

# 性的指向・性自認による差別と「性別」規定

——米公民権法第7編の解釈を参考に——

樋口 哲平\*

## 要 旨

本稿では、日本国憲法第14条1項が性的指向・性自認を理由とする差別を禁じているかを、特に同項の列挙事由にある「性別」に着目して考察する。そこで、アメリカ合衆国連邦最高裁判所によって2020年6月15日に下された、雇用差別を禁じるアメリカ合衆国の公民権法第7編の性差別禁止条項が、性的指向・性自認を理由とする差別をも禁じるかが争われた *Bostock v. Clayton County* 判決を参考とする。同判決では、性的指向・性自認を理由とする差別は、性差別そのものではないが必然的に性差別を伴うとして、性差別禁止条項が適用されるという判断が下された。その判断に至るまでの過程を検討し、日本国内の性的指向・性自認に関する事例とあわせて、性的指向・性自認を理由とする差別と第14条1項との関係性を考察する。

## 目 次

はじめに——問題の所在と本稿の視点

### I 公民権法第7編とは

1. 公民権法第7編の性差別禁止条項の立法史
2. 「性差別」概念の拡張
3. 性的指向・性自認と公民権法第7編
4. 小 括

### II *Bostock v. Clayton County*

1. 事 実
2. 判 旨
3. 検 討

### III 日本における性的指向・性自認を理由とする差別と性差別

1. 性的指向・性自認を理由とする差別の事例
2. 日本国憲法第14条1項

おわりに

## はじめに——問題の所在と本稿の視点

1989年のデンマークにおける世界初の同性間パートナーシップ制度<sup>1)</sup>を皮切りに、2001年にはオランダにおいて初めて同性婚が制度化される<sup>2)</sup>など、欧米諸国を中心に、同性婚を含む同性間パートナーシップ制度の導入が進んでいる。日本でも、2015年に渋谷区が同性パートナーシップ制度を条例として制定した<sup>3)</sup>ことに端を発して、2021年6月時点で100を超える自治体が、同性間のパートナーシップを証明する制度を設けている<sup>4)</sup>。一方で、同性間の関係性を保障する国家レベルの法律は、現時点では一切制定されていない。性的指向・性自認を理由とする差別に関する法律については、立憲民主党をはじめとする野党からはいわゆる「LGBT差別解消法案」が何度か提出されたものの成立には至らず<sup>5)</sup>、自民党においてはいわゆる「LGBT理解増進法案」という議論は数年来あるものの、あろうことかその法案の審議中に差別発言

\* ひぐち てっぺい 法学研究科公法専攻博士  
課程後期課程

2021年8月23日 査読審査終了

第1推薦査読者 橋本 基弘

第2推薦査読者 松原 光宏

がなされて提出が見送られる<sup>6)</sup>など、その前途は多難である。

そのような法的状況下でも、性的指向・性自認を理由とする実生活上の困難は、現実に多数訴えられている。性的指向に関して言えば、都による同性愛者の公共施設利用の拒否について、性的指向を理由とする差別が初めて違法と判示された府中青年の家事件<sup>7)</sup>が有名だろう。ほかに、同性カップルが内縁関係にあったとして一方の不貞行為を慰謝料請求の要因として容認した地裁判決<sup>8)</sup>がある一方で、20年ほど共同生活を営んでいた同性パートナーが殺害されたことで遺族として申請した、配偶者を対象とする遺族給付金について下された不支給の裁定の取り消しを求めた訴訟<sup>9)</sup>では、社会通念上内縁関係には該当しないとして請求が棄却されるなど、同性カップルの法的地位は不安定である。このような状況から、同性婚を導入しないことは違憲であるとの訴訟も提起されており、2021年3月に最も早く判決が出た札幌地裁では、婚姻の利益を同性カップルに一切認めないことは憲法第14条1項に違反するという判断が下された<sup>10)</sup>。

性自認に関しては、法律上の性別を変更するためのいわゆる手術要件<sup>11)</sup>および未婚要件<sup>12)</sup>の合憲性が、最高裁まで争われた。特に手術要件に関しては、本人が望まない場合であっても性別変更のためには生殖腺の除去が必須とされたことにつき、補足意見は手術要件を不要としている国が増えていく状況にも触れつつ、憲法第13条違反の疑いがあると指摘している。ほかに、性自認に沿ったスポーツクラブの更衣室の利用拒否<sup>13)</sup>や会員制ゴルフクラブ入会への入会拒否への損害賠償請求<sup>14)</sup>、経産省に勤めるトランスジェンダー女性へのトイレの使用制限等についての国賠訴訟<sup>15)</sup>などがある。このように、我が国においても、性的指向・性自認を理由とする争訟は複数提起されている。同性カップルやトランスジェンダーなど、性的少数者の法的保護について検討する必要性は、年々高ま

っている。

アメリカ合衆国においては、2015年に連邦最高裁によって下された *Obergefell v. Hodges*<sup>16)</sup> 判決で、同性婚を排除する州法はデュープロセス条項および平等保護条項に反し違憲であるという判断が下されたことで、全米で同性婚が可能となった。しかしながら、同性愛やトランスジェンダーを教義上容認しない傾向にあるキリスト教が主流であるアメリカ社会では、同性婚の成立に伴い、特に同性愛者の権利に関する争訟がより先鋭化することになる。具体的には、同性婚の申請につき、ケンタッキー州の書記官がキリスト教信仰を理由に結婚許可証への発効に必要な署名を拒否するという事例<sup>17)</sup>や、同性婚のためのウェディングケーキの作成やサービスの提供を拒否した事例<sup>18)</sup>が挙げられる。このような性的指向・性自認を理由とする差別に対する連邦法による包括的な保護は存在しないため、法的保護を受けられるかは、各州が任意に制定する差別禁止法の禁止事由に性的指向・性自認が含まれるかに依存している<sup>19)</sup>。逆に、州によっては、そういった場合には信教の自由を優先させることを法律上定めていることもある<sup>20)</sup>。

雇用や教育といった特定の分野に限れば、「性別を理由とする差別」を禁じる公民権法の存在から、これを「性的指向・性自認を理由とする差別」にも適用できるのではないかという争訟は、早い段階からなされていた。本稿で主に取り扱う *Bostock v. Clayton County* 判決<sup>21)</sup> (以下 *Bostock* 判決) は、雇用における性別などを理由とする差別を禁じる公民権法第7編<sup>22)</sup> (以下第7編) を、性的指向・性自認を理由とする差別に適用することを最高裁が初めて認めた判決である。

本稿は、性的指向・性自認を理由とする差別を、憲法第14条1項の後段列挙事由との関係でどのように位置づけられるかについて、主に *Bostock* 判決を参考として明らかにすることを目的とする。まず、問題の前提として、*Bostock* 判決で争われた第7編に関する論点を整理する。次に、*Bostock*

判決を検討する。最後に、これらを参考として性的指向・性自認を理由とする差別と憲法第14条1項との関係性について、日本の判例と併せて考察する。

## I 公民権法第7編とは

1. 公民権法第7編の性差別禁止条項の立法史  
Bostock 判決で争われた公民権法第7編は、雇用において個人の人種、肌の色、宗教、性別または出身国を理由として個人を差別することを禁じている。この法律は1964年に成立したが、上に挙げた禁止事由のうち「性別」は、審議中の修正提案により追加されたものである。この「性別」修正は、Bostock 判決の反対意見では、立法意図の一環として、第7編をより狭く読む一つの要因として扱われている。

第7編の元々の法案は、差別の禁止事由に「性別」を含んでいなかった。下院において2週間近く行われた法案の審議のうち、禁止事項に「性別」を加えることが検討されたのは、法案成立日の前日のわずか2時間ほどで、その後168対133で承認された<sup>23)</sup>。これを提案した<sup>24)</sup>のは、公民権法に強く反対していた、保守的な南部のヴァージニア州出身の民主党下院議員である、Howard Smith (81) だった<sup>25)</sup>。性差別は公民権法の主目的である人種差別と性質が異なり、当時設置されていた「女性の地位に関する大統領委員会」<sup>26)</sup>においても別個の取り扱いが必要だと考えられていたこと<sup>27)</sup>、法案に「性別」を追加する修正と、そのように修正された法案の成立両方に賛成する議員は少なかったこと<sup>28)</sup>から、この修正案は公民権法そのものを頓挫させるために提出されたと見るのが通説である<sup>29)</sup>。裁判所も、一貫してこの見方を採用している<sup>30)</sup>。この「性別」を追加する修正案については、下院ではわずか2時間ほどの審議が行われたのみであり、上院においても事実上言及はなかったため<sup>31)</sup>、法を解釈するための指針としての立法史には乏しい。

## 2. 「性差別」概念の拡張

立法史が第7編における性差別の禁止を解釈するための指針とならない中で、「性差別」概念は、現実の争訟に対応して徐々に拡張されていった。ここでは、Bostock 判決の法廷意見において大きく引用された3つの判例を順に追っていく。

なお、ここで取り扱うのは判例、すなわち司法判断における拡張であるが、立法によっても第7編の対象は拡張されている<sup>32)</sup>。第7編の改正法の例としては、(性差別に限らないが)対象を連邦や州等の職員にも拡張するなどした1972年の雇用機会均等法<sup>33)</sup>、最高裁では否定された<sup>34)</sup>妊娠差別を第7編の対象とした1978年の妊娠差別禁止法<sup>35)</sup>がある。

### (1) Phillips v. Martin Marietta Corp.

3つの判例のうち最も古いのは、1971年の Phillips v. Martin Marietta Corp.<sup>36)</sup> (以下、Phillips 判決) である。本件は、未就学児童を持つ母親である Ida Phillips が、Martin Marietta 社の求人への応募を対象外だとして断られたが、同社が未就学児童を持つ父親は求人の対象としていたことが、第7編が定める性別に基づく差別に当たるとして提訴したものである。

下級審では、同社の求職者および被雇用者の7～8割前後が女性であったことから、女性差別は存在しないと判断された。第5巡回区連邦控訴裁はさらに、本件の差別は「未就学児童を持つ」「女性」であるという二重の要素の結合にあるとして、立法者の意図は未就学児童を持つ父親と母親の差異を考慮せずに厳密に同一に扱うことには無く、このような外観上の差別は性別に基づく差別と理解されるべきではないとした。当初は、性別のみを理由とする差別以外は第7編により保護されないという判断がなされていたのである。

最高裁は、per curiam で、第7編は同様の条件にある者は、その性別に関わりなく雇用機会が与えられることを要求しており、男女差が業務内容との関係で容認される純正な職業資格に当たるか

どうかを審理すべきとした。性別のみを理由とする差別以外は第7編により保護されないという判断は、最高裁では支持されなかった。

(2) *City of Los Angeles, Dept. of Water and Power v. Manhart*

次に古いのは、1978年の *City of Los Angeles, Dept. of Water and Power v. Manhart*<sup>37)</sup> (以下、*Manhart* 判決) である<sup>38)</sup>。本件は、ロサンジェルス州水道局の制度上、退職金等の給付金のための拠出金が、受給額は等しいにもかかわらず、死亡率表と同局の実績を参照して男性よりも女性の方が約15%高くなっていることが、第7編が定める性別に基づく差別に当たるとして、同局の職員である *Manhart* が提訴したものである。

判決は、一審から最高裁まで一貫して、拠出金の額に男女差を設けることは、第7編を侵害するという判断が下された。最高裁では、第7編は個人に焦点を当てており、たとえ客観的に見て確からしい理由があっても、男性、女性のように属性を一般化することによっては差別は正当化されないことが確認された。

(3) *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*

3つのうち最も新しいのは、*Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*<sup>39)</sup> (以下、*Oncale* 判決) である。本件は、*Sundowner Offshore Services* 社に勤めていた成人男性である *Oncale* が、男性の上司および同僚にセクシュアルハラスメントを受け、さらにレイプすると脅されたことにつき、同社に苦情を申し立てたが救済が得られず辞職に至ったところ、第7編が定める性別に基づく雇用差別を受けたとして提訴したものである。

一審、二審では、男性である *Oncale* では同僚男性からのセクシュアルハラスメントは訴訟要因にならないとして退けられた。同性間のセクシュアルハラスメントは、第7編の「性差別」とは認められていなかったのである。

最高裁は、たしかに同性間のセクシュアルハラスメントは第7編制定時の立法者の主要な悪事では

はなかったが、法規定による禁止はしばしば合理的に匹敵する悪事にも適用されることから、第7編の射程からそれを除くことはできないとして、破棄差戻とした。ここでは一方の性別が不利益を被るときに他方の性別はどうであるかを争点としており、結果として、たとえ同性間のものであっても、セクシュアルハラスメントは性差別であると判示された。

なお、当初はセクシュアルハラスメント自体が、たとえ異性間のものであっても、第7編の対象であるとは考えられていなかった。最高裁で初めてセクシュアルハラスメントは第7編を侵害すると判示されたのは1986年の *Meritor Saving Bank v. Vinson*<sup>40)</sup> であり、第7編が成立してから20年以上経過するまで、セクシュアルハラスメントは性差別として認められていなかった<sup>41)</sup>。これもまた、第7編の「性差別」概念が拡張された例である。

### 3. 性的指向・性自認と公民権法第7編

このように、第7編の対象は、1964年の制定時から時を経るごとに拡張されていった。しかし、性的指向・性自認が第7編の対象となるのではないかという議論が承認されるようになったのは、ごく最近のことである。以下に、そのきっかけとなる事例を見ていく。

(1) EEOC 決定：*Baldwin v. Foxx*<sup>42)</sup> および *Mia Macy v. Eric Holder*<sup>43)</sup>

アメリカ合衆国の雇用機会均等委員会 (Equal Employment opportunity commission, 以下、EEOC)<sup>44)</sup> は、第7編の制定と同時に創設された、第7編を含む各種雇用差別禁止法の執行責任を負う機関である。まず、あらゆる差別の申し立てを受理する。EEOC に対する差別の申し立ては、個人が訴訟を提起するための前提条件となっている。次に、申し立てを調査し、使用者の法違反を信じるに足る「相当の理由」があるか否かを判定する。そして、相当の理由があると判定した場合は、調停によって解決を促す。EEOC は、停止命令を発

給する権限などの実効的な手段を持たないが、解釈指針を作成する権限を有する。ただし、この解釈指針は、法的拘束力は持たない。

性的指向に関しては、2015年の *Baldwin v. Foxx* (以下、*Baldwin* 決定) において初めて、それを理由とする差別に第7編の適用を認める決定がなされた。これは、フロリダ州マイアミ国際空港にある連邦航空局の管制塔に勤める *Baldwin* が、任期付職員から正職員に選ばれなかったことは、選考に関わった上司が *Baldwin* の性的指向に関する否定的な発言を複数回していたことから、男性であることと性的指向に基づく差別、すなわち性別を理由とした差別に当たるとして EEOC に申し立てた事例である。

本決定で EEOC は、性的指向は「性に基づく検討事項」であり、性的指向に基づく差別の訴えは、必然的に第7編の下での性別に基づく差別の訴えであると結論付けている<sup>45)</sup>。① 性的指向を理由とする差別は必然的に性別に基づく不利益な取り扱いを伴うこと<sup>46)</sup>、② 性的指向を理由とする差別は性別に基づく関係性差別であること<sup>47)</sup>、③ 性的指向を理由とする差別は必然的にジェンダーステレオタイプに基づく差別を含むこと<sup>48)</sup>を理由として、性的指向と性別は不可分の概念であるとしている。

性自認に関してはそれよりも早く、2012年の *Mia Macy v. Eric Holder* (以下、*Macy* 決定) によって、第7編の適用を認める決定がなされている<sup>49)</sup>。これは、アリゾナ州フェニックスで男性として刑事の職にあった *Macy* が、引越しを機に上司の勧めでアルコール、タバコ、火器および爆発物取締局がカリフォルニア州ウォルナットクリークに持つ科学捜査研究所の職に応募していたが、選考中に女性への性別変更のプロセスにあることを伝えた直後、予算削減のため募集が無くなったとして選考プロセスを打ち切られたものの、実際には別の人間が採用されていたことが、性別、性自認および性的ステレオタイプに基づく差別に当たるとして EEOC に申し立てた事例である。

本決定で EEOC は、連邦最高裁における *Price Waterhouse v. Hopkins* (以下、*Hopkins* 判決)<sup>50)</sup> およびその後の判例の展開を参照し、第7編のいう「性別」は生物学的な性別だけでなく、文化的・社会的な性別であるジェンダーをも含むことから、トランスジェンダーであることを理由とする差別は、性的ステレオタイプに適合しないという理由による差別、すなわち性別に基づく差別であり、第7編に違反するという立場をとっている。

結果として、EEOC は2010年代前半から半ばにかけて、性的指向・性自認を理由とする差別は第7編が禁止する性差別に該当すると判断するようになったといえる。

#### (2) 判例：*Hively v. Ivy Tech Community College of Indiana*<sup>51)</sup>

性的指向・性自認を理由とする差別についての第7編違反との訴え自体は、1970年代から提訴されていた。*American Law Reports (ALR)* による性的指向関連判例集<sup>52)</sup>で確認できる限りにおいて、性的指向を理由とする差別について直接的に第7編に訴えた最も古い訴訟は、1979年の *DeSantis v. Pacific Tel. & Tel. Co., Inc.*<sup>53)</sup> である。性自認を理由とする差別についても同様に *ALR* による関連判例集<sup>54)</sup>で確認すると、性自認という言葉は使われてはいないが、性転換 (*transsexualism*) を理由とする雇用差別としては、1975年の *Voyles v. Ralph K. Davies Medical Center*<sup>55)</sup> が最も古い。どちらも第7編の適用は否定されているものの、性的指向・性自認を理由とする差別に第7編を適用しようとする議論は、遅くとも1970年代半ばには存在していたということになる。

しかし、これらの議論が司法の場で認められるようになるには、EEOC の方針転換以降、2010年代半ば以降まで待たなければならない。性的指向を理由とする差別に第7編が適用できると控訴裁レベルで初めて判示されたのは、2017年に第7巡回区連邦控訴裁大法廷で下された *Hively v. Ivy Tech Community College of Indiana* (以下、*Hively*

判決)である。これは、インディアナ州の Ivy Tech Community College に非常勤講師として勤めるレズビアン の Hively が、6つの常勤職に応募したが採用されず、非常勤契約も更新されなかったことは、性的指向を理由とする差別であり、第7編に違反するとして提訴された事例である。この判決では、前述の Oncale 判決も引用しつつ、Hively が主張した ① 比較方法論 (comparative method)、② 関係性理論 (associational theory) について検討されている。

① 比較方法論では、他のすべての事柄を一定に保ち、ある変数(本件の場合は性別)だけを変えた場合にも同じように扱われるかを検討する。原告は、もし自分が女性と結婚、同棲または交際している男性であったなら、雇用差別は起こらなかったと主張した。裁判所はこれを認め、典型的な性差別であると判示した。加えて、女性は男性と結婚すべきという異性愛の性的ステレオタイプへの不適合という観点からも、第7編が禁止する性差別に該当するとした。

② 関係性理論では、異人種間の婚姻を禁止することは違憲であると連邦最高裁が判断した1967年の Loving c. Virginia<sup>56)</sup>(以下、Loving 判決)において、パートナーの人種により婚姻が禁止されることは人種差別であるとされたことを引き、本件においてレズビアンである原告のパートナーの性別が女性ではなく男性であったならば、雇用差別はなかっただろうとして、第7編が禁止する性差別に該当するとした。

性的指向を理由とする差別への第7編の適用は、Hively 判決では認められたものの、他の巡回区の判断は、依然として分かれていた。たとえば、次章で取り扱う Bostock 判決の第二審である第11巡回区連邦控訴裁判決<sup>57)</sup>では認められなかった一方で、最高裁で Bostock 判決に統合された、2018年に第2巡回区連邦控訴裁で下された Zarda v. Altitude Express, Inc.<sup>58)</sup>では認められている。このような巡回区間の分裂が、最高裁でのサーショ

レイライ受理の理由となっている。一方、性自認を理由とする差別については、同様に Bostock 判決に統合された判決である、2018年に第6巡回区連邦控訴裁で下された EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc.<sup>59)</sup>においては、第7編の適用が認められている。

#### 4. 小 括

第7編の雇用上の性差別禁止規定は、立法時の議論が殆ど無いという状況下で、当初は生物学上の性別のみを理由とする差別に限り適用されるというかなり限定的な解釈がなされていたが、判例の蓄積により、母親という複合された属性や、同性間のセクシュアルハラスメントにも適用されるようになっていった。近年で最も論争的な、これが性的指向・性自認を理由とする差別にも適用されるかという問題は、巡回区間でも判断が分かれていたところ、次章で検討する、2018年に連邦最高裁で下された Bostock 判決によって、一応の結論が下されることとなった。

## II Bostock v. Clayton County

本判決では6対3で、性的指向または性自認を理由とする差別は、性別による差別を禁じる第7編を侵害するという判断が下された。法廷意見は Gorsuch 裁判官が執筆し、Roberts 長官、Ginsburg, Breyer, Sotomayor および Kagan 裁判官が加わった。Alito 裁判官および Kavanaugh 裁判官が反対意見を提出し、Thomas 裁判官が Alito 裁判官の意見に加わった。

#### 1. 事 実

本判決は、前述の ① Bostock v. Clayton County、② Zarda v. Altitude Express, Inc. および ③ EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc. を統合して下されたものである。

①では、Clayton County に児童福祉支援職として勤めていた Bostock が、ゲイのソフトボールリ

ーグに参加し始めた後に、コミュニティの有力なメンバーがBostockの性的指向およびリーグへの参加に関する侮蔑的なコメントをした直後、「不適切な」振る舞いを理由に解雇されたことは、第7編が禁じる性差別に当たるとして争われた。第11巡回区連邦控訴裁では、第7編は性的指向を理由とする解雇を禁じていないという判断が下された。

②では、スカイダイビングのインストラクターをしていたZardaが、客に自分がゲイであると告げた数日後に解雇されたことは、第7編が禁じる性差別に当たるとして争われた。第2巡回区連邦控訴裁では、性的指向を理由とする差別に対しても第7編は適用できるという判断が下された。

③では、葬儀社に勤めるStephensが、就職時には男性として勤務していたが、その2年後にうつを発症したのちに性同一性障害であるとの診断を受け、6年目に常時女性として生活し勤務することを考えていると雇用主に伝えたところ解雇されたことは、第7編が禁じる性差別に当たるとして争われた。第6巡回区連邦控訴裁では、性自認を理由とする差別に対しても第7編は適用できるという判断が下された。

ZardaとStephensは審理中に亡くなったが、裁判は相続人により継続された。連邦控訴裁レベルでの性的指向および性自認を理由とする差別に対する第7編の保護の射程をめぐる不一致を解決するため、連邦最高裁はサーシオレイライを受理した。

## 2. 判 旨

### (1) Gorsuch 裁判官による法廷意見

法廷意見は、1964年第7編が禁じる雇用上の「性別……を理由とする差別」は、性的指向または性自認を理由とする差別をも禁じていると結論した。Textualismに従い、制定法の用語の、それが制定された当時に公衆に知られていた意味に従って解釈したとする判決であるが、同じくTextualismに従っているとする反対意見との間に

は、鋭い対立がある。

法廷意見の主要な判断基準は、「なかりせば (but for) の因果関係」である。原因とされている因子が「なかりせば」特定の結果が常に生じない場合に、なかりせばの因果関係は成立する。言い換えれば、一つの因子を変えたときに結果が変わるようであれば、その因子は、なかりせばの原因である。物事はしばしば複数のなかりせばの原因を持つが、法廷意見は、第7編はその原因につき「単に (solely)」や「もっぱら (primarily)」といった限定を付していないため、本件の場合は性別が雇用上の差別行為の原因の一つに含まれていれば足りるとする。ここで、「差別」とは、「(ある人を他者と比較して) 扱ひまたは好悪に差を設けること」を意味する。雇用主が従業員への解雇を決定するときに、部分的にでも従業員個人の性別に故意に依拠していれば、言い換えれば、従業員の性別が変われば雇用主は異なる選択をするのであれば、公民権法の侵害は生じていることになる。

法廷意見は、次の例を挙げ、性別を理由として差別することなく、性的指向・性自認を理由として差別することは不可能だと主張する。一方が男性で他方が女性であることを除けば実質的にあらゆる面で同一である、共に男性に惹かれる二人の従業員につき、もし雇用主が男性の方の従業員を、彼が男性に惹かれるという以外の理由なく解雇すれば、これは同僚の女性であれば許容されたであろう行動や振る舞いによって差別することになる<sup>60</sup>。雇用主が同性愛者またはトランスジェンダーの従業員を差別する意図しかなかったとしても、性別に基づいた故意の差別は、第7編を侵害する。

法廷意見は、先に紹介したPhillips判決、Manhart判決、Oncale判決の3つの先例を引き、①雇用主がその差別行為を何と呼ぶか、どのようにラベリングできるか、または他に何が動機となったかは無関係であること、②原告の性別が単独または根本的な理由である必要はないこと、③男性または女性を集団として同等に扱うことでは法

的責任を免れられないことを導いている。対して、反対意見からは9つの議論が提起されており、法廷意見はそれぞれに再反論している。以下にその概要を示す。

① 原告が友人に解雇の理由について話すとき、性別ではなく性的指向・性自認を理由として挙げるだろうという反論がある。Textualismでは文言が一般にどのように理解されているかを重視するが故の指摘だが、法廷意見は、会話では最も重要な要因に焦点を当てる傾向にあり、本件で性別は唯一または主たる要因ではなかったかもしれないが、一つのなかりせばの要因であるならば、第7編を考えるうえで足りるとする。

② 性的指向・性自認を理由とする差別は、性別を理由とする差別とは異なるという反論がある。法廷意見は、男性の従業員が男性に惹かれることを理由として不利益を被る場合を例に挙げ、女性の従業員が男性に惹かれる場合には不利益を被らないであろうことから、性的指向・性自認を理由とする差別は必然的に性別を理由とする差別を伴うと論じる。

③ 性別を知らずに性的指向・性自認を理由として差別することが可能であれば両者を分離できるのではないかという反論がある。たとえば、同性愛者またはトランスジェンダーであることを示すチェックボックスがあれば、性別を知らないまま両者をフィルタリングできるという。法廷意見は、性別を考慮せずに同性愛者またはトランスジェンダーであるかを判断することはできないとして、性的指向・性自認を理由とする差別は、たとえ対象の性別を知らなかった場合であっても、性別を理由とする差別に当たるとする。

④ 第7編は、人種、肌の色、宗教、性別および出身国を例示しており、性的指向・性自認は含まれていないという反論がある。法廷意見は、セクシュアルハラスメントは性差別と区別しうるが第7編の射程内であることを例に挙げ、性別と性的指向・性自認は区別される概念ではあるものの、

後者を理由とする差別は必然的に前者を伴うことから、性的指向・性自認を理由とする差別も第7編の射程内であるとする。

⑤ 第7編の例示に性的指向・性自認を加える法改正が長らく提起されつつも実現されていないという反論がある。一方で性的指向・性自認に関する他の法律は成立してきたことから、第7編を例外としているのではないかという主張であるが、法廷意見は、議会の意図についての明確な説明はなく、そのような推測は異なる以前の議会が採用した既存の法の解釈を休眠させる特別に危険な根拠を提供するものであると批判する。

⑥ 男性に惹かれる男性と男性に惹かれる女性を比較することは、両者の性別のほかに性的指向をも変更していることから不相当であるという反論がある。性的指向を据え置いて男性に惹かれる男性と女性に惹かれる女性を比較すれば、両者共に解雇されるであろうことから両者の間に差別は存在しないという議論について、法廷意見は、男女共に差別されるという言説は弁護にならないこと、性別と性的指向が共に差別の要因であったとしても、性別が部分的な理由となっていることに変わりはないことを指摘する。

⑦ 性的指向・性自認を理由とする差別は男女に平等に不利益をもたらすにもかかわらず、性別がなかりせばの要因となることがあるだろうかという反論がある。法廷意見は、性別と性的指向・性自認は結合しうる要因であり、性別は単独のまたは主たる要因である必要はないから、本件においても性別はなかりせばの要因であるとする。

⑧ 第7編が制定された1964年には、同性愛者またはトランスジェンダーへの適用は予期されていなかっただろうという反論がある。法廷意見は、法文が曖昧な場合は立法史を参考としうるが、第7編の適用には曖昧さは存在しないとする。また、適用の対象を1964年に予期されていた集団に限れば、たとえば男性から男性へのセクシュアルハラスメントを第7編の射程に含めた判決などを覆さ



なくてはならなくなると批判する。

⑨ 本判決が、第7編以外の性差別を禁じる法律に波及し、トイレやロッカールームなどにも影響するという反論がある。加えて、信教の自由の侵害についての懸念も表明された。しかし、それらは将来の事件の問題であって、本判決に影響を及ぼすものではない。

以上の議論により、法廷意見は、第7編が禁じる雇用上の「性別……を理由とする差別」は、性的指向または性自認を理由とする差別をも禁じているという判決を下した。

#### (2) Alito 裁判官による反対意見

Alito 裁判官は、法廷意見は司法による立法であると批判する。主な主張は、性別と性的指向・性自認は、異なる概念だということである。法廷意見が掲げる textualism によると、法の文言はそれらが書かれた時点で合理的な人々にとって理解されるような意味で解釈されるべきだが、性別を理由とする差別は、1964年当時のアメリカ人にとって、性的指向または性自認を理由とする差別を意味するとは考えられていなかったらと主張する。

その論拠として、① これまで複数回提出されている第7編に性的指向および性自認を含むよう修正する法案がいずれも成立していないこと、② 当時の辞書の定義上、性別 (sex) は、生物学上の性を指すこと、③ 控訴裁や EEOC は、長く第7編は性的指向・性自認に適用されるとは判断してこなかったこと、④ 当時は同性愛は精神障害で刑罰に値すると考えられており、トランスジェンダーという概念は一般的ではなかったことを挙げている。加えて、トイレやスポーツ、ヘルスケア等の、判決が引き起こすであろう問題にも配慮するべきだったと批判している。

#### (3) Kavanaugh 裁判官による反対意見

Kavanaugh 裁判官は、第7編が性的指向を理由とする差別まで拡張するかを判断するのは、司法ではなく立法であるべきだと批判する。性的指向

を理由とする差別<sup>61)</sup>が必然的に性差別を伴うかという問題については、裁判所は「性別を理由とする差別」というフレーズを文理上ではなく通常の意味で解釈するべきで、その通常の意味は、連邦法・州法が性差別と性的指向差別を明示的に分けて禁じており、行政機関や裁判所もそのように判断してきたことから、性的指向を理由とする差別を含まないと指摘している。

### 3. 検 討

本判決では、法廷意見も反対意見も共に、法解釈には法が施行された当時の一般的な解釈を用いるとする Textualism に準拠していると主張している。第7編の性別を理由とする差別を禁止する条項の立法意図は、公民権法を頓挫させようとするポイズンビルであったとされている。立法後の経緯、すなわち長らく性的指向・性自認を理由とする差別を禁じるよう公民権法第7編を修正するための法案が議会を通らず、司法も公民権法第7編が性的指向・性自認を理由とする差別を禁じていないと判断してきたことについては、反対意見が重視する一方、法廷意見は法文の意味が明白である以上参考とはならないとしている。

本判決において法廷意見と反対意見との主な争点は、上述したように9つ挙げられる。法廷意見で取り扱われた順に改めて列挙すると、① 原告は日常会話で「性的指向を理由として差別された」と言うか<sup>62)</sup>、② 性的指向・性自認を理由とする差別は性別に基づく故意の差別か<sup>63)</sup>、③ 性別を知らないまま性的指向・性自認を理由として雇用拒否できるか<sup>64)</sup>、④ 列挙事由に性的指向が含まれるか<sup>65)</sup>、⑤ 性的指向を保護する修正案が可決されたか<sup>66)</sup>、⑥ 男性に惹かれる男性と男性に惹かれる女性とを比較することは妥当か<sup>67)</sup>、⑦ 性的指向・性差別を理由とする差別は男女に平等に不利益をもたらすか<sup>68)</sup>、⑧ 1964年に予期された適用か<sup>69)</sup>、⑨ この判決は多方面に望ましくない影響をもたらすか<sup>70)</sup>、となる。それぞれ個別に検討する。

①は、Textualism が制定当時における法文の一般的な意味を重視することからくる反論である。これは、法廷意見により明確に退けられている。日常会話で「性別を理由に解雇された」と言わないだろうことは、性別が解雇の理由の一部ではないことを証明しない。たとえば Phillips 事件で雇用を拒否された母親は、「幼い子がいるから（母親だから）雇用されなかった」とは言うだろうが、女性であることのみを理由として雇用されなかったわけではないから、「女性だから雇用されなかった」とは言わないだろう。性別は、差別の「単独の (solely)」または「もっぱらの (primary)」原因である必要はない。また、Oncale 判決で「男性でなければ（男性の同僚から）セクシュアルハラスメントを受けることはなかった」と主張した原告も、日常会話で「男性だからセクシュアルハラスメントを受けた」とは言わないだろう。従って、日常会話で「性別を理由に解雇された」と表現しないことは、性的指向・性自認を理由とする差別が性別を理由とする差別ではないことを証明しない。

②は、性的指向・性自認を理由とする差別をするとき、性別を理由とする差別をする意図はないという主張である。この主張は、性別を理由とする差別があれば、雇用者の意図がどこにあっても関係ないとして退けられている。法廷意見は、雇用者が男女の集団としての平等を追求する意図があっても個人レベルでは性差別が存在するとした Manhart 判決、および雇用の拒絶の理由は性別ではなく母親であることだと主張した Phillips 判決を引いて、雇用主側の認識は関係ないという主張を補強している。性別を理由として差別する意図がなくとも、結果として性別を理由とする差別が存在するのであれば許されないとする判断は、妥当だろう。

③の性別を理由に差別することなく性的指向を理由に差別することが可能ではないかという問いは、性的指向を理由とする差別は性別を理由とす

る差別と不可分であるという法廷意見に対する反論である。Alito 裁判官は、実際に軍が同性愛者の入隊を禁じていたとき、応募者は「同性愛者かどうか」のチェックボックスを埋める必要があったと指摘する<sup>71)</sup>。このようなチェックボックスを使えば、性別について知ることなく同性愛者を差別することができる。当人の性別を知らないというのに、どうして性別を理由として差別することができるかという問題提起である。

ここで法廷意見は、黒人またはカトリックであるかを判別する一つのチェックボックスを例に挙げ、応募者の人種および宗教のどちらも確定的に知ることなくそれらの属性に基づく差別をすることができるとしている<sup>72)</sup>。知らない属性を基に差別することは可能だという反論であるが、これに対して Alito 裁判官は、そのボックスにチェックした人物は黒人、カトリックまたはその両方であろうし、人種または宗教を理由として応募者の雇用を拒否することは第7編で禁じられており、同性愛者かどうかは応募者の性別から判別することは不可能であるから、同性愛者であることを示すボックスにチェックした応募者を拒絶することは完全に別物であると再反論している<sup>73)</sup>。

たしかにチェックする特性が第7編の列挙事由に含まれるか否かという点で、法廷意見と反対意見それぞれが提示するチェックボックスの性質は異なっているが、しかしここで問題となっているのは、本人の（保護されている）属性を確定せずに、その属性を理由として差別できるかである。そして、法廷意見が例示したように、本人の属性を確定せず、その属性を理由として差別することはできる。チェックボックスにチェックした人物は、黒人、カトリックまたはその両方であろうが、このうちのどれであるかは確信を持って推察することはできない。よって、本人の性別を知らないままに性的指向を理由として差別することも、それによって性別による差別は存在しなかったということとはできない。

同性愛者かどうかは応募者の性別のみから判別することは不可能であるが、しかし少なくとも応募者の性別を参照しなければ、客観的に判別することは不可能である。判別には、応募者の性別と性的に惹かれる性別を対比させる必要がある。性自認の場合も、身体的性別と自認する性別を組み合わせなければ判別できない点で、同様である。応募者の性別だけでは性的指向・性自認を判別できないからといって、性的指向・性自認を理由とする差別と性別を理由とする差別との間に関係がないということとはできない。

④は、列挙事由に「性的指向・性自認」が明記されていないという指摘である。性的指向・性自認を理由とする差別が性別を理由とする差別と不可分であるという法廷意見の前提に立てば、明記されていない属性は保護されないということでもない限り、反論にはならない。そして、明記されていない属性は保護されないとする法理は存在しない。この点、憲法第14条1項後段列挙事由をめぐる日本の議論を見ても、列挙事由を限定列挙と考えるのは一般的ではないことから、単純比較はできないとしても、うなずける判断だろう。

⑤は、これまで議会で性的指向・性自認を理由とする差別を禁じるよう第7編を修正する法案が複数ありながらも成立しなかったことに対する指摘である。法廷意見は、なぜ法案が成立しなかったかを説明する理由が明白ではない点から、これを否定している。議会が第7編を「性的指向・性自認を理由とする差別」を禁じる意図を持って制定したわけではないとしても、法文の意味は明白であるとして、立法意図は重要視されていない。

なお、この点について Alito 裁判官および Kavanaugh 裁判官は、共にその反対意見において、議会が正当な民主主義プロセスに則って性的少数者を保護するよう第7編を修正する機会を奪う、裁判所による立法であるとの批判をしている。たしかに、本件は憲法訴訟ではないため違憲判断を受けて議会が法律を修正するという段階を踏まな

いこと、長く採用されていた法解釈から大きく変更されることを併せて考えると、裁判所による立法という批判にも正当性はあると言える。しかし、その類の法案の初出が1975年であって既に45年以上が経過していること、その間2015年には全米で同性婚が可能となるなど社会情勢の変化が著しいこと、性的少数者はおよそ全人口の1割以下とされることから少数者保護の観点からも、裁判所による是正は正当化されうるだろう。

⑥の男性に惹かれる男性と男性に惹かれる女性とを比較することの妥当性は、性的指向を理由とする差別と性差別の関係を考えるうえで重要な論点である。法廷意見および反対意見で挙げられた例、「男性に惹かれる男性従業員」、「女性に惹かれる男性従業員」、「男性に惹かれる女性従業員」、「女性に惹かれる女性従業員」の4つのカテゴリを用いて検討する。

法廷意見は、「男性に惹かれる男性従業員」と「男性に惹かれる女性従業員」を比較し、共に男性に惹かれる男女の間に差別があれば、それは性別を理由とする差別であると主張する<sup>74)</sup>。反対意見は、法廷意見が上記の従業員の性別を変更するときに、暗黙のうちに性的指向も変更していると反論する。「男性に惹かれる男性従業員」は同性愛者であるから、同様に同性愛者である「女性に惹かれる女性従業員」と比較すべきで、両者はともに解雇されることから差別はないとする<sup>75)</sup>。4つのカテゴリのうち解雇されるのは同性愛者である2つのカテゴリで、これが雇用主の目的だという。一見すると、反対意見の方がより性的指向を厳密にシングルアウトしているように見える。

しかし、この議論には問題がある。性的指向という特性を保持するために、「従業員が惹かれる性別」が変更されていることである。この4カテゴリのモデルを用いる限り、「従業員の性別」または「従業員が惹かれる性別」を変化させることなく、「従業員の性的指向」のみをシングルアウトすることはできない。「従業員の性的指向」を変化させる

とき、必ず「従業員の性別」または「従業員が惹かれる性別」も変化する。言い換えれば、ここで「従業員の性的指向」と言っているものは、「従業員の性別」と「従業員が惹かれる性別」との関係性なのである。性自認についても、「出生時の性別」と「自認する性別」を変数とすれば、同様の議論を当てはめることができ、性的指向・性自認と性別との関連性は明白である。

⑦の性的指向を理由とする差別は男女に平等に不利益をもたらすかという論点において論じられた2つのなかりせばの条件の例も参考となる。法廷意見は、「室温」と「外気温」という2つの変数について、「高い／低い」、「高い／高い」、「低い／高い」、「低い／低い」の4カテゴリのうち、両者が同じではない「高い／低い」および「低い／高い」の場合にのみ「窓が開く」という結果が出力される場合には、室温も外気温も、それぞれがなかりせばの条件であると結論した<sup>76)</sup>。室温または外気温は、単体ではそれぞれ高かろうと低かろうと「窓が開く」という結果が生じないためになかりせばの条件ということはできないが、室温と外気温の両方を参照するとき、そこに差があれば、「窓が開く」。単体ではなかりせばの条件とはならなくても、連動させたときになかりせばの条件となるのであれば、それはなかりせばの条件となる。あるいは室温と外気温に差異があることに着目して「高い／低い」、「低い／高い」を「温度差が存在する」グループと呼ぶこともできるだろうが、どちらにせよ窓を開けるにあたって室温と外気温の両方を参照していることに違いはない。室温を  $t_1$ 、外気温を  $t_2$ 、温度差が存在するか否かの基準値を  $n$  としたとき、 $|t_1 - t_2| > n$  であることが窓が開く条件だと主張したとして、 $t_1$  および  $t_2$  が参照されていることに変わりはない。

これを⑥の4カテゴリで考えてみると、従業員が「男性」か「女性」か、またはその惹かれる性別が「男性」か「女性」かということ、それ単体では解雇のなかりせばの条件にはならない。こ

れが「男性／男性」、または「女性／女性」の場合、すなわち従業員が同性愛者の場合に解雇されるとするとき、従業員の性別およびその惹かれる性別は、共に解雇のなかりせばの条件である。従業員が男性でありかつ男性に惹かれること、および従業員が女性でありかつ女性に惹かれることを「同性愛指向」と表現しても、実質的に性別がなかりせばの条件となっていることに変わりはない。性自認についても、変数を出生時の性別と自認する性別とすれば同様である。雇用活動において性別を変数として取り扱うことは、たとえそれが単一または主要な変数でなかったとしても、第7編のもとで禁じられている。性的指向・性自認を理由とする差別は必然的に性別を理由とする差別を伴い、第7編のもとで禁じられるという法廷意見の判断は、妥当だろう。

⑧は、1964年に予期されていた適用ではないという批判である。これは、法廷意見も言う通り、母親であることを主な理由とする差別や男性に対するセクシュアルハラスメントへの適用も同様に予期されていた適用ではないことから、問題にならない。

Alito 裁判官の反対意見は、Oncale 判決と本件の差別点についても指摘している<sup>77)</sup>。第7編施行当時は想定されていなかった男性による男性従業員に対するセクシュアルハラスメントを第7編の射程内と解釈した Oncale 判決だが、その時点で既にセクシュアルハラスメントは性差別という判決が確立していた。また、性中立的な法の文言から、たとえ施行当時の議会が男性を対象として想定していなくても男性が対象であることは明らかなので、男性に対するセクシュアルハラスメントも射程内である。一方本件では、性別を理由とする差別の禁止という文言は、性的指向・性自認を理由とする差別を含まないので、Oncale 判決とは区別されるという。しかし、結局は性別差別と性的指向・性自認を理由とする差別との関係性が問題なのであり、それは論点⑥および⑦で検討した通り

である。

⑨は、その後の影響についてである。本判決は、「性別を理由とする差別」を禁じる第7編は、「性的指向・性自認を理由とする差別」をも禁じているとするもので、同様に「性別を理由とする差別」を禁じる各種法律への影響が予想される。Alito 裁判官は、具体的に「トイレ・ロッカールームその他」、「女性のスポーツ」、「住宅」、「宗教組織の雇用」、「ヘルスケア」、「言論の自由」、「憲法訴訟」への適用の拡大を懸念している<sup>78)</sup>。これらが重要な問題なのは確かであるが、しかし後の訴訟の問題であり、法をどのように解釈すべきかには直接の関わりは無い。最高裁が今後、個別にどう判断するかを注視したい。

以上、主要な論点を個別に検討した。結論として、性的指向・性自認をめぐる問題は、最終的には性別を参照するのであるから、性的指向・性自認と性別を切り離して論ずることはできないとする法廷意見が妥当だろう。なお、この件について先立って判断を下した欧州においては、条約上の権利につき「性 [sex] ……または他の地位等によるいかなる差別」をも禁じる欧州人権条約第14条について、「『性的指向』が条約第一四条に言う『性』あるいは『他の地位』に包含され、『性』に関する取扱いの差異の場合と同様に非常に厳格な正当化事由を締約国に課すことまでもが明言された」<sup>79)</sup>のであるが、性的指向・性自認は性(別)の一カテゴリだとは言い難く<sup>80)</sup>、それに包含される概念として見るよりは、緊密に結びついている別の概念として捉える方がより具体的かつ実情に即しているだろう。

### Ⅲ 日本における性的指向・性自認を理由とする差別と性差別

日本における性的指向・性自認を理由とする差別を扱う判例は、性的指向・性自認を公にすることが一般に忌避されるためか数は少ないが、特に重要と思われるものを概観する。

#### 1. 性的指向・性自認を理由とする差別の事例 (1) 府中青年の家事件<sup>81)</sup>

本事件は、1995年に東京高裁で下された、同性愛者の団体が、青少年の健全な育成に正しいとは言えない影響を与えるとして東京都府中青年の家の使用申し込みを受理されず、その後状況を訴えた東京都教育委員会においても、異性愛者の男女同室が認められないのと同様、複数の同性愛者が同室を利用することも、青年の家の秩序を乱すおそれがあり、管理上支障があるとして承認されなかったことは、他の制限的な方法を考慮した形跡もなく、裁量権を逸脱したとして地方自治法244条2項等に照らして違法であると判断された事例である。上告はされず、高裁判決が確定している。

注目すべきは、1995年の時点で性的指向を理由とする差別につき、「一般国民はともかくとして、都教育委員会を含む行政当局としては、その職務を行うについて、少数者である同性愛者をも視野に入れた、肌理の細かな配慮が必要であり、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請されているものと言うべきであって、無関心であったり知識がないということは公権力の行使に当たる者として許されないことである」という記述が判決文中に認められることである。性的少数者の保護という観点からは、それまで表に出てこなかった性的少数者の問題を可視化したという意味でも意義が大きい判決だが、それから20年以上経過しているものの、現状がこの判決に追いついていないと言え難い。

#### (2) 同性婚訴訟(札幌地裁判決)

本件は、2021年に札幌地裁で下された、同性間の婚姻を認める法制度がないことは、憲法第13条、第14条1項、第24条1項に反し違憲であると主張する国賠訴訟についての判決である。本件は同一の団体の後援を得た当事者らにより、札幌に限らず東京、名古屋、大阪、福岡でも訴訟が提起されているが、札幌地裁で最も早く判決が下された。

判決では、第13条・第24条違反の主張は認めら

れず、国賠請求も棄却されているものの、婚姻の利益の一部でさえも同性愛者に認めないことは、第14条に反し違憲であるという判断が下された。判決は、性的指向を「性的指向は、自らの意思に関わらず決定される個人の性質であるといえ、性別、人種など同様のものということができる」としつつ、「このような人の意思によって選択・変更できない事柄に基づく区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの検討は、その立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない」と、「性的指向」を後段列挙事由と同様に取り扱う旨言及している<sup>82)</sup>。その上で、「同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効力の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていることは、立法府の裁量の範囲を超えたものであって、その限度で憲法14条1項に違反する」と判示された。判決は当事者らに歓迎されたものの、より強い司法判断を求めて控訴されている。

同性婚については、憲法第24条1項が「婚姻は、両性の同意のみに基づいて成立」すると規定していることにつき、①両性とは男女を指し、同性婚は想定されていないため禁止ないし許容されるとする説、②第24条は、イエ制度からの解放を意図して合意「のみ」による婚姻を規定するものであるから、現在では同性婚も許容ないし要請されるとする説があるとされる<sup>83)</sup>。本判決では、第24条は「異性婚のみについて定めた」とする点は①に寄りながらも、同性愛に対する社会的状況の変化および②と同様の趣旨から「同性愛者が異性愛者と同様に上記婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいる場合に、これに対する一切の法的保護を否定する趣旨まで有するものとは解されない」としている点では、②に近い。同性婚を第24条の射程外としながらも、法的保護の必要性は認めているのである。

しかし、本判決は同性カップルの法的保護の必

要性を正面から認める初めてかつ画期的な司法判断である一方で、同性愛者の法的保護の範囲に関しては上述の「一切の法的保護」であるとか、「婚姻によって生じる法的効力の一部ですら」といった限定を付した慎重な言い回しをしており、婚姻と同等の法的保護までを要求するとはしていない<sup>84)</sup>。婚姻そのものというよりは、一定程度の婚姻の利益を保障するパートナーシップ制度を想定しているのではないかとも思われるが、するほどの程度の法的保護までが憲法上要求あるいは許容されるのか、もし婚姻とほぼ同程度の保障がなされるのであれば逆に同性愛者を婚姻から排除するスティグマとして機能してしまうのではないかといった重要な論点が生じる。紙幅が限られている都合上、本稿では問題提起に留め、稿を改めて論じることとしたい。

## 2. 日本国憲法第14条1項

憲法第14条1項は、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」と規定している。前項で紹介した札幌地裁判決は、同条項を基に同性カップルの法的保護の必要性を認めているが、性的指向・性自認がどのように扱われるべきかは明言しておらず、その法的地位についての見解は、必ずしも明らかではない。本項では、性的指向・性自認と憲法第14条1項との関係を、学説および前章で扱ったBostock判決を参考として検討する。

### (1) 後段列挙事由

憲法第14条1項後段が差別を禁じる事由として列挙している「人種」、「信条」、「性別」、「社会的身分」および「門地」について、最高裁は例示的なものであって、合理的な根拠に基づかない差別的な取り扱いを禁止する趣旨と解すべきとして、個々の事由に特別な意味を認めていない<sup>85)</sup>。合理性については、最高裁は、きわめて緩やかに審査しているようである<sup>86)</sup>。ただし、事由によっては、

審査に濃淡がある。国際結婚の場合に嫡出子と非嫡出子とで日本国籍の取得に関する区別があったことが争われた国籍法違憲判決<sup>87)</sup>では、嫡出子たる地位について「自らの意思や努力によっては変えることのできない」事柄であるとして、区別に「合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要」と述べ、やや厳格に審査する理由としている。区別の性質を考慮していると言えるが、同判決泉裁判官補足意見が非嫡出子であることを社会的身分であるとしている一方で、多数意見は社会的身分という事由そのものに言及していない。再婚禁止期間一部違憲判決<sup>88)</sup>では、鬼丸裁判官意見や山浦裁判官反対意見が再婚禁止期間を「性別による不合理な差別」または「性差別」であるとして違憲無効を主張しているが、多数意見は憲法第14条1項については殆ど触れず、第24条2項が立法府に要求する両性の本質的平等を根拠として違憲の判断をしているものの、その審査は合理性を判断するという緩やかなものであった。総じて、後段列挙事由を根拠に厳格に審査するという傾向は、判例では少数意見には散見されるものの、多数意見には今のところ見られない。

一方で学説では、後段列挙事由は第14条1項の対象を限定するものではない例示的なものとして捉えつつも、これらの事由による差別は合理的な差別ではないと推定されるから、より厳格に審査されるとする特別意味説が支配的である<sup>89)</sup>。ただし、審査の厳格さについては、「人種」、「信条」、「門地」については厳格審査基準、「性別」および「社会的身分」については厳格な合理性の基準を適用するのが相当であるとする説<sup>90)</sup>や、列挙されている事由は生まれながらに決定された属性であるといった理由から、疑わしくも許されざるものであるとして、全て厳格審査に妥当するという説<sup>91)</sup>などに分かれている。後段列挙事由はどれも歴史上差別されやすい傾向にある属性であるから、後者の立場をとる方が妥当だろう。

列挙事由の内容について、「人種」、「信条」、「性

別」、「門地」には、大きな争いは無い。「社会的身分」については、①「人の生まれによって決定される社会的地位」とする狭義説、②「広く人が社会において継続的に占める地位」とする広義説、③「社会において後天的に占める地位で、一定の社会的評価を伴う地位」<sup>92)</sup>または「人が社会において一時的ではなく占めている地位で、自分の力ではそれらから脱却できず、それについて事実上ある種の社会的評価が伴っているもの」<sup>93)</sup>とする中間説と、大きく3つの説に分かれている<sup>94)</sup>。

判例は後段列挙事由に特別の意味を見出していないこともあって広義説をとるが、「社会的身分」を広くとることは、後段列挙事由を厳格に審査しようとする立場となじまないため、学説では狭義説または中間説が主流である。狭義説は意味内容が「門地」と近接し、たとえば被差別部落出身者であることが主な保護対象と考えられる。一方、中間説では、特に後天的とした場合には狭義説および「門地」の意味内容とは差別化され、狭義説には含まれない非嫡出子であることなどが保護対象となるかが論点となる。

## (2) 性的指向・性自認

性的指向は、広辞苑には、「いずれの性別を性的欲望の対象にするかということ。対象が異性・同性・両性である場合に、それぞれ異性愛・同性愛・両性愛という。性の好みを表す性的嗜好とは異なる概念」とある<sup>95)</sup>。法務省の定義もほぼ同旨で、「性的指向とは、人の恋愛・性愛がどういう対象に向かうのかを示す概念を言います。具体的には、恋愛・性愛の対象が異性に向かう異性愛（ヘテロセクシュアル）、同性に向かう同性愛（ホモセクシュアル）、男女両方に向かう両性愛（バイセクシュアル）を指します」とある<sup>96)</sup>。性的指向について、この3つに特に言及していることが特徴的である。

一方、2006年に国際的な人権の専門家たちによりまとめられた、国連人権理事会にも承認されており、「国際的にもっとも包括的なLGBTI権利保障文書である」とされる<sup>97)</sup>、いわゆるジョグジャ

カルタ原則<sup>98)</sup>は、「異なるジェンダー、同一のジェンダーまたは複数のジェンダーに属する個人に対し、深く感情的・愛情の・性的な関心を持ち、および親密かつ性的な関係を築く能力」としている。ここで「生物学的な性 (sex)」ではなく「ジェンダー」という語を用いていること、および「両方の」ではなく「複数の (more than one)」としていることは、注目に値する。というのは、男性と女性、異性愛と同性愛・両性愛というくくりに限定せず、トランスジェンダーやノンバイナリ、およびそれらに惹かれるという性的指向にも配慮した、広範な表現となっているためである。日本国内では、こういった議論がまだ十分になされていないように思われる。

性自認は、広辞苑には、「自分が男あるいは女であるという、性別に関する自己認知。通常は、身体的性別と一致する」とある<sup>99)</sup>。ここで性自認を男女に限定している点と、一致することを「通常」と表現している点には、難がある。「通常とはちがっていること」は「異常」であり、「好ましくない意をこめて使うことが多い」とされている<sup>100)</sup>ように、価値判断を伴う表現であるためである。一方、法務省は、「性自認とは、自分の性をどのように認識しているのか、どのような性のアイデンティティ (性同一性) を自分の感覚として持っているかを示す概念」で、「多くの人々は、性自認 (こころの性) と生物学的な性 (からだの性) が一致していますが、この両者が一致しないために違和感を感じたり、からだの性をこころの性に近づけるために身体の手術を通じて性の適合を望むことさえあります (性同一性障害)」としている<sup>101)</sup>。自認する性を男女に限定していない点、多い／少ないという比較的価値中立的な表現を用いている点で、こちらの方がより妥当な表現だろう。

ジョグジャカルタ原則では、性自認はさらに広い概念として描写される。「人が、内面で個人的に深く感じられるジェンダーの経験であり、それは出生時に割り当てられた性別とは一致するかもし

れないし一致しないかもしれないが、服装や話し方、癖を含む、私的な身体的感覚 (もし自由に選択できるのであれば、医療、手術または他の方法による身体的外形または機能の変更を含みうる) および他のジェンダー表現を含む」とされており、ここでも自認する性は、男女に限定されていない。どちらの性でもある、あるいはどちらの性でもないと自認するノンバイナリへの配慮が垣間見える。加えてジェンダー表現にも言及していることも特徴的であり、ここで挙げた例では最も広い定義である。

近年、性的指向・性自認は、共に自分の意思で変えられない性質であるという理解が一般的になっており、上述の札幌地裁判決においてもそのように認定されている。

### (3) 考 察

では、性的指向・性自認を理由とする差別が生じた場合、憲法第14条1項との関係においては、どのように位置づけられるだろうか。この問題について、「性差別」、「社会的身分に基づく差別」、または列挙事由には無いが「政治過程において保護されない少数者に対する差別」として構成するという、3つのアプローチが提案されている<sup>102)</sup>。これらのアプローチを手掛かりとして、個別に検討したい。

「性差別」とするアプローチについては、第14条1項は「性別について、性的マイノリティ (LGBT) の存在を含めた把握をすべき」<sup>103)</sup>、「LGBTI……に対する差別も当然に禁止される」<sup>104)</sup>との指摘もある。どのように考えるべきだろうか。

「性別」の語は、日本語としては生物学的・身体的性差 (sex) と社会的・文化的性差 (gender) を明確に区別していないが、今日では前者から導かれた性的ステレオタイプ・性別役割分業観といった後者による差別的取り扱いが問題となっている<sup>105)</sup>。「性別」は、ジェンダーも含むと理解することが適切だろう。すなわち、差別的取り扱いが合理的であるかを考えるとき、「男性と女性の違い



は、女性だけが子どもを産むことができるという点に尽きるから、この一点を除いては、原則として性別による異なった取扱いはすべて疑わしい差別とみるべき<sup>106)</sup>であると考えられる。

前章でBostock判決を参考として検討した通り、性的指向・性自認を理由とする差別は、性差別そのものとは言えずとも、必然的に性別を参照する。前節で挙げた性的指向・性自認の定義も、ジェンダーを含む性別という概念を例外なく参照する。性的指向・性自認を理由とする差別は、必然的に性別を理由とする差別を伴う疑わしい差別と見るべきだろう。

「社会的身分」とするアプローチについては、上述のように狭義説、中間説、広義説があるが、広義説をとる場合は後段列挙事由を区別する必要自体がなくなるため、狭義説と中間説を個別に検討する。なお、「性的指向も社会的身分に含めて捉えることは可能だろう<sup>107)</sup>」というように、性的指向・性自認も社会的身分に該当するという指摘も存在する<sup>108)</sup>。

狭義説のように「社会的身分」を「人の生まれによって決定される地位」と捉えるのであれば、性的指向・性自認にもこれを適用できるように思える<sup>109)</sup>。しかしながら、「生まれによって決定される」というには、性的指向や性自認は必ずしも明白なものではないし、それらは変化するという事実を取りこぼす恐れがある。性的指向について言えば、過去にはバイセクシュアルだったが、今は男性だけになっているという当事者もいる<sup>110)</sup>、性自認について言えば、実際にトランスジェンダーと自認して性別適合手術をし、戸籍上の性別も変更したものの、変更後に心身に支障が生じ、性別を再変更したという事例もある<sup>111)</sup>。より典型的には、「性的指向・性自認をはっきり決められない人<sup>112)</sup>」の存在もある。このような場合、何が生まれによって決定された地位に当たるかを明言することは難しい。従って、狭義説をとる場合には、性的指向・性自認の可変性・明白性をどこ

まで考慮に入れるかが課題となるだろう。

中間説では、狭義説とは逆に「後天的に」とする場合に支障が生じる。上に挙げた例のように、「性的指向は、生得的な場合もあれば、生育環境によって影響を受ける場合もある。また、生涯を通じて一貫している場合も変化する場合もあれば、人生の後半に自覚される場合もある<sup>113)</sup>」とする理解に立てば、性的指向・性自認が全て後天的に獲得する属性だと捉えることは、困難だろう。「後天的に」としない場合、すなわち「社会的身分」を「人が社会において一時的ではなく占めている地位で、自分の力ではそれらから脱却できず、それについて事実上ある種の社会的評価が伴っているもの」と理解する場合には、性的指向・性自認は、札幌地裁が「人がその意思で決定するものではなく、また、人の意思又は治療等によって変更することも困難なもの」と評価したように、これに該当しうる。札幌地裁判決ではさらに、「自分の力ではそれらから脱却し難いという要件が考慮されているが、これは広義説というよりもむしろ中間説に近いように思われる。ただし、この場合も「性的指向・性自認をはっきり決められない」といった状態を「一時的ではなく占めている地位」で、「事実上ある種の社会的評価が伴っているもの」と解することができるかは、議論の余地がある。性的指向・性自認の問題を同性愛者・両性愛者・トランスジェンダーに限定する場合にはおそらく問題にはならないだろうが、近年では性的指向・性自認はそれらに限定されない概念として捉えられてきている。性的指向・性自認を理由とする差別を「社会的身分」に基づく差別として考えるのであれば、どこまでが「社会的身分」と考えられるのかという、一歩踏み込んだ議論が必要となるだろう<sup>114)</sup>。

「政治過程において保護されない少数者に対する差別」とするアプローチは、「切り離され孤立した少数者」として、「列挙されていないものでも疑わしい区分<sup>115)</sup>」と考えることもできるだろう。同性

愛者およびトランスジェンダーは、Bostock 判決中で、少なくとも第7編が制定された1964年当時は「政治的に不人気な集団」であったと認定されている<sup>116)</sup>。本邦においても、府中青年の家事件において公の施設である青年の家が「(同性愛者は)他の青少年の健全育成にとって正しいとはいえない影響を与える」、「同性愛者が一緒にいるっていうだけで、子供たちは悪い影響を受けますよ」といった主張を繰り返して同性愛者の団体による利用を拒否していた<sup>117)</sup>。今日でも、目的に「性的指向及び性自認を理由とする差別は許されないものである」という認識の下<sup>118)</sup>との文言に含むのみで実質的に差別を禁止する規定を持たない「LGBT理解増進法案」<sup>118)</sup>でさえも、与野党で合意しながらも党内調整の結果提出が見送られるというような状況であり、「政治過程において保護されない少数者」というカテゴリに、十分該当しうる。しかし、列挙事由に特別の意味を見出すとする立場から、「列挙されていないものでも疑わしい区分」にも列挙事由と同等の保護を認めるべきかは、また別の議論を要する。紙幅の関係上、別の機会に検討することとしたい。

以上、3つのアプローチを検討した。この中では、Bostock 判決においてなされたように、列挙事由にあり、性的指向・性自認という概念を最も包括的に包摂しうる「性別」の問題として捉えるのが最も素直であり、かつ性的少数者全般の保護に資すると言えるだろう。

### おわりに

本稿では、性的指向・性自認を理由とする雇用差別に、性別を理由とする雇用差別を禁じる第7編を適用できるかが争われた Bostock 判決を主に参考として、性的指向・性自認を理由とする差別を日本国憲法第14条1項の後段列挙事由との関係でどのように捉えられるかを論じた。本稿は結論として、性的指向・性自認を理由とする差別は、性別を理由とする差別を必然的に伴うことから、

後段列挙事由にある「性別」に基づく差別として構成し、疑わしい区分であるとして厳格に審査することが適切であると考ええる。

その他の可能性としては、社会的身分に該当するか、あるいは列挙されていないものでも疑わしい区分として構成できるかがある。社会的身分については、性的指向・性自認という概念をどう考え、どの範囲までを想定するかについて疑問が残る。疑わしい区分については、列挙事由にない事由の保護についてどのように考えるかを、より詳細に検討する必要がある。これらについては、今後の課題としたい。

性的指向・性自認をめぐる現在進行形の争いとしては、上述の同性婚訴訟や、省庁におけるトランスジェンダーのトイレ利用をめぐる争訟があるが、これらはおそらく最高裁まで争われることになる。世界的にも、国内でも、この分野についての議論の推移には、著しいものがある。今後の展開に注目したい。

### 注

- 1) 鳥澤孝之「諸外国の同性パートナーシップ制度」レファレンス 平成22年4月号 国立国会図書館調査及び立法考査局行政法務課(2010)32頁。
- 2) 鳥澤孝之「諸外国の同性婚制度等の動向—2010年以降を中心に—」調査と動向 Number 798 国立国会図書館調査及び立法考査局行政法務課(2013)11頁。
- 3) 渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例(平成27年10月28日施行)。
- 4) 同性パートナーシップ・ネットHP「全国自治体パートナーシップ制度 検討・実施状況」<https://samesexpartnership.wixsite.com/mysite-1/blank-8>(最終閲覧日2021年6月19日)。
- 5) 第一九〇回衆第五七号「性的指向又は性自認を理由とする差別の解消等の推進に関する法律案」、および第一九七回衆一二号「性的指向又は性自認を理由とする差別の解消等の推進に関する法律案」。共に審査中扱いで、成立の見込みは無い。
- 6) 毎日新聞Web版「LGBT法案巡り自民会合で相次

- ぐ差別発言 撤回求め署名5万人超」2021年5月27日記事 <https://mainichi.jp/articles/20210521/k00/00m/010/042000c> (最終閲覧日2021年6月19日)。正式名称は、「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」。審議中に「LGBTは種の保存に背く」「道徳的にLGBTは認められない」といった発言があったほか、審議後の会見においてはトランスジェンダーのトイレの利用やスポーツへの参加を揶揄する発言があった。
- 7) 東京高裁判平9・9・16 判タ986号206頁：同性愛者の団体(動くゲイとレズビアン会。現在のNPO法人アカー)が、東京都府中青年の家の使用申し込みが受理されず、その後訴えた東京都教育委員会でも承認されなかったことが、地方自治法二四四条二項等に照らして違法であるとした。都は上告せず、高裁判決が確定した。
- 8) 東京高判令2・3・4 判時2473号47頁：アメリカにおいて婚姻し、子を持つための精子提供を受けており、将来子供と住むためにマンションを購入していた女性同士のカップルにつき、片方が精子提供者と性的関係を持ったことにより関係の解消をやむなくされたことを理由に慰謝料を請求できるとして、同性間の内縁関係の成立を認めている。上告は、理由なしとして棄却された。最小二決令3・3・17 LEX/DB 文献番号25569621。
- 9) 名古屋地判令2・6・4 判タ1482号131頁：20年ほど共同生活を営んでいた同性カップルであったが、「事実上婚姻関係にあった者」として認められるためには、同性間の共同生活が婚姻と同視しうるものであるという社会通念が形成されている必要があるとして、内縁関係および取消請求は認められなかった。2021年6月時点で控訴中。
- 10) 札幌地判令3・3・17 LEX/DB 文献番号25568979。
- 11) 最小二決平31・1・23 判タ1463号74頁：性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律(以下特例法)3条1項4号が、性別変更の要件として「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」を課していることにつき、憲法第13条、第14条違反が主張されたが、親子関係の混乱の可能性等の理由から特別抗告は棄却された。
- 12) 最小二決令2・3・11 LEX/DB 文献番号25570771：特例法2条1項2号が、性別変更の要件として「現に婚姻をしていないこと」を課していることにつき、憲法第13条、第14条、第24条違反が主張されたが、同性婚の状態が生じることによる混乱への配慮に基づき合理性がないとは言えないとして特別抗告は棄却された。
- 13) 2017年6月に京都地裁で和解したため、判例はない。性別適合手術はしていたが、既婚かつ未成年の子がいたために戸籍上の性別は変更できなかった原告が、性自認に沿った更衣室を利用したいとスポーツクラブに申し入れたところ、戸籍上の性別に基づいて取り扱う方針を理由に拒否されたことにつき損害賠償を求めた事例。毎日新聞Web版「男性更衣室使用求められ ジムと和解」2017年6月19日記事(最終閲覧日2021年6月19日) <https://mainichi.jp/articles/20170620/k00/00m/040/045000c> 参照。
- 14) 東京高判平27・7・1 LEX/DB 文献番号25540642：戸籍のみならず外見も女性であった原告がゴルフクラブへの入会を拒否されたことにつき、たとえ私人間であっても疾病を理由として不合理な取り扱いをすることが許されるものではないとして、損害賠償請求が認められた。勝山教子「性同一性障害者に対するゴルフクラブ入会拒否の適法性」ジュリスト臨時増刊1492号 平成27年度重要判例解説 有斐閣(2016)を参照。
- 15) 東京地判令1・12・12 判タ1479号121頁：性同一性障害と診断されたが性別適合手術は受けていないトランスジェンダー女性のトイレ使用について、戸籍上の性別変更をするか性同一性障害である旨をカミングアウトしない限り利用できる女子トイレを制限する等の処遇は、国賠法上違法であるとされた。しかし、東京高判令3・5・27 LEX/DB 文献番号25569720では、原告とも相談するなどして十分配慮して決めた処遇であり、著しく不合理であるとはいえないとして、逆転敗訴した。原告は、上告の意向を示している。
- 16) Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).
- 17) Miller v. Davis, 667 F. App'x 537 (6th Cir. 2016); 最終的に、結婚許可証の発行に書記官の署名が必要なくなるという立法処置によってムートとなった。
- 18) Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 138 S.Ct. 1719 (2018)。事件の詳細については拙稿、樋口哲平「同性愛者の平等保護と信教の自由との対立—アメリカ合衆国最高裁判所判例を参考にして—」中央大学大学院研究年報編集員会編 大学院研究年報第49号法学研究科篇(2020)3-23頁参照。

- 19) たとえば、Masterpieceの事例では、コロラド州の反差別法 C.R.S §24-34-601 (2) (a) が公共の場における差別を禁じる要素の一つとして性的指向も規定していたことで、ベーカリーが同性カップルへのウェディングケーキの提供を拒否したことが適法かが争点となった。
- 20) 養子あっせん業を営む業者が「真摯に抱いている宗教的信念」に抵触するとして、性的指向・性自認を理由としてサービスの提供を拒否したことを理由として、州政府が当該業者に不利益な処分を科すことを禁止するテキサス州法 Texas House Bill 3859, 2017, sec. 1 など。このような「宗教例外 (religious exeption)」については、Human Rights Watch, “All We Want is Equality”: Religious Exemptions and Discrimination against LGBT People in the United States, 19 February 2018, <https://www.refworld.org/docid/5a8aa1884.html> (最終閲覧日2021年6月19日) を参照。
- 21) *Bostock v. Clayton County*, 140 S.Ct. 1731 (2020).
- 22) Title VII of the Civil Rights Act of 1964.
- 23) Miller, Robert Stevens Jr., “Sex Discrimination and Title VII of the Civil Rights Act of 1964”. *Minnesota Law Review*. 2213 (1967) at 880-882. <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/2213>
- 24) 110 CONG. REC. 2577 (1964).
- 25) Arianne Renan Barzilay, Parenting Title VII: Rethinking the History of the Sex Discrimination Prohibition, 28 *Yale J.L. & Feminism* (2017) at 67-68. Available at: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlf/vol28/iss1/2>
- 26) Presidential Commission on the Status of Women (PCSW). 1961年にケネディ大統領が設置。
- 27) *supra* note 23, at 881.
- 28) *Id.* at 883-884.
- 29) *supra* note 25, at 55. 反対に、Smith 議員は真摯に「性別」を追加しようとしていたとする説もある。Jo Freeman, How Sex Got into Title VII: Persistent Opportunism as a Maker of Public Policy, 9 (2) *LAW & INEQ.* 163 (1991). Available at: <https://scholarship.law.umn.edu/lawineq/vol9/iss2/1>
- 30) *supra* note 25, at 58. 特に脚注4が詳しい。Bostock 判決法廷意見においても、Smith 議員の修正案は“poison pill”として扱われている。*Bostock*, at 1752.
- 31) *supra* note 23, at 882-883.
- 32) 横山和子「日本および欧米における男女の雇用均等—日本の現状と諸外国の経験」東洋学園大学紀要第8巻 東洋学園大学 (2000) 133-134頁。
- 33) Equal Employment Opportunity Act of 1972.
- 34) *General Elec. Co. v. Gilbert*, 97 S.Ct. 401 (1976).
- 35) Pregnancy Discrimination Act. 妊娠差別については、釜田泰介「『性による優遇扱い』と Civil Rights Act 第7編 (アメリカ合衆国憲法制定200年と人権): California Frderal 判決の間うもの」同志社アメリカ研究第24号 同志社大学アメリカ研究所 (1988) を参照。
- 36) *Phillips v. Martin Marietta Corp.*, 91 S.Ct. 496 (1971). 本判決については、高橋一修「雇用における性差別」別冊ジュリスト139英米判例百選 [第三版] 有斐閣 (1996) 68-69頁を参照。
- 37) *City of Los Angeles, Dept. of Water and Power v. Manhart*, 98 S.Ct. 1370 (1978). 本判決については、梅津昭彦「性別保険料率に対する規制の一諸相: アメリカ法における議論を参考として」生命保険論集第23巻 生命保険文化センター (2017)、および戸松秀典「性差別訴訟と司法審査の役割」成城法学第17巻 成城大学法学会 (1984) を参照。
- 38) なお、前述の通り、公民権法は当初は連邦や州の職員を対象としていなかったため、本件はそれが解消された1972年改正の翌年になって初めて地裁に提訴された。
- 39) *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 118 S.Ct. 998 (1998). 本判決については、山崎丈夫「セクシュアル・ハラスメントの諸様相と法的諸問題—逆セクシュアル・ハラスメント、同性間セクシュアル・ハラスメント、恋愛破綻型セクシュアル・ハラスメント及び性的えこひいきに関わる法的諸問題—」比較法制研究第26号 國士館大學比較法制研究所 (2003) を参照。
- 40) *Meritor Saving Bank v. Vinson*, 106 S.Ct. 2399 (1986). 上司に繰り返しの性的関係を迫られ、仕事を失うことを恐れてこれに同意したが、のちに無期限の病気休暇をとって2か月後に解雇されたことは、上司の上記行動は第7編が定める性別に基づく雇用差別であるとして提訴された事例。奥山明良「アメリカの働く女性と性的いやがらせ (Sexual harassment) —ヴィンソン事件を中心に—」成城法学23巻 成城大学法学会 (1987) を参照。
- 41) 篠田実樹「アメリカ合衆国における職場のセクシ

- ュアル・ハラスメント：救済から防止への道のり」神戸市外国語大学外国学研究第59巻 神戸市外国語大学外国学研究所（2004）。
- 42) Baldwin v. Foxx, EEOC Doc. No. 0120133080, 2015 WL 4397641 (EEOC July 15, 2015).
- 43) Mia Macy v. Eric Holder, EEOC DOC 0120120821 (E.E.O.C.), 2012 WL 1435995 (EEOC April 20, 2012).
- 44) EEOCについては、岡田高嘉「アメリカにおける雇用差別禁止法の解釈をめぐる最高裁と雇用機会均等委員会（EEOC）の対立」大阪府立大学経済研究53巻4号（2008）を参照。
- 45) Baldwin, at 6.
- 46) Id. at 7.
- 47) Id. at 8-9.
- 48) Id. at 9-10.
- 49) なお、EEOCはこれより前にPacheco v. Freedom Buick GMC Inc., 2011 WL 5410751 (W.D. Tex. Oct. 17, 2011) の amicus briefにおいて、トランスジェンダーであることを理由とする差別は第7編の性差別にあたるという立場をとっている。Macy, footnote 15.
- 50) Price Waterhouse v. Hopkins, 109 S.Ct. 1775 (1989). 会計事務所に勤めるHopkinsが、歩き方、話し方、服装など、女性らしい振る舞いをしていないことを理由に共同経営者となることを拒否されたことにつき、第7編に違反するとして提訴された事例。相対多数意見は、第7編は性的ステレオタイプを理由とする差別に対しても第7編は適用されると判示した。本事件と後述のHively判決については、石田若菜「1964年公民権法第7編における『性別に基づく差別』の解釈」駿河台法学33巻1号（2019）を参照。
- 51) Hively v. Ivy Tech Community College of Indiana, 853 F.3d 339 (7th Cir. 2017) (en banc).
- 52) Eric C. Surette, Annotation, Discrimination on Basis of Sexual Orientation as Form of Sex Discrimination Proscribed by Title VII of Civil Rights Act of 1964, 28 A.L.R. Fed. 3d Art. 4 (2018).
- 53) DeSantis v. Pacific Tel. & Tel. Co., Inc., 608 F.2d 327 (9th Cir. 1979). 同性愛者であることを理由に解雇されたことは第7編に違反するとして提訴された事例。第7編はジェンダー差別にのみ適用されるべきで、同性愛のような性的嗜好 (sexual preference) を含めることはできないと判示された。なお、性的指向そのものではなく女々しい (effeminate) ことによる雇用差別について争われた事件ではあるが、Smith v. Liberty Mut. Ins. Co., 395 F.Supp. 1098 (1975) はそれよりも前に、議会は第7編は男女の雇用の均等を目的として制定しており、性的嗜好差別を禁じる意図はなかったという判断を示している。
- 54) James Lockhart, Discrimination on Basis of Person's Transgender or Transsexual Status as Violation of Federal Law, 84 A.L.R. Fed. 2d 1 (2014).
- 55) Voyles v. Ralph K. Davies Medical Center, 403 F.Supp. 456 (1975). 透析技師である原告が上司に性転換手術を受ける意向を伝えた直後、患者・同僚への悪影響を理由に解雇されたことが第7編に違反するとして提訴された事例。第7編は性転換 (transsexualism) を理由とする差別を禁じておらず、議会もそれを意図していなかったとして退けられた。
- 56) Loving v. Virginia, 87 S.Ct. 1817 (1967).
- 57) Bostock v. Clayton County Board of Commissioners, 723 Fed. Appx. 964 (11th Cir. 2018).
- 58) Zarda v. Altitude Express, Inc., 883 F.3d 100 (2nd Cir. 2018).
- 59) EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc., 884 F.3d 560 (6th Cir. 2018).
- 60) Bostock, at 9-10.
- 61) 性自認を理由とする差別については、この反対意見中では言及されていない。
- 62) Bostock, at 16-17.
- 63) Id. at 17-18.
- 64) Id. at 18-19.
- 65) Id. at 19-20.
- 66) Id. at 20.
- 67) Id. at 20-21.
- 68) Id. at 21-23.
- 69) Id. at 23-30.
- 70) Id. at 30-33.
- 71) Id. at 10 (Alito, J., dissenting).
- 72) Id. at 18.
- 73) Id. at 10 (Alito, J., dissenting).
- 74) Id. at 9-10.
- 75) Id. at 16-17 (Alito, J., dissenting).
- 76) Id. at 22.
- 77) Id. at 36-38 (Alito, J., dissenting).
- 78) Id. at 45-54 (Alito, J., dissenting).

- 79) 則武立樹「欧州人権裁判所における性的マイノリティ事例の現状と課題—同性愛者の家族関係の維持・形成の問題を中心に—」*阪大法学*61巻6号(2012)1414頁。
- 80) 身体的性を表すsex, 社会的性を表すgenderと、性的指向・性自認を含む性のありかたを表すsexualityは、それぞれ異なる概念として捉えるべきである。Gayle. S. Rubin, *Thinking sex: Notes for a radical theory of the politics of sexuality*, In Henly Abelow (Eds.), *The Lesbian and Gay Studies Reader*, Routledge (1993) pp. 3-44を参照。
- 81) 東京高判平9・9・16 判タ986号206頁。
- 82) 中岡淳「同性間に婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定の合憲性」新・判例解説 Watch 憲法 No.187, LEX/DB 文献番号25568979 (2021) 4頁、皆川洋美「『結婚の自由をすべての人に』訴訟—札幌地裁判決の意義と今後の展望について」*日本民主法律家協会編「法と民主主義」*No.558 (2021) 46-47頁は、その重要性に言及している。
- 83) 新井誠「同性婚訴訟—札幌地裁令和3年3月17日判決—」*WLJ 判例コラム*第234号文献番号2021WLJCC013 (2021)。
- 84) 憲法第24条の趣旨から同性愛者のみが婚姻による利益を得ていることが憲法第14条1項違反と判示されていることから、パートナーシップ法のような別の制度では不平等を解消できないとする見解もある。皆川「『結婚の自由をすべての人に』訴訟」47頁。
- 85) 最大判昭44・4・4 刑集27巻3号265頁。
- 86) 松井茂記「LAW IN CONTEXT 憲法—法律問題を読み解く35の事例」有斐閣 (2010) 3頁。
- 87) 最大判平20・6・4 民集62巻6号1367頁。
- 88) 最大判平27・12・16 判タ1421号61頁。
- 89) 渋谷秀樹「憲法 第3版」有斐閣 (2017) 203頁。
- 90) 芦部信喜「憲法 第七版」岩波書店 (2019) 135頁。
- 91) 辻村みよ子「憲法と家族」日本加除出版 (2016) 110頁、君塚正臣「憲法14条『信条』による差別・再考—自由であるべきとされる『思想及び良心』との峻別は可能か—」*横浜法学*第27巻3号 (2019) 111頁。
- 92) 佐藤幸治「日本国憲法論」成文堂 (2011) 206頁では、この立場をとると非嫡出子は「社会的身分」とは言えないとしながらも、「本人の努力ではいかんともし難い負の社会的評価(社会的差別観)が付着していると考えれば」、「社会的身分」と解する余地もあるとされている。このように考える場合には、もう一方の中間説とほぼ同旨となる。
- 93) 芦部「憲法」139-140頁。
- 94) 白水隆「憲法第14条第1項後段に列挙されていない事由に基づく区別とその違憲審査に関する一考察」*帝京法学*第29巻1号 (2014) 205-207頁。
- 95) 新村出編「*広辞苑* 第七版」岩波書店 (2018) 1613頁。
- 96) 法務省HP「性的指向及び性自認を理由とする偏見や差別をなくしましょう」[http://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04\\_00126.html](http://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04_00126.html) (最終閲覧日2021年6月4日)。
- 97) 日本学術会議「性的マイノリティの権利保障をめざして—婚姻・教育・労働を中心に」(2017年9月29日)<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-24-t297-4.pdf> 2頁 (最終閲覧日2021年6月18日)。
- 98) The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity. <http://yogyakartaprinciples.org/> (最終閲覧日2021年6月19日)。同HPには、2017年にさらに10項目を追加修正した Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to Complement the YOGYAKARTA PRINCIPLES も公表されている。
- 99) 新村「*広辞苑*」1606頁。
- 100) 同上、156頁。
- 101) 前掲注96)。
- 102) 中曾久雄「LGBTと憲法—LGBTに対する権利保障はいかにあるべきか?」別冊法学セミナー 憲法のこれから (2017) 20-21頁。
- 103) 戸松秀典「憲法」弘文堂 (2015) 139頁。
- 104) 辻村みよ子・山元一編「概説 憲法コンメンタール」信山社 (2018) 97頁。
- 105) 辻村「憲法と家族」113頁。
- 106) 松井茂記「*日本国憲法 第3版*」有斐閣 (2007) 382頁。
- 107) 長谷部恭男編(川岸令和執筆)「注釈日本国憲法 (2) 国民の権利及び義務 (1)」有斐閣 (2017) 190頁。
- 108) 君塚正臣「*大学生のための憲法*」法律文化社 (2018) 89頁。

- 109) 中曾「LGBTと憲法」21頁。
- 110) 城戸健太郎編「こころの科学増刊 LGBTのひろば ゲイの出会い編」日本評論社（2020）161頁。
- 111) 日本経済新聞Web版2018年3月2日記事「性別再変更の訴え認める 性同一性障害で家裁」<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO27622210S8A300C1000000/>（最終閲覧日2021年6月19日）。
- 112) 日本学術会議「性的マイノリティの権利保障をめざして」1頁。クエスチョニングともいう。
- 113) 日本学術会議「性的マイノリティの権利保障をめざして」3頁。
- 114) ただし、「性的指向・性自認をはっきり決められない」ことなどを理由とする差別が生じうるかには、疑問がある。性的指向・性自認という広い概念ではなく、同性愛、両性愛、トランスジェンダー等の性質に応じて議論の範囲を限定した方が適切かもしれない。
- 115) 松井「日本国憲法」（2007）390-391頁。ただし、社会的身分への該当可能性を否定しているわけではなく、主張が困難な場合には、「性的指向に基づく異なった取扱いも疑わしい区分として扱われるべきだと主張することになるだろう」とする。松井「LAW IN COMTEXT」6-7頁参照。
- 116) *Bostock*, at 27-28.
- 117) 東京地判平6・3・30 判タ859号163頁。
- 118) 法律案は、岡山県第四選挙区 衆議院議員橋本がく ブログ「自民党における性的指向・性自認の多様性に関する議論の経緯と法案の内容について」2021年6月1日投稿記事 <http://ga9.cocolog-nifty.com/blog/2021/05/post-aab67c.html>（最終閲覧日6月18日）。