



Title	年齢のみによる雇用関係上の不利益取扱いと憲法一四 条一項
Author(s)	棟居, 快行
Citation	阪大法学. 2011, 60(6), p. 39-52
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54819
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

年齢のみによる雇用関係上の不利益取扱いと

憲法一四条一項

棟 居 快 行

一 はじめに

わが国は、周知のように、急激な高齢化社会への変動期にあるが、平均余命の増加や医療費の増大などにより、年金制度だけでこれに対処することは不可能であり、高齢者の雇用の確保が国全体の見地から喫緊の課題となっている。他方で、民間企業における正社員の終身雇用という、わが国特有の雇用モデルはもとより前ではなくなり、企業は熾烈な国際競争のなかにあつて、分野や企業により事情はさまざまであるものの、一般的には人件費の削減やいわゆるリストラによる経営合理化の必要に迫られている。

そうした企業努力のなかには、定年年齢に満たない従業員に対して、自主退職と完全子会社での低い給与水準の下での新規採用（以下、便宜上「再雇用」という）を事実上強要するというタイプのものも見受けられる。このような企業戦略（以下、「施策」という語をあてる）に対しては、事実上定年年齢の一方的引き下げである、などの

批判が加えられるが、本稿ではこうした労働法的観点からでなく、ある年齢で同一集団を二つのグループに分け、高い年齢のグループには低い年齢のグループよりも低劣な処遇を与える、という意味での「年齢差別」の観点から、ささやかな憲法学的考察を加えてみたいと思う。

本稿の直接のきっかけは、西日本電信電話株式会社（以下、「NTT西日本」、もしくは「本件会社」と表記する）で行われている、以下のような施策をたまたま目にしたことにある。すなわち同社は、各地に地域別の完全子会社を設立し、本体の定型的業務の一定割合を各子会社にアウトソーシングするとともに、定年が六〇歳であるにもかかわらず、五〇歳を迎える従業員に対し、（A）自主退職と地域別に設立される完全子会社での新規採用（二・三割の給与減になる）を受け容れるか、（B）同社に残留するが、職種の変更を伴う配置転換もしくは同一職種の遠隔地勤務を受け容れるか、という選択を行わせている。（A）の受け容れを拒否した従業員のうち、（B）による配置転換命令等をも拒もうとする者の一部は、会社を相手取り、労働契約上の義務不存在確認訴訟などを提起している。^①

私企業と（元）従業員という私人間の紛争であっても、憲法の趣旨が私人間に及ぶことについては判例も確立されているところであるが、それでは、憲法一四一条一項（平等保障）の後段の「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」という列举事項が直接には年齢差別を挙げていないところ、右のうちの「社会的身分」に読み込むことは可能か。この列举事項のいずれかに該当する場合には、別異取扱いを行う側が「合理的区別」であることの論証責任を負う、などという「特別意味説」が周知のごとく有力であるが、^②私人間での年齢による別異取扱いについて、たとえば右の事例では、企業側が当該施策の合理性につき、特段の論証責任を負うと解されるであろうか。本稿は、この問いに肯定的な回答を与えようとするものである。

二 本件施策とその周辺

右で本稿のきつかけとして言及した事例に、いまだ少し触れておく（ただし、相当程度一般化して論述している）。大幅の減収にもかかわらず、本件会社の大半の従業員が五〇歳になるとともに前述の（A）を選択し、任意の退職と子会社での再雇用を受け容れているのは、（B）の選択を行うことが事実上きわめて困難であるからに他ならない。企業と労働者の関係は、個々の労働条件については、言うまでもないことだが、一方が得をすれば他方は損をするという「ゼロ・サム」の関係にある。それゆえ、企業の側に大きな利益をもたらすであろう本件のようなリストラ計画が、企業が存亡の危機に瀕するといった例外状況にあるわけでもない場合にまで、労働者本人の同意によりスムーズに進行するはずもない。

にもかかわらず、本件会社で五〇歳に至った従業員の多くが退職と地域子会社での再雇用に同意する背景には、同意せずに定年（六〇歳）までの本件会社での勤務（前述の（B）。「満了型」などと社内では呼ばれている）を選択する者に対しては、意に沿わない職種の変更や遠隔地への配転といった、一般的には労働者本人に不利益をもたらす人事政策が実施されるという事情がある。むしろ、このような「満了型」選択者に及ぼされる事実上の不利益としての、異業種への配転によるボーナス査定の下下や、遠隔地勤務による単身赴任の費用負担などを考慮すれば、かえって「満了型」の方が損である可能性もある。会社に五〇歳を超えて六〇歳の定年まで勤務し続けるという、本来は当然の選択（「満了型」の選択。これを「選択」と呼ぶこと自体が奇妙というべきであろう。）を行うことが、地域子会社での給与水準低下を伴う再雇用という選択に比べて、決して有利な選択とはいえないことになっている

のであらうと推察される。

このことを企業側からいえば、従業員が自発的に五〇歳で子会社での再雇用を選択するような、事実上の「損益分岐点」が成立するように、「満了型」選択者に対する人事政策を工夫するのが、前記のリストラ計画を実行するための会社側の経営手腕と考えられているのであらう。すなわち、人事政策上の戦略的合理性の観点からは実に巧妙に、「満了型」の選択が労働者本人にとっても決して経済的に有利とはいえない状況が生み出されることを通じて、一般の従業員が退職と地域子会社での再雇用を選択することが、強く促進されているわけである。

以上のような仕組みを採用する会社の目的は、もとより実質的に人事・給与体系の再構築（リストラ）を行うことで、総人件費の抑制を図ることにある。と同時に、ここで看過されるべきでないのは、本件のような仕組みにおいては、これまでの日本企業の多くが採用してきた、いわゆる年功序列的な職場慣行が、良かれ悪しかれ曲がりなりにも持続されている、という点である。すなわち、会社側としては、一方では従来からの年功序列の雇用慣行を、五〇歳までとはいえ維持することで社内秩序の安定を図りながら、他方では、従来どおりの業務量をこなしつつ総人件費を抑制するために、定年前の退職と子会社での再雇用を組み合わせる、という手法を考案するに至ったものと推測される。

五〇歳未満の従業員は子育てやローンをかかえる者が多いと同時に、経験と若さとのちょうどよい組み合わせで人的資源の中心を構成し、そのことは他方で、この年齢層の従業員は転職の可能性も大きいことを意味する。そこで、その時期の従業員に疑似年功序列的な職場慣行を提示して、愛社精神の鼓舞を図り、貴重な人材の流出を食い止めながら、年功序列を本来の定年まで実施することによる総人件費の膨張を、五〇歳を区切りとする本件施策で阻止しようとしているのであらう。

これに対して、別の方法、たとえば個人の能力を厳密に査定する年俸制などの方法を導入する場合には、査定のためのコストやそれに伴う軋轢が、会社の側の経済的メリットを相当に減殺しうるとの反論もありうるところである。規制産業の代表格である電信電話会社の場合、そもそも個別の査定システムを本格導入するにはそれなりの費用がかかる反面、電話交換手や保守点検などの定型業務に従事する従業員については、あまり個人差がつかない、という事態も想定できないわけではない。それに対して、本件のような、年功序列を残した仕組みによる場合には、五〇歳までは集団主義的な従来からの職場慣行により、従業員は相互に過剰に競争することなく、それぞれの部署ごとに業務を連帯して（すなわち能力の高い者が低い者の業務を代行するなどして）無難にこなし、企業としても人事管理コストを抑えつつ、効率的に人事管理を行うことができるのである。

また、このように「横並び」で従業員が勤続年数を重ねてきている場合にはとりわけ、一律に五〇歳で退職と再雇用を事実上強く勧奨するとしても、もともと年齢以外に有意の差が見あたらない同質的な集団であるだけに、「差別的」と見なされにくい。同格の従業員全員が、健在で勤務し続けられ、いずれ五〇歳を迎え、一律に退職と子会社での再雇用という選択をほぼすることになる（あるいは、同意を拒否しても、不利益な配転により実質的には同程度に悪化した条件で親会社に残留することになる）。このような、一律の年功序列とその先に待つ一律の処遇により、会社側としては、他の論点はともかく、差別的であり均等待遇の要請に反する、などと非難されることはないものと理解しているであろう。

しかしながらやはり、「五〇歳になれば、子会社に再雇用されて賃金減額を選ぶか、もしくは親会社に残留しても配転などで割に合わない途を選ぶか。」という選択は、いずれも同じように不利益を及ぼすものと考えられるから（もちろんその受け止め方は各従業員ごとの事情により様々であろうが）、選択の自由を保障するもののように

ありながら、実は不毛な選択であり、一律の不利益処分にかぎりなく近いものと言わざるをえないように思われる。親会社残留の「選択の自由」を形としては残すことにより、定年年齢の一方的切り下げなどの非難をかわしつつ、実質的には、むしろ逆に全員に同一年齢で一律の不利益を機械的に及ぼすことで、従業員間の不公平感を生じにくくしているわけでもある。

三 本件施策の憲法学的論点その1——年齢のみによる、正当性なき所得の再分配

定年よりも相当に早い五〇歳での従業員本人の同意に基づく退職と子会社での再雇用、ならびに、そのような選択を裏打ちするための「満了型」選択者に対する事実上の不利益取扱いという本件施策は、筆者が専攻する憲法学の観点からも、きわめて興味深い論点を提示している。

本件施策により、労働者はまさに「進退きわまる」状態に、五〇歳という特段の意味のない年齢に達するとともに置かれるわけであるが、多くの者は住み慣れた住環境や家庭の都合を優先し、実質的には大幅賃下げを意味する退職と再雇用を受け容れている。その選択を拒否し、「満了型」を選択した者も、大半は遠隔地配転などの有形無形の諸々の不利益を覚悟のうえで「同意」をしているはずであり、本件会社に留まりながら不利益な施策を争う本件原告らのような者は、もとより少数であろう。

しかしながら、五〇歳になると同時に、業務の能率や組織内での適性が、特に顕著に衰えるとも思われない。NTT西日本が、子会社へのアウトソーシングの際に、五〇歳を超える親会社の元従業員を多数雇用しているからといって、その非効率ゆえに処理しうる業務量が限られているという理由で、委託業務量を抑えているわけでもないであろう。なにより、五〇歳になって「満了型」、すなわち残留を選択した従業員に対して、会社が別の業務を担

当する職場への配転を命じたり、経験を積んでいる業務のまま遠隔地での勤務を命じたりしていること自体が、特に五〇歳で能力や能率が低下するわけではないことを、会社も認識していることを示しているように思われる。

それゆえ、本件施策は、同レベルの能力を有する従業員の間に、年齢という形式的な要件のみに基づいて区分を設けるものに他ならない。いわば区別のための区別であり、そこに総人件費の抑制という目標をとつての有効性以外の、個別の正当化事由を見いだすものとは思われない。本件のような施策を採用する会社の多くは、五〇歳未満の集団に対しては、個々の能力や成果を厳しく問うことなく、本来の給与表に基づく給与を年功序列的なやり方によって提供しているものと思われる。NTT西日本がそうであるとは断定しないが、多くの同様の施策をとる会社ではそのようなやり方が採られているはずである（もともと個人単位の厳格な年俸制などを採用していれば、一律に五〇歳で区別するという発想にはつながりにくいから、このように推測することが可能となる）。その一方で、五〇歳以上の集団に対しては、退職・再雇用と職種変更ないし遠隔地配転との、いずれにしても不利益であるところの不毛な選択を強制する。

このような本件施策は、五〇歳以上と五〇歳未満との二つの年齢層の集団に定年までの全従業員（五〇歳で会社に再雇用される者をここでは便宜上含めておく）を区分し、五〇歳以上の者の犠牲において五〇歳以下の者の利益（個人単位の厳しい競争にさらされず雇用と給与が保障されている状態）を確保するものともいえる。本件施策が憲法一四一条との関係で問題となるのは、まさにこの点である。すなわち、本件施策については、単に五〇歳を境に雇用条件が悪化する、ということだけが問題なのではない。もしもこの点だけを問題とするのであれば、従業員は勤務を継続するかぎり全員がいずれ五〇歳を迎えるのであるから、五〇歳を境とする別異取扱いもいずれば全員に適用され、そもそも個人個人での「別異」の取扱いではない、などという議論も成り立つてしまうであらう。

しかしながら、そのように問題を単純に捉えることは妥当ではない。本来は従業員全員を含む会社全体でリストラ（再構築）に挑み、そのコストを各自が適正に負うべきところ（その代わりに近い将来に期待しうるリストラ効果のもたらす利益もまた適正に配分されるべきである）、本件施策ではそれをせずに、一部の集団にのみほぼ全てのコストを負わせる仕組みを採っていることが、問題の本質なのである。

もとより、最終的には会社の利益の確保が目指されているのであるが、そのためにあからさまに五〇歳未満の転職可能な年齢層の従業員の利益を犠牲にすることは回避し、もはや転職が容易ではない五〇歳以上のみを狙い撃ちにすることで、有為の人材の流出を防いでいるのであろう。五〇歳までの雇用条件を維持することで人材を確保する、という目的は、それ自体としては企業側にとり合理的な判断であろうことは疑いない。しかしながら、そのコストは、そのような雇用条件を確保することを通じて、日本的職場慣行が持つ潜在的な生産性の高さが最大限に実現されることで、回収されるべきものである（そうした効用が五〇歳までの年功序列方式に期待できないのであれば、個人単位の厳格な成果主義を導入するほかない）。統計的には、五〇歳以上の従業員が子育てやローンをほぼ終えているはずであろうとも、それらの者の犠牲性において、統計的にはそうした負担が重くのしかかっているところの、五〇歳未満の従業員の雇用条件を保護するなどという「所得の再分配」は、営利法人である企業のとりうべき営利の手段とは考えにくい。また、企業は当然ながら、従業員に対する福利厚生施策としてでなく、五〇歳未満の若手堅固の従業員の引き留め策として、このような施策を導入しているのであるが、そのような企業利益にかなう目的の実現手段は、企業自身の投資によるべきものであって、五〇歳以上の従業員（子会社で再雇用される者を含む）の負担によってではない。

このように、本件においては、単に五〇歳で恣意的に線が引かれ、それを境に雇用条件が悪化する、という点に

不合理な差別を見いだしうるだけではない。それ以上に、その線で従業員（子会社に再雇用された者を含む）を二分割し、一方の側の利益のために他方の側の同レベルの労働に見合う同等の賃金をカットして再分配する、という、正当な理由なき所得の再分配がなされていることが、問題なのである。

すなわち、別異取扱いの中身が、単なる雇用条件の悪化にとどまるものではなく、一方の集団が他方の集団の利益のために犠牲にされる、という点において、きわめて大きな別異取扱いがなされているのである。このような大きな取扱い上の区別を正当化しうるほどの本来的な差異が、五〇歳未満と五〇歳以上との単なる数字の間にあるとは、とうてい考えられない。

先にも言及した、五〇歳以上は子育てやローン返済を終わらせているのに対して五〇歳未満にはそうした負担がある、という事情の差異は、あくまで一つの標準モデルとしてそう言うというだけであり、家族構成や財産状況は、もとより人により様々である。企業が、五〇歳までに子育てやローンの返済にめどをつけることを事実上強制するような雇用制度を採用しているとすれば、企業が従業員に標準的なライフスタイルを提示し、それに近い者には有利な、遠い者には不利な処遇を行うことによって、雇用関係とは無関係の私生活の自由に対して不当な干渉を行っていることにもなる。

そもそも、労働者も単なる集団の一部ではなく、尊厳ある個人として自己決定と自己責任で雇用契約を結んでいるのであるから、労働の正当な対価は当然に労働者個人に帰属する。所得の再分配は、基本的には税を通じた国家の役割である。企業が従業員をいかなる基準であれ二つの集団に区分し、一方から他方への財の移転を強制的に行う、などということは、雇用関係を超えて企業が包括的に労働者の人生を管理することにもつながり、対等の労使関係を前提とするかぎり、およそあるまじき事態というほかはない。

四 本件施策の憲法学的論点その2——合理性の論証責任ならびに個別的検討の必要

本件施策が提起するはずの憲法上の論点を、いまだし具体的に、憲法一四条の文言の観点から以下に検討する。

もとより、私企業には労働法制の枠内ではあれ私的自治の原則ないし契約自由の原則が、職業選択の自由（憲法二三条一項）から導かれるものとして保障され、本件で問題とされる五〇歳での退職も、実質的には他の選択の余地に乏しいとはいえ、形式上は本人同意に基づいている。また、憲法一四条の平等保障自体が、一般的には「不合理な差別の禁止」の趣旨に理解され、一切の別異取扱いを禁止するものではないとされているのである（いわゆる「相対的平等」³⁾）。

これらを総合すれば、私企業と従業員の私人間の関係に憲法の人権保障の趣旨を及ぼすとしても、年齢に基づく本件施策の別異取扱いは、経営判断上ないし人事政策上の技術的合理性にもつばら基づくものであり、個別の従業員を狙い撃ちにするものでないかぎり、憲法の趣旨にもとる差別的取扱いとまでは言い難い、ということになりそうである。

しかしながら、このように憲法の趣旨に鑑みても適法との結論を拙速に下すことは適當でない。本件施策は民間企業内部での事実上の施策に留まるとはいえ、憲法一四条一項の平等保障の精神に照らして見た場合、いわゆる「年齢差別」という、最近注目されつつあるものの、なお定説をみない論点にかかわる。同条項は、前段で法の下の平等をうたい、後段では特に「人種、信条、性別、社会的身分、門地」を列举して差別を明示的に禁止している。この前段と後段の関係をどう見るか、というのが講学上のポイントになっているが、冒頭でも述べたように、後段の列举に一定の解釈論的意味を見いだし、歴史的に繰り返され、また今日なお偏見にさらされやすい事項について、

本人の努力ではいかんともしがたい以上、個人の尊厳に立脚する日本国憲法が、特に強く差別を禁止したものと解するのが妥当と考えられる（いわゆる特別意味説⁴）。このように一四条一項後段を解すれば、そこに列挙された事項にかかる差別的な法律に対しては、裁判所は厳格な基準で合憲性ないし適法性の審査を行うべきであることとなる。また、人種や性別など、本人の努力ではいかんともしがたいにもかかわらず、歴史的に差別が繰り返され、今日なお偏見を残しているのは、まさしく私人間の関係においてである。それゆえ、私人間の関係で、一四条一項後段列挙の各事項のいずれかに基づく別異の取扱いが行われる場合には、当該関係が契約に基づくものであれば事実行為としてであれ、違法性が推定され、別異取扱いを行っている側が、当該別異取扱いには相当の合理性があることを論証する必要があると解される。

ところで、本件で問題となる年齢差別（年齢に基づく別異取扱い）については、一四条一項後段の列挙事項に年齢が具体的には挙げられていないことから、それでも「社会的身分」に含まれると考えるか、それとも後段のいずれにも該当せず、前段に戻って「不合理な差別の禁止」という緩やかな規範だけが妥当すると考えるかが、問題となる。この点については、個別の年齢に基づく別異取扱いが、それぞれのどのような観点からなされているかによって決められるべきもののように思われる。

すなわち、一定の年齢を従業員昇進の際の要件とする場合に、そのような条件設定が、当該企業の業務形態や正当な雇用慣行等に照らして社会通念上合理性を有する場合もありうる。そのような場合には、「合理的な区別」として、その設定の仕方につき、企業は広範な裁量の幅を保持していることになる。たとえば、年功序列方式の人事政策を採用している企業は、昇進対象は同期入社組が望ましいであろう。年齢給の給与体系をとっている企業が、少ない人件費で少しでも優秀な新人を確保したい場合には、能力に関係なく、若手に手厚く、中年以降は昇給はほ

ぼストップせざるを得ない。

これに対して、企業の業務形態や雇用慣行等からすれば、そもそも年齢による区別が必要性を有しない場合もある。ある年齢を基準として不利益取扱いをすることは、営利法人たる企業からすれば個人の能力本位で従業員を一人ずつ個別に判断すべきところを、一律に不利益取扱いをし、その反面として一律に有利な取扱いもするというところであるから、本来は合理性が認められないはずである。また、あえてそのような恣意的な取扱いの差異を設けるのは、年齢という個人にとってはいかんともしがたい事情で、かつ歴史的にも差別（あるいは端的に社会的排除）が繰り返され、今日なお偏見が残存している事項にかかる別異取扱いに他ならないから、違法性が推定されるといふべきである。電話設備のメンテナンスや電話交換手の業務のような、相対的には定型業務と呼びうるはずの業務内容については、個人差もつけにくいのかもしれないが、逆に、個人間に明らかな差がないことが自明であるにもかかわらず、だからといって年齢のみによって区別するとすれば、それこそが偏見に基づくとしかしいようがなく（例えば「五〇歳あたりで能率が落ちる」というのも過度に単純化された経験則であり偏見に他ならないし、「五〇歳までに子育てなどを終えているはずである」というのも同様である）、前述したように「区別のための区別」以外の何物でもないことになる。

もとより、統計的に若年労働者のほうが仕事の吸収がはやいなどの傾向が顕著で、かつ企業規模によっては個々の就職希望者の能力を正確に判断する能力や費用を有していないといった場合、いわゆる「情報費用」の観点から採用時には、若年者優遇のような割り切りが正当化され得るであろう。しかしながら、現に従業員となっている者については、日頃からの業務実績はおのずと会社により把握されているわけであり、個々の従業員ごとに能力を判定することが、一般的に実施困難であるほどの費用を要するわけではないはずである。また仮に、本件会社のよう

な大企業の場合には、人事評価システムを本格導入するには相当の費用が必要であるとしても、元来労働契約は企業と各従業員間の相対（あいたい）の関係なのであるから、個々の従業員ごとの能力や適性を見極めることなく、一律に本件施策を適用し、自主退職に応じない者に対して異業種への配転命令等を行うことは、考慮すべき事項を考慮していいというべきであるから、会社の人事権行使上の裁量権の逸脱濫用に当たりうるように思われるのである。

繰り返しになるが、本件会社は電信電話事業を中心とする広義のサービス産業として位置づけられようが、そうであれば、定年年齢という労働力の質の平均的な限界ラインに至るまでは、従業員は各人各様に、その能力に応じてサービスを提供しうるはずである。従業員が五〇歳未満であることは、本件会社が業務を通じて収益を上げることとは、なんらの実質的関連性も有しないように思われる。本件会社は、能力給に基づく給与体系を構築しさえすれば良いのであり、定年を待たずに五〇歳で一律に子会社に再雇用させるような、目的（収益）との関係で無意味な施策を採用することの正当性は、見いだしがたいように思われる。

（１）本文記載のような自主退職を拒んだ従業員が、会社が提示した配置転換命令目録記載の各配転先に勤務すべき労働契約上の義務がないことの確認等の訴えを提起した裁判例として、静岡地判平成二〇年八月二五日（公式判例集未登載）、ならびに控訴審判決である東京高判平成二二年九月二五日（同前）では、原告側敗訴判決が下されている（上庄）。NT Tグループ内の他の同種の事件として、「西日本電信電話事件」大阪地判平成二二年三月二五日（労働経済判例速報二〇三七号二二頁）、「東日本電信電話事件」東京地判平成二二年一月二六日（労働経済判例速報二〇五九号三頁）があり、そこでは高年齢者雇用安定法違反に該当し債務不履行である、などとする原告側主張を退け、同一企業グループ内での雇用確保も同法が想定していたところであり、仮に同法違反であっても直ちに債務不履行等には該当しない、と判示されている。参照、水町勇一郎・労働法第三版（二〇一〇年、有斐閣）一九三頁。なお、同書同頁では、本文のような施策を

「転籍型の継続雇用制度」と位置づけている。

(2) 参照、拙著・憲法フィールドノート(第三版)(二〇〇六年、日本評論社)一八頁。

(3) 参照、拙著・人権論の新構成(一九九二年)二〇〇八年改訂新装版、(信山社)一三頁以下、一五二頁以下。

(4) なお、芦部説は特別意味説に与せず、一四条一項後段は例示列挙であるとする(例示説)が、「例示説をとっても、後段に列挙された事由による差別は、民主主義の理念に照らし、原則として不合理なものであるから、それによる差別の合憲性が争われた場合には、……立法目的が『やむにやまれぬ』必要不可欠なものであることを要求するのが、妥当である」とする(芦部信喜(高橋和之補訂)・憲法第四版(二〇〇七年、岩波書店)二二九頁。特別意味説も、「社会的身分」を拡張的に解釈するなどを通じて、明示的に列挙されていないところの障害者差別などについても、厳格審査基準を及ぼすことを否定するものではないので(同説を採ると思われる浦部法穂・全訂憲法学教室第二版(二〇〇六年、日本評論社)一〇九頁は、一項後段を「単なる例示ではなく、不合理な差別事由の例示」であるとする。)、同説と芦部説は結果においてはほぼ重なるであろう。ただ、後者が「民主主義の理念」という極度に抽象的な観念を援用するのに対して、前者は、歴史的に繰り返され、今日なお社会的偏見が残存している一方で、個人の努力ではどうにもならない事柄であること、という有用な物差しを提示しうる点で、道具としての優位性を主張しうるように思われる。

* 本稿は、平成三三年度科学研究費補助金・基盤研究(C)「簡易迅速な人権救済機関の制度化ならびに運用のあり方」の成果の一部である。