原審に差し戻すこととされたが、三浦守裁判官、草野耕一裁判官、及び、宇賀克也裁判官の各反対意見では違憲であるとされた外観要件が違憲とされた後は、これらの要件をみたさない戸籍上の性別の変更のみで、性自認に基づくトイレの使用を認めるという対応が一般化し、定着していくことも考えられる。そうなれば、
三 少なくとも本件の事案と同様の紛争が生じることも自ずとなくなっていくかもしれない。その一方で、本件の事案のような場合において戸籍上の性

24 前掲注(10)。

25 前掲注(11)。

別変更が求められたのは、あくまでも戸籍上の性別変更については生殖不能要件や外観要件が設けられていたからであると考え、それらの要件が違憲とされた後であったとしても、戸籍上の性別変更とは別に、それらの要件をみたすことを求めるという対応が広がっていくことも想定される。そうすると、結局は、本件の事案と同様の紛争が生じることにともなわねないであろう。

このように、そもそも、本件の事案の紛争の前提であった規定自体が近い将来において違憲となりうる状態であった中では、事例判断以上の判断をすべきか否かが必ずしも明確ではなかったという点も、本判決を検討する際には考慮する必要があるかもしれない。

【附記】

私の着任した 2020 年の春に始まったコロナ禍のために限定的ではあったものの、田中先生とは、同じ駒澤大学法学部・法学研究科の公法学専攻の教員、及び、研究者として、また、主に学内外における会員等に対し資格試験対策講座や講演会等を提供する駒澤大学法学研究所の運営委員として、教育、研究、及び、社会貢献活動における交流があった。

とりわけ、先生の下で学んでいた大学院生が私の授業を受けにきた際には、先生が彼を親身に熱心に指導していることを感じた。そもそも、大学院生を指導教員として受け入れるということ自体が、私には経験がないものの、並々ならぬ熱意、能力や労力を要するものであることは想像に難くない。

さらには、彼の修士論文の予備報告会において、先生には、専門外の私の指摘を的確に受けとめていただいた。

また、昨年度、法学研究所において先生から引き継いだ会計主任の業務では、煩雑かつ専門的な業務に四苦八苦する度に、このような業務を平然と処理されていた先生の姿を思い出すことで奮起せずにはいられなかった。他にも、法学研究所では、会員との交流会の企画や運営等にも尽力さ

れていた。

いつか、コロナ禍が収束し、親密に交流できる日が訪れることを楽しみにしていただけに、まさかのあまりにも早すぎる逝去には無念極まりない思いを禁じえない。謹んで哀悼の意を表するとともに、心よりご冥福をお祈り申し上げます。

なお、本稿は、JSPS 科研費（基盤研究（B））「統治構造における独立機関の存在意義と機能条件」（課題番号 JP 20H01421・研究代表者曾我部真裕）、及び、JSPS 科研費（基盤研究（B））「わが国実定公務員法制の抜本的改革に向けた理論的研究」（課題番号 JP 21H00660・研究代表者下井康史）の助成を受けた研究の成果の一環である。また、後者の科研費の研究会として 2024 年 1 月 6 日に自治労会館において開催された第 18 回公務員法研究会における本判決に関する報告の際にいただいた指摘の一部が反映されている。反映できなかった指摘も多々あるが、それらについては今後の課題とする。

2024 年 1 月 19 日に脱稿後、宮端謙一「判解」ジュリスト 1593 号（2024 年）86-90 頁、朱穎嬌「判批」新・判例解説 Watch 【2024 年 4 月】（速報判例解説（法学セミナー増刊）Vol.34）（2024 年）11-14 頁、服部麻理子「判批」新・判例解説 Watch 【2024 年 4 月】（速報判例解説（法学セミナー増刊）Vol.34）（2024 年）53-56 頁に接した。