

「昇進させない企業」をなくすための 法的戦略

——「女性活躍」を真に実現するための一方策の探求

相澤 美智子

はじめに

- 1 「昇進させない企業」とそれを許す司法
- 2 「昇進させない企業」を許す立法と司法
- 3 女性の管理職昇進に向けた法的課題
むすびにかえて

はじめに

「女性活躍」、「女性の管理職への登用」が政治的・政策的に掲げられても、実際に日本の雇用社会において、それが実現しないのはなぜか。本特集において共有されているこの問題意識に関する私の見解は、次のようなものである。すなわち、女性が管理職に登用されていない理由は、大きく分けて2つある。1つは、男性ならば当然に管理職になれるほどに努力し、成果をあげている女性を、企業が正当に評価せず、管理職にしないこと、そして、もう1つは、管理職になりたくない女性が少なくないこと、である。単純化して述べるならば、①「昇進させない企業⁽¹⁾」と、②昇進後の過重な労働、これによって犠牲になる家庭生活、以上のようなデメリットを上回るにはほど遠いわずかな報酬増などを秤にかけて、「昇進したくない」と考えるようになる女性⁽²⁾が、日本の女性の管理職比率を10%余りととどめていると思われるのである⁽³⁾。しかも、①の「昇進させない企業」

(1) 「昇進させない企業」というとき、筆者が意味しているのは、職位の上昇という意味での「昇進」のみならず、資格ないし職能資格給制度における格付けの上昇という意味での「昇格」も含む。なぜならば、少なからぬ企業において、「昇進」の前提として、一定の資格ないし格付けに達していることを要求しているからである。

(2) 2013年厚生労働省「女性雇用管理基本調査」において、女性管理職が少ない原因の第1に挙げられているのが「必要な知識や経験、判断力等を有する女性が少ない」で、第2に挙げられているのが「女性が希望しない」である。それぞれ調査対象企業の58.3%、21%がそう回答している。

(3) 2015年度における女性管理職の割合は12.5%前後（統計により、係長以上を管理職とするのか、課長以上を管理職とするのか等の違いが存在）であり、2012年度の安倍政権発足時の10.5%程度と比べると若干の増加はあるが、大きな変化は生じていない。

が昇進における性差別を行ったことを理由に裁判で訴えられても、司法は企業に加勢するかのよう
に、女性側の差別の訴えを退けてきた。

上記の仮説が正しいならば、次のような方法が、女性の管理職比率を高める方法となる。すなわ
ち、①'良い仕事をしている女性を正当に評価し、積極的に管理職に登用していくことと、またそ
うしない企業が訴えられた場合には、司法が性差別を認定し、企業に責任ありとすること、そし
て、②'「昇進したくない」と考える女性が、昇進を希望するような労働環境を創り出すこと、で
ある。

本特集において本稿に課せられた課題は、判例などの分析から、問題の原因を探り、多少なりと
もその解決に向けた法的提言を行うことにありと理解している。ただ、紙数の制約から、「昇進し
たくない女性」の問題について論じることはできない。そこで、本稿においては、上述の理解にも
とづき、(1)まず①の仮説が正しいことを検証したうえで、(2)現在の法は具体的にどのような点にお
いて①'の実現を阻んでいるのかを明らかにし、(3)最後に、①'を実現するために、いかなる法的改
革が必要であるかを論じることとする。

1 「昇進させない企業」とそれを許す司法 ——最近の2つの典型的事件から

2013年厚生労働省「女性雇用管理基本調査」によれば、女性管理職が少ない原因のトップに挙
げられるのは「必要な知識や経験、判断力等を有する女性がいな」ことである⁽⁴⁾。しかし、最近
の2つの裁判——中国電力事件（上告棄却、上告受理申立不受理）⁽⁵⁾ および東和工業事件（最高裁
に係属中）⁽⁶⁾ ——からは、「必要な知識や経験、判断力等を有する女性がいな」のではなく、企
業が良い仕事をしている女性を人事考課において正当に評価せず、必要な知識や経験、判断力等
がない者と評価していること、そして、そのような企業を司法が許している現実が浮かび上がって
くる。

(1) 中国電力事件

A 事実の概要および判旨

X1（原告、控訴人）は、中国電力（被告、被控訴人）に事務系従業員として雇用されている女
性である。X1は職能等級の昇格および職位の昇進において、女性であることを理由とする差別的
取扱い（以下、女性差別）を受けたと主張し、①平成15年4月1日から平成19年3月31日まで
主任1級の職能等級にあり、同年4月1日から現在まで管理3級の職能等級にあることの確認請求
を行うとともに、②不法行為法上の損害賠償請求権ないし労働契約上の賃金支払い請求権に基づ
き、差額賃金相当の金額、慰謝料および弁護士費用の請求を行った。

一審の広島地裁は、上記①の確認の訴えのうち、過去の地位の確認を求める部分について、確認

(4) 前掲注(2)参照。

(5) 後掲注(7)および(8)参照。

(6) 後掲注(12)および(13)参照。

の利益を欠くものであるとして却下し、その余の請求についてすべて棄却した⁽⁷⁾。二審の広島高裁は、X1の女性差別の主張について、X1と同期同学歴の事務系男子従業員と同事務系女子従業員との間に、1)平成20年の時点で主任1級の職能等級になっている者の割合に大きな違いがあること(90.4%対25.7%)、2)初めて主任1級に昇格したときの年齢に5歳もの開きがあること(36歳対41歳)、および3)平均基準労働賃金額に差があること(平成20年時点で、女性の平均基準労働賃金額が男性のその88.1%であり、年収換算で85.6%にとどまる)などを指摘して、男女間に格差があったことは認めた。しかし、X1がいまだ管理3級の職能等級に昇格していないことおよび主任の職位に昇進していないことについては、次のような事実にもとづき、女性差別によるものであったとはいえないとして、X1の損害賠償請求を棄却した⁽⁸⁾。

- (i) 職能等級を決定するための人事考課(業績考課、能力考課)の基準等に、男性従業員と女性従業員とで取扱いを異にするような定めはない。
- (ii) 評定基準が作成され、公表されているほか、評定者に女性を登用したり、評定者に対する研修が行なわれたりしているなど、評価の客観性を保つ仕組みが存在している。
- (iii) 男性従業員間にも昇格の早い者、遅い者があり、賃金額にも差があるゆえ、男女間で層として明確な分離があるとはいえない。
- (iv) 昇格に男女差が生じたことについては、女性従業員に管理職に就任することを敬遠する傾向があり、女性従業員の自己都合退職も少なくなく、女性の深夜業や時間外・休日労働を制限していた旧女性保護法が存在していたことなどの事情もうかがわれる。
- (v) X1の昇格遅延の原因は、業績考課の「責任・協力」の評価が低いことにあるが、これには次のような理由がある。すなわち、X1は打合せ席上で営業所・支社のシステム提案担当に対して「情報収集しても提案ができないのなら意味がないため、お客様訪問を止めてしまおう」と発言し、このことが「マイナス方向へメンバーを扇動した」と評価されている。また別の場では、「時間外する者は、能力が低い」等の発言をし、このことが「管理者に言うのはかまわないが、担当者に言うのはいかがなものか」と問題視されている。
- (vi) X1は職務適性評価において毎年「自説に固執し、自分本位で他人の意見を聞かない」との評価を受けており、中国電力がこのような評価の者を主任に昇進させなかったことが人事権の裁量の範囲を逸脱した行為であり、女性差別にあたるとはいえない。

B 企業の問題

中国電力事件の概要および判旨からは、次のようなことが企業の問題点として明らかになってくる。第1に、平成20年の時点で主任1級の職能等級になっている男女の割合(90.4%対25.7%)に大きな違いがあるにもかかわらず、それを問題と思わず、その改善に向けた努力をしていない。男女で、主任1級に昇格したときの年齢に5歳もの開きがあること(36歳対41歳)および平均基準労働賃金額に差があること(平成20年時点で、女性の平均基準労働賃金額が男性のその88.1%であり、年収換算で85.6%にとどまる)など、男女差別の数値化は、あるいは、裁判になっ

(7) 中国電力事件・広島地判平成23・3・17(判例集未掲載)。

(8) 中国電力事件・広島高判平成25・7・18(判例集未掲載)。

て初めて明らかになったことかもしれないが、主任1級に昇格する男女の割合に格差があることは、普段の職場を見渡せば、その顕著な差ゆえに、すぐに認めることができたはずである。

第2に、「女性従業員に管理職に就任することを敬遠する傾向があり、女性従業員の自己都合退職も少なくなく、女性の深夜業や時間外・休日労働を制限していた旧女性保護法が存在していたことなどの事情もうかがわれる」という点に関し、少なからぬ女性従業員が管理職になることを希望せず、自己都合退職していったとしても、X1を含めた個々の女性従業員については、それが必ずしも当てはまるわけではない。そもそも、女性従業員が管理職就任に消極的であることを中国電力が主張する根拠となっているのは、裁判よりも10年ほど前に女性従業員に向けて全社的に行ったアンケート調査の結果であるが、その調査は、なぜ女性従業員が管理職に就任したがるのか、その理由を発見するものにはなっていない。そもそも企業に、女性を昇進させようという気があるならば、なぜ女性従業員が管理職就任に消極的なのか、その理由を明らかにしたいと思うはずである。結局、当該アンケート調査は、「女性従業員が希望しないから、管理職に昇進させなくてよい」という会社の短絡的な態度を正当化するものにしかなっていない。また、国家法による女性保護を差別の正当化理由にするのは、筋違いというものである。

第3に、上記・事実の概要においては記述を省略したが、X1は一時期、S主任の代わりに主任の業務を遂行し、それにつきK課長代理から賞賛されたほどの業務実績、業務能力の持ち主である。そのようなX1が、無駄な業務の見直しや業務能力向上に関して行った発言は、多少挑発的であったとしても、会社の業務改善に役立つ貴重な意見として受け止めてよいと考えられるが、中国電力は、そのような発言をするX1を管理職に登用するのではなく、逆に問題視している。

C 司法の問題

広島高裁判決の問題点としてまず思うことは、人事考課の基準等が男女別になっていないことを、差別を認定しなかった理由の1つとして述べていることである。この判決を下した裁判官は、今日における雇用差別のあり様をまったく理解していない世間知らずといわねばならない。なぜならば、今日の雇用の場において、人事考課の基準等を男女別にするというようなあからさまな差別をする使用者は減っており、差別はもっと見えにくいものになっているからである。

第2に、「男女間で層として明確な分離があるとはいえない」と判決が述べている点に関して、X1側の代理人が、中国電力においてX1と同期同学歴の男女従業員に支払われている賃金額を棒の高低で表し、男性については棒を青く、女性については棒を赤く塗ったうえで、賃金の高いものから低いものへ左から右に順に並べた棒グラフを各年度ごとに作成したところ、グラフの左側は青く、右側は赤くなった。見事な層になったのである。ただし、年度によっては、青の棒の層の中に1本ないし2、3本、赤い棒が混じった。広島高裁は、このわずかに混じった赤の棒の取り上げて、「男女間で層として明確な分離があるとはいえない」と判示したのであるが、この判断はいかがなものだろうか。赤の棒が数本、青の棒の層の中に混じったことによって、男女間で層として例外的な分離があった、とはいえないかもしれないが、しかし、「層としての分離」があったことは否定できないと思われ、その事実を、X1に対して差別があったことの補強証拠にはなり得よう。

第3に、X1に対して差別があったか否かを判断しなければならない局面において、女性で昇格した者が様々な事情により少ないということを指摘するのは、的外れの議論としかいいようがない。

第4に、今日の差別は見えにくいものになっていると述べた上記第1点と関連するが、広島高裁は、「評価に客観性を保つ仕組み」があれば、差別は生じないと考えているが、この点に重大な問題が潜んでいる。これについては、以前に「中国電力事件広島高裁判決に関する意見書⁽⁹⁾」の中で詳しく論じたことがあるので、ここではその要旨を述べるにとどめる。すなわち、1970年代以降の社会心理学によって、差別は、人間の正常な認知がステレオタイプを形成し、それがバイアスを生じさせ、それらが相互に維持・強化されることによって発生することが明らかになってきた⁽¹⁰⁾。この発見は、差別をしようという故意、悪意、害意を有していない善意の人であっても差別をしてしまうということを教えてくれている。このことを多少ともかみ砕いて説明するならば、次のとおりである。すなわち、①正常な認知機能をもつ人間であれば、誰しも、おびただしい情報の知覚、処理・整理、記憶化という頭脳作業を単純化しようとするのであり、ここでいう単純化を社会心理学はステレオタイプ化と概念化している。②ステレオタイプはひとたび形成されると、自分の属する集団とは別の集団に属する人に関する判断や決定にバイアスをもたらす。③ステレオタイプとバイアスは互いに維持・強化しあい、その結果、差別が発生する。要するに、雇用差別は意図に根ざすものではなく、認知に根ざすものであるので、④ステレオタイプを活性化させないような職場環境がなければ、ステレオタイプは活性化され、差別という結果を招来する。中国電力は、人事考課に際し、評価基準を作成し、公表し、評定者の中に女性を入れていたと強調しているが、人事考課において評価を行うのが人（上司）である限り、その者を通じてジェンダー・バイアスおよびジェンダー・ステレオタイプが評価に反映される。それ故、司法はこのことに留意し、中国電力がジェンダー・ステレオタイプを活性化させないような職場環境づくりをしていたか否か吟味しなければならないのであるが、本事件の担当裁判官はその責を果たしたのであろうか。恐らく答えはNOであろう。上記の点を吟味しようとしたならば、ジェンダー・ステレオタイプを活性化させないような職場環境づくりをしていたことの立証責任は、企業側に課したであろうが、そのような立証を要求した形跡が全く存在しないからである⁽¹¹⁾。

(2) 東和工業事件

A 事実の概要および判旨

X2（原告、控訴人）は大学の理学科卒業後、昭和62年4月13日より、機器・環境産業機械関連設備等の設計施工等を業とする東和工業（被告、被控訴人）に雇用され、本訴提起後の平成24年1月20日に満60歳をもって定年退職した女性労働者である。東和工業は平成14年6月頃までに、従前の男女別の賃金制度に代えて、コース別雇用制度（以下、本件コース別雇用制）を導入した。本件コース別雇用制とは、本給（年齢給および職能給）と手当（資格手当、調整手当）から構成される賃金の、本給の賃金表を総合職と一般職とに分けて設定する賃金制度であり、一般職が総

(9) 相澤美智子「中国電力事件広島高裁判決に関する意見書」『労働法律旬報』1831 + 32号（2015年）81頁。

(10) 同上85-86頁。

(11) 同上93-94頁。

合職に転換するためには、取締役会の決定により課長より高位の次長に昇格することが前提となる。東和工業の社員給与規定によれば、総合職は総合的視野に基づいて判断できる能力を有し、職種転換・出張・転勤可能な者を指し、一般職は専門分野において業務遂行能力を有し、原則として採用時の職種に限定され転勤のない者を指すところ、平成11年6月24日付けで社内に発出された通達には、「総合職＝職種転換および転勤ができる職種をいう（従前の男子）」、「一般職＝基本的には転勤ができず、限定された職種をいう（従前の女子）」（傍点は筆者による）との記載がある。また、平成14年（2002年）5月24日付けで発出された通達には、「一般職とは、専門的分野において業務遂行能力を有し、原則として採用時の職種に限定され、転勤はない……現在の、女子採用条件です」（傍点は筆者による）との記載がある。

本件コース別雇用制導入時、東和工業の男性従業員は全員が総合職となり、女性従業員は全員が一般職となった。X2は入社から平成2年9月まで事務職に携わっていたが、同年10月以降は、訴外Aに出向扱いとなっていた期間も含め、東和工業の設計担当部署に所属し、本格的に設計業務に携わるようになり、平成13年12月頃には、2級建築士の資格を取得した。ちなみに、平成22年4月1日時点で、本件設計部で建築士の資格（いずれも2級建築士）を有していたのは、X2の他に取締役副本部長のYmおよびTjだけであり、総合職従業員の中にも同資格を有する者はいなかった。

X2は本件コース別雇用制導入時から定年退職するまで、一般職として処遇された。この間、X2は、設計業務における自身の業務遂行能力が低いので一般職と処遇している旨の説明は受けていない。平成14年11月21日から平成15年3月31日に対応するX2の人事考課表は、総合職用の書式を用いたものと一般職用の書式を用いたものの2種類が作成されており、この時期にX2が作成した目標面接シートには売上や利益の目標が記載され、その達成率の評価があわせて記載されている。一方、X2以外の東和工業の一般職従業員の業務について、目標面接シートに売上や利益の目標は記載されていない。

X2は東和工業在職中、転勤の希望の有無を尋ねられることがあったが、希望する旨の申告はしていない。とはいえ、本件設計部の男性従業員は、転勤を経験したことがあっても、入社初期の1回に限られており、その他の時期は設計部に所属している。

X2は東和工業においてコース別賃金制度（総合職と一般職から成る）が導入されて以降、東和工業はX2に総合職の賃金表を適用すべきであったのに、一般職の賃金表を適用してきたと主張して、①主位的に不法行為にもとづき賃金、退職金その他の損害賠償請求を行い、②予備的に不当利得請求権にもとづき同額の請求を行った。一審の名古屋地裁金沢支部は、X2の①の請求の一部を認容し、②の請求を棄却した⁽¹²⁾。①の請求については、下記（i）から（iv）の事実認定にもとづき、時効により消滅していない各年齢における総合職と一般職の賃金額の差額を損害と認定したが、職能給の差額相当額は損害と認定しなかった。一審の判旨は下記のとおりである。

（i）東和工業においては、本件コース別雇用制を導入するに当たって、総合職は従前の男子、一般職は従前の女子を指す旨の通達が発せられていたこと等からすると、「本件コース別雇用制導

(12) 東和工業事件・金沢地判平成26・12・8（判例集未掲載）。

入時の従業員の振り分けは、総合職及び一般職のそれぞれの要件にしたがって改めて行ったものではなく、総合職は従前の男性職からそのまま移行したもので、一般職は女性職からそのまま移行したものであり、その状況が本訴提起後まで継続していたと理解するのが素直であって、本件コース別雇用制における総合職と一般職の区別は、結局のところ、男女の区別であることが強く推認されるというべきである」。

(ii) 「本件コース別雇用制は性別管理から移行したものであるのに、合理的なコース転換制度も、具体的なコース転換の勧誘もなかったことからすると、本件コース別雇用制における総合職と一般職の区別は、少なくとも合理的なコース転換制度が就業規則上明記された平成24年6月までは、男女の区別、すなわち、実態において性別の観点によってされており、X2はそのような観点からそのまま一般職と処遇されたと認めるのが相当である」。

(iii) 「X2が出張することに対して否定的であったという事情は認められず、……職種転換、出張及び転勤という本件コース別雇用制における総合職の要件が、……総合職と一般職を振り分ける基準として実際に機能していたかは極めて疑わしく」、本件コース別雇用制における総合職と一般職の振り分けは適切にされていたという東和工業の主張を採用することはできない。

(iv) 「本件コース別雇用制の導入時にX2の業務遂行能力の程度が検討された形跡がない以上」、東和工業がX2の業務能力が低い旨を主張しても、それが本件コース別雇用制の導入時にX2が一般職に割り振られた理由であったと推認することは困難である。……X2が担当していた業務が必ずしも高いものとはいえなかったとしても、業務遂行能力に応じた振り分けをした結果としてX2は一般職となったとの」東和工業の「主張は合理性に乏しく、前記の推認を覆すだけの事情にはならない」。

X2は敗訴部分の取り消し等を求めて控訴したが、二審の名古屋高裁金沢支部も、一審判決同様、職能給差額は損害と認定しなかった⁽¹³⁾。二審は、職能給差額を損害として認めなかった理由を、次のように述べた。昇格のためには、これを満たすか否かに関する東和工業の「裁量的判断を含んだ人事考課の査定等を経なければならぬのであるから、X2が一般職としての主任に昇格したからといって、総合職として処遇されていれば当然に主任に昇格していた高度の蓋然性があったということではできず、他にそのような蓋然性が存在したことを認めるに足りる証拠はない」。

B 企業の問題

東和工業事件は、雇用における男女差別に関する事件の中でも、古典的な部類に属することが明白な事件であり、その点で中国電力事件と好対照をなす。なぜ古典的な部類に属するのかといえれば、差別の態様があからさまだからである。本件コース別雇用制は、実質的には男女別コース制で、同制度の下、従業員には男女別の賃金表を適用して賃金が支給されていた。東和工業の問題といえ、過去には、男女別の賃金表を適用することが労基法4条に反して違法であると判示された秋田相互銀行事件秋田地裁判決⁽¹⁴⁾が存在するのにもかかわらず、そうした事例から学ぶことなく、

(13) 東和工業事件・名古屋高裁金沢支判平成27・10・21（判例集未掲載）。

(14) 秋田相互銀行事件・秋田地判昭和50・4・10 労民集26巻2号388頁。

約40年も前に違法とされた差別を、少なくとも合理的なコース転換制度が就業規則上明記された平成24年6月まで続けていたことである。

また、東和工業では、出張や転勤が本件コース別雇用制における総合職の要件とされ、男性は全員総合職に振り分けられていたが、過去には、勤務地無限定を男性、勤務地限定を女性として従業員を区別し、後者に対しては一定年齢以降、基本給を一定額にとどめおく取扱いをしたことが、労基法4条に違反すると判示された三陽物産事件東京地裁判決⁽¹⁵⁾が存在する。東和工業においては、一般職に位置づけられていた女性も、年齢とともに基本給の年齢給部分が上昇するようにはなっていたが、しかし、総合職に位置づけられていた男性との間に年齢給格差が生じるようになっていた点では、三陽物産事件と共通するのであり、こうした取扱いが違法判断を招来することになるのは、容易に予測できたはずである。総じて、東和工業は過去の事例から学ぶことなく、時代錯誤的な差別を続け、有能な女性⁽¹⁶⁾を一般職にとどめおいていた点で問題があったといわざるを得ない。

C 司法の問題

東和工業事件においては、一審、二審ともに男女差別は認定した。問題は、救済において、年齢給差額しか認めず、職能給差額をいっさい認めなかったことである。差別が認定されても、正当かつ十分な救済がなされない、これでは「差別のやり得」ではないかとX2および支援者らは憤った。

裁判所は、職能給は、会社による「労働者の業務遂行能力に対する評価を前提に」支払われるものであり、評価基準を満たすか否かは、「裁量的判断を含んだ人事考課の査定等」によって決まるとした。一般論としては、間違っていない。しかし、二審は、このような一般論を唱えることにより、X2は「コンベヤーの製作図作成は独力でできるものの、基本設計を行う能力はなく、架台やシュートの製作図作成については応用が利かず、細かく指示を与えなければできない」などというX2の上司であるSやYmの証言を証拠として無批判に受け入れ、一般職と総合職のコースの振り分けにおいて男女差別があったという推認——この推認ゆえに年齢給差額については救済した——を基礎づける次のような認定事実を一顧だにしなかった。その認定事実とは、①本件コース別雇用制の導入時に東和工業において「X2の業務遂行能力がどの程度であるかが検討されたことを示す証拠はなく」、②「X2は2級建築士の資格を取得しており、これはX2の業務遂行能力を評価する上での客観的指標になるものというべきであるが、このことがコースの振り分けにおいてどのように考慮されたかも明らかでない」うえに、③「技能レベルが低いからX2を一般職として処遇していたのであれば、人事考課のための面接を制度化していた」東和工業においては、「その旨を在職中にX2に説明することは特に困難ではなかったといえるし、業務改善を促す意味からも説明するのが望ましかったといえるのに、技能レベルが低いから総合職とは扱えない旨の説明がX2の在職中にされていた形跡は全くうかがわれない」。加えて、④X2および男性で総合職のThの上司であるSは、「X2の技術レベルの低さを強調する一方で、X2が一般職であるがThが総合職である理由についてはわからないと述べており、両者の違いが技術的評価に基づくものでないことがうか

(15) 三陽物産事件・東京地判平成6・6・16労判651号15頁。

(16) 設計部において、2級建築士という国家試験に一発で合格していたのはX2のみであり、他に合格している男性1名は、2度目の受験で合格していた。この男性を除く他の男性は、国家資格を有していない。

がわれる」。以上のように事実を認定したにもかかわらず、この事実の法的評価を裁判所が怠ったこと背景には、昇格・昇進の判断は企業の裁量に任されるべきであり、たとえ差別があろうが、そこに裁判所は減多なことでは介入しないという、差別是正に対する裁判所の消極的姿勢が存在する。

しかし、企業の裁量的判断を尊重するとしても、労基法4条違反の賃金差別（年齢給差別）をしたとの認定を自らが下した企業にまで、自由や裁量を認めるとはいかかなものだろうか。先進諸国において、労働法的規制がもっとも少ないアメリカにおいてさえ、差別禁止は法律上明記されており、企業は法律違反を犯さない限りにおいて、自由や裁量を認められている。日本も、アメリカに遅れてではあるが、雇用における性差別を禁止するにいたった。しからば、企業には、男女差別という法違反を行っていない限りにおいて、労働者の処遇を決定する裁量があると考えべきではなかろうか。私見では、裁判所は、男女賃金差別があったと認定した時点で、損害は年齢給についても職能給についても発生していることを前提にし、会社側から、職能給差額を認めるのが相当でないほどX2の職務能力や業績に問題があったことの立証がない限り、両方について生じた損害を救済するという積極的態度に出なければならなかった。

(3) 問題の整理

以上、女性管理職が少ないことの原因の1つに、「昇進させない企業」とそれを許す司法の存在があることを、具体的事例にあたって検証した。ここから、次のような整理が可能となるように思われる。

女性を「昇進させない企業」を司法が許すときの態様は、2つ存在する。1つは、企業が男女を公平に取り扱ったと主張し、人事考課制度も外形的に差別的ではないために、裁判所が差別はなかったとの結論にいたる場合である。しかし、外形的に差別的でない制度が存在すれば、差別は生じないか、といえ、必ずしもそうではないということを、中国電力事件は物語っている。それは、制度を運用するのが人間であり、人間は認知にもとづくジェンダー・ステレオタイプおよびジェンダー・バイアスを有しているため、それが多くの場合、差別を惹起してしまうからである。要するに、あからさまな（昇進）差別が存在しなかった事例が提起する法的課題は、次のようになり、すなわち、人間の認知にもとづくステレオタイプやバイアスから生じた差別を発見し、被害者に対して適切な救済を与える法とは、どのようなものなのか。

いま1つは、企業が、誰を昇進させるかは企業の裁量的判断で決定すべきことであると主張し、裁判所がそれを全面的に認容する場合である。東和工業事件において、裁判所はコースの振り分けを男女別にしたのは違法と断じても、こと昇進（昇格）という問題については、差別があったか否かを深く追及せず、もっぱら企業の自由裁量を尊重した。換言すれば、企業側から企業の自由裁量ないし「経営の自由」が主張されたことにより、差別の存否と、差別と同時に合理的な理由も存在したか否かということが実質的に判断されなかった事例といってよい。このことが提起する法的課題とは、法は、いかにしたら、司法による企業の「経営の自由」の尊重の名の下に行われる差別を阻止しうるのか、ということであると考える。

2 「昇進させない企業」を許す立法と司法

以上に整理した問題をいかに克服するかについて論じる前に、ここでは、女性の昇進が十分に実現していない法的原因がどこにあるのかをさらに立法と司法という観点から探求したい。

(1) 女性に対する昇格・昇進差別と公序良俗

日本国憲法 14 条 1 項は、「すべて国民は、法の下に平等であって、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」と述べ、あらゆる場面において性差別は禁じられるべきことを明言した。しかし、女性は長らく、男女別コース制により、基幹的な仕事には就けず、昇格・昇進とは無縁な存在として扱われていた。こうした取扱いを問題として提起された最初の裁判が、日本鉄鋼連盟事件であったが、東京地裁は、使用者の男女別コース制の採用につき、「憲法 14 条の趣旨に合致しない」とはいえ、「公の秩序に違反したということはできない」として、地位確認請求を棄却した⁽¹⁷⁾。

昇格差別に直結する男女別コース制の採用を、憲法 14 条の趣旨には合致しないが、公序良俗違反とはいえないとする判断は、住友電気工業事件大阪地裁判決⁽¹⁸⁾や住友化学工業事件大阪地裁判決⁽¹⁹⁾においても踏襲され、司法は救済を拒み続けた⁽²⁰⁾。とくに住友両事件判決においては、男女別コース制の採用が公序良俗違反に当たらない理由が詳細に説示された。それによれば、「雇用の分野においても不合理な男女差別が禁止されるという法理は既に確立しているというべきであるが、他方では、企業にも憲法の経済活動の自由（憲法 22 条）や財産権保障（憲法 29 条）に根拠付けられる採用の自由が認められているのであるから、これらの諸権利間の調和が図られなければならない」。判決は、均等法が男女差別を明文で禁止したのは平成 9 年の法改正においてであり、それ以前は採用（男女コース別採用）をなくすことは企業の努力義務にとどめられていたことなどを挙げ、「諸権利間の調和」を図った結果として、公序良俗違反はなかったとの結論に達した。

その後、男女の差別的取扱いの禁止が使用者の法的義務とされるにいたった平成 9 年（1997 年）改正の均等法が、平成 11 年（1999 年）4 月 1 日から施行されたことを受けて、この日以降は、男女別コース制が公序に反することになったとする判例が登場した。野村証券事件東京地裁判決⁽²¹⁾と岡谷鋼機事件名古屋地裁判決⁽²²⁾である。いずれの事件においても、原告は昇格したことの地位

(17) 日本鉄鋼連盟事件・東京地判昭和 61・12・4 労判 486 号 28 頁。この判旨は、3 (1) で述べたように公法・私法二元論にもとづくものである。

(18) 住友電気工業事件・大阪地判平成 12・7・31 労判 892 号 48 頁。判旨は同じく、公法・私法二元論にもとづくものである。

(19) 住友化学工業事件・大阪地判平成 13・3・28 労判 807 号 10 頁。判旨は同じく、公法・私法二元論にもとづくものである。

(20) ちなみに、住友電気工業事件および住友化学工業事件における原告らは、差額賃金相当額の損害賠償の請求はしたが、地位確認請求はしていない。

(21) 野村証券事件・東京地判平成 14・2・20 労判 822 号 13 頁。

(22) 岡谷鋼機事件・名古屋地判平成 16・12・22 労判 888 号 28 頁。

の確認を求めているが、裁判所は、昇格の決定は使用者の「総合的裁量的判断」により決定されるものであり、「尊重されるべきであるから」という理由により、地位確認請求を棄却した。

以上の考察から分かるのは、今日、男女別コース制が違法とされることは間違いがなく、その論拠は民法 90 条に求めうるが、上記 1(2)で分析した東和工業事件が示すように、労基法 4 条に求められることもあろう。しかしながら、昇格したことの地位確認については、司法が使用者の総合的裁量的判断を尊重するという姿勢で審理をすることにした瞬間から、実現されなくなっているのである。

(2) 女性に対する昇格・昇進差別と労基法 4 条

A 実体面の問題

戦後、日本国憲法制定と同時期に制定された労基法は、4 条において女性であることを理由とする賃金差別を禁止した。いわゆる男女同一労働同一賃金原則の宣言である⁽²³⁾。しかしながら、通説においては、同条は「賃金について」の差別的取扱いを禁止するにとどまり、採用・配置・昇進・教育訓練などの差別に由来する賃金の違いは同原則に抵触しないと解されている⁽²⁴⁾。要するに、同原則は、昇格・昇進差別を排除する趣旨ではないとされているのである。

しかし、判例に目を向けるならば、通説とはニュアンスを異にする見解も認められる。芝信用金庫事件東京高裁判決⁽²⁵⁾がそれである。同事件において争われたのは昇格差別であり、会社は、試験制度を利用しつつも、男性については年功的運用によって全員を昇格させる一方で、女性はほとんど昇格させていなかった。東京高裁は、あたかも上記・通説に配慮するかのように、「本件は、女性であることを理由として、一審原告らの賃金について直接に差別したという事案ではなく」との前置きはしたが、これに続けて、「資格の付与が賃金額の増加に連動しており、かつ、資格を付与することと職位に付けることが分離されている場合には、資格の付与における差別は、賃金の差別と同様に観念することができる」（傍点は筆者による）と述べて、本件において争われた昇格差別には労基法 4 条の規制が及ぶと判示した。要するに、すべての昇格差別事件に労基法 4 条の規制が及ぶわけではないが、本件において争われた昇格差別は、賃金差別と同様に観念することができることから、労基法 4 条の規制が及ぶ、というのである。

判例は、しかし、職能資格給制度上の「昇格」とは異なり、「昇格」が職位の上昇（昇進）の意味で用いられている場合には、女性に対する「昇格」差別が労基法 4 条違反になるとはいえない、としている⁽²⁶⁾。判例を総合するに、労基法 4 条は、事例によっては昇格差別を規制しうるが、昇進差別は規制しえない。

(23) 男女同一労働同一賃金原則であり、男女同一価値労働同一賃金原則とは一般に理解されていないことに留意する必要がある。なお、判例上は、同一価値労働に従事する男女に賃金格差が存在したことを労基法 4 条違反とした事例が、1 件のみであるが、存在する。京ガス事件・京都地判平成 13・9・20 労判 813 号 87 頁。

(24) 菅野和夫『労働法〔第 11 版〕』（弘文堂、2016 年）248 頁。

(25) 芝信用金庫事件・東京高判平成 12・12・22 労判 796 号 5 頁。

(26) 社会保険診療支払基金事件・東京地判平成 2・7・4 労民集 41 卷 4 号 513 頁。

B 手続面の問題（立証責任の問題）

労基法4条に関しては、他にも問題がある。同条は、差別を発見するための手立て、すなわち当事者の立証責任のあり方について規定していない点でも問題がある。判例はこの点、労働者が男女間に賃金格差が存在することを立証すれば、女性であることを理由とする差別と推定され、使用者側がその格差を正当化する合理的理由を立証できなければ、本条違反が成立するとしている⁽²⁷⁾。性による差別であることの証明を100%原告側に課すわけではないという意味において、通常の民事訴訟の立証責任のあり方を修正しており、この点において、性差別の禁止という観点からは一步前進ではあるが、しかし、この枠組みとて、問題がある。判例の枠組みによれば、被告側から合理的理由が1つでも立証されれば、差別があったとしても、それが帳消しになってしまうからである。現実を直視するならば、企業に男女を区別する合理的理由が存在する場合もあるが、しかし、同時に、差別的取扱いも存在するということがありうる。こうした思考を、アメリカの裁判所は「複合的動機法理⁽²⁸⁾」に結実させたが、日本の裁判所の思考は、all or nothingの判断しかできないものになっており、複雑な現実を把握しきれないものとなっている⁽²⁹⁾。

もっとも、東和工業事件名古屋高裁金沢支部判決は、上述の判例の枠組みを正確に踏襲することはなかったと思われる。かといって、アメリカで確立している複合的動機法理を採用したわけでもない。同判決は、本件コース別雇用制については、それが余りにもあからさまな男女別の取扱いであったが故に、all or nothingの思考により労基法4条違反を認定したが、X2に対するその余の取扱い、すなわち、昇格およびそれと連動する賃金における取扱いについては、企業には自由裁量があるという自由裁量論を堅持し、all or nothingの思考さえも停止させてしまったようである。すなわち、昇格は企業の裁量的判断によって決められるものであるから、司法はその「聖域」には立ち入らないとでも言うかのように、X2が数々の間接証拠を提出しつつ行った昇格差別の主張を退け、結果的に証拠によって十分に支えられているとは言い難い使用者の主張を無批判に受け入れた。

上述のような観点から分析すると、前記・芝信用金庫事件東京高裁判決は、上記・東和工業事件判決と比較したときに、同じく昇格およびそれと連動する賃金における取扱いが問題とされていながら、司法が自由裁量論を振りかざしていないことに気づく。その理由は、事例の特殊性にあるのかもしれないが⁽³⁰⁾、いずれにせよ、自由裁量論は差別を発見するための手続（立証責任論）を無意

(27) 例えば、石崎本店事件・広島地判平成8・8・7労判701号22頁など。

(28) その後、この法理論は1964年公民権法第7編に成文化されるにいたった。具体的条文は、42 U.S.C. § 2000e-5 (k) (2006)。複合的動機法理の形成と条文化については、相澤美智子『雇用差別への法的挑戦——アメリカの経験・日本への示唆』（創文社、2012年）267-275、279-280頁。

(29) 相澤美智子「雇用平等法の課題」和田肇ほか編『労働法の再生・第4巻「人格・平等・家族責任」』（日本評論社、2017年5月刊行予定）。

(30) 芝信用金庫事件においては、昇格試験制度導入以前は人事考課により、同試験制度導入後は同試験に合格しないなどの事情により、女性のほとんどが昇格できずにいた一方で、男性はほぼ全員が昇格していた。東京高裁は、これを「極めて特異な現象」とし、同試験自体に不公正・不公平な点は見出せないとはいえ、評定者である幹部職員が「年功序列的な人事運用から完全に脱却することができ」なかったことにより、同試験に合格しない男性に対しては、人事考課において優遇するという差別的措置をとっていたと推認した。このように、芝信用金庫事件においては、女性が集団として昇格できずにいたという事情が存在したために、裁判所は、一見公平に見える制度の運用における差別を発見する観察眼を持ちえた——それが結果的に自由裁量論を後退させた——ように思う。

味なものにしてしまうのである。

C 救済面の問題

労基法4条には、違反の効果としていかなる私法的救済がなされるかについての規定がなく、この点も問題である。注目すべきは、上記・芝信用金庫事件において、東京高裁は、昇格差別を賃金差別と同様に観念し、労基法4条違反を認定したうえで、その効果として、同13条の類推適用による昇格請求を肯定した点である。その際、東京高裁も「職員の昇格の適否は、……一審被告の経営権の一部であって、高度な経営判断に属する面がある」との前置きはしたが、しかし、救済において「単に不法行為に基づく損害賠償請求権だけしか認められないもの」とすれば、「差別の根幹にある昇格についての法的関係が解消されず、男女の賃金格差は将来にわたって継続することとなり、根本的な是正措置がないことになる」とし、昇格請求を肯定するとともに、昇格差別によって生じた賃金格差についても、不法行為にもとづく損害としてではなく、差額賃金として、一審原告らの請求を認めた。残念ながら、この芝信用金庫事件東京高裁判決を継承する判例は、その後、現れていない。

(3) 女性に対する昇格・昇進差別と男女雇用機会均等法

日本においては、1979年に国連で女性差別撤廃条約が採択されたことが追い風となり、1980年代から性を理由とする雇用差別を禁止する法律の整備が始まった。日本は1985年に男女雇用機会均等法（以下、均等法）を制定し、同条約を批准するにいたった。当時の均等法は、女性に対する昇進差別の禁止を使用者の努力義務としていた。その後、1997年に均等法は改正され、女性に対する昇進差別は明確に禁止された。さらに、2006年に再度改正された均等法は、片面性を排除し、女性のみならず男性に対する昇進差別も禁止するとともに、指針において次の2点を明記した。すなわち、①「昇進」とは、下位から上位への職階の移動を意味するとともに、職制上の地位の上方移動を伴わない「昇格」も含まれること、および②昇進に関し、均等法14条1項にもとづいて実施されるポジティブ・アクションは、昇進差別に当たらないこと、である⁽³¹⁾。

A 実体面の問題

では、以上のように発展を遂げてきた均等法に、問題はないのだろうか。大いにある。第1に、実体面の問題を指摘しうる。上述したように、現行の均等法は「昇進⁽³²⁾」差別を禁止している。具体的には、均等法6条および7条が、それぞれ「昇進」における直接差別および間接差別を禁止しているのであるが、後者の7条の規定に問題がある。均等法7条は、間接差別のうち厚生労働省令で定めるもののみを禁止すると規定している。これを受けて定められた厚生労働省令は、禁止される間接差別を3つの類型に限定しており、このうちの2つが昇進に関するものである。具体的に

(31) 労働者に対する性別を理由とする差別の禁止等に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針（平成27年厚生労働省告示458号）第4（1）および（2）。

(32) 均等法上の「昇進」は、指針（前掲注（31））において昇格および昇進の両方を意味するとされていることから、そのことを表現するために、本稿では「昇進」と鍵括弧をつけて表記する。

は、労働者の「昇進」にあたり、①住居の移転を伴う配置転換に応じることができることを要件とすること、または②労働者が勤務する事業場と異なる事業場に配置転換された経験があることを要件とすることに業務上の必要性などの合理的理由がないことが、間接差別に当たるとされている⁽³³⁾。「昇進」という文脈で禁止される間接差別がこのように限定されると、例えば、上記1(1)で分析した中国電力事件のX1に対してなされた差別は、間接差別としては争いにくくなる⁽³⁴⁾。事件を振り返ってみよう。X1は、評価者である上司の主観が混入した人事考課により、昇格できなかったのであるが、同様の原因により昇格できなかった女性は、他にも多数いた⁽³⁵⁾。性中立的な基準——中国電力事件においては、人事考課により昇格を決定するという基準——により、相当数の女性が昇格できず、男性との間に著しい格差が生じていたのであれば、理論的には、これを間接差別として争いうる。しかし、厚生労働省令が定めた間接差別の3類型は、中国電力事件における間接差別を包摂することができない。今日、あからさまに性差別を行う使用者が減ってきていることを想起すれば、問題は、そもそも均等法によって禁止される間接差別を3つの類型に限定したことにあるが、「昇進」における間接差別だけを考えても、厚生労働省令に定める2類型に限定されるわけではない。間接差別に関する均等法7条の規定は、根本的な問題を抱えていると言わねばならない。

B 手続面の問題（立証責任の問題）

上記2(1)Aで論じたように、労基法4条は昇格・昇進差別に由来する賃金差別を禁止するものではない、という通説が存在することから、同条によって昇格・昇進差別を排除しうる可能性はきわめて限定的である。このことを前提とするならば、均等法を有効に活用して「昇進」差別を排除・是正していくことが、いっそう重要となる。

均等法は行政指導の根拠法といわれることが多いが、それが意味することは、これを根拠に行政指導を行い、それを通して雇用における性差別を排除・是正していこうということである。逆にいえば、均等法は、差別を排除・是正するための手段として民事訴訟があるということを強く意識していない内容となっている、ともいえる。均等法がこのような特徴を有するにいたった背景は容易に理解される。行政指導による雇用差別の排除・是正の方が、民事訴訟によるそれよりも、簡易・迅速・低廉である。加えて、雇用差別は、労働者が日々多くの時間を過ごし、多くの場合、協働作業を伴い、かつ生活の糧を得る、職場という場所で生じることから、これを裁判に訴えることは、労働者にとって大きな心理的負担となるという事情も存在する。

しかしながら、「昇進」差別を排除・是正するためには均等法が有効に活用される必要があり、

(33) 均等法施行規則2条(2)および(3)。

(34) 均等法施行規則2条は、禁止される間接差別を3類型に限定したが、立法者意思としては、これが規範として意味をもつのは、均等法を根拠とする行政指導においてのみであり、間接差別をめぐる司法判断が行われる際には、禁止される間接差別は3例に限定されるものではないということが、同条を新設する際の参議院厚生労働委員会での審議で確認されている。したがって、間接差別に関する司法判断を求めた中国電力事件において、広島高裁がX1の間接差別の訴えを無視したのは不当であり、筆者はそのことを、最高裁に提出した「中国電力事件広島高裁判決に関する意見書」において指摘した。相澤・前掲論文、注(9)96頁。

(35) 男女間で層としての例外なき分離はなかったにせよ、分離そのものは存在したといえるからである。上記1(1)C参照。

かつ「昇進」差別を救済する最終的手段として、国家が裁判という手段を準備しているという当然の事実を考慮するならば、均等法は、訴訟に十分耐えうる内容になっていること、とりわけ差別を発見するための立証責任のあり方についての規定を置いていること——また、この後すぐに論じるが、差別が認定されたときに具体的にいかなる救済がなされるかについての規定を置いていること——が重要である⁽³⁶⁾。

均等法6条は「昇進」における直接性差別を禁止しているながら、労基法4条と同様、当事者の立証につき、何ら規定していない。差別を発見するためには、誰が、何を、いかなる証拠により、どの程度証明すればよいかという観点からのルール化が必要であることは、上記2(1)Bにおいて述べたとおりであるが、そのようなルール化を行わず、やみくもに審理を進めると、中国電力事件における広島高裁判決のように、会社のジェンダー・バイアスに満ちた人事考課を無批判に受け入れ、X1の昇格請求を退けるという不当な結果を招来してしまう。

しかし、均等法内部に以上のような限界を克服していく芽が全くない、というわけではない。「昇進」における間接差別を禁止している均等法7条は、間接差別を発見するため手立てとなる当事者の立証責任が、条文の構造から分かるようになってきているからである。すなわち、間接差別を生じさせている「措置の要件を満たす男性及び女性の比率その他を勘案して実質的に性別を理由とする差別となるおそれがある措置」であること——換言すれば、雇用上の要件を満たすことのできる男性と女性の割合等に相当な格差があり、間接差別が生じていたであろうこと——について立証する責任を負っているのは労働者であり、対して、当該「措置」が「業務の遂行上特に必要であり」、「雇用管理上特に必要である」など「合理的な理由がある」こと——換言すれば、違法な間接差別の違法性を阻却する事由があること——を立証する責任を負っているのは使用者である。このような条文構造は、「昇進」に関する間接差別が訴訟上争われたときに、少なくとも、誰が、何を立証すべきかを明確にしているという点で評価される⁽³⁷⁾。このような思考方法が、拡大していくことが強く望まれる。

C 救済面の問題

均等法6条および7条には、違反の効果としていかなる私法的救済がなされるかについての規定がなく、問題である。裁判において「昇進」差別が認定された場合にも、裁判官が差別的取扱いを無効とし、「昇進」命令を下す根拠が明文上存在しないからである。また、「昇進」差別が存在した一方で、「昇進」拒否が必ずしも不合理ではなかったと思わせるような理由も同時に存在した場合、いかなる救済を与えるのが妥当か、あるいは救済は一切与えられないのか、という問題も生じる。

このように考えると、「昇進」差別に対して、「昇進」命令を下せるか否かは、原告である女性に対し、ある資格ないし職位を付与できない正当な理由が何もなくなかったか否かという問題と表裏一体であるということになる。換言すれば、救済の問題は、立証責任の問題と表裏一体であるというこ

(36) 相澤・前掲論文、注(29)。

(37) 均等法7条の「比率等」という文言は、間接差別が存在したであろうことを労働者が立証する際に統計資料等を利用できるということを述べており、少なくとも労働者については、「どのような証拠により」立証責任を果たさなければならないことについても明記しているといえる。

とである。しかし、均等法はこれまで裁判規範たることを強く期待されて立法化されてこなかったため、そもそも救済規定が置かれていないばかりか、裁判官が上述したような適切な救済を決定するために必要となる立証の枠組みに関する規定も置いていない。当然ながら、いずれの当事者が立証責任を負っているかについても、不明である。

救済面に関するいまひとつの問題としては、「昇進」差別が認定されると、時間の経過とともにその差別を原因とする未払い賃金が増加するにもかかわらず、均等法は未払い賃金の補填をどのようにすべきかにつき沈黙を保っていることを指摘しうる。均等法の条文は、基本的に雇用のステージごとに差別を禁止するという考え方に沿って作られており、かつ賃金差別を禁止する条文は労基法に存在するため、均等法には賃金に関する条項が設けられなかったのであろうが、賃金差別を禁止する労基法4条は、既に論じたような問題をはらむものとなっており、同条があるから未払い賃金が補填されるとは言い切れない。なお、未払い賃金を補填するために、私法における一般法である民法の不法行為規定に依拠することについては、3(1)で論じるような重大な理論的問題を抱えており、賛同しえない。

3 女性の管理職昇進に向けた法的課題

以上、2つの節において具体的に検証してきた企業、司法、および立法による女性に対する昇進差別の温存を克服するためには、どのような法的戦略が必要なのか。以下、この問題について考えたい。

(1) 日本国憲法の構築した法秩序の再検討

女性を「昇進させない企業」が依然として多い日本において、女性管理職を増やすために、いかなる法改革が必要か。このことを考えるにあたっては、まずは、日本国憲法が構築した法秩序とはいかなるものであるか、という問いについての再検討が必要と考える。

A 憲法一元秩序

法制史研究者の水林彪は、日本国憲法は大日本帝国憲法下で構築された公法・私法二元論——国家と私人（国民個人）の関係を規律するのが憲法を中心とする公法であり、私人間の関係を規律するのが民法を中心とする私法であるという観念——を清算し、憲法一元秩序——憲法が、公法のみならず、私法を含む、あらゆる実定法の上に存在する最高法規であり、その他の諸法律はこれを具体化するものでなければならぬという観念——を構築したと主張している。水林によれば、憲法の最高法規性を規定している日本国憲法98条および違憲立法審査権を規定している同81条が、このことを示している。憲法制定直後に、民法家族法が全面改正され、民法財産法については、将来における抜本的見直しを想定しつつ、応急措置として、幾つかの重要な一般条項が付加されたことは、当時の法律家が、日本国憲法下における法体系は憲法一元秩序であると理解していたことをよく示している。しかしながら、現在の憲法学において支配的であるのは、依然として公法・私法二元論であり、これが具体的には、「憲法は私人間関係に適用されないか、適用されたとしても民

法などを介して間接的に適用される」という思考となって現れてくる。

水林は、「憲法一元論と公法・私法二元論の対立は、たとえば、民法と労働法との関係に即して、次のような形で現れる」とし、労働法学に直接的意義をもたらす次のような指摘もしている。すなわち、「公法・私法二元論的思考によれば、労働契約法は民法雇用法の特別法であるから、前者に欠缺があれば後者によって補充されるということになる。しかし、憲法一元論的思考によれば、労働契約法に欠缺があるならば、その補充は——民法によってではなく——、憲法を基本法とし、これを労使関係に即して具体化した労働法体系の原理によってなされるべきものであるということになる⁽³⁸⁾」。

水林の指摘は、例えば、芝信用金庫事件東京高裁判決と、これと好対照をなす商工中金事件大阪地裁判決⁽³⁹⁾を比較してみると理解しやすい。芝信用金庫事件東京高裁判決は、「資格の付与が賃金額の増加に連動しており、かつ、資格を付与することと職位に付けることが分離されている場合には」という条件を付しつつも、昇格差別は賃金差別と同様に観念されるとし、労基法4条違反があったと認定した。原告らの提訴当時、使用者には昇格差別を是正する努力義務はあったが、当該差別は明確に禁止されておらず、均等法には欠缺があった。公法・私法二元論に立脚すれば、欠缺補充は民法によってなされることになるが、同判決は、次のように述べつつ、憲法一元論に立脚し、民法によってではなく、日本国憲法を基本法とする労働法体系の原理——判決によれば、労働契約の本質及び労基法13条の類推適用——によって補充し、昇格および差額賃金支払いを実現した。「職員の昇格の適否は、……一審被告の経営権の一部であって、高度な経営判断に属する面があるとしても、単に不法行為に基づく損害賠償請求権だけしか認められないものと解し、右のような法的効果を認め得ないとすれば、差別の根幹にある昇格についての法的関係が解消されず、男女の賃金格差は将来にわたって継続することとなり、根本的な是正措置がないことになるからである」。

他方、昇格差別の一部（平成4年度における昇格差別のみ）が認められた商工中金事件において、大阪地裁は、昇格差別に対して地位確認請求を行った原告の訴えを退けつつ、次のように述べた。すなわち、①原告は均等法を根拠に地位確認請求を行うが、昇格において差別的取扱いをしないことは「企業に対する努力義務にすぎないから根拠とならない」。②原告はまた、労基法4条を根拠に地位確認請求を行うが、「労基法4条は賃金に関する男女差別を禁止する規定であり、本件のような昇格における男女差別に直接適用することができるものではない」。③仮に労基法4条、あるいは労基法13条の適用を認め、原告の現在の職務の等級の格付けが無効であるとしても、「同法13条は、無効となった部分の基準を同法の中に求めており、原告が主張する男性総合職の標準者をもって充てることのできないのはもちろんのこと、基本的には労働者に対する職務の格付けは、被告金庫の裁量によるものであるから、無効となった部分に対応する基準を一義的に同法の中に求めることはできず、原告の右主張もとりにえない」。④被告金庫の原告に対する平成4年度の人事考課は、男女差別という公序良俗には反し、違法というべきで、被告金庫は、「少なくとも不法行為に基づき、原告が被った損害を賠償する責任を負う」。①および②は均等法や労基法の文言を絶対視する法律実証主義的解釈論であり、そこには、均等法や労基法が憲法を十全に具体化

(38) 緒方桂子ほか編『日本の法』（日本評論社、2017年）241頁〔水林彪執筆部分〕。

(39) 商工組合中央金庫事件・大阪地判平成12・11・20労判797号15頁。

する立法となっているか、言い換えれば、そこには重大な法の欠缺がありはしないか、ということの問題とする、ありうべき憲法一元論的解釈論が欠けている。③については、「使用者は、労働者が女性であることを理由として、賃金について、男性と差別的取扱いをしてはならない」（傍点は筆者による）と定める労基法4条の類推適用を行うならば、差別の救済は、判旨とは反対に、男性総合職の標準者（少なくとも男性総合職の最低ラインの取扱い）をもって充てるということになるのではなからうか。憲法・労働法次元において救済を否定（①②③）した上での④は、差別の救済を民法的次元の損害賠償という金の問題に矮小化する典型的な公法・私法二元論的思考である。

B 基本的人権と「経済活動の自由」

水林による問題提起のなかで、さらに傾聴に値するのは、憲法22条は通説・判例が述べるように「経済活動の自由」ないし「営業の自由」を規定した条文ではなく、憲法29条も強大な社会的経済的支配を行う巨大経済組織の財産権を保障した条文ではないという点である。水林によれば、憲法22条が規定したのは、あくまでも諸個人の人格権ともいいうる「職業選択の自由」であり、それが目的としたのは、「諸個人を『家』的強制（『家業』への拘束）から解放する」ことであった⁽⁴⁰⁾。また、憲法29条は、巨大経済組織の財産権を保障するどころか、憲法制定と同時に並行的に進められていた財閥解体と農地改革を「公共の福祉」の観点から正当化することを念頭に置きつつ設けられた条文で、言うならば、「日本経済の基本的あり方を、『福祉国家型資本主義』とでも表現することのできる型の資本主義」へと再編する目的で規定されたのであった⁽⁴¹⁾。

憲法22条および29条の立法史を上記のように正確に認識すれば、企業の経済活動の自由や企業の財産権は、通説および判例の述べるところとは異なり、憲法上の権利としては保障されていないことが理解される。一方で、法の下に平等に取り扱われるという権利（憲法14条）は憲法上の人権として保障されていることを想起すれば、これと、憲法上の権利としては保障されていない権利とを対置して、住友電気工業事件判決等が述べたように「諸権利間の調和を図る」という発想自体が誤りである。昇格・昇進の決定において使用者が差別的な裁量的判断をすることは許されるはずもなく、昇格・昇進は企業の裁量的判断によって決せられるという主張を受け入れて、昇格・昇進差別の存否の判断を回避するようなことがあっては、断じてならない。

(2) 日本国憲法14条の具体化法としての労働法をどう調えるか

では、改めて、女性を「昇進させない企業」が多い日本において、女性管理職を増やすには、どのような法改革が必要か。第1に、法解釈論としては、均等法を憲法一元論的思考で解釈することである。具体的には、同法の禁止する「昇進」差別は、均等法6条に反し無効であり、労基法13条の類推適用により、あるいは憲法が定める法の基本原則としての平等取扱い原則およびその労働法的次元での具体化としての労働契約上の付随義務である平等取扱い義務を根拠に、女性労働者の比較対象者である男性に対する取扱いの平均値を目安に補充される。

(40) 水林彪「『憲法と経済秩序』の近代的原型とその変容——日本国憲法の歴史的的位置」『季刊企業と法創造』35号（2013年）144頁。

(41) 同上144-145頁。

第2に、立法論としては、均等法上、次の(i)から(iii)を実現することであろう。

- (i) 均等法7条（間接差別禁止規定）の射程を限定しないこと（均等法施行規則2条は削除）。
- (ii) 直接差別については、all or nothing的な枠組みと決別するために、次のような枠組みを明記する。すなわち、①(a) 差別的事由が雇用上の決定の「**一**要因となっていたことを立証する責任は労働者にあり、これが証明されれば、同決定が別の要因によってももたらされていたとしても、差別の認定は覆らない。①(b) 一方で、使用者が差別的事由を考慮しなかったとしても同一の決定を下していたことを証明した場合には、労働者に対する救済を制限する。②労働者による「差別的事由が雇用上の決定の「**一**要因となっていたこと」の証明には、差別の意図の証明は不要であり、労働者の属性に関して被用者があらかじめ有していたステレオタイプを原因とするバイアスが雇用上の決定（不利益取扱い）をもたらしたことの証明で十分である。③労働者の証明を支える証拠は、直接証拠に限定されず、当該労働者が比較対象者と異なる取扱いを受けたことを示す証拠のほか、使用者が人を属性によりステレオタイプ化してとらえていたことを示唆する発言などが証拠として許容される。④使用者によるその他の非差別的要因も雇用上の決定の動機になっていたことの証明においては、使用者が雇用上の決定に、労働者の属性に関するステレオタイプおよびバイアスの影響がないように真摯な企業努力をしていたことの証明が必要である。⑤労働者の証明に要求される証明度は、「半分を超えた証明」ないし「証拠の優越」である。⑥使用者の証明に要求される証明度は、「高度の蓋然性」である。
- (iii) 均等法違反の「昇進」差別に対しては、裁判官が、昇格、昇進、差額賃金支払い（バックペイ）、損害賠償、ポジティブ・アクションの実施等、正義と衡平の観点から適切と考える救済を命じることができる、と明記する。その際、直接差別については、労働者が直接差別を証明し、一方で使用者が差別禁止事由（性）を考慮しなくても、（その他の非差別的理由により）当該労働者に対して下した雇用上の決定は同じであったことを証明した場合には、労働者に対する救済が制限される、とする。具体的には、差別があったことの宣言および訴訟費用・弁護士費用の支払いに限定する⁽⁴²⁾。

むすびにかえて

筆者はかつて、住友電気工業事件の元原告2名にインタビューをさせていただいたことがある⁽⁴³⁾。本文中においても触れたように、彼女らは男女別コース制の下で事務職として採用され、昇格・昇進からは完全に排除されていたことを不服として裁判を提起したが、一審の大阪地裁は、男女別コース制は憲法14条の趣旨に反するが、公序違反とはいえないとして、原告らの賃金格差相当額の損害賠償請求を退けた（公法・私法二元論という戦前の思考の遺物の典型）。しかし、二審の大阪高裁で勝利の和解が成立した。慰謝料の支払いと元原告らの昇格が勧告され、両名とも管理職にあたる主席と主査にそれぞれ昇格した（なお、このとき、主査に昇格した方については、2年

(42) 相澤・前掲論文、注(29)。

(43) 2015年1月31日、女性共同法律事務所（大阪市）において実施。

後に主席に昇格することも勧告され、2年後にそれが実現した)。和解時に主席に昇格したNさんは、昇格して何が変わったかを、筆者に次のように語ってくれた。「昇格したことで、自分で決済をすることができるなどの権限ができた。会社には、主席以上の回覧物などがあり、入ってくる情報量が変わり、見えてくるものが多くなった。情報があることによって、先を見通した仕事ができるようになった。社外の人と接触したときにも、主席の名刺を出すと、それ以前には聞かせてもらえない話を聞かせてもらえるようになった。当然、電話で話をするときにも、自分の話をスムーズに聞いてもらえるようになった。また、主査と主席では、退職金の額が違った。さらに、あのまま事務職（一般職）にとどまっていれば、再雇用時には賃金が時給払いになっていたが、主席以上は年俸制で、役職待遇だった。」また、和解時に主査に昇格し、2年後に主席に昇格したSさんは、男女別コース制の下で専門職として入社した「同期同学歴の男性は、定年退職後に、関係会社の役員として迎えてもらっていて、さらに上の世界があるのだと思った」と話してくれた。このインタビューから筆者が痛感したのは、昇格・昇進差別によって管理職に就くことなく終わっていく女性たちは、在職中にも退職後にもいかに多くの損失を被るのかということに加えて、損失は金銭的なものだけにとどまらないということであった。やはり、昇格・昇進差別の被害者が在職中である場合には、救済として昇格・昇進そのものが実現されるよう、法が変わらなくてはならない。

最後に、日本において女性管理職が少ない理由として「昇進したくない女性」が一定割合いることは確かであり、このような女性が管理職を希望するようになるためには、労働時間法制の見直し等を含めた「働き方改革」が必要となる。「働き方改革」は、安倍政権の目指しているそれとは異なる部分も大きく、この問題については稿を改めて論じたいと思う。

(あいざわ・みちこ 一橋大学大学院法学研究科准教授)