

不妊治療差別は妊娠差別か：アメリカの 連邦裁判所下級審判決の動向

富 永 晃 一

1. 本稿の目的

妊娠を理由とする差別（妊娠差別）は性差別に該当するののかという問題は、単純なようで見解が対立しうる問題の一つである。欧米諸国の多くでは、妊娠差別は性差別の一形態と捉えられているが、その具体的な法的処理（比較対象者の設定）は法制により異なる¹。日本では2006年の男女雇用機会均等法（以下「均等法」）改正により、直接の性差別と別個に一般的な不利益取扱禁止の規定が置かれることとなったが（均等法9条3項）、理論的にはその位置づけの当否をめぐり、また解釈論としてもその具体的な判断基準や解釈指針をめぐって、なお議論がありうるであろう。

本稿は、この妊娠差別の位置づけをめぐる問題の一つである、不妊治療（生殖補助医療）を理由とする不利益取扱いが性差別に該当するかという点についてのアメリカの連邦裁判所下級審判決の状況を概観することを目的とする²。この問題について、アメリカにおいては下級審レベルでの若干の判決の蓄積があり、最近も、不妊治療を理由とする不利益取扱いが性差別に該当すると判断した控訴裁判所の判決³が出された（ただし、他の控訴裁判所ではこれと異なる判断もみられ、必ずしも処理が一致したとはいえない状況にあり、問題の複雑さを窺わせる）。

¹男女雇用機会均等政策研究会報告書（2004）〔厚生労働省ホームページ（<http://www.mhlw.go.jp/houdou/2004/06/h0622-1.html>）で閲覧可能〕。

²それ以外の妊娠差別一般に係る状況については別稿に譲り、本稿では特に不妊治療（生殖補助医療）による性差別の可否という点にしばって概観することとする。

³Hall v. Nalco Co., 534 F.3d 644 (7th Cir. 2008).

日本法についても、不妊治療・生殖補助医療は均等法9条3項の保護の射程内となるか、あるいは一般的な性差別の射程となるかが問題となりうる⁴。また、日本法において性差別禁止の射程をどのように解するかという、より一般的な問題を考える上でも、アメリカ法の状況は興味深い材料を提供するものと思われる。

2. アメリカ法の状況の概観⁵

(1) 妊娠差別禁止法 (PDA) に関する立法・判例の概観

本稿の検討対象である不妊治療（生殖補助医療）を理由とする不利益取扱いの性差別・妊娠差別該当性についての判決をみる前に、妊娠差別についての立法と連邦最高裁の判例を、必要な限りで簡単に概観することとする（なお、妊娠差別に関する近年の最高裁判決として、AT&T Corp. v. Hulteen 事件⁶があるが、本稿のテーマとはやや争点の異なる事件であるため、以下では省略する）。

アメリカ法では、1964年の公民権法第七編（Title VII of the Civil Rights Act of 1964⁷。以下「第七編」）の制定により、人種、皮膚の色、宗教、性又は出身国を理由とする雇用差別を、使用者の違法な雇用行為として禁止することとなったが⁸、そもそも性が差別禁止事由の一つとされたのは偶発的な

⁴均等法9条3項は、「事業主は、その雇用する女性労働者が妊娠したこと、出産したこと、労働基準法（昭和二十二年法律第四十九号）第六十五条第一項の規定による休業を請求し、又は同項若しくは同条第二項の規定による休業をしたことその他の妊娠又は出産に関する事由であつて厚生労働省令で定めるものを理由として、当該女性労働者に対して解雇その他不利益な取扱いをしてはならない。」と規定する。均等法施行規則二条の二が当該「妊娠又は出産に関する事由」を定めているが、その中に不妊は直接の文言としては含まれていない。しかし、不妊治療を受けることにより妊娠することを予測し、将来の産休取得や就労能力低下を理由に不利益取扱いを受ける場合は、均等法9条3項や一般的な公序法理の射程となる可能性があるであろう。

⁵これらのアメリカ法の立法・判例の動向について、相澤美智子「労働者の妊娠・出産保護をめぐる新たな議論へ向けて」東京都立大学法学会雑誌第41巻第1号193頁以下（2000年）が詳しい。

⁶556 U. S. …, 129 S. Ct. 1962 (2009).

⁷Pub.L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964) (codified at 42 USC 2000e et seq.).

事情によるものであり、内容が十分に審議されなかったことから⁹、妊娠を理由とした異別取扱いが性を理由とする差別となるかどうかについては、必ずしも明らかではなかった。

この点、憲法訴訟において妊娠が性中立的事由であるとされ（1974 *Geduldig v. Aiello* 事件連邦最高裁判決¹⁰）、これによる異別取扱いは禁止される差別に該当しないとの判断が示されていたが、第七編に係る訴訟においては、これと異なり、妊娠による不利益取扱いは性差別に該当するというのが下級審の大勢であった¹¹。

1976年の *General Electric Co. v. Gilbert* 事件¹²は、この点、第七編においても先の *Aiello* 事件と同様、妊娠を理由とする差別は直ちに第七編違反の性差別となるものではないとの立場を示した。同事件では、使用者が妊娠に伴う障害を保険給付の対象外としていたことが、第七編の性差別となるか否かが争われたが、連邦最高裁判決の多数意見は、男性と女性とで形式的には保険の保障範囲が異ならず、妊娠を理由とする差別は性自体を理由とする差別とは異なるとして、第七編違反を認めなかった。これに対する反対意見として、*Brennan* 裁判官（*Marshall* 裁判官が同調）は、使用者の過去の差別的雇用政策の存在に加え、男性特殊な疾病が保険の給付対象とされており、その意味で男性と女性の保険給付のカバー範囲が異なると主張し¹³、

⁸ 42 U.S.C. § 2000e-2 (a)(1), (2).

⁹ 110 Congressional Record, 2577-2584. 制定時の経緯については、Robert Stevens Miller Jr., *Sex Discrimination and Title VII of the Civil Rights Act of 1964*, 51 Minn. L. Rev. 877(1966)以下を参照。また、この点を指摘する邦語文献として、長谷川珠子「アメリカにおける雇用差別禁止立法の歴史と現状」嵩さやか・田中重人編『雇用・社会保障とジェンダー』（東北大学出版会、2007）266頁等。

¹⁰ 417 U.S.484 (1974).

¹¹ また、雇用機会均等委員会（EEOC）も妊娠を理由とする差別が第七編違反に該当すると考えていた模様である。Diane L. Zimmermann, *Geduldig v. Aiello: Pregnancy Classifications and the Definition of Sex Discrimination*, 75 Colum. L. Rev. 441, 465, (1975).

¹² 429. U. S. 125 (1976).

¹³ *Id.*, at 146-160.

Stevens 裁判官は「妊娠できる能力こそが、女性を男性から区別するものである」ことを理由に、本件の保険制度が第七編に違反する性差別であると主張した。

翌年の Nashville Gas Co. v. Satty 事件¹⁴では、病気休暇の対象から妊娠を除外し、かつ産休を取得した場合にそれまで累積した先任権が失われるという取扱いが問題とされた。多数意見は、Gilbert 事件と同様、これらの取扱いは表面的には性中立的であるとしつつ、先任権を剥奪する点については差別的効果があると認め、病気休暇の対象から妊娠を除外する点も口実審査が必要だと判断し、事件を原審に差し戻した。

この Gilbert 事件・Satty 事件を覆すため、1978年の妊娠差別禁止法 (Pregnancy Discrimination Act of 1978¹⁵。以下「PDA」) により、第七編の違法な雇用行為の定義に関連して、第七編を改正し、「妊娠を理由とする」ことは、「性を理由とする」ことであること、妊娠・出産又はそれらに関連する医学的状況により影響を受ける者（妊産婦等）は、その就労能力において類似する他の者と同等に取り扱われるべきことが規定された¹⁶。ただし、同法が、Gilbert 事件の Brennan 裁判官・Stevens 裁判官のいずれの反対意見を支持しているのか、必ずしも明らかでない¹⁷。

¹⁴ 434 U.S. 136 (1977).

¹⁵ Pub. L. No. 95-555, 92 Stat. 2076 (1978), (codified at 42 U.S.C. § 2000e (k)).

¹⁶ 701条(k)として、『性を理由として (because of sex)』又は『性に基づく (on the basis of sex)』とは、妊娠、出産又はそれらに関連する医学的状況を理由とする場合、又は基づく場合を含むが、それらの場合に限られない。そして、妊娠、出産又はそれらに関連する医学的状況により影響を受ける女性は、付加給付制度 (fringe benefit programs) 下での給付の受領を含む全ての雇用に関係する目的について、それらの影響を受けないが、労働する能力又は不能力において類似する他の者と同等に取り扱われなければならない。本編の2000e-2(h)項のいずれも、それ以外のことを許すものと解釈されてはならない。本項は、使用者に、胎児が、出産予定日に至れば妊娠中の女性の生命に危険を及ぼす場合、又は医学的な併発症が妊娠中絶から生じた場合を除き、妊娠中絶のための健康保険給付の支払いを義務づけるものではない。ただし、本項は、使用者が妊娠中絶給付の支給を妨げたり、又は、妊娠中絶に関する労働協約に影響を及ぼしたりするものではない。」と規定されることとなった (42 U.S.C. 2000e (k))。

PDAで妊娠を理由とする差別が禁止されることとなったが、妊娠を理由とする優遇もまた差別として禁止されるか否かは必ずしも明らかでなかった。1983年のNewport News Shipbuilding and Dry Dock Co.事件¹⁸では、使用者の保険制度の下で、労働者の配偶者の疾病等も給付の対象とされており、妊娠もカバーされていたが、女性労働者本人が妊娠した場合より、男性労働者の配偶者が妊娠した場合の方が不利な給付内容となっていたことが第七編に違反する性差別となるか否かが争われた。最高裁の多数意見は、この取扱いを男性労働者への性差別であると判断した（これに対し、Rehnquist裁判官は、PDAは女性労働者の妊娠を差別から保護する立法であり、男性労働者の配偶者を保護するものでない、として反対意見を付している）。これは、男女同一の取扱いを求めるものと受け取られた。他方、1987年のCalifornia Federal Savings and Loan Association v. Guerra事件¹⁹では、カリフォルニア州法が妊娠した労働者に4ヶ月までの休暇を認めなければ違法な労働行為となると規定していたことが問題とされたが、連邦最高裁は、この点で州法は連邦法により先占されていないとし、妊娠による優遇の余地を認めた（ただし、White裁判官らの反対意見は、これに対し、カリフォルニア州法が、他の障害には保護を与えず、妊娠のみに保護規定を置いていることは、PDAに違反すると解している）。

ただし、PDAは必ずしも妊産婦等への配慮・保護を使用者に求めるものではない。1991年のAutomobile Workers v. Johnson Controls事件²⁰では、使用者が「妊娠可能な全ての女性」を鉛に被曝する可能性のある業務から排除する胎児保護制度を設けたことが、第七編違反となるか否かが争われた。

¹⁷ Sheila Nolan Flick, The 1978 Amendment to title VII: The Legislative Reaction to the Geduldig-Gilbert-Satty Pregnancy Exclusion Problem in Disability Benefits Programs, Preliminary Discussion. 27 Loyola Law Review, 532, 573 (1981).

¹⁸ 462 U.S. 669 (1983).

¹⁹ 479 U.S. 272. (1987).同事件について論じたものとして、釜田泰介「性による優遇扱い」とCivil Rights Act第7編（アメリカ合衆国憲法制定200年と人権）：California Federal 判決の問うもの」同志社アメリカ研究24号57頁（1988）がある。

²⁰ 499 U.S. 187 (1991).

最高裁判所は、全員一致で、本件の使用者の胎児保護制度は明らかに女性をその性を理由として差別するものと判断し、差別的効果理論の枠組みにより判断した原審判決を排斥した²¹。それによると、使用者の制度は女性労働者の胎児に対する害毒のみに配慮しており、女性には生殖能力のないことの証拠を求めながら、男性には求めていないという点で、男女に別の基準を定めており、表面的にも差別的である²²。真正な職務資格（BFOQ）の例外に該当するか否かが問題となるが、これに該当するためには、職務資格は「本質（essence）」すなわち「使用者の職務の中心的任務」でなければならないが、未受胎の胎児の安全性は、これに含まれないので²³、使用者の胎児保護制度はBFOQの例外に該当しない、と判断している。

このように、PDAは妊娠者への差別を禁止するが、配慮や保護を使用者に義務づけるものでない。そのため、妊娠した女性の保護という観点ではPDAは不十分であり、女性の職場進出を阻む職場環境を放置する結果となっているとの指摘もあり、学説では、障害をもつアメリカ人法（Americans with Disabilities Act, ADA）²⁴の適用を提言する見解²⁵や、使用者に妊娠者等への配慮を義務づける新たな立法をすべきと提言する見解²⁶等がみられる。

また、PDAでは「妊娠を理由とする」ことが性差別となること、同等の就労能力の者と同等に取り扱うべきこと、が明らかにされたが、「妊娠・出

²¹ Id. at 197-201.

²² なお、裁判所は、男性も鉛への曝露で生殖能力が減衰することに言及している。Id. at 198.

²³ 「Johnson Controlsの女性労働者の未受胎の胎児は、しかしながら、顧客でも、その安全性が電池製造業務について本質的であるところの第三者でもない。誰も未来の子どもたちへの傷害の可能性を無視することはできない。しかし、BFOQはそれほど広いものではないので、この深い社会的関心をバッテリー製造の本質的要件（essential aspect）として組み込むことはできない。」Id. at 203-204.

²⁴ Pub. L. 101-336, 104 Stat 327 (1990) (codified at 42 U.S.C. § 12101 et seq).

²⁵ Colette G. Matzzie, Substantive Equality and Antidiscrimination: Accommodating Pregnancy Under the Americans with Disabilities Act, 82 Geo. L. J. 193 (1993).

²⁶ D'Andra Millsap, Reasonable Accommodation of Pregnancy in the Workplace: A Proposal to Amend the Pregnancy Discrimination Act, 32 Hous. L. Rev. 1411 (1996).

産又はそれらに関連する医学的状況」の概念に、「授乳」「新生児の親であること」といった諸事情が含まれるか否か、さらには「妊娠の希望」「妊娠生殖補助医療（不妊治療）」等も PDA の保護対象に含まれるか否か、必ずしも明確でなく、その後も争われることとなった²⁷。

(2) 裁判例の概観

以下では、不妊治療を理由とする差別が PDA により禁止されるか否か、という点が争われた主な下級審の判決を概観する。

(ア) 不妊治療（生殖補助医療）をめぐる連邦地方裁判所の判決

(i) Pacourek v. Inland Steel Co. 事件²⁸（1994）

この事件では、原告である女性労働者が、不妊治療を試み、そのことを被告の企業にも通知した。その後、被告は原告を解雇したが、それに至るまでの間、被告が不妊治療を受けていることについて、キャリアとの両立を企業が疑問視していると受け取られるいくつかの言動があった。原告は、第七編（性差別禁止）・PDA・雇用における年齢差別禁止法（ADEA）²⁹・ADA のそれぞれの違反を理由に被告を訴えた（以下では、このうち PDA に関係する判断のみをみる）。

PDA に関する原告の主張に対し、被告は、①妊娠の希望又は妊娠可能性を理由とする差別は PDA の射程外である、②不妊は性中立的であり、PDA の射程外である、との主張をしていた。裁判所は、①の点に

²⁷本稿では割愛するが、授乳や新生児の親であること等、厳密な意味での妊娠・出産でない事由を理由とする不利益取扱いが PDA の保護対象外と判断された事例として、たとえば、Piantanida v. Wyman Center, Inc., 116 F.3d 340 (8th Cir. 1997) [新生児の親であることを理由とする不利益取扱いは PDA の保護対象外とする]、Wallace v. Pyro Mining Co., 951 F.2d 351, 58 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 144 (6th Cir. 1991) [授乳は『医学的に必要なこと』であるという立証がないとして、意図的差別の成立を認めず] 等がある。

²⁸ 858 F.Supp. 1393 (N.D. Ill. 1994).

²⁹ 9ub. L. 90-202, 81 Stat. 602 (1967) (codified at 29 U. S. C. §§ 621-634).

ついて、PDA の制定根拠から、妊娠したい者、又は妊娠能力のある者に対する差別は女性に対する差別である以上、PDA で禁止されるべきだとし、前掲 Johnson Controls 事件判決及び PDA の制定経緯での議会の議論の文言で、妊娠する能力あるいは妊娠する可能性について言及されていることを理由として援用した。次に、②の点については、PDA の文言は「妊娠、出産、又は関連する医学的状況」となっており、「関連する」は広汎な事情に及びうること、PDA の制定経緯もこれを示唆することから、不妊が PDA にいう「関連する医学的状況」に含まれるとし、さらにこの解釈の理由として、文言の自然な読み方、Johnson Controls 事件で「妊娠の可能性による区分」をしたことが PDA 違反とされたこと、EEOC のマニュアル上、中絶も PDA の射程内と解されており、不妊も同様に射程内と解されうること、PDA の目的は一見中立的な妊娠等に基づく差別を禁止するものであること、等を挙げている。結論として、裁判所は原告側の PDA に関する主張を正当と認めている。

(ii) Erickson v. Board of Governors of State Colleges and Universities for Northeastern Illinois University 事件³⁰(1995)

この事件の原告である労働者は、被告（大学）に雇用され勤務していた。原告は、被告の労働者厚生制度下で認められている病気休暇を、不妊治療のために取得したが、原告の上司は、不妊治療を原告が受けていると知って、病気休暇をあまりに頻繁に使うことについて不承認の意を示し、また原告に対し懲戒処分を書面で行った。その後、原告は6ヶ月の予告期間を置いて解雇された。原告の後任としては男性が雇用された。そのため、原告は、PDA, ADA, そして被用者退職所得保障法 (ERISA) 違反を理由に被告を訴えた（以下では、このうち PDA に関係する判断のみをみる）。

被告は、不妊は「妊娠に関連する医学的状況」に該当しないと主張したが、裁判所は前掲 Pacourek 事件、前掲 Johnson Controls 事件及び

³⁰ 911 F. Supp. 316 (1995).

法の制定経緯を参照し、妊娠可能性も PDA の保護の射程に入るとした。また被告は「不妊」は両性に共通する性中立的事由だと主張したが、裁判所は、男性不妊の治療は女性不妊の治療と異なり、男性が妊娠するためではないとしてこれを退け、被告による略式判決の動議を退けている。

(iii) *Cleese v. Hewlett-Packard Co.*事件³¹ (1995)

この事件はやや複雑である。労働者（原告）は、使用者（被告）に雇用され、クリーンルームで業務に従事していた。原告の休暇・欠勤、早退等が多く、使用者から警告を受けていた。使用者の企業ではクリーンルームで勤務する女性労働者には化学物質への曝露のためと疑われる流産が多いことが判明しており、原告は妊娠を希望して不妊治療を受けるため、クリーンルーム外への配転を上司に希望し、結果として穿孔部門に配属となったが、以前の業務上の負傷のため、そこでの業務を行うことができず、謹慎処分 (probation) に付され、クリーンルームに戻された。その後、原告は妊娠したが、同僚から、原告がラミネート業務を行わないこと、化学物質の周辺での業務を行わないことに苦情があり、被告は一定期間、原告を無給の休暇に付した。原告は医師から、妊娠期間中は毒物の周囲で勤務しないようにとの診断書を得たが、被告は原告を解雇した。勤務期間中、同僚からセクシュアルハラスメント的な言動もあり、原告は、PDA 違反、第七編違反 (セクシュアルハラスメント)、ADA 違反、意図的な精神的苦痛を与えたことを理由に、被告を訴えた (以下では、PDA 違反についての判断についてみる)。

被告は請求棄却の略式判決 (summary judgement) を求めたが、裁判所は、PDA 違反の点の判断において、差別の一応の立証 (prima facie case) の段階につき、原告が妊娠しようとしていることを理由として差別されたと主張している点について、裁判所は、「不妊」は性中立的であるが、「妊娠する能力」は性中立的でないとし、*Pacourek* 事件判決を参照し、妊娠しようとしている女性にも PDA の保護が及ぶと

³¹ 911 F. Supp. 1312 (1995).

判断した。そして、原告の業務遂行のパフォーマンスが非難されたことはないこと、不利益な取扱いを受けた（無給の休暇に付された）こと、原告と同様の状況の者は原告より有利に扱われていたと一応みられること、から、差別の一応の証明があるとし、口実審査の段階については、陪審に事実認定を委ねるべきとし、この争点については被告の動議を退けた。

(iv) Laporta v. Wal-Mart Stores, Inc.事件³² (2001)

この事件では、原告である女性労働者は被告（使用者）のもとで勤務していたが、過去の負傷のため、限定された勤務時間だけ働くこととしており、そのためにカバーに入る上司等に若干の不都合を生じさせていた。その後、原告は妊娠したいと考え、不妊治療を受けることとした。原告が不妊治療のスケジュールを優先し、出勤を拒否した日があり、これにより使用者では人員の調整に困難を来たした。このことと、原告の勤務時間に制限があることを理由に、使用者は原告を解雇した。原告は当該解雇が ADA, PDA, 及び ADA・PDA にそれぞれ類似するミシガン州法に違反するとして提訴した（以下では、PDA 違反についての判断についてみる）。

裁判所は、後述の Krauel 事件と、前述の Erickson 事件・Pacourek 事件を参照し、Krauel 事件の判断が説得的だとし、PDA の射程を「不妊」へ拡張することは、たとえば不妊の女性を解雇して、妊娠した女性に置き換えることも妊娠差別となりうることになり、PDA で保護される集団が不明になってしまうという問題が生じてしまうとして、PDA にいう「関連する医学的状況」には不妊を含まないと判断した。そして、PDA 及びこれに類似する州法に関する争点に関しては、被告側による略式判決の動議を認めている（なお、ADA 及びそれに類似する州法に関する争点については、略式判決の動議は認められなかった）。

³² 163 F. Supp. 2d 758 (2001).

(イ) 不妊治療（生殖補助医療）をめぐる連邦巡回控訴裁判所の判決
巡回控訴裁判所レベルでは、以下の3つの判決が出されている。

(i) Krauel v. Iowa Methodist Medical Center. 事件³³ (1996)

この事件では、子宮内膜症のため不妊であった第一審原告の女性労働者（以下「原告」）が、内視鏡手術や人工授精を受け、妊娠・出産したが、第一審被告である使用者（以下「被告」）の運営する従業員向け保険制度では、不妊治療を対象外としていたため、これらのうち一部の費用が支弁されなかった。原告の不妊による就労能力への影響はなかった。原告は不妊治療を保険の対象外としていることが、ADA, PDA, 第七編に違反するとして提訴した（以下では、ADA に関する判断を割愛し、PDA と第七編に関する判断のみをみる）。

第一審では、不妊治療は妊娠・出産その他の関連する医学的状況に該当しないため、PDA 違反はなく、また第七編違反についても意図的差別・差別的効果の一応の立証がなされていないとして、原告敗訴の略式判決を下した。

巡回控訴裁判所も、この PDA 違反の主張について、言葉の普通の意味から「不妊」は「妊娠・出産」とは異なること、PDA の制定経緯や EEOC でも不妊についての言及がないことから、不妊は PDA の保護の射程外と解釈した³⁴。また、Johnson Controls 事件との区別に関連して、同事件は妊娠しうる能力による差別の事案であり、女性を鉛に曝露する業務から外すという会社の制度が、生殖能力ある女性と生殖能力ある男性とで異なる取扱いをしたとして中立的でなかったと判断された事案であるところ、女性のみが妊娠しうるという意味で妊娠する能力は性特殊的であり、不妊とは異なる以上、本件で参照するのに適しないと述べている³⁵。また、Pacourek 事件判決についても、同判決が依拠する PDA

³³ 95 F. 3d 674 (8th Cir. 1996).

³⁴ Id. at 679-680.

³⁵ Id. at 680.

の制定経緯の解釈が怪しいこと、制度が中立的なものと主張されていないことから、本件では参考とされないとしている。

また、第七編違反の主張について、控訴審裁判所は、意図的差別の主張については、不妊治療の保険給付対象からの除外は男女問わず適用されており、性による区別でなく、不妊治療の高額さを理由とした保険対象からの除外は性差別とみるに当たらないこと、差別的効果理論の主張についても、女性に対してより大きな不利益があることについての統計的証拠がないことを理由に、認められないと判断されている。

(ii) *Saks v. Franklin Covey Co.* 事件³⁶ (2003)

この事件でも、前掲 *Krauel* 事件と同様、女性のみを対象とする不妊治療を、保険給付対象から外すことの可否が争われた。第一審被告である使用者（以下「被告」）の保険制度では、不妊治療も保険の給付対象とされていたが、人工授精・体外受精・胎児及び胎芽の移植は対象外とされていた（ただしこれらの保険対象外的手段で妊娠した場合も含め、妊娠に関連する費用はすべて保険給付の対象とされていた）。第一審原告である女性労働者（以下「原告」）は人工授精・体外受精を含む不妊治療を受けたが、保険対象外とされていた治療について保険給付を拒否されたため提訴し、被告が契約違反したことと、不妊治療の一部を保険給付対象から除外したことが ADA、第七編、PDA、ニューヨーク人権法に違反すると主張した（以下では、第七編と PDA に関する主張についての判断のみをみる）。

第一審では、保険制度上、一定の不妊治療が給付対象から外されていても、それは男女双方に同じ影響を与えており、第七編違反でないと判断され、また PDA 違反の点についても、不妊が PDA にいう妊娠に関連する医学的状況であると認めつつ、保険制度が従業員の配偶者にも適用され、男女に同じ保障範囲を提供することとなるとして、PDA 違反は存しないと判断した。

³⁶ 316 F. 3d 337 (2d Cir. 2003).

控訴審では、第七編及び PDA 違反の主張について、原審が用いた判断基準（保険制度が男女に同じ補償範囲を提供しているので PDA 違反でないとする、「同一アクセス基準 (equal access standard)」) は不適切と認めたものの、PDA・第七編それぞれの違反はないとした。すなわち、PDA にいう「妊娠に関連する医学的状況」について、生殖能力が男女共通の能力であることから、性差別を禁止する PDA は生殖能力のみに基づく差別に射程が及ぶものでないところ、PDA の射程に入るためには、「妊娠に関連する医学的状況」とは、性特殊的なものでなければならないとし、本件の不妊治療の一部の除外は PDA 違反とならないとした。また、第七編については、不妊治療の施術が女性のみを対象とするものであっても、不妊の原因自体は男女双方にある場合があり、また男女双方の参加を必要とする場合もあることから、女性のみへの施術を保険給付対象から除外しても、性差別であるとは限らないとした。また、原告は、本保険制度の給付対象は直接、疾病者に対してのみという暗黙の制限があり、そうすると本保険制度は差別に該当すると主張したが、裁判所は立証が欠けるとしてこれを退けている。

(iii) Hall v. Nalco Co. 事件³⁷(2008)

この事件では、不妊治療による欠勤を理由とする不利益取扱いの可否が争われた。第一審原告である女性労働者（以下「原告」）は数週間を要する体外受精 (in vitro fertilization) による不妊治療を受けていた。二度目の体外受精のための休暇直前に、第一審被告である使用者（以下「被告」）は組織統合により人員が過剰になったとして、原告を解雇した。その際、原告が生殖補助医療（不妊治療）のため仕事をよく欠勤すること等が考慮された。原告は第七編違反を理由に提訴したが、第一審は、前掲 Saks 事件、Krauel 事件に依拠して、不妊が性中立的状況であることを理由に、原告の第七編の主張は成立しない、と判断した。

これに対し、控訴審の第七巡回区控訴裁判所は、PDA の射程は性特

³⁷ Supra rote 3.

殊的な事由にしか及ばないと認めつつ、Johnson Controls 事件が「生殖能力のみ」を理由として差別したのでなく「生殖能力のある女性のみ」を差別したことを理由に胎児保護制度を性差別と判断したことを参照し、不妊のみを理由とする差別は許されるが、不妊治療で長期欠勤するのは女性のみである以上、本件は不妊のみを理由に解雇したのでなく、子供を産む能力のために解雇したとみることができる、と判断した。そして、被告が主張している、解雇の業務上の理由（事業所統合）が口実であるかどうかを審査するため、原審に破棄差戻しとした。

この判決は、不妊治療による欠勤を理由とする解雇に関しての、初めての控訴審レベルの判断であり、また結論として PDA 違反を認めるというものであったため、学説の注目を集めた。学説では差別的取扱理論の口実審査又は差別的効果理論の立場から妥当な結論だと評価するものもみられるが³⁸、その論理構成を疑問だと指摘するものもある。すなわち、体外受精は性中立的であり、これを PDA の射程に持ち込むのは、PDA の射程を女性のみならず男性不妊の男性に拡張することになり、不適切であるというのである³⁹。

同様の見地から、本判旨は実は差別的効果理論に立脚した判断とみるべきだという指摘がある。生殖能力の欠如は性中立的事由（男性も男性不妊たりうる）であり、本判決は体外受精を受けたことによる差別が、体外受精により長期欠勤を余儀なくされるのは女性であるという、女性により大きい不利益な効果をもたらすということを判断の暗黙の前提としているが、これは差別的効果理論 (disparate impact theory) をいうものにほかならない。判旨はこうした法律構成を明示していない。①

³⁸ Karen L. Herlihy, *Artful Dodging: How Hall v. Nalco Avoids the Conflict Between Assisted Reproductive Technologies and Absenteeism Under the Pregnancy Discrimination Act*, 20 *Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J.* 83 (2009).

³⁹ Justin Kerner, *Labor Pains: The Seventh Circuit Distorts the Pregnancy Discrimination Act to Bar Discrimination Based on in Vitro Fertilization*, 24 *Wis. J.L. Gender & Soc'y* 117, 139-141 (2009).

「体外受精を行ったため解雇される労働者は、女性である」ということと②「原告が解雇されたのは、女性特殊的な出産能力のためである」ということとは必ずしも結びつかない（①は必ずしも性自体を理由とする差別でない）。体外受精のため、女性はより長期の休暇等が必要であり、そのために現実には女性に不利益な効果がある、という差別的効果理論に明示的に依拠すべきだった、と指摘されている⁴⁰。

(3) 小括

以上にみたように、不妊治療（生殖補助医療）に関連して性差別（妊娠差別）の成否が判断された事例をみると（これらは控訴審レベルまでにすぎず、直ちに裁判例の一般的な傾向を論じることは時期尚早であろうが）、これら下級審裁判例の中に、「不妊」がPDAによる保護の射程に入るか否か（「不妊」はPDAにいう「妊娠に関連する医学的状況」か、その前提として、「不妊」は性中立的なものか性特殊なものか）という点で異なる見解が存し、それが結論に大きな影響を与えていることが観察される。

PDAの射程内と解するものは、Pacourek事件、Erickson事件、Cleese事件、Hall事件であり、これらの事件の多く（Erickson事件、Cleese事件、Hall事件）では、男女に共通する「不妊」と「妊娠する能力」を分けて、前者は性中立的だが、後者は性特殊であると見做し、後者がPDAの保護を受けるとする（Pacourek事件では、この点、使用者の具体的制度が性中立的でないこと、EEOCのガイドラインの存在が決め手とされている）。

これに対し、PDAの射程外と解するもの（Laporta事件、Krauel事件、Saks事件）は、「妊娠・出産に関連する事由」に「不妊」は含まれないと解する。これらの判決は、「妊娠・出産に関連する事由」は、「妊娠・出産という特定の状況に関連するもの」あるいは「性特殊なもの」でなければなら

⁴⁰ Employment Law - Title VII - Seventh Circuit Allows Employee Terminated for Undergoing In Vitro Fertilization to Bring Sex Discrimination Claim - Hall v. Nalco Co., 534 F.3d 644 (7th Cir. 2008), 122 Harv. L. Rev. 1533, 1538-1540 (2009).

らない、と解する。もっとも、特に Krauel 事件・Saks 事件は不妊治療が保険給付対象外とされた事例であり、性中立的な「不妊」が問題とされたこと捉えやすいといえよう。

3. 若干の考察

本稿では裁判例の状況を概観したのみであり、学説等を含めた十分な検討を行うには至らなかったが、以下に簡単に裁判例の状況から得られる考察を述べておく。

まず、これらの裁判例は、結論は異なるが、その前提とする論理自体は大きく異なっているわけではない。たとえば Erickson 事件と Krauel 事件は、結論は異なっているが、ともに「不妊」は性中立的事由であり、「妊娠する能力」は性特殊の事由であるとの前提に立っている。これらの判決の間で異なっているのは、使用者の制度が「不妊」を理由として区別したのか、それとも「妊娠する能力（の欠如）」を理由として区別したのか、という制度の把握の点であるように思われる⁴¹。

しかし問題は、「不妊」と「妊娠能力（の欠如）」とは内包関係にあり、そのいずれの理由により差別したのかを判定することが困難なことである。

不妊（生殖能力の欠如）や不妊治療それ自体は、性中立的事由とみることができ（男性も女性も不妊たりうる）。不妊は、男性不妊と女性不妊とで

⁴¹なお、前掲 Hall 事件の評釈は、差別的効果理論として Saks 事件・Krauel 事件・Hall 事件をみれば、これら三判決を齟齬なく解釈しようと指摘する (Supra note 40)。ところで、もともと差別的効果理論の内容の一部は、意図的差別か否かを判断するための差別的取扱理論の口実審査と非常に近い (1989年の Wards Cove Packing Co. v. Antonio 事件 (490 U.S. 642 (1989)) では、多数意見は差別的取扱理論と差別的効果理論の融合を図ったが、1991年の公民権法改正で覆された (詳しくは、中窪裕也『アメリカ労働法』214頁以下 (弘文堂、第2版2010) 参照)。このことから示されるように、差別的取扱理論で差別的意図を推認する枠組みと、差別的効果理論で business necessity/job relatedness を推認する枠組みとは、非常に近い。また、差別的効果理論と差別的取扱理論の射程は重複している)。とすると、三判決の結論の相違は、不妊という非差別的理由が口実であるかどうかを審査した結果の相違ともいえるのではないかと思われる。

構成される。不妊の裏が生殖能力がある状態であり、女性については妊娠能力がある状態である。女性を妊娠能力で差別し、男性をその生殖能力（妊娠させる能力）で差別しないことは、男女を異なる基準で取り扱うものであり、性差別であるとの立論が一応可能である（妊娠差別一般に関して、女性の妊娠・出産を一時的なものとして、その期間だけ、同じ生殖行動を取る男性と平等に取り扱うべきであるとする学説が存するが、これも同様の考えに立つものであろう⁴²⁾。

このアプローチは、同状況の比較対象者が存する場合は有効であると思われる。たとえば、保険給付の対象から特に女性の不妊治療のみを除外している場合、男女ともに不妊という状況がありうるどころ、それらの治療に要する額が比較可能なのに、男性不妊のみ保険給付対象とし、女性不妊は保険給付対象としないとみることができるので、差別的取扱いがあると捉えうる。学説では、これに対し、不妊治療を受けている女性は妊娠する可能性があり、妊娠可能性を理由とする差別こそが PDA の射程内であるので、女性の不妊治療は PDA で保護され⁴³⁾、これに対し男性に妊娠可能性はないので保護が及ばないと述べる見解がある⁴⁴⁾。しかし、これは第七編の射程を明確化するために立法された PDA が第七編違反の性差別を強いるという不合理な結論を導くことになり、妥当ではないと指摘される⁴⁵⁾。女性の不妊治療が PDA

⁴²⁾ Herma Hill Kay, *Models of Equality*, 1985 U. Ill. L. Rev. 39, 87 (1985), 相澤美智子「労働者の妊娠・出産保護をめぐる新たな議論へ向けて」東京都立大学法学会雑誌第41巻第1号193頁(2000年)。ただし私見では、このアプローチには疑問も存する。生殖活動(妊娠)により業務上の配慮を要する女性労働者は、生殖活動にもかかわらず業務上の配慮を要しない男性労働者とは同状況になく、生殖活動により業務上の配慮を要する男性労働者と比較されるべきであるからである。

⁴³⁾ この議論に対しては、(すべての女性が不妊治療を受ければ潜在的には妊娠可能性があることになってしまうので)すべての女性が PDA の保護対象となってしまうと批判されている。Supra note 39 at 141.

⁴⁴⁾ Supra note 38 at 101-103.

⁴⁵⁾ Katherine E. Abel, Note, *The Pregnancy Discrimination Act and Insurance Coverage for Infertility. Treatment: An Inconceivable Union*, 37 Conn. L. Rev. 819, 846-849 (2005).

(妊娠差別禁止)で保護されるならば、男性の不妊治療も第七編(妊娠差別禁止)で保護されると考えるべきであろう。

これに対し、比較対象者が得られない場合、すなわち保険給付から男女平等に不妊治療が除外されている場合や、不妊治療による欠勤が問題となる場合の多く(男性が不妊治療で欠勤することは少なく、比較対象者が存しない)については、男女の異別取扱いがあるか否かを判定することが困難である。そのように比較対象者が得られない場合は、結局、不妊という男女共通の事由についての取扱いについて、男女の間で不均等なインパクトがあるとみて、差別的効果理論により、男女いずれか一方の性への差別的効果を(統計的資料により)示して差別を立証せざるを得ないこととなるのではないかと思われる。

詳細は別稿に譲ることにしたいが、以上の検討は、さらに(不妊以外の)妊娠差別一般への帰納が可能ないように思われる。すなわち、女性の生殖行為(妊娠・出産)と、男性の生殖行為とが比較可能であれば、異別取扱いとして差別的取扱いの立証が可能であるとの前提に立てば、前掲 Gilbert 事件等で問題とされた保険給付制度からの妊娠・出産の除外のような類型については、そこで問題となるのが金銭であるので、比較対象者は想定が可能な場合が多いであろう(先に触れた Gilbert 事件の Brennan 裁判官の反対意見も、「性特殊的な疾病等」という括りで異別取扱いがあるとする)。しかし、これに対し、女性が妊娠・出産により業務遂行上の配慮(休暇・休憩や軽作業への転換)を要する場合については、これと平行に言えば、男性が生殖行為により業務上の配慮を求める場合と同様に扱うべきこととなるが、保険制度の場合と異なり、そのような者は想定が困難であり、妊娠には男性の比較対象者が存しないと指摘されることとなる⁴⁶。それゆえ、アメリカ法では、妊娠差別について、別の比較対象者が立法により設定されることとなった⁴⁷。

⁴⁶浅倉むつ子・門田由紀子編『比較判例ジェンダー法』209頁(不磨書房, 2007)。

⁴⁷アメリカ法では、就労能力という視点において類似する比較対象者(一般には、病気等による一時的就労障害者)が比較対象者として設定される。Supra note 16.

しかし、これにより設定された比較対象者は、必ずしもすべての場合について通用するとは限らず、(本件の不妊治療の場合もそうであるが)本来想定された場合と異なる局面では、判断基準として有効でないことが多いのではないかと思われる⁴⁸。

PDA 制定前の連邦最高裁判決は妊娠を性中立的事由とみて性差別を否定したため、批判を浴びた。しかし、具体的な判断はさておき、妊娠のように異性の比較対象者が立証困難な場合に、性差別の立証のため差別的取扱理論における口実審査の枠組みや、差別的効果理論で対処することは不合理ではないように思われる。ただしそれらの枠組みは、PDA 制定前の連邦最高裁判決が批判を受けたことに示されるように、判断者のバイアスを反映してしまう危険性も存する。

日本法の均等法 9 条 3 項は、アメリカの PDA とは異なり、比較対象者を立法で明示することで妊娠差別を性差別として禁止しているわけではなく、問題状況はやや異なる。日本法では、本稿で検討対象としたような不妊治療による不利益取扱いについても、法的に利益を考量して判断する複数のルートがありうる(一般的な公序法理、均等法 7 条(間接差別)・均等法 9 条 3 項等)。これらの法的構成の守備範囲についてはまだ不明な点が多く、本件の不妊治療のように、具体的な問題との関係では、今後、それぞれの射程が問題とされることとなろう⁴⁹。また、いずれの法的構成も、アメリカの PDA とは逆に、柔軟で妥当な解決を可能とできる一方、社会通念に広く依拠しているため、その時代の社会通念に含まれる偏見・差別から個人を十分に守れないおそれが指摘できよう。

⁴⁸使用者の提供する保険制度の局面での妊娠差別や不妊差別の場合は、使用者にとって問題なのは、当該妊娠者に支出される保険の給付額であり、妊娠や不妊治療による休暇や欠勤等が問題となる局面では、使用者にとって問題なのは当該妊娠者の就労能力である。これらの異なる局面で、同じものさしで比較対象者を設定することは、あまり妥当でないように思われる。

⁴⁹特に2006年の法改正で均等法 7 条に取り込まれた間接差別の射程については、いわゆる直接差別とどう区別されるかが争われうるように思われる。