

雇用差別禁止法制の現状と課題

櫻庭 涼子

(神戸大学准教授)

雇用差別禁止法制に進展がみられる。これまでは、国籍・信条・社会的身分・性別による取扱いが差別として禁止される一方で、高年齢者・障害者の雇用促進やパートタイム労働者の待遇改善は、平等保障問題と把握されず、雇用率設定や助成金支給等によって政策的に対処されてきた。ところが、少子高齢化の進展や国民の所得格差等を背景に、差別規制強化の是非が社会問題として提起されるに及び、募集・採用時の年齢制限やパートタイム労働者への差別が禁止されるようになったのである。男女平等のいっそうの推進に向けて間接差別という概念も導入されている。本稿は、これら法改正の意義を確認しながら現在の雇用差別禁止法制が抱える課題を明らかにするよう試みる。

目次

- I はじめに
- II 雇用差別禁止法制の出發
- III 男女雇用機会均等法の制定と改正
- IV パートタイム労働者の均衡待遇に向けた規制
- V 年齢による取扱いへの規制強化
- VI その他の差別
- VII おわりに

I はじめに

雇用差別禁止法制では、一昨年、昨年と、進展がみられた。その中で最重要と目されている2006年男女雇用機会均等法改正は、間接差別概念を導入し、差別禁止規定を両面的性格にするものであった(男性も保護対象へ)。2007年には、募集・採用における年齢にかかわりのない均等な機会を与える努力義務規定が、法的責任を伴う義務規定になった(雇用対策法10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」と略称)の改正によって、パートタイム労働者を正社員に比して差別的に取り扱うこ

とは、一定の要件を満たす場合に限ってではあるが、禁止された(8条)。これら一連の法改正によって雇用差別禁止法制が前進したことはまちがいない。その一方で少なからず課題が残されている。間接性差別に当たりうる事項が厚生労働省令の3事項に限られたことに典型的に表れているように、適用範囲は限定される傾向にある。法的効果の面でもはっきりしないところが多い。そもそもなぜそれらの差別が禁止されなくてはならないのか、その趣旨は深く考察させていただこうか。均等待遇原則を謳い雇用差別禁止法制の中核をなしてきたはずの労働基準法(以下「労基法」と略称)においても適用範囲が限定される等の不備がある。

本稿では、今次法改正による到達点を見極めるべく、日本の雇用差別禁止法制全般を見渡しながらその現状と課題について論じることにした。最初にその経緯を振り返っておこう。

II 雇用差別禁止法制の出発

1 労基法制定

戦後の平等保障は、憲法において法の下での平等が定められ人種・信条・性別・社会的身分・門地による差別が禁止されたところから出発した(憲法14条1項)。1947年に制定された労基法でも、国籍・信条・社会的身分による差別的取扱いをしてはならないと規定され(3条。均等待遇原則)、男女賃金差別が禁止された(4条)。当時社会問題になっていた差別を禁じるためであったが、男女同一報酬を規定するヴェルサイユ条約(1919年)等の国際基準も参照されていた。平等原理は、アリストテレスが立てた平等命題「等しきものは等しく」に代表されるギリシャ哲学正義論に端を発し、アメリカ独立宣言(1776年)・フランス人権宣言(1789年)を経て各国の憲法の中で実定化されてきたものであり、日本法もその伝統を受け継いだとみることができよう。

2 適用対象事項

しかし今日の日から見れば労基法の差別禁止規制はなお不完全なものだった。

第1に、均等待遇原則は、労基法に置かれたことから明らかなように、憲法14条1項だけでなく憲法27条2項(労働基準の法定)にも由来するものと位置づけられた。その限界が露呈したのが著名な三菱樹脂事件最高裁判決である¹⁾。これは、学生運動歴を秘匿して採用された者が、後にその事実が判明して本採用されず、本採用拒否の効力を争って出訴した事案であったが、最高裁は、憲法上の法の下での平等は私人相互間の関係について適用されず、採用場面の思想・信条差別は、雇入後の労働条件を制限する労基法3条によっては違法にならない、と判示した。労働条件規整立法ゆえに労働関係以前の差別に関知しないと解釈されたのである。

第2に、性別による差別は、包括的に禁止すると深夜業禁止等の女性保護規定と矛盾しかねないと懸念されたことから、賃金場面に限定して禁じられた(4条)。その後の裁判例において、結婚退

職制や女子若年定年制が憲法14条1項の趣旨を反映した公序(民法90条)に反するとの判断が示されるようになり、最高裁でも、女性55歳・男性60歳の差別定年制が公序違反で無効と判断されるに至るが²⁾、この男女平等法理は、すべての異別取扱いを違法としたわけではなく、万全ではなかった。

第3に、労基法3条の差別禁止事由は、国籍・信条・社会的身分の3つに限られていた。信条とは宗教的・政治的信念を含むと解し³⁾、社会的身分とは人種を含むと解するのが有力であるが⁴⁾、今日諸外国で違法とされ日本でも政策課題とされている年齢・障害・雇用形態による差別的取扱いは、労基法上は禁止されない。パートタイム労働等の雇用形態による取扱いは、自己の意思によって逃れられない「社会的身分」による差別とはいえず、労基法には違反しないと解された⁵⁾。定年制は、就業規則の適用は合理的である限り労働者において拒否できないという判例法理(2007年制定の労働契約法9・10条に成文化)に照らしての審査が行われ、年功賃金制のもとで適正な人事管理を行うために必要であり合理的であると評価された⁶⁾。

これらの限界は後述するように克服されつつあるが、契約自由の原則が平等保障より優先されがちな状況は今なお続いている⁷⁾。

3 差別概念・救済

労基法3条・4条が差別として禁じるものにも課題は残されている。

ひとつの問題は、性別や信条等を「理由とする」差別、という要件をどう解釈するか、である。この要件は、使用者の差別的意図を求めるものと解されたが⁸⁾、裁判例では事案に即して柔軟な解決がなされてきた。その例として、年齢給を26歳で頭打ちにするかどうかを世帯主・勤務地非限定かどうかで判定していた事案につき、女性であるがゆえの賃金差別と認定した三陽物産事件判決を挙げることができる⁹⁾。その一方で、家族手当における世帯主基準が、家族手当の趣旨からすれば合理性を有すると判断された事件もある¹⁰⁾。差別的意図を推認できる程の事情が揃わないこのよう

な事案では、使用者側の正当化基準は厳格に解されなかったため、間接差別概念の導入が待望されたのである。

さらに、労基法は、差別的取扱いをしてはならないと規定するにとどまり、その違反の効果として罰則は用意したものの、民事訴訟での法的効力を明記していないゆえ（労基法13条の直律的効力の基礎となるべき、同法で「定める基準」は、差別事例では必ずしも明確ではない）、いかなる救済が得られるかについての解釈問題を引き起こした。裁判例では、使用者の裁量的行為が介在している事案では不法行為に基づき差額賃金相当額あるいは慰謝料請求が、就業規則等に明確な基準が設けられていれば昇格請求・差額賃金請求が認められるという傾向が看取されるが¹¹⁾、厳密には解明されていない。

いかなる取扱いを違法な差別と把握し、いかなる救済を与えるべきかという基本的課題は、労基法でも、後述するその他の立法でも、未解決であるが、禁止される差別類型の幅は段階的に広げられてきている。

Ⅲ 男女雇用機会均等法の制定と改正

1 発展の経緯

まず指摘すべきは1985年の男女雇用機会均等法制定であるが、制定当時の同法は次の2点の特徴を備えていた。第1に、同法は、憲法14条の理念を具現化する立法と位置づけられたにもかかわらず（1条）、企業の経営上の利益への配慮を含んでいた。女性の勤続年数の短さを理由として、募集・採用、配置、昇進に関しては努力義務規定としたのである¹²⁾。経営側からの強硬な反対を受けて妥協せざるをえなかったとはいえ、同法は、このような統計的差別（statistical discrimination. 入手可能な情報が限られるゆえに、ある属性の者に一般的に当てはまる傾向を理由としてその属性の者を不利益に取り扱うもの）を容認しつつ出発したのである。そして第2に、同法は、女性差別のみ禁じる片面的規制と解されていた。

このような面をとらえて酷評された同法は、し

かしながら、人々の男女平等意識を高める効果を発揮した。その一方で、コース別雇用制のもとで、総合職には男性（と少数の女性）を、一般職には女性のみを雇い入れるという雇用管理は、男女雇用機会均等法には違反しないと解されて温存された¹³⁾。努力義務として規制されるにすぎない採用・配置差別問題であり、女性は、どちらのコースも選ぶ機会が与えられ、むしろ有利に取り扱われていると考えられたからである。この状況に加え、バブル経済崩壊後に特に女子学生が就職難に見舞われたこともあって、同法は1997年に大改正を迎える。募集・採用・配置・昇進に関する禁止規定とセクシュアル・ハラスメント防止規定の導入によって、規制の範囲・程度の点で格段に強化されたのである。

2006年改正で第1に注目すべきは適用範囲のさらなる拡大である。職種・雇用形態変更、退職勧奨といった事実行為も禁止対象に加わり（6条）、雇用場面における殆どの行為が規制対象に含まれるようになったのである。同法に関する指針によると（平18・10・11厚労告614号）、採用・配置等に関する性別による異なる取扱いが正当化されるのは、ポジティブ・アクションと職務上の要請による場合のみであり、経営上・コスト負担の理由によるものは含まれない。男女雇用機会均等法はこうして、段階的にはあるが、包括的性差別禁止法へと発展を遂げてきた。

指摘すべき第2点は、女性差別だけでなく男性差別をも禁止する立法に移行したことであり、第3点は、いわゆる間接差別も禁止される旨明記したことであるが、これらの意義は少し立ち入って検討しなければならない¹⁴⁾。

2 両面的規制の意義

同法を片面的規制とみる解釈が、パートタイム労働者や一般職の採用を女性に限るといった取扱いを許し、低技能の補助的な業務に女性を充てる職域分離につながっていたことは、先に述べた。しかしこの点については既に手当が施されていた。ポジティブ・アクションを適法とする、1997年法改正によって導入された旧9条（8条）の反対解釈によって、女性のみの有利な取扱いも男女雇

用機会均等法に違反し行政指導の対象になりうるとされていたのである。したがって、改正法には、男性にも行政機関への苦情提起の道を開いたという程度の意味しかない。それでも両面的規制について賛意を表すのが主流であるが¹⁵⁾、その必要性が生じる現実のコンテキストがあってこそ意義を認められると考える。

差別禁止法は、その目的の観点から整理すると、当該属性による区別を撤廃すること自体を目的とする場合と、具体的利益確保に目的を求める場合とに大別できる。

前者の典型例がアメリカの人種差別禁止である。その目的は具体的利益確保にとどまらないカラー・ブラインドだとされるが、それは人種によって区別を行うことが黒人に烙印を押し付け、また、黒人のみに肩入れすると今度は白人の間に不満を生ぜしめかねないからだという。これとは対照的に、具体的利益確保にその目的を求める場合、すなわち差別禁止法の目的が、ある集団の雇用促進・待遇改善にあるとき、もしくは権利保障にあるときは、片面的規制にしてもよい。雇用促進目的の例としてアメリカで1967年に制定された「雇用における年齢差別禁止法」を挙げることができる。中高年齢者の雇用促進を主旨として制定された同法は、適用対象を40歳以上に限定しており、40歳以上の者の間での若年ゆえの差別（例えば40歳の者を50歳より不利に扱う等）を違法にするものではないと解されている¹⁶⁾。また、権利保障を目的とする差別禁止法の例として、日本の労働組合法による不当労働行為（不利益取扱い）禁止規定（7条1号）が、非組合員ゆえの不利益取扱いを禁じていないことを指摘できる。これらは、年齢や組合員といった区別の撤廃自体を目的としないし、特定年齢層や組合員を保護しても他の者の不満を呼び社会の不安定をもたらすともいえないと考えられる、それゆえ片面的規制になっていると捉えられよう。

この対比の中で今回の両面的規制への移行を評価するとすれば、カラー・ブラインドを標榜する人種差別規制と同様に、セックス・ブラインド貫徹、つまり性別による区別の廃絶と男性も保護対象に加えることによる社会統合を期することにな

ろう¹⁷⁾。ただ、後述する年齢差別等の新しい差別問題をも視野に入れると、両面的性格を備えてこそ真の差別禁止法だという議論によって形式的理解に陥ることのないよう注意を要する（V2）。

3 間接差別概念の導入

(1) 国際的動向

間接差別概念は¹⁸⁾、その発祥の地における展開を辿ると理解しやすい。

アメリカでは、1967年に公民権法第7編が制定され、雇用分野等で幅広く人種差別・性差別が禁止された。しかし企業は、高卒以上の学歴や知能テスト合格を採用条件とし、これが教育面で差別を受けてきた黒人に不利に働いていた。学歴等は人種にかかわらず中立的条件であるが、1971年合衆国最高裁は、当該条件が、差別的効果を及ぼし、業務上の必要性・職務関連性を欠いていることから、違法な差別と認めた。この差別的インパクト（disparate impact）法理は、刑務所看守についての身長・体重要件を違法な女性差別と判断するためにも用いられた。現在では条文化されるに至っている。

そして同様の法理がEUではより広範に適用されることになる。パートタイム労働者に対し、その時給を低く設定したり、企業年金の支給対象から除外することは、アメリカでは、差別問題と把握されず、契約の自由任に任される。しかしながら、EUでは、家庭責任ゆえにパートタイム労働を選択せざるをえない女性に不利に作用するとして、男女同一労働同一賃金原則を定める1957年ローマ条約旧119条（現141条。私人間関係に直接適用）に違反すると判断されたのである（1980年代の欧州司法裁判所判決）。この間接差別（indirect discrimination）と呼ばれる概念は、性差別禁止を求めるEC指令に成文化されたこともあり、各加盟国において賃金以外の差別にも適用されている。例えばイギリスでは、昇格後は転勤に応じなければならぬという条件を呑んで上位のグレードに昇格した女性が、当該転勤条件は間接差別に当たるとして争った事案において、女性は転勤命令に応じられないことが多いから、使用者が正当性を示せないと間接差別になるとした下級審裁判例が

ある。

(2) 改正法

この国際的潮流に乗るべく設けられたのが改正法7条である。それによると、性別以外の事由を要件としていても、実質的に性別となるおそれが認められる場合は、事業主は、合理的な理由がなければ、これを講じてはならない。ただし適用対象は、次に掲げる「厚生労働省令で定めるもの」に限定されている（均等則2条）。

- 1号 募集採用に当たって、労働者の身長・体重・体力を要件とすること。
- 2号 コース別雇用管理における総合職の労働者の募集・採用に当たって、転居を伴う転勤に応じることができることを要件とすること。
- 3号 労働者の昇進に当たり、異なる事業場への転勤経験を要件とすること。

間接差別概念による雇用管理全般の見直しを求める意見がある一方で、企業側からは、どのような雇用管理を見直さなければならないか、その外延が不明確であるという真っ向から対立する意見が表明されたため、両者を折衷した結果、適用対象が限定されて導入されたのである。前者の立場からは包括的に網を掛けないと本来の見直し機能を発揮しえないと懸念が示されている¹⁹⁾。のみならず、7条によって、次に述べるいくつかの解釈問題が生じている。

行政指導の観点からみてみよう。前記3事項をもって募集・採用・昇進基準とする事業主は、その基準の差別的効果の如何を問わず指導を受ける可能性がある。差別的効果の判定が困難な中では行政指導に慎重にならざるをえないという理由による²⁰⁾。これだけみると労働者に有利なようであるが、その一方で、指針によると、例えば総合職の転勤要件に合理性が認められない場合は、広域にわたる支店がない、転勤実態が殆どないといった場合と、幹部能力育成や人事ローテーションのための転勤が特に必要と認められない場合にとどまる。これらの場合以外は、合理性を肯定されるのならば、この規定を根拠に見直しが図られる事案はそれ程多くないと推察される²¹⁾。

3事項以外の基準で、これまで労基法4条の解

釈ならば差別意図が推認されえたような基準による取扱い、例えば、世帯主基準による福利厚生措置の提供はどうか。6条で禁止されるのは、性別を理由とすることを正面から明白に認める取扱いであって、それ以外は間接差別としてのみ違法になると解すると、省令で列挙されていない限り指導対象にならないようにも思えるが、衆議院厚生労働委員会の附帯決議が、「雇用均等室においては、省令で規定する以外の間接差別の相談や訴えにも対応するよう」求めていることからすると、何らかの対処がなされることにはなろう。ただ、その対応にどれ程の効果があるかは、不明である。

次に、私法上の効力についてみてみよう。前記3要件により採用されず、あるいは昇進されなかった労働者が不法行為に基づく損害賠償請求を行う場面を想定してみる。この場合、不採用・不昇進と因果関係のある損害は何か、ということが問題となるが、採用・昇進は、契約の相手方として、あるいは役職に就く者としてその者が相応しいかどうか、様々な事情を総合的に評価して行われるものであって、企業には自由な決定が許されるべきものである。そうすると、前記3要件がなければ採用・昇進していたであろうといえる事案、例えば転勤経験を含め客観的要件を満たした者が一律に当該役職に昇進しており、当該女性が転勤経験以外の全要件を満たしている例外的な事案でなければ、差額賃金相当額の損害賠償請求は認められないだろう。慰謝料請求についてみても、性別ゆえの取扱いだと認定されなくても精神的損害の発生が認められるのかどうか、はっきりしない。さらに、転勤要件ゆえに一般職を選んだ者による、総合職への転換や差額賃金相当額の損害賠償請求が認容される可能性も、高いとはいえない。コース別雇用下での性別による配置差別が公序違反と認められた裁判例においても、慰謝料請求が認容されるにとどまり、総合職の一定資格への昇格請求や差額賃金請求は、入社後の経験・知識において男女間で差異があること等を理由にしりぞけられているのが現状だからである²²⁾。前記3要件は、それを満たす男女比率を労働者側が具体的に立証する必要はないとされておりその面での労働者負担は軽減されているが、このように救済可能性が

限定される状況では、労働者が出訴しての権利保障は殆ど期待できない。

そうすると次に、前記3事項以外の間接差別という取扱いが違法と判定されるか、が問題になる。この点、衆議院厚生労働委員会の附帯決議において、「省令で規定する以外のものでも、司法判断で間接差別法理により違法と判断される可能性がある」旨周知すべしとされたこと、前述のように直接差別と間接差別の境界が明確ではありえないことをふまえると、省令による限定を根拠にこの可能性を否定すべきではない。とはいえ、改正法を契機に従前の状況がどれ程変わるのかは不透明である。例えば世帯主基準による家族手当支給は、前述のとおり、差別的意図を推認できない事案では労基法4条に違反しないと解されていた。家族手当は、均等法適用対象外とされてきた賃金の問題であるから、今後省令が見直されても改正法7条でカバーされることはないが、間接差別を規定した改正法の趣旨に徴して、業務遂行上・雇用管理上特に必要であることを使用者が示さない限り違法だと解釈することになるだろうか。

以上の解釈問題は、間接差別と直接差別の線引きが実際には難しいにもかかわらず、適用範囲を限定して間接差別概念を導入したこと（明確性の要請への配慮）に加え、これまで何度も指摘されてきた男女雇用機会均等法の問題、すなわち私人が訴訟を通じて権利を保障される仕組みを備えていないこと²³⁾とが相まって、生じたものといえる。立法・解釈による解決へ向けてさらなる努力を要する。そして仮に、明白な差別的取扱いのみが「直接差別」でそれ以外の取扱いは限定的な場面でのみ「間接差別」として禁止されるという解釈が他の差別類型にも及ぶとすれば、その問題性はより大きい（V2）。

IV パートタイム労働者の均衡待遇に向けた規制

1 発展の経緯

男女間賃金格差は、様々な要因によって生じるが、女性雇用者のほぼ半数がパートタイムで就

労する状況のなかで、正社員の年功賃金制からパートタイム労働者が除外されてきたことにも起因している²⁴⁾。このような取扱いの差異に対し、1993年に制定された短時間労働者法は、事業主に対して均衡のとれた待遇を確保する努力を求めるにとどまった（旧3条）。差額賃金相当の損害賠償の支払いを不法行為（民法709条）に基づいて請求する手段もあったが、同じ勤務年数の正社員の8割に至るまでの差額賃金分の請求を認容した丸子警報器事件判決²⁵⁾がある一方で、日本郵便通送事件では²⁶⁾、契約自由の範疇であり何ら違法ではないと判断される等、確実に救済を得られる手段ではなかった。

諸外国の立法動向をみると²⁷⁾、フランス・ドイツでは1980年代以降、パートタイム労働という雇用形態を促進するためには同時にその保護を図ることが不可欠との観点から立法がなされ、その中でフルタイム労働者との均等待遇原則が定められていた。その後、既にみたように、フルタイム労働者との時給の差異等は、客観的に正当化されない限り、女性に対する間接差別として男女同一労働同一賃金原則（ローマ条約旧119条（現141条））に違反するとの判断が、1980年代に、欧州司法裁判所において下された。ILOでもパートタイム労働に関する第175号条約が採択されている（1994年）。そして、EUレベルでの労働協約に基づくパートタイム労働枠組指令を受けて（1997年）、イギリス等のEU加盟国において、パートタイム労働者とフルタイム労働者との賃金差別等を禁止する立法が施行されるに至っている。

このようにEU等においては、パートタイム労働者の保護として、女性に対する間接差別、パートタイム労働であるがゆえの差別という2つの観点からのアプローチがともに発展してきた。日本では、2006年男女雇用機会均等法改正において、間接差別を規定するに至ったが、パートタイム労働であるがゆえの取扱いはこれに含まれず、2007年短時間労働者法改正によって対処されることになる（2008年4月施行）。その背景には非正社員層の量的増加・質的变化がある。パートタイム労働者・派遣労働者等の非正社員は『労働力調査』によると2007年平均で33.5%に達している。し

かも近年では、基幹的役割を担う者が増加してきている。21世紀職業財団の『パートタイム労働者実態調査』（2005年）によると、職務が正社員と殆ど同じパートタイム労働者がいる事業所が42.5%、主任等の責任のある地位にパートタイム労働者を登用している事業所は、10.5%になる。

2 2007年法改正

(1) 概要

この変化に対応するため、改正法は、パートタイム労働者を以下の類型に区別して規制を行う。

第1類型：①職務内容（業務内容と当該業務に伴う責任の程度）が当該事業所における通常の労働者（正社員）と同一のパートタイム労働者であって、②当該事業主と無期契約を締結しているもののうち（有期契約の反復更新等による実質的無期契約を含む。）、③その職務の内容・配置が、正社員と同一の範囲で変更されると見込まれる者

第2類型：①の職務内容同一要件は満たすが、③同一の配置範囲という要件を雇用の全期間ではなく一定期間のみ満たす者

第3類型：①の職務内容同一要件のみ満たす者

第4類型：以上のいずれの類型にも入らないパートタイム労働者

第1類型の労働者について、改正法は、「差別的取扱いをしてはならない」と定め（8条1項）、禁止規定の形をとる。労基法3条・4条や男女雇用機会均等法6条と同一の言い回しを用いており、強行規定だと解される。その対象事項は賃金決定・教育訓練実施・福利厚生施設利用その他の待遇とされており、この類型の労働者への差別的取扱いは包括的に規制される。

その他のパートタイム労働者については、適用事項ごとに区別しながら、第1類型に比較して控えめな規制が行われる。賃金に関しては、正社員と同一の方法による賃金決定が求められるのは第2類型の労働者に限られ、その効力は努力の責務にとどめられている（9条2項）。この類型にも該当しない者については、正社員との「均衡を考慮」して、職務の内容・成果、意欲、能力、経験等を

勘案して決定する努力の責務が課されるだけである（1項）。正社員に実施する職務遂行上必要な教育訓練は、第2・第3類型（職務内容同一要件のみ満たす者）については、これを「実施しなければならない」として義務規定とされる（10条1項）。そこに該当しないと、賃金と同様、「均衡を考慮」する努力の責務が規定されるにすぎない（2項）。福利厚生施設（給食施設・休憩室・更衣室）は、第2類型以下の労働者に対しては、その利用の機会を与えるよう配慮する義務にとどまるゆえ（11条）、定員数等からみて困難であれば、利用させなくとも義務違反にならない（平19・10・1雇発第1001002号）。

(2) 趣旨

この新たな規制が拠って立つ理念は次のように整理できよう。改正法は、正社員とパートタイム労働者の就業実態を比較しながら均衡のとれた待遇の確保を図り、もって「公正な待遇」を実現しようとするものである、とされる（前掲通達）。この「公正な待遇」の根拠はひとまず、等しきものは等しくという平等原理、日本国憲法14条1項の解釈として、後段列举事由以外による異別取扱いも合理性に欠けるならば違憲になると解釈されてきたこと²⁸⁾、そして労使の交渉力の非対等性に求めることができる。ただ、日本では、例えば年齢給や家族手当といった、働きに応じた待遇とはいいい難い制度が広く浸透してきたから、なぜパートタイム労働者への差別的取扱いのみ不公正として禁止されなければならないのか、理由が必要であると思われるが、それは、改正法の主旨が、働きに応じた公正な待遇という原則を貫徹させることではなく人材の有効活用とパートタイム労働者の待遇改善に置かれているからだとみられる（厚労省設置「パートタイム労働研究会」最終報告（2002年）と前掲通達参照）。

女性や高齢者に多い短時間就労希望者は、公正な待遇を受けられないと、就労意欲を失うことがあり、就労してもその能力を発揮する意欲が削がれてしまう。均衡待遇を図ることは、このような労働者の就労意欲・能力を引き出し、経済社会の発展につながるものである。しかも近年、パートタイム労働者の中には、家庭生活との調和を重

視する者だけでなく、雇用情勢の悪化の中でやむを得ず就労した者や家計を主に支える者も含まれており、それらの者の待遇改善は、社会活力の観点からも要請されている。このように人材活用・待遇改善を主旨とするゆえに、短時間労働者法は、前記の均衡待遇確保だけでなく次の2つの手法を採用したのだと説明できよう。それは、前記諸義務にかかる考慮事項についての説明義務を課して労働者の納得性の向上を図るという手法と(13条)、正社員への転換を図る手法(12条)である。後者の転換促進のために、正社員募集に際してその労働条件をパートタイム労働者に周知する等の措置を講じなければならないとされている。

(3)比較対象者の限定

改正法をこのような主旨の規制と把握した上で、最初に問われなければならないのは、差別的取扱いが禁止されるパートタイム労働者が、前記第1類型の正社員並パートに限られたこと、すなわち職務内容・責任・配置範囲が正社員と同一で、かつ(実質的)無期契約の者と厳格に定義され、その他の規制が努力義務等にとどまったことへの評価である。この点、差別禁止の対象者が極めて少数になってしまうこと等への懸念も示されているが²⁹⁾、これら事項が待遇格差正当化の要素となることに理由がないわけではない。

日本のフルタイム正社員は一般に、長期にわたる人材育成を前提として、柔軟な配転の結果として賃金額が変わらないように処遇され、そのかわりに配転や時間外・休日労働等にも応じる拘束度の高い働きを求められてきたから、それらの点で差異のあるパートタイム労働者との待遇の差異は、合理的といえる。平等原理は、「等しからざる」者に対してはむしろ異なる取扱いを要求する。「等しからざる」者の等しい取扱いは、平等原理に逆らうものであり、今度は、拘束度の高いフルタイム労働者がパートタイム労働者との同一待遇に納得せず能力を発揮しないかもしれない。改正法以前に提示されていた賃金格差救済肯定説も、これら多様な要素を考慮して合理性に欠けることを救済の前提としていたところである³⁰⁾。そもそもパートタイム労働という雇用形態は、労働者の選択によって決まるところがないとはいえず、こ

の点で人種差別や性差別と全く同列には論じられないから、およそすべて「差別」で規制すべしとまではいえない。

また、正社員並パートといえるために求められる無期契約要件は、長期雇用を前提に処遇が決定される正社員が多いことを考慮したものであろう。前記ILO条約においても、パートタイム労働者の比較対象となるフルタイム労働者が「同一の型(type)の雇用関係」にある者と定義され(1条c)、期間の有無が考慮されると解されているところである。

ただ、それら責任・期間等の事項が考慮されることは仕方ないとしても、改正法が、違法事例を明らかにするという明確性の要請を、パートタイム労働者に対する実態に即した保護の要請に対して優先した結果、硬直的になってしまったことは否めない。例えば、正社員自体、流動性が高く職務給で処遇されるような事例でも8条の要件は妥当だろうか。差別禁止対象となるパートタイム労働者は必ず(実質的)無期契約たることを要求されるが、フルタイム労働者が有期契約ならばパートタイム労働者が有期契約であっても比較が可能なのではないか。

さらに、今後の検討課題として、現在の努力義務規定を義務規定にすべきかどうか。すなわち、フルタイム・パートタイム労働者間に責任・配転義務等に関する差異がある場合でも、均衡のとれた待遇が確保されていないときは、不法行為に基づく責任を発生させ、その賃金格差等を比例的に救済できる(正社員の賃金の8割等)ものとするべきか否か、が問題になる³¹⁾。また、そもそも前記要件自体、他の差別に該当しないかということも問題になろう。転勤要件は間接性差別に当たらないか、無期契約要件は有期契約者への不利益取扱いとして取り除くべきか、といった点である。

(4)解釈問題

改正法の解釈として、司法救済のあり方が問題になるのは労基法3条・4条違反、男女雇用機会均等法の場合と同様であるが、そのほか特に2点摘示しておきたい。

第1に、均等待遇規定(8条1項)に関してはその差別概念が問題になる。同様の文言を用いる

労基法3条の解釈を参照すると、合理的な差異は許されるはずであり、合理性判断の鍵は労働時間に比例して差異を設けることが適切かどうか、ということになる。例えば所定労働時間が1日7時間のフルタイム労働者と4時間のパートタイム労働者がいるときに、それぞれの賃金額を7時間相当、4時間相当とすることは、合理的である。その一方で、事柄の性質上比例的な取扱いができないもの、例えば経営上の理由による解雇に際しての解雇対象者選定の局面において労働時間の短さゆえにパートタイム労働者を対象者として選定することは、8条違反と解される(通達)。ただ、このように解しても、勤続年数を昇給基準に取り入れている企業において、前記の例で両者の勤続年数がいずれも7年であるとき、パートタイム労働者の勤続年数を所定労働時間に比例して4年と計算してよいかといった問題は残る。

第2に、8条以外の規定の効力いかなが問題になる。これらの規定は、直接の私法上の効力をもたないことは争いがないだろう。ただ、改正法のもとでも、その趣旨が不法行為に基づく損害賠償請求訴訟においてどの程度考慮されるか、問題になる³²⁾。また、第3に、労働時間において正社員と変わらない労働者(いわゆるフルタイムパート)は、仮に前記①から③の要件を満たしていても、短時間労働者法を根拠とする救済は受けられないが(労働時間が正社員より短い者という同法2条の定義に合致しないため)、その差別的取扱いが不法行為を構成するか、ということは問題になる。

これらの点は、いずれも難しい解釈問題であるが、短時間労働者法の主旨をどのように把握するかによっても左右されよう。例えば、第1の点に関していえば、EUでは、勤続年数の算定において労働時間の長短を考慮することに対して厳しい目が向けられているが³³⁾、これは間接性差別としてのアプローチであり、また職務価値に応じた賃金制度が確立した諸国での判断だったことに注意する必要がある。

改正短時間労働者法は、雇用形態による取扱いに初めて強行的な規制を加えるものであり、説明義務という手続的アプローチを含んでいる点でも、実効性が注目されるが、その一方で、比較対象者

や差別概念、救済のあり方について、立法・解釈によって埋めていくべき課題を少なからず内包している。

V 年齢による取扱いへの規制強化

1 65歳までの雇用確保

前述のように戦後に普及した55歳定年制は、老齢厚生年金の支給開始年齢(60歳)までの開差ゆえにその不利益性が強く意識され、労働側によってその60歳への引上げが強く要望されるようになる。これは、1986年の高年齢者雇用安定法制定による努力義務規定創設を経て、その強行規定化(1994年改正)によって実現する。しかし今度は、60歳以降65歳までの雇用確保が、少子高齢化のいっそうの進展と年金支給開始年齢の65歳引上げ等の年金制度改革の中で、重大な政策課題として注目されるようになる。こうして2004年法改正によって、事業主は、65歳までの雇用確保に向けて、定年の引上げ、継続雇用制度の導入または定年の定め廃止のうちいずれかを行わなければならないとなった(9条1項)³⁴⁾。もっとも、60歳定年以降は有期雇用更新という形式も可能であり、雇用継続希望者の一部を対象とすることも、対象者基準を労使協定で決めておけば、許される(2項)³⁵⁾。

海外に目を転じ、定年制を年齢差別禁止法によって原則禁止するアメリカと比較すると³⁶⁾、高年齢者雇用安定法は、定年制廃止を一律に義務づけていない点で特徴を有するといえる。日本では、解雇に正当事由を要しないアメリカとは異なり、定年制の雇用保障機能が重視されてきたからであり、また、年齢という要素が大きな役割を担う日本の雇用管理の実態が考慮されたからでもある。つまり、同法は、定年の雇用保障機能を重視し、一般的な雇用管理への影響に目配りしながら規制をすすめるという、労働市場法制の一環にすぎないといえる。

2 募集採用時の年齢制限是正

一方、バブル経済崩壊後の雇用情勢悪化の中

で、中高年齢者や年長若年層の極度の就職難が社会問題として提起されるに至り、募集・採用について「年齢にかかわらず均等な機会を与える」義務が、2001年雇用対策法改正において努力義務として定められ、2007年6月、法的義務に高められることになった(10条、同年10月施行)。この新10条は、募集採用時の差別を禁じる男女雇用機会均等法5条を範とした義務規定である。これに違反しても罰則や企業名公表はないが、公共職業安定所等の求人票不受理はありうるし(職業安定法5条の5)、不法行為に基づく損害賠償責任を発生させる。年齢差別禁止を含むEC指令が2000年に採択される等、諸外国での年齢差別禁止立法の急速な広がりが影響したものと推察される。

とはいえ、この規制はなお雇用政策の性格を失っていない。適用範囲が厚生労働省令で限定されており、定年までの長期雇用を基本とする日本型雇用慣行とかかわるものは依然として許されるからである(雇用対策法施行規則1条の3第1項)。すなわち、①定年を下回ることを条件とするとき、②長期勤続による能力開発・向上を図る観点から、新卒の若年者等を無期契約の対象として募集・採用するとき、③技能・知識継承の観点から、特定職種において当該事業主が雇用する労働者が相当程度少ない特定年齢層に限定し、無期契約の対象として募集・採用するとき、適用から外されている。②の例外は、若年者の勤続年数が高齢者よりも長期に及ぶ傾向にあることを想定して設けられているように読めるが、そうだとすれば、男女差別で禁止された統計的差別を容認することになる。新卒一括採用の慣行が変わらなければ、中途採用という間口の狭い就職機会での平等が図られるにすぎないであろう。また、改正法は、④60歳以上の者等の雇用促進を目的とする年齢制限を例外とする点において、雇用政策の一環としての性格を明らかにしている³⁷⁾。公務員の適用除外(37条2項)にも注意が必要である。

このほか、職務経験年数、学校卒業年次、賃金額等、年齢に深くかわる事項による取扱いは、男女雇用機会均等法と異なり間接差別を規定しない雇用対策法のもとでは、年齢を理由とすること

が明白でないとして、違法になり得ないのか、という問題がある。密接に関連する事項の多い年齢についてこのような解釈が及ぶならば、雇用対策法10条は殆ど無意味な規制になりかねない。実効性確保という観点からは課題を残しているといえよう。

3 エイジ・ブラインド?

このように雇用対策法10条は、義務規定になったとはいえ、適用対象が極めて限定されている現状では、年齢差別は絶対的に不正義であるという強いメッセージを発するものとはいえない。例えば定年制を公序違反と解する論拠の1つとして雇用対策法10条を援用しても、その主張を補強する効果は殆ど認められないであろう。

それでは、雇用対策法・高齢者雇用安定法による政策的対処を超えて年齢差別禁止立法を行うべきか。その具体的な効果として例えば特定年齢層の賃金減額を違法とすることが考えられるが、高齢者のみに著しく大きな不利益を課するような事案では就業規則の合理性あるいは労働協約の規範的効力が否定される傾向にあり、既にある程度対処がなされている³⁸⁾。年齢差別禁止理念によれば、不利益が小さい事案でも特定年齢層の賃金減額を違法にすることができるかもしれない。しかしそうすると今度は、年功賃金がそもそも年齢差別であり廃止すべきだ、と主張されるだろう。定年制撤廃についても、解雇の必要性が生じ、すべての年齢層で雇用を不安定化するのではないかと懸念される³⁹⁾。つまり、年齢による取扱いを人種差別と同様の差別と捉え、その廃絶をおし進めようとするエイジ・ブラインド理念には、年齢にかかわりのない、といえは聞こえは良いが、実力主義のシビアな雇用社会をもたらしかねない危険が隠されている。それが望ましいという判断は別途ありうるが、「差別」としてそれを推進するのは適切であろうか。また、そもそも日本の政策は、シルバー人材センターに象徴されるように、高齢者を区別して取り扱うことを推進してきたともいえるのであり、それら法政策との整合性も検討されなければならないだろう。

VI その他の差別

以上で述べた差別のほか、諸外国では、障害・性的指向・家族的責任・婚姻上の地位等による差別が規制されてきているが、日本では、これらの差別からの保護は必ずしも厚くない。例えば、障害者に対しては、障害者雇用促進法によって雇用率が設定されているが、雇用率未達成企業には納付金が求められるにすぎず、そのほかは解雇権濫用法理（労働契約法 16 条）による保護等、労働契約法理を通じての保護にとどまる。さらに、有期契約労働者や派遣労働者に対する不利益な待遇は、立法により禁止する国が増えてきており、日本での規制の是非が今後の大きな政策課題として残されている。

VII おわりに

以上でみたように雇用差別禁止法制は進展してきている。それは、平等意識の高まりによることもあるが、労働者層の保護低下の揺り戻しでもある。保護低下が顕著に表れているのは、国際競争激化・産業構造変化を受けて、企業が、長期雇用・年功賃金の正社員層を減らし、パートタイム労働や有期雇用、労働者派遣で構成される非正社員層への代替を進めてきたことであり、もう 1 つは、年金支給開始年齢の引上げ等に見られる社会保障基盤の弱体化である。この事態に対応しようとするとき、労使交渉に委ねる伝統的な解決は、十分に有効でないかもしれない。正社員層が多数をしめる状況下では、少数派の非正社員層の利益は、集団の利益を守る労働組合によっては代表されにくいというえ、企業別組合をベースとする日本の労働組合では、どうしても企業内での雇用保障に重点が置かれやすいからである。

そこで行われたのが今次の一連の法改正である。パートタイム労働者への差別禁止と募集・採用時の年齢制限の緩和は、前者の問題に対応すべく、正社員・非正社員間の格差を是正するとともに、非正社員層から正社員層への移動を促進しようとする。60 歳以上の雇用確保措置は、後者に関連しており、年金支給開始年齢と定年年齢との間の

空白を埋めるべく導入された。そして、これら法改正の大きな原動力となっているのは経済的要請である。少子高齢化が進むなかでは、人材の有効活用と社会保障財政負担緩和のために、女性や高齢者が労働市場に参加することが求められる。パートタイム労働は、それらの労働者層の多くが望む就労形態であり、より良好な雇用機会としていかなければならない。女性や就職氷河期に当たってしまった年長若年層の就労促進は「少子」問題解決の鍵でもある。

以上の全体的な流れをふまえると雇用差別禁止法制の第 1 の課題は、政治過程に反映されにくい少数者の保護が見落とされていること、具体的にはまず、募集・採用過程における国籍・信条・社会的身分による差別が禁止されていないことである⁴⁰⁾。紙幅の関係上殆ど論じられなかったが、募集・採用過程における差別は、完全に廃絶しようとする立証の困難さや効果的救済のあり方という課題に直面するであろうが、先進諸国の多くがそれらを違法と定めており、人権意識・プライバシー意識の高まった今日、信条・社会的身分等の事由が個人の意思によって逃れられない、あるいは容易にはコントロールしがたいことを考慮に入れると放置したままでよいのか、わが国でも再検討が迫られている。障害者差別の規制の是非等も検討していかなくてはならない。

第 2 に、男女雇用機会均等法で用いられた漸進的発展の手法が他の差別類型で再活用されていることによる課題である⁴¹⁾。間接性差別概念は 3 事項限定で導入された。パートタイム・フルタイム労働者間の異なる取扱いは、業務内容・責任・配置範囲の点で同一かつパートタイム労働者が無期契約の場合に限って、違法とされた。両者間の差異の程度に応じた処遇を求める「均衡」はなお努力義務とされる。年齢による取扱いについても、年金支給開始年齢までの雇用確保措置は法的義務となったが、60 歳定年後を有期雇用更新による雇用確保とし、対象者を労使協定締結によって絞ることも認められている。募集・採用年齢制限禁止は、義務規定へ移行したものの、新卒採用は許される等、日本型雇用慣行を崩すところまでは踏み込んでいない。このような漸進的規制に内

在する実効性確保という課題もさることながら、今次法改正は特に、明確性の要請に配慮するあまりに、硬直的になり、その一方で権利保障の仕組みを備えないことと相まって複雑な解釈問題を生じさせている。直接差別・間接差別の区別や正社員並パートタイム労働者の定義等はその例であり、解釈立法による解決を要する。

今後、現行法の強化の是非が検討課題になると、第3に、差別禁止法のアプローチが差別類型ごとに異なることが許されるか、ということが問題になる。現在のホットイシューである年齢や雇用形態による差別が、人種・性差別等、諸外国で普遍的に禁止される典型的な差別類型とは異なることには留意が必要である。年齢は、すべての人にかかわるものであり、職務遂行能力の指標となり、雇用管理のあり方にも関連する。パートタイム労働という雇用形態は、労働者にとってのメリットもあり、人の選択によるところが全くないとはいえない。このような特質をふまえると、それら事由による取扱いは、高齢者の雇用確保やパートタイム労働者の待遇改善といった具体的目的の実現のための規制は求められるが、人権保障のための絶対的廃絶は要請されていないといえるから、それらが正社員の年功賃金等、日本の雇用社会に深く根付いた慣行と密接に関連してきたことをふまえて規制のあり方を検討すべきことになる。

規制強化反対の最大の論拠は企業にコスト増を強いることであろうが、雇用差別禁止法は、先述のとおり、経済的要請に應えるものともいえる。ただ他方で、経済的観点からの正当化の裏側には、労働者にある面で有利なものを廃止する方向に差別禁止規制が働きかねない危険が潜んでいる。年齢差別概念による定年制や年功賃金の廃止、雇用形態による差異のない働きに応じた処遇のいっそうの推進は、雇用保障の低下、職務・成果に応じた賃金制度への移行を促し、正社員層の利益に反する結果をもたらすかもしれない。年金支給開始年齢のさらなる引上げの基盤整備と位置づけられる可能性もないではない。

最後に、差別禁止法理の内在的限界を克服する努力を要することを述べておきたい。差別禁止法理は、等しきものは等しくという理念に則るゆえ、

救済されるためには基本的に、差別された者と「等しい」者との「差異」が前提となる。したがってパートタイム労働者と正社員との職務分離が行われてしまうと、「等しい」フルタイム労働者がいないパートタイム労働者は、短時間労働者法によっては救済できない。パートタイム労働者に合わせてむしろフルタイム労働者の賃金を引き下げることが、「差異」をなくすことにはなるから、平等原理によっては妨げられない（就業規則変更ならば労働契約法10条の合理性審査に服することにはなる）。また、募集・採用時の明白な年齢制限がなくなっても、平等原理は、「等しからざる」者を等しく扱うことまで要求しないから、若年者に比較して技能面で劣るような高齢者の救済を導くことはできない。このように差別禁止法理が無力な場面については他の手法の併用が考えられる。例えば、パートタイム労働者の待遇は、最低賃金法による賃金底上げを通じて改善されていく方向がありうるし、高齢者や障害者等に対しては助成金支給や雇用率の設定等の従来の伝統的な雇用政策がある。雇用形態による差別のように、実態が多様で、比較対象者の画定等、差別禁止法理の運用が難しいときは、説明義務等の手続的規制を組み合わせることも考えられる。それぞれの優れた点と限界とをさらに深く考察する必要がある。

- 1) 三菱樹脂事件・最大判昭48・12・12民集27巻11号1536頁。
- 2) 日産自動車事件・最三小判昭56・3・24判時998号3頁。
- 3) 昭和22・9・13発基17号。
- 4) 厚生労働省労働基準局編『改訂新版労働基準法上』（労務行政、2005）73頁。
- 5) 東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法上巻』（有斐閣、2003）96頁〔両角道代〕。
- 6) 秋北バス事件・最大判昭43・12・25民集22巻13号3459頁。
- 7) JR北海道・日本貨物鉄道（北海道・国労）事件・最一小判平15・12・22民集57巻11号2335頁。
- 8) 両角・前掲注5）・97頁。
- 9) 三陽物産事件・東京地判平6・6・16勞判651号15頁。
- 10) 日産自動車事件・東京地判平元・1・26勞民40巻1号1頁。
- 11) 前者の例としてシャープエレクトロニクスマーケティング事件・大阪地判平12・2・23勞判783号71頁、後者の例として芝信用金庫事件・東京高判平12・12・22勞判796号5頁。
- 12) 神尾真知子「均等法改正における『性差別禁止』の広がり

- と深化」季刊労働法 214 号 (2006) 100 頁以下。
- 13) 日本鉄鋼連盟事件・東京地判昭 61・12・4 労民集 37 巻 6 号 512 頁。
 - 14) 改正法ではこのほか、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いへの規制強化等も行われている。改正法全般については木下潮音ほか「[座談会] 男女雇用機会均等法の論点」法律時報 79 巻 3 号 (2007) 4 頁、小畑史子「男女雇用機会均等法の改正と今後の課題」同誌 32 頁。
 - 15) 山田省三「2006 年男女雇用機会均等法案の内容と問題点」労働法律旬報 1624 号 (2006) 4 頁ほか多数。反対する学説として、笹沼朋子「『男性中心アプローチ』な改正」労働法律旬報 1644 号 (2007) 6 頁以下。
 - 16) 拙著『年齢差別禁止の法理』(信山社, 2008) 92-93, 127 頁以下。
 - 17) 2004 年の「男女雇用機会均等政策研究会報告書」は、差別禁止の考えを明確に打ち出すことと男性の理解が得られやすくなることに両面的規制の意義を求めている。なお、このように解すると、ポジティブ・アクションは暫定的措置と位置づけることになろう。
 - 18) 本法および外国法については、中窪裕也『アメリカ労働法』(弘文堂, 1995) 196 頁以下、労働法律旬報 1489・1490 号 (2000) 所収の各論文、相澤美智子「間接差別法理の内容と適用可能性」日本労働研究雑誌 538 号 (2005) 32 頁、長谷川聡「2006 年男女雇用機会均等法の間接性差別概念の位置づけ」労働法律旬報 1644 号 (2007) 15 頁等。
 - 19) 山田・前掲注 15)・7 頁、神尾・前掲注 12)・109 頁、長谷川・前掲注 18)・18 頁、宮崎由佳「改正男女雇用機会均等法」日本労働法学会誌 109 号 (2007) 123 頁以下、浅倉むつ子「均等法の 20 年」嵩さやかほか『雇用・社会保障とジェンダー』(東北大学出版会, 2007) 43 頁。
 - 20) 参議院厚生労働委員会 2006 年 4 月 20 日〔雇用均等・児童家庭局長発言〕。
 - 21) 職務内容に差がない等の実態に伴わない区分のもとでの男女間賃金格差は労基法 4 条違反になりえた。内山工業事件・広島高岡山支判平 16・10・28 労判 884 号 13 頁等。
 - 22) 野村證券事件・東京地判平 14・2・20 労判 822 号 13 頁、岡谷鋼機 (男女差別) 事件・名古屋地判平 16・12・22 労判 888 号 28 頁。なお、都道府県労働局長の助言・指導・勧告 (17 条) の対象にはなる。
 - 23) 濱田富士郎「均等法の現状と課題」日本労働研究雑誌 538 号 (2005) 4 頁。
 - 24) 2006 年の『パートタイム労働者総合実態調査結果』によると、パートタイム労働者の割合は 25.6%に上り (正社員ではないが労働時間が正社員と同一または長い労働者も含めると 30.7%)、女性の 46.1% (男性は 11.2%) がパートタイム労働で就労している。同調査によると、パートタイム労働者に昇給させることがある企業割合は正社員に比して少なく、昇給がある場合でも、年齢や昇格に応じた昇給は正社員ほど行われていない。
 - 25) 長野地上田支判平 8・3・15 労判 690 号 32 頁。
 - 26) 大阪地判平 14・5・22 労判 830 号 22 頁。
 - 27) 浅倉むつ子「パートタイム労働と均等待遇原則・上」労働法律旬報 1385 号 (1996) 18 頁以下、水町勇一郎『パートタイム労働の法律政策』(有斐閣, 1997) 27 頁以下、阿部未央「イギリスにおけるパートタイム労働の平等法理」季刊労働法 218 号 (2007) 175 頁以下等参照。
 - 28) 最大判昭 48・4・4 刑集 27 巻 3 号 265 頁。
 - 29) 荒木尚志ほか「[パネルディスカッション] 新労働立法と雇用社会の行方」ジュリスト 1347 号 (2007) 29 頁以下〔土田道夫発言〕、奥山明良「パートタイム労働法の改正と概要」ジュリスト 1351 号 (2008) 77 頁、橋本陽子・安部由起子「賃金」荒木尚志ほか『雇用社会の法と経済』(有斐閣, 2008) 46 頁以下。
 - 30) 本文掲記の要素等を考慮要素に含める見解として、浅倉むつ子「パートタイム労働と均等待遇原則・下」労働法律旬報 1387 号 (1996) 47 頁以下、水町・前掲注 27)・238 頁以下、土田道夫「パートタイム労働と『均衡の理念』」民商法雑誌 119 巻 4・5 号 (1999) 568 頁以下、和田肇「パートタイム労働者の『均等待遇』」労働法律旬報 1485 号 (2000) 25 頁以下。
 - 31) 均衡に反する格差についての比例的救済を論じる学説として、土田・前掲注 30)・563 頁以下、和田・前掲注 30)・18 頁以下。このほか、責任等の差異の程度からみて賃金格差の程度が相当かどうかを考慮すべしとする学説として、浅倉・前掲注 30)・46 頁以下、奥田香子「パート労働の将来像と法政策」西谷敏ほか『転換期労働法の課題』(旬報社, 2003) 364 頁以下、西谷敏「パートタイム労働者の均等待遇をめぐる法政策」日本労働研究雑誌 518 号 (2003) 66 頁がある (これらは比例的救済がありうることを明確にはしていない)。これに対し、正社員・パートタイム労働者間の待遇の均衡を判断する場として裁判所はふさわしくないとするものとして、菅野和夫・諏訪康雄「パートタイム労働と均等待遇原則」北村一郎編集代表『現代ヨーロッパ法の展望』(東京大学出版会, 1999) 133 頁、中窪裕也「条件格差と法規制のフォーカス」日本労働研究雑誌 489 号 (2001) 45 頁。なお、山田省三「パートタイム労働者と均等待遇原則」日本労働法学会誌 90 号 (1997) 122 頁、奥田・同上論文、西谷・同上論文は、配転や時間外労働の負担は割増賃金や配転手当の問題として処理すべきで基本給格差に結びつけるべきでないことも論じている。
 - 32) 土田・前掲注 30)・552 頁以下は、フルタイムパートの場合も含め、均衡理念に反する賃金格差は責任を発生させるとする。なお、労働契約法 3 条 2 項は、労働契約は就業の実態に応じて均衡を考慮しつつ締結し変更すべき旨規定するが、総則に置かれていること、「すべきものとする」という弱い表現が用いられていることにかんがみると、それ自体、具体的な法律効果を発生するものではなく、権利濫用や公序良俗違反を判断する上で参照されるにすぎないと解される。山川隆一『労働契約法入門』(日本経済新聞出版社, 2008) 46 頁以下も参照。
 - 33) 浅倉・前掲注 27)・29 頁以下。
 - 34) 同条の効力については、三井正信「高齢者雇用安定法 9 条をめぐる解釈論的諸問題(1)」広島法学 30 巻 3 号 (2007) 10 頁以下、拙稿「高齢者の雇用確保措置」労働法律旬報 1641 号 (2007) 46 頁。
 - 35) 企業からの報告に基づく厚生労働省発表によると、2007 年 6 月時点において、65 歳以上まで希望者全員が働ける企業の割合は 37%だったとされる。
 - 36) 国際的動向については、小宮文人・濱口桂一郎『EU 労働法全書』(旬報社, 2005) 251 頁以下、柳澤武『雇用における年齢差別の法理』(成文堂, 2006)、前掲注 16) 拙著。アメリカのほか、オーストラリアと、カナダの多くの州は、定年制撤廃に至っている。
 - 37) その他、芸術又は芸能の分野における表現の真实性等を確保するための年齢制限、労基法等により特定年齢層の労働者の就業等が禁止・制限されている場合も例外とされる。

- 38) みちのく銀行事件・最一小判平 12・9・7 民集 54 卷 7 号 2075 頁。
- 39) 森戸英幸・川口大司「高齢者雇用」荒木ほか・前掲注 29)・58 頁。岩村正彦「変貌する引退過程」『岩波講座・現代の法(12)職業生活と法』(岩波書店, 1998)360 頁以下, 菅野和夫『新・雇用社会の法〔補訂版〕』(有斐閣, 2004) 96 頁以下。これに対し, 定年撤廃を主張する清家篤『定年破壊』(講談社, 2000), エイジ・ブラインドを提唱する見解として, 柳澤・前掲注 36)があり, 年齢差別禁止法制定の基盤が整ったときはそれを導入すべしとする見解として, 藤本茂「年齢差別禁止立法化の前提」労働法律旬報 1493 号 (2000) 8 頁がある。
- 40) 水町勇一郎「採用の自由」浅倉むつ子ほか『労働法の争点〔第 3 版〕』(有斐閣, 2004) 130 頁。
- 41) 荒木尚志「労働立法における努力義務規定の機能」中嶋士元也先生還暦記念『労働関係法の現代的展開』(信山社, 2004) 19 頁。このようなアプローチの意義と課題については, 有田謙司ほか「学界展望: 労働法理論の現在」日本労働研究雑誌 572 号 (2008) 3 頁以下。
- *本稿は, 科学研究費補助金・基盤研究(B)(平成 18 年度～)の研究成果の一部である。

さくらば・りょうこ 神戸大学大学院法学研究科准教授。
最近の主な著作に『年齢差別禁止の法理』(信山社, 2008)。
労働法専攻。