

## スターム

# 「第2世代の雇用差別——構造的アプローチ」

【労働法】

相澤美智子

考察対象論文は、コロンビア・ロースクール教授・スーザン・スタームによる論文「第2世代の雇用差別——構造的アプローチ」(*Columbia Law Review*, 2001)である。序論と結論を除き、5章から成っている。著者は雇用差別を2つに類型化し、それぞれ「第1世代の雇用差別」「第2世代の雇用差別」と呼んでいる(それぞれの定義はこの後すぐに述べる)。まずは論文の要旨を紹介する。

(1) 第1章：職場における複雑な人間関係を規律することの難しさ

第1世代の差別を排除するために構築された規制アプローチによっては、第2世代の差別がうまく排除できないことを理解することが非常に重要である。第1世代の差別とは、1964年公民権法第7編(以下、第7編)等の制定の直接的原因となったような差別、すなわち、人種や性を理由にあからさまに排除、分離し、彼らを意識的にステレオタイプ化するような差別をいう。第1世代の差別に対する救済としては、人種や性を考慮に入れた採用または昇進決定をやめよという不作為命令、かかる属性に基づいて排除された者に対するバックペイ支払い、それまで人種や性によって分離されていた職域を統合するためのゴールを設定せよという作為命令などが典型的であった。

これに対し、第2世代の差別とは、些細で複雑なバイアスに基づくものをいい、第2世代の救済とは、そうしたバイアスを排除するための適切な規制の在り方をいう。第1世代の差別が特定のアクターの故意による、これと特定できる個別の行為によって発生していたのに対し、第2世代の差別は、例えば、職務の配分や教育訓練の機会の提供が男性に対してと女性に対してでは異なる、性的な言動が日常的に存在する職場環境が「寛容に」放置されている、女性の職務能力は不当に厳しく評価されるなど、職場内においてパターン化

された属性の異なる集団間の交わりの長期にわたる反復によって、結果的にマイノリティー集団を排除するものである。それゆえ、「悪者」とされる性差別主義者や人種差別主義者1人に帰責するものではない。ある言動がバイアスを生じさせるかどうかは個々の職場の文化にかかっている。人種や性による職域分離が著しい職場ではマイノリティーの排除に帰結する言動が、職域分離の少ない、統合された職場では、マイノリティーの排除に帰結しない、というように。重要な点は、第2世代の差別は関係性の中で生じるものであるから、問題の言動を差別的と捉えるかどうかは、その人の属性、置かれている立場、職場内でどの程度の権限を有しているか、どのような人脈を有しているかなどに左右される。

以上のようなことから、第2世代の差別は1つの普遍的かつ単純な差別禁止法理によっては是正しえないものである。第2世代の差別を禁止するにあたっては、差別というものを〈意識的に行ったか、無意識的に行ったかを問わず、結果的に不平等な結果をもたらす属性を理由とする異なる取扱い〉と定義するのが妥当である。

第2世代の差別を排除するために必要なアプローチは、第1世代の差別に対してとられてきた裁判所や行政機関等によって規範を強制するというアプローチではなく、プロアクティブな問題解決アプローチ、すなわち構造的アプローチである。具体的には、問題の言動がどの程度法律や企業内のルールに違反するのかを明らかにし、関連する情報の収集・共有を促進し、個人および組織(企業)の問題対応能力を育て、バイアスおよび差別を生み出している日々の職場慣行の形成に関わっている労働者に問題解決方法を考えさせ、その効果を検証させること、である。ただし、企業が市場における競争原理のみによって自発的にこのア

アプローチをとるとは考えにくいため、従来通りの司法を通しての法的規制も必要である。

## (2) 第Ⅱ章：第2世代の差別に対する構造的規制アプローチ

近年の連邦最高裁判決の中には、司法（下級審）に、第2世代のバイアスを排除するうえで重要であり、かつ規範の適用および強制とは異なる役割を与えている、と思えるようなものが存在する。環境型セクシュアル・ハラスメント（以下、環境型SH）および主観的人事決定制度という2つの類型の差別に関する判決において、このような傾向を感得しうる。例えば、連邦最高裁は、上司の行った環境型SHに対する使用者責任に関し、使用者がハラスメントの防止および迅速な是正のために合理的配慮を行っていない限り責任ありとする判断枠組みを明らかにしているが、こうした判断からは、連邦最高裁が、一般的法規範と職場における問題解決との間の不断の相互作用を通じてダイナミックな規制体制の発展を促そうとする、構造的アプローチを推奨しているものと理解することが可能なのである。

## (3) 第Ⅲ章：構造的規制体制において中心的役割を果たす仲介者

司法による規制と個別企業による独自の規制のダイナミックかつ互恵的関係を要求する構造的規制体制が長期的に実効性を持ち続けられるかどうかは、仲介者が実体法と職場慣行の間をうまく仲介できるか、すなわち、問題の職場慣行をどのように改善すれば実体法上の規範を遵守できるかを分かりやすく説明し、それに向けた具体的取組を使用者が考え、実践していけるよう支援できるか、にかかっている。仲介者とは、次のような者を指す。すなわち、①人事管理専門家、弁護士、産業心理学者および企業コンサルタント、②（雇用差別問題を専門に扱う）シンクタンク、③企業側弁護士および労働者側弁護士、④企業内および企業横断的的被用者団体（女性や黒人の権利向上団体、労働組合等）、⑤（使用者に対し、保険契約締結資格を得るためには、あるいは保険料を低額で済ませるには、いかなる社内体制を整える必要があるのかを教示する）保険会社等である。

## (4) 第Ⅳ章：不完全な構造主義——反対勢力

構造的アプローチに対しては、その発展を妨げる勢力が存在することもまた確かである。下級審の中には、差別を排除するために使用者が設けた社内手続が実効性をもつものであるかどうかを吟味することなく尊重し、結果的に上述したような連邦最高裁判決の意義を減じているものがある。しかし、それとは反対に裁判所が実効的な問題解決システムとはかくあるべしと命令することも、また逆の意味で問題である。なぜならば、そのような命令は、使用者に対し、問題を明らかにする制度を構築し、当該制度の実効性を絶えず検証し、複数の差別の事例に共通する傾向がないかを考察するよう働きかけることがないからである。数的目標を掲げるアフーマティブ・アクション（以下、AA）も、第2世代の差別が第7編の掲げる規範に反しているということを使用者に理解させないままに行われるならば、第2世代の問題に十分に対応するものとはいえない。

現在のところ、企業レベルにおいては、構造的アプローチをとっているところとそうでないところが混在しており、当該アプローチが一般的になるまでにはいたっていない。また、現行の社内紛争解決制度の多くは、会社が訴えられることにより発生する訴訟費用を回避するためのものとして構築されており、差別を排除し、法的規範を根付かせるような実効的なものにはなっていない。何より、社内紛争解決制度は個々の問題ないし事例を処理するために利用されており、系統的な問題の発見および是正には利用されていない。

構造的アプローチの成功の鍵を握る仲介者に目を転じると、法律家には従来通りの司法による差別是正を当然とする傾向があり、労働者側弁護士であっても、自らが差別の是正に向けた企業体質の改善ないし社内制度の構築を支援する立場にあることを自覚していない者が多い。弁護士が差別の是正において積極的な役割を担えていないのは、弁護士費用が弁護士の訴訟活動に対してしか支払われず、すなわち、彼らが企業体質の改善を支援しても、それによって収入（弁護士費用）が得られるわけではないという制度ゆえである。被用者団体、保険会社、コンサルタント、研究者お

よび弁護士会や学会などの専門家団体は、情報の収集・蓄積、その比較および解析をするためのインセンティブや支援が十分に得られずにおり、活動が活発とはいえない。EEOCのような行政機関は、法律の実現を使命としてきた歴史をもつため、ごく一部の進歩的な地方事務所を除けば、差別のない平等な職場を維持できる企業の体制作りを援助する活動には着手できていない。

#### (5) 第V章：ダイナミックな規制——職場の実効的な問題解決に向けたインフラの強化

差別の規制の在り方を現在よりも確実に構造的アプローチへと転換していくためには、3つのインフラの強化が必要となる。3つとは、裁判所、個人として活動する仲介者および非政府組織である。

裁判所には、判決や裁判上の和解を通して構造的アプローチを積極的に推進していくことが求められる。裁判所は、使用者が差別を防止ないし是正するための実効的取組を実施しているときにはその法的責任をなしとするなどの判決を通して、使用者に実効的な問題解決制度の導入とその効果の検証を促すことができる。

弁護士、人事管理専門家およびコンサルタントなどの個人として活動する仲介者には、問題解決者としての役割を発展させていくことが求められる。具体的には、複数の事例からデータを集めて分析し、個別的差別のみならず系統的差別の発見に努めることが求められる。上記のような個人として活動する仲介者が活躍できるようになるためには、学術研究の在り方が、彼ら・彼女らの助力によって差別が是正された事例の紹介や分析を行うものに変化しなければならない。また、彼ら・彼女らの助力を得て差別是正に向けた実効的取組を行っている優良企業を認定する制度の構築も検討されるべきである。さらに、裁判の後、使用者が問題解決アプローチをとるべく社内を改善しているかどうかを労働者側弁護士が監視していくような仕組みを作るために、このような監視活動に対し弁護士費用を付与するという制度の導入を検討すべきである。

非政府組織には、仲介者として実効的役割を果たせるよう活動を拡充することが求められる。まずは、保険業者、労働組合、コンサルティング会

社などの非政府組織がどのような活動を行っているか情報収集を行い、そのうえで、かかる非政府組織の影響力や説明責任を向上させるために、それらの活動の影響を受けている利害関係者（使用者・会社および労働者の権利擁護に携わる人々を含む）がどのようにかかる非政府組織と関わり得るかを分析することが重要である。EEOCのような行政機関は、非政府組織間の仲介者として、それらの組織が相互に知識を共有し、自らの実効性を検証し、ネットワークを築けるように支援することができるのであり、現に、創造的なEEOCの地方事務所の中には、そのような活動を始めているところもある。

スターム論文は何故に「労働研究のターニング・ポイントとなった論文」といわれるのだろうか。以下、3つの点からこの問いに迫りたい。

#### (1) 第2世代の差別を規制するための構造的アプローチの提示と推奨

スターム論文は、第2世代の差別の排除・是正には、司法的規制に代わって構造的規制が重要となるということを唱えた点が独創的であり、この点に本論文の最大の意義がある。

スターム氏は、まず、第7編の禁止する雇用差別を2つに類型化し、それぞれを「第1世代の差別」「第2世代の差別」と命名した。氏が第1世代の差別と呼ぶものは、あからさまにマイノリティーを排除するという点で共通しており、比較的分かりやすい。一方の第2世代の差別は、ガラスの天井や環境型SH（同性間でのそれを含む）という一見するとバラバラの現象形態をとるため、これらを差別の一類型と把握することが難しいという問題があった。氏は、しかし、近年盛んに問題になっている差別は、①バイアスに根ざすものであり、かつ、②（人が誰しも有する）バイアスが実際にマイノリティーを排除してしまうか否かは社会の構造、社会的関係および状況ないし文脈によるという2点において共通性をもつものであり、それ故に1つの類型として把握することが可能であるとして、それらを「第2世代の差別」と総称した。とはいえ、その発想自体は1990年代にクリーガーの“The Contents of Our Catego-

ries” (*Stanford Law Review*, 1995)<sup>1)</sup> や、シュルツの “Reconceptualizing Sexual Harassment” (*Yale Law Journal*, 1998)<sup>2)</sup> 等において示された差別の概念を引き継ぐものであり、そこにさほどの独創性は認められない。

スターム氏の功績は、その先にある。すなわち、第1世代の差別を排除するためにとられてきた司法による規制が、第2世代の差別を排除するうえでは効果的でないことを強く主張し、後者の差別を排除するためには、いわゆる構造的規制（構造的アプローチ）をとる必要があると提唱した点である。構造的規制とは、司法的規制と個別企業依存型規制を統合したものを指し、いわば弁証法的発想から構想・立案されたものとなっている。

雇用差別を禁止する第7編を実効あらしめるのは裁判所であるという発想が支配的な中において、スターム氏が司法的規制でもなく、また個別企業依存型規制でもない、第3の道を提唱したことの意義は大きい。司法的規制は訴訟が提起されなければ実現しないが、米国のようないわゆる訴訟大国であっても、多くの雇用差別は提訴されず、司法的規制が必ずしも機能するわけではないからである。他方で、司法的規制の存在しないところで、個別企業が自ら率先して差別を是正するための各種取組を実践し、その効果の程を検証することも稀だろう。以上のような意味で、スターム氏の提言は現実を直視した妥当なものとなっているが、下級審の中には差別の是正に関して実効的でない企業の取組を是認するものがあり、現実には構造的アプローチの不徹底という問題が存在する。

なお、スターム氏が提唱する構造的規制はAAを越えるものと理解される。AAは、企業が独自に行う積極的是正措置（問題把握、分析、行動計画および数値目標設定、計画達成度の検証）を指し、スターム論文で列挙されているような企業外部の仲介者（団体）の助力を得て行うものではない。構造的規制は企業外の仲介者および団体との連携も図りながら行う規制であると筆者は理解した。

## (2) 教育・研究の在り方への提言

スターム論文は、第2世代の差別に対し構造的規制を実現することを推奨し、それを現実のものとするためには、教育・研究の在り方も変化しな

ければならないという示唆ないし提言を行っている。具体的には、次のとおりである。①ロースクール生に対して提供される法学教育が、訴訟による法の実現を強調しすぎる傾向にあり、その結果、学生は訴訟という文脈外における問題解決者としての役割を果たせるようになる訓練を受けられずにいることを指摘し、法曹の役割には上記のような役割もあることを意識した教育がなされるべきであると示唆している。②構造的規制の成功の鍵を握る、弁護士、人事管理専門家およびコンサルタント等の法律と職場慣行の仲介者が増え、彼らの影響力が増すことに期待を寄せつつ、学術研究が、彼らの助力によって差別が是正された事例の紹介や分析を行うものに変化しなければならないと提案している。法社会学的研究の推奨であり、米国のみならず第2世代の差別に対し構造的規制を普及させることを是と考えるすべての国において、著者の提言は傾聴に値するといえよう。

## (3) 弁護士費用の支払われ方に関する提言

スターム氏は、労働者側弁護士であっても、自らが差別の是正に向けた企業体質の改善ないし社内紛争解決制度の構築を支援する立場にあることを自覚していない者が多いことを問題として指摘するとともに、その問題の原因が、弁護士費用が弁護士の訴訟活動に対してしか支払われない制度にあると批判している。第2世代の差別に対して構造的規制がなされるようになるためには弁護士の問題解決者としての役割が不可欠であるが、彼らとその役割を果たすようになるには、相応の金銭的インセンティブも必要である。構造的規制の普及に向けての重要な提言である。

Susan Sturm, “Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach,” *Columbia Law Review*, 101 (3), (2001), 458-568.

1) クリーガー論文は、近年の雇用差別の多くは使用者の intent に基づくものではなく、使用者を含め今日の社会に生きる人間の誰しもが特定の属性の者に対して有してしまうバイアスに根ざすものであると指摘した。

2) シュルツ論文は、環境型SHは異性間のそれ、同性間のそれの間わず、加害者の被害者に対する性的欲望から生じるものではなく、社会的に男らしいとされる特徴を備えた男性加害者が、相対的に良い処遇の仕事に独占しようとする衝動から生じる問題であると指摘し、かかる指摘を通して、環境型SHは社会構造的な問題であると示唆した。

(あいざわ・みちこ 一橋大学大学院法学研究科准教授)