

学界展望

# 労働法理論の現在

—2005～07年の業績を通じて—



政策研究大学院大学教授  
濱口 桂一郎



京都府立大学准教授  
奥田 香子



専修大学教授  
有田 謙司



北海道大学教授  
道幸 哲也

## はじめに

道幸 それでは労働法学の学界展望座談会を始めたと思います。まず2005年から2007年までの労働法学界の動きや業績の特徴として、次のことが言えるのではないかと思います。まず、基本的には労働契約法制の立法化をめぐり、理論的、実践的なレベルにおいて活発な議論がなされました。特に最終的には立法化されない部分もありましたけれど、厚生労働省の報告書等において多くの論点や構想が提起され、さらに民主党の対案も示されたことが、そのような傾向を助長したと言えると思います。

また学会でもテーマとして取り上げられ、法律雑誌でも特集がされました。ここで取り上げる業績としても、労働契約とは何かという点で鎌田(②)、柳屋論文、それから、労働条件の変更については毛塚、道幸論文、雇用終了については川田論文がこの動きに決定的な影響を受けています。

さらに、労働契約論の原理論的な領域において内田論文、鎌田論文(①)も契約法との関係で議論がなされています。全体的に見ると、労働契約をめぐる議論が中心になったのではないかと思います。

それから、2番目としては、労働契約法制だけではなく労働政策の全体的位置づけや個別立法との関係における議論も盛んで、その点では学界全体が政策に振り回されているという印象を持ちました。一般的には労働ビッグバンとか、コーポレートガバナンス、ワーキングプア、格差社会に関することが問題になりましたが、法学的な視点からの研究は不十分であって、ここでは福井=大竹論文を検討します。個別立法については均等法、年齢差別関係立法、労働時間法、労働訴訟・労働審判等が問題になりました。これらについて、ここで個別に取り上げる業績はありません。

3番目の特徴としては、労働法理論の見直しということで、私の個人的な見解としては3つの流れがあるのではないかと思います。1つは手続化の重視、2番目は集団法の見直し、3番目は労働法教育とか法の効果的な実現ということです。法の効果的な実現との関係では、荒木論文がいわゆるソフトローからハードローへということで、法のエンフォースメントという観点からの議論であるという評価も可能だと思います。

それでは個別の検討に入りたいと思います。

## 荒木尚志「労働立法における努力義務規定の機能——日本型ソフトロー・アプローチ？」

### ●紹介

有田 この論文は、ソフトローとハードローという分析枠組みを用いて、努力義務規定をソフトローとして位置づけ、努力義務規定を時間レンジを広くとって立法政策の展開の中でダイナミックに把握することの必要性という認識のもとに、努力義務規定の類型とその法的効力、ソフトローとしての努力義務規定のハードロー化、努力義務というソフトロー・アプローチの労働法政策における意義と課題について検討しています。

努力義務規定を労働立法において採用することの機能を分析するという観点から、まず第1に、当該立法の基本理念・目的を示し、その方向に沿った当事者の努力を抽象的に促す規定で、その性格上、具体的な履行を強行的に規制することを想定していない「訓示的・抽象的努力義務規定」というものと、第2に、努めるべき義務内容が具体的、特定のであり、強行的義務ないし禁止規定によって規制することが可能であるにもかかわらず、そのような法規制の立法化の合意が得られなかったために、あるいは強行的規制が時期尚早で、漸進的アプローチが妥当であるとの判断から、努力義務を課すにとどめられた規定である「具体的努力義務規定」の2つに類型化をし、そしてこの第2のものを考察対象としています。

次に、努力義務規定の私法上の効果についてですが、学説には努力義務規定を具体化する指針の内容が社会的に定着した場合には公序の具体的基準として使用されることも考えられるとするものもあったが、判例では努力義務規定から具体的な私法上の効果が発生するとは解されておらず、公序違反の判断においても特に努力義務規定が有意に考慮されているとも言えない。努力義務規定の機能としては私法上の効果に着目するだけでは不十分で、その公法上の効果を考慮する必要があるとして、努力義務規定が行政上の諸種の施策の根拠となり、それらの行政措置を通じて努力義務規定の実効性を確保することが企図されているとしています。

そして、以上の検討を踏まえ、雇用労働政策において努力義務規定が活用され、一定時間経過の後に強行規定や禁止規定、つまり、ハードローに展開した代表的な立法の例を検討し、男女雇用機会均等法の展開に

ついて、例えば「男女雇用差別をすべて強行的に禁止するというハードロー・アプローチをとらずに、努力義務を課しつつ、指針とそれに基づく行政指導を駆使して、当事者の意識・雇用慣行の変革を図り、あわせて雇用平等の実現を支援する就業援助措置を充実させるというソフトロー・アプローチを採用したものであったと見る事ができる」との見方を示しています。

この努力義務規定によるソフトロー・アプローチの意義は、政策目的達成のための多様な政策手段を動員することを可能とし、社会的混乱を回避して漸進的に政策目的の実現を図ろうとする点にあり、日本の労働立法が人々の価値観にかかわる問題については、法によって直接的に介入することを控え、努力義務というソフトロー・アプローチをとって、漸進的に従来の価値観の転換および新たな価値観の定着を図ってきたということもでき、こうした努力義務規定によるソフトロー・アプローチがとられる背景には、日本では強行的規範を設定するからには、立法後に当該規範が社会においておよそ遵守されず空文化するような事態は許されず、当該規範が実際にも遵守される環境が整う必要があるという考え方が一般にあることを指摘しています。

その上で、ほんとうに深刻な問題というのは、努力義務規定と行政措置により期待したような規範・制度が定着しなかった場合に生じ、努力義務規定の評価は、この場合にハードローの規制が必要だと考えるのか、あるいはそのような状況ではハードローの規制を行うべきではないと考えるのかという法の役割に関する根源的な問題をどのように考えるかにも依拠すると言っています。

そして、最後に年齢差別や障害差別といった問題が政策課題となりつつある中、これらの人権保障問題と把握すると、当然に一律の差別禁止規制を選択することになるのかは大いに議論の余地のあるところであり、基本的人権と法政策のかかわりをどう理解するかという問題につながるこの課題を指摘しています。

この論文は、わが国の労働法制において多く見られるようになっている努力義務規定について、ソフトローという分析手法を用いて新たにその意義を分析したものとと言えます。気になった点としては、この論文はもっぱら努力義務規定の分析に対象を絞ったということもあるのですが、今日議論されている労働法の規制手法の多様化という文脈の中で、このソフトロー概念

による分析を行うということも必要ではないか。例えば労働法規制における任意規定やデフォルト・ルールといったものの位置づけといったこと等とのかかわりで検討する点もあるのではないか。

それから、労働法規制におけるソフトローの多用によって、規範性の低下という問題は生じないのか。あるいはソフトローと労使自治との関係はどのように考えられるのかといったようなことが挙げられます。ソフトロー、これを分析概念として使うことの意義とその有用性、あるいは問題性についての議論がなされる必要があるように思います。

## ● 討 論

### \* 分析概念としての「ソフトロー」の意義

濱口 この論文の分析手法について、ここではソフトローを法律レベルの努力義務に限って論じているわけですが、もう少し広くとらえることもできるのではないだろうか。

例えば最初のところで、同じ「努める」と書いてあっても①訓示的な規定と②具体的な努力義務があると分けているのですが、①もより弱いソフトローという言い方もできるし、規定ぶりだけではなくその規定のレベル、つまり、法律ではなく省令レベル、大臣告示レベル、場合によっては通達レベルという形でだんだん弱くなっていくといったより立体的な分析が、荒木教授の考え方を踏まえてできるのではないか。

例えば、2007年パート労働法が改正されたわけですが、これのもとになったのは1993年のパート労働法で、ここには事業主の責務の中に「均衡処遇」という言葉がありました。これは位置づけからいうと②ではなくて①、訓示的な規定に当たります。しかし、これをきっかけに、その後、この均衡処遇を具体化することとなり、2003年には、指針という規定レベルの低い努力義務規定となり、それが2007年、一部については義務規定になるという進化の過程をたどっているわけです。そういう意味でも、訓示規定的なソフトロー、あるいは指針を使ったソフトローにまで広がると、荒木教授が言っているように、より多様な方法で徐々に義務規定に向かって強めていくということが見えてくるのではないか。

奥田 ハードローへのプロセスとして多様なソフトローがありうるというのは興味深いと思います。また、ソフトロー・アプローチが労働立法の最近の一つの特

徴であることもそのとおりだと思いますので、これをどう考えるかは重要なテーマだと思います。

その際、労働立法のソフトロー化ということに着目した場合、たとえば努力義務規定にもよく見られるように、行政レベルでの指針などで後からいろいろな形で内容が具体化されることが前提になっていて、全体的な内容がかなり複雑化しているように思います。行政レベルでの立法という言い方はよくないかもしれませんが、そのようになることが果たして労働立法のあり方としていいかどうかという議論はありうると思います。

また、法規制のあり方という点では、ソフトロー・アプローチがどういう分野に適しているかという問題もあると思います。

荒木教授が分析されたように、努力義務を明示して行政的な措置をとることによって事態を動かしていくというプラス面がソフトロー化には確かにあると思うのですが、最初に有田先生が指摘された点との関係で言うと、任意法規化も含めて一種の法規制の緩和でもあるので、どういう分野にそのような手法が適

しているかという議論が必要になってくると思います。つまり、荒木論文で最後に指摘されているように、均等法とか高年齢者雇用安定法を性差別や年齢差別という差別の問題だと考えると、規制手法としてソフトロー化が適切かどうかということです。

それともう一つは、ソフトロー・アプローチをとるときの、いわば「評価」の問題もあるように思います。労使の関与が制度化されているのが労働法の立法過程の特徴ですが、その段階での労使の議論の調整を図る手段であることが、努力義務規定が用いられる一つの理由とも言われています。そうだとすると、規制内容がハードロー・アプローチをとるほどに社会に定着しているかを考えるとき、それは、労使間での議論のレベルにおける定着度なのか、あるいはある程度司法レベルで認められているという意味での定着度なのか。というのも、例えば均等法に関連してみれば、1985年の段階で努力義務規定を導入することによって、女性労働者の雇用が増えたことなどのプラス面があったという評価に異論はないのですが、他方で、努力義務規定が手法としてとられたことで、すでに判例法理で

◎検討対象著作・論文

荒木尚志「労働立法における努力義務規定の機能——日本型ソフトロー・アプローチ？」中嶋士元也先生還暦記念論集刊行委員会編『労働関係法の現代的展開——中嶋士元也先生還暦記念論集』信山社、2004年

鎌田耕一「安全配慮義務の履行請求」水野勝先生古稀記念論集編集委員会『労働保護法の再生——水野勝先生古稀記念論集』信山社、2005年

川田知子「有期労働契約に関する一考察——有期労働契約の法的性質と労働契約法制における位置づけ」『亜細亜法学』第40巻～第42巻

内田貴「制度的契約と関係的契約——企業年金契約を素材として」新堂幸司・内田貴編『継続的契約と商事法務』商事法務、2006年

柳屋孝安「雇用・就業形態の多様化と人的適用対象のあり方」『現代労働法と労働者概念』信山社、2005年

鎌田耕一「労働基準法上の労働者概念について」『法学新報』111号

毛塚勝利「労働契約変更法理再論——労働契約法整備に向けての立法的提言」『労働保護法の再

生——水野勝先生古稀記念論集』信山社、2005年

道幸哲也「労働契約法制と労働組合——どうなる労使自治」『労働法律旬報』1630号

福井秀夫・大竹文雄編著『脱格差社会と雇用法制——法と経済学で考える』日本評論社、2006年

《参考》

中嶋士元也「労働関係上の付随的権利義務に関する感想的素描」『労働関係法の現代的展開——中嶋士元也先生還暦記念論集』信山社、2004年

樋口美雄・山川隆一「労働法」矢野誠編『法と経済学——市場の質と日本経済』東京大学出版会、2007年

西谷敏「不利益変更と労働者の『納得』」『季刊労働法』210号

大内伸哉『労働者代表法制に関する研究』有斐閣、2007年

鎌田耕一「雇傭・請負・委任と労働契約」横井芳弘・篠原敏雄・辻村昌昭編『市民社会の変容と労働法』信山社、2005年



は公序良俗違反と認められるような問題が、その後の裁判例の中で後退したと思える場面もあったのではないかと考えられるからです。司法レベルでの定着度が、実際には企業内で必ずしも定着していないということが多々あると思うので、気になるところです。

＊ソフトローからハードローへ：移行のメカニズム

道幸 この論文を読んで一番強く感じたのは、ソフトローからハードローになる際のメカニズム、なぜハードロー化したかの理論がよくわかりません。つまり、規範意識の中身が変わったということでしょうが、例えば均等法の場合は強行法規化に対する反対論がなくなったという立論をしていますが、もう少しハードロー化するメカニズムは何かと関連して議論してくれると、ソフトローの意義というのは非常によくわかるのではないのでしょうか。

それからもう一つは、解雇規制や今回の労働契約法制のように、判例法理を立法化するという発想と、こういうソフトローからハードローへとかいう発想とは関係するのかどうかという問題です。私の感じでは、判例法理ですから、ある種の強行性はあったのではないかと思います。それを立法化する意味は何か。そういう流れとこの論文がどう関係するかというのに非常に興味がありますので、ぜひその点も検討していただきたかったと思います。濱口先生がおっしゃったようにより本格的な議論の広がりや深さが必要ではないかと感じました。

有田 立法化することによって行為規範性を高めるというのが一番期待されるわけですね。そういう意味において、このソフトローからハードローへというときに、さっき奥田先生が指摘されていたところとかかわるかもしれませんが、ソフトローという形、努力義務という形で規定化されたときに、規範性をかえて弱めてしまうということと、実定法化するということがどうつながって考えるべきなのかということが気になります。

それから、最近、昭和シェル石油事件の東京高裁判決（平19・6・28判時1981号101頁）で、努力義務規定であった改正前の均等法8条は、単なる訓示規定ではなく、実効性のある規定であるから、不法行為の成否についての違法性判断の基準とすべき雇用関係についての私法秩序には同条の趣旨も含まれるとして、不法行為に基づく賠償請求を認める判断が示されました。こうしたものを見ると、荒木論文がまさに問題と

している努力義務規定を具体的努力義務ということにすることを意味は、そういう形で使っていけるかもしれないということを知るところにあるということを知るところにあることを解釈論としてもう少し探求していく必要があると思うのです。また、高年法がそうであったように、ソフトローからハードローへの移行が予定されている場合、公序の形成をダイナミックに動的にとらえていくべきではないかと、前から考えていたのですが、道幸先生がおっしゃったように、努力義務からハードローへの移行のメカニズムが理論的にうまく展開されれば、アール・エフ・ラジオ事件の東京高裁判決（平8・8・26判刑701号12頁）のように公序にはなっていないという切り方をするのではなくて、解釈論として公序の形成の動的な把握によるその判断基準の理論化ができるのではないかと非常に興味があります。

奥田 それは、最終的な目標についてどの程度の合意があるかということでしょうか。パート労働法についていえば、正社員とパートの均等待遇ということ自体について、当初は明確な社会的合意がなかったですし、法律で明確化すべきか否かについても意見が分かれます。ですから、パート労働法が努力義務から入っていても、最終的にハードローにいくかどうかの到達点は見えていなかったように思います。これに対して、均等法で考えれば、確かに男女平等といっても社会的には企業内での定着度は当時なかったと言われていたかもしれませんが、性差別の禁止という目標自体に合意がなかったわけではないと思うのです。そのあたりでハードロー化にも違いは出てくるのではないのでしょうか。

濱口 20年前に均等法が施行されたときには、本当に厳格に差別を禁止したら大変なことになると、少なくとも使用者側は主張していたわけで、そういう意味では合意があったというのは違うのではないかと。逆に言えば、合意があればその時点でハードローになっているはずで、その時点では合意がないがゆえにソフトローとせざるをえなかった。

ただ、それを実現しようと思っている人の頭の中では、あるべき姿としてハードローがあったのでしょうか。野党法案という形でハードローの形の法案が出されても、政府としてそこまでは今は反対が強くて出せないから、ソフトローで出します。ここでは、将来、ハードローにするべく、とりあえずソフトローとして生んだという説明は可能になると思います。

奥田 私も、その当時に使用者側を含めて合意があったとは思っていません。しかし、賃金以外でも女性であることを理由として差別をしてはいけないというのは、すでに憲法規範のもとで認められているということが基本的には前提としてあったのではないのでしょうか。その点では、働き方によって、例えばパートか正社員かによって待遇に差があるということと、性別による差別とでは、法規制のあり方についても同じ位置づけでは理解されていないように思うのですが。

濱口 男女差別の場合は労基法4条があるから、そういうふうに説明することができるように見えるのですが、例えば年齢差別で言うと、2007年の雇用対策法改正で、年齢差別の禁止は法的義務になりました。2001年段階では努力義務で、その前は何もなかった。では、年齢で異なる扱いをすることはよくないことだという合意が社会に存在したかというむしろ、そうではなかっただろうと思います。年齢で差があるのは当たり前だと考えられていたのが、むしろ、ここ10年の間に社会の意識が急速に変わってきたがゆえに、2001年にソフトローができ、今年がそれがハードロー、これは穴のあいたハードローですが、になったというべきではないでしょうか。

奥田 年齢に関してはそうだと思いますが、濱口先生がおっしゃったことと言えば、男女で差があるのも当然だという意識が80年代にはあったということなのでしょう。

濱口 少なくとも60年代、70年代には、現実の世界はそうだったのではないのでしょうか。

そのために、労基法4条も、ああいう規定はありながら、実は処遇が違うのだからということで、字句どおりに適用というようにはなっていなかったのではないかと。そういう意味ではやはり男女差別についても、70年代から80年代にかけて社会の意識が大きく変わったことが背景として大きい気がします。

奥田 現実の世界でそのような意識があったというのは否定しないのですが、憲法規範のもとで法律上もそのように意識されていたのかどうか、若干疑問ではあります。

\*ソフトロー化：2つのパターン

道幸 ソフトロー化するというのは2つのパターンがあると思います。1つは高年法のように、社会的な規範が徐々に形成される過程で、国民全体に対する一種の教育的なレベルでソフトロー化するというのと、

それから、ある対立状態が出てきて、明確なルールをつくれないうためにソフトロー化するパターンです。均等法がまさに前者の議論で、確かに奥田先生がおっしゃる側面はあるのですが、ただ、当時は立法過程や、学会の議論においても、非常にはっきりとした対立がありました。法定義務化することについて、当時は刑事罰の問題もありましたから、非常に対立していたので、いわば調整的にソフトロー化することになったといえます。ソフトロー化というのは、少なくともその点から言えば2つの流れがあって、ソフトローからハードローへというのは、なかなか一義的な基準で判断できないのではないかと。

濱口先生にお聞きしたいのですが、最終的にハードロー化するというのは、基本的には政治過程の問題なのか、もしくは有田先生がおっしゃったような規範化の流れの間接的な影響もあってなのか。いろいろなパターンがあるのではないかと思うのですが、生の政治過程みたいなのが出てくるというのは多いのでしょうか。

濱口 もちろん、最終的には政治過程ですが、その際実際にどこまで普及しているか、例えば育児休業、介護休業が何%普及しているかといったことは、議論に決着をつけるときに非常に有効に使われています。そういう意味で社会の実態がハードロー化の一つの決め手になっているのは間違いないと思います。

それに対して、私法的な規範がどうなっているかというのは、もちろん議論の中では使われますが、日本の場合、労働問題が判例となるケースが非常に少ないので、裁判例が1件あるからというのが決め手になるということは、あまりないように感じます。逆に、先ほど道幸先生が言われたような、判例法理の立法化といった話になると、最高裁の判例の権威でもって議論が進むことが多いように思います。

有田 均等法も、最初、そうですね。契約の終了のところは、最高裁判決があって、これは動かしがたいから、ここは最初から義務規定で出発するというのはまさにそういうことですね。ただ、均等法のときもそうですが、差別撤廃条約の批准があって、そこへ向けての国内法の整備という目標がきちんとあったので、現実との距離を見ながら努力義務を義務に変えていった。そういう意味では規範としてある点に持っていくというのが明確な場合も確かにありますね。

濱口 男女差別の場合、政府自身が既に批准した

条約の中に明記されていたので、やや特殊な面があります。ところが、年齢差別の場合、確かに外国ではそういう動きがあるかもしれないけれど、日本政府自体がそれにコミットしているわけではないですから、最終目標は頭の中にしかないという形で進んできたと言ったほうがいいでしょう。

奥田 差別の問題というよりも、雇用政策として進んできたという側面が大きいからでしょうか。

濱口 話は少しずれますが、それは両面あったと思います。高齢者問題というのは常に両面あるので、それを両にらみしながらということですね。

奥田 荒木教授の論文でも、最後のところで、年齢差別や障害差別という問題を人権保障の問題だと把握した場合、一律の規制のほうが妥当かどうか、ということが指摘されています。私は、高年齢者への雇用政策としてとらえる場合と、年齢差別問題としてとらえる場合とでは、法規制のあり方も違ってくるのではないかなと思いながら荒木論文を読んでいたのですが、濱口先生のご意見だと必ずしもそのように分かれるわけではないということですね。

濱口 いえ、理論的に言うと分かれるのかもしれませんが、年齢というのはやや特殊なところがあって、2001年の法律では努力義務として、指針で例外事項を設けました。これに対して、2007年の雇対法改正では法律の条文上は確かに義務規定になっているのですが、条文上省令で定める場合を除くと書いてあって、省令でやはり例外を規定している。そういう意味では、純粹に人権的な性格ではなくて、雇用政策的な配慮を含んだ、いわば雇用政策・人権法的な規定であるという意味では、変わっていないと思います。

有田 今の規定もやはり現実との距離をはかりながらということですね。

濱口 ええ、そうです。

有田 要するに、まだ年功的な処遇というのが一般的に多く見られる中で、いきなり禁止といっても、そうすぐにはできないので、ソフトランディングしていくためにも移行的にこういういわば例外扱いというのを認めて、ある種のハードローにはなっているけれども、ソフトな部分を含めるものになっている。

濱口 ああいう例外を設けているハードローというのは、実はある意味でのソフトローという面もあるのかもしれない。例えば65歳の継続雇用についても、労使協定ないし就業規則等で穴をあけることはできる。

あれも真正職業要件のように、差別禁止規定に本質的な穴ではなくて、とりあえず今、形をハードローにするために、そこをソフトにしておくという意味で、むしろソフトロー的な例外規定というところがある。ここで荒木教授がハードローと言っているものの中にも、実は「ソフトなハードロー」というべきものもあると思います。

奥田 高年法でいう65歳までの3つの継続雇用措置に関する規定は、私法的効力を持つのか持たないのかがそもそも明らかではないですね。有田先生が最初におっしゃった規制手法の多様化ということで考えますと、ハードローにも柔軟性があったり、効力が不明確なものがあったりということですね。

道幸 労基法36条のように、いわゆる免罰効果があるという規定も、労基法の原則に対する例外で、広い観点からはハードローとソフトローとの関係でとらえることができます。この問題を広げるとかなりいろいろなことがわかり、そういう全体的な形で議論すると、より本格的な研究ができるのではないかと感じました。

## 鎌田耕一 (①) 「安全配慮義務の履行請求」

### ● 紹介

有田 この論文は、雇用関係における安全配慮義務が履行請求されるか、そして、履行請求されうとした場合、いかなる要件のもとに、いかなる措置を要求するか、ということを検討しているものです。

この論文では、まず日本民法典が給付保障原則と金銭補償原則という2つの主義を併存させる法政策をとっているという学説に依拠しながら、安全配慮義務の履行請求の可否をめぐる問題を考える場合の視点として、第1に、給付義務・付随義務という区別から出発するのではなく、「生命・健康等を危険から保護すべき義務」の履行請求の可否を端的に検討すべきであるということ、第2に、履行強制を請求する権利、これを強制的履行請求権と呼んでいます。これは日本民法においては金銭補償と並ぶ約束保障形式の1つにすぎず、当事者の合意によって任意に履行を求める権利、これを任意的履行請求と呼んでいます。これと分けて構想すべきであるという考え方を提示しています。

次に、安全配慮義務の履行請求の可否については、雇用関係における安全配慮義務の特質やその内容の不



特定性ではなく、ある安全措置に対する現実的な請求権能を付与することが妥当かどうかの法的判断に委ねられ、損害賠償等の他の救済手段との比較衡量によって決すべきとの考え方の下に、今日、裁判上で争われるようになってきている間接喫煙の事例などの将来の健康被害が問題となり、集団的な労働条件とも言えるようなものは損害賠償では不十分であるのだから、履行請求を認めるべきだとし、さらに生命・健康侵害の危険を理由に労働者が一時的に就労を拒否することは、懲戒処分や賃金不払いといった使用者の反撃を呼ぶことから、労働者に著しいリスクを負わせることになり、事実上、こうした行為を期待することはできないので、労働者が就労拒否権を有することは履行請求権を否定する理由とはならないと述べています。

さらに、労働安全衛生法との関連の問題については、国と私人の役割分担について積極的に「公私協働」が求められるとする最近の学説に依拠しながら、労災防止システムが有効に機能するためには行政組織による監視監督だけではなく、事業者の積極的な予防の取り組みや労働災害によって損害をこうむる労働者の主体的予防措置が不可欠であり、労働者の生命・身体・安全確保という目的を達成する上で、安衛法の義務は同時に労働者の主体的な活動を促すものとしてとらえるべきであるから、安衛法の義務もまた使用者・労働者間の権利義務としてとらえる必要があると述べています。

これらの検討の後に、安全配慮義務の履行請求の具体的プロセスについて、先ほど述べました「任意的履行請求権」と「強制的履行請求権」とに分けて考えています。まず、任意的履行請求権の内容は、労働安全衛生法規に定める義務によって特定され、次に当該労働者にとってどのような安全措置を講ずべきか明らかではない場合、労働者は使用者に対し、当該状況においてどのような安全措置を講ずべきか裁量的に判断し、適切な措置を労働者に提案し、協議するよう履行請求することができると述べています。

そして、安全配慮義務の任意的履行請求権は、危険・有害物を使用しないという不作為請求、安全配慮のための具体的措置をとることに対する作為請求と交渉機会の実効的保障という作為請求の3種類の請求から成るものとされ、これが安全配慮義務の履行請求のプロセスの第1段階で、この場合、履行請求の要件としてさらに使用者の作為または不作為により労働者が現に

生命・健康が侵害され、または侵害される具体的なおそれがあることが必要とされています。

それから、履行請求のプロセスの第2段階としての強制的履行請求権は、訴訟において請求の趣旨が明らかになる程度に具体的に特定しなければならず、使用者が特定の措置を選択し、これを実行したにもかかわらず、労働者がこれに異議を唱え、みずから適切と考える措置の履行を裁判上請求する場合には、使用者が自己の裁量を瑕疵なく行使したかどうかを現に行われている侵害行為の態様・程度または将来生ずべき侵害の危険の蓋然性、使用者が複数存在する措置から当該措置を選定したときの合理性、使用者が選定した措置によっても残る労働者の不利益の程度等を総合判断して審査すると述べています。

裁判外で安全措置提案義務を使用者が任意に履行しなかった場合は、任意的履行請求権に対する不履行となり、使用者は安全配慮についての自己の裁量を行使しなかったのであるから、労働者は使用者に対し、具体的な安全措置の履行を訴求することができると解すべきと主張しています。

以上が内容の紹介ですが、この鎌田論文は、安全配慮義務の履行請求を任意的履行請求権と強制的履行請求権とに分けて、その実現のための具体的なプロセスを分析したのですが、労働契約における安全配慮義務の構造を分析したものとも見ることができ、非常に興味深く読みました。この履行請求のプロセスの分析によって、履行請求の要件の明確化が図られ、実務的にも有用性を持ちうると評価できるかと思います。

ただ、議論の中で公私協働論によって行政による労災予防のほかに、個々の労働者による私法的な履行請求権を認める必要を根拠づけていることとのかかわりにおいて、安衛法の労使が協力して労働安全衛生を確保するためのいろいろな仕組みがありますが、安全委員会や衛生委員会といった、そういう制度と履行請求とのかかわりについてはどのように考えるのか、あるいは履行請求の具体的なプロセスにおける任意的履行請求というものは、強制的履行請求に必ず先行して行われなければならないのか、といった点が気になりました。

また、それとの関連で言えば、先ほどの就労を拒否するという対応で済む場合とそうでない場合というのをどう考えるのかということもあるのではないかと。また、履行請求権の発生根拠を損害賠償等の他の救済手



段では不十分であるところに求めるこの鎌田論文の基本的な考え方は、安全配慮義務以外の使用者のいわゆる付随義務として認められつつあるものの履行請求の可否について考える際にも妥当するものとして、それぞれの義務内容に応じた履行請求のプロセスの分析を行い、その要件の明確化を図ることが期待できるのか、その広がりについて今後検討する必要があるのではないかと思います。

## ●討 論

濱口 鎌田論文が書かれたときにはなかった規定なのですが、2005年の安衛法改正で28条の2という、いわゆるリスクアセスメント条項が入って、これは鎌田教授の議論の具体的な不作為請求、作為請求にもかからないような部分の実定法上の根拠になりうるのではないかと。これは努力義務ではあるのですが、業務に起因する危険性または有害性等を調査し、その結果に基づいてその措置を講ずるように努めなければならない。

非常に抽象的な広がりがある、必ずしもぴったりと一致するわけではないのですが、鎌田論文だけ読むと、この3つ目はなぜ何の根拠もなしに出てくるのかという疑問があるのですが、逆にこのリスクアセスメント条項というものを解釈論として展開すると、こうなるという議論になりうるかもしれないという気がしました。

道幸 それは必ずしも労働者が何か言ったからではなくて、もっと一般的な形で規定されたのですか。

濱口 もっと一般的です。

道幸 当然、労働者が言う場合も想定はしているでしょうね。

濱口 やはり中から、ここにこういう問題があるのではないかと。ここがきっかけになることは多いだろうと思います。

### \* 任意的履行請求権の位置づけ

奥田 鎌田論文の中で取り上げられていた受動喫煙の問題、あるいは眼病の労働者の症状悪化の問題など、具体的な事例に対応する駆使された理論で、興味深いと思いました。

ただ、ちょっと複雑でよく理解できなかったのは、例えば任意的、強制的と履行請求権の内容が分けられているのですが、任意的履行請求権というものを前置する最大のポイントは、強制的履行請求権の内容を明

確化する点にあるとらえていいわけですね。そうだとしますと、この論文の例えば294頁以降に任意的履行請求権の問題が出てきていて、基本的に裁判外の履行請求権の問題とされている一方で、その分析においては裁判の中での履行請求権、これは強制的履行請求権のことになると思うのですが、その内容が出てきていて、このあたりの関係がすっきりと理解できませんでした。この点はどのように理解されましたか。

有田 私の理解では、任意的な履行請求というのがあって、使用者がそれできちんとやったかどうかということで強制的履行請求へ移行する、その中身が、今おっしゃったように特定されるというように考えられていて、その先は訴訟になる。そしてそれが、どういう形で訴求できるのかをずっと考えた議論になっているので、どうしてもこういう形になるのではないのでしょうか。

道幸 この履行請求の問題というのは、裁判上どう特定するかがほかの訴訟類型と違うと思います。鎌田論文は、この特定のメカニズムをいろいろ考えたという点で特徴があるのですが、それを裁判前と裁判後という形で明確に分けて議論する意味はどこにあるのかなという感じはします。

ただ、法社会学的に例えば紛争を無用に拡大しないなどの観点を入れると、任意的というのは一定の意味があると思います。法理的な議論で言うならば、こういう形で明確に区分するよりは、むしろ裁判過程で実質はこういうプロセスをたどるのではないかと。ことに重点を置くほうがいいのではないのでしょうか。

有田 最近の民法学の中のレメディーズ、英米法的な救済方法のほうから見た損害賠償とその他の方法という、そうした考え方の上に乗って、おそらく議論されていると思うのですが、確かに今、道幸先生がおっしゃったように、例えば任意的履行請求の中身でいろいろ出てくるのは、安衛法上のものが中心になってくる。そうすると、安衛法の中の仕組みを使って、そもそも任意で、まず解決できるというようなことは考えられないのだろうか、あるいは端的に就労を拒否する、それは使用者によるいろいろな反撃を受けるというリスクを労働者に一方的に負わすということがあるけれど、しかし、そのことを考えた上で、安衛法上のそういう集団的な仕組みの中でもっとカバーできるようなものは何か考えられないのでしょうか。

この論文は、履行請求する中身をどうやって特定し

ていくのかというのがおそらくメインのテーマなので、今言ったようなことは、議論の対象ではないということなのかもしれませんが、ただ、現実には、例えば間接喫煙の問題でこれを止めることを履行請求するというときに、むしろそれをどううまく実効的に止められるのかということで考えれば、何かもう少し違った議論のありようもあるのではないかと思うのですが。

濱口 作為にせよ、不作為にせよ、一義的に明確なものがあれば、こういうふうに分けて議論する意味はあまりなくて、喫煙の例でも、何をしたらいいのかということ自体が不確定で、まずは使用者側のアクションを要求しなければいけないということが念頭にあるために、こういう論理構成になっているのではないかと。

この安衛法の規定では調査努力義務という形になっていて、基本的には調べていって何をしたらいいかということを考えて措置をとる。基本的にイニシアチブは使用者側にある。それをした上で、では、労働者側がそれについてどういうアクションをとるか、性格上、そういうふうにしかならないので、こういう形になっているのだらうと思います。

だから、3つあるという言い方をしていますが、最初の2つは単に並べているだけで、主たる論点は、この3つ目のところにあるのではないかと。

#### \*「退避権」

道幸 実務的には非常にいいアイデアだと思うのです。理論的によくわからないのは、いわゆる退避権というか、何かあれば自分はその場で働かないという以上の権利がなぜ出てくるかという理論づけが不十分ではないか。こういう状況では働けないということになっても、いわゆる危険負担の問題として賃金請求権が通常あると思います。退避権的な議論以上のことがなぜ必要かということの理由づけが十分でない。

結局、就労請求権的な、つまり、働くということ自体に一定の価値があるから、退避だけでは不十分だということなのか、それとももっと積極的に、安全な職場をつくる一種の参加権みたいなものがあって、その具体的なことを考えているのか。つまり、集団性みたいなものを考えているから退避権的なレベルだけでは不十分だと考えているのか、どうもその点の理論づけが必要ではないか。

奥田 鎌田教授は、就労請求権をベースにするという考え方を否定されていますね。

有田 もっぱら出てくるのは、間接喫煙のように影

響が非常に長期に出てくるものですね。だから、道幸先生がおっしゃったような、退避というのは災害性みたいなものと多分一番当てはまるのでしょうか。けれども、おそらく鎌田論文では、それでうまくいかないのはやっぱり長期的にじわじわと来るもので、どうやってそれから労働者が身を守ることができる仕組みをつくるのかというときには、こういう形しかないということではないのでしょうか。

道幸 具体的には、いわば職業病的なケースですか。

濱口 この議論から少しずれてしまうかもしれないんですが、今後出てくるかもしれないものとして、自分から、長時間労働を、つまり一定時間以上の残業を拒否するというようなことは、このパターンに一番当てはまる。ただそれが正当と認められる可能性は小さいので、こういう枠組みをつくらないと難しいということではないでしょうか。

道幸 なるほど。そういう議論をすると、例えば40時間で仕事をやめるということは、いろいろな問題が出てくるから、その長時間の働き方全体に対して一定のルール化をする必要があり、いわば退避権的な個別の対応では十分利害調整ができないことになります。

有田 ただ、この議論はやはり裁判を念頭に置いて履行強制するというところだから、主体が個人のように受け取れるのです。だから、今のケースでもおそらく個人として使用者に対応を求めて、対応が十分でないから、では次の段階にというように進んでいくということなのでしょうが、最終的にはやはりそうしないと強行することはできない。最終的には裁判ということにならざるをえないのかもしれないけれど、今のようなケースにしても、安衛法自体が考えている良好な職場環境を実現するためというのであれば、もう少し集団的な仕組みというのがかかわってこないといけないのでしょうか。

それに、個人として最終的にこうできる人は、その前にすでに何かやっているのではないかと。確かに大事な議論だと思うのですが、何かしっくりこない部分が残るのは、そのようなアクションを起こせる人だったら、こうなる前にもっと何かやっているだろうし、そうすると、現実的な意味での実効性というのがどうすれば確保できるのかという議論が、もう一つ必要なのではないか。道幸先生がおっしゃった法社会学的な分析というのは、まさにそういう点で必要なのではないかと思うのです。

濱口 安衛法上の安全衛生委員会とのリンクというのが抜けているのではないかと。間接喫煙、あるいは長時間労働のような、長期的なものは、結局、集団的な枠組みの中で解決するしかない問題だとすると、そこがいささか使用者対個別労働者という枠組みの中だけで議論され過ぎているという印象は確かにあります。

道幸 このアイデアをそういう形で使うと、任意的というのはよくわかりますね。それはおそらく鎌田教授も考えたのではないかと。そういう意味では、全体として原理的な民法理論で議論しているという感じがします。

#### \*「付随義務」理論構成

有田 ただ、訴訟を前提とした1対1の関係で、こういう履行請求を考えるという議論は、むしろ、ほかの場面で応用可能な展開可能性があるのではないのでしょうか。最近、付随義務について色々と議論されていますが、付随義務構成は、基本的には履行請求というのを念頭に置いたものですから、そうすると、そこにこの議論が何か生きてくれば面白いのではと思ったのです。

奥田 付随義務は最近かなり肥大化してきているようにも思いますが、今の点で同種の付随義務としては、どういうものが考えられますか。

有田 それこそ、まさに今いろいろ議論されているところで、例えば職場環境整備義務や適正評価義務ですね。

道幸 付随義務というのは確かにそういう側面があるけれど、結果論としては損害賠償を認めるための理屈ではないかなという感じがしますし、確かに履行請求というのが想定できるんだけど、実際、裁判システムでそれを実現するレベルになると全然問題状況が変わってくるのではないかと。そうすると、本件のように命にかかわるような場合は履行請求的なものと密接に関係するけれども、それ以外は最終的にお金の問題だということになれば、履行請求、つまり、即時に停止するか、何か措置をしなければならぬというのはやはりいじめとか、セクハラとか、ああいう広い意味の安全衛生的なケース以外は想定できないのではないかと考えています。

有田 そう考えると、損害賠償では不十分なのだという議論のところですね。

道幸 そこはやはりポイントだと思います。鎌田教授は否定されていますが、就労請求権的な発想が前提

になれば難しいと考えています。

有田 そうですね。

## 川田知子「有期労働契約に関する一考察——有期労働契約の法的性質と労働契約法制における位置づけ」

### ● 紹介

有田 この論文は、正規従業員と非正規従業員を身分的に峻別する雇用慣行そのものを否定し、非正規従業員の抱える問題の根源というものが期間の定めの有無にあるという基本的視点に立った上で、期間の定めのない労働者、いわゆる正規労働者と、有期労働者、これがいわゆる非正規労働者、これに共通の労働契約法理を基本に構想しようと試みるもので、従来の正規従業員をモデルとして確立された判例による「労働契約法理」を整理し、有期労働契約に与える影響を検討するというアプローチを中心にして論じているものです。

このようなアプローチから、有期労働契約の締結と労働条件の明示、有期労働契約と採用内定法理、有期労働契約と試用期間、有期労働契約とさまざまな権利義務関係、有期労働契約と人事管理、有期労働契約と懲戒、有期労働契約の更新拒絶、有期労働契約と整理解雇法理、有期労働契約の中途解約を有期労働契約の個別的論点として検討を行っています。

その結果、基本的に期間の定めの有無により異なる扱いが認められるべきものはないと主張しています。例えば安全配慮義務の内容と程度というのは、期間の定めの有無によって異なるべきものではないし、秘密保持義務や競業禁止義務の内容や程度についても、従業員の地位や職務内容を考慮して決定されるべきものであって、期間の定めの有無によって異なるものではないというように言っています。そして、立法的課題として、有期契約であることを理由とする合理的な理由のない差別を禁止する「特別な均等待遇原則」を規定すべきであると主張しています。

その理由として、このような雇用形態上の差別は、国籍、人種、思想信条、性別による「社会的差別」とは異なり、身分的雇用管理の手段となっていることや、「合理的な理由」の内容を具体化するためには、雇用差別一般の問題としてではなく、有期契約労働者と正規従業員との均等待遇の問題として議論する必要があることを指摘しています。その上で、雇用の安定また



は雇用の継続が個別労働法上の基本原則であることを承認した労基法 18 条の 2、これをそれ自体では適法な法形式である有期労働契約により回避することは脱法行為であり、そのような有期労働契約は違法、無効になるとの解釈論を提示しています。

さらに進んで、その結果として、有期労働契約を締結するには「客観的に合理的な理由」が必要であると構成することができるとして、労働契約においてそのような客観的に合理的な理由なしに期間が定められた場合は、当該労働契約は期間の定めのないものとみなされるべきであるとの解釈論を提示しています。この解釈論で示された主張内容は、同じく立法論としても提起されています。

そして、ドイツおよび EU の有期労働契約の法規制の検討をさらに踏まえ、先ほど述べました立法論について、それがわが国の雇用慣行や労働市場に与える影響というものを検討しています。わが国では、いわゆる連鎖労働契約によって使用者の解雇規制を回避する目的での有期契約の利用形態が多く、有期雇用に対する規制はこのような働き方を狭めることが考えられるということですが、しかし、既に多くの企業が有期契約の反復更新による長期化に対して何らかの対策を講じているし、また、講じる必要性を認識していることから、有期契約の規制によって雇用の機会が狭められ、失業率が上昇するような影響はあまり考えられないとの認識の下に、むしろ企業にとってはトラブルの未然の防止に必要な不可欠な規制のあり方であると主張しています。

そして、最後に日本の雇用慣行や労働市場の状況を念頭に置いた上で、有期契約を締結する合理的な理由を個別的に検討することを今後の検討課題としています。

この川田論文は、非正規雇用の問題を有期契約の観点から切り込んだ、おそらく初めての本格的な論文として評価すべきではないかと思います。解釈論として、また、立法論として展開されている有期労働契約の締結の自由の制限と有期労働契約についての均等待遇原則の規定の必要性に関する主張というものは是認しうるものです。

さらには、私も正規雇用と非正規雇用というものの違いというのは、突き詰めて言えば、契約の期間の定めの有無にあるのではないかと考えていますので、そうした正規雇用と非正規雇用のさまざまな格差などの

問題を契約期間の定めの有無という観点から検討する本論文には共感するところが多くあります。

ただ、この論文では、その主張の核となる有期労働契約の締結の自由の制限と有期労働契約についての均等待遇原則の規定が立法化された後の問題と、それがいまだ達せられていない現状における問題とが、どうも混同して議論されているようなところがあり、この点についてさらに整序がなされる必要があるように思いました。例えば、「脱法行為論と労基法 18 条の 2」の項で、解釈論としても、立法論としても、有期労働契約を締結するには「客観的に合理的な理由」を必要として、そうした理由なしに期間が定められた場合には、当該労働契約は期間の定めのないものとみなされるとしています。そうであれば、有期労働契約はまさに有期である必要のあるものだけになるはずで、労働契約の終了問題は期間中途での解約問題に限られることになるはずであるのですが、そのような解釈や立法を前提としない、現状の法状況を前提とした、有期労働契約と整理解雇法理の問題があわせて検討され、その後有期労働契約の中途解約の問題が検討されているようなところに、そうした議論の混同が見られます。

また、有期契約の利用についての上述のような法規制についての根拠づけの議論がさらに展開される必要があるように思われます。規範論的なものと労働市場政策的なものとを考えられるのでしょうか。それは川田論文が課題とする有期契約を締結する合理的な理由の個別的な検討にとって不可欠の作業ではないかと思えます。

## ● 討 論

濱口 まず第一に、均等待遇原則自体が、EU では連鎖契約の制限よりも当然の議論になるのですが、日本ではそもそも均等とは何かというところの議論がそう簡単ではないでしょう。例えば労基法 4 条はあくまで男女同一賃金であって、同一労働ないし同一価値労働とは言っていない。つまり、ジョブに着目して均等待遇というふうにはスッといく地盤がないために、何が同じであれば均等にすべきかという議論の根っこが共有しにくい。

結局、パート労働法の場合には、雇用管理が同じであれば均等待遇という前提になっているため、事実上、有期というのはそこからはじかれる形になります。有



期であるということ自体の中に雇用管理が違うというインプリケーションがあるので、それを今の日本的な均等待遇原則の中に乗せるのは、実は非常に難しい。その難しさを正面からきちんと議論せずに、議論としてはさっと流れているのですが、実際にこれを実社会に応用しようとする、そこでつまづいてしまうのではないか。

\*「有期労働」という分析枠組

奥田 私は、有田先生が指摘されたように、非正規の問題の根本的なところというのは、有期、期間の定めにあると思っています。したがって、その問題を正面から検討されたという点では、難しい作業に意欲的に取り組まれた論文だと思います。

ただ、残念なことに、論文の最初で「有期労働契約の法的性質」について論じていくと書かれているのですが、最後まで読んでも、「有期労働契約の法的性質」をどういうふうにとらえているのかが読み取れません。そこをもう少し明確に書いていただけると、もっとすっきりとわかるのではないかと思います。

また、結局はこのことともかかわってくるのだと思うのですが、例えば、有期契約というところに注目して通常の有期でない契約と、契約法理の適用等においてどう違うのかということをかなり丹念に検討されているのですけれども、「有期」の検討を出発点として設定されながら、検討対象がパートタイム労働などの非正規雇用全体になってしまったりして、検討内容が必ずしも有期契約を対象としたものになっていないところでもわかりにくくなったように思います。もっともそれは、非正規雇用をにらみつつ有期の問題を検討することが非常に難しいということの現れでもあるので、川田論文の提起を受けてさらに検討を進めていく必要があると思います。

なお、私は、有期労働契約は更新規制で対応すべきだと思っていて、合理的理由から制限するという点について必ずしも賛成ではありませんので、その点はまた議論していきたいと思っています。

道幸 私も大体同じなのですが、有期という形で議論を全面展開する意味はどこにあるのだろうか。つまり、有期かどうかということを厳格にとらえてくると、結局、雇用終了とか、雇用期間の問題に特徴があるだけで、それ以外については有期かどうかで議論する意味はそんなにない。むしろここで想定しているのは、有期だけれども、長期的に雇用している人も当然前提

になっていますので、短期と長期という形で比較して労働契約論の違いみたいな議論をするならわかりますが。

それがはっきり出てくるのが、今、奥田先生が言ったようにパートと有期を区別せずに議論している部分とか、もう一つは立法論と解釈論。特に労働契約法制の動きを念頭に置いて議論しているために、原理的な議論をしようとしていることが非常にわかりにくくなっている。そういう意味では基本的な問題関心と、この論理展開の仕方に若干の齟齬が見られるのではないか。こういう視点から全面展開するのは難しいなと感じました。

\*「偽装有期」

濱口 有期の問題点と言われているものは、実は偽装有期の問題であって、むしろそこに焦点を絞れば色々な議論が出てきたと思うのです。ところが、有期というくくりで議論する形になっているために、かえって本来の問題点がぼやけてしまう。例えば有期の究極は日雇いですが、日雇いにも同じ議論を適用するのかと考えると、やや現実離れした議論になってしまう。ここで言っている議論が適用されるのは、むしろ本来有期でない形で雇用されるべきであるにもかかわらず有期とされている場合ではないか。そこで、有期の入口規制をすべきだという議論になるのだと思うのですが、これはむしろフィージビリティの議論で、入口規制をどんなに厳しくしたところで、現実には抜け道があるので、つかまえられるのはおそらく出口でしかないだろう。その出口規制を一体どういうふうにするのか、東芝柳町事件（最一小判昭49・7・22民集28巻5号927頁）や日立メディコ事件（最一小判昭61・12・4判時1221号134頁）の判例法理もありますが、本当にそれできちんとした出口規制になっているのかというあたりから切り込んだほうが、現実に役に立つような議論になったのではないかという感じがします。

道幸 それから、例えば近畿コカ・コーラ事件（大阪地判平17・1・13労判893号150頁）のような有期化の新規の合意といったものをどう考えるかは確かに大きな問題だ。そういう意味では、まさに偽装有期の問題に焦点を当てて議論してくれたほうがよくわかったと思います。競争禁止義務などは有期ではあまり関係ないでしょうから。

濱口 本当の有期なら、逆に競争禁止義務なんてあ

りえないと思います。

有田 有期というのは移ることを前提にして契約関係に入っているわけですから、その人に対して競争するなということ、まずそもそも成立自体の合意の中身からしてありえないと思いますが。

道幸 奥田先生もおっしゃったように、やや原理的な有期の意味というのがいくつかあって、それに関係づけて今の議論をするとわかるのだけれど、逆に平等取扱の観点から議論したために、有期との関係が非常にわかりにくい。

有田 例えばパートとフルタイムの部分の比例原則的なものがルールとしてうまく固まれば、正規と非正規を分ける最後の分かれ目は、有期か期間の定めのない契約なのかということしか残らないのではないかと思います。ただ、その問題を中心に出すためには、ここはこの問題ではない、これは有期の問題とは違う問題だということをもっときれいに整理されて初めて、純化した議論ができる気がします。

奥田 先ほどおっしゃった、有期契約の問題は雇止め場面での問題にしかならないということに関連して思ったのですが、後ほど検討する毛塚教授の契約変更の論文では、期間の定めがない場合と3年や5年の期間の定めがある場合との違いをどう考えるかということが提起されています。このように、有期契約特有の問題が雇止めとは別の場面で新たな論点として出てくるのかなとは思っています。しかしやはり、それと平等取扱という視点は次元というか種類が違うので、混在するとわかりにくくなる点は確かにあると思います。

道幸 この論文の問題関心は、有期の場合であっても真の意味の有期の問題として取り上げないということなのでしょう。つまり、有期には合理的な理由がない限り、有期の合意自体が効力がないということで、例えば1年で雇用したら、1年で本来やめなさいという議論ではないのでしょうか。つまり、有期でないように考えましょうということなので、その点で議論の仕方が難しい。

有田 労基法18条の2も、そういう期間の定めのない契約を原則するということをお前提にしています。

道幸 そこが前提ですね。

有田 ただ解釈論として、そこまでいけるかというのがまず第1の議論の分かれ目になる。

道幸 そういう形で有期なんだという前提で全部議論していくというのは一つだと思うんですが、そうい

う議論ではないわけです。そうすると、偽装有期という問題に特化したほうがいいのではないかと。

有田 確かに18条の2の解釈でそこまでいけるかというのに難しさはありますね。濱口先生がおっしゃったように、現行法上は日雇いが制度として認められて、雇用保険にも特別な被保険者として類型化されている中で、これを否定するとそう簡単には持っていけない。そう考えると、立法論として最終的に検討していくところで、まだ少し議論の仕方が違うのかもしれませんが、解釈論で一気に持っていくのはかなり難しいのかなと思います。

濱口 最初に有期契約の特質についての部分で、没関係性と身分性という話があります。没関係性というのは価値中立的な概念であって、日雇いが一番典型的なのですが、そもそもあまり関係が深くなく、一定期間だけやるというのは本来にありうる。だから何が問題になっているかということ、実は没関係性ではなくて、深い関係を持って長くやるものでありながら、身分的に差をつけていることです。おそらく先ほどの均等待遇という議論もそこで出てくるのでしょうか。そこに着目しないと、日雇いと本当の短期を前提とした議論ではない話なのに、出発点のところやや現実と違うところから歩き出してしまっているのではないかと。

道幸 日雇いをどうするかという質問は想定していないでしょうね。

有田 でも、短期の一番の典型的な有期契約は日雇いです。

道幸 時間給など数時間というものもあるかもしれないけれども。

有田 確かに、一筋縄ではいかない問題であるのは確かだと思いますが、だからこそ、ここの分野はもっと色々理論的に検討されていく必要があると思います。

## 内田貴「制度的契約と关系的契約——企業年金契約を素材として」

### ●紹介

奥田 内田論文は、多様な継続的契約を理解するための新たな理論枠組みを提示するものですが、特に「制度的契約」という概念の必要性とその意味内容を明らかにするという内容になっています。内田教授は、今回の対象論文とは別にジュリストで「制度的契約」に関するより詳細な理論を展開されていますので、そち

らの論文も参照する必要があるのですが、今回の対象論文では企業年金契約に関する裁判例を素材にして制度的契約としてのとらえ方について述べられています。

具体的には、福祉年金制度の給付率引き下げに関する2つの判決が示した事情変更の原則の判断に着目し、それが、「個々の契約ごとではなく、制度を一体として一定の時期と現在との比較で判断され」ているという特色を見出しています。そして、このような従来の契約法の理論枠組みを超える判断を説明する理論として、「制度的契約」という概念を提示されることになります。

では、制度的契約というのはいかなる特質を持つのかということですが、一つには「複数の契約について統一的・画一的な扱いが求められ、平等に差別なく財やサービスが提供されることが要請される」という点で、「平等原則」や「差別禁止原則」と表現されます。また、「個々の契約ごとの交渉や契約内容の合意が認められない」という「個別交渉排除原則」が挙げられます。さらに、「合理的理由なく契約の申込を拒絶することが認められない」という意味での「締約強制」原則のほか、「財やサービスの（潜在的）受給者が直接または間接的な方法で契約内容やその運用についての決定に参加できる仕組みが確保されていなければ、契約の拘束力の正当性が得られない」という意味での「参加原則」が導かれ、そして「財やサービスの給付の内容や手続について情報が開示され、給付の提供者は受給者に対して説明責任を負う」ということから「透明性原則」や「アカウントビリティ」が挙げられています。そして、同種の他の契約との公平に対する配慮が要請されるという意味での「外部性」が存在するときに、その契約は「公的」であり、このような制度的契約の特質が生ずるのだと説明されます。

これらの特質のうち、個別交渉排除原則について、同様の特質がある「約款」との相違が検討されているのですが、約款の場合はフィクションではあってもなお「意思による契約形成」という建前を維持しているのに対して、制度的契約ではそのような建前は維持されないということが言われています。重要なのは、個別交渉や合意が事実上困難であるからではなく、それを認めることが容認しがたい不公平を生むからだとされている点です。したがって、制度的契約の場合、契約の拘束力や内容の合理性は当事者の意思とか契約内容の開示に求められるのではなく、ここで検討対象と

されている企業年金契約のケースで言えば、（個々の従業員の同意に代替する）従業員代表者の同意あるいは同等の手続によって拘束力が正当化され、事後的な司法審査によって内容の合理性が担保されることになると説明されます。

最後に、制度的契約も、契約上の権利義務の根拠として当事者の意思を超えるものを想定する点では関係的契約と共通するとしながら、関係的契約では社会規範があくまで当事者の意思を補充するにとどまるのに対し、制度的契約では、「契約するかどうかの選択を除いて、個別の当事者の意思が契約内容を規定」するのではなく、当事者の意思を超える「仕組み」が契約内容を規定する、という点に異質性があるということです。この違いを指摘した上で、「古典的契約－関係的契約」という横の座標軸と「取引的契約－制度的契約」という縦の座標軸で形成される4つの象限によって新たな理論枠組みが提示できるとされます。なお、この理論枠組みについて、最後に労働契約について言及されているのですが、それは以下のコメントのところで取り上げたいと思います。

以下、コメントですが、近年、労働法学の領域において、民法学のとりわけ契約論に関する新しい議論動向に関心が寄せられています。内田教授が以前に展開された「関係的契約」論もその一つであり、労働法学においても理論的に大変注目されました。今回提起された「制度的契約」論に関しても、その有用性の一つとして労働契約にかかわる問題も示されていますので、今後の労働法学における議論を喚起することになるのではないかと思います。

この論文では、交渉と合意による典型的な契約では割り切れないとされる契約の特質が新しい概念で非常にクリアに説明されていて、読んでいてうなずける点は確かにあります。ただ一方で、当事者意思から形式的にも切り離された「契約」の拘束力とか内容決定というのが「契約論」で説明されることについては、率直なところ疑問を感じてしまいます。私はやはり、さまざまな契約があったとしても、交渉や合意ということを中心に置いた上でそれぞれの契約の特殊性にどこまで配慮するかという視点のほうがベターではないかと思っています。ただ、ここでは民法学における契約論に立ち入って議論を行うわけではありませんので、労働法の領域について言及されている点にもう少し注目をして、いくつか述べておきたいと思います。



第1に、就業規則の不利益変更にかかわる「集団性」の問題です。この論文で詳しく論じられているわけではないのですが、この問題に制度的契約という視点を取り入れられるとすれば、例えば就業規則の不利益変更自体は合理性があるから認められるけれども、不利益を受ける一部の反対労働者には適用されないという、いわゆる相対効というか、相対的適用という考え方が判例法理にもあると思うのですが、そういう考え方は否定されてしまうような理論枠組みになりかねないようにも思います。

第2に、個々の従業員の同意に代替する従業員代表の同意によって拘束力を正当化するという点についてです。多数組合との合意という手続的要素の重視にもつながる面があるように思うのですが、いずれにしても、契約の拘束力について労働者個人の「同意」が集団レベルでの「合意」に置き換えられるのがやはり気になります。

最後に、先ほどの「集団性」ともかかわって、制度的契約を概念することによって、「アカウントビリティ」や「参加原則」実現の仕組みとして労働組合を位置づけることが示唆されています。その場合に過半数代表や労使委員会と同列に置かれることもありうるのですが、こうした問題については、労働法学の中で憲法解釈も含めたさまざまな議論がありますし、あとの議論にもかかわってくる論点だと思えます。

## ●討 論

### \*内田理論における「制度」

有田 民法学の中での一つの契約法の理論として検討するという力はありませんので、労働法学にどういふ影響が及ぶのかという点で考えると、就業規則の不利益変更の法理とのかかわりというのが、当然、問題となってくるというのは頭に浮かんできたのですが、ただ、よくわからないのは、内田理論が言っている「制度」の意味です。法律に根拠づけられている制度なのか、何らかの当事者間でつくったものなのかというところでの制度の違いというものは全く考慮されないのか。そういう意味で、就業規則も法律上制度化されていると考えると、ここで言っている制度的契約ということで同じように考えていいのか。

内田理論が前提としている制度のとらえ方というのが、法制度というような意味合いなのか、そうではなくて当事者が何かつくるものを含めて「制度」と言っ

ているのか、そこのところはまだ少しよくわからない。ただ奥田先生がおっしゃられたように、例えば現実的に解釈の問題として、これが応用されて使われるということ言えば、最高裁判決の中でも出ているような相対的無効、つまり、個人が裁判で争うときに、制度全体としては合理性が認められるけれども、特定の人たち、訴えている人たちに対しての適用の関係ではその合理性が認められないから、その人たちに適用される限りでは無効になるというような考え方は確かに出てこなくなってしまう。

そうすると、制度の中に組み込まれている当事者の相対性ということ、この制度的契約論の中では一切考慮されないのか。それについても何らかの一定の考慮されるようなものが要素として、この内田理論の中には含まれているのかということが、この論文を見る限りはよくわからないということが正直なところ。もう一つ、奥田先生のご指摘に同感するのは、民法学説の視点の限界なのかもしれませんが、労働法における個人と集団というものを一体どのように位置づけるのかというのが、十分に考慮されていないように感じました。

濱口 感想めいたことですが、もともと民法というのは、個人の意思に基づいて個別契約で物事が組み立てられていて、制度とか関係という発想はなかった。それに対して労働法のほうは、個別意思でやったら使用者の思い通りになってしまうので集団でやる。例えば労働契約についても、意思の合致というよりは、むしろ地位設定契約であるという議論が中心で、非常に対照的であったわけですが、この論文を見ると、攻守所を変えたというか、労働法が非常に個別的になって、民法が非常に制度的になってきたという感想です。逆に言うと内田教授のこういう一連の議論というのは、労働法がもともと持っていた集団性を再検討するという意味で、いい素材なのではないか。

契約と制度との関係については、そもそも契約と制度は対立するのだろうかという疑問があります。

というのは、ここで取り上げられている年金についていうと、例えば公的年金というのは国民全体の契約、いわばロック、ルソー的な意味での社会契約という意味での契約的な側面があるわけですし、例えばヨーロッパの職域年金はナショナルなレベルで、労使の協約で、ある職域のみんながその年金に参加している。そうするとこれは確かに契約といえば契約でもあるのですが、



極めて制度的な性格が強くて、特定の会社だけの話ではない。ナショナルなレベルで労使が話し合っただけで物事を決めるものです。そうした視点から考えるという発想もあるのではないかと。

例えば労働協約も契約ですが、それは中に入った人にとっては制度であるということからすると、今の労働法が過度に民法的な契約概念に引き込まれてしまっていて、契約という個別意思に基づく個別契約でという発想になり過ぎているのではないかと。むしろ、企業年金のように、世の中にはそういう集団的・制度的な形で契約をするというパターンに合うものがあるのだということ提起しているという意味では大変面白いし、労働法学に対するインパクトという意味もあるのではないかと。

\*「当事者」は誰か

道幸 制度的契約の場合、当事者の合意意思というのは契約内容を規定しないとはっきり書いていますが、この場合の当事者というのは誰なのか。制度をどうとらえるかといったときに、それを具体的に設計した人が当事者なわけですね。その人の意思を媒介しない制度というのはありうるのか。年金制度でも就業規則でも、労働者サイドの意思というのは個別に反映しにくいと言える。では、当事者というのは労働者以外、つまり使用者の意思というのがここに反映されていないのかということ、制度設計しているのは使用者だから、意思は反映しているわけですね。そういう意味では当事者の意思が契約内容を規定する場面はないということなのかということがまずわかりません。

奥田 ここで言われている当事者というのは、この企業年金契約であれば、それを締結した個別の労働者とその使用者だと思えます。

道幸 つまり、使用者は制度を設計して、それを具体化するけれども、当事者にはならないのでしょうか。

有田 もう制度がすでにあってそこに加入するという行為があるのみというのではないはずですね。制度は誰かがつくっているわけですね。

濱口 制度をつくるときに擬制的であっても、一人ひとりの意思は反映されている、それが出発点だと思うんですね。逆に言えば、それは民主主義が国民一人ひとりに基づいているということと同じで、国会で決めたことは国民一人ひとりの意見というわけではない。

道幸 国民的レベルではわかりますが、この年金制度などは企業がつくるわけですね。そういう意味で、確

かに建前としての関与とか参加ということはあるけれども、原案をつくるとか、全体のリーダーシップをとるのは企業であるというのははっきりしていて、その場合は企業の意思とか意向みたいなものが中核になるという意味では、当事者の意思というのは反映するのではないかと思います。そのレベルでも使用者の意思というのは反映していないということがどうもよくわかりません。

奥田 制度をつくったり変更したりする場面については、当事者ではない集団的な意思形成の仕方というのが参加という形で、論文の最後の部分で述べられていますね。また、制度自体をつくる点では確かにそこに使用者の意思が反映しているんですが、例えば企業年金の場合、古典的な取引的な契約であれば、その人ごとに何%の適用にするかということが個別に合意されていくはずだと。しかしそういう性質の契約ではないということなので、当事者がその企業年金に関する契約を個別に結んでいくという、当事者個人個人の合意に基づくものではないという趣旨なのではないでしょうか。

道幸 でも、その原則というか運用の基本的な形は使用者がつくっているわけですね。

奥田 そうですね。

道幸 だから、その使用者の意思に対して個々の労働者が合意で何かルール設定したりはしない、それは就業規則でもそうですし、年金でもそうだと思いますが、その場合にやっぱり使用者サイドの意思みたいなものが非常に抽象化されて、場合によれば制度をつくった人の責任も明らかにならないという問題なのではないかと思うのです。その場合、当事者というのは具体的に誰を考えているかというのがよくわからない。

濱口 この論文で取り上げている松下電器の企業年金でいうと、これはまさに特定の会社の企業年金ですから、当事者の意思を超えるというときの当事者は労働者個人の意思を超えるという意味にしかならないと思います。ただ、例えばヨーロッパの職域年金みたいなものを考えると、個別の使用者の意思を超えるという形になってくる。

道幸 そういっただけで社会的だという感じですね。それならまだわかるのですが、おそらく日本の就業規則も企業年金も、少なくとも会社サイドにおける意思形成はかなり明確にされているのではないかと。その点で当事者の意思がはっきりしないとか、そういう問題ではなくて、ただ、いわば契約的な合意みたいなものはない

ことは言える。関係的契約と制度的契約について、論文中では「制度的契約においては、契約するかどうかの選択を除いて個別の当事者の意思が契約内容を規定する場面はない」と言っています。制度形成のことを考えなければそうかもしれませんが、はっきりこんなことが言えるのだろうか。つまり制度形成過程の議論をしていない論理ではないか。

奥田 内田論文では学校教育に関する契約の例も挙げられていますが、その際に、その学校でどういう教育をするかということは既に決まっている。入ってくる生徒とか学生によって個別に教育内容などを契約で決めていくというわけではないのだと述べられています。つまり、そこに入学するという意思表示しかありえないということですね。

道幸 相手方はそうなんです。しかし、学校ではちょっと難しいけれども、例えば企業年金の例だと、基本的なルールを決めるのは会社です。1回決めたら、その適用の問題があって、個別にそれを変更したり、相手によって変えないということは言えても、その制度が何か当事者を越えた形であるとは言えないのではないか。

#### \*労働契約論への適用

有田 つながりにくいかもしれませんが、要するに制度的契約というときの制度を規定づけているのが公的な性格だということにずっと引っかかっていて。労働契約に制度的性質が与えられる理由が書かれていますが、ここの部分に非常に違和感があります。これでいくと、今のような長期継続雇用ではなく、労働市場の流動化が進めば、公的性格がなくなって制度的契約ではなくなるという理屈もよくわからない。公的と言われる外部性という根拠づけが何か納得いかないところです。

奥田 別の論文では、民営化との関係を重視して書かれていたので、もともと、いわゆる公的制度的性質を持っているものを民営化という形で、契約という形でやれば、こういう問題が出てくるということが、かなりクリアに書かれていました。しかし、労働契約に関してはそういう性質はないわけですから、公的という性格についての説明の部分はやはり理解しにくいと思います。

有田 公的というところで根拠づけると、労働契約は必ずしもそうではない。ここは企業の社会的責任論を前提にした議論というわけでもないでしょうから、そうすると、根拠づけのウエートの問題なのか、非常

に引っかかるところです。労働契約にそのまま直ちにこの議論は適用できないのではないかなと言わざるを得ない。

道幸 確かに労基法で、例えば最低基準の労働時間が何時間だとか、そういう意味では公的ルールはありますが、ただ労働契約は本来そういう側面はあっても、原理的にそのような視点で議論する問題ではないですね。むしろ契約自由の問題があるということになれば、視点が途中で変わっているのではないかという感じがします。

濱口 おそらく、契約性-制度性という軸と、一方的決定性-対等決定性という軸があって、例えば企業年金とか就業規則の話と、それから、ヨーロッパの職域年金や労働協約の話というのは、実は一方的決定か対等決定かという問題なんですね。そこが内田教授の議論からはスポッと抜けていて、縦の議論だけしているのではないか。ただ、縦の議論として言うところでは確かにあるとは思いますが。

企業年金の例でいうと、企業が勝手に決めてそれを附合契約的にやっているという前提を一応抜きにして考えれば、確かに物事の本質として、集団的、かつ一律でなければいけない。就業規則の一方的決定性の話を一応括弧に入れれば、確かに共通する話として議論する土俵にはなっているのではないのでしょうか。

道幸 制度設計のレベルから議論するか、それはすでにできていて、あとは具体的な適用だということになると、まさに当事者を拘束することになる。どの時点から議論するかによって、議論の仕方が違ってくるのではないのでしょうか。

有田 同じ制度といっても、使用者が一方的に制度設計しているものと、例えば厚生年金基金のように法律の定めに沿って、労使同数で委員会を構成し、制度自体もそこをつくっていくというものとはかなり違った性質のものではないか。だから、同じ制度といっても、成り立ちとか、つくり幅がある中で、そこをどう中に組み込んだ議論にできるのか、そこが非常に気になりました。それから、公平ということをしきりに言われるけれど、奥田先生が指摘されたような、例えば不利益変更の場合だと、公平の観点でいくと、むしろ一部の人には不公平になるような措置、そういうものがこの議論ではスポッと落ちてしまうのではないか。具体的に就業規則といったものを想定して議論するならば、この制度的契約論というのを展開する中でどれ

ぐらい細かい理論化ができるのか。奥田先生がさっき言われたように、民営化の流れの中で、それを正当化するような、ある種の契約的構成ということで、議論するのはかなり異質な気がします。

奥田 いずれにしても、内田論文では、労働関係、特に就業規則の集団性についても言及されているので、必ずしもそのようにとらえることができるのかという疑問を提示する必要があるように思います。関係的契約論が労働契約論についても一定の影響を与えてきていると言われますので、労働法の立場から、そういう議論をどういうふうにとらえるかは、今後さらに考える必要があるように思います。

濱口 今、有田先生が言われた不利益を受ける一部の話というのは、内田理論からすると、それも制度的に決定すると。つまり不利益を受ける人々がいるから、そこで個別交渉になるのではなくて、それもこの制度的な枠組みの中で例外措置をつくるのだという話になるのではないのでしょうか。

有田 制度としての対応としてきちんとしたものかなされているかどうかという次元で見るとということになるのでしょうか。

濱口 ええ。

道幸 個別契約的には決めない。ただ、個別の利害状況を配慮した制度をつくるということから、公平や関与ということについてもきっとそういうイメージで考えているのではないのでしょうか。ただ、抽象的にはわかるけれども、労働契約について、実際この議論でどの程度説明できるかというのは労働法学のほうの課題と言えるのではないかと。

有田 労働契約において個別交渉の余地はなくなるのかという問題ですね。労働契約そのものを制度的だと見てしまうならば、基本的に個々の労働者と使用者との間で個別に出てくるような契約内容の変更を個別合意によってはできないとなってしまうのか。労働契約そのものを全体を制度として見ているというわけではないのでしょうか。

道幸 おそらく身分設定契約的に、つまり基礎は使用者が全部つくる。そこに一種の参加する、いわば身分設定をして一定の関与をする。対等な労働契約関係でないということを前提にした議論ではないかと思えます。それはある程度実態に合っているかもしれないけれど。

濱口 いや、それは企業年金のように一方的設定を

前提にするとまさにそうですが、逆に、集団的な意味で労使が合意しないとつけれないということを前提とすると、その地位設定契約の内容自体を、労使がついているというイメージになるのではないのでしょうか。

道幸 制度設計の法理のようなものをどうつくるかを考えなければ、この制度的契約論だけで十分ですが、制度的契約論は、やはり制度設計の議論がないという点の特徴の一つではないかと思えます。

有田 そうすると、例えば就業規則は制度だとしても、個別にそれを上回るものは全然問題ないわけで、個別に合意するものは当然ですね。でも、労働契約自体が制度だというように言われると、ここの余地はなくなってしまう……。

道幸 実際は、そういう意味では少なくなってくるということでしょう。

有田 ただ、最近よく言われる人事労務管理の個別化ということからいくと、むしろ、それは個別交渉によって契約内容を決めていく人が増えているのではないかと議論とは全く逆方向ですね。

濱口 制度をつかって、その制度自体が、その中に個別的な裁量の余地をより広くとっているけれども、しかし、それもその制度の中であらかじめ想定しているものだという話だと思います。

道幸 制度から自由になるという発想がなくて、制度自体の中身が変わってきたという構成ですね。

有田 制度の大きな枠の中での許された範囲での問題だということでしょうか。

奥田 でも、ここで書かれている平等原則は、統一性とか画一性ということが前提にあった平等原則なんですよ。

道幸 そこは確かに気になりますね。

奥田 それから道幸先生がさっきおっしゃった、制度をつくる過程、そこに関しては一応、制度的契約においては参加原則というのがあって、受給者および潜在的受給者が契約内容とか、その運用についての決定に参加できる仕組みが確保されていなければ、契約の拘束力の正当性が得られないということになると思います。これが前提になっているとすると、制度設計にそれを盛り込んで、その上でできた制度に関しては個別交渉を排除していく、そういう結論になるのかもしれないですね。

道幸 だから、それを具体化するメカニズムは何か。例えば企業年金の例では、なぜそういう制度設計をし



たのかという問いが不可欠だということになって、その議論の上で具体的な適用の問題を議論するのであればわかりますが、いきなり制度的契約論をボンと議論するのはやはり不十分ではないでしょうか。

濱口 今回の企業年金法では、きちんとした労使合意に基づいてということが法律上規定されているけれど、この論文で取り上げられている松下電器の事例のようにそうでないものもある。それを同じ制度的契約と言っているのか。一方的決定と対等決定の軸を組み込んだ形でこれを議論しないといけないのではないかな。

有田 参加のレベルも、同意か、意見聴取でいいのかという問題もあって、参加の中身ももう少し明確にされないと。

道幸 特に労使関係絡みだったら、それがポイントかもしれませんね。個別的な賃金とか、労務管理とは違うレベルでの大きな意味の参加というのは、まさに制度を超えるレベルが想定できる。制度を超えるというよりは、制度をつくると言ったほうが正確ですが。

## 柳屋孝安「雇用・就業形態の多様化と人的適用対象のあり方」

### ●紹介

奥田 柳屋教授は労働者概念に関する研究を続けてこられ、これまでも多くの業績を発表されています。今回検討対象とした論文は、最初は論文として発表されたものですが、他の業績と合わせて1冊の書物として再編され、その最終章に位置づけられています。

この論文では、雇用・就業形態の多様化によって労働法の適用対象に関する従来の考え方での取り扱いが問題化しているということを前提認識とされています。そして、雇用・就業形態の多様化とのかかわりで、労働法や被用者保険の人的適用対象に関して再検討が必要になっている重要な論点として6つの論点を挙げて、学説・判例を整理・検討した上で柳屋教授の私見を提示するという内容になっています。以下では、その6つの論点についての柳屋教授の見解について紹介します。

まず、第1の論点は「雇用と労働契約の関係について」ですが、柳屋教授は、請負や委任の要素をあわせ持つ混合契約関係も「使用従属関係」の有無から「雇用」の本質を持つと判断される場合には労働契約の対象となるとして、その意味において、民法上の「雇用」と「労働契約」とは対象とする契約関係において同一

あるいは同質であるという立場をとられます。

第2の論点は「人的適用対象概念の統一性・相対性」ですが、基本的には相対的概念説をとるとしつつ、中間的就業者については解釈ではなく立法的手当が必要であると指摘されます。

第3の論点は「適用対象の判断基準」で、柳屋教授は、本来の「労働者」についての判断は厳格な判断によるべきで、経済的従属性や非事業者性の比重を高めることによって対象を拡大するのは妥当でないとされます。もっとも、保護の必要性は「使用者の責任分担」から生ずるとし、この点を根拠づける事情については検討は必要だとされます。

4つ目の論点は「中間形態の就業者への対応について」で、柳屋教授は、労使双方にとっての保護の適切性の実現という観点から労働法等の適用拡大を肯定すべきという立場をとられ、対象拡大の手法としては、中間形態の就業者を第3カテゴリーとして統一的に把握した上で、明文の規定によって対象に付加するという立法上の対応によるべきだと考えられています。またその際に、当事者意思による適用除外の可能性が必要だと指摘されています。

5つ目の論点は、今も出てきました「当事者意思の扱いについて」ですが、客観的な就業実態から「一般的保護必要性」が認められるとしても、「実質的保護必要性」が存在しない場合には、当事者意思による法的規制の回避が可能であるべきだという見解をあらためて示されています。ただし、その就業者の真意は、「客観的に合理的な理由」の存否によって判断しなければならないとしています。

最後に6つ目の論点は、「ボランティア等への法的対応について」で、当事者の労務供給とは異なる活動目的の点から、「実質的保護必要性」がない事例として労働者性を否定し、別の対応によるべきだとしています。

以上、コメントですが、柳屋教授は、この論文のまとめの部分で、必ずしも最終的な見解ではなく変更の可能性もあると結論を留保されているのですが、とはいえ、蓄積されてきた業績から一応この段階での柳屋説を集大成されたものとして注目すべきだと思います。特に、柳屋説の最大の特徴としてすでに知られている「当事者意思」の扱いについても、この説に対するこれまでの批判に答える内容も含まれていますので、あらためて議論になるところだと思います。



ただ、いくつか理解しにくい点もありました。例えば、6つの論点に対する見解は柳屋説の中でどのように体系的に関連してくるのかという点です。ご紹介した内容を整理すると、「労働者の概念は厳格に解するとしてその拡張は最小限にとどめ、中間的業者には立法で労働法規の適用を相対的に決定するが、その際に当事者意思による適用排除は認めるべきである」ということになるかと思うのですが、そのように理解するとしても、第1の論点はどのように関連するののかといったことです。また、個々の論点について見ますと、例えば論点の3と4のところで、「本来の労働者性の判断基準」と「中間形態の業者への適用の有無を決定する基準」とは別だということなのですが、その意味するところがクリアには理解できませんでした。それぞれの判断の場面が別だということはわかるのですが、基準が別だとなると、解釈論と立法論の違いなのか、あるいは「労働者は誰か」ということと「保護すべき者は誰か」ということの違いなのか。場面は別だとしても判断基準としては結局、表裏の関係にあるように思うのですが。

それから、本来の「労働者」は厳格な判断によるべきとする一方で、「使用者の責任分担を根拠づける事情」には留意するとし、「組織への組み込み」などが挙げられています。これは、本来の「労働者」判断基準を拡大するということになるのでしょうし、そこにはいわゆる「中間形態の業者」が事実上入ってくる可能性があると思うのですが、このあたりがわかりにくい点でした。

最後に、柳屋教授の主張の最大の特徴である「当事者意思」についてですが、すでにいくつかの論文で労働者性判断における当事者意思の尊重ということを明確に提示されてきました。今回の論文においてもそれは一貫しているのですが、グレーゾーンの中間形態の業者については特に当事者意思に配慮すべきとしている点が注目されます。ここは評価の問題になりますが、第3カテゴリーを立てて法適用をルール化する際に当事者意思による逸脱を認めることをどのように評価するかは、今後あらためて議論になる点だと思います。また、当事者意思に関する「真意」の問題について、客観的な合理的理由の有無によって判断すべきだとされているのですが、これに対しては、大内伸哉教授のように、事前手続によって明確にすべきだという反論もありました。論文では、事前のチェックも必要

だが、不利益な場合についても対象となるという点に違いがあり、これについては事後の合理的理由のチェックが行われるべきと再反論されているので、また新たな議論の展開につながるのではないかと思います。

## ● 討 論

### \*労働者性判断における「当事者意思」

濱口 客観的な実態は労働者であっても、自営業者としての意識を持っているから、主観的な当事者意思でやるのだと言っておきながら、真意で見るとして、その真意は何かというと、実は客観的な実態で見るという点がよく理解できないのです。この真意論というのは、結局のところ主観説をとりながら、実はその主観説を没却するものになっているとしか思えません。それなら、もう少し率直に、基本的には客観的な状況を勘案しつつ、本人の主観的な意思も無視しないのだと言えいい話ではないか。

有田 この論文は要するに中間形態の業者というところに一番のポイントがあって、立法論として考えているので当事者意思という理屈で問題ないということになっているかと思うのですが、ただ、それにしても、濱口先生がおっしゃった点が同じく引っかかっていて、どういう尺度で中間形態を対象にするのかで、結局、同じ問題に行き着いてしまうのではないか。立法論だからこそ当事者意思で外せるというのだけれども、でも、そこで客観と主観の問題が同じく問題としては帰着してしまうのではないのでしょうか。

道幸 この後で取り上げる鎌田説と共通する問題なのですが、当事者の意思を問題にする場合は、ある程度片面的な問題になると言えます。つまり、例えば横浜南労基署長事件（最一小判平8・11・28労判714号14頁）では自分でトラックを持って請負的に仕事をしている人について労働者性が問題になる。当事者の意思が雇用ならば、仕事に独立性があったとしても、雇用者として保障される。

そういう意味で雇用かどうかは外形的な仕事の性質だけから判断されるわけではなく、まず、原則は当事者の意思による。問題は、外形的に雇用的だが、契約関係が請負とか準委任だという場合どうするかという意味では客観的な仕事の性質というよりは、いわば形式的にはそういう契約形態をとっていることの脱法的な側面をどう処理するかにあります。

最後は意思の問題だということになると、真意かど

うかというよりはむしろ脱法的な行為がなされたのがアンフェアかどうかという問題になると思います。真意かどうかという問題は論点が違うのではないかと思います。

**\* 契約締結時の「当事者意思」**

**道幸** もう一つは、契約締結時の意思についてですが、現実的に考えると状況は色々変わるために、後になって保護の必要性が出てくる場合がある。請負契約締結時に真意だったけれど、保護の必要性がでてきたということになれば、これは保護されるのでしょうか。柳屋理論だと立法論でどちらでもいいことなのかもしれません。

**有田** 契約締結時の意思と、契約が実際に展開していく中で、例えば一定の時間が経過して、あるいは色々なことが起きる中で、当事者意思の内容が変わってくるというようなさまざまなケースをどうつかまえるのか。野田進教授が配転などの問題で議論されていたように、確定的な意思としてどの段階でつかまえるのか。

**道幸** 裁判が起ころうというのは、当初の意思と反するからです。この種の紛争の特徴というのは、契約締結時の予想というのと実際の就労に齟齬があるから、トラブルが起きる。柳屋論文では労働基準監督署で事前に意思を明らかにしろと言っていますが、そういう問題ではないのではないかと。つまり、非常に状況追隨的な問題で、それと関連して意思をどう考えるかになります。

**有田** そういう意思論でとらえるとなると……。

**道幸** 意思論の問題ではなくなる可能性もあるんです。

**有田** 脱法的意思というものと、とらえ方はちょっと違ってきますね。脱法的意思ということなら、むしろ契約締結時のところで問題になるような感じがしますが、現実の問題が起きた際に当初の意思と違っていたから、つまり契約締結時には想定されなかったことがあるから、あらためてここで判断を、ということとはちょっと違ってくる。意思論を使うのであれば、そういうとらえ方をしないとうまくいかない。

**道幸** 意思論を使うのであれば、真意とか、そういうレベルではないほうが適切ではないか。

**濱口** 最後に述べられているボランティアのことが念頭にあって当事者意思と言われたのではないかと思います。例えば、介護の分野ではボランティアの人と、それを職業としている人が同じことをやって

いても、意識は違うだろうと。それはそれでいいと思うのですが、それは指揮命令とか事業者性が問題になっているのとは違う話ではないか。ボランティアだとか、あるいは宗教的活動といったように、カテゴリーに、主観的意思が優先するような領域というのは、世の中にあると思います。それはそれでいいのですが、しかし、同じように利益というか報酬のために就労している場面で、自営業者か労働者かが問題になっている局面にこういう考え方をもち込むのは少し気をつけたほうがいいのではないかと。真意とか何かという話は、きちんと分けたほうがいいという気がします。

**奥田** ボランティアについては活動の目的が問題になっていましたよね。それと、柳屋教授が強調されていたことでは、働き方として自営のほうで労働者自身にとってプラスになる場合もあるということで、そのような場合にそれを認めるべきかどうかということが問題なのだと思います。当事者意思を認めるとすれば、締結時に自営形態を選択している場合、それでもなお後からそれでは困る事情が出てきて、たとえそれまでは自営形態のほうでプラスの面があったとしても、あらためてやはり労働者であると客観的に認めるほうがいいということになるのでしょうか。

労働法の適用に関して当事者意思を重視するのがいいかどうかという点についてはもう少し考えたいのですが、ただ、それを前提に考えた場合、何らかのプラスの条件もあって当初合意をしたことが、後になって状況次第で簡単に変わるというのは若干違和感もあります。

**道幸** 当初の合意のリスクを負いなさいということですが、そう言えるかどうかの問題ですね。

**濱口** 人間というのはどこまで未来予測能力があるかということを見ると、決断したときの判断の範囲内で、そのリスクを全部負えということか。

**奥田** 判断の問題なので、もちろん難しい場合もあるとは思いますが。前回検討対象とした西谷敏教授の著書では、労働者の真の意思といっても誤った判断もあるので、そこは法で救う必要があるという趣旨のことが言われていました。そのような判断もありうるだろうと思います。ただ私は、基本的に公序良俗や法律に反しない限りで合意したことが、後から締結当時の合意だったからということで状況によって変わっていくということについては若干疑問もあって、必ずしも柳屋説を排除できないようにも思っています。

道幸 原則論で、そのとおりだと思います。ただ、実際に起こる紛争は、ほとんど労災絡みか雇用終了の問題で、そうすると、結局、労災と雇用終了のリスクをどう考えるかというのが、実際の中心的な争点だと思うんです。労災については、場合によっては安全配慮義務論として、労働者性の問題にしくなくても救済できるという側面がありますが、そうすると、最後は雇用終了の問題だけが残るのかな。そこをどう考えるかが実際の論点ではないか。

有田 少し離れますが、フランチャイズも似たようなところがありますね。あれは完全に自営業者ですが、フランチャイズ契約を切られるともはやその事業ができないということで、解雇と同じような重みを持ったものではないか。だから、純粋な自営業者でもそういうリスクを負いながらやっている部分がある。そこでむしろ解雇権濫用法理みたいなものを応用して適用しようというような議論が、今、民法のほうでありますよね。

道幸 継続的契約論の問題ですね。

有田 それを考えると、自営業者なのか、労働者なのかということで、この契約終了についてのリスクは、どちらがどのように負うべきなのかというかなり接近している問題が出てきている中で、労働法としてはむしろ、広くとらえていく方向が普通ではないか。ただ、それをどう根拠づけるかというときに、意思ではやっぱりちょっと難しいと思うのですが。

道幸 片面的には意思の問題ですね。まず意思で議論して、次にどうするか。労働契約でない意思であっても実態の就労形態からどう考えるかというときに、今言った議論をすると、実態はグレーゾーンの就労形態で、問題なのは特定の紛争だけだということになると、全面的にいわゆる二分説的な議論をする必要はないのではないかと思います。

有田 立法論として議論していく中で、意思によって外すということをごささら何か重さを持って考えなければいけないのか。つまり、現実的に、労働者としての保護は自分は必要ないといっている人はそもそもこうした請求をしてくるのでしょうか。

道幸 自分は請負でやっているのだから、何か問題が起きてもリスクは自分が負いますという人は裁判を起ささないからいい。だから、当初の意思と反したことを主張したい場合にどうするかという問題だと思います。

有田 そうなってくると、意思で私は関係ありませんというようなことは必要なのでしょう。

道幸 契約締結時にいろいろな情報を出して、あなたはそれでいいのかと確認する。本人がいいと言って選択をしたら全部のリスクを負いなさいというのはありうるのではないかと思います。ただそれで解決できないから苦勞している問題なのですよ。

濱口 自営業者であることのメリットは享受したいと言っていた人間が、いざデメリットが出てきたら労働者として保護してくれというのは、それは何だというロジックはよくわかります。ただ、それを法制度設計として、そういう目先の利益で動く人にサンクションを与えるような制度設計がいいのかという判断のような気がします。

有田 立法論として議論しているわけだから、まさにそういうことなのでしょう。

濱口 そこはやはり、労働法の建前としては客観的実態で判断するのだらうと思います。

奥田 それと、実際には、例えば労災に関してであっても、労働者はそんなに選択できるような情報はおそらく持っていないでしょうね。どの選択が有利であるとか、そもそも労災が適用されるかどうかということ自体も知らない人は結構たくさんいて、いざ何か事件になった段階で、社員には適用されるけれども、自分には適用されないということに初めて気づくとか、当然、そういう場合があるわけですから、当事者意思ということ立法に組み込むにはかなり慎重な検討が必要でしょうね。

道幸 事前にどの程度危険かなんていうのは、自営業的なレベルで契約を締結するときなどは全然情報を持っていないでしょう。

濱口 だから、当初の意思というときに、事前にどれだけ判断材料となる情報が提供されているのか、契約締結時に情報提供義務というものを事業者契約のときにどこまで観念できるのか。

奥田 その前提条件がないということですよ。

道幸 それこそNHKの集金人の事案などは請負的でない限りは雇いませんよということですから、選択の余地がない。そういう意味では、どちらかを選ぶという選択なしに、リスクはあなたが負いなさいと初めから言われている。

奥田 そういう場合は、それを選択したという当事者の意思は認められないと考えるべきではないでしょ



うか。でも、そうなると実際には、自分で選ぶ範囲なんてほとんどなくなってくるかもしれませんね。

道幸 多様なところから選ぶような契約なんてほとんどないわけでしょう、実際はね。

濱口 それを表面の当事者意思はこうだけれども、客観的な状況から真意はこうだというのであれば、それを当事者意思という言葉を使って説明する必要性はあるのだろうか。

道幸 そのような形で議論が錯綜するのはあまり意味がないと思います。

## 鎌田耕一 (②) 「労働基準法上の労働者概念について」

### ●紹介

奥田 鎌田論文は、「労働法の適用対象としての労働者をどう把握すべきか」という問題を解明することを目的とした論文で、労働基準法上の「労働者」概念の再検討という試みからそれを示すという内容になっています。

鎌田教授は、すでによく知られているように「労働者と事業者の中間に位置して一定の範囲で保護されるべき者」として第3カテゴリーである「契約労働者」という概念に着目し、そうしたグレーゾーンの労働者に対する立法による対応の必要性を指摘されてきました。しかし、日本ではそのような立法的対応がとられていないことから、契約労働者の保護も「労働者か否か」の判断に帰着してしまい、不明確にならざるをえないという点を問題としています。

この論文では、立法論はとりあえず横に置きながら、労働者の定義規定である労基法9条に新たな解釈を与えることによって労働者概念を解釈論としてどのように把握すべきかを提示し、さらに具体的判断基準をできるだけ明確化するという試みがなされています。以下では、新たな労働者概念の基準を示した第3章について紹介をします。

まず、鎌田教授は、労働者性判断における「使用従属性基準」には主として次の2つの問題があると指摘しています。第1に、使用従属性基準の主な判断要素である「指揮命令の程度」や「時間的拘束性の強さ」というのは量的尺度には一定の法的評価が不可欠であるにもかかわらず、その基準が明確に提示されていないという点です。

そして第2に、「報酬の労務対償性」というもう一つの基準が必ずしも独自の基準として位置づけられておらず、「使用従属性基準」の補完的要素になっているという点です。

そして、この第2の点、つまり「報酬の労務対償性」という基準の重要性に着目し、労基法9条がこれを使用従属関係に並ぶ要件としていることの意味を再検討する必要があるとしています。

具体的には、まず報酬の法的性質を評価する基準が不可欠だとして、労基法の賃金に関する諸規定、とりわけ労基法27条の出来高制の賃金保障に関する規定の趣旨に言及し、「労働の対償」であるということは「仕事における危険を労働者が負担しないこと」を意味するという解釈を示します。そうすることにより、「賃金」とは「労働の成果に対する企業リスクを引き受けない就業条件のもとで支払われる報酬」だということになり、そしてそのような性質の報酬＝賃金を受ける者、すなわち、自己の計算と危険負担のもとで労務を供給していない者が「労働者」であるというように論旨を展開します。このような解釈により、労基法9条の労働者は「指揮監督関係」と「非事業者性」という2つの要件によって特徴づけられることとなります。その上で、鎌田説である「労働者・事業者比較衡量説」を具体化した労働者性判断の基準をさらに詳しく分析するという内容になっています。

以下、コメントですが、鎌田教授はすでに労働者性をめぐる問題について多くの論稿を出されており、特に労働者と自営業者の中間に存在するグレーゾーンの就業者を「契約労働者」という第3のカテゴリーとして把握して、その保護に関する立法的措置の必要性を主張されていますので、鎌田説の基本的なスタンスはこの論文においても変わるわけではありません。その中で今回の論文は、立法的措置がなされない現在の段階において労働者概念の新たな解釈の可能性を探り、これを展開した論文として注目されると思います。特に、労基法9条の「賃金を支払われる」という要件を「賃金」という報酬の性格から「非事業者性」につながることを引き出し、これを浮き彫りにしている点は、従来からの鎌田説を補強するだけでなく、報酬の性格を重視している最近の裁判例の動向にも目配りをして考え抜かれた内容だと思います。

ただ、いくつか疑問を述べるとすれば、まず、鎌田教授が提起された詳細な労働者性判断基準もかなり複

雑で、判例や学説の使用従属性基準が持つ予測可能性の低さが払拭できているかは若干疑問でもあります。もっとも、この問題の性質上、やはりどのような説に基づくとしても基準の複雑さや予測可能性の低さはやむをえないかもしれません。

さらに、労基法9条の新たな解釈について見ますと、若干理解しにくい点がありました。主には、報酬の性質の評価から「非事業者性」が引き出せるのかどうかという疑問なのですが、例えば、労基法27条の出来高制の保障給に関する規定が検討されているのですが、この規定は出来高形式で支払われる「賃金」についての保障規定で、「賃金」だからこそ出来高であっても最低保障が行われていると、そこで最低保障が行われるというのは企業リスクを負担させられないということで、つまり企業リスクの負担がない報酬が「賃金」なのだと言われるわけです。だから、賃金を支払われる者というのは、企業リスクの負担のない報酬を支払われる者のことなので、自己の計算と危険負担の下で労務を供給していない者が「労働者」だという展開になっていると思います。この理解が間違っていたら指摘していただきたいのですが。ただ、「労働の成果に対する企業リスク」や、「自己の計算と危険負担」というのは、必ずしも報酬の問題だけに集約されないのではないかと思いますので、少し飛躍している感じがしなくもありません。

また、このように解釈するのだとすれば、「使用されている者」という条件に当たらないとしても、もう一方の「企業リスクを引き受けられない報酬」=賃金を受けているという条件に当たると解されるケースがあるのかどうか。もし両者が共通するのだとすれば、「使用されている者」が受け取る報酬が賃金だという従来解釈で足りるようにも思いました。

## ●討 論

### \*労基法27条と事業者性判断

濱口 労基法27条について鎌田教授の理解では出来高制を否定したというか、制限した規定であるとされていますが、ここが今ひとつ理解できないところでした。通達では一応6割と書いていますが、実態から言えば、そんなものないに等しい。例えばタクシー運転手などは完全歩合で、彼らは完全に事業リスクを負わされている。それが重要な判断基準だと言われてしまうと、それは違うのではないかと。

道幸 鎌田説から言えば、今言ったタクシー運転手のようなオール歩合の人は、労働者でないということになるのでしょうか。

濱口 そうなりますよね。

奥田 でも、労基法上、オール歩合という可能性がありますか。

濱口 オール歩合は許されませんが、99%歩合は少なくとも労基法の条文上は可能です。

道幸 実質はオール歩合的な人が結構多いから、そうすると、その分は仕事に対するリスクは全部労働者が形式的には負っているとなりますか。

奥田 ただ、事実上負っているということと、本来であれば27条が適用されるはずなので妥当な額が保障されるはずだという判断をもし分けるとすれば、事実のほうはあまり重視されないのかもしれないですね。

濱口 現行労基法の条文解釈をギリギリやった場合に、例えば1000円だけ基本給があって、あとは全部歩合というのが違法だと言えるかということ、多分、条文上からは言えない。つまり、鎌田教授の解釈では、今の労基法は限りなく完全歩合制に近いものも認める規定になってしまっていて、それであってもやはりそれは労働者だという前提に立っていることが理解できなくなります。

有田 指揮命令と非事業者性という相補的なとらえ方なのですが、条文の解釈として展開されているならば、これは相補的なものというよりは、むしろ両方を満たしていないと、労基法の労働者性を満たせないという解釈をするのが素直な解釈ではないかと思うのです。一つはそこが引っかけたところですね。非事業者性を補足的にカウントしていくというのは、相対的に見るという考え方の中では当然ありうる考え方だと思うのですが、9条そのものの解釈として、要件を相補的なのだと見るというのはちょっと難しいのではないかと。労基法の解釈として、そういう相補的解釈というのが成り立ちうるのかというのが一番気になったところですね。

道幸 でも、鎌田教授はやはり相補的にとらえています。具体的に事業者性がある働き方というのは何かということです。例えば5つの会社にそれぞれ1日ずつ行っているような専属下請ではないトラック運転手の人は労働者と言えるのか。しかし、そういう人が例えば5日間同じ会社で指揮命令を受けていれば労働者と言えるのか、いわばリスクとか、事業者性の基準を

出すというのはよくわかります。でも、それは逆に言えば指揮命令の程度が違うという、指揮命令の観点からも一定程度言える問題ではないか。ただし、指揮命令というよりは、事業者性と言ったほうがわかりやすい。

濱口 事業者性についてはたしか不法行為の使用者責任の關係で議論がされていたことがあると思うのですが、労基法の法目的は、使用者が労働者を指揮命令して働かせているということから由来するもろもろのリスクを公的に担保するというのが根本なわけですから、不法行為法理論で考えているのと違って構わないだろうと思いますし、こういう解釈では、労基法の意義がぼやけてしまう感じがします。

奥田 少し戻りますが、27条の解釈について一応6割ということで考えたとすれば、鎌田教授が展開されている解釈は成り立つと思われませんか。

濱口 あくまでも27条が特別にそういう保護を与えているというふうに解釈すべきではないでしょうか。27条を中核として労基法の他の部分を解釈するというのは、何かしつぱが胴体を振り回しているような。

奥田 私も27条からの労働者概念の解釈という点には疑問があるのですが、とりあえずは鎌田教授が示された展開をどう見るかを考えてみたいと思います。その場合、賃金の規定である27条から、歩合制であってもたとえば6割は保障される、出来高なのに保障されるとすると企業リスクを引き受けていない。企業リスクを引き受けていない報酬が賃金で、その賃金を受けているのが労働者だとすると、自己の計算で企業リスクを引き受けずに働いているのが労働者だと、そういう流れですよね。私は、このように「非事業者性」が引き出される展開が、最初に述べたように無理があるように思うのですが、いかがでしょうか。

濱口 それはやはり、しつぱが振り回しているような感じがします。まずは指揮命令を受けているのが労働者であって、いかに賃金制度が出来高払いであっても、これだけ保障しなさいと。なぜ6割保障するかというと、その理由は指揮命令を受けているからだということにその根拠があるというのが労基法の素直な理解だろうと思います。

奥田 だとすればやはり、使用されている者が受け取る報酬が賃金だという従来の解釈で十分に成り立つわけですね。

濱口 一番素直な解釈ですよね。

有田 危険、リスクをどちらが負担しているのかと

いうことばかりではなくて、むしろ、事業者という場合は、もうけは全部自分のものになるというところですね。自己の計算というときには、むしろそちらも大きな要素としてある。労働者の場合は約束した賃金の範囲内でしか収入というものはなくて、プラスアルファは別途交渉してボーナスのような形でもらうしかない。だから、事業者と労働者というのは、リスクの問題もあるけれど、もうけをどれだけとれるのかというところでも違いがありますね。それを考えると、27条だけの問題ではない。事業者性、非事業者性というときに、もうかったときには全部自分のものになるというところの部分が落ちているような気がするのです。確かにリスクのほうは後になって問題になるから出てくるけれども、でも、事業者になるというときの一番の誘因は、もうけが全部自分のものになることです。だから、そこをバランスよくというか、両方見ないと事業者性というのは問題にできないと思うので、確かに請負を排除していないという意味は27条にあるということは言えるにしても、そこから直ちに非事業者性というところに直結するのは、解釈としては難しいかなと思います。

濱口 むしろ、27条の意味は、世間で「請負制」と言われていても実際に指揮命令下にあるなら、それは労働者であるという意味ではないかと思うのですが。

有田 その上で賃金支払いの方法として、こういう規制をかけますよという規定だと。

道幸 労働者性の問題で出すのは変です。

濱口 賃金の支払い方式として、出来高制とか請負制をとろうとも、そこは保障が要りますよと。

道幸 まず一定の保障をしなさいということだけではないかな。

有田 もともと鎌田教授の議論は立法論ですよ。さっきの柳屋説と同じで、その中間形態のところを立法で何とか対応しなければいけないところを解釈でやるとやっぱり難しいところがあるように思います。第3カテゴリーということ言うのであれば、やっぱり立法的な対応しかできないのかなと思います。

濱口 労基法がやや広めに労働者というものをとらえて、つまり民法の雇用契約に限らず、実質で判断して保護するのだという趣旨であるならば、わざわざそれを狭めるような形でやるよりも、できるだけ労働者性があろうものは労働者に入れた上で、労働時間規制などについて、こういう人に適用するのはおかしい



というような形で個別に配慮していくほうが、むしろ労基法の趣旨から言うとな来の姿だという気はします。

有田 法律によって相対的に見るというよりも、むしろ労基法の規定の中で考えればいい。これは立法論で本来いくべきところを解釈論としてちょっと無理されたところがあるのかもしれないですね。

道幸 同じ労働者像を中間形態の人に要求する、つまり、混合契約的な部分を一元的にとらえるという発想自体が初めから少し無理だと思います。むしろどういう効果が必要かということと関連づけて議論して、それから、契約締結過程みたいなものを2つ併せて議論する必要があると思います。変に原理的にきれいな議論をしようと思うと、問題が出てくるんじゃないか。

#### \*「意思理論」構成

道幸 それからもう一つ、意思理論みたいな話が出てきます。労働契約の性質決定について「重要なことは思慮ある社会的責任を意識した者が問題となった事案の下であっても、労働契約以外の契約形式だけを提示したかどうか」と述べている(65頁)。こういう思慮ある者を想定して、意思理論と結びつけて議論する理論構成の仕方はやや疑問です。この辺のところは気になるところです。全体の脈絡との関係はあまりないんですが。

有田 ここで言う「強行法規が喚起されてはならない」というのは、最初に出たような脱法的意思の形成は許さないというようなことですか。

道幸 そう言えばいいだけで、社会的な何か思慮ある人とか、そういうのは要らないのではないか。だから、意思理論と結びつけたいと思ってしまいませんか。ずっと詳細な議論をしてきて、最後に調整原理のように意思理論を出してしまうと、今までの苦労は水の泡という感じです。

有田 労働契約の性質決定という部分については、労基法を離れて労働法全体での議論ということを意識されているのか。でも、この論文は全体としては労基法の労働者性についてなのですよ。

奥田 この論文ではそうですが、もう一つ別の論文ではかなり細かく検討されていました。この論文では、労基法の9条の解釈でもはっきりしないケースについて労働契約の性質決定のことを考えていくということが、例外的な位置づけですが、述べられています。

有田 労働契約というところで議論するとなると、当然、意思是抜けない話になってくるので、何らかの

形で意思の問題についても対応しないといけないということなのでしょうか。

濱口 しかし、そもそも労基法は別に労働契約を前提にしているのではなくて、労働契約はあくまで労基法の適用の一契機にすぎないわけです。だから、契約論に傾き過ぎると、逆に労基法の趣旨からは少しずれてしまうという感じがします。

道幸 本来は労基法の対象でない人を広げるのだったらまだわかります。でも、これはどちらかというとなら狭める感じでしょう。そうすると、契約で狭めること自体変だということになるから、契約論に特化した議論よりは、労基法論で解釈していくというのが適切かもしれませんね。

## 毛塚勝利「労働契約変更法理再論——労働契約法整備に向けての立法的提言」

### ● 紹介

道幸 この論文は、05年4月に発表された厚労省の「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」の中間報告に対する次の批判から開始します。「中間報告は、労働契約法理として、労働条件変更法理が未成熟であるために展開してきた就業規則による労働条件変更法理を法的に正当化するための整備を考え、その補完物として新たな契約変更手段を位置づけるにすぎない。」そして、「労働契約法理としての労働条件変更法理を立法的に整備する以上、就業規則を労働条件変更手段にすることは可能な限り縮減する方向で考えるべきである」とする。とりわけ、就業規則が変更された場合について「白地慣習法的な契約解釈で常に就業規則の法的拘束力を承認することは、せっかく新たな労働契約法理を志向しながら、事実上それが働く余地を排除するものであって、方向性としては適切とはいえない。」という評価をします。つまり、就業規則変更法理に対する基本的な批判を明らかにしています。

労働契約の個別の変更法理について、「労働契約関係において事情の変更に基づく契約内容の変更の申し入れに相手方が承諾しないことが権利の濫用となり結果的に契約内容の変更が認められる権利」として契約内容変更請求権を構成します。1984年の論文「就業規則論再構成の一つの試み」(労判428,430号)で、このアイデアを出したけれども、当時はまだ適切な紛争解決システムが整備されていなかったと評価してい

ます。その後、労働審判制度と労働紛争処理制度という契約変更法理の前提となる環境がそれなりに整備されたことを踏まえて「契約内容を維持することが困難な事情が発生したことを理由にする合理的な契約内容の変更申し入れに相手方が応じないときに、裁判所の判断に基づき契約内容の変更を実現することができる権利」を明らかにして、具体的に次のように提言します。

第1は、契約内容を維持することが困難な事情の発生であり、維持することが公平の観点から適当でないものであるということを経験として、まず使用者側については、具体的に企業経営に起因する場合以外の労働者の能力、適性の喪失といったこと、労働者側については、職業能力の向上や減退、親族の介護等の個人的事情の変化を挙げます。その前提として、毛塚説独自の就業規則変更法理があります。

第2の要件は、対象はすべての労働条件であるが、労働者が集団的規制で対応できる労働条件は除外される。

第3に、合理的な契約内容の変更申し入れに対して相手方が応じないことである。その際、相手方の期待可能性が配慮されるということ。さらに事件処理管轄として、裁判所の判断に基づき契約内容の変更を実現し、争い方としては変更後の契約内容の確認という形をとります。

以上を踏まえて、使用者サイドの変更ルールとの関係につき、変更解約告知の限定的承認と労働契約の統一の変更法理の整備についても論じています。

同法理の基本的な特徴としては、まず立法論であるということ、それから、同請求権が労使双方、特に労働者サイドにも認められるということです。さらに手続的権利であること、加えて、変更解約告知の限定的承認や労使協議による約款方式等の他の制度との連関、連動にも目配りしているといった点が特徴だと思います。

コメントと評価ですが、現行の労働契約法理が契約の継続性や集団性を適正に反映せず、その結果、一方的な労働条件（不利益）変更法理たる就業規則の判例法理が形成されてきたことと、それを追認する形で労働契約法制の論議がなされていることの問題点の指摘は、まさにそのとおりだと思います。また、使用者だけでなく労働者にとっても労働条件の変更のニーズがある点も理解しえます。特に、今まで、このような発想は学界で全く見られませんでしたので新鮮だと思

います。さらに、継続性だけでなく集団的に労働条件を決定するニーズがあるとして、その点から補完的な制度設計というアイデアもバランスのよいものだといえます。

特に労働契約法理の原点を考える上で示唆的な内容で、必読文献であることは否定できません。

ただ、次のような問題点も指摘しうられると思います。

一つは、原則的な変更法理と他の制度との関連まで目配りしているために、変更法理、つまり、これは個別契約の変更法理の独自性が不明確になっているという点です。使用者サイドの変更法理については4つ、まず基本的には団交を通ずる、2番目は就業規則、それがだめな場合に労働契約変更法理で、さらに特別な場合に変更解約告知法理という全体の流れになっている、毛塚理論は労働契約変更法理に着眼しているわけですけれども、全体の中でのウエートはやっぱり少なくなります。

特に、実際には集団的になされるのが多いことで、就業規則による法理が中心になり、不利益変更の拘束力を認めない毛塚理論が前提になります。確かに個別合意しない場合に契約変更法理の適用が考えられますが、そのような例は実際には少ないのではないかと。さらに、そのような例外的なケースでは、結局、緊急性が問題になる例が多いので、変更解約告知法理が適用される。そう考えると、いわゆる労働契約変更法理が適用される余地は少ないのではないかと思います。とりわけ、就業規則の不利益変更法理を立法化した労働契約法の下において、そういえます。

2番目は、労使で使われ方が大きく異なるので同一の法理として構成しうるかという疑問があります。労使の法理として提起したという点が特徴ですが、実際の適用などは難しいのではないかと思います。つまり、使用者側は、先ほど述べた使われ方をするのにに対して、労働者側は、集団的事項は対象とならず、もっぱら個別の変更だけが問題になる。

特に毛塚理論の特徴は、労働者サイドがこれを使えるという点ですけれども、具体的にどう使うかというのは、はっきりしない。例示されているのは、職業能力の向上や減退、親族の介護等の個人的事情の変化です。それに応じた賃上げや転勤措置を求める権利ということになりますけれども、後者はともかく合理性の判断基準、つまり、どの程度賃上げするか等が恐ろしく不明確だといえます。後者についても、使用者に特

定の業務をさせることを法的に強制しうるか、つまり転勤させるといことを義務づけることができるかという難問があります。

例えば現行法においては、労働条件をプラスに変更する場合の法理としては、差別的是正とか、黙示もしくは明示の合意に基づく権利主張というのがあるのでそれで十分ではないか。変更法理というよりは、今言ったレベルの解釈論が必要だと思います。

3番目は、裁判所の判断に適するかという問題です。どういう場合に変更の合理性があるかという基準自体は必ずしも明確ではありません。賃金等量的な判断に適するケースも想定しえて、これも基準として明確性に欠ける。処遇の公平さというのを問題にすると、当該事項だけではなく他の条件との関連も問題となる。例えば、賃上げを要求された場合に、新たな仕事をしろとか、裁判で確認するような処理には適さない事柄に直面するので、あっせんや仲裁に適した紛争類型じゃないか。

4番目は、随所で「労働者代表との協議」について論じておりますけれども、この点について十分な位置づけ、それから団交についても議論されておられませんので、この点の議論も重要ではないでしょうか。

全体的な印象は、原理的な議論と、それを拡大した議論というのがあって、目配りすればするほど、本格的に議論すればするほど論理が混乱しがちであるという非常に難しい問題ではないかと、感じています。

## ● 討 論

### \* 労働契約変更請求権

濱口 第2の「労働者が集団的規制で対応できる労働条件は除外される」という要件ですが、連合総研でまとめた労働契約法試案の中で毛塚教授がこの部分を書かれていて、41条が労働契約変更請求権、その次の42条が統一的労働条件の変更。こちらのほうでは、「労働者の全員又は一部に適用を予定する就業規則その他の統一的労働条件を変更する場合には、労働者代表と協議しなければならない」となっていて、実は、物事の大部分は42条でいくだろうと思われるのです。こういう条文の形に書くと、そういうのがよく見えて、41条というのは、実はかなり例外的なものだというのがわかります。この論文は、あくまで労働契約変更法理を中心に書かれたものなのですが、実際の労働条件変更の場面でいうと、ウエートの置きどころはかな

り違っているだろう。それがこの論文ではよく見えてこないというか、統一的労働条件について最後のほうに少し書いてあるんですが、実はそちらのほうがかなり問題で、そこで示されている約款という議論はちょっと違うのではないかと。ところが肝心のその議論が少ないのが、全体的に不満です。

それから、労働者の側からできるということがメリットだというのは確かにそうかと思いますが、実際にほんとうに必要なのは特別な家庭生活の事情があるとかそういった場面ではないでしょうか。そういうものであれば、付随義務的に議論するほうがむしろ適当ではないか。あまり一般的に契約変更請求権という形にするのは、逆にどうなのかという感じがします。また、主として用いられるであろう使用者側からいっても、結局使い勝手が悪いということになるのではないか。最大の問題は、変更請求した段階では仮にも変更されないという制度設計になっていて、今は労働審判制などがあって早く決着するからいいじゃないかと言っても、使用者から見るとやはり嫌だとなる可能性が高いのではないか。しかも、例外的に変更解約告知を承認してしまうと、実際これがどの程度使われるのか、かなり疑問という印象です。

道幸 一番オリジナルな部分は労働者サイドの労働契約変更請求権なんですが、それを契約の変更と言えるかどうかというのも大きな問題です。使用者の業務命令権とか人事考課権に対応する公平査定義務みたいなものが契約上あると議論したほうが、解釈論的にはまだやりやすいんじゃないか。

濱口 むしろ契約に内在する付随義務としてとらえるほうが一般的な流れで、あえてそれを変更請求権というふうには、わざわざする必要はない気がします。

奥田 あまり入口部分で批判的になるときりがありませんが、特に立法論では、契約変更請求権というのが出てくると若干批判的に考えてしまいます。契約変更には同意が必要だという原則は使用者に交渉を促すためにも重要だと思うのですが、そこにあえて立法で契約変更請求権があるということになってしまうと、契約というのは変更できるものだけということになりかねない気がしてしまいます。

それと、道幸先生がおっしゃったところとの関係でいいますと、統一的労働条件がまず前提に出てきて、その諾否のあとで契約変更の問題が出てくるという考え方の順序も気になるところです。契約変更のプロセ



スを考えるときに全体に目配りされた結果だとは思いますが。

このことは、別の意味からではあれ労働者の変更請求権の範囲にも見られて、労働者からの変更請求権は集団的に要求すべきものには及ばないわけですね。確かに、組合や従業員代表の機能が前提にあるのでしようけれども、契約法理を考えるときにそこまで集団法理が前提にならなければいけないかどうか、やはり疑問は残ります。

道幸 使用者側と労働者側と、持っている意味が全然違うんじゃないか。使用者サイドについては、就業規則の不利益変更について、好ましくないという前提ですけれども、最終的には、それを一定程度認めています。そういう意味で、使用者サイドの変更権は、あまり必要じゃない。つまり、すでに検討した制度的契約論でいえば、制度化されているというのが多いですから、変更権よりは、むしろ一種の形成権の行使とか、付随義務を適正に履行するとかの問題だと思います。裁判に訴えて何かやるというような問題ではない。だから、残るのは労働者サイドの問題だけです。

奥田 その場合、集団性や統一性というのは、使用者にとっては重要かもしれないですが、労働者にとっては必ずしも重要ではないと思います。にもかかわらず、集団的に決められる労働条件には労働者からの変更請求権は及ばないというわけですね。

道幸 でも自分の能力が個別に上がったから賃金を上げてくれというような場合は使えるというわけでしょう。

#### \*毛塚説における就業規則理論

有田 毛塚教授の就業規則理論というのは、要するに、それで直ちに労働者個々人が拘束されるものではないという前提があって、おそらく反対している労働者は、それに法的に拘束されないという前提ではないか。個別に同意しない人に対しては、使用者は、これに基づいて変更請求しないと、労働者に対して不利益な変更の部分の法的に拘束することはできないというようにしているから意味があるとなっているのではないか。つまり、就業規則の法理がそのままだったら、議論されたように、全然これは意味をなさないと思います。けれど、毛塚理論というのはもともとそうではないので、反対している労働者に対して使用者は個別に変更請求をしなければいけない。そこで、それは事前に裁判で争って確定して初めて法的効力を持つよう

になる。そうすると、今までの就業規則不利益変更法理の場合は、労働者のほうが訴えて効力を否定しないといけなかったのが、逆に使用者のほうが訴えて変更の効力を認めてもらわないといけないという、今までと全く逆転するという違う意味がある。つまり、訴訟の負担をどちらが負うのかという意味では決定的に違うと思うのです。だから履行論の前提になっている。

道幸 でも、それが前提にならない限りは、ちょっとわかりにくい。

有田 だから、労働契約法がああいう形でできてしまったということになると、この形では今のメリットは生かせなくなってしまうということが、確かにあります。そういう前提があるので。

それがなくなってしまうと、多分、毛塚教授の考えているメリットというか、構想しているものは全然違ったものになってしまう。

濱口 労働契約法試案の42条では、統一的労働条件は労働者代表と協議して、約款をつくり、それをもとに各個人に諾否の回答を求める。承諾を拒否した場合には41条に基づき契約変更請求権を行使するという論理構成になっているので、確かにその限りでは非常にきれいに整理されているのです。しかし、そうすると、本来統一的労働条件でありながら、約款への同意を拒否した人に対してだけ、個別的に契約変更請求しているという形になってしまう。最初に個別的労働条件と統一的労働条件を分けたこととの関係が、かえっておかしくなってしまうのではないか。

奥田 それから、毛塚論文では、労働者の「拒否」について判断する場合に、全体の制度のあり方も考慮しなければならない、というようなことが書いてあったと思います。そうだとすると、就業規則で定められるようなものが一応ひな形となって、労使協議に基づいて統一的労働条件が決められて、個人はこれを「拒否」することができて、拒否した労働者に対して個別に変更権を行使できるということになるのだけれども、その場合でも、全体の制度のあり方も考慮しなければならない。

道幸 その場合、統一的な労働条件の変更であるという特性も考慮すべきだと書いてある。そうすると、ノーと言いきいんじゃないか。最初から集団的だということになれば、一応全体的にやって、その後で個別でノーと言って認められる可能性はあまりないということになる。

濱口 本来集団的な性格のものを、集団的な処理でうまくいかないところは個別の処理、つまり本来の物事の性質と合わない個別な契約変更請求権という枠組みに入れて、しかし、それを判断するときに統一的労働条件の変更であるという特性を考慮して変更の合理性を判断するからいいという話になると、今の変な就業規則変更法理と同じだからいいんだという話になってしまって、論理的にいかがなものか。

実は毛塚教授自身は、本来はきちんとした労働者代表制度があれば、その合意に規範的効力を与えるべきだとおっしゃっていますし、合意が得られなければ紛争解決機関の裁定によって労使協定の成立を認めることもできる、論理的には、これが一番正しいんだということを言われているので、その点では一貫しているんですが、現在はそれがいないから約款だということですが、いささか継ぎはぎ的な印象を与えるものになってしまっているような感じがします。

奥田 逆に言うと、ちゃんとした労働者代表が選ばれれば、個人が拒否する余地というのはある程度狭くなるということですね。

濱口 それは結局、規範的効力を与えられるわけですからね。

有田 あと、個人にしか処分権がないようなものだけということですね。

濱口 統一性がないということで。

道幸 でも自分の個人的な能力が上がったとか、具体的な適用の問題になればわからないわけではないけれど、そのためだけにこういう手続を立法化する必要はない。労働者サイドからいえば一種の苦情処理みたいな問題だし、使用者サイドからいえば人事権の行使の問題じゃないかという感じがしますね。

濱口 毛塚教授は、少しでも中身が変われば契約の変更という理解をされている感じがあるんですが、能力が上がったとか、介護の必要が出てきたとか、それはもともとある契約の枠の範囲内の話だというふうには処理するのがむしろ普通で、そのほうがおそらくより現実妥当的な解決が図られうるような気がします。あまりにも契約というのを狭くとらえられているような……。

道幸 本人だけの問題ですから、ある意味で一般性のない問題です。論理はすごく一般性があるけれど、全体の位置づけとか、紛争とか利害状況の位置づけが結局狭いことになるのではないかと。

\* 契約変更請求権と指揮命令権

奥田 裁判所の判断も、労働審判制ができて、以前より判断が迅速に行われるようになったり、請求がしやすくなったりしているという前提では、そのあたりは非常に有用だと思うのですが、しかし、先ほど道幸先生がおっしゃったように、裁判所の判断に適するかという問題もありますし、実際、労働審判であっても、訴訟で物事を解決することはまだそれほど定着していないようにも思います。また、使用者がそういう形成判決を求めるような訴訟を起せば、労働者は何らかの対応をしなければならなくなってくるという面もあります。

それと別の点ですが、労働者から配置転換の請求をすることができる場合に、例えば職種が限定されていてもいなくても、請求が可能だということでしょうか。

道幸 それは、そうじゃないですか。変更ですから。

奥田 限定していても要求できるし、仮に限定がなくても今変えてほしいというときには労働者から変更請求できるということですか。そうだとすれば、限定されていることについて変更請求するというのはわかるのですが、限定されていない場合の変更請求は、使用者の指揮命令権との関係はどうなるのでしょうか。

道幸 その違いがよくわからないんです。後者になれば変更の問題でないから、契約の中身を厳格に考えて、事実上変えるのは変更だと考えれば変更の問題ですし。

濱口 そもそも労働者にとって、例えば地域が限定されているというのは一般的にはメリットです。それをあえて外してくれと言うというのは、非常に例外的な状況です。それが考えられるとすると、例えば地域限定で採用されたけれど、その地域の店舗は今回閉鎖することになったので、地域限定皆解雇だと。そこで、最初の契約はそうだったかもしれないけれども、配転して雇用を継続せよというのならありえそうな感じはするんですけども。

奥田 限定されている場合はわかるのですが、私が疑問に思うのは、限定していない場合に労働者が何らかの理由で変えてほしいということを契約変更だと考えるのだとすると、一般的には契約の範囲内で使用者にも指揮命令権があるはずですし、それとの関係がどうなるのだろうかということなのです。

道幸 そうなると契約変更ではないけれども、特定の業務命令権の行使についてのクレームになると思います。

奥田 契約変更にも含まれるということですね。  
道幸 ええ。この場合の契約変更というのは、そんなに厳格な表現ではないのではないかと思います。どの程度、契約で物事が決まっているかという議論をしていませんから、今の状況をどう変えるかという形成権、人事権の行使についても一定の方向での措置を請求できるということなんでしょう。そういうレベルと契約変更的なケースが一応想定できるんじゃないか。

使用者サイドから使うとすると、毛塚就業規則論が前提ならばよくわかりますが、連動しないということになれば、あまり使い勝手はよくない。

有田 これは、立法論として展開されているので、おそらく、そこが前提にならないと、成り立たない議論のされ方ではないかと思います。そうでないと、就業規則が、今のあの法理のままだということであれば、こういう制度をつくることのメリットはなくなってしまふ。だから、おそらく基本的な考え方として、労使対等決定の原則を実質化するには、こういう形が一番望ましいということで制度設計されたのではないかと思います。確かに形式的なのでしょうが、それでも、例えば就業規則によって使用者が一方的に変更して後に合理性でもってチェックするというのではなくて、集団的ではあれ、使用者は個別労働者に対してきちんと同意を取りつけなさいという形で、対等決定ということを上でも固めようということなのではないでしょうか。先ほどからの議論では、契約条件の変更だから、契約内容の特定をどうするのかというのがもう一つ重要な柱で、何か要るのかなとも思いますが。

道幸 おそらく、非常に原理的な議論をしているから、労働契約の範囲とか、今言ったことは、ここではあまり想定していないんじゃないかと思います。

有田 おそらく、いろいろな仮定が置かれた上での立法論だと思うので、例えば、個別のほかの特別な法律によって、今よりも権利としての請求権性というのがもっと高まって、こういう状況の中では請求できるという形になれば、変更という手段をわざわざとらなくても実定法上の権利行使という形のほうがむしろ効果も早いわけですし、使用者がそれを妨げるのであれば、業務の正常な運営を阻害するといったことを要件にして、それを阻止することを例外として許容するというような中で判断されていくことになるのでしょう。だから多分、前提条件として一番大きいのは、やはり就業規則の問題だと思うのですが、それと今の実定法

の状況とを併せて勘案して、その中で労使対等決定原則というのを前提にした労働条件変更法理を制度設計するとしたらということ構想されているのではないかな。だから、労働契約法ができて条文化されたときに、今後どのように、こういう新たな制度設計の議論が出てくるのか。

\*変更解約告知との関係

濱口 なぜ毛塚教授がこういうことを考えられたかということ、直接的には変更解約告知というのは、あまりよろしくないという価値判断があって、解雇の脅しを使わない、もっと適切な変更法理というのがあるべきだというのが出発点だと思います。それはよくわかります。しかし、それを一方的な形成権とすると契約の原理に反するというのは、それはそうですが、そこを具体的にどういう制度設計にするかといったときに、結局使用者側から見て、変えたいときにすぐに変えられないような使い勝手が悪い制度設計では、それを使う気になるかという問題があるのではないかな。結局、変更解約告知に異議をとどめた承諾をつければ、争いは続いても、とりあえず、その争っている間は使用者側が変更した形になっている。使用者側としては、少なくともそういう効果がないと、それを使おうという気にならないだろう。そうすると、理屈としてはとてもよく考えられているんですが、いささかフィージビリティがないのではないかな。

それではあえて構想すればどうなるかということ、一種の仮変更権みたいなものになるのではないかな。毛塚教授の発想をのばしてみると、とりあえず一種の仮変更権のような形で、一応変更されたものとみなして、新たな労働条件でやってくれ、ただし最終的な確定は裁判所です。そうすると、使用者側から見たメリット、デメリットは、解雇の脅しがないだけで、変更解約告知プラス異議をとどめた承諾と同じになるので、フィージビリティが少しは出てくるかなという感じがしました。

有田 変更解約告知をどうしても最後に入れているのは、おそらく、これは解雇で強行された場合に、通常の解雇しかない形成権だから効果が生じてしまつて、契約関係を失った上で労働者が後で争うことになる。使用者が、強行してしまったという最悪の場合を想定すると、やはり変更解約告知は、本来の形ではないにせよ、これを最後に一応入れておく、ここで対応できるということを最後に残しておかないといけな



い。多分そういう判断があるのではないのでしょうか。

濱口 緊急の場合はできるというのを、はっきり言っています。

奥田 その理屈はわかるのですが、ただ、毛塚教授の場合は、労働契約が継続的であることが望ましいという判断がまず前提にあるからだと思うんですが、ここまでいろいろな手段を認めてきて、最後に残るところが、ごく限られた変更解約告知だとすれば、そこは解雇としての対応であっても問題ではないという気がします。例えば、集团的・統一的な変更以外に個別の変更手段として変更解約告知のみが出てくるのならわかるのですが、変更請求権があるのであれば、さらに変更解約告知もというのはごく限られた範囲だと思うのです。私は、そこまで継続性を前提とした論理が必要かどうかという疑問を持っています。

道幸 それは、変更請求権が十分機能できない場合でしょう。ありうるとすると、裁判の確定を待つことはできないというケースが考えられます。

奥田 さきほどの、緊急性ということですね。

道幸 でも、そんな場合はあるのだろうか。

#### \*紛争時の処理

有田 あとは、本来の変更解約告知の守備範囲なのでしょうか、それでも強行されるということがあった場合に、労働者のほうに訴訟上の対等性はおそらくないので、争い方としてそういうのを残さないと。就業規則の変更の問題にしても、労働者のほうが裁判に訴えるなんてほとんどできないので、結局はそれをむしかない。それは対等という点からおかしい。であれば、これは逆転するというにすれば、対等性ということの理念にかなうような制度になるのではないかというのは理解できます。だから、変更解約告知の場合も、労働者のほうが失った後で回復するというのは大変だから、裁判所が適切かどうかということはあるんですが、最終的なところでやっておかないと。事前のチェックで、労働者があと判断するかどうかということを制度として入れておかないと、労働者のほうが大きなリスクと負担を負いながらでないこの問題に対処できないところ、多分、こういう制度設計にしている考え方の一番基礎にあるのではないかと思うのです。でも、就業規則の変更がなされてしまったというときに、そこから先、何か展開させることができるのか。

将来的に、労働審判がうまく機能して三者構成のメリットがもし発揮されれば、ある種の利益調整的な判

断ができる。そうすると、将来的に裁判が三者構成になるのが難しいのであれば、労働審判を前置して、労働審判を経て裁判に訴える。こういう場合には必ず前置でというような形をとるとか、何らかの工夫をして利益調整的なものが判断にうまく活かせるような仕組みをあわせて構想していくことは少なくともできるかもしれません。

ただ、就業規則がこのままでずっといくとなくなってしまったというときに、一応、今のところ、労働審判は実務的には就業規則の問題を扱わないということですから、そこを何とか突破しないと。

道幸 あとは、労働委員会の個別あっせんにかけるとかです。

有田 そうですね、労働委員会のほうだと、別に何もそういう制約はないから。

道幸 就業規則の場合は過去のことでいろいろな情報もあるし、法的な評価もしやすいけれど、契約変更となると、将来こうすべきだということになって、基準は明確でないし、結局、当人との関係になるわけで難しい。

有田 昇進、昇格とかというのを考えると、そうかもしれないですね。難しいですね。

道幸 昇格とか、配転とか、結局、一種の苦情処理的な機能を裁判所も将来にわたってやるということになる。

有田 今の裁判所で適正に判断できるかという、確かに難しい。

道幸 だから、特別なシステムをつくらないと。

有田 やはり専門性が発揮できるような三者構成みたいな形でしょうか。

道幸 ほんとうは企業内で処理するような紛争でしょう。特に個別の適用の問題ですから。何かそういうのと連動させた議論のほうが、フィージビリティの点ではいいんじゃないかと思います。

有田 前置という意味では、むしろ、企業内の苦情処理制度とかオンブズマン制度みたいなものを踏まえて、どうしてもというときだけ表に出てくるようにするというのも1つの立法論としては考えうるということでしょうか。

道幸 そのほうが適切だと思います。でも、こういった制度とか立法を前提とした議論というのは難しいですね。

有田 前提が変わると先が変わってしまいますから

ね。

道幸 細かい議論をすればするほど、色々な問題がでできます。

## 道幸哲也「労働契約法制と労働組合——どうなる労使自治」

### ●紹介

濱口 この論文はあまり長くはないのですが、非常に広範な論点に及んでいます。まず現行法制における従業員代表制や労使委員会制についていくつかの指摘をしています。例えば、関与や意見反映システムとしての不十分さ、独立性の制度的保障がないといった点、それから、常設化の是非、あるいは組合との関係とか、その場合、組合併存型にするのか補完型にするのか、あるいは、労使協定に私法的効力があるのかないのかといった問題点を指摘し、関連する裁判例から問題点を抽出しています。

具体的には、就業規則の不利益変更事案について、団交システムとの関連、あるいは合理性との関連、労使協定事案については私法上の効力、さらに労働組合の公正代表義務といった論点を指摘して、これはかなり長い部分です。

次に、現行の就業規則法理について述べて、まず、「集団的かつその時々状況に応じて労働条件を決定するという経営のニーズに適合するもの」だと認識しつつ、以下のような問題点を指摘しています。まず、事件処理のアプローチに一貫性を欠くこと。不利益変更は集団的あるいは制度的であるがゆえに、その必要性や相当性は制度的観点から判断されざるをえないのですが、しかし、民事事件として個人の関連で評価されてしまい、個別労働者の利益と経営上の必要性を的確に調整するシステムとなっていない点。それから2番目に、合理性の判断に明確な予測が困難であり、実務的に使い勝手が悪いという点。3番目に、個別合意の有無を問題にしていない点で、契約論として説明が困難、不可能な点。そして4番目に、より原理的に一方的な変更、労働条件の一方的決定は労基法2条の大原則に反するという点を指摘しています。

これらを踏まえて、労働契約法制研究会報告が打ち出した労使委員会構想に対して、以下のような疑義を提起しています。

まず、労組法との関係で、労働組合の強化や、ある

いは、そのための立法的な見直しが全く欠如している。例えば、利益代表者の排除とか便宜供与の原則禁止とか、組合併存の場合の不当労働行為制度の不備、あるいは組合の代表性をめぐる紛争のルール化といった問題を指摘しています。

2番目に、個別合意の必要性という契約法の隘路を労働組合の内部手続のないまま集団的な変更法理によって突破を図ったものであって、これは契約法理の形骸化になると指摘しています。

それから3番目に、推定とはいえ、労働条件の決定過程への拘束力のある直接的な関与であり、強力な権限が適正に行使されるのかということ点を指摘しています。

4番目に、この労使委員会の労働者委員選出の仕方とか、その自主性の担保の仕組みが困難だと。「例えば」ということで、中間管理職は一体、労使どちら側になるのかといったことも指摘しています。

5番目に、労働者委員が従業員の意思をどう集約するか。例えば、まず意向を聴取し、労働者がその意見を表明し、その集約を踏まえて全体として調整し確定する。そして使用者委員と調整するということになるわけですが、団交とか争議が想定されていないので、一体、そのプロセスにおいて使用者からの干渉をどう排除するかという問題があると指摘しています。

これは、労働契約法制研究会報告は基本的に、組合があろうがなかろうが、労使委員会で全部やるという考え方だったので、労使委員会に絞った形での批判になっているんですが、その後、2006年6月に厚労省の事務局が労働政策審議会に出した素案では、これは組合側が労使委員会に対して批判したということもあって、むしろ過半数組合とか、あるいは特別多数組合というものを前面に出すような規定ぶりになっていたんですけれども、これについては、労働組合機能との関連で、次のような疑義を提起しています。

まず、組合と労使委員会との比較の関係で、組合のほう不利な側面として、まず設立に使用者の援助がなくてリスクがある、それから、組合運営に使用者の援助が原則禁止されている、使用者の利益代表者の参加が禁止されている、職場労働者全体を代表する側面が希薄であるといった点、それから、組合のほう有利な側面として、組合の結成、運営に不当労働行為制度による保護がある、要求実現のために団交権とか争議権といったプレッシャーシステムが整備されている、

労働条件の集団的決定を想定している、それから、組織形態が柔軟で外部組織との連携が可能であるといった点を指摘しまして、この素案が提示している「当該事業場の労働者の見解を求めた過半数組合」、それから3分の2の「特別多数組合」というものについては、そういった組合が非組合員の利益を適正に代表しうるか、また、そのための手続をどう整備するのか、さらに、組合と合意した就業規則というのは、実は同時に労働協約でもあり、そうすると就業規則法理と協約法理の調整が問題になるのではないかと指摘をしています。

それから、こういう過半数組合や特別多数組合を出しながら、素案は、複数の「事業場のすべての労働者を適正に代表する者」という概念を持ち出してきて、それと「労使委員会の決議」によって、いろいろな法的効果をもたらそうとしているんですが、これについては、これはそもそも労働組合の結成や運営を阻害するか、あるいは存在自体が反組合ではないか。あるいは、就業規則の変更手続と少数組合の団交権が直接バッティングするんじゃないかといったことを指摘しまして、結論として、この素案の内容は、「憲法28条の法理に決定的なインパクトを与える内容」であり、「ことは就業規則を中心とする労働契約法理の問題にとどまらない」と批判しています。

コメントですが、この労働契約法制研究会報告にせよ、素案にせよ、労働契約法制という枠組みの中で就業規則変更法理をいかに法文化するかという形で提示されているんですが、その内容は本質的には、むしろ集団的労使関係法理にかかわる問題であり、それにうかつにさざると、集団的労使関係法理そのものを大きく変えることになるんだということを明確に指摘しているというところに大きな意味があると思います。労働法学全体が非常に個別法に集中して、集団法的な観点が、いささかおろそかになりがちな風潮に対する批判と見ることもできようかと思えます。

この中で特に、現行の就業規則法理の矛盾の指摘については、道幸先生の文章の中にも、契約法理に反しているというような個別法としての枠組みからの批判もあるんですが、全体として言うと、むしろ本質的な中身である集団法としての性質をどう活かすかという視点が中心になっていると読みました。その意味では、この評価はいささか心外かもしれませんが、研究会報告や素案と近い立場と言ってもいいのではないかと思

います。ただ、研究会報告や素案は、そういう実質的に集団法の中身を、あくまでも個別法の枠組みの中に押し込んで、就業規則の不利益変更の合理性判断という、裏口から導入しようとしているのに対して、正面から現行集団法制との矛盾を摘出し、その解決を迫っている点が異なると評価できるのではないかと思います。

それから、労使委員会ないし複数の労働者代表といった非組合型労働者代表制にかかわる問題については、その組合結成や運営への悪影響を指摘してまして、これはまさに労政審で労働側が指摘した点です。スタンスとして、徹底した組合優先主義、組合でない労働者代表制というものに対して非常に懐疑的であるという点で大内仲裁教授の議論と共通するんですが、ただ、大内教授の議論というのは、結局結社の自由を行使しないほうが悪いんだという極端な放任主義になっているんですが、道幸先生のほうは、それを放置するのではなく、むしろ現行労組法の組合モデルの転換をも辞さないスタンスが示されているように思われます。つまり、現行法上、組合のほうが不利な側面ということで、経費援助とか使用者の利益代表者の問題といったような問題を指摘してまして、これはある意味で、労働組合の従業員代表制度への拡張ということもできるかもしれません。

ただ、実は、そもそも現行の過半数組合制度自体が、組合法上の組合を従業員代表として扱うという意味では組合の従業員代表制への拡張ですし、ヨーロッパ諸国で、組合とは別の従業員代表制度を設けているのではなく、組合の企業内代表が従業員代表として活動するという仕組みの国の場合には、まさにそうなのではないかと思えます。逆に、組合と従業員代表を別立てにしている国であっても、スペインのように、その従業員代表が例えば団交権や争議権を持っているという国もあって、この2つをあまりきれいに分けなくてもいいのかもしれないという感じもしています。

それから、過半数組合や特別多数組合にかかわる論点については、やはりこれも研究会報告や素案と方向性は共通しているのではないかと。ただ違うのは、そこで提起されている問題が集団法の問題であるということに無頓着な、あるいは無頓着を装っている報告や素案に対して、その点を明確に指摘し、そこを解決すべきだということを主張している点ではないかと思いま



す。つまり、集团的労働条件の変更というのは、本来、集団法の装置、すなわち労働協約でなされるべきであり、例えば組合併存の問題、多数組合と少数組合の問題は、多数組合の公正代表義務で解決すべきだという基本的立場から、最後のところの「憲法 28 条違反」といった批判も出てくるんだと思うんですが、逆に、就業規則そのものを個別法理だけで理解していいのかという問題提起もありうるような気がします。

就業規則のいろいろな説の中に集团的合意説というのがあるわけですが、その考え方に立つと、実は就業規則自体が一種のコレクティブなアグリーメントということになるわけで、そうすると、例えば労働協約に一般的拘束力を与えて適用していくというのと、本質的には同じような議論になっていくのかもしれない。これはそこまで書かれているわけではないんですが、そういう議論の広がりを持った論文なのではないかという感じを持ちました。

## ●討 論

道幸 どうぞ。言いにくいかもしれないけれど、自由闊達にやってください。

### \*労働組合の正統性

奥田 せっかくの機会なのでいくつかうかがいたいのですが、まず組合機能、組合が有利な面とか不利な面というのは基本的におっしゃるとおりだと思っているのですが、やはり一番気になるのは、従業員代表として考えた場合に、基本的に私は労働協約と労使協定は性質の全然違うものだと思っていて、組合が非組合員の利益を適正に代表しうるシステムをどのように手続として整備するかということが前提としてあると思います。その場合、労働組合を従業員代表システムに組み込んでいく方法はありうると思うのですが、労働組合はあくまで組合員を代表している立場ですよ。そこに従業員全体を代表する正統性を与えていこうとすれば、何かそこに理屈が必要だと思うのですが、道幸先生はまずこの問題を基本的にどのようにお考えなのでしょうか。

道幸 今までの従業員代表は、36 協定のように特定の効果とか権限との関係だけで認められていました。その部分については、実際はともかく、過半数組合であっても過半数代表と基本的には、法的なレベルで同じではないかと思っています。その範囲でしか権限はないですし、建前としては全従業員を適正に代表している

という点は言える。それ以上就業規則と絡んで労働条件決定の担い手として過半数組合が出てくるとなると、全然違った理屈は必要になると思います。今出された質問にはうまく答えられないんだけど、協約の不利益変更の公正代表義務というのをずっと議論していて、組合員の多様な利益を公正に代表するのがこれだけ大変なのに、非組合員も含んで公正に代表するためには、新たな立法とか、本格的な議論が必要だと思います。不思議なのは、組合はだめだけれど、従業員代表制度ができると、うまく適正に代表できるという前提で考えていることです。従業員代表制になれば、人が突然みんな民主的になって、組合にいるときは性格が変わることはないわけです。従業員代表制の議論でも、公平さを前提とした内部運営の法理とかを議論してくればよくわかるのですが、それをしないで抽象的に議論するのはおかしいのではないかと思います。

今のところ、適切な従業員代表法理はないと私は思っているのです。

奥田 おっしゃるとおり、従業員代表制ができれば、多様な利益を代表した代表が選ばれるということが念頭にあるのは確かだと思います。以前、ある研究会で、労働組合の代表としてのレジティマシーというのは、組合員に多様化が見られる状況において実際に保たれているのかという議論が出てきたことがあります。例えば、パート労働者などは、最近組織化が進んだとも言われますが、それがユニオン・ショップによって組織されるという場合もあることを考えると、組織化の仕方というのは、パートの組合、正社員の組合、管理職の組合と分かれることもひとつにはありうるわけです。また、これを従業員代表において考えると、労働者委員を割り振るような制度もある程度可能だと思います。しかし、道幸先生がこの論文においても前提とされているのは、組合の不利な面を是正するとき、そういう多様な利益を持っている労働者もやはり一つの組合に組織されることを前提とされているんですね。

道幸 従業員代表的な機能を果たすということになれば、何を決めるかによって利益状態は違うのではないのでしょうか。つまり、懲戒ルール等の共通の問題を決めるんだったら一つのほうがいい。

労組法は 60 年前の理論で、そこで想定している自主性とか民主性の試論、管理職は組合員資格がないとか、経費援助はだめだとかいうのはもう実態に合わない

い。それをそのままにして、突然、従業員代表制というのは変です。労組法自体を変えていく必要があるんじゃないか。

#### \*労組法再検討の必要性

濱口 実は現行法制でも例えば、高年法で、労使協定で60歳から65歳まで雇用がつながるかどうかを決められるというのが非常に大きな問題をはらんでいます。ここで問題なのは、過半数組合は組合員しか代表しないんだというロジックからすると、実は60歳から65歳になるような人は組合を卒業している人がほとんどなので、そこに矛盾が生じてしまう。契約法だけではなく、すでに現行法の中にそういう形で矛盾が生じてきているので、そこをどうするか。これは高年法だけの話ではなくて、60年前の労組法をそのままそういう判断に使っているというところに、そろそろがたがきている一つの例なのではないかと思えます。

道幸 労組法の問題はほとんど、考えてないでしょう。労組法についても、民主主義的な議論をしてないわけですから、従業員代表制はもっと考えていない。組合内部問題は、ほとんど労組法でも規制されていないし、判例法理は政治絡みの事案が中心です。労働条件決定過程における組合民主主義とは何かという本格的な議論もない。おそらく、従業員代表制の本格的な議論が出てくると、類似の議論で使えそうなのは組合民主主義論しかないのかもしれませんが、それ自体が非常に不十分なんです。一本化するとすると大変な状態なのではと思います。

有田 やはり労組法のほうをまず、きちんと見直しをして詰めていって、その上で従業員代表制ということを議論していかないと、現実的ではないと。

道幸 労組法の場合、まず現行の制度があって、協約法理との関係でも、裁判規範として使いやすい。それは一つのモデルにはなると思えます。それ以外は36協定が無効になった、トーコロ事件（最二小判平13・6・22労判808号11頁）とか、そのぐらいでしょう。

関連裁判例がもう少しあると、従業員代表法理と絡んだ労働契約の立法構想もイメージを持ちやすいんだけど、労働契約と従業員代表制を一体化してずっと議論していたわけですね。それはやっぱりフェアじゃない。今でも従業員代表制のニーズというのはあるのだから、独自に立法化するなりルール化して、次の段階で就業規則と絡ませるんだとしたら、まだわかるのですが。

濱口 どちらかという、労組法そのものを正面から議論したくないために、最初は、組合があっても全部労使委員会でいくんだという形で、それなりにきれいな議論をしたんだと思うのですが、労使委員会の中身がいいかげんじゃないかという批判を受けて、過半数組合、あるいは特定多数組合という形で出してきたところ、今度は労組法自体のはらんでいる問題が逆にまた露呈してきた。そういう意味からいうと、本来ならばまず労組法そのものを見直し、その労組法と整合的な従業員代表制を考え、それとリンクする形で集団的な就業規則法理というのを考え、それを労働契約法理の中に位置づけると、順序としては、そういう形になるはずだったのでしょね。

道幸 この労働契約法ができたので、集団法のニーズがなくなってきて、職場において集団的な労使関係が必要であるという問題関心が実質的に立ち腐れるような感じになるのではと思っています。

#### \*従業員代表制

濱口 逆に言うと、換骨奪胎じゃないですが、就業規則法理そのものをこれはもう集団法だという考え方で、集団的合意説というのは減びて久しいですが、それを活かす方向で議論していくというのもあるのかなと思うのですが。

道幸 確かにこれからですね。ただ、難しいな。担い手とか機構とかどうなるのか。従業員代表制の立法化に反対する最大の理由は、従業員代表制をつくるとなると、結局会社がつくる以外はない。そこで運営も全部会社の仕事になって、これは、いわゆる御用組合と同じじゃないか。

奥田 会社がつくるという場合、従業員代表制度を設置すること自体は法律で使用者の義務として、そういう意味では使用者がイニシアチブをとることになるのですが、私は、その設置方法や運営の仕方についてきちんとルールを明確化するというのであれば、使用者がイニシアチブをとることの意味も違うと思います。道幸先生がおっしゃるのは、かなりきちっとしたものが制度としてできた場合であってもやはり問題があるというか、原理的に好ましくないということですか。

道幸 例えば、いつ設置するかという場合に、ことに就業規則の不利益変更法理と絡ませると、変更するときに設置することになる。日常的に、別に意見を聞かなくてもいいということになれば使わないでしょ

うし、事務局も結局、総務か何かに置いて、運営も、人選は形式的にはきちんと選挙でやるとは思いますが、彼らが自主的に物を決めていけるかどうかとなると、権限との関係では難しい。選ぶ過程とか選んだ人が、自分たちの利益を適正に代表して行動する基盤はあるのだろうか疑問です。

有田 従業員代表制が制度化されればされるほど、組合機能をどんどん代替していってしまっ、ほんとうに組合なんか必要ない、とどうしてもなってしまいますね。でも逆に難しいのは、今の規定だと、民主的にやればいいというぐらいいいことしか書いてないわけですから、例えば、使用者側と労働者側のどちらがイニシアチブをとるのか、どちらが発議して、過半数代表を選ぶのかというの、何も決まっていなくて、でも、通常はやはり使用者のほうがやっちゃって、今度はそれが恒常化するということになる、まさに、企業内組合として今までの日本の組合がやっていたことを全部取ってかわってやってしまうということになって、あらためて任意団体として組合を自分たちでつくって加入するというようなことをどうしてしなければいけないのかと思ってしまうのでしょね。

道幸 組合費も要らないし、会社も文句言いませんから。

有田 そこですらいろいろなことが決まってしまうということになれば、ますます、どうしても、そうならざるをえない。

濱口 だから結局、大内教授のように組合をつくらないほうが悪いんだから、そこは空白でいいといくのも一つの考え方ですね。しかし、それは社会の中に、集団法の及ばない領域があってもいいということですから、そう簡単に納得しがたい。そこで、やや非現実的かもしれませんが、一つの突き詰めた議論としては、組合の設立を義務づけてしまうという話もありうるかも知れない。ただ、憲法28条からして、自発的結社である組合の設立を義務づけるというのはおかしいだろう。そうすると、組合を自発的につくるところは組合だけれども、そうじゃないところは従業員代表であるとしつつ、しかし、その従業員代表と組合が実際には無差別になるようにするしかないだろう。ただ、組合は組合員が組合費を払わなきゃいけない。ところが、従業員代表は組合費を払わなくていい。だったら、なぜ組合は経費援助を受けてはいけないのか。組合も会社の金で活動できるようになればいいじゃないか。も

ちろん、これは諸刃の剣の議論ではあるんですけども。あるいは従業員代表でも、スペインのように団交権もあれば争議権もあるものであれば、それは名前、看板が違うだけで、そこにあるのは同じものではないかということになるんですが。

これは一つの極端な議論なんですが、究極的には憲法28条との関係で、そういう従業員代表は28条の予定するものになってしまう。そこを割り切ってしまうのも一つの手かなという感じはするんですが。

道幸 濱口先生の試論は一つのアイデアだと思います。中立保持義務というのは、今のところ組合相互間だけれど、組合と類似した機能を持っている団体を使用者がイニシアチブをとってつくったら、組合に関してもそれと同じような権限を与えよとか、一つの案ですね。組合は少なくともそれと同じことができるか、そうしない限りはちょっと歯どめはない。

ただ、日本の企業文化みたいな問題があるから、使用者に対抗的な自立した意味のある団体をつくるのは難しい。従業員代表制はほとんどは機能しなくなるんじゃないか。そういう意味では、法律論だけの問題ではない。

有田 例えば派遣労働者やパート労働者で、地域ユニオンみたいな企業内ではない一般組合に加入して、外の組織に組織化されている労働者が中にいるというときの組合と、従業員代表制を構想するときの考え方というのは、また企業内部の組合だけを想定する場合と大分違ってくるような気がします。

道幸 コミュニティ・ユニオンについても団交権を認めているので一定の役割があります。一種の苦情処理的な機能も捨てがたいと思っています。もっとも排他的交渉代表制的なアイデアも有用なので、労組法全体の見直しをどうするかという時期かなと思っているんですが、就業規則などに関連づけないで議論しなきゃだめです。

有田 先生が考えられているのは、例えば自主性のところの見直しとか民主性ということもありますが、中立保持義務を明文化して、そこで組合間に限らず、その義務の履行を求めよということを例えば規定するというのも一つの考え方ですね。

道幸 排他的交渉代表制でも過半数代表ではなくて2割を組織している多数代表みたいなもので従業員を全部代表するとか、組合の強制設立などは、結構いいアイデアだと思っているんです。従業員代表制に対抗



するのは、最終的にはそれしかないんじゃないか。でも過半数ということになればすごく難しいから、2割ぐらいで、ほかの団体がない限りは2割で100%組織できるとか、何かそういう色々なアイデアが必要だと思います。

有田 一定の条件をつけて、自主的に組織化されている労働者が一定、2割なら2割を超えれば、それで全体を代表する者として設置している。

道幸 フランスでは、過半数代表でなくても全体を代表するとしていますね。ただ、そういう文化が日本にはない。

奥田 確かにそうなのですが、実は、最近その点が問題になってきて、「過半数」という条件が非常にクローズアップされているんです。

道幸 民主的とか個人志向的といった発想で多様性という議論をすると、すごく厳格な過半数になる。そうではなくて、今言ったように、問題は、個人に拡散すると使用者の一人勝ちになるわけですね。

少し話はそれるんですが、学生とユニオン・ショップとか色々な議論をして不思議だと思うのは、組合と組合員の間しか考えない。でも、そこで想定している、あまりいい表現ではないけど、大きな敵は使用者なわけですね。使用者の存在を想定すると、個々の労働者の交渉力が分散化すると困るんじゃないか。制度的契約説のときも同じだけれど、どこから出発するかで議論が違う。

奥田 あと、組合と個人の問題では、不利益変更というのが重要になってきたことによる面は大きいと思います。これは諸外国でもそうだと思うのですが、組合が労働条件を上げてくれていたら別に問題にならないけれども、不利益になった場合に、自分が入っていない組合や、あるいは自分の意思で入ったわけではない組合が決めたことなのという議論が出てきて、自分にそれが適用される正統性がそもそもないのではという議論につながってくると思うのです。つまり労働条件などをめぐる状況自体が変化してきているというのも当然あると思います。また、価値観が多様化すると、利益や不利益の考え方も違ってきますので。

道幸 でも本来は、使用者の意向によるわけでしょう。使用者が下げると主張したから組合がそれに賛成したという側面はあるけれども、組合が賛成したから下がっているわけじゃない。だから、どこから話を始めるかによって全然違うんじゃないか。

濱口 使用者からの下げるという圧力に抗しうるかどうかを中心に考えた場合、組合がない場合にはそもそも抗しようがないわけで、むしろ、産業別とか地域的な労組がいかに企業内の従業員代表を支援するかというのを一つ補助線として入れないと、企業の中だけでやっているという話だと、なかなか発言するということまでいかない感じがするんです。

#### \*権限配分

奥田 そうですね。それから、労働契約法制の中で出てきた労使委員会などについて反論的に書かれているのですが、例えば、少し別の視点から考えてみて、ヨーロッパなどでも組合と従業員代表で企業内でも権限配分をしたりしますが、そういう可能性というのは考えられないのでしょうか。権限配分することで、例えば、先ほどの個別と集団についてもそうでしたが、基本的な団交事項というのは、やはり労働組合に優先的な交渉権があるというような考え方ですが。

道幸 従業員代表制があるところでは、権限配分がある部分されています。いわばヨーロッパ型の従業員代表制というのは、産業別組合が一定の機能を果たして権限配分的調整をしているんでしょう。そういう意味では、きれいな形の権限配分よりは、産業別組合が一定の教育的な、全体的な調整的機能を果たすならば、そういう議論はありうるけれど、日本の場合は全く期待できません。もしも従業員代表制を正面から議論するとなると、組合の役割とか、産業別組合の機能とかが前提にならない限りは難しいのではないかと思います。

奥田 従業員代表の権限をある程度制限するという方向であっても、基本的には同じことだというわけですね。

道幸 誰が調整的な権限行使をできるかということですね。今の組合ではできないのではないかと。

濱口 ヨーロッパは非常に強い産業別組合が存在していて、それがむしろ、企業内の従業員代表制を支えているという形になっているので、権限配分とか何とか言わなくても、おのずからレベルが分かれているのに対して、日本は企業レベルに組合があって、しかも、そこからあまり出ないので、従業員代表制をつくらるとなると、権限配分をどうするかという話になってしまう。組合があったとしても、それが使用者との関係で、強さをきちんと出すための、前線と基地みたいな関係の機能があまりないというのが、むしろ問題の根源なのではないか。

道幸 企業別組合が機能しなくなるというのは、全体的に見ると、従業員代表制のアイデアに結びつきます。それはそれでいいんだという議論はあり得ると思うけれども、両者をうまく調整するようなアイデアを現時点で出すのは難しい。むしろ労組法の修正みたいなことを試みて、それでもだめだったらどうするかという問題ではないか。労組法というのは60年間ずっとネグレクトされた問題で、労組法のあり方をこれからどう考えるかというのが必要だと思っています。学界全体の緊急課題です。

## 福井秀夫／大竹文雄『脱格差社会と雇用法制——法と経済学で考える』

### ●紹介

濱口 この著作をなぜ取り上げるかといいますと、一つは、特に福井秀夫氏が規制改革会議の労働タスクフォースの主査として、2007年5月に意見書を出して、これがかなり大きな反響を呼んだということで、日本の労働政策決定の中核に近いところにおいて、色々な意見を言っている人だということ、それから、これは副題が『法と経済学で考える』となっていて、法と経済学という新しいディシプリンでもって労働法にチャレンジしたものだという触れ込みなのですが、しかし、実は特定の立場に立った法と経済学でもって今の労働法制を非難するものになっていて、これこそが法と経済学だというふうに理解してほんとうにいいのかということについては、かなり疑問があります。

この本に対しては、『季刊労働者の権利』でも取り上げられましたし、あるいは『労働法律旬報』でも批判が載ったんですが、その中で、経済学から労働法に対する挑戦状だというような記述がありました。しかし、そういうとらえ方はあまり適切でないのではないかと。本来、経済学にはもっと色々な考え方があるはずなのに、特定のイデオロギーのものだけが経済学で、経済学というのはけしからんというふうになってしまうと、いい意味の労働法と経済学のコラボレーションができなくなってしまうのではないかと。そういう意味で、この本をきちんと批判しておくことが必要ではないかということで、この本を取り上げることにしました。

この本は何人もの人が各章で論文を書いているんですが、中心になっているのは、第1章「解雇規制が助長する格差社会」という福井秀夫氏の論文ですので、

ここでももっぱらそれについて議論したいと思います。この第1章自体、いささか論点が錯綜しているんですが、大きな流れとしては、現在の労働経済学で解雇規制を正当化する議論、これを不完備契約理論といいますが、これに対する批判が中心になっていますので、そこを中心に見ていきたいと思っています。

この不完備契約理論というのは、労働者にとって情報に非対称性がある。つまり、将来起こりうる事態をすべて雇用契約に明記して、その履行を強制するということはそもそもできないという特質があるということから、どうしても雇用契約というのは粗くなってしまふ。そうすると、それにつけ込んで、使用者が機会主義的な行動をする危険性というのが出てくる。それを防止するために解雇を規制する必要があるというものです。これに対して福井氏は、同じく長期継続的な契約である借家契約を取り上げまして、それと同様、雇用契約でも、かなりの部分を契約に記述することは可能であると言います。また、技能というのは他の使用者のもとでも十分生かせることが多いから、解雇規制が情報の非対称性を改善する効果は乏しいと、その効果を否定します。それに対して、解雇規制を導入してしまうと、逆に使用者側にとっての情報の非対称性が高まるという論点を出します。つまり、採用する前は生産性が高いか低いかわからない。これが情報の非対称性です。ところが、採用後、実は生産性の低い労働者だったということがわかって、解雇規制があると解雇できないために、採用する前にあらかじめ生産性が高いと見込まれるタイプの労働者を採用しようとする。その際、学歴がシグナルとして利用されるので、学歴差別が促進されるんだということ、かなり縷々書いています。

また不完備契約理論については、これも労働経済学では、転職すると企業内での教育投資の効果が発揮できなくなるような当該企業固有の投資、これを企業特殊投資というんですが、これがあるから不完備契約になるという理論があるのですが、そんな投資は普遍的ではない。多くは、どの労働者にとっても共通の知識、技能であると言って、その根拠を否定します。また、企業が機会主義的な行動をとるという前提に対しても、そんな蓋然性はあまりない、もしその企業が機会主義的な行動をとるのであれば、雇用契約を完備契約、つまり、起こりうることをすべて書き込んだ契約に近づけるために詳細で客観的な契約条項を規定すればいい

いんだ、それが大事だという言い方をします。

きょうも取り上げられた内田教授をはじめとする、いわゆる継続的契約論についても、たとえ契約が長期継続的な契約であっても、将来の権利義務関係を完全に予測することは可能だというような前提に立って、したがって解雇規制を強制する理由はないんだということを言っています。

それから、もう一方で、労使の非対等性というのは、これは労働法、労働経済学の出発点となる前提だと思うんですが、これについても、そもそも労働市場というのは需要独占や寡占ではなくて使用者間に競争があるから労使の非対等性はないという論理になっています。

さらに、憲法に基づく生存権から解雇規制を論ずる議論に対しては、そんなものは各企業にやらせるのではなくて、国家が失業給付や生活保護で行えばいいというような議論をしています。

具体的な立法論として、これは結構おもしろいところなんですが、金銭解決に対しては極めて否定的でありまして、金銭解決というのは、本来あるべきでない規制を前提としたものなので、ないほうがいいんだけど、しかし、とりあえず、やるのであれば金銭解決でもやむをえないと、妥協的改善策としては認めるという議論になっています。

コメントですが、福井氏は、もともと建設行政が専門で、借地借家法の規制緩和に活躍された方です。それはそれでいいんですが、どうもそのために、雇用契約についても、自分の土俵である借地借家契約と同視するような議論を展開する傾向が見られます。確かに借地借家契約も雇用契約と同じように長期継続契約なんですが、しかし、借地借家というのは人間の意思的行為自体を目的とするのではなくて、単に物的設備の貸借に過ぎないんです。それに対して、雇用契約というのは、日々の人間の意思的行為そのものが契約の目的になっているわけです。つまり、単に長期継続というだけでなく、人間が意思的に行う行為を長い将来にわたってことごとく予測し記述することができるという前提に立っているという点において、彼の議論には大きな問題があるだろうと思います。

あるいは、議論の手法にもいくつか大きな問題がありまして、例えば、企業特殊的技能の問題についても、100%他企業に移転できないような、全くその企業でしか使えないような技能というものはないだろう、か

りのものは企業で共有されるという議論でもって、あたかもすべての技能が普遍的で、転職しても全くロスがないということが論証できたという議論を展開しています。

真実はおそらく中間にあって、非常に企業特殊な熟練から全く普遍的な単純労務までさまざまな技能があるはずですが、100%かゼロかという話で、100%を否定したからゼロだと言わんばかりの、こういうレトリックの使い方というのは問題があるのではないかと。

それから、労使の非対等性について、独占や寡占ではない、競争があるからいいというロジックなんですが、これは外部労働市場で移動可能性があれば非対等性があるというロジックです。ここには、企業内部における権力関係という認識が全く欠落しているのではないかと。経済学でも、例えばハーシュマンの議論では、相手に対して行動を要求する際に、エグジット、退出することによって相手にメッセージを伝えるというやり方とともに、集団内部でボイス、発言することによって変えていくという2つのあり方を論ずる議論というのがちゃんとあるわけなんですが、このボイスという観点が全く抜け落ちている。特に労働関係の場合には、集団内部に非対等性があるわけですから、ボイスをいかに集団的にやっていくかというのが中心的な課題になるはずなんですが、そういう観点が全く欠落しているということにも大きな問題があります。

それから、やや論点は変わるんですが、生存権は国がやればいいという議論は、まさに旧来の福祉国家の発想で、ヨーロッパの場合、国が福祉の面倒を見過ぎたために、今、むしろ「福祉から就労へ」とか「メイク・ワーク・ペイ」という議論になってきているのに、今から全部福祉で面倒を見るつもりだろうか。おそらくそんなことをする気は全くないはずですが、しかし、レトリックとしては、生活保護で面倒を見ればいいというようなことを言っているということも大きな問題だろうと思います。

それから、特に実証性ということで言うと、解雇規制があるから学歴差別の原因になるというような議論をするのであれば、例えば、世界で最も解雇規制が緩い随意雇用原則をとっているアメリカでは最も学歴による差別が少なく、ヨーロッパは解雇規制が厳しいところも緩いところもありますが、それと学歴差別の程度というのはおおむね比例しているとか、少なくとも、どこまできちんとやるかは別として、そういうこ



とを実証しなきゃいけないと思わなければならないのではないかと思うんですが、そういうことはない。レトリックだけで、解雇規制があるから学歴差別になっているのがよくないという議論に終始しています。

総じて、こういうロジックが「法と経済学」だとなってしまうと、経済学的な発想で労働法を論じていくという、本来、豊穡な可能性があるものを、かえって閉ざしてしまう可能性があるのも、大変問題ではないか。そういう意味では、むしろ望ましい経済学からの労働法の分析の例として、矢野誠編著『法と経済学』に入っている樋口美雄教授と山川隆一教授の「労働法」の章が、労働法規制があることによってどういうメリットがあるのか、また同時にどういう問題点があるのかを指摘していて、非常にバランスのとれたものだと思います。

## ●討 論

### \* 不完備契約批判への疑問

有田 不完備契約の理論に対する批判というのは、かなり違和感があります。どうやって記述し尽くすのかというのは皆目見当がつかないし、逆にイギリスの議論なんかだと、使用者は故意に記述しないと。つまり、様式性を求めて一定の条件を明文化しなさいというのを、むしろ使用者は拒絶して、包括的な指揮命令権みたいな形にすることによっていろいろ使えるということで、意図的に使用者のほうやっていない。だからこそ、いろいろな機会主義を抑止する必要があるので労働法規制が必要だという、根拠づけの一つにそういう議論があるんですが、まさしく、では、そういう使用者の機会主義的行動はどうやって抑えるのか、こういう議論から、そういう答えは全く出てこないような気がするというのが、まず気になりました。

道幸 使用者は機会主義的行動をしないけれど、労働者はするという前提です。保障すると労働者は必ずサボり、生産性が落ちるとは言うけれども、生産性の判断をどう考えるのか。どういう教育をするかによって生産性が違うから、労働者サイドだけの問題ではないというのが一つと、もう一つは、能力がないということになると、本論文では解雇しか考えてないけれども、例えば配転とか処分とかの選択もできる。つまり、大学卒だけれど昇進させないとか、多様な労務管理の手段があって、解雇はその一つに過ぎない。だから、解雇だけに着眼して、そういう議論をするのは、企業

の持ついろいろな機能を全部無視して、それが経済学だということになれば、結局、企業サイドのリスクはないということなんでしょう。リスクがあった場合、だめだったら排除すればいいとの考えです。

有田 でも、それでは志気が下がって生産性は上がらないですね。

濱口 志気とかそういうもので物事が変わるというイメージがないんです。基本的に借家契約がモデルなので。つまり、何で全部書き出せると思うかという、ふすまを破ったらどうだとか、じゅうたんを汚したらどうだとか、そういうことをあらかじめ全部書き出しておく。つまり、モラルハザードとして考えているのはそういうことであって、労務を提供する過程でどんな中身が膨らんでいくというイメージで雇用契約をそもそもとらえていない。だから、例えば採用してみたら生産性が低かったというのも、あたかも、契約して入居してみたら、とんでもない部屋だったというような、大変固定的、静態的なイメージでもって雇用というのをとらえているんだと思うんです。

道幸 そこが一番、実態に合っていないと思います。

奥田 先ほど有田先生が、不完備契約論との関係でイギリスについておっしゃいましたが、フランスの場合でも、明確化された契約上の条件については同意がないと変更できないということが裁判例でも厳しく判断されたりして、使用者が契約書に細かいことを明記しないということと言われています。ただ、日本の場合は、契約で書いてあっても変える手段は結構色々認められているので、私はそれが決まっているとは思いませんが、その状況においてはこういう前提が成り立つのかなという疑問がまずあります。

それと、ごく率直な感想ですが、この論文で書かれている内容の前提には、実際に誰が本当に想定しているのかわからないような前提があるように思います。したがって、そのような前提をもう少しきちんと実証してほしいというのがあります。つまり、そのような前提から理論を展開されても、前提自体に大きな疑問が生じるので先に進めないというか、内容に対する批判に行き着かないという気がします。

道幸 法学ではとりわけそうかもしれませんが、議論というのは、立場の違う人を前提として、どう説得するかです。その点、同じ立場の人同士で盛り上がっている議論という感じがして、いわば視点を変えて考えたことがあるのかなというのが一番疑問ですね。

濱口 ただ、現実にかような考え方が規制改革会議の中で、どんどん出されてくるということを考えると、ばかげているから、こんなものは無視していいということではなくて、批判すべきところはきちんと批判しておかなければいけないでしょう。

\*労働法的発想との違い

有田 経済学は経験科学だという以上、データで実証しないと、言っていることの正当性がなくなってしまうのですが、実証がないですね。イギリスなどで最近よく議論されているハイパフォーマンスという考え方では、かような知識基盤型の経済社会になると、労働者からいかに協力を得て、自発的なアイデアを出して生産性を高めるかというのが求められている。それに対して、何かあればすぐに解雇してしまうというこの議論では、労働者がどうやって協力しようという気持ちになるのか。対象、契約の相手方というのを、物扱いして、人として見ていない。契約が何を目的とした契約になっているのかということが全然理解されていない。このやり方で効率性が高まるということになるかという、おそらく論証できないと思います。

濱口 入ってから能力が高まるということは全然考えていないんです。入る前の段階でハイパフォーマンスかローパフォーマンスかは所与で決まっている。そのハイパフォーマンスの人間を入れたいのだけれども、解雇規制があると、つい間違っただけでローパフォーマンスを入れてしまったときに首が切れないから困るということです。

有田 単純な論理ですね。

濱口 だから、これは実に典型的な単純労働モデルで、例えば山谷で連れてきた人が1日にどれくらいのものを運べるか。ある人は50kg運べるけれども、ある人は20kgしか運べない。50kg運べるとしたら実は20kgだった、これは失敗したと、その程度のものでした。

有田 でも、例えばかような労働内容であっても、経験により、色々なテクニックを身につけて、今までだったら20kgのものしか運べなかった人が30kgのものを運べるようになるのか。

道幸 かような発想ではなくて、次の日、50kg運べない人は全部やめてもらう。それで次に50kg運ぶ人を採用する。

有田 想定している労働市場の認識がかようなことだということですね。

道幸 労働市場とか労働契約とか、かようなのをどう考えるかという議論がない。だから、生産性というのは、あるパターンの生産性しか考えていないと思います。

奥田 先ほど濱口先生が労働立法への現実の影響ということをおっしゃいましたが、立法の制定や改正を行う場合、従来の立法のどこに問題があったのかということや、どこが現実合っていないのかということなどが、基本的にある程度のレベルまでは実証されて、だからかような結論が導き出されるはずだと思っております。もちろん、最近、かようなことが必ずしも立証されているとは思えない場合もありますが。この点で、立法の前提となる事実ということであれば、解雇規制が厳しいから使用者が人を採らないという見方は、すでに以前から否定されてきていますよね。したがって、どこに実証性を求めていくかというときには、経済学のいろいろな主張と比較して見ていく必要があると思っております。

濱口 いえ、労働経済学の中では、むしろ解雇規制があるほうが企業は安心して教育投資をして、上がった生産性を回収するとかような議論もあるわけですから。

道幸 ちょっと今の議論とはずれるんですが、この本を読んで感じたのは表現とかプレゼンテーションに不自然なところが見受けられます。例えば「学歴やコネ、企画力がなくても誠実に努力する大多数の日本の若者」とか、倫理的な議論を入れて、経済学とは全然関係のないような表現の仕方がところどころ出てくるんです。

濱口 そここがご自分の特性なんだろうと思うのですが、本来経済学的に分析すると、学歴による異なる取り扱いというのは、その人間のそれまでの技能に対する投資に応じたものであって、もちろん若干のずれはあるかもしれないけれども、学歴に基づいて異なる取り扱いがされるのは、効率性から見るとむしろ望ましい。多分、通常の経済学者だと、かようなふうに言うと思うんです。雇用差別の議論でも、性や人種と異なる学歴自体は差別とはされないですね。もちろん、性や人種が学歴を左右しているという議論はあるわけですが。なぜか福井氏の場合、学歴だけが、天下り的に倫理的な批判の対象になる。そして、解雇規制で守られているのは既得権を持つ中高年層であり、中高年層がそこにいるから入れないのは弱者だと、妙にそこ

だけ倫理的な価値判断が入り込んできているんです。

道幸 だから、誠実な人は悩んでいるんだとか、あまり関係ない話です。

\*「格差社会」のとらえ方

奥田 この本のタイトルは「脱格差社会」ということなのですが、「格差社会」というのが結局、一部の保護された労働者だけが重視されて保護されて、それ以外の人たちが正社員じゃないから排除されているので、そこを変えていくべきだというのがここでの考え方なのですね。

道幸 普通、格差社会というのは、労働者相互の格差の問題じゃないわけでしょう。

有田 社会の中での全体の階層の格差なんですよ。

道幸 全体です。しかし、ここで検討しているのは労働者相互の格差だけなんです。

濱口 だから、労働者がすべて等しく権利がない存在であれば、労働者内部に格差はないと。労働者と経営者との間に格差があったとしてもそれはいけない格差ではないと。

有田 あるべき格差であって。

濱口 というか、それはそもそも格差と見ない。

有田 これが正常な関係だよ。

道幸 だから、格差社会という位置づけ自体もやや特殊だということですね。

有田 労働者の中における格差がある種、平準化でならしていったら、脱格差にしようという議論ですね。

奥田 従来からの既得権を保護しなければ平等になるということですね。

濱口 要するに、けしからん既得権を剥奪することによって、みんな権利のない存在になれば……。実際はまさに不完備契約であるがゆえに、いろいろな教育訓練を受けることで生産性が高まっていくという面があるわけですが、あたかも、一見、使用者に有利な議論をしているように見えて、実は使用者側から見ても、そんなことをされたら、企業を支える中核的な労働者がいなくなってしまうので困ると言うたぐいの議論になっているんです。非常にパラドキシカルだと思うのは、ほんとうは使用者から見たら、福井氏の言うことがそのまま現実になったら困るような議論が、言い回しはあたかも「労働者の利益にもなる」という言い方になっていますが、さすがにそれは論外としても、いかにも使用者側にとってはいい議論であるかのような形で提起されて、ある程度まかり通っているというこ

と自体も実は結構問題だと思うのです。だから、労働者の利益に反するというだけではなくて、これは実は労使双方の発展的な利益にとっても望ましくないんだということをきちんと提示しておく必要があると思います。

## さいごに

有田 道幸先生が冒頭まとめられたところで述べられていたように、この3年間の労働法学の研究業績には、労働契約法制の立法化の動きなどを契機として、立法論を展開するもの、あるいは立法論を視野に入れた解釈論を展開するものが多かったように思います。この座談会で取り上げた論文の中でも、そうしたものが多かったように思われます。

労働法学におけるこうした議論動向は、その契機となる労働立法政策の大きな動きと、それを突き動かす社会・経済・政治状況の大きな動きは今後も続くことでしょうから、これからもやはり同じく続いていくものと思われます。そのような今日のわが国の状況は、労働法学に、労働法規制の目的、根拠、手法についての新たな理論構築を求めているように思われてなりません。今日の座談会で取り上げた論文は、そうした理論構築にとって必要な各論的な、あるいはその部分をなすような研究成果ではないかと思えます。そうした研究成果の蓄積を踏まえて、労働法規制の目的、根拠、手法についての新たな理論構築を目指した研究成果が、次の3年間に出現することを期待したいと思えますし、私自身もそのために研究を重ねていきたいと思えます。その際、法律学や他の社会科学における隣接分野との議論のやり取りが、うまくなされる必要があるとあらためて感じました。

奥田 学会展望の座談会は2度目の参加になりますが、対象論文についての検討と、そこで論じられている問題自体についての検討と、議論の仕方はやはり前回と同様に難しいと思いました。

また、今回は民法学の論文と経済学の論文も検討対象とすることになったのですが、このように他分野で労働法領域の問題が取り上げられてくる一方で、労働法学からの積極的な議論の取り組みというのは必ずしも多くは見られないようなので、今後さらに議論を深める必要があるのではないかと思います。

最後に、検討対象論文を選択している過程では、若



手や中堅の論文が少ないという指摘もありましたので、耳の痛いところですが、自戒も込めて、さらなる頑張りが必要だと思っています。

濱口 いささか挑発的な言い方になるかも知れませんが、労働法における契約論的発想の弊害が露呈されてきた時期であったのではないかと感じています。こういうことを言うと、せっかく労働契約法が成立したのに、何を時代遅れなことを言っているのだと言われかねませんが。

労働法の世界におけるここ数年来の流行は、契約原理という市民社会のルールに基づいて労働関係を規律すべきという考え方だったように思われます。大変皮肉なのは、労働契約法の制定過程において、労働政策審議会が労働側委員までもがそういう主張を繰り返したことです。しかし、そういった民法の私的自治原則にのみ立脚して労働関係を構成するならば、労働者の利害の共通性に立脚してその労働条件を集团的・齊一的に規律しようとしてきた労働法独自の労使自治原則は否定されてしまいます。民法学からも集团的・制度的契約という考え方が提起されてきている中で、労働法学があらためて再検討すべきは、一方的決定ではなく労使対等決定が確保された制度的契約のあり方という方向にあるように思います。

本日の議論でも指摘されたように、労働契約法の議論がうまくいかなかった最大の原因は、集团的労使関係法理への目配りが欠如していたことであると考えれば、これからの労働法学の課題は、憲法上自発的結社と位置づけられている労働組合という装置と、職場のすべての労働者の利益を代表するべき従業員代表

という仕組みを、いかに整合的に制度設計していくかにあるのではないのでしょうか。労働条件の変更問題だけでなく、非正規雇用や解雇など多くの個別的と思われている労働問題に対しても、集团的アプローチがあらためて検討される必要があるように思います。近年、集团的労使関係は研究者に人気のない分野ですが、取り組みれば様々な成果が期待される豊富な分野ではないのでしょうか。

道幸 全体的な印象として、判例解説中心の手堅いテキストが多かった割に、新たな視角を学界に提示する本格的な論考が少なかったことが残念です。ロースクール化の影響でしょうか。同時に、労働契約法等の立法をめぐるでも、立法化のその時々々の報告書とか構想に追随した解説的な論文が多く、この点においても徹底的に論争するチャンスが十分に生かされなかったといえます。特に若手(?)研究者の沈黙が気になるところです。またこの座談会は学界展望を目的にしていますが、展望が困難なことも痛感しました。

(2007年12月11日：東京にて)

ありた・けんじ 専修大学法学部教授。主な著作に『失業と雇用をめぐる法と経済』(共著、成文堂、2003年)など。

おくだ・かおこ 京都府立大学福祉社会学部准教授。主な著作に『ベーシック労働法(第2版)』(共著、有斐閣、2004年)など。

どうこう・てつなり 北海道大学大学院法学研究科教授。主な著作に『労使関係法における誠実と公正』(旬報社、2006年)など。

はまぐち・けいいちろう 政策研究大学院大学教授。主な著作に『労働法政策』(ミネルヴァ書房、2004年)など。