

労働契約規制の規範的基礎と構造

石田 信平

(北九州市立大学准教授)

本稿は、労働法と社会保障法の関係、労働市場と労働契約の関係、失業者を含めた労働者間に広がる格差の問題に対応する形で展開されている次の二つの議論に焦点を当てる。一方は、ロールズの正義論を応用した議論であり、イギリスの労働法学者であるコリンズが主張する見解である。他方は、センの潜在能力アプローチを基盤とした議論であり、欧州を中心としてカナダやオーストラリアにも波及するものである。前者は、ロールズの原初状態の設定に修正を加えて、勤労権を正義の第一原理に高めるべきことを主張する。後者は、労働契約や労働市場に内在する、あるいはそれらを取り巻く制度的基盤の編成に労働契約規制の役割を求める。本稿は、政治哲学から労働契約規制を基礎付けるこうした議論を概観することを通じて、価値ある多元的な労働機会の保障に、労働契約規制の新たな規範的基礎の可能性を見出すとともに、①労働の構造的分析、②公私の融合、③労働契約規制論の生産的脱構築の必要性を主張する。

目次

- I はじめに
- II ロールズの正義論と労働契約規制
- III 潜在能力アプローチ
- IV 結びに代えて

I はじめに

契約関係として理解される労働関係は、使用者による賃金支払いと労働者による労務提供との交換関係を軸とする契約関係である。そのため、いうまでもなく、契約自由の原則の適用が問題となる。ILOのフィラデルフィア宣言で確認されている「労働は商品ではない」という原則は、契約自由の下にある労働契約に法的規制を加える必要性を提起する考え方の一つであろう。しかし、このスローガンは、商品化できる部分と商品化できない部分の区別を明らかにしているわけではない¹⁾。商品化できないという部分をもつばら強調

して労働契約に法規制を加えることは、多元的に存在すべき労働関係における自由を侵害する契機があるということもできる²⁾。

労働契約に対する法的規制を正当化するために用いられてきた理念は、むしろ、労使の非対等性や使用者に対する労働者の従属性である。契約自治は対等な契約当事者の存在を前提とするが、労働契約の一方当事者である労働者は、使用者に従属し、その指揮命令下に置かれている。そのため、労使の実質的な対等性を確保する法規制が求められるとされてきた。

しかし近時、労使の非対等性の是正という目的の中に必ずしも包摂されない労働関係立法が展開されてきている。労働問題をめぐる問題状況をみても、労働者の従属性とは異なる目的や理念に基づいて法規制のあり方が考えられるべき局面が増加している。パートタイム労働者と正社員、あるいは派遣労働者との間の処遇格差問題では、契約自由と均等処遇の要請との衝突関係が問われるので

あって、労働者の従属性と契約自由の調整問題が問われるのではない。最低賃金の引上げが労働市場における雇用量の減少を引き起こすという議論からは、労働法のパースペクティブが個別労使の利益調整という視点から労働市場における最適な利益調整へと拡張される必要性が、示唆される。公的年金の受給開始年齢の繰り上げによって60歳から65歳への継続雇用義務が求められることにより、社会保障法と労働契約との密接な関係がいつそう表面化してきている³⁾。

本稿は、わが国と類似する問題状況、具体的には、労働法と社会保障法の関係、労働市場と労働契約の関係、失業者を含めた労働者間に広がる格差の問題に対応する形で展開されている次の二つの議論に焦点を当てる。一方は、ロールズの正義論を応用した議論であり、イギリスの労働法学者であるコリンズが主張するものである。他方は、センの潜在能力アプローチを基盤とした議論であり、欧州を中心としてカナダやオーストラリアにも波及しているものである。いうまでもなくロールズの正義論は、自由と平等に関する最も影響力のある政治哲学である。センの潜在能力アプローチはロールズの議論に対する批判を一つの契機として展開されてきたものであり、自由と平等に関してロールズとは全く異なる視点を提起する。労働契約規制の自由と平等をめぐるこれらの議論を検討し、労働契約規制の新たな規範的基礎を見出すことを試みる点に本稿の目的がある。

II ロールズの正義論と労働契約規制

1 正義の二原理

周知のとおり、ロールズの正義の二原理は次のようなものである⁴⁾。

(第一原理) 各人は、平等な基本的自由からなる十分適切な枠組への同一の侵すことのできない請求権を持っており、しかもその枠組は、諸自由からなる全員にとって同一の枠組と両立するものである〔平等な自由原理〕。

(第二原理) 社会的・経済的不平等は、次の二つの条件を充たさなければならない。第一に、社

会的・経済的不平等が、機会の公正な平等という条件の下で全員に開かれた職務と地位に伴うものであるということ〔公正な機会均等の原理〕。第二に、社会的・経済的不平等が、社会のなかで最も不利な状況にある構成員にとって最大の利益になるということ〔格差原理〕。

第一原理は、市民の平等な基本的諸自由を明確に定めて保障する役割を果たし、第二原理は、社会的・経済的不平等に関わる背景的諸制度を自由で平等とみなされる市民に最も相応しい形で提供する役割を果たす。ロールズは、自らの社会的身分や階級、生来の資産や才能の分配などを知らない無知のベールに覆われた原初状態を設定し、他の人々が当然受け容れると期待されるような社会的協働システムを尊重する用意のある道理に適った人々の重なり合うコンセンサスの焦点となりうるものとして、上記の正義の原理を提起した。

正義の原理には辞書式の序列が与えられており、第一原理は第二原理に優先し、第二原理のうち公正な機会均等の原理は格差原理に優先する。第二原理が適用されるのは、第一原理の諸要求が充足された背景的諸制度の下においてのみである。ロールズは、十分に協働する社会構成員として市民が必要とする基本財として、①諸々の基本的な権利と自由(思想の自由、良心の自由などの市民的・政治的自由)、②移動の自由と職業選択の自由、③権威と責任のある職務と地位に伴う諸々の権力と特権、④所得と富、⑤自尊の社会的基盤⁵⁾を挙げ、これらの基本財を分配する原理として上記の正義の原理を構想するが、第一原理の優先は、上記のうち①が優先的に、しかも平等に分配されるべきことを要請する。

経済的・社会的不平等の有り様を規律する第二原理のうち、公正な機会均等の原理は、才能と能力が同一水準にありそれらを活用しようとする意欲も同程度にある人々は、社会システムにおける出発点がどのような境遇にあったとしても、同等の成功の見通しを有するべきであるということの意味する⁶⁾。社会的・経済的不平等を伴う地位と職務は、全員に教育の機会均等を保障しつつ、能力に応じてあらゆる人に対して開かれていなければならないということである。一方、格差原理

は、所得と富における不平等が効果的に働いて、平等分割から出発して全員の状態を改善するならば、当事者たちはそうした不平等を受け容れるという想定に基づいている。つまり、経済的・社会的な不平等は当事者の生産活動のインセンティブとなり生産量を拡大させ、全員の状態を改善する方向に作用するが、しかし、そこから暮らし向きの悪い人々の犠牲が導かれてはならないとされる。

2 ロールズの正義論と労働契約規制論

(1) ロールズの正義論と契約法

契約法とロールズの正義の原理との関係については、次の二つの見解がある。

一つは、契約法と正義の原理は、基本的には切り離されているという見方である⁷⁾。契約法は、当事者意思の合致を問題とする私的空間を対象とし、政治的平等や格差原理で構成される正義の原理は社会の基本構造を規律する公的空間のあり方を問題とするものであるとされる。契約の結果として生じた格差を是正して配分的正義を実現するという格差原理の要請は、税制や社会保障制度を通じた金銭給付に基づいて事後的になされるべきであるという。もう一つは、契約法は社会的な配分的正義の問題にそれ自体として取り組む必要があり、契約法も社会的・経済的不平等を問題とする第二原理の適用を受けるとする見方である⁸⁾。税制や社会保障制度を通じた配分的正義の限界を強調する考え方であり、前者の意思理論とは異なり、契約法は、当事者意思とは切り離された正義の基準も体现するものでなければならないとする。所得以外の基本財の配分は契約に対する直接的な規制を通じてなされる必要があるとされ、契約に対する法規制を通じた事前の配分的正義を考慮する。

(2) コリンズのロールズ解釈

ロールズの正義論を応用して労働契約規制のあり方を示すコリンズの立場は、勤労権 (a right to work) の保障を第一原理に高めるというもので、契約法に格差原理や公正な機会均等原理を適用するという上記の後者の見解よりもラディカルなものとなっている⁹⁾。コリンズは、①効率性や

企業競争力と②富の公正な配分に、イギリス労働契約規制の正当化根拠が求められてきたことをまず指摘する。しかし、市場の効率性の要請は、逆に労働法の解体を要請する根拠にもなる。また、富の公正な配分は、社会的な弱者に位置付けられる労働者の地位の改善を要請し、団体交渉、最低賃金法などの最低労働条件規制を求める根拠になりうるとされてきたが、当事者の行動を直接規制しない社会保障制度や税制を通じて富の公正な配分を図るべきであるという批判にさらされている。コリンズは、こうした議論に対抗して労働契約規制あるいは労働法の存在を擁護するために、「切り札」としての権利論として労働法を構築することを試み、「勤労権」の絶対的優先性を導く。

切り札としての権利として労働に関する種々の権利 (labour rights) を根拠付ける最もストレートな方法は、基本的人権に訴えることであろう。しかしコリンズは、①労働に関する権利は、あらゆる人に関係する権利ではなく、有償労働に就いている人にものみ問題になるため普遍性がないこと、②普遍的な人権、たとえば拷問を受けない権利などと比較すると、労働に関する権利は緊急性や重要性に劣ること、③労働に関する権利は生産体制の進展に応じて整備されてきたに過ぎないこと、これらの理由から人権のリストの中に労働に関する権利が含まれていたとしても、それらを普遍的な人権と同じように「切り札」と理解することはできないという。また、労働に関する権利が基本的人権の政治的宣言の中に含まれているのは、経済システムのグローバル化から生じる問題に対応するためであって、労働に関する権利を普遍的な人権と同じように理解することはできないともいう。

そこでコリンズは、基本的人権の背後にある議論、すなわちロールズの正義論に基づいて、労働に関する権利を切り札に高めることができないかを模索する。コリンズは、ロールズのいう基本財、具体的には①諸々の基本的な権利と自由 (思想の自由、良心の自由など)、②移動の自由と職業選択の自由、③権威と責任のある職務と地位に伴う諸々の権力と特権、④所得と富、⑤自尊の社会的基盤に言及し、①が第一原理を通じて優先的に

保護され、②から⑤はこれに劣後する形で第二原理によって保障されるとし、その意味で①の市民的・政治的自由は、格差原理を含む第二原理によって求められる福祉政策に対して切り札の地位に立つとする。②は勤労権、④は公正な報酬と関連しているように、ロールズの示す基本財は労働者の重要な利益と密接な接点があるものの、これらの基本財に対する権利は切り札としての権利として保護されるわけではない。ロールズの議論によると、①に当たらない基本財は、公正な機会の均等原理と格差原理を通じて保護される。

しかし、コリンズは、ロールズが想定する原初状態の設定を修正する。コリンズは、「使用者であるか、労働者であるか、失業者であるかを知らないが、労働を通じて生計を立てて家族を養い、多くの時間を職場で過ごし、職場での経験を通じて社会関係を築くことを知っている」という無知のベールに置かれている合理的な人々はどのような保障を要求するか、という原初状態を想定すると、合理的な個人は、勤労権の保障を求めようとする。公正な機会の均等原理と格差原理は、雇用差別禁止法を求めるかもしれないが、解雇規制は要求しない。格差原理は税制や社会保障制度を通じた所得保障を正当化するかもしれないが、解雇規制は正当化しない。労働が所得保障のみならず、社会関係の構築や自己の尊厳の確保に対して与える意義を考えたとき、勤労権の保障を第一原理に高める必要があるというのである。コリンズは勤労権の内容として、「この規約の締約国は、すべての者が自由に選択し又は承諾する仕事を通じて生計を立てる機会を得る権利を含む勤労権を認めるものとし、この権利を保障するため適当な措置をとる」と規定する経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約6条の内容を指摘しており、労働法を基礎付ける最も基本的な権利である勤労権が雇用差別禁止法、解雇規制も根拠付けるといふ。コリンズは、労働に関する権利の全てが切り札としての権利として保護されるということではできないが、勤労権は正義の第一原理に高めることができ、まさに切り札として保護されなければならないとした。さらに、上記のような無知のベールを課された合理的個人は、職

場における市民的自由の保護の重要性にも合意するはずであるとも主張した。

こうしてコリンズは、勤労権が労働法を支える最も基本的な人権であり、「切り札」であるとの理解を示し、こうした勤労権から解雇規制や雇用差別禁止法が根拠付けられるとした。勤労権は国家が個人に平等に配分すべき権利であり、労働契約は、勤労権が平等に配分されるという観点から規制されなければならないということであろう。こうした見方は、労働契約は使用者と労働者が締結する私的なものであると同時に、勤労権を配分する公的装置であり、私法的規制と公法的・福祉的規制の両者の性質を備えるハイブリッドなものであるという理解と結び付く。労働契約を規制する理念としてもとよりコリンズが主張してきた企業競争力の向上は、勤労権の量的な側面と質的な側面の衝突を回避するものとして、また、社会的包摂も、勤労権の保障と密接な関係を有するものとして位置付けられよう。

Ⅲ 潜在能力アプローチ

以上のようにコリンズは、基本権に着目して労働に関する権利を基礎付けることは必ずしも正しくないという認識に基づいて、ロールズの議論を援用して、基本権の背後にある正義の理論に訴える議論を展開した。

しかし、ロールズの議論自体にさまざまな批判がある。ロールズの議論に対する批判を軸として現代正義論が展開されてきたということもできよう。たとえば、ノージックは、他人から制約されない自由を平等に保障することを擁護する¹⁰⁾。一方、サンデルは、われわれはさまざまな共同体に属している「多様に位置付けられた自我」であるのに対して、ロールズの個人像は「負荷なき自我」であると批判した¹¹⁾。フェミニズムの立場からの批判もある。オーキンは、ロールズの議論では家族内の生活や性別の関係性が十分に検討されていないとする¹²⁾。

このように現代正義論はロールズの正義論に対する批判を軸として進展してきたといえるが、こうした議論の中で労働契約規制を基礎付ける視点

として最も注目を集めているのが、センによって提案され、ヌスバウムやアンダーソンによって規範理論へと発展させられた潜在能力アプローチ (the Capability Approach) である。潜在能力アプローチは、リベラリズムおよびリパタリアニズムからは《自由の大切さ》を、共同体論からは《人間の相互依存性と多元主義のエッセンス》を、そしてフェミニズムからは《実質的な平等の希求》を学びとったものであるとも評価される¹³⁾。

センのいう潜在能力とは、「人が価値を置くことに理由のある」活動や状態 (機能) に対する選択機会の幅広さをいい、こうした選択機会の幅広さの視点から「自由」と「平等」を評価するものである。①健康や教育などの人の能力や力に直接関わるものと②人がそうした能力を発展させることのできる機会、の二つの要素が主に関係する¹⁴⁾。センは、基本財の分配を統制する構想であるロールズの正義論に対して、同じ基本財を保有していたとしても、個々の能力や機会、個々人が置かれている環境や家族内の分配が異なるために、基本財を選択の自由へと変換する幅に大きな不平等が生じている可能性があるとする¹⁵⁾。また、ロールズをはじめとするリベラリズムは、国家からの不介入を軸とする消極的自由を重視するのに対して、潜在能力アプローチは、国家による介入を通じた潜在能力の向上に焦点を当てる¹⁶⁾。教育を受けることができない状態、失業状態、社会的に排除された状態に置かれている人々は国家から介入を受けていないかもしれないが、自らの人生を切り開くために求められる機会や能力を与えられていないとするのである。潜在能力アプローチは、個人の置かれている環境や個人の持つ能力の多様性・異質性を強調しつつ、個人の自由を社会的産物として理解し、自由と平等を、同一の情報的基礎 (潜在能力) の観点から把握するところに特徴がある。同時に、個人の自由を福祉の評価軸に置き、その前提として、主体的、能動的に行動する個人像を据える。以下では、このような潜在能力アプローチの議論の特徴をさらに具体的に確認した上で、労働契約規制の議論にどのように適用されているかを検討することとしたい。

1 自由と平等

(1) 社会的コミットメントとしての個人の自由
センは、積極的自由と消極的自由に関してバーリンとは異なる解釈を施し、個人の自由を、社会の仕組みの有り様によって規定される所産の一部であるとともに、社会に対して何らかの評価を下す際の中心項目となる価値として把握する。自由を社会の中に位置付け、「社会的コミットメント」として自由を理解する¹⁷⁾。

周知のとおり、バーリンは、自由を①他人から干渉や強制を受けないという意味での消極的自由 (からの自由) と②自分の生活が統制される根拠という意味での積極的自由 (への自由) を区別し、後者の積極的自由を重視することは、消極的自由を排斥し全体主義を導くとした¹⁸⁾。統制の根拠としての積極的自由は、理想的で最善の自律的自我や社会全体のものとしての自我へと繋がっていくからである。

しかし、こうしたバーリンの考え方は、さまざまな批判にもさらされてきた。たとえば、ミラーは、バーリンの積極的自由の概念は、①民主的制度を通じて自身の社会環境を統制するという共和主義的な自由、②合理的なあるいは真の信念に従うときに自由であるという自律としての自由、③ある一定の方法で行動する能力や力としての自由、を一つの概念に取りまとめているが、自由は、消極的な側面に加えて、以上のような多様な側面を含む複雑な達成であり、いずれも欠くことはできないとする¹⁹⁾。スウィフトによれば、積極的自由は合理的な自我像に基づいて想定される単一の選択を個々に押しつけ全体主義を促進するというバーリンによって指摘された問題点は、合理性の内容は個々人で異なると主張することによって回避される²⁰⁾。合理的な内容を含む多元的な選択肢を整備する国家像は、バーリンが想定する全体主義とは全く異なるといえよう。また、マッカラムは、すべての自由は、「への自由」と「からの自由」をともに含んでおり、積極的自由と消極的自由に明確に区分できるほど単純なものではないとしてバーリンの議論を批判する²¹⁾。

社会の中に自由を位置付けるセンの議論は、

バーリンの議論に対してなされている以上のような批判と通じるものである。センは、個々人が選択できる達成や行為に焦点を当てる自由を積極的自由とし、他人や国家による妨害が存在しないことに焦点を当てる自由を消極的自由と解釈する²²⁾。たとえば、低賃金や失業のために貧困に陥ったとしても、職探しを国家や他人に妨害されていないならば、消極的自由は侵害されていない。しかし、この場合、積極的自由は損なわれている。障害を持っているために公園を自由に歩けないことは積極的自由の失敗であって、消極的自由の侵害ではない。ところが、公園に行くゴロツキが殴りかかるのでそこを歩けないとすると、積極的自由のみならず消極的自由が侵害される。センは、ある個人が自分で選んだ人生を歩めることが大切だと考えるなら、注目しなければならないのは積極的自由であるとする。もとよりこの二つの自由の側面は相互に密接に関係し、これらのうちどちらをとるべきかという議論には意味がなく、個々人が異なる形の生を追求しようとする自由にとって適切な観念は、積極的かつ消極的でない限りではない。センは、積極的かつ消極的に把握される自由を、「人が価値を置く」活動や状態（機能）に対する選択機会の幅広さ（潜在能力）として定式化し、国家、家族、共同体などの個人を取り巻く環境が、消極的にも積極的にも潜在能力を高める重要な役割を果たすとする。そして、こうした潜在能力こそが、福祉の評価基準として理解されなければならないという。

(2) 労働市場、契約の自由、労働法規制

社会の中に自由を位置付けるセンの潜在能力アプローチの視点から労働市場、契約の自由、労働法規制の関係を整理すると、次のようになる。まず言うまでもなく、契約の自由を基礎として構成される市場は、各人の潜在能力を高めるものと位置付けられる。われわれは、市場での契約を通じて自己の人生をより豊かにすることができるのであって、潜在能力アプローチは、契約を締結して市場に参加する力や機会に着目する。

しかし、契約の自由や市場の運営を通じて、逆に市場への参加機会が制限され、あるいは、市場

の持続可能な運営が損なわれることがある。潜在能力アプローチは、契約の自由が市場の持続可能性を維持する制度的基盤に支えられることを前提としており、制度的基盤を維持するという視点から契約自由に対する法的介入を要請する²³⁾。たとえば、競業禁止契約や守秘契約は、市場を制限し、取引の機会を限定する効果があるために、その効力は、一定の範囲でしか認められない。また、契約当事者間の対等性が保障されていない労働契約では、詐欺や強迫などに対する保護を超えて、労働者に取引のエンパワメントとしてのさまざまな保護が与えられる。

潜在能力アプローチは、以上に加えて、①公共財を適切に処理できない市場の性質、②社会的・経済的排除を生み出す契約や市場の性質、③有償労働とケア労働などの無償労働との整合性、④労働力の流入と退出を規律する教育制度や社会保障制度との整合性、という幅広い視野から、個人の異質性と個人を取り巻く多様な環境を踏まえ、価値ある機能としての「意義ある労働」(meaningful work)への参加の機会、取引の力を保障する労働市場の制度的基盤を整備することを志向する。

①労働市場を通じて処理されない公共財としては、たとえば、集团的取引の必要性が挙げられる²⁴⁾。使用者が工場の衛生環境を改善するための投資を行うと、すべての労働者が利益を受け(非排除性)、新たに採用された労働者が同じ利益を受けるのにかかる追加的コストもゼロであって(非競争性)、こうした場合には、個々の労働者が使用者の投資と引き替えに低賃金を受け入れる取引を行うインセンティブは低い。他の労働者が取引を行ってくれることを期待するからである。非排除性は、使用者が個々に取り扱いを変えることにコストがかかるという事情からも生じうるが、こうした非排除性あるいは非競争性のある労働条件については、個々の労働契約を通じた交渉では最適な条件が達成されないので、集团的な形で労働者の声を反映する仕組みが必要になる。集团的取引の基盤は、人が価値があると認める理由のある状態に対する取引機会や能力を高める潜在能力アプローチの視点から求められるものである。非排除的、非競争的な便益を提供する、いわば公共

財としての労働条件については、こうした集团的取引が必要とされる。

また、②労働市場においては、各人の潜在能力に累積的に格差が生じ、社会的・経済的排除が生み出される特徴がある。ディーキン²⁵⁾は、雇用差別禁止法を通じて労働市場に参加する機会を確保すること、さらにより広く社会権を通じて、社会的・経済的排除を防ぎ、労働市場を創出する必要があると主張する²⁵⁾。とくに、雇用差別禁止法は、採用から退職に至る全てのステージにおいて適用されるという点で契約自由への重大な制約を含むものであるが、社会的・経済的排除を防ぎ、雇用への潜在能力を高める観点から正当化される。

潜在能力アプローチはさらに、③有償労働とケア労働などの無償労働との整合性を考慮する²⁶⁾。家庭内のケア労働は、労働者に必要とされる基本的な潜在能力の形成、健康保持に加えて、労働力人口を維持するという社会的再生産の役割を果たしているのであって、労働市場は、こうしたケア労働の活動が保障されるように運営されるべきであるとされる。その意味では、労働市場は単に個人による選択の問題ではなく、家族のあり方を前提とした制度化されたプロセスである²⁷⁾。もちろん、ケア労働を市場の取引や国家に委ねることも不可能ではない。しかし、私たちは、緊密な人的関係を前提としたケア労働の活動に価値がある²⁸⁾と考える理由があり、そうした活動の機会が十分に保障されるべきことが主張される。

以上に加えて、④潜在能力アプローチは、労働市場が会社法や社会保障法、教育制度などのさまざまな制度の上に成立していることを重視する²⁸⁾。とりわけ、労働市場が労働法だけでなく社会保障法の存在を前提として成立していることを強調する²⁹⁾。社会保障法は労働市場への参入と退出を規律する法規制であり、また、労働契約は生活保障としての側面も備えているとされる。

(3) 潜在能力の欠如としての不平等

既に指摘したとおり、潜在能力アプローチによれば、自由と同一の情動的基礎に基づいて、平等が把握される。平等は、自由と並ぶ重要な規範的基礎であるといつてよいが、「何の平等か」とい

う問いをめぐってさまざまな議論がなされてきた。既述のとおり、ノージックの平等論によれば、他人から制約されない自由が平等に保障されるべきであり、個人の勤労所得に対して税を課するのは強制労働と同じであると評価され、機会の均等も、個人の自由を害するものとして拒否される。いずれも個人を手段として用いているとされる。こうしたノージックの議論に対して、ロールズは、公正な機会均等と格差原理を通じて、基本財の分配を統制しようとした。

センは、ロールズの正義論が果たした役割を積極的に評価する一方で、ロールズが基本財の分配に焦点を当てていることを問題視する。同じ基本財を有していても、障害を有する人とそうでない人との間には達成できる自由に大きな不平等が生じているかもしれない。子供は大人より栄養を必要とする。また、構造的な社会的不平等により不利益を受けている者は、そうでない者よりもより多くの資源を与えられなければ、同じ潜在能力を享受することができない³⁰⁾。基本財という資源ではなく、個々人の多様性や環境を考慮に入れた潜在能力の平等に焦点を合わせなければならないというのである。

また、潜在能力アプローチは、自分自身や環境をコントロールできる個人の能力に基づいて個人的責任を求めるロールズの議論に対して、個人の希望や欲求が自らのコントロールを超えたところで形成される可能性を認め、個人の欲求や希望を形成する社会環境や制度の存在を指摘する³¹⁾。潜在能力アプローチは、環境や制度などを通じて形成された構造的な潜在能力の不平等を認め、国家による介入の必要性を肯定する。ロールズの格差原理によれば、労働者に対するさまざまな保護は必ずしも正当化されない。これに対して、潜在能力アプローチによれば、使用者との間に存在する潜在能力の不平等、労働者間に存在する潜在能力の不平等に基づいて、国家による介入の必要性が導き出される。潜在能力アプローチは、国家が負うべき責任を拡張するものである。しかし、このことが個人の責任を減少させると考える必要はない³²⁾。潜在能力アプローチは、個人の自由のバックグラウンドに着目して自由をより強化する

考え方であり、その点において個人の責任を強化する側面を含んでいるからである。潜在能力アプローチの視点は、一方では、潜在能力の平等のための国家の役割を強調するが、他方において、国家によって整備されたスプリングボードを用いて選択する責任は個人にあることを重視するものである。

以上のように、潜在能力アプローチは、個人を取り巻く多様な環境や個人自体の異質性を考慮して、自由の平等を追求すると同時に、国家と個人の相互補完関係を強調する議論であり、このことは多様な個人の必要性や個人を取り巻く多様な環境に国家がより敏感になることをも要求する。すなわち、中央集権的な規制のローカライゼーションや規制の民営化を要請する。次に述べるように潜在能力アプローチは、企業内の声を反映する仕組みをも求めるものであり、公と私のより緊密な関係を要求する。

2 人が価値を置く活動や状態（機能）の保障と公共的討議

(1) 公共的討議と基本的な潜在能力の特定

センは、潜在能力の例として、栄養状態、コミュニティの生活への参加、職業に関連する技能を身に付けることなどを例に出しているが³³⁾、潜在能力の具体的リストは特定しない。機能と潜在能力は多様であり、我々の暮らしと自由のさまざまな姿を取り扱おうとするなら、それは多様でなければならず、潜在能力の視点は、人々の生活や関心のさまざまな特徴の複数性と不可避的に関わり、人々が評価する人間の機能のさまざまな達成は非常に多様であるという³⁴⁾。そこでセンが重視するのはむしろ、重要な潜在能力を特定するための公共的討議である。潜在能力の視点は、社会の環境に敏感になるために、公共的討議を通じて、多様な社会的文脈にそくした情報を集約する制度的措置を求める。

以上に対して、ヌスバウムは、基本的な潜在能力を特定している。ヌスバウムは、生命、身体の健康、実践理性や連帯などに加えて、労働に関係するものとして、他者と平等な間柄で職を探す権利があること、仕事において人間として働き、実

践理性を行使しかつほかの労働者との相互承認という意義ある関係性に入ることができると、を基本的潜在能力に掲げた³⁵⁾。もちろん、潜在能力を特定することとセンの公共的討議の議論は相互に排他的ではない。もとより個人にとって重要な潜在能力は多様であり、ヌスバウムは、あらゆる人に共通する最低限の潜在能力の抽出を試みたにすぎない。

(2) 尊厳ある自己の相互尊重と意義ある労働への潜在能力——アンダーソンの議論

アンダーソンは、労働に関係する潜在能力の議論をさらに具体的に展開している³⁶⁾。アンダーソンは、個人の異質性を前提とした尊厳ある自己の相互尊重を規範的な基礎に据えて、社会的支配・抑圧、社会的な排除からの自由が平等に保障され、かつ、そのような自由が平等に認められる社会秩序の形成への参加、協調的共同生産システムへの参加が平等に保障されるべきである（民主的平等）とし、潜在能力アプローチがこうした自由と平等の解釈に適しているとする。ただ、センの潜在能力アプローチはどのような潜在能力が重視されるべきかを語っておらず、その点に問題点があるとアンダーソンは指摘する。①社会的抑圧を避けることができ、②民主社会において活動する平等な市民として必要な潜在能力が保障されなければならないと、とくに②について、人間としての潜在能力（食料、医療へのアクセス、議論の能力、自尊や思想の自由などの自律のための心理的状态など）、協調的生産システムへの参加の潜在能力（契約の自由、教育へのアクセス、職業選択の自由など）、政治への参加が潜在能力として保障されなければならないと主張する。

アンダーソンの議論の特徴は、上記のような潜在能力アプローチの議論を行う際に、平等な自己の相互尊重という視点を規範的な基礎に置いている点であり、そのような視点を徹底して潜在能力アプローチの議論を行っている点にある。自己の相互尊重とは、個人は、尊厳ある自由が認められるべき主体であると同時に他人の尊厳ある自由を尊重する責任があるというものであるといえる。アンダーソンは、経済を協調的共同生産システム

(a system of cooperative, joint production) として把握し、自己の相互尊重の視点から、意義ある労働の必要性を導く。アンダーソンのいう協調的共同生産システムとは、経済におけるあらゆる生産は特定の個人の人功績に還元できるものではなく、そこには多くの人が関わっているとみる考え方である。公共交通機関の労働者がストライキを続ければ、多くの人は働くことが困難になる。個々の労働者の働く力は、他の人によって生産された食料や教育サービスなどにも依存している。こうした考え方に基いて、アンダーソンは、①危険が伴う仕事に就いている労働者に対する補償責任、②最低賃金制度について論じる。

まず、①警察や消防などの仕事には危険が伴うが、自らの意思による職業選択であるので仕事を通じて負った障害の補償責任は問題とならないという議論に対して、そうした議論には、警察や消防から保護を受けている消費者の視点が欠けているという。消費者の視点を踏まえた場合、危険な仕事を引き受けている人たちの自由の社会的条件を保障することが必要であるとされる。協調的共同生産システムにおいては、どのような仕事も自由の社会的条件を奪われるような仕方で配分されてはならず、そのような要請から②最低賃金制度の必要性が帰結される。求められる技術が低いために低賃金であり、それは低賃金労働者の選択の結果でもあるという議論に対して、アンダーソンは、単調で低い技術のみが必要とされる仕事であっても、そうした仕事を通じて高い技術が求められる仕事に就いている人の負担を軽減し、より生産性を高めているという視点が欠落していると指摘する。ある労働者は、消費者や他の労働者のエージェントとしての役割を担っているのであって、そうした役割を軽視することはできないとする。こうしてアンダーソンは、協調的共同生産システムとして把握される経済社会において、私たちは他人の自由の社会的条件にも配慮する義務があるという視点から、全ての仕事に自由に必要な社会的条件が保障されなければならないとし、そのような意義ある労働への機会が潜在能力として保障されなければならないと主張した。

3 労働契約規制と潜在能力アプローチ——交渉力格差の是正から潜在能力アプローチへ

以上のように、潜在能力アプローチは、契約自由の前提となる労働市場の制度的基盤の編成を重視して、意義ある労働への参加機会や社会的抑圧からの自由を広く保障することを志向する。個人の異質性や環境の多様性を考慮して、自由の社会的条件を平等に保障する考え方であり、このような潜在能力アプローチに基づいて、労働法を再編する見方が欧州を中心に広く波及し始めているとみることができる³⁷⁾。潜在能力アプローチを用いた労働法規制の再編は、論者によりさまざまであるが、その議論には次のような特徴がある。

第一に、潜在能力アプローチには、①市場の柔軟性や効率性から求められる労働法規制の規制緩和に対抗するための理論的装置としての側面、②男性の長期雇用システムの解体と非正規労働の増加による新たな貧困に対する解決策としての側面、③ケア労働の重要性を考慮に入れるなど、有償労働を超えたところに視野を拡大する側面、があるといえる。たとえば、とくに①と②の視点から、ディーキン³⁸⁾は、一方で、社会権は、市場による評価と関係しない所得に関する権利であり、市場と対立構造にあるとしつつ、しかし、他方において、市場化の進行から生じた個人化は、労働市場の効果的な機能を保障するための社会権の必要性を生み出したことを指摘し、市場と社会権を架橋する概念として、潜在能力アプローチを提示した。潜在能力アプローチからみると、社会権は、現代の市場を特徴付ける柔軟性の持続可能性の制度的前提条件であるとともに、生産資源の利用、創出、発展を改善し、失業や貧困の蔓延を防ぎ、市場を創出する機能を有しているという。ディーキンは、市場の観点から社会権を理解するための概念として、潜在能力アプローチを位置付ける。また、シュミットは、シュピオの議論³⁸⁾を発展させ、さまざまな生産活動（たとえば、有償労働のみならず家庭生活や教育、職業訓練）の間の移行やバランスの確保を可能とする移行的労働市場論を展開し、そうした議論を潜在能力アプローチによって基礎付ける³⁹⁾。シュミットは、国際競争の

激化や新たな技術の発展、さらには知識社会の進展が労働者に対してより柔軟な対応を要求していることを踏まえ、あらゆる人々を意義ある労働に統合するための社会的制度として把握するためのアプローチとしてこうした移行的労働市場論を主張している。

第二に、潜在能力アプローチは上記のような特徴を持つため、労働法の①目的、②対象、③手法が、伝統的なそれとは大きく異なっている。①潜在能力アプローチは、労使の非対等性の是正や労働者の保護という伝統的労働法が軸に据える目的のみでは現代の労働法が直面している多くの課題を解決できないと認識し、労働者の自由の社会的条件を平等に保障する労働市場の制度的基盤の編成に労働法の目的を求める。こうした視点は、労働者間、並びに、失業者と労働者の間の潜在能力の不平等にも着目する点において、また、規制の緩和というよりは、規制の再配置を重視している点において、取引のサポートシステム論として提起されたわが国における従来の労働市場規制論⁴⁰⁾とは異なっている。②また、上記のとおり、潜在能力アプローチは、労働法による分析の対象を有償労働だけに限定しない。無償労働を含め社会的に有益な生産活動にその分析の視野を広げる。③さらに、潜在能力アプローチには、労働市場の制度的基盤を整備するために社会保障法や税法、会社法といった多様な法分野に目を配りつつ、経済学や社会学などさまざまな社会科学の知見を取り込むところにも特徴がある。そして、こうした潜在能力アプローチからみた場合の究極の規範的根拠を尋ねた場合、尊厳ある自由が認められるべき主体であるわれわれには、他人の自由の社会的条件にも配慮する義務があるというアンダーソンの視点がその答えの一つとなろう。

IV 結びに代えて

以上において、ロールズの正義論を応用するコリンズの労働契約規制論とセンの潜在能力アプローチを労働契約規制の評価軸に据える議論を概観してきた。ロールズの議論を労働法に適用可能な形に修正を施したコリンズの議論と、ロールズ

の議論に批判を加えたセンの議論を労働契約規制に応用した潜在能力アプローチには、ロールズの議論を出発点としつつ、ロールズの議論に修正を加えている点に共通点がある。しかし、コリンズが援用するロールズの議論にはそれ自体に多くの批判がある。また、潜在能力アプローチにはその抽象性と規範的基礎の弱さに問題があるということもできる。センは、主として生活の質の比較のための基準として潜在能力アプローチを主張しており、規範的な視点からそれを導いているわけではない。こうした問題点があることも前提にした上で、本稿の分析から得られる結論として、①労働の構造的分析、②公私の融合、③労働法理論の生産的脱構築、の必要性について言及しておきたい。

①両者の議論がともに重視しているのは、労働の意義である。労働の意義は極めて複雑であるが、現代社会における労働は、生計の維持のみならず、社会関係の構築や人格的陶冶、アイデンティティの形成という機能も有しているといえよう。同時に、社会という大きな枠組みからみた場合、労働は社会的に必要な財やサービスを生産するシステムの一部であるということがができる。さらに、社会保障の運営を担う国家にとって、労働は貧困防止の意味合いを持つ。その意味で労働を配分する労働契約には、個人による選択の問題だけではなく、経済を規律する機能とリスク再分配の機能があるといえる⁴¹⁾。コリンズの勤労権の議論や潜在能力アプローチは、個人にとって重要な活動として把握され、社会や経済に埋め込まれている以上のような労働の機会を保障することを重視したものである。こうした理解にたった場合には、労働の機会の質的側面と量的側面の衝突をどのように回避するかという点が問題となるが、この問題についてコリンズの議論や潜在能力アプローチから得られる回答は、労使のパートナーシップや労働者に対する人的資本投資を通じた企業競争力の確保であり、社会的排除の克服による労働市場の活性化であろう。さらに、労働の意義に着目した場合には、労働法規制の適用範囲が拡張されることが要求される。労働 (work) は、労働 (employment, labour) に限定さ

れない。請負や委任、さらには無償の労働を含め、社会的に価値のある財やサービスの生産は、全て労働（work）に含まれるからである。

②労働契約に経済を規律する機能とリスクを配分する機能があるとしたとき、労働は労働契約を軸にして配分されるといえるが、同時に、国家が契約の第三の当事者としての地位に立っているとみることができる⁴²⁾。労働契約は契約当事者による選択の問題のみではなく、経済の規律やリスク再分配が制度化されたプロセスとして理解される。このような見方にたったとき、労働契約は公と私が交錯する場として捉えることができよう。公的年金の支給開始年齢のあり方が労働契約に与える影響を考えたとき、有期労働契約が失業率の低下、企業競争力の維持と関係していることを考えたとき、無償労働と有償労働の密接な関連を想起したとき、労働契約のそうした性質が明らかになる。もちろん、潜在能力アプローチが示唆するとおり、労働市場に対する規制は、国家が中央集権的に一律的に行うというよりは、労働市場に参加する者の間の討議を通じて自省的に検討されていくべきであろう。

③労働市場の制度的基盤、あるいは、勤労権を配分する公的装置としての労働市場の役割に焦点を合わせることは、社会保障法、税法、会社法など多様な法領域を労働法の守備範囲に含めることを要請する。また、経済学、労務管理論などの撰取も要求する。さらに、政治哲学や法哲学の観点からの労働法分析をも求めるものである。ロックは、労働が所有権の源泉であると考え、労働によってもたらされる所有権を保護するために国家が必要であることを説いた。マルクスは、労働を人間の尊厳の源であると把握し、資本主義の下では「疎外された労働」が引き起こされるとして、共産主義への道を主張した。スミスは、分業体制による労働が最も多く富を生み出すという視点から、市場の有用性を強調した。労働のあり方は国家のあり方とも密接に関わっている。労働法が直面している多くの課題について一定の道筋を示すためには、一方において、政治哲学や法哲学の議論を踏まえつつ、他方において、社会科学の多様な知見を取り入れていくことも求められよう。こ

れは伝統的な労働法の思考回路の解体や脱構築ともいえるが、それは生産的な脱構築であるともいえよう⁴³⁾。

ともあれ、本稿で検討を行ったコリンズの議論や潜在能力アプローチの視点からは、労働の機会が、切り札としての権利、あるいは、人々の潜在能力として、政府あるいは裁判所を通じて、保障されるべきであるという見方に繋がっていく。社会保障制度を通じた金銭的給付だけでなく、労働機会が人々に権利として保障されなければならない。労働市場における価値ある多元的な労働機会の編成に労働契約規制の主たる役割が求められることになろう。

本稿で検討した議論は、社会関係の形成や人格的陶冶などの社会的機能、さらには貧困防止の機能といった労働が持つ意義に着目したものであり、そうした観点を充足する労働の機会が議論されるべきことになる。その意味で、ディーセントな労働の機会が保障されなければならない。もちろん、何がディーセントで合理的かは、労働市場に参加する者の間の討議を斟酌して決定されるべきものであり、討議空間、公共空間としての労働組合や従業員代表制度の役割を議論していく必要がある。また、労働機会の質と量が一面において衝突関係に立つことにも十分な考慮を払う必要がある。他面において企業競争力の向上や企業のイノベーションに資する労働契約規制がそうした衝突を回避するための鍵となることも念頭に置くべきであろう。たとえば、知識や情報が重要性を占める知識基盤社会の下では、労使の情報共有や協議を促す労働契約規制が企業競争力を高める法規制ということができる。

さらに、ディーセントな労働の機会は多元的でなければならない。「ディーセント」の名の下に一律的な内容の立法規制を通じた国家介入を行うことは、選択肢の矮小化を招き個人の自由を損なう。一方で、労働市場規制の規制緩和を行うことは、社会的排除を生み出し、潜在能力の不平等を増幅させる。国家は、合理的でディーセントな労働機会を多元的に編成すべきであり、たとえば、有期労働や派遣労働についても労働市場において有用な活用が期待されるような法規制がなされる

べきであるといえよう。

- 1) H Spector, 'Philosophical Foundation of Labour Law' (2006) 33 Florida State University Law Review 1119, 1136.
- 2) See MJ Radin, 'Market-Inalienability' (1987) 100 Harvard Law Review 1849.
- 3) 社会保障法と労働法の関係を強調する近時の議論として、宮本太郎『生活保障——排除しない社会へ』（岩波書店、2009年）参照。
- 4) ジョン・ロールズ（エリン・ケリー編）『公正としての正義 再説』（田中成明ほか訳、岩波書店、2004年）75頁。
- 5) ロールズ・前掲注4）101頁。
- 6) ジョン・ロールズ『正義論 改訂版』（川本隆史ほか訳、紀伊國屋書店、2010年）99頁。
- 7) AT Kronman, 'Contract Law and Distributive Justice' (1980) 89 The Yale Law Journal 472.
- 8) KA Kordana and DH Tabachnick, 'Rawls and Contract Law' (2005) 73 The George Washington Law Review 598.
- 9) H Collins, 'Theories of Rights as Justifications for Labour Law' in G Davidov and B Langille (eds), *The Idea of Labour Law* (Oxford University Press, 2011) 137.
- 10) ロバート・ノージック『アナキー・国家・ユートピア』（嶋津格訳、木澤社、2008年）。
- 11) マイケル・サンデル『民主政の不満——公共哲学を求めるアメリカ 上』（小林正弥・金原恭子監訳、勁草書房、2010年）、同『民主政の不満——公共哲学を求めるアメリカ 下』（金原恭子ほか訳、勁草書房、2011年）。
- 12) SM Okin, *Justice, Gender, and the Family* (Basic Books, 1989) 89-109.
- 13) 川本隆史『現代倫理学の冒険——社会理論のネットワークングへ』（創文社、1995年）80頁。
- 14) JM Alexander, *Capabilities and Social Justice* (Ashgate, 2008) 57.
- 15) アマルティア・セン『不平等の再検討——潜在能力と自由』（池本幸生ほか訳、岩波書店、1999年）123頁以下。
- 16) Alexander (n 14) 4.
- 17) アマルティア・セン（川本隆史訳）『社会的コミットメントとしての個人の自由』みすず1991年1月号。
- 18) アイザイア・バーリン『二つの自由概念』（『自由論』小川晃一ほか訳、みすず書房、2000年）297頁以下。
- 19) D Miller, 'Introduction', in D Miller (ed), *The Liberty Reader* (Edinburgh University Press, 2006) 100.
- 20) アダム・スウィフト『政治哲学への招待——自由や平等のいったい何が問題なのか？』（有賀誠・武藤功訳、風行社、2011年）118頁以下。
- 21) GC MacCallum, Jr, 'Negative and Positive Freedom', in D Miller (ed), *The Liberty Reader* (Edinburgh University Press, 2006) 100.
- 22) A Sen, 'Freedom of Choice: Freedom of Choice: Concept and Content' (1987) Working Paper 25 (World Institute for Development Economics Research of The United Nations University) 6.
- 23) S Deakin, 'Capacitas: Contract Law, Capabilities and the Legal Foundations of the Market', in S Deakin and A Supiot, *Capacitas: Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy* (Hart Publishing, 2009).
- 24) DL Leislie, 'Labour Bargaining Units' (1984) 70 Virginia Law Review 353, 353-360. ただし、センは教育、医療、環境保全を公共財の例として指摘するにとどまっており、労働関係に関する公共財の議論を行っていない。アマルティア・セン『自由と経済開発』（石塚雅彦訳、日本経済新聞社、2000年）144頁。
- 25) S Deakin and F Wilkinson, *The Law of the Labour Market* (Oxford University Press, 2005).
- 26) N Busby, *A Right to Care? Unpaid Care Work in European Employment Law* (Oxford University Press, 2011) ; J Fudge, 'Labour as a 'Fictive Commodity': Radically Reconceptualizing Labour Law', in G. Davidov and B. Langille (eds), *The Idea of Labour Law* (Oxford University Press, 2011) 129-132; エヴァ・フェダー・キテイ『愛の労働あるいは依存とケアの正義論』（岡野八代・牟田和恵訳、白澤社、2010年）。
- 27) Fudge (n 26) 136.
- 28) B Langille, 'Labour Law's Theory of Justice', in G Davidov and B Langille (eds), *The Idea of Labour Law* (Oxford University Press, 2011) 101.
- 29) Deakin and Wilkinson (n 25).
- 30) MC Nussbaum, *Creating Capabilities: The Human Development Approach* (The Belknap Press of Harvard University Press, 2011) 36.
- 31) Alexander (n 14) 114.
- 32) Alexander (n 14) 115.
- 33) アマルティア・セン『正義のアイデア』（池本幸生訳、明石書店、2011年）338頁。
- 34) セン・前掲注33）書338頁、345頁。
- 35) マーサ・ヌスbaum『正義のフロンティア——障害者・外国人・動物という境界を超えて』（神島裕子訳、法政大学出版、2012年）90頁以下。
- 36) ES Anderson, 'What is the Point of Equality?' (1999) 109 Ethics 287.
- 37) See eg. Deakin=Wilkinson (n 25) ; Busby (n 26) ; Fudge (n 26) ; Langille (n 28) ; G Schmid, *Full Employment in Europe* (Edward Elgar, 2008).
- 38) A Supiot, *Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe* (Oxford University Press, 2011)
- 39) Schmid (n 37).
- 40) 菅野和夫・諏訪康雄「労働市場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（1994年）2頁。
- 41) See, Deakin=Wilkinson (n 25).
- 42) See, Deakin=Wilkinson (n 25).
- 43) See, H Collins, 'The Productive Disintegration of Labour Law' 26 Industrial Law Journal 295 (1997).

いしだ・しんべい 北九州市立大学法学部准教授。最近の主な著作に「労働契約法の『合意原則』と合意制限規定との衝突関係——労働契約法は契約当事者の利益調整だけを目的としているのか」日本労働法学会誌115号（2010年）41頁。労働法専攻。