

# ジェンダー視座による労働法再構築(総論)(一)

笹 沼 朋 子

どうして日本人は違いがあると、その人を見下していくのだった？ 多分、違うこと、差異が怖  
いんでしょう。

——リサ・ゴウ [ゴウ・鄭1999, 98]

すべての民族は平等である。彼／女らは同じように尊重され、同じ権利を有する。  
ある民族が他の民族によって支配されることは何によっても正当とされない。

——アフリカ統一機構人権憲章一九条

第一章 男女雇用機会均等法がもたらしたものとは何か

第二章 現行法秩序の矛盾

第三章 理論的基礎の再構築——差別と（性的）自己決定権

(1) 差別論（以上、本号）

(2) （性的）自己決定権

第四章 性差別救済の法理

第五章 労働法学全体から見た取り残された課題

第六章 ジェンダー視座から見た取り残された課題

## 第一章 男女雇用機会均等法がもたらしたものとは何か

一九九七年に男女雇用機会均等法（以下、均等法）が改正されて、いったい何がもたらされてきたのか。女性解放の視点に立つ論客の一部から均等法によせられる批判は、性別役割強制が解消されるものではないため、女性には二重の労働負担が課せられることになったというものである〔上野・小倉 2002, 167-190〕。その結果、エリート的女性を除いては、女性労働者は「多様な働き方」の選択肢を選ぶことによって、その労働の軽減を図ることを余儀なくされ、女性の中の格差が広がることになった。わたしが行いたいことは、この女性の中の格差を、男女差別ではなく、女性差別であると告発し、その理論的基盤を作ることである。この類型には、既婚女性だけをパートタイムとして雇ったことが女性差別ではないと判断した丸子警報器事件（長野地裁上田支判一九九六（平成八）年三月一五日・労判六九〇号三二頁）や、既婚者差別に対する不利益取扱いが未婚女性との間の差別であったとした住友生命保険事件（大阪地判二〇〇一（平成十三）年六月二七日・労判八〇九号五頁）に現れるような既婚女性に対

する攻撃があり、また、パートタイム労働者や派遣労働者に対するその労働形態に基づく差別がある。あるいは、コース別人事による処遇差別もありえよう。

エリート女性だけが男性と同じ処遇を与えられるということは、一部の女性の男性化でしかなく、それ以外の女性たちはよりいつそうの貧困を余儀なくされるということを意味している。それは、女性の人権保障という観点から問題であるばかりではなく、女性の連帯を切り崩し、女性から集团的な力を剥奪する結果となっており、事態は深刻である。

女性の中の格差増大は、あたかも男女を平等に取り扱うような外観を取り繕って行う女性差別である。それゆえ、これまで多くの者が、「間接差別」法理を均等法に導入することによって、問題の解決を図ろうという主張を行ってきた【林 2003, 85, 中島 2004, 9, 浅倉 2004, 136-170 など】。

しかし、わたしは、現在の政治状況から、また、均等法や男女共同参画社会基本法の政治的な位置づけを見ても、立法行為に期待はしない。旧均等法が成立した一九八五年は国民年金の第三号被保険者制度ができあがり、専業主婦という選択肢に高い価値が与えられた年である。一九八七年には、税制の配偶者特別控除制度もできてその政策は強化されている。また、一九八五年の労働者派遣法制定は、女性労働者に対して新たな不安定低処遇雇用の道を与えている。一九八五年の国政は、通常の雇用においては女性は男性と同様に取り扱われるかもしれないが、専業主婦や派遣労働など他の選択肢もあるとして正規労働者以外の道を女性に誘導する政策を採用していたのである。そして、その後には続く労働時間規制の緩和は、通常の正規労働者の働き方に大きく影響を与えたことはいうまでもない。

では、一九九七年という均等法改正の年はどう評価できるのだろうか。一九九七年の均等法改正と同時に、労働

基準法の女性に対する労働時間規制が撤廃され、それと同時に女性の「母性」が強調され保護が強化された。つまり、女性の人生を丸ごと保護するのではなく、女性の妊娠・出産のみが抽出されて、保護されたのである。これは、その後続く、少子対策の中にそのまま位置づけることができよう。その少子対策の流れの中で、男女共同参画社会基本法（以下、基本法）が一九九九年に成立する。基本法は、女性の社会的経済的地位を向上させるものとして肯定的に評価されているが、しかし、その前文をよく読めば、男女平等の理念は後退し、少子高齢社会という社会経済状況に対応することを目的としている。その意味では、わたしはこれを少子対策の基本法であると考えている〔笹沼 2004a, 8-14〕。同時に、この年は国旗国歌法ができ、有事法関連法が整備され始めた年である。戦時体制ができあがるときに、「女性の人權のためのすばらしい法律ができるはずがない」とも指摘されている〔角田・大橋 2002, 37〕。

もちろん、わたしは旧均等法が成立し、一九九七年に改正されたことを全面的に否定するものではない。そこには、それまでの女性の運動の努力がしっかりと刻まれているからである。旧均等法は確かに救っても救っても救えないザル法と評価された。しかし、それでも第一条において、すでに「定年及び解雇について」女性を差別することが禁止され、「女子労働者が婚姻し、妊娠し、又は出産したことを退職理由として予定する定めをしてはならない」と規定されたことは忘れてはならない。なぜならば、この規定は、実にその二〇年以上も前から始まった女性たちの裁判闘争の成果に他ならないからである。すなわち、一九六六年には、結婚したら退職すると念書をかかされて就職した女性が、結婚後も退職しなかったことを理由に解雇されたため、その解雇を無効であるとして住友セメントを訴えた事件<sup>(2)</sup>に対して、東京地裁が憲法一四条および憲法二四条を根拠に当該解雇が公序良俗に反するとして無効と判決を下した。その後、結婚退職のみならず、出産退職制度や定年差別に関する原告勝訴の判決が次々

と続き、判例法上は定年解雇に関して女性を差別することができなくなったのである。旧法はそれを確認した条文であり、歴史的意義という点で大きな意味を持つている。

その後、バブル経済がはじけたことによる影響で就職難の時代が始まると、女子大生の運動は切羽詰まったものとなり、人々の心を動かすことになる。それが、一九九四年のリクルートスーツパレードに結実する。就職活動真っ最中の女子学生たちが就職活動のための服装のまま、丸の内のオフィス街をプラカードや垂れ幕を掲げながら、パレードし、採用差別を訴えたことは、確かに衝撃的だった。<sup>(3)</sup> その結果、使用者団体も女子学生たちの差別を受けたという証言を覆すことができず、均等法改正にも一定の譲歩が見られたと考えられる。<sup>(4)</sup> 確かに、旧均等法のみならず、現在の均等法にも問題がないわけではなく、また、労働基準法の女性保護の撤廃を条件に成立した経緯を考へても諸手を上げて、同法を積極的に評価することはできない。しかし、各条文に刻まれた、女性労働者らの運動の成果を丸ごと捨ててしまうようなことは、現在にも過去にも、わたしにはできない。<sup>(5)</sup>

しかしながら、現在の政治的状况は一九八〇年代や一九九〇年代のものとは異なる。有事法制化が完備され、自衛隊がイラクに駐留し、教育基本法の改悪も目前に迫っている。自民党は憲法改正の論点整理をウェブ上で公開し、家族や国という共同体の中に個人を押しとどめようという姿勢を明らかにした。この動向に従えば、憲法二四一条は改正され、女性の自己決定権は縮減されて、家庭の中での役割を位置づけられることになるだろう。「中里見 2004」、笹沼 2004<sup>(6)</sup>。新しい法令ができ上がるたびに女性の人権は剝奪され、縮小されていくのではないかということが危惧される時代なのである。特に、教育にかかわる政策においては、女性蔑視の歴史教科書が公立学校で採用されはじめ、男女混合名簿を廃止する自治体が現れはじめている。<sup>(7)</sup> こうした事態の中では、わたしたちは国政に希望を見出すべきではない。国政に期待する前に、あらゆる知と力を総動員して問題を解決する姿勢は必須である。

同時に、わたしは、差別という概念があいまいなまま「間接差別」法理を導入しても、果たして有効な差別防止策になるのか疑問である。たとえば、諸外国の間接差別理論を検討して、一部の事例については利用できるが、一部の事例については立法をもって対応するしかないというような研究もなされている〔相澤2003〕。わたしには、差別という概念について、現在、解釈の限りを尽くしているとは思われず、そうした状況で新しい概念を導入することが、混乱をもたらすのではないかと懸念している。したがって、わたしは、女差別が女性差別であるということ、この国の法律の解釈論のレベルで立証すべきと思う。それには、性・ジェンダーに基づいて階層化されている社会を批判し、人間をその階層化から解放することを展望する姿勢は必要である。わたしは、この姿勢を仮にジェンダー視座と呼び、それを労働法に導入することを提唱する。

## 第二章 現行法秩序の矛盾

本論稿の問題関心の背景には、現行法秩序におけるいくつかの致命的な矛盾の発見に基づく。それは、裁判法理および立法政策、双方について見出されるが、ここで、いくつか指摘しておきたい。

### (一) 裁判法理における矛盾

#### (1) 賃金差別事件にみる解釈矛盾

住友化成工業事件（東京地判二〇〇一（平成一三）年三月二八日労判八〇七号一〇頁）や兼松事件（東京地判二〇〇三（平成一五）年十一月五日労判八六七号一九頁）に代表されるように、最近の賃金差別裁判では、男女が最

初から異なる処遇をうけるべく採用され、そのように労働者も実際に働いているため、改正された均等法施行以前に採用された女性労働者に対しては、賃金差別の主張を認めないという判断が流行している。すなわち、「男女の性による違いを前提に男女をコース別に採用し、その上でそのコースに従い、男性社員については主に処理の困難度の高い業務を担当させ、勤務地も限定しないものとし、他方、女性社員については、主に処理の困難度の低い業務に従事させ、勤務地を限定することとした」と認められ、その結果「入社後の賃金についても、その決定方法、内容が男女のコース別に行われていたもので、それに伴い、賃金格差も生じていた」。そして、「原告らが入社した当時」に被告が男女別に募集採用したことは、労基法三条、四条に直接違反せず、「旧均等法のような法律もなかったこと、企業には労働者の採用について広範な採用の自由があること」などから公序に反しない。「被告が均等法施行後においてこの採用、処遇をすることは、均等法に違反すると同時に、公序に反するものとして違法であることは明らか」だが、「原告らが入社した当時は…女性の勤続年数が短く、一般的にみて、女性について全国的な異動や海外赴任を行うことは考え難かった」から、「効率的な労務管理を行うためには…そのことを考慮せざるを得ず、これを考慮した被告の男女のコース別の採用、処遇が、原告らが入社当時において、不合理な差別として公序に反する」とはいえない(兼松事件判決)というのである。同様の法理は、パートタイマーに対する処遇差別においても利用されるものである。

しかし、これでは、現在の裁判法理では「採用のときに差別がありさえすれば、その後差別されても差別を問うことができないが、採用のときに男女が平等であれば、その後の差別は違法になる」ことになってしまい、おかしな論法である[笹沼2004c]。こうした裁判所の状況は、明白な性差別であると指摘されているところである[角田2004, 22-23]が、この関心事は別のところにある。つまり、裁判所の解釈がおかしい、矛盾があるという

問題は、立法論ではなく解釈論で克服すべき問題ということである。

(2) 日本国憲法の私人間効力をめぐる問題

一九七三年一月二日に最高裁判所が、三菱樹脂事件の傍論で、企業の採用行為に関連して憲法一九条および憲法一四条の私人間効力を否定し、採用行為における広範な裁量権を企業に認めた。事件は、採用過程において従業員が自己の政治的活動について秘匿していたことを理由として、本採用を拒否したというものであり、この本採用拒否の効力をめぐり、争われたものである。論点の一つに、思想傾向を採用の条件とすることが憲法一九条の思想良心の自由を侵害するものであるかという問題があったが、裁判所はそれを否定した。つまり、「憲法は、思想、信条の自由や法の下の平等を保障すると同時に、他方、二二条、二九条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、そのような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇用するにあたり、いかなるものを雇入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができる」とした（最大判一九七三（昭和四八）年一月二日・民集二七卷二一五四六頁）。(1)で指摘したような、様々な差別が採用段階において許されるようになった根拠の一つとなっている。

また、一九八八年二月五日に、やはり最高裁判所は東京電力塩山営業所事件において、企業が従業員の思想信条を問いたすことも違法ではないと判断した。事件は、営業所長が女性従業員に対して、共産党員ではないのか、違うのであればその旨文書を書くよう繰り返し要求したというもので、女性従業員は精神的苦痛を被ったとして不法行為に基づく慰謝料を請求したものである。この事件に対し、最高裁判所は次のように述べて、原告女性の請求を退けた。



「右調査目的との関連性を明らかにしないで、上告人に対して共産党員であるか否かを尋ねたことは、調査の方法として、その相当性に欠ける面があるものの、前期赤旗の記事の取材源ではないかと疑われていた上告人に對し、共産党との係わりの有無を尋ねることには、その必要性、合理性を肯認することができないわけではなく、また、本件質問の態様は、返答を強要するものではなかったというのであるから、本件質問は、社会的に許容し得る限界を超えて上告人の精神的自由を侵害した違法行為であるとはいえない。さらに、：本件話合いの中で、上告人が本件質問に對し共産党員ではない旨の返答をしたところ、亡Sは上告人に対し本件書面交付の要求を繰り返したというのであるが、企業内においても労働者の思想、信条等の精神的自由は十分に尊重されるべきであることにかんがみると、亡Sが、本件書面交付の要求と右調査目的との関連性を明らかにしないで、右要求を繰り返したことは、このような調査に当たる者として慎重な配慮を欠いたものというべきであり、調査方法として不相当な面があるといわざるを得ない。しかしながら、前期事実関係によれば、本件書面交付の要求は、上告人が共産党員ではない旨の返答をしたことから、亡Sがその旨を書面にしよう説得するにいたったものであり、右要求は、強要にわたるものではなく、また、本件話合いの中で、亡Sが上告人に対し、上告人が本件書面交付の要求を拒否することによって不利益な取り扱いを受ける虞のあることを示唆したり、右要求に応じることによって有利な取扱いを受け得る旨の発言をした事実はなく、さらに、上告人は右要求を拒否した、というのであって、右事実関係に照らすと、亡Sがした本件書面交付の要求は、社会的に許容し得る限界を超えて上告人の精神的自由を侵害した違法行為であるといふことはできない。」(最一小判一九八八(昭和六三)年二月五日・労判五一二号一二頁)。

つまり、この二つの判決によって、最高裁判所は憲法一九条との関係では、憲法の私人間効力を否定し、かえって企業の営業活動を優先させる判断を確立しているかのように信じられてきた。

しかしながら、一九九五年に入つて、関西電力事件について判断を下すことになり、最高裁の問題にかかわる姿勢が変わつた。事件は、以下のようなものである。共産党員もしくはその同調者である四名の従業員に対し、会社は、職場内外で監視する態勢をとつて家に侵入するなどし、他の従業員に対して接触、交際をしないよう孤立させ、ロッカーを開けて私物である「民青手帳」の写真を撮影していた。一九六五年ころ、原告従業員らは、こうした行為が会社の方針であることを知り、不法行為による損害賠償請求と謝罪文の提示を求めて訴えたものである。その結果、第一審も控訴審も原告らの損害賠償請求を認めた。会社は上告したが、最高裁判所は、その上告を棄却して、次のように述べた。

「これらの行為は、原告らの職場における自由な人間関係を形成する自由を不当に侵害するとともに、その名誉を毀損するものであり、また原告Bらに対する行為はそのプライバシーを侵害するものでもあつて、同人らの人格的利益を侵害するものといふべく、これら一連の行為が被告会社の会社としての方針に基づいて行われたものであるから、それらはそれぞれ被告会社の各原告らに対する不法行為を構成するものといわざるを得ない。」(最一小判一九九五(平成七)年九月五日労判六八〇号二八頁)(傍点筆者)。

ここには、憲法にかかわる議論は一切でてこない。単に、こうした監視体制が従業員の「職場における自由な人間関係を形成する自由」と「名誉」、「プライバシー」ないし「人格的利益」を侵害していると述べているのみである。しかしながら、三菱樹脂事件においても東京電力塩山営業所事件においても、自己の思想信条を秘匿する権利はプライバシーとして尊重されてしかるべきである。そうであるならば、関西電力事件判決は三菱樹脂事件と東京電力塩山営業所事件とのかかわりで、これらの三つの権利ないし利益が憲法との関係でいかなる関係にあるのか言及すべきだつたはずである。<sup>(8)</sup>

この点に関して、単純に時代の要求が変動したことによる結果であると分析する者も少なくない。つまり、一九七〇年代には個人のプライバシーが問題とされるような社会的意識がなかったために、三菱樹脂事件や東京電力塩山営業所事件などでは、企業利益が優先されたが、現在においてはプライバシーの意識が高まっているために、同じような判断はできないという主張である〔砂押2004〕。だが、わたしはそれほど単純なものではないと考えている。なぜならば、もしも最高裁が単に時代の要求に応じてその態度を変容されたのだとすれば、それ相応の説明を行うはずだからである。むしろ、最高裁は、私人によるプライバシー侵害が憲法一九条の私人間効力にかかわる問題を必然的に含むものであるということに気づいていないのであって、ある意味では問題はより深刻であり、またある意味ではより純粹なのである〔笹沼2000, 213-216〕。

前述の三つの判決を総合すると、裁判所は個人の秘匿しておきたい情報について、憲法上の利益であると認識すれば、それが憲法上のいかなる権利になるのかを特定した上で私人間効力の審査をするが、私法上の権利であるプライバシーと認識すれば、何の宣言もすることなく、不法行為責任を認めているのである。だからこそ、関西電力事件ではプライバシーという権利にかかわる論点の一つである憲法上の位置づけについても言及していないのである。つまり、裁判所は、意図せずに、公法上の権利と私法上の権利の境界を厳格に自らの解釈に持ち込んでいるにすぎず、公法と私法を厳格に二分する法解釈の伝統に忠実な姿勢を貫いているだけなのである。そして、こうした姿勢は、プライバシーに限らず、「性的自己決定権」など他の場面でも随所に見られる現象である。ところが、日常の事件はそれほど単純ではない。思想良心の自由という権利にしても、それが国家とのかかわりでは憲法上の利益になるかもしれないが、日常を生活するわたしたちにとっては、同時に大切なプライバシーである。そして、大切なプライバシーではあるが、しかし憲法上の基本的人権として尊重されるべきものである。このように公法上の

権利と私法上の権利は、実際は密接不可分であるにもかかわらず、裁判所にはそれが理解できない。これが、裁判所における二つ目の大きな矛盾である。

このことは要するに、同じ権利を主張するとき、憲法上の権利であるといえば、私人間効力の審査がなされて認められない場合であっても、最初から私法上の権利であると主張すれば認められる可能性があるということを意味する。そうであるなら、採用差別に関して、憲法一四条にかかわる私人間効力にかかわる三菱樹脂事件最高裁判決の影響を克服するために、憲法上の人権問題からはなれ、私法上の権利を宣言することには大きな意味があるだろう。つまり、本論稿で確立すべきものは、私法上の「差別」なのである。

## (二) 立法政策（機会均等政策研究会報告書）におけるいくつかの問題点

### (1) 男女双方に対する差別の禁止について

二〇〇四年六月に厚生労働省の諮問機関である男女雇用機会均等政策研究会が発表した報告書は、「女性に対する性差別禁止を男女双方に対する差別禁止」とすることの意義について論じている。おそらく、あまり遠くない将来において、男女双方に対する差別禁止が実現することになるだろう。わたしも、男性を救済の対象から排除せよと主張するつもりはない。にもかかわらず、わたしは、この報告書の論調の中に危うさを感じてならない。なぜならば、報告書は、「女性に対する差別の禁止のみである限り、女性についてのみの保護というような福祉的な色彩をもって受け止められることも避けられないであろう。男女双方に対する差別を禁止することにこうした福祉的な色彩から脱却し、職業上の能力等他の合理性のある根拠に基づき処遇するという考えを明確に打ち出すことを意味しよう」という「男女雇用機会均等政策研究会2004.3」<sup>3)</sup>。しかし、後に検討するように、「差別とは何か」を真摯

に議論していくならば、被差別者に対する救済は必須のものであり、それは、まさしく「保護」であり、給付行政の領域を含むものであるはずである。わたしには、この報告において「保護」政策や「福祉」政策に対する非常に消極的な意義を見出す、それは能力が平均値に達しない人間を特別な政策領域へと囲い込むことにならないだろうか。

そもそも、現在のジェンダー構造の中で、「男性が女性との関係で差別される」とはどういうことを想定しているのだろうか。同政策研究会が懸念するように、たとえば、パートタイマーの募集を「女性のみ」に限定するような行為は [ibid. 2004, 2]、男性を一定の職域から排除しているのではなく、女性に対して特に低い処遇を与えるという女性差別の事例である。女性のみ職種が低処遇・不安定・過酷な労働あるいは性的対象化を伴うものである場合、そうした職種に女性のみを募集することは、女性差別の問題として捉えられるべきなのである。逆に、そうした職種でも男性失業者が増加する中で、男性にもチャンスを与えよという主張がなされたら、それはようやく存在している小さく貧しい女性の職域を男性が侵食することを意味することになる。

現在、年金受給年齢が高まっていることとあいまって、有期雇用の女性の職場は、高齢者にとってかわられようとしている。年金支給開始年齢の引き上げに伴い、二〇〇四年には高齢者雇用安定法が改正されて、「六五歳までの安定した雇用を確保するため、当該定年の引き上げ、継続雇用制度の導入又は当該定年の定め廃止の措置（高齢者雇用確保措置）のいずれかを講じなければならないこととした」〔藤枝 2004, 72〕。しかし、こうした高齢者雇用安定法の恩恵を受ける女性は、男性に比べて少なく、それにもかかわらず、パートタイム労働者をはじめとする有期雇用労働者に関する法整備は遅々として進んでいない。判例法上でも、整理解雇に関して、「正規従業員の削減に先立って期間従業員の雇止めを実施してよいか、そして、正規従業員の雇用を守るために行う諸種の雇用調

整策…の一つとして期間雇用従業員の削減をなしうるか」という問題について、「裁判例は総じて、期間雇用労働者は、契約を反復更新された後にも、人員整理においては契約の性質上正規従業員に劣後した地位にあることを認めている」ため〔菅野 2003, 191-192〕<sup>10)</sup>、定年延長によって有期雇用労働者である女性たちは労働市場から弾き飛ばされることになるのだろうか。

また、医療・教育・司法など、男性支配の専門領域においては、女性たちの健康と尊厳が現実には損なわれている。そうした状況をそのままにして、女性職に男性を参加させようという動きは、女性一般に対する支配・管理・侵食をよりいっそう高めるものである。たとえば、日本産科婦人科学会は、女性の身体を性的対象として取り扱ったとして、かつて抗議を受けた団体であるが、女性の人権をそうした医療体制から守り抜くためには、助産師という女性の職域に男性を参入させることが、はたして性的平等を招くことになるのか疑問である〔角田・大橋 2004, 14〕。

なお、男女雇用機会均等政策研究会報告では、男性に対する差別について、「現行男女雇用均等法においては、女性に対する優遇措置を原則として禁止し、その結果、反射的效果として男性に対する差別も違法とされるにとどまるが、これが直接的に男性に対する差別を禁止し、男性も女性と同じように救済されることになれば、男性も性差別の問題を女性だけの問題ではなく、自らの問題として捉え直すきっかけとなることになる。そしてそのことを通じ、男性の側の理解と共感が得られやすくなることはこの問題の解消に向けた取組の環境としてプラスに働くことが期待される」と指摘している〔男女雇用機会均等政策研究会 2004, 3〕。しかし、わたしは全く別の事を考える。なぜならば、諸外国の性差別裁判の歴史は、男性に同じ権利を与えることによって女性の権利がまた侵害されるということを実証しているからである。たとえば、アメリカ合衆国ではすでに一九八七年に、「最高裁レベルでこれまで勝訴した性差別事件のほとんどすべてが、男性によって提訴されている」と指摘されている〔Mackinnon

1987, 35, 邦訳[8]。

男性を差別救済の対象とすることに反対するつもりはない。しかし、差別とはどういうもので、男性がどういう場合に差別という被害を受けるのか、そうした検証や説明がないままに、男性に対する差別を禁止するという政策は、結局、女性に対してようやく開かれた門を狭めることになるのではないかと、わたしは危惧しているのである。男性差別の救済が立法の射程内に入った現在、差別概念の再検討は急務である。

(2) 男性差別の実態

(一) (1)では、女性に与えるインパクトという視点から男女雇用機会均等政策研究会報告の「男女双方に対する差別」禁止政策を問題とした。しかし、より重要なことに、男女雇用機会均等政策研究会は深刻な男性に対する性差別に対する問題関心を欠落させている。つまり、女女差別が女性に対する女性差別であるのと同様に、男性が男性として期待される社会的役割を果たすことができずに被る差別の現状を見落としているのである。例えば、アメリカ合衆国でも「女性らしくない」ことを理由とする、女性に対する不利益取扱いが性差別に当たるのに対し、女性的な服装を着用していることを理由とする、男性に対する不利益取扱いは、「性的志向」を理由とする差別で救済の対象とされないが、このことは強く批判されてくる [Case 1995]。

この問題について、わたしの目を開かせてくれた事件は、統合失調症の既往症を有する男性が職場でいじめにあって自殺したことについて使用者の安全配慮義務違反が認められた、川崎水道局事件判決(横浜地裁川崎支判二〇〇二(平成一四)年六月二十七日労働八三三三三六頁、東京高判二〇〇三(平成一五)年三月二十五日労働八四九号八七頁)である。自殺に至った男性は、性に消極的な性格であり、そのために上司から性的な揶揄、中傷、罵倒を含む言動を繰り返し受けており、一般的な性基準に反する男性に対する性的攻撃の事件、つまりセクシュアル・ハラス

メントの典型である。この男性は、女性から攻撃を受けたわけではなく、また女性と比較して労働条件に問題があったわけではない。しかし、明らかに、彼の「性」のゆえに受けた攻撃であり、不利益であり、つまり、性差別なのである。こうした男性に対する性差別は、目に見えないところでは多く存在していると思われる。

たとえば、家族的責任を理由として配転を拒否することは男性には許されず、最悪の場合には懲戒解雇に至ることになる（東亜ペイント事件最二小判一九八六（昭和六一）年七月一四日労判四七七号六頁、また帝国臓器事件最判一九九九（平成一一）年九月一七日労判七六八号一六頁も参照）が、こうした事例をジェンダー視座から検討するならば、また新しい地平が広がるのではないかと考えている。

### (3) 自己決定による差別

男女雇用機会政策研究会報告では、間接差別の導入について検討している。そこで間接差別として考えられる事例をいくつか上げて、想定される論点を整理している。それによれば、他の例に加えて、①「総合職の募集・採用に当たって全国転勤を要件としたことにより、女性の採用が男性に比べ、相当程度少ない場合において」、②「昇進に当たって転居を伴う転勤経験を要件としたことにより、昇進できる女性の割合が相当程度男性よりも少ない場合において」、③「処遇の結果に当たって正社員を有利に扱ったことにより、有利な処遇を受けられる女性の割合が男性に比べ相当程度少ない場合において」、④「福利厚生適用や家族手当等の支給に当たってパートタイム労働者を除外したことにより、福祉構成の適用や家族手当等の支給を受けられる女性の割合が男性に比べ相当程度少ない場合において」、いずれも正当な使用者の抗弁が認められない場合にも、間接差別として取り上げる可能性を示している。「男女雇用機会均等政策研究会2004, 17-19」。そして、これらの事例については、「女性に不利益を与えることとなる基準等の適用を受けることについては、職業に関する当該女性の自らの意思や選択に基づく結果で



あるという点で他と異なっており、これを差別の俎上に載せることは性別役割分担等現状の固定化につながる懸念もあることから、そもそも間接差別の俎上に載せるべき事案なのではないのかとの意見も根強かった」とされているのである [ibid. 17]。

前述したようにわたしが間接差別の導入について不安を感じるのは、まさしくこの自己決定、自己選択の論点が浮上してくるからである。つまり、この論点は、自己決定によって差別を引き受けることはできるのか、その場合に、未来永劫この差別を是正することはできないのかという問題であり、間接差別とは必ずしも直接的に関係しない。まさしく女性の差別を正当化する「自己決定」の問題であり、間接差別概念を導入するにしても、導入しないにしても、問題解決には自己決定概念の再吟味と再構築が必要なのである。その点について報告書からは明確な認識を読みとることができない。つまり、立法の間接差別を導入するにあたり、「職業に関する当該女性の自らの意思や選択に基づく結果」差別につながったという事例を、救済から排斥してしまうことになるのではないか、わたしはそうした不安をおぼえるのである。したがって、理念構築つまり解釈論のレベルで自己決定概念の再構築は急ぐ必要がある。

いわば、「八〇年代までのフェミニズムは、私たちのことを私たちで決定するということはずっと否認されてきた。それに対して、私たちをいわばまるごと承認させるという闘いをおこなってきた。その闘いの、運動の、意図せざる結果として、それを内部に引き入れられるときに誤認が起こったのだが、「この誤認をめぐる政治こそ、実は、今日の資本のグローバル化において、極めて重要な位置を占めている」[江原・足立・松原2001, 65]。

(4) 男性の家事労働への参画強要

男女共同参画社会基本法第六条では、家庭生活の男女共同参画を規定している。これは、家庭労働という無償の

労働を男女で平等に分けるという意味であるが、はたして、無償労働をやりたがらない人間にどうやって「押し付けるのか」。男性に押し付けることができなければ、無償労働と有償労働の男女平等化は、不可能である。政治経済活動に女性が参画するのは、それが女性の利益であり、女性の希望であり、したがって、女性に対する障害がなく、女性を「支援」さえすれば、政治経済の場が男女共同参画することは必然である。しかし、いやだといっている者に対して、それをさせることは、全く別の問題である。

この問題に対して、先日、群馬県太田市は男性のみに対する六週間の育児有給休暇を創設し、強制的にこの男性職員に一週間単位で取得させる制度を創設し、二〇〇五年一月一日から施行するという。男性が育児に参加する機会を増進させる目的であるというが、女性に対しては、男女共通の三年の無償の育児休業しがなく、長期休業によって昇給や昇進にも影響が出るという。<sup>(12)</sup>おそらく、育児労働に対するアフタータイプ・アクションというものを創設したつもりなのだろう。しかし、この施策は基本法第六条の趣旨にも反するだろう。男性の育児休業は業務命令の一環であり有償労働の域を脱していないが、他方で女性の育児労働は無償労働であり、無償労働と有償労働の分担の男女平等化という目的からは乖離するからである。

この太田市の例のように、男性に対して無償労働を誘引するために、男性に対してインセンティブを与えることは、一般的な傾向としてあるように思われる。しかし、こうした制度は、言ってみれば、女性に対してはその労働の成果を強奪しておきながら（不払い労働）、男性の労働の成果は強奪できないために、なんらかのインセンティブを与えてみたというものである。それでは、強奪された女性の労働に対する補償は永久になされることがなく、したがって、不利益な立場にあるものがさらに不利益な立場に強いられることになる。つまり、新たな女性差別状況を生み出すだけである。

### 第三章 理論的基礎の再構築——差別と(性的)自己決定権

第二章で検討したような、裁判法理および立法上の矛盾点を克服し、ジェンダー視座から労働法を再構築するために、この章では、女性運動や日常生活を生きる女性たちの言説から、「差別」と「性的(性的)自己決定権」に関する現行法における概念を批判し、「差別」概念と「(性的)自己決定権」の再構築を試みる。

#### (1) 差別論

セクシュアル・ハラスメントの法理に関して、一部の論者は、「性欲に関わる問題と考え、…性差別としてのセクシュアル・ハラスメントという立論にはなじめず、セクシュアル・ハラスメントは、人間の性的自由や人格に関わる問題であり、…刑事法による制裁や民事法上の人格権保護の問題として捉えることが適切である」と主張する[山崎 2002, 226]。性中立な立場で法規範を設定せよという要請であろう。しかし、セクシュアル・ハラスメント法理の最も大きな功績は、性的な行為を職場で行うことは許されないとするような当たり前のことを認めたというような、小さなものではない。むしろ、セクシュアル・ハラスメント法理が立証したことは、性差別とは「不合理な男女間格差」ではなく、「差別の本質は、社会集団を系統的に不利な立場に追いやることにある…不平等に関するこの考え方は、性差別が女性を男性よりも劣るものとみなし、両性の類似性を無視するだけではなく、男性との違いを理由として女性に何重にも不利益をこうむらせる制度である」ということである[Mackinnon 1979, 116,

邦訳[88]。国連の女性差別撤廃委員会も一九九二年第十一次会議の結論として、女性に対する暴力を差別として位置づけている〔国際女性の地位協会1992, 51, クマラスワミ2000, 30〕。すなわち、一般的第十九号勧告第一条では、「性に基づく暴力は差別の一形態であり、男性との平等を基礎とする権利および自由を享受する女性の能力を著しく抑圧するものである」と規定した〔CEDAW 1992, 邦訳222〕

それまで法は、労働者のセクシュアリティが職場の権力関係によつて侵害されていることなど知らなかった。それまで法は、職場においても女性たちが性的に従属させられ、そのために多くの不利益をこうむっていることなど知らなかった。それが女性たちの尊厳をずたずたに切り裂き、女性たちの職業生活を破壊して女性たちの人生を丸ごと台無しにするものだと、知らなかったのである。そして、女性たちの告発によつて、初めて、職場におけるセクシュアリティが男女で異なるように位置づけられ、それを利用した攻撃があるということに気づいたのである。

日本においても、一九九二年の福岡セクシャル・ハラスメント事件は、職務能力と成果の高い女性従業員を職場から排斥しようともくろんだ男性社員が、女性の性にかかわることについて、ことさら「乱脈であるかのようにその性向を非難する発言」を繰り返し、女性を職場に居づらくさせ、その結果退職を余儀なくされたという事件であったが、このことについて、裁判所は、「現代社会の中における働く女性の地位や職場管理層を占める男性の間での女性観等に鑑みれば、本件においては、原告の異性関係を中心とした私生活に関する非難等が対立関係の解決や相手方放逐の手段ないし方途として用いられたことに、その不法行為性を認めざるを得ない」と判断した（福岡地判一九九二（平成四）年四月一六日労判六〇七号六頁）。つまり、女性と男性とでは、性について求められる役割が異なり、それを利用して女性の性を貶めることは違法であるという判断がなされているのである。まさしく「男性との違いを理由として女性に何重にも不利益をこうむらせる」ことが違法であると認めたのである。

しかし、ここに至るまでは容易ではなかった。原告の女性は、提訴するまでの間、事件を引き受けてくれる弁護士を探しているが、彼女の不利益がまさしく不利益であると理解できたのは、女性の辻本弁護士だけだったのである。<sup>(13)</sup>

しかしながら、実は、セクシユアル・ハラスメント法理にみるような性差別概念の捉え方は、この法理が確立するずっと以前から、日本において裁判所が採用してきた法理である。その最初のもものは、住友セメント事件判決(東京地判一九六六年(昭和四二)年二月二十五日判時四六七号二六頁)である。

この事件は、前述のように、結婚したら退職するという念書を書かされて就職した女性従業員が、その後結婚しても退職しなかったために、解雇されたという事件で、当時の東京地裁は、こうした結婚退職制度は憲法一四条および憲法二四条に違反し、公序良俗に反して無効になると判断したものである。東京地裁は、憲法二四条の規定に関連して「適時に適当な配偶者を選択し家庭を建設し、正義衡平に従った労働条件のもとに労働しつつ人たるに値する家族生活を維持発展させることは人間の幸福の一つである。(中略)配偶者の選択に関する自由、結婚の時期に関する自由等結婚の自由は重要な法秩序の形成に関連しかつ基本的人権の一つとして尊重されるべく、これを合理的理由なく制限することは、国民相互の法律関係にあつても、法律上禁止される」と言っているに過ぎず、あるいは保守的な家族主義を想定するかもしれない。しかし、「適時に適当な配偶者を選択し家庭を建設する」とは、セックスを前提とした親密な人間関係の形成を意味するため、判決は、そうした性的関係と職業の二者択一を迫ることは許されないと宣言していることに等しい。つまり、仕事を盾にして、性的自己決定権を侵害することを禁止する趣旨を憲法二四条に読み込むことができ、職場におけるセクシユアル・ハラスメント禁止を根拠付けるものといふことができるのである。

実際に、上述の福岡セクシユアル・ハラスメント裁判で原告が勝訴して、セクシユアル・ハラスメントが法的に位置づけられるようになる、さまざまな解説本でも、結婚については尋ねることはセクシユアル・ハラスメントであると解説されるようになった。

たとえば、一九九八年労働省女性局編集の「職場におけるセクシユアルハラスメント防止マニュアル」では、同年六月に実施された「職場におけるセクシユアルハラスメントに関する調査研究会」によるアンケート調査の結果が発表されているが、そこで「まだ結婚しないのか」と尋ねたことが、セクシユアルハラスメントの観点から問題となると思うか」という問いに対して、企業の四五・九%、男性の三六・四%、女性の三六・九%が「なる」と答えている〔労働省女性局1998, 72〕。結婚に関することがらはセクシユアルな問題であるということは、すでに一般的な社会常識となっている。

この結婚退職制度の争点は、明らかに、男女平等な結婚の自由を問題とするものではない。女性はセックスに専念し、そして妊娠出産し、引き続き育児に従事すべきであるという社会構造が社会に存在し、そうした構造を肯定し、助長させ、利用して、女性に対して不利益を与えることは許されないとした判断なのである。女性に対する結婚退職制度は、二〇〇四年現在でも確固として社会に存在しているが〔笹沼2004a, 25-28〕、この事実、結婚、つまりセックスに関して、女性の自由を剥奪して、女性を性的に従属させる社会的構造の存在を立証している。このことを、通常、性の二重基準という。

住友セメント事件判決のように、女の性的自己決定権に対する侵害行為が性差別に当たるといふ、憲法二四条を労働法に適用した法理は、その後、賃金差別や処遇差別に焦点が当てられるようになると、裁判所から忘れ去られたかのようである。裁判所は「男性との格差」を測定することに専念し、男性との格差に不合理な理由があつた場

合のみ、性差別を認定しようと考えているように思われてならない。おそらく、それは鈴鹿市役所事件高裁判決(名古屋高判一九八三(昭和五八)年四月二八日判時一〇七六号四〇頁)から始まった傾向ではないだろうかと思う。

しかし、性的自己決定権から性差別を問ひ、平等法理を構築しようという法理論の系譜は、セクシユアル・ハラースメント法理の発展とともに、確かに、「男性との格差」理論とは別に存在している。

そこで、以下に、こうした性的自己決定権から問題を問う視点に立脚して差別概念を整理してみたい。

すると第一に、差別とは、一定の組織・社会の中で、一つの集団とその構成員を社会的に従属的な地位に格付けをすることである。その格付けは、暴力や不利益を伴うが、単に格付けのみによることもある。差別が問題となる場面は、一定の集団に対する不利益取扱いであったり、不合理な格差が問題になることが多いように思われるかもしれない。しかしながら、実際のところは、上述関西電力事件のように職場において孤立させたり、仕事を与えずに放逐したりして、さまざまないやがらせを伴い、そして最悪の場合には暴力さえ起こるものである。初めて男女別コース人事が争点となった日本鉄鋼連盟事件(東京地判一九八六(昭和六一)年二月四日・労旬一一六六号二八頁)の原告が次のように発言していることは、このことを象徴的に説明している。つまり、「私たちは、日々の労働、その中における細々とした〴〵女だから〴〵女のくせに〴〵という押しつけや、阻害を苦痛だと感じていた。それを『仕事差別』と呼びたかった。形は、お茶汲みや、弁当出し、会議への出席拒否と違っではいても。そして、それを理由とした、賃金差別は不当であると叫んだ。決して、現行解釈されている労基法四条に照らしての男女が同一労働をしているから同一賃金をという主張ではなかった。」「溝口他1995:48」。こうしたいやがらせが生じるのは、被差別集団が市民社会において、そのように扱われてもかまわない集団として位置づけられているからである。逆に、そのように扱われてもかまわない集団、すなわち社会的に従属的な地位を与えられている集団として格

付けが成されると、さまざまな不利益のみならず、最悪の場合には暴力の危険が及ぶ。こうした格付けは、それだけで人々の感情を傷つけるものであるが、のみならず、実際の危険を伴うものなのである。

女性に対する虐待について論じているアンドレア・ドゥオーキンによれば、一定の集団が社会的に従属を強いられる過程を四つの段階に分けて論じている。それによれば、第一に、ヒエラルキー、つまり頂点の集団と底辺の集団がある。第二に、従属は客体化であり、その客体化が起こるのは、人間が社会的手段を通じて人間以下にされる時、モノや商品に変えられ、売買される時である。第三に、従属は服従である。ある人がその生まれた条件を理由にヒエラルキーの底辺にいる。底辺にいる人は非人間化され、客体あるいは商品となる。そのような人の状況が服従と従順を拒否することは避けがたい。そして最後に、従属とは暴力である。<sup>(15)</sup> [Andrea Dworkin 1985, 15-16]。

第二に、差別の効果は、被差別者に対して実際の不利益や損害を与え、感情を傷つけるのみならず、被差別者に対して忍耐を強要することにある。差別とは、一定の集団に属する者に対して、その集団に属しているというだけの理由で、社会が圧倒的な力で抑圧を強いるものであるから、その力には抗いがたく、忍耐を余儀なくされる。

特に性や出自による差別など、自分では管理しようのないもの、変更しようのないものを理由とする差別は、逃げ場がなく忍耐を強いられるため、自己の属性を呪い、自己の存在そのものを呪うようになるだろう。これを通常、自己嫌悪というが、法的には、この状態は、自分を尊重しなくなるという意味で、文字通り個人の尊厳を傷つけるものである。アメリカ合衆国で人種差別に抵抗したことで有名なマルコムXは、「深く深く黒人の内側に折り重ねられている自己憎悪こそが、ブラック・コミュニティの無力の原因であり、人々をして抑圧者に対し、みずから脆かせ隷属させてしまう源泉だと考え」た。彼自身が若い頃、髪をストレートにするためにパーマをかけ、白人に似せようとしていたように、抑圧が自己嫌悪を産み出すことを理解していたのだ [酒井 2004, 54]。この自己嫌悪は



最悪の場合、死を招く。被差別部落出身者に対する結婚差別が自死につながることは知られており、女性の自己嫌悪は摂食障害という形であられる。他方で、思想による差別と宗教上の差別などは、直接、その者の善良良心の自由を傷つける。関連して、賃金差別の場合には、女性の生存権を積極的に傷つけていると評価できる場合もある。

なお、この点に関連して、パートタイムなど非典型的な働き方をしている労働者の場合、あるいは性産業に従事する女性などの場合、自己の選択によってその地位が与えられているので、社会における偏見や低い労働条件は差別とは異なると考える余地がある〔菅野2003, 146〕。しかしながら、現実に行われていることは、一度非典型的な労働に従事したという事実に基づき、正規労働市場から排除されているのであり、その結果、本人の選択により正規労働に就く可能性はほとんどない。このため、母子家庭の年収は著しく低く、二〇〇万円以下の層に集中している〔内閣府2001, 69〕。また性産業についてもそれをやめたところで、過去の職業経験に対する社会的偏見から自由になれないため、たとえ選択によってその地位についたとしても、出自を理由とする差別と同様に考える必要がある。この問題は、自己決定を再構築する際に、もう一度検討することになる。

さて、以上のように差別の定義と効果を整理するならば、前述の兼松事件のような男女コース別人事制度の正当性も再考を要求されることになろう。なぜならば、たとえ実際に行っている労働の質、量が異なるとしても、職場という小社会において女性を従属的な地位に位置づけ、その結果、女性の人格と感情を著しく傷付けることは許されないからである。その職務のいかんを問わず、女性が一律に低い賃金を余儀なくされ、その結果女性の感情が著しく害されているときには、まず、差別を疑うべきであろう。低い賃金はそのまま労働者としての人格的評価につながり、つまり、職場という小社会における位置づけにつながるからである。わたしは、男女の処遇格差が正当とされる場合は、男性に比べて低い処遇を行うことについて女性に対する真摯な説明があり、格差の理由と程度が

女性にとって納得しうる場合のみであり、職務・職責の違いがそのまま賃金格差を正当化することはないと考えている〔笹沼2004c, 38-39〕。たとえば、兼松では、原告らの女性たちの賃金は雇員の男性よりも低く設定されていた。つまり、男性に対しては、いかなる仕事をしていとしても「女性よりは高い賃金」という納得が得られるような賃金を設定していたわけである。昇格差別が認定されたことで有名な芝信用金庫事件でも、高裁判決は、男性に対しては「年功加味的な運用」をすることによって、一部の職員に対して優遇措置を施していたと認定している（東京高判二〇〇〇（平成一二）年四月一九日判労七八三号三六頁）。このように、多くの企業では、男性に対しては「格差の理由と程度が納得しうるもの」を賃金として設定しているのである。多くの場合、賃金が労使交渉の中で設定されているものであることを考えると、それは当然である。そうであるなら、女性が納得のいく賃金を要求するのも当然ではないかと考えるのである。

第三に、雇用における性差別は、女性の性に対する攻撃である。女性運動の中には、経済的自立が女性を解放するということは幻想でしかなく、女性の社会進出や雇用平等の要求は、結局のところ資本主義に絡めとられることになるという危惧を明らかにする主張も存在する〔加納1985〕。しかし、資本主義が性差別の根幹で結託しており、この関係が打破されるべきものであるとしても、女性も賃金を得ないことには生活ができないのである。そして、女性の低賃金は、企業社会に不当な利潤をもたらすものであるばかりではなく、女性に困窮を強要し、配偶者や男一般に対する性的従属を強要している。たとえば、離婚した専業主婦の多くは就労できず、困窮を極め、その結果、その生活保障と精神的不安を除去するために再婚を希望することは珍しくない。そのことを言葉を変えて言えば、女性に対して離婚の自由、すなわち性的自己決定権を保障するためには、経済的に十分で適切な労働条件の確保は必須である。

あるいは、性的従属さえ耐えれば生活できるというならば、女性にとつての賃金は男性のそれに比べて重要ではないという主張もあるかもしれない。しかし、女性を性的に従属させるとは、自分を女性より優越させ、女性を蔑み、そして女性を言うがままにするためにセックスをすることである。したがって性的従属は、身体に対する侵略を伴うものであるばかりか、女性の感情を失わせ、女性に自己嫌悪させ、女性の尊厳をひどく動揺させるものである。したがって、職場における性差別の根絶と女性に対する就労支援および生活保障は、生存維持の目的を超えて、より深淵に、女性が人間として扱われるために必要なのである。したがって、雇用における性差別禁止法理は、性的自己決定権をその中核に置かなければならない。

第四に、差別によって不当に利益を得る者は、差別者ではなく、差別者を含んでそのシステム内の人々を統合的に支配する者である。職場において差別があつて不当に利益を得る者は、企業であり、企業社会全体である。例えば、芝信用金庫事件高裁判決で昇格差別により金庫が職員らに支払うべきと認定された差額賃金は一億四千五百萬円で、退職金差額は六五〇万円だった。つまり、これまで芝信用金庫は差別によって、一億五千萬円を超える利益を不当に得ていたことになる。しかも、訴えた原告は信用金庫の中にいる一部の女性だけであるから、芝信用金庫全体としては相当に利益を得ていることになる。昭和シェル石油では、たった一人の女性に対する差別から、差額賃金千八百万円、退職金千四百万円の利益を得ていることになる(昭和シェル石油事件東京地判二〇〇三(平成一五)年一月二十九日労判八四六号一〇頁)。従業員全体で換算するなら、膨大な金額になる。加えて、賃金を低く設定することによって、年金保険料等も抑えることができるため、人件費総体では、よりいつそうの利益を不当に得ていることになる。

しかし、職場における差別は、経済的効果のみならず、強力な企業秩序を生み出すことに貢献しており、社会構

造上より重大な問題となっている。例えば、コース別人事をひき、家族的責任を負わされている女性に転勤・残業義務のない職掌を与えることは、同時に、家族的責任を女性に押し付けている男性に対して、「転勤・残業をしなければ、女性なみに取扱う」というプレッシャーを与えるものである。このプレッシャーは単に、低い処遇を与えられるという恐怖ではなく、自らが差別し軽蔑する「劣等市民・劣等労働者」のレッテルを与えられることに対する恐怖であり、これが企業の強力な企業秩序を保障しているものである。「もしシングル・ファザーのように『他者生命生産者・再生産』労働をかかえこめば、男も『二流の労働力』に転落しているのは目に見えている」[「上野1960, 151」]から、「二流の労働力」に落ちることが怖いのである。

この状況を三陽物産事件東京地裁判決（東京地判一九九四（平成六）年六月一六日労判六五一号一五頁）における被告会社は次のように説明している。「企業の側からすれば、広域配転応諾義務の存する従業員は、いつでも自由に異動配置させ得るといふ利点があり、一方、当該従業員にとつては、いつ異動し転勤するかわからないという不安定感及び実際に異動が発令された場合応諾の責任と物心等の負担がある。したがって、当該義務を負担しない者と比べて、当該義務を負う者が賃金面で一定の優遇取扱いを受けることは、労使いずれにとつても合理的である。」しかし、果たしてこうした働き方、生活の仕方があり得べき人間像といえるだろうか。

この強力な企業秩序に対しては、ジェンダー視座からは当然に、見直しが要求される。すなわち、ジェンダー視座は、企業の人事権を制約するのである。具体的には、性的自己決定権保障の立場にたち、職業生活以外の領域（身体および私生活）に対して侵襲性の高い業務命令は、労働契約の内容から排斥されることになる。住居の移転を伴う配転や残業は、労働者の私生活に対する高い侵襲性を有し、そのため自己や配偶者の妊娠・出産等、性にかかわる人生の選択にも大きな影響をもたらす。企業が命令一つで配転を行うことは、場合によっては、その選択をした

がために下される社会的制裁として働くことになる。だからといって、その家庭状況に応じて企業が命令することもジェンダー視座からは問題が多い。なぜならば、そうした企業の状況判断は、実際に自分のこともを育児している者と、ボランティアで他人のこどもの世話を週に何日か行っている者との間に差を設けることになるだろうし、そうした差は、また実際に自分がセックスをしてこどもを作ることを重視する制度であり、卑猥で、労働者の性を貶めるものだからである。したがって、配転・残業に関しては、個別に同意を必要とすると解釈するしか道はないように思われる。そのように解釈したところで、事前にさまざまな説得を試みることにより、企業の業務指揮に関する権利行使が十分に可能なのであるから、企業に対する理不尽なまでの拘束にはなるまい。<sup>(16)</sup>

そもそも、将来の住居の移転や、随時に労働時間が延長されることまで、私生活を含むほとんどあらゆる場面において自己の肉体の処遇を他者である使用者の一方的な命令に委ねるといふことは、自分自身の人生をまるごと使用者に委ねたものに等しく、人間の尊厳を基調にした国際人権原則にも乖離し、また個人を尊重し、奴隷的拘束を禁止する憲法理念にも矛盾し、そして労働条件の労使対等決定を掲げる労働基準法の目的にも反するといえよう。また、(2)で検討するように自己決定の概念が見直しを迫られている現在、<sup>(17)</sup>将来の事情の変更も考慮せずに、住居の移動を伴う配転や残業など職務を超えた事柄に関する「包括的同意」に、なぜ、法的に価値を与えることができるのか、わたしは疑問である。なお、制服着用、身体検査、法外健診等は、身体に密接にかかわる命令は、性的自己決定権を侵害し、場合によってはセクシュアル・ハラスメントを構成するということは、もう指摘するまでもない。企業秩序に関する論点は非常に多岐にわたるものであり、詳細な検討を要するものであるが、本論稿の目的からは、指摘にとどめ、別の機会に整理することにした。

注

(1) 通常は「フェミニスト」と呼ぶが、「フェミニスト」というカタカナの言葉は、日本では使いたくない言葉の一つである。日本の運動・思想にとつては後から付けられた名前だからであり、必ずしも自らを正しく定義するものではないからである。

(2) 豊国産業事件神戸地判一九六七（昭和四二）年九月二六日判時五一〇号七五頁、神戸野田奨学会事件神戸地判一九六八（昭和四三）年三月二九日・判時五一八号七九頁、茂原市役所事件千葉地判決一九六八（昭和四三）年五月二〇日・判時五一八号二四四頁なども参照。

(3) 一九九五年一〇月三一日付け朝日新聞参照。

(4) 改正の審議過程では、「最近の雇用情勢を背景として、女子学生の就職に関し、均等法上問題のある事例が指摘されている状況にあり、本年夏の女子学生の就職活動において繰り返して問題の生じることのないよう、早急に対策を講ずることが必要と考えられた」と説明されている〔金成1994, 102〕。なお、改正均等法については、〔浅倉1999〕も参照のこと。

(5) この点について、例えば西谷敏教授は、均等法改正と女性保護撤廃がセットで実施されたことにつき、「均等法と労基法の改正後、女性労働者に深夜業、長時間残業などの過酷な労働が強要される一方、雇用平等がさほど目立った進展を見せていないという現実を見るならば、このセット改正をいかに総括すべきか明らかであろう」と主張し、同セットの実行を支持した「立場をジェンダー視点と新自由主義の『同盟』として批判する」〔石佐2003〕を参照する〔西谷2004, 70-71, 93〕。実のところ、男女均等法制定および改正に際して、実に多くの女性たちが、平等と保護の両方で身を切り裂かれる思いを余儀なくされた。ある女性弁護士は、「均等法をめぐることは、『保護か平等か』というあの生身を切り裂かれるようなつらい大論争」と表現している〔中島1983, 100〕が、本当にその通りだと思う。西谷教授が批判の対象としている女性論者もその例外ではない。そのような立場にわたしたち女性を追い詰めたものが、企業社会と結託した男性権力であることを考えるならば、男性である西谷教授の批判はあまりに理不尽で、反省のないものといわざるを得ず、大変に残念である。こうした理不尽な論調に対し、本論稿では答える余裕がないが、別稿をもって、均等法制定当時から労働に従事してきた一人の女性労働者、新自由主義論者からの日常的なパッシ

- ングに抵抗している一人の女性、そして労働法学を研究する一人の女性研究者という三つの立場からきちんと批判を行うべく準備中である。ただし、一言だけ言及するならば、女性の人権保障と新自由主義は相容れるものではなく、新自由主義者らのもくろみを打破できるものがあるとするれば、それは女性解放の思想と実践であるということは明らかである【笹沼 2004b】。
- (6) 当該教科書の女性差別性については、【VAVW-NETジャパン編 2001】を参照。
- (7) 東京都は二〇〇四年八月二六日付けで、「男らしさ」や「女らしさ」をすべて否定するような誤った考え方としての「ジェンダー・フリー」に基づく男女混合名簿を作成することがあってはならない」と都立学校長宛に通知した。【「ジェンダーフリー」は誤解を招く? 都教委、使用しない方針】二〇〇四年八月二七日付け朝日新聞東京版。
- (8) 早くから三菱樹脂事件判決、東京電力塩山営業所事件判決をブライバシーとの関連で位置づけていたものとして、【道幸 1995, 37-86】がある。
- (9) 法における公私二分論に関しては、【岡野 2002, 12-92】が深い洞察を与えている。
- (10) 日立メデイコ事件・最一小判一九八六(昭和六二)年二月四日労判四八六号六頁。
- (11) 坂本ななえ 1995 「ヌードは母性の表現!? 産科婦人学会の仰天プログラム」行動する女たちの会編『行動する女』九〇号。
- (12) 二〇〇四年二月二日付朝日新聞。
- (13) 「職場での性的いやがらせと闘う裁判を支援する会 1992, 13」参照。裁判に至るまでの経緯が明らかにされている。
- (14) 松蔭学園事件・東京高判平成五年一月二二日判時一四八四号一三五頁などを参照。
- (15) なお、このアンドレア・ドゥオーキンの理論と実践を障害者福祉に応用する試みとして、【ブラウン・スミス 1996, 194-223】は興味深い洞察を行っている。
- (16) 労働者の私生活に注目して業務命令の制限を論じるものとして、【和田 2000, 202-223】を参照。
- (17) キャサリン・マッキノン は、ボルノグラフィイに出演する女性たちの「合意」に言及して、「単に契約書に署名がなされたという事実だけでは、女性に強制がなかったことを意味しないのである。女性に犬と性交することを強制できるなら、彼女に契約

書への署名を強制することもできる」と主張するが「マッキノン・ドウォーキン 2002: 61」わたしは「これを次のように言いかえたい。「単に就業規則に記載があるという事実だけでは、不払いで労働者に残業を強制できるのであれば、手当ての残業を包括的に合意することを強制することも可能である」。

参考文献

African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights

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法における間接差別

理論の比較から」東京大学社会科学研究所『社会科学研究』五四巻一号

浅倉むつ子 1999 『均等法の新世界——重基準から共通基準へ』有斐閣

浅倉むつ子 2004 『労働法とジェンダー』勁草書房

ヒラリー・ブラウン、ヘレン・スミス 1996 「融和から主張への転換——ノーマリゼーション原理に対するフェミニストの展望」

ヘレン・スミス、ヒラリー・ブラウン編中園康夫小田兼三監訳 1996 『ノーマリゼーションの展開——英国における理論と実践』（第

2版）学苑社

Mary Anne Case 1995 *Disaggregating Gender from Sex and Sexual Orientation: The Effeminate Man in the Law and Feminist Jurisprudence*,

105 Yale L.J.1.

The Committee on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) 1992 *General Recommendation No. 19* (11th session)

ラディカ・クマラスワミ 2000 クマラスワミ報告書研究会訳『女性に対する暴力——国連人権委員会特別報告書』明石書店

江原由美子・足立真理子・松原洋子 2001 「討議 グロバリゼーションとフェミニズム」『現代思想』第二九巻第六号

男女雇用機会均等政策研究会 2004 『男女雇用機会均等政策研究会報告書』

道幸哲也 1995 『職場における自立とプライバシー』日本評論社



- Andrea Dworkin 1985 *Against the Male Flood : Censorship, Pornography, and Equality*, 8 *Harv. Women's L. J.* 1
- アンドレア・ドウォーキン・キャサリン・マッキノン 2002、森田成也・中里見博訳「ポルノグラフィと性差別」青木書店
- 藤枝茂 2004 「高齢者等の雇用の安定等に関する法律の一部を改正する法律」『ジュリスト』一二七四号
- リサ・コウ・鄭映恵 1999 「私という旅——ジェンダーとレイシズムを越えて」青土社
- 林弘子 2003 「ジェンダー主流化と性差別禁止法——国際的動向と日本の現状」『ジュリスト』一二三七号
- 岩佐卓也 2003 「ジェンダー視点と新自由主義」『賃金と社会保障』一三四八号
- 金成真一 1994 「男女雇用機会均等法に基づく指針と女子労働基準規則の改正について」『ジュリスト』一〇四七号
- 加納美紀子 1985 「社縁社会からの総撤退を——具体的解放戦略を提起する」〔大橋・小倉 1991〕所収。
- 国際女性の地位協会 1992 「女子差別撤廃条約注解」尚学社
- 国際女性の地位協会 1998 「女性関連法データブック」有斐閣
- Catharine A. Mackinnon 1987 *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, 邦訳、加藤春恵子他訳 1993 『フェミニズムと表現の自由』明石書店
- Catharine A. Mackinnon 1979 *Sexual Harassment of Working Women*, Yale University Press, 邦訳、村山淳彦監訳 1999 『セクシャル・ハラメント オブ ワーキング・ウイメン』こうち書房
- 溝口明代他編 1995 『資料・日本ウーマン・リプ史3』ウイメンズブックストア松香堂
- 内閣府 2001 『平成二二年度 国民生活白書—家族の暮らしと構造改革』ぎょうせい
- 中島通子 1993 「『女が働くこと』をもういちど考える」労働教育センター
- 中島通子 2004 「労働法の実務の立場から」ジェンダー法学会編『今、なぜジェンダー法学か——ジェンダーと法第一号』
- 中里見博 2004 「憲法二四条の危機：『家族の重視』で何が変わるか」<http://blog.livedoor.jp/savearticle2/archives/2004-10.html>
- 西谷敏 2004 「規制を支える自己決定」法律分化社

岡野八代 2002 『法の政治学——法と正義とフェミニズム』青土社

大橋由香子・小倉利丸 1991 『働く／働かない／フェミニズム——家事労働と賃労働の呪縛!?』青弓社

労働省女性局編 1998 『職場におけるセクシユアルハラスメント防止マニュアル』

酒井隆史 2004 『暴力の哲学』河出書房新社

坂本ななえ 1996 『モードは母性の表現!? 産科婦人学会の仰天プログラム』行動する女たちの会『行動する女』90号

笹沼朋子 2002 『募集・採用差別』日本労働法学会編『講座21世紀の労働法第6巻 労働者の人格と平等』有斐閣

笹沼朋子 2004a 『女性解放の人権宣言——愛媛県男女共同参画推進条例批判』創風社出版

笹沼朋子 2004b 『憲法二四条によるラジカルな解放論の試み——セックス至上主義の家族制度に対する批判的検討』『インパクション』一四四号

笹沼朋子 2004c 『男女コース別人事にかかわる判例の批判的検討』『労働法律旬報』一五八五号

職場での性的いやがらせと闘う裁判を支援する会 1992 『職場の「常識」が変わる——福岡セクシユアル・ハラスメント裁判』イン

パクト出版会

菅野和夫 2003 『労働法第6版』弘文堂

砂押以久子 2004 『情報化における労働者の個人情報とプライバシー』第一〇八回日本労働法学会報告および質疑応答

角田由紀子・大橋由香子 2002 『法律に対して女性運動（フェミニズム）ができること——男女共同参画社会基本法とDV防止法を

中心に』『インパクション』一三二号

角田由紀子 2004 『法律実務とジェンダー法学』『今、なぜジェンダー法学か——ジェンダーと法』一号

上野千鶴子 1990 『家父長制と資本制』岩波書店

上野千鶴子・小倉千加子 2002 『ザ・フェミニズム』筑摩書房

VAWW-NET ジャパン編 2001 『ここまでひどい！「つくる会」歴史・公民教科書——女性蔑視・歴史歪曲・国家主義批判』明石書

店

和田肇 2002 「業務命令権と労働者の家庭生活」日本労働法学会編 『講座 21世紀の労働法第7巻 健康・安全と家庭生活』有斐閣  
山崎文夫 2002 「セクシュアル・ハラスメントと法的アプローチ」『比較法』三九号