

間接差別禁止規定解釈によるフレキシブル・ワーキング への配慮と平等の本質 ——イギリス性差別禁止法から学ぶ——

原 田 いづみ

要 旨

2007年4月、間接性差別禁止規定を有する改正雇用機会均等法が施行された。身長・体重要件など、実質的に女性を差別的に扱う雇用条件がこの規定により禁止された。

イギリスでは、性差別禁止法における間接差別禁止規定により雇用主が女性従業員のフレキシブル・ワーキングの申し出を拒絶した場合に、性差別と認定されるという解釈が雇用審判所によりなされている。この解釈のため、事実上、雇用主がフレキシブル・ワーキングへの配慮をしなければならないという状況が実現している。このような配慮のことを、「間接差別禁止規定解釈によるフレキシブル・ワーキング配慮」と呼びたい。

日本においても女性労働者が家庭と仕事の両立を円滑にし、生き生きと働くことができるためには、フレキシブル・ワーキング実施がより浸透されるべきであり、上記のような間接差別禁止規定解釈が浸透されるべきであると考えられる。

このような解釈がなぜ成り立ちうるかは、間接差別禁止規定の平等の本質にかかわる。そこで、規定が前提とする平等の本質を検討しつつ、「間接差別禁止規定解釈によるフレキシブル・ワーキング配慮」の可能性を探り、日本における浸透のきっかけとすることが本稿の目的である。

イギリスや日本国憲法における平等の議論を検討すると、間接差別禁止規定は「実質的機会の平等」を実現したものである。このように考えると、フレキシブル・ワーキング配慮を認める解釈は、憲法における平等とも矛盾せず、充分導くことができる。

このような解釈は、性別役割分担意識をさらに固定化する可能性があるといった危険性はあるものの、女性労働者保護のために有益である。

「解釈によるフレキシブル・ワーキング配慮」の検討を通じて明らかになったことは、間接差別禁止規定は、機械的均一的な平等を目指すものではなく、個々の権利に応じた平等であるということだ。これは新しい平等論を実現した規定といえる。

キーワード：間接差別、フレキシブル・ワーキング、平等、性差別禁止法、憲法

はじめに

——間接差別禁止規定と雇用機会均等法改正——

間接差別の禁止とは、表面上は中立な条件や条項であっても、その影響、効果において一方の集団に対して著しい不利益を及ぼす場合には、その条件等は、その集団への差別にあたるものとする理論である。雇用の分野

における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律（以下、「雇用機会均等法」という）改正（2006年）のなかで間接性差別禁止規定（以下、「間接差別禁止規定」という）が導入され、2007年4月に施行された¹⁾。

性差別に関して、間接差別禁止規定の議論をするにあたって頻りに引用される例は、職務とは関連がないにもかかわらず、採用に当たって身長・体重要件を適用することの事例である。間接差別禁止理論によれば、

このような要件も性差別となる。

身長・体重要件は、一見、性とは関係がない事項によって区別をするものであり、性差別とはかけ離れたものに思える。しかし、男女の平均的な身長・体重差を考慮するならば、その要件を課すことによって女性が不利になることは明らかである。したがって、結果的に性による差別と同様の効果が生じうる。

上記のような条件、条項は認められないとするのが間接差別禁止の規定であり、イギリスを始めとする欧米においては、法律上、このような規定が存在する²⁾。

筆者は憲法学を研究する者であるが、これまで日本では、間接差別禁止規定について主に労働法分野から分析・研究がなされている。その中の代表的な論者として、浅倉むつ子・早稲田大学大学院教授がいる³⁾。浅倉は、間接差別の定義が置かれているイギリス性差別禁止法の立法過程や審判例、学説を詳細に検討し、間接差別禁止規定の機能、効果、法的位置づけを紹介、論理展開している。

一方、日本での女性労働の実態を見ると、コース別人事、昇進における見えない壁といった単純な男女差別の理論では解決しがたい問題が山積している。

その大きな理由は、男女別の地位の違いを隠れ蓑として、女性労働者が不当な扱いを受けている場合が多いということである。このような雇用慣行は、表面上は男女別を理由とする差別的待遇をしているわけではないため、差別とは認定されにくい。これらの問題点の多くは、間接差別の定義が法的に整備されていないために解決が難しいものであった。また、定義が整備されていなかったことは、国際的にも指摘されていた点でもある⁴⁾。

今回の間接差別禁止規定立法化、施行により、雇用の場において、正当性のない身長・体重要件やコース別雇用管理制度における転勤要件、あるいは転勤の経験を昇進の要件とすることなどがなくなることが期待されている。

しかし、本稿の目的は、間接差別禁止規定について論ずるものであるが、上記のような場面における適用・解釈について論じるものではない。間接差別禁止規定が立法化された今、さらに一歩進んだ解釈を、我が国の議論の先鞭となるべく、論じようとするものである。

女性労働者が家庭との両立を円滑にし、より生き生きと働くことができるようになるためには、在宅ワークや労働時間の柔軟性といったフレキシブル・ワーキ

ング⁵⁾を実行することが必要である。これはもちろん現在では国の主導により行われている施策の一つでもあるが⁶⁾、雇用慣習や雇用主側の事情により社会への浸透が不十分であるというのが現実である。

イギリスでは、間接差別禁止規定の解釈により、女性労働者のフレキシブル・ワーキングの申し出を雇用主が拒絶することが一定の条件下で性差別と認定される⁷⁾。そして、その結果、雇用主は、女性労働者に対してフレキシブル・ワーキングの配慮を行うことが事実上要求される⁸⁾。以下、本稿においては、このような解釈から導き出される雇用主の事実上の配慮義務を「間接差別禁止規定解釈によるフレキシブル・ワーキングへの配慮」と呼ぶ。事実上という留保をつけた理由については、本稿第2以下に詳述する。

なぜこのような解釈が成り立ちうるのか。それは間接差別禁止規定における平等の本質とかかわってくるのである。

したがって、この見解を実証するため、憲法学研究者の立場から、間接差別禁止規定の根拠となる平等の本質を解きほぐし、フレキシブル・ワーキングの要求を正当な理由なく雇用主が拒絶することが性差別と認定される解釈の根拠を明らかにしていきたい。そして、我が国においてもそのような条文解釈、ひいては「間接差別禁止規定解釈によるフレキシブル・ワーキングへの配慮」を浸透ならしめることが本稿の目的である。

このような解釈は、現行の雇用機会均等法規定のままでは適用の範囲が狭められるため、法施行と同時に実現する解釈ではないが、今後の展望として論じておくことは有益であると考ええる。

そこで、まず、間接差別禁止規定と平等の本質との関係を論ずる導入として、立法化の際に最も議論となった、「結果の平等」との関係に触れる。その後、「解釈によるフレキシブル・ワーキングへの配慮」について先進国たるイギリスの裁判例・解釈を紹介し、このような解釈がなぜ成り立つのか、間接差別禁止規定の拠り所となる平等の本質を検討することにより、探していきたい。

第1 間接差別禁止規定と結果の平等

間接差別禁止規定における平等の本質ということで想起されるのは、間接差別禁止規定がいわゆる「結果

の平等」の実現を目指したものなのか、という議論である。両者の関係に関する議論は、間接差別禁止規定の平等の本質を考える上で出発となる点であることから触れておく。

1 「結果の平等」への危惧感

間接差別禁止規定は、1997年雇用機会均等法改正時には、その内容が不明確であり、時期尚早であるとして導入が見送られた。今回の間接差別禁止規定導入の立法化においても、同様の躊躇が払拭されたわけではない。立法化に先立って雇用機会均等法改正について検討を重ねた厚生労働省・労働政策審議会雇用均等分科会（分科会長・横溝正子弁護士、以下「雇用均等分科会」という）では、規定を導入している国においては転勤要件が性差別に該当するとされることがあるということが取り上げられ、「結果の平等からスタートしているように見えて、理解できない」といった指摘がなされた⁹⁾。また、間接差別禁止は「結果の平等」の実現につながるもので認められないという意見は、雇用均等分科会の前段階に設置された厚生労働省・男女雇用機会均等政策研究会（座長・奥山明良成城大学法学部教授、以下「政策研究会」という。肩書は当時のもの）でも出されていた。

そのような危惧を払拭するために、例えば2004年6月に出された政策研究会報告書では、「いわゆる結果の平等との関係」との項を設け、「労働者の意欲や能力にかかわらず数値上の平等という結果自体を直接の目的とするようないわゆる結果の平等とは明らかに異なる」と説明している¹⁰⁾。

2 「結果の平等」の意味

しかし、「結果の平等」とは何を指すか、ということになると、論者の共通理解として、つきつめて議論がなされているわけではない。

一般的に「結果の平等」という言葉は、国民の財や所得等が最終的に同等になるということを意味する。すなわち、ある集団間での達成結果を数値上均一にするということである。間接差別禁止規定への危惧を述べる者はこのような「結果の平等」を想定していると思われる。

これは、経済学や労働経済学での格差解消のための所得分配の場面で用いられる「結果の平等」に近いものである。そして、特に女性雇用問題に関して、目標

とすべき到達点として、「結果の平等」という言葉が主張される場合がある。

例えば竹中恵美子は、その著書の中で、「いま保護と平等をめぐるイデオロギー論争で明確にしなければならぬのは、目ざすべき平等（性差別の克服）とは、単なる機会の平等ではなく、結果の平等の達成であるということである」と書いている。[竹中 1983：276]

この場合の「結果の平等」の意味を探ると、男性との比較においての賃金格差や待遇格差が是正された経済的平等、配分の平等を指すものと思われる。

一方、憲法学における「結果の平等」や「機会の平等」という言葉は、所得や財の配分ではなく、個人の人権が実現（あるいは疎外）される際の、国家等による個人の取扱いに関して使われる。

憲法学の通説は、憲法14条に定める平等原則は、他者との取扱いを均一にする「形式的平等」ないしは機会の平等が原則であるとされる。[樋口ほか 1984：318-319] [辻村 2004：202-203など]

そして、「結果の平等」は、実質的平等と意味が重複ないしはその一場面して用いられることが多い。一般的に個々の権利実現過程において、形式的な機会の平等を徹底することだけでは格差が解消されない場合に、例外的に許容されうる処方箋として唱えられる。例えば、芦部信喜は、「20世紀の社会国家・福祉国家においては、この自由な競争による機会の平等がもたらした現実の不平等な結果を是正し、実質的平等を確保するため国の積極的施策が要請されることになる。この実質的平等を「機会の平等」に対して「結果の平等」(equality of results)と呼ぶ」とする。[芦部 2000：3-7]¹¹⁾（ただし、上記「積極的施策」の内容について、第2、2(3)参照）

3 間接差別禁止規定と「結果の平等」の関係

条文の具体的効果やイギリスでの議論を考えると、間接差別禁止規定は、危惧されているような一般的意味あるいは労働経済学における結果の平等には該当しないものとする。なぜなら、間接差別禁止規定は、あくまで当該措置が性差別であると宣言するだけであり、何ら均一な結果を実現しないからである。また、憲法学的意味における結果の平等にも該当しない。積極的に結果を平等にする効果が生じるわけではないからである。

したがって、我が国において竹中説のような意味での「結果の平等」が実現されるべきものか否かについては議論の余地があることから議論の行方は無視できないものの、反対論者の危惧するような効果を間接差別禁止規定が持っているということは言えないことから、間接差別禁止規定と「結果の平等」との関係についてはここではこれ以上立ち入らず、間接差別禁止規定が「結果の平等」の実現するものではないことを確認するに止める。

第2 間接差別禁止規定解釈によるフレキシブル・ワーキングへの配慮

1 事実上のフレキシブル・ワーキング配慮義務

例えばコース別人事、身長・体重要件等による弊害を解消すべきであるのは当然であろうが、今後、女性労働者が生き生きと働くためには、フレキシブル・ワーキングを推進すべきことは日本においても頻繁に聞かれる。

前述のように、間接差別禁止規定により、イギリスでは雇用主が、女性労働者からのフレキシブル・ワーキングの申し出を認めなかった場合には間接差別と認定されうるため¹²⁾、事実上、雇用主側が女性労働者に関してフレキシブル・ワーキング環境を配慮しなければならない。EOC (Equal Opportunities Commission= 機会均等委員会、2007年10月を目前に CEHR= Commission for Equality and Human Rights [平等及び人権推進委員会]に統合予定) は、フレキシブル・ワーキングの奨励を行っており、イギリス通商産業省 (DTI) も積極的に家庭と仕事の両立政策を押し進めている¹³⁾。

アイリーン・マッコルガンによると、イギリス性差別禁止法の闘いの歴史は、フレキシブル・ワーキングへの要求であったという¹⁴⁾。

最近のあるイギリスの審判例を紹介する。

英国航空事件¹⁵⁾

2005年、英国航空の女性パイロットが50パーセントのパートタイム勤務を会社に申し出たが、これに対して会社側が75パーセントまでしか認めなかった

ケースにおいて、審判所はこの措置を性差別と認定し、会社側が敗訴した。

ET (Employment Tribunal= 雇用審判所) での敗訴の後、EAT (Employment Appeal Tribunal= 雇用控訴審判所) へ控訴したが、ここでも会社側は敗訴した¹⁶⁾。

なお、このEATの判断を不服として英国航空側は控訴院 (Court of Appeal) に上訴していたが¹⁷⁾、2007年3月、和解が成立し上訴を取り下げた¹⁸⁾。

本件で適用されたイギリスの性差別禁止法の規定は、以下のとおりである¹⁹⁾。

- 1(2)(b) 男性に対しても同様に適用され、適用されうる条項、基準あるいは慣行を女性に適用した場合、
- 1(2)(b)(i) 男性よりもはるかに大きい割合の女性が不利益を受けるような場合であって、かつ
- 1(2)(b)(ii) 適用される者の性別に関係がないという正当性を証明できず、かつ
- 1(2)(b)(iii) その女性当事者が不利益を被る場合

これは性差別禁止法制定後2001年8月以降に改正、追加された条項である。(Sex Discrimination (Indirect Discrimination and Burden of Proof) Regulations 2001) なお、次項では男性に対する同様の性差別も禁止されている。

当該会社側の措置が、間接差別禁止規定に定める定義に該当すれば性差別と認定されるのであるが、本裁判では大きく分けて以下の三点が争点となった。

- ① 50%のパートタイム割合を認めなかったという会社側のたった一回の経営上の決定が、1(2)(b)の条文にいう条項・基準あるいは慣行に当たるか²⁰⁾
- ② 不利益を受ける女性の割合がはるかに大きいと言えるかどうか
- ③ 会社側の決定が、性とは関係がないという正当性が認められるか

である。いずれも会社側の主張が認められなかった。

EATの具体的判断を簡単に述べると、まず①の点に関しては、「1(2)(b)の条文上、問題となっている条項等が実際に他人にも適用されるものである必要はな

く、その条項等が推定的に適用される場合も含まれている」として会社側の主張を退けている。

次に②の点に関しては、統計資料の使い方が問題になった。EATの原審たるETは、提出された統計資料のみならず、パートタイム女性労働者の54%が家族との時間を作りたいという理由でパートタイムを希望しているというEOCの調査結果や、パートタイム労働者の5分の4は女性であるという統計資料にも言及しながら、「本件会社の職場におけるパートタイム希望者のほとんどは女性であり、これはEOCや他の事実とも符合する。女性は一般的に育児責任を一義的に負っているが、このことから女性パイロットがパートタイム労働を希望するのは一般的には育児のためであるということが出来る。これらの理由から、この統計資料が示すことは、この条項（会社の決定）は、男性に比べはるかに大きな割合の女性に対して不利益を及ぼすということである」と判断し、50%労働を拒絶した会社の決定が、大きな割合の女性に対して不利益を及ぼすという判断を示し、EATもこれを是認した。裁判所は証拠として提出された統計のみならず、経験則に基づいた一般的な傾向を考慮に入れることができるとしたのである。

③の点に関しては、英国航空側は、当該決定の正当性を根拠づける理由として、(i) 予備の人員や研修のための余分な予算コストがかかる、(ii) 仕事を現在いる他の従業員に割り当てることは不可能、(iii) 現在新採用を中断しており新しい人員を採用できない状況にある、との三点を主張した。なお、会社側の主張立証責任は、単に性と関係がない、ということだけではなく、性とは関係がない客観的な理由を主張しなければならない²¹⁾。

原審であるETは、特に(ii)(iii)の点に関して、飛行機の数を増やしながらも会社は新採用を中断させており、これは会社自らによる抑制であるなどとして、このような理由は合理的であるとは言えず、その結果、正当性は認められないと総合的に判断した。控訴審であるEATもこれを是認し、会社側の主張を退けている。

女性パイロットの申し出を拒絶した決定時には理由として出されていなかった安全性についても、正当性の一要素として検討された。女性パイロットの優秀な飛行成績や訓練成績等が提出され、ETは、そもそもなぜ50%のパートタイムにした場合に安全ではない

のか、この女性パイロットには相応しくないのかについての説得力ある証明はなされなかった、として会社側の主張を退け、EATもこれを是認した。

以上が事件の内容であるが、パイロットという専門職であっても、間接差別禁止規定の解釈如何により50%への短縮労働時間を認めなかったことが性差別と認定されたのである。性差別禁止法が定着したイギリスにおいても、英国航空事件は特に企業側に大きなショックを与えたということは想像に難くない。

2 事実上の配慮義務と平等の本質

女性労働者に対してフレキシブル・ワーキングへの配慮を欠いたことにより性差別と認定することは、単なる均等的取扱いを超えた解釈とも思える。

すなわち、フレキシブル・ワーキングの申し出を拒絶したことを差別と認定するということは、フレキシブル・ワーキングへの配慮まで平等実現の考慮に入れるということにもなるからである。

しかし、一方、本審判は、あくまでも会社の決定を性差別と認定しただけだ。性差別禁止法の条文上フレキシブル・ワーキングへの配慮義務が明記されているわけではないし、審判所が積極的にフレキシブル・ワーキングをせよ、と命じるものでもない。

イギリスでは、障害者差別禁止に関して、条項、慣習や物理的設備により障害者が実質的に不利にならないような合理的配慮 (reasonable adjustments) をなすことを、雇用主 (雇用主となる予定の者) に条文上 (障害者差別禁止法、Disability Discrimination Act 1995) 義務付けているが、この法的配慮義務と、「間接差別禁止規定解釈によるフレキシブル・ワーキングへの配慮」は法的性質を全く異にするものである。筆者が事実上のという留保をつけたのは当該理由による。

このように、平等実現にはフレキシブル・ワーキングへの配慮を考慮に入れつつも、フレキシブル・ワーキングを命じることまではしない、という間接差別禁止規定特有の効果をもどのように説明すればよいのであろうか。

その回答は、平等の本質を以下のように捉えることで導き出される。

すなわち、間接差別禁止規定の本質たる平等は、単に均一に機会を与えるという意味の形式的平等ではな

く、劣後的地位にある者にまず同等のスタートラインを与え、与えたいという意味の実質的機会の平等である、と。

(1) イギリスの議論

サンドラ・フレッドマンは、著書『差別禁止法』²²⁾の中で、平等の概念として形式的平等 (formal equality or equality of consistency)、結果の平等 (equality of results)、機会の平等 (equality of opportunity) の3つを挙げる。[Fredman 2002:9]

その内容を整理しよう。

まず、形式的平等とは、一貫した取扱いを意味する。一方、結果の平等は、取扱いの結果を同じにすることを指す。したがって、形式的平等と結果の平等の違いは、結果の平等は、専ら公正な配分を達成することであるのに対して、形式的平等は、一貫した取扱いによる手続き的公正を意味する。そして、機会の平等は、形式的平等と結果の平等を補完する有効な代替手段であるとし、出発点を平等にする目的を持つアプローチであると言う。

ここに言う機会の平等は、日本において議論される、出発点を考慮することなく平等に機会を与え、とする形式的機会の平等よりも一歩踏み込んだ解釈と言える。

この意味の機会の平等についてさらに、二つの側面を指摘する。機会の平等における手続的観点と、実質的観点である。

前者からは、女性や少数派の前進にとって障害となるものを除去することが要求され、後者からは（前者より一歩進んで）、ある社会的資源を取得するために必要な真の機会を確保させなければならず、このような観点から教育、訓練、ファミリー・フレンドリー施策といった積極的な措置 (positive measures) が要求される、としている。

機会の平等の中に、我が国における通説とは違い、出発点を平等にする目的を持つアプローチという意味を含ませるのは、B. ヘップルらも同様である。

ヘップルらは、「平等：新しい枠組みに向けて イギリスにおける差別禁止法制の実効性に関する調査報告」²³⁾の「機会の平等」の項で、間接差別禁止規定が、結果の平等を実現するものではないと言ったうえで、以下のように述べ、機会の平等 (equality of opportunity) と、機会の平等の促進 (promotion of equality

of opportunity) をほぼ同じ言葉として使っている。

この概念の内容は、異なる集団出身の個人をレースの競争者として扱い、彼らが似たような出発点に立つことができるようにすると捉えられる傾向である。しかし、機会の平等の促進 (the promotion of equality of opportunity) が手続的な狭義の義務でしかないのか、それとも広義の実質的な義務であるのかについては明確なわけではない。手続的な意味の機会の平等は、障壁を除去することが含まれ、チャンスを増大はさせるが、女性や少数派に対して地位を保障することまではしない (傍点引用者)。[Hepple 2000:32]

フレッドマンやヘップルが言う、手続的側面の「障害の除去」という言葉の意味はやや不明確であるが、差別と認定することによる、不平等の効果を持つ決定や行為の阻止という意味合いと捉えてよいであろう。

以上の議論の流れからすると、平等の本質の中には、機会の平等の促進という意味合いも含み、間接差別禁止規定の平等の本質を、実質的意味までは含まない手続的側面に限られた機会の平等促進であるとするれば、フレキシブル・ワーキング配慮をしなかったことが性差別と認定されるという間接差別禁止規定の法的効果を説明しうる。

(2) 機会の平等＝手続的側面という限界

しかし、間接差別禁止規定による平等は、あくまで機会の平等の促進＝手続的側面だけであって、それ以上の実質的な効果は個々の取組みに委ねられている。その意味で、機会の平等の促進といっても、積極的格差是正措置の実施までは要求できない。また、上記のとおり、地位を保障する「結果の平等」にも遠く及ばない。

フレッドマンは、この点に関し、雇用主側がフレキシブル・ワーキングを配慮しなかったことが性差別と認定されるのみであって、現実にフレキシブル・ワーキングを実現するまでにいたらないという点に触れ、したがって、間接差別禁止規定は、完全なる実質的意味の機会の平等とまでは言えないとしている。[Fredman 2002:115]

なお、ヘップルらの上記報告書は2000年に発行されたものであるが、すでに消極的に差別と認定するだけの差別禁止法は時代遅れであり、差別是正をさらに

有効にするために、積極的格差是正措置の実施義務条項を兼ね備えた禁止法を提言している。

ちなみに、積極的格差是正措置を命じる法制度については、カトリック教徒とプロテスタント教徒間の雇用格差を是正するために定められた、北アイルランド「公正な雇用及び取扱いに関する命令、及び同規則 (Fair Employment and Treatment (Northern Ireland) Order 1998, Fair Employment and Treatment Order (Amendment) Regulations (Northern Ireland) 2003)」が参考になる²⁴⁾。

さらにイギリスにおいて、フレキシブル・ワーキングの要求は、性差別禁止法間接差別規定解釈により事実上行うほかに、労働者に一定の要件のもとでフレキシブルに働く権利を認める2002年の改正雇用法 (Employment Act 2002)²⁵⁾ や、その権利を拡大する2007年4月に施行された仕事と家庭法 (Work and Families Act 2006) により実現することができるようになったが²⁶⁾、FETOやこれらの法律についてはここでは詳細しない。

(3) 日本国憲法における議論

平等に関する同様の議論は憲法学者の間でもされている²⁷⁾。

すなわち、これまで「実質的平等」といわれてきた平等には二つの側面があり、結果を保障する「結果の平等」と、機会付与を実質的に平等ならしめる「実質的機会の平等」がある。

そして、前述のとおり「結果の平等」は国家の作為的義務を要求するため、社会権条項で実現すべきであり、憲法14条にいう平等原則には結果の平等が当然に含むとはいえない。しかし、「実質的機会の平等」については、あくまで機会の平等を実質ならしめる意味合いであり自由とは対立せず、平等原則の中に含みうるというのである。

なぜなら、現代社会では、能力はあっても、これまで機会を得る段階になかったため出発点が後方にある、あるいは、今でも機会を得る場に立てない社会的弱者がおり²⁸⁾、形式的に彼らは機会を与えられてもそれを活かすことができず、機会の平等を保障されても、社会的強者との差は広がる一方となり、自由を享受する前提となる社会的公正に反するからである²⁹⁾。

浦部法穂は、「たしかに憲法における平等の観念は、形式的平等から実質的平等へ転換したといえるのだ

が、それは決して、徹底的な結果の平等を意味するわけではなく、いってみれば、形骸化した「機会の平等」を実質的に確保するという意味のものであろうと思われる」としている。[浦部 2000:101]

単なる機会の平等という言葉の意味だけを捉えると、フレッドマンらと日本では若干踏み込み方が違うが、単に機会を与えるだけではなくスタートラインを一緒にしなければ、真の平等状態が生じないという認識で一致している。

しかし、日本国憲法における実質的機会の平等に、フレキシブル・ワーキング等の積極的格差是正措置実施まで積極的に命じるフレッドマンが言う実質的側面まで含まれるかについては、否定されるというのが通説的見解である。

憲法における自由と平等の理念は、相互に密接に関連し、個人の尊重を実現してきた。したがって、実質的平等は、あくまで自由偏重により生じた不平等が見過ごせない場合に初めて要請されるものであろう。そのような構造から、積極的に格差を是正するよう国家に求めるという権利まで保障されているものではないと考える。

例えば、高橋和之は、実質的な機会の平等を保障すべきとの考えを示しつつ、このような実質的平等の要求について、「実質的平等のために必要なら、国は形式的な別扱いをすることも許されるという意味を内包する」としつつ、「もっとも、現在のところ、平等権は優先処遇を受ける権利まで含むとは解されていない」と述べる。[高橋 2005:132-133]

積極的格差是正措置の範囲は幅広く³⁰⁾、いわゆるクォータ制から教育・訓練の優遇措置といったものまで含まれるが、ここで積極的格差是正措置という言葉を使用した場合に留意すべきは、いわゆる「結果の平等」の結果を実現する措置と、実質的機会の平等を実質ならしめる措置との境界が曖昧だということである。この両者の区別については、フレッドマンも意識しており、平等の本質と、積極的な措置がどこまで認められるかは密接な関係があり、「促進や推奨といった措置を超えて、不利益を受けている集団に有利な明らかに (逆) 差別的な政策をすることは許されるのであろうか？」と問題を提起している。[Fredman 2002:125]

しかし、いずれにせよ、自由を基調とする日本国憲法においては、実質的機会の平等を実現ならしめる一

定の格差是正措置を消極的に許容することが限界であり、いずれの意味においても積極的に格差是正措置を命じることまでは予定されていないものとする。両者の明確な定義づけ、区別については今後の研究課題としたい。

以上より、憲法学における平等観念には、実質的機会の平等は含まれるが、フレッドマンが言うような実質的側面までは含まれないと考える。

両者の議論を以下の表1に整理した。

(4) 配慮の内容

なお、これまで性差別と認定されうる措置についてフレキシブル・ワーキングの拒絶のみを問題としていたが、その他の措置においても間接差別禁止規定により配慮を求めることができるのであるのかについて、念のため考察する。

上記に述べたとおり、積極的格差是正措置の範囲は広い。しかし、フレッドマンは、「実質的機会の平等」と「結果の平等」の区別を意識し、「実質的機会の平等」実現の措置の例としては教育、訓練、ファミリー・フレンドリー施策をあげており、クォータ制といったドラスティックなものは予定していないように思われる。そして、間接差別として認定されるためには、条文上、ある措置について、男女同様に拒絶をした際に、一方の性に不利益になることが必要であるが、このような効果はフレキシブル・ワーキング以外考えにくいと思われる。

(5) 予想される批判

しかし、イギリスでは、性差別禁止法上、フレキシブル・ワーキングを要求してこれが認められなかった場合に雇用主の措置が間接差別であると認定されるのは、女性が主張した場合のみであることから、解釈によるフレキシブル・ワーキングへの配慮を推し進める場合には、以下の批判が予想される。

まず、男性が差別を主張するためには、女性との比較において直接差別を主張することになるが、男性からすれば間接差別禁止規定により女性のみが保護されるのは不公平であるとの批判が生じる可能性がある。また、女性のみ主張を認めることにより、家事・育児は女性の役割という固定的役割分担意識を更に固定化する可能性も生じる。

これらに対しては、間接差別禁止規定の根拠となる実質的機会の平等は、スタートラインが後方にある者に対する配慮であるために、女性のみ主張を認めるのは当然の帰結なのである。スタートラインが平等になった社会では必要なくなるものであることを指摘し、理解を求めていくべきである。

(6) 間接差別禁止規定の将来像

以上より、間接差別禁止規定によりフレキシブル・ワーキングを拒絶することは性差別である、との解釈は、我が国においても可能である。間接差別禁止規定における平等が、形式的側面に限られるが実質的機会の平等であるとするのは、憲法における平等概念と矛盾しないからである。

そして、このような解釈が定着すれば、「解釈によるフレキシブル・ワーキング配慮」を実現することも

表1 日英平等概念の比較

	スタートラインを考慮することなく機会を平等に付与する。	スタートラインを考慮し、障害を除去(障害を考慮)する。	スタートラインを考慮し、積極的な配慮措置を講じる。	平等結果の実現
イギリス (フレッドマンら)	形式的平等	機会の平等・手続的側面	機会の平等・実質的側面	結果の平等
日本国憲法 (高橋・浦部ら)	形式的平等ないしは(形式的)機会の平等	実質的機会の平等	実質的(機会の)平等(もっとも現在のところ、優先処遇を受ける権利までは含むとは考えられていない)	結果の平等

↑
両者の境界は曖昧である。

可能になる。現行法の規定、および雇用機会均等法という枠組みの中では、このような解釈を展開することは難しいであろうが、我が国における間接差別禁止規定の将来像として認識されるべきであることを主張したい。

おわりに

——間接差別禁止規定と新しい平等論アプローチ——

これまで、筆者は、「解釈によるフレキシブル・ワーキング配慮」の検討を通じて、間接差別禁止規定が「実質的機会の平等」を実現するものだという論証を行ってきた。

そこでわかったことは、間接差別禁止規定は、教育環境、出産、育児義務などのために男性とは違った環境に置かれた女性が、男性中心の社会で人格を尊重されながら働くための重要な手段となるものであるということである。人格を尊重されながら働くとは、男女が均等な条件や環境を与えられることを意味するのではなく、置かれた環境等に応じて、「何が平等か」が定められなければならないということである。

したがって、間接差別禁止規定により実現される平等とは、機械的単一な状況ではなく、個々の人間が満足しうる平等であり、それはこれまでの平等論にはなかった、平等を権利の実現から捉えなおす新しいアプローチであるともいえる。

今回、雇用機会均等法において導入された間接差別禁止規定は、残念ながら充分なものではなく、その趣旨が国民に正確に伝わることは難しいかもしれないが、それでも、上記のような新しい平等論を具体的に実現する規定として非常に注目すべきものであると考える。

〈注〉

1) 今回導入された規定は以下のとおりである。

(性別以外の事由を要件とする措置)

第7条 事業主は、募集及び採用並びに前条各号に掲げる事項に関する措置であつて労働者の性別以外の事由を要件とするもののうち、措置の要件を満たす男性及び女性の比率その他の事情を勘案して実質的に性別を理由とする差別となるおそれがある措置として厚生労働

省令で定めるものについては、当該措置の対象となる業務の性質に照らして当該措置の実施が当該業務の遂行上特に必要である場合、事業の運営の状況に照らして当該措置の実施が雇用管理上特に必要である場合その他の合理的な理由がある場合でなければ、これを講じてはならない。

厚生労働省令は以下のとおりである。

雇用機会均等法施行規則

(実質的に性別を理由とする差別となるおそれがある措置)

第2条 法第7条の厚生労働省令で定める措置は、次のとおりとする。

- 一 労働者の募集又は採用に関する措置であつて、労働者の身長、体重又は体力に関する事由を要件とするもの
- 二 労働者の募集又は採用に関する措置(事業主が、その雇用する労働者について、労働者の職種、資格等に基づき複数のコースを設定し、コースごとに異なる雇用管理を行う場合において、当該複数のコースのうち当該事業主の事業の運営の基幹となる事項に関する企画立案、営業、研究開発等を行う労働者が属するコースについて行うものに限る。)であつて、労働者の住居の移転を伴う配置転換に応じることができることを要件とするもの
- 三 労働者の昇進に関する措置であつて、労働者が勤務する事業場と異なる事業場に配置転換された経験があることを要件とするもの

2) イギリスでは性差別禁止法(Sex Discrimination Act 1975)、アメリカ合衆国では公民権法第7編(Title VII of the Civil Rights Act of 1964)により規律される。イギリス性差別禁止法は、雇用の分野に限られない性差別を禁止する法律であり、その条文は後述するので、ここでは公民権法第7編について触れる。公民権法第7編は、雇用の場における差別を禁止する法律で、703条(a)では「人種、皮膚の色、宗教、性別、出身国を理由として、個人の雇用を拒絶し、あるいは解雇すること、また、雇用上の報酬の支払い、条件、特権に関して差別をすることは、使用者にとって違法な雇用形態である」と定められている。

アメリカでは、採用・異動の要件として高校卒業の資格や知能テストへの合格を要求した使用者側(発電所)の措置について人種差別だと黒人が訴えた事案において、連邦最高裁は第7編違反と判示した(Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S.424 (1971))。黒人は教育環境においても差別されており、このような条件は黒人に対して差

- 別的効果をもたらすというのである。グリッグス事件をきっかけに、差別的効果が判例法理として認められるようになったが、1991年公民権法が改正され、条文上、差別的効果 = disparate impact という言葉が明記された。(703条 (k) (1))
- 3) 『男女雇用平等法論—イギリスと日本』『労働とジェンダーの法律学』『労働法とジェンダー』等、その他論文多数。
- 4) 女性差別撤廃条約第4回及び第5回報告書に対する女性差別撤廃委員会 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women=CEDAW) の最終コメント参照。(内閣府男女共同参画局ウェブサイト「国際的動向」http://www.gender.go.jp/main_contents/category/kokusai-doko.html)
- 女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約→第4回及び第5回報告に対する女子差別撤廃委員会最終コメント(英語/日本語)
357. 委員会は、憲法が両性の平等を規定してはいるが、国内法に差別の明確な定義が含まれていないことに懸念を表明する。
358. 委員会は、条約の第1条に沿った、直接及び間接差別を含む、女性に対する差別の定義が国内法にとりこまれることを勧告する。委員会は、また、条約についての、とりわけ間接差別の意味と範囲についての、特に国会議員、司法関係者、法曹一般を対象とした、意識啓発のためのキャンペーンを行うことを勧告する。
- 5) フレキシブル・ワーキングの定義は明確ではない。例えばイギリス EOC は、DTI (イギリス貿易産業省) のガイダンスを引き、フレックスタイム、在宅ワーク、テレワーキング、時短、ジョブシェアリング等を例として挙げる。本稿では、これらの働き方を含む、雇用条件を柔軟にし、より家庭との両立がしやすい働き方、という捉え方をしたい。
- 6) ワーク・ライフ・バランス施策。例えば厚生労働省は、「仕事と生活の調和に関する検討会議」(2004年に報告書提出)を、2006年には「男性が育児参加できるワーク・ライフ・バランス推進協議会」を設置した。同年10月に提言書「男性も育児参加できるワーク・ライフ・バランス企業へ—これからの時代の企業経営—」を公表している。
- 7) 例えば、イギリスでは、年齢制限、就業年数、異動・転勤条件、身長・体重要件に加え、女性の育児を阻害する時間帯の労働あるいはフルタイムでの労働を要求することが、間接差別と判断されうるとウェブサイトが指
- 摘する法律事務所もある。
- 8) なお、家庭と仕事の両立を促進するイギリスでの新しい法制度については注25)参照。
- 9) 第46回雇用均等分科会議事録より。
- 10) 『男女雇用機会均等政策研究会報告書』(2004年6月) p13
- 11) 一方、佐藤幸治は、「実際、このような見地から「結果の平等」論と呼ばれるより徹底した平等論が有力に主張されてきている。ここでは「能力主義」そのものが問題とされている」としている。佐藤は、「機会の平等」の下で生じた不平等を是正する実質的平等の観念としては「条件の平等」をいう。[佐藤1995:466-467]このほか、伊藤正己は「このような現代社会の要請に応じて、14条1項の平等のうちに、単なる形式的・静態的な平等をこえて、国家権力による実質的な平等の実現を読み込もうとする立場も現れている。いわば「結果の平等」をも、14条1項に含ませようとする」という文脈で使っている。[伊藤1990:241]
- 12) この場合、男性が性差別禁止法上主張する場合には、女性との比較として、直接差別として主張しなければならないことに注意が必要である。[McColgan 2005:503]
- 13) DTIのウェブサイト参照。<http://www.dti.gov.uk/employment/workandfamilies/index.html>
- 14) 「間接差別に関わる難しさは第2章、第4章で述べてきたが、それらの多くは、正確にはフレキシブル・ワーキングがテーマであった。それらの事例のほとんどは、労働者のフレキシビリティへの要求にかかわることであった。」[McColgan 2005:503]
- 15) British Airways plc v. Starmar, [2005] IRLR 862,EAT. EATのウェブサイト全文入手可能である (Appeal No.EAT/0306/5/SM)。
- 16) この事例のほかにも、複数の老人ホームを運営する会社に経理係かつパートタイムで入社した女性に、会社側がフルタイムを要求した事案で間接性差別と認定され、補償金の支払いも命じられたガイルズ事件 (2005年、Giles v. Cornelia Care Homes, ET 3100720/05) がある。事案についてはEOCのウェブサイト参照。<http://www.eoc.org.uk/Default.aspx?page=17419>
- 17) イギリス労働事件の紛争手続きの流れや実態については、小宮 [2006:271] に詳しい。
- 18) 女性パイロットはそれまで、会社側の要求に従い75%のパートタイム労働をしていた。BALPA = 英国航空パイロット組合によると、和解の内容は、会社側が50%の労働を認める、女性が指定した慈善団体に寄付をす

- る、女性の費用を補填するというものである。
- 19) 2005年10月施行改正法では定義が以下のようになっている。
- 1(2)(b) 条項、基準あるいは慣行を男性と同様に女性に適用、あるいは適用しようとした場合であっても、
- 1(2)(b)(i) それが男性と比べ、女性に対して著しい不利益を被らせるもの、被らせうものであって、かつ
- 1(2)(b)(ii) その女性当事者がその不利益を被る場合であって、かつ
- 1(2)(b)(iii) 合法的な目的を達成するにふさわしい方法を提示できなかった場合
- 1975年当初の定義は以下のとおりである。
- 1(1)(b) 男性に対しても適用される要件または条件を女性に適用した場合、
- 1(1)(b)(i) それに適合できる女性の割合が男性の割合より相当程度小さく、かつ
- 1(1)(b)(ii) 適用される者の性別に関係がないという正当性を証明できず、かつ
- 1(1)(b)(iii) 女性が適合できないために不利益となる場合。
- 20) なお、英国航空は、決定直後に、75%未満のパートタイム労働が認められるためには、少なくとも2000飛行時間が必要である、という2000時間ルールを作ったが、このルールは審判の対象ではない、とEATは最初に明記している。
- 21) EOCの解説によると、正当性の主張責任はフレキシブル・ワーキング拒絶事案では最も重要なポイントであるという。正当性の基準は、1986年欧州司法裁判所のビルカ事件(Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber von Hartz, [1986] IRLR 317, ECJ)で示された基準がその後のイギリスの裁判所や審判所で採用されており、①性には関係のない他の根拠により客観的に正当化することができる、②使用者にとって真に必要であり、③その必要性に見合う適切なものであり、④必要不可欠であることが証明されなければならない。そして、これまでの審判・裁判例では、さらに以下のような基準も加えられている。(i) 審判所は無批判に会社側の正当性の主張を受け入れるべきではない、(ii) 他の方法によってその目的を達成し得ないのか、(iii) 差別的効果との相関関係を考慮、(iv) 使用者が、訴え出た従業員や、同等の地位、環境にある従業員の不利益を考慮に入れたか。http://www.eoc-law.uk, “The legal test for justification in indirect discrimination cases”の項参照。
- 22) S.Fredman “Discrimination Law”
- 23) Bob Hepple QC, Mary Coussey and Tufyal Choudhury 2000 Equality: A New Framework “Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation The University of Cambridge Centre for Public Law and Judge Institute of Management Studies
- 24) FETOには、雇用格差是正のため、雇用主に常に雇用格差の状況をモニターして均等委員会(Equality Commission)に報告すること(52条)、雇用環境を継続的にチェックし公正な雇用機会が実施されていないと判断される場合には、その障害を取り除くような積極的措置 affirmative action、例えば、募集広告に、少数派の応募が歓迎されるという言葉を入れたり、採用過程を見直したりする、あるいは職業訓練を少数派に行うといった措置、をとることを義務づけている(55条)。
- 25) Employment Act 2002, Flexible Working (Eligibility, Complaints and Remedies) Regulations 2002, Flexible Working (Procedural Requirements) Regulations 2002. もっとも、この法律で認められた権利はフレキシブルに働く権利ではなく、フレキシブル・ワークを要求する権利でしかない= right to request flexible working. しかし実際は、雇用主はそのような要求を受けた場合は誠実に受け止めているという実態があるという。[McColgan 2005:509]
- 26) 性差別禁止法による主張と併存しうるが、法律上の条件(例えば、子どもの年齢)に該当しない場合には性差別禁止法によることになるため、未だ性差別禁止法による主張の存在意義は大きい。
- 27) 高橋和之、浦部法穂、井上典之ら。
- 28) 高橋 [高橋 2005]。井上は、「スタート・ラインにおける不平等」と呼ぶ。[井上 2003]
- 29) 高橋によると、「結果の不平等を生み出す要因は少なくとも二つある。一つは、機会を生かす能力の違いであり、もう一つは、機会の不平等である。自由を強調する限り、前者を非難することは困難であるが、19世紀後半以降、結果の不平等を生み出しているのは、実は前者というよりは後者ではないかという問題意識が芽生え、次第に強くなって来る」。[高橋 2005 : 131]
- 30) 積極的格差是正措置の内容、概念の整理については、辻村。[辻村編 2004 : 6-]
- 〈引用文献〉
- 日本国憲法関係
- 芦部信喜 2000 『憲法学Ⅲ人権各論(1) [増補版]』 有斐閣

- 伊藤正己 1990 『憲法 新版』 弘文堂
- 井上典之 2003 「平等保障の理論展開—結果の平等・積極的差別是正措置をめぐって」『ジュリスト』 No.1237 (2003.1.1-15) 48-58 有斐閣
- 浦部法穂 2000 『全訂 憲法学教室』 日本評論社
- 佐藤幸治 1995 『憲法〔第三版〕』 青林書院
- 高橋和之 2005 『立憲主義と日本国憲法』 有斐閣
- 辻村みよ子 2004 『憲法 第2版』 日本評論社
- 辻村みよ子編 2004 『世界のポジティブ・アクションと男女共同参画』 東北大学 21世紀 COE プログラム ジェンダー法・政策研究叢書 東北大学出版会
- 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂 1984 『注釈日本国憲法 上巻』 青林書院新社
- 労働法・労働経済学関係
- 浅倉むつ子 1991 『男女雇用平等法論—イギリスと日本』 ドメス出版
- 浅倉むつ子 2000 『労働とジェンダーの法律学』 有斐閣
- 浅倉むつ子 2004 『労働法とジェンダー』 勁草書房
- 小宮文人 2006 『現代イギリス雇用法』 信山社出版
- 竹中恵美子編 1983 『女子労働論「機会の平等」から「結果の平等」へ』 有斐閣選書
- イギリス性差別禁止法関係
- Fredman, S. 2002 *Discrimination Law*, Oxford University Press
- Hepple, B., QC, Coussey, M. & Choudhury, T., 2000 *Equality: A New Framework* "Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation, The University of Cambridge Centre for Public Law and Judge Institute of Management Studies
- McColgan, A., 2005 *Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, Hart Publishing
- アメリカ合衆国公民権法 第7編関係
- 中窪裕也 1995 『アメリカ労働法』 弘文堂
- その他 憲法各文献、イギリス EOC や DTI 等ウェブサイトから入手できる資料

(はらだ・いづみ 弁護士・東北大学大学院法学研究科博士後期課程)