

公民権法第7編とLGBTに対する差別②

—Bostock v. Clayton County—

(社会科教育講座) 中曾久雄

Civil Rights Act and Discrimination Against LGBT

—Bostock v. Clayton County—

Hisao NAKASO

(2021年9月1日受理)

目次

1. はじめに
2. 事案の概要
3. Gorsuch 裁判官の法廷意見
4. Alito 裁判官の反対意見 (Thomas 裁判官同調)
5. Kavanaugh 裁判官の反対意見…地域共創研究第2号
6. 公民権法第7編の規定する性に関わる議論
7. 本判決の構造
8. LGBT に対する差別は性差別となるのか
9. むすび…愛媛大学教育学部紀要第68巻

6. 公民権法第7編の規定する性に関わる議論

公民権法第7編は雇用主が個人の人種、肌の色、宗教、性、国籍によって、雇用の報酬、期間、条件、または特権に関して個人を差別することは違法であるとするとする⁸¹。公民権法第7編に規定する「性」は、

⁸¹ 具体的に関連する規定 (42 U.S.C. § 2000e-2(a)(1).) は「雇用主が、人種、肌の色、宗教、性、又は国籍を理由として、雇用者が、雇用の報酬、条件、又は特権に関して、いかなる個人に対しても、雇用を怠り、雇用を拒否し、解雇その他の差別を行うことは、違法な雇用慣行である」(It shall be an unlawful employment practice for an employer . . . to fail or refuse to hire or to discharge or otherwise to discriminate against any individual with respect to his or her compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin) である。さらに、同法の説明によると、雇用主は「その他の要因」によって動機づけられたかどうかにかかわらず、「性が雇用慣

LGBT に対する差別との関係で、いかに理解されてきたのか。本判決以前の主要な判例を概観する。

当初、連邦最高裁判所は、公民権法第7編の規定する「性」が男性には適用されないと判断していた⁸²。

その後、下級審では、公民権法第7編の規定する「性」がトランスジェンダーに適用されるかどうかを判断することになった。Ulane v. Eastern Airlines⁸³では、性転換手術をした軍人の解雇が問題

行の動機づけ要因となった場合」には、「雇用慣行における性の不適切な考慮」を行ったことになる (42 U.S.C. § 2000e-2(m).)。当初、議会はこの規定に基づき人種差別と国籍差別のみを救済しようと考えていた。Marie Elena Peluso, *Note, Tempering Title VII's Straight Arrow Approach: Recognizing and Protecting Gay Victims of Employment Discrimination*, 46 VAND. L. REV. 1533, 1537 (1993).そして、そこに「性」の規定が加わったことになった。この「性」の規定は女性の権利運動、人種差別運動と関連していたとされている。Robert C. Bird, *More Than A Congressional Joke. A Fresh Look at the Legislative History of Sex Discrimination of the 1964 Civil Rights Act*, 3 WM. & MARY J. WOMEN & L. 137, 138 (1997).もともと、「性」の規定がどのような経緯で加えることになったのかについて、議会における議論は不明確である。Anthony E. Varona & Jeffrey M. Monks, *En/Gendering Equality: Seeking Relief Under Title VII Against Employment Discrimination Based on Sexual Orientation*, 7 WM. & MARY J. WOMEN & L. 67, 71 (2000).

なお、この規定に性的指向による差別を追加する動きがあるが、未だに実現はしていない。William Sung, *Taking the Fight Back to Title VII: A Case for Redefining "Because of Sex" to Include Gender Stereotypes, Sexual Orientation, and Gender Identity*, 84 S. CAL. L. REV. 487, 496 (2011).

⁸² Phillips v. Martin Marietta Corp., 400 U.S. 542, 547 (1971).

⁸³ 742 F.2d 1081 (7th Cir. 1984).

となった。第7巡回連邦控訴裁判所は「性の修正案を支持する立法史の完全な欠如と修正案が採択された状況は、1964年当時の議会が伝統的な性の概念以外のものに適用されることを考慮したことも、また、意図していなかったことを明らかに示している。議会が広い適用を意図していたのであれば、立法史には少なくとも広範囲に適用されることが明記されていたはずである」とし、公民権法第7編の規定する「性」がトランスジェンダーに適用されないと判断した。

裁判所は公民権法第7編の規定する「性」の意味を限定して理解していたが、この理解は次第に変化していくことになる。男性らしい行動や言動があったために企業において女性の従業員の昇進の拒否が問題となった *Price Waterhouse v. Hopkins*⁸⁴では、「性のために」というのは性のステレオタイプの理論に基づいており、そのようなステレオタイプは公民権法第7編と関係しているとした。そこでは、雇用者が性を理由に個人を差別することを禁止することで、議会は性のステレオタイプに起因する男女の不平等な扱いの全範囲を排除する意図を有していたとし、「女性が攻撃的ではない、あるいは、なつてはいけないという信念に基づいて行動した雇用者は、性に基づいて行動したことになる」とした。このように、連邦最高裁は、公民権法第7編に規定する「性」には生物学的な性とジェンダー的な性の両方が含まれることを認めたのである⁸⁵。

*Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc*⁸⁶も同様である。ここでは、石油プラットフォームの従業員が、他の従業員の前で同僚から性的方法で身体的暴行や脅迫を受けたとして、雇用主に対して性差別の申し立てを行った。公民権法第7編の「性」による差別の禁止は女性だけでなく男性にも及ぶものであり、その適用範囲は男性間のハラスメントにも拡大されると判断した。これは法解釈において立法

意図を超えたものであったが、法廷意見はこの点について以下のように主張した。「いくつかの裁判所が提示したように、職場における男性対男性のセクシャルハラスメントは、公民権法第7編を制定した時に、議会が懸念していた主な悪ではないことは確かである。しかし、法律上の禁止事項はしばしば主な悪を超えて合理的に同等の悪をカバーするものであり、最終的に当法廷を支配するのは、立法者の主要な関心事ではなく、法律の規定なのである」。

その後、下級審において、トランスジェンダーに対する差別は公民権法第7編のもとで禁止されているという判断がなされることになる。*Smith v. City of Salem*⁸⁷では、性同一性障害であったことを理由にする解雇が問題となった。第6巡回連邦控訴裁判所は、「*Price Waterhouse* 事件では、単にその人が性転換者であるという理由だけで、性差別的でない行動に対する公民権法第7編の適用を除外する理由を提供するものではないと述べている。性同一性障害の原告に対する差別は、*Price Waterhouse* 事件において女性のように行動しなかった原告に対する差別と同じである」とした。そして、第6巡回連邦控訴裁判所は、公民権法第7編第1条が性同一性障害の個人に対する性の固定概念に基づく差別を禁止しているとした。

さらに、公民権法を執行する機関である雇用機会均等委員会 (*Equal Employment Opportunity Commission*) は、「性同一性、性転換、トランスジェンダーの地位に基づく差別」が、公民権法第7編の規定する「性による」差別に該当すると判断した。雇用主がトランスジェンダーであることを理由に差別した場合、従業員は性に関わる不利益な扱いを受けていると判断した⁸⁸。また、性的指向に基づき臨時職から正規雇用の拒否が問題となった *Baldwin v. Fox*⁸⁹においても、雇用機会均等委員会は同様の判断を示した。人の性的指向は、その人の性を参照することによって必然的に定義されると判断した。そし

⁸⁴ 490 U.S. 228 (1989).

⁸⁵ Matthew Fedor, Comment, *Can Price Waterhouse and Gender Stereotyping Save the Day for Same-Sex Discrimination Plaintiffs Under Title VII? A Careful Reading of Oncale Compels an Affirmative Answer*, 32 SETONHAL L. REV. 455, 464 (2002).

⁸⁶ 523 U.S. 75 (1998).

⁸⁷ 378 F.3d 566 (6th Cir. 2004).

⁸⁸ *Macy v. Holder*, EEOC Appeal No. 0120120821, 2012 WL 14359951 (Apr. 20, 2012).

⁸⁹ EEOC Appeal No. 0120133080, 2015 WL 4397641 (July 15, 2015),

て、性的指向に基づいて従業員を差別する雇用主は、必然的にその従業員を性に基づいて異なる扱いをしていることになるとした。また、性的指向による差別は、性のステレオタイプによる差別としてカウントされるとした。男性は女性に惹かれ、女性は男性に惹かれるという考えは、本質的には性のステレオタイプであるとし、したがって、雇用主が同性愛者であることを理由に従業員を拒否した場合、その拒否は性のステレオタイプに基づくものであるとした。

7. 本判決の構造

上記のような判例の流れの中にあって、本判決は6対3でLGBTに対する差別が公民権法第7編に反することを認めた。

Gorsuch 裁判官の法廷意見は、まず、公民権法第7編の規定する「性」の意味を検討する。問題は「性」それ自体の意味ではなく、公民権法第7編の規定する「性」が何を意味していたかということであるという。そして、公民権法第7編において最も注目すべきことは、雇用主が「性」を理由に特定の行動をとることを禁止していることである。法廷意見は性を理由にするということについての意味を確定する。公民権法第7編の「によって」テストは、単純で伝統的なあれなければこれなしの因果関係の基準を組み込んでいることを意味しているという。すなわち、これは、性のように保護された特徴が雇用主における雇用慣行における動機付け要因であったことを示すだけで、原告が勝訴することを意味するという。

次に、差別するとは何を意味するかを検討する。差別するとは、本件の文脈で言えば、雇用主が従業員を解雇することを決定する際に、従業員の性に依拠している場合、公民権法違反が生じることを意味するという。そして、同性愛者であることやトランスジェンダーであることを理由に差別することは、性に基づく差別なしには不可能だという。すなわち、雇用主が同性愛者やトランスジェンダーの従業員を差別する場合に、これらの理由で差別を行う雇用主は、その意思決定において性に依拠することが不可避であるという。そして、法廷意見は、同性愛やトランスジェンダーであることを理由にした差別は、

必然的に性を理由にした差別となり、前者は後者なしでは成り立たないと主張する。

そして、法廷意見によれば、公民権法第7編が同性愛者やトランスジェンダーに対する差別に適用されると予想した人はほとんどいなかった、また、国民は書かれた通りの法律に依拠する権利を有しているとしながらも、公民権法第7編の条項が本件における事実に対して、どのように適用されるかについての曖昧さはなく、同性愛者やトランスジェンダーの従業員が公民権法第7編に基づく訴訟を起し始めたのは、この法律が成立して間もなくのことであり、少なくとも一部の人たちは、この法律が適用される可能性を予見していたという。

法廷意見は、本判決の射程が限定的であるという。すなわち、本件では公民権法第7編の下で、トイレ、更衣室、またはその他の何かを論じようとはしていなく、あくまでも本判決は個人の性によって解雇したかどうか、差別したかどうかを問うだけであるという。

これに対して、Alito 裁判官の反対意見は、同性愛とトランスジェンダーは性とは別個の概念であり、性的指向やトランスジェンダーであることを理由とした差別は、本質的にも必然的にも性を理由とした差別にはならないという。公民権法第7編が制定された時代において、「性」による差別は男女を指すものと理解されており、現在の定義についても同様であるとする。また、性を理由とした差別を、性的指向やジェンダーアイデンティティを理由とした差別を包含するという法廷意見の解釈は、広範囲に及ぶ結果をもたらすことになると指摘する。

Kavanaugh 裁判官の反対意見は、「通常の意味に従わなければならない」という大原則に照らして、「性によって差別する」という言葉の通常の意味が問題となるとし、公民権法第7編の規定する「性」は性的指向を理由とした差別を包含しないとする。また、今日に至るまで、議会は性的指向差別を包括するように性差別を定義したことはないという。したがって、裁判所も「性による差別」という一般的な文言の中に、性的指向による差別といった特定の概念を読み込んではいないという。そして、性差

別の中に性的指向による差別が含まれるとする法廷意見の解釈は、公民権法第7編の書き換えであると主張する。

8. LGBT に対する差別は性差別となるのか

公民権法第7編の規定する「性」は性的指向⁹⁰による差別を含むのか。これは、LGBT に対する差別の問題を検討するに際して重要な論点となってきた⁹¹。この点について、Alito 裁判官の反対意見や Kavanaugh 裁判官の反対意見と同じように、性差別を文字通り解釈して性差別と性的指向による差別を区別する見解⁹²、あるいは、社会的慣行から男性と女性の区別がなくなることを危惧して性差別と性

的指向を区別する見解⁹³もある。また、下級審においてもこれらの見解を支持するものが見受けられる⁹⁴。しかし、近年では性差別の中に性的指向による差別を含める見解が有力になっている⁹⁵。以下では、その代表的見解を概観する。

William Eskridge

William Eskridge によれば、公民権法第7編の規定する「性」は LGBT に対する差別のような性的指向による差別を禁止するものであることがすでに確立しているとする。公民権法第7編の規定する「性」は、全ての女性を全ての男性と異なる取り扱いを行う雇用慣行を禁止するだけでなく、配偶者やパートナーの性によって、差別することを禁止している(これは男性女性ともに妥当する)。また、Eskridge は、LGBT に対する憲法上の地位やその取り扱いも進展しているという。従来、LGBT は、精神疾患を患う人として扱われ、連邦最高裁判所も LGBT 間の行為を法的保護の対象とはしてこなかった。ところが、社会や医学の変化に伴い、連邦最高裁判所は 1996 年から、その姿勢を一変させ、LGBT に対する法的保護を認めるようになった⁹⁶。Eskridge によれば、公民権法第7編は社会の変化に応じて解釈されるべきであり、公民権法第7編の規定する「性」の意義は、否定的な固定観念を強め、差別や分裂を助長する差別的な雇用慣行を特定し、摘み取ることであり⁹⁷。法律の解釈の拠り所となるのは、辞書的

⁹⁰ 性とは各人の肉体的物理的性質を指すと理解されている。これに対して、性的指向とは、各人が、異性、同性、または複数の性を持つ個人に対して、深い感情的、愛情的、性的な魅力を感じ、親密で性的な関係を持つ能力を指すものと理解されている。Holning Lau, *Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination*, in 2.2 COMPARATIVE DISCRIMINATION LAW 1 (2018); Mary Anne C. Case, *Disaggregating Gender from Sex and Sexual Orientation: The Effeminate Man in the Law and Feminist Jurisprudence*, 105 YALE L.J. 9 (1995).この性的指向は個人のアイデンティティとも関連していると指摘されている。Douglas NeJaime, *Marriage Inequality: Same-Sex Relationships, Religious Exemptions, and the Production of Sexual Orientation Discrimination*, 100 CALIF. L. REV. 1169, 1196 (2012).

⁹¹ Shalyn L. Caultley, *The Next Frontier to LGBT Equality: Securing Workplace-Discrimination Protections*, 2017 U. Ill. L. REV. 909 (2017).

⁹² Brian Soucek, *Perceived Homosexuals: Looking Gay Enough for Title VII*, 63 AM. U. L. REV. 715, 722 (2014); Suzanne B. Goldberg, *Risky Arguments in Social-Justice Litigation: The Case of Sex Discrimination and Marriage Equality*, 114 COLUM. L. REV. 2087, 2089 (2014); Recent Case, *Employment Law—Title VII—Sex Discrimination—Ninth Circuit Holds That Male Coworkers' and Supervisor's Harassment of Male Employee for Failing to Meet Sex Stereotype Constitutes Sex Discrimination*. *Nichols v. Azteca Rest. Ent.*, 256 F.3d 864 (9th Cir. 2001), 115 HARV. L. REV. 2074, 2074 (2002); *Developments in the Law—Employment Discrimination and Title VII of the Civil Rights Act of 1964*, 84 HARV. L. REV. 1109, 1169-70 (1971).裁判所が性差別と性的指向に基づく差別を区別し、後者を公民権法第7編に反しないとしてきたことで、雇用主にとってはその責任を回避するための抜け穴になってきたとされている。L. Camille Hébert, *Sexual Harassment Discrimination "Because of... Sex": Have We Come Full Circle?*, 27 OHIO N.U. L. REV. 439, 458 (2001); Francisco Valdes, *Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Deconstructing the Conflation of "Sex," "Gender," and "Sexual Orientation" in Euro-American Law and Society*, 83 CAL. L. REV. 1, 18(1995).

⁹³ Reva Siegel, *She the People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism, and the Family*, 115 HARV. L. REV. 947, 958 (2002).

⁹⁴ 公民権法が性的指向に基づく差別を禁止していないと判示するものとして、*Vickers v. Fairfield Med. Ctr.*, 453 F.3d 757 (6th Cir. 2006); *Medina v. Income Support Div.*, 413 F.3d 1131 (10th Cir. 2005); *Bibby v. Phila. Coca Cola Bottling Co.*, 260 F.3d 257 (3d Cir. 2001); *Simonton v. Runyon*, 232 F.3d 33 (2d Cir. 2000); *Higgins v. New Balance Athletic Shoe, Inc.*, 194 F.3d 252 (1st Cir. 1999).

⁹⁵ Hillman Regina, *"Title VII Discrimination Protections & LGBT Employees: The Need for Consistency, Certainty & Equality Post-Obergefell"*, 6 BELMONT L. REV. 1, 4 (2019); Edward Stein, *Evaluating the Sex Discrimination Argument for Lesbian and Gay Rights*, 49 UCLA L. REV. 471 (2001).

⁹⁶ William Eskridge, Jr., *Title VII's Statutory History and the Sex Discrimination Argument for LGBT Workplace Protections*, 127 YALE L. J. 246, 332 (2017).

⁹⁷ *Id.* at 336.

意味ではなく、①法の支配（客観的で透明性のある分析方法を用いて、具体的で予測可能な一貫性のある法適用）を確保すること、②民主的に選出された議員の審議と行動を尊重すること、③社会の発展に対して法律を合理的に適応させること、であるという⁹⁸。また、Eskridgeは公民権法第7編の「性を理由に」というのは、生物学的な性だけでなく、セクシュアリティをも含む広い意味を持つことは明らかであるという。人種、性、宗教を理由に従業員を恣意的に解雇する職場規則は、たとえそれが黒人だけではなく白人に適用される場合でも、女性だけではなく男性に適用される場合でも、プロテスタント教徒だけではなくカトリック教徒に適用される場合でも、公民権法に反することになる⁹⁹。このように、公民権法の趣旨は、すべての従業員が人種、性、宗教に関わりなく、実力本位で働くことの出来る職場を形成するために、それを阻害するものを違法とするものである。そのために、公民権法の保護からLGBTを除外するのは、上記の公民権法の趣旨に反することになるという¹⁰⁰。

Andrew Koppelman

こうした見解は他にも見られる。Andrew Koppelmanの見解である¹⁰¹。Koppelmanによれば、公民権法第7編は「性を理由とする」差別を禁止しており、この「性を理由とする」差別とは、その人の性を理由に差別することであり、LGBTに対する差別もその一例であるという¹⁰²。また、性的指向に関する差別の議論は単純であるという。同性愛者かどうかを判断するためには、その人の性を考慮しなければならないという。これはまさに性差別であるとする¹⁰³。さらに、LGBTに対する差別の根源には、女性に対する差別の根底にある家庭生活における男女の適切な役割についての同じ種類の信念と関連しているという¹⁰⁴。このように、公民権法第7編は、

その目的に照らして、性の固定観念に適合しない人々を保護しているというのである¹⁰⁵。

Jessica Clarke

他にもJessica Clarkeの見解がある¹⁰⁶。Clarkeによれば、公民権法第7編の主な悪ではないかもしれないが、法律上の禁止事項は、主な悪を超えることがあるという¹⁰⁷。そして、LGBTに対する差別がいかなる理由で公民権法上の差別になるかを検討する。まず、中立性（Neutrality）である。中立性からすれば、差別かどうかは、性がLGBTかどうかにかかっていることになる。すなわち、性的指向に関して、異人種間を理由に従業員を解雇するのは人種に基づく差別であると同様に、LGBTであることを理由に従業員を解雇するのは性に基づく差別ということになる¹⁰⁸。次に、地位の保護（Status Protection）である。地位の保護とは、ジェンダーアイデンティティは不変であるため、LGBTは差別から保護されなければならないと主張するものである¹⁰⁹。特に、トランスジェンダーが、性で隔離されたトイレや更衣室を利用するために、女性としても男性としても扱われるべきだという主張を展開する中で、地位の保護が展開される¹¹⁰。次に、社会（Community）である。この社会とは、LGBTがどのように見えたり、また、どのように行動したりするかについての社会のステレオタイプの規範に合致している範囲でのみ保護されるということ否定するものである¹¹¹。最後に、反従属（Antisubordination）である。この反従属は、性に基づく分類に従属することにどのような意味があるかを問い、性差別はLGBTに対してスティグマを付与するという¹¹²。スティグマの害悪は、その人の特徴が、その人全体を不適格者と見なし、社会共同体の一員から排除することにある。この排除によって、社会共同体は、特

れている点で、人種差別におけるスティグマと類似するという。Id. at 30.

¹⁰⁵ Id. at 9.

¹⁰⁶ Jessica A. Clarke, *Frontiers of Sex Discrimination Law*, 115 MICH. L. REV. 809 (2017).

¹⁰⁷ Id. at 819.

¹⁰⁸ Id. at 821.

¹⁰⁹ Id. at 824.

¹¹⁰ Id. at 826.

¹¹¹ Id. at 832.

¹¹² Id. at 833.

⁹⁸ Id. at 337.

⁹⁹ Id. at 343.

¹⁰⁰ Id.

¹⁰¹ Andrew Koppelman, *Bostock, LGBT Discrimination, and the Subtractive Moves*, 105 MINN. L. REV. 1 (2020).

¹⁰² Id. at 2.

¹⁰³ Id. at 8.

¹⁰⁴ LGBTは生物学的性から逸脱しているということを理由に差別されており、また、伝統的性の役割が押し付けら

定の人々を脇に置き、彼らを人間らしくないものとして扱う、あるいは、他の人々よりも尊敬に値する価値が低いものとして扱う。こうした憲法上許されないスティグマという概念は、人種差別において妥当してきたが、最近ではLGBTに対する差別にも妥当する¹¹³。Clarkeによれば、上記の根拠は排他的な関係にはなく、全てが必要とされる。LGBTに対する差別の議論を進めるために、これらの根拠をさらに発展させ、洗練させることが必要であるという¹¹⁴。

なお、上記の見解とは別に、LGBTに対する差別は、人間の性的または愛情的な関心欲求の傾向に関わる性的指向に基づく差別ではなく、社会的な外見、人格的属性、性の社会的役割に関わるジェンダー差別であるという見解もある¹¹⁵。

Zachary A. Kramer

この見解を主張するZachary Kramerによれば、ジェンダー差別は、ジェンダーに不適合の同性愛者、すなわち、女性的な男性の同性愛者、男性的な女性の同性愛者が、男性らしさや女性らしさのステレオタイプな概念に適合していないために、雇用者が自分たちを差別したと主張することができることを可能にするという¹¹⁶。要するに、これはジェンダーのステレオタイプに基づく差別である。このジェンダーのステレオタイプに基づく差別かどうかを判断するためには、以下の要素を考慮する必要があるという。第1に、例えば、男性らしさや女性らしさといった理想化されたステレオタイプな性の概念である。これをAnchor Genderと呼ぶ¹¹⁷。第2に、その人の実際に特異の性であり、これは人の外見や行動によって決定されるジェンダーである。これをExpressive Genderとよぶ。このExpressive Genderは、特に職場で顕在化するものである¹¹⁸。そして、このAnchor GenderとExpressive Genderが合致しないことで行われる差別がジェンダー差別

であるという¹¹⁹。公民権法第7編のもとで問題となってきたのは、伝統的な性役割に関わる性差別であり、同時に、男性らしさや女性らしさに関わるジェンダー差別であるという¹²⁰。

確かに、本件で問題となっているのは実際のところ、男性の同性愛者が、雇用主の描く男性のあるべき姿イメージに合わなかったために差別されたというものである。その意味で、本件で問題になっているのは、こうしたジェンダー差別であるとも言えよう。

Nan Hunter

他にも、LGBTに対する差別の原因は、ジェンダーという定義にあるという見解もある。Nan Hunterによれば、ジェンダーという定義は単に性に関わる行動を対象とするものではない。ジェンダーとは男性と女性を定義する行為であり、ジェンダーを刻み込むものである。それは性の二極化という性のヒエラルキーを可能にするものであるという。これを定義理論(definition theory)と称する¹²¹。この定義理論からすれば、特定のカテゴリーやタイプの人を定義し、特定の人がどのカテゴリーに属するかを決定する権限は、支配的な権力構造を反映したものであり、自然界における自明の事実ではない¹²²。例えば、定義理論から同性婚の禁止を例にして考えてみると、結婚には異性のカップルが必要であるのか、あるいは、男女の婚姻という定義が許容されない分類に依拠しているかどうかではない。定義理論が問うのは、婚姻が男女差の社会的意味を構築することによって、ジェンダーのヒエラルキーを積極的に作り出し、強制しているかどうかである。結婚は性差のイデオロギーの代表的な例であり、結婚は性差なしに存在しうることができるという。このように、定義理論からすれば、LGBTに対する差別は単に性差別ではなく、ジェンダーという支配システムを徹底し固定化するものなのである¹²³。

このように、公民権法第7編は性による差別を禁

¹¹³ Id. ta 833-34.

¹¹⁴ See Id. at 837.

¹¹⁵ Zachary Kramer, *The Ultimate Gender Stereotype: Equalizing Gender-Conforming and Gender-Nonconforming Homosexuals Under Title VII*, 2004 U. ILL. L. REV. 465, 467-68 (2004).

¹¹⁶ Id. at 468.

¹¹⁷ Id. at 484.

¹¹⁸ Id.

¹¹⁹ Id. at 485.

¹²⁰ Id. at 491.

¹²¹ Nan Hunter, *The Sex Discrimination Argument in Gay Rights Cases*, 9 J.L. & POL'Y 397, 412 (2001).

¹²² Id. at 413.

¹²³ Id. at 414.

止しているが、LGBTに対する差別のような性的指向による差別を明示的に禁止しているわけではない。しかし、法律の文言は必ずしも文字通り解釈されるわけではない¹²⁴、そこで規定された禁止の事項は網羅的ではない¹²⁵。本判決における法廷意見は法律の条文の間隙を埋める法解釈を提示したと言えよう¹²⁶。確かに、公民権法の制定時、立法者はLGBTに対する差別を考慮していなかったかもしれないが¹²⁷、公民権法の目的が、意図的な差別を排除し職場における平等を達成するというものであるならば¹²⁸、法律の制定時に考慮されなかった現代の問題に対処した法廷意見は妥当というべきであろう¹²⁹。さらに、LGBTに対する権利保障¹³⁰や差別の解消の流れから

すれば¹³¹、LGBTに対する職場における差別¹³²を許容することはできない¹³³。そのために、性差別の中に性的指向による差別が含まれるとする法廷意見は、こうした流れに沿うものである。

性差別に関しても、女性に対する差別に限定されているものではないことは明らかになっている。公民権法第7編は男女ではなく¹³⁴、あえて「性」という一般的な文言を規定しているのであって、LGBTに対する差別が性差別として除外されるわけではない¹³⁵（むしろLGBTもその保護の対象になる¹³⁶）。しかも、性差別はより広範な概念へと発展している¹³⁷（例えば、同性婚を禁止している法律は、性差別と構成することが可能である。すなわち、同性婚を禁止する法律は男性が女性と結婚することは認めているが、他の男性と結婚することは認めていない。

¹²⁴ Nelson Lund, *Living Originalism: The Magical Mystery Tour*, 3 TEX. A&M L. REV. 31, 34 (2015). 法廷意見は生きたオリジナルズムに近いのかもしれない。生きたオリジナルリズムの考えによれば、裁判官は必ずしも条文の拘束されることなく、自由に法解釈ができると主張する。もっとも、条文の意味が明確であるならば、その場合は条文の意味に従うことになる。Brett M. Kavanaugh, *Fixing Statutory Interpretation*, 129 HARV L. REV. 2118 (2016).

¹²⁵ Francis J. Vaas, *Title VII: Legislative History*, 7 B.C. L. REV. 431 (1966).

¹²⁶ Lawrence B. Solum, *Originalism and Constitutional Construction*, 82 FORDHAM L. REV. 453 (2013).

¹²⁷ Timothy Parrington, *Title VII & LGBTQ Employment Discrimination: An Argument for a Modern Updated Approach to Title VII Claims*, 60 WASH. U. J. L. & POL'Y 293, 303 (2019).

¹²⁸ Roger Clegg, *Introduction: A Brief Legislative History of the Civil Rights Act of 1991*, 54 LA. L. REV. 1459 (1994).

¹²⁹ Courtney E. Ruggeri, *Let's Talk About Sex: A Discussion of Sexual Orientation Discrimination Under Title VII*, 61 B.C. L. REV. 34, 49 (2020). 公民権法は、すべての種類の人々のための職場の平等を促進することを目的としている。具体的には、職場における差別的な慣行を排除することを目的としたものである。職場に性的指向差別が存在することを認めることは、この目的に反することになる。

¹³⁰ Obergefell 判決後、LGBTに対する権利保障の重要性が益々高まったとされている。Regina M. Lambert & Abby R. Rubenfeld, *Deviant to Dignified: From Campbell v. Sundquist to Tanco v. Haslam – The Progression of LGBT Rights & Marital Equality in Tennessee*, 83 TENN. L. REV. 371, 454 (2016). また、連邦最高裁は異性愛者に保障されている性的なプライバシー権と自己決定権を、LGBTにまで拡大してきた。Anthony Niedwiecki, *Save Our Children: Overcoming the Narrative that Gays and Lesbians are Harmful to Children*, 21 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 125 (2013); Heather Gerken, *Larry and Lawrence*, 42 TULSA L. REV. 843, 849 (2007); Catharine MacKinnon, *The Road Not Taken: Sex Equality in Lawrence v. Texas*, 65 OHIO ST. L.J. 1081, 1089 (2004).

¹³¹ Terri R. Day & Danielle Weatherby, *Contemplating Masterpiece Cakeshop*, 74 WAH. & LEE L. REV. 86, 93-96 (2017); Catherine Jean Archibald, *Transgender Bathroom Rights*, 24 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 1, 3 (2016); Nancy Levit, *A Different Kind of Sameness: Beyond Formal Equality and Antisubordination Strategies in Gay Legal Theory*, 61 OHIO ST. L.J. 867, 869 (2000).

¹³² LGBTに対する差別の要因の1つには、LGBTに対する社会的な偏見があるとされている。Keith Cunningham Paremter, *Marriage Equality, Workplace Inequality: The Next Gay Rights Battle*, 67 FLA. L. REV. 1099, 1149 (2016).

¹³³ Parrington, *supra* note 127, at 303.

¹³⁴ Mary Anne Case, *Legal Protections for the 'Personal Best' of Each Employee: Title VII's Prohibition on Sex Discrimination, the Legacy of Price Waterhouse v. Hopkins, and the Prospect of ENDA*, 66 STAN L. REV. 1333, 1342 (2014).

¹³⁵ Koppelman, *supra* note 101, at 16. 関連して、Victoria Schwartz, *Title VII: A Shift from Sex to Relationships*, 35 HARV. J. L. & GENDER 209, 235-36 (2012). 公民権法第7編における議会の意図が不明確な中において、裁判所は公民権法第7編における「性」はジェンダーと同義であるとの理解を支持してきたという。Stephen J. Nathans, Comment, *Twelve Years After Price Waterhouse and Still No Success for "Hopkins in Drag": The Lack of Protection for the Male Victim of Gender Stereotyping Under Title VII*, 46 VILL. L. REV. 713, 716 (2001); Peter F. Ziegler, Note, *Employer Dress and Appearance Codes and Title VII of the Civil Rights Act of 1964*, 46 S. CAL. L. REV. 965, 968 (1973).

¹³⁶ Mary Anne Case, *What Feminists Have to Lose in Same-Sex Marriage Litigation*, 57 UCLA L. REV. 1199, 1205-06 (2010); Catharine MacKinnon, *Reflections on Sex Equality Under Law*, 100 YALE L.J. 1281, 1283-84 (1991).

¹³⁷ Koppelman, *supra* note 101, at 13.

これは明白で単純な性差別ということになる¹³⁸)。LGBTに対する差別は女性に対する差別と同様に¹³⁹、その性に対するステレオタイプ¹⁴⁰、あるいは、その性が原因・理由となり多様な不利益を被っているのであって¹⁴¹ (これは当該性的指向でなければ、こうした不利益を受けることはなかったということの意味する¹⁴²)、それは性差別というべきであろう¹⁴³。

さらに、裁判所は、現在の不利益を被っているマイノリティについて、不当な差別を禁止する公民権法の趣旨に基づき、その法的保護の在り方を追求す

ることが要請される¹⁴⁴。また、公民権法の解釈と憲法の平等保護はリンクしている部分があり¹⁴⁵、性差別の禁止は公民権法の領域においても必然的に妥当することになる¹⁴⁶ (連邦最高裁は公民権法と平等保護が性差別を含めて意図的な差別を禁止している点で共通することを認めている¹⁴⁷)。

9. むすび

¹³⁸ Steven G. Calabresi & Hannah M. Begley, *Originalism and Same-Sex Marriage*, 70 U. MIAMI L. REV. 648, 700 (2013). 同性婚の否定は性的なステレオタイプに基づく性差別であるという指摘もある。Jamal Greene, *Divorcing Marriage from Procreation*, 114 YALE L.J. 1989 (2005); Andrew Koppelman, *The Miscegenation Analogy: Sodomy Law as Sex Discrimination*, 98 YALE L.J. 145 (1988).

¹³⁹ Andrew Koppelman, *Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men Is Sex Discrimination*, 69 N.Y.U. L. REV. 197 (1994); Samuel A. Marcossou, *Harassment on the Basis of Sexual Orientation: A Claim of Sex Discrimination Under Title VII*, 81 GEO. L. J. 1 (1992); Sylvia A. Law, *Homosexuality and the Social Meaning of Gender*, 1988 WIS. L. REV. 187 (1988).

¹⁴⁰ 性的指向に基づく差別はステレオタイプに基づく差別の典型例であるとされている。Deborah Widiss et al., *Exposing Sex Stereotypes in Recent Same-Sex Marriage Jurisprudence*, 30 HARV. J.L. & GENDER 461, 462 (2007); Bennett Capers, *Note, Sex(ual Orientation) and Title VII*, 91 COLUM. L. REV. 1158, 1187 (1991)。また、LGBTに対する差別は異性愛主義を押し付けるものでもある。David Cohen, *No Boy Left Behind?: Single-Sex Education and the Essentialist Myth of Masculinity*, 84 IND. L.J. 135, 153 (2009)。

¹⁴¹ Nancy Levit, *A Different Kind of Sameness: Beyond Formal Equality and Antisubordination Strategies in Gay Legal Theory*, 61 OHIO ST. L.J. 867, 870 (2000)。

¹⁴² Robert Wintemute, *Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes*, 60 MOD. L. REV. 334, 344 (1997)。性的指向に基づく差別と性差別はサブセットの関係である。Parrington, *supra* note 127, at 303。

¹⁴³ Stephen Clark, *Same-Sex but Equal: Reformulating the Miscegenation Analogy*, 34 RUTGERS L.J. 107, 108 (2002)。さらに、職場における性的指向の差別を禁止する立法の必要性が指摘されている。Jennifer C. Pizer, Brad Sears, Christy Mallory, & Nan D. Hunter, *Evidence of Persistent and Pervasive Workplace Discrimination Against LGBT People: The Need for Federal Legislation Prohibiting Discrimination and Providing for Equal Employment Benefits*, 45 LOY. L.A. L. REV. 715, 738-42 (2012)。LGBTに対する差別は性に基づくものであるが、それ以外にも、LGBTに対する不合理な差別の歴史があること、LGBTが政治的に無力であること、LGBTの特性が不変であることに鑑みれば、LGBTに対する差別は許容されないとする。Lau, *supra* note 90, at 20。

¹⁴⁴ Caroline Marschilok, et. al., *Equal Protection*, 18 GEO. J. GENDER & L. 537, 542-43 (2017); William N. Eskridge Jr., *Original Meaning and Marriage Equality*, 52 HOUS. L. REV. 1067, 1074 (2014)。なお、本件は公民権法の解釈の問題であるが、憲法の観点からすれば、性的指向に基づく差別に関してどのような審査のレベルが妥当するかが問題となる。この点は必ずしも明確とは言い難い。判例は一貫して合理的基準を適用している。Dale Carpenter, *Is Lawrence Libertarian?*, 88 MINN. L. REV. 1140, 1148 (2004); Cass Sunstein, *Homosexuality and the Constitution*, 70 IND. L.J. 1 (1994)。学説は性的指向に基づく差別は人種差別と同列に論じることができないが、性差別と同様に中間基準が妥当するという見解が有力である。Nan Hunter, *Interpreting Liberty and Equality Through the Lens of Marriage*, 6 CAL. L. REV. CIRCUIT 107, 109 (2015); Daniel J. Crooks III, *Toward "Liberty": How the Marriage of Substantive Due Process and Equal Protection in Lawrence and Windsor Sets the Stage for the Inevitable Loving of Our Time*, 8 CHARLESTON L. REV. 223, 224 (2013); Andrew Koppelman, *Romer v. Evans and Invidious Intent*, 6 WM. & MARY BILL. RTS. J. 89, 133-37 (1997); Timothy M. Tymkovich, John Daniel Dailey & Paul Farley, *A Tale of Three Theories: Reason and Prejudice in the Battle Over Amendment 2*, 68 U. COLO. L. REV. 287 (1997)。これに対して、厳格審査の適用を主張する見解もある。William Araiza, *After the Tiers: Windsor, Congressional Power to Enforce Equal Protection, and the Challenge of Pointillist Constitutionalism*, 94 B.U. L. REV. 367 (2014)。

¹⁴⁵ Mary Anne Case, *"The Very Stereotype the Law Condemns": Constitutional Sex Discrimination Law as a Quest for Perfect Proxies*, 85 CORNELL L. REV. 1447 (2000); Kristen Holt, *Comment, Reevaluating Holloway: Title VII, Equal Protection, and the Evolution of a Transgender Jurisprudence*, 70 TEMP. L. REV. 283 (1997)。

¹⁴⁶ Monica Diggs Mange, *The Formal Equality Theory in Practice: The Inability of Current Antidiscrimination Law to Protect Conventional and Unconventional Persons*, 16 COLUM. J. GENDER & L. 1, 23 (2007); Kristen Holt, *Comment, Reevaluating Holloway: Title VII, Equal Protection, and the Evolution of a Transgender Jurisprudence*, 70 TEMP. L. REV. 283 (1997); Marc Fajer, *Can Two Real Men Eat Quiche Together? Storytelling, Gender-Role Stereotypes, and Legal Protection for Lesbians and Gay Men*, 46 U. MIAMI L. REV. 511, 638 (1992)。

¹⁴⁷ Richard Primus, *Equal Protection and Disparate Impact: Round Three*, 117 HARV. L. REV. 493, 495 (2003)。

以上、本判決をめぐる論点を考察してきた。LGBTに対する権利保障・差別解消の必要性や拡大が主張される中であって¹⁴⁸、本判決はLGBTに対する差別を公民権法第7編の規定する性差別として構成したことの意義は大きい。

日本でも、性差別の性格は複合的であり何をもって差別とするのかについては意見が分かれている¹⁴⁹。ただ、少なくとも、伝統的な性の役割に関する差別は、性差別とされることでは一致している¹⁵⁰。

では、LGBTに対する差別は性差別であるのか。日本においても、性的指向に基づく差別と性差別を区別する見解が有力に主張されている¹⁵¹。他方で、LGBTに対する差別を性差別とする見解もある。具体的には、LGBTに対する差別とは、性的指向が男性に向かう男性、あるいは、女性に向かう女性が差別されている点で性差別¹⁵²、または、LGBTに対してジェンダーイメージに基づく性の役割を強制しているという意味で、性差別として構成することが可

能である¹⁵³。

それ以外にも、社会的身分に基づく差別として構成する見解もある¹⁵⁴。LGBTが選択な性的趣向ではなく生来の問題であり、また、偏見にもさらされていることに鑑みれば、これを社会的身分として理解することが可能となる¹⁵⁵。

また、14条1項の後段列挙事由を代表者が少数者に対する偏見からその平等な代表を拒否し、二級市民として扱っている¹⁵⁶という意味で「切り離され孤

¹⁴⁸ Regina M. Lambert & Abby R. Rubinfeld, *Deviant to Dignified: From Campbell v. Sundquist to Tanco v. Haslam – The Progression of LGBT Rights & Marital Equality in Tennessee*, 83 TENN. L. REV. 371, 454 (2016); Anthony Niedwiecki, *Save Our Children: Overcoming the Narrative that Gays and Lesbians are Harmful to Children*, 21 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 125 (2013). LGBTに対する権利保障や差別解消は世界的な流れになっている。Lau, *supra* note 90, at 2.

¹⁴⁹ 尾形健「法の下での平等」小山剛・山本龍彦・新井誠編『憲法のレシピ』(尚学社、2007年)44頁。

¹⁵⁰ 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』(成文堂、1993年)275~276頁。性には生物学的とジェンダーも含まれるとされている。大江一平「性的区別と法」榎透・大江一平・大林啓吾編『時事法学—法からみる社会問題—』(北樹出版、2011年)118頁。

¹⁵¹ LGBTに対する差別はその性により差別が行われているわけではないので、性的指向に基づく差別として論じられているという。新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅱ人権 第2版』(日本評論社、2021年)72頁(佐々木くみ担当)。

¹⁵² 大野友也「同性婚と平等保護」鹿児島大学法学論集43巻2号(2009年)33頁。なお、性差別を構成するとしても、問題はどのような違憲審査基準が適用されるかである。性差別には厳格な合理性の基準が適用されるとする説が通説である。芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1) [増補版]』(有斐閣、2000年)30頁。これに対して、厳格審査を妥当するという見解も有力である。この見解によれば、14条1項後段列挙事由が生来の偶然、個人の能力とは関係のないことに基づき差別を禁止している趣旨に鑑みれば、性差別立法の解消は立法府ではなく裁判所の役割であるとして、厳格審査が妥当するというものであるという。君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社、1996年)294~304頁。

¹⁵³ 辻村みよ子・山元一編『概説憲法コンメンタール』(信山社、2018年)97頁(糠塚康江担当)。憲法14条は文言上「男女平等」でなく「性差別禁止」条項であり、LGBTに対する差別も当然に禁止されることになる。

¹⁵⁴ 何をもって社会的身分とするかに関しては争いがある。判例は、社会的身分を「人が社会において継続的に占める地位」と定義し広義説を採用している(最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁)。これに対して、学説は社会的身分の理解に関して意見が分かれている。①出生によって決定され自己の意思で変えられない社会的な地位、②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もの、③広く社会においてある程度継続的に占めてしる地位、がある。後段列挙事由に特別の意味をもたせる観点から、②説、③説では範囲が不明確ないし広すぎて採りえないことになる。そこで、①説が妥当ということになる。①説のもとで、例えば、帰化人の子孫、特定の地域の出身者であることなどが社会的身分にあたる。芦部・前掲注(152)47~49頁。

¹⁵⁵ 君塚正臣「同性愛者に対する公共施設宿泊拒否」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅰ 第6版』(有斐閣、2013年)67頁。同様の指摘として、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年)4~5頁。社会的身分が本人ではどうすることもできない特徴や生まれながらの特徴に限定されているとするならば、性的指向という生来的なことに基づく差別は社会的身分に基づく差別として構成されるという。

¹⁵⁶ 松井茂記『日本国憲法 第三版』(有斐閣、2007年)376頁。この点について、以下のように主張する。「この場合、なぜ14条1項の列挙事由が疑わしい区分とみられるべきかについては、なお考えなければならない点が残されている。そしてこの問題は、列挙されていないが、同様に疑わしい区分として厳格審査を行うべき場合があるのかの問題とも結びついている。それぞれの人の生まれによって決定される先天的な条件であるがゆえに、不合理と見なされるべきだとの意見もあるが、先天的な条件がすべて疑わしいものともいえないように思われる。またもし先天的な事情が疑わしいとしても、なぜ信条がその先天的なものと同じ視されるのかも定かではない。やはりこれらの列挙事由は、歴史的にしか理解することは困難であろう。つまり、それらは過去において、『市民』を市民でないものとして、あるいは二級市民としてしか扱わないためにしばしば用いられてきた徴表であったというべきであろう。これらの事由は、そのために社会に偏見を生み、代表者がこれらの少数者の利益を適切に代表することを拒否してしまうため、裁判所による厳格審査が正当化されるのである」。

立した」少数者として理解するならば¹⁵⁷、LGBTはまさにこれに該当するであろう。LGBTは形式的には政治参加ができるが、偏見ゆえに政治過程において保護されない。従って、政治過程とは独立した裁判所にはそうした少数者を保護することが要求される¹⁵⁸。

さらに、平等権が差別の問題の根底にある地位の格下げ、スティグマに対処するものであると理解するならば（言わば反従属の視点からすれば）、苛烈な差別の典型であるLGBTに対する差別は平等権の根本に関わる問題であろう¹⁵⁹。

いずれにしても、LGBTに対する差別は合理性を欠いている点では共通している。このように、日本でもアメリカと同様の議論が展開されており、LGBTに対する差別を性差別と認めた本判決とそれに関わる議論は非常に示唆に富む。LGBTに対する差別は日本でも非常に深刻である。LGBTに対する差別をいかに解消するかは¹⁶⁰、日本でもアメリカでも共通の問題として今後も真摯に検討していかなければならないであろう¹⁶¹。

¹⁵⁷ 松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法』（有斐閣、2010年）5頁、同「最高裁裁判所の憲法判例の半世紀」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五十年の展望Ⅱ 自由と秩序』（有斐閣、1998年）258頁。

¹⁵⁸ 松井茂記『二重の基準論』（有斐閣、1994年）315頁。

¹⁵⁹ 安西文雄・巻美矢紀・宍戸常寿『憲法学読本 第3版』（有斐閣、2018年）103頁（安西文雄担当）。反従属の視点からすれば、性差別は権利義務の分配のレベルにとどまらず、地位のレベルにまで及ぶ問題であるという。具体的には、差別の犠牲者に対してその社会的地位を格下げ、スティグマを押し付けるという深甚な害悪を及ぼすために、区別の合憲性の審査は高めるべきということになる。同107頁。

¹⁶⁰ 特に、雇用の場では性による差別の根絶が目指されている。村田毅之『労働法の現一流動化する労働法規制の諸様相』（晃洋書房、2014年）161頁、同『労働法の原点』（晃洋書房、2011年）126頁。

¹⁶¹ 性同一性障害者の職場におけるトイレ制限が違法とされたが（東京地判令和元年12月12日）、性同一性障害者の原告に性自認に対応するトイレを使用させないのは、生物学的な性を性同一性障害者に押し付けることになり、性同一性障害者に対する差別を助長し、長期間にわたって多大な精神的苦痛を与えるものとなるだろう。