

20年の歳月から学ぶ新しい平等理念

— 間接差別法理に関連して —

笹沼 朋子

愛媛大学法文学部助教授

男たちの生活を例としてあげながら普遍的な人間の物語として提示されてきた歴史のなかに、どのようにして女を書き加えていくことができるのだろうか。女はその固有性や特殊性のゆえにすでに人類の代表としては不資格だということにされているのに、どうすれば女に注意を向けさせることでこうした考えをいっそう強化するのではなく、切り崩すことが可能になるのだろうか。

— ジョーン・スコット『ジェンダーと歴史学』(1992) 37

1 はじめに

労働法とは民衆の運動が作り上げてきた法である。民法や刑法などとは異なり、最初に体系があったものではない。労働者が必要とした法を、連帯の力で獲得してきたものが労働法であり、労働法の歴史とはそうした労働者の運動の歴史である。

働く女性の権利を擁護した、戦後初代の労働省婦人少年局長である山川菊栄は、そうした官職につく以前より女性の権利と保護について論じ、実践し

てきたことはよく知られている。しかし、彼女が労働省内で疎まれながら、女性労働者みずからがその権利を行使して運動を作り上げることができるよう、エンパワメントの啓発を行ってきたことはあまり知られていない。『さあ、討論しませう』と、当時の労働省婦人少年局のパンフレットは訴えかける(『現代フェミニズムと山川菊栄』(1999) 34-62)。女性労働者に対する保護の必要性を使用者に訴えるのではなく、女性労働者に対して訴える。みなさんには権利も力もあるのだから、それを使いましょう。一人ではできないことも、連帯すればできるようになるでしょう。

労働法の歴史の中では女性労働者とは保護されるべきものであり、周縁的なものであり、そして運動とは縁が薄いものと位置づけられてきた。しかし、こうした山川の視点に立てば、そうした労働法の歴史とは一つの固定的な見方にすぎない。女性労働者もまた、自らの権利を獲得するために、絶えず運動

ささぬま ともこ

1985年早稲田大学法学部卒。民間会社を経て、95年早稲田大学大学院法学研究科修士課程修了。97年より現職。著書に『女性解放の人権宣言—愛媛県男女共同参画推進条例批判』などがある。

しつづけてきたし、そうしなければ生きていけなかった存在なのである。

男女雇用機会均等法（以下、均等法という）の歴史も、そうした女性労働者の運動と無縁のものではない。むしろ、女性労働者の不断の運動の成果が均等法の中には刻まれている。そして、わたしたちはこの歴史から均等法の背後にある理念を読み取り、その先に見出されるものを実現しなければならない。

2 均等法の20年から学ぶこと

1985年に制定された旧均等法は、差別禁止について企業に努力義務しか課さなかったので、「救っても救っても救うことができないザル法」であると非難された法律である。しかし、その旧法にも、企業に対して厳しく禁止している事項があった。それは、旧法11条の「定年、退職及び解雇」にかかわる規定である。この規定によれば、企業は「労働者の定年及び解雇について、労働者が女性であることを理由として、男性と差別的取扱いをしてはならない」し（第一項）、「女性労働者が婚姻し、妊娠し、又は出産したことを退職理由として予定する定め」をしてはならず（第二項）、「女性労働者が婚姻し、妊娠し、出産し、又は労働基準法」上の産前産後休業をしたことを理由として解雇してはならない（第三項）。つまり、女性がいかなる職務についていたとしても、そして、男性と異なる職務にあったとしても、企業は女性に対して「定年・退職・解雇」について差別をしてはならないのである。

いうまでもなく、旧法11条が規定されたのは1961年の住友セメント事件東京地裁判決（東京地判1966（昭41）12・25判時467-26）を皮切りに引き起る数々の裁判闘争の成果である。結婚退職が当たり前に行われていた1960年代に、「結婚を退職事由と定めることは、女子労働者に対し結婚するか、又は自己の才能を生かしつつ社会に貢献し生活の資を確保するために従前の職に止まるかの選択を迫る

結果に帰着し、かかる精神的、経済的理由により配偶者の選択、結婚の時期等につき結婚の自由を著しく制約するものと断すべきである」と述べ、それまでの社会常識を覆して、結婚退職制を公序良俗に反すると判断した。

この姿勢は、その後、ほかの類型の裁判にも受け継がれ、家族手当の男女差別支給にかかわる岩手銀行高裁判決（仙台高判1992（平4）・1・10労判605-98）では、「社会通念、社会的許容性とか公序良俗という概念は、もともと不確定概念で、宗教、民族の違いなどのほか、国内でも時（代）と地域（都市、地方など）により認識や理解に相違のあることは否定できない。しかしながら、これら概念は不確定なるが故に発展的動態において捉えねばならない。そうでないと、旧態は旧態のまま社会の進歩発展は望み得ないことになるからである。（—中略—）日本国憲法14条1項（法の下での平等）は、性別により政治的、経済的または社会的関係において差別されない旨定め、男女不二たるべく、男女平等の理念を示している。労基法4条男女同一賃金の原則は右憲法の理念に基づく具体的規律規定である。そして、それは理念ではあっても達成可能な理念であるから、この理念達成という趣旨に悖るような観念は、「社会通念」「社会的許容性」「公の秩序善良の風俗」として、前記規程条項及びこれによる取扱いの法的評価の基準とすることはできない」と確認した。

たとえザルとはいえ、職場における平等を目指すものとして旧均等法が制定されたのは、こうした女性たちの実践の成果である。この女性たちの実践に答え、裁判所は、職場における女性の人権保障は公序であると認め、ここに法のパラダイムは確かに転換したのである。

現均等法については、記憶も新しいだろう。当初は根本的な改正に難色を示していた使用者側も、ある時期から態度を緩めることになる。それは、1994年、就職活動を行っていた女子学生たちが丸の内をスーツ姿でパレードして、「わたしたちも就

職したい」と訴えたときからである（1995年10月31日付け朝日新聞参照）。そして、とうとう少なくとも「募集・採用」については一定の譲歩をすると言い出した。これが、現均等法をもたらすきっかけになったことは間違いがないだろう。

この事件は、労働法全体にとって大変な事件である。なぜならば、三菱樹脂事件最高裁判決（最大判1973（昭48）・12・12民集27-11-1536）に代表されるような広範な企業の採用の自由に対する制限を、企業自らが認めたからである。そして、パレードを行った女子大生の声を聴いたという事実は、性差別は許さないという思想・良心の自由を認めたことにもなる。現均等法の原動力となったのは、まぎれもなくこのような訴えであるが、それは男女の平等のみならず、採用手続きにおける公正なる手続きを求める新しい法の確立を促すものなのである。

このように女性労働者の実践の歴史から均等法を解釈するならば、均等法の意義は改めて確認されなければならない。たとえば、定年・退職・解雇における女性差別を禁止する旧法第11条・現行法第8条は、男性との比較を不問としている点で、将来に向かって大きな展望を切り拓いている。確かに、均等法の現行行政解釈では、定年・退職・解雇を除けば、「雇用管理区分」ごとの差別を禁止とするに留まり（平10・3・13労告19号）、この解釈が、パートタイムとして働く女性労働者やコース別人事によって低い処遇を余儀なくされている女性労働者が男性と平等な処遇を求める際に、大きな障壁となっている⁽¹⁾。しかし、当初、女性たちが求め、裁判所が公序として認め、そして最終的に条文化された均等法の最初の差別禁止条項とは、雇用区分や職務の違いにかかわらず、女性に対してその性を理由として不利益を課してはならないというものである。新しい平等法あるいは人権保障法を作り上げる際には、ここを基点にすることができるし⁽²⁾、そうしなければ先輩たちの実践を無駄にすることになる⁽³⁾。

3 均等法改正の議論：間接差別禁止の要求

(1) 間接差別禁止の意味

しかしながら、職種や雇用管理区分の違いを理由とする男女の処遇格差は、現実には、性差別撤廃に立ち足る大きな障壁である。そのため、職場の性差別撤廃に挑む多くの者は、「間接差別」禁止規定を強く主張する〔中島2004, 林2003など〕。しかし、この「間接差別」禁止を求める声を、字句どおりに「間接差別」禁止という法的技術の要求と捉えることは間違いである。これまで均等法の歴史を見てきたように、差別撤廃のために必要なことは単なる法技術の開発ではない。理念の構築、つまり、法の常識を転換させることである。間接差別を求める声は、法の常識を転換させよと求めているのである⁽⁴⁾。

たとえば、アメリカ合衆国において初めて「差別的効果」法理が認められたグリックス事件は、人気の高い職種につくための条件である、高卒の要件と筆記試験合格という基準が、白人にくらべて黒人に不利に働いており、違法な差別になると判断された事件である。高卒の要件と筆記試験は人種に関して中立的な基準である。しかし、この基準を採用することによって、日常的に差別を被り、差別的な教育しか受けられなかった黒人に対しては不利益に作用するのである。連邦最高裁判所は「黒人を排除するように作用する雇用慣行が職務遂行との間に関係があると立証されない場合には、当該慣行は禁止される」と述べ、必ずしも差別意図の立証は必要ではないと判断した。雇用における人種差別を禁止する公民権法第7編を制定した議会の目的は、明らかに、「雇用機会の平等を達成することにあり、過去に白人従業員と認められる集団をほかの従業員に比べて優位するよう働いてきた障壁を取り除くことにある。この法律によれば、表面的には中立的であり、さらにはその意図においても中立的な慣行、手続きあるいは試験が、以前からの差別的な雇用慣行の

現状を「凍結」するよう働いている場合には、それらを維持し続けることはできない」からである [Griggs v. Duke Powes Co., 401 U.S. 424, 28 L.2d.158, 163 (1971)]。

このとき、差別禁止法の理念が、作為的な差別の禁止から、差別的な現状を改善する努力へと転換したと言えるだろう。このアメリカ合衆国の「差別的効果」法理は、その後の連邦最高裁の保守化に伴って、当初期待されたほどの効果をもたらしてはいない。しかし、その理念はヨーロッパに渡り「間接差別法理」として受け継がれている (5)。

(2) 均等法改正にむけた議論

それでは、日本における新しい均等法改正にむけた具体的な作業において、「間接差別」はどのように捉えられているのだろうか。2004年6月に提出された男女雇用機会均等政策研究会報告（以下、報告書という）でもこの概念について整理を行っているので、参照したい。

「間接差別」について、報告書では「一般的に、間接差別とは、外見上は性中立的な規定、基準、慣行等（以下「基準等」という。）が、他の性の構成員と比較して、一方の性の構成員に相当程度の不利益を与え、しかもその基準等が職務と関連性がない等合理性・正当性が認められないものを指すと理解できる」と説明している (10-11頁)。問題の焦点は、何を以て「性中立的な基準等」とするのか、一方の性の構成員に相当程度の不利益を与えるような効果をもたらすことになるような基準はすべて違法になるのだろうか、ということにあるだろう。報告書はこの点を考慮して、いくつかの例を挙げている。それを見ると、「性中立的な基準等」の例として、身長や体重などの身体的特徴、家族手当等の支給基準としての世帯主基準、パートタイムなどの働き方、転勤の有無などが上げられている。こうした基準を採用した結果として女性の処遇が低い場合には、違法な差別が存在しているものと「推認される」。もちろん、使用者がこうした基準を採用することに合

理的な理由が存在すると主張し、立証に成功すれば、適法な処遇として認められることになる。

とはいえ、これらの基準を「性中立的な基準等」の例とすることに疑問を持つ者もいるだろう。報告書においても、パートタイムなどの働き方や転勤の有無という基準につき、「職業に関する当該女性自らの意思や選択に基づく結果であるという点で他とは異なっており、これを差別の俎上に載せることは性別役割分担等現状の固定化につながる懸念もあることから、そもそも間接差別の俎上に載せるべき事案ではないのではないかとの意見も根強かった」と指摘している (17頁)。パートタイムなどの働き方や、転勤の有無によって分けられたコース別人事などを間接差別概念における「性中立的な基準等」に含むことができなければ、間接差別概念を打ち立てる効果も意味も半減することは間違いがない。

しかし、この意見はある側面において日本における「性中立的な基準等」に関する議論の盲点を鋭く突いている。つまり、報告書が例として上げたパートタイムなどの働き方、配転の有無などによるコース別人事における男女の偏りは、「性別役割分担」を原因として生み出された男女の違いであるという指摘である。しかし、それをもっと適切に言い換えるならば、これらの基準は（そして世帯主基準も）、決して「性中立的な基準」などではなく、すでに性差別的な基準であるということである。

たとえば、育児や介護に従事する者の圧倒的多数が女性であるということは周知のことであるが、それが、完全に対等な家族関係のなかで生み出された偶然の結果であると信じる者はもはや少数だろう。女性は、家族関係の中でさえ抑圧されているがゆえに非世帯主であり、家庭内の無償労働を引き受ける存在であるが、このことは、すでに社会・国家の認知しているところである。報告書は、女性が家庭内の労働に従事していることを理由として配転を拒否している場合に、この女性を保護することは、かえってこの女性役割を保護することになり、「性別役割分担」を補強することになると指摘している

のだ。

しかしながら、この報告書のこの意見は倒錯している。なぜならば、女性は家庭内において抑圧されているがゆえに転職を拒否し、転職を拒否したために不利益を受けているのだから、この現状を追認すると、「女性は差別されているという理由によって、差別されても文句は言えない」という、およそ正義とはかけ離れた法理ができあがるからである。従って、どのような法技術を利用するにしても（つまり、現行の平等法理の枠組みにおいても）、パートタイムなどの働き方や配転の有無あるいは世帯主基準など、社会的に女性に押し付けられ、期待された役割を背景とした基準を用いることによって、女性が不利益を与えられてはならない。

4 むすび—新しい平等法を展望する

わたしたちは今、アメリカ合衆国連邦最高裁判所がはじめて「差別的効果」を判断した1971年にいるのではない。女性差別撤廃条約が採択され、北京開催の世界女性会議において無償労働の大部分が女性によって担われていることが確認され、その解消のための行動が約束され、そして男女共同参画社会基本法という国内法も整備された。したがって、間接差別という手法ができても、あるいはできなくても、女性たちは性差別的な基準に基づく不利益について、当然に、抗議し、救済を求める権利を有する。もし、均等法に間接差別について規定を置くことに意義があるとすれば、それは、わたしたち女性は、もはやこれ以上、わたしたちのジェンダー、セクシュアリティ、そして生き様に基づいて、いかなる不利益をも許さないという、わたしたちの意思を明文として刻むことにあり、その意義は決して小さくない。

しかし、仮に、政治権力による非道な抑圧によってわたしたちの望むような形で法律が制定されなくても、がっかりする必要はない。すでに検討してきたように、法理念は、わたしたちの味方

である。必要なものは、規定ではない。実践する勇気と希望である。■

《注》

- (1) この行政解釈については、笹沼朋子「均等法の新指針の意義と問題点」『労働法律旬報』1439・1440合併号（1998）37-43を参照。
- (2) わたしは、「私法上の差別とはなにか」というシンプルな問題提起を行い、ここから現在の平等法理の行き詰まりを突破する新しい差別禁止法の提唱を試みている。詳細については、「ジェンダー視座による労働法再構築（総論）（一）」『愛媛法学雑誌』第31巻第3・4合併号（2005）58-66を参照。
- (3) なお、均等法定制および改正については、国際情勢に気圧されて成立させられたとする主張も少なくない。しかし、日本の女性運動は1980年代から国際会議のカウンター会議に積極的に参加し、特に性的自己決定権にかかわる問題については、国際的な貢献を果している。したがって、日本政府が気圧されたとする国際情勢も、実は、日本の女性たちの運動が突き動かしているもので、ここで指摘しておきたい。1980年代からカイロ人口開発会議までの状況については、長沖暁子「政策に女の視点を入れるとは？」インパクション89号（1994）18-23、また、最近の最も大きな運動として、いわゆる「従軍慰安婦」制度に関するNGO国際法廷を成功させた例として、VAWW-NET ジャパン『裁かれた戦時性暴力—「日本軍性奴隷制を裁く女性国際戦犯法廷」とは何であったのか』白澤社（2001）を参照。
- (4) この点については、浅倉むつ子『労働法とジェンダー』（2005）143は、「むしろ立法化を先行させることによって、積極的に社会通念を変えていこうとする法的手法なのである」と表現している。
- (5) アメリカの保守化とイギリスの間接差別法理について、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）が詳しい。また、イギリスの間接差別法理については、『労働法律旬報』1489・90合併号（2000）所収の各論文も参照のこと。