

学界展望

# 労働法理論の現在

—2002年～04年の業績を通じて—



中央大学教授  
毛塚 勝利



京都府立大学助教授  
奥田 香子



南山大学教授  
唐津 博



筑波大学助教授  
川田 琢之

## はじめに

唐津 それでは、労働法学の学界展望座談会を始めさせていただきます。前回との連続性を考慮して、私が続いて参加するということになりましたので、便宜上、私が進行役を務めさせていただきます。参加者は前回と同様に4名ですが、編集部からは、比較法研究の対象とする国の違いや年代の広がりをお勘して、この4名が参加することになったと聞いております。

さて、今回は、2002年～2004年の間に公刊されました業績を対象としていますが、検討対象には、前回と同様に単行本も加えております。取り上げる業績は、この3年間の業績の中で、労働法理論の進展に寄与している、あるいは新たな視点から理論的検討を加えていると思われるものを、参加者各自がリストアップし、これをもとにしてその中から本日の検討会のために選考したのですが、一応、検討対象領域のバランスも考慮いたしました。なお、各参加者がリストアップした業績は、本誌39頁に選考対象文献リストとして示しておきます。

この学界展望は、労働法学の領域での研究動向を他の研究領域の方に紹介するという意義をも担っていると伺っておりますし、研究動向の連続性や推移には重要な意味がありますので、ここで、前回に取り上げた問題領域についてのその後の議論状況や、最近の議論動向について、簡単に触れておきたいと思っております。

まず、前回取り上げた解雇の問題、企業再編問題につきましては、引き続き高い関心が寄せられております。前者については、日本労働法学会102回大会が「解雇法制の再検討」を統一テーマとして開催されました(日本労働法学会誌99号)。また、法学と経済学のそれぞれの観点から解雇理論・解雇法制論を戦わせるという、意欲的な試みを企てた大竹文雄・大内伸哉・山川隆一編『解雇法制を考える——法学と経済学の視点』が刊行されています。後者の企業再編問題については、例えば、日本労働法学会107回大会で「企業間ネットワークと労働法」のテーマでミニ・シンポジウムが開かれました(日本労働法学会誌104号)、季刊労働法206号が特集を組むといった具合に、活発な議論が重ねられております。近年の関心状況につきましては、年功主義と対比して語られることの多い成果・業績主義について社会的関心が高まっているのですが、

土田道夫・山川隆一編『成果主義人事と労働法』は、成果主義人事をめぐって生じる法律問題を検討した諸論考を収めています。また、集団主義的な雇用管理から個別的雇用管理への移行、進展とともに、労働関係を法的に基礎づける労働契約がクローズアップされるようになりましたが、これに対応して、例えば、使用者の配慮義務論等、労働契約上の権利義務論も活発化しております。さらに、労基法や労働者派遣法等の法改正、職務発明、内部告発者保護や労働審判制度についての新たな法制度の創設等、近時の度重なる法改正や法整備をめぐって精力的な検討が進んでおります。これらについては、本誌40頁以下の、主要文献一覧を参照していただければと思います。

なお、本日の検討会では取り上げませんけれども、共同研究による業績で注目すべきものも少なくありません。例えば、浜田富士郎・香川孝三・大内伸哉編『グローバルゼーションと労働法の行方』、東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法(上)(下)』、毛塚勝利編『個別労働紛争処理システムの国際比較』などを挙げるができます。

それでは、前置きが長くなりましたけれども、検討に入りましょう。まず、労働法の総論的検討に係るものから、毛塚先生、お願いいたします。

## I 総論：ジェンダー分析

### ● 紹介

浅倉むつ子『労働法とジェンダー』

毛塚 それでは、総論の分野では、まず、2004年9月刊行の浅倉むつ子さんの『労働法とジェンダー』を取り上げることにしましたので、私のほうから簡単にご紹介させていただきます。

総論的課題を扱っている1章から3章は、既に雑誌で発表されている論文をまとめられたものですが、このなかで、浅倉さんは、労働法学におけるジェンダー分析の必要性を強く主張されています。労働法のジェンダー分析というのは、「社会的・文化的な性差であるジェンダーという分析概念を用いて、従来の労働法を批判的に解明しつつ、労働法の再構築を図ること」と定義していますが、それは、「ジェンダーの刻印を受けた存在である男女双方の関係性に着目することによって、既存の学問が当然の前提としてきた中立的で普遍的な規範を批判的に再検討すること」だとしてお

ります。

そのようなジェンダー分析の視点から見ますと、現在の労働法、あるいは労働法学は男性中心主義だと規定します。それは、労働法が対象とする労働は、あくまで市場労働としてのペイドワーク（報酬労働）であり、家族圏の労働は、労働法の対象とする労働には含まれていない。対価を伴わない非労働としての家事労働、育児、介護等の労働は、労働法の対象外に追いやられてきた。つまり、労働法においても、ほかの法分野と同じように、公私分離論が確実に貫徹されており、労働法全体の理論がその影響をこうむっていると、こういうふうに言うわけです。したがって、その労働法の指針する人間像というのは、公共圏では権利を剥奪されているがゆえに資本に従属している男性労働者であって、家族圏でも男性に抑圧されている女性労働者ではない。

二つ目に、家族圏の労働が公共圏の労働と切り離されて、前者は後者に劣るという前提のもとで法的な課題が語られる。

三つ目に、労働法は、成立時から伝統的に女性労働者を視野に入れ、女性労働を労働法の保護対象にしたにもかかわらず、女性問題は労働法理論の中心的な位置を占めることなく、理論的にも周縁的で補助的な労働として位置づけられてきたと、こういうふうに現在の労働法を分析しているわけです。

そのような現在の労働法を脱構築するためには、労働者モデルそのものを修正する必要があります。そのためには、女性ならではの経験を中心に置く理論の展開、つまり女性中心アプローチが求められると。この女性中心のアプローチというのは、労働法が対象とするすべての世界に女性が存在しないこと自体を問題として問いかけ、女性が疎外されている事実の意味合いを解明するとともに、目指すべき社会とは、性別を根拠にした社会的不平等を追放し、だれもが公正に処遇され、職業も家庭も大切にす新しい価値に支えられた社会を追求するものと、こういうふうに述べております。

この女性中心のアプローチをとった場合、具体的な課題として、労働法の適用対象を、正規従業員のみならず、雇用類似の従属労働状態にある自営業者の権利保障も重要な課題とすべきであり、また、労働法は、これまでも社会的マイノリティにはそれなりの関心を払ってきたけれども、外国人女性労働者問題、とりわけ性産業や風俗産業で働く外国人女性の問題を解決す

るに当たってはほとんど無力であったことを認識し、避けて通れない法的課題として位置づけるべきであるとしています。

このような労働者概念の見直しや外国人女性労働者問題への取り組みと並んで、女性中心的なアプローチの中核をなす法原理である平等取扱原則に関しては、男女差別に関して、直接性差別と間接性差別の異同を明確にする課題に答え、可能な限り早急に間接性差別禁止規定を立法化することが望ましいこと、非正規労働者差別に関して、社会的身分である雇用形態による差別禁止を規制対象とし、非正規と正規労働者の均等処遇の立法化が不可欠だとしております。

さらに、社会におけるジェンダー差別構造が労働組合に反映していると見る女性中心のアプローチからすれば、労働組合の構成員が共通の利害を有する者であり、その共通の目的の達成のための活動をする団体が労働組合であるという前提の上に構成される労働法理論は見直し、むしろ、労働組合を、時として対立する利害を持つ多様な構成員から成る集団としてとらえ直すことで労働法の再構成を図るべきだと、このように集団的労働法に関しても言及しております。

もう一つ、今申し上げたジェンダー分析による労働法の脱構築という課題以外に、性差別固有の法的問題に関しては支配のアプローチという形で議論をしています。浅倉さんが提起する女性中心のアプローチというのは、キャサリン・マッキノンの支配のアプローチと基本的に考え方が同じだと。マッキノンは、差異のアプローチでは、平等は男性の物差しによって、そこからの距離で判断されるが、支配のアプローチでは、あるグループを劣等な者として扱うべきかが問われる。

差異のアプローチでは、不合理な差別は悪いが、逆差別はよいということでアフーマティブアクションを合理化するものの、理論的破綻は免れない。しかし、支配のアプローチのもとでは、権利を奪われている集団に権利を与えることを目指す措置は、逆差別ではなく、平等をつくり出す機会の確保となるといいます。

こういうことで、支配のアプローチ、あるいは女性のアプローチというものが、構造的な性差別に対して戦う法理であり、間接差別や差別的効果の理論的根拠を提供する理論だと述べているわけです。

今ご紹介しました、浅倉さんの『労働法とジェンダー』という本が、従来の雇用差別法理の研究を超えて新しい意味を持つと思われる点をあげますと、一つは、ジェ

ンダー分析という形で労働法の男性中心主義に対する批判を全面的に展開なさっていますので、批判法学として意義だと思います。

二つ目には、単に批判法学にとどまることなく、従来の労働法を脱構築し、新しい労働法を再構築するためとして、女性中心のアプローチという新しいテーゼを立てていらっしゃるのだと思います。

三つ目には、具体的な性差別に関する解釈論を視野に入れたときに、女性中心アプローチ、あるいは支配のアプローチという形で、従来の支配的な見解と思われる「合理的な理由があれば差別の成立を否定する」相対的差別禁止論に対して批判を加え、積極的な差別是正策の理論的な根拠を探ろうとしている点だろうと思います。

したがって、ここで議論すべき論点を挙げますと、まず第1点は、ジェンダー分析というものを労働法学の中においてどのように位置づけて考えるのか、あるいはどう受けとめるのかです。基本的には、ジェンダー分析を批判法学というふうに理解すれば、それ自体一つの有効な方法としてあり得るわけですから、あまり異論がないと思います。ただ、批判法学を超えて、女性中心アプローチで労働法の脱構築と再構築を行うべきと主張するところに特徴があるものですから、その

辺をどのように受けとめるのかだと思います。

もう一つは、支配のアプローチないし女性中心アプローチという形で議論することで、理論的な根拠を与えようとしている絶対的差別禁止論や積極的な是正措置というものの評価、つまり、解釈論的な側面での理論的成否をどう評価するのかにあるのではないかと思います。

## ●討 論

唐津 ありがとうございます。ジェンダー分析によって現在の労働法の理論的枠組みそのものを問い直すという試みですが、どうでしょうか。

### \*女性中心アプローチによる労働法の再構築

川田 今、毛塚先生がおっしゃった二つの論点のうち、1点目の批判法学という視点については、私も非常にすんなり理解できました。

一方、2点目の、労働法の再構築を女性中心アプローチという形で行っていくということについて、具体的にこの本で述べられていることが、どの程度既存の労働法学の脱構築ないし再構築といえるかという点について、若干の疑問を持ちました。というのも、この本で具体的に主張されていることは、正社員とパートの間の処遇格差の是正や間接差別など、必ずしも女性

## ◎検討対象著作・論文

### I. 総論：ジェンダー分析

浅倉むつ子『労働法とジェンダー』勁草書房、2004年

### II. 総論：自己決定論

西谷敏『規制が支える自己決定——労働法的規制システムの再構築』法律文化社、2004年

### III. 労働法の規制対象：労働者概念

島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」西村健一郎・小島典明・加藤智章・柳屋孝安編『新時代の労働契約法理論——下井隆史先生古稀記念』信山社、2002年

鎌田耕一「契約労働者の概念と法的課題」日本労働法学会誌102号

### IV. 解雇

三井正信「準解雇の法理(1)～(5・完)」広島法学27巻1～4号、28巻1号

### V. 団体法：労働協約と公正代表義務

道幸哲也「労働協約による労働条件の不利益変更

と公正代表義務(1)～(4・完)——判例法理の検討と公正代表義務法理の再構築」労働判例851号、853号、855号、857号

大内伸哉「労働条件の変更プロセスと労働者代表の関与」日本労働研究雑誌527号

### VI. 公務員労働法

渡辺賢「適正手続保障としての労働基本権(1)～(2・完)——公務員の労働基本権再考のための覚書」帝塚山法学5号、6号

### 【参考】

川井圭司『プロスポーツ選手の法的地位——FA・ドラフト・選手契約・労働者性を巡る米・英・EUの動向と示唆』成文堂、2003年

永野秀雄「プロ野球選手のパブリシティ権と著作権法の機能——ゲームソフト訴訟における著作権法理、契約法理、労働団体法理の交錯」浜村彰・長峰登記夫編『組合機能の多様化と可能性』法政大学出版社、2003年

中心アプローチをとらなければ出てこない主張というわけではないものが少なくないように思われるのです。そうすると、脱構築、再構築ということで具体的に目指すものの意味がどの辺にあるのかということが、若干疑問というか、十分に理解しきれなかったと感じています。

奥田 今日ではさまざまな学問領域でジェンダー分析が行われていますので、労働法にそれを取り入れて既存のものを根本的に再検討していこうというのはとても意義のあることだと思います。

ただ、ジェンダー分析を持ち込むことによって、労働法の中のさまざまな問題をあぶり出していくという点では、つまり分析概念としては非常に有益だと思うのですが、一方で、女性中心アプローチによる労働法の再構築ということになりますと、それによって従来の労働法の理念や規範体系というものがどのように組みかえられるのか、あるいは寄って立つ理念や憲法規範は何なのかなど、もう少し展開を見ていかないとわかりにくいと思う点がありました。

しかし別の点から見ると、浅倉先生は、すべての労働者が無償労働と有償労働の両方を可能にする労働条件下で労働することを確保するための立法政策や解釈原理というものの必要性を提起されています。これを女性中心アプローチに基づく人間像だというふうと考えますと、例えば労働時間規制に関して、無償労働も有償労働も担う人間を念頭に置いた規制のあり方というのが基本になるなど、具体的にそうしたものを少しずつ築いていくことによって、労働法の再構築という方向性が見えてくる、そういう積極的な意義もあるのではないかと思います。

唐津 皆さんがおっしゃるように、女性中心アプローチということの意味がまず問題だと思います。その理論的な射程というか、何を生み出そうとするのか、まだ各論的な部分での展開はありませんから、それは今後の問題なのでしょう。しかし、女性ならではの経験を中心に置く理論というのは、どのように評価できるのか。現在の労働法は、男性の経験に依拠したものである、そう解した場合、近年の議論は、労働者モデルの再構成、再構築について、労働市場という局面から労働者をとらえるという方向で進んでいます、ここではまた、交渉力の弱い労働者、強い労働者という議論がありますが、そのような議論とどう関係してくるのか、男、女というのがどういう形で組み合わせるの

かな、と思います。

たしかに、こういった新しい分析視点からは、おそらく今まで見えていなかったものが見えるかもしれないという気がします。けれども、川田さんがおっしゃったように、現在では、例えば家族の問題とか介護の問題も労働法の射程に入ってきたわけですね。その組み入れ方がおかしいというふうにおそらくおっしゃるんだらうけれども、それでは、どういうふうな労働法のあり方を考えるか。これについて、奥田さんが言ったように、無償労働と有償労働の両方を一応想定して労働法規制を考えるとすると、これはかなり壮大なテーマでして、ちょっとどうなるのかなという気がします。

奥田 浅倉先生の議論では、労働法の再構築を考えるときに無償労働もそこに取り込んでいくということになるのかもしれませんが、私は家族圏での無償労働まで労働法の規制対象として想定することには疑問が残ります。ただ、私が言ったのは、無償労働も労働法の直接の規制対象としてとらえるということではなく、基本的な労働条件規制のあり方や基準を考えるときに、中心あるいは前提になる人間の生活のあり方が、男性であれ女性であれ、無償労働も有償労働もどちらも持っている人間の生活ではないかということです。そうした議論であれば、今後の展開につながりやすいのではないかと考えたのです。

唐津 それは規制対象をより広がりのあるものとしてとらえるという意味ですか。

奥田 規制対象というか、規制を考える場合の前提となる労働者像ですね。

唐津 例えば、現在、雇用管理において強調されている成果主義、業績主義というのは、労働成果を生み出すということ、生み出した労働成果で評価しようということですが、そうすると、その人の属性あるいは個別の事情といったことは一応考えないということになる。ところが、実は、家族に介護すべき人がいるとか、あるいは家庭を持っているとか、育児の負担があるとかということを考慮した上での法政策、いろいろなサポートをするような法整備が進んでいるでしょう。この点がいつも理解に苦しむところなのです。その人自身の職業的能力を軸として労働法の体系あるいは理論を考える、ところが、実は介護や育児といったその人固有のバックグラウンドもきちんと踏まえた上で対応していくというのが、うまく私自身の中では結びつかないのです。つまり、例えば女性と一口に言っ

でも、介護もなければ家族もない、結婚もしていない、子供もいないという人もたくさんいます。男性についてもそうです。浅倉先生の批判はわかりますが、逆に、女性ならではの経験とおっしゃるのは、それはむしろステレオタイプに出てきているんじゃないですか。

奥田 その点はおっしゃるとおりだと思います。女性ならではの経験といわれる場合に女性の多様化ということが含まれていないことは私も気になりました。関連することでいえば、成果主義制度について述べられていた箇所、成果主義というのは非常に対等な競争の原理で進んでいくように考えられがちだけれども、家族的責任を持つ労働者を念頭に置けば不利益になる場合があるというような指摘がされていたと思います。私はそこまで配慮すべきかどうかは疑問ですし、唐津先生もおっしゃったように、労働者それぞれの職業的能力とは関連しない属性が労働法における解釈などにすべて盛り込まれるというふうには考えるべきではないと思います。たしかにそのあたりの線の引き方は難しいと思います。

毛塚 浅倉先生の「女性中心のアプローチ」というものが、構造的な性差別をターゲットにしていることには間違いないわけです。しかし、女性中心のアプローチが、批判法学を超えて何らかの新しい労働法の再構築を求めるときに、無償労働を含めて議論をすれば、結果的には労働法という枠組みは離れて、むしろ社会法といったような別な枠組みで労働法が対象としてきた問題領域をとらえるということになるのかなという気がします。有償労働というものを前提にした労働法の枠組みを意識的に破る。労働法の脱構築といい、労働法の再構築というのはそういうことなのかなと受けとめました。

もともと差別論というのは、論理的には労働法の解体を促す論理を内在させています。市民社会における市民権ないし公民権の確立を求める、すぐれて市民法的な論理ですから、労働の領域で発生する問題を対象にしても、それは労働法である必要はないわけです。女性中心アプローチが、有償労働と無償労働、あるいは公共圏と家族圏双方を視野に入れこれを踏まえて問題を考え、統一した法的枠組みを志向するとすれば、労働法から社会法への転換ということを求めていくことになるのかなという印象です。

唐津 仮にそういう方向にあるとしても、労働法には、例えば男性の経験に基づくものであるとか、ある

いは有償労働だけを対象にしたのかもしれないけれども、労働一般に普遍的に妥当するルールみたいなものを探り当てるために理論的な展開をしてきた、そういう面もあるのではないかと思うのですが。そう考えると、有償労働に特殊なルール、あるいは労働一般に普通に妥当するルールというように、労働法のなかには、特殊なルールと普遍的なルールというものがあるのではないのでしょうか。

毛塚 最初から有償労働に限定して議論を始めるのではなく、有償、無償も全部含めて、労働という世界で発生する問題を労働問題として理解しようということになると思います。となれば、従来の労働法システムは使えない。

唐津 労働法のシステムとしての有用性が限られるということわかります。私が言いたいのは、そういうことではなくて、このような新たな女性中心主義アプローチでもいいですから、そのような新たなアプローチをする場合には、私なら、今までの労働法の理論的成果みみたいなものも取り入れて新しい理論体系を考える、そうすると、今までの労働法と切断する必要もないわけです。今までは、バイアスがかかっているとか、あるいは完全な男性モデルであることが歴然としている、そこで、一つの理論的なモデルという形で、これを修正する、そのように主張することは可能かもしれません。けれど、労働法ルールのなかには、男性であるとか女性であることとは関係がないものもあるのではないのでしょうか。従来の労働法は全然発想が違うし、その分析の視点は誤っていたから、それは一度解消してしましましょう、ということで足りるのかということです。ですから、従来は男性中心アプローチであった、したがって、今後はこれに対して対句的な形で、女性中心アプローチで、という議論の持っていく方はあまり生産的でないような気がします。

毛塚 女性中心アプローチが目指す社会というのが語られているわけですが、それは先ほどもご紹介しましたように、性別を根拠にした社会的な不平等を追放して、だれもが公正に処遇され、職業も家庭も大切に新しい価値に支えられた社会ということなんです。法というのは社会を構成する原理でもあるわけですから、女性中心アプローチはこの点をどう考えるのか。あるべき社会を語っただけでは、そこに至るシステムは何も出てきません。女性中心アプローチが批判法学を超えて新しい解釈的な手がかりを与えるものに

なるためには、もう一つ、具体的な原理というものを示す必要がある。これは差別論的アプローチのすべてに共通する問題と思いますが、国家と個人の間にある中間的な空間を、それが公共圏であれ家族圏であれ、どういう構成原理で自律的なシステムとして作り上げていこうとするのかが見えてこない。家族や部分社会のすべてを公共圏に移し、国家の前に裸にするだけとすれば納得できませんので。

とはいえ、労働法が男性中心のアプローチをしてきたと言われる点はそのとおりですし、労働法的な枠組みの中で労働問題を考える時代が終焉を迎えつつあることを、認識させてくれる意義は否定できませんが。

#### \*女性中心アプローチによる差別禁止論

もう一つの疑問は、人種や国籍、最近でいいますと年齢や障害者まで差別をめぐる議論は豊富ですが、そういう差別禁止アプローチと女性中心アプローチというものの関係がもう一つ見えてこない。解釈論的にいえば、絶対的差別禁止論を性差別だけにとるのか、憲法で列挙されている他の社会的差別にもとるのかです。

奥田 その点でいいますと、絶対的差別禁止論をとった場合に、憲法14条との関係はどう考えられるでしょうか。憲法14条は基本的に相対的平等論をとっていると思いますし、これまでは労働関係における性差別についても、その枠組みの中で平等原則というのを考えてきたと思います。女性中心アプローチがその枠組み自体を問題にするのだとしても、性別による異なる取扱いの多様性や、他の差別類型との関係など、もう少し吟味が必要ではないでしょうか。

毛塚 憲法学の中にも、社会的な差別に関して、14条の中に列挙されているものに関しては、絶対的差別禁止という理解をとるものも一部あるんじゃないでしょうか。

奥田 この場合、性別による差別と他の差別類型との間で、憲法14条の解釈が変わるという理解ですか。

毛塚 女性中心アプローチからすれば、性についてだけ絶対的差別禁止論をとるということも考えられる。絶対的な差別という理解に立てば、性を理由にする差別はいかなるものであれ認めない。合理的な理由を問うことをしない。それは解釈論として成り立ちうるんじゃないかと思いますが、いかがですか。

川田 論理的にはもちろん成り立ちうると思いますが、その場合、格差の成立の問題と、合理的理由の問題の振り分けについては慎重な吟味が必要になると思

います。現在の裁判例などをみると、相対的差別禁止という枠組みの中で最終的にはどちらも判断対象になるということから、両者の振り分けは必ずしも理論的に十分に詰められていないという気がしますので、現在の裁判例の考え方を前提としてそこで格差の成立が認められれば合理的理由を問うまでもなく差別成立を認めるという形の絶対的差別禁止論だとすれば、それには疑問があります。個人的には、手続的視点も加味した裁判規範としては、調整的な要素すなわち相対的な要素を完全に排除することは適切でないと考えています。

毛塚 浅倉さんは、憲法学でも相対的差別禁止論が主流という状況に対しては批判的で、支配のアプローチをもってすれば絶対的差別禁止論というものをとれるし、とるべきだということだと思います。

私は一般的な平等原則と社会的差別の禁止はやはり分けて考えていますので、さきほど奥田さんがおっしゃったような意味で、平等原則と抵触するとは必ずしも思わないのですが。

川田 私は、むしろ、浅倉先生が差し当たって主張したいのは、間接差別のように、合理的根拠による正当化は認めるけれど、格差があるところには差別があるということからスタートして考えていくべきだ、ということか、あるいは、従来合理的根拠と考えられてきたものの多くは実はそう考えるべきではない、ということなのかと思うのですが。

毛塚 間接差別もそうでしょうし、もう一つ、アファーマティブアクションが逆差別になりうる論理をふさぐということでしょう。構造的差別がある中では、差別をなくすことが差別として理解される余地はない。これが女性中心アプローチあるいは支配のアプローチの利点だということだと思いますが。

奥田 それは相対的平等論の範囲内でできるものではないでしょうか。つまり、不平等の中で権利を保障していくための是正措置ということであれば、それは合理的理由のある区別の範囲内であって、相対的平等論で考えられるのではないかと思います。ですから、この絶対的差別禁止論というのは必ずしも有効ではないと私は思うのですが。

川田 ただ、アファーマティブアクションに関しては、相対的平等論でいくと、やっても違法ではないということまでで、積極的にやっていくべきだという話は十分出てこないんじゃないでしょうか。

奥田 支配のアプローチであればそれが出てくるということですか。

川田 そうです。

毛塚 それだけですと、女性中心アプローチや支配のアプローチを積極的に評価する意味はあまりない。

川田 もう少し具体的な考え方が出てきたときには積極的に評価される可能性はあると思います。

唐津 そのような分析視点に基づいて体系づけられる、基本的な考え方をどう展開するか、それが問題でしょう。

川田 そういう意味では、たしかに理論体系が構築途上であるということなのでしょうね。

唐津 性差別も含めて、それぞれが持っているいろんな属性による差別がなく、それぞれが人格的な価値を認められ、かつ日常レベルでいえば職業生活も家庭生活も大切にす、という価値観、これについては異論がないところでしょう。ですから、そのような観点から、現在の労働法規制を見直して、従来の理論を検証していく、これについてもまた異論がないでしょう。ジェンダー分析には、方法論としては、新しいものを生み出す可能性があると思われますから、浅倉先生にはぜひ各論的な展開を期待したいと思います。

## II 総論：自己決定論

### ● 紹介

西谷敏『規制が支える自己決定——労働法的規制システムの再構築』

唐津 それでは、引き続いて、総論にかかわる議論として取り上げるのが、西谷先生の自己決定論です。

奥田 西谷教授は、1992年に刊行された『労働法における個人と集団』（有斐閣）を代表としまして、自己決定理念に基づく労働法の再構成を論じてこられました。今回の書物も基本的にはその延長線上に位置づけられますが、この間の状況変化や、西谷教授の理論をめぐって展開された議論状況などにも留意されながら、あらためて自己決定に基づく規制システムとしての労働法の将来像を提起された内容になっています。

本書は、1990年代以降の労働法をめぐる変化の諸相を整理した第1部、法における人間像と自己決定について論じた第2部、労働法的規制システムの再構築を論じた第3部から構成されています。中心になるのは第3部ですが、その前提として労働法の人間像と自

己決定概念が整理されています。

主に三つの点を確認しておきますと、第1に、従来から述べられてきたように、「使用者に対し従属的な地位にありながら、絶えずみずからの主体的努力を通じて、こうした従属状態を克服しようと努力する労働者」という人間像が措定されています。そして第2に、従属状態に置かれた労働者の自己決定が形式にとどまる危険性があることを認めながら、なお自己決定にこだわる理由が4点挙げられています。すなわち、①労働者を「保護を必要としつつも自己決定に関与する主体」としてとらえるべきこと、②企業社会での契約の欠如と他方での形式的な契約の過剰という状況、③労働者の多様化、④労働者の自己決定意識です。その中で、自己決定意識については、これまでに言われていた労働者の自己充足的価値観の高まりということにとどまらず、自己決定の不足や自己決定からの逃避に対する懸念が示されています。つまり、状況に流される弱い個人が熟慮の末の自己決定をしないことがあるということで、こうした個人が、みずからの熟慮と決断によって行動するという意味での強い個人に近づくことが期待されています。そして第3に、自己決定権の概念が、「自己にもかかわる事項について他人と共同して決定に関与する権利」と整理されています。

こうした基本的理解を前提として、労働条件決定過程における労働者の関与こそが労働法における自己決定権の中心問題になるとされ、このことが第3部の労働法的規制システムの構造の中でさらに具体化されています。第3部では、労働条件決定の適正さを保障するためのシステムの構築という視点から、新たな労働法的規制システムの内容が展開されています。

そこでは、まず、労働法を、使用者の単独決定に対する規制システムと捉える必要があるとされています。あえてそれを軸に出してこられて、その上で、使用者の単独決定を規制する制度としての労働法は、従来は労働者保護法と労働組合の法認を二大支柱として発展してきたけれども、もう一つの要素として、労働契約および労働者の自己決定を位置づけるべきだということが強調されています。こうした認識のもとで、これら規制の3要素それぞれの性格と相互の関係が分析されています。

国家法的規制については、憲法27条2項の二重の意義に注目し、労働者保護の観点から法律による制限を許容するという側面だけではなく、立法者に対して



法律による労働条件基準設定の義務を課しているとし、日本では、国家が本来介入すべきところに介入していないという意味での「過少禁止」がまさに問題であると指摘されています。

集团的自治との関係での国家法的規制の位置づけについては、何よりも現在の労働組合のリアルな認識から出発する必要性を強調されています。集团的自治については、その歴史的な役割を認めつつも原理的な優位ではないとされ、日本の現状では労働者保護法の果たすべき役割は極めて大きいと言われています。

そして、本書の中心的課題である自己決定の役割ですが、労働契約をその当事者である労働者と使用者に分解して両者の間に存在する緊張関係を視野に入れることで、労働者が一個の規制主体としても把握され、その自己決定あるいは関与が客観的に使用者の単独決定を規制し得ることが注目されています。ただし、その前提として、労働関係における自己決定の特質から、自己決定の二重構造に留意すること、黙示の同意を容易には認めないこと、熟慮に基づかない自己決定に配慮することの3点が必要とされます。それゆえ、真の自己決定を実現するためには、まず、労働者保護法による自己決定の環境整備が必要であり、労使自治による支援が必要であることに加え、さらに、契約解釈や内容コントロールによる裁判所の役割も必要であると述べられていくわけです。

内容は以上のとおりですが、本書については、国家法的規制と集团的自治以外に、個別の労働契約・自己決定という第3の要素を取り出して位置づけたこと、そしてこの三つの規制要素の意義と関連づけを明らかにすることから、労働法的規制システムを新たに構築しようとしたことをどう評価するかが、まず問題になると思います。

国家法的規制の位置づけが明確にされているという点も重要だと思います。これは規制緩和論批判にもなっているのですが、自己決定論が注目されたところから、それを言うとするれば、労使自治や国家法との関係はどう考えるべきか、あるいは労使自治と国家法との関係をどう位置づけるのかということが議論になってきたと思います。例えば、自己決定を重視するために国家法的規制の後退を積極的に主張する規制緩和論が展開されてきましたし、またそれとは別に、労働法学会におきましても、土田道夫教授と大内伸哉教授がミニシンポジウムで労使自治について取り上げられ、お二人の

立場は異なるものの、労使自治の重視という点から、国家法的規制は必ずしも積極的には取り上げない見解を示されていたと思います。これに対して、西谷教授は、少なくとも現在の労使自治の機能の弱さのもとでは、国家法的規制をより重視すべきであるという考え方を今回も非常に強く打ち出されていて、それを憲法27条2項から基礎づけるということをされています。

それから、労働契約と労働者の自己決定そのものを、使用者の単独決定を規制する独自の一要素として位置づけているという点も、今回特徴的なのではないかと思われます。労働契約に従来よりも重要な意義を与えるべきであるという意図が、それによって具体化されることになりまして、さらに、先ほどの国家的規制との関係でいいますと、国家的規制と集团的自治と自己決定というものが共働して使用者の単独決定を規制するという構図を描くことによって、国家法的規制と自己決定が必ずしも対立的図式だけにあるのではないという見解も、そこでより明確にされることになると思います。

さらに、各論的ですが、就業規則に関する取り入れ規制の部分は自己決定との関係でも重要だと思います。就業規則論は判例法理を通じてすでに労働条件の決定や変更について定着した感がありますが、使用者の単独決定が最も強くあらわれている側面であることを考えますと、ここに取り入れ規制の視点を導入しようという見解は今後検討されていくべきだと思います。

最後に、いくつか疑問点を挙げるとすれば、第1に、就業規則のような使用者の一方的決定に係るものについては、先ほどの取り入れ規制とともに適切な内容規制があるべきだとは考えますが、労働者個人の決定や同意についてはやはり別だと思えます。その点で、契約解釈に対する裁判所のかかわり方において真の自己決定がさらに問われることになることとか、あるいは労働者保護法への自己決定の編入にかかわる部分で、それが厳しく制限されているという点には若干の疑問があります。第2に、熟慮しない弱い個人への配慮ということが述べられていましたが、その点に関してはやはりパターンリスティックな印象をぬぐえませんが、個別的自己決定を第3の規制要素とする意義は積極的に評価すべきだと思いますが、そうであるからこそ、配慮が前面に出すぎると、逆に、労働契約が労使の合意であるということや労働者もそれに拘束されるとい

う本質的な部分が少し弱まってしまうのではないかと  
いう点が気になりました。

●討 論

\*従来の議論から何が変わったのか

唐津 ありがとうございます。西谷先生の自己決定論については、毛塚先生は前々回の座談会でも厳しい評価をなさっていますが、川田さんはいかがお考えですか。

川田 私も前々回の西谷論文の、労働者の真の自己決定ないしは第一次的自己決定を重視するという考え方については、前々回の座談会で提示された疑問と概ね同じということになると思いますが、使用者による単独決定の単純な裏返しということになりはしないか、仮にそうでないとするなら、第一次的自己決定の内容を規律するものが実は労働者の意思の外側にあるということになりはしないかという疑問を感じていました。今回の著作においても西谷先生は、真の自己決定ないし第一次的自己決定の重視という視点を基本においておられると思いますので、その点ではやはり同様の疑問を感じました。

唐津 私は幾つか疑問を持っています。ただ、西谷先生のおっしゃりたいこと、つまり、今までも労働者の意思、自由意思に着目した理論構成はあったわけですが、この労働者意思により重要な意義を与え、国家法や集団的規制、国家法というのは労働者法規で、集団的規制は組合による労働条件規制ですが、そういったものによる支援を整備した上で、労働者意思というものを自覚的に労働法体系の中に位置づけようとする、そのこと自体には異論はありません。でも、それでなぜ「自己決定」かということ、私にとっては、それは簡単には結びつかない。あえて「自己決定」と言わずに、自由意思と言ってもいいし、自由とか権利とか、ほかの言葉でもおそらく説明はできるでしょう。自己決定という言葉の持つ意味、西谷先生からすれば、自己決定の議論が規制緩和論に利用されているという意識があるので、今回の著作では、規制という面を非常に強調する議論を展開されているようだけれども、「自己決定」という概念をどうとらえるか、これが問題だと思います。「自己決定」を分析の道具にした場合、いろんな面で調整をしなきゃいけない。そうすると、労働法規制や労働法体系を理論化するにさいして、自由意思とか、私は契約意思という言葉で説明をした

いているんですが、そういう従来の用語、概念ではないものを使った場合には、「自己決定」というものについての一つのイメージ、受け止め方がありますから、そのような調整が難しい。

ただ、西谷先生の「自己決定」が、関与権とか、あるいは自己にも関わるが他人にもかかわる事柄の決定、確定に関与する権利というようなことになると、従来強調されてきた労働者の自由意思とは少し違うのかな、という気がします。また、「自己決定」をキーワードにした他の法分野における理論成果を取り入れながら、「自己決定」によって新たに労働法規制を組み直すということですが、何かすごく窮屈な議論展開になってきているのではないかと感じます。

真の意思を探り出すため、裁判所に非常に大きな期待を寄せているところがありますが、現在でも、裁判所は、労働者の自由意思を探りながら、利益調整という観点から紛争解決に当たっていますが、法技術的に、「自己決定」という分析道具で果たして紛争解決ができるのかという、そういう気がします。

毛塚 自己決定論への批判を繰り返す気はありませんが、労働法の生成の論理も、発展のダイナミズムも、自己決定論ではなかなか語りにくいと思います。タイトルが悪いというのか、弁明の書という印象を受けざるをえないというのが率直な感想です。それはさておき、これは奥田さんにお伺いしたいのですが、前から西谷先生は憲法13条を中心にして権利体系を考えていたと思うんですけれども、例えば生存権の入れ方などは以前と変わらないのでしょうか。

それと、もう一つ、労働法を使用者の単独決定権に対する規制というふうに理解すると、労働市場法というのはどういう位置づけになっているのでしょうか。

奥田 後者からいきますと、労働市場法としての位置づけは今回の議論の中で必ずしも明確には出てきていないように思います。もちろん、労働契約の締結過程などに関して国家法的規制の一つとして入ってくるとは思いますが。

それから、憲法13条を中心にしたながらも生存権を根拠として組み入れるという関係は、これまでと変わっていないと思います。例えば労働者保護法の部分では生存権の側面に言及されていますし、逆に従来よりも生存権への言及が強くなったわけでもなく、両方の原理をどう調整していくかという部分は、従来から大きくは変わっていないのではないのでしょうか。

毛塚 それと、やや違和感を覚えたのは、規制システムという言葉が今回使っている点です。私はどちらかといえば労働法をシステムの的に捉えてきた方ですから、システムという表現をとることに反対ではありません。ただ、それは、システムが自己創出性や自己組織性を内在させているからです。オートノミーが不可欠不可分なシステムという概念からすると、規制システムという表現は理解しにくい。どういう意味を込めているのでしょうか。

奥田 それが説明されている箇所はなかったと思うのですが、毛塚先生がおっしゃるような意味でのシステムかどうかはわかりませんが、システムという言葉が使われていることを自己決定との関係で考えますと、一つは、使用者の単独決定を規制するプロセスに、労働契約・労働者の自由意思を含めた三つの要素を関連づけて位置づけること自体に、「規制システム」として表現することの意味があるのではないかと思います。

もう一つは、自分にもかかわることについての決定プロセスに関与するということに意義があるのではないのでしょうか。前著を出されてから、自己決定論というのは結局プロセス論にしかならないのではないかという批判もありましたが、西谷先生の議論では、内容の合理性あるいは妥当性も視野に入るのでプロセスだけではありません。とはいっても、やはり労働条件を決定するプロセスに自己が関与していくという点は常に強調されていますので、そこに規制システムという表現を使ってらっしゃるように思います。

#### \* 自己決定論と労働者像

唐津 西谷先生の論理に即して考えてみたいと思いますが、先生は、自己決定について、熟慮しない弱い個人へ配慮するというようなことをかなり意識されています。個人は弱いものです、私もそう思います。ところが、先生の労働者モデルは、これとはちょっと違うのではないですか。そのモデルは、非常に建設的なモデルです。従属的地位にあって、かつ主体的努力を通じて従属状態を克服しようと努めている人間だと、これがモデルなのです。

このモデルには、強いとか弱いとかいうことは、入ってこないと思うのですが。

奥田 ここで言われている「弱い個人」というのは、労働者が熟慮せずに自己決定してしまう場合があるということが念頭に置かれているのですが、たしかにそのような弱い個人の自己決定について配慮しなければ

ならないということを強調されています。しかし一方で、弱い個人が熟慮に基づいて行動する強い個人になっていくことを期待するという意味が与えられています。その点では、一定の配慮をしながらも、建設的なモデルを追求されているのだと思います。

唐津 西谷先生の立論は非常にパターンリスティックだと思うのです。自己決定と言いながら、強いとか弱いとかに配慮する。非常に単純な議論に聞こえるかもしれないけど、やはり自己決定と言った以上は、いったんそこで突き放してそれが法的評価の対象となる、そのような議論なのではないのか。ところが、自己決定の権利は他人のことについてもその決定にかかわる権利であるというふうな議論ですので、そのような形で自己決定だったら、やはりずっと入ってはこない、納得しにくい議論です。

奥田 弱い個人に配慮するという点については、私も、最初に述べたように、疑問を感じています。全く何もない状態で従属的な関係に置かれている労働者であれば、思うような決定ができないことに配慮するというのはおかしくないと思います。そのために一方で集团的自治による下支えがあって、他方で国家による法的規制が重視されています。しかし、こうした二つの基盤ができたときに、そういう状態でなされた労働者の自己決定にさらに配慮を重ねていくという趣旨だとすれば、結局、契約や自由意思の意味がかなり減殺されるように思います。

唐津 契約について言えば、交渉ですからいつも自分の思いどおりに契約を締結できるとは限らない。そうすると、契約締結後に、現状を覆して、真の自己決定がなかったと裁判所で争うというのは変な感じがします。契約締結時とか、もちろん契約締結のプロセスとか契約内容についても審査することになるのかもしれないけど、どこかの時点で、法的評価を下すわけでしょう。それについて、労働者はその結果を引き受けなきゃいけない、自己責任とは言いたくないけど、それが法的な判断枠組みではないのか。

あと、関与権という用語はどうですか。関与権という言い方は非常に第三者的な言い方のような気がします。関与する、かかわるといっては、だれか他に主体がいて、それに追加的に参加するというような語感があるのですが。

奥田 参加というのはただその場に居合わせることも含まれますが、関与権というと、自分がかかわるべ

きところにかかわっていくという、より強い意味で用いられていると理解しているのですが。

唐津 単なる参加ではない、強い意味であるというのは、そうなのでしょうが、自己決定というときには、関わりというよりも、労働者自身が当事者ではないのか、と言いたいわけです。

奥田 それはそうですね。結局、当事者であるのに実際にはかかわっていないということが問題なのだと思います。もっとも、関与権という言葉が出てきたのは、とくに労働基本権にかかわる部分で、それを再構成する際のキーワードだったように思います。

唐津 そのような意味づけによって、労働基本権が自己決定論と接合するのですね。

西谷先生のように、労働法というのは使用者による労働条件の単独決定を規制するものであるという理解、それは一つの見方だと思います。しかし、労使紛争が生じた場合、労使の一方の単独決定ではなくて、その相手方も決定にかかわっているわけでしょう。だからこそ、労働者について自己決定があったかどうかという問題が出てきます。そうして、そのような相互の決定について利益調整をするという形で紛争解決を図らざるを得ない。そうすると、労働法を単に労働条件の単独決定を規制するものというように理解することは、ちょっと一面的過ぎるような気がします。この点ではむしろ、かつての菅野・諏訪論文で、労働法とは交渉力に劣る労働者を支援するさまざまなサポートシステムだと理解して、労働法の各種規制が整理されましたが、その方が、労働市場の面も含めて、労働法規制をトータルに把握するような理論枠組みといえるかもしれません。自己決定論で労働法を説明する、理論的に整理するというの実質的な意味というか、働きというか、それによってどのような理論的成果が出てくるのかということが、気になります。労働法は権利保障の体系であるという古典的な把握でもいい、と思っているのですが。

川田 西谷先生の議論の中では、労働者に拒否権を与えるようなタイプの規制をして、その中で労働者に判断をさせるべきであるという趣旨の主張が随所に見られるように思うのですが、私も、これが西谷先生のいわれる自己決定をほんとうに実現することにつながるのかという点は疑問に感じました。あるいは西谷先生の意図、自己決定の意味を誤解しているのかもしれませんが、私としては、自己決定ということを用

であれば、情報格差を埋める、あるいは外部労働市場を整備するなどのアプローチのほうがよいのではないかという感じがするのです。

唐津 自己決定と言いながら、一定の規制をしなきゃいけないという議論ですね。一定の場合には自己決定を否定する論理も展開されています。そこら辺が苦しいと思います。この論理は全然矛盾しないと論じられていますが、そう論じられているということ自体、逆に言えば、この議論が矛盾の契機をはらんでいることを示しています。

川田 先ほどの唐津先生の窮屈なという評価につながるのかもしれませんが、西谷先生の議論では、自己決定の意味自体が結局のところ、特定の制度、規制を前提とした限られた選択肢の中での選択という形で縛られているというような感じがします。

唐津 契約当事者の視点から私的自治を見直すというふうにおっしゃっていますね。それはなぜかという、契約当事者に対等性が失われているからです。でも、当事者の立場から当該関係を考えていこうという場合に、だれが考えるかという、裁判所が考えるのです。そうすると、裁判所が紛争解決に当たって自己決定論的なものを判断基準にできるかなという、そういうふうな気がします。

毛塚 さきほどの浅倉さんに対する批判とも共通するんですが、やはり自己決定といった理念で労働法を語るという部分から始まって、西谷さんの場合は、自己決定権を労働法の中核にすえて労働法の再構築をなさろうとされたけれども、結局、自縄自縛に陥っている気がします。「規制が支える自己決定」という形で書かれると、今まで西谷さんの自己決定論に依拠して発言した人たちも、自己決定と言いにくくなるんじゃないですか。

奥田 たしかに今回の書物では規制が支える自己決定という形で、国家的規制がかなり強調されていますが、今までの西谷先生の自己決定論でもそれは含まれていて、今回唐突に出てきたわけではありませんので、それによって自己決定が言いにくくなるというものでもないと思います。

#### \* 「自己決定論」の意義

毛塚 問題は、自己決定論というのは、国家依存型論理だということです。さきほどの女性中心アプローチにもいえるのですが、労働法では、オートノミーを通して問題を解決していくといった労働法固有の問題

解決システムを膨らますことが必要だと思うのですが、それを欠落させてしまう。例えば西谷さんのいう第一次自己決定と第二次自己決定の矛盾は、歴史的に規定された矛盾でも労働世界に固有の矛盾と思えませんので、それ自体の中に新しいものを生み出す力はない。裁判所や法的規制に依存して解決を志向しがちであるのも、自己決定論は、社会システムの原理や法原理を生まないからです。内容をもたないだけに国家依存の法を志向する論理にもなるし、労働法の特長をも軽視することにもなる。例えば、団体法や労働者保護法、労働契約法の規制システムについて語るけれども、それは自己決定論から出てくる必然性として語られるものではない。たまたま現在三つの分野があるから語っているにすぎない。

唐津 でも、労働者個人の自由意思に着目して、一定のハンディを背負っている労働者の利益を確保するため、労働者の意思にかんに着目した理論構成をする、このような議論展開はこれまでもあったわけです。西谷先生は、その点に着目して、自己決定論が労働法の中から出てくるのだというように理解されているのではないですか。もちろん労働法自体からは自己決定論は出てこないけれど、まさに労働法でこそ自己決定が要求されるのだという議論なのでしょう。

いずれにせよ、浅倉先生のジェンダー分析論も西谷先生の自己決定論も、労働というものは一体どういうものか、労働法をどうとらえたらいいのか、ということを考えてみるときに、また、研究者がそれぞれの労働法理論を展開していく、構築していくにあたっては、踏まえておくべき、非常に刺激的な議論であることは間違いありません。

### III 労働法の規制対象：労働者概念

#### ●紹介

島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」

鎌田耕一「契約労働者の概念と法的課題」

唐津 それでは、次に、島田さんの「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」の内容を紹介させていただきます。

本論文は、事業所の内外を問わず、業務請負契約や業務委託契約という形式で就労する者の増加という状況のもとで、労働契約以外の労務供給契約の形式で企

業に労務を提供している者で、雇用に類似する要素を含む労務供給契約に基づいて就業する者、島田さんの用語では「従属的就业者」というのですが、この「従属的就业者」に対する労働法理論及び制度の適用可能性を論じたものです。

労働法上の制度及び理論の適用は、当該就业者が労働法上の労働者であるか否かによって決せられるのですが、これは二分法的な判断ですから、労働法の適用範囲の確定に際しては、どうしても労働者該当性の判断が困難なグレーゾーンが生じてきます。そこで、労働者的要素と自営業的要素をあわせ持つ就业者については、労働者概念の拡大によって、これを労働法規制の対象に取り込むという対応が考えられるわけですが、島田さんは、労働者概念の拡大という手法だけに頼るのではなく、従来の労働法の部分的な適用という柔軟な措置の必要性が高まっているとして、結論的にいえば、「従属的就业者」に対する労働法規制の部分的適用を主張されています。

まず、労働契約法理ですが、労働契約以外の契約の中に、被用者的要素がある場合には、その程度に応じて労働契約について形成された法理を適用すべきであるとして、例示として、契約関係継続の期待的利益を確保する解雇権濫用法理の適用が可能であると論じられています。次いで、立法政策的観点からは、フランスのシュビオ教授の説く社会法の四つの同心円を参考にして、労働法の適用か否かという二分法的な発想ではなく、人的従属性及び経済的従属性の程度に応じた立法政策を構想することが必要であるとして、有償、無償を問わず労務供給者一般に共通する課題、自営業者に関する課題、そして自営業者と被用者との中間領域に属する「従属的就业者」に固有の課題を類別して検討されています。

労務供給者一般に共通する課題としては、生命・身体上の安全の確保、人格の自由及び平等原則の確保並びに教育訓練ないし能力開発に関する課題を、自営業者については、集団的権利、特に団体交渉制度の確立、契約紛争に関する解決制度の整備、契約締結の際の情報アクセスのための支援措置、報酬の適正設定のための措置が挙げられています。そして、「従属的就业者」については、これは後で触れる鎌田さんの「契約労働者」のような、自営業者、被用者に次ぐ第3のカテゴリとして、統一的な法概念として構成する見解に与せず、労働関係立法の趣旨・目的から「従属的就业者」

にも適用すべき場合には、その立法ごとにその適用範囲を定めるのが当面は妥当とされています。ただし、この立場でも、「従属的就業者」と自営業者とを区別する判断指標は必要になりますから、複雑な判断指標ではなく簡易な推定規定を設け、かつ、その判定を簡易迅速に行うことができる行政機構の整備が求められるという主張です。対象となる規制としては、契約解除に関する規制、ここでは解雇予告制度、解雇理由の明示手続の適用が挙げられています。また、報酬支払い確保に関する措置、社会保険の取り扱いに言及されていますが、いずれも今後の検討課題として簡単に触れられているところです。

次に、島田論文で言及されている鎌田さんの見解（「契約労働者の概念と法的課題」）を紹介しておきます。鎌田さんは、労働契約以外の契約に基づいてみずから労務を提供する就業者を「契約労働者」とし、その労務の供給を受けるものをユーザーと呼ぶのですが、第1に、ユーザーが労働法規の適用を回避する意図を持って「契約労働者」を用いた場合には、当事者が労働契約以外の契約形式を選択したことにつき、労働法の趣旨・目的に照らして合理性が存在しない場合、当該契約を労働契約として推定すべきであるとされます。第2に、労働法規適用回避の意図はないが、ユーザーとの間の従属関係があるかどうか客観的にあいまいな場合には、労働者に類似した就業者間の比較均衡の原則と、企業間の不正競争の抑止を論拠として労働法を適用すべきであると主張されています。労働者に類似した就業実態にある者を、労働者と機能的に等価にある者と把握して、労働法上の保護規範の趣旨・目的に照らして、必要な範囲で平等に取り扱われるべきであるとの立論です。具体的には、安全衛生、災害補償、報酬支払い確保に係る法制度の適用が例示されていますが、これらに関するコストは社会的コストであり、このコストは就業形態のいかに問わず生ずるものである限り、これをできるだけ社会に広く分散すべきであり、ユーザーがこれを負担して生産物の価格に転嫁したり、保険制度を利用したりして社会に分散できるようにすべきであると論じられています。

さて、若干コメントしますと、この島田論文、鎌田論文は、いずれも労働法の規制対象の枠組みを再構成しようとする意欲的な議論を展開するもので、大いに知的刺激を受けました。

島田論文については、シュピオ教授の議論を参考に

して、有償労働、無償労働を問わず労務供給一般を視野に入れて、現在の労働法ルール適用可能性を論じている点、また、自営業者についての適用可能性にも言及しており、労働法ルールが労働者や労働契約等を基礎とした法ルールでありながら、実は労務供給一般に妥当する、いわば普遍的なルールの特種適用関係であること、いわば労働契約関係バージョンであることを教えてくれるもので、労働法とは何だったのかと再考を促すものです。

また、鎌田論文は、労務供給者を労働者と自営業者とに区別する従来の二分法的類型化を離れて、新たに「契約労働者」というカテゴリーを提唱して、現行労働法ルールの適用可能性を探るものですが、労働法ルールの適用を、労務供給を受ける側、鎌田さんの言うユーザーの負担する社会的コストととらえて、その社会的コストの社会的分散を論じている点が興味深いものでした。労務供給により利益を得る者は労働法ルールの適用を免れるものではなく、その一部または全部を社会的コストとして受容すべきであるということでしょうか。

ただ、島田論文は、「従属的就業者」という統一的な法概念を構成するのは断念していますが、個別立法の趣旨・目的に応じて、このタイプの就業者への法適用を説いていますので、やはり新たなカテゴリーを想定しているのではないかと、島田さんが自認されているように、個々の立法の適用段階では、やはり適用外の自営業者と適用可能性のある自営業者を区別する判断指標が必要になります。そうすると、契約労働者といったような法概念の定立を否定する必要はないのではないかとおもわれます。

鎌田論文については、「契約労働者」に適用する労働法規もしくは労働法ルールをどのようにして決定するのか、その判断の基準もしくは論拠をどう考えればよいのか、また、ユーザーの社会的コストの負担についても、負担の程度もしくは範囲は問題にならないのか。例えば安全性や災害補償について、労基法等の労働関係法規上の使用者責任をすべて負うのかといった疑問が出てきます。これは、島田さんの被用者の要素がある場合の、その程度に応じた労働契約法理の適用という論理についても同様のことが言えます。どのような法ルールをどのような論拠で、どのような就業者に適用すべきか、これはかなり難しい問題ですが、まさに労働法のアイデンティティが問われる問題である

うと思います。

## ●討 論

### \*「労働者」概念と労働法の規制対象

毛塚 島田さんと鎌田さんの違いの一つは、独立した第3の categorie を立てるかにあると思います。私も、基本的に労働者と自営業者の間に中間的なカテゴリーをつくったほうが妥当だろうと思っています。島田さんの場合も、現在通常の使用者が負っている責任の一部を従属的な自営業者に対して負わせるというのですから、そういう部分的使用者責任の対象となる労働者は、類型化して独自の労働者概念で捉えて明確なルール化を志向してもよいのではないかと思います。

島田さんの議論で少しわからなかったことがあります。自営業者に対しても団体交渉権を認める書き方をしています(66頁)が、これはある程度自営業者の中でも、いわゆる競争法の対象とならない自営業者というものに限定して考えていると理解していいのでしょうか。

もう一つ、シュビオに従って、無償労働も労働法の対象にするのかの議論を行い、「有償労働および無償労働を問わず、労務供給者に共通する課題」として健康や安全の問題を取り上げています(65頁)が、そうすると、また労働法の枠組みを超えて、社会法といった範疇の中で議論するということなのでしょうか。そうしますと、その対象を確定する独自の労働者概念を構成していかなければならないと思うのですが。

唐津 社会法の四つの同心円的な発想で労働法規制を論じる、これと似た議論はイギリスにもみられますが、毛塚先生がおっしゃったように、自営業者すべてに労働法的規制が必要かという、それは違うのだと思います。やはり島田さんが念頭に置かれているのは労使関係なのでしょう。労使関係が一応存在していることが問題であって、その延長線上にこのような法規制を想定されていると思うのです。そうすると、この「労務供給者」一般についても、労働法ルールの適用を簡単に言っているのかという気はします。労働法とは一体何だったのかという気がしたのですが。

奥田 島田先生の論文で対象とされている無償労働というのは、ボランティアなどについての最近の議論が念頭に置かれているのでしょうか。

唐津 たしかにボランティアについても、イギリスのテキスト等を見ると、労働法ルールの適用が議論さ

れていますね。

毛塚 ボランティアでも、労働法の適用対象にするのかは大きな問題です。

唐津 差別の問題とか安全性の問題は広く一般的な問題ですから、ボランティアの労働も視野に入ってくるのでしょうか。しかし、そうすると、そのような問題について一定のルールを適用する場合、コストの問題が出てきます、このコストを誰が負担するのかという問題が出てくる。その問題があって、これについて、労使のうちでは使用者が負担する、あるいは労使で折半する、そういう仕組みでルールが作られてきた。ボランティアについてはどう考えるのか。

### \*「使用者」概念と法的責任

毛塚 島田さんの議論との関係で見たときの鎌田さんのユーザー責任論の特徴は、二当事者間だけでなく三当事者間の問題も視野に入れて議論にしているところにあります。先ほど部分的使用者概念と言いましたが、これと二当事者間における問題となりますが、これとの対比でいえば、連帯的使用者とか補完的使用者という新しい概念を構成する必要性を認識させる問題提起をしているということです。これは企業組織再編の議論にもかかわりますが、従来のように二当事者間だけですと使用者責任の配分は労働者概念で議論すればよかったですのですが、現在は、それでは足りない。むしろ使用者概念のほうに迫って、連帯的あるいは補完的な使用者責任を求めていく必要があると思います。

唐津 その場合は、コスト負担の問題が出てきます。そのルール化ができるのかということ、それは難しいですね。補完的であっても、やはり主たる責任はここにあるとかないか、その判断をする枠組みをつくらなければいけない。

毛塚 ユーザー責任論は、そういう意味で、もうちょっと幅の広い議論になると思います。

唐津 コストの話をしたのは、労働者が保護されるべきかどうかではなくて、それを保護するためのコストを負担する側の観点から、ここでいえば企業ですが、誰がそのコストを負担するのかを考える、その発想が興味深かったからなのです。そういう点に着目していることで、鎌田さんの議論はたしかに幅が広がります。

奥田 さきほど新しいカテゴリーを立てるかどうか、あるいは自営業者がどこまで労働者の範疇に入るかという話がありましたが、労働者概念で議論する場合に

は個別の法律ごとに関連性を判断するというのも適切ではないかと思うのですが、使用者責任に着目すると違ってくるでしょうか。

毛塚 使用者の負う責任には、雇用や賃金、安全衛生・労災と多様にあるけれども、それをばらしていくのが雇用・就業形態の多様化ですから、ばらされても問題のないそれぞれの就業形態に沿ったルールをつくる。労務提供をうけるユーザーが必ず負担しなければならぬコストがあるとすれば、その分担関係が明確で合理的であることを前提にして多様な労務供給契約も容認していく。鎌田さんのような発想を押し進めればそうなると思います。そういう意味では、個々の法律ごとに適用対象を考えるよりは、むしろ、使用者責任の負担類型にそって相対的な労働者概念なり就業概念を考えることのほうがいいのではないかと思っています。

唐津 具体的に言えば、契約内容にかかわる労働条件保護、例えば労働時間保護とか賃金保護とか、あるいは業務災害に関する保護、解約保護、平等原則、また最近ですと労働者のプライバシーに関するものが考えられる。契約条件を交渉するレベルでは、労働組合法をモデルとして想定して、不当労働行為制度を含めて、ルールを考えてみる。ただ、いろいろなルールを考えた場合、関係する当事者がちょっと違ってきます。例えば差別の問題についてみれば、ものすごくひどい差別状況の中で、雇用関係に対する規制だけで性差別とか障害者差別が克服できるかということ、そうではない。そうすると、ルールの対象の広がりもちょっと違う。例えば業務災害でも、社会保障法上の災害保障とどのようにリンクするのかという問題があります。誰が、どれだけ、役割分担するかという問題が出てくる。毛塚先生は、いろいろな分野ごとにルールを設定する、分野ごとに法ルールを構想するという、それが念頭にあるのですか。

毛塚 もちろん、就業実態に即して、解約保護、平等原則、労災といった分野ごとにルールを設定することは前提ですが、そのルールの適用を部分的にしか受けけない者、逆にいえばその責任を部分的に負担しない者の類型化を図ることで。委託業務や請負労働の問題というのは、誰が使用者としての責任を引き受けるかという問題ですから、現在求められているのは、使用者責任の中身のある程度類型化して、広く負う者から狭く負う者間で、カテゴリー化を図ることでない

のかなと思います。

\*「労働者」概念と第3のカテゴリー

唐津 島田さんの論文では、例えば「契約労働者」という概念を定立すると、労働者は労働法上のルールが適用される人であり、非労働者はそれが適用されない人であるが、その中の「契約労働者」というのは、労働法の一部、あるルールが適用される人ということになる。けれど、これは第2級の被用者を生み出す危険性がある云々とありますが、それはどうですか。

毛塚 それは、従属的な自営業者と言われる人たちに対する保護のルールを明確にするのだから、必ずしも第2級の労働者というふう位置づける必要はないと思いますが。

唐津 でも、そのように理解する傾向はあるでしょうね。二分法のほうがわかりやすいです。でも、二分法ではオール・オア・ナッシングになりますから非常に不都合だし、かといって、労働者概念を拡張していくと、どんどん拡散して、なぜこの人にこのルールを適用するのかということが、説明がつかなくなる可能性がある。

毛塚 今までは大体労働基準法を中心にやってきたから、非常にオール・オア・ナッシングだったけれども、今後、労働契約法ができれば非常にフレキシブルになる。

川田 第3のカテゴリーのイメージは、判断基準というか、定義、定式化の仕方によって変わってくる気がします。例えば、労基法のように刑罰法規とリンクしている場面でなければ、労働者の意思、あるいは当事者間の合意に依拠した基準の設定もありうるわけで、そのようなものについては、必ずしも第2級ということにはならないように思います。その場合には合意の真実性という点は問題になると思います。

奥田 労基法か労働契約法かという点に関していいますと、労基法などに関しては二分法的な考え方をとらざるをえないけれども、労働契約法理の場合には比較的柔軟に拡張できるという考え方はたしかにありうると思います。しかし一方で、解雇法理が立法化された場合のように、逆に立法化することによって範囲が限定されるという矛盾が生じる可能性もあるのではないのでしょうか。解雇法理の場合は私法的効力だけでしたが、判例法理か立法か、あるいは刑罰法規かどうか適用の判断基準になることについては、もう少し検討すべき問題が残るように思います。



毛塚 労基法の場合は、刑罰という問題以上に、労災責任を労基法の労働者に限定したということは大きいですね。

奥田 そうですね。

唐津 気になるのは、被用者の要素、類似するという言葉が使われていることですが、これはどう判断するのでしょうか。人的従属性と経済的従属性を念頭に置いた議論だと思うのですが。

奥田 基本的には使用従属関係という考え方ではないでしょうか。

唐津 使用従属関係の存在、これを認めることが前提になる。ただ、経済的従属性というのは、例えば通常の企業間でもありうるわけでしょう、取引における非対等性というのが、これは、問題にはならないということですか。

#### \*適用対象拡大の意味

川田 被用者の要素の類似性という視点から適用領域を拡大するというこの意味はどう考えたらよいのでしょうか。これまでの判断基準の実質的な根拠になっている考え方自体は変わらないのだけれど、社会状況が変化したために、その実質的根拠に基づいて考えた場合、適用対象とすべき者が、これまでの判断基準の外側にも多く存在するようになったということなのでしょう。あるいは、実質的根拠となる考え方自体も実は変化している、もしくは変化すべきであるということなのか。今回の二つの論文は、今ある法規、法理の適用を拡大するという議論をしているのだと思いますが、仮に後者のように実質的根拠になる考え方自体が変化していると考えれば、適用対象が拡大する部分については、たとえば家内労働法のように、基本的な考え方は労働法規と共通するものではあるが、別の法規制の下に置くという考え方も出てくるのではないか、と思うのですが。

唐津 家内労働法、家内労働者という概念を少し広げる、あるいは活用したいということですか。

川田 そうすべきであるということではなくて、適用対象を拡大する理由の根拠づけの仕方が、拡大される部分の法規整のあり方の議論に影響するのではないかと、その前提として、適用対象を拡大する根拠づけをどのように考えるべきなのか、ということですか。

唐津 例えば、委任はいつでも解約できるのですが、請負契約についても、そういう契約解除のルールというのは当然あっていいのです。けれど、そういうこと

はあまり想定していなかった。

奥田 川田さんがおっしゃるように、従来は労働法の適用対象でなかったような人に広がっていったという社会状況の変化というのも一方であると思うのですが、もう一方で、こういう議論はかなり意識的に行われている場合も多いように思います。つまり、単に社会現象として広がったというだけではなく、雇用類似の形態を使うことによって本来であれば負うべき使用者責任を免れることに対する、規範的な非難可能性とでも言いますか、そういう問題を意識的に取り込んでいるという側面もあるのではないのでしょうか。

#### \*ユーザー責任論

唐津 鎌田さんの議論では、労働者に類似した就業形態にある者、労働者と機能的に等価にある者、その人たちは、労務の供給を受ける側にとっては、同じような価値を生み出す人ということです。だから、それについてはユーザーには一定のコストを負担してもらいます、ということでしょう。

また、企業についても、労働法規が適用される人を雇用した場合の雇用コストに比べたら、より安いコストで利潤追求しているのは不公正である、ということなのでしょう。

毛塚 企業が労務コストを固定費にしたいくない、そういう労働形態が増えている状況に対応するというところで、不公正という非難可能性まで含めていましたか。

唐津 いや、鎌田さんは、企業間の不公正競争の抑止ということも挙げられています。公正競争という考え方なのです。最低賃金みたいなものですね、公正競争のために一定の負荷をかけるということでしょう。

毛塚 そうでしたね。鎌田さんに関していえば、やはりユーザー責任というのは法的概念ではないのではという批判があるので、もう少し詰めていく必要があるでしょうね。

唐津 そうですね。ただ、ユーザーという言葉に反感を感じる人もいます。

毛塚 ユーザーであれば、独立自営業者であれ労務提供を受ける人が全部ユーザーになるわけで、その中で、従属的な自営業者に対して責任を持つ者をやはり限定していかなきゃいけないけれど、使っているんだから責任を負えというだけでは、法的論理としては受け入れにくい。通常の労働者に対してはユーザーは使用者なわけですから、新しい使用者概念をつくらない

となかなか難しい。

唐津 先ほどおっしゃった補完的とか連带的とかいう言葉を使うわけですか。

毛塚 三者関係では複数の使用者が登場しますので補完的ないし連帯的使用者という表現がいいかと思いますが、二者関係では部分的な使用者責任を負うという意味では部分的使用者とでも言ったほうがいいと思います。いずれにしても、準使用者でもいいですが、何か概念をつくらないことには、ユーザーという概念では広すぎて法的責任の根拠や限定を与えるのは難しい気がします。

川田 そういう観点からも、カテゴリーはきっちりしておいたほうがいいのかということでしょうか。

唐津 新しく概念をつくったら、グレーゾーンはどうしても発生します。それはもうやむをえないことです、実際に法適用となれば。ただ、部分的に責任を負う、例えば業務上災害について幾つかの補償形態がありますが、療養補償についてだけは責任を負えとかいう議論、これは保険料負担の問題も出てくるのですが、そういうふうに非常に細かい議論をしていく必要があるのでしょうか。

奥田 そうすると、かなり相対的になりますね。

唐津 オール・オア・ナッシングにはならないけれど、例えば業務上災害について言えば、不公平感みたいなものが生じやすい補償認定の問題が出てくるかもしれない。また、どの形態の補償を優先しなければいけないとか、こういう業務形態だったらやはりここだけは押さえておかなければいけないとか、そういう議論をする。解約保護の場合でも、例えば損害賠償でやるのであれば、どういった形の賠償にするのか、賠償額算定の基礎をどうするかを考える。そういう議論をすると非常に生産的なのではないか。[従属的従業員]、あるいは「契約労働者」という者を想定して、これに対して何らかの対応をとる必要があるというのは、大方の一致するところだと思います。法技術的な問題、あるいは理論的な整合性をどうするか、このような点について議論を進めることが要求されているような気がします。

## IV 解雇

### ●紹介

三井正信「準解雇の法理」

川田 それでは、解雇、退職勧奨に関して、三井正信先生の「準解雇の法理」を取り上げます。

本論文は、タイトルとの関係でいえば、使用者の不当な圧力、誘導策によって労働者が退職の意思表示を余儀なくされるという事態を、解雇ではないが、その実質、実態を考慮すれば解雇に準じて扱うべきではないかという観点から、準解雇という概念のもとに把握し、このような準解雇について、心裡留保に関する民法93条但書を類推適用することで、労働者の退職の意思表示を無効にし、違法な解雇の場合と同様に、労働契約上の地位確認という法的救済を与えるという斬新な解釈論を主張するものです。

また、この準解雇というメインテーマに関連して、解雇規制の根拠を憲法27条2項に求める議論を展開している点や、準解雇の成立や効果にかかわる概念として、職場環境配慮義務という概念を主張されている点なども注目されると思います。

三井先生の主張にかかわる点を中心に論文の具体的な内容を見ていきますと、まず三井論文では、試論という位置づけながら、解雇規制の法的根拠として、労働条件基準の法定について定める憲法27条2項を援用できると主張されています。憲法27条2項の法意は企業の不当な社会的権力の行使に対する抑制、制限にあり、その射程は労働条件の最低基準の法定に限られないという理解に基づいて、解雇規制の問題も解雇や解雇の脅威が實際上、企業の社会的権力の一環を成すがゆえに、憲法27条2項の射程に入ってくるという考え方です。なお、この三井説においては、憲法27条2項にいう法律の定めとしては、労働立法が本筋であるとしつつも、解雇権濫用法理における民法1条3項のような民法規定の存在によっても、憲法上の要請を満たす余地があるとされています。

このような解雇規制の根拠に関する三井論文の主張は、解雇規制の問題を企業の不当な社会的権力の行使に対する制限の問題として把握するのであれば、その対象を解雇、すなわち使用者による一方的な労働契約の解約に限定するのではなく、辞職や合意解約の形がとられる場合も含めた使用者による労働契約終了全体

ととらえるべきであるという形で、論文のメインテーマである準解雇の問題につながっていきます。つまり、準解雇についても、解雇法理とできるだけ同じような内容の法理を構築すべきだということになるわけです。

その上で、三井論文では、使用者の圧力による労働者の退職に関する従来の労働法学説や、消費者契約などの問題を中心とした意思表示に関する民法学説の検討などを踏まえつつ、準解雇について、心裡留保に関する民法 93 条但書を類推適用すべきであるという解釈論を主張されています。労働者が使用者の不当な圧力や退職誘導行為により、本来その気がなかったのに、不本意ながら退職の意思表示を行うという状況について、心裡留保と同視できるとし、したがって退職したくないという労働者の本心を使用者が認識可能であったと言える場合には、労働者による退職の意思表示が無効になるというものです。

そして、セクシュアルハラスメントによって労働者が退職した場合の使用上の損害賠償責任に関する裁判例などに見られる職場環境配慮義務の概念を、使用者の不当な社会的権力の行使によって職場環境が害され労働者が退職するに至らないように配慮する義務という形で広く捉え直し、この職場環境配慮義務があった場合に、前述した民法 93 条但書の類推適用が行われるという形で、準解雇に関する法理を定義しています。また、こうした準解雇の法理のもとにおける解雇期間中の賃金請求権や、裁判における立証責任の分配、違法解雇に対する損害賠償などの論点についても、解雇に準じた取り扱いがなされるという解釈論を展開しています。

さらに、この準解雇の法理のもとで退職の意思表示が無効となる労働者の職場復帰の問題について、前述した職場環境配慮義務を労働契約の付随義務と位置づけ、そこから労働者の就労請求権を肯定するという考え方が示されています。

この三井論文においては、まず解雇規制の法的根拠、それから労働者の退職の意思表示に民法 93 条但書を類推適用する準解雇法理という大きなポイントがあると言えますので、それぞれについて順次、若干コメントをしたいと思います。

まず 1 点目ですが、憲法 27 条 2 項に解雇規制の法的根拠を求めるといふ三井論文の主張は、前回の座談会でも取り上げられた解雇規制の根拠をめぐる理論のその後の展開の一つと位置づけられるものであり、従

来注目されていなかった憲法 27 条 2 項に着目して、国家の責務という観点から解雇規制の根拠づけを図るという点に特徴があると言えます。

ただ、この点に関しては、憲法 27 条 2 項の解釈として、何らかの解雇規制立法が求められるとしても、現在存在する解雇権濫用法理などの解雇法制や、あるいは論文で主張されている準解雇の法理など、具体的な解雇制限法理の内容まで憲法 27 条 2 項の要請から根拠づけられるのかという点は問題になってくるのではないかと思います。

次に、2 点目の準解雇の法理については、近年の雇用の不安定化傾向の中での労働契約終了をめぐる問題として解雇規制のあり方とともに問題意識を持たれていた、使用者のイニシアチブで労働者が退職の意思表示をした場合の労働者の救済可能性という問題について、解雇と同様に労働契約の存続を認める救済を図る解釈論を、立証責任や職場復帰などの局面での具体的な運用のあり方にも目配りしながら精緻に展開しているという点に大きな意義があると思います。

ただ、素朴な疑問として、準解雇の成否が、最終的に主として使用者側の職場環境配慮義務違反という観点から判断されていくことになるとしたら、第一次的には労働者側の事情に着目する心裡留保という構成と若干離れていくのではないかという感じがいたします。この点、三井論文では、労働者の退職の意思表示が、雇用を継続したいという本心あるいは本来の自己決定と食い違っている点を問題として重視するという、先ほども出てきたような西谷先生の自己決定論に通じる考え方から、心裡留保という法律構成を主張されているということだと思われまふ。ただ、そのように考えるとすると、先ほどの西谷先生に対する議論同様、本来の自己決定というものを観念することがそもそも妥当なのか、外部に表示された意思がもっと重視されてもよいのではないかという疑問が持たれます。

また、同じようなことになるかと思いますが、労働者が意に反して退職することのないように配慮する義務という職場環境配慮義務の捉え方に対しても、労働者に対するセクシュアルハラスメントのように、直接退職に向けられたわけではないけれども、雇用関係の継続に重大な障害が既に発生しており、しかもこうした障害の除去がとりわけ強く求められるような場合の基準として妥当する余地があるとしても、こうした考え方を一般化すると、義務の範囲はかなり拡大して、

範囲を確定しにくくなるのではないかという疑問を持ちました。

## ●討 論

### \*心裡留保の類推適用

奥田 法理構成や具体的適用まで綿密に練って書かれていて、興味深い論文だと思いました。

法理構成として心裡留保が使われているのですが、三井さんは効果意思の形成過程にまでさかのぼって考えて民法93条但書を類推適用するという考え方を提示されています。つまり、辞めるという効果意思とそれの表示とは一応は一致しているけれども、意思を形成するに至るプロセスでの使用者の不当な圧力を問題にして93条但書の類推適用を使っていこうとされていると思いますが、こういう解釈は民法理論の中で一般的なものになってきているのでしょうか。

川田 論文の中でも述べられているように、意思という概念を狭い効果意思に限定するのではなく、意思決定のプロセスまで含めて捉えるという考え方は民法理論の中に見られるようですね。

奥田 そういう形で類推適用することも無理ではないということですね。

川田 それが適用になるのか、類推適用になるのかという問題はあるかと思いますが、むしろ三井先生が強調したかったのは、内心の真意と外部に表示した退職の意図が実は食い違っているということ、表示者自身が認識しつつ退職の意思表示をしたと、問題をそういうとらえ方をして法律構成をしていくということにあるのだと思います。

唐津 三井さんの立論は、詐欺とか強迫では対応できない、また、職場環境配慮義務ではそういった意思表示を無効にできない、そこで、何か、理論的に使えるものはないのか、という議論だと思います。そもそものところで、三井さんによれば、憲法27条2項は、使用者の社会的権力から労働者を保護するために政策義務として、労働条件保障のための立法を国に義務づけている、そうすると、解雇を規制する法律も作らなければならない。けれど、実定法を見渡してみたら、解雇権濫用法理がまだ明文化される前ですけれど、探していけば、民法1条3項がある。権利濫用の禁止でこれで27条2項の要請は満たされている、このように理解する。そのようなスタンスですから、現在の実定法秩序の中で、ここで問題としている問題について、

何かその無効構成につながるようなものはないか、ということを探したのでしょうか。でも、そうする必要があるのでのかなという気がします。

川田 そうするというのは、具体的にどの点のことでしょうか。

唐津 要するに、労働立法以外の法領域において、解雇規制を果たしうる制度、法条文を探して、ある法制度が使えるからということ、例えば憲法上の要請に応える、そういう処理というのは普通なのでしょうか。労働関係上、一定の措置を講ずることがまず優先されるべき、と考えるのが普通なのではないでしょうか。だから、三井さんが職場環境配慮義務というのであれば、その義務についての議論をもう少し膨らませていくことが考えられますから、別に心裡留保を使わなくてもいいのではないかということです。

### \*「雇用関係の継続」と金銭補償

毛塚 三井さんはおそらく、93条但書を生かすために、使用者のほうが真意を知っていたはずじゃないか、知ることができる状態にあったんじゃないかということ、職場環境配慮義務を使うということ、職場環境配慮義務を入れることで真意の立証が容易になると。その際、やめるという効果意思までを否定しきれないから類推適用にすると。

成り立ちうる議論ですが、雇用関係の継続を求める救済を可能にするためにそこまで腐心する必要があるかです。擬制解雇ないし準解雇の法理を産み出すことに異論はないのだけれど、現実的な救済の必要性という点でいえば、果たして復職させることなのかと。こんな嫌がらせをするような職場にはいたくないからやめると言うときに単に退職扱いでおしまいにされては腑に落ちない、少なくとも会社都合の解雇と同じ程度の救済が与えられてもよいはずだというのが擬制解雇なり準解雇の法理の課題だと思いますので、職業的な利益からどうしても戻らなきゃいけない場合は別ですけど、通常であれば解雇に準じた金銭的解決を図る法理でいいのではないかと思います。なぜこれほど精魂込めて雇用関係の継続を求める救済可能性を擬制解雇に探るのでしょうか。

唐津 おそらく、解雇無効の議論をしていて、原職復帰ということが理論的にもきちんと確立されて初めて、損害賠償とか和解のときにそれ相応の金銭的補償が得られるという考えなのでしょう。

川田 それはたしか論文の中でも述べておられまし

た。

唐津 解雇無効としても、例えば小宮さんは擬制解雇について損害賠償で処理しましょうと言われていたけれども、損害賠償だけの論理では不十分である、むしろ解雇無効ということ勝ち取った上で、お金をもらってやめていく、実際にはそのように考えた理論構成です。

毛塚 それは金銭的な補償制度が不十分でおかしいという問題でしょう。

唐津 そうです。

川田 そういう問題なら、金銭補償の救済内容が解雇無効の場合と比べて不利にならないような理論を考えるのが本筋でしょうね。

唐津 現実を見ているようだけれども、実は損害賠償の額を上げるという意図がある理論構成です。

奥田 そういうことでしょうか。ですから、妥当な額が支払われなければ金銭的補償での解決には落ち着かず、最終的に解雇無効で復職になりうるという可能性があってはじめて、和解などで労働者が十分に交渉できるということが意識されていると思います。たしかに、そのような指摘はこれまでもされてきたと思いますが、私も、どちらかというとな効構成をとるよりも、逸失利益を算入したような賠償額が判例理論として定着するとか、あるいは一定額で算定された補償金制度が整備されるほうが、こういうケースに関しては実際のところ有益なのではないかと思っています。

#### \*職場環境配慮義務と生存権・労働権

唐津 三井さんは、職場環境配慮義務をかなり強調しています。職場環境配慮義務というのは、無効になって職場に帰れるのだけれど、帰ったときにきちんと快適な職場環境を提供しなさいという義務なのでしょう。だから、いづらくなってやめたようなところを相手にして争うときに、なぜ復職を求めるといって、いづらくなる前と同じような条件をもう一度整え直さなきゃいけないという、職場環境配慮義務が使用者にあるから、ということでしょう。これは、裏返せば就労請求権を根拠づけるという論理じゃないでしょうか。そのようなことが可能なかなと思います。

川田 労働者の「真意」を貫徹させるという考え方を首尾一貫させるという点では必要な主張だと思うのですが、そもそもの出発点である不当な社会的権力行使からの保護という視点との関係では、何かそれを越えた議論であるようにも感じます。

唐津 配慮義務は不当な権力行使を抑制する論理で、快適な職場環境を形成する義務というのはまたそれとは違う論理から出てくると思うのですが。

川田 全く関係ないとは言えないと思いますが、不当な権力行使の結果の原状回復というか、関係修復というか、何かもうひとつ媒介の論理が必要であるように思います。

唐津 気になったのは、憲法25条の生存権論にはもう限界があるということで、あるいは27条1項の労働権の議論にも限界ありということで、27条2項に基づいた解雇規制というのを論じている点です。この点はどうなのでしょう。三井さんが言っているようなことは、まさに現代的な生存権ではないのでしょうか。職場における生存権とか、職場における労働権というのは、彼の言うような内容を包含しているというふうにもとれなくもないと思うのです。不当な社会的権力の行使を抑制するような形で労働権が実現される、あるいは働く権利、職場で快適に働く権利があるとは言えないのでしょうか。

毛塚 三井さんも労働権と自由権に解雇規制の根拠を求めると自体には異論がないと思いますので、さらに27条を持ち出すところに彼の理論の特徴があるのでしょね。

唐津 いや、もはや生存権理念も労働権でも適合しなくなったと言っています。だから、生存権とか労働権についての議論を非常に静的なものとして理解している。そこで、民法領域での議論をいろいろ参照しているのだけれど、一応、労働権とか生存権というのは我々のテリトリーだから、そこを豊穡化するような議論をしたほうがいいような気がしました。また、27条2項に解雇権規制の根拠ありと言われるそうですが、それは形式的にはまさにそうですが、それだと、解雇規制の規範的根拠をめぐる最近の議論とは、問題の捉え方がちょっと違うのではないかという気もしました。

毛塚 その点はおっしゃるとおりで、基本的には、自由権や労働権に求めるのが筋だと思いますね。

唐津 そのほうがむしろ説得力はあると思うのです。27条2項の議論に無理に入れる必要はない。

川田 確かに説得力という点ではそうだと思いますね。

唐津 もちろん、そういうような新しい理論的試みを否定するつもりはありません。

\*憲法27条2項と労基法2条1項

毛塚 憲法27条2項と労基法2条1項の関係は、彼はどういうふうに理解されていますか。2条1項を強調したいために、27条を使うということではないのですか。

唐津 2条1項のことに論文(3)の24頁以下で触れていますね。

川田 法的効果については限定的なものと捉えています。

唐津 そうですね。2条1項の意義ということで、労働条件対等決定の話で、消費者契約法との関連で議論をしていますけれども。

毛塚 労基法2条1項と憲法27条2項がつながれば、27条2項の膨らみが出てくることにはなってきます。そちらの文脈で言うなら、非常に意味がある。

唐津 労基法2条1項は使用者の不当な影響、圧力排除のため理念的基礎を提供していると言われてます。ここは民法規定を労働法体系に入れて、労働契約関係に適用するように整理するというような主張です。そこで民法1条の2が入ってくる、個人の尊厳と両性の本質的平等というのが。

\*「準解雇」の救済対象

職場において非常に不当な状況に置かれていても、法的レベルでは、現行のルールでは、とても救済できない人がいるというのが、三井さんの頭にあるようです。でも、ある職場で駄目だったら、次に新天地を求めるといふ発想も必要でしょう。やっぱり人間関係では、相手方との相性の適、不適がありますからね。これまでうまくやっていたのに、例えば職場の雰囲気さがらりと変わって、だんだんいづらくなる、そういう話がありますよね。そういうのは救済する必要があるのかという気がします。

毛塚 そこまでは考えていないのでは。いわゆるセクハラや嫌がらせでしょう。

川田 三井論文の職場環境配慮義務の定義からすると、入らないとは言いきれないんじゃないでしょうか。

唐津 嫌がらせとか不当な圧力による解雇は強迫の概念を広げるとか、そういうので対応できます。

奥田 強迫の概念によって明白で極端なケースは救えるけれども、必ずしもそこまでは至らないものをどう救済するのかというところに重点が置かれているのだと思います。ですから、強迫という概念を使わずに、意に反して辞めさせられた場合をより広くカバーする

ために心裡留保で根拠づけられているのではないのでしょうか。

毛塚 でも、それは民法の中でも強迫の概念を広げるのは難しいという議論が紹介してありますので、従来の嫌がらせ解雇が強迫に当たるとするのは難しいという認識じゃないんですか。

唐津 おそらく、こういう場合については、不当性とか、使用者の権力行使みたいなものは認定しがたい。だから、通常のルールには乗ってこない。内心の問題なのです。

毛塚 一般のパワハラとかセクハラと言われる嫌がらせに関して、彼のような構成は可能だと思いますけどね。

唐津 より適用対象が広いからですか。

川田 使用者側の義務の問題として把握していく可能性はあると思います。ただ、そうなると、冒頭の説明のところでも触れたことですが、それを心裡留保という意思表示の瑕疵に結びつけていくことにこだわる必要は、その点ではなかったのかなという気はします。

唐津 退職せざるをえなかったことについて規範的評価をしたいわけでしょう。そうすると、何か不当性とか相当性を逸脱しているような状況がなければ、法的にはやっぱり問題になりにくい。三井さんの準解雇論というのは、そうではない場合にはそれが拾えないから、ということで立論されている。本当は辞めたくなかったけども、いろいろな条件を考えてみたら辞めざるをえない、と言う場合ですね。

ところが、注のところにもちょっと書いてありますが、「やむなく自己決定が否定されるようなこと」、これは、ちょっと場合が違うのではないかと思いますけれど、最後のところで、「準解雇でない、あるいはこの程度に至らないとしても、恥ずかしながら筆者を含めて、誰もが人生のいろいろな局面で」ということも言っている。でも、あまり議論の枠を広げると、辞職を無効にする、そういう論拠が崩れるのではないかと、非常にテクニカルに、本心ではなかったから、あれはひっくり返せるのだというだけの議論になってしまうのではないかと。労働法、労働関係の特殊性とか契約関係の特殊性ということだけで、いったん示した意思表示を覆すという論理としては、ちょっと弱いかという気がします。

毛塚 自己決定論者であれば、労働者は存在として弱いとしても個人としては強くなければならないは

ず……。それはともかく、一般論でいえば、成り立つ議論だと思えますから、あまり広げないで、通常の嫌がらせ解雇に心裡留保の類推適用を考えていく。

唐津 使用者の義務という点からみれば、嫌がらせが職場環境配慮義務違反ということですね。そうすると、どの程度配慮しなければいけないとかの問題が出てくる。職場環境配慮義務の具体的内容というのは、おそらくケース・バイ・ケースで判断することになると思います。

毛塚 付随義務的に考えれば、相手方の人格的な非難も含めたものになるでしょう。

唐津 メンタルな面も含めてですね。三井さんが、精神的に理論展開しているところは、評価できると思います。独自の論理を創出している。

毛塚 それはいいと思います。ただ単に、補償金が少ないからというのであれば動機が不純だし、最後にあった、解雇のスティグマを拭い去るためというのわかりませんね。

唐津 論文の最後のところで、解雇から労働契約の終了へ、つまり解雇という概念を見直して、解雇から労働契約の終了という概念で一本化して、再就職などに当たっては、それがどちらからなされたものであるか及びその理由は問わないようにする、これは立法論上重要になるという主張です。プライバシー保護まで関心が広がっていますね。そこら辺になるとちょっと理解しにくい。書いているうちにそういうふうな方向に行ったのかもしれませんが。

毛塚 解雇の金銭補償のルールができれば、今後、労働者のほうから解雇にしてくれという訴訟も出てくるわけで、別に解雇をスティグマとしてまで捉える必要はないと思います。

唐津 企業を移るといような、そういう発想はない。ある企業に入って辞める、辞める場合には、解雇もあれば退職もあるけど、解雇は特別だという意識があるのでしょうか。でも、準解雇は、本来は解雇ではなく自分で辞めているわけで、スティグマでも何でもありません。そこはちょっと矛盾しているのではないですか。解雇はいろんな意味で労働者にダメージを与えるからこそ、いろいろ規制をしなきゃいけないわけでしょう。汚名を着せてもいいような解雇もありうるわけで、逆に言えば解雇正当というのはそういうことなのでしょう。この点は、ちょっと理解できないなという気がしました。

#### \*職場環境配慮義務と就労請求権

毛塚 この準解雇で就労請求権を議論する意味はどこにあるんですか。

唐津 解雇無効の判断が下されても、実際には就労請求権が認められていないから、そのまま復帰させてくれないという問題がある、ということです。

奥田 解雇無効によって職場に戻ることができたとしても、そこでまた仕事を与えられないなどということになれば、職場環境は以前と同様に悪いままで、その労働者はまた退職に追い込まれることになりかねないということですね。

唐津 ここでの配慮義務というのは、労働者が職場に帰ってきて、きちんと快適に働けるようにする義務なのでしょう。

川田 積極的な受け入れをする作為義務も含んだ概念ということですね。

毛塚 それも職場環境配慮義務に入れるのですか。

唐津 そうです。これは、私の労働付与義務論に通じる議論です。

毛塚 どういうふうにつながるんですか。

唐津 私の立論では、その人の職務内容が契約上限定されているか、限定されていないかで、その意味内容が異なるのですが、平たく言うと、使用者には労働者に対して適切な内容の仕事を与えなければならないという義務があり、それは信義則上の配慮義務から導かれる。幾つかの裁判例を素材として、これを論証しようとしているのですが。

毛塚 唐津さんの場合は就労請求権と職場環境配慮義務が並存するのですか。

唐津 私の場合は、職場環境配慮義務とは言わずに、労働付与義務と言っています。私は、使用者に、労働者の就労にかかわる利益について尊重、配慮しなければいけないという信義則上の義務があるというところから、契約内容に応じて適切な仕事を与えなければいけない、という意味の労働付与義務というのを構想しているのです。労働者の就労請求権は、裏返して見れば、使用者が労働者の就労に関して負っている義務の内容をなすものですから、労働者から、使用者の負っている義務の履行という意味で、実際に特定の職務に従事するという意味での就労請求権というものを主張していいだろうとは思っています。

毛塚 この論文の場合は就労請求権に変えてしまうのでしょうか。

唐津 配慮義務を尽くす、そこに就労請求権が認められるということになるのでしょうか。

毛塚 就労請求権を内在させた職場環境配慮義務ということですか。

唐津 そうです。ただ、三井さんは、以前、別の論拠で就労請求権を根拠づけていましたので、説を改めるようですね。

毛塚 就労請求権、つまり労働受領義務も信義則に基づく付随義務ですから、他の付随義務と一緒に理解することも可能でしょうが、職場環境と職業的能力とは別な法益ですから一緒の概念で括るのは個人的には賛成できないですね。

## V 団体法：労働協約と公正代表義務

### ●紹介

道幸哲也「労働協約による労働条件の不利益変更と公正代表義務—判例法理の検討と公正代表義務法理の再構築」

唐津 それでは、続きまして、団体法の分野から、道幸先生の『労働協約による労働条件の不利益変更と公正代表義務』の検討に移りたいと思います。

毛塚 公正代表義務論につきましては、道幸先生はかねてから主張されておりまして、87年の学会誌（日本労働法学会誌69号）の中で既に公正代表義務論を展開しております。そのときは、組合内部における意思形成と使用者との間で行われる団交という双方の過程を、統一的かつ明確に関連づけて処理する目的として、協約をめぐる法的紛争に新たな視角からの処理を目指す、こういうことを言っておられました。

そういう公正代表義務を議論する前提として、基準設定機能、契約ひな型提示、特定組合員の個別的権利・利益の具体的処理、紛争処理機能、非組合員を代表する機能、こういったことを日本の労働組合の代表性ということで認識しております。

そして、その公正代表義務を議論する背景として、組合の分裂を回避し、組合内部の対立を民主的に調整し、同一組織に多くの従業員を集結すべきだと、こういう認識に基づいて、公正代表義務というものを構築したと。

今回の論文も、これまでの労働協約の不利益変更にかかわる判例をフォローした上で、現在の判例法理を見る限り、協約法理に純化して議論されていて、組合内部、団交過程との関連づけがやはり薄く、集団法理

として適切に構築されていないという認識のもとで、改めて公正代表義務に基づく協約法理というものを提起するとしています。

基本的な視点も、やはり前回と変わっていません。公正代表義務の根拠として、組合加入の意義とか、組合民主主義とか、誠実団交義務の実現とか、組合の交渉力ということを強調しております。

さらに、公正代表義務を根拠にしての協約効力の具体的な判断基準も、辻村報告（日本労働法学会誌69号）の中で出されていた幾つかの類型化と基本的には同じで不利益が組合員一律に及ぶ場合と特定のグループに不利益に変更する場合、そして特定のグループや個人に対して悪意を持って不利益に扱う、こういう三つの場合に分けて考えるということです。

全員一律に不利益に変更することに関していえば、全組合員によるチェックが必要であると。全員投票が望ましいけども、代議員会による決定でもいいという指摘もしています。

特定のグループ、例えば職種や地域ごとに独自の労働条件を定めることに合理性がある場合には、そういうグループごとに意思形成をするということ。それと、全体の合意というものは組み合わせで判断するというであります。また、独自の労働条件を設定する合理性がない場合としては、年齢などに応じて独自の労働条件を設定することに関していえば、これは合理性がないと。そのときには組合内部において利害調整システムがつくられていないということもその根拠になっております。

では、議論として何が新たに加わったかということですが、一つは、労働組合の誠実団交義務を構成して労働協約の効力判断に加えるべきとする点です。例えば個別組合員との関係で、民主的な決定のために組合は入手した情報を組合員に開示すべきで、そういう情報を開示していない場合には協約の規範的効力を否定するという点です。もう一つは、使用者の団体交渉義務ないし誠実交渉義務が、労働組合の誠実交渉義務いかんによっては免責、緩和されるという点です。

要するに、道幸理論というのは、これまで公正代表義務にこだわって議論をしてきて、その行き着いた先の中で、労働組合の公正代表義務を非常に厳しく、さらに求めていくということで、労働組合の誠実交渉義務というものに公正代表義務をも反映させていくことに今回の特徴があると思います。



そういう意味で言いますと、今回の取り上げた意義ということでは、誠実交渉義務というものについて、今日では唯一団体法で頑張っている道幸さんが新しい議論を展開したということで、どういうふうを受けとめたいのだろうかと、これが大きな課題だろうと思います。

具体的に言えば、労働組合の公正代表義務という形で、規範的効力というものをやはり否定するということの当否でありますし、また労働組合の公正代表義務から使用者側の誠実交渉義務とか団交義務を軽減させていくといった考え方をどういうふうを受けとめていくのかという問題です。

日本の労働組合に関して、道幸先生はおそらく従業員代表組織の役割というものを担わせる関係で、強く公正代表義務を求めているのだと思うんですが、私個人的には、労働組合に対して、いわゆる組合民主主義の議論を超えて、公正代表義務を語り、それを協約の効力に結びつけたり、使用者の団交義務の軽減に結びつけることに関しては、やはりなかなか納得できないものがあります。これは後で議論していただきたいと思います。

ちなみに、こういう労働協約の不利益変更にかかわって、労働組合内部の процедуруを重視するものとしては、大内さんがもう一つ、「労働条件変更プロセスと労働者代表の関与」という論文で議論を展開しております。これも従来からの大内さんの議論の延長にあるもので、交渉過程において少数派の意見を反映させるよう、手続的なルールを整備すべきことを強調しています。ですから、労働組合の意思形成過程において、組合民主主義とか公正代表というものの手続を強調するということでは非常に類似しているのですが、大内さんの場合は、どちらかといいますと、手続的なルールを強化することで裁判所の司法審査、とくに内容審査というものを省こうするところに意図があると思います。これに対して、道幸さんの場合は、手続的なルールを強化することによって、司法審査を外すのではなく、ルールを無視する協約の規範的な効力を否定するところに意図がありますので、そこに両者の違いがあるということが言えます。

## ●討 論

### \*アメリカの公正代表義務法理との異同

川田 道幸論文についてですが、公正代表義務につ

いて、排他的交渉代表制を前提として、その中で特に不当に取り扱われている労働者に対して一定の救済を与える法理であるアメリカの公正代表義務法理と比べると、団体交渉過程の実質化にかかわる権利とか、組合員相互間の利害調整にかかわる義務など、かなり広がりを持った概念として公正代表義務という概念が出てきているという点が印象的でした。

毛塚 川田さんがおっしゃったこととの関連で、公正代表義務という場合の公正という概念ですが、アメリカですと人種問題がすぐに頭に浮かぶんですが、そういう社会的な差別としてわれわれが受けとめるような以外のもの、例えば、少数組合員や特定の職域に属する労働者グループの意思を問わないことが、公正代表義務の議論としてアメリカで展開することはあるのでしょうか。

川田 あまりないと思います。アメリカ法の下では、差別に関係しない単純な少数派の扱いについては、交渉単位内の過半数の支持を得るためのキャンペーンなどに一定の考慮がなされているものの、基本的には過半数主義、多数決原理で割り切ってしまうというのが私の理解です。アメリカ法的な視点ということから、ついでに1点言っておきますと、アメリカ法における交渉単位の考え方との関係で、利害の共通性を問題にするという視点も道幸論文の中に出てきているように感じます。アメリカ法においては、交渉単位を設定する段階で、交渉単位を構成する被用者集団には利害の共通性が必要だとされているために、交渉代表である労働組合が、それを支持しない被用者まで代表してしまうという排他的交渉代表制の下でも、公正代表義務の機能がある程度限定的になっているという理解も可能だと思います。今回の道幸論文でも、組合員相互間の利害の調整を公正代表義務論の前提とするとした上で、利害調整システムが想定されていないグループについてはそもそも規範的効力が発生しないのだという主張が出てきているというあたりには、今述べたようなアメリカ法の交渉単位的な発想があるのかという感じもいたします。

### \*利害の共通性と異質性

唐津 道幸先生は、利害の共通性を強調されて、論文の最後にも、労組というのは政治党派やNPOと異なって基本的に利害の同一性に基づいた手段なのだとされている。公正代表義務の根拠としても、労働組合の交渉力の強化という、かなり政策的な動機という

か、そういうものが道幸先生にはある。労働組合はもっとしっかりしなきゃいけない、そこで公正代表義務、きちんと組合員の意見を聞いて初めて代表としての資格があるという、そういう議論です。けれども、それは排他的交渉代表制のときに公正代表義務が出てくる。日本でもそれでいけるのかということです。

毛塚 それは前提として、これも大内さんと違うところでは、ユニオンショップを認めて、なおかつ全従業員の代表として労働組合を位置づけようというのが彼の特徴だと思います。したがってまた従業員代表制は考えないと。現在の労働組合に対して、一応従業員組織の代表だから、そのまま従業員の代表としての位置づけを与えるというスタンスが背景にあるのでしょう。

唐津 従業員としての利害の同一性ということ念頭に置かれているのですか。

毛塚 むしろ公正代表義務論の背景にあるのは、利害の異質性ですね。僕はどちらかというと、労働組合は団結の自由を基礎にしているから、原則は利害は同質で捉えていいと思っています。今大きな流れの中でいうと、労働者の利害の異質性に向けた集団法理の形成が志向されている。先ほどの浅倉さんや西谷さんなんかはそうだと思いますが、利害の異質性という形で労働組合を考えましようとなってくると、公正代表義務的な議論というのが受け入れられる素地は非常に広まっていく。

奥田 利害の同一性という場合に、道幸先生がおっしゃるのは、基本の部分では利害に同一性がある、異なるのは意見の違いだということなのですが、実際にいろいろと問題になっているのは、やはり具体的なレベルでの利害の異質性だと思います。その場合に、道幸先生が公正代表義務論を展開される際の前提とされている労働組合像にもかかわるのですが、基本的な利害には同一性があるという前提での労働組合像を考えていくことには少し疑問があります。

組織内での利害の多様化が公正代表義務を有益にするというのはわかるのですが、具体的な部分での利害の多様化が出てくるからこそ、内部での調整というのは逆に非常に難しい局面ではないかと思っています。今日の状況では、組織強制を前提とした組合の内部で利害を調整するという状況を超えているのではないかと思います。

唐津 道幸先生の言葉で、利害の共通性とか同一性

を模索する試みがやっぱり必要じゃないかということです。共通の利益がある。表面的にはぶつかるかもしれないし、例えば使用者との交渉でもいろいろ方策はあるかもしれない、求める利益も違うかもしれないけど、一般的にみんなで議論をして、そこで使用者に向かい合うときには徹底的に議論しましょうという考え方じゃないですか。

例えば不利益変更が全員一律の場合には、協約の最終的な段階では全組合員でチェックするのが原則である、すべての関係者はそこにかかわらなければいけない。不利益変更が特定グループのときには、これはちょっと疑問があるのだけど、組合員多数による合意とともに、当該グループの多数による決定が要る。ここでは、多数決主義で、特定グループについては全員でチェックしないでいいのかなという気がしたのだけれど、とにかく組合規約の整備でチェックをする。いずれにしろ、いろんな人の利益を勘案した上で交渉に臨むということが前提です、そういうことを強調されているのだと思います。だから、逆に言えば同一性を求めるところに意味があるのではないですか。

#### \*労働組合の誠実交渉義務

奥田 少し別の点ですが、労働組合にも誠実な交渉が要求されるというところで、組合には組合員との関係においても誠実な交渉態度が要求され、その一内容として個別組合員の利益や意向を公正に代表して交渉することが必要になると言われています。これの趣旨自体はわかるのですが、ただ交渉過程において組合が誠実に交渉する相手というのは、やはり使用者ですね。

そうであるとする、そこでの誠実な交渉態度というのは、組合内部での意見の不一致が交渉過程や妥結後に出てこないような準備をして交渉に臨むということに現れるのではないかと思うのです。したがって、労働組合に誠実な交渉が要求されることの「延長として」、組合員との関係で誠実な交渉が要求されるというつながりがよく理解できませんでした。その点はいかがでしょう。

毛塚 趣旨は、おそらく意思形成過程で企業からの情報がたくさんあるならば、その情報は組合に対しても与え、一定の意思形成過程においてはちゃんと説明義務を果たしなさいということなんだと思います。

川田 ただ、これは誠実交渉義務概念のかなり大胆な再構成だと思います。もともと誠実交渉義務というのは、団体交渉において交渉は義務づけられるが合意、

妥結までは義務づけられてないという、その微妙なところを埋めるために出てきた概念だと思うので、やはりそれはすぐれて団体交渉における労働組合と使用者の関係の念頭に置いた法理だと思うんです。そこからすると、最終的に使用者との交渉に反映していくとはいえ、組合の内部関係の問題にまで拡張するというのは、その本来の意味をかなり大きく超えた内容を誠実交渉義務の内容に読み込もうとしているということになると思います。

唐津 そうすると、組合が今交渉していることについてきちんと組合内で議論するとか、情報開示しないと、それは誠実交渉義務に反することになるのでしょうか。使用者側からすれば、ちょっと組合内で話し合ってくださいということですか。聞くところによれば、まだ代議員総会も開かれていないそうですし、きちんと論議を詰めてからにしてくださいね、という話ですね。

奥田 それはやはり使用者との関係での誠実交渉義務ですね。

毛塚 使用者の誠実交渉義務が軽減される事由として、労働組合の誠実交渉義務違反を考えるとということだと思います。

唐津 組合は組合員にいろいろときちんと説明し、組合内で討議をして、情報を開示して、ということですか。だから、この問題を、随時、交渉のプロセスとして考えている。交渉の経過、こういう段階に至ったということの説明する。それによって組合員みんなのいろんな意見を反映させて、組合をより活性化できるというふうに想定するのでしょうか。

組合員の情報とか内部手続情報も、使用者に出さなければいけないのですか。

毛塚 組合員情報を与えないことが、団交拒否の正当事由になるというのですから。

唐津 それがちょっとどうかなという気がしますね。

奥田 そのような理由で団交拒否をすれば不当労働行為になる場合があったと思うのですが、それは認められないということでしょうか。

毛塚 それを十分の承知のうえで道幸さんが言い始めたのはなぜなのでしょう。

唐津 そう言わなければ、何か現実問題として労使関係が動いていかないところがあるのでしょうか。組合のほうが、むしろ今のシステムではきちっと対応しないところがあるから、あるいはこういうこと

を言わないと、組合自体が全然動けないような状態に立ち至っているという認識が、道幸先生にあるのでしょうか。でも、理論的にはこういうこともありうるでしょう。

#### \*排他的交渉代表制

毛塚 労使関係法制を新しく作り直そうというときに、経営サイドからメリットがあるということで議論されていることでは、交渉単位制をとって従業員代表機能を与える方向でというものです。

道幸さんの議論というのも、基本的にはそれに近い。労働組合に従業員代表の機能を与えて、交渉権を多数組合に一元的に認めるという考え方を背景に持っているのではないかと思います。以前、小寫さんが学会で団体交渉権を過半数組合に限定したり、労働組合の団交応諾義務を説いたこともありますから、そういう意味では、団体法に関して比較的発言をなさる方がそういう考えを持つようになってきているというのは、現実認識や政策意図の可否は別として、今後の労使関係法制を考えると影響は少なくないと思います。

唐津 論文の最後の「今後の課題」という箇所、「現行の任意設立かつ組合員のみを代表するシステムの見直しが一定程度必要であろう。」として、例えば併存組合法理を修正して、ある種の排他的交渉代表制が必要かもしれない、と書いておられますが、道幸先生の議論の方向はそちらの方向なのでしょうね。そうでないと、とても今のままではだめだ、ということですか。

#### \*従業員代表制

従業員代表制については、例えば過半数代表のことを大内論文では言っています。過半数代表制をそのまま従業員代表制みたいな形で持っていくと、労働組合法制度との整合性をとりにくいということを言っている。道幸先生は労働組合主義ですね。現行の組合法制を動かさない、組合に労働者の利益を代表させる。

毛塚 従業員代表制ということでは、大内さんも、道幸さんも反対ですよ。僕は代表民主主義に基づく従業員代表制と団結の自由に基づく労働組合という両者の利益代表の原理的な違いにこだわるので、公正代表義務論を従業員代表に持ち込むのは反対ではありませんが、労働組合の中に入れるのはやっぱり不純物というふうに思うので、非常に抵抗を感じるんです。

唐津 明らかに排他的交渉代表制を念頭に置いて議論を進めていくのだったら、そちらの方面の議論も必

要でしょう。そうすれば公正代表義務の議論も生きてくる。でも、組合法制との調整はどうしますか。

毛塚 排他的交渉制をとらざるを得なくなれば、それは必要でしょう。しかし、雇用形態や就業形態が多様化した中では、基本的に利害の同質性を基礎にする組合という器のなかで労働者間の利害調整を図るよりは、従業員代表制あるいは過半数代表制を使ったほうが、利害の調整はうまくいくと思っています。もちろん組合機能の蚕食の危険という大きな問題はありますけども、それはそれとして覚悟して臨むべきことであると思っています。

唐津 これは大内論文でも言われていますけど、代表が結ぶ協定と既存の労働組合が結ぶ労働協約についても、整理する必要がありますね。

毛塚 従業員代表制で対応する場合には、本来的に組合の任務とされる賃金や労働時間に関して規制権を与えることは考えられないと思いますので。

唐津 そうすると、権限でまず明確に分けるということですね。

毛塚 二元的なシステムをとる以上は、当然、権限の分担が必要ですね。ところで、大内さんの議論については、皆さん、どういうふうにお考えなんですか。

#### \*大内理論との異同

唐津 大内さんは、手続的なルールを整備することによって内容審査を回避すると考えているようですが、立法もしくは裁判所による介入を嫌いますね。

毛塚 利益調整的司法判断には予測可能性がないことと、私的自治の軽視に連なるということなのでしょう。

唐津 内容審査を回避するという事は、きちんと手続を踏んでおけば後は自由にやれるというようにしたほうがよい、という発想からですね。自治的にやれるようにする。今のままだったら、例えば協約の規範的効力をチェックする場合、裁判所は、少数組合員あるいは非組合員へどのような配慮をしたかということを使うけれど、余計なお世話ではないか、あるいは裁判所は、組合は組合員をきちんと代表しているのかというように、組合を信用していない。組合は本当にきちんといろんな討議を行い、意見を踏まえて、こういう交渉をしているのか、というように交渉の経緯についてもチェックするわけです。これは就業規則による労働条件不利益変更についての合理性判断と似たようなところがあります。あらゆることをチェックして、

適正さを確保しようとする。このようなパターンリスティックな発想で労使関係を捉えるという、それが嫌なのですね。

毛塚 彼もまた、ある意味では道幸さんと同じく、労働組合なり集团的規制の再生を強く願っている……。

奥田 大内さんの場合、ユニオンショップ無効論が前提になっているというところで、組合加入の自由がベースにありますから、やはりそこから組合内部での私的自治とか、そういうものを求めていくというのは、ある意味、当然の理論なのかなと思います。

唐津 ただ、西谷先生も言っておられますけど、労使自治といっても、わが国では、その実態は自治の名に値しないのだから、それに委ねることには問題がある、という見方がある。このような現状認識はどうでしょうか。

奥田 大内さんはその点をかなり割り切ってらっしゃる感じがします。

唐津 大内さんは割り切っているのです。だから、手続審査のみで足りる、それで内容も見たことになるというように考えるのでしょうか。

毛塚 企業内組合にフリーハンドを与えるのはなかなか難しい。せいぜい合理性の推定機能ぐらいを与えるまででしょう。

唐津 それは企業別組合の場合ですか？

毛塚 企業内組織の組合というのは、やはり交渉の当事者として経営からの独立性を維持するのはなかなか難しい。労働市場で組織された地域や産別の労働組合とは同列には扱えないということですね。

唐津 ですから、裁判所の内容審査を外すというだけの公正さが保障されているというお墨付きを与えるわけにはなかなかいかない。ただ、労働組合である以上は、協約に関して一応の合理性の推定は働くのではないですか。そういう意味では、合理性がないことは、これに反対する側が立証しなければならないことになる。

奥田 さきほどの道幸先生の公正代表義務論との関係では、大内さんの場合、内部手続の不備というものが最終的に協約の効力に及ぶことに対しては、批判的な見解を出してらっしゃると思いますが、その点はどうでしょうか。

毛塚 それはそうだと思います。公正代表義務論を協約の効力に結びつけることは、労働組合の内部運営に使用者の介入を認めることになりますから。大内さ

んは民主的な意思形成が損なわれていることが明確に使用者にもわかる場合に規範的効力を否定すべきだと。これは基本的に私の認識としては同じですね。

もっとも、彼の論理からいえば、道幸さんのようにもう少し手続にこだわってもよさそうな気もしなくはないのですが。

#### \*過半数代表制と手続規制

唐津 道幸論文の「おわりに」のところで、過半数代表は使用者からの労働条件変更提案について従業員全員に伝えて、その意見を聴いた上で、使用者に対してその結果を伝えることが求められる、とあります。けれど、どういうふうな状況だということを過半数代表が把握することはおそらく難しい。従業員全体の意向というのはわかるでしょうけど。過半数代表ですから、それが組合である場合もそうでない場合もあるわけですけど、手続的にかなり厄介ですね、過半数代表を選ぶ場合でもそうですが。

毛塚 この場合の過半数代表は、組合と代表者の両方を含んでいるわけですよ。

唐津 両方とも入っていると思います。今の過半数代表制をこういうふう読み込んでいくと、組合がある場合とない場合で手続的にはかなり違います。そうすると、そういった全従業員からの意見集約のための機会をきちんと設定できるような便宜供与を、使用者に要求しなければいけない。例えば事業場単位でも、大きい事業場も小さいものもありますけど、そういう代表を選ぶことも含めて、いろいろなことを使用者に求める。だから、これは、大内さんの意図とは逆に、使用者に大きな負担になるのではないかという気がしました。

また、過半数が変更賛成の場合でも、少数反対派の従業員の同意や納得を得ることができるよう誠実な交渉・協議を尽くすことが求められる、とあるように、大内さんは、説得、交渉、協議を強調していますが、どの程度のことを考えているのでしょうか。一方で、手続的ルールというのも設定しようということですから。そうすると、裁判所は、一定の手続について、例えば紛争があった場合に、その手続が実際に運用されている、その内容まで見るという話にならないか。こういうことを言い出すと、かえって自治尊重という主張の首を絞めるような気がしました。手続的ルールだといっても、例えばどんな協議で、いつ、何日に、どういう説明をしましたかとか、それに対して

どのような形で意見集約されましたか、そこでどんな形でまとまりましたとか、もう全部明らかにしなければならない。そうすると、かえって組合の自治に介入することにならないか、ということです。

だから、裁判所はかかわらざるをえないのだから、ある程度割り切らなければいけない。内容審査と手続審査はやらなければいけない。ただし、それぞれについて、ここまでという具合に、一定の限度があると言わなければならないか。内容審査でもここまでしかできないとか、手続審査もここまでしかできないというほうが、むしろ介入を排除するという意図が達成できるような気がします。内容審査だったらだめで、手続審査だったらいいという話ではないと思います。

毛塚 手続のほうが明確な基準が立てやすいという前提認識だと思います。

川田 ただ、組合併存状況とか、少数派がいるような状況で、本当に手続的に明確な基準を立てることが容易だといえるのでしょうか。

唐津 従業員規模の大きい会社で幾つも組合があった場合に、対抗的關係にある組合間の調整というのはほとんどできない。対立しているのですから。そういう場合の手続というのはどうするのか。大内さんの議論では、おそらく過半数という条件が出てくるでしょう。過半数組合に、主導的な役割あるいは権限も認めてよいということだろうと思いますけど。

川田 その点はたしかに、少数組合との交渉を尽くしたとして交渉を打ち切ることに、ある程度形式的な基準を立ててしまってよいという考え方なのかもしれません。大内さんの考え方からいえば、少数派にも多数派になるチャンスがあった以上、過半数で割り切って構わないのだと、そういうイメージなのかもしれないですね。

唐津 大内さんと道幸先生とでは、ユニオンショップ無効論と有効論とで、拠って立つ労働組合イメージが違いますね。これは、かなり大きいと思います。ただ、無効論といえば、判例は相対的無効論といえなくもない、これでは処理できないのですか。西谷先生でも大内さんでも、有効だというのがそもそもけしからんというわけですが。ここはもっとプラクティカルに考えたら、別に今の法理で十分対応できるような気がしないでもない。

奥田 私は疑問を感じますけれど。

唐津 おそらくそうですね。

川田 そこは、プラクティカルというより原理的な違いでしょう。

奥田 消極的団結権の問題ですね。

## VI 公務員労働法

### ● 紹介

渡辺賢「適正手続保障としての労働基本権——公務員の労働基本権再考のための覚書」

唐津 では、最後になりますが、渡辺論文について、川田さん、お願いします。

川田 それでは、公務員労働法について、渡辺賢「適正手続保障としての労働基本権」を取り上げます。

同論文は、労働基本権の適正手続保障としての意義を重視するという視点から、公務員の争議権、とりわけいわゆる人勧ストをめぐる問題について論じるものです。渡辺論文の主張は、主に第3章で展開されておりますので、この点を中心に見ていきますと、まず公務員の争議権を一律に否定する現行法に対する検討として、公務員の勤務条件決定方法の分析等を踏まえた上で、具体的な勤務条件の決定が任命権者に最終的にゆだねられている事項については、判例が挙げる議会制民主主義の原則という労働基本権の制約原理には抵触しないと考えられること、また、公務の停廃という制約原理もすべての公務員に一律に妥当するわけではないということの2点から、現行法は過度に広範な労働基本権の制約を課すものとして違憲と主張されています。また、人事院勧告あるいは人事委員会勧告に基づいて法律、条例で決定されるというタイプの勤務条件についても、その内容に対する異議申し立てとしての争議行為が、憲法上保障された争議行為と位置づけられるとしております。この主張に当たっては、政府の三つの側面として、政府としての政府、使用者としての政府、任命権者としての政府という三つを区別するという観点から、使用者としての政府との関係で、こうした争議行為が正当化されるという論じ方になっております。

さらに、代償措置論との関係では、代償措置たりうるものは人事院勧告のみであるということと、それが当事者による労使関係の形成に対する代償と位置づけられることを論じた上で、代償措置と言えるためには、労働者側に参加権が認められることと、勧告に法的拘束力が認められることが必要であると主張されてお

ます。

渡辺論文では、さらに現行法の合憲性を肯定する判例法理を前提とした場合の人勧ストにおける争議権保障の問題と、懲戒処分の問題についても論じています。ここでは、代償措置としての人事院勧告、人事委員会勧告が誠実に履行されない場合に、勧告の誠実な履行を求めて行われる争議行為が問題になるわけですが、渡辺論文では、まずこのような場合に、勧告制度がいわゆる画餅化したものとして、争議行為が憲法上保障されるか否かという点に対する判断基準として、政府の側が勧告を履行できないやむをえない事情があるということ、ほかにとりうる手段がないことという二つの実体的基準と、説明責任を果たすという手続的な基準が、いずれも適正手続保障という観点から挙げられるとされております。

また、この基準が満たされて、争議行為が違法となる場合の懲戒処分については、争議行為の憲法上の保障の問題とは別途の考察が必要になり、ここでは懲戒権濫用の成否を判断する際に、任命権者として政府の側面に対応した現場レベルでの説明責任が求められることなどが論じられております。

本論文に対して、特にタイトルである適正手続保障としての労働基本権に関する点を中心に、幾つかコメントしたいと思います。

まず、このように労働基本権の適正手続的側面を重視するということが渡辺論文の大きな特徴であるわけですが、同論文では、労働基本権を生存権的な権利と把握して、労働基本権の制限を合憲とする判例法理に対するアンチテーゼと位置づけられる、労働基本権の意義として参加的契機を重視する学説の延長として、この点の議論が展開されています。ただ、この点の論述は割合あっさりしたものでして、私としては、論文のかぎとなる概念ですし、特に勤務条件の決定方法が民間部門の場合とは異なる公務員制度における労使関係法制のあり方を考える際に、労働基本権の性質を考えるとということが重要な意味を持ってくるという観点からも、従来の関与権的な労働基本権の理解と、本論文における適正手続的側面を重視するという点とは何がどう異なるのか、あるいは公務員制度において適正手続保障の側面がなぜ重視されるべきなのか等の点について、もう少し詳しく論じてほしかったなという感想も持っております。

次に、このような適正手続保障としての労働基本権

という視点からの渡辺論文の主張の中では、異議申し立てとしての争議行為が認められるという点と、代償措置としての勧告制度が適正に機能していると言えるためには政府が説明責任を十分に果たしていることが必要であるという点が、特に特徴的であると思います。

ただ、この2点のうち、前者については、議会で決定が行われた後に異議申し立てとして争議行為を行うことが適正手続保障の範囲に入ってくるのかという点に若干疑問を感じました。確かに、一たんなされた決定に対する不服当事者による異議申し立ては、一般的に言えば、適正手続の代表的な内容の1つだと思えます。ただ、公務員制度の場合、議会の決定があった後の見直しは政治過程の問題として、労使関係と離れていくという考え方も成り立つのではないかと、あるいは、仮に事後的な異議申し立てが何らかの形で認められるとしても、それが争議行為という形をとることになるのかという疑問です。むしろ、本論文では争議権を主たる対象としている結果、積極的に論じられなかったということなのかもしれませんが、団体交渉権などにかかわる問題として、議会による決定に至る前の段階における適正手続保障という視点が重視されるべきではないかと考えています。

それから次に、説明責任に関しては、基本的に妥当な指摘ではないかと思えます。ただ、説明責任の内容を、争議権保障の場合と懲戒権濫用の場合で分けて考えているというところについて若干疑問を持ちました。渡辺論文の主張は、政府としての政府、使用者としての政府、任命権者としての政府という政府の側面を分けて考えるという観点から、争議権保障と懲戒権濫用の問題を、それぞれ使用者としての政府、任命権者としての政府に対応するものに分けて考えているわけですが、そもそもこのような場面で、両者を分けて考える必要があるのかということに対する疑問です。

とりあえず、以上です。

## ●討 論

### \*適正手続保障としての労働基本権

毛塚 適正手続保障としての労働基本権という概念、初めてだったものですからよく理解できなかったのですが、これは公務員の労働基本権をとくにそう定義するのですか、それとも労働基本権を一般的にそう理解するのでしょうか。

川田 論文の中で適正手続は、関与権的な概念など

を含むより広い概念、上位概念的なものとして位置づけられているので、そういうことからすると、適正手続保障としての労働基本権という考え方は、労働基本権一般に妥当する考え方と位置付けられていると思います。その上で、公務員制度の場合には、勤務条件法定主義などとの関係で、直接、労使関係の中で合意をして、それによって運営していくという機能に制限が生じ、その分、広い意味での政府の側が最終的な決定を行う場面というのは増えてきていることから、適正手続という性格が前面に出てくるということではないでしょうか。

唐津 西谷先生が労働基本権について関与権という概念を用いた議論をしていますね。労働条件決定にかかわる、労働条件形成のプロセスに関与できるという意味で、関与権という議論が公務員の労働基本権の議論にフィットしたのでしょうか。でも、関与権という言葉は、議論の幅を狭めるような気がします。労働基本権の保障を、適正手続保障ということだけで説明することはできないでしょう。手続と言っているのは、おそらく労働基本権は生存権を実現する手続的権利であるという理解があったからだと思いますが。手続ではなくて、まさに参加という意味での関与というふうと考えてみると、公務員の労働条件決定については法律上いろいろ制約はあるけれども、実際には、決定する権限は政府ではなくて、いろいろなところに委任されています。そうすると、公務員がその決定過程に食い込む余地はあるという、そういう議論でしょう。

毛塚 例えば争議権や団体交渉権、団結権、これらをすべてを包括的に労働基本権と捉えて、それが関与権だとか、適正手続保障権だというふうに理解するのでしょうか。

奥田 そこはあまり詳しく書かれていないのではないのでしょうか。たとえば、一般的なアカウントビリティという考え方は団交権の誠実交渉義務を構成する要素であると説明されていて、一方でそれは団交権の一内容にとどまるものではないと。そして人勧制度にかかわる政府の手続的義務もアカウントビリティに基づくと述べられています。ただ、そのことと、28条から適正手続保障という概念が出てくることとの関係などはよくわかりませんでした。

川田 いずれにしても、適正手続保障が労働基本権の主たる趣旨だということまでは言っていないと思います。

毛塚 公務員制度では、例えば職務の性格や財政民主主義といった要素が入ってくるために、公務関係の労働基本権が適正手続保障の権利としてなるというのですとまだ理解しやすいのですが、そもそも労働基本権というものは適正手続保障の権利だと言われてしまうと、ちょっと待ってといわざるをえないですね。確かに従来の労働基本権論のように生存権や自由権として理解するよりは、言ってみれば制度的な保障を求める権利として理解したほうが、今の時代には、特に公務関係の労働基本権を議論するときにはメリットがあるとは思いますが。

川田 私も、適正手続保障を公務員の労使関係で重視するということは基本的に賛成です。ただ、それは労働基本権の性質一般についてそのようなことがいえるというよりは、最終的な決定を労使関係の主体以外の者が行う場面が多いという公務員の労使関係の特殊性を考慮すると、結果的にそういう形のものになっていくのだと考えるほうがいいのではないかと思います。

唐津 渡辺さんは、労働基本権制限の論理には幾つかあるわけですが、議会制民主主義の要請にひっかかるようですね。労使当事者だけでは決められないことがあると。でも、渡辺論文で、争議権という労働基本権の保障は、共同決定を求める権利の一環というより、むしろ決定権限を持つ者の権限行使に関与することを通してその権限交渉をチェックしようとするものとして、デュー・プロセス的な発想に基礎を置く、という論理になると、はたしてそう理解できるのかどうか。

毛塚 西谷理論の影響なんでしょう。

奥田 関与権のような考え方ですか。

唐津 関与権というか、関与権をどう定義するかはまた難しいと思いますが、この議論はそのチェックのために、政府が決めたこと、それについてかわらう、参画しようということでしょう。団体交渉とかあるいは組合活動、争議権をどう考えるかという問題もありますが、今、団結権は認められている、そこで団体行動ができるというのだったら、例えば異議申し立てやプレッシャーをかける、ということもできるはずである。憲法上の要請に抵触しない形で、公務員にも合法的にできることを探しているという気がします。ただ、この論文の目的は、人勧ストの適法性、それを論証したい、ということでしょう。人勧ストは、まさに抗議で、人勧凍結に対して異議申し立てをするということです。その正当性を根拠づけるという目的がある。

川田 むしろ、本論文の対象からは外れますが、決定過程への関与という考え方は、たとえば仮に現行法制の他の部分はそのままにして国公法、地公法に協約締結権を付け加えた場合に協約の性質をどう考えていくかなど、協約締結権や団体交渉権の議論に発展していく可能性があると思って、私はおもしろく読んでいます。ただ、争議権がメインである本論文において、関与権の発想から展開される議論については、先ほども述べましたように私としては若干疑問を感じています。

毛塚 プラグマチックに考えれば、今の政治状況を考えると、公務員に争議権を回復するという議論にはあまりリアリティがありませんから、労働基本権とは適正手続保障の権利である、したがって、争議権の回復とは異なった労働基本権の実現の方法として、交渉システムや発言システムを整備するオプションもありますという議論を提供するものと考えれば非常に意義がある。戦後の労働基本権論というのは、とくに最高裁の判決がそうですが、労使関係をつくるという発想は皆無です。そういうものがなかったことを意識させる意味では非常に有意義だと思いますが、それにもやっぱり媒介する論理が必要で、直接適正手続保障の権利と言われると引かざるを得ない。

唐津 そちら辺の論証は不十分だと思います。ア prioriに適正手続保障が出てくるでしょう、それには抵抗あります。

奥田 ただ、この論文の最初のほうでは、労働基本権の自由権の側面や関与権を論じた学説の理論状況が整理されていて、その上で、労使関係秩序の公正さということから「手続的效果」「参加」ということが指摘されています。

したがって、そのことが適正手続保障につながってくるとすれば、その関連や相違など、学説の展開として興味深い点もあると思います。

\*民間企業と公務員労働関係との違い

毛塚 それと関連するのかわかりませんが、3章2節で、民間との違いを指摘しながら、「公務員労働者の使用者は、公法人としての公共団体であるから、このレベルで使用者を論じても、公務員の勤務条件を決定する権限を有するものという意味での実質的な使用者を考えるとときは、ほとんど意味をなさない」と述べているのはどういう趣旨ですか。

川田 私も「はてな」としているんですよ。ただ、



それはおそらく実質的に勤務条件、細かいところを決めるのはもっといろんな部局というか、権限が委任関係にあって、分散しているんですよ。

毛塚 使用者の階層性というのはわかります。たとえば、使用者の階層性ゆえに労働三権が適正手続の保障にならざるをえないというのだとわかるのですが、どういう文脈でこうお書きになっているのでしょうか。

唐津 階層的に違うから、そこではもっと複合的に、多層的な基本権行使、基本権のあり方などを組み立てていけば非常におもしろいと思います。民間企業の場合には、単一的に、労働者と権限を持った使用者というモデルで労使関係を考えますから、それとは大分違う、同じような形じゃありませんということなのでしょう。

川田 そういうことと、あと、団体交渉との関係でいえば、議会は少なくとも普通に考えると交渉相手ではないわけで、そうすると必然的に、最終的な決定主体との間の交渉にならない場面も出てくるという、そういう場面での交渉のあり方を論じる上での意義はあると思います。

毛塚 交渉権でも、例えば民間で、昔から権限を持たないけど、それぞれのレベルで可能とされてきた。それが関与権になればまさに保障する意味があるのでは。

唐津 交渉権と妥結権と、あと協約締結権、それらは全部違いますよと説明するでしょう。

川田 ただ、それは当事者で左右できる問題かどうかという点での違いは残ると思いますが。

唐津 もちろん、公務員の場合には、法律で決まっているから、むしろ議論がしやすいかもしれない。

川田 そういうことですね。

#### \*適正手続保障と人勧スト・代償措置画餅論

唐津 人勧ストについての議論で、全農林事件判決の岸・天野両裁判官の追加補足意見、画餅論ですね、これについて、渡辺さんはどのように考えているのですか、そこがよくわからなかったのですが。

川田 どのようにというのは？

唐津 画餅論にかかわる議論はあまりされていませんね。

毛塚 適正手続保障として人勧を捉えるから、それを無視するということは基本権保障が画餅になる。したがって、争議権が復活すると、こういう文脈では。

唐津 画餅論は、そもそも補足意見ですから、その射程範囲を少し議論するのかなと思ったら、それには触れていないでしょう。

川田 そうですね。おそらく、その後の下級審の裁判例等である程度確立しているという趣旨だと。

唐津 いや、もともと画餅論が成り立たない論理なのではないか、と思うのですが。例外的に、画餅に帰した状態であったということでストライキの合法性を認めた地裁判決（大分県教組・高教組事件（大分地判平5・1・19判時1457号36頁））がありますね。

川田 ただ、一般論というか、判断枠組み自体は、高裁ぐらいまでの裁判例で結構出ています。そういう枠組み自体を所与の前提としているのではないのでしょうか。

唐津 いや、枠組み自体ではなくて、枠組みの解釈について議論はできないのかということです。また、懲戒権濫用の成否についての河合・福田両裁判官の補足意見についても、わりとさらっと書いてあるのですが、この辺についてもっと詰めた検討がされていたほうがおもしろいなと思ったのですが。

奥田 その場合、人事院勧告を政府が完全に実施しなかった具体的理由が定かでないという実体的要件と、手続的にも使用者としての政府が説明責任を尽くさないという、適正手続保障の部分はどのように関係するのでしょうか。

川田 実体的デュープロセスの発想から実体的要件も適正手続の問題であり、それと手続的要件を合わせたものが適正手続保障の内容という整理だと思います。

毛塚 人事院勧告制度自体を適正手続保障の一つとして見るのではないですか。適用違憲論を前提にすると人事院勧告制度がまさに代償措置であると。

川田 人事院制度の存在自体がそういう理解になるのでしょうか。

唐津 代償措置が機能不全に陥っていたならば、代償措置だから争議も許されるのでしょうか。それで、渡辺さんはどういうふうに考えるのですか。

毛塚 そこはそこで肯定するということでしょう。

唐津 肯定するのですか。でも、人事院勧告が代償措置だといえば、基本的には手続的保障云々の議論は出てこないのではないですか。

毛塚 いや、手続保障論で基本権を理解するから、人事院勧告制度というものの位置が憲法上の重要な位置を占める。無視するなら、憲法上の争議権が復活し

ますよということでしょう。それ以外の根拠で争議権を制限する場合ですと、必ずしも人勧ストを合理化できないけれども、適正手続保障論の文脈で人勧ストを考えれば、これは憲法上正当な争議行為であると。

川田 そういうことでしょうか。

唐津 132頁で、「右の判断基準のうち、いずれが適切であろうか」と言って、代償措置の画餅化と労働基本権、というふうに展開していて、人勧ストの特徴となっていますが、この後に対応して何か論じられていますか。対応していないのではないですか。

川田 その箇所の後で論じているのは、適正手続保障という観点からの議論なので、確かに十分対応していません。その部分の議論について私見を述べた後、137頁の(3)の前のところ、私見と裁判例との関係について論じられていますので、裁判例の話は結局そこにつながっていくということなんじゃないでしょうか。

唐津 いずれが適切であろうかと言って、それに対応して答えは出ていない。

川田 確かに、それまでに示された考え方のいずれでもない私見が提示され、それに基づいて議論が展開される形になっています。

唐津 だから、話がずれてきているのではないかということです。画餅化論については、「いかなる場合、代償措置が画餅化したと評価されるか」ということで、岸・天野補足意見について幾つか判断枠組みがあるのですが、それをどう考えたらいのかということが議論になるのです。ところが、次には、「まずは人勧ストの特徴を改めて確認しておこう」ということで、人勧ストの内容について議論されているのです。

川田 四つの考え方の検討はされていないですね。

唐津 そうなっていますね。だから、読んでいて、あれ？ という感じがしたのです。そうすると、今の枠組みではだめで、人勧ストの特徴、人勧ストの許容性、これがつながっているのかということです。

川田 ①の人勧ストの特徴のところから、渡辺先生の私見で、それがそのまま②の人勧ストの許容性の議論につながっていますね。

唐津 131頁にあった第1、第2、第3、第4は、特にもう出てきませんね。実はそれについて非常におもしろい議論があるのではないかと思ったものですから。裁量権濫用についてはどういふふうになるのですかね。渡辺さんは、その判断基準を出されていますが。私が

気にしているのは、画餅論に依拠して、政府の対応がまずなかったから、これは認められないというのか、それとも画餅論という枠組みとは別に、渡辺さん独自の判断基準で人勧ストというものの適法性を言っておられるのか、ということです。説明責任云々とありますでしょう。そのことを指しているみたいなのですね。画餅論は画餅論として成立し得るのかという疑問なのですが、それについてはどれが適切かということに触れていません。

川田 そこでのつながりは確かに切れています。

唐津 現実には、裁判実務上、最高裁の補足意見であれ、それに依拠して議論を展開したほうが、訴訟の上では、新しい枠組みを持ち出すよりは説得力も出てくるでしょうから、そういう新しい判断枠組みを提示することは断念したのかどうか、ちょっと読み取れなかったんですけど。

川田 ただ、ここは繰り返しになりますけど、最後のところで幾つかの裁判例を発展させたものというふうに自説を位置づけているところから見ても、一応、裁判例に見られる画餅論を適正手続保障という観点から展開したものだと思うんですが。

\*渡辺論文の意義

毛塚 公務員を専門に研究なされている川田さんから見ると、どこが新しくて、どこがチャレンジと理解されていますか。

川田 渡辺先生も、論文の中で団体交渉権など争議権以外の労働基本権についても今後検討していきたいと書かれておりますが、適正手続保障という視点を立てる意義がもっとも発揮されるのは団体交渉権をめぐる問題なのかなという気がしています。この論文の中でいうと、やはり繰り返しになりますが、異議申し立てとしてのストライキというようなことをこういう形で言っている点とか、説明責任を導く点なんかではないかと思えますけどね

唐津 公務員の労働基本権が制約を受けるとしても、公務員がなしうることもある、争議行為でも行う余地はあるという、そこを追求しているのですか。だから、労働基本権を保障するという方向の議論は一応措いておいて、現行の枠組みの中で労働基本権を捉え直して、その中で権利行使できる場を求めるといふことでしょうか。

川田 そうですね。再構成すると、労働基本権に基づく要請として、こういうことも出てくるのだと。

唐津 公務員も憲法28条にいう勤労者に含まれるわけだから、労働基本権は制約を受けたとしても、基本権保障から導かれる権利行使といえますか、異議申し立て権あるいはプレッシャーを与える権利、そういうのは出てくるということでしょうか。

毛塚 何で団体交渉権から書かなかったのでしょうか？

唐津 団体交渉は、まさに手続ですからね。そこでいろんな議論ができるような気がします。

毛塚 従来の争議権論が、とくに公務員の労働基本権論では、争議権を中心に議論が展開されて、あまり団体交渉権の内実化が図られていない。したがって団体交渉権の中身を豊かにするというところで適正手続保障の議論を展開していただければ非常にすっきりわかったのだけど、争議権論の中で適正手続保障といわれるものだから、すとは落ちない。

唐津 議論の出発点が、人勧スト、あれで処分をされるというのは不当であるということなのでしょうね。そうすると公務員のストライキ、争議行為を適法化する余地を、労働基本権の論理構造を組み直して、そこから論じていくということになったのでしょうか。

川田 その点も考えてみると、争議権を労働基本権の中でどのように位置付けるかという議論にも関わりますが、団体交渉プロセスがまずあって、その結果、どういう形で争議行為になっていくのかという、そういうプロセスの中で、争議権のあり方を検討することが本来必要ではなかったかという気はしますが。

唐津 そもそも憲法28条が保障しているのは、団結する権利と団体交渉その他の団体行動をする権利です。団体交渉を伴った団体行動、その権利だから、実はそれはプロセスとしての権利かもしれません。団体交渉の過程での、一つの選択肢としてストライキというのがありうると見れば、ちょっと違った議論ができます。

毛塚 公務員の労働基本権を設計するときに、争議権よりも団体交渉権のほうが難しい。争議権を与えることは政策論を別にすれば理論的困難さはそれほどありませんが、団体交渉権の場合は、公務員制度の基本的枠組みと抵触するのでやっかいです。そういうことで言えば、やはり団体交渉権を正面にすえて議論をして、財政民主主義論や勤務条件法定主義をとったものをうまくクリアしていくなかで基本権として適正手続保障というものを打ち出していく、その上で争議権の議論をして欲しかった気がします。

川田 あと一つ付け加えると、政府にさまざまな側

面があるという議論も、争議権よりは団体交渉権について論ずる場面でより生きてくる視角なのかなと思います。

唐津 渡辺さんによると、労働条件決定過程に関与できる場面は非常に多いということですか。

川田 労働条件決定過程において、政府としての政府だとか、使用者としての政府、任命権者としての政府というのを分けて考えて、どの問題について、だれに対してどういう関わり方をしていけるのかという問題を考えていくという展開が期待できると思います。

毛塚 公務員制度の改革議論にもみられるように、詳細法定主義をとらなければ、交渉の余地は沢山残されているわけです。また、交渉構造の部分が民間の場合と一番違う。そういう意味で、おっしゃられたように、使用者という概念を見直しながら、交渉権の内容を豊かにすることから公務員の労働基本権を考えていくことが必要なことではないかと思います。

## おわりに

唐津 では、取り上げる論文についてはこれで終わりましたので、最後に一言ずつお願いします。

毛塚 今回取り上げた論文は、労働法学の現在の位置を確認する手がかりになる素材という色合いが強かったと思います。正直、業績に恵まれた3年間であったといきれないのが残念ですが、個人的に優れた業績でおもしろいと思ったのは、川井さんの『プロスポーツ選手の法的地位』でしょうか。職業的スポーツ選手を詳細に類型化して問題を整理していて、きょうも議論になりました新しい就業形態の労働問題を考える上でのヒントも多く、これは勉強になりました。

全体的に考えますと、浅倉さん、西谷さん、島田さんの議論、それぞれ論じている対象は異なりますが、ご本人たちの意図とは別に、労働法の社会法化を感じさせるものが共通に見られたというのが個人的な感想です。労働法は、規制対象と規制原理でその独自性を確保してきましたが、ジェンダー論や自己決定論、あるいはセイフティネット論が規制原理の相対化を、無償労働論や労働者概念論が規制対象の相対化を促し、労働法の解体を促している構図です。これを若い人たちはどう受けとめて労働法の再構築を行うか悩んで欲しいですね。

個別的な課題としては、今回はプロスポーツ選手に関して、川井さんと永野さんので非常に意欲的な論文が出たわけですけども、新しい分野、とくに学際的な分野の課題が増えていきますので、会社法や倒産法、知的財産法といった境界領域を掘り下げる研究を期待したいと思っています。

川田 私も、きょう取り上げられた論文の中では、労働法と従来言われていたものが、将来、雇用労働法というような形で、もう少し広い、新しい労働法の枠組みの中の、重要ではあるが一部分という位置づけになっていくような流れがあるのかなという感想を持ちました。

それから、今回取り上げたもの以外のものも含めて、この3年間の論文を読んでいく過程で感じたこととしては、特に最近、労働法分野の立法活動が活発化していることを背景として、新たな立法や法改正について検討する論文が増えているということがあります。そうしたことも考えると、特に自分のような若い世代の

研究者にとっては、立法政策について法学的に研究する方法論をもっと追求していく必要があるということ強く感じました。

奥田 今回初めて参加させていただきましたが、発言にもいろいろと戸惑いました。検討対象とする論文の選択も難しい作業ですが、議論の仕方も難しいと思いました。とくに、論文を書かれたご本人にいろいろ質問するというのはやりやすいのですが、第三者の間で議論するときの方法などは非常に難しかったと感じています。

今回検討した論文以外にも意欲的な論文は多かったと思うのですが、意欲的に書かれたものがその後の議論を喚起したり、それに続くような論文が出てくるといことは、必ずしも多くないように思います。そうした研究をくみ取って発展させるようなことをどうやっていくか、自分の反省も含めて、考えていく必要があると思いました。

それからもう一つ、最近民法など他分野の業績に触発されていると議論が展開されることもありますし、労働法分野の理論形成にも大きな影響を与えているようになってきていると思います。こういう学界展望などでも、労働法との関係から他分野の業績を検討していくことも、一つの方法ではないかと思います。

唐津 今回は、総論的課題、労働法学の方法論として、浅倉先生のジェンダー分析論と西谷先生の自己決定論を取り上げ、また憲法27条論、28条論といった労働法の礎になるような憲法条項の解釈論を展開する論文を取り上げて議論をいたしました。このような方法論、基礎理論的な分析、検討は、労働法学の新しい議論枠組みに資するように、共通の財産として受け継いでいかなければならないと思います。

業績分野についてみますと、労働団体法領域のものが非常に少ないという状況です。前回の検討対象期間については、労働法学会編集の講座が刊行されて、1巻だけでしたけども、一応集团的労働関係についての主要な論点に係る議論状況がある程度把握できたわけですが、その後、この方面での研究がかなり手薄になっているように感じます。比較法関係の業績を見てみましても、集团的関係についての関心はかなり薄れているようですから、今回は道幸先生の論文を取り上げましたけれども、労使関係法制の枠組み、それ自体についても、新たな視点から考えていかなければならない時代ですから、自分自身を含めて、この方面について

の関心を促し、研究を進めることが必要であるように思います。

なお、比較法研究では、欧米各国については従来に引き続いて若手の方の研究がたくさんありますし、またアジアの国々の研究についても、かなり研究対象が広がりを見せてきています。こういう意味でいえば、研究のすそ野が広がっているといますか、多方面にわたって研究が着実に進められているという印象です。比較法研究のあり方については、いろいろ議論すべき点がありますが、特に若手研究者にはこのような比較法研究を通じて、新たな労働法理論なり体系なりを構想する、あるいは創り出していく作業に積極的に取り組んでいただくよう期待したいと思います。きょうは、

長時間にわたり、ありがとうございました。

(本座談会は2004年12月11日に行われた)

からつ・ひろし 南山大学大学院法務研究科教授。主な著作に『ベーシック労働法（第2版）』（共著、有斐閣、2004年）など。

けづか・かつとし 中央大学法学部教授。主な著作に『個別労働紛争処理システムの国際比較』（編著、日本労働研究機構、2003年）など。

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

かわた・たくゆき 筑波大学大学院ビジネス科学研究科助教授。主な著作に「公務員制度改革大綱の分析——労働法の観点から」（ジュリスト1226号、2002年）など。

学界展望選考対象文献リスト

\*以下の文献リストは、学界展望座談会での検討対象論文選考のための研究会で、座談会参加者により検討対象文献として提案されたものである。なお、座談会での検討対象論文は本誌5頁に掲載されているので、割愛した。

(50音順)

- 荒木尚志「コーポレート・ガバナンスと雇用・労働関係(上)(下)——比較労働法の視点からみた日本型ステークホルダー・モデルの特徴と課題」旬刊商事法務 1700号, 1701号
- 石田眞「企業組織と労働法——変動の歴史と課題」季刊労働法 206号
- 奥田香子「パート労働の将来像と法政策」西谷敏・中島正雄・奥田香子編『転換期労働法の課題——変容する企業社会と労働法』旬報社, 2003年
- 大内伸哉「コーポレート・ガバナンス論の労働法学に問いかけるもの——従業員利益を守るとはどういうことか?」日本労働研究雑誌 507号
- 大内伸哉「労働者保護手段の体系的整序のための一考察——労使自治の機能と立法・司法の介入の正当性」日本労働法学会誌 100号
- 奥山明良「働き方の多様化と休暇法理の再考」成城法学 69号
- 鎌田耕一「委託労働者・請負労働者の法的地位と保護——業務委託・業務請負の法的問題」日本労働研究雑誌 526号
- 唐津博「労働者の『就労』と労働契約上の使用者の義務——『就労請求権』と『労働付与義務』試論」西村健一郎・小島典明・加藤智章・柳屋孝安編『新時代の労働契約法理論——下井隆史先生古稀記念』信山社, 2002年
- 川口美貴「労働条件変更と使用者の配慮義務」季刊労働法 202号
- 毛塚勝利「倒産をめぐる労働問題と倒産労働法の課題」日本労働研究雑誌 511号
- 島田陽一「日本における労働市場・企業組織の変容と労働法の課題」季刊労働法 206号
- 高橋賢司「能力・成果主義賃金における法律問題——労働者の業績不振等を理由とした賃金減額・降格をめぐる法的課題(上)(下)」労働法律旬報 1559号, 1560号
- 土田道夫「成果主義人事と人事考課・査定」土田道夫・山川隆一編『成果主義人事と労働法』日本労働研究機構, 2003年
- 土田道夫「労働法における労使自治の機能と限界——立法・司法の介入の法的正当性」日本労働法学会誌 100号
- 道幸哲也『不当労働行為法理の基本構造』北海道大学図書刊行会, 2002年
- 中嶋士元也「被用者健康情報の処理過程と私法的側面」『民法解釈学の展望——品川孝次先生古稀記念』信山社, 2002年
- 西谷敏「パート労働者の均等待遇をめぐる法政策」日本労働研究雑誌 518号
- 野田進「企業組織の再編・変容と労働契約——営業譲渡に伴う採用拒否問題を中心に——」季刊労働法 206号
- 橋本陽子「労働法・社会保険法の適用対象者(1)~(4・完)——ドイツ法における労働契約と労働者概念」法学協会雑誌 119巻4号, 120巻8号, 10号, 11号
- 三井正信「公正評価義務論の意義・射程と限界(1)~(3・完)」広島法学 26巻2~4号
- 本久洋一「企業間ネットワークと雇用責任——労働関係における法人格否認の法理の再検討」日本労働法学会誌 104号
- 柳屋孝安「労働・社会保険の人的適用対象に関する一考察」法と政治(関西学院大学) 54巻4号
- 柳屋孝安「雇用関係法における労働者性判断と当事者意思」西村健一郎・小島典明・加藤智章・柳屋孝安編『新時代の労働契約法理論——下井隆史先生古稀記念』信山社, 2002年