

性的マイノリティに対する雇用差別の 実態と法的対応

論

説

加 藤 丈 晴

1 は じ め に

本稿では、LGBT⁽¹⁾と総称されることもある性的マイノリティについて、彼らが直面する社会的な差別のうち、特に雇用差別に焦点を当て、その実態を明らかにするとともに、これに対する法的対応について、この問題での判例が集積されているアメリカでの議論も紹介しながら、検討する。

日本では、性的マイノリティの権利や、性的指向又は性自認⁽²⁾に基づく差別が直接問題とされた裁判例は、極めて数が少ない。この分野でのリーディングケースとされる府中青年の家事件（東京高判平9.9.16・判タ986号206⁽³⁾頁）のほか、公刊されている判例集に登載されている裁判例は、数えるほ

(1) LGBTとは、レズビアン（女性同性愛者）、ゲイ（男性同性愛者）、バイセクシュアル（両性愛者）、トランスジェンダー（性同一性障害など出生時に割り当てられた性と性の自己認識が異なる人）を意味するが、これら4つに分類されないもの（アセクシュアルやXジェンダーなど）を含む性的マイノリティの総称として用いられることもある。

(2) 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である。

(3) 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ある。

どしかない。労働分野に関する裁判例に至っては、後に詳述するトランスジェンダーに対する解雇を無効としたS社（性同一性障害者解雇）事件（東京地裁平14.6.20決定・労判830号13頁）があるくらいで、他には見受けられない。

しかし、近年「LGBT ブーム」とも呼ばれる状況の中、性的マイノリティの問題に関心が集まるようになり、国会でも、性的指向や性自認に基づく差別解消のための立法措置が検討されはじめている。さらに、後に述べるように、職場での差別、特にトランスジェンダーの労働者の制服やトイレ利用の問題などをめぐって、いくつかの訴訟が提起されている。

今後、性的マイノリティの権利や差別禁止の問題に関しては、立法をめぐる議論が活発になるとともに、法的紛争もその数が増していくことが予想される。このような事態に備えるために、この問題について議論を深めていくことは極めて重要である。

2 性的マイノリティに対する差別の構造

日本では、性的マイノリティの人口規模について、これまで国民全体を母集団と想定した調査は行われていないが、たとえば、2018年に名古屋市が住民基本台帳から無作為抽出した18歳以上の市民1万人を対象に行った「市民意識調査」⁽⁵⁾では、性的少数者と自認する者は1.6%であったと報告され、2017年に行われた三重県の県立高校2年生に対する悉皆調査⁽⁶⁾で

（４）東京都教育委員会が、同性愛者の団体である動くゲイとレズビアンのか（アカー）の宿泊利用を拒否したことについて、アカーがこの都教委決定を不服として東京都を提訴した事件。東京高裁は、この決定が、同性愛者の利用権を不当に制限し、不当な差別的取扱いをしたものとして、これを違法とした。

（５）名古屋市総務局総合調整部男女平等参画推進室「性的少数者（セクシュアル・マイノリティ）など性別にかかわる市民意識調査」（2018年）

は、同性愛・両性愛・トランスジェンダーのほか自己の性別について「決めていない」「わからない」「あてはまるものがない」との回答を含めた割合が10%にのぼったと報告されている。さらに電通ダイバーシティ・ラボが2018年に全国20～59歳の個人6万人を対象に行った調査では、自らを性的マイノリティであると自認する人は、回答者全体の8.9%であったと報告されている。⁽⁷⁾

このことは、性的マイノリティが、例えば学校単位あるいは職場単位でみた場合に、必ず存在しているといっても過言ではないことを示している。

このように、性的マイノリティは、ごくありふれた存在であるにもかかわらず、その存在は、ほとんど認識されていない。2015年に広島修道大学の河口和也教授らによって行われた調査では、職場の同僚（現在、過去問わず）、近しい友人、親戚や家族に同性愛者がいると回答したのは、全体のわずか5.3%であり、トランスジェンダー（この調査では、「性別を変えた人」という表現を使っている。）に至っては、1.8%しかいない。この割合は、アメリカで行われた同様の調査の10分の1以下である。⁽⁸⁾⁽⁹⁾

このように、日本の社会で性的マイノリティの存在が認識されていない一番の理由は、職場や学校などでカミングアウトしている性的マイノリティが少ないことにあるものと思われる。例えば、宝塚大学の日高庸晴教授が

(6) 三重県男女共同参画センター「多様な性と生活についてのアンケート調査」(2017年)

(7) 電通ダイバーシティ・ラボ「LGBT 調査2018」(2018年)

(8) 河口和也、釜野かおり、石田仁、風間孝、吉仲崇「性的マイノリティについての意識2015年全国調査」(2015年)

(9) アメリカの Gallop 社が2013年に行った調査によると、全回答者の75%が、友人、親戚、同僚からゲイ又はレズビアンであると告げられたことがあると回答している。また、Pew Research Center が2017年に行った調査によると、全回答者の37%が、個人的にトランスジェンダーの人を知っていると回答している。

2016年に性的マイノリティ当事者を対象に行った調査⁽¹⁰⁾によれば、職場や学校でカミングアウトしていると回答した性的マイノリティ当事者は、調査対象者の27.6%であり、約4分の3の人々が、職場や学校で自分の性的指向や性自認を明らかにしていない。

その背景には、LGBT に対する社会の無知や偏見に加え、「男らしさ」「女らしさ」という性別規範、さらには日本社会における強い同調圧力があるものと思われる。そのため、性的マイノリティ当事者には、自らの性的指向、性自認を明らかにすることにより、社会から排除されるのではないかという強い恐怖感がある。例えば、前述の河口教授らの調査によれば、職場の同僚が同性愛者だった場合の反応について、14.9%が「嫌だ」、26.9%が「どちらかといえば嫌だ」と回答しており、トランスジェンダーの場合は、12.5%が「嫌だ」、24.2%が「どちらかといえば嫌だ」と回答している。このように約4割の人々が、職場の同僚に同性愛者やトランスジェンダーがいたら不快に感じると回答している。

日本では、欧米と異なり宗教的な理由による差別は顕著ではないが、性的マイノリティに対する無知や偏見、性別規範や社会の強い同調圧力が性的マイノリティの排除につながり、職場や学校での差別的言動や不利益取り扱いが行われている。そのために、性的マイノリティは差別を恐れてカミングアウトを躊躇し、その存在は潜在化していく。性的マイノリティの存在は不可視化、つまり「いないもの」とされ、同時に差別も存在しないものとされていく。その結果、差別に対する対策は進まず、ますます差別が助長されていく。この負のスパイラルが、性的マイノリティに対する差別の構造である。

(10) 日高庸晴「Reach Online 2016 for Sexual Minorities」(2016年)

3 性的マイノリティに対する雇用差別の実例

(1) 差別的な言動やハラスメント

NPO 法人虹色ダイバーシティと国際基督教大学ジェンダー研究センターが⁽¹¹⁾2016年に行った調査によると、現在の職場で性的マイノリティに関する差別的な言動を見聞したことが「よくある」「ときどきある」と回答した LGBT 当事者は、全体の69%にも及んだ。

同調査や、一般社団法人社会的包摂サポートセンターが行っている性的マイノリティ向けの電話相談の報告書⁽¹²⁾には、「〇〇はいい年して独身だから、絶対ホモ」と噂された（ゲイ）、面接時に学生時代に男性とルームシェアをしていたと話したら、役員から気持ち悪いと言われた（ゲイ）、同性の友人と仲が良いことについて、飲み会で「そっちの趣味もあるのか」と笑いものにされた（ゲイ）、「レズビアンは女が好きなんだろう」と言われ、同僚の社員から男性向けボルノ雑誌を無理やり見せられた（レズビアン）、上司から、「気持ち悪いな、もっと男っぽしろ」と怒鳴られた（バイセクシュアル）、職場に女性の格好で出勤したら、「オカマ」などと言われ、個室のトイレに入っている時に水をかけられた（トランスジェンダー）、「本物の女じゃないからいいだろ」と言われながら会社の同僚に胸をもまれた（トランスジェンダー）、などの例が挙げられている。

同性愛者を笑いものにする、いわゆる「ホモネタ」「レズネタ」の多くは、性的マイノリティがその場にいないことを前提に話題にされるこ

(11) 特定非営利活動法人虹色ダイバーシティ、国際基督教大学ジェンダー研究センター「LGBTに関する職場環境アンケート2016」（2016年）

(12) 一般社団法人社会的包摂サポートセンター「よりそいホットライン平成26年度報告書」（2014年）

とが多い。自分の性的指向や性自認を隠している当事者にとっては、その発言が自分に直接向けられたものでもなくとも、自分の存在を否定されているように感じ、その精神的苦痛は大きい。

(2) アウティング

アウティングとは、ある人の性的指向や性自認を、本人の許可無く他人に伝えることをいう。

同僚や上司にカミングアウトしたら、「あいつはホモ／レズだから気をつけろ」と言いふらされた、というのが、代表的な事例である。

現実には訴訟となっているケースとしては、以下のものがある。戸籍上男性だが性同一性障害との診断を受けた会社員が、職場では男性名で働きたいが、更衣室は男性用を使わなくて済むように配慮を求めたところ、会社側は一方的に掲示物や名札を女性名に変えた上で、役員用更衣室などの使用を認める代わりに、同じ課の従業員の前でカミングアウトするよう強制した、という事件である。⁽¹³⁾

家族にはカミングアウトしていても、職場ではカミングアウトしていない人もいるし、その逆もある。信頼できる上司には話をしているが、同僚には伝えていないという人もいる。カミングアウトするかどうか、するとしてどの範囲でするのは、その人の人間関係や社会的地位、価値観などによってさまざまで、性的マイノリティ当事者にとって、人生を左右する重要な決断である。それにもかかわらず、本人の許可なく性的指向や性自認を他人に伝えることは、信頼関係を破壊するだけでなく、人としての尊厳を大きく傷つけることになる。

アウティングとは反対に、本人が職場でのカミングアウトを望んでいるにもかかわらず、性的指向や性自認を隠しておくことを強要すること

(13) 産経新聞2016年6月28日付け報道による。

も、アウトティングと同様に問題がある。

(3) 性的マイノリティであることを理由とする不利益取り扱い

性的マイノリティであることを理由に、解雇・降格・配置転換などがされたというケースも、数多く報告されている。日本労働組合総連合会⁽¹⁴⁾が2016年に実施した調査によれば、性的マイノリティに対するこのような差別的な取り扱いを経験したこと、または直接、間接に見聞きしたことがある人は、11.4%にのぼった。

筆者が取り扱った事例では、トランスジェンダー（戸籍上は男性だが性自認は女性）の幼稚園教諭が、ホルモン治療を開始し、髪を伸ばし始めたところ、「子どもたちを混乱させる」との理由で解雇されたという事案がある。

トランスジェンダーに対する不利益取り扱いとして最も問題になるのが、採用差別である。前述の虹色ダイバーシティ等による調査においても、トランスジェンダー当事者の7割が就職・転職活動において困難を感じたことがあると回答している。面接でトランスジェンダーであることを明らかにしたら、面接を打ち切られた、性別を記載しない履歴書で採用され、採用後にカミングアウトしたら、「うちでは受け入れられない」と撤回された、という事例のように、トランスジェンダーであることを明らかにすれば、採用されることは難しく、かといって、トランスジェンダーであることを隠し、履歴書の性別に戸籍上の性別とは異なる現在生活している性別を記載した結果、「詐称だ」と言われたケースも報告されている。さらに、前述の社会的包摂サポートセンターの報告書においては、就職活動の際に要求される男女分けを前提としたリクルートスーツが着用できず、就職活動自体をあきらめてしまったというケー

(14) 日本労働組合総連合会「LGBTに関する職場の意識調査」(2016年)

スも紹介されている。

(4) トランスジェンダーの服装，更衣室やトイレの問題

トランスジェンダー固有の問題としては，職場での服装や更衣室，トイレ利用の問題もある。

性自認に基づいた服装をした結果解雇されたケースや，そこまで至らなくても，メンズスーツ，スカートなど自認と異なる性別の服装を求められたり，自認する性別のトイレや更衣室の利用を断られたりするケースは後を絶たない。

2015年には，トランスジェンダー（戸籍上は男性だが性自認は女性）の経済産業省職員が，2階以上離れた女性トイレか障害者用トイレを使用すること，人事異動にあたって性同一性障害であることをカミングアウトすることを求められたこと等によって精神疾患を発症したとして，⁽¹⁵⁾ 国を提訴している。

さらに2018年には，トランスジェンダーの会社員が，戸籍上の性と異なる女性服で働きたいと勤務先に求めたが，男性用のスーツを着るよう命じられたため，女性服での通勤を認めるよう仮処分を申し立て，勤務先がこれを認める形での和解が成立している。⁽¹⁶⁾

4 性的マイノリティに対する雇用差別に対する法的対応の現状

(1) 権利濫用法理や不法行為責任，債務不履行責任等による対応

不当な解雇・降格・配置転換に対しては，解雇権濫用法理（労働契約法16条）などの権利濫用法理により対応することになる。

代表的な事例は，S社（性同一性障害者解雇）事件（東京地裁平14.6.20決定・労判830号13頁）である。この事件は，戸籍上は男性だが，性

(15) ハフィントンポスト2015年11月13日付け報道による。

(16) 京都新聞2018年2月17日付け報道による。

同一性障害と診断され、ホルモン療法により精神的肉体的に女性化が進んでいた原告が、配転を機に、女性の服装での勤務と、女性用トイレの使用、女性用更衣室の使用を被告に申し出、女性としての扱いを求めたところ、被告はこれらを認めず、原告が女性の服装をすることを禁止したにもかかわらず、原告が女性の服装で出勤を続けたため、被告が原告を懲戒解雇としたというケースである。

裁判所は、原告が性同一性障害であり、他者から男性としての行動を要求され又は女性としての行動を抑制されると、多大な精神的苦痛を被る状態にあったとして、原告の求めには相当の理由があるとし、これに対し、被告はそのような事情を理解し、原告の意向を反映しようとする姿勢もなかったし、女性の容姿で原告を就労させることが、被告の企業秩序又は業務遂行に著しい支障を来すとは認められないとして、被告による懲戒解雇を権利の濫用として無効とした。

これ以外にも、ハラスメントやアウティングについては、不法行為に基づく損害賠償請求のほか、使用者に対しては、安全配慮義務違反に基づく債務不履行責任の追及が可能である。服装やトイレ・更衣室利用の問題については、人格権侵害を理由とした仮処分の申立てや、雇用契約に付随する職場環境配慮義務の問題として、適正な配慮を求めることも可能であろう。

(2) 通達や行政指針による対応

厚生労働省は、2014年に、男女雇用機会均等法のいわゆる「セクハラ指針」⁽¹⁷⁾を改正し、異性間だけでなく、同性間の言動も、セクシュアルハラスメントにあたることを明らかにした。これにより、過去の交際経験についてしつこく聞く、性風俗店に無理やり連れて行く、「なぜ結婚

(17) 「事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置についての指針」(平成18年厚生労働省告示第615号)

しないのか」と問い詰めるといったことは、相手が同性であるか異性であるかにかかわらずセクシュアルハラスメントに該当することが確認された。

また、同指針の2017年改正においては、「被害を受けた者の性的指向又は性自認にかかわらず、当該者に対する職場におけるセクシュアルハラスメントも、本指針の対象となる」旨が明記され、当然のことではあるが、性的マイノリティを対象とするセクシュアルハラスメントについても、同指針の対象とされることが確認された。

さらに、2016年12月に発出された人事院規則の運用基準⁽¹⁸⁾の一部改正では、国家公務員におけるセクシュアルハラスメントに「性的指向若しくは性自認に関する偏見に基づく言動」が含まれることが明記された。これは国家公務員のみにも適用されるものであるが、いわゆる「SOGI⁽¹⁹⁾ハラ」と呼ばれる性的指向や性自認に基づく差別的な言動がセクシュアルハラスメントに当たることが初めて確認された。

これらの指針や規則に基づいて、直ちに被害者が加害者ないし使用者に対して何らかの請求をなし得るものではないが、これらは、不法行為や安全配慮義務違反の判断の際に、その解釈基準として機能することになる。

(3) 現行法の問題点

このように、これまで性的マイノリティに対する雇用差別に対しては、権利濫用法理や不法行為責任、債務不履行責任等によって対応されてお

(18) 「人事院規則10-10（セクシュアル・ハラスメントの防止等）の運用について」（平成10年11月13日職福—442）

(19) SOGI とは、性的指向（sexual orientation）及び性自認（gender identity）のことをいい、「SOGI ハラ」とは、性的指向や性自認に基づくハラスメントのことをいう。

り、あるいは対応可能であるとされてきた。

しかし、権利濫用法理の当てはめや、不法行為の違法性の判断においては、もともと明確な基準が存しないところ、性的指向や性自認による差別については、「何が差別であるのか」についての社会的なコンセンサスがないため、その判断がもっぱら裁判官の感覚に委ねられてしまうおそれがある。例えば、トランスジェンダーである労働者が、その性自認ゆえに解雇されたケースにおいて、その労働者が性同一性障害の診断を受けていたかどうか、解雇権濫用法理の当てはめの判断に影響するかどうかについては、明確なコンセンサスはない。トランスジェンダーと一口にいても様々で、性別適合手術やホルモン療法などの治療を望む者もいれば、自認する性として社会的に受け入れられさえすれば、医学的治療は望まない者もいる。後者については、必ずしも性同一性障害の診断基準には当てはまらない場合もあるが、こういう者に対する差別が救済されるのかどうか、裁判官の性自認の問題に対する理解次第で左右されるおそれがある。

また、依然として性的マイノリティに対する無知や偏見が根強い日本社会においては、性的マイノリティ当事者が、差別が不当であると声を上げること自体が難しく、弁護士などの相談窓口にとどり着くことすらできない者も多い。このように、性的マイノリティについては、司法的救済を求めること自体がそもそも難しく、いったん差別的行為がなされてしまった場合に、その救済は容易でないという問題もある。

5 アメリカにおける性的マイノリティに対する 雇用差別への対応

(1) アメリカにおける雇用差別の現状

アメリカでは、2015年に、同性間の婚姻を認めない州法が合衆国憲

法に違反するとの連邦最高裁判所の判決（Obergefell 判決⁽²⁰⁾）により、全米で同性婚が承認されるに至った。

このように、性的マイノリティの権利向上が図られる一方で、“Married on Sunday, Fired on Monday”（日曜日に結婚し、月曜日に解雇される）と揶揄されるように、性的指向・性自認に基づく雇用差別は依然深刻であり、Obergefell 判決後に残された課題の一つであると認識されている。

(2) 立法による救済

① 連邦法による救済

ア 随意的雇用の原則

アメリカの雇用関係を規律する伝統的な概念として、「随意的雇用（employment at will）」と呼ばれるルールがある。これは、雇用はひとえに使用者の裁量で、あるいはその意のままに行われるという意味であり、使用者は、理由の如何にかかわらず、あるいは何の理由もなくとも、労働者を雇用し解雇することができる。

もっとも近年、労働者の権利意識の高まりとともに、この「随意的雇用」の概念は変容し、使用者の裁量は制限されつつある。立法による制限は、連邦法による場合と州法による場合があり、前者の代表例が、後述の1964年公民権法第7編（Title VII）である。これは、人種、皮膚の色、宗教、性、または出身国を理由とした雇用差別を禁止するものである。その他に、年齢、障害、遺伝情報による雇用差別を禁止する連邦法がそれぞれ存在する。

イ 雇用反差別法（ENDA）

1990年代以降、アメリカの連邦議会では、数度にわたって、当

(20) Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015)

初は性的指向に基づく雇用差別のみ、後に性自認に基づく雇用差別も含めて禁止する雇用反差別法（ENDA）の法案が提出され、審議されたが、現在まで議会で承認を得るに至っていない。

そのため、性的指向や性自認に基づく雇用差別を直接禁止する連邦法は現時点において存在しない。

ウ 1964年公民権法第7編（Title VII）

性的指向や性自認に基づく雇用差別を直接禁止する連邦法が存在しないことから、後述のように、性（sex）を理由とした雇用差別を禁止する Title VII を、性的指向や性自認に基づく雇用差別にも適用できないかが訴訟において争われてきた。ここで、Title VII について、その規定内容を概観しておく。

㊦ Title VII の703条(a)は、使用者の次のような差別行為を禁止している。

a 人種、皮膚の色、宗教、性、または出身国を理由として、個人を雇用せず、あるいは雇用を拒否し、もしくは個人を解雇すること、または、その他の形で、雇用における報酬、条件、権利について、個人を差別すること。

b 人種、皮膚の色、宗教、性、または出身国を理由として、個人の雇用機会を奪ったり、その他被用者としての地位に不利な影響を与えるような方法で、被用者または求職者を、制限、隔離または分類すること。

㊧ Title VII 違反に対する救済手続としては、まず雇用機会均等委員会（EEOC）に申立てをし、EEOC が調査と調整を行い、それが奏功しない場合、EEOC が自ら原告となって、または申立人が直接使用者を相手に訴訟を提起することになる。

② 州法による救済

州によっては、州法によって、性的指向のみ、または性的指向及び性自認による雇用差別を禁止している。

2018年6月時点において、21州及びワシントンDCが、性的指向及び性自認による雇用差別を禁止する州法を有している。なお、ニューヨーク州⁽²¹⁾、フロリダ州では、法文上は性自認による差別は含んでいないが、これを含める解釈をすることによって、性自認による差別についても禁止の対象としている。

性的指向による雇用差別のみ禁止し、性自認による差別は禁止していない州も1州ある。また6州は、民間の雇用関係については差別禁止を定めていないが、公務員についてのみ、性的指向及び性自認による雇用差別を禁止する州法を有している。そして5州は、公務員についてのみ、性的指向による雇用差別だけ禁止する州法を有している。

このように、州によって、雇用差別を禁止する範囲や対象は様々であり、南部や中西部を中心とする17州は、そもそも性的指向や性自認による雇用差別を禁止する州法を有していない⁽²²⁾。

州法による救済を求める場合には、EEOCではなく、各州にある救済機関に申告することになる。そして同機関が調査と調整を行い、それが奏功しない場合、同機関が自ら原告となって、または申立人が直接使用者を相手に訴訟を提起する。

(3) 司法による救済

州法による保護が及ばない場合には、連邦法による保護を求めるしか

(21) ニューヨーク州では、2019年1月に、The Gender Expression Non-Discrimination Act (GENDA) が制定され、性自認に基づく差別も明示的に禁止されることになった。

(22) 以上につき、Human Rights Campaign のウェブサイトのデータに基づく。<https://www.hrc.org/state-maps/employment>

ないが、前述のように、性的指向や性自認に基づく雇用差別を直接禁止する連邦法が存在しないことから、性を理由とした雇用差別を禁止する Title VII を、性的指向や性自認に基づく雇用差別にも適用できないかが訴訟において争われてきた。

以下、この点についての裁判例の推移を見ていくことにする。

① Title VII による保護の否定

当初裁判所は、Title VII における性 (sex) に、性的指向や性自認を含めて解釈すべきとする主張について、ほとんど統一的に排除してきた。

例えば、1984年の *Ulane 対 Eastern Airlines, Inc.* 事件⁽²³⁾は、男性として航空会社就職した原告が、その後性別適合手術を受けて女性に性別変更したところ、そのことを理由に航空会社から解雇されたという事案であるが、この訴訟において原告は、トランスジェンダーに対する差別も Title VII が禁止する性差別にあたると主張した。しかし裁判所は、立法者の意思を理由に、ここでいう「性」とは、文字通り生物学的な男女をいい、性差別とは、女性が女性であるがゆえに差別され、男性が男性であるがゆえに差別されることをいうとして、原告の主張を排斥した。

② Gender Stereotype 理論の登場

ところが、1991年、*Price Waterhouse 対 Hopkins* 事件の判決⁽²⁵⁾において、性の固定観念 (sex stereotypes) による差別も Title VII の性

(23) *Ulane v. Eastern Airlines, Inc.* 742 F.2d 1081, 1083 (Fn.3) (1984)

(24) もともと Title VII に「性」差別の禁止が含まれたのは、Title VII の法案に対する反対派の提案によるものであり、法案全体の否決を狙って提案したところ、可決されてしまったという事情によるものであって、立法時に十分な議論が尽くされていなかった。

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

差別に含まれるとの判断がなされたことにより、流れは大きく変わる事となった。

この事件は、会計事務所で女性のシニア・マネージャーがパートナーへの昇格を拒否されたが、昇格審査にあたって、本人の職務遂行能力は高く評価されたものの、審査委員から、「攻撃的」「マッチョ」「チャームスクール（女性に美容・エチケット・マナーなどを教える学校）に行ったほうがよい」などのコメントがあり、さらにあるパートナーが、彼女に、昇格したければ、もっと女性らしい歩き方、話し方、服装をするように忠告したことについて、これが Title VII の性差別にあたるとして提訴したという事案である。

連邦最高裁は、使用者が攻撃的な女性に反感を持っているが、そのポジションには攻撃的な性格が必要であるという場合、女性が攻撃的に振る舞えば仕事に就くことができず、そうしなくてもやはり仕事に就くことができなくなってしまうため、立法者は、使用者が性差別をすることを禁止するために、このような場合も想定して、性の固定観念（sex stereotypes）により生じる男女の異なった取り扱いの全体の領域を排除しようとしたはずだとして、Title VII の性差別には、性の固定観念に基づく差別も含まれるとした。

この事案において、原告は、女性であるがゆえに差別されたわけではなく、女性でありながら、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のであるから、Ulane 判決が想定する性差別の典型的な場面ではない。しかし連邦最高裁は、このような性の固定観念により期待される行動等との不一致を理由とする差別も、Title VII の禁止する性差別にあたると判断したのである（以下、本稿ではこれを「Gender Stereotype 理論」と呼ぶことにする。）。

③ Gender Stereotype 理論の拡大

Gender Stereotype 理論の登場に加え、1998年の Oncale 対 Sundowner⁽²⁶⁾ 事件において、同性間のセクシュアルハラスメントに Title VII の保護が及びうると判断されたことにより、性的指向や性自認を理由とする差別についても、Title VIIによる救済を認める裁判例が見られるようになった。

Smith 対 City of Salem 事件⁽²⁷⁾は、市の消防署に勤める原告が、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ため、上司が原告を退職に追い込む計画を立てたところ、それを知った原告が、市や上司の対応は Title VII が禁止する性差別にあたるとして提訴したという事案である。

この事案において、裁判所は、Price Waterhouse 判決を引用し、原告に対する、トランスジェンダーであるがゆえに、そのジェンダーに一致する行動をとれないことによる差別は、Price Waterhouse 事件の原告に対する、女性らしく振る舞わなかったことによる差別と何ら異なるところはないとして、Title VII の禁止する性差別にあたるとした。

このように、少なくとも性自認による差別の事案については、連邦控訴裁判所のレベルにおいても、Title VII の性差別に含める判断が相次ぐようになった。⁽²⁸⁾

④ Gender Stereotype 理論の限界

Price Waterhouse 判決により、性の固定観念による差別も Title VII

(26) Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc., 523 U.S. 75 (1998)

(27) Smith v. City of Salem, Ohio, 378 F.3d 566 (6th Circuit 2004)

(28) Schwenk v. Hartford, 204 F.3d 1187 (9th Cir. 2000), Barnes v. City of Cincinnati, 401 F.3d 729 (6th Cir. 2005), Glenn v. Brumby, 663 F.3d 1312 (11th Cir. 2011) など。

の禁止する性差別にあたるとの判断がなされた後も、性的指向や性自認そのものが、Title VII にいう「性」にあたるという解釈がなされるようになったわけではなく、性的マイノリティという地位のみに基づく差別は、Title VII でいう性差別にはあたらないというのが、連邦裁判所の一貫した態度であった。

すなわち、Title VII 違反の主張をするためには、単に原告がその性的指向や性自認ゆえに差別されたことを主張するだけでは足りず、Gender Stereotype 理論に乗せるために、原告の職場における言動や態度、容姿などから、性的固定観念との不一致を特定して主張した上で、その不一致が使用者の意思決定に影響したことまで主張立証しなければならなかった。

そのため、言動や態度、容姿などと結びつくことの少ない性的指向による差別に Title VII を適用することについては、“bootstrap (ブーツのつまみ革)⁽²⁹⁾” であるとして、ほとんどの裁判例がこれを認めてこ⁽³⁰⁾なかつた。

⑤ Gender Stereotype 理論の新たな展開

ところが、2015年6月に Obergefell 判決が出されると、Title VII の解釈問題にも、その影響が見られるようになった。まず EEOC が、同年7月、性的指向による差別についても、必然的に Title VII の禁止する性差別にあたるとの見解を明らかにした⁽³¹⁾。EEOC の判断は行

(29) 転じて自動実行するという意味にも使われ、Title VII を性的指向の保護に安易に転用することを批判する表現であると思われる。

(30) Dawson v. Bumble & Bumble, 398 F.3d 211,218 (2nd Cir. 2005), Vickers v. Fairfield Med. Ctr., 453 F.3d 757, 763 (6th Cir. 2006), Biddy v. Phila. Coca Cola Bottling Co., 260 F.3d 257, 264 (3rd Cir. 2001) など。

(31) Baldwin v. Foxx, EEOC Appeal No. 0120133080, 2015 WL 4397641 (July 16, 2015)

政決定であって、裁判所を拘束するものではないが、連邦控訴裁判所も、EEOC の判断枠組みに従って、これを認める判決を相次いで出すに至った。

Zarda 対 Altitude Express ⁽³²⁾ 事件は、スカイダイビングのインストラクターであった原告が、タンデムで自分とスカイダイビングをする女性の顧客を安心させるために、自分はゲイだと言ったところ、その顧客のボーイフレンドが会社にクレームを入れて、そのことが理由で会社が原告を解雇したという事案である。原告は、自らの性的指向を理由に解雇になったものとして、これが、Title VII が禁じる性差別にあたるとして提訴した。

これに対して、第 2 巡回区控訴裁判所は、2018 年 2 月、下記ア～ウを理由に、性的指向による差別も Title VII により禁止されるとの判決を下した。

ア 女性に魅力を感じる女性であることを理由に雇用上の不利益を受けた女性は、もし女性に魅力を感じる男性であったとすれば、異なった取り扱いを受けたのであろうから、性的指向は性の一機能であり、それによる差別は性差別の一部である。

イ 同性愛に関する固定観念は、男女の適切な役割分担についての固定観念と直接結びついており、性的指向による差別は、ほとんど不可避免的に男女の固定観念に根ざしている。

ウ 黒人女性と結婚した白人男性が、使用者が黒人女性との結婚を認めないがゆえに解雇された場合、人種に関する関係者差別として Title VII により禁止される。そうであれば、男性と結婚した男性の労働者が、使用者が同性婚を認めないがゆえに解雇された場合、

(32) Zarda v. Altitude Express, Inc., No. 15-3775 (2nd Cir. 2018)

性に関する関係者差別にあたるはずであり、性的指向に関する関係者差別もまた禁止されるべきである。

また、第7巡回区控訴裁判所も、2017年4月、Hively 対 Ivy Tech Community College 事件⁽³³⁾において、同様の理由付けにより、性的指向による差別も Title VII により禁止されるとの判断を行っている。

一方で、第11巡回区控訴裁判所は、2018年5月、Title VII は性的指向による差別を禁止していないとする判決を出しており、未だ連邦控訴裁判所レベルでの判断は統一されていない。この事件及び Zarda 対 Altitude Express 事件⁽³⁴⁾については、連邦最高裁に上告されていることから、近い将来、この論点について、連邦最高裁の判断がなされることが期待される。

6 今後のあるべき法的対応及び社会的な取り組みの必要性

(1) 性的指向・性自認に基づく差別禁止法の必要性

前述のように、アメリカにおいては、多くの州で、性的指向や性自認に基づく雇用差別を禁止する州法が存在する。また、そのような州法が存在しない州についても、性を理由とした雇用差別を禁止する連邦法である Title VII を、性的指向や性自認に基づく雇用差別にも適用する方向で、裁判例が積み重ねられてきた。

Title VII により禁止される行為の内容は明確であり、性別などを理由として、「個人を雇用せず、あるいは雇用を拒否し、もしくは個人を解雇すること、または、その他の形で、雇用における報酬、条件、権利について、個人を差別すること」あるいは「個人の雇用機会を奪ったり、

(33) Kimberly Hively v. Ivy Tech Community College, 853 F.3d 339 (7th Cir. 2017)

(34) Gerald Lynn Bostock v. Clayton County, No. 17-13801 (11th Cir. 2018)
496(496) 法と政治 70巻1号 (2019年5月)

その他被用者としての地位に不利な影響を与えるような方法で、被用者または求職者を、制限、隔離または分類すること」である。

また、性的指向や性自認による差別を、性差別の一形態と捉え、さらに Gender Stereotype 理論を徹底させて、性的指向や性自認に基づく差別は、必然的にすべて性の固定観念に基づく差別であるとみる近時の裁判例の立場に立てば、性的指向や性自認に基づくあらゆる差別が、Title VII により救済されることになる。

このように、いかなる場合にいかなる行為が差別として禁止されるのか明確にされることにより、差別に当たるか否かの判断が裁判官の感覚に委ねられる事態が避けられるとともに、いかなる差別が禁止されるのか社会に宣明されることになり、差別を未然に防ぐことが可能になる。

日本においても、性的指向や性自認に基づく雇用差別について、いかなる場合にいかなる行為が差別として禁止されるのかを明確にすることが求められる。特に差別が潜在化して不可視化されている現状においては、差別を可視化して社会全体として予防に取り組むためにも、性的指向・性自認に基づく差別を禁止する立法が必要となる。

この点、2016年に野党4党が「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」を国会に提出したが、性的マイノリティに対する差別解消よりも理解増進を優先すべきだとして「LGBT 理解増進法」の制定を主張する与党との調整が整わず、廃案となっている。そして2018年12月には、野党6党派が、再度同法案を衆議院に提出したが、与党との調整には難航が予想されている。あるべき立法内容についてはさまざまな議論があるところだが、いずれにせよ早急な立法が待たれるところである。

(2) 社会的な取り組みの必要性

今の日本では、性的マイノリティの労働問題どころか、性的マイノリ

ティが職場にいることさえほとんど認識されていない。認識されていないから、「ホモネタ」「レズネタ」に代表される性的マイノリティを嘲笑するような会話が職場で平気でなされる。そうすると、当事者はさらに萎縮してカミングアウトできなくなる。そして存在はもっと潜在化する。性的マイノリティは特異、特別な存在ではなく、どの職場にもいる。「いない」のではなく、「見えない」だけである。

そして、性的マイノリティの生きづらさは、性的マイノリティであること自体に起因するものではない。不自由さ、生きにくさの原因は、周囲の人々の無知や偏見、性別規範や同調圧力など、彼らを取り巻く社会の側にある。

そしてこの問題は、社会のどこかにいる、虐げられたかわいそうなマイノリティの問題ではない。性的指向や性自認は、すべての人にとっての性のあり方の問題であり、人が人らしく生きるための、もっとも基本的な権利の問題である。

このような認識が社会で共有されることが、性的マイノリティの差別を無くすためには不可欠であると思われる。そのためには、国や政府の取り組みだけでは足りず、社会的な取り組みが必要になる。

この点については、近時欧米でのダイバーシティ&インクルージョン⁽³⁵⁾の流れを受けて、一部の企業で取り組みが始まっているが、使用者側の取り組みが先行していて、残念ながら、労働者側の関与が十分とはいえない。そこで労働組合の役割がとても重要となるのは言うまでもなく、

(35) ダイバーシティ&インクルージョンとは、人材のダイバーシティ（多様性）をお互いにインクルージョン（包摂）することが持続的成長の原動力であり、性別、年齢、国籍、人種、民族、宗教、社会的地位、障がいの有無、性的指向・性自認、価値観、働き方等の多様性を互いに尊重する職場環境の実現を目指す考え方をいう。

日本労働組合総連合会が2017年11月に「性的指向及び性自認（SOGI）に関する差別禁止に向けた取り組みガイドライン」を策定し、労働組合としてこの問題に取り組むことの重要性を明らかにしたことは注目に値する。

以上 説

The realities and legal responses of employment discrimination against sexual minorities

Takeharu Kato

This paper will shed light on the realities of social discrimination faced by sexual minorities (also collectively known as LGBT) with a focus on employment discrimination and examine the legal responses while presenting examples from the United States where there are many judicial precedents.

According to various surveys, several percent of the population in Japan are sexual minorities. It would not be an exaggeration to say that people who identify as a sexual minority exist in every school or workplace. Nevertheless, compared to their counterparts in the United States, their existence is hardly recognized. One of the reasons for that is that few people come out as a sexual minority at their workplace or school, etc. Japan is different from Western countries in the point that there is less discrimination based on religion but ignorance and prejudice against sexual minorities, strong gender norms, and a culture that encourages conformity and peer pressure have led to the exclusion of sexual minorities. For this reason, sexual minorities hesitate to come out due to their fear of discrimination and many prefer to hide this aspect of their identities.

Some examples of employment discrimination against sexual minorities include discriminatory words or actions, harassment, revealing the sexual orientation or gender identity of a person to others without their consent (“outing”), unfair treatment to people of sexual minorities such as dismissals from work, demotions, and relocations solely due to the fact that they are sexual minorities, as well as restricting the fashion choices or use of changing rooms and toilets of the respective gender identified by transgender persons.

Based on existing laws and legislations, these problems are addressed under the principle of abuse of rights, tort liability, and liability for breach of contract, and through circular notices and administrative guidelines. How-

ever, as there is no consensus in society about the exact definition of discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity, there is a risk that judicial decisions are made based solely on the discretion of the judge. Furthermore, it is difficult for sexual minorities to get judicial remedy in Japan where ignorance and prejudice against sexual minorities are so deeply rooted so there is also the problem of difficulty in obtaining remedy in the case of an act of discrimination.

In the United States, some states have legislations that prohibit employment discrimination based on sexual orientation and gender identity. In other states, it has been contested in litigation whether Title VII, a federal law prohibiting employment discrimination on the basis of sex, can be applied to employment discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity because there are no federal laws that expressly prohibit discrimination based on sexual orientation and gender identity.

In court, protection based on Title VII for employment discrimination based on sexual orientation or gender identity was denied in the beginning but at the trial of Price Waterhouse in 1991, it was judged that the discrimination on the basis of sex stereotyping was also included under Title VII, and after that, discrimination based on gender identity was considered to be protected under Title VII because such discrimination was recognized as discrimination based on sex stereotyping (Gender Stereotype Theory). Even so, many courts were passive in applying the Gender Stereotype Theory in cases of discrimination based on sexual orientation. In 2015 after the Obergefell trial on same-sex marriage, there were visibly more cases where judges actively applied the theory. Currently, they are still awaiting the judgment of the Supreme Court on this point.

In Japan, it is necessary to clarify the actions and situations that constitute employment discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity. For that to happen, it is necessary to enact an Anti-discriminatory Law on the basis of sexual orientation and gender identity.

Lastly, society should collectively recognize that sexual orientation and gender identity is an issue concerning how all humans conceptualize sex and that this is an issue of fundamental human rights for all of us to live full lives

as human beings. To accomplish this goal, it is necessary to promote social initiatives such as the diversity and inclusion initiatives organized by some companies in the private sector.

Structure of this report

- 1 Introduction
- 2 Structure of discrimination against sexual minorities
- 3 Examples of employment discrimination against sexual minorities
 - (1) Discriminatory words and actions and harassment
 - (2) Outing
 - (3) Unfair treatment based on the fact that the person is a sexual minority
 - (4) Problem of fashion choices, changing rooms, and toilets for transgender persons
- 4 Existing laws and legislations tackling employment discrimination against sexual minorities
 - (1) Addressing the problem through the principle of abuse of rights, tort liability, and liability for breach of contract
 - (2) Addressing the problem through circular notices and administrative guidelines
 - (3) Problems with the current law and legislations
- 5 How the United States handle employment discrimination against sexual minorities
 - (1) Current situation of employment discrimination in the United States
 - (2) Remedy through legislation
 - (3) Remedy through the judiciary
- 6 Necessity for appropriate legislative responses and social initiatives
 - (1) Necessity for an Anti-discriminatory Law on the basis of sexual orientation and gender identity
 - (2) Necessity for social initiatives