

雇用におけるポジティブ・アクションと間接差別法理の相互関係

長谷川 聡

- 一 はじめに
- 二 ポジティブ・アクションの概念と実効化システム
- 三 間接差別法理とポジティブ・アクションの実効性
- 四 むすびにかえて

一 はじめに

人種や性別など、自身の意思に基づいて変えることのできない属性とは無関係な平等な取扱いを受けることが、今日基本的人権の一つを構成していることは疑いない。しかし一部の人種集団に歴史的に十分な自己実現の機会が与えられてこなかったことによる人種集団間の教育格差や、長く社会に根付いてきた男女の職域分離・家庭責任負担の不均衡の存在は、平等取扱い以上に、積極的に差別を是正するための措置・法理の必要性を意識させる。社会に存在するこれらの差別的構造が放置された場合、例えばすべての者に平等なスタートラインが用意されず、結果

的に差別的構造が再生産、固定化されるおそれがあるのである。⁽¹⁾

この課題に対する代表的な対応策は、不利な立場に置かれている性や人種などの集団に対して一定の優遇措置を講じることを主な内容とするポジティブ・アクション (positive action) であろう。差別を用いて差別を是正するこの措置がいかなる範囲において適法性を認められるかについては、アメリカやEUにおいて鋭く争われてきたが、日本ではこの種の争いが少なくとも裁判上目立つことはなく、均等法に基づいて一定の要件の下に実施が認められてきた。もっともその実施率は順調に高まっているというわけではなく、平成一八年度女性雇用管理基本調査によれば、ポジティブ・アクションに取り組んでいる企業の割合をすべての企業規模を基礎として見た場合、平成一二年度は二六・三％であり、平成一五年度には二九・五％と微増したものの、平成一八年度には二〇・七％へと減少している。

二〇〇六年の均等法改正はポジティブ・アクションのしくみを大幅に改正するものではなかったが、前記の問題意識との関係においては間接差別の禁止を明文化した点で注目される。間接差別法理は、人種中立的な学歴・学力テストが歴史的に教育の機会を十分に与えられてこなかった黒人に対して差別的効果を持つことを認め、これの利用を認めることで差別的な雇用実態を維持させてはならないと判示したアメリカの連邦最高裁判決を端に形成された法理であり、差別の成否を判断する際に社会や職場に存在する差別的構造を視野に入れる点で、ポジティブ・アクションと問題意識が類似する。この法理が展開した際にポジティブ・アクションといかなる関係に立つのかを明らかにすることは、今後実質的平等の達成戦略を模索する際に考慮すべき要素となろう。

本稿は以上の問題意識の下に、日本におけるポジティブ・アクションと間接差別法理の相互関係を分析することを目的としている。まず均等法のポジティブ・アクションの概要と課題を確認し、これに間接差別法理の視点を加

えて検討を行うことにしたい。

なお、本稿は、日本ではポジティブ・アクションと間接差別法理が主に性差別との関係において論じられてきた経緯から性差別に検討対象を限定したが、これらは性差別以外の領域においても展開する概念であることを予め指摘しておきたい。

二 ポジティブ・アクションの概念と実効化システム

1 均等法のポジティブ・アクションの概念と目的

ポジティブ・アクションの概念は国や法規ごとに多様である⁽⁴⁾。その中の一類型である均等法のポジティブ・アクションは、「事業主が、雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保の支障となっている事情を改善することを目的として女性労働者に関して行う措置」と定義される(八条)。この概念は一九九七年の均等法改正時に日本に導入され(一九九七年法においては九条)、二〇〇六年改正においても変更を加えられることなく今日に至っている。

均等法は、当初女性労働者を母性、家事負担の現実や社会的な男女の役割分担に規定された就業意識などから支援を要する労働者として位置づけ、この地位向上のために女性に対する優遇措置を許容する女性福祉法として出発した経緯を有しており、その意味では女性に対する積極的差別是正を指向しうる構造を持った法律であった⁽⁵⁾。その後この構造は、女性に対する有利な取扱いがかえって職域分離に代表される女性に対する差別的構造やステレオタイプによる偏見の維持促進につながる等の批判を受けて、女性優遇を禁止し、その反射として男性差別を禁止した一九九七年改正⁽⁶⁾、男性に対する差別禁止を明示した二〇〇六年改正を経て消失した。ポジティブ・アクションは、

現行法において例外的に残された女性に対する優遇措置を法認する制度である。

ポジティブ・アクションを均等法に規定した所期の目的は、男女の固定的な役割分担意識などから生じる男女労働者間の差に着目し、このような差の解消を目指して女性の能力発揮の促進について積極的かつ自主的に取り組むことにあった。⁽⁷⁾二〇〇六年法に関する通達⁽⁸⁾（以下、「二〇〇六年法通達」という）は、均等法と同じポジティブ・アクションの定義を掲げた上、これを「過去の女性労働者に対する取扱い等が原因で雇用の場において男性労働者との間に事実上の格差が生じている状況を改善する目的で行う女性のみを対象にした措置や女性を有利に取り扱う措置」と表現している。⁽⁹⁾男性を対象から除外した片面的な制度として構築されていることも示唆するとおり、女性の⁽¹⁰⁾みを対象とする均等法のポジティブ・アクションの適法性は、歴史的に形成されてきた女性に対する差別的構造の存在に基礎付けられているといえる。

2 均等法のポジティブ・アクションの類型と実施要件

明文化当時実施が期待されていた取組みの具体的内容は、一九九七年に労働省の「女性労働者の能力発揮促進に関する研究会」（座長・奥山明良）⁽¹¹⁾がとりまとめた「女性労働者の能力発揮促進のための企業の自主的取組のガイドライン（以下、「ガイドライン」という）」⁽¹¹⁾に見ることができ。

ガイドラインが掲げるポジティブ・アクションの類型の一つは、①「女性のみを対象とする又は女性を有利に取り扱うもの」である（以下、「差別的取扱い型」という）。この定義に見えるように、この型のポジティブ・アクションには、(a)制度の適用機会が女性のみに与えられているタイプと、(b)男性にも適用機会を付与した上で、女性を優遇するタイプが含まれている。その内容は、「従来の取扱い等により女性に現実生じた男性との差について、そ

の是正を目的として暫定的に行うもの」と規定され、具体例として、「女性の採用拡大」という目標の下では「女性の比率が少ない職種において、女性の応募・採用が少ない場合の求人方法の再検討」が、「女性の職域拡大」という目標の下では「女性がいない、又は少ない職種、職域への女性の配置のために必要な教育訓練の実施」が例示されている。「労働者に対する性別を理由とする差別の禁止等に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針（以下、「二〇〇六年法指針」という⁽¹²⁾）第二の14(1)イでは、例えば配置に関するポジティブ・アクションについて、女性のみを対象とするものについては、「配置の資格についての試験の受験を女性労働者のみに奨励すること」が、女性を優遇するものについては、「配置の基準を満たす労働者の中から男性労働者より女性労働者を優先して配置すること」が規定されている。

ガイドラインが掲げるもう一つの類型は、②「男女両方を対象とするもの」であり、「男女を区別していない基準であるが、女性が事実上満たしにくいものについて、その基準や運用を見直すことや、個人としての能力に着目した公正で透明な人事制度の確立、職業生活と家庭生活との両立を容易にする取組等であり、継続して行われる必要のあるもの」と規定される（以下、「平等取扱い型」という⁽¹³⁾）。具体例としては、「女性の採用拡大」という目標の下では「男女共通の募集・採用条件であっても、女性が事実上満たしにくい場合、その条件の必要性や妥当性について検討」などが、「女性の職域拡大」という目標の下では「建設業、製造業等の作業における体力面での個人差を補う器具、設備等の導入」などが挙げられている⁽¹⁴⁾。均等法八条自体にはこのような平等取扱い型のポジティブ・アクションへの直接的な言及はないが、これは均等法八条が他の条文に抵触する差別的取扱い型のポジティブ・アクションの実施を例外的に認める余地があることを示すための条文であることによるものであり、平等取扱い型のポジティブ・アクションの実施を禁止する趣旨ではない。均等法において実施が期待されるポジティブ・アクション

ンの範囲は、典型的な積極的差別是正措置のみならず、いわゆる職業生活と家庭生活の両立支援策も含む点で比較的に広いといえよう。

均等法および関連文書においてポジティブ・アクションを講じることを「妨げられない」、「可能である」という文言が一貫して用いられているように、いずれのタイプのポジティブ・アクションもその実施は使用者の任意に委ねられている。もっとも差別的取扱型のポジティブ・アクションについては平等取扱原則を逸脱するため、均等法に反しない性差別禁止の例外として認められるための要件が設定されている。

このタイプのポジティブ・アクションによる改善の対象となる「支障となっている事情」は、二〇〇六年法通達において「固定的な男女の役割分担意識に根ざすこれまでの企業における制度や慣行が原因となって、雇用の場において男女労働者の間に事実上の格差が生じていることをいう」と説明されている。⁽¹⁵⁾これは社会全般に見られる企業の差別的な制度や慣行をふまえたものであろうが、「この格差は最終的には男女労働者数の差となって表れる」ことを理由に「事情の存否については、女性労働者が男性労働者と比較して相当程度少ない状況にあるか否かにより判断することが適当である」としていることから、直接的な判断基礎になるのは当該企業における差別的構造である。

二〇〇六年法指針第二の一四によれば、差別的取扱い型のポジティブ・アクションを用いることが可能な事情が存在するか否かは、ある「雇用管理区分」⁽¹⁶⁾において「女性労働者が男性労働者と比較して相当程度少ない」状態にあるか否かに基づいて判断される。「相当程度少ない」といえるか否かは、日本における全労働者に占める女性労働者の割合を考慮して、当該雇用管理区分における女性労働者の割合が男性労働者と比較して四割を下回っているか否かを基準として判断され、ガイドラインにおいて「暫定的に行う」と規定されるように、この事情が改善され

るまでの一時的な措置となる。男性にも機会付与を認めつつ女性を優遇するタイプのポジティブ・アクションについては、優遇対象とする女性を選出する際に、当該採用や昇進等の基準を満たす者・労働者を選出基礎とすることが必要とされており、無条件の優遇は許されていない。

3 概念および実効化システムについて意識されている課題

ポジティブ・アクションの実施は、社会に存在する差別的構造の是正と職業生活と家庭生活の両立の促進等の利益をもたらすことを期待されている。しかしポジティブ・アクションは、過去の差別について責任のない現在の有利な地位にある集団に属する者に不利益を与え、優遇される集団に属する者にも劣性のステイグマを与えかねない等の課題を併せて有することも否定できない⁽¹⁸⁾。諸外国において実施可能なポジティブ・アクションの範囲が争点となってきたことは冒頭に指摘したとおりであり、日本においても二〇〇六年法指針等において設定された要件を満たさない場合はもちろん、これを遵守していたとしても同様の争いが生じる余地が理論上残されている。

もともと本稿執筆時点までに右の論点が主な争点となった裁判例は見あたらず、日本における議論の中心は、むしろポジティブ・アクションの実施を使用者の任意に委ねるか否か、委ねるとすればいかなる仕組みを用意するか等、実効性確保手段をいかに構築するかという論点に存在していたように見える。アメリカのように、一定数の労働者を雇用する使用者に職場の従業員構成を行政機関に報告する義務を課し、裁判上の救済命令の一つとしてもポジティブ・アクションを活用する国も存在しており⁽²⁰⁾、日本においても明文化当時から、事業主に定期的に企業内部の部局ごとの男女比を調査・公開する義務を課すことや、改善努力を企業に要請する制度を構築することの必要性が主張されていた⁽²¹⁾。結局実施を使用者の任意に委ねる仕組みが採用されたのは以上に指摘したとおりであり⁽²²⁾、

これが日本におけるポジティブ・アクションに関する議論の中心点を、前段落で指摘したこの制度に内在する論点の前段階に止めたことに影響したと思われる。

この仕組みの下で実施率の向上を期待するには、使用者に対する何らかの動機付けを講じる必要がある。一九九七年改正時点から均等法には、事業主がポジティブ・アクションの実施を目的として雇用状況の分析（一四条一号、一九九七年法では二〇条一号）、改善計画の作成（同二号）、改善措置の実施（同三号）、体制の整備（同四号）を行う場合には、国は相談その他の援助を行うことが可能であることが規定され、衆参の付帯決議もこの必要性を意識していた。²³二〇〇四年六月に男女雇用機会均等政策研究会から提出された報告書にも、ポジティブ・アクションの内容を周知することや、「規制的な手法によらず奨励的な手法において実効性を持たせるには、企業へのインセンティブ付与の工夫、特に企業トップに必要性を理解させる仕組みの在り方が重要であること」が指摘されていたが、二〇〇六年改正は前述した国の相談・援助の対象に五号としてこれらの措置の実施状況の開示を加えたに止まり、この課題に対する実質的な解決策の提示は先送りされている。

三 間接差別法理とポジティブ・アクションの実効性

1 均等法の間接差別概念と機能領域

二〇〇六年法指針は間接差別を「①性別以外の事由を要件とする措置であって、②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るものを、③合理的な理由がないときに講ずること」と定義する。²⁴ポジティブ・アクションと同様に間接差別の概念にもバリエーションが存在し、例えばEUでは、①外見上は中立的

な規定、基準または取扱いがある性別の者を他の性別の者と比較してある特定の不利な状態に置くであろう場合であり、②当該規定、基準または取扱いが適法な目的により客観的に正当化されず、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と定義される²⁵⁾。二〇〇六年法指針の定義は、EUの定義とは文言のニュアンスこそ異なるものの、①基準や規定、取扱い（以下この要件を「基準等」という）の差別的効果を労働者が証明し、②これに対して使用者が正当性の抗弁を主張する、という立証責任の分配を媒介とする諸外国の定義と共通する基本構造を有している²⁶⁾。

以上の定義にも見えるように、間接差別法理は、ポジティブ・アクションとはそもそも機能する場面が異なる。ポジティブ・アクションは訴訟において利用されるものではなく、職場の男女の不均衡や雇用管理の改善それ自体を行う救済レベルの措置であるが、間接差別法理は主に訴訟において均等法では行政指導においても用いられるが、差別の合理性を判定するために利用される法理である。したがってこれらを利用したときの効果も、ポジティブ・アクションがある状態や取扱いの違法性の有無を問題とすることなく職場における男女構成比や雇用管理の改善という具体的救済をもたらすのに対し、間接差別法理は違法という法的効果を確認することで争点となった基準等を排除するものの、差別的構造や雇用管理の改善という課題については、差別的効果を持つ基準等を排除することにより差別的構造をこれ以上存続させないようにしたり、雇用管理に存在していた障害を除去したりするなど関与が比較的間接的である。

これに伴い、これらの措置や法理を実施・主張する主体も異なる。ポジティブ・アクションを実施するイニシアチブは使用者にあり、使用者は職場の男女構成が一方に極端であったり、ある性中立的な制度が実際には一方の性に不利益に機能していたり、さらにはこれらを改善する方策が存在していたとしても、均等法上ポジティブ・アク

シヨンの実施を義務付けられず、労働者からポジティブ・アクションの実施を要求されたとしてもこれに應じる義務を負わない。逆に間接差別法理のイニシアチブはこれを用いて訴訟を提起する労働者にある。司法審査の結果、ある基準等について間接差別が成立すれば、使用者はこれに伴う責めを負うことになる。

二〇〇六年改正において明文化された均等法の間接差別の定義は、二〇〇六年法指針のそれとは異なり、「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」というものである（七条）。適用対象となる措置は、①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（身長・体重・体力要件、一号）、②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、労働者が住居の移転を伴う配置転換に應じることができ、これを要件とするもの（転勤要件、二号）、③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（転勤経験要件、三号）の三つに限定されており、これ以上展開の余地が無い点に諸外国の定義と比較したときの特徴の一つを有している。⁽²⁸⁾

適用範囲の限定された均等法の定義の下では、ポジティブ・アクションとの相互関係を論じる意義は少ないと考

えられるが、この定義はあくまで均等法のそれであり、司法判断において他の民法等の法律を適用するにあたり間接差別法理が展開する余地が残されている。⁽²⁹⁾ この領域における間接差別法理の内容は現段階では具体化されておらず、諸外国の運用例を用いて補足しつつ議論を進める必要がある。

2 間接差別法理とポジティブ・アクションの相互補完関係

間接差別法理の適用範囲に含まれている基準等を諸外国全体としてみると、リーディングケースである *Citizens v. Duke Power Co.* 事件が問題にしていた、①管理職経験や、一般能力テストなどの、差別的な歴史によって形成された差別的構造が原因となって差別的効果が発生する基準等に加え、②身体的要件や語学能力要件のように、差別的構造とは関係なく、ある性別や人種であること自体が差別的効果の発生と強く結びついている基準等、そして、③フルタイム労働要件や転勤要件のように、差別的構造が個人の選択に影響を与えたことが遠因となって差別的効果が発生する基準等が存在する。⁽³⁰⁾ 各基準等が差別的効果を発揮する背景から敷衍すれば、間接差別法理は、①構造的差別の維持を否定する機能や②基準等と差別理由との関連性が高く、差別をしていない口実として使われた可能性の高い基準等を排除する機能、③差別的構造の存在が個人の職業生活の選択に事実上与えている影響を問いつつ機能を有するといえる。

②は実質的には直接差別に近い問題をとらえようとするものであるが、①および③は構造的差別を問題視する点で、ポジティブ・アクションと共通する問題意識を有している。両者が機能する場面は、一方は救済制度、他方は裁判上の差別認定法理というように法的レベルにおいては異なるが、問題性を有する場面として実施や適用が期待される事象のレベルでは重複する領域が存在するといえよう。

この領域の差別的構造の是正に關しては、職場における男女格差等の差別的構造を生み出す基準等の排除に加えて、差別的構造そのものを是正する力も有するポジティブ・アクションが存在する以上、間接差別法理が改めてこれに取り組む必要性は存在しないとの立論も可能であろう。間接差別法理の適用によって得られるのは特定の基準等の排除であり、差別的構造の改善へのインパクトはポジティブ・アクションとの対比において反射的かつ漸進的である。

しかし把握する問題領域が重複することは、職場の男女構成を是正し、より差別的でない基準等を用いるなどのポジティブ・アクションの実施が、間接差別の成立を基礎付ける事実を失わせる効果を持ちうることを意味する。逆からいえば、間接差別の成立を回避するために使用者が講じた対応が、結果的にポジティブ・アクションに該当する可能性が存在するといえよう。間接差別法理は、労働者のイニシアチブに基づいて訴訟の場において違法な差別的有無を争う手段として用いられるため、ポジティブ・アクションとは異なり、間接差別が成立するリスクを回避する動機付けを使用者に与える。この点において間接差別法理は男女雇用機会均等政策研究会報告書で指摘されているところの、ポジティブ・アクション活用に関する「企業へのインセンティブ付与の工夫」に該当し、その行為規範としての側面が企業がポジティブ・アクションを制度設計する際の指針の一つとして機能することになる。ポジティブ・アクションと間接差別法理は二者択一の関係にあるのではなく、むしろ一面において相互補完的な関係にあるといえよう。

3 相互関係の類型別分析

(1) 間接差別法理の類型

ポジティブ・アクションと間接差別法理の問題領域が重複し、相互補完関係にある側面が存在するとしても、その範囲や効果は両者の具体的内容に依存する。均等法のポジティブ・アクションの輪郭は指針等においておおまかに描かれているが、間接差別法理のそれについては現時点では明らかでない。

間接差別法理の展開傾向は、母国であるアメリカと、これを承継したEUとで異なる。具体的には、差別的構造が個人の選択に影響を与えたことが遠因となって差別的効果が発生するタイプの③の類型の基準等は、EUでは適用範囲に含まれるが、アメリカでは含まれないことを指摘することができる。つまりアメリカの間接差別法理は、差別的構造の存在が個人の職業生活の選択に事実上与えている影響を考慮する法理として機能していない。

この機能の相違を生み出している根本的な原因は、禁止すべき差別の理解について両者の間に相違が存在することにある。この相違は、構成要件の解釈のレベルでは、ある基準等の差別的効果の有無を判定するときに用いることが可能な統計的証拠の母集団の範囲の相違として反映される。基準等が有する差別的効果を検討する場合、論理的にはその基準等の効果が及ぶ、基準等の適用を受ける者を判断基礎にすることが必要であろう。アメリカではこの理解に沿い、基準等の適用との間に明確な因果関係のない者を基礎に含めて差別的効果を認定することを、有利な立場にある集団に対する逆差別を構成するものとして批判する。この理解によれば、基準等の適用を受ける際に個人の選択が存在する③のタイプの基準等については、その選択により基準等と差別的結果との因果関係が切断されたと評価され、適用範囲には含まれないという結論が導かれることになる。これに対しEUにおいては、統計的証拠を厳格に要求することが実質的に存在している差別を見逃す可能性を有するとして逆に問題視され、社会

全般に存在する差別的構造を比較的幅広く差別的効果を証明する証拠として認める立場がとられている。その結果、基準等の適用において個人の選択が介入することを重視することなく、③のタイプの基準等が適用範囲に含まれる傾向が生じているのである。

また両者は、EUの間接差別法理がある基準等が持つ差別的効果を減少させるような積極的差別是正的な措置を使用者に対して事実上要求するのに対し、アメリカの間接差別法理にはこのような機能がEUほど見られない点においても異なる。この相違は、アメリカがコストの増大を正当性の抗弁における抗弁事由として認めるのに対し、EUはこれを認めないという相違から生じている。正当性の抗弁の判断においてアメリカ、EUを通じて利用される証明ルールの一つに、現在争点となっている基準等と同じ目的を達成することができるより差別的でない代わりの基準等が存在することが証明された場合には、正当性の抗弁の成立が否定されるというルールがある⁽³¹⁾。もちろんこのルールは、より差別的でない基準等の採用を使用者に無制約に迫るものではなく、その基準等が実質的に利用可能であるか否かが考慮される。この際、EUのようにコストの大小を判断要素として重視しないと、多少コストがかかるより差別的でない基準等にも正当性の抗弁を否定する証拠としての強い力が認められる、つまり多少コストがかかっても差別的効果を減じる措置を講じたか否かが、正当性の抗弁の成否を決する判断要素として影響力を持つことになる。この枠組みの下では、使用者は女性が被っている差別的効果を緩和する一定の調整措置を講じること事実上要請されることになる。

諸外国の例に倣えば、日本においてもこれまでに構築されてきた禁止されるべき差別の理解に沿った間接差別法理が形成されることが予想される。もともと右の対応関係をふまえて、構成要件の解釈方法を規定することで展開される間接差別法理の機能を特定の方向に誘導することもある程度可能であり、ポジティブ・アクションおよび間

接差別法理の類型に応じて位置関係を確認することも意味を有するであろう。

(2) 差別的取扱い型ポジティブ・アクションと差別的効果の判断基礎

ポジティブ・アクションと間接差別法理が相互補完関係に立つのは、両者がとらえる問題状況が共通する場面である。間接差別法理の適用範囲に前記のような多様性が認められるのであれば、ポジティブ・アクションとの相互関係も、その多様性に応じて異なることになろう。

ポジティブ・アクションの正当性を基礎付ける問題状況は、前述のとおり、歴史的に女性が差別的に取り扱われ、男性と比較して社会的に低位に置かれてきた実態である。しかし差別的取扱い型のポジティブ・アクションについていえば、これが適法化される直接的な根拠となるのは、当該職場の特定の雇用管理区分における男女構成比である。仮に社会的に女性の方が男性に対して不利な立場に置かれていることを考慮して、自社の従業員はバランスのとれた男女構成比となっているにもかかわらず女性を優先的に採用する措置を講じた場合、指針の定めによれば均等法違反を構成しうることになろう。⁽³²⁾ この意味で均等法のポジティブ・アクションがとらえる差別的構造は、その発生に社会全般に存在する歴史的に形成された意識や慣行が関与していることは否定できないが、使用者の従来の取扱いとの間に比較的強い因果関係を有するものであるといえる。優遇対象者がポジティブ・アクション実施の可否を判定する判断基礎に常に含まれるわけではないが、採用のような優遇対象が社外の者になる場合は別として、ポジティブ・アクションの適用を受ける労働者が従来社内を受けてきた差別を補償し、使用者が以前に行った差別的取扱いの責任を負う色彩がやや強くなるといえよう。

他方、間接差別の成否の判定にあたり考慮される差別的構造は、基準等の差別的効果を認定する際の統計的証明の判断基礎として主に表れる。基準等とこれの差別的効果を証明することができる事実との間に求める因果関係の

強弱に関するアメリカ型の証明ルールとEUI型のそれとの差異は、適用予定者が当該企業の従業員に限られる基準等の間接差別を争う場合に端的に表れる。この場合、論理的には当該基準等の適用を実際に予定する当該企業の従業員を基礎に差別的効果の有無を判断することになるアメリカの判断枠組みの方が、使用者が当該基準等の利用を決定したとすると差別的結果との結びつきを強く求めるという意味でも、ポジティブ・アクションがとらえる差別的構造の内容により接近することになろう。

把握する差別的構造が類似することは、ポジティブ・アクションの実施が間接差別の適用の回避に結びつく可能性、あるいはその逆——間接差別の成立を回避するための措置がポジティブ・アクションに該当する可能性——を高めることを意味する。例えばある企業の昇格要件として一定の学歴を設けた場合、一定の学歴を有する女性を採用するポジティブ・アクションを予め講じていれば、基準等の差別的効果をその適用範囲を基礎に判断する限り、論理的にはこの学歴要件について差別的効果が認められる可能性は低くなる。また、従業員が正社員とパートタイム労働者に区別されている職場において、正社員とパートタイム労働者の男女構成比が同じであれば、当該企業のある役職への募集対象を正社員に限定した場合に、差別的効果の判定における自己選択の問題を抜きにしたとしても、この取扱いには差別的効果が論理的には生じないことになる。特定の集団の資格取得を奨励・援助したり、家庭責任に配慮する特別措置を講じることも差別的効果の発生を緩和する効果を持つことになろう。

もっともポジティブ・アクションによって職場における数的な不均衡が是正されたとしても、優先的に採用あるいはある役職に配置された女性が現在までに差別的構造によって与えられてきた属性や判断傾向が完全に改善されることまでは意味しない。つまりある企業の特定の雇用管理区分において男女の数的不均衡が完全に改善されたとしても、男性と比較して低学歴あるいはある資格や職務経験を持たない女性が社会に存在する差別的構造が反映さ

れた程度に当該雇用管理区分において存在したとすれば、学歴要件や資格・職務経験要件が間接差別的であることはアメリカ型の証明ルールに基づいても免れることが困難である。これに対応するには、ポジティブ・アクションの実施の際に予め学歴要件や転勤条項などその後争点となりうる性中立的基準を満たすことができる者のみを対象とすることなどが必要となろうが、この場合、差別的取扱い型のポジティブ・アクション全体としては指針の要件の充足等が争点となるに止まるが、男性にも機会を付与する女性優遇タイプのポジティブ・アクションの場合には、優遇可能な対象の範囲として指針に規定される「基準を満たした者」の「基準」にも該当するであろう前記の性中立的基準自体が、間接差別法理による吟味を受ける余地がある。間接差別の成立には使用者の差別的意図の証明が不要であるため、使用者の予見可能性を必要とせず、無意識に差別的効果を生じさせた基準等についても使用者の責任が問われることや、性中立的な基準等が真に性中立的な効果を発揮することは、当該判断基礎を構成する社会や労働者の多様性を前提とすればむしろ想定しがたい点に鑑みても、アメリカ型の差別的効果の証明ルールに基づいても数的不均衡の改善を通じて間接差別法理の適用を完全に回避するのは困難であろう。

(3) 平等取扱い型・ポジティブ・アクションに対する間接差別法理の適用

平等取扱い型のポジティブ・アクションは、均等法との抵触が問題となることがないとして、指針等において格別の実施要件は設けられていない。差別的取扱い型のように特定の雇用管理区分における男女構成比に実施可否を拘束されないという意味では、ガイドラインにおいて「社会に根ざす固定的な男女の役割分担意識に基づく慣行・通念から生じる差」と規定される差別的構造を、使用者が必要と判断する限りにおいて広範かつ直接的に実施する措置に反映することが可能であるといえよう。

平等取扱い型のポジティブ・アクションの例として、ガイドラインは、「男女を区別していない基準であるが、

女性が事実上満たしにくいもの」を是正することというまさに間接差別法理が行う作業を掲げている。このようなポジティブ・アクションの実施は、間接差別法理の適用を「基準等」の要件のレベルで回避することに結びつくことになろう。またこの型のポジティブ・アクションの実施も職場における男女の数的不均衡の改善に結びつくため、その結果として前項で論じたような間接差別の成立を回避する効果が生じる場合もあろう。講じることが可能な措置に限界が設けられないとすれば、間接差別法理が視野に入れる差別的構造の範囲が広ければ広いほど、措置を講じるインセンティブが単純に広く働くことになる。この点では、視野の広いE U型の差別的効果の証明ルールの方が使用者にポジティブ・アクションの実施を広くアピールすることになろう。

しかし平等取扱い型のポジティブ・アクションは、まさに男女に中立的な措置であるために、その措置自体について間接差別法理の吟味を受ける可能性がある³³。例えばひとり親が一般に重い家庭責任を負っていることに配慮して、ひとり親について深夜労働を免除することを認める制度は、ガイドラインにおける「職業生活と家庭生活との両立を容易にする取組」としてのポジティブ・アクションに該当しよう。ところがこの取組みは、ひとり親の大多数が女性である社会実態をふまえれば、男性に対して差別的効果を持つと判断される余地がある。社会に存在する職域分離や家庭責任配分の不均衡などの差別的構造に配慮することは、反面としてそのような状態に置かれていない有利な位置にある集団に対して差別的効果を与えることにつながる。その意味では前記の関係はこの型のポジティブ・アクションが当然に予定することであり、³⁴考慮の対象となる差別的構造が深刻であるほど、ポジティブ・アクションが効果的であるほど、差別的効果の存在が強く認められる関係にあるといえる。平等取扱い型のポジティブ・アクションも、差別的取扱い型のポジティブ・アクションが直接差別との関係において限界付けられたように、その実施について制約が存在するといえよう。

このケースでは、間接差別法理の正当性の抗弁の判断基準を厳格化することが、実施可能なポジティブ・アクションの幅を狭めることになる。間接差別法理においては、正当性の抗弁の判断基準の厳格化は基準等の正当性をより詳細に吟味することを可能にする点で構造的差別の是正に資し、労働者にとっては勝訴可能性を高めるメリットがあるが、これとは逆の意味を持つ。

もつとも前掲したEUの間接差別法理の定義における「適法な目的により客観的に正当化されず、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」という正当性の抗弁の定義にあてはめれば、ポジティブ・アクションの実施目的は一般に適法なものであろうし、直接差別の方法によるポジティブ・アクションを適法化する均等法の規定が存在することも正当性を基礎付ける要素となろう。また、間接差別法理が差別的な歴史により生じた差別的構造を視野に入れることを出発点とした法理であることに鑑みれば、有利な状態にある集団（本稿では男性）に対して差別的効果を与える可能性のある平等取扱い型のポジティブ・アクションについて、そもそも間接差別法理を適用すべきか、適用するとしても不利な状態にある集団に対する間接差別を争う場合と同一の証明ルールを用いるべきかは検討を要する。この論点の詳細な検討は別稿に譲るが、さしあたり結論によっては、以上のような議論が不要になったり、別の考慮を要したりする可能性があることは指摘できよう。本来アメリカやEUにおいて行われたようなポジティブ・アクションの適法性に関する議論を改めて論じる必要があるが、一般的にいつて、現状を改善するポジティブ・アクションについて正当性を認める要因はその他の基準等を争う場合と比較して遜色なく存在すると思われる。

結局、平等取扱い型のポジティブ・アクションは、差別的効果の存在が認められることをある程度想定した上で、正当性の抗弁のレベルで間接差別の成立を回避する可能性を高める意味を持つことになろう。現在用いている

基準等と同じ目的を達成することのできるより差別的でない基準等の証明が、正当性の抗弁の成立を否定する要素として位置付けられていることは、ポジティブ・アクションを実施する余地が残されていることを間接差別の成立を肯定する要素として評価するものといえる。ある基準等により差別的効果を被る集団に対して、その効果を減少させるような一種の調整措置を講じることを使用者に事実上要求するEU型の間接差別法理は、この点において多少コストのかかるポジティブ・アクションも要求するものといえる。

四 　むすびにかえて

ポジティブ・アクションと間接差別法理は、それぞれ差別的構造を是正するための救済制度、ある基準等について違法性の有無を判定するための法理であり、法的に異なる位置にある。しかし両者は、過去の差別的取扱い等が原因となって雇用の場に存在している事実上の差を改善する、あるいは維持させないという問題意識を共有し、対象とする事象に重複が存在する。

その部分において両者は、一面ではポジティブ・アクションの実施が間接差別の成立回避に結びつき、間接差別法理の存在が使用者にポジティブ・アクション実施の動機付けを与えるという相互補完関係にある。この関係は、基準等が持つ差別的効果の発生要因は職場の男女の数的不均衡のみに存在するわけではないこと、平等取扱い型のポジティブ・アクションについてはそれ自体が間接差別法理の吟味を免れないこと等から、展開される間接差別法理の内容によって変化はあるものの、基準等や差別的効果の証明のレベルよりも、正当性の抗弁のレベルにおいて生じやすい。

ポジティブ・アクション自体が間接差別法理の吟味の対象となることは、他面において、実施可能なポジティブ

ブ・アクションの範囲を間接差別法理が画するという関係にあることを意味し、直接差別との関係においてポジティブ・アクションの適用の限界が吟味されたことに対応する議論が間接差別との関係においても生じうる。構造的差別の是正という目的との関係において、社会的に優位にある集団が差別的効果を被る場合でも、間接差別法理の適用を認めるか、認めたとしても証明ルールを変更すべきかが検討課題の一つとなる。

間接差別法理の明文化は、ポジティブ・アクションの実効性を高め、問題対象に取り組む手段を増やしたと同時に、ポジティブ・アクションが持つこれまであまり意識されてこなかった側面の差別を明るみに出すものといえる。特に平等取扱い型のポジティブ・アクションに関連して、実施可能なポジティブ・アクションの範囲を再規定することが間接差別法理によって提起されるポジティブ・アクションの適用限界に関する争いを回避し、相互補完関係を効率化するために求められよう。間接差別法理に関しても、ポジティブ・アクションおよび間接差別成立回避対策を講じるための行為規範たり得る程度の法理の内容の具体化、およびその際に差別的効果を被る集団が占める社会的位置を反映させる必要性・方法という間接差別法理の性格付けに関連する課題を提示するといえよう。

また間接差別法理が実質的にポジティブ・アクションの実施を促進する機能を有することは、平等取扱い原則を基礎とする差別の禁止と積極的差別是正措置を、例えば原則と例外というように截然と区別して分析する意義についても再考の余地を示すものといえる。両者が視野に入れた構造的差別という要素は、右の問題提起に影響を与え、差別禁止の運用に様々な形で反映される可能性があると考えられるが、その位置づけは、必ずしも明確でない。両者の境界領域を精査するこの課題は差別認識の問題にも関わり、差別禁止法理・制度の構築における論点の一つになるう。

なお本稿の分析は、日本の、かつ雇用の場における均等法のポジティブ・アクションとまだ明確でない間接差別

法理を前提としており、諸外国や他の領域のこれらを検討対象とする場合には、前提の相違をふまえた修正を必要とする。ポジティブ・アクションの強制・任意実施等の実効性確保システムの制度設計や間接差別法理の要件の設定方法に依りて視野に入れる差別的構造や両者の関係は変化するし、対象とする性や人種などの集団が有する特徴やその集団が当該社会において従来与えられてきた位置を考慮することも求められよう。

- (1) 横田耕一「平等法理の現代的展開」"Affirmative Action"の場合―現代憲法学研究会編『現代国家と憲法の原理』(有斐閣、一九八三年)六四三頁、六四八頁。
- (2) Griggs v. Duke Power Co. 401 U. S. 424 (1971).
- (3) なおこの法理は、アメリカでは「間接差別法理」ではなく「差別的効果 (disparate impact) 法理」と呼ばれる。厳密には両者は異なる法理だが、本稿では便宜上両者を含めて間接差別法理と表記する。差別的効果の語は、事実上の差別的な効果を表す語として利用する。
- (4) 例えば男女共同参画社会基本法では、男女共同参画の機会「に係る男女間の格差を是正するため必要な範囲内において、男女のいずれか一方に対し、当該機会を積極的に提供すること」という男女適用対象とした両面的な定義が置かれている(二条二号。女性差別撤廃条約や男女共同参加社会基本法などの他の法制度におけるポジティブ・アクション概念の整理、および実施例については、神尾真知子「ポジティブ・アクションの現状と課題」季刊労働法二〇四号一四四頁(二〇〇四年)。辻村みよ子は、日本において用いられるポジティブ・アクションの観念には、①アメリカ型アファーマティブ・アクション、②ヨーロッパ型ポジティブ・アクション、③日本の男女共同参画社会基本法・基本計画のポジティブ・アクション、④均等法解釈上・実務上のポジティブ・アクションが含まれており、相互関係の検討が必要と指摘する(辻村みよ子「ポジティブ・アクションの手法と課題―諸国の法改革とクォータ制の合憲性」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、二〇〇四年)五頁、一二―一三頁)。

- (5) 一九九七年法についてこの点を指摘するものとして、笹沼朋子「均等法の新指針の意義と問題点」労働法律旬報一四三九—四〇号三七頁（一九九八年）。もっとも一九八五年法に關してであるが、必ずしも結果の平等や実質的平等を意識して制定されたものではなかったことを指摘するものもある（片岡昇「男女雇用機会均等法施行後の労働分野における現状と課題」法律時報五九卷八号一三頁、一四頁（一九八七年））。
- (6) 条文上は女性に対する不利益取扱いのみを禁止するようにも読める文言が用いられたが、通達は女性のみを対象とする（優遇）措置も原則として女性差別に該当するものとする（「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の施行について」（平一〇・六・一一女発一六八号、以下、「一九九七年法通達」という）第二の一(7)）。
- (7) 厚生省女性局『改正男女雇用機会均等法等の早わかり』（労働行政研究所、一九九八年）一一八頁。
- (8) 改正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の施行について（平一八・一〇・一一雇発一〇一〇〇二号）。
- (9) 第二の三(1)。
- (10) 二〇〇六年法通達第二の三(1)。
- (11) 労働省、一九九七年三月三十一日。このガイドラインの解説として、浅倉むつ子「企業内の事実上の男女格差解消策——労働省の研究会のガイドラインについて」労働法律旬報一四〇七号三七頁（一九九七年）。
- (12) 平一八・一〇・一一厚労告六一四号。
- (13) ガイドライン二(1)。
- (14) この分類方法は、他の行政文書、例えば「D.I. ポジティブ・アクション——男女均等な職場をめざして」（厚生労働省雇用均等・児童家庭局／都道府県労働局）などにも見ることができる。関連文書として、女性の活躍推進協議会報告書「ポジティブ・アクションのための提言——意欲と能力のある女性が活躍できる職場づくり」（厚生労働省、二〇〇二年）。

- (15) 二〇〇六年法通達第二の三(2)。
- (16) 職種、資格、雇用形態、就業形態等の区分その他の労働者についての区分であって、当該区分に属している労働者について他の区分に属している労働者と異なる雇用管理を行うことを予定して設定しているもの(二〇〇六年法指針第二(51))。
- (17) 二〇〇六年法通達第二の三(6)。
- (18) ポジティブ・アクションをめぐる問題状況については前後に掲げる文献のほか、君塚正臣「欧米各国における積極的差別是正とその示唆するもの——アフアーマティヴ・アクション、ポジティヴ・アクション、クォータ——」関西大法学論集五一巻四号五八頁(二〇〇一年)、有澤知子「合衆国におけるアフアーマティヴ・アクションについての議論」法学新報一〇八巻三号四八三頁(二〇〇一年)、藤本茂「雇用における積極的差別是正措置」駒沢法学六巻一号二〇二頁(二〇〇六年)など。
- (19) 41CFR60-1.7.
- (20) 42 U. S. C. 2000e-5(g).
- (21) 例えば浅倉むつ子「女性の働き方と法制」ジュリスト一〇六六号一九八頁、二〇一頁(一九九五年)。
- (22) この点に関連する両院の審議について、松田聰子「わが国におけるアフアーマティヴ・アクション(ポジティブ・アクション) 受容の経緯と課題——国会審議を通して」帝塚山学院大学教養課程研究紀要六巻二九頁、三六一―三七頁(一九九八年)。
- (23) 一九九七年均等法改正時において、衆議院では「ポジティヴ・アクション促進のための対策やセクシュアル・ハラメント規定の実効性確保に向けた行政指導を強化すること」(一九九八年五月六日)、参議院では「あらゆる分野の労働者に関するポジティヴ・アクションの促進のための対策を強化する」(一九九八年六月一〇日)という付帯決議が行われている。

- (24) 第三の一(1)。
- (25) 男女均等待遇指令 (Directive 2002/73/EC of the European Parliament and the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working condition) 二条二項。
- (26) 間接差別法理については、相澤美智子「間接差別法理の内容と適用可能性」日本労働研究雑誌五三八号三二頁(二〇〇五年)、相澤美智子「アメリカの間接差別規制の現状と課題」世界の労働五六卷三二頁(二〇〇六年)、黒岩谷子「E.C法における間接性差別規制」世界の労働五六号三二頁(二〇〇六年)など。
- (27) 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施行規則二条。
- (28) 均等法の間接差別の定義の評価については、林弘子「間接差別規定をめぐる日本の課題」世界の労働五六卷三二頁(二〇〇六年)、長谷川聡「二〇〇六年男女雇用機会均等法の間接性差別概念の位置づけ―諸外国の間接性差別概念との対比において」労働法律旬報一六四四号一五頁(二〇〇七年)など。
- (29) 二〇〇六年法通達第二の二(2)。
- (30) 以下の間接差別法理の機能およびその背景に関する分析について、長谷川聡「雇用における間接差別の概念と理論」日本労働法学会誌一〇八号一九七頁(二〇〇六年)。
- (31) アメリカでは、42 U. S. C. 2000e-2(k)(1A)(ii) 欧州では Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber von Hartz Case 170/84, ECR [1986] 1607, [1986] IRLR 317 ECJ.
- (32) もちろん適法にこれを行うと判断される余地も残されているが、使用者の従来の取扱いと差別的構造との因果関係が強い方が適法と判断される可能性が高くなることは否定できないであろう。この点につき、君塚正臣「改正男女雇用機会均等法の憲法学的検討―いわゆるポジティブ・アクション規定を中心に―」関西大学法学論集四九卷四号三〇頁、五一頁(一九九九年)。

- (33) この点については、イギリスの文献であるが、Christopher McCrudden, *Rethinking Positive Action*, 15 *Industrial Law Journal* 219, 230-2 (1986) 参照。
- (34) 意図的に差別的効果が発生させられているという点では、直接差別の問題としてとらえることも可能であろう。