



RIETI Discussion Paper Series 13-J-027

雇用差別禁止法に対する法的アプローチの変遷と課題

長谷川 珠子
福島大学



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

<http://www.rieti.go.jp/jp/>

雇用差別禁止法に対する法的アプローチの変遷と課題

長谷川 珠子（福島大学）

要 旨

わが国においても、様々な分野での雇用差別禁止法制の進展がみられている。しかしながら、社会の多様化により雇用差別自体が多様化・複雑化し、従来型の問題解決アプローチでは限界があることが、アメリカにおいて指摘されている。本稿では、まず、日本における雇用差別禁止法の課題を日本的雇用システム等との関係から整理し、次に、アメリカにおける雇用差別禁止法の変遷を概観する。さらに、アメリカでの議論を参考に、雇用差別が禁止される理論的根拠を検討するとともに、従来型の規制枠組みの問題点と新たな問題解決アプローチのあり方について紹介する。そこでは、法による一律の規制では新たな差別に対応できない理由を明らかにし、使用者の積極的な取組みを促し、第三者を関与させる新たな仕組みが必要であることを示す。最後に、このような理論的検討を踏まえ、日本においてより実効性のある形での雇用差別禁止法制の在り方を論じる。

キーワード：雇用差別禁止法、合理的配慮、構造的アプローチ

RIETI ディスカッション・ペーパーは、専門論文の形式でまとめられた研究成果を公開し、活発な議論を喚起することを目的としています。論文に述べられている見解は執筆者個人の責任で発表するものであり、(独) 経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

1. はじめに

本研究会の目的は、①欧米における労働法をめぐる新たな法理論に注目しその理論的基盤を明らかにすること、②それらの法理論が新たな政策的動向に与える影響を検討すること、そして、③そこで鍵となっている概念の共通点を探ることにある。本稿では、①で明らかとされたアメリカの法理論が、②政策的動向のなかでも特に、差別禁止や平等取扱いの政策に対しどのような影響を与えているのかを検討することを目的とする。

グローバル化や産業構造の変化を受けて、労働実態が多様化し、雇用差別も多様化・複雑化する傾向にある。具体的には、セクシュアル・ハラスメント（以下、「セクハラ」という）や、指揮命令関係が複雑化することにより生じる差別的な効果、構造的な差別など、実態として、必ずしも差別意図を有さない新たなタイプの差別が生じている。また、障害者差別禁止法の中で、合理的配慮（reasonable accommodation）を提供しないことが差別になるとの新たな考え方が導入されるなど、差別法理の内容自体にも変化がみられている。この変化と呼応するように、雇用差別禁止法を1960年代から積極的に取り入れてきたアメリカにおいて、近年、雇用差別についての理論的な再検討が行われ、また、新たなタイプの雇用差別に対応するためのアプローチが提唱されてきている。

後述するように日本でも、雇用差別禁止法の重要性が増してきているが、欧米諸国と比べるといまだ発展途上にあり、様々な課題を抱えている。これらの課題を解決し、さらなる発展を図るためには、雇用差別禁止法制に関する半世紀以上の経験をもつアメリカでの議論から何らかの政策的な示唆を得ることが有益であると考えられる。アメリカにおいて、雇用差別問題が再び注目を集めている背景には、実態として新たなタイプの差別が生じてきていることに加え、差別の解消が使用者にとってもまた国家にとっても経済的に効率的であるとの認識が広がったことがある。例えば、差別の解消により離職率が下がることや訴訟リスクを下げることは、使用者にとってメリットとなる。また、アメリカの障害者差別禁止法の中では、これまで社会保障に頼らざるを得なかった障害者が平等な機会を与えられ職を得ることにより、国家としても何十億ドルもの不必要な出費を抑えられることが、同法の目的として掲げられている¹。このように、アメリカでは、差別禁止法の経済的効率性の側面が重視されてきたといえよう。ただし、雇用差別法理の発展や使用者にコストを負担させることを前提とする合理的配慮概念の出現により、経済的効率性だけでは説明のできない場面があらわれている。差別を禁止する根拠を探ることは、差別禁止法のあり方にも関わる重要な問題である。

以下では、2として日本における雇用差別禁止法の変遷と課題を概観する。3でアメリカにおける雇用差別法の変遷を確認し、4においてアメリカにおける雇用差別の理論的検討を行う。以上を踏まえ、最後に5で日本への政策的インプリケーションを提示する。

¹ 42 U.S.C. § 12101(a)(8).

2. 日本における雇用差別禁止法の変遷と課題

日本国憲法 14 条は、人種、信条、性別、社会的身分又は門地による差別を禁止する。しかしこれは、国家と国民との関係における平等取扱の原則を定めたものであり、民間企業が労働者に対して行う雇用差別のような私人間の差別については、直接的に憲法は適用されないと考えられている²。最高裁判所も、「法律その他による特別の制限がない限り」、使用者は契約締結の自由を有すると判示している³。

これを受け、日本では、法律レベルで、雇用差別を禁止する様々な規定が置かれている（表 1 参照）。第 2 次世界大戦後に制定された労働基準法（以下、「労基法」という）で禁止されていたのは、国籍、信条または社会的身分を理由とする労働条件差別（3 条）と、性別を理由とする賃金差別（4 条）であった。その後、性差別を包括的に規制する男女雇用機会均等法（以下、「均等法」という）が制定され、差別が禁止される場面が拡大するとともに、「間接差別」という新たな概念が持ち込まれた。また、近年では、年齢差別や障害差別、雇用形態を理由とする差別を禁止する規定が盛り込まれるなど、雇用差別が禁止される範囲は、量・質ともに拡充されてきている。

【表 1】 日本における雇用差別禁止に関する法規制

【法の下での平等】

- ・ 憲法 14 条（1946 年制定）：人種、信条、性別、社会的身分又は門地による差別の禁止

【均等待遇原則】

- ・ 労基法 3 条（1947 年制定）：国籍、信条又は社会的身分を理由とする労働条件差別の禁止

【性差別】

- ・ 労基法 4 条（1947 年制定）：性別を理由とする賃金差別の禁止
- ・ 男女平等取扱法理（1970 年代～）：男女平等取扱の原則（憲法 14 条、民法 2 条）が「公の秩序」の一内容となるとして、合理的理由のない男女差別を規制する法理
- ・ 男女雇用機会均等法（1985 年制定、1997 年・2006 年改正）：募集・採用差別の禁止（5 条）、配置・昇進・退職等に関する差別の禁止（6 条）、間接差別の禁止（7 条）、婚姻・

² 公序良俗に反する法律行為は無効であると定める民法 90 条等の法律の概括的条項がある場合に限り、憲法の趣旨を取り込んだ形で、法律の条項を解釈・適用し、間接的に私人間の行為を規律しようとする考え（間接適用説）が、通説・判例である。芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第 5 版〕』（岩波書店、2011）111 頁。

³ 三菱樹脂事件・最大判昭和 48・12・12 民集 27 卷 11 号 1536 頁

妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いの禁止（9条）等

【年齢】

- ・ 雇用対策法 10 条（1966 年制定、2007 年改正）：労働者の募集・採用における年齢差別の禁止

【非正社員】

- ・ パートタイム労働法（1993 年制定、2007 年改正）：正社員と同視すべき短時間労働者に対する差別の禁止（8 条 1 項）、賃金についての均衡処遇（9 条）→差別禁止の範囲の狭さ、均等処遇と均衡処遇
- ・ 改正労働契約法 20 条（2007 年制定、2012 年改正）：期間の定めがあることによる不合理な労働条件の禁止

【障害者】

- ・ 障害者基本法 4 条（1970 年制定、2011 年改正）：障害者を理由とする差別の禁止

【労働組合員】

- ・ 労組法 7 条 1 号（1949 年制定）：労働組合員に対する不利益取扱いの禁止

しかし、これらの各種の雇用差別禁止規定は、適用範囲の狭さや実効性の弱さ等の問題を抱える。例えば、労基法 3 条は採用差別には適用されないこと、間接差別の成立が法律上認められるのは現在のところ性差別のみであり、かつ、その性差別も厚生労働省令で定める 3 事項に限定されること（均等法 7 条、均等則 2 条）、年齢差別が禁止されるのは募集・採用段階だけであること（雇用対策法 10 条）、パートタイム労働法による差別禁止の対象となる短時間労働者（通常の労働者と同視すべき短時間労働者）の範囲が極めて狭く（パート法 8 条）、それ以外の短時間労働者に対する「均衡処遇」は努力義務にすぎないこと（同法 9 条等）、障害者基本法 4 条の差別禁止規定は理念規定に過ぎず実効性をもたないことが挙げられる⁴。

さらに、このような個別の問題に加え、日本の雇用差別禁止法制を全体としてとらえた場合にも、下記に述べるような構造的な課題があることを指摘できる。第 1 の課題は、日本の雇用システムと雇用差別禁止規定とが十分に調整されていない点にある。1950 年代後

⁴ 日本における雇用差別禁止法の課題については、櫻庭涼子「雇用差別禁止法性の現状と課題」日本労働研究雑誌 574 号 4 頁（2008）、小畑史子「男女雇用機会均等法の改正と今後の課題」労働時報 79 巻 3 号（2007）3 頁等。

半以降、長期雇用慣行、年功的処遇および企業別労働組合を特徴とする日本的雇用システムが徐々に定着・浸透していくなかで、裁判所は、キャリアの途中で解雇が労働者に大きな打撃を与えること等を理由に、「使用者の解雇権の行使も、それが客観的に合理的な理由を欠き社会通念上相当として是認することができない場合には、権利の濫用として無効になる」との「解雇権濫用法理」を確立させた⁵。しかし、厳格な解雇規制により雇用自体は守られる一方で、裁判所は、採用段階での思想・信条を理由とする差別は許されるとして、使用者の採用の自由を広く認める判断をしている（前掲・三菱樹脂事件最高裁判決）。雇用の保障と引き換えに、差別に対する規制が相対的に劣位に置かれている状況といえよう。

また、裁判所は、長時間労働の原因の一つとなる時間外労働や、労働者の私生活に大きな影響を与える転居を伴う配置転換について、使用者側の裁量を大きく認める判断をきている⁶。ここでも、景気変動などの外部環境の変化に対応する必要があるときに、解雇による量的柔軟性の確保が困難な使用者に対し、労働時間の調整や柔軟な配転・出向によって企業の柔軟性を確保させようとする裁判所の意図がみてとれる。しかし、日本的雇用システムは、男性正社員をモデルとして形成されたものであり、同システムを維持することは、社会実態として家庭責任の多くを担っているために、長時間労働や全国的な配置転換をすることが困難な女性労働者に不利に作用していると指摘することができる。このようななかで、性別を理由とした差別を単に禁止しただけでは、男性並みに働くことができない女性が、十分な機会を保障されない恐れが出てくる⁷。さらに、非正社員の多くは、日本的雇用システムの枠外に置かれ、長期雇用や年功的処遇の対象とはみなされてこなかった。例えば賃金について、年功的に賃金が決定される（職能資格給）正社員に対し、非正社員の多くは職務に対応した賃金（職務給）となっている。両者の賃金に格差がある場合にも、それが合理性のない格差なのかどうかを判断することは容易ではない。また、配転や時間外労働の負担のある正社員とそのような負担のない非正社員とを単純に比較することも困難である⁸。確かに、具体的な差別禁止規定がない場合でも、公序に反するような差

⁵ 日本食塩製造事件・最二小判昭和 50・4・25 民集 29 卷 4 号 456 頁。

⁶ 時間外労働について、日立製作所武蔵工場事件・最一小判平成 3・11・28 民集 45 卷 8 号 1270 頁、また、配置転換について、東亜ペイント事件・最二小判昭和 61・7・14 労判 477 号 6 頁等を参照。

⁷ このような問題の指摘を受け、均等法は、「コース別雇用制の総合職の募集・採用に当たって転居を伴う転勤要件を設けること」と「昇進において転勤経験要件を設けること」を実質的な男女差別（間接差別）になりうる措置として定めている（7条、均等則2条）。しかし、転勤を含む人事ローテーションを行うことが組織運営上必要であるといった、これらの措置を講じる合理的な理由を使用者が立証できれば、差別は成立しない。この間接差別の規定は、2007年4月から施行されているが、同条を根拠として間接差別が認められた裁判例はいまだに一つもない。

⁸ 労働が多様化するなかで、女性労働者の家庭責任や非正規雇用労働者の経済的事情にが、

別的取扱いは、民法 90 条等を利用して規制することができる（男女平等取扱法理等）⁹。しかし、この場合、平等に取扱うことが「公序」にまで達していることが必要とされる。社会システムの一つである日本的雇用システムのなかで形成された格差を、公序に反するということは容易ではないといえよう。

第 2 に、労働者を保護（優遇）する規定と差別禁止とが衝突する恐れのある場面について、十分に検討がなされていない。2013 年内を目途に、障害者差別禁止法の制定が目指されているが、障害者雇用促進法に基づいて実施されている、一定割合以上の障害者を雇用することを義務付ける「雇用率制度」と、障害を理由とする差別がどのような関係に立つかは、必ずしも明らかではない¹⁰。また、現在は採用の場面においてのみ規制されている年齢差別が、雇用の全局面に及ぶことになった場合、定年制（高年齢者雇用安定法 8 条参照）をはじめとする、年齢を基準とした各種の判断基準等を設けることが許されるかどうかについても、議論が必要となる¹¹。

第 3 に、日本では個別の法律によって、バラバラに差別が禁止されていることから生じる問題がある。差別禁止事由によって、禁止される使用者の行為が異なり、実効性の程度も努力義務や理念的規定を含むために濃淡が生じている。アメリカやヨーロッパ（EU）諸国では、多様な差別禁止事由（人種、皮膚の色、宗教、性別、出身国、年齢、障害、性的指向等）について、募集・採用から退職に至るまでの雇用の全局面を禁止する包括的な差別禁止法を制定している。日本でも、採用段階での差別の禁止を含めた包括的な差別禁止法の整備を検討し、そのなかで、差別の立証責任のあり方や救済のあり方を明確化する必要に迫られている。

3. アメリカにおける雇用差別禁止法の変遷

以下では、アメリカにおける雇用差別禁止法制の変遷と判例法理がもたらした影響を確認する。

アメリカでの雇用差別禁止法の中心は、1964 年の公民権法第 7 編（Title VII of the Civil

労働者の選択の余地を阻害する要員となっていると指摘するものとして、砂山克彦「非典型労働関係と法」日本労働法学会編『21 世紀労働法の展望第 1 巻』（2000 年、有斐閣）149 頁以下。

⁹ 日産自動車事件・最三小判昭和 56・3・24 民集 35 卷 2 号 300 頁。このほか、臨時社員の賃金が同一労働・同一勤続年数の正社員の賃金の 8 割以下である場合には、労基法 3 条、4 条の根底にある均等待遇の理念に反し公序違反となつた、丸子警報器事件・長野地上田支判平成 8・3・15 労判 690 号 32 頁がある。

¹⁰ この点について、労働政策審議会障害者雇用分科会で示された「今後の障害者雇用施策の充実強化について（素案）」（平成 25 年 1 月 22 日）では、雇用率制度は障害者雇用の確保の面で成果を上げていることから、積極的差別は正措置として位置づけ、引き続き残すことが適当であるとの見解が示されている（1 頁）。

¹¹ 年齢差別禁止法が存在するアメリカでは、定年制を設けることは、年齢を理由とする差別となるため、許されない。

Rights Act of 1964、以下「公民権法第7編」または「第7編」という)である。同法は、人種、皮膚の色、性別、宗教または出身国 (race, color, religion, sex, or national origin) を理由とする差別を雇用の全局面において禁止する。これに加え、1967年の雇用における年齢差別禁止法 (Age Discrimination in Employment Act of 1967) によって年齢差別が、また、障害をもつアメリカ人法 (Americans with Disabilities Act of 1990、以下「ADA」という) によって障害差別が、それぞれ禁止された。さらに、2008年には、遺伝子情報差別禁止法 (Genetic Information Nondiscrimination Act) が制定され、遺伝子情報を理由とする雇用差別が禁止されるに至っている。

アメリカにおける雇用差別禁止法制の発展には、連邦最高裁判所が大きな役割を担ってきた。まず、差別的意図を示す直接的な証拠が存在しない際に、証明責任を労働者と使用者双方に分配する立証責任ルール (McDonnell/Burdine ルール) が、1970年代に形成された¹²。同時期には、それ自体としては差別を含まない中立的な制度や基準であっても、人種や性別によって不均衡な効果をもたらすならば、違法な差別となりうるとする「間接差別法理」¹³が確立されてもいる¹⁴。さらに、セクハラについて、公民権法第7編には規定されていないものの、1970年代後半からこれを703条(a)違反の性差別と認める裁判例が現れ、セクハラに関する法理が定着した¹⁵。

このように、連邦最高裁判所が、新たな差別禁止ルールを形成する役割を果たす一方で、連邦最高裁判決により示されたルールは不適切であるとして、連邦議会がそれを否定することも少なくない。例えば、妊娠・出産を理由とする不利益取扱いは、「性」を理由とする差別に当たらないと判断した1976年の連邦最高裁判決¹⁶に対しては、1978年の公民権法第7編改正によって、妊娠・出産差別も性差別に当たり、禁止されることが法律上明記されることとなった(701条(k))¹⁷。間接差別法理については、1989年のWards Cove事件において、従来の間接差別法理の理解を覆すような、労働者側に不利な判断がなされた。そこで、従来理解に戻すべく、1991年公民権法 (Civil Rights Act of 1991) によって公民権法第7編に703条(k)(1)が新設され、間接差別の禁止が法律上明文化されることとなった。また、差別意思の存在が明らかな場合であっても、他の正当な理由がある場合には (いわ

¹² McDonnell Douglas Corp. v. Green, 411 U.S. 792 (1973), Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine, 450 U.S. 248 (1981).

¹³ アメリカでは、直接差別を「差別的取扱い」(disparate treatment)、間接差別を「差別的インパクト」(disparate impact)と呼ぶが、本稿では、それぞれ直接差別、間接差別を表記する。

¹⁴ Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971), Dothard v. Rawlinson, 433 U.S. 321 (1977).

¹⁵ Meritor v. Savings Bank v. Vinson, 477 U.S. 57 (1986), Harris v. Forklift Systems, Inc., 510 U.S. 17 (1993).

¹⁶ General Electric Co. v. Gilbert, 429 U.S. 125 (1976).

¹⁷ なお、この規定は、「妊娠差別禁止法」(Pregnancy Discrimination Act, PDA)と呼ばれる。

ゆる「動機の競合 (mixed-motive case)」の事案)、差別とはならないと判断した連邦最高裁判決¹⁸に対しても、1991年公民権法によって703条(m)を新設し、雇用上の決定の一要因として差別禁止事由(人種、性等)を考慮したことが証明されれば、他に動機の競合があったとしても、第7編違反の差別になることを明記した。公民権法以外の分野においても、例えば、ADAにおける「障害」(disability)の概念について、狭い解釈をした一連の連邦最高裁判決¹⁹を覆すため、2008年ADA改正法が制定されている。

アメリカでは、1964年に公民権法第7編が制定されて以降、連邦最高裁判所の判断の影響を強く受けつつ、様々な形で発展をみせてきている。このような雇用差別禁止法制の進展が、アメリカにおける差別問題の解消に大きく寄与したことは疑いがない。しかしながら、法律や最高裁の判断枠組みが、近年の社会・職場実態の変化や差別そのものの在り方の変化に十分対応できていないことが指摘されてきている。そこで、以下では、アメリカにおける雇用差別についての理論的検討を行うとともに(4(1))、法律や裁判所による規制の限界を指摘し新たなアプローチを提唱する見解を紹介する(4(2))。

4. アメリカにおける雇用差別の理論的検討

(1) 雇用差別禁止法理の発展と差別理論の変化

公民権法第7編は、703条(a)において、使用者の次のような差別行為を禁止する。すなわち、(1)人種、皮膚の色、性別、宗教または出身国を理由として、個人を雇用せず、あるいは雇用を拒否し、もしくは個人を解雇すること、または、その他の形で、雇用を拒否し、もしくは個人を解雇すること、または、その他の形で、雇用における報酬、条件、権利について、個人を差別すること、(2)人種、皮膚の色、宗教、性、または出身国を理由として、個人の雇用機会を奪ったりその他従業員としての地位に不利な影響を与えるような方法で、従業員または求職者を、制限、隔離または分離すること(to limit, segregate, or classify)を禁止する。

同法が制定された当初、同条が禁止するのは、差別的意図を有する差別に限られ、差別的意図から生じたものではない雇用上の不利な取扱いは、禁止されないとする解釈が一般的であった。しかし、1971年の連邦最高裁判決により、たとえ差別的意図のない中立的な制度や基準であっても、それが人種や性別によって不均衡な効果(disparate impact)をもたらすならば、第7編の禁止する違法な差別となりうるとの法理が形成された²⁰。判決のなかで、連邦最高裁は、第7編の目的は、明らかな差別の禁止にとどまらず、雇用からマイノリティを差別的に排除する効果をもつ「人為的、恣意的かつ不必要な障壁」(artificial,

¹⁸ Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989).

¹⁹ Sutton v. United Air Lines, Inc., 527 U.S. 471(1999), Toyota Motor Mfg., Ky., Inc. v. Williams, 534 U.S. 184 (2002).

²⁰ Griggs, *supra* note 14.

arbitrary, and unnecessary barrier) を除去することも含むのだと述べている。その後、この間接差別（差別的インパクト）法理は、1991年に公民権法 703 条(k)(1)として、法律上明記された。それによれば、(1)原告が、ある使用者の行為により差別的インパクトが発生することを証明したのに対し、使用者が、それが当該地位における職務と関連性があり (job related)、かつ業務上の必要性 (business necessity) に合致していることを証明しなかった場合、(2)原告が、それに代わる別の方法が存在することを証明したにもかかわらず、使用者がその方法を採用することを拒否する場合には、差別的インパクトに基づく法違反が成立する。

このようにアメリカでは、雇用差別には、①直接差別（差別的取扱い）と、②間接差別（差別的インパクト）の 2 つの類型があると説明されてきた。これに、新たな差別類型を加えたのが、1990年に制定された ADA である。障害を理由とする差別を禁止する同法は、①と②に加え、③合理的配慮 (reasonable accommodation) を提供しないことが差別になるとの規定を設けた (ADA102 条(b)(5)(A))²¹。合理的配慮とは、障害者の職務遂行を可能とするための措置をさす。具体的には、自動ドアやエレベーター、スロープ、手すり等を設置する等、既存の施設を障害者が容易に利用・使用することができるようにすることや、障害者用のパソコンなどの専用の機器を提供すること、点字や拡大文字の使用、職務内容のうちの周辺的な部分を免除すること、労働時間の変更・短縮、配置転換²²、試験や訓練材料を変更すること、会社の方針を適切に調整することなどが含まれる。ただし、使用者が、合理的配慮を提供することが「過度の負担」(undue hardship) になることを証明できた場合には、その義務を免れる。

このような合理的配慮規定を含む ADA が制定されたことを契機として、アメリカでは、雇用差別を理論的に再検討しようという動きがみられている²³。議論の中心は、「公民権法第 7 編型」の差別禁止法と「ADA 型」の差別禁止法が、同じ性質のものかそれとも異なる性質のものかである。前者は、人種や性などの保護事由に基づいて、それ以外は同じ状況にある個人を異なるふうに取り扱うことを違法とするものであり、「反差別法」

²¹ これ以前にも、労働者の宗教上の必要性に対し使用者が何らかの配慮をすべきかどうか問題となり（例えば、安息日に労働義務を免除するかどうか等）、1972年公民権法改正により、従業員への宗教上の戒律・慣行に対して合理的な配慮を提供しないことも公民権法第 7 編違反の差別となることが明記されることとなった (701 条(j))。ただし、この使用者の配慮義務は高度なものではなく、最低限のコストを超えるものは使用者にとって過度の負担になり、そのような配慮の提供義務は負わないと解されている (Trans World Airline v. Hardison, 432 U.S. 63 (1977))。

²² ADA では、「空席」への配置転換が合理的配慮として定められており、空きのないポジションに配置転換することや、当該ポジションに就いている人を他に移してまで空席を作る必要はないと考えられている。

²³ 障害者差別禁止法における合理的配慮の規範的根拠について、アメリカでの議論を参考に検討したものとして、中川純「障害者差別禁止法におけるコストと合理的配慮の規範的根拠—アメリカ法からの問題提起」季刊労働法 235 号 4 頁 (2011)。

(anti-discrimination law) と呼ばれる。これに対し後者は、保護の対象となる従業員の特別な要求に対し、追加的な便益を提供することによって「便宜を図る」(accommodate) という積極的な義務を使用者に課すものであり、「便宜(配慮)法」(accommodation law) と呼ばれる²⁴。

経済学者である Sherwin Rosen は、「反差別」が「平等」(equal) 取扱いに焦点を当てているのに対し、「配慮」は「特別」(special) 取扱いに焦点を当てているとし、両者は異なるものであると述べる²⁵。つまり、反差別法は等しき者に対する等しき取扱いを求めるものであるのに対し、便宜法は異なる者を等しく取扱うことを求めているとする。また、Samuel Issacharoff & Justin Nelson は、ADA をはじめとする便宜法は、「再分配的」(redistribution) 性質をもつものであって、反差別法とは異なるとする²⁶。このように、両者を異なる性質のものとして捉えることによって、便宜法はしばしば反差別法よりも正当性の低いものとして評価されてきた。特に、合理的配慮の提供を使用者に義務づける便宜法は、使用者にコストを課す点が、古典的な反差別法とは一線を画すると考えられている。

これに対し、Christine Jolls は、両者は根本的に異なるものというよりもむしろ重なりあうものであると指摘する²⁷。第1に、反差別法のなかの間接差別法理は、実際には特別の配慮を従業員に提供するよう使用者に要請するものであり、便宜法の合理的配慮と同様の効果をもたらしているという。例えば、妊娠を含むすべての傷病等に対する休暇を認めないという会社の方針は、全従業員に適用されるという意味においては表面的に中立的な方針といえるが、妊娠する可能性のある女性従業員には結果として過度にマイナスの効果を与えるとして、間接差別が成立するとした裁判例がある²⁸。このことは、妊娠した女性従業員に対しては、通常は与える必要のない休暇を特別に提供するよう使用者に求めるものである。第2に、差別的意図を含む差別(直接差別)の禁止のなかにも、合理的配慮と類似の要素が含まれているとする。公民権法第7編が禁止する差別は、使用者の特定の集団に

²⁴ なお、1年に12週の枠内で休暇(育児、介護、看護、病気、出産)を従業員に付与するよう使用者に義務づける「家族・医療休暇法」(Family and Medical Leave Act of 1993)も、使用者の従業員な義務を課すものであるため、ADAと同様に「便宜法」に分類されることがある(Jolls, *infra* note 27)。

²⁵ Sherwin Rosen, *Disability Accommodation and the Labor Market*, in *Disability and Work: Incentives, Rights and Opportunities* 18, 21 (Carolyn L. Weaver, ed., 1991).

²⁶ Samuel Issacharoff & Justin Nelson, *Discrimination with a Difference: Can Employment Discrimination Law Accommodate the Americans with Disabilities Act?*, 79 N. C. L. Rev. 307, 314 (2001). この他、両者を異なるものとして捉える文献として、Pamela S. Karlan & George Rutherglen, *Disability, Discrimination and Reasonable Accommodation*, 46 Duke L. J. 1 (1996)などがある。

²⁷ Christine Jolls, *Antidiscrimination and accommodations*, 115 Harv. L. Rev. 642 (2001).

²⁸ EEOC v. Warshawsky & Co., 768 F. Supp. 674 (N. D. Ill. 1991).

対する敵意（差別的意図）に基づく差別だけでなく、顧客や同僚が特定の集団に対して抱いている敵意に基づく差別や、特定の集団のメンバーは平均して質が低くコストがかかるという使用者の正しい認識に基づく差別も含まれる。つまり、使用者自身に差別的意図がなく、純粋に利益を最大化しようとする経済行動に従事しただけの場合も、それが特定の集団が不利になる場合には、許されない。この場合、使用者は利益の最大化を追求することは許されず、ある集団の雇用に関連する実際の財政上のコストを甘受することを強いられることになる。このように Jolls は、特定の集団を特別扱いする、あるいは、特定の集団にのみ配慮を提供するという側面は、便宜法（合理的配慮の提供）だけでなく反差別法（直接差別と間接差別）にも存在しているとして、両者を異なるものとして扱うことに疑問を呈している²⁹。

反差別法と便宜法の性質の違いに関する議論は、アメリカにおいても決着をみていない。差別禁止法の中での合理的配慮の位置づけが十分に固まっていないために、ADA の効果が減じられているともいわれている^{30 31}。

Jolls が述べるように、反差別法も、特定の集団の特別扱いを求め使用者にコストの負担を要請するのであって、便宜法と異ならないと考えたとしても、差別禁止法により、なぜ使用者の利益を最大化の追求を制限できるのかという疑問は残る。この点について、差別的意図に基づく不利益取扱いは、特性に対する嫌悪によって雇用の機会が排除されるものであって、道徳的背信性が高いがゆえに禁止されてきたと説明される³²。しかし、間接差別や合理的配慮の不提供は、機会の平等からの意図的な排除でない限りにおいて、使用者の利益の追求に正当性が認められるならば、必ずしも道徳的に誤っているとはいえないとし、そうであるならばそれらの規範的根拠を再検討する必要があると指摘するものがある³³。これらの規範的根拠は必ずしも明らかになっていないが、合理的配慮等に必要コストは、機会の平等を実現するため、そして使用者の社会公正的な利益を最大化するための必要な投

²⁹ 同様に、反差別法も常にコストを生じさせると述べ、反差別法と便宜法の違いはないと指摘するものとして、Michael Ashley Stein, *Same Struggle, Different Difference: ADA Accommodations as Antidiscrimination*, 153U. Pa. L. Rev. 549, 616 (2004)。その他、J. H. Verkerke, *Disaggregating Antidiscrimination and Accommodation*, Wm & Mary L. Rev. 1385 (2003)も参照。

³⁰ Samuel R. Bagenstos, *The Future of Disability Law*, 114 Yale Law Journal 1 (2004)。

³¹ ADA に基づく雇用差別訴訟のうち、連邦巡回区控訴裁判所での障害者側の勝訴率は、1998 年以降、2～6%と非常に低い (John Parry, J.D., *Equal Employment of Persons with Disabilities: Federal and State Law, Accommodations, and Diversity Best Practices*, 235 (2011)。これは障害の定義が裁判所によって非常に狭く解釈されたことによる結果と考えられており、ADA の効果が感じられていない原因は、合理的配慮の位置づけの不安定さだけにある訳ではない。

³² 中川・前掲注 23、9 頁。

³³ 同上。

資であるとの見解は注目に値する³⁴。また、障害とは、機能障害（impairment）自体ではなく、環境や社会条件などの外的要因により生じる不利益を受ける状態をいうのであって、そのような外的要因を除去・緩和することを社会に求めるという「障害の社会モデル」の立場を採用し、雇用の場面において障害者を不利な立場に追いやる外的要因を除去することができるのは使用者であるため、使用者が責任を負うのだとする見解もある³⁵。

差別禁止の出発点は、「個人の運命は、人種や家柄などの偶然の事情によって左右されるべきではない」という基本的な認識のもと、本人の意思や努力では変えることのできない属性（不可変の属性）に基づく排除を禁止することにある³⁶。そこでもっとも重視されることは、一人ひとりの個人に機会の平等を保障することである。では、雇用差別法理の発展のなかで、平等の中身は変化したのだろうか。表面的な機会の平等では過去からの差別の効果を解消できないとして、間接差別法理が形成され、また、障害者に対しては、障害ゆえの障壁を取り除くための合理的配慮の概念が取り入れられた。この間接差別法理や合理的配慮概念は、単なる機会の平等を超える平等（実質的平等）を求めるものだと考える向きもある。しかし、間接差別は、差別的効果を生じさせている会社の方針に業務上の必要性と職務関連性があることを使用者が証明できた場合には、どれほど差別的効果が生じていようとも差別は成立しない。また、合理的配慮も、それを提供することが使用者にとって過度な負担となることを証明できた場合には、提供の義務を免れる。このように、結果として特定の集団の人々に不利な影響が及ぶとしても、使用者の利益との関係において、差別の成立を阻害する抗弁が使用者に認められているのであって、これらを実質的平等（結果の平等）を求めるものということとはできないと考える。しかし、等しい取扱いをしていても結果的に格差が生じている場合には差別の成立を認める間接差別や、最初から等しい取扱いではなく異なる取扱いを求める合理的配慮概念は、等しい機会を保障すれば足りるとする古典的な差別の考え方と全く同じと考えることもできない。差別法理が発展するなかで、機会の平等の保障だけでは不十分であることが認識され、平等理念が変化・拡大されてきているといえる。ただし、これが、実質的平等の実現に向けた過渡的段階であるのか（このまま差別法理が発展すれば実質的平等に行き着くのか）、そうではなく、機会の平等の実質的な保障にとどまるのかは、必ずしも明らかではない。このことは狭い意味では、業務上の必要性や過度の負担の抗弁をどの範囲まで認めるのかという問題と関係する。また、広い意味では、なぜ差別を禁止するのかといった問題にもつながり、経済的効率性重視のこれまでの理論的基盤にも影響を与えるかもしれない。これらの点については、さら

³⁴ Jun Nakagawa & Peter D. Blanck, Future of Disability Law in Japan: Employment and Accommodation, 33 Loyola Int'l and Comp. L. Rev. 173, 205-206 (2010)

³⁵ Samuel R. Bagenstos, Rational Discrimination, Accommodation, and the Politics of (Disability) Civil Rights, 89 Virginia L. Rev. 825 (2003).

³⁶ 安部圭介「差別はなぜ禁じられなければならないのか」森戸英幸＝水町勇一郎編著『差別禁止法の新展開』16頁以下（日本評論社、2008）。

なる検討を要する。

(2) 差別の解決に向けた新たなアプローチ

雇用差別に対する理論的検討と共に、アメリカでは差別を解決する枠組み自体の再検討が行われてきている。本稿で紹介する3つの見解は、いずれも社会構造の変化や労働関係の多様化に伴い、雇用差別の実態そのものが変化してきており、従来型の差別禁止枠組みでは、問題解決に至らないことを指摘し、新たな解決アプローチを提示するものである。以下、それぞれについて概略を述べる。

Susan Sturm³⁷は、新しいタイプの雇用差別を「現代型雇用差別」(Second Generation Employment Discrimination)と呼び、従来型の差別禁止の枠組みでは、そのような新たな雇用差別を解決できないと指摘する³⁸。公民権法第7編が制定された当初の雇用差別とは、人種や性別に基づく明白又かつ画一的な排除やステレオタイプの取扱い(「伝統的雇用差別」(First Generation Employment Discrimination))であったため、法律で差別を禁止し、裁判所が適用することで、差別禁止ルール of 履行を強制する伝統的なアプローチ(「ルール強制アプローチ」(rule enforcement approach))が、それなりの効果を有していた。しかし、現代型雇用差別は、使用者側が必ずしも明白な差別意図をもって行われるわけではなく、企業の組織文化に根差した様々な措置や制度が複合的に絡み合っ発生するという特徴をもつ。例えば、セクハラや、主観的・抽象的な基準に基づく昇進差別(いわゆる「ガラスの天井」(glass ceiling))等がこれに当たる。このような現代型差別に対しては、差別意図や差別的な効果の立証が不可欠な伝統的なアプローチでは十分に対応できない。

そこで、Strumが提唱するのが、「構造的アプローチ」(structural approach)である。これは、裁判所、使用者(職場)、および「仲介者」(intermediaries)の三者が重要な役割を果たし、一般的な法規範と職場内の制度の相互作用を通して、差別問題の解決を図るというものである。まず、裁判所の役割は、当事者(使用者および従業員)が自主的に問題解決をするよう促す枠組みを作ることである。このような裁判所の役割は、実際の裁判例のなかにもみとれる。例えば、環境型(hostile environment)セクハラ³⁹に対する使用者責任が問題となった事案について、連邦最高裁は、使用者がハラメントの防止と迅速な解決のための合理的な配慮措置をとっており、かつ、原告(労働者)が合理的な理由な

³⁷ Susan Sturm, *Second Generation Employment Discrimination: Structural Approach*, 101 Col. L. Rev. 458 (2001).

³⁸ 同論文を紹介する邦語文献として、山川隆一「現代型雇用差別に対する新たな法的アプローチ」アメリカ法 2002(2)号(2002) 365-368頁、水町勇一郎『集団の再生—アメリカ労働法制の歴史と理論—』(有斐閣、2005) 166頁以下。

³⁹ 環境型セクハラとは、特定の性の従業員に対する性的な「いびり」であり、同僚従業員や上司からの性的で下卑な言動が継続して、労働環境そのものがとうてい耐え難い者になる場合を意味する(中窪裕也『アメリカ労働法〔第2版〕』(弘文堂、2010) 224頁)。

くそのような措置を利用しなかった場合には、使用者は責任を免れると判示した⁴⁰。同判決は、企業がセクハラに対する自主的な問題解決システムの設置を積極的に行うことを促進する態度を示したものと位置づけられる。次に、使用者（職場）は、企業内部の自主的な調査を通して、職場の制度に潜在する偏見を発見し、公正な処遇についての内部規範を自主的に形成していくことが求められる。最後に、「仲介者」とは、使用者の自主的な問題解決プロセスと、裁判所の一般的な法規範とをつなぎ合わせる存在である。仲介者には、企業内外の人事管理専門家、法律家、マイノリティの地位向上のためのNPO、保険会社等が挙げられており、それらの専門的知識を生かし、企業を超えたコミュニティを通じて、情報を共有し、使用者が内部規範を形成したり、効果的な制度を構築・運用することをサポートする役割が期待される⁴¹。

Estlund 論文⁴²でも、多様化、複雑化およびグローバル化の進む労働関係において、従来型の問題解決モデルが機能しなくなっていることが指摘され、それに代わる新たなモデルへの移行が必要であると説かれている。1930年代以降の労働関係規律の在り方は、「自己規制モデル」と呼ばれ、1935年全国労働関係法（National Labor Relations Act）を中核とするニュー・ディール労働法の枠組みを用い、労働協約と仲裁を通じて労働関係を規律しようとするものであった。しかし、労働組合の衰退とともに、自己規制モデルは機能不全に陥り、1950年代以降新たなモデルが台頭する。その一つが、公正労働基準法（Fair Labor Standards Act）の適用対象の拡大や1970年職業安全衛生法（Occupational Safety and Health Act）の制定等にみられる動きであり、行政機関による規制により労働関係を規律することから「規制モデル」と呼ばれる。もう一つが、公民権法第7編等の雇用差別禁止立法を制定することにより、個々人の権利を裁判を通して実現するという「権利モデル」である。しかし、規制モデルは、使用者が法を遵守していない場合に十分な監視・規制ができておらず、他方、権利モデルも、裁判を通しての問題解決を必要とするため、労働者の抱える差別の立証の困難さや金銭的・時間的コストの増加から、必ずしも十分に権利が実現できない状況にある。

そこで、Estlund は、使用者自ら問題解決に取り組むことを基礎に置く「監視された自己規制モデル」（Monitored Self-Regulation）を構築すべきとする。監視された自己規制モデルの下では、使用者と、監視者、および規制者の役割分担が重要となる。使用者は、労働者

⁴⁰ Burlington Industries, Inc. v. Ellerth 524 U.S. 742 (1998).

⁴¹ しかし、構造的アプローチに対しては、その有効性を疑問視する見解もみられている。例えば、Samuel R. Bagenstos, *The Structural Turn and the Limits of Antidiscrimination Law*, 94 Cal. L. Rev. 1 (2006)では、使用者の問題解決プロセスの適切さを、経営の専門知識のない裁判所が判断できるかどうか疑わしいことや、法令順守のサポート役を期待されるはずの仲介者が、使用者からの評価を重視する結果、訴訟回避的な使用者の行動を容認してしまい、結果として差別が隠ぺいされる恐れがある等の指摘がなされている。

⁴² Cynthia Estlund, *Rebuilding the Law of the Workplace in an Era of Self-Regulation*, 105 Colum. L. Rev. 319 (2005).

の協力（合意）のもと、自ら積極的に問題解決に取り組むことが要請される。次に、監視者は、使用者の構築した自己規制が妥当かどうかを監視し、公的な履行強制や訴訟の際のサポート的役割を果たすことが、また、規制者は、監視環境を整える役割を担い、公的・私的の両面から企業の履行強制を促すことが求められる。

Sturm 論文と Estlund 論文は、ともに、多様化する雇用社会においては、従来型の問題解決モデルでは不十分であり、新たなモデルの構築が必要であるとする。そして、その新たなモデルは、使用者の積極的な問題解決への関与を中心としつつ、それをサポートするための外部の独立した第三者による関与（評価・監視）や、従業員の自由な発言の保障が重要であるとする点で、多くの共通点をもつ。

次に紹介する Sperino 論文⁴³は、雇用差別訴訟において連邦最高裁判所が作り出してきた判断枠組みが、職場の実態の変化や差別そのものの在り方に対応できていないことを、様々な視点から明らかにしている。下級審裁判所が、連邦最高裁の判断枠組みを完璧なものとして捉えるあまり、事案に即した問題解決が図られず、また、既存の判断枠組みに当該事案の事実が一致しない場合には、違法ではない（差別ではない）として扱われる傾向がある。例えば、間接差別法理を提示した Griggs 判決⁴⁴では、知能テストに合格することや高校卒業資格を黒人に要求することは、「過去の教育上の差別」を存続させるものであり、黒人に対して差別的な効果をもたらすとして、間接差別の成立を認めた。これを受け下級審裁判所が、間接差別を「過去の差別」を救済するものとしてとらえた結果、女性に特別の休暇を認めないことや、年齢に影響を与える形で賃金等を減額することは、過去の差別を存続させるものではないため、間接差別とはならないと判示する裁判例がみられている⁴⁵。また、連邦最高裁は、「直接差別」と「間接差別」を分離し、前者には差別意図の証明が必要であり、後者には差別意図の証明は不要だが統計上の不均衡の証明が必要であるとする。このように厳密に分類することにより、統計上の不均衡を証明すること以外の方法で差別意図のない不利益取扱いを規制することが困難となり、差別意図のない行為と差別意図のある行為の両方が絡み合った差別に対処できないこととなる。さらに、既存の判断枠組みに当てはまらないケースを排除することにより、過失による差別、様々な要因が複合して生じている構造的差別、あるいは、無意識のうちに作り出される差別といった、新しいタイプの差別が成立する可能性が、裁判所によって遮断されている。このような問題を解決するために、Sperino は、公民権法第 7 編違反の差別の成立要件を、法律上の文言に則って、よりシンプルなものとすべきであるとする。すなわち、差別の成立要件を、①労働条件に影響を及ぼすまたは原告の雇用機会を制限するような、採用、解雇、決定、その他の行為が、②差別禁止事由を、③理由として行われたことの 3 点にすべきであるとする。これに

⁴³ Sandra F. Sperino, *Rethinking Discrimination Law*, 110 Michigan L. Rev. 69 (2010).

⁴⁴ Griggs, *supra* note 14.

⁴⁵ *Troupe v. May Dep't Stores Co.*, 20 F.3d 734 (7th Cir. 1994).

より、既存の判断枠組みに当てはまらないために、これまで裁判所が違法と判断できなかったような新しいタイプの差別についても、訴訟で争うことが可能になるとする。

Sturm が構造的アプローチを提唱するなかで、硬直的な法律を裁判所が一律に適用することの問題を指摘したのに対し、**Sperino** は、硬直的な法律の形成には裁判所自体が関わっていることを指摘しており、裁判所の役割についての再検討が必要であるとする点に共通点を見出すことができる。また、**Estlund** が、第 7 編等の雇用差別禁止法を中心とした「権利モデル」が機能不全に陥った理由として、裁判での立証の困難さを挙げている部分についても、これまでの判例法理の発展の裏にある弊害、すなわち、厳密な差別類型の分類により複雑化・多様化する差別に対応できなくなっている裁判所の現状を指摘する **Sperino** 論文と通じるところがある。

5. 政策的インプリケーション

上記のアメリカでの議論を踏まえ、どのような政策的インプリケーションが得られるであろうか。第 1 に、法律等による厳密な規制では、社会実態の多様化や変化には対応しきれないことが指摘できる。規制を細かくしていくことで、逆にそこからこぼれ落ちるものを生み出しかねない。例えば、雇用差別を、直接差別、間接差別および合理的配慮の不提供と分類することは、それらの内容が明確化するため一見望ましく感じるかもしれない。しかし、アメリカではそれらの位置づけや相互の違いの有無について十分な説明がなされておらず、そのことが裁判所での混乱をもたらしているとの指摘もある⁴⁶。

日本では労働時間規制について、週 40 時間、1 日 8 時間という法定労働時間が設けられているが、このような硬直的な規制になじまない働き方が増えるに従い、変形労働時間制や裁量労働時間制等の特則が設けられている。しかし、それらの制度の対象となる労働者がバラバラで、また、手続きが複雑なため、必ずしも使い勝手の良い制度とはなっておらず、いずれの制度の対象にもならない労働者を生み出してもいる⁴⁷。社会実態の多様化や急速な変化に対応するためには、単に規制を強化することや、場当たりの細かな規制を設けるだけでは足りないといえよう。

第 2 に、法律によって一定の枠組みを作るものの、裁判所による柔軟な対応を可能とする制度設計も考えられる。しかし、この場合、裁判所の解釈次第で結果に大きな差が生じる恐れがあり、一度形成された判例法理が後の判断に大きな影響を与えることも考えられる。これでは、当事者の予測可能性が低くなり、労働者側が訴訟回避的行動をとる恐れが

⁴⁶ 中川・前掲注 23、9 頁。

⁴⁷ この結果、いずれの制度の対象ともならない労働者を、その要件を満たさないにもかかわらず、労働時間規制の適用除外となる「管理監督者」（労基法 41 条 2 号）として扱われ、いわゆる「名ばかり管理職」「名ばかり店長」の問題を生じさせているといえる。

ある⁴⁸。実際に、ADAにおいては、「障害」の範囲が広く解釈されることを意図して、柔軟な定義が置かれていたが、裁判所が障害の範囲を非常に狭く解釈した結果、ほとんどの障害者が敗訴するという事態が生じた。この他、間接差別や妊娠差別をめぐって差別の成立範囲を狭める判断をした連邦最高裁判決に対しても、法律を改正することで対抗している。裁判所の判断に多くを委ねることのリスクの表れといえるかもしれない。

第3に、法や裁判所だけに頼るのではなく、当事者による合意を尊重し、使用者による積極的な問題解決を優先させることがありうる。たとえば、Strum論文にあるように、使用者が問題解決に自主的に取り組んでいた場合には、たとえハラスメントが生じたとしても使用者に責任を問わないといった方法が考えられる。しかし、これは、単なる規制緩和につながる恐れがある。使用者の取り組みが実態を伴ったものなのか、単なる形式的なものにすぎないのかを判断する能力が裁判所に求められることとなる。また、手続き的な面において、公正な当事者の関与があったかどうかを判断するための規制が必要となってくる⁴⁹。さらに、監視の重要性を説くEstlund論文が参考となる。使用者による自主的な取り組みは、多くの場合、それをやらなければ公的な取締りによりサンクションを受ける恐れがあることや、労働者による訴訟提起の恐れがあることがあって初めて、実施されるものといえる。当事者の自主的取り組みを促進するためには、同時に監視の強化や訴訟を通じた履行確保も必要となる。しかし、日本の労働紛争の訴訟件数は、労働審判も含め、年間6,500件と非常に低い。個別労働紛争解決促進法や労働審判法の制定により、個別労働紛争の解決促進に向けた取り組みが図られているが、さらなる取り組みが求められる。

このように、第1に挙げた法律による厳密な規制や、第2の法律による一定の枠組みに基づいて裁判所が柔軟な解決を図る方法は、多様化する現代社会において、機能不全に陥っているのであって、当事者の合意や自由を尊重するという第3の新たな枠組みが必要とされている。ただし、従来の解決枠組みが全く意味をもたなくなったわけではない点には注意が必要である。本稿のテーマである「雇用差別」の側面においても、明白な差別的意図を有する差別や、悪しき慣行等はいまだに残っており、それらに対しては、第1または第2のアプローチが有効に機能するであろう。問題は、労働関係の多様化、指揮命令関係の複雑化により、明白な差別とまではいえない個々の判断の積み重なりにより、結果として格差を生じさせるような新たなタイプの差別に対し、どのように対応すべきかである。差別類型を分類することや細かな規制を置くことは、新たなタイプの差別の解決には不向

⁴⁸ Sperino論文でも、職場に不平等が存在する場合でも、それが既存の判断枠組みから外れているような場合には、訴訟による問題解決は不可能と考え、不平等状態を放置せざるを得ない状況があることが指摘されている (Sperino, *supra* note 43 at 106-109)。

⁴⁹ 近年日本で注目を集めている「ブラック企業」では、労働者の選別や使い捨てが戦略的に行われ、ハラスメントも常態化しているという。このような企業において、果たして手続き規制だけで、使用者の自主的な問題解決が促進されるかどうかは疑問の余地がある今野晴貴『ブラック企業 - 日本を食いつぶす妖怪』(文芸春秋、2012)。

きであり、各規制の狭間に追いやられる危険がある。日本では、間接差別になる恐れのある措置（実質的に性別を理由とする差別となる恐れがある措置）を、均等則 2 条に列挙する形をとっているが、このような規制の在り方では、新たなタイプの差別には対応できない。また、日本では、差別禁止事由ごとに異なる規制があるため、制度の狭間に陥り、不利益な取扱いを受けても保護されない場合がありうる。これらは、機械的な類型化による弊害が生じることを示唆しており、大きな視点からの制度設計の必要性を示している。

2 点目について、日本でも裁判所による柔軟な判断によって、既存の法枠組みでは解決できない雇用差別が解決されてきたのであって（例えば、男女平等取扱法理）、裁判所の役割は非常に重要であるといえる。しかし、判例法理が、日本的雇用システムの影響を強く受けていることは上述した通りであり、日本的雇用システムと衝突する可能性の高い雇用差別の分野においては、裁判所の積極的な関与には慎重であるべきであろう。

第 3 の点に関し、複雑な法規制がある日本においては、当事者の話し合いや関わりを重視した規制を置くことが、問題の解決の近道になるかもしれない。第 2 の点と関連し、日本的雇用システムとの結びつきのなかで、これまで雇用差別は問題として取り上げられることが少なく、基本的人権の尊重や不可変の属性に基づく排除は決して許されないといった視点は、構築されてこなかった。だからこそ、当事者の話し合いや外部のモニタリングが重要になってくるといえる。ただし、採用差別が禁止されていない分野においては、話し合いによる解決は困難であるため、当事者に委ねるのではなく、法による規制が必要になると考えられる。訴訟による問題の解決は、オールオアナッシングになりがちであり、訴訟を提起した個人だけの解決にとどまる。会社内部の組織的文化的要因により差別的な取扱いが生じているのだとすれば、個別の解決ではなく、当事者の話し合いを通じた全社的な取組みが必須となる。また、このような取組みに使用者が関与するインセンティブを与えるためには、積極的に取組みを行った使用者に対しては、たとえ実際に問題が生じてしまったとしても、責任を軽減する等の仕組みを作ることが重要となる。しかし、先に指摘したように、使用者が形式的に差別問題の相談窓口を設けていることだけをもって、使用者責任を免れるようなことがあってはならず、制度の実効性をも判断の対象に含めるべきであろう⁵⁰。また、労働者側が積極的な問題解決に取り組まなかったことを、使用者側の責任を回避させる根拠として斟酌する場合にも、労働者が関与することが現実的に可能であったのか、そのような働きかけを使用者が行っていたのかどうかなどを慎重に判断する必要がある。

⁵⁰ この点に関し、Strum 論文では、雇用差別への対応措置がとられている場合でも、採用や昇進における女性の比率など、結果のみに焦点が当てられることは好ましくなく、実質的な問題解決を重視すべきことが指摘されている。