

# 職場のダイバーシティ推進とポジティブ・アクション

——改善のための積極的措置をめぐる法的課題

黒岩 容子  
(弁護士)

職場のダイバーシティを進めるうえで、差別の禁止と積極的な改善の実施とは車の両輪である。差別行為を規制するとともに、より積極的に、雇用制度に内在する差別構造を変革し、労働者の多様なアイデンティティを尊重し、その固有のニーズに配慮して、前向きに平等を実現していく必要がある。そこで重要な役割を果たす法的技法の一つがポジティブ・アクション（PA）である。他方で、PAに関しては、異別処遇を伴う優遇措置であって、平等原則に反しないか、数値上の結果が偏重され差別構造の変革が放置されないかなど、その正当性や有効性への疑問も提示されてきた。関連して、どのような状況について、どのような内容のPA措置が法的に許容され、また改善の有効性をもつのかも、PA実施上の大きな課題である。本稿では、PAの理論的正当性とその射程範囲を検討し、そのうえで、PAの許容範囲および措置内容、そして、その他の積極的な改善に向けての様々な措置全般の活用について、アメリカやEUでの議論も参考にしながら考察する。

## 目次

- I はじめに
- II ポジティブ・アクションの意義および法的課題
- III ポジティブ・アクションの正当性とその射程範囲
- IV ポジティブ・アクションをめぐる論議——アメリカ・EUの判例から
- V 日本における法的課題
- VI おわりに

## I はじめに

職場のダイバーシティの推進には、差別を禁止するとともに、より積極的に現状を改善し前向きに平等を実現する取組みが重要である。それには様々な法的手段が考えられるが、欧米ではその一つとして、「不利益を被っている者に対する特別の優遇措置」が、「ポジティブ・アクション」や「アファーマティブ・アクション」と呼ばれて、

女性やマイノリティの状況の改善に活用されてきた<sup>1)</sup>。本稿では、この特別の優遇措置を「ポジティブ・アクション（以下「PA」）」と、また、積極的手段一般を幅広く指すときには「積極的措置」と表記する。

PAは、平等実現に向けた強力な手段であるが、他方で、その法的正当性が問題とされ、関連して許容される範囲や内容などの様々な実施上の課題が存在する。本稿は、PAを中心に積極的措置全般をめぐる法的課題について考察する。

以下では、最初にPAなど積極的措置全般の意義および法的課題を明らかにし（II）、つぎにPAの正当性の論拠と射程を検討し（III）、そのうえで、PAに関するアメリカ、EUの裁判例を紹介して（IV）、それらの検討を元に、日本におけるPAや他の積極的措置全般をめぐる法的課題について考察する（V）。

## II ポジティブ・アクションの意義および法的課題

### 1 ダイバーシティの推進と積極的措置の意義

職場のダイバーシティ推進は、経済政策的には、多様な能力と価値観をもつ労働力の活用などを目的とするが、同時に、これまで排除され差別されてきた労働者の参加／平等の実現という重要な目的および意義を有している。ダイバーシティ化が、単なる「女性やマイノリティの安価な労働力としての導入」や「主流集団への同化推進」に陥ってはならず、あらゆる属性の者に対する「平等でディーセントな労働の実現」が図られなければならない。すなわち、雇用の全ステージでの差別の撤廃、労働者の多様なアイデンティティの尊重、固有のニーズ（心身上、文化・宗教上等）への配慮が必要である。それらが伴ってこそ、多様な能力の発揮という経済政策的効果も期待しうるのである<sup>2)</sup>。

この平等実現への基本は、「差別の禁止」すなわち法的に許されない差別行為を抑止し、法的に無効とすることにある。差別禁止は、これまで人種や性別などへの偏見や恣意に基づく処遇を規制するうえで、大きな力を発揮してきた。しかし、この差別禁止という法的アプローチには大きな限界がある。

第一に、差別禁止による救済には被害者による申立が必要であり、負担が大きく、かつその救済効果も個別のかつ事後的であって差別の抜本的改善とはならない。

第二に、同アプローチでは、差別の集団的性質の考慮が必ずしも充分ではない。人種差別や性差別が「属性集団全体に向けた加害（社会的地位の格下げ）」であることや、各集団の固有のニーズや置かれた状況が軽視されがちで、差別是正も集団の一部への表面化した損害への救済に留まる。

第三は、差別構造の変革に関する限界である。現代型差別の特徴は制度やシステムに組み込まれた差別的要因による構造的差別という点にあり<sup>3)</sup>、その差別構造自体を変革する必要がある。しかし、直接差別禁止はこれに踏み込まない。間接差

別禁止は、差別構造を変革する機能を持つ法理ではあるが<sup>4)</sup>、第一で述べた限界の他、差別的効果などの立証面で大きな困難を伴う。

そこで、差別禁止に加えてPAをはじめ様々な積極的措置が活用されてきた。差別の禁止／消極的抑止を土台としつつ、より積極的に、差別構造を変革し前向きに平等を実現していくための措置が必要なのである。

### 2 PAへの疑問ないし問題点

PAには、様々な形態の措置がある。内閣府ポジティブ・アクション研究会報告（2005）は、諸外国で実施されてきたPA措置を、態様および内容から次の3つに区分している<sup>5)</sup>。(i) 厳格なPAであるクォータ制やパリテ、(ii) 中庸なPAである、目標・達成期間設定方式やプラス要素方式（属性を加点要素として考慮）など、(iii) 穏健な能力向上のための研修や、広い意味でのPAとしてワーク・ライフ・バランス（以下「WLB」）支援や環境整備など、である。いずれも、法的強制の程度により拘束力に幅がある。

このうち特に、法的拘束力を伴うPAに関しては、これまで、その正当性について、以下の疑問が示されてきた。

疑問1：平等原則に違反しないか？

PAは、属性に基づく異別処遇であり、平等原則すなわち「属性を考慮せず同一ないし一貫した取扱いを行う原則」に違反するのではないか？

具体的には、当該属性集団の以外の者に対する逆差別への危惧である。たとえば、男女差別是正を目的として白人女性が優遇されて、マイノリティ男性が不利益を被る危険性を、どう考えるべきだろうか？

疑問2：近代法の個人主義（個人の尊重）や個人責任主義に反しないか？

近代法の個人主義（individualism）は「個人の尊重」を基本原則とするが、PAは「集団に権利を付与」するもので、一人ひとりの個人の尊重という原則に反するのではないのか？ 実際面でも「集団への優遇により受益する者」と「差別の被害者」との不一致や、属性集団構成員間の差異の無視や格差の放置などが批判されてきた<sup>6)</sup>。

疑問3：差別を逆に助長するのではないか？

特定の集団の属性に着目するPAは、それ自体が、当該集団をステレオタイプ視する差別ではないか？ また、クオータ制などがいわゆる「数合わせ」に終わり、差別の構造的要因の変革が放置される結果を招くのではないか？ くわえて、疑問1で述べた「他の属性の者への逆差別」は、ここでも重要な問題点である。さらに、PAによる優遇が、優遇を受けた者に対して「能力がないのに特定集団の構成員だから選ばれた」とのステイグマや圧力を助長する危惧も指摘されてきた。

### 3 具体的なPA措置と実施上の課題

上記のPA措置の正当性に関連して、具体的に法的に許容される措置の対象範囲や内容が問題となる。さらに、他の類似の機能をもつ間接差別禁止法理や合理的配慮法理との関係も、理論的および実践的課題の一つである。

## Ⅲ ポジティブ・アクションの正当性と その射程範囲

### 1 平等原則との関係

「PAは平等原則に反するか？」は、「平等とは何か？」「差別禁止の目的は何か？」に関わる問題である。

「平等」を形式的平等(formal equality)、すなわち「『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』同一ないし一貫した取り扱いをすること」と捉える見解では、「特定集団に対するPA＝異別取扱い」は平等原則に抵触することになる。したがって、PAの法的正当性は、「平等原則の例外」として許される正当な理由があるか否かの問題となる。後述するアメリカ連邦最高裁の多数派は、この見解に立ち、例外は厳格にと解釈してPAの許容範囲を限定してきた。

一方、前記内閣府男女共同参画局ポジティブ・アクション研究会(2005)は、日本国憲法14条は形式的平等の保障を原則とするとしつつも、事実上の差異を無視して一律に扱うことがかえって不合理な場合があるとす。そして、PAは、各

人の置かれた社会状況の格差を考慮して「機会の平等」を実質的に保障するものであり「憲法の平等原則に沿う」として、(i)事実上の格差の存在、(ii)目的と手段の均衡、(iii)他の性の負担が過度でない範囲では合理的な区別であり、平等原則に反しないと述べている<sup>7)</sup>。憲法14条は、合理的な例外の範囲では実質的平等を許容しているという理解である。

さらに一歩進んで、「平等」を実質的平等(substantive equality)、すなわち形式的平等がいう「他者との同一ないし一貫した扱い」を超えて、より多元的かつ実質的な規範内容をもつ概念と捉える見解では、PAを平等の「例外」ではなく、平等の実現に「必要」な法的手段となる。たとえば、EU法では、PAを、1997年アムステルダム条約を契機として、「差別の例外」から「完全な平等を実際に実現するための措置」へと位置づけ直した<sup>8)9)10)</sup>。ただし、このPAを平等実現の手段として積極的に位置づける見解でも、他の属性の者の不利益(逆差別)との関係や、後述する差別助長の危険性からの制約ないし限界がある。

思うに、「同一ないし一貫した取扱い」は、たしかに「平等」に関する規範の一つであろう。しかし、「平等」を、「個人の尊重」の理念を基礎として、「すべての個人を『人格的価値を等しく有する者』として『平等に尊重し配慮する』こと」<sup>11)</sup>と理解するならば、偏見や恣意による異別取扱いを禁止するだけでなく、属性に基づく多様なアイデンティティや固有のニーズへの配慮が不可欠となる。「異別取扱い(＝特別の措置)」が「等しい人格的価値」を侵害する場合と、「等しい人格的価値」の保障に必要な場合とを、区別しなければならぬ<sup>12)</sup>。すなわち、「属性を考慮しない同一ないし一貫した取扱い」を平等の重要な規範内容の一つとしつつも、同時に、障がいや宗教・文化的属性の事案をはじめ、個々に応じた異別取扱いこそが、等しく人格を尊重することであり平等として正当性を有する場合が存在する。「平等」概念の理解を、「形式的平等」から「例外としての実質的平等の肯定」へ、さらに「実質的平等」へと発展させるべきであろう。少なくとも、前述の研究会報告のいう「実質的な機会の平等」を重

視した平等の解釈が求められる。

では、何を平等として実質的に追求するのだろうか？ Fredman (2016) は、実質的平等は、「配分」という経済的次元のみならず、アイデンティティの「承認<sup>13)</sup>」という文化的価値的次元、「参加」という次元、さらに「変革」という次元を含む、多元的な概念であると論じている。ダイバーシティ推進では、配分の次元はもちろんだが、承認や参加の次元がとくに重要となる。また、厚生経済学の観点から Sen (1992) は、潜在的能力の自由に関する不平等、すなわち「ある状態になったり何かをすることを選択できる自由」に関する不平等という問題を提起している。ダイバーシティ推進でも、マイノリティに対する潜在的能力の平等保障として、教育訓練の重要性が挙げられるであろう。

## 2 近代法の個人主義との関係

近代法は、個人主義を原則とする。日本国憲法も「個人の尊重」(13条)を基本理念とし、「個人の尊重」は法の下での平等、差別されない権利(14条)の基礎でもある。PA という「集団に着目する」手法は、法的に許されるのだろうか？

思うに、個人主義においても、“集団への着目”や“集団を対象とするPA”が否定されるわけではない。「集団的属性をもった個人」に対する権利実現のための法的技法として、「集団の権利」ではなく、「個人が集団の成員であるが故に保障される権利」として正当性を持ちうるからである<sup>14)</sup>。なお、この場合には如何に過大包摂を防ぐか、が実施上の課題となる。研究者からは、PAの対象を特定集団内でさらに限定すること(例：女性で経済的に困難な者)などが提起されている<sup>15)</sup>。

## 3 PAによる差別助長の危険性との関係

PA自体が差別を助長する危険性(前述した、集団へのステレオタイプ視、措置の受益者へのステイグマ、集団内の差別被害の違いの無視、クォータ制の種々の問題点など)が、PAの必要性を重視する論者からも指摘されている。

とりわけ厳格なPAであるクォータ制は、他の属性の者に対する逆差別の危険性や、“数値上の

改善結果”のみが追求されて最も重視して取り組むべき“差別を生み出す構造や制度の変革”が放置される危険を有している。クォータなどでは、優遇の対象や具体的内容が正当性の範囲を逸脱しないよう、十分な注意が必要である。

## IV ポジティブ・アクションをめぐる論議——アメリカ・EUの判例から

このように、PAは『「法による平等」の技法』(辻村 2011)として正当性と実効性を有するが、同時に重大な危険性や限界を内包する。PAの正当性の射程を踏まえて、措置の対象や内容を慎重に決定していく必要がある。さもなければ、逆に差別が潜在化して維持・再生産されかねない。アメリカやEUでは、PAを活用して人種や男女のダイバーシティ化が推進されてきたが<sup>16)</sup>、PAの具体的な正当性の論拠や内容に関して、どのような論議が交わされ是非が判断されてきたのだろうか？ 厳格なPAが争われた裁判例を概観してみたい。

### 1 アメリカ法のPAに関する判例<sup>17)</sup>

アメリカの連邦最高裁は、PA(アメリカでは「アファーマティブ・アクション(AA)」と呼ばれており、以下、アメリカ法に関する部分では「AA」と表記する)には「差別禁止の例外」としての審査基準を適用し<sup>18)</sup>、その目的および手段との関連性を審査している<sup>19)</sup>。連邦最高裁が目的として肯定したのは「過去の特定の差別に対する救済」と「ダイバーシティの確保」である。後者も「多様性の確保」という一般的抽象的な目的ではなく、より具体的に「ダイバーシティにより何を実現するのか?」「それにどのような意義があるのか?」とその公益的意義が問われ<sup>20)</sup>、かつ手段も併せ考慮されて判断されている。手段面では、厳格なクォータは否定され、中庸な加点方式に関しては、一律加点は否定されるが、候補者全員の諸条件全体を総合評価するときの一要素として加点することは許容されている<sup>21)</sup>。

雇用分野でも、この枠組みを基本的に踏襲し、職場の人種や性別が不均衡な状態にある場合に

は、差別の存在を示すものと捉えて、一方で、AAの必要性、他方で、他の属性の者に対して過度な不利益を及ぼすか否かを考慮して、許容性の限界を画してきた。たとえば、1986年Wygant判決<sup>22)</sup>は、マイノリティをレイオフ対象から一定割合除外する措置は、他の属性の者が受ける職の喪失という不利益が大きく、狭く仕立てられた制度ではないとして違憲とした。また、1987年Johnson判決<sup>23)</sup>は、女性に対する女性比率の低い職への昇進AAについて、差別の是正が目的であること、また、手段面でも、志願者全員の評点や経験など諸事情を総合考慮するなかで女性であることを加点の一要素としたものであり、かつ、男性も昇進はできなくとも従前の地位は維持しているとして、公民権法第7編の差別禁止ではなく適法と判示した。

## 2 EU法のPAに関する判例<sup>24)</sup>

EU司法裁判所は、PA<sup>25)</sup>を「完全な平等実現のため」として積極的に位置づけつつ、同時に、不利益を受ける他の属性の者との調整を、比例性審査を通じて行っている。すなわち、第一段階でPAの「目的の正当性」、第二段階でその目的達成のための「手段の必要性・相当性」と二段階の審査を通じて、PAの許容範囲を画定している。審査密度（審査の厳しさの程度）は、アメリカ連邦最高裁とは異なり画一的基準によらず、事案に応じて判断している<sup>26)</sup>。

裁判例では、女性優遇のクォータ制が問題となり、1995年Kalanke先決裁定および1997年Marschall先決裁定により<sup>27)</sup>、「一方の性の者を自動的無条件に優先するクォータは許容の限界を逸脱するが、(i)男女が同資格かつ(ii)男女双方の個人的全事情を考慮して女性優遇を覆せるというクォータ（タイプブレイク型）は許容される」旨の基本的法理が確立した。2000年Badeck先決裁定<sup>28)</sup>は、さらに、クォータの目的や手段内容を細かく分類して判断し、他の属性の者の権益との調整を詳細に図った。すなわち、女性が過少代表の場合に、(ア)男女が同資格の場合には、「より法的に重要な理由」が無い限り女性の優先は許される、(イ)正規の職に就く前の教育訓練的な職

(大学の有期教員や助手)の採用では、男女が同資質であれば女性を優先しうる、(ウ)職に就く資質を得るための教育訓練の場への選出では、男性に他に教育訓練の機会があれば、男女同資質を要件とせずに女性を選出できる、(エ)採用面接への招聘では、男女が同資質であれば、必要資質を満たす女性を“追加”できる、(オ)職場代表等への女性代表枠での選出は、性以外の属性の代表も考慮されていれば許される、と判示したのである。

このように、EU司法裁判所は、クォータ制ないし女性PAについて、労働者の資質育成や意思決定の場への参加機能の場面ではかなり広く許容し、他方で、採用や昇進などの地位の直接的得喪に関しては、他の属性の者へ逆差別を考慮して、措置の対象や内容を限定している。

## 3 アメリカおよびEUの判例から

アメリカとEUとでは、PA(AA)の法的位置づけが「差別の例外」か「平等実現のための措置」かの違いがあり、許容範囲に影響している。しかし、いずれもPA(AA)が必要な場合のあることを認め、「PAの目的と手段に関する審査を通じて、他者の権利や他の利益との調整を図る」という枠組みは共通している。

具体的な目的および手段の審査でも、共通性がみられる。一方で、PA(AA)の必要性の程度や態様、他方で、他の属性の者の別機会の有無や被る不利益の性質や程度などを考慮しながら、許容の可否を検討している。全般的傾向として、厳格なPA(AA)であるクォータに関しては消極的ないし限定的であり、中庸なPA(AA)である加点方式が、他の属性の者の機会も一定配慮することを前提に許容されている。また、EU司法裁判所がBadeck先決裁定で示した、PAの具体的な目的内容（地位の得喪か、資質の育成の機会か、意思決定の場への参加か）に則しながら、許容されるPAの内容や程度を判断する手法は、日本法でも有益であろう。

## V 日本における法的課題

### 1 日本における主な PA 関連の法律

男女共同参画社会基本法は、国および地方公共団体に対して男女共同参画のための基本計画策定を義務づける（13条14条）。基本法であり、具体的施策の内容や実施は政府や都道府県の裁量に委ねられている。また、男女雇用機会均等法では、女性に対する「積極的改善措置」は「女性労働者に係る措置の特例」として同法に違反しない旨（8条）、および国による事業主への支援（14条）を規定する。これらは、PA 実施に関して義務づけのない、法的拘束力が弱い規定である<sup>29)</sup>。この弱点の一部を補う機能を有するのが、女性活躍推進法である。同法は、女性の「活躍」推進の視点から、一定の事業主に行動計画の策定および情報公開を義務づける。ただし、平等の視点が弱く、また、義務の対象事項はかなり限定的である。

一方、障害者雇用促進法は、事業主に対して、障害者雇用率を制裁付（企業名公表・納付金）で義務づけるという、クォータ制度をとっている（38条、43条、46条）。また、高齢者雇用安定法も、事業主に対して65歳までの雇用継続を義務づけており、高齢者に対する一種の厳格なPAといえよう（なお、若年者雇用促進法は、若年者への情報提供義務や優良企業認定という、緩やかなPAに留まる）。

以上のように、現行法上のPAをはじめ積極的措置の規定は、きわめて限定的な範囲に止まっている。そのなかで、女性の状況改善の取り組みでは、上記男女雇用機会均等法の改正（1997年）や男女参画基本法（1999年）女性活躍推進法（2015年）の制定が契機となって、進展してきている<sup>30)</sup>。今後、ダイバーシティの推進に向けて、男女以外の属性についても、積極的措置の実施を求める立法の整備を進めることが急務となっている。

### 2 近年の積極措置全般に関する施策の特徴

#### ——意義および問題点

近年の特徴点として、まず、立法の動機が専ら「少子高齢化による労働不足への対応」におかれ、

措置も「未活用労働力の戦力化」が主目的となり、「平等」や「固有のニーズへの配慮」という人権の視点が弱いことである<sup>31)</sup>。憲法13条の個人の尊重、同14条の平等保障を基本理念に、その視点から積極的施策の立案と実施がなされなければならない。ダイバーシティ化でいえば、繰り返しになるが、各人が等しく人格的価値を尊重されてこそ、その多様な能力を発揮しうるのである。

また、積極的措置として改善サイクルの確立、すなわち、事業主による「現状の把握・分析→改善計画の策定→計画の実施→結果の評価・分析→新たな改選計画の策定……」モデルが提起されていることも特徴点である。これは、職場の実態に則した改善を図るモデルであり、かつ差別構造を変革するうえでも不可欠である。

問題は、現状の改善について、事業主の自主性に多くを依拠し、実効性の法的担保が乏しいことである。すなわち、現行の施策の大半は、ソフトローによる改善の推奨や努力義務が中心で、かつ実効性の担保手段も貧弱である。このため、現実には改善が進んでいない。

たしかに、ソフトローは「事業主や労使が主体性に実情に応じた措置を講じる」という重要な手法である。しかし、改善措置が“適切な内容”で“現実に実施される”ためには、ハードローによる下支えや必要な義務づけが不可欠である<sup>32)</sup>。改善を進めるには、法律で、措置の最低水準や基本的な枠組み・必要事項を明確に義務付けし、そのうえで職場の実態に応じた措置の自主決定と実施を促し、かつ実効性担保手段として労働者代表や労働組合の関与、行政の支援と監督の強化が必要である。ダイバーシティ推進との関係では、まずは、法律により、包括的な差別禁止と積極的措置の実施について規定し、上記第2の「改善サイクル確立」の基本事項に関する義務づけや実効性担保手段の整備が必要である。

一方、現行法上の数少ない法的拘束力を伴うPAとして、障害者雇用割当率制度や高齢者雇用継続制度があり、雇用推進／維持に一定の役割を果たしている。これらの制度では、さらに、数合わせに終わらぬ“雇用の質”の確保という課題が浮上している<sup>33)</sup>。

PA など積極的措置の内容に関しては、女性状況の改善分野では、国や地方公共団体の行動計画や法律実施指針などにより、多様な類型および措置が紹介されている<sup>34)</sup>。そこでの特徴として、差別是正のための措置として、個別被害の救済に留まらず、差別構造の変革に踏み込んだ措置（全労働者を対象としたWLBや性別役割分業解消、働き方改革など）も提起されており、この点は重要である。それらを実際に導入し実施すること、また、他分野へも拡大し応用していくことが課題である。

### 3 ダイバーシティの推進に向けて

今後のダイバーシティ推進に向けて、積極的改善全般に関して、これまでの検討から次の点を提起したい。

第一に、ダイバーシティ推進／平等の実現に障壁となっている、雇用・人事制度上、企業体質上の差別構造を変革するための措置が必要である。非正規労働者の格差処遇や働き方、WLBに対する人事制度変革などが、具体的に必要である。

第二に、多様なアイデンティティをもつ労働者の固有のニーズに配慮した措置の実施である。この点では、ニーズに対応したPAが必要かつ正当性を有する。他の属性の労働者の機会や権益の保障も考慮しつつ、措置の具体的内容、継続期間（恒常的な措置が必要な場合もある）および拘束力を検討しなければならない。なお、合理的配慮義務もこれと同様の機能を有しており、PAと相互に補完し補強しあう関係にある。属性の特性に応じて、選択ないし併用することが求められる<sup>35)</sup>。

第三に、資質の育成や教育訓練に関する措置である。ここでは、属性共通に対象とすべき一般的な育成・教育訓練（ハラスメント防止教育など）と、女性やマイノリティなど今まで排除されてきた集団構成員を対象とするPAとがありうる。資質育成を目的とするPA（管理職育成教育など）では、他の属性の者の別機会も配慮した形での優先枠など、クォータが正当性を持つ可能性のある領域である。

また、労働者代表機関など意思決定の場への女性やマイノリティ参加に関して、場合に応じて

PAとしてクォータの選択も考え得るであろう。なお、同じ属性の集団でも意見が異なりうることは、十分な配慮が必要である。

第四に、改善が遅れた領域へのPA導入が問題となる<sup>36)</sup>。PAが正当性をもつ範囲や内容が、最も厳しく問われるケースである。個々の事案において、PAの必要性と実効性、他の属性の者の不利益などを慎重に検討して正当性の射程を画定する必要がある。たとえば、障がい者の雇用でいえば、制裁付き雇用率制度を維持しつつ、単なる数合わせにならないように、就労支援や相談、育成などの措置を併用することが正当性を担保することになる。また、性別に関する採用や昇進、解雇などの地位の得喪に関しては、他の属性者への逆差別や不利益が過大にならないよう、厳格なクォータではなく、候補者全員の全事情を考慮するなかで、一要素としての当該属性の考慮する加点方式や、同一資質のときのタイプレック方式が、正当性の限界となる事案が多いであろう。

第五に、国や地方公共団体による、各企業のダイバーシティ推進のバックアップとして、公共調達におけるダイバーシティ推進企業への加点方式をより広く制度化することや、各種支援の強化が求められる。

## VI おわりに

ダイバーシティ化は、職場の人権保障を新たなステージへと進展させる契機である。あらゆる属性をもつ労働者が等しく尊重されその能力を発展・発揮しうる職場への変革が、日本の職場で今まさに求められている。その基礎となる理念は、憲法13条の個人の尊重、同14条の平等の保障であり、PAはその一つ法的技法である。「平等」の意味を問い直し、「差別禁止」と「積極的な改善」を車の両輪とした取り組みが必要である。ここでは、差別構造の変革に踏み込み、また、各職場各労働者の実情を綿密に考慮した適切で実効性ある諸措置の実践が、喫緊の課題であり、PAを、実効性と危険性をもつ諸刃の剣として、有効な場で適切に活用していくことが求められている。

- 1) この特別の措置を、国連女性差別撤廃条約では「暫定的特別 (temporary special measures)」、EU では「ポジティブ・アクション (positive action)」、アメリカでは「アファーマティブ・アクション (affirmative action)」、日本の男女共同参画基本法では「積極的改善措置」と呼んでいる。
- 2) 谷口 (2008) 参照。
- 3) 従来型の加害者の偏見や恣意に基づく差別に対して、現代型の差別は、より構造的であり、行為者の意識の問題を超えている。たとえば、パート差別は、現在の女性差別の最大要因であるが、これは多くの女性が家族的責任のためにパート勤務を求めざるを得ず、労働市場でパート労働者を安価に獲得することが可能であるという、男女の性別役割分業を土台とした構造的差別である。
- 4) 間接差別禁止は「平等実現への障壁の存在」を差別として禁止する法理であり、使用者に対して、事実上、障壁となる制度の除去を求める機能を有する (黒岩 (2019) 第3章参照)。間接差別禁止とPAとは相互に補完し補強し合う関係にある。
- 5) 内閣府男女共同参画局ポジティブ・アクション研究会 (2005) pp. 4-6。
- 6) 差別自体はある属性の集団全体 (たとえば女性一般) に対するものでも、当該集団の構成員各人へ影響は、他の要素 (人種、階層、教育等) も反映して異なる。
- 7) 内閣府男女共同参画局ポジティブ・アクション研究会 (2005) pp. 6-9、辻村 (2021) pp. 157-165 も参照。
- 8) 1976年男女平等待遇指令では性別に基づくPAを「性差別禁止の例外」として許容していた (2条4項) が、アムステルダム条約修正により「実際に完全な平等の実現するための措置」 (旧EC条約141条4項) へと位置づけ直された。但し、EU法は、加盟国にPAを義務づけてはいない。  
EU司法裁判所も、たとえば2004年Briheche 先決裁定 (Case C-319/03, [2004] ECR I-8807) で、「(指令のPA規定は) 社会に生起する事実上の不平等を減少させることにより、形式的平等ではなく実質的平等を達成するための規定である。……(条約上のPA規定も) 職業キャリア上の不利益を防止ないし補償するための規定である」[25段]と判示している。
- 9) カナダ最高裁は、PAについて、より明確に「差別禁止と一体となって差別と闘い、実質的平等を促進するものであり、同条の目的 (※平等保護) を確実にするために機能する」と判示している (R v Kapp 2008 SCC 41)。
- 10) また、平等保護条項や反差別法を「反従属 (anti-subordination)」規範と解する見解は、差別を「支配と従属との権力関係」として捉え、PA (AA) を「非差別集団の従属的地位の是正手段」として積極的に肯定する。植木 (1999) 参照。
- 11) Dworkin (1997) pp. 272-273 は、平等として追求すべきは「平等な取扱い (treating equally)」ではなく、「平等な者としての取扱い (treating as equal)」だと指摘する。大屋 (2007) pp. 77-78 参照。
- 12) 形式的平等に対しては、他にも、理論的に「内実のない空虚な概念である」との批判や、実務上、比較対象者を必須とすることへの疑問、比較対象者選定の困難、低処遇に合わせる形での「レベルダウンによる是正」の許容が厳しく批判されてきた。黒岩 (2019) 第2章参照。
- 13) 「承認」という用語は「……各人が相手を対等であると同時に独立した存在とみなすような主体間の理想的な相互関係を意味している」、Fraser and Honneth (2003) 邦訳 p. 11。
- 14) 平地 (2001) pp. 133-135。
- 15) Fredman (2011) pp. 273-275。
- 16) アメリカやEUのPA政策の雇用分野における展開について、東京女性財団 (1996年) 『諸外国のアファーマティブ・アクション法制』参照。
- 17) 安西 (2005)、巻 (2013)、茂木 (2015) 参照。
- 18) アメリカ連邦最高裁の裁判官の間でも、激しく意見が対立してきた。AAを「差別禁止の例外」と捉える立場からは、差別禁止の例外を認めるのと同様の属性別の審査基準 (人種であれば厳格審査基準、性別ならば中間審査基準) の適用が主張され、他方、AAの平等実現の役割を重視する立場からは、より緩やかな基準でAAを広く許容することが主張された。近年、1989年Croson判決 (City of Richmond v. J. A. Croson, Co., 488 U.S. 469)、1995年Adarand判決 (Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200)、2003年Grutter判決 (Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306) を経て一応の決着がみられ、基本的には、差別禁止の例外としての基準 (人種に関するAAは「厳格審査基準」) が適用される。但し、厳格審査基準を適用しても絶対に違憲となるわけではない。
- 19) たとえば、人種のAAでは「厳格審査基準」を用いて、AAの目的と手段について、「やむにやまれぬ公的利益 (compelling governmental interest)」のために「狭く仕立てられた (be narrowly tailored)」手段か否かを審査する。また、性別に関するPAには「中間審査基準」が適用されている。
- 20) 「ダイバーシティ」目的に関しては、学校入学時の人種のAA事案で、高等教育機関では「人種間の理解を促進させ」[「多様な学生構成が」議論をより活発、旺盛……]にして教育効果を上げるとして、手段面の限定 (人種以外の要素も考慮、暫定的措置であること) も考慮して肯定された (Grutter, supra note 18)。しかし、初等中等教育では目的の正当性自体が否定されている (Parents Involved Community Schools v. Seattle School District, 551 U.S. 701, 2007)。
- 21) クオータについて Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978)、加点方式について Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003)、Grutter supra note 18。
- 22) Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267 (1986)。
- 23) Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County, 480 U.S. 616 (1987)。
- 24) 黒岩 (2019) 第6章 参照。
- 25) EU法では、特別の優遇措置を指して “positive action” という語を用いる。
- 26) 行政法で国家の介入限度を判断する際の審査方式を借用しているが、審査の法的性質は異なる。また、PAの正当性に関する比例性審査は、あくまでも目的審査を通過したうえで手段を審査するという2段階審査であり、目的と手段の審査密度を単純に相対的に評価しているわけではない。
- 27) Case C-450/93, Kalanke [1995] ECR I-3051, Case C-409/95, Marschall [1997] ECR I-6363。
- 28) Case C-158/97, Badeck [2000] ECR I-1875。
- 29) 男性差別は対象外という、片面的規定である点も問題である。
- 30) 産労総合研究所「女性活躍推進法への企業対応に関する実態調査」(2017)『人事実務』2月号 pp. 6-19。
- 31) 閣議決定「『日本再興戦略』改訂2014」参照。男女共同参画基本法は、男女参画の基本理念を「個人の尊厳、平等、個人としての能力発揮」(3条)と規定するが、具体的な実施に関する法律や施策のレベルでは、女性活躍推進法がその一つの典型であるが、「平等保障や固有のニーズへの配慮」の視点が弱い。
- 32) たとえば、男女賃金格差はG7先進国中で最下位 (2017年)、管理職に占める女性割合は14.8% (総務省『労働力調査』2020年) に過ぎない。
- 33) たとえば、障害者雇用率制度では、特定子会社による分離雇用が容認され、また、雇用後の職務遂行上の配慮や教育訓練の乏しさが一因となって定着率の低さ (就職3カ月後の定着



- 率は知的障害者 69.9%, 身体障害者 77.8%, JEED『障害者の就業状況等に関する調査研究』(2017年)が課題となっている。また、高齢者の雇用継続では、定年後の処遇低下が大きな問題であり訴訟も多発している。
- 34) 国の第5次基本計画(2020年)では、WLBの実現、差別是正・ハラスメント防止など広義のPA措置、積極的改善措置(狭義のPA)として、目標設定と取組みや公共調達でWLB企業の加点評価が挙げられている。
- 35) 合理的配慮義務は、現行法では障害者に対してのみ規定されている。しかし、宗教や性的指向などの属性でも必要とされる義務である。
- 36) 均等法8条に関する厚労省指針(平成18年厚労省告示614号)第2は、女性が「相当程度少ない(4割を下回っている)」場合に「女性のみを対象とした措置や女性を有利に取り扱う措置」を「暫定的、一時的」に許容すると示す。

参考文献

安西文雄(2005)「アメリカにおけるアファーマティブ・アクション」『ポジティブ・アクション研究会報告書(別冊・第2部)』pp.49-64.

植木淳(1999)「平等保護原理とAffirmative-Action」『六甲台論集法学政治学篇』Vol.46, No.2, pp.17-68.

大屋雄裕(2007)「平等理論とポジティブ・アクション」田村哲樹・課内篤子編『ポジティブ・アクションの可能性——男女共同参画社会の制度デザインのために』ナカニシヤ出版, pp.64-81.

黒岩容子(2019)『EU性差別禁止法理の展開——形式的平等から実質的平等へ、さらに次のステージへ』日本評論社.

谷口真美(2008)「組織におけるダイバーシティ・マネジメント」『日本労働研究雑誌』No.574, pp.69-84.

辻村みよ子(2010)『ジェンダーと法 第2版』不磨書房.

——(2011)『ポジティブ・アクション——「法による平等」の技法』岩波新書.

——(2021)『憲法 第7版』日本評論社.

東京女性財団(1996)『諸外国のアファーマティブ・アクション法制』.

富永晃一(2013)「ポジティブ・アクションの目的・根拠の再検討に関する一試論」労働問題リサーチセンター『環境変化の中

での労働政策の役割と手法』.

——(2021)「間接差別, ポジティブ・アクション, セクシュアル・ハラスメントの明確化に向けての一試論」『季刊労働法』No.273, pp.162-177.

内閣府男女共同参画局ポジティブ・アクション研究会(2005)『ポジティブ・アクション研究会報告書』.

平地秀哉(2001)「市民的地位・平等保護・Affirmative Action(2・完)」『法研論集』No.97, pp.127-153.

巻美矢紀(2013)「ポジティブ・アクションの目的と多様性(1)」『千葉大学法学論集』Vol.27, No.3, pp.130-148.

茂木洋平(2015)『Affirmative Action 正当化の法理論——アメリカ合衆国の判例と学説の検討を中心に』商事法務.

Bamforth, Nicholas, Malik, Maleiha, O’Cinneide, Colm and Bindman, Geoffrey(2008)“Justifying Positive Action,” *Discrimination Law : Theory and Context*, pp.340-378.

Dworkin, Ronald(1997) *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Academic. (=2003, 木下毅ほか訳『権利論(増補版)』, =2001, 同小林公訳『権利論II』木鐸社.)

Fraser, Nancy and Honneth, Axel(2003) *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Verso. (=2012, 加藤泰史監訳『再配分か承認か? ——政治・哲学論争』法政大学出版局.)

Fredman, Sandra(2011) *Discrimination law 2<sup>nd</sup> ed.*, Oxford University Press.

——(2016)“Substantive Equality Revisited,” *International Journal of Constitutional Law*, Vol.14, Issue.3, pp.712-738. (=2018, 黒岩容子訳『実質的平等を再考する』『労働法律旬報』No.1922, pp.24-43.)

Sen, Amartya(1992) *Inequality Reexamined*, Oxford University Press. (=1999, 池本幸生・野上裕生・佐藤仁訳『不平等の再検討——潜在能力と自由』岩波書店.)

くろいわ・ようこ 日本女子大学ほか非常勤講師, 弁護士。主著に『EU性差別禁止法理の展開——形式的平等から実質的平等へ、さらに次のステージへ』(日本評論社, 2019年)など。労働法専攻。