

間接差別法理の内容と適用可能性

相澤 美智子

(一橋大学専任講師)

間接差別は、欧米では禁止されて久しいが、日本では、前回の均等法改正において間接差別という概念に対する理解が得られず、禁止規定の立法化に失敗したという経緯がある。ところが昨年、男女雇用機会均等政策研究会報告書が出されたことで、日本でも禁止規定が立法化される可能性が高まった。一般に間接差別は、外見上は性中立的な規定、基準、慣行等が、他の性の構成員と比較して、一方の性の構成員に相当程度の不利益を与え、しかもその基準等が職務と関連性がない等合理性・正当性が認められないときに認められる。しかしながら、間接差別法理の適用を受ける事案はアメリカとイギリスの間で違いが見られるなど、その射程範囲は普遍的ではない。本稿は、EU法の影響も受けながら発展してきたイギリスの間接差別法理とアメリカの差別的効果法理（間接差別法理と同義）を比較しつつ、間接差別法理の日本での適用可能性を論じる。筆者は、日本においては、現行法の解釈から間接差別が禁止される可能性は低いとして、間接差別が均等法上、明文で禁止されるようになることを強く提言する。筆者はまた、間接差別法理は、その適用に関する社会的合意の内容によっては、パートタイム労働者に対する賃金差別を解消するのに有効なツールになるとして、パートタイム労働者であるという事実が、パートタイム労働者と正社員との間の賃金格差を正当化する事実にはならないという社会的合意の形成を強く訴えている。

目次

- I はじめに
- II 欧米における間接差別法理
- III 間接差別法理の日本への適用可能性
- IV むすびにかえて

I はじめに

欧米では禁止されて久しい間接差別が、日本でもようやく、立法上で禁止されるかもしれないという段階まできた。2004年6月、厚生労働省に設置されていた男女雇用機会均等政策研究会（以下、研究会）が、次回の均等法改正を展望する報告書を発表した。研究会が検討した四つの検討項目の一つは「間接差別の禁止」であり、報告書は、間接差別を立法上、明文で禁止することの必要性

を指摘した。報告書は、間接差別を「外見上は性中立的な規定、基準、慣行等が、他の性の構成員と比較して、一方の性の構成員に相当程度の不利益を与え、しかもその基準等が職務と関連性がない等合理性・正当性が認められないものを指す」と定義し、七つの具体例を列挙した。現在、均等法改正に向けた本格的な審議が労働政策審議会で行われている。

思い起こせば、1997年の前回の均等法改正においては、間接差別を明文で禁止することが検討されたが、結局、間接差別という概念に対する理解が得られず、立法化は見送られた。前回の失敗を繰り返さないために、間接差別法理の内容とその適用可能性を明らかにしておくことは、不可欠の作業である。本稿では、そうした作業を試みるにあたり、欧米における間接差別法理の内容を明

らかにし、そのうえで同法理の日本への適用可能性を論じていくこととする。

II 欧米における間接差別法理

1 間接差別という概念の誕生と禁止規定の成文化

1971年、合衆国最高裁判所から *Griggs v. Duke Power Co.* 事件判決¹⁾が出された。今日、われわれが日本で「間接差別」と呼んでいる法概念が誕生したのは、この判決においてである。*Griggs* 事件における被告の電力会社は、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じる1964年公民権法第七編 (Title VII of the Civil Rights Act of 1964. 以下、第七編)²⁾が施行されることになると、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的な知能テストへの合格を義務づけた。これらの資格要件はたしかに人種に中立的であったが、それ以前に教育上の差別を受けてきた黒人には充たしにくく、雇用上の障害となっており、その差別性が争われた。

Griggs 判決の判旨は次のとおりである。最高裁はまず、高卒以上の学歴と知能テストへの合格は黒人にとって充たしにくいもの、すなわち差別的な効果を有するものであると認定した。次に最高裁は、それらの要件に職務関連性は存在せず、それらを課すことに業務上の必要性は認められないと認定した。このような認定の後に最高裁は、「マイノリティ集団にとって『仕組みられた向かい風』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が許容されることはない³⁾」と述べて、属性に中立的であるという外見にかかわらず、実質的に雇用上の障害となる基準の適用は第七編違反に該当すると判示した。

上記判旨は、いわゆる差別的効果 (disparate impact) 法理と呼ばれ、アメリカの判例の中に定着していくが、1991年まで成文化されることはなかった。しかし、1971年に出された *Griggs* 判決は、程なくしてアメリカを視察に訪れたイギリスの国務大臣の知るところとなった。差別的効果

は、イギリスでは間接差別 (indirect discrimination) と呼ばれるようになり、イギリスでは早くも1975年に明文の禁止規定が設けられた。

イギリスの1975年性差別禁止法は、間接差別を次のように定義し、禁止している。ある行為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)それを適用したものが、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、当該要件または条件の適用が間接差別として性差別禁止法の下で禁止される⁴⁾。

一方、アメリカで1991年になって1991年公民権法に設けられた差別的効果に関する規定は次のようなものである。差別的効果にもとづく雇用上の行為は違法行為との評価を受ける。差別的効果は(i)人種、皮膚の色、宗教、性または出身国にもと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、業務上の必要性と一致することの証明に被告が失敗した場合、または(ii)原告が、他の選ぼ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ぼうる雇用上の行為の採用を拒否した場合に認められる⁵⁾。

イギリスにおける間接差別に関する規定と、アメリカにおける差別的効果に関する規定は、文言や規定の仕方は若干異なるが、次の二点においては共通している。一つは、外見上は性中立的な基準等が異なる集団に与える影響の違いについて、不利益な影響を被っている集団に属する者(多くの場合は女性)がその事実を申し立てれば、その者ではなく、相手方である使用者が、問題となっている性中立的な基準等を課すことに正当性があることを証明できないかぎり間接差別が認定される。もう一つは、性中立的な基準等を課した使用者に差別の意図が存在したか否かは問題とされず、それゆえ、間接差別の申立人の側で使用者の差別意思を証明する必要はない。

2 アメリカの差別的効果法理

アメリカの差別的効果法理は、後から論じるイギリスの間接差別法理と同様、理論上、適用事案を限定するものではない。しかしながら、差別的効果が立法で禁止された1991年以前は、裁判所の法(判例)解釈によって、また1991年以降は差別的効果を禁じる法律規定の文言解釈によって、差別的効果法理の適用を受ける事案の類型は限定されてきており、適用のされ方も原告にとって厳格なものとなってきている。その変遷を追ってみよう。

差別的効果法理は、Griggs事件でも争われたところの、マイノリティ(とりわけ黒人)の採用上の障害となる知能テストの利用を廃止に導いたのに続き、同じくマイノリティの採用に不利益となる過去の逮捕歴の利用を廃止に導いた⁶⁾。男女差別の文脈においては、募集の際の身長・体重要件⁷⁾や妊娠したら休職するという条件⁸⁾を廃止に導いた。1980年代後半に入ってから、例えば、衛生的なトイレの不備の問題が差別的効果法理の下で争われ(不衛生なトイレを使用することにより、女性のほうが男性よりもばい菌に感染しやすくなり、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)、原告が勝訴した事例も存在する⁹⁾。

(1) 男女賃金差別に関する事例

しかし、連邦の裁判所全体の傾向としては、1980年代以降、保守化が進み、差別的効果法理もそれに伴って縮減した。それを象徴するのが、男女賃金差別に関する事例である。

1981年、合衆国最高裁から出されたCounty of Washington v. Gunther事件判決¹⁰⁾は、ベネット修正条項(Bennett Amendment)と称される第七編の一規定703条(h)¹¹⁾の解釈を問題とし、結論においては、非同一労働に従事する男女間の賃金格差は、同一賃金法(Equal Pay Act)の下では違法評価を受けなくとも、第七編の下では違法と評価される可能性があるとした。ベネット条項は、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

違反に該当しないと規定する。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である。Gunther判決判旨は、非同一労働に従事する男女間の賃金格差が、同一賃金法の下では違法と評価されなくても、第七編の下では違法と評価される可能性があるとした点で、フェミニストらに希望をもたらしたが、④をめぐって、別の解釈の余地も残した。同判決が「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、第七編の下において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¹²⁾」と述べた点に、別の解釈の余地があることが表れている。

同一賃金法は、当然のことながら、同一労働に従事する男女間の賃金格差は違法とするが、同一価値労働に従事する男女間の賃金格差については触れるところではなく、「職務の価値」が④の「性別以外の要素」と解釈されれば、同一賃金法の下では是認される格差となる。しかしながら、フェミニストらは、Gunther判決が同一賃金法の下では違法とされない賃金差別も第七編の下では違法とされる可能性があるとした点を重く受け止め、同一価値労働同一賃金原則と差別的効果法理を有機的に結合させた次のような論理を展開した。仮に価値が同等であったとしても、伝統的な男性職(例えば、医師)は伝統的な女性職(例えば、看護師)よりも賃金が高い。だが、賃金は性に対してはあくまでも中立的に決定されている。なぜならば、それぞれの職務に対する賃金は、それぞれの職務に対する市場における賃金水準によって決定されているからである。とはいえ、現実には女性が低賃金の伝統的女性職に集中するため、伝統的男性職に対して伝統的女性職よりも高い賃金を支払うと、女性という集団に著しい不利益をもたらす。したがって、第七編の差別的効果法理の下では、同一価値労働に従事する男女に別賃金を支払うことは違法な差別となる。

ところが、Gunther判決当時のアメリカはレーガン政権に移行したところだった。雇用機会均等委員会(EEOC)委員長は、カーター大統領に任

命されたりベラル派のエレノア・ホームズ・ノートンから、保守派として知られ、後に最高裁判事となったクラレンス・トーマスに交替した。EEOCは、Griggs事件当時を含めて1970年代には、差別的効果法理の発展を促し、黒人に差別的効果をもたらす知能テストなどの利用を廃止に導くのに貢献した¹³⁾。しかし、1980年代に入ってから、男女賃金差別の問題に対してリーダーシップ的役割をとろうとはしなかった。レーガン政権の下で改組された公民権委員会（Civil Rights Commission）も、同一価値労働同一賃金原則に批判的であり、そうした風潮が次第に司法にも浸透するようになった¹⁴⁾。大統領による指名と、上院司法委員会での承認を経て正式に任命される連邦裁判所の裁判官の顔ぶれも、このころから一気に保守化した。

こうした社会的変化は、男女賃金差別訴訟における下級審の判断に色濃く影響している。下級審は、Gunther事件が男女の職務の価値の比較ないし同一価値労働同一賃金を問題とした事例ではなかった点¹⁵⁾を強調し、Gunther判決が曖昧のままにした同一賃金法の④の規定と第七編との関係について、次のように判示した。すなわち、使用者による賃金決定は市場メカニズムと連動するものであり、どこからどこまでが使用者の行為が特定が困難なため、(属性に中立的な)特定の雇用慣行が特定の集団にもたらす差別的な効果を問題とする差別的効果法理の適用になじまない¹⁶⁾。要するに、下級審は、男性と同一価値労働を行っている女性の賃金に関する争いに対して、差別的効果法理の適用を排除した¹⁷⁾のだが、その論理は、以下のようなものであった。同一賃金法の下では是認される賃金差別であっても、それが使用者の差別意思に根ざしていることが証明されれば、それは差別意思に根ざす差別を違法とする（第七編の下で発展した）差別的取扱い法理の下で違法評価を受けるのであるから、同一賃金法の下では是認される賃金差別について第七編の下で勝訴しようとするならば、使用者の差別意思を証明する必要がある。最高裁は第七編の下で争われた男女間の賃金格差の事件について裁量上訴の申立を却下し、こうした事件に差別的効果法理が適用されるのか否か

という問題に決着をつけることはなかった。

1980年代の終わりになると、下級審の中には単純かつ明快に、第七編のベネット修正条項は同一賃金法の下では是認される賃金支払い慣行を許容しているのであるから、女性がなお第七編違反を主張するためには、当該慣行が差別意思にもとづくものであることの証明が不可欠である、と述べる判決も現れた¹⁸⁾。こうした判例の立場に立てば、異なる価値の職務に従事する者同士の賃金格差、異なる雇用形態で働く者同士の賃金格差は、それが差別意思によるものでもない限り、第七編が許容する格差であり、差別ではないということになる。こうして男女賃金差別に関する訴えはことごとく退けられていき、今日のアメリカでは、差別的効果法理の下で男女賃金差別が争われることは、ほとんどなくなってしまった。

(2) 1991年公民権法の解釈

レーガン政権後はブッシュ政権となり、アメリカでは保守政権が続いた。ブッシュ大統領は拒否権を発動して、1990年公民権法の成立を阻止したが、翌91年、かろうじて法案が通過し、1991年公民権法が成立した。1991年公民権法は、差別的効果法理の下で争いうる基準、規定、慣行等を「差別的な効果の原因となる特定の雇用慣行¹⁹⁾」と規定した。この文言は、一見すると差別的効果法理の適用範囲を特に限定するようには読めない。それゆえ、さまざまな事案が争われた。

ところが、ブッシュ政権になるころまでにはすっかり保守化していた裁判所は、「特定の雇用慣行」という文言の解釈を通して、差別的効果法理の射程範囲に制限をかけていった。例えば、第二子出産後パートタイムで勤務するようになった法律事務所勤務の女性弁護士が、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する差別的効果を有すると争った事例が存在するが、裁判所は、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、女性側の訴えを退けた²⁰⁾。また、ヒスパニックの被用者らが、英語のみしか使用してはならないという職場の規則は、被用者の出身国に対して差別的効果を有すると争った事例にお

いては、裁判所は、第七編は被用者の文化的アイデンティティの表現を促進することを雇用主に義務づけるものではないとして、英語の使用を義務づける規則は第七編が問題とする「特定の雇用慣行」にはあたらないとした²¹⁾。さらに、口コミによる採用についても、現職の労働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ることは、使用者が積極的に口コミ採用を行うことは異なり、「特定の雇用慣行」に²²⁾は該当せず、差別的効果法理の射程外であると判断された²³⁾。このように、今日アメリカで差別的効果を争うことは容易ではない。

差別的効果を争うことが容易ではない理由は他にも存在する。1991年公民権法の文言は、差別的効果を証明するための統計に条件をつけてはいないが、判例上は、1979年にNew York Transit Authority v. Beazer 事件合衆国最高裁判決²⁴⁾が出されたときから、人口統計等の一般的な統計の利用が退けられてきた。その後、1989年に合衆国最高裁から出されたWards Cove Packing Co. v. Atonio 事件判決²⁵⁾が判決脚注において、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のは重要である。だが、たとえどのような統計を利用すべきかという問題をクリアしたとしても、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は残る。一般的な統計の利用が認められにくくなっているなか、一企業の従業員のみをサンプルとした統計を利用すると、サンプル数が少ないという状況に陥る。原告の代理人は、統計的有意差の証明およびその有意差が偶然の産物ではないことを示さなければならないが、これにはしばしば統計の専門家を必要とし、時間も労力も金銭も要する。

さて、仮にここまでの関門をすべて通過して、原告が無事差別的効果の一応の証明を行うことができたとしても、被告の抗弁次第では法違反は認められないことになる。1991年公民権法は、被告の抗弁基準が「業務上の必要性」および「職務関連性」であると規定した。しかし、「業務上の必要性」および「職務関連性」がどのようなことを意味するのかが具体的に明らかにせず、ただ、

1989年のWards Cove判決以前において「業務上の必要性」「職務関連性」という文言がおのおの有していた意味を採用するとした。その後、1993年に出された下級審判例によれば、「業務上の必要性」および「職務関連性」はGriggs判決において最高裁が示したように厳格に解釈すべきだとされている²⁶⁾。だが、何が「業務上の必要性」および「職務関連性」にあたるのかは、なお不明確である。また、1991年公民権法の規定によれば、差別的効果は原告が「他の選ぶ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ぶうる雇用上の行為の採用を拒否した」場合にも認定される。しかし、この規定の意味するところも不明確なままである。原告が「他の選ぶうる雇用上の行為について証明を行う」とは、訴訟の段階になって証明を行えば十分なのか、それともそれ以前に原告は使用者に他の選ぶうる雇用上の行為が存在することを提示していなければならないのか。被告が「他の選ぶうる雇用上の行為の採用」を過失により怠ったことの証明でも、それを「拒否」したことになるのか否か。こうしたことは、判例上、明らかにされていない。

3 イギリスの間接差別法理

イギリスでは立法が先行し、まず明文で間接差別が禁止された。当時のイギリスは、アメリカで出されたGriggs判決をモデルに間接差別禁止規定を明文化した。規定の文言は一般的かつ包括的であり、同規定の適用を受けうる事案を特に限定するものではない。当時のイギリスには、間接差別に関して何らコンセンサスが存在していたわけではなかった。そのような中で、興味深い判例が多数登場したのは、機会均等委員会(EOC)が一方ではテストケースを選別しつつ、差別を受けた女性個人に対し、訴訟を提起するうえでの必要な援助を与え、他方では政府に雇用立法政策を改善するよう迫るべく、自ら政府を相手取って訴訟を提起してきたからである。また、アメリカにおける連邦の裁判官の任命とは異なり、イギリスでは雇用審判所の審判長(法曹)の任命に政治が絡まない。それゆえ、判例の傾向が政治的イデオロギーに左右されることが少なかった。

(1) 間接差別法理の射程範囲

イギリスで最初に登場したのは、先任権のもたらす差別的効果が争われた事例である。Steel 事件では、使用者に女性のみを有期雇用者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、女性に対して差別的な効果を有すると争われた。当該先任権ルールには正当性がないと判断され、間接差別が認められた²⁷⁾。その後、剰員解雇者の選定において、先任権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事件においても、間接差別が認定された²⁸⁾。しかし、剰員解雇に際して、パートタイム労働者を優先することが争われた事件のなかには、原告が間接差別を証明するための適切な統計資料を提示できなかったために敗訴したものもある²⁹⁾。

次に、募集における年齢制限を問題とした事例が登場した。問題となっていた28歳以下という年齢制限は、20代から30代にかけて出産および育児に携わる多くの女性が充たしにくい条件であることが認められた³⁰⁾。使用者側は、雇用上の目的を達成するためには、当該年齢制限を課す以外に方法はなかったという、当該年齢制限を課すことについての正当性の抗弁に失敗し、女性側が勝訴した³¹⁾。

1980年代に入ると、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が登場した。例えば、ひとり親であった女性が、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 The Home Office v. Holmes 事件においては、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する女性側の主張が認められた³²⁾。London Underground Ltd. v. Edwards 事件は、経費節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女性にも早朝・深夜勤務のある交替制勤務を求めたことが、間接差別にあたることとされた事例である³³⁾。なお、Edwards 判決は、原告の間接差別の立証と被告の抗弁について注目すべきことを述べており、これについては後述する。

さらに、雇用契約における転勤条項（イギリス全国圏の転勤可能性）がもたらす差別的効果が争

われた事例も存在する。原告の女性は、多くの女性は自分のように家庭において二次的な生計維持者であるゆえ、転勤には困難が伴うと主張して、転勤条項の間接差別性を訴えた。本件では原告の間接差別の証明は認容されたが、事件は使用者の正当性の抗弁についての判断が行われるよう、下級審に差し戻された³⁴⁾。

(2) 間接差別法理の射程範囲に対する

EU法の影響力

イギリスの判例が、EU法（EC時代からの法律もすべて含めてEU法とする）の影響を受けて発展してきたことを忘れてはならない。とりわけ、パートタイム労働者の保護は、EU法の解釈を通して実現されてきたのが特徴である。

例えば、イギリスの労働審判所は、1970年代の半ばに、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する判断を示していた³⁵⁾。しかし、後に、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) 事件が登場すると、雇用上訴審判所は、パートタイム労働者に対し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ことになるとの見解を示唆した。すなわち、雇用形態の異なる労働者同士の賃金格差も、間接差別法理の下で争いうるということ、そして、その賃金格差の正当性を立証すべきは、使用者だと述べられたのである。注意すべきは、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）違反の差別となることとしたECJの先行判決を受けて出されたという点である。したがって、使用者は、雇用形態の違いを主張しても、賃金格差を正当化したことにはならない。

EU法の影響が見られる判例は、この他にも存在する。例えば、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の請求権に関する規定³⁶⁾の差別的効果が争われた R v. Secretary of State for Employment ex parte EOC 事件においては、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

当該規定の間接差別性が肯定された³⁷⁾。さらに、R v. Secretary of State for Employment *ex parte* Seymour-Smith and Perez 事件においては、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³⁸⁾。

(3) 間接差別の立証と使用者による抗弁

間接差別の立証において利用される統計につき、どのような統計（例えば、一企業の従業員をサンプルとした統計なのか国家統計のようにサンプル数の規模が大きい統計なのか）の提示を要求するかは、基本的に雇用審判所の判断に委ねられている。また、個々の統計における母数の設定についても、いかなる統計上の格差を有意差として認めるかという点についても、よほど不合理とでもいえない限り、雇用審判所の判断が尊重される。加えて、雇用審判所が統計を要求した場合にしか、統計の存在は問題とならない³⁹⁾。

前出のEdwards事件においては、男性は2023人全員が問題とされた交替制勤務に従事できたのに対し、女性は21人中、原告のMs. Edwardsを除く20人が交替制勤務に従事できた。交替条件を充足できる男女の割合は、それぞれ100%、95.2%であった。注目されるのは、雇用上訴審判所が、100対95.2が問題となっても、交替条件を充足できる女性の割合が男性の割合よりも「相当程度少ない」と判断した点である。雇用上訴審判所は、本件のように女性のサンプル数が非常に少ない場合には、「当該職務（地下鉄運転手）が男性職であって女性職でないというある種の一般化された仮説が存在することを考慮することが許容され、……相対的に男性よりもより多くの女性が育児責任を負っているという一般的な知識を適用することも適切である⁴⁰⁾」とした。

Edwards判決は、いかなる抗弁を正当な抗弁として認めるかという点についても興味深い判断を行っている。近年のイギリスの判例においては、一般に、問題となっている条件によってもたらされた差別的効果と当該条件を課す必要性とを比較

衡量して、必要性が差別的効果を上回っていれば、当該条件を課すことに正当性があると判断されている⁴¹⁾。ところが、Edwards判決は、差別的効果と必要性の比較衡量を行ったうえで、使用者は「目的を達成するために、もっと簡単に、長期勤務者であった原告に便宜を図ることができたはずである」と述べた。要するに、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。労働者の権利、すなわちファミリー・フレンドリーな職場環境へのアクセスを、経営者の権利ないし自由に優先させる本判決が、先例として今後定着するか否かは現時点では判断できない⁴²⁾。しかしながら、本件は、使用者による正当性の抗弁の「正当」の意味の再考を促す点で、とりわけ「正当」と判断されるためには、使用者に差別的効果を減じる代替的措置をとる努力を怠らなかったという証明を要求している点で興味深い。

III 間接差別法理の日本への適用可能性

1 明文による間接差別禁止の必要性

間接差別法理の日本での適用可能性を検討するにあたり最初に確認しておきたいことは、日本で間接差別を明文で禁止する必要があるか否かだ。言い換えれば、アメリカの1991年までのように、立法上は差別を直接差別・間接差別と分類せずに一般的に禁止し、あとは解釈により間接差別も規制していくという手法をとるか否かということである。筆者は、明文による禁止が必要であると考え。一方、先に言及した男女雇用機会均等政策研究会報告書は、間接差別の禁止について検討するにいたった経緯を説明した箇所において、「一見男女間で異なる取扱いをしていると言えないものの中にも、女性が不利となる制度や運用は存在しており、このようなケースについては現行の規制では対応が困難な場合がある」と述べており、基本的には明文による間接差別の禁止を提言しているようである。だが、報告書は「我が国において間接差別を検討するに当たって留意すべきこと」というまとめの部分でも、「今回調査を行った諸

外国においては、間接差別について、規定の仕方は異なるが、何らかの形で法規制を行っている状況にあること」と指摘するにとどまり、日本で間接差別を明文によって禁止する必要性を強調しているとはまではいえない。

日本の労働法学者は、1980年代半ばから間接差別という概念に関心を寄せ、研究論文も発表されてきた⁴³⁾。残念なことに、司法がこうした研究成果を判決に反映させたことはない。1994年に東京地裁から出された三陽物産事件判決⁴⁴⁾は、賃金における本人給が低く抑えられてきた女性原告らが問題とした①世帯主であること、②転勤可能性があることという性中立的基準は、会社が、女性従業員の本人給が男性従業員のそれよりも一方的に低く抑えられる結果となることを「容認して」制定し、運用してきた基準だと認定し、それらの基準を違法・無効と判断した。この判決は、雇用上、女性という集団に著しい不利益を与える性中立的な基準が違法・無効と判断された点で、たしかに画期的であった。しかし、裁判所が違法性の根拠を使用者の意図に見いだした点で、欧米における間接差別法理が適用されたとはまではいえない。

明確な間接差別禁止立法が存在しないなかで、属性に中立的といえども特定の集団に著しい不利益をもたらす基準を適用することは違法な差別にあたるとする学説が登場している日本の現状は、アメリカの1960年代後半と類似する。1960年代後半当時の第七編の文言は、すでに述べたとおり、雇用差別を一般的に禁じるにとどまり、差別的効果（間接差別）を明確に禁止するものではなかった。そのようななかで、アメリカでは、産業心理学者や法学者が、主として採用の際に課される一般の学力試験につき、こうした試験の実施は黒人の採用の実質的障壁となり、差別にあると主張した⁴⁵⁾。学説がなかなか司法に反映されない日本とは対照的に、アメリカでは産業心理学者や法学者の主張が司法に反映されるようになり、1971年にはついに、合衆国最高裁も Griggs 判決において、差別的効果という概念を認知するにいたった。

では、こうした日本とアメリカの違いは、どこから生じたのだろうか。筆者は、1960年代後半

当時のアメリカ社会が公民権運動の真っただ中にあり、全米の各地でデモや暴動が起こっていたことが、アメリカの裁判所に差別概念の再考を迫ったのではないかと考える。明確な禁止立法が存在しないなかで、法律解釈のみにより差別的効果が禁止されたというのは、当時のアメリカ社会の実情ゆえに実現したことといえよう。今日の日本社会を当時のアメリカ社会と比較すると、残念ながら、立法的な根拠がないところで間接差別という概念が司法に認知されるということは難しいように思う。このような理由から、筆者は均等法に間接差別を禁止する条文が新設されることを強く主張したい。

2 間接差別法理の適用可能性

男女雇用機会均等政策研究会報告書は、日本で間接差別が禁止されることになった場合に、間接差別として考えられる例を7例列挙した。それらは、①募集・採用時の身長、体重、体力要件、②総合職の募集・採用時の全国転勤要件、③募集・採用時の学歴、学部要件、④昇進時の転勤経験要件、⑤福利厚生や家族手当支給時の世帯主要件、⑥処遇決定時の正社員の優遇、⑦福利厚生や家族手当からのパートタイム労働者の除外である。いずれの類型についても、報告書は使用者が行う抗弁の例を挙げ、そうした抗弁が認められない場合に間接差別が認定されるとしている。もっとも、ここに挙げられた7例は、間接差別として考えられる例の一部にしかすぎない。

(1) 理論的考察

欧米における間接差別法理の分析からわかるように、間接差別法理は理論上、その射程範囲を限定するものではない。どのような事案が最終的に間接差別と判断されるかは、基本的には意思決定者（例えば、均等法の調停委員あるいは裁判官等）が、いかなる証明を間接差別を証明するに足るものとして受け入れるのか、また、いかなる抗弁ならば違法性を阻却するものかと考えるのかという、二つの判断をどう行うかにかかっている。

後者の正当性の抗弁については、報告書は、例②および例④に「転勤をする時点において個々の労働者の状況に配慮する等労働者の不利益を緩和

する措置を講じていること、またそのことが労働者に周知されていること」と記述するなど、使用者に差別的効果を減じる措置を講じることも要求し、それを充たしていなければ正当性を認めないとする見解を打ち出している。その点は評価できる。ただ、例⑥の「処遇の決定にあたって正社員を有利に扱ったことにより、有利な処遇を受けられる女性の割合が男性に比べ相当程度少ない場合」については、使用者からの抗弁として「正社員とパートタイム労働者の中で職務の内容や人材活用の仕組み・運用などが実質的に異なること等の抗弁が認められない場合」に間接差別が認定されると記述されており、この点については検討の余地がある。

(2) パートタイム労働者の賃金処遇

これまで日本では、パートタイム労働者と正社員との賃金格差を間接差別と捉えるか否かという問題につき、パートタイム労働者であるというだけの事実でも格差の正当理由になるという学説⁴⁶⁾が登場したこともあり、逆にそれだけでは正当理由にはならないのだという社会的合意が形成されにくかった。しかし、今や労働者の4人に1人がパートタイム労働者であるという日本で、富の分配が著しく不公平なるのを避け、男女共同参画を実現し、何よりも労働者のモラルの低下、雇用の劣化を防ごうとするならば、男性が大半を占める正社員の一部が特権的な処遇を享受する代わりに過重労働を担い、女性が大部分を占めるパートタイム労働者が、実際に従事している職務の内容には見合わないような賃金処遇を受けている現状は解消されなければならない。

欧米におけるこの問題についての対応に目を向けると、ヨーロッパ諸国とアメリカとは結論が分かれている。前者はこれを間接差別と捉えるのに対し、後者はそもそも、この問題は間接差別法理の適用を受けない、あるいは受けたとしても、法律は雇用形態にもとづく賃金差別は正当としているのであるから、なお差別だと争うならば、それが正当とはいえない差別意思にもとづくものであることを、格差を争う者のほうで証明しなければならないとする。結局、非正規労働者と正規労働者との賃金格差の問題を間接差別と判断するか

否かは、格差を争う者が非正規労働者であるというだけの事実を、格差の正当理由とは「認めない」か否かという二者択一的な価値判断の問題に還元されるということが見えてくる。したがって、この問題を間接差別という概念を用いて解決しようとするならば、単にパートタイム労働者であることを処遇格差の正当理由として「認めない」という決断にもとづく社会的合意が求められることになり、パートタイム労働者であることが格差の正当理由になるのか否かという議論そのものは、あまり意味がないと考える。

ところが、報告書は間接差別の一例として、⑥に「処遇の決定にあたって正社員を有利に扱ったことにより、有利な処遇を受けられる女性の割合が男性に比べ相当程度少ない場合において」、使用者から「正社員とパートタイム労働者の中で職務の内容や人材活用の仕組みや運用などが実質的に異なること等」の抗弁が認められない場合、というのを挙げている。上記の「人材活用の仕組みや運用など」というややわかりにくい表現は、パート労働法の指針第二にある「人事異動の幅及び頻度、役割の変化、人材育成の在り方その他の労働者の人材活用の仕組み、運用等」という表現を引用したものである。つまり、報告書はパート労働法の指針が掲げる事由が、違法性（間接差別）を阻却する事由になると述べたも同然であり、これだけの記述では、多くの場合にパートタイム労働者であることが違法性阻却事由となる（指針を守っていれば違法性は阻却される）可能性が高い。

日本では正社員が頻繁な配転・出向などの負担を負っていることを強調して、同一賃金は同一義務に対して保障されるべきであると主張する学説⁴⁷⁾がこれまでに提示されているが、上記パートタイム労働法指針も、この説を踏まえて作成されたものと考えられる。だが、こうした立場に対しては「日本の正社員の勤務のあり方を考慮したうえで現実的な均等待遇のあり方を考慮するものと評価すべきであるが、少なくとも立法論の次元で考える限り、現在の正社員の勤務実態を所与の前提としている点に問題がある⁴⁸⁾」との鋭い指摘がなされており、パートタイム労働者と正社員の処遇格差を間接差別という文脈で考えるにあつ

でも重大な意味をもつ指摘であると考え。報告書は、パートタイム労働者と正社員の処遇格差が正当とされるためには、使用者は正社員の勤務実態を変えることや、正社員の勤務に対する報酬のあり方を変えること⁴⁹⁾などが困難であることを証明しなければならないと言及してもよかつたのではないかと考える。

また、こうした考察をより一般化するならば、差別的効果を減じる措置がある場合に、そうした措置を講じない使用者は違法性(間接差別)を問われるとすることで、間接差別法理を社会変革のためのより有効なツールにしていけるということが言えよう。これは、前出のイギリスの Edwards 判決が示唆することであるが、報告書の例②および例④には Edwards 判決に学ぼうとする姿勢がよく現れているように感じる。

IV むすびにかえて

パート労働法については、パートタイム労働者と類似の正規労働者の間での差別的取扱いを禁止する改正は成らず、結局、2003年2月、指針が改正されるにとどまった。間接差別禁止規定の立法化要求は、パートタイム労働者の処遇改善を求める運動に支えられ、それ以前から存在していたが、パートタイム労働法の改正が頓挫している現状にあっては、立法化要求は一層切実なものとなっている⁵⁰⁾。こうした社会状況も考慮に入れて労働政策審議会の審議が進むことを期待したい。

- 1) Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).
- 2) Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C.A. § 2000e to 2000e-17 (1994).
- 3) Griggs, 401 U.S. at 431.
- 4) Sex Discrimination Act of 1975 § 1(1)(b).
- 5) 42 U.S.C.A. § 2000e-2(k)(1)(A) (1994).
- 6) 例えば, Gregory v. Litton Systems, Inc., 472 F.2d 631 (9th Cir. 1972).
- 7) 例えば, Dothard v. Rawlinson, 433 U.S. 321 (1977).
- 8) 例えば, Harris v. Pan American World Airways, Inc., 649 F.2d 670 (9th Cir. 1980).
- 9) Lynch v. Freeman, 817 F.2d 380 (6th Cir. 1987). 裁判所はこのとき被告に、不衛生なトイレを設置することが業務上利益をもたらすのだという抗弁を「業務上の必要性」の抗弁として要求したが、被告はこれに失敗した。
- 10) County of Washington v. Gunther, 452 U.S. 161

- (1981).
- 11) 42 U.S.C.A. § 2000e-2 (h) (1994).
- 12) Gunther, 452 U.S. at 171.
- 13) 相澤美智子「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」社会科学研究 54 巻 1 号 (2003 年) 178-179 頁。
- 14) ALFRED W. BLUMROSEN, MODERN LAW 191 (1993).
- 15) Gunther, 452 U.S. at 166.
- 16) 例えば, Spaulding v. University of Washington, 740 F.2d 686, at 706-07 (9th Cir. 1984), AFSCME v. Washington 770 F.2d 1401, at 1405-06 (9th Cir. 1985) など。
- 17) このことを論じた文献としては, Caren Ann Claus, *Comparable Worth: The Theory, Its Legal Foundation, and the Feasibility of Implementation*, 20 U. Mich. J. L. Ref. 7 (1986). このことは, American Nurses Association v. Illinois, 783 F.2d 716, at 724 (7th Cir. 1986) にも、よく示されている。
- 18) International Union, UWA v. Michigan, 886 F.2d 766, at 768-69 (6th Cir. 1989).
- 19) 42 U.S.C.A. § 2000e-2 (k)(1)(A)(i) (1994).
- 20) Ilhardt v. Sara Lee Corp., 118 F.3d 1151 (7th Cir. 1997).
- 21) Garcia v. Spun Steak Co., 998 F.2d 1480 (9th Cir. 1993).
- 22) 被用者選考手続に関する統一ガイドラインにおける規定は、ある集団(人種、性など)の成功率が最も成功率の高い集団の5分の4を下回る場合は、差別的効果が認められるとする。Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures, 29 C.F.R. § 1607.4 (D) (1999). 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的産物ではないことが明らかにならないと、しばしば批判されてきた。
- 23) EEOC v. Chicago Miniature Lamp Works, 947 F.2d 292 (7th Cir. 1991).
- 24) New York Transit Authority v. Beazer, 440 U.S. 568 (1979).
- 25) Wards Cove Packing Co. v. Atonio, 490 U.S. 642 (1989).
- 26) Lanning v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority, 181 F.3d 478 (3d Cir. 1999).
- 27) Steel v. (1) The Union of Post Office Workers and (2) The General Post Office [1977] IRLR 288 (EAT).
- 28) (1) Clarke v. Eley (IMI) Kynoch Ltd. (2) Eley (IMI) Kynoch Ltd. v. Powell [1982] IRLR 482 (EAT).
- 29) Kidd v. DRG (UK) Ltd. [1985] IRLR 190 (EAT). 本件で提出された統計資料の問題点を分析したものとして、相澤美智子「間接差別の立証における集団的比較の方法」労働法律旬報 1489+1490 号 (2000 年) 28-29 頁。
- 30) Price v. Civil Service Commission and another [1977] IRLR 291 (EAT).
- 31) Price v. Civil Service Commission and another [1978] IRLR 3 (IT).
- 32) The Home Office v. Holmes [1984] IRLR 299 (EAT).
- 33) London Underground Ltd. v. Edwards [1998] IRLR 364

- (CA).
- 34) Meade-Hill and National Union of Civil and Public Servants v. British Council [1995] IRLR 487 (CA).
- 35) I.D. Meeks v. National Union of Agricultural & Allied Workers [1976] IRLR 198 (IT).
- 36) 規定によれば、補償金と手当は、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。
- 37) R v. Secretary of State for Employment ex parte EOC [1994] IRLR 177 (HL).
- 38) R v. Secretary of State for Employment ex parte Seymour-Smith and Perez [2000] IRLR 263 (HL).
- 39) 相澤・前掲論文（注29）35頁。
- 40) London Underground Ltd. v. Edwards (No. 2) [1997] IRLR 160 (EAT).
- 41) 使用者の正当性の抗弁の基準の詳細や変遷については、黒岩容子「性差別禁止法の間接差別と『正当性』の抗弁」労働法律旬報1489+1490号（2000）38頁を参照のこと。
- 42) 判決が、原告には被告に自分の個人的・家族的ニーズを考慮してもらった権利があると認めたのに対し、被告は、最終的には損害賠償をすることで、原告のニーズを充たすことを要求されずに済んだことにつき、イギリスの研究者は「Ms. Edwardsの勝訴は、現実的というよりも象徴的だった」と評釈している。Joanne Conaghan, *The Family-friendly Workplace in Labour Law Discourse: Some Reflections on London Underground Ltd v Edwards* in LEGAL REGULATION OF THE EMPLOYMENT RELATION 185 (H. Collins, P. Davies and R. Rideout eds., 2001)
- 43) 例えば、浅倉むつ子「雇用上の間接性差別禁止法の意義」『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）、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。
- 44) 三陽物産事件（東京地判平成6・6・16労判651号15頁）。
- 45) 相澤・前掲論文（注13）176-177頁。
- 46) 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。
- 47) 水町勇一郎『パートタイム労働の法律政策』（有斐閣、1997年）235頁。
- 48) 西谷敏「パート労働者の均等待遇をめぐる法政策」日本労働研究雑誌518号（2003年）66頁。
- 49) 例えば、配転や出向に対しては手当を支給し、基本給格差に結びつけないことなどが挙げられる。山田省三「パートタイマーに対する均等待遇原則」日本労働法学会誌90号（1997年）122頁参照。
- 50) 筆者が以前に間接差別法理とパートタイム労働者の処遇問題との関係につき論じたときには、パート労働法は改正されるかもしれないという状況であったゆえ、筆者はパート労働法の改正を通してパートタイム労働者の処遇問題に対処するのが、間接差別法理に頼るよりも賢明であると論じた。相澤・前掲論文（注13）206-207頁。しかし、その後、パート労働法の改正は失敗に終わり、筆者も現在は間接差別法理に期待するしかないのではないかと考えるに至っている。

あいざわ・みちこ 一橋大学大学院法学研究科専任講師。
最近の主な著作に「間接差別の禁止をめぐる日本の課題」『労働調査』2004年11・12月号（2004年）。労働法専攻。