

# 性的少数者保護と性差別禁止法理 ——アメリカの議論を中心に

長谷川珠子

(福島大学准教授)

2020年6月、アメリカ連邦最高裁は、「性的指向と性自認」(Sexual Orientation and Gender Identity, SOGI)を理由とする差別は「性」差別に当たり、公民権法第7編に違反するとの判断を初めて示した(Bostock v. Clayton County, 140 S. Ct. 1731 (2020))。本稿は、性的少数者の権利保障において後れをとる日本での議論に資することを目的の1つとして、先般新たな判断が示されたアメリカの状況を紹介するものである。まず(Ⅱ)、雇用差別の解決手法が日米で異なる点、アメリカでは不当な取扱いを違法とするには差別禁止規定の存在が極めて重要であることを確認する。次に(Ⅲ)、性的少数者らが権利を獲得してきた背景には、当事者による社会運動とその影響を受けた法制度と裁判例の展開があることや、性的ステレオタイプ理論等を用いてSOGI差別を違法とする裁判例が現れていたこと等を指摘し、多様な要因が積み重なって2020年連邦最高裁判決に至ったことを明らかにする。最後に(Ⅳ)、連邦最高裁判決を検討し、同判決により全米の性的少数者らが雇用の全局面におけるSOGI差別から保護されることになったことや、一連のSOGI差別が禁止される可能性が高いことなど、判決の意義を述べる。加えて、同判決が将来の問題とした、平等な取扱いを超えて何らかの配慮(自認する性でのトイレや更衣室の使用等)を必要とする場面についても若干の検討をする。

## 目次

- I はじめに
- II 日米の法枠組みの違い
- III 相関する社会運動・法制度・裁判例
- IV 連邦最高裁判決

## I はじめに

### 1 本稿の目的

アメリカでは、2020年に連邦最高裁判所が、性的指向や性自認を理由とする解雇は「人種、肌の色、宗教、性、または出身国」を理由とする雇用差別を禁じる公民権法第7編(Title VII of the Civil Rights Act of 1964)(以下「第7編」という)に違

反するとの判断を初めて示した<sup>1)</sup>。ただし、連邦最高裁は、性的指向や性自認そのものが第7編に列挙された差別禁止事由に当たると解したわけではない。第7編の「性」(sex)とはあくまで生物学的な男女の区別を意味するとしたうえで、性的指向や性自認を理由とする不利益取扱いが常に「性を理由とする差別」に該当するがゆえに禁止されるとした。

世界的に性的少数者の問題に関心が高まるなかで<sup>2)</sup>、日本でも、自治体による同性パートナーシップ証明書の発行、同性婚を認めないことが憲法14条違反に当たるとした札幌地裁判決<sup>3)</sup>、LGBT理解増進法案の作成等、性的少数者の権利を保障する動きがみられている。また、性同一性障害者による訴訟が提起されるなど(Ⅱ1参照)、職場

における性的少数者の雇用管理が課題となる場面も増えることが予想される。現行法の下でこれらの問題がどのように解決できるかを検討することに加え、性的指向や性自認を理由とする（雇用）差別禁止法を新たに制定することも視野に入れた議論が必要になるといえよう。

そのようななかで、1970年代に始まった性的少数者の権利獲得運動以降、紆余曲折を経て2020年の連邦最高裁判決に至ったアメリカの経験を知ることが、日本における議論にとっても重要である。そこで本稿では、日米の法枠組みの違いを確認したうえで（Ⅱ）、アメリカにおける性的少数者に関する社会運動、法制度および裁判例の展開について整理し（Ⅲ）、最後にBostock事件連邦最高裁判決を検討する（Ⅳ）。

## 2 性的少数者とは

日本でも、性的少数者の総称である「LGBT」という用語の認知度が高まっている。Lesbian（女性同性愛者）、Gay（男性同性愛者）、Bisexual（両性愛者）、Transgender（性同一性障害者）<sup>4)</sup>の頭文字をとったものであるが、LGBTでは捉えきれない多様な人々が含まれることから（自己の認識として性別が確立していないQuestioning等）、最近では「SOGI（Sexual Orientation and Gender Identity）」（性的指向・性自認）が使用されることも多い。性的指向とは性愛の対象を指し、この観点での性的少数者には、レズビアン、ゲイ、バイセクシュアル、アセクシュアル（性愛の対象をもたない者）等、異性以外に性的指向がある者や性愛の対象がない者が含まれる。性自認とは自己の認識としての性別を指し、トランスジェンダーやクエスチョニング等が含まれる。本稿では、総称する場合に性的少数者またはSOGIを用いる。

## Ⅱ 日米の法枠組みの違い

雇用差別を法的に論じる際には、日米の法制度の違いを理解しておくことが肝要である。そこでⅡでは、性的少数者に関する日本法の状況を概観したうえで、日米の雇用差別の解決手法の違いを確認する。

## 1 日本法の状況

日本でも、SOGI差別の解決にむけた立法が何度か試みられ、直近では「LGBT理解増進法案」（性的指向及び性自認の多様性に関する国民の理解の増進に関する法律案）の国会提出（2021年第204回通常国会）が目指されたが、いずれも実現していない。また、性差別を禁止する男女雇用機会均等法（以下「均等法」という）5条および6条は、SOGIを理由とする差別を禁止する規定ではないと解されている<sup>5)</sup>。

このように日本には、SOGI差別を禁止する法律は存在していない。しかし、差別を禁止する規定がないからといって、性的少数者に対する不利益取扱いが法的にすべて許されるわけではない。雇用法制においては、権利濫用法理（民法1条3項、労契法3条5項、16条等）や公序良俗（民法90条）等を用いて、雇用差別として禁止されていない事由であっても、不利益取扱いを無効・違法とする対応が裁判所によりとられてきた。例えば、女性にのみ適用される結婚退職制や女性若年定年制について、合理的理由が認められない限り公の秩序に反し無効となるとした、均等法制定以前の裁判例<sup>6)</sup>や、障害者差別を禁止する規定が障害者雇用促進法に追加される以前に、障害を理由とする不利益取扱いを無効と判断した裁判例<sup>7)</sup>等である。また、ハラスメントに関しても、それを直接規制する私法上の規定がなくとも<sup>8)</sup>、使用者は労働者に対して「働きやすい良好な職場環境を維持する義務」（職場環境配慮義務）を労働契約上の付随義務（信義則上の義務）または不法行為法上の注意義務として負っており、これに違反した場合には債務不履行（民法415条）または不法行為（同709条）として、ハラスメントについての責任を負うとする裁判例が多数みられる<sup>9)</sup>。

このような枠組みは、性的少数者の事案でも用いられている。性同一性障害の労働者が、自認する性（女性）の服装で勤務することを禁止する業務命令に従わなかったことを理由として懲戒解雇されたS社（性同一性障害者解雇）事件<sup>10)</sup>において、裁判所は、使用者が適切な配慮をしていれば企業秩序や業務遂行に著しい支障をきたすとはい

えなかったとして、懲戒解雇を無効と判断した。また、性同一性障害である職員が自認する性（女性）のトイレの使用を一定の範囲で制限されたことについて、裁判所は、「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、重要な法的利益として、国家賠償法上も保護される」としたうえで、庁舎管理権の行使にあたって尽くすべき注意義務を怠ったとして国の損害賠償責任を認め、トイレ使用を制限した人事院の判定が違法であるとした<sup>11)</sup>。さらに、性同一性障害のタクシー乗務員が化粧をして乗務したことが、身だしなみ規定に違反するとして就労拒否した事案において、性同一性障害である原告に対しては、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り、業務上の支障が生じるともいえないことから、就労拒否には正当な理由がないとして、賃金支払請求権を認めた裁判例もある<sup>12)</sup>。

## 2 アメリカ法の状況

このように、雇用差別やハラスメントを直接規制する規定がない場合であっても、民法の一般条項や解雇権濫用法理等を用いて柔軟に問題を解決することができる日本に対し、アメリカの状況は大きく異なる。

アメリカでは「随意雇用」(employment at will)の原則があるため、期間の定めのない雇用契約の場合、使用者は、いつでも、どのような理由からであっても、被用者を解雇することができる。アメリカにおいて不当な解雇を違法とするためにはそれを禁止する法律が不可欠であり、第7編等の雇用差別禁止規定が唯一の拠り所であるともいえる状況にある<sup>13)</sup>。SOGIを理由とする不利益取扱いが、第7編により禁止されるかどうか、性的少数者にとって極めて重要な意味をもつことが分かる。

アメリカでは、ハラスメントについても雇用差別の問題として扱われてきた。第7編はセクハラについて特に規定していないが、1970年代後半からセクハラを第7編の禁止する性差別と認める裁判例が現れ<sup>14)</sup>、1980年には雇用機会均等委員会(Equal Employment Opportunity Commission)（以下「EEOC」という）のガイドライン<sup>15)</sup>が示され

て、性差別としてのセクハラ法理が定着した<sup>16)</sup>。したがって、性的少数者に対するハラスメントについても、第7編により禁止されるかどうか解決にとっての最重要事項となる。

## III 関連する社会運動・法制度・裁判例

### 1 歴史的背景

アメリカの性的少数者に関する法制度や裁判例を論じるに当たっては、性的少数者らが発展させてきた社会運動とそれらが法制度や裁判例に与えた影響を理解することが重要である<sup>17)</sup><sup>18)</sup>。

#### (1) 1960～1980年代：権利獲得運動の展開とバックラッシュ

アメリカでは1950年代に公民権運動が開始され、1964年の公民権法の制定に至った。同法第7編は「人種、肌の色、宗教、性または出身国」を理由とする雇用差別を禁止するが、「性」の項目は公民権法案に反対する議員が成立を阻むために差別禁止事由に追加したものであるともいわれ、立法当時「性」についての十分な議論は尽くされなかった<sup>19)</sup>。公民権運動の中心は人種差別であったが、その後、女性運動が展開され、さらにそれに続く形で性的少数者らによる権利獲得運動が始まった。その契機の1つとされるのが1969年6月の「ストーンウォールの反乱」である。NY市のゲイバーへの警察の立ち入り等に対し、以前からくすぶっていた不満が全国的な抵抗運動へと発展し、1970年代はゲイやレズビアン等の団体が活発な活動を繰り広げた。

しかし、1980年代はエイズ・パニックが吹き荒れ、バックラッシュが生じる。この経験により、ゲイとしてのアイデンティティ（だけ）を重視する社会運動の限界が認識されたと同時に、多様なマイノリティが連帯して社会問題の解決に当たる必要性が浮き彫りとなった<sup>20)</sup>。また、性的少数者たちは自分たちの関係性が法により保護されていないことを痛感し、相続やパートナーシップといった権利の重要性を認識するに至った<sup>21)</sup>。

(2) 1990～2010年代前半：同性婚をめぐる攻防  
同性婚を求める声が高まるなかで、ハワイ州最高裁判所は1993年に同性婚を認めないことはハワイ州憲法の平等権に違反するものと推定されると判示した<sup>22)</sup>。これにより、同性婚の実現に向けて期待が一気に高まったが、保守派の激しい抵抗に遭う。連邦議会は婚姻を男女間に限定する「結婚防衛法」(Defense of Marriage Act) (以下「DOMA」という)を1996年に制定し、結婚に認められている連邦法関連のベネフィットを異性婚に限定した。各州でも結婚を男女間に限定する立法が相次いだ。

一方、2000～2010年代は性的少数者の権利獲得が進んだ年代といえる。2003年に連邦最高裁は、Lawrence v. Texas 事件<sup>23)</sup>において、それまでの判決<sup>24)</sup>を覆し、同性愛行為を禁止するテキサス州法(ソドミー法)を違憲とした。これにより、当時存続していたテキサスその他13の州法がすべて廃止された。また、2000年代に特に活発となった同性婚承認要求の運動が、一連の連邦最高裁判決につながる。まず、2013年のUnited States v. Windsor 事件<sup>25)</sup>により、婚姻を男女間に限定するDOMAが違憲であると判示され、2015年のObergefell v. Hodges 事件<sup>26)</sup>によって、同性婚を否定することは修正第14条のデュー・プロセス条項および平等保護条項に違反するとの判断がなされた<sup>27)</sup>。これらにより、1970年代から争われた同性婚が連邦においても認められるに至った。

### (3) 2010年代後半：政権交代の影響

性的少数者たちは一歩ずつ権利を獲得していったが、同性婚に関する連邦最高裁判決が雇用分野に直ちに影響を及ぼすことはなく<sup>28)</sup>、「Married on Sunday, Fired on Monday」(日曜日に結婚し、月曜日に解雇される)と揶揄される状態となっていた。また、オバマ大統領が性的少数者の権利保障政策を積極的に推し進めたのに対し、2017年1月に政権を握ったトランプ大統領は、一転してそれらを次々に取り消すとともに<sup>29)</sup>、連邦最高裁判事に保守派を任命した。性的少数者であることを理由とする雇用差別事件は、連邦最高裁判所判事の多数を保守派が占める(5対4)なかで、判断さ

れることとなった。

## 2 差別禁止法制定の試み

### (1) 公民権法改正

裁判所やEEOCが第7編はSOGI差別を禁止していないと解していたことから、SOGIを第7編の差別禁止事由に追加することを内容とする「雇用差別禁止法」(Employment Non-Discrimination Act) (以下「ENDA」という)が、1990年代以降何度も連邦議会に提出された。しかし、いずれも廃案となっており、2013年の法案<sup>30)</sup>以降、ENDAは再提出されていない。

ENDAに代わって2015年に連邦議会に提出された法案が、公民権法改正により、雇用だけでなく、住宅、公共施設、教育等の各分野におけるSOGI差別を禁止する「平等法」(Equality Act)である<sup>31)</sup>。同法案は2017年と2019年にも提出されたが、いずれも廃案となった。2021年に再び提出された平等法案<sup>32)</sup>は、同年2月25日に下院において224対206で可決され、上院に提出されているところである。2021年8月末現在、上院における民主党と共和党の議席数は共に50で同数であり、上院の採決が可否同数の場合は議長役の副大統領(民主党)が決定投票を行うため、平等法が成立する可能性は残されている<sup>33)</sup>。

### (2) 大統領命令 (Executive Order)

公民権法の改正が実現しないなかで、オバマ大統領はSOGI差別解消に向けた取組みの1つとして「大統領命令13672」に署名した。これは、連邦機関および連邦政府との契約締結者に対して、求職者や被用者についてSOGIを理由とする雇用差別を禁止するものであり、2015年4月8日から施行されている。

### (3) 州法

1982年にウィスコンシン州が、公的機関と民間機関の双方において、性的指向を理由とする雇用差別を禁止する州法を制定して以降、徐々に他州にも広がっていった。Bostock 事件連邦最高裁判決の時点では20以上の州が、SOGIを理由とする雇用差別を禁止する州法を有していた。それ以

外では、性的指向差別のみを禁止したり、公的機関のみに適用する対応をとる州がある一方、差別禁止規定を一切有していない州もあった<sup>34)</sup>。

#### (4) EEOC の立場

EEOC は、1970 年代以降、SOGI は第 7 編の「性」に該当しないとの立場をとっていた。しかし、オバマ政権下の 2012 年、性自認を理由として採用拒否されたとするトランスジェンダー女性からの申立を受け、EEOC は SOGI 差別も第 7 編違反に当たるとの立場を示した<sup>35)</sup>。その後、トランプ政権下において態度を変更したが<sup>36)</sup>、Bostock 事件連邦最高裁判決を受け、第 7 編は SOGI 差別を禁止しているとの立場を明確にしている。

### 3 裁判例の展開

Bostock 事件以前から「性的ステレオタイプ理論」や「同性間のセクハラ」の判断枠組みを利用して、性的少数者の保護を図ろうとする裁判例がみられていた。以下では、Bostock 事件連邦最高裁判決にも影響を与えたそれらの裁判例を紹介する。

#### (1) 性的ステレオタイプ理論

Price Waterhouse v. Hopkins 事件<sup>37)</sup> は、会計事務所で働くシニア・マネジャーの女性（原告）が、職務遂行能力は高く評価されたものの、彼女の物腰、外見および人間性が「女性らしさ」に欠けるとしてパートナーへの昇格を拒否された事案である。連邦最高裁は、性的なステレオタイプから生じる男女の不平等を禁止することが、第 7 編を制定した議会の意思であったとして、性的ステレオタイプに基づく不利益取扱いも第 7 編により禁止されるとした<sup>38)</sup>。同判決は、「女性であるがゆえに」差別されたわけではないが、女性として期待される行動をとらなかったことにより差別された場合にも、第 7 編の禁止する性差別に当たるとしたもので、「性的ステレオタイプ理論」という新たな法理を形成したと評価されている。

この性的ステレオタイプ理論は、SOGI 差別にも適用可能であるとの議論が展開され、Smith v. City of Salem 事件等<sup>39)</sup>につながった。市の消防

署で働く原告が、性同一性障害であると診断され、女性的な服装や振る舞いをするようになったことを理由に不利益な取扱いがなされた事案において、第 6 巡回区控訴裁判所は、男性の外見や振る舞いはこうあるべきだといった性的なステレオタイプに原告が一致しないということを理由に不利益に取扱うことは、第 7 編に違反する性差別となると判示した。また、性的ステレオタイプ理論が性的指向事案にも適用可能であることを示唆する裁判例も現れた<sup>40)</sup>。

#### (2) 同性間セクハラ

SOGI 差別に影響を与えたもう 1 つの議論が、同性間のセクハラである。同性間セクハラが第 7 編違反となるかどうかについて、巡回区控訴裁判所間で判断が分かれていたところ、連邦最高裁は 1998 年に同性間セクハラも第 7 編に違反するとその立場を明らかにした。Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc. 事件<sup>41)</sup> では、男性被用者が、同性の上司や同僚からセクハラを受け、辞職に追い込まれた。連邦最高裁は、同性間であるからといって一律に第 7 編の保護が及ばないわけではなく、ハラスメントが「性を理由とする」ことを立証できる限りにおいて、同性間セクハラにも第 7 編の保護が及びうると判断した。同判決が同性間でも第 7 編の保護は直ちに排除されないとしたことから、性的少数者に対するハラスメント事案等においても、第 7 編による救済可能性が拡張されていった。

#### (3) SOGI 差別

2 つの連邦最高裁判決により、性的少数者が救済される道が少しずつ広がったが、巡回区控訴裁判所レベルでは、第 7 編は SOGI を理由とする差別を禁止していないとする立場が貫かれた<sup>42)</sup>。

その状況を変えたのが、2017 年の Hively 事件第 7 巡回区控訴審判決<sup>43)</sup> である。レズビアンである非常勤大学教授が、常勤のポストに応募したが 6 回にわたり拒否されたことについて、性的指向を理由とする差別であるとして提訴した事案において、裁判所は、性的指向に基づく差別は性差別の一類型であり第 7 編により禁止されると判断し

た。また、スカイダイビングの指導員として働いていた原告が、ゲイであることを使用者に告げた6日後に解雇されたZarda事件<sup>44)</sup>においても、第2巡回区控訴裁判所は、第7編の性に基づく雇用差別の禁止は性的指向に基づく差別を含むと判示した(後述の第2事件)。

両判決は、①女性(男性)に魅力を感じることを理由に雇用上の不利な取扱いを受けた女性(男性)は、もし彼女(彼)が女性(男性)に魅力を感じる男性(女性)であったならば、異なる取扱いを受けていたであろうから、性的指向は性の一機能といえ、性的指向差別は性差別の一部であるといえること、②性的指向差別は、例外なく性的ステレオタイプに根ざしているといえること、③ほとんどのケースにおいて、使用者の決定は特定の性別間の恋愛関係に対する反感に根拠があるので、性的指向差別は「関係者差別」の一形態であるといえること<sup>45)</sup>という3つの論拠により、性的指向に基づく差別が第7編により禁止されるとの結論を導いた。

これらの判決に続き、性自認(トランスジェンダー)差別も第7編により禁止されるとする裁判例が現れた。Harris Funeral Homes事件<sup>46)</sup>は、葬儀場に採用された時点では男性であった原告(Stephens)が、その後性同一性障害の診断を受け、採用から6年後に「女性として生きていく」旨の手紙を使用者に渡したところ解雇された事案である。第6巡回区控訴裁判所は、①部分的であれ被用者の性を考慮することなく、トランスジェンダーを理由として解雇することは不可能であるため、トランスジェンダーを理由とする差別は必然的に性に基づく差別の形態をとること、および、②性に関わる器官と性自認がどのように連動すべきであるかというステレオタイプを押し付けることなく、トランスジェンダーを理由として差別することはできないため、トランスジェンダー差別は第7編が禁止する性的ステレオタイプ差別に含まれること、という2つの理由からトランスジェンダーを理由とする解雇は第7編により禁止されているとした(後述の第3事件)。

一方で、SOGI差別は第7編によって禁止されていないとの立場を維持する裁判所もあった。そ

の1つが2018年の第11巡回区控訴裁判所によるBostock事件判決<sup>47)</sup>である。ジョージア州クレイトン郡の少年裁判所の児童福祉コーディネーターであった原告(Bostock)が、ゲイらで組織するソフトボールリーグに参加しはじめた数カ月後に、郡の従業員としてふさわしくない(unbecoming)として解雇された事案において、裁判所はSOGI差別は第7編によって禁止されていないと判示した(後述の第1事件)。

## IV 連邦最高裁判決

### 1 概要

SOGI差別が第7編により禁止されるかどうかについて、巡回区控訴裁判所間で判断の不一致が生じる状況を受け、連邦最高裁は、Bostock事件(第1事件)、Zarda事件(第2事件)およびHarris Funeral Homes事件(第3事件)の裁量上訴を認め、それらを統合し判断することとした。

3つの事件はいずれも性的指向や性自認を理由とする解雇の事案であり、連邦最高裁での争点も、これらの解雇が第7編(703条(a)(1))の「性」を理由とする差別に該当するかという点にあった。連邦最高裁は6対3で、性的指向や性自認を理由とする差別は「性」を理由とする差別に当たり第7編に違反するとし各解雇の違法性を認め、第1事件原判決を破棄し、第2・第3事件原判決を維持した(以下「本判決」という)<sup>48)</sup>。法廷意見は保守派のゴーサッチ判事が執筆し、リベラル派の4人(ギンズバーグ判事、ブライヤー判事、ソトマイヨール判事、ケーガン判事)と保守派のロバーツ長官が加わった<sup>49)</sup>。反対意見として、いずれも保守派のアリート判事の意見(トーマス判事が同調)とカバノー判事の意見が付されている。

### 2 法廷意見

法廷意見の概要は以下の通りである。

#### (1) 第7編の解釈

当裁判所が法を解釈する際には、法が制定された当時の言葉の通常の一般的な意味(the ordinary public meaning)に従って解釈する。そのうえで、

公民権法 703 条 (a) (1) の「性を理由として差別する」の意味を検討するに、まず、「性」(sex) という文言は、生物学的な男女の区別のみを意味するとの前提に立ち、議論を進める。次に、「理由として」(because of) という文言は、あれなければこれなしという条件関係を意味する。性だけが理由であることや性が主たる理由であることは、第 7 編の文言上も求められておらず、他の要因も争われている結果に貢献したとしても、「理由として」という要件は満たされる。最後に、「差別する」(discriminate) という文言は、その属性を有する者の集団 (group) を対象にする必要はなく、特定の個人 (individual) に対する不利益があればよい<sup>50)</sup>。公民権法 703 条 (a) (1) が 3 度も「個人」を差別することを禁じると定めていることから、そのことは明らかである。

## (2) SOGI 差別と性差別の関係

使用者が部分的であれ性に基づいて被用者を意図的に解雇した場合に、第 7 編違反が成立する。性以外の要因がその決定に関わっていたとしても、また、使用者が女性を集団として男性集団と同一に扱ったとしても、それらのことは重要ではない。被用者の性別が違えば、使用者が異なる決定をしたことになるのであれば、第 7 編違反となる。個人の被用者の性は、被用者たちの選考、評価、報酬と関連しない。

本件事案においても同様のことがいえる。個人が同性愛者やトランスジェンダーであることは、雇用上の決定に関連しない。性に基づく差別をすることなしに、同性愛者やトランスジェンダーであることに基づいて個人を差別することはできないからである。例えば、2 人の被用者がおり、双方とも男性に魅力を感じている。その 2 人は、一方が男性で他方が女性であるということ以外は、すべての面において実質的に同じである。使用者が、男性被用者が男性に魅力を感じるという理由で彼を解雇したとすれば、使用者は女性の同僚には許している特性や行為を理由に差別したことになる。つまり、使用者は、部分的には被用者の性別に基づいて、解雇する被用者を意図的に選別していることになり、被用者の性別が、条件関係に

おける解雇の原因となっている。原告がトランスジェンダーの場合も、同様のことがいえる。

このように、同性愛やトランスジェンダーであることを理由に差別する場合には、必然的に、使用者は被用者の性別を理由に意図的に異なる取扱いをすることになるため、他の要因が決定に影響したとしても、また、同性愛者やトランスジェンダーである場合は、男性であれ女性であれ同様に解雇する方針をとっているとしても、第 7 編違反が成立する。これらは、明白で確定した意味をもつ第 7 編の文言を直截に適用したに過ぎない。

## (3) 本判決を補強する 3 つの連邦最高裁判決

我々の結論をさらに補強する必要があるのであれば、それらは容易にみつける。第 7 編の文言が示していることはすべて、当裁判所が既に確認している。

まず、Phillips v. Martin Marietta Corp. 事件<sup>51)</sup> は、幼い子どもがいる女性は採用しないが、幼い子どもがいる男性は採用するという使用者の対応について、女性であるということだけでなく、子どもがいるという別の理由も判断に影響しているとしても、第 7 編違反が成立するとした。次に、Los Angeles Dept. of Water and Power v. Manhart 事件<sup>52)</sup> は、女性の方が平均寿命が長いことを理由に、男性よりも高い年金保険料を設定する会社の方針について、集団としてはそのような考えが正しいとしても、第 7 編が個人に焦点を当てていることは疑いのないことであり、高い保険料を支払った女性が男性と同じように早く死亡することもあるものであって、第 7 編違反に当たると判示した。さらに、Oncale 事件<sup>53)</sup> は、被害者と同性の者が差別に関与したことや性別以外の要素が差別に寄与していたことは重要ではなく、ハラスメントを受けた原告が、彼が男性でなければそのような扱いを受けなかったのであるから、同性間セクハラであっても第 7 編に違反するとした。

これらの先例から以下の示唆が得られる。第 1 に、Manhart 判決や Phillips 判決が示すように、使用者が差別的な方針をどのように呼んでいようと、どのような意図から行われようと、性別によって差異が生じていれば性差別となる。第 2 に、3

判決が示すように、本人の性別は、その不利益が行われたことの唯一あるいは主たる要因である必要はない。第3に、Manhart判決が示すように、集団として、男性と女性を等しく扱っていたとしても、個人が性別のために不利益を受ければ、性差別が成立する。

#### (4) 使用者側の主張に対する反論

第1に、使用者は原告らを、性別ではなく、同性愛者やトランスジェンダーであることを理由に解雇したと主張するが<sup>54)</sup>、もっとも直接的な理由を挙げることが多い普段の会話とは異なり、第7編の適用においては性が条件関係にあったかどうか問われる。第2に、使用者は、同性愛者やトランスジェンダーであることを理由とする差別は、被用者らの性別を明らかにせずとも行うことが可能であるため、「意図的な」性差別ではないと主張する。しかし、同性愛者を差別することにより、男性に魅かれる男性や女性に魅かれる女性を意図的に不利に扱い、トランスジェンダーを差別することにより、出生時の性と自認する性を理由に差別しているのであって、結局のところ、個人の性別を1つの理由として雇用を拒否している。

第3に、使用者が主張するように、同性愛やトランスジェンダーは、性別とは異なる概念であることは我々も同意するが、同性愛者やトランスジェンダーであることを理由とする差別は、必然的に性別に基づく差別となることは既に述べてきた通りである。第4に、1964年当時、第7編が同性愛者や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ていた人はほとんどいなかったと使用者は主張する。しかし、立法史の検討が必要とされるのは法の文言の意味があいまいな場合であって、法文が明白な第7編の場合にはそのような必要はない。

第5に、本判決の結論が、性差別を禁じる他の連邦法や州法にも及ぶことや、性別のトイレや更衣室、服装規定が不適切となることを使用者らは懸念する。しかし、それらの問題は本判決ではなく将来の事例に委ねられるものである。第6に、本判決の結果が使用者の宗教上の信念を侵害する

おそれについても指摘する。我々も、憲法上の信教の自由を保障することには強い関心をもっているところであるが、信教の自由を保障する従来の法理が、第7編とどのように作用しあうかについても、将来の事案に委ねられた問題である。

### 3 反対意見

反対意見としては、第7編の制定時、「性」に性的指向や性自認が含まれると予期していたとはいえず、法廷意見は法の解釈ではなく、もはや立法に等しいこと、第7編の差別禁止事由に性的指向や性自認を追加する法案が議会に何度も提出されたが実現に至っていない状況等は、性を理由とする差別は同性愛やトランスジェンダーを理由とする差別とは別物であることを示していること、性差別を禁止した他の連邦法に重大な影響を及ぼすこと<sup>55)</sup>、法廷意見は、信教の自由、教育における機会均等、スポーツにおける平等、個人のプライバシーや安全への脅威をもたらしうること等が挙げられている。

### 4 検討

#### (1) 本判決の位置づけ

SOGI差別が第7編違反となるとした巡回区控訴審判決は、性的ステレオタイプ理論を根拠の1つとしていたが、本判決は、性的ステレオタイプ理論を用いず<sup>56)</sup>、厳格な条文の解釈によって、SOGI差別は性差別に当たり第7編違反になるとの結論を導いた。しかし、いかに条文解釈による結論とはいえ、20年前に（おそらく10年前であっても）同様の判断がなされたとは考えにくい。いくつかの要因が積み重なった結果として本判決に至ったと理解すべきであろう。

まず、1964年に第7編が制定されて以降、妊娠を理由とする差別も性差別に含まれるとの法改正がなされたこと（公民権法701条(k)）や、セクハラが性差別に含まれるとの判例法理が形成されてきたこと等を経て、「性差別」の内容が深化・拡張してきたという点が挙げられる<sup>57)</sup>。また、性的少数者による社会運動が奏功し、性的少数者に対する社会の理解が広がっていたこと、その結果、SOGI差別を禁止する法律を制定する州が増えて

いったことなどがあり、性的少数者に限らず広く公民権についてのコンセンサスが醸成されてきたという背景があった<sup>58)</sup>。

## (2) 本判決の意義と射程

本判決の最大かつ明白な意義は、第7編の規制対象となっている使用者<sup>59)</sup>によるSOGI差別から、性的少数者らが保護されることになった点にある<sup>60)</sup>。アメリカでは不当な取扱いから身を守るほぼ唯一の術が差別禁止規定であり、また、SOGI差別を禁止する州法のない地域が残るなかで、連邦法である第7編がSOGI差別にも適用されることが明らかにされたことは、全米の性的少数者らにとって極めて重大な意味をもつ。まさに、「They can now get married on Sunday, go to work on Monday, and announce their marriage with no adverse outcomes」(日曜に結婚し、月曜に仕事に行き、不利益な取扱いを恐れず結婚報告ができる)という状況をもたらした<sup>61)</sup>。

本判決は解雇の事案であるが、第7編は雇用の全局面における差別を禁止しているため、雇用の全局面においてSOGIを理由とする不利益取扱いをすることが許されなくなる。これまでSOGI差別を禁止する州法を有していなかった地域の使用者は、被用者に適用される会社の方針や手続等をすべて見直す必要に迫られる<sup>62)</sup>。

本判決は「ゲイ」と「トランスジェンダー女性」の事案であったが、「レズビアン」と「トランスジェンダー男性」にも本判決が及ぶことは明らかといえよう。さらに、性別と同様に性的少数者であることは雇用上の決定に関連しないとする本判決の考え方や、本判決が、第7編は集団ではなく「個人」を保護すると繰り返し述べていることを踏まえると、バイセクシュアルやクエスチョニング等も含め、一連のSOGIを理由とする雇用差別に、本判決の射程が及ぶとも考えられる<sup>63)</sup>。確かに、性的指向と性自認とでは、抱える問題は必ずしも同じではないが、本判決がそれらを区別せず一連のものとして扱ったことにより、いずれかのグループだけが保護されるのではなく、すべての性的少数者が保護される可能性が高まったと考える<sup>64)</sup>。性的少数者らが、「差別のない/平等な

取扱い」を必要とする場面では、本判決が大きな力を発揮するといえよう。

## (3) 残された課題

ただし、平等な取扱いを超えて、何らかの特別な対応(配慮)を必要とするような場面では、問題が残る。性自認の観点からの性的少数者(トランスジェンダー等)が、自認する性でのトイレや更衣室の使用を希望する場合や、男女別の服装や化粧の規定について自認する性での扱いを求める場合などについて、使用者はそれに応じなければならないのか、応じないことが第7編違反となるのかという問題である。この点について本判決は将来の問題と述べるにとどめている。

このような配慮を求めることは、これまでも第7編における宗教差別<sup>65)</sup>や障害差別を禁止するADA<sup>66)</sup>のなかで認められており、単なる平等な取扱いを超えて、何らかの配慮を使用者に求めることは、差別禁止の枠組みのなかでも可能である。ただし、宗教差別や障害差別の経験からすれば、制定法の解釈からそれらの配慮を導くことは難しく、法改正が必要とされる可能性が高い。この点、上院に提出中の上述した平等法案には、「(性自認に関して)個人は、自認する性に応じた、トイレ、更衣室、試着室を含む共用施設へのアクセスを拒否されてはならない」との規定が盛り込まれている。アメリカでは、性的少数者に対する社会的な理解が着実に進んでおり、そのことが法改正や裁判例に結びついてきたこれまでの経緯を踏まえると、平等法が成立する可能性もある。ただし、性的少数者の問題は、政治的対立と結びつきやすいことに加え、宗教問題とも真っ向から衝突する場合がある<sup>67)</sup>。このような対立をどのように調整しながら、歩を進めていくのか、今後の進捗を注視したい。

\*本研究はJSPS科研費19H01418の助成を受けたものである。

1) *Bostock v. Clayton County*, 140 S. Ct. 1731 (2020). 同判決は3つの事件が統合されたもので、第1事件の原告名からBostock事件と呼ばれている。

2) 性的少数者の権利保障を積極的に行う国と、差別を維持・拡大する傾向にある国との二極化が進んでいる(LGBT法連合会編『日本と世界のLGBTの現状と課題——SOGIと人権

考える』(かもがわ出版, 2019年) 26頁以下)。

- 3) 札幌地判令和3・3・17裁判所ウェブサイト。
- 4) トランスジェンダーは「性同一性障害者」と訳されることが多い。しかし、広義のトランスジェンダーには、①身体的特徴をもとに割り当てられる性別とは異なる性自認を生きる「トランスセクシュアル(性同一性障害者)」、②他者から割り当てられる性別と異なる性自認を生きる「狭義のトランスジェンダー」、③容姿(服装や化粧など)に関する女らしさ・男らしさの割り当てに抵抗する「トランスヴェスタイト(異性装者)」の3種類が含まれ、概念上も実際上も重なり合う部分があると説明される(森山至貴『LGBTを読みとく——クィア・スタディーズ入門』(ちくま新書, 2017年) 50頁以下)。アメリカの裁判例上では、トランスヴェスタイトを性的指向・性自認とは区別しており、裁判として争われた事例の多くは、性自認についてはトランスセクシュアルに関するものであるとされる(富永晃一「アメリカにおける性的少数者の現在——労働法の視点から」季労251号(2015年)40頁)。なお、「障害をもつアメリカ人法」(Americans with Disabilities Act of 1990)(以下「ADA」という)は、同性愛・両性愛の性的指向、および身体的機能障害等から生じたものではないトランスヴェスティズム等は、ADAにより保護される障害に該当しないと規定している(ADA512条(a)・(b))。本稿では十分に検討できないが、性的少数者への「配慮」(トイレ等の使用や服装規定等)を考えるうえで、①②③の違いにも留意する必要があるかもしれない(IV 4(3)参照)。
- 5) ただし、セクシュアル・ハラスメント(以下「セクハラ」という)に関する規定(均等法11条のセクハラ防止措置義務に関する指針(第2)、セクハラ防止等を定めた人事院規則10-10に関する通知(第2条関係3項))には、性自認と性的指向についての言及がみられる。
- 6) 結婚退職制について住友セメント事件・東京地判昭和41・12・20労民集17巻6号1407頁、女性若年定年制について日産自動車事件・最三小判昭和56・3・24民集35巻2号300頁等。
- 7) HIV感染を理由とする解雇を無効としたT工業(HIV解雇)事件・千葉地判平成12・6・12労判785号10頁、私傷病休職後の復職判定に当たり、従前業務以外の現実に配置可能な業務の有無を検討せずに退職扱いとしたことを就業規則に反し無効とした東海旅客鉄道(退職)事件・大阪地判平成11・10・4労判771号25頁。
- 8) 事業主にハラスメントの防止措置義務を課す規定として、セクハラに関する均等法11条、妊娠、出産、育児休業・介護休業等の取得等に関するハラスメントに関する育児介護休業法25条・均等法11条の3、パワー・ハラスメントに関する労働施策総合推進法30条の2等がある。しかし、これらの規定は私法上の効力をもつものではないと解されている(水町勇一郎『労働法〔第8版〕』(有斐閣, 2020年) 206頁)。
- 9) 使用者の債務不履行責任を認めた京都セクハラ(呉服販売会社)事件・京都地判平成9・4・17労判716号49頁、使用者の不法行為責任を認めた沼津セクハラ(F鉄道工業)事件・静岡地沼津支判平成11・2・26労判760号38頁等。
- 10) 東京地決平成14・6・20労判830号13頁。
- 11) 国・人事院(経産省職員)事件・東京地判令和元・12・12労判1223号52頁。ただし、控訴審(東京高判令和3・5・27)は、トイレ使用制限について注意義務を尽くさなかったとは認めたいとして、違法ではないとした(朝日新聞2021年5月28日朝刊38面)。
- 12) 淀川交通(仮処分)事件・大阪地決令和2・7・20労判1236号79頁。
- 13) Mack A. Player & Sandra F. Sperino, *Federal Law of Em-*

*ployment Discrimination in a Nutshell*, 84 (West Academic, 9th ed., 2020).

- 14) See Thomas R. Haggard & Bruce N. Cameron, *Understanding Employment Discrimination Law*, 138-139 (Carolina Academic Press, 3d ed., 2021).
- 15) 29 C.F.R. § 1604.11.
- 16) 中窪裕也『アメリカ法〔第2版〕』(弘文堂, 2010年) 223頁以下。
- 17) John Dayton & Micah Barry, *LGBTQ+ Employment Protections: The U.S. Supreme Court's Decision in Bostock v. Clayton County, Georgia and the Implications for Public Schools*, 35 Wis. J. L. Gender & Soc'y 115, 117-122 (2020).
- 18) 本稿記載以外に、軍隊における性的少数者政策や教育機関におけるトランスジェンダーへの対応についても、変遷している。宗教との関係においても複雑な問題状況を呈しており(例えば、信仰を理由に同性愛者のウェディングケーキの制作を拒否することは同性愛者に対する差別に当たるとした下級審判決を破棄したMasterpiece Cakeshop Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 138 S. Ct. 1719 (2018)), Bostock事件連邦最高裁判決でも将来の問題として指摘されている(IV 2(4)参照)。
- 19) 性的指向に関する議論はまったくなかった(Barbara T. Lindemann et al., *Employment Discrimination Law*, 11. 2 n. 4 (BNA Books, 6th ed., 2020))。なお、性を追加する修正提案を行った意図については異論もある(中窪裕也「タイトル・セブンにおける『性』差別の禁止とLGBT——アメリカ連邦最高裁の新判例」ジュリ1551号(2020年)93頁、ジリアン・トーマス(中窪裕也訳)『雇用差別と闘うアメリカの女性たち——最高裁を動かした10の物語』(日本評論社, 2020年)2頁以下)。
- 20) 例えば、森山・前掲注4) 112頁以下。
- 21) 小泉明子『同性婚論争——「家族」をめぐるアメリカの文化戦争』(慶応義塾大学出版会, 2020年) 55頁。
- 22) Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530 (1993).
- 23) 539 U.S. 558 (2003).
- 24) Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).
- 25) 570 U.S. 744 (2013).
- 26) 576 U.S. 644 (2015).
- 27) 2000年代以降同性婚を認める州が増え、2015年には37州とワシントンDCが同性婚を認めていた。また、同性婚を支援する人の割合は1996年の約20%から2015年には60%以上に増えた(田中太郎「アメリカはなぜ同性婚を実現できたのか」法セミ753号(2017年)29頁)。
- 28) George Rutherglen, *Employment Discrimination Law*, 143 (Foundation Press, 5th ed., 2020).
- 29) 兼子歩「『トランプ現象』とは何か」LGBT法連合会編・前掲注2) 51頁。
- 30) Employment Non-Discrimination Act of 2013, S. 815, 113th Cong. (2013).
- 31) Equality Act, H.R. 3185 and S.1858, 114th Cong. (2015). 公民権法の「sex」の文言を「sex (including sexual orientation and gender identity)」とすることで、SOGI差別も禁止しようとするものである。
- 32) Equality Act, H.R. 5 and S. 393, 117th Cong. (2021).
- 33) <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/393?q=7%B%22search%22%3A%5B%22Equality+Act%22%5D%7D&s=2&r=1>
- 34) SOGI問題は政治対立とも結びついており、2016年の大統領選では、SOGI差別を規制していないすべての州でトランプ氏が勝利したとされる(Elizabeth Kristen & David Nahmias,

- The Writing on the Wall: The Future of LGBT Employment Antidiscrimination Law in the Age of Trump*, 39 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 89, 100-101 (2018))。
- 35) Macy v. Holder, Appeal No. 0120120821 (Apr. 20, 2012).
- 36) 2017年10月4日に司法長官が、オバマ政権時代の覚書を取り下げ、第7編は男女間の性差別を禁止しており、トランスジェンダーを含む性自認そのものに基づく差別は禁止していないとの覚書を発出した。
- 37) 490 U.S. 228 (1989)。以下、裁判例の整理について、富永・前掲注4) 40頁以下を参照した。
- 38) 同判決では、動機の競合(性差別がなかったとしても、他の正当な理由によって同じ結果になっていたとの主張)も問題となり、使用者がその証明に成功すれば第7編違反とはならないとの立場を採った。しかし、その後1991年公民権法改正により、決定の一要因として人種や性別などを考慮したことが証明されれば、たとえ他の要素も決定要因となっていたとしても違法な差別となると明記された(公民権法703条(m))。
- 39) 378 F. 3d 566 (6th Cir. 2004) ; see also Rosa v. Park W. Bank & Trust Co., 214 F. 3d 213 (1st Cir. 2000), Chavez v. Credit Nation Auto Sales. LLC, 641 F. App'x 883 (11th Cir. 2016)。
- 40) Simonton v. Runyon, 232 F. 3d 33 (2nd Cir. 2000), Evans v. Georgia Regional Hospital, 850 F. 3d 1248 (11th Cir. 2017)。
- 41) 523 U.S. 75 (1998)。
- 42) Lindemann et al., *supra* note 19, 11.2-11.3, Rutherglen, *supra* note 28, 144。
- 43) Hively v. Ivy Tech Community College of Indiana, 853 F. 3d 339 (7th Cir. 2017) (en banc)。
- 44) Zarda v. Altitude Express, Inc., 883 F. 3d 100 (2d Cir. 2018) (en banc)。
- 45) 白人男性が黒人女性と結婚したことを理由として、黒人を嫌悪する使用者が白人男性を解雇した場合、人種に関する「関係者差別」として第7編違反となると解されている。そこから、男性と結婚した男性労働者が、同性愛を嫌悪する使用者に解雇された場合、性に関する関係者差別に当たり、性的指向に関する関係者差別も禁止されるべきであるとした。
- 46) EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc., 884 F. 3d 560 (6th Cir. 2018)。
- 47) Bostock v. Clayton County, 723 F. App'x 964 (11th Cir. 2018)。
- 48) 同判決に関する邦語文献として、中窪・前掲注19)、加藤文晴「アメリカにおけるLGBTに対する雇用差別への法的対応」季刊労働者の権利338号(2020年)132頁、大野友也「判批」鹿児島大学法学論集55巻2号(2021年)57頁、中村良隆「判批」比較法学54巻3号(2021年)133頁等がある。
- 49) 保守派多数のなかでの6対3の判決は、多くの者に驚きをもって迎えられた(Dayton & Barry, *supra* note 17, 128)。
- 50) 具体的には、使用者が、ハンナという女性を女性らしくないという理由で解雇し、ボブという男性を男らしくないという理由で解雇した場合、集団としては男女を平等に扱っているが、両方のケースにおいて、使用者は部分的には性を理由に個人を解雇しており、このような扱いは第7編により禁止される。
- 51) 400 U.S. 542 (1971)。
- 52) 435 U.S. 702 (1978)。
- 53) Oncale, *supra* note 41。
- 54) 以下の使用者側の主張のほとんどは、反対意見においても言及されている。
- 55) アリート判事の反対意見の末尾には、性差別を禁止した100以上の連邦法のリストが添付されている。
- 56) Player, *supra* note 13, 149。
- 57) Lorenda A. Naylor, *Social Equity and LGBTQ Rights: Dismantling Discrimination and Expanding Civil Rights*, 83 (Routledge, 2021), 中窪・前掲注16) 93頁。
- 58) Dayton & Barry, *supra* note 17, 128-130. 性的少数者に対する差別は不公正であり、差別をなくすことが経済的なベネフィットにつながることを、多くの州や民間企業が認識していたことも大きい(*Id.* at 129)。
- 59) 第7編は15人以上の被用者を雇用する使用者を規制対象とする(701条(b))。
- 60) Amanda Hainsworth, *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 590 U.S. \_\_\_, 140 S. Ct. 1731 (2020), 64-Sum. B. B. J. 23 (2020)。
- 61) Naylor, *supra* note 57, 83。
- 62) Hainsworth, *supra* note 60, 23。
- 63) Dayton & Barry, *supra* note 17, 132-133。
- 64) 性的少数者らが、権利獲得運動のなかでバラバラに活動することの限界に気づき、連帯して活動することを重視してきた理念にもかなうものといえる(Ⅲ1(1)参照)。
- 65) 宗教には宗教上の儀式や行為が含まれると定義されており、例えば宗教上の理由から勤務することができない曜日の勤務を免除するなどの合理的な配慮を行うことが求められる(公民権法701条(j))。
- 66) ADAは、障害者に合理的配慮(reasonable accommodation)を提供しないことが差別に当たると定める(102条(b)(5))。ただし、宗教差別においてもADAにおいても、使用者にとって過度の負担(undue hardship)となる場合には、配慮を提供する必要はない。
- 67) 従来から、聖職者との関係についてはおよそ第7編の規制は及ばない(「聖職者例外」(ministerial exception))として、差別禁止よりも信教の自由が優先されてきた。Bostock事件判決の3週間後にも、聖職者例外を広く認める連邦最高裁判決が出されている(Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru, 140 S. Ct. 2049 (2020))。

はせがわ・たまこ 福岡大学行政政策学類准教授。著者に『障害者雇用と合理的配慮——日米の比較法研究』(日本評論社, 2018年)。労働法専攻。