

論 説

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——

西 原 博 史
黒 岩 容 子

- 一 問題提起
- 二 2002年指令改正前における性差別禁止法理の構造
- 三 2002年指令による1976年男女平等取扱指令の改正
- 四 近時の判例展開
- 五 比較可能性論の危険性と EC 裁判所の立ち位置——結びに代えて

一 問題提起

男女の「平等」や「同権」の保障は多くの国の憲法に共通して見られるが、それが具体的に何を意味するかは法秩序ごとに偏差がある。その中で EC 法の男女平等取扱法理は、ある種の実効性を誇ってきた。

EC 裁判所の判例から紡ぎ出されてきた EC 法の平等取扱法理は、権利論の構造をもった差別禁止を前面に押し出す。「差別」は権利侵害であり、裁判所による実効的な救済の対象とされた⁽¹⁾。ところが、1997年のアムステルダム条約調印くらいを境に政治的共同体としての色彩を強めた EU

(1) 西原博史『平等取扱の権利』（成文堂、2003年）100頁以下は、ドイツ憲法の「正義指向アプローチ」との対比で、EC 法における差別禁止法理を「権利指向アプローチ」と特徴づける。

は、域内における基本的人権の保障水準の確保を自覚的に目指し始めた。平等に関しても、性差別禁止だけでなく他の特徴に基づく差別に対する対策を視野に入れ、「等しいものは等しく、異なるものは違いに応じて」という正義の原理を踏まえた総合的な平等法理が語られるようになった。この論理によって2000年以降の EC 指令では、差別禁止が適用される基礎として、比較対象が「比較可能な状況にある」ことが要件として求められるようになる。

そして、2002年の男女均等待遇指令の改正で比較可能性の要件が性差別にもあてはめられた。差別禁止法理を通じて獲得されてきた部分が、平等が持ち出されることにより脅かされる。そこで本稿は、この時期の EC 立法とそれ以降の判例の中で差別禁止の相対化が生じていないかを検証し、平等論の枠組における差別禁止法理の意義を探っていききたい。

二 2002年指令改正前における性差別禁止法理の構造

a 経済政策・社会政策から人権保障へ

最初に、2002年指令改正以前に確立していた、差別禁止を中核とする権利指向アプローチを確認しておこう。手がかりはまず、男女同一賃金原則を定めた EC 条約旧119条（現 EC 条約141条1項）だった。民間使用者にこの規定を直接適用した1976年の第2次 Defrenne 判決⁽²⁾以降、同一賃金原則は違反があった場合に裁判所の救済を求められる法的権利としての意義を確立してきた。

同じ時期、就職や労働条件において男女の平等な条件を作り出すことが EC 立法の重要な政策目標として意識され⁽³⁾、1976年の「雇用、職業訓練および昇進へのアクセスならびに労働条件に関する男女平等取扱原則の実現に関する指令」(76/207指令)⁽⁴⁾、1978年の「社会保障の領域における男

(2) Case 43/75 “Defrenne-II”, [1976] ECR 455.

(3) 1974年の社会行動計画に関する理事会決議 ([1974] OJ C 13/1) が契機。

女の平等取扱原則の漸進的実現に関する指令」(79/7指令)⁽⁵⁾などが制定された。特に76/207指令2条に規定された差別禁止は、判例の中で（直接には垂直的關係において）労働者の具体的な請求権として扱われていった。また79/7指令も、ECが管轄する就労人口に対する国の社会保障のあり方に関して個人の法的権利としての平等取扱という縛りをかけた。こうした立法・判例の動向にEC公務員に対する保障の実効化が相俟って、平等取扱原則は単なる社会政策的な立法課題に留まらず、構成国の憲法伝統に共通する基本権保障と関連したEC法秩序の中で独立の意義を持つ基本権保障だとされてきた⁽⁶⁾。

b 原理的な男女の比較可能性

EC裁判所によって形造られた平等取扱原則の規範構造の中では、性に基づく異なった取扱それ自体が正当化の必要な推定上の権利侵害とされ、指令で明示された具体的目的を実現するのに必要な手段だと立証された場合にのみ違法性阻却される。

こうした平等取扱を旨とする差別禁止の意義は、雇用・労働の領域で男女間の差異が法的にイレヴァント（無関係）であり、男女の状況が比較可能だという想定に立脚している——この想定は極めて強い想定なので、EC裁判所はそこに言及もせず、理論的前提として意識化すらしない。この比較可能性の想定は、事実認識でなく、規範的決断として組み込まれている。比較可能性の想定を覆すには、男女間で異なった要素があると指摘するだけでは足りない。

たとえば、妊娠により就労不能となった前任者の代役となるべきフライトアテンダントが妊娠のため就労できなかったケースでEC裁判所は、解雇を違法とし、二重、三重の件費コストを使用者に求めた。使用者とし

(4) [1976] OJ L 39/40. 邦訳に、西原（注1）339頁。

(5) [1979] OJ L 6/24. 邦訳に、西原（注1）341頁。

(6) この時期のEC裁判所判例につき、西原（注1）18-21, 24-28頁。

ては、これは性差別ではなく、代役者雇用に関わる特別ルールの問題だと主張したくなる場面だが、EC 裁判所は、通常の雇用と代役者の採用の比較可能性を疑問視せずに性差別が認定可能な構造の中で事例を捉えた⁽⁷⁾。同様に、ドイツ連邦労働裁判所との激しい応酬につながったパートタイム被用者の経営評議会委員研修をめぐる事例で、ドイツ法体系に基づいて比較不可能とされる状況が、パートタイム被用者差別は女性差別という枠組の下、比較可能性を前提とした評価枠組の上で決着がつけられた⁽⁸⁾。EC 裁判所判例が、比較可能性を意識的に規範的前提として組み込んだ例である⁽⁹⁾。

c 例外の限定と比例原則の適用

権利指向アプローチは、不平等取扱を例外的に正当化できるかどうかを問う際に比例性審査を適用する EC 裁判所の姿勢にも現れる。

76/207指令 2 条 2 項の「性別が不可欠の条件となっているような職業活動」に対する適用除外は、常識的に見れば比較可能性の問題とも受け取れる。しかし EC 裁判所は、この場面でも比例性審査に固執する⁽¹⁰⁾。この必要性審査を中核とした比例性審査は本来、原理的に無制限の個人の自由を前提としながら⁽¹¹⁾、推定された国家介入の違法性が外在的な目的達成の必要性によって覆される範囲を確定する手法である⁽¹²⁾。そのため比例

(7) Case C-32/93 “Webb”, [1994] ECR I-3567. 前提は, Case C-177/88 “Dekker”, [1990] ECR I-3941; case C-421/92 “Habermann-Beltermann”, [1994] ECR I-1657.

(8) Case C-360/90 “Bötel”, [1992] ECR I-3589; case C-457/93 “Lewark”, [1996] ECR I-243.

(9) それに対し男女の状況が比較可能かどうか立ち入った考察を加えたこの時期の判決に, Case C-132/92 “Birds Eye Walls”, [1993] ECR I-5579.

(10) Case 318/86 “Com. v. France”, [1988] ECR 3559; case C-285/98 “Kreil”, [2000] ECR I-69; etc.

(11) Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, S. 126 f. = 阿部照哉・村上義弘訳『憲法論』〔みすず書房, 1974年〕155頁以下。

性審査を使うには、前もって不平等取扱が推定上違法だとする権利論が確立している必要がある。

76/207指令 2 条 3 項の女性保護に関する例外規定も、EC 裁判所は初期の混乱⁽¹³⁾の後は一貫して比例性審査を用い、女性だけに生じる危険に対処する法規に対象を限定する⁽¹⁴⁾。これも性差からくる比較不可能性の範囲を問わずに、保護目的との間で必要性が立証できない不平等取扱を排除するものである。さらに差別禁止の例外は狭く解釈されるという原則は、76/207指令 2 条 4 項のポジティブ・アクション（差別解消措置）をめぐる判例法理の形成にも大きな役割を果たした。1995年の *Kalanke* 判決は、資質が同じなら女性を自動的に優先的に昇進させる国内ルールを EC 法違反と判断し⁽¹⁵⁾、大論争を呼び起こした。後に、女性に生じている競争上の不利を補う範囲で、男女双方の事情を考慮できる開放性条項のついた優先昇進ルールが適法とされて論争は終わった⁽¹⁶⁾が、この推論も、グループとしての女性一般が直面する困難を比較不可能性要素として取り込むことで逆差別が拡大することを防ぐものだった。

d 比較可能性を問題とする正義指向アプローチとの差

EC 裁判所が解釈・適用してきた性差別禁止法理の構造は、必ずしも当然のものではない。対極には、ドイツ連邦憲法裁判所が伝統的にとってきた正義指向アプローチがある。後者の枠組では平等は「等しいものは等しく」という正義原理に由来する⁽¹⁷⁾、対象の比較可能性を前提とした原理

(12) ドイツにおける比例原則の内容につき、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001年）59頁以下参照。

(13) Case 163/82 “Com. v. Italy” [1983] ECR 3273; case 184/83 “Hofmann”, [1984] ECR 3047.

(14) Case 222/84 “Johnston”, [1986] ECR 1651; case 312/86 “Com. v. France”, [1988] ECR 6315; case C-345/89 “Stoeckel”, [1991] ECR I-4047; case C-13/93 “Minne”, [1994] ECR I-371.

(15) Case C-450/93 “Kalanke”, [1995] ECR I-3051.

(16) Case C-409/95 “Marshall”, [1997] ECR I-6363.

とされ、平等原理から派生する男女同権にあっても男女を区別する立法が正当化できるかどうかは不平等取扱が男女の生物学的・機能的な差異に対応するかによって決まる⁽¹⁸⁾。比例性審査は場違いだとされてきた⁽¹⁹⁾。

1990年代にはドイツ連邦憲法裁判所も、EC 裁判所が発展させてきた比例性審査を一部受け容れ、男女の不平等取扱が正当化可能か否かを判断する際に「特定の性別だけに関わる問題を解決するための必要性」を問う手法を取り入れた⁽²⁰⁾。比較可能性審査と比例性審査の中間的定式である。このように、比例原則の母国ドイツへも平等の領域における比例性審査が EC 裁判所から逆輸入されようとしていたのが、20世紀末だった。その段階で、比較可能性という観点が EC 法の中に立法的に組み込まれることになった。

三 2002年指令による1976年男女平等取扱指令の改正

(1) 改正の背景と目的

2002年、EC 理事会およびヨーロッパ議会は76/207指令を改正する指令(2002/73指令)⁽²¹⁾を制定し、国内実施期限を2005年10月5日と定めた。この改正は、アムステルダム条約による改正 EC 条約(1997年締結、1999年発効)における平等法理の発展を実施する1つの措置だった。

アムステルダム条約は男女平等に関し、まず原則部分で「男女平等を促

(17) Gerhard Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlin 1925.

(18) BVerfGE 3, 225; 6, 389; 10, 59; 11, 277; 15, 337; 21, 329; 31, 1; 37, 217; 43, 213; 48, 346; 52, 369; 63, 181.

(19) 規範構造の違いにつき, Stefan Huster, *Rechte und Ziele*, Berlin 1993.

(20) BVerfGE 85, 191; 92, 91.

(21) [2002] OJ L 269/15. この指令は76/207指令を改正するものだが(1条), 平等取扱原則の適用範囲を「雇用及び労働条件並びに指令75/117/EECに定める賃金」(3条1項c)と規定し、賃金も対象とする。

進すること」を EC の任務とする（2 条）とともに、「全活動において男女の不平等を除去し平等を促進する」ことを目指す旨を宣言し（3 条 2 項）、男女平等の実現に向けた積極的姿勢を明記した。そして理事会に対して「雇用および職業に関して男女の平等な機会および平等な取扱の原則の適用を保障するための措置を講ずる」権限を付与する（141 条 3 項）とともに、構成国によるポジティブ・アクションの実施を妨げない旨を規定し（141 条 4 項）、平等を具体的に実現する方向を示した。同時にこの条約は、差別禁止の対象事由を拡大し、人種、民族的出身、宗教、信条、障害、年齢、性的志向に基づく差別をも禁じ、差別是正措置を講ずる権限を理事会に認めた（13 条）。

条約を実施する措置として EC は、まず 2000 年に、性以外の差別事由に関して「人種、民族的出自に関する平等取扱指令」（2000/43 指令）⁽²²⁾ と、「宗教、信条、障害、年齢、性的志向に関する一般雇用平等指令」（2000/78 指令）⁽²³⁾ を制定し、さらに、2 年後の 2002 年、上記 2 つの指令を制定する際の議論を土台として 2002/73 指令を制定した。

2002/73 指令の提案理由⁽²⁴⁾ は、指令改正の目的を 1976 年の旧指令制定以降の発展を指令化するためと説明し、特に次の点を指摘する。第 1 に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させ、また EC 条約 13 条が定める性以外の差別と 141 条の性差別との間で概念を統一すること、第 2 にセクシュアル・ハラスメントに対応すること、そして第 3 に差別禁止が適用されない職業活動、女性保護、ポジティブ・アクションについて EC 裁判所の判例を踏まえて詳細に立法化することである⁽²⁵⁾。

以下、2002 年男女平等取扱指令改正の主要点について検討する⁽²⁶⁾。

(22) [2000] OJ L 180/22.

(23) [2000] OJ L 303/16.

(24) COM (2000) 334 final.

(25) 2002/73 指令前文では、第 1 点は前文（4）（5）（6）、第 2 点は前文（8）、第 3 点は前文（11）（12）（13）（14）（15）に表現される。

(26) 以下の本文で触れる内容の他、改正指令は、構成国が法規等を定式化および

(2) 差別概念の定義に関わる改正 (2 条 2 項)

2002/73指令は「差別」を直接差別、間接差別、性別に関連したハラスメント、セクシュアル・ハラスメントに分類し、また人を差別するように指示することも差別とする。差別概念についてはすでに2000/43指令と2000/78指令が定義を定式化しており、それらとの統一が図られた。他の差別禁止事項と差別概念の統一を図ったわけだが、そのことの適否は改めて問われることになる。

a 直接差別 (2 条 2 項 2 号)

76/207指令では定義されなかった直接差別は、2002/73指令により「性別に基づいてある人が比較可能な状況において他の人が取扱われるか、取扱われたか、または取扱われるであろうよりも不利に取扱われる場合」と定義された。次の点が特徴的である。

第1に、男女が比較可能な状況にあることが要件とされる。2002/73指令前文(10)はこの点につき、EC裁判所のGillespie判決およびBrown判決⁽²⁷⁾で「差別とは、比較可能な状況に異なったルールを適用すること、あるいは異なった状況に同じルールを適用することである」旨が判示されたことを指摘する。しかし、EC裁判所の判例が一貫して比較可能性を要件としてきたわけではない点を考慮すると、改正指令が比較可能性要件を設けたことは様々な理論的問題につながる。

第2に、比較対象者が実存しない仮定的比較を明示的に認めた。一般雇用平等指令における障害や性的志向による差別など比較対象者が見つかりにくい差別と定義の一致を図り、柔軟性を条文上も確認した。

執行する際に「男女の平等という目的を能動的に考慮に入れる」義務(1条)を盛り込む。

(27) Case C-342/93 “Gillespie”, [1996] ECR I-475; case C-394/96 “Brown”, [1998] ECR I-4185.

第3に、「不利に取扱われる場合」を基準化し、単なる「異なった取扱」ではなく不利益付与と結びつけて差別を定義する。確かに従来の判例でも差別認定にあたって不利益の存在は一定の役割を果たすが、他方で判例は、異なった取扱い自体が差別であり潜在的な権利侵害だと捉える⁽²⁸⁾。差別の違法性と不利益の重さを連動させたりすれば確立した法理の重要な核が失われるのであり、不利益付与の要素に過大な意味を持たせるのは危険である。

b 間接差別（2条2項2号）

間接差別の定義は76/207指令ではなく、1997年の挙証責任指令（97/80指令）に初めて見られる⁽²⁹⁾。2002/73指令はこれを変更し、「間接差別：外見上は中立的な規定、基準または取扱が、ある性に属する者に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、基準または取扱が、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）と定義しなおした。次のような意味をもつ。

第1に、差別的効果に関し、旧定義が現実の不利益発生を要件としていたのに対し、新定義は「不利益を与えるだろう場合」とし、不利益発生

(28) 深夜労働の禁止など伝統的には女性優遇とされた国内法を EC 裁判所が吟味する際、不利益が見る者の視点によって変動することを意識していた。Case 222/84 “Johnston”, [1986] ECR 1651; case 312/86 “Com. v. France”, [1988] ECR 6315; case C-345/89 “Stoeckel”, [1991] ECR I-4047; case C-13/93 “Minne”, [1994] ECR I-371. また、直接差別の例外該当性が比例性審査を用いて問われる際には、適切性・必要性の審査が中心で、不利益の重さが規制目的の重要性を上回るか否かといった不利益の重みの衡量が行われた例は過去にない。西原（注1）111-139頁参照。

(29) 挙証責任指令（97/80指令）は間接差別を「外見上は中立的な規定、基準または取扱が一方の性に属する者に対し、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、基準または取扱が、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」と定義する（2条2項）。

可能性があれば足る柔軟な規定となった。

第 2 に、差別的効果に関し、旧定義が一方の性に統計的に高い割合で不利益が生じることを要件としていたのに対し、新定義は「特定の不利益を与える場合」と、不利益が必ずしも統計で示されなくてもよいとした。統計的証拠以外の、たとえば専門家による社会学的立証等を許容する趣旨であり、2000/43指令および2000/78指令における定義や、その根拠となった EC 裁判所判決⁽³⁰⁾と一致させる改正である。統計証拠の収集は性差別においても困難で、数値の比較方法も論争を生んできた。定義の変更により、訴訟提起が容易になる。なお、統計的立証は新指令においても裁判上の重要性を持ち得る⁽³¹⁾。

第 3 に、旧定義にはなかった「他の性別の人と比較して」という文言が挿入された。指令提案にも特段の解説はなく、比較可能性を要件としたとまでいえるかは明確ではないが、間接差別の場面にも「等しいものは等しく」の論理が浸透している現れと見られる。

第 4 に、正当化の抗弁に関して、「適切かつ必要なもの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」という旧定義が、2002年改正では「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」と改められた。この改正により、一つには、審査の基本的内容として目的の正当性、手段の適切性および必要性がより明確化された。

問題は、改正指令で「性別と関係のない客観的な要因」が削除された意味である。改正提案等にも説明はない。学説上は、性差別的な目的による正当化を拒んでいた举证責任指令と異なって新しい指令が「禁じられた理由に基づいた正当化の可能性を開」いたとする理解もある⁽³²⁾。

(30) C-237/94 “O’Flynn”, [1994] ECR I-2617.

(31) 2002/73指令前文 (10) は、統計的立証も認められる旨を注意的に述べる。

(32) Catherine Barnard, *EC Employment Law*, (Oxford University Press, 2006) at 402.

EC 法の間接差別禁止を、直接差別禁止の立証を軽減する法理——すなわち差別的効果で性差別の存在が推定され、正当化はその推定の反証過程——と捉えれば、「客観的な要因」による正当化は「性」差別か否かを判断する中核的意義を担い、削除は重要な意味を持つ。それに対し、間接性差別が平等実現に向けて一方の性に対する障害がある状態を差別として違法化し、その障害除去を求める法理だと見れば、障害が性による差別に起因している必要はなく、今回の改正は当然視できる⁽³³⁾。この点で、EC 裁判所が改正指令で削除された部分を一貫して判決文に明記している⁽³⁴⁾点をどう見るのが、間接差別法理の意義を探る上で重要性を持つ。

c ハラスメント、他

2000/43指令・2000/78指令を受けて2002/73指令も、ハラスメント（性別に関連した求められざる行為が、人の尊厳を侵害し脅迫的等の環境を発生させる場合）とセクシュアル・ハラスメント（セクシュアルな性質の行為が、人の尊厳を侵害し脅迫的等の環境を発生させる場合）を性差別として規定した。すでにアメリカ等の他の法制でも広く認められてきた差別概念の拡大である。また指令は、性を理由に人を差別するよう指示する行為を差別に含めた。

(3) 平等取扱原則の例外に関する改正

a 真性かつ決定的な職業上の条件

平等取扱原則の例外は、指令に明文化されたものに限定される^(34a)。76/

(33) 英国では、実際に使用者に認める抗弁内容の範囲が裁判上争われている。
Sharp v. Caledonia Group Service Ltd. [2006] IRLR4.EAT. なお、EC 法における間接性差別禁止法理につき「障害除去」を主旨とした方向での理解を模索するものに、黒岩容子「EC 法における間接性差別禁止法理の展開」ジェンダーと法 4（2007）68頁以下、77頁。

(34) 後述、四(2)b の記述および注（65）の判例を参照。

(34a) 近時、間接差別における「客観的」正当化と類似の正当化を、直接差別に

207指令はその1つとして「職業活動の性質や行使の条件からして性別が決定的な要因となっているような職業活動と、そのために必要な職業訓練」を挙げていた(2条2項)。2002/73指令による改正は、具体的判断基準を条文に付け加え、性に基づく異なった取扱も「当該職業活動の性質またはその遂行される状況のゆえに、性別に関する特徴が真性かつ決定的な職業上の条件を構成する場合には、その目的が正当であり、かつその条件が比例的であることを条件として」差別とはならないと規定した(2条6項)。前述(二c)のようにEC裁判所の判例で適用されてきた比例性審査を、条文上も掲げるものである。

b 女性保護の規定

女性保護、とりわけ妊娠・出産保護が平等取扱原則の例外として認められることは、76/207指令でも規定されていた(旧指令2条3項, 新指令2条7項1段)。今回の改正では、これに加え、妊娠または出産休暇に関する不利益取扱が性差別であること(2条7項3段)、また出産休暇後は同一条件で原職または原職相当職に復帰し、かつ休暇中の労働条件改善の利益を得る権利がある(2条7項2段)旨が規定された。妊娠・出産や出産休暇取得による差別が性差別であることは、すでにEC裁判所の確立した判例であり⁽³⁵⁾、出産休暇後の同一条件による原職復帰はILO183号母性保護条約8条2項が規定する確立した国際労働基準である。改正指令はそれらを成文化した。なお、改正指令が規定する「不利益取扱の禁止」や「労働条件改善の利益を得る権利」の内容は今後の判例の中で具体化される。

関しても明文の例外規定の射程外で認めるように読める判例が現れ、今後の展開が注目される。Case C-381/99 “Brunnhöfer”, [2001] ECR I-4961 paras. 63-79.

(35) Case C-136/95 “Thibault”, [1998] ECR I-2011; case C-207/98 “Mahlburg”, [2000] ECR I-549等。

c ポジティブ・アクション

改正指令は、直接的にはポジティブ・アクションを容認する76/207指令に表現上の手直しを加えるに留まった（2条8項）。ただ改正指令は、構成国に男女平等取扱の促進機関の設置（8 a 条）や平等取扱促進のための労使対話促進措置（8 b 条）を義務づけるなど、実質的にはポジティブ・アクションの積極的促進へと歩を進めている。

(4) 2002/73指令から2006/54指令へ

以上の2002/73指令の内容は、同一賃金に関する75/115指令、1986年の企業内年金に関する86/378指令の内容と合わせて統合するための2006/54指令に引き継がれた⁽³⁶⁾。これにより、2002/73指令で定義しなおされた差別概念は、労働条件のみならず、賃金を含んだ雇用および職業生活の全般にわたって適用されることが明確化された。

四 近時の判例展開

ここでは、これまで確立してきた平等取扱法理の規範構造に揺るぎが生じている懸念という観点から検討すべき領域に限って、近時の判例の展開を確認していきたい。

(1) 個別法理の具体化の段階における展開

a 性転換者差別・同性婚差別

1996年の P. v. S. 判決は、76/207指令を性転換を行ったことを理由とする差別（当該事例では解雇）にも適用した。その際に EC 裁判所は、男女

(36) [2006] OJ L 204/23. 実施期限は2009年8月15日。それに先立ち、物とサービスへのアクセスと供給に関する2004/113指令（[2004] OJ L 373/37）は男女平等取扱原則の対象領域を拡大したが、直接差別の正当化可能性を認める点など差別の定義は未整理であり、2006/54指令には統合されていない。

平等取扱が EC 法の一般的平等原則の一表現であることや、性差別されない権利は基本的人権であることを指摘し、指令の目的と保障する権利の性質から拡大解釈を正当化した⁽³⁷⁾。この論理は、性差別概念を目的的解释により拡大する可能性を示すものだった。

しかし、その後1998年の Grant 判決は、同性婚労働者に配偶者特典を付与しない規定につき、これが男の同性婚と女の同性婚を同じに扱っており条約旧119条（現141条 1・2 項）違反でないとした⁽³⁸⁾。そして、P. v. S. 判決との関係については、性転換者の性を理由にする差別と、性的志向や同姓婚に対する差別を区別し、後者について判決は、アムステルダム条約が差別禁止の対象を拡大する方向を示したことに言及しながら、性的志向差別の禁止には立法措置が必要との立場を示した⁽³⁹⁾。

性差別を厳格に解釈する立場は、2001年の D 対理事会判決でも踏襲された⁽⁴⁰⁾。パートナーシップ（同性共同生活）登録者に対する配偶者手当不支給は EU 基本権を侵害する性差別ではないとしたこの判決は、その理由として、手当が性ではなく職員とパートナーとの法的結びつきを基準として男女の別なく支給されるのであり、平等取扱原則は比較可能な状況の者に適用されるがパートナーシップ登録者と婚姻者は比較可能な状況にはないと指摘した。性概念を生物学的性に限定しつつ、インティメイトな関係の性質に比較可能性の要件を求める判決である。

他方、性転換者の事例では P. v. S. 判決を踏まえて広く平等取扱原則を適用する姿勢が続いている。2004年の K.B. 判決は、性転換者に配偶者遺族年金の受給要件としての法的婚姻が認められないことは欧州人権条約違

(37) Case C-13/94 “P. v. S.”, [1996] ECR I-2143 paras. 17-22.

(38) Case C-249/96 “Grant”, [1998] ECR I-621 paras. 26-28, 42.

(39) *Ibid.* para. 48. なお2000/78指令は性的志向差別を禁止し、一定の立法的解決を図った。しかし、指令は私人間や EC 職員の事例には直接的効果を有しないため、EC 条約の性による賃金差別禁止は依然として重要性を持つ。

(40) Case C-122/99 P & C-125/99 P “D. v. Council”, [2001] ECR I-4319 paras. 33-52.

反であり EC 条約141条違反の性差別にも該当すると判示した⁽⁴¹⁾。そして 2006年の Richards 判決も、再び男女平等取扱原則の EC 法の基本原則としての意義や目的的解释の必要を強調した P. v. S. 判決を確認しつつ、男性から女性への性転換者に対し女性の退職年金開始年齢（男性より 5 歳早い）を適用しなかったことを 79/7 指令違反と判示した⁽⁴²⁾。

これらが性的志向に基づく差別に向けて平等取扱原則の射程を拡大しようとする姿勢の表れなのかは、なお予断を許さない。確かに、性転換者差別を排除しようとする EC 裁判所（およびヨーロッパ人権裁判所）の姿勢は際立つ。しかし、性転換者に対する差別が、自己の性が本当のものとは違う戸籍上の性だと社会的に認識されることによる、あくまで性を理由とした差別であるのに対し、性的志向に基づく差別にあっては本人の性が必ずしも決定的な問題ではないとも言える。この点は、比較基準の設定に関わる問題であり、後述の比較可能性のテーマに関係する。

2006/54 指令前文（3）は、このような判例の紆余曲折を踏まえ、男女平等取扱原則はある者が一つの性ないし他の性であるという事実に基づく差別の禁止に限定されない点に言及する⁽⁴³⁾。

b 外部委託等における比較対象者の範囲

平等賃金原則や平等取扱原則を適用する際にどの範囲の労働者を比較の単位とするかに関し、明文の規定はない。これまでの判例も、必ずしも同一雇用主の範囲には限定せず、同一の事業または事業場、あるいは同一の立法規定ないし労働協約による差別には 141 条を適用してきた⁽⁴⁴⁾。しかし近時、業務委託や下請・分社化が進行し、企業を超えた男女賃金の平等を

(41) Case C-117/01 “K.B.”, [2004] ECR I-541 paras. 30-36.

(42) Case C-423/04 “Richards”, [2006] ECR I-3585 paras. 22-24.

(43) ただし、明示されているのは性転換者差別に留まる。

(44) Case C-43/75 “Defrenne-II”, [1975] ECR 455 para. 40; case 129/79 “Macarthys”, [1980] ECR 1275 para. 10; case 96/80 “Jenkins”, [1981] ECR 911 para. 17.

求め得るかが争われるところとなった。

2002年のLawrence判決では、公務の民間委託化に伴う委託元と委託先の労働者間で男女同一価値労働同一賃金原則の適用が問題となった。裁判所は「単一の源 (single source)」に帰し得るかという新たな基準を設定し、「不平等に対し責任を負い、平等取扱を回復する者」が同じか否かを手がかりとした⁽⁴⁵⁾。判決自体は基準の理論的根拠や具体的範囲を明言しないが、担当法務官意見は「単一の源」の根拠を、EC条約141条が雇用条件差別の責任を負う者に対する規範であることや、同条にいう正当化の主張が実効的に確保される必要を挙げている^(45a)。これは、処遇条件決定に責任を負い格差の正当化を主張し得る者が同一である範囲で差別を問題とし得るとの理解であろう。当該事案については、判決も法務官意見も単一の源ではないと否定した。

その後2004年のAllonby判決もこの単一の源の考え方を踏襲した。事案では、紹介業者と契約を結んで業務委託を受ける自営業者になった者(専門学校教員)と委託元労働者の間で男女同一賃金原則が適用されるかと、年金加入を雇用労働者に限定している法律が間接性差別に該当するかが争われた。判決は、前者については単一の源の基準を採用した上で賃金が委託契約料に影響される事実は単一の源の根拠にならないと否定し、他方、後者については条約141条が同一賃金を保障する範囲が雇用労働者に限定されないとして法律レベルの間接性差別を認定可能とした⁽⁴⁶⁾。

このように近時の判例は「単一の源」という新たな基準を設定したが、その「源」すなわち「処遇条件の決定者」に単なる経済的影響力は含まれないとする⁽⁴⁷⁾。この点には批判もあり、「不平等に責任を負う者」を具体

(45) Case C-320/00 “Lawrence”, [2002] ECR I-7325 para. 18.

(45a) 法務官意見 paras. 51, 56.

(46) Case C-256/01 “Allonby”, [2004] ECR I-873 paras. 45-50.

(47) Lawrence事件法務官意見は、単一の源として1つの持株会社やコングロマリットが労働条件を決定する類型も想定するが、経済的影響力に止まる場合は否定し、外部委託化など企業変動による労働条件切り下げ等にはEC条約141

的に特定する方法にはなお適用上の問題が残る。なお、76/270指令改正に向けた EC 委員会の当初提案には単一の源が明記されていたが、2002/73 指令には盛り込まれなかった。

c 兵役と職業行使に不可欠の性別条件

2003年の Dory 判決では、男性のみに兵役を義務づける構成国法が平等取扱原則の例外規定に該当するか否かが問われた。

この武力行使関連職種における例外の可否に関しては、同判決以前にすでに次のような判例が蓄積されていた。すなわち、EC 裁判所はまず、1986年の Johnston 判決（北アイルランド武装警察官）で指令が規定する個人の権利の例外は厳格に解釈され例外範囲の決定には比例性の原則が適用される旨の判断枠組を示した⁽⁴⁸⁾。そして、それを先例として1999年の Sirdar 判決が海兵隊の先頭突撃部隊としての特殊性から例外的に女性を排除する理由があるとし、一方2000年の Kreil 判決は武器を伴う軍務全体からの女性排除については任務の性質から正当化されるような例外的事情が包括的には存在しないとして平等取扱原則違反を認めた⁽⁴⁹⁾。

これに対して2003年の Dory 判決は、先例が用いた比例性審査を採用するとしながら、軍隊の組織方法一般を構成国の裁量として EC 法の適用外に置き、兵役義務に関する男女による異なった取扱の必要性や適切性については全く判断しないまま、軍事任務一般を男性のみに義務づける構成国法を平等取扱原則に違反しないとした。同判決は、軍隊の組織方法の選択

条が適用されないとする。判決も同じ立場であろう。これに対し、Sandra Fredman, 'Marginalising Equal Pay Laws', (2004) 33 *Industrial Law Journal* 281 at 282-283は、経済的従属性を考慮すべきと判例を批判する。

(48) Case C-222/84 "Johnston", [1986] ECR 1651 paras. 36-38. 同判決は、女性が武器携行警察官となると襲撃される危険が増大し公共の安全に反すると例外該当性を認めつつ、構成国は定期的に社会発展の視点から平等取扱の例外措置を維持し続けるか検討する義務があるとした。

(49) Case C-273/97 "Sirdar", [1999] ECR I-7403 paras. 23-31; case C-285/98 "Kreil", [2000] ECR I-69 paras. 27-31.

に関する構成国の裁量の根拠として、軍務強制が軍隊の民主的透明性・国内統合・市民と軍隊の結合・兵力動員に寄与し、領土の安全のためであることを指摘するに過ぎない。そして、男性に軍務従事によるキャリアの遅れが生じても、それは構成国が選択した方法の結果であって共同体法の範囲外の問題であり、構成国に対し女性への軍務強制拡大あるいは男性への軍務強制廃止を強いるものではないという⁽⁵⁰⁾。

この Dory 判決は、比例性の適用自体は肯定するものの、これまでの判例が平等取扱原則の重要性を基礎に軍務を聖域扱いすることなく手段審査を徹底して女性排除を限定させてきたのとは異なり、実質的な審査を放棄した。これは、単に事案の違い（女性に対する採用排除か男性のみに対する義務づけか）では説明できない、判決の基本的姿勢の違いであろう。EC 裁判所における比較可能性審査の多用と軌を一にした、平等取扱原則を相対化させる姿勢であることが危惧される。なお、男性のみの義務づけをキャリアの遅れという視点のみで捉えており、男女の別扱いそのものが正当化を必要とするという視点が薄れていることも注意を要する。

(2) 禁止されるべき差別とは何か

a 比較可能性の要件

EC 裁判所は従来、基本的に差別の成否に比較可能性を要件とはせず、例外的に、直接差別であっても法定された例外事項にうまく該当しないケースでのみ比較可能性を問題として解決を図ってきた⁽⁵¹⁾。ところが、2002/73指令では、直接差別の定義に比較可能性が規定され、間接差別の定義も様々な要素の混在する表現となっている。そのような立法状況の下、EC 裁判所でも1999年以降、間接差別の事案でも比較可能性を要件と

(50) Case C-186/01 “Dory”, [2003] ECR I-2479 paras. 35-42.

(51) 西原（注1）102-106頁。79/7指令が年金開始年齢の性差を当面合法としたことに関連して生じる橋渡し年金等の性差別的取扱（Case C-132/92 “Birds Eye Walls”, [1993] ECR I-5579）および産休中の賃金差別（Case C-342/93 “Gillespie”, [1996] ECR I-475）など。

する旨が判示され始め、それまでとは異なる判例展開となってきたる⁽⁵²⁾。

変化の端緒となった1999年の Gruber 判決では、「育児を理由とする退職者」の退職手当額が「重要な理由による退職者」より低いことが争われた。判決は、後者は労働継続が不可能となった強制退職の場合であり、実質および原因状況が任意退職である前者とは異なるとして条約旧119条（現141条 1・2 項）違反の間接差別を否定した⁽⁵³⁾。その約 1 ヶ月後の Lewen 判決も、育児休暇取得中を理由とするボーナス不支給が争われた事案で、育児休暇中は雇用契約が停止し労使各々の義務がないことを理由に「現に就労している男女労働者とは同視できない特殊な状況」にあるとし、条約旧119条（現141条 1・2 項）の差別に該当しないとした⁽⁵⁴⁾。

こうした先例を実質化する方向で、2004年には Gewerkschaftsbund 判決が、退職手当支給基準につき「軍務の期間」を勤続年数に算入し「出産休暇」を算入しないことが性差別か否か争われた事案で、EC 条約141条と75/117指令が規定する同一賃金原則は比較可能な男女が前提になるとし、「労働者および家族の利益と、国家任務の場合における国民的集団利益（は）……異なった性質を持つものであり、……比較しうる立場でない」がゆえに間接差別はないとした⁽⁵⁵⁾。

それに続く同年の Wippel 判決も、76/207指令の差別禁止は「比較可能

(52) 他に1999年の Wiener Gebietskrankenkasse 判決（C-309/97, [1999] ECR I-2865 para. 17）は、同一労働の判断に関し「仕事が同一か否かを決定するためには、……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て考えられるか否かを確認することが必要」と比較可能性に言及し、また、2001年の Brunnhofer 判決（Case C-381/99, [2001] ECR I-4961 para. 28）や2002年の Lawrence 判決（Case C-320/00, [2002] ECR I-7325 para. 12）も、平等原則を比較可能性を前提にしたものとする。

(53) Case C-249/97 “Gruber”, [1999] ECR I-5295 paras. 31-35.

(54) Case C-333/97 “Lewen”, [1999] ECR I-7243 paras. 37-40.

(55) Case C-220/02 “Österreichischer Gewerkschaftsbund”, [2004] ECR I-5907 paras. 59-65.

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」であり、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」との原則を再設定した。そして当該事案では、「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され、76/207指令違反は否定された⁽⁵⁶⁾。

同年にはさらに直接差別に関する Hlozek 判決も出され、橋渡し年金の受給開始年齢が男女で異なっていた直接差別の事案について、同じ年齢の男女で「失業する可能性が同一の状況にはない」として、条約141条の禁じる差別ではないと判示されている⁽⁵⁷⁾。

翌2005年には、EC 裁判所は、再び間接差別に関する Nikoloudi 判決において、有期雇用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」がゆえに比較可能な状況にはないとして、両者における処遇の違いは条約旧119条（現141条1・2項）違反の差別でないと判示した⁽⁵⁸⁾。

こうした比較可能性の導入をめぐる構造転換には、それ自体としても、また上で見えてきた個別領域における混乱した発展の規定因としても、多くの問題がある。そこで本稿では、間接性差別禁止法理固有の発展に関わる判例を確認した後、次節において総合的な検討の対象としたい。

b 間接性差別禁止法理の発展方向

間接性差別禁止については、1986年の Bilka 判決により、性中立的基準等が性差別的効果を生じる場合には正当化が立証されないかぎり違法な差別となり、また、正当化の判断には比例性審査類似の「差別とは無関係な客観的要因」を問うアプローチを用いる法理が確立した⁽⁵⁹⁾。その後、

(56) Case C-313/02 “Wippel”, [2004] ECR I-9483 paras. 56-65.

(57) Case C-19/02 “Hlozek”, [2004] ECR I-11491 paras. 48-49.

(58) Case C-196/02 “Nikoloudi”, [2005] ECR I-1789 para. 22.

1999年の Seymour-Smith 判決などにより、構成国の立法裁量も男女同一賃金原則のような基本原則の実現を妨げることができないという平等原則優位の原則が示され⁽⁶⁰⁾、また、財政的理由は正当な目的とは言えない⁽⁶¹⁾、一般論を述べるだけでは正当化の立証にはならない⁽⁶²⁾等の判例法理が展開されてきた^(62a)。

近時の間接差別判決も、2003年 Kutz-Bauer 判決、Steinicke 判決、Schönheit 判決、2005年 Nikoloudi 判決など⁽⁶³⁾、基本的には上記の枠組みを踏襲する⁽⁶⁴⁾（間接差別についても比較可能性を前提要件とし、その審査段階で差別の成立を否定する判決が出現していることは前述）。

問題は、2002/73指令の間接差別の定義に関しても混乱が生じている、間接性差別禁止法理の法的性格である。この法理を直接差別の推定ルールと解するのか、2002/73指令が暗示する性差別的効果の発生自体を差別と

(59) Case C-170/84 “Bilka-Kaufhaus”, [1986] ECR 1607 paras. 36-37.

(60) Case C-167/97 “Seymour-Smith”, [1999] ECR I-623 para. 75.

(61) Case C-343/92 “Roks”, [1994] ECR I-571 para. 35-36; case C-226/98 “Jørgensen”, [2000] ECR I-2447 para. 39.

(62) Case C-167/97 “Seymour-Smith”, [1999] ECR I-623 para. 76他。

(62a) 詳しくは、黒岩（注33）68頁。

(63) Case C-187/00 “Kutz-Bauer”, [2003] ECR I-2741; case C-77/02 “Steinicke”, [2003] ECR I-9027; case C-4/02 & C-5/02 “Schönheit”, [2003] ECR I-12575; case C-196/02 “Nikoloudi”, [2005] ECR I-1789.

(64) 具体的な正当化判断レヴェルでは、2006年 Cadman 判決（Case C-17/05, [2006] ECR I-9583）は、勤続年数を基準とした賃金決定につき、原則として正当化の立証は不要だが、労働者が勤続の長さが経験獲得を獲得させ職務遂行能力を向上させることに重大な疑問を生じさせる可能性のある証拠を提出した場合には使用者は正当化を立証すべきと判示した。この判決は、一方で、1989年の Danfoss 判決（Case 109/88, [1989] ECR 3199）が一般的に正当化の立証は不要とした見解を事実上覆すが、使用者は勤続年数が経験を蓄積させ職務能力を向上させる旨を具体的に立証することが必要としてきたその後の判決（Case C-184/89 “Nimz”, [1991] ECR I-297 など）や、一般論では正当化立証として不十分であるとの判例法理とは必ずしも一致しないものと思われる。黒岩容子「勤続年数を賃金決定基準に用いることは間接性差別に該当するか」労働法律旬報1658号（2007）44頁参照。

する法理と理解するのは、不明確なままである。

この点に関連して EC 裁判所は、指令改正後の判例でも、2002/73指令が間接差別の正当化部分の定義から削除した「性に基づくいかなる差別とも関係のない客観的要因」というアプローチに、正当化の判断枠組に関する一般論を展開する中で常に言及する⁽⁶⁵⁾。この点から見ると、間接差別禁止法理がなお隠れた構造的な「性」差別発見のための手法として用いられ続けているものと見る余地がある。しかし他方、正当化判断においては、性中立的基準が性を理由とした差別的取扱を隠蔽する口実として用いられたか否かを審査する意義はもはや消滅しており、性中立的基準が追求する目的と性差別的効果が生じることによる推定上の権利侵害とを調整するための基準として手段の適切性・必要性が審査されているようにも見える⁽⁶⁶⁾。

EC 裁判所が比較可能性の問題を意識するようになる中では、間接性差別禁止法理の内容と審査構造が再検討を迫られるのも必然性がある。間接差別の適用領域にあっては、区別が性差別とは無関係に、対象領域に内在する実質的な差異に対応したものである可能性——性に着目した場合の比較可能性よりも別基準に着目した場合の比較不可能性の方が当該関係にと

(65) Case C-187/00 “Kutz-Bauer”, [2003] ECR I-2741 para. 58.; case C-77/02 “Steinicke”, [2003] ECR I-9027 para. 64; case C-4/02 & C-5/02 “Schönheit”, [2003] ECR I-12575 para. 87; case C-196/02 “Nikoloudi”, [2005] ECR I-1789, para. 48; case C-17/05 “Cadman”, [2006] ECR I-9583 para. 31.

(66) この論点については、本稿の共同執筆者の間で見解の一致が得られていない。西原は、統計上の差別的効果のみでは推定上の権利侵害とは考えられず、したがって差別的効果が明らかにされた場合の正当化も比例原則による権利調整ではなくて、取扱の差異の背景にあるのが性別とは異なる構造であることを規範定立者に証明させる趣旨のものであると位置づけてきたし（西原（注1）170-172頁）、現在でもその構図に変化はないと考えている。それに対して黒岩は、遅くとも Seymour-Smith 判決以降にあっては正当化判断が立法裁量と男女同一賃金原則との調整だと捉えられているという理解の下、差別的効果が立証された時点で推定上の権利侵害があるとする立場をとる。黒岩（注33）76頁以下。

って本質規定的である可能性——が存在する。これまでは、比例性審査に類似する正当化として提示されていた中に実質上は比較可能性審査が組み込まれていた。比較可能性審査がそこから独立し、統計的判断に先立って行われることによって、正当性に関する審査が権利衝突の調整という意味をこれまで以上に明確化していくのか。2002/73指令の実施期限後の事案に関する今後の EC 裁判所の判断が注目される。

五 比較可能性論の危険性と EC 裁判所の立ち位置 ——結びに代えて

a 比較可能性を平等取扱原則適用の要件とすることの危険性

前節の判例動向で見てきたように、EC 裁判所は、すでに様々な形で比較可能性審査に手を染めており、それによって部分的にしろ、確立したものであった性差別禁止法理の重要な要素を脅かしている。しかし、比較可能性を性差別の前提要件とする法的根拠および具体的内容についての十分な説明はなされていない。すなわち、法的根拠について EC 裁判所は、「判例⁽⁶⁷⁾によれば、差別は同様の状況に対し異なったルールを適用すること、あるいは、異なった状況に対して同じルールを適用することを要件とする」⁽⁶⁸⁾とする差別の定義を示し、EC 法が一般平等原則としてそうした差別を禁じているとしながら、他方でこれまでの判例とは無媒介に、男女同一賃金原則も一般平等原則の派生素素だと説明する。しかし、EC 法の差別概念の是非、あるいはそれを性差別に適用することの是非がまず問われる。

そして——不明確な論拠と表裏一体の問題だが——何が比較可能性要素かに関する基本的考え方や、比較可能性要素と正当化要素との区別も示されていない^(68a)。判決を見ても比較可能性判断要素として様々なものが引

(67) Case 411/96 “Boyle”, [1998] ECR I-6401 para. 39 を引用する。

(68) Case C-233/97 “Lewen”, [1999] ECR I-7243 para. 36.

き合いに出されており、正当化要素との違いも理解し難い。たとえば、軍務経験者を有利に扱うことが性差別なのかが争われた類似の事案において、軍務の完了者を職業訓練受講で優先する法規の差別性をめぐって争われた2000年の Schnorbus 判決⁽⁶⁹⁾ は正当化の問題として扱っていたのに対し、前記 Gewerkschaftsbund 判決は比較可能性の問題とした。両者が検討対象とした要素は、兵役の目的・義務性の有無・期間の長さと同一であり、2つの判決が比較可能性と正当化という別々の判断段階で扱った理由は不明である。

この比較可能性判断か正当化判断かの区別は、理論的問題であるとともに、実際の判断レベルでも重要な意味を持つ。すなわち、第1に立証責任の負担者が異なり、比較可能性は労働者が、正当化は使用者（法律の差別性が争われているときは立法者）が負う。また、第2に、判断の構造は両者で全く異なる。正当化判断は、差別解消という法的要請と他の法的要請との衝突に対する価値的調整場面であり、差別是正を重視した上で⁽⁷⁰⁾、例外を許容するだけの特殊事情が認められるか否かが厳格に問われるのに対し、比較可能性判断は、評価の基準を作り出す全くの規範設定行為であり、既存の規範設定を覆すための論証は極めて困難である。同じ要素に言及しながら Schnorbus 判決が兵役義務による職務経験の遅れを埋め合わせる範囲で正当化を認め、差別が否定される射程範囲を限定していたにもかかわらず、Gewerkschaftsbund 判決が「異なった性質を持ち……比較しうる立場にない」と一刀両断したのは、判断構造の違いからくる帰結の一

(68a) Sacha Prechal, 'Equality of Treatment, Non-discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes', [2004] 41 Common Market Law Review 533 at 543-544.

(69) Case C-79/99 "Schnorbus", [2000] ECR I-10997 paras. 40-47.

(70) 1999年 Seymour-Smith 判決 (Case C-167/97, [1999] ECR I-623) 以降、EC 裁判所は、差別是正に優越的地位を認め、構成国の立法裁量など他の法的要請も男女平等という EC 法上の基本的原則の実施を挫折させる影響を与えてはならないとしている。

例である。

b 現実の困難領域としての非正規雇用の労働者に対する差別

比較可能性が持ち出されることによって平等取扱原則の適用が妨げられている領域の1つが、非正規雇用の労働者に対する差別である⁽⁷¹⁾。この領域における EC 裁判所の姿勢は、1980年代にパートタイム差別に立ち向かった時の姿勢とかなり大きな違いを見せる。Bilka 判決⁽⁷²⁾ でパートタイム差別は間接女性差別だとし、さらに Barber 判決⁽⁷³⁾ で企業内年金からパートタイム労働者を排除する慣行を間接性差別だとして違法宣言を行い、一時期は EU 首脳をあわてさせてマーストリヒト条約当時に判決の効力を限定する Barber プロトコルと呼ばれる付属議定書を作らせた時の勢いは、今はない。

実際、EC 性差別禁止法理が非常に有効に機能してきた一つの重要なポイント、間接性差別禁止法理を通じてパートタイム差別の克服に大きな貢献をなしてきた点にある。ところが現在、雇用環境は大きく変化し、派遣労働や有期契約労働といった新しい就労形態が拡がり、その中で多くの差別的実務が積み重ねられてきている。もとより、様々な就労形態の労働者がどこまで正社員と比較可能なのかは、複雑な問題である。ただ実際には、非正規労働者に対する差別の相当部分は、女性差別としての構造を持つ。そして一部の労働条件に関しては、差別的扱いの権利侵害性が顕著な場合も認められる。そうした状況の中で、EC 裁判所が契約形態の差異を

(71) 様々な領域の判例に分散する問題である。比較対象範囲の「単一の源」への限定に関して Lawrence 判決と Allonby 判決、比較可能性に関しては Wippel 判決（呼出し契約労働）や Nikoloudi 判決（有期契約労働）が典型領域。Case C-320/00 “Lawrence”, [2002] ECR I-7325; case C-256/01 “Allonby”, [2004] ECR I-873; case C-313/02 “Wippel”, [2004] ECR I-9483; case C-196/02 “Nikoloudi”, [2005] ECR I-1789.

(72) Case C-170/84 “Bilka-Kaufhaus”, [1986] ECR 1607.

(73) Case C-262/88 “Barber”, [1990] ECR I-1889.

極大視し、そこに比較可能性が存在しないという一般的な想定を持ち込むなら、それは性差別禁止法理の意味を損ねるものといわざるを得ないだろう。

c EC 裁判所の立ち位置

もっとも判例は、たとえば Allonby 判決⁽⁷⁴⁾ で使用者との関係においては「単一の源」を否定して平等取扱原則の適用を否認したものの、国との関係で年金加入資格を雇用労働者に限定する法律に対し間接差別を認めた。このように EC 裁判所は、必ずしも手をこまねいて非正規労働者の苦境を放置してはいない。パートタイム労働の場合ほど大胆かつ概括的ではないが、救済可能な場面を慎重に探っていると EC 裁判所の現状を捉えることもできる。

そもそも比較可能性審査の適用において、EC 裁判所は抑制的である。2002/73指令は、平等取扱原則の一般的な前提条件として比較可能性を求めており、その意味では、あらゆる個別事例で比較可能性審査を先行させる道も選択肢の中にある。にもかかわらず EC 裁判所は、2002/73指令の下でもすべての事柄において比較可能性を問題にしているわけではない。むしろ、過去の判例で差別が認定された多くの領域で、性差の無関係性を前提にした論証を続けている。

そのため全体として見ると、EC 裁判所が作り上げてきた権利指向アプローチの基幹部分は、それと微妙な関係に立つ2002/73指令の文言にもかかわらず、基本的には維持されている。改正指令で差別の定義に組み込まれた「不利益」概念も、不用意に判例に取り込まれて安易な利益衡量の過程に道を開くような使われ方はなされていない。これまでの判例に揺らぎがあるのは、あくまで従来の枠組で処理することの困難な周辺の領域に限られる。

(74) Case C-256/01 “Allonby”, [2004] ECR I-873.

ただ、法はまさに周辺の場面で力量を発揮する。現時点で、どのような事例構造が比較可能性審査の発動を求めるのか、一般化可能な基準はなく、法的安定性に欠ける。直接差別の領域で差別禁止法理の相対化を防ぎながら、間接差別の領域で安定的な判断基準を得ることがなおも課題とされる現在、今後の判例の動きは一層の注意深さをもって観察していく必要がある。

[付記] 本稿は2007年度学術振興会科学研究費（基盤研究C：18530030）の成果の一部である。