

差別禁止法の一断面（1）

—— *Bostock* 事件判決における差別禁止事由の拡張解釈をめぐって ——

奈 須 祐 治

西南学院大学法学論集
第55巻 第2号 抜刷
2022年 9月 発行

差別禁止法の一断面 (1)

—— *Bostock* 事件判決における差別禁止事由の拡張解釈をめぐって ——

奈 須 祐 治

【目次】

はじめに

1. 問題の背景

- ① 公民権法第 7 編の概要
- ② 連邦議会における LGBT 差別禁止法制定の試み
- ③ 第 7 編に関する連邦最高裁判例
- ④ 第 7 編による LGBT の保護に関する連邦控訴裁判例
- ⑤ 2010 年代の連邦控訴裁判例の新動向
 - (a) EEOC の 2 つの決定
 - (b) *Christiansen* 事件 (以上、本号)
 - (c) *Hively* 事件
 - (d) *Zarda* 事件
 - (e) *Harris Funeral Homes* 事件
- ⑥ 性的指向・性自認の性別への包含に関する論点

2. *Bostock* 事件連邦最高裁判決

- ① 法廷意見
- ② アリート反対意見
- ③ カバノー反対意見
- ④ 論点の整理

3. *Bostock* 事件判決以降の動向

- ① *Bostock* 事件判決以降の政治の動向
- ② *Bostock* 事件判決以降の下級審の動向

4. 連邦最高裁判決の検討

- ①法令解釈手法としての文言主義
- ② but-for テストの適用をめぐる問題
- ③ステレオタイプ論と関係差別論

むすび

はじめに

本稿では、2020年に下されたアメリカの連邦最高裁判決である *Bostock* 事件判決¹を検討する。この事件では、雇用分野での差別禁止を定める連邦法である1964年公民権法第7編 (Title VII of the Civil Rights Act of 1964; 以下「第7編」)²の規定の解釈が争われた。具体的には、第7編に規定する集団属性を理由とした雇用差別を禁止する規定により、LGBT³が保護されるかが争われた。

-
- 1 *Bostock v. Clayton County*, 140 S.Ct. 1731 (2020). 以下「*Bostock* 事件判決」というとき、この連邦最高裁判決を指す。本判決の評釈として、松岡千紘「性的指向及び性自認に基づく解雇が公民権法第七編で禁止される雇用における性差別であると判断された合衆国連邦最高裁判決」*阪大法学* 70巻5号1255頁(2021)、大野友也「性的指向やトランスジェンダーであることに基づく差別が、公民権法第7編の禁止する「性別に基づく差別」とされた事例：*Bostock v. Clayton County, Georgia*, 140 S.Ct. 1731; 590 U.S.」(2020) *鹿児島大学法学論集* 55巻2号57頁(2021)、中村良隆「雇用における性差別の禁止とLGBT—*Bostock v. Clayton County, Georgia*, 140 S.Ct. 1731 (2020)」*比較法学* 54巻3号133頁(2021)、中曾久雄「公民権法第7編とLGBTに対する差別—*Bostock v. Clayton County* ①～②」*地域共創研究* 2号26頁、*愛媛大学教育学部紀要* 68巻219頁(2021) 参照。
 - 2 公民権法第7編については日本でも多くの紹介がある。たとえば、奥山明良「アメリカにおける雇用差別とその法的救済—公民権法第七編を中心に (一)～(三・完)」*成城法学* 4号1頁、5号145頁(1979)、6号29頁(1980) (以下引用においては、(一)・(二)・(三・完) それぞれを奥山-1、奥山-2、奥山-3とする) 参照。公民権法の保護の対象は、政治に参加する権利としての、選挙権・被選挙権等の「公民権」に限らない。そのため、Civil Rights Act of the 'Civil Rights' は「市民権」と訳されることも多いが、本稿ではより一般的な訳である「公民権」を用いる。
 - 3 LGBTは同性愛者である「レズビアン (lesbian)」と「ゲイ (gay)」、両性愛者である「バイセクシュアル (bisexual)」、生誕時の性別と自認する性別が一致しない「トランスジェンダー (transgender)」の頭文字をとったものであり、性的指向 (sexual orientation)・性自認 (gender identity) においてマイノリティである人々を指す。

この事件では第7編の中でも特に重要性の高い、§2000e-2(a)(1)の規定が問題になった⁴。同条は次のように定める。

使用者が、……人種、肌の色、宗教、性別または国民的起源を理由に、雇用の報酬、条件または特権に関して、個人を雇用しない、もしくは雇用を拒否すること、解雇すること、またはその他の方法で差別することは、違法な雇用行為とされる。

ここには、LGBTを保護するための「性的指向」や「性自認」という属性は明記されていない。そこで *Bostock* 事件では、上記条文の中の「性別」という文言が、「性的指向」と「性自認」を包含すると解釈できるかが争点となった。そのような柔軟な解釈ができるなら、この規定を改正することなくLGBTを差別から保護できるというわけである。連邦最高裁はそのような包含を認めることができると解釈し、雇用分野でのLGBT差別の禁止に道を開いた。

この判決はアメリカで大きな注目を集め、多くのリベラル派の論客は連邦最

実際には、さらに詳細な性的マイノリティの分類がなされており、他者に性的欲求を抱かない「アセクシャル (asexual)」、性自認や性的指向が定まっていない (あるいはあえて定めていない)「クエスチョニング (questioning)」、不完全ながらも男性・女性両方の生理学的特質を有している「インターセックス (intersex)」等がある。こうした多様なマイノリティを表現するために、従来のLGBTではなくLGBTQ、LGBTQ+、LGBTs等の表記が用いられることがあるが、本稿では簡便性を重視して従来のLGBTという言葉を用いる (トランスジェンダーを除く場合はLGBと表記する)。近時は *sexual orientation* と *gender identity* の頭文字をとった「SOGI」という言葉が使われることもある。LGBTが性的マイノリティである「人」を指す概念であるのに対し、SOGIは性的指向・性自認という「属性」を示す概念である。なお、トランスジェンダーについては、生誕時の性別に対して違和感をもつにすぎない状態から、性別適合手術を経て法律 (日本では性同一性障害者特例法) に基づいて自認する性に変更をした後の状態まで、かなりのグラデーションがありうる。トランスジェンダーの対概念は、誕生時の性別と自認する性別が一致する「シスジェンダー (cisgender)」である。生誕時の性別が男性で自認している性別が女性であればMtF (Male to Female)、その反対はFtM (Female to Male) と呼ばれる。「性表現」という概念は「性自認」と重なる概念として理解されることも多かったが、たとえばシスジェンダーの男性が、女性の服を着用するというケースもありうるため、現在では両概念は異なるものと認識されている。そのため、たとえば異性の服装をする「クロスドレッサー (cross dresser)」を法律上保護しようとするなら、トランスジェンダーとは別に規定を置く必要がある。本稿の検討では、このような性自認・性表現の概念の複雑さを念頭に置く。性的マイノリティの定義については、綾部六郎「LGBTを法から考えるために」法学セミナー 753号 12-13頁 (2017) 等参照。

4 42 U.S.C. §2000e-2(a)(1)。

高裁が下した判決を画期的なものとして評価している。アメリカでは第7編を中心とする連邦の差別禁止法の多くで、性的指向と性自認が保護属性として認められていない。この点を改善するため、1970年代以降連邦議会において度々法改正が試みられてきたが、ことごとく失敗に終わった。そうした中で *Bostock* 事件判決は、司法府がそのような状況を打開したという意義をもつ。

Bostock 事件で争われたのはあくまで雇用差別に関わる第7編のみであり、法廷意見もそこに射程が限定されると明言しているが、現在激しく争われているトランスジェンダーのトイレ・更衣室利用や女子スポーツへの参加問題等への波及も話題に上っている。さらに、合衆国憲法第14修正第1節の平等保護条項⁵の下で禁止される性差別が性的指向・性自認に基づく差別を包摂すると考えると、性差別を行う法令に用いられる違憲審査基準が、LGBT差別のケースでも援用できることになる。このように、*Bostock* 事件判決の潜在的影響はきわめて大きい。実際に本稿で紹介するように、既に下級審レベルでは、これらの局面で *Bostock* 事件判決がインパクトを及ぼし始めている。

本判決は日本にいかなる示唆をもたらすだろうか。アメリカでは「随意雇用 (employment at will)」の原則により、期間の定めのない雇用契約を結んでいる被用者はいつでも解雇されうる。LGBTについても、雇用差別が違法となる場合を明示する第7編の規定に「性的指向」や「性自認」という文言が明記されていない以上、保護が及ばないと考えられてきた。アメリカの労働者にとって、法律に差別禁止が明記されているか否かは死活問題なのである。これに対し、日本では民法の一般条項や解雇権濫用法理等によりLGBTを保護できるため、アメリカとは事情が大きく異なる⁶。また、第7編はアメリカ固有の社会的背景の下で、長年にわたる理論と実践の蓄積により発展を遂げてきたものであるため、文脈の異なる日本に簡単に応用できない。

しかし、*Bostock* 事件判決はいくつかの点で日本にも参考になる。第1に、日本では女性の権利の実現について、依然として多くの課題があるものの一

5 第14修正第1節は、「いかなる州も、……その管轄内にある何人に対しても法の平等な保護を拒んではならない」と定める。

6 以上の点について、長谷川珠子「性的少数者保護と性差別禁止法理—アメリカの議論を中心に」日本労働研究雑誌 735号 39頁(2021)参照。

定程度の進歩がみられるが、LGBTの権利の保障はほとんど実現しておらず、女性の権利との間に大きな格差がある。それゆえ、性的指向・性自認を性別に包含させ、LGBTの権利を女性のそれと同レベルに引き上げるアプローチによって得られる成果は大きい。また、アメリカに比べてもこの成果はより大きいはずである。アメリカでは既に州法によるLGBTの保護はかなりの程度進んでおり、連邦法による保護が现阶段の大きな課題であるが、日本では近年多くの自治体でLGBT保護の条例が定められてきたものの⁷、都道府県レベルでの条例はいまだわずかであり、国全体でLGBTの保護が十分に及んでいないからである。

第2に、日本では多くの法律に「性別」差別の禁止は明記されているが、「性的指向」と「性自認」に基づく差別が明記されていない⁸。そのため、性的指向・性自認を性別に含める解釈論は日本において有用であり、裁判において実際に主張可能なものである。この点は、法改正により性的指向と性自認を追加すれば容易に解決できる問題ではあるが、そのような法改正がアメリカと同様に、日本でもきわめてハードルが高いのは、昨今のLGBT関連法案・条例案をめぐる議論から明らかである⁹。それゆえ、立法的解決と並行して、

7 一例として、「性の多様性を認め合い、誰もが安心して暮らせる三重県づくり条例」、「国立市女性と男性及び多様な性の平等参画を推進する条例」参照。LGBTに関する自治体の条例をリストアップするものとして、地方自治研究機構のウェブサイト (http://www.rilg.or.jp/htdocs/img/reiki/002_lgbt.htm) 参照。

8 性別を明記する条文として、男女雇用機会均等法5条・6条、国家公務員法27条、地方公務員法13条等参照。ただし、日本でも既にLGBTに対する法的保護が限定的に及んでいる。たとえば「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等についての指針」(平成18年厚生労働省告示第615号)では、職場におけるセクシュアルハラスメントは被害者の性的指向・性自認にかかわらず指針の対象になるとされている。また、「事業主が職場における優越的な関係を背景とした言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置等についての指針」(令和2年厚生労働省告示第5号)では、相手の性的指向・性自認に関して侮辱的な言動を行うことや、性的指向・性自認に関する個人情報を本人の了解を得ずに暴露することがパワーハラスメントに該当しうるとされている。これらの指針につき、厚生労働省のウェブサイト (https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/koyou_roudou/koyoukintou/seisaku06/index.html) 参照。

9 LGBT理解増進法案について、「[差別は許されない]はダメ? LGBT法案に揺れた自民党」NHK(オンライン)2021年6月16日 (<https://www.nhk.or.jp/politics/articles/feature/62170.html>)、埼玉県LGBT条例案をめぐる議論対立について、「埼玉のLGBT条例案 揺れる自民党会派」産経新聞(オンライン)2022年6月3日

Bostock 事件判決のような司法解釈による解決を模索することも検討されるべきである。

第3に、日本国憲法14条は性別を列挙するものの、性的指向と性自認の文言を欠いている。列挙事由が違憲審査基準の設定において意味をもつとしても、一部の学説のように性的指向と性自認を同条の「社会的身分」とみなせば¹⁰、それらの事由を性別と同列に扱えるかもしれない。しかし、性的指向と性自認を社会的身分と位置づける解釈には理論的な問題がある。このような解釈は、14条の性別を生物学的性別とみなしている可能性がある。本稿で検討するステレオタイプ論のいうように、性差別の根本的問題は性別役割分担に関するステレオタイプであり、この点はLGBT差別にも共通するものである。そうであれば、憲法14条の解釈としても性的指向と性自認を性別に含めて解釈したほうがよいという考えもありうる¹¹。

第4に、日本のLGBTの権利が争われた訴訟では、性的指向と性自認に基づく差別的扱いの違法性や違憲性を判断するにあたり、性差別との共通性が意識されておらず、むしろまったく新しい、異質な差別問題として扱われているように見える。それによって国の裁量が広く認められたり、権利制約の正当化が容易に認められたりしてきたものと思われる。この点は、後述する経産省におけるトランスジェンダー職員のトイレ利用が争われた事例等で顕著に示されている。*Bostock* 事件判決やそれをめぐる学説を参考にして、性的指向・性自認に基づく差別と性差別との共通性を示し、前者が後者と同程度の害悪をもちうることを明らかにしたうえで、それを違法性判断や違憲審査に応用できれば、日本の状況の改善を図ることができる。

(<https://news.yahoo.co.jp/articles/4dc9893dd82c11e5d8978b654e5a576acf8e29bc>) 参照。

10 渡辺康行＝穴戸常寿＝松本和彦＝工藤達朗『憲法I－基本権』136頁(日本評論社、2016)[渡辺康行執筆]、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)－国民の権利及び義務(1) §§10～24』190頁(有斐閣、2017)[川岸令和執筆]、君塚正臣『同性愛者に対する公共施設宿泊拒否－東京都青年の家事件』『憲法判例百選I』[第6版]67頁(有斐閣、2013)等参照。

11 春山習「基本権としてのジェンダー・アイデンティティ」早稲田法学96巻1号82-83頁参照(2020)参照。

こうした問題意識をもって、本稿は *Bostock* 事件判決に詳しい検討を加える。以下 1 では、この判決で扱われた法的問題の背景を明らかにする。この目的で、ここでは公民権法第 7 編の制定・改正の過程、第 7 編への性的指向・性自認の追加を試みる法改正の試みを概観した後、第 7 編に関する連邦最高裁判例の変遷、連邦控訴裁判例における、性的指向・性自認を性別に包含する拡張解釈の試みを確認する。そして、判例で明らかにされた、拡張解釈をめぐる積極説と消極説の論点を整理する。

次に 2 において、*Bostock* 事件判決を概観する。本件におけるリベラル派と保守派の意見分布を確認した後で、法廷意見、反対意見の順に紹介していく。

続いて 3 において、*Bostock* 事件判決を受けた政治と下級審の動向をみる。政治の動きとしては、バイデン (Joe Biden) 大統領による執行命令により、*Bostock* 事件判決に沿って既存の行政規則等の全面的な見直しが図られたことを確認する。他方で、トランスジェンダーへの保険適用、トランスジェンダーの女子スポーツへの参加等の問題をめぐって激しい異論があり、司法の場で争いが生じていることを紹介する。

4 では、アメリカの学説を参照し、*Bostock* 事件判決を詳しく分析、検討する。ここではまず、*Bostock* 事件判決の各意見が法令解釈手法として採用した文言主義 (textualism) の概要をみたうえで、各意見の文言主義の性格の異同を明らかにする。そのうえで、*Bostock* 事件判決法廷意見がとった文言主義の手法に対する批判説を紹介し、法廷意見の文言主義の限界を明らかにする。続いて、法廷意見によって採用された、「あれなければこれなし」という条件関係を判定する「but-for テスト」を検討する。ここでは法廷意見に批判的な見解を踏まえ、このテストの適用のみで問題を解決することが難しいことを示す。最後に、性的指向と性自認の性別への包含を実質的に正当化する理論である、ステレオタイプ論と関係差別論を検討する。これらの理論を欠いては、性的指向と性自認の性別への包含の正当化は十分になしえないことを明確にする。

最後に、*Bostock* 事件判決の分析が、日本の LGBT 差別の問題にどのような示唆をもたらすかについて言及する。

1. 問題の背景

①公民権法第7編の概要

最初に1964年公民権法が制定された経緯と、その後の改正の流れを簡単に確認する。同法は、もともとはケネディ(John F. Kennedy)大統領が人種差別の撤廃を目指して連邦議会に制定を促したものだ¹²。1963年11月のケネディ大統領暗殺の後、ジョンソン(Lyndon B. Johnson)大統領にその任務が引き継がれた。連邦議会における激しい議論を経て、最終的には1964年7月2日に議会が法案を可決し、その数時間後に大統領が法案に署名した。かくして成立した1964年公民権法は、雇用、教育、投票、公的施設の利用等の多様な生活領域において、人種等の属性に基づく差別を禁じるものだ。この法律を執行する機関として、雇用機会均等委員会(Equal Employment Opportunity Commission; EEOC)が設けられた¹³。

1964年公民権法の§2000e-2(a)(1)には、「人種、肌の色、宗教、性別または国民的起源」が属性として列挙されている。この法律はもともと人種平等を図るものだったこともあり、当初の法案では人種、肌の色、宗教及び国民的起源だけが列挙され、「性別」は含まれていなかった。しかし、下院における法案審議の最終段階で、バージニア州選出の民主党員で、人種隔離を強く唱えていたスミス(Howard Smith)議員が、性別の追加を提案した。スミスはこれにより公民権法全体の廃棄を狙ったといわれる。他方でスミスは、女性の権利を憲法に追加するための平等権修正(Equal Rights Amendment)を長年支持していたともいわれる。また、スミスは地元である南部の製造業における女性人材の活用を図っていたのだという説もある¹⁴。このようにスミスの動機には不明確な部分があるが、第7編への「性別」の追加は、後に雇用の場での男女平等の促進に多大な貢献をす

12 この法律の制定過程について、安藤次男「1964年公民権法と大統領政治」立命館国際研究13巻3号171頁(2001)等参照。

13 EEOCについて詳しくは、Anne Noel Occhialino & Daniel Vail, *Why the EEOC (Still) Matters*, 22 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 671 (2005)。

14 以上につき、GILLIAN THOMAS, *BECAUSE OF SEX: ONE LAW, TEN CASES, AND FIFTY YEARS THAT CHANGED AMERICAN WOMEN'S LIVES AT WORK* 1-2 (2016) 参照。

ることになった¹⁵。

公民権法第7編はこれまでいくつかの改正を経てきた。本稿に関わるものとしては、たとえば1972年平等雇用機会法 (Equal Employment Opportunity Act of 1972) による改正がある。これにより、第7編の適用範囲が大幅に拡大された¹⁶。また、この改正により救済手続の充実が図られた。たとえばEEOCが使用者等に対し文書提出を命令したり、召喚状をもって証人を喚問したりする権限が認められた。さらには、EEOCが被用者の利益のために民事訴訟を提起する権限も認められた¹⁷。

1978年妊娠差別法 (Pregnancy Discrimination Act of 1978) では、後述の *Gilbert* 事件連邦最高裁判決を否定するため、妊娠を理由とした差別扱いが性差別であること等を明確にする法改正がなされた¹⁸。

また、1991年にもいくつかの判例の趣旨を実現するために、第7編に様々な改正が加えられた。本稿との関係では、§2000e-2(m)の規定が重要である。ここでは、使用者の解雇等の措置が複数の入り混じった動機でなされても、「人種、肌の色、宗教、性別または国民的起源」がその措置の「ひとつの動機づけ

15 スミスが改正案を提示したとき、議場に大きな笑いが起こったとされる。See *id.* at 1. これは当時の女性差別の厳しさを示すものだが、同性愛者やトランスジェンダーの保護は議会において言及されることすらなかった。ちなみに、EEOCが申立ての受理を始めると、まもなく予想外に多くの女性差別の申立てがなされた。そのためEEOCは早くも1965年に、性差別に関するガイドラインを作成することになった。See *Occhialino & Vail, supra* note 13, at 675.

16 第7編の適用対象は25名以上の被用者を有する使用者であったが、これが15名に引き下げられ、州と自治体の被用者や教育機関の被用者が新たに適用対象とされた。See 42 U.S.C. §2000e(b). 奥山・前掲註(2) [奥山-2] 156-57頁参照。連邦政府の被用者については§2000e-2(a)(1)は適用されず、特別な規定の下で保護を受ける。See 42 U.S.C. §2000e-16. このように第7編はアメリカのすべての被用者を保護するものではないが、被用者は各州の差別禁止法を含む別の法令の保護を受けることがある。各州反差別法による、雇用分野でのLGBT差別の禁止の現況については、ムーブメント・アドバンスメント・プロジェクト (Movement Advancement Project) のウェブサイト (https://www.lgbtmap.org/equality-maps/employment_non_discrimination_laws) 参照。

17 See 42 U.S.C. §2000e-5(f). 同上168頁以下参照。1972年改正法以前のEEOCの権限の脆弱性と、それがもたらした第7編の執行への悪影響について、*Occhialino & Vail, supra* note 13, at 672-76 参照。改正法を審議する連邦議会では、EEOCは「歯の欠けた虎 (toothless tiger)」と評された。See *id.* at 677.

18 See 42 U.S.C. §2000e(k).

要因 (a motivating factor)」である場合には違法性が認められるとされた。この改正は後述する *Price Waterhouse* 事件連邦最高裁判決を受けてなされた。

②連邦議会における LGBT 差別禁止法制定の試み

このように第7編はいくつかの改正を経て、禁止される性差別の範囲を拡大させてきた。これとは別に、連邦議会は長い間、LGBTの保護のための法改正も試みてきた。ところが、現在に至るまで法律として成立することはなかった。これまで提出された法案は40以上にもものぼる。筆者の調べられる限りで、これらの法案を巻末の別表にまとめた。

この表からいくつかの事実が明らかになる。第1に、LGBT差別の禁止は主に民主党の政策であったため、ほとんどの法案は民主党議員によって提出されたものだった。第2に、トランスジェンダーの権利が認識されるようになったのは比較的后だったため、2007年より前までは専ら性的指向のみを保護する法案が出されてきた。第3に、法案の共同提案者は初期の法案ではかなり少なかったが、徐々に増えている。これは議会内での法案の注目度の段階的な高まりを反映したものである。

最初の法案は、1974年に下院議員のアブズグ (Bella S. Abzug) が単独で提出した平等法 (Equality Act) と称されるものである。その後1993年までに、タイトルは異なるが類似の内容をもつ法案が10回提出されている。1985年以降は公民権改正法 (Civil Rights Amendment Act) という名称の法案が、後述の ENDA が提出されるようになってからも、しばらく継続的に提出されていた。第96～第98回議会に提出された法案は雇用の場に限定されたものだったが、それ以外は1964年公民権法等の改正により、公的施設、連邦政府援助プログラム、雇用、住居等の広い生活領域をカバーするものだった¹⁹。これらの法案が多く支持を得ることはなく、委員会での票決の段階に進むものすらなかった。

19 この点で後述の ENDA に比べて野心的な内容だった。See Alex Reed, *A Pro-Trans Argument for a Transexclusive Employment Non-Discrimination Act*, 50 AM. BUS. LAW J. 835, 838 (2013).

1994年の第103回議会では、初めて雇用差別禁止法 (Employment Non-Discrimination Act; ENDA) が提出された。ENDAはその後2013年の第113回議会まで、第109回議会を除くすべての回次で (ほとんどの場合両院において) 提出された。ENDAは多くの共同提案者を集めてきたことから分かるように、政治的に重要な法案であり、メディアの注目度も高かった。ENDAはその名のとおりに雇用の場に限定した差別禁止法であった²⁰。この法案は、差別的効果だけでは直ちに違法とはならないとする点²¹、同性愛者に対するクォータ制や優先的扱いを認めない点、宗教団体に広範な適用除外を認める点から明らかなように、反対派の意見を汲んだ妥協的な内容をもつものだった。

ENDAは多くの支持者を獲得しながらも、複雑な政治状況が成立を阻んだ。ENDAは早くも1995年の第104回議会において、上院で可決寸前まで進んだ。このときの上院は共和党が多数を占めていたが、何とか50人の賛同者を確保し、賛否同数のときに認められる、副大統領・上院議長のゴア (Al Gore) の1票で可決できる見込みだった。ところが、賛成票を投じるはずだった1名の上院議員が息子の手術に立ち会うために欠席し、法案は賛成49票・反対50票で否決された。ちなみにこのとき法案賛成派の議員らは、反対派から交換条件として、異性婚カップルにのみ連邦法上の保護を与えることを試みる婚姻防衛法 (Defense of Marriage Act; DOMA) の可決を求められていた。DOMAは上院で可決され、最終的に法律として成立したが、後に連邦

20 LGBの権利獲得を目指す人々が、公民権改正法のような多様な生活領域を包摂する法案から、ENDAのような雇用に限られた法案を支持するようになった理由は、*id.* at 839-40に整理されている。それによると、合衆国軍当局の「聞くな、言うな (Don't Ask Don't Tell)」政策に対するLGBの反対運動の敗北による挫折感、エイズをめぐるLGBの長期にわたる運動によるリソースの消耗、障害をもつアメリカ人法 (Americans with Disabilities Act; ADA) の可決により個別領域に限った法案が成立しやすいと考えられたこと、アファーマティブアクションへの反感が強まるなか、それを除外した形での公民権法の改正ではその反感を有めることができず、より限定された法律にせざるをえなかったこと等が理由に挙げられている。

21 1964年公民権法第7編の下では、表面上は中立的で差別意図が認められない規定であっても、特定の集団に差別的な効果をもたらせば違法とされる。この点は連邦最高裁判例 (Griggs v. Duke Power Co., 410 U.S. 424 (1971)) で認められ、後に1991年の公民権法改正で明文化された。See 42 U.S.C. §2000e-2(k) (1) (A). 植木淳『障害のある人の権利と法』(日本評論社、2011) 43頁註44参照。この点はADAについても同様である。同上36頁参照。

最高裁判決²²で違憲にされることになった²³。

その後は以下の理由で ENDA への逆風が続き、一院での可決すらなかなか実現しなかった。第 1 に、1995 年以降しばらくの間、共和党が下院の多数を占めた。第 2 に、ENDA がトランスジェンダーの保護を欠いていたため、LGBT の運動団体の中で反対論が出てきた。第 3 に、2000 年の大統領選に勝利したブッシュ (George W. Bush) が雇用の場での同性愛者を保護するいかなる法案にも拒否権を行使することを表明した²⁴。

2007 年以降は民主党が両院で多数を占めるようになり、ENDA は勢いを取り戻した。第 110 回議会では ENDA が最優先立法に位置づけられ、下院に提出された法案には保護属性として性自認が加えられた。しかし性自認の追加は民主党内にも反対を引き起こしたため、民主党幹部はやむなく同じ第 110 回議会に、保護属性を性的指向に限定した法案 (H.R.3685) を提出することとなった。この法案が下院で可決され、LGB を保護する法案が初めて一院を通過することになったが、上院で可決できなかった²⁵。性自認を削除した法案には LGBT の権利を擁護する人々からの反対が強く、その後は再び性自認を加えた法案が提出されることになった²⁶。

2009 年には再び ENDA への追い風が起こった。第 111 回議会では民主党が再び両院で多数を獲得したうえ、2009 年には民主党のオバマ (Barack Obama) が大統領に就任した。ところが、医療保険制度改革法 (Patient Protection and Affordable Care Act; ACA) を初めとする重要立法が目白押しだったうえ、性自認の規定への懸念が強く法案はうまく進まなかった²⁷。その後 2010 年の中間選挙の結果、第 112 回議会の両院の多数を共和党が占め、ENDA は勢いを失った²⁸。民主党が上院の多数を獲得した第 113 回議

22 United States v. Windsor, 570 U.S. 744 (2013).

23 See Reed, *supra* note 19, at 840-41. 邦語での紹介として、白水隆『平等権解釈の新展開—同性婚の保障と間接差別の是正に向けて』73-77 頁 (三省堂、2020) 等参照。

24 See *id.* at 841-42.

25 See *id.* at 842-43.

26 See *id.* at 844-45.

27 See *id.* at 846-47.

28 See *id.* at 848-49.

会では、初めて ENDA が上院で可決されたが、このとき下院の多数派だった共和党の支持を得られなかった²⁹。

このような経緯により結局 ENDA は成立をみななかった。2015 年の第 114 回議会以降は、1974 年に出された最初の法案と同じ、平等法 (Equality Act) という名称の法律の制定が目指されており、毎議会回次に法案が提出されている。この法案はかつての公民権改正法案と類似の内容をもつものである。すなわち、第 7 編を含む 1964 年公民権法、公正住宅法 (Fair Housing Act)、平等信用機会法 (Equal Credit Opportunity Act) 等の改正により、雇用のみならず公的施設、連邦政府援助プログラム、住居、信用供与、陪審員選任という広い生活領域において、性的指向・性自認等³⁰に基づく差別を禁止するものである。社会的論争を呼んできたトランスジェンダーのトイレ利用をも認めるうえ、1993 年宗教の自由回復法 (Religious Freedom Restoration Act of 1993; RFRA) による抗弁を認めていない。また、ENDA とは異なり、クォータ制や優先的扱いを認めないものとする条項や、差別的効果だけでは直ちに違法とはならないとする条項を置いておらず、概して ENDA よりも LGBT に有利な内容である。

この法案は 2019 年に第 116 回議会において、民主党が多数を占める下院で可決されたが、上院での可決には至らなかった。その後本稿で扱う *Bostock* 事件判決が下された。現在の第 117 回議会では、民主等が多数派である下院で法案が通った³¹。そして、本稿を脱稿した 2022 年 6 月現在は共和党が多数を占める上院で法案が審議中である。バイデン大統領は上院に対して法案の可決を呼びかけている³²。

29 Daniel Reynolds, *John Boehner: 'No Way' ENDA Will Pass This Year*, *Advocate*, January 30, 2014, <https://www.advocate.com/politics/politicians/2014/01/30/john-boehner-no-way-enda-will-pass-year>.

30 最新の法案では、「性別 (sex)」の定義には、①性的ステレオタイプ、②妊娠、子育てまたは関連する医療状態、③性的指向と性自認、④インターセックスの特性を含む性的特徴が含まれている (H.R.5, §9(2))。インターセックスまで含む広い定義になっていることが注目される。

31 現在の法案は *Bostock* 事件判決の趣旨に沿って、第 7 編等の規定の「性別」を「性別 (性的指向及び性自認を含む。)」という文言に変更するものとしている。See H.R.5, §7(b) (1).

32 See Stephanie Wenger, *Joe Biden Urges Congress to Pass Equality Act Ahead of*

③第7編に関する連邦最高裁判例

連邦最高裁は後述の同性間ハラスメントの事例を除き、*Bostock* 事件に至るまで第7編がLGBTの差別を禁止するかについて判断してこなかった。一方で、最高裁は一貫して第7編の射程を広く解釈するとともに、LGBTの差別に応用可能な法理を発展させてきた。

たとえば *Phillips* 事件³³では、マーティン・マリエッタ社が、就学前の児童を子にもつ女性からの職の応募を拒んでいたことが、第7編 §2000e-2 (a) (1) に違反すると主張された。この会社は、就学前の児童を子にもつ男性の雇用は行っていた。この会社には多くの女性が雇用されていたため、女性全体に対する一律の差別の存在は認められなかった。連邦最高裁は原告女性の主張を認めた。最高裁は、同等の資格をもった人に性別に関わらず雇用機会の提供を求めるのが第7編の趣旨であるとして、事件を原審に差し戻した³⁴。マーシャル (Thurgood Marshall) 判事の同意意見は、法廷意見が家庭内での男女の役割の違いを踏まえ、就学前の児童をもつことが女性の職務遂行に影響があると証明される場合に、第7編の真正な職業上の資格 (bona fide occupational qualification; BFOQ) の規定の適用を認めるとした点に異議を唱えた³⁵。マーシャルは、第7編を制定した連邦議会は、ステレオタイプ化された性別の特徴に基づいて、使用者が雇用を拒むことを禁止する意図をもっていたのだと述べた³⁶。マーシャルの指摘するように、法廷意見は性別役割に関するステレオタイプから抜け出せていなかったが、判決の結論自体はこうしたステレオタイプに一石を投じるものだった。

ところでこの事件の会社は、女性社員全体ではなく就学前の児童をもつ女性

Pride Month: 'LGBTQI+ Rights Are Human Rights', People, May 31, 2022, <https://people.com/politics/joe-biden-pride-month-proclamation-urges-congress-to-pass-equality-act/>.

33 *Phillips v. Martin Marietta Corp.*, 400 U.S. 542 (1971).

34 *See id.* at 545.

35 法廷意見の該当部分は *id.* at 498 である。BFOQ は 42 U.S.C. §2000e-2 (e) に定められている。この規定は、会社等の通常の運営において性別等に基づく区別が合理的にみて必要とされる場合を、第7編の差別禁止の例外として扱うものである。奥山・前掲註 (2) [奥山-2] 160-61 頁参照。

36 *See id.* at 546 (Marshall, J., concurring).

だけを差別的に扱っていた。それゆえ、女性全体ではなく一部の女性を差別する措置も、第7編により違法とされることが暗に示されたといえる。これにより、第7編の性差別の規定が階級としての女性全体を差別することを禁じるものとする見方は否定されたと解される。このことは、後に男性差別も第7編の射程に含められたことから裏づけられる³⁷。そもそも第7編は、文言上は性別を理由とした個人に対する差別を禁止するのであって、集団としての女性に対する差別を禁止するものではないので、このような解釈は自然なものである。そしてこの点は、*Bostock* 事件判決の法廷意見でも確認されることになる。

Phillips 事件判決がこのような第7編の拡張的解釈を示したのとは反対に、1978年の *Gilbert* 事件判決³⁸では、ゼネラル・エレクトリック社が就業不能給付から妊娠に起因する就業不能を除外していたことが、第7編の性差別に該当しないとされた。この判決では *Phillips* 事件判決と異なり、女性全体ではなく妊娠した女性だけを不利に扱うものだから、性差別にはあたらないという解釈が示された³⁹。しかしこの判決は、既に触れた1978年妊娠差別法により、連邦議会によって明確に否定された。階級としての女性全体だけでなく一部の女性を差別することも第7編に違反することが、議会より明確にされた。

Manhart 事件では、ロサンゼルス市水道・電力局が、女性が男性より寿命が長いことを理由に女性職員に年金基金へのより高額な支払いを求めていたことが争われた⁴⁰。連邦最高裁は、第7編違反の部分について原告の主張を受け入れた。最高裁は局の方針が統計データによるもので、女性に対するステレオタイプに基づくものではないことを認めつつ、第7編に違反する性差別を認定した。最高裁は、第7編 §2000e-2(a)(1)が女性という「集団」そのものではなく「個人」を差別することを禁じていることに着目した。実際には長生きしない女性職員もおり、局の方針が行った女性の特徴の一般化に適合しない例もありうることを考えると、第7編の違反は肯定できる

37 See e.g., *Newport News Shipbuilding & Dry Dock Co. v. EEOC*, 462 U.S. 669 (1983).

38 *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125 (1976).

39 See *id.* at 134.

40 *Los Angeles Dep't of Water & Power v. Manhart*, 435 U.S. 702 (1978).

というのである⁴¹。これにより、第7編は階級としての女性を差別的に扱うことを禁じているという見方は、再び否定された。

この判決の中で最高裁は、「あれなければこれなし」という条件関係を判定するための but-for テストに言及した。すなわち最高裁は、局の方針はある人の性別が無ければ異なっただであろうやり方で、その人を取り扱ったか否かを問うテストを通過しないと述べた⁴²。この but-for テストは後に性的指向・性自認を性別に包含させることを正当化する有力な手段とされ、*Bostock* 事件判決の法廷意見でも論証の軸として用いられることになる。また、最高裁は連邦第7巡回控訴裁の *Sprogis* 事件判決の、「連邦議会は使用者が性別に基づいて個人を差別することを禁じたとき、性別ステレオタイプに起因する男女の別異扱い全般を打ち砕こうとしたのである」という一節を引用した⁴³。この *Sprogis* 事件判決の引用は、第7編の射程を広く捉える見解を正当化するものであり、後の判例でも度々援用されることになる。

今となつては、第7編がセクシャルハラスメントを禁止していることは常識だが、第7編制定当時はそのことは想定されていなかった。勤めていた銀行から解雇された女性が数年間の勤務の間、上司から度々性的言動によるハラスメントを受けたと主張した事例である *Vinson* 事件判決⁴⁴ は、§2000e-2(a)(1)がいわゆる環境型セクシャルハラスメントの禁止を含むことを明らかにした。法廷意見は、第7編にいう差別は経済的、金銭的に評価しうる差別のみでなく、敵対的で劣悪な環境での労働の要求も含むと解釈した。法廷意見はここで再び *Sprogis* 事件判決の一節を引用し、「雇用の報酬、条件または特権」という §2000e-2(a)(1)の文言は、「男女の別異扱い全般を打ち砕こうとした」連邦議会の意図を示すものだとし、第7編の拡張的解釈を行う姿勢を示した⁴⁵。また、法廷意見はこの判決で、差別的な脅し

41 See *id.* at 708-10.

42 See *id.* at 712.

43 See *id.* fn 13, citing *Sprogis v. United Air Lines, Inc.*, 444 F.2d 1194, 1198 (7th Cir. 1971).

44 *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57, 64 (1986).

45 See *id.* at 64-68.

や侮辱が「犠牲者の雇用状況を変え、劣悪な労働環境を創出するほど十分に深刻な、または広範囲にわたる」場合に第7編の侵害になるとする、環境型ハラスメントの成立要件を示した⁴⁶。

この事件では、第7編の立法時に想定されていなかったセクシャルハラスメントの禁止が正当化された。この点は、同じく立法時には想定外だったLGBT差別の禁止が、第7編の射程内にあることを正当化するための論拠として援用されることになった。

Price Waterhouse 事件⁴⁷は、第7編の性差別該当性を判断するための立証責任の分配が主たる争点になったものだが、本稿との関係では、ステレオタイプに基づく言動が性差別の証拠になりうるとした部分が重要である。この事件では、会計事務所の共同経営者に昇進することを希望した女性が、昇進を拒けられた際に性差別があったと主張した。最高裁は、一部の共同経営者が彼女に女性らしさが欠けていることを指摘した発言（彼女は「より女性らしく (femininely) 歩き、話し、着飾るべきであり、化粧をし、髪型を整え、宝石類を身につけるべきだ」、彼女は「男性的 (macho) である」等）を問題にした⁴⁸。

最高裁はこうした発言が、職場における性別ステレオタイプを示すものであることを認めた。この事件でも最高裁は、「連邦議会は使用者が性別に基づいて個人を差別することを禁じたとき、性別ステレオタイプに起因する男女の別異扱い全般を打ち砕こうとしたのである」という *Sprogis* 事件判決の一節を引用し、第7編の射程の広さを強調した。ただし、最高裁はステレオタイプに基づく発言が必然的に第7編違反の結論を導くとはいっておらず、そうした発言が性差別の証拠になりうるのだという説明をしている⁴⁹。

最高裁はこの判決で、雇用上の決定が（正当なもの、不当なものを含む）複合的な動機でなされた場合でも第7編の違反を認定しようとしたうえで、原告が、雇用上の決定に性別がひとつの動機づけの役割を果たしていると証明した場合、被告は原告の性別を考慮しなかったとしても同じ決定を行った

46 *See id.* at 67.

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

48 *See id.* at 235-37.

49 *See id.* at 251.

ことを証拠の優越により証明することで、責任を回避できるという定式を示した⁵⁰。この判決は4人の裁判官による相対多数意見によるものだったが、結論同意意見にまわったオコナー (Sandra Day O'Connor) 判事が、ステレオタイプに基づく言動が性差別の証拠になりうるとする部分に同意することを強く示唆している⁵¹。それゆえ、この部分に関しては法廷意見を構成していると解しうる⁵²。

Phillips 事件のマーシャル同意意見において、ステレオタイプに基づく女性の扱いは違法とされると論じられていたが、本件ではこの点が多数の賛同を得た。後述するように、ステレオタイプ論は性差別とLGBT差別が根底においてつながっていることを示す有力な理論であるため、連邦最高裁によってこの理論が採用されたことの意義は大きい。ただ、最高裁がステレオタイプに基づく発言が即第7編違反となるのではなく、それが性差別の証拠になりうるにすぎないとした点には留意が必要である。男女の役割に関するステレオタイプに基づいてLGBTの社員を差別的に扱うケースにおいて、第7編違反が導けるかは依然として明らかにはならなかったのである。このほか、様々な動機に性別の要素が混入している場合に第7編違反を導けるとした箇所も、LGBTに対する差別を性差別として違法化する可能性を示唆するものだった。

Oncale 事件⁵³では、同性間のセクシャルハラスメントも第7編の違反を構成しうることが確認された。この事件では、サンダウナー・オフショア・サービス社で勤務していた男性社員が、同僚の男性社員から性的暴行を含むセクシャルハラスメントを繰り返し受けた。同性間のセクシャルハラスメントが第7編の禁止対象になるか、なるとすればどのような基準によるべき

50 *See id.* at 258. この判示を受けて、上述のように1991年の法改正において、§ 2000e-2(m)の規定が置かれた。ただしここで定められたルールでは、*Price Waterhouse* 事件判決の定式に比べて原告の立証責任が緩和されている。*See* §2000e-5(g)(2)(B).

51 *See id.* at 266 (O'Connor, J., concurring in the judgment).

52 *See* William N. Eskridge Jr., *Title VII's Statutory History and the Sex Discrimination Argument for LGBT Workplace Protections*, 127 *YALE L.J.* 322, 373-74 (2017).

53 *Oncale v. Sundowner Offshore Services*, 523 U.S. 75 (1998).

かは連邦控訴裁の間で判断が分かれていた。本件連邦地裁・控訴裁は第7編の禁止する性差別にあたらぬと判断したが、連邦最高裁はこれを覆した。

全員一致の法廷意見は再び、第7編によって男女の別異扱い全般を打ち砕こうとしたのが連邦議会の意図だったとする *Sprogis* 事件判決の一節を引用した。そして最高裁は、男性に対する性差別が第7編によって禁じられるとした先例を引用したうえで、同性間の差別も第7編の射程内にあるとの判断を示した。ここで、スカリア (Antonin Scalia) 判事が執筆した法廷意見は次のように、文言を重視する法令解釈手法である文言主義による解釈を行った。「職場における男性間のセクシャルハラスメントは、確かに第7編を制定したときに連邦議会が関心を向けていた主要な弊害ではなかった。しかし、法令による禁止はしばしば主たる弊害を超えて、合理的にみて同等といえる種々の弊害をカバーする。そして究極的には、立法者の主要な関心というよりはむしろ法律の規定のほうに、我々は支配される。」⁵⁴

法廷意見はあらゆるハラスメントが第7編に違反するわけではなく、差別に該当するといえるものだけが法の射程にあるという。そして、同性間ハラスメントが違法になりうる場合として、①ハラスメントを行う者が同性愛者であり、性的な動機でハラスメントがなされた場合、②女性間のハラスメントにおいて、当該ハラスメントが職場における女性の存在への一般的な敵意に動機づけられている場合、③同性間のハラスメントを受けた者が、職場における別の性別の被用者とは異なった扱いを受けたと示すことができる場合の3つのケースを例に挙げた⁵⁵。

第7編の性差別に関する規定は主として女性差別を禁じるものだが、*Oncale* 事件判決は一定の条件下で同性愛者にも保護が及ぶことを確認した。文言主義の理論的指導者だったスカリア判事執筆による法廷意見が、第7編の文言を重視して解釈する姿勢を示した点も重要である。既に *Vinson* 事件判決で立法者の期待や動機を根拠に第7編を制限的に解釈することは否定されていたが、*Oncale* 事件判決は文言主義によってこれを補強したのであ

54 See *id.* at 79-80.

55 See *id.* at 80-81.

る。*Bostock* 事件判決では、この文言主義による第7編解釈のあり方が、法廷意見と反対意見との主たる対立点になった。

ステレオタイプに基づく言動が即第7編違反になることを否定し、性別に該当することの証明を要求した *Price Waterhouse* 事件と同様に、*Oncale* 事件判決は同性間ハラスメントが直ちに第7編違反を導くとは考えなかった。*Oncale* 事件判決では、同性間ハラスメントが第7編にいう性差別となりうるケースが3点列挙された。後述するように、後の下級審判例ではこの3つのケースへの該当性を含め、同性間ハラスメントが第7編違反となるかが多くの事件で争われた。いくつかの事例では、同性愛者をもっぱら性的指向に基づいて差別する場合は、*Oncale* 事件判決の挙げた3つのケースのどれにもあらず、第7編の性差別には該当しないとされた。しかし、同性愛者に対するハラスメントの中に第7編に違反するものとそうでないものがあるというのは理解しづらく、混乱を呼ぶことになった。

以上の連邦最高裁の諸判決では、次の点が確認された。第1に、最高裁は一貫して第7編を拡張的に解釈してきた。最高裁は、第7編によって男女の別異扱い全般を打ち砕こうとしたのが連邦議会の意図だったとする *Sprogis* 事件判決の一節を繰り返し引用することによって、拡張的解釈を正当化してきた。第2に、第7編の性差別の規定は階級としての女性全体を差別することではなく、性別に基づいて個人を差別することを禁じているということが確認された。そのため、妊娠している女性のように、女性全体のサブカテゴリーを差別することも禁止されるし、男性への差別も禁止される。また、正確な統計に基づいて女性を別扱いすることも、その統計によって確認された特徴にあてはまらない女性がいる以上、第7編の禁止する差別にあたる。第3に、性別役割分担に関するステレオタイプに基づく言動や別異扱いは、第7編違反を導きうる。ただし、そのようなステレオタイプに基づく言動等は、ただちに第7編違反となるのではなく性差別の証拠になりうるにすぎない。第4に、解雇等の措置が単一の動機ではなく複数の動機でとられたとしても、性別という要素が動機に混入している限りは第7編違反となりうる。第5に、同性間のハラスメントも第7編違反となりうる。

ただし、同性間ハラスメントは直ちに第7編違反になるわけではなく、第7編にいう性差別に該当することが認められなければならない。

これらの諸点はいずれも LGBT 差別の文脈で援用しうるものである。しかし、最高裁は第7編が性的指向と性自認に基づく差別を直接禁じるものとは解してこなかった。ステレオタイプに基づく差別の禁止と同性間ハラスメントの禁止は LGBT を保護しうるものだが、あくまでそれらが性差別にあたることが証明される場合にしか第7編違反は導けないとされた。

ところで、近年連邦最高裁は LGBT の権利に関して重要な判決を下してきた。たとえば同性間の性行為を禁じる州法を第14修正の適正手続条項に違反するとした *Lawrence* 事件判決⁵⁶、上記の婚姻防衛法を違憲とした *Windsor* 事件判決⁵⁷、同性婚を認めない州法を第14修正の適正手続条項と平等条項に違反するとした *Obergefell* 事件判決⁵⁸ がある。これらの判例は第7編の雇用差別に関して判断を示したものではないものの、それに対しても大きな影響を持ちうるものだった。特に *Obergefell* 事件判決以降、第7編が LGBT の保護を欠くことの問題は明らかだった。

④第7編による LGBT 保護に関する連邦控訴裁判例

下級審では長年にわたり数多くの事例で、LGBT 差別が第7編の性差別にあたるが争われてきた。また、第7編以外の法律の解釈においても同様の争点が見られた。ここでは連邦控訴裁判例に限定して整理をしておきたい。

連邦控訴裁では、1970年代から LGBT 差別が第7編等の定める性差別にあたるかが争われてきた。判例は錯綜しており、それを肯定する事例と否定する事例に分かれていた。ただ2016年以前のどの判例も、第7編にいう「性別」が性的指向と性自認を包含すると結論づけたことはなく、あくまで LGBT 差別が性差別にあたる時に限って保護が図られたにすぎない。2012年の *Macy* 事件と2015年の *Baldwin* 事件における EEOC による決

56 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

57 *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013).

58 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

定が、性的指向と性自認の性別への包含を肯定した後、2017年の第2巡回控訴裁の *Christiansen* 事件に付された同意意見が、性的指向が第7編の性別に包含されるという解釈を示した。そして、2017年の第7巡回控訴裁の *Hively* 事件判決で、ついに連邦控訴裁レベルで初めて第7編の性別に性的指向が包含されることが認められた。そして、この判決が2020年の *Bostock* 事件連邦最高裁判決へとつながってゆく。

ここでは、画期となる *Hively* 事件判決が下された2017年以前の判例の傾向を簡単にまとめる。判例で問題とされた事件で最も多いのは、①第7編の下で雇用差別が問題となった事例であり、これは (a) 性的指向・性自認を理由にした雇用における差別的措置(降格、解雇・雇い止め等)が問題になった事例⁵⁹、(b) 同性愛者へのハラスメントが問題になった事例⁶⁰、(c) トランスジェンダーによる職場でのトイレ利用が問題になった事例⁶¹に分かれる。このほか、②トランスジェンダーによるトイレ利用の制限が、第9編が禁じる教育機関における差別として問題になった事例⁶²、③平等信用機会法

59 See e.g., *Holloway v. Arthur Anderson & Co.*, 566 F.2d 660 (9th Cir. 1977) ; *Smith v. Liberty Mutual Insurance Co.*, 569 F.2d 325 (5th Cir. 1978) ; *Blum v. Gulf Oil Corp.*, 597 F.2d 936 (5th Cir. 1979) ; *DeSantis v. Pacific Tel. & Tel. Co., Inc.*, 608 F.2d 327 (9th Cir. 1979) ; *Sommers v. Budget Marketing, Inc.*, 667 F.2d 748 (8th Cir. 1982) ; *Ulane v. Eastern Airlines, Inc.*, 742 F.2d 1081 (7th Cir. 1984) ; *Williamson v. A.G. Edwards and Sons, Inc.*, 876 F.2d 69 (8th Cir. 1989) ; *Smith v. City of Salem*, 378 F.3d 566 (6th Cir. 2004) ; *Barnes v. City of Cincinnati*, 401 F.3d 729 (6th Cir. 2005) ; *Dawson v. Bumble & Bumble*, 398 F.3d 211 (2nd Cir. 2005) ; *Glenn v. Brumby*, 663 F.3d 1312 (11th Cir. 2011).

60 See e.g., *Shepherd v. Slater Steels Corp.*, 168 F.3d 998 (7th Cir. 1999) ; *Higgins v. New Balance Athletic Shoe, Inc.*, 194 F.3d 252 (1st Cir. 1999) ; *Hamner v. St. Vincent Hosp. and Health Care Center, Inc.*, 224 F.3d 701 (7th Cir. 2000) ; *Spearman v. Ford Motor Co.*, 231 F.3d 1080 (7th Cir. 2000) ; *Simonton v. Runyon*, 232 F.3d 33 (2nd Cir. 2000) ; *Bibby v. Philadelphia Coca Cola Bottling Co.*, 260 F.3d 257 (3rd Cir. 2001) ; *Nichols v. Azteca Restaurant Enterprises, Inc.*, 256 F.3d 864 (9th Cir. 2001) ; *Rene v. MGM Grand Hotel, Inc.*, 305 F.3d 1061 (9th Cir. 2002) ; *Vickers v. Fairfield Medical Center*, 453 F.3d 757 (6th Cir. 2006) ; *Prowel v. Wise Business Forms, Inc.*, 579 F.3d 285 (3rd Cir. 2009).

61 See *Kastl v. Maricopa County Community College Dist.*, 325 Fed.Appx. 492 (9th Cir. 2009).

62 See *Dodds v. U.S. Dep't of Educ.*, 845 F.3d 217 (6th Cir. 2016). 第9編は、「合衆国における何人も、性別に基づいて、連邦の財政援助を受けるあらゆる教育プログラムまたは活動に関して、それへの参加を排除され、その利益を否定され、その中で差別にさらされてはならない」と定める。See 20 U. S. C. §1681(a).

の性差別の規定が問題となった事例⁶³、④性暴力を禁じる連邦法である1994年女性に対する暴力法 (Violence Against Women Act of 1994) の規定が争われた事件⁶⁴がある。ちなみに地裁レベルでは、トランスジェンダーに対する呼称が争われた事件もある⁶⁵。①の類型の事案のうち公務員である被用者の権利が問題になる場合には、合衆国憲法第14修正の平等条項違反が主張されることがあった⁶⁶。

既に述べたように、ステレオタイプ論を認めた *Price Waterhouse* 事件判決と、同性間ハラスメントの成立を認めた *Oncale* 事件判決は、LGBT 保護のために援用しうるものだった。控訴裁判所における両判決の受容のあり方は最も重要な論点であるため、最初に確認したい。

まず *Price Waterhouse* 事件判決のステレオタイプ論に依拠したものとして、*Schwenk* 事件判決がある。この事件では、刑務官による強姦未遂を受けた MtF のトランスジェンダーの受刑者が、1994年女性に対する暴力法の一部として設けられた、ジェンダーを動機とする暴力法 (Gender Motivated Violence Act; GMVA) 等に基づいてこの刑務官らを訴えた。GMVA は性別 (gender) に基づく暴力等を禁止していた。第9巡回控訴裁は、連邦議会は本法の性差別の証明が第7編と同様になされることを意図していたと理解した。そこで、*Price Waterhouse* 事件判決のステレオタイプ論を援用したうえで、本件被告の行為は原告の女性的な外観や振る舞いによって動機づけられたものだったとし、それが GMVA の射程内の行為であることを認めた⁶⁷。

同じ第9巡回控訴裁の *Nichols* 事件では、レストランで働く男性従業員が同僚や上司の男性からハラスメントを受け、その後解雇された。当該従業員は女性らしい振る舞いを嘲笑されたり、同性愛者を差別する言葉を投げかけられたりしていた。その従業員は第7編等を援用してかつての使用者を訴

63 See *Rosa v. Park West Bank & Trust Co.*, 214 F.3d 213 (1st Cir. 2000).

64 See *Schwenk v. Hartford*, 204 F.3d 1187 (9th Cir. 2000).

65 See *Prescott v. Rady Children's Hosp.-San Diego*, 265 F. Supp. 3d 1090 (S.D. Cal. 2017).

66 See e.g., *Barnes*, *supra* note 59; *Glenn*, *supra* note 59.

67 See *Schwenk*, *supra* note 64, at 1199-1203.

えた。彼は、自分が男性的ステレオタイプに従わなかったためにハラスメントを受けたと主張した。これに対し裁判所は、*Price Waterhouse* 事件判決のステレオタイプに関する判示は、本件のような女性的であるがゆえに差別された男性にもあてはまるとしたうえで、本件ハラスメントが第7編にいう性差別に該当することを認めた⁶⁸。

Smith 事件では、MtFのトランスジェンダーである市の消防署職員が、トランスジェンダーであることを上司にアウティングした後に解雇されそうになったため、法的措置を準備したところ、報復として停職処分を受けたと主張した。この職員は、男性的でない特徴や外見を表現することによって、性別ステレオタイプに順応しなかったために差別を受けたと主張した。第6巡回控訴裁は *Price Waterhouse* 事件判決の趣旨を確認したうえで、この主張を受け入れた。裁判所は、*Price Waterhouse* 事件判決は第7編の「性別」は男女の生物学的差異に基づく差別だけでなく、ステレオタイプのな性別規範に順応しないことに基づく差別であるジェンダー差別をも包含するという規範を確立したのだと述べた⁶⁹。

このほか第7編ではなく第14修正が争われた *Glenn* 事件がある。この事件では、MtFのトランスジェンダーで、ジョージア州議会法制局の編集者であった者が、自分がトランスジェンダーであることを上司に告げ、その後女性の服装をして現れた。この職員は後に解雇されたため、第14修正に違反する性差別があった等と主張して訴えを起こした⁷⁰。

第11巡回控訴裁判所は *Price Waterhouse* 事件判決のステレオタイプに関する判示部分を確認した後で、次のように述べた⁷¹。「人は、まさにその行動がジェンダー・ステレオタイプに反しているという認識を理由に、トランスジェンダーとして定義される。『トランスジェンダーの人々をトランス

68 See Nichols, *supra* note 60, at 874-75.

69 See Smith, *supra* note 59, at 571-75. 第6巡回控訴裁は、あるポジションから降格されたトランスジェンダーである警察が第7編と第14修正違反を主張した事件でも、ステレオタイプ論に依拠して性差別該当性を認めた。See Barnes, *supra* note 59.

70 Glenn, *supra* note 59, at 1314.

71 See *id.* at 1316-20.

ジェンダーとして定義するまさにその行為が、性別に適した外見や行動に関するステレオタイプと矛盾する。』⁷²「ジェンダー規範に従わないことを理由にトランスジェンダーの個人を差別することは、それが性別やジェンダーに基づくものとして描写されるか否かに関わりなく、性差別である。」そして裁判所は、既存のジェンダー規範に従わないことを理由としてトランスジェンダーを解雇したとき、政府は第 14 修正の性差別の禁止に触れることになる」と結論づけ、本件に関しては第 14 修正違反が認められると判断した。

LGBT に対する差別は性別役割分担に関するステレオタイプを少なくとも一定程度は含むものなので、これらの判例のようにステレオタイプ論により、あらゆる LGBT 差別を性差別と同視して違法とみなすこともありえる。特に *Glenn* 事件判決は、トランスジェンダーに対する差別は直ちに性差別に該当するような説明を行っていた。しかし、いくつかの判例ではそのような解釈は明確に否定され、ステレオタイプ論の援用に歯止めがかけられていた。たとえば郵便局職員が同性からのハラスメントを受けたとして、郵政長官らを第 7 編等により訴えた事例である *Simonton* 事件において、第 2 巡回控訴裁は、原告が援用したステレオタイプに基づく差別の主張に対して、*Price Waterhouse* 事件判決のステレオタイプ理論によって、自動的に性的指向の保護の第 7 編への編入が実現されるものではないと応答した⁷³。

第 2 巡回控訴裁は *Dawson* 事件でもこの点を確認した。レズビアン女性美容師が解雇されたため、使用者である美容院を訴え、第 7 編等の違反を主張した。原告は、女性らしい振る舞いをしなかったことや、伝統的な女性像からずれていたことが解雇の一因だったと主張した。裁判所は、性的指向に基づく差別は第 7 編の射程外であること確認したうえで、*Simonton* 判決を引用し、ステレオタイプ論が自動的に性的指向の保護の第 7 編への編入を実現する手段とされてはならないことを再確認した。そして本件では、差別が

72 *Citing Hona M. Turner, Sex Stereotyping Per Se: Transgender Employees and Title VII*, 95 CAL. L. REV. 561, 563 (2007).

73 *See Simonton, supra* note 60, at 38.

ステレオタイプに基づくという主張には十分な証拠がないとされた⁷⁴。

そもそも *Price Waterhouse* 事件における連邦最高裁判決は、ステレオタイプに基づく発言が必然的に第7編違反の結論を導くものではなく、それが性差別の証拠になりうるにすぎないと述べていた。そのため、*Simonton* 事件判決の解釈は連邦最高裁判決の趣旨に沿ったものだった。しかし、性的指向に基づく差別が、第7編に反する、ステレオタイプに基づく性差別でないことを説明するのは容易でない⁷⁵。LGBT差別は、少なくとも一定程度は性別役割に関するステレオタイプを含むと考えられるからである。

仮にLGBT差別のうち、ステレオタイプに基づく第7編違反の性差別とそうでないものを区別できるとした場合、どのように線引きをすればよいだろうか。この線引きの困難を回避するため、あらゆるLGBT差別をステレオタイプに基づく性差別として第7編違反とするか⁷⁶、逆にLGBT差別においてはステレオタイプの主張を一切認めないとする両極端の解決方法がありうる⁷⁷。しかし、前者に対してはもはや第7編の条文の書き換えに等しいという批判がある⁷⁸。後者の立場に立てば、「女性らしい男性は法律によって雇用差別から保護されるが、それは彼が異性愛者である（またはそう信じられている）場合のみであるという不合理な結論が生じうる」⁷⁹。

したがって、明確な理論的根拠に基づく線引きをする必要があるが、控訴

74 See Dawson, *supra* note 59, at 218-23.

75 判例においてもその点は十分に認識されていた。See *Hively v. Ivy Tech Community College, South Bend*, 830 F.3d 698, 704-6 (7th Cir. 2016) (性的指向に基づく差別が第7編に違反する、ステレオタイプに基づく性差別に該当するかを判断するのが困難であることを同旨の判例を引用しつつ認める。)

76 上記のように *Glenn* 事件判決は、トランスジェンダーに基づく差別がステレオタイプによるもので、第7編に違反することが原則であるかのように述べていた。

77 See *Hively supra* note 75, at 706-7.

78 See *Vickers, supra* note 60, at 764. この事件は同性愛者へのハラメントが問題になった事例である。判決の中では、「ビッカーズ〔本件控訴人〕の主張を認めれば、究極的には事実上第7編を改正して性的指向を差別禁止事由とする効果を持つことになる」と述べられた。

79 *Hamm v. Weyauwega Milk Products, Inc.*, 332 F.3d 1058, 1067 (7th Cir. 2003) (Posner, J. concurring). See also *Prowel, supra* 60, at 292 (「女性らしい異性愛者の男性がジェンダー・ステレオタイプの主張を提起できるのに、女性らしい同性愛者の男性にはそれができないという考えを支持する、法合上または判例法上の根拠はない。」)。

裁判例においてそのような理論的根拠が提示されていたとは思えない。たとえばいくつかの判例では、第7編違反を主張するLGBTの側が、当該不利益扱いがステレオタイプに基づくことを示す、十分な証拠を提示したかが基準とされた。しかし、どの程度の証拠が必要なのかは明らかにされなかった。上記の *Schwenk* 事件では比較的簡単な証拠により、ステレオタイプに基づく差別として第7編違反が認められた⁸⁰。一方で、上記の *Simonton* 事件と *Dawson* 事件では、ステレオタイプの主張が成り立つには証拠が不十分だとされた⁸¹。これらの事例ではどの程度の証拠が必要かは論じられていない。あるいは判例が指摘するように、ゲイが女性らしく、レズビアンが男性らしく振る舞うように、LGBTの被用者が典型的に社会のステレオタイプに適合した行動をすればするほど、ステレオタイプの主張が通りやすくなるという、矛盾した状況にあったのかもしれない⁸²。

次に、同性間ハラスメントに関する *Oncale* 事件判決が、連邦控訴裁にどのように受容されたのかを確認する。先にみたように、同判決はすべての同性間ハラスメントが第7編違反になるものではないとして、第7編に反しうるケースを3点列举していた。同判決以降の控訴裁判例は割れており、同性間ハラスメントの成立を認めるケースと認めないケースがあった⁸³。後者のケースでは、*Oncale* 事件判決が示した3つのケースに該当しないという説明がされた。しかし、同性間ハラスメントの中に性差別になるものとならないものがあるというのも非常に理解しづらい。

Oncale 事件判決の挙げる3事例のうち①は、同性愛者が性的な動機でハ

80 See *Schwenk*, *supra* note 64, at 1202. *Prowel* 事件判決では、第7編の性差別の成立を主張した同性愛者の男性が、女性的な格好や振る舞いをしていたことを示す複数の証拠を認定したうえで、ステレオタイプの主張が十分に成り立ちうるとして、原審の略式判決を破棄・差戻して陪審による審理を求めた。See *Prowel*, *supra* 60, at 291-92.

81 See *Simonton*, *supra* note 60, at 38; *Dawson*, *supra* note 59, at 222-23.

82 See *Hively*, *supra* note 75, at 711.

83 ハラスメントの成立を否定した事例として *Simonton*, *supra* note 60 のほか、*Higgins*, *supra* note 60; *Hamner*, *supra* note 60; *Spearman*, *supra* note 60; *Bibby*, *supra* note 60; *Vickers*, *supra* note 60 等参照。肯定した事例としては *Nichols*, *supra* note 60 のほか、*Shepherd*, *supra* note 60; *Rene*, *supra* note 60 等参照。なお、*Nichols* 事件判決のように、同性間ハラスメントの事例でステレオタイプ論の主張がなされることもあった。

ラスメントを行うケースを想定するため、異性愛者である者が性的な言動を用いてハラスメントを行う場合には第7編違反とはならない⁸⁴。しかし、どのような根拠で、このようなハラスメント行為者の性別や動機による線引きがなされるのか不明である。3事例のうち③は、同性間ハラスメントを受けた者が、職場における別の性別の被用者とは異なった扱いを受けたと示すことができる場合に、第7編違反になるとしていた。性的な言動を含まない、もっぱら性的指向や同性愛嫌悪に基づくハラスメントが問題になった *Hamner* 事件では、性別ではなく性的指向による差別であったため第7編違反にはならないとされたが⁸⁵、なぜこのような同性愛者という集団を差別の対象とするタイプの事例が③のケースに該当しないのか定かでない。このような混乱は、*Oncale* 事件判決の挙げる3事例が十分に練られたものではないためにもたらされた可能性がある。

このようにステレオタイプ論や同性間ハラスメントに関して、連邦控訴裁レベルで明らかな法理上の混乱があった。連邦最高裁による統一的な解釈の提示や、立法的な解決が望ましい状況にあったといえる。

このほか、連邦控訴裁の人種間関係に関する判例にも触れておく必要がある。連邦最高裁は *Loving* 事件判決⁸⁶で、白人と有色人種との間の婚姻を罰する州法は、第14修正の平等保護条項等に違反するとしていた。また、*McLaughlin* 事件判決⁸⁷では、未婚の白人と黒人が同棲等を行うことを罰する州法は、第14修正の平等保護条項に反すると判示された。

このような、付き合う相手の人種を理由とした差別的扱いを禁止するという判例の趣旨は、連邦控訴裁の第7編の事例でも確認された。たとえば *Parr* 事件判決⁸⁸では、黒人女性と婚姻関係にある白人男性が、生命保険会社によって婚姻相手の人種を理由に雇用を拒否されたとして、第7編等の違反を主張

84 Simonton, *id.*; Spearman, *id.*; Bibby, *id.* では性的な言動を含むハラスメントが問題になったが、第7編違反は認められなかった。

85 See Hamner, *supra* note 60, at 704-8.

86 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

87 *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184 (1964).

88 *Parr v. Woodmen of the World Life Ins. Co.*, 791 F.2d 888 (11th Cir. 1986).

した。第 11 巡回控訴裁は、原告が異人種間婚姻・交際に基づく差別を主張するとき、原告自身の人種に基づく差別の申立てとみなすことができると判断した⁸⁹。また、*Holcomb* 事件判決⁹⁰においては、大学のバスケットボールチームで勤めていた者が、自身が黒人女性と婚姻関係にあることを理由に雇用を打ち切られたとして、第 7 編違反を主張した。第 2 巡回控訴裁は、使用者が被用者の交際相手の人種を理由に不利益扱いを行った場合には、当該被用者自身の人種を理由に差別したことになり、第 7 編に違反すると判断した⁹¹。

これらの判例は性的指向に基づく差別にも応用可能である。たとえばゲイである男性社員を差別することは、その社員の交際相手を理由にした差別と解することができるからである。しかし、次に述べる 2010 年代の新たな動向がみられるまでは、この点を明確に認める控訴裁判例は現れなかった。

結局のところ、ステレオタイプ論を展開した *Price Waterhouse* 事件判決も、同性間ハラスメントの違法性を認めた *Oncale* 事件判決も、人種間関係に関する一連の判決も、LGBT 差別が第 7 編に違反するかに関して明確な解答を提示できず、控訴裁の混乱を招いていたといえる。

⑤ 2010 年代の連邦控訴裁判例の新動向

このような混乱は、第 7 編の性別の文言が性的指向・性自認を包含すると解釈できれば解決するものだったが、そのような解釈が示されたことはなかった。しかし、2010 年代に入って流れが大きく変わることになる。

(a) EEOC の 2 つの決定

控訴裁判決に先駆けて、連邦政府職員に関する EEOC の決定において、性

89 *See id.* at 892.

90 *Holcomb v. Iona Coll.*, 521 F.3d 130 (2d Cir. 2008).

91 *See id.* at 138-39. その他の事例として、*Deffenbaugh-Williams v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 156 F.3d 581 (5th Cir. 1998) (異人種間関係に基づいた雇用上の差別は、第 7 編により禁じられている。) 参照。なお、子どもが異人種の男女から生まれたことを理由に雇用上の差別扱いを行うことも、第 7 編にいう人種に基づく差別と認められている。*See Tetro v. Elliott Popham Pontiac, Oldsmobile, Buick, & GMC Trucks, Inc.*, 173 F.3d 988 (6th Cir. 1999) 参照。

的指向・性自認の性別への包含を肯定する解釈が示された⁹²。Macy事件⁹³では、MtFのトランスジェンダーである刑事が、別のポストに移るために素行調査を受けていた。その際に性別変更の希望を申し出たところ、後に予算の都合でそのポストの募集が無くなったと告げられた。この刑事は自分がトランスジェンダーであるために、異動が否定されたのだと主張した。そして、性別、性自認、性的ステレオタイプに基づく差別であり第7編に違反するとして、司法省に権利救済の申立てを行った⁹⁴。

司法省は当時、性差別の申立てと性的指向・性自認に基づく差別の申立てを別個の手続の下で処理していた。性差別のほうは第7編に違反するものとして、連邦規則⁹⁵によって処理され、EEOCの決定にも服するものとされていた。他方で、性的指向・性自認に基づく差別は第7編に明記されていないことから、省独自の手続が設けられていた。この場合はEEOCの管轄外とされていた。これに対し、申立人は性別、性的ステレオタイプ、性自認の主張のすべてが第7編に反するので、連邦規則の適用を受けると論じた⁹⁶。

EEOCはステレオタイプ論を展開したPrice Waterhouse事件判決の趣旨を確認した後、同判決に従ってLGBTの差別を第7編違反とした下級審判例を概観した。そして、第7編違反を導くためには、このステレオタイプ論に依拠する以外に、別の性別であれば差別されなかったであろうことを証明する方法(いわゆるbut-forテスト)もあるとする⁹⁷。そのうえで、EEOCは結論として次のように述べた。「われわれはある人がトランスジェンダーであることを理由に、その人を意図的に差別することは、定義上『性別……に

92 連邦政府職員に関しては§2000e-16の規定の適用が問題になる。同条(a)は、連邦政府職員等に関する「すべての人事上の措置は、人種、肌の色、宗教、性別または国民的起源に基づく差別無しになされなければならない」と定め、同条(b)以下が特別な救済手続を設けている。

93 Macy v. Holder, No. 0120120821, 2012 WL 1435995 (E.E.O.C. Apr. 20, 2012).

94 See *id.* at 1-4.

95 See 29 CFR Part 1614. この規則は、連邦公務員の雇用上の権利に関する詳細を定めている。

96 See Macy, *supra* note 93, at 4-7.

97 See *id.* at 11-20.

基づく』差別であり、それゆえ第7編に違反すると結論づける」⁹⁸。かくして EEOC は、申立人による性別、性的ステレオタイプ、性自認の主張のすべてが連邦規則の下で処理されるべきであるとし、事件を司法省に差し戻した。

このように EEOC は、結論的には第7編の性別に性自認が包含されることを明言したが、理由づけは簡素で分かりづらく、*Price Waterhouse* 事件判決のステレオタイプ論を援用して第7編違反を導いた、上記の連邦控訴裁判例との違いはそれほど明確ではなかった。

Baldwin 事件⁹⁹では、フロリダ州マイアミで航空交通管制のスペシャリストとして働いていた男性が、希望していた職に就任できなかったことが争われた。この男性は、過去に上司が自分の性的指向について否定的なコメントをしていたことから、上記の職の選考において性的指向に基づく差別があったと運輸省に申し立てた。運輸省は、本件申立ては手続上の要件を満たさないと判断した。また、運輸省は性的指向に基づく差別は連邦規則に服さず、省独自の手続の対象であることを通知した。男性は EEOC に上訴した¹⁰⁰。

EEOC は第7編の性別には性的指向が包含されると判断した。その理由として、EEOC は主に次のように説明した。第1に、性的指向に基づく差別は性別を理由にした不利益扱いを必然的に伴う。レズビアン¹⁰¹の被用者 A が女性配偶者の写真を掲げたことを理由に処分を受ける一方で、男性被用者が女性配偶者の写真を掲げて処分されない場合、A は、自分が男性であれば下されなかった処分を受けたと主張できる。これは性別が違法に考慮されたことを意味するので、第7編の下での正当な主張である¹⁰¹。

第2に、性的指向に基づく差別は性別に基づく関係差別であるため、性差別に該当する。すなわち、性的指向に基づいて差別がなされるとき、使用

98 *See id.* at 21.

99 *Baldwin v. Foxx*, No. 0120133080, 2015 WL 4397641 (July 15, 2015). この決定を紹介するものとして、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148-50頁(2019)参照。

100 *See id.* at 1-3.

101 *See id.* at 7. この部分は but-for テストの適用を示唆するものである。現に後の箇所で EEOC は、but-for テストを用いて性的指向が性別に包含されると述べている。*See id.* at 14.

者は被用者が同性の者と交際していることを理由に別異扱いをしているのだから、その被用者の性別を考慮していることになる。ゲイの被用者が不利益処分を受けるとき、彼が男性と交際していることがその処分の理由となっている。その被用者が女性であれば、そのような処分はなされないはずである。それゆえ、この被用者は第7編にいう性差別の主張を行うことができる¹⁰²。

第3に、性的指向に基づく差別はジェンダー・ステレオタイプに基づく差別を伴うため、性差別に該当する。性的指向に基づく差別やハラスメントは、しばしば異性愛的に定義づけられた性別規範を強制する願望によって動機づけられている¹⁰³。

EEOCは、いくつかの反対説に対する反論も行っている。第1に、1964年の連邦議会は性的指向への適用を意図していなかったという見解に対して、「法令による禁止はしばしば主たる弊害を超えて、合理的にみて同等といえる種々の弊害をカバーする」という *Oncale* 事件判決の一節を引用し、第7編の規定が異性愛者に限定される理由はないと述べた¹⁰⁴。

第2に、連邦議会は性的指向に基づく差別を禁止する立法を議論してきたが、いまだ可決していないという点に対しては、議会の不作為から意図を導き出すことには慎重であるべきとする連邦最高裁判例¹⁰⁵を引用し、批判している¹⁰⁶。

EEOCは、性的指向に基づく差別の主張は連邦規則により処理できると結論づけた¹⁰⁷。EEOCは手続の問題に関しても申立人の主張を認め、事件を運輸省に差し戻した。

(b) *Christiansen* 事件

連邦控訴裁にも変化が現れてきた。*Christiansen* 事件¹⁰⁸では、広告代理

102 *See id.* at 8-9 (この判断にあたり、異人種間婚姻等の人種間の関係差別に関する判例が引用されている。)

103 *See id.* at 9-11.

104 *See id.* at 12-13.

105 *Pension Benefit Guar. Corp. v. LTV Corp.*, 496 U.S. 633, 650 (1990).

106 Baldwin, *supra* note 99, at 13.

107 *See id.* at 14 (ただし、各機関が独自に設けている権利救済手続を維持することは許されるとされた。)

108 *Christiansen v. Omnicom Group, Inc.*, 852 F.3d 195 (2nd Cir. 2017).

店で働くゲイであり HIV 陽性者であった社員が、直属の上司から女性的な側面や性的指向を嘲笑される等のハラスメントを受けた。また、この社員が HIV 陽性者であったことを隠していたにもかかわらず、彼が陽性者であることを示唆するような発言を行った。社員の側が第 7 編の違反を主張して訴えを起こしたが、地裁では性的指向に基づく差別の主張は第 7 編により認められないとして敗訴したため、控訴裁に上訴した¹⁰⁹。

本件は、第 2 巡回控訴裁の 3 名の判事による合議体 (panel) により審理された。原告は第 2 巡回の先例である *Dawson* 事件判決と *Simonton* 事件判決を覆し、第 7 編の性別が性的指向を包含すると判示すべきだと主張した。法廷意見はこの主張に対し、判例変更には全員法廷 (en banc) による判決が必要になるとだけ述べ、明確な立場を示さなかった。一方で、*Price Waterhouse* 事件判決のステレオタイプ論によって、第 7 編違反を認めることができるとした。上記のようにステレオタイプ論の用い方には控訴裁の間で混乱があったが、法廷意見は同性愛者が異性愛者に比べ、ステレオタイプ論による保護が劣ると解するべきではないとし、本件でも第 7 編違反の可能性があると考えた。そのため、本件における第 7 編違反成立の可能性を判断させるべく、原審に差し戻した¹¹⁰。

注目されるのは、本判決に付されたカッツマン (Robert A. Katzmann) 首席判事による同意意見である。カッツマン判事は、近年の法的発展を踏まえ、適当な機会に *Simonton* 事件判決と *Dawson* 事件判決を覆すべきだと明言したのである。

カッツマン判事は 3 つの根拠を挙げた。第 1 に but-for テストを用いた正当化がなされた。すなわち同性愛者は、自己の性別が無ければ不利益扱いを受けなかったであろうと証明することで、第 7 編違反を立証できるとされた¹¹¹。

第 2 に、カッツマン判事は関係差別論を援用する。第 2 巡回控訴裁は前

109 See *id.* at 198-99.

110 See *id.* at 199-201.

111 See *id.* at 202-4 (Katzmann, J., concurring).

掲 *Holcomb* 事件判決で、交際相手の人種を理由にした差別が第7編に違反すると述べていた。カッツマン判事は、第7編に列挙された属性は同一に扱われるとした *Price Waterhouse* 事件判決¹¹²を引用しつつ、人種に関する関係差別の法理は性別にもあてはまると述べた。そして、原告が交際相手の性別を理由に差別されたことを証明した場合には、第7編の性差別が成立するとしたのである¹¹³。

第3はステレオタイプ論である。カッツマン判事は、性的指向に関するステレオタイプが、*Price Waterhouse* 事件判決という違法な性差別の射程外にあるとの主張は擁護できないという。カッツマンは第2巡回の先例である、原告のステレオタイプの主張を斥けた前掲 *Simonton* 事件、*Dawson* 事件の各判決を批判し、ステレオタイプ差別のうち許容できるものと許容できないものを区別しえないと論じた¹¹⁴。

最後にカッツマン判事は、連邦最高裁の *Lawrence* 事件判決、*Obergefell* 事件判決を挙げ、上記の *Simonton* 事件判決等の先例が下されてからの法的状況の変化と、社会の理解の進展に言及している¹¹⁵。

112 *Price Waterhouse*, *supra* note 47, at 243, fn. 9.

113 *See Christiansen*, *supra* note 108, at 204-5 (Katzmann, J., concurring).

114 *See id.* at 205-6.

115 *See id.* at 206. この判決が下されたのは3月27日だった。その数日前の10日には、第11巡回控訴裁が、*Evans v. Georgia Regional Hospital*, 850 F.3d 1248 (11th Cir. 2017)において、性的指向に基づく第7編違反の主張を斥けていた。同性愛者であるエバンス (Jameka Evans) は、ジョージア州の病院で警備員として勤務していた間、様々な嫌がらせや不平等な扱いを受けたと主張し、訴えを起こした。裁判所は、第5巡回の先例である *Blum* 事件判決 (*Blum*, *supra* note 59) に依拠し、エバンスの主張を退けた。エバンスは *Price Waterhouse* 事件判決と *Oncale* 事件判決判決を援用したが、多数意見はこれらの判決が *Blum* 事件判決に依拠しない理由にはならないと論じた。プライヤー (William H. Pryor Jr.) 判事の同意意見は、エバンスが提示するステレオタイプ論は、むしろ同性愛者に一律のステレオタイプを押し付けるものであると論じた。また、同性愛者の雇用差別からの保護は裁判所でなく議会によるべきであるとした。これに対し、ローゼンバウム (Robin S. Rosenbaum) 判事の一部同意・一部反対意見は、ステレオタイプ論に依拠して第7編違反を認めた。この当時においても、連邦控訴裁レベルでステレオタイプ論の扱いにコンセンサスがなかったことがわかる。

差別禁止法の一断面 (1)

(別表) 連邦議会に提出された LGBT に対する差別禁止法案

法案タイトル	法案番号 (S. は上院を, H.R. は下院を 指す)・議会回次	法案提出期日	法案提出者 [政党・選挙区]	共同 提案者数	性自認の 規定の有無
Equality Act	H.R.14752, 93rd Cong. (1974)	05/14/1974	Rep. Abzug, Bella S. [D-NY-20]	0	無
Civil Rights Amendments	H.R.166, 94th Cong. (1975)	01/14/1975	Rep. Abzug, Bella S. [D-NY-20]	4	無
Civil Rights Amendments	H.R.451, 95th Cong. (1977)	01/04/1977	Rep. Koch, Edward I. [D-NY-18]	10	無
A bill to prohibit employment discrimination on the basis of sexual orientation	S.2081, 96th Cong. (1979)	12/05/1979	Sen. Tsongas, Paul E. [D-MA]	3	無
A bill to prohibit discrimination on the basis of sexual orientation	S.1708, 97th Cong. (1981)	10/06/1981	Sen. Tsongas, Paul E. [D-MA]	6	無
A bill to prohibit employment discrimination on the basis of sexual orientation	S.430, 98th Cong. (1983)	02/03/1983	Sen. Tsongas, Paul E. [D-MA]	8	無
Civil Rights Amendments Act of 1985	S.1432, 99th Cong. (1985)	07/15/1985	Sen. Kerry, John F. [D-MA]	9	無
Civil Rights Amendments Act of 1987	S.464, 100th Cong. (1987)	02/04/1987	Sen. Cranston, Alan [D-CA]	9	無
Civil Rights Amendments Act of 1989	H.R.655, 101st Cong. (1989)	01/24/1989	Rep. Weiss, Ted [D-NY-17]	79	無
Civil Rights Amendments Act of 1991	S.574, 102nd Cong. (1991)	03/06/1991	Sen. Cranston, Alan [D-CA]	16	無
Civil Rights Amendments Act of 1993	H.R.423, 103rd Cong. (1993)	01/05/1993	Rep. Towns, Edolphus [D-NY-10]	0	無
Employment Non- Discrimination Act of 1994	S.2238, 103rd Cong. (1994)	06/23/1994	Sen. Kennedy, Edward M. [D-MA]	30	無
Employment Non- Discrimination Act of 1994	H.R.4636, 103rd Cong. (1994)	06/23/1994	Rep. Studds, Gerry E. [D-MA-10]	137	無
Employment Nondiscrimination Act of 1995	S.932, 104th Cong. (1995)	06/15/1995	Sen. Jeffords, James M. [R-VT]	30	無
Employment Non- Discrimination Act of 1995	H.R.1863, 104th Cong. (1996)	06/15/1995	Rep. Studds, Gerry E. [D-MA-10]	142	無
Employment Nondiscrimination Act of 1996	S.2056, 104th Cong. (1996)	09/05/1996	Sen. Kennedy, Edward M. [D-MA]	3	無
Civil Rights Amendments Act of 1998	H.R.365, 105th Cong. (1997)	01/07/1997	Rep. Towns, Edolphus [D-NY-10]	0	無
Employment Non- Discrimination Act of 1997	S.869, 105th Cong. (1997)	06/10/1997	Sen. Jeffords, James M. [R-VT]	34	無
Employment Non- Discrimination Act of 1997	H.R.1858, 105th Cong. (1997)	06/10/1997	Rep. Shays, Christopher [R-CT-4]	160	無
Civil Rights Amendments Act of 1999	H.R.311, 106th Cong. (1999)	01/06/1999	Rep. Towns, Edolphus [D-NY-10]	1	無
Employment Non- Discrimination Act of 1999	S.1276, 106th Cong. (1999)	06/24/1999	Sen. Jeffords, James M. [R-VT]	36	無
Employment Non- Discrimination Act of 1999	H.R.2355, 106th Cong. (1999)	06/24/1999	Rep. Shays, Christopher [R-CT-4]	173	無
Civil Rights Amendments Act of 2001	H.R.217, 107th Cong. (2001)	01/03/2001	Rep. Towns, Edolphus [D-NY-10]	0	無
Employment Non- Discrimination Act of 2002	S.1284, 107th Cong. (2002)	07/31/2001	Sen. Kennedy, Edward M. [D-MA]	44	無

法案タイトル	法案番号 (S. は上院を, H.R. は下院を 指す)・議会回次	法案提出期日	法案提出者 [政党・選挙区]	共同 提案者数	性自認の 規定の有無
Employment Non-Discrimination Act of 2001	H.R.2692, 107th Cong. (2001)	07/31/2001	Rep. Shays, Christopher [R-CT-4]	193	無
Equal Rights and Equal Dignity for Americans Act of 2003	S.16, 108th Cong. (2003)	01/07/2003	Sen. Daschle, Thomas A. [D-SD]	27	無
Employment Non-Discrimination Act of 2003	S.1705, 108th Cong. (2003)	10/02/2003	Sen. Kennedy, Edward M. [D-MA]	43	無
Employment Non-Discrimination Act of 2003	H.R.3285, 108th Cong. (2004)	10/08/2003	Rep. Shays, Christopher [R-CT-4]	180	無
Civil Rights Amendments Act of 2005	H.R.288, 109th Cong. (2005)	01/06/2005	Rep. Towns, Edolphus [D-NY-10]	0	無
Employment Non-Discrimination Act of 2007	H.R.2015, 110th Cong. (2007)	04/24/2007	Rep. Frank, Barney [D-MA-4]	184	有
Employment Non-Discrimination Act of 2007	H.R.3685, 110th Cong. (2007)	09/27/2007	Rep. Frank, Barney [D-MA-4]	9	無 (HR2015 から性自認 削除)
Employment Non-Discrimination Act of 2009	H.R.3017, 111th Cong. (2009)	06/24/2009	Rep. Frank, Barney [D-MA-4]	203	有
Employment Non-Discrimination Act of 2009	S.1584, 111th Cong. (2009)	08/05/2009	Sen. Merkley, Jeff [D-OR]	45	有
Employment Non-Discrimination Act	H.R.1397, 112th Cong. (2011)	04/06/2011	Rep. Frank, Barney [D-MA-4]	171	有
Employment Non-Discrimination Act of 2011	S.811, 112th Cong. (2012)	04/13/2011	Sen. Merkley, Jeff [D-OR]	43	有
Employment Non-Discrimination Act of 2013	S.815, 113th Cong. (2014)	04/25/2013	Sen. Merkley, Jeff [D-OR]	56	有
Employment Non-Discrimination Act of 2013	H.R.1755, 113th Cong. (2013)	04/25/2013	Rep. Polis, Jared [D-CO-2]	206	有
Equality Act	H.R.3185, 114th Cong. (2015)	07/23/2015	Rep. Cicilline, David N. [D-RI-1]	178	有
Equality Act	S. 1858, 114th Cong. (2015)	07/23/2015	Sen. Merkley, Jeff [D-OR]	42	有
Equality Act	H.R.2282, 115th Cong. (2017)	05/02/2017	Rep. Cicilline, David N. [D-RI-1]	201	有
Equality Act	S. 1006, 115th Cong. (2017)	05/02/2017	Sen. Merkley, Jeff [D-OR]	47	有
Equality Act	H.R.5, 116th Cong. (2019)	03/13/2019	Rep. Cicilline, David N. [D-RI-1]	240	有
Equality Act	S. 788, 116th Cong. (2019)	03/13/2019	Sen. Merkley, Jeff [D-OR]	46	有
Equality Act	H.R.5, 117th Cong. (2021)	02/18/2021	Rep. Cicilline, David N. [D-RI-1]	224	有
Equality Act	S. 393, 117th Cong. (2021)	02/23/2021	Sen. Merkley, Jeff [D-OR]	48	有