

〔講演〕

現在法の禁止差別・アメリカ憲法—と包摂排除

安部 圭介

法律学科で英米法を担当しております、安部と申します。本日は、お忙しい中、成蹊学園創立一〇〇周年記念行事・法学部創立四五周年記念講演会にお越しくださり、ありがとうございます。

自分の名前からはじめて恐縮ですけれども、私の「あべ」は、最近、自民党の総裁に返り咲かれた安倍晋三元首相と「安」は同じですが、「部」は違う字です。名刺の表面の漢字を見た外国の方から「『安部』というのはどういう意味か」と聞かれることがあります。いつも「元首相の安倍さんとは違って、"cheap apartment"という意味です」と答えることにしております。本当にそういう意味なのか、一度、気になって調べてみました。「あべ」という名前はいろいろな漢字で表記されますが、もともとは同じ苗字で、はじめは「あえべ」と言っていたのだそうです。それがなまって「あべ」になった。「あえ」とは何のことかといいますと、宮中晩餐会の「餐」という字を書いて「あえ」と読んでいたらしい。つまり、貴族の方々のために料理を作っていた人が先祖にいたらしいということがわかりました。料理はまったく得意ではありませんので、私自身はこういう語源についても何となく気恥かしい気持ち

を持つのですけれども、今日はこの後、パーティーもあるということですし、久しぶりに会ったご友人の方々と昼食をとられる方もいらっしゃるかと思えます。まさにそれが「あえ」でございますして、その「あえ」の前に「あえべ」の講演にしばらくおつき合いたいだけだと思います。

と申しましても、なにしろ法律の話ですので、みなさまのご関心にどこまで応えられるか、心配なものもございません。そこで、助手の浅川さんをお願いをしまして、アメリカの写真をスライドショーにしていただき、講演の内容とはまったく関係なく、それをスクリーンに流させていただくことにしました。花も動物も出てまいります。ちょっと珍しいところでは、ニューヨークの郊外に作曲家のラフマニノフの墓がありますけれども、その写真もございません。アメリカの「あえ」の写真もたくさん出てまいりますので、退屈されたときは、どうぞそちらをご覧くださいと思います。

そこで、本日のテーマでございますが、この見るからに真面目な「排除と包摂」というテーマを考えられたのは、もちろん、今井先生です。私ではございません。アメリカ法の研究者として「排除と包摂」について何が話せるだろうかということを私なりにいろいろ考えておりましたが、これは大変だということにすぐ気がつきました。

なぜかと申しますと、アメリカ法といえますのは、はじめから今に至るまで、ほとんど全部と言ってよいほど「排除と包摂」の話をやっているのです。話すことがたくさんありすぎて、どこから手をついたらよいのかわからないほどです。その意味で「排除と包摂」に関してアメリカ法の立場からお話をするというのは、少し荷の重い任務かもしれないという印象もございます。ですが、私自身、いくつか興味を持って、また、こだわりを持って考えてきたことがありますので、本日はそれらに関する思いをみなさまと分かち合うことができたいと思っております。

もともと、北アメリカの植民地にイギリスから渡ってきた人々は、ピューリタンであったり、クエーカー教徒であったり、カトリック教徒であったりというように、イギリスにおいて排除されて避難してきた人々です。そのような歴史経緯がありますので、「排除と包摂」というテーマは、アメリカ法のいわば根本にある問題だと思います。

その植民地の人々がイギリス本国との関係を断つことを決断して、一七七六年に採択したのが独立宣言でございます。お手元の資料に原文を載せさせていただきました。その中に“all men are created equal”という有名なフレーズが出てまいります。「すべての人は平等に造られている」という趣旨かと思いますが、細かなことを申しますと、*men*とだけ書いてあって、*women*についての言及は全然ない。こういう言葉遣いですと、今であればフェミニズム法学の先生方から大変なお叱りを受けると思いますが、当時はそういうことを気にしない時代だったものですから、*all men*と書いてあっても、それは*all people*の意味であると解釈することになっています。

改めてその部分を読んでみますと、すべての人は平等に造られ、造物主によって、つまり、神によって一定の奪えない天賦の権利を付与されている、その中には生命、自由および幸福の追求が含まれると書いてありまして、高らかに、実に美しいのです。本当にそうだったらどんなにすばらしいだろうと思えますけれども、では、本当にそうなのか。これを書いたのは誰だったかと見てみますと、のちに第三代大統領に就任することになるトマス・ジェファソンです。

独立宣言を起草したジェファソンがどういう生活を送っていて、一体、どういう立場の人だったかということに關しましては、みなさまご存じの通りであります。バージニア州のシャーロットビルという町にモンティチェロという邸宅を持っています、家に名前がついているところからして、何か普通でない感じがしますけれども、ジェファソ

ンという人は、弁護士であり、政治家であると同時に、数百人の奴隷を所有する大農園主でもありました。これがどんなことを意味していたのか、具体的に見てみたいと思います。

奴隷にとって、自分の主人がどういう人かということは、平穩無事に毎日を送れるかどうかを左右する大問題になるわけですけれども、ジェファソンは、生前、ふだんの生活においては、比較的良好な主人だったと言われています。ところが、ジェファソンには、人間として致命的な欠点が二つありました。

それは何かと申しますと、第一に、浪費家だったということであり、第二に、うっかり者だったということです。農園を経営して莫大な収入を上げていたはずなのですが、それでも、どういうわけか、亡くなったときには債務のほが本人の財産を大幅に超過していた。要するに、破産していたわけです。

ちなみに、ジェファソンが起草した独立宣言が大陸会議で採択されたのが一七七六年の七月四日でありまして、ジェファソンは、それからちょうど五〇年後の一八二六年七月四日に亡くなっています。面白いことに、ジェファソンの友人であり、ライバルでもあった第二代大統領のアダムズもまったく同じ一八二六年七月四日に亡くなっているのですが、それはともかく、ジェファソンは、遺言の中で、長きにわたって忠実にジェファソンに仕えた何人かの奴隷を解放するということをしました。

その中に蹄鉄工のジョゼフ・フォセットという、もともとは釘の製造をしていたのですけれども、その後、鍛冶屋としてさまざまな仕事をして、ジェファソン一家に仕えた奴隷がおりました。ジェファソンは、フォセットを解放する旨の遺言を残したのです。

ところが、何を忘れていたかといえますと、フォセットの家族を解放するのを忘れていた。遺言には、私のために

一所懸命働いてくれたあなたを解放する、家族とともにモンティチェロに住み続けることを認めると書いてあるのですけれども、家族を解放するのを忘れていたためにどんなことが起きたかということは、法律学科を卒業されたみなさまにはきつとご想像いただけると思います。

遺言執行者に指定されていたのは、孫の一人であるトマス・ジェファソン・ランドルフでしたが、遺言者が亡くなりまずと、遺言執行者は、通常、葬儀費用の支払いをして、債権を回収し、債務を支払い、残った財産を受遺者に分配します。ですが、ジェファソンの場合は、分配するも何もないわけです。すっからかんです。そこで、遺言執行者としては何をしなければならぬかと申しますと、今、曲がりなりにも手もとに残っているジェファソンの財産をできるだけ高く売却しないと、自分自身が信認義務違反で訴えられるということになりかねません。

そこで、フォセットの妻も子どもたちも、一番高い値段をつけた人に売られてしまうことになりました。奴隷の家族をまとめて引き受けてくれる方というのは、やはり、あまり高い値段をつけてくれない。一人ひとり買い取って、しっかり働かせようという人のほうが高い値段をつけるのですから、家族は散り散りばらばらになってしまいました。フォセットは、自分自身は自由になったけれども、その後一〇年以上もかかって、お金を貯めて妻子を買い戻すという悲劇的なことになった。これが一九世紀前半のアメリカ社会の現実であったわけです。

その後の展開はみなさまご存じの通りであります。南北戦争が北部の勝利に終わりました後、一八六八年に合衆国憲法第一四修正という憲法修正が成立しまして、平等保護条項と呼ばれる規定がその中に盛り込まれました。実はこの時点まで、合衆国憲法には平等に関する規定は一切ありませんでしたので、連邦レベルでは、これが平等に関する初めての憲法規定ということになっています。州は「その権限内にある者から法の平等な保護を奪ってはならない」

とありますから、この時期以降、州の行為にも連邦的な規律が及ぶようになりまして、南部であれ北部であれ、州政府が市民に対して差別的な取扱いをすることが明確に禁じられる状況になったわけでありまして。

ところで、これまで、研究を通じてアメリカ人、あるいはアメリカという国との接点を私なりに細々と築いてまいりまして、決して長くはないのですが、何年か滞在もいたしました。友人も相当数、アメリカにおります。ずっと見ていて思うのは、国として見た場合も個人レベルで見した場合も、アメリカは、日本やヨーロッパと比べますと、幼いところ、洗練されていないところがたくさんある国であるという印象を受けますけれども、それでも基本的に好きだなどと思うのは、いつも非常に一所懸命なのです。独立宣言も第一四修正も、ものすごく大きなことを大真面目に語っている。理念を語り、理想を語る。それを恥ずかしながらに徹底的にやるといのがアメリカの魅力でもあります。それは、アメリカが「法によって束ねられている社会」であることを示すものでもあると思います。

その一方で、保守反動の方々、差別意識に凝り固まっている方々も、残念ながら一所懸命なものですから、南北戦争が終わってしばらく経ちますと、南部でどうということが起こったかは、すぐにご想像いただけるかと思います。各州とも昔ながらの制度を次々に復活させまして、私が少し論文を書いてまいりました州憲法の分野などでは、南部諸州は、ことごとく憲法の全部改正を行いました。北部に屈したときの憲法は早々に引っ込めて、すぐまた新しい憲法を制定して元の体制を復活させるというようなことが各地で行われたわけです。

もう少し身近なところに目を向けてみますと、奴隷制そのものはありませんでしたが、南部では、公共交通機関でも、レストランでも、映画館でも、白人と黒人の席は完全に分離されているという状態が一九五〇年代まで続きました。アメリカ人でも、今の六〇代よりも上の世代の方々とお話をしていますと、子どものとき、公園の水飲み場がはっき

り分かれていて、どうしてだろうと思ったというようなことを語られる場合があります。そういう形で、まだ人々の記憶の中に残っているのだなという印象を持つのですが、こうした背景を念頭に置きながら、「排除と包摂」という本日のテーマに沿って、アメリカ法の「差別との格闘」について考えてゆきたいと思います。

排除されている人々を制度や社会の側が包摂する。この課題にアメリカ法がどのように取り組んできたかを見るに当たって、中心になる分野は、憲法とその周辺を固めている差別禁止法です。

差別の是正に関するアメリカ法の動きに関しては、一つ、非常に興味深い特徴があります。それは、それぞれの時代を彩る中心的なテーマがいつも二〇年ぐらいの周期で入れ替わってきているということです。一九五〇年代から六〇年代にかけては人種差別、一九七〇年代から八〇年代にかけては性差別、一九九〇年代から二〇〇〇年代にかけては性的指向を理由とする差別に対する法的対応が集中的に進みました。時代のうねりが非常にはっきり表れています。司法・立法・行政の各部門が一気に取組みをするというような現象がくり返し見られるわけですけれども、これはおそらく、訴訟社会というアメリカの特徴と関係があるのではないかと思っております。

それはなぜかと申しますと、新しい時代の波は、常に裁判所からはじまりまして、次第に政治部門へと波及して行っている、こういう過程をたどっています。選挙ということになりまして、人とお金を総動員して、競争を勝ち抜かなければ表舞台には立つことができません。しかし、裁判所では、自分の立場を何とか筋道立てて主張して、法と正義に訴えれば、認めてもらえる見込みがある。一人の裁判官の心を動かすことができれば勝訴する可能性がありますので、社会のメインストリームではまだ相手にしてもらえないような人々もある程度は期待が持てる。司法部門といいますが、このような性格を持っているかと思えます。

ここで、どこかの裁判所で新しい種類の主張がいったん認められますと、差別をしている側は、ぼんやりしていますと、また別の人に訴えられて、たちまちのうちに巨額の損害賠償を取らしてしまうというようなことにもなりかねませんので、さっさと対応しないと大変だという意識が働きます。政府や企業が是正に向けて取組みをはじめますと、よほど偏見に凝り固まった人々は別として、社会の意識もだんだん変わってゆく。こういうプロセスをたどるものですから、少なくとも形式的な障壁の撤廃に関しては、おおむね二〇年くらいで一応の結論が出る。その結果、ある属性に基づいて人を差別する、排除する、そういった障壁が取り払われて、次はまた別の属性に基づく差別に関心が向けられるようになる、こういうパターンがくり返されてきたのではないかと思います。

具体的には、たとえば人種差別に関しては、一九三〇年代から制度改革のための訴訟活動を展開していたN A A C P（有色人種地位向上協議会）という人権団体がありました。一九五〇年代に入って、専門的な能力の高い法律家がそこに集まるようになり、そうしたスタッフの力で、公立学校における人種別学を違憲とする最高裁判決を勝ち取るという出来事がありました。南部では小中学校も高校も白人用と黒人用に全部分かれていたわけですが、これは第一四修正の平等保護条項違反である、と合衆国最高裁がはっきり言ったのが一九五四年のブラウン判決です。

その後、学校自由選択方式が導入されましたが、黒人が多く住んでいる地域の公立学校には黒人の子どもしかおらず、白人が多い地域の公立学校にはほぼ白人の子どもしかいないという事態が生じ、結局、制度は変えたけれども、事実上の別学状態が続くという問題が発生しました。この制度に関しても合衆国最高裁で一九六八年に違憲判決が下り、相前後して、政治の表舞台でも公民権法や投票権法の制定をはじめとする立法的対応が進むといった現象が見られたわけです。

性差別に関しては、NOW（全米女性機構）という団体が訴訟活動を活発に展開しまして、一九七一年、七三年、七五年に、連邦や州の差別的な制度を違憲とする最高裁判決が出されています。政治部門においても、たとえば、妊娠を理由とする差別を禁じる連邦法が一九七八年に制定されています。

この後の議論と少し関わってきますのは、ミシシッピ州立女子大学の看護学部のことです。ある年、この大学で勉強したいということで、男性の志願者がやって来たわけです。なにぶんにも田舎のことなので、他に近くに適切な看護学の教育機関もない。ミシシッピ州の側は、歴史的に女性はずっと差別されてきた、州立女子大学を設けているのは差別を是正するための積極的措置であると言ったのですけれども、合衆国最高裁はこれを認めず、寝ぼけたことを言っただけではない、憲法上、性差別が禁じられている以上、女性差別も男性差別も許されるものではない、と一九八二年の判決の中で申しました。

この事例が示していますように、「排除の問題を解決するため」と称して、まさに排除を伴う対応がなされることごとときあります。動機の部分に目を向ければ、少なくとも主張を額面通り受け取る限り、もともとは善意から出たもので、差別的な状況を是正しようという意図ではじまったことです。ところが、たとえば男性にとっては、どうして税金で賄われている州立大学なのに、自分はここで看護学を学べないのだろうか、ということになる。人種差別の分野では、この問題は、さらに先鋭な形で立ち現われました。

先ほど、二〇年くらいでなくなると申しましたのは、形式的な障壁の話でありまして、格差はまだ残っています。たとえば、現在、アメリカのどこかの大学が人種を理由に黒人の入学を拒むというようなことをすれば、大騒ぎになるだけでは済まないと思いますけれども、平等に出願を受け付けているからといって、医学部や法科大学院に人口比

にふさわしい数のマイノリティが入ってきているかという点、まったくそうではないわけでは、放っておいたのでは、マイノリティは競争に競り負けてしまう。そこで、何か積極的に後押しをしなければならぬ、なぜなら今ある格差は親世代が受けた差別の影響が残存していることによるものだから、と一部の人は考えました。

キーワードは「積極的措置」です。アメリカではaffirmative actionといいますが、ヨーロッパではpositive actionと言ふことのほうが多いようですけれども、いずれにしても、過去の差別の埋め合わせをするために、作爲的な形で優先処遇をする必要があるという発想です。最も踏み込んだ措置としては、たとえば割当枠を設けるという方法がありまして、やはり州立大学であるカリフォルニア大学デービス校の事例では、医学部の定員一〇〇人のうち一六人は黒人枠です、とあらかじめ決めていました。

そこで、黒人の志願者が少なかったり、たくさんいても得点が低かったりしますと、黒人以外の志願者は五四九点でも不合格で、五五〇点とらないと合格しない。ところが、黒人の志願者は五二〇点で合格するというようなことが起きるわけです。案の定、憲法訴訟が提起されました、この問題について、合衆国最高裁は、割当枠を設けることは憲法違反で許されないという判断を示しました。

どうして違憲かと申しますと、医学部入学者の選抜に際して人種を考慮すること自体が「個人を個人として扱わない」という重大な欠陥を含んでいるからだと言っています。最初の話を思い出していただきますと、独立宣言には「すべての人は平等に造られ」、「生命、自由および幸福追求」の権利を有しているという表現がありました。この発想を基礎として合衆国憲法も起草され、制定され、その後の運用もなされてきているわけですから、そこで保障されているのは、あくまでも一人ひとりの個人の権利である。したがって、あなたは他の志願者よりも良い点

をとったけれども、白人だから入学は認めませんというようなことを州立大学が言ってくる、これは許されないと判断だったので。

しかし、アメリカの大学の入学者選考といえますのは、日本の入試とはだいぶ違ってきます。日本の大学のAO入試のイメージに近いのかもしれませんが、マークセンス方式の試験の結果以外にも、いろいろな要素を加味して最終判断がなされます。たとえば部活動、ボランティア活動を頑張った、あるいは自分にはこういう夢があるという文章を書いて出すと、熱意を認められる可能性がある。将来の目標、自分がどんなユニークな才能を持っているか、いかに困難な環境を克服してすばらしい成果を上げたか。ありとあらゆる個人的なことが出願書類に書かれていますので、合衆国最高裁は、カリフォルニア大学の積極的措置の合憲性が問題になったこの一九七八年の事件では、「人物について総合判断する際に一つのプラス要因として人種を考慮するのであれば、考慮してさしつかえない」と言っていました。

それから二五年が過ぎまして、二〇〇三年に入って、ミシガン大学の積極的措置の合憲性が合衆国最高裁で争われました。カリフォルニア大学同様、やはりトップレベルの大学として有名な州立大学です。今度は二件ありました。一件は法科大学院入試、もう一件は学部入試に関する憲法訴訟です。学部入試では、マイノリティの志願者に一律加点がなされていました。学部は志願者数も定員も非常に多いものですから、黒人とヒスパニックに一律に二〇点を与えていたのです。これに対して、法科大学院では、書類審査の過程で一人ひとりの志願者について個別的に考慮する中で、志願者の人種も考慮していた。このような状況の下、合衆国最高裁は、学部入試における一律加点は違憲であると言い、法科大学院の行っていた個別的考慮は合憲であると判断したわけです。

しかし、ここまでお話をできて申し訳ないのですけれども、カリフォルニア州とミシガン州では、その後、いずれも州民投票が成立しまして、州立大学は積極的措置を実施してはならないことになりました。ですので、今では、個人に目を向けてプラス要因として人種を考慮することもできないことになっています。個人を個人として見ない、人種で人を評価する、属性に基づいて個人を見るという発想に対して、アメリカ法ないしアメリカ社会の抵抗感がいかに強いかということ、この例は如実に示していると思います。

憲法判例の展開は以上のようなものですが、それがビジネスの場面において、特に雇用の局面においてどのようなインプリケーションを持っているかということに関して、最近、少し調べてみる機会がありましたので、ここでみなさまと共有させていただきたいと思います。

ニューヨーク大学で労働法を教えているシンシア・エストランドという学者がいますけれども、エストランドは、二〇〇五年の論文の中で、憲法と雇用差別禁止法の分野は、お互いに「相互浸透性」があるという指摘をしています。原語は“permeability”¹という言葉で、普通、透水性、水を通す性質という意味で使われる単語だと思いますが、これは、二つの法分野が相互に行き来可能な状況にあるという指摘です。憲法と労働法、公法と私法の間であって、非常に垣根が低い、ちょっと特殊な分野が差別禁止法という分野です。

それは何を意味しているかと申しますと、民間企業が行う取組みの有効性の判断についても、憲法判例が間接的な形で影響を及ぼしている。どうしてそうなるかと申しますと、一九六四年に制定されました、公民権法の第七編という連邦法の中に七〇三条という規定があるからでありまして、この規定の中で、人種、皮膚の色、宗教、性、または出身国を理由として、雇用差別を行うことがはっきり禁じられている。これは、私企業が行う差別を禁じているわけ

ですが、この規定の解釈適用に当たっても、差別の禁止、あるいは平等保護に関する憲法判例が常に隠れた変数として立ち現れ、いわば補助線として機能するというようなことがあるわけです。

その一方で、雇用の場面での積極的措置に関して、何らかの判断を下した合衆国最高裁の判例そのものの数は、決して多くはありません。それはなぜかと考えてみますと、「逆差別」の訴えが提起されること自体、必ずしも多いとは言えないという事情に加えて、そもそも会社の側は、人種とか性とか、そういうことをわざわざ言わなくても、いくらでも労働者を解雇できる。「あなたは仕事が遅いから解雇します」というように、別の理由で判断を正当化することもできるのです。という状況でありますので、この問題が正面から争われるケースは、かなり限られているわけです。

ところが、理由がはっきりしているときもあります。今日のテーマとの関係で考えますと、排除の問題を解決しようとして対策をやりすぎますと、別の集団が排除されることになってしまいますので、別の属性を持つグループの人々が、自分たちは排除された、包摂してもらえなかったということで、訴えを提起するようになる。これが「逆差別」と言われている問題であろうかと思えます。

合衆国最高裁の判例は、資料に三件挙げさせていただきましたけれども、たとえば、一九七九年のウェーバー事件では、未熟練労働者向けの技能訓練プログラムの枠の五〇%を黒人のために確保していた。これは、第七編違反ではないとされました。これに対して、アメリカでは、労働者を解雇するときは、最後に雇われた人から順に解雇しなければならぬという先任権制度があるのですが、一九八六年のワイガント事件では、後で採用された黒人の教員が在職しているのに、より前からいる白人の教員が解雇されてしまった。この事件は、被告が教育委員会だったので、純

然たる憲法訴訟ですが、最高裁では平等保護条項違反であるという判断が出ています。

一九八七年のジョンソン事件では、昇格者の決定に当たって、面接委員の推薦した男性ではなく、女性の労働者が優先されたのですけれども、第七編違反ではないという判断がなされています。ウェーバー判決とジョンソン判決は、いずれもあくまでも一時的な措置であるという点を重視して、かつ、白人の利益、あるいは男性の利益を必要以上に害しないことを強調して、公民権法第七編違反ではないという結論を導いていますけれども、ワイガント事件ではそうは言えなかったので、積極的措置は正当化されないという結論になっています。合衆国最高裁は、バランスをとることに非常に苦心している。しかも、最高裁がこの分野で最後に判断を下してから、すでにかなりの年数が経っているということにお気づきになると思います。

そこで、アメリカ法は、今、どうなっているのか。日本法への示唆を探る意味で、下級審判例の状況を少し調べてみました。

積極的措置が合法である、有効であるとされている事例というのは、次のようなケースです。たとえば、使用者が職場に「ダイバーシティ・ポスター」と呼ばれるポスターを掲出する。これは、会社が職場の掲示板に貼り出すものですが、そこにwhiteとかheterosexualとか、そういったことは書いていないわけです。書いてあるのは、人種の少数者であったり、民族的少数者であったり、性的少数者であったり、そうしたマイノリティとしての属性を示す言葉です。そして、「ダイバーシティこそわが社の力です」、こういうことが標語として書かれていて、従業員の顔写真が横についている。これはヒューレット・パッカードの事例ですけれども、非常にお金をかけて、こうしたポスターを社内のおちこちに掲出していたわけです。

これに対して、原告は、この会社の従業員ですが、何を考えたのか、同性愛を非難する内容と受け取れる聖書の記述を大書して、職場の機の周囲に掲げるといふ行為に及んだ。のみならず、会社からの度重なる撤去要求にも応じなかったために解雇されてしまったのです。それで、解雇は宗教差別によるものだと主張したのですけれども、この主張は認められなかった。^② 逆に言いますと、ダイバーシティ・ポスターを職場に掲出するという対応は、積極的措置の一種として認められていると言えるかと思えます。

それから、マイノリティに属する従業員をサポートするために、「アフィニティ・グループ」と呼ばれるグループを社内組織することを支援していた会社がありました。ゼネラルモーターズの事例ですけれども、ただし、宗教的あるいは政治的な目的を有するグループについては、アフィニティ・グループとしての登録を認めない。したがって会議室も使えないし、他のグループには支給されている会社からの支援金も支給されないということになりました。そこで、「クリスチャン従業員ネットワーク」の登録を拒まれた従業員が宗教差別を主張したのですけれども、これも第七編違反ではないという判断がなされています。^③

他の事例としては、今度は研究所のケースですが、あるポストについて、それまでは職場の掲示板を使って、内部者からの応募のみを受け付けるという慣行がはっきりあった研究所の事例です。外部から人を探りたい、女性を採用したいといった発言を関係者がしていたことがわかっている状況下において、この研究所は、所内の掲示板にこれまでもら掲示していた公募情報を一切掲示しませんでした。最終的に女性が採用されましたが、応募の機会を逃してしまつたと主張する内部の男性研究者から、これは性差別であるという訴えが提起されたわけです。しかし、これについても、第七編違反ではないとされています。^④ なぜかと申しますと、公募ですから、そこでは、ありとあらゆる人々

に開かれた競争的な選考プロセスが確保されている。

これに対して、違法性が認定された事例もあります。たとえば、人員削減のために二人の高校教員のいずれかを解雇しなければならぬという状況において、その二人が同時に採用されていた、まったく同じ日に着任していたために、先ほどの先任権原則では決着がつかない。この場合、普通はどうしていたかと申しますと、くじ引きで決めていたのですけれども、この事件では、「あなたは白人だから解雇します」というような対応がなされた。事情を尋ねてみると、「もう一方の人を解雇すると、うちの高校でたった一人の黒人の先生がいなくなってしまうからです」と説明されたわけです。この解雇は、第七編違反であると評価されています。⁵⁾

次は、カジノの事例です。照明・音響技術者のポストに関して、二人の最終候補者は、同等の資質、同等の能力を持っているという評価を面接で受けていましたが、州のカジノ規制委員会という委員会があったようで、数値目標を掲げて、従業員の二五％はマイノリティでなければならないとしていたようであります。それに沿って、白人ではなく黒人の候補者を採用したところ、御社は過去に差別を行った事実がない、過去に差別を行っていたカジノの場合は、規制委員会の数値目標に沿って採用活動を行って構わないけれども、過去に差別を行ったことがないカジノが、従う必要もない規制委員会の方針を重視して白人の応募者を一律に不利に扱うことは違法である、という判断がなされています。⁶⁾

その次もカジノの事例ですが、今度は、あるカジノが他社に譲渡されることになりました。新旧の経営者が一定数の従業員を雇い続けるという合意をしていたのですけれども、どういう事情かわかりませんが、新しい経営者は、人事管理に一四年も経験がある白人の従業員を解雇して、「多様性のため」と称して、何の経験もない黒人を新たに採

用しました。これは違法であると判断されただけでなく、被告には懲罰賠償も課されています。^①

判例の傾向を大づかみに整理しますと、個人の属性のみに着目して積極的措置をしている事例では、採用であれ、解雇であれ、違法だとされているのに対して、すべての人に開かれている方策を通じてマイノリティや女性の雇用を促進しようとしている場合には、有効なものとして是認されているというのが現状ではないかと思えます。

具体的には、マイノリティの姿を肯定的に印象づけるようなポスターを掲出する、あるいは、アフィニティ・グループの形成を促してマイノリティの自主的な活動を支援する、公募を活用して女性やマイノリティの雇用を増やすということに関しては、第七編違反ではないとされているという状況ですので、個人の資質や能力に基づいて、その個人に他の個人と同等の尊重を与えているか、という点が鍵になっていると言えるかと思えます。

アメリカは、以前から「法に頼る社会」であると指摘されてまいりました。法が多い、法律家が多い、かつ訴訟が多い、そうした顕著な特徴を持つアメリカは、現在もまぎれもなく法が大きな影響力を果たしている社会であります。そのアメリカの結論は、本日のテーマに関しては、非常にはっきりしています。ただ放置するだけでは、差別の問題、格差の問題、排除の問題は解決しない。何かしなくてはならない。しかし、割当枠ですとか数値目標のように、排除に排除で対抗することは認められない。排除をもって排除の問題を解決しようとするのではなく、目立たない形ではあっても、地道な方法を用いて、すべての人々を可能な限り包摂するような方策を通じて、問題を解決すべきである。こういうことだったと思います。

人種差別をはじめとするさまざまな差別との格闘を続けてきたアメリカにおいて、数々の苦い経験を経て、そして無数の訴訟を経て、こういった立場がとられているわけです。アメリカの裁判所がこのような立場に至っているとい

うことは、「排除と包摂」の問題に関して、今後、日本が選ぶべき道筋を考えてゆく上でも大いに参考になるものではないかと思えます。

ご清聴いただきまして、ありがとうございました。

注

- (1) Cynthia L. Estlund, *Putting Grutter to Work: Diversity, Integration, and Affirmative Action in the Workplace*, 26 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 1, 13 (2005).
- (2) Peterson v. Hewlett-Packard, 358 F.3d 599 (9th Cir. 2004).
- (3) Moranski v. General Motors Corp., 433 F.3d 537 (7th Cir. 2005).
- (4) Mlyneczek v. Bodman, 442 F.3d 1050 (7th Cir. 2006).
- (5) Taxman v. Piscataway Board of Education, 91 F.3d 1547 (3d Cir. 1996).
- (6) Schurr v. Resorts International Hotel, Inc., 196 F.3d 486 (3d Cir. 1999).
- (7) Clements v. Fitzgerald's Mississippi, Inc., 128 Fed. Appx. 351 (5th Cir. 2005).

成蹊学園創立一〇〇周年記念行事 成蹊大学法学部創立四五周年記念講演会

『排除と包摂』〜今、政治は誰のものを考える〜

二〇一二年十一月三日(土) 成蹊大学四号館ホールに於て