

早稲田大学審査学位論文（博士）

EU性差別禁止法の展開

—実質的平等法理生成の意義と課題—

黒 岩 容 子

目 次

序 論.....	1
1 問題意識および本稿の課題.....	1
2 先行研究と本論文の課題.....	4
3 本論文の構成と若干の用語について.....	7
第1章 EU 性差別禁止立法の歴史とその特徴.....	9
第1節 1957年 EEC 設立時から 1970年代の展開.....	9
1 1957年ローマ条約 119条.....	9
2 1970年代半ば以降の一連の指令制定.....	10
第2節 1980年代の展開そして 1997年アムステルダム条約改正へ.....	12
1 アムステルダム条約改正に至る経過.....	12
2 アムステルダム条約改正の内容.....	13
3 アムステルダム条約を実施する指令の制定.....	15
第3節 2000年代半ば以降の展開.....	16
1 性差別に関連する指令の制定.....	16
2 2009年リスボン条約発効、基本権憲章への法的拘束力の付与.....	17
第4節 EU 性差別禁止法の展開における特徴.....	18
第2章 形式的平等法理の展開とその限界.....	19
問題の所在.....	19
第1節 Defrenne I II III先決裁定.....	20
1 事案および争点.....	20
2 先決裁定の内容および意義.....	21
第2節 形式的平等の徹底をめざす判例・立法動向.....	23
1 男女別取扱いの適用除外および例外の限定.....	23
2 男女同一賃金原則の展開.....	28
第3節 形式的平等法理の限界の顕在化と矛盾の拡大.....	31
1 他の性との比較をめぐる問題点の顕在化.....	31
2 矛盾の拡大 ～性差別の前提要件としての「比較可能性」審査～.....	34
第4節 性平等・性差別概念および法的枠組みの問い直し.....	36
1 形式的平等と職場の現実との乖離.....	36
2 学説からの形式的平等アプローチに対する批判.....	38
第3章 間接性差別禁止法理の生成および展開.....	40
～ 性差別として禁止する類型（性差別概念）の拡大 I ～.....	40
問題の所在.....	40

第1節	間接性差別禁止法理の生成	41
1	1986年 Bilka 先決裁定を契機とする法理の基本構造の生成	41
2	1980-1990年代——間接性差別法理の定着と規範内容の具体化	44
第2節	間接性差別禁止法理の展開	49
1	1999年 Seymour-Smith 先決裁定および2002年指令改正による進展	49
2	1999年 Seymour-Smith 先決裁定以後の判例法理の展開	53
3	比較可能性要件の波及 ～ 育児に関連した間接差別類型への導入～	65
第3節	EU法における間接性差別禁止法理の特徴	67
1	間接性差別法理の到達点	67
2	性差別禁止法理における間接性差別法理の位置づけの検討	70
3	小括	74
第4章	妊娠・出産に関する性差別禁止法理の生成および展開	77
	～ 性差別として禁止する類型（性差別概念）の拡大Ⅱ ～	
	問題の所在	77
1	妊娠・出産に関する不利益取扱いと性差別の概念	77
2	妊娠・出産に係るEUの諸法規	78
3	性差別アプローチにおける具体的争点	78
第1節	妊娠・出産に関する直接性差別禁止法理の生成	79
1	1980年代、妊娠・出産保護の論拠をめぐる論議の展開	79
2	妊娠・出産に関する直接性差別禁止法理の生成	80
第2節	妊娠・出産に関する直接性差別禁止法理の展開	89
1	1997年アムステルダム条約改正とその後の立法および判例の展開	89
2	立法における妊娠・出産と育児との別異化および保障の拡充	89
3	判例による妊娠・出産に関する直接性差別禁止法理の展開	93
第3節	EU法における妊娠・出産に関する直接性差別禁止法理の特徴	98
1	妊娠・出産に関する直接性差別禁止法理の到達点	98
2	妊娠・出産に関する直接性差別禁止法理の論理および構造	100
3	小括に代えて：学説による評価	102
第5章	ポジティブ・アクションに関する法理の生成および展開	108
	～ 性平等の積極的な実現とその手段的限界 ～	
	問題の所在	108
1	一方の性に対する優遇・特別措置の必要性と課題	108
2	平等取扱いの例外規定とポジティブ・アクション	109
第1節	ポジティブ・アクションに関する法理の生成	110
1	1995年 Kalanke 先決裁定	110
2	1997年 Marschall 先決裁定	112

第2節	ポジティブ・アクションに関する法理の展開	114
1	アムステルダム条約改正とその後の指令立法	114
2	1997年 Marschall 先決裁定以後の判例法理の展開	117
第3節	EU法におけるポジティブ・アクションに関する法理の特徴	124
1	ポジティブ・アクションに関する法理の到達点	124
2	学説の動向：ポジティブ・アクションの再定位	126
第6章	近年の判例動向と学説の試み	
	～形式的平等への回帰と実質的平等の再構築～	131
	問題の所在	131
第1節	近年の判例動向の特徴	132
1	比較可能性差別モデルの一般化傾向	132
2	男女同一賃金原則と性差別法理の論理の統合化	137
3	権利水準の保持と権利行使の容易化	140
第2節	学説による差別禁止法の再考と新たな提起	142
1	形式的平等の限界を超える差別禁止法の理論構築をめぐる問題点	143
2	Collins による社会的包摂の視点からの差別禁止法の再検討	144
3	Fredman、Schick らによる実質的平等の探究	146
4	小括	154
総括		157
1	これまでに検討した内容	157
2	人権保障の視点からみたEU性差別禁止法の発展段階	158
3	実質的平等法理の生成と展開～その意義と課題～	159
	おわりに	163

添付 1：引用欧州司法裁判所判例一覧

同 2：参考文献一覧（外国文献、日本文献）

序 論

1 問題意識および本稿の課題

本論文は、EU 性差別禁止法の展開をとりあげて、同法が、性差別の撤廃に向けて、形式的平等法理の徹底した適用を図るとともに、形式的平等の限界を超える実質的平等法理を生成し展開してきた過程を分析して、実質的平等法理生成の意義と課題を実証的に検討し、それらを通じて、現代における性差別および性平等に関する法の規範と理論の枠組みについて考察することを目的とする。

日本における性差別の現状をみると、1985年の男女雇用機会均等法制定から約30年を経て、明白な男女別取扱いは減少しつつあり社会的意識もかなり変化してきた。しかし、性中立的な雇用制度の下でも、賃金をはじめとする男女格差や男女の職位・職域分離は解消せず¹、問題状況は、性以外の要素が連関してより複雑化している。同時に、男性集団内部での競争および序列化の進行や女性の戦力化など、男女それぞれの集団内部での階層化および「多様化」が進み、男女をそれぞれの集団として一括して掌握することが困難となっている。こうした性差別をめぐる状況の変化に対して、現行の日本法は必ずしも有効な対抗手段となりえていない。それは、単に、法律違反が横行しているからだけではない。むしろ主要な理由は、法の解釈あるいは法律自体が性差別の形態変化や発生メカニズムに対抗しえないものだからではなかろうか。

伝統的な法律論では、後述するように、平等とは「等しいものを等しく、等しからざるものは等しからざるように（取り扱う）」²という形式的平等を意味すると考えられ³、性平等とはセックス・ブラインドに男女を同一取り扱うことであり、男女別取扱いが性差別として禁止されてきた。しかし、前述した職場における男女の現況をみたとき、この伝統的な形式的平等の考え方に基づくアプローチないし法理（以下、「形式的平等アプローチ」ないし「形式的平等法理」という）の限界に直面せざるを得ない。今、改めて、個人の尊厳の尊重という基本的人権の原点に立ち戻ったところから、性差別禁止法の規範内容とそれを支える理論を再考することが必要となっている。すなわち、個人の尊厳の尊重という視点から性平等や性差別禁止を考えたとき、法のいう「性平等」は、上記の形式的平等以上のものを含意しているのではないか、「性差別」という法の禁止／撤廃の対象を、男女別扱い類型以外にも広く考えるべきではないか、法は性平等の実現にむけて消極的に規制するのみならず積極的な役割を有しているのではないか等々、性差別禁止法（ないし性

¹ たとえば、男女一般労働者の所定内給与は男性100としたとき女性71.3、女性役職者割合は係長相当職14.4%・課長相当職7.9%・部長相当職4.9%である（厚生労働省「平成24年賃金構造基本統計調査結果」）。

² アリストテレスの格言（『ニコマコス倫理学(上)』高田三郎訳〔岩波文庫、2011年57版〕231頁以下）に由来する、配分的正義（具体的事実や能力が同じならば取扱いを同じにする考え方〔辻村2012:167〕）に基づく平等論。

³ たとえば、〔阿部/野中 1984:44〕。

平等法⁴)の位置づけや規範枠組みを検討し直すことが重要課題として浮上する。本論文では、これらの課題について、EU法における性差別禁止法理の展開を分析し⁵、それをつうじて、現代における性差別禁止法の規範と理論の枠組みについて考察していきたい。

EU法を分析対象とするのは、以下の理由による。

第1に、EU法が性差別禁止に関して形式的平等法理を徹底するなかで、その限界に直面し、形式的平等を超える、より広い内容をもつ平等の概念(後述するように、それを判例や学説は「実質的平等」と呼んでいる)を導入し、その実質的平等の考え方に立脚して後述する間接性差別禁止などのアプローチないし諸法理(以下、「実質的平等アプローチ」ないし「実質的平等法理」という)を生成し展開してきたからである。もちろん、EU法における展開は、形式的平等の限界の克服に向けた法実践の一つにとどまる。しかし、EU性差別禁止法に関する多数の判例や立法制定・改正に関する論議のなかに、形式的平等と実質的平等をめぐる重要な論点が凝縮されている。それらの検討を通じて、現代社会における性差別禁止法(ないし性平等法)の位置づけや規範枠組みについての実証的考察が可能となろう。

第2に、EU性差別禁止法が、国際的にみても最も発展した段階にある性差別禁止/性平等法の一つと評価されており⁶、その点でも、分析対象としての意義は大きいと考えるからである。EUは、資本主義経済というアメリカや日本と同じ経済体制の下で、しかも経済共同体をその起源としながらも、とりわけ1980年代後半以降、人権保障や社会政策を重視した「人間の顔をしたソーシャル・ヨーロッパ」⁷、言い換えれば、アメリカ型の(時に経済競争至上主義とも評される)流れとは一線を画して、人権保障を確保し向上させつつ経済の持続的発展を図るという方向をめざしてきた⁸。そのEUにおける人権保障に関連した法のなかでも、性差別禁止法は、主要かつ規範内容を飛躍的に発展させてきた法領域であ

⁴ EUの研究論文等では、性差別および性平等に関する法について、その発展段階により、性差別の一部を刑罰の対象とする「性差別刑事処罰法」、直接の性差別を禁止する「性差別禁止法(non-discrimination law)」、間接性差別などの平等実現への障害を禁止し排除する「反性差別法(anti-discrimination law)」、性平等をより積極的かつプロアクティブ(前向き)に実現する「性平等法(equality law)」との呼称区分けも行われている。本論文では、性差別および性平等に関する法について、発展段階の全般を対象とする意味で「性差別禁止法」と表記し、ただし、特に上述の発展段階に注目する場合には、「性平等法」との表記を用いる。

⁵ ただし、本論文の関心が雇用分野における性差別および性平等であるところから、EU性差別禁止法の対象領域のうち、社会保障に関する領域については雇用に関連する範囲で扱う。

⁶ [McCrudden/ Kountouros 2007 : 83]

⁷ ドロール EC委員会委員長の発言。See also, Commission of the European Communities, *A Human Face for Europe* (European Documentation 4/1990, March 1990).

⁸ その背景として、1. EUの起源となったEECは、経済共同体ではあったが、第一次大戦・第二次大戦における悲惨な経験を踏まえて、経済問題を越えたヨーロッパ地域の平和の構築をその根本目的とし、個人の尊厳など人権保障や社会政策(EEC条約旧章)をも視野に入れていたこと、2. 労働運動・女性運動の取り組みの蓄積や、1980年代後半から主要構成国の多くで社会民主主義政府が政権を担ったこと、3. 社会福祉を重視する北欧諸国の加入などが挙げられよう。

る。後述するように、1957年 EEC 設立条約⁹においては男女同一賃金原則の規定のみであったが、1970年代以降、多数の判例¹⁰や立法の制定・改正が積み重ねられて、第1で述べたように、伝統的な形式的性平等の概念に基づく法理を超える規範内容をもった様々な実質的平等法理を生成し展開して、性差別の是正を積極的に進めてきた。また、EU法では、1979年のアムステルダム条約¹¹改正および2000年人種等平等待遇指令¹²・同年雇用一般平等待遇指令¹³の制定により、人権保障の視点をより鮮明化しつつ、差別禁止を性以外の人種や年齢、障害などにも拡大した。これは、後述するように、従来の性差別を単独で捉える視点から、差別や平等を多元的に捉える視点へと、差別の本質やその発生要因・対応に関する考え方の一大転換を含むものであり、この点でも、新たな飛躍をみせているのである。確かに近時、EU法も、グローバル経済競争の激化やEU構成国の東欧への拡大という困難に直面して混迷や一部の後退もみられてはいる。しかし、同時に、それを乗り越えるべく、研究者による差別禁止法に関する検討や提起も始まっている。現代雇用法における性差別や性平等について考えるうえで、EU性差別禁止法が蓄積してきた経験や論議は、多くの有益な示唆を含むものであろう。

ここで、本論文がなぜ「性」に関する差別禁止法を研究対象とするのかについても、触れておきたい。近年、日本を含めて多くの国々で、性以外の事由による差別すなわち雇用形態や年齢による差別を禁止する法律が制定され¹⁴、これまで間接性差別として対象とすべきか否か議論されてきた問題を、性以外の事由による直接差別として是正や救済を求める途も一いまだ保障は脆弱だが一具体化されてきた。それゆえ、性平等の視点からの法的アプローチは、すでに、その意味が乏しくなりつつあるようにも見えるからである。

しかし、本論文は、改めて、現代における雇用分野の差別に対抗するために不可欠な視点の一つとして、性差別ないし性平等に注目する。その目的は、何よりも、性差別の下で

⁹ Treaty Establishing the European Economic Communities. 1957年に採択された EEC 設立条約は、その後、改正を繰り返しながら、EC 設立条約そして EU 運営条約へと発展していくが、1957年当初の条約は、採択地にちなみローマ条約と通称されている。本稿では、以下、1957年当初の条約を特に示す場合に「ローマ条約」と、また、EEC 設立条約・EC 設立条約を包括して「EC 条約」と表記する。なお、1992年マーストリヒト条約により、EC 条約にもとづく EC（経済共同体）（第1の柱）に加えて、EU 条約にもとづく共通外交・安全保障分野の協力制度（第2の柱）と司法・内務分野の協力制度（第3の柱）が設立され、この三制度を EU と総称するようになったが、後の条約改正で三制度を融合して現在の単一制度の EU に至っている [中村 2013 : 3-5]。

¹⁰ EEC/ EC/ EU 法の最終解释权を有する裁判所は、1957年 EEC 設立時から1999年12月のリスボン条約発効まで European Court of Justice であったが、同条約発効により、European Union Court of Justice と名称を変更し、その管轄範囲にも変化がある。しかし、本稿に関する部分で機関の性質や機能に変化はなく、本稿では、以下、両者を通じて「欧州司法裁判所」ないし「裁判所」と表記する。

¹¹ Treaty of Amsterdam.

¹² Directive 2000/43/EC, OJ [2000] L180/ 22.

¹³ Directive 2000/78/EC, OJ [2000] L303/16.

¹⁴ たとえば、日本法では、パートタイム労働法 8 条、労働契約法 20 条、雇用対策法 10 条。なお労働契約法 3 条 2 項に均衡考慮原則。

不利益を受けている女性の人権保障および性平等の実現に実効的な法とは何かを探究することにあるが、加えて、以下の点を挙げておきたい。

第1に、現代の不公正な雇用構造（正当性のない不利益扱い・排除・貧困の構造）を支える重要な柱の一つが、依然として、安価かつ雇用調整し易い女性労働力の存在だということである。性差別撤廃・性平等の視点からのアプローチは、女性労働者の人権保障は勿論、雇用制度自体の改善そして全労働者の権利保障・公正な雇用制度の実現にとって必須であり、雇用社会の変革には、性差別ないし性平等の視点からのアプローチを他のアプローチと連携させつつ展開することが不可欠であると考えられる。性差別ないし性平等アプローチを、過去の差別への措置に矮小化するのではなく、雇用平等そして労働者の権利保障の体系全体のなかで位置づけ直し、その役割および規範を再構築することが求められている。

第2に、性差別および性平等に関する長年にわたる法的な理論と実践は、差別禁止法・平等法全体にとっての蓄積であり基礎であり、その研究は、性以外の人種や障害・年齢などの人的特性に基づく差別、さらに雇用形態など個人の選択が介在する差別に対して法が挑戦し、広い意味での差別法ないし平等法を検討するうえで重要と考える。

第3に、差別禁止法を新たな段階へとステップアップさせることが、日本においても、具体的な課題として登場しつつあり、労働法学に対して、具体的な法理や法的実現措置ならびにそれを支える理論を構築し、その方向性を提起することが求められていることである。男女雇用機会均等法の改正要求、近年のパートタイム労働法・労働契約法・派遣法の改正や障害差別解消法制定の動きはその端緒であり、日本の雇用差別法も次の段階へ足を踏み入れつつあるといえよう。今まさに、これまでの性差別禁止法の到達点を分析し、そして、次の段階のより多様な差別や平等一般に関する法理および基礎理論の検討へと発展させていく研究が必要といえよう。本論文は、その一つの試みである。

2 先行研究と本論文の課題

EU法の性差別領域に関しては、すでに多くの先行研究がある¹⁵。しかし、個別の争点を限定して論じたものが多く、性差別禁止法全体を見渡してそこに一貫して流れる理論的展開を分析・考察するものは必ずしも多くない。EU性差別禁止法の発展を全般的に論じた先行研究としては、[中村：1998] [西原：2003] [宮崎：2005] [櫻庭：2009、2010]があるが、中村論文（1990年代後半まで）、宮崎論文ならびに櫻庭各論文は、概要の紹介に止まり、基礎となる理論の分析をするものではない。西原論文は、包括的かつ理論的分析としてもっとも参考に値する研究であるが、2000年以後の展開が反映されていない。また、権利としての明確性・具体性を重視する基本的立場から、性差別禁止は形式的平等を目的

¹⁵ さしあたり、[浅倉 1996] [山田 2001] [相澤 2003] [大藤 2004] [伊藤 2005] [長谷川 2006]。また、EU労働法の立法史について [濱口 2005a b]、EUの女性平等政策史について [柳沢：2001] [柴山/中曾根：2004a] がある。

とする規範であると捉え、EU 性差別禁止法も基本的にその範囲内にあると解している¹⁶。したがって、EU 法における性差別禁止法理の展開も、西原論文は、形式的平等法理の限界の顕在化とその克服のための法実践という見方はとっていない。しかし私見は、後に詳述するように、EU 法における性差別禁止法理の展開で最も注目すべき点を、形式的平等アプローチの限界の認識と、それを超える実質的平等法理の生成と展開にあると分析しており、西原論文とは見解を異にする。

EU 法を対象とする研究ではないが、これまでに性差別ないし性平等一般に関しては、憲法学やフェミニズム法学/ジェンダー法学の立場からの研究が蓄積され、平等を、形式的平等のいう「等しいものは等しく、等しからざるものは等しからざる」取り扱いとは異なった視点から捉える言説についても、分析・検討がなされてきた¹⁷。

憲法学では¹⁸、たとえば、安西文雄は、アメリカ憲法修正 14 条における差別禁止の本質について、Kenneth L. Karst らの被差別集団の従属化・劣位化と解する学説を紹介し検討している¹⁹。井上典之も、ドイツの憲法判例や学説を素材として、基本的人権保障としての平等保障は、形式的平等の保障ではなく、人が等しいか否かに拘わらず「人の分類とそれに基づく別異取扱いの禁止」である旨を論じている²⁰。さらに、近年、吉田仁美²¹により、日本国憲法 14 条にいう「法の下での平等」が実質的平等を含むか否かに関して、同条に基づく国の積極的救済義務を肯定する見解が示されている。また、植木淳²²は、間接差別禁止・障害者への合理的配慮（形式的平等を超える保障）と憲法 14 条との関係について、実質的平等に代えて「実質的に平等な機会」の保障という概念を用いつつ、憲法 14 条の平等原則により、不平等原因である間接差別を合理的配慮という作為義務により排除することが保障される旨の理論を提起している。

フェミニズム法学/ジェンダー法学の立場からは、Catharine A. MacKinnon など第二派フェミニズム²³の論者による、性差別は差異ではなく支配と従属という権力的ヒエラルキーの

¹⁶ たとえば、間接性差別禁止法理についても直接性差別を生じた結果から推定する法理と捉える [西原 2002 : 156-157]。 [西原/黒岩 2008 : 222 脚注(66)] 参照。

¹⁷ 本文で挙げたものの他、差別・平等に関する法理論ないし法構造を論じたものとして、憲法分野では [阿部/野中 1984] [平地 2002・2000-2001] [木村 2008] をはじめとして、多数の研究がある。労働法分野では、 [長谷川 2008・2012] [水町 2011] [毛塚 2011] [荒木他 2011] [富永 2012, 2013, 2014]。

¹⁸ 本文に挙げたものの他にも、実質的平等の保障を日本国憲法との関係で論じたものとして、 [大藤 2008] [吉田 2013]、また、関連するものしてなどがある。

¹⁹ [安西 1992-1999]。

²⁰ [井上 1995-1998]。

²¹ [吉田 2013]。

²² [植木 2011, 2015]。

²³ 1970 年代後半に出現した第二派フェミニズムは、伝統的な公私二分論を批判して公私両域にわたる性別役割分業の解消を求めるとともに、女性としてのアイデンティティを重視して男性規範へ女性の同化に異議を唱え、男女同一取扱いアプローチを痛烈に批判した。また、1970 年代に「ジェンダー（社会的文化的な差異としての性別）」という概念が提起されて、性差は生来固有ではなく社会的に構築されるとの認識が確立し、公私二重の女性抑圧構造、つまり、女性は、

問題だとする論が、紹介され研究されている²⁴。浅倉むつ子や辻村みよ子らにより、ジェンダー視点からの法規範の見直しも提起され、性差別禁止／性平等の実現のためには、男女別取扱い禁止以外にも間接差別禁止（実質的な機会の平等）や、一方の性に対する優遇措置が必要である旨が提起されて、欧米の先進例も紹介されてきた²⁵。

これらの憲法学やフェミニズム法学／ジェンダー法学による研究は、差別を発生原因に踏み込んで社会構造的にとらえ、平等ないし差別禁止という法概念を、形式的平等を超える、より豊かな内容をもつものとして提起している。本論文は、これらの先行研究の成果をEU性差別禁止法の分析において活用し、形式的平等を超える諸法理の規範と理論の意義と問題点についての実証的考察を試みるものである。

ところで、差別を特定の集団に対する劣位化ないし従属化と考える学説のなかには、平等の保障を被差別集団の地位向上としてグループライツ的に捉えるものもあり、個人に立脚する基本的人権保障との関係が必ずしも明確にされてきたわけではない。フェミニズムに対しては、女性でも差別状況は人種や階級・階層により異なるとの批判（本質主義 *essentialism*—女性共通の不変の本質をもつとの考え方—への批判）や、性以外の事由による差別を軽視しているとの批判もある²⁶。また、形式的平等を超える内容の要求が、形式的平等の例外として許容される範囲としての政策論なのか、性差別禁止/性平等をめぐる法規範論なのかは、理論的課題として残されている。それだけに、実質的平等の考え方にもとづく諸法理の規範内容の具体化についても、さらに研究を補強する必要がある。

本論文では、上記の差別や平等に関する先行研究の成果を踏まえつつ、上記に示したような批判についても十分考慮したうえで、EU性差別法における展開の分析を通じて、個人の尊厳という基本的人権の視点から、多様性と実質的平等の考え方に立脚した性差別禁止法の規範と理論とは何かを考察していきたい。

なお、労働法学では、近時、雇用形態差別の研究が進展し、差別や平等に関する法理の基礎理論研究にも注目が寄せられている（たとえば、[毛塚 2011, 2013] [水町 2013] [富永 2013, 2014]）。しかし、上記の各論文では、形式的平等が法の目的であることを当然の前提として議論が展開されている。本論文は、今後の議論に向けて、上記の各論文が当

家庭内労働を専ら担う者として、労働市場では就労に制約（ないし制約可能性）のある二級の労働者として低い地位に置かれ、その低賃金ゆえに家庭において女性は男性（夫・父）に依存せざるをえないという、公私両域にわたる相互に関連した一連の差別構造を明らかにした。そして、その差別構造を解消するために、その根幹をなす公私両域での性別役割分業を積極的に解消することを求めたのである。[Chanamallas 2003] [上野 2011 : 23-27] [犬伏 2012] 参照。

²⁴ フェミニズムに関する研究論文は多数あるが、さしあたり [神谷 1997 : 37] [上野 2011 : 23-27] [犬伏 2012]、現代倫理学におけるフェミニズムの位置づけについて [川本 1995 : 65-79]。

²⁵ たとえば、[浅倉 1996, 1998, 2007, 2013] [辻村 2004, 2012a]。

²⁶ [Chanamallas 2003 : 77-88]。これらの、女性間での多様性の指摘や差別事由の多様性・複合性の指摘は、女性解放の理論と実践を追求するフェミニズムに対して、「そもそも女性を集団としてカテゴリー化しうるか/すべきか」という根源的な問題を提起するものであった。

然の前提とする形式的平等の限界を明らかにし、それを越える、実質的平等を基礎とした法的アプローチについて、EU 性差別禁止法の検討を通じて考察しようとするものである。

3 本論文の構成と若干の用語について

(1) 本論文の構成

以上の問題意識に基づき、本論文は、EU 法における性差別禁止法理について、1957 年 EEC 設立段階から 2014 年 10 月末までの立法・判例・学説の展開を追うなかで、規範内容とそれを支える理論の生成を実証的に分析し、労働分野における性差別禁止および性平等に関する法の規範および理論の枠組みを考察する。

具体的には、第 1 章では、第 2 章以下の検討の前提として、EU 性差別禁止法の現在までの経過について立法史を中心に概観する。

第 2 章においては、EU 性差別禁止法における形式的平等アプローチの展開とその限界の顕在化について、「男女同一賃金原則」および「直接性差別禁止法理」をとりあげて分析し、形式的平等法理がセックス・ブラインドに一貫した取り扱いを行い、ステレオタイプ波方や偏見を排すという意義をもちながらも、比較対象者の選定困難、レベルダウンによる救済、男性規範への同化、差別構造の不是正という限界を持つことを明らかにする。

それをふまえて、第 3 章および第 4 章では、1980 年代から 2000 年初めにかけての実質的平等法理の生成について、特に注目される論点を取り出す形で検討する（なお、ここでは、各法理の規範および理論の生成過程を把握する便宜上、法理ごとに個別に展開を追うが、本論文全体を通じて性差別禁止法理の総体としての展開過程が明らかになるよう留意していきたい）。すなわち、第 3 章では、間接性差別禁止法理をとりあげて、外形上は性中立的だが性差別的効果を有する基準など、性平等に対する障害となっている制度構造自体を性差別として禁止する（法が禁止する性差別概念の拡大 I）法理の生成・展開について分析する。第 4 章では、妊娠・出産差別を直接性差別として禁止する法理をとりあげて、男性という他の性の比較対象者にいない領域において、男女比較に依拠せず、女性という属性を理由とする不利益、あるいは性平等に必要な女性固有のニーズへの配慮の不提供を性差別として禁止する（法が禁止する性差別概念の拡大 II）法理の生成と展開について検討する。第 5 章では、平等を実現するための積極的な法的手段であるポジティブ・アクションを取り上げ、EU 法がどのような位置づけをし、その射程範囲をどのように画してきたのかを検討する。

その後、第 6 章では、2000 年代半ば～1997 年アムステルダム条約改正を実行する諸指令の制定も一段落した前後～以降の、欧州司法裁判所判例の形式的平等への回帰ともみえる動向、そうした状況の下での学説による形式的平等の限界を越える差別禁止法とは何かの再検討と新たな提起について検討する。そして、最後の総括において、EU 性差別禁止法理の展開全体を振り返って、その意義および問題点・残された課題を整理する。

(2) 若干の用語について

本論文では「平等」「差別」を、法概念を示す語として用いる。ただし、文脈との関係で社会的実態の意味で用いる場合もあるが、法概念を示すのか社会実態かの区別を明確にするよう留意しながら記述していきたい。法概念上の「平等」「差別」が何を意味するかは本論文の重要なテーマの一つであり、詳しくは論文全体を通して論じるべき課題であるものの、ここで必要な範囲で述べるとすれば、私見では、「平等」は、法の目的ないし原理を示す概念である（ただし、単なる「目標」ではない）。本論文では、法が規定する具体的行為を示す場合には「平等取扱い」あるいは「男女同一取扱い」と記す。法が目的・原理とする「平等」と、具体的行為としての「平等取扱い」「男女同一取扱い」とは、区別されなければならない。後述するように、「平等」の目的・原理から、「平等取扱い」や「男女同一取扱い」が具体的に要求される場合も、それ以外の行為を（場合によっては、男女別の取扱いも）求める場合もあるからである。

また、「平等」と、法が禁止／否定する行為／状態である「差別」は関連性があるのは当然であるものの、両者を区別することが重要である。「平等」の実現には、差別がないこと、すなわち「無／非差別」のみならず、それを超える内容が求められているからである。実際にEU性差別禁止法は、禁止されるべき差別類型を、「平等取扱い」や「男女同一取扱い」の違反行為以外へも拡大しており、両者を区別することが理論的・実的に必要となっている²⁷。

なお、日本の近時の労働学説では、「差別禁止」「平等（均等）取扱い」という用語に関して、性や人種など個人の属性に関する差別領域では「差別禁止」ルールが、雇用形態に関する差別領域では「平等（均等）取扱い」ルールが適用されるとして、「差別禁止」「平等（均等）取扱い」を規制の強度の違いを主とした区分基準として用いる論文もある²⁸。しかし、本論文は、上記のとおり、それらとは語法や視点を異にするものである。

²⁷ 確かに、欧州司法裁判所は、「差別」のない状態を「平等」として「平等 (equality)」と「無／非差別(non-discrimination)」を互換的に用いている。しかし、近時の多くのEU研究者は、両概念を意識的に区別して用いている。本稿の「平等」「差別」の用語法は、EUの差別禁止法に関する論文の一般的用法に従うものである。この点を簡明に論じたものとして

[Schiek/Waddington/Bell 2007 : 26]。

²⁸ [毛塚 2011] [荒木座長 2011] など。両者の峻別に反対する論として [水町 2013]。

第1章 EU 性差別禁止立法の歴史とその特徴

第1節 1957年 EEC 設立時から 1970年代の展開

1 1957年ローマ条約 119条²⁹

1957年、ローマ条約が締結され、EUの前身である EEC が設立された。この当初の条約では、性平等ないし性差別禁止に関しては、以下の男女同一労働同一賃金原則が規定されたのみであった（旧 119 条）³⁰。

「すべての構成国は、第一段階の間に、同一労働に対する男女同一賃金の原則を適用し、それ以後も維持する。

本条において『賃金』とは、現金か現物給付かを問わず、雇用に関して、労働者が使用者から直接または間接に受領する、通常の基本的あるいは最低の労賃または給与、ならびにその他のあらゆる報酬をいう。

性別に基づく差別のない同一賃金とは、つぎのことをいう。

- a) 出来高払いによる同一労働に対する賃金が、同一評価単位により算定されること。
- b) 時間払い労働に対する賃金が、同一職務に対して同一であること」

1957年に設立された EEC は欧州市場の統合をめざす経済共同体であり、この条約旧 119 条の立法趣旨も、主として、女性労働力のソーシャルダンピングの防止という公正経済競争ルールの確立にあった³¹。また、1957年当時は、旧 119 条は、専ら、構成国に対して男女

²⁹ ローマ条約 119 条は、その後、内容改正を伴いつつ、条文番号が 1997 年アムステルダム条約により EC 条約 141 条へ、そして 2009 年リスボン条約発効により EU 運営条約 157 条へと付け替えられていく。本稿では、以下、それらを「条約旧 119 条」「条約前 141 条」「条約（ないし EU 運営条約）現 157 条」と表記する。

³⁰ 日本をはじめ多くの国では、「法の下での平等」という原則規範をまず規定し、そのうえで、具体的な性差別禁止や平等取扱いのルールを規定している。それらと比較すると、ローマ条約は、このように男女同一賃金原則のみを規定したという点に一つの特徴がある。

³¹ 同条の導入は、フランス政府の強い主張によるものである。フランス政府の意図は、すでに男女同一労働同一賃金を法定していたフランスに対して、未だ同原則を導入していない他の EEC 構成国が、女性労働力を安価で使用して、同じ仕事に対してもコストを削減して経済競争上優位に立つことを防止することにあった。ただし、旧 119 条は、社会政策の章におかれ、また、ILO100 号条約を基礎として作成された規定であり、当初から、上記の不公正経済競争防止という経済目的の以外に人権保障の意味合いをも含むものでもあった。たとえば、旧 119 条 2 項の賃金の定義は、ILO100 号条約 1 条(a)と同一内容である。その他の規定も、同条約の条文を基にしている。なお、ILO100 号条約が「同一価値労働」同一賃金を規定しているのに対して、EC 条約旧 119 号の規定文言は「同一労働」同一賃金である。EC 条約も、当初の提案では「同一価値労働同一賃金原則」とされていたが、条約制定過程の議論で「同一価値労働」の意味が不明確であるとの意見により、「同一労働同一賃金」の文言に改められたためである。

ローマ条約旧 119 条、1975 年男女同一賃金指令ならびに 1976 年男女平等待遇指令の制定経過は、[Hoskyns 1996 : 43-115] に詳しい。

同一賃金原則の国内実施を促す内容と捉えられており³²、個人の権利を保障する規定とは考えられていなかった。それも影響して、構成国における男女賃金格差の是正はなかなか進まなかった。

EU法が積極的に活用されて性差別の是正が進み始めたのは、1970年代半ばである。その原動力となったのが、性差別禁止に関する一連の指令の制定である。EUは、1972年のパリサミットを契機に社会政策の重視を打ち出し、1974年には社会行動計画を発表したが、そこでの優先課題の一つとされたのが性平等を実現するための行動である³³。そして、その具体化として、条約旧119条を補完する下位法、すなわち、賃金に関する1975年指令（以下「男女同一賃金指令」という）³⁴、賃金以外の労働条件に関する1976年指令（以下「男女平等待遇指令」という）³⁵などの諸指令が制定された。また、こうした一連の指令制定の背景として、1970年代における国際的な性平等への取り組みの影響がある。国連は1975年を国連女性年としメキシコ会議を開催した。EUにとって、男女平等を促進し国連など国際的レベルでその存在感を発揮することが、対外的にも緊急の課題であったのである。こうした指令制定をめぐる内外の要因は、1975年以降の一連の指令制定が、経済目的のみならず人権保障をもその重要な立法目的としていたことを意味している。

2 1970年代半ば以降の一連の指令制定

1975年に制定された男女同一賃金指令は、EC条約旧119条の男女同一労働同一賃金原則の規範内容に関する解釈を示すとともに、構成国に対して同原則の導入および実施を促した指令である。同指令1条1項は、男女同一労働同一賃金原則を「同一労働または同一価値労働に関して、報酬のあらゆる側面および条件において、性に基づくあらゆる差別を撤廃することを意味する」と定義している。この定義は、つぎの諸点において、条約旧119条が規定する男女同一労働同一賃金原則の規範内容を1957年制定当時の想定から進展させ、また、同原則の基本的な法的位置づけを決定するものであった³⁶。

すなわち、第1に、EC条約旧119条が規定する男女同一労働同一賃金原則（以下、「同一賃金原則」という）が、その内容として「同一労働」という条約文言を超えた「同一価値労働」に対する同一賃金をも含むことを明確にした³⁷。

³² 当初は、EC条約旧119条は、その規定文言からも、また、EUの条約が通常国際条約と同種と認識されていたことから、法的拘束力を有するとは理解されていなかった。

³³ [須網：1991]

³⁴ Directive 75/117/EEC, OJ [1975] L45/19.

³⁵ Directive 76/207/EEC, OJ [1976] L39/40.

³⁶ 賃金に関する性差別について、実際には、上位規範で垂直的水平的直接効果を有する条約旧119条（前141条、現EU運営条約157条）が適用されることになる。

³⁷ 欧州委員会の同指令提案は「同一価値」労働には触れていなかったが、指令制定審議のなかで「同一価値」労働も含む文言へと修正された。欧州委員会提案理由COM(73)1972 finalに対する経済社会委員会意見(OJ C88/7.1974)および欧州議会意見(OJ C55/43.1974)参照。

すでに当時、ILO100号条約や国連では「同一価値」労働同一賃金が保障水準とされており、本指令によって、EUの規範水準が、事実上、ILOないし国連基準に引き上げられた。なお、1975

第2は、男女同一賃金原則を「性にに基づく差別を除去する」ことと定義をして、条約旧119条が賃金に関する性差別禁止規定であると位置づけたことである³⁸。これにより同一労働ないし同一価値労働ではない事案や賃金の「額」以外の差別事案など、賃金に関する性差別事案一般に広く、旧119条が適用される可能性が開かれることになった³⁹。

第3として、同指令が、差別禁止の適用除外や例外を規定していないことである⁴⁰。このことは一方で性差別賃金禁止の徹底を導くものであるが他方で、問題も残すことになった。すなわち、賃金概念が拡大し適用領域が広がるにつれて、男女別取扱いを許容せざるえない事案が登場した際に、混乱した議論を招くこともなったのである。これについては後述する。

また、1976年には、賃金以外の労働条件等における性差別禁止を規定する男女平等待遇指令が制定された。この指令により、EC条約旧119条では空白となっていた賃金以外の労働条件に関する差別禁止が、EU法において初めて補完された⁴¹。就職や職業訓練へのアクセスおよび賃金以外の労働条件に関する男女同一取扱い原則、すなわち、性にに基づく直接および間接の差別—とりわけ婚姻および家族的地位に関連づけたもの—が禁止された(2条1項、5条1項)。直接差別のみならず間接差別の禁止も明記している点が注目されるが、何が間接差別かという定義は規定されておらず、後述するように間接差別に関する判例法理が生成されていくこととなる。他方で、同指令は、賃金に関するEC条約旧119条や男女

年に制定された同指令は、EC条約旧119条が経済目的のみならず人権保障の目的を有することを前提としていることは明らかであろう。後述するように、1976年 Defrenne II 先決裁定

(Case C-43/75, [1976] ECR 455) がこの点を明確に判示することになる。

³⁸ これは何を意味するかについては、若干の説明が必要であろう。男女同一労働同一賃金原則違反の行為が、「性にに基づく差別」に該当するということは、さしたる異議をさし挟むことではないかもしれないように思われる。しかし、論理的には、「同一ないし同一価値労働」は必ずしも性差別賃金の必須の要件ではない。男女が従事する労働の価値が異なっていようと、男女別年功制賃金など性を基準とする賃金は性差別賃金である。他方、男女同一賃金原則を「男女が同一ないし価値労働に従事している場合には、同一の賃金を支払う」と文字通りに解するとすれば、賃金決定方法の具体的ルールを規範として示したものであるということになる。このように、「男女同一価値労働同一賃金原則」と「男女賃金差別禁止」とは、共通する理念の下にありながらも、各々が、具体的には異なった内容をもつ処遇規範として存在する可能性がある。

しかし、EU法は、男女同一賃金指令でEC条約119条の男女同一賃金原則を再定義することによって、同原則を、賃金に関する性差別を禁止する規範として位置づけたのである。

³⁹ しかし、このことは、同時に、新たな問題を内包することになる。すなわち、賃金に関する性差別を禁止する規範の下での、男女同一ないし同一価値労働(以下、区別する特段の必要のない限り、両者を併せて「同一価値労働」という)は、いったい、どのような法的意味ないし役割を持つのだろうか。後の判例や立法に、その解釈が委ねられたことになり、判例に近時に至るまでの混迷をもたらすこととなるが、その点については後に検討する。

⁴⁰ 男女同一賃金指令の提案理由には例外を設けなかった説明はないが、実際に男女が同一価値労働に従事している以上は、同一賃金を支払わないことが正当化される理由はないと考えられたためと推測される。

⁴¹ ただし、賃金以外に関しては指令上の規範に止まるため(欧州司法裁判所は、条約旧119条は賃金以外の労働条件を対象としないと解釈している)、構成国市民は、構成国に対しては本指令を直接根拠として性差別違反を主張できるが(国内実施期限経過後)、私人との関係では、指令の国内法化を待つ国内法を根拠に性差別違反を主張することになる。

同一賃金指令とは異なり、男女同一取扱い原則の適用除外を明文で規定した。すなわち、性を不可欠の前提とする職業活動や教育訓練について構成国が本指令の規定する性差別禁止の対象から除外しうること（2条2項）、本指令が女性保護とりわけ妊娠および母性に関する保護規定を禁止するものでないこと（同3項）、構成国が男女の平等な機会の促進のための特別の措置、とりわけ女性としての機会の不平等を除去する措置を排除しないこと（同4項）を規定している。これらの適用除外規定の展開については後述する。

その後、1979年には社会保障に関する指令⁴²、そして1980年代に入り—1979年イギリスのサッチャー政権樹立により立法の前進に大きく歯止めがかかったものの—、1986年企業内の社会保障に関する指令（1996年改正）⁴³、同年独立自営業者に関する指令⁴⁴と、条約旧119条を補完する一連の指令が制定されていった。

第2節 1980年代の展開そして1997年アムステルダム条約改正へ

1 アムステルダム条約改正に至る経過

このように、1970年代後半からEUの性差別に関する基本的立法が補完され整備されていくのと並行して、欧州司法裁判所は、のちに詳述するように1971年から1986年のDefrenne事件に関する3件の先決裁定において、EC条約旧119条の適用範囲を広く解するとともに、同条が構成国および私人に対して直接効果を有しEU構成国の国民は同条を根拠として性差別を主張しうること、また、旧119条の性差別禁止は基本的人権である旨を判示した⁴⁵。

これらにより、構成諸国では性差別に対する訴訟提起が促進され、また、構成国の国内裁判所から欧州司法裁判所に対してEU法の解釈を問う先決裁定付託⁴⁶も増加して、欧州司法裁判所による判例法理が生成されていった。判例法理については第2章～第5章で詳しく検討するが、欧州司法裁判所では、男女別取扱いの禁止をめぐり、男女同一労働同一賃金原則あるいは男女同一取扱い原則の適用除外の解釈が争点となり、男女別取扱いを厳格に禁止する判例法理が展開された。それらは、構成国における男女別取扱いを排除する大きな原動力となった。

しかし、明らかな男女別取扱いは是正されても、なお、社会における男女の格差はなく

⁴² Directive 79/7/EEC, Official Journal [1979] L6/24. 本指令は、社会保障領域における男女平等を規定した指令であるが、それを一気に全面的にではなく、広範な例外領域を認めて男女平等を斬新的に進めようとする点が大きな特徴である。すなわち、本指令は、社会保障領域において、原則として男女差別を禁止しつつ（4条）、構成国が、その適用から老齢年金・退職年金の受給開始年齢など相当に広い範囲を除外する措置をとることを許容した（7条1項）。ただし、社会的な発展を考慮して除外を維持することが正当化されるか否かを提起的に審査することを求めている（7条1項）。

⁴³ Directive 86/613/EEC, OJ [1986] L225/40 amended by Directive 96/97/EC, OJ [1997] L46/20.

⁴⁴ Directive 86/613/EEC, OJ [1986] L359/56.

⁴⁵ Case C-80/70, Defrenne I [1971] ECR 445; Case C-43/75, Defrenne II [1976] ECR 455; Case C-149/77, Defrenne III [1978] ECR 1365.

⁴⁶ 欧州司法裁判所はEU法の最終解释权限を有しており、構成国の国内裁判所は先決裁定を任意ないし義務的に付託する。旧EC条約177条・前234条・現EU運営条約267条。

ならず、EU 法は、男女別取扱いを禁止し男女同一取扱いをめざすアプローチの限界に直面することとなる。やがて 1980 年代に入り、「性差別とは何か」「どのような法的手段が性差別を撤廃するために必要か」についての問い直しがされるなかで、より実質的な内容と実効性をもつアプローチの必要性が認識されていった。そして、形式的平等法理の限界を超える規範内容をもつ判例法理として、差別として禁止する類型を男女別取扱い以外にも拡大する法理—間接性差別禁止法理（性平等の実現に障害となる規定・基準・取扱いを性差別とする法理）や妊娠・出産性差別法理（妊娠・出産に関する不利益取扱いを直接性差別とする法理）—、また、性差別の積極的是正措置に関する法理—ポジティブ・アクションに関する法理（一方の性に対する特別措置を許容する法理—などが生成されていった。

これらの判例法理の発展は、1997 年の挙証責任指令⁴⁷ により間接性差別禁止法理（定義）の成文化へと結実するとともに、さらに、同年アムステルダム条約改正による、性や国籍以外の事由による差別も含めた EU 差別禁止法の大きな転換、次のステージへの進展を準備することになった。

なお、EU は、1980 年代半ばからドロール委員長の下、労使協議によりヨーロッパの社会的統一を推進する方向をめざし、また、イギリスが 1997 年総選挙により保守党から労働党へと政権交代して EU との長年の確執に終止符がうたれて、1990 年代に、EU では社会政策立法が積極的に進められた。性平等に関連する他の領域でも、1992 年母性保護指令⁴⁸、1996 年両親休暇指令⁴⁹、1997 年パートタイム労働指令⁵⁰、1999 年有期労働指令⁵¹などの社会政策に関連した諸指令が制定されている。

2 アムステルダム条約改正の内容

1997 年、アムステルダム条約が採択され EC 条約および 1992 年マーストリヒト条約で新設された EU 条約が改正された（1999 年 5 月 1 日発効）。この改正は、EU の社会政策に関する権限および活動の強化をその重要な柱の一つとして⁵²、EU が統合を経済面のみならず政治等へも拡大・深化させ、また、EU が自由・民主主義・人権および基本的自由の尊重・法の支配の原則を基礎とすることを明確化させるという、EU の性格自体に関わる重要な改正であった。

⁴⁷ Directive 97/80/EC, OJ [1998] L14/6, amended by Directive 98/52/EC (OJ [1998] L205/66). なお、同指令 4 条は、差別被害の申立者が直接・間接差別を推定する事実を立証した場合には、立証責任が転換し、被申立人が違反の不存在を立証する責任を負う旨を規定する。

⁴⁸ Directive 92/85/EEC, OJ [1992] L348/1.

⁴⁹ Directive 96/34/EC, OJ [1996] L145/4, amended by Directive 97/75/EC (OJ [1998] L10/24), consolidated OJ [1998] L10/11.

⁵⁰ Directive 97/81, OJ [1998] L14/9.

⁵¹ Directive 99/70, OJ [1999] L175/143.

⁵² このような社会政策領域での発展は、アムステルダム条約以前から、たとえば 1992 年マーストリヒト条約付属文書による社会政策合意などによって積み重ねられてきていた。それが、それまで抵抗していたイギリスの政権交代を契機とした態度変更等により、アムステルダム条約改正が実現し、社会政策上の発展を条約にも反映させ、さらに進展するところとなった [中村 1998 : 128-129 頁]。また、EU の社会政策の発展について、「Barnard 2012 : 3-45」参照。

そして、その社会政策領域での改正のなかでも、差別問題はとりわけ重要な改正課題に位置づけられて、禁止される差別事由が性や国籍以外にも拡大され、かつ、EU が、性差別をはじめとする差別と闘い平等の実現に積極的に取り組む姿勢が打ち出された。この条約改正により、EU の差別法制は新たなステージへと大きく前進した。

具体的には、まず、EU 条約において、EU が自由、民主主義、人権・基本的自由の尊重、法の支配に基礎を置き（前 6 条 1 項）、欧州人権条約や EU 構成国に共通の憲法的伝統に由来する基本権を共同体法の一般原則として尊重すること（同条 2 項）が規定された。同時に EC 条約では、EU は、共同市場・経済通貨連合の設立、経済活動の調和・均衡ある持続的発展、高水準の雇用および社会的保護、男女平等、環境の高水準の保護と改善、生活の水準や質の向上等々を目的とし任務とすること（前 2 条）、EU の上記目的のための様々な活動（前 3 条 1 項）、また、その EU の全活動において男女の不平等を除去し平等促進を旨とす（前 3 条 2 項、ジェンダー主流化）という、EU の基本姿勢が明記された。また、性・差別禁止の対象事由を性以外にも拡大するとともに⁵³、差別を消極的に禁止するだけでなく、EU は差別と積極的に闘うことを明らかにし、そのための適切な行動をとる権限（たとえば、下位立法の権限—筆者注）を規定した（前 13 条 1 項、現 EU 運営条約 19 条）⁵⁴。さらに、条約旧 119 条を改正した条約前 141 条において、新たに、理事会に性平等確保に関する措置をとる（下位立法など—筆者注）権限を規定する（同条 3 項）とともに、構成国によるポジティブ・アクションを受容する旨が規定された（同条 4 項）。そして、同項は、ポジティブ・アクションの目的について「完全な平等を確保するため」と記し、EU 法のめざす「平等」が、形式的な同一取扱いを超えて、社会の現実を踏まえた、より実質的な内容を含意する概念である旨を示唆した。ただし、その「完全な平等」が何を含意しているかの詳細については述べられていない。

このように、アムステルダム条約における差別領域の改正は、社会における多様な差別を現実に撤廃することを目的とし、また、その目的実現のためには積極的な取り組みが必要であることを示して、EU としての能動的な姿勢を明確化するとともに、EU が行動するための法的根拠を規定した⁵⁵。差別の撤廃・平等の実現は、かつての経済や社会政策の手段としての位置づけから、人権保障として、それ自体が EU の重要な目的であるとの位置づけへと進展したのである⁵⁶。

3 アムステルダム条約を実施する指令の制定

(1) 2000 年の 2 つの指令—性以外の事由に関する差別について

⁵³ 性の他、人種・民族的出身・宗教・信条・障害・年齢・性的指向に基づく差別を禁じる。

⁵⁴ EC 条約前 13 条追加改正の意義について、[Meenan ed. 2007] 掲載の諸論文参照。

⁵⁵ 1979 年に採択された国連女性差別撤廃条約が、すでに、法律上の平等のみならず事実上の平等の実現を目的として締約国の差別撤廃義務を規定している（国際女性の地位協会『女子差別撤廃条約注解』（尚学社、1992 年）54-55 頁。主要な EU 構成国は既に同条約の批准国であった。

⁵⁶ [McCrudden/Kountouros 2007 : 113]

2000年、上記アムステルダム条約改正を具体的に実施するために、性以外の事由に関する差別についての2つの指令が制定された。一つは、人種・民族的出自に関する差別についての指令（以下「人種等平等待遇指令」という）⁵⁷であり、もう一つは、宗教・信条・障害・年齢・性的指向に関する差別についての指令（以下、「雇用一般平等待遇枠組み指令」という）⁵⁸である。

両者は、適用範囲の広さに違いはあるものの⁵⁹、基本的には内容および構造を共通にしている。すなわち、いずれも、差別と闘うための枠組みの設定という目的⁶⁰の下に、差別の否定⁶¹および差別の種類とその定義⁶²、差別の例外⁶³、ポジティブ・アクションの受容⁶⁴、救済と指令実現のための体制の整備の必要を規定している⁶⁵。特に本稿との関係で注目されるのは一性差別との関係で後に詳しく分析する一、差別として、直接差別以外にも、間接差別・ハラスメント・差別指示・障害差別における合理的配慮違反という別異取扱いを超える類型を規定し、差別概念を拡大したことである。また、直接差別の定義では比較可能性を要件として明記し厳格化する一方で、間接差別の定義では性差別に関する1997年拳証責任指令の定義よりも立証手段の幅を広げうる規定を採用した。さらに、救済や差別撤廃のための体制整備に詳しく言及⁶⁶している点も、特徴的であろう。全体的にみて、アムステルダム条約が示した差別と積極的に闘い撤廃するという姿勢が、性差別分野における判例法理の発展を基礎としながら、差別概念の拡大・定義・差別撤廃措置などの内容として具体化されたといえよう⁶⁷。

（2）2002年の性差別に関する指令制定

性差別に関しても、2002年に男女平等待遇指令の改正⁶⁸が行われた（以下、改正後の指令は「改正男女平等待遇指令」という）。この改正は、アムステルダム条約を受けて積極的に性差別を撤廃し性平等を実現するという基本姿勢の下に、前述した2000年の2指令との統一化を図り、かつ、男女平等待遇指令制定以後の判例法理の発展を規定内容に取り込むことを意図したものである⁶⁹。

⁵⁷ Directive 2000/43/EC, OJ [2000] L180/ 22. 欧州委員会の提案 COM (1999) 566.

⁵⁸ Directive 2000/78/EC, OJ 2000] L303/16. 欧州委員会の提案 COM (1999) 564.

⁵⁹ 雇用一般平等待遇指令が雇用・職業を適用範囲（1条、3条）とするのに対して、人種等平等待遇指令は、それに加えて社会保障や教育・住宅を含む商品およびサービスも適用範囲としている（3条1項）。

⁶⁰ 人種等平等待遇指令1条、雇用一般平等待遇指令1条。

⁶¹ 人種等平等待遇指令2条1項、雇用一般平等待遇指令2条1項。

⁶² 人種等平等待遇指令2条2-4項、雇用一般平等待遇指令2条2-4項、5条。

⁶³ 人種等平等待遇指令4条、雇用一般平等待遇指令4条、6条。

⁶⁴ 人種等平等待遇指令5条、雇用一般平等待遇指令7条。

⁶⁵ 人種等平等待遇指令7-10条、雇用一般平等待遇指令9-14条。

⁶⁶ たとえば、救済手続利用を可能・支援する制度、拳証責任軽減、情報の普及、労使・非政府組織との対話。

⁶⁷ 欧州委員会の立法提案 COM(1999)566final, COM (565)final 参照。

⁶⁸ Directive 2002/73/EC, OJ [2002] L 269/ 15による。

⁶⁹ 欧州委員会提案 COM(2000) 334final 参照。

特に注目すべき改正点として、①2000年2指令と統一する形で性差別類型を拡大（改正男女平等待遇指令2条1項3項4項）し、各性差別を定義したこと（同2条2項）⁷⁰、②差別の例外に関して、判例法理を組み込んで判断基準を明確化したこと（同6項）、③妊娠・出産休暇に関する権利を規定し、それに関連した不利益処遇が性差別である旨を明記したこと（同2条7項）、④ポジティブ・アクション受容の趣旨が完全な男女平等の実現の確保にあるとしたこと（2条8項）、⑤救済や差別撤廃のための体制整備を求める規定の詳細化（同6-8条）、が挙げられる。詳しくは、後述する。

第3節 2000年代半ば以降の展開

1 性差別に関連する指令の制定

前述したように、2000年以降、アムステルダム条約改正を実施するための諸指令が制定され、EU差別禁止法は新たな発展段階を迎えた。他方で、近時、EUでは、東欧諸国へのEU新構成国の拡大やグローバル経済競争の激化などにより、経済発展をより重視する傾向が一つの大きな流れとなっている。それに伴い、EU統合を行うためには差別を撤廃し平等を実現することが重要であるとの認識は広がり、また、経済戦略上の女性労働力活用についても理解は進んだものの、権利保障の推進にはブレーキが働いているように思われる。たとえば、後述するように、欧州司法裁判所では、近時、性差別の前提条件として男女が比較可能・同一の状況にあることを厳格に要求し、性差別判断の入口でそもそも性差別禁止法の俎上には乗らないと判示する傾向が顕著となっている。しかし、こうした混迷した状況の下でも、立法を発展させる努力は続けられている。ただし、1980年代から2000年代初めのような大幅な権利水準の向上を実現することは困難な状況にあり、現在の力点は、権利の水準の向上というよりは、むしろ、EU法上すでに獲得されている水準を確認するとともに、その適用対象範囲を拡大し、また、その保障の実現を図ることに置かれているといえよう。

2004年には、性差別の否定を、初めて雇用・社会保障領域を超えて、物・サービスへのアクセスと供給の領域にも拡大する指令（以下、「物・サービスに関する男女平等指令」という）が制定された⁷¹。内容的には、否定される差別類型や定義、妊娠・出産保護との関係、ポジティブ・アクション、救済と執行など、基本的に2002年改正男女平等待遇指令の内容および権利水準が踏襲されている⁷²。

そして、2006年には、既存の性差別に関する4指令—1975年男女同一賃金指令、2002年改正男女平等待遇指令、1986年企業内の社会保障に関する指令、1997年拳証責任指令—を

⁷⁰ なお、この差別の定義化では、一方で、間接性差別やセクシュアル・ハラスメント、ハラスメントなどで従来の差別概念が拡大され、他方で、直接性差別の定義では差別概念を厳格化するという交錯した状況が生じているが、この点については後述する。

⁷¹ Directive 2004/113/EC, OJ [2004] L373/37.

⁷² ただし、私的保険契約の保険料計算で男女別基準を認めており、この点が後に条約違反か否か争われることとなる。後述する。

統合する指令（以下「男女平等統合指令」という）⁷³が制定された。

この指令の制定は、具体的には⁷⁴、まず、それまでの改正男女平等待遇指令などを踏襲して、否定される性差別として、直接差別、間接差別、ハラスメント、セクシュアル・ハラスメント、差別の指示、妊娠・出産休暇に関係した不利益待遇を挙げて（それらの定義も踏襲、2条）、性差別を禁止する（4条5条9条14条）とともに、性差別の例外（14条2項）、女性保護規定を妨げないこと（28条）、EC条約前141条4項にいうポジティブ・アクションの受容（3条）、母親出産休暇からの原職復帰の権利や父親出産休暇・養子縁組休暇の受容（15-16条）を規定する。加えて、特徴な点として、性差別被害者の権利の個別救済のみではなく、構成国に対して使用者が差別防止措置をとるよう促進を求める（26条）およびジェンダー主流化（施策全般での男女平等目的の積極的考慮、28条）など、制度的かつ積極的に性差別の是正ないし平等の促進を図ることにも、かなりの力点がおかれていることである。なお、この後者の制度的かつ積極的な是正部分の規定には、ソフトローによるオープンメソッド方式が導入されている⁷⁵。

2010年には自営業者に関しても、1986年の指令に置き換わる新指令⁷⁶が制定された。

なお、性差別に関連する領域では、2008年には、長年懸案となってきた派遣労働指令が制定された。また、2010年には両親休暇指令が改正されて、休暇期間の延長などが実現している。

2 2009年リスボン条約発効、基本権憲章への法的拘束力の付与

欧州憲法条約の構成国における批准失敗を経て、2009年12月、欧州憲法条約の内容を一部修正したリスボン条約が発効した⁷⁷。これにより、EUの第一次法源であるEC条約およびEU条約は、EU運営条約および新EU条約へと引き継がれた。性差別をはじめとする差別関連規定は、一部の字句修正をのぞき従前の条文が新EU条約およびEU運営条約に踏襲され、前141条（旧191条）はEU運営条約現157条となった。

また、リスボン条約により、EU基本権憲章に、条約と同一の法的拘束力が付与された（新EU条約6条1項）⁷⁸。同憲章では、法の前平等（20条）、あらゆる差別禁止（21条）、多

⁷³ Directive 2006/54/EC, OJ [2006] L204/23. EU委員会の立法提案 COM (2004) 279 final.

⁷⁴ 指令は、総則（目的・定義）、各則（同一賃金、職域社会保障、労働条件）、通則（救済と執行、平等待遇の促進・対話、一般通則・予防）から構成されているが、統合前の4つの指令の規定内容を整理が必ずしも十分にされないまま挙げている。

⁷⁵ これは、近時のEUの法的手法の特徴の一つであるが、研究者からは、それが有効に機能するためにはハードローとの連携などが必要である旨が指摘されている [Barnard 2011 : 258-263]。

⁷⁶ Directive 2010/41/EU, OJ L [2010] 180/1. 1986年の旧指令は対象も限定され効力も弱かったが、男女平等統合指令との差別概念の統一を図ったほか、女性の起業家活動の促進というEUの平等戦略を反映して、大幅に内容を改正している。詳細は、Barnard [2012 : 388-389] 参照。

⁷⁷ リスボン条約に至る経緯および同条約の概要について、[中西 2012 : 13-16] [中村 2013 : 3-8]。

⁷⁸ 同憲章は、2000年に法的拘束力のない制定されたが、それまでは法的拘束力がなかった。[中村 2013 : 7]

様性の尊重（22条）、男女平等確保（23条）などを規定している。その特徴として、つぎの点が挙げられる。第1に、多様性を肯定したうえでの平等、共同体の主体としての平等な地位および尊重を目的としていること。第2に、「あらゆる事由によるあらゆる差別…を禁止する」（21条1項）と規定して、差別事由を問わず、差別形態を問わず、差別を包括的に禁止した（21条1項）こと。第3に、「男女平等は、雇用…を含むすべての領域で確保されなければならない（must be ensured）」（23条1項）として、対象領域を限定しない性平等、および性平等の消極的禁止に止まらない積極的義務を明記し、また、過小代表の性への優遇措置を受容して（23条2項）、差別撤廃への積極的立場が明記されていることである。同憲章の効力については、従前のEU権限を拡大するものではない（新EU条約6条1項）との規定はあるが、少なくとも積極的解釈の支えとして重要な役割を果たすことが予想される。

第4節 EU性差別禁止法の展開における特徴

以上、EU性差別禁止法の歴史を概観してきたが、それは、現代の社会/雇用構造に深く組み込まれて維持され再生産されている性差別に対して、実効的に対抗しうる法のあり方を追求し、法の規範内容および枠組みを発展させてきた歴史といえよう。改めて性差別是正の展開からみられるEU差別禁止法の特徴を整理しておこう。それらは以下の3点にまとめることができる。

第1に、EU性差別禁止法は、セックス・ブラインドに男女を同一に取り扱うことをその出発点として、男女別取扱いの禁止を徹底してきたところに特徴がある。後に詳しく検討するように、形式的平等の考え方にに基づき男女同一取扱いを原則とし、その適用除外ないし例外を厳格解釈して男女別制度の撤廃を押し進め、また、男女同一労働同一賃金原則の規範内容を具体化し、性差別の是正に重要な役割を果たしてきた。

第2に、EU性差別禁止法は、その後に男女同一取扱いの限界に直面し、その限界を克服するために、男女同一取扱いや男女別取扱い禁止を超えて、実質的平等アプローチを追求してきたという特色をもつ。そのなかから間接性差別禁止法理（性平等実現の障害を除去する法理）、妊娠・出産差別法理（女性固有のニーズへの配慮）、ポジティブ・アクションに関する法理（積極的な性差別是正）などが生成され展開されてきた。

第3に、このEU性差別禁止法の発展の根底には、経済発展と人権保障という、時に協働し時に極端ないし衝突を招く要請が存在しており、これら二つの要請にどう対処すべきかという課題は、EUが経済共同体を起源とするという組織の性格ゆえに、とりわけ大きな問題として直面せざるをえないものであった。

つぎの第2章から第5章では、上記のEU性差別禁止法の特徴を生成してきた諸法理を具体的に引きあげて、それらの法理の規範内容と枠組みの生成と展開、それを支える論理、について検討する。

第2章 形式的平等法理の展開とその限界

問題の所在

EU法は構成国の国内法に優位する効力を有しており⁷⁹、1975年以降の諸指令の制定により、構成国は性差別に関する国内法の整備が求められることとなった。さらに、1971年～1978年にかけてのDefrenne事件の3件の先決裁定が、EC条約旧119条を根拠とした構成国の市民による個人申立の途を拓き、かつその理論的基礎を提示した。その結果、1980年代に入ると、EU構成諸国では、まず、当時はEUにおいても蔓延していた男女別処遇をめぐる事案が、条約や諸指令⁸⁰の規定する男女同一労働同一賃金原則や直接性差別禁止の違反、あるいはそれらを国内法化した構成国法違反を理由として提訴されていった。それに伴い、国内裁判所から欧州司法裁判所に対して、EC条約旧119条や諸指令の解釈に関する先決裁定⁸¹を求める付託もつぎつぎと行われるようになり、両法理に関する判例法理が生成されていった。

この男女同一労働同一賃金原則および直接性差別禁止法理は、ともに男女の同一取扱い、すなわちセックス・ブラインドに「等しいものは等しく」取り扱うという形式的平等の考え方にもとづく法理であり、EU性差別禁止法の出発点かつ基軸となってきた法理である。EU性差別禁止法の特徴の第一は、これら男女同一賃金原則および直接性差別禁止法理の展開をつうじて、男女同一取扱いを徹底し男女別取扱いを厳格に禁止してきたことにある。

この両法理の展開に関して、特に注目される点としては、第1に、男女同一取扱い／直接性差別禁止の適用除外ないし例外の範囲を厳しく限定したこと、第2に、男女同一賃金原則および直接性差別禁止の実施に向けて規範内容が判例により具体化されていったこと、第3に、他方で、男女の職域分離という実態の中で、他の性別の比較対象者を選定することに困難があり、また、レベルダウンをすることを通じて男女格差の解消を図るなど、形式的平等法理の限界も顕在化していったことを挙げたい。

⁷⁹ 当初、EU法の性格や効力は明確ではなかったが、1963年Van Gend en Loos先決裁定(Case 26/62, [1963] ECR I)により条約の直接効果が認められ、1964年Costa先決裁定(Case 6/64, [1964] ECR 31)ではEU法が構成国法に優位する旨が明示された。さらに、1978年Simmenthal先決裁定(Case 106/77, [1978] ECR 629)では、構成国法の制定時期を問わず、つねにEU法が絶対的に優位することが確認された。[中村/須網 2010: 3-31]

⁸⁰ EC条約旧119条は、対構成国および対私人間で直接効果を有する。一方、指令は、その名宛人は構成国であって個人ではない。しかし、国内法化の期限経過後は、個人は構成国の行為に対して指令違反を主張しうるとともに、国内法とりわけ指令の国内法化された立法の解釈にあたっては、指令が参照されなければならない。

⁸¹ 欧州司法裁判所における訴訟には、直接訴訟(EUの機関が直接の訴訟当事者となって、EUの裁判所に直接係属する訴訟。具体的には、条約義務不履行確認訴訟、取消訴訟・無効確認訴訟、不作為違法確認訴訟、損害賠償訴訟がある)と先決裁定(国内裁判所が欧州司法裁判所に対して、条約や指令の解釈などの先決裁定を求める訴訟)がある。[中村 2013: 16] 参照。本論文に関連する判例としては、上記のとおり直接訴訟の「判決」とは性格を異にする、「先決裁定」が多くを占める。

3章以下で詳しく分析するが、第1点について言えば、欧州司法裁判所は、性差別禁止を重視する立場から、指令の適用除外規定を限定解釈し、また、法の明文以外の適用除外や例外は認めない旨を判示してきた。その結果、構成国では、軍隊や夜勤から女性一般を排除する構成国の法律がEU指令違反とされるなど、女性のみを対象に就労制限する法律の見直しを迫られ、基本的に男女共通に必要な保護（配慮）を行う方向へと進むことになった。

第2点、第3点に関していえば、現実社会で男女の職域が分離され、男女の賃金格差を性差別として争おうとしても、同じ職務には男性がいない場合も多い。そこで、男女同一賃金原則や直接性差別禁止を実施するにあたり、①男女同一労働同一賃金原則は「同一価値」労働にも適用されるか、②職務の比較(職務評価)の基準ないし対象は何か、③比較対象者が現に存在することが必要か、それとも前任者や後任者も比較対象者とするか、さらに理論上の仮定の比較対象者を設定して同条違反を主張しうるか、④レベルダウンによる賃金格差の解消は認められるかが争点となった。そして、判例の積み重ねのなかで、一方で、両法理の規範内容が具体化されていくとともに、他方で、形式的平等法理の限界も顕在化していった。その結果、男女同一取扱いの限界を克服する新たな法理が探究されていくことになる。

以上のような限界に直面するなかで、そもそも「法の求める性平等とは何か」「法が禁止する性差別とは何か」の問い直しが、また、男女同一賃金原則と他の性差別法理との相互関係の再検討が始められていったのである。

本章では、EU法が形式的平等アプローチに関して直面した困難とその克服の課題を明確にするために、Defrenne I II III先決裁定による条約旧119条解釈の内容および意義を確認したうえで、男女同一取扱いを徹底する方向での適用除外範囲を厳格に画する判例法理の生成並びに男女同一労働同一賃金原則に関する法理の発展、そして、それら形式的平等法理の限界について分析する。

第1節 Defrenne I II III先決裁定

1 事案および争点

Defrenne I II III事件の原訴訟は、ベルギーの民間航空会社に雇用されていた女性客室乗務員が、同一労働に従事する男性との間の定年年齢・在職中の賃金額・退職後の年金額の差は男女差別であるとして、EC条約旧119条違反を根拠に提訴した一連の事件である。事件の審理にあたったベルギー国内裁判所は、欧州司法裁判所に対し、つぎの事項に対して先決裁定を付託した。すなわち、Defrenne I事件では、法律に基づく退職年金がEC条約119条にいう「賃金」にあたるのか、つまり、賃金の意味および適用範囲について。Defrenne II事件では、EC条約旧119条が、構成国国内の私人間においても直接的な法的効果を有するか（水平的直接効果）等について。そして、Defrenne III事件では、EC条約旧119条は退職年齢という賃金以外の労働条件をも対象とするのかについて、裁定を求めた。

2 先決裁定の内容および意義⁸²

(1) 1971年 Defrenne I 先決裁定 ～EC 条約旧 119 条が対象とする「賃金」の範囲～

もともと条約旧 119 条 2 項は「賃金」を、ILO100 号条約 1 条に則り広く定義しており、月例賃金は勿論のこと、諸手当や一時金が「賃金」に該当することには異論がなかった。問題は、そこからさらに拡大解釈されるか否かであった。

この Defrenne I 先決裁定⁸³は、当該事件で問題となった退職後の年金について、結論的には「賃金」に該当しないとしたが、その説明のなかで、社会保障給付の性質をもつからと言って賃金性が否定されるものではないとした。そして、賃金性が否定される理由として、以下の 3 点を挙げた。すなわち、本件年金は、i 法律によって規定されていて、ii 企業などとの合意の要素がなく、iii 労働者一般に義務的に適用される制度であること [paras.6-11]。これは、裁判所が、上記 3 点から、同年金の本質を、特定の使用者の関与なく設立された国の社会政策上の制度であって、雇用関係上の制度ではないと判断したものである⁸⁴。言い換えれば、上記 3 点を欠く企業年金などの給付ならば、EC 条約 119 条にいう「賃金」に該当する余地を認めたものといえる。

その後の欧州司法裁判所は、この判示を踏まえて「賃金」を広く解釈し、EU の構成国に対して EC 条約旧 119 条による性差別禁止の規制を広く及ぼしていった。たとえば、判例は、福利厚生給付であっても賃金と認める判断を示した⁸⁵。とりわけ、1990 年 Barber 先決裁定⁸⁶が職域年金（職域単位の私的年金による公的年金の代替）を「賃金」と認めて、1979 年社会保障指令の適用を否定し漸進的な性差別是正を許容しなかったことは、構成国に大きな衝撃を与えた。また、法律に基づく給付でも、労働者一般でなく当該企業の労働者が対象となるものであれば、賃金該当性を認めている⁸⁷。

そして、事案の多様化に伴って、給付の「金額の差」のみならず、福利厚生などを受ける「資格自体の有無の違い」も、男女同一賃金原則の問題として争われていく。これが、EU 法上の男女同一賃金原則に関して同一労働ないし同一価値労働を要件としない適用類型を導き出すことに繋がっていくが、それについては後述する。

(2) 1976年 Defrenne II 先決裁定 ～EC 条約旧 119 条の目的・水平的直接効果～

EC 条約の効力に関して、構成国の国家機関との関係では、欧州司法裁判所は、すでに 1963 年 Van Gend en Loos 先決裁定⁸⁸およびその後の判例において、条約の規定が明確かつ留保の

⁸² Defrenne I II III 先決裁定の意義について、[西原 2003 : 18-31]。

⁸³ Case C-80/70, Defrenne I [1971] ECR 445.

⁸⁴ [Craig/ De Búrca 2011 : 860]

⁸⁵ たとえば、Case 12/81, Garland [1982] ECR 359 (退職後の配偶者らの旅行施設利用), Case C-360/90, Bötél [1992] ECR I-3589 (経営協議会参加時の賃金保障), Case C-342/93, Gillespie [1996] ECR I-475 (労働協約に基づく出産手当)。

⁸⁶ Case C-262/88, Barber [1990] ECR I-1889.

⁸⁷ たとえば、1989 年 Rinner-Kuhén 先決裁定 (法律による疾病休業時の賃金継続支払い)、1999 年 Seymour-Smith 先決裁定 (不公正解雇に対する補償)。

⁸⁸ Case 26/62, Van Gend en Loos [1963] ECR 1.

ない実体的な内容である場合には、構成国内において直接的に適用され、個人に権利義務を付与する旨を判示していた。しかし、EC 条約旧 119 条が明確な内容をもつ実体的規定といえるか、「構成国は…同一賃金原則を適用し…」と国家機関の積極的義務を規定する形態をとっている旧 119 条が私人間でも直接的効果を有するのか、に関しては明らかではなかった。

Defrenne II 先決裁定⁸⁹は、まず、旧 119 条が、女性差別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目的と同時に、「EC 内の人々の生活と労働の水準の持続的な向上を旨とする」という社会的目的をも有し、この二重の目的ゆえに男女同一賃金原則が EU 法の基礎をなす旨を判示する [paras.8-12]。そして、それゆえに旧 119 条は完全に実施すべきことが要求される強行法規であって、「原則」という用語は EU の基礎を築く重要な規定や法準則である趣旨を表すものと指摘する [paras.13.28-29]。そして、男女別の差別は「事実関係の純粋な法的分析から認定でき」「とくに…男女が…同一労働に対して不平等な賃金を受けている場合」には裁判所が差別の事実認定は可能であると述べ、旧 119 条は実体的内容を持ち個人の権利を保障する規定であると判断した。また、先決裁定は、旧 119 条の目的が全産業部門・経済制度全体における差別を排除することにあること、構成国への言及は私人間への裁判所の介入を妨げるものではないこと、「なにより 119 条は強行規範である」ことを指摘して、旧 119 条の構成国における私人間効力（水平的直接効果）を認めた。

同先決裁定の第 1 の意義は、条約旧 119 条に水平的直接効果を認めたことにより、賃金差別を受けた個人が、同条を根拠として訴訟提起することが可能になったことである。Defrenne II 事件以前は、旧 119 条は専ら構成国に男女同一賃金原則の導入を促す規定として用いられ、同条に関する司法の関与はなかった。しかし、本先決裁定により、個人が旧 119 条を根拠に訴訟提起する途が拓かれ、男女同一賃金違反事件が加盟諸国で多数提訴されるようになった。それが、その後の EU 各国における男女平等の推進、また、男女同一賃金原則の規範内容の発展に大きく寄与することになる。

同先決裁定の第 2 の意義は、EC 条約旧 119 条が、経済的のみならず社会的目的も有すると判示したことである。EU が社会的側面にも統合を深めたこと、また、国際的な人権保障としての男女平等の流れを受けて、本先決裁定は、旧 119 条の社会的目的を強調し、ILO100 号条約にも言及した [para.20]。つぎに述べる 1978 年 Defrenne III 先決裁定をはじめ、その後の判例が 119 条の人権保障の側面を重視し、やがて、2000 年 Sievers 先決裁定⁹⁰他で「社会的目的が経済目的に優先する」と明示されるに至る出発点となった先決裁定である。

(3) 1978 年 Defrenne III 先決裁定～「基本的人権」としての性差別除去～

Defrenne III 先決裁定⁹¹は、結論的には、EC 条約旧 119 条の対象は賃金に限定され、その他

⁸⁹ Case C-43/75, Defrenne II [1976] ECR 455.

⁹⁰ Case C-270・271/97, Sievers [2000] ECR I-929.

⁹¹ Case C-149/77, Defrenne III [1978] ECR 1365.

の退職年齢などの労働条件は対象外であると裁定した。しかし、その理由のなかで、「基本的人権の尊重は、共同体法の一般原則の一つであり…性にに基づく差別の除去が、基本的権利の一部をなすことは疑いがない」 [paras.26-27] と判示した。

前述の Defrenne II 先決裁定では、条約 119 条が社会的目的を有し個人に権利を付与するものである旨が判示されたが、権利の性質について曖昧さを残していた。これに対して、本件 Defrenne III 先決裁定は、より明確に、EU 法上の性差別の除去が基本的人権の保障である旨を判示した⁹²。直接的には EU 法の一般原則に関する言明であるが、旧 119 条を一般原則の具体化と位置づけており、以後の判例および立法は、条約旧 119 条が基本的人権としての性差別禁止を保障した規定であることを当然の前提としている。そして、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、規範内容を拡充していく論拠の一つとなっていく。

なお、本件裁定が、旧 119 条が規定する男女同一賃金原則は「共同体の一般原則」の具体化であると位置づけた点は、後に、条約旧 119 条やその下位指令にいう“性平等”が、「共同体の一般原則としての平等原則」と同様に「等しいものを等しく扱う」という形式的平等を意味するのか、それとも、それを超える概念なのかとの関係で改めて問題となる。

第 2 節 形式的平等の徹底をめざす判例・立法動向

1 男女別取扱いの適用除外および例外の限定

(1) 男女別取扱い禁止の適用除外規定の厳格解釈

① 職業上の理由による適用除外

男女平等待遇指令 2 条 2 項は、構成国は「職業活動の性質や遂行状況からみて性別が不可欠な要素である（以下、「職業上の理由」という）」場合には指令の適用を除外しうる旨を規定する。ただし、適用除外した場合には、構成国は定期的に除外を維持することが社会発展の視点から正当化されるか否かを評価し、委員会にその結果を通知しなければならない（同 9 条）。この「職業上の理由」による適用除外の成否について、リーディングケースとなったのが 1986 年 Johnston 先決裁定である⁹³。

同事件では、北アイルランド武装警察隊の武装隊員および訓練対象から女性を排除したことが、男女平等待遇指令 2 条 2 項の性差別禁止の適用除外として許容されるか否かが問題となった。欧州司法裁判所⁹⁴は、まず、公共の安全を理由として一般的な適用除外は許されず、同指令の適用除外に具体的に該当するか否かを判断しなければならないとした

⁹² 欧州司法裁判所が、1960 年代末から 1970 年以降、「共同体法の一般原則」として人権保障を判示し確立した背景および経過について、[McCrudden/Kountouros 2007 : 87-88]。

⁹³ Case 222/84, Johnston [1986] ECR 1651. それまでも同項の例外に関する先決裁定はあったが、西原博史 [西原 2003 : 112-113] が指摘するように個別的な判示にとどまっており、その基本的考え方も判断方法も曖昧であった。

⁹⁴ 裁判所は、一般的に「公共の安全」を理由として例外を認めることは、EU 法の拘束的性質および統一的適用を害するものであり許されないとした [paras.26-28]。

[paras.26-28]。そして、同指令の適用除外の一般的判断枠組みとして、個人の権利の適用除外規定は厳格に解釈すべきこと [para.36]、また、構成国は適用除外の正当性を定期的に評価すること [para.37]、そして、個人の権利の適用除外の範囲を決定する場合には、共同体法秩序の基礎の一つである比例性原則 (the principle of proportionality) を考慮すべきであることを示し [para.38]、そのうえで、北アイルランドの深刻な内乱状態の下において女性警官の武装が被襲撃リスク増という公共の安全に反する結果となりかねない。そういう場合には、目的の達成に適切かつ必要な限度内において、性差別禁止の適用除外が認められる [paras.36-38] 旨を判示した⁹⁵。これにより、性別が職業活動上不可欠となる一類型が示されるとともに、適用除外の厳格適用および除外範囲を限定的に画定するための判断基準が示された。

上記先決裁定が示した比例性審査は、もともとはドイツやフランスで行政権力による個人の権利への介入を目的と手段との均衡を求めることを通じて規制する基準として生成されたものである。具体的には、i 目的の正当性、ii 手段と目的との関連性 (目的を達成するために適切な手段か) iii 他に適切な方法がない場合にも、申立人に過大な影響を与えないか (真の比例性) を審査する⁹⁶。欧州司法裁判所は、これを様々な領域での正当化の判断基準として導入している。訴訟においては、この比例性審査の方法が、さらに大きな問題となる。Johnstone 先決裁定後の一連の同種事件では、この比例性審査の具体的な適用が問われた。

1988年 Com. v France 判決 (男女平等待遇指令実施義務違反訴訟)⁹⁷では、一定の公務員 (刑務所の看守や警察官) の男女別採用が 2 条 2 項の適用除外にあたるか否かが争点となり、判決は、適用除外が認められるためには、特定の活動を対象とし、その活動の特定が欧州委員会や不利益を受ける個人による効果的な監督に服せるよう十分な透明性をもって行われ、かつ除外が社会の発展に適合可能であることが必要である旨を判示した [24-30]。指令 2 条 2 項・9 条の解釈と具体的に関連させながら手段審査の方法が示されている⁹⁸。

さらに、1999年 Sirdar 先決裁定⁹⁹および 2000年 Kreil 先決裁定¹⁰⁰では、いずれも軍隊 (但し、前者はイギリス海兵隊戦闘員、後者は武器使用する全隊員・原告は兵器の電気技師)

⁹⁵ なお、同先決裁定は、2 条 3 号の女性保護を理由とする例外の該当性を否定し、その理由として、男女のリスクが同じであり、女性を保護する特別のニーズがない場合には同号の適用除外にはあたらない旨を述べている [para.44]。

⁹⁶ [Tridimas 2006 : 139] 正当性審査については、後述の間接性差別の正当化部分で改めて検討する。

⁹⁷ Case 318/86, Com. v France [1988] ECR 3559.

⁹⁸ なお、1983年 Com. v UK 判決 (Case 61/81, [1983] ECR 2601) で、裁判所は、助産師を女性に限定するイギリス法を「現時点では個人の感受性 (sensitivity) が助産婦と患者との関係で重要な役割を果たしている」として、適用除外として認めた。しかし、この判決に対しては、欧州委員会は、後の 2002/73/EC 指令改正提案において「この時点でも、イギリス政府は男性にも助産師職を完全に公開するよう前進していると述べていたし、現在では全構成国で助産師は男性にも公開されている」と批判的に言及している。COM (2000) 334final at 7-8.

⁹⁹ Case C-273/97, Sirdar [1999] ECR I-7403.

¹⁰⁰ Case C-285/98, Kreil [2000] ECR I-69.

からの女性の排除が男女平等待遇指令 2 条 2 項の例外として許容されるかが問題となった。そして、1999 年 Sirdar 先決裁定は、適用除外規定は厳格解釈することを前提としつつ、構成国に公共の安全を保障するための手段の必要性・適切性判断の一定の裁量を認め、海兵隊が最前線突撃部隊で他の部隊とは異なることを考慮して、同隊員からの女性排除を許容した [paras.23, 27-32]。一方、2000 年 Kreil 先決裁定は、構成国が手段に関する必要性・適切性判断の一定の裁量を有するとしても、軍隊の武器を使用する全ての職から女性を排除することが許されるわけではないとして、適用除外の範囲を限定する旨を改めて示したのである¹⁰¹。

この職業上の理由による適用除外を厳格に限定する判例法理は、2002 年改正男女平等待遇指令により成文化された。同改正男女平等待遇指令では「構成国は、…職業活動の性質や遂行状況からみて、性に関する特徴が特定の職業活動にとって、真性かつ決定的な職業上の要件である場合には、性の特徴に基づく異なった取扱いは本指令の差別には該当しない…と規定できる（下線は筆者。以後の引用でも同じ）」と規定した（2 条 6 項）¹⁰²。更に、現行の男女平等統合指令は、「構成国は、…職業活動の性質や遂行状況からみて、性に関する特徴が特定の職業活動にとって、真性かつ決定的な職業上の要件である場合には、その目的が正当でありかつ要件が比例的であることを条件として、性の特徴に基づく異なった取扱いは本指令の差別には該当しない…と規定できる」（14 条 2 項）として、より詳しく比例性原則を成文化している¹⁰³。

② 女性保護を理由とする適用除外

男女平等待遇指令 2 条 3 項は「本指令は、女性保護とくに妊娠および母性に関する保護規定を妨げるものではない（…shall be without prejudice to provisions..）」と規定する。妊娠・出産に関する保護については、第 3 章で論じることとし、ここでは女性一般の危険有害業務からの保護として適用除外が問題となった先決裁定について検討する。

この女性一般に対する危険有害業務禁止のリーディングケースとなったのは、1991 年 Stoeckel 先決裁定¹⁰⁴である。同事件では、女性のみ深夜労働を禁止するフランス法が男女平等待遇指令 5 条の労働条件における男女同一取扱い原則に違反するか否かが争われ、同指令 2 条 3 項の適用除外の該当性が問題となった。裁判所は、深夜業の女性一般に対する

¹⁰¹ なお、その後の 2003 年 Dory 先決裁定（Case C-186/01, [2003] ECR I-2479）は、ドイツの男性のみ徴兵制度が男性差別かが問題となった。裁判所は、適用除外を厳格に限定する判断枠組みを確認しつつ [paras. 29-34]、軍隊の組織化は構成国の権能で EU 法の権限外であり、徴兵による男性の職業キャリアの遅れは構成国が選択した軍隊組織化方法の結果であって、EU 法は構成国に女性の徴兵や徴兵制撤廃を強制できないとして男性のみ徴兵を許容した。徴兵制度という国防の根幹に関わる問題であることを考慮して、構成国と EU との権限分配の観点を重点とした特殊な先決裁定であり、不可欠な職業活動上の理由による適用除外を厳格に画する従来の判例法理を変更するものではないと考える。

¹⁰² 立法経過について、COM (2000)334final at 2, 4, 6-8.

¹⁰³ 立法経過について、COM (2004) 279 final at 27, 58.

¹⁰⁴ Case C-345/89, Stoeckel [1991] ECR I-4047.

禁止を2条3項により正当化することはできないと判示し、その理由について、「深夜業がどんなに有害(disadvantage)であっても、妊娠・出産¹⁰⁵の場合を除けば、深夜労働により女性が被るリスクは、一般的には男性が被るリスクと本質的に違いはない」と述べ[para.15]、女性のみ深夜業禁止の理由とされていた夜勤中に襲われるリスクに関しては「昼間より深夜業中のリスクが高いとしても、男女同一取扱いという基本的原則を侵害しない方法により適切な処理が可能である」[para.16]とし、また、女性の家族的責任負担に関しては「…本指令は家族のあり方や両親間の責任分配の変更を目的とはしていない」[para.17]とした。さらに、国内法で女性が深夜労働しうる多数の例外を規定しても、「(女性一般に対する深夜業禁止は)男女同一取扱い原則を侵害し、さらに差別の源とな」り許されないと厳しい態度を示した[para.19]¹⁰⁶。

すでにILOは、1990年に深夜業を男女共通に規制するILO171号条約を制定し、女性のみ禁止をしていたILO89号条約から移行していた¹⁰⁷。そのILOでの論議を踏まえて、欧州委員会も1987年「女性保護に関するコミュニケーション」¹⁰⁸を発表し、構成国に対して、女性保護規定を「合理性のない変則的保護」「人間的な労働にするための保護」「生物学的に必要な保護」に分けて、「合理性のない変則的保護」の即時廃止、「人間的な労働にするための保護」は男女共通の保護へ、「生物学的に必要な保護」は女性のみ保護するよう、女性保護規定の見直しを求めていた。1991年Stoekel先決裁定は、こうしたEU内外の新たな議論動向を反映し、構成国に対して女性保護立法の見直しを求めたものである。

その後の2005年Com. v Austria判決¹⁰⁹では、欧州司法裁判所は、オーストリア法の潜水労働および高圧下労働に関する女性一律の禁止は、男女平等待遇指令2条3項の適用除外には該当せず、同指令実施義務不履行にあたりと宣言した。その理由をつぎのように判示している。すなわち、潜水労働の範囲は広く、生物学・考古学研究や旅行業や警察の労働も含まれ、それらの身体的ストレスは女性保護を必要とするほど高くはない。また、高圧労働規制は男女の肺活量および赤血球数の平均値比較を論拠としているが、個人差が存在

¹⁰⁵ 原文は”pregnancy or maternity (妊娠ないし母性)”であるが、この文脈での maternity は、出産とその後の授乳を意味する(出産後の maternity 保護の範囲については、論争となった点は後述する)。「母性」という訳語は、日本では、一般女性保護の理由としても広く用いられてきた概念であるので、本稿では、混乱を避けるため、”maternity”を特に広義で用いる必要のないかぎり、「妊娠・出産」と記す。

¹⁰⁶ その後の1994年Minne先決裁定(Case C-13/93, [1994] ECR I-371)では、深夜業が男女共に規制されていても、その規制の法的根拠(男性は法律・女性は行政法規で規制)や運用(女性の深夜業許可は一定時間のみ、男性は完全な解禁)が異なれば、男女平等待遇指令2条3項の適用除外として正当化することはできず、5条の男女同一取扱い原則違反である旨を判示した[paras.9-13]。

¹⁰⁷ 女性のみ深夜業禁止の撤廃に関する当時のILOやドイツ他の諸国の動きについて、[斎藤1994]参照。

¹⁰⁸ COM(87)105 final.

¹⁰⁹ Case C-203/03, Com. v Austria [2005] ECR I-935.

するのであり、個人別の評価をせず、女性平均を下回る男性の就労は禁止せずに女性の就労一般を禁止することを2条3項の適用除外と認めることはできないとしている。

(2) 明文の例外規定がない男女別取扱いの禁止

上述のように、EU法は、判例法理やその成文化を通じて、指令が性差別禁止の適用除外として規定する「職業上の理由」や「女性保護」について、男女同一取扱い原則の適用除外は厳格に解するという基本姿勢の下、除外の正当性を個別かつ厳格に画定している。これにより、構成国において上記の理由付けの下で行われてきた男女別取扱いの法制は、EU法を根拠にそれらの正当性が再審査されるようになり、各国における法制度の是正は大きく進むことになった。

加えて、判例は、性差別禁止の例外として明文の規定のない男女別取扱い（直接性差別）については、これを認めないという基本的な前提に立つ¹¹⁰。その厳格さは、EU法の他の領域における規範と比べても顕著である。たとえば、欧州司法裁判所は、EU法の一般原則としての平等原則（the principle of equality as a general principle of Community Law）を判例法理により確立してきたが¹¹¹、そこでは平等原則違反を「（比較される両者が）比較可能な状況にある場合に、客観的に正当化される事情がないのにもかかわらず両者を異なって取扱¹¹²い「（両者が）異なった状況にある場合に、客観的に正当化される事情がないにも拘わらず両者を同じく取り扱う」¹¹³と定義し、正当化の余地を認めている。また、明文規定のない正当化は、商品の自由移動に対する数量制限と同等な効果を有する措置の禁止（EC条約旧28条、現EU運営条約34条）でも認められている¹¹⁴。直接性差別に関しては明文の規定がない限り男女別取扱いを認めないという欧州司法裁判所の見解は、男女同一取扱いを徹底するという強固な姿勢を示すものである。

詳しくは後に検討するが、社会保障に関する社会保障男女平等指令規定に関連した適用除外との関係でも、1986年Marshall先決裁定¹¹⁵が明文規定のない適用除外を否定し、それに続く1993年Roberts先決裁定¹¹⁶では、Van Gerven法務官や欧州委員会から明文なき適用除外を認める意見が提出されたが、裁判所は、これを採用しなかった。近時の2010年Kleist先決裁定¹¹⁷でも、Kokot法務官は明文なき適用除外を認めるべきであるとの意見〔法務官意見 para.33〕を提出したが、裁判所は、「改正男女平等待遇指令は直接差別と間接差別とを区別し、…間接差別は『…客観的に正当化』されれば差別とはならない。反対に、…直接差別には正当化の可能性は規定されていない」〔para.41〕と明確にこれを否定している。

¹¹⁰ [西原 2003 : 111] 参照。

¹¹¹ [Tridimas 2006 : 59-64]

¹¹² e.g. Case 117/76, 16/77, Ruckdeschel [1977] ECR 1753 at [para.7] .

¹¹³ e.g. Case 106/83, Sermide [1984] 4209 at [para.28] .

¹¹⁴ e.g. Case 120/78, Cassis de Dijon [1979] ECR 649 at [para.14] .

¹¹⁵ Case 152/84, Marshall [1986] ECR 723.

¹¹⁶ Case C-132/92, Roberts [1993] ECR I-5579.

¹¹⁷ Case C-356/09, Kleist [2010] ECR I-11939.

EU 性差別禁止法が、差別禁止原則について明文以外の適用除外を認めず、また、明文の適用除外についても厳格に解釈する傾向を強めていったために、構成国における男女別取扱いの是正は徹底されていった。しかし、他方で、この明文以外の適用除外を認めないという方向性は、あまりにも硬直的な結果を招くという批判もよぶことになる。EU 法は、このような批判に応えるために、次第に「差別」の概念自体を厳格に解釈していくことになるのだが、それについては後述する。

2 男女同一賃金原則の展開

(1) 同一『価値』労働への拡大とその意義

以上に述べてきた男女別取扱い禁止の例外の厳格な制限に加えて、さらに男女同一取扱いの徹底に関して注目されるのが、男女同一労働同一賃金原則の同一『価値』労働への拡大、および判例法理による同原則の規範内容の具体化である。

前述したように、1957 年のローマ条約旧 119 条は「同一労働における男女同一賃金」を規定し、同一『価値』労働は明文にはない。しかし、その後、1975 年男女同一賃金指令が「条約 119 条にいう男女同一賃金の原則…は、同一労働あるいは同価値労働において、報酬のすべての要素や条件に関して、性に基づく差別が撤廃されることをいう」（1 条）と規定して、条約旧 119 条が同一『価値』労働を含むことが明確化された¹¹⁸。そして、1997 年アムステルダム条約により「すべての構成国は、同一労働および同一価値労働における男女同一賃金原則が適用されることを確保する」（前 141 条・旧 119 条 1 項）と改正され、条約上も明文で男女同一価値労働同一賃金原則が規定され、現行の EU 運営条約 157 条 1 項に引き継がれている。

現実の職場では、男女の職域や職位が分離し、男女の賃金格差を性差別と主張したくとも同じ職にある他の性がないことが多い。条約による同一価値労働同一賃金原則の保障が明確化されることにより、職の価値の比較を通じて、女性の多い職種（以下「女性職」という）が男性の多い職種（以下、「男性職」という）よりも低賃金とされることに対して法的是正の途が開かれることになった。Sandra Fredman は、この男女同一価値労働同一賃金原則について、不当に低賃金とされてきた労働者の不利益を救済し、低く扱われてきた女性職を再評価させ、そして、男女の職域分離への一つの対応措置という機能をもつと指摘し、性差別をラディカルに変革する可能性を有する法的手段であると高く評価している¹¹⁹。

(2) 男女同一賃金原則の具体化 ～同一（価値）労働の判断要素および基準～

男女同一労働ないし同一価値労働同一賃金原則（以下、「男女同一賃金原則」という）

¹¹⁸ 判例上も、1981 年 Worringham 先決裁定(Case 69/80, [1981] ECR 767) [para.21] により、条約旧 119 条が男女同一価値労働同一賃金原則を含むことが確認された。

¹¹⁹ [Fredman 2011a : 156-158]

の具体的な内容については、条約および指令では規定しておらず解釈に委ねられている¹²⁰。そこで、構成国において男女同一賃金原則を実施していくにあたり、特に、賃金格差を立証するときの他の性の比較対象者の選定方法、また、同一ないし同一価値労働（以下、「同一（価値）労働」という）とは何を意味するのか—いいかえれば同一（価値）労働を判断する要素および基準—が問題となった。前者の比較対象者の選定に関しては、つぎの男女同一賃金原則の限界と合わせて検討することとし、ここでは、後者の同一（価値）労働の判断する要素および基準に関する判例法理について、先決裁定による生成過程をたどりながら、その特徴を分析したい¹²¹。

判例法理生成の出発点となった 1980 年 *Macarthy*s 先決裁定¹²²では、前任者を比較対象者とするか否かを論ずるなかで、「同一労働」とは職務の性質（*nature of the services*）に関する概念であるとした [para.11]。すなわち、同一労働か否かは、使用者にとっての職務の価値—たとえば、使用者がその職から得る収益や他に委託した場合に要するコスト—によってではなく、客観的な職務それ自体の価値によって判断されるべきとしたのである。

そして、1995 年 *Royal Copenhagen* 先決裁定¹²³が、以後のリーディングケースとなる、より具体的な内容の判断を示した。同事件では、出来高払いのロクロ士（男性職）と絵付士（女性職）との平均賃金に格差があるときに、これが男女同一賃金原則違反か否かが問題となった。先決裁定は、同一労働ないし同一価値労働についての比較は、「労働の性質(*nature of work*)、求められる教育訓練(*training requirements*)、および労働条件(*working conditions*)のような一連の要素を考慮して、比較可能な状態にあると考えられる」労働者グループを比較しなければならぬと判示した [paras.32-33]。すなわち、職務の価値の客観的判断に関して、主要な判断要素として、労働の性質・求められる教育訓練・労働条件をあげるとともに、「比較可能な状態」という基準が示されたのである。

その後、より複雑な事案が以下のように問題となったが、裁判所はいずれの先決裁定においても、職務の同一性の判断に関して、基本的に上記の判断要素および基準を踏襲している。

1999 年 *Wiener Gebietskrankenkasse* 事件では、医師と心理学者とが精神療法士の職務に従事している場合に、両者が同一労働といえるか否かが問題となった。先決裁定¹²⁴は、前記 1995 年 *Royal Copenhagen* 事件先決裁定の判示を踏襲したうえで、職務遂行者のもつ知識・技能によって精神療法士としての職務の具体的内容が異なってくるとした。ここでは「職

¹²⁰ 男女同一賃金指令 1 条 2 項・男女平等統合指令 4 条 2 項が「職務等級制度」へ言及しており、判断対象が職務である旨が一応推測される。しかし、判断要素についての言及はない。

¹²¹ なお、男女同一賃金原則は、前述したように「性差別の撤廃」（男女同一賃金指令 1 条）と定位され、同原則は、間接性差別法理の生成に伴って直接差別のみならず間接差別の禁止も意味することになるが、男女同一賃金原則と直接および間接差別禁止法理との相互関係は後に改めて検討することとし、ここでは、間接性差別の事案も含めて同一（価値）労働の判断方法について分析する。

¹²² Case 129/79, *Macarthy*s [1980] ECR 1275.

¹²³ Case C-400/93, *Royal Copenhagen* [1995] ECR I-1275.

¹²⁴ Case C-309/97, *Wiener Gebietskrankenkasse* [1999] ECR I-2865.

務」を評価対象としつつ、従事する労働者の教育訓練や資格の違いが、職務自体の内容に影響を及ぼすことを考慮している¹²⁵。

また 2001 年 Brunnhofer 事件では、男女銀行員の職務が同一ないし比較可能と言えるかが問題となった。先決裁定は、労働協約において同じ職務カテゴリーに分類されているからといって同一労働ないし同一価値労働とはいえず、仕事の性質、求められる教育訓練、労働条件といった一連の要素を考慮して比較可能な状況にあるか否かを確認することが必要であるとした [paras.43-50]¹²⁶。

このように生成されてきた判例法理の特徴として、以下の点を指摘したい。第 1 は、判断の対象を客観的な職務としていること。第 2 は、職務の価値の判断は、労働の性質、教育訓練、労働条件その他の諸要素を考慮して行うべきとしていること。第 3 は、職務が同一ないし同一価値であることを、「比較可能な状態にある」か否かを判断する要素として位置づけていること。第 4 に、同一労働についても同一価値労働についても、その成否に関して、同じ判断要素および基準を用いることである。

先決裁定は、これらについて、その理由を述べていない。しかし、まず、第 1 と第 2 の点についていえば、ILO100 号条約やカナダやアメリカでの男女同一価値労働同一賃金原則に関する解釈など¹²⁷、差別や恣意が入り込みやすい属人的要素を賃金決定から排して職務の客観評価を追求しようとしてきた国際的な蓄積を、EU 法にも導入したものと思われる。ただし、欧州司法裁判所が示した判断要素は、「一連の要素を考慮して」との判示や、1999 年 Wiener Gebietskrankenkasse 先決裁定が職務内容に属人的要素が影響している場合にはそれも考慮するなど、必ずしも限定的ではなく、事案に応じて要素を決定しうるものとなっている。

第 3 の、同一ないし同一価値労働を「比較可能な状態にあること」としている点は、欧州司法裁判所の差別概念の捉え方が、男女同一賃金原則の解釈に反映したものである。すなわち、後述するように、欧州司法裁判所は、1993 年 Roberts 先決裁定を契機として、平等とは「男女が同一の状況にあることを前提」 [para.17] とするものであり、性差別といえるためには、男女が比較可能な状態にあることが必要であると判示するようになった。裁判所は、この性差別に対する理解に基づき、男女同一賃金原則の適用においても、「比較可能性」の徴表として、男女の労働が同一価値であることを位置づけて、その立証を求

¹²⁵ なお、裁判所は、医師と心理学者とは同じく患者の診療活動に従事するが、それぞれの専門訓練によって得た異なる知識と技術を用いていること、また、医師は心理以外の仕事も行うことができることをあげて、両者は異なる職務と義務に雇用されたものであり、比較可能な状況にはないと判示して、差別ではないとした [paras.17-23]。比較可能性との関係で後述する。

¹²⁶ Case C-381/99, Brunnhofer [2001] ECR I-4961. 裁判所は、本件で、「男性（比較対象者）は重要な顧客を担当し、使用者に拘束力のある責任が生じるような職務に従事し、女性（原告）は顧客と接することが少なく、使用者に直接に拘束力のある責任を生じさせる職務には関与できない」と判断して、国内裁判所が、両者が比較可能な職務だったのか否かを判断すべきだ、と判示した。比較可能性との関係で後述する。

¹²⁷ 欧米での展開に関し、[森 2005 : 161-226]。

めたものと考えられる。

第4の点について、実際には同一労働と同一価値労働とを画することは難しく、欧州司法裁判所が両者を区別しないことは現実に即した判断といえよう。また、後述する男女同一賃金原則の論理構造との関係の視点から先取的に言えば、「同一労働」ないし「同一価値労働」は、賃金格差に性差別が存在することを推定するための要件である。つまり「比較する職務が基準となる一定の点で共通していれば、賃金格差が性差別によると推定する」という法的判断である。「同一労働」か「同一価値労働」かで、法理の構造上に違いが生じるわけではない。判断要素が共通なことは、不思議ではなくむしろ当然であって、両者を別にするには特別の理由が必要となると考える。

第3節 形式的平等法理の限界の顕在化と矛盾の拡大

1 他の性との比較をめぐる問題点の顕在化

(1) 比較対象者の要否および選定

第2節で述べたように、欧州司法裁判所は、セックス・ブラインドに「等しいものは等しく」取り扱う形式的平等を法の目的ないし原理として、男女同一賃金原則および直接性差別禁止の規範内容を具体化し、男女別取扱い禁止の徹底を図ってきた。しかし、他方で、これらの法理を実施するに伴って、男女同一取扱いを目的とする形式的平等アプローチの限界にも直面することになった。性差別の立証にあたり問題となったのが、他の性の比較対象者の選定の困難である。男女の同一取扱いを性平等とし男女で異なった処遇を性差別と捉える形式的平等の考え方では、性差別の立証には男女の比較が必須となる。しかし、現実の職場では男女の職域や地位が分離し、同じ職務や地位にある他の性の労働者がいない場合も多い。そこで、男女同一賃金原則違反や性差別を主張する場合に、申立人と同一ないし同一価値労働に従事する実在の労働者を比較対象者とすることが不可欠なのであろうか、それとも、「もし、申立人が他の性であったならば…」という仮想対象者を設定して比較することが許されるのか、が問題となった。欧州司法裁判所は、つぎのように、1980年 *Macarthys* 先決裁定および1988年 *Murphy* 先決裁定において若干の柔軟性は見せつつも、仮想の比較対象者を設定することを否定し、比較対象者の実在を要求した。

まず、1980年 *Macarthys* 先決裁定¹²⁸において、裁判所は、選定されるべき比較対象者は、申立人と同時期に職場にいたことは必要ではなく、過去に存在した労働者であってもよいとした。しかし、その前提として、実在していたことは必要であると判示している [paras.11-16]。このように仮想比較対象者を否定する理由として、同先決裁定は、条約旧119条の直接適用は、実際に遂行された職務との具体的評価に基づき比較できる場合に制限されると述べる [para.15]。前述したとおり、個人が条約を直接の根拠として権利主張する

¹²⁸ Case 129/79, *Macarthys* [1980] ECR 1275. *Macarthys* 事件では、原訴訟の申立人女性の賃金が、4ヶ月前まで同じ倉庫管理の職にあった男性より低かったことが、同原則違反として争われた。

には、規定内容が明確かつ無条件でなければならない¹²⁹。先決裁定は、仮想比較対象者との比較ということになれば、その明確性が担保されないと判断したものである。

その後の 1988 年 Murphy 先決裁定¹³⁰は、申立人女性の職務の価値が比較対象者である男性の職務の価値よりも高いという事案であったが、裁判所は、条約旧 119 条の文言に依拠して、この条文は労働の価値が同一か類似の場合に適用される原則であると述べた。ただし、当該事案のように、申立人女性の労働の価値が比較対象者のそれよりも高いという場合には、男性を比較対象者として男性の低い賃金と同額を認めた [paras.9-12]。

上記 2 件の先決裁定で示された裁判所の見解は、基本的に、実在する同一ないし同一価値労働に従事する比較対象者を要求し、仮想比較対象者を否定する一方で、比較対象者が同時期に実在することまでは要求せず、また、価値の低い職の労働者を低い価値の範囲において比較対象者として用いることまでは容認したものである。

欧州司法裁判所が仮想比較対象者を認めなかったことについて、学説は批判的である。男女の職域や地位に偏りがある現状において、比較対象者を、文字どおりの「同一ないし同一価値」労働を行う「実在」の男性労働者に限定することは、同原則の適用範囲を狭め、差別是正機能を著しく低めることになると批判している¹³¹。

この実在の比較対象者を要求することの困難および不合理性は、性差別においてのみならず、障害・年齢に関する差別ではさらに顕著となる。そこで EU は、2000 年に制定した雇用一般平等待遇枠組み指令（2 条 2 項 a 号）および人種等平等待遇指令（2 条 2 項 a 号 b 号）では、直接および間接差別について「他の者が…取り扱われたであろうよりも(anther...would be treated)」 「不利益とするだろう中立的規定… (neutral provision...would put persons...a particular disadvantage)」と仮定状況を含む表現を用いて定義し、仮想比較対象者との比較を可能とした。その後、男女の賃金平等についても、2002 年改正男女平等待遇指令（2 条 2 項）¹³²および 2006 年男女平等統合指令（2 条 1 項 a 号 b 号）も、直接および間接差別の定義において、上記 2000 年の両指令と同様の表現を導入して、両指令と統一を図る形で仮想比較対象者を認めた。この修正によって、上記のような判例法理の問題点は、立法的に一部是正されたが、仮想比較対象者を否定する解釈も主張されており¹³³、また、妊娠出産など比較対象男性が想定しえない分野もあるなど、男女比較を要求する問題点の根本的解消がなされたわけではない。

この比較対象者の選定をめぐる論争は、性平等を男女同一取扱い・性差別を男女の差異

¹²⁹ Case 26/62, Van Gend en Loos [1963] ECR 1 at [para.14] .

¹³⁰ Case 157/86, Murphy [1988] ECR 673. Murphy 事件では、女性工場労働者が、自分の職より価値の低い職に従事する男性店員より低賃金であるのは、男女同一価値労働同一賃金原則に違反すると主張した。

¹³¹ e.g. [Barnard 2012 : 303] [Burrows/Robinson 2007 : 199] .

¹³² 同指令は賃金を対象に含む（3 条 1 項(c)）。

¹³³ たとえば、イギリス政府は、2010 年平等法の制定過程において、仮想比較対象者を否定し、EU 法も比較対象者を認めてはいないという考えを示している。2006 年男女平等統合指令における仮想比較対象者の可否に関する主張の対立について、 [Barnard 2012 : 303] 参照。

と捉えて男女の比較を問題とすること自体に対する疑義や批判へと展開されていく。後に改めて検討する。

(2) レベルダウンによる差別の「是正」

形式的平等法理によるもう一つの問題点が、レベルダウンによる同一化による是正をめぐり顕在化した。男女の処遇上の差異を性差別と捉えるとすると、では、性差別の是正方法として、高いほうの処遇をレベルダウンして低い処遇にあわせ、それにより男女同一取扱いを図ることが許されるのだろうか。

このレベルダウンに対する欧州司法裁判所の見解は、必ずしも一貫していない。1976年 *Defrenne II* 先決裁定では、航空会社の客室乗務員の男女賃金格差が問題となった。裁判所は、条約旧 119 条が、経済的と社会的との二重の目的を有し、また、社会政策の章に規定されていることを指摘したうえで、同条は「労働条件の向上を持続させつつ、その調和をめざすものであって、最も低い賃金の引き上げ以外の他の方法によっても同条の趣旨は守られるという抗弁は容認できない」[para.15]と判示して、レベルダウンによる是正を否定した。また、1991年 *Nimz* 先決裁定¹³⁴も、パートタイム労働者にフルタイム労働者より不利益な昇給制度を規定した労働協約が間接性差別とされた事案において、被差別労働者に適用されていた制度は不適用(*set aside*)となり、他の労働者の制度のみが有効な制度になるのであって、被差別労働者には他の労働者と同様の昇給制度を適用しなければならない [para.20] 旨を判示して、レベルダウンによる是正を否定した¹³⁵。

他方で、1994年 *Smith* 先決裁定¹³⁶は、性差別定年制の是正に伴い職域年金額受給開始年齢の男女格差も是正して一本化（いずれも男性と同一化）したために、職域年金受給で不利益を受けた女性が訴えた事案について、「条約 119 条は、従前は優遇されていた者の利益を減少することによる平等取扱いの達成を禁止 (*preclude*) していない。119 条は、男女同一労働同一賃金を要求しているのみであり、賃金が特定のレベルにあることは全く強制していない」 [para.21] として、レベルダウンによる男女同一化を肯定した。

確かに、法の目的を「男女の同一取扱い（形式的平等）」と捉えるならば、1994年 *Smith* 先決裁定の論理が導かれる（但し、是正による不利益化が契約上許されるか否かは別途議論になろう）。しかし、1976年 *Defrenne II* 先決裁定が述べているように、EU 性差別禁止法の目的ないし目ざす性平等は、男女を同一に取り扱うという手続的公正以上の目的ないし価値の実現を含んだ法概念であり、レベルダウンにより男女同一取扱いとしたのでは多くの場合に達成しえなくなる。このレベルダウンによる差別是正に対しては、学説は、男女

¹³⁴ Case C-184/89, *Nimz* [1991] ECR I-297.

¹³⁵ 同結論を導くにあたり、先決裁定は、1976年 *Defrenne II* 先決裁定や1990年 *Kowalska* 先決裁定 (Case C-33/89, [1990] ECR I-2591) が不利益をうけた労働者に対して、通常労働者に適用される賃金協約規定のみが有効として適用したこと、1978年 *Simmenthal* 先決裁定 (Case 106/77, [1978] ECR 629) が、必要な場合には共同体法に抵触する国内法は立法改正を待たずに不適用とされるべきとしたことを引用し、国内裁判所は共同体法の規定に完全な実効性を付与するという義務を負っている旨 [paras.17-20]、を指摘する。

¹³⁶ Case C-408/92, *Smith* [1994] ECR I-4435.

同一取扱い（形式的平等）を性平等と捉えることの欠陥の一つとして、強く批判している¹³⁷。

2 矛盾の拡大 ～性差別の前提要件としての「比較可能性」審査～

(1) 背景事情

前述したように、欧州司法裁判所は、雇用における男女同一取扱いを徹底する立場から、明文以外の適用除外ないし例外を否定した。しかし、この厳格な対応は、明文にはないが男女別取扱いが正当性をもちうる事案を解決するにあたって困難を招くことになった。その一つの領域が、社会保障における男女平等実現領域である。社会保障に関する社会保障男女平等指令は、雇用領域とは異なり、即時ではなく漸進的な男女平等実現を目標とし（同1条）、性差別禁止を原則としつつも（同4条）、当面の間、構成国は公的年齢・退職年金の開始年齢および派生給付を指令の適用除外としうる（同7条1項）とした。この結果、構成国では公的年金受給開始年齢の男女別制度が継続し、それに関連して企業の年金や退職の年齢要件でも男女差を設ける事案が生じて、それらに対する性差別訴訟が次々と提起されたのである。

欧州司法裁判所は、この雇用における男女別取扱い禁止の徹底と社会保障領域における当面の男女別許容との衝突について、1982年 *Burton* 先決裁定¹³⁸では、剰員手当における男女支給開始年齢（女性 50 才・男性 60 才以上）を社会保障男女平等指令 7 条 1 項の適用除外に当たり違法ではない [paras.15-16] として、社会保障男女平等指令の適用除外の解釈により解決した。しかし、その後の 1986 年 *Marshall* 先決裁定¹³⁹で、上記判断を事実上変更し、社会保障男女平等指令 7 条が適用除外可とする派生給付は公的社会保障給付のみと厳格に解釈し [para.36]、公的年金受給開始年齢（男女別）の到達を理由とする解雇は男女平等待遇指令違反の（直接）性差別である旨を判示した [paras.37-38]。これにより、社会保障男女平等指令 7 条の解釈による解決の途が閉ざされると、欧州司法裁判所は、その解決を、1993 年 *Roberts* 先決裁定¹⁴⁰を契機として、以下に述べるように、性差別の前提として男女が比較可能性な状態にあることを条件とすることで、すなわち「等しいものは等しく」という形式的平等の考え方をさらに推し進めて、正当性審査のかわりに、そもそも「差別」としての前提条件を満たしているのかという入口審査をすることで解決を図った。しかし、これは、男女同一取扱い（形式的平等）と性平等の実現との矛盾をより拡大するものとなり、現在まで続く問題点となっていく。

(2) 1993 年 *Roberts* 先決裁定とその後の判例法理の展開

同事件では、公的年金の支給開始が女性 60 才・男性 65 才であることを考慮して、企業

¹³⁷ See [Fredman 2011a : 168] [Barnard 2012 : 290] .

¹³⁸ Case 19/81, *Burton* [1982] ECR 5. 同事案は、意退職へのアクセスという賃金ではない労働条件に関わるものであり、条約旧 119 条や 1975 年男女同一賃金指令ではなく 1976 年男女平等待遇指令の対象とした [para.8]。また、同年金自体の取扱いは性中立であると述べる [para.15]。

¹³⁹ Case 152/84, *Marshall* [1986] ECR 723.

¹⁴⁰ Case C-132/92, *Roberts* [1993] ECR I-5579.

年金の額を 60 才から 65 才まで女性を男性よりも低くしたことが、女性差別であるか否かが争われた。同事件の Van Gerven 法務官は、明文規定以外の事由であっても、直接性差別を正当化しうるか否かの問題として捉えるべきとの意見を提出したが、採用されなかった。

先決裁定は、「EEC 条約 119 条の平等待遇原則は、EU 法の一般原則である非差別原則が特別な形態として具体化されたものであり、適用される男女が同一の状況にあることを前提」 [para.17] とするとし、男女平等待遇原則の前提条件に関する一般論を展開した。そして、具体的に、本件の企業年金事案に関して、それが「経済的資源の補完である場合には、男女は同一状況とみることはできない」 [para.18] 「60-65 才の場合、女性は男性と異なり年金受給を開始するのであり、もはや比較可能とはいえない。この客観的前提の相異により、橋渡年金総額が必然的に男女で異なるものとなるが、差別ではない」 [para.20]) とし、早期退職年金について男女は比較可能な状態にないと判示し、男女別取扱いがあっても性差別ではないと結論している。

確かに、欧州司法裁判所は、この 1993 年 Roberts 先決裁定以前にも、抽象的には男女が比較可能な状況にあることが差別の前提である旨を述べているが¹⁴¹、本先決裁定までは、具体的に差別の前提として比較可能性の有無を審査することはなかったのであった。

その後の男女別公的年金制度に関連した同種事案では、判例は上記 Roberts 先決裁定を踏襲して比較可能性を平等の前提要件とする方向で定着し、そもそも性差別か否かという入口段階での比較可能性審査により、EU 法違反か否かが判断されている。2001 年 Mouflin 先決裁定¹⁴²では、配偶者介護理由退職時の職域年金即時受給を女性のみ認める構成国法が性差別か否か争われ、裁判所は、配偶者介護のため働けない状況に男女の区別はないとして EC 条約 119 条違反の性差別だとした。他方、2004 年 Holzek 先決裁定¹⁴³では、早期離職者に対する橋渡し企業年金を女性 50 才・男性 55 才以上に支給する制度が争われ、裁判所は、解雇による長期失業の不利益緩和制度であり、解雇時 50-54 才の男女は失業の危険に関して同一の状況にないとして、性差別には当たらないとした [paras.44-49]。

現在の主な争点は、比較可能性の有無（比較可能性テスト）の判断へと移行している。近時の 2010 年 Kleist 先決裁定¹⁴⁴では、若年者雇用促進のために公的年金受給権得者の解雇を認める構成国法に関して、裁判所は、男女別取扱いにあたることとして [paras.29-31]、60-65 才の男女が比較可能か否かを「異なった取扱い生じるルール」の観点から考慮し、「雇用終了の条件に関する限り男女は同一の状況にあ」り、本件構成国法は直接性差別にあると判示した [paras.33-38]。そして、その直接性差別が正当化されるか否かを論じ、改正男女平等待遇指令は直接差別に明文以外の例外を認めていないとして正当化を否

¹⁴¹ 1978 年 Defrenne III 先決裁定 [paras.19-23]。西原博史は、この点に関して、1994 年 Roberts 先決裁定までは「男女同一取扱原則の適用領域において比較可能性基準に決定的な意味が与えられていな」かった根拠となる旨を指摘し、男女同一取扱原則適用領域では、男女は比較可能性を有することが基礎的に規範決定されてきたとの見解を示す [西原 2003 : 104-105]。

¹⁴² Case C-206/00, Mouflin [2001] ECR I-10201.

¹⁴³ Case C-19/02, Hlozek [2004] ECR I-11491.

¹⁴⁴ Case C-356/09, Kleist [2010] ECR I-11939

定して、上記構成国法を改正男女平等待遇指令違反としている〔paras.41-43〕。

(3) 入口段階における比較可能性審査の他領域への波及

以上のように、1993年Roberts先決裁定を契機とした入口段階での比較可能性審査導入は、公的年金に関する男女別取扱いの許容というEU法が抱えた問題点を、性平等原則の例外を厳格に限定しつつ妥当な解決を図るという役割を有していた。いいかえれば、社会保障領域での性差別禁止の不徹底と雇用上の性平等処遇原則との衝突に対する解決策として、考える法的対応として、明文にない雇用上の直接性差別禁止の例外や正当化を認めるという方途がありうるが、欧州司法裁判所はこれを回避して、その代わりに、差別の前提要件としての比較可能性審査を用いたものといえよう。

ただし、判例は、比較可能性審査を用いるにあたり、男女別異取扱いを行う制度や法の目的を考慮すると述べるのみで、その判断要素や基準を明確にしてはいない。実際の先決裁定の傾向としては、男女別処遇の目的が橋渡年金など経済的補償にある場合には、公的年金受給による経済状況の違いに着目して比較可能性を否定して差別ではないとし、解雇など経済面を超えた不利益が生じる場合には、男女同一の不利益状況にあるとして比較可能性を肯定して、男女別取扱いがあれば明文の例外に該当しない限り、EU法違反の性差別としている。しかし、その審査内容には、判断の要素や基準が不明確なことが相まって、たとえば、上記の2004年Holzek先決裁定が50-54才の男女では長期失業の可能性が異なると判示するなど、ステレオタイプな一般化や曖昧な理由づけなどの疑問ある判断が散見される。

このように比較可能性を差別成立の前提とする考え方は、当初は、直接性平等の例外規定の厳格解釈を特殊事案でも維持するうえでの法的対応として、特殊・限定的な導入であった。しかし、やがて、妊娠・出産という女性固有の現象に伴う、別の意味で特殊な性差別事案でも適用されるようになり、さらに、2000年代に入ると、直接性差別のみならず、間接性差別を含む性差別事案一般へと波及していく。これらの展開については、それぞれの章で比較可能性審査の波及経過および、そこにみられる欧州司法裁判所の平等・差別論を分析していきたい。

第4節 性平等・性差別概念および法的枠組の問い直し

1 形式的平等と職場の現実との乖離

性平等を男女同一取扱いと捉えて男女別取扱いを性差別として禁止する、形式的平等アプローチは、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性をもつ。EU性差別禁止法の第一の特徴は、男女同一取扱いを旨として男女別取扱いの禁止を徹底するという点にあり、構成諸国は、EU法を強力な法的推進力として、1970年代半ば以降、男女別の賃金制度や昇進・昇格上の取扱い、特定の職種からの女性の一般的排除などを是正していった。

この形式的平等アプローチは、「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」扱うという形式的平等を理念ないし目的とするものであり、恣意を排した一貫した取扱いを要求する。平等が社会道徳から法規範へと発展したのは18世紀啓蒙期であるが、ここで生まれた形式的平等規範は、近代人権思想の発達の下、封建的身分制を否定して、法の前での平等を普遍的に保障することを目的としてきた¹⁴⁵。EU法や多くの法体系において、差別に関する法は、まず、性や人種など個人の生来的属性による別異取扱いを差別として禁止して、性や人種を考慮せずに(sex/race-blind)「等しいものを等しく」取扱うという、この形式的平等を法規範として確立したのである。

この形式的平等の正統性を支えたのが、リベラリズムの自律・個人主義・国家の中立性、すなわち、社会秩序は身分ではなく契約と個人の自由な選択により維持されなければならない、国家は各人の自律的な判断に介入せず中立を維持するという基本原理である¹⁴⁶。つまり、性や人種にブラインドな同一取扱いは、個人の自由な選択を性や人種を理由に妨げることがないということを意味する。リベラルな個人主義からは、人は属する集団に関係なく個人として評価されることが求められるのであって、ステレオタイプな見方は禁じられ、性や人種による別異取扱いは許されない。さらに、別異取扱いを禁止して一貫した取扱いをすることは、国家の中立性にも合致するものであった。

EU性差別禁止法との関係でも、形式的平等は、その欧州単一市場における公正経済競争ルールの確立という経済的目的に適合的かつ必須のルールであった。Helen Fenwickらは、この点について、形式的平等は、市場が恣意的で非効率なやり方で歪められることを防止し、使用者の個人的な偏見が市場に入り込むことを禁止して、個人の能力(merit)に基づく競争を促進させる役割を果たすと指摘している¹⁴⁷。

他方、「等しいものを等しく、等しからざるものを等しからざるように」というアリストテレスの同格言を所与のものとして現代の平等論に用いることに対しては、厳しい批判が加えられている。形式的平等では、何を「等しい」とみるかという価値判断を含むことが隠蔽されていることや、奴隷や女性・外国人は「等しからざる」者とされ、「等しからざる」とされた者への別異取扱い・既存のヒエラルキーを継続させるなどの指摘である¹⁴⁸。

そして、EU法においては、すでに検討した通り、形式的平等を理念ないし目的として男女同一取扱いが徹底されていくなかで、比較対象者の不存在などその訴訟上の限界が顕在化していった。何よりも問題となったのは、現実の職場において、男女格差が解消されずに逆に拡大・再生産されていったことである。男女同一取扱いが徹底されても、パートタ

¹⁴⁵ [阿部他 1984 : 10-19]。[Fredman 2011 : 4-5]は、商業資本主義の発展と封建社会の崩壊により平等概念が生まれ、それは、経済的には自由市場において自由な個人が取引を追求する自由を、政治的には君主から国会が権力を奪ったことを指摘する。See also [Barrett 2003 : 117-121]。他方で、

¹⁴⁶ See [Fredman 1997 : 1-17] ; [Bamforth 2008 : 194-195] .

¹⁴⁷ [Fenwick/Hervey 1995 : 445]。FenwickやHerveyは、本文で述べた形式的平等の利点を指摘しつつ、異なった状況にある者を対象外にする等々の問題点を指摘し、実質的平等を提起する。See also [Deakin/Morris 2009 : 524-525] [Barnard 2012 : 289-290] .

¹⁴⁸ e.g. [Barrett 2003 : 119] [Schiek 2007 : 26-27] [Freedman 2011a : 4-5] 。

イム労働や伝統的に女性労働者が多くを占める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・昇進や昇格の遅れ、また、教育訓練や家族的責任上のハンディなどが性平等の実現を阻んでいた。次第に、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り、逆に、性差別が拡大そして深化することが共通認識となり課題となっていった。

2 学説からの形式的平等アプローチに対する批判

EUでは、1980年代末以降、学説は、性差別是正の遅れと性差別の拡大という現実には法が有効に機能しえていないことに対して、2つの方向から、従来の法理論を批判し、性差別禁止に関する法規範および法枠組みの再考を提起していった¹⁴⁹。

一つは、従来の法の「性平等」および「性差別」の捉え方、すなわち、「法が何を性平等として実現しようとし、何を性差別として撤廃するのか」についての抜本的問い直しである。「等しいものを等しく、等しからざるものを等しからざるように（扱う）」という形式的平等に対して、これらの学説は、以下の3点にわたり、問題点を指摘した。第1に、性差別を男女の比較という視点のみでとらえることは、比較対象者が存在しない事案を性差別禁止法の規制領域から排除し、かつ、レベルダウンによる解決を認めるなどの結果をもたらし、さらに、結局は、比較可能な個人を等しく扱うという手続上の公正のみの追求に終わることになり、労働市場における男女間のヒエラルキーの是正には踏み込めないという問題をもつ。第2に、形式的平等は実質的には男性規範への同化を求めるものであり、家族的責任を負担し男性なみには働けない多くの女性たちにとっては、平等を事実上否定することになりかねず、このような男性という支配集団の規範への同化要求は、他の集団のアイデンティティや多様性を否定することに通じるという問題をもつ。第3に、形式平等の考え方は、性差別を個人の偏見やステレオタイプな見方に基づく行動としてのみ扱っており、性差別が、社会経済構造のなかに公私両域の性別役割分業を組み込んでシステムティックに生じる、制度的構造的な差別であるという本質を捉えていないという問題点をもつ。

これらの学説は、法は、形式的平等 (formal equality) を超える、実質的平等 (substantive equality) の実現を追求するアプローチをとるべきであり、そのためには、性差別について、社会構造との関係で発生原因を理解してその本質を問い直し、それに対抗しうる法理が求められると主張する¹⁵⁰。そのため、判例による間接性差別禁止法理や妊娠・出産差別法理の生成を積極的に支持し、それらの法理を支える論理を補強する機能を果たすのである。ただし、これらの学説においても、「実質的平等」が何を意味しているかは、それほど明

¹⁴⁹ 1990年代初期における学説からの批判として、たとえば、[Prechal / Noreen Burrows 1990 : 1-23] [Hepple/ Szyszczak 1992] [Fredman 1992 : 119-134]。その後の論文は多数あるが、さしあたり、[Fencwick/Hervey 1995] [Barnard/Hepple 1999] [Fredman 2000b] [Fredman 2011a : 1-25] [Barrett 2003] [Barnard 2012 : 289-295]。

¹⁵⁰ e.g. [Fredman 1995 : 283-411, 2002 : 1-26] [French/ Hervey 1995] [Hepple 1997] [Schiek 2002a]

確にはされておらず、論者によって主張は様々でもある。

上記の学説による実質的平等アプローチの提起は、同時に、もう一つの方向からの男女同一取扱アプローチ批判、すなわち、性差別の法的是正が、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の問題点も厳しく指摘するものであった。従来の方法は個人に過大な負担がかかるために、被害者の多くが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、学説は、個別被害の事後救済に加えて、より積極的に、また被差別集団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措置の必要を主張したのである。

こうした研究者らによる問題提起は、フェミニズムや反人種差別主義からの影響を受けたものであるが¹⁵¹、同時に、EUを構成する諸国において、社会民主主義政権や福祉国家政策の下、差別を社会経済的な仕組みのなかで捉えて改革が進められてきたという、EUにおける歴史的・思想的背景からの影響も少なくなかったと思われる。

学説によるこうした批判と問題提起がなされている状況下で、欧州司法裁判所は、形式的平等を基礎とする考え方を基本としつつも、形式的平等の限界に対する現実的対応として、間接性差別禁止法理や妊娠・出産差別法理など男女同一取扱いを超える規範内容をもつ判例法理を生成し、実質的平等アプローチを導入する動きを示すようになった。また、ドイツや北欧諸国でのポジティブ・アクション（一方の性に対する優遇ないし特別措置）の取り組みは、欧州司法裁判所に対して、伝統的な消極的な差別禁止にとどまらない、積極的な差別是正および平等実現のための法的措置とは如何にあるべきかを、その法的許容範囲の画定という角度から問うことになった。

以下においては、1980年代後半以降にEU法において大きな進展をみせた、形式的平等法理の限界を超える内容をもつ、実質的平等アプローチを導入した法理の生成および展開について検討する。第3章から第5章では、その代表的なものとして、間接性差別禁止法理（第3章）、妊娠・出産差別法理（第4章）、ポジティブ・アクションに関する法理（第5章）をそれぞれ取り上げて、その生成過程をたどりながら規範内容の生成やそれを支える論理の構築について検討していきたい。

¹⁵¹ EUの学説による形式的平等に対する批判が高まった背景には、1980年代後半から1990年代以降の近接研究分野における差別の本質に関する考察の進展—第2派フェミニズムによる性差別を男女の「差異」ではなく「支配と従属」「男女の権力関係」とみる考え方、アメリカ憲法学における人種差別を「特定集団の従属化ないし劣位化」とみる考え方、多文化主義による多様性の尊重を基礎とした平等の考え方などの進展—、ならびに、それらの考え方の国連女性差別撤廃条約や人種差別撤廃条約への導入がある。〔黒岩 2012：60-68〕参照。

第3章 間接性差別禁止法理の生成および展開 ～ 性差別として禁止する類型（性差別概念）の拡大 I ～

問題の所在

前章でみたように、1980年以降、EUでは、男女同一取扱アプローチの有効性に対する批判が拡大し、克服すべき新たな法理が求められるようになった。たしかに現代社会においては、たとえば、正社員より非正社員を低く処遇する人事制度が男女賃金格差の主要因の一つとなっているように、男女別取扱いだけでなく、外形的には性中立的な制度にもメスを入れないかぎり、構造的に生じている性差別に対応することは難しい。差別形態も時代によって変化しているのである。

そうした形式的平等法理の限界を克服する法理の一つとして、判例により生成されてきたのが間接性差別禁止法理である。同法理は、アメリカ連邦最高裁 1971年 Griggs 判決¹⁵²による差別的効果法理を起源とする。Griggs 事件は、人種差別の成否が問題となった事案であるが、アメリカ連邦最高裁は、学歴および学力テストという、直接的には人種と無関係な採用基準であっても特定の人種グループに差別的効果を与える場合には差別となる旨を判示した。この法理は、アメリカでは差別的効果法理（disparate impact）と呼ばれ、イギリスへと 1975年イギリス性差別禁止法¹⁵³の立法準備過程におけるアメリカ調査を通じて伝えられ、同法第1条1項(b)に、間接性差別の禁止が世界で最初に成文で規定された¹⁵⁴。そして、それがEU法に波及し、1976年男女平等待遇指令に「…直接的にせよ間接的にせよ性に基づく差別 一特に、婚姻もしくは家族的地位に関連づけたもの一が生じてはならない…」(2条1項)と間接差別を禁止する文言が規定された¹⁵⁵。

とはいえ、1976年男女平等待遇指令では、間接差別の定義は規定されていなかった。同指令に関する提案時の説明では、男女平等を実現するうえで「多くの女性の職業キャリア発展が、結婚と母親であることにより決定的に影響を受けている」という問題が強調され、その法的対応としてこの指令2条1項が規定される、と述べられている¹⁵⁶。結婚や母親という、女性を明示した基準ではないが女性と同義の基準による女性への不利益取り扱いを問題としており、ここから推測するに、立法提案者は、間接差別として、性中立的規定に隠れた／隠された男女別処遇・直接差別を専ら念頭に置いていたと思われる。条文が前記のように「…直接的にせよ間接的にせよ性別に基づく差別」と直接差別と間接差別とを一括りにして扱い、特段に間接差別を定義しなかったのも、両者を区別して認識していなかったことを示すものであろう。しかし、間接差別の禁止は、隠された直接差別の禁止を超

¹⁵² Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S.424 (1971). この差別的効果法理は、Dothard v. Rawlinson 連邦最高裁判決, 433 U.S.321(1977) により性差別にも適用され、1991年に公民権法第7編703条(k)(1)として成文化されている。[中窪 2010 : 211-219]

¹⁵³ Sex Discrimination Act 1975.

¹⁵⁴ [Lester 1998 : 550-552] [浅倉 1991 : 374] .

¹⁵⁵ [Fredman 2011a : 178-179] .

¹⁵⁶ COM (75) 36 final at 2.

える規範内容をそなえる法理へと発展していくことになる。本章では、1986年 Bilka 先決裁定をリーディングケースとする一連の先決裁定をたどり、そこに内包される間接性差別禁止法理を検討することによって、隠された直接性差別の禁止に止まらない間接性差別禁止法理の規範内容の生成の足跡をたどることにしたい¹⁵⁷。

第1節 間接性差別禁止法理の生成

1 1986年 Bilka 先決裁定を契機とする法理の基本構造の生成

(1) 1981年 Jenkins 先決裁定から1986年 Bilka 先決裁定へ

欧州司法裁判所は、1981年 Jenkins 先決裁定¹⁵⁸において、性中立的基準により生じる男女不均衡な結果に着目して性差別の成否を判断するという、間接差別法理の端緒となる判断を示した。本件は、同じ業務に従事するパートタイム労働者とフルタイム労働者との時間あたり賃金の格差が性差別か否か問題となったものである。先決裁定は、フルタイム勤務で働く女性の割合が男性の割合よりも低いことを基礎として、EEC条約旧119条に違反する性差別が成立しうる旨を判示した [para.13]。ただし、先決裁定は「(パートタイム労働者とフルタイム労働者との賃金格差の) 歴史および使用者の意図を考慮し…現実には労働者の性に基づく差別か否かを判断」するとしており [para.14]、この判決を、女性差別意図を有し、かつ、性中立的な基準を偽装のために用いた事案のみを性差別と認めたものとして理解する余地が残されたものであった。

これに対して、その5年後に出された1986年 Bilka 先決裁定¹⁵⁹は、使用者の差別意図には言及せず、パートタイム労働者の職域年金からの除外が「男性よりも遙かに多数の女性に対し影響を与えるとき」には、「企業によって、その排除が性を理由とするどのような差別とも関係のない要因により客観的に正当化されることが立証されない限り」性差別が成立する旨の判示を行った [paras.29-31]。すなわち、性差別意図の立証がなくても、性中立的基準が性差別的効果を有するときには性差別が成立する旨が示されたと理解する

¹⁵⁷ なお、欧州司法裁判所は、既に1970年代から、1972年 Sabbatini 判決 (Case 20/71, [1972] ECR 345) や同年 Chollet 判決 (Case 32/71, [1972] ECR 363)、1974年 Sotgiu 先決裁定 (Case 152/73, [1974] ECR 153) や1979年 Toia 先決裁定 (Case 237/78, [1979] ECR 2645) などにおいて、外形上は性や国籍に中立的な制度が差別的に働く場合のあることを認め、それらの制度を性差別あるいは国籍差別であると判断していた (Sabbatini, Chollet 両事件では、海外駐在手当の海外駐在手当の支給で世帯主 head of house を要件とすることが性差別として、Sotgiu, Toia 両事件では、別居手当の支給で家族の国内居住を要件とすることが国籍差別として違法とされた)。ただし、この段階の先決裁定は、性中立的な制度の差別性を認めるのに差別意図があることを一応前提としており、先決裁定は「間接差別」の文言が用いてはいるが、実際は性や国籍に基づく取扱いであるにもかかわらず表面上は性や国籍に中立的な形を装った、「隠された形態での差別」「偽装された差別」に止まっていた。なお、1976年 Defrenne II 先決裁定 [paras.18-19] でも「間接(indirect)差別」という語を用いているが、同様に隠れた直接差別の意である。とはいえ当時も、実際には差別的効果から差別を推定して、事実上、差別意図は問題とされていなかった。

¹⁵⁸ Case 96/80, Jenkins [1981] ECR 911.

¹⁵⁹ Case 170/84, Bilka [1986] ECR 1607.

ことができる¹⁶⁰。この点は、前記 **Jenkins** 先決裁定では曖昧であった。すでに **Jenkins** 事件においても、**Warner** 法務官からは差別的意図の立証は必要ではないとの意見が提出されていたのであるが、欧州司法裁判所は、この **Bilka** 先決裁定によって、差別意図の立証を必要とせず差別の成立を認める法理を確立したといえよう。さらに、**Bilka** 先決裁定は、当該性中立的基準による差別的効果が正当化されるか否かという論点に関しても、その判断権限は国内裁判所にあるとしつつ、比例性審査による判断枠組みを提示した。すなわち、当該手段が「事業の側の真の必要に一致し、追及する目的を達成するために適切で、かつ、その目的のために必要な場合」には、差別的効果が生じたとして 119 条違反というには十分ではない [para.36] と述べて、目的と手段の均衡性により正当化を審査する旨の判示をしたのである。

Bilka 先決裁定以降、欧州司法裁判所は、間接性差別では差別的意図の立証を要件とせず、その代わりに、一方の性に対する差別的効果の立証によって差別の成立を認めるという判断をするようになった。では、間接性差別の成立に差別的意図の立証を不要としたことは、同法理の法的位置づけとの関係では、どのような意味を持つのであろうか。

この点については、二通りの見方が可能であろう。一つは、**Bilka** 先決裁定は使用者の差別的意図の立証を不要としたが、法理論的には、それは性差別的効果が立証された場合には性を基準として異なった取扱いがあったと推定するという立証責任の軽減なのだ、という立証責任軽減説である。言い換えれば、**Bilka** 先決裁定は、男女同一賃金原則ないし直接性差別禁止を立証面から補完する法理を示したとの見方である¹⁶¹。もう一つは、**Bilka** 先決裁定によって、立証責任の軽減という意味を超えた法理、すなわち、一方の性に対し不利

¹⁶⁰ **Bilka** 事件を担当した **Darmon** 法務官は、**Jenkins** 先決裁定は差別意図がある場合のみを 119 条違反とした先決裁定であるとの見解を示し、本件の職域年金制度は、現実には女性労働者の権利を減少させることが目的であったので 119 条に違反するという旨の意見を提出していた[法務官意見 paras.12-14]。しかし、**Bilka** 先決裁定はその論理構成は採用しなかった [西原 2003 : 143] 参照。

¹⁶¹ なお、同先決裁定は「職域年金制度からのパートタイム労働者の除外は、女性がフルタイムで働くときに直面する困難を考慮すれば…」 [para.29] と述べており、多くの女性が家庭責任ゆえに短時間労働に就いている実情を踏まえ、年金からのパートタイム労働者の排除は女性を排除するためのものと判断して性差別とした可能性も否定はできない。そして、先決裁定は、「EC 条約旧 119 条は、使用者に対して、家族的責任を有する者が直面する特別の困難を考慮して職域年金制度を作るよう求める効力はない」としており [para.43]、条約旧 119 条は使用者に対し差別的効果を有する規定等の排除義務までを規定したものではないとする。さらに、正当化に関して「その手段（企業年金からの排除）が性を理由とする如何なる差別をも排除した要因によって説明できない場合は、EEC 条約 119 条違反となる」 [para.29] と述べている部分は、正当化を性差別か否かの検討過程ととらえていると理解することも可能である。

このように、確かに、**Bilka** 先決裁定は、**Jenkins** 先決裁定同様に、隠れた直接性差別を禁止したに止まり形式的平等法理の範疇内の判断であると解釈することも可能ではある。また、実際に、間接性差別法理は「隠れた直接差別」をも適用範囲に含む。また、理論が曖昧ないし混乱している部分もある。しかし、以後の先決裁定は、**Bilka** 先決裁定をリーディングケースとして、構成国の社会政策立法など性差別意図自体は全くない性中立的制度も含めて、性差別的効果ゆえに EU 法に反する性差別と判断していく。その意味で、**Bilka** 先決裁定は、客観的にみて、直接性差別禁止を超える内容をもつ法理を生成したといえると考えられる。

益な影響を与えること自体が両性の平等の実現に対する障害であって、性を基準とした処遇でなくとも性差別的効果を生じる処遇を広く差別としてとらえ禁止する法理（正当化されれば差別とならない）が示された、と位置づける性差別概念拡大説¹⁶²、言い換えれば、差別概念そのものを拡大した法理が生成されたと捉える見方である。

この両者の違いは、EU 法上の間接性差別禁止法理の法的位置づけ（法理の論拠および法的性格）に関する理解の違いであるとともに、具体的な法解釈においても、どのような場合に正当化が認められるかに関して違いが生じる。すなわち、間接性差別禁止法理を男女同一賃金原則ないし直接性差別禁止についての立証責任を軽減するルールであると捉えると、使用者は「性を基準とした処遇ではない」ことを反証して性差別を否定することができる。正当化の審査はそのことを、すなわち「性とは関係のない理由による処遇である」という主張が真実か否かを、とられた手段がその主張されている処遇の理由にとって適切かつ必要なものであるか否かという視点から判断する過程となる。これに対し、同法理を性差別的効果をもたらす処遇を広く差別として禁止する法理と捉えれば、単に「性を基準とした取り扱いではない」ことを反証したのみでは正当化は認められない。正当化は、性差別禁止法理の本質的制約に該当するか（男女の生物学的相異ゆえの除外）ないし他の法益との調整のために差別禁止を抑制すべきか否かを、その目的の正当性および手段の適切性と必要性から判断する過程となる。

ここでは問題提起にとどめ、後に改めて、間接性差別禁止法理の体系上の位置づけについて考察する。

（２） 一連の先決裁定による間接差別法理の明確化

上記 1986 年 *Bilka* 先決裁定に続く一連の先決裁定により、間接性差別では差別意図の立証が不要であることがより鮮明に示され、また、立証責任も具体化されて、間接性差別禁止法理の枠組みがより明確化されていった。すなわち、1989 年 *Rinner-Kühn* 先決裁定¹⁶³は、差別意図に言及することなく、純粹に女性への不利益な影響のみに依拠して性差別的効果を認めた。これは *Bilka* 先決裁定が、性中立的な制度から生じた男女不均衡な結果に加えて、女性が家族的責任ゆえにフルタイムでは働きにくい旨にも言及したうえで性差別的効果を認定していたことに比して、性差別的な結果に専ら依拠したものであり、差別的意図の存否を要件としない法理の枠組みが、より鮮明に示されている。また、立証責任の点でも、1989 年 *Danfoss* 先決裁定¹⁶⁴を経て 1993 年 *Enderby* 先決裁定¹⁶⁵において、差別を主張する申

¹⁶² *Bilka* 先決裁定の判示事項(1)は、男性より遙かに多くの数の女性が職域年金から排除されている事実のみから 119 条違反の推定を導いている。これは、差別という概念を男か女かを基準とした処遇の禁止（直接性差別禁止）のみでなく「一方の性に不利益を与える場合」をも含むものとしたと解釈することが可能であろう。また、先決裁定は、正当化について、選択された手段が、企業の真の必要、目的を達成するために適切かつ必要と、並列的に述べている [para.36]。企業活動の利益と性平等とを比較衡量し差別禁止を認めるべきか否かを判断したものと解釈できよう。

¹⁶³ Case 171/88, *Rinner-Kühn* [1989] ECR 2743.

¹⁶⁴ Case 109/88, *Danfoss* [1989] ECR 3199.

立人労働者が差別的効果の存在を立証すれば、差別であるとの一応の推定(*prima facie case*)が成立して立証責任が被申立人に転換し、被申立人により当該格差が客観的に正当化されることが立証されない限り、EC 条約 119 条違反になる旨が判示された。

この時期に法理として確立した間接性差別禁止法理の基本構造は、各先決裁定で表現に多少の幅はあるものの次のように整理できる。すなわち、(a) 外形上は性中立的な規定や取り扱いが、(b) 一方の性に対しかなり高い割合で不利益を与える場合には、(c) それ客観的にみて正当化されるとの反証が成功しないかぎり、間接性差別として違法となる。また、客観的に正当化されるか否かは、比例性審査により、当該の性中立的な規定や取り扱いなどを設定した目的の正当性と、その目的を達成するために選択された手段の適切性および必要性の観点から判断される。

これは法理の枠組みとして、(b) の性差別的効果に着目し、そこから差別を推定し、それが正当化されるかもの否かの篩をかけたうえで、正当化が認められない場合には法的規制を及ぼすことを基本とするものである。

そして、この 1986 年 *Bilka* 先決裁定以降、構成国の国内裁判所から欧州司法裁判所に対して、間接性差別禁止法理のより具体的な規範内容を問う先決裁定付託されていった。それらを通じて、EU 法における間接性差別禁止法理は、性中立的な諸制度を広く適用対象とするものとして定着するとともにその規範内容が具体化されて、1997 年挙証責任指令による間接差別の定義の成文化へと展開されていく。

2 1980-1990 年代——間接性差別禁止法理の定着と規範内容の具体化

ここでは、*Bilka* 先決裁定以後の間接性差別禁止法理の展開を対象に、まず 1980 年代から 1990 年代の判例法理がどのように具体化していったのかを検討し、そのうえで、それがどのように 1997 年挙証責任指令の内容に反映したのかについて、言及したい。

(1) 法理の適用対象の範囲および性差別的効果について

間接性差別禁止法理の適用対象について、男女平等待遇指令は「…間接的にせよ性別に基づく差別…が生じてはならない」と規定するのみ¹⁶⁶、その適用範囲は裁判所の解釈に委ねられていた¹⁶⁷。判例は、対象が労働契約（1981 年 *Jenkins* 先決裁定、1986 年 *Bilka* 先決

¹⁶⁵ Case C-127/92, *Enderby* [1993] ECR I-5535.

¹⁶⁶ 男女平等待遇指令制定の際の当初の欧州委員会提案は「…性あるいは婚姻上ないし家族的地位に基づく差別…」(同提案 2 条 2 項, OJ C124/3, 1975)としており、間接差別の対象を婚姻上ないし家族的地位に基づく差別に限定していたとも読みうる文言であった。しかし、成立した同指令の条文は、対象を限定しない文言に修正されている。[濱口 2005b : 192-193]。

¹⁶⁷ 法制度によっては、法律の明文ないし判例法理により限定が加えられている場合がある。たとえば、イギリスの性差別禁止法は、1975 年制定時は間接性差別禁止の対象を「要件または条件」に限定し(同法 1 条 1 項 b 号)、かつ、判例上それらが平等処遇を阻害する決定的な障害となっていることを必要としていた[内藤 2000 : 59]。しかし、2005 年雇用平等(性差別禁止)規則により EU 法に合致するように改正された。また、日本の 2006 年均等法改正で新設された間接性差別禁止規定(同法 7 条)は、均等法において禁止される間接性差別の範囲の決定を省令に委任し、省令では募集採用時の身長・体重・体力要件など 3 つのみが規定されている。

裁定)か、労働協約(1990年 Kowalska 先決裁定¹⁶⁸、1991年 Nimz 先決裁定¹⁶⁹、1993年 Enderby 先決裁定、1994年 Helming 先決裁定¹⁷⁰)か、構成国立法(1987年 Teuling 先決裁定¹⁷¹、1989年 Rinner-Kühn 先決裁定、同年 Ruzius-Wilbrink 先決裁定¹⁷²他多数)かを問わず間接性差別禁止法理を適用しており、対象の法的性質を限定をしていない。その理由について、Helming 先決裁定は「…条約 119 条は強行的な性格をもつものであり、立法規定や行政的規定だけでなく、労働協約や個別の労働契約にも適用されなければならない」[para.18]と述べている。

対象事案の種類についても、判例は特段の限定をしていない。この時期の審理事案をみると、パートタイム労働者の処遇や労働保護政策上の不利益取扱い(1986年 Bilka 先決裁定、1991年 Nimz 先決裁定など)、および扶養家族の有無による社会保障上の不利益取扱い(1987年 Teuling 先決裁定、1991年 Com. v Belgium 判決¹⁷³など)の事案が多数を占める。前者は、EUの構成諸国で多くの女性労働者がパートタイム労働者として低条件で就労していたことが¹⁷⁴、後者は、当時の構成国の社会保障が世帯単位の制度をとり世帯主でない女性に不利益が生じていたことが背景となっていた。欧州司法裁判所は、いずれの事案も間接性差別禁止法理の適用対象であるとして、そのうえで正当化の成否を問題とした。

このように間接性差別禁止法理の適用対象には特段の限定は設定されず、その結果、同法理は、性差別的効果を生じさせる制度を広く司法審査の俎上に載せる理論として定着していった。この初期段階においては、実際に争われたのは、上記のようにパートタイム労働者の差別的処遇や扶養家族を有する労働者への優遇措置など、主に、旧来から女性に対する不利益な影響が問題とされていた事案であった¹⁷⁵。しかし、対象が限定されないものとして確立されたことにより、次第に、間接性差別禁止法理は、旧来は間接性差別として問題になっていなかった事案にも対象を拡大していった。たとえば、後に 1999年 Seymour-Smith 先決裁定¹⁷⁶で争われる有期雇用契約を理由とする差別などの、近時になって問題となってきた事案に対しても、性差別の視点から是正機能を発揮することとなる。

¹⁶⁸ Case C-33/89, Kowalska [1990] ECR I-2591.

¹⁶⁹ Case C-184/89, Nimz [1991] ECR I-297.

¹⁷⁰ Case C-399・425/92, C-34・50・78/93, Helmig [1994] ECR I-5727.

¹⁷¹ Case 30/85, Teuling [1987] ECR 2497.

¹⁷² Case C-102/88, Ruzius-Wilbrink [1989] ECR 4311.

¹⁷³ Case C-229/89, Com. v Belgium [1991] ECR I-2205

¹⁷⁴ たとえば、1996年 Lewark 先決裁定 (Case C-457/93, [1993] ECR I-243.) は、ドイツではパートタイム労働者の 93.6%が女性、6.6%が男性であると述べている [para.29]。

¹⁷⁵ 濱口桂一郎は、男女平等待遇指令が草案段階で想定していた間接性差別は婚姻上ないし家族的地位による差別であったとし、それにもかかわらず、パートタイム指令案がイギリスの反対で成立しなかったことに対する司法府による実質的な立法として、間接性差別法理によりパートタイム差別が禁止され、当初の同法理の適用対象の想定を超える展開が生じたと述べる [濱口 2005b : 211]。しかし、少なくとも成立した 1976年男女平等待遇指令では婚姻上ないし家族的地位による差別は例示として規定されており、指令制定時から、それ以外へも間接性差別禁止法理の対象が広がることは想定されていたといえよう。

¹⁷⁶ Case C-167/97, Seymour-Smith [1999] ECR I-623.

また、一方の性に対する不利益な効果（影響）の有無については、1986年 Bilka 先決裁定をはじめとするこの時期の先決裁定は、基本的に、性中立的な規定や基準などを充足する男女を数量的に、いわば統計数値的に比較して判断している。つまり男女の集団的比較であり、これは、別の視点からみると、裁判所は、間接性差別禁止法理を特定グループが受けた集団的な不利益の救済という、個人というよりも集団救済の視点から捉えていたといえよう¹⁷⁷。この点については、2002年の男女平等待遇指令改正とも関連する論点であり改めて検討する。

（２） 正当化の抗弁について～構成国の立法裁量との関係～

1986年 Bilka 先決裁定他により正当化の成否に比例性審査を用いることが確立すると、焦点は、その具体的な適用方法へと移行した。ここでは、2つの点が問題となった。第一点は、構成国の立法裁量を EU 性差別禁止法はどの程度規制しうるのかが、構成国と EU との権限配分という EU 特有の問題に関連して争点となった。第二点は、性差別禁止と他の権利や利益との衝突である。間接性差別として対象となった規定や取扱いの多くは、性差別的意図を有さず、性差別以外の他の権利や利益の実現を目的している。性差別的効果はあるが他の目的を有する規定などを、EU 法違反としうるのか否かが、正当化の成否として問われることになった。後者については、のちの時期と一括して分析することにし、以下、前者の構成国の立法裁量と正当化に関する判例の動向について検討する。

① 合理的限界の基準の導入

初期の先決裁定は、審査対象が構成国立法であっても、比例性審査の枠組みも内容も、私企業の事案と区別をしていない。たとえば、1989年 Rinner-Kühn 先決裁定では、Darmon 法務官からは、構成国法が審査対象の場合には、私企業の事案とは異なり立証責任は転換されず差別を主張する者（労働者）が負う、との意見 [法務官意見 paras.25-26] が提出された。しかし、先決裁定は、構成国が正当化の立証責任を負うと判断して [para.14]、構成国の立法にも Bilka 先決裁定の正当化判断の枠組みが適用される、という原則を確立した。また、具体的な比例性審査の内容に関しても、特段の考慮をすることなく判断した。

しかし、その後、1991年 Com.v Belgium 判決では、比例性審査の適用において「社会政策は構成国の決定事項である…（選択する措置の性質、内容について）構成国は合理的な裁量の余地を有する」 [para.22] との謙抑的な見解を示し、当該構成国法は正当化されるとした¹⁷⁸。すなわち、構成国が権限を有する事項については¹⁷⁹、構成国の判断を基本的に尊

¹⁷⁷ [Fredman 2011a : 179]

¹⁷⁸ Com.v Belgium 事件は、欧州委員会がベルギー国を、78年社会保障における男女平等待遇指令に基づく期限内国内法整備を怠るものとして提訴した事件である。ベルギーの失業および労働不能給付に関する法律では、主たる家計維持者（head of household、扶養配偶者・同居し収入のない両親・子がいる者）に対して優遇取扱いを規定していた。これが間接性差別として違法か否かが問題となり、正当化の成否が争点となった。

¹⁷⁹ ただし、構成国の立法と言っても当該立法の目的は一樣ではなく、立法目的によっては、この時期も、欧州司法裁判所は、合理的限界の基準を用いずに正当化を否定している。すなわち、1994年 De Weerd, née Roks 先決裁定（Case C-343/92, [1994] ECR I-571）では、性差別的効果が

重して、構成国の立法裁量が合理的な範囲を超える場合にのみ正当化が否定されるとの解釈を示した¹⁸⁰。

② 構成国の立法裁量をさらに広く容認する先決裁定の出現

その後、1995年 Nolte 先決裁定¹⁸¹を契機に、社会政策目的をもつ立法について、構成国の裁量をさらに広く、すなわち目的達成のための手段（立法内容）選択の裁量をほぼ全面的に認め、手段に関する審査を事実上行わずに正当化を認める先決裁定群が出現する。

1995年 Nolte 先決裁定では、短時間勤務で賃金が一定以下の労働者を公的高齢年金制度から除外するドイツ法が正当化されるかが問題となった。同先決裁定は、ドイツが主張する同法の制定理由を摘示するのみで、上記労働者の除外という手段の適切性や必要性を検討することなく、構成国には社会雇用政策に関し広い裁量権があるとして正当化を認めた

[paras.29-34]。そして、翌1996年 Posthuma-van Damme 先決裁定¹⁸²も、構成国には社会的保護手段の性質、範囲、実施方法を決める完全な権限があるとして広い裁量を認め、手段審査なしに正当化を認めた。同年 Lapperre 先決裁定¹⁸³でも同様の見解がとられている。

ただし、1996年 Lewark 先決裁定¹⁸⁴および同年 Feers 先決裁定¹⁸⁵では、正当化に厳格な姿勢が示されており¹⁸⁶、手段審査が全ての事案で放棄されたわけではない。そもそも前記 Nolte 先決裁定や Posthuma-van Damme 先決裁定も、比例性審査や合理的限界の枠組み自体を否定したものではないのであって、両者の違いは、問題となった社会政策目的の内容が異なること（Lewark 事件や Feers 事件では経営協議会委員の独立性の保障が、Nolte 事件や

生じるとして問題となった立法について、構成国は、予算上の考慮という財政的な目的から特定の範疇の労働者を有利に扱うとした立法であり正当化されると主張した。しかし、先決裁定は「予算上の考慮自体は社会政策が追及する目的にはなりえない、…もし、予算的考慮に…正当化を認めれば男女平等取扱いという共同体法の基本規範が構成国の財政状況によって」左右されてしまうとして、正当化を否定した。

¹⁸⁰ 1992年 Molenbroeck 先決裁定も、高齢年金に関する社会保障制度が正当化について、上記1991年 Com. v Belgium 判決の考え方を踏襲した [para.15]。

¹⁸¹ Case C-317/93, Nolte [1995] ECR I-4625.

¹⁸² Case C-280/94, Posthuma-van Damme [1996] ECR I-179.

¹⁸³ Case C-8/94, Lapperre [1996] ECR I-273. 1996年 Lapperre 先決裁定は、オランダ法が、公的長期失業者手当の支給に雇用経験および年齢を要件としたことについて、構成国には社会政策目的の実現のための手段選択に広い裁量があるとし、手段内容の具体的な審査ぬきで正当化を認めた。

¹⁸⁴ Case C-457/93, Lewark [1993] ECR I-243.

¹⁸⁵ Case C-278/93, Feers [1996] ECR I-1165

¹⁸⁶ 1996年 Lewark 先決裁定では、ドイツ法が勤務時間内の経営協議会委員研修のみに使用者に報酬支払いを義務づけているため、フルタイム労働者には報酬が支給されるが所定労働時間外研修となるパートタイム労働者は不支給となることが、正当化されるか否かが争われた。先決裁定は、経営協議会委員の独立性を保障という同法の目的は、社会政策上の正当な目的と言えるが、手段の適切性と必要性の審査が必要であると判示した。そして、同規定はパートタイム労働者が経営協議会代表に選出されることを困難にすると問題性を強く指摘し、かつ「他の方法で実現する可能性を考慮に入れ」て正当化を判断すべきと厳格な姿勢を示した [paras.37-38]。同種規定は、1992年 Bötzel 先決裁定(Case C-360/90, [1992] ECR I-3589) で、一度条約および指令違反とされていた。1996年 Feers 先決裁定も同種事案の再々先決裁定であり、欧州司法裁判所は、Lewark 先決裁定と基本的に同じ見解をとった。

Posthuma-van Damme 事件では社会保障制度の対象範囲が問題となった)、さらに、Lewark 事件や Feers 事件では、当該立法によって当該労働者が賃金上の不利益を受けるだけでなく、パートタイム労働者の経営協議会委員への選出や委員活動が妨害されてパートタイム労働者全体の地位向上に問題が生じると、欧州司法裁判所が認識したことによるものであろう。

このように、1995 年から 1996 年にかけて欧州司法裁判所は、構成国の社会政策立法に関して、事案による差異はありつつも基調としては構成国の裁量を幅広く認め、手段審査を自制する立場をとった。これに対しては、学説からは、性平等という EU 法の基本原則をないがしろにするものと強い批判がなされた¹⁸⁷。欧州司法裁判所自体も、後に 1999 年 Seymour-Smith 先決裁定により事実上の判例変更を行うことになるが、それについては後述する。

(3) 1997 年挙証責任指令による判例法理の成文化

このように欧州司法裁判所の判例により生成され具体化されてきた間接性差別禁止法理は、挙証責任指令により、その基本的枠組み部分が成文化された¹⁸⁸。同指令は、間接差別を「外形上は中立的な規定、基準、あるいは取扱いが、一方の性に対して実質的にかなり高い割合で不利益を与える場合をいう。ただし、当該規定 (provision)、基準 (criterion)、取扱い (practice)¹⁸⁹が、適切かつ必要であり、性別と関係のない客観的な要因によって正当化される場合を除く」と定義した(2 条 2 項)。

この挙証責任指令による間接差別の定義については、以下の 3 点の特徴について留意しておきたい。第 1 に、この定義は、判例法理に沿って条文化がなされたものであり、従来の判例の到達点を同指令が確認した、という意味をもっていることである。反面、判例の到達点をさらに進めるような内容は、盛りこまれていない。第 2 に、条文においては、差別的効果について「かなり高い割合で不利益を与える場合」としているため、男女間の統計的不均衡(統計的比較)が生じる場合と捉えている点である。第 3 に、正当化に関しては、「性別と関係のない客観的な要因によって正当化される場合」という表現を用いている。この第 3 点については、間接性差別禁止法理の性格を直接性差別の推定法理と捉えるか否かとの関係で後述する。

¹⁸⁷ e.g. [Fredman 1997 : 299] [Ellis 2000 : 1403]

¹⁸⁸ 同指令の制定は、イギリスの反対により難航した。最初の同法理の成文化の提案は、Bilka 先決裁定から間もない 1988 年 5 月に行われたが (COM (88) 269 final.)、これはイギリスの反対により成立に至らなかった。そのため、欧州委員会は、EC 条約附属社会政策合意 3 条の手続きを取り、改めて 1996 年に上記 1988 年提案とほぼ同内容の指令案を提出した (COM (96) 340 final.)。そして、構成国間の合意として、同案は判例等により確認されてきた内容と一致したものである旨が取り付けられたうえで、上記指令が成立した。欧州委員会提案説明も、その点を強調する。COM(96)340 final [para.25] .

¹⁸⁹ EU 性差別禁止法の文脈においては、“practice”は一時的行為も想定していると思われ(行為の繰り返しが必要とされた事案は見あたらない)、また、同条の趣旨からみて一時的行為を排除する理由もないところから、「慣行」ではなく「取扱い」の訳語を用いる。

第2節 間接性差別禁止法理の展開

1 1999年 Seymour-Smith 先決裁定および2002年指令改正による進展

以上においてみたきたように、EU法上の間接性差別禁止法理は、1990年代後半までに法理の基本的枠組みが確立され、また、法理の具体的内容も具体化されて、その骨子が拳証責任指令により間接差別の定義の形で成文化された。その後、間接差別禁止法理は、1999年 Seymour-Smith 先決裁定¹⁹⁰および2002年の男女平等待遇指令改正によって、新たな段階へと展開することになる。

(1) 1999年 Seymour-Smith 先決裁定～EU性差別禁止規範の優位性の認識～

1999年に、欧州裁判所は、Seymour-Smith 先決裁定において、構成国の立法が条約違反か否かが問題となる時点、性差別的効果の判断方法、ならびに正当化の判断基準に関して、男女平等原則を重視する解釈を示した。

同事件では、不公正解雇の救済申立には2年以上の雇用継続が必要であるというイギリス法の規定、すなわち、雇用期間が2年未満であれば解雇しても不公正解雇法の救済対象とはならないとし、それにより使用者が労働者を採用することを奨励しようとする構成国立法が、EC条約旧119条に違反する間接性差別か否かが争われた。

先決裁定は、まず、構成国立法の条約違反が問題となる時点について、立法規定は、制定・施行・適用のいずれの時点でもEU法を遵守していなければならないとした[paras.42-50]。これは、現実的には、各国政府に対して、法の制定時点から適用の時点まで、恒常的に、構成国立法が性差別的効果を発生させてはいないかと注意を払い、そして、必要があれば法の改正ないし廃止などの法的対応をとるよう、求めるものである。性差別を性平等の実現を進めるうえで、重要な意味をもった判断といえよう。

つぎに、性差別的効果の有無の判断方法について、先決裁定は、統計的証拠に基づいて判断するに際しては、数値の差の大小だけでなく、「(数値の差は)小さくとも比較的持続的で一定した長期間の不均衡」が示されているか、また「単なる偶然ないし短期の現象ではないか、そして一般的に重要な内容を表しているか」を考慮すべきとした[paras.61-62]。つまり、統計上の数値を画一的あるいは固定的に捉えるのではなく、統計数値が示している意味を様々な視点から総合的に評価して、差別的効果の有無を判断するという特徴をもつものである¹⁹¹。

さらに、正当化の成否について、先決裁定は、つぎのように、1995年 Nolte 先決裁定以来とっていた構成国の立法裁量を無限定的に認める見解から、男女同一賃金原則をより重要視する見解へと、事実上、その解釈を変更した。

¹⁹⁰ Case C-167/97, Seymour-Smith [1999] ECR I-623.

¹⁹¹ これは、アメリカ雇用機会均等委員会 (EEOC) のガイドラインが、「5分の4ルール」と呼ばれる数値差を画一的に判断する基準を提示しているのとは、異なる判断方法である。確かに、EEOCのような画一的な数値の基準は、性差別効果が認められるか否かの予見可能性を高めるが、他方で、証拠価値を様々な視点から総合的に判断することを妨げる。本先決裁定の見解は、裁判所による事実認定の手法という点でも、オーソドックスかつ適切といえよう。

先決裁定は、正当化の可否を、当該規定の目的の正当性、およびそれを達成する手段としての必要性・適切さ、の両面から比例性審査する判例法理を確認したうえで [para.69]¹⁹²、本件事案にそって具体的に比例性審査の適用方法を示している。

まず、目的の正当性については、先決裁定は、イギリス法の「2年以上の雇用継続」という申立要件は、採用の奨励を目的とするものであり、社会政策上の正当性を有することを肯定した [para.71]。

しかし、その目的を達成する手段として、「2年以上の雇用継続」を不公正解雇法上の救済の申立要件とすることが必要かつ適切か否かに関して、先決裁定は、それまでの *Nolte* 先決裁定などが、手段の選択に関する構成国の立法裁量を広く認めたのとは、異なる判断を示した。すなわち、当該申立要件によって目的が進む可能性があるかを具体的に審査すること、また、目的を達成するために「他にとることのできる手段」があるか否かも考慮要素であるとして、手段の必要性および適切性について踏み込んだ審査を行った。その論拠について、先決裁定は「社会政策は、共同体法において本質的に構成国決定事項ではあるが、構成国に広い裁量があるという事実は、構成国が、共同体法の男女同一賃金のような基本的原則の実現を妨げてよいことにはならない」と述べて、EC 法上の男女同一賃金原則が構成国の立法裁量に優位する旨を明確化し、構成国法に対しても手段審査を行うべきであることを判示している [paras.72-75]。そして、手段に関して立証すべき内容について、2年以上の雇用継続を要件とすることが採用の奨励になると単に一般論として述べただけでは手段の適切性の証拠にはならないとし、事案に則って具体的に正当化の証明を求める従来の判例を踏襲して正当化を否定した [para.76]。そこでは、当該規定が、採用の奨励という目的に対し、実際にどのような成果を生み出すかの検証が十分にされていない点が指摘されている。

以上のように、本先決裁定は、構成国の社会政策に対する立法裁量すなわち構成国の権限事項に対しても EC の基本原則である男女同一賃金原則¹⁹³による規制が及ぶことを明確にし、それを、正当化の判断基準の解釈レベルにおいて、一般論ではない具体的な立証を必要とするとともに、特に、他の取りうる方法の検討を求めるなど正当化の審査を強化した。欧州司法裁判所は、本先決裁定により、1995年 *Nolte* 先決裁定以来とっていた構成国の立法裁量を無限定的に認める立場から、構成国の立法裁量と EC 法の基本原則である男女同一賃金原則とが衝突した場合には、後者をより重要視する立場へと、事実上、その見解を変更したものと見える¹⁹⁴。この判例の進展には、先決裁定で明示はされていないが、1997

¹⁹² 先決裁定は、正当化を判断する権限は国内裁判所にあるとしつつ、欧州司法裁判所は国内裁判所に対して判断のガイドラインを示すことができるとして、本文で述べた見解を示した [para.68]。

¹⁹³ 男女平等取扱い原則が EU 法の基本原則であることは、1976年 *Defrenne II* 先決裁定、1978年 *Defrenne III* 先決裁定および *Razzouk* 判決 (Case 75・117/82, [1984] ECR 1509) により確立している [西原 2003 : 26-28]。

¹⁹⁴ EU 法研究者では、この *Seymour-Smith* 先決裁定に対し、1986年 *Bilka* 先決裁定や 1989年 *Rinner-Kühn* 先決裁定と比べ正当化を緩やかに認めたと、批判的な態度をとる者も少なくない。

年アムステルダム条約に示された、性差別の禁止ないし性平等を重視し現実に進めるとい
う EU 全体の時代動向が強く影響していると思われる。

(2) 2002 年改正男女平等待遇指令における新たな定義

EU では、1997 年にアムステルダム条約改正が行われ、また、2000 年には同改正を実施
するための人種等平等待遇指令および雇用一般平等待遇指令が制定された。それらを踏ま
えて、2002 年、性差別についても、上記両指令との統一化を図り、また、それまでの判
例法理の発展を反映するために、1976 年男女平等待遇指令の改正が行われた（構成国施
行期限：2005 年 10 月 5 日）。この 2002 年改正の柱の一つが、上記 2 指令との差別の定義
の統一化であり、ここにおいて、間接性差別の定義が以下のように改正された¹⁹⁵。

「間接差別：外形上は中立的な規定、基準、または取扱いが、ある性に属するの者
を他の性に属する者と比較して、特定の不利益を与えるだろう場合。ただし、当該規
定、基準、あるいは取扱いが、正当な目的により客観的に正当化され、かつその目的
の達成手段として適切かつ必要な場合を除く¹⁹⁶」（2 条 2 項）

この改正された新定義は、現行の 2004 年物とサービスに関する男女平等指令や 2006 年
男女平等統合指令にも基本的に踏襲されているものであって、以下の特徴を有している¹⁹⁷。

第 1 に、「ある性に属する者を他の性に属する者と比較して」と定義して、両性に対す
る効果を比較することによって差別の有無の判断を導くものであるが、これは、直接性差
別の定義や後述する近時の判例が、性差別の前提要件として男女が比較可能な状況にある
ことを必要としているのとは異なる。すなわち、男女の比較可能性を、少なくとも明文で

[Barnard/Hepple 1999 : 399-411] [Barnard 2006 : 368-371] [Ellis 2005 : 174-175] など。しか
し、上記 Bilka 先決裁定および Rinner-Kühn 先決裁定は、初期の間接性差別禁止法理の基本的構
造を確立する時期の先決裁定であり、正当化に関して、構成国の立法との関係や他の法益との調
整の在り方などについて、踏み込んだ検討をしていたのかは疑問である。むしろ、Seymour-Smith
先決裁定が、構成国の社会政策に関しての立法裁量という、EU 法で重要視されている価値との
衝突が生じた場合においてでさえも、男女同一賃金原則をより重視した点を評価すべきと考え
る。[Fredman 2011a : 194] 参照。

¹⁹⁵ 2000 年 6 月に提案された当初の欧州委員会案 (COM (2000) 334 final.) は、差別的効果につい
て、挙証責任指令に従い、数量割合的比較で決定する文言となっていた。しかし、社会経済委員
会 (OJ [2001] C 123/81) および欧州議会女性の権利及び平等機会委員会 (A5/2001/173.) から、
人種等平等待遇指令および雇用一般平等待遇指令の定義およびその根拠となった先決裁定と定
義を統一するよう求める意見が出され、両指令の定義との一致が図られた。

2002 年改正男女平等待遇指令の定義は、その後の 2004 年物・サービスに関する男女平等指令お
よび 2006 年男女平等統合指令でも、踏襲されている。2006 年男女平等統合指令について

[Burrows/ Rbomson : 190-193] を参照。

¹⁹⁶ 原文は "indirect discrimination: where an apparently neutral provision, criterion or practice would
put persons of one sex at a particular disadvantage compared with persons of the other sex, unless that
provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim, and the means of achieving that
aim are appropriate and necessary,"

¹⁹⁷ See [Barnard 2006 : 324-325] .

は要件とはされていない¹⁹⁸。

第2に、差別的効果については、「…の不利益を与えるだろう場合 (would put ... disadvantage)」として、不利益が発生する可能性があれば足るものとした。これは、現実の不利益が発生していなくとも、また比較対象者が現実には存在しない場合にも、間接性差別禁止法理の適用は可能という立場を明確にしたものと解釈できる。欧州司法裁判所判例は、これまで、直接差別の事案において、仮想比較対象者との比較を否定する判断を示していたが¹⁹⁹、指令はこの考え方を修正し、間接性差別について仮想比較対象者との比較を認める規定を導入したといえる²⁰⁰（直接性差別の定義でも仮想比較対象者を認めたことは前述した）。

第3に、「特定の不利益を与える場合(put ...at a particular disadvantage)」と規定することによって、数量割合的に差別的効果が生じることの立証を要件としない規定の仕方になった、ということがうかがえる。すなわち、一方の性に不利益が生じることが、統計資料以外の方法、たとえば専門家による社会学的立証などによって立証できれば、差別の推定が行われることになったのである²⁰¹。ただし、統計的な比較立証は、必須の要件でなくなったとはいえ、引き続き立証上の重要性をもつことは間違いないのである²⁰²。Fredman は、この新

¹⁹⁸ 2002年改正男女平等待遇指令は、前述したとおり、直接差別については「性にもとづき、ある者が比較可能な状況において(in a comparable situation)、他の者が取り扱われるか、取り扱われてきたか、又は取り扱われるであろうよりも不利益に取り扱われる場合」として、申立人と比較対象者との間に比較可能性のあることを明文で要件としている。

¹⁹⁹ 前述したように、1980年 Macarthys 先決裁定は、過去に比較対象者が存在すればよいと判断していたが、仮想比較対象者の設定は否定していた。2002年改正男女平等待遇指令は、これらの従前の判例の見解から一歩進んだ内容である。

²⁰⁰ 同一の価値でない労働に従事する男女間の是正も、仮想比較対象者を介在させて可能となり一たとえば、男性（職の価値100）と女性（職の価値90）との賃金格差(100対60)を、仮想の男性（職の価値90）を設定して、女性賃金を60から90へ是正させる一、EU法において、男女間賃金の”Comparable worth”、すなわち価値に比例した報酬原則が導入されたことを意味する。

²⁰¹ COM (2004) 279 final at 20.

2000年の2指令が、「統計的不均衡」を差別的効果の立証に不可欠ではないとした実際的背景には、人種や性的指向などの差別では、プライバシー問題等もあり、統計的証拠を揃えることが困難なことがある。性差別事件でも、統計証拠を揃えることの困難は、程度の差はあるにしろ同様である。また、構成国の国内裁判所では、統計的不均衡を何と何との数値により比較するのか、どのような統計資料が証拠とするか、などをめぐって激しい論争が続き、差別是正訴訟の障害となっていた。この改正は、立証上の困難を改善するものである。

理論的にも、1996年 O'Flynn 先決裁定 (Case C-237/94, [1996] ECR I-2617、移民労働者の自由移動に関する間接差別の事案)において、Lenz 法務官が指摘したとおり、仮に影響が統計的不均衡の形で現れていなくとも、たとえ、たった一人への影響として現れていても、性中立的規定等が一方の性のグループに影響をもたらす性格のものであることが立証できれば、一方の性への効果としては足るはずであって、数量的効果にこだわる必要はない。

また、差別禁止の法的制度は、実害・権利侵害が生じさせないことこそ目的とするものとの点からも、統計的立証を不可欠の要件とすることの問題点が指摘されている [Ellis 2005 : 94]。

²⁰² 2002年改正男女平等待遇指令前文10段は、統計的証拠も依然として立証上意味を有している旨を、注意的に記している。

定義について²⁰³、性差別禁止規範を個人的な視点から捉えるか集団的視点でとらえるか（個人の権利救済か、集団の地位向上ないし救済・グループライツか）との関連で、これは集団的な視点が薄くなった改正であると指摘している²⁰⁴。

なお、「特定の不利益 (a particular disadvantage)」の意味に関しては、欧州委員会の提案理由には説明はなく、改正の参照にされた1996年 O'Flynn 先決裁定でも触れられておらず、その後の解釈に委ねられた²⁰⁵。

第4に、正当化に関し、目的の正当性、手段の適切性および必要性という文言が明記されることによって、判例法理が、従前より詳しい形でこの定義に反映されたといえよう。1997年挙証責任指令の定義にあった、「性別と関係のない客観的な要因によって」との文言は削除された。削除された部分は、従来の判例では、正当化に関して一貫して考慮されてきたものである。この削除の意味については、後述する。

以上をまとめていえば、新定義は、性差別を男女の比較から捉える伝統的な見解に基本的には立ちつつも、性差別的効果に注目して具体的な比較に関しては緩やかに捉え、比較可能性には触れておらず、仮想比較対象者や統計資料以外の立証を認める、という特色を有する。また、正当化については、比例性原則の内容を明記して、性差別禁止を審査手続的側面から強化したものであるといえよう。

2 1999年 Seymour-Smith 先決裁定以後の判例法理の展開

1999年 Seymour-Smith 先決裁定は、前述したように、男女同一賃金原則には、構成国の立法裁量に優位する重要な価値が認められると判示した。では、その後の判例は、どのような展開をみせたのであろうか。また、アムステルダム条約改正や2002年の男女平等待遇指令改正は、判例の動向にどのような影響を与えたのであろうか。

間接性差別の成否が問題となった事案をみると、引き続きパートタイム労働に関するも

²⁰³ 直接的には、2000年人種等平等待遇指令およびそれを導入したイギリス2010年平等法の定義について述べたもの。

²⁰⁴ [Fredman 2003 : 179]。Waddington/Hedriks も、統計証拠を基礎とする場合と比べ「より個人的かつ文脈的な (contextual)アプローチ」だと同旨を述べる [Waddington/Hedriks 2002 : 425]。

²⁰⁵ 学説からは、新定義が、「不利益」ではなく「特定の不利益」と規定していることから、単なる不利益より多く不利益が必要とされ、直接差別より要件が厳しいとの批判も加えられている [Ahtela 2005 : 64]。しかし、規定の趣旨からすれば、イギリス控訴院が London Underground Ltd. v Edwards 先決裁定で性差別禁止法1条1項b号(i)が差別的効果に関し規定する「相当程度少ない」要件について言及した解釈と同様の立場と解すべきであろう。すなわち、同控訴院判決は、女性地下鉄運転士が交替制勤務の導入を間接性差別と訴えた事件について、交替制では就労ができないのは女性運転士21人中1人であったが、差別的効果ありとした判決である。同判決は、間接差別定義の「相当程度少ない」との要件について、次の2つの目的から導かれるものと述べている。1つ目は、差別の効果がとるに足らないものではなく実質的なものであるということを示すことが、法的介入をするための最低条件であること。2つ目は、不利益な影響がその性中立的条件により生じたものであって、単にあいまいな統計や偶然の結果でないことの確信のため。つまり、「相当程度少ない」という性差別的効果に関する要件は、不利益が生じたことを明確にするためのものと解している。

の多いが、1990年代後半から2000年代に入ると、従前からの「仕事と家族的責任とを両立する」ことを目的としたパートタイム労働ではなく、「フルタイムからパートタイムへ切り替えて新たな雇用を創出する」ことを目的とする、新しい種類のパートタイム労働事案へと変化が見られる。また、家族単位の社会保障制度に関連した事案がなくなる一方、育児休業関連、オンコール・ワーカー、年功的要素を有する賃金制度などの新しい事案が出現する。そして、間接性差別禁止法理は、より多彩かつ今日的な事案に適用されるなかで、以下に検討するように、法理の内容にも一定の修正がなされていった。

(1) 性差別的な効果をめぐる判例の展開

性差別的効果について、特に問題となったのは、何を対象として判断するのか、たとえば賃金でいえば、支払われた「賃金総額」なのか、それとも賃金を構成する個々の要素（基本給、手当など）が対象なのかである。この点について、それまでの1980年代から1990年代の先決裁定²⁰⁶は、賃金構成要素を個々に比較するのではなく、賃金総額を対象として判断していた。その理由として、たとえば1989年Danfoss先決裁定は、労働者は付加給部分の支給基準や適用方法を知らされていないために、同僚との賃金総額の比較はできても賃金の構成要素個々の比較はできないことを挙げていた〔paras.10-16〕。

ところが、2000年JämO先決裁定²⁰⁷および2004年Elsner-Lakeberg先決裁定²⁰⁸は、つぎのように、上記の各先決裁定とは異なり、いずれも賃金を構成する個々の要素ごとに（基本給は基本給と、各手当は各手当と）不利益な効果の有無を判断し、他方で、2007年VoB先決裁定では、再び、賃金総額が判断の対象とされた。このように、先決裁定は判断が分かれたが、この分岐はどのように理解されるのであろうか。

2000年JämO先決裁定では、同一価値の労働に従事する助産師と医療技術者との賃金格差が職種を理由とする間接性差別にあたるか否かが争われた。助産師は、基本給は医療技術者よりも低いが、基本給額以外に休日・深夜勤務手当が支給され勤務時間も短縮されているなどの事情があり、賃金について、基本給額のみを切り離して対象にして判断するのか、手当額も含めた総額を対象として判断するかが問題となった。先決裁定は、司法審査は真に透明に行われてはじめて実効的となるが、そのためには報酬の要素各々に対して同一賃金原則が適用されることが必要である旨を述べ、基本給について手当とは切り離して判断すべきとした〔para.43-45〕²⁰⁹。つぎの2004年Elsner-Lakeberg先決裁定は、超過労働賃金は月3時間を超えた場合のみ支給する旨のドイツ法の規定（全ての労働者に対して）により、パートタイム労働者に対して月3時間以内の超過労働の賃金が支給されなかった

²⁰⁶ 1989年Danfoss先決裁定、1994年Helmig先決裁定、1995年Royal Copenhagen先決裁定、1996年Lewark先決裁定など。

²⁰⁷ Case C236-98, JämO [2000] ECR I-2189.

²⁰⁸ Case C-285/02, Elsner-Lakeberg [2004] ECR I-5861.

²⁰⁹ 同趣旨は、本先決裁定に先立つ1990年Barber先決裁定（男女同一価値労働同一賃金原則に違反する直接性差別の事案）が判示しており、本先決裁定もそれを引用する〔para.43〕。なお、基本給以外に手当が支給されていることや勤務時間の短縮などの事情は、正当化の段階で考慮されている〔paras.58-63〕。

ことが問題となった事案であった。同事件でも、欧州司法裁判所は、JämO 先決裁定と同様に、効果的な司法審査の実施の観点を指摘して、通常労働賃金と超過時間に対する賃金を分けて判断すべきとした²¹⁰。

両先決裁定は、従来の先決裁定が、性差別的効果の有無について、賃金総額を対象として判断してきたこととの関連には言及していない。しかし、2000年 JämO 先決裁定の Jacobs 法務官は、従前の先決裁定をつぎのような文脈で位置づければ、賃金の各構成要素を判断の対象とすることとも統一的に理解することが可能であるとの意見を提出していた〔法務官意見 paras.30-32〕。すなわち、同法務官の主張は、一般的命題としては、賃金審査を透明にして実効性ある司法審査を保障するためには、賃金構成要素ごとに男女同一賃金原則が適用されるべきであるが、賃金の構成が複雑で要素ごとに比較することが困難ないし不可能な場合には、包括的な評価が唯一有効かつ適切な方法であるというものであった²¹¹。そして、2004年 Elsner-Lakeberg 先決裁定も、この Jacobs 法務官意見と同様の理論構成にたつものと理解することができ、欧州司法裁判所は、原則は賃金構成要素ごとに検討するが、困難ないし不可能な場合には、賃金総額を対象に検討することに見解を収斂させて、問題は解決したかと思われた。

しかし、その後の 2007年 Voß 先決裁定²¹²は、以下に述べるように、上記の立場では理解が困難であり、改めて、検討対象に関してどのように理解するかが問題となっている。この 2007年 Voß 先決裁定では、ドイツ法において超過労働時間の賃金が通常労働の賃金より低い割合と規定されているために（全ての労働者に対し）、パートタイム労働者が通常労働時間を超えるがフルタイム労働時間以内で勤務したときの賃金が、同じ時間を勤務したフルタイム労働者より低くなったことが問題となり、これはパートタイム勤務とフルタイム勤務とを異なって扱ったといえるか否かが問われた事案である。先決裁定は、「雇用関係に基づいて労働した同じ時間数に対して、フルタイム労働者の賃金総額がパートタイム労働者の賃金総額よりも高いときには、常に異なった取扱いが存在する」として賃金総額を判断対象として性差別的効果を認めた〔para.29〕。同先決裁定は、パートタイム労働とフルタイム労働との超過労働賃金の違いという類似事案の先例として前述の 1994年 Helmig 先決裁定および 2004年 Elsner-Lakeberg 先決裁定を示し、いずれも同じ時間数の労働で賃金が異なっていた事案と述べている〔paras.30-33〕。しかし、後者の Elsner-Lakeberg 先決裁定

²¹⁰ 先決裁定は、残業手当について、基本給とは別に性差別的効果の有無を検討するとしただけで、「…3時間の超過時間は、事実として、フルタイム労働者よりパートタイム労働者に対しより負担が重い。フルタイム労働者が、…所定労働に加えて3時間働くのは3%の超過労働であるが、他方、パートタイム労働者（の場合は）…5%の超過労働である」〔para.17〕として、3時間の所定外労働に対するパートタイム労働者とフルタイム労働者の負担の違いを考慮して、差別的効果を認めた。

²¹¹ なお、同法務官の見解に立つ場合に、1994年 Helmig 先決裁定および 1996年 Lewark 先決裁定が、賃金構成要素が不透明な事案でないにも関わらず、賃金総額を判断の対象としており、それらの判断との整合性が問題になろう。同様の問題は、2007年 Voß 先決裁定との関係でも生じる。

²¹² Case C-300/06, Voß [2007] ECR I -10573.

が、同一賃金原則の遵守の審査を実効あらしめるために賃金の各要素に同一賃金原則を適用すべきことを強調していたことと、Voß 先決裁定で総額を判断の対象とすることの関係についての明確な説明はない。

この Voß 先決裁定の Colomer 法務官は、これまでの判例において、判断の対象を賃金総額にするものと賃金の個々の構成要素とするか2つのタイプがあると指摘したうえで、両者は矛盾せず補い合うもので優先順位はなく、裁判所が、事件の状況によって、共同体ルールの目的を達成するために最も適切な手段を選ぶべきものとの意見を述べている〔法務官意見 paras.54-58〕。前述した2000年 JämO 先決裁定の Jacobs 法務官は、それまでの判例を個々の構成要素を対象とすることを原則としたうえで統一的な文脈で理解していたが、それとこの Colomer 法務官の意見とは、判例が2つのタイプに分かれ両者に優先順位をないとする点で異なる。

2007年 Voß 先決裁定が、上記 Colomer 法務官の意見を取りいれたうえで同事件では賃金総額を判断の対象としたのか、それとも賃金総額の比較を原則的とまで考えたのかは、今後の先決裁定をまって判断することになる。いずれにしろ、何を対象に異なった取扱いを判断するかについての欧州司法裁判所の判断は、現段階では不鮮明といわなければならない²¹³。

(2) 正当化をめぐる判例の展開

前述したように1999年 Seymour-Smith 先決裁定においては、正当化の成否に関して、構成国の立法裁量は考慮されるべきであるが、男女同一賃金原則はEU法上の重要な基本原則であり、それよりも優位するものと考えらるべきであると判示された。しかし問題は、より具体的な正当化の判断基準はどうあるべきか、である。先決裁定は、その後、どのような正当化判断を行い、判断基準の具体化はどのように進んでいったのだろうか。主な正当化の理由について、それまでの判例も含めて類型別に分析しておきたい。

① 世帯単位の社会保障制度と正当化

欧州司法裁判所は、1980年代から1990年代の初めにかけて、社会保障給付における「家

²¹³ 思うに、判断の対象が賃金総額か賃金構成要素かによって異なった取扱いが否かの結論が違ってくる以上、対象を選択する基準は必要である。男女同一賃金原則を徹底するという意味では、Jacobs 法務官の主張する、原則的には賃金の各構成要素について判断し（すなわち、各構成要素に至るまで性差別的効果の不発生が求められる）、それが不可能ないし困難な場合には賃金総額を判断対象とするという考え方は説得力をもつと考える。

とはいえ、賃金の決定方法は様々であり、パートタイム労働者とフルタイム労働者とで賃金の決定方法が大きく異なるなど、単に立証の負担の問題だけではなく賃金構成要素ごとの比較が困難ないし適切でない事案も少なくない。今後は、さらに、賃金の決定方法が多様化して選択基準が判断しにくくなることも考えられる。裁判所の判断が2つに分かれて基準が不明確なもの、同じく賃金とはいえ事案の多様性が多分に関わっているであろう。

間接性差別禁止法理の審査から漏れることを防ぐという意味では、申立人によって賃金総額ないし賃金構成要素のいずれかについて差別的効果が立証されれば性差別を推定し、正当化の判断の段階で、差別として禁止すべきか否かのより綿密な篩い分けを行うことが適切と考える。欧州司法裁判所の今後の動向が注目される。

族（配偶者・子）扶養の有無」を理由とする別異取扱いに対して、世帯単位の社会保障制度を前提として「一家の最低収入を確保させるための手段」という視点に立ち、正当化を認めた。1987年 Teuling 先決裁定²¹⁴、1991年 Com. v Belgium 判決、ならびに1992年 Molenbroeck 先決裁定²¹⁵という一連の判例がそれである。

これらの判例による正当化の肯定には、欧州司法裁判所の構成国の裁量に対する自制も働いていると思われるが、それ以前に、欧州司法裁判所自身が、世帯単位による社会保障制度のもつ差別性の認識が低かったことが原因していると思われる。そのため、欧州司法裁判所は、世帯単位の社会保障制度の是非に立ち入らないまま、「家族扶養の有無」を理由とする給付格差の正当化を肯定した。しかし、その後の構成国における性差別是正の取り組みでは、社会保障制度を世帯単位から個人単位へと変更することが重要な課題の一つとなった。そして、構成国の社会保障制度が個人単位へと制度改革されることによって、この問題の解決が図られていった²¹⁶。

② コストないし財政的理由と正当化

企業コストや国家財政など経済的な理由により、性差別的効果のある制度や取扱いを正当化することはできるだろうか。欧州司法裁判所は、1994年 De Weerd, née Roks 先決裁定²¹⁷をリーディングケースとして、一貫して正当化を否定している。

1994年 De Weerd, née Roks 先決裁定では、オランダ法が労働不能に対する給付に「前年に何らかの収入があったこと」を要件としたことが、間接女性差別として違法か否かが争われ、財政上の考慮を理由に正当化しうるか否かが問題となった。同先決裁定は、「構成国は、予算を考慮して、実施する社会政策を選択や社会的保護措置の性質や範囲を決定するだろうが、予算的考慮自体は、構成国が社会政策により追求する目的ではない」[para.35]のであって、比例性審査にいう正当な目的にあらず、政的考慮を理由に正当化することはできないとした。また、仮に財政上の考慮を正当化理由と認めれば「男女の平等取扱いという EU 法の基本規範の適用や範囲が、構成国の公的財政状況によって時と場所により変わる」ことになり許されないと判示している [para.35]。

この1994年 De Weerd, née Roks 先決裁定は、年代的には、1999年 Seymour-Smith 先決裁

²¹⁴ Case 30/85, Teuling [1987] ECR 2497. 同先決裁定は、扶養家族のある者は無い者より負担が重く、したがって、最低生活維持のために手当支給額が高くても正当化されると判示した。ここでの問題の本質は、世帯単位や配偶者扶養者に対する保障給付制度が、性別役割分担を基礎した性差別的構造を有することである。その観点からすれば、欧州司法裁判所は、正当化に関し、最低収入確保による生活保障を、世帯単位ではなく、個人単位の制度などの差別的効果を生じない他の方法によって実現し得ないかを検討すべきであった。しかし、欧州司法裁判所は、こうした検討に立ち入らなかった。

²¹⁵ Case C-226/91, Molenbroeck [1992] ECR I-5943. 同先決裁定は、老齢年金の支給にあたり、退職年齢に達しない扶養配偶者がある場合にはその収入を減額する規定について、同様の理由で正当化を認めた。

²¹⁶ たとえばオランダでは、1987年に年金制度の個人単位化、1990年に所得税の個人単位化が行われ、訴訟とは別に制度改革が進められた。[長坂 2000 : 41-43]

²¹⁷ Case C-343/92, De Weerd, née Roks [1994] ECR I-571.

定以前のものであり、欧州司法裁判所が構成国の立法裁量を広範に認めていた時期である。しかし、その時期でもなお、性差別的効果のある制度を、コストないし財政的考慮を理由として正当化することはできないとした。これは、一見すると、コストを度外視して男女平等を要求する、極めてラディカルな態度のようにもみえる。しかし、同先決裁定のいわんとするところは、構成国は予算（コストや財政状況）を考慮して社会政策を実施するか否か、また、どのような措置や保障水準を導入するかは裁量により決定しうるが、ある社会政策ないし保護措置を導入する以上は、その内容や適用は男女平等でなければならないという、性平等の考え方からすれば当然の理—しかし、往々にして無視される理—を述べたものといえよう。

この先決裁定は、その後もリーディングケースとして繰り返し引用され、たとえば、2003年 *Steinicke* 先決裁定²¹⁸における若年雇用創出を目的とした立法に関連した正当化や、2005年 *Nikoloudi* 先決裁定²¹⁹における私人間の労働協約の正当化の判断においても、同旨が判示されている。

② 性中立的賃金決定基準と正当化

男性労働者が多く就労している職種（いわゆる男性職）と女性労働者が多く就労している職種（いわゆる女性職）との賃金格差が正当化されるか否かに関しては、「賃金を決定する基準に正当性はあるか」との視点から、司法審査がなされている。

まず、1993年 *Enderby* 先決裁定においては、人員不足職種について「賃金を高くして人員を誘引する必要」を理由として、高額賃金を設定することが正当化されるか否かが問題となった。先決裁定は、高賃金によって人員を誘引するという目的の正当性は肯定しつつも、使用者に対して、単に目的を主張するだけでなく、さらに、人員不足であることおよび高賃金により人員不足が解消できることの立証、すなわち、手段としての適切性ないし必要性に関する具体的な立証を行うことを求めた [paras.26-27]。また、同先決裁定では、正当化は0か100かという択一的な判断ではなく、賃金格差のうちの一定割合部分（一定の額）のみについて正当化されると判断する余地を認めており、この点でも注目される²²⁰。

なお、同事件では、賃金が別々の労働協約によって決定されていたことも、正当化を認める理由として主張されていた。しかし、先決裁定は、「仮にこの理由で正当化を認めれば、使用者は、別々の労働協約を締結する方法を使って簡単に同一賃金原則をかいくぐれてしまう」 [para.22] として正当化を否定した。労働協約により処遇が決定されていたことが正当化の理由になるか否かに関しては、1990年 *Kowalska* 先決裁定および1991年 *Nimz* 先決裁定でも、同様に正当化が否定されている。

²¹⁸ Case C-77/02, *Steinicke* [2003] ECR I-9027. 高齢公務員対象としたパートタイム勤務への移行に、直前5年間で3年のフルタイム勤務を要件とした事案。

²¹⁹ Case C-196/02, *Nikoloudi* [2005] ECR I-1789. 労働協約で、期限付から無期契約への登用に2年間のフルタイム勤務を要件とした事案。

²²⁰ [Deakins/Morris 2005 : 688]

また、1995年 Royal Copenhagen 先決裁定²²¹では、陶器の絵付士とロクロ士との職種による賃金の違い（出来高給）による男女賃金格差について、それが正当化されるか否かが争われた。先決裁定は、職種間での賃金格差を正当化する要素として考慮できるものとして、力の強さが求められる作業と手先の器用さが必要な手作業との違い、有給休暇や自分で仕事を組み立てる自由あるいは職務遂行上の不便さの違い、労働協約や地方での交渉により賃金決定が行われていることなどを挙げたうえで、具体的な判断を国内裁判所に委ねた [paras.29-47]。

2000年 JämO 先決裁定では、同一価値労働に従事する助産師と医療技術者との賃金格差が性差別として争われ、助産師は、基本給は医療技術者より低い、不都合時間帯勤務手当支給や勤務時間短縮が支給されて、賃金総額としては医療技術者より高額となる点が問題となった。先決裁定は、前述したとおり、基本給と手当とは別個に審査すべきであるとして、基本給の格差を対象とし正当化を審査した。そして、不都合時間帯勤務手当の支給および勤務時間短縮は基本給の格差を正当化する要素となりうると判断し、その立証責任は使用者にあるとした。この先決裁定は、既に1993年 Enderby 先決裁定において正当化は0か100かではなく程度も問題になると判示されていることを踏まえ、手当支給は基本給に関する正当化要素となるが、それが格差の正当化として十分な程度か否かをさらに審査する必要があると判断したものと解される。

さらに、2000年 Jørgensen 先決裁定²²²では、医師への報酬支払いについて、年間売上総額に基づきフルタイム医とパートタイム医を区分けして支払方法を決定する協定について、医療コスト管理を理由に正当化しうるかが問題となった。先決裁定は、財政上の考慮それ自体は立法の目的として正当性は認められないが、「国民に医療を保障するための公的医療費支出管理の必要」は正当な目的となるとして、手段が適切で必要と認められる場合には正当化が認められると判示した [paras.39-40]。この先決裁定は「他にとることのできる手段」の有無を検討する必要性に言及していない。これは、問題となった制度が、自由診療費の増大から財政危機に陥った国民医療費無償制度を立直すため設けられた制度であることから、先決裁定が、国民への医療保障という法益保護を重視したことが反映した判断と思われる。しかし、これまでの判例による、予算や財政上の考慮は正当な目的とならないとの判断と整合するかは疑問である²²³。

④ パートタイム労働と正当化

欧州司法裁判所に係属した間接性差別事件は、パートタイム労働に関する事案が過半数を占める。ただし、正当化の抗弁として主張されている具体的な内容は、一様ではない。

1) 企業との結びつきの弱さ

1989年 Rinner-Kühn 先決裁定では、ドイツ法が使用者に対する病休時の賃金継続支払義

²²¹ Case C-400/93, Royal Copenhagen [1995] ECR I-1275.

²²² Case C-226/98, Jørgensen [2000] ECR I-2447.

²²³ 物およびサービスの自由移動に関する正当化に関してはコストを考慮しうるか否か議論がある。判例分析も含め、[Snell 2002 : 200-212] 参照。

務づけの対象からパートタイム労働者を除外していることについて、それを正当化する理由として、勤務時間の短い労働者は、企業に取り込まれたり依存したりはしていない旨が主張された。しかし、先決裁定は、「こうした考え方は、ある範疇の労働者に関する一般的な説明でしかない」として正当化を否定した [paras.14-15]。この判示は、ステレオタイプな考え方を排する欧州司法裁判所の一貫した姿勢であり、また、差別禁止の基本となる考え方である。

2) 勤務時間の長さ

「勤務時間数が短い」こと自体を理由とする不利益取扱いに関して、2003年 *Schönheit* 先決裁定²²⁴は、勤務時間数に比例する範囲でのみ減額の正当化が認められる旨を示した。同先決裁定は、パートタイム労働者に対して退職年金を減額した事案であるが、先決裁定は、フルタイム労働者の年金額からの勤務時間数に比例して減額することは「労働が少なかつたためという事実により、客観的に正当化することができる」 [para.89] とする一方、それを超える減額は正当化できないとした [para.93]。すでに1994年に採択されたILO175号パートタイム労働条約では、賃金に関する時間比例の原則が定められており（5条）、パートタイム労働者の処遇に関する国際的な共通認識に沿った判断である²²⁵。

なお、パートタイム労働で勤務時間が短いことは、「勤務の長さ」と知識・経験の獲得との関連性」を理由とした正当化の可否という点からも争われてきた。この点については、つぎの3) で検討する。

3) 雇用創出のためのパートタイムへの転換促進と正当化

間接差別の事案には、構成国の立法において、フルタイム労働者をパートタイム労働へ移行させて新規の雇用を創出するという社会政策目的や、社会保障制度の財政的維持などの社会政策目的から、パートタイムに移行するフルタイム労働者を優遇（パートタイム労働者にとっては不利益）としたものがある。たとえば、1993年 *Kirsammer-Hack* 先決裁定²²⁶、1995年 *Nolte* 先決裁定²²⁷ならびに同年 *Megner* 先決裁定²²⁸が、構成国の立法裁量を広く認める観点から正当化を肯定した。

しかし、前述した1999年 *Seymour-Smith* 先決裁定以降、構成国の立法裁量を尊重すべきことを前提としつつも、性差別の禁止という要請を構成国の立法裁量よりも重視して、正

²²⁴ Case C-4/02, C-5/02, *Schönheit* [2003] ECR I-125575.

²²⁵ 1997年パートタイム労働指令も、「客観的な理由によって正当化される場合には、構成国は、…適当であれば、特定の雇用条件の適用を、勤続期間、実労働時間又は賃金資格 (earnings qualification) に従うものとする事ができる」 (同指令添付協約4条4項) とし、ILO175号条約ほど明確ではないが、労働時間比例の考え方を認めている。

²²⁶ Case C-189/91, *Kirsammer-Hack* [1993] ECR I-6185. 同事件では、解雇規制法が、解雇規制の対象外となる小事業所を決定するための人員算定からパートタイム労働者数を除外したことが間接性差別かが争われた。先決裁定は、小企業は共同体における経済発展と雇用創出に極めて重要な役割を果たしているとし、小企業の負担となる規制の軽減が目的である限り、除外は正当化されるとした。

²²⁷ Case C-317/93, *Nolte* [1995] ECR I-4625.

²²⁸ Case C-444/93, *Megner* [1995] ECR I-4741.

当化の成否を判断するようになった。

2003年Steinicke先決裁定²²⁹では、高齢公務員に対し短時間勤務への転換を認める構成国の立法が、応募に「勤続5年のうち3年はフルタイム勤務」を要件としたことについて、同様の判断を示している[paras.57-60]。また、2005年のNikoloudi先決裁定[paras.48, 51-53]でも、他にとることのできる手段について考慮すべきこと、および経済発展や雇用創出が目的であるという主張は、単なる一般論にすぎず具体的な立証が不十分であるとして、同様に正当化を否定した[paras.51-53]。

以上のように、パートタイム労働に関する事案に関して、欧州司法裁判所は、私企業（私的目的）に対しては、正当化について基本的には慎重な見解をとる。また、構成国の社会政策が立法の目的とされている場合には、構成国の裁量を認めて正当化を若干広く認めているものの、基本的には性平等を優位の価値をもつものとして正当化に厳格な態度を示している。この背景には、第1に、EUにおいて、パートタイム労働者の多くが女性であり、パートタイム労働者に対する不利益取り扱いの是正が、雇用における男女格差是正にとって不可欠な重要課題であったことがある。第2に、1984年に第一次パートタイム労働指令案が提出され、1997年には差別禁止規定を含むパートタイム労働指令が成立していたこと²³⁰、そして、国際的にも1994年ILO175パートタイム労働条約や同182号勧告が存在するなど、既に国際的にパートタイム労働を理由とする不利益取り扱いに対して厳しい見方が主流をなしていたこと、があるものと思われる。

⑤ 勤務の長さとは正当化

「勤務の長さ」に関しては、初期の1989年Danfoss先決裁定において、まず、「1日の勤務時間数の短さ」ではなく、「勤続年数の長短」との関係で問題となった。勤続年数を基準とした手当額の決定による女性への不利な影響が正当化されるか否かが争われ、先決裁定は、勤務の長さは経験と密接に関係し、経験を積みれば労働者の職務遂行能力は一般的に向上すると述べて、当該職務の遂行における経験の重要性に関する格別の立証がなくとも、勤続年数を手当額決定基準とすることは正当化されると判断した[paras.24]。この先決裁定は、比例性審査基準に言及しておらず、1989年という間接性差別禁止法理の確立途上期の先決裁定であることを考えると、同先決裁定の判断が同審査基準に則って検討されたのかは疑わしい。手段審査の観点からするならば、同裁定は、勤続年数を決定基準にすることの必要性や適切性に関する審査を無視しているといわなければならない²³¹。

²²⁹ Case C-77/02, *Steinicke* [2003] ECR I-9027.

²³⁰ パートタイム労働指令の制定について、[濱口 2005b : 123-140] [柴山 2003 : 14]。

²³¹ その意味で、同先決裁定は、後述する2006年Cadman先決裁定（Case C-17/05, [2006] ECR I-9583）で先例として問題とされるのだが、本来、先例的意義を認めうる先決裁定だったかは疑問である。

なお、同事件では、勤続の長さの他、可動性（mobility、勤務場所ないし職務内容の変動への対応可能性）、教育訓練経験（training）を付加給額の決定要素とすることが正当化されるか否かも争われた。先決裁定は、両者について「仕事を遂行する上で重要である」ことを使用者が立証したときは正当化されるとし、勤務の長さとは正当化の判断方法を異にする。しかし、やはり

その後、正当化に関する判例が蓄積されていくなかで、改めて、「勤務の長さ」を基準とする賃金決定の正当化の成否が、パートタイム労働の事案において問われることになった。すなわち、1991年 Nimz 先決裁定では、昇給の要件である勤続期間の算定について、パートタイム労働者の場合にはフルタイム労働者の2分の1として算定することが正当化されるか否かが争点となった。先決裁定は、勤務し経験を積むことで職務遂行能力が向上することが一般論としては認められるとしても、個別事案における正当化の判断においては、職務の性質と経験獲得との関係が具体的に立証されなければならないとした [para.14]。これは、正当化について手段の適切性および必要性に関する具体的な立証を求める判例理論の発展を踏まえて、上記1989年 Danfoss 先決裁定を事実上変更する判断を行ったものといえよう。その後の1997年 Gester 先決裁定²³²および Kording 先決裁定²³³、1998年 Hill 先決裁定²³⁴、そして2005年 Nikoloudi 先決裁定²³⁵も、上記1991年 Nimz 先決裁定を踏襲する判断を示した。これらにより、勤続の長さについて、当該職務における経験獲得・職務能力向上との関連性を具体的に証明する必要があることが、判例法理として一旦は定着した。

ところが、2006年 Cadman 先決裁定²³⁶により、この1991年 Nimz 先決裁定以降の判例法理を一部覆す判断が示された。同事件では、勤続年数を基準とする年功型賃金決定が問題

正当性の判断は緩やかである。

²³² Case C-1/95, Gerster [1997] ECR I-5253. 同事件では、ドイツのパバリアン州公務員規則が、賃金等級昇格要件である勤続期間の算定において、勤務時間が通常労働者の2分の1から4分の3であるパートタイム労働者は勤続期間をフルタイム労働者の2分の2として扱うと規定していることが、正当化されるか否かが争われた。

²³³ Case C-100/95, Kording [1997] ECR I-5289. 同事件では、税理士試験免除のための専門職員活動期間を、パートタイム労働の場合はフルタイム労働の場合より延長する国内法が、正当化されるか否かが争われた。

²³⁴ Case C-243/95, Hill [1998] ECR I-3739. 同事件では、フルタイム1人分の勤務を2人でジョブシェアしていた労働者がフルタイムに転換した時の賃金等級決定について、ジョブシェアリング期間を2分の1に評価することが正当化されるか否かが争われた。

²³⁵ Case C-196/02, Nikoloudi [2005] ECR I-1789. 同事件では、臨時から常用労働者への登用要件である勤続年数の算定にあたり、パートタイムで勤務していた期間を時間比例で算出することが、間接性差別か否かが問題となった。先決裁定は、一般的には勤続の長さとは経験は密接に関連するが、個々の事案における全事情、とくに遂行する職務の性質と経験との関連次第であり、その結びつきについての具体的な立証が必要である旨を判示した [paras.50-55]。

なお、2003年 Rinke 先決裁定 (Case C-25/02, [2003] ECR I-8349) は、医師の一般臨床資格取得に一定期間のフルタイム訓練を要件とする EC 指令に正当化があるとしている。しかし、同先決裁定は Nimz 先決裁定 [para.8] などと基本的には矛盾するものではない。すなわち、臨床医という業務の性質上、必要な経験と知識を身につけるには一定勤務時間数のフルタイム勤務が必要な、特別の関連が認められる事案であったからである。先決裁定は、医師として患者の病状が時間を追って進行することを追うという経験を身につけることが必要であり、一般臨床において特有に起こる様々な状況についての十分な経験を獲得するためには一定のフルタイム勤務を必要と考えることは合理的であると判断している [para.40]。ただし、Rinke 先決裁定が「他のとることができる手段」を検討していないことに疑問がある。Prechal は、同先決裁定について目的と手段の関係に対する審査が緩いこと、また、同事件では76年指令と医師の自由移動指令93/16の衝突が問題となっているが、後者の指令は制定された時期には未だ間接差別の危険性が現実的に理解されていなかった時代的限界を有するものである旨を指摘する [Prechal 2004 : 549]。

²³⁶ Case C-17/05, Cadman [2006] ECR I-9583.

となり、年功的要素を有する賃金制度が違法な性差別か否かが正面から問われた。Maduro 法務官からは、Danfoss 先決裁定を踏襲すべきではなく、勤続年数基準が女性差別的効果を生じる場合には使用者に正当化の立証責任が転化されるべきであって〔法務官意見 para.38〕、また、正当化は比例的かつ女性への差別的効果が最小限でなければ認められないのであり〔同 para.58〕、たとえ勤続年数基準を使用するとしても、女性への不利益が少ない他の基準と一緒に柔軟に適用しなければならない〔同 para.58〕、との意見が提出された。しかし、同裁定は、一般的にみて、勤続の長さは経験とは密接な関連があり職務遂行能力を向上させるとして、1989 年 Danfoss 先決裁定と同様に²³⁷、勤続年数による賃金決定に一般的に正当化されるとした。ただし、その一方で、労働者からこの密接な関連性に関して重大な疑問を生じさせる可能性のある証拠が提出された場合には、使用者は、当該職務について勤務の長さや経験との密接な関係および経験による職務遂行向を具体的に立証することが必要であると判断して、この点では 1989 年 Danfoss 先決裁定を事実上一部修正した〔paras.35-38〕。

この 2006 年 Cadman 先決裁定は、理論的には、欧州司法裁判所がこれまで一貫して、使用者に対して、一般論ではなく当該事件に即して具体的に正当性を立証するよう求めてきたことに矛盾し、疑問と言わざるを得ない²³⁸。学説からも強く批判を受けている²³⁹。

欧州司法裁判所も、近時の 2013 年 Riežniece 先決裁定²⁴⁰に至り、事実上、Cadman 先決裁定の論理を否定する判断を示した。すなわち、同事件では、両親休暇取得中の労働者に不利益となる勤務評価方法が間接性差別か否かが争われたが、裁判所は、Cadman 先決裁定を参照判例としつつ「両親休暇取得中の労働者と比べて、一般的には、就労継続中の労働者は経験を得る機会がより多く、それにより、より向上した職務遂行がなされるのは確かである」としつつも、それに続けて「しかし、単に就労していることでその労働者の成果が必ず向上するわけではなく、就労を継続した労働者のほうがより向上した職務遂行をなすというのは、単なる可能性に過ぎない」と述べて〔para.47〕、人事評価方法が両親休暇中の労働者に不利益を与える場合には間接性差別にあたると判示したのである²⁴¹。

⑥ 軍務従事者の優先と正当化

2000 年 Schnorbus 先決裁定²⁴²では、職業訓練受講について義務的軍務完了者を優先する

²³⁷ とはいえ、2006 年 Cadman 先決裁定は、1989 年 Danfoss 先決裁定のような使用者の無限定な自由裁量は認めていない

²³⁸ ただし、この Cadman 先決裁定の射程が、必ずしもパートタイム労働の事案にも及ぶとは言えない。同じく正当化の判断にあたり「勤務の長さ」の違いが問題になった事案とはいえ、1989 年 Danfoss 先決裁定および 2006 年 Cadman 先決裁定では、勤続年数が問題となった。これに対し、1991 年 Nimz 先決裁定、1997 年 Gerster 先決裁定、同年 Kording 先決裁定、2005 年 Nikoloudi 先決裁定は、いずれもパートタイム労働である。「勤務時間」の違いが、「勤続年数」の違いと同程度に経験蓄積および職務能力向上と関連するとは、一般的には言い難いからである。

²³⁹ [Costello/Davies 2006 : 1583-1584] [Beck 2007] [Barnard 2013 : 320-321] etc.

²⁴⁰ Case C-07/12, Riežniece ECLI:EU:C:2013:410.

²⁴¹ ただし、同判示を不利益に扱われたか否か（性差別的効果）の判断として述べている。

²⁴² Case C-79/99, Schnorbus [2000] ECR I-10997.

構成国の立法について、正当化されるか否かが争われた。先決裁定は、同法は軍務のため生じた教育の遅れを埋め合わせようとするものであり、また、優先期間も最大でも 12 ヶ月であって軍務による遅れと少なくとも同等の期間だから不均衡なものとは言えない、として正当化を認めた [paras.44-46]。この判断は義務的軍務を重要視したものであるが、同時に、女性にとっての不利益の程度（軍務経験者が優先される期間）との均衡をも考慮している点が注目される。

なお、同様に軍務者の退職手当額算定上の優遇が問題となった 2004 年 *Österreichischer Gewerkschaftsbund* 先決裁定²⁴³は、これを正当化の問題とせず、差別の前提となる比較可能性があるか否かの問題として位置づけて、個人の利益のための両親休暇と国民的集団利益のための軍務では性質が異なるとして、比較可能性の段階で差別を否定した。この判断枠組みに対する疑問については後述する。

⑦ 正当化に関する全体的傾向

以上のように、欧州司法裁判所は、私企業の経営上の理由による不利益に対しては、初期の段階から簡単には正当化を認めず、より具体的かつ慎重な手段審査を行う姿勢を確立していたと言える。それに対し、家族（配偶者・子）扶養の有無を理由とする社会保障給付の格差については、正当化を容認した。また、*Nolte* 先決裁定などにみられるように、構成国の社会政策立法については、構成国の裁量を重視した先決裁定が出された。これらの先決裁定は、時代的限界が正当化の判断に反映したものといえるのではないだろうか。すなわち、当時においては、EU の多くの構成国で世帯単位の社会制度が当然視され、その差別性の理解が進んでいなかったこと、また、性平等が EU 法の価値序列のなかで優位的に位置するものとの認識が、EU においても未だ確立されていなかった、という時代的限界が反映していたように思われる。

さらに、「正当化として何が審査されているのか」という視点でみると、欧州司法裁判所は、構成国立法の事案では EU と構成国との権限配分について判断し、また、全体の事案を通じては、性差別禁止と他の法益とを目的面とその達成手段面から比較衡量して両者の調整判断を行っている。判例は、正当化審査を「性という属性を基準とした処遇か否かの審査」とはとらえてはいない²⁴⁴。たとえば、1994 年 *De Weerd, née Roks* 先決裁定が「予算的考慮は正当な目的とはならない」として財政的理由により性差別的効果を生じる労働不能給付支給要件の正当化を否定したことに見られるように、判例は、性を基準とした処遇でなくとも、比例性に欠ける場合には正当化を否定しているのである。

以上のように、1999 年 *Seymour-Smith* 先決裁定以降の先決裁定を分析してみると、正当化の判断は厳格になってはいるが、具体的な基準の定立は生成途上であり、未だ包括的か

²⁴³ Case C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund* [2004] ECR I-5907.

²⁴⁴ 仮に、正当化審査が「性という属性を基準とした処遇か否か」の審査だとすれば、目的が問題を含むものであったとしても、性差別であることは否定され、差別禁止法理としての正当化は認められることになる。しかし、判例は、目的が正当であってもさらに手段の必要性・適切さを求めており、そのような見解には立っていない。

つ統一的な基準を立てるところまでは至っていない。欧州司法裁判所は、正当化の判断にあたって、性平等原則が構成国の立法裁量にも優位する重要な価値を有していることを基本に踏まえながらも、複雑多岐な要素を考慮しなければならない事案が増えたことによって、性平等と他の様々な社会的要請との調整ないし価値判断に苦渋している様子が見える。その結果、具体的な比例審査の適用基準は未定立なままに止まり、先決裁定の実際の判断内容は必ずしも統一されていないように思える。

また、正当化により何が審査されているのか—性を基準とした処遇か否かの審査なのか、それとも性差別禁止と他の法益との衝突に関する調整等なのか—が、間接性差別禁止法理の性格を直接性差別の推定法理と捉えるか否かにも関連して問題となる。この点について欧州司法裁判所は、正当化の審査を通じて、性差別禁止の要請と他の権利ないし法益の要請との衝突を総合判断のなかで調整するという立場（構成国立法の場合はEUと構成国との権限配分の問題も関連して考慮のうえ）を、より明確に示していると考える。

3 比較可能性要件の波及 ～ 育児に関連した間接差別類型への導入～

つぎに、これまで述べてきた間接性差別禁止法理の変容、すなわち、同法理を適用する前提としての比較可能性要件の導入について述べたい。

欧州司法裁判所は、従来は、差別禁止法理を適用するにあたって特段に比較可能性を前提要件とはしていなかった。しかし、1993年 *Roberts* 先決裁定²⁴⁵を契機に、男女別公的年金制度に関連した特殊な事案や後述する妊娠・出産に関する事案²⁴⁶について、比較可能性を性差別の前提として求めるようになった。前者の男女別公的年金制度に関連した事案では立法が性平等の例外を容認していることが関係し、後者の妊娠・出産に関する事案では男女の生物学的相異（妊娠出産）に関連した取扱いで、本来は、男女平等原則の適用除外ないし例外として解決されうる事案であった。しかし、条約や指令には該当する適用除外や例外の規定がなく、かつ判例は、直接性差別には明文規定以外による正当化を認めてこなかった。そのため、先決裁定は、比較可能性を差別の前提要件とする手法を用いて解決を図ったものと思われる²⁴⁷。

ところが、1999年 *Gruber* 先決裁定以降²⁴⁸、つぎのように正当化の抗弁を認めている間接

²⁴⁵ Case C-132/92, *Roberts* [1993] ECR I-5579.

²⁴⁶ Case C-342/93, *Gillespie* [1996] ECR I-475 [paras.16-25] etc.

²⁴⁷ [西原 2003 : 102-106] [Prechal 2004 : 545-546]。私見としては、このような男女の生物学的差異により異なった取扱いが許容される（男女平等原則の適用が除外される）場合においても、「生物学的性差に由来すると解されてきた区別のなかに、固定的観念（ステレオタイプ）とそれに由来する偏見（ジェンダー・バイアス）に基づくものが多く存在する」[辻村 2008 : 20] のであり、性による異なった取扱いがあれば、差別を推定したうえで、使用者において、生物学的差異を理由として異なった取扱いが正当化される旨を立証することが必要と考える。

²⁴⁸ Case C-249/97, *Gruber* [1999] ECR I-5295。本文で紹介する先決裁定の他にも、例えば、1999年 *Wiener Gebientskrankenkasse* 先決裁定 (Case C-309/97, [1999] ECR I-2865) は、同一労働か否かの判断に関し「…多数の要素を考慮に入れながら、それらの人々が比較可能な状態にいると考えられるか」[para.17] と比較可能性に言及している。また、2001年 *Brunnhofner* 先決裁定 [直接

性差別の事案においても、性差別とは男女が比較可能な状況にあることが前提要件となるとして、間接性差別禁止法理による審査に入る以前に、男女の比較可能性がないとして差別を否定する判例が現れた。

男女の比較可能性を前提要件とする考え方を間接差別に波及させる契機となった 1999 年 Gruber 先決裁定は、「育児を理由とする退職者」と「重要な理由による退職者」との退職金額の格差が性差別か否かが問題となった事案である。同先決裁定は、前者は任意退職であるのに対し後者は強制退職であって、両者は退職の実質および原因において状況が異なるとして、間接性差別禁止法理を適用する以前の段階で間接性差別にはあたらないとした [paras.31-33]。そして、同先決裁定の約 1 ヶ月後に出された 1999 年 Lewen 先決裁定²⁴⁹もまた、比較可能性があることが差別の前提であることを一般論として判示した。そして、両親休暇中の労働者に対するボーナス不支給に関し、両親休暇中の労働者は「現に就労している男女労働者と同一とは言えない、ある特殊な状況にある」として就労者に対する報酬を趣旨とするボーナスを支給しなくとも差別には該当しないと判断した [paras.36-38]²⁵⁰。2004 年 Österreichischer Gewerkschaftsbund 先決裁定²⁵¹も、退職手当における勤続年数の算定に関し「軍務による休業」期間を算入し「出産休暇」期間は不算入としても、両者は比較可能な状況ではないので差別ではないとしている [paras.60-64]²⁵²。2009 年 Sánchez-Camacho 先決裁定²⁵³も、公的年金支給額を、育児のための勤務時間短縮による保険料減額に比例して減額算定したことについて「勤務時間短縮者は、フルタイム勤務者と比較できない特別な状況」 [para.57] にあり、支給額の比例的減額は差別ではないとした。

これらの先決裁定は、育児を理由とする休業や退職に関する事案である。これらは、妊娠・出産に関する不利益取扱い事案において、比較可能性を前提要件とすることにより、直接性差別に正当化を認めないことの不合理性を回すようになった一連の裁判例と類似しているようにもみえる。しかし、育児休業や退職を理由とする間接性差別の場合には、正当化の審査が要件とされており、正当化審査の段階で、妊娠出産による就労能力の低下を理由とする異なった取り扱いが認められるか否かを検討する。したがって、比較可能性を前提要件としなければならない理由は実際にもなかったにも拘わらず、比較可能性差

差別, para.28]、2002 年 Lawrence 先決裁定 (Case C-320/00, [2002] ECR I-7325) [para.12] も、一般平等原則について比較可能性を前提として紹介する。

²⁴⁹ Case C-333/97, Lewen [1997] ECR I-7243.

²⁵⁰ 先決裁定は、当該構成国の法律では両親休暇中は雇用契約が停止し労使各々に義務が生じないことを根拠にして、両親休暇取得中の労働者は特殊な状況にあるとする。

²⁵¹ Case C-220/02, Österreichischer Gewerkschaftsbund [2004] ECR I-5907.

²⁵² 先決裁定は、比較可能な状況でない理由として、休業が個人的利害による任意のものか市民的義務として強制されるものか、休業の目的・休業を規定する法律・休業期間の長さの違いがあり、両親休暇と軍務のための休業では休業の性質が異なると述べる。[Bell 2011 : 632-633] は、比較可能性を差別の前提とすることについて、誰を比較対象者とするかの曖昧な価値判断が含まれることを指摘し、本件を例に挙げて、裁判所は「任意で両親休暇以外の休暇を取得した者」との比較可能性を要件とすることにより、法が子育てよりも軍務を優位にみているという事件の本質的問題への回答を回避した、と批判する。

²⁵³ Case C-537/07, Sánchez-Camacho [2009] ECR I-6525.

別モデルが用いられた。

第3節 EU法における間接性差別禁止法理の特徴

1 間接性差別禁止法理の到達点

これまでの間接性差別禁止法理の生成と展開に関する分析を踏まえて、同法理の規範内容に関するEU法の到達点について、その要件に添いながら整理してみたい。

(1) 法理の適用対象に関して

EU指令は、間接性差別の適用対象を「性中立的な規定、基準、取扱いが…」と限定列挙する形で定義しているが（たとえば、2006年男女平等統合指令2条1項b号）、列挙された「規定、基準、取扱い」の各々が幅広い概念であるために、これらの内容は実際には限定されていない状況である。判例も、同法理の適用対象に関して、特段の限定をする解釈をしてはいない。

それだけにEU法における間接性差別禁止法理は、個別の行為のみならず社会制度や人事制度などにも広く適用されてきた²⁵⁴。欧州司法裁判所に係属した事案をみると、パートタイム労働や育児休業に関連した事案が多数を占める。アメリカにおいて性差別に関して差別的効果法理が適用された事案が、身長など男女の生物学的差異に関連した採用基準²⁵⁵であったことと比べると、EU法における間接性差別禁止法理は、性別役割分業制度を組み込んだ社会制度や人事制度をも射程に入れて、性別役割分業を土台とした社会システムから女性が被る不利益を是正する法理として機能してきた点に特徴を有する²⁵⁶。

また、EU法における間接性差別禁止法理の対象が限定されていないところから、性差別が新たな形態において問題となった場合にも、同法理による法的審査の門が開かれている²⁵⁷。たとえば、欧州司法裁判所では、ジョブシェアリングをした労働者がフルタイムに復帰した後に受けた賃金格差（1998年Hill先決裁定）、有期契約労働者の雇用保障の弱さ（1999年Seymour-Smith先決裁定）、雇用契約上の労働者でない就労者に年金加入資格がないこと（2004年Allonby先決裁定²⁵⁸）、臨時労働者の常勤への登用要件上の不利益（2005年Nikoloudi

²⁵⁴ [Craig/Búrca 2008 : 852] は、「今日、間接差別は、多くの裁判所において、制度的差別に立ち向かい正すための手段として良く知られている概念である」と述べる。Fredmanも、間接性差別禁止法理について「構造的差別に挑戦するために利用可能な法的手段として最も洗練されたもの」[Fredman 2002 : 284] と高く評価し、この法理が、個人ではなくグループに着目し、女性に不利益な効果を与えたり女性に対応し難い男性中心の規範について、その規範自体を排除し実質的な機会の平等を実現しようとするものであることを、特に指摘する [Fredman 1997 : 284-288] [Fredman 2002 : 7-11,115] 。

²⁵⁵ 1977年Dothard アメリカ連邦最高裁判決、Dothard v. Rawlinson, 433 U.S.321(1977) 。

²⁵⁶ [相澤 2003]

²⁵⁷ 性中立的規定がもたらす性差別的効果の規制の方法としては、問題となる規定等を個別に差別的規制の有無を検証して法的規制の対象を定めていく限定列挙方式もありうる（たとえば、日本の2006年改正雇用機会均等法における間接差別規定）。しかし、EC法の間接性差別法理は、審査対象を固定化しないことにより、新たな差別に門戸を開き、使用者や構成国に差別の予防ないし是正を差別的効果をもたらす制度の是正を求める機能を有することとなった。

²⁵⁸ Case C-256/01, Allonby [2004] ECR I-873.

先決裁定) などの非典型労働に伴う新しい問題が、最終的に違法といえるか否かは別として、性差別の視点から審査されている(近時、判例は比較可能性を差別の前提要件とし、この点からの限界が生じている問題については前述した)。

このように対象事項が幅広いことは、使用者や構成国の立場からすれば、あらゆる制度や法律の創設および運用にあたって、それが性差別的効果を生じるか否かに配慮を払い、性差別的効果が生じないよう予防し是正することが、事実上、義務づけられていることを意味するものである²⁵⁹。

(2) 性差別的効果に関する要件に関して

性差別的効果に関する展開の到達点として、2002年改正男女平等待遇指令により、差別的效果に関する定義部分が「ある性に属する者を他の性に属する者と比較して、特定の不利益を与えるだろう場合」と修正されたこと(以後の諸指令も踏襲)に注目したい。新たな定義では、性差別的効果を統計資料以外の証拠により立証することも認められる旨が明らかとされ、多様な立証方法を認めるものとなった。そして、性差別の本質の捉え方という点でいうと、この統計的立証を許容する改正は、それまでの間接差別を集団的視点からグループライツ的な見地で捉えていた立場から、より個人的視点で捉える立場へ変化したと考え得る。

また、もう一つ差別の本質の捉え方との関係で注目されるのは、指令が、「特定の不利益を与えるだろう場合」と定義していることにみられるように、性差別的効果を不利益の付与と結びつけた形で認識していることである。確かに、指令は「他の性に属する者と比較して」と規定しており、性差別を比較という観点から、すなわち「他の者と同じに扱われていない」という観点から考慮する姿勢も示している。しかし、この男女比較は、集団比較は必須ではないところから、一方の性への不利益の付与という事実を導くための一つの立証方法の提示と考えるべきであろう。差別の本質を、男女の処遇を比較して処遇の違いの視点から捉えるのか、それとも「その者を不利益な地位におく、あるいは、排除する」など男女比較を必ずしも要件としない視点で捉えるべきかは、大きな問題である。この点でいえば、現段階のEU法における間接性差別禁止法理は、混合的な見解、すなわち、男性と女性への処遇効果の比較を通じて、一方の性に不利益が生じている場合を差別とする見解をとっているものと思われる。

(3) 正当化の抗弁に関して

正当化の成否に関して、欧州司法裁判所は、1999年 *Bilka* 先決裁定以来、比例性審査基準(proportionality test)を用いて判断し、介入目的と手段の両面から、性平等の実現と他の利益とのバランスを図ってきた²⁶⁰。

²⁵⁹ その例として、1999年 *Seymour-Smith* 先決裁定を受けたイギリス貴族院判決は、「政府が女性に不利な効果を与える措置を導入する場合は、その措置の働きをモニターし、定期的に検討をし、状況に応じて措置を廃止や変更する義務がある」旨と判示している(R v Secretary of State for Employment ex parte Seymour-Smith and Perez No.2 [2000] IRLR 263 paras.70-71, HL)。

²⁶⁰ *Tridimas* は、同審査は、i 正当な目的の達成に適切な方法か、ii 目的を達成するより制限的

間接性差別の正当化に関して具体的に争点となった主な類型は、一つには、構成国が権限をもつ社会政策立法について欧州司法裁判所が判断しうるか否か、二つめは、性差別的効果を生じる制度（たとえばパートタイム労働の処遇制度）が社会的に不合理なものか否かの審査、三つめの審査類型は、性差別禁止と性中立的規定等が目的とする他の法益との利益衝突の調整であった。正当化が「差別の推定を覆す立証段階」と位置づけられているところからすれば、上記三つの類型以外でも、欧州司法裁判所は、推定を覆す内容の主張であれば、その主張の性格を限定するものではないであろう。要するに、正当化審査は、差別の推定を覆す主張であれば全てが審査されうる構造をもっている。

つぎに、具体的な正当化の判断では、欧州司法裁判所は、1999年 *Seymour-Smith* 先決裁定以後、性差別禁止が EU 法において優位的価値を有することを踏まえつつ、対象となる基準の性格（構成国立法か私的合意か）、性中立的基準の目的（市民の生命や健康、雇用創出）、同目的と被る不利益の程度との兼ね合い、その他、全ての要素が総合的に考慮して正当化の成否を判断している。ただし、その総合判断についての、より具体的な統一的基準は示されていない。そのため、実際の欧州司法裁判所の判断は、個々の事案によって相当に流動的であり幅があるが、判例上、これまでに正当化に関し確認してきた内容としては、つぎの点が挙げられる。

まず、性平等は各種法益のなかでも優位性をもつものであり、構成国が有する社会政策立法に関する広い裁量権も、男女同一賃金原則という共同体の基本的原則の実現を妨げることはできない。

また、正当化について一般論を述べるだけでは主張・立証として不十分であり、当該事件に則って具体的に主張・立証することが必要である²⁶¹。なお、これまでの判例により、予算的な考慮（財政上の理由）は正当な立法目的とは認められないこと²⁶²、採用の奨励は社会政策上の正当な目的ではあるが、単なる一般論でなく、当該立法により具体的に採用

な方法がないか、iiiそれが無いときも申立人の利益に過大な影響を与えてはならない（真の比例性）、との3テストからなると言われてきたが、欧州司法裁判所は、実際には、iiとiiiとを区別せず、また、「他にとることのできる手段」のテストを行わなかったり「他にとることのできる手段」があっても正当かを認める場合もある指摘する。それを踏まえて、欧州司法裁判所における比例性審査の本質的特徴は、追及する目的と個人の自由に与える不利益とのバランスを図ることにあると分析している [Tridimas 2006 : 139]。

²⁶¹ たとえば、2003年 *Kutz-Bauer* 先決裁定 (Case C-187/00, [2003] ECR I-02741.) [para.58] は、引退促進・失業者採用奨励を目的とする高齢者パートタイム制度について、退職年金開始年齢までとする事案で、一般論として高齢者にパートタイム勤務を認めればフルタイム勤務から移行するものが増え採用が奨励される可能性があるというだけでは採用奨励のための適切な手段とは言えず、問題となった制度により雇用が奨励される旨を具体的に立証しなければならないと判示する。2003年 *Steinicke* 先決裁定 [para.64]、2005年 *Nikoloudi* 先決裁定 [para.52] も、単に一般的に採用が奨励されると主張しただけでは正当化に不十分である旨を判示する。

²⁶² 前述 *De Weerd, née Roks* 先決裁定他、2000年 *Jørgensen* 先決裁定 (Case C-226/98, [2000] ECR I-2447.) [para.39]、2003年 *Kutz-Bauer* 先決裁定 [para.60]、2003年 *Steinicke* 先決裁定 [para.68] など。

が増加することを立証する必要がある旨が判示されている²⁶³。

他方で、Seymour-Smith 先決裁定が言及した「他にとることのできる手段」を検討することは、これに言及する判例²⁶⁴と言及しない判例²⁶⁵が混在する。また、上記テストに言及した各判例も一般論としての言及にとどまり、正当化判断の帰趨に結びついた形で解釈が示されたわけではない。

2 性差別禁止法理における間接性差別禁止法理の位置づけの検討

(1) 立証責任の転換ルールか性差別概念の拡大か？

では、この EU 法上の間接性差別禁止法理は、差別禁止法理の展開の中で、どのように位置づけられるのだろうか。換言すれば、同法理は、「直接性差別禁止に関する立証責任の軽減ルール」、すなわち、男女格差という生じた結果から男女別取扱いの存在を推定する法理（直接性差別禁止を立証面から補完する法理）なのだろうか²⁶⁶。それとも、それを超えて、男女別取扱いはなくとも「一方の性に不均衡に不利益な効果を生じさせる制度や取扱いは、性平等の実現に対する障害として性差別」と捉える（但、正当化が認められれば違法な差別とはならない）という、法が禁止する性差別概念を拡大した法理として位置づけるべきなのだろうか²⁶⁷。

欧州司法裁判所の判例には、間接性差別禁止法理のこのような位置づけが争点として正面から問われたケースは未だない²⁶⁸。そこで、これまでの判例および指令など立法の内容

²⁶³ たとえば、2003 年 Kuz-Bauer 先決裁定 [para.62]、2003 年 Steinicke 先決裁定 [para.63]。

²⁶⁴ たとえば、2003 年 Kutz-Bauer 先決裁定 [para.51]、2003 年 Steinicke 先決裁定 [para.58]、2005 年 Nikoloudi 先決裁定 [para.48]。

²⁶⁵ たとえば、2003 年 Rinke 先決裁定など。

²⁶⁶ [西原 2002 : 156] はこの見解をとる。これに対して [中窪 2005 : 118] は、アメリカの差別的効果法理に関する判例をあげて「単なる直接差別の緩和された形態ではなく、より積極的な平等理念のための手段と位置づける視点を示している」と指摘している。

²⁶⁷ 両者は、つぎの具体的な相違を生じる。前者の立証責任の軽減ルールであるとの立場では、法が性差別として禁止する対象はあくまでも性という属性を基準とした取扱いであり、客観的には直接差別も間接差別も対象範囲は一致しており、立証上の問題で現実に法的規制が及ぶ範囲が異なってくるだけということになる。いわば、一つの禁止対象を行為者の側から捉えるものと、結果から推定し遡って対象を補足するものとの、アプローチの仕方の違いに過ぎないものと捉える。正当化の抗弁は、性という属性を基準とした扱いではないことを反証する過程であり、実際に性を基準とした扱いでなかったことが立証されれば、性差別の推定が覆り性差別とはならない。

これに対して、後者の、性平等の実現に対する障害を差別として禁止する法理と考える立場では、禁止の対象となる範囲は、性という属性基準による取扱いを超えてより広く、性平等に対する障害となっているものを射程範囲に取り込むこととなる。また、正当化の抗弁は、他の EU 法上の法益や要請との調整などを考慮して間接性差別禁止法理の適用範囲を画する、という判断過程となる。

²⁶⁸ EU の研究者のなかでも、見解は必ずしも一致はしていないように思われる。

Ellis は、差別が直接か間接かを問わず「人が禁止された理由により不利益に取り扱われることである」と定義し、正当化は「差別が間接的なときに因果関係の要素を示すものである。すなわち、不利益が受容可能で性中立的な要因によるものであれば差別ではない。不利益な効果の原因は、何か性以外のものである」と解し、したがって、間接性差別禁止法理は性を理由とする差別禁止の立証ルールと捉える立場をとる [Ellis 2005 : 112]。

を分析しつつ、同法理がどのような法的性格のものとして理解され展開されてきたのかについて検討しておきたい。

① 先決裁定の検討

間接性差別禁止法理の端緒となった 1981 年 Jenkins 先決裁定は、性差別的意図の存在が窺われる、性中立的基準を用いた「隠された直接性差別」型の事案であった。しかし、その後、1986 年 Bilka 先決裁定において、間接性差別禁止法理は、使用者の性差別意図の有無を問わず差別的効果に着目して差別を認定する法理として確立された。この Bilka 先決裁定だけをとりあげれば、間接性差別禁止法理は「立証責任の軽減ルール」に止まるとも「差別概念を拡大した」とも解する余地があることは、前述したとおりである。

その後の先決裁定を分析すると、確かに、男女同一価値労働同一賃金原則に関する事案では、直接性差別の立証の軽減手段として間接性差別禁止法理を用いたことが窺われるような先決裁定も少なくない²⁶⁹。しかし、一方、明らかに、使用者・国が外形のみならず真意としても性という属性を基準にして取扱ったわけではないという事案もみられる。たとえば、教育訓練の違いを理由とする賃金格差（1989 年 Danfoss 先決裁定）、公務員採用の前提条件である講座受講についての軍務完了者優先（2000 年 Schnorbus 先決裁定）、臨床医資格に一定のフルタイム勤務の年数を要件とする規定（2003 年 Rinke 先決裁定）、年功性賃金制度（2006 年 Cadman 事件）などである。これらの事案は、真意としても性を基準として用いたわけではないが、女性のおかれた状況²⁷⁰ゆえに、当該性中立的規定による不利益扱いが女性に対する障害として働き、そのために女性に差別的効果が生じた事案である。したがって、「立証されてはいないが、性を基準とした取扱いがあったかもしれない」という事案とは、まったく性格を異にする。にもかかわらず、欧州司法裁判所は、これらの事案については、間接性差別禁止法理に取り込んだ上で、正当化審査で性中立的規定の目的との調整を図るという方法を採用しているのである。

また、判例のなかには、直接性差別は否定されるとしても、間接性差別として問題となることを明記するものが、繰り返し現れている。このことは、欧州司法裁判所が、間接性差別禁止を直接性差別禁止の立証責任軽減ルールを超えたものとして捉えていることの証左であるとみることができよう。たとえば、1973 年 Tuelling 先決裁定 [para.13] および 1991

これに対し、Barnard は、2002 年改正男女平等待遇指令および 2006 年男女平等統合指令の正当化の定義が挙証責任指令の定義から変更されていることを指摘し、2002 年改正男女平等待遇指令等は正当化審査を性との因果関係を検討する審査とはみていないとの考え方をとっている [Barnard 2006 : 402]。また、Fredman ほかに多くの研究者が、間接性差別禁止法理を平等に対する障害を見だし除去すると述べるが、これは、法的差別概念を拡大し差別的効果自体を差別としたとの考えが基礎にあると思われる [Fredman 2002 : 13,115]。

²⁶⁹ たとえば、1993 年 Enderby 先決裁定は、男女同一賃金原則における立証責任の分配について述べるなかで間接性差別法理についても説明を加えており [13-19]、間接性差別法理を基本的に立証責任の軽減ルールと位置づけていると見られる。

²⁷⁰ Donfoss 事件では女性には教育訓練機会が少なかった過去の経過、Schnorbus 事件では当該基準の前提事実の性差別性すなわち軍務は男性のみの義務、Rinke 事件では性別役割分業、Cadman 事件では性別役割分業ないし女性の職場進出の遅れ。

年 *Com. v Belgium* 判決 [para.14] は「性に直接基づいた給付でなくとも、婚姻上の地位や家族的状况を考慮することは…」と判示している。また、1996年 *Lewark* 先決裁定は、「(構成国法の目的である) 社会政策目的は、それ自身は性とは関係ない」ものであると認めつつ、当該法律は、女性が圧倒的割合を占めるパートタイム労働者が委員活動に必要な知識を獲得することを妨げ、委員として選出されることをより困難にするとして、正当化を否定した [paras.33-34]²⁷¹。1999年 *Krüger* 先決裁定²⁷²も「…たとえその除外が労働者の性とは無関係に適用されても、実際には男性より遙かに高い割合の女性に影響を与える場合には、間接差別である」、としている [para.26]。これらは、性を基準とした取扱いの推定を明らかに超える内容を、間接差別として把握する意図を示すものであろう²⁷³。

欧州司法裁判所は、確かに、間接性差別禁止法理を「隠れた性差別」や「偽装された性差別」(1970年代の前史となる先決裁定や1981年 *Jenkins* 先決裁定)を禁止する法的手段として用いることから出発した。そこでは、間接性差別禁止法理は、性を基準とした差別の存在を立証する責任を軽減するルールとして用いられてきた。しかし、判例法理がその後展開するなかで、性差別意図や性を基準とした取り扱いか否かを問題とせず、差別的効果自体を差別として推定し、正当化に関しては性差別禁止と他の法益とを比較衡量して判断するという法理へと移行したと考えられる。

③ EU 諸指令の改正内容についての検討

では、立法者は、EU 法上の間接差別法理をどのように位置づけているのだろうか。それ

²⁷¹ *Lewark* 事件では、所定内の経営協議会活動にのみ賃金を保障する法律が、女性が圧倒的多数を占めるパートタイム労働者に差別的効果を生じるとして問題となった。

²⁷² *Case C-281/97, Krüger* [1999] ECR I-5127. 同事件では、労働協約による僅少雇用契約(週15時間以下労働かつ収入が一定額を超えない)労働者の年末手当支給からの除外が間接差別かが争われた。

²⁷³ 問題は、判例が文言上、現在も正当化の一般論として、性差別的効果を生じる取扱いなどが「性にに基づく如何なる差別とも関係のない客観的要素によって」正当化されると述べている点である。しかし、実際の正当化に関する判断は、この文言内容とは必ずしも一致しない。すなわち、欧州司法裁判所は、正当化の成否を、専ら、比例性審査を通じて性中立的制度等と性差別禁止との比較衡量により決定している。これは、同法理を立証軽減ルールとする場合の審査内容とは異なる。そもそも、この判例の正当化に関する一般的文言は、直接性差別が問題となった1980年 *Macarthys* 先決裁定において男女賃金格差が性を理由とする以外にもありうるという文脈の判示のなかで類似の表現が用いられ、それが翌1981年の *Jenkins* 先決裁定でも使用されたものである。*Jenkins* 先決裁定は、前述したとおり使用者に性差別意図が伺われる偽装差別型の間接差別であったが、同先決裁定が間接性差別法理の端緒となったところから、後の間接性差別法理に関する諸判例においても、上記文言が正当化の一般的定義として踏襲されてきたものである。しかし、上記文言は、実際にはもはや正当化に関する定型的言い回しにしか過ぎなくなっており、2002年改正男女平等待遇指令および2006年男女平等統合指令では、後述するように正当化の定義から削除されている。

を検討しておきたい。

間接性差別の定義を初めて成文化した挙証責任指令段階では、その提案者である欧州委員会は、提案理由に「事実上の差別が未だ存在する理由は、性に基づく差別の存在を立証することが困難ないし不可能なことにある」²⁷⁴と述べており、この段階では、間接差別禁止を直接差別禁止における立証の困難さを補う法理として位置づけていたと思われる。それは、同指令が「ただし、当該規定、基準ないし取扱いが、適切かつ必要であり、性別と関係のない客観的な要因によって正当化される場合を除く」（2条2項）と規定したことから伺えるであろう。

しかし、2002年改正男女平等待遇指令は、上記挙証責任指令の規定を「ただし、当該規定、基準ないし取扱いが、正当な目的により客観的に正当化され、かつその目的の達成手段として適切かつ必要な場合を除く」（2条2項）という文章へと改正し、「性別と関係のない客観的な要因によって（正当化される場合）」という部分を削除した。しかし、2002年指令改正の主目的の一つが、アムステルダム条約による男女平等規定の強化を指令に反映することであることからしても、上記文言の削除は、間接性差別禁止法理が立証責任軽減ルールないし転換を超える内容をもつものであることを明確化したものと、理解できるのではないだろうか。

（2）間接性差別禁止法理の論理構造

以上、検討してきたように、EU法の間接性差別禁止法理は、当初は、男女格差が生じているという結果から男女別取扱いを推定する直接性差別の立証軽減ルールとして用いられていたが、同法理の発展とともにその性格にも変化が生じ、現在では、単なる直接性差別の立証軽減ルールにとどまらず、一方の性に不均衡に不利益な効果を生じさせる制度や取扱いを「性平等に対する障害」を性差別と捉えるという（但、正当化が認められれば違法な差別とはならない）、法が禁止する性差別概念を拡大した法理へと進展しているものといえよう。もちろん、この一方の性に不利益な効果を生じる制度など、いい換えれば「性平等に対する障害」には、男女別取扱いも含まれるのであり、外形上は性中立的でも、性差別意図のある（ないし男女別取扱いとの認識ある）「隠された直接性差別」もまた当法理の対象である。つまり、直接性差別と間接性差別とは、同一基準により「直接差別か間接差別か、前者でなければ後者」というように二者択一的に区分されるものではなく、別々の論理に基づく概念定義である。そして、EU法における間接性差別禁止法理は、直接差別とは別の類型を法的に禁止する差別として取り込み、性差別概念を拡大した法理であると考える。

そして、この性差別概念の拡大には、「取り扱い」という「ある者の作為・不作為という行為」を対象として「差別」とする行為規範としての意味だけではなく、「規定」「基準」という「制度」自体をも「差別」とするものへの展開が見られる。この展開は、後述する学説による現代社会の差別の本質に関する主張、すなわち、現代における性差別の

²⁷⁴ COM (96) final [para.23]

主要因は個人的な偏見や恣意的行為ではなく社会や雇用のシステム自体にあり、その制度的構造的変革が必要である旨の主張と、その趣旨を含んだ展開か否かは明らかではないが、適合した解釈の発展といえる。

また、この間接性差別禁止法理を構造的にみれば、性差別的効果という結果から、その発生原因となった制度や取扱いに遡って、一方の性に属する者に（正当性なく）不利益を生じている、言い換えれば、性平等に対する障害となっている制度や取扱いを洗い出す効果をもつものと分析できる。間接性差別禁止法理は、このように、とりわけ結果に注目する、結果の平等と密接な関連性を有するアプローチといえよう。ただし、性差別的効果の発生は、性差別を一応推定し原因へと遡る契機になるにとどまるものであって、間接性差別禁止法理は男女が平等な結果を得ることを保障したものではない。同法理は、男女の平等な機会に立脚するうえで実質的に障害となる制度や行為を禁止し除去する法理であり、法的性格としては、機会の平等を保障する法理として理解することが妥当である²⁷⁵。

また、間接性差別の法理は、使用者や構成国に対して、性差別的効果のある基準・規定・取扱いという、一方の性に属する者に対して構造的に不利益を発生させている存在－性平等に対する障害－を発見して「性差別」として「違法」という法的否定判断を行う。そして、この「違法」という法的否定判断と「法的責任」追及とが連携されることにより、構成国や国に対して、障害の導入そして不発見ないし不除去という不作為について事実上ないし法的責任が課されることになる。すなわち、間接性差別として「違法」という法的判断は違法状態の消滅を求め、また、障害の導入という作為ないし不発見・不除去という不作為に対して法的「責任」が問われることになれば、それらを介して、使用者や構成国に対して、障害が存在するか否かに注意して障害が存在する場合には除去するという、作為を要求することになる。こうした意味で、間接性差別禁止法理は、性差別の撤廃ないし予防に対して、積極的かつプロアクティブ（前向き）な機能をもつ法理といえよう。

3 小括

以上に述べてきたとおり、EU法における間接性差別禁止法理は、性差別意図の有無を問わず、一方の性に不利益な効果を生じ、客観的にみて「性平等に対する障害」となっている規定・基準・取扱いを「性差別」として違法とする法理として発展してきた。

その最大の特徴は、一方の性にとって不利益な制度や構造自体、すなわち、性別役割分業や女性劣位の社会的状況などを基底として性差別を生み出しているシステム自体を、性差別として禁止し、それにより、制度の導入・活用者である使用者や構成国に対して、性

²⁷⁵ Fredman は、間接性差別禁止法理は、その目的として平等取扱いを超え結果の平等を志向するが、そのゴールとして結果の平等の実現を求めるものではないと述べる [Fredman 2011a: 115]。Barnard も Fredman の論述を紹介しながら、間接差別は、性中立的な取扱いの結果に着目している点で「結果に起因し (results-oriented)」また、特定のグループに及ぼす結果に着目している点で「結果に関連する (involves equality of results)」が、「結果再配分的ではない (not redistributive)」と指摘する [Barnard 2012: 86, 336]。

差別的効果を生じる制度の導入防止・点検・是正を求める機能を有することにある。

その意味で、性差別被害者の個別救済・性差別の消極的禁止を超えて、性差別を生み出す構造・制度自体の是正・変革を積極的に追求する法理といえよう。実際に、EU法における間接性差別禁止法理は、パートタイム労働を不利益に処遇する立法や雇用制度、また職種間の賃金格差などを、性差別の視点から是正させるうえで大きな役割を果たしてきた。

他方で、間接性差別禁止法理は、個人による救済の申出に依拠する事後的な救済であるという弱点をもつ。くわえて、性別役割分業を基底におく制度から生じる不公正の是正を追求する法理ではあるが、当然のこととはいえ、性別役割分業自体の是正や解消を求めるものではない [Fredman 2002 : 115]。たとえば、同法理によりパートタイム労働に対する不利益は規制されても、同法理は、女性が専ら家族的責任を担いパートタイムでしか働けない状況自体の是正を求めるものではない。性差別の根源的是正までは射程範囲ではないという限界がある。

また、間接性差別禁止法理は、性差別効果（結果）に着目して、性という集団的属性に関連する不利益が生じていないかの検討（その意味での男女の集団的比較、統計的立証は必須ではないが）を通じて性平等への障害を洗い出すが、男女集団の比較には困難も少なくない。差別事由は、性ばかりではなく年齢や人種、教育、社会的階級や階層など多岐に存在し、複合的に生じることが多いからである。とりわけ近年、男女の集団内部での多様化・階層化が顕著となり、男女を集団として一律に把握することが困難かつ不適當になっている。性差別的効果の立証は、社会の多様化の進行とともに、今後、より難しくなっていく可能性がある²⁷⁶。

さらに、正当化の抗弁との関係で、今後、社会・経済状況次第で、司法の判断が、経済的理由や構成国の立法裁量へと重心が移行して、正当化を広く認める方向へ流れる恐れも払拭できないであろう。加えて、近時、比較可能性差別モデルが間接性差別禁止法理にも波及して、同法理に変容を来す傾向がみられるところである。この点については、改めて検討する。

このように、間接性差別禁止法理は、EU性差別禁止法において飛躍的な発展をみせた、性差別をその制度的構造的な原因から排除する法的手段であり、形式的平等法理の限界を克服するための重要な法理である。しかし同時に、同法理の有効性には限界があり、他の、

²⁷⁶ なお、間接性差別法理に対しては、男女に対するステレオタイプな見方に依拠する弱点を有するとの批判もある（たとえば [中窪 2005 : 120] [長谷川 2006 : 206, ただし、イギリス法に関しての言及]）。

しかし、この点については、性は集団的属性をもつ差別事由であり、性差別の推定に集団比較を使用すること自体は非難にあらず、むしろ必要な視点であろう。そして、集団的把握によりステレオタイプな判断になることの危険性は、正当化審査を通じて、「性と関連した『違法な』不利益取り扱い」という推定を維持すべきか否かを審査することにより避けうると考える。比例性審査は、性差別是正と他の利益との調整のみならず、性差別の違法推定を覆すべきか否かに関係する事由を広くの審査するものとして機能しうるし、また、欧州司法裁判所は、比例性審査をかなり多様な目的で用いている。

より性差別の根源に迫る法的手段との併用が不可欠であるものとして、把握すべきであろう²⁷⁷。

²⁷⁷ [Fredman 2011a : 161] 参照。

第4章 妊娠・出産に関する性差別禁止法理の生成および展開 ～ 性差別として禁止する類型（性差別概念）の拡大Ⅱ ～

問題の所在

1 妊娠・出産に関する不利益取扱いと性差別の概念

前章では、EU 性差別禁止法における形式的平等を超える内容をもつ法理の一つとして、間接性差別禁止法理の生成と展開を跡づけてきた。これに加えて、もう一つの形式的平等を超える注目すべき法理としては、妊娠・出産に関する性差別禁止法理がある。本章ではこれを取りあげて、検討したい。

日本でも欧米諸国でも、産前産後休暇などの権利保障や妊娠・出産を理由とする解雇や昇進差別などの不利益取扱いの禁止は、女性が男性と対等に働きつづけキャリア生成していくための重要課題の一つである。これらは、妊娠・出産に関する権利保障を実現するという実践的課題であると同時に、法的には、性差別ないし性平等の概念の捉え方が問われる理論課題を含んでいる。すなわち、妊娠・出産に関する権利保障を、性差別禁止／性平等の視点からアプローチするのか、それとも、それとは別の保護法的視点からアプローチすべきか、という問題である。もともと、保護法的アプローチをとった場合でも、それが十分な水準の法的保護が規定されれば問題はないかもしれない。しかし、それはその時々の方政策的判断に委ねられ、法規範としての要求とは異なるものである。その意味で、EU 法が妊娠・出産差別を直接性差別として位置付ける選択をしたことの意義は大きい。

妊娠・出産に関する権利保障を性差別／性平等の視点からアプローチする場合に、問題となるのは、妊娠・出産は女性に特有の機能であって、他の場面での性差別とは異なり比較対象となる男性が存在しないということである。それゆえ、性差別禁止を「他の性（男性）と等しく」という形式的平等を目的とする法規範として捉えるならば、妊娠・出産に関する差別は性差別禁止法理の範疇には入らなくなる。実はこの問題をより複雑にしているのは、妊娠・出産に関する不利益取扱い事案の多くが、妊娠・出産という事実自体ではなく、妊娠・出産に関連した就労不能や就労能力の低下を理由とした事案だということにある。就労不能や就労能力の低下は、男性でも疾病などによって生じうる。したがって、妊娠・出産差別も、その点に着目すれば、男性と比較して不利益取扱いか否かを基準にし、かつ、その範囲において性差別として法的に扱う、ということも考えうるであろう²⁷⁸。

²⁷⁸ たとえば、アメリカでは、妊娠差別禁止法（Pregnancy Discrimination Act）により、妊娠・出産自体を理由とする不利益取扱いは性差別と規定されているが、他方で、妊娠・出産による不就業を理由とする不利益取扱いについては、他の理由による不就業でも同様の不利益取扱いが行われていれば、それは性差別には該当せず法的に許される、とする立場も存在する（この立場では、妊娠・出産差別を性差別の範疇に入れつつ、差別の概念を「他の性と異なった取扱い」として他の性との比較を厳格に要求している）[中窪 2010: 221-223]。日本法に関して、厚生労働省は、比較対象男性がないことを理由に、性差別の問題ではないとの見解に立つ（平成 10・6・11 女発第 168 号）。と同時に、妊産婦保護の見地から産前産後休暇（労働基準法 65 条）や妊娠出産障害休暇（男女雇用機会均等法 13 条）等が保障されていると解釈している。ここでは、性平

欧州司法裁判所は、この比較対象男性のいない妊娠・出産に関する不利益取扱い事案を、直接性差別禁止違反として把握し、「性平等とは何か」「何を性差別として禁止し排除するのか」を問い直すなかで、直接性差別の概念を拡大してきた。その結果、「妊娠・出産およびそれに伴う就労不能や就労能力低下を理由とする不利益取扱い」をも直接性差別として禁止するという法理を生成した。ここでは、このような妊娠・出産に係わって禁止される性差別行為類型が拡大されてきた経緯をたどりつつ、その法理の内容と論理構造について検討を加える。

2 妊娠・出産に関する EU の諸法規

EU 法は、妊娠・出産に関して、性平等の視点からの法、そして妊産婦保護の視点から法と、二つの類型の法を制定してきた。前者に関しては、1976 年男女平等待遇指令が、「本指令は、女性の保護、とくに妊娠と母性に関する保護を妨げるものではない」（2 条 3 項）と規定した。一方、後者については、1992 年に母性保護指令が、危険有害業務や夜勤労働の規制（3 条ないし 7 条）の他、産前産後休暇 ”maternity leave”²⁷⁹の保障（8 条）、妊娠開始から産前産後休暇終了までの解雇禁止（10 条）等を規定している。また、産前産後休暇中の処遇については、雇用契約に関する権利の確保（11 条 2 項）とともに、「労働者への十分な手当」の支払い（11 条 2 項）を保障し、疾病休業時の給付額を下回らない額るときは十分な手当とみなされる（11 条 3 項）旨を規定する（2010 年に出産休暇期間延長などの改正）。

1992 年母性保護指令は、妊娠・出産保護を正面から規定する立法ではあるが、禁止される不利益取扱い規定としては、妊娠・出産を理由とする解雇禁止が定められているのみである。したがって、解雇以外の不利益取扱いや産前産後休暇中の処遇を法的に争うには、EC 条約 119 条や男女平等待遇指令等の性差別禁止規定違反を主張する必要がある。それだけに、妊娠・出産に関する EU 法に基づく権利主張は、主として、性差別禁止ないし性平等の視点からアプローチされてきたのである。このように EU 法では、主として、性差別禁止規定に関する判例法理を通じて、妊娠・出産に関する権利内容が展開されてきており、それらを踏まえて、指令の制定・改正等の立法的進展も図られていった。

3 性差別アプローチにおける具体的争点

具体的に、妊娠・出産をめぐる性差別禁止法理との関係で問題となってきたのは、つぎのような争点である。

第 1 に、母親（女性）のみを対象とする出産休暇や妊娠・出産に関する権利の付与が、性差別（男性差別）にあたるか否かが争われた。男女平等待遇指令 2 条 3 項²⁸⁰が規定する

等は「他の性と等しい取り扱い」、性差別は「他の性と異なった取扱い」を意味する概念として捉えられている。

²⁷⁹ 以下、本稿においては、“maternity leave”を「出産休暇」ないし「産前産後休暇」と、“paternity leave”を「父親産前産後休暇」と表記する。

²⁸⁰ 2002 年改正男女平等待遇指令 2 条 7 項、および現 2006 年男女平等統合指令 28 条 1 項も、1976 年男女平等待遇指令 2 条 3 項と同内容を踏襲している。

適用除外の範囲を画定するにあたり、妊娠・出産に関する保護の論拠が問題となったものである。

第2に、妊娠・出産を理由とする不利益取扱いが、直接性差別（女性差別）に該当するか否かが争点となった。妊娠・出産は女性に特有なものであり、これには「妊娠・出産した他の性（男性）」という意味での比較対象者は存在しない。同時に「妊娠・出産しない同じ性（女性）」の者も存在するため、この問題を通して、性差別を「他の性と比較して不利益な取扱い」と捉えることの是非が問われたのである。さらに、妊娠・出産差別を性差別の問題と捉えるとしても、それは直接性差別なのか間接性差別なのか議論となり、正当化が許容されるか否かという論点とともに論じられてきた。

第3に、妊娠・出産に関する不利益取扱いを EC 条約旧 119 条・前 141 条ないし諸指令にいう性差別と捉える場合には、「妊娠・出産」の範囲が問題となる。性差別に関する規制は、妊娠・出産自体を理由とする場合に及ぶことは当然であるとしても、果たして、妊娠・出産に起因する就労不能や法律上の妊産婦に対する就労禁止を理由とする場合をも対象とするのか否かは、問題として検討されなければならなかった。

第4に、妊娠・出産に関連して保障される権利内容いかに争点となった。問題となる事項の違い（例えば、解雇か賃金か）により、法的保護（配慮）や不利益取扱い禁止の程度や範囲は異なるのか、また、不利益取扱いでも正当性が認められて違法とならない場合があるのか、などが具体的に論じられてきた。

第1節 妊娠・出産に関する直接性差別禁止法理の生成

1 1980年代、妊娠・出産保護の論拠をめぐる論議の展開

(1) 1984年 Hofmann 先決裁定

欧州司法裁判所でまず問題となったのは、性差別禁止から適用除外される範囲を画定するにあたっての妊娠・出産保護の論拠、という問題であった。

1984年 Hofmann 先決裁定²⁸¹では、母親（女性）のみに対する有給産後休暇（法定の6週間を上回る産後6ヶ月までの休暇）の付与が、1976年男女平等待遇指令に違反する男性差別なのか、それとも同指令2条3項で許容される妊娠・出産保護なのか、が問題となった。

先決裁定は、妊娠・出産保護の正当性を、妊産婦の心身の保護（生物学的保護）、および、出産に続く期間における「母と子の特別な関係」の保護の必要性に求め、法定期間を上回る産後休暇を付与することも、その目的のためである限りは同指令違反ではないとした [para.25]。この「母と子の特別な関係」保護という考え方は、育児を女性の役割と考えているともとれるため、批判を受けている²⁸²。Hofmann 先決裁定自体は、育児は母親の役割であると直接的に述べたわけではなく、女性が仕事と育児との複合的責任を負う社会実態について保護を述べたに止まる（他面、その要因や是正に踏み込んだ解釈は示されてい

²⁸¹ Case 184/83, Hofmann [1984] ECR 3047.

²⁸² e.g. [McGlynn 2000]

ない²⁸³)。しかし、同裁定の「母と子との特別な関係」という文言や、前年 1983 年の *Com. v Italy* 判決²⁸⁴が、女性のみ認められる養子縁組休暇を「最初の 3 ヶ月は養子が新しい家族と馴染むための重要な期間」と判示していたことも併せ考えると、欧州司法裁判所は、育児を母親の役割とする思考から脱しておらず、それが母親保護の論拠の理解にも影響を及ぼしていたといえよう。

(2) 「母と子の特別な関係の保護」という論拠の事実上の変更

この 1984 年 *Hofmann* 先決裁定は、その後も、妊娠・出産保護の論拠を示した先例として繰り返し引用されていく。先決裁定は、以後、女性に対する生物学的保護以外の社会的実態に対する保護も認める基本姿勢を維持しつつ、「母と子の特別な関係の保護」を性別役割分業とは切り離す形で、つぎのように 2 つの方向から、この解釈を事実上限定もしくは修正していった。

一つは、母親のみの妊娠・出産保護として許容する範囲の限定である。1988 年 *Com. v France* 判決²⁸⁵は、高齢や親であることなどの男女が等しく属する資格を理由とする保護は、男女平等待遇指令 2 条 3 項がいう妊娠・出産保護には含まれないとした。

もう一つは、「母と子の特別な関係保護」として示された社会的実態に対する保護の内容について、育児における母親役割保護から、妊娠中・出産後に女性が被る雇用上の不利益からの保護へと変化したことである。たとえば、妊娠・出産保護の必要について、1994 年 *Habermann-Beltermann* 先決裁定²⁸⁶は、出産休暇から職場復帰する時点の困難を専ら指摘し、同年 *Webb* 先決裁定²⁸⁷も、後述するように働き続けるために「妊娠女性が自発的中絶を促されるかもしれないという深刻な問題を含めて」という判示をした [paras.20-21]²⁸⁸。

近時の 2014 年 C.D.先決裁定²⁸⁹も、先例が言及する「母と子の特別な関係の保護」が「妊娠および出産」に続く期間に限定されているということ、特に指摘している [para.36]。

2 妊娠・出産に関する直接性差別法理の生成

(1) 法理の基本的枠組みの生成

²⁸³ *Hofman* 先決裁定は、1976 年男女平等待遇指令は、「両親間の責任分担等の変更を目的としていない」と判示する [para.24]。

²⁸⁴ Case 163/82, *Com. v Italy* [1983] ECR 3273.

²⁸⁵ Case 312/86, *Com.v France* [1988] ECR 6315. 同判決では、フランス法が労働協約により女性に対して特別な権利(産前産後休暇の延長、高齢女性の労働時間短縮、子の病気休暇等)を付与することを認めていたことが、男性差別か否かが問題となった。[西原 2003: 120-122] 参照。

²⁸⁶ Case C-421/92, *Habermann-Beltermann* [1994] ECR I-1657.

²⁸⁷ Case C-32/93, *Webb* [1994] ECR I-3567.

²⁸⁸ なお、*Webb* 先決裁定の本文引用部分は、母性保護指令の解雇禁止について、男女平等待遇指令の妊娠出産保護に関連した言及したものである。

また、2004 年 *Brihech* 先決裁定(Case C-319/03, [2004] ECR I-8807) の *Maduro* 法務官は、判例法理では、1976 年男女平等待遇指令 2 条 3 項は「妊娠中および妊娠後の物理的・精神的条件が産後通常に戻るまでの期間における女性の生物的条件の保護」[法務官意見 para.26] を論拠としていると述べ、判例法理がいう女性保護の論拠を生物的保护のみと限定解釈している。

²⁸⁹ Case C-167/12, C.D. ECLI: EU: C: 2014: 169.

欧州司法裁判所は、1990年 Dekker 先決裁定²⁹⁰および Hertz 先決裁定²⁹¹から 1998年 Brown 先決裁定²⁹²に至る一連の先決裁定により、妊娠・出産および妊娠・出産に起因した就労不能・就労能力低下を理由とする不利益取扱いを直接性差別とする判例法理を確立した。ここでは、裁判所は、妊娠・出産という男性比較対象者の存在しない領域において、性差別とは何かとの問いに直面することになった。その後の判例法理によって、妊娠・出産に関する不利益取扱いが直接性差別であるという結論は一貫して維持されたが、その論拠および対象範囲をめぐり、性差別に対する様々な見解が、錯綜しながらも展開されることになった。

① 1990年 Dekker 先決裁定および Hertz 先決裁定

Dekker 事件と Hertz 事件は、欧州司法裁判所において、妊娠・出産に関連した理由により不利益に扱うことが性差別か否かが問題となった最初のケースである。事案は、Dekker 事件が妊娠を理由とした採用拒否²⁹³、そして、Hertz 事件は妊娠・出産に起因する疾病による産後休暇終了後の欠勤を理由とする解雇²⁹⁴であり、これらが 1976年男女平等待遇指令に違反する性差別か否かが争われた。

欧州司法裁判所は、まず Dekker 先決裁定において「妊娠を理由とした採用拒否は、直接性差別か間接性差別か」との国内裁判所からの先決裁定の付託に対して、以下の理由を述べて直接性差別である旨の判示を行った。すなわち「(直接性差別か否かは)採用拒否の基本的理由が労働者の性による区別なく適用されるのか、それとも一方の性のみ適用されるのかによる」[para.10]とし、「女性のみが妊娠するのであって、妊娠を理由とする採用拒否は性に基づく直接差別である」[para.13]と判示した²⁹⁵。また、男性比較対象者がいないことに関しては、「(すでに述べたように)採用拒否が直接性差別か間接性差別かは、拒否の理由による。したがって、採用拒否の理由が当該女性の妊娠という事実ならば、採用拒否は、採用候補者の性と直接に結びついている (directly linked to the sex) のであり、妊娠した男性採用候補者がいないことは、採用拒否が直接性差別か否かの答えには、影響しない」[para.17]とした。

この判示は、一方の性に固有な生理を理由とした不利益取扱いをもって直接性差別と捉えるものであり、男女の比較を不要とする、従来の男女別取扱いとは異なった、新たな類

²⁹⁰ Case C-177/88, Dekker [1990] ECR I-3941.

²⁹¹ Case C-179/88, Hertz [1990] ECR I-3979.

²⁹² Case C-394/96, Brown [1998] ECR I-4185.

²⁹³ Dekker 事件原訴訟の申立人は、教育訓練センターの講師の職に応募したが、使用者は、申立人を最資格候補者に挙げつつも、申立人が妊娠していることから採用を拒否した。使用者は、拒否の理由として、妊娠を知って採用した場合、産前産後休暇中に支払うべき給付に関して保険が適用されず経済的負担が生じることを挙げていた。

²⁹⁴ Hertz 先決裁定は、Dekker 先決裁定と同日の同一裁判官らによる先決裁定である。原訴訟の申立人(レジおよび販売担当者)は、妊娠・出産起因疾病のため、産後休暇終了後に一旦復職したが出産1年後から2年後にかけて100日欠勤し、その欠勤を理由に解雇された。

²⁹⁵ 同先決裁定は、したがって、使用者が、出産休暇中に負う経済的損失を理由として差別を正当化することは、許されないと判示する [para.12]。

型の直接性差別を認めたものといえよう。この先決裁定の、妊娠・出産を理由とする不利益取扱いは直接性差別であるという結論は、1994年 Habermann-Beltermann 先決裁定²⁹⁶でも踏襲されて、判例法理として確立していく。

他方、Hertz 先決裁定では、妊娠・出産起因疾病による産後休暇終了後の欠勤を理由とする解雇について、上記のような妊娠自体を理由とした不利益取扱い事案とは異なり、男性も欠勤によって同様に解雇されるならば直接性差別ではない、とした。同先決裁定は、「1976年男女平等待遇指令は、妊娠・出産に起因する疾病（による不利益取扱い）事案を想定していない。しかし、同指令は構成国法による産前産後休暇の保障を許容しており、産前産後休暇中、女性は欠勤による解雇から保護される。そして、産前産後休暇期間は、女性を妊娠・出産に固有な不調による欠勤も解雇からも保護するが、その期間の長さを決定するのは構成国である」 [para.15] と述べ、他方、産前産後休暇終了後は「妊娠・出産に起因する疾病を他の疾病と区別する理由はなく、疾病の一般ルールが適用される」 [para.16] とした。したがって、「男性が疾病により欠勤した場合と同じ扱いか否か」により、妊娠・出産起因疾病による欠勤を理由とする解雇が直接性差別か否か判断される、と述べる [para.17]。さらに同先決裁定は、間接性差別に関しては、検討する理由はないとして否定している [paras.13-18]。

ここで示されている論理は、必ずしも明確ではないが、①指令は妊娠・出産と妊娠・出産起因疾病とを区別しており、後者は、指令の適用除外となる妊娠・出産保護の対象としていない、②しかし、産前産後休暇中は、休暇中なので妊娠・出産起因疾病で就労できない状態でも欠勤とはならず、結果として解雇はされない、③休暇が終了すれば、妊娠・出産起因疾病による欠勤も疾病欠勤として、男女の別異取扱いがあるか否かにより欠勤理由の解雇が性差別か否かを判断する、という考え方であるといつてよい。

このように二つの先決裁定は、妊娠・出産自体か理由か、妊娠・出産起因疾病による欠勤が理由かによって、性差別の成否の判断方法および結論を異にするものであった。しかし、その違いについて納得のいく説明がされているのかどうか²⁹⁷、妊娠・出産起因疾病は果たして妊娠・出産保護から除外されるべきかについては、疑問もあり、この点は、のちの1998年 Thibault 先決裁定²⁹⁸や同年 Brown 先決裁定で再検討されることになる。

② 1994年 Webb 先決裁定による男女比較否定の明確化

Webb 事件は、出産休暇の代替要員として採用された女性が、自らも妊娠し代替勤務できなくなったために解雇された事案である。先決裁定は、2つの点で先例の説明を補足しな

²⁹⁶ Habermann-Beltermann 事件では、妊娠した夜勤専属看護婦がドイツ法上妊婦の夜勤が禁止されていることを理由に解雇されたことが、性差別か否か争われた。同先決裁定は、妊娠を理由に雇用契約を終了することは直接性差別だが [para.15]、同事件の解雇は妊娠が直接の理由ではなく、法の夜勤禁止の結果である [para.16] としたうえで、夜勤禁止は一時的であり解雇は許されないとした。なお、解雇を性差別とする法的構成は、必ずしも明確ではない [Ellis 2005 : 229]。

²⁹⁷ 同先決裁定の説明不十分を指摘するものとして、 [Stott 2002 : 356]。

²⁹⁸ Case C-136/95, Thibault [1998] ECR I-2011.

がら、同解雇が1976年男女平等待遇指令に違反する性差別であるとの結論を導いた。

第1に、先決裁定は、妊娠・出産による不労を理由とする解雇が性差別か否かの判断にあたり、この不労は男性の疾病による不労の場合との比較に依拠しないということをも、明示した。前記1984年Dekker事件先決裁定も、直接性差別の判断において男性との比較を不要としたが、Webb先決裁定は、「妊娠は、如何なる意味でも病気による状況とは比較できず、また、病気でない理由による就労不能とは、なおさら比較できない」[para.25]と述べて、妊娠・出産を理由とする性差別の成否を他の性との比較に求めない旨を、より明確に判示した²⁹⁹³⁰⁰。

なお、先決裁定は、Hertz先決裁定と同様、産前産後休暇終了後の妊娠・出産起因疾病については一般の病気に含めて、性差別か否かを男性との取扱いと比較して決定している[para.25]。しかし、なぜ両者で判断枠組みが異なるのかについて、その理由は述べられていない。

第2に、先決裁定は、妊娠・出産に関する女性保護について、その正当性に関する論拠の一つとされつつ批判を受けていた「母と子の特別の関係の保護」に関しては、「妊娠女性が自発的中絶を促されるかもしれないという深刻な問題を含め」と述べて、雇用環境との関係で妊娠女性に固有に生じる困難に注目することにより[paras.21-23]³⁰¹、その正当性を補強し、保護の重要性を強調した。

③ 1996年 Gillespie 先決裁定：「比較可能性差別モデル」の導入

以上のようにみても、1990年Dekker先決裁定や1994年Webb先決裁定は、妊娠・出産という男性比較対象者のいない領域においては、男性との比較によらない性差別概念—いいかえれば「等しいものは等しく」という形式的平等とは異なる性差別の概念—、すなわち、女性固有の生理を理由とする不利益取扱いという、新たな性差別の類型が成立するという、との考え方を提示したと言えよう。

これに対して、1996年Gillespie先決裁定³⁰²は、妊娠・出産領域においても、法が否定する差別とは何か（法的差別概念）について、あくまでも比較可能性を基礎として捉える考え方を導入した。Gillespie先決裁定では、出産休暇中の賃金減額および昇給不適用が、条約旧119条および1975年男女同一賃金指令に反する性差別か否かが争われた。同裁定はまず、差別とは「比較可能な状況に異なったルールを適用し、あるいは異なった状況に同じルールを適用する」ことを意味する旨（以下、これを「比較可能性差別モデル」という）が判

²⁹⁹ See [Honeyball 2000 : 47] .

³⁰⁰ その後の判例で同様に、不利益取扱いが一方の性のみ適用される理由によることを判示するものとして、1994年Habermann-Beltermann先決裁定[para.14]、2008年Mayr先決裁定(Case C-506/06 Mayr [2008] ECR I-1017) [para.50] など。

³⁰¹ 直接的には母性保護指令の規定に関する言及であるが、先決裁定は、1976年男女平等待遇指令の解釈でも、母性保護指令における女性保護の一般的文脈を考慮すべきとしている[paras. 20-23]。

³⁰² Case C-342/93, Gillespie [1996] ECR I-475.

例上確立している、と指摘する³⁰³ [para.16]。そのうえで、「産前産後休暇を取得した女性は、特別の保護が与えられた特別の地位にあり、それは、男性の地位とも就労中の女性の地位とも比較可能ではない」 [para.17] として、産前産後休暇中の賃金に関しては EU 指令には規定はないのであるから、出産保護が無意味となるような低水準でないかぎりは構成国が決定することである、と判示した [paras.18-20]。論理はかなり曖昧と言わざるをえないが、判旨の意味を推測するに、①男女が比較可能でない異なる状況にあるときは、男女に同じルールを適用することは性差別であり、②妊娠・出産女性には特別の保護ルールを適用しうる、そして、③その性差別ではない特別の保護ルール（妊娠・出産女性保護ルール）の内容は、EU 法には規定がないために、原則として構成国の権限事項である、という構成であろう。

第2章第3節2(2)で述べたように、1993年 Roberts 先決裁定は、男女別公的年金受給開始年齢に関連した特殊な直接性差別事案について、比較可能性を差別の前提要件とすることにより、法による明文以外の例外を認めていない不都合を回避する役割を、差別の前提条件としての比較可能性審査に担わせた。本件 Gillespie 先決裁定は、被差別者と他の者との比較を基軸にして差別概念をとらえるものであり、「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」取扱うという形式的平等の考え方を基礎としている。したがって、1993年 Roberts 先決裁定の発想を、妊娠・出産という女性特有の状況に波及させたものであるといえよう³⁰⁴。

しかし、そもそも、妊娠・出産という女性特有の領域に比較可能性差別モデルを用いることには無理が相当に伴うというべきである。そして、後述するように、その無理が、後の先決裁定において顕在化してくる。また、比較可能な状況に適用される特別な保護ルールについて、出産保護が無意味となるほど低水準でないかぎりは構成国の権限であり裁量であるとするのは、EU 裁判所の権限内事項でありかつ基本的人権問題としての性差別に関する判断としては、厳格さを欠く解釈というべきであろう。加えて、同先決裁定は、昇給分の不支給に関しては性差別にあたりと判示しているが、その理由を「仮に妊娠していなかったならば昇給を受けられたはずであり、彼女の労働者としての能力そのものに対する差別」 [para.29] であると説明している。こちらについては、差別の概念を、他の性との比較ではなく、妊娠せず就業した場合の自分との比較で捉えている。すなわち Dekker 先決裁定と同様に、「妊娠（女性固有の現象）を理由とする不利益扱い」と捉えているのである。それだけに、判旨に関しては論理の一貫性に疑問がある³⁰⁵。

³⁰³ 先例として、1995年 Schumacker 先決裁定 (Case C-279/93, [1995] ECR I-225. EC 条約旧 48 条労働者の自由移動の違反が、課税に関する間接国籍差別との関係で問題となった) を引用する。

³⁰⁴ 1993年 Roberts 先決裁定は、男女の比較可能な状況を性差別の前提要件とし、男女が異なった状況での差別の概念には言及していなかった。これに対して、本件 Gillespie 先決裁定は「異なった状況に同じルールを適用する」という後半部分を、妊娠・出産という女性特有の領域の差別概念として用いた点に特徴がある。

³⁰⁵ 2004年 Alabaster 先決裁定 (Case C-147/02, [2004] ECR I-3101) の Leger 法務官も、Gillespie 先決裁定は、賃金と昇給とで異なった差別アプローチを用いたと指摘している。

その後、妊娠・出産に近接する育児の事案である 1999 年 Gruber 先決裁定（育児を理由とする退職者と重要な理由による退職者との退職金額格差）や同年 Lewen 先決裁定（育児休業中の労働者へのボーナス不支給）などにおいても、比較可能性を前提要件とする差別モデルが波及していった。これについては第 3 章 2 節 3 で述べたとおりである。

④ 1998 年 Thibault 先決裁定：実質的平等論の提示

他方、1998 年 Thibault 先決裁定³⁰⁶では、妊娠・出産保護と性差別禁止との関係について、新たに、実質的平等を保障する視点から両者をつなぐ論理が示された。

同事件では、勤務評価を受けるための 6 ヶ月勤務期間要件が妊娠休暇取得のため満たされないことを理由に勤務評価を拒否されたことが（その結果、昇進の可能性が失われる）、1976 年男女平等待遇指令に違反する性差別か否か問題となった。

同先決裁定は、「男女平等待遇指令によるそのような権利 [同指令 2 条 3 項妊娠・出産保護—引用者注] の付与は、雇用へのアクセス (3 条 1 項) および労働条件 (5 条 1 項) に関する男女平等待遇原則の実施を確保することを目的とするものである。したがって、2 条 3 項に基づき女性に付与された権利の遂行が…不利益な取扱いを受けることは許されない。この観点において、男女平等待遇指令が追求する結果は、形式的ではなく、実質的平等である」とした [para.26]。ここにおいては、1976 年男女平等待遇指令における性平等は形式的にではなく実質的に保障されることを目指すものであり、そのために必要なものとして妊娠・出産の保護に関する権利が付与されていること、したがって、その妊娠・出産への保護に関する権利の行使を理由とした不利益取扱いは、母性保護指令違反のみならず、性差別（直接性差別）として男女平等待遇指令にも違反するものである、という論理が示されている。

このような論理は、性差別概念の捉え方という点からみると、「他の性と異なった取扱い」という形式的平等を基礎とする伝統的な類型とは別の類型、すなわち、第 2 の新たな性差別類型として「（性平等の実現に必要な）女性固有のニーズへの配慮の侵害ないし不提供」類型を提示したものといえる³⁰⁷。

1998 年当時には、第 2 章 3 節で述べたように、形式的平等の限界が顕在化し、それに対する批判が高まっており、加えて 1997 年にはアムステルダム条約が制定されて、「完全な平等」（前 141 条 3 項）をめざして積極的に差別に挑戦する姿勢が打ち出されていた。それらが背景となって、1998 年 Thibault 先決裁定による妊娠・出産への保護（配慮）と実質的性平等とを結びつけた解釈が示されたのではないだろうか。

⑤ 1998 年 Brown 先決裁定：保護拡充および論理統合の試み

欧州司法裁判所は、妊娠・出産という比較対象男性のいない領域において、1990 年 Dekker

³⁰⁶ Case C-136/95, Thibault [1998] ECR I-2011. 同先決裁定の評釈として [浅倉 2007:184]。

³⁰⁷ これは、障害者に対する合理的配慮の保障と共通する考え方立つものと思われる。2000 年雇用一般平等待遇指令 5 条の合理的配慮義務違反が差別か否かは同指令では明記されていないが、イギリス 2010 年平等法 21 条は障害者に対する合理的配慮義務違反を差別と明記する。

先決裁定以来、妊娠・出産自体を理由とする不利益取扱いは直接性差別であるという一貫した判断を示してきた。ただしその論理を構成する際に、一方には、1990年 Dekker 先決裁定や1998年 Thibault 先決裁定のように、性差別の概念を拡張して男女の比較（形式的平等）によらない新たな2つの性差別類型を提示する判断がみられ、他方には、1996年 Gillespie 先決裁定のように男女の比較を厳格に要求する比較可能性差別モデルを導入するものもあった。また、妊娠・出産に起因する能力低下・不就業を理由とする不利益取り扱い事案では、出産休暇中と休暇後とで結論を異にする判断を示すことになった。このような錯綜した判例状況に対して、1998年 Brown 先決裁定³⁰⁸は、1994年 Hertz 先決裁定を事実上変更して、「妊娠・出産に起因する疾病」は「妊娠・出産」状況特有の特徴の現れ（「妊娠・出産」の概念に含まれる）と新たに解釈し直すとともに、妊娠・出産に関する性差別法理の論理の整合化を試みた。

同事件は、妊娠に起因する疾病による欠勤を理由として解雇されたことが、男女平等待遇指令に違反する性差別か否かが問題となった事案である³⁰⁹。当該雇用契約上は、男女を問わず26週以上の欠勤は解雇とされており、他の性と異なった取扱いか否か、つまり男性との比較で性差別概念を捉えたとすれば、性差別とはいえない事案であった。また、申立人女性は、当該構成国法上の産前産後休暇取得のための勤続期間要件を満たしておらず、1994年 Hertz 先決裁定のいう、産前産後休暇により欠勤が許容されるという枠組みからも外れる事案である³¹⁰。

1998年 Brown 先決裁定は、まず、「妊娠」と「妊娠に起因する疾病」との関係について、つぎのとおり判示した。すなわち「妊娠は不調や合併症が起こりうる時期であり…それらの不調や合併症は、労働を不可能とするものであるが、妊娠という状態に固有のリスクの一部を構成し、したがって、妊娠という状況の特有の特徴である」と指摘した [para.22]。そして、「妊娠中の女性労働者を妊娠により生じた労働不能による欠勤を理由に解雇することは、妊娠に特有なリスクの発生に関連するもの、したがって、妊娠という事実に特有に基づくものとみななければならない。そのような解雇は、女性に対してのみなされるものであり、性に基づく直接差別である」「それゆえ、妊娠期間中の如何なる時期においても、妊娠により生じた無能力による欠勤を理由とする解雇は、男女平等待遇指令2条1項および5条1項に違反する」と判示した [paras.24-25]。この判示は、Hertz 先決裁定の論理（すなわち、妊娠・出産起因疾病による不利益扱いを性差別禁止の範疇外としたうえで、産前産後休暇の範囲では欠勤が許容されるという考え方）を修正して、妊娠自体のみならず「妊娠に起因する疾病」も、妊娠と一体のものとして、産前休暇以前も含む全妊娠期間中について、不利益取扱いを直接性差別として禁止するものである。

³⁰⁸ Case C-394/96, Brown [1998] ECR I-4185.

³⁰⁹ 本件解雇は1991年2月8日付で、1992年母性保護指令の制定以前の事案である。

³¹⁰ 1998年 Larsson 先決裁定 (Case C-400/95, [1997] ECR I-2757) は、同様の妊娠起因疾病による産前休暇以前の欠勤に対する不利益扱いに関して、Hertz 先決裁定を踏襲して性差別ではないとしていた。本件はこの Larsson 事件先決裁定を変更した [para.27]。

他方、同先決裁定は、産前産後休暇終了後は、妊娠・出産に起因した疾病による欠勤には「病気の場合の一般ルールが適用される」として、男性に対する取扱いと異なるか否かを基準に性差別の成否が判断されるとした [para.26]。ここでは、産前産後休暇終了後の妊娠・出産に起因する疾病を女性のみの問題と考えない理由は述べられていない。時期を限定することにより使用者に生じる負担との実際的な調整を図ったのであろうが、論理的な一貫性には疑問が残る³¹¹。この点については、後に検討する。

また、同先決裁定は、性差別概念との関係について—1996年 Gillespie 先決裁定を参照判例に挙げながら—、差別とは「比較可能な状態に異なったルールを適用し、異なった状況に同じルールを適用すること」とし [para.30]、そのうえで、妊娠と疾病とは同じ状況と考えることはできないにもかかわらず、「妊娠起因疾病による欠勤を理由とする解雇は、男女で異なった状況に対して同じ方法を適用するもの」であり [para.31]、直接性差別である [para.32] と判示した。

これは、妊娠（妊娠起因疾病）と男性の疾病とは比較可能な状況ではないから別異に取扱っても性差別ではないという論理を用いて、妊娠及び妊娠起因疾病に対する特別の保護ないし優遇を許容しようとしたものである。しかし、妊娠起因疾病も一般疾病も、使用者にとっては労務の不提供という意味で同じであり、両者を異にすべき理由が説得的に示されているとはいえない。本来であれば、1998年 Thibault 先決裁定が示した、性平等の実質的保障に必要とされる「女性固有のニーズへの配慮」の不提供は性差別である旨の考え方を用いて、女性固有のニーズ配慮の範囲を画定すべき事案であったといえよう。後に改めて検討する。

このように、1998年 Brown 先決裁定は、妊娠・出産の特質を踏まえて従来の判例法理を補強・修正して、妊娠・出産に関する不利益取扱いを直接性差別とする論理の基本的骨格を生成した。もう一度、整理しておこう。欧州司法裁判所は、妊娠・出産を理由とする不利益取扱いを一貫して直接性差別としてきたが、そこでは、3つの類型の差別モデルが併存的に用いられていた。1990年 Dekker 先決裁定がいう「（妊娠・出産という）女性固有の現象を理由とする不利益扱い」を直接性差別とするモデル、1996年 Gillespie 先決裁定が導入した「妊娠・出産という男女が比較可能ではない状況では、特別ルールを適用するのが平等、同じルールを適用」するのは性差別とする比較可能性差別モデル、1998年 Thibault 先決裁定が示した「実質的平等のための保護（女性固有のニーズへの配慮）の侵害ないし不提供は性差別」と捉えるモデルである。本件 Brown 先決裁定は、この3つの性差別類型の論理的調整ないし整合を試みつつ、法理の骨格を確立したものである。しかし、論理的には、「等しからざるものは等しからざるもの」として扱うというテーゼの正統性自体が疑問であるし、「等しからざる」扱いとは何かが不明であり、問題を含んでいるが、以後の先決裁定のリーディングケースとなっている。

³¹¹ See [Boch 1998 : 493] .

(2) 法理の具体的内容：直接性差別として違法とされる行為

妊娠・出産をめぐる判例上の争点としては、さらに、妊娠・出産に関する雇用上のいかなる行為が直接性差別として違法とされるかが問題となった。

① 雇用の得喪に関する取扱い

1990年 Dekker 先決裁定は、前述したように、妊娠を理由とする採用拒否は1976年男女平等待遇指令に反する直接性差別であるとし、その結果として使用者が出産休業中の者に賃金を支払うことになり経済的損失を被るとしても、採用拒否は正当化されない、と判示した [para.12]³¹²。

1994年 Webb 先決裁定は、妊娠を理由とする解雇について、たとえ他の労働者の産前産後休暇代替として雇用された女性が自らも妊娠したという事情であっても³¹³、解雇は違法とした。その理由として、同先決裁定は、たとえ企業の適切な運営にとって当該労働者の就労が不可欠な場合でも、妊娠・出産に関する女性保護を否定することはできないとし、これに反する解釈をすれば指令の効力が失われてしまうと述べている [para.26]³¹⁴。ただし、Webb 事件は契約期間の定めのない労働者に関する判断であり、先決裁定は、産前産後休暇による不就労が期間の定めのない労働契約の一部の期間にとどまるものであると言及しているところから、仮に有期契約の場合など、不就労によって当該労働契約の主要な目的が実現できないという場合には、必ずしも解雇が違法な差別とはならないと考える余地も残していた。

② 休業中の賃金支払いに関して

欧州司法裁判所は、休業中の賃金支払いに関しては、上記の雇用の得喪とは異なり、不利益な取扱いの性差別性を否定する判断を示している。

リーディングケースとなったのは、1996年 Gillespie 先決裁定である。同事件では、産前産後休業中の賃金を減額したこと、および同休業中に実施された昇給が適用されなかったことが、条約旧119条、1975年男女同一賃金指令ならびに1976年男女平等待遇指令に違反するか否かが問われた。裁判所は、前述したとおり、妊娠・出産という男女が比較可能でない状況では男女別のルールが適用されるとしたうえで [paras.16-17]、女性に適用される別ルールについて、条約旧119条も男女同一賃金指令も、賃金の満額の支払いや支払われるべき給付額を決定する特別の基準を規定しておらず、立法府裁量に委ねられるとする [para.20]。ただし、賃金支払い額が「産前産後休暇の目的すなわち出産前後の女性の保護

³¹² 同事件では、労働協約により産前産後休業中も賃金支払いが約され私的保険を用いて支払われていた。しかし、採用時点で妊娠が判明していた場合には保険金が給付されず使用者の負担となるため、使用者は、妊娠中の女性の採用を拒否した。

³¹³ 原訴訟の申立人は、妊娠した女性が産前産後休暇を取得する際の代替要員として、ただし上記休暇終了後も雇用されるものとして期間の定めなく、雇用された。しかし、採用後間もなく申立人自身も妊娠していることが判明し使用者に告げたところ、妊娠を理由に解雇された。

³¹⁴ 1994年 Habermann-Beltermann 先決裁定も、妊娠女性に対する法律上の夜勤禁止、すなわち疾病以外の妊娠に起因した就労不能を理由とする解雇について、直接性差別として禁止される旨を判示している。

を侵害するような低いものであってはならない」とし、その額については、社会保障による保護も考慮しなければならないと判示した [para.20]。つまり、条約や指令は直接的には休業中の賃金支払いを保障してはおらず、社会保障給付をも考慮したうえで、上記条約や指令が保障する権利を実質的に保護するのに必要な範囲で賃金の支払いが求められ、その支払いを怠れば条約旧 119 条および男女同一賃金指令違反すなわち性差別となるという論理である。国際的にみると、妊娠・出産保護に関する休業時などの所得保障について、ILO 条約では、一貫して国家による負担が強調されて他の労働条件保障とは別異に扱われており、それに合致した結論となっている³¹⁵。

一方、同 Gillespie 先決裁定は、産前産後休暇中の昇給を否定することは性差別であるとす。その理由として、もし妊娠していなければ当該女性は昇給を受けられたはずであるから、昇給拒否は、当該女性の労働者としての能力そのものに対する差別となる、と述べる [para.21-22]。なお、ここでの差別という判断は、男性との比較ではなく、当該女性自身が妊娠しなかった場合と比較するという手法が用いられている。

このように 1996 年 Gillespie 先決裁定では、産前産後休暇中の賃金減額と昇給拒否という事例において、性差別か否かの結論を異にしているのだが、先決裁定の中でその違いの理由は説明されていない。

第 2 節 妊娠・出産に関する直接性差別法理の展開

1 1997 年アムステルダム条約改正とその後の立法および判例の展開

こうして 1990 年代には、妊娠・出産および妊娠・出産に起因する疾病を理由とする不利益取扱いを直接性差別とする判例法理が確立されていった。2000 年代に入ると、1997 年アムステルダム条約改正を受けて同条約を実施するための諸指令の立法が進むのであるが、そのなかで、妊娠・出産に関しても、差別と闘う(同条約 13 条など)という積極的な視点に立脚しつつ、立法の整備と拡充が進められていく。成文化にあたっては、1990 年代に生成された判例法理が確実に反映されていった。また、欧州司法裁判所にはつぎつぎと、より複雑な事案についての先決裁定が付託され、妊娠・出産性差別法理の規範内容がより具体化されていくとともに、改めて、同法理の基礎にある論理および性差別概念の捉え方が問われることになった。

2 立法における妊娠・出産と育児との別異化および保障の拡充

妊娠・出産に関連する EU 法規は、1990 年代までは、既述のとおり 1976 年男女平等待遇指令（妊娠・出産保護の適用除外）および 1992 年母性保護指令（出産休暇、危険有害業務規制など）が存在するのみであった。しかし、2000 年代に入り、妊娠・出産そして育児に

³¹⁵ 1919 年 ILO3 号条約は産前産後休業中の公的基金又は保険制度による給付（3 条）、1952 年 ILO103 号条約は強制的社会保険または公的基金による従前の所得の 3 分の 2 を下回らない給付（4 条 6 項・7 項）を規定し、2000 年 ILO183 号条約 6 条も 103 号条約の規定を踏襲している。

関する諸指令の立法が積極的に進められた。そして、これら立法を通じ、2つの面で、妊娠・出産に関連した法整備が進んだ。一つは、妊娠・出産と育児との法的取扱いの別異化である。すなわち妊娠・出産に関しては、妊娠・出産女性に対する法的保護を性差別禁止規範の一内容として位置づけて拡充する一方（性差別禁止の視点からのアプローチ）、育児に関しては、性差別禁止規範の対象から除外し、男女共通に保護することを明確化した（仕事と家庭の両立支援の視点からのアプローチ）。もう一つは、性差別関連の指令の改正と制定にあたって、妊娠・出産差別を直接性差別として明確化し、かつ、その内容を拡充したことである。

（1） 育児に関する男女共通保護立法の進展

EU法は、育児に関して、1996年両親休暇指令（96/34/EC）を制定し³¹⁶、同1997年・2010年に改正を行った³¹⁷。ここでは、育児中の男女を共通に保護する姿勢が明確に打ち出されている。すなわち、両親休暇指令は、男女労働者に対して、子が8歳になるまでの間に4ヶ月（2010年改正前は3ヶ月）の両親休暇の権利、休暇取得者に対する職場復帰³¹⁸、雇用上の権利の保障、差別禁止、解雇からの保護、ならびに緊急家族介護のためのタイムオフの権利などを規定しているが³¹⁹、出産休暇とは異なり、対象労働者を女性に限定していない。逆に、男性の休暇取得を奨励するために、4ヶ月の休暇取得権のうち少なくとも1ヶ月（2010年改正前は全期間）分は、構成国法などにより両親間で譲渡可能な権利とすることを禁止している³²⁰。

この両親休暇指令の立場は、欧州司法裁判所が1984年Hofmann事件等で「母と子の特別の関係」の保護を正当化した判示、すなわち育児に関する女性のみ保護を母乳授乳との関係に特段限定せずに正当化した見解とは一線を画する。確かに、Hofmann先決裁定等も1997年両親休暇指令・同2010年改正も、女性の育児負担が男女平等の障害となっているとの事実認識では共通している。しかし、その法的対応としては、Hofmann先決裁定等が、育児の困難を抱えた女性の保護に止まり、性差別の要因となっている性別役割分業の解消には踏み込んでいないのに対して、両親休暇指令は、育児に関する女性のみ保護は性別役割分業を温存するとの判断のうえに、育児を担う男女を共通に保護し、さらに男性の育児参加を促す方向を選択した。すなわち、EU立法機関は、女性のみ保護は妊娠・出産という、女性が生物学的特質を有する分野に限定して、これを性差別禁止規範（性にもとづく不利益取扱いの排除）の問題とし、他方、育児については、性差別禁止規範の対象領域から除外し、全労働者を対象とした仕事と育児の両立支援（職業生活と家庭生活との調和）の問題として、妊娠・出産と育児とで法的取扱いを別異化する形で、法体系を整理したといえよ

³¹⁶ OJ [1996] L145/4.

³¹⁷ 1997年指令改正（97/75/EC, OJ [1998] L10/24）、2010年指令改正（2010/18/EU, OJ [2010] L68/13）。なお、1997年改正は、イギリスへの適用拡大に関するもので、内容的な改正はない。

³¹⁸ 原職ないし原職相当職への復帰を規定。さらに、2010年改正で復帰時の労働時間・労働パターン変更の確保が追加規定された。

³¹⁹ 現指令1条、付則枠組み協約2ないし7条(旧1996年指令2条、3条)。

³²⁰ 現指令1条、付則枠組み協約2条。

う³²¹。

(2) 妊娠・出産に関する性差別法規の整備・拡充

つぎに、妊娠・出産に関する性差別規範の整備・拡充について、近時の指令における性差別ないし性平等の概念の捉え方にも注目しながら分析したい。

① 2002年改正男女平等待遇指令

2002年に行われた男女平等待遇指令の改正は、2000年に制定された性以外の事由による差別に関する2指令³²²との差別の定義の統一を図るとともに、1976年男女平等待遇指令制定以後の判例法理の発展を反映させて内容を拡充した³²³。妊娠・出産との関係でも、2条7項1段で、旧指令を踏襲して同指令が女性保護とりわけ妊娠・出産保護を排除するものではない旨を規定するとともに（旧2条3項と同文）、新たにつぎの規定を設けた。

まず、同2段で、出産休業後の原職ないし原職相当職への復帰、および休業中に得たはずの労働条件改善を享受する権利を規定した³²⁴。また、同3段では、妊娠あるいは母性保護指令にいう出産休暇に関して（related to）女性を不利益に取り扱うことが同指令にいう差別にあたるとした。つまり、判例法理と同様に³²⁵、出産休暇や妊娠・出産関連疾病による不就業を理由とする不利益取扱いも、男性が疾病等で不就業となった場合の取扱いとの比較なしで、出産休暇終了までは性差別として禁止した。2段と3段との関係は、2段は妊娠・出産休暇に関する不利益扱いの典型例であり、3段で不利益扱いを包括的に差別として禁止したものと解される。

さらに、2条7項4段では、本指令が両親休暇指令および母性保護指令を妨げるものではないとし、また、構成国が父親産前産後休暇および養子休暇についての独自の権利を定めることを肯定して、その場合の権利行使の保護について規定した。

さて、妊娠・出産に関する不利益取扱いという差別の類型について、本指令は、前文12段でこれを直接性差別とした判例法理に言及するが³²⁶、本文（2条7項3段）では、単に「差別」と規定するに止まっている。本指令は、妊娠・出産差別を判例法理と同様に直接性差別としたのであろうか、それとも別の見解を示したのであろうか。

³²¹ このEU立法機関による妊娠・出産と育児とで法的取扱いを異にする法体系への再整備には、1985年ILO156号家族的責任条約、2000年ILO183号母性保護条約など妊娠・出産・育児と女性保護に関する国際的な考え方が影響している（たとえば、2002年改正男女平等待遇指令制定に関する経済社会評議会意見、OJ [2001] C123/81 at 83）。

³²² 人種等平等待遇指令および雇用一般平等待遇指令。

³²³ 提案理由について、COM (2000) 334final.

³²⁴ 前者は、妊娠・出産を理由とした解雇は無効とする判例法理を反映するとともに、母性保護指令10条を補完して女性の労働市場復帰を促すことを目的とする。また、後者は、1996年Gillespie先決裁定が出産休暇中の昇給の拒否を違法と判示したのを受けて、受益事項を労働条件改善一般に拡張適用する規定であり、法案審議の過程で追加された（経済社会委員会意見、OJ [2001] C123/81 at 83）。

³²⁵ ただし、判例法理は、妊娠・出産休暇の範囲の判断を構成国の判断に委ねたが、本指令は、「母性保護指令に規定する…」と明確化している。

³²⁶ 指令案に直接性差別の規定がないことについて法案審議の過程で意見が出され、前文12段が追加された（COM(2001) 321 final at 8）。

というのも、2002年改正男女平等待遇指令は、直接性差別を「性にに基づき、ある者が比較可能な状況において他の者が取り扱われるか、取り扱われたか、又は取り扱われるであろうよりも不利益に取り扱われる場合」と定義した(2条2項)³²⁷。これは、平等とは「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」扱うことを言うとする、平等を比較可能な者に対する一貫した取扱いと捉え(形式的平等)、それに反すれば差別とする、他者との比較を平等ないし差別の本質的要素とみる考え方といえよう。この定義に従えば、直接性差別は、両性の者が比較可能な状況にあることが前提要件となるはずである。しかし、妊娠・出産差別の場合には、他の性に比較可能な対象者は存在しない(強いて言うのであれば、例えば、出産休暇中の女性と疾病等による不労の男性とを比較することになるが、それは、本指令が出産休暇中の女性に対する不利益取扱いを、疾病等による不労男性が不利益な取扱いを受けるか否かを問わずに、性差別として禁止したこととは反する)。そこで、妊娠・出産差別を直接性差別とすることは、同指令にいう直接差別の定義と矛盾するのではないかの疑問が生じるのである。その後の指令立法の検討のなかで、この点に関する立法府の考え方を探っていきたい。

② 2004年物・サービス男女平等待遇指令

2004年に制定された本指令は、雇用・社会保障領域を超えて、物・サービスへのアクセスと供給の領域にも性差別禁止を拡大した初めての指令である。差別の定義および妊娠・出産の保護に関して、基本的に2002年改正男女平等待遇指令を踏襲している³²⁸。

この指令で注目したいのは、「本指令において、男女平等取扱い原則とは、(a) 妊娠及び出産に基づく(based on) 女性の不利益取扱いを含め、性差別に基づく直接差別が存在しないこと」(4条1項a号)と規定して、妊娠・出産差別を直接性差別と明記したことである³²⁹。これは、判例法理に言及している前文とは異なり、指令の条文において妊娠・出産に基づく不利益取扱いを直接性差別として規定し、妊娠・出産差別を性差別の一領域ないし一類型と捉えたものであり、立法機関の見解を明確にした部分である。ただし、「妊娠・出産を理由とする」という表現が不労ないし就労能力が低下した場合をも含むのか、曖昧さが残るとともに、直接差別の定義との整合性は、なお不透明なままである。

③ 2006年男女平等統合指令における再定位および拡充

2006年、既存の性差別に関する4指令(1975年男女同一賃金指令、2002年改正男女平等待遇指令、1986年自営業男女平等待遇指令、1997年拳証責任指令)を統合する、男女平等統合指令が制定された。この指令は、既存の権利の水準をさらに高めるというよりは、経

³²⁷ ただし、本指令は、差別判断の比較対象者として、「取り扱われるであろう(would be treated)」者(現実に存在しない仮想比較対象者)を認めており、「等しいものを等しく」というテーゼのなかでの柔軟化をみせていることは前述した。

³²⁸ 同指令2条(差別の定義)および4条(平等取扱い原則)。妊娠・出産に関しては、妊娠・出産を理由とする女性保護に対する不利益取扱いの禁止、妊娠・出産に関する女性保護に関するより有利な規定の容認などを規定している。ただし、間接差別以外の差別でも正当化を認める明文規定をおく(4条5項)など、2002年改正男女平等待遇指令より規制が緩やかとなっている。

³²⁹ 前文20段にも同旨が記載されている。

済発展重視傾向を時代背景として、既に EU 法上獲得された権利を確認・整理しその実現を徹底することに力点が置かれた。性差別の定義および性差別類型も、2002 年改正男女平等待遇指令を踏襲している。

男女平等統合指令は、妊娠・出産に関しても、2002 年改正男女平等待遇指令を内容的に踏襲し、2002 年指令 2 条 7 項が妊娠・出産関連事項をまとめて規定していたものを、新たな構成にしたがって配置した。内容的にみて特に従前より前進した内容はないが、母親出産休暇からの復帰等を保障する条文（15 条）と父親出産休暇および養子縁組休暇等の受容（16 条）を各々独立の条文としている。これは、妊娠・出産領域においても、母性ととも

に父性の尊重および男女の親役割が強く意識されていることを示すものであろう³³⁰。さて、問題の妊娠・出産に関する不利益取扱いと直接性差別との関係については、本指令は、前文 23 段および 24 段で、出産休暇中や妊娠・出産に関する（related to—妊娠・出産起因疾病による労働能力低下ないし喪失の場合も含む—）不利益取扱いを直接差別であると規定するとともに、判例が出産保護を実質的平等達成のための手段と判示している旨を記載しその論拠としている³³¹。これは、本指令が、妊娠・出産保護を実質的平等の観点から性差別ではないとした判例（前記 1998 年 Thibault 先決裁定など）を立法化する意図を示したものと理解して良いであろう。ただし、比較可能性を前提とした本指令の直接性差別の定義と、比較を前提としない妊娠・出産に関する差別禁止とが果たして整合性を有するの

かは、問題として残されたままである。また、本指令は、女性保護（とりわけ妊娠・出産保護）や 1996 年両親休暇・1992 年母性保護指令を妨げるものでないことを規定している（28 条）。これまでは、賃金に関しては同様の規定がなく多くの実際的また理論的問題が生じてきたが、本指令が賃金も対象とすることから、賃金に関する適用除外が初めて規定されたこととなる。

3 判例による妊娠・出産に関する直接性差別禁止法理の展開

1990 年代に、欧州司法裁判所では、妊娠・出産および妊娠・出産に関連する疾病を理由とする不利益取扱いを直接性差別とする妊娠・出産差別に関する差別法理が確立された。しかし、前述したとおり妊娠・出産性差別法理を支える論理は必ずしも一貫せず錯綜しており、そのことは同時に、具体的な事案において性差別と解釈される判断方法の不統一・不明確さでもあった。1990 年代後半～2000 年代に入り、より複雑な事案に直面して、裁判所はどのような解釈を示し、どのような方向で判例法理を展開していったのか、以下、事

³³⁰ 男女共通に仕事と家庭生活の両立を保護する方向性を示す論述は、他にも散見される（前文 11 段男女の家庭と仕事への関与・両親休暇、21 条 2 項）。

³³¹ 「妊娠・出産に関する不利益取扱いが性にに基づく直接差別であることは、欧州司法裁判所判例法理から明らかである」（23 段）、「欧州司法裁判所は、平等取扱い原則に関して、一貫して、実質的平等を達成するための手段として、妊娠・出産期間中の女性の生物学的状態の保護および出産保護措置導入の正当性を認めている。したがって、本指令は、母性保護指令も排除しない。さらに 1996 年両親休暇指令（96/34/EC）を排除しない」（24 段）

案の類型に沿いながら分析してみたい。

(1) 雇用の得喪に関する保護の拡充

① 有期契約と妊娠女性の採用拒否・解雇との関係

1994年 Webb 先決裁定は妊娠した産休代替者の解雇を直接性差別と判示したが、なお、産休代替者が代替予定期間のみの有期契約であった事案については、妊娠を理由とする採用拒否や解雇が有効と解される余地を残していた³³²。この点について、2001年 Melgar 先決裁定および同年 Tele Denmark 先決裁定は³³³、有期雇用契約者についても、妊娠を理由とする解雇は男女平等待遇指令および母性保護指令に違反するものであるという旨を明確にした。裁判所は、その理由を、次のように説明している (Tele Denmark 先決裁定 [paras.29-33])。すなわち、i 使用者にとって労務の利用は雇用契約の不可欠な前提条件であるが、EU法が妊娠および出産後の女性に付与した保護は、当該労働者の就労が企業運営にとって不可欠か否かに拘わらず確保されなければならない、ii 妊娠出産を理由とする解雇は直接性差別であり、使用者に経済的損失が生じても差別的性質は変わらない、iii 有期契約でも契約を延長・短縮できるのであり、有期性は不確定である。iv 有期契約を対象外とするのであれば明示規定を設けたはずである、とする。ここには、欧州司法裁判所による、妊娠・出産に対する不利益取扱い禁止を徹底させ経済的要請にも優位させる、という強い姿勢が現れている。

なお、2007年 Paquay 先決裁定³³⁴では、母性保護指令の出産休暇中の「解雇」禁止の意味について、それが解雇「通告」だけでなく解雇「準備行為」の禁止をも含む旨を判示して、解雇からの保護を一層、拡充した [paras.33-35]。裁定は、直接には母性保護指令に関する判断をしたものであるが、性差別禁止に関する諸指令における解雇その他の不利益取扱いの判断においても援用されることになれば、それらは準備行為を含めて禁止されることになる。

② 試験管授精を理由とする解雇と女性差別

2008年 Mayr 先決裁定では、試験管内での卵子授精を終了したが授精卵の体内移植の直前

³³² なお、2000年 Mahlburg 先決裁定 (Case C-208/98, [2000] ECR I-549) も、先例を踏襲して、期間の定めのない職位に関して、法律による妊娠中の就労禁止を理由に登用を拒否することは男女平等待遇指令 2条 1項・3項に違反する性差別と判示した、

³³³ Case C-438/99, Melgar [2001] ECR I-6915 ; Case C-109/00, Tele Danmark .

両先決裁定は、同一係属部による同一日の先決裁定である。Melgar 事件では、申立人女性は、契約書で雇用目的が子どもの 1998/1999 学期の学校および教育施設への通学の援助と特定されているが、雇用期間の記載はない有期契約で雇用されていたが、9月出産を理由として、期間満了による 7月 2日付け契約終了を通告された (それまで 4回契約更新していた)。また、Tele Denmark 事件では、申立人女性は、7月に産休代替のため 6ヶ月の有期契約 (うち 2ヶ月は教育訓練期間) で雇用されたが、翌 8月に使用者に対して妊娠中であり 11月出産予定である旨を告げたところ、採用時点で妊娠を知りながら告げなかったことを理由として解雇された。

³³⁴ Case C-460/06, Paquay [2007] ECR I-8511.

に母親となる女性が解雇されたことが、母性保護指令 10 条の妊娠開始から産前産後休暇終了までの解雇禁止に違反するか否かが問題となった。先決裁定は、法確実性の原則から、母性保護指令の適用を授精卵の体内移植が済んでいない労働者には拡大できないとした。一方で、改めて男女平等待遇指令の性差別禁止に違反するか否かを検討し、卵胞取り出しおよび授精卵移植は女性のみにより直接影響するものであり、母体からの卵胞取り出しを理由とする解雇であれば同指令 2 条 1 項・5 条 1 項に違反する性差別である旨を判示した。生殖技術が発達するなかで、妊娠概念の解釈および男女がともに関与する授精段階に関して性差別か否かの判断が、新しい形で問われた事案である。

(2) 妊娠・出産に関する休業と賃金保護をめぐる論理の整備

① 2 方向からの性差別の疑い

妊娠・出産に関わる休業や就労能力が低下したときの賃金保護（補償）については、2 つの方向から性差別との関係が問題となる。一つは、賃金保護をすることが男性差別になるのか否かである。もう一つは、逆に、賃金保護をせずに賃金を不支給や減給することは女性差別になるのか否かである。1990 年代に妊娠・出産に関する不利益取扱いが直接性差別である旨の法理が確立し一判例上、明文以外の正当化は否定一、他方で、2006 年男女平等統合指令 28 条が規定されるまで、賃金に関する性差別を禁止する条約や諸指令には妊娠・出産保護の適用除外規定がなかったところから、妊娠・出産に関する不就業・能力低下時の使用者による賃金保護（補償）³³⁵の是非が、男性差別と女性差別との両方向から問題となるという混乱した状況が生じていた。

この問題に対して、1996 年 Gillespie 先決裁定が、後者の賃金減額の事案で、比較可能性差別モデルを用いて減額を容認したことは前述したとおりである。しかし、男女の比較可能性に基づいて性差別の成否判断を行うことは、とりわけ、女性のみが妊娠・出産するという妊娠・出産領域では、様々な面で無理を伴うことになる。その後、欧州司法裁判所には、国内裁判所から妊娠・出産休業における賃金の補償と減額の両事案が付託され、1996 年 Gillespie 先決裁定の性差別定義が用いた判示が行われていくが、その結論においても論理構成においても、上記性差別モデルの限界が顕在化するようになった。

③ 判例の展開

妊娠・出産および妊娠・出産起因疾病による不就業・就労能力低下に関する賃金保護に関しては、賃金保護が男性差別か否かに関する事案する判例の展開について検討する。

1) 賃金保護と男性差別の成否について

この点が問題となったのが、1999 年 Abdoulaye 先決裁定³³⁶である。同事件では、産前産後休暇中の女性に対する使用者による一定額の賃金補償（EU 法上の「賃金」に該当 [paras.11-15]）が、条約旧 119 条に違反する男性差別か否かが争点となった。

³³⁵ EC 条約旧 119 条（現 EU 運営条約 157 条）にいう「賃金」は、雇用関係に基づき支給されるあらゆる報酬を意味する広い概念である。

³³⁶ Case C-218/98, Abdoulaye [1999] ECR I-5723.

同先決裁定は、男女同一賃金原則は男女労働者が比較可能な状況にあることが前提であって、給付が産前産後休暇を取得した女性が被る職業上の不利益の埋合せを目的とする場合には、男女は異なった状況にあり、条約旧 119 条に違反しないとした [paras.16-20]。

2) 賃金減額・不支給と女性差別の成否について

この点が、まず、1998 年 Boyle 先決裁定³³⁷で問題となった。同事件では、出産手当について、産前産後休暇後に復職しない場合には法定額を超える額の返還をすることを同手当の支給条件とする一方、他の一般疾病休暇手当の場合には復職しない場合でも返還義務がないということが、女性差別か否かが争われた。先決裁定は、1996 年 Gillespie 先決裁定などによる性差別の定義を示したうえで [para.39]、妊娠・出産と疾病とは比較可能ではなく [para.40]、労働者一般の疾病手当と異なっているにもかかわらず、出産手当について復職しない場合には法定額を超える金額の返還を義務づける特別のルール適用は、性差別ではないとした [para.42]。妊娠・出産休業女性を一般疾病休業男性より不利益に取扱っても性差別ではないという、この珍妙とも思える結論は、比較可能性差別モデルを妊娠・出産領域へ適用することの欠陥を露呈したものであろう。

これに対して、1998 年 Pederson 先決裁定³³⁸は、上記 Boyle 先決裁定を事実上覆す判断を示した。同先決裁定は、使用者が、妊娠・出産起因疾病による労働不能に対して社会保障給付の受給を促して賃金を減額ないし不支給とした事案について、構成国法上は疾病による労働不能時には賃金全額支払いが義務づけられていることから、女性差別であると判示した [paras.33-35]。

さらに、2005 年 McKenna 先決裁定³³⁹により、この Pederson 先決裁定を補強する判断が示された。同事件³⁴⁰では、妊娠に起因する疾病による産前休暇より前の欠勤について、他の疾病による欠勤と同様に賃金を減額したことが、EC 条約旧 119 条および 1975 年男女同一賃金指令に違反するか否かが問題となった。先決裁定は、賃金減額は、妊娠以外の疾病による男性の欠勤の場合と同じ方法で取り扱われたものであり、また、支払い額が妊娠労働者保護という目的を侵害するほど低いものでない場合には違法ではないと判示した [para.50]。そして、妊娠・出産を理由とする解雇に関する対応と結論を異にする理由について、解雇は使用者の解雇権を否定することによってしか対応できないが、賃金の場合は、満額支払いが適応しうる唯一の方法ではなく、賃金減額という制度においても適応しうることを説明している [paras.57-62]。妊娠・出産休業者の処遇基準として、疾病休業男性の処遇より不利益となることなく妊娠・出産保護目的の侵害とならないという下限を設定したうえで、使用者に課すべき妊娠・出産休業女性への配慮の範囲について、使用者の負担や社会

³³⁷ Case C-411/96, Boyle [1998] ECR I-6401.

³³⁸ Case C-66/96, Pedersen [1998] ECR I-7327.

³³⁹ Case C-191/03, McKenna [2005] ECR I-7631.

³⁴⁰ 2005 年 McKenna 先決裁定では適用法令も争点の一つで、裁判所は、病気欠勤中の賃金継続支払いは「賃金」に該当し、1976 年男女平等待遇指令ではなく、EC 条約前 141 条・1975 年男女同一賃金指令が適用されると判示した。

保障等も考慮して判断するという論理枠組みと考えられる。

さらに2010年 Parviainen 先決裁定³⁴¹は、2005年 McKenna 先決裁定の判断枠組みを基礎としながら、より綿密な検討を求め、妊娠・出産保護時の賃金に関する減額の可否や程度は、当該保護措置の性格や内容ならびに当該賃金の種類や性格を具体的に検討して、それに基づき判断されなければならない旨を示した。この事件では、妊娠者の危険有害業務禁止による職種変更中の賃金減額が、母性保護指令に違反するか否かが問われた（なお、母性保護指令に違反する行為は性差別に該当する。男女平等統合指令2条2項c号）。同先決裁定は、同指令11条3項による「十分な手当の支払い」の保護は、転換前の全報酬の支払いを保障するものではないが³⁴²、妊娠労働者の安全衛生保護という目的を侵害することは許されず、また、妊娠労働者が使用者に委ねられた労働と職務を現に遂行し続けている事実を無視することは許されないとした。具体的には、i 当該職務の前任者への支払い額より低額とはできない、ii 職業的地位に関連する手当（例えば、年功や勤続・職業資格に対する手当）を受ける権利は継続し、他方で、特定の職務の遂行に対する手当の支払いは義務づけられないと判示した [paras.30-61]。

そして、上記 Parviainen 先決裁定と同日に同一裁判部により判示された Gassmayr 先決裁定³⁴³では、上記の手当の種類・性質により不支給の可否を判断するという考え方を、産前産後休暇取得者の場合にも適用した。すなわち、妊娠による産前産後休暇中は不支給となったオンコール出勤手当については、支払われる総額が母性保護指令の規定する最低保障を上回っているならば、不支給は許されると判断した [paras.77-91]。

（3）産前産後休暇取得と昇格要件としての勤続期間の算定方法

2004年 Sass 先決裁定³⁴⁴は、構成国法が母性保護指令の規定（14週）を上回る産前産後休暇期間を定めている場合、休暇が強制か任意かを問わず、指令の規定を上回る休暇期間について、それを昇格要件である勤務期間日数に算入しないことは、男女平等待遇指令違反の性差別となると判示した [paras.32-59]。また、2006年 Herrero 先決裁定³⁴⁵も、有期公務員が期間の定めのない職に登用されたが産前産後休暇取得のため実際の着任は遅れた事案で、期間の定めのない職の勤続年数算定にあたり、産前産後休暇期間の不算入は、男女平等待遇指令違反の性差別にあたるとした [paras.37-47]。

（4）産前産後休暇取得と他の休暇取得との関係

2004年 Gómez 先決裁定³⁴⁶では、産前産後休暇期間と年次有給休暇取得可能期間が重なった場合の取扱いが争点となった。先決裁定は、年次有給休暇を現実に取得しうることが重

³⁴¹ Case C-471/08, Parviainen [2010] ECR I-6533.

³⁴² 先決裁定は、減額が可能な理由として、i 同指令11条1項は“the pay”でなく“a pay”の継続を規定、ii 同指令11条1項・4項で国内法に手当受給資格等の取扱いを委ねている、iii 先例が職務の性質・労働環境を賃金格差の正当化要素としたこと、を挙げている [paras.50-52]。

³⁴³ Case C-194/08, Gassmayr [2010] ECR I-6281.

³⁴⁴ Case C-284/02, Sass [2004] ECR I-11143.

³⁴⁵ Case C-294/04, Herrero [2006] ECR I-1513.

³⁴⁶ Case C-342/01, Gómez [2004] ECR I-2605.

要であること、上記両休暇は目的が違うこと、妊娠・出産に関する女性の配慮（保護）規定が女性の労働条件に関して不利益な取り扱いを生じさせえないことを指摘し、1993年労働時間指令7条1項³⁴⁷、母性保護指令11条2項a号、男女平等待遇指令5条1項により、労働者は、出産休暇以外の期間に年次有給休暇を取得できると判示した〔paras.28-41〕。

また、2003年 Busch 先決裁定および2005年 Com. v Luxembourg 判決では³⁴⁸、いずれも子の両親休暇中に次子を妊娠ないし産前産後休暇が開始する場合の取扱いが問題となった。前者は、使用者が、次子を妊娠し産前産後休暇開始が予定されること理由に前子の両親休暇の短縮・職場復帰許可を撤回することは、妊娠を理由とする直接性差別であり男女平等待遇指令2条1項に違反するとした〔paras.39-44〕。また、後者では、次子の産前産後休暇開始を理由として前子の両親休暇を当然終了させ短縮分の延長を認めない構成国法について、前記 Gómez 先決裁定を引用しながら、両親休暇と産前産後休暇は目的を異にし、両親育児休暇指令に反すると判示した〔paras.32-34〕。

第3節 EU法における妊娠・出産に関する直接性差別禁止法理の特徴

1 妊娠・出産に関する直接性差別禁止法理の到達点

(1) 規範内容に関する到達点の概要

以上に述べてきたように、EU法は、妊娠・出産に関する不利益取扱いを直接性差別とする法理を生成した。この法理について、2005年 McKenna 先決裁定は、それまでの判例法理をつぎのように整理している〔paras.41-62〕。

- i 妊娠・出産に関して、男女平等に関するEU法ルールは、出産前後の女性の保護をその目的とする。
- ii 妊娠・出産起因疾病およびそれに基づく就労不能は、妊娠に内在するリスクであり、妊娠の具体的特徴の一つである。
- iii 妊娠から出産休暇の終了までは特別の保護ルールが適用され、出産期間終了後は一般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（妊娠・出産起因疾病）による不就労を理由とする解雇は、直接性差別である、
- iv 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の保護という法目的を侵害するほど低くない限り、賃金を減額しても性差別にはならない。

この McKenna 先決裁定の整理は、現在に至る妊娠・出産差別法理の基本的規範内容の到達点を示すものである（なお、その後の先決裁定でより判断が緻密化されていることは前述した）。その整理に沿って、若干の補足を加えつつ、妊娠・出産差別法理の到達点を確認しておこう。

³⁴⁷ 労働時間指令（93/104/EC）において年次有給休暇付与を保障した規定。

³⁴⁸ Case C-320/01, Busch [2003] ECR I-2041; Case C-519/03, Com.v Luxembourg [2005] I-3067.

まず、EU 性差別禁止法は、性平等の保障として妊娠・出産保護することを目的とし、それに対する侵害いいかえれば女性固有のニーズへの配慮の不提供を直接性差別として禁止する（妊娠・出産保護と性平等／性差別との関係）。そして、この妊娠・出産保護は、妊娠・出産自体だけでなく妊娠・出産に起因する疾病による不就業や就業能力低下も保護の対象に含む（「妊娠・出産」という保護事由の範囲）。また、性差別禁止法による妊娠・出産保護の期間について、判例は、妊娠から出産休暇の終了までとしている（保護／配慮の期間的範囲）。妊娠・出産への配慮の具体的な内容および水準に関しては、判例は、妊産婦の配慮に使用者が果たすべき役割（負担の必要性）との関係で、雇用の継続や地位の保障に関する事項と不就業時の賃金支払いに関する事項とを区別する。そして、前者については、使用者の関与・負担が配慮に不可欠だとして不利益取扱い（解雇からの保護と性差別との関係、解雇・雇止め・労働条件改善受益の否定）を違法とするが、後者については、社会保障による保護も考慮して妊娠・出産配慮という法目的を侵害しない限度で、減額という不利益取扱いも認めている（賃金の配慮と性差別との関係）。

ここでは、EU 法が、妊娠・出産に関する EU 性差別禁止法が実質的平等を目的とする旨が示されるとともに、妊娠・出産差別を直接性差別と捉える論理として、妊産婦は「実際に就業している男性の状況とも女性の状況とも比較可能でないという、特別の地位にあり、異なった特別のルールを適用するのが平等であり、同じルールの適用は直接性差別だ」という理論構成が示されている（ただし、「女性のみに影響するものであり、性に基づく直接差別になる」という理論構成にも言及する [para.47]）。また、性差別とされない特別ルール（法的保護）の内容に関しては、判例は、期間的範囲として、1992 年母性保護指令などによる法的保護の範囲を重要な判断基準として示唆し、妊娠から出産休暇期間終了までとする。また、事項的範囲について、妊娠・出産起因疾病も含むとする。さらに、EU 法上の保護に関して³⁴⁹、妊産婦保護という法目的を侵害しない水準を挙げ、具体的には解雇と賃金減額とで性差別の成否を別にし、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うると説明している [para.58]。

（２） 性差別禁止規範による妊娠・出産保護の範囲と水準について

この EU 法のように性差別の一類型として、比較を前提としない「妊娠・出産に関する保護の侵害」いいかえれば「女性固有のニーズへの配慮の不提供」を性差別として認める場合、では、どのような場合に、性差別禁止（性差別禁止）規範として妊娠・出産女性に対

³⁴⁹ なお、近時の 2010 年 Parvianen 先決裁定は、この iv の別異の保護ルールの内容に関して、妊娠により安全衛生上の理由で職務変更した事案について、1992 年母性保護指令の保護および性差別禁止の両者の視点から、それまでの賃金額を保障するものではないが、妊娠労働者の安全保護の目的を侵害することや、妊娠労働者が転換後の職務を遂行している事実を無視することは許されないとし、転換後の賃金は、転換後の職務の前任者に支払われていた賃金額より低額としえず、また、転換前の職務遂行に関する手当は義務づけられないが、年功や勤続・職業資格に対する手当を受給する権利は継続するとした。 [paras.56-58]

する積極的な義務が生じるのだろうか、すなわち、国ないし使用者には、妊娠・出産に起因した就労不能について、差別禁止から直ちに妊娠・出産しなかった場合と同処遇すべしという積極的な義務が生じるのか、それとも、妊娠・出産に対する保護の根拠が別の規定（例えば母性保護指令など）にあることが前提となって、その権利行使の侵害が差別とされるのだろうか。また、妊娠・出産に関する積極的な義務の範囲および水準如何も問題となる。

判例は、母性保護指令制定前の出産休暇取得や出産休暇期間以前の妊娠起因疾病による休業を理由とする不利益取扱いを性差別と判示しており、他に具体的な妊娠・出産女性の権利を創設する規定がなくとも、実質的平等の実現を目的とする性差別禁止法自体を根拠に、必要な積極的な保護を認めている。そもそも他の規定により保護が権利として創設されていなければ性差別とならないとすれば、性差別として規制する意味は事実上ないのであって、判例の見解は支持しうるものであろう。しかし、その積極的な義務の発生理論や、保護範囲を出産休暇終了時点で画した論拠は、不明である。

この点に関して、Sandra Fredman は、平等は人権であり、国家は人権保障の責務を負う以上、消極的な禁止のみならず達成すべき最低水準を確保する義務を負うと主張する。EU 性差別禁止法は男女の実質的平等の保障を目的としており、妊娠・出産女性の保護がその実質的平等を実現するうえで必要なものである以上、国ないし使用者はその最低限を確保する義務を負うと考えるのである。判例による、妊娠・出産起因疾病による休業に対する出産休暇終了までの保護（出産休暇終了後は男性との同じ扱い）や、妊娠・出産を理由とする採用拒否・解雇など雇用の得喪の無効、出産休暇中の賃金補償額に関する判断も、この法的に最低保護すべき範囲と水準について、社会的諸状況を勘案して判断したものと理解することができる。指令が「母性保護指令に規定する出産休暇」に関する不利益取扱いを差別と規定したのも、母性保護指令上の出産休暇を最低水準と判断したと考えることができよう³⁵⁰。

2 妊娠・出産に関する直接性差別禁止法理の論理および構造

では、こうした規範内容をもつ妊娠・出産性差別法理は、どのような論理構成を基礎として成り立っているのだろうか。判例では、つぎの3点が問題となってきた。すなわち、第1に妊娠・出産に関する女性への配慮の論拠および位置づけ、第2に差別事由としての妊娠・出産と性との関連性、第3に妊娠・出産を理由とする不利益扱いと差別概念との関係である。

(1) 妊娠・出産への配慮の論拠および位置づけ

³⁵⁰ このように解する場合、最低保障が何かの判断を最終的には司法に委ねることになり、事件毎の事後的判断になるという問題がある。それゆえ、Fredman が主張するように、具体的に権利内容を立法化することが有益であり必要となる。しかし、立法化された内容だけが最低水準になるわけではない。社会的実態のなかで何が最低水準かは、最終的には司法判断となる。最低水準の法的義務が存在することと、それを予見しえなかった使用者に法的責任を課しうるかとは、分けて考える必要があるのではないだろうか。

妊娠・出産保護の論拠について、判例は、当初、妊産婦の生物学的保護（心身の保護）の他に「母と子の特別の関係」を挙げていたが、現在では、女性のみに対する妊娠・出産保護は、女性が生物学的特質を有する妊娠・出産という領域に限定し、他方、育児については、仕事と家庭の両立支援（職業生活と家庭生活の調和）として男女共通に保護して、両者の法的扱いを異にしている。

そして、この妊娠・出産に関する女性保護について、1976年男女平等待遇指令や当初の判例は、性（男性）差別禁止の例外という面のみに着目していた。しかし、1997年アムステルダム条約や1998年 Thibault 先決裁定を契機に、判例も指令も、妊娠・出産保護を、単なる性差別禁止の例外ではなく、むしろ、つぎにも述べるように、性差別を解消して実質的な性平等を実現するために必要な措置として、性差別禁止規範の一内容として再定位したと考えられる³⁵¹。

（２） 妊娠・出産と性との関連、妊娠・出産への配慮の侵害・不提供と性差別

妊娠・出産に関する不利益取扱いを直接性差別であるとする論理構成として、判例は、3つの類型の性差別モデルを用いている。

すなわち、第1は、1990年 Dekker 先決裁定が示した、妊娠・出産という「女性固有の現象を理由とする不利益扱い」を性差別とするものである。男女比較を前提としない性差別概念が用いられている。

第2は、1996年 Gillespie 先決裁定が導入した比較可能性差別モデルを用い、妊娠・出産という「男女が比較可能でない状況では、特別ルールを適用するのが性平等であり、同じルールを適用することは性差別である」とするものである。男女比較の枠組みのなかで、男性比較対象者のいない妊娠・出産の問題に対処しようとしたものといえよう³⁵²。

第3は、1998年 Thibault 先決裁定が示した、実質的平等を目的とする法的保護（女性固有のニーズへの配慮）の不提供を性差別と捉えるモデルである。障害者差別において合理的配慮違反を差別と捉えることと通底する考え方に立つ。

本論文はこれまで検討してきたように、EU法は、妊娠・出産領域においては、性差別概念を拡大して（上記第1・第3類型）、「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」という形式的平等の理念を超えた差別類型を認めたものと理解している。しかし、本論文の捉え方とは異なる解釈をとる見解もある。すなわち、差別概念とはあく

³⁵¹ [Schiek 2002a: 305] ただし、判例の態度は一貫しているわけではなく、1999年 Abdoulaye 先決裁定は、妊娠・出産休業中の賃金保護について、実質的平等の論理を用いず、出産休暇中の女性は就労中の男性と比較可能ではないので差別にはならないとして、前述した形式的平等に基づく差別概念を用いて説明している。

³⁵² では、上記の比較可能性モデルに実質的平等を組み込む試みは、成功と言えるのだろうか、答えは否であろう。なぜなら、比較可能性モデルでは、妊娠・出産領域は男女が「異なった状況」にあり特別ルールを適用することが平等であると考えられるが、どのような「異なったルール」が性平等に合致するか（性差別でないのか）については、この比較可能性モデルからは導けず、規範の空白をもたらすからである。後に改めて検討したい。

までも比較を本質とするものであると捉えつつ、妊娠・出産領域では例外として同一取扱いが放棄されると理解するか、あるいは、アリストテレス的差別概念の「等しく取り扱う（同一に取り扱う）」ことの内容は「実質的に等しい」ものとして抽象化・相対化させたものである、と理解する説である³⁵³。しかし、すでに検討してきたとおり、EU法は、妊娠・出産領域では、多少の混乱や残滓は残しているものの、比較を差別の前提としないことを明確にしている。また、近時の立法では、障害差別に関する合理的配慮の不提供やハラスメントにみられるように、比較を要件としない差別類型について規定することが行われている³⁵⁴。このような動向に鑑みると、EU法においては、差別禁止原則の本質に対する捉え方自体が、人権という観点にたつて、比較から属性を理由とする不利益の禁止へ、また、不利益を生じさせる障害の除去義務違反や不利益を生じさせないために必要な保護の不提供をも差別とする考え方へ、と進展してきているものとみることができよう。したがって、妊娠・出産領域における差別概念の変化は、比較可能性差別モデルの単なる例外や緩和として把握するよりは、それに対する真っ向からの挑戦と捉えうるのではなかろうか³⁵⁵。

3 小括に代えて：学説による評価

これまでに述べてきたところによれば、EU法における妊娠・出産性差別法理の最大の特徴は、妊娠・出産に対する不利益取扱いを性差別禁止法の範疇でとらえ、男女比較に基づかない新たな2つの直接性差別類型、すなわち「性を理由とする不利益取扱い」と「（妊娠・出産という）女性固有のニーズへの配慮の不提供」を確立したことであるといえる。

以下では、小括に代えて、判例および立法が、妊娠・出産と性とを直接に結びつけ、また、比較を前提としない差別概念を用いて新たな性差別類型を生成したことについて、学説がどのように評価しているかを検討しておきたい。ここでは、妊娠・出産差別について性差別概念の捉え方との関係で論じている学説として、Robert Wintemute、Simon Honeyball、および Sandra Fredman の主張を取り上げる。

(1) Wintemute 説：間接性差別との主張

Wintemute は、欧州司法裁判所が 1990 年 Dekker 先決裁定や 1994 年 Webb 先決裁定等において、他の性との比較を要件とせず女性のみが妊娠・出産することを理由として直接性差別と判示したことを批判し、妊娠・出産に関する不利益扱いは、男性と比較して女性

³⁵³ [富永：2010a-f]。なお、同論文はドイツ法およびアメリカ法の検討であるが、ドイツ法解釈の前提としての EU 法の分析としても、同様の見解に立つものと思われる。

³⁵⁴ ただし、指令自体の表現としては、障害者に対する合理的便宜の不提供を「差別」とは明記せず（同指令 5 条）、指令前段で「職場における障害者にニーズへの便宜手段の提供は、障害に基づく差別と戦ううえで重要な役割を果たす」と記す（16 段）。

³⁵⁵ ただし、EU 性差別禁止法全体をみた場合には、一方で、妊娠・出産領域や障害差別、ハラスメントなど、比較を超えた差別概念の発展がみられながら、他方では、直接差別の定義で比較可能性が要件として規定され、形式的平等に縛られる流れが生じていることも事実である。後述する。

に不利益な効果を与える間接性差別と考えるべきであると主張する³⁵⁶。

Wintemute は、平等は比較概念であり、比較は差別の本質的特徴であるとする。すなわち、直接差別とは「他の者と異なった取扱いが、ある禁止事由が存在しなければ (but for...) 生じなかった」ことであり、間接差別は「中立的な取扱いによって、ある集団に他の集団との不均衡な効果が生じた」ことである。比較は、禁止事由が異なった取扱いなしの不均衡な結果の原因であることを示す本質的要素であって、比較を伴わない差別の主張はありえない、と述べる。そして、妊娠・出産女性に対する差別の場合には、比較対象者は、非妊娠・出産者（多くは男性だが女性も含む）である、とする。

つぎに、妊娠・出産女性とそうでない者との比較が、性にに基づく比較なのか否かを問題とする。ここで Wintemute は、性にに基づく比較を「女性であること (being female)」と「男性であること (being male)」という各々のパッケージ、すなわち個別には取り出しえない諸要素の集合体の比較と捉えたうえで、妊娠・出産は、女性特有の身体的能力であるが本人の選択が介在し「女性であること」自体ではないとして、妊娠・出産に関する不利益扱いは性にに基づく直接性差別ではないとする。

一方で、Wintemute は、妊娠・出産に関する判例法理について、「(妊娠から生ずるニーズに対して) 十分な配慮を提供しないという差別³⁵⁷」をも認めたものと分析し、その結論自体を肯定しつつも、これを直接性差別の概念を拡大するという形で認めたことに異議を唱えている³⁵⁸。妊娠・出産に必要な配慮（保護）の不提供は間接性差別に該当するものであり、実際にも、これらを間接性差別と解することにより、女性に不均衡に生じる効果の正当化審査という訴訟上公開された形で、妊娠・出産に必要な便宜と使用者の負担との衡量を図りうる、と主張する。

この Wintemute の主張は、第 1 に、差別は比較を要件とするとの前提に立ちつつ、比較対象者を男性でなく「妊娠・出産者でない者」とした点、第 2 に、禁止事由である「性」を「女性／男性であること」という諸要素のパッケージとして捉えた点、第 3 に、判例法理のなかに「必要な配慮の不提供」という差別類型を見いだし、妊娠・出産に関する差別の多くがこれに該当するものであること、それは直接差別ではなく間接性差別と捉えるべきであるとした点で、重要な検討の視点を提起しているものと考えられる。

(2) Honeyball 説：性差別とは別の差別類型という主張

Wintemute の論理を批判して、妊娠・出産差別を性差別とは別の範疇の差別と捉えるべき

³⁵⁶ [Wintemute 1998]

³⁵⁷ 原文は、discrimination resulting from failure adequately to accommodate the needs arising from her pregnancy.

³⁵⁸ Wintemute は、1990 年 Dekker 先決裁定（妊娠理由の採用拒否）や 1998 年 Webb 先決裁定（妊娠理由の雇い止め）では、直接性差別概念を男性とは異なった女性特有の必要への便宜の提供を含むと拡大したが、1990 年 Herz 先決裁定（出産休暇終了後の解雇）や 1996 年 Gillespie 先決裁定（出産休暇中の賃金未払い）では上記の考え方をとらず疾病男性と比較していることを指摘し、判例は一貫性が欠如していると批判する。

であると主張したのは、Honeyball である³⁵⁹。

Honeyball は、まず、差別が比較を本質とする概念であることには同意しつつ、その比較は、異なった取扱いの要因となった差別事由を洗い出し認識するための手段として求められるのであって、他者との比較が必須ではなく、差別事由がなかった（妊娠・出産していなかった）ときの被差別者の状態との比較であるという。

さらに Honeyball は、妊娠・出産に基づく差別を、直接にしる間接にしる、性差別とするのは誤りであると主張する。妊娠・出産者は女性というグループに属するからといって、妊娠・出産に関する差別が、必ずしも女性であることを理由とする差別であるとは限らないからである³⁶⁰。たとえば、妊娠・出産に関する差別が、性以外の、若年者や非独身者への差別、有子者への嫉妬、独身女性の優遇（妊娠・出産者や男性より勤勉で信頼できる）等を理由として行われることもあり得るからである³⁶¹。

結論として、Honeyball は、妊娠・出産差別は、性差別ではなく妊娠・出産という別の事由による差別と考えるべきであり、そのような立法をすべきだと主張する。妊娠・出産差別では、男女の非妊娠・出産者よりも不利益に取り扱われたという防御的な主張のみならず、妊娠・出産女性により優遇的な取扱いを正当と認める積極的主張のための規定（それは防御主張の代替ではなく、妊娠・出産者の要求に適合した保護という補充的形態）を設けるべきであるとする。

この Honeyball の主張は、比較を、差別要因との結びつきを認識するための手段と明確に位置づけて、被差別者自身が妊娠・出産しなかったときの状態との比較がありうることを示した点、また、妊娠・出産を性とは別の差別事由と位置づけるべきだとした点で、Wintemute とは別の視点を提起している。他方、両者ともに、妊娠・出産に関する差別のなかに平等取扱い違反以外の類型、すなわち「性平等の実現に必要な保護（配慮）の侵害ないし不提供」という類型を肯定している。この Honeyball 論文は、1998 年 4 月の Thibault 先決裁定や後述する Fredman らが実質的平等という考え方を提起した後に公表された論文（2000 年発表）であることから、それらの考え方を踏まえてのものであろう。

（3） Fredman 説：形式的平等に対する批判、実質的平等の議論

Fredman は、妊娠・出産に関して比較を本質とする男女平等取扱い原則を適用することを批判し³⁶²、妊娠・出産女性にとって必要な具体的権利を立法で定めるよう提起するとともに、一連の論文において³⁶³、実質的な性平等およびその実現のための積極的義務を主張している。そこでは、比較を前提としない実質的平等の概念を土台として、性平等と妊娠・

³⁵⁹ [Honeyball 2000]

³⁶⁰ Honeyball は、カテゴリーの重なりと差別との関係の例として、生まれつき赤毛の人と白人との関係をあげ、生まれつき赤毛の人は全員白人に属するが、前者への差別が白人を理由としたものとはいえないことを指摘する。

³⁶¹ また、妊娠・出産差別を間接性差別とみると、正当化の余地が生じて問題だとする。

³⁶² [Fredman 2000 : 179-224]

³⁶³ 「Fredman 1997 : 183-187, 2002 : 7-11」

出産保護とが強く結びつけられて論じられている。

Fredman は、男女平等取扱い原則の限界を強調する。すなわち、同原則は、「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」という一貫した取扱いを求める形式的平等の視点に立つものであるから、これを男女の差異を尊重すべき妊娠・出産に適用することは適切ではない、と批判する³⁶⁴。また、欧州司法裁判所の Dekker 先決裁定および Webb 先決裁定については、「平等を創造的意味で用いること（'the imaginative use of equality'）」により比較対象者を不要と解し、男女平等取扱い原則における比較アプローチを超える試みをしたと高く評価しつつ、他の判例においては男性との比較可能性を問題としたものもあることから、判例法理は脆さを持っていると指摘した³⁶⁵。それらを踏まえて、Fredman は、妊娠・出産に関しては、男女平等取扱い原則を適用して妊娠・出産女性を同一状況の男性と同一に取り扱わせるのではなく、妊娠・出産に注目しそれ自体を権利の源として、妊娠・出産に関する具体的権利を立法化すべきであると提起している³⁶⁶。

この具体的権利の立法化提言が、条約や指令で規定される性平等ないし性差別規範の内容の明確化として主張されているのか、それとも権利の創設を求めているのかは、必ずしも明確ではない

（４） 検討

① 差別という概念の捉え方

EU 法が、妊娠・出産に関して、とりわけ妊娠・出産に起因する就労不能ないし労働能力低下を理由とする不利益取扱いも含めて性差別と把握したこと、また、妊娠・出産女性に対して、疾病等により就労不能や労働能力低下した男性にはない法的保護を性差別禁止法理により保障したことは、平等取扱い原則違反とは異なる差別類型、すなわち、比較を差別の必須ないし本質的な要素とはしない「性平等の実現に必要な保護（配慮）の不提供」を差別とする類型を認めたもの、と考えてよいであろう。

その是非について、Wintemute および Honeyball は、差別というものは比較を本質とする概念であり、妊娠・出産に関する差別でも比較が要件となっていると主張する。しかし、両者も指摘するように、その比較は、差別事由と不利益な結果との結びつきを洗い出すためのものであり、また、Honeyball が指摘したように、妊娠・出産事案での比較は、男性との比較ではなく、妊娠・出産していなかった場合の当該女性自身との比較である。そこでこの比較は、妊娠・出産に関して不利益を受けたことを立証するための一手段にすぎないのであって、差別概念の本質からくるものではない。人権としての性差別禁止という視点に立つならば、性という属性に基づいて不利益を受けること自体をもって性差別と捉えるべきであり、比較対象者と同一状況か否かは必須ではなく、それゆえ男女比較は性差別の本質的要件とされるべきではない。

³⁶⁴ 「Fredman 1997 : 183-185, 2002 : 7-11」

³⁶⁵ 「Fredman 1997 : 187-192」 問題ある判例として、1990 年 Herz 先決裁定、1996 年 Gillespie 先決裁定を挙げる。

³⁶⁶ 「Fredman 1997 : 192-193」

EU法では、2002年改正男女平等待遇指令以降の性差別禁止に関する諸指令では、ハラスメントやセクシュアル・ハラスメント、性差別の指示などが性差別として規定されるなど、比較を要件としない差別類型が規定されている、妊娠・出産差別も類似の構造をもつ差別であると考えられる。

判例は、従来の、そして他の領域では一般的に用いられているところの、比較を前提ないし土台とする形式的平等概念（「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」）との整合性を図るために、「等しからざるものに同じルールを適用するのは差別」であり、妊娠・出産による不就業と男性の疾病等による不就業とは等しからざるものだから同一に扱えば差別である、と論じている。しかし、Fredmanが指摘したように、形式的平等は、「等しいもの」も「等しからざるもの」もいずれも比例的に平等に取扱うのであって、比較から離れたものではない。したがって、判例が妊娠・出産に関する不利益取扱いを差別と判断するにあたって、男女比較を要件としないとした立場と形式的平等の考え方は、本来は矛盾するものである。

② 妊娠・出産と性との結びつき

判例も指令も、妊娠・出産に関する不利益取扱いを「性」差別としており、そのなかに妊娠・出産に起因する就業不能を理由とする不利益取扱いも含むとするなど、差別事由としての「性」を広く解釈している。この点については、Wintemuteが指摘しているように、「性」という概念は様々な要素を含みうるものであることから妊娠・出産が、また妊娠・出産に起因する疾病が、性平等ないし性差別禁止法の目的からして性と一体のものとして解釈すべき要因か否かが問題となる。

この点について、Honeyballは、性と関係のない妊娠・出産差別がありうるとして、性差別とは別の差別類型として扱うべきと主張した。Wintemuteもこれを直接に性に基づく差別としてではなく、女性に不均衡な影響を与えるという間接的なものとして性との結びつきを認めている。確かに、女性にも非妊娠者が存在する。しかし、歴史的にもまた現在においても、性差別は、女性（非妊娠・非出産女性も含めて）が社会構造上、妊娠・出産・家事育児を担うあるいは担う可能性のある非効率な補助的労働力として劣位に置かれることに深く起因する。したがって、妊娠・出産・家事育児に関する不利益取扱いは、職場における女性差別の根幹的要因をなしている。たしかに家事育児については、性を問わず男女が共に担うべきものであり、これに関しては、性に着目した法的対応は性別役割分業を温存し男女平等の実現を阻害することになりかねず、したがって性差別禁止規範とは別の法規範が適用されるべきであろう。これに対して、妊娠・出産（母乳授乳を含む）については、男女が固有の生物学的特質を有し、女性は、その固有の生物学的特質に関連して雇用上の不利益を受け、かつその生物学的特質に対する保護が必要とされる存在である。確かに女性全員が妊娠・出産をするわけではなく、また、妊娠・出産には本人の意思も介在するが、性差別の是正という法目的、とりわけ性差別を生み出す社会構造の是正を考えたとき、「妊娠・出産」および「妊娠・出産に起因する就業不能ないし労働能力の低下」と「性」

とを切り離すことはできない。妊娠・出産差別を、妊娠・出産に起因する労働不能ないし労働能力の低下も含めて、直接の性差別と解釈することは、性差別の本質を捉えたものであろう。ただし、判例が、直接性差別か否かを「一方の性のみ該当する理由」による不利益か否かによって判断していることは疑問である。それは、判断要素の一つにすぎず、しかも現象面をとらえた基準にすぎない。一方の性のみ該当する理由だからといって、それが直ちに直接性差別と断定できないことは、多様な要因が重複して不利益が生じている場合を想定してみれば明らかだろう。

Witemute は、妊娠・出産差別を直接性差別とすることの問題点の一つとして、直接性差別は成文規定がない限り正当化が認められず、正当化審査による他の権利との調整が図れなくなることを指摘する。しかし、この主張については、そもそも直接差別の正当化に関する解釈自体に問題があるのではなかろうか。成文に規定のない正当化を否定することは、差別を厳格に禁止することにはなるが、あまりにも硬直に過ぎる。このような厳格な解釈が、逆に、1999年 *Abdoulaye* 先決裁定のように、出産休暇中の女性の賃金保護（当時、EU法に賃金差別の正当化に関する規定はなかった）について、男性とは比較可能な状態にならないという理由から差別の成立を否定するという判断をもたらし、ひいては妊娠・出産差別に関する理論上の混乱を招くことになったのである。むしろ、妊娠・出産差別を直接性差別として認めようとして、正当化の抗弁を認めるべきであろう³⁶⁷。

最後に、2002年改正男女平等待遇指令などの直接性差別の定義が他の性との比較可能性を要件としていることから、妊娠・出産差別を直接性差別とすれば、指令上の直接性差別の定義とは一致しなくなるという問題点が残る。しかし、これについては、むしろ指令の直接性差別の定義を修正して、人権としての差別禁止の視点から、比較を要件としないものをも含む新たな規定を設けるべきではなかろうか。

³⁶⁷ 確かに、間接性差別は、性自体を理由とする異なった取扱いのみならず、性中立的であるが一方の性に対する障害をも性差別とするという意味で、直接性差別よりも差別概念が拡大されたものである。とはいえ、両者の違いは、性と不利益取扱いの理由との距離の違い（直接差別では性そのもの、間接差別では一方の性に不利益を与える障害）であり、その両者は結びつきの距離的ないし程度の差でもある。そして、直接差別においても正当化を認めるとすれば、妊娠・出産差別が直接性差別か間接性差別かを論じる論理的・実践的意味は、そう大きいものではなくなる。

第5章 ポジティブ・アクションに関する法理の生成および展開 ～ 性平等の積極的な実現とその手段的境界 ～

問題の所在

1 一方の性に対する優遇・特別措置の必要性と課題

EUをはじめとして世界各国で、男女別取扱いを法的に禁止して性平等の実現を追求してきたにもかかわらず、なお性差別は社会に根深くかつ形を変えながら存続してきた。その限界に直面するなかで国際的な一つの共通認識となったのが、被差別集団を対象とする積極的措置の必要性である。すなわち、性や人種などによる差別を排除し平等を実現するには、差別行為を消極的に禁止して行わせないというだけではならず、より積極的に差別要因を取り除き、また、平等を促進するための法的措置が必要であるとの認識、とりわけ、不利益を受けてきた特定集団を対象とした特別の措置が必要であるとの認識である。これらの特定集団に対する特別の措置は、アメリカではアファーマティブ・アクション、国連諸条約では暫定的特別措置、EUではポジティブ・アクションと呼ばれて³⁶⁸、それぞれの法制度のもとで法理が生成され発展してきた³⁶⁹。

他方で、アファーマティブ・アクションやポジティブ・アクションに対しては、逆差別による他の性への不利益取扱い、優遇措置の有効性への懐疑、機会の平等か結果の平等か、グループプライツ（集団への権利付与）か個人の権利の保障かなど、多方面からの厳しい批判が加えられてきた。というのも、性差別をはじめとする差別禁止法理は、平等取扱原則・別異取扱いの禁止を出発点とし、伝統的にはセックスやカラーにブラインドであることを法理の基軸としてきた。これに対して、特定集団の優遇ないし特別の措置は、性や人種などを理由とする異なった取扱いであり、他集団に属する者に不利益を与え差別する危険があり、また、個人主義に反する可能性があるからである。

理論的には、消極的差別禁止に止まらない積極的差別撤廃および平等実現のための措置とは如何にあるべきか、ポジティブ・アクションという特定集団に対する別異取扱いは法

³⁶⁸ 「アファーマティブ・アクション」や「ポジティブ・アクション」は、一般的には、特定の集団に属する者に対する優遇ないし特別の措置を意味する。しかし、より広義に、対象集団を限定せずに適用される積極的措置も含んで用いられることもある。また、その法的性質も、法律ないし行政命令による強制的措置、裁判所による救済命令の一内容、ならびに奨励や援助という法的拘束力を持たない政策的措置など多様である。

本稿では、特定の集団に属する人々に対する優遇ないし特別の措置の意味において「ポジティブ・アクション」の語を用いる。ただし、必要に応じて、積極的措置ないし特別の措置の語も、互換的意味で用いる。なお、欧州司法裁判所は、1976年男女平等待遇指令2条4項および条約前141条4項が許容する一方の性に対する特別の措置を、「ポジティブ・アクション」という文言を用いて表記している（たとえば、2004年 Briheche 先決裁定 [para.31]）。

³⁶⁹ 諸外国におけるアファーマティブ・アクション、ポジティブ・アクション法制の発展について、[東京女性財団 1995] [辻村 2005、2012]。アメリカにおけるアファーマティブ・アクション法理の発展について、[安西 2005] など。EUについては、[浅倉 1996] [伊藤 2005] [大藤 2004] [山田 2004] など。

的に許されるのか、許されるとすればその論拠は何か、その範囲をどう画定すべきか、という角度からの検討が不可欠である。

これらの問いに答えるためには、「法が目的とする差別禁止とは何か」「その目的の実現手段として、ポジティブ・アクションはどのような役割を果たしうるか」という問題に遡って考察することが必要であろう。そのような基礎的な考察を踏まえてはじめて、諸刃の剣ともなりうるポジティブ・アクションを、正義にかなう有効な性平等実現手段として法的に活用することが可能となるのである。

とりわけ、現代の差別の多くは、雇用人事制度などの構造的な要因から生じ、また、性・人種・年齢・雇用形態その他の多様かつ複合的な事由がからみあって発生している。そのため、仮に、特定集団を対象とする積極的措置が不的確に用いられれば、逆に、差別を温存し拡大する危険性も高まっている。たとえば、差別是正が表面的な少数者登用に終始して差別の発生要因が放置されれば、差別は温存され深化してしまうだろうし、また、ある事由の被差別者（例えば白人女性）への優遇措置が、別の事由の被差別者（例えば黒人男性）に不利益を与えて格差や貧困を拡大する危険も存在するからである。したがって、現代の性差別に対抗しうる、有効かつ正義にかなったポジティブ・アクションを考えるには、性平等および性差別禁止とは何か、その意味および実現手段のあり方を問い直し、そして、両性を対象とする措置をも含めた積極的措置全体の構想の下で、一方の性に対する措置という特質をもつポジティブ・アクションの法的役割を位置づけ、その内容および射程範囲を画定することが必要となっている。

2 平等取扱いの例外規定とポジティブ・アクション

EU 性差別禁止法における初めてポジティブ・アクション規定は、1976 年男女平等待遇指令 2 条 4 項である。同指令は、1 条および 2 条 1 項で男女平等取扱い原則を規定し性差別を禁止するとともに、2 条 4 項で「本指令は、男女の機会の平等を促進する (promote) ための措置、とりわけ 1 条 1 項で言及した領域における女性の機会に影響を与えるような、存在する不平等を除去する (removing) 措置を妨げるものではない」として、ポジティブ・アクションを受容する旨を規定した³⁷⁰。

欧州委員会による当初の指令案³⁷¹では、1 条 1 項で男女平等取扱い原則の実施を確保すべきことを規定するとともに、同条 2 項において、「平等取扱いとは、性…に基づくあらゆる差別を撤廃すること(the elimination of all discrimination) を意味し、女性に対して雇用…における平等な機会を提供するための適切な措置を含む」という規定をおいた。この原案は、平等取扱い原則を、消極的な差別禁止だけでなく「あらゆる差別を撤廃する」という積極的な内容をもつものとして定義し、ポジティブ・アクションを、差別撤廃の実現手段として位置づけていた。ところが、構成国から、EU が社会政策領域に踏み込むことに対して

³⁷⁰ 男女平等待遇指令 2 条は、2 項で職業上の理由による適用除外、3 項で女性保護とりわけ妊娠・出産保護、そして 4 項にポジティブ・アクションを規定した。

³⁷¹ COM (75) 36 final. なお、同指令制定の契機となった 1974 年 EU 社会行動 (OJ [1974] C 1/13) 参照。

強硬な反対が生じた。その結果、同指令は、平等取扱い原則の定義を、原案の「あらゆる差別を撤廃すること」（指令案1条2項）から「差別のないこと(no discrimination)」（指令2条1項）へと改定した。また、ポジティブ・アクションも、一方で機会の平等の促進措置と規定しつつも、他方で平等取扱い原則を「妨げるものではない(without prejudice)」という表現となり、構成国における導入の受容に止められたため、法的位置づけが曖昧な規定となった〔Hoskyns 1996 : 102-106〕。さらに、許容される措置の具体的な内容あるいは適用範囲についても明確に規定されることはなかった。これらの点については、欧州司法裁判所による解釈（判例法理）およびその後のEU立法に委ねられることとなった。

欧州委員会は、1970年代半ばからの指令制定による法的整備に引き続き、1980年代に入ると、それら指令の具体的実施および実効性の確保の行動を積極的に進めた。EUが社会的経済的統合を実現するためには、オイルショック後の男女職域分離の拡大・女性の失業率の高まり・非典型労働への傾斜などへの対抗措置の具体化が急務となっていた。それだけにEUは、1976年男女平等待遇指令2条4項同項によるポジティブ・アクション許容規定を梃として、構成国に対して、理事会勧告や行動計画の策定・財政支援などを通じて、国家レベルの法的な枠組みによるポジティブ・アクションの導入を強く求めていった³⁷²。そして、繰り返し、女性に対する特別措置を総合的に講じることにより、男女の「機会の平等」を実現する必要性を強調し、公務部門が女性優先雇用の模範を示すべきであり、クォータ制（優先割当制度）導入の示唆や、女性の職業訓練・育児支援・労働時間政策の実施を提起していった〔柳沢 2000〕。これらを受けて、EU構成国においても性平等に向けたポジティブ・アクション施策が進展し、1980年代には北欧諸国やドイツが法律でクォータ制を導入し、論争を巻き起こした。

第1節 ポジティブ・アクションに関する法理の生成

ポジティブ・アクションにおける最大の論争となったのは、クォータ制（強制割当制度）であり、他の性に対する逆差別とEU法が許容するポジティブ・アクションの範囲に関する法理の基本的枠組みを生成した判決が、以下において検討する1995年Kalanke先決裁定および1997年Marschall先決裁定³⁷³であった。

1 1995年Kalanke先決裁定

(1) 事案および先決裁定の内容

本件は、欧州司法裁判所に係属した最初のポジティブ・アクション事件である。ドイツ

³⁷² たとえば、欧州理事会は、1986年に理事会勧告(84/635/EEC, OJ [1984] L 34/331)を決議し、個人に対し男女平等取扱いの権利を付与するだけでなく、社会制度などから生ずる女性の権利侵害的効果への対抗行動が必要であるとして(前文3段)、構成国にポジティブ・アクションの推進を求めた。

EUのポジティブ・アクション推進については、〔浅倉 1996〕に詳しい。また、行動計画について〔東京女性財団 1995 : 59-60〕も参照。

³⁷³ Case C-450/93, Kalanke [1995] ECR I-3051; Case C-409/95, Marschall [1997] ECR I-6363.

のブレーメン州法は、女性比率が少ない（以下「過小代表」という）地位への公務員の昇進について、男女候補者が同資質 *equally qualified* であれば女性を優先するクォータ制を規定していた。これが 1976 年男女平等待遇指令 2 条 1 項・4 項に違反するか否かが問われた。

欧州司法裁判所は、つぎのように、同指令 2 条 1 項・4 項に違反すると判示した。

先決裁定は、まず、女性候補者を自動的に優先することは 2 条 1 項が否定する男性に対する差別を伴うとしたうえで [para.16]、それが 2 条 4 項のポジティブ・アクションに該当して許容される措置にあたるか否かを検討した [para.17]。そして、2 条 4 項は、とくに包括的に「外形上は差別的だが、実際には、社会生活に現存する具体的な不平等事例(actual instances of inequality)を撤廃し減少させることを目的とする措置」を認めた規定であり [18]、「女性の労働市場における競争能力の向上」および「男性と同じ足場に立ちキャリア追求する」ための女性優遇措置を許容するとした [para.19]。その理由として、先決裁定は「社会的な態度・行動・構造から生じる女性への妨害効果を減殺する対抗行動が…とられない限り、既存の平等取扱に関する法規定…では不平等を撤廃するには不十分である」と指摘した [para.20]。差別を形式的ではなく実態的に捉えるとともに、構造的差別の存在も認識し、撤廃のための対抗的な前進的な行動の必要を認めている。

しかし、同時に、先決裁定は「指令 2 条 4 項は、指令が規定する個人の権利の適用除外であり、厳格に解釈されねばならない」 [para.21] と述べて³⁷⁴、「女性に対して任命や昇進の優先を絶対的かつ無条件に保障する国内ルールは、平等な機会の促進を超え、指令 2 条 4 項の限界を逸脱する」と判示した [para.22]。

また、先決裁定は「男女が同一の等級や水準において平等に代表されているという結果は、男女の機会の平等を通じて実現されなければならない」 [para.23] とし、同指令 2 条 4 項は結果の平等を保障するものではない旨を判示した。

（２） Kalanke 先決裁定の反響

Kalanke 先決裁定による判示、すなわちブレーメン州法が 1976 年男女平等待遇指令に違反するという判断は、ドイツなどクォータ制を促進してきた構成国、そしてクォータ制を含むポジティブ・アクションを積極的に推奨してきた欧州委員会に、大きな衝撃を与えた³⁷⁵。欧州委員会は、同先決裁定の影響を危惧して、同先決裁定の射程範囲は自動優遇型のクォータ制に限定される旨のコミュニケーションを発表した³⁷⁶。さらに、判例の影響を払拭するために男女平等待遇指令自体の改正案も準備されたが³⁷⁷、実現するには至らなかった。

Kalanke 先決裁定に対しては、平等取扱原則を超える性平等の実現を主張する論者からは、

³⁷⁴ 先決裁定は、先例として職業上の理由による男女平等取扱原則の適用除外の該当性が争われた 1986 年 Johnston 先決裁定 (Case 222/84, [1986] ECR 1651) を挙げている [para.21]。

³⁷⁵ [浅倉 1998 : 58-59]

³⁷⁶ COM (96) 88 final.

³⁷⁷ OJ [1996] C 179/8.

個人主義および能力主義を偏重する先決裁定である³⁷⁸、あるいは本件クォータ制は間接性差別的な評価制度の是正手段であり実際には女性を有利に扱うものではない³⁷⁹などの、厳しい批判が加えられた。

果たして *Kalanke* 先決裁定はクォータ制を全て違法と判断したのか、どのような優遇措置ならば許されるのか、他の事案に対する欧州司法裁判所の判断が注目されることとなった。

2 1997年 *Marschall* 先決裁定

(1) 事案および先決裁定の内容

ポジティブ・アクションに関して、欧州司法裁判においてつぎに争われたのは、ドイツのノルトライン・ヴェストファーレン州公務員法が規定するクォータ制である。同州法のクォータ制には、「とくに上位等級職において女性が少ない場合には、(男性) 候補者に有利にバランスを傾ける特別の理由がない限り、適格性、能力、職務業績において同等の資質をもつ女性を優先しなければならない（下線は筆者）」として、一定の個別的・柔軟な判断を可能とする救済条項が設けられていた。こうした救済条項付のクォータ制が男女平等待遇指令 2 条 1 項および 4 項に違反するか否かが問われた。

1997 年 *Marschall* 先決裁定は、以下のとおり、本件救済条項付クォータ制は 1976 年男女平等待遇指令 2 条 1 項・4 項に違反しないと判示して、クォータ制でも内容により指令に適合することを認めた。

同先決裁定は、同 2 条 4 項が、事実上の差別を除去・減少するための対抗手段として優遇措置を認めたことを確認し [paras.26-28]、あわせて、昇進決定における事実上の差別、すなわち、たとえ男女が同一資質(equally qualified)でも、女性に対する偏見やステレオタイプな見方、あるいは、女性は家族的責任のためにキャリア中断や休業が多く労働時間にも柔軟性がないのではないかという恐れから、実際には男性が優先され平等な機会が付与されない傾向のあることを指摘した [paras.29-30]。そのうえで、2 条 4 項は個人の権利の適用除外であり絶対的かつ無条件の女性優先は限界を超え許されない旨を確認しつつ³⁸⁰、しかし、*Kalanke* 事件とは事案が異なり、救済条項によって「個々の候補者について各人特有の全ての要素を考慮する客観的評価が行われ、かつ、男性候補者の有利にバランスを傾ける、女性候補者に差別的でない 1 つ以上の要素がある場合には女性優先を覆すことが保障されている」として、本件クォータ制は 2 条 4 項の限界を超えるものではないと判示した [para.33]。

(2) *Kalanke* 先決裁定から *Marschall* 先決裁定への展開の意味

³⁷⁸ [Fredman1997 : 391-393]

³⁷⁹ [Schiek 1996a, b] なお、Schiek は、本論文で、本先決裁定は自動的クォータに限定した判断との解釈を示した。

³⁸⁰ ただし、*Kalanke* 先決裁定とは異なり、除外は厳格に解釈すべしとは述べていない。

このように、1997年 Marschall 先決裁定は、絶対的かつ無条件のクォータ制を指令違反とした1995年 Kalanke 先決裁定とは異なり、救済条項付クォータ制は指令に違反しないと結論した。Kalanke 先決裁定から Marschall 事件へと展開していったこの判例の論理は、どのように分析できるであろうか³⁸¹。

第1に、1976年男女平等待遇指令2条4項のポジティブ・アクション規定の位置づけについては、Kalanke 先決裁定も Marschall 先決裁定も共に、2条1項が定める男女平等待遇原則の例外であるとした。しかし、Marschall 先決裁定は、さらに、4項のポジティブ・アクションが1項の例外であるということの趣旨を、1項が形式的にセックス・ブラインドな「男女の等しい取扱い」を規定したのに対して、4項は、それに社会実態を踏まえたセックス・コンシャスな観点を入れ、実質的な意味で男女の等しい取扱いを実現するための措置を認める規定と解釈した。そして、救済条項付クォータ制について、「男女平等取扱い」を実現するための方法一すなわち、男女が同資質でも男性が有利に評価される傾向に対して[para.29]、そのマイナス効果を減殺して男女を等しく評価するために[para.31]、原則として女性候補者を優先しつつ男性候補者に有利にバランスを傾ける事情があれば女性優先を覆すという、立証責任の転換に類似する方法を用いる制度一であると捉え、したがって、2条4項に該当すると判断したのである。

この意味で、Marschall 先決裁定は、指令が目的とする性平等を「男女の等しい取扱い」と捉えつつ、Kalanke 先決裁定よりも一歩進んで「等しい」か否かを実態に則して判断するための手段がポジティブ・アクションであると解釈することにより³⁸²、クォータ制でも指令に適合する類型があるとの結論を導いたといえよう。とはいえ、Marschall 先決裁定は、2条4項に「労働市場で競争し男性と平等な足場に立ってキャリアを追求するための能力を向上させる観点から、女性に特定の優遇を与える措置を認めた」[para.27]と形式的平等を超える目的を認めており³⁸³、女性優先を覆す「男性候補者の有利にバランスを傾ける基準」の解釈一たとえば、男女の職務遂行能力に関する反証事実なのか、人種や貧困など性とは別の差別事由なのか、どの程度でバランスを傾けるなどの解釈一次第では、2

³⁸¹ Kalanke 先決裁定から Marschall 先決裁定に至った、政治的社会的な背景および要因については [中村 1998 : 140-141] 参照。

³⁸² [西原 2003 : 133-134]。これに対して、Schiek は、1995年 Kalanke 先決裁定が「平等取扱原則」を対称的 (symmetrical) なものと解釈したのに対して、1997年 Marschall 先決裁定は、同原則を非対称的 (asymmetrical) なものと解釈したと分析している [Schiek 1998a : 155-161, 1998b : 160-162]。しかし、後述する2000年 Badeck 先決裁定が、訓練分野等で男女が異なっている女性を優先するクォータ制を許容したのとは異なり、Marschall 先決裁定の段階では、なお、形式上か事実上かの違いはあっても、性平等を「男女を等しく扱う」という対称的概念と理解していたと捉えるべきではなかろうか。

³⁸³ 2004年 Briheche 先決裁定の Maduro 法務官は、同先決裁定および同内容を判示した Kalanke 先決裁定および Badeck 先決裁定について、男女の実質的平等を達成するための措置を含むような広い目的を示しつつ、「機会の平等という制限された概念」に言及することにより、2条4項を狭く解釈したと批判している [法務官意見 paras.27-29]。

条4項のポジティブ・アクションとして、実質的意味の「男女の等しい取扱い」をも超える内容をもつ措置をも含む可能性を有していた。

第2に、上記の2条4項の位置づけの違いを反映して、両先決裁定には、「1項の例外」として認める基準ないし範囲の違いが見られる。すなわち、Kalanke先決裁定が、除外は厳格に解釈されるとしたのに対して、Marschall先決裁定は、例外判断の厳格さには言及しないまま、救済条項により各候補者の全基準を客観的評価して女性優先を覆しうらば除外の限界を超えないと判示した。Marschall先決裁定は、2条4項は同条1項を実質的な面から補完するものと位置づけており、その見解からすれば、直ちに「例外は厳格に」という解釈には結びつかないことになる³⁸⁴。

第3に、個人主義の堅持か集団指向かの点でみると、Kalanke事件のクォータ制は、男女同資質の場合は、絶対的かつ無条件の女性優先であり両候補者の個人比較・評価を行わない制度であって、同先決裁定はこれを指令違反とした。これに対してMarschall事件の救済条項付クォータ制の場合には、女性優先は、個人比較・評価を実態に則して行うための一判断要素である。Marschall先決裁定は、Kalanke先決裁定と同様に個人主義を堅持する見解に立っただけで、救済条項の存在によって個人に基づく評価・決定が確保されると解釈している³⁸⁵。

このように、Kalanke先決裁定からMarschall先決裁定への展開を経て、EU法におけるポジティブ・アクションに関する法理の枠組みが確定されることになった。あらためて整理すれば、以下のとおりである。①男女平等待遇指令2条4項は、事実上の性平等を達成しようとする規定であり、同1項の男女平等取扱原則の例外である。③2条4項の措置といえるためには、昇進に関するクォータ制では、i一方の性が過小代表である部門について、ii候補者男女が同一の資質を有し、かつ、iii絶対的かつ無条件の自動的優先ではなく候補者個別の事情に対する客観的評価が保障されることが必要である。

第2節 ポジティブ・アクションに関する法理の展開

1 アムステルダム条約改正とその後の指令立法

(1) 1997年アムステルダム条約改正

1995年Kalanke先決裁定により、欧州司法裁判所からクォータ制に対する厳しい見解が示されたのだが、にもかかわらず、EC委員会および構成国は、女性の労働市場への参加を奨励する法的手段としてのポジティブ・アクションという一方の性に対する優遇措置を推進する見解をとり続けたため、両者の間には緊張状態が生じることになった。このような状況の下で、EC委員会および構成国は、折から準備が進んでいた条約改正の一つとして、ポジティブ・アクション自体は、Kalanke先決裁定により限界が課されたとはいえ、

³⁸⁴ 「例外は厳格に」という解釈について、Ellisは、1984年Hofmann先決裁定のDarmon法務官が、2条4項を1項の例外と解しつつ、同条4項が1項の例外を規定した趣旨からすれば4項の範囲は広く解釈すべきと主張していることを指摘する [Ellis 2005 : 298]。

³⁸⁵ [西原 2003 : 133-134]

法的に肯定されるという結論には変更はない旨を明らかにして、むしろこれを規定化、明確化すべきと考えた³⁸⁶。その結果、1997年アムステルダム条約改正において、条約前141条（旧119条）4項に、以下の規定が追加された。

「労働生活における男女間の完全な平等を実際に確保する観点から³⁸⁷、男女平等取扱原則は、構成国が、過小代表状態にある性の人々に対して、職業活動の追求あるいは職業キャリア上の不利益の防止ないし補償をより容易とするために特定の利益を付与する措置を維持ないし採用することを、妨げるものではない」

この141条4項の意義および特徴は、つぎのとおりである。第1は、一方の性に対する優遇措置の正当性をEU法の第一次法源である条約で明確にし、かつ、単なる性平等の例外ではなく—1976年男女平等待遇指令2条4項の立法趣旨のような、職業上の理由と同列の男女平等取り扱い原則の例外としてではなく—、性平等の実現手段として積極的に位置づけたことである。ただし、ポジティブ・アクションの具体的内容は必ずしも明確でなく、解釈に委ねられている。第2に、ポジティブ・アクションの目的を「完全な平等」の実際の確保と規定し、条約が、ポジティブ・アクションを通じて形式的平等を超える内容をもつ平等の実現を目的としている旨を示したことである。ただし、「完全な平等」の具体的内容は明らかではなく、解釈に委ねられることになる。第3に、完全な平等を実際に「確保する」観点からと規定し、性差別を消極的に否定するに止まらず、積極的に性平等を推進する考え方に立つ旨を示した。これは、前述した、アムステルダム条約2条、3条ならびに13条で示された基本姿勢と共通するものである。

（2） アムステルダム条約改正を反映した立法の進展

1997年アムステルダム条約改正を受けて、EUは性差別に関する指令の改正および制定を進め、諸指令におけるポジティブ・アクション規定に関しても、つぎのようにEC条約前141条4項追加改正を反映した内容へと改正が行われた（発効1999年5月1日）。

① 2002年改正男女平等待遇指令

2002年改正男女平等待遇指令により、旧1976年男女平等待遇指令2条4項は、新たに「構成国は、職業生活における男女の完全な平等を確保する観点から、条約141条4項にいう措置を維持ないし導入することができる」へと改正された（2条8項）。旧1976年規定はポジティブ・アクションの目的を「男女の機会の平等を促進」「事実上存在する不平等除去」としていたが、改正後には「男女の完全な平等を確保」という条約前141条4項と同じ文言の規定となった。また、措置の内容に関しても「男女の機会の平等を促進するため

³⁸⁶ See [De Schutter 2007 : 806-807]

³⁸⁷ 原文は、”With a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member States from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the under represented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers. “

の措置、とりわけ...存在する不平等を除去する措置を」から「条約 141 条 4 項にいう措置」へと改正された。

この新指令 2 条 8 項は、男女平等待遇指令のポジティブ・アクションの水準を、EC 条約前 141 条 4 項と同等に引き上げた、ないし同水準であることを確認した規定である。改正指令が積極的に実現を旨とする平等が、条約前 141 条 4 項と同様に「等しいものは等しく」という形式的平等を超えるものであることが、「完全な平等」という文言により明記されたといえよう。ただし、同指令も、ポジティブ・アクション措置の内容について規定しておらず、1976 年男女平等待遇指令上の措置と違いがあるのか否か、また、その具体的内容については解釈に委ねられた。

同時に、2002 年改正男女平等待遇指令は、性平等・性差別禁止を実際に促進するために、女性に対するポジティブ・アクションの他に、父親出産休暇（2 条 7 項）や両性を対象とする積極的差別是正機関の設置および活動（8 条 a）等を規定している点も、特徴的である。これは、同指令が、女性差別の解消には、女性に対する特別の措置とともに、男性や両性を対象とする措置が必要であるとの見解に立つことを示したものである。

② 2004 年物・サービスに関する男女平等指令における規定

2004 年物・サービスに関する男女平等指令は、男女平等を、雇用以外の物・サービスの分野にも拡大する指令である。同指令は、ポジティブ・アクションについて、「職業生活における男女の完全な平等を確保する観点から、平等取扱原則は、加盟国が性に関連した不利益の防止ないし補償のために特定の措置を維持ないし導入することを妨げない」と規定した（6 条）。「完全な平等」の確保を目的とするなど、これまでのポジティブ・アクションの到達点が反映されている。

③ 2006 年男女平等統合指令の制定

2006 年男女平等統合指令は、性平等に関する改正男女平等待遇指令など 4 つの指令を統合し、その平易化・明確化を図った指令である。内容的には、これまでの性平等・性差別禁止に関する到達水準を確保し、同時に、その実現の推進とりわけ権利救済機関や差別是正機関、政策へのジェンダー視点の積極的導入など改善制度の推進に力点が置かれている。この指令におけるポジティブ・アクションについては、改正男女平等待遇指令 2 条の規定が踏襲された（3 条）。また、父親出産休暇の踏襲（16 条）や両性を対象とした仕事と私生活の両立のための労使対話の促進奨励（21 条）など、性別役割分業解消にも視点が及んでいる点も特徴的である。

④ 2009 年リスボン条約の発効

2009 年リスボン条約が発効し、EC 条約前 141 条が EU 運営条約 157 条に引き継がれるとともに、2000 年に採択された EU 基本権憲章に法的拘束力が付与された。同憲章は、法の前平等（20 条）、あらゆる差別の禁止（21 条）、多様性の尊重（22 条）を保障するとともに、ポジティブ・アクションに関して、男女の平等を確保すべきこと、および「平等取扱原則は過少代表である性に対する特定の措置を維持ないし導入することを妨げない」（23

条)と規定している。

2 1997年 Marschall 先決裁定以後の判例法理の展開

1997年アムステルダム条約は、前述したように、性差別の撤廃・性平等の実現にむけての積極的な取り組みの姿勢を打ち出し、条約前141条4項にポジティブ・アクションを容認する規定を追加した。このような中で、1997年 Marschall 先決裁定以後の判例がどのような展開をみせたのか、受容されるポジティブ・アクションの内容の具体化はどのように進んでいったのか、検討する。

(1) クォータ制に関する先決裁定の進展

2000年、クォータ制に関して、Badeck 先決裁定(3月28日)および Abrahamsson 先決裁定(7月6日)の2件の先決裁定³⁸⁸が示された。

① 2000年 Badeck 先決裁定による許容範囲の拡大

ドイツのヘッセン州法は、以下 a から e に示すような多様なタイプのクォータ制を規定していた。本件では、これらが1976年男女平等待遇指令2条1項および4項に反するか否か(条約前141条4項・2002年改正男女平等待遇指令以前の事件—筆者注)が問われた。

- a. 女性が過小代表である場合には、採用にあたり、男女候補者が同資質のときには、州法による女性進出計画の拘束目標の達成に必要で、かつ、法的により重要な理由に反しない限り、女性を割り当てなければならない(「結果を求める柔軟なクォータ制〔flexible result quota〕」)。
- b. 有期大学教員および大学助手について、女性割合が少なくとも卒業生・上位の学位保持者・当該分野の学生に占める女性割合と同じになるよう拘束目標を設定し、男女候補者が同資質の場合は女性を割り当てる。(有期大学教員および助手に関する拘束目標クォータ制)。
- c. 女性が過小代表となっている公務に必要な訓練について、受講生は、国家が排他的に訓練を提供するものを除き、少なくとも2分の1は女性としなければならない。男女同資質は要求されていない。(訓練生に関するクォータ制)。
- d. 女性が過小代表部門の面接では、必要条件を満たす女性について、男女が同資質の場合には、少なくとも男性と同数ないし全員を招集しなければならない。(面接でのクォータ制)。
- e. 職場の委員会、助言委員会、取締役会、管理職会議などの団体の構成員の半数は、女性でなければならない(職場組織等への代表選出でのクォータ制)

Badeck 先決裁定は、Marschall 先決裁定の枠組みを採用して判断するとしつつ〔para.23-25〕、つぎの理由をあげて、いずれのクォータ制も男女平等待遇指令2条1項および4項に違反しないと判示した。

aの「結果を求める柔軟なクォータ制」に関しては、裁判所は、「一般には男性より女性

³⁸⁸ Case C-158/97, Badeck [2000] ECR I-1875 ; Case C-407/98, Abrahamsson [2000] ECR I-5539.

に有利」な基準であるとして男性に対する直接性差別（逆差別）の可能性を指摘しつつ、「社会生活で実際に生じる不平等を減少させることにより、形式的よりも実質的な平等を導くことを目的とする」として、目的の正当性を指摘した〔para.27〕。そして、男女同資質でかつ進出計画の拘束的目標の遵守に必要な場合に「より法的に重要な理由³⁸⁹に反しない限り」で女性を優先するものであって、自動的な優先ではないとして、指令違反ではないと判示した〔paras.26-38〕³⁹⁰。この女性優先を覆す事由は、Marschall 事件の「（男性）候補者に有利にバランスを傾ける特別の理由」と比べてハードルが高く、女性優先がより広く認められることになる。また、女性優先を覆すことの法的意味においても、両先決裁定には重要な違いがある。すなわち、Marschall 先決裁定は「（男性）候補者に有利にバランスを傾ける特別の理由」による女性優先の撤回を、男女を実態に則して等しく評価するための手法と捉えていた。他方、Badeck 事件の「より法的に重要な理由」は、法がより重視すべきと判断した事由（長期兵役従事者や失業者、家族的責任従事者の優先）以外では、女性が優先される。つまり、Badeck 先決裁定は、柔軟なクォータ制を、男女の等しい取扱いを事実上も確保するという範囲を超えて肯定したのである。

b の有期大学教員・助手のクォータ制に関しては、「最良の人物を選択する」原則を限定するが、男女候補者が同資質の場合において、有期の教育サービス・補助職に就いて教育訓練を受けることについて、絶対的上限ではなく学生等における男女割合と同じ最小割合についての女性優遇を定めるものであり、EU 法の観点から否定されないと判示した〔paras.41-44〕。論旨は必ずしも明確ではないが、後述 c の論理も併せて考えれば、本先決裁定は、有期の大学教員・助手を正規教員に就くための教育訓練の場と捉えて、一定の条件の下であれば、女性優先を男性側の事情で覆さない絶対的クォータ制も、機会の平等の実現手段であって指令違反でないとは判断したものといえよう。

c の訓練生のクォータ制に関しては、先決裁定は、職自体の割当ではなく職業に就くのに必要な資質を獲得するため（女性の可能性を改善するため）の教育訓練の場への割当とし、男女同資質は要件としていない。そして、2 条 4 項は、男性と平等な土台に立ってキャリアを追求する能力の改善を目的とする規定であると述べ、同クォータは同項に該当するとした〔para.54〕。逆差別については、女性応募者が十分でなければ男性を採用できること〔para.51〕、他で訓練受講が可能であり男性を訓練から閉め出すものでないことを指摘して〔para.53〕、本件措置は指令 2 条 1 項・4 項に違反しないとされた。これは、資質獲

³⁸⁹ 本件ヘッセン州法では「より法的に重要な理由」として、5 類型（家事のための離職ないし無定職者の優遇、家事のためパートタイム労働だった者のフルタイム労働への転換、義務的期間以上の兵役従事者優遇、障害者のより柔軟な職場進出、長期の失業の解消）が認められている（〔para.35〕）。

³⁹⁰ また、先決裁定は、家事の遂行能力や経験を、候補者の資質（適性・能力・職業業績）の判断に重要であれば、男性に間接差別的効果は生じるが社会生活上の不平等を減少させ実質的な平等を導くために考慮すべきとし、他方、年功・年齢・最後の昇進日は上記資質に重要な場合でなければ考慮しえず、また、パートタイム労働・育児介護のための欠席や遅刻により判断に否定的な影響を与えてはならない旨を判示している。

得の領域で、一定の条件は付しているが絶対的クォータ制を是認した判示である。

dの採用面接での女性優遇に関しては、面接者の数ないし割合を規定しているが、先決裁定は、最終的結果（採用ないし昇進）の達成措置ではなく、「職業生活への参入ないしキャリアを容易にするための付加的機会の付与」であって〔para.60〕、候補者が必要資質を有しかつ男女同資質が前提となっており³⁹¹、2条1項4項に反しないとした〔paras.61-62〕。これも、面接という機会の平等の領域で、条件付の絶対的クォータ制を是認した判示である。

eの職場代表や管理職組織への女性代表選出に関しては、性以外の基準も考慮しうるものであり、2条1項・4項違反ではないとした〔paras.65-66〕。各層の意見を反映した職場組織を構成するという目的、言い換えれば、公正職場代表を目的とする場合は、性以外の事情も考慮しうるという条件付で絶対的クォータ制を認めたと言えよう。

② 2000年 Abrahamsson 先決裁定による比例性審査の導入

上記のように Badeck 先決裁定がクォータ制の EU 法適合性を広く肯定した約 2 ヶ月後、今度は、別の類型のクォータ制について EU 法に違反するとの Abrahamsson 先決裁定が出された。本件スウェーデン法は、公的地位の選考に関して、過少代表状態にある性に属する候補者がその地位に必要な資質を有する場合には、他の候補者の能力が任命の客観的要件を覆すほど大きくないかぎり一言い換えれば、これまでの事案とは異なり、男女の資質が同等でなくとも一優先される旨を規定していた。そこで、このクォータ制が男女平等待遇指令 2 条 1 項・4 項、EC 条約 141 条 4 項に違反するか否かが問われた。

先決裁定は、まず、1976 年男女平等待遇指令との関係で、たとえ男女候補者が必要な資質を備えている場合でも、女性候補者の自動的な優遇は、候補者全員の特別な個人的状況を考慮に入れた客観的評価を経ないものであり、2 条 4 項のポジティブ・アクション措置に該当しないとされた〔paras.52-53〕³⁹²。つぎに、アムステルダム条約改正後の前 141 条 4 項との関係を検討し、条約 141 条 4 項を引用したうえで「だからといって、その目的を追求すらために比例的でない本件のような手段を選択することを許すものではない」〔para.55〕と判示して、結論として、本件クォータ制は、指令 2 条 1 項・4 項にも条約前 141 条 4 項にも反すると判示した³⁹³。

③ 両先決裁定の趣旨および意義

以上のとおり、欧州司法裁判所は、Badeck 先決裁定でクォータ制の EU 法適合性をより広く認める判断を示し³⁹⁴、また、Abrahamsson 先決裁定は 1976 年男女平等待遇指令 2 条 4

³⁹¹ 先決裁定は、男女候補者が事前試験に合格していることから男女同資質があるとしている。ここでの同資質の判断は、ある程度の幅を認めた緩やかな認定と考えられる。

³⁹² 他に、本件優遇は、女性の職業キャリア上の不利益の防止ないし埋め合わせといえるのか不明確であることも指摘している（〔para.50〕）。

³⁹³ 先決裁定は、本件措置について、1976 年男女平等待遇指令 2 条 4 項該当性を判断したのち、さらに EC 条約前 141 条 4 項の該当性を判断する手順をとり、指令 2 条 4 項の措置よりも条約 141 条 4 項の措置を広く解している。しかし、具体的な違いは明確にしている。

³⁹⁴ Badeck 事件先決裁定を、クォータ制を Marschall 事件先決裁定よりも広く肯定した先決裁定

項にいう措置とアムステルダム条約改正後の前 141 条 4 項にいう措置とを区別して後者をより広く捉えつつ、適合性拡大の限界を示した。

両先決裁定が適合範囲を拡大した基礎には、EU 法が実現しようとする性平等の意味およびポジティブ・アクションの役割に関する捉え方の進展があったと考えられる。すなわち、前述したように、1997 年 Marschall 先決裁定は、男女平等待遇指令 2 条 4 項の措置を、1 項の平等取扱原則すなわち「男女の等しい取扱い」を実質的に確保する手段と捉えたとして解される。これに対して、Badeck 先決裁定は、条件付ではあるが、男性側の事情で女性優先を覆すことのない絶対的クォータを是認しており、EU 法がめざす性平等を、「男女の等しい取扱い」を超える内容と捉えたと言える。Badeck 先決裁定は、当該構成国立法の処遇基準に言及した傍論部分ではあるが「実質的平等(substantial equality)」を目的とするものと表現している点もそれを裏付けるであろう [para.32]。

さらに Abrahamsson 先決裁定は、アムステルダム条約前 141 条 4 項の措置を、従来の 1976 年男女平等待遇指令 2 条 4 項の措置（男女平等待遇原則の例外）と区別し、かつ、前者が「完全な平等」の確保を目的とした措置であることを確認して [para.55]、ポジティブ・アクションの目的が形式的平等を超える内容をもつ平等の実現にあることを意識した。そのうえで、「目的追求のために比例的でないような」方法は許されないとし [para.55]、ポジティブ・アクションの適法性の判断に、目的と実現手段との均衡すなわち比例性審査を導入して、許容の限界を画定した³⁹⁵。

このポジティブ・アクションにおける比例性審査は、前述した Badeck 先決裁定では言及されていなかったが、同先決裁定も、実際には目的と手段の比例性を審査していたものと思われる。すなわち、前述したように、同裁定は、正規職への採用か教育訓練の場への採用かなどクォータを用いた制度の種類により指令違反か否かの結論を異にしたが、それは、制度毎に異なる目的とクォータという手段との均衡を検討した結果と考えられる。しかし、Badeck 先決裁定では論理や判断過程が明確ではなかったが、Abrahamsson 先決裁定は、ポジティブ・アクション一般の適法性判断手法として比例性審査を用いることを明示し、当該クォータ制について具体的にその目的と手段との均衡性を比例性審査により検討した³⁹⁶。ただし、2000 年 Abrahamsson 先決裁定および Badeck 先決裁定は、1997 年 Marschall

と評価し分析するものとして、[Küchhold 2001 : 116-120] [Hepple 2011 : 128-132]。

³⁹⁵ とはいえ、この「実質的平等」や「完全な平等」とは何か、また、その実現手段であるポジティブ・アクションの内容や範囲は、必ずしも明確にされてはいない。Badeck 先決裁定では、実質的平等の内容として「機会の平等」という概念も用いられているが [para.62]、「機会の平等」は多義的で「結果の平等」との違いも曖昧である。たとえば、Badeck 先決裁定は、有期大学教員や助手・訓練生への採用は、正規の職における「機会の平等」の実現の一過程とみて、条件付で絶対的クォータを認めているが、有期大学教員などへの採用自体が「結果」でもあり「機会の平等」を超えるとの解釈も可能である。

³⁹⁶ なお、この比例性審査と、Kalanke 先決裁定および Marschall 先決裁定によるクォータ制に関する「無条件・絶対的クォータ制は EU 法違反、男女同一資格かつ候補者全員の特別な個人的状況を考慮に入れた客観的評価が適用条件」という判例法理との関係が問題となるが、Abrahamsson 先決裁定は、それまでの判例法理を、1976 年男女平等待遇指令に関する正当性審

先決裁定の Jacobs 法務官が求めたような「他の取り得る手段がない」という厳格さを要求してはいない³⁹⁷。ポジティブ・アクションを単なる男女平等取扱い原則の例外ではなく、性平等実現のための手段として積極的に位置づけているためと考えられる。

欧州司法裁判所は、ポジティブ・アクションについて、この目的と手段の比例性審査により、女性側の実質的平等を促進する必要と男性側が被る不利益との調整を図るとともに、EU 法が重視する個人主義という価値の確保（グループプライツではなく個人の権利の保障）を追求したのではなかろうか。

③ 2004 年 Briheche 先決裁定：クォータ制に関する判例理論の統合・整理

クォータ制については、2004 年 Briheche 先決裁定³⁹⁸で再びその限界が問われた。同事件では、公務員採用試験の 45 才以下という受験要件を、寡婦（配偶者を失った女性）を適用除外としながら寡夫（配偶者を失った男性）には適用する構成国法が、1976 年男女平等待遇指令 3 条 1 項、2 条 4 項違反か否かが争われた。

先決裁定は、まず、1976 年男女平等待遇指令に関して、寡婦の優遇は男性差別となるとしつつ、同指令 2 条 4 項の趣旨を述べたうえで [paras.21-22]、先例を引用して、男女が同資格であり、また自動的・無条件ではなく候補者全員の特別な個人的状況を考慮に入れた客観的評価がなされるならば、寡婦の優遇も EU 法に適合するとし [para.23]、その結論が比例性審査により導かれる旨を確認した [para.24]。1995 年 Kalanke 先決裁定や 1997 年 Marschall 先決裁定による自動的・無条件なクォータ制は 1976 年男女平等待遇指令違反との判断基準を、2000 年 Abrahamsson 先決裁定が判示した比例性審査の具体化として位置づけ直し、理論的統合を図ったのである。

同先決裁定は、さらに、1976 年男女平等待遇指令 2 条 4 項の目的が、形式的平等ではなく、社会に生じる事実上の不平等を減少して実質的平等を達成することにあり、したがって、同項の規定するポジティブ・アクションは、対象者の職業生活における不利益を防止・補償するものであることを確認しつつ [para.25]、しかし、当該事件で争われている立法の寡婦優遇については、自動的かつ無条件な優遇であり 1976 年男女平等待遇指令に違反すると判示した。

そのうえで裁判所は、さらに条約 141 条 4 項の検討が 1976 年男女平等指令 2 条 4 項の検討とは別に必要であると述べて [para.28]³⁹⁹、条約 141 条 4 項違反か否かを検討した。そして、当該寡婦優遇は、目的追求の手段として比例性を欠いており [para.29] 「1976 年男女平等待遇指令 2 条 4 項では許容されないが条約 141 条 4 項で許容されるポジティブ・アク

査から導かれる限界面定として位置づけているものと思われる。

³⁹⁷ Marschall 事件の Jacobs 法務官は、男女平等待遇指令 2 条 4 項の措置は比例的でなければならず、性に中立的な他の手段により目的が達成しうるならば比例的ではないとして、他の教育的ガイダンスや職業訓練等の手段をあげ、同事件のクォータ制は 4 項に該当しないと意見を提出していた（[法務官意見 paras.42-47]）。しかし、先決裁定は同意見を採用しなかった。

³⁹⁸ Case C-319/03, Briheche [2004] ECR I-8807.

³⁹⁹ 国内裁判所からの付託は、1976 年男女平等待遇指令に関してあり、条約解釈は求めていなかった。

ションか否かには関係なく」、条約前 141 条 4 項に該当しないと判示した。

このように、2004 年 Briheche 先決裁定は、それまでの判例法理を踏襲しつつそれらを理論的に統合し、整理したのである。また、敢えて条約 141 条 4 項にも言及して、1976 年男女平等待遇指令 2 条と EC 条約前 141 条 4 項とが異なる優遇措置を規定していることを、2000 年 Abrahamsson 先決裁定と同様に、示唆している。ただし、両規定がどのように異なるのかは言及していない。同裁定は、1976 年男女平等待遇指令 2 条 4 項についても、その目的は実質的平等にあると述べており、両者の違いは曖昧なままである。

(2) 育児に関する女性優先措置についての判例変更

1997 年以降の欧州司法裁判所で問題とされたことは、育児に関する女性優遇措置がポジティブ・アクションとして許容されるか否かであった。これが争点となった 2001 年 Griesmar 先決裁定、2002 年 Lommer 先決裁定および 2010 年 Álvarez 先決裁定を分析し⁴⁰⁰、判例法理の進展を検討したい。

① 2001 年 Griesmar 先決裁定による女性優遇と性平等実現との関連性判断

同事件では、フランス法が公務員退職年金法の算定において、子のある女性には特別割増をし男性にはしないことが条約旧 119 条違反か否かが争点となった⁴⁰¹。

裁判所は、まず、退職年金が条約旧 119 条の「賃金」にあたる旨を判示 [paras.25-38] し、そして、当該フランス法の目的は女性による家庭育児の容易化にあり、男女は育児について比較可能であるとし [paras.55-56]、有子女性のみへの退職年金特別割増は性に基づく異なった取扱いであるとした [para.58]。

そのうえで、1992 年マーストリヒト条約の社会政策議定書⁴⁰²が優遇措置を許容していることにより、本件賃金差別が正当化されるか否かという論点をあげた [para.59]。しかし、同議定書の判断に入る以前に [para.63]、本件退職年金割増制度は、そもそも「女性公務員に対してその職業生活において支援することにより職業キャリア上被る不利益を補うような性質のものはな」く、「退職時に割増を認めることに限定されていて、女性職員が職業キャリアの間に直面する問題を救済するものではない」として [para.65]、本件有子女性のみを対象とする退職年金割増を条約旧 119 条違反とした。

この Griesmar 先決裁定は、女性の優遇を直ちに性平等実現の措置とは判断せず、女性優遇と性平等実現との関連性ないし有効性を審査した点で注目される。これは、どのような視点と考慮から両者の関連性や有効性を判断するかが問われる論点であり、その見解の相違が、つぎの 2002 年 Lommer 先決裁定と 2010 年 Álvarez 先決裁定との結論を分け

⁴⁰⁰ Case C-366/99, Griesmar [2001] ECR I-9383 ; Case C-476/99, Lommers [2002] ECR I-2891 ; Case C-104/09, Roca Álvarez [2010] ECR I-8661.

⁴⁰¹ 申立人は、1986 年企業年金男女平等指令 (86/378EEC) および 1979 年社会保障男女平等指令違反も主張していたが、裁判所は、退職年金を「賃金」と判示し、条約 119jyo 違反の問題とした。

⁴⁰² OJ [1992] C 91/191. [中村 1998 : 128-129] [中西 2012 : 8] 参照。

ることとなった。

④ 2002年 Lommer 先決裁定による育児に関する女性優遇の肯定

本件では、保育施設利用資格を原則として女性のみが付与して、男性には緊急時のみ認めるオランダの公務員の保育利用制度が、1976年男女平等待遇指令2条1項4項に違反するか否かが問われた。

同裁定は、まず、男女労働者は保育施設の利用に関して比較可能であり、子の父母として比較可能な状態にあり、上級職で女性が過少代表状態にあること、保育施設が不十分なため女性が仕事を諦める傾向があることを挙げて、本件は、雇用とキャリアへの女性のアクセス機会を現象させる要因を除去し、労働市場で競争し男性と平等な土台でキャリアを追求するための能力を向上させるための措置であって、2条4項にいう「事実上の不平等を除去する措置」にあたるとした〔paras.36-38〕。しかし、続いて、男女平等取扱いという個人の権利を制約する範囲の決定には比例原則が適用されるとし、本件措置は目的を達成するのに適切かつ必要な範囲に限定されると判示した〔para.39〕。そして、具体的に目的と手段との均衡について検討し、女性職員でも入園の待機者がいること、男性は代わりに民間保育サービスを利用することもでき、また、男性も緊急時には利用でき完全に排除されているわけではないとし、さらに、職員男性の妻が育児のためキャリアを追求することが困難になるという問題は、妻については使用者が異なることから男女平等取扱原則の範囲外であることを指摘して、本件措置は比例原則に反するものではなく指令2条1項・4項に違反しないと判示した〔paras.43-49〕。

この本判決は、ポジティブ・アクションの限界について、比例性審査による手段の適切性および必要性の検討により、女性側の事情と男性側の事情を、他のとりうる手段の有無も考慮に入れながら衡量して判断した。この点では Badeck 先決裁定などの先例を踏襲したものといえよう⁴⁰³。

しかし、本先決裁定に対しては、学説から、女性が育児の役割を担うことを前提とする性別役割分業の考え方に基づくもの、すなわち、本件措置は女性差別是正手段として不適切・逆効果であるとの批判が加えられた⁴⁰⁴。女性の不利益という事実の解消レベルに止めるのか、それとも性平等の発生要因の解消まで視野に入れた法的措置を考えるのか、裁判所と学説との性差別禁止法が果たすべき役割に対する意識の深さの違いを示している。

⑤ 2010年 Álvarez 先決裁定による育児に関する女性優遇の否定

本件では、母である女性被用者には子の出生から9ヶ月間の休暇取得を認めるが、他方、男性被用者には子の母が被用者であるときのみと同様の休暇を認めるというスペイン法が、男女平等待遇指令2条3項の妊娠・出産保護ないし同2条4項のポジティブ・アクションに該当するか否かが問われた。

判決は、男女労働者は、子の父母として労働時間短縮の必要があるという点について比

⁴⁰³ Briheche 先決裁定の Maduro 法務官の先例分析〔法務官意見 paras.38-42〕参照。

⁴⁰⁴ 〔Ellis 2005 : 318-309〕 〔Fredman 2011a : 246-248〕

較可能であり、本件措置は指令 2 条 1 項にいう性に基づく差異を生じさせる、とした [paras.23-25]。

そして、まず、2 条 3 項に関しては、本件休暇は人工授乳にも適用されて父も取得も取得できる制度であることから、同項の妊娠・出産保護には該当しないとした [para.31]。

つぎに、2 条 4 項について、先決裁定は、男性被用者は妻が被用者のときのみには休暇を取得しようという方針は、「親の義務の行使について男性を女性の補助的役割をもつ存在にとどめ、男女の役割の伝統的な配分を維持しがちである。また、自営業者である子の母の自営活動を制限させる」ことになる、と指摘した。したがって、本件措置は、社会の不平等の排除・縮小手段ではなく、不平等の縮小によって「形式的平等と対立する実質的な平等を達成する手段」としては位置づけられず、EU 機能（運営）条約 157 条 4 項に則った職業的キャリアの不利益の防止・補償手段とはいえず、指令 2 条 1 項 3 項 4 項に違反すると判示した [paras.36-38]。

⑥ Álvarez 先決裁定の意義

2010 年 Álvarez 先決裁定は、2004 年 Lommer 先決裁定を事実上変更したものである。欧州司法裁判所は、1983 年 Com v France 判決および 1984 年 Hofmann 先決裁定をはじめとして 2002 年 Lommer 先決裁定に至るまで、若干の修正は行いつつも、基本的には女性が育児の責任を負っている事実を前提として、育児責任を負う女性を保護し女性が被る不利益を補うことで性平等の実現を保障するという見解に立ってきた。しかし、この理解は、一見すると女性の負担を軽減し性平等の資するようみえて、実は、男女の役割分担という性差別をもたらす要因を温存し、性差別の撤廃に逆行するものであった。2010 年 Álvarez 先決裁定は、この従来判例法理を転換させ、EU 機能条約 154 条 4 項および男女平等待遇指令が規定するポジティブ・アクションは、実質的な平等、社会の不平等の排除・減少の実現を目的とするものであり、性差別の発生要因である性別役割分業の解消の実現を要求しているものと理解する。

2010 年 Álvarez 先決裁定は、上記の結論を導くにあたり、男女平等待遇指令 2 条 1 項の平等取扱原則の解釈について、比較可能性を前提とする「等しいものは等しく」という形式的平等の概念を用いつつ、EU 条約 157 条 4 項および上記指令 2 条 4 項のポジティブ・アクションは、実質的な平等を目的とするものと解して、その措置内容として性差別の発生要因となっている性別役割分業に言及した。これは、男女平等待遇指令 2 条 4 項が規定するポジティブ・アクションは、2 条 1 項の平等取扱原則を超える平等を実現することを目的とするものであり、それは「機会の平等」に止まらない内容を持つものであることを、別の角度から示したと考えられる。

第 3 節 EU 法におけるポジティブ・アクションに関する法理の特徴

1 ポジティブ・アクションに関する法理の到達点

EU 法におけるポジティブ・アクションをめぐるのは、2 つの視点が存在し、両者が交錯

するなかで判例法理が生成され、また、法改正がなされてきた⁴⁰⁵。

一つは、男女同一取扱いの例外として許容される範囲を画定するという視点である。1976年男女平等待遇指令 2 条 4 項の立法趣旨は専らこの視点に立つものであり、同項の規定は性平等取扱いの例外という規定形式を採っている。また、Kalanke 先決裁定および Marshall 先決裁定をリーディングケースとして生成されたクォータ制に関する判例法理も、男性差別が許容される範囲の画定を基本的視点とするものである。

もう一つは、ポジティブ・アクションを、女性差別撤廃・性平等実現のための法的手段として積極的に位置づける視点である。欧州委員会は、第一次行動計画当初より、この視点からポジティブ・アクションを積極的に奨励してきた。それは、性平等実現のためには性差別を消極的に禁止するだけでなく、女性にとっての就労上の障害を除去し労働市場への参入機会を積極的に付与することが不可欠であり、また、EU 経済雇用政策上も、女性の労働市場参加促進が、重要目標であったからである。そのためにも、アムステルダム条約改正により、ポジティブ・アクションの積極的位置づけが条約で明確化され、その後の諸指令にもそれが踏襲された。ただし、これらの規定もポジティブ・アクションを義務づけるものではなく、構成国や使用者による導入・実施を許容するに止まる。

上記の二つの視点は、排他的なものではない。EU 法上のポジティブ・アクション法理は、ポジティブ・アクションを性差別撤廃・性平等実現のためのポジティブな措置、すなわち、「完全な平等」（EU 運営条約 157 条 4 項など）を実現するための形式的平等を超えた実質的平等を実現するための法的手段と位置づけると同時に、他の性の権利を侵害する危険性も有するものとして、慎重にポジティブ・アクションの限界を画すことを基本的立場としている。ポジティブ・アクションは、一方の性に対する差別を撤廃し性平等を実現するための法的手段であると同時に、他の性にとっては男女別取扱いが許容される例外的措置でもあるため、判例は、それが正当化される許容範囲について、比例性審査を用いて慎重に画定しているのである。

このようなポジティブ・アクションの許容範囲の限界は、欧州司法裁判所では、主としてクォータ制および妊娠・出産・育児に関する女性優遇措置に関する事案を中心に争点化されてきた。

過小代表となっている性に属する者に対するクォータ制による優先割当について、判例は、男女同一取扱いの例外として厳格に解するという基本的視点に立ちつつ、事案ごとに許容範囲を区別する一定の柔軟性も示し、さらに、当該措置が平等実現のためにどの程度

⁴⁰⁵ EU 性差別禁止法は、初期の指令である 1976 年男女平等待遇指令の段階で、ポジティブ・アクションの許容を規定しており（2 条 4 項）、ポジティブ・アクションに関する訴訟は、ポジティブ・アクション自体は肯定したうえで、その許容範囲の画定をめぐる争われてきた。この点は、そもそもポジティブ・アクションという一方の性に対する優遇措置自体の可否が争われたアメリカとは異なる出発点といえよう。アメリカでのアフーマティブ・アクションをめぐる論争経過について、さしあたり [安西 2005] [松井 2009] 参照。

必要であるかについても配慮している⁴⁰⁶。すなわち、一般的な職や地位への採用・登用に関しては、絶対的無条件のクォータ制を違法として、許容されるクォータの範囲を厳格に画し、i 同一資質の候補者間で、ii 各候補者の全基準が客観的評価されて優先が覆しうる場合、に限定する。他方、職業訓練（それに類似する職）受講など資質獲得の領域に関しては、許容範囲をより広く認めて、他の性の機会を完全に奪うものでないことを条件としているなど、他の性への一定の配慮の下に認めている。さらに、面接の機会付与など他の性の不利益な結果に直結しない場合には広く許容し、職場代表など一方の性の視座の反映が特に求められる事案では、クォータ制を肯定している。すなわち、クォータ制の目的および措置内容を、事案との関係で慎重に検討したうえで、両性それぞれに対する配慮と個人の尊重・個人主義という基本を堅持しつつ、一応の類型的基準を確立しているといえよう。

また、妊娠・出産・育児に関連しては、判例は、当初は、育児も含めたポジティブ・アクションを認めていた。しかし、性別役割分業を助長するものとの批判を受けて、現在では、妊娠・出産と育児とを区分して取り扱っている。妊娠・出産に関しては、実質的平等を保障する観点からポジティブ・アクションを許容するが、他方、育児に関する女性優遇ないし特別の措置は、EU 性差別禁止法が許容するポジティブ・アクションには該当せず、男性に対する逆差別として違法とし、育児領域では男女共通に法的に保護を進める立場をとっている。この判例変更は、欧州司法裁判所が、性差別の解消を、性別役割分業という性差別の発生原因や差別構造に踏み込んだところから捉え、それを法解釈に反映させたものである。国連などの国際的な発展水準からすれば遅きに失した感はあるが⁴⁰⁷、EU 性差別禁止法の重要な進展といえよう。

2 学説の動向：ポジティブ・アクションの再定位

このように、EU 性差別禁止法は、1990 年代とりわけ 1999 年アムステルダム条約改正以降、消極的差別禁止・事後的個別的救済にとどまらず、積極的に差別と闘い平等を実現するという立場から、性平等を実現するための法的措置として、ポジティブ・アクションを許容してきた。しかし、ポジティブ・アクションは一方の性に対する優遇ないし特別の措置であるため、他の性に対する逆差別や集団的措置と個人主義（個人の尊重）との関係などの問題を内包するところから、欧州司法裁判所は、その許容範囲を前述のように基本的に厳しく画してきた。学説もまた、平等の実現に向けた差別是正・平等実現措置は不可欠としつつ、ポジティブ・アクションという手段については、一方の性に対する優遇が有効に機能しうる射程を再定位する必要があることを主張している。

以下においては、Sandra Fredman によるポジティブ・アクションの再考に関する論文を紹

⁴⁰⁶ See [Hepple 2011a : 128-129]

⁴⁰⁷ すでに 1979 年国連女性差別撤廃条約において、性別役割分業の撤廃(5 条)および育児に関する親・男女共通保護 (11 条 c 号) が規定された。また、ILO も 1981 年家族的責任条約 (156 号条約) により、育児に関して女性のみ保護から男女共通保護へと転換した。

介しつつ、ポジティブ・アクションの位置づけや射程範囲を再検討するとともに、より広い視点からのポジティブ・デューティという新たな義務について、考察したい。

(1) Fredman によるポジティブ・アクションの再定位

① ポジティブ・アクションの位置づけ⁴⁰⁸

Fredman は、ポジティブ・アクションを、男女別異取扱いとしては形式的平等に反するものであるが、実質的平等の観点からみれば、平等の違反や例外としてではなく、むしろ平等の達成手段である、と積極的に位置づける⁴⁰⁹。現状では性に関連して構造的に有利・不利が生じているため、性に意識的な積極的対抗措置、すなわち、最も必要としている者たちを対象とした施策が不可欠であるという。しかし同時に、一方の性に対する特別／優遇措置には、平等を達成する戦法(strategy)としては重大な問題点があるということも強調する。なぜなら、特別／優遇措置の全てが平等の実現にとって有効というわけではなく、逆に、ステレオタイプな見方に基づく差別や差別意識の助長を生じるなど、差別をもたらす場合もありえるからである。

② 平等実現に有効か有害かの篩い分け⁴¹⁰

そこで、Fredman は、一方の性に対する特別／優遇措置が、平等実現への真に有効な手段なのか、それとも逆に差別を導くのかを分別して、ポジティブ・アクションとして認められる範囲を画定することが必要かつ重要であると述べる。そして、これまでの判例法理等では、実はその篩い分けが、比例性審査を通じて、当該措置の目的の正当性および手段の有効性の両面から行われてきたと分析し、比例性審査を用いたポジティブ・アクションの範囲画定という技法を肯定的に提示している。

まず、正当な目的として、Fredman は、前述した実質的平等の目的を基礎に、i. 平等障害の除去ないし過去の不利益の救済、ii. 参加ないし排除されてきた集団の利益の代表、iii. 多様性の助成(fostering of diversity) およびロールモデルの生成、の3つを挙げる。

つぎに、手段審査すなわち上記目的と措置との適合性に関して、以下の検討事項をあげる。i. 当該措置が対象とする集団の範囲の問題(過剰包摂、過少包摂)。その際には、とりわけ集団内の多様性を踏まえて、目的との関係で対象範囲の限定が問題となる⁴¹¹。ii. 当該措置の有効性の有無および程度。ここでは当該特別／優遇措置が逆に性差別の助長や温存にならないか、また、差別構造自体を変革しうるか表面上の男女割合の変更に止まるのかなどが問題となる。欧州司法裁判所で争点となってきたクオータ制に関しては、Fredman は、差別構造に踏み込んだ是正が図られない点を指摘して懐疑的である。iii. 暫定的な特別

⁴⁰⁸ [Fredman 2011a : 232]

⁴⁰⁹ . [Fredman 2011a : 232]

⁴¹⁰ [Fredman 2011a : 232-233, 259-278.]

⁴¹¹ 目的が「不利益の救済」である場合には、女性でも貧困者のサブグループを対象を絞り、富裕女性を除外することが必要となる。他方で、目的が「女性集団の利益代表の選出」の場合については、Fredman は、Iris Young のいう女性として意見は違っても経験など「視座」を共通にするとの考え方を引用し、適合性を肯定的に捉える [Fredman 2011a : 263]。

/優遇措置として期間設定も必要と指摘する。

なお、比例性審査の厳格さについては、Fredman は、差別禁止とは異なり立法裁量が認められるとしつつ、国家は、措置が根拠なき断定や一般化あるいはステレオタイプに基づくものでないことを立証すべきとする。

④ 他の性の構成員に及ぼす不利益や措置義務者の負担⁴¹²

以上とは別の視点から、Fredman は、ポジティブ・アクションとして法的に許容されるためには、一方の性に対する特別／優遇措置が他の性の構成員に及ぼす不利益や実施の義務を負う者の負担が過度にならないことが必要であるとする。その理由として、性別のみが差別ないし被抑圧事由ではないこと（たとえば、黒人男性や貧困男性など他の差別を受けている者の存在）をあげている。逆に、過度でない範囲で負担を受忍すべき理由については、国家や使用者は差別を是正し平等を実現すべき地位にあり義務を負っていること（したがって、義務の程度の問題となろう）、他方の性の者に関しては、差別的な社会構造の下で見えない恩恵を享受していることを指摘して、配分的正義の観点を提起している。

このように Fredman は、負担が許容される程度か否かの審査も、比例性審査において、一方の性の差別是正ないし平等実現の目的と手段との適合性の面から検討されるものとみている。

(2) ポジティブ・デューティ⁴¹³の提起

Fredman は、性差別撤廃や性平等の実現方法についてもふれる。すなわち、これまでの伝統的な救済モデルとしての被差別者の個人申立により個別的・適時的に救済するモデルについて、被差別者の負担が過大で、救済も事後的・個別的で是正範囲は限定され、また、使用者との敵対関係を招きやすいと指摘している。また、現代における性差別撤廃の主たる課題は、個人の悪意ある取扱いの禁止ではなく、女性を劣位化し従属させている社会的構造の変革にあるにもかかわらず、個人申立救済モデルでは、差別の構造的要因の是正は限定的にしかできないと厳しく批判する。そして、それに代わる積極的かつプロアクティブ（proactive, 前向きな）モデルとして、ポジティブ・デューティ、すなわち、差別是正／平等促進をなすべき立場にある者（国・公的機関、使用者など）が、差別を生じたことに有責か否かを問わず、差別を是正し平等を促進させる義務を負うとする、積極的かつシステムティックに構造的に差別を変革するモデルを主張している。

このポジティブ・デューティは、個々の被害を救済することも対象範囲に入りうるが、Fredman の主眼は、個別的・事後的な救済ではなく、積極的に、被差別「集団」全体に向けて、制度的な変革を図ることにある⁴¹⁴。ここで、改めて問題となるのは、一つには、女性

⁴¹² [Fredman 2007 : 220] [Fredman 2011a : 277-278]

⁴¹³ [Fredman 2011a : 299-321]

⁴¹⁴ したがって、Fredman の想定するポジティブ・デューティは、一般に広義の意味で用いられているポジティブ・アクション（男女共通施策も含む積極的措置）の義務づけと、ほぼ同義と解してよいであろう。

ないし男性といっても多様であり集団として捉えうるのか/捉えてよいのかという疑問であり、もう一つが、国や使用者主導の変革がパターンリスティックな押し付けになる恐れである。

前者の疑問に対しては、Fredman は、以下の諸点をあげて、集団的アプローチの必要を強調する。すなわち、これまでの個人申立救済モデルには限界があること、また、性差別や人種差別という集団に向けられた差別に対峙するには、個々人へ着眼するだけでは足りないという主張である。同時に、集団や差別事由の多様性という問題に対しては、法の対象となる集団は法の目的との関係で画定されるとして、ポジティブ・デューティの対象集団が過大包摂とならないよう、サブグループ化による絞りを掛けることによる解決を図る。たとえば、教育訓練の対象として、女性集団を包括的に対象とするのではなく、目的にあわせて移民女性や貧困女性というサブグループに対象を絞ることが必要だとする⁴¹⁵。上から（ないし主流派から）の押し付けになる危険性については、Fredman は、それを意識したうえで、対象集団が決定過程に参加することにより回避しようとしている。

ポジティブ・デューティについては、その法的性質はなにか、すなわち差別禁止規定から当然に生じる義務なのか立法政策上の義務か、さらには、司法的審査は及ぶのか否か等が問題となる。Fredman は、まず、全ての権利は国家に対して消極・積極両面で義務を課すものであるとして、差別禁止ないし平等規範を義務の論拠とする⁴¹⁶。そのうえで、司法的効力については、具体的な積極的施策の決定は配分に関わる問題であるとして立法府の裁量を広く認めつつ、同時に、立法府は施策の実施および内容の合理性に関して説明責任を負い、司法はそれを審査しようとしている。したがって、司法はポジティブ・デューティとしての具体的な内容を義務づけることはできないが、立法府の不作為や決定した施策が不合理であることに対する司法審査は可能である、とする⁴¹⁷。

（3）Fredman の提起が意味するもの

以上のように、Fredman は、ポジティブ・アクションについて、差別の撤廃および平等の実現をプロアクティブかつ包括的に進める措置として高く評価しつつ、同時に、一方の性に対する優遇ないし特別に取り扱う措置としての危険性も指摘し、その射程範囲を比例性審査を用いて検討することを肯定する。欧州司法裁判所の判断と比較すると、ポジティブ・アクションを、裁判所が、個人の権利の保障および救済の観点から、性差別禁止の例外として位置づけて許容・範囲を慎重に画していることと、Fredman が女性集団の劣位化を是正し権力関係を変革させるものと捉えていることとで考え方の基礎に違いはあり、また、具体的なポジティブ・アクション許容範囲にも一定の相違は生じるであろう。しかし、具体的なポジティブ・アクションの手段の実効性評価や範囲画定手法は、かなり共通しており、判例法理を補強する部分があるように思う。

⁴¹⁵ [Fredman 2009 : 73]

⁴¹⁶ [Fredman 2008 : 65-91]

⁴¹⁷ [Fredman 2012 : 282-285]

Fredman の主張において何よりも注目されるのは、ポジティブ・デューティの提起である。これまでは、EU 法でも国連差別撤廃条約でも、専らポジティブ・アクションが取り上げられることが多く、それ以外の男女共通のワークアンドバランスに関する措置などは、福祉政策ないし雇用政策の領域の問題として把握されてきた。これらは、差別や平等と密接に関連すると認識されてはいるが、性差別ないし性平等の中心課題としての規範的検討は、殆どなされてこなかったといえよう。Fredman は、EU 法のポジティブ・アクション偏重に異議をとなえ、より広く深い視点からの積極的かつプロアクティブな措置であるポジティブ・デューティの検討を提起したといえよう⁴¹⁸。Fredman の差別禁止および平等に関する主張については、さらに次章 2 節において検討する。

⁴¹⁸ なお、この Fredman によるポジティブ・デューティの提起は、イギリス 2006 年平等法や 2010 年平等法により一部導入され、実践も始まっている。See [Fredman 2011b, 2012:285-287]. イギリス差別禁止法へのポジティブ・デューティ導入については、[長谷川 2012] 参照。

第6章 近年の判例傾向と学説の試み ～ 形式的平等への回帰と実質的平等の再構築 ～

問題の所在

第3章から第5章では、1970年代後半から2000年代前半を主にとりあげて、EU性差別禁止法が形式的平等を徹底するなかでその限界に直面して、実質的平等法理を積極的に生成してきた過程について、法理ごとに分析を行い、実質的平等法理の意義と課題を検討してきた。しかし、2000年代半ば以降、1997年アムステルダム条約改正を実行する諸指令の制定も一段落した前後以降、形式的平等への回帰と位置づけられる傾向が、欧州司法裁判所の判例に顕著にみられるようになった。第6章は、この形式的平等への回帰とみられる判例動向を中心に分析して、それらが内包する問題点を明らかにする。なお、第3章から第5章では個別の法理ごとに分析してきたが、本章では、法理を横断する特徴について検討を加える。

最初に、これらの作業の前提として、今日のEUの全体状況を確認しておきたい。1993年発効のマーストリヒト条約により、EUは、経済的統合のみならず政治的側面も含めたより深い統合をめざす新たなステージへ進み、その方向は、さらに1999年発効のアムステルダム条約改正により強化されて、アムステルダム条約実施のための諸指令も立法化されていった。しかし、2000年代に入ると、EUは、様々な問題に直面することとなった。EUの拡大による東欧諸国の加盟（経済的困難や低人権保障水準などの問題を抱えて）や主要構成国における社会民主主義政権の後退、EU議会における保守勢力の伸張などにより、性差別など差別領域においても、それまでのような形で権利の保障水準を向上させていくことは困難となった。また、憲法条約批准の失敗やユーロ危機など、EUの影響力が急速に低下して、EU統合自体が揺らぎをみせている。加えて、経済のグローバル化は、国際経済競争を激化させ、EUの軸足を、かつてのソーシャル・ヨーロッパの建設－人権保障を進めるなかでの持続的経済発展－から、ネオリベリズム経済主義へと移行させつつある。EUは、統合の点でも人権保障の進展という点でも困難な時期を迎えている。

一方で、憲法条約は失敗に終わったものの、2009年にはリスボン条約が発効しEU基本権憲章に法的拘束力が付与された。性平等領域では、2006年性平等統合指令の実施、2010年両親休暇指令の改正などが行われている。また、人権保障と持続的経済発展を旨としたリスボン戦略は未達成となったが、見直しされて、新たに2020年戦略が提起された⁴¹⁹。構成国市民のEU不信に直面するなかで、EUの求心力と統合を強化するためには、EUが市民にとってより身近かつ求められる存在となること、具体的には、よりEU組織の民主主義化を進めるとともに、多様性を肯定した平等をはじめとするEU市民の人権を保障する力となる必要性が再認識されてきている。

欧州司法裁判所に関してみると、性差別などの差別領域では、時代とともに、係属する

⁴¹⁹ COM (2010) 2020. See [Barnard 2012 : 111-117].

事案自体に変化がみられるようになった。すなわち、明白な男女別に関する事案から間接性差別事案へ、そして、近年では、禁止される差別事由の拡大傾向を反映して、年齢差別や障害差別事案が増加し、性差別に関しては、妊娠・出産関連や男女別公的年金制度に関する雇用上の差別事案が増大している。もっとも、紛争事案の種類が変化しても、EU 市民にとって、EU 差別禁止法が、引き続き人権を保障し推進するための重要な法的根拠としての意味を有していることに変わりはない。

第1節 近年の判例動向の特徴

近年の判例動向には、3つの特徴が指摘できる。第1は、形式的平等を厳格に貫く比較可能性差別モデルが、直接性差別のみならず、間接差別も含め性差別一般へ拡大する流れが定着してきていることである。第2の特徴は、比較可能性差別モデルを用いて、男女同一賃金原則と性差別禁止法理とを理論的に統合化したことである。第3の特徴は、EU における経済主義の台頭や形式的平等への回帰傾向により、権利の水準自体をかつてのように推し進めることは困難となっている状況の下でも、既得の権利水準の範囲内において、権利行使を立証面で容易にし、権利の保障を確実に実現する努力が示されていることである。

1 比較可能性差別モデルの一般化傾向

(1) これまでの状況

EU 性差別禁止法は、既述のように、当初の1957年ローマ条約では、「等しいものを等しく」という形式的平等を目的とする男女同一労働同一賃金原則の規定のみであったが、1980年代以降、間接性差別禁止法理（平等実現への障害除去）、妊娠・出産差別法理（女性固有のニーズ配慮等）、ポジティブ・アクション法理（一方の性に対する優遇）などにみられるように、形式的平等を超える規範内容の各種の法理を生成してきた。

欧州司法裁判所は、1990年代に入ると、男女の比較可能性を平等の前提とし、男女が比較可能でない状況では男女別取扱いがあっても差別でないとする比較可能性差別モデルを導入するようになった。1980年代以前は、比較可能性差別モデルはEU法の一般的な差別のモデルとはされていたものの、少なくとも性差別の領域に適用されることはなかった。ところが、1993年Roberts先決裁定を契機として、比較可能性差別モデルは、まず、明文以外の例外が認められていない直接性差別に関する特殊な事案（公的年金に関連した雇用上の男女別処遇）において、不合理な結論を回避するための技法として用いられた。それが、次には、妊娠・出産差別の事案にも波及することになる。すなわち、この分野の差別を比較可能性差別モデルに基づいて「比較可能な状況に異なったルールを適用し、あるいは異なった状況に同じルールを適用すること」⁴²⁰と定義することにより、妊娠・出産保護を男性差別ではないとする技法としても用いられるようになったのである。ただしこの段階までは、比較可能性差別モデルの波及は、直接性差別に関連した事案のうち、従来の判例枠

⁴²⁰ リーディングケースとして、1996年Gillespie先決裁定 [para.16]。

組みでは対処困難な領域に限定されていた。

ところが、2000年の人種等平等待遇指令および雇用一般平等待遇指令は、比較可能性を直接差別の要件として規定したために、性差別に関するこれ以降の諸指令もまた、かかる規定を踏襲していった。以後は、人の属性に関する直接差別一般について、比較可能性差別モデルが立法的に選択され確定されることとなった。なお、第4章で分析したように、EU法は、妊娠・出産に関する不利益取扱いを直接性差別として取り扱うが、これは比較可能性差別モデルから逸脱するものであって、直接性差別の定義には適合しない例外的な類型である。

現在、EU判例法理が直面している問題は、比較可能性差別モデルは直接差別事案以外にも波及していくのか否かである。上記の各指令は、直接差別以外の差別の定義においては比較可能性を明文の要件としては規定していないため、この問題は解釈に委ねられる。性差別概念を拡充してきたこれまでの歴史をみるならば、EU性差別禁止法は形式的平等を超える実質的平等を目的とする法理として、比較可能性を要件としない差別類型を構築することが十分に可能であり、それこそが本来のあり方であろう。しかし、近時の判例は、このような方向性には逆行しており、性をはじめとする差別一般について、形式的平等に基づく比較可能性差別モデルを拡大する流れが定着してきている。

(2) 間接性差別における比較可能性モデルの波及

間接性差別禁止法理への比較可能性差別モデルの波及は、第3章2節3で述べたとおり、当初は、妊娠・出産に隣接する育児領域での差別事案においてみられた(前述、1999年 Gruber 先決裁定－「育児休業後の退職」と「重大な理由による退職」との退職手当額の格差－、同年 Lewen 先決裁定－育児休業中のボーナス不支給－など)。

そして2000年半ば以降、欧州司法裁判所は、育児休業以外の事案においても比較可能性を要求するようになり、現在では、性差別事案一般に比較可能性差別モデルが及んでいる。たとえば、2004年 Wippel 先決裁定⁴²¹では、呼出労働者(使用者からの呼出時のみ就労する労働者)とそうでない労働者との処遇格差が間接的な女性差別か否かが争われた。裁判所は、1976年男女平等待遇指令の性差別禁止は「比較可能な状況は客観的に正当化されない限り異なって取り扱われることは許されないという一般的平等原則の特定の表現」であって、この原則は「比較可能な状況にある者の間においてのみ適用され」として [para.56]、提示された労働者について「就労時間が固定され諾否選択権のない労働者」と「諾否可能な呼出契約労働者」とは比較可能な状態にはないと判断して、指令違反を否定した。また、翌2005年には、Nikoloudi 先決裁定⁴²²が、有期労働契約と期間の定めのない労働契約とは、「性質が基本的に異なっている」として比較可能な状況にはないと判断し [para.22]、両者の処遇の違いは差別ではないと判示した。

上述の二つの判例は、雇用形態を理由とする不利益取扱いに関して間接性差別の成否が

⁴²¹ Case C-313/02, Wippel [2004] ECR I-9483.

⁴²² Case C-196/02, Nikoloudi [2005] ECR I-1789.

争われた事案だが、欧州司法裁判所は、これまで、多数のパートタイム事案については間接性差別禁止法理を適用したうえで、正当化の審査において、不利益扱いの理由として主張される様々な要素を考慮するという手法をとってきた。また、有期雇用労働についても、1999年 Seymour-Smith 先決裁定は、有期労働と期間の定めのない雇用労働との比較可能性を問題とすることなく、間接性差別禁止法理を適用した。そして、正当化審査の段階で、有期雇用を理由として異なる取扱いを行うことについて、その目的の正当性および手段としての必要性、適切性を検討していた。こうした従来の欧州司法裁判所先決裁定と比べると、前記2004年 Wippel 先決裁定や2005年 Nikoloudi 先決裁定が、呼出労働契約者に仕事の諾否を選択する自由のあることや有期契約であることを理由に、比較可能性をまず否定する判断を行い、そもそも間接性差別禁止法理自体が適用されないとしたことは、従前の法理とは見解を異にしているように思われる⁴²³。

また、2013年 Kenny 先決裁定⁴²⁴では、一般事務職と警察官出身事務職との職種類型の違いを理由とする賃金格差が間接的な女性差別か否かが争われ、裁判所は、比較可能性が間接性差別の前提要件である旨を明示して審査するとともに、前提要件を満たした場合には間接性差別禁止法理が適用されて正当化審査も行われる旨を判示している [paras.48-51]。同先決裁定については、次項で改めて検討したい。

このように比較可能性モデル適用の拡大は、欧州司法裁判所において、性差別に関する事案一般において定着し、さらには性以外の性的指向や年齢を理由とする差別などにも及んでいる⁴²⁵。学説の多くはこれを強く批判しているが、判例レベルにおいては、現在では、かなり定着しているといえよう。このような動向によって、形式的平等を超える規範内容と法構造をもつ間接差別法理がどのような影響を受けるのか、EU法は大きな課題に直面しているといえよう。

(3) 比較可能性に関する判断方法および基準の明確化

比較可能性差別モデルの定着と並行して、欧州司法裁判所は、その判断方法ないし基準に言及して、同モデルの適用における明確化を図ろうとしている。たとえば、2011年 Test-Achats 先決裁定では、男女別生命保険料・保険給付を許容する指令がEU法違反か否か

⁴²³ なお、間接性差別について、裁判所は、入口段階での比較可能性審査とともに間接差別法理の正当化審査も二重に行う見解をとるようである。2003年 Kutz-Bauer 先決裁定では、フルタイムからパートタイム労働への転換申出を老齢年金の満額受給開始日以降に限定して認めた法規定が問題となり、ドイツ政府は、正当化の理由として、高齢者のパートタイム勤務移行による新規採用の奨励および年金以上の社会保障追加コストの回避を主張した。しかし、先決裁定は、男女平等取扱い原則は構成国の立法裁量に優位することを述べたうえ、採用の奨励という目的が他の方法により達成しえないかを考慮すべきこと、採用が奨励されるというのは単なる一般論にすぎず、目的の点でも手段の点でも正当化の立証として不十分であること、そして、予算的な（財政上の）考慮は正当な目的としては認められないことを指摘して、正当化を否定した。比較可能性審査の対象か正当化審査の対象かの区別の基準は、不明である。

⁴²⁴ Case C-427/11, Kenny ECLI:EU:C:2013:122

⁴²⁵ たとえば、2011年 Römer 先決裁定 (Case C-147/08, Römer [2011] ECR I-3591、性的指向差別)、2007年 Lindorfer 先決裁定 (Case C-227/04 P, Lindorfer [2007] ECR I-6767、年齢差別)。

が問われ、統計上の保険リスクが異なるところから、男女の被保険者としての地位の比較可能性が争点となった。先決裁定は「対象事項および EU 指令が男女別に区分した目的の視点から評価」すべき [para.29] との判断基準を示した。ただし、具体的判断は事実上、回避している⁴²⁶。さらに性的指向差別に関する 2011 年 Römer 先決裁定 (性的指向差別) は、同性婚登録パートナーと法律婚配偶者との退職年金額格差が差別か否か争われた事案で、比較可能性の判断に関して「第 1 に、状況の同一性までは必要なく比較可能であればよく、第 2 に、その比較可能性の評価は、全体的かつ抽象的な方法ではなく、当該給付の観点から特定の・具体的に行う」 [para.43] と判示した。とはいえ、いずれにしる抽象的レベルに止まっている。

(4) 比較可能性差別モデルの問題点とその要因

このように、比較可能性差別モデルは、現在では EU 法の性差別を初めとする差別領域全般で用いられるに至っているが、ここで改めて、同モデルの問題点とその要因について考えたい。同モデルの一般化は、EU 性差別禁止法の変容を招きかねない危険性を有していると考えられるからである。

① 比較可能性差別モデルの問題点

比較可能性差別モデルの問題点として、まず、それ自体がさまざまな面において多くの曖昧さを残していることを指摘したい。すなわち、当該モデルは、差別を「比較可能な状況(comparable)に同じルールを適用し、あるいは異なった状況に同じルールを適用すること」と定義するが、「比較可能な状況」とは何か、その意味するところは何か、具体的な判断要素や基準についても、明確性を欠いている。さらに、比較可能性の判断要素と正当化の判断要素の違いも曖昧である。たとえば、男女の賃金に格差があるとき、従事している労働(価値)の違いが、なぜ賃金格差の正当化要素ではなく、比較可能性の判断要素なのだろうか。具体的な先決裁定でも、軍務経験者を有利に扱うことが間接差別か否かが争われた類似事案で、2000 年 Schnorbus 先決裁定は正当化の問題として扱い、2004 年 Gewerkschaftsbund 先決裁定は比較可能性の問題とした。比較可能性審査と正当化審査とでは、立証責任の負担者も異なり(前者では労働者、後者は使用者)、また、比較可能性は差別の俎上に載るか否かの択一的判断であり、正当化審査のような割合的判断(1993 年 Enderby 先決裁定参照)が許されないという違いがある。近時の先決裁定は、比較可能性の判断基準については、男女別処遇や性に不均衡を生ずる処遇の目的と対象との関係から評価するとしているが、比例性審査と比べると、手段審査が殆ど行われず、緻密さ・透明性にも欠け、裁判所の恣意が入り込み易いのである。

判例は、比較可能性モデルの適用を間接差別にまで及ぼしているが⁴²⁷、上記のように間接差別法理には正当化審査による利益調整手段があるのだから、間接差別法理適用の前提

⁴²⁶ 「中村 2011 : 75-69」参照。

⁴²⁷ とりわけ比較可能性差別モデルの間接性差別への導入を批判するものとして、[Barnrd/Hepple 2000 : 570] [Schick 2007 : 38-40]。

として比較可能性の立証を求めることは、原告労働者に過重な立証責任を負わせるものであろう。

また、比較可能性差別モデルの「異なった状況に同じルールを適用すること」が差別であるという定義の後半部分について、定義全体から論理的に考えれば、本来は、その違いの程度に比例した、全体として一貫した基準による処遇でなければ差別になるという意味として解釈されるのではないだろうか。ところが、判例は、これを異なる処遇の許容と解して、その結果、何が許される別異処遇なのかに関しては規範の空白を招いている。

② 比較可能性差別モデル拡大の要因

EU 性差別禁止法は、第 3 章～第 5 章でみたように、1980 年代以降、間接性差別禁止法理や妊娠出産差別法理など、形式的平等の限界を超えて実質的平等を目的とする法理を生成し発展させてきた。それなのになぜ、今となって、それに逆行するような比較可能性差別モデルの適用拡大が生じているのだろうか。政治・経済背景としては、すでに述べたようにグローバル経済競争下での EU における経済重視・規制緩和の進行が要因として浮かび上がってくるが、ここでは、第 3 章、第 4 章における分析を踏まえて、前項で述べた実質的平等概念の曖昧さに加えて、さらに EU 性差別禁止法に内在する諸要因について指摘しておきたい。

まず、男女別公的年金許容に関連した雇用上の男女別処遇事案への比較可能性差別モデルの導入についていえば、これは、雇用上の直接性差別を厳しく規制して、禁止の例外は明文規定以外には認めないという厳格な立場を維持しつつ、EU 法が社会保障領域の男女別処遇を一部許容したことを受け入れるための一つの解決策であった。ここにおいては、強力だが硬直的にすぎる規制（直接差別法理）と緩やかすぎる規制（社会保障立法）の両弱点が要因であったといえよう。また、妊娠・出産事案における比較可能性モデルの適用は、実質的平等という概念や理論が不明確であることをはじめとして、比較に依らない平等や差別に関する理論的な検討や女性に固有のニーズに対する配慮に関する性平等法理からの論拠づけが十分には構築されていないこと、そのような弱点を比較可能性モデルの白地規範を利用して埋めあわせようとしたものではないだろうか。さらに、性差別事案一般への当該モデル適用の拡大は、男女同一（価値）労働同一賃金原則という、本来は性差別禁止の立証ルールの一つにすぎない原則について、それを絶対視したこと、すなわち、同原則によるアプローチ以外にも賃金に関する性差別が成立しうるにもかかわらず、賃金に関しては必ず同一（価値）労働同一賃金原則により判断しなければならないとして、これを絶対視したことが要因になったのではないだろうか。

これら EU 性差別禁止法に内在する諸要因は、EU 法上の個々の性差別禁止規範や法理が、法体系全体のなかでの位置づけや相互関係が不十分なままに展開されてきた結果であろう。また、根本的には、EU 法上、形式的平等に正統性を見いだしてきた経済ルール中心の

「一般原則としての平等」を、近年それが重視されるようになるのに従って⁴²⁸、人権保障としての性差別禁止法理にそのまま適用したところに問題があると考ええる。

2 男女同一賃金原則と性差別法理の論理の統合化

(1) これまでの状況

近時の判例動向の特色として、前項で述べた比較可能性差別モデルを用いつつ、男女同一（価値）労働同一賃金原則と性差別禁止（直接性差別禁止・間接性差別禁止）法理との理論的統合が図られている点を指摘したい。

繰り返しになるが、そもそも EU 性差別禁止法においては、当初の EEC 設立条約には男女同一賃金原則の規定しかなく、それが諸指令や判例法理を通じてモザイク的に補強され、拡充されてきたという特性がある。そのために、それぞれの法理の法体系上の位置づけや法理相互の理論的な関係や整合性が曖昧という問題点を内在してきた。とりわけ問題となるのが、男女同一賃金原則と性差別禁止法理との関係である。EU 法は、第一次法源である条約（旧 119 条・前 141 条・現 EU 運営条約 157 条）において男女同一賃金原則を規定し、下位法である 1975 年男女同一賃金指令をはじめとする諸指令により、同原則を「性差別禁止」を意味すると再定位した⁴²⁹。しかし、男女同一賃金原則と性差別禁止法理とを関係づける理論的筋道は自明ではない。そもそも同一労働同一賃金原則の起源となった国連人権規約の規定は、職務給賃金制度を前提においた賃金額の決定に関するルールである⁴³⁰。それがどのように「性差別禁止」という法理と関連づけられて、EU 法の賃金全般に広く一職務給以外の賃金制度にも賃金額以外の事項に関しても一適用されるのだろうか。あるいは、1975 年男女同一賃金指令や判例法理が EC 条約旧 119 条の「男女同一（価値）労働同一賃金原則」を「性差別禁止」と再定位したのは、この条文が性差別禁止を定めたものと読み替えて、男女が「同一（価値）労働」に従事していることは同条違反が成立するための必須要件ではない、と解しているのだろうか。

欧州司法裁判所は、付託事項に答えるという先決裁定制度の性格もあって、近時まで、上記の点に関しては、個々の要件の解釈を示すことはあっても、男女同一賃金原則そのものに関しての、論理的な全体像や同原則の法体系上の位置づけを示すことはなかった。さ

⁴²⁸ e.g. Case C-144/04, Mangold [2005] ECR I-9981 at paras.75-77.

⁴²⁹この点は、男女同一賃金原則の解釈および射程にも関わる問題である。同原則を、男女が同一（価値）労働に従事する場合には同一額の賃金の支払いを求める原則と最も厳格に解するとすれば、同原則は、男女平等に関する範囲では、職務を原則として基準とする賃金決定システム（他の決定要素はそれが正当化されるかぎりで賃金決定において考慮しうる）を要求するものとなり、同原則は、賃金決定システム自体を変革させる機能をもつ規範となろう。このように同原則を、消極的な性差別禁止規範を超える、性平等賃金システムを実現させる規範内容をもちうる法理と位置づけるものとして、[Baranard 2012: 314] など一その例として、イギリスの同一賃金法・2010 年平等法を挙げる一。しかし、本文で述べるように、欧州司法裁判所は、その立場をとらず、EU 法上の同原則を、性差別推定の立証方法に止まるものとして位置づけた。

⁴³⁰ [水谷 1994] 参照。

らに、同一価値労働か否かを論じる場合にも、「同一価値労働」であることが「性差別禁止」法理においてどのような意味を持つのかについては、曖昧なままにしてきた。たとえば、同条違反の成立要件として、男女別取扱いが明白である男女別公的年金受給年齢に伴う男女別の企業年金の事案では、男女が同一（価値）労働に従事していたか否かは全く問題としない判断が示されているのに、職種間の賃金額格差が問題となった 1993 年 Enderby 先決裁定や 2000 年 JämO 先決裁定では、男女の同一価値労働従事が（間接）性差別法理を適用する前提ないし加重要件とすると解しうるような判示がなされてきたのである⁴³¹。

（2）2001 年 Brunnhofer 先決裁定⁴³²：理論的統合化の試み

男女同一賃金原則と性差別禁止法理とを統合する論理を、最初に、比較可能性モデルを介させつつ示したのは、2001 年 Brunnhofer 先決裁定であった。

Brunnhofer 事件は、女性銀行員が、労働協約で同一職務等級にある男性同僚銀行員との賃金格差（基本給は同じだが男性は付加給も得ていた）を、男女同一賃金原則違反であるとして提訴した事案である。これに対して使用者銀行は、当該女性銀行員には残業義務がないこと、同僚男性は重要な顧客を担当し銀行の名で取引締結権限があるが原告女性は同権限はなく接客業務も少ないこと、原告女性の労働の質も低下していたことなどを理由にあげて、男女同一賃金原則違反ではないと主張した。国内裁判所は、欧州司法裁判所に対して、労働協約上同一職務等級にあれば同一労働ないし同一価値労働といえるか、立証責任⁴³³、男女の職務能力の違いが採用後に判明したことを理由とする男女賃金格差を正当化しうるかなどについて、先決裁定を付託した。

欧州司法裁判所は、まず、「同一賃金原則は、男女が同一ないし比較可能な状況にあることを前提とするので、当該労働者が同一ないし同一価値労働か否かを確認することが必要であるが [para.43]、労働協約上で同一職務等級にあるだけでは同一労働ないし同一価値労働とはいえず、具体的に「労働の性質、必要な教育訓練および労働環境などの諸要素を考慮した上で、当該労働者が比較可能な状況か否かによって判断する、と判示した [paras.47-48]。そのうえで、立証責任に関しては、以下のとおり判示した。すなわち、通常は差別を主張する労働者に責任があるが、判例上、男女同一賃金原則を行使する効果的手段確保にとって必要な時には立証責任の転換が認められ、とりわけ、賃金制度が透明性を欠いている場合に男女平均賃金の格差が立証された場合は、立証責任が転換されるこ

⁴³¹ [Barnard 2012 : 314] .

⁴³² Case C-381/99, Brunnhofer [2001] ECR I-4961.

⁴³³ なお、男女同一賃金原則における立証責任については、1980 年 Macarthys 先決裁定（同一の職に前後して就労した男女の賃金格差が問題となった事案）が「異なる時期にある一つのポストに就いた 2 人の労働者の間の賃金格差は、性に基づくいかなる差別とも関連しない要因によるものと説明できれば、条約 119 条に違反しない」とし [para.12]、申立人が同一労働の男女間の賃金格差を立証することにより性差別が推定され、この推定に対して、使用者が男女賃金格差が性差別ではないと反証できれば条約違反を免れうるという、解釈が提示していた。なお、この先決裁定のあった 1980 年は、いまだ間接性差別法理は生成されておらず、同先決裁定による性差別の推定は、直接性差別すなわち男女別取扱いがあったことの推定を意味していたと考えてよいであろう。

とを指摘する [paras.52-55]。しかし本件に関していえば、賃金構成は透明性に欠けるものではなく明確であるから、立証責任は転換されず [para.56]、それゆえ原告が、男女が比較可能な労働に従事しながら賃金格差のあることを証明しなければならない、とした [paras.57-58]。原告がそれらを立証すれば、性差別が推定され (prima facie case、差別について一応有利な事件)、つぎに、使用者が同一賃金原則違反がないことを証明しなければならない、と判示した [para.60]。裁判所は、さらに、使用者は、男女の具体的労働が比較可能でないことを証明して同一賃金原則の要件の充足を否定するとともに、「性別に関係なく違いが存在することを証明することによって、差別に関係のない客観的要因により賃金格差を正当化しうる」、と判示した [para.62]。そのうえで、時間給の場合に、雇用契約を締結した後に判明した事実によって賃金を引き下げることは正当化されない、とした。

この 2001 年 Brunnhofer 先決裁定で示された男女同一賃金原則の理論的な構造は、つぎのように整理しうるであろう。すなわち、i 男女同一賃金原則の「同一（価値）労働」という要件を、性差別の前提要件である男女が比較可能であることの実体化として位置づけたうえで、ii 申立人が比較対象となる男女の同一（価値）労働および賃金格差を立証すれば、直接ないし間接の性差別が一応推定され、使用者が、賃金格差の原因が性と無関係であると証明すれば直接差別が否定され、iii そのうえで比例性原則にも合致すれば、間接差別も正当化により否定される、という判断枠組みをとったものと考え得る。これは、比較可能性差別モデルの適用を通じて、男女同一賃金原則を性差別禁止法理のなかに組み込み、両者の理論的統合を図ったものと思われる。

ただし、本件は、男女同一賃金原則から性差別を立証することを前提とした理論の構成であるから、必ずしも、賃金に関する性差別に関しては男女同一賃金原則が必須の前提であることを明確に述べているわけではない。次なる問題は、賃金に関する性差別の立証はこの男女同一賃金から出発する枠組みに限定されるのか否か、いいかえれば「男女が同一（価値）労働でない場合には、賃金に関する性差別は成立しないのか。もしそれ以外にも賃金に関する性差別が成立しうるとすれば、それはどのような場合なのか、どのような理論的な構成になるのか、立証枠組みはどうか」、ということである。

（3）2013 年 Kenny 先決裁定⁴³⁴：間接性差別禁止法理への波及

2001 年 Brunnhofer 先決裁定による男女同一賃金原則と性差別法理との統合化の試みは、2013 年 Kenny 先決裁定において、具体的に、間接性差別の事案に適用されることになった。Kenny 先決裁定は、以下のように、賃金に対する間接性差別の成立に関しては男女同一（価値）労働が必須の要件であるとする論理および立証に関する枠組みを明らかにした。

同事件では、警察官出身事務職と一般事務職との賃金格差が間接性差別か否かが争われ、先決裁定は次のように判示した。裁判所はまず、付託事項に対する先決裁定の前提として、賃金性差別の立証責任に関する 2001 年 Brunnhofer 先決裁定を引用して、申立人が他の性の比較対象者との賃金格差および同一（価値）労働を立証すると性差別が一応推定 (prima

⁴³⁴ Case C-427/11, Kenny ECLI:EU:C:2013:122.

facie) され、つぎに使用者が同一賃金原則違反のないことを立証する、すなわち労働が事実上比較可能でないこと、ないし性差別と関係のない客観的理由により正当化されることを立証するという旨を、判示した [paras.18-20]。そのうえで、国内裁判所は間接的なジェンダー差別であることを前提としつつ正当化に関して付託事項としているが、「国内裁判手続では賃金格差しか立証されていない」として [para.22]、「条約 141 条および 1975 年男女同一賃金指令 1 条が目的とする平等賃金原則は、男女が同一ないし比較可能な状態にあることが前提」であり、「当該労働者が同一ないし同一価値に帰する労働を行っていたことの確認が必要である (Brunnhoffer [para.39] 参照)」と判示した [para.24]。そして、「二つの労働者集団の賃金が他の集団より著しく低く、かつ前者の殆どが女性で後者が圧倒的に男性であって、当該 2 つの集団が、少なくとも同一価値の義務を遂行し、統計上その状況が有効といえる場合には、性差別が推定され」るとし [para.42]、そのつぎに、使用者は正当化を立証すること、についても述べている。

本件判旨は、前述した 2001 年 Brunnhofer 先決裁定（このケースは個人である女性が個人である男性との同一賃金を主張した事案であり、男女 1 対 1 の比較の事案といえる）の、男女の同一（価値）労働性と賃金格差から性差別を推定する論理を、具体的に間接差別の事案に関して用いたものであるが、その際、従来判例法理が示してきた間接性差別を推定する要件（すなわち性中立的制度による一方の性への差別的効果）に、男女同一（価値）労働同一賃金原則が性差別の前提要件（男女が同一価値の労働に従事しているという要件）として加重されたと考えることができる。これは、立法上の定義においては比較可能性を要件としていない間接性差別について、男女同一（価値）労働を前提としない間接賃金差別の概念の成立可能性を否定することにつながるものである。これは、1986 年 Bilka 先決裁定をリーディングケースとして確立された間接性差別禁止法理そのものを変容させ、性差別を主張する労働者の立証負担を不当に重くするものといえるのではないだろうか。このような結論が導かれたのは、これまで述べてきたように、近時の判例が性差別一般について形式的平等を基礎とする比較可能性差別モデルをとり、形式的平等を超える性差別概念を事実上制限してきたことの帰結である。

3 権利水準の保持と権利行使の容易化

先に述べたように、EU における経済主義の台頭、人権保障に関する困難性が浮上する近年の状況の下では、権利保障の水準を、1980 年代や 1990 年代のようにさらに推し進めていくことが困難となっている。2009 年リスボン条約の発効による基本権憲章への法的拘束力の付与（EU 条約 6 条 1 項 1 段）も、付与反対論への配慮から「同憲章の規定は、基本条約に規定する EU の権限をいかなる意味でも拡大するものではない」（同項 2 段）との制限が付された。ただし、権利保障水準自体の向上・推進方針に代わって、近年の判例では、既得の権利水準の範囲内において、従来の権利行使を容易にして保障の実現を確実にする努力が示されている。

その一つが、EU 基本権憲章規定による、EU 性差別禁止法の積極的な解釈のための論拠の補強である。性差別の領域では、2011 年 Test-Achats 先決裁定⁴³⁵が基本権憲章を用いて、指令を EU 法の一般原則違反と判示した。同事件では、2004 年物・サービスに関する男女平等指令 5 条 2 項による男女別保険料算定の許容が EU 法の一般原則である男女平等取扱原則に反するか否かが争われた。先決裁定は「基本権憲章 21 条・23 条は、各々、性に基づくあらゆる差別の禁止、および男女平等の全領域における保障(ensure)を規定する。…同指令 5 条 2 項の有効性は、これらの規定の観点から評価されなければならない」 [para.17] のであり、「性中立な保険料および保険金のルールからの免除を期限の限定なしに維持させる規定は、2004 年指令の目的である男女の平等取扱いの達成に反する働きをし、基本権憲章 21 条および 23 条と一致しない」 [para.32] として、同項は適切な移行期間経過後は無効だと判断した。本件では、従来の権利水準を超える規範内容が新たに示されたわけではないが、基本権憲章が既存の規定を積極解釈するうえで重要な役割を果たしたケースとして注目される。

同様に、既得の権利水準の範囲内ではあるが従来の権利保障を確実にする努力が、いくつかの先決裁定に反映している。2011 年 Kelly 先決裁定⁴³⁶ (大学入学における性差別の有無が争われた事案) および 2012 年 Meister 先決裁定⁴³⁷ (企業入社における性・人種差別の有無が争われた事案) では、1997 年挙証責任指令・2002 年改正男女平等待遇指令・2006 年男女平等統合指令などの諸指令が、申立人に対して他の性の入学者・入社者のデータの証拠開示を求める権利を保障しているか否かが争われた。また、2011 年 Kelly 先決裁定は、指令は証拠開示を求める権利を保障してはいないと判示したが [paras.38, 48]、同時に「とはいえ、…被告による証拠開示の拒否は、指令が追求する目的の達成を損ない、とりわけ指令 4 条 1 項 (※性平等、筆者注) の効果を奪う危険が考えられる」 [para.39] として、国内裁判所に具体的な対処を行うように求めた。ただし、Kelly 先決裁定は、指令が情報開示請求権を付与していないにも拘わらず、証拠開示拒否による指令の実効性侵害を防ぐための方途や法律論をどうすべきかについて、具体案を示したわけではない。翌 2012 年の Meister 先決裁定は、同様に、指令による証拠開示請求権の保障については否定しつつも [paras.43,46]、一歩進んで、「とはいえ、被告による情報へのアクセスの容認の完全な拒絶は、直接ないし間接の差別があったことを推定しうる事実の文脈において考慮すべきことの一つであることは、否定できない」として、証拠の不開示が性差別の重要な推定要素になる旨を判示し、非開示に対する法的対応手段を具体的に示した。証拠開示を事実上促進させる判断といえよう⁴³⁸。

⁴³⁵ Case C-236/09, Test-Achats [2011] ECR I-773.

⁴³⁶ Case C-104/10, Kelly [2011] ECR I- 6813.

⁴³⁷ Case C-415/10, Meister ECLI:EU:C:2012:217.

⁴³⁸ 2012 年 Meister 先決裁定は、証拠不開示を差別の推定要素とする論理として、「EU 条約 4 条 3 項第 2・3 段の文言 (注: EU は差別と闘う・統合と連帯の促進させる) に基づき、構成国は『とりわけ、条約から生じる義務ないし共同体機関の行為の結果を完全に確保するために、…

第2節 学説による差別禁止法の再考と新たな提起

こうした近年の形式的平等への回帰の要因の一つは、実質的平等の意味や法的根拠・形式的平等との相互関係などの不明確さにある。これを認識しつつ、近年の学説は、形式的平等への回帰ではなく、これまでの実質的平等論の問題点を克服すべく、差別禁止法の位置づけや規範内容を再考する新たな主張を提起している。

本節では、代表的な学説として、第1に、Hugh Collinsによる社会的包摂の観点から差別禁止法を位置づける説をとりあげ、第2に、Sandra FredmanやDagmar Schiekらによる、実質的平等の中味をより探求して差別禁止法／性平等法の規範内容の明確化・拡充を図ろうとする説をとりあげて、検討する。

1 形式的平等の限界を超える差別禁止法の理論構築をめぐる問題点

現在では、EUにおける研究者の間では、形式的平等の限界とその克服の必要という認識自体は、ほぼ共通認識となったと考えられている⁴³⁹。問題は、それを克服する法解釈や立法のあり方、その基礎となる理論の構築である⁴⁴⁰。

1980年代末以降、EU性差別禁止法に関して、学説の多くが、形式的平等アプローチを批判して、「実質的平等」の考え方にもとづく解釈や法理展開を主張し、先決裁定も「実質的平等」をEU性差別禁止法の目的として認めてきた（1998年Thibault先決裁定[para.26]、2004年Briheche先決裁定[para.25]、2014年Naponi先決裁定⁴⁴¹[para.38]等々）。しかし、繰り返し述べてきたように、これらの先決裁定がいう「実質的平等」が何を意味するのかは明確ではなく、実質的平等を主張する研究者のなかでも、この用語の用い方は論者によって異なってきた。法の目的たる実質的平等の意味が曖昧ということは、法の規範内容の曖昧さに直結して、権利保障の不十分性や脆弱性をもたらしかねない。近年の判例における比較可能性差別モデルの一般化など、形式的平等への回帰ともみえる流れの一因ともな

全ての適切な方法をとらなければならない』また、『指令が追求する目的を含め、共同体の目的達成を脅かすいかなる措置をも慎まなければならない』（先例引用）」[para.41]「したがって、（構成国の機関である）国内裁判所は、被告による証拠開示拒否について、原告への差別を推定させる事実の立証との関係で…指令が追求する目的の達成を損なうものでないことを確認しなければならない」[para.42]として、構成国（国内裁判所）のEU法遵守・確保義務に言及している。なお、[Barnard 2012: 396]は、Kelly先決裁定について、一定評価しつつも'really weakly'に国内裁判所の判断に委ねるに止まったと批判していた。その批判に、Meister先決裁定は答えるものであろう。

⁴³⁹ [O'Conneide 2007: 353]

⁴⁴⁰ O'Conneideは、形式的平等モデルに対置するモデルとして、アメリカでのFissらの反従属アプローチ、それに類似するFredmanの実質的平等アプローチ、Collinsの社会的排除アプローチ、Charles TaylorやIris Marion Youngらの集团的アイデンティティ・アプローチを挙げる[O'Conneide 2006: 353-354]。TaylorやYoungらの議論は基本的に政治哲学論である。Fredmanは、後述するように、実質的平等論を、反従属アプローチや集团的アイデンティティ・アプローチの議論を基礎におきつつ、具体的な平等法に関する主張として展開している。

⁴⁴¹ Case C-595/12, Naponi ECLI:EU:C:2014:128

っている。

また、「実質的平等」という考え方には、さまざまな批判が加えられてきた。たとえば、実質的平等論者の多くが、差別の実態を被差別集団と差別集団との間にある権力構造の問題と捉え、差別是正を被差別集団の地位向上としてグループライツ的発想に依拠することに対しては、個人を基本とする人権保障（支配集団に属する者も含めて全ての人の権利保障）との桎梏が指摘されている⁴⁴²。また、差別されている状況は、女性の中でも、各人が属する人種や階級・階層により異なるという批判（本質主義 *essentialism*—女性は共通の本質をもつとの考え方—への批判）がなされてきた⁴⁴³。別の角度からは、法が差別禁止に止まらず平等の実現を積極的に推進することは、パターンリズムに陥るのではないかという疑問も示されてきた。さらに、実質的性平等の法的追求として、差別の排除のみならず、あるべき性平等をプロアクティブ（前向きに）な実現を求める主張は、それは法政策・立法論の問題なのか、性差別ないし性平等の解釈論として権利保障および司法救済が可能なのかについても、曖昧なままに推移してきた。

以下、上記の問題意識を踏まえて、EU法などの差別禁止法について、形式的平等の限界を超える規範内容をもつととらえつつ、その位置づけや規範内容について再考し新たな提起をしてきた Collins および Fredman・Schick らの説をとりあげて検討する。

2 Collins による社会的包摂の視点からの差別禁止法の再検討

(1) 差別禁止法における社会的包摂という目的⁴⁴⁴

Collins は、間接差別など形式的平等を超えた法理の論拠として「実質的平等」概念を用いることに対しては、つぎのように厳しく批判している。すなわち、同一取扱い原則は過程(*process*)に関する重要な一般原則であるが⁴⁴⁵、現代の差別禁止法では、結果(*outcome*)の配分を考慮して異なった取扱いを求める場面がある。たとえば、妊娠女性や障害者に対する特別の取扱いや、間接差別の禁止である。そこでは、結果の配分を適切に定めること、また、結果の配分という目的によって同一取扱い原則を制約する論拠が、重要な課題となっている。しかし、これを実質的平等という概念を用いて説明することは、配分的目的による法的介入の要否や程度を明確にできず不十分である、と批判する。

そして、Collins は、問題は「どのような場合に同一取扱いをし、どのような場合に異なって扱うのが公正か(*fair*)」にある、としたうえで、配分目的に基づく介入の論拠および範囲の画定は、『平等』という概念ではなく、『社会的包摂(*Social inclusion*)』という、差別禁止法の上位原理である「公正(*fair*)」に基礎をおく配分目的によるべきだ、と主張した⁴⁴⁶。

⁴⁴² ポジティブ・アクションの許容範囲をめぐる論争は、その端的な表れといえよう。

⁴⁴³ See [Barrett 2003 : 124-125]

⁴⁴⁴ [Collins 2003 : 16-26]

⁴⁴⁵ Collins は、差別禁止法の基本は同一取扱い原則にあるとし、その理由として、各人の平等尊重、および法制度の政治目的からの独立という理念をあげる。

⁴⁴⁶ 西原博史は、Collins の社会的包摂理論の提示は「平等取扱原理からの逸脱を正当化するため

ここで Collins は、「社会的包摂」という概念を以下のように定位している⁴⁴⁷。まず、社会的包摂という目的が求める実体的内容に関しては、つぎのように説明する。「平等（実質的平等—筆者注）」も「社会的包摂」も、結果ないし配分の仕方(distributive pattern)に関心を払う点では同じだが、社会的包摂は、集団間の不利益の比較ではなく、絶対的に不利益な状態にある集団に着目し、不利益な状態にある集団に優先的に福利(well-being)を付与し、もって全市民が最低基準の福祉(welfare)を得ることを求めるものである。つまり、社会的包摂は、資源や機会の平等それ自体が目的なのではなく、資源や機会が極めて少ない集団に対して、社会的に排除されている地位から救済することを目的とするのである。ここにおいて、社会的包摂が問題とする「福利」とは、物質的な財のみならず、非物質的財としての社会生活を有意義に送ることなど、労働、教育、政治参加、文化活動などを本質的な重要要素として含む、としている。たとえば、労働は、物質的富を得る手段としてではなく、それ自身が目的ということになる。さらに、被不利益集団が非物質的財（諸活動）へアクセスできること、各人がそれらの活動について選択の自由を享受しうることが重要であるとされる。

上記のような内容をもつ社会的包摂の究極の目的に関して、Collins は、社会的結束 (social cohesion) こそが根本の目的であるとして、これは個人のための正義のみならず社会的秩序の安定を目的とする、という。具体的には、社会的包摂は、全市民が社会に参加して、社会の制度とその可能性に価値を認めるようになるための条件および機会の確立を最終目的とするのである。その意味では、社会的包摂にはそもそもパターナリスティックな要素があるという点についても、Collins は言及している。

(2) 社会的包摂を目的と捉えたときの差別禁止法の構造⁴⁴⁸

Collins は、差別禁止法は、基本的には同一取扱いを目的とする法であるが、同時に、現代では「社会的包摂」という目的をもち、社会的に排除されている被保護集団 (protected groups) に対する構造的不利益 (structural disadvantage) ⁴⁴⁹ないし制度的不利益(systematic disadvantage) に取り組むものであり、配分的介入も必要であることを強調する。Collins によれば、社会的包摂を目的とする介入の範囲と構造は、以下の通りである。

救済の対象となるのは、他者全体と比較して、その構成員が不均衡に社会的に排除されている集団である。カテゴリーが生物学的か社会的あるいは法的か、その種類や不変性の有無は問われない。対象集団の典型例として「ひとり親」集団があげられているが、他方で、「性」は集団画定の基準としては不明確であるとされる。その理由としては、女性集

の上位原理を探し求める文脈にある」と指摘する〔西原 2012 : 179〕。

⁴⁴⁷ 「社会的包摂」という概念は、EU 社会政策の中心を占めている概念であるが、明確に定義されないまま曖昧に使用されてきている。

⁴⁴⁸ [Collins 2003 : 26-32]

⁴⁴⁹ Collins は、構造的不利益を、i 不利益のパターンないし不均衡かつ永続的に劣った地位にある集団があり、ii それ永続的な仕組み(arrangement)や慣行(practice)、制度(institutions)から生じているもの、と定義している。

団もその内部は多様であるし、また、仮に女性集団に妊娠可能性という点で共通性を見いだすとしても、男性集団の内部も多様であるのだから、男女をひとくくりに対象集団とみるべきではなく、より限定すべきである（たとえば「子を養育する女性」）という趣旨と思われる。

そして、差別禁止法の「社会的包摂」目的による配分的介入において、国ないし使用者は、社会的に排除された集団を対象として、優先的に福利を付与して社会的に包摂することが義務づけられる、と論じる。被差別者に対する特別なし優遇措置としてのポジティブ・アクションは、まさに社会的包摂を達成する手段として位置づけられることになる⁴⁵⁰。

是正すべき「不利益」に関して、社会的排除の視点から捉えると、それは、集団が、生活のための手段を確立するメカニズムに参加する機会や共同体における諸関係、自尊という感覚を否定されることを意味するという。労働へのアクセスは、差別禁止法による社会的包摂の主要事項となるのだが、その理由は、一つには、雇用＝使用者による職の分配が、富を得る主要手段としての重要性をもつからであり、同時に、労働自体が、社会との関係や自尊という社会的包摂の目的だからでもある。そして、職を得るための教育訓練や経験を積む権利が重要となることを指摘する。

Collins は、社会における公式・非公式両領域での制度的仕組みにより、社会的排除をもたらす既存の配分パターンが維持されていると分析し、現代の差別禁止法は、社会的排除の構造をもたらしている公式な制度的ルールと非公式な社会的規範の両者を是正対象とする、と述べている⁴⁵¹。

（3） 社会的包摂論の意義および問題点

以上に概観した Collins による社会的包摂論の意義としては、以下の点をあげたい。第1に、差別禁止法による配分的介入（再配分）の必要を強く求めていることである。Collins は、近時の差別の問題は構造的差別にあるとし、その解決のために、包摂のための基礎として求められる範囲の再配分の必要、いいかえれば基礎的部分に関する結果の平等の必要を認めて、それを差別禁止法の枠組みにおけるもう一つの軸として提示したといえよう⁴⁵²。

⁴⁵⁰ Collins は、法的に許容されるポジティブ・アクションとは、使用者に対して、排除された集団の構成員が、その技能や潜在能力に適した職を得るにあたり障害となる物を克服できるように、差異を意識的にとらえて、合理的な適合策を講じさせる（make reasonable adjustments）ものだとする。具体的には、使用者は、雇用アクセスへの障害を取り除くべく、職場の組織化や職務の構成の方法、労働者の技能や潜在能力の向上策など、多くの事柄を考慮すべきである、と主張する。他方で、統計的格差を解消するためのクォータ制については、つぎのような2つの理由を挙げて、社会的排除の目的に適合する措置ではないと述べる。一つには、労働者が当該の職から福利が得られるのか否かの考慮がないこと、二つには、社会的包摂の原因に踏み込んでいないことである。

⁴⁵¹ たとえば、長時間労働という制度的ルールと、女性が子育ての責任を負うという社会規範が、女性を良質で高賃金の雇用から排除しているという。また、非公式な社会規範も是正の対象であり、したがって、現代差別禁止法の包摂目的からの救済では、個人の選択であっても、社会的排除を補強するような選択は尊重されないという。

⁴⁵² [Ellis & Watson 2012 : 7] は、この点において、Collins は排除された特定集団の結果の平等を求めると評する。

第2に、差別禁止法における配分的介入・差別禁止法の再構築の論拠として、「平等」概念を放棄して、「社会的包摂」という新たな概念および枠組みを提起したことである⁴⁵³。これは社会的包摂論の最大の特色である。差別禁止法を、必ずしも「平等」概念により理解しなくてもよいとして、より適切な概念を用いるべきだとする大胆な発想の転換がなされている。これは、まったく新しい考え方の提起といえる。第3に、社会的包摂論が、労働の重要性を社会との関係や自尊という感覚の生成も含めて強調し、差別禁止法の内容である雇用へのアクセス障害の除去として、職場の組織化や職務の構成の仕方、教育訓練や能力開発など幅広い措置の必要を指摘した点にも注目したい。

Collins の差別禁止論をどのように評価するかは、差別禁止法における配分的介入の目的を「社会的包摂」に置くことが、果たして適切か否か、という点に絞られるであろう。その点からみると、社会的包摂論には、いくつかの難点がみられる。第1に、配分的介入ないし考慮をするか否かの基準となる「社会的排除」や「社会的包摂」の概念それ自体がかなり曖昧なことである。「社会的排除」には、雇用全体からの排除をはじめ、良好な職や上位の職位へのアクセス障害など幾重もの排除があるように思われるため、「社会的包摂」が各人に各種の権利や福利を付与するか否かを画する基準となりうるのかは、疑問である。

第2に、「社会的包摂」という概念は、主流への同化や多様性の否定の危険を含むものであり、同時に、主流のあり方を見直す視点が欠如し、希薄化するという危険性を内包しているのではないだろうか。これはまた、「社会内」と「社会外」を峻別する概念でもある。これがパターンリスティックな原理であることは、Collins も認めるところであり、各人の自律の侵害や生活のあり方の強制にも繋がりがねないという批判もある。こうした点からすると、「社会的包摂」は、構造的差別に介入する有用な概念ではあっても、いくつかの危険性を内包しているようにも思われるし、何よりも、差別禁止による再配分を、「平等」概念を放棄して「社会的排除」の視点からのみ理解すべきなのか、これまで「平等」として築かれてきたものを捨ててよいのかということが問題となる。

第3に、差別禁止法における配分的考慮を、「社会的排除」という絶対的不利益状態のみに限定的に認めて、それ以外は同一取扱いアプローチで足りるとすることにも疑問がある。「包摂」されれば、差別の原因となる権力関係は解消されるのだろうか。たとえば、パートタイム労働者は、職場に基幹労働力として「包摂」されつつ劣位におかれているという現状をどうとらえるのだろうか。現実の差別構造の最大の問題点は、「包摂」しつつ権力関係ないし序列化が維持・強化されているところにあるのではないだろうか。

これらの点を考えるならば、Collins による差別禁止法を社会的包摂のための基礎的部分の再配分と社会参加により位置づけるとの提起の趣旨を受け止めたうえで、なお、差別禁止法における「平等」とは何かという観点からの考察が必要となろう。つぎに紹介する

⁴⁵³ Barnard は、Collins が差別禁止法の目的として「平等」とは別の「社会的包摂」という概念を用いたことを評価しつつ、「社会的包摂」の代わりに「連帯」という概念を用いるべきことを主張する [Barnard 2004]。

Fredman らによる近時の実質的平等の探究は、Collins による提起を受けての平等論の進展でもある。

3 Fredman、Schiek らによる実質的平等の探究

実質的平等の考え方に基づく性平等法論の中心的提唱者が、ここでとりあげる Fredman や Schiek である。Fredman らは、実質的平等の内容を、以下の2つの視点から追求している。第一は、「何を性差別として是正し、何を性平等として目ざすのか」を考察して、性差別および性平等の内容を明確化するという視点、第二は、平等法は、そうした性差別是正および性平等目的を実現するためのメカニズム（法的手段）を規範として含むとして捉え、その内容の具体化、という視点である。

(1) Fredman による平等法の提起

① 多面的な平等概念の把握

Fredman による差別禁止法／平等法に関する考察の基礎となっているのが、近年のフェミニズムや政治哲学における議論であるが、その一つが、社会の不公正に関する「再配分 (redistribution)」「承認(recognition)」ならびに「参加(participation)」という概念を用いた分析である。性や人種の差別をめぐって、1970年代末から1990年代にかけて、第二派フェミニズムやアメリカ憲法学などから、差異を差別と捉えることについて、多様性を否定するものと強い異議が示されるとともに、性差別や人種差別の本質が被差別集団の劣位化ないし支配と従属の権力関係にあることが主張された⁴⁵⁴。その後、1990年代後半から2000年代には、フェミニズム研究者や批判理論哲学者らにより⁴⁵⁵、その劣位化ないし支配と従属の仕組みや性質について、政治経済的構造に根ざした経済的な「配分」に関わる不公正という側面と、アイデンティティの「承認」⁴⁵⁶に関する文化的価値的な不公正という側面が存在し、それぞれに対応した是正策が必要であることが主張された⁴⁵⁷。たとえば、Nancy Fraser は、ジェンダーの問題は、配分と承認が混合した形態であると分析している。すなわち、ジェンダー的不公正は、一方では、政治経済的側面として、家庭および職場でのジェンダー分業に起因する搾取・周縁化・剥奪にみられる。つまり、家庭内では男性が稼ぎ手・女

⁴⁵⁴ たとえば、[Mackinnon 1979] [Karst 1983] [Colker 1986]。

⁴⁵⁵ さしあたり [Fraser 1997] [Fraser/Honneth 2003]。

⁴⁵⁶ 「『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見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 1997: 邦訳 11]。なお、研究者により、承認と配分の関係についての見解が異なる。Honneth は、承認が問題の中心で配分はそれに付随して派生すると考える。一方、Fraser は、配分と承認とは、密接に関連はするが独立した次元の問題であり、両者を統合する核心的規範として「参加の平等」、すなわち「正義は社会の(成人の)構成員すべてに、相互に仲間として交渉することを許可するような社会的取り決め」が存在すると主張する [Fraser/Honneth 2003: 43]。

⁴⁵⁷ たとえば、政治経済的配分が中心問題となるのが、搾取や周縁労働化、貧困化の問題であり(社会の経済構造に根ざす階級類似の格差)、文化的価値的支配が不公正の軸となる典型が、同性愛者に対する嫌悪やハラスメントである(社会的地位の序列化) [Fraser/Honneth 2003: 邦訳 23-26]。

性は家事・育児という分業が、そして、職場では、男性は高収入の中核の熟練職、女性は低収入で周縁のかつ女性向きとされる(pink-collar)職に職域分離するという経済構造の問題である。他方、ジェンダー的不公正は、文化的価値の側面をもち、男性中心主義（男性的なものに関連する特徴の特権化と、女性的なものへの低価値視）を標榜するものでもある。したがって、ジェンダー的正義の実現には、再配分と承認との両面の変革が必要であると論ずる [Fraser 1997 : 邦訳 30-32]。

もう一つ、Fredman による実質的平等論の重要な基礎となっているのが、Amartya Sen および Martha Nussbaum による潜在的能力 (capability) 論⁴⁵⁸である。Sen らは、個々人の生活は、さまざまな機能（ある状態になること・何かすること）の集合体であり、その人の可能な機能を組み合わせたものが個人の自由の範囲を示す「潜在能力」であるとして「潜在能力の平等」を主張した。これは、個人の自律性の尊重を基礎に、平等とは、物質の配分や機会の付与の問題にとどまらず、各人が配分された物質や機会を現実に活用しうる基本的な潜在能力の平等をいう、と解する考え方である。したがって、平等の保障を、配分された機会を行使しうる能力の育成や環境の整備などを含めて捉えることになる。

Fredman は、これらのフェミニズムや政治哲学における諸理論の発展を、自らの差別や平等に関する法理論に反映させて、平等とは、つぎのような4つの重なり合う目的をもつ多面的な概念である、と主張している⁴⁵⁹。すなわち、

- i 特定団体の構成員が不利益を受ける社会構造の変革⁴⁶⁰。これは、平等の配分的側面に注目して、社会的利益および責任の再配分を求めるものだが、Fredman は、ここにいう不利益を、単なる物質的・資源上の不利益のみでなく、自律的選択を妨げる障害（裕福だが家庭に拘束された女性、潜在能力に関する障害など）や自律的選択に伴う不利益（任意のパートタイム労働選択による不利益など）も含むものと捉えている。
- ii 全ての者の平等な尊厳と価値。これは、平等の承認的側面から、スティグマやステレオタイプ・屈辱・暴力からの救済など、文化的価値的従属や承認に関する誤りによる個人のアイデンティティ侵害について、その排除を求めるものである。
- iii 差異への配慮 (accommodation)。これは平等の承認的側面を促進するものとして、それぞれに差異を有する具体的人間像を基に、人間関係や社会共同体における相互関係において、個人のアイデンティティを積極的に肯定することを求めるものである⁴⁶¹。

⁴⁵⁸ さしあたり [Sen 1992] [Nussbaum 2000]。

⁴⁵⁹ e.g. [Fredman 2001] [Fredman 2007] [Fredman 2011a : 25-33] 各論文によって、4つの目的の記載順序や説明表現は必ずしも同一ではない。

⁴⁶⁰ 性差別との関係では、社会の権力構造に性が組み込まれ役割を果たしており、その女性に不利益をもたらす構造の変革、すなわち、家庭および職場そして他の権力関係における女性の従属的地位の変革などジェンダー構造の変革を意味する。そのためには、不利益を解消するという範囲においては、女性優遇措置という男女非対称な措置も平等には反しない [Fredman 2009 : 419-420]。

⁴⁶¹ 各人の差異・多様なアイデンティティの尊重は、差異に基づく不利益の除去、男性規範への同化ではなく、男性規範に基づく制度や社会構造の変革、家庭・社会両域での力の不均衡の変革、

iv 社会的包摂および政治的発言力 (political voice)。これは、平等の参加的側面として、人が社会的存在として完全であるために (to be fully human)、社会への平等な参加の可能性を求めるものである。これは、配分および承認両面での平等の積極的促進が、パターンリスティックな押し付けではなく行われるためにも必要となる。

② 実質的平等と社会経済的権利との密接な関連

Fredman は、以上のように、平等を、実質的な概念として多面的・総合的に、偏見やステレオタイプな見方からの脱却というアイデンティティの承認の問題であり、かつ、性に起因する経済的不利益の再配分という問題でもあると捉える。そして更に、平等概念を、承認上および配分上の不正義と密接に関連していることに鑑みると⁴⁶²、これは、社会経済的権利⁴⁶³として認識されてきた内容と重なり合い、かつ、きわめて類似した性格をもつことになる。

この実質的平等と社会経済的権利との関係について⁴⁶⁴、Fredman は、両者は、それぞれに独自の意味を有しつつ、互いに補完し合う関係にあると論じている⁴⁶⁵。すなわち、平等は、広い意味では比較の概念であって、それゆえの限界も存在するものであり、だからこそ、平等を適切に機能させるうえでの社会経済的権利という実体的権利との連携の必要性が生じるのである。他方、社会経済的不平等を生み出す構造的要因の一つが性差別であることを考えれば、単に女性にも男性と同様に社会経済的権利保障を及ぼせばよいわけではない。社会経済的権利の内容自体を、女性の不利益の救済や構造変革・固有のニーズへの配慮・女性の参加など、性平等の視点を考慮したものへ改める必要があると論ずる⁴⁶⁶。性平等と社会経済的権利という二つは相互に関連しており、両者は協働することによって、より実効性をもち発展すると主張する。

③ 平等実現にむけて必要な積極的メカニズム

従来の伝統的な差別救済モデル、すなわち、被差別者個人による申立によって個別的に、また事後的に救済するというモデルについて、Fredman は、被差別者の負担が過大であり、救済も事後的であって是正の範囲は限定され、また、使用者との敵対関係を招きやすい、と指摘する。現代における性差別撤廃の主たる課題は、個人による悪意ある取扱いの禁止ではなく、女性を劣位化し従属させている社会的構造の変革にあるにもかかわらず、個人申立救済モデルでは差別の構造的要因の是正は限定的となる、として、厳しく批判する。

そして、女性の間での差異への配慮も求める [Fredman 2009 : 421-422]。

⁴⁶² See [Fredman 2007] .

⁴⁶³ Fredman の論文では「社会経済的権利」を特段に定義せず用いているが、国連社会権規約など国際人権法にいう社会的経済的権利を想定しているものと思われる。

⁴⁶⁴ Fredman は、経済的不利益の再配分を差別の観点からアプローチする方法 (たとえば、差別事由に「貧困」を加える) も示唆する [Fredman 2010 : 581-584]。なお、他に実質的平等と社会経済的権利との関係を論じたものとして、[Albertyn 2007] [Liebenberg/Goldblatt 2007] など。

⁴⁶⁵ [Fredman 2009 b]

⁴⁶⁶ たとえば、労働する権利という社会経済的権利は、男性規範に基づいてではなく、男女共に育児・家事にも参加しうる内容の権利として解釈される必要がある [Fredman 2009 : 437]。

そして、それに代わるプロアクティブなモデルとしての具体的措置として、ポジティブ・デューティを提起して、積極的な措置の必要性と国・使用者の義務を改めて打ち出した。

Fredman は、ポジティブ・デューティ、すなわち、差別是正／平等促進をなすべき立場にある者（国・公的機関、使用者など）は、差別を生じさせたことに有責か否かを問わず、差別を是正し平等を促進させる義務を負うとする、積極的かつシステムティックに差別を変革するモデルを提唱した⁴⁶⁷。

ポジティブ・デューティは、個別被害の救済も対象範囲に入るが、Fredman の主眼は、受動的で個別的な救済にあるのではなく、積極的に、被差別集団全体と差別の構造自体に向けて制度的な変革を図るというところにある⁴⁶⁸。ここで改めて問題となるのは、女性ないし男性といっても多様でありそれらを集団として捉えうるのか／捉えてよいのか、という疑問であり、また、国や使用者主導の変革はパターンリスティックな押し付けになる恐れがないか、という疑問である。

前者の疑問に対しては、Fredman は、一方で、以下の諸点をあげて、集団的アプローチの必要性を強調している。すなわち、従来の個人申立救済モデルには限界があること、また、性差別や人種差別という集団に向けられた差別に対峙するには、個々人に着眼するだけでは足りないこと。他方で、集団や差別事由の多様性という問題についても考慮して、法の対象となる集団は法の目的との関係で画定されるとして、ポジティブ・デューティの対象集団が過大包摂とならないように、サブグループ化による絞りをつけることによって解決を図っている。たとえば、教育訓練の対象として、女性集団を包括的に対象とするのではなく、目的にあわせて移民女性や貧困女性というサブグループに対象を絞ることが必要である、とする⁴⁶⁹。パターンリスティックな押し付けになる危険性については、そのことを十分に意識したうえで、対象集団が決定過程に参加することによってその危険性を回避しようとしている。

ポジティブ・デューティについては、さらに、その法的性質が問題となる。すなわち、これは、平等規定から当然に生じる義務なのか、立法政策上の義務なのか、また、司法的審査は及ぶのか、などの問題である。Fredman は、あらゆる権利は国家に対して、消極・積極という両面の義務を課すものだととして、差別禁止ないし平等規範というものを義務の論拠としている⁴⁷⁰。そのうえで、司法的効力については、具体的な積極的施策の決定は配分に関わる問題であるとして立法府の裁量を広く認めつつ、同時に、立法府はかかる施策の実施および内容の合理性に関して説明責任を負い、司法はそれを審査しうる、と述べる。したがって、司法がポジティブ・デューティとして具体的な内容を義務づけることはでき

⁴⁶⁷ [Fredman 2011a : 299-321]

⁴⁶⁸ したがって、Fredman の想定するポジティブ・デューティは、一般に広義の意味で用いられているポジティブ・アクション（男女共通施策も含む積極的措置）の義務づけと、ほぼ同義と解してよいであろう。

⁴⁶⁹ [Fredman 2009 : 73]

⁴⁷⁰ [Fredman 2008 : 65-91]

ないが、立法府の不作為や決定された施策が不合理であることに対しては、司法審査が可能であるとしている⁴⁷¹。

(2) Fredman による提起の意義および問題点

このような Fredman による実質的平等論の意義として、以下の点を指摘したい。

第1に、平等規範の実体的内容の探求に関して、i. 社会実態としての差別について、フェミニズムや法哲学の研究成果を踏まえて、その原因と構造を把握し、それらを土台として構造的差別を変革しうる法理論の構築に挑戦していること、ii. 実質的平等の規範内容を、その目的や基礎とする価値という観点に照らして明確化を図り、平等を多面的な規範内容をもつものとして提起したことである。さらに、iii. Collins が差別禁止法による配分的介入の論拠を「平等」以外の規範概念に求めたのに対して、Fredman は、「平等」という規範概念そのものを追求するなかで上記のような論理を発展させ、さらに、平等概念の限界ないし他の権利との共存の必要性も示すに至ったこと、である。

第2に、差別禁止法ないし平等法として、差別是正や平等促進を実現するための積極的なメカニズムが求められるとして、その具体的措置をポジティブ・アクションに限定せず、両性に対する措置も含めたポジティブ・デューティとして、国・使用者の義務を提起したこと、である⁴⁷²。ポジティブ・アクションに関しては、i. 平等の逸脱や例外ではなく、差別（とりわけ構造的差別）に対抗し平等を達成するための手段として積極的に位置づけると同時に、ポジティブ・アクションの限界性を指摘して、比例性審査を用いて、具体的な射程範囲の画定に踏み込んでおり、ii. 集团的措置に対する性本質主義批判に対しては、サブグループ化により対象を限定することで解決を図ろうとしている。個別申立に依存しない積極的包括的措置の必要性と性本質主義批判に対する解決という問題の調整を図ったものとして、注目したい。

他方、Fredman の主張の問題点として、以下を指摘しておきたい。

第1に、平等概念について、4つの多面的な目的をもつものとして分析しているが、これらは並列的な列挙であるようにも思われる。それぞれの側面を統合する上位の理念や、4つの側面がどのように関連するのかなどには不明確さが残る。また、「平等とは何か」に直接に答えるというよりも、平等実現のための必須4要件、ないし、平等実現のために排除すべき差別類型の提示ともみえる。さらに、差別や平等を承認や配分の観点から実体的に捉えれば捉えるほど、他の人権保障と重なりあう。なぜ「人権」アプローチ以外に「平等」アプローチが必要なのか、平等の体系上の意味が問われているように思う。確かに、社会経済的権利との連携に関連しての論述はあるが、なお、再配分への様々なアプローチのなかでの平等アプローチの体系的な整理および意義づけが、不明確のように思われる。

第2に、差別是正や平等促進を実現するための積極的なメカニズムの主張が、社会政策

⁴⁷¹ [Fredman 2012 : 282-285]

⁴⁷² Fredman のポジティブ・デューティの提起は、後述するように、イギリスの2006年平等法・2010年平等法において、公的機関の平等義務として法文上明記され、消極的差別禁止から積極的平等の実現へと法の展開が図られている。

ないし立法政策として提起なのか、性差別禁止ないし性平等の権利の解釈問題としての主張なのか—特別に立法化されたときに創設される権利/義務なのか、それとも特別の立法がなくても実質的平等から本来的に—解釈上—生じる権利/義務なのか—が曖昧である。仮に、政策論ではなく、性差別禁止ないし性平等の権利の解釈問題だとするならば、その権利/義務の主体・論拠ないし理論構成について、より詳しい説明が必求められよう。権利/義務として認めるに足る規範の明確性や、立法と司法の権限の範囲との関係が、問題となる。Fredman は、国家および使用者に対して、差別に関して有責でない場合にも差別除去の義務を課し、その論拠として、従来の故意・過失に立脚した責任論を批判しつつ、「差別除去をなしうる立場にある者が義務をおう」という考え方を主張する⁴⁷³。しかし、国家に関しては、国の国民に対する保護義務を論拠とするとしても、私的使用者の責任（義務）に関しては、論証がさらに必要と思われる。

第3に、ポジティブ・アクション（一方の性に対する特別ないし優遇措置）については、まず、障がい者に対する配慮（accommodation）のように「個人」の不利益の具体的な救済という視点からのアプローチと、ポジティブ・アクションのように被差別「集団」に着目するアプローチとがある。各々の特徴を踏まえた位置づけと役割、相互関係をより明確にすることが必要であろう⁴⁷⁴。その際、ポジティブ・アクションは、男女「集団」に着目するところから、近代法の基礎とする個人主義と矛盾しないかとの疑問、また、集団内および差別事由の多様化という問題点を内在する。Fredman は、多様化に対してはサブ集団化による対象の絞り込みを提起するが、それで問題が解消するのか疑問が残る。前者の個人主義との関係については、見解はより曖昧で揺れ動いているようにみえる⁴⁷⁵。

（3）Schiek による平等および差別に関する言説

Schiek は、Fredman と同様に、「等しいものを等しく、等しからざるものを等しからざるように」取り扱うという形式的平等の限界を指摘し、つぎのように、現代の平等に関する法は実質的平等の考え方に基づくことを主張する⁴⁷⁶。現代平等法は、不正義・社会的差別の是正を目的とし、人権としての実質的平等、つまり、人や集団の差異ないし多元性を尊重し、社会的包摂の視点を持ち、算数的・比例的でない非対称アプローチをとる平等を基底とするものである。すべての人は性など個人的属性に関わりなく平等な価値を有することに基づき、法を通じて、何人も集団的属性により機会を奪われない社会の実現することが想起されている。そして、この高位の目的の下に、現代平等法は、i 個人の属性を理由とする剥奪に抗して各人に実質的に平等な機会を保障すること、ii 不利益を受けることな

⁴⁷³ e.g. [Fredman 1997 : 384] .

⁴⁷⁴ イギリスの2010年平等法は、両者を規定する。

⁴⁷⁵ Fredman は、個人主義を批判する（以前は特に強く [Fredman 1997 : 14-15] ）。しかし、近時の論文 [Fredman : 2008a] では、平等法の対象の「集団」を、人権保障のための法的技法のレベルで捉え、また、Sen らの「潜在的能力論」を導入するなど、基本的にリベラルな個人主義が土台とされているように思われる。

⁴⁷⁶ e.g. [Schiek 2002b : 149-153] [Schiek 2005 : 427-466] [Schiek/Wadding/Bell 2007 : 26-28]

く集団の構成員であると主張できる権利の保障を設定することという、2つの下位の目的を有すると、Schiek は論ずる⁴⁷⁷。

この Schiek の言説は、基本的に Fredman と共通する考え方であるが、Fredman の主張で曖昧ないし触れられていない点も論じているので、以下に挙げておきたい。

第1点は、「平等(equality)」と「非差別(non-discrimination)」や「平等取扱い(equal treatment)⁴⁷⁸」とを区別したうえで、それらを立体的に法体系上に位置づけて、非差別や平等取扱いの内容や射程を画す理論を見いだしていることである⁴⁷⁹。すなわち Schiek は、上位の法理念(idea)として、全ての人の平等な価値に依拠した「平等(equality)」をおき、その下に、具体的行為規範としての非差別(non-discrimination)や平等取扱い(equal treatment、形式的平等)が存在するものととらえ、その非差別規範には、不利益取扱いを禁止する消極的義務および差別を積極的に除去する積極義務が含まれるとする⁴⁸⁰。また、下位規範である平等取扱い(equal treatment)の違反は、差別の一類型に止まるし、平等取扱いが上位の平等(equality)の理念に反する場合もあるとしている。

第2点は、差別の集団的特性と個人の権利との関係、いいかえれば、差別禁止や平等という問題に対して、個人の尊重という個人主義的視点からアプローチするのか、それとも被差別集団の劣位化された地位の是正(グループライツ)⁴⁸¹からアプローチするか、に関してである。Schiek は、前者のアプローチは各自のアイデンティティを尊重しセックス・ブラインドな取扱いを求めるものであり、後者は少数集団の保護を基礎とした多様性をもつ集団の尊重を求めると分析したうえで、現代の法は、その両者を統合する必要があるとする。すなわち、法は、個人の自律という価値を尊重しなければならないが、同時に、差別事由は集団に関連し集団の構成員であるゆえに不利益を受けるのであるから、差別の集団的側面を意識しなければならないと述べる⁴⁸²。そして、差別事由によって重視すべき価値や両者への比重の置き方が異なるとし、性や性的指向による差別では、個人をステレオタイプな集団属性から解放することが重要となるし、民族的差別では集団的保護に力点がおかれると指摘している⁴⁸³。

⁴⁷⁷ [Schiek 2002 b : 152]

⁴⁷⁸ 「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」取り扱うという形式的平等に則った、同一ないし算術的比例取扱いを意味する。

⁴⁷⁹ [Schiek/Wadding/Bell 2007 : 26]

⁴⁸⁰ [Schiek/Wadding/Bell 2007 : 26-28]のみからは、差別とハラスメントや報復の概念を区別し、平等法の特徴として、差別以外のハラスメントや報復を対象とし積極的義務や平等実施機関・ポジティブ・アクションの導入を挙げているようにも読めるが、同じ箇所では非差別と差別禁止/平等dを異なった文意として用いるものでないと述べていることや、他の Schiek 論文の考え方からして、差別とハラスメントや報復を概念的に区別するものではないと解される。

⁴⁸¹ [Schiek/Wadding/Bell 2007 : 29] は、後者のグループライツの考え方をとる学説として、[McCrdden 2001 : 251, 255] を挙げる。

⁴⁸² [Schiek 2002 : 304] [Schiek/Wadding/Bell 2007 : 31]

⁴⁸³ [Schiek/Wadding/Bell 2007 : 31] なお、Fredman の差別禁止法/平等法と個人主義的視点との関係についての見解には、変化がみられるように思う。初期の [Fredman 1997 : 14-15] など

第3点として、上述した実質的平等論とEU法の実体法解釈との関係についてである。Schiekは、1997年アムステルダム条約改正によりEC条約にEC(現EU)の任務として差別の排除・平等の促進が規定されて(前EC条約3条2項、現EU運営条約8条・10条)、EU平等法は根本的に変化したこと、その後の「同一取扱い」と題する諸指令は、形式的な同一取扱いを超えた、より実質的な目的と内容を持つものであると解釈している⁴⁸⁴。ただし、これが、アムステルダム条約以前は、実質的平等が基礎とされていなかったという意味か、それとも同条約改正により規範内容が明確化されたという趣旨かは明らかではない。

4 小括

以上のように、学説は、現代社会の不平等や貧困に対して、差別および平等に関する法が形式的平等の限界内に止まることを厳しく批判し、その限界を超える差別禁止法/平等法とは何かを再考して、新たな法の枠組みを提起してきている。

Collinsは、差別禁止法として形式的平等を超えるべき内容を、社会的排除の是正・社会的包摂と捉えて、差別禁止法を社会的包摂という目的により再構築した論を提示した。このCollinsの社会的包摂論の大きな特徴は、最低限の権利保障たる社会的包摂部分に関しては、伝統的な「機会の平等」に類する考え方はとらず、社会的排除の構造の変革、配分的介入を内容とするところにある。

一方、FredmanやSchikeらは、このCollinsによる実質的平等論の曖昧さへの痛烈な批判を、実質的平等概念の探究という形で受け止めて、社会的排除を差別の重要な一類型・社会的包摂(社会への参加)を平等の目的の一つとして、その実質的平等論のなかに位置づけた。そして、差別が構造的かつ複合的な要素に起因して多様な形での不利益として生じているとの認識に基づき、平等の4つの目的、平等の実現として必須の4条件を提示した。これは、いいかえれば、形式的平等では把握されて来なかった差別類型を提示したと捉えることができるのではなかろうか。また、Fredmanの平等の多面的な目的論では、個人に対する現実の不利益(差別)および差別発生構造の是正と、よりプロアクティブ(前向き)な平等のための法的施策—平等な社会雇用構造の構築・ジェンダー視点を盛り込んだ施策など—の両者が併せて提起されていることにも注意する必要がある。他方で、Fredmanの提起では、これらの法的保障としての性質や位置づけが必ずしも明確ではなく、権利論なのか立法政策論なのか、性差別ないし性平等アプローチと人格権や社会経済的権利アプローチとの関係などは説明が十分とはいえず、権利保障としての射程と内容が必ずしも明確ではないという問題点がある。

では、痛烈に個人主義(individualism)を批判して集団的観点の必要を強調していた。しかし、[Fredman 2008]など近時の著作では、個人主義批判が時々はおも現れるが、それ以上に、平等の論拠として個人の尊重や人権に依拠する見解をとり、また、男女集団内の多様化・性本質主義批判を受け入れて見解を変化させてきているように思う。

⁴⁸⁴ [Schiek 2005 : 427-442] [Schiek/Wadding/Bell 2007 : 25-30]

しかし、Schiek が示唆したように、性平等については、上位の理念とその下での規範（そのなかでも包括的権利と個別の権利、基本的権利と派生的権利、様々な権利類型、上位規範と下位規範の存在など）という重層的な形によって法体系が成り立っていることを考えてみるならば⁴⁸⁵、Fredman の多面的平等概念の提起を、つぎのようなものとして理解することができるのではないだろうか。すなわち、性平等について、基本的人権の保障の視点から、現代法体系⁴⁸⁶全体のなかで位置づけてみるならば、まず、法の最上位の根本原理として、個人の尊厳の尊重が存在する⁴⁸⁷。ここで「個人の尊厳」とは、「一人ひとりの人間が人格的自律の存在（…各人が社会にあってなお“自己の生の作者である”ということ）として最大限尊重されなければならない」⁴⁸⁸ことを意味し、各人のアイデンティティは多様な要素からなることが前提となる⁴⁸⁹。個人の尊重というこの根本原理の下に、人として生きるうえで不可欠な自由や社会経済的利益に関する権利が保障されるのである（各種の自由権および社会権）。同時に、各人が社会共同体の対等な主体として、平等な尊重と配慮を受け（Fredman のいう平等の目的 ii .iii）、参加する（同 iv）という、平等に関する二次的原理が生じる。前者の生きる上で不可欠な自由や社会経済的利益の保障と後者の「平等な尊重と配慮⁴⁹⁰」や「参加」の保障は、目的や内容は重なり合うが、前者が個人それ自体（個人の尊厳に必要とされるものの保障、そういう意味では結果ないし実体的権利）に注目するのに対して、後者は、共同体における他者との関係性に注目した原理である（なお、「尊厳ある平等」として実体も存在する）。

また、上記のように位置づけ解釈することにより、Fredman の主張においてはもう一つ曖昧となっている「性差別の撤廃とは、集団的地位向上か、個人の権利保障か」という問いに対する回答となる。性差別は、性という集団的属性を理由とする女性集団の劣位化を本質としているものであり、それゆえに、性差別の集団性を意識した法的対応を必要とする。しかし、その集団性は、性差別が基本的に女性／男性集団を対象とし女性／男性という集団的属性をもつ者が被害者となるという差別の特質の問題である。それに対抗する法が依拠すべき法的論拠は、集団の地位向上や救済ではなく、個々の被害者の基本的人権としての個人の尊厳の尊重に求められる。もちろん、場合によっては、個人の尊厳を保障するための手段として集団的権利（人種的アイデンティティ保障のための民族自治権のように）や集団的ないし包括的救済措置が認められることもありうるが、その目的は、あくまでも個人の尊厳の保障である。Schiek の言わんとするところも、そこにあつたと解される。そして、同じ性集団の構成員でも家庭や経済状況・階層などにより性差別被害の現れ方は一

⁴⁸⁵ Schiek や Fredman の主張を位置づけ直すにあたり、基本的人権の憲法的保障に関する日本での議論、とりわけ佐藤幸治の言説 [佐藤 2011:120-140, 196-215] を参照している。

⁴⁸⁶ 現代民主主義国家における共通の憲法的伝統としての現代法体系をいう。

⁴⁸⁷ 憲法等により道徳的なものから法的権利として取り込まれ保障される [佐藤 2011:121-122]。

⁴⁸⁸ [佐藤 2011:121]

⁴⁸⁹ [佐藤 2011:140]

⁴⁹⁰ [佐藤 2011:199] が、「人格の平等」「尊厳をもった存在として人は等しく扱われるべきである」という「客観的原理」

様ではないし、男性規範（たとえば、家族的責任を無視した働き方）の押しつけが男性の人権侵害を生じさせる場合もあること、差別は性以外にも多様に存在することなどを考えれば、各人の人権保障に立ち戻ったところから法の理論を組み立てることが不可欠であり、かつ実践的にも有効であろう。

また、Fredman の平等についての4つの目的の具体的内容に関しては、差別ないし平等に関する個人の権利たる部分と、よりプロアクティブかつ包括的で権利者の特定を必ずしも要求しない政策的部分とに、理論上は区分して考えうるであろう。そして、Fredman の主張を、このように権利論と立法政策論の両者を含んだものとして受け止めたとしても、個人の権利保障としての内容を、単に、消極的禁止義務のみに限定されることにはならない。個人の権利を救済するために、国は必要な場合には積極的な作為義務を負うと解することができ、その作為義務の不履行に対しては、司法は不作為の違法確認判断が可能であり、それは義務者である国に対して、不作為の正当性・妥当性に関する説明責任を負わせることになる⁴⁹¹。Fredman も国の保護義務とそれに基づく説明責任を強調している。私的使用者に対しても、人を自らの事業に使用し利益を得る者としての労働契約上の義務として、差別撤廃・平等実現に関する作為義務を導くことが可能と考える。もちろん、Fredman の実質的平等の4つの目的は、立法者や使用者のプロアクティブな施策および立法化を決定する際に考慮しなければならない内容、反した施策や立法がなされたときの違法判断の基準となるであろう。

こうした意味で、Collins や Fredman らの主張は、差別および平等に関する法について、個人の尊厳の尊重に基づく権利保障の側面と、よりプロアクティブかつ広範な立法施策の側面との両面にわたり、その再検討・再構築を求める重要な問題提起である。

⁴⁹¹ [吉田 2013] [植木 2011, 2015] 参照。

総 括

1 これまでに検討した内容

本論文では、伝統的な形式的平等の概念のみに依拠して性差別禁止法を理解するのでは、現代の性差別の形態の変化や発生メカニズムに有効に対抗しえず、人権保障の観点からみても不十分でないかとの問題意識の下に、EU 性差別禁止法の展開について、実質的平等法理の生成と展開に注目しながら分析してきた。

第1章では、第2章以下の検討の前提として、EU 性差別禁止法の展開について立法史を中心に概観し、それが形式的平等法理から実質的平等法理へと展開してきた経緯を明らかにした。形式的平等法理の具体化をめざして生成された立法は、現実には差別を是正することの困難性に直面し、その中で自らの限界性を問い直しつつ、実質的平等法理をとりいれる立法へと展開したのである。

第2章では、EU 性差別禁止法における形式的平等法理を代表する「男女同一賃金原則」および「直接性差別禁止法理」をとりあげて分析し、裁判例が蓄積されていくなかで、形式的平等法理の様々な限界性（比較対象者の選定の困難やレベルダウンによる救済の是認、差別を生み出す社会／雇用構造要因を変革しえないなど）が顕在化していったことを明らかにした。

第3章および第4章では、1980年代後半から2000年代前半において、EU法で大きな進展をみせた、形式的平等法理の限界を超える内容をもつ、実質的平等アプローチを導入した法理の生成および展開について、それぞれの意義と課題について検討した。まず第3章では間接性差別禁止法理をとりあげて具体的な適用実態を分析した。その結果、間接性差別禁止法理は、差別意図を問題とせず差別的効果に着目した法理構造をもつこと、これにより「性平等の障害」を性差別とする差別類型が生成されたこと、さらにこの法理では、差別を生み出す雇用システムが禁止の対象となっていること、したがってこの法理は使用者や国に差別的制度の撤廃を促す機能を有するものであることを明らかにした。

第4章では、形式的平等法理を超える実質的平等法理のもう一つの具体的課題として、妊娠・出産に関する性差別禁止法理をとりあげ、その具体的適用実態を分析した。EU法は、比較対象者のいない領域である妊娠・出産に関する不利益取扱いを直接性差別と位置づけることによって、「性という属性を理由とした不利益取扱い」および「女性固有のニーズへの配慮の不提供」という禁止される差別類型を生成したことを明らかにした。

第5章では、平等を実現するための積極的な法的手段であるポジティブ・アクションを取り上げ、EU法がどのような位置づけをし、その射程範囲をどのように画してきたのかを検討した。

第6章では、2000年代半ば——1997年アムステルダム条約改正を実行する諸指令の制定が一段落した前後——以降、形式的平等への回帰と位置づけられる傾向が、欧州司法裁判所の判例に顕著にみられるようになったことに鑑み、形式的平等への回帰とみられる判例

動向を中心に分析して、その傾向を生じた要因を検討しつつ、それらが実質的平等法理を変容させ、その機能を弱体化させる危険性を内包することを明らかにした。

ここでは、本論文の総括として、現代における性差別および性平等に関する法の規範と理論を再考する視点から、EU 性差別禁止法の展開の意義を確認するとともに、その問題点および残された課題を明らかにする。

2 人権保障の視点からみた EU 性差別禁止法の発展段階

まず、EU 性差別禁止法は、性差別や性平等に関する人権保障という視点からみて、どのような発展段階にあるのかをみよう。

国際人権法研究の領域では、阿部浩己により、性差別や性平等に関する国際条約などの発展について、(a) 男女同一取扱いを追求するアプローチ（および、その一歩前進である、男性モデルを主流としつつも女性的視座を追加・補完するアプローチ）、(b) 人権概念自体のジェンダー視点による組み替え（ジェンダー主流化）・差別構造の脱構築を追求するアプローチ、(c) 人間のアイデンティティの多様性そして人間性を否定する差別も多数の要因が相互連関することを認識して、アイデンティティの多様性を尊重しつつ性差別の多元的な克服を追求するアプローチ、とアプローチが積み重ねられることにより進展してきた旨が分析されている⁴⁹²。この分析手法に依拠するならば⁴⁹³、EU 性差別禁止法の現段階は、つぎのように位置づけることができよう。

すなわち、EU 性差別禁止法は、1970 年代より (a) の形式的平等を追求してきたが、そのなかで同アプローチの限界を認識して、1990 年代後半以降、ジェンダー主流化や間接性差別法理による性差別構造自体を是正するアプローチが追求されるようになった (b)。また、1999 年アムステルダム条約以降は、禁止される差別事由を拡大し、2000 年には人種等平等待遇指令、雇用一般平等待遇指令が制定されたことからすれば、それまでの性差別を単体として捉える視点から、多数の差別事由のなかの一つ（とくに重要な一つ）として捉える視点へと展開し、この段階における性差別禁止法規範はより広い差別法全体のなかで再定位されるようになった。さらに EU 基本権憲章（2000 年採択、2009 年法的拘束力付与）は、多様性の尊重と性平等とを共に規定するようになったことから EU 性差別禁止法は、(c) のアプローチにも接近をみせている。

ただし、近年、EU の判例は、比較可能性差別モデルを導入することによって、(b) の性差別構造変革アプローチを後退させ、(a) の男女同一アプローチを偏重する傾向を示している。また、(c) の多元的アプローチへの接近については、確かに条約や指令上の差別事由が拡大する傾向は示されているものの、なおそれらは限定的であり⁴⁹⁴、なによりも、

⁴⁹² [阿部 2004, 2014 : 4-11]

⁴⁹³ 阿部は上記の分析を「フェミニスト・アプローチ」と記述しているが、フェミニズム（女性解放）に限定されない、性平等や性差別に関する法の発展段階を人権保障の視点から分析するうえで普遍的有用性をもつものであり、EU 性差別禁止法の分析に用いる。

⁴⁹⁴ EU と構成国との権限配分問題も絡んで、条約や指令では差別事由が限定されている（EU 基

複合差別を想定した差別事由の連関・競合メカニズムに対応した明文規定（たとえば、2つの事由が複合してはじめて差別が生じるという場合の立証方法に関する規定）は存在しない。現行規定は、単純に差別事由を増やしたに止まっており、その点を解釈で補うべき欧州司法裁判所も、複合差別に関して沈黙したままである⁴⁹⁵。この点について Kristina Koldinská は、2007年 Lindorfer 先決裁定⁴⁹⁶などを例にあげて、すでに差別事由の競合メカニズムについて考慮することを必要とする事件が欧州司法裁判所に付託されているにも拘わらず、裁判所は、未だ各差別事由についてバラバラに成否を判断するのみだと批判している⁴⁹⁷。

EU 性差別禁止法の今後の課題としては、構造的差別に対抗するための差別構造変革アプローチを後退させずにさらに推進すること、そのためにも多元的アプローチの本格的具體的化が求められていることを指摘できるであろう。

3 実質的平等法理の生成と展開 ～その意義と課題～

(1) 実質的平等法理生成の意義

EU 性差別禁止法の展開の最大の特徴は、形式的平等の考え方に基づく男女別取扱い禁止を徹底しつつ、それに止まらず、実質的平等というより広い内容をもつことを想定した平等の概念を導入して、形式的平等法理を超える規範内容をもつ実質的平等法理を生成し展開してきた点にある。ここでは改めて、その意義について考えたい。

というのも、伝統的な（かつ現在も主流をしめる）差別禁止法に関する理論では、平等とは形式的平等を意味するとされ、形式的性平等を超える法規範は、性差別禁止ないし性平等の範疇ではなく、社会権あるいは社会経済政策の問題であるとされているからである。また、一方の性のみに対する法的措置は、性差別是正／性平等実現措置ではあっても、「平等の例外」として厳格な審査の下で許容されるものとして位置づけられており、現在も、この立場を堅持する各国法が多数を占めるからである⁴⁹⁸。しかも、EU 性差別禁止法自体に、近年、形式的平等に基づく比較可能性差別モデルが一般化・定着化し、形式的平等へと回帰する傾向が見られることから、実質的平等を追求することの意義を明確にし、同時に、実質的平等アプローチに関する問題点および課題について検討することが必要不可欠であ

本憲章は明文の差別事由を例示列挙として規定しているが、同憲章は EU の権限を拡大するものではないとされている）。

⁴⁹⁵ 差別事由の拡大は、拡大された差別事由の競合の問題を当然に伴うのであり、関連・競合メカニズムへの法的対応は、立法政策の問題ではなく、現行法の解釈ないし明確化のレベルの問題である。

⁴⁹⁶ Lindorfer 事件では、EU 職員採用者が転職により前職の年金制度から EU 年金制度に移行する場合、前制度での年金加入期間の継続処理に関する取扱いについて、性差別および年齢差別が主張され、Jacobs 法務官は性差別を認めたが年齢差別は否定し、裁判所は性差別を認めて年齢差別は検討しなかった。。

⁴⁹⁷ [Koldinská 2011 : 1691]。なお、複合差別に対する EU 法および欧州司法裁判所の消極的姿勢に対する批判として、他に [Schiek/Mulder 2011] など。

⁴⁹⁸ 日本の憲法 14 条解釈の通説的見解も、この立場を取る [辻村 2012 : 171-172] 参照。

ると考えるからである。

形式的平等は、たしかに、経済取引ルール、とりわけ市場統合を目的として国境を越える取引に対する障壁——国外からの取引と国内取引との別異取扱いは障壁の典型——を排除して自由移動を図るルールには、もっとも適合する差別モデルといえよう。人権保障という観点からも、身分制を廃して個人（ここでは抽象的人間として）の尊重を重視し、偏見や恣意・ステレオタイプな見方を排し、セックス・ブラインドな一貫した取扱いを行うことは、近代法の基軸をなす重要な課題である。

しかし、性平等や性差別を、社会に具体的に存在する人間像を土台として、個人の尊厳の尊重という人権保障の観点から再考するならば、各人は、その独自性・自律性・多様性を前提としたうえで、社会共同体の対等な主体として、平等な尊重と配慮⁴⁹⁹をもって処遇されなければならない。それゆえに、確かに、「等しいものを等しく、等しからざるものは等しからざるように」という一貫した取扱いを平等とし、その違反行為を差別とすることは、平等ないし差別の基本類型の一つではある。しかし、それが全てではないというべきであろう。いいかえれば、人権保障の観点からは、法によって形式的平等を超える規範内容が、男女が対等な主体として尊重と配慮されるために必要不可欠とされる場合が、確かに存在するのである。形式的平等を包含しかつより広い内容をもつ概念と規範が、性平等として想起されるというべきではないか。たとえば、個人を、性という不可変の属性を理由にして不利益に扱うことは、仮に、男女が比較可能な状態にないとしても、他の人権との衝突や社会公共利益などとの関係で正当化される場合を除いては、差別として法的に否定され排除されなければならない⁵⁰⁰。一方、妊娠・出産など男女間に固有の差異が存在する場合には、各人の多様なアイデンティティを前提とした平等を実現するためには、男女に対する異なった配慮や特別の取扱いが法的に求められることがある。

何よりも、現代社会における性差別は、個人的な偏見や恣意による取り扱いからだけではなく、社会・雇用構造自体に性別役割分業システムが組み込まれていることにより発生する。性差別撤廃のためには、処遇（取り扱い）プロセスを対象とする形式的平等アプローチだけではなく、差別の原因たる社会・雇用構造自体を是正することが必須であり、これこそが差別撤廃の基軸となる。

このように考えると、EU法が、形式的性平等を超える性平等の概念として、「実質的平等」（判例）ないし「完全な平等」（1997年アムステルダム条約前141条で明示され、現行EU運営条約157条も踏襲）を設定し、それらを、単なる「福祉」や「平等の例外」として扱うのではなく、EU法が目的とする「性平等」そのものとして位置づけてきたことは、極めて大きな意義を有しているといえよう。

⁴⁹⁹ See [Dworkin 1997 : 邦訳 65-67] . [Kimlicka 2002 : 邦訳 6-7, 256]

⁵⁰⁰ たとえば、男女別賃金制度は、男女が同一（価値）労働に従事しているか否か、現実の職務能力が同一か否かを問わず、性差別として違法であり排除されなければならない。日本の秋田相互銀行判決（秋田地裁昭50・4・10、労民26巻2号388頁）参照。Also see [Schiek/Waddington/Bell 2007 : 208-209] .

他方で、「実質的平等」ないし「完全な平等」とは何かは、実は曖昧なままとなっており、論者により多義的に用いられている。そのことが、EU 主導の積極司法から構成国に対する補完的役割を重視した消極司法へと転じている近年の状況の下では、欧州司法裁判所に、形式的平等の範囲内に EU 法としての判断・介入を手堅く留めさせ、それを超える規範の生成は構成諸国に委ねて推移を見守るという態度決定——比較可能性モデルの適用を性差別一般へ波及——へと仕向けている一つの要因となっているのではないか。これは EU 性差別禁止法が抱える大きな問題点であり、残された課題として、(3) で改めて述べることにする。

(2) 形式的平等と実質的平等との関係

一 形式的平等の再定位と人権の視点からの再構成 一

性差別および性平等に関する法理として形式的平等を超える実質的平等を導入するとしても、形式的平等や男女同一取り扱いを軽視することにはならない。実質的平等は、形式的平等をその重要な一部として包括する、より上位の概念であり、形式的平等は、実質的平等の考え方を採る場合にも、差別禁止法の基本であり出発的として位置づけられるからである。

とりわけ性差別においては、Schiek が述べているように⁵⁰¹、性を理由とするスティグマやステレオタイプな見方からの解放や平等な参加を実現することが重要であり、また、性別役割分業を土台とする差別的雇用構造を変革する試みとしても、男女同一価値労働同一賃金原則の実現など形式的平等の実現はその第一歩である。Fredman が提示した4つの目的も、形式的平等を否定するものではない。

とはいえ、「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」取り扱うことが正義であるというアリストテレスの格言が、現代の基本的な人権を基礎とする差別禁止法の「性平等」「性差別」の概念として規範化されるとき、これは人権保障の視点からの再構築が必要とされるであろう。

性差別禁止法／性平等法は、社会共同体の主体としての個人について他者との関係性を扱う法領域であり、したがって、どうしても他者との間で広義の意味で比較（男女比較）がなされることになるような法領域である。しかし、具体的な法規範としての「差別」については、直接差別の禁止においても、前述したように、性に基づく恣意やステレオタイプな見方による行為、スティグマの押しつけなどの禁止がその正統性の論拠なのであって、男女の比較や男女が比較可能な状況にあるということが必須要件であるとはいえないはずである⁵⁰²。そもそも直接性差別は「性という属性を理由とする不利益な取扱い」を禁止す

⁵⁰¹ 第6章第2節3(3)。

⁵⁰² もっとも、男女別取扱いは、この「性に基づく不利益な取扱い」を推定する重要な事実であり、それゆえ、男女同一賃金原則は、性を理由とする賃金差別の重要な立証法則の一つである。しかし、同一労働ではない男女間においても性差別が成立することがありうることは類型や差別立証方法があることは否定されるものではないはずである。EU 性差別禁止法における男女同一アプローチの徹底は、性差別禁止法のあり方を考えるうえで示唆を

る規範であり、EU 性差別禁止法が、比較対象男性のいない妊娠・出産を理由とする不利益取り扱いを直接性差別とする法理を生成したのは、この人権保障の視点からの「直接性差別」概念の再構築であったと位置づけうるのではないだろうか。

(3) 実質的平等の法規範としての具体化

それでは、形式的平等を超える、ないしその上位概念である「実質的平等」とは何を意味し、どのような形で法規範として具体化されるのであろうか？

EU 性差別禁止法の展開をみると、この点をめぐる曖昧さが、さまざまな混乱や形式的平等への回帰を招く一因となってきたように思われる。判例も「実質的平等」の意味を明確にはしておらず、EU 性差別禁止法の今後の発展にとって、実質的平等という法概念の内容および位置づけの明確化は大きな課題として残されている。

この問題について、Fredman は、「平等（実質的平等）」とは4つの重なり合う目的（社会構造の変革、全ての者の平等な尊厳と価値、差異への配慮、参加）をもつ多面的な概念であるとの主張を提起して、この課題の克服に向けた一つの手がかりを提示している。同氏の主張自体は、4つの目的とその内容を羅列的に述べているにすぎない。しかしその主張内容からは、実質的平等として想起されてきたものには、性平等に関する法の理念ないし原理として理解されるべき部分と、その理念ないし原理から派生する具体的規範内容という部分が含まれる⁵⁰³、ということを読み解くことができる。

そして、EU 性差別禁止法には、上記の実質的平等の理念ないし原理から導かれる具体的な規範として、男女別取扱い以外の差別類型が位置づけられているのであり、これらが、法が禁止する「性差別」としての「性平等の障害」（間接性差別禁止法理）、「女性固有のニーズ配慮の不提供」（妊娠・出産に関する直接性差別禁止法理）、「ハラスメント」などの類型であることが明らかにされてきた⁵⁰⁴。

Fredman らは、さらに、実質的な平等の実現として、社会構造・雇用構造の変革、潜在能力の平等を実現するための教育訓練および環境整備、重要な決定への参加の機会保障の必要などを主張する。問題は、これらが、性平等や性差別禁止の視点を及ぼすべき対象範囲に入るとしても、法の下での平等や性差別禁止を論拠とする具体的な個人の権利とそれに対する国・使用者の法的義務という意味を有するのか、それとも実質的平等という原理を実現するための性平等領域における立法政策の問題なのか、ということである。Fredman の主張でも、この点については、法規範としての要請なのか立法政策にすぎないのか、これ

多く含むものであるが、同時に、比較可能性差別モデルの導入など EU 法の混迷に対しては、批判的にみていくことが必要である。

⁵⁰³ また、Fredman は必ずしも明確には述べていないが、この実質的平等の原理を導く、さらに上位の原理として「個人の尊厳の尊重」、そして、その「個人の尊厳の尊重」の他者との関係性に関するものとして「各人が社会共同体の主体として、平等な尊重と配慮を受ける」原理を考えうるであろう。

⁵⁰⁴ このような性差別禁止の規範内容からいえば、実質的平等は、必ずしも「結果の平等」や「一方の性の優遇」を意味するものではないし、「機会の平等／実質的な機会の平等」のみを意味するものでもない。

ら両者の区分や論拠は明確ではなく、課題として残されている。

(4) 性差別撤廃の法的手段

形式的平等から実質的平等への展開は、差別撤廃・平等を実現するための法的手段の再考でもあった。この点に関して、性差別禁止法は、伝統的には特定の行為を禁止する法規範として理解され、違法行為に対しては、被害者の申立により事後的個別的に救済される法枠組みが採られてきた。しかし、これでは個人に過大な負担がかかり、また是正の範囲も限定される。被害に対しても、これは遡及的・事後的な救済にとどまり、平等に向けたプロアクティブ（前向き）な措置ではない。形式的平等に対する批判は、より積極的で包括的かつプロアクティブな平等の実現に向けた法的手段の必要性を指摘してきた。

EU 性差別禁止法は、この限界の克服を、2つの方向から試みている。

一つは、性差別概念を拡大することにより、事実上、性差別撤廃への作為を求めるような内容を含むという手法である。たとえば、間接性差別禁止法理は、性平等の障害となる制度自体を性差別として禁止し、その結果、使用者に性差別的効果を生じる制度の導入防止・点検・是正を求めるという積極的で変革的な機能を有する。また、妊娠・出産性差別禁止法理は、使用者に対して、妊娠・出産に関する女性固有のニーズへの配慮の提供を、強力に促進するという機能をもつ。いずれも、伝統的な差別禁止の規範枠組みのなかで、それを最大限活用することにより——いずれも個人申立に依拠するなどの限界はあるが——、差別是正や平等への作為を「事実上」求めるものである。

もう一つは、ポジティブ・アクションによる過少代表への特別ないし優遇措置という手法である。EU 性差別禁止法は、1997年アムステルダム条約による前141条4項（現EU運営条約157条4項）の追加改正により、「完全な平等」を確保するためにEU構成国によるポジティブ・アクションの導入・維持を許容する旨を規定した。ただし、あくまでも「許容」とどまり「義務づけ」ではない。また、他の性に属する者に対する逆差別の危険性をもつために、その適用範囲は厳格に画定されてきた。

今後は、差別禁止規定違反に対する事後的個別救済に加えて、より積極的・包括的な差別是正／平等実現のための法的措置を検討する、という課題がある（Fredmanによるポジティブ・デューティの提起は、その具体例として考えられるであろう）。そうしたポジティブ・デューティなどの積極的・包括的措置が、性平等ないし性差別禁止規定自体から根拠づけられるのか、それとも立法政策の問題なのかという点も、また重要な検討課題である。

おわりに

EU法では、2009年リスボン条約の発効により、基本権憲章に法的拘束力が付与され、EU法上、はじめて基本的人権が第一次法源として規定された。これまで条約上唯一の規定だった男女同一賃金原則に加えて、人間の尊厳（1条）、法の前平等（20条）、あらゆる差別の禁止（21条）、多様性（22条）、男女平等の確保（23条）などが第一次法源として加わり、さらに、連帯（第4章）や市民の権利（第5章）も規定されるようになった。今

後の性平等法の発展に向けての土台が生成されたといえよう。これまでのモザイク的な法理の発展から、個人の尊厳やあらゆる差別の禁止、男女平等の確保という第一次法源を上位規範として、その下で、形式的性平等法理を基本におきつつ、その限界を超える諸法理が内容的に拡充され、かつ理論的体系的に整備・再構築されながら展開することが期待される。

しかし、EUにおいて、厳格な形式的平等を目的とする比較可能性差別モデルが、性差別領域一般に定着しつつあることも、厳然たる事実である。EU法は、この混乱と後退をどのように克服し、法規範を発展させていくのだろうか。EU法が、今後、基本権憲章が目的とする多様性を尊重した平等や、共同体の主体としての平等な地位と尊重という視点から、形式的平等の限界を超える性平等の内容を追求していくとすれば、そこにおいては、本論文がとりあげた「実質的平等」の意味や位置づけの明確化が重要な課題とならざるをえない。EU法が今後、どのような現代的な性平等の理論と法理を構築していくのか、その動向に注目していきたい。

以上

引用欧州司法裁判所判例一覧

判決日、事件番号、事件当事者（ブロック字体が本文記載の事件名）、掲載判例集

1963-02-05 Case 26/62, **Van Gend en Loos** v Nederlandse Administratie der Belastingen [1963] ECR 1.

1964-07-15, Case 6/64, **Costa** v ENEL [1964] ECR 31.

1971-05-25 Case C-80/70, Defrenne v Belgian State (**Defrenne I**) [1971] ECR 445.

1972-06-07 Case 20/71, **Sabbatini** v Parliament [1972] ECR 345.

1972-06-07 Case 32/71, **Chollet, née Bauduin**, v Commission [1972] ECR 363.

1974-02-12 Case 152/73, **Sotgiu** v Deutsche Bundespost [1974] ECR 153.

1976-04-08 Case C-43/75, Defrenne v SABENA (**Defrenne II**) [1976] ECR 455.

1977-10-19 Case 117/76, 16/77, **Ruckdeschel** v Hauptzollamt hamburg-St. Annen [1977] ECR 1753.

1978-03-09 Case 106/77, Amministrazione delle finanze dello Stato v **Simmenthal** [1978] ECR 629.

1978-06-15 Case C-149/77, Defrenne v Sabena (**Defrenne III**) [1978] ECR 1365.

1979-02-20 Case 120/78, Rewe v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (**Cassis de Dijon**) [1979]
ECR 649.

1979-07-12 Case 237/78, Caisse régionale d'assurance maladie de Lille v Palermo, née **Toia** [1979] ECR
2645.

1980-03-27 Case 129/79, **Macarthys** v Smith [1980] ECR 1275.

1981-03-11 Case 69/80, **Worringham** and Humphreys v Lloyds Bank [1981] ECR 767.

1981-03-31 Case 96/80, **Jenkins** v Kingsgate [1981] ECR 911.

1982-02-09 Case 12/81, **Garland** v British Rail [1982] ECR 359.

1982-02-16 Case 19/81, **Burton** v British Railways Board [1982] ECR 554.

1983-07-06 Case 61/81, **Commission v United Kingdom** [1983] ECR 2601.

1983-10-26 Case 163/82, **Commission v Italy** [1983] ECR 3273.

1984-03-20 Case 75 · 117/82, **Razzouk** and Others v Commission [1984] ECR 1509.

1984-07-12 Case 184/83, **Hofmann** v Barmer Ersatzkasse [1984] ECR 3047.

1984-12-13 Case 106/83, **Sermide** v Cassa Conguaglio Zuccheri and others [1984] 4209.

1986-02-26 Case 152/84, **Marshall** v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority
[1986] ECR 723.

1986-05-13 Case 170/84, **Bilka** v Weber von Hartz [1986] ECR 1607.

1986-05-15 Case 222/84, **Johnston** v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary [1986] ECR
1651.

1987-06-11 Case 30/85, **Teuling** v Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie [1987] ECR 2497.

1988-6-30 Case 318/86, **Commission v France** [1988] ECR 3559.

1988-02-04 Case 157/86, **Murphy** v An Bord Telecom Eireann [1988] ECR 673.

1989-07-13 Case 171/88, **Rinner-Kühn** v FWW Spezial-Gebäudereinigung [1989] ECR 2743.

1989-10-17 Case 109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour **Danfoss** [1989] ECR 3199.

1989-12-13 Case C-102/88, **Ruzius-Wilbrink** v Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten [1989] ECR 4311.

1990-05-17 Case C-262/88, **Barber** v Guardian Royal Exchange Assurance Group [1990] ECR I-1889.

1990-06-27 Case C-33/89, **Kowalska** v Freie und Hansestadt Hamburg [1990] ECR I-2591.

1990-11-08 Case C-177/88, **Dekker** v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen [1990] ECR I-3941.

1990-11-08 Case C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund v Dansk Arbejdsgiverforening (**Hertz**) [1990] ECR I-3979.

1991-02-07 Case C-184/89, **Nimz** v Freie und Hansestadt Hamburg [1991] ECR I-297.

1991-05-07 Case C-229/89, **Commission v Belgium** [1991] ECR I-2205.

1991-07-25 Case C-345/89, Criminal Proceedings against **Stoeckel** [1991] ECR I-4047.

1992-06-04 Case C-360/90, Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin v **Bötel** [1992] ECR I-3589.

1992-07-16 Case C-63/91,64/91, **Jackson** v Chief Adjudication Officer [1992] ECR I-4737.

1992-11-19 Case C-226/91, **Molenbroek** v Sociale Verzekeringsbank [1992] ECR I-5943.

1993-10-27 Case C-127/92, **Enderby** v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health [1993] ECR I-5535.

1993-11-09 Case C-132/92, Birds Eye Walls v **Roberts** [1993] ECR I-5579.

1993-11-30 Case C-189/91, **Kirsammer-Hack** v Sidal [1993] ECR I-6185.

1994-02-03 Case C-13/93, Office national de l'emploi v **Minne** [1994] ECR I-371.

1994-02-24 Case C-343/92, Roks v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen (**De Weerd, née Roks**) [1994] ECR I-571.

1994-02-28 Case C-408/92, **Smith** v Avdel Systems [1994] ECR I-4435.

1994-05-05 Case C-421/92, **Habermann-Beltermann** v Arbeiterwohlfahrt [1994] ECR I-1657.

1994-07-14 Case C-32/93, **Webb** v EMO Air Cargo [1994] ECR I-3567.

1994-12-15 Case C-399/92, C-409 · 425/92, C-34 · 50 · 78/93, Stadt Lengerich v **Helmig** [1994] ECR I-5727.

1995-02-14 Case C-279/93, Finanzamt Köln-Altstadt v **Schumacker** [1995] ECR I- 225.

1995-05-31 Case C-400/93, Specialarbejderforbundet i Danmark v Dansk Industri (**Royal Copenhagen**) [1995] ECR I-1275.

1995-12-14 Case C-317/93, **Nolte** v Landesversicherungsanstalt Hannover [1995] ECR I-4625.

1995-10-17 Case C-450/93, **Kalanke** v Freie Hansestadt Bremen [1995] ECR I-3051.

1995-12-14 Case C-444/93, **Megner** v Innungskrankenkasse Vorderpfalz [1995] ECR I-4741.

1996-02-01 Case C-280/94, **Posthuma-van Damme** v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor

Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen [1996] ECR I-179.

1996-02-06 Case C-457/93, Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation v **Lewark** [1993] ECR I-243.

1996-02-08 Case C-8/94, **Laperre** v Bestuurscommissie beroepszaken in de provincie Zuid-Holland [1996] ECR I-273.

1996-02-03 Case C-342/93, **Gillespie** v Northern Health and Social Services Boards etc. [1996] ECR I-475.

1996-03-07 Case C-278/93, **Freers** v Deutsche Bundespost [1996] ECR I-1165.

1996-05-23 Case C-237/94, **O'Flynn** v Adjudication Officer [1996] ECR I-2617.

1997-05-29 Case C-400/95, **Larsson** v Føtex Supermarked [1997] ECR I-2757.

1997-10-02 Case C-1/95, **Gerster** v Freistaat Bayern [1997] ECR I-5253.

1997-10-02 Case C-100/95, **Kording** v Senator für Finanzen [1997] ECR I-5289.

1997-11-11 Case C-409/95, **Marschall** v Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-6363.

1998-04-30 Case C-136/95, Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés v **Thibault** [1998] ECR I-2011.

1998-06-17 Case C-243/95, **Hill** v The Revenue Commissioners and Department of Finance [1998] ECR I-3739.

1998-06-30 Case C-394/96, **Brown** v Rentokil [1998] ECR I-4185.

1998-10-27 Case C-411/96, **Boyle** v EOC [1998] ECR I-6401.

1998-11-19 Case C-66/96, Høj **Pedersen** v Kvickly Skive etc. [1998] ECR I-7327.

1999-02-09 Case C-167/97, R v **Seymour-Smith** and Perez [1999] ECR I-623.

1999-05-11 Case C-309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse v **Wiener Gebietskrankenkasse** [1999] ECR I-2865.

1999-09-09 Case C-281/97, **Krüger** v Kreiskrankenhaus Ebersberg [1999] ECR I-5127.

1999-09-14 Case C-249/97, **Gruber** v Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG. [1999] ECR I-5295.

1999-09-16 Case C-218/98, **Abdoulaye** v Régie nationale des usines Renault SA [1999] ECR I-5723.

1999-10-21 Case C-333/97, **Lewen** v Denda [1997] ECR I-7243.

1999-10-26 Case C-273/97, **Sirdar** v Secretary of State for Defence [1999] ECR I-7403.

2000-01-11 Case C-285/98, **Kreil** v Bundesrepublik Deutschland [2000] ECR I-69.

2000-02-03 Case C-208/98, **Mahlburg** v Land Mecklenburg-Vorpommern [2000] ECR I-549.

2000-02-10 Case C-50-96 Deutsche Telekom v **Schröder** [2000] ECR I-743.

2000-02-10 Case C-270/97, C- 271/97, Deutsche Post v **Sievers**, Schrage [2000] ECR I-929.

2000-03-28 Case C-158/97, **Badeck** v Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen [2000] ECR I-1875.

2000-03-30 Case C236-98, Jämställdhetsombudsmannen v Örebro läns landsting (**JämO**) [2000] ECR

I-2189.

- 2000-04-06 Case C-226/98, **Jørgensen** v Foreningen af Speciallæger [2000] ECR I-2447.
- 2000-07-06 Case C-407/98, **Abrahamsson** v Elisabet Fogelqvist [2000] ECR I-5539.
- 2000-12-07 Case C-79/99, **Schnorbus** v Land Hessen [2000] ECR I-10997.
- 2001-06-26 Case C-381/99, **Brunnhofer** v Bank der österreichischen Postsparkasse AG [2001] ECR I-4961.
- 2001-10-04 Case C-438/99, **Melgar** v Ayuntamiento de Los Barrios [2001] ECR I-6915.
- 2001-10-04 Case C-109/00, **Tele Danmark** v Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK). [2001] ECR I-6993.
- 2001-11-29 Case C-366/99, **Griesmar** v Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie etc. [2001] ECR I-9383.
- 2001-12-13 Case C-206/00, **Mouflin** v Recteur de l'académie de Reims [2001] ECR I-10201.
- 2002-03-19 Case C-476/99, **Lommers** v Minister van Landbouw [2002] ECR I-2891.
- 2002-09-17 Case C-320/00, **Lawrence** v Regent Office Care Ltd [2002] ECR I-7325.
- 2003-02-27 Case C-320/01, **Busch** v Klinikum Neustadt GmbH [2003] ECR I-2041.
- 2003-03-11 Case C-186/01, **Dory** v Bundesrepublik Deutschland [2003] ECR I-2479.
- 2003-03-20 Case C-187/00, **Kutz-Bauer** v Freie und Hansestadt Hamburg [2003] ECR I-02741.
- 2003-09-09 Case C-25/02, **Rinke** v Ärztekammer Hamburg [2003] ECR I-8349.
- 2003-09-11 Case C-77/02, **Steinicke** v Bundesanstalt für Arbeit [2003] ECR I-9027.
- 2003-10-23 Case C-4/02, C-5/02, **Schönheit** v Stadt Frankfurt am Main [2003] ECR I-12575.
- 2004-01-13 Case C-256/01, **Allonby** v Accrington & Rossendale College [2004] ECR I-873.
- 2004-03-30 Case C-147/02, **Alabaster** v Woolwich plc and Secretary of State for Social Security [2004] ECR I-3101.
- 2004-05-27 Case C-285/02, **Elsner-Lakeberg** v Land Nordrhein-Westfalen [2004] ECR I-5861.
- 2004-06-08 Case C-220/02, **Österreichischer Gewerkschaftsbund** v Wirtschaftskammer Österreich [2004] ECR I-5907.
- 2004-03-18 Case C-342/01, **Gómez** v Continental Industrias del Caucho SA [2004] ECR I-2605.
- 2004-09-30 Case C-319/03, **Briheche** v Ministre de l'Intérieur [2004] ECR I-8807.
- 2004-10-12 Case C-313/02, **Wippel** v Peek & Cloppenburg GmbH [2004] ECR I-9483.
- 2004-11-18 Case C-284/02, Land Brandenburg v **Sass** [2004] ECR I-11143.
- 2004-12-09 Case C-19/02, **Hlozek** v Roche Austria Gesellschaft mbH [2004] ECR I-11491.
- 2005-02-01 Case C-203/03, **Commission v Austria** [2005] ECR I-935.
- 2005-03-10 Case C-196/02, **Nikoloudi** v OTE [2005] ECR I-1789.
- 2005-04-14 Case C-519/03, **Commission v Luxembourg** [2005] I-3067.
- 2005-09-08 Case C-191/03, North Western Health Board v **McKenna** [2005] ECR I-7631.
- 2006-02-16 Case C-294/04, Sarkatzis **Herrero** v Imsalud [2006] ECR I-1513.

2006-10-03 Case C-17/05, **Cadman** v Health & Safety Executive [2006] ECR I-9583.

2007-09-11 Case C-227/04 P, **Lindorfer** v Council [2007] ECR I-6767.

2007-10-11 Case C-460/06, **Paquay** v Société d'architectes Hoet [2007] ECR I-8511.

2007-12-07 Case C-300/06, **Voß** v Land Berlin [2007] ECR I -10573.

2008-02-26 Case C-506/06 **Mayr** v Flöckner OHG [2008] ECR I-1017.

2009-07-16 Case C-537/07, Gómez-Limón **Sánchez-Camacho** v INSS [2009] ECR I-6525.

2010-07-01 Case C-471/08, **Parviainen** v Finnair Oyj. [2010] ECR I-6533.

2010-07-01 Case C-194/08, **Gassmayr** v Bundesminister für Wissenschaft und Forschung [2010] ECR I-6281.

2010-09-30 Case C-104/09, Roca **Álvarez** v Sesa Start España ETT SA [2010] ECR I-8661.

2010-11-18 Case C-356/09, Pensionsversicherungsanstalt v **Kleist** [2010] ECR I-11939.

2011-03-01 Case C-236/09, Association Belge des Consommateurs **Test-Achats** ASBL v Conseil des ministres [2011] ECR I-773.

2011-05-10 Case C-147/08, **Römer** v Freie und Hansestadt Hamburg [2011] ECR I-3591.

2011-07-21 Case C-104/10, **Kelly** v National University of Ireland [2011] ECR I- 6813.

2012-04-19 Case C-415/10, **Meister** v Speech Design Carrier Systems GmbH.
ECLI:EU:C:2012:217.

2013-02-28 Case C-427/11, **Kenny** v Minister for Justice etc. ECLI:EU:C:2013:122.

2013- 06-20 Case C-07/12, **Riežniece** v Zemkopības ministrija ECLI:EU:C:2013:410.

2014-03-06 Case C-595/12, **Napoli** v Ministero della Giustizia ECLI:EU:C:2014:128.

2014-03-18 Case C-167/12, **C.D.** v S.T ECLI:EU:C:2014:169.

参考文献一覧 (外国文献)

- Ahtela, Karoliina [2005] : 'The Recised Provisions on Sex Discrimination in European Law: A Critical Assessment' (2005) 11 *European Law Journal* 57-78.
- Albertyn, Catherine [2007] : 'Substantive Equality and Transformation in South Africa' (2007) 23 *South African Journal on Human Rights* 253-276.
- Albertyn, Catherine/ Fredman, Sandra/ Fudge, Judy [2007] : 'Introduction:Substantive Equality, Social Rights and Women: A comparative Perspective' (2007) 23 *South African Journal on Human Rights* 211-213.
- Bamforth, Nicholas/ Malik, Maleiha/ O'Conneide ,Colm ed., [2008] : *Discrimination Law: Theory and Context* (Sweet & Maxwell, 2008).
- Barnes, Lizzie [2009] : 'Equality Law and Experimentation: The Positive Action Challenge' 68 *Cambridge Law Journal* (2009) 623-654.
- Barnes, Lizzie/ Astiany, Sue [2003] : 'The Diversity Approach to Achieving Equality: Potential and Pitfall' (2003) 32 *Industrial Law Journal* 274-296.
- Barrett, Gavin [2003] : 'Re-examing the Concept and Principle of Equality in EC Law, Discrimination, Equality and Social', (2003) 22 *Years Book of European Law* 117-153.
- Barnard, Catherine [2004] : 'The Future of Equality Law: Equality and Beyond' , Barnard, Catherine /Deakin, Simon ed., *The Future of Labour Law* (2004, Hart Publishing) 213-228.
- _____ [2006] [2012] : , *EC Employment Law 3th ed.*, (Oxford Univ. Press, 2006); *4th ed.*, (2012).
- _____ [2007] : 'Social Policy Revisited in the Light of the Constitutional Debate', in *The Fundamental of EU Law Revised: Assessing the impact of the Constitutional Debate* (Oxford Univ. Press, 2007) 109-151.
- Barnard, Catherine /Hepple, Bob [1999] : 'Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith' *Cambridge Law Journal* 58 (1999) 399-412.
- _____ [2000] : ' Substantive Equality' *Cambridge Law Journal* 59 (2000) 562-585.
- Barrett,Gavin [2003] : ' Re-examining the Concept and Principle of Equality in EC Law' (2003) 23 *Yearbook of European Law* 117-153.
- Beck, Gunnar [2007] : ' The state of EC anti-sex discrimination law and the judgment in Cadman, or how the legal can become the political' (2007) 32 *European Law Review* 549-562.
- Bell, Mark [2000] : 'Equality and Diversity: Anti-discrimination Law after Amsterdam' in Shaw ed. *Social Law and Policy in an Evolving European Union* (Hart Publishing, 2000) 157-170.
- _____ [2002] : *Anti-Discrimination Law and the European Union* (Oxford Univ. Press, 2002)
- _____ [2004] : 'Equality and the European Union Constitute' *I LJ* 33 (2004) 242-260.
- _____ [2005]: 'Walking in the Same Direction? The Contribution of the European Social Charter

- and the European Union to Combating Discrimination'(2005) in Búrca and Witte ed. *Social Rights in Europe* (Oxford. Univ. Press, 2005)
- _____ [2011] : 'The Principle of Equal Treatment: Widening and Deeping'(2011) in Craig, Paul. / Búrca, Gráinne de ed., *The Evolution of EU Law 2nd ed.*(Oxford Univ. Press, 2011) at 611-639.
- Bell, Mark/ Waddington, Lisa [2003] : 'Reflecting on Inequalityies in European equality' (2003) 28 *European Law Review* 349-369.
- _____ [2011] : 'Exploring the Boundaries of Positive Action under EU Law: A Search for Conceptual Clarity (2011) 48 *Common Market Law Review* 1503-1526.
- Boch, Christine [1998] : 'Official: During Pregnancy, Females are Pregnant', (1998) 23 *European Law Review* 493.
- Bowers, John/ Moran Elena[2002] : 'Justification in Direct Sex Discrimination Law: Breaking the Taboo' (2002) 31 *Industrial Law Journal*307-320.
- Burri, Susanne/ Prechal, Sacha [2009] : 'Comparative approaches to gender equality and non-discrimination within Europe' (2009) in Schiek, Dagmar/ Chege, Victoria ed., *European Union Non-Discrimination Law* (Routledge-Cavendish, 2009) 215-247.
- Burrows, Noreen/ Robinson, Muriel[2007] : 'An Assessment of the Recast of Community Equality Laws' (2007) 13 *European Law journal*186-203.
- Chamallas, Martha [2003] : *Introduction to Feminist Legal Theory 2ed.* (Aspen Publishers, 2003)
- Collins, Hugh [2003a] : 'Discrimination, Equality and Social Inclusion' 66 *Modern Law Review* at 16-4.
- _____ [2003b] : *Employment Law*, (Oxford Univ. Press, 2003; 邦訳 イギリス労働法研究会 『イギリス雇用法』 [成文堂、2008年])
- _____ [2005] : 'Social Inclusion: A Better Approach to Equality Issues?'(2005) 14 *Transnational Law & Contemporary Problems* 897-918.
- _____ [2011] : ' Theories of Rights as Justifications for Labour Law' (2011) in Guy Davidov/ Brian Langille ed., *The Idea of Labour Law* , (Oxford Univ. Press, 2011) 137-155.
- Colker, Ruth [1986] : 'Anti-Subordination above All: Sex, Race, and Equal Protection' (1986) 61 *New York University Law Review* 1003.
- Costello,Cathryn / Davies Gareth [2006] : 'The case law of the Court of Justice in the field of sex equality since 2000 (2006) 43 *Common Market Law Review* 1567-1616.
- Cunningham, Naomi [2009] : 'Indirect Discrimination: Between the Wheat and the chaff' (2009) 38 *Industrial Law Journal* 209-214.
- Craig, Paul/ De Búrca, Gráinne [2008] : *EU Law 4th ed.*, (Oxford University press, 2008) .
- Dashwood, Alan/ O'Leary Síofra ed., [1997] : *The Principle of Equal Principle of Equal Treatment in EC Law* (Sweet & Maxwell, 1997).
- De Schutter/Olivier [2007] : 'Positive Action' in Schiek/ Dagmar Dagmar etc. ed. *Non-Discrimination*

Law (Hart Publishing 2007) 757-869.

- Deakins, Simon/ Morris, S Gillian [2012] : *Labour Law 6th ed.* (Hart Publishing, 2012)
- Doyle, Braian/ Casserley, Catherine/ Cheetham, Simon/ Gay, Vivienne/ Hyams, Oliver [2010] : *Equality and Discrimination, The New Law* (Jordan Publishing Limited, 2010).
- Dworkin, Ronald [1997] : *Taking Rights Seriously* (Bloomsbury Academic, 1997); 邦訳小林公他『権利論 (増補第3判)』 (木鐸社、2001年)。
- _____ [1997] : *Sovereign Virtue: The theory and Practice of Equality* (Harvard Univ. Press, 2000); 邦訳小林公他『平等とは何か』 (木鐸社、2002年)
- Ellis, Evelyn [1993] : 'Protection of Pregnancy and Maternity' (1993) 22 *Industrial Law Journal* 63-67.
- _____ [1994] : 'The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law' (1994) 19 *European Law Review* 563-580.
- _____ [1998] : 'Recent development in European Community sex equality' (1998) 37 *Common Market Law Review* 379-408.
- _____ [2000] : 'The recent jurisprudence of the Court of Justice in the field of sex equality' 37 *Common Market Law Review* (2000) at 1403-1426.
- _____ [2005] : *EU Anti-Discrimination Law*, (Oxford Univ. Express, 2005)
- Ellis, Evelyn and Watson, Philippa [2012] : *EU Anti-Discrimination Law 2nd ed.*, (Oxford Univ. Express, 2012)
- Fenwick, Helen/ Hervey, Tamara K., [1995] : 'Sex Equality in the Single Market: New Directions for the European Court of Justice' (1995) 32 *Common Market Law Review* 443-470.
- Fiss, Owen M. [1976] : 'Groups and the Equal Protection Clause' (1976) *Philosophy & Public Affairs* 107.
- Forshaw, Simon/ Pliigerstorfer, Marcus [2008] : 'Direct and Indirect Discrimination: Is There Something in between?' (2008) 37 *Industrial Law Journal* 347-364.
- Foubert, Petra [2002] : *The Legal Protection of the Pregnant Worker in the European Community* (Kluwer Law International, 2002)
- Frazer, Nancy, *Justice Interruptus, Critical Reflections on the "Postsocialist" Condition* [1997] : 邦訳仲正昌樹監訳『中断された正義 「ポスト社会主義的」条件をめぐる批判的省察』(お茶の水書房 2003年)
- Frazer, Nancy/ Axel Honneth, *Umverteilung Oder Anerkennung?* (Suhrkamp Verlag, 2003): 邦訳『再配分か承認か?』 (法政大学出版局、2012年)
- Fredman, Sandra [1992] : 'European Community Discrimination Law: A Critique', 21 *ILJ* at 119-134.
- _____ [1994] : 'Equal Pay and Justification' 23 *ILJ* (1994) at 37-41.
- _____ [1996] : 'The Poverty of Equality: Pensions and the ECJ' 25 *ILJ* (1996) at 91-109.
- _____ [1997] : *Women and the Law* (1997, Clarendon Press)
- _____ [2001a] : 'Equality: A New Generation?' (2000) 30 *ILJ* 145-168.

- _____ [2001b] : ‘Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality’ in Fredman ed., *Discrimination and Human Rights* (Oxford Univ. Press, 2001)
- _____ [2002] [2011a] : *Discrimination Law*, (Oxford University Press, 2002); *Discrimination Law 2nd ed.*, (2011).
- _____ [2003] : ‘The age of Equality’ in Fredman/Spencer ed. *Age as an Equality Issue* (Hart Publishing, 2003).
- _____ [2004 a] : ‘Marginalising Equal Pay Law’s’ (2004) 281 *Industrial Law Journal* 282-283.
- _____ [2004 b] : ‘The Ideology of New Labour Law’ in Barnard etc ed. *The Future of Labour Law* (Hart Publishing, 2004) at 9-39.
- _____ [2005a] : ‘Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation’, 12 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, at 369-397.
- _____ [2005b] : ‘Providing Equality: Substantive Equality and the Positive Duty to Provide’ 21 *SAJHR* at 163-190.
- _____ [2006a] : ‘Transformation or Dilution: Fundamental Rights in the EU Social Space’ 12 *European Law Journal* at 41-60.
- _____ [2006b] : ‘Precarious Norms for Precarious Workers’ in Fudge/Owen ed., *Precarious Work, Women, and The New Economy* (Hard Publishing) at 177-200.
- _____ [2007] : ‘Redistribution and Recognition: Reconciling Inequality’ 23 *SAJHR* at 214-234.
- _____ [2008a] : *Human rights transformed*, (Oxford Univ. Press 2008)
- _____ [2008b] : ‘Reforming Equal Pay Laws’, 37 *Industrial Law Journal* 193-218.
- _____ [2009a] : ‘Positive rights and Positive duties, Addressing intersectionality’ in Dagmar Schiek etc. ed., *European Union Non-Discrimination Law* (Cavendish Publishing 2009) 73-89.
- _____ [2009b] : ‘Engendering Socio-Economic Rights’ 25 *South African Journal on Human Rights* 410-441.
- _____ [2010] : ‘Positive Duties and Socio-Economic Disadvantage: Bringing Disadvantage on to the Equality Agenda’ (2010) 3 *European Human Rights Law Review* 290-304.
- _____ [2011b] : ‘The Public Sector Equality Duty’ (2011) 40 *Industrial Law Journal* 405-427.
- _____ [2011c] : ‘The potential and Limits of an Equal Rights Paradigm in Addressing Poverty’ (2011) *Stellenbosch Law Review* 566-590.
- _____ [2012] : ‘Breaking the Mold: Equality as a Proactive Duty’ 60 *The American Journal of Comparative Law* at 265-287.
- _____ [2004] : ‘Addressing Disparate Impact: Indirect Discrimination and the Public Sector Equality Duty’ (2014) 43 *Industrial Law Journal* 349-363.
- Foubert, Petra [2002] : *The Legal Protection of the Pregnant Worker in the European Community; Sex Equality, Thought of Social and Economic Policy and Comparative Leaps to the*

United States of America (Kluwer Law International, 2002)

- Fudge, Judy [2007] : 'Substantive Equality, The supreme Court of Canada, and The Limits to Redistribution' (2007) 23 South African Journal on Human Rights 235 -252.
- Gill, Tess/ Monaghan, Karon [2003] : 'Justification in Direct Sex Discrimination Law: Taboo Upheld' (2003) 32 Industrial Law Journal 115-122.
- Incomes Data Services Ltd [2010] : *The Equality Act 2010* (Incomes Data Services Ltd, 2010) .
- Hepple, Bob [1990] : 'Discrimination and Equality of Opportunity-Northern Irish Lessons' (1990) 10 Oxford Journal of Legal Studies 408- 421.
- _____ [1997] : 'The Principle of Equal Treatment in Article 119 EC and the Possibilities for Reform' in Dashwood/ O'leary ed., *The Principle of Equal Treatment in EC Law* (1997, Sweet & Maxwell) at 137-171.
- _____ [2004] : 'Race and Law in Fortress Europe' (2004) 67 Modern Law Review at 1-15.
- _____ [2006] : 'The European Legacy of *Brown v. Board of Education*' (2006) 1 University of Illinois Law Review 605-624.
- _____ [2008] : 'The Aims of Equality Law' 61 (2008) Current Legal Problems 2008 (Oxford Univ. Press, 2008) 1-22.
- _____ [2011 a] [2014] : *Equality, The New Legal Framework 1st ed.*, (Hart Publishing, 2011), 2nd ed., (2014).
- _____ [2011 b] : 'Enforcing Equality Law: Two Step Forward and Two Step Backward for Reflexive' (2011) 40 Industrial Law Journal 315-335.
- Hepple, Bob/ Coussey, Mary/ Choudhury, Tufyal [2000] : *Equality : A New Framework, Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-discrimination Legislation* (Hart Publishing, 2000).
- Hepple, Bob / Szyzyczk, Erika ed. [1992] : *Discrimination: The Limits of Law*, (Mansell Publishing, 1992)
- Hervey, Tamara K. [2005] : 'Thirty years of EU Sex Equality Law: Looking Backwards, Looking Forwards (2005)' 12 Maastricht Journal of European and Comparative Law 307-325.
- Holtmaat, Rikki / Tobler, Christa [2005] : 'CEDAW and the European Union's policy in the field of combating Gender Discrimination' (2005) 12 Maastricht Journal of European and Comparative Law 399-425.
- Honeyball, Simon [2000] : 'Pregnancy and Sex Discrimination', (2000) 29 Industrial Law Journal 47.
- Hoskyns, Catherine [1996] : *Integrating Gender-Women, Law and Politics in the European Union-* (VERSO ,1996)
- Income Data Service Ltd [2010] : *The Equality Act 2010* (Income Data Service Ltd, 2010).
- Jacomainl Jean [1994] : 'Pregnancy as Grounds for Dismissal' (1994) 23 Industrial Law Journal 355-359.
- Karst, Kenneth L. [1977] : 'The Supreme Court 1976 Term, Foreword: Equal Citizenship Under The

- Fourteenth Amendment' (1977) 91 Harvard Law Review 1.
- Karst, Kenneth L. [1983] : 'Why Equality Matters' (1983)17 Georgia Law Review 245
- _____ [1989] : *Belonging to America, Equal Citizenship and the Constitution* (Yale Univ. Press, 1989).
- Keller, Perry [1998] : 'Re-Thinking Ethnic and Cultural Rights in Europe' (1998) 18 Oxford Journal of Legal Studies 29-59.
- Kenner, Jeff, *EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and Beyond* (2003, Hart Published)
- Kilpatrick Claire [2011] : 'The Court of Justice and Labour Law in 2010: A New EU Discrimination Law Architecture' (2011) 40 Industrial Law Journal 280-301.
- Kymlicka, Will [2002] : *Contemporary Political Philosophy, An Introduction 2ed.*, 邦訳 千葉真他『新判現代政治理論』（日本経済評論社、2005年）。
- Kittay, Eva Feder [1999] : *Love's Labor: Essays on Women, Equality, and Development* (Routledge, 1999); 邦訳 岡野八代他『愛の労働あるいは依存とケアの正義論』（白澤社、2010年）。
- Koldinská, Kristina [2011] : 'Case law of the European Court of Justice on Sex' (2011) 48 CMLRev 1599-1638.
- Küchhold, Kristina [2001] : 'Badeck-The Third German Reference on Positive Action' (2001) 30 ILJ 116-120.
- Lacey, Nicola [1995] : 'From Individual to Group?' in Hepple /Szyszczak ed., *Discrimination: The Limits of Law* (Mansell Publication Limited, 1995) at 99.
- Lester, Anthony QC [1998] : 'The Overseas Trade in the American Bill of Rights' (1988) 88 Columbia Law Review 537-561.
- Liebenberg, Sandra/ Goldblatt, Beth [2007] : 'The Interrelationship between Equality and Socio-Economic Rights under South Africa's Transformative Constitution' (2007) 23 South African Journal on Human Rights 335-361.
- MacKinnon, Catharine A. [1979] : *Sexual Harassment of Working Women* (Yale Univ. Express, 1979), 邦訳 村山淳彦監訳『セクシュル・ハラスメント オブ ワーキング・ウイメン』（こうち書房、1999年）
- Masselot, Annick [2007] : 'The State of Gender Equality Law in the European Union' 13 European Law Journal (2007) 152-168.
- McGlynn, Clare [2000] : 'Pregnancy, parenthood and the Court of Justice in Abdoulaye', (2000) 25 European Law Review 659-661.
- McColgan, Aileen [2005] : *Discrimination Law 2nd ed.* (Hart Publishing, 2005)
- McCrudden, Christopher [1982] : 'Institutional Discrimination' (1982) Oxford Journal of Legal Studies 303-367.
- _____ [2007] : 'Equality and Reflexive Regulation: a Response to the Discrimination Law

- Review's Consultative Paper (2007) 36 *Industrial Law Journal* 255-266.
- _____ [2009] : 'Equality and Discrimination' in Feldman, D. ed., *English Public Law 2nd ed.* (Oxford Univ. Press, 2009) 499-571.
- McCrudden, Christopher/ Kountouros, Haris [2007] : 'Human Rights and European Equality Law' (2007) in Meenan, Helen, ed. *Equality Law in an Enlarged European Union* (2007, Cambridge Univ. Press) at 73-116.
- Meenan, Helen, ed., [2007] : *Equality Law in an Enlarged European Union* (2007, Cambridge Univ. Press).
- Mock, William B.T./ Demuro Gianmario [2010] : *Human Rights in Europe, Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union* (Carikuba Academic Press, 2010).
- More, Gillian [1999] : 'The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?' in Craig, Paul. / De Búrca, Gráinne ed., *The Evolution of EU Law* (Oxford Univ. Press, 1999) 517-553.
- Moore, Sarah [1994] : 'Current Survey, Economic and Social Policies' (1994) *European Law Review* 653-660.
- _____ [2000] : 'Case C-167/97, R v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laure Perez. Judgement of 9 February 1999' (2000) 37 *Common Market Law Review* 157-165.
- More, Gillian [1999] : 'The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Rights?' (1999) Graig /Búrca ed., *The Evolution of EU Law* (Oxford Univ. Press, 1999) 517-553.
- Nielsen, Ruth [1992] : 'Judgment of the European Court of Justice: Case C-177/88' (1992) 29 *Common Market Law Review* 160-169.
- Nussbaum, Marth C. [2000] : *Women and Human Development* (Cambridge Univ. Press, 2000); 邦訳池本幸生他『女性と人間開発』（岩波書店、2005年）。
- O'Conneide, Colm [2006] : 'Positive Action and the Limits of Existing Law' (2006) 3 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 351-364.
- _____ [2007] : 'The Commission for Equality and Human Rights: a new institution for new and uncertain times' (2007) 36 *Industrial Law Journal* 141-162.
- O'Leary, Siofra [2010] : 'Defrenne Revisited' in Maduro/Azoulai, *The Past and Future of EU Law* (Hart Publishing, 2010) 274-285.
- Phillips, Ann [1995] : *The Politics of Presence* (Clarendon Press, 1995).
- Prechal, Sacha [2004] : 'Equality of Treatment, non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes', *Common Market Law Review* 41 (2004) at 533-551.
- Prechal, Sacha/ Burrows, Noreen [1990] : *Gender Discrimination Law of the European Community* (Dartmouth Publishing, 1990)

- Rawls, John [1971] : *A Theory of Justice* (1971, Harvard University Press) 邦訳矢島欽次監訳『正義論』(紀伊国屋書店、1979年)
- Sandel, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge University Press, 1982)
 菊池理夫訳『自由主義と正義の限界』(三嶺書房、1992年)
- Schiek, Dagmar [1996] : 'Positive action in Community Law' (1996) 25 *Industrial Law Journal* 239-246.
 _____ [1997] : *EU Non-Discrimination Law-Self Study materials* (2007)
 _____ [1998 a] : 'More Positive Action in Community Law' (1998) 27 *Industrial Law Journal* 155-161.
 _____ [1998 b] : 'Sex Equality Law After Kalanke and Marshall' (1998) 4 *European Law Journal* 148-166
 _____ [2002 a] : 'A New Framework on Equal Treatment of Person in EC Law?' (2002 a) 8 *European Law Journal* 290-314.
 _____ [2002 b] : 'Torn between Arithmetic and Substantive Equality? Perspectives on Equality in German Labour Law' (2002b) 18 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 149-167.
 _____ [2005] : 'Broadening the scope and the norms of EU Gender Equality Law: Toward a multidimensional conception of Equality Law' (2005) 12 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 427-466.
 _____ [2009] : 'From European Union non-discrimination law towards multidimensional equality law for Europe' (2009) in Schiek, Dagmar/ Cheng, Victoria ed., *European Union Non-Discrimination Law* (Routledge · Cavendish, 2009) 3-27.
- Schiek, Dagmar/ Lawson, Anna ed. [2011] : *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality* (Ashgate Publishing, 2011) .
- Schiek, Dagmar/ Mulder, Jule [2011] : 'Intersectionality in EU Law: A Critical Re-appraisal' (2011) in [Schiek/Anna 2011] .
- Schiek, Dagmar/ Waddington, Lisa/ Bell, Mark [2007] : *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (2007, Hart Publishing) .
- Schwarze, Jürgen [1992] : , *European Administrative Law* (Sweet and Maxwell, 1992).
- Sen, Amartya [1992] : *Inequality Reexamined* (Oxford Univ. Press, 1992) ; 邦訳池本幸生他『不平等の再検討』(岩波書店、1999年)
- Simon, Denys [2010] : 'SABENA is dead, Gabrielle Defrenne's case is still alive: the old lady's testament...' (2010) in Maduro/ Axoulay ed, *The Past and Future of EU Law, The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, (Hart Publishing, 2010).
- Snell, Jukka [2002] : *Goods and Service in EC law* (Oxford University Press, 2002)
- Solanke, Iyiola [2009] : 'Putting Race and Gender Together: A New Approach To Intersectionality'

- (2009) 72 *Modern Law Review* 723-749.
- Stott, David [2002] : 'What Price Certainty', (2002) 27 *European Law Review* 356.
- Sunstein, Cass R. [1994] : 'The Anti-Cast Principle' (1994) 92 *Michigan Law Rev.* 2410.
- _____ [1997] : *Free Market and Social Justice* (Oxford Univ. Press, 1997).
- Taylor, Charles [1994] : *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition* (Princeton Univ. Press, 1994) ; 佐々木毅他訳『マルチカルチュラルリズム』(岩波書店、1996年)
- Tobler, Christa [2005] : *Indirect Discrimination* (Intersentia, 2005) .
- Tridimas, Takis [2006] : *The General Principles of EU Law 2nd ed.* (Oxford Univ. Press, 2006).
- Vickers, Lucy [2001] : 'Promoting equality or fostering resentment? The public sector equality duty and religion and belief' (2001) 31 *Legal Studies* 135-158.
- Waddington, Lisa [2004] : 'The Development of a New Generation of Sex Equality Directives' (2004) 11 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 3-11.
- Waddington, Lisa/ Hendriks, Aart [2002] : 'The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination.' (2002) 13 *The international Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 425.
- Watt, Horatia Muir, [2010] : 'Gender Equality and Social Policy after Defrenne', in Maduro/ Axoulai ed., *The Past and Future of EU Law, The Classics of EU Law Revisit on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (Hart Publishing, 2010).
- Westen, Peter [1982] : 'The Empty Idea of Equality' (1982) 95 *Harvard Law Review.* 537.
- Wintemute, Robert [1998] : 'When is Pregnancy Discrimination Indirect Sex Discrimination?' (1998) 27 *Industrial Law Journal* 23-36.

参考文献一覧（日本）

- 愛敬浩二 [2007] : 「リベラリズムとポジティブ・アクション」 田村哲樹ほか編『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、2007年）41頁以下。
- 相澤美智子 [2003] : 「間接性差別禁止規定導入についての思索—アメリカ法における差別的効果理論とイギリスにおける間接差別理論の比較から—」（2003年）社会科学研究 54巻1号 171頁以下。
- _____ [2005a] : 「間接性差別法理の内容と適用可能性」（2005年）日本労働研究雑誌 538号 32頁以下。
- _____ [2005b] : 「男女雇用平等への新段階へ—男女雇用機会均等政策研究会報告書—」（2005年）日本労働法学会誌 105号 129頁以下。
- _____ [2012] : 『雇用差別への法的挑戦』（創文社、2012年）
- 浅倉むつ子 [1984] : 「雇用上の間接差別禁止立法の意義」（1984年）『労働基準法の課題と展望』（日本評論社、1984年）。
- _____ [1991] : 『男女雇用平等法論』（ドメス出版、1991年）
- _____ [1996] : 「諸外国におけるアファーマティブ・アクション 第1章 EU・EC」東京女性財団編『諸外国のアファーマティブ・アクション法制—雇用の分野にみる法制度とその運用実態』（1996年）1頁以下。
- _____ [1998] : 「性差別の『例外』とポジティブ・アクション」労働法律旬報 1439・40号(1998年)52頁以下。
- _____ [2000] : 『労働とジェンダーの法律学』（有斐閣、2000年）
- _____ [2004] : 『労働法とジェンダー』（勁草書房、2004年）
- _____ [2007] : 『比較判例ジェンダー法』（不磨書房、2007年）
- _____ [2013] : 「イギリス 2010年平等法における賃金の性平等原則」根本到外編『西谷敏先生古稀記念論集（下）労働法と現代法の理論』（日本評論社、2013年）
- 阿部浩己 [2004] : 「女性差別撤廃条約とフェミニスト・アプローチ」ジェンダーと法 1号（2004年）75頁以下。
- _____ [2014] : 『国際人権を生きる』（信山社、2014年）
- 阿部照哉 [1991] : 『憲法 改訂版』（青林書院、1991年）
- 阿部照哉/野中俊彦 [1984] : 『平等の権利』（法律文化社、1984年）
- 荒木座長 [2011] : 荒木尚志座長他『雇用形態における均等処遇についての研究会報告書』（労働政策研究・研修機構、2011年）。
- 荒木尚志/大内伸哉/大竹文雄/神林龍 [2008] : 『雇用社会の法と経済』（有斐閣、2008年）。
- 有賀眞/伊藤恭彦/松井暁編 [2000] : 『ポスト・リベラリズム』（ナカニシヤ出版、2000年）。
- _____ [2004] : 『現代規範理論入門 ポスト・リベラリズムの新展開』（ナカニシヤ出

版、2004年)

- 石井保雄 [1993] : 「EC法の均等待遇原則と女子労働者の深夜労働禁止」労働法律旬報 1315号 (1993年) 6頁以下。
- 伊藤洋一 [2002] : 「EU基本権憲章の背景と意義」(2002年)法律時報 74巻4号 21頁以下。
_____ [2005] : 「ヨーロッパ法における積極的措置」内閣府男女共同参画局ポジティブ・アクション研究会『ポジティブ・アクション研究会報告書(別冊・第2部)』(2005年) 1頁以下。
- 犬伏由子他 [2012] : 『レクチャージェンダー法』(法律文化社、2012年)。
- 井上達夫「パターナリズムと人権」(1989年)ジュリスト 945号 64頁以下。
- 井上典之 [1995-1998] : 「平等保障の裁判的実現(1)-(4)」神戸法学 45巻3号 (1995年) 533頁以下、46巻1号 (1996年) 127頁以下、46巻4号 (1996年) 693頁以下、48巻2号 (1998年) 301頁以下。
_____ [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 1237号 (2003年) 49頁以下。
- 岩村正彦/菊池馨実/川島聡/長谷川珠子 [2014] : 「座談会 障害者権利条約の批准と国内法の新たな展開—障害者に対する差別の解消を中心に」クオリティ・ジュリスト 2014年冬号 4頁以下。
- 植木 淳 [2011] : 『障害ある人の権利と法』(日本評論社、2011年)。
_____ [2015] : 「日本国憲法と合理的配慮」(2015年)法律時報 87巻1号 74頁以下。
- 内野正幸 [2005] : 『憲法解釈の論点〔第4版〕』(日本評論社、2005年)
- 浦部法穂 [2000] : 『全訂 憲法学教室』(日本評論社、2010年)。
- 上野千鶴子 [2011] : 「比較ジェンダー・レジューム論の構想」辻村みよ子編『ジェンダー社会科学の可能性 第1巻』(岩波書店、2011年)。
- 浦部法穂 [2000] : 『全訂 憲法学教室』(日本評論社、2000年)。
- 緒方桂子 [2013] : 「女性の労働と非正規労働法制」根本到他編『労働法と現代法の理論』(日本評論社、2013年) 457頁以下。
- 大藤紀子 [2000a] : 「男女平等取扱原則適用の限界」貿易と関税 48巻2号 (2000年) 95頁以下。
_____ [2000b] : 「陸海軍女性入隊差別事件」貿易と関税 48巻12号 (2000年) 116頁以下。
_____ [2004] : 「第3章 欧州連合(EU)における男女共同参画政策とポジティブ・アクション」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) 49頁以下。
_____ [2008] : 「『平等』／『差別禁止』原則について」獨協法学 77号 (2008年) 159頁以下。
- 大屋雄裕 [2007] : 「平等理論とポジティブ・アクション」田村哲樹他編『ポジティブ・アク

- シヨンの可能性』(ナカニシヤ出版、2007年)64頁以下。
- 奥山明良 [1998] : 「女子保護規定の廃止に伴う法律問題」労働法学会誌 92号 (1998年) 85頁以下。
- 小俣勝治 [2011] : 「法的パターナリズムと労働者保護—ドイツの議論を中心に—」山田省三ほか編『労働者人格権の研究 上巻』(2011年、信山社) 89頁以下。
- 神谷雅子 [1997] : 「ジェンダーとフェミニスト法理論」『岩波講座 現代の法 11』(岩波書店、1997年) 37頁以下。
- 川島 聡 [2012] : 「英国平等法における障害差別禁止と日本への示唆」大原社会問題研究所雑誌 (2012年) 641号 28頁以下。
- 川本隆史 [1995] : 『現代倫理学の冒険』(創文社、1995年)
- 木村草太 [2008] : 『平等なき平等条項論』(東京大学出版会、2008年)。
- _____ [2010] : 「平等権—誰の何に関する何のための平等か」長谷部恭男編『講座人権論の再定位 3 人権の射程』(法律文化社、2010年) 3頁以下。
- 黒岩容子 [2008a] [2009] : 「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、59巻2号(2009年)173頁以下。
- _____ [2008b] : 「2002年EC指令が仮想比較対象者をみとめたことの意義とその影響—同一価値労働同一賃金原則から『価値に比例した賃金原則へ』」労働法律旬報 1675号 37頁以下。
- _____ [2010a] : 「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(2010年)191頁以下。
- _____ [2011a] [2011b] : 「妊娠・出産に関するEU法の展開(1)(2)」早稲田大学大学院法研論集 137号 57頁以下(2011年)、139号 93頁(2011年)以下。
- _____ [2012a] [2012b] [2013] : 「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)」早稲田大学大学院法研論集 141号 105頁以下(2012年)、144号 55頁以下(2012年)、146号 71頁以下(2013年)。
- _____ [2014a] : 「EU法における反性差別法理の展開とその課題」早稲田大学大学院法研論集 150号(2014年)131頁以下。
- _____ [2014b] : 「性平等に向けての法的枠組み」日本労働研究雑誌 648号 60頁以下。
- 毛塚勝利 [2011] : 「労働法における差別禁止と平等取扱—雇用差別法理の基礎理論的考察—」『角田邦重先生古稀記念 労働者人格権の研究 下巻』(信山社、2011年) 3頁以下。
- _____ [2013] : 「非正規労働の均等処遇問題への法理論的接近方法—雇用管理区分による処遇格差問題を中心に」日本労働研究雑誌 636号(2013年)14頁以下。
- 現代史出版編集部編 [1975] : 『国際婦人年 メキシコ会議の記録』(現代史出版会、1975年)。
- 小泉良幸 [2002] : 『リベラルな共同体 ドゥオーキンの政治・道徳理論』(勁草書房、2002年)。

- _____ [2003] : 「人権と共同体」ジュリスト 1244 号 (2003 年) 38 頁以下。
- _____ [2007] : 「自己決定とパターナリズム」『人権論の新展開』(岩波書店、2007 年) 169 頁以下。
- _____ [2013] : 「人権とオートノミー—自律の教説は公共社会の“物語”たりうるか?」全国憲法研究会編『憲法問題 24 2013』(三省堂、2013 年) 63 頁以下。
- 小島妙子 [2006] : 「改正均等法の『実効性』—改正均等法は雇用における男女平等を推進できるのだろうか?」季刊労働法 214 号 (2006 年) 125 頁以下。
- 国際女性の地位協会編 [1992] : 『女子差別撤廃条約注解』(尚学社、1992 年)。
- _____ [2010] : 『コンメンタール 女性差別撤廃条約』(尚学社、2010 年)。
- 小宮文人 [2006] : 『現代イギリス雇用法』(信山社、2006 年)
- 小山 剛 [1998] : 『基本権保護の法理』(成文堂、1998 年)。
- 斉藤 周 [1991] : 「夜間労働に関する新しい ILO 基準の選択」労働法学会誌 77 号(1991 年)766 頁以下。
- 櫻庭涼子 [2007] : 「EU の雇用平等法制の展開」法律時報 79 卷 3 号 (2007 年) 64 頁以下。
- _____ [2008] : 『年齢差別禁止の法理』(信山社、2008 年)。
- _____ [2010] : 「雇用差別禁止法制—ヨーロッパの動向」水町勇一郎/連合総研編『労働法改革』(日本経済新聞社、2010 年) 119 ページ以下。
- 佐々木弘通 [2009] : 「平等原則」安西文雄他編『憲法額の現代的論点 第 2 判』(有斐閣、2009 年) 327 頁以下。
- 佐藤幸治 [1988] : 「日本国憲法と『自己決定権』」法学教室 98 号(1988 年) 6 頁以下。
- _____ [2011] : 『日本国憲法論』(成文堂、2011 年)。
- 島田裕子 [2013] : 「平等賃金支払いの法理」労働法学会誌 122 号 (2013 年) 151 頁以下。
- 塩川伸明 [2001] : 「集团的抑圧と個人」江原由美子編『フェミニズムとリベラリズム』(勁草書房、2001 年) 35 頁以下。
- 志田陽子 [2012] : 「多文化主義とジェンダー」全国憲法研究会『憲法問題 23』(三省堂、2012) 99 頁以下。
- 柴山恵美子 [2003] : 「男女均等待遇原則の主流化に向かって EU 労働法制の展開 (上)」大原社会問題研究所雑誌 534 号(2003 年)14 頁以下。
- 柴山恵美子/中曾根佐織 [2004 a] : 『EU の男女均等政策』(日本評論社、2004 年)。
- _____ [2004 b] : 『EU 男女均等法・判例集』(日本評論社、2004 年)。
- 白水 隆 [2011a] : 「憲法上の間接差別法理に関する予備的考察」(2011 年)憲法理論研究会編『政治変動と憲法理論』(敬文堂、2011 年) 207 頁以下。
- _____ [2011b, 2012a, 2012b] : 「憲法上の平等権概念と間接差別—カナダにおける議論を素材として—(1)(2)(3)」法學論叢 170 卷 3 号 (2011 年 b) 11 頁以下、同 171 卷 4 号 (2012 年 a) 67 頁以下、同 171 卷 5 号 (2012 年 b) 66 頁以下。
- 庄司克宏 [2013] : 『新 EU 法 基礎編』(岩波書店、2013 年)。

- _____ [2007] : 『欧州連合 統治の論理とゆくえ』 (岩波新書、2007年)。
- 須網隆夫 [1991] : 「変貌する EC 労働法」季刊労働法 161号 (1991年) 183頁以下。
- _____ [2001] : 『ヨーロッパ経済法』 (新世社、2001年初版第2刷)。
- 菅野和夫 [2012] : 『労働法 第十版』 (弘文堂、2012年)
- 鈴木 隆 [2008] : 「雇用平等法—雇用平等法の統一化に向かう動き」(2008年)労働法律旬報 1684号 54頁以下。
- _____ [2009 a] : 「雇用平等法の最近の動向について」季刊労働法 224号 (2009年) 214頁以下。
- _____ [2009 b] : 「差別禁止に関する法律間の整合性の欠如の解消」労働法律旬報 1706号 (2009年) 16頁以下。
- 杉山有沙 [2014] : 『障害差別禁止法理とは何か —日英障害差別禁止法理における主体的な個人としての個人像に立脚した平等権保障の規範的枠組—』早稲田大学学位論文 (博士)。
- 高橋和之 [2010] : 『立憲主義と日本国憲法 第2版』 (有斐閣、2010年)
- 高橋賢司 [2011] : 「労働法学における新たな法創造『社会的包摂』の可能性」山田省三ほか編『労働者人格権の研究 上巻』 (信山社、2011年) 25頁以下。
- 田村哲樹 [2007] : 「デモクラシーとポジティブ・アクション—ヤングとフィリップスを中心に」田村他編『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、2007年) 17頁以下。
- _____ [2009] : 『政治理論とフェミニズムの間—国家・社会・家族』 (昭和堂、2009年)。
- 辻村みよ子 [2004] : 「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) 5頁以下、内閣府男女共同参画局ポジティブ・アクション研究会『ポジティブ・アクション研究会報告書』 (2005年)。
- _____ [2008] : 『ジェンダーと人権』 (日本評論社、2008年)。
- _____ [2012a] : 『ポジティブ・アクション』 (岩波新書、2012年)。
- _____ [2012b] : 『憲法 第4版』 (日本評論社、2012年)。
- 東京女性財団 [1995] : 財団法人東京女性財団『諸外国のアファーマティブ・アクション』 (同財団、1995年)。
- 東京大学労働法研究会 [2003] : 『注解労働基準法 (上巻)』 (有斐閣、2003年)。
- 富永晃一 [2010 a-f] : 「比較対象者の視点からみた労働法上の差別禁止法理 (一) ~ (六)」法学協会雑誌 127巻 4号 (2010年 a) 495頁以下、同 5号 (2010年 b) 634頁以下、同 6号 (2010年 c) 803頁以下、同 7号 (2010年 d) 936頁以下、同 8号 (2010年 e) 1083頁以下、同 11号 (2010年 f) 1771頁以下。
- _____ [2012] : 「性差別禁止—労基法・均等法の『差別的取り扱い』を中心に」季刊労働法 237号 (2012年) 100頁以下。

- _____ [2013] : 『比較対象者の視点からみた労働法上の差別禁止法理』 (有斐閣、2013年)。
- _____ [2014a] : 「改正障害者雇用促進法の障害者差別禁止と合理的配慮提供義務」クォーターリー・ジュリスト 2014年冬号 27頁以下。
- _____ [2014b] : 「雇用社会の変化と新たな平等法理」長谷部恭男他編『岩波講座 現代法の動態 3 社会変化と法』59頁以下。
- 内藤 忍 [2000] : 「性差別禁止法で間接差別とされる『要件または条件』」労旬 1489+90号 (2000年) 59頁以下。
- 中窪裕也 [2005] : 「間接差別 労働法学の立場から」ジュリスト 1300号 (2005年) 116頁以下。
- _____ [2010] : 『アメリカ労働法 [第2版]』 (弘文堂、2010年)。
- 中野 聡 [2004] : 「欧州社会モデルとソーシャル・ダイアローグ—ユーロコーポラティズムの形成か?—」日本 EU 学会年報 24号 (2004年) 186頁以下。
- 中林暁生 [2004] : 「アフーマティブ・アクションとメリット」辻村みよ子編『ジェンダー法・政策研究叢書第1巻 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) 321頁以下。
- 中村健吾 [2002] : 「EUにおける『社会的排除』への取り組み」海外社会保障研究 141号 (2002年) 56頁以下。
- 中村民雄 [1998] : 「EU」財団法人財政経済協会編『1998年度総理府委託調査 男女共同参画に関する諸外国の基本法制等に関する調査研究 (基本法部門)』 (財団法人財政経済協会、1998年) 125頁以下。
- _____ [2011] : 「EU法の最前線 個人保険料・保険金の男女平等」貿易と関税 2011年8月号 69頁以下。
- _____ [2012] : 「判例にみる EU市民権の現在—移動市民の権利から居住市民の権利へ?—」日本 EU 法学会年報 32号 (2012年) 135頁以下。
- _____ [2013] : 『EU法講義教材』。
- 中村民雄・須網隆夫編 [2010] : 『EU法基本判例集 第2版』 (日本評論社、2010年)。
- 長坂寿久 [2000] : 『オランダモデル』 (日本経済新聞社、2000年) 41頁以下。
- 野崎亜紀子 [2013] : 「ケアの倫理と関係性—ケア関係を構築するもの—」竹下賢他編『法の理論 32』 (成文堂、2013年) 87頁以下。
- 野崎綾子 [2003] : 『正義・家族・法の構造転換 リベラル・フェミニズムの再定位』 (勁草書房、2003年)。
- 西原博史 [2003] : 『平等取扱の権利』 (成文堂、2003年)。
- _____ [2009] : 『自律と保護』 (成文堂、2009年)。
- _____ [2012] : 「社会的排除の構造と形式的平等論の新たな理論可能性」樋口陽一他編『国家と自由・再論』 (日本評論社、2012年)。

- 西原博史/黒岩容子 [2008] : 「EC 法における性差別禁止法理の発展と変容—平等取扱指令 2002 年改正とその後の判例がもたらしたもの—」比較法学 41 巻 2 号 (2008 年) 201 頁以下。
- 長谷川聡 [2004] : 「イギリス労働法における間接差別の法理」比較法雑誌 37 巻 4 号 81 頁。
- _____ [2006] : 「雇用における間接差別の概念と理論」日本労働法学会誌 108 号(2006 年) 197 頁以下。
- _____ [2008a] : 「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」中央学院大学法学論叢第 21 巻 2 号 (2008 年) 1 頁以下。
- _____ [2008b] : 「コリンズの社会的包摂論—差別禁止法との関係に着目して」労旬 1672 号 (2008 年) 18 頁以下。
- _____ [2009] : 「第 12 章 社会的包摂と差別禁止法」イギリス労働法研究会編『イギリス労働法の新展開』(成文堂、2009 年) 297 頁以下。
- _____ [2011] : 「差別的構造と性差別禁止法の法的性質」山田省三・石井保雄編『労働者人格権の研究』(信山社、2011 年) 39 頁以下。
- _____ [2012] : 「イギリスにおける平等義務の展開と課題」法學新報 119 号 (2012 年) 561 頁以下。
- 長谷部恭男 [2002] : 「『公共の福祉』と『切り札』としての人権」法律時報 74 巻 4 号(2002 年)83 頁以下。
- _____ [2003] : 「国家による自由」ジュリスト 1244 号(2003 年)31 頁以下。
- 濱口桂一郎 [2005 a b] : 『比較法研究シリーズ EU 労働法形成過程の分析(1)(2)』(東京大学大学院法学政治学研究所附属比較法政国際センター、2005 年)。
- 濱口桂一郎/小宮文夫 [1997] : 「欧州連合の男女均等法制の最近の動き」季刊労働法 182 号 (1997 年) 102 頁以下。
- 浜田富士郎 [1988] : 「労基法四条による男女賃金差別の阻止可能性の展望」前田達男他編『労働法学の理論と課題』(有斐閣、1988 年) 382 頁以下。
- 原田いづみ [2007] : 「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—」(2007 年) 国立女性教育会館研究ジャーナル 11 号 (2007 年) 61 頁以下。
- 引馬知子 [2009] : 「EU 社会政策の多次元展開と均等待遇保障—人々の多様性を尊重し活かす社会の創造に向けて—」福田耕治編『EU・欧州統合研究—リスボン条約以後の欧州ガバナンス—』(成文堂、2009 年) 226 頁以下。
- 平地秀哉 [2000] [2001] : 「市民的地位・平等保護・Affirmative Action—合衆国憲法の『市民』像に関する予備的考察として—(1)(2)」法研論集 95 号 (2000 年) 135 頁以下、同 97 号 (2001 年) 127 頁以下。
- _____ [2002] : 「憲法上の平等保障と立法目的の審査」(2002 年)
- 松井茂記 [2009] : 「平等保護理論の展開とアファーマティブ・アクション」アメリカ法 (2009

年) 27 頁以下。

水谷英夫 [1994] : 「『男女同一賃金原則』の発展とその限界」伊藤博義他編『労働保護法の研究』(有斐閣、1994 年) 333 頁以下。

水町勇一郎 [2011] : 「『格差と合理性』—非正規労働者の不利益取扱いを正当化する『合理的理由』に関する研究」(2011 年) 社会科学研究 62 卷 3・4 号 125 頁以下。

_____ [2013] : 「『差別禁止』と『平等取扱い』は峻別されるべきか?—雇用差別禁止をめぐる法理論の新たな展開—」(2013 年) 労働法律旬報 1787 号 48 頁以下。

水町勇一郎/連合総研編 [2010] : 『労働法改革』(日本経済新聞出版社、2010 年)

宮崎由佳「2005」: 「EU におけるジェンダー平等へのアプローチ」(2005 年) 労働法律旬報 1609 号 15 頁以下。

森ます美 [2005] : 『日本の性差別賃金』(有斐閣、2005 年)

森ます美/浅倉むつ子編 [2005] : 『同一価値労働同一賃金原則の実施システム』(有斐閣、2005 年)。

森戸英幸/水町勇一郎編 [2008] : 『差別禁止法の新展開』(日本評論社、2008 年)。

山川和義 [2012] : 「雇用差別禁止法制の到達点と課題」(2012 年) 法律時報 85 卷 3 号 37 頁以下。

山川和義/和田肇 [2008] : 「ドイツにおける一般平等立法の意味」(2008 年) 日本労働研究雑誌 574 号 18 頁以下。

山田省三 [2008] : 「ヨーロッパ司法裁判所におけるポジティブ・アクション法理の展開」(2001 年) 比較法雑誌 34 卷 4 号 1 頁以下。

安西文雄 [1992] [1994] [1997] [1999 a] : 「法の下での平等について (1)(2)(3)(4)」国家学会雑誌 105 卷 5・6 号(1992 年) 1 頁以下、同 107 卷 1・2 号 (1994 年) 173 頁以下、同 110 卷 7・8 号(1997 年) 1 頁以下、同 112 卷 3・4 号(1999 年) 69 頁以下。

_____ [1999 b] : 「自由・平等および公正な人権保障体系」(1999 年) 法学教室 228 号 84 頁以下。

_____ [2005] : 「アメリカ合衆国の高等教育分野におけるアファーマティブ・アクション」立教法学 67 号 (2005 年) 1 頁以下。

柳沢房子 [2001] : 「EU における男女雇用平等政策—回顧と展望」レファレンス 2001 年 4 月号 61 頁以下。

山口和人 [2002] : 「欧州連合基本権憲章」外国の立法 211 号 (2002 年) 1 頁以下。

吉田仁美 [2013] : 「実質的平等の理論」同志社法学 64 卷 7 号 (2013 年) 667 頁以下。

鷺江義勝ほか [2009] : 鷺江義勝編『リスボン条約による欧州統合の新展開』(ミネルヴァ書房、2009 年)。

和田 肇 [2008] : 『人権保障と労働法』(日本評論社、2008 年)。

渡辺 賢 [2011] : 「雇用平等を実現するための諸法理と救済のあり方」日本労働法学会誌 (2011

年) 37 頁以下。