

外国人労働をめぐる 法政策上の課題

早川智津子

(岩手大学准教授)

本稿は外国人労働をめぐる法政策上の課題を検討しようとするものである。わが国では、社会の少子高齢化やグローバル化を背景に、外国人の受入れが議論されている一方、昨今、外国人を含む失業対策が喫緊の課題となっている。これらの政策課題に対する試論として、本稿では、まず、外国人労働政策の検討の視点（「選択」と「統合」の理念等）を示したうえで、入管法と労働法の法的課題を、アメリカ法からの示唆を交えつつ検討し、「選択」の理念の実現を担う入管法について、労働市場に配慮した日本型労働証明制度の導入等を提言する一方、「統合」の理念の実現を担う労働法については、労基法3条の国籍差別禁止規定の分析枠組みの明確化と採用差別への適用、また、不法就労者の法的取扱いにおける両理念の調整の具体化等について提案を行った。

目次

- I はじめに
- II 外国人労働政策の検討の視点
- III 外国人労働者と入管法——「選択」の理念の実現
- IV 外国人労働者と労働法——「統合」の理念の実現
- V おわりに

I はじめに

本稿は、外国人労働をめぐる法政策上の課題を検討しようとするものである。

わが国に滞在する外国人数は、2007年末に約215万人とこれまでの最高を記録した¹⁾。他方、出入国管理及び難民認定法（以下、「入管法」という）に違反して不法滞在している外国人はこの5年間で半減して約13万人²⁾となっているが、このうち相当多数は不法就労に従事していると推定されている。このようななか、わが国で就労する外国人は概ね90万人台と推計される³⁾。

わが国では、少子高齢社会を担う看護・介護分野を中心とする人材の確保とともに、人口減少社会での製造業等の生産性を維持する人材の確保が

政策課題となっている。その解決策として、これまで雇用機会が十分に与えられてきたとはいえない若年者・女性・高齢者等のいっそうの活用を図ることが求められる一方、新たな分野での外国人労働者の受入れも視野に入れた検討がなされているところである⁴⁾。

また、経済・社会のグローバル化の進展のなかにあつて、わが国の国際競争力を維持・増強するためには、これに対応できる国内人材の育成を図るとともに、多様な外国人の高度人材を積極的に受け入れ、その活用を進めていくことも政策課題である。

中長期的な視点では、このような外国人も含む人材の確保の政策立案が重要性を増している一方、昨今の世界同時不況と呼ばれる経済危機下の急激な雇用情勢の悪化により、外国人労働者を含む失業者の増加をいかにくいとめるかも喫緊の課題となっている。

これらの政策課題に対する試論として、本稿では、まず外国人労働政策の検討の視点を示したうえで、わが国の入管法と労働法の法的課題をアメリカ法からの示唆を交えつつ検討し、それぞれの

展望を述べることにしたい。

II 外国人労働政策の検討の視点

本稿の検討に入るに先立ち、まず外国人労働政策の検討の視点を示しておきたい⁵⁾。

1 「選択」と「統合」

第1の視点として、各国の外国人政策における基本的理念と考えられる「選択」と「統合」という理念をとりあげる。

国際慣習法上、外国人には入国の自由はなく、ある外国人を受け入れるか否かは、各国の主権の自由裁量に属するものとして認められている⁶⁾。これが「選択」の理念であり、この点に関する各国の「選択」の基準を決定するのが移民法(わが国では入管法)である。

他方、外国人政策は、この「選択」の理念と同時に、適法に受け入れた外国人の取扱いについては、「統合」の理念を持っている。「統合」とは、すなわち、適法に入国・滞在している外国人につき、自国民と基本的に同等の地位を与え、不当な差別をしないことである。こうした「統合」の理念は、国際条約の内外人平等原則等によく反映されており⁷⁾、外国人の人権として位置づけられる。各国は憲法や法令によりその具体化を図っており、本稿で取り扱う労働関係の側面では、労働法が「統合」を実現する機能を担っている。

2 入管法政策と労働法政策の交錯

以上のとおり、外国人政策の労働の側面(外国人労働政策)において、移民法(入管法)は「選択」の理念の実現を担い、労働法は「統合」の理念の実現を担うが、第2の視点は、これらの法を取り囲む移民法政策(入管法政策)と労働法政策はそれぞれの理念の実現において、交錯しあうということである。ここでは、労働法政策から移民法(入管法)へのアプローチと移民法政策(入管法政策)から労働法へのアプローチとがある。

3 「選択」と「統合」の調和と調整

そして第3の視点は、「選択」と「統合」の両

理念を実現する移民法政策(入管法政策)と労働法政策とが衝突するときに、両理念の調和ないし調整が行われるということである。

以上の視点を念頭において、以下では移民法(入管法)と労働法について、日本法の状況とアメリカ法からの示唆をみていきたい。

III 外国人労働者と入管法——「選択」の理念の実現

1 日本法の状況

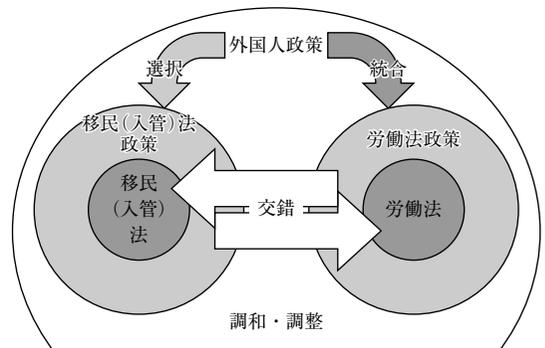
(1) 在留資格制度

わが国の入管法上の外国人労働者の取扱いについて、簡単にみておきたい。

入管法において、外国人の入国・滞在に関する基本的な概念は、在留資格である⁸⁾。入管法上、外国人は、原則として、下記の在留資格を認められた場合に限り、わが国への入国・在留が許され(2条の2)、更新の許可(21条)があった場合を除き、在留期間を超えて滞在することはできない。また、その在留資格によって認められていない収入や報酬を得る活動を行うことはできない(19条)。

そこで、就労することのできる在留資格についてみると、まず、「永住者」、「日本人の配偶者等」、「永住者の配偶者等」、「定住者」は、その身分または地位に基づいて与えられる在留資格であり、これらの在留資格を有する者は、職種を問わず就労することができる。日系人労働者が、他の一般

図 外国人労働の法政策：検討の視点



出所：筆者作成

の外国人と異なり、職種の制限なく、製造業等の現場で働いているのは、「日本人の配偶者等」、「定住者」といったこれら身分に基づく在留資格が付与されていることによる。

これ以外の外国人は、専門的技術的分野の外国人は受け入れるが、単純労働者は受け入れないとの入管法政策⁹⁾のもと、わが国において行うことのできる活動の範囲が、在留資格ごとに定められている。その内、就労が許されているのは、「投資・経営」、「法律・会計業務」、「医療」、「研究」、「教育」、「技術」、「人文知識・国際業務」、「企業内転勤」、「興行」、「技能」という専門性が高いとされる在留資格と、「外交」、「教授」など公共性の高い在留資格に限定されている。その他、法務大臣が活動を指定する「特定活動」の在留資格により、就労が認められることがある（技能実習等）。これ以外の「留学」等の在留資格については、資格外活動の許可を受けた範囲以外の就労は認められていない。以上のとおり、入管法は在留資格制度によって、就労制限を行っている¹⁰⁾。

これら在留資格のうち、入管法政策の観点からわが国の産業や国民生活に及ぼす影響等を勘案し、受入れ範囲を調整する必要があると認められる一部のものについては、入国（入管法上は「上陸」という）の許可基準が、法務省令「出入国管理及び難民認定法第7条第1項第2号の基準を定める省令」（以下、「基準省令」という）によって定められている。基準省令が適用になる在留資格のうち、就労活動の種類によって定められている在留資格においては、概ね共通して「日本人が従事する場合に受ける報酬と同等額以上の報酬を受けること」という収入基準が設けられている。これにより、同基準が労働市場への影響に配慮していることが一応うかがわれるものの、基準省令に基づき、同等額以上の報酬かどうかを判断する方法等についてはとくに明らかにされていない。

(2) 不法就労の禁止

入管法上の就労できる在留資格（就労資格）を有しないで就労している外国人を不法就労者という。不法就労者を雇用し、支配下に置き、または業として斡旋した者等は、不法就労助長罪に問われることになる（73条の2第1項）。

不法就労者自身も、刑罰（70条）および退去強制（24条）の対象となりうるが、その退去強制手続きのなかで法務大臣が諸般の事情を考慮して在留特別許可¹¹⁾を与えた場合には、与えられた在留資格での在留が可能となる（50条）。

(3) 最近の動き——入管法改正案

現在、入管法等の改正案（閣法51号平成21・3・6）が、第171回国会（常会）に提出されている。同改正案の概要を整理すると以下のとおりである。

①在留期間に期限がある在留資格の在留期間の上限を5年に伸長すること、②外国人登録法を廃止し、外国人登録証明書に代えて「在留カード」（特別永住者に対しては「特別永住者証明書」）を交付すること、③受入れ企業等との雇用関係のもとで技能等の修得をする活動およびその活動に従事した者が当該技能等の習熟のため業務に従事する活動につき、新たに「技能実習」という在留資格を設けること¹²⁾、④在留資格「就学」を削除し、「留学」の在留資格に一本化すること等が含まれている。

(4) 課題

以上みてきたとおり、入管法は在留資格制度により、外国人の受入れ範囲を定めるとともに、在留中の就労活動規制を行っており、そこでは、専門的技術的分野の労働者は受け入れるが単純労働者は受け入れないという入管法政策のもとでの「選択」の理念を実現しようとしている。しかし、労働法政策との交錯の観点からみると、基準省令において外国人労働者の労働市場への影響に配慮していることは一応うかがわれるものの、法務省入国管理局による一元管理のもとで、個々の外国人労働者の受入れにあたり労働市場への影響を判断する制度は存在していない。

2 アメリカ法からの示唆

(1) 移民法とその執行機関

アメリカ合衆国における移民法は、1952年移民及び国籍法（Immigration and Nationality Act of 1952: INA）が基本法であり、その後の同法の改正法のなかでとくに重要なのが、不法就労者と知りつつ雇うこと等を禁じる雇用主処罰制度を導入した1986年の移民改正管理法（Immigration

Reform and Control Act: IRCA) である。INA の運用に関与する行政機関として、国土安全保障省（同省の帰化及び移民サービス局 (U.S. Citizenship and Immigration Services: USCIS)¹³⁾がビザの該当性や合法永住者へのステータスの変更等に係る審査を行っている)、国務省（在外公館においてビザの発給を行っている）、労働省（後述する労働証明制度を実施している）等がある。

(2) ビザ制度

アメリカ移民法におけるビザ制度は、移民ビザ (immigrant visas) と非移民ビザ (non-immigrant visas) に分けられる。移民は、一般には、永住を目的として別の国に移動する者をいうが、INA では、非移民の該当性を自ら立証しない限り、移民であるとの推定が働くこととなる。

移民ビザは、「合衆国市民の直近の親族」に与えられるビザのように年間のビザ発給数に数量制限がないものもある一方、数量制限があるものとして、①家族関係 (family-sponsored) ビザ、②雇用関係 (employment-based) ビザのほか、ビザ割当実績の少ない国からの外国人に抽選でビザを割り当てる③多様性 (diversity) ビザがあり、このうち①と②についてはそのなかでのビザ割当に優先順位が設けられている。他方、非移民ビザは、一時的な活動のために合衆国に滞在する者のためのビザで、細かなカテゴリーに分けられている。

(3) 労働証明制度 (Labor Certification Program)

① 概要

アメリカ合衆国においては、移民法上、一定の雇用関係移民について、労働証明手続きが要求される。

労働証明制度の目的は、外国人の雇用により、①合衆国労働者の雇用機会が奪われ、②賃金等労働条件の引下げ圧力が生じるといった国内労働市場への悪影響を避けることにある。後述する PERM 規則においては、①については、合衆国労働者の募集を行い、②については、「支配的賃金」(prevailing wage)¹⁴⁾額以上での募集が求められる（実際に当該外国人を雇用する場合も支配的賃金額以上の支払いが求められる）。この労働証明制度は、外国人の受入れに際し労働市場の需給調整を行う労働市場テストの一種に位置づけられる。

労働証明制度の対象となるのは、5つの優先順位に分けられている雇用関係移民ビザのうち、優先順位第2位と第3位である。第2位は、①学士号より上の学位を有する専門家、②科学、芸術、事業の分野で特別な能力 (exceptional ability) を有する者が該当する（国土安全保障長官が国益 (national interest) に合致すると認めた場合には手続きが免除される）。第3位は、①人材が不足している分野での熟練労働者、②学士号の専門家、③人材が不足している分野でのその他の労働者が該当する。これらに該当する外国人は、ビザの申請の前に労働証明を受けることを必要とする。実際の手続きは当該外国人に代わって雇用主が行う。また、労働証明は、外国人を新規に入国させようとする場合だけでなく、すでに合衆国に滞在している非移民等が合法永住者にステータスを変更しようとする場合にも、同じく労働証明を必要とする。

これに対し、雇用関係移民ビザでも、優先順位第1位に該当する科学等の分野で傑出した能力を有する者等の「優先労働者」(priority workers) や、第4位の宗教活動従事者等および第5位の投資家については労働証明を要しない。

② 労働証明制度の要件

労働証明は、労働長官が、国土安全保障長官および国務長官に対し、当該外国人の受入れが INA に定める下記の要件を満たすことを証明するものである。ただし、ビザの発給数に上限があるため、労働証明自体は、当該外国人に就労許可を与える性質のものではない。

ア 外国人を雇用しようとする地域において、能力があり、就職する意欲と適格性を有する合衆国労働者が十分に存在せず（第1の要件）、かつ

イ 外国人の雇用が同様の雇用上の地位にある合衆国労働者の賃金や労働条件に不利な影響を生じさせないこと（第2の要件）。

INA の上記の要件該当性の審査基準と労働証明の手続きは、労働省規則で定められている。労働省は、2004年に労働省規則を改正し、2005年から労働証明制度の電子申請管理制度 (Program Electronic Review Management: PERM) をスター

トさせている。従来の手続きが煩雑で、労働省の処理に時間がかかるとの批判に対し、PERM 規則は、手続きの定型化による簡素化と、電子申請による受付・処理の迅速化を図ったとされる。

③ 労働証明制度の手続き

労働証明の手続きは以下のとおりである。

まず、当該外国人が適格性を有する職業が、慢性的に人材が不足している職業のリスト「スケジュール A」(Schedule A)に該当する場合には、自動的に労働証明がなされたものとして、労働証明の手続きは不要である。

スケジュール A に該当しない場合、通常の労働証明手続きを経る必要がある。すなわち、当該外国人を雇おうとする雇用主は、後述する申請前手続きを行った後に、記載事項についての誓約をしたうえで電子申請（または郵送）により申請書を提出する。次に、労働省の労働証明官 (Certifying Officer) が上記要件該当性の判断を行い、労働証明の発給または拒否を決定する。労働証明官が申請書類に署名したものが労働証明となる。

PERM 規則のもとでは、上記の申請に先立ち、雇用主は以下の手続きを踏む必要がある¹⁵⁾。

雇用主はまず、州の公共職業紹介機関において支配的賃金の決定を受け、次に、申請の 180 日前から 30 日前までの間に、雇用主は合衆国労働者の募集義務を果たすことが求められる。具体的には、雇用しようとする地域で一般的に購読されている新聞の日曜版等に 2 度の募集広告を掲載すること等が求められる。また、州の公共職業紹介機関に 30 日間の求人申込をする必要がある。

募集においては、支配的賃金額未満での募集をしてはならないほか、職務の通常の要求レベルを超えた条件を付すことは、業務上の必要性 (business necessity) が立証されない限り、認められない¹⁶⁾。また、交渉代表組合へ通知すること、申請の 6 カ月以内に同様の職種の従業員をレイオフした場合には当該従業員への周知を行うこと等が求められる。募集で示した最低基準を満たした合衆国労働者が応募してきた場合、労働証明の申請は認められないのが原則である。

(4) 一時的労働証明制度 (temporary labor certification program)

① 概要

以上は、一定の雇用関係移民ビザに求められる労働証明であったが、一定の非移民ビザに適用される一時的労働証明制度がある。同制度が適用になる非移民ビザとしては、H-1B ビザ (IT 分野など特別職業従事者が該当する) が代表的なものである。

② 労働条件申請制度 (Labor Condition Application: LCA)

H-1B ビザの申請については、雇用主は、以下の誓約 (attestation) を伴う電子申請を労働省に提出する必要がある (労働条件申請制度)。すなわち、①当該外国人に支払う賃金が、当該雇用においてその職務に「実際に支払われている賃金」(actual wage) または当該地域の支配的賃金のいずれか高い方の額以上であること、②労働条件は、同様の地位にある合衆国労働者に不利な影響を及ぼすものでないこと、③雇用する職場の関連する職種の範囲でストライキ、ロックアウトがないこと、④当該申請を行うに際し、職場における周知または交渉代表組合への通知を行っていること、である。

以上の条件を満たす申請であれば、認証の決定が下される。続いて、雇用主は LCA の書類を添えて H-1B ビザの申請を行う。また、雇用主は、個々の H-1B ビザの外国人労働者に対し、この LCA の書類のコピーを渡すことが必要とされている。雇用主はこうして受け入れた外国人に対し、LCA の誓約条件を実現する義務を負う。

以上のように、非移民ビザである H-1B ビザのための労働条件申請制度は、一定の事項について誓約するだけで足り、手続きも簡便である。ただし、一定比率を超えて H-1B ビザの外国人を雇用し、その依存度が高い雇用主 (H-1B dependent employer) 等¹⁷⁾については、合衆国労働者の募集を行うこと等の誓約条件を加重する措置が採られている。

以上のように、外国人労働者の国内労働市場への悪影響の有無を判断する基準は、ビザの種類等によって異なっている。

3 日本法の展望——日本型労働証明制度

外国人労働者の受入れにあたり、国内労働者の失業や賃金などの労働条件の引下げといった悪影響から、国内労働市場を守らなければならないという点は日米で共通すると思われる。しかし、入管法においては、個別の外国人労働者の受入れの判断につき、労働市場との調整が図られていない。そこで、日米の労働市場の差異を考慮に入れつつ、わが国でも労働証明制度の導入を検討してはどうか。

すなわち、「中間技能」¹⁸⁾など新たな在留資格の創設や既存の在留資格で従来に比し広範囲の外国人労働者を受け入れるなど、国内労働者との競合を生む分野で外国人労働者の受入れが行われる場合に、その範囲の外国人労働者の受入れについて、日本型労働証明制度の導入を検討すべきである。他方、積極的な受入れが促進されるべき高度人材については、同制度の対象から除外すべきであろう。

その際、わが国の内部労働市場重視の労働市場に鑑み、労働条件等について合衆国の制度に比して詳細な規定をおくとしても、手続きについては、在留期間を限定した受入れを考える以上、H-1Bビザのための労働条件申請制度のように労働条件を誓約する制度の導入も検討すべきと思われる¹⁹⁾。その場合、一定比率以上に外国人に依存しているなど制度を濫用するおそれのある雇用主に対し、誓約要件を加重するなどの措置も参考になる。

IV 外国人労働者と労働法——「統合」の理念の実現

1 日本法の状況

(1) 労働法の適用

すでに述べたとおり「統合」の理念の実現にあたって、基本的には、内外人の平等取扱いが要請される。他方、適法就労者であっても、入管法上の在留資格制度の影響も考慮せざるを得ないという側面もある。

そこで労働法上の取扱いについてみると、外国

人労働者に対しても、原則として、労働法が適用され²⁰⁾、入管法上の在留資格の枠内であれば、外国人の就労に対し、労働法上の就労制限は設けられてはいない。むしろ、労基法3条が国籍に基づく差別を禁止するなど、外国人労働者に対し、日本人との平等取扱いが予定されている。このほかにも、わが国の労働法令は、外国人に適用される場合には国籍による差を設けないのが原則である。

まず、労働法に基づく労働者保護は、国内にいる外国人労働者も基本的には対象とする。たとえば、解雇のケースをみると、労基法3条により外国人であることを理由とする解雇は認められず、日本人と同様に解雇権濫用の禁止（労働契約法16条）、有期契約における期間中の解雇制限（同17条1項）が適用される。

また、職業安定法3条は、職業紹介、職業指導等について、国籍による差別的取扱いをしない均等待遇原則を規定している。

(2) 労働市場規整

① 雇用対策法

雇用対策法は、国が、専門的・技術的分野の外国人の就業促進とともに、外国人労働者の適切な雇用管理の改善および離職した場合の再就職の促進を図ること（4条1項10号）、外国人の不法就労活動の防止策を図ること（同3項）を定めている。他方、同法は事業主の義務についても規定している。すなわち、雇用する外国人の雇用管理の改善と、解雇等で離職する外国人に対する再就職援助の努力義務である（8条）。また、事業主に、外国人の雇用・離職に際し、在留資格・在留期間等を確認したうえで、厚生労働大臣に外国人の雇用状況を届け出る義務を課した（外国人雇用状況の届出制度）（28条、施行規則10条～12条）。

また、雇用対策法9条に基づいて、「外国人労働者の雇用管理の改善等に関して事業主が適切に対処するための指針」（平成19年8月3日厚生労働省告示276号。以下、「外国人指針」という）が定められている。

② 失業に対するセーフティネット

昨今の世界的な経済危機のなかで、日本でも雇用状況の悪化が起っており、外国人労働者についても、とくに、製造業の現場で派遣・請負（偽

装請負を含む)といった不安定雇用の状態²¹⁾で働いている日系人労働者²²⁾の大量失業が問題になっている。そこで、本項目では外国人労働者の失業に対するセーフティネットについて検討を行う。

まず、事業主は、外国人²³⁾を本人の責めによらない事由で解雇する際、本人が希望する場合は、求人の開拓などの再就職援助に努めなければならない(雇用対策法8条・雇用対策法施行規則1条の2第2項により、事業主都合による離職も含む)。同条は努力義務ではあるが、平等取扱いという要請からは、外国人労働者に対して再就職援助を行う場合、日本人労働者にも同様の措置を採るべきであろう(ただし、大量離職については、雇用対策法24条で再就職援助計画の作成が義務づけられている)。

また、外国人労働者が失業した場合には、雇用保険からの失業等給付を受給できるかが重要問題となる。この点については、雇用保険法の適用事業に雇用される労働者は国籍のいかんを問わず被保険者(4条1項)となることから、外国人労働者にも本国において失業補償制度の適用を受けている場合等を除いて、雇用保険法は適用される。

さらに、再就職が困難なために失業状態が深刻となった生活困窮者に対しては生活保護があるが、生活保護法には、国籍条項(2条)があるため、外国人に対する生活保護は在留資格のある定住外国人への準用に限定されている²⁴⁾。そこで、外国人労働者に対しては、再就職のしにくさから生活困窮に陥らないよう、行政支援として積極的に再就職支援を講じていくことが重要になる。

そこで、労働行政等により、昨今の経済危機のなかで以下のような対応がなされている。

まず、2009年1月、内閣府は定住外国人施策推進室を設置し、関係省庁の連携のもとで「定住外国人支援に関する当面の対策について」(平成21年1月30日)をとりまとめた。

そのうち、厚生労働省が担当する雇用対策についてみると、日系人集住地域を中心に再就職支援を行うこと、緊急雇用創出事業を創設し、(日系人などの)定住外国人に配慮した配分を行うこと、平成21年度予算事業として定住外国人向け「就労準備研修」を実施することにより日本語を含めたスキルアップを行うこと²⁵⁾、地方自治体が行う

緊急対策に対し財政支援すること等の対応が定められた²⁶⁾。以上のような支援のほかに、2009年より、一定条件を満たす日系人離職者に対して帰国支援金を支給する帰国支援事業が開始されている²⁷⁾。

(3) 労働条件保護

① 労基法3条に基づく国籍差別の禁止

すでに述べたとおり、労基法3条は、国籍に基づく差別を禁止している。たとえば、整理解雇の際に「外国人」であることを基準に解雇が行われた場合、同条の禁ずる国籍差別にあたりうる。しかし、ある「雇用形態」が外国人従業員にのみ適用されていた場合、それら従業員への措置が、「外国人」であることを理由とするものか、「雇用形態」に基づくものが不明瞭となることがあり、「差別意図」の認定・判断を行う必要が生ずる。

ただし、同条は、一般に採用には適用がないと考えられており(三菱樹脂事件最高裁判決)²⁸⁾、男女雇用機会均等法(5条)などにより採用の自由に関する規制が進んできていることに鑑みれば、採用への適用に関する立法論も含めて検討を要する。

② 差別が問題となった裁判例

そこで、外国人差別が問題となった裁判例をみると、東京国際学園事件判決(東京地判平13・3・15労判818号55頁)は、外国人について期間を定めて雇用していることが問題となった事案で、外国人教員との間で日本人教員とは異なる賃金体系によって高額の賃金を支払っていることからすれば、外国籍または人種による明らかな差別であると認めることはできないとした²⁹⁾。このように裁判例は外国人労働者につき、雇用形態が異なることなどを理由に、外国人について類型的に日本人と異なる取扱いをしても、労基法3条が禁ずる差別とは認めない傾向がある。

(4) 不法就労者への適用

① 概要

不法就労者は、入管法上は退去強制の対象であるが、労働法は現実の労働に着目して保護の対象とすることから、不法就労者の法的取扱いをめぐって、両法政策間に衝突が生じる。

そこで、不法就労者に対する労働法の適用につ

いてみると、労基法、最低賃金法、労働安全衛生法、労災保険法等の労働保護法は、不法就労者であっても原則適用があると解される。労働組合法も同様に考えられている³⁰⁾。職業安定法の適用³¹⁾はあるとされるが、公共職業安定所では、不法就労につながる職業紹介は行われない。雇用保険法については、明文上、不法就労者の除外規定はないが、不法就労者は労働の能力(4条3項)を適法に有するとはいえず、失業と認定しえないので、原則として同法の失業等給付を受ける資格がないと考える。

次に、労災事件の損害賠償責任については、以下のような最高裁判決がある。

② 改進黨事件最高裁判決³²⁾

本件は、パキスタン人不法就労者が、もとの雇用主に対し、安全配慮義務違反に基づく損害賠償を請求した事件で、逸失利益の算定が問題となった。

最高裁は、一時的にわが国に滞在する外国人については、わが国での就労可能期間ないし滞在可能期間はわが国での収入等を基礎とし、その後は想定される出国先(多くは母国)での収入を基礎として逸失利益を算定するのが合理的であるとしたうえ、不法残留外国人については、入管法の退去強制の対象となり、事実上はある程度の期間滞在している不法残留外国人がいることを考慮しても、在留特別許可等によりその滞在大および就労が合法的なものとなる具体的蓋然性が認められる場合はともかく、就労可能期間を長期にわたるものと認めることはできない、と判示した。そのうえで、本件では、事故後に勤めた会社を退社した日の翌日から3年間はわが国における収入を、その後は来日前にパキスタンで得ていた収入を基礎として算定した。本判決は、不法就労者の損害賠償額の認定に当たり入管法上の地位を考慮したものと位置づけられる。

③ 最近の裁判例

最近の裁判例では、名古屋地判平17・8・24交民38巻4号1130頁がある。同判決で裁判所は、内縁関係にあった日本人男性との子(生後認知のため日本国籍未取得)を養育していたフィリピン人女性の交通事故死による逸失利益の算定につき、

被害者は子の養育のために日本に永住する意思を有しており、それが実現する可能性がかなりあったと認め、死亡時の日本における女性労働者の平均賃金を基礎に算出するのが相当であると判断した。同判決は、上記改進黨事件判決を前提にしつつ、日本での永住の実現可能性が認定されたケースと位置づけられる。

しかし、こうした入管法への配慮を行っているのは損害賠償事件に限られており、解雇事件などを含め、不法就労者の救済において入管法上いかなる考慮をするかは検討が不十分と思われる。

(5) 課題

先に述べた基本的な検討の視点からすれば、労働法の適用に関しては、外国人にも原則として労働法を適用するが、そこでの外国人労働者の法的地位については、入管法の在留資格制度の影響を考慮すべきことを指摘しうる。そのうえで、わが国の労働法の課題としては、次の点が挙げられる。すなわち、①労基法3条の禁ずる国籍差別が争われる事件において、裁判所は、雇用形態が異なれば差別と認定しない傾向がある。②また、同条は採用差別を禁じていないと解されている。さらに、③不法就労者にも原則として適用されるが、その入管法上の地位が、一応考慮されている。しかし、具体的に不法就労者に対してはいかなる救済が可能か、就労可能性をどのように判断するかについての検討は不十分である。

2 アメリカ法からの示唆

(1) 労働法の適用

アメリカ法のもとにおいても、原則として、外国人にも労働法が適用される。適法就労者についてはとくに問題はなく、とりわけ下記(3)①で論じる雇用差別禁止法が「統合」の実現機能を果たしているといえる。

(2) 労働市場規整

アメリカ合衆国では労働市場政策が移民法に取り入れられている点についてはすでに述べたとおりである。同国の労働市場法は、基本的には適法就労者である限り、合衆国市民と同様の法規整がなされる。たとえば、失業保険は、主に州法の領域であり、一概に言えないが、受給要件を満たせ

ば、外国人にも失業保険の適用がある。ただし、不法就労者は、働ける能力と状況 (able and available for work) にないものとして受給の資格がないとされる。

(3) 労働条件保護

① 雇用差別禁止法

アメリカ合衆国の雇用差別禁止法の代表である、1964年公民権法第7編は、人種、民族、性別等に基づく差別を禁止するとともに、出身国に基づく差別をも禁止している³³⁾。他方、同条は、「外国人」であること、すなわち国籍に基づく差別を禁止してはいない。ただし、一定条件のもとで、外国人差別が、第7編のもとで禁止される出身国差別にあたりうるとの合衆国最高裁判決がある (Espinoza v. Farah Manufacturing Co.)³⁴⁾。

なお、合衆国市民と一定の合法永住者等に限定されるが、IRCAのもとで、国籍を理由とする採用、募集、職業紹介、解雇における差別が禁止されている。

② 禁止される差別

上記第7編は、出身国に基づく採用、解雇、労働条件等の差別を禁止しており (703条(a))、採用差別が含まれている。また、外国語訛りの英語のアクセントや、身長など体格に関する基準を設けることは、いわゆる差別インパクト法理のもとで出身国差別となる場合があるとされている。これに対し、職場での英語以外の言語の使用を禁ずる「英語のみルール」が出身国差別にあたりうるかは、事案に応じて裁判例の判断が分かれているが、一定要件のもとで違法となりうるとの解釈が示されている³⁵⁾。

③ 立証責任

アメリカ合衆国では、一般に差別が問題となるケースにおいて、当事者の立証責任の配分ルールが明確化されている。

合衆国最高裁は、第7編のもとの人種に関する意図的差別事件である McDonnell Douglas Corp. v. Green³⁶⁾において、まず、原告が、「一応の証明」(prima facie)を行い、これに対し、被告が適法で差別にあたらない理由を挙げ、さらに原告においてそれが口実に過ぎないことを立証するとの分析枠組みを示した。

そして、解雇がIRCAの禁ずる国籍差別にあたるかが争われた Klimas v. Department of Treasury³⁷⁾において、第9巡回区控訴裁判所は、IRCAのもとでの差別事件にも、第7編の分析枠組みを用いると判断し、McDonnell Douglas事件の分析枠組みを採用しており、第7編の出身国差別事件でも同様の分析枠組みが使われている³⁸⁾。

(4) 不法就労者への適用

① Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB³⁹⁾

本件では、全国労働関係局 (NLRB) が、雇用主が組合支持の被用者4名をレイオフしたことは、全国労働関係法 (NLRA) に反する不当労働行為にあたるとして、将来の違法行為の中止・禁止命令、ポストノーティス命令のほか、復職およびバックペイの支払いを命じたところ、その後の命令遵守手続きの過程で当該被用者の一人が、不法就労者であることが判明した。そこで、NLRBは、雇用主は不法就労者であることを知りながら同人を雇ったとは認められないとしたうえで、同人には復職を認めず、バックペイについては、雇用主が同人は不法就労者であると知った日までの支払いを命じた。控訴裁判所でも同命令が支持されたため、雇用主が上告したのが本件である。合衆国最高裁は、不法就労者の救済について、NLRAと移民政策との衝突が生じる場合にはNLRBの救済は後退を余儀なくされ、本件では、合法的に獲得し得ない賃金の遡及払いを認めることは、NLRBが執行権限を持たないIRCAの政策に反するものであり、救済の裁量権の限界を超えており、これを認めることはできない、とした。

本判決 (以下、「Hoffman判決」という) は、移民政策を根拠に、NLRAの不当労働行為制度のもとで違法に解雇された不法就労者へのバックペイの救済を否定したことに特徴がある。不法就労者についてもNLRA上の保護を与えつつ、救済面において移民法政策と衝突しないように配慮したものと見える。

② Hoffman判決以降の裁判例の動向

上記のHoffman判決以降、同判決の射程が問題となっている。そこでは、Hoffman判決と同様、不法就労者にも原則として労働法の適用を認

めつつ、救済においては不法就労を認めることにならないよう判断するが、救済の内容に応じて同判決との区別を行い、公正労働基準法（FLSA）のもとでの既往の労働に対する未払賃金の支払い⁴⁰⁾や、第7編等の雇用差別禁止法のもとでの損害賠償⁴¹⁾については、これを認める方向での下級審裁判例が出ている。労災補償法は主に州法の領域であり各州の裁判所の判断が分かれている。そのなかでは、一定限度で不法就労者への逸失賃金の支払いを認めるものが比較的多い。

3 日本法の展望

(1) 労働法の適用と労働市場規整

以上みてきたように、外国人労働者の「統合」の理念の実現に、労働法が果たす役割は日米共通である。

ただし、アメリカ法では、主として雇用差別禁止法を通じて、外国人労働者の「統合」が図られている。これに対し、わが国では、下記で述べるように、差別規制自体はアメリカ法ほど強くないことから、行政支援の充実を図ることにより、外国人労働者の「統合」の実効性を高めるべきと考える。たとえば、再就職支援、日本語教育支援などの施策が現在行われてきている。

(2) 労働条件保護

① 労基法3条

労基法3条は国籍差別を禁止しており、出身国差別を禁ずるアメリカ法に比して、その範囲は広い。しかし、国籍差別の認定は検討が進んでいない。たとえば、上記の東京国際学園事件判決で裁判所は、雇用主が賃金体系のなかで外国人を優遇していたことをもって、雇用期間については不利に扱うことを差別に当たらないと判断したが、ある面で優遇していたからといって差別意図がないといえるのかどうか、なお疑問が残る。このように差別の認定については、十分な検討がなされていないようであり、アメリカ法のもとで議論されている立証責任の配分は参考となりうる。

② 採用差別の禁止

すでに述べたとおり、労基法3条は採用の差別を禁止してはならないとされているが、今後は、日本人労働者も含め、同条を採用差別にも適用可能

とすることを検討してはどうか。その場合、外国人労働者については、入管法上の在留資格制度による就労範囲の制約があり、また、私案の日本型労働証明制度を導入した場合には、同制度の対象となる外国人労働者の範囲において、国内労働市場を守るという観点から、適格性のある国内労働者の優先を差別禁止の除外として認めることとなる⁴²⁾。

③ 行政支援

しかし、法規制の強さをみると、雇用差別事件について、日本法はアメリカ法に比して弱いといえる（たとえば、アメリカ法では懲罰的損害賠償制度がある）。また、外国人労働者に対する平等な法の適用、差別禁止の法規制によったとしても、外国人労働者はなお権利侵害に対し脆弱な存在であり、行政による「統合」支援策を講じる必要がある。具体的には、外国人指針を強化して、より実効性のある行政上の措置を可能とすることを提案したい。

(3) 不法就労者への適用

不法就労者の法的地位について、上記アメリカ法の検討に習い、原則として、①労働法の適用を認めつつ、②救済においては、入管法政策の要請を考慮し、不法就労者に就労資格を与えたのと同様の結果にならないよう配慮することを提案したい。そこで、日本法においては、既往の労働に対応する部分（未払賃金等）については、将来の不法就労を促進することにはならないので救済を認めつつ、他方、将来の労働に対応する部分の救済（解雇の無効確認等）については、不法就労自体を容認することにならないように、労働者側が、適法就労となりうる蓋然性を相当程度まで立証し得た場合に限って救済を認めることとしてはどうか。また、上記改進黨事件最高裁判決で示された枠組み（改進黨ルール）と同様の発想により、不法就労者に対しても、一定の期間を就労可能な期間として認定しうる場合には、その期間につき一定の金銭的救済を認めることを提案したい。

V おわりに

現下の雇用情勢の悪化の中、外国人労働者受入

れをめぐる新たな議論は当面下火になることが予測される。しかし、長期的に見れば、人口減少社会のなかでわが国の行く末をいかに考えるかという重要課題はなお残されている。景気の変動に左右されず、場当たりのでない長期的な視点に立った検討が必要であろう。その際、本稿で示した検討の視点および展望は、将来の政策立案および制度設計に役立つものと思われる。

*本稿は、(財)労働問題リサーチセンター平成20年度研究助成(課題名「外国人労働者の受入れにおける労働市場政策とその調整方法に関する調査研究」)に基づくものである。

- 1) 2007年末現在の外国人登録者数は215万2973人で、総人口の1.69%であった(入管協会(2008)3頁)。
- 2) 不法残留者数に不法入国者数の推定数を加えた数は約12万8000人~13万6000人と推定されている(資格外活動者数は含まれていない)。法務省入国管理局「不法滞在者5年半減計画の実施結果について」平成21年2月17日報道発表資料 <http://www.moj.go.jp/PRESS/090217-1.html> 参照。
- 3) 適法就労者は、2006年に約75.5万人と推計されている(厚生労働省(2008)34頁,284頁)。この数字と時期が異なるが前掲注2)の不法就労者の推計数と合わせ、かつ、把握できない資格外活動者数を考慮して概ね90万人台と推計した。
- 4) 外国人受入れをめぐる最近の議論として、日本経済団体連合会「人口減少に対応した経済社会のあり方」(2008年10月14日)は、高度人材に加え一定の資格・技能を有する人材の受入れ・定住化を図っていく日本型移民政策の導入を提言した。さらに、自由民主党外国人材交流推進議員連盟「人材開国!日本型移民政策の提言中間とりまとめ」(2008年6月12日)は、50年間で人口の10%にあたる1000万人規模の移民受入れを提唱した。以上のように、移民受入れを含め、外国人の受入れが議論されている。なお、最近の論考として、野川(2009)がある。
- 5) 以下の基本的視点については、早川(2008b)に依っている。
- 6) 芦部著・高橋補訂(2007)92-93頁。また、外国人の在留について通説・判例は、在留の権利が憲法上保障されるものではないとする(マククリーン事件・最大判昭53・10・4民集32巻7号1223頁)。
- 7) たとえば、1948年「世界人権宣言」、1966年「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」(A規約)(1976年1月3日発効)等。
- 8) 在留資格とは、「外国人が日本に在留する間、一定の活動を行うことができる資格あるいは外国人が一定の身分または地位に基づいて日本に在留して活動することができる法的資格」(山田・黒木(2004)30頁)のことをいう。
- 9) 第1次出入国管理基本計画(1992年)において、このような方針が示され、その後の第2次出入国管理基本計画(2000年)、第3次出入国管理基本計画(2005年)においても概ね堅持されている。
- 10) これらの在留資格のほか、いわゆる入管特例法に定める「特別永住者」(2条・3条)がある(就労活動に制限はない)。
- 11) 法務省入国管理局「在留特別許可に係るガイドライン」(2006年10月)参照。
- 12) 従来は、技能等の修得を目的として行われる研修期間中の研修生に労働法の適用がない取扱いがなされていたが、本法案が通過すれば研修生への労働法の適用が前提となることになろう。本法案に至る外国人研修・技能実習制度の改正をめぐる議論について、野川(2008)、早川(2008c)参照。
- 13) USCISの前身は、司法省に置かれていた移民帰化局(INS)であった。2001年9月11日の同時多発テロの影響により、2003年にINSはUSCIS(現)、CBP、ICEの3機関に分解され、国土安全保障省に移されたが、移民法に関する不服審査等を行う機関の一部はなお司法省に残されている。
- 14) 労働証明における支配的賃金は、ある職業について外国人を雇用しようとする地域における賃金統計等によって求められる相場額のことである。合衆国労働者の労働条件に不利にならないとの要件の判断につき支配的賃金の基準を用いることについては、裁判例上、一応の合理性が認められている(Industrial Holographics, Inc. v. Donovan, 722 F.2d 1362 (7th Cir. 1983)。)。PERM規則において、協約賃金は支配的賃金とみなすとの規定が設けられている。
- 15) 労働証明が拒否された場合、外国人労働証明不服申立局(Board of Alien Labor Certification Appeals: BALCA)に不服申立をすることができる。PERM規則施行後のBALCAのケースとして、HealthAmerica事件(No.2006-PER-1, 2006 BALCA LEXIS 168 (BALCA, July 18, 2006))があり、BALCAは、①PERM規則は、BALCAが差戻す(remand)権限を明文から削除したことによりBALCAの権限を故意に奪ったと述べ、②タイプミスのような害のない記載ミスの事案について、労働証明官が発給可能かどうかの再考を拒否したことは裁量権の濫用にあたる、と判断した。なお、BALCAの決定に不服がある場合は、連邦裁判所での司法審査も可能となっている。
- 16) See Marion Graham, No.88-INA-102, 1990 BALCA LEXIS 72 (BALCA, Feb. 2, 1990)。
- 17) 過去5年間に労働条件申請制度に故意の違反・不実表示のあった雇用主も同様である。2009年アメリカ再生・再投資法(American Recovery and Reinvestment Act of 2009)に基づき、連邦の資金援助を受けた雇用主は、H-1B依存の雇用主と同様の加重された条件に対する誓約が要求されることとなった。
- 18) 井口(2001)190頁,197頁は、「中間職種」での受入れを提唱した。
- 19) 労働条件誓約制度自体は、日本型労働証明制度とは別に実施することは可能であり、また有効と思われる。山口製糖事件・東京地決平4・7・7判タ804号137頁において、裁判所は入管局へ提出した書類を労働契約の内容とは認めない判断を行ったが、私案の労働条件誓約制度では、入管局に提出した文書と同じ労働条件を誓約する文書を雇用主から労働者本人に交付することを義務づけるので、そのような問題を回避することができる。
- 20) 本稿では、外国人労働者への労働契約の法の適用について、わが国の法律が準拠法ないし絶対的強行法規として適用になる場合を前提に論じている。山川(1999)23-25頁,早川(2008a)参照。
- 21) 厚生労働省「外国人労働者等に係る当面の機動的な対応について」(平成20年12月26日,参雇発第1226001号等)は、このような問題を指摘している。
- 22) 日系人労働者の労働法上の課題について論じたものとして、山川(2008)がある。
- 23) 雇用対策法施行規則1条の2第1項により、法8条の外国

- 人から特別永住者は除外されている。
- 24) 「永住者」、「定住者」等の定住性のある在留資格をもつ者に対しては、生活保護法の準用という形で生活保護が与えられる場合がある（昭和29年5月8日社発382号（昭和57年1月4日社保1号による改正）、平成13年10月15日社援保発50号、同51号）。したがって、これらの在留資格を有する日系人労働者とその家族に対し、生活保護が与えられる余地はありうるものと思われる。
- 25) 厚生労働省「日系人就業準備研修事業の実施について」（平成21年3月31日）<http://www.mhlw.go.jp/houdou/2009/03/h0331-9.html> も参照。
- 26) このほか、技能実習生に対する対策として、厚生労働省「経済情勢の悪化による技能実習生の解雇等への対応について」（平成21年1月21日地発第0121011号等）参照。
- 27) 厚生労働省「日系人離職者に対する帰国支援事業の実施について」（平成21年3月31日）<http://www.mhlw.go.jp/houdou/2009/03/h0331-10.html> 参照。
- 28) 最大判昭48・12・12民集27巻11号1536頁。
- 29) ジャパンタイムズ事件判決・東京地判平17・3・29労判897号81頁も同旨。
- 30) 菅野・安西・野川編（2006）342頁〔執筆分担明示なし〕。
- 31) 「外国人の不法就労等に係る対応について」（昭和63年1月26日基発50号等）。
- 32) 最三小判平9・1・28民集51巻1号78頁。
- 33) 第7編は、小規模事業場に適用がないが、1986年の移民改革管理法（IRCA）において、小規模事業場での出身国に基づく差別が禁止されている。
- 34) 414 U.S. 86 (1973).
- 35) See Garcia v. Spun Steak Co., 998 F. 2d 1480 (9th Cir. 1993), *reh'g denied*, 13 F. 3d 296 (9th Cir. 1993), *cert. denied*, 512 U.S. 1228 (1994).
- 36) 411 U. S. 792 (1973).
- 37) 1994 U. S. App. LEXIS 3064 (9th Cir. 1994), *cert. denied*, 511 U.S. 1147 (1994).
- 38) See Jiminez v. Mary Wash. College, 57 F. 3d 369 (4th Cir. 1995).
- 39) 535 U.S. 137 (2002).
- 40) See Zavala v. Wal-Mart Stores, Inc., 393 F. Supp. 2d 295 (D.N.J. 2005), *later proceeding at* 2008 U.S. Dist. LEXIS

74960 (D.N.J.).

- 41) See Rivera v. NIBCO, Inc., 364 F. 3d 1057 (9th Cir. 2004), *reh'g denied*, 384 F. 3d 822 (9th Cir. 2004), *cert. denied*, 544 U.S. 905 (2005).
- 42) アメリカ合衆国の労働証明制度で保護される合衆国労働者の範囲には、合衆国市民・国籍者のみならず、合法永住者も含まれており、日本型労働証明制度においても、特別永住者や永住者については保護される国内労働者の範囲とする規定を設けることによって、上記の取扱いによっても保護される取扱いを検討すべきであろう。

参考文献

- 芦部信喜著・高橋和之補訂（2007）『憲法〔第4版〕』岩波書店。
- 井口泰（2001）『外国人労働者新時代』筑摩書房。
- 厚生労働省（2008）「平成20年版 労働経済の分析」『平成20年版 労働経済白書』日経印刷所収。
- 菅野和夫・安西愈・野川忍編（2006）『実践・変化する雇用社会と法』有斐閣。
- 入管協会（2008）『在留外国人統計 平成20年版』入管協会。
- 野川忍（2008）「外国人労働者政策の課題と研修・技能実習制度」日本労働法学会誌112号，64-72頁。
- （2009）「外国人労働者をめぐる法的課題」ジュリスト1377号，33-40頁。
- 早川智津子（2008a）「外国人と労働法」ジュリスト1350号，21-29頁。
- （2008b）『外国人労働の法政策』信山社。
- （2008c）「外国人研修・技能実習制度における労働法の適用問題」日本労働法学会誌112号，73-81頁。
- 山川隆一（1999）『国際労働関係の法理』信山社。
- （2008）「日系ブラジル人労働者と外国人労働者法制の課題」法学研究81巻11号，5-24頁。
- 山田録一・黒木忠正（2004）『わかりやすい入管法〔第6版〕』有斐閣。

はやかわ・ちづこ 岩手大学准教授（社会科学系）国際交流センター専任担当。主な著作に『外国人労働の法政策』（信山社，2008年）。労働法専攻。