

性平等に向けての法的枠組み

—EU法における展開を参考にして

黒岩 容子
(弁護士)

現代社会に根深く存在しつづける性差別に対して、法が有効な対抗手段となるためには、どのような法的枠組みが必要なのだろうか。本稿では、EU法における性差別禁止法理の展開に手がかりを探る。EU法では、1970年代以降、まず、「男女別取扱い禁止」の徹底が図られた。立法および判例法理により、男女同一価値労働同一賃金原則の導入・実施、直接性差別禁止の例外範囲の限定、比較対象者の選定困難の解消が強力に進められたのである。同時に、単に男女を同一に扱うだけでは性差別の解消は困難であることが認識され、2つの方向から、その克服のための取組がなされた。一つは、より多様な形態の行為類型を「性差別」として禁止するための法理が形成されたことである。その代表が、間接性差別禁止法理（「性平等実現への障害不除去」という性差別）であり、妊娠・出産直接性差別法理（「女性固有のニーズへの配慮の侵害」という性差別）である。もう一つは、消極的な差別禁止・個別申立による事後救済だけでなく、より積極的かつシステムティックな性差別の是正と性平等の推進が行われたことである。それに関連して、ポジティブ・アクション（一方の性に対する特別の措置）が逆差別との関係で争われるなかで、積極的措置としての法的枠組みのあり方が議論され、ポジティブ・アクションの射程範囲が画定されていった。このようなEU法における展開を日本法への示唆として受けとめ、本稿では、日本における「性差別」「性平等」概念の見直し、具体的な性差別禁止法理のより有効な枠組み、さらに性差別是正措置の改善について、問題提起を行う。

目次

- I はじめに
- II 男女別取扱い禁止の徹底
- III 「性差別」として禁止する行為形態の拡大
- IV 性平等をより積極的に推進するための法的手段
- V 新たな課題および克服に向けた試み
- VI 性平等に向けての法的枠組み
- VII おわりに

I はじめに

1985年男女雇用機会均等法制定から約30年がたち、日本でも明白な男女別取扱いは減りつつある。しかし、男女を同一に扱う人事制度の下でも、

男女の賃金格差や女性の管理職率の低さは解消していない。むしろ、性差別は、パート差別や年齢差別などと複合して見えにくくなりつつ、現代社会における格差や貧困を生み出す社会構造の一部となり深く浸透している¹⁾。こうした状況に対して、現在の法は、有効な対抗手段となり得ていない。それは、単に法が守られていないという理由からのみではなく、それ以上に、法の枠組みや内容が、現代社会における性差別の形態の変化や発生仕組みに有効に対抗しうるものとなっていないからではないか。

では、性差別に有効に対抗するための法的枠組みとして、どのようなものが考えられるであろうか。本稿では、EU法²⁾(European Union Law, 欧

州連合法)における性差別禁止法理の展開を分析し、そのなかから手がかりを見い出していきいたい。EUは、1970年代半ば以降、女性労働力の活用という経済発展のための重要な柱として、同時に、基本的人権保障という視点から、男女差別の撤廃に積極的に取り組んできた。性差別禁止に関する新法制定や法改正も幾度も行われ、また、多くの判例が蓄積されてきている。そのなかで、性差別是正のための様々な法理が形成され、それらの論拠や意義および限界とその克服をめぐる論議も活発に行われてきた。そうしたEU法の経験は、日本の法的枠組みを考えるうえでも示唆に富むものであろう。

本稿では、EU法における性差別の是正について、特徴的な3つの点、すなわち男女別取扱い禁止の徹底、「性差別」として禁止する行為形態の拡大、性平等のより積極的な推進について紹介したうえで、EU法が直面する課題とその克服の試みに触れ、これらEU法からの示唆をふまえて現代性平等法に求められる法的枠組みについて考えてみたい³⁾。

II 男女別取扱い禁止の徹底

1 男女同一価値労働同一賃金原則および直接性差別禁止法理の発展

性差別の是正にむけて、EU法が強力に機能し始めたのは1970年代半ばである。その原動力となったのが一連の指令制定である。1957年EEC設立条約には、性差別に関しては、男女同一労働同一賃金原則に関する規定(旧119条)しかなかったが⁴⁾、1970年代の半ば⁵⁾以降、上記条約を補完する下位の法として、1975年男女同一賃金指令(賃金に関する性差別禁止を規定)や1976年男女平等待遇指令(賃金以外の労働条件に関する性差別禁止を規定)などの指令が制定された⁶⁾。同時期に、欧州司法裁判所は、EU構成国の市民は性差別に対してEU条約違反を根拠として提訴できると判示し⁷⁾、性差別に対する不服申立や訴訟の提起を促進することになった。

性差別の訴訟では、まず、男女別の取扱いが、

男女同一労働同一賃金原則あるいは直接性差別禁止違反として争われた⁸⁾。両者はともに、男女同一取扱いすなわち男女の別なく「等しいものは等しく」扱うことを理念として、男女別取扱いを禁止する法理である。EU法の第一の特徴は、判例法理や立法の展開をつうじて、これらの法理の内容を充実させながら、男女別取扱いの禁止を徹底したことである。EU法における両法理に関連して、とくに注目されるのは、以下の3つの点である。

第1は、男女同一価値労働同一賃金原則が導入・実施されたことである。

EEC設立条約旧119条は、文言上は男女同一労働同一賃金原則(下線は筆者)を規定していたが、1975年男女同一賃金指令1条および1981年ウォーリングハム判決⁹⁾により、同条が「同一価値」労働同一賃金原則をも内容に含むことが確認された。これにより、たとえ男女の職域が分離していて従事する仕事は違っていても、男女の仕事の「価値」が同じであれば、男女の賃金格差は条約違反の対象となることとなった。

また、欧州司法裁判所は、1980年マッカーシー判決¹⁰⁾により、「同一」ないし「同一価値」とは使用者にとっての価値ではなく客観的な職務それ自体の価値によって判断される、とした。さらに、1995年ロイヤルコペンハーゲン判決¹¹⁾は、その客観的価値は「労働の性質、求められる教育訓練、および労働条件のような一連の要素を考慮して、比較可能な状態」にあるか否かが判断される、とした。

構成国での具体的な適用段階では、たとえばイギリスにみるように、救済機関が「同一価値労働」の判定をする専門家を活用して立証の促進を図るなど¹²⁾、同法理の活用をより促進する工夫もなされている。

第2は、男女別取扱い禁止の例外の範囲が、厳しく限定されていることである。

欧州司法裁判所は、性差別禁止を重視する立場から、法が明文で定めたもの以外は例外として認めず¹³⁾、また、その例外規定自体も厳格に解釈する旨¹⁴⁾を判示した。その結果、軍隊や夜勤から女性一般を排除する構成国の法律がEU指令違

反とされる¹⁵⁾など、女性のみを対象に就労制限する法律の見直しが迫られ、基本的に男女共通に必要な規制をおこなう方向へと進むことになった。

第3は、比較対象者を選定する困難に直面したことから、その克服方法を追求していることである。

男女同一賃金原則や直接性差別禁止法理では、他の性の労働者と比較して格差を立証することが要件とされる。しかし、実際の職場では男女の地位や職域が分離し、同一(価値)労働に従事する比較対象者が存在しない場合も多い。その場合には性差別を主張できないのだろうか。この点に関しては、「もし、申立人が他の性であったなら……」という仮想比較対象者の設定が許されるか否かが問題となった。

欧州司法裁判所は、比較対象者の範囲について若干の柔軟性は示しつつも(前任者やより低価値の労働をしている者との比較は許容¹⁶⁾)、仮想比較対象者を用いることを否定する判断をした。実在者との確実な比較を求めたのであろう。しかし、立証上の困難が大きいため、後に2002年改正男女平等待遇指令により仮想比較対象者が肯定され、立法による改善が図られた。同時にこの問題を通じて、「性差別」を「男女別取扱い」という観点からのみ捉えるのは狭すぎるのではないかと、という疑問が喚起されていった。これについては後述する。

2 「男女別取扱い禁止」の限界と「性差別」とは何かの問い直し

男女別取扱いを禁止する法理は、女性(ないし男性)に対する偏見やステレオタイプな見方にもとづく行為を排除するうえで有効に機能する。EUでは1970年代半ば以降、男女別取扱い禁止が徹底され、構成諸国における男女別の賃金制度や昇進・昇格の運用上の差別、特定の職種からの女性の一般的排除などが是正されていった。

しかしそれにも拘わらず、職場での男女格差は解消しなかった。男女同一取扱いとはなっても、パートタイム労働や伝統的に女性が多い職種は低賃金であったし、出産や妊娠に関連した採用拒否・

解雇・昇進昇格の遅れ、教育や家庭的環境上のハンディなどがあるために、単に男女を同一に扱うだけでは、女性労働者の地位向上や男女格差の解消は困難であることが明らかとなっていった。

こうした状況を踏まえ、学説からは、従来の性差別禁止の法的枠組みに対して、2つの方向から強い批判が加えられていった¹⁷⁾。

一つは、性差別を「男女別取扱い」とのみ捉えてきたことに対する批判である。性「差別」とは何かを問い直して、「男女別取扱い」だけではなく、より広く多様に、性平等の実現を阻むものを「差別」として捉えて除去していく必要がある、という主張である¹⁸⁾。

もう一つは、性差別の是正が、従来はもっぱら個人による被害申立の事後的救済でしかなかったことへの批判である。従来の方法では個人に過大な負担がかかるために、被害者の多くは申立すらできずに差別に忍従し続けることになる。また、個別の事後救済では是正の範囲も限定される。そこで、学説からは、個別被害の事後救済にくわえて、より積極的に、また被害者を包括的に対象として、差別を撤廃し平等を促進するような法的枠組みの必要が主張されるようになった。

では、こうした批判を踏まえて、EU法がどのように展開されていったかをみてみよう。

III 「性差別」として禁止する行為形態の拡大

1 間接性差別の禁止

「性差別」として禁止する行為形態を拡大した代表が、「間接性差別」の禁止である¹⁹⁾。

EU法では、1976年男女平等待遇指令が「直接および間接の差別」の禁止を規定したが(2条1項)²⁰⁾、間接差別の定義はなく、当初は、欧州司法裁判所は、間接性差別を外形は性中立的だが真の意図は男女別にある場合として、いいかえれば直接性差別の一類型(男女格差という結果から男女別取扱いを推定する、立証責任が転換された直接性差別禁止)として捉えていた²¹⁾。しかし、1986年ビルカ判決をリーディングケースとして、性差別

意図の有無を問わず、一方の性に対して不利な効果が生ずることに依拠して間接性差別の成立を認める判例法理が確立した²²⁾。その後、この判例法理が成文化され、現行2006年男女平等待遇指令²³⁾は、i外形上は性中立的な規定・基準・取扱いが、ii一方の性の者に他の性の者に比べて特定の不利益を与えうる場合には、iiiその規定・基準・取扱いが正当な目的により正当化され、かつ、その目的を達成する手段が適切かつ必要なものでない場合には、間接性差別として禁止される、と規定している(2条1項b号、4条、5条、14条)。

この間接性差別法理の枠組みとは、一方の性に対して不利な効果(結果)が生じることに着目して、そこから男女平等の実現に障害が存在することを明らかにし、その障害が除去されていないことをもって性差別として捉え(性差別の一応の推定)、その障害となっているものの正当化(性差別的効果は生じるが許容)が認められない場合には、違法な性差別として法的規制を及ぼすという法理である、と分析できる²⁴⁾。

すなわち間接性差別禁止法理は、性差別の概念を「男女別取扱い」という形態に限定せずに、「性平等の実現に対する障害の不除去」をも含むと広く解釈するものである。そして、性差別概念をこのように広く解釈することにより、偏見やステレオタイプな見方に基づく個々の行為を禁ずるだけでなく、男女を同一に取扱う性中立的な制度自体が、実際には構造的に性差別の要因となっていることを明らかにして、その制度自体を是正させる機能をもつ。また、同法理の適用対象が解釈上の限定もなく広範であることから、社会の変化に対応して新たな障害を洗い出し、性差別として是正対象としていく機能も果たす²⁵⁾。

EUで間接性差別法理が性差別是正に大きな役割を果たしえた要因としては、上記iの適用対象が広範なことの他、つぎの点があげられよう。一つには、指令の明文規定によって、仮想比較対象者や統計的資料以外の立証方法(たとえば社会学的な立証)が認められる²⁶⁾など、立証負担の軽減が図られてきたこと、さらに、最も訴訟等で争いとなる正当化の成否に関して、比例性審査(当該制度などの目的の正当性と、その目的達成のための

手段の適切さ・必要性を審査)により対立する利害を比較衡量する手法を用いたこと、とくに、私的な経済的利益を目的とする場合には、原則として、厳格に、より性差別的でない他の方法はなかったかなどを検討してきたこと、にある。

他方で、間接性差別禁止法理は、たとえば、女性が多いパートタイム労働に対する差別は禁止し得ても、さらにその土台にある、多数の女性がパートタイムで働かざるをえないという社会における性別役割分業の解消までを求めるものではない²⁷⁾。性別役割分業という性差別の根幹に切り込むには、別の法的対応措置が必要である。また、男女の集団内部での多様化や性以外の事由との複合差別の進行により、今後、性差別的効果の立証が難しくなる恐れもありえよう。

2 妊娠・出産に関する不利益扱いと性差別

EU法が「性差別」の意味を広く解釈したもう一つの例として、妊娠・出産に関する不利益取扱いを性差別(直接差別)としたことがある。

妊娠・出産に伴う解雇や昇進・昇格の遅れなどは、女性労働者にとって、働きつづけキャリアアップするうえでの重大問題である。しかし、性差別を、男女の別なく「等しいものは等しく」扱うこと(形式的性平等)の違反という視点でのみ捉えると、妊娠・出産に関する不利益取扱いを性差別と把握するのは難しくなる。なぜなら、比較する男性はいないし、休業や就労制限を伴う場合も少なくないからである。そして、性差別の問題ではない、あるいは、性差別は「病気による欠勤や就労制限のある男性と比べて不利益な扱い」をする場合にのみ成立すると解釈するなら、男性の取扱いを超える保障を認めるか否かは、専ら、妊娠・出産の保護という立法政策・裁量の問題となる。これに対して、EU法は、妊娠・出産に関する不利益取扱いを、男女別取扱い禁止とは別の視点により、性差別の一類型とする法理を形成してきた。では、その際、どのような考え方をとったのだろうか²⁸⁾。

そのひとつは、妊娠・出産という「女性固有の属性を理由とする不利益扱い」をもって性差別とする解釈である。1990年デッカー判決は、妊娠

を理由とする採用拒否を直接性差別とする論拠として「女性のみが妊娠を理由に採用拒否」されることを挙げ、1994年ウェブ判決では、より明確に、「妊娠・出産は男性の状況とは比較できない」旨を指摘したうえで、妊娠による就労不能を理由とする解雇について直接性差別にあたると判示した²⁹⁾。

もう一つは、1998年チボー判決³⁰⁾が示した「女性固有のニーズへの法的配慮に対する侵害」は性差別であるとする解釈である。判決は、出産休暇による勤続期間不足を理由として勤務評定(昇進に必要)が実施されなかった事案について、1976年男女平等待遇指令2条3項は、男女平等の実現を確実にするために妊娠・出産に関する女性への法的配慮の正当性を認めており、形式的平等ではなく実質的な平等を追求するものであって、その権利行使の不利益扱いは直接性差別として許されない旨を判示した。

これらの解釈の論拠は、法が目的とする性平等を、形式的な「男女同一扱い」ではなく、より実質的な意味で、すなわち、個人の尊重と配慮に基づき各人の多様性を肯定したうえで、男女が雇用社会の主体として同等の地位に立つこと、と捉えたところにある。その観点から、「性という属性を理由とする不利益取扱い」は、自らは変更できない生来的な属性を理由とする不利益な扱いであり、男女の比較可能性の有無を判断するまでもなく、それだけで性差別とされる³¹⁾。また、女性が妊娠・出産を経験しつつ男性と同等の労働者として働きつづけキャリア形成していくためには、妊娠・出産および妊娠・出産に内在するリスクという、女性固有のニーズへの配慮が法的に不可欠であり、法による「女性固有のニーズへの法的配慮」を侵害することは、性平等の実現を妨げるものであり性差別と解したのである³²⁾。

こうした考え方にに基づき展開されてきた法理の内容を、2005年マッケンナ判決³³⁾は、つぎのように整理している。すなわち、i 妊産婦についての男女平等に関するEU法規則の目的は、女性労働者への配慮にある(実質的な意味での性平等の追求)、ii 妊娠・出産に起因する疾病も、妊娠に内在するリスクとして配慮すべき対象となる、iii 妊娠から出産休暇の終了時まで特別の配

慮ルールが適用される、iv 妊娠から出産休暇の終了まで、妊娠・出産および妊娠・出産に起因する疾病による不就労を理由とする解雇は、直接性差別である、v 妊娠・出産による不就労時の賃金は、男性の疾病による不就労と同じ方法で取り扱われ、また、支払額が妊娠労働者への配慮という法目的を侵害するほど低くない限り、賃金の減額は性差別にはならない³⁴⁾。

3 アムステルダム条約を契機とする性差別形態の拡大・多様化

EU法が目ざす「性平等」の意味を、男女「等しいものは等しく」という形式的平等にとどまらず、より実質的な意味で捉えることは、1997年のアムステルダム条約でも示された。すなわち、追加改正された前141条(旧119条)4項は、ポジティブ・アクションを許容する理由を「男女の完全な実際上の平等を確保するため(下線は筆者)」と規定し、EU法が形式的な平等にとどまらない内容を目ざすことを明らかにしたのである。

そして、同条約を実施するための2002年男女平等待遇改正指令は、新たに、セクシュアル・ハラスメントおよびハラスメントを「性差別」とし、また、「性を理由として人を差別するように指示すること」も差別として規定した(2条)³⁵⁾。いずれも、性差別を、男女の比較という視点ではなく、男女が尊厳をもって同等に働くことに対する侵害を差別として禁止するものである。「性平等として何をめざし、性差別として何を禁止すべきか」についての認識が進展するにもなって、「性差別」として禁止する行為形態を拡大・多様化してきたといえよう。

IV 性平等をより積極的に推進するための法的手段

1 アムステルダム条約と積極的な性差別撤廃・性平等の実現

性差別に関して、EU法が重点に置いたもう一つの視点が、性差別を消極的に禁止するだけでは

なく、より積極的に、性差別を撤廃し性平等を実現することである。ドイツや北欧諸国では、早くからクォータ制の導入などが進められており³⁶⁾、後述するように逆差別として欧州司法裁判所でも争われてきたが、EU自身も1997年アムステルダム条約により、性差別の撤廃と平等推進に対して積極的なアプローチをとることを明確に打ち出した。

すなわち、アムステルダム条約は、EUが男女平等の推進をその目的の一つとし（EC条約2条）、全活動を通じて男女の不平等撤廃・平等促進をめざすこと（同3条2項、ジェンダーの主流化）を掲げ、また、性などの差別と闘うためのEU権限を規定する（同13条）とともに、旧119条を改正して、一方の性に対する特別の措置の許容規定を追加した。

ここでは、一方の性に対する特別の措置（以下「ポジティブ・アクション」という）を取り上げて、EUにおける積極的な男女平等アプローチの法的枠組みに関する論議を紹介したい。

2 ポジティブ・アクションによる性差別の是正・性平等の実現

(1) ポジティブ・アクション（一方の性に対する特別の措置）³⁷⁾と逆差別

ポジティブ・アクションについては、すでに1976年男女平等待遇指令2条4項で、平等な機会の実現のための一方の性に対する特別措置は許容される、と規定されていた。しかし、一方の性に対する優遇措置は、他の性にとっては不利益扱い（逆差別）となるために、EU法上許容される優遇措置の内容および範囲が問題となってきた³⁸⁾。

欧州司法裁判所では、とくにクォータ制（少数者優先枠割当制）による女性優遇をめぐる、それがEU法上許容されるか否かが争われた。1995年カランケ判決³⁹⁾は、女性差別への有効な対抗手段の必要性を指摘しつつも、性差別禁止の例外は厳格に解釈すべきであり「（一方の性に属する者を）絶対的かつ無条件に優遇する」制度は例外の限界を超えて違法と判示した。この判決は、ポジティブ・アクションを推進してきたEUの構成国やEC委員会に衝撃を与えて大論争を巻き起

こし、前述した1997年アムステルダム条約改正によるポジティブ・アクション規定導入（前141条4項）の要因となった。その後、1997年マーシャル判決⁴⁰⁾により、絶対的かつ無条件のクォータ制はEU法違反だが、i 過少代表部門において、ii 男女候補者が同一の資質を有する（equally qualified）場合であって、iii 各候補者の全個別事情が客観評価されて一方の性への優遇も覆しうる制度であれば、法的に許容される旨が判示されて、以後のリーディングケースとなっている。

(2) ポジティブ・アクションとしての許容範囲の限定

このように欧州司法裁判所は、クォータ制を全否定はしていないが許容要件は厳格である。これは、一方の性に対する集団的優遇は、積極的包括的是正手段ではあるが、他方で、近代法が立脚する個人主義と抵触する危険性を有し、実際にも、差別を受けた者と優遇を受ける者との不一致や、性以外の事由による被差別男性（たとえば、貧困な黒人男性）との関係も問われるなどの問題点を有するためである。

また、ポジティブ・アクションによる女性優遇が果たして女性差別の解消に有効かという問題も、育児に関する女性優遇制度をめぐる論争となった。欧州司法裁判所は、2002年ローマー判決⁴¹⁾では保育施設の女性優先利用を認めたが、2010年アルヴァレ判決⁴²⁾で、育児休暇について、女性には無条件に、しかし男性には妻が被用者であることを条件にのみ認めるという制度は、条約が許容するポジティブ・アクションにあらず違法な性差別である、とした。同判決は、育児に関する女性優遇が、育児の主責任は女性と考える性別役割分業の維持となる旨を指摘して、事実上の判例変更を行ったのである。

学説も、積極的かつ包括的な法的措置の必要を強く求めながらも、ポジティブ・アクション（一方の性に対する特別の措置）については、その許容範囲を限定的に考える見解が有力となっている。たとえば、フレッドマンは⁴³⁾、クォータ制について、性差別の原因が是正されないまま温存される危険性を指摘する。そして、一方の性に対する優遇が性平等の実現にとって有効か否かを判別し

て、射程範囲を画定することが必要かつ重要だとし、判例法理によるポジティブ・アクション許容に関する比例性審査（当該措置の目的の正当性と手段の必要・適切性から審査）の技法を再評価している。

(3) ポジティブ・デューティの提起

フレッドマンらは、同時に、積極的かつ包括的な対抗手段として、ポジティブ・デューティ（積極的義務）の必要を提起する⁴⁴⁾。これは、国家や使用者などに、職場の差別の構造的原因を把握し分析して、構造的に改革する措置、また、平等を促進するためのプロアクティブな措置——たとえば仕事と家庭の両立策など——を義務づけようとするものである。前述したポジティブ・アクションもそのなかの具体策の一つではあるが、性差別が発生する構造全体をよりシステマティックに変革して、新たな規範や制度を構築していくことが志向されている。

義務づけの論拠や義務の内容などが問題となろうが、性差別禁止法ないし性平等法の役割に対する発想の転換が求められているように思う。イギリスでの導入実践については後述する。

V 新たな課題および克服に向けた試み

このように、EU法では、1970年代後半以降、より多様な形態の行為類型を「性差別」として禁止するための法理を形成するとともに、消極的な差別の禁止だけでなく、より積極的な性差別撤廃・性平等の推進が追求されてきた⁴⁵⁾。しかし、学説からは、性差別と他の非正規雇用差別や年齢差別などの複合化が進んでいるにも拘わらず、現在はなお差別事由ごとの規制のままであり、複合差別には対応できていないとの批判も強い⁴⁶⁾。また、積極的措置も導入の義務づけはなく、構成国によるポジティブ・アクション導入を許容する規定にとどまっており、その不十分さが指摘されている。

これらを克服する試みとして、EUの構成国であるイギリスでは、国内およびEUでの論議を土台としながら、2010年平等法が制定された⁴⁷⁾。それまで差別事由ごとだった法を統合して一つの

法にし、その実施機関を単一の平等人権委員会として複合差別への法的対応を図った。2つの差別事由が重複する結合差別に関する規定も新設されている。また、差別の禁止のみならず平等促進アプローチがとられ、ポジティブ・アクション、公的機関のポジティブ・デューティが規定された。政権交代もあって同法の具体的実施は遅れているが、平等推進の新たなステージに向けた挑戦として注目される。

VI 性平等に向けての法的枠組み

以上のEU法の展開とそこでの論議から示唆を受けつつ、以下に、日本における性平等に向けた法的枠組みに関する問題提起をしておきたい。

第1に、「性差別」と「性平等」という概念の見直しが必要であろう。「男女同一扱い」を性平等としてめざし、「男女別取扱い」を性差別として禁止するだけでは、現代的な性差別に有効に対抗することはできない。

まず、性差別の原因の分析と認識が不可欠である。すなわち、現代の性差別が、偏見やステレオタイプな見方による個人的な行為という問題にとどまらず、むしろ、雇用や人事の制度的構造が家族的責任をもつ労働者には不利になっており、その構造からシステマティックに差別が発生していることを認識することが必要となる。そのうえで、法がめざす「性平等」について、形式的な男女同一取扱いにとどまらず、より実質的な意味で、すなわち、個人の尊重と配慮に基づき各人の多様性を肯定したうえで男女が雇用社会の主体として同等の地位に立つこと、ととらえ直すことが必要であろう。

そして、それらの視点から、「性差別」として規制すべき対象を洗い出すとともに、より実質的な意味で、男女が労働者として「平等」な地位に立つために法的に必要とされる内容を検討することが求められる。そこでは、男女別取扱いの排除は、基本であり出発点にすぎない。それ以上に、人事処遇制度自体の是正（平等実現への障害の排除と改革）がより重要となろうし、女性固有のニーズへの配慮、仕事と私生活の両立にとっての障害

の排除と支援措置も、女性の戦力化という政策論としてだけではなく、性差別・性平等という規範としての問題と位置づけられなければならない。

第2に、具体的な性差別禁止法理との関係では、まず、基本的な出発点である男女別取扱いの禁止の徹底が求められる。具体策の一つとして、EU法で活用されている男女同一価値労働同一賃金原則を、日本でも、同一価値労働の判断方法の明確化や救済機関での専門家の活用などを図るなどして、より使いやすくする枠組み作りが求められる。

また、間接性差別禁止法理については、現行の男女雇用機会均等法では対象となる行為が施行規則の定める3つの場合に限定・固定されており、EU法と比べて差別への対抗力が著しく劣る。パートタイム労働と通常労働者との処遇格差は、日本の女性労働者にとって最も深刻な問題の一つであり、EU法では間接性差別禁止法理による是正が最も進んだ問題であるが、これが均等法では間接差別の対象とはなっていない。一方でパート労働法に通常労働者との差別的取扱い禁止・均衡考慮の規定はあるものの(8条9条)、そこでは女性差別の視点が欠如しているために、人材活用の仕組みや運用(転勤や配転の有無や範囲)が異なれば適用されることはない。それだけに均等法の改正による間接性差別禁止法理の対象の拡大・無限定化が急務である⁴⁸⁾。

妊娠・出産差別やハラスメントは、均等法では、性差別とは別の保護の範疇として扱われている。少なくとも、現行の保護水準がEU法の保障水準を下回っていないか検討が必要である。

第3に、差別是正措置については、個人からの救済申立について、立証負担の軽減・情報開示・救済内容の多様化柔軟化(判決を通じたポジティブ・アクションなども)を図るとともに、事業主を対象とした、よりプロアクティブかつ包括的な、性平等実現のための法的措置の義務づけが早急の課題であろう。均等法では、ポジティブ・アクションの受容と事業主に対する国の援助に止まっている(13条14条)。男女を共通対象とした積極的差別是正のモデルも紹介されているが、実施している企業は少ない。国・公共団体および一定規模の企業には、ポジティブ・デューティとしてプロア

クティブな措置を義務づけて、少なくとも、行政指導と合わせて不作為に対する司法的違法確認を求め易くしなければ、性差別是正の進展は困難を伴うであろう。

VII おわりに

現代の性差別は、多くが雇用形態差別や年齢差別そして社会経済的困難など他の差別事由や社会要因と複合して、社会・経済構造と密接に関連しながら発生している。日本は、EUと比べて移民という低賃金労働者層が少ないこともあり、女性とりわけ家族的責任を有する女性が、低賃金で雇用調整しやすい労働者として活用されてきた。確かに、今日、女性労働力の活用が社会的に重要な課題として認識されている。しかし、それが、自助努力と家庭環境により「男性のみ」「男性以上」に能力を開発し働く環境を整え得たごく一部の女性の登用に限られたり、また、それ以外の女性たちが職域や地位を事実上限定されたまま低労働条件で活用されたりすることになってはならない。

EUが、持続的経済発展と人権保障の両者の実現を追求し、紆余曲折しながらも、男女別取扱い禁止を徹底し、禁止する差別形態を拡大し、プロアクティブに性差別を是正し性平等を実現する法的取り組みを進展させてきたことは、日本の性平等に向けた法的枠組みを考えるうえでもおおいに参考にされねばならない。

- 1) たとえば、低賃金パートは、既婚女性を豊富な供給源として成り立っている。遠藤公嗣「雇用の非正規化と労働市場規制」大沢真理編『ジェンダー社会学の可能性 第2巻 承認と包摂へ』(岩波書店, 2011年)および本特集の諸論文参照。
- 2) EUは、1957年設立のEEC(欧州経済共同体)・EC(欧州共同体)を前身とする国家連合を超えた性質をもつ組織であり、独自の法を有する。EU法の最上位がEUの構成国間で締結される条約であり、その下に、指令などが制定される。EUの性質と法については、中西優美子『EU法』(新世社, 2012年)18-35頁参照。なお、本稿では、特段の記載のない限り、EUの前身であるEEC・ECも含めて「EU」、それらの共同体を規律する法を「EU法」と表記する。
- 3) 性平等に向けての法的枠組みとしては、性差別を禁止する法制の他、労働基準法やワーク・ライフ・バランスや社会保障に関する法制、パートタイムや派遣労働に関する法制など、さまざまな視点からの法が関連するが、本稿では、性差別禁止法・性平等法に焦点をしぼり、必要な範囲でその他の関連法に言及することにした。

- 4) 条約旧 119 条は、女性賃金のダンピングによる不公正経済競争の防止という経済取引ルールの確立を主な目的として規定され、法的効力も曖昧だった。しかし、1976 年・1981 年 Defrenne II III 先決裁定 (Case 43/75 Defrenne II [1976] ECR 455; Case 149/77, Defrenne III [1978] ECR 1365) により、条約旧 119 条が基本的人権の保障を目的とする旨が判示された。この人権保障という性格が認められたことが、その後の性差別禁止法理の発展の基礎となるとともに、法のめざす性平等を徹底し、内容を拡充していく論議の一つとなっていく。
- なお、「先決裁定」は、欧州司法裁判所 (European Court of Justice, なお、2009 年リスボン条約発効後は Court of Justice of the European Union) が構成国の裁判所に対して EU 法の解釈を示すものであり、正確には申立事件に法を解釈し適用する「判決」とは異なるが、本稿では、便宜上、以下「先決裁定」も含めて「判決」と記す。
- 5) 性差別に関する指令制定が進んだ背景には、1970 年代に入っの、国連「女性の 10 年」など国際的な性平等推進の動きや、EU 内の社会政策強化がある。
- 6) Council Directive 75/117/EEC, Council Directive 76/206/EEC.
- 7) Case 43/75 Defrenne II [1976] ECR 455.
- 8) 詳細は、拙稿「EU 法における男女同一賃金原則」早稲田法学会誌 61 巻 1 号 191 頁以下。
- 9) Case 69/80, Worringham [1981] ECR 797.
- 10) Case 129/79, Macarthys [1980] ECR 1275.
- 11) Case C-400/93, Royal Copenhagen [1995] ECR I-1275.
- 12) 森ます美・浅倉むつ子編『同一価値労働同一賃金原則の実施システム』(有斐閣, 2010 年) 288-290 頁。
- 13) 他方で、直接性差別禁止の例外は明文以外には認めないという硬直的な立場は、明文で想定されていなかった状況の出現に対して、例外の判断以前に、そもそも「性差別」か否か自体を厳格に画定することで結論の妥当性を図る手法を招いた。拙稿「EU 法における反性差別法理の展開とその課題——比較可能性を差別の前提要件とする判例法理の検討から」早稲田大学大学院法研論集 150 号 (2014 年) 129 頁以下。
- 14) See Case 222/84, Johnston [1986] ECR 1651 etc.
- 15) Case C-285/98, Kreil [2000] ECR I-69 etc.
- 16) Case 129/79, Macarthys [1980] ECR 1275; Case 157/86, Murphy [1988] ECR-673.
- 17) See Sacha Prechal and Noreen Burrows, *Gender Discrimination Law of the European Community* (Dartmouth, 1990) at 1-23; Bob Hepple and Erika Szyszczak ed., *Discrimination: The Limits of Law* (Mansell, 1992); Sandra Fredman, "European Community Discrimination Law: A Critique" 21 *Industrial Law Journal* (1992) at 119-134.
- 18) この「差別」概念の見直しを後押ししたのが、1980 年代以降のアメリカ憲法学や第 2 派フェミニズム・文化多元主義などによる「平等」「差別」概念の問い直しである。かれらは、平等とは、社会の少数派 (たとえば女性) に多数派 (たとえば男性) への同化 (たとえば男性規範の男女同一適用) を求めるのではなく、個人の多様性への尊重と配慮に基づいて、両者が社会の主体として同等の地位に立つことであると主張した。そして、男女差別として問題にするべきは、男女の「差異」ではなく男女の「支配と従属の関係」ないし「(女性の地位の) 劣位化」であって、法的な「男女差別」の概念も、「等しいものは等しく、等しからざるものは等しからざるように」という男女の比較に依拠した形式的平等の違反としてではなく、少数派に対する「劣位化・従属化」や「スティグマの押し付け」と捉えなければならぬと主張した。
- 19) 詳細は、拙稿「EC 法における間接性差別禁止法理の形成と展開 (1) (2)」早稲田法学会誌 59 巻 1 号 (2008 年) 89 頁以下、同 2 号 (2009 年) 173 頁以下。
- 20) 1971 年アメリカ連邦最高裁 Griggs 判決の差別的効果法理が、イギリスに伝えられて 1975 年性差別禁止法に間接差別の禁止が規定され、それが 1976 年男女平等待遇指令に導入された。浅倉むつ子『男女雇用平等法論』(ドメス出版, 1991 年) 392 頁参照。
- 21) See Case 96/80, Jenkins [1981] ECR 911.
- 22) Case 170/84, Bilka [1986] ECR 1607.
- 23) Directive 2006/54/EC.
- 24) See Sandra Fredman, *Discrimination Law 2nd ed.* (Oxford Univ. Press, 2011) at 181.
- 25) EU 法では、とりわけ、パートタイム労働者を不利益に扱う人事・雇用制度に対して、女性に対する間接差別という視点からの法的規制が加えられてきた。1997 年にはパートタイム労働指令 (1997/81/EC) も制定されたが、その後も、パートタイム労働に対する不利益扱いは、パートタイム労働差別および間接性差別の両方の視点から違反の成否が問題とされてきている。
- 26) たとえば、2006 年男女平等待遇指令 2 条 1 項 b 号は、"would put persons of one sex at a particular disadvantage" と規定し、仮想比較および統計資料以外の立証を認める。See Catherine Barnard, *EU Employment Law 4th ed.* (Oxford Univ. ExPress, 2012) at 279.
- 27) Sandra Fredman, *supra note 24* at 182.
- 28) 詳細は、拙稿「妊娠・出産保護に関する EU 法の展開 (1) (2)」早稲田大学大学院法研論集 137 号 (2011 年) 57 頁以下、同 139 号 (2011 年) 93 頁以下。
- 29) Case C-177/88, Dekker [1990] ECR I-3941; Case C-32/93, Webb [1994] ECR I-3567 (判決は、女性の出産休暇代替要員が自らも妊娠し代替勤務できなくなり解雇された事案について、「妊娠による状況は疾病や他の理由による休業と比較できない」として、男性が病気等で休業すれば解雇される場合でも、妊娠・出産休暇を理由とする解雇は直接性差別であるとした)。
- 30) Case C-136/95, Thibault [1998] ECR I-2011. 浅倉むつ子「妊娠・出産を理由とする雇用上の不利益取扱い」浅倉・角田編著『比較判例ジェンダー法』(不磨書房, 2007 年) 所収参照。
- 31) たとえば、仮に男女の職務 (職務価値) は違っていても、男女別の年功賃金体系となっていれば、それだけで、女性差別賃金である。
- 32) この意味で、障害者への合理的配慮義務違反を差別とする法理と類似する。
- 33) Case C-191/03, McKenna [2005] ECR I-7631.
- 34) 解雇と賃金減額との違いを、マッケナ判決は、解雇に関しては使用者の解雇権を否定するしか配慮 (accommodate) できないが、賃金は満額の維持が配慮の唯一の方法ではなく減額しようと説明している。女性固有のニーズへの配慮を、個々の使用者が負うべき事案か、社会保障など社会全体として配慮すべき事案かの違いであろう。
- 35) Council Directive 2002/73/EC. 同指令を踏襲した現行 2006 年男女平等待遇指令 2 条は、「ハラスメント」を「人の性に関連した望まれざる行為が、人の尊厳を侵害し脅迫・敵対・劣位化・屈辱もしくは攻撃的な環境を作り出す目的ないし効果を引き起こすもの」、「セクシュアル・ハラスメント」を「性的性質から引き起こされるあらゆる形態の言語・非言

語ないし物理的行為で、人の尊厳を侵害し脅迫・敵対・劣位化・屈辱もしくは攻撃的な環境を作り出す目的ないし効果を引き起こすもの」と定義する。

- 36) 辻村みよ子編『世界のポジティブ・アクションと男女共同参画』（東北大学出版会、2004年）参照。
- 37) 「ポジティブ・アクション」は、広義では、男女を共通対象とする積極的措置も含んで用いられるが、本稿では「一方の性に対する特別の措置」の意味で用いる。
- 38) 詳細は拙稿「EU法におけるポジティブ・アクション法理の展開とその意義（1）（2）（3）」早稲田大学大学院法研論集141号（2012年）105頁以下、同144号（2012年）55頁以下、同146号（2013年）71頁以下。
- 39) Case C-450/93, Kalanke [1995] ECR I-3051.
- 40) Case C-409/95, Marschall [1997] ECR I-6363.
- 41) Case C-476/99, Lommers [2002] ECR I-2891.
- 42) Case C-104/09, Álvarez [2010] ECR I-000.
- 43) Sandra Fredman, *Women and the Law* (Clarendon Press, 1997) at 398-404; Fredman, *supra note 24* at 234-278.
- 44) Fredman, *supra note 24* at 299-335.
- 45) ただし、性差別解消が一直線に進んでいるわけではない。近時、欧州司法裁判所は、モザイク的に発展してきた様々な反性差別法理の論理や相互関係の整理と体系づけを図りつつ、そのなかで「性差別」の前提として対象となる男女の比較可能性を要件として、性差別禁止規定の対象を限定する傾

向を見せている。詳細は、拙稿「EU法における反性差別法理の展開とその課題——比較可能性を差別の前提要件とする判例法理の検討から」早稲田大学大学院法研論集150号（2014年）129頁以下。

- 46) 例えば、イギリス2010年法では、差別の複合化に対応して差別法や実施機関の統合がなされたが、EU法での改革は進んでいない。判例も複合差別を認めたものは未だない。複合差別の問題を提起するものとして、Schiek & Lawson ed., *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality* (Ashgate, 2011) etc.
- 47) イギリス2010年平等法については、宮崎由佳「イギリス平等法制の到達点と課題」日本労働法学会誌116号（2010年）121頁以下、Bob Hepple, *Equality* (Hart Publishing, 2011)。
- 48) 対象を限定しないと使用者の予見が難しいとされるが、間接性差別禁止の狙いは、そもそも性平等の実現への障害を明らかにし排除することにある。従来は当然とされていた制度も対象としてこそ意味がある。使用者の負担は、損害賠償の限定により許容すべき範囲にとどめうるだろう。

くろいわ・ようこ 早稲田大学大学院法学研究科研究生、弁護士。主な著作に「EC法における間接性差別禁止法理の形成と展開（1）（2）」早稲田法学会誌59巻1号2号（2008年）。労働法専攻。