

# 四半世紀を迎えた男女雇用機会均等法

山田 省三

(中央大学教授)

男女雇用機会均等法（均等法）が施行されて以来、本年四半世紀を迎えた。同法の制定により、雇用の場において、賃金以外の労働条件についても、明文をもって男女差別が禁止されることになった。しかし、第1次均等法は、性差別禁止法ではなく、女性のみに対する差別を禁止することを目的としたこと、女性に対する優遇的取扱いを認めたこと、そして何よりも募集・採用、配置・昇進という重要な事項については、事業主の均等取扱いが努力義務とされたため、同法の効果は限定的な面を有していた。均等法は、その後、2次にわたり改正されており、妊娠・出産に関する権利が拡充されたこと、セクシュアルハラスメント（職場における性的な言動）に関する雇用管理上の義務が事業主に課されたことなどのほか、女性差別禁止法から性差別禁止法に衣替えした点が最大の改正点であった。本稿では、わが国の男女間の雇用平等に対し、均等法がどのような影響を及ぼしてきたかを裁判例により検討し、また、残された重要課題である採用・昇進差別に対する救済、間接差別、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱い、ポジティブ・アクションおよびセクシュアルハラスメントの問題点等を検討することにより、均等法が提示する様々な法理を検討しようとするものである。

## 目次

- I はじめに
- II 男女雇用機会均等法の展開
- III 残された課題

## I はじめに

2010年の女性の雇用者数は2329万人（0.8%増）、雇用者数に占める女性の比率は42.6%と、いずれも過去最高となっているにもかかわらず、所定内給与額の男女間賃金格差（男性労働者の給与額を100とした場合の女性労働者の給与額）についてみると、一般労働者は69.3（前年69.8）、正社員・正職員は72.1（同72.6）、正職員・正社員以外は74.7（同77.3）と、いずれも前年よりも格差が拡大しており<sup>1)</sup>、男女賃金格差をみる限り、むしろ

男女平等は後退しているとも指摘できよう。

これに対し、女性の昇進の実態をみると、1980年には1.0%であった女性部長職は4.2%に、課長職は1.3%から7.0%へ、係長職は3.1%から13.7%への増加を示しており、約30年をかけて一定程度の上昇を見せている<sup>2)</sup>が、いずれも前年より減少している。

以上のような男女雇用平等の状況に対し、男女雇用機会均等法（以下、均等法）をはじめとする法令がどの程度の影響を与えているかを数字で計測することは困難であるとしても、一定の影響を及ぼしていることは確かであろう。

ところで、1975年の国際婦人年および1979年の国連総会における女性差別撤廃条約の採択という国際的潮流を受けて、同条約を批准するための前提として男女間の雇用平等法の制定が待たれて

いた。このような状況の下で、均等法が制定されたが、同法は、1972年に制定された勤労婦人福祉法から引き継がれたものである。その後、2度にわたる改正を経て、女性差別禁止法から性差別禁止法に姿を変えたのをはじめ、大きな変容を遂げている。本稿は、1986年に施行されて以来、今年で四半世紀を迎えた男女雇用機会均等法（均等法）の立法経緯を概観しながら、主に裁判例をとおして、均等法が男女雇用平等に与えた影響を検討し、今後の問題点を考察しようとするものである。

## II 男女雇用機会均等法の展開

### 1 第1次均等法（1985年法）

わが国初の女性差別禁止法としての均等法（第1次均等法）は、1985年に成立した。従来、労働法上の女性差別禁止規定については、労働基準法（以下、労基法）4条の男女同一賃金原則しか存在しなかったから、男女賃金別以外の事案については、公序違反という一般条項に依拠せざるを得なかった<sup>3)</sup>のであるが、募集・採用から、配置、昇進、教育訓練および解雇・定年・退職までの雇用の全ステージにおいて男女差別を規制しようとする均等法が誕生したことは、わが国の雇用平等法理に大きな変革を迫るものであった。

しかし、第1次均等法の特徴として、差別禁止の対象を女性だけに限定する事（均等法の片面的性格）や、差別禁止規定の一部が努力義務規定化された点をあげることができる。

#### (1) 片面的性格

世界的に見れば、男女両性を対象とする性差別禁止法が制定されるのが通例であるが、第1次均等法は、「女性に対する差別」のみを対象としてきた。また、均等法は、「男子が女子と均等な取扱いを受けていない状態については直接触れるところではなく、女子のみの募集、女子のみに対する追加的訓練等女子により多くの機会が与えられていることや女子が有利に取り扱われていることは均等法の関与するところではない」とされていたのである（昭61・3・20婦発第68号等）。この解釈により、「一般職やパートは女性のみ」という募

集方法は、均等法違反ではないとされてきた。これにより、男女賃金格差の原因であるコース別雇用管理や、非正規従業員制度における格差の多くは均等法違反ではないと解されてきたのである<sup>4)</sup>。以上のような女性優遇規定は、男女差別を禁止したうえで、必要な範囲において、ポジティブアクションの問題として規定されるべきものであったが、これは第3次均等法まで実現されることはなかった。

#### (2) 努力義務規定

第1次均等法は、その名称が「雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等女子労働者の福祉の増進に関する法律」とされていたように、女性「福祉法」としての性格を払拭するものではなかった。すなわち、男女差別において重要な位置を占める募集・採用、配置、昇進に関する均等待遇原則は、あくまで努力義務にとどまることになった（旧法7条、8条）。①女子労働者自身の就業実態、職業意識、②わが国の雇用慣行、女子の就業に関する社会意識の現状、③勤続年数に男女間格差が存在することといういわゆる「統計的差別」理論に基づくものであった（一般的に又は平均的に女性の能率が悪いこと、勤続年数が短いこと、主たる生計維持者でないこと等を理由とする女性に対する賃金差別は、労基法4条に違反するとされている（昭22・9・12発基17号等））ことに留意される必要がある。

このような法形式については、第1次均等法は、一方で男女の役割分担意識を前提とした雇用システムとそれを前提とした男女の職業意識が存在し、他方で、機会均等理念と矛盾する労基法的女性保護規定を、女性が事実上多くの家庭責任を負っているという現実の前で撤廃できないという状況の中で立法されたのであり、一挙にハードロー（法的拘束力のある規制）としての規制を全面採用するのではなく、部分的に努力義務というソフトローを採用し、努力義務の内容を指針で具体的に示した行政指導を駆使して、当事者の意識や雇用慣行の変革を迫り、男女雇用平等の理念の社会への浸透を図るというアプローチを採用したものと、これを評価する見解もある<sup>5)</sup>。

しかし、差別禁止法とは、統計的差別を禁止することを目的とするものである点に鑑みれば、女

性の勤続年数等を根拠として、募集・採用等に關する均等取扱い義務を「努力義務」にとどめたのは、差別禁止法としてはそもそも背理である。通常、裁判において差別を訴える女性は、長年勤続してきた女性であるから、このような女性に対して、「女性は一般に勤続年数が短いから、あなたは差別されても仕方がないですよ」と指摘することが、いかに法的に無意味なものであるかは、容易に理解できよう。男女という集団で把握するのではなく、あくまで個人を基準として解釈されるべきというのが法の基本理念である（憲法13条の個人の尊重）ことが想起されるべきであろう。

### (3) その他の規定

このほか、教育訓練および福利厚生についても差別禁止規定化されたが、前者については、業務外研修（Off-JT）に限定され、業務遂行能力に不可欠である業務上研修（OJT）については適用除外となっていた。また、定年、退職および解雇についての均等取扱い措置は、従来の裁判例で公序違反と判断されてきたものを、立法的に確認したものとどまっていたのである。

以上のように、第1次均等法が、「全体として女子差別撤廃条約の要請する『差別を撤廃するための適当な措置』として評価できる<sup>6)</sup>」か否かは疑問であるが、性差別に関するわが国初の包括的な法としての第一歩を踏み出したことに疑いはない。

## 2 第2次均等法（1997年改正法）

第2次均等法における重要な改正点は、前述した努力義務規定が禁止規定化されたことであるが、このことは、均等法が女性福祉法としての性格を離脱したことを意味する。このほか、第2次均等法では、セクシュアルハラスメント（職場における性的言動）に対する事業主の配慮義務が定められたことに求めることができる。このほか、教育訓練の範囲もOJTにまで拡大されたことは評価できるものであろう。

### (1) 努力義務規定の禁止規定化

募集・採用、配置・昇進に関する均等取扱い義務が、従来の努力義務から禁止規定化されたことは、直ちに裁判例に影響することとなったが、それによれば、第2次均等法が施行された1999年

4月を境にして、均等法の効力が峻別されることになる。すなわち、野村證券事件東京地裁判決（東京地判平14・2・20労判822号13頁）では、いわゆる男女別コースにつき、禁止規定として施行された1999年4月以降は、禁止規定化された6条に基づき無効となるが、それ以前は努力義務である以上、均等法違反とはならないとされている（このことは、岡谷鋼機事件名古屋地裁判決（平16・12・22労判888号28頁）でも確認されている）。

しかし、努力義務規定であるとしても、事業主は努力するよう義務を負うはずであるし、また、法が要求する事業主が努力を怠っているならば、公序違反の成立を否定するものではないはずである。このことは、その後の東京高裁判決において、「雇用関係についての私法秩序」論として登場することになる。すなわち、昭和シェル石油事件東京高裁判決（平19・6・28労判946号76頁）によれば、努力義務を定める旧均等法8条は、あくまで事業主に対し、努力する義務を法律上課しているのであって、「上記目的を達成するための努力をなんら行わず、均等な取扱いを行わず、均等な取扱いが行われていない状態を積極的に維持すること、あるいは、配置及び昇進についての男女差別を更に拡大するような措置をとることは、同条の趣旨に反するもの」であり、行政的措置（同法33条）が課されるのみならず、「不法行為の成否についての違法性判断の基準とすべき雇用関係についての私法秩序には、上記のような同条の趣旨も含まれるというべきである」と判断されている。

ところで、第1次均等法制定当時においても、努力義務規定が公序良俗等の一般法理を積極的に排除する趣旨で設けられたものでないことが行政解釈において確認されていたのである<sup>7)</sup>。均等法における努力義務規定が姿を消した現在において、均等法の努力義務を論じる意義は減少しているとしても、均等待遇原則と労働法における公序というテーマは、今後においても普遍的課題として残されている<sup>8)</sup>。

### (2) セクシュアルハラスメントに対する配慮義務規定の導入

第2次均等法は、セクシュアルハラスメントについての事業主の雇用管理上の配慮義務を定める

とともに、労働大臣による「指針」（事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置についての指針、以下「SH指針」）が策定された。「SH指針」によれば、①事業主の方針の明確化およびその周知・啓発、②相談・苦情への対応（相談・苦情処理窓口の明確化、適切かつ柔軟な対応）、③事後の迅速かつ適切な対応の3つが具体的に定められていた。

諸外国におけるセクシュアルハラスメントの規定は、「何人も、セクシュアルハラスメントを受けない権利を保障される」、あるいは「何人も、セクシュアルハラスメントをしてはならない」とされるのが通例であるのに対し、わが国の均等法が、「事業主」を主語としているためにこのような法形式が採用されたものと考えられる。

なお、すでに刑法や民法（とりわけ不法行為に関する規定）の規定が存在する以上、セクシュアルハラスメントに関する規定を均等法に盛り込む理由は、どのように考えられるべきであろうか。まさに、「屋上屋を重ねる」ことにならないのかとの疑問が生じるが、同規定の立法目的としては、不法行為とまではいえないとしても、女性労働者が日常的に性的不快感を抱いている事態を解消し、安心して働ける職場環境を形成することを目的とした規定と理解されるべきであろう。このため、均等法の配慮義務の規定は、使用者の損害賠償責任を追及するものではない以上、「SH指針」の内容が、あたかも事業主の使用者責任（民法715条）を追及するような規定形式となっていることは問題であろう<sup>9)</sup>。たとえば、「SH指針」によれば、環境型ハラスメントの例として、「就業意欲が低下している」「苦痛を感じて仕事に手につかない」、あるいは「苦痛を感じて業務に専念できない」ことがあげられている。しかし、これらはすでに不法行為が成立し得るケースを要求しているものであり、雇用管理上の配慮を求める第2次均等法の趣旨とは乖離したものと云わざるを得ないであろう。

### 3 第3次均等法（2006年改正法）

現行法である第3次均等法は、2007年4月から施行されている。

#### （1）性差別禁止法への転換

今回の最大の改正点は、女性差別禁止法から男性差別禁止も含む、性差別禁止法へと転換されたことであろう。その際に問題となるべきであったのは、「平等」をどのように考えるのかという、均等法の本質に迫る問題であった。すなわち、従来の均等法は女性差別禁止法であったから、その平等化の到達点は、男性と同一基準におけばよかつたのであるが、性差別禁止法としての第3次均等法においては、男女平等の基準をどこにおくのか、男女平等の目指すべき方向がどのようなものかが問われることになるはずである。具体的には、ワークライフバランス等が均等法との関係でどのように調和されるかが問われるべきであった。にもかかわらず、これは育児介護休業法の問題であるとして、労働契約法3条にも規定された「仕事と生活の調和」との規定ですら、均等法に導入されることはなかったのである。しかし、ワークライフバランスの確立が男女平等の達成にとって不可欠である点に鑑みれば、男性の長時間労働の防止を含めた施策が求められるところである。

次に、女性差別禁止法から性差別禁止法への転換に伴う第2の論点は、セクシュアルハラスメントに関して生じる。今次の改正により、女性労働者に対する雇用管理上の配慮義務から、男女労働者に対する雇用管理上の措置義務へと変化している。ここで問題としたいのは、配慮義務と措置義務との差異ではなく、男女労働者に対するセクシュアルハラスメントの成立要件をどのように理解するかである。

セクシュアルハラスメントをめぐる裁判例においては、原告が女性、被告が男性であるケースが圧倒的であるが、これと反対である唯一の事案として、日本郵政公社（近畿郵政局）事件がある。同事件は、女性である総務課長代理が庁内を巡回中に、誰もいないはずの風呂場で音がするので、不信に思い覗いてみると、時間休暇を取得した男性局員が入浴中であるところ、「何をしているの。なんでお風呂に入っているの」と聞きながら、男性職員の上半身をじろじろ見たという事案である。一審判決（大阪地判平16・9・3判例884号56頁）は、男性でも、女性から風呂場でじろじろ見

られるのは不愉快であるとして、不法行為責任を認めているのに対し、二審判決（大阪高判平17・6・7 労判908号58頁）では、男性が上半身を女性から見られても不快ではないし、むしろ課長代理の行為は庁舎の施設管理という総務課長代理としての正当な行為の範囲内に該当すると判断されている。

この事件が示すように、セクシュアルハラスメントの成立要件は、同事件一審判決のように男女同一基準であるのか、それとも同事件二審判決が指摘するように、男女別基準であるかは、企業の雇用管理にとって大きな問題である。にもかかわらず、第3次均等法改正に伴い改定された「SH指針」には全く言及されていないのは、立法的に不自然ではないだろうか。

## (2) 間接差別の導入

また、第3次均等法の重要な改正点のひとつが、間接差別の導入である（7条）。間接差別とは、通常、「性中立的な基準等であるが、その基準等を適用すると、一方の性に著しい不利益を与えるもので、使用者がその合理性を証明できないもの」と定義されるが、同法7条は、「募集及び採用並びに前条各号に掲げる事項に関する措置であつて労働者の性別以外の事由を要件とするものうち、措置の要件を満たす男性及び女性の比率その他の事情を勘案して実質的に性別を理由とする差別となるおそれがある措置」と、きわめて複雑な定義となっている。

女性もしくは男性であることを理由とする差別である直接差別と並んで、あらたに間接差別が導入されたことは、直接差別における立証の困難性を考慮すれば、歓迎されるべきものであろう。しかし、均等法は、間接差別について、①募集・採用における身長・体重・体力要件、②総合職の募集・採用における全国転勤要件、③昇進における転勤要件の3つに限定している（均等則2条）。以上のように、間接差別に該当する事由を限定する立法は世界に類をみないものであるだけでなく、間接差別とは、男性中心に形成されてきた職場慣行を男女平等の視点から継続的に見直していこうとする法理であることからすれば、このような限定は問題であらう。

平成16年6月の「男女雇用機会均等政策研究

会」によれば、間接差別として考えられる例として、①募集・採用に当たって一定の身長・体重・体力を要件とした場合、②総合職の募集・採用に当たって全国転勤を要件とした場合、③募集・採用に当たって一定の学歴・学部を要件とした場合、④昇進に当たって転居を伴う転勤経験を要件とした場合、⑤福利厚生への適用や家族手当等の支給に当たって住民票上の世帯主（又は主たる生計維持者、被扶養者を有すること）を要件としていた場合、⑥処遇の決定に当たってパートタイム労働者と比較して正社員を有利に扱った場合、⑦福利厚生への適用や家族手当等の支給に当たってパートタイム労働者を除外した場合という、7つの事例が挙げられていたのである。

もっとも、均等法は行政指導の対象としての性格も保有している（17条以下）から、この3つの基準は、あくまで行政指導上のものであり、以上の3つの事由以外について間接差別の成立を認めるか否かは裁判所が決定すべきこと（同法施行規則2条を例示列举と考えることも不可能ではない）であるし、公序違反の判断に従うことは当然であるし、世帯主基準や勤務地限定条項につき、その制定意図や運用実態から直接差別（労基法4条）を認定した三陽物産事件東京地裁判決（平6・6・16 労判651号15頁）のように、均等法6条の問題として取り扱うこともできよう。

## (3) 妊娠・出産等を理由とする差別の禁止

第3次均等法における特徴として、女性労働者の妊娠・出産等に関する保護を拡大したことに求めることができる。従来の妊娠・出産・産前産後休業の取得を理由とする解雇の禁止から、妊娠・出産等に係る事由を拡大し、かつ解雇のみならず、その他の不利益取り扱いをも禁止したのである。このことは評価できるが、問題は解雇以外の「不利益取り扱い」の意味である。

均等法「指針」（労働者に対する性別を理由とする差別の禁止等に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針、以下「性差別指針」）によれば、「解雇その他不利益取り扱い」には、①解雇、②有期契約の更新拒否、③契約更新回数の引き下げ、④労働契約内容の変更の強要、⑤降格、⑥就業環境を害すること、⑦不利益

な自宅待機命令、⑧減給や賞与等における不利益な算定、⑨不利益な人事考課、⑩不利益な配置の変更、⑪派遣労働者に対する派遣先による役務提供拒否があげられている。このなかで重要であるのは、⑧であり、具体的には、「賞与又は退職金の支給額の算定に当たり、不就労期間や労働能率の低下を考慮の対象とする場合において、同じ期間休業した疾病等や、同程度労働能率が低下した疾病等と比較して、妊娠・出産等による休業や妊娠・出産等による労働能率の低下について不利に取り扱うこと」、「賞与又は退職金の支給額の算定に当たり、不就労期間や労働能率の低下を考慮の対象とする場合において、現に妊娠・出産等により休業した期間や労働能率が低下した割合を超えて、休業した、又は労働能率が低下したものと取り扱うこと」とされている。

この基準は、産後休業および旧育児休業法上の勤務時間短縮措置の取得を理由とする賞与の不支給が公序違反に該当するとされた東朋学園事件（最一小判平15・12・4 労判862号14頁）の判断枠組みに従うものである。同判決は、労基法や育児（介護）休業法等が保障する権利行使を理由とする不利益取り扱いの効力については、直ちに公序違反ではなく、法が保障した「権利等の行使を抑制し、ひいては労働基準法等が上記権利等を保障した趣旨を実質的に失わせるものと認められる場合に限り、公序に反するものとして無効となると解する」と判断している。しかし、この基準は、年休権行使を理由とする皆勤手当を控除したことが公序違反にあたらないとした沼津交通事件最高裁判決（最二小判平5・6・25 労判636号11頁）のような年休権行使のような事案には、たしかに妥当するものである。すなわち、皆勤手当をカットされても友人と旅行に行くか、それとも、やはり手当が欲しいから年休取得をあきらめようという選択が可能であるからである。これに対し、妊娠・出産・育児のような場合には、休業せざるを得ないのであり、選択の余地はないのである。とりわけ、前掲東朋学園事件最高裁判決において問題となっている産後休業（労基法65条2項）については、6週間は女性自身も就労が禁止されているのである。

むしろ、泉徳治裁判官の反対意見が述べるように、本件欠勤条項は女性のみを対象としたものであり、出産・生理休暇の取得を労働者の責めに帰すべき欠勤と同視して、欠勤同様の不利益を被らせ、労基法65条が女性労働者に産前産後休暇の権利を保障した趣旨を実質的に失わせるものであり、労基法3条、4条、68条ならびに均等法の本質にも反し、公序良俗違反により無効と考えるべきであろう。妊娠・出産に関する差別は、女性差別ではなく、あくまで妊娠・出産を理由とする差別であるというのが均等法の立場と考えられるが、ここで検討されるべきであるのは、妊娠や出産の権利を法的にどのような権利として理解すべきかであろう。

最後に、第3次均等法の9条3項における妊産婦（妊娠中および産後1年を経過しない女性）の解雇の効力につき、まったく新たな規定を設けており、注目されたところである。すなわち、通常は解雇禁止規定の形式をとるものである（たとえば、現行均等法9条1・2項）から、解雇された妊産婦以外の女性については、自分が解雇されたこと、および自分が妊娠等をしたことを理由として解雇されたことを証明する必要がある。これに対し、妊産婦に対する解雇については、事業主が妊娠・出産等以外の正当な解雇事由が存したことを証明できない限り、「無効」という法律効果が当然に発生するものである。このような規定は、均等法以外の労働法規にも全く存在しないものであり、立法形式としても注目されるものであろう。

### Ⅲ 残された課題

以上、四半世紀を迎えた均等法の歴史を概観してきたが、ここでは残された法的問題を検討していきたい。

#### 1 差別概念の再検討

英米法系の性差別禁止法では、「婚姻上の地位を理由とする差別」も性差別に含まれるのが通例であるのに対し、日本の均等法においては、結婚退職制の禁止（9条1項）と女性に対する婚姻を理由とする解雇の禁止（9条2項）にとどまっている。

既婚女性差別が争点となった事案としては、住

友生命保険事件（大阪地判平13・6・27労判809号5頁）および丸子警報器事件（長野地上田支判平8・3・15労判690号32頁）をあげることができる。前者では、既婚女性は産前産後休業、育児時間、年次有給休暇等を取得することが多いので、労働の質と量とが大きくダウンすること、家族的責任の負担が仕事の制約となることという事情から、一律に低査定し、昇格させなかったことが、労基法等の権利行使による不就労を理由として、一般的に能力が伸長しないとみることが許されないと判断されている。女性正社員と女性臨時員（フルタイムパート）との間の賃金格差の違法性が争われた後者においては、未婚女性を正社員に、既婚女性を臨時員として採用したことが、女性に対する差別ではないと判断されている。

今後は、婚姻上の地位を理由とする差別を女性差別として理解するか、少なくとも、婚姻上の地位は、現行法9条2項の「婚姻したこと」に該当する事が確認されるべきであろう。

## 2 ポジティブ・アクションの活用

雇用の分野における性差別の解消については、差別禁止規定の適用だけでなく、ポジティブ・アクション（事業主による積極的な差別是正措置、以下PA）の運用が不可欠であろう。裁判に訴えることは、時間的にも、金銭的にも困難であるから、事業主が自主的に差別是正をすることが望ましいからである。

ところで、PAは事業主の「任意」となっているところ、平成21年の調査時点においても、PAにすでに取組んでいる企業（従業員10人以上）は26.3%にすぎず、現在のところ取組む予定はない（62.6%）、以前は取り組んでいた（2.1%）とを合わせると72.5%と、ほぼ3分の2を占めているのが現状であり（今後、取り組むことを考えている企業は9.1%に過ぎない<sup>10)</sup>、PAについては、ほとんど成果が上がっていないことが示されている。

以上の実態からすれば、PAの取組みをいっそう進める必要があるのは当然であるが、そのためにもどのような項目が現実的に必要であるかを再検討することが望まれている。

なお、均等法は「性差別指針」の要件を充足す

るPAは違法な性差別を構成しないとしている（8条）。もっとも、女性に対する優遇措置であるPAについては、「平等の対称」性の原則からすれば、これは男性差別ではないかという憲法上の問題が残されている。

女性に対する差別が一般的であるわが国の現状では、このような問題が顕在化することは当面は考えられないが、PAが許容されるための条件を明確にすることは、将来における重要な検討課題であることに間違いのないであろう<sup>11)</sup>。

## 3 均等法違反に対する救済

現行均等法の解釈としては、法違反に対する私法的サンクションをどのように考えられるべきかが問題となる。このことは、採用および昇進・昇格差別に関して、とりわけ重要であろう。

まず、採用差別については、わが国における採用基準自体がブラックボックスとなっており、不採用が性を理由とする差別であることを証明することは、きわめて困難である。さらに、これがたとえ立証できたとしても、採用の自由をきわめて尊重する裁判例の考え方によれば、その救済内容については、名目的な損害賠償にとどまり、採用強制は困難となろう<sup>12)</sup>。

採用の自由という概念を強調した裁判例としては、三菱樹脂事件最高裁大法廷判決（最大判昭48・12・12民集27巻11号1536頁）が著名であるが、同判決では、採用を規制する法令が当時は存在していなかったことが、一つの根拠とされていた。たしかに、同判決が出された1973年当時、募集そのものを規制する法令は存在しなかったとしても、現在では、性（均等法5条）のみならず、年齢（雇用対策法10条）あるいは障害（障害者雇用促進法44条）を理由として、各々の法的効力に差があるとしても募集・採用の自由を規制する法令が登場していることが想起されるべきであろう。この意味において、「採用の自由」を、絶対的に不可侵とみることはできなくなっているのではないだろうか。

次に、昇格・昇進差別に関しては、裁判例によれば、昇進・昇格は使用者の意思表示によってはじめて発生するものであることを理由として、差

別を受けた女性労働者の昇進・昇格請求権を否定するのが通例である。これに対し、芝信用金庫事件東京高裁判決（平12・12・22判時1766号82頁）では、「資格の付与が賃金額の増加に連動しており、かつ、資格を付与することと職位に就けることが分離されている場合には、資格の付与における差別は、賃金の差別と同様に観念することができる」として、昇格（賃金の格付けの上昇）請求が認容されている。

また、同判決を受け、年功的な昇進が行われていることを前提として、均等法6条により、昇進・昇格において差別されないことが労働契約の内容になったものと解することができる。これを通じて男性と企業との間に存在する労働慣行が女性労働者にも適用されると構成する見解<sup>13)</sup>も存する。ともかく、今後は、昇格請求権を肯定する根拠の一つとしてあげている「労働契約において、人格を有する男女を能力に応じて処遇面において平等取り扱う義務」（芝信用金庫事件高裁判決）の内容を深化させる作業が不可欠となっていよう。

#### 4 セクシュアルハラスメントと配慮義務

セクシュアルハラスメントに対する救済に関して、近年、事業主の職場環境配慮義務論が登場している。たとえば、福岡セクシュアルハラスメント（福岡地判平4・4・16労判607号6頁）では、使用者は、「労務提供に関連して被用者の人格的尊厳を冒しその労務提供に重大な支障を来さない」職場環境配慮義務を負うとされ、また、仙台（自動車販売会社）セクシュアルハラスメント事件（仙台地判平13・3・26労判808号13頁）では、雇用契約上の配慮義務として、使用者（事業主）の「良好な職場環境の下で労務に従事できるよう施設を整備すべき義務」としての職場環境整備義務および「労務の提供に関して良好な職場環境の維持確保に配慮すべき義務」としての職場環境配慮義務を肯定している<sup>14)</sup>。

問題は、均等法が定めるセクシュアルハラスメントに関する事業主の措置義務（均等法11条）と職場環境配慮義務との関係である。すなわち、「SH指針」は事業主の義務として、①方針の徹底、②

相談体制の整備、③事後の適切な対応等を求めているが、これらの義務を果たしていれば職場環境配慮義務を履行したことになるか否かである。

この点については、「SH指針」の義務を尽くしていれば、不法行為責任や債務不履行責任を免れるとも考えられるが、これは最低基準を定めたもの（例示列举）であり、これらの義務さえ履行していれば、債務不履行責任を免れるとは指摘できないであろう。

- 1) 『女性労働の分析（2010年）』（21世紀職業財団）10頁、27項。なお、「一般労働者」とは、常用労働者のうち、短時間労働者以外のものであり、「短時間労働者」とは、常用労働者のうち、1日または1週間の所定労働時間が一般の労働者よりも短い者と定義されている。
- 2) 前掲『女性労働の分析』147頁。
- 3) 女子結婚退職制については、住友セメント事件（東京地判昭41・12・20労民集17巻6号1407頁）、女子若年定年制については東急機関工業事件（東京地判昭44・7・1労民集20巻4号715頁）、男女別定年制については日産自動車事件（最三小判昭56・3・24民集35巻2号300頁）等がある。
- 4) 浅倉むつ子『均等法の新世界——二重基準から共通基準へ』（有斐閣、1999年）12-13頁。
- 5) 荒木尚志『労働法』（有斐閣、2010年）87頁。
- 6) 詳説男女機会均等法（21世紀職業財団、2007年）5頁。
- 7) 赤松良子『詳説男女雇用機会均等法及び改正労働基準法』（日本労働協会、1985年）244頁。
- 8) 労働法における公序論については、和田肇『人権保障と労働法』（日本評論社、2008年）55頁以下参照。
- 9) この点については、山田省三『セクシュアルハラスメントと男女雇用平等』（旬報社、2000年）58頁以下参照。
- 10) 前掲『女性労働の分析』187頁。
- 11) EUにおけるPAと男性差別との関係をめぐる裁判例を検討したものとして、山田省三『ヨーロッパ司法裁判所におけるポジティブ・アクション法理の展開』（比較法雑誌34巻4号、2001年）27頁以下参照。
- 12) 性を理由とする採用差別は、むしろポジティブ・アクションの問題として取り扱うべきであるとする見解として、浅倉むつ子『労働法とジェンダー』（有斐閣、2004年）148頁がある。これに対し、採用強制を肯定する見解として、萬井隆令『労働条約締結の法理』（有斐閣、1998年）142-148頁等がある。
- 13) 浅倉『均等法の新世界』71-72頁。
- 14) セクシュアルハラスメントの裁判例の分析として、水谷英夫『セクシュアルハラスメントの実態と法理——タブーから救済へ』（信山社、2000年）、山田省三『職場におけるセクシュアルハラスメントをめぐる裁判例の分析』（1）（2完）法学新報105巻12号、106号1・2号（1999年）等参照。

やまだ・しょうぞう 中央大学大学院法務研究科教授。主な著作に「セクシュアルハラスメントと男女雇用平等」（旬報社、2001）。労働法専攻。