

『雇用差別への法的挑戦』 要旨

1964年公民権法第7編（以下、第7編）は、アメリカの雇用差別禁止法制の中核をなす立法である。私は、本書において、第7編法制——すなわち、第7編それ自体、その解釈論としての差別的効果法理・差別的取扱い法理、行政実務、諸学説——の全体について、その形成と展開の歴史を、アメリカの社会的、経済的、政治的状況との関連において立体的構造的に描き出そうとした。

日本における第7編研究は、1974年の花見忠氏の論文以来、奥山明良氏、藤本茂氏、中窪裕也氏などにより発展・深化してきた。諸研究は、それぞれに学界に重要な貢献をしたが、限界も有していた。それは、拙著出版以前の私自身の限界でもあった。第1に、日本における雇用差別撤廃のために有用と思われるアメリカの立法・行政実務・判例・学説のうちの任意のものを、恣意的かつ孤立的に取り出して紹介するという表面的な研究手法がとられていたこと、第2に、立法・行政実務・判例・学説は歴史的に変容する「動的」なものであるという認識が稀薄なまま、「静的」なものとして観察してしまっていたこと、すなわち、法現象の歴史的变化を、広くアメリカ社会の「動き」（社会的、経済的、政治的状況の変化）との関係において把握できずにいたことである。拙著は、以上のような先行研究が抱えていた問題点を克服しようとする努力の中から生まれた。すなわち、本書は、実定法（労働法の中の雇用差別禁止法）を対象とするものではあるが、方法としては、解釈論に直接に志向するものというよりも、そのための不可欠の前提となる、アメリカにおける雇用差別に対する法的挑戦の姿を客観的かつ正確に認識することを課題とした著作——実定法を対象とする基礎法学的著作——である。

本書は、PROLOGUE、ACT I、INTERMEZZO、ACT II、EPILOGUE から成る本論と、2つの補論（補論 I、補論 II）によって構成されている。それぞれには、「文学的」とも評される標題をあえて付すこととした。このような手法は、わが国の研究書にはほとんど存在しないように思われるが、アメリカの研究書や研究論文では珍しいものではない。私は、アメリカの法学研究書に親しむ過程で、そのような文章作成技法が、読者に対して著者の主張を明快に伝えるという学術書の本来の目的の実現のために、きわめて有効であると考えてに至り、本書において採用することとした。

以下、拙著を要約する。

PROLOGUE 暗く厳しい長い冬——第7編制定以前のアメリカ社会

南北戦争後の「再建」、すなわち戦後復興期、合衆国憲法上は、奴隷制廃止や法の下での平等保護を掲げた修正条項が成立し、黒人の人権が保障されるにいたった。しかし、「再建」の政治的基盤が崩壊するにつれ、南部諸州では、ジム・クロウ法と総称される、人種分離を正当化する州法および条例が制定されていった。連邦最高裁も 1896 年には合衆国憲法第 14 修正（法の下での平等保護）の精神を根本的に覆し、ジム・クロウ法を支持する判決

を出した。Plessy v. Ferguson 事件判決である。人種平等が進展しないのと並行して、ジェンダー平等もさほど進展しなかったのがこの時期のアメリカである。この時期、連邦最高裁が、合衆国憲法第 14 修正の「自由」には契約の自由が含まれていると解釈するようになり、その結果、労働時間を規制する州法が違憲無効とされる判決が下されるようになったが、一方で、契約の自由も女性の妊娠・出産保護との関係においては制限されるとする判例が登場し、女性の就労時間を制限する州法があいついで制定された。しかし、連邦法次元では、ジェンダー平等に向けた唯一の進展と評価しうるのは、1920 年の合衆国憲法第 19 修正（女性の参政権）であった。

ACT I 栄光への道のり——第 7 編法制形成史

[Scene I 雪どけ——萌芽期の雇用差別禁止法]

アメリカは世紀転換期に世界一の工業生産力を誇る国となり、世界大恐慌の到来まで、経済的な繁栄を続けた。当時、リベラリズムは、アメリカ建国以来そうであったように、自由放任主義と同義で解されており、経済的繁栄を正当化する思想となった。しかし、世界大恐慌によりアメリカ経済が挫折すると、「リベラル」は、「経済活動に対する政府の介入や規制を通して民主政治の真の実現を保障すること」を意味するようになり、以後、アメリカでは規制を緩和し、自由放任主義を支持することを「保守」というようになった。この時期の雇用差別禁止法のあり様をまとめると次のようになる。第 1 に、連邦においては、ニューディール期の初めを除き、法律を通して雇用差別が禁止されることはなかった。大統領命令による雇用差別の禁止は、1941 年以降行われるようになったが、その実効性はきわめて乏しかった。第 2 に、州においては、第 2 次世界大戦以前から徐々に民間の使用者を適用対象とする雇用差別禁止法が制定されるようになっており、少なくとも大統領命令による雇用差別の禁止よりは実効性があった。しかし、実効性の程度は十分なものとはいえなかったことに加えて、多少とも雇用差別禁止の実が上がっていたのは北部および西部の州についてであり、南部の州にあつては、そもそも、かような州法が存在しないのが一般的であった。したがって、第 3 に、アメリカにおいて切に必要とされていたのは、雇用差別を一般的に禁止しうる、実効性ある連邦法であった。

[Scene II 春をよぶ嵐——人種差別撤廃を求める運動の高まりと雇用差別禁止法の成立]

第二次大戦後、アメリカは大量生産・大量消費の時代に入り、中産階級の所得が増加して、景気は上昇を続けた。人種差別撤廃を求める運動の高揚と第 7 編の制定は、アメリカ経済が好調だったこの時代に起きたことである。Brown I 事件連邦最高裁判決は、アメリカの黒人に勇気を与え、その後公民権運動と称される人種差別撤廃運動が展開され、これが 1964 年公民権法および 1965 年投票権法の制定に結実した。全 11 編からなる 1964 年公民権法は、第 7 編において人種、皮膚の色、宗教、性、または出身国を理由とする雇用差別を禁止している。第 7 編は同編により設置された雇用機会均等委員会（EEOC）が行

う助言・指導・調査・調停を紛争解決の第1次的方法と定めているが、これが困難となった場合には、EEOCが個人に訴権を付与するものとされ、紛争処理の場は裁判所に移行する。なお、司法省には、政府機関が行う差別と民間企業の行う定型化された差別（大量の被害者が発生している差別）を訴追する権限が与えられた。

1965年には、当時の大統領ジョンソンが、大統領命令11246を発し、人種、皮膚の色、宗教および出身国を理由とする雇用差別の禁止とアフーマティブ・アクション（以下、AA）の実施を、連邦政府および同政府と年間総額1万ドル以上の政府調達契約を結ぶ企業に義務付けるとともに、労働長官の責任において同命令の実現を図ることとした。1967年には、大統領命令11246の内容に性を理由とする雇用差別の禁止とAAの実施が追加され、第7編と大統領命令は相互に補完しあいながら、雇用における差別の排除・是正に貢献するようになった。

[Scene III 光り輝く季節——AAから差別的効果法理の形成へ]

1965年7月2日の第7編施行から1973年頃までの、第7編の立法目的が実現されていた時代の公民権運動とはいえば、目的が不明確となり、内部分裂の末、過激派は消滅し、穏健派も沈静化したことが、特徴である。一方、女性運動は1966年の全米女性機構(NOW)の設立と、それに続く無数のラディカルな女性運動団体の結成により大きく花開いた。

ベトナム戦争反対運動の中で政権を去ったジョンソンに代わり大統領に就任したニクソンは、選挙に圧勝したわけではなく、政治的基盤が脆弱であった。政権安定のためには、リベラルをも喜ばせる政策を実施する必要があり、その一環としてフィラデルフィア・プランという雇用におけるAA（最終的な目標とそれを達成するための時間的計画を明確にしたマイノリティの積極的雇用政策）を実施した。同プランは、ゴール・アンド・タイムテーブルという方式のAAを確立した点で歴史的に大きな意義を有する。

1972年には第7編が改正され、EEOCも訴権を獲得するにいたった（これを①とする）。したがって、EEOCは行政的手段により紛争解決が困難となった場合には、自らが訴権を行使するか、あるいは個人に訴権を付与するかを選択すべきこととなった。第7編制定時に司法省に与えられた民間企業による定型化した差別を訴追する権限（これを②とする）も、このときの法改正においてEEOCに移行した。したがって、EEOCは、前記の被害者個人の申立にもとづく差別を提訴する権限（①）に加えて、職権により発見された定型化した差別の両方を提訴する権限（②）も手にすることになった。当時、個人に訴権が付与された場合には、そこに民間の人権擁護団体が支援を行い、大量の原告を取り込んだクラス・アクションという形の裁判が提起されることが多かった。そのため、EEOCが提訴した場合でも、個人が提訴した場合でも、大量の被害者が原告となり、勝訴すれば、大量の差別が一度に救済されるという実益がもたらされた。

なお法解釈の面での画期的な出来事としては、1971年に連邦最高裁から *Griggs v. Duke Power Co.* 事件判決が下され、同判決において差別的効果法理（人種や性などに中立的な雇用

慣行が行われた場合であっても、結果的に当該慣行により特定の人種や性の者が集団として排除され、かつ当該慣行を実施することに業務上の必要性ないし職務関連性がない場合には、第7編違反が成立するとする法理)が形成されたことがあげられる。同法理は、ある雇用慣行がマジョリティーとマイノリティーの間に格差をもたらしているという結果それ自体を差別とみなそうとする法理であり、したがって、差別を温存してしまう社会の構造そのものに変革を迫るという意義をもつものであった。

ACT II 漸次的後退——第7編法制の受難の歴史過程

[Scene I 過ぎ行く夏——第7編法制の後退の始まり]

1973年のMcDonnell Douglas事件連邦最高裁判決は、前記Griggs事件判決において確立した差別的効果法理とは性質を異にする、(個別的)差別的取扱い法理(使用者がintentによって人種差別や性差別を行うこと)を形成し、ここに2大差別禁止法理が確立することになった。とはいえ、McDonnell Douglas事件判決は、本件とGriggs事件とがどう峻別され、何故に本件のような事例には差別的効果法理の適用がないかを言明した結果、差別的効果法理にもとづく訴えを一定程度排除する効果を生み出した。そのような意味において、差別的取扱い法理の形成は、差別的効果法理によって大きな広がりを与えられた第7編法制の適用範囲を縮減してしまった。差別的効果法理の適用に制約をかける連邦最高裁判決は、1970年代後半にも2件現われ、差別的効果法理の適用範囲はさらに狭められることになった。

以上のような連邦最高裁判例の形成は、アメリカ社会の変化を背景とするものであった。この時期、アメリカ経済は失速し、白人の中産階級を保守化させたのである。彼ら「ふつうの人」は、自らの収入に影響が出はじめると、AAを伴う人種問題への取り組みを「逆差別」だと批判し、巻き返しを図るようになった。保守化するアメリカ社会において、女性運動も、家庭を守ることに専念したい主婦を無理に職場に引っ張り出すなど、家族の崩壊を招来するものではないかとの疑いの目でみられるようになり、1970年代の終盤までには社会的影響力を失ってしまった。

[Scene II 冬の時代へ——共和党政権下における大きな後退]

上述のような保守化の波が、レーガン大統領を当選に導いたのは1980年のことである。1981年から2期8年に及んだレーガン政権と、それに続く1990年から1993年までのブッシュ(父)政権の下で、第7編は輝きを失っていった。後述するように、第7編そのものは1991年に差別禁止の実効性を向上させる方向で改正され、法文上は差別禁止の後退に最低限の歯止めはかかったといえるのであるが、しかし、アメリカ社会に、その法文を生かし、第7編法制を前進させる力はなくなっていた。この時代、司法省およびEEOCという行政機関が揃いもそろって、ゴール・アンド・タイムテーブル方式のAAを自らが訴追した雇用差別の救済として請求しなくなったこと、EEOCが紛争の行政的解決においてもゴール・アンド・タイムテーブルの実施を命じなくなったことは、差別禁止に向けて

の力が衰弱しつつあることを端的に示すものであった。大統領命令の実現を担当する連邦契約遵守局（OFCCP）の活動も低下し、また、かつては民間の人権擁護団体により提起されていたクラス・アクションの件数が、クラス承認の厳格化（クラス・アクションにおいては、本案審理に先立ち、クラス承認に関する判断が下される）により激減した結果、大量の差別が一度に是正されるということがなくなっていった。

行政機関の動きに以上のような後退が見られるようになった丁度その頃に、連邦最高裁から *Price Waterhouse v. Hopkins* 事件判決および *Ward Cove Packing Co. v. Atonio* 事件判決が出され（ともに 1989 年）、差別的取扱い、差別的効果、それぞれの立証責任はどうあるべきかという議論に火がついた。

前述の 1991 年の第 7 編改正は、このときの議論を収束する目的で行われたものである。差別的取扱いに関しては、人種や性などが雇用上の決定の一要因であったことを原告が証明すれば、その他の要因も雇用上の決定に影響を与えていたとしても、第 7 編違反は成立するが、一方で被告が、人種や性を考慮しなかったとしても、結局は同じ決定を行っていたということを証明した場合には——第 7 編違反は覆らないものの——原告に対する救済は制限されるということ（複合的動機法理）が法文上明らかにされた。差別的効果に関しては、原告が差別的効果の原因となる特定の雇用慣行を被告が実施していたと証明した場合には、被告が当該慣行に職務関連性があり、業務上の必要性と一致することを証明しない限り、第 7 編違反が成立することが明らかにされた。とはいえ、議会には存在した差別禁止に向けてのエネルギーを、行政機関と連邦裁判所とは——既に述べたとおり——失いつつあったのである。

〔Scene III 小春日和、そして、木枯らし——若干の揺り戻し、そして再度の後退〕
1993 年から 2 期 8 年に及んだクリントン政権と、同じく 2 期 8 年に及んだブッシュ（子）の時代になると、「若干の揺り戻し」が見られた。EEOC が、民間企業における定型化した差別の訴追に積極的になるなど、一定程度活気を取り戻したのである。

しかし、司法省および OFCCP は相変わらず雇用差別の排除・是正に消極的であった。クラス・アクションには、依然としてクラス承認における困難が伴うことが多かったが、たとえクラスが承認され、裁判が開始されても、それが和解——1990 年代における雇用差別をめぐるクラス・アクションはほぼ例外なく和解という形で決着している——という形で解決する際の条件が、昔のクラス・アクションと比べて著しく見劣りするものとなってしまった。具体的には、使用者の企業体質（差別体質）を実質的に改善する効果的な救済——ゴール・アンド・タイムテーブルがその典型である——が和解条件とされることがなくなり、原告側の弁護士は和解金の支払いがなされ、弁護士としての報酬を手にすることができればよいと考えるようになった。総じて、第 7 編を運用するアクターの「差別をなくそう」という意識が低下してしまったのである。

司法は、といえ、連邦の下級審は差別的効果法理を適用した場合でも、法解釈を通し

て、原告が特定の雇用慣行が差別的効果の原因となっていることを立証できていないと判示して、すなわち原告に責任を転嫁するやり方で、請求を棄却するのであった。一方、差別的取扱いをめぐるのは、労働者の雇用に関する決定を行うときの使用者の動機は、必ずしも単一であるとは限らず、複合的であることも想定して、複合的動機法理が成文化されたが、その後、同法理の下で差別が雇用上の一要因であったことの証明において要求されている証拠とはいかなる証拠かという点が問題となり、連邦最高裁は *Desert Palace, Inc. v. Costa* 事件判決において、直接証拠に限定されず、状況証拠も許容されると判示するにいたった。

なお、時代的にはオバマ政権に入ってからになるが、2009年に連邦最高裁から出された *Ricci v. DeSefano* 事件判決は、消防士の昇進を決定するために行った試験の結果を、差別的効果にもとづく責任を回避しようとして破棄した使用者に対し、人種を意識した差別的行為（本件試験結果破棄）を行わなければ、差別的効果による責任が生じると信じるに足る「証拠上強力な根拠」を有していない限り、使用者はそうした人種を意識した行為、すなわち、差別的取扱いを行うことは許されないと判示し、これを通して、差別的効果にもとづく責任を回避しようとしてとる措置は、「証拠上強力な根拠」という基準を満たしえない限り、差別的取扱いにあたるという法解釈を打ち出した。第7編の2本柱たる差別的効果法理と差別的取扱い法理は、もはや対等な意味での2本柱とはいえないと言わざるをえないところまで来ており、差別的効果法理は瀕死の危機に陥っているのである。

EPILOGUE——再び春を

第7編の後退ないし縮減的解釈に直面し、現行の差別禁止法理を何らかの形で深化ないし変革しようとする研究者が存在する。ここでは、そうした研究者の代表格にあたる3人の研究者の学説を考察する。

まず、リンダ・クリーガーの説である。彼女の主張の骨子は、差別的取扱い法理の下での差別の証明には、単に人種や性が取扱いに違いをもたらしたという因果関係の証明を要求すればよく、裁判所がこれまでしてきたように *intent* の証明を要求すべきではない、というものである。彼女は、差別的効果法理を不要とまでは考えていないが、しかし、差別的取扱い法理が現状のままであるならば、*intent* の証明が困難であるが故に、本質的には差別的取扱いである問題が、*intent* の証明を不要とする差別的効果法理の下で争われる（原告が差別的効果法理に依拠した主張を展開する）という、法理論的には望ましからざる事態が生じてしまうと懸念している。

次に登場するマイケル・セルミは、差別的効果法理の廃棄を唱える論者である。彼によれば、およそ差別をした側の主観を問うことのない差別的効果法理が早くに形成され、人々がそれに依拠してしまうようになったために、第7編違反とされるべき使用者の主観とはどのようなものかに関する探究が十分になされずに差別的取扱い法理が現在のような——例えば、（背後には善意という主観が存在したと考えられる）違法性・非難可能性のない使

ユーザーによる任意的なアファーマティブ・アクションも第7編違反としてしまう——法理になってしまった。セルミは、差別的効果法理によって違法とされてきた雇用慣行も使用者の何らかの主観にもとづいて存在していると考えており、それ故、差別的効果法理は廃棄したうえで、差別的取扱い法理の下で違法とされるべき使用者の主観とはどのようなものかを探求していくことが賢明であると説いた。具体的には、現行の差別的取扱い法理の下で証明するよう要求されている intent の意味を「非難可能性のある異なる取扱いに結びつく意識」と再定義することを説いたのである。

最後はチャールズ・サリヴァンの説である。サリヴァンは差別的効果法理の発展に希望を見出す論者である。彼は差別的取扱い法理を不要とはいわないが、同法理がクリーガーの提案したようには発展しない可能性が高い——裁判所がかような提案を受け入れないだろう——という見通しの下、差別的効果法理に立ち返ることを唱え、同法理の射程範囲の拡大を説いた。

補論 I

本論において検討した二大差別禁止法理は、第7編が保護の対象とする人種、皮膚の色、宗教、性、または出身国を理由とする差別全般に対して適用される法理すなわち一般的差別禁止法理であった。これに対して、本補論において検討を試みるのは、性を理由とする差別の一類型であるセクシュアル・ハラスメント（以下、SH）に関する法理であり、この意味において、個別的ともいうべき差別禁止法理である。同法理の形成には、日本のジェンダー法学にも大きな影響を与えてきたキャサリン・マッキンノンの学説の影響が大きい。マッキンノン説は近年、法学者ヴィッキー・シュルツ等により批判されている。SH法理の再構成において重要なのは、職場から性ないしセクシュアリティを排除すること（desexualize）ではなく、ジェンダーによる（職域）分離を解消すること（desegregate）である、とする批判である。

補論 II

拙著の執筆の究極的動機は、日本社会における雇用上の性差別を根絶したいという願いにある。本補論は、第7編法制を日本の雇用における性差別に対応するための法体制との比較において把握しようとした部分である。比較法的考察において、比較対象となるのは、まずは①第7編と均等法である。とはいえ、均等法は司法的救済規定を有せず、行政的救済だけを対象とするものである。したがって、均等法は直接の裁判規範になることはなく、日本で雇用における男女差別を司法上争う場合には、均等法違反＝民法上の公序違反または不法行為などと構成する必要がある。また、賃金面での女性差別は、労基法4条違反となる。すると、雇用差別に対する司法的救済について検討する際には、②第7編と日本の民法・労基法が比較対象となりうる。

法の実体面における日本法（均等法）の特徴として挙げうるのは、次の2点である。a) ステージごとの直接差別の禁止と間接差別の限定的禁止、b) 実質的平等という観点から妊

娠・出産を理由とする女性差別の排除に腐心。法の実現における日本法（均等法）の特徴としては、前記のごとく、行政的救済しか予定されていないことが挙げられる（アメリカは「行政的救済+司法的救済」を予定）。

雇用差別訴訟をめぐる日本の司法の特質として挙げうるのは、次の4点である。a) 証拠開示制度の未発達、b) 証明のルール¹の未発達（とくに直接差別の証明に関し、誰（いずれの当事者）が何を証明しなければならないのかが不明確）、c) 差別的実態の解消が不徹底（採用差別があっても採用命令が下されないなど）、d) 救済が **all or nothing**（証明のルールの未発達に伴う問題であり、使用者の動機が複合的であった可能性を考慮に入れていないため、男女格差の合理的理由が認められた瞬間、差別がなかったことになり、一切の救済が否定されること）。

以上