

# 差別・貧困の克服のための試み（一）

遠 藤 昇 三

島大法学第55巻第3号抜刷〔研究ノート〕

2011年11月

## 差別・貧困の克服のための試み（一）

遠藤昇三

### 一 問題の所在と課題の限定

1990年代以降、自由民主党を中心とする政権は、グローバリゼーションにも対応しつつ、新自由主義的改革を推進した。とりわけ小泉純一郎政権は、改革のスピードアップとその大胆かつ乱暴な実現——改革急進派である——において、際立っていた。改革の狙いは、大企業の多国籍＝グローバル企業化と国際的競争力の強化であり、その障碍とされた従来の日本的労使関係・企業社会、利益誘導型政治の再編、変容さらには解体が、目指されるとともに、あらゆる領域、レベルでのコスト削減、規制緩和が、進められる。その結果、これまでの安定的な社会統合が、自殺・犯罪の増大を典型として破綻を示すと同時に、格差社会が現出した。しかも、大企業を中心とする正規労働者の縮減とその非正規労働者への代替が、大幅に行われ、今や両者の比率は7対3ないしは6対4となり、労働者の階層分化と固定化において、特徴的である。そして、後者の多くは、年収200万円以下のワーキングプアーであるとともに、それを含んで格差社会の底辺に貧困層が、膨大に堆積し、その中には居住を失ったホームレス、ネットカフェ難民も、少なくない。言い換えれば、格差社会は、単なる格差社会ではなく、富裕層と貧困層への極端な分岐としてのそれであり、かつ後者は、広範化、深刻化している。その上に、筆者が特に注目しているのは、こうした事態が、差別とは無縁でないどころか、従来から強固に存在した差別とりわけ性別差別を、テコとして利用、活用すると同時に、その一層の拡大、深化として現出していることである。したがって、差別と貧困を別々の問題と捉えることは、間違っており、そうで

ある限り対策を立てたととしても、その成功は保証されないのである<sup>(1)</sup>。小泉政権以降の自民党中心の政権の課題は、新自由主義的改革自体について、急進派から漸進派への主導権移行があるものの、現出した貧困・格差問題への対処、対応そして解決であり、それに成功しえなかったが故に、国民は、それを期待して民主党への政権交代を図ったが、期待通りの状況にはなっていない<sup>(2)</sup>。

ところで、この間、貧困の調査、分析が急速に進められ、貧困の原因の多様性、複雑性、そしてそれ故の貧困の多様・複合的な実態が、明らかにされるとともに、貧困対策——「セーフティネット」と表現されている——の不十分性、欠陥が、したがって対応策としてのセーフティネットの張直しなり再構築が、一様に提言されている。また、脱・格差社会のための問題提起も、多々されるとともに、{差別克服→平等}こそがキーであるとする、筆者の問題関心と通底する提起も見られる。そしてそれらをも踏まえて、特に労働法学者における反省、即ち従来の労働法・労働法学が、貧困とりわけワーキングプア問題において無力であった<sup>(3)</sup>こと、「セーフティネット」論に引きつけてと思われるが、とりわけセーフティネットに空いた穴の一環として労働法と社会保障法との間隙の指摘、そしてそこから新たな社会法の提唱といったことも、行われている。筆者も、そのこと自体には——全てではないが——異論がない。しかし、その指摘のみでは、現状変革にとって無意味である。何故なら、提言されている様々な方策、例えば最低賃金制度の引上げ・改善——全国一律制への改革を含めて——、同一（価値）労働同一賃金原則の確立といったことが、今日において初めて提案されたアイデアではない、従来から提案されていながら実現されなかったという、歴史があるからである<sup>(4)</sup>。その不成功の歴史を総括しそこから意味のある教訓を引き出す、端的に言えば「失敗から学ぶ」という過程をくぐり抜けることなしには、何らの成果も得られないと思われる。本稿では、幾つかの代表・典型例について、その検討を行うことにする。

もう一つの問題は、差別・貧困そして格差社会が克服された新たな社会、

現状との関係ではオールタナティブが、様々に論じられているが、その中に、新福祉国家という提言があることである。筆者がここで問題とするのは、差別・貧困・格差社会の克服のための、あれこれの方策というレベルではない。そうした作業が必要なことには、筆者としても異論はない。しかし、現状は、従来の社会統合の破綻という社会の基本的枠組みに基底に生じた問題故に、「では如何なる社会にするのか」という問いを、避けて通る訳にはいかない。より正確には、そうした問いへの回答がない方策では、何ら問題解決にならないからである。そうだとすれば、既に社会変革を論じ、変革された社会のイメージを提出すると同時に、それに到る過程の戦略として「福祉国家路線」を提唱したことがある筆者<sup>(5)</sup>にとって、現状変革のオールタナティブとして「新福祉国家」を採ることは、必然である。問題は、如何なる意味で「新しい」という内容ではない。筆者にとって問題となるのは、日本における福祉国家の不存在、それに対応した福祉国家の代替の存在といったことに関する、総括と教訓である。「新福祉国家」を提唱する人々に、そうした問題意識も作業もないことを批判することが、ここでの趣旨ではない。「新福祉国家」作りこそ、現状変革のための国民的課題であるからこそ、歴史の総括とそこから導き出される教訓を明らかにすることが、必要である。それらを欠く限り、単なる思いつき、上滑りの提言という意義・意味しか、持ちえないであろう。こうした歴史の総括・教訓とどう関わるかは、後述するとして、「新福祉国家」論者の論じ方、とりわけ新福祉国家の担い手をどう捉えているかという点が、筆者のもう一つの気がかりである。問題は、新福祉国家が現状変革のオールタナティブとなりえているか、その影響力の範囲が狭すぎるのではないか、——未だ国民全体のものとなっていないことは、言うまでもないが——現状変革を新たな社会の形成・構築レベルまで論じている人々の一致したオールタナティブにも、なりえていないのではないかということである。筆者には、その原因、要因が、そこにあるように思われる。即ち、「新福祉国家」というオールタナティブには賛同しえても、その担い手が——実質的には——提示されていないが故に、説得力を欠き、その結果、賛同が広がらない、影

響力が狭いのではないか、その点を決定的な問題として、論じたい<sup>(6)</sup>。

- (1) いろいろな差別問題の固有・特有な対策という次元は、扱わない。いずれにしても、差別と貧困は切り離されるべきではなく、差別に貫かれた貧困と捉えられねばならない。
- (2) 民主党政権における鳩山・菅の違い、さらに東日本大震災問題における菅首相の責任といった事柄は、ここでは触れない。
- (3) 中には、従来の労働法・労働法学が、それらを助長・促進したという捉え方があるが、いずれにしても役に立たなかったことは、事実ではあるが、その指摘に止まる限り、何事も語ったことにはならない。
- (4) したがって、逆に、今日において初めて提案されている方策、少なくともその実現を目指した努力がなされなかった方策は、ここには含まれない。ベシック・インカムといったものが、その例である。
- (5) 拙著『社会変革と社会保障法』（法律文化社、1993年）。
- (6) 本稿は、前注拙著に対するそしてこれまでの筆者の取り組みに対する、自己批判と反省でもあり、今考えていることの断片の寄せ集めである。なお、参照・参考文献は、最後に一括して掲げる。

## 二 差別と平等

### 1 差別禁止<sup>(1)</sup>と平等の関連と区別

憲法第14条第1項<sup>(2)</sup>は、前段で（法の下の）平等を唱い、後段において（人種等による）差別を禁止している。この規定の解釈次第ではあるが、14条は、差別禁止イコール平等の実現として、一体と捉えていると見ることが、可能である。しかし、——後述する——平等論の展開如何を問わず、差別禁止と平等とは、関連しつつ区別されるべきである。まず、平等——それが如何なるものであれ——の実現のためには、差別がある場合、その禁止が、第一義的で不可欠な最低限の条件であることは、言うまでもない。差別され続けてなお平等が実現するとするのは、絵空事に過ぎない。次に、差別禁止が、直ちに完全な平等の実現となる訳ではないことに、留意が必要である。勿論、これは、達成されるべき平等が如何なるものかにより、左右されることであり、とりわけ形式的平等、機会的平等——いわゆるスタートラインの平等で

あり、以下そう表現することがある——は、差別禁止のみで平等が実現される、と考えられない訳ではない。したがって、形式的・機会的平等を越えた内容の実現でなければ、平等の達成と捉えられない場合においては、差別禁止と平等は、ストレートにはイコールではなく、差別禁止は、求められる平等実現の第一歩ではあっても、最終的到達段階ではないから、区別されねばならない。しかし、それに止まるであろうか、実は、形式的・機会的平等についても、同様に捉えられるべきではなからうか。

何故なら、第一に、差別の捉え方の多様性・複雑性が関わる。比喩的に言えば、10の側面を持つ差別の内9の側面が禁止されても、なお1側面の差別が残るが故に、平等は実現されないということである。それは、当たり前のことのようにあるが、それが成り立つためには、差別の捉え方における一致がなければならない。例えば、憲法学説において、憲法14条1項の解釈としての——用語はともかく——「合理的区別と不合理な区別」という枠組自体に、必ずしも見解の一致がある訳ではないし、区分の中身も完全には同じではない。憲法学説においてそうだとすれば、国民の捉え方は、もっと多彩であろう。そこにおいて、差別の完全な禁止が確立するとは、考えにくい。言い換えれば、差別禁止規範の不明確さが、差別禁止の十全な達成を阻んでいるのである。そうだとすれば、そのレベルでは、差別禁止は、形式的・機会的平等を十分には実現しえないのであり、その限りで、差別禁止イコール平等の実現とはならないのである。第二に、差別の捉え方に差異がなく、完全に禁止された場合には、どうなるであろうか。形式的・機会的平等の実現、それ故差別禁止イコール平等の実現となりそうである。しかし、そうした差別なき社会に、日本は未だ到達しえていないことを、どう考えたら良いであろうか。現代における差別は、勿論、差別禁止規範に主観的にも違反する、それ故自覚的、意識的な差別が消滅した訳ではないが、多くは、客観的な違反に止まるであろう。前者を差別意思と表現すれば、それを欠いた差別の残存と言えよう。言い換えれば、差別の多様・複雑性である。それらを網羅した差別の禁止は、抽象的な規範に過ぎず、国民の差別的言動を、実効的に抑

制するだけの具体的規範たりえていないからこそ、差別は、存続している。したがって、差別禁止が、平等の実現に直結しないのである。しかし、第三に、次のことが考慮されねばならない。——後述する——平等の中身・内容が、形式的・機会的平等に止まるものではないことが、実は示唆している事柄である。即ち、例えば実質的平等や結果の平等が求められるのは、形式的・機会的平等観に止まらない、それを越えた平等観であることにもよるが、形式的・機会的平等の実現だけでは、歴史的に形成、蓄積された差別の結果（＝格差）が解消されず、それが再生産され、結局は差別＝格差の温存したがって平等の実現の不可能性を、考慮あるいは配慮するからである。そうとすれば、差別禁止によって、形式的・機会的平等が真に実現されるのが、問われねばならない。もし、形式的・機会的平等の実現のために、差別禁止だけでは不十分で、他の何らかの措置により補充されなければならないとすると、差別禁止イコール形式的・機会的平等の実現という図式は、成り立たないことになる<sup>(3)</sup>。

差別克服のための様々な努力が、なされなかった訳ではなく、その努力にも拘わらず差別が残存する一つの原因、要因は、差別禁止と平等とのとりわけ区別を欠いた努力であったためと思われる。そしてそれは、実質的平等、結果的平等といった、形式的・機会的平等とは異なるあるいはそれを越えた平等観の確立とその実現が、かなりの飛躍として捉えられ、未だ現代における平等観として定着しえていないことに、つながっているようである。言い換えれば、形式的・機会的平等に実質的・結果的平等が、異質なものとして加わることで形成される平等観が、簡単に定着する訳がないのである。定着するためには、——異質ではなく——同質のものと言わば量的拡大として、捉えられることが必要である。その媒介を果たす・果たしうるのが、「差別禁止と平等の区別」である。そうした区別を欠いて行われていたが故に、従来の差別克服の努力は、実は底の浅いものでしかなかったのである。

(1) 差別とは何かが一個の問題であるが、ここでは、一般的、感性的意味で扱う。

(2) 念のため言えば、以下の論述は、人権の私人間効力——その根拠・理由はと

もかく——を肯定してのものである。

- (3) 簡単な例で言うと、車イス使用障がい者の市民生活への参加における差別禁止のみでは、その参加は、十全には保障されない。そのためには、道路の段差の解消、階段のスロープ化やエレベーターの設置といったことが、必要とされるということである。

## 2 差別と人権感覚<sup>(1)</sup>

差別が人権侵害であり、差別をする人々には人権感覚が足りないという捉え方は、差別克服の努力の中で、常に主張されて来たことであり、少なくとも現代において、これらを正面から否定することは、国民的レベルでも行われぬどころか、国民にも定着していることではある<sup>(2)</sup>。それでいて、なお差別が残存するのは何故か。ここでは、二重の人権感覚の欠如ないしは不十分性の問題として、提示する。

その前提として確認すべきことは、「平等権」<sup>(3)</sup>の意義・意味としての無内容性や逆機能と言うべき事柄である。確かに、平等権は、差別をされない権利、そして平等に取り扱われる権利であるとは、さしあたりおおざっぱには言える。ではまず、差別をされない権利とは、誰に対するどのような中身・内容の権利であろうか。「誰に対する」という点では、差別を行うという形で権利侵害をする全ての者であり、この点で、他の人権との違いはない。しかし、国家との関係は、二重である。一つは、国家による差別の禁止であり、これは、さしあたり——次の点に包摂される側面では、別であるが——私人（団体・集団・個人）と同じである。即ち、国家も、私人と同じ立場・位置にあり、個別的な差別行為が禁止されている。しかし、国家に対して、平等権では、もう一つの要請が働く。それは、その権利の中身・内容から導き出されるものではないし、また「自由（権）の請求権のないし社会権的側面<sup>(4)</sup>」として論じられることと必ずしも同じではないが、国家の積極的作為を求めることである。その要請は、労働法における憲法第27条（労働権）、第28条（労働基本権）の規範的要請としての「差別禁止立法」の存在というレベルと



は、異なる。平等権の場合、そこまで明確な規範的要請が働く訳ではなく、国家には、差別禁止立法を制定するか、制定するとして、如何なる差別を対象にしたどのような規制と制裁にするのかにつき、原則として自由裁量を許される程のものである。とは言え、差別の多くは、歴史的かつ社会的な慣行としても行われる面があり、平等権を保障する憲法の下、何程かの拘束を受けると考えるべきである。それは、差別される人々からの立法要求あるいは広く国民からの立法要求に、要求の中身・内容を考慮・配慮しつつ、応える法的義務である。とは言え、平等権が、直接に国家の法的義務を規律、拘束する訳ではないであろう。——後述の——差別される人々の努力のありようが、問われるものである。次に、「どのような中身・内容の権利」と言えば、差別禁止とその違反からの法的救済であるが、これは、無内容と言える。何故なら、平等権に基づく立法が存在しない限り、個別的な差別の禁止とより具体的にはその違反により侵害された権利の法的救済——立法・行政における差別の取消・無効化、受けた損害の賠償といったことである——であり、特に後者は、平等権に固有・特有なものではないし、前者は、救済以降の差別の解消に役立つものでもないからである。

では、「平等に取り扱われる権利」とは、どのような中身・内容のものであろうか。まず、「平等」とはどういうことかが、問われる。——後述の平等観を棚上げにすれば——差別禁止の帰結を越えたものを含むか否かはともかく、同じ扱いをすること、異なる扱いをしないことでしかなく、他の人権と異なり、内容を伴うものではない。また、他の人権<sup>(5)</sup>に関わっての差別であれば、それは、平等権侵害という言葉は形式ではなく、他の人権侵害という内容において、法的問題化されるしすべきであり、ここに平等権が登場する余地は、乏しい。その上問題なのは、——差別を含みうる——格差の解消、解決の方向には、対照的な二方向があり、いずれの実現も平等権の帰結であることである。即ち、格差の解消・解決には、より優位、有利な状況に合わせるしたがって引き上げる方向——上方平準化——と、逆により劣位、不利な方向に引き下げる方向——下方平準化——を、共に許容するのであって、平等権は、

片面的に前者のみを規律する訳ではない。望ましくないあり方をも、許すのである。前者を確保するためにも、平等権以外の人権を活用せざるをえず、平等権は、それ単独では、完結しえない権利なのである<sup>(6)</sup>。

いずれにしても、憲法学説において、14条を平等原則から平等権へと展開した意義は、大きいと思われるが、それ自体が、歴史が浅い上に、権利論としての限界性を抱えていることが、国民の人権感覚の形成、定着、発展——これらを、以下「形成」と表記する——にとって、少なくともプラスには作用しなかったのである。

そうした前提の下、第一に問題になるのが、差別する側の人権感覚である。勿論、ここで問題とするのは、単に「差別する側」を批判、非難、断罪することではない。何故にそうした人権感覚に止まっているのかであり、逆に言えば人々は、如何にして差別を否定する人権感覚を獲得するのかを、探ることである。問題を単純化するために、三つの局面、即ち教育、日常的倫理、ストレス移譲について、検討する。第一の教育とは、学校教育に限定されなところの、いろいろな組織、レベルで取り組まれている人権教育である。ここで問題としたいのは、一方では、教育という営為のこれまで持っていた限界性、他方では、自覚的、意識的取組みのアリバイ性である。学校教育<sup>(7)</sup>に限定しても、人権教育が自覚的、意識的に取り組まれ、様々な成果を上げるとともに、教育方法論的なレベルの確立なり練上げが図られて来たことを、筆者も否定はしない。それにも拘わらず、学校教育で育った人々が、なお差別し続けて来た・いるのかが、問われる。それは、人権教育の努力のなおかつの不十分性を措けば、教への過度の傾斜・偏重と育の足りなさのように思われる。憲法教育一般に見られる憲法条文偏重の知識の詰込みに止まる限り、人権感覚の「形成」が達成されることは、ありえない。言い換えれば、人権感覚は、外から付与されるものではない。人間の潜在的能力、可能性という内部のもの導出、即ち「育てる」ことが、必要である。「育てる」努力が、全くなされなかった訳ではないが、「育つ」点で不十分であったことは、事実である。学校教育における人権教育は、その理論と実践において、的外れで

あったと評価せざるをえない<sup>(8)</sup>。学校教育に関して、もう一つ付け加えるべきことがある。それは、学校における「いじめ、暴力、学級崩壊、落ちこぼし、不登校、体罰・心罰」といった事件において、なされる対応である。ここで問題とするのは、「いじめ等」が人権感覚の乏しさ、不十分性の現れという次元ではない。「いじめ等」の事件を、人権感覚の「形成」に活かす方向での対応が、必ずしも十分ではなかったことである。事件発生後の隠蔽や発生事件の責任者の擁護といった対応が、許されないことは、言うまでもないが、批判がそこに止まっている限り、前進はありえず、事件は繰り返される——態様や現れ方が、違うことはあっても——であろう。求められるのは、事件を言わば教材として人権教育を行うことであり、それを通じた人権感覚の「形成」である。単なる知識でもなく、自らに直接にはかかわらない遠い事件でもなく、身近な事件に現れ含まれているところの、劣悪な人権感覚を明らかにすることにより、また事件の再発を防ぐ方向での問題点の析出を通じて、人権教育に活かすという対応こそが、そしてどれ程それが効果があったかが、検証されるべきである。こうした検証が必ずしも行われないこと、事件の直接の再発防止策の検証レベルに止まっていることが、問題のように思われる。

他方、国家・地方自治体、その他の団体・組織とりわけ民間企業における教育（研修）のアリバイ性が、問題である。ここでは、一般の企業とマスコミに分けて、考える。後者は、アリバイ性を越えた体質、そしてマスコミ報道における差別の扱いの多様な次元が、一般企業とは異なるからである。一般企業の場合、通常においては、人権教育が求められる訳ではなく、求められるのは、「男女雇用機会均等法」等の労働法規が、企業に義務づけるあるいは要請する場合と、例えばセクシュアル・ハラスメント事件が発生した場合の事後対応である。前者の場合、例えばセクシュアル・ハラスメント防止のための教育（研修）が企画・実施されるが、ほとんど形式的で実効性を伴わず、対外的なアリバイ作りでしかないことが、多い。そうだとすれば、セクシュアル・ハラスメント発生の根因である企業のジェンダー構造には、何ら変化がなく、それを支える男性使用者・管理職・労働者の人権感覚は、低水

準のままであり、事件化しないのは、偶然か、たまたま被害者が泣き寝入りしたかではない。後者の場合、法的責任レベルの処理後の対応が、問題となる。事件が法的責任において決着したことを理由として、何もしないという対応もありうるが、多くは、事件の発生に鑑み、教育（研修）等の防止策、相談体制、紛争処理制度の強化が、行われるであろう。それがどれ程の意義・意味を有するかを、間接的に証明するのが、コンプライアンス（＝法令順守）に関わる事例である。コンプライアンス違反が発生した場合の道筋は、{企業の謝罪→コンプライアンス強化の決意表明→事件の再発} というパターンを描く<sup>(9)</sup>。コンプライアンス強化の決意表明とは、謝罪するが故に付加される飾りでしかない。セクシュアル・ハラスメント事件でも、同様であろう。いずれにしても、意識変革を含む人権感覚の「形成」の努力が、自覚的、意識的に行われていないから、予防・防止対策に魂が入っていないのである。さらに言えば、セクシュアル・ハラスメント事件の再発は防げても、他の事件を引き起こすことに、なりかねない。逆説的に言えば、企業は、人権教育の場では本来ないからこそ、本腰を入れた本格的な人権教育が、必要とされるのである。

マスコミは、今日においても、とりわけ犯罪報道において人権感覚の喪失状況を、露呈している。即ち、マスコミ裁判を、相も変わらず当然のこととして、繰り返している。過去の状況との関係での変化は、逮捕された人を「・・・容疑者」と表現する<sup>(10)</sup> ことのみ、と言って良い。それは、国民の要望、欲求に一面では支えられていることから、マスコミの独善的体質とばかりは言い切れないが、人権感覚の乏しさと一体となった体質ではある。マスコミは、本来、学校教育と並んで、人権教育の機関——次の事柄を措いても——でなければならない。それは、報道の自由という人権の主体であると同時に、国民の知る自由・知る権利に奉仕し、それを実現しうる主体でもあるからである。ところが、マスコミは、日常にかつ大規模に人権感覚のない・乏しい行動を積み重ねることにより、国民の人権感覚の「形成」に寄与しえないどころか、その低下、喪失を促進しているように思われる。そして、その自

覚がないが故に、より始末が悪いと言える。次に、マスコミ報道における差別の扱いとして筆者が気になるのは、二点である。一つは、差別事件・問題を取り上げる姿勢である<sup>(11)</sup>。マスコミは、その場合、「人権と正義」の味方を過度に装い続けるが、そのこと自体も、勿論問題である。日本のマスコミの歴史・現在は、マスコミが決してそうではないことを、示しているからである。しかし、もっと問題となるのは、犯罪報道との対照性である。犯罪報道において、人権感覚のなさ・乏しさを示している同じマスコミが、他の差別事件・問題で「人権と正義」の味方面をすることが、国民に与える影響である。そうしたマスコミが、取り上げる差別事件・問題であるが故に、国民は、それに関心を抱かない、関心を抱くとしても瑣末なものとして受け止める、それどころか差別性を否定する、といったことになりかねないとするのは、筆者の杞憂であろうか。いずれにしても、せつかくの素材が、国民の人権感覚の「形成」には役立たないのである。もう一つは、全ての差別を取り上げる訳ではないこと、しかも社会的弱者としてのマイノリティにかけられる差別に収斂させる、という視点の狭さがあることである。前者は、障がい者問題、部落問題、様々なジェンダー・セクシュアル・セクシュアリティ問題といったことが、ほとんど扱われないことによって、問題それ自体の認識がなされず、引いては差別問題の隠蔽が行われる、という問題性である。さらに窺われるのは、社会の支配的枠組、秩序の擁護の姿勢である。そこでは、差別が隠蔽されるため、差別など存在しないとして、国民の認識や関心をそらすという言わば消極的役割が、果たされるだけではない。差別問題を取り上げることにより生じうる衝撃、即ち——差別問題は、その禁止に止まらず、「平等」の実現への展開が、必然であるが故に——社会の支配的枠組、秩序を揺るがし変革されかねない、という事態が想定されるが、それに対する防波堤という意味で、積極的役割も果たしているのである。「性同一性障がい者の性別の取扱の特例に関する法律」が成立しえたのは、その傍証である。性同一性障がいという問題は、ジェンダー・セクシュアル・セクシュアリティ問題の一部であるとともに、かなり特殊な問題であるにも拘わらず、その立法

化は、筆者にはスムーズに進行したように思われる。それは、性同一性障がい者の性別（再）指定とりわけ戸籍の扱いが、男女性別二元制という社会の支配的枠組・秩序を、揺るがす・変革するどころか、強化に資するとの判断があったためと思われる。後者の典型は、性別差別＝男性支配＝ジェンダー構造という、決してマイノリティの問題ではないことが、取り上げられないことに示されている。差別をマイノリティの問題に局限する限り、そうした問題は浮上して来ない、したがって社会の支配的枠組・秩序は守られる。それどころか、マジョリティによるマイノリティへの差別という視点の狭さは、差別＝人権問題性を希薄化し、マジョリティによるマイノリティ保護へと問題構造を歪曲させる、それらを通じてここでも結局、社会の支配的枠組・秩序が擁護されるのである。こうした扱いの中では、差別問題を、人権の問題として深く理解するという国民の人権感覚は、養われないどころか抑制され続けるのである。

要するに、教育というレベルでは、人権感覚を育てるという側面が、大変に乏しく、結局人権感覚が身に付かないから、差別は、なくならないし再生産され続けるのである。次に、日常的倫理であるが、問題を、同調強制への対応と他人への眼差しに、絞ることにする。同調強制とは、日本社会全体を覆い全ゆるレベルで強力に働くところの、同質性、同じ言動を求める社会的圧力である。それは、当然のこととして、個人の自立・自律・自主性を圧殺しかねないが、それよりもここでは、以下の面に着目している。一つは、「差別される」者を非同調者とし、それ故差別されるとする点で、差別の正当化として働くことである。差別は、本来、同質な者の中での扱いの差異故に、その克服が、容易な面と困難な面の両面を、抱え込んでいる。しかしそれに、非同調故の差別が重なることにより、正当化の不十分性、欠如が補完され、後者の面が強化される。そしてその上に、——必ずということではないが——差別する側がマジョリティ<sup>(12)</sup>であるが故に、差別への同調の強制、それ故差別克服への努力の阻害となるのである。そうとすれば、まず必要とされる日常的倫理は、過度の同調の拒否、同調からの自己の切離し、即ち自立・自律・

自主性の獲得である。勿論、それだけでは、差別を拒否しさらにはその克服に向け努力するというに、直結する訳ではない。しかし、それに到る道筋の第一歩であり、人は、それを経ることなく、いきなり差別克服の努力に向かうことには、ならないであろう。もう一つの他人への眼差しとは、他人を無関係な排除すべき存在としない、反って関係、共生、依存の対象であることである。他人をそう位置づけられれば、差別を含め他人に生ずる事柄や置かれた状況に対し、関心を払い注意を向けるだけでなく、自らの立場に置き替える、即ち自らのこととして見るのが、可能となろう。言わば、自己にのみ向けられた内向きの眼差しを外に開き、他人への想像力を持つことが、要請されるのである。人権感覚は、こうした日常的倫理に裏打ちされて確かなものになる、あるいはこのような日常的倫理を欠いては生まれない。そして、かつてにおいては、こうした倫理は、親子間・世代間で伝えられ、また地域社会の共同性の中で育成されていたであろうが、現代ではそれが、欠落していないしは極めて不十分である。したがって、こうした倫理は、自覚的、意識的に吹き込まねばならない。しかしそれは、極めて困難な課題であって、社会と人間の——潜在的なものを含む——総力を挙げて取り組むべき課題である。

最後の問題が、ストレスの移譲<sup>(13)</sup>、即ちストレスの発散・代償である。現代社会は、過度・過剰なストレス社会であり、多種・多彩で大きなストレスが、一人一人にかかっている。人は、日常的な生活の営為や工夫の中で、発散、解消を図ってはいるが、それによって発散・解消しえない場合、二つの状況が生じうる。一つは、ストレスを内部に抱え込むことにより生ずる状況——閉じ籠もり、精神的・神経的病症即ち心の病といった——であるが、これは、さしあたり差別問題には関与しない。問題は、もう一つの状況として生じうる、外部への発散ないしは代償である。外部への発散とは、煎じ詰めれば他人への加害であるが、この場合、その他人から反撃されるのであれば、リスクも大きいし発散にもならない。そうだとすれば、反撃のリスクがないあるいは乏しいところの、社会的弱者への加害へと傾くであろうし、その中



に差別行為も含まれる。あるいはそれらが、ストレスの発散にはならなくても、代償的意味を持ちうれば良いのである。いずれにしても、ストレスの発散・代償としての差別は、それなりに必然性があるが、差別される側からすれば、傍迷惑この上ない。とは言え、ストレスの発散・代償として差別を行う者を、批判・非難するだけでは済まない。ストレス・ゼロ社会作りは、簡単ではないし短期間で出来るものでもない。と言って、ストレスを内部に抱え込むことを強制することも、適切ではない。そうとすれば、ストレスの発散・代償としての差別への加担あるいはその強化とならないよう、自己抑制を求めるしかなく、それを日常的倫理に組み込む中で、そうした倫理を吹き込み続けることが、課題となる。とは言え、現代の過度・過剰なストレス社会、そしてその延長線上に企業のメンタル・ヘルスがあることが示唆する事柄は、我々人間にとって全く新しい、これまでに経験したことのない状況ということであって、試行錯誤するしかないようではある。いずれにしても、本筋としてのストレス・ゼロ社会を見据えつつ、ストレス一つ一つに対応して行く必要がある。ストレスから逃れえない状況は、人権感覚など、およそ問題にすらならないであろうからである。

第二の問題は、差別される側の人権感覚である。特に問題としたいのは、差別克服の運動を担う組織、人々の人権感覚であり、またそれがその運動の外側即ち国民によりどう受け取られているかである<sup>(14)</sup>。筆者はかつて、労働組合の内部的民主主義（＝組合民主主義）の再建・再確立の一契機として、組織・集団一般の内部的民主主義の組合への適用・導入を、論じたことがある<sup>(15)</sup>。それは、本稿に引きつければ、人権感覚の制度的側面と捉えることが、可能である。いずれにしても、さしあたり組織・集団一般の内部的民主主義には問題がない、という構え方——勿論、規範的抽象ではあるが——であった。しかし、今では、それを前提として差別克服の運動を論じることは、適切ではないと考えている。それは、民主的運営への疑問である。その典型例が、部落解放同盟の分裂である。勿論筆者は、分裂という現象を、構成員の選択の問題として肯定してはいる。したがって、問題はここでは、部落差別



の克服、解決という課題の達成という点から、分裂が評価されるべきということである。即ち、その課題達成のためには、例え鋭い政治的対立があり差別克服の方針・路線における非和解的相違があっても、分裂という選択をすべきではない、組織的に分裂したとしても、運動としては協力・共同すべきであると考えられる。それにも拘わらず、組織的分裂の上に、運動の敵対的対立に基づく事件を発生させたことは、許しがたい。課題が求めたのは、政治的対立や方針・路線上の対立であっても、課題実現に向け民主的に克服する、ないしは——対立の克服は無理として——協力・共同の関係を確立・維持することである。そうした方向性を支えるのが、人権感覚であり、その乏しさ・不十分性を、露呈したということであろう。言い換えれば、人権感覚に支えられた民主的運営に拘わらず分裂した、運動の敵対的対立が展開されたのではなく、その逆である。その上で、もう一つ付け加えたいことは、差別克服の運動の間での連帯への支障である。差別克服運動は、それぞれの固有の課題があるとしても、差別総体の克服のために連帯すべきであるし、相互間に対立がある場合、民主的に調整されねばならない。人権感覚が乏しく・不十分のまま、非民主的運営をしている差別克服運動が、他の運動と連帯することは、困難であろう。何故なら、その運動の否定的状況を、「連帯」関係に持ち込みかねないこと、その危険性故に、「連帯」が拒否されるといったことがありうるからである。個々の差別克服運動が、総体として力を発揮することを通じて、総体としての差別克服にとって意義があるとすれば、その点でも足を引っ張ることになり、問題であるからである。筆者は、社会変革における「変革主体形成」論の協力・共同（「前向きの総合」）を提起した<sup>(16)</sup>が、それを応用すれば——理論に止まらず——運動の「前向きの総合」が必要とされる。その点で学ぶべき例は、女性の妊娠中絶をめぐる、フェミニズムと障がい者運動との対立の克服過程である。結論的に言えば、妊娠・出産をめぐる女性の自己決定権は、決して障がい者の差別・排除ではなく、障がい者の権利と対立するものではないことが、明らかにされた。それに到る過程は、理性的な討論を経た了解への到達、であったように思われる。人の生命

という真に根源的な問題をめぐり、そうした段階に到ったことは、両者及び両者間の民主的あり方と人権感覚の賜物であろう。そして、両者の協力・共同が、優生保護法——現行の母体保護法——の経済的理由による妊娠中絶許容条項の削除を、阻止して来たのである。フェミニズムの優れた点は、言うならば、こうした過程の積重ねの上に、「男女共同参画」を21世紀の最も重要な政策課題にまで到達させたことであり、逆説的に言えばだからこそ、ジェンダー（ジェンダーフリー）パッシングの対象とされているということであろう<sup>(17)</sup>。

次に、「国民による受取り方」として問題としたいのは、差別克服運動の一部にあるところの、極端な見解のもたらす効果である。元来において、差別されていない側にいる国民の、差別克服運動への関わり方は、それが、単なる関心から共感、さらに支援から参加に到るどのレベルにあっても、第三者的性格を有している。その第三者性は、より後の段階に到るに従い薄らぐとしても、消滅することはない。——既述の——「他人への眼差し」のありよう次第が、この第三者性を克服するように思われるとしても、それはあくまで、主観の領域に位置するのであって、第三者性の否定、——逆の——当事者性の獲得とはならない。そうだとすれば、差別されていない側にいる国民には、差別問題は、本当には理解出来ないのかも知れない。「差別は差別された者にしか解らない」という主張は、それなりに真実である。しかしそこから、一部の差別克服運動のように、「被差別者以外は、全て差別者である」、何が差別かは被差別者が決める、{差別者への糾弾→差別者の自己批判→被差別者の要求の実現・実施}にまで到れば、それは、差別克服運動にとってマイナスである<sup>(18)</sup>。それは、差別克服運動の物取り主義、利権化への墮落の可能性、危険性としても、勿論問題であるが、その運動への国民の関わり方を、逆方向（＝第三者性の強化）に押し戻しかねないからである。また、差別する側に位置する国民の自己反省、自己批判の契機を奪う、あるいは自己反省・批判をしないことの正当化に、逆用されかねないからである。それも結局は、差別克服運動の側の人権感覚の乏しさ・不十分性の、国民への逆照射なので

ある。

差別は、その否定としての平等権の不成熟性と、根底にある人権感覚のなさ・乏しさ・不十分性において、問題が捉えられ、かつ後者の「形成」として克服されるべきものである。

- (1) 人権意識ではなく人権感覚を問題とするのは、意識のさらに底に位置する感情、感性といったレベルまで問題化することなしには、差別問題は解決しない、という認識に基づく。
- (2) 差別そして差別意思に基づく差別が、なくなった訳ではないことは、言うまでもないが。
- (3) 憲法学説において「平等権」という捉え方は、必ずしも支配的ではない。しかし筆者は、「平等原則から平等権へ」という方向を是認した上で、問題指摘を行う。
- (4) 筆者の整理については、拙著『社会保障の権利論』（法律文化社、1994年）51頁参照。
- (5) 人権ではない法的利益も含むが、こう表現しておく。
- (6) ——後述の——積極的差別是正措置が、逆差別として批判される余地がここにあることに、留意が必要である。
- (7) ここでは、政府・文部科学省の教育政策レベルには、触れない。
- (8) 大学進学率が上昇・向上すればする程、大学教育にも妥当することを、自己反省・自己批判的に指摘しておく。
- (9) まずは隠蔽で始まることが多いが、ここでは除外する。
- (10) かつては、参考人段階では敬称付き、逮捕以降呼捨てであった。
- (11) マスコミが、その独断と偏見で差別と扱うこともあり、それ自体問題だが、ここでは問わない。
- (12) 差別は、必ずしもマジョリティによるマイノリティに対するものに止まらないが、ここでは解り易さから、こうした表現にしておく。
- (13) 戦前日本に関する丸山真男の分析（＝抑圧の移譲）の教育分野への転用の、さらなる拡大である。
- (14) 以下の論述は、実は、差別克服運動を含む戦後平和・民主主義運動全体に、妥当するが、後者についてより具体的には、四で扱う。
- (15) 拙著『組合民主主義と法』（窓社、1999年）第1章。
- (16) 拙著『社会変革と社会保障法』（法律文化社、1993年）77-78ページ。
- (17) これは、後述の現代社会のオールタナティブとしての福祉国家か否かを問わないが、その実現は、現代社会のオールタナティブの一環を構成しうると思われるが、指摘に止める。そして、パッシングが、主として改憲勢力により

行われていることも、象徴的であるが、度外視する。

(18) 個別の局面・問題で正しいことがありうる点については、度外視する。

### 3 平等についての考え方<sup>(1)</sup>

憲法第14条第1項の規定は、歴史的には、第二次世界大戦前の天皇を頂点とした身分制社会、官尊民卑制、企業における職員・工員の身分差を、否定する意義を持ち、その限りで全国民が許容、受容しえた平等を、保障するものであった。その含意は、あくまで、形式的・機会的平等、即ちスタートラインの平等である。そしてそれは、第一に、実質的平等、結果的平等に開かれたものでなかったことにおいて、本質的問題性を抱えており、戦後平等の歴史的展開に歪みをもたらすのである。第二次世界大戦前の日本の否定としてのそうした平等の保障は、重大な歴史的前進であり、戦後平等史の決定的出発点であったことは、言うまでもない。戦後の平等化への努力は、形式的・機会的平等を、社会の全ゆる場面、レベルにおいて貫徹する上で、大きな成果を上げたと評価出来る。しかし、今から振り返れば、そこに四重の歪みとしての問題があったと思われる。一つは、社会的実態としての二重構造の許容である。強大産業と弱小産業や大企業と中小零細企業の格差——労働者間格差が、当然含まれる——、大企業における正規労働者と臨時工・社外工の格差は、二重構造として、一面では肯定され、他面では否定されるべき社会問題としても、差別、不平等という捉え方は、弱いか・ないという状況であった。そして、自民党（政権）の利益誘導型政治と高度経済成長及びその中で労働力不足を通じて、問題自体が、——真にはないが——解消されて行くのである。それは、現代の格差社会の前史——継承の面もある——であり、問題解決のための取組みの端緒であったはずであるが、差別・不平等問題としての正面からの取組みがなかったという、負の遺産で終わるのである。もう一つは、平等が建前でしかなかった、という問題性である。形式的・機会的平等は、——既述の如く——差別禁止とイコールではなく、差別禁止が

最低限の要件ではあるが、そのみで実現される例は、多くない。多くは、差別禁止に付け加えられる措置、少なくとも形式的・機会的平等の形だけの保障では不十分であるに拘わらず、建前として主張されるに止まっていた。言い換えれば、——後述の——実質的・結果的平等に開かれていなかったのである。平等論が、古代ギリシャのアリストテレスの時代以来、既に二つの平等が提示されていたにも拘わらず、そしてその関連を問うことなく、形式的・機会的平等が選択されたことは、——後述の事柄と関わり——自覚的・意識的なものではあろう。しかしそれ故に、平等志向の強烈性に拘わらず建前性に止まったことは、戦前の否定という——それ自体としては、意義があるとしても——後ろ向きのものでしかなかったこと、平等の発展という前向きの方向性が、予め遮断されていたことを、意味する。したがって、平等は、自然に獲得されるものではなく、恒常的な努力により獲得、維持される上に、発展させるべきものであるという捉え方は、高度経済成長の結果としての総中流化意識の形成の中で、平等が既実現されたとして、雲散霧消して行くのである。

第三の問題は、形式的・機会的平等の対象範囲の狭さである。例えば、女性差別の克服の一環としての性平等という、数的マイノリティではないところの重要な問題が、欠落していた。成程、法制上、人権、選挙権等の性別差別の禁止、平等取扱は、確立している<sup>(2)</sup>。しかし、社会的には三重の差別、不平等が、問題視さえされなかった。一例を挙げれば、男女平等である婚姻同氏の規定は、男性の氏への統一＝女性の氏の喪失の社会的強制という、結果的不平等に帰着したに過ぎないことに、現れている。性役割を含むジェンダー＝規範は、労働をはじめとする女性の社会的参加を阻害し、資本主義社会の帰結としての無償の家事・育児労働の負担を、女性に負わせるのである。それをも企業が活用・利用することにより、そしてまた女性労働者の法的保護がある限り、雇用の場で女性は、徹底的に差別され不平等に扱われざるをえなかったし、現在も同様である。女性・女性労働者が、裁判を通じてまた国連の「女性差別撤廃条約」批准の要件としてのしかし結果的には「男女雇

用機会均等法」により、形式的・機会的平等を獲得して行くのは、フェミニズムの日本への導入の前後である<sup>(3)</sup>。そして第四に、積極的差別是正措置（＝ポジティブ・アクション）との切断である。「均等法」は、全面的差別禁止への改善と併せてその措置を容認し、さらなる女性差別撤廃と女性の人権実現に向けた国際的努力を踏まえて制定された「男女共同参画社会基本法」は、——制度・慣行のジェンダー中立化をも前提として——政府の施策への取込みを、規定してはいる。しかし、女性保護の撤廃と男女平等の実現という国際的到達点に、形式上は沿いつつ、平等と保護とのトレード・オフを迫った大企業・財界の論理、「保護抜き平等」という女性労働者側の批判的スタンスを通じた、コンセンサスの不一致とも関わり、次のような問題性を生じさせている。一つは、積極的差別是正措置と形式的・機会的平等との、連関の不明確性がもたらす問題である。形式的・機会的平等をもっと実質的に図るために、歴史的、社会的に形成・蓄積されて来た差別を、取り除く必要があり、そのために積極的差別是正措置が求められるという脈絡が、あまり明確ではない。したがって、その措置を要求する側も採用する側も、突然何の脈絡もなく導入されたと受け止め、その措置に及び腰である、取り組みに迫力がないという状況にある。しかも、企業は、企業の性差別・ジェンダー構造の維持、強化としての対応を、「均等法」制定以来コース制あるいは雇用類型・形態別処遇として、展開して来ている。言い換えれば、真正面からの女性差別から、性中立的なもの故に間接差別的な方向へと転回しているのである。間接差別禁止が、「均等法」に導入されたのはごく最近であり、今後その実効性が問われるであろうが、いずれにしても性差別の不透明化が、積極的差別是正措置へのインセンティブを弱化させかねないのである<sup>(4)</sup>。

したがって、改めて、平等とは何か、形式的・機会的平等と実質的・結果的平等との関連、積極的差別是正措置として、何をどのようにどこまで行えば差別克服・平等の実現に寄与するのか、性中立（＝ジェンダー・フリー）や間接差別禁止は、如何にどこまで平等に結びつくのかが、問われることになる。それは、極言すれば、第二次世界大戦後の「平等史」の中で、初めて

のことである。その前に、否そのことを考えるために、これまでの平等が、競争、能力を排除せず、両立——さしあたり現象として——していたことが、問われねばならない。まず、競争との両立であるが、それは、一面では、平等が形式的・機会的平等に止まったことの、必然的帰結である。求められたのは、あくまでスタートラインの平等であり、スタート以降には平等は関与しない、そこに競争原理が働くのは、当たり前のこととされる。したがって、競争の結果として生ずる例えば格差は、正当化されるのである。そこには、競争原理を制約するものとしての平等は、存在しない。その反面で、実質的・結果的平等は、論理必然的に、予め排除されているのである。他方では、スタートラインの平等とは、平等な競争の容認である。第二次世界大戦前の日本における競争は、スタートラインが異なっていると同時に、ゴールにも格差があるものであったが故に、不平等な競争であった。それに対し、第二次世界大戦後にさしあたり理念的に求められたのは、平等な競争であり、それは、スタートラインの平等がありさえすれば、ゴールの平等も確保されるという、ナイーブなものであった。しかし、競争原理を否定しない限り、ゴールの平等は保証の限りではない、そこでゴールの平等を無理矢理作るという対応が、なされさえすることになる<sup>(5)</sup>。競争を排除せず両立するということは、同じスタートラインに立った人々による自由な競争である限り、問題がないということでもある。両方を踏まえれば、——自分たちによるものでなく——他者による競争の組織化、強制が行われると同時に、ゴールの平等の確保という対応が崩されれば、無限の競争に巻き込まれざるをえないことになる。そして、それを肯定すればあるいは受容すれば、実質的・結果的平等は、言わば悪平等として排斥されるのみでなく、競争のスタートラインの平等さえ、掘り崩されかねない。何故なら、平等よりも競争が、価値的に優位するのであって、競争の価値の貫徹の上で、スタートラインの平等さえ邪魔なものとする余地があるからである。その上に、競争原理の優位化は、競争者の数の減少化、競争者の競争過程からの排除をも容認させる点において、平等と原理的に両立しえない側面さえ、現出させうる<sup>(6)</sup>。したがって、平等と競争の



両立とは、その間のバランスが取れている状況に限定され、競争は、いつでも平等を破壊しうるのであって、競争と両立しうる平等は、実は確立しがたいのである。そうした歴史の負の遺産を踏まえとすれば、現代において求められるものは、競争を適切な枠内に制御しうる平等、即ちスタートラインの平等とゴールの平等を、兼ね備えたものでなければならない。そうだとすれば、スタートラインの平等が十分に確立していることを前提に、その延長線上でゴールの平等へと拡大するという方途は、採りえない。両方ともはじめて確立するという構え方で、平等への取組みがなされねばならない。

次に、平等と能力の両立であるが、まず第一に問題となるのが、能力による区別は、差別、不平等ではない、言い換えれば、平等とは無関係とされた・されうることである。確かに、憲法14条1項は、能力を理由とする差別を、直接には禁止していない、26条1項は、「能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利」を保障している<sup>(7)</sup>。能力の違いは、人間相互間に多様にあり、それに基づく全ての区別を差別・不平等とすることは、出来ない。しかし実は、平等との両立を主張された能力とは、人間の全ての能力ではなく、学校教育において求められ養成された能力、端的には偏差値的能力（＝学力）と企業が労働者に求める能力に、限定されるが、しかも両者は、一つながりである<sup>(8)</sup>。そこに、差別・不平等が働く。とりわけ大企業による新規卒者の一括採用、手厚い賃金・福利厚生、定年までの長期雇用という慣行は、能力「差別」をシステム化する。低学歴者の中小零細企業への配属、大企業単純技能・技術者化、高学歴者の大企業による独占と大学間格差・序列化の有名・無名企業への反映、[大企業正規労働者→管理職] という「ライフスタイル」の普遍的受容（＝モデル化）と、それをめぐる「学歴・受験」競争の激化、いずれにしてもそうしたまたその結果としての能力の相違が、「差別」・格差をもたらす。それは、一言で言えば、能力主義教育に基づく競争であるが、「能力の違いによる処遇の相違」という単純な合理性をも、保持しうるものではない。何故なら、差をもたらす能力とは、人間が人間らしい努力の結果として獲得する人間的能力ではなく、学校・企業により一面化された能力であるし、能



力の違いは、言ってみれば人為の産物であるからである。言い換えれば、誰でも努力次第で獲得しうる能力ではなく、競争の結果として、仕切られた上で獲得された能力でしかないからである。その上に、企業の能力主義的労務管理が、重なる。既に行われている能力による「差別」・不平等の上に、一面的な能力による選別とさらには——必ずしも能力だけにはよらないところの——能力発揮の結果としての成果による選別へと、展開している。しかも、ここで求められている能力の中には、業務命令や残業に積極的に応じるか否かという態度、姿勢さえ含まれている。言い換えれば、企業の支配への服従や受容能力の存否、程度が求められ、それに基づき評価と処遇が、決まるのである。これらは、「能力と平等の両立」と言いながら、その実、平等の掘り崩しでしかないが、そうした帰結は、労働者の意図、主観的想いに逆行するものであることは、言うまでもない。しかし、両立を受容したことの帰結という点で、労働者にも責任があるといわざるをえない。

さらに言えば、「能力と平等の両立」には、二つの落とし穴があることが、問題である。一つは、能力発揮の機会の不平等の正当化である。端的には、男女「差別」、男性優位・女性劣位の扱いが、能力の差異による扱いとして、問題が表面化せず隠蔽されるだけではなく、正に能力の違いによる扱いとして、正当化されるのである。それは、同じスタートラインに立たせた上での能力による区別ではないから、形式的・機会的平等に反するかの如くである。しかし、能力に差があるとの判断の下、能力発揮の機会を奪われているが故に、能力による区別として平等を損なわない、両立しているという現れ方をするのであって、それだけに悪質である。それは、企業の強固なジェンダー構造の反映であるとともに、その変革が容易には進まない理由でもある。もう一つ深刻なことは、{所得格差→教育投資の格差→能力の格差}という連鎖があること、そして——それ自体が既に示唆しているが——能力格差の世代間再生産である。求められる能力が、自己の努力と責任でのみ獲得されるものであれば、能力の違いによる扱いの差異は、平等と両立すると言えるかも知れない。しかし、当人の努力、責任では如何ともしがたい事情に規定され

た能力の違いが、扱いの相違に帰結することは、不合理で正当化しえないが、直接的差別でも間接的差別でもなく、構造的「差別」という問題レベルである。これを克服するためには、例えば、誰でもその経済的事情の如何を問わず、同等の教育の機会が与えられることであり、そのための様々な条件整備——中等・高等教育の無償化、学校間格差の是正等である——であるが、それは、一朝一夕には不可能である。そうだとすれば、必要なのは、能力、評価の視点なり基準の変更、即ち偏差値的に一面化した能力ではなく、人間らしい諸能力において評価され扱われることであるが、これも容易ではない。さしあたり求められるのは、純粋な能力の適正かつ公正な評価へと、転換させることである。いずれにしても、「競争、能力」と両立する平等というのは、本来成り立ちえないか、成り立つとしても前者に傾斜し過ぎるのであってみれば、そうした過去の平等観を断ち切った新たな平等観の確立という、痛みを伴う自己反省、自己批判を媒介とした努力をするしか、途はないように思われる。

- (1) ここで論ずるのは、平等の具体的な中身・内容ではなく、以下のように限定された角度からのものである。
- (2) 法制上の現在においても残る差別あるいはジェンダー中立でない問題があるが、触れない。
- (3) この過程において、労働組合の役割が如何に小さかったかは、後述四との関わりで、十分に留意される必要がある。
- (4) アメリカのように逆差別問題が浮上するのも、もう少し先のようなのである。
- (5) 例えば、人事（昇進・昇格等）の組合による規制は、そうしたものであり、かなり無理があったように思われる。
- (6) 例えば、「均等法」に対する企業の対応としてのコース制において、「総合職」からの女性の排除（はじめからの排除から、受験させない、受験させた上で合格させないといった幅がある）が、それに当たる。
- (7) 能力別教育といったものが差別かどうかは、かなり微妙の問題であるが、度外視する。
- (8) これによって養成される能力には、普遍的な正に人間的な能力も含まれているが故に、問題をこのように単純化すべきではないが、指摘に止める。

#### 4 「社会的身分」の拡大<sup>(1)</sup>

憲法第14条第1項後段により、社会的身分を理由とする差別は、禁止されている。この社会的身分は、従来の憲法学説において出生によるか出生後かの違いはあるものの、当人によって左右されないあるいは当人の自由意思によっては逃れえない社会的な地位とされて来た。他方、1項後段に掲げるものは例示とする見解であれば、厳密に考える必要はなく、そうした社会的地位一般が、問題となる。また、労働基準法第3条による社会的身分を理由とする差別に関しても、同様である。いずれにしても、例えばパートタイマーを社会的身分とする見解は、ごく少数である。しかし、既述の如く、現在の非正規労働者の多くは、正規労働者になる意思と意欲を持つに拘わらず、企業の政策によりそれを拒まれた者であり、かつ一度非正規労働者になると、自らの意思で抜け出すことは容易ではない。そうだとすれば、非正規労働者である地位は、社会的身分であり、そのみによる賃金等の労働条件差別は、労働基準法3条により直接に禁止されているか、少なくとも憲法14条1項後段に反し、法律行為である限り、民法第90条（＝公序良俗）違反で違法・無効となる、と考えるべきである。

こうした捉え方に立つ上で障碍となるのは、労働者個人の選択の余地があること、正規労働者への転換の途がない訳ではないことである。前者については、次のように考えれば済むと思われる。労働者自身の選択として非正規労働者となった場合は、差別ではない、しかし、選択即ち自由意思の余地がない場合は、差別である、いずれにしても、事実問題として立証出来るか否かである。さらに、いずれであるか不明で証明出来ない場合は、原則としては差別とは捉えられないが、企業の側に差別意思のあることが証明された場合には、差別とされる。他方、正規労働者への転換の途は、あくまで可能性でしかなく、転換が実現されれば、差別とは認められないが、そうでない間は差別とされる、という捉え方で不都合はないように思われる。

いずれにしても、これまでそうした捉え方がなされて来なかったのは、憲

法学者、労働法学者の怠慢でないとすると、差別とされうる程の強固な社会的地位とは、認識されて来なかったし、それで特に問題ではないとして済んだからである。今現在の格差社会、ワーキングプア問題は、こうした捉え方をしよう、社会的に迫っているように思われる。そうだとすれば、次の三で対応策を探ることになっているが、それぞれの対応策が効果的、実質的でありうるためにも、この見解を大胆に採用すべきである。

- （1）以下で論ずるのは、社会的身分の非正規労働者への拡大というよりは、それへの包摂であるが、直ちにはこの見解に立ちがたいと思われるので、「拡大」とした。

（2011年9月1日、未完）

