

# 均等法の現状と課題

——男女雇用機会均等政策研究会報告書を素材にして

浜田 富士郎

(神戸大学教授)

20年前に誕生した均等法は、事業主の差別抑止義務の一部を努力義務にとどめていたり、差別禁止をいうだけで、自身では違反事業主の処罰や差別被害者に対する救済などについて定めるところがないなど、差別禁止法としては不完全なものであった。平成9(1997)年の法改正も、こうした均等法の弱点を抜本的に改正するものではなく、結局、わが国の雇用平等法政策は今日に至るまで、個人に対する権利付与型としてではなく、行政指導を中心にして緩やかかつ漸進的に雇用平等の実現を図ろうとする行政依存型として展開されている。本論文は、このことの問題点とは何か、これを解消するには、いま均等法について何がなされるべきか等を考究する。

## 目次

- I はじめに
- II 均等法の意義、現に果たした役割
- III 男女雇用機会均等政策研究会による主要課題の検討
- IV 均等法の課題

## I はじめに

昭和60(1985)年に成立したいわゆる男女雇用機会均等法が、誕生から20年目を迎えている。雇用平等法をもつことそれ自体が社会的に有意義であることに疑問はなく、その憲法的な根拠も十分に存在しており、さらに先行する諸外国との歩調の調整、国際条約との整合性の確保、確実に進行する女性の労働力化への労働政策的対応の必要等々の諸点からしても、均等法の制定は、当時すでに不可避の要請であり、その断行以外の選択肢はありえない状況のようであったが、企業にとっての人事・雇用管理体制の抜本的再編の負担の大きさ、競争力の劣る男性労働者の職場からの締め出し・男性職場の縮小、女性・家庭にまつわる伝統的な美風の崩壊、平等要求の非自発性・外

圧性等々を理由とする時期尚早論あるいは一定の準備・試行・離陸期間等の不可欠性をいう現実論を前にして重大な妥協を余儀なくされ、均等法は結局、内容的にきわめてあいまいな雇用平等法として出発することとなった。そのあいまいさは、事業主に対する差別禁止規範の重要部分が努力義務規定の形式によって定められたこと、法違反事業主に対する処罰その他の制裁規定および差別された労働者に与えられる救済の内容について何の規定も設けなかったこと等の点に、とりわけあらわであった。

均等法はその後、平成9年の改正において、事業主の差別抑止義務の、努力義務から絶対的な義務への切り替え、ポジティブ・アクションの容認、セクハラ抑止への配慮等の規定を加え、今日に至っている。均等法が本格的な雇用平等法の方向に向かって、その内容を多少とも強化させたことは否定できないところではあったが、そこには依然として、同法がその出発の当初から抱えていた深刻な弱点のいくつかが基本的に払拭されることなく残っている。そして均等法が含む課題、問題点についてのこうした認識は、社会的にも広く共有さ

れたものであった。厚生労働省は、均等法改正時に示された国会の意思を実現するため、すでに平成14年に、均等法の内容強化の是非等の検討を目的とした「男女雇用機会均等政策研究会」を発足させていた。同研究会は、15回の会合の後、平成16年6月、均等法が抱える重要課題として四つの事項を取り上げ、そこに含まれる基本的な問題、これに関する学説・判例、諸外国の関係制度・問題処理方式等を整理・検討し、今後の均等法改正論議において踏まえるべき基礎資料の提示を主要なねらいとする報告書<sup>1)</sup>を作成している。本報告書はその基調を、改正問題を扱う際に考慮されるべき重要点、留意点の指摘に置き、少なくとも形式的には、研究会としての積極的な主張、提言の提示をいっさい避けており、このことに説明の簡略、基礎理論の検討の不十分等の事情が別に加わって、読み物としてはいまひとつ迫力を欠き、物足りなさを残すものとなっているが、今後にあるであろう均等法の改正論議に際しては、当然ながら一定の意味をもつことが予想される場所である。本稿は、均等法の課題、問題点について本報告書が何を考え、何を論じているかを参照しながら、その改正問題について考えてゆくこととする。

## II 均等法の意義、現に果たした役割

性差別排除の指向の徹底性ないしは性差別禁止法として必要な諸装置の具備という観点からみると、均等法にはもともと不足点が少なくなく、それが雇用平等の推進にどれだけ大きな意味をもちうるかは、その実施の責を負う労働行政のあり方次第という性格の強い法律であったが、肝心の行政側の消極的な法解釈もあずかって、均等法はその運用のレベルで、あいまいで中途半端な雇用平等法の特徴をさらに増幅させるところとなっており、男女雇用機会均等政策研究会報告書をまつまでもなく、すでに改善の強く望まれる状況にある。しかしだからといって、均等法がこの20年の間に担い、果たしてきた社会的な意義、社会改良的な積極的役割についてまったく目を覆うのは、均等法に対して公平を欠くことになるだろう。

均等法は、従前のわが国の社会状況を念頭において見るかぎり、少なくとも次の2点において、ほとんど画期的ともいえるような積極的な役割を果たしてきたことが率直に認められてよいと思われる。

第1は、均等法が雇用平等に関する、社会一般の意識を大きく変えたことである。均等法は違反事業主に対する処罰その他の制裁、あるいは違反にともなう事業主の民事的な責任等について定めるところがなく、それ自身としては何ら強行装置を備えていない法律であったが、雇用の場における女性差別が基本的に反価値的、反社会的であり、法的に許容されえないものであるという均等法の担う中核的なメッセージは、それなりに明白であった。それは、同法の出発点における努力義務規定等により、その威力を削減され相対化されることが強く懸念されたが、結果的には、大方の予想をはるかに超えてスムーズかつ急速に社会の全域に浸透してゆくことになる。女性の職域の拡大、管理職への登用等、雇用領域における女性の活躍程度を示す指標となりうる事実を、統計数字として見るとき、それらは必ずしも期待されたほどの目覚ましい改善・向上を示しているともいえないようであるが<sup>2)</sup>、そこには女性自身の選択、選好の要素が作用している一面も否定できず、こうした表面上の数字だけをもって、均等法のメッセージの企業社会への浸透、普及の不十分の証とするのはおそらく適当を欠いている。均等法が今日、かつてほどの斬新な話題性をもたなくなった理由は何かを考えてみると、それは雇用平等の原理がすでにほとんど自明のこと、議論の必要のない所与、完全に日常的な常識と化したという事実を負うところが大きいのではないだろうか。

均等法の功績の第2は、その法的側面において認められる。まず、上の第1の点とも関連するところであるが、女性の提起する差別訴訟の増加である。均等法の成立以前の時期においても、結婚退職制、差別定年制に関しては、先駆的に若干の訴訟が提起されており、裁判所はほぼ一様にこれらの女性差別慣行を公序良俗に反して違法無効としていたが、こうしたタイプ以外の女性差別訴訟は、賃金決定基準の前面に性の要素があからさま

に入り込んだ最も単純素朴な賃金差別事案を別にすれば、皆無の状態であった。ところが、均等法の成立を境にして、使用者の裁量、評価行為等の介在したより複雑な形態の、賃金、昇格・昇進等の差別をめぐる紛争事案についても訴訟が逐次増加してゆき、今日ではこうしたタイプの訴訟に関しても、女性勝訴の結論にいたる裁判例がある程度まとまった数として集積するまでになっている<sup>3)</sup>。そしてこれらとは別に、当初の均等法が直接にはセクハラについて何もふれていなかったにもかかわらず、おそらくはこの均等法に触発されて、セクハラ訴訟が爆発的に出現し、一般的な女性差別訴訟と連動しないしはこれを積極的にリードしてゆくという新たな展開が生まれる。一般的にいうならば、均等法は、女性の権利意識、権利の積極的主張姿勢の醸成により、あるいは紛争の公的な場での解決、訴訟提起についての戸惑い、抵抗感の希薄化等を通じて、女性差別訴訟の数を増やし、さらに係争の差別事項、差別訴訟のタイプ・形態をも多岐・多様化させていったのである<sup>4)</sup>。

平成9年の改正均等法については、さらに差別排除の法理論面でも若干の寄与があったというべきであろう。均等法自身は改正後も依然として差別の禁止をいうにとどまり、独自の救済方策について規定するものではないため、差別紛争の法的救済は基本的にはなお一般の損害賠償請求方式によることにならざるをえない点では従来と変わりが無いが、差別排除の実体規定の一部が努力義務規定に留めおかれていた旧法規定をすべて絶対的禁止規定に組み替えたことにより、今日、裁判所は一律に、重要労働条件のすべてにわたる女性の不利益取扱い、女性差別の全般を公序に反する違法なものとするにいたっている<sup>5)</sup>。均等法は差別禁止の公序の形成、強化に一役買ったことなのであり、差別禁止実体法を一步前進させるに功があったということができよう。

なお付言すれば、職場でのセクハラを抑止を事業主の配慮義務として定める均等法規定(21条)が、労働契約実体法のレベルで、使用者の安全配慮義務と同じように、「使用者は労働契約を締結することによって当然に、セクハラ・フリーな

職場を実現、維持すべき付随的な義務を負い、したがって、職場におけるセクハラが発生は、使用者の契約義務違反として債務不履行責任を生じさせる」旨の議論を補強し、一般化させる方向に作用してはいないかという問題が、理論的に若干の興味を引くところであるが、判例上、この問題部面での均等法の影響は、これまでのところ明確な形ではなお認めがたい状況にあるというべきようである。

### Ⅲ 男女雇用機会均等政策研究会による 主要課題の検討

男女雇用機会均等政策研究会報告書は、改正法の議決に際する国会の附帯決議をも考慮に入れ、その対象事項を、男女双方に対する差別の禁止、妊娠、出産等を理由とする不利益取扱い、間接差別の禁止、ポジティブ・アクションの効果的な推進方策の4点に絞って、検討作業を行っている。いずれも均等法のあり方を考える上での重要事項であることにはさしたる異論のないところであり、これらの事項を検討対象として取り上げることの特段の問題はないといえよう。では、具体的な検討結果がどのようなものであったか、順番に見てゆこう。

#### 1 男女双方に対する差別の禁止

(1) 本事項は、法改正に際する衆参両院の附帯決議「男女双方に対する差別を禁止するいわゆる『性差別禁止法』の実現を目指すこと。」との要請に対する直接的な対応として取り上げられたものである。報告書は、男女双方向的な均等規制の最近の立法例および国際的概況の概観、双方向的規制のもつ積極的な意義の整理をしたのち、今後の検討に際して留意されるべき点を示しているが、その考え方の要点は、次の①～③にある。

①「平成9年の改正により、女性の職域の固定化や男女の職務分離をもたらしているとして、女性に対する優遇措置を原則として禁止し、その結果、反射的效果として男性に対する差別も禁止されることになり、男女平等の徹底に向けた進展が図られている。」

②「仮に男女雇用機会均等法において、男女双方に対する差別を禁止することとした場合、同法第9条に規定する特例措置について、職種等に性の偏りがある場合には男性もその対象とするのかどうか、また、男性もその対象とする場合には、特例措置として許容される範囲について現在女性に対して許容しているものと同じ範囲とするのかについても検討を行う必要がある。」

③「このような特例的な優遇措置は、もともとは、……政策的に暫定的な措置として実施されてきたものである。したがって、男女双方に対する差別の禁止や特例措置の在り方を検討する場合には、我が国の女性の置かれた状況、特に男女間格差の現状に十分留意して検討が進められる必要がある。」

(2) 筆者にはしかし、これらの記述は、文章の拙劣を別にしても、全体としても個別的にも理論的な整理が不十分であり、きわめてわかりにくいものとなっている。そもそも報告書が男女の双方向的・両面的規制に賛成の立場をとっているのか反対なのかまったく示されていないのが不可解である。とはいえ、研究会としての性格上、ニュートラルな立場を選ぶしかなかった事情があったことも考えられなくはないため、この点へのこれ以上の拘泥は控え、個別具体的な点を見てゆくことにしよう。

そうすると、まず、現行均等法規制についての基本認識を述べる①部分であるが、その記述は何ともよくわからない。いわんとするところは、いわゆるポジティブ・アクション規定たる均等法9条により、女性労働者に対する優遇措置の許されるのが同条所定の場合に限られた結果、それ以外の場合には男性差別の禁止、男女の均等処遇が制定法的な要求となったということのようであるが、では、均等法はすでに双方向的規制になっているのかと問うならば、どう答えるのか。基本的には双方向的規制となっているというのが報告書の答えとなるはずであり、それならば、本事項の主要部分はそもそもすでに問題ではなくなっているということになるのではないのか。後にみるように、筆者の立場ではかかる答えも十分にありうることはあるが、その根拠をもっぱら9条の存在に見い

だすのは、差別禁止の基本規定(5~8条)以外の二次的・副次的規定をもって、逆に基本規定の意味内容を捉えようとするものであり、方法的におかしい。報告書の考え方は、均等法が平成9年の改正の前後を通じて、努力義務規定の組み替えなどのマイナーな修正はあったが、基本的には同形式の差別禁止の実体規定を維持しているのに、ただ9条の付加のみによって、その片面的規制が両面的、男女双方向的な規制の意味を取得するにいたったというのである。②については、①との整合性が気になるが、差別禁止の実体規定が双方向的、両面的に編成されるというのなら、特段の理由がないかぎり、9条もそれと平仄を合わせて、同様に作り替えられるのが基本的な筋となろう。③では、何を根拠に9条だけを暫定的な措置というのか、疑問である。

以上のごとく、報告書の記述、考え方には納得できないものが多いが、筆者の考えるところ、この問題がそれほどむずかしいわけではない。まず確認すべきは、均等法の差別禁止の実体規定が、その規定形式からするかぎりは、女性差別を念頭に置いていることである。そして次に問われるべきは、この形式的な片面性を解釈論によって克服する余地はないかどうかであるが、男女双方向的規制と捉える解釈論はもとより可能というべきである。その違反に対しては刑罰さえも科されうる男女同一賃金原則規定「使用者は、労働者が女性であることを理由として、賃金について、男性と差別的取扱いをしてはならない」(労基法4条)については、それは男性に対する賃金差別をも禁止している旨の両面的な解釈が過去一貫して学説・行政解釈<sup>6)</sup>によってとられてきたのであり、したがって、これとまったく同様の規定形式をとる均等法上の差別禁止規定について、同様に解せないわけがない。というよりは、むしろそう解しないと筋が通らないという議論のほうが落ち着きが良いのである。それにもかかわらず、これまでで行政当局がこうした解釈をとらなかったのは、雇用平等の実現にける当局の情熱、強い姿勢にむしろ欠けるころがあったからではなかろうか。そうすると残るのは、男女両面的な規制を、なお賛否両論の残りうるこの解釈論に依拠して実現することがはた

して適当といえるか、ことがらの明確化のために均等法自身が明文をもってこれを確認しておくほうが得策かという選択の問題だけであり、これが本事項について今後検討すべき主要な政策課題ということになる。なおこれに関連して、9条もまた重要な検討課題として存在していることは報告書の指摘するとおりであるが、9条は主としてポジティブ・アクションの問題として考えれば足り、ここでは、9条もまた差別禁止の実体規定と同様、その形式的な文言のいかんにかかわらず、両面的に解釈することが可能であること、同規定が均等法の支柱たる差別禁止実体規定と同レベルの規定として存在し、相互に矛盾するかぎりで実体規定の規範的意味内容を制限する意義までもつと解されるべきようなものではないこと、が確認されておけばよい。

## 2 妊娠、出産等を理由とする不利益取扱い

(1) 報告書は、女性労働者が妊娠・出産等により処遇上の不利益を被ることがあるならば、それは女性の雇用の確保、男女の雇用平等実現の実質的な障害となるとの基本的な認識に加え、近時、妊娠・出産をめぐるトラブル事例が増加傾向にある事情、少子化問題等をも考慮して、本事項を検討対象として取り上げている。具体的には、関係判例、諸外国の立法例を概観したのち、それら作業のまとめとして、法整備に際する留意点を提示する。その主要点は、次のようである。

①妊娠・出産および産前産後休業の取得を理由とする不利益取扱いについては、現在のところ、解雇の禁止（均等法8条3項）以外に制定法の定めがないこと。これを検討するにあたっては、育児休業・介護休業について広くその取得、「取得の申出」を理由とする「解雇を含む不利益取扱い一般」が禁止されていること（育児休業・介護休業法10・16条）との間にバランスのとれている必要があること。

②産前産後休業はさして長期にわたるものではなく、特に産後休業が強制休業であることからすると、産前産後休業については、原職または原職相当職への復帰を保障することにも合理性があると考えられること。昇級、賞与支給等との関係で

産前産後休業期間を不利益に評価することについては、関係判例を踏まえ、判例のいう以上の保護を制定法的に与えようとするときには、まず社会的なコンセンサスの形成が必要であること<sup>7)</sup>。

③関連する同系列の問題として、産前産後休業以外の母性保護措置（労基法66・67条等）、母性健康管理措置（均等法22・23条）を受け、または受けようとしたこと、妊娠・出産に起因して生じうる能率低下・労働不能等を理由とする不利益取扱いの問題があること。

(2) 以上のような、妊娠、出産等を理由とする不利益取扱い関連での報告書の問題点の整理、留意点の摘示は、従来の議論には一般に見受けられなかった緻密さ、詳細さをもったものといえ、基本的には評価されてよいと思われる。もっとも、報告書の基調となっているあいまいなスタンス、つまり、問題・課題が存することについての指摘はするが、その解決の方向についてはいっさいの積極的な主張、提言を禁欲的に自制するという、第三者にはきわめてわかりにくい姿勢はここでも一貫しており、このことが問題そのものもつ迫力を削ぎ、その重要性、緊要性の的確な描出を妨げるまでになってはいはしないか、やや懸念される場所である。なお、報告書の扱わなかった技術的な論点として、複数の法律に関係する事項については、それを規制する法規定をどの法律に配置するのが最も適当であるかということが別にあるが、これについても、一度整理のなされることが望ましい。たとえば、労基法の保障する産前産後休業について、この休業をしたことを理由とする解雇禁止規定が均等法のほうに置かれているのはやや変則的であり、必ずしも適当であるとはいえないだろう。

## 3 間接差別の禁止

(1) 間接差別は、言葉としては巷間でも多用されているが、その正確に意味するところは定かでない。そもそもそれは差別なのか、差別であるとして、その構成要素、差別としての構造等は直接差別とどのように異なるのか、それは直接差別と異なる救済、差別排除方式を必要とするのか等々、なお不明点が少なくない。均等法の改正に際する

衆参両院の附帯決議が間接差別につき引き続く検討を要請したのは、もとより理由のないことではなかった。本報告書はこの附帯決議を受けて、間接差別の問題を取り上げる。まず間接差別を「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」と捉え、これと関連する判例、諸外国の法理・法制を概観する手続を踏んだのち、わが国での立法論的な検討に際して留意すべき点を摘示し、さらに最後に、間接差別と考えられる具体例のいくつかを列挙している。その留意点の要点は、次のようである。

①「本来、間接差別法理とは、不必要・不合理な障壁を取り除き、実質的に機会の均等を確保することにその意義がある」こと。

②間接差別の立法化の前提として、その実際、具体的なイメージについて社会的に共通の理解が形成されている必要があること。

③「仮に間接差別に該当しない場合であっても機会の均等の実質化のための取組はポジティブ・アクションの積極的な推進により広く行われることが望まれること。」

以上の①～③で内容のほぼすべてが尽きてしまう報告書は、いささか貧弱といわざるをえない。主要外国の法制・法理の整理、間接差別の共通イメージの構築をねらいとした具体例の提示等にはそれなりの評価が与えられてよいとはいえ、間接差別の理論的整理、差別原理論との関係づけがいかに弱く、そのためにせつかくの功績部分までがその価値性を大きく減殺されてしまっている。

(2) 間接差別の定義については、さしあたり報告書に特段の異を唱える理由はない。この間接差別についてまず問われるべきは、均等法がこれを規制対象たる差別と捉えているかどうかである。最も単純な間接差別の具体例と思われる、「身長170センチ、体重70キロ」という採用条件を例にとってみよう。かりに人口統計的に男性の70%、女性の5%がこの採用条件を満たすとすれば、これは、「女性に対して男性と均等な機会を与えなければならない」とする均等法5条に違

反するか。基本的には、法解釈のあり方次第である。最も形式的に5条を捉えるならば、条件を満たすかぎりでも女性にも機会は開かれているから、5条には違反しないという解釈がありえよう。男女両性に対する実質的なインパクトという観点から見れば、当該採用条件が女性の機会制限的に大きく作用しているのは明らかであり、したがって、5条違反説も成り立ちうる。この場合、5条違反の成立には少なくとも最小限の差別的な意図が必要だとする見解をとるならば、なおその存否いかんを見る必要があることになる。事業主の差別的意図については、差別を主張する女性においてその存在を積極的に立証する必要があると考えるか、事業主が当該採用条件の業務上の必要性（たとえば、採用者に予定される職務の内容が重量物の運搬・整理、高い棚からの上げ下ろし等、採用条件のいう体格・体力を要するものであるため、当該採用条件を満たすことが不可欠となる旨）を立証しない場合には、そのことからその存在が推認される程度の差別的な意図で足ると考えるかによって、結果はかなり違ってくる<sup>8)</sup>。かくして本件採用条件が均等法違反になるかどうかはすぐれて法解釈的な問題であり、解釈のあり方によっては十分に法違反となりうるのであるが、この場合に最も注意すべきことは、間接差別という概念は法違反の成立という結論を採るのに絶対不可欠のものではないということである。

当該採用条件については、均等法違反かどうかとは別に、それが公序に反し、私法的に違法無効となるかどうかの問題がある。それが違法無効であるならば、それに基づく採用拒否は、使用者に採用の自由が認められるため、なお若干の問題が残りはするが、一定の場合に違法とされ、これによって採用を拒否された女性労働者が少なくとも損害賠償を求めうる場合がありえよう<sup>9)</sup>。かりに当該採用条件が採用条件ではなく、採用後の一定の処遇条件、利益享受要件である場合には、女性労働者が直接その享受を請求できる場合もあることになる<sup>10)</sup>。公序違反となるかどうかの決め手はもとより当該採用条件の両性に対するインパクトの格差の程度と、それに付着する業務上の必要性等の合理的理由の存否いかんである。女性に対し

て機会制限的に圧倒的に不利に作用し、しかもそのことに合理的な理由の認められないときには、公序違反は十分にありうる。当該採用条件が均等法違反であるならば、公序違反の判定はより容易になろうが、公序違反は別段均等法違反の場合に限られるわけではない。公序違反の理由はもとより「当該条件が女性に対して、許容限度を超える重大な不利益を、理由なく恣意的に課するため」であるが、注意すべきは、この場合にはより強い意味で間接差別の概念は不要であり、あえていうならば、差別をいうことさえも絶対不可欠というわけではないことである。

(3) 結局、これまでの議論から、次のようなことが確認できよう。

①差別禁止の法政策を単なる形だけのものに終わらせず、実質的に意味あらしめるためには、差別の成否判断はつねに具体的なコンテキストの中で実質的に行われなければならない。問題の要点はその判断をどの程度まで実質的に行うかであり、ここに重要な法政策的な決断・選択の場面があるのであるが、これは機会の平等か結果の平等かといった短絡的な議論とはまったく異なる。

②差別の成否判断の実質性が承認されれば、間接差別概念の必要性は必ずしも大きくない。とりわけ均等法がその違反に対して独自のサンクションを用意していない現状においては、そのことがいえる。もっとも現状においても、間接差別の差別としての承認は、行政指導によって上述のような採用条件を排除してゆくための明確な根拠を与えるという意味だけはもつことになるが、これとても、間接差別概念を導入しなければ絶対に不可能というようなものではどうていない。

③間接差別概念の承認、その明確化は、均等法がその違反に対して特別のサンクションを用意し、あるいは被害者に特別の救済内容、特別の救済手続等を定める場合にはじめて強く要請されることになるのであり、したがって、間接差別を、均等法の全体的な改正問題と切り離して議論しても、さして大きな意味はもたないことになる。

筆者のこうした立場からすると、本報告書にはあまりにも理論的な整理が欠けている。最小限、間接差別を司法的な救済との関係で論じているの

か、行政的な救済との関係で問題にしているのか、単に行政指導レベルのことを考えているだけなのかを明らかにすべきであった。

#### 4 ポジティブ・アクションの効果的推進方策

(1) 報告書は、ポジティブ・アクションを「将来に向けた前向きな取組」であり、「積極的な推進が望まれるところである」との基本的なスタンスから、ここでも諸外国の制度を概観したのち、その推進に際する留意点として、次のことを指摘する。

①ポジティブ・アクションには、「職業生活と家庭生活の両立支援施策や採用・登用の基準の明確化といった男女双方を対象とする措置など幅広い、多様な手法が含まれていること」、このことの「今一層の理解を進めることが重要であること。」

②ポジティブ・アクションには、「雇用状況報告の作成や、雇用状況の改善のための計画の策定を義務付ける等の規制的手法もあるほか、よりコストの低廉な奨励的な手法があるが、後者が実効性をもつためには、企業の外部評価が一般化しているような社会環境の整備等を通じた、企業へのインセンティブ付与の工夫が必要であること。

③女性の活躍の推進のためには、個別企業のレベルだけではなく、社会のさまざまな分野でポジティブ・アクションの実施されることが重要であること。

しかし、報告書は、ポジティブ・アクションの定義、法的根拠、差別禁止の実体規範との関係いかな等の基礎理論的な検討をほぼ完全に欠いており、また、現行均等法のもと、それぞれ事業主、行政がポジティブ・アクションとしていかなる条件の下に何をなしえ、何をなしえないのか、望まれておりながら、現行法制によってその実施・実現が阻まれている法政策的な現下の課題とは何かといった問題についても、ほとんど何の明確な見解も示しえない結果になっている。

(2) 報告書は「ポジティブ・アクション」の用語をきわめて広く、均等雇用環境の実現のために厚生労働大臣が一般的な行政指導権限に基づいてなす行為等（参照、均等法25条）をも含むかのごとくに用いているのであるが、筆者には不可解

である。ポジティブ・アクションを、均等行政に關しての「積極行政」とほとんど同意義の、行政上の便宜的用語である以上に有意義な言葉にするためには、第1に、ポジティブ・アクションはやはり、均等法9条と関係づけて、これによって許容されるかぎりの措置として理解される必要がある。第2に、筆者には、ポジティブ・アクションの主体はつねに事業主であり、国はポジティブ・アクションを行う事業主に対して援助を提供できるだけのことであり(均等法20条)、この援助をもって、行政のポジティブ・アクションといった捉え方をするのはおかしいのではないかとこの根本的な疑問があるが(筆者には、報告書が「行政のポジティブ・アクション」を肯定しているように読める)、かりにこの点を譲るとしても、ポジティブ・アクションを論じる際には、その主体をつねに明確に意識し、事業主のそれと行政によるものとを区別する必要があると思われる。

かかる立場から「9条(女性労働者にかかる措置の特例)」を見るのに、たしかに規定の内容的縛りの不十分さ、無限定性から多数の解釈可能性が生じるのではあるが、すでに見たように、同条との関係における差別禁止実体規定(5~8条)の優越性ないし性差別の反価値性の原理的絶対性、および、差別禁止実体規定の規制効果の男女双方向性、両面性を承認することが法解釈的に十分に可能であり、このように解釈することが差別概念を明確化し、ひいては均等法を本来的な性差別禁止法に一步近づけることになることを考慮するならば、9条は、差別禁止実体規定と同レベルにおいて漫然と差別の例外を定めたようなものではとうていなく、事業主が差別禁止実体規定に違反する場合に、その後における同種の差別紛争の発生を効率的に阻止するために、事態の一般的・抜本的な改善・是正としてなす一方の性への優遇措置に限って例外的に許容するものと解釈するのが妥当であろう<sup>11)</sup>。均等法に違反したとき、事業主が直ちにその違反状態を除去、是正すべきことを法的に求められているのは当然であるが、一般に違反の有無は違反を主張して争訟を提起する労働者との関係でのみ決され、したがって、事業主の具体的な差別除去・是正義務も基本的には当該労働

者との関係でのみ相対的に発生し、自ら争訟を提起してない、同様の状況に置かれた同種の労働者までが自動的にその利益を受けうることにはならないのである。これは違法を主張し、争訟を提起する者のみが救われるという紛争処理制度の一般原則の適用にほかならないが、均等法9条は、かかる原則が同種・同状況にある他の労働者に対してもそれぞれ独自に争訟の提起等を求めることの無駄を考慮して、事態の一挙的な改善を事業主に勧奨するために認められたと解するのである。

事業主は、理論的には、この優遇措置をとるのに必ずしも争訟を経由した違法差別の公権的判断を経る必要はなく、自身の任意の違法判断を前提にして、これをなしうるはずであるが、もしその判断が客観的には誤っていたという場合がありえ、その場合には、差別是正措置のはずが反対の性を違法に差別するという過ちを犯したことになる。もっとも、差別を生んだ基盤、背景事情等の是正、改善措置がそれ自体として他方の性への差別となるような優遇措置を含むものでないならば、もとよりこうした問題が生じるわけではない。

(3) 均等法20条は、国がポジティブ・アクションを実施しようとする事業主を援助できることを定めている。さらに同25条は、厚生労働大臣が個別事業主に対する援助という形をとらずに、より一般的に性差別的な要素を含んだ雇用環境の改善をはかるための指導権限等をも有するものとしている。これらの国、行政の側の行為についてもポジティブ・アクションの表現を用いるのは勝手といえは勝手であるが、その場合にも、それらは均等法9条を根拠とする事業主の本来的なポジティブ・アクションとはまったく別物であることが明らかにされておく必要がある。

#### IV 均等法の課題

(1) 均等法については、その内容自体の改善、均等法の仕組みがよりうまく働くための法的・社会的環境条件の整備・改善等、いくつかの課題がある。その主要部分は、本報告書が正しく取り上げるところであったが、現行法制との関係でなぜそれが課題たらざるをえないのかについての理論

的な分析、課題の解決策あるいはその基本的な方向等に関して本報告書の指し示すところは、きわめて不十分であったといわなければならない。そもそも差別排除についての基本理論、均等法をいかに評価するかについての基本的な立場が不明確なのである。もともと均等法は雇用平等意識の社会的な成熟ないし浸透の程度にあわせて、漸次的、段階的に改正されることを将来に見込んだ、柔軟な差別禁止法として、多分に試行的、暫定的なニュアンスを込めてスタートしたものであり、そうした性格は、平成9年の改正を経たのちもなお基本的には変わっていないはずである。それにもかかわらず本報告書は、均等法の構造、枠組みの相当性、法政策的な妥当性等の基本的・根本的な問題についてはほとんど何も問うことをせず、さらに足元の理論固め、理論的な整理も十分にしないままに、一足飛びに間接差別、ポジティブ・アクション等の技術的といえれば技術的な問題の検討に入っているために、きわめてあいまいな報告書に終わってしまったように思われる。あるいは比較法制・比較法理の検討部分に重点を置き、エネルギーの主要部分をそちらのほうに割いてしまったという事情があるかとも思われるが、これとても、総体、トータルな系としてはじめて十全の意味をもつひとつの社会の雇用平等法制・法理のうちから、そのごく一小部分にすぎない問題関心部分だけを、体系全体とのかかわりを無視して切り取り、並列していくようなやり方では、その意義に疑念が生じることにもなる。

(2) わが国の雇用平等法理論はいまや深刻な停滞状況の中にある。先に均等法の意義、それが果たした役割、雇用平等関連の判例法の展開等にふれ、それについて一定の評価を与えたが、それはせいぜいまったく無意味ではない、まったく新たな展開がないわけではないという程度の評価であり、理想的な状況とはほど遠いことはいうまでもない。本報告書に関する筆者の酷評も、実は報告書に対する評価であると同時に、その背景事情をなしている閉塞的な今日の理論状況に対する評価という意味合いもあるように思われる<sup>12)</sup>。

そうした停滞状況を作り出した元凶は、筆者の考えるところ、均等法そのものである。閉鎖系と

しての均等法の枠組みの中で、その改善を模索するのはほとんど徒労のようにさえ思われる。何が均等法を閉鎖系にしているのかを問うならば、それは、本報告書がふれようとしなかった最も基本的な論点、つまり、均等法における均等処遇を求める権利の保障の不完全、権利侵害に対する独自の救済手続の不存在<sup>13)</sup>、均等法独自の適切な救済の不提供<sup>14)</sup>といったことである。

もう少し簡単に論じてみよう。均等法は、労働者の性的な均等処遇を求める権利、差別排除権といったものを保障しているのだろうか。事業主が均等法の差別禁止規定に違反したとき、労働者は何を求めるのか。均等法は独自の救済、その手続等を何も用意していないのであるから、均等法違反の差別について法的救済を得ようとする者は、一般的な民事訴訟を提起して、法律行為の無効確認、損害賠償等の請求を基本とした救済を求めるほかはない。ここでは使用者の性差別と主張される行為が公序違反、不法行為を成立させるだけの反社会性、違法性をもった行為であるかどうかが決定的に重要であり、この場合、均等法違反の主張は必ずしも不可欠ではなく、それがあれば使用者の行為の反社会性、違法性が多少とも補強されるという程度の意味をもつにとどまる。このような均等法の基本構造のもと、均等法の個別規定についての厳密な意味解釈を争う争訟はほとんど生じようがなく、したがって、厳密な平等法理、差別排除法理の十分な展開もありえないのである。このようなところで、一方で間接差別、ポジティブ・アクションなどを論じ、他方で学説・判例における差別排除法理の発展の不足、不十分を嘆くなどというのは、ほとんど本末転倒であり、滑稽とさえいえなくもない。

なるほど均等法は裁判による権利救済、争訟をベースにしてではなく、行政主導型で雇用平等を実現する法政策を選択したといういい方もできそうではあるが、ここでは、行政と切り離された形での雇用平等の実現の道がほとんど閉ざされており、行政の正しさを担保、確認する手続もまたほとんど存在していないのである。問題は、均等法成立後20年が経過した今日においてもなお、こうしたあいまいな均等法政策が維持に値するもの

かどうかである。均等法がその違反に対して差別紛争適合的な独自の救済を用意し、均等処遇請求権といったものを多少とも実体化しようとするならば、さらに、権利実現のための特別の手續設定の当否、権利侵害の一次的な判定のために、通常裁判所以外の特別の紛争処理機関・フォーラムを設けることの必要性のいかん等々もまた、関連する検討課題として生じてくることになる。本報告書が検討すべきは、まさにこうした問題ではなかったか。筆者は、わが国の雇用平等法政策・法理論の閉塞状況を打破するためには、個人権の保障の実体を欠き、したがって、裁判所の差別紛争への関与・介入可能場面を極力制限し、もっぱら行政主導で雇用平等を実現しようとする均等法の基本的なスタンスを変える必要がある、そしてそれをなすべき時期はすでに到来していると確信する。

- 1) 本報告書は、「男女雇用機会均等政策研究会報告書」と銘打たれ、本文 23 頁から成り、諸外国の関係法令等に関する資料 5 点が添付されている。
- 2) たとえば、女性管理職の割合の推移を見ると、均等法の制定された 1985 年から 2000 年までの間に、8.8%から 11.3%に上昇しているが、これとでも、均等法の影響というよりは、そのはるか以前からスタートしていた一般的な上昇趨勢との連続で理解すべきもののようである。参照、本報告書添付資料 5。
- 3) 女性の勝訴率は決して高いとはいえないが、結婚退職制、差別定年制という最も原始的なタイプの差別以外の差別紛争に関わる女性差別関係判例は今日、優に 20 例を超えるまでになっている。
- 4) セクハラ関係判例の数をここに正確に摘示することはできないが、女性差別関係判例の数倍は下らないものと思われる。その最初の例が平成年間に入ってから出現していることを考えると、この数字はもっと驚くべきものとなる。
- 5) 判例は一般に、いわゆる男女別コース制を、改正均等法が施行された平成 11 年以降は違法無効となすとする。この場合に問われるべきは、改正均等法規定の違反は強行法規違反として違法無効となるのか、男女の均等処遇を内容とする公序の形成に改正均等法が補強的な要素として作用し、かく形成された公序に違反するから差別が違法無効となるのかであるが、均等法自身は独自の制裁規定、強行装置等を備えていないことを考慮してか、明確でない点もあるが、判例は概して、後者の考え方をとっているように思われる。たとえば、参照、兼松事件・東京地判平 15・11・5 労判 867 号 19 頁。
- 6) 労基法 4 条との関連で、「差別的取扱いをすとは、不利に取扱う場合のみならず有利に取扱う場合も含む」とする行政解釈として、昭 22・9・13 発基 17 号、昭 25・11・22 婦発 311 号、昭 63・3・14 基発 150 号。
- 7) 判例は、いわゆる生理休暇、産前産後休業等については、権利の行使に対して使用者が付した不利益が権利の行使を困難にし、権利保障の趣旨を実質的に失わせる程度に大きなも

のであるときにはじめて、当該不利益の賦課は違法無効である旨考えているが、年休権、スト権については、権利行使に何らかの不利益が伴うときには、不利益の大小いかにかわらず、直ちに違法無効、不当労働行為となると考えているようである（参照、前者につき、エス・ウント・エー事件・最一小判平 4・2・18 労判 609 号 12 頁、後者につき、西日本重機事件・最一小判昭 58・2・24 判時 1071 号 139 頁）。なぜそうなのかを考えてみると、年休権については労基法 136 条、スト権については労組法 7 条が存しているのがその理由と考えられ、そうすると判例は、権利保障と並んで当該権利の行使に対する不利益賦課の禁止規定が何ら存していない場合のみ、権利行使の実質的な妨げになるような不利益であるかどうかの判断基準を用いてその違法無効を決しており、したがって、むしろ当然のことではあるが、判例は、不利益賦課禁止の法規定が存していればそれに従うという立場をとっているのである。ということは、不利益禁止規定を置くかどうかの法政策論的な考慮の際に、特に判例に配慮しあるいは判例の動向に注目する必要はないということであり、この意味において、本報告書による判例の受け止め方には、厳密には若干の疑問がある。

- 8) 賃金格差が性のラインに沿って認められるとき、これを説明する合理的な理由が存在しないことから差別意思を推認する例として、たとえば、内山工業事件・岡山地判平 13・5・23 労判 814 号 102 頁。
- 9) 使用者の採用の自由を広く認める三菱樹脂事件（最大判昭 48・12・12 民集 27 卷 11 号 1536 頁）は、「法律その他による特別の制限がない限り」でこれを認めているところ、均等法 5 条はそこにいう法律による特別の制限にあたるから、本条違反の採用拒否が端的にあるいは公序違反として違法となることは疑いないが、この場合にも、その救済として、使用者に対して採用、労働契約の締結までを強制しうることにはなりそうもない。救済について特別の法的手当がない以上、差別的に採用拒否された女性労働者は、使用者の不法行為責任を追及するしかない。
- 10) たとえば、就業規則条項が労働者に対して教育訓練を受ける権利を一般的に保障する建前をとりながら、その但し書きで本文記載のような身体的条件を満たさない者は除外される旨を定めており、しかし、そのことに合理的な理由が認められないことがあるならば、但し書きの無効を前提に、当該教育訓練条項の本体部分に基づいて、女性労働者がそれへの参加を請求できる場合もあることが考えられる。詳細については、参照、拙稿「採用・募集・教育研修の均等待遇とその法的検討」季労 137 号（1985 年）31-32 頁。
- 11) 本文で示した解釈論が論理的な必然性に基づくものでないことはいうまでもなく、したがって、均等法の改正に際しては、本条は本文記述の趣旨を取り込んだ、より内容限定的な規定に作り替えられることが望ましい。
- 12) 理論的な閉塞状況は、筆者にもあてはまる。本稿がかつて改正均等法について論じた、拙稿「改正男女雇用機会均等法の課題」（日本労働研究雑誌 451 号（1997 年）27 頁）に対して新たに付け加えるものがいかに少ないかを知り、筆者自身、忸怩たる思いがある。
- 13) 都道府県労働局長による差別紛争の解決のための援助（均等法 13 条）、差別紛争の紛争調整委員会による調停（均等法 14 条以下）をもって、均等法が特別の権利救済手続を設けたとすることができないことに、異論はないだろう。

14) たとえば、注5) で見たように、男女別コース制が平成11年までは違法無効ではなく、平成11年以降違法無効となるとき、差別された被害女性はいったいいかなる救済を求めうることになるのか。判例は、コース制が違法無効となった時点で、使用者は是正義務を負う、是正義務は適切なコース転換制度の設定によって果たされうるが、これが果たされなければ、結局は使用者の損害賠償責任の問題となる、と考えているようであるが(参照、住友電気工業事件・大阪地判平12・7・31 労判792号48頁、兼松事件・前掲)、はたしてこれで、このタイプの差別紛争に適合的な解決、救済が与え

られたといえるのだろうか。現行法制のもとでは、判例はむしろ精一杯の工夫を凝らしていると評価すべきようでもあるが、差別紛争の解決法がいつまでもこのレベルにとどまっ

はまだ・ふじお 神戸大学大学院法学研究科教授。主な著書に『就業規則法の研究』(有斐閣, 1994年)など。労働法専攻。