



I 目的

本稿の目的は、差別という概念について、法学（労働法学）において理論的にどのように捉えられるのかを示すことである¹⁾。差別や平等の概念については様々な捉え方が存するところ、本稿の見解は法学（労働法学）で確立したスタンダードなものとは異ならず、筆者による試論的な記述も含まれることに留意されたい。

II 法学からみた「差別」

1 労働法分野における差別禁止規定

労働法分野での典型的な差別禁止規定として、労働基準法（以下「労基法」）4条、雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保に関する法律（以下「均等法」）5条以下等（性差別禁止）、労基法3条（国籍、信条、社会的身分差別禁止）、雇用対策法10条（年齢差別禁止）、障害者の雇用の促進等に関する法律（以下「障雇法」）34条・35条（障害者差別禁止）、労働組合法7条1号（労働組合員等の差別禁止）等が挙げられる。また雇用形態（労働契約法20条、短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律〔以下「短時間労働者法」〕8条・9条等）、育休・介休取得等の権利行使（育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律〔以下「育児・介護休業法」〕10条・16条等）、官公署への通報（労基法104条2項等）等についても、不利益取扱い又は不合理な労働条件の相違の禁止規定が存し、これらも広義の差別禁止規定に含まれる。

また判例法理上、憲法14条（平等原則）は、私人間には直接適用されないが²⁾、公序良俗違反（民法90条）等の一般条項の適用上考慮され（間接適用）、明文の禁止規定が存しない差別を規制する役割を果たしている³⁾。

2 「差別」という概念

典型的な差別禁止規定（前述の労基法4条等）の多くは、「……を理由として、差別的取扱いをしてはならない」という文言で差別を禁止する。この表現（規定

ぶり）にみるように、差別とは「ある特定の事由（以下「差別（禁止）事由」）を理由として（以下「結びつき」）、あるべき（通常の）取扱いと異なった取扱い（以下、仮に「不当な取扱い」）をすること、言い換えれば、「差別禁止事由」と「不当な取扱い」との「結びつき」である。差別禁止事由の性格を反映して、典型的な差別禁止規定と異なる表現である差別禁止規定（前述の労働契約法20条等）も、基本的には上記のような差別概念モデルに還元して説明可能である。

差別禁止と平等との関係については諸説あるが⁴⁾、私見では、差別禁止は、特定の差別禁止事由を挙げて、取扱いとの不合理な結びつきを禁止する法理であり、平等とは、特定の差別禁止事由を定めず、不合理な取扱い一般を排し、理由との関係で均等な又は均衡した取扱いを求める、より抽象的な法理である。つまり差別禁止とは、差別禁止事由を特定して具体化された、平等原則の一形態である。

(1) 差別禁止事由

典型的な差別禁止事由は、人種・国籍、信条・宗教、社会的身分といった属性である。これらは、個人が選択できない生来の属性であるか、選択が憲法上直接保障される属性である。これらの事由に係る差別禁止の主旨は、個人が、こうした（個人に責任を負わせるべきでない）生来の属性等によって生き方を決めつけられず、個人として生きることを保障すること、すなわち属性によらず、「人であること」自体に認められるべき権利（＝人権）の尊重であるため、この種の差別禁止を「人権的な差別禁止」と呼ぶ。一般の口語での「差別」は、この人権的な差別禁止事由による差別のみを指すことが多い。

他方、個人が選択でき、かつ憲法上の直接の保障がない事由（内部告発、雇用形態等）にも「不当な取扱いとの結びつき」を禁止する規定が存し、これらも広義では差別禁止規定の一種である。この種の差別禁止は、それらの事由を選択すること（それらの事由を選択する集団）の保護・推進といった、政策的趣旨・集団的方法によるものであり、本稿では仮に「政策的な差別禁止（事由）」と呼ぶ。政策的な差別禁止も、人権や個人の保護と無関係な訳ではなく、ある選択への保護を通じ、その選択をした集団の一員である個人を保

護する側面を有する。

(2) 結びつき

差別禁止事由と不当な取扱いの「結びつき」には、直接的な形態（直接差別）と間接的な形態（間接差別）とがある。

直接差別は、差別禁止事由自体が行為者による差別的取扱いの理由（動機）となっており、差別禁止事由と差別的取扱いの間に直接の主観的な意思の結びつきがある場合である。この意思的な結びつきを「差別意思」と呼び、「理由として」「故をもつて」等の文言が用いられる。害意に限られず、好意に基づく場合も差別意思と評価される。

間接差別は、差別禁止事由自体ではないが、それと密接に結びついた別の事由が差別的取扱いの基準（理由）とされているが、そのことに合理的な理由が認められない場合である。差別禁止事由自体に係る差別意思の立証は不要である。日本法上の規定例は、均等法7条（性に係る間接差別禁止）のみである。なお間接差別が問題となるのは、専ら人権的差別禁止事由についてである。

直接差別・間接差別の射程は排他的でない⁵⁾。直接差別は主観的な差別意思、間接差別は客観的な（統計的）結びつきと合理的理由の不存在という、それぞれ異なる視点から結びつきを把握するためである（例えば、合理性のない募集・採用に係る身長・体重基準は性に係る間接差別の典型例だが、性に係る差別意思まで立証できれば直接差別でもある）。

(3) 不当な取扱い

差別を構成する「不当な取扱い」とは、あるべき（通常の）取扱いと異なる取扱いである。「あるべき（通常の）取扱い」如何は一つの問題であるが、この点、「等しい者を等しく、等しくない者を（その相違に応じて）等しくなく取り扱うべし」という法格言が一つの基準を示す。

すなわち、ある属性（差別禁止事由）が取扱いの目的に影響しないなら、その属性のない場合と同一の（等しい）取扱いが、影響するなら、その影響に相応した異なる（等しくない）取扱いが「あるべき（通常の）取扱い」である。基本的に労働と賃金とを交換する双務契約（民法623条、労働契約法6条）である労働契約関係に敷衍すれば、差別禁止事由が、契約上の義務たる労働義務・配慮義務等（以下「職務等」）に影響しないのなら、その事由を考慮しない同一の取扱いが、影響するのなら、その影響の大きさに応じた異別取扱いが、それぞれ「あるべき（通常の）取扱い」となり、それから逸脱した扱いが不当な取扱いとなる。

現行法上は、禁止される不当な取扱いについて、「差別的取扱い」（労基法3条・4条、均等法6条等）、「不利益な取扱い」（労働組合法7条1号、均等法9条3項等）、「不合理と認められるもの（労働条件の相違）」（労働契約法20条、短時間労働者法8条）といった文言が用いられている。一般には、「差別的取扱い」の禁止は、有利にも不利にも異なる取扱いの禁止（両面的差別禁止）を、「不利益取扱い」の禁止は、不利益な取扱いのみの禁止（片面的差別禁止）を、「不合理と認められるもの（労働条件の相違）」の禁止は、均衡を欠いた労働条件（≒取扱い）の相違の禁止を、それぞれ意味する。こうした禁止態様の違いは、差別禁止事由の性格の違いを反映したものである。

(4) 差別禁止の態様・例外

差別禁止事由の性格は、差別禁止の態様・厳格さに影響する。重要な軸は、差別禁止の趣旨（人権的差別禁止か、政策的差別禁止か）と、職務等（労働能力や職場環境における要保護性）への影響の大きさである。

人権的差別禁止規定であって、かつ職務等への影響が小さい場合は、原則として差別禁止事由を無視した同一の取扱いが「あるべき（通常の）取扱い」であり、それを逸脱した取扱い（異別取扱い）が両面的に禁止される（規定上は「差別的取扱い」禁止）。まさに自ら選択できない事由等を理由とする決めつけ（ステロタイプ）を排することが人権的差別禁止の主旨であり、属性如何により定型的に取扱いに優劣をつけることを認めるべきでないからである。①特定の属性が労働能力等の必要不可欠な前提となる場合⁶⁾、②差別是正等の高度の要請による例外の場合（ポジティブ・アクション）には例外的に差別が正当化されるが、①の判断は厳格であるべきであり、単に属性間で統計的に有意な偏りや傾向がある、ということに基づく統計的・経済的合理性では差別の正当化に不十分と解する。個人に責任を負わせるべきでない人権的差別禁止事由が統計的に職務等に影響するとしても、個性により影響を覆せる程度（決定的でない）ならば、その事由による決めつけを認めるべきでないからである。他方、いわゆる間接差別では、目的と基準（理由）間に一定程度以上の経済的合理性があれば正当化可能であろう（前述、概念自体が例外を許容）。

次に、人権的差別禁止事由でも、職務等への決定的な影響がある場合（強行的産休等の特別保護の存する妊娠・出産等や、定義上、職務等に影響する障害⁷⁾）は、当該影響と均衡した異別取扱いや有利な取扱いは認めざるを得ない。そのため「不利益取扱い」のみが片面的に禁止され⁸⁾、また進んで有利な取扱いの義務づけも

存する⁹⁾。この種の差別禁止は人権的な性格が高いため、少なくとも外形的に不利益な影響がある措置を差別（禁止される取扱い）に該当しないと判断することには慎重であるべきである。客観的な基準（ノーワークノーペイの原則など）がある場合にはそれにより判断できるが、問題となる措置に有利・不利な影響が混在し、均衡を失するか否かの判断が微妙な場合には、差別に該当しないと認める（構成要件該当性阻却¹⁰⁾）ためには、その措置に対し本人の自由意思での同意があるか、又は措置の不利益な影響等を考慮してもなお相当と認めうる程度の高度の必要性があることが求められる¹¹⁾。

政策的差別禁止事由で職務遂行能力への影響が小さい場合（例えば官公署への通報等）、政策的保護の趣旨から不利益取扱いのみが禁止されることが多い。他方、職務遂行能力への影響も通常は大きい場合（例えば雇用形態等）、職務遂行能力への影響に応じた異別取扱い（労働条件の相違）は許容され、異別取扱い（相違）の不合理性の立証困難のため差別禁止は比較的緩やかにならざるを得ない。

(5) 労働法分野における差別禁止の背景

国家は市民の法的地位（権利や義務等）を一方的に決定する力を有するため、国家・市民間の公法関係では差別禁止のみならず平等取扱いの規制が存在する（憲法14条1項の規定する差別禁止事由は例示列举とされる）。他方、市民間の力関係は対等という建前から、市民が取引を行う場（市場）が完全なら、不合理な差別を行う者は、その不合理な選好の故にコストを負い、市場からの退出を促されるので、規制は不要とも思える。しかし現実の市場は完全でなく、特に商品の特殊性等に由来する独占・寡占等により、参加者間の力の格差の大きい市場では、法の介入の必要性が存在する。労働市場もその一つである。

労働契約関係では、労働契約の白地性の反面、使用者が指揮命令権・人事権として一方的な決定力を有する（その意味で公法関係に類似する）採用後（内部労働市場）には、差別禁止のみならず、権利濫用等の一般条項を活用する判例法理により、事由を定めず不合理な取扱い一般に緩やかな制約がある（解雇権濫用法理等。平等（取扱い）原則の一変種とみる事が可能である）。

他方、労使の合意を介する採用段階（外部労働市場）

では、使用者の採用の自由が強調され、歴史的に決定されてきた明示の差別禁止規定違反でなければ不合理な採用拒否も禁止されず¹²⁾、また差別禁止規定違反の採用拒否でも採用強制は認められないと解されている¹³⁾。

III おわりに

以上、労働法分野の差別禁止では、差別の概念自体は共通だが、禁止の射程や態様には各差別禁止事由の性格による差異が存在する。本稿が、日本の直面する労働問題への差別禁止法理による対処を検討する上で、一つの参考となれば幸いである。

- 1) 筆者は差別禁止概念につき、永野仁美・長谷川珠子・富永晃一編『詳説 障害者雇用促進法』170頁以下（弘文堂、2016）等で論じており、本稿はそれらを土台に新たな検討を加えたものである。
- 2) 三菱樹脂事件・最大判昭48・12・12民集27巻11号1536頁。
- 3) 例えば日産自動車事件・最三小判昭56・3・24民集35巻2号300頁等。
- 4) 毛塚勝利「労働法における差別禁止と平等取扱い」山田省三・石井保雄編『角田邦重先生古稀記念 労働者人格権の研究下巻』（信山社、2011）3頁、水町勇一郎「『差別禁止』と『平等取扱い』は峻別されるべきか？」労旬1787号48頁（2013）等。
- 5) 詳細について、永野仁美ほか編・前掲注1）179頁。
- 6) いわゆる真正職務要件（Bona Fide Occupational Qualification）。日本法ではこの種の例外は規定されていないが、性差別につき平成18年厚生労働省告示第614号の第2・14が、国籍等につき東京都（外国人公務員東京都管理職選考受験）事件・最大判平17・1・26民集59巻1号128頁が、解釈として例外を認める。
- 7) 障雇法の差別禁止の対象たる障害は、定義上、障害により長期的に「職業生活に相当の制限を受け、又は職業生活を営むことが著しく困難な者」である（同法2条1号）。
- 8) 障雇法35条は不当な差別的取扱いを禁止するが、障害者のみの保護の趣旨であり、実質的には片面的差別禁止である。
- 9) 妊娠・出産保護規定（労基法第6章の2等）、合理的配慮の提供義務（障雇法36条の2、36条の3）等。
- 10) 阻却されるのが不利益取扱いか、因果関係か又は差別意識か議論がある。
- 11) 広島中央保健生活協同組合事件・最一小判平26・10・23労判1100号5頁参照。
- 12) 前掲注2）参照。
- 13) 荒木尚志『労働法 第3版』（有斐閣、2016）327頁以下。

とみなが・こういち 上智大学法学部教授、上智大学法科大学院教授。主な著作に『比較対象者の視点から見た労働法上の差別禁止法理』（有斐閣、2013年）。労働法専攻。