

学界展望

労働法理論の現在

2014～16年の業績を通じて



南山大学教授
緒方 桂子



筑波大学教授
川田 琢之



上智大学准教授
富永 晃一



一橋大学教授
中窪 裕也

◎検討対象著作・論文

- I 雇用システムと労働契約・解雇 4
- (1) 毛塚勝利「『限定正社員』論の法的問題を考える——区分的雇用管理における労働条件法理と解雇法理」『季刊労働法』245号, 2014年
- (2) 柳澤武「整理解雇法理における人選基準の法的意義」『法政研究』82巻2・3号, 2015年
- II 合意と就業規則 12
- (3) 大内伸哉「就業規則の最低基準効とは、どのような効力なのか」山田省三・青野覚・鎌田耕一・浜村彰・石井保雄編『労働法理論変革への模索——毛塚勝利先生古稀記念』信山社, 2015年
- (4) 新屋敷恵美子「労働契約関係における労働条件設定の原型——合意と就業規則による労働条件設定の歴史の一局面」『法政研究』82巻2・3号, 2015年
- 〈参考〉三井正信「労働法における合意原則の限界と合意の実質化（一）」『広島法学』37巻4号, 2014年, 「同（二・完）」38巻1号, 2014年
- III 企業変動と労働関係 19
- (5) 米津孝司「企業解散・事業譲渡における雇用と法人格の濫用——雇用責任法理と不当労働行為法理の交錯」野川忍・土田道夫・水島郁子編『企業変動における労働法の課題』有斐閣, 2016年
- 〈参考〉竹内（奥野）寿「事業譲渡, 会社分割と労働条件の変更」『企業変動における労働法の課題』有斐閣, 2016年
- IV 労働者派遣法 23
- (6) 鎌田耕一「労働法における契約締結の強制——労働者派遣法における労働契約申込みみなし制度を中心に」山田省三・青野覚・鎌田耕一・浜村彰・石井保雄編『労働法理論変革への模索——毛塚勝利先生古稀記念』信山社, 2015年
- (7) 本庄淳志『労働市場における労働者派遣法の現代的役割』弘文堂, 2016年
- V 非正規雇用 30
- (8) 大木正俊『イタリアにおける均等待遇原則の生成と展開——均等待遇原則と私的自治の相克をめぐって』日本評論社, 2016年
- (9) 緒方桂子「女性の労働と非正規労働法制」根本到・奥田香子・緒方桂子・米津孝司編『労働法と現代法の理論——西谷敏先生古稀記念論集 上』日本評論社, 2013年
- VI 労働者のメンタルヘルスと使用者の配慮義務 36
- (10) 水島郁子「使用者の健康配慮義務と労働者のメンタルヘルス情報」『日本労働法学会誌』122号, 2013年
- 〈参考〉石崎由希子「疾病による労務提供不能と労働契約関係の帰趨——休職・復職過程における法的規律の比較法的考察（一～五・完）」『法学協会雑誌』132巻2号, 4号, 6号, 8号, 10号, 2015年
- VII 不当労働行為と労働委員会 39
- (11) 中窪裕也「昭和24年労働組合法の立法過程と不当労働行為制度——アメリカ化の圧力, 反作用, 断裂」『日本労働法学会誌』125号, 2015年
- (12) 大内伸哉「労働委員会制度に未来はあるか? ——その専門性を問い直す」『季刊労働法』252号, 2016年

はじめに

中窪 それでは、「学界展望：労働法理論の現在」の座談会を始めます。この企画は、3年に1回、いくつかの論文を取り上げて議論することを通じて、労働法理論の発展や課題を確認しようとするものです。私は初めての参加になりますが、緒方先生、川田先生は前に経験があるようなので、心強く感じております。

座談会の準備として、この3年間に発表された労働法の論文を手分けして確認し、ここで取り上げるものを選んだのですが、なかなか大変な作業でした。この間、労働者派遣法、育児・介護休業法、パートタイム労働法、障害者雇用促進法等の改正や、女性活躍推進法の制定、労働基準法（以下、労基法）改正案の提出など、さまざまな立法の動きがあり、また、雇用特区や限定正社員、最低賃金の引き上げ、同一労働同一賃金、働き方改革など、政府主導の政策議論もなされました。もちろん、注目すべき判例も次々に出されておりました、これらをフォローする数多くの論考が発表されています。一方で、それらから少し距離をおいた基礎的な研究や、若手研究者による力のこもった比較法の研究も目につきました。また、西谷敏先生の古稀記念論文集『労働法と現代法の理論（上・下）』、毛塚勝利先生の古稀記念論文集『労働法理論変革への模索』などに、多彩な論文が発表されています。本日は時間の関係もあり、メインの論文（本の一部を含む）として計12本を選びましたが、他にも多くの力作や労作があったことを最初にお断りしておきたいと思えます。

そのうえで、いくつか傾向を指摘しておけば、第1に、労働契約における合意の問題が注目され、就業規則との関係を含めて、さまざまな角度から掘り下げられました。本日、これに関する論文をいくつか取り上げますが、2016年には、労働者の同意に関する新たな最高裁の判例（山梨県民信用組合事件、最2小判平28・2・19民集70巻2号123頁）も出されており、さらに議論が続くことになるでしょう。第2に、有期労働契約や労働者派遣など、いわゆる非典型雇用に関する議論がさらに進展しているように思えます。以下でも、比較法の研究を行った2冊の本の中の日本法に関する部分を取り上げています。第3に、集団法の分野の研究もかなり目立ちました。2016年は労働委員

会の70周年にあたり、いくつかの雑誌で特集が組まれたこともあります。私や富永先生が参加している労働組合法立法史料の研究も、これに貢献したのではないかと自負しています。

前置きはこれくらいにして、さっそく論文の紹介と議論に入りたいと思います。まず、日本の雇用システムへの見直しとして出てきた、いわゆる限定正社員の問題から。

I 雇用システムと労働契約・解雇

● 紹介

(1) 毛塚勝利「『限定正社員』論の法的問題を考える——区分的雇用管理における労働条件法理と解雇法理」

緒方 この論文は、安倍政権下で、「正社員改革」として打ち出された「ジョブ型正社員の雇用ルールの整備」に関して、法的観点から、制度導入に際しての就業規則の不利益変更の合理性の問題、均等・均衡処遇の問題、そして解雇法理との関係の諸点について検討を加えるものです。「正社員改革」でいう「ジョブ型正社員」と、本論文のいう「限定正社員」は同じものです。ここでは、本論文にならって、「限定正社員」と呼んでおきたいと思えます。

まず、第1の不利益変更の問題については、変更後の就業規則の合理性審査に関わって、限定正社員制度導入の必要性がひとつの大きな論点となることが指摘されています。そして、この点に関しては、通常、労働者のワーク・ライフ・バランスの実現が挙げられますが、限定正社員のうち、時間限定正社員に関しては、正当化の根拠となるか疑問であるとされています。その理由は、労働時間の柔軟な選択は、基本的にすべての労働者のすべてのライフステージで対応すべき事柄であって、限定正社員に限られることではない、ということです。他方、勤務地限定正社員については、転居・転勤を一方的に命じられることがないのは、ワーク・ライフ・バランスの観点から労働者にとって望ましいため、必要性が認められるとします。そして、勤務地の変動を予定する労働者に対しては、手厚い処遇を与える必要性が高まると指摘しています。

次に、第2の均等・均衡処遇に関する問題に関して、

毛塚教授はかねてから、職場における使用者の平等取扱い義務の内容として、使用者権能の恣意的行使の禁止、同一規範定立適用原則、規範内容調整原則があるとしています。その観点から、限定正社員について異なる賃金制度を採用する場合には合理的な理由が必要であるとしています。また、法的根拠を労働契約法（以下、労契法）3条2項に求めています。

そのうえで、まず基本給については、賃金制度を異ならせることについて、勤務地限定の場合には、勤務地の限定がないことで増す労働者の生活の不利益を反映した金銭的評価額を手当てとして支給すれば済むことであるとしつつも、異なる賃金表での対応も、勤務地の限定・無限定による労働者の生活上の不利益とかけ離れた相違でない限り、許容されるとします。

次に、昇進可能性と職域拡大の可能性については、職業的能力が労働者の職業生活にとって最も重要な法的保護に値する利益であること、及び、憲法27条の規定する労働権保障に鑑みれば、勤務地限定や短時間勤務であるからといって職域を限定したり昇進可能性を排除したりすることに一般的整合性はなく、入職時に職種が限定されていただけで、職域拡大や昇進可能性を排除することは職業的能力の尊重配慮義務に反するとしています。

さらに、雇用管理区分を行い別立ての処遇をとることに合理的理由があり、転換可能性が確保されていたとしても、職務と報酬の関係に関して均衡を失しないことが求められるとします。均衡がとれているか否かは、職務均衡性と時間均衡性の観点から理解すべきというふうに述べています。

第3に、解雇権濫用法理との関係です。限定正社員制度導入の議論の際に、職務や勤務地の限定と解雇法理を連動させ、正社員区分の中に雇用保障の濃淡をつけることができるという主張がたびたび持ち出されますが、この点について検討を加えています。とりわけ注目されるのが整理解雇の場合です。

この点について、毛塚先生は、まず一般論として、解雇事由を約定することで解雇権の行使を緩和することはできないとしています。また、整理解雇法理における判断指標は、「経営環境の変化に伴い発生する雇用調整のリスクを、使用者・労働者間及び労働者相互間で公平かつ公正に配分させるために形成されたものである」と位置づけます。そして、その観点からみた場合、人員整理の必要性は雇用調整を行う必要性を判

断すれば足り、また解雇回避措置は、契約内容の変更を受容する労働者もありうる以上、その可能性を追求する必要があるとします。さらに、人選の合理性については、基本的に解雇によってこうむる不利益の大きさという社会的観点から判断されるものであるから、労働者の義務範囲——移動とか時間——の広狭は基本的に人選の合理性に影響を与えないとします。

そして、結論として、規制改革会議や一部の論者が言うように、限定正社員制度の導入によって解雇法理を相対化することはできない、と結論づけているところです。

若干のコメントですが、まず、私自身も毛塚先生と同じく、ワーク・ライフ・バランスというのはすべての労働者のすべてのライフステージで語られるべきであると考えています。労働時間の限定は「限定正社員」という枠の中だけで実現されるものではないですし、私自身は、勤務地限定についても、限定正社員だけでなく、すべての労働者に保障されるべきと考えています。もっとも、これは、配転（転勤）命令権をどのように捉えるかという問題とも絡んでいます。

次に、限定正社員制度を導入した場合に生じる、限定正社員とそれ以外の正社員（いわゆる「本来の正社員」）との賃金及び昇進可能性の処遇格差の問題は、重要な課題です。法的根拠としては、毛塚先生が指摘されるとおり、労契法3条2項だと思います。同項については、いわゆる理念規定にすぎないという見解が強いところですが、私自身は、この労契法3条2項は、契約解釈の指針として実質的な意味を持たせるべきであると考えております。毛塚先生の見解は、さらにその内容を充実させていくものと捉えることができるのではないのでしょうか。

ところで、この問題に関して、毛塚先生の見解の中で興味深いのは、「均衡」性を判断する際の基準として挙げられている「時間均衡性」という考え方だと思います。この論文に限らないのですが、私は、一般論としてわからなくはないものの、具体的な法的紛争の場面でのどのように機能するのかが、いまだにわかっていません。たとえば、ある特定の職務が習熟に3年程度を要する場合に、4年目からは同一職務に就く者の間では賃金を均衡させるべきということであればわかります。しかし、たとえば、比較対象となりうる同期の、あるいは、1～2年間同じような仕事をしてきた本来の正社員が、何年か経つ間により高度な職務を担

当するようになって、限定正社員がそのような職務に就いていないとした場合、時間均衡性というのをどういうふうに考慮するのか。昇進や職域拡大に関する職業能力尊重配慮義務がキーになるのかもしれないのですが、そこから何か具体的な使用者の作為義務を導くことができるのか、あるいはそれが損害賠償請求権を基礎づけるのか、といったこともよくわからないところです。そう考えると、結局は、正社員の中に契約区分を設けることの前提そのものに問題があるようにも思われます。

最後に、解雇権濫用法理との関係については、私も同様の見解に立っておりまして、契約によって解雇権濫用法理を緩和することができないこと、そして、限定正社員であっても、契約更改に応じる可能性がある以上、整理解雇の際に、限定正社員であることを理由に雇用保障の程度を軽くすることができないというのは、そのとおりであろうと考えています。

● 討 論

富永 毛塚先生の論文では、これ以前から時間均衡性の話が指摘されていて、長く生活空間を共にすれば、その分、平等を保障する必要性が高まると述べられています。ただ、たしかに時間という要素は仕事への使われ方をしていることを示す一つの徴表だから非常に重要だと思うのですが、「一緒に働いて生活を共にしている」ということだけでなく、働いているうちに、たぶん「仕事、職務などの働き方が接近していく」から平等に取り扱う必要性が高まるのではないかと私は思っています。

だから、例に挙げられていますけれども、正社員は高度な職務をやっていて、限定正社員は本当に限定した単純業務をやっている、そういう状態が長く続いていた場合は、そのことからすぐに単純業務の限定正社員を高度な業務の正社員と「同じように」扱うという要請は出てこないのではないかと思います。

むしろ、短期間しか働かない前提で雇われた人については、長期に働くことを予定していなかったから単純な業務をさせていたのだとしても、結局、長期に働くことになってしまって、その中で、だんだんいろんな仕事をやらされ、職業能力を積んでいくうちに、正社員と同じような働き方になってしまった、そのことが、同一に取り扱う義務の前提なのではないかと思っています。

緒方 毛塚先生は、「均衡」を職務均衡性と時間均衡性の2つから考えるとやっているのですが、私は、この2つの関係がよくわかっていないのでしょうか。時間の経過が、職務均衡性を補強するひとつの要素であると解せば、わかりよいように思いますが。

富永 時間均衡性は、職務均衡性を推定する要素であって、主たる要素ではないのではないかと思います。もっと言えば、職種とか、限定正社員か正社員かというのは両当事者の合意で決まるので、いわゆる性別などの差別禁止事由とは違い、労働者の選択による違いだとしてある程度正当化できるところがあります。長期間にわたる就労の事実は、最初の合意が空洞化したことを示しているのではないのでしょうか。つまり、最初の合意ではきちんと、ある労働者は単純な業務、別の労働者はもっと高度な業務と決まっていた、その当初の状態なら処遇格差が正当化できると思うのですけれども、それが長期間になると、最初の合意ではカバーできないような状態になっているのではないか。実際に長く働いていれば、会社の中へ組み込まれてしまって、どんどん仕事は変わってきますよね。最初の合意で、限定正社員だから低賃金でいいと労働者が思って同意していても、長く働いていれば、その同意の前提が崩れて、同意による正当化の射程外になってしまう。時間均衡性はそのことを示しているのではないかと思います。単に、時間そのものだけから、一緒にいるから仲間になった、だから平等に取り扱おうという話ではない。

緒方 そういうことだったら、私も、まったくそのとおりだと思うことができます。毛塚先生の論文を読むと、2つの「均衡性」が並列しているように捉えてしまうのですが。

富永 同じ重みかどうかという、それはわからないのですが。

川田 私も、その2つは独立した問題ではなくて、時間が経つにつれて、当初の契約の重みがだんだん弱まって行って、相対的に、それ以外の要素、この場合で言えば職務均衡という要素が強くなっていくということかと思っています。

別の観点からのコメントになりますが、本論文は毛塚先生が以前から他の論文で提唱されていた概念を、ベースとして、限定正社員を3つの要素から捉えているわけですね。①就業規則等による類型的なもの、②義務の限定という観点からの類型化、そして③雇用保

障のようなところに差をつけるということ。ある程度、類型的なものだというふうに限定正社員を捉えて、そういう扱いが正当化できるかどうかを考えていくということです。

このような理解を踏まえてのコメントとして、毛塚先生が言われているような平等取扱い原則等というのは、最終的には個別的な状況に応じた考慮が必要になっていくと思います。そうすると、この毛塚先生の議論は、結局のところ、最後は限定正社員といった類型を設けることを否定することにつながるのか。素朴な疑問として、そういうことになるのでしょうか。

中窪 私も、この論文は、平等原則という毛塚先生の独自の力強い理屈があって、それを限定正社員という議論の中に適用してみたという性格が強いように思いますね。一般に言われている限定正社員論とは少し違う角度から、より根本的な分析をしている。我々は何となく、そういうのは契約の自由というか、やっても別に悪くないのではないかと言いたくなるのですが、毛塚先生は、そういう区分を設けること自体がいけないのだという構造的な批判をして、3つの観点から法的问题があることを言っているわけです。毛塚先生の理論をよりよく理解するためには非常にいい論文だと思うのですが、それにどこまでついていけるかは、若干わからないところがあります。

緒方 この論文の大きな意義は、規制改革会議で言われているように、「限定正社員制度」を導入することにより、企業経営がよりスムーズになるとか、人員整理が容易になるといったことはないと丁寧に指摘している点にあると感じています。

中窪 ワーク・ライフ・バランスが掲げられていたりするのですが、限定することによってどういうメリットがあるのかを詰めていくと、いろいろ怪しいところも出てきます。そこに対して毛塚先生独自の平等あるいは均衡処遇という視点から、チェックをかけている感じがします。緒方先生の考えも、そういうところは共通しているのではないですか。

緒方 私は、基本的には、すべての労働者について勤務時間も勤務場所も契約で取り決め、それを変更する場合には労使双方の話し合いを介して行うべきではないかと考えているのですが、そういう方向に向かう過程において、このような区分を設けるのは構わないと思っています。ただ、設けても別段、使用者あるいは企業経営に大きなメリットが生じるわけではない。

解雇権の行使が容易になるわけでもないし、労働条件に差をつけることが当然に正当化されるわけではない、ということです。

中窪 でも、労働側の皆さんは、そこを警戒されているわけですね。

緒方 そうですね。この提案が、そういうふうなものとして主張されている面があって、そのもくろみが透けてみえるからでしょうね。

川田 あと、限定正社員は結構多義的で、かつ、一般的に、概念が混乱している部分もある。たとえば、正社員の部分休業などがそうです。部分休業して、勤務時間を減らしている状況も限定正社員と言われたりすることがあります。

また、何のために制度を導入するかというときにも、一つは、企業経営に柔軟性を持たせるためで、どちらかという、正社員の一部をそういう限定正社員に置きかえるという文脈で語られる場合があります。おそらく、この論文の主たる関心はそこに置かれているのではないか。そのほかに、非正規雇用労働者のキャリアアップを考えるときに、いきなり正社員に移行するというのではなかなか進まないで、段階的に到達する途中として限定正社員を考えるという視点もある。

だから、本来いろいろな問題があるような気がしますが。著者の意図が前者に置かれているとすると、後者の視点からの問題は、ここで論じる対象にはならないのかもしれませんが。ただ、毛塚先生の考えでは、いわゆる非正規雇用からステップアップする途中としての限定正社員についても、同じようなことは当てはまる気はしますが、実際にどのようなお考えになるのかは、気になるところです。

富永 限定正社員にはメリットもあると思います。正社員についても、すべてのライフステージで、たとえば子供がいる時期は早く帰れるようにするべきですけど、実際にはできていない。正社員だと際限なく仕事がある状況で、極端に仕事が長い人と、極端に仕事が短くて昇進もできない人とに分かれてしまっている。中間的に働きたいという人はやはりいるのではないかと、そういう働き方ならできるといふ優秀な人もたくさんいるのではないかと思います。能力は高いのに今は長時間働けないから、パートでしか働けない、とか、能力が高いから仕事は任せられるけれど、パートだからということではほかの単純業務のパートと同じに扱

われて待遇は低い、といった状況があるとすると、そこは限定正社員のメリットがあるのではないのでしょうか。高度な業務もこなせる、でも時間は限定して働きたいという人のニーズをうまくすくい取れたら、労働者にメリットはありますし、会社にとっても、優秀な人が採れるわけなので、それでいいのではという気がしています。

緒方 しかし、規制改革会議で言われているのは、多分、そういう文脈ではないですよ。さきほど申しましたように、今後の労働者の働き方を考える場合、基本的には、労働時間も勤務地も契約によって限定されているのが基本で、使用者の業務上の都合によって変更したければ、事情を話して申し込むべきだと思います。申し込まれた労働者は、その時々私生活上の事情や自らのキャリア形成の計画に照らして判断をし、そのうえで合意し、異動や残業に応じればよい、と。つまり、その意味で、現在二極化している労働者の働き方の「中間形態」として限定正社員を捉えるのではなく、最終型として私は捉えているのですが、その状態への移行の過程として、さしあたり部分的に取り入れ、それが「普通の働き方なのだ」という認識を広げていくという可能性を持つという意味では、限定正社員論には重要な意義があると思っています。ただ、繰り返しになりますが、使用者側のメリットや企業経営の効率化という文脈では捉えるべきではないでしょう。

中窪 毛塚先生自身、従来の二元的・二分的雇用管理をやめることを指向する限りでは、メリットを評価できるとしています。しかし、それを実現するのは、むしろ平等原則の確認と均等・均衡処遇であり、それで足りると言っている。そのあたりが、もう何と云うのか、毛塚理論に乗れるか乗れないかというところではないでしょうか。

それと、毛塚先生自身も、途中での乗りかえという点を重視されている。そこは非常に重要でおもしろいと思いました。いったんこういうルートになっても、やはり変わる可能性は常に残しておく必要があるということですね。

富永 まさにそれが必要で、時間的経過も、その意味で重要性があると思うのです。18歳とか22歳のときの合意は、せいぜい何年かしか責任とれないのではないのでしょうか。当初は予定も予想もしなかった事実を経た将来になって、「あのときああ言ったでしょう」

といつまでも縛られるのはおかしいのではないかと。契約の乗りかえや変更可能性はあったほうが望ましいと思います。

川田 類型として定められると、それなりに明確になるというメリットはある。ただ、カテゴリー間の均衡という話になると、どうしても具体的な判断が難しくなることは否定できないので、こういう問題については、ある程度類型を明確化したうえで、乗りかえ可能性、転換可能性を確保する。転換可能性が確保されていれば、それが類型間のバランスがおかしくならないようにする原動力にもなるところがあるので、個人的な意見としては、乗りかえの可能性というところがこの種の問題では重要だと思います。

富永 雇用保障について、使用者側の必要性のみから理解すべきではない、という主張に関連して、雇用保障について濃淡をつけることはできるという主張はおかしいというご指摘がありました。そこについては、私は、自分の理解している雇用保障の濃淡の意味と、本論文が指している雇用保障の濃淡の意味が違うのだろうと読んでいました。

限定正社員は人選の合理性が全然違うとか、限定正社員だから解雇回避努力義務をしなくていいということにはなりません。その意味でのルールの濃淡はなく、それらは当然、限定でも無限定でも同じだと思います。ただ、その解雇回避努力義務などの具体的な中身自体は違ってきますよね。正社員の場合、会社には配転命令権があるので、配転命令を相手が無視したら解雇することもできる。だから相当、広範囲の配転が可能。けれども、限定正社員は、その限定された範囲外に配転を命じることはできない。依頼することはできるので、そこはおそらくやらないといけない。それすらやらなかったら解雇回避努力義務を果たしたことになると思います。ただ、限定正社員本人としては範囲外への配転命令を聞かなくていいので、正社員に命じることでできる配転の範囲とは、その内容が全然違って来る。解雇回避努力義務があるのは、もちろん、そのとおりですけれども、具体的な内容は違ってきて、結果としての濃淡もやはり違って来るのではないかと思います。さらに言えば、別に正社員は限定正社員よりいつも雇用保障が厚いというわけではなく、もしかすると限定正社員より薄い場合もあるかもしれない。結果として逆になることがあるかもしれませんが、違うのは確かなので、同じではないと私は思っ

ています。

人選の合理性も同じで、仕事について限定して、それ以外の経験を持っていないスペシャリストと、ほかのところを経験することができたジェネラリストとではやはり違ってきて、その教育訓練の内容も違っていると思うので、結果としては濃淡が出てくることはある。繰り返しになりますが、もちろん限定正社員だから常に解雇しやすいという意味ではなくて、限定正社員だからむしろ解雇しにくい場合もあるかもしれません。ただ、具体的な内容は違うので、雇用保障の程度が全く同じということにはならない、その意味での濃淡はあると思います。

川田 濃淡と言うときに、たとえば、日立メディコ事件（労働契約存在確認等請求事件，最1小判昭61・12・4判時1221号134頁）のような、正社員と臨時社員の雇用保障がぶつかったときに正社員の雇用保障のほうが優先するといった話が関係してくるのでしょうか。適用されるルールそのものが違うという意味は一つありますが、たぶんそれは違うでしょう。たとえば、限定正社員の整理解雇には解雇回避努力は要らない、とかいうようにルールが変わるわけではない。

中窪 富永先生が言われたのは、むしろ努力の中身の判断ではないでしょうか。

富永 具体的には、措置の内容は違ってきて、措置が違えば、結果も違いますよね。まったく同じ順番で解雇されるわけではないと思います。繰り返しになりますが、限定正社員のほうが常に雇用保障が薄いわけではない。スペシャリストが事業に必要な不可欠な一方、専門知識のないジェネラリストは大量に余っているという場面では、逆に限定正社員のほうが雇用保障が厚くなることもあると思うのです。ただ、どちらにしても、結果には濃淡は出るのではないかと思います。

川田 ルールの適用段階で事実関係が違うので、処置に違いが出ることは普通であると考えられるでしょう。私が言いたかったのは、そのこととルール自体の違いの中間に、ある程度一般的に、正社員の解雇を回避するために臨時社員を雇止めることが正当化され、逆に、臨時社員の雇止め回避のために正社員の希望退職をするほうへはいかないといったカテゴリー的な差が、限定正社員とそうではない正社員との間にあるのかという問題の立て方ができるのではないかと、ということなのです。

富永 有期契約労働者の場合はそうですが、限定正

社員の場合は、たとえば、希望退職を募るのが、工場閉鎖のその工場に限定されていたら、先に話が来るということはあるかもしれません。ただ、一般的に限定正社員が早いとか遅いとかいうことにはならないのではないかと気がしています。

川田 私も結論としては、具体的な事実のレベルでの違いだけかと思います。ただありうる問題として、そういう問題を立てることはできるし、そういうところが意識されている可能性はあるかもしれない。

緒方 限定正社員に対する整理解雇の議論においては、「本来の正社員」とは適用基準が違うというレベルで議論が止まっているように感じています。しかし、適用基準が違うとして、それがどのように違うのかという細やかな議論をしていく必要がありますよね。そういう意味で、限定正社員の議論は、整理解雇の正当性判断基準をより細やかに展開する契機にもなるように思います。

川田 そうですね。契約変更の打診のようなものは、限定正社員特有の解雇回避努力として出てくるとか、今後、そういう方向に発展していくことはあるだろうし、そうあるべきでしょう。

中窪 限定正社員の趣旨は本来、そこではなくて、配転などの人事、あるいは労働時間といった平常時の部分にあり、今までのような、無限定な正社員でなければ非正規だという二分法をやめることだと思うのです。ただ、やはり整理解雇の段階でどういうふうに影響してくるのか、気になりますね。では、整理解雇の論文の議論に移りましょう。

(2) 柳澤武「整理解雇法理における人選基準の法的意義」

●紹介

緒方 次に取り上げるのは、整理解雇法理の正当性判断の四基準における「人選の合理性」について、その判断のための指標を構築することを試みる論文です。

本稿では、人選基準の合理性が明確な争点となった事案を中心に、近年の裁判例が分析されています。そして、基準が「具体的」か「抽象的」か、「主観的・使用者側の事情」か「客観的・労働者側の事情」かで区分して、「具体的」かつ「客観的・労働者側の事情」を勘案した人選基準には「合理性」が認められる可能性が高くなる、と分析します。

もともと、「具体的」かつ「客観的・労働者側の事情」に関する指標であっても、「病気休職」「年齢」それから「障害」については、雇用平等法理の観点からの検討が必要であるとしています。

また、将来的な課題として、これからの日本の雇用社会において「職務給」的な人事管理が広がった場合、対象となった労働者の職務が特定される傾向が強くなり、「非採算部門」「現在の職務」を基準とすることの合理性は認められやすくなるだろうと予測します。その際には、労働者の当該職務の経験を活かし、社内での再配置や社外への転職が可能となるような措置が手続きの合理性の一環として求められることになるだろう、とまとめています。整理解雇の第四基準のほうに流れ込むということですね。

若干のコメントさせていただきますと、論者も指摘するとおり、整理解雇法理における人選の合理性は、その合理性が否定された場合、当該労働者に対する解雇が解雇権濫用となるという意味で、極めて重要な位置を占めています。しかし、判断の指標にはさまざまなものがあり、それらの基準が相互に矛盾する場合もあるため、指標（メルクマール）の構築がこれまで積極的に試みられることはなかったように思います。何よりも、それに挑んだ点という点に、本論文の意義があると考えています。

また、論者は、「部門・職務の消滅」型の事案、この類型において、当該部門や職務に従事している労働者を選ぶことは、合理的な基準であると判断されやすい傾向にあるが、まさに「偶然に」当該職務や部門に所属していることもありうることから、単に部門への所属や職務担当であるだけでは、基準の合理性を認めるべきではないと述べています。このあたりは納得のいくところですね。

難しいのは、病気休職、年齢、障害を人選基準とすることの妥当性です。この点について、論者は、病気に罹患した労働者に対する差別禁止の要請、年齢を基準とすることの差別性を指摘します。また、障害については、真に合理的配慮がなされていることを求め、その限りにおいて、障害を持つ労働者を被解雇者に選定すること自体は違法ではないとの見方もできています。これらは非常に重要な点ですけれども、問題の指摘にとどまっていることから、今後、研究が深まっていくことを大いに期待しています。

● 討 論

富永 個別の分析は、非常におもしろいと思いました。ただ、分析軸の中で、ここをこうすれば実はもっと違う風景がみえてくるのかもしれない、と触発されたところがありました。

柳澤先生は、抽象的・具体的と主観的・客観的の軸を立て、「主観的」を使用者側事情、「客観的」を労働者側事情としています。しかし、これは両方とも人選の合理性の話なので、ある意味、労働者側の事情です。「労働者側の事情」ですけれども、その中にさらに「業務上の必要性の視点」と「労働者の不利益性の視点」というのがあるのではないかと。つまり、労働者に対する打撃がどんなものかという軸と、使用者側にとって残したい人かどうか、仕事に必須な人かどうかという軸がある。それは使用者側の視点と言えるかもしれないけれど、本当の意味では、すべて労働者の事情、労働者の特性だと思います。他の従業員からの嫌悪とか協力度とか、あるいは職務不適格とかがあって、これも使用者側で仕事に残したい人かどうかという使用者の視点での基準ですけれども、労働者側の事情であることは間違いありません。

整理解雇の四要件も、解雇権濫用法理なので、究極的には業務上の必要性、つまり人を減らさないといかないという必要性と、個々の労働者における不利益性の比較衡量だと思います。「業務上の必要性」と言うと、「人員削減の必要性」のように聞こえますけれども、「人員削減の必要性」で判断するのは、全体として何人減らすかというマクロの意味での必要性だと思うのです。ミクロで人を選ぶときの話が「人選の合理性」です。そしてその「人選の合理性」の中に「業務上の必要性」という視点、「労働者の不利益性」の視点があり、「業務上の必要性」とは、たとえば会社更生手続に入ったときに、やはりこの人には絶対残ってもらわないといかないという人を残す必要性などのことです。そしてこれは、個別の労働者の事情ではあるが、使用者の視点での評価です。その視点と、労働者における不利益の視点という2つの視点がある。この2つの視点が「人選の合理性」のところで判断されるべきなのに、今はその中で1つの視点でしか選んでいないような感じがします。両方の視点があってはじめてきちんとした判断ができるのではないかと思います。

「業務上の必要性」の視点は、どれだけ能力が高いか、どれだけ今後の企業に必要かという視点の基準です。

そして同じように業務上の必要性がある人について、どちらの不利益性がより大きいのか、たとえば扶養家族がたくさんいる、次の就職が難しいといった、労働者の打撃という視点でみる。その2つの視点、つまり業務上の必要性と労働者の不利益性の比較衡量でいくのではないか。

そういう観点では、業務上の必要性が高くて仕事に残っていないといけなくて、かつ、たとえば扶養家族が多く、特殊な仕事に従事してきたから次の就職が難しいといった人、つまり業務上の必要性が高く不利益性が高い人を狙い撃ちにするような基準は、合理性が低いですよね。逆に、あけすけに言えば、業務上の必要性はそれほど高くなくて、本人が受ける不利益性もそれほどひどくない、次の就職先はすぐ見つかるだろうといった人を選ぶ基準は、合理性が高いというふうになるのではないか。

そこから考えると、さきほどの障害の話も一応の説明ができるかもしれません。仮に非障害者と同じ仕事ぶりである場合、業務上の必要性としては他の非障害者の労働者と同様、それほど高くないかもしれませんが、労働者の受ける不利益性が高いという類型に属するのではないか。不利益性が非常に高かったら、業務上の必要性があまり高くなくても、本人の受ける打撃、すなわち不利益性を考慮して残す必要があるし、それほどでもなかったら、解雇もありうるのではないかと思います。

川田 必要性和不利益性という区別で切り分けるほうがすっきりしますね。

ただ、病気とか障害は、差別の問題になっていくと指摘している。単なる不利益なら、直ちに差別には結びつかないので、少し人的な事由であることを意識した枠組みをつくったということかと考えています。

興味深いのは、差別の問題と人選の問題の関わり方です。人選の基準の中で差別という考え方をどう取り入れていくのか。たしかに、既婚女性はだめだというようなものは不合理と言われていて、差別の問題と言えるものもあったと思うのですが。この論文からは、まだそこは今後の課題になってしまうのでしょうか。

富永 2016年4月に障害者雇用促進法が施行され、その中に差別禁止と合理的な配慮の提供義務が規定されています。この論文は、その前に書かれているのでしょうか。今は、差別禁止の考え方がより強く要請されることになる気はします。

ただ、基本的に差別禁止なので、先に狙い撃ちするのはもちろん差別であって、だめです。合理的配慮を尽くしたうえで、業務上の必要性が同じぐらいだとしたら、そのときは不利益性がどれだけ高いか低いかの話になると思います。合理的配慮をしたうえで障害のない人とまったく同じように働ける場合、障害者ということを知った人選基準とするのはだめですけども、非障害者と同じ共通の基準、たとえば家族の事情や再就職の困難性といった基準で判断する分には、差別禁止違反にはならないと思います。そのうえで、障害者だけを残す、優遇するとしたら、それはむしろポジティブ・アクションとかアファーマティブ・アクションなのでしょう。義務ではないけれど、そうすることが望ましいという意味かと思います。

川田 そうすると、ポジティブ・アクション的なところで人選基準独自の意味は出てくるということですか。素朴に考えると、差別禁止規定があれば、差別だということだけで解雇無効になってしまう。

富永 同じような能力の人が同じように解雇されているのなら、結果として切られた人が男性でも女性でも、それだけでは性差別にはなりません。障害者も同じで、合理的配慮を尽くしたうえで、同じぐらいの不利益性と業務上の必要性のある人が同じように解雇されるなら、差別ではないと思います。結果として障害者が切られたから即差別になるわけではなくて、障害者であることを理由として解雇されたというのが差別なのだと思います。

中窪 そこは合理的配慮をどのくらい厳しくするかに関わってきて、それがもう及ばないのであれば、ポジティブ・アクションの問題になってくるのだと思いますけれど、判断は微妙でしょうね。

富永 具体的判断は難しいかもしれません。

川田 私が問題意識として持っていたのは、単純な差別の問題として考えたときの差別の基準と、整理解雇の人選の問題として考えたときの人選の合理性の基準は、こういった差別が問題になるケースにおいても変わってくるところがあるのかということです。

富永 私は、そこは同じかと思っていました。性別などの一般的な差別禁止では、普通、その属性いかんによって能力は変わらないと思います。それに対して、障害者の差別禁止の特殊性がもしあるとしたら、障害者の定義として、障害があるため、「長期にわたり、職業生活に相当の制限を受け、又は職業生活を営むこ

とが著しく困難な者」という形になっていて、就労能力が低下している場合が多いということです。その点の不利は、合理的配慮で補うという考え方です。なお、合理的配慮を尽くして、合理的配慮のコストがかかるから先に切るというのは差別だと思えます。合理的配慮というのは提供義務があるからです。ただ、考え方そのものは障害者も非障害者も同じかと思えます。

中窪 私は、障害者差別が直接に問題になる場合と、こういう整理解雇の権利濫用の広い枠組みの中で考えるのとでは、少し違うかなという印象を持っています。

その点は、本論文の中の重要な展開部分に当たると思いますが、少し話を戻しますと、この論文そのものの着眼点が、私はなかなかおもしろいと思いました。整理解雇法理については長年議論されていて、四要件、あるいは四要素という形で、いつも4つが並列されてきたわけですが、その中で、あえて人選の基準に焦点を当て、そこに特化した議論をしようという点ですね。また、これに関して最近、いくつか注目すべき判断例が出ており、たとえば協力度度といった評価が非常に主観的であったり、訴訟を起こしたことを不利に判断したりと、紹介されている判例そのものが興味深く、勉強になりました。

ただ、それぞれの判例について、もう少し柳澤先生の評価があってもよかったのではないのでしょうか。また、それらを総括したのが、Ⅲの「人選基準に求められる合理性」というところで、さきほどの縦軸と横軸の基準やその適用に当たって歪んでいないかという議論がなされているのですが、ここが本当は一番おもしろいところなのに、あまり掘り下げられないまま、急に雇用平等法理に、差別禁止とか病気の人の問題に飛んでしまっている。権利濫用の判断の枠組みの中で人選基準が果たすべき役割を、もう少し議論してもらえたらよかったなという気がします。

川田 整理解雇の中で、これまであまり検討されてこなかった人選に焦点を当てたことは価値があります。この論文は、裁判例を分析して、そこから、いわば帰納的な推論で、整理解雇の基準がこういうものだという議論をしているわけです。その一方で、この論文の最初をみると、当初の問題意識として、整理解雇とはそもそもどういうものなのかということから説き起こしていますが、最後では、その点については十分に検討できなかったと語っています。もしかすると柳澤先生としては、裁判例からの帰納的な推論での分

析に終わらないで、そこから整理解雇というのはこういう解雇だというような概念を打ち立てて、そこから演繹的に推論して、あるべき整理解雇の人選基準がこういうものになるという方向で議論を展開させたかったのかなと感じました。そういう方向での議論が論理的に整理されていくことが期待できる論文ではないでしょうか。

Ⅱ 合意と就業規則

(3) 大内伸哉「就業規則の最低基準効とは、どのような効力なのか」

● 紹介

富永 この論文は、就業規則の最低基準効という切り口から始めて、就業規則の効力の性格について検討するものです。

最低基準効は、必ずしも就業規則の効力そのものではない、というのがこの論文の一つの注目すべき指摘です。どういうことかということ、就業規則違反に対する制裁として、規範的効力、要するに、違反していたら個別の契約が就業規則の定める基準で塗りかえられてしまうという効力がある。規範的効力には一般的には有利原則が認められているので、「結果として」、多くの人は、就業規則の効力は最低基準効だと考えている。つまり、最低基準効より、むしろ規範的効力が重要である、そして規範的効力は就業規則違反なので、就業規則に違反するかどうかかが問題なのだ、という話です。

この就業規則の規範的効力の根拠は禁反言にあるというのが、大内先生と、本論文で参照されている毛塚先生の主張です。禁反言 (estoppel) とは、自己の言動により、ある事実の存在を相手に信じさせた者は、相手がその信頼した事実に基づいて法律関係の変更等をした場合、その者に対して当該事実の不存在を主張するなどの自己矛盾行為をすることは許されないとする原則のことですが、この論文で言っているのは、「使用者が自ら提示した就業規則と異なる不利益な労働条件を、交渉力の弱い人に一方的に押し付けること」が矛盾挙動でありアウトだということです。禁反言から禁止されて、それが労基法 93 条と労契法 12 条に実体化しているのだとしています。

そこからの帰結ですけれども、1つめは、大内先生によれば、これに当てはまらない場合、まず集団的に決定された労働条件というのは、たしかに「就業規則と異なる」けれども、そもそも集団的に決まっているので、「交渉力の弱い人に一方的に押し付ける」といったものではない。だから、たとえ「就業規則より不利益であっても、就業規則違反ではない」。違反ではないので、最低基準効もかからないということになると言っています。集団的に決定された労働条件と言え、一般的には労働協約を思い浮かべますが、ある意味、就業規則自体もそうなのだという主張です。だから、就業規則で就業規則を塗りかえるというのはそれにかからない、不利益変更は最低基準効にかからない、という議論です。加えて、労使慣行もそういう集団的に決定されるものに当たるのだ、というところが非常に斬新だと思います。

帰結の2つめですが、規範的効力に引かからない場合、就業規則に違反しない場合として、「弱い立場の人に一方的に押し付ける」のがだめなのだから、「労働者、契約当事者が使用者と対等である場合」は、就業規則違反には当てはまらなると言っている。大内先生の見解では、労働者が十分に情報提供とか説明を受けていて、理解したうえで「いい」と言った場合には、「交渉力の弱い人に一方的に押し付けること」には該当しないので、就業規則違反でなく、最低基準効には引かからないと述べています。

労契法9条の反対解釈をしたうえで、就業規則の不利益変更について、個別合意する場合について、就業規則違反の判断について、上のような禁反言的な構成を採ると、これは帰結の2つめの場合として判断すべき、ということになります。要するに、当事者が対等でないといけな。しかも、手続きも遵守している必要があると指摘しています。

示唆と含蓄に富んだ内容で、もっと紹介したいところですが、以上が簡単な紹介です。極めて興味深いものですが、いくつかの疑問もあります。

1つめの疑問点は、もともと労基法93条、労契法12条の考え方の根拠は禁反言だとしても、今ではもう12条に法定化されていて、その12条の文言としては、やはり「達しない」と書いてあるのではないかということ。本論文は、基準に違反するとは「達しない」という意味ではなく「違反する」と理解すべきだとしています(117頁)。でも、私は逆ではない

かと思うのです。つまり基準に「違反する」というのは「達しない」という意味だと理解すべきなのではないか。労働協約についての労組法16条は、もともと「違反している」と書いてあり、労基法のほうでは、たしかにそれをモデルとしてとったとしても、「達しない」とわざわざ文言を改めています。条文の文言解釈の原則から言えば、言葉を違えているときは、その違いには意味を持たせているはず。だから、わざわざ書き分けたのに同じ意味だと戻ってしまう解釈には、やや違和感があります。それが1点目です。ただ、判例自身、更生会社三井埠頭事件(東京高判平12・12・27労判809号82頁)などで、労基法24条について目的論的解釈での例外を認めていますので、そういうふうには緩めて、もともとの趣旨に反しないから条文の禁止には当たらない、という解釈の余地はたしかにあるかとは思っています。

2つめの疑問点ですけれども、労働契約とか就業規則については、ある程度、対等性は確保されているものかもしれない。就業規則は、届出までして中身の合理性をチェックするからよい、ということ、秋北バス事件(最大判昭43・12・25民集22巻13号3459頁)でも言っています。けれども、労使慣行についても同じなのか。これも例外としてよい「集団的に決定された労働条件」とみるべきなのか、私の中では疑問です。労働協約、就業規則については、そもそも労働協約に違反する場合、就業規則は適用されないと、就業規則の不利益変更は労契法12条でできるとか書いてあるので問題ないと思うのですが、労使慣行については、そのような規定はそもそもないので、そこまで広げてしまっているのかどうか。そのうえ、「就業規則に達しない労使慣行」について、労使双方が「規範意識を持つ」ということは、極めて疑わしい。長期にわたる継続、労使双方が規範意識を持っている、明示的な排除の意思がないということが労使慣行の成立要件とされていますけれども、違反しているのに、それがルールだという意識を持っているというのは、疑問の余地が大きい。

3つめの疑問点として、就業規則法理は、もともと労使慣行だという話があります。そのとおりだと思いますけれども、そこで言っている労使慣行というのは、それこそ日本全国レベルの労使慣行、慣習法です。一般に日本では、とくに合意がなくても合理的であれば、合理的な就業規則が労働条件を規律するという、全国

レベルの労使慣行がある。これはこれでいいと思います。しかし、1つの企業内の労使慣行をこれと同じレベルで議論して、集团的に決定しているから就業規則の最低基準効から外していい、という話になるのか。そこはちょっと疑問の余地があると感じました。

● 討 論

富永 昔、民法の平井宜雄先生が、反論可能性の高い議論というのは価値のある議論だと言われていた。要するに、あしたは雨か雨以外かのどちらかですという議論は、正しいけれどもまったく意味がない。反論可能性はある、ある意味、新しいところを切り取るようなものがよい議論、ということです。この論文はとても大きな問題提起と立論をしていて、非常に刺激的です。

中窪 私も同じ印象を持ちました。虚を突かれるというか、驚かされる議論がたくさんあって、アクロバティックなのに、自分のところにぐいぐい持っていく力があり、すごいと思います。

しかし、条文に「達しない」と書いているのを、あえて労働協約の規範的効力に引きつけて、「違反する」という意味なんだという議論は、かなり強引ですね。労基法13条にも言及しながら、遵守義務という概念を媒介に用い、協約の場合は当事者間の合意が根拠になり、労基法は強行法規の法律遵守義務で、就業規則は禁反言だという。そう言われたらそんな気もしてくるけれど、だからこういう解釈を正当化できるかというところ、やはり疑問を感じました。

また、就業規則の最低基準は、一定の場合にそれを下回ることも許されるという大胆なことを一方で言っているながら、他方で、就業規則を不利益に変更した場合には、単純にそれでいくわけではなく、基準の引き下げと労働条件の不利益変更という、2段階の同意が必要だという点も、やや意外な感じがしました。最低基準としての効力がある意味で弱めながら、引き下げについてチェックを厳しくすることで、バランスを取っているのかなという感じもします。とにかく、読んでいておもしろくも、しかし、だまされないようにしなければとつい思ってしまう、そういう楽しい論文でしたね。

富永 労基法24条の議論ですが、たしかに労基法上は、全額払いの原則があるとしている。ただ、その例外が判例法理で認められている場合があります。

そこでは、情報の点に加えて、労働者自身が労働者に利益があることを認識していた、だから客観的に任意に自由な意思で合意したということ認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在する、と判断されていました。不利益な面もある合意相殺に同意したけれども、それに対する利益があるということも判例は重視しています。大内先生の議論では、そこは情報の対等さが重要であり、十分な説明があればいいという形になっていますが、本当にそれだけで大丈夫なのかという点は、少々心配になりました。のちほど取り上げる新屋敷論文でも、そのことが述べられています。

緒方 私は、この問題に関しては、大きく2つの疑問を感じています。

1つめは、労契法9条の反対解釈というのは、いわば使用者に一方的な決定権限を与える、つまり、労働条件の変更に関して一方的な権限を与える内容での合意だと思いますけれども、そもそもそのような合意が契約内容としてフェアなのがよくわからない。労働法の大きな役割として、不可避的に生じる使用者の一方的決定を規制するということがあると思うのですが、このような内容の合意を認めることは、ある意味、労働法の役割を放棄することになりはしないのか、と思うわけです。

2つめに、その問題をクリアしたとしても、最低基準効を設けられている理由が、労働者の交渉力の弱さにあるとすると、逆に、交渉力が弱くなければ、就業規則の基準を下回ってもかまわないという議論になりかねない怖さを感じます。そして、「交渉力」の文脈で、情報提供だとか説明義務だとかが言われるわけですが、はたしてこれらは交渉力に関係する事柄なのかという疑問もあります。正確な情報を知り、まずい状況に陥るといことがわかっている、それでもイエスと言わざるをえない状況をどう規制するか、そのような状況にある労働者をどのように保護するかが、労働法の役割だと思いますし、そういう状況が生じてしまうことを「交渉力」の問題と呼んでいるように思うのです。こういう情報提供があって、このような説明がなされて、あなたはそれを十分に理解して、判を押しましたから、あなたの同意ですよねと言われるのは、やはり違和感があります。

富永 緒方先生の1つめの疑問については、私も同様に思います。就業規則は、使用者が一方的につくって集团的に適用するものなので、その変更について

個々の労働者の合意があったとしても、その合意だけの変更の効力が認められる、ということには不安があります。仮にその就業規則変更が不合理で、変更後の就業規則のようなものに事業場の労働条件を統一的に規定する就業規則としての効力がないなら、その不合理で効力のない就業規則のようなものへの合意があったとしても、効力のない就業規則のようなものに定められた労働条件への個別合意にすぎず、しょせん12条違反の個別合意でしかないのではないか、という疑問もあります。

2つめの疑問点、情報提供義務とか説明が、交渉力に関係するのかという点については、採用の段階では、変な条項があったら、やっぱりやめますと云えますが、不利益変更の場合は、もう会社に組み込まれていますから、嫌だったらやめればいいと言われてもやめられないのではないか。その点で、変更の局面については情報提供だけではどうなのかと思います。

川田 情報の非対称性というのは、それ自体としては交渉力の格差の問題になりうと思いますが、情報提供というのはそういう話なのか。むしろ山梨県民信用組合事件等から、不利な情報も開示しなければならないということになっていますが、それは交渉力格差を是正するのは少し違う話ではないかと思えます。

また、交渉力の格差の源泉が、必ずしも情報の非対称性に限られるわけではないというのは、そのとおりだと思います。さきほどおっしゃったような、企業内にロックインされた状態なども考えると、情報の対称性だけを確保すればいいのかというところは、さらに考えなければいけないことになりそうですね。

中窪 少なくとも重要な情報を秘匿しておいて合意させるのはだめだというのは、山梨県民信用組合事件で、もう明らかでしょう。

緒方 それはそうですね。でも、だからといって、情報が十分に開示されれば、労使の交渉力は対等になりましたというのは、飛躍があるように思います。

川田 そうですね。真意かどうかという話には関わらるでしょうが、交渉、説得の材料が対等かという問題はなお残ると考えられるので、不利益な情報を開示するというのは、直ちに交渉力の対等化ではないという気がします。

中窪 だから大内論文も慎重に限定しているわけですが、その限定が本当にワーカブル（機能する）かは、かなり疑問ですね。

川田 ただ、たしかに疑問はあるものの、いわゆる契約規律効、労契法の7条や10条と比べると、最低基準効に関しては、そもそもなぜそんな効力が必要とされるのかという点について、なんとなく自明のように考えられてきたのではないのでしょうか。この論文の意義は、そのあたりを突き詰めて考えてみたことにあるのではないか。

とくにさきほど来、問題になっている、条文の文言との齟齬についても、使用者の就業規則遵守義務、禁反言といった観点から、最低基準効がなぜ存在するのか、なぜ必要なかということが根拠づけられるとすると、そういう原理的な根拠との関係で、条文の文言から若干離れた扱いをすべきということが、この論文の主張内容なのではないでしょうか。

しかし、個人的には、大内先生が言うような原理的な考察だけから最低基準効を説明することについては、やはり疑問があります。次に取り上げる新屋敷論文にも関わりますが、この最低基準効についても、使用者に就業規則を守らせることによって、労働条件についての恣意的な扱いに歯止めをかけるというところに趣旨があると、ある程度は言えそうです。

他方で、そのことの根拠を突き詰めていくと、労働者の保護という点が重要になるわけですし、条文の構造からいっても、とくに労基法13条とまったく同じ形式がとられているところは、それなりに重くみなければいけないのではないかと。そうすると、形式的に明確な基準による最低基準保障というのも、やはり最低基準効の重要な趣旨と考えるべきなのではないか。

禁反言というところも、やや細かく考えてみると、具体的な内容に疑問を感じる場合があります。大内先生によれば、集团的労使慣行による場合や対等な合意がされた場合には、禁反言の法理は働かなくなるということだと思います。しかし、そういう場合でも、就業規則を残しておくこと自体は、やはり禁反言的な要素と考えられなくはないわけです。そのあたりは、もしかすると大内先生の意図とは違うかもしれません。たとえば使用者が、就業規則を使って画一的に労働条件を決め、服務規律の面では労働者に守らせておきながら、労働条件は守らないといった扱いはだめ、というふうに捉えておくのがいいのかもしれませんが。

緒方 就業規則の規範的効力の根拠・背景や、禁反言であると言えるかどうか、次の新屋敷論文が参考になるように思います。

中窪 就業規則の遵守義務というのは、今ではもう労契法によって契約の内容になるのだから、禁反言と言う必要がどれだけあるのか。

川田 そうですね。それ以上の意味があるとなると、条文化された際に何か付け加わっていると考えるべきなのではないか。

緒方 新屋敷論文を読んでいると、必ずしもそういう発想ではなさそうにも思えます。

(4) 新屋敷恵美子「労働契約関係における労働条件設定の原型——合意と就業規則による労働条件設定の歴史の一局面」

〈参考〉三井正信「労働法における合意原則の限界と合意の実質化（一・二・完）」

● 紹介

富永 全体の内容としては、労基法の制定前、改正工場法の時代、あるいは、労基法の制定当時の議論にさかのぼって、個別合意と就業規則のそれぞれ労働契約の内容をどう決めるべきと考えられていたかを紹介するものです。それを通じて、現在の労契法9条の反対解釈論への示唆を探る、という内容になっています。

まず戦前の状況です。戦前も、労働者と使用者との間の合意は契約だというふう考えられてはいたので、その合意に民法が適用される。ところが、労使の力関係として労働者が非常に弱かったこともあり、労働者と使用者の間で個別合意は確かにするのですが、この合意は「使用者に労働条件の決定等をゆだねる」という意味しか持たず、使用者が恣意的に労働条件を決定できるようになっていて、結局、合意はそれを労働者にのませるとい意味しかなかった、という話です。

その後、改正工場法が就業規則への規制を導入して、たとえば、違約金の定め禁止などを決める、一定の労働条件は就業規則で定める、といったことを規制していました。これを受け継いだのが、戦後の労基法の就業規則に関する規制です。

末弘徹太郎先生の説では、こういった個別合意はあまり意味がない、むしろ使用者の恣意を許すことになっているとして、その空虚さに注目して、個別合意は労働者の身分取得の意味しかない契約である、むしろ就業規則で労働条件の決定を行うべきだ、ということになります。就業規則はもう法規なのだ、だから国が内容を規制する意味があるというアプローチをとり

ました。法規説の立場から就業規則に規制を加えて内容をよくするというアプローチをとったということです。また、就業規則の内容は、労働者代表から意見聴取をするので、そこで民主的な内容となり、個別合意よりは、よほどまじだと想定されていました。

もちろん、これに対して吾妻光俊先生の異説もありましたけれども、この末弘説では、個別合意が、就業規則と異なることを決めることはまったく想定されていなかった。個別合意が悪いことを決めることは想定されていたのですが、良いことを決めることも想定されていなかった、としています。

今の労契法9条の反対解釈の議論に立ち返ると、末弘先生の立場からは、労契法9条の反対解釈はもってのほか、ありえないという話になってしまうのではないかと思います。新屋敷先生の問題意識からすると、この当時の末弘説的な認識を前提とすれば、同意によって就業規則自体を不利益変更することが認められれば、労基法93条とか、それを引き継ぐ労契法12条の根幹を害してしまうことになるのではないかと思います。

以上のことを踏まえて、労契法には矛盾する内容が含まれているのではないかとというのが重要な指摘です。労契法12条は、労基法93条を受け継いだもので、当時の議論の流れの中にあるとすると、それはもう就業規則で労働条件を決定するという考え方で、不利益にしかならない合意は否定するという考え方で。これに対して、労契法7条から9条にみられる考え方は、むしろ合意が原則だという考えに立ち返ってくるものです。この2つには、相互に矛盾する方向性が含まれているという指摘です。

矛盾の調整をどうするか。12条の最低基準効を契約的に理解するという考えも考えられるけれども、7条から10条の合意尊重を優先させるというのは、今まで12条で最低基準を下支えしていて、労働者がある意味強い力を与えられていたという状況自体を崩すことになるのではないかと。つまり、7条から10条の合意の尊重といっても、それは12条があってはじめて可能となったものなので、その12条自体について合意でどうこうできることになってしまうと、下支えがなくなって、がくんと労働条件が落ちてしまうのではないかと述べています。

これはまた大きな視点でみると、労働法の全体のシステムを、合意を基調として理解するのか、それとも

就業規則を基調として理解するのかという問題でもあると指摘しています。合意基調とすると、当事者間の合意で、力の強い者が弱い者にのませるといふ、さきほどの問題が復活してしまう。新屋敷先生は、労基法93条や労契法12条が封じ込めようとしていた個別合意、つまり、弱い立場の者にのませる形になってしまう個別合意は、労働契約の本質的内容を消失させてしまうと指摘します。つまり、労働条件は全部使用者が決めることになってしまいかねないので、そういった素の合意に効力を認めるべきではないとしています。合意を下支えする実体的な手続規制の豊富化でそこを埋める必要があるのではないかと指摘しています。

このように、新屋敷先生は労基法当初の状況をもとに、合意を基調とする傾向について警鐘を鳴らしています。参考文献で挙げています広島大学の三井正信先生も、これに近い問題意識から非常に説得的に論じているところです。

ただ、この論文についてもいくつか疑問を覚える点があります。合意を下支えする実体的な手続規制の豊富化が必要であるというところについて、手続規制だけで本当に埋められるかは疑問の余地があるというのが一つです。

もう一つは、就業規則の最低基準効についてです。新屋敷先生は、当時の議論に立ち戻って、就業規則よりも有利なものが想定されていなかったというところから、変更への個別合意についても警鐘を鳴らしています。ただ、この最低基準効についての末弘説は、その当時はともかく、今ではそのまま維持できる解釈ではなくなっているのではないかと。むしろ、論文の中で紹介されている吾妻先生のような理解が、今の状況としては合っているのではないかと。そもそも有利な合意が想定されていないのなら、93条のような規定ぶりにはしなかったのではないかと。労働協約と同じように、有利にも不利にも変えられないような規定ぶりにはしないか。その意味で、今では吾妻先生の説のほうに分があるのではないかなという気がしております。

● 討 論

富永 当時は工場労働者などに対して、それこそ画一的に労働条件を決めていい状況だったと思うのですが、今は多様な労働者がいる。合意と言えば不利な合意だから就業規則ですべて決めるべしという当時の考

え方は、もうもたない。そういう意味では、契約説的な理解の要請は強くなっているかと思います。ただ、下手に手を入れると基礎が崩れてしまうという懸念も、それはそれでよく理解できます。

中窪 私もこれを読んで、なかなか力強いなと感じました。昔のことについてよく調べてあり、工場法以来の労基法のシステムでは個別合意はありえない、就業規則で全部決めるのだという頭でつくられていた、などと言われると、なるほどそうかと思ってしまいます。就業規則に関しては今までいろいろな方が書かれていますけれど、こういう形でクローズアップされたのは初めてで、印象深かったですね。

ただ、それが今の状況に直結しているわけでは決していないと思います。さきほどの吾妻先生の議論もありますし、末弘先生ご自身も、就業規則にはやはり労働者の声も入れるべきだし、労働協約のシステムもあると言われている。つまり、戦前の状況を改めようとして戦後の労働法制がつくられたのであり、労基法もその重要な一部です。だから本当は、今もそのように解釈すべきかどうか問われるべきなのに、当時そういうふうにつくられたからそうなのだ、というふうに、ちょっと解釈が固まりすぎている気がします。

本論文でも指摘されているように、本当は2つの契約観がある。一つは、そういう個別合意に否定的な考え方、もう一つは、労契法の中にも入ってきた、合意の原則を重視する考え方です。その間をどう調整するか、そして合意をどう実質化するか、ということこそが重要な問題です。ところが、この論文では、歴史的な分析の後、突然「おわりに」となっていて、そこは今後の課題とされている。その一方で、論文の最初では、労契法9条の反対解釈は不可だと、いきなり結論を出している。それはそれで結構ですが、もう少し戦後の部分の検討が必要ではないか、順番が逆ではないか、という印象を持ったところです。

緒方 私はこの論文を大変おもしろく読みましたし、とても勉強になりました。

まず、興味深いと思ったのは、末弘先生がさしあたりは就業規則制度をつくって、その内容の適正化を長官の変更命令権にゆだねることにするが、将来的には、労働者を参加せしめる制度とすることをイメージしていたという歴史分析の部分です。要は、現在の就業規則制度は、過渡的なものとしてつくられたということなのですが、この説明で、現在の就業規則制度は、使

用者が一方的に作成し、労働者の関与も意見聴取にとどまっている理由がよく理解できました。

もう1点ですが、新屋敷先生は、労契法が制定され、同法は非常に「合意」を強調しているが、それは労基法が定める就業規則法制と矛盾があるのではないかと指摘しています。合意を前提としない最低基準と、就業規則制度、そして合意を強調する労契法とは互いに矛盾する関係にあるという指摘は、適切かと思えます。

中窪 そこは法制だけでなく法理全体の問題ですね。学説も含めて、そういう法制をもとに議論をし、いろいろな判例も出てきているわけですから。労契法が突然、合意の原則を強調してきたけれど、その実体がどれだけあるのか、合意を実質化するシステムの整備が必要ではないかという点は、新屋敷先生の主張にまったく同感です。しかし、今の労基法がそういう考えでつくられたからそうなのだということについては、さきほども申しましたように、ワンクッションあるのではと思うわけです。就業規則が意見聴取にとどまっているのは事実ですけど、本当は労働協約でそこを補完していくことが当初から想定されていたと思えます。

川田 私も、この論文は、非常に古い時代の議論等を参照することで、今の就業規則法制の成り立ちがより理解できるというところに高い価値があると思えます。

ただ、すでに出てきた議論と同じですが、現代的な意義を考えるうえで、労基法ができた後にどういう展開があったかも踏まえる必要があるでしょう。おそらく労契法の中の合意原則については、1994年の菅野和夫先生と諏訪康雄先生の論文「雇用システムの変化と労働法の課題——新たなサポート・システムを求めて」(『日本労働研究雑誌』418号)が一つの代表例だと思いますが、労働者像が変わってきているという認識のもと、現実に即した労働法のあり方を考えていく、ということを中心に発した議論の流れの中で出てきた面が大きいのではないかと。実際にどうかという評価はおそらく必要だと思いますが、合意原則の意義としては、そういう時代の変化についての認識が背景にあると思うので、それを踏まえて議論を進展させていく必要はあったのではないのでしょうか。

中窪 参考として挙げられている三井論文は、そういう当時の労基法と、合意の原則が強調される今の労契法の間を埋めようとする、意欲的な試みだと思いま

した。最終的に憲法27条に行ってしまうところは、はたして十分なのだろうかという感じもしますが、いろいろな形で精緻化した議論がなされています。

川田 三井先生の議論は、内容という切り口で合意にゆだねてよいものに歯止めをかけようというところが特徴的です。労働条件の基準の法定という、労基法27条の2項にその根拠をさかのぼって求めている。合意を重視していくということについて、結局、何でも合意ということになってしまうのではないかと、これまで労働法が作り上げてきたいろいろなシステムが空洞化するのではないかとという共通の懸念がありますが、それに歯止めをかけるための提案と言えるのではないかと思います。

中窪 就業規則の不利益変更にあたり、本人の同意があっても合理性が必要だという議論も、同じ発想なのかもしれませんね。私自身は、真意に基づいた同意であればもう仕方がないのではないかと考えているのですが。

富永 企業に組み込まれている既存の労働者との関係では不合理な労働条件変更だとしても、新しく雇う人との関係では別に不合理ではない可能性もあります。今までずっといた人に対して切り下げるから不合理だけれども、外から来た人には、それこそ真つ当な条件だという場合もありうるので、単純な話ではない。昨年の労働法学会でも韓国法との比較分析の中で報告されていました(朴孝淑「日韓の集団的変更法理における合意原則と合理的変更法理」日本労働法学会誌128号150頁)けれども、それはそうだという気がしました。

川田 最高裁の判決も出て、同意の成立の問題という整理がなされれば、そういう方向がいいかと私も思います。ただ、それ以前の就業規則より低い労働条件が設定されることについては、最低基準効で守られていたはずの労働条件がそれ以下になってしまうので、そういうタイプの不利益変更の同意は一つの類型として考える。

中窪 そうですね。そこは十分に理解したうえで、自由意思に基づいているかどうかが問われると思います。

緒方 有期労働契約に付された不更新条項の有効性が問題になった近畿コカ・コーラボトリング事件(大阪地判平17・1・13労判893号150頁)では、不更新条項の内容について、大きな字で書かれているし、本

人たちは説明されているし理解して判も押した。このような場合、裁判所は、それは同意だと言ってしまうのですが、はたしてそれでいいのか、大いに疑問です。

中窪 そういう状況では、よほど断固拒否しないと周りに流される。

緒方 そうなのです。

富永 判を押さなかったときはどうなるか、ということまで正確に説明しないと、説明したことにならないのではないかと。

緒方 でも判を押さなかったら、その場で契約は終わったのでしょうか。

富永 契約がそこで終わっても、客観的にみて不更新条項を入れる合理性がなかったら、本当はそこで粘れるはず。つまり、不当な条件に合意しないことを理由とする雇止めは認められないので、訴訟したら勝てるはず。ここで不更新条項に同意しなくても首は切られないという客観的な状況をきちんと説明したのか。そこが情報提供の中身として大事ではないか。その人の受ける不利益、つまり不更新条項について説明してあげようというわけではないと思います。

緒方 なるほど。

富永 不利益についての情報提供を受けるだけではだめで、その選択をしないという選択肢がありうるということ、その場合どうなるかということまで正確に説明されてはじめて、その選択肢の不利益性を理解し、有効な同意ができるのではないかと。そこまで説明しないと、有効な合意を得るための情報提供をしたことにならないのではないかと思います。

中窪 不更新条項は、地位そのものを人質に取っており、通常の労働条件の引き下げとは少し違う気がします。

緒方 雇用保障がかかっているからということですね。真意とか合意とかいうことには、表れ方にいくつか種類があるのかもしれませんが。

川田 一般的な問題として、主観で押していくのか、ある程度客観的な裏づけをみていくのかという違いがあるような気がします。客観的な裏づけのほうを重視していくと、不利益変更については、問題になる不利益の内容に応じて求められるものが変わってくるということがあるのでしょうか。

Ⅲ 企業変動と労働関係

(5) 米津孝司「企業解散・事業譲渡における雇用と法人格の濫用——雇用責任法理と不当労働行為の交錯」

〈参考〉竹内（奥野）寿「事業譲渡、会社分割と労働条件の変更」

●紹介

川田 企業変動については、この3年間にいろいろな文献が出ています。そういう中、事業譲渡等の際の労働契約の承継の問題、とりわけ、労働者の意に反して承継から排除されてしまった場合の救済のあり方は、中心的な問題としてあります。いくつか新しい解釈論を示す論文が出てきていますし、また、企業再編時の労働法上の問題のうち、そのような中心的な問題以外の問題についても、いろいろな形で取り上げられています。この3年で、研究業績の蓄積が増えてきたと思います。

米津論文は、主題として、企業の解散とか事業譲渡の場面における労働者救済の法理として、労働法における法人格濫用の法理を提唱する内容になっています。

論旨の流れとしては、これまでの裁判例あるいは学説等における検討状況を踏まえて、そこで出てくる実質的同一性の法理や偽装解散、あるいは実質的解雇の法理と呼ばれるものについて、いずれもウエイトの置き方が異なるものの、法人格の支配とそれを不当な目的・態様で用いることなどの点に着目しながら、労働者の救済を図るものと分析する。そのうえで、「法人格を支配するものは、これを道具として不当な目的・態様をもって利用・濫用する場合、現行の法秩序における法人格付与の趣旨に従って、通常一般に法主体が享受する法人格の独立性を、問題となる権利義務関係に限りもはや主張できない」という規範を抽出しています。この考え方を敷衍する形で、労働法における法人格濫用の法理を具体的に提唱するという流れになっています。

論文では、要点を4つに整理しています。1つめに、法人格否認法理を包摂するような法理として、労働法における法人格濫用の法理を位置づけること。2つめに、この労働法における法人格濫用の法理における濫

用の成否は、支配と目的・態様の各要件の充足度合いを相関的、相補的に両方合わせて、どういう水準に達しているかで判断され、かつ、その水準は、請求の内容や相手方に応じて高低があるという考え方。3つめに、たとえば親会社等の支配会社が子会社等を解散して、その事業が別の子会社に移転しているというような、実際の裁判例でもみられた具体的なケースを念頭に置いたうえで、そのようなケースについては、2つめに挙げた判断枠組みのもとで、親会社等の支配企業に対する包括的雇用責任の帰属が顕著な濫用と言えるような場合に肯定され、この場合には、事業を引き継いでいない支配企業であっても責任が帰属するという考え方。最後に、4つめとして、このような法理のもとでは、民事上の救済法理と不当労働行為の行政救済法理の両者を統合的に考えていくという方向性が指向されることです。

このような各要点について論じた後、加えて、次のような点についても論じています。

まず、労働法における法人格濫用の法理の正当化の根拠について、説明を補足し、このような法理が正当化される理由として、今日の企業社会の状況等々を、コーポレート・ガバナンス論なども含めた企業社会の状況等を背景として、企業のステークホルダーによるコミットメントの質と程度に応じて、当該企業とステークホルダーとの間の法人格の独立性が相対化されるという考え方を示している。これを支配企業と従属企業の関係に当てはめるとのことなのでしょう。その結果として、さきほど挙げたような支配と目的・態様という観点から、米津先生が示す法人格濫用が根拠づけられるケースについては、その程度に応じて法人格の違いが相対化される形で、この著者の考え方の正当化根拠を挙げるのが試みられています。

それ以外に、米津先生が提唱する法理と偽装解散の法理、整理解雇、黙示の労働契約、損害賠償等による救済法理の関係等についても論じられています。簡単に触れていくと、偽装解散の法理との関係では、事案によっては、いわゆる真実解散か偽装解散かの区別が相対的になりうることを考えると、偽装解散という概念を使うと法的議論が不透明になって法的安定性を害する可能性があるため、そこを整理しようとしている。整理解雇については、いわゆる不当労働行為が伴わないケースも、著者が提唱する枠組みの中で考えていくことが可能である点が大きなポイントで

す。黙示の労働契約については、結局、将来的な発展可能性はあったけれども、今の裁判例の状況等に照らすと、仮に黙示の労働契約による救済を考えていくとしたら、法人格濫用の視点を媒介させることが有益になるのではないかと指摘されている。それから、損害賠償のところでは、法人格の濫用が認められる場合には、法人格の独立性が相対化される、あるいは、支配企業のように別の会社に対してコミットメントしているものが、その内容・程度に応じて責任を負うという考え方をベースにしているのだと思いますが、不法行為の場合、雇用・労働契約上の地位自体が第三者によって侵害されたという、第三者との関係でも被侵害利益として端的に想定することができると思われています。最後に、米津先生が提唱する法人格濫用法理を適用していくうえで、交渉とか合意の重要性について指摘しています。

このような事業譲渡における労働者の救済については、労働法領域における独自性があるような救済の枠組みを考えることができないか、あるいは、そういう既存の法理をそういう方向に発展させることができないかということが、かねてから論じられていました。本論文は、まさにそういう労働法領域における法人格否認法理のあり方について、包括的かつ体系的に論じているところに意義があると思います。

いくつか気になった点としては、労働法独自の法理として確立させていくことについて、基本的には、米津先生の議論は、支配と目的・態様という観点から法人格の濫用を考えていくということですが、支配とか目的・態様という概念それ自体は、労働関係特有の考慮要素ではありません。また、さきほど触れたような、ほかの企業にコミットメントするステークホルダーがその態様に依拠して責任を負うというような考え方も、必ずしも労働法独自のものとする必要はないように思います。労働法独自の法理として、まさに労働法上の問題に適切に対応できる内容にすること、労働法の領域における法理の説得力を高めることについて、どう考えていったらいいのかということころは、さらに掘り下げることができるのではないかと思います。

もう一つは、この法理を当てはめていく際に、とくに目的・態様のところで問題があるケースについて、具体的にどう考えるのかということです。不当労働行為のようなケースならわりと簡単に問題があると言えますが、米津論文は、不当労働行為以外の場面でもこ

の考え方が使えると言っています。ただ、そういう場面で、使用者側がとった行為が不当と言えるのか、あるいは、使用者にとっては正当な範囲内のものと言えるのかの線引きが、こういう枠組みを示すだけでは必ずしも出てきません。

この点について、同じ書籍の中に、竹内（奥野）寿先生の論文「事業譲渡、会社分割と労働条件の変更」があります。そこでは、この主題にかかわる問題の一つとして、労働条件の変更に応じない労働者を事業譲渡の際に、譲渡先への承継から排除することが許されるのかという問題について議論しています。基本的には、譲渡先が責任制限というメリットを受ける利益があると認めて、原則的には、そういう観点から労働条件は変更するという形での責任制限を肯定する。ただ、譲渡元と譲渡先が実質的同一性を持つ場合には、例外的にそのような扱いを認めないという考え方が示されている。たとえば、そこで言う責任制限といった考え方が、使用者側にとって正当なものと言えるのか等についてどう考えていくかで、この法理の実質的な射程がかなり変わってくるということになるのではないかと。そのあたりが検討課題として残ると思います。

● 討 論

富永 個別法上の使用者性と集団法上の使用者性を統合して、一つの大きな枠組みをつくっていて、とてもスケールの大きな論文です。

そのうえで細かい所感ですが、大きな枠は使用者性の捉え方に共通性があるということですが、個別の話については、今後もう少し詰めていく余地もありそうです。たとえば、使用者性でなくて労働者性については、個別法と集団法とでおおまかな共通の枠組みはありますが、それぞれの間で、判断要素について重視される度合いが違っている結果、具体的な判断ではそれぞれの射程が違ってきます。それと同じで、本論文の主題である個別法上・集団法上の使用者性も、枠組み自体は巨視的にみると共通でも、中身が違うところがあって、その違うところが解釈論では重要なかもしれません。

この論文では、いわば「使用者性とは、契約ではなく支配である」という感じで、支配と目的・態様、請求内容等は、相手方によって決定されるという枠組みを示します。これを集団法の話に持ってくると、請求内容として、労組法7条2号の団交と3号の支配介入

とでは、請求内容が違ってくるので、実はそこでも、ある場面では使用者性がある、ある部分では使用者性がないというふうに、個別的な判断が認められるべきなのかもしれません。そうすると、7条の使用者性の概念は共通とみていると思われる今の判例の考え方とは少々違ってきます。どう解釈論に跳ね返るのか、といった点など、興味のあるところですね。個人的には、団交は認めていいけれど、支配介入は成立しないとか、その逆も場合によってはあってもいいような気がします。

ただ、そういった解釈論の詳細は、もちろんこの論文の主題ではなく、全体の鳥瞰図を描くのが目的だと思います。その点では啓発されるところの多い論文です。

中窪 私も、このスケールの大きさには感心しました。この分野はいろいろな判例があり、学説も加わって、それぞれ実質的同一性とか、偽装解散とか言っているのですが、どうも状況が混沌として、よくみえない。かつて法人格否認の判決がいくつかありましたが、例外的な場合に限定されるべきだと、かなり批判されたので、その後、法人格否認を使わない方向に向かい、代わりにいろいろなものが出てきて、結局わからなくなっている。米津論文は、そういうところをもう少し広い視点で、そもそも法人格というものを使うことの正当性に引きつけて議論し、かつ、労働法の観点からこれを統一的に追究しようとした。そういう意味で、非常におもしろい、意欲的な論文だと思いました。

ただ、法人格の濫用という壮大な議論ですから、これをどう具体化していくかは、一応の要素を示していますけれど、まだよくわからないというのが正直なところですね。顕著な濫用という、特別な類型もつくっています。法人格の使用、あるいは支配の行為に対してきちんと責任をとらせる、という発想はよいのですが、内容をもっと明確化する必要があるでしょうね。これが法的なルールとして裁判所に受け入れられるのか、不安なところがあります。

緒方 非常に興味深い発想だと思いました。つまり、請求内容が支配企業等宛人の法益を侵害する程度が高くなれば高くなるほど、支配と目的・態様の相関的な充足度も高度であることが求められる、ということですね。たとえば、企業に雇用責任をとれと言う、つまり労働契約関係の確認請求をする場合には、支配

の目的・態様の充足度はきわめて高くなければならず、他方、未払い賃金請求であれば、支配の目的・態様の充足度はより低くてかまわない、ということかと思えます。

中窪 そうですね。そこは私もおもしろいと思いました。

緒方 請求内容に応じて、要件の充足度を相対的に捉える、ということですよ。

中窪 究極的には、すべて利益衡量という感じです。目的と支配の要素も相補的になっていて、かつ、それらも請求との関係で、バランスされるということですよ。

富永 請求を正当化するほどの悪質な濫用があったか、といった感じでしょうか。

緒方 ということは、請求を立てるときに、この程度の請求だから、この程度の立証でいだろうという話になるのでしょうか。

川田 たぶん、米津先生の考え方だと、2つの法人格の独立性にグラデーションがあって、濫用的な要素が強いと、だんだん独立性がなくなるという捉え方をベースとしている。

富永 請求内容との関係で濫用の成否が分かれるというのは、黒川建設事件（東京地判平13・7・25 労判813号15頁）で、本当は形骸化して認めにくいはずなのに、一時金を請求したら認められた。一方、大阪空港事業（関西航業）事件（大阪高判平15・1・30 労判845号5頁）では、濫用の類型ですけれども、請求したのが地位確認だったから認められなかった。その判例の傾向は、たしかに指摘されていました。

緒方 しかし、おそらく裁判例は、請求内容との関係で要件の充足性を相対的に捉えているというよりは、たとえば実質的同一性や実質的解雇であるとか、そういった理屈を間に組み込んできたのだと思います。だから、それをシンプルに組み立てようということなのかと思いました。

中窪 シンプルですが、カバーする領域が広いので、それ自体、壮大な内容になってしまいますよね。

緒方 それから、一般論はともかくとして、請求内容と支配の目的等との具体的な相関の程度をどのように考えるかは、結構難しい問題のように思います。今後の裁判例の蓄積によるだろうとは書かれますが。

中窪 そのあたりは、とりあえず、これまでに出されている裁判例をベースに立論されているのかもしれない。

ません。著者のこうあるべきだという考え方は、もしかすると違うのかもしれない。

富永 話が脱線するかもしれませんが、統一的に捉えることができるとしたときに、集団法での請求の考え方と、契約法での考え方は、少しずれると思います。ちょうど労組法上の労働者と個別法上の労働者で、労組法のほうが範囲が大きいと同じように、本当なら労組法上の使用者のほうが範囲が広くてしかるべきという考え方もあるかと思いますが、裁判例などをみると、必ずしもそうでない。トルコ航空ほか事件（東京地判平24・12・5 労判1068号32頁）で、派遣先に使用者性が認められず、支配介入等の成立も認められなかったのに、労働者派遣法違反として労働者派遣契約の解除が無効と認められましたが、本当は逆であるべきではないか。そういうことを見直すという意味では、こういった立論は頭の整理になりますし、啓発されるところの多い議論です。

川田 たしかに、法律ごとの扱いで逆転していると思われるようなところは、統一的な議論をすることで、おかしなことが起きるのを避けることができるでしょう。

やはり気になるのは、中窪先生のコメントにもありましたが、裁判所にとっても説得力のある法理に発展していく可能性です。企業観が独特というか、法人格の独立性を法人格の目的との関係でシビアにみていくという考え方なのでしょう。労働法を離れて、法律一般についてみると、さきほど触れた竹内論文が言及したような責任制限という考え方がある程度、一般的にみられるのではないかと。法人格を使い分けることで、責任の限定を適切に図りながら事業をしていくということが、労働法以外の領域ではそれなりに認められているのではないかと。この論文がよって立つ企業観が、どれほど裁判所等に説得力を持つのかは、課題の一つです。労働法によって守ろうとしている価値が何なのか。ストレートに考えていくと、そういう労働法上守られるべき価値が守られなくなってしまうという指摘もしていくほうが、もしかしたら裁判所にとっては説得的な立論になるのかもしれない。

中窪 損害賠償だけなら、かなりいけると思うのですが、本当に法人格を否認して契約関係を認めてしまうのは、法的にハードルが高い。そこに説得力があるかですね。しかも、濫用というツールを、もともと労働法の分野で濫用しすぎているのではないかという気

がしますが、さらに法人格の濫用という形で打ち立てようというのは、なかなか大胆なアプローチです。

緒方 この後の鎌田先生の論文のところでも言及することになるかと思いますが、米津先生の発想というのは、ドイツ的なのかなと思ったりもしています。たとえば契約締結の強制に関して、なにか具体的な法律の条文があって、それに基づいて契約締結が議論されるというよりも、これだけ悪質なことを行ったのだから、与えられるサンクションは当然、より高度なものであるべきで、その最も重いものが契約締結の強制である、といった感じです。「法益侵害」という表現を使っているのは、そういうことなのかなと思います。

中窪 鎌田論文の討論になったら言おうと思っていたのですが、野田進先生によれば、フランスでは、再性質決定という、「当事者たちはこう言っているけれど、実は法的にみたらこうだ」と扱ってしまう法技術があるようです（野田進「有期・派遣労働契約の成立論的考察」菅野和夫先生古稀論文集『労働法学の展望』191頁）。それと共通するところもあるのでしょうか。

富永 日本では、請負契約という形式での契約であっても、中身をみたら労働契約だと認定したりします。そこで、使用者みたいに振る舞っている者は使用者としての責任を負えというのは、ありうる気はします。ただ、それが妥当かどうかはまた別の話です。労働契約は、長期的な契約であり、継続的な契約なので、当事者の意思を無視して契約を成立させても当事者にとってよい帰結となるかは、疑問の余地があります。たとえば、同じように長期的・継続的な契約である結婚の場合、強制的に成立させることは認められていないかと思います。当事者の意思を無視して労働契約を成立させるのは、サンクションとして、日本法では重すぎる気もしないでもない。それこそ日本企業では人への密着度、人的従属性が高いですね。まさにそこに従属することを正当化するという形で認めるのが、本当によい処理なのかどうかも疑問です。

緒方 労働契約観の違いもあるように思いますね。労働契約関係を、そんなにウェットに捉えていない。

中窪 それでは、いま議論になりました、契約締結の強制に関する、次の鎌田論文をみてみましょう。

IV 労働者派遣法

(6) 鎌田耕一「労働法における契約締結の強制——労働者派遣法における労働契約申込みみなし制度を中心に」

● 紹介

川田 この論文は、副題にありますように、2012年の労働者派遣法改正で新たに設けられた、労働者派遣法上のいわゆる直接雇用申込みみなしと呼ばれる制度に重点を置く形で、労働法上の契約と締結強制の制度について、肯定的な立場で論じているものです。

問題提起に続いて、契約強制の概念について整理し、また、日本では特別法による契約強制がいくつかの場面で定められていることを整理したうえで、その現状と意義について、労働法以外の分野も視野に入れた形で検討しています。もちろん、問題のある領域ごとに内容に違いがあるわけですが、一定の政策的な目的を実現するという観点から契約強制の制度が設けられているとして、政策的な意義を強調しているところが特徴です。

同時に、鎌田先生ご自身は必ずしも踏み込んで検討するわけではないとしつつも、契約締結強制と対比される契約自由原則についても、政策的な意義——具体的には、経済的弱者との利害調整の機能など——が埋め込まれているのだとし、契約自由原則自体についても、一定の政策的な観点から正当化されうる制度であることを強調しています。

そうした契約締結強制制度についての一般的な状況の検討を踏まえて、論文では、労働者派遣法の40条の6で定められている、派遣法上の直接雇用申込みみなし規定について検討します。

派遣法上の直接雇用申込みみなし規定については、単に法違反に対する制裁、救済という観点からみていくだけでなく、派遣労働者の就業価値の向上を図るといった政策的な視点も加えて、考える必要がある。特に、派遣労働者に失職という負担を負わせるような違法状態を解消すること、あるいは、それを通じて間接的に、派遣先主導で法違反の防止を図ることなどの政策的な意義を強調しています。

それから、採用の自由との関係が問題になるわけですが、この点については、まず、雇用関係が何らかの

形で存在している状況において、雇用関係の解消を防止就労の保護を図るような場面では、形式上新たな労働契約の締結が強制されるような内容の法理あるいは法制度が、すでにいくつかあるとしています。雇止め制限とか、高年齢者雇用安定法のもとの定年後再雇用の例などを挙げ、派遣法上の直接雇用申込みみなしも、次のような議論により、これらと同様に考えることができると指摘しています。すなわち、基本的には、労働者派遣の法律関係では、先行する労働契約は派遣元との間にある。ただ、就労は派遣先で行われている。それが派遣先を契約当事者とする契約関係の締結の強制へと移行していくことに関しては、三者関係という特性があることを踏まえ、基本的には、先行する雇用関係における就労の保護を図るという観点から、採用の自由に対する制約として、それは許容される、という立論です。

労働者派遣法の改正によって直接雇用申込みみなし規定ができたことなどをきっかけとして、学説では、労働契約の締結強制が目されるようになってきました。採用の自由に対する抵触・侵害という点を重くみて、労働契約の締結強制制度に批判的な立場をとる論もみられるなか、この論文は、直接雇用みなし等と労働契約締結強制制度を肯定する論陣を張るものと位置づけられます。

論文へのコメントとしては、まず、労働契約の締結強制に対比される概念として、契約法一般のレベルでは契約自由という考え方が出てくるわけですが、それと比べて、労働法領域における採用の自由は、労働法特有の考慮がより必要になってくるのではないかという点があります。それらも踏まえたうえで、契約締結強制の意義について考えていく必要があるのではないのでしょうか。労働契約では、しばしば人的信頼関係が重視されると言われていますが、契約締結強制に批判的な見解は、使用者は望まない労働者との雇用契約まで強制されなければならないのかというところを問題視していると思います。契約一般の議論より特殊な議論になりうるのが、一つの論点になるでしょう。具体的な直接雇用申込みみなしが発生する事由との関係で、今言ったような観点からの正当化が可能なのか。あるいは、立法事実として、違法派遣解消のために派遣労働者が職を失ってしまうケースがどのくらいあると言えるのか。原理的な議論よりは、具体的な状況を踏まえて論じられるべき問題という印象を持っていま

す。

● 討 論

富永 採用の自由の意義の捉え方について、労働法の特異性みたいなものがあるのではないかと、そして、それを考慮しなくていいのかという点は、私もそう思ったところです。労働法では、過去の実態に合わせて契約を成立させるという形での契約強制はたしかにありますけれども、日本放送協会事件（大阪高判平27・9・11 労経速2264号3頁）は、それとは少し違うようにも思います。

派遣でも、すでに指揮命令下で働いているから過去の実態に合わせるという話になるのかもしれませんが。ただ、過去の実態に合わせて契約強制を認めるのはまだいいのですが、単に違法だから契約強制を結べるといふことになると、実質的には契約自由の侵害の度合いが大きくなる気がしました。

中窪 これも非常におもしろい論文だと思いました。派遣法のこの規定に関しては、前回の学界展望でも取り上げられていますが、いくつかの論考で、採用の自由を侵害するもので憲法違反ではないかという、わりと根源的な批判がありました。従来は、採用の自由の背後にはやはり契約の自由があり、契約締結の自由はとくに重要である、というところで議論が止まってしまう傾向があったと思います。それに対して、本論文は、いやいや、契約締結を強制している例は実際にあるし、それぞれに理由もある、と具体的に指摘しています。それから、当該の40条の6に関しては、違法状態を是正するとき、本人の雇用の確保を考えたもので政策的に正当であるとか、合憲性の判断についても、昔の薬事法判決（最大判昭50・4・30 民集29巻4号572頁）のような考え方は今の主流の議論とは違うとか、企業の契約の自由は個人のそれとは違って人格権に基づいていないとか、丁寧に反論している。もちろんこれに対してまた反論はあると思いますが、有益な議論のステップをつくってくれた点で、意義のある論文ですね。

緒方 この論文を読んで、なるほどと思うところがいろいろとありました。とくに、さきほども少し述べましたが、正義を実現するために契約の締結を強制するという点などです。

ところで、派遣法40条の6が求めている、派遣先の「過失」要件についてですが、これによって「みな

し」が成立する幅が小さくなるのではないかという議論があります。この「過失」要件はどのように位置づけられるのでしょうか。たとえば、ドイツでも、無許可派遣の場合、派遣先と派遣労働者との間に労働契約の締結強制が生じる（ドイツ労働者派遣法（AÜG）10条）のですが、この場合、派遣先に過失があったかどうかは問われません。いわば、派遣元と派遣先を一体としてみて、そういう違法な状態を創出したことの責任を、最も労働者に資する形でとるように求めているように思います。

中窪 派遣を使うときには、それはリスクとして含まれている、嫌だったらきちんと管理せよ、ということですか。

緒方 そうですね。知らなかったことについて過失があるうがなかりうが一緒だということ。共同責任的な発想ですよ。

中窪 どういう要件でそういう強制を認めるかという議論は、いくらかもあっていいと思います。鎌田論文のポイントは、そういうのも憲法の枠内ではある、というところを言いたかったのではないのでしょうか。

川田 今言われたように、具体的な要件の話ではなく、原理的なレベルでの批判があったことに対して、原理的にはこういう制度もありうると答えたということではないか。議論の流れからするとそこに意義があるし、重点もそこに置かれているのではないのでしょうか。

緒方 なるほど。

中窪 さきほどのドイツの場合は、当事者の意思表示と関係なしに、そういうふうに使われてしまうということなのですね。

緒方 そういうことです。

中窪 日本の場合、法律でみなすときにも、派遣法では申込みのみなし、労契法では承諾のみなしですが、そういう申込みと承諾に基づいて契約ができるという仕組みになっている。意思の合致フェティッシュというか、非常に思い込みが強いように感じます。だからこそ、そんな意思はないぞ、憲法違反ではないか、というところにつながりやすい。立法技術として必然でもないのに、不思議な感じがします。

川田 契約が成立するときに、常に申込みと承諾がなければいけないのだと妙にこだわる結果、当事者の意思とは離れたところで、申込みとか承諾が擬制されてしまうことになる。そこは少しおかしなところと感

じます。

そもそも申込みと承諾にこだわっているから問題が発生していると言えるところはある。この論文との関係で言うと、前提となる問題の捉え次第で、契約締結強制という問題自体をもう少しマイルドなものにできる可能性はあるでしょう。さきほどのドイツの議論も、結局、考え方としては、契約締結強制というよりも、派遣元と派遣先が一体となって派遣を受けた、と認める、外形的には労働者派遣であっても、派遣先が雇用したと認められるということだろうと思います。

中窪 つまり、何か違法なことがあってということですかね。

緒方 そういうことでしょうか。

中窪 問題となっているのは、まったくの他人という場合にはありません。当事者間に一定の関係があって、それが法の基準を超えた場合に、ある意味で制裁としてみなすというのは、別にそんなに悪いことではない。採用の自由に対するいろいろな制限はありうるのであって、その中の一つではないかと思います。

もちろん、今までまったく関係がないという場合でも、たとえば求人に応募したら女性だからダメだ、男性だったら雇うのだけれど、と言われた場合に、立法政策として採用強制まで認めるような救済を用意したとしても、私は違憲とは言えないと思うのですが。

緒方 私もそう思います。

富永 違憲とまでは言えないと思いますが、ただ、政策的にみてそれがベストな処理の仕方かどうか、そこはまだわからないという気がします。

中窪 そこは、おっしゃるとおりですね。

川田 たしかに、差別みたいなものが公益に関わるときは、採用の自由を制限して契約を強制しても、違憲ではないということですね。

中窪 労働委員会のような行政命令だったらよくて、裁判所だといけないという議論もありますが、私は理解できません。救済として、そういうことも可能だと法律に書けばいいわけで、もちろんどうい場合に認めるかという問題はありますが、それで憲法違反になるとは必ずしも言えない。

川田 今後、もう少し具体的な政策のレベルで議論が深まっていくのが望ましいと思います。

(7) 本庄淳志『労働市場における労働者派遣法の現代的役割』

● 紹介

川田 オランダ、ドイツとの比較法的な検討を踏まえたうえで、日本における労働者派遣法制のあり方について論じるという、労働者派遣法制に関する本格的な比較法研究です。本日は、日本法のあり方について論じている第6章、とりわけその第2節の部分を中心にみていきたいと思えます。そこでは、日本の労働者派遣法制のあり方についての基本的な視点と、直近に行われました2015年改正についての評価、それから、今後の法制度のあり方について個別的問題を3点ほど取り上げる、という構成になっています。

順番に要点をみていきます。まず1つめですが、日本の労働者派遣法制のあり方についての基本的な視点のところで注目される点として、法制度上は、直接雇用を原理的に重視すべき根拠が失われているという評価をしています。そのうえで、常用代替防止を中核とした事業法的な規制を維持することについては、派遣労働者の利益の保護に十分につながらないという観点から、消極的な評価をしている。その一方で、これまで派遣労働者の雇用保障が必ずしも重視されてこなかった状況とか、均等待遇が一般化しているとは言いがたい状況、それから、いわゆる正規雇用労働者の雇用慣行の状況等を踏まえたうえで、当面の間は、政策的な評価として、派遣労働者を直接雇用へ誘導する仕組みが重要であるという評価を述べ、その際、画一的な規制ではなく、派遣労働者の利益状況の多様性を踏まえた規制がなされるべきと主張しています。

要点の2つめは、2015年改正について、そこで行われた内容のうち、派遣事業とか対象業務による区別をなくしていく方向性については、肯定的に評価している。期間制限については、一部、改正後に長期継続的な派遣就労が制限される場面が出てしまうという問題点を指摘して、今後の運用状況による面もあると留保しつつも、全体としては肯定的に評価していると言えます。全体的には肯定的な評価が多いのですが、一方で、2012年改正との整合性など、今後の派遣制度についての明確なビジョンの提示という観点からは、問題もあるとしています。

要点の3つめの個別的問題のところでは、①均等待遇に関する問題、②雇用保障に関する問題として直

接雇用に関する問題、③派遣先への直用化、直接雇用の問題、の3つを検討しています。このうち①均等処遇については、結論として、処遇均衡を図るような規定の導入に対して消極的な立場が示されています。理由は大きく2つあって、一つは、日本の雇用慣行の中で、均等とか均衡の比較が極めて困難な状況にあること。もう一つは、比較対象にした国——とりわけオランダ等に注目していますが——の制度においても、規定としての均衡処遇の規定が存在はするけれども、それについては労働協約等による別段の定めが予定されていること。強力に均衡処遇を推し進めていくための規定というより、むしろ労使間の利害調整といった色彩が強い規定であると指摘しています。

それから②雇用保障をめぐる問題では、派遣労働者がおかれている状況から3つの類型に分けて、各類型に対して適切な法制度のあり方を提言しているのが特徴です。

1つめの類型、常用型派遣では、特定の派遣先との間の労働者派遣が終了しても、派遣元との間の労働契約関係が残るということを前提として、基本的にはそういう形で雇用の保障を図ることができるとしたうえで、制度的な検討課題としては、待機期間中の賃金に関する保護などとどまると述べています。2つめの類型として、登録型派遣のうち、複数の派遣先に派遣されることが予定されていると言えるものを真正な登録型と呼んで、このタイプについては、派遣元での雇用保障の強化がある程度期待されるという基本的なスタンスで立論がなされています。具体的には、派遣条項という、労働者派遣契約が解約された場合、労働契約も終了という扱いも、派遣の初期段階では一定程度許容されてもよいが、派遣先を探索する努力を使用者に求めたり、あるいは、そういうことが十分に行われなかった場合に派遣元の責任を追及したりすることができるようにする。また、基本的には派遣元の雇用保障を強く求めていくというスタンスなので、その観点から、有期労働契約の無期転換に関するルールを、このタイプの登録型派遣については、一般的なものより保護を強化することなどが考えられると提言しています。3つめの類型は、登録型でも、特定の派遣先で就労することが想定されている派遣先限定の登録型です。このタイプの登録型は派遣先の責任がより重いと考え、さきほど出てきた派遣条項、派遣契約が解除された場合の労働契約の解除なども、このタイプについ

ては原則として認められるべきではない。あるいは、派遣先が派遣元と一体になるような形で、派遣労働者の雇用の打切りに対して損害賠償責任を負うことがあるという考え方が示されていきます。

最後に、③派遣先への直用化、直接雇用の問題が検討されています。鎌田論文でも出てきた直接雇用みなし等について検討されていますが、②の直接雇用の問題のところでも出てきた、3つめの類型である派遣先限定の登録型は、最も派遣先に大きな責任を負わせるべきものなので、そのような制度を設けることは肯定的に評価できるという考え方が示されています。同時に、常用型とか真正な登録型への誘導も含めて、間接的な誘導策をいろいろな形で講じることが重要として、むしろ直接雇用への誘導だけではなく、さまざまな形で、より安定的な雇用形態にインセンティブを持たせて導いていくということの重要性を強調する内容になっています。

本書の全体的な意義として、労働者派遣法制に関する比較法的な知見を踏まえたうえでの、包括的な検討がなされている点が挙げられます。それ以外の個別の主張について、ここでは3点ほどコメントをしたいと思います。

まず、派遣労働者にも多様なタイプ、多様な利害状況があるので、それに応じた派遣労働者の保護、その他の法制度が必要になってくるという考え方は適切なものだと思います。

一方、法制度上は、直接雇用に原理的に重視すべき根拠は失われているという評価をしているところが注目されます。学説上、このような直接雇用の原則を支持する考え方がもう有力であり、今後、議論が進んでいくものと予想されます。ただ、この本の書き方で気になるのは、「法制度上は」とか「原理的に重視」というあたりで具体的にどういうことを言わんとしているのか、ややはっきりしないことです。批判的な立場との議論を建設的に進めていくうえで、そのあたりの点について、著者の考え方が明確になったほうがよいと感じました。著者としてはあまりそこに重点を置いていなかったということなのかもしれません。

最後の点は、均衡処遇の規定を消極的に評価していますが、そういう考え方でいいのかが問題になりうることです。雇用慣行とか外国法の状況がそのような評価を導いているわけですが、そうであったとしてもなお、日本の現状からは、その問題を解決するために、

日本独自の事情を考えて、均衡処遇規定を設けていく必要があるという考え方もあるでしょう。いずれにしても、もう少し議論が深められるべき点なのではないかと考えています。

● 討 論

緒方 本庄先生の論理をきちんと追えていないところがあるので教えていただきたいのですが、本庄先生は、派遣労働を日本の雇用システム全体の中でどのように位置づけているのでしょうか。たとえば、EUですと、派遣労働を直接雇用の正社員につなげていくための過渡的なものとして位置づけるから、積極的な評価が行われる一方で、臨時的・一時的な働き方に限定すべき、という要請と結びついてきます。

川田 臨時的・一時的な労働力という位置づけを強調することが、派遣労働者の保護につながらない可能性があると言っています。また、2015年改正への評価として、いわゆる限定業務の人が無期雇用されなかったケースで、これまでのような継続的な派遣就労ができなくなる可能性があるという点を問題視している。それから、派遣労働者の利害の多様性に合わせた対応が必要としている。つまり、派遣労働者自身が、派遣労働者という状態のまま長期的に働くということをおある程度希望している場合については、派遣労働者という立場のまま長期にわたって働くことも認められるべきという考え方なのではないかと思います。

緒方 少し言い方を変えると、本庄先生は、労働者にとって、派遣労働で働くということに、どのようなメリットがあるとお考えなのでしょう。

川田 論文の中では、マッチング機能に言及しています。つまり、その時々適切な派遣先を見つけてもらえるから、特定の企業で働き続けるよりは派遣のほうがいいという人がいるかもしれないという考え方でしょう。

緒方 たしかに、マッチングといういわば職業紹介的な機能の重要性は否定しないのですが、そのことと、派遣という雇用形態をとることとの関連性をどのように考えているのかがわからないのです。

中窪 直接雇用はできないけど、派遣としてなら使ってもいいというユーザーはいるのでは。それが結局、雇用機会の拡大になっているということでしょうか。

富永 労働者のほうにも、実は直接雇用の非正規よ

り派遣のほうがいいというニーズがあるのかもしれませんが。たぶん、直接雇用にすると正社員と同じように無限定に仕事を振られてしまうと考えるから。このあと取り上げる緒方先生の論文にもありますが、直接雇用だと否応なく無限定的な働き方になってしまうけれども、派遣という形態であれば、交代を申し出たりする形で、ことを荒立てずに業務を調整できるということがあるのでしょうか。

緒方 でも、それは別に、派遣という雇用形態のメリットではないですね。つまり、直接雇用の働き方、とくに日本の正社員の働き方には、とりわけ私生活との両立といった面などから問題があって、そういった問題がより少ない（と思われる）派遣労働にシフトする、というだけの話ではないかと思えます。

川田 派遣労働者として長く働きたいという希望が実際少なくないだろうと思うけれども、このあとの論文で出てくるように、そういう派遣労働者の希望自体をどう評価するのかという問題はあるでしょう。

中窪 昔、アメリカの派遣業者のところへヒアリングに行ったとき、たとえば、クリスマス商戦ですごく景気がよくて人が足りない、それまでは直接アルバイトを雇っていたけれど、とても間に合わないので派遣を利用する、というふうに、労働力のデマンドのあるところにタイムリーに雇用の機会を創出することができる、と聞かされました。もしそれがなかったらミスマッチになって雇われなかった人たちが、派遣という形であれ雇われるという意味では、たしかにマッチング機能はあるのではないのでしょうか。

緒方 私も、労働者派遣の持つマッチング機能は否定しません。

中窪 直接雇用とはまた違う機能を果たしていることも、確かだと思います。

緒方 ええ。だから、ドイツをはじめヨーロッパで、民間職業紹介の規制緩和との関係で労働者派遣法が出てくるのは理解できます。

中窪 ただ、直接雇用の原則はもはや根拠がないとまで言っているのかどうか。以前は禁止されていたものを段階的に広げてきたわけですが、やはり一定の枠組みの中でしか、やってはいけないことになっている。その点に関しては、相当反論もあるだろうと思うのです。

川田 本庄先生も、短期的な政策としては直接雇用への誘導は重要と言っています。法制度上は、直接雇

用を原理的に重視する基盤がないというのは、もしかすると単に、派遣法がすでに存在している以上、当たり前という以上のことはあまりないのかもしれない。本庄先生がどういう意図で言われているのかが少々わかりにくいために、もしかすると、批判的なスタンスをとる人との間で、そのあたりの話がかみ合っていない面があるのではないかという気はするのです。

緒方 たとえば、均等待遇も認めないといったような状況だったら、あまりメリットはないですね。

中窪 そこは私も気になったところです。今までは、派遣先の常用労働者が減ることを危惧する意味での規制が多かった。それでは派遣労働者の保護になっていないではないかという議論はわかります。だから、そこをきちんとやるべきだというのは賛成なのですが、本書の場合、いろいろ比較法研究を行って均等待遇原則が重要だと言われているわりに、日本ではあっさりそこを否定してしまっている。

他方で、登録型の中にも2種類あって、ひとつの仕事が終わったらまた別のところが予定されているような登録型については、その機能を活かすべきだが、登録型でも1回限りの仕事には、むしろ規制を加えて直接雇用へと誘導せよ、という提言は、今までになかったもので、それはそれでおもしろいと思いました。

緒方 均等待遇に関しては、少し思うところがあります。本庄先生は、派遣労働者の均等待遇に関して、比較対象者を選定することの困難性という実質的理由と、それから均等待遇を根拠づける規範的な理由もない、といったようなことを述べています。

しかし、その理由づけがよくわかりません。比較法の対象となっているオランダとドイツでは、たしかに、派遣労働者と派遣先労働者との均等待遇に関して、労働協約による逸脱が認められています。しかし、このような法制度をとっているということから、オランダでもドイツでも、派遣労働者と派遣先労働者との間の均等待遇を強力で推し進める考えは希薄である、と言われてしまうと、やはり違和感があります。私の理解では、たとえばドイツにおいて、労働協約によって、均等待遇からの逸脱を認めているのは、労使間の話し合いに信頼を置いているからであって、均等待遇を進めていくことを前提に、その進め方を労使間の自治にゆだねている、ということではないかと思えます。つまり、労働組合として派遣労働者の労働条件が低くてもやむをえないと思っているわけではなく、ただ、厳

格な均等待遇を要請すると、場合によっては、派遣労働の持つ正規労働者への橋渡しの意味合いが減じられてしまうこともありうるので、労働市場の状況等をみながら、労使間での話し合いを通じて、段階的に均等待遇の実現を進めていくということだと思のです。

富永 労働者の処遇を法的に公正な形にすることについては、大ざっぱにわけて、2つのアプローチがあると思います。一つは、均等待遇原則みたいに、契約の内容などをすり合わせて、雇用形態間で契約条件を均等な、または均衡したものに調整していくようなアプローチ。もう一つは、モビリティを高めて、望ましい働き方にどんどん移動できるように手当てをして、ある意味、利益不利益を知ったうえで、移動したい人は移動できるという形にすることで雇用形態間の格差は正当化できるというアプローチ。派遣については、モビリティの契機を重視すべきということなのかもしれません。

緒方 しかし、派遣可能期間が原則3年となったこと、その3年という期間も一定の要件を満たせば延長できるということについて、わりに積極的に評価されていますよね。これらの制度は、基本的に、派遣労働者を派遣労働者のまま据え置き仕組みだと思のです。

中窪 少し驚いたのは、派遣労働者が3年でよそに行かないといけないから、いろいろな職を経験して、それで職業能力が上がる可能性もある、と言っていることです。そんなに簡単な話ではない気がするのですが。

川田 本庄先生はヨーロッパの制度を、利益調整を図る性格が強い、平等を推し進めるといったものではないという捉え方をしています。このあとに出てくる大木先生の本をみると、均等待遇の意味するところが、ヨーロッパでは必ずしも単純でないことがわかります。もしかすると、同じような考え方もかもしれません。いずれにしても、本庄先生がしているような分析の過程については、もう少し説明があったほうがよかったということになるでしょうね。

緒方 そうですね。少なくとも、もう少し理由づけをお聞きしたい感じはありますね。

中窪 このあとの大木先生の本にも出てきますが、職務給でない日本において均等待遇をどうやって実現するのかという問題が、派遣についてもあると思います。でも、もしこれが無理だったら、日本の労働市場において何を労働条件の歯止めにするのか、どういう選択肢があるのか、もう少し追求する必要があるので

はないでしょうか。

川田 ヨーロッパの状況が、仮に本庄先生が言っているようなものだとしても、日本でどうするかは、やはり改めて考える必要がある。それと、せっかく雇用保障のところで類型化の議論をやっているのに、ここでもできないのか。たとえば、派遣先限定の登録型というのは、ある意味、派遣先における非正社員というような意味合いが強いものなので、こういう人についてであれば、派遣先の直接雇用労働者との均等待遇をより強く求めるといような考え方などです。せっかく適切な分析枠組みを使っているのに、それを活かしたのではないかと感じています。

中窪 やはり派遣問題の本質は、雇う人とそれを使う人というふうな、使用者が構造的に分離していることだと思います。どの範囲でそれを認めるかということも一つの政策判断ですが、もう一つ、分離しているがために、労働者が隙間に落ちて不当な不利益を受けないようにすることも重要です。派遣契約の解除もその一例ですが、今の派遣法で十分に整備されているかは、大きなチェックポイントでしょう。

それから、さきほど富永先生から、労働市場の中で解決を図っていくというお話がありました。いつも派遣の問題を考えるときに思うのですが、日本の派遣の問題というのは、むしろ正社員の問題です。入口で新卒者として正社員に入り損ねたら、その後はなかなか入っていけないということが、日本の派遣問題を他の国と比べてユニークにしているというか、ある意味、閉塞感の漂うところなんです。これは何とかならないのかと、いつも思っています。

本庄先生のこの本が、派遣の法政策に関して一石を投じたことは間違いなく、さらに議論を深めるきっかけになることを期待したいと思います。

V 非正規雇用

(8) 大木正俊『イタリアにおける均等待遇原則の生成と展開——均等待遇原則と私的自治の相克をめぐって』

● 紹介

中窪 次は、さきほど話題になりました大木先生の本です。イタリアのことを調べた比較法研究ですが、

日本の部分を取り上げます。本書の内容については、イタリア労働法の大家である山口浩一郎先生が、書評で紹介されていますので（『日本労働研究雑誌』675号78頁）、詳しくはそちらをご覧ください。

かなり意外なことに、イタリアでは均等待遇原則は、拘束力が否定されているとのこと。1989年に一度は拘束力ありと認められたのですが、その後、1993年と96年の判決で否定されてしまいました。その理由として、私的自治に対する侵害であるということ、とくに集団的な意味での自治がクローズアップされている点が特徴的です。もちろん、そこに至るまでのイタリア労働法の歴史や特徴などが詳しくトレースされているのですが、ここでは省略します。

そういうイタリアの展開を受けて、終章で、日本法の検討がなされています。大木先生は、いわゆる均等待遇をめぐる従来の議論、たとえば、労基法3条・4条や、それらに基づく公序、均等・均衡の議論、それからパート法や労契法の立法の進展を、かなり禁欲的にフォローしています。また、集団的な自治という面からは、労働協約に関する司法審査の議論を、協約自治の限界、あるいは不利益変更の問題等について、判例と学説で紹介しています。日本的な感覚では、両者に何の関係があるのだろうかと思えるのですが、イタリア的にみると、これがつながっているところがミソになるわけです。

ただ、著者は、イタリアの議論をそのまま日本に当てはめることには慎重でなければならないと、釘を刺しています。日本では個別的な自治ばかりで集団的な自治はあまり重視されていなかったが、イタリアではそちらが議論されてきた。だから、いわば議論をする土俵が違うということです。また、イタリアの特徴として、均等待遇原則は、平等のためというよりは、むしろ労働条件決定システムの不足を補う補助的な規範であること、規範の明確性が非常に重視されていること、それから、いわゆる差別禁止と一般的な均等待遇とは異なること、という3つを指摘しています。

だから日本についてどうなのか早く言ってほしいわけですが、結論は本の終わりのほうにあり、一言でいうと、均等待遇原則を一切拒むのは適切でない、むしろ入れるべきだという見解のようです。もしそういうものを入れずに規制のないままになると、使用者の恣意的な一方的決定を許すことになってしまう。イタリアでは使用者の恣意的な取り扱いを規制するとこ

ろに大きな意義があるので、日本でも補完的な意味で入れる意義があると言っています。ただ、認めるとしても控え目なものにとどめるべきだという留保つきのようで、裁判官による審査を認めるときにも、やはり集団的な自治による規制の可能性に十分配慮することが必要だとしています。

また、労契法20条やパート法の新8条についても、これはイタリア的な見方になるのかもしれませんが、外在的な平等という規範よりは、むしろ交渉力の不足を補うという面から、正当化できるとのことです。最後に、明確性について、これら労契法及びパート法の規定は不明確性を持ち合わせた規制であると言える」と述べており、要するに、不明確だと言っているような気がします。

ということで、イタリア法から日本の状況をみて、こういう均等待遇の原則が一定程度機能できるという主張だと思います。どこまで正確に理解できたかわかりませんが、イタリアに関する研究自体、非常におもしろいのですが、これを踏まえて、日本の状況に即した控え目な均等待遇原則を提唱し、その中にイタリア的な、使用者の恣意からの保護、労働条件に関する補助的な規範というような考え方を入れようとした、ユニークな試みであると思います。

ですから、この評価はなかなか難しい。なるほどそういう見方もできるのですねとは言えますが、今後の日本の法理や法制にどういふふうにかけるのか、今ひとつわかりません。あまりに慎重すぎて、ポイントが捉えにくいと感じました。ただ、均等待遇の問題を労働条件決定システムの中に位置づけ、とくに集団的なものも含めた、契約の自由、私的自治とのせめぎ合いと言いますか、そういうところを改めてアピールしたのは、重要だと思います。ともすれば平等の観点からア priori に均等待遇を論じることに対して、ある意味で反省を迫るものがあるのではないのでしょうか。日本でも一定範囲では機能する余地があるということですから、具体的にどういうところでこの原則が機能し、どういう結論をもたらすのか、さらに展開してほしいですね。

● 討 論

富永 触発されるところの多い、興味深い本だと思いました。本書はイタリアと日本とは基盤が違うというところを重視しているように思いますが、私にはむ

しろ共通性も結構あるようにも思われます。

本書は、まず一般的な平等取扱原則、均等取扱原則について、個別的自治よりも強いわけではないと述べています。残るのは、たぶん、一方的決定です。私の理解するところでは、イタリアもドイツも一緒に、労働協約でベースラインを引いて、労働協約の有利原則があって、そこに使用者が一方的に付加的給付を加えていく。付加的給付のような、使用者が一方的に決める部分について均等取扱原則があるということだと思います。

日本でも、労働条件決定システムの構造自体は相当違っていますが、一方的決定という視点では、実は同じような構図があります。つまり、個別契約があったとしても、そのうえに就業規則があります。就業規則は使用者が一方的に決めるもので、しかも、有利原則がありますよね。個別の契約も、有利な内容だったらその有利な内容が労働条件となるので、外国の付加的給付に近い位置づけにあるのは、日本では就業規則ではないかと思います。だから、実はこの就業規則の部分は、この均等取扱原則みたいなものが要請されるのではないかと思っています。

日本では、労契法20条ができる前は、一般的な均等取扱原則のようなものはとくにないと判決などでは言われていたりしますが、本当は就業規則のような一方的な決定に関しては、その存在を認めるべきだったのではないのでしょうか。そうしてみると、就業規則には、以前から合理性審査がありました。7条の合理性審査と10条の合理性審査がありますが、そもそも、もし現在の20条で判断すれば、不合理な格差と言わざるをえない内容を定めていた就業規則には、7条の合理性が本当にあったのかどうか、実は疑わしいと思っています。そうすると、本当は20条の前から、ある意味不均衡な労働条件の相違を規制する法理は考えられてもよかったのではないかと。

そう考えると、今まで一方的決定で決まる就業規則の合理性審査に、そのような均衡ないし均等の視点をきちんと反映させてこなかったことが問題なのかもしれません。ハマキョウレックス事件（大阪高判平28・7・26判例1143号5頁）控訴審判決では、就業規則が正社員と契約社員とで分かれていたときには、契約社員・正社員間の労働条件格差が不合理とされ、20条違反で無効とされても、正社員の就業規則を契約社員に補充適用することはすべきでない、と就業規則ご

との違いを強調した判断となっていました。しかし、広い視点で考えてみますと、いずれの就業規則も使用者が一方的に決めて適用しているだけなので、イタリアの例にならえば、ここには本当なら均等取扱原則の適用あるいは均等取扱いの視点を考慮した合理性審査を観念する余地は、もともとあったのではないかと。それを見逃していたのではないかという気がしています。

緒方先生から、以前、日本の20条の話ではなぜ手当てばかり問題となるのだろうという話がありました。手当てというのは、多くの場合、就業規則で決めて一方的に適用しています。だから、手当てについては不合理な格差がとくに問題視されているのではないかと。イタリアのように、一方的な決定にはやはり制約が内在している、つまり一方的に決めるものについては恣意的な格差が禁止されるという、そこから出てくるものなのではないのでしょうか。

中窪 今のお話は、労契法12条とは関係ないのですか。

富永 ある意味、関係あるかと思っています。就業規則も外国の付加的給付も、使用者が一方的に決めて適用するシステムです。要するに、使用者が勝手に決めるものについて、中身は不平等でもいいというのは、スタートラインがもともとおかしかったのではないかという気がしています。

中窪 禁反言プラス均等待遇のようなものが入ってくるということですか。

富永 もちろん、基盤となる労働条件の決定システムは違いますが。

緒方 私もたいへん興味深く読ませていただきました。均等待遇原則を法システムの中でどのように位置づけるかは、その国の法システム全体がどうなっているかということと非常に深い関連性があることがよくわかりました。

とりわけ、イタリアの法制度のうち、最低基準立法が存在しているため、個別的自治といえども、それらに違反することはできないということ、イタリア共和国憲法36条に基づく公正な賃金法理によって、労働者間の待遇格差がそれほど大きくならない法的仕組みになっていること、さらに、集団自治を通じて、使用者の恣意的な決定を排除することが期待できることが挙げられます。こういった仕組みがあるために、均等待遇原則が前面に出てくることはなく、むしろ補助的な法理にとどまっているということかと思いました。

たしかに、こういう場合には、均等待遇原則を持ち出さなくても、不公正な状況の発生を実質的に阻む機能が備わっているように思います。

ところで、もう1点、興味深いのは、均等待遇原則と集团的自治との関係についてです。集团的自治の結果として生じる待遇格差を違法とみるかどうかという問題については、大きく2つの考え方があるように思います。究極的には、労働組合に対する信頼の問題に関わっているのかもしれないのですが。

一つは、集团的自治による待遇格差は違法ではないという考え方です。この場合、集团的自治によって、多少、法の想定する理想の状態から逸脱していたとしても、将来的に補正されるとか、あるいは、労使間で、不当な結果にならない範囲で、ある程度状況に応じた対応がとられるということを前提としていると思います。だから、集团的自治による均等待遇原則の逸脱を許容しているのだらうということです。もう一つは、集团的自治による均等待遇原則からの逸脱は認めないという考え方です。この2つの考え方はいずれも成り立つものと思います。

では、日本においては、どちらがより現実に即応しているかと言えば、個人的な見解ですし漠然と考えているだけですが、日本ではやはり後者の考えに立つべきではないかと感じています。それは、労働現場における性差別的賃金の問題や非正規労働者の労働条件改善問題に関して、日本の労働組合、とりわけ正社員組合の取り組みの鈍さをどうしても感じてしまうからです。日本における均等待遇原則と集团的自治との関係は、前者がより上位の規範と考えるほうが適切ではないかと思っています。

川田 お話を聞いていて頭の整理ができたように思いました。イタリアの議論を日本にどのような形で反映していけるかを考えるとき、日本において実質、使用者による一方的決定になっていると評価できる部分については、均等待遇の考え方を入れていくことがありうるのではないかと。

日本における正規・非正規間の処遇格差問題について、いわゆる救済否定説と呼ばれる、労使自治の枠組みの中で是正を図る、あるいはそういう方向に誘導するといったやり方も主張されていたなか、問題が顕在化した後もしばらくは、特段、立法的な対応はとられてこなかった。それが2000年代に入って、立法的に対応がとられるようになった。結局、個別にせよ集団

にせよ、私的自治の枠組みの中で正規・非正規間の均等待遇の問題を解決していくには限界があることが、立法政策上、認識されたとみることができ、日本における均等待遇原則をそのような限界に対処するための概念と捉えることができるのではないかと。

緒方 なるほど。自助努力とでもいうのでしょうか、そういう取り組みによって、理想的な状況に近づけていくという感じですね。ただ、そこに、労働組合に対する期待はあるのでしょうか。使用者に対して、一定の作為を要請あるいは期待しているとは思いますが……。

中窪 明確に禁止されている差別理由なら仕方がないけれど、異なったグループで賃金をどう決めるかは、基本的に自由だという発想なのでしょう。でも、ヨーロッパ、あるいはイタリアでは、労使自治という問題が入ってくる。たしかに、それは我々、あまり考えていなかった気がします。日本の場合は、組合自体が正社員の組合で、非正規の人々の利益を代表してこなかった。そこを法が埋めることが期待され、そうせざるをえなかったということかもしれません。

川田 いずれにしても、日本の正規・非正規の関係における均等待遇原則は、やはり労使自治よりも上位の規範というか、労使自治だけではうまくできないようなところに介入するような規範と考えていく必要があるかと思っています。

緒方 そう思います。

川田 まさに政策判断の問題です。あと、イタリアの特徴として、明確性が強調されている点が印象的でした。それは司法への不信、あるいは司法に裁量を与えることに対する警戒なののでしょうか。ただ、そこについて日本でのあり方を考えるときにはどう考えた方がいいのか。この明確性を仮に緩めていいとすると、均等待遇原則と労使自治の間の衝突はかなり和らぐような気がします。

中窪 それでも、内容がよくわからないと言われそうな気がします。さきほど富永先生が言われていたのは、強行的な規範として、使用者がやる以上は平等にせよ、それに反することは許さない、という法的ルールになるわけですね。それはどこから出てくるのですか。

富永 合意で決める場合、嫌なものは拒否でき、合意しなければいいので、労働者の不利益防止はそこで担保できますが、一方的に決定されるものには、合理

性の審査がかかる。これはいわゆる公法関係・私法関係の違いみたいな話です。公法関係は、行政処分とか行政行為によって、相手はこういう権利を有し義務を負う、などと一方的に相手方の法的地位を決められます。だから平等原則等の裁量統制がかかる。私法関係では基本的にはそういうのがなくて、両当事者とも交渉力を持っている以上は、合意で決めることができる。不当なものは拒否でき、それで自衛できる。だから、合理性の審査というより、むしろ錯誤とかの意思表示の瑕疵・欠缺の法理で処理すればよい、という二分論がありうと思います。そうすると、私法関係でも一方的に決定できるものは、相手が任意で合意したり拒否したりすることにより、ということにならないので、恣意的なものであってはならないという規制がかかるのではないかと思います。

緒方 ドイツ法もそういう発想だと思います。もともとドイツ法上の平等取扱原則というのも、付加給付をめぐって発展したのですが、たとえば、日本でいう「ボーナス」的な位置づけである、いわゆる13カ月目の給料について、支給するかどうかは使用者が一方的に決定する、しかし、いったん支給すると決めた場合には、その雇用する労働者を平等に取り扱え、という発想ですね。

中窪 すると、就業規則の合理性とは違う話ですか。

富永 我々、就業規則の合理性と言うときには、適用対象に限った狭い範囲でしか考えず、いわば個別的な合理性しかみていなかったような気がするのですが、よく考えたら、たとえばある手当について、非正社員には払わなくて正社員には払うというのは、就業規則で一方的に決めているのではないかと思います。

一方的な決定だとすると、本当は20条がなくても、そこでは合理性の審査の内容として、均等ないし均衡の視点からの審査があつてしかるべきだったのではないのでしょうか。我々はそこを看過して、平等取扱原則は存しないというところから出発してしまったのではないかと。まだ思いつきの議論ですが。

緒方 労契法20条に反する労働条件は、労契法7条の合理性を欠きますよね。明らかに法規定違反だから、労契法13条から、そのような就業規則には労働契約規律効が発生しない、と。

中窪 20条に違反したら、やはりだめではないですか。

緒方 そうすると、労契法7条の合理性審査を嚴格

に行うならば、労契法20条がなくても均等ないし均衡の観点から就業規則の内容をコントロールできると言えますかね。

中窪 逆に、20条では不合理とは言えないけれども、7条の合理性が否定される場合は、ありそうです。

富永 それはありますね。

緒方 ありますよね。

富永 最低賃金未満の給料を決めておけば、それには当然7条の合理性はない、というか、もう強行法規違反だから、そちらへは行かないのかもしれませんが。それに対し、均等待遇原則は基本的に比較での話なので、両方とも均等にひどい扱いをされていれば、別に均等待遇原則違反ではない。それなので、そういう意味で7条の不合理審査のほうが広いように思います。

川田 結局、7条の合理性をみるときに、ほかの人のことまで考えるかという話なのでしょう。

中窪 刺激を受けて、日本の問題について議論がはずんでしまいました。本書は、こういう新しい視点から、均等待遇原則について問題提起をした有意義な研究と言えるでしょう。

(9) 緒方桂子「女性の労働と非正規労働法制」

● 紹介

富永 本論文は、女性労働と非正規労働の結びつきを詳細に統計等から指摘しています。また、非正規労働関係の法改正を評価して、女性労働との結びつきを打破することによる状況の改善は、まだ不十分として、課題を指摘するものです。正社員が常態の日本型雇用慣行のメリットを受けてきた反面、非正規労働者がその割を食ったこと、さらに、女性労働者が非正規労働者として階層化され、固定化されている傾向があることなどが指摘されています。とくに、最近導入されている制度の評価がなされている点が注目されます。

まず、非正規労働の均等待遇、処遇向上というアプローチから導入されたものとして、パートタイム労働者のフルタイム転換の施策と、有期契約労働者の無期転換の制度。その次に、いわゆる転換ではなくて、むしろ均等・均衡処遇等の規制。こうした2つの面を検討し、結論として、現行の立法内容ではいずれも限界があつて、十分な実効性が上げられないのではないかと指摘されています。

まず、フルタイム転換や無期転換についてです。今まで、正社員が重い仕事をしていて、パートタイム労

働者はあまり仕事を任せてもらえないような二極化された状況があった。そうした中で正社員への転換だけを認めると、家庭的責任を負う労働者は、希望しないのに重い責任を背負わされる可能性が高いということになります。

これに対して、均等・均衡処遇が有望なアプローチとして浮上しますが、現行法は射程が狭い。とくにパート法9条では、非常に射程が限定されているということがよく指摘されています。また、「人材活用の仕組み」などの形で使用者が操作可能なものが考慮要素に入ってしまうと、そもそも射程外ですねということになってしまっていて、実効性が十分でなくなるのではないかと指摘されています。

将来の課題として、第1に、均等・均衡処遇について、単に雇用政策的な観点からではなく、まさに正義の観点から法的な意義を考えるべきであること。それから家庭的責任の配分が偏っており、望まずにこれを負っている人がいるので、公正処遇という観点も十分に意識すべきであると指摘しています。第2に、これはわりと具体的な指摘ですが、均等・均衡処遇等には人材活用の仕組みが入っているが、それこそ使用者の一存にかかっているため、これを重視してしまうと非正規労働者は容易に対象外にされてしまうこと。第3に、派遣労働者・短時間労働者等の問題は、実は正社員の働き方の問題であること。そもそも正社員が無限定的な働き方をしている。そこを修正する必要があることを指摘しています。

この論文を読んで、次のような感想を持ちました。1つめに、家庭的責任を負う女性労働者が非正規労働者という形態に結びついてしまっている状況は、労働法制の話なのか、それとも社会の問題なのか。私自身は、もちろん雇用上そういった状況があると認識はしつつも、そもそも社会に問題があるのではという気がしています。千葉商科大学の常見陽平先生が、「多くの日本人男性は残業のおかげで家事を放棄できていた。残業がなくなると、この“特権”がなくなる」と言っています（宇賀神宰司＝西雄大＝萩島央江「残業が減らないのは家に帰りたくないから」日経ビジネスONLINE 2016年7月19日記事 <http://business.nikkei.co.jp/atcl/report/15/278202/071500043/?rt=nocnt>）。記事の中に、会社がいくら残業を減らしたいと思っても労働者が全然帰らないというくだりがあります。「“特権”がなくなる」は言いすぎかもしれません

が、当を得ているところもあるように思います。労働法制だけで手当てして解決できる問題ではなく、社会的な改革も必要になるのかもしれない。

2つめとして、家庭的責任が女性に偏っていること自体がおかしいけれど、それはひとまず措くとして、家庭的責任というのは、生涯を通じてみると伸び縮みがあります。子供がいる場合、労働者の家庭的責任は子育て期間中は重くなるが、それ以外の時期はできれば働きたいというふうに希望も伸び縮みするでしょうから、本当はそれを考慮して調整しなければいけないだろうと思うのです。今の日本では、最初に非正規労働者で採用されてしまったら一生、非正規労働者のままで、モビリティが少ない。正社員で入職したとしても、家庭責任等の伸び縮みに合わせて調整できないために途中で辞めてしまい、再就職すると非正社員としての雇用しかなく、女性の就労がM字カーブになってしまっている。正社員の柔軟な働き方を認めれば、そういった状況を変えられるのではと、あらためて思ったところでした。

感想の3つめとして、本論文は、均等・均衡処遇により期待をおいているように思われました。しかし、前述のハマキョウレックス事件、長澤運輸事件（東京地判平28・5・13判刑1135号11頁）など最近の裁判例では、あまり均等・均衡処遇の実効性が高い感じではありません。その中でも、「均等」のほうは、同じ働き方をしているのに処遇が違うのはおかしいということで、判断しやすい。他方で「均衡」のほうは、働き方に差があって、処遇が違うのは当たり前だけれど、その違いの程度がおかしいという議論ですので、非常に判断が難しい。そして正社員・非正社員の格差は、後者の「均衡」の話になることが多いように思います。そうすると、均等・均衡処遇より、むしろ正社員の働き方を柔軟に調整できたり、雇用形態を入れかえたりできる施策のほうの実効性が高いのかもしれない。

最後に、正社員の働き方がおかしいという点に関して、論文の終わりに、日本の労働法制を空洞化させているのは包括的合意への過度の依存、過度の寛容さであるという話があります。これは新屋敷論文にも共通する指摘で、労働者が本当の意味で決定しているところは少なく、人事的な決定を包括的に使用者にゆだねていることが、正社員の異常な働き方の背景にあるのではないかと。そこは法律面というより雇用慣行面の話で、対処も法的というより政策的なアプローチにな

るのかもしれませんが、この点での是正が必要なのかもしれないといったことを思った次第です。

● 討 論

富永 モビリティを高めることによる対処の中でも、辞めて次の仕事に移るといった形と、正社員として入社しても、ライフステージに応じて一時的に業務を調整して家庭中心となり、その後また元のように仕事中心へと移行できるという形があると思います。私は、後者のほうに魅力があると思っています。そこは正社員の働き方が重くて固定的なのがいけないということなのか、それとも、そもそも正社員・非正社員とでスタートラインが違うこと自体がおかしいのでしょうか。

緒方 基本的な発想は、ごく簡単に言うならば、正社員の働き方を改革しないと、非正規労働法制が整えられて、均等待遇などが充実してきたとしても、結局、女性の雇用の状況や女性が直面しているさまざまな問題の解決には結びつかないのではないか、ということにあります。そう考えると、ライフサイクルやライフイベントに合わせて、もっと柔軟に働くことのできる仕組みを、正社員の働き方の中に組み込んで行くべきだろうと思います。

中窪 富永先生がさきほど言われたことと共通しているわけですね。私はこの論文を読んで、非正規の問題は、労契法20条にしても均衡処遇にしても、男女を問わず当てはまる問題とされ、ついそういうふう議論してしまうわけですが、実態としては女性が非常に多くて、大きな目でみると男女の格差になっているという点が、印象に残りました。それ自体はよく指摘されていることですが、あらためて法律の論文でこういうふう示したものは、あまりなかった気がします。育児・介護休業法で、男女を問わず育児休業を取れることになっているのに、実態としては女性の取得が圧倒的に多いというのも、同じですね。

法の建前としては、性差はあってはいけないのだけれど、現実には、どこまでが自発的な選択で、どこまでが差別かはわかりませんが、厳としてそうなっている。それを認めたくなくて、ではどうすればいいかを考えることは、意味があると思います。何ができるかが難しいですけども。

緒方 たとえば、育児や介護に関して、法制度は徐々に整ってきているように思います。しかし、そういった法制度の現実的な利用可能性という点まで考慮する

と、実際には、性別役割分業の意識が根強くて、そういった制度を使うぐらいなら離職するとか、フルタイムの正社員を辞めてパートで働くといった選択をしてしまう現象が生じるわけです。ここを看過してはならないと思います。

中窪 女性の中でも男性のエリートに伍してバリバリ仕事をしている場合、こういう大多数の非正規の人と一緒にしてもらいたくないという意識はないのでしょうか。自分は違う、女性のステレオタイプでみてほしくないとか。

緒方 私は、法制度とか社会構造のせいで、何か非常に割を食っている人がいるとしたら、それは不公正で、正義に合うものではないと思うので、それを妨げるような法解釈や法制度の構築を考えるべきと思うものですから、そういう「頑張っている人」の意識はあまり気にしていませんでした。

川田 私もどちらかという女性労働にウェイトがあるように思いました。非正規労働者の現実に、用意した政策がうまく合わない可能性はありますね。たとえば無期転換権は、5年ぐらい働いた人は雇用を安定させるために無期転換を希望するだろうという前提で制度がつくられているが、実際は、その無期転換時に何か義務の加重があったら無期転換権を行使しない選択をする人がとくに女性の中に結構多くいるかもしれない。掘り下げていくと、無期転換時の労働条件変更について、労契法10条類推などいろいろな議論がありますが、そういう問題を考えていくときにも、女性労働の現実を踏まえた議論をしなければいけないということであらためて明らかにしています。

VI 労働者のメンタルヘルスと使用者の配慮義務

(10) 水島郁子「使用者の健康配慮義務と労働者のメンタルヘルス情報」

〈参考〉石崎由希子「疾病による労務提供不能と労働契約関係の帰趨——休職・復職過程における法的規律の比較法的考察（五・完）」

● 紹 介

富永 本論文は、使用者の安全配慮義務・健康配慮義務等を検討して、使用者による労働者のメンタルへ

ルス情報の取得に関する法理を構築しようとするものです。使用者は安全配慮義務、健康配慮義務を負っておりますが、それを遂行するためには、労働者に関する情報の取得が必要です。他方で、労働者のプライバシー保護という要請があり、その両者の折り合いをどうつけるべきかを示すものとして、非常に貴重な論文です。

まず、採用段階におけるメンタルヘルス情報の取得について紹介します。著者は、メンタルヘルス情報秘匿自体での解雇等は行うべきでないとしています。また、秘匿による措置不十分については、健康配慮義務の縮減で対応すべきだとしています。労働者が自分で情報を隠している以上は、使用者にそれについての責任を問うべきでないという考え方だと思います。

労働者としての適性がまったくないような人を選別するときならともかくとして、通常想定される人の選定の枠内では、メンタル耐性が弱くても、それがすぐ労働者としての適性を否定するものではないので、そういった者を排除すべきではない。これはたぶん政策論なのだと思いますが、水島先生はそういった考え方をとっています。

労働関係が成立したあとの話ですが、雇用上の必要性があれば、使用者は労働者に健康診断を受診するよう命令を下すこともできるし、特別な配慮が必要となる休職・復職などを労働者が求めるなら、それについて、当然の前提として健康診断命令等が必要になると言っています。これは当然かと思えます。他方、特別な配慮が不要な場合、勤務懈怠とか有給休暇を取る者などについては、強いてその目的等を問うようなことはしてはならない、情報提供を求めえないと言っています。それから、不調が顕在化する場合で、異常行動が明らかにみられるようなときは、診断してくださいといった形で、診断書を通じた情報取得等は認められていいでしょうということです。

次がたぶん議論が分かれるところですが、異常行動とまではいかないが、外からみて不調がありそうだなと思われる程度のもは、どうすべきなのか。水島先生の意見では、これは本人からの申し出がなければ、そういったものを掘り起こすべきではないということになっています。判例は掘り起こしを認めているものがあるけれども、そんなふうに認め始めてしまうと、不当に広く労働者の情報を掘り起こすことを認めることになるのではないかと指摘されています。他方、情

報提供拒否についての不利益については、使用者に責任を問うのは適切ではないと述べています。

安全配慮義務、健康配慮義務との関連ですけれども、配慮義務には一般的なもの個別的なものの、2つのレベルがあると言っています。一つめは、A)として、一般的に適正な労働条件を確保する義務。2つめに、B)として、一般的に適正な労働条件を確保したうえで、個別の労働者には配慮する義務です。その人の状況を見て配慮しないとイケないというものです。A)のような一般的に適正な労働条件が欠けている場合は、労働者がそのせいでメンタルヘル스에支障を来したとき、使用者には予見可能性はなかったから責任を負わないなどという抗弁は認めるべきでないという著者は述べています。この論文は2013年に発表されていますが、そのあと東芝事件最高裁判決（最2小判平23・3・24 労判1094号22頁）が出されました。労働者は非常に長い時間残業していて、また精神的な問題があったが使用者に言っていなかったが、判断では、そのようなときに、使用者は、予見可能性がありませんでしたと言うことはできないと判断されました。この部分は、水島先生の見解と、判例が一致する形です。

B)の、個別の労働者に応じた配慮の義務について、使用者が責任を負うのは、やはり個別に具体的な予見可能性があった場合に限られるという考え方をとっています。この調整の考え方については、当否いろいろ議論があると思えますけれども、私としては、非常に真つ当なのではないかと思っています。使用者にはもちろん健康配慮義務はある。ただ、労働者が使用者に情報を知らせたくないならば、それについて過度に掘り起こすことを（認めたり、義務づけたり）するのは、むしろ労働者にとって長期的にはマイナスになるのではないかと思っています。

ただ、判例とか裁判例の動きは、そのとおりに動いているかという、よくわからないのです。印象にすぎませんが、結果論から説き起こして、いや、そのとき情報取得して配慮すべきだった、とかいうふうにはほとんど結果責任に近いものを求めているような感じもしています。

日本ビューレット・パッカー事件（最2小判平24・4・27 労判1035号5頁）は、もしかすると外からみて不調が顕著であった、特別な事例に当たるのかもしれませんが。労働者の不調は窺われるけれども、本人に聞くべきか聞くべきでないかという点は、まだ最

高裁の判例では結論が出ていないと思います。しかし、判例は聞くべきだというほうにいくのではないかと、私は感じています。つまり、過度の掘り起こしを求めるようになってしまう危険性も今後あると思っています。

配慮とプライバシー侵害とは、究極においては対立する契機があります。配慮するためには情報が必要だ、だから情報を取っていいという形になるのか、それとも、プライバシー侵害のほうが悪し重要だ、自己決定のほうが悪し重要だという話になるのか。そこの折り合いがつかず、矛盾する判断が出されると悲劇的なことになります。使用者としては、プライバシーを尊重したら、労働者の健康に配慮しなかったあとで責められますし、かといって、配慮のためだと言って情報を取ったらプライバシー侵害だと訴えられてしまう。だからその調整は重要な問題です。

水島先生としては、採用段階での過度な調査についてはわりと否定的な態度をとっています。原理からというよりも、政策的なものではないかと思っています。保護的な観点を強めると、使用者としてはリスクを避けようとして、採用での過度な掘り起こしを促してしまう。痛しかゆしです。採用活動でしばしば異常な圧迫面接といったものを受けることがあるといいますが、これなどは、あとから責任を問われることを採用担当者が意識するあまり、異常なテストを行い、入口を狭めてしまっているということかもしれません。

● 討 論

中窪 日本ビューレット・パッカード事件をみてみると、最高裁は、精神的に不調と思われる者については尻をたたいて受診させるところまでやれという感じで、やや行きすぎというか、パターンリスティックな印象です。他方で、東芝事件のほうでは、本人が病院に通っているとか、そういう不調があったことを言わなくても、情報が非常にセンシティブだし、使用者としては過剰な時間外労働をしていたことはわかっていたのだから、損害賠償の減額はすべきでないという内容でした。これはこれで納得できるのですが、どうも判例自体が迷っていて、明快な整理がついていないような気がします。

富永 まだ本当は試されていないと思いますが、あるいは、事実認定のところで、もう振り分けられてしまっているのかもしれません。そうすると、やはり調

整点を見つけないといけない。判例の傾向をみていると、気づいているならやはり何かすべきだったという話に行ってしまう可能性が高い。労働者本人が望んでいなくても、そういう流れになってしまうのでしょうか。そうしたら、個別ケースでは労働者は救われますけれども、長期的にみると、それならもうリスク要因は排除してしまえという話になってしまうので、政策的にはどうかという気もしています。

中窪 一応、そこは水島先生も慎重で、業務命令ではなくて自発的な提供を待つべきだと言っている。

川田 具体的な雇用管理上の必要性があるときの情報収集は、少し広い範囲でできると想定すると、両方の中間、つまり、目の前に問題があるわけではないけれども、放っておいたら雇用管理上の対応が生じる危険があるというケースが想定できる。そういう場合、使用者は過敏に反応して情報収集するほうに走る可能性がありそうですね。

富永 アメリカでは、障害の有無は、業務上の必要性がない限りは掘り起こして聞いてはいけない、たとえば言動がおかしいと思われても聞いてはいけないというふうになっていたと思います。アメリカでは使用者に一般的な配慮義務はないから、そうなっているのかもしれない。日本では配慮義務があるので、そのようなケースでは、難しい判断になりそうです。

緒方 たとえば、ある労働者が心身の不調を示す感じさせるような異常な行動を示していた場合、それは当該労働者に対する安全配慮義務の問題でもあるんだけど、同時に、同じ職場で働く同僚労働者の就労環境の問題という側面もあると思います。そうしたときに、当該労働者が自らの病状等について情報提供をしないからといって、使用者として当該労働者をそのまま放置することが、他の同僚労働者の就労環境との関係で、適切なのかという疑問があります。

たしかに、この論文が言うように、労働者が自らの病状に関する情報提供を拒否し、そのために当該労働者が適切な職務遂行上の配慮が得られず、ケガや病気、死亡といった事態に陥ったとしても、そういった不利益は当該労働者が甘受する、というのはとても明確です。また、同論文は、そのような帰結を認めるための条件をはっきり提示しています。しかし、さきほどのような例の場合には、使用者の立場に立ってみても、そのような対応の仕方がベストの回答とは思われません。

私自身、実際に会社側から相談されることがあります。ある労働者が心身の不調があるようで、一緒に働いている同僚労働者も不安に感じている。会社としては、かかりつけ医でも産業医でもかまわないが、診察を受けて、必要があれば治療してほしいと思う。しかし、本人は頑として認めない。このような場合に、会社が行うことができるのは休職命令を発することぐらいですが、当該休職は使用者側の事情で行うものなので、その休職期間中は賃金を支払わなければならない。それは理不尽だ、何か方法はないのか、という相談です。こういった問題の現れ方もめずらしくはないのではないのでしょうか。

中窪 正しい認識・判断を労働者に期待できないことがあると書いてありますけれども、労働者が正しい認識ができるかどうかを使用者が判断するのも難しいですよ。

緒方 基準として非常にクリアではあると思うのですが。

中窪 安全配慮義務というと職場を整えればいいわけですが、健康配慮義務になると、半分は仕事ですが、半分は本人の私生活です。それがメンタルな健康の配慮義務になると、いっそう可視化しがたくなる。情報としてもセンシティブになるし、緒方先生が言われたように、周りの人も不安になったりします。そのような中で本人が状況を理解できていたかというのは、本当に難しいと思いますね。だから、一般論としてこういう基準を立てることはたぶん正しいのでしょうか、現場ではどうやっていくのでしょうか。

富永 本当は何か法的な手当があったほうがいい分野です。参考文献とした石崎由希子先生の「疾病による労務提供不能と労働契約関係の帰趨」は、フランス法とドイツ法で、休職という切り口から、どんな法的規律があるのかを比較法的に調べた論文です。日本ではこのあたりの論文はあまりありません。これを読むと、ドイツ法、フランス法では、休職過程については、労働者が通知・証明義務を負っていたり、健康診断受診義務があったりして、きちんと手当てされている。復職についても同じで、とくにフランス法では、たぶんこれは鈴木俊晴先生の論文、たとえば「フランス労働医が有する就労可能性判定機能の史的形成と現代的展開」（日本労働法学会誌 120 号 175 頁）などがそこに当たるとは思います。労働医（médecin du travail）という制度が確立している。日本ではそのあ

たりがごっそり欠けていて、すべて個別判断になってしまっている。

緒方 ドイツ、フランスでは医師、産業医に対する信頼が大きいのでしょうか。

富永 日本では、配慮を要するといった診断書が結構、簡単に出る印象があります。

緒方 「産業医は、会社に都合のいいことばかりを書く」と捉えられることもめずらしくないですよ。

中窪 本人の主治医と産業医とで意見が食い違ったときには、第三の意見を聴取するといったシステムも必要でしょうね。フランスのことはよくわかりませんが、昔、保原喜志夫先生も研究をされていましたし、鈴木先生の論文からも、産業医は制度としてしっかり定着している印象を受けます。

川田 個々の医師の判断に対する信頼性とは別に、手続きとして、意見が食い違っているときに、どこが食い違っているのかを確認して、そこをさらに検討するという流れができたなら、メリットはあるのではないのでしょうか。裁判例をみると、医学的な判断の信頼性というよりは、そういう手続きに着目して、労働者の回復状況についての疑問にきちんと答えてきているかが、結論に影響しているように感じられます。そういう手続きの仕組みがつくられても、その手続きに入ること自体に労働者が必要性を認識していなかったら、結局同じような問題になってしまう。手続きに入ることについての客観的な要件も必要なのではないのでしょうか。

水島論文に戻りますと、私が読んで思ったのは、メンタルヘルス上の問題を切り離して、労働者が正常な就労ができる状態にあるのかというような切り口から、どこまで問題にアプローチすることができるのか、それがポイントになるという気がしています。労働者側にもプライバシーの保護という問題があるし、使用者のほうでも、職場で管理職が精神医学的な判断をすることには限界があると思いますので、問題に取り組む入口のところで、まず正常な就労ができる状況にあるのかないかをみる。正常な就労ができないということであれば、基本的には就労できないのだから病欠欠勤ということになる。そこで労働者のほうから申告があったら、それに応じた対応がとられていくという状況が想定される。そういう流れでうまく機能するのであれば、それなりに合理的な解決が図られるのではないかと。同時に、メンタルヘルスが問題になるケース

で、正常な就労ができない状況にあるかどうかを判断することが、実際どこまでできるのか。そういうところに検討すべき点があると思いました。

富永 労働契約の建前からいくと、主たる義務は労働義務なので、仕事ができなければ何も言うべきではないという考え方が一つあります。たぶんアメリカ、ドイツはそういう考え方だと思います。しかし、日本では労働契約の人格性というか、信頼関係や人間関係を重視します。仮に日本法で立法的な手当てをすることで、そういう相違点をどれだけ考慮したものになるのか、少し気になる点であります。

緒方 プライバシーの問題についてですが、健康情報は、たしかに高度なプライバシー情報ではあるのですが、日本の労働者が健康情報を明らかにしながらないのは、プライバシーを守る意識が強いというよりもむしろ、病気とりわけ私傷病に罹患したら、欠勤しにくい、休職しにくい、あるいは何か不利益な扱いを受けるかもしれないという不安があるなど、安心して治療を行うことのできる環境が整備されていないことにも原因があるのかもしれない。

中窪 日本は長期雇用で、病気が昇進に差し支えるとか、日本の正社員の働き方の問題かもしれない。また、石崎論文にもあるように、日本では病気休暇や休職について法的な手当てができていないという、制度的な面もあるかもしれないですね。

川田 ドイツ、フランスでは、私傷病を労働者に帰責事由がないものとみることを前提として、それによる一時的な就労不能を労働契約の停止のような形で捉えるということが、少なくとも制度的には確立している、石崎論文によれば、職場の意識も似たようなものであれば、病気だと言って休むことへの抵抗感がより小さいということなのでしょうかね。

中窪 メンタルヘルスの話から離れますけれども、病気は誰にでも起こりうるし予測もつかないので、本当に仕方がないわけですね。育児・介護の休業はあるのに、本人の病気に何も無いのは、アンバランスな感じがしますね。

川田 病気の問題は、本日の整理解雇の議論でも出てきました。法的には帰責事由がない休みという見方が日本でもできるかもしれないけれど、実際の職場の意識としては何か問題があると捉えられてしまうところがあるということなのでしょうかね。

緒方 この問題は、もう少し視野を広げて、私傷病

に罹患した労働者の保護といった制度的な保障の問題として捉えるというのも、方向としてあるように思います。

中窪 メンタルヘルスの問題については一応整理ができていますが、それを支える制度的なところもきちんと考えるべきだろうということですね。アメリカでさえ、Family and Medical Leave Actで、休業について、本人の病気もカバーされています。

緒方 そうするなかで、もう少し相対化されてくる可能性はあるのではないかと気はします。

中窪 では、集団法の論文に移りましょう。

VII 不当労働行為と労働委員会

(11) 中窪裕也「昭和24年労働組合法の立法過程と不当労働行為制度——アメリカ化の圧力、反作用、断裂」

● 紹介

緒方 本稿は、不当労働行為に関する、現行労働組合法の制定過程に焦点を当て、その過程の中で、単純なアメリカ化ではなく、いわば反作用と相克の結果として、日本独特の不当労働行為救済制度が生まれてきたことを検証するものです。

中窪先生が問題に感じているのは、大きく2点あって、一つは、現行の不当労働行為救済制度においては、憲法28条と労組法7条、それから、27条が密接に関連していないのではないかと問題、もう一つは、現在の労働委員会が、常に裁判所と競合する立場に置かれ、その権威を脅かされているという状態に対する問題です。これら2つの問題を抱えているために、労働委員会は、裁判所とは異なる機能や役割を模索し、「労使関係の」あるいは「紛争解決的」なアプローチに活路を見いだしているのが現在の状態ではないかというように捉えられます。

このように現実を捉えるに至ったのは、昭和24年労働組法が、当初アメリカ法をモデルにしたGHQ勧告から出発しながら、立法化の過程でいったん提案された「被用者の権利」行使を干渉・妨害、威圧する包括的規定が失われたこと、それから昭和20年法の下で設立された三者構成の労働委員会に不当労働行為の救済権限が移植されることにより、裁判所に代替する法

の判断・適用のための機関として位置づけられているアメリカのNLRB（National Labor Relations Board 全国労働関係局）とは異なる制度に日本の制度はなったという経緯があること、そういった分析がベースとなっていると考えられます。

若干のコメントですが、たしかに立法化の過程において包括的規定が失われたことにより、不当労働行為救済制度全体を貫く統一理念がみえにくいようには思います。現行労働組合法7条の条文は、憲法28条との関連性を見いだすににくいものです。しかし、これは、不当労働行為救済制度をどう捉えるかという問題と密接に関係しています。つまり、不当労働行為救済制度を、憲法28条の団結権等の保障を具体化した制度と捉え、憲法28条の権利保障の一部であるという理解に立つならば、別段、包括的規定が欠けているとしても、大きな支障があるようには思われません。しかし、他方、不当労働行為救済制度は、労組法が円滑な団体交渉関係の実現のために政策的に創設したもので、あるいは、団結権保障そのものを目的とするものではなく、その保障のうえに樹立されるべき公正な労使関係秩序の確保を目的とするものと捉える見解もあり、このような見解が有力に主張されるのは、まさにこの統一理念がないゆえであるとも考えられます。

次に、不当労働行為救済手続の面からみた場合、現行の労働委員会には、不当労働行為の審査に関して専属管轄があるわけでもなく、それから、裁判所による司法審査との関係で、実質的証拠法則や新証拠の制限もありません。アメリカ法におけるNLRBが、裁判所に対する深い不信を背景に専門機関たる制度としてつくられていることは全く正反対に、日本の不当労働行為救済制度は、労働委員会に対する深い不信のもとにあるようで、このような制度構造になっていることが、不当労働行為からの救済を遅延させ、場合によっては法解釈の混乱を招くこともあります。さらに、これは私自身の問題意識でもありますけれども、裁判所との競合という事態が、労働委員会の専門的な行政委員会としての特徴を希薄化し、いわばミニ裁判所のような、裁判所化とも言うべき事態を誘発しているようにも思われます。

せっかくの機会なので、この論文の目的とは少し外れてしまうのですが、このような状況のもとで、中窪先生は、あるべき労働委員会像として、どのようなものをイメージされているのか、お伺いできればと思っ

ています。

● 討 論

緒方 富永先生は、この勉強会も一緒だったのですね。

富永 26年法案の話ですが、賀来試案で、排他的交渉代表制度といった制度をもし入れることになっていたら、状況は変わっていたのでしょうか。

中窪 この論文ではあまり触れていませんが、昭和26年に労働省労政局から出された試案、いわゆる賀来試案は、排他的交渉代表制のほかにも、労働組合の不当労働行為をつくったり、不当労働行為の救済と争議調整を完全に分けたりするなど、完全にアメリカ化の方向です。でも、ほとんど支持を得られず、空振りに終わってしまいました。

なぜこういうものが出来たのか。単なる想像にすぎませんが、昭和24年のときに、途中までアメリカ化を目指していた労働省は、GHQの豹変で、はしごを外されてしまった。そこで、26年にもう一回、徹底的にやろうとしたけれど、すでに手遅れだった、という感じではないでしょうか。だから、どこまで現実の可能性があったのかは、よくわからないのですが、もし実現していれば、ずいぶん状況は変わったと思いますね。

富永 この程度で済んだと言うべきなのでしょう。GHQの提案ではアメリカ的なものだったけれども、その後、立法過程では労働省が司法的なものと理解してしまったので、不当労働行為制度がどんどんミニ裁判所ようになってしまったということです。

緒方 制定時からミニ裁判所みたいなものを想定していたのかなという気がします。

中窪 結果として、そうですね。

緒方 しかし、労働委員会命令に対する取消訴訟が次々と提起され、司法審査の場面で新証拠が提出されて、労委命令が覆される、そのような流れの中で労働委員会の権威が落ちていく、というようなことは24年制定当時、予想されなかったのでしょうか。

川田 新しい制度なので、どういう使われ方をするかを予測することは難しかったのかもしれない。この論文にも出てくるように、救済命令の規定が、途中で行政救済の独自色が失われて、民事訴訟的なものになってしまったとか、そういう民事裁判に近い方向性が意図されていたことを推測させるようなものはいく

つかある気はします。ただ、不当労働行為の法制度に関して、立法当時の認識はどうだったのでしょうか。制定から時間が経った後でも研究の蓄積が続き、いまは、不当労働行為の独自性が実は大事であると認識されているわけですが、今は当たり前の話でも当時は認識が共有されていなかったとか、そのようなことはないのでしょうか。

緒方 包括的な統一規定を欠いていることで、法的にどのような差し障りがあるのかという点について、具体例でお示しいただけるとイメージがわかりやすいですけれど。

中窪 そうですね。すべてのものが、不利益取扱い、支配介入、あるいは団交拒否のどれかに当たらないといけな。これはなかなか窮屈です。アメリカの場合ですと、それ以外に、7条の権利の行使の制限・妨害という一般条項があり、かなり広いものを不当労働行為にできる。日本では、憲法28条の趣旨に反するかと言って、民事的にはできるものが、不当労働行為の救済には使えない。

緒方 類型に合わせて救済申立をしなければいけないということですね。

中窪 包括規定がなくなってしまったため、かなり硬直的で使いにくいというのが私の印象です。

緒方 なんとなく、基本的に全部（労組法7条の）3号に流し込んでいるところがありますよね。

中窪 そういう解釈がたしかにありました。でも、沿革からいって無理がある。アメリカでも支配介入は一つの明確な類型で、それとは別に、労働者の権利の制限や妨害が定められています。日本でも、そのような包括規定があってよいのではないのでしょうか。団結権侵害説をとるかどうかはともかくとして。団結権侵害説は、まさに憲法28条がそのまま来ている感じですが、それとは少し違う、労働委員会の救済命令独自の根拠として、労組法の中に何かそういうものがあるべきではないか。アメリカ化された発想かもしれませんが、立法過程をみたら、そういうものの痕跡があったものですから、つい強く思ってしまいました。

川田 日本とアメリカの比較法的な特徴のようでもあると思いますが、仮に日本にそのような包括的な規定、権利規定があった場合に、ここで取り上げられているような問題の解決につながると思われるのでしょうか。たとえば、それによって不当労働行為救済

事件の民事訴訟化をある程度、食い止められるようになるのか。

中窪 それはやはり、労働委員会の位置と言いますか、権利の実現、法のエンフォースのための仕組みに関わってくると思います。アメリカでは、いわゆる司法救済はないので、必ずNLRBの判断を通さないと行けない。取消訴訟ではひっくり返ったりしていますが、不当労働行為について、最初に法を解釈適用するのは、NLRBということになっています。仮に包括規定があったとしても、この点の違いが大きいように思いますね。

日本では、通常の民事事件でも、労組法7条や憲法28条に基づく司法的な判断をすることができる。そうすると、労働委員会としては、三者構成などの特徴を活かしながら、むしろ紛争を解決して良好な労使関係をつくるお手伝いすることに、意義を見出すことになる。ある意味で自然なのですが、そういう役割分担ができてしまったような感じがします。労委手続きの民事訴訟化というのは、また別の話だと思いますが。

川田 今のお話だと、司法救済が認められているところが決定的なのでしょう。そこは立法過程では、そんなに問題にはなっていないのですか。

中窪 立法過程では、たぶん、みんな状況がよくわからなかったのではないのでしょうか。それまで直罰主義でやっていたところに、労働委員会がこういう救済命令を出すという話が急に降ってきたのですから。それと、旧法の下で民事訴訟がもう定着していたので、それをなくすという発想もなかったように思います。たしか、吾妻光俊先生だけがそんな議論をしていましたが。

川田 当時、不当労働行為制度がどういうものかがどのくらい理解されていたのかということとも関わってきます。法律家であれば、何か条文があれば、裁判所で解釈適用されるのは当たり前と考えますが、実はアメリカの不当労働行為救済制度は裁判所から切り離されて、独立した労使関係の領域でのルールを指向するようなものだった、といったことは普通わかりにくいような気もします。

緒方 統一的な理念規定があったら、たとえば、労働三権の理解などは違ってきますか。

中窪 憲法は非常に抽象的で、格式も高いものから、具体的な法的効果を引き出しにくいところがあ

ります。労組法の中に憲法28条のようなものがある、かつ、その制限や妨害を不当労働行為とする規定があったとすると、労働委員会がいろいろなルールをより具体的につくるのは、難しくなかったのではないのでしょうか。

アメリカでも、たとえば使用者がつくったさまざまな企業秩序に関する規則について、これは被用者の権利を侵害するからだめという形で、NLRBが判断をルール化しています。使用者の側は過剰な介入だと反発したりしていますが、たぶんそういうところで、労働委員会がもう少し踏み込んでいったのではないかと思います。

富永 さきほどの米津論文のところでも思ったのですが、労組法の射程は広くあってもよいはずなのに、なぜか結構限定されています。何か背景があるのでしょうか。

中窪 論文に戻ってしましますが、理念を高く掲げた憲法と、途中で腰砕けになってしまった労組法とのギャップではないのでしょうか。逆に、憲法28条だったら、それこそ裁判所が、権利の保護・実現の主体として頑張っていかなければならないのですが、それが本当に期待できるのかという問題もありますね。

いずれにしても、この論文で、個人的には一つの環が完結したという感じを持っています。私はアメリカの法律の9条にある排他的交渉代表制度から研究を始めたのですが、その後、7条の被用者の権利が基本にあり、非常に重要だということに気づきました。それを日本に持ってきて、立法過程をいろいろ調べ、良くも悪くもこういうことになったという検討をすることができたのですから。

(12) 大内伸哉「労働委員会制度に未来はあるか？ ——その専門性を問い直す」

● 紹介

中窪 これは労働委員会制度70周年の中の特集の一つですけれども、とくに最近、都道府県労委のほうでは個別紛争のあっせんを多く扱っていて、かなりの県ではそちらのほうが多いわけで、救済命令はもう何年も出したことがないところもあります。これに対して大内論文のポイントは、労働委員会の専門性はそこにはないだろうということです。集団的労働紛争の専門機関として歴史を刻んできた労働委員会が、個別労働紛争の解決まで取り扱うのは、いわば専門外のこと

に手を出すことであり、むしろ労働委員会の権威を損なうことにならないか、と言っています。

そういう問題意識から、まず労働委員会の歴史を、その発足から昭和24年改正の過程、それから今日までの展開としてまとめています。当初は争議調整、その後は不当労働行為を通じて、戦後の労使関係で重要な役割を果たしてきたものであり、少なくとも平成に入るまでは、集団的労働紛争の解決機関として、その付託された役割を十分に果たしてきたと評価できると言っていますが、その際、労働委員会の役割は、集団的労働紛争、利益紛争の解決にあったことを強調しています。つまり、集団的労働紛争の本質は、労使自治の枠内で自主的に解決するのに適した利益紛争である、労働委員会はそのためにつくられた専門的な機関である、ということです。

ところが、近年は権利紛争化が進行していると懸念を示しており、1つめには、さきほどの司法救済との共存で、裁判所の民事事件における法理が、労組法7条の解釈として労働委員会の行政救済にまで入ってきているという指摘。2つ目として、救済に当たって——第二鳩タクシー事件（最大判昭52・2・23民集31巻1号93頁）でも言っていますが——裁量権と言っておきながら、その基礎にある民事的な法律関係が重視され、それが結局、労働委員会の救済をも枠づけてしまうという形で、権利紛争処理化の圧力がかかっている。3つ目として、いわゆる駆け込み訴えも含めて、最近、実質的な個別紛争が団交拒否や争議調整の形で労働委員会に持ち込まれているわけですが、そういうときに本当に問題を解決するためには、やはり個別の権利義務に応じた判断をせざるをえない。そういう面からも権利紛争化が進行している、と指摘しています。

これをどうみるか。もちろん、良くないという立場でありまして、労働委員会の機能は、そうではなくて、救済命令の内容を集団的な観点から、裁量権をもって確定していくところにあると言っています。個別紛争については、裁判所、労働審判でやるべきであって、労働委員会はそういうものを扱うようにはつくられていないのだということです。では、ここで労働委員会を、それにふさわしいものに改めたらいいではないかという議論についても、個別紛争の解決システムが未整備であった90年代であればいざ知らず、現状では、屋上屋を架すようなものであると厳しく批判していま

す。

そうすると労働委員会はどうすればいいのか。本論文によれば、不当労働行為などの集団的な紛争、かつ、権利紛争ではない判断に活路を見いだすべきであるということです。私は昔、すべての事案で中労委の再審査を経由させ、労働委員会としての法理をつくるべきではないかということを書いたのですが(中窪裕也「救済システムとしての労働委員会」日本労働法学会誌72号5頁)、それに対しては、再審査というものの自体が非常に阻害要因となっている、むしろ再審査はやめにして、中労委では法律判断だけを統一するための手続きをつくって、それ以外は都道府県労委から直接、取消訴訟を起こさせるほうがよいと主張しています。それから、都道府県労委の事件処理においては、和解を基礎とした調整的な解決で、三者構成のメリットを活かして、柔軟に迅速にやるべきであると述べています。

ということで、本論文の基礎には、労働委員会が、労働組合の関与する集団的紛争、利益紛争にいわば帰るべきだという考え方がずっとあるのですが、ただ、それにどこまで未来があるのか。最後のところでは、組合そのものが衰退している現在では、ひょっとしたら労働委員会の未来も厳しいものになるかもしれない、と言っています。

● 討論

中窪 この著者にしては、と言うと叱られますが、比較的穏当な、かなり現実に即した議論をしているように思います。

指摘されていますように、90年代に個別紛争が非常に増えたときに、労働委員会が個別紛争を扱うように正面から大きな制度改革していれば、という点は、私も同じ思いを持っています。個別労働紛争解決促進法や労働審判制度ができた今となっては、なかなか難しい。他方で、では集団法に未来があると言われると、これまた大変厳しい。そういう中で、少なくともさきほどの中労委の関与の仕方に関する提案は、一つのありうる方向かとは思いました。

緒方 大内先生が言う権利紛争的処理化の方向に労働委員会が動いているというのは、そのとおりではないかと思えます。労働委員会なのに、とても民事的な発想に基づく判断が行われる傾向がある。その大きな理由の一つとしては、取消訴訟における命令取消判

決に対するおびえのようなものがあるように思います。だから、裁判所で維持されるような、裁判所の判断になじみやすいような労働委員会命令を書くことに腐心しているような印象がぬぐえません。

それから、もう1点、これは労働委員会で公益委員の職務にあたりながら感じていたのですが、最近の使用者は、とても洗練されているというか、とにかくきちんと法形式を整えてくるようなところが多いように感じています。それは、弁護士や社会保険労務士といった専門家が企業の人事管理に関与するようになり、法に抵触しないようにしているということだと思うのです。

そうすると、民事的にみると適法な扱いの範囲内にあるように思われる事件が、労働委員会に申し立てられる。ところが、全体としてみると、労使関係のあり方としてゆがんでいる。

そういうときに、それを権利紛争的な処理の仕方をしてしまうと、問題の本質がつかめな感じがします。その意味で、権利紛争的処理化というものから一定の距離をとるようなあり方を考えるというのは、とても重要なことのように感じます。

しかし、他方、労働委員会が扱う集団的労働紛争は利益紛争であると言い切るのも、またちょっと私には違和感があります。やはり基本は、憲法28条であり、これを確実に保障することは重要だと思います。そうしたときに、労働委員会の解決のあり方を調整的な解決に特化していくというようにしてしまうと、労働基本権の所在が曖昧になってしまうのではないかと思います。

中窪 今のご指摘は、私も非常に共感するところがあります。不当労働行為というのは、通常の民事的な権利紛争とは異なるアプローチで考える必要があるとは思いますが、だから権利紛争でないというのは違う。団結権にしろ団交権にしろ、やはり労働者の権利がコアにあって、侵害があった場合には、きちんと是正を命じて救済するというのが制度の本質です。その外延に、ある意味であいまい、柔軟な部分がある。そこを個々の事案ごとに労働委員会で判断して適切な救済をするということで、有機的に結びついていると思えます。本論文の利益紛争と権利紛争の分け方は、しっかりこない部分がありますね。

川田 集団的紛争を利益紛争的な性格があると言っているのは、本質的に労使自治の枠内で自主的に解決

することが適切な紛争という点を重視しているためであろうと思います。集团的紛争であっても、権利の実現に関わる紛争が存在することは確かであり、一般的にはこうしたものは権利紛争に分類されるわけですが、このような権利の実現に関わる問題についても、集团的労使関係の下では労使の自主的な交渉に基づく解決が本来望ましいという考え方を強調するのであれば、こうした紛争を利益紛争的なものと捉える見方も成り立ちうるだろうと思います。とくに、集团的紛争全般における紛争の調整的解決の重要性や、不当労働行為事件における司法判断との関係での労働委員会の独自の意義を重視する場合には、このような見方には有用性があると言ってよいように思います。

富永 いわゆる集团的労働紛争ではなくて、辞めさせられてから労働組合に入る、本当の意味での駆け込み訴えで、団交拒否でねじ込んでくるケースがありますけれど、実は休職処分になったことがだめだというのが紛争の本質だったりします。こういうのは、真正面から休職についてあっせんなどを求めるべきなのではないかと思いました。権利紛争と利益紛争という分け方はともかくとして、本当は個別事件なのにいわばお化粧して上がってきているのは、どうかという気がします。

緒方 個別事件がお化粧して上がってきてはだめだとは思いません。むしろ、個別事件についても、黒か白かの解決ではなくて、第三の解決方法を、労使間での話し合いを介して見いだす、というのは重要なことのように思えるのです。

川田 確固たる意見はないですけれども、個別紛争をある意味、利益紛争的に解決するような機関ないしは制度として労働委員会を考えるとできないのか。労働委員会の強みとしては、やはり三者構成が圧倒的に重要だと思います。とくに紛争解決の場においてはそうです。たとえば、法的に判断するとうなるという方向性がみえていたときにも、みんながより納得できるような解決の仕方を模索するとか、そういう方向に向けた説得を行うといった方向性は考えられないのか。

緒方 そういう方向性は労働審判の役割と重なるかもしれませんね。

川田 労働審判の場合、建前では、実務経験者である労働審判員は労使それぞれの代表者ではないということなので、労働委員会の労使委員と比べると当事者

との接触の密度が違うということは言えるかと思いません。

中窪 東京のように事件がたくさんあるところでは、個別紛争はやらないとしても、駆け込み訴え等、不当労働行為で結構忙しいですから、労働委員会の意義はあると思います。地方に行くと、本体のほうがほとんどなくて個別紛争のあっせんばかりで、しかも労働局よりもかなり少ないとなると、存在意義をどこまで主張できるのか。たしかに難しいところはありますね。

緒方 労働委員会の存在意義に関してですが、労使間で利益調整が必要な場合に、労働委員会は結構良い役割を果たすのではないのでしょうか。たとえば、労働条件変更の話し合いで、労使間で調整がつかないときに、労働委員会という労使関係について専門的な知識を有する第三者の目が入ることで、話し合いが進むということは十分ありうることだと思います。

そういう点からいくと、不当労働行為の事件が少なくても、労働条件の変更にかかる労使間の利益調整が必要な場面はあるはずなので、大内先生が提案されているように、たとえば5県に1つの労働委員会というのではなく、現状どおり、1県に1つでいいのではないかと思います。

中窪 本来ニーズはあるが、労働委員会になかなか持ってこないのは、アクセスしにくいところがあるからでしょうか。

川田 あとは、やはり労働委員会が裁判所に対してもしっかり独自性を主張していけるための方法を考えたい。

中窪 専属管轄権まで行ければいいのですが、今さらちょっと。

緒方 あるいは証拠提出の制限ですね。

中窪 新証拠提出の制限とか、実質的証拠法則といったところは、日本ではなじみにくいですが、もう少し労働委員会の判断を尊重するシステムはあってもいいですね。

緒方 労働委員会の事実認定を尊重してほしいという思いはありますね。

中窪 他方で、裁判所が調べ直してくれたほうがいいという意見もあります。労働委員会に対する不信は、なかなかきつい課題だと思います。

緒方 そうですね。それを意識しておられるからか、大内先生も、中労委を法令解釈の統一化を図る機関と

して位置づけられていますね。

中窪 ただ、地方自治の制度なのだから、なぜ中労委に行かないといけないのか、というほうが最近は強いのでしょうか。

緒方 訴訟の負担もあります。中労委に行くなら、東京へ来なくてはいけないから。

川田 再審査の負担はたしかにある。

緒方 まるで兵糧攻めのように、労働組合の活動資金が尽きていくのを待っているように思えることすらあります。

中窪 それは本当に考えないといけないところです。

おわりに

中窪 以上、予定された論文について、何とか議論を行うことができました。最初に申しましたように、他にも取り上げたかったものが少なくないのですが、私たちの体力もこのあたりが限界です。最後に一言ずつ、お願いしたいと思います。

緒方 この間、政治の分野では、労働法規制改革が大きな流れとしてあり、それを取り上げた特集や論文もありましたが、座談会では積極的には取り上げていません。しかし、労働時間法制については、すでに法案として提案されていますし、将来の労働法制のあり方に大きな影響を与えるようにも思います。次回の座談会ではぜひ取り上げてしっかり議論していただけたらと思っています。

川田 今回取り上げた論文はいずれも知的刺激に富むもので、おもしろく読ませていただきました。個人的にとくに印象的だったのは、それ自体は必ずしも新

規性があるわけではない法制度・法理について、従来見落とされがちであった点に着目したり、過去の歴史を参照したりすることで新たな知見を示した論文です。近年の労働法においては、立法・法改正や新たな判例、あるいは社会情勢の変化等によって検討すべき問題が次々に生じています。こうした新たな問題に取り組むことももちろん重要ですが、それと同時に、既存の法制度や法理の中にも掘り下げて研究すべき問題がなお多く存在するということをあらためて感じさせられました。

富永 私の場合は初参加ということもあって、自分の興味関心に偏ったコメントとなってしまったところもあり、反省しております。就業規則や均等待遇原則、プライバシー関係といったテーマは、現在の労働問題でとくによく顔を出す焦点であり、また興味を惹かれる論文も多くて、大変良い刺激になりました。

中窪 では、これで終了とさせていただきます。

事務局 ありがとうございます。

(平成 28 年 11 月 12 日 東京にて)

おがた・けいこ 南山大学法学部法律学科教授。主な著作に「女性の労働と非正規労働法制」根本到・奥田香子・緒方桂子・米津孝司編著『労働法と現代法の理論—西谷敏先生古稀記念論集〈上〉』（日本評論社、2013年）。労働法専攻。

かわた・たくゆき 筑波大学大学院ビジネスサイエンス系准教授。主な著作に『実践 変化する雇用社会と法』（共著、有斐閣、2006年）。労働法専攻。

とみなが・こういち 上智大学法学部法律学科准教授。主な著作に『比較対象者の視点から見た労働法上の差別禁止法理』（有斐閣、2013）。労働法専攻。

なかくぼ・ひろや 一橋大学大学院国際企業戦略研究科教授。主な著作に『労働法の世界〔第11版〕』（共著、有斐閣、2015年）。労働法専攻。