



Title	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
Author(s)	松岡, 千絵
Citation	阪大法学. 2021, 70(5), p. 499-528
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/101303">https://doi.org/10.18910/101303</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

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<sup>(1)</sup>の判決

松岡千紘

### 【事実】

#### ① Bostock v. Clayton Cty. 事件

原告であるゲイ男性のGBは1983年1月13日、被告で元使用者のGeorgia州Clayton郡（以下「カウンティ」という）に、Clayton郡少年裁判所に配属されている児童福祉サービスのコーディネーターとして雇用された。GBが同カウンティで働いた10年間で、彼は優れた業績評価を受け、彼が統括したプログラムは称賛を得た。1983年1月の初め、GBがゲイの人々で構成されるフットボール連盟に参加した直後、同カウンティの被用者として「ふさわしくない（unbecoming）」ないとを理由に被告から解雇された。

雇用機会均等委員会（Equal Employment Opportunity Commission、以下「EEOC」と略す）に申告を行い、訴権付与状を得たGBは、当該解雇が性的指向と性的ステレオタイプへの不適合を理由としており、一九六四年公民権法第七編（以下「第七編」という）違反となる性別（sex）に基づく差別であると訴え提起した。ジョージア州北部地区連邦地方裁判所は控訴裁判所の先例<sup>(3)</sup>に依拠し、第七編が性的指向の差別の訴えを包含していないと判示した。<sup>(4)</sup>加えて、治安判事の提言と同様、性的ステレオタイプ化の訴えを支持する事実に基づく申立も失敗しているとして、被告を支持する判決を下した。<sup>(5)</sup>GBの控訴を受けた第一

一巡回区連邦控訴裁判所も、同性愛を理由とした解雇は第七編で禁止されていないとして、パーキュリアムで地裁判決を承認した。<sup>(7)</sup>

② Altitude Express, Inc. v. Zarda 事件

110-110年の夏、ゲイ男性の原告DZは、被告のAE社で、スカイダイビングのインストラクターとして働いていたが、110-110年六月、DZの上司がクライアントの交際相手を通じて彼の性的指向について知った直後、当該上司から解雇された。DZは、AE社を相手取り、彼が性的指向及び性的ステレオタイプに沿わないことを理由に解雇されたことについて、前者がニューヨーク州法の性的指向差別禁止規定に、後者が第七編に違反するとして提訴した。

一審は、DZがニューヨーク州法の下で性的指向の差別の訴えを進めるための十分な証拠はあるが、第七編に基づく性的ステレオタイプに関しては、DZは原告に課された当初の要証事実を証明しなかつたとし、被告を支持するサマリー・ジャッジメントを下した。その後、性的指向に基づく差別が性差別に含まれるとEEOCが判断した後、DZは同裁判所に対し彼の第七編に基づく訴えを再度審査する(reinstate)ことを求めた。同裁判所は、第七編が性的指向に基づく差別を禁止していないと判断したSimonton v. Runyon判決<sup>(8)</sup>が未だ先例としての拘束力を有していると判断しこれを拒否したため、DZは控訴した。<sup>(9)</sup>第二巡回区連邦控訴裁判所はまず三裁判官合議体(panel)で、先例は全員法廷(en banc)によってのみ覆されるとして、DZによるSimonton判決の破棄の求めを斥けた。<sup>(10)</sup>その後全員法廷を招集した同裁判所は先例を覆し、性的指向の差別が、少なくとも一部において性別に動機づけられる」と、性的ステレオタイプに基づくこと、特定の性別間の交際に反対する関係性差別(associational discrimination)に基づくことから、性差別の一部分(a subset)であると結論し、一審判決を一部破棄差戻し一部認容した。<sup>(11)</sup><sup>(12)</sup>

③ R.G. & G.R. Harris Funeral Homes v. EEOC 事件

トランスジェンダー女性である原告の AS は、二〇〇七年に出生時に割当てられた性別である男性として被告の HF 社へ入社し、六年間勤務した。二〇一三年七月、AS は、自身の性自認が女性であること、そして以降女性として勤務するつもりであることを熱心なクリスチャンの上司である TR へ伝えた後に解雇された。彼女は HF 社で勤務する間に昇進を果たしており、当該解雇は職務成績と何ら関係なかった。

AS は EEOC に性差別の申告を行い、EEOC が代理人となつて HF 社を相手取り、ミシガン州東部地区連邦地方裁判所へ提訴した。同裁判所は、トランスジェンダーの地位は第七編の下で保護されていないが、AS が被告社の性別又はジェンダーに基づく選好、期待、又はステレオタイプに沿わないために差別されたことが、第七編の下で禁止されるステレオタイプ化の性差別 (gender-discrimination) となると判示した。<sup>(13)</sup> しかしながら最終的に、宗教的自由回復法 (Religious Freedom Restoration Act : R.F.R.A) に基づき、TR と HF 社の宗教の自由へ相当程度の負荷をかける第七編の執行が、最も制限的ではない手段であることが証明されていないとして、被告を支持する判決を下した。<sup>(14)</sup>

EEOC の上訴を受けた第六巡回区連邦控訴裁判所は、少なくとも一部において被用者の性別に動機付けられずに、被用者のトランスジェンダーとしての地位に基づき解雇することは不可能であり、またトランスジェンダーへの差別は必然的に第七編の性的ステレオタイプ化の禁止に関係すると判示した。<sup>(15)</sup> 加えて同裁判所は、TR 及び HF 社の宗教上の自由の抗弁に対し、合衆国最高裁判所はやむにやまれぬ利益が宗教の自由に優越すると承認しており、第七編の執行が性的ステレオタイプに基づく差別を職場から一掃するという EEOC の利益を促進するための最も制限的ではない手段であると判示し、EEOC を支持する判決を下した。<sup>(16)</sup>

【判決】

〈Gorsuch 判事が執筆し、Roberts 首席判事、Ginsburg 判事、Breyer 判事、Sotomayor 判事及び Kagan 判事が同意した法廷意

見

「第七編において、連邦議会は、人種、肌の色、宗教、性別、出身国に基づく差別を違法とした。……同性愛あるいはトランジエンダーである個人を解雇した使用者は、その個人を、異なった性別のメンバーにおいては問題とならなかつただろう諸特徴と行動を理由に解雇した。性別はこの判断において、不可欠かつ露骨な (undisguisable) 役割を果たした。これはまさに第七編が禁止するものである」。

「書かれた言葉のみが法律である。そして、全ての人がその利益を享受する権利を与えられている」。「当法廷は通常、法令を、その制定時のその文言に関する一般的なパブリックな意味 (ordinary public meaning) に従つて解釈している」。「裁判所が、法文以外の情報源 (extratextual sources) と我々の創造力だけに動機つけられ、元の法令の文言に追加、あるいは改定、更新、棄損することができるならば、我々は、国民の代表者たちのために確保されている立法過程の外で法を改正するリスクを冒すだろ。そして我々は、国民が彼らの権利及び義務を決定すると期待する当該法律の原意に依拠し続ける権利を否定することになつてしまふだろ」。「我々は、以下の第七編の命令における一般的なパブリックな意味を判断しなければならない。即ち、『使用者が、個人の人種、肌の色、宗教、性別、出身国を理由として、当該個人の雇用の拒否、若しくは解雇すること』、又は、その他の方法で、雇用上の賃金、条件、特権について差別することは……違法である」(42 U.S.C. § 2000e-2 (a) (1))」の意味である。

## (一) 性別を理由とした差別の意味

### ① 性別を理由とした差別の意味

「本日の事件において争点となる法的に唯一保護された特徴は、『性別 (sex)』である」。我々は、「一九六四年にそいで用いられた『性別』という言葉が、生殖生物学 (reproductive biology) により決定される、男性又は女性としての地位」を指した……との前提の下に進める」。だが「問題は、ただ『性別』が意味するものではなく、第七編がそれについて言わんとした」とである。中でも注目すべきは、当該法律が、使用者に『性別を理由として』、特定の行動をとることを禁止していることである。

「い」れば、第七編の『を理由として (because of)』テストが、but-forの因果関係における『単純』で『伝統的な』基準を包含することを意味する」。「この因果関係の形態は、意図される原因が『なかったならば (but for)』特定の結果が起きなかつただろう場合は必ず証明される。……換言すれば、but-forテストは、我々にその時点の一つのことを変化させ、結果が変化するか否かを審査することを指示する。もしそれが変化するならば、我々は、[but-for]の因果関係を認定する」。「これは、広範な基準 (sweeping standard) になりうる。概して、物事には複数の『but-for』の要因がある」。第七編においては、「その異議申し立てされる雇用上の決定に寄与する、いくつかの他の要因を挙げることだけでは責任が免除されえない」。「原告の性別がその決定の一つの『but-for』の原因であつた限り、法を発動するのにはそれで十分である」。

「第七編は全ての解雇に関与するわけではなく、それらの解雇が差別を含むものだった場合にのみ関与する」ため、問題は、「一九六四年に、『差別』が意味したことは何か?」ということになる。それは、雇用上の「待遇において違いを生み、あるいは(他方と比較して一方を)支持すること」であり、「故に、個人を差別することは、同様の状況にある他の者よりも、その者を不利に (worse) 处遇することを意味する」。「性別に基づく待遇の違いは意図されたものでなければならぬ」。「以上をともに考慮すると、性別を理由として意図的にその者を不利に待遇する(他方の性別の個人には許される行動や特質を理由に、その者を解雇する等)使用者は、第七編に違反し、その者を差別している」。

第七編は、「使用者は、個人の……性別を理由として、当該個人の雇用の拒否、若しくは解雇すること、又は、その他の方法で……、雇用上の賃金、条件、特権について差別」してはならない」と規定することで、「集団ではなく、個人に着目すべき」であると語る。「使用者が個人としての女性を男性よりも不利に待遇した一方で、全体としては女性の被用者を優遇して扱つたと述べることは何の弁明にもならない。当該使用者は、一部で彼女の性別を理由として、その女性を不利に待遇したことへの責任を負う。使用者が、それが男性と女性双方を、性別を理由として差別したと述べることも何の弁明にもならない。当該法律は、双方の性別の個人を差別から保護し、そして平等にそうするよう機能する」。

② 性別に基づく差別と同性愛又はトランスジェンダーに対する差別

「原告の性別以外に他の要因があつたとしても」、「使用者が被用者の解雇を決定する際に、意図的に、一部で被用者個人の性別に依拠するならば、——換言すれば、もし被用者の性別の変更が、使用者の異なつた選択を生じさせたならば——、法律違反が生じる」。「個人の性別に基づく差別なしに、同性愛者又はトランスジェンダーである者を差別することは不可能だ」。「例えば、男性に魅力を感じる二人の被用者を雇用する使用者を想起せよ。この二人は、使用者の意識においては、一人が男性でもう一人が女性であることを除いて、全ての点で実質的に同じ (materially identical) である。もし、使用者が、男性被用者が男性に惹かれるという事実以外に何の理由もなく当該被用者を解雇するならば、その使用者は、同僚女性には許されている男性被用者の特徴や行為を理由に彼を差別している」。つまり「当該使用者は、意図的に、その被用者の性別を一部理由として解雇するために被用者を選び出した。そして、影響を及ぼした被用者の性別は、彼の解雇において but-for の原因であつた。あるいは、生まれたときは男性と同定された (identified) が、現在では、女性を自認する (identity) トランスジェンダーの者を解雇する使用者を考えてみよ。もし、使用者が、生まれた時は女性であると同定されたが、他の点では同一の被用者を雇用し続けるならば、当該使用者は、意図的に、生まれた時には女性と同定された被用者には許される特徴や行動を理由として、生まれた時に男性であると同定された者を罰している。再び、被用者個人の性別が、この解雇決定において明確で容認できない働きをしている」。

「同性愛及びトランスジェンダーの地位は、性別に密接に結びつく。……これらの根拠に基づく差別のためには、使用者は、被用者個人を意図的に彼らの性別を理由として異なつて扱う必要があるからだ」。「使用者が、一人の被用者を、その性別を理由として不利に処遇する場合、他の要因がその決定に寄与した可能性は問題ではない」。「使用者が、その性別がなければ被用者を解雇しなかつたならば、当該法律の因果関係の基準が満たされ、責任が課される」。また、「使用者が、同性愛やトランスジェンダーの被用者を差別する場合に、性別が必然的に but-for の原因となるのと全く同様に、これらの根拠で差別する使用者は、その意思決定において、必然的に性別に依拠することを意図している」。つまり「使用者が同性愛又はトランスジェンダーの被用者に対し差別するためには、意図的に、一部で性別に基づいて、男性個人と女性個人に対し差別しなくてはならない。それは常

に、第七編の率直な文言で禁止されている」。

### ③ 先例を用いた論証

「*Phillips v. Martin Marietta Corp.* 事件 (400 U.S. 542 (1971) (*per curiam*)) において、企業は、幼い子どものいる女性の雇用を拒否したが、同年齢の子どものいる男性は雇用した。その差別が、被用者の女性という性別のみならず、他の基準にも基づいたという理由で——即ち幼い子どもの保護者である」と——、当該企業は、性別『を理由として』差別を行っていなかったと主張した。当該企業はまた、全体としては、男性よりも女性を雇用することを支持する傾向があつたことを理由に、法に違反していなかつたとも主張した<sup>10</sup>。だが、これらの事実は、「第七編に対し何の抗弁 (defense) ももたらさない」。「*Los Angeles Dept. of Water and Power v. Manhart* 事件 (435 U.S. 702, 98 1370, 55 657 (1978)) では、使用者が女性に男性よりも多額の年金基金拠出を求めた。使用者はその別異取扱いを、女性が男性よりも寿命が長い傾向にあり、従つて経時的に、年金基金からより多くの額を受領する可能性が高いことに基づくとして正当化しようとした」。だが、「当法廷は、集団レベルでは公平に見える規則が、個人のレベルでは差別的に展開しうることを承認し」、「その行動が、両性の集団全体の平等を達成するという望みに動機づけられた」という使用者の主張を無関係なものとして退けた<sup>11</sup>。「*Oncake v. Sundowner Offshore Services, Inc.* 事件 (523 U.S. 75, 118 998, 140 201 (1998)) では、男性の原告が、男性同僚からセクシュアル・ハラスメントの対象に選び出されたと訴えた。当法廷は、被害者と同性のメンバーが差別を行つたことは重要ではないと判示した。当法廷は、集団としての男性が差別に服したか否か、あるいは、原告の行為又は個人的な特徴のような、性別に加えたいくつかのことが差別の原因になつたのか否かは重要ではないと判示した<sup>12</sup>」。

以上の先例の「教訓」は次のことである。即ち、第一に、「使用者によるその差別的な慣行の呼び方、それに関する他の人の分類の仕方、又は他に動機づけるものは無関係である」。第二に、「原告の性別は、使用者による不利益な待遇の唯一の、又は主たる原因である必要はない」。故に、本件でもまた、原告が惹かれる性別又は表現する性別といった他の要素が作用している可

能性、あるいは、それが使用者の決定においてより重要な役割を果たすか否かは重要ではない。第三に、「使用者は、男性と女性を集団として同等に扱うこと」を証明することで責任を免れることはできない。「同様に、一部でその個人の性別を理由として、同性愛又はトランスジェンダーの被用者個人を意図的に解雇する使用者は、たとえ当該使用者が、男性と女性の同性愛又はトランスジェンダーの被用者を同一の規則に服させることを望んでいたとしても、当該法律に違反する」。

### (1) その他の使用者の抗弁について

#### ① 意図要件及び「but-for」テストの厳格度

「使用者たちが、応募者の性別を知らずにゲイ又はトランスジェンダーの個人の雇用を拒否する」場合でも、「応募者個人の性別は、この雇用上の決定における要素としてなお重要である」「応募者が性別を考えずに」、応募用紙の「同性愛又はトランスジェンダーの項目に印をつけるかどうかを決める方法はない」。また「使用者が、同性愛又はトランスジェンダーの項目に印をつける人々に対して、一部で応募者の性別を理由とせずに差別できる方法はない」。

「but-for 因果関係テスト……を GB に適用する場合」、「我々は、彼の性的指向も変化させている（ホモセクシュアルからヘテロセクシュアルへ）」が、「性的指向は一定に保たなくてはならない——彼の性別と、彼が惹かれる性別の双方を変える必要がある」とを意味する——」か。だが、「第七編の率直な文言、そして我々の先例は、使用者が男性と女性を、集団として同等に扱うかどうかは気にかけない。レズビアンとゲイ男性を等しく解雇する使用者は、その責任を免除されるのではなく、二倍にする」。「反対の性別のメンバーが同一の方針から同じ結果に直面するかもしれない場合、性別はどのようにその結果に必要になるのだろうか。……多くの場合、人生と法において、but-for の二つの要因が組み合わざり、何か他の方法で生じる可能性のある結果を生じさせる。……例えば、同性愛者の被用者に関して言へならば、男性の性別と男性に惹かれるということが、結合して彼らを解雇させへば but-for の要因であり、�では「性別が、不可欠な (essential) な but-for の役割を果たす」。

② 第七編に期待された効果

「確かに、これらの事件における当該法律の適用は、立法者たちが取り組もうと意図した、又は期待したかもしだれない『最も重要な害悪（principal evil）を超える』」。だが、「この制定法が、連邦議会が明確に予想しなかつた状況へと適用されていると、いう事実」は、「不明瞭性を証明するのではなく……単純に、立法府の命令の『幅広さを証明する』」。

「当該法律の制定当時に政治的に不人気な集団……を保護する法律の適用は、予想されないと考えられるかもしだれない。だが、ただそれだけの理由で執行を拒否することは、我々の目前の当事者たちが当該法律の成立当時にはたまたま不人気だという理由で、法解釈者としての我々の役割を放棄することを要求するだけではなく、強者又は人気のある者に正義の基準を傾け、また、全ての人に当該法律の文言から利益を受ける権利があるという約束を反故にするだろう」。「おそらくほとんどの第七編の性別規定の適用は、当該法律が制定された時点では『予期されなかつた』」。「第七編による雇用上の性差別の禁止は、連邦公民権法の重要な一部である。それは完全に広汎な言葉で書かれており、……予期されない適用を繰り返し生み出している。連邦議会の重要な起草上の選択——単に集団間の差別ではなく、個人に対する差別に着目し、性別が原告の損害の but-for の原因である場合は常に使用者に責任を負わせること——は、実質的に、予期されない適用が時間の経過とともに現われることを保障した」。

「法令への追加を控えることを我々に要求するのと同じ司法上の謙虚さが、それらを減じることを控えることを要求する」。

「裁判官たちは、意図の予想又は予期に関する当て推量に過ぎないものを根拠にして、率直な法令の命令を無視する自由を持たない。第七編において連邦議会は、被用者の解雇を決定する際に、使用者がその被用者の性別に依拠することを違法とする広汎な言葉を採用した。我々は今日、この立法府の選択の必然的な結果を承認することを躊躇しない」。

③ 本判決の余波

「当該使用者たちは、我々の決定が第七編を超えて、性差別を禁止する他の連邦法又は州法にまで及ぶことを懸念する。そして、彼らは、第七編それ自身の下では、性別によって分けられたトイレ（bathrooms）、更衣室、服装規定が、我々の判決の後

には持続できない」とが示されるという。だが我々は、それらの条件の意味に関し対立する当事者間での審査（adversarial testing）による利益を持つていない。また我々は今日、かかる問題を前もって判断しない。「他の方針又は慣行が、違法な差別とみなされるか否か、あるいは第七編の他の規定の下で正当化されるか否かは、本件ではなく、将来の事件である」。

「当該使用者は、本件のような事件において第七編の要件に準拠することが、幾人かの使用者たちに、彼らの宗教上の信念に背くことを求める可能性について懸念する。我々もまた、我々の憲法において定められた宗教の自由の保障を守ることに強い関心がある。即ち、その保障は、我々の多元的社会の核心に位置している。だが、第七編が宗教上の自由とどのように交わる可能性があるのかに關する憂慮は新しいものではない。それらは、当該法律の制定以前でさえ存在している。当該法律の制定の審議の結果として、連邦議会は、宗教組織のための明確な法令上の例外を含めた（42 U.S.C. § 2000e-1 (a)）。当法廷もまた、修正第一条が、『宗教法人とその聖職者らの間の雇用関係に関する訴え』に雇用差別法を適用するのを禁止し得ることを認めた」。

「また、連邦議会は、一九九三年宗教的自由回復法（RFRA）（107 Stat. 1488, codified at 42 U.S.C. § 2000bb *et seq.*）においてさらに一步進めた。当該法令は、それがやむにやまれぬ政府利益を促進するものであり、当該利益を促進する最も制限的ではない手段であることが証明されない限り、連邦政府が個人の宗教の自由の行使に相当程度の負担をかけることを禁止する（§ 2000bb-1）。RFRAは、他の連邦法の通常の作用に置き換わる超法律の一種として機能するために、適切な事件においては、第七編の命令に優先する可能性がある」。しかしながら、「これらの宗教の自由を保護する理論が第七編とのように關わるかもまた、将来の問題である」。

#### 〈Aito 判事が執筆し、Thomas 判事が同意した反対意見〉

「[性的指向]も、『性自認』も、第七編の禁止する「リストにはない」。「今日の理解においても、」の『性別』を理由とした差別の概念は、『性的指向』又は『性自認』を理由とした差別と異なる。いずれにせよ、我々の義務は、法令の文言を、それらが書かれた当時の通常の人々に伝える」とを意味するよう解釈する」とある。

① 「性別を理由とした」差別

第七編の「性別を理由とした差別」は、「一九六四年においては、男性と女性が生まれた時に有する、遺伝子上の (genetic)、そして、身体構造上の (anatomical) 諸特徴を理由とした差別を意味」した。そうであれば、「性別を理由とした差別は……争点となる個人が、生物学的に男性又は女性であることを理由とした差別を意味する」。「我々が判断すべき問題は」、「使用者が単に、被用者又は応募者の性的指向又は性自認を理由として雇用上の措置を採った場合、その使用者は必然的に生物学的性別を理由に差別をしたか?」といふことである。

「性別」、「性的指向」、そして『性自認』は、法廷意見が認めたように、異なる概念であり、「第七編は、『性別』に関連し、それに基づき、又は性別を参照して定義される全てのものではなく、性別それ自体に基づく差別を禁止する」。「性的指向又は性自認を理由とした差別は、それ自体として性別を理由とした差別を伴うわけではない」。「使用者が、完全に正当な理由で不利益な雇用上の措置を採る場合(例えば、被用者が企業の財産を盗んだという理由で)、その措置は、ただ当該使用者が被用者の性別を知っているからという理由で性差別に変わるわけではない」。また、雇用の「応募者が、自分の性別や惹かれる者の性別を知らずに同性愛であるかどうか言えないからといって、使用者が応募者の性別を知らずに同性愛に基づき応募者を拒否できない」ということにはならない」。

「法廷意見は、『個人の性別を理由として差別することなしに、同性愛又はトランスジェンダーである者を差別することは不可能だ』」とするが、「同性愛とトランスジェンダーの地位は、性別とは異なる概念であり、「性的指向又はトランスジェンダーの地位を理由とした差別が、本質的あるいは必然的に性別を理由とした差別を構成するわけではない」。

② 第七編制定時の一般的な人々による「性差別」の解釈

「結局のところ重要なことは」、「法令の文言が制定時に、一般的な (ordinary) 人々に理解された方法」である。これについて Scalia 判事は、「法の言葉は、『当時の通常の人々 (reasonable people) にそれらが伝えた事を意味する』と主張する」。従つて

て、「条文主義が適切に理解される場合には、当該法令が制定された社会的文脈の調査が求められる」。「一九六四年、第七編の法文を読む一般的なアメリカ人は、性別を理由とした差別が性的指向を理由とした差別を意味したとは夢にも思わなかつただろう。ましてや性自認などとんでもない。『性別』を理由とした差別の一般的な意味 (*ordinary meaning*) は、性的指向や性自認ではなく、人の生物学的性別を理由とした差別だった」。

「Philips 事件、Manhart 事件、Oncale 事件の三つの『教訓』……のどれも、我々の目前の問題の解決には役立たない。最初の教訓は、『使用者によるその差別的な慣行の呼び方、それに関する他の人の分類の仕方、又は他に動機づけるものは無関係である』といふことだ」。「使用者が性別を理由として差別した場合、当該使用者はその行為が何であれ責任を負うが、当該使用者の行為が性差別でない場合、法律は適用されない。したがつて、この教訓は我々を、性的指向又は性自認を理由とした差別が生物学的性別を理由とした差別の一形態であるか否かという問題に立ち返らせる」が、答えは否である。「教訓一」、「原告の性別は、使用者による不利益な待遇の唯一の、又は主たる原因である必要はない」も同様に役立たない」。「本質的な問題——性的指向又は性自認を理由とした差別が性差別を構成するかどうか——は、どの因果関係基準が適用されても同じになろう」。「教訓三」、「使用者は、男性と女性を集団として同等に扱うことを証明することで責任を免れることはできない」も無関係だ」。「性的指向又は性自認に基づいて等しく差別する使用者は、性別に関係なく、全ての影響を受ける個人に同一の基準を適用している」。

### ③ 連邦議会の意図

当裁判所の多くの裁判官は、現在及び過去の両方で、「法令に曖昧さがある場合、……『連邦議会の意図』に関する他の証拠を審査することが適切だと判断した」。「性差別の禁止規定は」、「規則委員会委員長 (Chairman of the Rules Committee) で下院議員の Howard Smith により、「最終盤で下院の議場で」、「毒薬条項として追加」された。「Smith 議員が毒薬を探していったのならば、性的指向や性自認に基づく差別を禁止する方があるかに強力だつただろうが、Smith 下院議員も他のどの議員も、性差別の禁止がその意味を持つ可能性について一言も述べなかつた」。下院議員の動機が「何であれ、性差別の禁止の採用の意

味は明確である。それは偶然ではなかった。それは、『ますます社会的に認知され、受容されている、女性の権利の擁護に関する長い歴史』の中で生まれ、女性にとっての完全な権利への道において画期的な成果を示した。『対照的に、同性愛者の男性と女性に対する差別は、ストーンウォール事件 (Stonewall) 以前の暗い時代には、……公の議論の俎上には乗らなかつた』。

④ 「性別を理由とした差別」の拡張の影響

「法廷意見が現在採用する立場は、宗教の自由、表現の自由、個人のプライバシー及び安全を脅かすだらう」。

(a) トイレ、更衣室、その他の類のもの

この主題は、「異性のメンバーと彼らがみなす個人の前で脱衣し、トイレ設備を使用することに消極的な多くの人々にとって懸念事項だ。性暴力又は虐待の被害を受けた女性にとって、トイレや更衣室といった密室かつセンシティブな場所で、男性の身体で服を着ていない人を見るという経験は、深刻な精神的被害を招く可能性がある」。「しかしながら、当裁判所の判決の下でトランジエンダーの人々は、彼らが自認する性別の人のために用意されたトイレや更衣室を使う権利を持つと主張する可能性がある」。また、トランジエンダーという言葉は、「性自認が混合する又は経時に変化する個人に適用される場合がある。それ故に、性別適合手術 (physical transitioning) を行っていない人が、特定の時期に、当該個人が自認する性別に割当てられたトイレや更衣室を使用する権利を主張する可能性がある」。

(b) プロスボーツ

「第七編がトランジエンダーの地位を理由とする雇用上の差別を禁止するという当裁判所の判断の下では、男性の体格でありながら、女性を自認する選手が、女性のプロスボーツチームでプレーする権利を主張しうる」。

(c) 宗教団体の信仰に基づく雇用慣行

「組織の信仰に関する教義に反する行動をとる個人を雇用する」とを宗教団体に強制する」とは、異存のある (objectionable) メッセージを伝える」とを強いる」とにな。

## (d) ヘルスケア

「一部の使用者や医療提供者は、性別適合手術に強い宗教上の異議を唱えているため」、トランジエンダーの被用者による「ヘルスケアの利益」の主張は、「彼らが深く抱く宗教的信念を尊重する能力に深刻な影響を与えるだろう」。

## (e) 表現の自由

「性別に依存しない代名詞」など、「彼らの好む代名詞を使用しない」とが、性差別を禁止すると主張される可能性がある。また、「使用者が被用者に」、「同性愛という関係と性別適合手術」に関する「彼らの宗教的見解を表明する」とを許可すると、第七編のハラスメントの訴えを生起させる可能性がある。

## (f) 憲法上の訴訟

「性的指向や性自認による差別を性別による差別と同一視することで、当裁判所の決定は、三つの形態の差別すべてに同一の厳格な審査基準を適用する根拠として引用される」。「この論理の下では、本日の決定は、連邦の差別禁止法の領域をはるかに超えて影響を及ぼす可能性がある」。

## 〈Kavanaugh 判事執筆の反対意見〉

## ① 法律の修正権限

「この事件は一つの根本的な問題に要約される。即ち、誰が決めるのか?という問題だ。一九六四年の公民権法第七編は、個人の『人種、肌の色、宗教、性別、又は出身国』を理由とした雇用差別を禁止している。本件における問題は、性的指向による雇用差別を禁止するよう第七編を拡張すべきか否かである。憲法の権力分立の下では、第七編を改正する責任は当裁判所ではなく、立法過程における連邦議会及び大統領に属する」。

「性的指向の差別を禁止するという不首尾な立法上の努力に直面し、裁判官たちは、単純に彼ら自身の政策的観点を理由として、当該法律を書き換えることはできない。裁判官たちは、単に彼らが、連邦議会が賛否の表明 (the votes) を行わざ、ある

いは不屈の精神 (the fortitude) を持たないと考えるからという理由で、その法律を更新することはできない。裁判官は、彼らが、連邦議会がいざれすぐにそれを行いそうだと考えるからといって、その法律を修正することはできない」。「もし裁判官が、彼ら自身の政策的観点、又は彼ら自身の将来の立法活動の可能性の評価に基づき法律を書き換えることができるのならば、合衆国憲法の権力分立を支える立法府と司法府との間の重要な区別が崩壊し、それにより、公平な法の支配と個人の自由が脅かされる」。

②「性別を理由として」の一般的な意味

「法の支配により統治される社会は、市民が知つており、かつ理解可能な法律を持たなくてはならない。また、司法の一般的な意味の順守は、合衆国の選挙で選ばれた代表者が制定する法律に関して、彼らの民主的な説明責任を促す。市民と立法者は当該法令の文言を読み、その法律を確認できなければならない」。「本件における問題は、『性別を理由とした』というフレーズの一般的な意味に取斂する。このフレーズの一般的な意味は、性的指向を理由とした差別を含むのか? その答えは、明らかに『否』である」。

「一般的な意味を評価するにあたつては、日常的な言い回し (common parlance) が重要である」。「日常的な言い回しでは、一九六四年 (または今日) に、性的指向による解雇を性別による解雇と表現する人はほとんどいなかつただろう。一般的な理解として、性的指向の差別は性差別と区別される」。「日常的な言い回しにおいて、GBとDZは、彼らが男性であるからではなく、同性愛であるために解雇された」。

【評釈】

(二) はじめに

同性愛者及びトランスジエンダーが一九六四年公民権法第七編 (以下「第七編」という) による雇用上の性差別禁止規定によ

り保護されると合衆国連邦最高裁判所（以下「連邦最高裁」という）が判断した本判决は、州法による同性婚の禁止が修正一四条の下でのデュー・プロセス及び平等保護に反すると判断された *Obergefell v. Hodges* 判決に続く、近年の合衆国における性的少数者の権利向上に関する機運の高まりを象徴する重要な判决である。本判决が下されるよりも早く、既にいくつもの企業は、その反差別及び多様性の方針において、性的少数者の被用者を保護される集団に含めていた。<sup>(18)</sup> 一方、連邦下級裁判所は二〇〇〇年代以降、トランプ・ジョンソンへの雇用差別について、*Price Waterhouse v. Hopkins* 判決による性的ステレオタイプ化的理論に依拠して、それが性差別にあたるとする判决を下し始めていたものの、性的指向に基づく差別については一貫して、一九六四年公民権法第七編の下で禁止される雇用上の性差別の中には含まれないと判断してきた。<sup>(19)</sup> だが、二〇一五年の EEOC による *Baldwin v. Foxx* 決定において、性的指向が必然的に「性別に基づく事柄」であり、性的指向に基づく差別が第七編の下での性差別となるとされたことを機縁として、性的指向に基づく差別の解釈は変遷していく。<sup>(20)</sup> 同決定の二年後の二〇一七年、性的指向を理由とした雇用契約更新の拒否が第七編違反となるか否かが争われた *Hively v. Ivy Tech Community College of Indiana* 事件において、第七巡回区連邦控訴裁判所は八対三の判决で、「性的指向に基づく差別は性差別の一種態である」と明確に判断し、<sup>(21)</sup> さらに本件で併合審理となつた *Zarda* 事件の第二巡回区連邦控訴裁判所において、性的指向を理由とした差別が性差別を構成すると判断されるに至つている。<sup>(22)</sup>

以上の連邦控訴裁判所による判断の変遷に加え、連邦最高裁判事の構成においても変動が生じる中、本判决の行方には社会的に非常に大きな注目が集まつていた。結果的に本判决では、Scalia 判事の後任にあたる保守派の条文主義者（textualist）として知られる Gorsuch 判事が、性的指向及び性自認を理由とした解雇が第七編の性差別禁止の埒内にあるとする法廷意見を執筆し（Roberts 首席判事、Ginsburg 判事、Breyer 判事、Sotomayor 判事及び Kagan 判事が同意）、Alito 判事と Kavanaugh 判事が反対意見を執筆した（Alito 判事執筆反対意見には Thomas 判事が同意）、六対三の判决となつた。

本稿では、以下、本判决の法廷意見において争点となつた①「性別を理由とした差別」の意味について検討した後、合衆国において大きな論争となつてゐる、②トランプ・ジョンソンの人々による職場設備の利用、③使用者の宗教の自由と性的少数者の平

等保護について評釈を加えていく。

## (二) 争点

### ① 「性別を理由とした差別」の意味

第七編の「性別 (sex) を理由とした差別」の意味について、法廷意見が用いた論理を概括すると、性別とは、「生殖生物学 (reproductive biology)」により決定される、男性又は女性としての地位」、つまり生物学的性別を指すが、「同性愛及びトランジエンダーの地位は、性別に密接に結びつく」ために、「同性愛又はトランジエンダーの被用者に対し差別するためには、意図的に、一部で性別に基づく必要があるというものである。この第七編の性別が生物学的性別を指すという理解は、本件被告側の主張内容であり、対する申立人は、一九六四年当時でさえ、「性別」という言葉が性的指向や性自認に関する諸規範に関する広範な射程を持つていたと主張していた。<sup>(27)</sup> 法廷意見は、当該議論に結論を出す有効なアプローチを持たず、被用者らが議論を進めるためにこの点で譲歩したために、被告側の主張を採用して、「性別」が生物学的性別を指すとの前提をとつた。

右のように、法廷意見は、性別が生物学的性別を意味するという前提に立ちながらも、重要なことは、「第七編がそれについていわんとしていること」、即ち、第七編が使用者に対し、「性別を理由として」差別を行うことを禁止することであるとする。法廷意見によれば、ここで「差別」とは、「同様の状況にある他の者よりも、その者を不利に (worse) 処遇すること」を指し、その判断に際しては、「集団ではなく、個人に着目」すべきである。では、この意味での性別を理由とした差別が、どのように、同性愛及びトランジエンダーを理由とした差別と解釈されるのか。法廷意見は、「同性愛及びトランジエンダーの地位は、性別に密接に結びつく」というが、問題はその結びつき方である。

法廷意見は、同性愛及びトランジエンダーを理由として「差別する使用者は、その意思決定において、必然的に性別に依存することを意図している」ため、「これらの根拠に基づく差別のためには、使用者は、被用者個人を意図的に彼らの性別を理由として異なつて扱う必要がある」とを、同性愛及びトランジエンダーを理由とした差別が性別を理由とした差別であること

の根拠とする。法廷意見に従うと、同性愛の場合、双方とも男性に惹かれる男性と女性の被用者がいる中で、使用者が男性に惹かれる男性のみを雇用上不利に処遇する場合、他方の女性被用者には許されている特徴を理由として差別が生じていることになる。要するに、双方とも男性に惹かれる被用者の性別が、使用者がその被用者を不利に処遇するか否かを左右するために、同性愛に基づく差別は、「性別を理由とした」差別になる。同様に、使用者が、生まれた時に男性という性別を割当てられたが、後に女性を自認する被用者に対し不利な処遇を行う場合、当該使用者は、出生時に割当てられた性別を自認する被用者の性別と比較して、当該被用者を不利に処遇するために、性別を理由とした差別が行われたことになる。つまり、このでの性別と同性愛者及びトランスジェンダーの地位は、使用者のその雇用上の意思決定のプロセスにおいて、不可避免に結びついていることである。

他方、Alito 判事が執筆し、Thomas 判事が同意した反対意見は、この「性別を理由とした差別」が生物学的性別を意味すると解する点では法廷意見と共通するが、法廷意見とは異なり、「第七編は、……性別それ自体に基づく差別を禁止」するため、性的指向及びトランスジェンダーの地位に基づく差別は性差別とはならないと判断する。同反対意見は、性的指向及びトランスジェンダーの地位を理由とした差別と性別を理由とした差別との関連では、前者が必然的に後者の差別になるとする法廷意見の解釈を否定している。性別を理由とした差別の解釈における法廷意見と Alito 判事執筆の反対意見の差異は、性別を理由とした差別と、性的指向及びトランスジェンダーの地位を理由とした差別の関連性に関する評価の違いに起因するといえる。

この「性別を理由とした」差別に関して、先例に目を向けると、一九六四年に第七編が制定されて以降、連邦最高裁はかかる概念の定義を拡張して解釈する傾向にある。<sup>(29)</sup> 一九八九年に判決の下された Price Waterhouse v. Hopkins 事件では、提携企業が、ジェンダー・ステレオタイプに合致しないことを理由に原告との提携を拒否しが、第七編の「性別を理由とした」差別となるか否かが争われた。Brennan 判事執筆の相対多数意見は次のように述べ、第七編の下での性別を理由とした差別が性的ステレオタイプ化を理由とした差別を含むと判断した。曰く、「性的ステレオタイプ化という特定の文脈においては、女性は積極的であるはずがない、あるいはそうるべきはない」という信念に基づき行動する使用者は、性別 (gender) に基づき行動した

い」とになる]。「我々は、被用者らが彼らの集団に関連付けられるとステレオタイプに合致すると推測又は主張する」として被用者を評価できた時代を超えていた。何故なら、連邦議会は、使用者が諸個人の性別を理由として差別を行うことを禁止するに際し、性的ステレオタイプから生じる男性と女性の、全ての領域の別異取扱いに取り組むことを意図したためだ」。<sup>(31)</sup> また、同性間のセクシユアル・ラスマントが第七編違反となる性差別となるか否かが争われ、本判決でも参照されたOncale v. Sundowner Offshore Serv., Inc. 事件において、Scalia判事が執筆した全員一致判決は、「職場における男性から男性に対するセクシュアル・ラスマントは確かに、連邦議会が第七編を制定した際懸念した主たる害悪 (evil) ではない。しかし、法令上の禁止は、概して合理的に同等の害悪を含むために、主たる害悪の域に留まらない」とし、「ただ原告と被告 (あるいは、被告の利益になるよう) に活動したとされる者) が同性であるというだけ、第七編は『性別を理由とした』差別の訴えを必然的に禁止するものではない」と判示した。この「性別を理由とした」差別の拡張傾向において、今日の法廷意見は、「性別を理由とした差別」の解釈を、同性愛及び性自認に基づく差別を含むものとしてさらに拡張している。一方、いと「性別」という言葉を生物学的性別と定義する点において、法廷意見の判断は、同性愛やトランスジェンダー以外の性的マイノリティに対する雇用差別の審理において制限的に機能する可能性がある。

確かに、性別 (sex)、ジェンダー (gender)、性的指向及び性自認は、それぞれ概念上異なるものである。また、法廷意見が依拠する当該文言の「一般的なパブリックな意味 (ordinary public meaning)」においても、これらの概念は区別されるものである。しかしながら、医学及び科学的研究の分野では、一九六〇年代には既に、「遺伝学上の、染色体上の性、生殖腺上の性 (gonadal sex)、体内的形態学上の性 (internal morphologic sex)、体外の形態学上の性 (external morphologic sex)、ホルモン上の性、表現型上の性 (phenotypic sex)、割当てられた性／生育上のジェンダー、及びジェンダー・アイデンティティ」といった数多くの性別を判断するための基準が用いられており、性別が生物学的に (そして堅固に) 二元的であるとする見解については、それが「プラトニックな理想」であると指摘されている。<sup>(35)</sup> つまり、その実態レベルにおいては、「性別」という概念は、法廷意見及び Aito 判事が執筆した反対意見が前提とする二元的なものではなく、多元的かつ流動的なものである。性別を生物

学的に二元的なものとする前提を維持したまま法廷意見の用いた性差別の判断基準 (but-for test) を用いる場合、同性愛者やトランスジェンダー以外の性的少数者に対する差別の判断において困難が生じると考えられる。即ち、生物学的性別という概念に依拠し、反対の性別の個人と比較する性差別の解釈論は、そこで比較対象となる性別が明確に存在しているという前提の下に成り立つ。だが、この論理に従うと、例えば、生物学的に男性と女性双方の性的特徴を持つインターセックスの個人がそれを理由に雇用上不利に処遇された場合、いずれの性別の方と比較するのか定かではない。今後、このような事件が起きないとも限らず、現在の法廷意見の性別に関する解釈を維持する場合、多様な性的マイノリティの人々への雇用差別がどのように性差別を構成すると判断するのか、課題が残さると言える。

加えて、法廷意見がいうように、法令の文言を「一般的なパブリックな意味」として解釈する方法に関するても、それが、「誰の視点」を基にした理解なのかということが論点になろう。法廷意見の想定する「一般的なパブリックな意味」とは、性差別、あるいは、性的マイノリティへの差別について十分に情報を与えられていない（あるいは啓蒙されていない）、合衆国における社会的多数派による理解のことを指していると考えられる。しかしながら、先に挙げた医学的及び科学的知見を携える人々、そして性別（sex）という概念の多元性及び可変性について考察せざるを得ない性的マイノリティの人々も「パブリック」に含まれるはず／べきであり、法令解釈における「一般的なパブリックな意味」を構成するメンバー・シップ自体に、既に排除が含まれる可能性にも着目すべきであろう。<sup>(36)</sup>まさに法廷意見自身が述べるように、法律については、「全ての人々がその利益を享受する権利を与えられ」るはずである。

## ② トランスジェンダーの人々による職場設備の利用

Altio 判事が反対意見で列挙した、法廷意見の本日の判決がもたらすとされる（a）～（f）の内、特に合衆国において近年大きな議論となつて <sup>(37)</sup>いる、トランスジェンダーの人々によるトイレや更衣室の利用の権利に関する（a）について検討を加える。Altio 判事は、（a）の提起の中で、トランスジェンダーの個人が「トイレ、更衣室、及びその他の類のもの」を使用する権利と、

性暴力及び虐待の被害経験のある個人（「」）では恐らく、生まれた時に割当てられた性別と性自認が一致しているシスジエンダーの個人が想定されている）の「プライバシー及び安全」の権利を対立する利益関係にあるとし、前者の利益が後者のトライバ（反対意見では、「深刻な精神的被害」と表現されている）を惹起し、そのプライバシー及び安全の利益を損なうとする。しかししながら、この主張は以下の点で問題を含んでいると思われる。

Alito 判事は、シスジエンダーの被用者たちが、「異性のメンバーと彼らがみなす」者の前で脱衣を行つたりトイレを利用したりすることが懸念事項であると説明するが、そもそも、シスジエンダーの人々によりトランジエンダーの人々が「異性のメンバー」と「みなされる」との根拠が不明である。トランジエンダーと一口に言つても、身体的特徴を始めとする外観はシスジエンダーと同様様々であり、トランジエンダーの個人が一見して「異性」であると判別できるとする前提自体が非常に疑わしいものである。<sup>(38)</sup> それでもなお現実問題として Alito 判事が想定するような状況が生起するか否かについては、法廷意見のいうように、将来的に判断するしかないだろう。だがその場合でも、まずは以下のトランジエンダーの人々が被つている深刻な問題を押さえておく必要がある。

トランジエンダーの人々は、シスジエンダーの人々に比べ、生活の中で多大な「社会文化的なリスク要因、メンタルヘルスの問題、医療上の問題」<sup>(39)</sup> に直面している。例えば、多くのトランジエンダーの学生は、ハラスメントにあう危険の回避、性自認に一致したトイレ利用を歓迎されていないことなどから、性自認に一致したトイレの利用を避けているが、<sup>(40)</sup> これらが「尿路感染症や、腎臓感染症（kidney infections）、便秘」、「授業やその他の学習機会へ集中して参加する能力の欠如」といった、深刻な心身の健康上の被害をもたらしている。<sup>(41)</sup> こうした状況を背景に、二〇一六年五月、オバマ大統領はトランジエンダーの学生が性自認に一致したトイレを使用できるようにすること等を指示する書簡（Dear Colleague Letter）を送達し、<sup>(42)</sup> また近年では、トランジエンダーの学生たちが、連邦が財政支援する公立学校及び中等教育以上の教育機関における性差別を禁止する教育修正第九編<sup>(43)</sup>（Title IX of the Education Amendments of 1972）及び合衆国憲法修正第一四条の平等保護条項に基づき、学校における彼ら／彼らの性自認に一致したトイレや更衣室の使用を求める訴訟を提起している。例えば、二〇一七年の Whitaker v.

Kenosha Unified School District 事件<sup>(45)</sup>では、第七巡回区連邦控訴裁判所が「個人に彼又は彼女の性自認に一致しないトイレを使用する」とを求める方針は、彼又は彼女のジェンダー不一致を理由として個人を罰しており、第九編に違反する<sup>(46)</sup>と判示しており、さらに二〇一〇年の Grimm v. Gloucester Cty. Sch. Bd. 事件<sup>(47)</sup>では、第四巡回区連邦控訴裁判所が Bostock 連邦最高裁判決を引用し、原告のトランスジェンダーの男子学生による「男子トイレの使用を不可能とするトイレの方針が『性別に基づき』彼を差別した」とし、当該方針が第九編に違反すると判示した<sup>(48)</sup>。また、職場での性自認に一致した設備の利用に関しては、二〇一五年の EEOC による Lusardi v. McHugh 決定<sup>(49)</sup>において、トランスジェンダーの女性による職場での女性用トイレの使用の禁止が、第七編で禁止される性別を理由とした別異取扱い、即ち、性差別を構成すると判断されている。学校に限らず、一般的に、職場も社会生活の大きな比重を占める領域であることを考えると、トランスジェンダーの人々にとって、職場での性自認に一致した設備へのアクセスの阻害も大きな問題となる。

Alito 判事の（a）の課題提起においては、右に挙げたトランスジェンダー当事者の抱える日常生活における困難やアリテイ<sup>(50)</sup>が看過されたまま、トランスジェンダーの人々のトイレや更衣室といった設備利用に係る利益と、シスジェンダーの中でも特に性暴力被害経験のある人々の「プライバシー及び安全」にかかる利益が対抗関係にあるとされているが、こうした立論自体が既にトランスジェンダーの人々への無理解と偏見を抱え込んでいるように思われる。Alito 判事が列挙した（b）から（f）の問題についても同様に、まずはトランスジェンダーの人々が置かれる実態を十分に把握し、そこで挙げられるトランスジェンダーの人々の利益に係る人権的価値を適切に評価することが重要なのではないだろうか。その上で、個々の対抗利益とされる諸権利との関係及びその調整の方法について考察する必要があるう。

### ③ 使用者の宗教の自由と性的少数者の平等保護

最後に、Alito 判事が反対意見で述べた、本判決の（c）宗教団体の信仰に基づく雇用慣行への影響について簡単に論及しておきたい。Alito 判事は（c）について、次のように指摘した。即ち、性的指向及び性自認を理由とした雇用上の不利益な取り

扱いが公民権法第七編による雇用における性別に基づく差別の禁止に反することは、「多数の教会、シナゴーグ、モスク、およびその他の宗教団体の信仰に基づく雇用慣行との公の紛争を引き起こすだろう」。「宗教団体には実際に信仰に生きる従業員が必要であり、「組織の信仰に関する教義に反する行動をとる個人を雇用することを宗教団体に強制することは、異存のある（objectionable）メッセージを伝える」とをグループに強いる」。特に、宗教学校の「教員に対する学校の基準は、『特定の生き方を生徒たちに伝える』ことであり、『教員がそれらの諸教訓に違反すること』は学校の『道徳的な教え』を損なう可能性がある。したがって、宗教学校が婚姻外の性交渉と性転換手術が不道徳であると教えている場合、学校が同性愛関係にある、または性転換を行つた、もしくは行つている教員を雇用していると、そのメッセージが失われる可能性がある。だが、今日の判決は、そのような教師や応募者による第七編の主張につながる可能性がある」。この点、法廷意見が「第七編が宗教上の自由などのよう交わる可能性があるのかに関する憂慮は新しいものではない」というように、Alito判事が懸念事項として主張した使用者の宗教上の自由と第七編を始めとする雇用差別禁止法との緊張関係については、従来から大きな争点となってきた。<sup>(50)</sup>

この宗教と雇用差別の関係について、第七編は宗教団体及び、宗教団体が運営する学校に対する同編の適用除外を規定している。そのため、使用者が宗教団体あるいは宗教系学校に該当する場合、当該使用者は、被用者及び雇用の応募者を宗教に基づき差別することが認められている。ただし、第七編は宗教以外を理由とした雇用差別への適用除外規定は設けていないため、例えば、宗教団体がその雇用慣行において性別に基づき差別を行う場合、同編の規制を受けることになる。しかしながら、一部の伝統的宗教には、聖職者を男性に限るといった慣行が存在しており、こうした慣行が第七編の性差別の禁止に抵触する中、連邦巡回区控訴裁判所は、一九七〇年代以降、修正第一条の宗教の自由条項（Free Exercise Clause）、国教禁止条項（Establishment Clause）及び、それに基づく宗教団体の自律権を根拠に、「聖職者」の雇用関係に対し、第七編の適用を除外するという「聖職者の例外（ministerial exceptions）」の法理を形成してきた。<sup>(51)</sup> 一〇一一年には、連邦最高裁も Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC 事件において、「望まれない聖職者を強制する」として、国は、宗教団体が指名を通じて自身の信仰と使命を具現化する権利を保護する宗教の自由条項に違反<sup>(52)</sup>し、「国にどの個人が信者に奉仕するか決定する権力を与え

る」とで、教会の決定に対する政府の関与を禁止する国教禁止条項に違反する<sup>(53)</sup>として、同法理を承認している。なお、宗教の自由への制約の審査基準に關し、連邦議会は一九九三年、一般的に適用できる中立的な法規制による宗教の自由への制約の判断において厳格審査を求める宗教的自由回復法（R F R A）<sup>(54)</sup>を制定しており、その後の連邦裁判所による判例も同法を前提にした審理を行つてゐる。<sup>(55)</sup>こでは聖職者例外の法理の是非や宗教の自由の制約に關する違憲審査基準に詳しく述べる余裕はないため、以下を付言して本稿を閉めたい。

修正第一条で保障される宗教の自由は、合衆国における根本的価値である。しかしながら、性的少数者の権利保障も、多元社会にとつての要であり、宗教の自由条項、国教禁止条項、宗教団体の自律権に基づく「宗教団体」への司法的敬讓が、性的少数者を始めとする社会におけるマイノリティに対する差別の「隠れ蓑」を提供する結果になることは避けねばならない。今や合衆国の国論を二分するこれら二つの価値対立の背景には、多元社会における諸価値の調整、法の支配の在り方という難解な（かつ非常に重要な）憲法問題が控えている。当該課題に關連して、連邦最高裁は二〇二〇年二月、市と契約し里親サービスを提供する宗教的非営利団体が信仰を理由に同性カップルとの協働を拒否した<sup>(56)</sup>と対し、反差別条例（及びその方針）により同団体との契約を更新しなかつた市の行為の合憲性が争われた *Fulton v. City of Phila.* 事件にサーシオーライを出している。まもなく下されるであろう連邦最高裁による判断も踏まえながら、当該理論を考究する必要がある。

(1) —— *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 140 S. Ct. 1731 (2020) —

原審： *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 723 Fed. Appx. 964 (11th Cir. 2018)

*Zarda v. Altitude Express, Inc.*, 883 F.3d 100 (2nd Cir. 2018)

*EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes*, 884 F.3d 560 (6th Cir. 2018)

(2) 第七編の性差別を巡る判例<sup>(57)</sup>が、概して「sex」又「gender」を「性別」の意味として用いられている。本稿もこれに倣い、「sex」及び「gender」を「性別」と訳出する。なお、適宜文脈に応じて両文言の訳を変

東洋の法学者の間で、この判決は歓喜や賛成が多い。

- (33) Evans v. Ga. Reg'l Hosp., 850 F.3d 1248, 1255 (11th Cir. 2017); Blum v. Gulf Oil Corp., 597 F.2d 936, 938 (5th Cir. 1979).
- (4) Bostock v. Clayton Cty., 2017 U.S. Dist. LEXIS 217815, at 6-7 (N.D. Ga., July 21, 2017).
- (5) Bostock v. Clayton Cty., 2016 U.S. Dist. LEXIS 192898, at 8-13, 16-17 (N. D. Ga. Nov. 3, 2016).
- (6) See *Bostock*, 2016 U.S. Dist. LEXIS 192898, at 7-8.
- (7) Bostock v. Clayton Cty., 723 Fed. Appx. 964 (11th Cir. 2018).
- (8) Baldwin v. Foxx, EEOC Appeal No. 0120133080, 2015 WL 4397641 (July 16, 2015).
- (9) 232 F.3d 33, 35 (2d Cir. 2000).
- (10) Zarda v. Altitude Express, Inc., 855 F.3d 76, 79-81 (2d Cir. 2017).
- (11) *Id.* at 82.
- (12) Zarda v. Altitude Express, Inc., 883 F.3d 100 (2d Cir. 2018) (en banc).
- (13) EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc., 100 F. Supp. 3d 594, 598-603 (E.D. Mich. 2015).
- (14) EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc., 201 F. Supp. 3d 837, 850, 862-863 (E.D. Mich. 2016).
- (15) EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc., 884 F.3d 560, 571, 575-576 (6th Cir. 2018).
- (16) *Id.* at 593-594.
- (17) 576 U.S. 644 (2015).
- (18) Russell L. Steiger and P. J. Henry, *LGBT Workplace Protections as an Extension of the Protected Class Framework* 44(4) Law and Human Behavior 251, 252 (2020).
- (19) 490 U.S. 228 (1989).
- (20) 述べたように〇〇四年の第五回の連邦控訴裁判所によるSmith v. City of Salem 事件 (378 F.3d 566 (6th Cir. 2004)) は、「トランスセクハルである——やれやれ——彼女は彼女の性別 (gender) に従って行動しなさい——及び、彼女は彼女の性別 (gender) を尊重しなさい——原告に対する差別が、Price Waterhouse 事件の Ann Hopkins に対する差別と

- 全く異なること」とし、トランセンドナーに基づく差別を第七編で禁止される違法な性差別であると判断した。*Id.* at 575. また、合衆国憲法修正第一四条の平等保護条項の下での平等保護が争われた事件ではあるものの、110-11年の第一巡回区連邦控訴裁判所による *Glenn v. Brumby* 判決 (663 F.3d 1312 (11th Cir. 2011)) より *Price Waterhouse* 判決に依拠し、「ジェンダー非適合性」を理由とした「トランセンドナー」である個人に対する差別は、「性差別」であらむと判断した。*Id.* at 1317. 之の他、第七編によるトランセンドナーを理由とした差別の関係については、Melissa Wasser, *Legal Discrimination: Bridging the Title VII Gap for Transgender Employees*, 77(5) Ohio St. L.J. 1109 (2016) 参照。
- (21) 本判決以前の下級審裁判所による類似的指向を理由とした差別を巡る判断の動向については以下が詳しき。Ronald Turner, *Title VII and the Unenvisaged Case: Is Anti-LGBTQ Discrimination Unlawful Sex Discrimination?*, 95(1) Ind. L.J. 227, 245-254 (2020).
- (22) *See Baldwin*, EEOC Appeal No. 0120133080, 2015 WL 4397641.
- (23) 本決定は、第七編の「性別」による加葉の解釈の新たな潮流を生み出すやうにかけられていらる。See Katherine Carter, *Questioning the Definition of "Sex" in Title VII: Bostock v. Clayton County, GA*, 15 Duke J. Const. L. & Pub. Pol'y Sidebar 59, 63-64 (2020).
- (24) 853 F.3d 339 (7th Cir. 2017) (en banc).
- (25) *Id.* at 341.
- (26) *See Zarda*, 883 F.3d 100.
- (27) *See supra* note 23, at 70-71.
- (28) *Id.* at 68.
- (29) 第七編の「性別を理由とした」差別の解釈の変遷に関する邦語文献としては、石田若菜「一九六四年公民権法第七編における『性別に基づく差別』の解釈」駿河台法学111(卷1号1四二)ーー七二(頁110ー一九年) 参照。
- (30) *See Price Waterhouse*, 490 U.S. 228.
- (31) *Id.* at 250-251.
- (32) 523 U.S. 75 (1998).

(33) *Id.* at 79.

(34) *Id.* at 73.

(35) Shirley Lin, *Dehumanization "Because of Sex": The Multiaxial Approach to The Rights of Sexual Minorities*, 24(3) Lewis & Clark L. Rev. 731, 742-743 (2020). 「性別 (sex)」の多様性は、イヒターセクハニアリティの人々だけをもつてみじゅ、決して) へる数の人々の問題ではないことが分かる。ある調査によると、合衆国で出生した人々の内約一・七%，過去半世紀の任意の時点で数百万人の人々がイヒターセクショントライドもつた。 *Id.* at 743. りの点、例へば、トトハベジエンダーの原告の解雇が争われた *Ulane v. E. Airlines, Inc.* 事件 (581 F. Supp. 821 (N.D. Ill. 1983)) における、「性自認が性別 (sex) の構成要素である」として、「性別 (sex)」の多元的な分析アプローチが示されいろ。 Lin, *supra*, at 733 (citing *Ulane*, at 823). おだ、一〇一五年から現在にかかへ、 *Ulane* 事件に倣り、性別 (sex) を社会的特徴として定義するため多元的なアプローチを默示的に採用している連邦裁判所も存在する。 *Id.* at 734.

(36) りの「一般的なパブリックな意味」 (original public meaning)」を主張した Sykes 判事の立場は、「通常の『街路の男性』の基準」 ("man-on-the-street" standard) であふと語られいろ。 *Id.* at 271 (citing *Hively*, 853 F.3d at 362-363).

(37) りのトランジエンダーの人々による性自認に一致したトイレや更衣室へのアクセスに関する論点は、日本においても、一〇一八年七月のお茶の水女子大学によるトランジエンダーの学生の受け入れ発表を契機に、Twitter を始めとしたSNS上で大きな議論となつてこる。

(38) りの想定されていふ、トランジエンダーの個人がトランジエンダーの個人を「異性」として識別する要素は、(性別適合手術の済んでいないトランジエンダーの個人の)「外性器」である可能性もある。しかしながら、個室や仕切りなどにより、ある程度トイレや更衣室のプライバシー性が確保されてこる現代社会において、この想定が現実的なものであるかは疑わしいところ。

(39) Joselyn Sheer, *A Legal Analysis: The Transgender Bathroom Debate*, 47(1) J. Soc. & Soc. Welfare 53, 60 (2020).

(40) Catherine Jean Archibald, *Transgender Bathroom Rights*, 24(1) Duke J. Gender L. & Pol'y 1, 16 (2016) (citing WORLD PROF'L ASSOC. FOR TRANSGENDER HEALTH (WPATH), STANDARDS OF CARE FOR THE HEALTH

OF TRANSSEXUAL, TRANSGENDER, AND GENDER NONCONFORMING PEOPLE (2016), <http://www.wpath.org/site-page.cfm?pkassociation-webpage&menu=1351> [https://perma.cc/RG66XD TLT] 筆者未訳).

(41) *Id.*

(42) もうとも一口にトランスジェンダーといっても、性別適合手術を行っているか否か等により、当事者が日常生活を送る上で感じる困難、不便には違いがあると思われる。いのでは個々の事情に即した詳細な検討を加える余裕がないが、少なくとも相対的に見た場合、トランスジェンダーの人々はそうではない人々に比べ、日常生活においてその福利が損なわれる可能性が高いことは明らかである。

(43) 司法省及び教育省もオバマ政権による当該書簡の内容を承認するガイドラインを公布した。しかしながら二〇一七年、トランプ政権は、当該ガイドラインが十分な法的分析を欠いており、またトランスジェンダーの学生がいざれの性別用のトイレを利用するかは個々の州が判断するべき事柄であるとして、当該ガイドラインを撤回した。*Supra* note 39, at 59.

(44) 連邦教育修正法第九編では、一六八一条 (a) 差別の禁止において、「合衆国のかなる者も、性別 (sex) に基づいて、連邦から財政支援を受ける教育プログラム又は活動において、その参加からの排除、利益の拒否、差別をされではな<sup>い</sup>」と規定されるべし。<sup>20</sup> (20 U.S.C. § 1681(a))。

(45) 858 F.3d 1034 (7th Cir. 2017).

(46) *Id.* at 1049.

(47) 972 F.3d 586 (4th Cir. 2020).

(48) *Id.* at 618-619.

(49) EEOC Appeal No. 0120133395, 2015 WL 1607756 (Apr. 1, 2015).

(50) 合衆国における宗教団体の宗教の自由と雇用差別禁止法に関する邦語文献としては、山口智「宗教団体と雇用差別禁止法（一）」『神戸市外国语大学外国语研究八〇』三七一五六頁（神戸市外国语大学研究所、二〇一一年）、同「宗教団体と雇用差別禁止法」（一、完）神戸外大論叢六三卷一号一三一—一三五頁（二〇一三年）参照。

(51) 「本編は、……宗教法人、宗教結社、宗教教育機関、又は宗教社会の活動の実施に関連する職務を遂行するための特定宗教の個人の雇用に関しては、宗教法人、宗教結社、宗教教育機関、又は宗教社会へ適用されはならない」と規定さ

れでいる。42 U.S.C. § 2000e-1 (a).

(52) 「学校、大学、総合大学、もしくはその他の教育又は学習機関が、特定の宗教又は特定の宗教法人、宗教結社、もしくは宗教社会により、全部又は一部において、所有、支援、管理、経営されている場合、ある」は、その教育課程が、特定宗教の宣布を目的として行われる場合、かかる学校、大学、総合大学、もしくはその他の教育又は学習機関が特定の宗教の被用者を解雇及び雇用することは、違法な雇用慣行とおれではならない」と規定されている。42 U.S.C. § 2000e-2 (e) (2).

(53) 誰が「聖職者」にあたるのかについては、連邦裁判所は形式的の判断ではなく、「超自然的な (spiritual)」または「宗教的な」機能に基づいて、包括的かつ事実に特化した (fact-specific) 判断を行っている。See Joshua D. Dunlap, *When Big Brother Plays God: The Religion Clauses, Title VII, and the Ministerial Exception*, 82(5) Notre Dame L. Rev. 2005, 2011-2012 (2007). 「聖職者例外」法理の詳細に関する邦語文献については、福嶋敏明「[聖職者例外] 法理とアメリカ連邦最高裁——雇用差別禁止法と宗教団体の自由・再論」(一) (一)・完) 神戸学院法学四一卷二・四号一一一五一一四四頁 (110-111年), 四三三卷三号八二一一一八六七頁 (110-114年) 参照。

(54) 565 U.S. 171 (2012). 本件では、睡眠障害を罹患した宗教系学校の「召命 (called)」教員が、当該学校から解雇の見通しを伝えたことに對し法的措置を取ると示唆したところ解雇されたことが、障害を持つアメリカ人法 (Americans with Disabilities Act) に違反するとの訴えた。

(55) *Id.* at 188-189.

(56) 42 U. S. C. § 2000bb *et seq.*

(57) R.E.R.A.は、宗教の自由への制約に関する違憲審査基準について、厳格審査が適用される場面を限定的に解釈した一九九〇年のEmployment Division, Oregon Department of Human Resources v. Smith事件 (494 U.S. 872 (1990)) を覆すために制定された連邦法である。連邦裁判所によるR.E.R.A.の解釈に関する邦語文献としては、山口智「九〇年代アメリカにおける宗教活動の自由・宗教の自由回復法 (R.E.R.A) の顛末」神戸外大論叢五〇卷一号八七一一四頁 (一九九〇年) 及び、宮原均「信教の自由への規制と審査基準—アメリカにおける判例法理と連邦議会法律の交錯」東洋法学六一卷一一号四一一一一五頁 (110-117年) 参照。

(58) RFRA制定以降の判例の動向については、宮原・前掲注（57）三九四頁以下参照。

(59) 922 F.3d 140 (3rd Cir. 2019), *cert. granted*, by *Fulton v. Phila.*, 2020 U.S. LEXIS 961 (U.S., Feb. 24, 2020). 本件を審理した第三巡回区連邦控訴裁判所は、修正第一条のトビは、それが不利益宗教上の信仰を扼殺するための隠れ蓑ではない限り宗教に動機付けられた行為への政府の規制が認められるとした上で、同市の更新拒否が、宗教的迫害や偏見ではなく、差別禁止法の施行に係る取り組みにおける同市の誠実性に基づくと結論した。922 F.3d at 165.