

# 差別禁止法の一断面(2)

—— *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、55 卷 2 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
  - (a) 法令解釈手法としての文言主義
  - (b) but-for テスト
  - (c) 反対意見への反論
- ② アリート反対意見
- ③ カバノー反対意見 (以上、本号)
- 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

(c) *Hively* 事件

そしてついに *Hively* 事件<sup>116</sup>において、第7編の性別に性的指向を包含させる解釈が控訴裁判所レベルで初めて示された。この事件では、アイビー・テック・コミュニティ・カレッジ (Ivy Tech Community College) の非常勤教員だったハイブリー (Kimberly Hively) が、性的指向を理由に常勤職への複数の応募をすべて拒けられたうえ、非常勤の雇用契約を更新されなかったとして訴えを起こした。連邦地裁は、第7編は性的指向を包含しないと大学側の主張を受け入れた。これに対しハイブリーが上訴を行った。

第7巡回控訴裁は3人の合議体 (panel) による判決において、性的指向が第7編の性別に含まれないとする第7巡回の先例に照らして上訴を棄却した<sup>117</sup>。ところがこの判決は、現状の矛盾を強く認識しつつやむなく先例に従うことを表明したものにすぎない。判決においては、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の区別の困難、*Obergefell* 事件判決等の同性愛者を保護する連邦最高裁判決の存在にもかかわらず、雇用の場における同性愛者の差別を許容することの矛盾、交際相手の人種を理由とする差別が禁じられているのに、交際相手の性別を理由とした差別が許容さ

116 この事件の詳しい紹介として、石田・前掲註(99)152頁以下参照。

117 See *Hively*, *supra* note 75. 先例として、註59に掲げた *Ulane* 事件判決、註60に掲げた *Spearman* 事件判決と *Hamner* 事件判決が引用されている。

れることの問題性が、かなりのページを割いて詳細に論じられた<sup>118</sup>。そして法廷意見は、連邦最高裁と連邦議会に対して、この状況の改善を促すメッセージを残した<sup>119</sup>。

その後ハイブリーは全員法廷 (en banc) の審理の申立てを行った。控訴裁は2016年10月11日にこれを受理した<sup>120</sup>。全員法廷の控訴裁は8対3の多数によりハイブリーの請求を認め、原判決を破棄・差戻しする判決を下した<sup>121</sup>。ウッド (Diane Wood) 首席判事が法廷意見を執筆し、ポズナー (Richard Posner) 判事とフローム (Joel Flaum) 判事がそれぞれ同意意見を執筆した。そして、サイクス (Diane S. Sykes) 判事が反対意見を執筆し、これに2名の判事が参加した。

法廷意見は、以下の複数の根拠を挙げて第7編の性別に性的指向が包含されることを認めた。すなわち、①性的指向に基づく差別は性別の要素を必然的に含むことが、but-for テストにより明らかにされること、②性的指向に基づく差別は、性別に関するステレオタイプによるものであること、③交際相手の性別による差別は性差別として構成されること、④同性愛に関する一連の連邦最高裁判決により状況の変化が生じていることである。法廷意見はこれらの論点を検討する前に、「ほとんどの人々は、法令が文面上明白であれば、二次資料を探求する必要があるとは主張しないであろう」と述べ、法令解釈の手法として文言主義によることを示唆する<sup>122</sup>。そのうえで法廷意見は、「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。……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。」とした *Oncale* 事件判決に依拠しつつ、第7編の性差別の規定は文言が許す限り拡張的に解釈でき

118 *See id.* at 704-17. *Obergefell* 事件判決との齟齬については、「土曜日に結婚をした人が、まさにその結婚を理由に月曜日に解雇されるという矛盾した法的状況」が生じたとされている。 *See id.* at 714.

119 *See id.* at 717-18.

120 *Hively v. Ivy Tech Community College, South Bend*, 2016 WL 6768628 (7th Cir. 2016).

121 *Hively v. Ivy Tech Community College of Indiana*, 853 F.3d 339 (7th Cir. 2017).

122 *See id.* at 343.

ることを確認している<sup>123</sup>。

法廷意見は①と②については一体として判断しており、どちらかというところ②のほうを詳しく論じている<sup>124</sup>。ハイブリーは、自分が女性と結婚している男性であれば、大学は彼女に不利な扱いをしなかったはずだと主張した<sup>125</sup>。法廷意見はこの主張を認め、このような取り扱いは典型的な性差別であると述べた。続いて法廷意見は、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の区別の困難についての合議体の指摘に触れたうえで、その区別はそもそもなしえないことを明言する。法廷意見は *Price Waterhouse* 事件判決等の先例を引用しつつ、ある人を性的指向に基づいて差別するとき、特定の性別に関する相応しい行動が想定されているという。「女性または男性の申立人が、異なった服装をし、異なった話し方をし、同性パートナーとデートをしたり結婚したりするという事実に基づいた、不快、不満または雇用上の決定は、純粹にかつ端的に性別に基づいた反応である」。それゆえ、性的指向に基づく差別は第7編の禁じる性差別に該当するとされた。

③については *Loving* 事件判決が引用され、交際相手の人種等の特徴を理由に差別された場合には、当人の特徴を理由とした差別扱いとみなされるとされた<sup>126</sup>。また法廷意見は、第7編に列挙された人種、性別等の差別禁止事由は同列に扱われるとした *Price Waterhouse* 事件判決の趣旨を確認し、交際相手の性別に基づく差別も第7編により禁止されると結論づけた<sup>127</sup>。

123 See *id.* at 343-45 (この点については、*Vinson* 事件判決、*Manhart* 事件判決、*Price Waterhouse* 事件判決が引用された。)

124 See *id.* at 345-47.

125 この主張は、女性 A が女性 B と結婚している場合と、男性 A' と女性 B が結婚している場合を比較することにより、女性 A に対する差別的扱いを明かにするものである。この論証方法は比較分析 (comparative analysis) 等と呼ばれるもので、いくつかの判例で用いられている。比較分析が目指すのは比較対象にはない要素 (上の例でいえば「性別」) で差別がなされたかを明らかにすることである。これは見方を変えれば、ある要素 (たとえば「性別」) が but-for 原因であるかを探るものであり、結局 but-for テストと同じ機能を果たすものである。ただ but-for 原因を探る手法は他にもありうるので、本稿では比較分析は but-for テストの亜種であると理解しておく。

126 See *Hively*, *supra* note 121, at 347.

127 See *id.* at 349.

④に関しては、本件判決が、上記の同性愛に関する一連の連邦最高裁判決（前掲 *Romer* 事件、*Lawrence* 事件、*Windsor* 事件、*Obergefell* 事件の各判決）に照らして理解されなければならないとされた。合議体の判決が、「土曜日に結婚をした人が、まさにその結婚を理由に月曜日に解雇されるという矛盾した法的状況」が生じたと指摘したように、今となっては性的指向を性別から切り離すことで、矛盾した結果が生じざるを得なくなったとされる<sup>128</sup>。

ポズナーの同意意見は、文言主義に依拠しつつ第7編の「性別」を拡張的に解釈した法廷意見の方法論に異論を提示した。ポズナーは古い法律の条文に現在の必要性や理解を吹き込む、「更新 (updating)」という解釈手法を用いるべきだという。ポズナーによれば、もともとの意味でも文理上も、第7編の性別に性的指向は含まれない。そのため、性的指向の包含のためには解釈の更新が求められるのである<sup>129</sup>。ポズナーは次のように述べる。法廷意見はあたかも第7編の制定者が十分に利口でなかったため、第7編が同性愛差別の禁止を含むと理解できなかつたかのようにいう。しかし、われわれは制定者より利口であるからではなく、違う時代の違う文化の中で生きているがゆえに、第7編の文言を違ったふうに理解するのである<sup>130</sup>。

フローム同意意見は次のように論じる<sup>131</sup>。同性愛者であることを理由に被用者が差別される時、(A) 被用者の性別と (B) 被用者が同性の者に性的に惹きつけられていることを理由に差別がなされている。上記の §2000e-2(m) の規定によれば、性別が雇用行為のひとつの動機であれば第7編違反は成立する。そうすると、(A) の要素を含む差別は必然的に第7編

128 *See id.* at 349-50. 法廷意見はいくつかの反対説に応答している。すなわち、①第7編の差別禁止事由に性的指向を加える試みは、連邦議会で何度も挫折してきた事実があること、②連邦議会は他のいくつかの法律で「性的指向」という文言を用いているため、性別に性的志向を包含させる解釈手法は妥当でないこと等である。法廷意見は①に対しては、長年にわたりゴールポストが移動してきたこともあり、そうした議会の動きから結論を導き出すことはできないとした。②に対しては、議会は目的達成のために二重の安全対策をした可能性もあり、他の法律で「性的指向」が別に規定されているという事実だけでは第7編に性的指向が包含されるか否かについて答えを見出せないとした。 *See id.* at 343-44.

129 *See id.* at 353-55 (Posner, J., concurring).

130 *See id.* at 357.

131 *See id.* at 357-59 (Flaum, J., concurring).

違反の性差別となる。

サイクス判事の反対意見は、法廷意見と同様に文言主義の立場に立ちながら、法廷意見が文言に新たな意味を吹き込んでいると批判する。また、ポズナーのいう更新の手法にも問題があるとする。あくまで制定時の通常人の理解に従って法令の文言を解釈することが、司法の役割であるというのである<sup>132</sup>。

サイクス判事は次のように多数の論拠を挙げ、法廷意見を批判した。①連邦控訴裁の判例では一貫して、第7編の性別には性的指向が含まれないと解されてきた<sup>133</sup>。②第7編の性別のもともとの公的意味 (original public meaning) は生物学的な男女の別であり、性的指向を包含しない<sup>134</sup>。③他の法令で性的指向に基づく差別を規定する際に、性別とは別に性的指向を列挙している<sup>135</sup>。④法廷意見は but-for テスト、ないしその亜種としての比較分析の誤った適用を行っている<sup>136</sup>。⑤法廷意見は人種間関係の判例を本件に応用しようとする。しかし、人種間の関係差別は白人至上主義 (white supremacy) に基づくからこそ許容されないのである。他方で、同性間関係の差別は性差別主義 (sexism) に基づくものとはいえないので文脈が異なる<sup>137</sup>。⑥法廷意見のステレオタイプ論は次の点で誤っている<sup>138</sup>。Price Waterhouse 事件判決は、ステレオタイプに基づく言動そのものが違法となるとしたのではなく、それが性差別の証拠になるといったにすぎない。同判決は相対多数意見によるものである。同判決の主たる論点は立証責任であり、ステレオタイプ論は数行で言及されたにすぎない。同性愛者に対する差別は性別固有の偏見に起因するものではないので、性別ステレオタイプとは無関

132 See *id.* at 360 (Sykes, J., dissenting).

133 See *id.* at 361.

134 See *id.* at 362-63.

135 See *id.* at 363-64.

136 See *id.* at 365-67. サイクスは次のように批判する。法廷意見は女性 A が女性 B と結婚している場合と、男性 A' と女性 B が結婚している場合を比較することで、A に対する性差別が立証されるという。しかし、この論証では比較対象の A' の設定において、性別 (女性→男性) だけでなく性的指向 (同性愛→異性愛) まで変更されている。性的指向という要素を変更せず、性別という要素だけを変更する場合には、〈女性 A- 女性 B〉の適切な比較対象は、〈男性 A'- 男性 B'〉である。

137 See *id.* at 367-69.

138 See *id.* at 369-71.

係である。⑦法廷意見は *Oncale* 事件判決に依拠するが、この判決はハラスメントが性差別であることを立証できたときにのみ、第7編違反を認めるものにすぎず、性別に基づく差別と性的指向に基づく差別の区別を否定するものではない<sup>139</sup>。⑧法廷意見が挙げる同性愛に関する連邦最高裁判例は、いずれも性差別と同性愛差別の間のラインを依然として維持しており、両者に関して別個の違憲審査基準が用いられている。*Obergefell* 事件判決は州による自由の制約が問題になったものであり、本件のような私人間の問題とは区別される<sup>140</sup>。⑨先例拘束性原則を考慮すると、先例を変更するには、当該先例に誤りがあることを説得力をもって示さなければならない。しかし、そのような説得力のある議論はなされていない<sup>141</sup>。⑩法廷意見の論理によれば、実際の動機ではなく、擬制された動機が違法性を導く。すなわち使用者の行為が実際に性別によって動機づけられていなくとも、性的指向を理由にしていればそれで第7編違反が成立してしまう<sup>142</sup>。

#### (d) *Zarda* 事件

以上のように、第7編の性別に性的指向が包含されることを初めて認めた *Hively* 事件判決では、法廷意見と反対意見の間で多彩な論点をめぐって激しく議論が交わされた。この判決の後、控訴裁レベルでいくつかの判決が出た。このうち *Zarda* 事件では、*Hively* 事件判決と同様に裁判官の間で激しく意見が分裂した。この事件では、ゲイであるスカイダイビングのインストラクターが解雇された。彼は自分の性的指向を理由に解雇されたと主張し、第7編等の違反を主張して提訴した。連邦地裁ではこの訴えが認められなかったため、彼は連邦控訴裁に上訴した。控訴裁の3人の判事による合議体の判決は、同じ第2巡回控訴裁による *Christiansen* 事件判決のときと同様に、合議体が先例を覆す権限を欠くことを理由に、性的指向の性別への包

---

139 *See id.* at 371-72.

140 *See id.* at 372.

141 *See id.* at 372-73.

142 *See id.* at 373.

含を認めることを拒んだ<sup>143</sup>。

その後、全員法廷での審理がなされることになった。全員法廷の判決は *Hively* 事件判決と同様に、第 7 編の性差別に性的指向に基づく差別が含まれることを認め、上記の *Simonton* 事件判決を含む第 2 巡回の判例を変更した<sup>144</sup>。*Christiansen* 事件で性的指向の性別への包含を認める同意意見を執筆したカッツマン首席判事が、この事件の法廷意見を執筆した。この判決には 3 人の判事がそれぞれ執筆した同意意見、1 人の判事による結論同意意見、3 人の判事がそれぞれ執筆した反対意見が付された。

法廷意見は論拠として主に、① but-for テスト、②ステレオタイプ論、③関係差別論を援用した。

①について法廷意見は、性的指向は本人とそのパートナーの性別によって定義づけられるものであるため、必然的に性別の要素を含むとみなした。そして、それが正しいことを、but-for テストの亜種である比較分析によって補強した<sup>145</sup>。②については、性的指向に基づく差別のうち、ジェンダー・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ず、性的指向に基づく差別は必然的にステレオタイプに基づくものとされた<sup>146</sup>。③について、法廷意見は第 2 巡回の先例である *Holcomb* 事件判決をはじめとする、人種間関係に基づく差別を違法とした控訴裁判例の趣旨を確認した。そして、第 7 編に列挙された人種、性別等の差別禁止事由は同列に扱われるとした *Price Waterhouse* 事件判決が引用されたうえで、交際相手の性別に基づく差別も違法な差別であるとされた<sup>147</sup>。

---

143 *Zarda v. Altitude Express*, 855 F.3d 76, 82 (2nd Cir. 2017).

144 *Zarda v. Altitude Express, Inc.*, 883 F.3d 100, 108 (2nd Cir. 2018).

145 *See id.* at 113-19. 被告を支持する意見書を提出したトランプ (Donald J. Trump) 政権下の司法省は、脚注 136 に挙げた *Hively* 事件のサイクス反対意見の議論 (比較分析において性別と性的指向という 2 要素を変更した比較対象を設定すべきでない) を取り上げ、比較分析の正しい適用によれば性的指向に基づく差別は性別の要素を含まないと主張した。これに対し法廷意見は、性別が雇用上の決定を動機づける一要因であれば第 7 編違反が認められるとする § 2000e-2(m) の規定を援用して反論した。 *See id.* at 116-18.

146 *See id.* at 119-23.

147 *See id.* at 124-28.

この判決には以下の同意意見が付された。ジャコブス (Dennis Jacobs) 同意意見は、先例である *Holcomb* 事件判決を引用し、論拠としては③の関係差別論のみで足りると述べた<sup>148</sup>。他方でカブレインズ (José A. Cabranes) の同意意見は、性的指向が性別に包含されるという論拠 (①の論拠) だけで解決が可能だと論じた<sup>149</sup>。

リンチ (Gerard E. Lynch) 判事による反対意見は、多数の論拠を挙げて法廷意見を批判した。具体的には次のように主張された。①第7編制定当時の社会状況からすると、第7編の「性別」は女性の権利保護を意図したものであり、同性愛者の保護を想定していなかった<sup>150</sup>。②法廷意見は性的指向に基づく差別が必然的に性別の要素を含むというが、第7編の性差別の規定は性別に基づくあらゆる区別や、使用者による性別の要素を含むあらゆる処分を禁じるものではない。また、性的指向は妊娠のような性別の一作用とはいえない<sup>151</sup>。③従来 of 州法や連邦執行府の命令の例において、同性愛者の保護の目的で性別とは別に性的指向を規定してきたこと、連邦議会で同性愛者保護のために性的指向の追加が試みられてきたことを考えると、性的指向に基づく差別は性差別とは別個の問題と認識されてきたと考えられる<sup>152</sup>。④法廷意見はステレオタイプ論を援用するが、性的指向に基づく差別は同性愛者へのステレオタイプによるものであり、性別 (男性または女性) に関するステレオタイプによるものとはいえない<sup>153</sup>。⑤法廷意見は関係差別論に依拠するが、関係差別論は交際等する相手方の属性への敵意に基づく差別を禁止するものである。同性愛者のケースでは、交際相手である男性 (または女性) への敵意に基づく差別があるとはいえない<sup>154</sup>。⑥

148 *See id.* at 132-35 (Jacobs, J., concurring). サック (Robert D. Sack) 判事の意見もほぼ同旨である。 *See id.* at 135-36 (Sack, J., concurring in the judgment).

149 *See id.* at 135 (Cabranes, J., concurring in the judgment). ロヒアー (Raymond J. Lohier, Jr.) 判事の意見も、比較分析を不要とする点を除いてほぼ同旨である。 *See id.* at 136-37 (Lohier, J., concurring).

150 *See id.* at 143-48 (Lynch, J., dissenting).

151 *See id.* at 148-52.

152 *See id.* at 152-56.

153 *See id.* at 156-58.

154 *See id.* at 158-62.

*Lawrence* 事件判決や *Obergefell* 事件判決は、法律ではなく憲法の解釈を問題にしたものであるし、第14修正の適正手続条項の「自由」の解釈を行ったものであるため、本件で参照できるものではない<sup>155</sup>。

(e) *Harris Funeral Homes* 事件

*Zarda* 事件判決の翌月に下された、第6巡回控訴裁の *Harris Funeral Homes* 事件では、性自認が性別に包含されることが控訴裁レベルで初めて認められた<sup>156</sup>。葬儀会社(非上場の営利企業で、その経営者であるロスト(Thomas Rost)氏はキリスト教徒である)で男性として働いていたスティーブズ(Aimee Stephens)は、性別適合手術を行って今後は女性として働くことと告げたところ解雇された。ロスト氏は、この解雇を自身の宗教的信仰を理由としたものであると証言していた。スティーブズのEEOCへの申し立ての後、EEOCが葬儀会社を第7編違反等の理由で提訴した(この事件では、男性従業員にのみ勤務中に着用する衣服が支給されていたことが第7編に反する差別に該当するかも争われたが、ここではこの論点は省略する)。地裁は葬儀会社の主張を認めたが、控訴裁はこれを覆し、原審に差し戻した。

ムーア(Karen Nelson Moore)判事執筆による法廷意見は、公民権法第7編の性差別に性自認に基づく差別が含まれると解した。法廷意見は第1に、トランスジェンダーの地位に基づく解雇が必然的に(少なくとも部分的には)性別に動機づけられていると指摘する。法廷意見は、「スティーブズが女性のドレスコードに従おうとする女性であっても解雇されたのかを問う」but-forテストを用いたうえで、本件解雇が性別に基づく結論づけた<sup>157</sup>。第2の論拠はステレオタイプ論である。トランスジェンダーに対する差別は、必然的に性的ステレオタイプの押し付けを伴うとされた<sup>158</sup>。

155 *See id.* at 162-67. このほか、リビングストン判事とラッジ判事は、⑥の憲法判例の部分を除いてリンチ反対意見に賛同している。*See id.* at 167-69 (Livingston, J., dissenting). *See id.* at 169 (Raggi, J., dissenting).

156 *See Equal Employment Opportunity Commission v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc.*, 884 F.3d 560 (6th Cir. 2018).

157 *See id.* at 575-76.

158 *See id.* at 576-77.

なおこの事件では、葬儀会社側から聖職者例外法理 (ministerial exception)<sup>159</sup> が適用されること、宗教の自由回復法 (Religious Freedom Restoration Act; RFRA) に基づく信教の自由の抗弁が妥当すると主張された。法廷意見は、本件会社が宗教団体ではなく、スティーブンスが聖職者ではないという理由で聖職者例外法理の適用を否定したうえ、本件において RFRA という信教の自由への実質的負担は存しないと判示した。また、仮に負担が存したとしても、同法の定める厳格審査を通過するとされた<sup>160</sup>。

このように、*Hively* 事件判決、*Zarda* 事件判決、*Harris Funeral Homes* 事件判決が第 7 編の性的指向と性自認の性別への包含を認めたが、*Harris Funeral Homes* 事件判決の 2 ヶ月後の、第 11 巡回控訴裁が下した *Bostock* 事件の判決では、第 7 編の性的指向の性別への包含が形式的理由で簡単に否定された<sup>161</sup>。そのため、この論点に関して控訴裁の間の意見分裂 (circuit split) が生じることとなり、ついに連邦最高裁が *Zarda* 事件、*Harris Funeral Homes* 事件、*Bostock* 事件の 3 事件の上訴を受理し、これらを統合して審理することになった<sup>162</sup>。

159 聖職者例外法理とは、聖職者が被用者である場合に、使用者である宗教団体に対する第 7 編の雇用差別の訴えを制限するものである。この法理については、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 (1)～(2・完)」神戸学院法学 42 卷 3・4 号 365 頁 (2013)、43 卷 3 号 153 頁 (2014)、高畑英一郎「聖職者例外法理の拡張と労働者保護規定の適用除外—Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru, 140 S. Ct. 2049 (2020)」日本法学 87 卷 3 号 1 頁 (2021) 等参照。

160 *See id.* at 581-97. RFRA は宗教に対する相当な負担を課すことを原則として禁じたうえで、負担を正当化するには厳格審査を通過しなければならないと定める。森口千弘「信教の自由と反差別法」松垣伸次＝奈須祐治編『ヘイトスピーチ規制の最前線と法理の考察』(法律文化社、2021) 140 頁等参照。

161 *Bostock v. Clayton County Bd. of Commissioners*, 723 Fed.Appx. 964 (11th Cir. 2018). 同性愛者であるボストック (Gerald Bostock) は、ジョージア州クレイトン郡で児童福祉サービスのコーディネーターとして働いていたが、郡の職員として不適切な行為を行なったという理由で解雇された。ボストックは解雇の真の理由は自身の性的指向である等と主張したが、地裁はこの主張を斥けた。第 11 巡回控訴裁は、連邦最高裁判決か控訴裁の全員法廷による判決が下されていない以上、2017 年の第 11 巡回の *Evans* 事件判決等の先例に依拠すべきだと述べ、地裁判決を維持した。

## ⑥性的指向・性自認の性別への包含に関する論点

*Hively* 事件、*Zarda* 事件、*Harris Funeral Homes* 事件の3事件において、性的指向と性自認の性別への包含に積極的な説と消極的な説それぞれの論拠はほぼ出揃った。

まず積極説の論拠としては、①性的指向や性自認に基づく差別が必然的に性別に基づく差別を伴うというものがある。この点は、*but-for* テストないしその垂種としての比較分析による論証が試みられていた。次に② *Price Waterhouse* 事件判決で認められたステレオタイプ論を援用するものである。同性愛者やトランスジェンダーに対する差別は、必然的に伝統的なジェンダー・ステレオタイプの押し付けだとするものである。③関係差別論も頻繁に援用された。これによると、交際等する相手方の人種を理由に差別することが人種差別であるとした判例を踏まえ、交際等の相手方の性別を理由に差別することは本人に対する性差別になるとされる。このほか、④ *Obergefell* 事件判決等の、LGBTに関する最近の連邦最高裁判例の動向が援用されることもあった。

これに対し、消極説は様々な批判を行った。①に対しては次のような批判がなされた。積極説は女性Aが女性Bと交際等している場合と、男性A'と女性Bが交際等している場合を比較し、Aに差別が加えられたかを分析するが、ここではAをA'に変更する際に性別だけでなく性的指向にまで変更が加えられている。②に対しては、LGBTに関するステレオタイプは性別に関するステレオタイプとは明確に異なると論じられていた。③に対しては、人種間の関係差別は白人至上主義に基づくが、同性間関係の差別は性差別主義に基づくものではない等と主張された。④に対しては、*Obergefell* 事件判決等は主に州による自由の制約が問題になったものであり、雇用の場での私人間の差別の事例に応用できるものではないとされていた。

---

162 *Bostock v. Clayton County*, 139 S.Ct. 1599 (2019). *Hively* 事件については、控訴裁判所で敗訴した大学側が連邦最高裁への上訴を行わなかった。Cristian Farias, *Losing Employer Won't Ask Supreme Court to Overturn Landmark Gay Rights Ruling*, Huffington Post, Apr. 5, 2017, [https://www.huffpost.com/entry/supreme-court-gay-rights-ivy-tech\\_n\\_58e50f6ae4b0917d34760768](https://www.huffpost.com/entry/supreme-court-gay-rights-ivy-tech_n_58e50f6ae4b0917d34760768).

消極説の論拠としてはまず、①法令解釈の原則として、法令制定時における通常人による法令の文言の理解を基準とすべきだと論じられていた。すなわち、法令の文言の「もともとの公的意味」を基準として解釈すべきだといっているのである。これによると、第7編の「性別」が性的指向・性自認を含むことはありえないとされた。また、②第7編の制定経緯に依拠した議論もなされた。第7編制定当時の社会状況からすると、「性別」は生物学的な男女の別と理解されていたのであり、そこに性的指向と性自認を包含させる意図はなかったはずだといっているのである。さらに、③第7編制定後の状況が論拠に挙げられていた。連邦議会において性的指向・性自認を禁止事由に加える改正は何度も頓挫してきたこと、法律等で性的指向に基づく差別を規定する際に、性別とは別に性的指向を列挙する方法がとられてきたこと、*Hively* 事件判決まではすべての連邦控訴裁が消極的態度をとっていたことが指摘された。

これに対し、積極説は①と②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」とした *Oncale* 事件判決や、第7編を拡張的に解釈したその他の一連の連邦最高裁判決に依拠して、立法者の意図や制定時の通常人の理解を乗り越えようとしていた。また③に対しては、連邦議会が性的指向・性自認を禁止事由に加える改正をしてこなかったという不作為や、他の法令で性的指向・性自認が性別とは別に規定されていることは必ずしも決定的な理由とはならないと論じられていた。

## 2. *Bostock* 事件連邦最高裁判決

上記のとおり、連邦最高裁は *Zarda* 事件、*Harris Funeral Homes* 事件、*Bostock* 事件の3事件を統合して審理し、2020年6月15日に判決を下した。最初に、この当時の最高裁裁判官のイデオロギー分布を確認しておきたい。共和党の大統領によって指名された保守派の裁判官は、ロバーツ (John G. Roberts, Jr.) 首席判事、トマス (Clarence Thomas) 判事、アリート (Samuel A. Alito, Jr.) 判事、ゴーサッチ (Neil M. Gorsuch) 判事、カバノー (Brett M.

Kavanaugh) 判事の5名、民主党の大統領によって指名されたリベラル派の判事は、ギンズバーグ (Ruth Bader Ginsburg) 判事、ブライヤー (Stephen Breyer) 判事、ソートマイヨール (Sonia Sotomayor) 判事、ケーガン (Elena Kagan) 判事の4名だった<sup>163</sup>。本件はLGBTの権利に関わるものであるため、保守派が優勢な状況でLGBT側が勝利するのは難しいと思われた。ところが、最高裁は結果として6対3でLGBT側の主張を認め、第7編の性別に性的指向と性自認が包含されることを明言した。法廷意見はゴーサッチ判事によって執筆された。法廷意見を構成したのはリベラル派の4判事と保守派のロバーツ首席判事、ゴーサッチ判事である。残りの保守派3人は反対意見にまわり、アリート判事とカバノー判事がそれぞれ反対意見を執筆し、前者の反対意見にトマス判事が参加した。このようなイデオロギー分布は、本件の法廷意見の理由づけに色濃く反映している。以下、各意見を詳しく紹介する。

## ①法廷意見

### (a) 法令解釈手法としての文言主義

本件法廷意見では、冒頭部分において文言主義の立場が宣明されている。

「公民権法を可決した人々は、自身の作品がこの特定の〔第7編の性別が性的指向と性自認を包含するという——筆者註〕結果を導くことを予期していなかったかもしれない。おそらくは彼(女)らは、母であることを理由とした差別や男性被用者に対するセクシャルハラスメントの禁止を含む、過去数年に明らかになった、本法がもたらした多くの帰結を考えていなかっただろう。しかし、立案者の想像の限界は法の要求を無視する理由にはならない。法令の明白な文言が一つの答えを提供する一方、条文外の考慮が別の答えを示唆するとき、争いは存しない。成文化された文言だけが法であり、全ての人々がその利益に値するのである。」<sup>164</sup>

---

163 その後、ギンズバーグ判事の後任として保守派のバレット (Amy Coney Barrett) 判事が、ブライヤー判事の後任としてリベラル派のジャクソン (Ketanji Brown Jackson) 判事が加わっており、保守派が6人、リベラル派が3人という構成になっている。

164 Bostock, *supra* note162, at 1737.

法廷意見はまた、文言主義の一般的な特徴に従って、法令解釈は、制定時における文言の通常の公的な意味を基準とすることを確認している<sup>165</sup>。

(b) but-for テスト

本件では、第7編の「性別」という文言の解釈が最も重要な争点であった。性別の意義について、使用者側はこれを生物学的な男女の区別と主張し、被用者側はこれが性自認や性的指向に関する規範を含む、より広範な射程をもつと主張した。法廷意見はこの点について答えは出さず、性別が使用者側のいう狭い意味をもつという想定で議論を進めた<sup>166</sup>。

法廷意見は、第7編が禁じる「性別を……理由に」した差別に、性的指向と性自認に基づく差別が含まれるかは、先例に従って but-for テストにより判定されると説明した。法廷意見は *Nassar* 事件判決を引用し、「第7編の「……を理由に (because of)」のテストは、簡素でかつ伝統的な but-for の因果関係の基準を取り入れる」と述べた<sup>167</sup>。but-for テストによれば、「特定の結果が、その原因とされるものが「なければ (but for)」生じなかったときは常に」因果関係が肯定される。このテストを雇用差別の場面に適用すれば、結果を導く別の要因が含まれていたとしても、特定の原因が「but-for 原因」、すなわち結果を生むために不可欠な原因であることが証明されれば、使用者側に責任が認められる<sup>168</sup>。

続いて法廷意見は、第7編が集団ではなく個人に焦点を当てていることを強調する。この点については、第7編が明確に「個人 (individual)」という文言を繰り返し用いていることを論拠に挙げている<sup>169</sup>。

法廷意見は、性的指向・性自認に基づく差別においては性別が but-for 原

165 *See id.* at 1738.

166 *See id.* at 1739. ただし、法廷意見は後の箇所、第7編の性差別の規定が広範な文言を用いており、制定時には予期されなかった法適用をもたらしたことを強調している。

167 *See id.* Citing *University of Tex. Southwestern Medical Center v. Nassar*, 570 U. S. 338, 346 (2013). 原文中の *Nassar* 事件判決の引用を示すクォーテーション・マークは省略した。

168 *See id.* at 1739-40.

169 *See id.* at 1740-41.

困であるため、第7編に反する性差別となると論じる。この論証のため、法廷意見はオーソドックスな比較分析を行う<sup>170</sup>。男性に惹かれる2人の社員がいるケースで、男性の社員だけを解雇するとき、使用者は社員の性別を理由に解雇を行っていると言われる。また、シスジェンダーの女性が雇用を維持されている一方で、MtFのトランスジェンダーの社員が解雇されるとき、後者の性別を理由とした解雇がなされていると言われる。法廷意見によれば、「同性愛者とトランスジェンダーの地位は性別と不可分に結合している」。そのため、性的指向と性自認による差別は性別を理由とした別異扱いを必然的に含む<sup>171</sup>。

法廷意見は、上記の but-for テストの適用だけで事件を処理できると考えたが<sup>172</sup>、議論の補強として *Phillips* 事件判決、*Manhart* 事件判決、*Oncale* 事件判決の3判例を引用した。そして、これらの事例から3つの教訓——①使用者が性別に基づく差別を行うとき、別の動機や意図が含まれていても第7編違反の成立に差し支えがないこと、②第7編違反を導くために、性別が使用者の措置の唯一の、または主たる原因であったことを示す必要はないこと、③使用者が集団としての男女を平等に扱っていたからといって、責任を免れないこと——を導き出した<sup>173</sup>。

### (c) 反対意見への反論

法廷意見は最後に使用者側の主張と反対意見に対して、詳細な反論を行った。使用者側の主張と反対意見は下記10点に及ぶ。そのうち第7までは条文に基づく議論、第8以降は条文以外の事柄を根拠とする議論として整理

---

170 *See id.* at 1741-42.

171 法廷意見は、上記の比較分析のケースにおいて、男女を問わず差別がなされる（たとえば上記の同性愛者のケースでは、ゲイであってもレズビアンであっても差別の対象になる）ので性差別は存在しないという反論は成立しないという。既にみたように、第7編は集団ではなく個人の差別を問題にするからである。 *See id.* at 1742-43.

172 *See id.* at 1743. ここでは同旨の見解を述べた *Zarda* 事件判決のカブレインズ判事の同意意見が引用されている。

173 *See id.* at 1744.

されている。

第1に、性的指向と性自認に基づく差別は、日常会話において性差別とはみなされないとされる。これに対して法廷意見は、日常会話の規約 (conventions) は第7編の法的分析に関係がなく、あくまで性別が but-for 原因であるかが問題だと反論した<sup>174</sup>。

第2に、性的指向と性自認に基づく差別を行う使用者は、意図的に性差別を行っていないとされる。これに対し法廷意見は、そうした使用者は必然的にかつ意図的に性別に基づくルールを適用していること、(個人を差別している以上は) 集団としての男女を差別していないことで免責されないことを主張した<sup>175</sup>。

第3に、同性愛者やトランスジェンダーの雇用を彼(女)らの性別を知ることなく拒否することも可能であるとされる。たとえば求人応募用紙に、同性愛者かトランスジェンダーである場合にチェックを入れる箇所を設けつつ、性別を判別できる情報は当該用紙から除去しておくことも可能だとされる。これに対し法廷意見は、性別の考慮なしに同性愛者やトランスジェンダーであることを示す記入はできないと反論する<sup>176</sup>。

第4に、第7編の列挙事由には性的指向と性自認が含まれていないうえ、両者が概念上性別とは区別されるため、それらは第7編の射程外にあるとされる。法廷意見は、こうした議論は連邦議会が一般的な法令のルールに包含される特定の事例に言及していないことを理由に、その事例が法の適用対象外とされるという「ドーナツの穴の解釈原則 (canon of donut holes)」という、存在しえない解釈原則に依っていると反論した<sup>177</sup>。

第5に、連邦議会による、性的指向(法廷意見は単に性的指向とするが、実際には性自認も含まれる)を第7編の列挙事由に追加するための法改正

---

174 *See id.* at 1745.

175 *See id.* at 1745-46.

176 *See id.* at 1746. 応募者が同性愛やトランスジェンダーの意味を知らない場合に、誰がチェックを入れるべきかについて説明文を付すこととすると、男女や性別への言及なしにその説明をなしえないとされる。

177 *See id.* at 1746-47.

が失敗してきた一方で、性的指向に係る別の法律の制定はなされてきたという事実を無視すべきでないといわれる。法廷意見はこの点に関して、議会が性的指向に係る別の法律を制定しつつ、第7編を改正しなかった理由を説明する証拠はないと反論する。また、過去の連邦最高裁判例(註105に引用の *Pension Benefit Guaranty Corporation* 事件判決)を引用しつつ、既存の法律の解釈の際に、議会の不作為をめぐる推測に依拠するのは危険であると指摘している<sup>178</sup>。

第6に、法廷意見は比較分析における比較対象の設定において、性別だけでなく性的指向という要素の変更を行っている点が不当とされる(註136で触れたように、この点は *Hively* 事件において提起されていた)。これについて法廷意見は、第7編は集団としての男女間の別異扱いや、性別を唯一のまたは主たる理由とした差別だけを対象としていないため、この批判はあたらないと反論している<sup>179</sup>。

第7に、使用者の措置が男女を問わず同じ帰結をもたらす場合に、性別がその措置の原因ということはできないとされる。これに対して法廷意見は、複数の *but-for* 原因が結合して結果をもたらすことはよくあることだと反論する<sup>180</sup>。

第8に、第7編制定当時、それが同性愛者やトランスジェンダーに適用されることを予期した者はほとんどいなかったはずだとされる。法廷意見は、何より法令の条文を重視すべきとする文言主義の原則を繰り返したうえで、次のように反論する。ある法律の中の文言の意味が、制定時と現在で異なる場合に制定者の理解を参照することはありうるが、使用者側はそのような意味の差異を主張していない<sup>181</sup>。

法廷意見の認識では、使用者側は、法律の適用が制定者の予期した範囲を逸脱すべきでないと考えているようである。これに対しては、法令の文言の

---

178 *See id.* at 1747.

179 *See id.* at 1747-48.

180 *See id.* at 1748-49.

181 *See id.* at 1749-50.

明白な意味に依拠すべきであること、LGBT への法適用が制定時にまったく予期されていなかったとはいえないこと、仮に制定時に好まれていなかった集団への法適用を否定するなら、不人気な集団だけを保護しないという正義に反する結果が生じること、制定時に予期された法適用に限定することで *Oncale* 事件判決等の先例を覆すことになること、第 7 編の性差別に関する文言は広く定義されているため予期されない法適用が繰り返されてきたことが、反論として挙げられている<sup>182</sup>。

第 9 に、性的指向と性自認を第 7 編に包含する解釈をとることで、望ましくない帰結が生じるとされる。たとえば、他の連邦・州法の性差別禁止規定にまで影響し、男女別のトイレ・更衣室等も維持できなくなるとされる。これに対し法廷意見は、こうした問題は本件では扱われていないため、本件判決の射程に入らないと反論する<sup>183</sup>。

第 10 に、本件判決によって一部の使用者の宗教的信仰が侵害されるといわれる。法廷意見はこの点についても、本件では扱われていない、将来の問題であると考えた<sup>184</sup>。

## ②アリート反対意見

以上の法廷意見に対し、アリート判事が詳細な反対意見を執筆し、これにトマス判事が同調した。アリート反対意見も、法廷意見と同様に文言主義の立場に立った法解釈を行った。アリートは次の 5 項目に関して批判を行う。すなわち、(a) 法廷意見の用いる but-for テスト、(b) 下級審判決や意見書の議論、(c) もともとの公的意味の理解、(d) 第 7 編の立法経緯と制定後

182 See *id.* at 1749-53. 最後の点に関し、法廷意見は「ネズミの巣穴に象を入れることはできないとする解釈原則 (no-*elephants-in-mouseholes canon*)」に言及する。すなわち、第 7 編の性差別の規定というネズミの穴の中に、LGBT 差別の禁止という象を入れることはできないのではないかという疑問がありうるということである。法廷意見は、確かに LGBT 差別の禁止は象であるといえるが、性差別の規定は広範に定義された、連邦の差別禁止法の主要部分であり、ネズミの穴とはいえないとする。See *id.* at 1753.

183 See *id.* at 1753.

184 See *id.* at 1753-54. 上記の通り *Harris Funeral Homes* 事件判決の原審ではこの論点が争われたが、会社側が上訴意見書においてそれについて審査を求めなかった。

の変遷、(e) 本判決がもたらす政策的インパクトである。

アリート反対意見はこれらの議論に入る前に、次の指摘を行なった<sup>185</sup>。第1に、連邦議会が過去45年にわたって第7編に性的指向(最近ではさらに性自認)を追加する法改正を試みながら頓挫してきたことを考えると、第7編の性別には性的指向と性自認が含まれないのであり、法廷意見が行っているのは立法そのものである。

第2に、法廷意見は本件判決を文言主義の必然の産物だというのが、法令の条文は制定当時の通常人の理解に基づいて解釈されねばならない。第7編の性別が性的指向と性自認を含むと考えた者を見出すのは困難だっただろう。法廷意見は文言主義という偽りの旗を掲げている。「法廷意見は海賊船のようだ。法廷意見は文言主義の旗を掲げて航行しているが、その旗が実際に象徴しているのは、スカリア判事が痛罵した法令解釈理論——裁判所は社会の現在の諸価値をより良く反映するように、古い法令を『更新』すべきであるとす理理論——である。」<sup>186</sup>

#### (a) but-for テストに関する批判

アリート反対意見は、法廷意見の but-for テストの適用をめぐる次のような反論を行なった。

第1に、第7編制定当時の辞書を参照すると、性別は男女の生物学的な区別を意味するものとして定義されている。それゆえ、第7編が性的指向と性自認を理由とする差別を射程に含まないことは明白である<sup>187</sup>。

第2に、法廷意見は第7編が性的指向と性自認を理由にする差別を禁じていることは明らかだが、この議論は傲慢である。制定時に連邦議会の議員がそのように解釈した証拠はないし、2017年まですべての連邦控訴裁が、第7編が性的指向と性自認を含むとは考えなかった。EEOCも第7編の制定から48年間同様の解釈をしていた<sup>188</sup>。

185 See *id.* at 1754-56 (Alito, J., dissenting).

186 ここでは解釈による更新を主張した、*Hively* 事件判決のポズナー同意意見が引用されている。See *id.* at 1756, fn. 5.

187 See *id.* at 1756-57.

第3に、性別と性的指向・性自認は別個の概念である。男女のいずれも同性愛者、トランスジェンダーになりうるからである。法廷意見は性的指向と性自認に基づく差別が必然的に性別に基づく差別を随伴するというが、使用者は求人応募者の性別に関する認識無しに、当該応募者の性的指向や性自認を理由に雇用しないことができる。実際にかつて米軍は、性差別を行うことなく同性愛者を排除する政策をとっていた<sup>189</sup>。

法廷意見は性的指向と性自認が性別と不可分に結びつくというが、第7編は性別に関わるあらゆる差別を禁止するわけではない。「性的」という形容詞に結びつく言葉は多数あり、「性的暴力」等の、そうしてできた概念に基づく差別がすべて禁止されるはずがない。法廷意見は性別と不可分に結合しているかによって線引きを試みるが、その線引きは恣意的である。法廷意見は性的指向と性自認が雇用の判断に持ち込まれるべきでないというが、それは現在の価値観を反映させるべく、第7編を更新しているに等しい<sup>190</sup>。

法廷意見は比較分析を用い、男性に性的に惹かれる男性社員Aと女性社員Bのうち前者のみを解雇した場合、性別に動機づけられた決定がなされているとする。しかし、AとBは性別だけでなく性的指向も異なっている。使用者がAを性的指向に基づいて差別するとき、性差別がなされたとはいえない。たとえば①男性に性的に惹かれている男性、②男性に性的に惹かれている女性、③女性に性的に惹かれている女性、④女性に性的に惹かれている男性がいる場合、現行法で差別を受けるのは①・③の被用者である。ここでは生物学的な性別の差異や、性的指向の向く相手の性別が問題になっているのではなく、自己と同一の性別の相手に性的に惹かれているかが問題なのである<sup>191</sup>。

#### (b) 下級審や意見書の議論に対する批判

アリート反対意見は、下級審判決や、最高裁に提出された上訴意見書の中

188 See *id.* at 1757-58.

189 See *id.* at 1758-59.

190 See *id.* at 1760-61.

191 See *id.* at 1761-63.

で展開された議論にも批判を行なった。第1に、ステレオタイプ論に次のように反論する。この議論は、第7編が性別ステレオタイプに基づく差別を禁じているという前提に基づく。ところが、*Price Waterhouse* 事件はそうしたステレオタイプが性差別の証拠になるとしたにすぎない。また、性的指向やトランスジェンダーに基づく差別は男女いずれにも及ぶので、性別ステレオタイプは問題になっていない<sup>192</sup>。

第2に、次のように関係差別論への批判がなされる。この議論は異人種間関係との類推を行うが、異人種間関係に基づく差別が歴史に根づいたものであることを無視している。異人種間関係に基づく差別は黒人の地位を貶める、核心的な形態の人種差別とみなされる。一方で、同性間の同様の関係を理由とする差別はそれとは異なる。それは男女のいずれかの服従のためになされてきた歴史をもつものではなく、性差別主義の性格をもたない<sup>193</sup>。

第3に、第7編制定時の性別の定義の不明確さを指摘する議論に対し、次のように反論がなされる。60年代のいくつかの辞書の定義を参照すれば、いずれも *sex* という単語の主要な意味は生物学的な男女の別であることがわかる。この点は最近の辞書においても同様である<sup>194</sup>。

### (c) もともとの公的意味

続いてアリート反対意見は、第7編のもともとの公的意味を論拠に、概ね次のように多数意見を批判する。文言主義は文言の辞書の定義だけではなく、法律制定時の社会的文脈の検討をも要求する。制定時の通常人がその当時の文脈において、性差別の禁止をどう理解していたかを検討しなければならない<sup>195</sup>。

制定時のアメリカ人が、第7編が性的指向・性自認を理由とする差別を禁じているとは夢にも思わなかったはずである。第7編制定前から多数の

---

192 *See id.* at 1763-64.

193 *See id.* at 1764-65.

194 *See id.* at 1765-66. 60年代の辞書の定義は判決に付された Appendix A に、最近の辞書の定義は Appendix B に列挙されている。

195 *See id.* at 1766-67.

連邦・州の法律が、第7編とほぼ同様の文言で「性別を理由とする差別」を禁じていたが、これらは女性の権利運動によって促されたもので、男女の平等な取り扱いを定めるものだった<sup>196</sup>。また、同性愛は当時障害とみなされ、同性間の性行為は罰せられていた。同性愛者は連邦・州の様々な公務から排除される等の様々な制約も受けていた。トランスジェンダーに至っては、その概念すらほとんど理解されていなかった<sup>197</sup>。

もともとの公的意味の理解をめぐる、法廷意見の判例理解にも問題がある。*Oncale* 事件判決は、法令の禁止対象が主たる害悪に限られないこと、禁止対象の把握において法律の規定を究極的拠りにすべきことを述べたが、法令の禁止対象が主たる害悪に限定されないというのは月並みな真理にすぎない。しかも、性的指向と性自認に基づく差別は、当時の議会や公衆にとってそもそも害悪とすら認識されていなかった。また、性的指向と性自認が第7編に包含されるという解釈は、制定時の法律の通常の意味を超えており、法令の規定の射程内の行為が問題となった *Oncale* 事件とは状況が異なる。*Phillips* 事件と *Manhart* 事件は生物学的な意味の性別を理由にした差別が問題とされた事例なので、本件とは性格が異なる<sup>198</sup>。

#### (d) 立法史と立法変遷

続いてアリートは、第7編の制定経緯と、制定後の変遷について論じる<sup>199</sup>。まず制定経緯に関して、第7編に性別の文言の追加を提案したスミス議員の真意には争いがあるが、スミスも他の議員も、性差別の禁止が性的指向と性自認に基づく差別の禁止を含む可能性に一言も触れていない。性差別の禁止が導入された背景には長い歴史をもつ女性の権利運動があったが、同性愛者の差別は当時公的議論の対象にすらなっていなかった<sup>200</sup>。

196 *See id.* at 1767-69.

197 *See id.* at 1769-73.

198 *See id.* at 1773-75.

199 文言主義の立場に立っても、法令の文言に曖昧さが残る場合には、法律の制定経緯等の、議会の意図を示す証拠を参照できるとされる。*See id.* at 1776.

200 *See id.* at 1776-77.

次に第7編の制定後の変遷について、次のように論じられる<sup>201</sup>。第7編が制定されてから、性的指向を第7編の禁止事由に加える改正案が連邦議会に提出されてきたが、いずれも頓挫してきた。しかも、1991年の第7編の大幅な改正において、性的指向と性自認に基づく差別を性差別に含めない連邦控訴裁の判例を否定する改正はなされなかった。また、2017年の *Hively* 事件判決まで、連邦控訴裁は一貫して性的指向に基づく差別を性差別に含めない解釈を示し、トランスジェンダーについては本件の第6巡回控訴裁判決 (*Harris Funeral Homes* 事件判決) までそのような解釈が貫かれた。法廷意見は50年以上にわたる統一的な司法解釈を否定するものである。

#### (e) 政策的インパクト

アリートは最後に本判決の政策への影響について論じる。すなわち、法廷意見の解釈は、本来連邦議会が利益衡量を行ってルール形成するはずの、広範な領域の問題に影響を与えるとされる。例として、トランスジェンダーのトイレ・更衣室の利用や女子スポーツへの参加、教育機関の寮等での同室者の割り当てにおけるトランスジェンダーの扱い、使用者の信教の自由との調整、性別適合手術への医療保険適用、言論の自由と平等保護との調整、第14修正の平等保護条項の審査基準のあり方といった問題への影響が挙げられている<sup>202</sup>。

### ③カバノー反対意見

カバノーによる反対意見は、文理解釈ではなく法律の通常の意味に依拠した解釈をすべきであること、法廷意見が文理解釈によって実質的に法律の更新をしていることを指摘する。

第1に、カバノーは法律の通常の意味による解釈を行うべきだと論じる。カバノーは概ね次のようにいう。合衆国憲法の権力分立原則の下では、裁判

---

201 *See id.* at 1777-78.

202 *See id.* at 1778-84.

官の役割は成文の法律を解釈することであり、法律を制定したり改正したりすることではない。同性愛者とトランスジェンダーを保護するための法案は連邦議会で頓挫してきたのであり、裁判官は自身の政策的見解に基づいて法律を書き換えてはならない。第7編は文面上、性的指向と性自認を理由とする雇用差別を禁じてはいない<sup>203</sup>。

カバノーは被用者側のありうる議論として、①裁判所が法解釈において文理上の意味に依拠すべきであるという主張、②「性別を理由とする差別」の通常の意味が、性的指向・性自認に基づく差別を包含するという主張のいずれかがありうるという<sup>204</sup>。①については次のように論じられる。裁判所が通常の意味に従うべきだという基本的な解釈原則の背景には、法の支配と民主的説明責任の原理がある。裁判所が通常の意味に従った法解釈をしない場合には、これらの原理が損傷を被る。「性別を理由とする差別」のような、語ではなく句の解釈においては、特に文理上の意味と通常の意味が乖離する恐れがある<sup>205</sup>。②については次のようにいわれる。第7編制定時も現在も、「性別を理由とする差別」の通常の意味によれば、性的指向・トランスジェンダーの差別は含まれない。連邦議会でも性別に基づく差別に性的指向や性自認に基づく差別が含まれるという理解はされてこなかった。これは大統領の命令でも、連邦の規則でも、州法でも同じで、連邦最高裁自身も同様の解釈をとってきた<sup>206</sup>。

第2に、カバノーは法廷意見が解釈による更新を行っているとして、次のように批判する<sup>207</sup>。法廷意見は第7編の文言の通常の意味を無視して文理解釈を行うことで、実質的に第7編を更新している。法廷意見は「性別を理由とする差別」という句の通常の意味の解釈ではなく、それを個々の語に分解してから組み直す解釈をしている。法廷意見は、法令の禁止対象は主

203 *See id.* at 1822-23. なお、通常の意味は法律制定時の通常の公的意味のことだが、「性別を理由とする差別」の通常の意味は制定時も今も変わらないとされる。*See id.* at 1825 (Kavanaugh, J., dissenting).

204 *See id.* at 1824-25.

205 *See id.* at 1825-28.

206 *See id.* at 1828-33.

207 *See id.* at 1833-36.

たる害悪に限られるものではなく、法律の規定が究極的な拠り所であるとした *Oncale* 事件判決を引用するが、同事件における同性間の差別は性別に基づく差別として理解可能だったし、ハラスメントも性別に基づく差別の範疇として解釈できた。ところが、性的指向と性自認に基づく雇用差別は、性別に基づく雇用差別とはまったく別個の害悪を生み出すものである。

以上のように、最高裁においても激しく意見が対立した。法廷意見の特徴は、これまで積極説の論点として提示されてきたもののうち、ステレオタイプ論や関係差別論を援用せず、but-for テストのみによって結論を導いたことである。このように簡素になったのは、今回の多数派に保守派のロバーツ首席判事とゴーサッチ判事が含まれ、しかも意見の執筆がゴーサッチ判事によってなされたことが理由だと考えられる。一方でアリーの反対意見は1の⑥でまとめた消極説の論点を網羅したうえ、判決の政策上の影響にまで言及する詳細なものであった。カバノーの反対意見はもともとの公的意味を根拠に法廷意見を批判する点でアリー反対意見と重複するが、特に法廷意見が文理解釈を行うことで実質的に法律の更新を行い、権力分立原則の侵害を招いている点を批判していた。