

間接性差別禁止規定導入についての思索*

—アメリカ法における差別的効果理論とイギリス法における間接差別理論の比較から—

相澤美智子

概要

本稿は、日本の雇用における男女平等につき重要な検討課題となっている間接差別の問題をテーマとする。日本における間接差別についての一般的理解は、イギリスの性差別禁止法の下における間接差別理論から来るものであるが、同理論はアメリカの公民権法第七編の下における差別的効果理論をベースに発展してきた。本稿はまず、これまで異同が余り明確にされてこなかった、これら二つの理論の異同と特色を描き出す。そのうえで、本稿は間接性差別禁止規定を日本に導入することを提言するが、一方ではアメリカとイギリスの経験を参考にし、他方では日本社会における法と裁判所の役割も視野に入れて、これまで日本において「間接差別」概念を用いて解決を図ろうと議論されてきた問題を、同概念を用いて是正すべき問題と、そうすべきでない問題とに分類する。そして後者については、反差別立法とは切り離れた別の問題解決方法が望ましいことを論じる。

キーワード

間接差別、差別的効果、中立的基準、性差別禁止法、公民権法第七編

差別をしてはいけない—この命題を否定する人は、ほとんどいないであろう。しかし、雇用という文脈において「反差別 (non-discrimination)」というとき、我々は何を意味しているのだろうか。我々はまた、反差別立法を通して排除されるべき差別とは何なのか、明確なヴィジョンを有しているだろうか。最近、間接性差別禁止規定の立法化をめぐる議論に接する度に、このような疑問を感じる。

間接性差別とは、一般に、正当性のない性中立的基準を課すことによって、一方の性別の者をもう一方の性別の者よりも結果的に著しく不利益に取扱うことだとされている¹⁾。

* 本稿の掲載に際しては、2名のレフリーによる審査を受け、貴重な指摘とコメントをいただいた。ここに記して謝意を表したい。

1) この一般的理解は、世界で最初に間接性差別を禁止したイギリスの1975年性差別禁止法の規定にもとづくものである。Sex Discrimination Act of 1975 § 1(1)(b)を参照のこと。

1997年の均等法改正時には、国会で間接性差別禁止規定の立法化をめぐる質疑もなされた。しかし、何を「間接差別」というのか社会的合意が得られていないとの強い反発により、立法化は見送られた²⁾。

改正均等法は、雇用平等を一層前進させるための規定をおいた³⁾。しかし、同法の施行にあたって策定された指針においては、違法な差別的取扱いとは、あくまでも同一「雇用管理区分」内における男女の異なる取扱いだとされた。そのため、女性労働の非正規化が進む中で、男性正社員と異なる「雇用管理区分」にある多数の非正規女性労働者は、不利益取扱いを受けても均等法によって保護されない。また、企業が課す全国転勤命令などは、現実的には家族的責任の大部分を担っている女性の方が男性よりも応じにくい条件であるが、表面的には性中立的であるため、均等法の下では違法評価を受けない。均等法は、こうした問題を解決する法的ツールとはなりえず、その無力さを露呈している。

このような状況下で、女性に対する雇用差別の排除を願う人々からは、間接差別という概念を用いればこうした未解決の問題を解決しようとして、間接性差別禁止規定の立法化要求が強く出されている。最近では学説も、間接差別の概念が明らかになるまでは立法化できないという論理に対して、まず立法ありきと主張するようになってきている。学説がそう主張する理由は、間接差別という概念が「社会通念そのものの変化を座して待つということとはそもそも相容れない法概念であ⁴⁾」るところにある。こうして2000年には、多くの人々の差別禁止への思いに支えられて「均等待遇2000年キャンペーン」なる運動が全国で展開され、間接性差別もシンポジウムの主要テーマとして取り上げられた⁵⁾。

さて、「キャンペーン」当時大学院生だった私は、浅倉むつ子教授が早稲田大学大学院でなさっていたインターカレッジの労働法のゼミを受講していたが、そのゼミの共同研究として「キャンペーン」主催のシンポジウムに活用できるイギリスの間接差別に関する判例紹介資料の作成を行う機会に恵まれた⁶⁾。イギリスにおける間接差別の概念は、その作

2) その結果、1997年6月10日には、参議院労働委員会における附帯決議に「いわゆる『間接差別』について何が差別的取扱いであるかを、引き続き検討すること」とする一文が盛り込まれ、この問題についての継続的な検討が必要であることが確認された。その後、2000年7月14日にも、当時の労働省女性局から公表された「男女雇用機会均等対策基本方針」（2000年から2004年までの5年間）において、間接差別が検討項目として掲げられた。しかし、事態が実質的に進展したとの報告はない。

3) 例えば、浅倉むつ子『均等法の世界』（有斐閣、1999年）33-122頁を参照。

4) 浅倉むつ子「間接性差別をめぐる法的課題——日本とイギリス」労働法律旬報1489・90号（2000年）10頁。

5) 「均等待遇2000年キャンペーン」は、その後、ひとまず終了したが、2000年の成果をさらに発展させようとする人々によって、新たに「均等待遇アクション2003」が発足した。「均等待遇アクション2003」は、「均等待遇をさらに定着させ、2003年までに間接差別の禁止と均等待遇を関連法に組み込ませることをめざす」ことを目標としている。「均等待遇2000年キャンペーン」と「均等アクション2003」の詳細については、<http://www.ne.jp/asahi/kinto/2000>を参照のこと。

6) 「イギリスにおける間接性差別をめぐる判例」『労働法律旬報』1489・90号（2000年）68-112頁。

業を通して私にも漠然と見えてきた⁷⁾。しかし、その頃から、私自身の中では新たな問題関心も沸き起こっていた。イギリスにおける間接差別の判例に接すれば接するほど、イギリス法に間接差別理論をもたらした母法ともいえるアメリカ法における差別的効果理論⁸⁾が何であるのか、それを検証してみたいと強く思うようになったのである。また、その頃から、公私様々な議論の中で、アメリカにおける差別的効果理論とはどのようなものか、とりわけ、イギリス法における間接差別理論との異同について質問されることが多くなった。本稿は、そうした内から生じた疑問と、外から寄せられた質問に対して、何がしかの答えを提示できないだろうかという動機から始まった私の思索を形にしたものである。

私の思索は、四つの部分から構成される。第一章では、まずアメリカの公民権法第七編⁹⁾に差別的効果理論がもたらされた経緯を描き出す。アメリカで連邦最高裁によって差別的効果という概念が確立されたのは Griggs 事件¹⁰⁾においてであるが、Griggs 事件前史を紐解くことによって、差別的効果理論が公民権擁護者、産業心理学者、雇用機会均等委員会（以下、EEOC とする）といった立役者なしには登場しえなかったことを明らかにすると同時に、差別的効果理論の射程が、これらの立役者の戦略や政策的配慮に沿って構築されていったことを提示する。

第二章では、アメリカの差別的効果理論がどのような変容を遂げてきたのかを明らかにする。その過程で、1991年に公民権法¹¹⁾が改正され、差別的効果理論に成文法上の根拠ができた¹²⁾ことにより、一層明らかになった同理論の問題点を指摘する。そして最後に、アメリカにおける差別的効果理論に関する30年余りの議論が、現在どこに集約しつつあるのかを考察したうえで、差別的効果理論の本質が「職務のステレオタイプ化」により設定された中立的基準の雇用にもたらす障害の除去にあることを提示する。

第三章では、イギリスの性差別禁止法¹³⁾の下で、アメリカの差別的効果理論をベースに独自の差別禁止理論である間接差別理論が形成されてきたことを、具体的な判例を素材として明らかにする。そのうえで、イギリスにおける間接差別理論の射程が、アメリカにお

7) このときの、イギリスにおける間接差別の判例紹介資料の作成作業をベースに執筆された論文として、浅倉むつ子「間接性差別をめぐる法的課題——日本とイギリス」『労働法律旬報』1489・90号（2000年）6頁、相澤美智子「間接差別の立証における集団的比較の方法」同誌26頁、黒岩容子「性差別禁止法の間接差別と『正当性』の抗弁」同誌38頁、宮崎由佳「パートタイム労働と間接性差別」同誌49頁、内藤忍「性差別禁止法で間接差別とされる『要件または条件』」同誌59頁。

8) 差別的効果理論の起源は、1964年公民権法第七編の下で争われた Griggs v. Duke Power Co. 事件において、連邦最高裁が判例法理通して認めたところにあるが、同理論はその後1991年公民権法によって条文化されており、現在は 42 U.S.C.A. § 2000e-2(k)(1994) に規定されている。

9) Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241 (1964).

10) Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).

11) Civil Rights Act of 1991, Pub. L. No. 102-166, 105 Stat. 1071 (1991).

12) 注(8)参照。

13) Sex Discrimination Act of 1975.

ける差別的効果理論の射程よりもかなり広く、前者は男女の性別役割分業を前提とした社会構造に根ざす差別をも是正の対象にしていることを明らかにする。続いて、なぜこれら二つの理論の射程に違いが生じたのかを分析する。

第四章では、再び日本の問題に立ちかえり、現在の日本の司法、立法政策、社会的規範等の現状を踏まえたうえで、アメリカ法とイギリス法の比較研究から得られる示唆を提示する。具体的には、中立的基準を「職務のステレオタイプ化」により設定されたものと、そうでないものに分類し、前者のもたらす不利益については差別的効果という反差別立法下の差別概念によって排除するが、後者のもたらす不利益については反差別立法とは切り離して問題の解決を図っていくという、いわば第三の道が最適な選択肢であることを提示する。

I. 差別的効果理論の形成史

1. Griggs 事件連邦最高裁判決前史¹⁴⁾

(1) Motorola 社事件と政治的バックラッシュ

1963年7月、Leon Myart という27歳の黒人男性が、シカゴ郊外のMotorola社の工場における製造ラインの職に応募した。当時、アメリカでは家庭にテレビが普及し始めており、Myartの応募した職は、製造ラインを流れてくるテレビの欠陥を点検するというものであった。Motorola社は当時、人種差別的な採用を行うことで悪名高かったが、その所在地のシカゴも、当時は教育面や住宅面で白人と黒人は完全に隔離されていた。MyartはMotorola社で、28問から成る「一般知能テスト10」と面接を受けた。

2週間が経過しても、MyartはMotorola社から採用試験の結果を通知されなかった。シカゴの主要な新聞は、依然、空席の応募を続けていた。Myartはイリノイ公正雇用慣行委員会に対し、人種差別による採用拒否があったと訴えた。しかし、Motorola社は、イリノイ公正雇用慣行委員会が州の公正雇用慣行法にもとづいて開始しようとした調停の席に着くことを拒否したのみならず、Myartのテストの結果さえ開示しなかった。調停に失敗したイリノイ公正雇用慣行委員会は、シカゴの黒人弁護士Robert C. Bryantを審判官(hearing examiner)に任命し、本件の審理を進めた。審理においてMotorola社

14) Griggs 事件連邦最高裁判決前史については、以下の論文が優れた分析を行っており、本稿もその業績に依拠したところが多い。Karen Sawislak, 4/6/01 Draft, unpublished paper presented at the University of California, Berkeley, Advanced Issues in Employment Discrimination Series, May 2000, on file with author.

は、Myart のテスト結果が合格点に達していなかったと反論した。しかし、審理に先立ち、イリノイ公正雇用慣行委員会が Myart に問題となったテストを数回受験させたところ、Myart は毎回合格した。Bryant は、Motorola 社が Myart は不合格だったと主張しつつも実際のテスト結果を開示しないのは、当該証拠の提出が会社にとって不利になるからだと判断し、Myart を勝訴させ、同社に Myart の採用と「一般知能テスト 10」の使用停止を命じた¹⁵⁾。

本決定は、予想外の社会問題に発展した。なぜならば Bryant はテストの使用停止命令を下すにあたり、人種関係についての理解を深めていた当時の社会学に依拠し、次のように述べたからである。すなわち、一般知能テスト 10 は社会における有利な立場にある集団の平均的規範 (norm) に沿って作成されており、社会において「文化的に権利を奪われ、不利益を被っている集団 (culturally deprived and disadvantaged groups)¹⁶⁾」に平等な機会を与えるものではなかった、と。「集団」と「構造的不平等」について言及したこの部分は、公民権運動を組織するようになっていた黒人リーダーらの盾となったと同時に¹⁷⁾、深刻な不平等の是正には個人ベースでの権利と機会の付与ではペースが遅すぎ、集団ベースでの権利と機会の付与が不可欠であるとする白人のリベラル派の支持も得た¹⁸⁾。しかしながら、応募者の選抜方法として「手軽な」一般知能テストを利用していた多くの企業にとっては、採用人事にかかわる大問題となった。

当然のことながら、本決定は成立を目前にしていた公民権法に多大な影響を与えることになった。下院では、新立法の下に創設されようとしていた EEOC から、州の公正雇用慣行委員会が有するような差別停止命令 (cease and desist order) を発する権能をなくす修正法案が提出された。Motorola 社事件に対する保守派の反発が追い風となり、この修正案は圧倒的多数で下院を通過した。その後、上院ではイリノイ出身の共和党員の Dirksen 議員により、EEOC から訴訟遂行権能を奪う修正案が提出された。リベラル派の妥協の結果、この修正案も可決され、結局 EEOC には個人からの差別の申立を受けた場合に調査をし、必要に応じて調停を行う権能しか与えられないことになった¹⁹⁾。

15) Illinois FEPC Decision and Order, Charge No. 63 C-127, February 26, 1964. なお、Motorola 社事件一審決定は、二審において証拠不足との理由から覆された。See *Motorola Inc. v. Illinois Fair Employment Practices Commission*, 34 Ill. 2d 266, 215 N.E.2d 286 (1966).

16) *Id.*

17) See generally, HARVARD SITKOFF, *THE STRUGGLE FOR BLACK EQUALITY, 1954-92* (1993).

18) David Danzig, *The Meaning of Negro Strategy*, COMMENTARY (February 1964).

19) HUGH DAVIS GRAHAM, *CIVIL RIGHTS ERA 145-49* (1990). 民事訴訟は、EEOC が調停に失敗したとの通知を受けた申立人個人により提起されることとされた。ただし、「傾向または慣行」的な差別 ("pattern and practice" discrimination) が存在した場合には、司法長官が民事訴訟を提起することができるものとされた。なお、1972年の公民権改正により、「傾向または慣行」的な差別に関する訴訟の遂行権能は、司法長官から EEOC に移行された。

論 説

ところで、テキサス出身の Tower 上院議員は、公民権法の制定にはなお賛成であった Dirksen 上院議員とは異なり、Motorola 社事件を利用して法案自体を廃案に追い込もうと企図していた。彼は、その意に反して法案の成立が必至となると、今度は第七編の射程を狭めるための画策を始めた²⁰⁾。一般に「タワー修正条項」と呼ばれている Tower 議員の提出による修正案は、1964 年公民権法が成立する直前に可決され、第七編 703 条 (h)²¹⁾の一部となった。同条項の規定は以下のとおりである。

使用者が専門家により開発された能力テストの結果を公表したり、それにもとづいて行動したりすることは、かかるテスト、その実施、またはその結果にもとづいてなされる行動が、被用者の人種、皮膚の色、宗教、性または出身国を理由とする差別を行うために立案され、それを意図し、あるいはそのために利用されるものでない限り、違法な雇用慣行とはならない。

客観的なテストに「文化的バイアス」が存在するとの社会学的な指摘から始まったリベラル派と保守派の対立は、タワー修正条項が可決されたことにより決着を見たかと思われた。しかし、タワー修正条項が可決されたことがむしろ契機となり、テストと個人の能力評価に関する議論は一段と活発化し、深化した。その議論はやがて、差別撤廃へ向けた EEOC の戦略的な取り組みの中に生かされ、後に差別的効果理論と呼ばれるようになる理論に結実するのである。

(2) テストによる能力評価への社会的疑念

1960 年代半ばになると、アメリカの諸都市では人種問題をめぐる暴動が多発し、激化するようになった。なかでも 1965 年にロサンゼルス郊外のワッツで勃発した暴動は、衝撃的な規模であった。このような社会不安を背景として、連邦政府は構造的な不平等の解消に、より積極的に取り組むようになった。その成果の一つが、1965 年選挙権法²²⁾である。

アメリカでは選挙権法の成立以前には、多くの州で、選挙権を付与するための条件として英語の読み書きテストが広く行われていた。しかし、選挙権法は、有権者数が同法の規定する一定数に達していない州にあっては、少なくとも 5 年間、読み書きテストやこれに類する方策を一時停止しなければならないとの規定をおいた。また、司法長官により連邦の裁判所に提起される選挙権関連の訴訟において、裁判所が読み書きテストやこれに類する方策の利用が差別的な結果をもたらしていると判断した場合には、裁判所の権限でかか

20) *Id.*, 149-50.

21) 42 U.S.C.A. § 2000 e-2 (h) (1994).

22) Voting Rights Act of 1965, Pub. L. 89-110, 79 Stat. 437 (1965).

る方策の一時停止を命じ得るとされた。同法を根拠に、裁判所は選挙という文脈においても、理不尽な結果をもたらすテストの利用を排除するようになっていった²³⁾。

また同じ時期、学界の中にも「使用者に雇用上の選考のために一般知能テストの利用を禁じることは、個人の能力評価や企業の自律性を損ねる」といったと保守派の見解に異議を唱える者も現れた。法学者 Michael Sovern は、多くのテストが質の悪い学校教育しか受けて来なかった者に明らかに深刻な不利益を与えていると論じた²⁴⁾。彼は、使用者はある職に適格でない者まで雇用するよう義務付けられるべきではないと断りつつも、選考のために用いられるテストの多くは、目的である職務遂行能力の測定とはほとんど無関係なものだと指摘した。テストの妥当性の検証 (test validation) に関する規範作りを実質的に促したこのコメントは、この後のテストの妥当性の検証に関する EEOC の活動の引き金となった²⁵⁾。

さらに、この時期、産業心理学が目覚ましい発展を遂げていたことにも注目する必要がある。Motorola 社事件の発生と公民権法の成立の直後に出版された産業心理学に関する主要な教科書には、テストやその他の選考のために用いられるツールは、受験者の属する共同体の文化や受けてきた教育を反映した回答を引き出すことが多く、背負っている文化や受けてきた教育の質が異なる者同士の間では、客観的に能力を測るための指標になりえないということが記述されるようになった²⁶⁾。その結果、産業心理学者の中には、テストと職務遂行能力との相関関係についての検証は集団ごとに行われるべきであると提唱する者も現れた²⁷⁾。すなわち、あるテストにつき、A という集団に属する者の成績が X 点で、B という集団に属する者の成績が Y 点であったとき、X 点であった者も Y 点であった者も職務遂行能力において違いがないことが検証された場合は、使用者はテストの点数に対してより柔軟な対応をとることを考える必要性が出てくる、と。もっとも、集団ごとにテストの妥当性の検証を行うことは、ほぼ非現実的であった。だが、当時、心理学者の間でなされていたこうした議論が、社会が慣習的に測ってきた能力というものの意味を問い直すことに貢献したことは確かである²⁸⁾。

23) GRAHAM, *supra* note 19, 153-76.

24) MICHAEL I. SOVERN, LEGAL RESTRAINTS ON RACIAL DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT 73 (1966).

25) Sawislak, *supra* note 14, at 19.

26) *Id.*, at 20-21.

27) Robert Krug, *Some Suggested Approaches for Test Development and Measurement*, PERSONNEL PSYCHOLOGY 19, 24-35 (Spring, 1966).

28) Sawislak, *supra* note 14, at 26-30.

2. 差別的効果理論の確立

(1) EEOC の戦略

1965年に公民権法が施行されると、EEOCには差別に関する申立が殺到した。しかし、一方では人的資源と予算の不足から、また他方では使用者側の調停拒否により、実際にEEOCが処理することができた事件の数は限られていた²⁹⁾。ともあれ、EEOCは申立のあった差別について行った初期の調査から、使用者の雇用慣行の多くが、実は「申立人」を排除しているのみならず、「申立人の属する集団」の人々をも排除していることに気づくようになった。EEOCは次第に、調査にもとづいて差別を是正するよう使用者を説得するケース・バイ・ケースのアプローチによっては、社会に蔓延している差別を有効に排除できないと悟るようになった。その結果、EEOCは、公民権法の立法者意図に沿った独自の創造的方法によって、差別の排除・是正に向けた数々の取り組みを開始し始めた³⁰⁾。その取り組みは、不合理な雇用テストの廃止にも向けられた。

当時、第七編の施行に伴い、黒人をあからさまには排除できなくなった多くの南部の使用者は、いわば「合法的」に黒人を排除しようと、一般知能テストを採用するようになっていた。その結果、テストに関する申立は、EEOCがその活動を開始した矢先から多数寄せられるようになった³¹⁾。しかし、使用者はタワー修正条項を盾に取り、「専門家によって開発された能力テスト」は第七編の下で許容されると反論した。これに対しEEOCは、一般知能テストの差別的な「効果」を排除することを狙って³²⁾、1966年に「雇用テストの手続きに関するガイドライン³³⁾」を發布した。そのうえでEEOCは、タワー修正条項についての委員会としての解釈を明らかにした。それによれば、「専門家によって開発された能力テスト」とは、職務に要求される知識や技能を公正に測ることが確認された、いわゆる「妥当性の検証された (validated)」テストのことをいうのであり、単に専門家

29) 未処理の事件がもっとも多く累積した1970年代の初期には、差別が申し立てられてからEEOCが調査に乗り出すまでに2年以上もかかっていた。ALFRED W. BLUMROSEN, MODERN LAW 62 (1993).

30) EEOCの初期の活動については、以下の文献が詳しい。Alfred W. Blumrosen, *Administrative Creativity: The First Year of the Equal Employment Opportunity Commission*, 38 GEORGE WASHINGTON L. REV. 695-742 (1970), reprinted in ALFRED W. BLUMROSEN, BLACK EMPLOYMENT AND THE LAW 51-101 (1971). See also, GRAHAM, *supra* note 19, at 194.

31) CooperとSobolによれば、第七編の施行から1968年までにEEOCに寄せられた申立の15~20%が雇用テストに関する申立だったという。Cooper & Sobol, *Seniority and Testing Under Fair Employment Laws*, 82 HARV. L. REV. 1598, 1637 (1969).

32) Alfred W. Blumrosen, *Strangers in Paradise: Griggs v. Duke Power Co. & The Concept of Employment Discrimination*, 71 MICH. L. REV. 59 (1972).

33) EEOC Guidelines on Employment Testing Procedures, issued August 24, 1966.

が作成したというだけでは、これに該当しないとされた。

EEOC は、ガイドラインを通して社会の構造的な不平等にもっとも効果的にメスを入れようとした。すなわち、テストが差別的であったことが使用者にとっては「不慮」の結果であったとしても、差別の意図とは無関係に、不利益な結果が存在したということで差別が証明されるとするロジックを打ち立てたのであった。EEOC のガイドラインは法的拘束力こそもないが、公民権を擁護する立場にあった法律家にとって、いわば「武器」とも呼べるような重要な論拠となった。EEOC の設立期に首都ワシントンで EEOC の法律顧問を務めた Alfred W. Blumrosen は、当時を回想して次のように述べている。すなわち、限られた資源と法的な制約の下で動いていた EEOC にとって、「個々の事件において、逐一、使用者は嘘つきであり人種差別主義者であることを証明しようとするよりも、むしろ『ビジネスライク』な態度でシステムの変革を迫った方がより効果的であった³⁴⁾」と。皮肉なことに、公民権法制定過程において議会が EEOC から差別停止命令を発する権限や民事訴訟を提起する権限を奪ってしまったことが、第七編の施行直後の時期における差別の排除・是正に向けた同委員会の創造的モチベーションを促したのであった。

(2) Griggs 事件連邦最高裁判決の意義

EEOC の戦略が理論にまで昇華したのは、有名な Griggs v. Duke Power Co. 事件連邦最高裁判決においてである。被告は第七編の施行に際して、発電所の作業員の資格要件として高卒以上の学歴と一般知能テストへの合格を義務付けたが、本件ではこれらの要件が黒人に対して差別的であると争われた³⁵⁾。連邦最高裁は、いずれの要件も過去において教育上の差別を受けた黒人にとって差別的な効果を有するものであり、業務上の必要性や職務関連性が認められないと認定した。そのうえで裁判所は、公民権法の目的は、あからさまな差別を禁じるのみならず、「雇用にとって人為的、恣意的、かつ不必要な障害を除去すること³⁶⁾」にあるゆえ、差別の意図がなかったということによって「マイノリティー集団にとって『仕組まれた向かい風 (built-in headwind)』となり、職務遂行能力の判定とは無関係である雇用慣行ないしテスト方法が許容されることはない³⁷⁾」と述べて、このような場合にも第七編違反が成立することを宣言した。

もっとも、裁判所は以下のような理屈から、本件においても差別の意図を推論できたのかもしれない。すなわち、被告は第七編に抵触しないようにするがために、一般知能テス

34) BLUMROSEN, *supra* note 29, at 80.

35) 下級審においては、二つの基準を課した使用者に差別の意図はなかったと認定されており、使用者側が勝訴している。

36) Griggs, 401 U.S. at 431.

37) *Id.*, at 432.

トや学歴といった中立的基準を導入したが、実はその動機は不純で、中立的基準によっても黒人を排除できるだろうと目論んでいた³⁸⁾のであるから、差別の意図が存在していた、と³⁹⁾。しかし、当時のアメリカには人種差別を廃絶しなければならないという大きな時代のうねりがあった⁴⁰⁾。1963年にはキング牧師が“Letter from the Birmingham Jail”を書き、さらに“I Have a Dream”演説を行って、公民権運動を高揚させた。それに呼応するかのよう、1964年には公民権法が成立し、1966年には EEOC が雇用テストの手続きに関するガイドラインを發布した。1968年には当時の司法長官だったロバート・ケネディーが暗殺され、アメリカ社会は人種差別撤廃を故司法長官の遺志として引き継ぐ決意を新たにした。最高裁が Griggs 判決において、個別の使用者の差別意図に注目するアプローチを取らず、差別を温存させている基準や制度に注目するアプローチを取ったのは、人種差別問題は、社会全体が一丸となって排除・是正に取り組まねばならない問題であるという、当時のアメリカ社会に広がっていた強い認識を反映したものだといえよう。

Griggs 事件連邦最高裁判決に対するアメリカの学説の評価は様々であった⁴¹⁾。しかし、1975年には Albemarle Paper Co. v. Moody 事件連邦最高裁判決⁴²⁾が差別的効果事件における当事者の立証責任のあり方について詳細に判示し⁴³⁾、差別的効果理論は一段と緻密化した。

1977年の Dothard v. Rawlinson 事件連邦最高裁判決⁴⁴⁾は、差別的効果理論を性差別事件に適用した初の最高裁判決である。本件では、刑務所の看守の職への応募にあたって、

38) 使用者は公民権法施行にともなって、高校卒業資格と一般知能試験への合格という基準を導入した。

39) 第七編の下では、差別的効果と並ぶ差別の類型として、差別的取扱いが存在するが、差別的取扱い理論を形成した McDonnell Douglas 事件連邦最高裁判決 (411 U.S. 792, (1973)) は、Griggs 判決が出された1971年の時点では、まだ出ていなかった。したがって、Griggs 事件を差別的取扱いの事例として扱うことも可能であったといえる。注 (45) を参照。

40) 1955年に Rosa Parks が、白人用のバスの座席から後部座席に移動させられるのを拒否して以来、モンゴメリーでは黒人によるバス乗車拒否闘争が続くようになり、また1960年に入ると、若い黒人学生が白人専用のランチ・カウンターに座る等といった抵抗運動が展開されるようになった。

41) Griggs 事件連邦最高裁判決の評釈は枚挙に暇がないが、代表的な研究としては、Michael Evan Gold, *Griggs' Folly: An Essay on the Theory, Problems, Recommendation for Reform*, 7 INDUS. REL. L. J. 429 (1985) (公民権法第七編の禁じる雇用差別の射程は、意図的な差別にしか及ばないとし、Griggs 判決を「愚か (folly)」と痛烈に批判)、Alfred W. Blumrosen, *supra* note 32, (Griggs 判決を評価) などがある。

42) Albemarle Paper Co. v. Moody, 422 U.S. 405 (1975)。

43) Albemarle 判決は、とくに差別的効果事件における立証責任に関して Griggs 判決の内容を発展させるものであり、使用者が選考のために「専門家によって開発された能力テスト」を利用した結果、その差別的効果が争われるにいたった場合は、使用者はそのテストの妥当性を検証 (validate) しなければならないとしている。使用者はこれを通じて、Griggs 判決が要求したテストの結果と職務遂行能力との間に明白な関連性が存在することを証明することになる。被告が妥当性の検証を行い「業務上の必要性」ないし「職務関連性」を証明した場合にも、原告がなお、被告は差別的効果のより少ない代替的な方法によっても同じ目的を十分に達成できることを証明し、かつ被告がその方法の採用を拒否した場合には、原告が勝訴できるとされた。

44) Dothard v. Rawlinson, 433 U.S. 321 (1977)。

身長と体重が一定以上でなければならないとした基準が、女性を著しく排除しているとして問題となった。最高裁は、身長・体重基準には差別的効果があることを認定した。

Griggs 判決以降の判例の集積、とりわけ Dothard 判決が出されたことによって、差別的効果理論の意義は明確になった。Griggs 事件においては、中立的な基準が過去の構造的な差別を温存させていたため、判決の読み方によっては、差別的効果理論は、中立的な基準を通して温存される過去の差別の救済を目的としているかのようにも解釈される。しかし、そのことに注目して差別的効果理論の意義を理解するならば、差別的効果理論は、過去の差別が救済され、現在の社会から完全に払拭したときに、その役割を終えるということになる。換言すれば、差別的効果理論とは、過去の差別が解消されるまでの過渡的な差別救済理論だということになる。だが、身長・体重要件が提起する差別の問題は、過去の負の遺産がもたらす差別とは本質的に異なり、場所や時代を超えて存在しうる。Dothard 判決は、差別的効果理論の役割が過去の差別の救済にとどまらないことを明らかにし、同時に同理論の目的が、属性には中立的であるが「雇用にとって人為的で、恣意的で、不必要な障害」となる基準を除去していくことにあることを改めて浮き彫りにした。

II. 差別的効果理論の意義に関する検討

1. 差別的効果理論の射程に関する議論

(1) 主観的雇用決定システムと差別的効果理論

ところで、紙幅の関係上、ここまで記述を省略してきたが、第七編の下では差別的効果理論と並んで、差別的取扱い理論と呼ばれる差別禁止理論も形成されてきた⁴⁵⁾。差別的取扱い理論の下で禁じられるのは意図的な差別行為であり、原告は同理論の下で勝訴するためには、被告の差別意思 (discriminatory intent) を証明しなければならない。だが、原告にとって差別意思の立証はしばしば困難である。それゆえ、原告は次第に中立的な雇用基準を積極的に見出しては、差別意思の証明が不必要な差別的効果理論を利用することで、この困難を乗り切ろうという法的戦略を有するようになった。差別的効果理論が判例法理として確立した経緯から、その射程がどこまで及ぶのか理論的に明らかにされていなかっ

45) 差別的取扱い理論は、McDonnell Douglas Corp. v. Green 事件連邦最高裁判決 (411 U.S. 792 (1973)) および Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine 事件連邦最高裁判決 (450 U.S. 248 (1981)) によって確立された。

たことも幸いした。その結果、例えば、医療保険の加入者についての世帯主条項⁴⁶⁾や職場における衛生的なトイレの不備⁴⁷⁾が、女性に対する差別として差別的効果理論の下で争われた事例等が登場するようになった。

しかし、その後、差別的効果理論の射程が明らかにされていないことが災いする局面が現れた。1970年代後半になると、採用や昇進の決定のために行われる面接試験等のように、評価をする者の主観によって行われる選考が、人種や性などに対して差別的効果を有すると争われるようになったのである。このような選考決定は、総称して主観的選考決定システム (subjective decisionmaking systems) と呼ばれているが、こうした選考決定が結果的に特定の集団を排除していることを差別的効果理論の下で争い得るのか否かをめぐり、1980年代後半までには控訴裁間に意見の対立が見られるようになった⁴⁸⁾。この対立に終止符を打ったのが、1988年の *Watson v. Fort Worth Bank & Trust* 連邦最高裁判決である⁴⁹⁾。本件において、差別的効果理論が確立されて以来、初めて、最高裁において差別的効果理論の射程に関する議論が行われた。

Watson 事件は、被告における監督的地位に昇進できなかった Clara Watson という黒人女性が、昇進における人種差別を争った事件である。Ms. Watson に対する査定は、白人の上司らの主観的評価のみによって行われ、彼女が昇進を果たせなかった地位は、いずれも白人男性ないし白人女性に与えられた。O'Conner 裁判官が率いた最高裁相対多数意見は、差別的効果理論は客観的基準による選考のもたらす差別的効果のみならず、主観的基準による選考のもたらす差別的効果にも適用されると判示した。相対多数意見がそのように判示した理由は、逆にそうしなければ、使用者は客観的基準による選考に、たとえ数分でも面接といった主観による選考を含めて、差別的効果理論による違法評価を回避することができるようになり、*Griggs* 判決以来の先例の意義が失われるから、というものであった。

しかしながら、O'Conner 裁判官は上記のように差別的効果理論の射程範囲を画定したとき、ジレンマに陥った。つまり、O'Conner 裁判官は、一方で主観的選考決定システム

46) 夫婦のうち収入の多い者を世帯主とし、その者を保険加入者として配偶者の保険は加入者の保険でカバーするという規定。女性に対する差別的効果は認められたが、被告の業務上の必要性が認められ、原告は敗訴。*Wambheim v. J.C. Penny Co.*, 642 F.2d 364 (9th Cir. 1981).

47) 女性の方が男性よりも不衛生的なトイレを使用することによりばい菌に感染しやすく、職場における衛生的なトイレの不備は、女性を職場から排除する効果をもたらすという主張。被告は抗弁に失敗し、原告が勝訴した。*Lynch v. Freeman*, 817 F.2d 380 (6th Cir. 1987).

48) 主観的選考決定システムに差別的効果理論を適用することに反対したのは、第4、第5、第7、第8巡回区と第2および第6巡回区における一部の法廷であり、逆に賛成したのは、第3、第9、第10、第11、およびD.C.巡回区であった。

49) *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977 (1988)

のもたらず差別も差別的効果理論の下で争えたと判示したことにより、使用者側には抗弁として主観的選考決定システムを採用することについての業務上の必要性の立証を要求したわけである。だが同裁判官は、他方で主観に根ざす評価システムの業務上必要性を、いわゆる従来のな妥当性の検証を通して立証するのは不可能であることを十分に認識していた。O'Conner 裁判官はさらに、主観的選考決定システムにつき有効な抗弁の方法を失った使用者は、クォータ制の採用を検討するだろうと懸念した。しかし、平等を達成するための手段としてクォータ制を導入することについては、第七編の成立当初から議会が強固に反対していたことだった。結局、O'Conner 裁判官がこのジレンマを解消するために行きついたところは、差別的効果の推論に対しては、使用者の立証基準を引き下げるということだった。こうして、Griggs 判決以来「業務上の必要性」ないし「職務関連性」とされてきた使用者の立証の基準は、「合法的な雇用上の理由」という基準に引き下げられた。このことが意味するところは、差別的効果の推論に対しては、妥当性の検証は強いて必要ではないとの判例変更が生じたということである。

(2) 妥当性の検証の可能・不可能、要・不要と差別的効果理論

妥当性の検証とは、ある選考方法における結果と、その選考に通って就く職務の遂行能力とに高度な相関関係があるか否かを調べるということである⁵⁰⁾。Watson 事件の経験は、差別的効果理論の射程を議論するということは、妥当性の検証の可能・不可能を、さらには要・不要を議論することであることを示してくれている点で、非常に示唆的である。

主観的選考決定システムの妥当性の検証の可能・不可能、要・不要の問題については、Linda Hamilton Krieger ほど本格的に論じた研究者はいない⁵¹⁾。Krieger 以前にも、主観的選考決定システムの問題を差別的効果理論の下で争うことの可否について論じた者は多く、学説の論調も実に多様である。紙幅の関係上、それらの学説のすべてを紹介することはできないが、もっとも稚拙な説は、Griggs 判決の主旨を教条的に唱えて、主観的選考決定システムという属性に中立的なシステムは差別的効果理論の下で争いうるとする。しかし、この説は妥当性の検証については言及することなく、非常に抽象的に、使用者は業務上の必要性という基準を満たすことによって抗弁を行わなければならないし、また行いうると論じている⁵²⁾。これよりは若干踏み込んだ考察をした論者になると、妥当性の検

50) Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures は、妥当性の検証方法に関し、基準関連妥当性 (criterion-related validity)、内容妥当性 (content validity)、構成概念妥当性 (construct validity) という 3 通りの方法を提示している。29 C.R.F. § 1607.14(B)-(D)。

51) Linda Hamilton Krieger, *The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity*, 47 STAN. L. REV. 1161, 1227-37 (1995)。

52) Christopher Dee, Comment, *Disparate Impact and Subjective Employment Criteria under Title VII*, 54 U. CHI. L. REV. 957 (1987)。

論 説

証について言及し、主観的雇用決定については妥当性の検証が相当困難であるとの認識も有している。それゆえ、この説の論者は、いわゆる数学的・技術的な検証にはこだわらず、使用者の抗弁が全体として、主観的選考が応募者の職務遂行能力を的確に測り、適格な人材の選抜に資するものであることの説明になっていれば検証がなされたものとする⁵³⁾。しかし、この説も説得力に欠ける。

こうした説に対し Krieger は、主観的評価というのは、そもそも個人による計量化できない判断であり、評価を行う者のバイアスを受け得るため、正確な検証は不可能であると指摘する⁵⁴⁾。そのうえで、妥当性の検証の要・不要については、以下のような理由から必要であるし、妥当性の検証が不可能な基準や制度を差別的効果理論の下で争うのは不適切であると論じている。労働者は、その職務遂行能力を正當に評価されて、それを発揮できる機会を平等に与えられなければならない。使用者の用いる雇用基準が、労働者の職務遂行能力を正しく予測し、使用者の経済活動が向上するのであれば、裁判所は使用者に当該雇用基準の利用を認めるべきである。しかし、当該雇用基準が労働者の職務遂行能力を正しく予測することなく、一定の労働者を不合理に排除する結果しかもたらさないのであれば、裁判所は使用者に当該雇用基準の利用を禁じるべきである。Krieger は、妥当性の検証とは、平等と（企業経営の）自由という二つの重要な価値観の調停を、数字を用いて経験的かつ中立的に行うことであると述べ、経験主義に信頼をおくアメリカの文化の中では、差別的効果理論が経験主義に根ざしているということが、政治的にも、哲学的にも道理にかなっているとして受け入れられる理由であると主張する。逆に、妥当性の検証という枠組みを外したならば、使用者が業務上の必要性という基準を満たす立証を行ったか否かという判断が、裁判官個人の曖昧かつ主観的かつ予測不可能な法的基準で行われるという結果になり、政治的な問題になるというのである⁵⁵⁾。

結局、主観的選考決定のもたらす差別的効果を差別的効果理論の下で争えるか否かという、同理論の射程範囲に関する学説の展開からは、以下のようなエッセンスが抽出される。属性に中立的な基準や制度の存在と、ある特定の集団にもたらされた差別的効果をとらえて、それらすべてを差別的効果理論の下で一律に処理しようとすることは、乱暴かつ無謀

53) See, e.g., Elizabeth Bartholet, *Application of Title VII to Jobs in High Places*, 95 HARV. L. REV. 947 (1982).

54) 具体的には、様々な無形の能力に対する主観的評価というのは、相互不可分に関連しあった多くの主観的かつ客観的要素（変数）を含む組み合わせ的なプロセスの産物あるゆえ、検証手続において採用される回帰分析における変数の独立性を確保できないという。Krieger, *supra* note 51, at 1233-36. Krieger がここで述べていることの一例としては、積極性という無形の職務遂行能力の評価が、営業成績という有形の職務遂行能力基準から分離できないものになっていることが多いという例を挙げることができる（すなわち、営業成績が良いと、積極性があるという評価になりやすく、純粋に積極性の評価がなされたのかどうか疑わしいということ）。

55) *Id.*, at 1236-37.

な試みである。ある集団に差別的効果をもたらす中立的な雇用基準の中には、差別的効果理論による分析になじむものとそうでないものが存在する。その境界線を見逃し、中立的な基準の存在と差別的な結果のみに着目して、ありとあらゆる中立的な基準のもたらす差別に対し同理論を切り札のように利用し始めると、妥当性の検証が不可能になるという深刻な事態を引き起こす。その事態を、妥当性の検証を要求しないという安易な方法で乗りきろうとしても、何を妥当とするかという判断をひとえに裁判官の裁量に委ねることになり、結論が裁判官の価値観や恣意性に左右されて、法的安定性を害する。

2. 実態の見えない差別的効果理論

(1) 差別的効果理論の成文化

Watson 判決の翌年に出された *Wards Cove Packing Co. v. Atonio* 連邦最高裁判決⁵⁶⁾は、Watson 判決の相対多数意見を支持し、法廷意見として、差別的効果事件における使用者の立証の基準を「雇用上の正当な目的に相当程度役立つこと」に緩和した⁵⁷⁾。1991年公民権法は、この判決を覆し、Griggs 判決において打ち出された「業務上の必要性」、「職務関連性」の概念を明らかにすることを主たる目的として制定された。しかし、肝心の概念化はならず、議会内での対立の末、「業務上の必要性」、「職務関連性」いずれの解釈も *Ward Cove* 判決以前のものに戻すという妥協案が採択され、成文化された。ともあれ、差別的効果理論は以下のように規定された。

105条⁵⁸⁾ 差別的効果事件における立証責任

(a)(k)(1)(A) 次のいずれかの条件に該当する場合、差別的効果に基づく違法な雇用上の行為が、本篇の下で認められる。

(i) 人種、皮膚の色、宗教、性別又は出身国に基づく差別的な効果の原因となる特定の雇用慣行を被告が行ったことを原告が証明し、かつ問題とされる行為が当該職務について職務上の関連性があり、業務上の必要性和一致することの証明に被告が失敗したこと。

(ii) 原告が本条Cに規定する他の選びうる雇用上の行為に関する証明を行い、かつ被告が当該他の選びうる雇用上の行為の採用を拒否したこと。

(2) 「特定の雇用慣行」——原告の証明

1991年公民権法は、差別的効果理論の下で争いうるのを「差別的な効果の原因となる特定の雇用慣行」とした。「差別的な効果の原因となる」とは、すなわち表面的に中立的

56) *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989).

57) *Id.*, at 659.

58) 42 U.S.C.A. § 2000e-2(k)(1)(A)(1994).

という意味であるのは明らかだろう。問題は「特定の雇用慣行」の意味である。「特定の雇用慣行」は、文言の包括性ゆえに、客観的な基準も主観的選考決定システムも含めて、あらゆる中立的基準をそこに読み込むことが可能である。つまり、少なくとも法律の文言上は、特定の属性に不利益な効果をもたらすあらゆる中立的基準ないし慣行を、差別的効果理論の下で争うことが可能ということが明らかにされた。

これを反映して、法改正以降はとくに、多様な中立的基準の差別的効果が争われるようになった。例えば、警察官や消防士という市の職員への応募につき、使用者である市の住民にしか応募資格を与えないとした基準の人種差別性が争われた事例が存在する⁵⁹⁾。また、女性に対する差別的効果が争われた事例としては、法律事務所に勤務する弁護士で、第二子出産後パートタイムで勤務するようになった原告が、剰員解雇の際、優先的に解雇されたことに対し、パートタイム労働者から解雇するという基準は幼児をもつプロフェッショナルな女性に対して差別的効果を有すると争った事例が存在する⁶⁰⁾。さらに、ヒスパニックの被用者らが、職場において英語のみを使用することを義務づける規則は、彼らの出身国に対して差別的効果を有すると争った事例も存在する⁶¹⁾。

しかしながら、法律の文言上はあらゆる中立的基準のもたらす差別的効果を争うことができるようになったとはいえ、現実には、裁判所が判例を通してそこに様々な制限をかけているのが現実である。例えば、先にも挙げたパートタイム労働者から解雇するという基準が幼児をもつプロフェッショナルな女性に対して差別的効果を有すると争われた事件においては、第7巡回区は、恒常的にではなく、あるとき一度きり適用された基準は、「特定の雇用慣行」とは認められないと判示している⁶²⁾。また、同じく先に挙げた英語のみ使用を義務づける規則が争われた事例においては、第9巡回区は、第七編は被用者に文化的アイデンティティを表現させることを使用者に義務付けるものではないと述べて、英語のみ使用は違法な「特定の雇用慣行」にはあたらないとした⁶³⁾。さらに、かつてならば差別的効果が認められたであろうロコミによる採用も、最近では判例変更が生じ、現被用者が知り合い等に使用者が募集を行っていることを口頭で伝えたのは、使用者が積極的にロコミ採用を行っていた場合とは異なり「特定の雇用慣行」には該当せず、差別的効果理論の

59) アメリカでは、居住地における人種分離が厳然と存在しているが、こうした事例においては、使用者である市の住民の大多数が白人であったため、住民のみに応募資格を与えるとした基準が結果的に黒人を排除するという効果をもたらす通して争われた。See, e.g., *United States v. City of Warren, Michigan*, 138 F.3d 1083 (6th Cir. 1998); *NAACP Newark Branch v. City of Bayonne*, 134 F.3d 113 (3d Cir. 1998); *NAACP, Newark Branch v. Town of Harrison*, 940 F.2d 792 (3d Cir. 1991).

60) *Ilhardt v. Sara Lee Corp.* 118 F.3d 1151 (7th Cir. 1997).

61) *Garcia v. Spun Steak Co.*, 998 F.2d 1480 (9th Cir. 1993).

62) *Ilhardt*, 118 F.3d at 1156. But see, *Council 31 v. Ward*, 978 F.2d 373 (7th Cir. 1992).

63) *Garcia*, 998 F.2d at 1487.

射程外であると判断されている⁶⁴⁾。このような制限から、今日アメリカで差別的効果を生ずることは、多くの局面において困難になっている。

加えて、差別的効果理論の射程の問題との関連で指摘し忘れてはならないのは、差別的効果理論は賃金という文脈における性差別をその射程範囲にしないということである。これは、1991年公民権法制定よりかなり前に、1981年の *County of Washington v. Gunter* 連邦最高裁判決の傍論部分⁶⁵⁾が明らかにしたことである。

そもそも *Gunter* 事件における実質的な争点は、同一賃金法の下では違法とされる余地のない非同一労働に従事する男女間の賃金格差が、第七編の下でも違法とされる余地がないのか否かという点にあった。このとき問題となったのが、第七編703条(h)に含まれるベネット修正条項(Bennett Amendment)⁶⁶⁾の解釈である。ベネット修正条項は、第七編と同一賃金法との調整のために設けられた規定であり、性による賃金格差が同一賃金法の規定により「是認されている」場合は、第七編違反にあたらないとする⁶⁷⁾。ここにいう、同一賃金法が是認する賃金格差とは、①先任権制度、②能力成績による任用制度、③生産の量や質による出来高払い制度、④その他の性別以外の要素にもとづく格差⁶⁸⁾である。

ところで、ベネット修正条項が言及する①～④は、結局全部、性以外の要素による格差であるから、第七編違反を構成しないかのように考えられ、ゆえにベネット修正条項は不必要であるかのように見える。しかし、*Gunter* 判決傍論部分は「同一賃金法における第4の抗弁(④)との折り合いをつけるために、第七編の下における性を理由とした賃金差別訴訟がいかに構成されるべきかについては、本件においては判断しない」と述べつつも、「ベネット修正条項が不必要でないことは明らかである」と言明した⁶⁹⁾。これが賃金差別という文脈での差別的効果理論の利用を排除するようにはたらく。例えば、パートタイム労働者の賃金が、フルタイム労働者の賃金と時間当たりで同じになっていない場合、パートタイム労働者の圧倒的多数が女性であるという事実から、かかる賃金制度は女性に対する差別的効果をもたらしていると主張したとしても、上記傍論部分からすると、パートタイム労働という雇用形態が④の性以外の要素と認定される可能性が高い。すなわち、

64) *EEOC v. Chicago Miniature Lamp Works*, 947 F.2d 292 (7th Cir. 1991).

65) *County of Washington v. Gunther*, 452 U.S. 161, 170-71 (1981).

66) 42 U.S.C.A. § 2000 e-2(h)(1994).

67) *Gunter* 判決の判旨は、性による賃金格差は同一賃金法の下で違法とされないかぎり第七編違反にあたらないという解釈を退け、結論として、男女が非同一労働に従事していて、それゆえ同一賃金法の下では賃金格差を設けることが「是認されている」場合であっても、第七編違反となる可能性はあるとした。

68) 29 U.S.C.A. § 206(d)(1)(1994).

69) *Gunter*, 452 U.S. at 171. このことが争点に直接示唆することは、同一賃金法の下では是認される賃金差別についても、原告が、その差別は使用者の差別意思に根ざしていたことを証明すれば、差別がまさに性を理由としていたということ、すなわち性以外の要素によるものであったことが推論され、使用者は第七編違反を免れ得なくなるということである。

雇用形態によって賃金格差を設けることは当然に合法的な行為であり、差別的効果どころか、差別の問題にすらならないとされるのである。

(3) 因果関係の証明

次に、1991年公民権法は、差別的効果の「原因となる」特定の雇用慣行を「被告が行った」ことを原告が証明すべきであると規定している。すなわち、差別的効果を生じさせたとされる雇用慣行と、実際に生じた差別的効果との間の因果関係の証明を行うのは、原告の責任であると規定しているのである。問題は、この文言が、1991年公民権法制定にいたるまでの判例の集積から、一般的な統計の提出は「被告が行った」特定の雇用慣行が差別的効果の「原因」だったことの証明にならないと理解されていることである。

判例を見てみよう。Griggs 判決は、差別的効果の証明になりうる統計についての議論は行わなかったが、最高裁は、争われた二つの中立的基準のうち、一方の高校卒業資格基準については、原告が提出した被告会社所在地のノース・キャロライナ州における人種別高校卒業者割合を示した統計から、当該基準が人種に差別的効果をもたらしていたことを認めた。もう一方の一般知能テストへの合格という基準については、EEOC が別の事例において調査し、得られた統計から、やはり当該基準も人種に差別的効果をもたらしていたことを認めた⁷⁰⁾。このような一般的な統計の利用は1977年の Dothard 判決でも見られ、同事件では全米の男女の身長・体重に関する統計によって差別的効果が証明されたと判示された⁷¹⁾。しかし、最高裁は Dothard 事件を最後に、このような一般的統計の利用を認めなくなった。次いで、1979年の New York Transit Authority v. Beazer 連邦最高裁判決⁷²⁾は、差別的効果を証明するための統計は一定の条件を充たすものでなければならぬことを示唆し、一般的な統計の利用を実質的に退けた⁷³⁾。

Beazer 判決が、差別的効果を証明するための統計に関して要求した一定の条件とは、以下の2点である。一つは、統計の母集団に含まれる人々が、問題となっている職務への応募の前提条件として要求されている能力資格を有しているという点である。もう一つは、母集団を一般人口とすることはできず、問題となっている職務に対して適切に画定された労働市場に存在する人々としなければならないという点である⁷⁴⁾。母集団に含みうるのは

70) Griggs, 401 U.S. at 430, n. 6.

71) Dothard, 433 U.S. at 329-31.

72) New York City Transit Authority v. Beazer, 440 U.S. 568 (1979).

73) Id., at 584-86.

74) これらの条件は、もともとは最高裁が Hazelwood School District v. United States 判決 (433 U.S. 299 (1977)) において要求した条件である。Beazer 判決は、系統的差別取扱いの事例である Hazelwood 判決の統計に関する議論を差別的効果の事例においても確認したという意味において、1989年の Wards Cove 判決への序章となった。相澤美智子「雇用差別訴訟における立証責任に関する一考察 (二) —アメリカ公民権法第

有資格者であるという前者の条件は、なるほどもっともである。だが、後者の条件は必ずしも必要ではないと考える⁷⁵⁾。これにつき、Ward Cove 判決が脚注で、一般的な統計は問題となっている職への応募者集団を正確に反映するものである場合に限り利用してよいと述べた⁷⁶⁾のは強調されてよい。

差別的効果を証明するための統計に関する問題は他にも存在する。それは、どの程度の統計的格差を、差別が存在したという有意差として認めるかという問題である。この問題につき、被用者選考手続きに関する統一ガイドラインは、差別的効果を示す統計は統計的有意差と実際の有意差をもつものでなければならぬとしている。そして前者が存在したことを示す大まかな目安としては、マイノリティーの成功率がマジョリティーの成功率の5分の4以下の場合、差別的効果が認められるという「5分の4ルール」と呼ばれる基準が存在する⁷⁷⁾。しかし「5分の4ルール」は、それを適用するだけでは原告の示した差別的効果が偶然の産物ではないこと、すなわち差別的効果に統計的有意差が存在したことが明らかにならないと、しばしば批判されてきた。判例においても、「5分の4ルール」を充たすことによって統計的有意差が認められたのは1980年代前半までのことであつたし、逆に当該ルールを充たしていなくても、原告が標準偏差という手法により統計的有意差を証明できれば、この点において証明が不十分と判断されることはなかつた。

差別的効果を証明する統計において、なお重要であるのは、かかる統計に実際の有意差が存在するということである。実際の有意差の存否は、サンプル数とマジョリティーの成功率に左右されるものである。とりわけマジョリティーの成功率が低い場合は、マジョリティーの成功率とマイノリティーの成功率との格差が小さくても実際の有意差があつたとされるであろうが、格差が同じであってもマジョリティーの成功率が非常に高い場合は、同様に実際の有意差があつたとはみなされないと考えられる。

(4) 被告による積極的抗弁

前述したように、1991年公民権法は、同法成立までは第七編の文言上に根拠を有さなかつた差別的効果理論を成文化し、その中に被告の抗弁基準が「業務上の必要性」および「職務関連性」であることを明記した。しかしながら、「業務上の必要性」および「職務関連性」が何を意味するのかは明らかにされなかつた。それゆえ、今日のアメリカにおいて

七編からの示唆」『都法』40巻1号(1999年)506-08頁も参照されたい。なお、系統的差別取扱いとは、差別的取扱いの中でもとくに、個人ではなく集団に対して行われるものをという。

75) 確かに、Beazer 判決のように、何を母集団とするかで、そこに含まれてくる人々の人種構成が大きく変わり、差別的効果の証明に影響が生じる場合は、母集団としての労働市場をどこに画定するか議論の余地が出てくる。

76) *Wards Cove*, 490 U.S. at 651, n. 6.

77) Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures, 29 C.F.R. § 1607.4(D)(1999).

は、差別的効果に関する訴訟の結末は、まったく予断を許さない状況にある。

ところで、1999年に第3巡回区から出された *Lanning v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority (SEPTA)* 事件判決⁷⁸⁾は、1991年公民権法制定以降、初めて「業務上の必要性」および「職務関連性」の解釈につき検討した控訴裁レベルの判例として注目される。*Lanning* 事件は、フィラデルフィアを中心として鉄道旅客業を営む交通局 SEPTA が、鉄道警察隊の質の向上を企図して行うようになった採用時の体力診断テスト（1.5マイルを12分以内に走れるか否かというテスト）の女性に対する差別的効果が問題となった事件である。被告は、問題となったテストが女性に対して差別的効果をもたらすことについては争っていないため、事件の争点はもっぱら当該テストに職務との関連性ないし業務上の必要性があるのか否かという点に集中した。

「業務上の必要性」および「職務関連性」の解釈にあたり、第3巡回区は1991年公民権法の立法過程を検討し、同法の下では *Wards Cove* 判決が述べた緩やかな解釈は適切ではなく、逆に *Griggs* 判決が述べた厳格な解釈が正当であるとして、これを採用する立場をとった。また第3巡回区は、採用した解釈の具体的適用につき、以下のように判示した。すなわち *Griggs* 判決判旨が採用し、1991年公民権法において成文化された業務上の必要性という基準は、問題となっている職務を遂行するのに必要最低限の資質を測定する線に足切り点が設定されているということを要求しているのだ、と。第3巡回区は、業務上の必要性に関して地裁が適用した基準は、*Griggs* 判決判旨が採用し、1991年公民権法において成文化された基準ではなかったと言明し、さらに、被告の課した1.5マイル走が、問題となっている職務の遂行に最低限必要な有酸素運動能（aerobic capacity）を測定するものであったか否かの判断が行われるべきであるとして、事件を地域に差戻した。

3. 差別的効果理論と「差別禁止」

「業務上の必要性」の意味を具体的に明らかにした *Lanning* 判決は、差別的効果理論の意義につき、以下のように言及した。「差別的効果理論は、…保護されるべき集団を不必要かつ差別的に雇用機会から排除するために表面的に中立的な慣行が採用されているという、隠されたタイプの差別を争うものである。この理論が採用された背景には、職務について使用者が課す要件には、必要にではなく、歴史的な差別的バイアスに根ざす社会的基準が組み込まれていることがある、という認識が存在する⁷⁹⁾」。ここで「歴史的な差別的バイアス」と言われていることは何を意味しているのだろうか。Linda Hamilton

78) *Lanning v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority*, 181 F.3d 478 (3d Cir. 1999).

79) *Id.*, at 489-90.

Krieger は、それを「職務のステレオタイプ化⁸⁰⁾」と呼んでいる。

Griggs 事件を振り返ってみよう。本件において使用者は、発電所の作業員の資格要件として高校卒業の学歴とテストへの合格を義務づけた。問題の職務は、実際の職務内容はさておき、歴史的に白人のみが従事してきた「白人職」ということのみから、いわゆる「黒人職」よりは高級な職とステレオタイプ化され、それゆえ当該職務に就くためには一定の要件を充たす必要があるとされた。そこには、あるいは歴史的に白人のみによって占められてきた職務に黒人が就くことは排除したいという使用者の意図もはたらいていて、使用者は過去に教育上の差別を受けてきた黒人に不利にはたらく要件を故意に課したということも考えられる（いや、むしろ本件においてはその可能性が強いのであるが、差別的効果理論はその点を問題にしない）。しかし、使用者が課した要件を充たしていなかった黒人も、従来の「白人職」を十分にこなすことができたとの事実認定が存在していた。

Dothard 事件も振り返ってみよう。本件で問題となった刑務所の看守という職業をイメージするとき、真っ先に浮かぶ労働者像はどのようなものだろうか。男性、しかも弱々しい感じの男性よりは、体格がよく、体力もあるような強い男性をイメージしないだろうか。そのイメージにもとづいて、もっとも合理的と思える応募基準を設けたところ、身長・体重要件が設けられたというのが、実のところ同要件が設定された経緯だったのではなかろうか。そこに、あるいは、女性は当該職務に不向きであるという、より明確なイメージも介在して、女性を排除しようという意図もはたらいていたとも考えられる（しかし、ここでも、差別的効果理論はその点を問題にしない）。いずれにせよ、使用者は往々にして職務をステレオタイプ化し、その職務に就くにふさわしいと考える人のプロトタイプを作る。そのような使用者のステレオタイプないしプロトタイプにもとづいて設定された選考基準は、それに疑問を抱く人もいなかったために、脈々と維持されている。だが、そのようにして設定された選考基準が、実際の職務遂行能力を測る正確な指標にはなっていないことがあったり、そのようにして設定された基準によって測られる能力が、その職務に就いている人が日々行っている職務には実際上必要ないという食い違い現象が生じることがある。「業務上の必要性」ないし「職務関連性」によって使用者に問われているのは、そうした食い違いがなかったかどうかということである。そして、仮に食い違いがあった場合には、それは雇用にとって人為的、恣意的、かつ不必要な障害でしかないのであるから、除去されるべきであるということになる。つまり、アメリカの差別的効果理論とは、労働者の職務遂行能力を測る選考基準のあり方を問題とし、何が妥当な基準であるかということに関し業務上の必要性という観点からの再検証を迫ったところに理論的な意義があった。

80) Linda Hamilton Krieger, Employment Discrimination Law Class Notes 20 (Disparate Impact 1), October 22, 2000.

論 説

以上の考察からは、差別的効果理論の本質は「業務上の必要性」および「職務関連性」という被告の抗弁基準に凝縮されていることが分かる⁸¹⁾。このことは、EEOCのガイドラインが早くから、中立的基準について「妥当性の検証」を要求してきたところにも現れている。「妥当性の検証」が可能であるという範囲において、使用者は自らの課した中立的基準に職務関連性があり、それが業務上の必要性と一致していた場合には、そのことを数値的・客観的に示す手だてを有しているのであるし、裁判所も主観的かつ恣意的になりがちな自らの価値判断を越えて、中立かつ公正な立場から、当該基準が保護されるべき集団の雇用にとって障害となっていたか否かを判断することができるのである。つまり、「妥当性の検証」が可能な基準こそ、差別的効果理論による分析になじむのである。

要するに、差別的効果理論が取り締まるべき、あるいは取り締まりうる差別とは、「妥当性の検証」が可能な中立的基準を介して行われる差別、すなわち「職務のステレオタイプ化」を起源とする差別である。「職務のステレオタイプ化」によって設定された中立的基準が保護されるべき集団の雇用にもたらす人為的、恣意的かつ不必要な基準を除去していくこと、これが差別的効果理論の意味する「差別禁止」である。

III. イギリス法における間接差別理論とアメリカ法における差別的効果理論

1. 性差別禁止法と間接差別禁止規定

1975年、イギリスは性差別禁止法を制定した。これは当時、世界でもっとも包括的な性差別禁止立法であり、性という切り口で、雇用の分野のみならず、教育、物品・施設・サービスの供給等の分野における差別を禁じている。イギリスにおいても、マイノリティーに対する差別撤廃運動は1960年代には大きな盛り上がりを呈し、1965年には人種関係法⁸²⁾が制定されて、人種、皮膚の色、国籍、民族、出身国を理由とする差別が禁じられた。さらに、1970年には同一賃金法⁸³⁾が制定され、性差別の中でもとくに賃金差別については、立法で禁じられるにいたった。つまり、性差別禁止法は、こうした反差別立法の延長線上に登場したのであるが⁸⁴⁾、性差別禁止法の特徴は、直接差別のみならず間接差別をも

81) このことから、差別的効果理論が結果の平等を指向するものではないことも明確にされる。同理論は、差別的効果の発生という結果からアプローチする理論であることは確かである。しかし、そうした結果が即、違法な差別との評価を受けるわけではない。ある基準が差別的効果を生じさせていたとしても、その基準を課すことに業務上の必要性ないし職務との関連性があるか否かが必ず問われることになるからである。

82) Race Relations Act of 1965.

83) Equal Pay Act 1970.

84) 性差別禁止立法の制定を提言した1973年4月18日の上院特別委員会報告が「人種差別がマイノリティーに

禁止する明文規定をおいたところにあった⁸⁵⁾。

直接差別とは、類似の状況にある男女を同じように取り扱わず、性を理由として女性に不利益な取扱いをすることをいう。これに対し間接差別とは、ある者が男女にある要件または条件を同様に適用したとき、(i) それを充足しうる女性の割合が男性の割合よりも相当程度小さく、(ii) それを適用した者が、適用された女性の性別に関係なく正当であることを立証しえず、(iii) 女性がそれを充足しえないがゆえに不利益を被る場合をいう（1条1項b号）⁸⁶⁾。間接差別禁止規定が、性差別禁止法に設けられるにいたった経緯を知ること、イギリス社会が当時、性差別とは何かということについて、どの程度理解を有していたのかを知ることでもあり、非常に興味深い⁸⁷⁾。

1973年、当時の保守党政府が、グリーンペーパー「男女の機会均等⁸⁸⁾」と題して公表した最初の立法構想においては、性差別とは「ある者が、他の者を、性を理由として不利益に扱うということの意味する⁸⁹⁾」とされていた。だが、保守党政府が立法構想を実現せずに崩壊したため、政権を引き継いだ労働党政府は1974年に、ホワイトペーパー「女性のための平等⁹⁰⁾」を提示した。ホワイトペーパーは、性差別につきより詳細な検討を加えており、「女性の不平等な地位は、女性に対する意識的差別よりも、両性のおのおのの役割に関する画一的な態度によってもたらされている」こと等⁹¹⁾を指摘した。ホワイトペーパーは結論においてはグリーンペーパーと大差はなかったといえるが⁹²⁾、性差別の原因の少なくとも一部を、人々が無意識のうち有している性別役割分業観に見出している点、また性差別については「人種差別のように、分離すること自体が違法となるのではなく、性についてはある種の男女の分離的扱いは正当化される⁹³⁾」とし、「『違法な差別』の意味

に対する差別であるのに対して、性差別はマジョリティーに対する差別であり、全国的な問題である」と指摘したように、当時のイギリスでは性差別を広範かつ有効に禁じる立法の必要性が認識されていたようである。Second Special Report from the Select Committee on the Anti-Discrimination Bill [HL] Session 1972-73 (18 April 1973), par. 102.

- 85) 性差別禁止法が制定された翌年の1976年、性差別禁止法との整合性を保つために、人種関係法においても間接差別が明文で禁じられるにいたった。Race Relations Act of 1976.
- 86) 2001年の法改正により(SI 2001/2660)、性差別禁止法1条1項b号の下の従来の規定(i)-(iv)は、(i)-(iii)に改められた。ただし、規定の内容そのものの改正はなされていない。
- 87) 間接差別禁止規定の立法経緯については、浅倉むつ子『男女雇用平等法論』（ドメス出版、1991年）374-395頁が詳しい。
- 88) Equal Opportunities for Men & Women—Government Proposals for Legislation (September 1973).
- 89) *Id.*, par. 2.3.
- 90) Equality for Women (September 1974) Comd. 5724.
- 91) *Id.*, pars 16-17.
- 92) ホワイトペーパーは、差別の「効果と動機は混同されてはならない」のであって、「差別の意図がないときに、ある者を不利に扱ったとしても本法案に違反するわけではない」との結論を導いている。*Id.*, par. 33.
- 93) 例えば、プライバシーへの配慮、サニタリー施設の供給、母親や未亡人のための特別な規定をおくこと、などが具体的に挙げられている。*Id.*, par. 37.

論 説

について明確化する努力を示した⁹⁴⁾」点は注目されるべきである。なぜならば、この点がまさに、本稿がこの先に展開するように、間接差別概念に鋭く切り込んでいる部分だからである。実際、労働党政府は、ホワイトペーパーを公表してから半年後の1974-75年議会において、間接差別禁止規定をも含む具体的法案を下院に提出した。もっとも、法案に間接差別禁止規定が盛り込まれる直接の契機となったのは、先のホワイトペーパーに対する多くの婦人団体からの批判⁹⁵⁾に加えて、内務大臣のアメリカ訪問をとおして、Griggs事件の経験がイギリスに伝えられたからであったが、つまり、間接差別禁止規定は、アメリカのGriggs事件連邦最高裁判決における差別的効果理論をベースに明文化されたのであった。

性差別禁止法は、差別を是正するための特別な行政機関である機会均等委員会（以下、EOCとする）を設置した。EOCは、個人・組織への助言・指導活動や公式調査⁹⁶⁾を行う等、差別是正に関する広範な権限を有している。差別を受けた者は、EOCに援助を求めることができ、EOCはその事件が根本的な問題を提起するものであるか、あるいは本人が援助なく訴訟を提起することが困難であると判断するときには、その者に助言、紛争解決の助力、弁護士の手配等の援助を与えることができる。その他、EOCは国内における雇用平等立法政策を是正させるために、国内政府を相手取って訴訟を提起できる。

差別を受けた者は、差別のあった日から3か月以内に雇用審判所に申立を行わなければならない。申立を行いうるのは、あくまでも被害者個人（または被害者に代わって申立を行うEOC）であり、アメリカのようなクラス・アクションは認められていない。審判所は、申立人の請求を認容した場合、救済として権利を宣言し（権利確認命令）、被申立人に補償金の支払いを命じ（補償金支払命令）、差別行為によって生じた不利益な効果を除去し、もしくはそれを減ずるために有効と認める措置をとるよう勧告することができる（作為勧告命令）。審判所の発する作為勧告命令は、あくまでも一定の作為を「勧告」しうるにすぎず、アメリカの裁判所が差別を行った被告に対して発するインジャンクションのような強制力を有さない。また審判所は、作為勧告命令としてアファーマティブ・アクション（ポジティブ・アクション）を命じることはできない。

94) 浅倉・前掲書(87)387頁。

95) ホワイトペーパーが「効果と動機は混同されてはならない」とした点が婦人団体の強い批判を招来したようである。H.C. Debs. 26 March 1975, Vol. 889, c. 513.

96) 近年、公式調査はもはや法の履行確保のための主たる方法ではなくなってきており、EOCはその資源を個別の事件に対する援助により充当するようになってきているようである。See, Catherine Barnard, *A European Litigation Strategy: the Case of the Equal Opportunities Commission*, in JO SHAN & GILLIAN MORE, *NEW LEGAL DYNAMICS OF EUROPEAN UNION* 257 (1995).

2. 間接差別の概念

(1) 間接差別理論の射程——差別的効果理論の射程との比較

性差別禁止法に間接差別禁止規定が盛り込まれた大まかな経緯については既に論じたとおりであるが、同規定は十分なコンセンサスを得て条文化されたわけではなかった。間接差別の概念は、審判例の集積の中で徐々に明確にされて、定着してきたというのが正確であろう。そこで、間接差別の概念を明らかにするためには、審判例の検討が不可欠となるが、間接差別に関する審判例はすでに先行研究⁹⁷⁾で詳細に紹介されているので、以下では紙幅の関係上、事例の概要の紹介を必要最小限にとどめる。むしろ以下では先行研究に依拠しつつ、アメリカ法からの光をあてることにより、間接差別の概念に迫ってみたい。

まず、間接差別理論の下では「職務のステレオタイプ化」ないし職務遂行能力そのものの判定とは無関係の中立的基準が多く争われている。具体的には、職業責任と育児責任の両立の障害になる基準、パートタイム労働者の均等待遇に関連する基準、先任権基準が挙げられる。

職業責任と育児責任の両立の障害になる基準が争われた事例としては、The Home Office v. Holmes 事件⁹⁸⁾や London Underground Ltd. v. Edwards 事件⁹⁹⁾が存在する。前者は、ひとり親であった Ms. Holmes が、出産後の育児を理由にパートタイムで働きたいと申し出たのを雇用主が拒否したことに対し、フルタイム勤務を義務づけることが女性に対する間接差別であると認められた事例である。後者は、経費削減のため新しく交替制勤務を導入した使用者が、育児責任のあるひとり親であった Ms. Edwards にも早朝・深夜勤務がある交替制勤務を求めたことが間接差別にあたるとされた事例である。

次に、パートタイム労働者の均等待遇に関する基準が争われた事例を見てみよう。パートタイム労働者に対する賃金差別が争われた Jenkins v. Kingsgate Ltd. (No.2) 事件決定¹⁰⁰⁾は、パートタイム労働者に対してフルタイム労働者と同じ時間当たり賃金を支払わないという賃金差別は、「合理的理由」がない限り違法と評価されると示唆した。注目すべきは、本決定が、パートタイム労働者であるということだけを理由とする賃金格差は正当化されず、ローマ条約 119 条（同一労働同一賃金原則）違反の差別となるとした ECJ の先行判決を経て出されたということである。この先行判決の存在ゆえに、イギリスの労

97) 注(6)を参照のこと。

98) The Home Office v. Holmes [1984] IRLR 299 (EAT).

99) London Underground Ltd. v. Edwards [1998] IRLR 364 (CA).

100) Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. (No. 2) [1981] IRLR 388 (EAT).

働審判所は間接性差別は同一賃金法の下では違法評価を受けないとした先例¹⁰¹⁾を覆し、同一賃金法の解釈にも間接性差別の考え方を援用する決定を導きえた。また、イギリスの1979年雇用保護(統合)法における不公正解雇の補償金と剰員手当での請求権に関する規定¹⁰²⁾の差別的効果が争われた R v. Secretary of State for Employment ex parte EOC 事件¹⁰³⁾においては、不公正解雇の補償金の権利に関する差別は、客観的に正当化されないかぎり EU 均等待遇指令違反であると認定され、当該規定の間接差別性が肯定された。さらに、R v. Secretary of State for Employment ex parte Seymour-Smith and Perez 事件¹⁰⁴⁾においては、雇用保護(統合)法の規定する不公正解雇の申立をするための2年間の勤続要件の差別的効果が争われたが、ECJ は当該規定がローマ条約119条違反であると判示し、これを受けてイギリス貴族院も間接差別の一応の証明はあったと判示した¹⁰⁵⁾。このように、イギリスにおけるパートタイム労働者保護は、EU 法の解釈を通して実現されてきたのが特徴である。

先任権のもたらす差別的な効果が争われた事例としては、Steel v. (1) The Union of Post Office Workers and (2) The General Post Office 事件¹⁰⁶⁾および (1) Clarke v. Eley (IMI) Kynoch Ltd. (2) Eley (IMI) Kynoch Ltd. v. Powell 事件¹⁰⁷⁾が挙げられる。Steel 事件においては、使用者に女性のみを有期雇用要員として雇っていた過去があったため、有期雇用の期間を先任権のカウントから除くという取扱いが、女性に対して間接差別的であると争われた¹⁰⁸⁾。Clarke 事件の方は、剰員解雇者の選定において、先任権

101) I. D. Meeks v. National Union of Agricultural & Allied Workers [1976] IRLR 198 (IT).

102) 規定によれば、補償金と手当では、労働時間に応じた勤続期間条件(週16時間以上勤務する者は2年間の勤続、週8~16時間勤務するパートタイム労働者は5年間の勤続が資格要件)を充たす者にしか与えられない。EOC は、イギリスのパートタイム労働者の87%が女性であるという事実から、イギリス政府に対し、当該規定がEU 法違反の間接性差別ではないかと主張して司法審査を求めた。

103) R v. Secretary of State for Employment ex parte EOC [1994] IRLR 177 (HL).

104) R v. Secretary of State for Employment ex parte Seymour-Smith and Perez [2000] IRLR 263 (HL).

105) ただし、本件では内務省側の正当性の抗弁が認められている。

106) Steel v. (1) The Union of Post Office Workers and (2) The General Post Office [1977] IRLR 288 (EAT).

107) (1) Clarke v. Eley (IMI) Kynoch Ltd. (2) Eley (IMI) Kynoch Ltd. v. Powell [1982] IRLR 482 (EAT).

108) Steel 事件のような、過去の差別が理由となって問題化した先任権は、アメリカでも公民権法施行後しばしば争われた。アメリカでは公民権法施行に伴い、使用者がそれまでの人種による職務分離を解消しようと、黒人に従来の白人職へ移動することを許可した。しかし、白人の先任権は維持することとし、従来の白人職へ移動した黒人は、白人職における先任権をゼロから積み上げなければならないとしたため、過去の差別が現在の先任権に影響を与える結果となった。アメリカの裁判所は、1968年の Quarles v. Phillip Morris, Inc. 事件連邦地裁(279 F. Supp. 505 (E.D. Va. 1968))を皮切りに、1977年までは、過去の差別を現在まで温存することは違法であり、黒人に対して過去の差別を温存する先任権は「善意である(bona fide)」とは解されないから、違法であると判断してきた。つまり、この時代のアメリカにおいては、Steel 事件のような事件をあえて差別的効果理論の下で争う必要性はなかった。しかし連邦最高裁判決は、1977年の International Bhd. of Teamster v. United States 事件判決(431 U.S. 324 (1977))において、それまでの下級審判例を変更し、

基準の適用を受ける者からパートタイム労働者を排除することの間接差別性が争われた。いずれの事件においても、間接差別の存在が認められている。

以上をまとめてみよう。職業責任と育児責任の両立の問題が争われた事件、パートタイム労働者の均等待遇が争われた事件、先任権が争われた事件、これらいずれの事件においても、使用者による職務のステレオタイプ化が原因となって導入された中立的基準の適用が問題となったわけではなかった。すなわち、これらの中立的基準は、業務上必要とされる能力の判定に資するものでないにもかかわらず、女性という集団を著しく排除しているという切り口から問題となったのではなかった。しかしながら、Holmes 事件等においては、育児責任が女性に不平等に押しつけられている性別役割分業を前提とした社会構造が現に存在するがゆえに、また同じく Jenkins 事件等においても、女性が育児責任をはじめとした家族的責任一般を負わされていて、事実上パートタイム労働を選択せざるをえないという性別役割分業を前提とした社会構造が現に存在するがゆえに、使用者の課した性中立的基準が、女性にとって差別的効果をもたらす結果になった。さらに Steel 事件においては、使用者が女性のみを有期雇用要員として雇っていた過去の不平等が、現在において差別的効果をもたらしてしまった。これもまた、性別役割分業を前提に女性を周縁的労働者にとらえる社会構造がもたらした差別といえる。間接差別理論は、このような性別役割分業を前提とした社会構造に根ざす不平等の是正をも、その射程の中に取り込んでいるといえる¹⁰⁹⁾。

703条(h)は「善意の」先任権を保護する規定であり、第七編施行以前の差別を温存する先任権は、差別意思の証明がなされない限り、「善意である」ものとして当該規定の保護を受けるとした。Teamsters 判決によって、いかなる先任権についても、差別意思の証明ができない限り703条(h)によって合法とされることが明らかにされたため、これ以降、アメリカでは先任権の問題を差別的効果理論の下で争うことは不可能となった。

109) 繰り返しになるが、アメリカの差別的効果理論が問題としてきた中立的基準は、既に論じたとおり「職務のステレオタイプ化」を起源として設けられた中立的基準であり、その導入に際しての使用者の差別の意図の有無はともかく、基本的には職務遂行能力を測ることを目的として設けられた選考のための基準であった。既に論じたように、差別的効果理論の形成期における有名な性差別の事件である Dothard 事件で問題となった身長・体重基準は、刑務所の看守という職務に一般にふさわしいとされる人(プロトタイプ)、すなわち体格が大きくかつ体力がある人を雇うための選考基準として設けられた(身長・体重基準というのは、性別役割分業を前提とした社会構造のゆえに結果的に女性に差別的効果をもたらすものとなったのではないことも強調しておきたい)。これに対し、イギリスにおいて問題となった中立的基準の中でも、ここまでに考察してきたパートタイム労働者の均等待遇に関連する基準(Jenkins 事件等に見られる基準)や、先任権基準(Steel 事件等に見られる基準)は、職務遂行能力の測定を目的に設けられた基準ではない。さらに、職業責任と育児責任の両立の障害になる基準(Holmes 事件等に見られる基準)は、労使いずれかに事情変更が生じて、いずれかがもう一方に労働条件の変更を求めたときに現実的に障害となった基準であり、これも職務遂行能力の測定を目的に設けられた基準ではない。イギリスのこれらの事例における労働者は皆、十分に職務遂行能力を有していたのであり、これらの事例においては、職務遂行能力を正当に測定するための選考基準のあり方が問題となっていたのではない。このことから、間接差別理論は男女の性別役割規範とその雇用の場での具体的徴表たる機会や処遇における男女格差の是正をもその射程に含むとも分析されるが、一方の差別的効果理論は、業務上の必要性という観点からの選考基準の妥当性が確保されることを要請するのみであり、結果としての男女格差の是正をその射程にしているものではないと分析される。

ところで、*Watches of Switzerland Ltd. v. Savell* 事件¹¹⁰⁾において争われた、使用者による主観的で非公開の昇進基準というの、職務のステレオタイプ化とは無関係に適用された中立的基準である。*Savell* 事件は、アメリカにおける、いわゆる主観的選考決定の事例と同一であり、アメリカでは学説からの批判にもかかわらず、現在でもなお、この問題は差別的効果理論の下で争いうる。*Savell* 事件では、結局 Ms. Savell が、使用者の主観的な昇進審査ゆえに不利益を被ったことを十分に証明できていなかったため、彼女の請求は退けられた。なお、本件を受けて EOC は主観的審査がもたらす差別的効果も間接差別の射程に含めるべきだとのコメントを出したが、本件におけるような問題が間接差別の射程に含まれるのか否かは、いまだ決着がついていないようである。

一方、イギリスの間接差別理論の下でも、職務のステレオタイプ化と関連する基準が争われたケースも存在する。*Meade-Hill and National Union of Civil and Public Servants v. British Council* 事件¹¹¹⁾において争われた、雇用契約における転勤条項（使用者の裁量により命じられたイギリス国内のあらゆる場所で勤務すること）は、Ms. Meade-Hill が昇進したときに新たに契約中に挿入されたもので、使用者は、彼女のみならず彼女と同じ等級にある被用者には同転勤条項への同意を求めていた。一般的に多くの職場が、管理職やジェネラリストとして期待される者には、様々な職務を経験することを求め、それを容易にするために勤務地についてのフレキシビリティも要求する。Ms. Meade-Hill がある地位に昇進したときに、本件転勤条項が彼女の雇用契約の中に含まれることになったというのは、彼女の昇進した地位ないしその地位にある人が行う職務が、勤務地についてのフレキシビリティを要求するものと一般的に理解され、ステレオタイプ化されていたからだといえよう。しかしながら、Ms. Meade-Hill 自身は、多くの女性は彼女のように家庭において二次的な生計維持者であり、転勤には困難が伴うとして、同転勤条項の間接差別性を訴えた。控訴院は Ms. Meade-Hill の一応の証明は認めたが、使用者の正当性の抗弁の判断につき、下級審に差戻した。

最後に、イギリスの間接差別理論の下では争われたが、アメリカではすでに立法的解決が図られているために、差別的効果を議論する必要がない問題が存在する。年齢差別の問題がそれである。アメリカでは1967年に制定された年齢差別禁止法（ADEA）¹¹²⁾が、40歳以上の者を年齢差別から保護される対象として定めているため、1977年の *Price v. Civil Service Commission and another* 事件¹¹³⁾で問題となったような28歳以下という年

110) *Watches of Switzerland Ltd. v. Savell* [1982] IRLR 141 (EAT).

111) *Meade-Hill and National Union of Civil and Public Servants v. British Council* [1995] IRLR 487 (CA).

112) Age Discrimination in Employment Act of 1967, 29 U.S.C.A. § 621-34 (1994).

113) *Price v. Civil Service Commission and another* [1977] IRLR 291 (EAT). 国家公務員事務官に応募を

年齢制限は当然に ADEA 違反となる。

要約すると、イギリスの間接差別理論の射程は、アメリカの差別的効果理論の射程よりも相当広い。差別的効果理論は、その射程に関する法律上の文言の包括性に対し、判例が制約をかけ、統計処理の複雑さが、さらの同理論によって争う問題の数を少なくしている現状にある。その結果、同理論の意義は、労働者の職務遂行能力を測る選考基準のあり方を問題とし、何が妥当な基準であるかということのを再検証するところにとどまっている。これに対し、間接差別理論が問題としてきた雇用上の中立的な基準は、労働者の職務遂行能力を測る選考基準だけに限定されない。間接差別理論はときに EU 法をも媒介として、ありとあらゆる中立的な基準がもたらす不利益な効果を争うことを可能にしている。その結果、同理論は、男女間に存在する不平等、とりわけ性別役割分業に根ざす不平等の是正をもその射程としているのである。

(2) 申立人による一応の証明と使用者による抗弁

ある「要件または条件」のもたらす不利益な効果を争う申立人は、主に統計資料を提示することによって、間接差別の一応の証明を行いうる。一応の証明がなされ、差別が推定されると、次に使用者は当該「要件または条件」を適用することに正当な理由があったか否かを証明しなければならない。

私は以前に、間接差別理論の下での一応の証明における集団的比較の方法について論じたことがあるが、イギリスではいかなる証明方法（統計資料の要・不要）による、いかなる格差の証明をもって一応の証明がなされたとするかということについて、雇用審判所の判断が大きく尊重されていることを結論として述べた¹¹⁴⁾。今日アメリカでは、差別的効果の証明に関して、原告側に相当厳密な統計資料の提示が要求されるが、イギリスでは集団間の格差に十分な統計的有意差が認められない場合でも、間接差別が実際に存在した可能性との比較衡量により、間接差別が推定される。

現在のイギリスでは、審判例の展開の末、使用者の抗弁についての判断基準は、1988年の *Hampson v. Department of Education & Science* 事件控訴院判決¹¹⁵⁾において採用された基準であるとされている¹¹⁶⁾。すなわち、「要件または条件」を適用することにつき使用者側に正当な理由が存在したか否かについては、「要件または条件」のもたらす差別

考えた Ms. Price は、28 歳以下という年齢制限を超えており、当該職務に応募できなかったが、彼女は、多くの 20 代女性は出産および育児に携わっており、28 歳以下という年齢制限を充足できる女性は男性に比べて相当程度少ないから、かかる年齢制限は間接的に女性を差別していると訴えた。

114) 相澤・前掲論文(注7), 35頁。

115) *Hampson v. Department of Education & Science* [1989] IRLR 69 (CA)。

116) 黒岩・前掲論文(注7), 40-42頁。

的効果と、当該「要件または条件」を適用する側（使用者）の合理的な必要性との比較衡量により判断される。一見、妥当な判断基準のように思えるが、実はここに裁判所の価値判断がはたらく余地が多いに存在する¹¹⁷⁾。この判断基準は、とりわけ、争われている間接差別の本質が男女の性別役割分業に根ざす差別であるときには、危険性さえ有する。Edwards 事件は、この点を示してくれる格好の事例であると思われるが、審判所は本件において使用者による正当性の抗弁を退けた際に「(使用者は) 目的を達成するためには、もっと簡単に、長期勤務者であった申立人に便宜を図ることができたはずである」と述べていた。このような理由づけからは、裁判官がリベラルか保守的かによって、結論が正反対になる危険性が容易に看取される。

3. 比較的考察

イギリスの間接差別理論は、そもそも Griggs 事件連邦最高裁判決の影響を受けて誕生したものであったのに、イギリスの間接差別理論の射程の方が、アメリカの差別的効果理論の射程よりも広いものになったのは、なぜか。この疑問は、当然に出てこよう。以下では四つの角度から、私なりにこの疑問に答えを与えたいと思う。

第一に、性差別の主要な原因は伝統的な男女の性別役割分業観に求められるとの認識、またそうした差別を是正していくためには、個人の能力成績が業務上の必要性に根ざす妥当な基準によって評価され、機会の平等が達成されるだけでは不十分であるとの認識が、性差別禁止法を制定した当時のイギリス社会に既に少なからず存在していたことが¹¹⁸⁾、性差別禁止法の下での反差別ないし平等の概念を形成し、間接差別理論を今日のようなものに発展させたのではないか。ちなみに、この点につきアメリカでは、性差別の是正についても、人種差別の是正と同様に、あくまでも機会の平等を通して行われるべきであるとの反差別観ないし平等観が支配的であった¹¹⁹⁾。

第二に、イギリスにおける EOC の精力的な活躍が、間接差別理論を今日のような状態まで発展させたのではないか。間接差別理論の下で争われてきたような性差別は、人々

117) Catherine Barnard によれば、裁判所は Saymour-Smith 事件 ([2000] IRLR 263, (HL)) のように立法に対する司法審査を求められた事件においては、国民の代表である立法府の権限を尊重して、国が立法上に根拠のある「要件または条件」を適用することの正当性を認容する傾向にあるという。Interview with Catherine Barnard, Lecturer, Faculty of Law, University of Cambridge, in Tokyo (March 19, 2002).

118) この点は、ホワイトペーパーにおける議論、またホワイトペーパーが結論において差別の「動機と効果は混同されてはならない」とした点につき、多数の婦人団体が強い批判を表明したということ等から窺い知ることができる。第三章(一)を参照のこと。

119) 詳しくは、例えば、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」『都法』41巻1号(2000年)193頁を参照のこと。

が当然と思って疑問視しにくい男女の性別役割分業を前提とした社会の構造と深く関連する差別であるだけに、そこにメスを入れるのは容易でない。不利益取扱いを受けた女性自身にとっては、自分が不利益を受けたことは分かっても、それを「要件または条件」という文言にあてはめて、間接差別として構成することは難しい。その点も含めて訴訟の援助を行い、間接差別の概念の形成に関与してきたのが EOC である。EOC はテスト・ケースを選んで差別撤廃の礎となるような先例を獲得する努力も継続してきた。さらに EOC は、政府を相手取って訴訟を提起する権限を利用して、例えば雇用保護（統合）法におけるパートタイム労働者を差別する規定を違法とする判決を獲得するなど、間接差別理論の発展に貢献してきた。一方、アメリカの EEOC は、とくに 1980 年代以降、その処理能力を超える数の事件が申し立てられる中で、事件解決のための調整に乗り出すことも、自ら訴訟提起を行うことも物理的に不可能となり、保守化した。多くの場合、EEOC は差別の被害者である個人に提訴権通知を発行し、訴訟提起は被害者個人によって行われるようになった。このような状況においては、EEOC のイニシアチブによって、一貫したビジョンの下に差別的効果理論を形成・発展させていくことは不可能である。

第三に、とくにパートタイム労働者に対する賃金差別の是正においては、間接差別理論が、EU 法を媒介に発展してきたことが、同理論の射程を広げたのではないか。

第四に、イギリスにおいては、雇用審判所の審判長の任命に政治が絡まない国家制度が、間接差別の射程の形成に影響しているのではないか。間接差別を行ったとされる使用者は、差別の一応の証明に対し、正当性の抗弁に成功すれば責任なしとされる¹²⁰⁾。ここで問題となるのは、審判所ないし裁判所が使用者の主張をどのように評価し、判断するかである。差別的効果をもたらす中立的基準の中でも、とりわけ、「妥当性の検証」が不可能なものが争われている場合、審判官や裁判官のイメージするフェアネス（公正さ）というものが、使用者の抗弁に対する評価を大きく左右することになる。アメリカにおいては、社会におけるフェアネスの代弁者となる裁判官の保守性が顕著である。アメリカでは連邦の裁判官はすべて、大統領の指名と、上院司法委員会での承認を経て正式に任命されるが、1980 年以降、12 年にもおよんだ共和党政権時代は、連邦の裁判官の顔ぶれを一気に保守化させた。現在、保守的な裁判官が多数を占めている連邦の裁判所は、経済市場主義を優先させる傾向にあり、そこからはパートタイム労働者に対する不利益取扱いを是正しようなどという発想が出て来ることは期待できない。同様に、保守的な裁判所には、先任権の間

120) イギリスにおける場合、使用者の抗弁が通ると、差別の一次的な「推定」が崩れ、間接差別はそもそも存在しなかったという理屈になる。アメリカの場合は、これと異なり、使用者の抗弁（積極的抗弁）が通ると、一度は存在するとの「推論」にいたった差別が、より積極的な理由から正当化され、違法評価を受けない差別となる。「推定」と「推論」については、相澤・前掲論文（注 74）490-91、516-17 頁。

題のようにマイノリティーや女性が過去から引きずっている差別を是正する力もない。もっとも今日のアメリカでは、1991年公民権法の規定および判例上の制約により、差別的効果に関する主張の多くは、使用者の抗弁を待つまでもなく棄却されている。しかし、統計の扱いが緩やかで一応の証明が認められやすい傾向にあるイギリスでは、使用者の抗弁に対する法的判断が行われ、審判官のフェアネスが試されることが多い。イギリスにおいて、審判官の任命につき政治のコントロールがかかっていないことも、間接差別の射程の画定、とりわけ使用者の正当性の抗弁の判断結果に影響を与えてきたと考えられよう。

IV. 間接差別禁止規定の日本への導入

1. 日本の雇用において問題となる中立的基準

日本にもアメリカの差別的効果理論について紹介した研究は存在する¹²¹⁾。しかし、日本では浅倉むつ子による研究が、日本社会における実際の問題にひきつけてイギリスの間接差別理論を紹介し、中立的基準のもたらす不利益な効果について論じてきたことにより、不利益な効果の問題はむしろ「間接差別」の問題として議論されてきた¹²²⁾。

日本で間接差別に関する議論が活発化したのは、1994年の三陽物産事件東京地裁判決¹²³⁾を契機としてである。本件においては、住民票上の世帯主でない者、勤務地限定の者について、基本給を一定年齢で据え置くとした使用者の基準の差別性が争われた。裁判所は、使用者はこれらの基準が女性に一方的に不利益になることを「容認しつつ」導入したと認定し、労働基準法4条違反の女性差別にあたると判示した。

その後、それまで挑戦することが困難と考えられてきたような様々な問題に対して、間接差別理論の視点から議論がなされるようになった。主なものとして、以下のような問題を挙げることができる。①コース別採用等における総合職に対する全国転勤同意条項、②採用時の年齢制限、③一般職の女性を総合職に転換させるとき、総合職として教育・訓練を受けてきた男性と同じ試験に合格することを条件とすること、④パートタイム労働者に対する低処遇（パートタイム労働者の先順位解雇を含む）、⑤早朝・深夜にわたる交替制労働、⑥基本給や諸手当の支給についての世帯主基準、等である。日本の学説および運動が

121) 例えば、藤本茂「アメリカ合衆国における雇用上の平等（一）（二）（三・完）」『法学志林』85巻1号（1987年）69頁、同誌85巻2号（1987年）89頁、同誌85巻3号（1987年）93頁など。

122) 浅倉むつ子「雇用上の間接性差別禁止立法の意義」『青木宗也先生還暦記念論文集 労働基準法の課題と展望』（日本評論社、1984年）367頁、浅倉むつ子・前掲論文（注7）など。

123) 三陽物産事件東京地判平6・6・16 労判651号15頁。

問題視してきたこれらの中立的基準を眺めてみると、日本でもイギリスのように、不利益な効果をもたらす、ありとあらゆる中立的基準を間接差別理論の射程に含めて議論することにより、女性の被っている様々な不利益を排除していきたいと道を模索していることが分かる。これらの中立的基準を大別すると、①、②、③のような職務のステレオタイプ化を原因として設けられた基準と、④、⑤、⑥のような男女の性別役割分業を前提とした社会の構造が原因となって女性に不利益な効果をもたらす基準とに分けられる。

2. 日本において間接差別理論を導入することの問題点

本稿におけるここまでの議論により、イギリスの間接差別理論の射程の方が、アメリカの差別的効果理論の射程よりも広いということが明らかになった。ならば、日本においても間接差別理論を採用する方が雇用における性差別をより広範に排除できてよいのだろうか。果たしてことはそんなに単純だろうか¹²⁴⁾。間接差別理論の導入には、その魅力と裏腹に、様々な問題が伴う。なかんずく日本においては、日本の裁判官の体質、日本の伝統的賃金構造、日本の立法政策等から、イギリス以上に問題が伴うことは必至である。このことについて、もう少し掘り下げてみよう。

間接差別理論は、確かに差別の証明における申立人の立証責任を相当に軽減していて魅力的である。申立人は統計を示すことで差別の一次的推定をはたらかせることができるし、雇用審判所の判断によっては、統計的有意差の小さい統計ですら証拠能力ありと認められる。だが、差別の推定は、使用者の正当性の抗弁により覆る可能性を常に有している。正当性の抗弁に関する判断基準は、ある「要件または条件」がもたらす差別的効果と、当該「要件または条件」を適用する側の合理的必要性との比較衡量によるものとされている。だが、何を合理的必要性と考えるかは、究極的には審判官の価値判断に委ねられており、恣意性を排除することは困難である。

ところで、日本の裁判官の体質がかなり経営者寄りであることは、これまでの裁判例からも容易に理解されるところである。例えば、有期雇用労働者の整理解雇の問題が争われた日立メディコ事件最高裁判決¹²⁵⁾においては、有期雇用労働者の解雇は、期間の定めのない労働者の解雇とはおのずから合理的な差異があるべきであり、人員削減の必要性がある場合に期間の定めのない労働者への希望退職募集に先だって、有期雇用労働者の雇止め

124) 浅倉むつ子は、38件の間接差別関連の判例を翻訳・分析した共同研究から、イギリスにおける間接差別訴訟の結論は、認容と棄却がほぼ拮抗していることを指摘している。この共同研究の結果は、間接差別理論がオールマイティな切り札ではないことを示している。浅倉むつ子『労働とジェンダーの法律学』（有斐閣、2000年）499頁。

125) 日立メディコ事件最一小判昭61・12・4労判486号6頁。

論 説

が行われてもやむをえないとする原審の判断が正当とされた。このような事例は、裁判所がパートタイム労働者の先順位解雇につき、その必要性を肯定する姿勢にあることを示している。また、比較的最近、使用者の配転命令の違法性の有無が争われた帝国臓器製薬（単身赴任）事件¹²⁶⁾やケンウッド事件¹²⁷⁾においては、配転の業務上の必要性というのは、転勤先への移動が「余人をもっては容易に替え難い」といった高度の必要性に限定することは相当でな」とする昭和61年の東亜ペイント事件最高裁判決¹²⁸⁾の判断枠組みが依然として維持されている。このような事例からは、職業責任と家族的責任の調和の問題が間接差別の文脈で争われた場合においても、裁判所は使用者の業務命令の必要性を容易に肯定するであろうことが予測される。したがって、前出の④、⑤のような中立的基準が間接差別理論の下で争われたとしても、裁判所が使用者の正当性の抗弁を認め、差別の推定が覆るであろうことは想像に難くない。

また、日本に間接差別理論を導入することについて楽観視できないのは、何も裁判官の体質の保守性によるところばかりではない。④のパートタイム労働者の低処遇に関する基準、とりわけパートタイム労働者の時間当たりの賃金をフルタイム労働者よりも低く設定する基準等は、イギリス等 EU 諸国では、その他の合理的理由が存在しないかぎり、男女同一労働同一賃金原則を定めるローマ条約 119 条違反の差別となる。しかし、同原則を定める法規の存在しないところでは、パートタイム労働者であるということは低処遇の合理的理由たりえないとする論拠が見出せない。日本の学説においては、一方では、労基法 4 条が男女同一労働同一賃金原則を定めているとする立場¹²⁹⁾が存在するが、他方では、日本における賃金の決定要素は複雑で、正社員でも同一労働に対して同一賃金が支払われていない現状にあり、同一労働同一賃金原則が存在しているとはいい難いし、労基法 4 条も同原則を定めたものではないとする立場¹³⁰⁾も存在している。したがって、日本では④のような基準については、パートタイム労働者であるということが低処遇の正当事由として認められる可能性も大きいのである。だが、この学説の対立が究極的に解消されるのは、日本に職種概念が確立し、賃金が基本的には職務に対して支払われるようになるときだと考えると、必ずしも裁判官の体質ばかりが批判されるべきものでもなく、日本の雇用社会のあり方が問われていると思われる。

さらに、間接差別理論を通してイギリスが実現してきたことが、果たして賢明なことだ

126) 帝国臓器（単身赴任）事件最二小判平 11・9・17 労判 768 号 16 頁。

127) ケンウッド事件最小三判平 12・1・28 労判 774 号 7 頁。

128) 東亜ペイント事件最二小判昭 61・7・14 労判 477 号 6 頁。

129) 浅倉むつ子・島田陽一・盛誠吾『労働法』（有斐閣，2002 年）56 頁。

130) 菅野和夫・諏訪康雄「パートタイム労働と均等待遇原則」北村一郎編『現代ヨーロッパ法の展望』（東京大学出版会，1998 年）131 頁。

ったのか疑問に思われる部分もある。具体的には、職業責任と育児責任の両立が争われた審判例において、審判所が間接差別を認定するうえで、実質的には使用者に便宜供与を要求し、使用者がそれを実施できなかったことに違法性の論拠を見出している点である。例えば、Holmes 事件で注目されるのは、一審が、申立人はフルタイム勤務という彼女にとっては無理なことを行うよう強いられたのだと認定した箇所、それを受けて二審の判旨が全体として、使用者は特段の理由もなかったのに申立人に無理なことを強要しており、それが違法だとしている点である。また Edwards 事件は、便宜供与という点を一層強く打ち出している。本件では、会社側の正当性の抗弁が退けられた際に、労働審判所から、会社は「目的を達成するためには、もっと簡単に、長期勤務者であった申立人に便宜を図ることができたはずである」との指摘がなされた。つまり、使用者は便宜を図ることが可能でありながら、それを怠ったために、違法性（間接差別）を問われるのだというのである。こうした判旨は、職業責任と育児責任の狭間で困難をきたしている申立人の側からしてみれば、満足のいくものなのかもしれない。だが、こうした判例によって、育児は女性が行うものという性別役割分業の観念が社会の中で強化されることは避けられないだろう。その意味で、法が性別役割分業の強化に荷担し、女性がその中であってまさに苦闘している社会構造的な性差別のサイクルを断ち切ることができないという問題が生じてくる。加えて、こうした一見ファミリー・フレンドリーな判例は、男性のひとり親等から見れば逆差別的に映るかもしれない¹³¹⁾。

日本に間接差別理論を導入するにあたって⑤のような基準をも同理論の射程とするのは、既存の立法政策と整合しないという問題もある。具体的には、日本において拡充されてきている育児・介護休業法¹³²⁾の精神と矛盾する。育児・介護休業法は、男女労働者に育児・介護休業その他を行う権利を付与している。その背後には、立法を通して育児・介護責任は女性が担うものという性別役割分業を解消していこうという精神があったはずだ。間接差別理論からのアプローチは、女性が育児・介護を行うという性別役割分業を助長し、問題である。

3. 第三の道

間接差別理論は、その射程が広すぎるため、そのまま日本に導入することは避けるべき

131) 世の中には男性のひとり親も存在するわけであるが、彼らは人数にしてみれば女性のひとり親よりは少ない。そうすると、彼らが Edwards 事件で争われたような交替制勤務を要求された場合には、たとえそれにより実際には不利益を被っていても、審判所が納得するような統計を提出して当該勤務条件を争うことができない。

論 説

である。そのことを明示的に表すために、以下では間接差別理論という用語の使用を避け、あえて差別的効果理論という用語を用いて論じる。アメリカの差別的効果理論をめぐる議論からは、同理論による分析になじむ問題とは、職務のステレオタイプ化を原因とする問題であるという結論が導き出された。この結論に依拠すれば、日本における典型的な問題として先に列挙した①～⑥のうち、差別的効果理論の下で分析されるべき問題は、①、②、③であるといえる。

差別的効果理論の下で不利益な効果を証明しようとする原告は、原則としては統計的有意差のある統計によって格差を証明する必要がある。ただし、一般的な統計が問題となっている職への応募者集団を正確に代表できるものである場合には、一般的統計の利用も認められてよい。

差別的効果理論による分析になじむということは、当然のことながら妥当性の検証が可能であるということである¹³²⁾。妥当性の検証を通して、業務上の必要性の判断に、裁判所の政治的価値判断が入り込むのを排除し、両当事者に対して判断の公正さを担保することができる。差別的効果理論による検討の俎上に載せてよい問題は、妥当性の検証が実現可能な問題である。したがって、裁判所は、このような問題とは性質の異なる問題が差別的効果理論の下で訴えられた場合には、当該問題は差別的効果の問題ではないとして退けるべきである。

次に、間接差別理論の下では救済される可能性が残されていたのにもかかわらず、差別的効果理論の下ではその可能性すらないような、男女の性別役割分業を前提とする社会構造に根ざす差別については、差別禁止アプローチではなく、権利付与アプローチをとるべきだと考える。差別禁止アプローチとは、言うまでもなく反差別立法を通して、差別だから禁じられるべきであるという理屈で問題の解決を図るということである。これに対して、権利付与アプローチとは、労働者が本来有しているべき権利を明確化した立法を通して、権利を積極的に付与していく方法で問題の解決を図るということである。

まず、④のパートタイム労働者をフルタイム労働者よりも低く処遇する基準は、パートタイム労働法の改正を通して排除すべきだと考える。なぜならば、日本ではパートタイム労働者とフルタイム労働者との間の処遇の格差を不公平と見る社会的規範もまだ低く、ヨ

132) 例えば、①のコース別採用等において総合職を希望する者は全国転勤に同意することという条件については、総合職についている人がどの程度、現実に全国転勤を経験しているのかを明らかにすることができる。②の採用時の年齢制限については、採用後に配置が予定されている職務が、年齢制限を充たしている者でなければ遂行できない職務であるのか、実際に当該職務に就いている者、過去に当該職務に就いていた者の年齢と職務遂行能力との関連を明らかにすることができる。③の一般職の女性を総合職に転換させるときの試験への合格という条件（総合職として教育・訓練を受けてきた男性と同じ試験に合格すること）については、試験で試される事柄と、実際の総合職の職務との関連を明らかにすることができる。

ヨーロッパにおける男女同一労働同一賃金原則のような、不均衡を排除していくうえでの原則となる明確な法規範も存在しないからである。日本においては、とりわけ職種概念が曖昧な中で行われてきた正社員に対する伝統的な処遇が、労基法4条につき本来の意味での男女同一労働同一賃金原則を定めた規定であるとする解釈を阻む土壌となってきた。それはまた、現在ではパートタイム労働法の改正を難航させている原因ともなっている。このような状況下では、間接差別理論を用いても、パートタイム労働者であるという身分そのものが格差の正当事由とされてしまう。日本に必要なのは、パートタイム労働法の改正を通して、また改正が実現した場合には、その適用を通して、日本の土壌において均等待遇原則とは具体的にどのように実現しうるのか、社会的ダイアログを積み重ねることではないだろうか¹³³⁾。

また、⑤のような基準については、育児・介護休業法の拡充を通して排除すべきだと考える。このようなアプローチをとることにより、男女を問わず、すべての労働者に育児・介護を行う権利があるということが一層明確になるだろう。

権利付与アプローチは、確かに立法の成立までに多少の時間を要することもあるだろう。それでもなお、差別禁止アプローチをとった場合と比較すれば、こちらの方が賢明な選択ではないかと思える。つまり、差別禁止アプローチをとるにせよ、間接差別禁止規定を立法中に設けなければならない。これにもそれなりの時間を要する。そのうえ、差別禁止アプローチをとることには、これまでの分析から明らかになったような問題点が伴う。加えて、差別禁止アプローチは、基本的には司法を通して問題解決を図ろうとするアプローチであるが、日本では欧米ほど訴訟が一般的でないうえに、訴訟にかかる時間と費用も膨大なものとなる。欧米と比較したとき、少なくとも現在の日本においては、判例の集積による社会変革を期待することは効率的でないと思われる。それゆえ、多少の時間は要しても、構造的差別の救済に権利付与アプローチをとるメリットは少なくないと考える。

最後に三つの提言を行いたい。第一に、⑥の世帯主基準については、三陽物産事件判決が認定しているように、使用者は当該基準が女性に一方的に不利益になることを容認しつつ導入している場合が多い。このようなケースにおいては、わざわざ「差別的効果」ないし「間接差別」という概念を持ち出すまでもなく、使用者が当該基準を導入した経緯等に照らして使用者の差別の意図を推論するのが妥当である。

第二に、③の、一般職の女性を総合職に転換させるとき、総合職として教育・訓練を受けてきた男性と同じ試験への合格を条件とするという基準は、差別的効果理論による分析になじむ問題ではある。が、妥当性の検証の結果、総合職の実際の職務と試験との間には

133) 相澤美智子「パートタイム労働の均等待遇」『労働法律旬報』1520号(2002年)44頁。

論 説

高度の相関関係があり、差別的効果は違法評価を受けないとの結論になることもありうる。このような場合において、差別的効果理論は無力である。このような局面を打開する有効な方策は、アファーマティブ・アクション（ポジティブ・アクション）の実施である。したがって、アファーマティブ・アクションに関する議論も、差別的効果理論に関する議論と並行させて深める必要がある。

第三に、差別的効果理論の立法化の議論は、必ず差別の司法的救済方法に関する議論とセットで行う必要があることを強調したい。差別的効果理論を通じて原告が得たいのは、損害賠償といった金銭なのではなく、機会の平等であり、それが実現された先にある採用であり、昇格である。既に論じたように、イギリスにおいては、雇用審判所が間接差別を認定すると、救済として作為勧告命令を行いうる。アメリカはこの点においてより徹底しており、裁判所はインジャンクションを通して差別の再発防止を行う（差別的効果をもたらした中立的基準は廃止に追い込まれる）のみならず、それを救済するための採用や昇格の命令等も発しうる。また、これらの命令を遵守しない使用者は、裁判所侮辱罪に問われる。もっとも、第七編はエクイティの伝統の下に制定された立法であるため、裁判所の裁量による救済は当然のこととして規定されている。同じ伝統が存在しない日本で、こうした救済を導入するのは容易でないかもしれない。しかし、差別的効果理論が立法化されても、救済として違法な中立的基準が無効とされ、損害賠償が支払われるだけでは、原告に対する法的救済が十分になされたとはいえない。差別に対する司法救済のあり方は、今後の検討課題である¹³⁴⁾。

おわりに

イギリスの間接差別理論と、その起源ともいべきアメリカの差別的効果理論との比較研究がいやおうなく突きつけてくる究極的な問いは、差別とは何か、反差別立法によって規制されるべき差別とは何かということである。差別とは何かという問いは深遠で、それについて多角的に論じることは本稿の範囲を超える作業である。しかし、今回の比較研究からは、性差別には社会の構造に根ざすものと、そうでないものがあることが浮き彫りになった。そのうえで、私は、男女の性別役割分業を前提とする社会の構造に根ざす差別の排除・是正は、反差別立法とは切り離して考えられるべきであると論じた。差別という言葉のもつ響きは強いため、我々は今日、様々な不利益を明らかにし、排除していくうえで、この言葉をしばしば持ち出すようになっている。しかし、反差別法の先進国であるアメリ

134) 例えば、山川隆一・荒木尚志「ディアローグ 労働判例この1年の争点」『日本労働研究雑誌』（2001年）33頁も同旨。

カでは、最近、あらゆる不利益をすべて反差別法の枠の中にあてはめて排除していくことに疑問の声が上がってきている¹³⁵⁾。このような見解から我々が得られる示唆は大きい。

最後に、反差別法を通して排除すべき不利益の一類型について日本で語る際、日本で定着し始めた間接差別という用語をそのまま使い続けること自体は何ら問題でない。ただ、その用語が包含する内容は、妥当性の検証が可能な「職務のステレオタイプ化」を起源とする中立的基準のもたらす差別的な効果であるべきだと考える。そのような内容をもつ「間接差別理論」は、立法化に値し、やがてはその本来の使命を発揮して、労働者にとっても使用者にとっても受け入れられる角度から、社会変革に貢献していこう。

135) George Rutherglen, *Discrimination and Its Discontents*, 81 VA. L. REV. 117, 146-48 (1995).