

学界展望

労働法理論の現在

— 2008～10年の業績を通じて —



京都大学准教授
小畑 史子



立教大学准教授
竹内（奥野） 寿



九州大学教授
野田 進



専修大学教授
有田 謙司

はじめに

野田 本日はお集まりいただきましてありがとうございます。それでは2010年の「学界展望：労働法理論の現在」座談会を始めたいと思います。

この座談会では2008年から2010年の労働法研究者を中心とする論文を収集した上で学界展望ということで論じるわけですけれども、この3年間の学界動向の印象をごく簡単に触れておきたいと思います。

総論的に申し上げますと、まずは、やはり労働契約法が施行されて、その上でその評価について論じる段階に至ったというのが1つあると思います。2つ目に、労働者派遣とか有期労働契約などのいわゆる非典型雇用についての問題が明確になってきたことで、法改正や立法が具体的に論じられるような段階に至った。3つ目は、集団的な労使関係法の分野に目を転じますと、これまで議論されてきたところですが、労使関係法の改革の課題がいよいよ山積して、基本的な立法枠組みを含む抜本的な改革を議論すべき段階に至ったことです。

これらを通じて、労働法の規制枠組み全体を再考する必要が生じてきているという状況になっているのではないかと思います。

こうした問題認識を踏まえて、どういう方針で私どもの議論の対象になる文献を集めたかということですが、まず、テーマは前回の2007年下半期以降の学界の議論のトレンドを考慮しながら選定しました。ただ、各テーマごとのいわば論文ベストテンのような観点で選定したのではなくて、学界の議論を展望する上で象徴的な、あるいは重要な文献を選定した、そういう観点から集めています。

選定論文以外にも、非常にすぐれたものもあるんですが、議論の土台を共通にするために、外国法とか比較法研究を中心とした論文、それから、判例評釈など個別の裁判例に焦点を合わせた論文については取り上げないことにしました。

なお、さらに1点申し上げておきますと、このように問題が山積しているわりには、どうも学界の議論が一部の論点に集中したり、一部の研究者の議論に偏重したりしているという感じがありません。そういう意味では、やや議論が低調であるという印象も前提としては持っています。

それでは、総論から各論という流れで議論に入っていきたいと思います。

I 労働法のグランド・デザイン

●紹介

①水町勇一郎・連合総合生活開発研究所編『労働法改革——参加による公正・効率社会の実現』

有田 まず『労働法改革』という本の中の総論に当たる1章、2章を取り上げます。ここは水町先生が担当された部分です。この2つの章というのは第1部の総論部分で、第1章では労働法の歴史的動態、それから新たな理論動向を踏まえながら日本の労働法に内在する問題点を指摘し、第2章では理論的に一貫性のある形で労働法全体の改革案、すなわち労働法のグランド・デザインを提示するというを試みています。

第1章ですが、大量生産・大量消費型の工業化社会において形成・発展してきた旧来の労働法が、近年の社会の複雑化・グローバル化の動きに対応できなくなってきたために、労働法は世界的に大きな変革の時を迎えている、こういった認識のもとに、これらの変化・改革の基盤にある新たな法理論として注目されている、ヨーロッパで提唱されている「手続的規制」理論とアメリカで提示されている「構造的アプローチ」を検討した上で、これら2つの理論に照らして日本の労働法制の現状について考察し、労働法改革に向けた方向性が示されています。

「手続的規制」理論については、次のように説明されています。これまでの労働法規制のモデルは、スタンダード化された規範、すなわち「効率的市場」とか「社会的規範」というものが問題状況の外でア priori に設定され、これが一律かつ自動的に適用される点、すなわち規範の外部性・画一性と呼ばれています。そういった根本的な問題点のゆえに、現実が生じている複雑で多様な問題に十分こたえるものとはなっていない。その認識のもとで、そうした問題への対応を可能とする新たな規制モデルとして「手続的規制モデル」を提唱するというものです。このモデルは、実態的・抽象的規範をア priori に設定することを避け、従来のような固定化された当事者による閉鎖的な交渉、例えば労使による集団的交渉ではなく、問題にかかわるすべての当事者に、空間的・内容的・時間的に広く開かれた交渉において、柔軟な交渉、これを

「内省」と呼んでいますが、これが行われることによって問題の認識解決が図られるというプロセス（「手続」）自体に「合理性」を見出すものだと。ここは少し疑問があるのですが、後でコメントします。

そして、手続的規制理論は、法によって手続的合理性、すなわち論証的相互作用を制度化し、制度的に制御・調整を図っていくことが重要であると主張しています。そこで、手続的規制を制度化するための当事者への義務の設定、具体的には、関係当事者に広く情報を公開する義務、それから公開された交渉を行う義務、問題の解決案のみならずその案がもたらす諸効果をも含めたシナリオを提示・説明する義務、決定後もその決定の調査・評価を行う義務といったものと、これらの義務のもとで問題の認識・解決が図られることを援助・誘導するための制度的措置・資源の提供という手続の枠組みを設定する役割を国家が担うことになります。

さらに国家は、法律によって基本目的・原則を定める役割を担います。当事者は、これらの基本目的・原則を遵守しつつ具体的な交渉を行っていくこととなります。そうして、裁判所の役割は、法・権利の内容を実体的に確定することから、当事者が法の目的や基本的人権を尊重しつつ十分な議論を行ったかをチェックする方向へと変化していくべきものとします。

次に、「構造的アプローチ」ですが、これは、旧来

のルール強制的アプローチでは問題の根本的な解決が得られない事態を招いており、当事者にとってもコストの高い状態が続いてしまうとの認識のもとに、まず、職場において実効的な問題解決のプロセスを構築することによって使用者が法的責任を免れる可能性があること、あるいは十分な取り組みをしていない使用者に法的サンクションを課すことを裁判所が法原則として明示し、使用者に実効的な問題解決のためのインセンティブを与えること、第2に、弁護士や人事労務コンサルタントなどの専門的機関が構造的な問題解決の先進的な事例の収集・分析を行い、企業の実効的な取り組みをサポートする情報ネットワークを形成していくこと、第3に、法と企業との間に入る仲介者が情報を共有し、実効的に機能し、第三者にその仕事を評価させ、みずからが仲介的役割を担うコミュニティで情報ネットワークを形成・発展させていく事が促されるように政府がこれを支援・推進すること、以上のような法的・制度的なインフラの整備を進めていくことによって、複雑・多様化した今日の問題を構造的に解決していくための社会的基盤が形づくられることになると主張します。

この2つの理論は、労働者と企業、社会そして国家が問題の発見・解決・審査のプロセスの中で相互に有機的に作用し合いながら、多様化・複雑化する問題を内発的・文脈的に解決していくことを促そうとするア

◎検討対象著作・論文

水町勇一郎・連合総合生活開発研究所編『労働法改革——参加による公正・効率社会の実現』第1・2章、日本経済新聞出版社、2010年
唐津博「労働法パラダイム論の現況と労働法規制の多元性」『労働法律旬報』No.1700、2009年
石田眞「労働市場と企業組織——労働法学からのアプローチ」早稲田大学21世紀COE叢書企業社会の変容と法創造 第6巻『労働と環境』第1章、日本評論社、2008年
毛塚勝利「労働契約法の成立が与える労使関係法への影響と今後の課題」『季刊労働法』221号、2008年
石田信平「労働契約法の『合意原則』と合意制限規定との衝突関係——労働契約法は契約当事者の利益調整だけを目的としているのか」『日本

労働法学会誌』115号、2010年
土田道夫「『労働組合法上の労働者』は何のための概念か」『季刊労働法』228号、2010年
田端博邦「不当労働行為制度と『労働者』性覚書——新国立劇場事件中労委命令を手がかりに」『月刊労委労協』635号、2009年
竹内（奥野）寿「労働組合法上の労働者性について考える——なぜ『労働契約基準アプローチ』なのか？」『季刊労働法』229号、2010年
山川隆一「労働者概念をめぐる覚書」『月刊労委労協』651号、2010年
櫻庭涼子「高齢者の雇用確保措置——2004年法改正後の課題」『労働法律旬報』No.1641、2007年
山川和義「高齢者雇用安定法9条1項違反の私法上の効果」『日本労働法学会誌』114号、

アプローチと言えます。

そして本書は、このような理解のもとに、社会的に「公正」で経済的に「効率的」な社会を当事者の「参加（集団的なコミュニケーション）」によって実現しようとする、そうした2つの理論を融合させた新たな法システムのモデルによって日本の労働法の課題と改革の理念を提示するというものになっています。

そこで、この新たな理論モデルに照らして本書はまず第1に、これまでの日本の共同体的コミュニケーションに内包されていた問題（閉鎖性・不透明性）を克服するために、多様な意見を吸収・反映できる「開放的」で「透明」なコミュニケーションの基盤づくりを促していくこと、第2に、日本の労働法規のあり方として、これまでの「行政」規範、すなわち事前の画一的な規制という性格を、「裁判」規範（事後的で柔軟な規制）に改めていき、当事者の主体的な取り組みを重視した「手続」的な法にシフトさせていくことが今後の課題とされています。

以上のような課題設定から、第2章では、労使関係法制、労働契約法制、労働時間法制、雇用差別禁止法制、労働市場法制の5つの分野について具体的な改革案の提言を行っています。

まず、労使関係法制についてですが、これについては、第1に、多様な労働者の意見を反映できる分権的なコミュニケーションの基盤を構築すること、第2

に、地域や産業の特性を反映できる労使交渉システムの基盤を構築することを提言しています。

次に、労働契約法制については、第1に、労働契約法の内容の豊富化を図ること、第2に、労働契約法・労働審判の中に集団的コミュニケーションの視点を取り込んでいくことを提言します。

続いて労働時間法制については、まず第1に、長時間労働問題への対応を図ること、第2に、労働者の多様化、すなわち法と実態との乖離に対応するために法制度の整理・再編を図ること、第3に、健康問題への組織的対応（予防）を図ることを提言しています。

そして次に、雇用差別禁止法制については、第1に、現行法制を抜本的に見直し、包括的な雇用差別禁止法を制定すること、第2に、雇用差別を実効的に解決していくための法的基盤を整備することを提言しています。

最後に、労働市場法制については、まず、労働者派遣、業務処理請負等の定義・区分を明確化し、実態に応じて法を適用するという観点から法制度を整理・再編すること、第2に、雇用形態（契約形態）に対して中立的な法制度となるよう制度設計をすることを提言しています。

以上が水町論文の内容の説明です。

まず思うのは、これまでの学説において提起されてきた労働法理論、あるいはグランド・デザイン、これ

2009年

川田知子「『有期労働契約研究会中間取りまとめ』を読んで」『労働法律旬報』No.1722, 2010年

萬井隆令「労務提供に関わる三者間関係の概念について——労働者供給・派遣・出向の概念と相互の関連」『日本労働法学会誌』114号, 2009年

山田省三「障害者雇用の法理——その基礎理論的課題」『季刊労働法』225号, 2009年

野田進「労働委員会制度の再編に向けて——『労働委員会法』構想とその概要」『月刊労委労協』648号, 2010年

《参考》

菅野和夫「労働契約法制定の意義——『小ぶり』な基本法の評価」『法曹時報』60巻8号, 2008年

山下昇「継続雇用制度とその対象となる高年齢者に係る基準をめぐる法的問題」『日本労働法学会誌』114号, 2009年

柳澤武「高年法の雇用確保措置をめぐる新たな法的課題」『日本労働研究雑誌』No.589, 2009年

小宮文人「有期労働契約の拘束・保障機能と自動終了機能の相克——判例法理を中心として」『季刊労働法』223号, 2008年

竹中康之「障害者雇用保障法制の現状について——障害者雇用保障法制の新局面についての分析・検討の準備作業として」『修道法学』31巻1号, 2008年

菅野和夫「労働委員会制度について考える」『月刊労委労協』637号, 2009年

らでは一体なぜだめなのか、なぜこのグランド・デザインでなければならないのかということについても少し説得的な議論の提示というものがあってしかるべきではないか、ということが第1点です。

それから2点目は、この提言がその基盤として置いている理論的な背景として、異なる2つの理論、手続的規制と、それから構造的アプローチ、これを融合した上で日本の労働法規制のあり方を変えるような提言をするということですが、理論的な背景が異なるものとして出されてきているものをそう簡単に融合して考えるといったことが果たして妥当なのかどうかということなのです。

3点目として、議論の前提となる労使間のコミュニケーションの基盤についての認識が、果たしてリアルなものと言えるのか。とりわけ日本の場合には、その圧倒的多数が中小企業で働く労働者で、そうした中小企業の労使関係といったことを前提に大きな立法的改革を提言されているということを考えますと、リアリティーの面でどうだろうかという点に疑問を感じました。

4点目として、この全体の改革の提言の方向性が、裁判規範の側面に偏り過ぎていてのではないのか。労働法の行為規範としての側面をどのように考えるのか。行政的規制みたいなものが大幅に後退するようなことが主張されていますが、果たしてそういう議論でいいのか。

最後に5点目として、そもそもここで鍵概念として出されているものの1つの公正、公正と効率ということの両立を図るということで主張されているのですが、ここで言われている公正の中身はどのようなものなのか。それについては実は具体的なことがこの中で述べられていない。この後取り上げる唐津論文では、むしろこの公正をどうとらえていくのかというのが大事だと主張されていて、私もそのように思います。

● 討 論

* 労使関係・労働者代表制

小畑 まず労使関係への提言についてですが、これはこれまでの学説でも多少は意識されたことではあるけれど、ここでは企業の外部にいるアクターというか、そういう人たちの意識して議論がされている、つまり、労と使と政府というだけではなくて、企業を取り巻くさまざまなアクターというものを考慮に入れて

構想している、そういうところが1つの特徴かなと思いました。

野田 例えばフランス法では、解雇手続の中で、使用者と話し合いをするときに、個別的解雇の場合でも、立会人を連れてくることができる。また、フランス語では労働者助言員 (conseiller du salarié) というのですが、自治体のリストに登録している大学の先生とか、労働組合の幹部といった人をあっせん人に呼ぶこともできるという仕組みが法律上あるわけです。水町さんはフランス労働法を研究しておられるので、おそらくそういうことを意識して言われているのだろうと思います。

それから、手続化という議論も、随分フランスのシステムを意識されているという印象を持ちました。フランスの経済的解雇の場合、労使の間で雇用調整計画を立てることが義務づけられていて、その計画にしたがって雇用調整をしていく。その決定に違反したら解雇は無効という判例もあります。日本の雇用対策法という計画とはかなり異なっていて、手続が実体法に反映する仕組みを持っている。このあたりがおそらく水町さんの発想の背景にはあるんじゃないか。企業の外の第三者というのも、同質の考え方かなと思いました。

竹内 私は、公正とは何かという点に関心を持ちました。この点、水町論文では、当事者の参加が公正の実現につながると主張されているわけですが、この参加が何かということが明らかにされる必要があるのではないかなと思いました。特に、水町論文では、労使関係法制に関して、事業場・企業レベルの労働者代表制が提言されていますが、そこにいう参加がどれほど内実のあるものなのか、未だ十分には明らかにされていないと思いました。日本では企業別組合が主流であることを考えると、事業場・企業レベルの労働者代表制を構想する場合、権限の分配を考えなければいけません。水町論文では、労働契約の内容の決定・変更については情報提供や協議にとどまるとされています。そうだとすると、基本的に労働条件の決定についての権限は、組合に留保されているとの印象を受けます。

参加ときくと、労働条件を決定する際に、労働者もその決定過程に参加して関与していくことが思い浮かびますが、水町論文では、どちらかといえば、共同で決定していくというよりは、使用者が労働条件を決定することを前提にしつつ、そこに、労働者側も若干タッチをするといった程度のものにすぎない気がしま

す。そう考えると、参加の内容については、もう少し詰めて検討する余地があると思いました。

有田 コーポレートガバナンスと労働法についての議論の中で、労働者がコーポレートガバナンスの中でどういう位置づけを与えられ、その中でどういう形で参画できるのかということが議論されていたと思うのですが、ここでは例えばそうしたものを考えているのか。従業員代表制といったときにどんな位置づけのものが制度的に構想されるのかといった議論と切れているというか、このあたり何かずれがあるように感じました。さっき野田先生がおっしゃったように、やはりフランス法的なバックから日本をみている部分が強いのでしょうか。

野田 日本では、ステークホルダー論のような高尚で抽象的なものはなかなかイメージが難しく、もっとリアルなこれに近いものという、現状では高年齢者雇用安定法9条にいう継続雇用の労使協定があたりまえかなと思います。高年法9条では、原則全員が雇用される制度にしなくてははいけないけれど、協定を結ばば別の基準を立てていいと、そういう流れで協定締結をいわば政策誘導しているわけです。使用者としてはとにかく何らかの制度はつくらなければならず、労働者としても継続雇用制度はあったほうがいいですから、そういう労使協定をつくるように上手に仕掛けができています。ここで言われているのは、このように労使の自主的な手続の枠組みをまず法がつくって、中身は自分たちで決めさせる、そういう決定システムに近いのかなという印象を受けました。

ただ、労働組合との関係をどうするかという問題はやはりあって、例えばブックローン事件（東京地判平22・2・10 労判1002号20頁、東京高判平22・9・9 判例集未登載）では、過半数代表者との間で継続雇用に関する労使協定ができたけれど、少数組合がそれに対して申し入れた団交を使用者が拒否することが不当労働行為にあたるということが認められました。少数組合との団交を認めると、それにより過半数代表者との協定の上に同一事項で協約ができるという妙なことになってしまいます。このように、労働組合との調整が必要というのはその通りなのですが、言うは易しで、実際の紛争のなかでシステムとして落ちつかせるには随分いろいろな手当が必要なんだろうなという気がします。

竹内 野田先生が指摘された継続雇用制度では、制

度が設けられて継続雇用への道が開かれることについて、労働者側も利益が大きいと思うのですが、労使協定が、例えば、時間外労働のように、労働者の不利につながりうる規制の解除の機能を果たす場面では、労働者代表がどういう関与をするかの設計は、さらに慎重に考えなければいけないと思います。

*手続的規制

有田 手続的規制にシフトしていく基盤が今の日本にあるのかという点についてはいかがですか。私は、日本は実体法レベルでまだルールが明確でないものがたくさんあって、ほとんど法化は進んでいないと思うのです。この提言の中でも、確かに一方では実体的ルールの充実も必要だとはいいますが、全体的にはやはり手続的規制に軸足を移していこうと言っていて、今の日本の状況で、こういう方向性に果たして現実味があるのかがずっとひっかかっています。皆さんはいかがですか。

竹内 一応関連すると思いますが、私は、アメリカの「構造的アプローチ」が、どれだけここで提言されているグランド・デザインに生かされているかがややよくわかりませんでした。

ヨーロッパの手続的規制論は、労働者が手続に参加することそれ自体に意義があるということだと思えますが、「構造的アプローチ」では、専門的な知見を有する外部の第三者が参加することで、複雑な問題への対応を企業内部だけのものとするのではなく、いわば、社会におけるグッドプラクティスにつなげ、その知見を次の問題解決に生かしていく点に、要するに、労働者・使用者以外の第三者の関与に、一つのポイントがあるのではないかと、思います。

水町論文が「構造的アプローチ」について依拠しているSusan Sturmの論文は、雇用差別についてのものですが、水町論文では、労働者代表制、労働契約法制などでは第三者の関与について触れている一方、雇用差別禁止法制ではこれについて触れた箇所が見つからず、その点では、「構造的アプローチ」がこのグランド・デザインにどう生かされているのかがややよくわかりません。

そして、この第三者の関与との関係で、日本では、このような第三者たりうるNPO等の活動は、市民運動についての歴史・文化的基盤を有するアメリカと対比すると、まだまだ未熟で、それゆえ、グランド・デザインの「構造的アプローチ」の側面の現実味につい

ては検討する余地があると思います。第三者を関与させることを前提に、社会においてそのような存在をどう育てていくか。この点についての社会的基盤は日本ではまだ十分ではないのでは、と思います。

小畑 外部のアクターが成熟していかないと、効果的なよい影響を生まないということはもちろんそうですよね。

*労使協定と団体交渉

小畑 それから別の論点で、労使協定と団体交渉についてですが、この提言の構想では、派遣とか請負、つまり当該事業場で就労する他企業に雇用されている労働者は労使協定のほうだと考えていますよね。ただ団体交渉権が憲法でしっかりと保障されている日本の現状では、その事業場で就労する他企業に雇用されている労働者は労組上の労働者として団交権の中に吸収していこうという発想の議論もあるので、そのあたりどういう議論になるのかなというのが非常に興味があります。

野田 そういう団体交渉も含めてコミュニケーションということできくろうとしているのではないのでしょうか。大企業中心にですけれども、日本でも労使コミュニケーションそれ自体は発達している。企業やグループ企業内ではさまざまなレベルで組織ができていて、実際かなりの程度機能していると思うんです。ですから何か外側から借りてきてつくるのではなくて、こういうものを上手に発達させていくということはあるかもしれない。

ただ、中小企業はどうかということになると、そういうものを同じように自主的につくりなさいといってもこれはなかなか難しいですよ。

有田 私が疑問なのは、果たして行政の関与をなくして、一気に司法で実効性を全部確保するという方向に持っていきけるのか。例えば、裁判件数も日本はヨーロッパと比べて2けた違います。アメリカとかヨーロッパの議論を持ち込んで、さきほどの2つの理論の融合で日本を見て考えるというけれど、そもそも基盤がかなり違うのではないかと。そこをどうもっていくのかという議論がもう一つその前に要るのではないかと気がしたのですが。

*水町論文の意義

野田 少しまとめに入りたいと思いますが、私がこの論文を読んでいて基本的にずっと気になったのは、なぜ欧米ばかりに目が向いているのかということ

す。ない物ねだりを言わせていただきますと、大きなパラダイム論をするときには韓国とか中国といった東アジアにもこれからは目を向けないといけない状況になっていると思うので、そちらのほうにもアンテナを張ってほしい、そういう視点も少しあってもいいのかなと思いました。

竹内 私は、水町論文で言及されている Susan Sturm の議論や Cynthia Estlund の議論が、アメリカでどう位置づけられているかの説明があれば、より説得的なものになったのではないかと思います。これらの議論については、アメリカで様々に議論されているはずで、そういったことが説明されていると、日本について考える際にもより議論が発展すると思います。

野田 小畑さんはいかがですか。

小畑 おもしろいアイデアがいっぱい出てきたなという感想です。労働者の自己決定権とか、労働時間のことなど、それだけとりだしてみてもおもしろい発想や提案がたくさんありましたね。

竹内 水町論文を含むこの本自体、労働法の学者のほかにも、経済学者、法社会学・法哲学の学者、実務家といった様々な分野の人によってできあがっている学際的なもので、この点が、今小畑先生がおっしゃった斬新なアイデアが出てきた一因ではという気がします。労働法の枠を超えて、いろいろな分野の人がまとめあげる研究は、今後も期待されると思います。

有田 確かに具体的などころではいろいろなアイデアが豊富でおもしろいです。ただ、トータルに見たときに、どうしても何か日本の現状とまだしっくりこないような。細かい点でなるほどと思うところは確かにあって刺激的なのですが、先取りし過ぎているのではないかという気もして。現実を引っ張っていくにしても、まだ大分距離があるので、これを受けている我々としては、もう少し細かい具体的などころから積み上げてこの距離を埋めていくという作業が必要なのかなと思います。すごく刺激的で、おもしろい論文であったと思います。

●紹介

②唐津博「労働法パラダイム論の現況と労働法規制の多元性」

有田 これは、今まさに労働法のあり方、あるいはさらに言えば労働法の実存根拠それ自体が問われているという認識のもとに、労働法の意義・目的及び労働

法の規制のあり方について検討された論文です。

まず、労働法の意義・目的をめぐる新たな労働法パラダイム論としてサポート・システム論、自己決定論、ワーク・ルール論、キャリア権論を紹介しています。それから、先ほど来議論になっている「法の手続化」論も検討して、これらの検討から、まず第1に、労働法規制のあり方を問うときには、今や「労働市場」をどのような形で法的議論の俎上に乗せるのかということと避けて通ることはできないこと、第2点として、多くの論者がそれぞれの文脈で説く「公正(さ)」の内容いかんこそが現在問われているということ、そして第3に、労働法規制において、国家と法の役割、その相互関係をどのようなものとして理解すべきか、その理解いかんによっては労働法構想は大きく分岐するということが確認できると述べられています。

こうした確認したところを踏まえて、まず労働法の理念について、次のように論じられています。労働者は、現代社会において多層的な生活空間を保持する社会的存在であり、労働者をこのような意味における社会的存在としてトータルにとらえることが「労働市場」を論じる場合の前提でなければならない。社会的存在としての労働者の人格・人権保障、生活の安定があつて初めて社会の安定が保持され、社会の活力とその持続可能性が展望できる。労働法は、このような観点から、労働市場をコントロールする規範的枠組み、すなわち、憲法を頂点とする労使間の権利のカatalogとして構想されなければならない。労働法の基本理念は、労使間の適正な権利バランスによる雇用社会の安定と機能的、効率的な雇用システムの確保であり、これを実現するためには、労働市場に対する規範的枠組みに「社会的公正さ」、すなわち労使及び一般社会の納得性に裏打ちされた公正さが要請されることになる。わが国の雇用社会において、何をもってこの公正とするのか、この議論を深め、共通理解の範囲を広げていくことが必要であると述べられています。

それから次に、労働法の規制対象については、労働立法が想定している雇用・労働関係とは異なり、これらの労働法ルールを直接適用することが困難と考えられる、多様な契約形態・就労形態が複合的に組み合わせられている就労関係についても、それが実質的に典型的な雇用・労働関係と同質の問題を抱えているものは、先ほど出た「社会的公正さ」の観点から、なお労働法の規制対象に含まれるべきと考えるべきであり、その特性に即した法的ルールが形成されるべきと主張されています。

それから、規制主体についてですが、次のような問題を指摘されています。第1に、国会による立法的規制については、個々の労働立法の制定・改廃について、どの程度の実質的審理が行われているのかが問われなければならない。第2に、今度は裁判所ですが、裁判所による司法的規制については、判例法ルールの解釈・適用の妥当性を不断に検証されるべきである。第3に、政府による行政的規制については、立法や行政施策に伴う行政措置における行政裁量が、その立法趣旨に沿った運用がなされているか、その裁量的運用の適否について常に監視の対象とする必要がある。第4に、労使の自治的規制については、労働組合の推定組織率が2割を割っている状況から、労働組合法が果たす機能は極めて限られており、自治的規制主体をどのように構想すべきか、そのあり方が問われており、労働者代表制度の議論を深めることが課題となっていると述べられています。

それから、規制手段・手法（規制的措施）については、規制の実効性の観点から検討し、次のような点を指摘されています。第1に、民事的規制については、採用内定のルールのように必ずしも強行法的ではなく、任意的なルールの設定によって達成されることが期待できる規制も考えられるということ、第2に、行政的規制については、ソフト・ローの解釈、運用を視野に入れた規制の適否が今後の課題となるということ、第3に、手続的規制については、それにどのような法的意味を与えるのか、手続の履践の実質をどのように評価するのか、具体的には、どの程度の説明や、あるいは手続に必要とされる期間設定をもって、法定手続をどの程度のものを行ったということなどで法定手続を履践したと評価できるのかといったことなど、議論を詰める必要がある、手続的規制の有効性についてはなお論じるべき点が多いこと。

第4に、自治的規制の実効性を確保することに資するためには、他の立法的規制、司法的規制及び行政的規制とのバランスを考慮して、この自治に一定の枠組み、具体的には、労使協議の担当者、協議事項、協議時期や態様等についての行動準則ルールといったようなものを設定することが適切である。

それから第5に、これら多様な規制手法を組み合わせ

せた労働法規制が有用であるということ。第6点としては、立法的規制については、関連領域の法規制の連携活用によってその規制目的の実現を図るという選択肢もあるということを指摘されています。

そして最後に、労働法の体系と憲法規範の相互関係について、次のように論じておられます。第1に、雇用関係法ルールの定立、解釈論、運用に際しては、相互に対立的、制約的に機能する憲法上の諸原則をどのように調整してその適正なバランスをとるかという点を常に考慮することが要請されているということ、第2に、労使関係法については、労働組合以外の労働者代表制度の創設、労使協議を法的に根拠づけ、その制度化を構想する議論を深める必要があるということ、第3に、時の政府の政策判断に大きく左右される行政施策に対して、憲法規範、例えばこの場合には27条1項を基礎に置く規範的枠組みを定立することが雇用保障法における議論の固有の意義であるということ、そういった意味で社会権としてのキャリア権を構想して雇用政策を規範的に整理しようとするキャリア権論にはこのような意義が認められるというように論じられています。

この唐津論文というのは、これまでの議論を検討した上で、現在検討していくべき労働法規制にかかわる諸問題を類型化して検討しているものと言っていると思いますが、先ほどの水町論文とその点でかなり大きな違いを見せているのではないかと思います。すなわち、規制の手法のところは端的にあらわれているように、唐津論文では、どれか1つというか、そちらに重点的にシフトしていくというよりも、バランスよく規制手法として実効的な規制のあり方ということを考えているといったところが非常に大きな違いではないかと思います。論点としては、ここでやはり中心になるものとして、「社会的公正さ」ということが概念として提起されていますが、これがどのように獲得されるのか、そのための制度的仕組みはどうなるのかということについてはそれほど具体的に論じられていないので、この点、我々はどうくみ取って考えるのかということがあろうかと思えます。

それから2つ目に、手続的規制については水町論文と評価の違いがあるのではないかと。唐津論文でも手続的規制が規制手法の一つとして大事な手法であるという認識は共有されているとは思いますが、こちらにぐっと傾いていくというところまでではないように思

いますし、なお論じるべき点が多いと先ほど指摘されていたように、いろいろな点がまだ詰められているべきで、ここを押さえないといけないというところがかかなり具体的に指摘されているところが違うのではないかと。

それから、行政的規制についても、バランスよくというような見方がいいのかわかりませんが、行政的規制が全く問題だとか意味がないと理解されていない。この辺の評価の違いを我々はどうくみ取るのかということも一つの論点と言うことができるかと思えます。

最後に、唐津論文が主張されている労働法規制の多元性というものと水町論文が主張されている新しい規制モデルとの比較をしてみると議論としてはおもしろいのではないかと思います。

● 討 論

小畑 歴史的な流れが示されているので、読んで非常に頭が整理されて、興味深かったです。感覚は確かに水町先生とはちょっと違いますね。

野田 小畑先生に同感で、こうきれいに整理してあるとなるほどだと思いますよね。ただ、1つ思ったのは、この論文で最初に「労働市場をどういう形で法的議論の俎上に乗せるのか」という問題は避けて通ることができない」とあったことで、唐津さんがこういうことを強調されるのは意外だなと思って読んでいくと、その議論がその後全然出てこないで、この辺りの組み立てがどうなっているのかがよく読み取れなかったです。

竹内 私も、いろいろなパラダイム論が整理されていて、現状がすっきり示されていると思いました。もっとも、状況整理が目的で、例えば規制手段とか規制主体をどうするのかといったことは、今後議論されることとされているという印象を受けました。

ちなみに、この論文は最後の箇所、労働法の体系と憲法規範の相互関係について述べており、相互に対立する憲法上の諸原則の適正なバランスをいかに取るかを常に考慮しなければならないとしています。労働者の権利に関わる憲法上の諸原則のみならず、使用者の権利に関わる憲法上の諸原則をも視野に入れている点で、労働法について、労使間における権利義務関係の調整というバランスのとれた視角が示されていると思いました。

野田 そういう考え方はおもしろいですね。使用者の責任帰属の範囲ということを考える場合には労働法には枠組みがないわけですから、憲法規範から導くぐらいしかないですね。責任帰属にもどこかに限界はあるわけで、その限界を保障するものというのはいやほや経済活動の自由とか取引の自由とか、そういうところしかないですからね。

竹内 そうですね。いかに適正なバランスをとるかはもちろん重要な課題ですが。

小畑 ここには「労働法は『労働市場』をコントロールする規範的枠組み（憲法を頂点とする労使間の権利カタログ）」と書いてあるのですが、労使間の権利カタログというのはどういうことを意識されているのかがよくわからないんです。ただその少し後に「『労働市場』に対する規範的枠組みに『社会的公正さ』（労使および一般社会の納得性に裏打ちされた公正さ）」とお書きになっているので、そういう労使及び一般社会の納得性というのを唐津先生は大事にされているんだなとは思いますが。

有田 そこはどうすくい上げる装置をつくっていくのか。何かその部分もずっとひっかかっているのです。

小畑 「一般社会の」というのはやはりそういうことを意識されているんですよね。

有田 何かプラスアルファが要る時代に来ているという認識でしょうね。

小畑 すくわれたい、すくい上げることができない問題について、何らかの解決策、打開策を考えたときに、登場人物をもっと増やして、社会的コンセンサスという、その社会的というところを強調しなくてはということでしょうね。

竹内 労働法の立法過程に関して、審議会で労使が、特に労側が、適切に利益を代表しているかについて議論がありますが、このこととの関係では、唐津論文は、国民の代表が参集する国会における議論により力点を置くべき、との主張に読める気がします。そうだとすると、広い意味での労使自治との関係が、検討される必要があると思います。

野田 私は、議会の問題にしる一般社会の問題にしる、今の日本にとって一番難しいことを言われているような気がして（笑）。法律の制定過程でも、研究会でつくったものと全く違うものが出てきたり、それから国会でも議事運営が政治取引の材料になっていて、

なかなか法律もできないという状況があります。一般社会の人が企業固有の問題に対してどれだけ、どういうチャンネルで参加したり関与したりできるかという問題もあります。日本の立法過程での一番のウイークポイントなんですよ。

有田 おそらくイギリスあたりをモデルに考えているのではないのでしょうか。例えば、長い保守党政権から労働党に政権がかわったときにブレア政権は労働法制についての立法の枠組みの基本政策をきちんと出して、それに基づいて具体的な法案づくりをその後展開していきました。

ですから、政治的に一つの基本方針を示し、なぜこういう立法を今必要としているのかという説明を国民に対してきちんとした上で、今度は官僚を使って具体的な立法化を図っていくということが必要なだけだと、ところが日本はそういう説明がないではないか。多分そういうことが主張されている背景にあると思うのです。例えば審議会の中に労働組合の人を入れるといっても、組織率がこのように落ちている中で、それが果たして労働者全体を代表しているといえるのか。そこは野田先生がおっしゃるように本当に一番日本で難しいところですね。装置を考えるだけではだめだけれど、何か装置がないとそういうものをすくい上げられないし。

野田 重要な課題ですよ。

II 企業組織と労働法

●紹介

石田眞「労働市場と企業組織——労働法学からのアプローチ」

小畑 この「企業組織」というテーマは、労働法学のみならず、人権や環境、企業経営に関するほかの法律分野、また、企業のマネジメント論などの経営学の分野等における研究ともつながる広がりのあるテーマです。ISOのSRに関するガイドライン作成の動きなどからして、世界的な潮流として、企業の行動に影響を与えるステークホルダーとして、労使、いわゆる労使と政府以外に、株主もですが、消費者や市民、NGO、取引先なども意識されるようになり、企業は、企業と外部とのかわりについてだけでなく、企業内部で起こることについても、それらのステークホルダーに対して説明責任を果たし、それらのステークホ

ルダートとのコミュニケーションにより見直しを行うことを求められる可能性があると言えます。

石田先生は、この論文で、まず「労働市場」に着目され、「労働法学は、企業組織と労働市場を区別し、企業組織については、その組織としての側面に着目し、企業を個別の労働契約の束を超えた集合体として把握してきたのである。したがって、労働法体系において、企業組織をあえて内部労働市場として市場概念でとらえることは、組織と市場という基本原理を異にする対象を市場の論理で無理矢理統一化することになり、適切ではない」と主張されます。

次に、「企業組織」に着目され、「企業は外部の労働市場から必要な労働力を調達して内部化し組織化すると同時に、場合によっては時々の必要に応じて一時的な労働力も調達する。また、他方で、企業は、その成員として不適格になった者については成員としての地位を奪い、企業組織から外部の労働市場に放逐する」とされ、「コーポレートガバナンスからみた労働法の課題」を以下のように2つ挙げられます。

第1の課題は、「コーポレートガバナンス論において従業員の利益を重視する多元主義（ステークホルダー）モデルを採用する場合、企業統治への従業員の関与は何によって正当化されるのか……他のステークホルダーとの関係で従業員がなぜ特別の地位をもつか」です。

これについては、従業員も経営者と同様に株式会社としての企業ミッションを達成するための組織体の成員であること、そして憲法27条、28条が鍵になると示唆されています。

第2の課題は、「ステークホルダーたる従業員の企業統治への参加の問題を扱う場合、労働関係の契約的な把握を超えた組織的な把握が必要となるが、労働関係の組織的把握とは何か」です。これについては、「従業員がステークホルダーとして企業統治への参加を保障されるということは、従業員に対して企業組織の成員権が保障されることを意味する。……この成員権の具体像であるが、労働契約法16条の解雇規制、整理解雇法理における労働者・労働組合との協議要件、倒産手続への労働組合（過半数代表）の関与、会社分割法制における労働者保護と労働者・労働組合の関与などに示されているが、今後その内容を豊かにしてゆることが必要である」等と主張されています。

一般に、企業の活動をとらえる際に、「市場」の間

題と見るのか、「組織」論としてアプローチするのかの両方が存在しますが、石田先生は、企業組織を市場概念でとらえることは適切でないとされており、また、従業員の企業統治への参加の保障を企業組織の成員権の保障ととらえ、今後その内容を豊かにしていく必要があると指摘されています。

企業組織を市場と見ることも可能ですが、組織論からのアプローチが重要であることはもちろんで、そのことは「内部労働市場」という言葉を用いている論者も反対はないのではないかと考えています。先ほど唐津論文でも市場についても言及されていました。

第1の課題との関連では、従来まで企業の中の労働関係についてはいわゆる労使と政府のみが主なアクターであったのに、近年、いわゆる労使と政府以外の株主や取引先、市民やNGOといったステークホルダーが関与する余地が意識されていることは注目すべき傾向であると思います。これは水町論文の中でも触れられていました。

いわゆる労使と政府のみが登場人物である場合に、必ずしも十分な配慮を払われない可能性のある人々の利益をそれ以外のステークホルダーが主張する可能性が開かれているという状況です。例えば、従業員の中の少数者の利益が、いわゆる労使から軽視されているけれども、そのような少数者の利益を図るべきであると、よそ者であるにもかかわらず市民やNGOがくちばしを入れるといったことが意識されるようになりました。

そうなりますと、石田先生が示唆されているように、そうした多様なステークホルダーの中で従業員がほかのステークホルダーと異なる特別な存在である根拠が問題となります。それについては、ここでは憲法27条、28条が示唆されていて、まさにそのとおりであると考えております。

第2の課題につきましては、本日もこの後労働契約法や労働組合法についての議論が予定されていますが、まさにその議論の中で具体的な模索が可能ではないかと考えています。

● 討 論

野田 私は、この石田さんの論文には非常に示唆を受けました。ステークホルダー論と、企業組織論というのが非常にうまく融合されていて、企業論についての現代労働法の中における位置づけがよく説明されて

いると思います。

有田 先ほどの水町論文の中で、その就労の場を提供している側面においてその者が使用者としての一定の責任を負うという議論がありました。例えば派遣労働者に対する派遣先の一定の使用者としての責任という議論は、この石田論文のいう成員としての権利と、その権利の裏側として成員とした者としての義務が使用者にあるという議論としてとらえることができるのではないかと。ただ、成員権という構成をとってカバーできる議論というのはどこまでなのか。

小畑 そこは詳しくはおっしゃっていないですね。

野田 この論文は色々なアイデアが書かれているんだけど、すごくソフトで偏りのない書き方で、その点では少し物足りなさを感じます。

* 契約理論と企業理論

竹内 契約論では、普通に考えれば、契約の相手方である法人が使用者として措定されることになると思います。しかし、企業組織が複雑化していく中では、法人という枠組みでとらえるのではなく、企業組織に注目する考え方を検討する必要性が強まると思います。もっとも、今有田先生が指摘されたように、どこに組織の限界を画するかは難しいですね。成員権というアプローチは非常に興味深いですが、その限界はまだこれからの議論に残されていると思います。

このこととの関係で、例えば一時的な労働力として外部労働市場から調達される場合には、どういう形で成員権が与えられるのか、もしくは与えられないのか。こういった点が明確になるとさらに成員権の議論が深まると思います。

野田 私のようなフランス研究をしてきた者からいうと、契約パース企業というのは長年のテーマなんですね。日本の労働法は、他の法律より遅れて戦後にできたために、早くきちんと法律学としての認知を受けたいというのがあった。にもかかわらず、ともすれば権利主張的で、運動論的なアプローチしかしない、法理論として非常に未熟だと受け取られ、そこで何とか契約論としてきちんと位置づけていこう、そういう労働法の強い流れがあったと思うんです。ですから、日本の労働法はヨーロッパのような企業という発想をできるだけ排除した。契約論として未熟な段階で、別に企業理論のようなものを入れると、余計に混乱してくるということです。戦後の学説で企業理論を主張したのも幾つかありましたが、主流にはなりませんで

した。ですから日本では企業についての理論的取り組みというのは非常に弱かった。

ところがヨーロッパの諸国では、そういう契約理論と企業論との両方がせめぎ合いの中で法律も理論もでき上がってきた。ところで、今、そういう契約論の中で日本の労働法が何とか法律として市民権を得たときに、どうやって接合するかと。そういう状況の中、石田先生はこの論文で、今の労働法の中での新しい装いで企業の位置づけというものを非常にソフトに説明してくださっていて、それは成功していると思います。ただ、例えばフランスには、クルージング船を一隻譲渡すると、その船舶も一種の企業とみて、船員たちの労働契約は新しく買った人のところに船舶ごとくつついて移転するというような判例があるのですが、ここではまだそこまではっきりとした具体性は与えていただけていないというところはありますよね。

小畑 次の論文が待たれますね。

野田 そうですね。

有田 今おっしゃった事例の場合、考えているのは企業でしょうか、事業でしょうか。

野田 日本的に言えば事業だと思います。しかし、これはやっぱり企業理論から来たものだと思います。

有田 組織的な一体性ということですね。

野田 ええ。組織的一体性の中に労働者も組み込まれているから契約もそれにくつついていくということでしょう。契約のほうが従属的になるんです。

* 「成員権」の意義

有田 確かにすごく有用な考え方ではあるのですが、けれども、もともと基礎理論なので、これを解釈論に適用できるようにまでどう磨き上げていけるのか。つまり、成員権というものが、実定法上の権利としてあるわけではなく、導き出されてきているものだとすると、どういうレベルのものとしてとらえるかということがありますよね。

いきなり解釈論的に何か細かく使えるというよりは、今後の立法論を見据えたときに、それにある種の根拠づけを与えるような概念として有用性がある、というような認識でよいのでしょうか。

竹内 例えば労働者代表制を構想する場合に、派遣労働者を派遣先の企業の制度に含めるのか含めないのか。そういったことに影響するのではと思います。

野田 そうでしょうね。現実にはそうした動きが出てきていますから、必然的にいずれは法理の中に入っ

てくるのですが、ただ法人論から成り立っているのではなかなか厳しいですよ。

有田 組織ということでもとらえることによって、例えば使用者概念に何か進展を見出すことはできるのでしょうか。やはり難しいでしょうか。

野田 例えば、不当労働行為の実質的同一性論の議論などは、救済を中心に考えるので法的な権利主体論でなくともいいわけですから、実質的同一だから同一なんだと言ってしまうこともできます。しかし、裁判ということになったら、日本の場合、法人格理論の壁というのは非常に大きいわけですね。そこをめざして、これまで日本の労働法は発展してきたわけですからね。でも、そろそろそれを破るような方向性をとってもいいのではないかと。

竹内 法人格による労働法上の責任の厳格な遮断が妥当か否か、現実に適合しているか否かは、きちんと検討する必要があると思います。

有田 そういう意味では、今の日本の状況というのは何かバランスが悪いですよ。ですから、組織としてとらえるということによって、例えば労使の利害の図り方とか、調整の仕方にある程度何かバランスみたいなものをもたせないか、今までの法律構成のアンバランスさを是正できるようなものが出てこないだろうかという期待感があります。

自分自身ではなかなかうまく具体像が描けないのですが、ただもう少し考えていけば、色々可能なかなとは思っています。

野田 実際、必要に迫られたら法律は何でも取り込みます。例えば、障害者雇用対策法改正では、法人格の枠を超えてグループ企業まで雇用率の算定にカウントすることになりましたよね。ですから、本当にやる気持ちがあればやってできないことはないと思います。

竹内 社会法の領域でも、法人格の枠を超えた捉え方がないわけではないということですね。

野田 そうです。

有田 日本の法全体の中での一定の整合性ということも必要なのでしょうが、労働法上の独自の概念でもいいように思うのです。例えば、承継法の立法の際には、商法上の、あるいは会社法上の事業概念とは違うものを別に立法でつくってしまったというような例もあるわけですから。解釈で難しいのなら、一定の立法措置によってそこから広げていくことにする。そして、そういうときの規範の根拠となる議論を導き出す

ものとして、こういう石田先生の議論みたいなものが非常に有用ではないかなと思うのです。

野田 戦後すぐに企業論が唱えられたときには、企業理論は国家主義的な発想として疑われたのかもしれないとも思っています。

有田 そうですね。

野田 戦時体制では産業報国会という枠組みの中で、労使関係が企業丸抱えになっていたわけで、まさしく企業理論の発想だったわけですね。企業組織の理論は、労働者を企業に組み込むことで労働者保護的な思想があったんだけど、パターンリズムの発想に嫌悪感が示された。戦後初期の当時、何人か、そういう企業理論を唱えた研究が幾つかあります。でも、結局は主流にならなかったですよ。

III 労働契約法制

● 紹介

①毛塚勝利「労働契約法の成立が与える労使関係法への影響と今後の課題」

②石田信平「労働契約法の『合意原則』と合意制限規定との衝突関係——労働契約法は契約当事者の利益調整だけを目的としているのか」

*菅野和夫「労働契約法制定の意義——『小ぶり』な基本法の評価」

竹内 労働契約法制については、現在、労働契約法の成立を受けて、その評価を踏まえて検討がなされている状況にあるといえます。一方には、成立した労働契約法を積極的に評価する見解が存在します。この代表的論考としては菅野和夫先生の「労働契約法制定の意義——『小ぶり』な基本法の評価」があります。

菅野論文は、成立した労働契約法は「小ぶり」ではあるけれど、大きな積極的意義を有しており、とりわけ、就業規則の効力を判例法理に即して立法化したことは適切である、と評価をしています。

その上で、法の内容を充実させることがこれからの課題であると指摘しています。特に、労働者の合意を実質化させるための制度として、従業員代表制度の検討が今後の最大の課題であると述べています。

これに対して、毛塚論文は今回成立した労働契約法に相当批判的な見解を述べています。また、石田論文も、そのままに積極的評価をするよりは、むしろ積極的な意義を持たせるためにどう解釈すべきかを検討し

ています。基本的に労働契約法について批判的検討を加える論考として興味深いと考え、これらの論文を取り上げることとしました。

この2つの論文は、具体的な検討対象は、就業規則法理・労働契約法の総則部分の規定と異なりますが、いずれも、労働契約法1条が定める、労働契約が合意により成立し、変更されるとの合意原則の意義、またこの合意がどういう形で達成されるべきかについて検討を行っています。

毛塚論文は、「労働契約法の制定が今後の労使関係法にどのような影響をもたらすか」との観点から、労働契約法に盛り込まれた就業規則法理が労使関係法にもたらす影響について批判的な考察を加えています。

最大の問題は、個別的労働関係法の基本法たるべき労働契約法が、就業規則による労働契約内容の変更を法的に承認したことであると指摘しています。すなわち、労働契約の特色を踏まえて、いかに対等な立場で、コストの対等な負担のもとで契約調整を行うか、その具体的な手だてを考えることこそが労働契約法の基本的任務のほずにもかかわらず、実際に成立した労働契約法は、就業規則を用いた使用者の一方的な契約内容の変更を認めて、契約当事者の対等性を否定する形で解決を図ってしまったと。そう問題点を指摘し、それが契約法としての契約変更法理をゆがめるものであるとの認識を持たないのか、と非常に辛らつに批判しています。

その上で、成立した労働契約法は、集団的な労働条件決定システムの形骸化をもたらすと指摘を行っています。すなわち、労働条件変更にあたり、これまで、使用者側にだけ団交義務があったわけですが、今や労働組合は、交渉に応じないと就業規則による労働条件変更が始まることを恐れなければならず、間接的に労働組合に団交応諾義務を課すことに等しいと述べています。更には、使用者が就業規則という切り下げ手段を持ちながら団体交渉に臨むことができ、交渉当事者の「武器」対等性が欠如している状態に至ってしまったという指摘を行っています。このほか、集団法的観点から、就業規則法理が労働協約法理、あるいは争議行為法理に及ぼす影響を指摘し、その検討の必要性を主張しています。

また、従業員代表制度に関して、労働契約法についての行政解釈上、就業規則の変更の合理性の判断要素である「労働組合等との交渉の状況」の労働組合等に

は、過半数代表者や親睦会も含まれるとされていることに照らして、従業員代表制をめぐる問題は現行の労働法の解釈論的課題として顕在化したと指摘し、早急に解釈論、そして労働者代表制度の法的整備の議論を開始すべきだと述べています。労働者代表制が課題であるとの点は菅野論文とも共通しますが、労使関係法の問題として、正面から労使関係システムのあり方として議論すべきとしています。

毛塚論文には、幾つか注目すべき指摘があると思います。第一に、毛塚論文は、労働契約法が成立したことにより、個別法のみならず、集団法の領域においても対等性が欠如することが法的に承認されることになったことを特に強く批判していますが、労働契約法、就業規則法理について、集団法の観点から考察する視点の必要性を指摘している点は、非常に重要だと思います。幾つかの具体的な論点、労働協約法理や争議行為法理との関係における考察も、このような視点からの検討の一環であると思います。

労働者代表制についても、既に立法論的課題のみならず、解釈論的課題となっているとして、現在の状況に非常に鋭い批判を投げかけています。この点はそのとおりだと思いました。

ただ、その上であえて気になった点を挙げてみると、労働契約法ができたことによって集団法の領域でも対等性が欠如することになった、との評価は、ほんとうにそうなのか、考えてみる余地はあると思います。

もともと、労働条件変更の際、労働者側はストライキを行い、それで労働条件に関する団体交渉を有利に導こうとするわけですが、ストライキで勝てなければ解雇されてしまいます。この点、解雇制限法理が存在する、いわばそのひきかえとして使用者側には就業規則法理で、合理性を要件に労働契約内容の変更が認められてきたのだと思います。

そうすると、集団法上、労働者側にはもともとストライキを成功させる以外に、契約変更を阻止するまでの「武器」というのは与えられてきていないのはいいか、そういう意味で、毛塚論文で指摘されている対等性の欠如は、むしろ労働者側の現実の力の欠如の問題ではないかと思われれます。集団法における対等な状態はどういうものなのか、確認をしておく必要があると思います。

また、労働者代表制について、労働契約法の改正の中で議論をしていくのか、あるいは毛塚論文のように

集団的な労使関係法の見直しの中で検討していくべきか。私は毛塚論文の立場に賛成ですが、どこで取り扱うかの議論をしておく必要はあると思います。

次に、続けて石田論文を取り上げます。この論文も、労働契約法における合意とは一体何かについて、同法の積極的な解釈を試みているという意味では、合意原則についての論考といえます。

石田論文は、労働契約法1条を合意原則の規定と、その他の労働契約に関する基本的事項の規定を合意制限規定と位置づけた上で、この合意原則と合意制限規定との関係を考察し、合意制限規定に基づく労働契約の内容規制が重要で、そちらを重視すべきだと考えるか、合意原則の意義を重視して、真の意味での合意を達成し得る手続規制が重要となってくるか、あるいはこれら2つとは異なる第三極があるのか、という問いを立てています。

検討にあたり、石田論文は、諸外国の議論を参照して、労働契約は、労働者の労務提供と使用者の賃金支払いが交換関係にあって、これ以外の要素というのはこの契約からは捨象されている、例えば当該労働者の家族等は含まれていないという、「排除的性質」があるという点から出発をします。

その上で、労働契約法は、この排除的な契約観を排斥していると指摘します。例えば、均衡の考慮は、正社員とパートタイム労働者に二極化した就業形態から多様かつ連続的な就業形態を目指すことをねらいとしており、これは、労働契約法の契約観が個別の労働者と使用者の関係であることを超えて、企業組織の関係をも直接的に反映するものであることを示唆していると指摘します。また、仕事と生活の調和への配慮についても、これはひいては労働市場の持続可能性といったものを確保する公的な価値の実現を志向するものであると指摘します。

このように合意原則を中核的な考え方に位置づけつつも、労働に内在する社会的あるいは経済的な性格に基づく緊張関係が反映され、個別の労働者と使用者の間の利益調整の視点だけではなく、労働市場の適正性の確保という公的価値の実現もこの合意原則と合意制限規定の調整の中では力点が置かれる、と指摘しています。

そして、合意原則を定める労働契約法1条が、自主的な交渉のもとでの合意原則を規定している点に照らし、労働者が主体的・能動的に行動し得る条件を整え

る交渉促進の過程において、労働者の自律性、均衡、仕事と生活の調和等の最適な調整点が模索されるべきであるとしています。

このように、労働法の規制原理が労使の利益調整を超えて、労働市場における労働の適正さや、労働市場の効率性あるいは柔軟性をも考慮する方向へシフトしていると考えべきで、したがって、労働契約法1条が定めている自主的な交渉のもとでの合意原則についても、政策目的を自主的な交渉によって労働契約に組み入れていく理念規定として、あるいは企業組織における各労働者の発言や参加を保障する趣旨として解釈していく必要がある、と述べています。

石田論文は、本来は排他的な性質を持つとされる労働者と使用者の合意原則に、これらの多様な役割を持たせようと試みるものだと理解されます。そのような解釈を通じて合意原則内容の実質化や豊富化をもたらす、労働契約法を積極的に位置づけていこうとする論文だと思われます。公的な価値の実現に関する規制手法の一つの考え方として、興味深いと思います。

個別の労働者と使用者以外の利害関係、他の労働者の参加等の点で、先ほどの毛塚論文は、労働契約法というよりは労使関係法の見直しという形で制度整備を構想しているようですが、石田論文は、むしろ労働契約法にその役割を求めていると思いました。この点、両者の考え方をどのように評価するか。この異なる2つの方向性については議論する必要があるのではないかと思います。

また、石田論文は、均衡やワーク・ライフ・バランスといった政策の実現を当事者の自主的な交渉の中に組み入れていくことを構想していますが、これはほんとうに妥当なのでしょうか。自主的な交渉にゆだねることによって、本来政策として実現しようと思っていたことがかえって阻害される、あるいは公的規制が併用されたとしても、この自主的な交渉に委ねている部分があることでその実現が阻害されることはないのか。公的規制と、個別の当事者の自主的な交渉の関係、役割分担が更に議論されるべきではないかと思います。

なお、この点に関連して、石田論文にいう合意原則が、個別当事者間の、つまり個々の労働者と使用者の合意についての議論なのかどうか、もう少し明確にされているとよかったですと思います。

2つの論文はいずれも、労働契約法1条で規定されている合意原則について、その内容をいかに理解する

か、そして合意による労働条件の決定等をいかに実現すべきかを、それぞれ視点は違いますが、試みているものと言うことができます。

● 討 論

*毛塚論文の意義

野田 今おっしゃった、集団法上、労働者側にはもともとストライキ以外に契約変更を阻止するまでの「武器」というのは与えられてきていないという点について、私も全く同じことを感じました。

それから、集団的労使関係ということを使うのであれば、不当労働行為への言及もあっていいのかなと。あくまでも契約と協約論のレベルで考えていて、労働委員会による行政的なサポートみたいなものが何か夾雑物みたいな、邪魔者のような発想になっているのかなという印象がありました。

竹内 不当労働行為救済制度について、私も、言及があってよいと思いますが、就業規則法理については一般に、個別的労働関係法における契約法理で議論が完結しがちなところがあるのではないかと思うのです。その点で、不当労働行為救済制度についての言及は確かにありませんが、集団法との関係で就業規則法理を検討していかなければならない、そこに思いを致させるという点では、学界に重要なメッセージを送っていると思います。

野田 全くそのとおりで、そこはやはり両方必ずセットになって議論しなければいけない部分ですよ。

有田 私が気になったのは「いかに対等な立場（コストの対等な負担のもとで）の契約調整を行うのか、その具体的な手立てを考えることが労働契約法の基本的任務であるにもかかわらず、就業規則のルールを持ち込んだというのはどういうことなのか」という部分です。

就業規則による労働条件変更というのは、嫌ならば訴訟を起こさなければいけないという形になることで、基本的に労働者のほうに一方的に負担を強いる。そこがかっちり法律で規定されてしまったということの問題性というところは非常に共感できます。毛塚先生は、前回の座談会のときに取り上げた論文で、労使双方の労働条件変更請求権のことをおっしゃっていましたが、あれもまさにこういうコスト負担の対等性というような発想で来ているものだと思うので、労働者側が一方的に負担を強いられる形の労働条件変更ルー

ルが制度化されたということの問題性を指摘されているのだと思います。ただ、立法論と、もともと何が問題になってきたのかということと何かある種まごつてしまっている部分があるのかなという気はします。

小畑 私もこの論文を読んでとても勉強になりました。ただ、先生方と同じで、労働契約法制定前と制定後との違いがどれぐらい大きいと考えるべきなのかなと。そのメリット・デメリットを考えたときに、どう評価できるのかなという疑問があります。

竹内 今先生方がご指摘されている点に関して、毛塚先生は、「この法的状況はなんら変更を受けるものではないという反論は当然にあらう。しかし、……判例法理の変更可能性を排除したにとどまらず、法的関係の理解の転換、つまり、労働契約および労使関係当事者の法的非対称の承認を強いるもの」であるとして、以前の判例による就業規則法理の下の状況とは異なるという趣旨のことを述べられています。

私は、これまでは、労働者の解雇が比較的厳しく制限されていることを踏まえ、使用者に一方的労働条件変更を認める形でバランスをとってきたのではないかと考えています。そうだとすると、毛塚先生が指摘されている点は、やや論拠に欠けるのかなという気がします。

野田 判例法理の変更可能性を排除したということが問題だということなんでしょうね。

有田 従業員代表制の問題が今の規定の解釈レベルの問題として入ってきたのは、まさにそういう懸念が顕在化してきたということで、そういう中で、この問題は解釈レベルと近い将来の立法レベルの両にらみで議論をきちんとする時期に来たという指摘はまさにそうだと思います。

ただ、制度化はどのレベルでといったとき、これはもう労働契約法に限る問題ではないですよ。先ほどの水町論文などでも示されていたように、色々なレベルで関わるわけだから、集団法も当然整合性を持つ形でという指摘は確かにそうだと思います。今の労働契約法に対してかなりマイナスな評価をされているというのは当然わかるのですが、ただ、何か所か、そういうながらも、そういう立法論とは違って解釈論で詰めなければいけないという指摘がなされている、ここをどう受けとめて議論していくのか。

竹内 例えば、過半数代表者の同意等の関与に関する事情の法的位置づけなどですね。

野田 例えば継続雇用制度は、当然ながら過半数組合があるときには過半数組合と協定を結ばないといけませんし、ないときのみ過半数代表ですよね。過半数組合が存在してその反対が強いと、過半数代表者も選べないですから、今のまま3年間の猶予期間が過ぎれば、企業は協定による継続雇用制度を作ることができず、高年法9条1項による継続雇用制度にいくしかなくなります。この過半数代表制度は、いよいよ労働組合との対抗関係というのがいろいろな面で大きな課題になってくるんじゃないかと思います。過半数組合の同意というのが簡単には認められないと、過半数代表者と組合の力がどういうふうに整合性を持つていくのかということです。

竹内 労働組合と従業員代表との関係をどう整理するか、これが喫緊の課題である点は、まさしくその通りだと思います。

*合意原則と合意制限の意義

野田 次に石田論文ですが、私はまず排除的性質という言葉遣いが気になりました。最後まで読んでいくと、むしろイギリス契約法的な公法的なものを組み込んでいくというような方向ではないかと思いました。言葉遣いの問題だけかもしれません。

有田 ここでは契約のとらえ方について問題にされていますよね。契約が純粋な意思だけで成り立つものではないというのは既に了解されていると思うのですが、そこを峻別して、意思以外のものが入ってくると何かそれは合意を制限するものだという理解でいいのかなというのが、少し違和感を感じたところです。政策目的みたいなものと切り離して、それを取り込んだ形になっていて、最後のまとめのところでも、労働契約法は公法的性格を備えているのであって純粋な私法ではないと言うこともできるとしてはいますが、そういうふうに労働契約法を見るのか。例えば信義則については、民法とは別に労働契約法でわざわざ条文化されているという点を積極的に評価されていますよね。ですから、そういうことでいくと、何か切り離して制限するとかというよりも、合意を実質化する、ほんとうの合意原則の実現のための枠組みづくりになっているのではないかと。そのほうがすっきりと理解できる。

竹内 石田論文にいう合意制限の原理は、労使当事者が望む決定を制限する形に働く危険性はないのでしょうか。例えば、社会的・公益的な考慮も合意制限には含まれるので、当事者は社会的・公益的な要請か

ら自由に合意したいと望んでいるにもかかわらず、そのようになされた合意は修正あるいは排除される、そういう危険性はないのでしょうか。

有田 例えば3条2項の就労形態の部分で、正社員の人はそういうものを望まないけれども、合意の中身として取り込みなさいというようなことが、意に反して、ここでいう合意制限ではないかというようなことですね。

竹内 裏から言うと、自主的交渉に委ねることである政策が実現されない、あるいは更に、阻害されるということにはなりはしないかということでもあります。何らかのセーフガードを考えておく必要はあるのではないかと思います。

有田 こうした公序は労働法上の理念としてもうある種できているものですよ。均等とか均衡はできつつあるものかもしれませんが、いずれにせよそれがこの時期にこういう形で入っているということは、今の時代で切るとやはり制限的になるということになる。そういう理解なのでしょうか。

野田 これは有田先生ご専門のイギリス法のインプライドタームズ (implied terms) 理論とは何か整合性があるんですか。

有田 どうでしょうか。インプライドタームズ (implied terms) というのは、制定法のものを取り込むのも、裁判官が形成したコモンロー上のものとして取り込むものもあります。法がまさに要求するもので、これは意思にかかわらず取り込まれるもの、日本でいえば信義則に近いような形ではあると思います。

野田 信義則に近いと思います。

有田 だから、そういう意味では、通常、信義則を通じて取り込むものが、今回労働契約法の中にリスト化されていったということなののでしょうか。でも確かに、合意制限なのかな。

小畑 「政策目的を実質的交渉によって労働契約に組み入れていく」という言葉がどういう意味なのかがちょっとつかみかねているんですが。

野田 文字どおりそうなのか、それともそういうことにしようということなのかですよ。私は、当事者が選び取ったものだとか解釈して、後の方だという気がしますが。例えば安全配慮義務については当事者は当然排除できないし、取り込まなければいけないという部分もある。でも、ものによっては当事者が排除できるようなものがあるかもしれないですし、イギリス

でいうオプトアウトのような発想も当然あるでしょう。

有田 イギリスだともう少し厳格で、黙示の条項は明示の合意意思がそこにあればやはり排除されてしまうのです。それを何とかしようというので、解釈上テクニックを使って裁判官が排除されないような部分を設けようとしたりしていますけれども。

野田 石田さんはそういうロジックの順番を説いているんでしょうか。まず純然たる契約があり、合意制限条項が入らないようなもの、排除されるものがあった、しかし、それがだんだん労働契約法によって組み入れられるような仕組みになっているんだと。

有田 指揮命令があって、労働力を提供して、その対価として賃金が支払われる、もともと契約というのはそれだけのはずというところから出発し、そこからいろいろな要請が労働法上取り込まれてきて、例えば付随義務みたいな形で広がっていく。そういうのを示しているのでしょうか。それだと何となくわからなくはないのですが、ただ、それは合意制限なのでしょう。現代ではそういうものを前提にした合意というのが求められるはずではないのでしょうか。

野田 昔は工場制手工業で、職場に子供を連れてきたりと、労働の場に時間的、空間的な切れ目がなかった。それがだんだん時間も場所も空間的、時間的に囲いができ上がってきて、そうすると契約関係も切断されていくと。そういう流れなんでしょうね。

そうすると、3条や4条、それから安全配慮義務といった辺りの部分と合意の原則との関係を新たな契約の見方を通じて説明する、そういう感じでしょうか。

有田 非正規労働について、個別の立法で法規制がかかっていくというときに、労働契約法のこういった3条の規定というのがどんな意味を持つようになるのか。こちらは一般ルールですからね。特別ルールができてしまえば、当然そちらが優先するのでしょうか、その中でこういった、でも理念的な、しかし漠とした規定が置かれていることの意味が今後どうなるのか。あるいは、個別立法のほうがこの理念を踏まえてつくるべきとなるのか。

野田 この論文では均衡が一般原則で、均等はその上に乗っていると書かれてあったと思うのですが、確かに均衡原則という普遍的なものがあって、そのうえでパートの3要件を満たす人は均等になるとか、あるいは性差別の場合には平等になるとか、そういう発想というのはあるかもしれないですね。

有田 確かに3条の規定は、いろいろなところで少しずつ裁判官が援用して使ってきていますので、3条、4条あたりは今後うまく展開していく可能性はあるかもしれません。

野田 説明義務とかもね。

有田 ただ、一方でそういうものがありながら、他方で毛塚論文が批判しているようなこういう大きな問題を抱えているというところで、将来的に労働契約法をどういうふうにしていくかというのは悩ましいところですし、特別法的なとか個別の立法でまた新たなものを整備していかなければいけない。労働契約法自体の問題と周辺の個別の法律の整合性をとって立法政策をどうやって展開していけばいいのかというのが今後課題かなという気がしますね。

竹内 基本法として位置づけられているわけですので、ほかの個別の立法にどう影響するか、あるいは、基本法を改正したらほかの個別の立法についての政策が変化するのかもしれないのか、どう影響を受けるのか、これらの点は常に考えていく必要がありますよね。

IV 労組法上の労働者性

● 紹介

- ① 土田道夫「『労働組合法上の労働者』は何のための概念か」
- ② 田端博邦「不当労働行為制度と『労働者』性覚書——新国立劇場事件中労委命令を手がかりに」
- ③ 竹内（奥野）寿「労働組合法上の労働者性について考える——なぜ『労働契約基準アプローチ』なのか？」
- ④ 山川隆一「労働者概念をめぐる覚書」

小畑 このテーマが大きな注目を浴びていることは衆目の一致するところであると思います。1つの同じ企業で働いていても、その企業との間に労働契約関係がある労働者とない労働者の両方がいるケースが多く見受けられるわけですが、労働組合法の労働者の定義からして、労働契約関係にない労働者であっても労働組合法上の労働者と認められる場合があり得る。そう認められるのはどのような場合なのか。近年の下級審裁判例が従来と異なる立場をとっているとして学説上議論が活発化しております。学説も一様ではないことから、どのように考えるべきなのかについて、各論文を確認し、検討することは大きな意義を有すると考え

ます。

まず初めに、土田論文ですが、ここでは、新国立劇場運営財団事件（東京高判平21・3・25労判981号13頁）、INAXメンテナンス事件（東京高判平21・9・16労判989号12頁）、ビクターサービスエンジニアリング事件（東京地判平21・8・6労判986号5頁）の判決を挙げまして、「労組法上の労働者につき、最近、かなり限定的に解釈し、労基法上の労働者や労働契約法上の労働者と同義に解するような裁判例が登場している」と指摘され、このように「同義に考える必要はないし、そうした考え方はかえって憲法28条や労組法の存在意義を失わせる結果になるのではないか」との疑問を提起されています。

土田先生は、事業組織への組み入れ（組織的従属性）、相手から得る収入への依存性・契約内容の一方的決定（経済的従属性）を重視したCBC管弦楽団事件最高裁判決（最一小判昭51・5・6民集30巻4号437頁）をはじめとして、従来の裁判例や命令例が労組法上の労働者性を労基法上の労働者より広い概念として理解してきたのに対して、近年の裁判例・命令例は、CBC管弦楽団事件判決が説く組織的従属性、経済的従属性を重視しつつも、労基法・労働契約法上の労働者に関する「使用従属性」の要素を総合的に考慮して判断する傾向にあり、前掲の3事件裁判例の判断はこうした傾向をさらに進め、労組法上の労働者について経済的従属性や組織的従属性を重視する態度をやめて、専ら労基法・労働契約法上の労働者に関する「使用従属性」の有無によって判断する立場であると指摘されます。

そして、労組法上の労働者性の判断方法につき、学説を使用従属関係要件性否定説と使用従属関係要件性肯定説に分け、後者の説に立ち、その理由として、第1に、「賃金」が使用従属関係下の労働の対償であること、第2に、団体交渉は労働条件その他の労働契約上の労働者の処遇に関する交渉であるから、労働者についても労働契約を基礎に考え、使用従属関係ないし近似する関係を要件と考えるべきであることを挙げられます。

最後に、3事件裁判例が労組法3条の労働者を限定的に解したのは、裁判所が労働者概念に関する判断の法的安定性ないし予見可能性を重視したためではないかと指摘され、それはそれなりに理解できるけれども、それとひきかえに、労基法・労働契約法上の労働

者か否かの判断が微妙な人々に対する団体交渉権の保障という重要な法的価値を失わせていると批判されます。

次に、田端論文です。田端先生は、新国立劇場運営財団事件の中労委命令が、3条の労働者性の判断と切り離して7条2号の労働者性（使用者性）を独立の問題として取り出した「二段階判断枠組み」をとることにより、7条2号の労働者性判断が狭義の雇用関係（労働契約関係）から自由になる余地が生まれ、また7条2号とは別に3条の労働者を想定することにより「労働者」の範囲が広がる可能性があることを指摘され、「請負や委託の形式の雇用形態が増加する今日の状況において、二段階判断の枠組みは、新たな検討の視点を提供しているといつてよいであろう。」と主張されます。

田端先生は、雇用労働者よりも広い範囲の労働者について団体交渉権の保護を及ぼすか否かという問題を考える場合には、制度の中心に位置する雇用労働者との類似性という観点からアプローチする方法（従来の判例・命令例）と、雇用労働者の団体交渉権の本意である交渉力の不均衡に着目してアプローチする方法とがあり得るとされます。

そして、専門的な技能が高くなればなるほど典型としての労働契約関係からは遠ざかり、そうした労働者は広い意味において労働者であるとされても団体交渉権は持ち得ないことになりかねないため、団体的な交渉関係への適合性というアプローチからの検討もすべきであるとされ、指揮命令関係の存否や程度はそれほど重要な要素ではなく、むしろ団体交渉の対象となり得る事項が存在しているか否か、そのような事項の解決にとって団体交渉が適切な手段あるいは方法と言い得るかが重要であり、労組法が団体交渉権の保障をした本来の趣旨にかえって、当事者間に交渉力の不均衡が存在するか、役務提供の条件等が団体交渉に適合するような集団性を持っているかに着目するべきであると主張されます。

自営業的就業との区別につきましては、市場に直接サービスを提供する事業主体である組織や企業に対してサービスを提供する者は、第一義的には広義の「労働者」とみなすべきであるとされています。

次に、竹内論文です。ここでは学説を、「使用従属性」（人的従属性）を判断基準・判断要素として考慮する「労働契約基準アプローチ」と「使用従属性」を

判断基準としない「団交保障根拠探求アプローチ」とにわけられています。前者には土田道夫先生説、菅野和夫先生説など、後者には川口美貴先生、古川景一先生、石川吉右衛門先生、それから東大労研の説が入るとされています。CBC管弦楽団労組事件最高裁判決は「労働契約基準アプローチ」はとられていないのに対して、近年の下級審裁判例は「労働契約基準アプローチ」をとっており、しかも労働契約下にある労働者に準ずる場合を非常に狭く解し、労基法上の労働者と同視し得ると解し得る立場をとっていると指摘されます。

「労働契約基準アプローチ」では、その出発点において、なぜ労働契約のもとにある労働者が団体交渉等の保障を受けるのか（経済的従属性のゆえなのか、人的従属性のゆえなのか、それらの従属性にかかる特定の判断要素のゆえなのか等）が明らかにされておらず、あるいはそれらの根拠と具体的判断要素が結びつけられていないため、労働契約のもとにある労働者以外の者について団体交渉の保護を及ぼそうとする際にも、労働契約のもとにある労働者の判断要素を総合的に考慮すること、労基法上の労働者性の判断よりも広く緩やかに判断すべきことを超えて、参照すべき基準・要素が明らかにされておらず、どこまで広く緩やかに労働者性を判断すべきかの手がかりが存在せず、結局、予見可能性を考えると、労組法上の労働者についても、労働契約下の労働者、すなわち労働基準法上の労働者と同視して狭く判断することにつながりかねないと考えられると指摘されています。

最後に、山川論文では、CBC管弦楽団事件は、事業組織への組み入れを重視し、一方で、労働力の処分につき、厳密な意味のものではない指揮命令の権能があることを指摘していたのに対し、最近の下級審裁判例は、労基法上の労働者概念とほぼ同様の定義を採用するものや、労基法上の労働者概念と類似の判断をするもの、「法的な指揮命令、支配監督関係の有無により判断すべき」とする新国立劇場運営財団事件判決等があらわれていると指摘されます。

学説については2つに分類され、使用従属性を重視する、この使用従属性は労基法上の労働者該当性の判断に比べ緩和された使用従属性ですが、この使用従属性を重視する(a)説——(a)説におきましては、労基法上の労働者等との比較から出発しつつ、使用従属関係の程度が労基法の労働者等より弱くとも、団体交渉の

保護を及ぼすべき必要性と適切性という観点から、これに準ずるものであれば足りると考える見解です。土田先生や古川陽二先生がこちらの説に入るとされています。

その(a)説と、それに対しまして、経済的従属性を重視する(b)説、こちらでは、経済的従属性から出発して、それが団体交渉の保護を及ぼすべき必要性と適切性を基礎づける程度に達していれば労組法上の労働者と評価できると考える見解です。川口先生や野田進先生はこちらに入るといふふうに分類され、どこから出発するかの違いがあることを指摘されます。

判断要素につきましては、労務供給契約の内容を一方的に決定し、労務供給者を事業の運営にとって不可欠な人的要素として組織することを通じて、事業主は、個別交渉による契約の締結や変更の煩雑さを回避しつつ、その意向にしたがって労務供給を行わせ、事業を円滑に遂行できるのであって、このような態勢のもとでの労務供給が労組法上の労働者該当性を基礎づけるとして、事業主の組織への組み込みと事業主が契約内容を一方的に決定することが中心的判断要素であり、報酬の労務対価性も、3条の文言とこうした報酬を得て生活している者につき団体交渉による労働条件決定が必要になるという法の趣旨から見て中心的な判断要素であるとされます。それに対して、業務の発注に対する諾否の自由、日時や場所についての拘束と作業態様等についての指揮監督は必ずしも不可欠ではなく、補完的要素にすぎないとされます。専属性は、ほかの要素の充足度が弱い場合の補完的要素、事業者性も労働者該当性を弱め得る補完的要素であるとされます。

以上のように、土田先生は、使用従属関係要件性否定説と使用従属関係要件性肯定説に、田端先生は、雇用労働者との類似性という観点からアプローチする方法と、雇用労働者の団体交渉権の本意である交渉力の不均衡に着目してアプローチする方法とに、竹内先生は、「使用従属性」を判断基準・判断要素として考慮する「労働契約基準アプローチ」と、「使用従属性」を判断基準としない「団交保障根拠探求アプローチ」とに、山川先生は、使用従属性を重視する(a)説と、経済的従属性を重視する(b)説とに分類していらっしゃいます。

このテーマについて論じる際には、労組法上の労働者と認めるべき人はどのグループの人であるのか、そ

してどのアプローチをとれば労組法上の労働者と認めるべき人を労組法上の労働者の中に入れることができ、認める必要のない人を外に置くことができるのか。さらに、そのアプローチによれば、労組法上の労働者と認めるべき人と認めなくてよい人との間に明確な境界線を引くことができるのが肝要です。私からは以上です。

● 討 論

* 3条の「労働者」と7条2号の「雇用する」労働者の関係

野田 今の山川論文の分類に落ちつかないのですが、私自身は7条に関しては決して使用従属関係説じゃないんです。

小畑 そうですね。

野田 7条2号については、団交に値するかどうか重要だと考えています。例えば、フランチャイズの人が争議行為をしようとするときに、スト権の保護があるかという問題があるとして、フランチャイジーは労働者じゃないので労組法8条の民事免責がない。それは労組法3条の問題で、だから、労組法3条の問題というのは団体交渉だけでなく、争議行為もかかわってくる。ところが7条2号というのは、団体交渉、なにかなく不当労働行為になるかどうかです。使用者としては、「あなたたちは労働者ではあるけれど、私はあなたを雇用した覚えがないので、団体交渉上の、あるいは不当労働行為上の責任は持たない」と言うでしょう。だから、3条と7条というのは全然違うと私は思っているんです。

3条の労働者性については、自営業者でない限り、経済的従属性があるという言い方をしてもいいんですが、ともかく広く認めるという傾向がありますね。経済的・組織的従属性みたいところで認めていくと。

ところが、団体交渉を求められて断ったときに不当労働行為となるかどうか同じように判断できるかというところ、それはやっぱり違うでしょう。7条の労働者性については、私は契約的な関係性が問題になると思うんですけども、竹内先生はどうお考えですか。

竹内 労組法3条は、2条の労働組合の定義を踏まえつつ、同法における「労働者」の定義を定めており、7条2号の「雇用する」労働者とは、不当労働行為の救済に関する要件を定めているという点では両者は異なる規定だと思うのですが、そうだとすると、3条で

「労働者」に該当する属性を備えているとされる人たちが、7条2号にいう「雇用する」労働者に該当するために、特定の労務供給の相手方と、そのような属性をもたらす関係を有していること以上に一定の属性をさらに備えなければならないのか。あるいは、7条2号にいう「雇用する」というのは、労務を提供する者と、当該労務供給を受ける主体との間で、このような関係が「ある」ことをとにかく求めている。関係の中身については、3条で労働者に該当するための要件・要素を備えているかどうかで決まるという考え方をすることもできると思うのです。

野田先生のお考えは、私が理解する限りでは、3条にいう「労働者」に該当するある要件があって、7条2号で「雇用する」労働者に該当するためには、3条が定めている中身を備えた関係性があるとともに、3条でいう労働者に該当する属性にさらに付加して追加的な属性が必要だというご理解だと思うのです。しかしながら、ほんとうにそうなのかと。不当労働行為の責任追及に関して、関係が「ある」ということを要求している以上に、7条2号の「雇用する」という文言は意味を持たないのではないかと。そう考えると、3条と7条の「労働者」・「雇用する」の具体的な判断要素については同じで、あとは誰との間でそのような関係があるかの問題だけが残ることになると思います。

野田 でもそれは、実際労働委員会の場で例えば使用者が、「この人たちは私の雇用する労働者じゃない」ということに対する反論にはならないのではないですか。3条の労働者ならば雇用する労働者だとは到底言えないと思うんです。ですから問題は7条に取れんさされていくと思うんです。

竹内 それでは、例えば、先ほどのフランチャイズの人たちが本部に交渉を求めて拒否された場合には、7条2号でいう「雇用する」者に当たらないので不当労働行為は成立しないということでしょうか。

野田 いえ、その場合は初めから労働者性を否定されるので、3条でいいのです。当然7条にも当たらない。雇用する労働者というのは、雇用する、雇用しないと両方あるわけですが、この場合そもそも労働者でないので、3条で終わってしまう。

竹内 では、3条で「労働者」に当たって7条で「雇用する」労働者に当たらないというのはどういう人たちになるのでしょうか。

野田 まさに最近の国立劇場運営財団事件とかピ

クターサービスエンジニアリング事件などで問題になっている人たちですよ。だから私は主戦場は7条2号だと思っているんです。

竹内 野田先生は、ご論文で、「非雇用化」された人たちについては、非雇用化以前は3条の労働者に該当することは明白で、非雇用化されても3条の労働者に当たることは変わらないとご指摘されていたと思います。

しかし、そうならば、従来雇用されていた人が非雇用化されたとき、3条については前後で実態は変わらないからそのまま定義に該当するとおっしゃるのに、なぜ、7条については引き続き該当するとなさらず、改めて雇用されているか否かの検討が必要となるとされているのがよくわからないのです。

野田 例えば、雇用契約から委任契約に変えた場合、雇用関係はなくなるわけですから、そこで7条の問題が前面に出てくるのだと思うのですが。

竹内 その場合、7条2号にいう「雇用する」というのは雇用契約であるという理解になるのでしょうか。

野田 不当労働行為の問題ですから、そんな厳密に契約論から入っていく必要はなくて、不当労働行為と認定するのにふさわしいという状況にあるかどうかということを判断していけばいいと思うんです。ここでいう雇用契約というのは緩やかに解すればいい。

竹内 その、緩やかに解した意味での雇用契約に該当するか否かを判断する基準は、3条の労働者性を判断する基準とは違うのでしょうか。

野田 違いますね。3条の条文には「使用する」とか「雇用する」ということは書かれていないわけですから。例えば土田論文では、賃金をもらっているから使用従属関係があるとされていますが、私は論理は逆で、使用従属関係を判断するときに賃金性があるかどうか、そういうロジックになるんだと思います。ロジックが逆転している。ですからその点土田説に対しては少し疑問があります。

竹内 私は、土田論文のその点に関しては、労組法には「賃金」の定義規定がなく、労基法にはその定義規定があるので、労基法によるという考え方だと思うのですが、労組法上の概念について、当然に労基法の賃金の定義にいわば戻る理由はないと思うのです。

野田 でしょう？

竹内 ええ。先生が土田論文について指摘された点

に関しては、私も、疑問があります。

有田 私はその3条と7条の分け方が少しよくわからないのですが、3条で労働者性を認められて、7条で問題になるときは、あとは使用者性の問題で考えるというのではダメなのでしょうか。

野田 田端論文でも書かれているように、どちらにいてもいいのです。労使関係なので、労働者性、使用者性どちらからのアプローチでもかまわない。私が必要だと考えているのは関係性であって、団体交渉がふさわしいと考えられる雇用関係、雇用関係類似の関係があればいいということです。ですから、例えばビクターサービスエンジニアリング事件の一番では、使用者性のほうからいっていますが、それでもいいと思います。

竹内 野田先生のご議論だと、3条の「労働者」には該当するけれども、7条2号の「雇用する」労働者ではない人がいるということですよ。

野田 そうです。ですから、団体交渉の話は主戦場が7条2号になると。

有田 3条では労働者であるけれども、団体交渉を求めている使用者との関係性を持った労働者がいるということですね。

竹内 その点について、ある人が労働者か否かというのはいわば真空の中で決まるのではなく、常に誰か具体的な相手方を念頭に置いた関係の中で決まるという議論がありますよね。

野田 ありますね。でもそれは3条の中に7条を入れてしまった議論で、労働者は誰かという問題は関係性ではとらえられないと思います。

竹内 例えば、会社勤めをしている人が、あいた時間に自ら何か商売をしていた場合、会社勤めをしている側面と商売をしている側面で「労働者」に該当するか否かは違うと思うのですが……。

野田 もちろんそれは違います。

竹内 そうであれば、「労働者」性の判断においてやはりだれとの関係かということが考えられなければいけないのではと思うのですが。

野田 それはそうです。関係性が必要ないとはいいたませんが、私がいいたいの結局は、労働者であるかどうかというのは法適用の問題で、使用者であるかどうかというのは責任帰属の問題だということです。3条というのは労組法一般を適用するかどうかの問題、7条はその当該使用者が団交義務を負うかどうかとい

う責任の問題だと。だから、例えば竹内さんは労働契約基準アプローチと団交保障根拠探求アプローチの2つに分類されていますが、私は前者は3条、後者は7条の問題で、2つの説ではないと思うんです。まず労働契約基準アプローチをした上で団交の問題として考えるということが当然あり得るので、2つは何も相排斥しない。

***労働契約基準アプローチと団交保障根拠探求アプローチ**

竹内 野田先生のご理解だと、3条の労働者に該当するには労働契約基準アプローチでなければならないということなんでしょうか。

野田 どうでしょうか。私には竹内先生の意図される労働契約基準アプローチがどういうものが今ひとつつかめていないのです。

小畑 竹内先生の労働契約基準アプローチというのは使用従属性を判断基準にするんですよね。

竹内 ネーミングが適切かどうか執筆していたときから自信がややありませんが、現在の学説を分類してみたとき、労働契約法や労働基準法といった個別的労働関係法にいう労働者を中核にして、そこから拡張していったときどこまでその範囲に入るかという思考で、労組法上の労働者性の判断要素を検討しようとしているものを、私は「労働契約基準アプローチ」としています。それから、「団交保障根拠探求アプローチ」というのは、団体交渉の権利を保障する必要がある人を検討したときに、それは誰か、という思考を経て判断するものです。ですから、団交保障根拠探求アプローチだと当然に使用従属性が排除されるということにはならないと思います。

野田 山川論文も同じ発想なのでしょうか。

竹内 似たような発想をされているのではないかと思います。

小畑 土田先生や田端先生もそれぞれに分類をされていますが、それとの異同の面ではどう思われますか。

竹内 土田先生の分類では、使用従属性概念が必要か否かということですが、私の分類方法は、要するにだれに団体交渉の保護等を与えるか、その資格を備える人はどういう人かということをとどめていくもので、結論として、それは使用従属性を備えた人だということにも至り得ますし、反対に使用従属性否定説に至ることもありえます。土田先生は労組法3条にいう「労働者」に該当するために必要な要件ないし要素に

照らした分類をされていて、私は、それら要件ないし要素の決定、判断基準の設定に至るプロセスで分類をしている点に違いがあるのだと思います。山川先生も、「労働者」性の思考経路に注目されている側面があるかなと思います。

野田 私の竹内論文に対する疑問は、労働契約基準であるということと団交保障を採求するということとは、もちろんそれぞれでいいんですが、レベルが違うので、労働契約上のものを採求した後、次に団体交渉というのも当然あり得るのに、2つはどうして二分されるのか。そこがよくわからないんです。

竹内 労組法の適用を考える際になぜまず前者の、個別的労働関係法にいう労働者に当たるかどうか引きつけた判断をする必要があるのでしょうか。端的に、後者の労組法の適用に関する検討をすれば足りると思うのですが……。

野田 いや、後者は団体交渉だけでしょう。それからここには争議権の議論は入るのですか。

***団体交渉権と3条・7条2号**

竹内 団体交渉を中心として争議行為等が保障されているという菅野先生の教科書に沿って考えました。この説によるのであれば、団体交渉権が保障される人たちについては争議権も保障されると思います。

野田 でもその逆はどうですか。団体交渉権を保障されていないけれども争議権は保障されるという人たちもありえますよね。つまり、団体交渉権というのは7条の問題になるわけですが、不当労働行為の救済は求められなくても、司法救済を求めうることはあります。

竹内 団体交渉権はそもそも憲法28条に由来するはずですから、労組法7条2号で団体交渉権の有無を考えると議論は、団体交渉権を不当労働行為行政救済制度のみに押し込めてしまって、憲法28条を無視する解釈になる可能性があると思うのです。野田先生のお考えは、不当労働行為行政救済制度との関係で、救済されないというような趣旨なのかもしれませんが……。ただ、司法救済や、刑事免責・民事免責は労組法7条の規定とは関係なく当然あると思うのです。そう考えると、3条のところ団体交渉権が認められる主体かどうかと探求していく必要があるのではないかと思います。

野田 でも、それを限定する積極的な理由にはならないですね。

竹内 不当労働行為行政救済として救済を与えないというのは議論としてありうるかと思うのですが、団体交渉権の保障を享受する主体か否かということについて、7条の「雇用する」ということを要件として持ってくるのは無理ではないかと思うんです。そこはやはり憲法28条で考える必要があり、28条の勤労者は、公務員のことを一旦措けば、労組法の労働者と同じと考えられていると思いますから、結局労組法3条という労働者に該当すれば、憲法でいう団体交渉権、団結権、そして争議権も保障される主体に該当することになるのではないのでしょうか。

野田 争議権もいいと。

竹内 はい。憲法28条に争議権も含まれていますので。

野田 だけれども、3条の条文からどうして団体交渉を中心に考えることになるのがよくわからないのですが。

竹内 そこは、むしろ、いわゆる労働三権について、団体交渉権を中心に争議権等が保障されているという考え方に依拠して考えた結果だと思います。

野田 でも3条の団体交渉権と7条の団体交渉とは、不当労働行為の救済を受けられるかどうかという点で違うものですよ。ですから、3条が団体交渉も含む普遍的な中核としてもいいのですが、3条と7条の団体交渉は意味が違うわけだから、それは分けないと説得力ある議論にならないんじゃないかと。

竹内 分けるのはいいのですが、結局先の議論に戻って、7条の「雇用する」という文言が、関係性が「ある」か否かだけを求めているのか、あるいは、3条にいう労働者性が認められるための要件・要素に追加して要件・要素が必要なのか、その問題になるのではと思います。そこは解釈が分かれているところですよ。

野田 難しいところですね。中労委のソクハイ事件や新国立劇場運営財団事件の判断をみても、解釈は揺れているのかなという気はします。

竹内 そうですね。どう解釈するか。私の立場は具体的な中身については分けていないので、関係が「あり」さえすれば、7条2号での話をせずに3条該当性で7条2号の「雇用する」の文言との関係の検討も終わっているということですが、異なる見解は当然あると思います。

有田 そうすると、例えば西谷敏先生のように、団

交権を中心に28条というか全体を考えるという学説ではないというお立場であれば、論理的にいくとむしろ3条を広くとらえて労組法の適用対象にする。ただ、これがいざ団交の場合は、交渉相手が対抗関係にないといけませんので、そこがどうかは7条2号のところで見るという考えの流れになるような気がするのですが。

野田 なりそうな気がしますが、あまりそういう発言はないですよ。

有田 今きいていて思ったのは、要するに団交権を中心にとらえると、3条のところでみるという議論にいきやすいと思うのですが、そうではなくて、広義の団結権というのは団交権中心ではない、おのおの意味を持っていて、トータルに団結権なのだという立場からスタートすれば、やっぱり3条と7条2号は別に見るという方向にいくのが自然かなという気がします。

野田 例えばセメダイン事件の高裁判決（東京高判平12・2・29 労判807号7頁）では、7条2号にいう労働者の代表は労働組合としての申立適格をそなえていることすら必要ないということを言ってますよね。そういう議論もあるわけですから、一般的な3条の団交権の主体と、不当労働行為で救済される範囲というのは大分違っているはずで、別個に議論していいと思うんです。

竹内 でも、現実には、「この人たちは3条にいう労働者に該当するが、不当労働行為救済制度での救済が必要ない人たちだ」という場合はあるのでしょうか。

野田 そういう意味では関係性の問題であって、労働者性ではないのかもしれない。

竹内 関係性というと、私にはそれがあかないかの問題というように聞こえるのです。

野田 強い弱いこともあるでしょうね。ところで私はCBC管弦楽団事件の最高裁判例は検討が必要だと思っっているんです。

竹内 CBC管弦楽団労組事件最判は、「……会社に対する関係において労働組合法の適用を受けるべき労働者にあたるか」と解すべきである。したがって、楽団員の組織する被上告人組合と会社との間に同法7条2号の不当労働行為が成立しようとした原審の判断は正当」と言っているので、ある主体との関係で3条に該当して労組法の適用があれば、そのままずっと7条の適用も肯定する立場と読める気がするのですが……。

野田 ええ。ですから私はあれには疑問があるんで

す。ロジックが破綻していると思う。でもこれまでこういう事件が少なかったために、あまり議論になってこなかったですね。

竹内 確かにこれまで事件は少なかったですね。

野田 でも今の状況では、これはやっぱり現代的問題です。今福岡県の公益委員をしているのですが、ピアノの先生とかエステティシャンの人など、こうした関連の事件の申立が最近は本当に増えています。

竹内 これは要望ですけども、もしできれば、野田先生には、あるいは同じ考え方に立たれている先生方には、3条の労働者に該当するけれども7条2号で救済すべき人ではないというのは、なぜ、その人のどういう属性の欠如ゆえに救済する必要性がないのかを、説明していただければと思います。そこがわかると、議論が先に進めると思うのです。

野田 そうですね。

*田端論文における「労働者性」の評価

竹内 今議論している点について、田端論文では具体的にどう書かれていたのでしょうか。

野田 田端論文は2つをどう分けているのかよくわからないところもあるのですが、「(これは、論理的には、3条の労働者であっても、7条2号の適用に必要な関係を有していない労働者が存在しうることをも意味する。これについては後述。)」と書いてあって、これはわが意を得たりと思いました。私の説と同じです。

竹内 なるほど。ただ、田端論文では、3条は労働者の属性に基づいて定義され、7条2号は、同一の属性の労働者について、さらに、団体交渉関係の当事者との間で「一定の関係」を有することにより定義されると述べていますが、これが、要件・要素を付加した関係の存在を指すのか、あるいは、単に関係があるのかわからないかを指すのかについては、結局あまりよくわからない気がします……。

野田 いえ、ともかく基本ファクターとそうでない部分とを分けて考えていく、そういうアプローチですね。

竹内 田端論文は、7条2号についても、「労働者性」という表現を用いていることもあり、今の点を含めて、3条の関係で議論しているのか、7条2号の関係で議論しているのかわかりにくい点があると思います。

野田 そうなんです。田端さんのは途中からよくわからなくなるんです。ただ、むすびのところで、これ

までは「労働者性」の問題で3条だけで考えていたけれども、これからは2段階判断をとることに意味があると書かれていますよね。

*「使用者性」からのアプローチの可能性

有田 私は、関係性というときに、7条2号が問題になるということであれば、やはりむしろ「使用者性」のところで問題を見ていったほうが、労働者概念が何か多層的にあってというよりは混乱を招かないような気がするのです。それからここでの議論とは少し違う視点かもしれませんが、以前毛塚先生が書かれたものの中で、日本の団交の特殊性として、ヨーロッパのような労働条件決定システムにとどまらず、労働紛争の解決システムということでこれまで広く機能してきたという歴史的な経緯があるので、これを踏まえると、3条はもっと広くとらえていいのではというような議論をされていて、例えばそういうシンプルなたらえ方もあるかなと思います。

野田 でもそれを裁判所にどうやって説得するかの問題なんですよ。

有田 ええ。

野田 先日ビクターサービスエンジニアリング事件の高裁判決(東京高判平22・8・26労経速2083号23頁)が出ましたが、そこでは一応3条と7条を分けて考えるようなことを言っているんです。一審は7条に関しては特にわけていませんが、労働者性アプローチと使用者性アプローチというのは、それは確かにつながってきますよね。一審は朝日放送事件を言いかえただけですものね。

有田 朝日放送事件判決も限定は色々つけていますが、アプローチの仕方としては、3条で認められれば労働者で、7条2号との関係では、交渉の相手方たり得るかどうかということで見ている。労働者性をわけて考えたというよりは、何が使用者にあたるのかということを見ているのではないかと。

野田 でも、私はあなたの使用者じゃないということ、あなたは雇用されている労働者じゃないということとは若干違うんじゃないでしょうか。

有田 でも、労働者じゃなくても使用者性を認められるというのが朝日放送事件判決の考え方ですよ。

野田 いえ、派遣労働者ですから、一般的な労働者性はあります。

有田 でも3条に該当する労働者だけれど、雇用する労働者ではないということですよ。ですから3条

のところで労働者性を認めておいて、あとは使用者性、対抗関係にあるかどうかというところで判断すればすっきりすると思うのですけれど。

野田 確かに色々な判決をみても、そういう判断が多いですね。そうかもしれないという気がしてきました。

有田 雇用する労働者という文言に拘泥すると、何か労働者というのが多層的にいろいろなレベルで存在しているみたいに聞こえてしまう。だけれども、要するに3条の労働者であれば労組法上のいろいろな問題にかかわってくるわけですね。その中で、今は7条2号の問題が専ら問題になっていますが、ほかのところが出てきたときに余計混乱するような気がするのです。だから、3条のところだけで労働者というのは確定しておいて、あとはそれぞれの関係のところ、判断していくほうがはっきりする気がするのですが。ただ、そうはいっても3条の労働者性判断のところ、使用従属性の要素をどこまで入れるのかとか、それとも入れないのかという議論はやはり出てくるとは思います。

* 3条の「労働者」と使用従属性

野田 でも3条に使用従属性は出てこないですね。

有田 いえ、私は特に使用従属性を入れろと思っているわけではないのですけれど。

竹内 私は要らないと思います。

有田 そうですね。3条のところ、広く考えて、あとはそれぞれのところで見ればいいですね。これだけ議論があるので考えてみたのですが、私自身はもっとシンプルな考え方になります。

竹内 この点について、土田先生は、もっぱら経済的従属性だけで判断するとあまりにも外延が開放的になり過ぎて不明確になるという趣旨の指摘をされています。

有田 裁判所はそういう懸念があるので、一定枠づけるためにという。

竹内 ただ、外延が広いということと不明確であるということは異なると思うのです。

野田 それは違いますね。

竹内 広くても外延がはっきりしているという場合もあるので、土田論文は外延が広過ぎてはいけないので使用従属性を要件とする立場だというのが、素直な読み方じゃないかと思うのです。使用従属性について、総合的に判断するのであれば、非「労働者」との

外延が不明確なことは変わらないと思います。

野田 そうです。

有田 そういう意味では、労働者性を広くとるか狭くとるかというところの価値判断として使用従属性はせめて要求しようと。しかし、それは文言とも一致しないと思いますし、組合が歴史的にクラフト・ユニオンを展開する形で発展してきたことを考えても、何かあまりにも現在普通に見られる労働組合を構成している労働者に引きずられ過ぎているのではという気がします。ただ、使用従属性を持ってきた理由というのは、そういうあまりにも広いものは適切ではないという判断があると思います。

ただ、それを言うと、ほかの例えば団体交渉についてはせめて権利を広く認めていくべきだというふうな主張とどこまで平仄がとれているのかは検討が必要かと思えます。

野田 INAX メンテナンス事件の判断もそんな感じですよ。最初のほうでは労働組合運動の主体となる人たちであればいいと言っているんですが、その後急に使用従属性関係のことを言い出している。緩やかに判断はしているんですけども、一応使用従属性を言うという、その距離感はどうなっているのかと思えます。

小畑 だから、似たような言葉を使っているけれども、イメージしている広がりや違いは違うんじゃないかと思うんです。

竹内 小畑先生のご指摘に関連して、例えば諾否の自由であるとか、経済的従属性にしても、それぞれの論者が具体的に何を指して言っているかが異なっている場合があります。

小畑 そうですよ。

竹内 私も論文を書いていて非常に苦労したのはここで、定義を統一する必要はないでしょうが、今後議論がうまくかみあっていくようにするためには、例えば、経済的従属性とか使用従属性といった概念について、それぞれの論者が具体的にどういうものを念頭に置いているか、明確にしておく必要があると思います。

小畑 そうですね。具体的なケースについて、同じアプローチに属しているはずの人が全く違うことを言うという可能性があると思うんです。ですから、その辺り、これから判決もどんどん出てきますので、それらによって具体的に明らかになっていくように思います。

竹内 おそらくほとんどの学説が、現在の裁判所の判断には問題があると考えていると思うのですが、他方で、うまく裁判所を説得できるような、ある程度クリアな議論を学説が生み出す必要があると思います。

野田 だと思えますね。

竹内 ですから、3条と7条2号の関係についても、今、議論は対立していますけれども、重要な論点の1つだと思いますから、解釈論の議論を詰めてきっちりさせておく必要があると、あらためて思いました。

小畑 そうですね。

野田 そうですね。是非一緒にやりましょう。総論的な結論を言うと、これは労使関係法の全体の問題だと思います。労組法3条がイメージしている労働運動というのは、法の成立当初はそれなりのリアリティーがあったでしょうけれど、現代の状況にはあっていない。そういう中、今の枠組みの中で、どういう形できっちりつくっていくかという課題もあらわれていると思います。

V 高年法と規制手法

●紹介

①櫻庭涼子「高年齢者の雇用確保措置——2004年法改正後の課題」

②山川和義「高年齢者雇用安定法9条1項違反の私法上の効果」

*山下昇「継続雇用制度とその対象となる高年齢者に係る基準をめぐる法的問題」

*柳澤武「高年法の雇用確保措置をめぐる新たな法的課題」

野田 まず継続雇用についての学界の理論状況ですが、裁判例も最近は非常に多くなりましたし、色々な論点が出てきて議論が始まっているという状況です。その議論は、大別すると3つ挙げることができると思います。こうした論点の整理は、一連の学界論争の初期のものである柳澤論文ですでになされています。一つは、高年齢者雇用安定法9条1項違反の私法上の効果の問題、これは後で取り上げる櫻庭論文の提起した基本的な対立軸です。

それから次に、継続雇用措置の内容ですね。これは例えば、継続雇用の際に大きな不利益変更がなされる場合、どこまでそれが許容されるか、高年法9条1項に規定されている雇用確保措置の趣旨に反するものに

なっていないかどうかという問題です。

それから、もう1つは、継続雇用制度の採用に当たって、これは9条2項の規定から労使協定、過半数代表者あるいは過半数組合の労使協定によって制度を設置することができるわけですが、それに関連して団交拒否とかの色々な側面つまりそこでの団体交渉との関係です。例えば最近のブックローン事件では、労使協定が結ばれたんだから団体交渉しないとされたことが団交拒否と言えるかどうかということが争われています。

ほかにもあり得るでしょうけれども、基本的には大別この3つが問題という状況です。そして、その流れとしては、ご承知のように、一連のNTT西日本の判決、とりわけ大阪高裁の判決（大阪高判平21・11・27労判1004号112頁）が議論の起爆剤にもなりました。そして、これは単に裁判例だけではなくて、労働委員会の命令でも、既にいろいろなところで出ていますし、論点はだんだん広がっていくという傾向もあります。

学界では、これが単に高年法9条1項の解釈問題というよりは、政策立法といえますか、政策的課題を担った現代的法規制という手法についての法的評価という新しい課題も担って、だんだん論議が浮上してきたようなところがあります。学界での直接的な論争の発端は、今回取り上げる櫻庭論文が重要な起点になっていると言えようかと思えます。これに対して、NTT西日本の大阪地裁、大阪高裁の判決が、どちらかという櫻庭説に近いような判断の立場に立ったということもあって、今度は逆にここで取り上げる山川論文のような立場が櫻庭論文や判例に対抗する論陣を張っているということです。

まず櫻庭論文ですが、明快な論調で、説得力のある書き方をされている論文です。

まずはじめに、高年法は公法的法規であることと把握するのが適切であるということ、幾つかの理由を挙げて説明しています。その理由ですが、要するに高年法は、施策の実施主体が事業主に限定されていないこと、事業主に対して課す義務には努力義務も含まれていること、法的義務についても私法的効力について記されず、行政の助言指導及び勧告による履行確保のみが規定されていること、それから、これらの点は、高年法が憲法27条1項に依拠して制定された立法であり、その究極的な目的を高年齢者等の職業の安定に置

くことに由来すること、こういう理由から、公法的法規であると把握するのが適切であろうとされています。

次のポイントが、そういう高年法の中の一つの柱である高年法9条の性格です。これもきれいにまとめてありまして、定年の65歳への引き上げを一律に義務づけず、継続雇用制度をとることを認め、かつ対象者を選抜することを容認した趣旨は、各企業の経営、労使関係等の実情に応じた適切な対応を可能にする点にあった。それゆえに、私法的効力について規定したり、罰則を設けたりすることもなく、行政による指導や勧告というソフトな手法によって履行を確保しようとしたと解されるというふうに書いています。そのように高年法9条に私法的効力を認めないと、この履行確保の措置も、こうした限定的なものにとどまるという結論です。

それから、3つ目として取り上げたいのは、継続雇用措置が労使協定にだけ決めてあって、就業規則等に定められていない場合はどうなるかという問題設定です。これが櫻庭説のアキレス腱みたいな気がするのですが、注目したいんですが、そういう場合にどうなるかというところ、日立メディコ最高裁判決（最一小判昭61・12・4 労判486号6頁）に即して考え、雇用継続の期待という観点から、そうした期待が生じた状況では、解雇権濫用法理が類推適用されるとされます。したがって、当該客観的具体的基準を満たして、定年後も雇用は継続されるという期待を生じさせたとき、使用者は、その基準を満たす労働者に対して、再雇用等を拒否し、定年扱いとすることは許されなくなる。当該制度にのっとり、再雇用契約が成立すると解釈できそうであるという、あまり断定的ではなく、そういう示唆をしています。これが一つですね。

それから、もう一つポイントとして取り上げたいのが、継続雇用対象者の基準が通達に即していない場合どうなるかです。例えば継続雇用対象者について、採用を限定する一定の基準、例えば会社が特に必要と認めた者に限るとか、上司の推薦がある者に限るということを労使協定で定めたらどうなるのか。これについては、櫻庭説であっても、就業規則等において規定していたとしても、私法上の救済を得ることは難しいと考えられるということで、こういうものについて使用者の再雇用する旨の意思表示を待たなければ労働契約は成立しないことになろうとしています。一方、櫻庭説は、公法上求められる労使協定締結手続が民主的に

行われなかったときは、合理性を否定する方向に働く一要素になるということで、就業規則の合理性判断の要素として議論を収束させるという立場をとられているようです。

全体として幾つか気づいた点をコメントします。

まず一つ、最初の高年法9条の性格ということで、この改正高年法の趣旨というのは、私法的効力について規定したりせずに、指導とか監督というソフトな手法によって履行を確保したものと書かれていて、そのとおりだと私も思いますけれども、強力な政策誘導ということ、あまりにも無批判にとらえ過ぎているんじゃないかという気がします。9条は使用者に政策誘導を図る規定でして、3つ選択肢があるように見えるけれど、実際には使用者に対して9条2項の労使協定の方法だと、いわばお得ですよと、9条1条だと全員継続雇用をしなくてはいけないけれど、労使協定さえ結べば基準を設けてもいいんだからお得ですよ、とこういう政策誘導が見え見えですよ。しかも、暫定的には附則5条で、3年間は就業規則でもよいという非常に柔軟な方法で、ともかく制度を導入しようとしているという、竜頭蛇尾のような政策誘導にすぎないと思いますので、それほど積極的に肯定すべきものでもないような気がします。

櫻庭説が、このように労使協定に私法的効力を認めないということになると、逆に今度は、就業規則に定めないと、その権利義務は出てこないということに普通だったらなりますよね。そうすると、継続雇用措置が就業規則に定められていないような場合に私法的効力はどうなるのかという問題が、今度は逆に出てくるという、そこに弱みがあるなという気がします。ですから、日立メディコ判決流の雇用の期待を類推するような、そういう理論を立てておられるんですけども、かなり説明としては苦しいかなと。

日立メディコ判決というのは有期労働契約における限界事例の場合に、継続雇用の期待が認められるという判断ですから、他の場面に類推するというのは賛成できない気がします。ですから、結論として、就業規則がないときには雇用契約が成立しない、継続雇用にはなりませんと言ってしまっているのではないかと。使用者としては、怠りなく就業規則をつくらなければいけませんので、遠慮なくそういう言ってしまえばいいのではないかと。

それから、もう1点、通達に即していないような場

合について、その基準に何らかの恣意性があるような場合には、就業規則の合理性の問題として考えていくという結論ですが、これも少し無理をされている気がします。要は高年齢者雇用確保措置、つまり9条にいう安定した雇用を確保するための措置に当たらないので、同措置を講じたことにはならないとあっさり言ってしまったほうがいいんじゃないかと思う。櫻庭さんの見解だと、別にそれで私法上の効力がなくなるわけではなくて、10条によって行政指導とか勧告がなされるだけです。そういう制裁で終わってしまったら、それはそれでいいんじゃないか、ここでそんなに契約論で頑張らなくてもいいんじゃないかなというのが、私の印象でした。

引き続き、これに反対する論陣のものとして、ここでは山川論文を取り上げます。これは、NTT西日本判決や櫻庭論文について、批判的に解釈を行うという立場のものでした。

1つは、櫻庭論文が憲法27条1項だからということで、1項・2項との関係、峻別説に立っているけれど、これについては、必ずしもそういう立場に立つ必要はないということを西谷論文を引用しながら紹介されています。憲法27条1項と2項は、別に並列の関係にあるわけではなくて、重畳している。だから、行政による履行確保を規定するものもあれば、私法上の効力を予定するものも含まれるとしています。

それから、さらに高年法の性格と高年法9条1項違反の私法上の効果の関係というところでは、これも重畳説の立場に立ち、高年法8条のことを引用しながら、8条では私法上の効果があることとの比較の上で、やはり峻別説を批判するという議論をしています。

それから、2つ目の論点、高年法9条1項違反の私法上の効果の有無の検討という、一番の中心の部分ですけれども、櫻庭論文の論拠を一つひとつ反論しています。特に高年法9条1項の規定内容が定まらないということに対しては、私法上の効果を、雇用確保措置の履行請求権の発生と考える場合に限り内容が定まらない。しかし、それ以外の損害賠償についてはそうでもないということをいっています。

それから、行政による履行確保のみが規定されていないということは、高年法9条1項違反に私法上の効果をあえて与えないことにしたとも読み取れるけれども、しかし、明文の規定がなくてもやはり私法上の効果は認められると。ここでもまた高年法8条の定年制

の規定を引き合いに出して反論しています。

さらに3つ目として、高年法8条が努力義務から義務規定化されたことで私法上の効力・効果を有するようになったことで法目的の実現を図ったことに照らすと、高年法9条1項も、長年かけて義務規定化したという事情をより積極的に評価すべきであるから、こちらにも、8条と同じように私法上の効力を認めると。つまり、ずっと検討されて9条1項に至ったわけですから、いわば65歳までの雇用確保を、長年かけてようやくたどりついたという一つの到達点として認めていくべきだということを行っています。

あとは、65歳未満定年制が無効となるかということも論じています。

全体として、櫻庭論文もそうですが、それぞれの論点ごとに非常によく丁寧な議論をされているという印象を受けました。

ただ、ここで考え方の一番中心になっているのは、高年法8条と同じように9条1項も、長年の議論の積み重ねの中ででき上がったものだから、次第に効力規定として認められるようになったものだという前提に立つということだと思のですが、9条1項、9条2項との関係を法文上で正視するならば、そう簡単にはこういうことを言えないんじゃないかという気がするんです。確かにもともとの65歳までの安定した雇用という趣旨は9条1項の本文にあった、そういう意味では、そういう義務規定についての積極的な姿勢というのがあったでしょうけれど、しかし、今回は年金改革と併せるために当面の早期導入を推進する必要があるという、非常に政策導入的な、妥協的な部分があったわけで、それは9条2項であり、かつ附則5条であるということです。ですから実際の効力論ではやはり正面から9条2項の存在というのを認めざるを得ないと考えてしまうわけで、全体として言うならば、山川説の気持ちはわかるけれども、やはり客観的に見るならば櫻庭説のほうが、説明ができていかなという気がします。と同時に、櫻庭説も、就業規則の解釈の導入とか、若干疑問な点はありますが、いずれにせよ非常にいい論争ができていたと思いました。

● 討 論

*高年法9条1項の私法上の効力

竹内 2つの論文ともそれぞれにロジックをしっかりと組み立てて議論しており、ある意味正面からぶつ

かっていると思いました。どちらも非常におもしろい論文だと思います。

一点、私法上の効力の有無について論じる際に、まず、それが何を意味するかを明確にして議論する必要があるのではないかという点が双方に共通してやや気になりました。例えば、細かい点とは思いますが、櫻庭論文は私法上の効力を一切否定しているところ、65歳を超える定年を60歳に引き下げつつ高年齢者雇用確保措置を設けないといった就業規則の不利益変更は、「同条を参酌すると」、合理性が否定される可能性があると述べています(50頁。54頁にも類似の指摘があります)。同論文では、私法上の効力として、継続的な雇用の履行請求権の有無が念頭におかれていると思いますが、就業規則が労働契約の内容となるための要件である合理性に、いわば枠づけをするような効力とはいわないのでしょうか。山川論文では、高年齢者雇用安定法9条1項に違反する就業規則の合理性を否定する学説について、結果的には述べていますが、私法上の効果を認める学説と述べています。また、山川論文では私法上の効果の一つとして、損害賠償についても触れています。私法上の効力の具体的内容を意識した上で議論がなされれば、より議論が深いものになるのではという気がします。

もう一点、櫻庭論文では、行政上の履行確保措置のみが規定されていることを、私法上の効力を否定する論拠の一部としています。山川論文で男女雇用機会均等法に関して指摘されているように、行政上の措置があっても、規定の違反を根拠に損害賠償請求が認められうる場合があり、行政上の措置の有無と私法上の効力の有無は一義的には結びついておらず、結局は立法者意思、立法趣旨が決め手かと思いました。もちろん櫻庭論文はこれらをきちんと検討して結論を導いています。

野田 NTT西日本事件がすごく大きくり私法上の効力がないと言ってしまって細かい議論がやや飛ばされてしまったので、櫻庭論文、NTT西日本事件判決のどちらに対して批判しているのかわからないような状況になっているのかもしれませんがね。

小畑 私法上の効力を履行請求の話と考えた場合に、その立法者意思が何かの説明が必要だというご発言がありましたけれど、平成の初めごろからのそもそもこの議論を掘り起こしてもう一回全部見てみる

と、やはり公法的だろうなというふうには、制定経緯からは読み取れると思います。

有田 今回の改正法は当面早く導入しないといけないうので妥協的な部分が色々あって、それであれば実際の効力論では後者を重視せざるを得ないという野田先生のご指摘がありましたけれど、法の性質というのは成立当初から変わらずとどまるものなのか。やはり変化をしていくのか。

野田 変化していくことはあり得るでしょうね。

有田 そうすると、現行の猶予措置期間が過ぎて、その辺の事情が大きく変わってくる時には、この法的性格をまたとらえ直すということもあり得るかもしれませんね。労働立法というのは、とりわけ社会経済状況の動きに応じて変化していきますから、もともと規制として入っていなかったものがいろんな形で取り込まれてくる。つまり、労働契約を介してというか、私法的な関係の中にそういった政策的なものが取り込まれていくというようなことを考えると、その規定の性格だけで議論していくという方法ではないアプローチもあり得る気がします。確かにおもしろいというか、有用な議論だと思います。

野田 9条1項で高年齢者が希望するときは基本的には全員採用となっているはずなのに、ところが同じ2項で、協定を結んで、当該協定に基づく制度を導くことができるとしたときは、前項第2号に掲げる措置を講じたものとみなすとしていて、これは何か中途半端な規定です。しかも労使協定を結べば例外的に基準も定めてもいいとはっきり言っているわけでもなくて、「みなす」と言っているだけで、どうも何か暫定的な感じのする規定です。

有田 確かに、現実の実態を考慮して、何とか導入できる素地をつくるために、いきなり1項だけでは難しいので2項をつけ足したみたいな感じがあるし、むしろ現状では、逆に何かそちらのほうが本筋みたいになっている。そこがまた新しい紛争を生んでしまっているというところがありますね。政策的な意味合いの強いものと、私法的な効力の問題は、そんなに二律背反的なものなのか。私はそういう受け取り方は、違うのではと前から思っているのです。政策的なものも、信義則とか、いろんな媒介を通じて私法的な関係、労働契約関係の中に取り込むことは十分に可能だと思うので。

野田 NTT西日本事件判決がなければ、もう少し

櫻庭論文の議論をくみ取るような融合的な議論ができたのかもしれませんが。NTT判決批判と論文批判を一緒にしてしまっているの、それで、随分距離のあるような学説的な位置づけになってしまっている気がします。

有田 イギリス法とか、アメリカ法では、救済方法でアプローチしてきますよね。実体法のレベルの問題と、その違反があったときに救済方法としてどういうものが認められるのか、これはまた別途の理論で構成してきますから。そういうアプローチでいくと、何かもうちょっと違った形になるかなという気もしなくはないのですが。

野田 山下論文は割と中間的で就業規則の変更に流して何とか解決をつけようという議論ですから、私法上の問題は、そちらのほうでも一つの解決策はありますよね。

有田 そういう意味では、かなり日本的なものでもあるから、そういうのは一つの方向性かもしれないですね。

野田 そうですね。

*日本における「年齢差別」の議論

有田 日本での年齢差別の議論というのは、どうなっていくのでしょうか。今の雇用対策は基本的に募集条件だけで、要するに雇用の機会の確保をしなさいと言っているだけなので、差別とはとらえていないような気もするのですが。

野田 差別という観点はないような気がしますね。雇用対策法の条文というのはまさしく採用だけの問題ですよ。

有田 こうした高年法のこれからの存在意義というものをそもそも考えたときに、どれぐらい先を見ながら議論しないといけないのか。政策的な動向というか、流れが年齢差別というほうを主流にずっと行くのであれば、高年法のあり方は全く変わってくると思うのです。

野田 山川さんの学会報告もきいたのですが、彼の立場は年齢差別にはさめているというか、この論文の議論とは落差があるような気がしました。

有田 いえ、むしろ落差がないというか、どちらでも、日本では年齢差別という方向性は少し違っているということだと思います。そうではなくて、高年者雇用の安定とか促進だと。

野田 なるほど。整合性はあるわけですね。

有田 私はそう理解しました。ですから、そういう意味では、年齢差別を主張する人からすると、何か不必要に生き延びさせるといことになるのかもしれないのですが、この法律をできるだけ生かしていくような形にすると。その辺の、日本で年齢差別というのをどう考えるべきなのか、この法律の問題を考えるときの根本的なとらえ方という意味で、櫻庭論文とはどうなのか。

野田 だから、櫻庭さんと、年齢差別に関してはすごく接近しているんですよ。

有田 そうなんですか。

野田 ただ年齢差別に関しては同じなのに、継続雇用問題についてはどうしてこんなに思い入れのあり方が違ってくるのかわからないんです。

有田 先を展望すると、年齢差別の議論とのかかわり合いで、高年法を今後どういうふうに制度設計を見直していくのか、見直さないのかというのが、また焦点になってくるのではないかと思います。

野田 そうですね。今回は年金の問題だけだったけれども、高齢者もどんどん元気になっていますから、今後は年齢差別の問題が正面から出てきますよね。

有田 確かに高年法は、雇用の安定とか、生きがい就業まで含めて色々なことが規定されているので、全体としてどういう性格か把握するのが難しい。これからは一個一個の規定の性格を確定していくということは、そういう意味で必要になるでしょうね。ただ、大きな方向性として今後どうなるのか、年齢差別を日本でどうするのかという議論がやはり大事なかなと思います。

VI 有期契約労働・派遣労働

● 紹介

①川田知子「『有期労働契約研究会中間取りまとめ』を読んで」

*小宮文人「有期労働契約の拘束・保障機能と自動終了機能の相克——判例法理を中心として」

野田 非正規の問題では、パートも重要ですが、これについては法改正が終わって一段落したということもあり、今回は今立法で課題になっている有期と派遣という2つを取り上げました。これについては、裁判例とか、立法的課題の側面では幾つか議論があるんですけども、学界固有の議論では、それほど大きな議

論があるような状況ではありません。むしろ今の段階では、最優先の立法的課題であるという共通認識があって、立法の最初のステップとして有期労働契約研究会による報告書の内容を、学界としては注目しており、どういう政策の方向性を導くかを見守る状況にあるということです。そういう意味で中間報告について書かれた川田論文を取り上げます。川田さんは、この論文とは別に、パートについても均衡処遇と均等処遇の問題について書いておられますけれども、その延長上に、今回紹介する論文があるようです。

この研究会は、9月10日付で最終報告書を提出、公表しているんですが、中間のものを読み比べても、それほど大きく変わっていないと言わざるを得ません。ですから、ここで中間取りまとめ報告に対して書かれているこの論文を検討する意味合いは今でもあると考えています。

それではこの論文ですが、全体として、総論的事項のあと、各論で、有期労働契約の範囲と、労働条件の明示等の契約締結時の課題、有期労働契約の終了、均衡待遇、正社員への転換、契約期間の上限という構成で、紹介し、検討を加えています。

まず総論では、この報告書の内容を紹介した上で、しばしば「お決まりのフレーズ」と書かれていますけれども、「労使の多様なニーズ」ということを指摘するだけではなくて、やむを得ず有期契約労働を選択し、その後も不安定な働き方にとどまらざるを得ない労働者の現状を的確にとらえているという評価をしています。

それからここは注目しておきたいんですが、中間取りまとめにいう「雇用の安定」の意味を考えてみたいということで、「生きがいや働きがいを実感しながら就業し、仕事を通じて能力を十分に発揮し、社会の支え手として競争力の源泉となるような充実した職業生活を送ることができるようにするためには、有期契約労働者の雇用の安定や公正な待遇等を確保することが重要である」という部分について、雇用の安定は、語句本来の意味での安定した雇用、すなわち契約期間満了のたびに雇用継続の不安にさらされない雇用を前提としていると読むべきじゃないかと指摘しています。

では、有期契約はどう考えるべきかという、安定した雇用へのかけ橋としての有期雇用の機能を意味しており、あくまでも安定的雇用に至るまでの間のステップであるとし、そういう意味での安定した雇用の

二面性をとらえている。ですから、安定雇用は本来は期間の定めのない雇用だけれども、有期であっても、中間的なステップであるというとらえ方ですね。それからもう一つ、有期労働契約者にかかわるリスクの問題で、この報告書がリスク配分の公正さにも配慮しつつ検討すべきであると述べていることの意義は大きい、単なる雇用の調整弁としての位置づけへの見直しを迫るというとらえ方をして、評価されています。

次に各論で、有期労働契約の範囲、勤続年数等の上限、契約の更新、雇止めという問題についてです。

まず有期労働契約についてどう考えるかということで、中間取りまとめには日本にはフランスのような無期労働契約を原則とする根拠規定が存在しない点を指摘するけれども、そうではない、安定した雇用は憲法が要請しているというとらえ方をしています。つまり、労働とは単なる生活の手段ではなく、生きがいや働きがいを実感するもので、能力を十分に発揮し、充実した職業人生を送るためのものであって、個人の尊厳を保障する憲法13条が要請しているところであるので、日本でもこういう憲法的要請であると。

それから、典型的な有期労働契約の締結事由を客観的な理由として例示列举するとともに、客観的な理由のない有期労働契約の締結も一定の範囲で許容する方法、こういう方法——「いわゆるドイツ方式」とされていますが——が望ましいとしています。

次に、有期労働契約の更新回数や、勤続年数のルールというところでも、この問題については、「期待の醸成」と「時間の経過」というおもしろい表現をされているのですが、解釈論的には、有期労働契約を更新して一定の「区切り」を超えるに至った場合の法的効果としては、無期労働契約への変更の申し込みがあったものとしてみなす、あるいは無期労働契約への変更の申し込みを使用者に義務づけるとするのが妥当であるという提言をされています。

雇止めに関するルールについては、有期労働契約に関する問題をあらゆる視点から検討してルール化することによって、雇止め法理の判断基準が予測可能なものになってくる、ちょっと私自身はこの辺の意味がとれなかったんですけども、ともかく判例法理のルール化ということを言っています。

労働条件明示等については、契約期間の有無だけではなくて、契約の有無及び更新の判断基準を契約締結時に明示しておくとしています。そして加えて、更新

の有無及び判断基準も当然に15条、労働条件明示の中に含まれるといったことを、労基法ではなくて労働契約上のルールとして規定すべきであるというようなことも書かれています。

それから、書面の明示がなかった場合、契約法理上はその旨の合意がないと判断され、無期労働契約とみなされるが、書面の明示は存在しないが、口頭で有期労働契約である旨の合意が当事者間で明確に存在するような場合には、当事者の意思の解釈によって契約内容を決定すべきであろうとしています。ここについては、私は少し異論があります。

雇い止めの予告制度については、中間取りまとめでは、有期労働契約の実態に即して検討が必要であるというけれど、ここはもっと広く取り上げてすべての有期契約労働者に対する雇い止め予告制度を課すべきだとしています。

それから、均等待遇、正式登用の問題については、パートタイム労働法でいうところの均等待遇、均衡待遇の組み合わせというものを、有期労働契約についても考慮して応用すべきだと。パートタイム労働法の枠組みを参考にして、有期労働契約についても考慮して応用すべきだとされる点が注目されます。その際の細かな問題、いわゆる均等のほうは三要件ですけども、その三要件については、有期労働契約について適用した結果どういうことになるのかということを中心に検討されています。その結果、パートタイム労働法8条を通じて雇用形態に基づく差別の禁止と、人種や性差別のような社会的差別の禁止が接近し、これを通じて雇用形態に基づく差別禁止をも含む雇用平等法制という将来的な政策課題が実現されるという、非常に高い評価をされています。

では少しコメントしていきます。まず雇用の安定について、期間の定めのない雇用が雇用の安定だとされている点は、とりたてて反論するほどではないのですが、やや硬直的ではないかなと思いました。相対的に安定した有期労働契約の可能性とか、それを選択する場合もあるわけですし、逆に、期間の定めのない労働契約であれば常に安定的雇用と言えるのかというと、それも決してそうじゃない。解雇のリスクに苦しんでいる期間の定めのない雇用もあるわけですから、ちょっとそのとらえ方が一面的すぎるんじゃないかと。

それから、もう一つ、同じようなことですが、安定した雇用、つまり期間の定めのない雇用が憲法の要請

だということは、これもちょっと言い過ぎじゃないか。いわばスローガンの、政策論的な意味とか、あるいは象徴的な意味で憲法の要請だと言うんだったらそれはそれでいいんですが、憲法もいろんな価値観を内在しているわけで、雇用政策においてはスタビリティとモビリティというのは組み合わせられている。場合によっては安定を犠牲にした上でモビリティを高めるという必要もあるわけです。労働政策では両方に価値があるので、雇用の安定だけに人権の価値があるとは思えません。この点で、かなりの違和感は感じます。

それから、書面の明示はないけれども、口答で労働契約である旨の合意が明確に存在するような場合には、意思解釈によって契約内容を決定すべきであろうということですが、もちろん、そういう選択肢もあるにせよ、それでいいのかなと思います。書面の明示がないときでも有期労働契約の成立を認めるとすると、川田さんの本来の趣旨、雇用の安定というものを基本に置いたときに期間の定めのない雇用を前提に置くというヨーロッパ型の発想と、これで相容れるのでしょうか。

● 討 論

有田 雇用の安定のところは、確かに悩ましいところだと思います。例えば入り口規制をするということは、やはりそこには一定量の人がある契約で存在することを許容するわけですよね。そうすると、野田先生が指摘されたように、有期であっても、何かある種の良質なというか、安定的な雇用となるようなルールがもう一つ要る。例えば育休取得者の代替要員の確保が要るといったときに、全員正社員でカバーすることはできないので、そうすると、必ず非正規の人が必要になる。ただ、非正規であるがゆえの、例えば均等待遇の問題をどうするのかとか、均衡をどう要請していくのかということがかかなり重要になってきているのではないかと。原則として無期だというのは共感する部分はあります。ただ、他方で、有期が必然的に必ず必要だという部分があるし、それを間接雇用で、派遣でという場合はどうするのか。ですから、安定性の議論を立てるときには、派遣も視野に入れる形で整合性を持って、正規と非正規の今の大きな違いをみていかなければいけないと思います。

小畑 先ほどの水町先生の論文の立場などですと、

期間の定めのある労働契約の締結に限定を加えることには批判的です。雇用全体が硬直的になるとか、法規制の実効性の確保が難しく、その法適用回避行動が出てくるんじゃないかと。

*** 正規と非正規の格差**

野田 特に今言われているように、正規と非正規のあまりの差の大きさです。日本の解雇規制はほかの国に比べてもかなり強いので、期間の定めのない契約であれば非常に手厚く保護された雇用になる。そういう前提のもとで期間の定めのない契約が基本だと言うことの意味の重さです。そして、有期契約との大きな落差を取りはらっていかうとするときの議論というのは、一方的に期間の定めのない契約に流していくという方向であればいいというものでもないと思います。

小畑 その期間の定めのない労働契約を中心的にした場合に、期間の定めのない契約で雇用される正社員というのを分けるという発想におそらく企業はなりません。そうすると、そこにはかなり注意しないと、いろいろな問題が生じてくる可能性があります。

有田 日本の正社員はあまりにもがちがちになっている。そこで、産業社会学や労働経済学などの分野で「正社員の多様化」、例えば短時間勤務とか、勤務地限定の正社員とか言っていますが、要するに正社員も相対的な概念なのです。非正規というときは、正規雇用のどこかの部分の属性が抜けているからですが、その抜けたがゆえの落差があまりにも大きいところをいかに接近させていくのか。そのときにどちらからのアプローチがいいのかという問題です。そうはいっても、正規の解雇規制を緩めろということにはならないので、やはり待遇のところの落差の大きさを何とかせざるを得ない。これはメルクマールが難しいのですが、均衡といった場合、例えば非正規には労働条件として何かプラスをつけるとかという形でへこんでいる部分とでっばりの部分とのでこぼこをつくって、全体としたらバランスのとれた待遇になっているというように形が一つあり得るのではないかと思うのです。差を埋めていく戦略を考えたとき、私はやはり今のこれだけの大きさを縮めていくには、段階を踏んでいかないと、一気にというのは現実味がないように最近では考えています。ですから、もう少しその辺の議論を川田さんがやっていただけるといいなと思ったのと、もし以前のパートの論文でそういう議論がされているので

あれば、ここにもうちょっと反映されているとよかったですなと思いました。

竹内 今のことに関連して、中間報告書は、正社員の働き方についてのルールそのものを論ずる場ではないと述べていますが、正社員の働き方の見直しを抜いて有期労働契約について十分な検討はできるのでしょうか。正社員の労働条件とか雇用保障について、当然に引き下げるべきということにはならないとしても、正社員の働き方の見直しをも検討対象に入れることは必要ではないかなと思います。最終報告書では正社員のあり方も含めて考慮すべきというふうな言及があります。

野田 確かに均衡というのは、その場を考慮しなければならないというのは、なかなかいいかもしれないですね。例えば先の水町論文でいわれていたように、フランスでは有期契約が終了するときに手当を払わなきゃいけない。これだと毎回払うことになるから、細切れがやりにくくなる。それでプレッシャーかけて、ある程度長期雇用に誘導していくという上手なやり方だと思うんですけど、このように何か色々な政策は考えられる気がしますね。

*** 政策の検討**

有田 ここでは全部やれみたいな形ですが、そういうのがいいのか。組み合わせでというような形にはならないのかが、読んでいてよくわからない部分がありました。確かに入口規制だけでもだめだと思うのですが、更新回数の制限や上限年数を超えた場合の無期化規定、雇止め法理の法定、この3つを全部やらないといけないのか。全部必要だと書いてあるように理解したのですが、そこがちょっとわかりづらかった。それから「期待の醸成」と「時間の経過」という、ああいう説明の仕方はおもしろいと思いましたし、的確に分析されている。ただ、技術的に判例法理のルール化というのは、なかなか難しい。

竹内 有期労働契約の各論点は相互に関連していると述べているので、全部必要だという趣旨のように思います。ただ、雇止め法理に関して、更新回数などのルールに従う場合には雇止めを是とすることを肯定する含みもあるように読めるので、単純に規制が累積されるというわけではないのかもしれませんが、また、いま述べた点と関係しますが、判例法理のルール化に関しては、構想されている入口の締結事由のルール・更新回数等のルール等も参照するようであり、既存の判

例法理をそのままルール化するのではなく、ある程度客観的な基準としてルール化しようという考えのようにも思われます。

有田 川田論文でもやはり正社員の多様化のことは触れられていますよね。

竹内 正社員への転換策のところでも、中間報告書とか最終報告書もそうですけれど、やはり一気に、いわゆる今念頭に置かれている典型的な正社員に転換するのは無理があるということで、処遇問題も含めて、そういう意味では、正規と非正規という二極分化に対応するために、正規のほうについても、何らかの考慮をせざるを得ないということはあるんじゃないかと思えます。

有田 以前に論文で書いたことがあるのですが、要するに、間接雇用の派遣は別として、正規と非正規というのは、もし均等・均衡待遇が実現されるのであれば、基本的にその有期・無期という部分だけが属性の違いとして残るのではないかと。そうすると、どちらがそのリスクを負担するかといえば、有期は基本的に労働者が一方的に負担する。期間の定めのない契約の場合、解雇理由が生じない限り使用者は雇わないといけなくて、逆に労働者は辞職もできるわけです。小宮先生が言っている、人身拘束機能と雇用保障機能という分析枠組みで考えると、確かに無期原則というのには引かれますが、ただ、現実を見ると、ステップを踏んでいかないと、なかなか一気にというわけにはいかないように思えます。特に立法化が現実的に議論されるようになってくると、そういう現実をやはり強く意識せざるを得なくて、最近少し自分の意見が変わってきたところがあります。

野田 そうですね。規制したことによって、これまで使用者が言っていたようなことが本当に起こるかもしれない可能性はありますからね。やはり段階を踏んでいかないと。

有田 それから派遣の問題と同時にやらないと難しいのではないかと。どちらかが現状のままだと、そちらのほうに流れていくことになって、大量に失業する人が出ることも懸念されるので、そこは同時並行的に。

野田 そうなのですが、どちらも何かうまくいかないような気もしています。

有田 そんな意見もありますね。

②萬井隆令「労務提供に関わる三者間関係の概念について——労働者供給・派遣・出向の概念と相互の関連」

●紹介

野田 それでは次に萬井論文ですが、ここではまず職安法44条の直用原則という立法趣旨を指摘して、職安法44条は一般法で、間接雇用を容認する派遣法は特別法というとらえ方で、この2つの関係を規定しています。直用雇用原則の一つの理論的帰結という点で、見方としては非常におもしろいとは思いますが。

2つ目の論点は、これは永遠の論争みたいなものですが、職安法4条6号の労働者供給の定義です。その中に労働者派遣に該当するものを含まないというのがあって、それに対して3説ありということで紹介した上で、派遣法2条は当然に合法的な派遣についての定義であるとしています。これは争議行為の議論でその概念の問題と正当性の問題は違う議論だと言うのと同じで、まず定義される概念の外延がそれに当たるんだということを決めた上で、その上で違法と適法の区別があるということです。そこでなぜ派遣法2条が合法的という価値的定義までも含んでいると言えるのかというのが、やはり基本的に疑問だと思います。

それからこれは私は全然こういう議論を見たことがなかったのでおもしろかったんですが、労基法6条との関係で、派遣は労基法6条でいうところの「介入」であって中間搾取に当たるのは明白だとされている点です。ただこの6条の「介入」というのは、単に関与するというのではなくて、価値的概念も含んでいるわけです。それにそもそも労基法6条に違反する制度設計があるはずはなくて、派遣法でそんなものをつくるわけにはいかない。ですから、適法だということを前提にしないと、議論がひっくり返ってしまうと思います。

他には、出向と労働者供給が似ているという指摘も、私自身はあまり考えたことがなかったので、新鮮な驚きといたしましょうか、おもしろいと思いました。そういう意味で、この論文は全体としておもしろく刺激を受けるんですが、一つひとつの指摘については異論があるかなと。

この論文は、行政の施行通達の一貫性のなさとか説明不足を追及し、出向や労基法6条との関連など、従来になかった論点を提供されて、議論の広がりが非常に興味深かったと思います。ただ、派遣法が従来の法制と

の関連が未整理のまま導入されたということで、頭から批判しているという論調が、かえって説得力を弱めているという印象はあります。結論は同じでもいいので、もう少し議論があっても良かったのではないのでしょうか。紙幅の都合もあったかもしれませんが。

● 討 論

有田 私の職安法44条と派遣法との関係や定義についての見解は萬井先生に近いですね。

もともとの成り立ちで、従来の法制との関連が未整理のまま導入されたというように考えていくと、やはりそれは職安法が禁じていたものの中から切り出したということになります。そうすると切り出す際に、条件つきだという理解が、なぜ無理があるのか。つまり、派遣法にしたがった適法なものが供給事業から適法化されて切り出されたのだから、したがってなければもとの供給事業の中に返っていくという理解はそんなに不自然ではない。この部分については、私は萬井先生を支持できます。そう考えていかないと、一般法である職安法と、特別法である派遣法との関係の整理がうまくつかないのではと思っています。

野田 私は最初の頃は適法なものを切り出すという説明をしていたんですが、最近では少し考えを変えています。最初はごく限定された職種で、しかも専門職という例外を認めたという形でしたが、改正法によってネガティブリスト化され、製造業まで入ってくるという現在の状況では、もう適法なものを取り出したという説明はつかなくなった、変わったと思っています。

有田 ただ、26業務のところは基本的にまだ別扱いですけど、後から自由化されたものは臨時の必要性があるというもので期間制限などがついていますから、やはりこれは例外的なもので、だからこの条件を満たしたものだけと考えると、今度は何でそういう私法的な効果で、ああいいう直用みたいところに私法的効果を認めて、救済方法として定めるという方向に行かざるを得ないのかというのが。

野田 でも、あれ、私法的効果は判例は認めてくれないじゃないですか。申し入れ義務でしょう？

有田 ええ。

野田 せっかく、派遣法で唯一私法的効果のある規定ができたと思ったら、それもやはり。

有田 そうですね。今の現行法の解釈はそういう問題がありますけれど。ただ、法改正の議論をするとき

も、そういう理解の上に立ったほうが、みなし規定みたいなものを導入するに際して整合的に説明できるように思います。やはり成り立ちを無視して考えるというのはちょっとどうなのかなと。行政は一貫してそう説明していますが。それから介入のところですが、行政の解釈を批判されているところで、私自身はここまで厳密に概念区分をきちんと考えたことがなかったのとなるほどなと思いました。

野田 あまり現実には妥協した議論をしないで、とにかく理屈として徹底的に追求していこうということでしょうね。現実的なことを言いだしたら、それこそ行政はクーリング期間とかも正面から認めているわけで、そうすると、臨時といっても、現実的機能とか、当事者意思とか、そういうことを考えると、どこまでがそういう暫定的例外的なものとして機能しているかというのはやはり疑問になると思うんです。

有田 確かに臨時性、連続しているのか、そうではなくて新たに生じた臨時的な必要なのか判断するに際して、行政としては派遣元を指導していく根拠として、一定の基準がないと、ということで、クーリング期間みたいなものを導入というのはわかるのですが。

野田 最終的には、パナソニックプラズマディスプレイ事件で高裁が示した判断（大阪高判平20・4・25労判960号5頁）、違反していれば労働者供給になるか、あるいは無効な労働者派遣になるかという議論をどうするかという問題になるんでしょうけれどね。

有田 そうですね。最高裁判決（最二小判平21・12・8民集63巻10号2754頁）がああいう形で決着させてしまったので。

野田 有田説としては、やはり最高裁判決は許容できないですか。

有田 そうですね。

VII 障害者雇用

● 紹 介

山田省三「障害者雇用の法理——その基礎理論的課題」

* 竹中康之「障害者雇用保障法制の現状について——障害者雇用保障法制の新局面についての分析・検討の準備作業として」

有田 山田論文は、2006年12月に採択された国連障害者権利条約の批准を進めるため、日本でも国内法

の整備が必要となる中、障害者雇用のあり方を検討することが不可欠の課題となっているとの認識の下で、いくつかの側面において、他の差別類型とは異なる側面を有していると考えられる障害者雇用をめぐる法的課題を検討しようとしたものです。

まず、具体的に立法化がされているところでは、調整義務を課して、その義務の履行の有無を検討した上で、それでもやむを得ないものなのかどうかということを見ていく。現状の日本にはそういう立法はないんですが、将来要求されるであろうもの、あるいは障害者の権利条約の規定で定められているようなところを手がかりに、現在の社会状況の変化を踏まえて見ていく。例えば、解雇権濫用かどうかを判断するとき、そうした障害、つまり職務能力の欠如を理由とした解雇理由は相当性の判断のところで、合理的配慮や調整を行った上で、なおかつやはり解雇やむなしと判断されるかどうかということを経験論として、つまり現在の労働契約法16条の解釈の問題として解釈論を展開していくべきだと主張されています。ここはそういう解釈論が可能なのか、検討したいと思います。

それから、障害者雇用とワーク・ライフ・バランスや社会的包摂といったこととの関連性についてどのように考えるのか。先ほどの調整ということもかかわるのですが、とりわけ国連の条約ができて以降、障害者雇用の問題というのは平等概念のとらえ直しを求められているのではないかとということで、相対的平等といった概念でとらえ直ししていくことが主張されています。これは非常に受けとめなければいけない提言というか、主張かなと思います。特に能力主義的な人事考課と評価というのが出てきたときにどう考えるか。ここでは、障害者の雇用については継続が重要であることから、在宅勤務、フレックスタイムや短時間就労といった多様な就労形態が整備されることが不可欠であり、このような多様な就労形態の存在は、健常者のワーク・ライフ・バランスの確立にも資することになると述べています。何かユニバーサルデザインみたいな考え方で、障害者にとって働きやすい環境を整備することは、健常者にとっても同様の意味を有しているのだと。そして、処遇の問題については、障害者の「能力」評価に当たっても、その能力を発揮できるような合理的な配慮がなされた上でという条件付きの能力評価が求められていて、このような「多様性」という視点からの差別概念の見直しは、障害者にとどまら

ず、家庭責任等の事情によって能力を十分に発揮できない労働者についても共通する考え方であるので、これらのことは、比例的な処遇が保障される「相対的平等」という概念が改めて検討されるべき段階に来ていることを示しているとしています。ここはかなり注目すべきところかと思います。

● 討 論

野田 判例の話についてですが、今の段階では、判例はまだ十分批判できないんじゃないかと、そういう趣旨ですか。

有田 いや、そういう解釈が現段階で可能なのかどうか。確かに必要だと思うんですけども、まあ、確かに解釈でできなくもないと思うんですね。ただ、立法化されても、その置かれた状況の中で何が求められるかというのは、やはりケース・バイ・ケースで判断していかないといけないということはあるので、可能なかなという気はします。特に成果主義的な人事制度が広がっていく中では、もともとそのまま比較されると到底同じにはできないという意味では、差別の問題と、あとダイバーシティともかかわってきます。

竹内 山田論文は、差別禁止法理を多様性の観点から見直すとしていますが、差別禁止と多様性の関係はどういうものなのでしょう。主張されているのは、要するに、多様な人々がいて、多様な事情を抱えているときに、それぞれの事情を考慮して適切な処方しましょうということのように思います。これは、等しいものを等しく扱えとする典型的な差別禁止、平等取扱の考え方とは異なる考え方のように思われます。確かに、障害者差別の文脈では、合理的配慮の考え方がありますが、この両者の関係をもう少し整頓していただくと、さらに理解が深まるかなと思います。

有田 そういう意味では、最後に出てきた相対的平等という概念を提示するというのが一つの答え方なのかなと思うのですが。

野田 ただ雰囲気はわかるんだけど、どういう意味の相対的なのか。例えば最低賃金法における今の扱いのような問題でしょうか。よくわからない。

有田 おそらくそうでしょうね。最賃法の規定がそのままこういう相対的平等という考えのあらわれかどうか、ちょっと自信はないのですが。差別の問題を考えたときに、年齢と障害は属性が変えられないことは同

じですが、障害は誰しもに共通というわけではないですよ。現行の障害者雇用促進法がある種なかなかうまく機能していないということがあります。そうした面にも留意して抜本的につくり直さないと、というのがありますね。

野田 そうですね。竹中論文で、「現状、障害者雇用促進法に基づく雇用率によって障害者の雇用を促進しようとしているけれど、実際には障害者にかかわる事業主の雇用義務の希薄性、あいまい性に対する実効性に根本的な問題がある」と指摘されていますが、これは非常に重い指摘だと感心しました。法改正はどんどん進められていますが、まさしくその希薄性、あいまい性をそのままにして進めているところがありますよね。特例子会社とかグループ企業での雇用とか、どんどん広がって雇用率の数字だけは帳じりを合わせるけれども、実際に本当の意味での機能はしていないんだと。ですから、そういう中で、差別の問題として根本概念をもう一遍とらえ直すというのは本当に重要だと思いますね。こういう政策に依拠している限りは、やはり今の日本のシステムの中では出てこない。

有田 障害者雇用促進法の場合、一定の差別があるのを前提にした上で誘導していくという形ですよ。だから、義務といっても、未達成の場合にはお金を払わせて経済的に誘導していく。企業名の公表というのがプラスアルファで出て、割と最近はきちんと公表するようにはなりましたけれど、消費者相手の企業ではない場合、どれぐらい実効性があるのか。

竹内 事業主の雇用義務の希薄性と関連すると思いますが、竹中論文では、注目すべきと思ったのは、現在の法定雇用率制度の批判的検討であれ、差別禁止という将来展望であれ、障害者を権利主体として認めた上で考えることの重要性を強調されている点です。この点は、非常に重要な指摘だと思います。

有田 この論文で、現行の障害者雇用促進法と障害者差別禁止の法制というのは全く相入れない、やはり異なる原理の上に立っているから、政府が今考えようとしている共存しながらというようなことは基本的に無理だということを書かれているのは、そうだなと思います。

野田 差別禁止法ということになると、障害者を権利主体に位置づけるという流れになってくるんでしょうか。

有田 そうですね。実効性の問題ですから、私法的

効果を認めるようなところまでいかない。

野田 例えば、アメリカみたいに合理的配慮がないと差別になって、行政が差別の是正命令を出すという。

有田 実際法制をつくって動かしていくということになると、日本の場合、行政救済と司法救済の関係をどうするのかという問題も指摘されています。

小畑 ただ形式的に雇用するというだけでなく、その職場の中で、障害者の方々が本当にきちんとコミュニケーションもうまくいってやっていけるよう、受容されていくということが一番重要だと思うんですね。企業のいろんな方々とインタビューなどでお話していると、障害のある方を雇用することについて、経営者が反対するというだけでなく、従業員同士で、受容について、あまりよくわからない、経験がないための不安みたいなものとか、あとはその雇用の状況が厳しい中で、障害者の方々を雇用して、しかも、人を絞ってやっていく中で、どうやって本当にみんながうまくいけるのかということへの不安みたいなものがあるから、むしろ従業員の中での理解の深め方みたいなものを実質的にうまくやっていかないと、ただ数合わせになってしまうと。それは本当に嘆かわしいと思うんです。

有田 差別禁止というアプローチだと、その辺がかなり変わってくる契機にはなるでしょうか。

野田 多分なるでしょうね。しかも、障害者権利条約を批准した上でやるわけですから。

小畑 国際的な障害者雇用に関しての関心の高まりもあって、日本の企業の中でも、障害者雇用に関しての理解とか、障害者を受け入れることに対する理解みたいなものは、本当ここ数年ちょっと変わってきたと言われているので、とてもよい兆しですね。企業の社会的責任としての障害者雇用のあり方について非常に関心が高まってきて、報告書などでも随分触れるようになってきていますので、そういった中で、むしろそういう報告書を作成する企業の方々が苦心しているのは、経営者の説得ではなくて同僚の説得だというお話が出てきて、そういうことを考えると、随分変わってきたと。

野田 まだ雇用率とか低レベルのところもあるんでしょうか。

小畑 さきほど有田先生がおっしゃったとおりで、業種によって、大分違うということですね。

有田 やはり企業名公表という実効性確保措置に

は、限界があると思います。最初の議論に戻ってしまいますが、今の障害者雇用促進法の仕組みではお金を払いさえすればいい。これでは全く実効性という面では機能していません。だから、私法的効果を持たせて、やはり一番嫌がる雇えというのが一番きつと思いますね。ただ、障害者雇用の場合の問題は、継続させるということについてのルール設定がないので、そういった解雇規制についてもやはり何か特別に考えないといけない。山田論文では、健常者であった人が、障害を負うようになったときの能力不足を理由とする解雇問題について検討されているだけですが、ではもともと障害を持っていて雇用された人はどういう場合だと解雇できるのか、それは同じなのか。もともと雇う段階で一定の調整義務みたいなのを何かやっているはずですけども、そうすると、同じ判断でいいのか、など具体的に考えようとする、さらに詰めないといけないところがあるかなと思います。とはいえ、この山田論文と将来的な差別禁止法制を展望した竹中論文の指摘はいずれも鋭くて、ともに優れた論文だと思います。

小畑 次回の学会でも障害者雇用がトピックになっていますから、ますます論文が増えるでしょうね。

有田 政策的にも喫緊の課題になるのではないのでしょうか。

Ⅷ 労働委員会

●紹介

野田進「労働委員会制度の再編に向けて——『労働委員会法』構想とその概要」

*菅野和夫「労働委員会制度について考える」

竹内 労働委員会制度のあり方については、現在中労委会長でいらっしゃる菅野和夫先生が問題提起をされており、ここで取り上げる野田論文はこれに答えようとするものと位置づけることができます。そういうことで、まず菅野論文に簡単に触れた上で、野田論文を検討したいと思います。

菅野論文は、労働委員会制度の現状を概観して、その問題点と取り組むべき課題を指摘しています。現状については、労働委員会の審査事件数や調整事件数が低位安定の状態にあり、その理由が労働委員会に対するニーズが実はあるのにそれに答えられていないということであれば問題であるとしています。事件の内容

面については、審査事件、調整事件の双方において合同労組等による実質的な個別労働関係紛争が約半数を占めるようになっており、また、個別労働関係紛争解決のためのあっせんサービスが提供されて、その件数は増加傾向にあるとしています。この集团的労使関係紛争についての本来の役割の相対的縮小・個別労働関係紛争に関する役割の増大状況をどう評価して労働委員会の将来展望につなげていくのかと、問いかけています。具体的には競合する他の同様の紛争解決機関との関係が問題であると述べています。労働委員会の存在意義、その中で、ある意味生き残りを模索すべきという危機感を表現したものとすることができます。

野田論文についてですが、同論文は、労働委員会が託された任務を果たし続けるため、労働紛争の現状に即した形で抜本的に法制度を改編するべき旨、主張しています。

改革の方向性については、集团的労使関係紛争の解決に特化した専門店から、個別労働関係紛争を含む労働紛争解決の「総合デパート」への変化を、法制度上も正面から認知すべきであるとしています。

そして、より具体的な改革案として、第一に、労働委員会の根拠立法を労組法から離脱させて、別個の立法とすべきであるとしています。道府県労働委員会は現在、個別労働関係紛争も扱っていますが、今後これを主要業務として認知する以上は、根拠立法を労組法から独立したものとすべきであるというのがその理由です。また、あっせん事務について、自治事務とされているものの、最小限の通則は必要であろうとしています。そして、あっせんについては、将来件数が増加することを念頭において、公労使三者であっせんする方式は日程等の調整の関係から破綻するので、単独あっせんとすべきとしています。解決にあたっては調整的解決機能を主とすべきであって、判定的解決機能を付与することは、現状では困難ではないかとしています。不当労働行為の救済手続についても、この独立の立法——「労働委員会法」と呼んでいます——が構想できるならば、そこに移設すべきとしています。

また、労働関係調整法についても触れ、現在の労調法だと個別労働関係紛争は労働委員会の関与する争議行為には含まれず、個別労働関係紛争のあっせんに法的な根拠が与えられないことになるから法改正の必要があること、紛争調整についてやはり「労働委員会法」に移設すべきことを指摘しています。

要するに、労働委員会による総合的な労働関係紛争の解決手続法として、「労働委員会法」を制定すべきと主張されています。

以上、野田論文は、労働委員会の将来展望についての非常に考えさせられる、興味深い指摘がいくつもある論文だと思います。今後の議論にかなり影響を与えるものと思われます。

その上で気になった点を申しますと、個別労働関係紛争の増加の中でもそれに対応させつつ労働委員会を活用していくということを議論の出発点としていると思いますが、特に純粋な個別労働関係紛争のあっせんについて、労働審判や行政ADRにそもそも任せてしまうというような、個別労働関係紛争を一体どの機関に担わせるのが適当かということ、労働委員会もほかの機関と等しく並べた上で、検討をしてみる必要があると思います。

また、個別労働関係紛争のあっせんについて、原則単独でのあっせんを主張する場合、行政ADRとの重複をどうするか、更に検討する必要があると思います。

更に、個別労働関係紛争のあっせんに関して労調法改正を指摘している点について、あっせんについては個別労働関係紛争解決促進法に一応各自治体の自治事務となし得るという根拠規定があるので、むしろ、合同労組による実質的な個別労働関係紛争についてより明確な根拠を与えるための議論と位置づけるのが、適切ではないと思います。なお、渡辺章「労働関係調整法の時代」労委労協633号(2009年)3頁は、この観点から労調法の改正について論じています。

● 討 論

野田 労働委員会に属していて、この問題で一番私に気になるのは、労働紛争解決の問題に対して労働法学界の反応が弱いということなんです。雑誌で特集などやっても、執筆しているのは労働審判制度をつくったときに携わった人たちだけで、あとは実務で関与する法曹の方しか出てこない。私は労働法でも、実体法と手続法は車の両輪だと思いますし、だんだんそうってきているので、そういうことで議論を喚起したというのが一つあります。

竹内 この論文は具体的な案を提示しており、さあ議論をしてくださいという形ですので、その目的はかなり達成されている気がします。

*労働局と労働委員会

小畑 野田先生は、労働委員会というのが純粋な個別労働関係紛争のあっせんに関しても非常にびったりしているというか、有効に働き得るんだとお考えなのか、お聞きしたいんですが。

有田 私もその点でひとつ。今地方分権の流れのなかで労働局の担当していた部分も地方になったときに、その受け皿として各県の労政担当では難しいということから、紛争解決の経験がある労働委員会に、という話があります。もしも労働局の案件が全部労働委員会にきてしまったら、日程調整の関係とかで三者構成でやるのが難しくなると思うのです。そうやってくると、今までは三者構成だから、ある程度うまく説得してできていたところがあるので、その良さがなくなってしまうかもしれません。実際、かなり調停に近いような形で、労使の委員がそれぞれの言い分をきくというやり方をしているわけですが、そのメリットがなくなってしまう。だから、そこをどう工夫するか。労働審判だと裁判官がいて、おそらくどうしても裁判官が主導してしまうことになるのではないかと。実際弁護士の人にきくと、そういう事例は多いといいますし。それを考えたときに、労働委員会というものはそうじゃない、公益委員はより労使の委員と近いですから、裁判官とはやはり違った立場です。だから、そういう意味で三者構成ができなくなるのであれば、何で労働委員会なのか、ということになってしまうのではないかと。

野田 私自身は3人と1人と両方の場合があっというと考えています。事件によってはそんなに重々しく3人が並んでいるところに行くのは余計に何か二の足を踏んでしまうというところもあると思うので、そういう場合には、むしろ1人でさっさとやるほうがいい。3人だと調停的になるし、1人だとあっせんで合意を待つというような、そういう構想になっていくと思うんですが、そうしないと事件数が増えていけば、いずれにせよ現実的に3人ではほとんどできなくなってしまう。ただ事件によっては3人でやったほうが良いようなケースもあるでしょうから、そこは分けていくと。

有田 事務局の体制もありますよね。多分どの都道府県でも、恐らく労働委員会の事務局体制が今ぎりぎりになっているはずなので、移管を受けた場合には恐らく難しいのではないかと。それとやっぱりもう一つ、知事から委任を受けているのはあっせんだけで、相談

の部分は労政のほうに残っているとといったような、行政事務の配分の問題もありますので、そういう意味では、提言されているように通則法みたいなもので統一化していかないと、労働委員会によって扱えるものと扱えないものにばらつきが出る可能性がある。

野田 本当は、ACASのようにアドバイスとコンシリエーションと両方やるのが一番いいんですよね。連動しているの、事件数もそれでつながっていくし。

有田 それとやはり解決率が高いと、信頼をしてそっちにまず行こうと思いますよね。今は労働審判のほうはかなり信頼されてきている。

野田 そうですね。労働局あっせんは今後かなり減っていくと思います。

小畑 そうなんです。

有田 労働局のあっせんだと、使用者側に呼び出しをかけても応じなければ、任意だからということで終わってしまっ、そもそもステージが開かれないということとはよく聞きます。

野田 相手方参加が6割くらい、解決に至るのがその6割ですから、全体では約35%ですね。

有田 ですからかなり不満が広がってもおかしくない、おっしゃるように減っても不思議ではないですね。逆に労働審判のほうは結構解決率もいいし、内容も労使双方が満足できるものになっているようです。

*労働審判と労働委員会

竹内 労働局と労働委員会との関係では、労働委員会へのニーズがある、あるいは大きくなる可能性があるという話でしたが、労働審判の存在との関係での労働委員会の存在意義についてはどうでしょうか。

野田 一番私がいいたいのはまさしくその点です。今の状態だと、労働局と労働委員会のあっせんが相互に無関係です、労働審判とあっせんが全く無関係ですよ。だから、例えば労働委員会や労働局であっせんをやっている、労働審判で改めて調停をやったりする。財政的発想からしても、ものすごくむだですよ。ですから、それを相互にリンクすることによって、労働審判のほうも、前段階としてきちんとあっせんをやってきたというのがわかっていけば調停にばかり力をいれずにすぐに審判に入れますし、あっせんの方でも、それがうまくいかなければ審判に行くという関連性があれば、当事者も一生懸命になる。今は全く切り離されていて、実際あっせんが不調でもそんな

に労働審判に行っていないという印象を持っています。あっせんが成立しないと、申請者はもういいですよ。引いてしまうことが多い。泣き寝入りですよ。各制度が連携するというのが、いかに各機関にとって適切かと思うんです。

竹内 労働審判と連携するシステムをつくることで労働委員会はあっせんに関してうまくすみ分けができるということですね。これはこれで1つのあり方かなと思うのですが、その場合、現在労働審判が行っている調停的な役割を労働委員会が担うのだと思いますが、そのことと、論文で主張されている単独あっせんとの関係を考える必要があると思います。労働審判では、三者構成のような形で、労使の審判員が間に入りうまく調整しているのではと思います。両者を連携させるべきという点は重要な指摘だと思いますが、その際に、労働審判における調整的解決との対比で、単独あっせんについてなお考える必要があると思います。

野田 それと、そのあっせんする人がきちんと紛争解決の訓練を受けた専門家でないといけませんね。

有田 そうですね。人がいないと。

竹内 労働局のあっせんについては、使用者が応じなかったらそれまでということですが、そういう問題は、労働委員会のあっせんについては起こらない、あるいは起こっていないのでしょうか。

野田 少なくとも、集团的「あっせん」に関しては、使用者が出てこないというのはかなり少ないですよ。とにかく使用者委員が電話したり、訪ねていったりして、あっせんに来たほうがいいですよというのをやるし、本当に最後通牒の文章まで書きますので。

竹内 それはやはり使用者委員の存在が大きいのですか。

野田 使用者委員の存在というのは大きいですね。

竹内 個別労働関係紛争の「あっせん」についてはいかがですか。

野田 そちらは私のいる福岡ではやっていないからわからないんですが。

有田 件数は少ないですけど、やはり労働委員会のほうが丁寧に、できるだけ使用者側を引っ張り出すようにしていますよね。事務局が向うに行って説得をしてというところまでやりますから。

野田 事務局調査があるというのは大きいですね。

有田 そうなんです。事務局の機能が大きいので、そういう意味で、今の体制のままだと破綻するのは目

に見えていますね。それから、例えば今の労働審判は3回でとまっているので、争点整理をきっちりやる必要性があって、どうしても代理人として弁護士を依頼しないとイケない。でもそうすると、やはり資力の面で難しい場合は、労働委員会のほうならお金もそんなに使わないし、本人だけでもやりやすいしというので行くわけですが、しかし、今は法律の規定上、審判がだめなら訴訟にと連続してつながっているの、ここに労働委員会をつなげたら、自動的に訴訟まで見据えて、当初から代理人選任ということになって、所期の目的を逆に果たせなくなるのではないかと。そういう懸念もあるので、その辺りをどうするのが、実は悩ましいかなと。実際、合同労組の駆け込みで来るパターンというのは、お金もない自分一人ではできないというので、合同労組に加入すればバックアップしてもらえ、多分そういうことで利用が多いと思うのです。そういった中で、代理人に委任してお金を払ってというのが難しい人たちをどうするのか。今まで労働委員会は、そういう人たちを個別あっせんまで何とかしてきたのを、それが訴訟につながってしまうと、逆に難しくなるのかなと思うのです。

野田 きこの私、実は労働局のあっせんやったんですけれども、どっちも代理人に特定社労士がついていたのです。労働者側についているのは珍しかったんですね。特定社労士がいると、もしだめだったら労働審判に行くことを勧める。社労士さんは代理人になれないにしても、弁護士さん紹介しますということですね。そうすると、その人もやっぱり力づけられます。それが組合であっても、社労士、あるいはそれ以外の人でも何でもいいのですが、法的なアドバイスができる人が横についているというのは大きい。その辺りも制度のあり方として確かに変えていかないとイケないですね。

竹内 ちなみに、野田論文とは関係ないのですが、労働委員会制度の構想をしていく中では、合同労組による斡旋等の紛争調整手続、あるいは不当労働行為の救済手続の利用について法的に理論的に詰めておく必要があるのではないかと考えています。結論としては現在の実務のとおりということになるのかもしれませんが、合同労組による集団的労使関係紛争解決手続利用に関する問題は現在いろいろ生じているので、実体法の事柄ですが、労働委員会制度に関連する検討課題だと思います。

野田 いわゆる駆け込み訴訟ですね。

竹内 実際に一定の役割を果たしている点は、有田先生も指摘されたとおりで、現在、実務上、認められるということで対応していると思うのですが、それを現行法の解釈論として位置づけ得るのか、位置づけ得ないのか、位置づけ得るべきか、位置づけるべきでないのか等、明確にしておくことは重要だと思います。

野田 それこそ実体法との車の両輪ですから、手続法の方を検討するのだったら、必然的に実体法も変えていくべきだという相互作用になると思いますね。

さいごに

竹内 労働法に関する論文を、自分が普段勉強していない領域の論文をも含めて、検討対象選定の過程で広く読ませていただいたことは、選定の難しさという苦労もありましたが、非常に勉強になりました。また、書かれた論文について他の先生方と議論することで、やはりまだまだ考え切れていない部分が少なくないと感じました。論文を書くだけではなく、このように議論することも、学界全体としての研究の進展には、重要なのだと思いました。併せて、このような貴重な機会を自分のような若手の研究者にも与えていただけたのは、ありがたいことだと思いました。次回もぜひどなたか若手の方を一人加えていただければと思います。

今回の座談会で取り上げた論文からみると、この間の学界の議論動向として、労働法の規制のあり方、労働法の枠組みについての、いわば基礎的・理論的な議論がある一方で、失礼な言い方かもしれませんが、判例・裁判例の動向・具体的な立法政策への対応に追われているところもあるのではないかと感じました。労組法上の労働者性に関する議論は、自分の論文を含め、かなりそういうところがある気がいたしました。今回議論させていただいて、実は何が問題なのか自体、よく整理されていないのではないかと、その意味では、具体的な課題への応答が必要であることはもちろんそのとおりだと思いますが、腰を据えた理論的な研究が必要であるということにも、自らへの戒めとして、改めて思いを致した次第です。

有田 竹内先生がおっしゃられたように、この3年間の学界における研究業績の動向を見ると、私もそうですが、やはり判例や立法政策への対応に追われてい

る感は否めません。3年前のこの座談会に参加させていただいたときにも同じようなことを言ったと思いますが、それは致し方ないところだろうと思います。しかしながら、そうした動きが速い時代になればこそ、歴史的な研究を踏まえ、先を見通した理論的研究が必要とされているように思われます。ヨーロッパの研究者たちが近年、多くの共同研究の成果を書籍にしているのを見るにつけ、そうした思いを強くします。その点で言えば、今回の座談会で取り上げた水町さんたちの研究は、いろいろと言いましたが、これからの学界における議論に大きな刺激を与えるものであり、今後わが国でもヨーロッパでみられるような共同研究が広く進められて、多くの研究業績がそこからもたらされるようになるのではないかと期待を抱かせるものと思いました。今回の座談会で皆さんと議論して、私も、そうした共同研究を企画し、あるいはそれに参加して、労働法理論の展開に寄与したいという思いを改めて強くいたしました。

小畑 はじめに野田先生が、労働法全体の規制枠組みを再考する必要が生じてきている、とおっしゃいましたが、私にとりまして今回の学界展望に参加させていただいたことは、労働契約法をめぐる問題はもちろん、それ以外でも、労組法の団体交渉のシステムのあり方、労働委員会制度のあり方、正規雇用と非正規雇用のあり方、高年齢者雇用のあり方、障害者雇用のあり方、そして労働法全体のあり方等、労働法の根本的な問題に向き合う機会となりました。それらについて書かれた優れた論文を拝読し多くの示唆を頂戴できたこと、そしてそれらの論文についての議論により各問題の広がりや深さ、行間から読み取れる筆者の思考過程を明らかにするプロセスに携わらせていただいたことに、心から感謝しております。現在労働法の根本的なあり方を問うことが非常に重要であること、そして労働法学界においてこの3年間に、目指すべき労働法を紡ぎ出す論文がいろいろなトピックについて執筆されたことを、この座談会の記録を読んで下さった読者の方々に感じていただけたら幸いに存じます。

野田 私は、研究者に名を連ねているくせに、必要に迫られないと他人の書いた論文を読まないという、情けない研究方法をこれまでしてきました。他人が加工した情報よりは、判例なり外国法なども、生の情報の方がよほど有益でおもしろいと思うことがあったからです。ですから、今回、こうした企画に参加させていただくのは、私向きでないというか、苦手な作業をお受けしてしまったと、最初は後悔していました。しかし、皆さんのリードのおかげで、じっくり論文を読む機会を得て、最もトレンドリーな学界動向に接して議論を楽しむことができました。

かつて労働法学は、団結権や労働者保護という大枠の議論をする「大議論」の時代があり、その後その反省から法適用のための緻密な解釈論を中核とする議論へと中心が移りました。しかし、今回の多くの議論は、個別解釈論だけでなく、再び大議論の時代に戻つつあるような気がします。ただ、現在の大議論状況は、緻密な解釈論を前提に、大状況と個別問題との相互作用の中で形成されており、そのことによって実務にも耐えられる議論の形成が見られるようです。このことを、皆さんとの議論で体得することができました。ともあれ、そうした議論の大きなトレンドを感じ取ることができたのは、私にとって大きな収穫でした。

(2010年10月23日：東京にて)

ありた・けんじ 専修大学法学部教授。最近の主な著作に『イギリス労働法の新展開』（共編著、成文堂、2009年）。労働法専攻。

おばた・ふみこ 京都大学大学院地球環境学准教授。最近の主な著作に『条文から学ぶ労働法』（土田道夫氏・島田陽一氏・山川隆一氏と共著、有斐閣、2011年）。労働法専攻。

たけうち（おくの）・ひさし 立教大学法学部国際ビジネス法学科准教授。最近の主な著作に「交渉代表の選出と被用者の選択——アメリカ労働法からの示唆」『法律時報』81巻12号（2009年）50-55頁。労働法専攻。

のだ・すすむ 九州大学大学院法学研究院教授。最近の主な著作に『個別労働紛争あっせんファイル——実務から理論へ』（労働開発研究会、近刊）。労働法専攻。