

# 1964年公民権法第7編における 「性別に基づく差別」の解釈

石田 若菜

## 目次

はじめに

### I 第7編「性別に基づく差別」の概要および理解の変遷

#### 1 概要—内容と手続

- (1) 内容
- (2) 手続

#### 2 理解の変遷

- (1) 連邦最高裁—Hopkins判決とOncale判決
- (2) EEOC—Baldwin v. Foxx決定
- (3) 連邦控裁の分断状況

### II Hively v. Ivy Tech Community College of Indiana判決

- 1 事実の概要
- 2 判旨

### III 検討

#### 1 第7編の「性別」概念の拡張解釈について

- 2 「性別に基づく差別」から「性的指向に基づく差別」への拡張解釈について
  - (1) 多数意見
  - (2) その他の意見
  - (3) 法文上の「性別」概念拡張の可能性

おわりに

## はじめに

1964年公民権法第7編（Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 以下「第7編」）は、雇用分野における「人種、肌の色、宗教、性別または出身国」を理由とする／に基づく（because of / on the basis of）差別を禁止する<sup>1</sup>。

この第7編にいう「性別に基づく差別<sup>2</sup>」に関し、連邦最高裁は、1989年Price

---

1 42 U.S.C. § §2000e-2 *et seq.*

2 以下では、判例上も“sex”と“gender”が互換的に用いられていることをふまえ、原則として両者ともに「性別」と訳出する。

Waterhouse v. Hopkins判決<sup>3</sup> (以下「Hopkins判決」)において「性的ステレオタイプに基づく差別」が、1998年Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.判決<sup>4</sup> (以下「Oncale判決」)において「同性間のセクシュアルハラスメント」が、それぞれ禁止されることを明らかにしてきたが、「性的指向に基づく差別」や「性自認に基づく差別」の禁止について言及したことはこれまで一度もない。また、連邦地裁および連邦控裁においても、第7編における性別への言及はあくまで性別により描写されるクラスを意味するとの理解が一般的であり<sup>5</sup>、「性的指向に基づく差別」と「性自認に基づく差別」は第7編の対象外とされてきた。

しかし、同性婚を禁止する州法について連邦最高裁が合衆国憲法第14修正に基づき違憲と判示したObergefell v. Hodges判決<sup>6</sup> (以下「Obergefell判決」)以降、第7編における「性別に基づく差別」には「性的指向に基づく差別」および「性自認に基づく差別」が含まれるとする方向での法解釈の変化の兆候がみられるようになってきている。

その中において重要な位置を占めるのは、Hively v. Ivy Tech Community College判決<sup>7</sup> (以下「Hively判決」)である。本判決において、第7巡回区連邦控訴裁判所は、連邦控裁として初めて「純粋な制定法解釈の問題」として、「比較方法論 (comparative method)」および「関係性理論 (associational theory)<sup>8</sup>」という2つのアプローチから、「性的指向に基づく差別」を性差別の一類型であると判示した。本判決は、それ自身が自覚するように、Hopkins判決とOncale判決の延長上にあると同時に、Romer v. Evans<sup>9</sup>、Lawrence v. Texas<sup>10</sup>、United States v. Windsor<sup>11</sup> (以下、それぞれ「Romer判決」、 「Lawrence判決」、

3 490 U.S. 228 (1989).

4 523 U.S. 75 (1998).

5 Am. Jur. 2d, Job Discrimination § 138.

6 576 U.S. 一, 135 S.Ct. 2584 (2015).

7 853 F.3d 339 (7th Cir. 2017) (en banc).

8 “association” という文言には、「つながり」や「交友関係」、「結合」、「団体」といった意味があり、とりわけここではパートナーの性別を理由とする差別は自分の性別を理由とする差別であるということの内容とするものであるが、本稿ではこれを「関係」として訳出する。

9 517 U.S. 620 (1996).

10 539 U.S. 558 (2003).

11 570 U.S. 744 (2013).

「Windsor判決」およびObergefell判決という同性愛／同性婚に関する一連の連邦最高裁の判決の延長上にある。

本稿は、第7編における「性別に基づく差別」に「性的指向に基づく差別」が含まれるかを主題として、Hively判決および関連する決定や判決を検討するものである。本稿で検討する決定・判決は、いずれも第7編という法律上の「性別に基づく差別」が主たる対象であるところ、当然ながら、憲法上の疑わしい（またはそれに準ずる）区分の問題や違憲審査基準の問題は直接の対象ではない。しかしながら、これらを参考に「性別に基づく差別」を再構成することができるならば、そこでの議論は、第7編という脈絡を超えた憲法・法律の解釈にも通じうるより一般的で重要な示唆を有しているものと思われるのである。

そこで、以下では、このような問題意識の下で、「性的指向に基づく差別」を中心に、第7編「性別に基づく差別」の概要および理解の変遷を確認したのち（第I章）、Hively判決の多数意見と少数意見を紹介し（第II章）、最後に、法文上の「性別」概念拡張の可能性について考察していく（第III章）。

## I 第7編「性別に基づく差別」の概要および理解の変遷

### 1 概要—内容と手続

#### (1) 内容

第7編は、使用者など雇用に関わる者が労働者の募集・採用から解雇に至る雇用におけるあらゆる場面で「個人の人種、肌の色、宗教、性別または出身国」という保護された特性に基づく差別を禁止する<sup>12</sup>。同法の適用を受けるには、当該差別的行為がこれら保護された特性に基づく差別である必要がある。

ここにいう性差別と判断された事例には、たとえば、航空会社が客室乗務員として女性の採用しか認めず男性の採用を拒否した事例（Diaz v. Pan Ameri-

12 第7編の詳細な内容については、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7編を中心に（1, 2, 3・完）」成城法学4号（1979）1-35頁、5号（1979）145-179頁、6号（1980）29-69頁、高橋一修「アメリカの男女差別判例の動向（二・完）—公民権法第7編・雇用差別判例」ジュリスト730号（1980）69-78頁、藤本茂『米国雇用平等法の理念と法理』（かもがわ出版・2007）、相澤美智子『雇用差別への法的挑戦』（創文社・2012）等参照。

can World Airways, Inc.<sup>13)</sup> や航空会社における女性の客室乗務員の結婚退職制が問題となった事例 (Sprogis v. United Air Lines, Inc.<sup>14)</sup> などがある。

## (2) 手続

第7編など雇用差別に係る法令を管理・執行する機関として、雇用機会均等委員会 (Equal Employment Opportunity Commission, 以下「EEOC」) が設置されている。雇用差別の被害者たる労働者は、まずEEOCに対して救済の申立てを行う<sup>15)</sup>。EEOCは、この申立てに基づき、調査を実施し、違法行為があったと信じるに足りる相当の理由があった場合には調停によって解決の促進を図る。このような自主的解決が困難な場合には、EEOCが申立人のために訴訟を提起する、あるいは、EEOCが申立人に対し訴権付与状を送達して申立人が訴訟を提起する、という手続となる<sup>16)</sup>。ただし、とくに相手方が連邦や州政府である場合などには例外があり、本稿との関連では、申立人が連邦の職員である場合には、第一段階として差別発生から原則45日以内に雇用機会均等カウンセラー (Equal Employment Opportunity Counselor, 以下「EEOカウンセラー」) と連絡をとる必要があること、また、連邦当局の最終決定に対して原則30日以内にEEOCに不服申立てをする権利があること、などの例外がある<sup>17)</sup>。

## 2 理解の変遷

### (1) 連邦最高裁—Hopkins判決とOncale判決

冒頭で触れた通り、第7編の「性別に基づく差別」の解釈にあたっては、「性的ステレオタイプに基づく差別」に関するHopkins判決と「同性間のセクシュ

13 442 F.2d 385 (5th Cir. 1971), *cert. denied*, 404 U.S. 950 (1971).

14 444 F.2d 1194 (7th Cir. 1971), *cert. denied*, 404 U.S. 991 (1971).

15 なお、この救済の申立ては、訴訟提起の前提条件とされている。また、同様の州の機関がある場合には、まず州機関に救済の申立てを行い、手続終了後にEEOCへの申立てが可能となる。

16 EEOCについては、奥山・前掲注12や高橋・前掲注12、相澤・前掲注12 143頁以下のほか、岡田高嘉「アメリカにおける雇用差別禁止法の解釈をめぐる最高裁と雇用機会均等委員会 (EEOC) の対立」大阪府立大学経済研究53巻4号 (2008) 69-95頁等参照。

17 詳細については、[https://www.eeoc.gov/federal/fed\\_employees/complaint\\_overview.cfm](https://www.eeoc.gov/federal/fed_employees/complaint_overview.cfm)参照 (2019/05/14最終閲覧)。

アルハラメント」に関するOncale判決が重要な先例として位置づけられる。とりわけ、前者は「性的指向に基づく差別」または「性自認に基づく差別」が性別の考慮に関わるという文脈やこれらが「性的ステレオタイプに基づく差別」に該当するという文脈で引用され、後者は「性別に基づく差別」の拡張解釈の拠り所として用いられている。

① Price Waterhouse v. Hopkins判決<sup>18</sup>

Hopkins事件では、Ann Hopkins（女性）が女性らしい振る舞いをしていないことを理由に、会計事務所の共同経営者になることを拒否されたことが問題となった。連邦最高裁（Brennan裁判官による相対多数意見）は、「性的ステレオタイプに基づく差別」（ここでは、共同経営者になるために、より女性らしく歩き、より女性らしく話し、より女性らしい服装をすることなどが求められた）について、第7編の下で違法な性差別であると判示した。

同判決は、第7編は使用者が雇用の決定を行う際の「性別に基づく考慮に依拠すること」または「性別を考慮に入れること」にも関わりとし<sup>19</sup>、「連邦議会は、〔第7編によって〕使用者が個人の性別を理由として差別することを禁止するにあたり、性的ステレオタイプから生じる男女の異なる扱いの全領域を攻撃することを意図していた」と説明した<sup>20</sup>。また、第7編にいう「個人の人種、肌の色、宗教、性別または出身国」という列挙事由はいずれも「まったく同じ」に扱われることを確認している<sup>21</sup>。

② Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc. 判決<sup>22</sup>

Oncale事件では、石油プラットフォームで働いていたJoseph Oncale（男性）

18 同判決については、松田保彦「会計事務所の女性職員が共同経営者への昇格を拒否されたいわゆる動機競合事件において、性別が人事決定に役割を果たしていることを原告が立証した場合、被告は原告の性別を考慮に入れなかったとしても同じ決定をしたであろうことを優勢証拠によって示すことにより法違反の責を免れ得るとした事例—Price Waterhouse v. Ann Hopkins, 109 S.Ct. 1775 (1989)」[1991-2] アメリカ法 (1992) 315-320頁、相澤・前掲注12 267頁以下等参照。

19 Hopkins, 490 U.S. at 242.

20 *Id.* at 251 (quoting *Los Angeles Department of Water & Power v. Manhart*, 435 U.S. 702, 707 n. 13 (1978)).

21 *Id.* at 243 n. 9.

22 同判決については、相澤・前掲注12 431頁以下等参照。

が男性の同僚から繰り返しセクシュアルハラスメントを受けたことを理由に最終的に辞職せざるをえなくなったことが問題となった。連邦最高裁 (Scalia裁判官による法廷意見 (全員一致)) は、「同性間のセクシュアルハラスメント」(ここでは、男性の同僚による男性労働者への性的に屈辱的な言動) について、第7編の下で違法な性差別であると判示した。

同判決は、「職場における男性から男性に対するセクシュアルハラスメントは、たしかに第7編の制定当時に連邦議会が懸念していた主要な害悪 (principal evil) ではない」が、「法的な禁止はしばしば主要な害悪を超えて合理的に同等な害悪 (reasonably comparable evils) に及び、最終的に我々に適用されるのは、立法者の主要な関心ではなく、法律の規定である」と述べている<sup>23</sup>。

## (2) EEOC—Baldwin v. Foxx決定

このような拡張解釈の一方で、「性的指向に基づく差別」に対しては、第7編による性差別の禁止が及ばないと考えるのが一般的であった。このような理解を打ち崩すきっかけとなったのがEEOCによるBaldwin v. Foxx決定<sup>24</sup> (以下「Baldwin決定」) である。ただし、EEOCによる第7編の解釈は、裁判所を法的に拘束しない。

本件では、マイアミ国際空港の航空管制塔で働くゲイのDavid Baldwinが、連邦航空局 (Federal Aviation Administration, FAA) によって臨時雇用から終身雇用への移行を認められなかったことが問題となった。Baldwinの申立てに対して、FAAは、適時性と管轄権について指摘し、当該申立てを却下する決定をしていた。

EEOCは、適時性に関してBaldwinからEEOカウンセラーへの最初の連絡が期間内であったと判断したうえで、管轄権に関して第7編の射程の議論に入っていく<sup>25</sup>。EEOCは、「性的指向は第7編に雇用行為の禁止基準として明示的に列挙されていない」けれども、第7編が性的指向に基づく差別に及ぶか否かは「性差別の申立てに関する第7編の他の事例と同様である」<sup>26</sup>、すなわち第7編の適用範囲は「当局が不服申立てを受けた雇用行為を行う際に「性別に基づく

23 *Oncale*, 523 U.S. at 79.

24 EEOC Appeal No. 0120133080, 2015 WL 4397641 (July 16, 2015).

25 *Id.* at \*3-5.

26 *Id.* at \*5-6.

考慮に依拠したか」または「性別を考慮に入れたか」によって定まると述べた<sup>27</sup>。そのうえで、EEOCは、性的指向は「本質的に (inherently)」性別に基づく考慮に関わり、また、性的指向に基づく差別の主張は「必然的に (necessarily)」第7編における性別に基づく差別の主張であると結論づけ、FAAによる最終決定を破棄差戻した<sup>28</sup>。

この性別に基づく差別と性的指向に基づく差別の間の「不可避の結び付き (inescapable link)」について、EEOCは、つぎの3点から説明する<sup>29</sup>。第一は、性的指向に基づく差別は「必然的に」個人の性別に基づく差別に関連するというものである。EEOCによれば、たとえば、職場の机の上に同性愛者である女性と異性愛者である男性が同じように女性配偶者の写真を飾っていた場合に、使用者が前者のみを処分したとすれば、同性愛者の女性は彼女が男性だったならば使用者は反対の行動をとった、すなわち使用者は性別を考慮に入れて労働者の取扱いを決定したと主張しうるだろうという<sup>30</sup>。

第二は、性的指向に基づく差別は性別に基づく「関係の差別」つまり労働者が付き合う相手の特性に基づく差別であるというものである<sup>31</sup>。EEOCは、EEOCと裁判所が第7編について労働者の他の人種との付き合い（友人関係や異人種間の婚姻など）に基づく差別を禁止していると一貫して結論づけてきたとして人種差別を例に出す<sup>32</sup>。そして、第7編は性別を含む列挙された事由を「まったく同じ」として扱うため、第7編は、使用者に対し、たとえばある個人が同性愛関係にあるという事実に基づいてある使用者を他の使用者より不利に扱うことを妨げるという<sup>33</sup>。

第三は、性的指向は「必然的に」性的ステレオタイプに基づく取扱いを意味するというものである。EEOCは、第7編はすでに「自身の容姿、仕事または行動に基づいて、不十分に「男性的」または「女性的」とみなされることを理由に」不利な取扱いを受けたと主張する個人を保護しているとし、同性愛者に

27 *Id.* (quoting *Hopkins*, 490 U.S. at 242).

28 *Id.* at \*6.

29 *Id.*

30 *Id.* at \*7.

31 *Id.* at \*8.

32 *Id.*

33 *Id.* at \*8-9 (quoting *Hopkins*, 490 U.S. at 243 n. 9).

対する差別の根拠となりうる性的ステレオタイプには「公然の男性的または女性的な行動」に関する想定以上のものが含まれているという<sup>34</sup>。すなわち、使用者が同性愛者の労働者に対し、「[真の]男性は男性ではなく女性と付き合うべきである」という信念に基づいて、「女々しいかどうか」で、差別する可能性があるがゆえに、同性愛者に関するステレオタイプは明らかに「男性と女性の適切な役割に関するステレオタイプ」を含むという<sup>35</sup>。

EEOCは、最後に、この決定に対する2つの批判を想定し、あらかじめ反論している。1点は、連邦議会が第7編について性的指向に基づく差別を対象とすることを予見していなかったことに関連する。この点、EEOCは、第7編のような法律による禁止はしばしば「合理的に同等な害悪」を対象とするために可決時に取り組むことに決めた特定の害悪を超えるものであること、また、「最終的には、立法者の主要な関心ではなく法律の規定」が適用されることを主張している<sup>36</sup>。もう1点は、連邦議会が雇用分野における性的指向に基づく差別を明示的に禁止する法案について議論しながらも可決しなかったことに関連する。この点、EEOCは、連邦議会の不作為が第7編の射程の解釈に影響を与えるべきではなく、反対に、たとえば第7編は「すでに提示されている変化を組み込んでいる」といった「いくつかの等しく優位な推論をそのような不作為から引き出すこともできる」と主張している<sup>37</sup>。

このように、Baldwin決定は、Hively判決の用語を借りるならば、①比較方法論、②関係性理論および③性的ステレオタイプの理論を根拠として、性的指向に基づく差別の申立てを性別に基づく差別の申立てであると結論づけた。

### (3) 連邦控裁の分断状況

Baldwin決定以降、連邦控裁のうち性的指向に基づく差別を第7編の性差別の一類型と明確に判断したのは、第7巡回区のHively判決および第2巡回区のZarda v. Altitude Express, Inc. 判決<sup>38</sup>（以下「Zarda判決」）である。また、

34 *Id.* at \*9-10.

35 *Id.* at \*11 (quoting *Centola v. Potter*, 183 F.Supp.2d 403, 410 (D. Mass. 2002)).

36 *Id.* at \*12-13 (quoting *Oncale*, 523 U.S. at 79).

37 *Id.* at \*13 (quoting *Pension Benefit Guaranty Corp. v. LTV Corp.*, 496 U.S. 633, 650 (1990)).

38 883 F.3d 100 (2d Cir. 2018) (en banc).



第1巡回区は、*Franchina v. City of Providence*判決<sup>39</sup>において、第7編の保障は同性愛者には及ばないとした先例<sup>40</sup>に対し、「セックスプラス (sex-plus)」の要因としてならば性的指向に基づく差別の主張も認められるとしている<sup>41</sup>。

これに対し、第11巡回区は、*Evans v. Georgia Regional Hospital*判決<sup>42</sup>（以下「Evans判決」）において、原告によるジェンダー非同調性と性的指向に基づく差別の請求をともに棄却していた原判決のうち、前者についてはHopkins判決の下で性的ステレオタイプへの非同調性に基づく差別は性別に基づく差別であるとして破棄したが、後者については「同性愛を理由とする解雇は第7編によって禁止されていない」とする先例<sup>43</sup>に拘束されるとして認容した。また、同様の立場は、*Bostock v. Clayton County Board of Commissioners*判決<sup>44</sup>（以下「Bostock判決」）でもとられた<sup>45</sup>。

このような状況の一因として、第7編は性的指向に基づく差別を禁止していないというのが裁判所の確立した準則として存在していることを指摘しうる。裁判所における確立した準則を覆すことができるのは、連邦控裁の全員法廷 (en banc) または連邦最高裁のみであり、連邦地裁または連邦控裁の3人の裁判官の合議体 (panel) にはこれを変更する権限は認められていない<sup>46</sup>。

39 881 F.3d 32 (1st Cir. 2018).

40 *Higgins v. New Balance Athletic Shoe, Inc.*, 194 F.3d 252 (1st Cir. 1999).

41 なお、「セックスプラス」の従来の意味は、保護された特性を有する人（たとえば、女性）のうちさらに特定の特性を有する人（たとえば、幼い子をもつ母親）に対する差別は性別に基づく差別ではないとしていた理論をいう。*Phillips v. Martin Marietta Corp.* 事件で、連邦控裁 (411 F.2d 1 (5th Cir. 1969)) が採用した理論であるが、連邦最高裁 (400 U.S. 542 (1971)) はこれもまた性別に基づく差別であるとして破棄差戻しを命じた。

42 850 F.3d 1248 (11th Cir. 2017), *cert. denied*, 138 S.Ct. 557 (2017).

43 *Blum v. Gulf Oil Corp.*, 597 F.2d 936, 938 (5th Cir. 1979).

44 723 F. App'x 964 (11th Cir. 2018).

45 これ以外の肯定例・否定例については、Eric C. Surette, *Discrimination on Basis of Sexual Orientation as Form of Sex Discrimination Proscribed by Title VII of Civil Rights Act of 1964*, 28 A.L.R. Fed. 3d Art. 4 (2018) 等参照。

46 ただし、第11巡回区は、Evans事件およびBostock事件に関し、全員法廷での再審理の申立てを退けている。*Evans v. Georgia Regional Hospital*, No. 15-15234, 2017 WL 943925 (11th Cir. Mar. 10, 2017); *Bostock v. Clayton County Board of Commissioners*, 894 F.3d 1335 (11th Cir. 2018).

## II Hively v. Ivy Tech Community College of Indiana判決

## 1 事実の概要

原告Kimberly Hivelyは、レズビアンであり、2000年に被告アイヴィ・テック・コミュニティ・カレッジのサウスベンドキャンパスで非常勤教授 (part-time adjunct professor) として教え始めた。彼女は、2009年から2014年の間に少なくともアイヴィ・テックの6つの常勤職に申し込んだが、これらの努力はいずれも失敗し、さらに、2014年7月には彼女の非常勤契約は更新されなかった。

Hivelyは、アイヴィ・テックが自らの性的指向のために彼女を拒絶したと確信し、EEOCに対して告発した。EEOCから訴権付与状を受け取ったのち、彼女は、連邦地裁に対し本件訴訟を提起した。アイヴィ・テックは、性的指向は第7編の下で保護されない分類であって請求の原因がないとして、訴訟却下の申立てで応じた。

2015年3月3日、連邦地裁<sup>47</sup>は、アイヴィ・テックの申立てを認め、Hivelyの請求を棄却した。そのため、Hivelyは第7巡回区連邦控訴裁判所に上訴した。2016年7月28日、合議体 (Panel)<sup>48</sup>は、とくにObergefell判決において連邦最高裁が合衆国憲法のデュープロセス条項および平等保護条項によって同性カップルの婚姻の権利が保障されると認識して以降は「土曜日に結婚した人が月曜日にその行為のためだけに解雇されるという矛盾した法的状況を作り出す」ことなどを指摘しながらも<sup>49</sup>、最終的には先例に従う義務があるとして<sup>50</sup>、Hivelyの上訴を棄却した。

第7巡回区連邦控訴裁判所は、2016年10月11日、問題の重要性を考慮し、現役の裁判官の過半数でもって全員法廷 (en banc) における本件の再審理を決定し<sup>51</sup>、2017年4月4日、以下のような判決を下した。

---

47 *Hively v. Ivy Tech Community College*, No 3: 14-cv-1791, 2015 WL 926015 (N.D. Ind. Mar. 3, 2015).

48 *Hively v. Ivy Tech Community College*, 830 F.3d 698 (7th Cir. 2016).

49 *Id.* at 714.

50 *Id.* at 718.

51 *Hively v. Ivy Tech Community College*, No. 15-1720, 2016 WL 6768628 (7th Cir. Oct. 11, 2016).

## 2 判旨

第7巡回区連邦控訴裁判所は、8対3で、連邦地裁の判決を破棄し、さらなる審理のために差戻しを命じた。Wood首席裁判官が多数意見を執筆した。このほか、Posner裁判官同意意見、Flaum裁判官同意意見（Ripple裁判官同調）、Sykes裁判官反対意見（Bauer裁判官・Kanne裁判官同調）が付されている。

・Wood首席裁判官による多数意見

### (1) 第7編の解釈方法について

本件の問題は、当裁判所が第7編を「改正」して「人種、肌の色、宗教、性別、出身国」というリストに新たな保護される分類を追加できるかあるいはすべきかということではない。それは明らかに我々の権限を超えるものである。そうではなく、我々は、性別に基づく差別が何を意味するのか、とりわけ性的指向に基づいてとられた行動が性別に基づいてとられた行動の一部であるのかを判断しなければならない。これは、純粋な制定法解釈の問題であって、司法の権限の範囲内にある<sup>52</sup>。

制定法解釈の任務を遂行する適切な方法としては、法律の文言に最大限依拠すること、立法経緯を参照すること、法制定後の議会の行動（法律の改正に向けた努力やその後の法律の制定など）を調査することが挙げられ、また、これらの方法を組み合わせて用いることもできる<sup>53</sup>。

法律の文言が明白ならば二次的な情報源を掘り下げて考える必要はほとんどない。それが明白でない場合、あいまいさを取り除く最良の情報源は、議会が可決した法律のより広範な文脈である。しかし、立法経緯は変幻自在であって、議会の法改正の失敗は非立法化に関係のないほとんどすべてのことを意味するおそれがある<sup>54</sup>。

アイヴィ・テックは、連邦議会が第7編を改正して「性的指向」という文言をリストに追加することを頻繁に検討してきたもののいまだに実現していないという事実を重視する。多くの他の巡回区の裁判所もこの事実注目してきた。しかし、これらの議会における失敗した取り組みから信頼しうる推論を導き出して意見の根拠とすることはあまりに困難である。連邦最高裁が「性差別をし

52 *Hively*, 853 F.3d at 343.

53 *Id.*

54 *Id.* at 343-344.

てはならない」というすでにある文言の範囲をより明確にしてきたように、ゴールポストは長年に渡って動いてきた<sup>55</sup>。

反対意見は、連邦議会が第7編の制定後30年以上に渡って他の法令において、「性的指向」という文言を使用して差別や暴力を禁止してきたという事実を重視する。しかし、連邦議会が当該目的を確実に達成するためにベルトとサスペンダーの両方の使用を選択する可能性もあるため、このことは当面の問題の解答に近づかせるものではなく、また、「性別」と「性的指向」の差別がのちの法律で重複する可能性があるという事実は性的指向の差別が第7編の目的にとって性別に基づく差別であるかを判断するのに役立つものではない<sup>56</sup>。

さらに、第7編にもっとも密接に関連しているEEOCが2015年に同法の性差別の禁止には性的指向に基づく差別が含まれるという立場をとることを発表した。なお、我々は、さしあたっての目的にとってEEOCの立場に従う義務はないと想定している。しかし、EEOCの立場によって、連邦議会の中には、性的指向を第7編に組み込むためでなくそこから切り離すために立法が必要であると考えようになった人もいるかもしれない。結局、立法不作為やのちの法律の制定からどのような推論を導き出すべきかは我々にはわからない。

我々の解釈の任務は、Oncale判決における連邦最高裁のアプローチにより導かれる。

第7編の適用範囲から同性間のハラスメントを除外する明確なルールを正当化するものは法律の文言や我々の先例には見出せない。いくつかの裁判所がみてきたように、職場における男性から男性に対するセクシュアルハラスメントは、たしかに第7編の制定当時に連邦議会が懸念していた主要な害悪ではない。しかし、法的な禁止はしばしば主要な害悪を超えて合理的に同等な害悪を含み、最終的に我々に適用されるのは立法者の主要な関心ではなく法律の規定である。第7編は、雇用の「条件」における「性別に基づく差別」を禁止する。これにはセクシュアルハラスメントが含まれるという我々の判決は、法的な要件を満たすあらゆる種類のセクシュアルハラスメントにも及ばなければならない。

連邦最高裁は、連邦議会が法律の特定の適用を予定していなかったかもしれ

55 *Id.* at 344.

56 *Id.*

ないという事実が法律の規定の妨げにはなりえないということをこれ以上ないほどに明らかにした<sup>57</sup>。

したがって、1964年公民権法を制定し、雇用差別の禁止根拠に性別を含めることを選択した連邦議会がその選択した文言の全範囲について認識または理解していなかったかもしれないということは些細なことにすぎない。実際、第7編は使用者が女性をAという仕事にまたは男性をBという仕事に就かせないという単純な判断を超えて理解されてきたのであって、連邦最高裁は、性差別の禁止が、職場におけるセクシュアルハラスメント (Meritor Savings Bank v. Vinson<sup>58</sup> (以下「Vinson判決」) 参照)、同性間のハラスメント (Oncale判決参照)、保険数理上の寿命の仮定に基づく差別 (City of Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart<sup>59</sup> (以下「Manhart判決」) 参照)、そして特定の性別に関する性的ステレオタイプに同調しなかったことに基づく差別 (Hopkins判決参照) にも及ぶと判断してきた<sup>60</sup>。

## (2) 比較方法論と関係性理論

Hivelyは、「性差別」には性的指向に基づく差別が含まれるという彼女の主張を支持する2つのアプローチを提示している。すなわち、比較方法論 (comparative method) と関係性理論 (associational theory) である<sup>61</sup>。

### ①比較方法論

比較方法論を適用するにあたっては、原告の性別という変数しか変更を許可されないようにすることが重要である。すなわち、他のすべて (とくにパートナーの性別) が同じままでHivelyが男性であるという状況である。Hivelyは、彼女が女性と結婚した (女性と同居する、女性と付き合う) 男性であり他のすべてのことが同じままだったならば、アイヴィ・テックは彼女の昇進を拒否することも解雇することもなかっただろうと主張する。これは、典型的な性差別を描写している。Ulane v. Eastern Airlines, Inc.判決<sup>62</sup>の言葉を借りれば、ア

57 *Id.* at 344-345 (quoting *Oncale*, 523 U.S. at 79-80).

58 477 U.S. 57 (1986).

59 435 U.S. 702 (1978).

60 *Hively*, 853 F.3d at 345.

61 *Id.*

62 742 F.2d 1081 (7th Cir. 1984).

イヴィ・テックは彼女が女性であるがゆえにHivelyを不利な立場に置いているのである<sup>63</sup>。

ジェンダー非同調性に関する一連の事例というレンズを通じて見ると、Hivelyは女性のステレオタイプに同調していないという究極の事例に相当する（少なくとも異性愛以外のセクシュアリティを例外とみなすような場所では）。彼女は異性愛者ではないからである。我々は、ジェンダー非同調性の主張と性的指向に基づく主張の間の境界線はまったく存在しないと結論づける。Hivelyの訴えは、消防・建設・警備などの伝統的な男性の職場での仕事を拒否された女性による訴えとまったく変わらない。これらの事案における使用者は、彼らが女性（または場合によっては男性）にとって望ましいと思う仕事や行動の境界を管理していた<sup>64</sup>。

これは連邦最高裁がHopkins判決で強調した重要なポイントであった。多数意見と同意意見は、Hopkinsの使用者があまりにも「男性的」であるとみなした行動をした女性に対してのみ差別をしたとするHopkinsの主張を認めた。そしてHopkins判決以前でさえ、女性がステレオタイプに基づく役割に抵抗している状況において、裁判所は性差別を発見していた<sup>65</sup>。差別的行動は、被害者の生物学的なセックスを考慮しなければ存在しない。原告が、女性であれ男性であれ、異なる服装をし、異なる話し方をし、同性のパートナーと付き合いまたは結婚するという事実に基づく不快感、不承認または仕事における決定は純粹かつ単純に性別に基づく反応である。つまり、それが何らかの方法で雇用に影響するならば、それは第7編の性差別の禁止に該当することになる<sup>66</sup>。

## ②関係性理論

関係する相手の保護された特性を理由として差別される人は、実際には自分の特性を理由として差別されているということが現在では受け入れられている。この一連の訴訟は、連邦最高裁が「人種の分類のみを理由として婚姻の自由を制約することは平等保護条項の意義の核心を侵害する」と判示したLoving v. Virginia判決<sup>67</sup>（以下「Loving判決」）に始まる。連邦最高裁は、異人種間婚姻

63 Hively, 853 F.3d at 345.

64 *Id.* at 346.

65 *Id.* (citing *Phillips*, 400 U.S. 542; *Sprogis*, 444 F.2d 1194).

66 *Id.* at 346-347.

を禁止する法律は「白人と黒人の当事者の両方を平等に処罰する」がゆえに平等保護条項を侵害しないという主張を退け、「平等に適用しているという事実があるからといって」第14修正により要求される「非常に重い正当化の負担から免除されるものではない」と述べた<sup>68</sup>。

Loving判決以降の事例では、たとえば、異人種間婚姻を理由とした保険会社での雇用拒否につき第7編違反が問題となったParr v. Woodmen of the World Life Insurance Co. 判決<sup>69</sup>（以下「Parr判決」）において、原告が人種に基づく差別と主張しなかったことを理由に訴えを退けた原審に対し、第11巡回区連邦控訴裁判所は「原告が異人種間の婚姻または関係に基づく差別を主張している場合、当然、彼は彼の人種を理由として差別されていると主張している」として差戻しを命じた。また、異人種間婚姻を理由とした男子バスケットボールチームのアソシエイトコーチとしての仕事の解雇につき第7編違反が問題となったHolcomb v. Iona College判決<sup>70</sup>（以下「Holcomb判決」）において、第2巡回区連邦控訴裁判所は「労働者が他の人種の人と関係したことを理由として使用者が労働者に対して措置を講じる場合、使用者は第7編に違反するおそれがある」としたうえで、「使用者が異人種間の関係性に賛成しないがために労働者が不利な措置を被る場合、当該労働者は自身の人種を理由として差別されている」と判示した。なお、第7巡回区連邦控訴裁判所も、アフリカ系アメリカ人の同僚との関係性を理由として行われた白人の従業員の解雇等が第7編に違反するかが問題となったDrake v. Minnesota Mining Manufacturing Co. 判決<sup>71</sup>（以下「Drake判決」）において、Parr判決とHolcomb判決と類似の立場をとった<sup>72</sup>。

異人種間婚姻を禁止する法律は、長きに渡って維持され、法的な障害が両方のパートナーに影響するがゆえに非差別的であると考えられた。しかし、連邦最高裁は、Loving判決において、異人種のメンバー同士の行為のみを禁止する

67 388 U.S. 1 (1967).

68 *Hively*, 853 F.3d at 347 (quoting *Loving*, 388 U.S. at 8-9).

69 791 F.2d 888 (11th Cir. 1986).

70 521 F.3d 130 (2d Cir. 2008).

71 134 F.3d 878 (7th Cir. 1998).

72 *Hively*, 853 F.3d at 347-348 (quoting *Parr*, 791 F.2d at 892; *Holcomb*, 521 F.3d at 132, 139).

法律を平等に適用してもそれを救済することにはならないということを確認した。一方のパートナーの人種を変更することで行為の適法性の決定に違いが生じる、つまりそれは当該法律が「人種に基づいて引かれた区別」に依拠しているということである。本件においても、レズビアンの関係性において、一方のパートナーの性別を変更することで結果に違いが生じるということは、当該差別が性別に基づいて引かれた区別に依拠しているということを明らかにする<sup>73</sup>。

なお、Hopkins判決により確認されたように、第7編はそれが取り進む様々な差別の間に区別をつけないため、Loving判決、Parr判決およびHolcomb判決が人種の関係性を議論するものであるという事実は、重要ではない<sup>74</sup>。

### (3) 本判決の位置づけおよび射程

今日の判決は、雇用差別の分野においてのみならず、性的指向に基づくより広範な差別の分野においても、連邦最高裁の判決を背景として理解されなければならぬ。我々はすでに雇用に関するHopkins判決とOncale判決について議論してきた。後者の一連の事件は、州内のいかなる政府機関も同性愛者に対して特別の保護を与えてはならないとするコロラド州憲法の規定を平等保護条項に基づき違憲としたRomer判決に始まり、同意ある成人の同性間のソドミー行為を禁止するテキサス州法をデュープロセス条項に基づき違憲としたLawrence判決、連邦法の「配偶者」の定義から同性パートナーを排除した婚姻防衛法の一部を違憲としたWindsor判決と続いた。そして、Obergefell判決において、連邦最高裁は、婚姻の権利は基本的な自由の権利であって、第14修正のデュープロセス条項および平等保護条項によって保護されると判示し、「いまや問題となっている法律が同性カップルの自由に負担を課すことは明らかであり、さらにそれが平等の中心的な教えを縮減するものであることが認識されなければならない」と述べた<sup>75</sup>。

「性的指向」から「性別」を取り除くには相当な柔軟体操が必要となるだろう。我々の合議体の意見がよく示しているように、そうする努力は混乱と矛盾の結果をもたらす。EEOCはBaldwin決定でそのような努力が第7編の直接的

73 *Id.* at 348-349 (quoting *Loving*, 388 U.S. at 11).

74 *Id.* at 349 (citing *Hopkins*, 490 U.S. at 243 n. 9).

75 *Id.* at 349-350 (citing *Romer*, 517 U.S. 620; *Lawrence*, 539 U.S. 558; *Windsor*, 570 U.S. 744; *Obergefell*, 576 U.S. —, 135 S.Ct. 2584, 2604).



な文言と調和しえないと結論づけ、地方裁判所の多くも同様の結論に達した。また、多くの他の裁判所は、第7編に性自認の主張の管轄権があることを確認している<sup>76</sup>。

当裁判所は、連邦最高裁の権威ある解釈に照らし、正しい法の支配が現在どのようなものであるかを全員法廷で検討している。連邦最高裁の判決の論理も、性別に基づいて差別することなく性的指向に基づいて差別することは現実的に不可能であるという常識的現実性も、〔性別と性的指向〕の線引きを発見すべく努力した以前の判決を覆すときがきたと我々を説得する<sup>77</sup>。

我々は、目の前にある問題についてのみ判断したと強調して結審する。さらなる複雑な問題については、実際の事件で関連したときまで留保される。たとえば、アイヴィ・テックは、自身が宗教的機関であるとか宗教的使命に関連してHivelyの請求を拒む立場にあるというような主張はしていなかった。また、社会的または公共的なサービスの提供という脈絡で差別の意味を検討する機会もなかった。我々は、性的指向に基づく雇用差別を経験したと主張する人が第7編の目的のために性差別の訴訟を提起したことについてのみ判示した。したがって、請求の原因がないとしてHivelyの請求を棄却することは誤りであった。連邦地裁の判決は破棄され、本件はさらなる審理のため差戻される<sup>78</sup>。

・少数意見

(1) Posner裁判官同意意見

Posner裁判官は、憲法と法律を含む「古い法に現在の需要と理解を満たすことから成る解釈の方法<sup>79</sup>」すなわち「司法解釈による更新(judicial interpretive updating)<sup>80</sup>」と呼ぶ方法を採用し、「半世紀以上も昔の第7編は、それが制定された時代とは著しく異なる現在にあわせて更新する解釈をもたらす<sup>81</sup>」といい、この「司法解釈による更新」は、「長い時間の経過を前提とする<sup>82</sup>」ことを強調している。

76 *Id.* at 350.

77 *Id.* at 350-351.

78 *Id.* at 351-352.

79 *Id.* at 352 (Posner, J., concurring).

80 *Id.* at 353.

81 *Id.*

82 *Id.*

Posner裁判官は、連邦最高裁による修正条項の拡張解釈の歴史などを引き合いに出しつつ<sup>83</sup>、とりわけMissouri v. Holland事件<sup>84</sup>における「修正条項が留保したものを決定するにあたっては、我が国がどのようになったかを考慮しなければならない<sup>85</sup>」とのHolmes裁判官法廷意見を引用して、「修正条項」の部分「第7編」に置き換えることで、第7編における「性別」に基づく差別は、今日では新しくより広範な意味を手に入れる<sup>86</sup>という。

そのうえで、「同性愛者を差別から保護するというやむにやまれぬ社会の利益 (compelling social interest) は、第7編の「性別」という文言に同性愛者を組み込むための明らかに緩やかな「解釈」を正当化する<sup>87</sup>」とした。

多数意見に対し、Posner裁判官同意意見は、①第7編の解釈に広範な余地を残すためにOncale判決への依拠を拒否しており<sup>88</sup>、②事案の相違を理由にLoving判決への依拠も拒否している<sup>89</sup>。さらに、③多数意見が「アイヴィ・テックは彼女が女性であるがゆえにHivelyを不利な立場に置いている」と述べたことに関し、そうではなく、1964年の性差別は男性または女性に対する差別を意味したが同性愛者に対する認識の変化に照らし性差別という観念が拡大したと基礎づけるべきだとし<sup>90</sup>、また、④多数意見が1964年の連邦議会が「その選択した文言の全範囲について認識または理解していなかったかもしれない」と述べたことに関し、1964年の連邦議会の理解は1964年の「性別」の理解 (男性または女性) であって、私たちが第7編の文言の意味を異なって理解するのは私たちが異なる時代と異なる文化に住んでいるからと説明すべきだとしている<sup>91</sup>。

## (2) Flaum裁判官同意意見 (Ripple裁判官同調)

Flaum裁判官は、まず、辞書上の「同性愛」の定義などを確認しながら、「劣

83 たとえば、国旗焼却と第1修正、第4修正の令状の発付、第8修正の残虐で異常な刑罰、第2修正の人民の武装権などが挙げられている。Id. at 353-354.

84 252 U.S. 416 (1920).

85 Id. at 434.

86 Hively, 853 F.3d at 354 (Posner, J., concurring).

87 Id. at 355.

88 Id. at 355-356.

89 Id. at 356.

90 Id. at 356.

91 Id. at 357.

働者に対する同性愛に基づく差別は必然的にその一部分は性別に基づく差別であり、同性愛の定義の根底にあるのは同性の個人に対する性的関心である<sup>92</sup>』という考えの下で、「同性愛者であることを理由に労働者を差別することは、(A)労働者の性別 (sex) および(B)同性 (same-sex) の個人に対する性的関心を理由に労働者を差別することである<sup>93</sup>」と構成する。そのうえで、Hopkins判決<sup>94</sup>およびこれを受けて連邦議会が第7編に新たに加えた条文、すなわち「違法な雇用慣行は、どのような雇用慣行についても…性別…が動機づけの要因であったことを申立人が証明した場合には、たとえ当該慣行をその他の要因も動機づけていたとしても、立証されたものとする<sup>95</sup>」に基づき、第7編は性別のみを理由とする差別を禁止しているわけではなく、第7編の性差別はその一部分で性別が「動機づけの要因」であるものをいうことを確認する<sup>96</sup>。

以上をふまえ、Flaum裁判官は、「彼女が同性愛者であることがゆえに差別することと彼女が(A)女性であって(B)女性に性的な魅力を感じているがゆえに差別することが同義であるなら、それはその一部分で性別によって動機づけられているということである」とし<sup>97</sup>、「アイヴィ・テックがHivelyの昇進を拒否したのは、彼女が同性愛者すなわち(A)女性であって(B)女性に性的な魅力を感じていることを理由とするものであり、少なくともその一部分で彼女の性別を理由に差別したということになる」と結論づけた<sup>98</sup>。

### (3) Sykes裁判官反対意見 (Bauer裁判官・Kanne裁判官同調)

Sykes裁判官反対意見は、Wood首席裁判官多数意見とPosner裁判官同意意見を「コモン・ローの決定方法」、「選挙によって選ばれない裁判官による法律改正行為」または「立法プロセスの迂回」と述べ、ともに司法による第7編の改正と同じ試みとして特徴づけ<sup>99</sup>、「憲法は選挙で選ばれた代表者に法律の制定・改正を行う権限を割り当てている」として「テキスト主義者による決定方

92 *Id.* at 358 (Flaum, J., concurring).

93 *Id.*

94 *Hopkins*. 490 U.S. at 241-242.

95 42 U.S.C. § 2000e-2 (m). なお、同条について、相澤・前掲注12 279頁参照。

96 *Hively*, 853 F.3d at 358-359 (Flaum, J., concurring).

97 *Id.* at 359.

98 *Id.*

99 *Id.* at 360 (Sykes, J., dissenting).

法」を擁護する<sup>100</sup>。

そして、裁判所として適切な唯一の審理は「性的指向に基づく差別が性差別の一類型ではないという一般の解釈が本来の問題として間違っているか<sup>101</sup>」であるとの認識の下で、「法解釈とは、制定時に法律の文言が合理的な人々に対して伝えた意味を探す客観的調査」であって、「第7編が制定された当時、1964年の英語を話す合理的な人々が「性別を理由とする」差別を禁止する法律が性的指向を理由とする差別も禁止していると理解していた」とはいえないと述べた<sup>102</sup>。さらに、辞書上・法律上の「性別」の意味に関する例などを挙げて、「性的指向に基づく差別は独立した差別のカテゴリであって性別に基づく差別と同義ではないという強力な客観的な証拠」を示した<sup>103</sup>。また、「性別に基づいて差別することなく性的指向に基づいて差別することは現実的に不可能である」として「性的指向に基づく差別を性別に基づく差別である」とした多数意見に対し、「使用者はゲイの男性を男性だからという理由であるいはレズビアンを女性を女性だからという理由で排除したわけではなく、差別の動機は求職者の性別とは無関係である」<sup>104</sup>と反論している。

また、Sykes裁判官反対意見は多数意見が示す論拠についてもひとつずつ否定していく。①比較方法論に関しては、「比較方法論は、使用者の本当の動機を発見するための有用な方法」、すなわち、女性の原告と同様の立場にある男性労働者を比較することによって使用者が原告の性別によって動機づけられていたのかどうかを発見する装置であるとし<sup>105</sup>、「比較方法論は証拠テストであって解釈ツールではない、それは私たちに第7編の意味や範囲について何も教えてくれない<sup>106</sup>」と説明した。②関係性理論に関しては、「人種差別の法律は本質的に人種差別的 (racist) であり」つまり「白人の優位という不公平な考え方を前提として、人種の純度と白人の優位という目的のために人種の分類

100 *Id.*

101 *Id.* at 361.

102 *Id.* at 363.

103 *Id.* at 363-365.

104 *Id.* at 365.

105 *Id.* at 366.

106 *Id.*

を利用するものである」が、「性的指向の差別は本質的に性差別的 (sexist) でなく」つまり「性的指向の差別は一方の性別の優位を促進または永続させることを目的とするものではない」としてLoving判決ならびにParr判決、Holcomb判決およびDrake判決への依拠を否定した<sup>107</sup>。③性的ステレオタイプの議論についても、Hopkins判決が相対多数意見であったことおよび同判決において性的ステレオタイプは第一審が認定した事実に関連するものであり法律問題は第7編の動機競争事件における差別の立証責任の配分であったことを指摘し<sup>108</sup>、「異性愛者の労働者のみを雇う使用者は、彼らが彼らの性別に特有のステレオタイプに合致しているからではなく、彼らが彼らの性別とは関係なく支配的な性的指向に合致しているからと主張する」のだから「同性愛は男性のステレオタイプでも女性のステレオタイプでもなく、性別に特有のステレオタイプではない」と反論する<sup>109</sup>。

このほか、Oncale判決への依拠に関しては、当該判決において「連邦最高裁は、理論的問題として同性間のハラスメントの主張を承認するにあたり、すべてのセクシュアルハラスメントの主張について「性別を理由とする」差別を原告が証明するという法的な要件に慎重につなぎとめた」のであって、「Oncale判決は、性別に基づく差別と性的指向に基づく差別の差異をなくすもので第7編の新たな解釈の道を開くものでもない」と指摘し<sup>110</sup>、Romer, Lawrence, WindsorおよびObergefell判決への依拠に関しても、まずLawrence判決は平等保護条項ではなくデュープロセス条項に基づく事案であるとし、Romer, WindsorおよびObergefell判決については、連邦最高裁が性別に基づく差別と性的指向に基づく差別をまったく同一のものと考えていたとすれば、中間審査基準を適用したはずなのにそうではなかったと説明し<sup>111</sup>、「多数意見の立場はこれらの判決と相容れない<sup>112</sup>」と批判する。また、とりわけObergefell判決については、多数意見が「土曜日に結婚した人が月曜日にその行為のため

107 *Id.* at 368.

108 *Id.* at 369.

109 *Id.* at 370.

110 *Id.* at 372.

111 *Id.* (citing *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996)).

112 *Id.*

だけに解雇されるという矛盾した法的状況を作り出す」とした合議体の判決を引用したことに関連して、デュープロセス条項と平等保護条項という「憲法上の制限に服する州の行為と法律により規制される私的行為」は異なるものであり、第7編は使用者に対する法的な拘束であって、そこに矛盾がある場合は司法ではなく立法によって修正される問題であると付言している<sup>113</sup>。

最後に、Sykes裁判官反対意見は、今日の判決は、「先例拘束性の原理」により求められる「特別な正当化」あるいは「説得的な主張」なく「確立した先例を引っくり返すもの」であって<sup>114</sup>、司法による「第7編の下で保護されるカテゴリの新設」あるいは司法「解釈による第7編の改正」であると評価し<sup>115</sup>、「第7編は、文言上、性的指向に基づく差別を禁止していないため、本件は適切に棄却される」と結論づけた<sup>116</sup>。

### III 検 討

第II章では、Hively判決におけるWood首席裁判官による多数意見のほか、少数意見としてPosner裁判官の同意意見、Flaum裁判官の同意意見およびSykes裁判官による反対意見を紹介した。

第III章では、これら各意見とEEOCのBaldwin決定および第2巡回区のZarda判決（Katzmann首席裁判官による多数意見）をふまえ、第7編の「性別」概念の拡張解釈に関するより一般的な議論と「性別に基づく差別」から「性的指向に基づく差別」への拡張解釈に関するより個別的な議論についてそれぞれ整理し、最後に法文上の「性別」概念拡張の可能性について検討する。なお、Baldwin決定は多数意見との共通点ないし類似点が多く、Zarda判決はFlaum裁判官の同意意見をベースに多数意見を組み合わせたとみることができる。

#### 1 第7編の「性別」概念の拡張解釈について

多数意見は、第7編に関する連邦最高裁の先例の展開、すなわち、基本的に

113 *Id.*

114 *Id.* at 372-373.

115 *Id.* at 373.

116 *Id.* at 373-374.

はOncale判決における「合理的に同等な害悪」の説示に依拠しながら、あわせてVinson, Oncale, ManhartおよびHopkins判決において実際に第7編の「性別」概念が拡張解釈されてきたことに着目するものであった。また、Flaum裁判官同意意見は、第7編における「動機づけの要因」、すなわち、Hopkins判決を受けて連邦議会が新たに加えた文言に基づいて多数意見を補足する意見であって、Posner裁判官同意意見は、「古い法に現在の需要と理解を満たす」「司法解釈による更新」を主張し、あわせてOncale判決への依拠も否定する意見であった。そして、これら第7編の「性別」概念の拡張解釈を認める多数意見・同意意見に対し、反対意見は、「テキスト主義者による決定方法」を主張し、第7編の制定当時において「性別に基づく差別」という法律の文言が合理的な人々に対して伝えた意味として「性的指向に基づく差別」は含まれないと述べるものであった。

この点、反対意見は、多数意見とPosner裁判官同意意見をして、一括りに司法による第7編の改正と同じ試みと批判したが、両者は次の点において区別しうる。すなわち、多数意見さらにFlaum裁判官同意意見は、いずれも「第7編の解釈という具体的な文脈につながれた」、司法または立法による「法的な発展」に基づくものと特徴づけることができるのに対し、Posner裁判官同意意見は、いわゆる古い法の全般に及ぶ「広範な「司法解釈による更新」の権限」をもとに、「政治的・文化的な環境の変化などに応じて第7編を「更新」することを前提としたもの」といえる。そうであるところ、前者は、「第7編を解釈する文脈において、裁判所に置かれた限界と責任を尊重」したものと評価される<sup>117</sup>。

なお、Baldwin決定とZarda判決もOncale判決を第7編の「性別」概念の拡張解釈の拠り所とした。とくに「雇用慣行が「性別を理由としている」かどうかは性別が「動機づけの要因」であったかどうか」に基づいて判断すべきとするZarda判決は、連邦最高裁が「平均余命」(Manhart判決)や「ジェンダー規範への非同調性」(Hopkins判決)などに関して第7編により「性別と相関関係にある特性に基づく差別」も禁止されると判示してきたことを確認しつつ、

117 *Recent Case: Hively v. Ivy Tech Community College*, 131 Harv. L. Rev. 1489, 1494-1495 (2018).

このような「性別と相関関係にある特性に基づく差別」に対して第7編を適用するという解釈はOncale判決と整合するとした<sup>118</sup>。

## 2 「性別に基づく差別」から「性的指向に基づく差別」への拡張解釈について

まず、「性別に基づく差別」と「性的指向に基づく差別」の関係性を各意見がどのように把握しているかといういわば結論部分から整理する。多数意見とPosner裁判官同意意見は、その論拠において相違はあるものの、「性別に基づく差別」が「性的指向に基づく差別」を包含するものと解する点では一致しているといえ、Flaum裁判官同意意見は両者を包含ではなく重複するものと理解していた。これに対し、Sykes裁判官は両者の包含関係も重複関係も認めなかった<sup>119</sup>。では、「性別に基づく差別」から「性的指向に基づく差別」への拡張解釈を認める各意見を詳細にみてみよう。

### (1) 多数意見

多数意見は、比較方法論と関係性理論を根拠に「性的指向に基づく差別」を性差別の一類型と結論づけるものであった。ただし、多数意見は、比較方法論を述べる中で性的ステレオタイプの理論を展開しており、厳密には①比較方法論、②関係性理論および③性的ステレオタイプの理論という3つのアプローチによるものと整理しうる<sup>120</sup>。

#### ① 比較方法論

第一に、比較方法論とは、もともとはXという特性を有する人(当事者)と有さない人(比較者)を比較し、使用者が前者と後者で異なる取扱いをする場合に、

118 Zarda, 883 F.3d at 112.

119 William N. Eskridge, Jr., *Title VII's Statutory History and the Sex Discrimination Argument for LGBT Workplace Protections*, 127 Yale L.J. 322, 340 (2017).

120 Baldwin決定がそうであったように、「性的ステレオタイプの理論」と「比較方法論」は別々の根拠として持ち出されるのが通常である。しかし、第7巡回区連邦控訴裁判所は、Hively判決から約2か月後のWhitaker v. Kenosha Unified School District (858 F.3d 1034 (7th Cir. 2017))において、Hively判決をして「同性愛者の原告が性的ステレオタイプの理論または関係性理論のいずれかに基づいて、第7編の下で性別に基づく差別の請求をすることができると判示」したものと述べており (*Id.* at 1048), 性的ステレオタイプの理論と比較方法論をとりわけて区別していない可能性がある。



当該差別的取扱いの原因ないし理由がXであることを推察する方法をいう<sup>121</sup>。

本件において、多数意見は、Hivelyが女性ではなく男性であって、女性と結婚、同居または付き合っていたならば、アイヴィ・テックは異なる取扱いをしたであろう、したがって本件差別的取扱いは「性別」という特性に基づく差別的取扱いであるとするHivelyの主張を採用した。この点、反対意見は「比較方法論は証拠テストであって解釈ツールではない」と批判したが、多数意見が本判決の射程に関して述べたように、本判決がHivelyの請求という「目の前の問題についてのみ判断した」とすれば、Baldwin決定やZarda判決とは異なり<sup>122</sup>、本判決における比較方法論は、「解釈ツール」としてでなく「証拠テスト」として機能したとみる余地はある。いずれにせよ、従来の比較方法論の用い方を前提として個々の事案ごとの判断が必要であるとしても、比較方法論によって第7編の下で「性的指向に基づく差別」を「性別に基づく差別」と構成する可能性は否定されたわけではない。

## ② 関係性理論

第二に、関係性理論とは、パートナーの特性に基づく差別を自分の特性に基づく差別とする考え方をいう。関係性理論の先例の根拠は、Loving判決にあり、相手の人種が変わることで解消される差別（Loving判決では婚姻の禁止）が人種に基づく差別であるならば、相手の性別が変わることで解消される差別（第7編の文脈では雇用差別）は性別に基づく差別であると構成するものである<sup>123, 124</sup>。

本件において、多数意見も、Loving判決のほか、異人種間の婚姻や関係に

121 Suzanne B. Goldberg, *Discrimination by Comparison*, 120 Yale L.J. 728, 744 (2011).

122 Baldwin決定とZarda判決は、より一般的に比較方法論を経て性的指向に基づく差別を性別に基づく差別と結論づけている（*Zarda*, 883 F.3d at 116-119）。

123 See Samuel A. Marcossou, *Harassment on the Basis of Sexual Orientation: A Claim of Sex Discrimination Under Title VII*, 81 Geo. L.J. 1 (1992); Andrew Koppelman, *Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men Is Sex Discrimination*, 69 N.Y.U.L. Rev. 197 (1994); Mark W. Honeycutt II & Van D. Turner, Jr., Comment, *Third-Party Associative Discrimination Under Title VII*, 68 Tenn. L. Rev. 913 (2001); Matthew Clark, Comment, *Stating a Title VII Claim for Sexual Orientation Discrimination in the Workplace: The Legal Theories Available After Rene v. MGM Grand Hotel*, 51 UCLA L. Rev. 313 (2003).

基づく差別が第7編に違反するかが問題となった連邦控裁のParr判決、Holcomb判決およびDrake判決に依拠すると同時にHopkins判決を架橋として第7編の下では「人種」も「性別」も「まったく同じ」に扱われることを確認した。この点、反対意見は、人種差別は白人の優位を目的とする「人種差別的」なものであるのに対し、性的指向に基づく差別は一方の性別の優位を目的とする「性差別的」なものでないとして、両者の議論を区別した。これについては、さしあたって次の2点を指摘しうる。ひとつは、異性愛主義 (heterosexism) が男性と女性という対極的なセックスおよびジェンダーならびに性的ステレオタイプを前提とする概念であるところ、異性愛主義と性差別主義の関連性はすでに多数の学者により示されているということであり<sup>125</sup>、もうひとつは、Loving判決において違憲とされた異人種間婚姻を禁止する州法が(有色人種と結婚した)白人と(白人と結婚した)有色人種の両方を平等に差別するがゆえにその直接の対象は「異人種愛者 (miscegenosexuals)」であったといえるところ<sup>126</sup>、反対意見はむしろLoving判決をして異人種愛者保護のため人種という疑わしい分類を用いたものとして非難すべきであったということである<sup>127</sup>。

### ③ 性的ステレオタイプの理論

第三に、性的ステレオタイプの理論は、「性的指向に基づく差別」がとくに女性(男性)は男性(女性)とのみ付き合うまたは結婚するべきだというステレオタイプへの非同調性に起因すると考えられることから、「性的ステレオタイプに基づく差別」が第7編の「性別に基づく差別」に含まれるとしたHopkins判決を経て、「性的指向に基づく差別」も第7編の「性別に基づく差別」に含まれると構成する理論をいう。

実際に多数意見もHopkins判決などに依拠し、この理論を採用した。これに対し、反対意見は、Hopkins判決の先例としての権威に対して疑問を示すと同

124 関係性理論を紹介する文献として、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)17-38頁等参照。

125 See, e.g., I. Bennett Capers, Note, *Sex(ual Orientation) and Title VII*, 91 Colum. L. Rev. 1158, 1159-1170 (1991); Marcossou, *supra* note 123, at 24; Koppelman, *supra* note 123, at 202; CATHARINE A. MACKINNON, *SEX EQUALITY*, 1352-1355 (3rd ed. 2016).

126 Marcossou, *supra* note 123, at 6.

127 Eskridge Jr., *supra* note 119, at 379.

時に、同性愛は性別に特有のステレオタイプでないと批判していた。前者に対しては、Hopkins判決の相対多数意見とWhite裁判官およびO'Connor裁判官の各同意意見が見解を異にしたのはまさに差別の立証責任の配分に関してであって、性的ステレオタイプが第7編の性差別を構成することに関しては、相対多数意見の4人に加え、同意意見の1人または2人も認めていたとの指摘がある<sup>128</sup>。後者に関しては、性的ステレオタイプの範囲あるいは男らしさや女らしさといったジェンダーに基づく規範の範囲について、Hopkins判決で直接的に問題となった女性らしい（男性らしい）歩き方や話し方、服装などを超えて、それが異性と付き合うまたは結婚するべきだということ（反対意見のいう「支配的な性的指向」）まで含むか否かに関わる問題であるといえる。これについては、「連邦議会は、…性的ステレオタイプから生じる男女の異なる扱いの全領域を攻撃することを意図していた」とするHopkins判決をふまれば、「[「真の」男性や女性が性生活においてどのように行動するかというステレオタイプに労働者が従わない場合に生じる異なる取扱いを排除すべきであるとする理由はない<sup>129</sup>」とするのが相当であって、また、「男らしさや女らしさが、部分的には、その個人がどのようにだれと性的関係にあるかによって構成される<sup>130</sup>」ものであるならば、なお一層「性的指向に基づく差別」は「性的ステレオタイプに基づく差別」としても構成可能と解すべきと思われる。

なお、「性自認に基づく差別」に関し、EEOCのMacy v. Holder決定<sup>131, 132</sup>および第6巡回区連邦控訴裁判所のEEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc. 判決（以下「Harris判決」）<sup>133, 134</sup>は、性的ステレオタイプの理論に基づいて、

128 *Id.* at 373–374, 374 n. 192.

129 *Hively*, 830 F.3d at 712.

130 *MacKinnon*, *supra* note 125, at 1352.

131 EEOC Appeal No. 0120120821, 2012 WL 1435995 (Apr. 20, 2012).

132 トランスジェンダー（MTF）のMia Macyが、男性から女性への移行過程にあることを告げた後に、アルコール・タバコ・火器および爆発物取締局（Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms and Explosives, ATF）によってウォルナットクリーク科学捜査研究所での採用を認められなかったことが問題となった事例である。彼女の申立てを受け、EEOCは、性的ステレオタイプの理論に基づき、「性自認、性転換（change of sex）および／またはトランスジェンダーの地位（transgender status）に基づく差別」は第7編の「性別を理由とする」差別であると判断した。

これを第7編の「性別に基づく差別」であると判断している。

(2) その他の意見

このほか、④Flaum裁判官同意意見は、同性愛イコール(A)ある性別の個人が(B)同性の個人に対して感じる性的魅力との定義から、同性愛者への雇用差別は少なくとも部分的に性別によって動機づけられていると構成した。これは、「アイヴィ・テックが〔Hively〕を少なくとも部分的に彼女の性別（比較方法論）またはパートナーの性別（関係性理論）のいずれかによって排除した」と理解しようところ、「比較方法論と関係性理論をほぼ同じ主張として扱う」ものと整理される<sup>135</sup>。

また、⑤Posner裁判官同意意見は、「司法解釈による更新」アプローチにより、第7編が制定された当時の「性別」はたしかに男性または女性のみを意味したが、それから「長い時間の経過」した現在では、「同性愛者を差別から保護するというやむにやまれぬ社会の利益」のゆえに、「性別」に「同性愛者を組み込むための明らかに緩やかな「解釈」が正当化」されるとした。これは、第7編の「法的な発展」への依拠を前提とする①～④とは異なり、「長い時間の経過」と「同性愛者を差別から保護するというやむにやまれぬ社会の利益」のみを形式的・実質的な根拠とするところ、もっとも広範な文脈での応用可能

133 884 F. 3d 560 (6th Cir. 2018).

134 トランスジェンダー (MTF) のAimee StephensがR.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc. から解雇されたことが問題となった事例である。彼女の申立てを受け、EEOCは、同社に対して、彼女がトランスジェンダーであることまたは移行の状態 (transitioning status) にあることおよび性的ステレオタイプへの非同調性に基づく解雇ならびに差別的な被服手当の運営方針が第7編違反にあたるとして、訴訟を提起した。

第6巡回区連邦控訴裁判所は、「性的ステレオタイプへの非同調性またはトランスジェンダーであることおよび移行の状態にあることを理由とする差別」は第7編の下で違法であると結論づけた (*Id.* at 600)。なお、本件では、使用者側から宗教的自由回復法 (Religious Freedom Restoration Act) に基づく抗弁の主張もあったが、同裁判所は、第7編の遵守の要求は葬儀場オーナーの信教の自由にとって実質的負担とはならないとし、たとえ実質的負担になるとしても使用者に対して第7編の遵守を要求することは性差別根絶という政府のやむにやまれぬ利益を促進するもっとも制限的でない手段であるとして、請求を棄却している (*Id.* at 589-590, 596-597)。

135 Eskridge, Jr., *supra* note 119, at 326-327, 345.

性をもつ見解と評価しうる。

なお、Baldwin決定は、既述の通り、多数意見同様、①比較方法論、②関係性理論および③性的ステレオタイプを根拠として、「性的指向に基づく差別」の主張は必然的に第7編における「性別に基づく差別」の主張であると結論づけた。また、Zarda判決は、④Flaum裁判官同意意見を引用しながら、辞書による「性的指向」、「同性愛」、「異性愛」および「両性愛」の定義を確認し、「性的指向はその人の性別と那个人が魅力を感じる人の性別の両方と相関関係にあるから」「性的指向も第7編の下で保護される」と述べ<sup>136</sup>、さらに、①比較方法論<sup>137</sup>、②関係性理論<sup>138</sup>、③性的ステレオタイプの理論<sup>139</sup>にも依拠して、「性的指向に基づく差別」を「性別に基づく差別」の一部と判断した。

### (3) 法文上の「性別」概念拡張の可能性

以上みてきたように、Hively判決、そしてBaldwin決定やZarda判決において、「性的指向に基づく差別」は第7編の性差別の一類型であると判断されるに至った。学説においては決して新しい考えとはいえないこの主張が、今回、数十年を経てEEOCや連邦控裁の一部で受け入れられるようになったその要因について、William N. Eskridge, Jr.は、①「性的マイノリティに関する社会的な事実と想定的发展」、②同性婚の容認化など「憲法上のベースラインの根本的变化」および③「連邦議会による改正と連邦最高裁による権威ある解釈というプロセスを通じた」「第7編それ自体の公的な進化」の3つを挙げる<sup>140</sup>。実際、これら判決はとくに「第7編それ自体の公的な進化」から切り離して理解することはできず、それゆえに、Hively判決におけるWood首席裁判官多数意見やFlaum裁判官同意意見は、他のPosner裁判官同意意見やSykes裁判官反対意見に比して、より説得的であったといえる。したがって、本稿ではここまで法文上の「性別」概念拡張の可能性をテーマに検討してきたが、Hively判決や

136 *Zarda*, 883 F.3d at 113 (quoting *Hively*, 853 F.3d at 358 (Flaum, J., concurring)).

137 *Id.* at 116–119. 実際には「比較テスト (comparative test)」との文言を用いている。

138 *Id.* at 124–128. 実際には「関係的差別 (associational discrimination)」との文言を用いている。

139 *Id.* at 119–123.

140 Eskridge, Jr., *supra* note 119, at 322–323.

関連する決定・判決で展開された議論をもって、直ちに我が国の憲法や法律を含む他の法分野における「性別」に基づく差別の禁止が「性的指向」に基づく差別の禁止を含むものと結論づけることはできない。

しかしながら、とりわけHively判決において多数意見や同意意見が示す「性的指向」とは何かに関するアプローチは、「性的指向」に関する我々の従来の理解に対して重要な示唆をもたらす。すなわち、性的指向を「同性愛」や「異性愛」などで表現する場合、それは自分の性別と相手の性別が「=」か「≠」かという自分と相手の関係性の中で性的指向を観念するものといえる。これは、「性別」とは異なる「性的指向」というカテゴリがなければ成立しない理解である。これに対し、比較方法論や関係性理論あるいは性的ステレオタイプの理論でみられた発想は、「男性への性的指向」や「女性への性的指向」などのように<sup>141</sup>、自分と相手を切り離し、相手の性別のみに基づいて性的指向を観念するアプローチであった。これによれば、「性的指向」に基づく差別を自分や相手の「性別」に基づく差別として再構成する可能性が開かれる。Hively判決は、その意味で、「性的指向に基づく差別」を「性別に基づく差別」に含めるための戦略的・技術的な取組みであると同時に、「性的指向」とは何かに関する本質的な取組みとしても評価されるべきである。

## おわりに

本稿では、Hively判決やそれに関連する決定や判決をもとに、主として第7編にいう「性別に基づく差別」に「性的指向に基づく差別」が含まれるかについて検討し、現段階においては、Hively判決による解釈の射程を第7編の文脈に限定して理解すべきであると結論づけた。しかし、このような筆者の理解とは対照的に、第7巡回区連邦控訴裁判所は、トランスジェンダー（FTM）の生徒による男子トイレの使用の拒否に関するWhitaker v. Kenosha Unified School District判決<sup>142</sup>において、1972年教育改正法第9編（Title IX of the Education Amendments Act of 1972）および合衆国憲法第14修正の平等保護条項

141 この場合、性的指向はさしあたって「対男性」や「対女性」のように表現される。

142 858 F.3d 1034 (7th Cir. 2017).

の解釈に対してHively判決の影響をすでに波及させている。本稿で直接的に検討できなかった「性自認に基づく差別」をはじめ、より広範な文脈での「性別に基づく差別」の解釈についての考察は今後の課題としたい。

なお、2019年4月22日、連邦最高裁は、Bostock事件（第11巡回区・性的指向）、Zarda事件（第2巡回区・性的指向）およびHarris事件（第6巡回区・性自認）の3件に関して、サーシオレイライを受理した<sup>143</sup>。そこでは、まさに第7編の「性別を理由とする」雇用差別の禁止が「性的指向に基づく差別」および「性自認に基づく差別」に及ぶか否かが争点となる。

---

143 Bostock v. Clayton County Board of Commissioners, No. 17-1618, 2019 WL 1756677 (U.S. Apr. 22, 2019); Altitude Express, Inc. v. Zarda, No. 17-1623, 2019 WL 1756678 (U.S. Apr. 22, 2019); R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc. v. EEOC, No. 18-107, 2019 WL 1756679 (U.S. Apr. 22, 2019).