

学界展望

労働法理論の現在

—2011～13年の業績を通じて—



広島大学教授
緒方 桂子



早稲田大学准教授
竹内（奥野）寿



同志社大学教授
土田 道夫



大阪大学教授
水島 郁子

はじめに

土田 本日はお集まりいただき、ありがとうございます。2013年の「学界展望：労働法理論の現在」の座談会を開始したいと思います。この座談会では、2011年から2013年の労働法研究者を中心とする論文や文献を収集した上で、学界展望を行います。

今期の全体の傾向ですけれども、テーマとしては、まず、労働法の改正問題が挙げられます。2012年に労働契約法改正による有期労働契約法制の導入、高年齢者雇用安定法の改正、労働者派遣法の改正がありました。以降はこのテーマに関する研究が豊富でした。それと関連して、労働条件の変更や解雇といった労働契約法上のテーマに関する研究も豊作でした。また、旬のテーマとしては、障害者雇用、パワー・ハラスメント、ワーク・ライフ・バランス等が挙げられます。さらに、前期の学界展望のフォローアップとして、労組法上の労働者に関する研究も引き続き盛んで、今回も取り上げました。

これとは別に、今期の特徴として幾つか挙げるとすれば、第1に、労働法の基本的・理論的テーマに関する業績が非常に豊富だったことが挙げられます。例えば、労働法の位置づけ、特に民法・債権法との関係、雇用平等、労働条件の変更、解雇、最低賃金法、労働者・使用者概念といった基礎理論に関する研究が豊富でした。

第2に、研究者の年代で言いますと、若手研究者がこうした重要な理論的テーマにチャレンジして力作が出されたことも特徴的でした。

第3に、隣接法分野や関連領域と交錯するテーマに関する研究も豊富でした。債権法との関係、倒産法との関係、独占禁止法・経済法との関係、国際私法との関係、それから、法と経済学に関するアプローチからの研究もありました。こういった研究は、先ほどの理論的なテーマを含めて有意義であり、学界の理論的研究に寄与したと思います。

こうした研究状況の背景には、特定テーマに関する研究プロジェクトの論文集、あるいは偶然でしょうかが労働法研究者の古稀記念論文集の発刊が続いたことがあります。例えば、『社会法の再構築』（旬報社）、『労働者派遣と法』（日本評論社）、『非正規雇用改革』（日本評論社）、角田邦重先生の古稀記念論集『労働者人

格権の研究（上・下）』（信山社）、菅野和夫先生の古稀記念論集『労働法学の展望』（有斐閣）。こういった論文集や研究プロジェクトがあり、それを契機に力作が出されたということかと思えます。

今期の学界展望では、こうした研究から6つのテーマに則してすぐれた業績をピックアップし、個々の業績についてもすぐれたものを取り上げて検討します。

なお、外国法研究、比較法研究、判例研究にもすぐれたものがありますが、学界展望という趣旨から除外しています。さらに、座談会形式からするとやや議論に乗りにくい文献や論文も除外しましたが、そうした文献にもすぐれたものがあることは言うまでもありません。例えば、大内伸哉先生と川口大司先生の『法と経済で読みとく雇用の世界』（有斐閣）、米津孝司先生の「グローバル化と労働法の抵触ルール」日本労働法学会誌120号（2012年）といった研究を挙げることができます。

なお、西谷敏先生の古稀記念論文集『労働法と現代法の理論（上・下）』（日本評論社）、毛塚勝利先生が編集された『事業再構築における労働法の役割』（中央経済社）については、出版時期等の関係で取り上げるのに間に合いませんでしたので、今回は見送り、次期にお任せしたいと思います。それでは、テーマに即して進めていきます。

I 債権法改正と労働法

● 紹介

土田道夫編・債権法改正と雇用・労働契約に関する研究会著『債権法改正と労働法』

* 鎌田耕一「雇用、労働契約と役員提供契約」

* 高橋賢司「債権法改正と労働法における約款法理の可能性」

* 川口美貴・古川景一「民法（債権関係）改正と労働法学の課題」

* 根本到「契約の成立と変更に関する民法改正案と労働契約」

竹内 土田道夫先生編の文献は、債権法改正をめぐる、労働法の観点から包括的に検討を加えた研究書として初めてのもので、この点で大きな意義があると言えます。民法の雇用の章の規定や役員提供契約をめぐる検討を行いつつ、労働法がどのようにあるべきか、労働法の意義は何かということを考えさせられる研究

です。

ここでは、収録されている多くの論稿のうち、特に民法 623 条について水町勇一郎先生が執筆された論文、それと約款、事情変更制度、継続的契約について土田先生が執筆された論文について取り上げたいと思います。

水町論文は労働契約と雇用契約の異同について論じています。まず、労働契約と雇用契約の異同をめぐる立法経緯、及びその後の学説をフォローし、債権法改正においては労働契約と雇用契約が同一であるという現在の主流の考え方によっていることを指摘します。その上で、同一説のもとでは労働契約ないし雇用契約が指揮命令を受ける者の契約に限定されていて、人的従属関係にはないけれども経済的従属関係のもとで労務提供をしている者、すなわち、いわゆる労働者類似の者が、労働契約ないし雇用契約以外の役務提供契約の下にある者とされ、創設が議論されているところの、役務受領者の任意解除権等を定める役務提供契約の総則的規定のもとで規律されることになると考えられるけれども、これは、役務受領者の方が交渉力に劣るという形での規律の下に置かれることになり、労働者類似の者の置かれた状況には適合していないと指摘しています。

同一説のもとにおける労働契約ないし雇用契約の範疇から漏れる労働者類似の者が、役務提供契約のもとで規律されることによる問題の解決について、水町論

文は幾つかの方向性を提示しています。すなわち、任意解除権についての特則を設けるとか、民法上の雇用契約を労働契約と峻別してより広く定義するとか、あるいは雇用契約や労働契約に関する規定を類推適用することを提示しています。また、これに関連して、労働契約法の立法論として労働契約をより広く定義すべきということも指摘しており、注目されます。

最後の点に関しては、鎌田耕一先生の論文が、峻別説の立場から、労働者類似の者については労働契約の適用対象とすることには限界があるとした上で、雇用についての規定を労働者類似の者の受け皿となる規定とすべきと主張していることも注目されます。

なお、後に解雇に関連して紹介する柳屋孝安先生の論文は、労働者類似の者について、逆に労働法の規定を及ぼしていくことに消極的な立場を示しています。

水町論文、そして鎌田論文は、民法の債権法改正の議論を検討した上で、労働法についての立法論的な検討の可能性があると見て、労働法の検討に帰着している、あるいは立ち戻っているところに、注目すべき点があります。

次に、土田論文は、約款、事情変更制度、継続的契約についての債権法改正の動向が労働契約に及ぶ影響を検討しており、水町論文と同様に、債権法改正の検討を通じて労働契約法改正の立法論ないし解釈論を展開している点に特徴があります。

具体的には、約款規制に関連して、就業規則が約款

◎検討対象著作・論文

土田道夫編・債権法改正と雇用・労働契約に関する研究会著『債権法改正と労働法』商事法務、2012年

富永晃一『比較対象者の視点からみた労働法上の差別禁止法理——妊娠差別を題材として』有斐閣、2013年

水町勇一郎『「同一労働同一賃金」は幻想か？——正規・非正規労働者間の格差是正のための法原則のあり方』鶴光太郎・樋口美雄・水町勇一郎編著『非正規雇用改革』日本評論社、2011年

毛塚勝利「非正規労働の均等処遇問題への法理論的接近方法——雇用管理区分による処遇格差問題を中心に」『日本労働研究雑誌』636号、2013年

緒方桂子「改正労働契約法 20 条の意義と解釈上の課題」『季刊労働法』241号、2013年

荒木尚志「就業規則の不利益変更と労働者の同意」『法曹時報』64巻9号、2012年

毛塚勝利「労働契約法における労働条件変更法理の規範構造——契約内容調整協力義務による基礎付けと法理展開の可能性」『法學新報』119巻5=6号、2012年

山川隆一「労働条件変更における同意の認定——賃金減額をめぐる事例を中心に」荒木尚志・岩村正彦・山川隆一編『労働法学の展望——菅野和夫先生古稀記念論集』有斐閣、2013年

高橋賢司『解雇の研究——規制緩和と解雇法理の批判的考察』法律文化社、2011年

野田進「解雇・退職の定義と再定義の方向」野田進・野川忍・柳澤武・山下昇編著『解雇と退職の法務』商事法務、2012年

池田悠「再建型倒産手続における労働法規範の適用——再建と労働者保護の緊張関係をめぐる日米比較を通じて」『法學協会雑誌』128巻3号、

の定義に該当するとした上で、約款規制と就業規則をめぐる規制とを検討し、約款規制では合意が要求されていることとの対比で、労契法7条において合意原則が緩和されていることの正当化は困難であり、労契法7条について、合意を要件とする形で改正すべきとしています。

他方、就業規則による労働条件変更法理については、労働法独自の理論的正当性を認められていることを踏まえ、純然な合意要件ではなく、推定効を構成する方向性を志向しています。

このほか、事情変更制度については、労契法10条との関係では適用除外（労働条件変更については労契法10条によって規律される）としつつ、事情変更制度のもとでの再交渉義務を、解釈論・立法論上、労契法のもとでも反映する余地がある、具体的には労働組合等との交渉の要素を合理性判断の中で重視していく余地があるとしています。

土田論文に関連して、高橋賢司先生の論文は、債権法改正の基本方針で採用されていないものを含めて、ドイツの約款法理の導入を主張していますが、ここでも民法（私法）における法理の発展を、私法とは独自に発展してきた日本の労働法に生かすことの重要性を指摘しています。具体的方向性は他人決定性の強調という点で土田論文と違いがありますが、民法の検討から労働法の再検討に至る視点は共通するものがあります。

なお、川口美貴先生、古川景一先生の論文は、これ

らの論文とは逆に、民法からの摂取による労働法の変容を拒否する立場で学説を主張されています。

土田論文は、労契法10条に関連する議論について、労働法独自の理論的正当性があるという形で推定効の構成を志向していますが、ここには解雇権濫用法理による関係解消の困難性が根底にあるとしています。しかしながら、そういう困難性が今日どこまで妥当しているか、それをどこまで踏まえて論じることができるかが問題になります。すなわち解雇も絶対に不可能というわけではないですし、さらには契約関係継続保護の必要性が低いとしばしば考えられている者、典型的にはいわゆる非正規労働者との関係でも就業規則法理が妥当していることを、どう射程に収めていくかが問題になると思われます。

また、事情変更制度に関しては、再交渉義務の相手方は誰かということを考える必要があります。土田論文では過半数組合が念頭に置かれているように思いましたが、事情変更制度のもとでは、変更に対抗する者に対して再交渉することになるのではないかと思います。

更に、再交渉義務の議論は、相手方、つまり労働者側における交渉応諾義務を含むと考えられますが、これをどのように考えるかが問題となると思います。特に労働組合を相手方として念頭に置いてこの義務を考える場合には、労働組合が団体交渉に応じる義務という形に近づくものと思われます。その意味で、事情変

<p>8号～11号、2011年 川口美貴『労働者概念の再構成』関西大学出版部、2012年 荒木尚志「労働組合法上の労働者と独占禁止法上の事業者——労働法と経済法の交錯問題に関する一考察」菅野和夫・中嶋士元也・野川忍・山川隆一編『労働法が目指すべきもの——渡辺章先生古稀記念』信山社、2011年 野川忍「労組法16条の労働契約の意義——基本問題についての覚書」荒木尚志・岩村正彦・山川隆一編『労働法学の展望——菅野和夫先生古稀記念論集』有斐閣、2013年 米津孝司「日本法における集団的労働法上の「使用者」」『労働法律旬報』1792号、2013年 緒方桂子「労働組合法における派遣先企業の使用性」和田肇・脇田滋・矢野昌浩編著『労働者派遣と法』日本評論社、2013年 大内伸哉「雇用強制についての法理論的検討——</p>	<p>採用の自由の制約をめぐる考察」荒木尚志・岩村正彦・山川隆一編『労働法学の展望——菅野和夫先生古稀記念論集』有斐閣、2013年 土田道夫「『出向労働関係』法理の確立に向けて——出向中の法律関係をめぐるとの考察」荒木尚志・岩村正彦・山川隆一編『労働法学の展望——菅野和夫先生古稀記念論集』有斐閣、2013年 金久保茂『企業買収と労働者保護法理——日・EU独・米における事業譲渡法制の比較法的考察』信山社、2012年 神吉知郁子『最低賃金と最低生活保障の法規制——日英仏の比較法的研究』信山社、2011年（参考） 鎌田耕一「雇用、労働契約と役務提供契約」『法律時報』82巻11号、2010年 高橋賢司「債権法改正と労働法における約款法理の可能性」『労働法律旬報』1728号、2010年</p>
--	--

更制度に関して再交渉義務を労働法上参酌する場合には、労使関係法のありようも念頭に置いて検討する必要があると思われます。

この点、根本到先生の論文は、労働者の団体交渉の自由との関係で、情報提供義務や説明義務については適用除外になるという主張をされており、対照的です。

● 討 論

* 本書の意義ほか

土田 最初に、私は本書の編者でしたので、本書の意義について簡単にコメントしますと、本書を刊行した2012年は、「債権法改正の基本方針」が出た後で、法制審議会の民法（債権関係）部会において改正が本格的に検討され、「中間的論点整理」が出された時期です。労働法から見ると、大きなテーマが2つ取り上げられていました。1つは、民法623条以下の雇用の規定が検討の対象になっていたことですが、それ以上に大きいのは、労働法の解釈・立法に大きな影響を及ぼす可能性のある制度が検討されていたことです。例えば、帰責事由の規律の見直し、役務提供契約、約款規制、不当条項規制、契約締結過程の説明・情報提供義務、継続的契約といったテーマです。

こうした状況の下で、「債権法改正と労働法」というテーマを考えていくと、竹内先生のコメントにあったように、結局、労働法をどう捉えるべきかということに立ち帰らざるを得ません。そこを考えないと、

債権法改正から何を学び、どう対応するかという課題を達成できないと考えていました。その点は、議論に参加したすべての労働法学者に共通していたと思います。

現在の状況はやや異なっており、2013年、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」が出されました。これは、「基本方針」や「中間的論点整理」に比べると穏健な内容になっており、帰責事由規定の見直しは姿を消し、役務提供契約もほぼ消えるなど、労働法への影響が大きい法制度は後退しつつあります。こうした時期的背景は、押さえておく必要があると思います。

以上の背景を踏まえて、竹内先生のコメントにお答えしますと、労契法10条について、解雇権濫用禁止規定（労契16条）による関係解消の困難性がどこまで妥当しているのか。確かに、解雇も絶対に不可能というわけではありません。ただ、一般的な労働契約のモデルとしては、解雇が制約され、そのトレード・オフとして労働条件変更の合理性を柔軟に認めるという図式はあると思います。また、解雇が絶対に不可能ではない反面、労働条件変更の合理性も常に認められるわけではありません。

次に、非典型労働者については、契約関係継続保護の必要性が低いにもかかわらず就業規則法理が妥当する点をどう考えるかという指摘はもっともだと思います。しかし、私は、そういった労働者については、逆

川口美貴・古川景一「民法（債権関係）改正と労働法学の課題」『季刊労働法』232号、2011年
根本到「契約の成立と変更に関する民法改正案と労働契約」『法律時報』82巻11号、2010年
島田裕子「平等な賃金支払いの法理——ドイツにおける労働法上の平等取扱い原則を手掛かりとして」『日本労働法学会誌』122号、2013年
荒木尚志「有期労働契約規制の立法政策」荒木尚志・岩村正彦・山川隆一編『労働法学の展望——菅野和夫先生古稀記念論集』有斐閣、2013年
米津孝司「解雇法理に関する基礎的考察」西谷敏＝根本到編『労働契約と法』旬報社、2011年
西谷敏「雇用終了と労働者の自己決定」『労働法律旬報』1781号、2012年
柳屋孝安「個人独立自営業者の契約終了」野田進・野川忍・柳澤武・山下昇編著『解雇と退職の法務』商事法務、2012年

労働政策研究・研修機構編〔濱口桂一郎執筆〕『日本の雇用終了——労働局あっせん事例から』（労働政策研究・研修機構第2期プロジェクト研究シリーズNo.4）、2012年
島田陽一「労働協約と倒産法上の無償否認に関する一考察」小宮文人・島田陽一・加藤智章・菊池馨実編著『社会法の再構築』旬報社、2011年
宮里邦雄「労組法上の労働者について」菅野和夫・中嶋士元也・野川忍・山川隆一編『労働法が目指すべきもの——渡辺章先生古稀記念』信山社、2011年
皆川宏之「集团的労働法における労働者像」『日本労働法学会誌』119号、2012年
橋本陽子「個人請負・委託就業者と労組法上の労働者概念」『日本労働法学会誌』118号、2011年

に労働条件の不利益変更を厳格に考えるべきだと思います。10条を適用する場合も、合理性要件の適用の仕方が全く違ってきて、期間途中での労働条件の変更は基本的に不可だと思います。雇止めの際の労働条件変更も厳格に考えるべきでしょう。

それから、事情変更制度の再交渉義務を就業規則変更規定（労契10条）に摂取した場合の交渉の相手方ですが、私は、過半数組合を念頭に置いているわけではありません。むしろ、交渉の相手方としては、就業規則変更の対象になる労働者個人や労働者層——これは従来顧みられてこなかった層ですが——に対する手続を重視すべきであると考えています（198頁）。つまり、過半数組合との合意を重視すると、まさしく労働条件変更の対象となる人たちとの対話は軽視されてしまうわけですが、それは適切でなく、こうした労働者層との間の手続こそ重視して、10条所定の「労働組合との交渉の状況」を考えるべきだと思います。

また、労使関係性を念頭に置くべき点という点は全くそのとおりですが、再交渉義務の考え方を摂取する場合、その効果は、再交渉義務を尽くした場合は、当事者が契約内容の改訂を請求できるということです。その点を踏まえると、労契法10条の解釈としても、私は労働組合に応諾義務まではないと考えています。ただし、使用者側が再交渉義務を尽くす意思があるのに、労働組合側の対応によってできなかった場合には、変更の合理性を肯定する方向に働く事情になると考えます。

*労働者類似の者に対する保護をどう考えるか

水町論文については、非常に重要な論点を提起されたと思います。その上で、水町先生は、役務提供契約という概念を設定した場合の問題点（任意解除権の問題点）に対処するための方法として3つの選択肢を提示していますが、役務提供契約については、任意解除権だけではなく、労働者類似の者に対する法の規律全般をどう考えるかという大きな課題があると思います。つまり、現在、労組法上の労働者は、INAXメンテナンス事件（最三小判平23・4・12労判1026号27頁）等によって幅広く解釈されていますが、他方、労契法や労基法の適用は難しいという場合に、役務提供契約という概念を設定して一定の規律を及ぼすことができるかという問題です。あるいは、労働契約に関する規定を類推適用するのか。このアプローチの違いによって、労働者類似の者に対する法的保護をどう考えてい

くかが大きく違ってきます。

私は現在のところ、解釈論としては労契法の幾つかの規定は類推適用できるだろうし、すべきだと思います。立法論としては、役務提供契約の再検討もありえますし、水町論文のように、雇用と労働契約の定義の見直しが必要になってくるかもしれません。

*労働法は民法から何を学べるか

水島 最初に竹内先生が言われた労働法の意義が何かということは私も考えさせられました。労働法を民法によって規制することの意義も、あわせて考えなければいけないと思いました。

（土田編文献所収の）座談会で荒木尚志先生が民法のアプローチと労働法のアプローチの異同について述べておられますが、労働法はまず規制があって、そこから契約関係を見ていく。民法は規制ではなくて合意があり、その合意がどういう趣旨のものなのかを明らかにする。こういうアプローチの違いがあるということです。アプローチの違いもありますので、民法と労働法で役割分担がうまくできるのか、あるいは労契法が制定された現在、労働法でかなりカバーできてしまうようにも思います。

緒方 土田論文は、民法改正が労働法に与える影響はどのようなものかという議論の立て方なので、その枠の中にとどまるわけですが、一方、民法学における約款規制と労働法の関係の在り方は重要な課題だと考えています。高橋論文は、その観点からのアプローチと言うこともできると思いますが、同論文で挙げられている、たとえばドイツの約款規制における諸原則の位置づけなどは、今後の議論になるかと思っています。

土田 約款規制と労働法の関係については、約款の組入れ規制、不意打ち条項、不当条項規制といった規律を労働契約や労働法の中にどう位置づけていくかが課題となります。私の論文では不意打ち条項、同文献所収の荒木先生の論文では不当条項規制を詳しく取り上げています。私も、おそらく荒木先生も、ドイツの約款規制は念頭にあるけれども、むしろ、日本の労働法を考えたときに、債権法改正はどのような影響を及ぼし、また、債権法改正を労働法にどう摂取すべきか、また逆に、労働法の側から積権法改正にいかなる提案をなすべきかという問題意識が非常に強かったと思います。しかし、それとは別に、理論的に約款規制をどう考えていくべきかはもちろん大きな課題です。そこは学界全体で研究していく必要があると思います。

竹内 高橋論文は債権法改正で民法側からいわば労働法に対して突きつけられている課題をどういうふう
に労働法で消化するかにとどまらず、民法学での議論
の発展そのものから何を労働法は学べるのかという視
点から書かれていると思います。現在、債権法改正の
方向性が、これまでに比べて労働法に与える影響の点
でより穏やかなものになりつつあるとしても、なお民
法から労働法は何を学べる、あるいは学ぶべきなのか
を考え続けていかなければならないことを示している
ものと受け止めることができます。

土田 その点に関連して、先ほど水島先生が言われ
たことは重要です。民法の規律の仕方と労働法の規律
の仕方は当然異なるわけで、民法の考え方をどこまで
取り入れていくのか、この文献の座談会で多少議論し
ました。ご指摘のとおり、民法は合意から出発して、
それを合理的に規律していくことを基本としますが、
労基法や労契法はどうかという問題です。

具体的な論点としては、例えば、労契法上の労働者
と労基法上の労働者の関係という問題が挙げられま
す。この両者が完全に同一の概念なのかを考えた場合
に、当事者がある労務提供者について労働者ではない
という合意をした場合、契約の法的性質の決定に際し
てどこまでその合意を重視すべきかという問題です。
労契法は、基本的に私法であり契約法ですから、少な
くとも労基法のように、当事者の合意とは全く無関係
に労働者概念を決めるというアプローチとは異なりま
す。したがって、民法に接近する可能性はあると思
いますが、民法のように、合意が大前提としてあって、
そこに補充的な規律を加えていくという伝統的私法の
あり方とも異なるわけで、そこは議論を深める必要が
あります。

* 労契法の類推適用

水島 労働者類似の者に関して労働法規を類推適用
していくときに、労契法の類推適用は考えやすいです
が、労基法を類推適用するのは少し違うのではないか
と思います。類推適用のイメージとしては、労契法だ
けと理解してよいですか。

土田 現在、私はそう考えています。

水島 そうですね。講義では「労基法と労契法の
労働者は同じ」と説明していますが、労基法と労契法
とは法律自体のアプローチも性格も異なることは意
識しておく必要がありそうです。

役務提供契約で働いている労働者に民法の規制を及

ぼすという話で問題になるのは、任意解除権、要は解
約の話が中心です。もしそれだけであるなら、労契法
の類推適用でよいですが、労基法の類推適用のような
ことを考えるべき問題はありますか。

竹内 これまで非労働者にどういった保護を及ぼすか
というとき、労働契約法理との関係で主に議論されて
いたのは、契約関係が打ち切られる場合の存続保護で
あったと思います。

土田 労働契約の存続保護が中心であることは明ら
かですが、安全配慮義務（労契5条）は類推適用が可
能ではないでしょうか。もっとも、これは類推適用と
いうテクニックを使わなくても良い問題かもしれませ
んが。

水島 労契法を類推適用しなくても、判例法理でそ
のままいけます。

土田 労働契約の存続保護でいえば、労契法19条
の雇止め規制も類推適用の対象に入ってくると思
います。ただし、債権法改正との関係でいえば、「中間
的取りまとめ」や「中間試案」の考え方は、19条とは
かなり異なっており、例えば、期間の定めのある継続
的契約の終了について、その更新を認めた場合の期間
を有期ではなく、期間の定めがないものと規定するな
ど、19条が継承した雇止め法理とは異なっています。
この点については、債権法の考え方と、労契法の考
え方にかなりの大きな落差があり、いずれを適用する
かが問題となる可能性があります。

それから、労働者類似の者の契約条件の変更につ
いても、労契法の9条、10条のベースにある合理的変
更の考え方を及ぼし得るようにも思います。このよう
に、労契法の類推適用については、もう少し幅広く考
えてもいいと考えています。

水島 幅広く考えると、労契法の類推適用で
収まりそうですね。

II 雇用平等・差別禁止・労働契約法 20条

● 紹介

富永晃一『比較対象者の視点からみた労働法上の差
別禁止法理——妊娠差別を題材として』

緒方 本書は、いったい労働法分野において誰と誰
が平等で、誰と誰の差別がどのように禁止されるべき
かという問題意識のもと、男女の差異が顕在化する妊
娠差別を題材に、妊娠差別を直接的な性差別として規

制しているアメリカ法及びドイツ法のアプローチを検討することを通じて、ある視点から見た場合に比較対象者が欠ける状況下で、差別禁止法理を及ぼそうとするときに生じる問題と、その問題への対処の特徴を明らかにし、差別禁止法理の内容や射程を検討するものです。

本書によれば、日本法においては、妊娠・出産を理由とする不利益取扱いとは別個に位置づけられており、不利益取扱い禁止（規定）によって規制するアプローチをとっていると分析されています。具体的に言うと、妊娠等による不利益取扱いの可否の判断においては、抽象的比較対象者も具体的比較対象者も厳密には必要とされず、判例において妊娠・出産等の保護規定に保障された権利行使への抑止効で判断がなされているということです。これにより、日本法は、当事者の被る不利益性を社会通念により柔軟に設定することが可能なアプローチをとっていると分析されています。

これに対してドイツ法、アメリカ法はいずれも妊娠差別を直接的な性差別と位置づけています。そして、ドイツ法、EUのヨーロッパ法のアプローチは、保護が厚いため一見望ましく見えるが、潜在的には重大な問題を有すると指摘しています。例えば妊娠を全く考慮してはならないことになるため、有期契約も例外なく、妊娠による不就業や就業制限を理由とした採用拒否も直接性差別として許されなくなり、結果として、使用者には短期的に見て、相互の給付の均衡から見て不当と思われる負担を課せられる可能性が生じている、要するに妊娠だとわかっては拒否できないといった問題があるというものです。これはむしろ契約当事者間の公平を欠き、結果として、女性全体にかえって差別対象を拡大させるおそれがあると指摘しています。またアメリカ法にあっては、一時的障害者を比較対象者として差別の認定が行われているが、妊娠者や胎児保護の観点から見る限り、必ずしも適切な比較対象者とは言えない場合があり得るとしています。

以上から、本書の結論を大きくまとめますと、妊娠者と非妊娠者は身体的な要保護性等の種々の点において異なるため、他の差別禁止と同じ感覚で比較対象者の流用を行うと少なからぬ副作用（過大保護・過小保護）が生じる。そうやって考えてくると、差別禁止法理の有効な射程は、適切な比較対象者が設定できる範囲が主であり、それを超える場合、つまり適切な比較

対象者が設定できない場合には、差別禁止法理の適用による対応には慎重であるべきだとしています。そして、妊娠者の保護という目的に沿って考えるならば、日本法における現行法のアプローチは否定されるべきではないと結論づけています。

本書が、均衡取扱い法理と均等取扱い法理について著者が明確な定義を与え、それに則って日本における立法、学説、判例を整理、分析している点、妊娠差別についてそれらを整理している点は非常に勉強になりました。日本法のアプローチの有効性を正当化する主張にも納得のいく点があります。

そのうえで、疑問点をいくつか述べたいと思います。まず、著者は、妊娠差別を直接的な性差別取扱いと位置づけるドイツ法及びアメリカ法の問題点を洗い出し、基本的にそういった（ドイツ法、アメリカ法の）アプローチに疑問を持っていることがうかがえます。しかし、やはり重要なのは、問題点を抱えながらも、なぜドイツ法やアメリカ法が妊娠差別を直接的な性差別と位置づけているか、位置づけ続けているかということだと思います。

ドイツ法を例にとりますと、ドイツで妊娠差別を直接的な性差別と位置づけるひとつの転機となったのが1990年の判決です。その中の法務官意見で、妊娠・出産の通常のリスクについて「共同体の保護に値する」という言い回しがされています。ここからうかがわれるのは、ドイツでは、妊娠・出産にかかわる労務の一時的な不提供が生じてしまう問題を一企業の使用者が負う負担の問題にとどめず、共同体、つまり社会全体で負担を負うことを肯定する思想が底流に流れているのではないかということです。それは日本においては受け入れがたいものなのかというのが、ひとつめの疑問点です。妊娠・出産の問題を社会的にどのように捉えるのかという点についての検討があれば、この点がもう少しクリアになったかもしれません。

もうひとつの疑問は次の点です。すなわち、均等取扱い法理が等しい者を等しくという法理であることは著者のいうとおりだと思いますし、そこで比較対象者の選定が求められるのはそのとおりだと思います。雇用保障の場面など、採用か不採用かという二者択一の扱いが問題となる場面では、均等取扱い法理が持ち出されることによって、使用者に過度の負担を生ぜしめる場合があることも理解できます。

ところで、妊娠という現象は、現象としては一時的

なものであるため、主には解雇、不採用の場面で問題が生じると思います。そのため、妊娠差別に関する日本法のアプローチは妥当とする著者の主張はわりとストレートに当てはまりやすいように思います。しかし、比較対象者のいない場合の平等法理に関する一般論として著者の主張を取り上げた場合には、その射程をどう考えるべきか、もう少し検討すべき点があると思います。典型的な例を挙げると、障害者の就労の問題です。この場合には、おそらく雇用保障のみならず、賃金等の処遇における異なる取扱いの正当性も問題になってきようかと思えます。これで比較対象者が明確に設定できないならば、では、この場合に均等取扱い法理は適用しないほうがいいのかといった問題が浮かび上がってきます。

著者は、この点について、本書の最後の方で、合理的配慮という考え方を導入することによるアプローチもあり得ると指摘しています。確かに合理的配慮という考え方を導入することによって均等取扱い法理にのせる考え方もあり得ると思いますが、だとすれば、逆に妊娠者についても合理的配慮という考え方を取り入れたアプローチの可能性、それで均等待遇のほうにのせる考え方もできるのではないか。このあたりを、今後もっと展開していく必要があるだろうと思いました。

いずれにせよ、非常に刺激的な問題設定でしたし、著者の主張もクリアであったと思います。

● 討 論

* 性差別禁止アプローチをとるべきか

水島 ドイツで妊娠差別を直接性差別の禁止と捉えるのは、労働者の妊娠のリスクを社会で負担する思想があるというご理解でしょうか。しかし、そういう思想があることと、妊娠差別を性差別と位置づけることがほんとうに結びつくのか疑問です。

関連して、日本では性差別禁止アプローチをとっていませんが、それで一応は機能していると思います。妊娠を理由とする解雇は均等法9条3項で規定していますが、(緒方先生のコメントは)これを例えば6条(性別を理由とする差別の禁止)に入れるべきということなのでしょうか。9条3項の「不利益な取扱いをしてはならない」では不十分だというお考えでしょうか。

緒方 9条の規定そのものには問題はないと思うのですが。

水島 そうであれば、性差別の問題と位置づける必要はないのでは。

緒方 解雇の場面についていうならば、9条の規定はある労働者が妊娠しているかどうか考慮してはならないということだから、均等待遇の原則を含んでいる考え方もできます。

水島 そう考えるとしても、9条には採用は含まれませんね。

緒方 そうですね。しかし、解雇以外の場面についてはどうでしょうか。

竹内 直接性差別禁止のアプローチをとった場合と、均等法9条3項のような不利益取扱いの禁止アプローチをとった場合で効果が異なるのであれば、その違いを論じることの重要性は大きいと思います。緒方先生のご報告は、富永先生が直接性差別禁止のアプローチをとらないことについて、比較的批判的な形のコメントだったと思います。その場合、不利益取扱い、具体的には9条3項がとっているアプローチに比べて、直接性差別禁止のアプローチでどのような違いがもたらされる、あるいはもたらされるべきなのか、あわせて論じておく必要があると思います。

水島 私は9条3項による規制でも6条でも、実質的にはほとんど変わらないと思っているので、9条3項で足りると思っています。次の水町論文、毛塚論文にもかかわってくるかもしれませんが、性差別禁止と捉えれば強い規制になるけれど、不利益取扱いでは一歩後退していると理論的に読み取るべきだとすれば、性差別禁止アプローチをとるべきだという指摘は意味を持ってきます。

土田 性差別禁止アプローチをとれば、さきほどの採用のところが全然違ってきますね。

水島 5条が適用されますからね。

土田 ええ。ドイツ流の議論だったら、妊娠していることは一切考慮してはいけなわけですよ。

緒方 そうなりますね。

土田 そうすると、性差別禁止アプローチは強力な法になってきて、不利益取扱いの禁止とは質の違うものになると思いますが、政策的にそれは妥当なのか。富永先生は、それは過剰保護、過大保護の問題を起すから採用すべきではないと述べていると思いますが、緒方先生はどうお考えでしょうか。

緒方 採用の場面でも考慮してはいけないということが過剰保護になるか、ということは議論の余地があ

ると思います。

水島 採用に関して、ドイツは過剰保護であると日本でも受けとめられるのではないかと思います。

浅倉むつ子先生がこの本の書評（『日本労働研究雑誌』No.639）で、イギリスは性差別と異なる法理で捉えるアプローチであるが、妊娠差別の反規範性は揺るぎないものになっているとおっしゃっています。妊娠差別の反規範性が構築できるかが重要なのであり、必ずしも性差別禁止アプローチをとる必要はないと考えます。

***過剰保護ではいけないのか**

水島 浅倉先生は日本法の現状を性差別アプローチほどにも偏見の除去に効果がなく、現状変革的な実効性が乏しく、かえって過小保護なのではないか、とも指摘されています。それは、アメリカ法のような差別禁止と比較されてだと思えます。アメリカの場合、セクハラも性差別ですし、性差別のとらえ方やそもそもの発想が日本とは違います。

土田 そういう意味では、採用の問題をはじめとして性差別禁止アプローチは強力で、過小保護の批判を免れることは確かです。しかし、富永先生は、そうなると、過剰保護の問題が起こるから、性差別禁止アプローチではなくて現行法のアプローチを支持すべきという趣旨だと思えます。では、なぜ過剰保護、過大保護がいけないのか。1点明言しているのは、契約当事者間の公平を欠くということですが、まだはっきりしないところがあります。これは大変難しい問題だと思えます。

いずれにせよ、比較対象者を特定できない場合の差別問題という最も難しい問題を取り上げた志の高さは感心するばかりなので、次はそうした課題を追求していただきたいと思えます。

緒方 妊娠差別について、著者のいう「過剰保護」の何が問題かが、私にはいまひとつ腑に落ちないのだと思えます。たとえば、有期雇用において、妊娠していることを申告せず、採用後すぐに産休をとってしまったとします。こういった場合に、採用時に妊娠に関する質問も許されないとすれば、契約当事者間の公平を欠く事態は容易に想定できます。しかし、無期雇用の場合でも同じことがいえるのでしょうか。この場合にも、一般論としては給付の不均衡が生じうのですが、それはきわめて一時的、限定的なものです。そうであれば、契約当事者間の公平を欠くような事態が生

じるのは、有期労働契約という短期の契約だからこそ生じる問題ともいえるのではないかとすると「性差別」と扱わないことについての積極的理由になるのだろうかと思うのです。

竹内 富永先生は、妊娠者の職場への統合について、ある企業での統合か、社会全体の中での統合かというはあるかもしれませんが、現在の日本法では問題として重視されていない旨お書きになっています。現状としてそうであることはそれとして、統合の点から今後検討すべきか、更に深めていただければと思います。

あと、直接性差別禁止アプローチで過剰保護となることがなぜいけないのかということとの関係で、富永先生は、直接性差別禁止アプローチに伴う問題点を、当該アプローチをとっているドイツ法やアメリカ法との対比で描き出しています。としますと、逆に不利益取扱い禁止のアプローチだとバランスのとれたアプローチになるのかといったことも、このような比較対象国の関係もあって積み残されているのではないかと思います。このことを明らかにすれば、両者のアプローチをどういう場面で用いて、どういう場面では用いることができないのかということの関係がすっきり整理されるのではないかと思います。そこは本書を超えた、次なる課題だと思えます。

土田 富永先生は最後の箇所で、仮に性差別として位置づけるのであれば、間接差別としての位置づけは可能と考えられるとしています。

緒方 しかし、間接差別の場合にも統計的な立証を行うことになるから、その意味で比較対象者の問題は残りますよね。

土田 そうです。同じ問題になりますね。

竹内 本書でも、統計情報を、ドイツ、アメリカでそれぞれどう位置づけ、どう評価しているかが異なっていると述べられており、やはり更なる検討課題であると思えます。

●紹介

①水町勇一郎「『同一労働同一賃金』は幻想か？——正規・非正規労働者間の格差是正のための法原則のあり方」

*島田裕子「平等な賃金支払いの法理——ドイツにおける労働法上の平等取扱い原則を手掛かりとして」

②毛塚勝利「非正規労働の均等処遇問題への法理論的接近方法——雇用管理区分による処遇格差問題を中心に」

③緒方桂子「改正労働契約法20条の意義と解釈上の課題」

* 荒木尚志「有期労働契約規制の立法政策」

水島 雇用平等、差別禁止のテーマで、学界、実務の双方において今もっとも関心もたれているものの1つが、有期契約労働者やパートタイム労働者の均衡処遇の問題です。前者は2013年に施行された労働契約法20条の解釈の問題として、後者はパートタイム労働法の解釈および改正議論という形であらわれています。非正規労働者の待遇格差問題に対する法原則のあり方を考察したものとして、まず①水町論文を取り上げます。

①水町論文では、正規労働者と非正規労働者間の待遇格差問題に対する法原則のあり方が考察され、問題を解決する選択肢として、同一キャリア同一待遇原則、同一労働同一待遇原則、合理的理由のない不利益取扱禁止原則を挙げられます。同一キャリア同一待遇原則は、現行法ではパートタイム労働法8条がそれに当たりますが、同条の問題点としてしばしば指摘されるように、この原則はキャリア展開の同一性を定型的・画一的な要件として設定する点に難点があります。適用範囲が狭く限定的になり、問題の実効的な解決につながらないということです。

次に、EUパートタイム指令などに見られる同一労働同一待遇原則は、職務内容の同一性を要件とします。先ほどのキャリア同一性の問題はクリアできますが、職務給以外の賃金制度に必ずしも適合しない、職務内容にかかわらず支給されるさまざまな給付にはうまく適合しない、などが問題となります。

これらの問題点をクリアする原則として、合理的理由のない不利益取扱禁止原則があります。これはキャリアの同一性も職務内容の同一性も要件とせず、合理的理由の有無のみを問うものです。もっとも、合理的理由という基準が抽象的であり、その内容が不明確である点が短所として指摘されます。

この原則によれば、非正規労働者は、その事業所で就労する正規労働者より労働条件等について不利に取り扱われているという事実を主張し、立証することによって同原則違反ならびに私法上違法になるとして損害賠償を請求できます。これに対して使用者側は、そ

の不利益取扱いに合理的理由があることを立証すべきこととなります。

この原則の法的効果は私法上の効力にあり、行政取締法規ではなく労働法によっても対応できると述べられていますが、実際に、後に労働法20条として成文化されました。

合理的な理由を具体的に判断する方法として、水町先生は3つのポイントを指摘します。すなわち i 予見可能性の欠如という問題に関して、労使のコミュニケーションを促すことでの対応、ii 労使の集团的な合意の存在を重視すること、iii 行政や第三者機関が合理的な理由の内容についての指針を提示することです。制度枠組みを整備することが必要であると言えそうです。

水町論文で言及されている点は、参考で挙げた島田論文の指摘につながります。ドイツ法には労働法上の平等取扱原則が存在します。使用者は様々な事情を区別理由として主張できますが、使用者には整合的な説明を行う義務があるとされます。日本法においても使用者の契約形成に対するコントロールである就業規則の合理性審査や公序良俗違反の審査において、労働者の平等の観点から使用者の整合的な説明義務を考慮することが可能です。島田論文は、雇用形態に基づく区別では、使用者の説明義務を中心として立法論・解釈論が行われるべきであるとしています。

次の②毛塚論文は、差別禁止アプローチから平等取扱アプローチに転換したという点で労働法20条を評価しています。この論文を紹介するに当たり、差別や平等に関する毛塚先生のお考えを簡単にお話しします。

人種、信条、性別などの差別に対しては、すべての社会環境を貫く公序として排除が求められ、契約の自由が働く余地がないものと説明されます。それに対して、雇用形態差別に対する法的規制は、ある特定の社会関係、生活空間を支配する平等原則に基づく規制であるという点で区別されます。つまり、雇用形態差別は社会的差別と異なり、当然に公序に抵触するものではありません。

毛塚先生は差別を「個人の軽視」「属性による異別取扱い」「異別取扱いによる基本的権利の侵害」という3層に分けて、その反規範性を説明されます。これを雇用形態差別について見ますと、雇用形態差別の属性は契約によって定まるもので、属性による異

別取扱い」,つまり2層目の反規範性を欠くこととなります。3層目の反規範性は社会生活,社会関係一般ではなくて雇用関係に限定されることとなります。したがって,性別等による差別とは異なり,その意味で反規範性は弱いといえますが,その雇用形態差別において不利益が大きい場合には1層目の差別,反規範性が表出するとされます。

このように言われる根拠ですが,一般的な意味での平等原則,使用者が信義則上負う平等取扱義務に求めておられます。毛塚論文の特徴的な点は,この使用者が負う平等取扱義務が時間的経過,つまり労働契約関係が長期化するに伴い組織への内部化が深化し,環境調整必要性が増大していくと指摘されることです。平等原則は同一規範を適用する原則を意味するのが一般的と思われませんが,これに加えて規範内容を調整する原則を含むということです。

賃金処遇制度に関していうと,第1に,特段の合理的理由がない限りは同一賃金,処遇制度をとるべきであるという同一賃金制度原則,第2に,処遇制度を異にする場合でも乗換可能にするという制度間調整原則,第3に,その職務均衡性及び時間均衡性に配慮する均衡処遇原則という,3つの要請に応じることが必要になります。職務均衡性と時間均衡性を配慮するところが,毛塚論文の1つのポイントのように思います。

水町論文や島田論文が重視する使用者の説明義務にも関連しますが,毛塚論文では時間均衡性の観点から具体的な指標が示されている点も興味深いです。例えば,3年未満であれば2割,5年未満であれば1割といった,経過年数に応じた格差許容率を法律で明記しておくことが望ましいとされます。現実には,格差許容率をどのように定めるのは非常に難しい問題ですが,このような考え方はたいへん参考になるように思います。

不合理な労働条件格差をどのように判断するかについては,証明責任を配分して労働者側の証明責任の軽減を図るという法的整備が望ましいと述べられます。その1つの方法として,具体的な数字による指標などを挙げられるわけです。解釈論というよりは理論面で示唆と刺激を受けた論文でした。解釈論については,次の③緒方論文が精緻な論証を展開されているので,紹介を竹内先生にお願いします。

竹内 ③緒方論文は,改正労契法20条の解釈について論じたものです。

この論文の基本的視点は,無期転換権を定める労契法18条と結びつけて20条を解釈すべき,すなわち,18条のもとで無期化が促されることに資するよう20条を解釈すべきというものです。18条に関しては,有期労働契約を有効に活用する視点も含めた解釈が一方でありますけれども,これと真っ向から対立するものです。この点は,18条の意義をどう評価するかによっても,見方が分かれるところではないかと思えます。

労契法20条についての具体的な解釈論としては,労働者が技能蓄積を図れるように教育訓練が促されること,また,5年の手前での終了という,18条のもとで予想され,実際に起こり始めているとの指摘もある弊害との関係で,労務コスト抑制という使用者にとっての有期雇用の魅力をできるだけ小さくすることが必要であるという考え方に基き解釈していく方向性を示しています。

この方向性に基づく解釈として,緒方論文では「不合理性」について,文字どおり「合理的でない」こと,忖度すれば合理的であることを要求すべきだとした上で,特に注目される点ですけれども,2段階の審査を行うべきだとしています。1段階目としては合理的理由がそもそもあるということ,2段階目としては合理的理由があったとしても処遇の差異が相当な範囲内にあることを審査すべきというものです。特に2つ目の相当性の審査は,賃金格差について労契法20条のもとで是正を図ろうとするに当たって,大きな意味を持つものではないかと考えます。と申しますのは,ここまでの水町論文等では,相当性の検討をどこまで取り込むことができるのかが必ずしも明らかでなく,緒方論文はこの点を賃金格差について取り込んでいるからです。

また,もう1つ,この論文でおもしろいと思った点は,労働者による不合理性の立証に関して,実際に生じている処遇の差異について,労契法4条1項やパートタイム労働法13条に言及した上で,これらの手段を利用して労働者が説明を求めたにもかかわらず,使用者が十分な説明を行わない場合には,現にもたらされている差違の不合理性を基礎づける事実として,訴訟法上位置づけるべきだと主張されていることです。これらの規定に基づく説明義務の違反については,これまでも損害賠償責任を生じさせることがあるという学説がありますが,それにとどまらず,訴訟上の効果を持つと主張されています。

先ほどのドイツ法に関する島田論文の紹介の中でも、説明義務の平等取扱法理における役割と意義についての議論がありました。それと全く同じ議論ではないと思いますが、説明義務の意義を改めて見出す点で注目されます。

● 討 論

* 平等取扱いアプローチへの転換

緒方 毛塚論文で特徴的なのは、時間均衡性という概念を入れていることです。時間が経過すると「契約の自由」性は低下していき、平等感情は上がっていく。つまり平等に扱わなくてはいけないという規範性が高まっていく。こういうイメージでとられています。

大変興味深い発想だと思います。しかし、私はこの点についてはやや批判的です。従来から、日本では、非正規労働が単なる契約上の関係ではなくて、ある種の「身分」を表しており、それに基づいて差別されているという主張があります。時間均衡性という発想は、それと共通性があるように感じます。つまり、時間均衡性というのは、最初は「よそ者」だったが、長く働いていくにつれ、「仲間」「メンバー」になっていく。そうするとその者に対する扱いを平等にしなくてはならない、そういう規範が高まっていくということですよね。これは先ほど述べた、「身分制」を正面から認め、法的に承認するような議論の立て方ではないか、という疑問を持っています。

もう一点、毛塚論文は立証責任の部分においても、非常に特徴的な議論をしているように思います。学説の多くは、労働者のほうが第一次的に不合理性を主張立証しなければならないとして、平等原則による均等処遇の問題という捉え方によれば、立証については使用者の側が負うべきだという主張です。

土田 労働者が類似の職務であるにもかかわらず賃金格差があることを主張立証すれば、使用者は、その格差が職務均衡性を失せず、合理的範囲内であることを主張立証する必要があるという箇所ですね。

毛塚先生は批判されていますが、20条について厚生労働省の施行通達が表示している立証責任の配分は、少なくとも水町論文よりは毛塚論文に近いのかなと思いました。

緒方 そうですね。

土田 立証責任についてだけ言えば、水町論文が徹底していると思います。非正規労働者のほうは、非正

規労働者として不利に取り扱われている事実を主張立証すればよく、合理的理由があることの主張立証責任を使用者側に課しています。

水島 水町論文は労契法改正前の論文ですので、20条を念頭に置かれているわけではなく、理念的な説明です。

緒方 ここでは、まず条文上の構造がどうなっているかという問題と、法原則とか、別の法理念からどう立証責任が導かれるかという、2つの問題があると思います。

土田 大きく見ると、水町論文も毛塚論文も、基本的には、同一労働等の一定の要件を設けて差別を禁止するアプローチではなく、合理的理由のない不利益取扱いを禁止するという平等取扱いのアプローチに大きく転換をした。それをリードしたのが水町論文で、労契法20条もそのアプローチの延長線上にあるのでしょうが、毛塚論文はそれを受けて労契法改正後の平等取扱いアプローチを発展させたという位置づけでしょうか。

竹内 基本的にはそうだと思います。

水島 差別禁止と平等取扱いを峻別してよいかに関しては、整理分類としての峻別論は有用であるとしつつも、規範的判断としての峻別論にはより慎重な考慮が必要であると水町先生は別の論文で述べています。

竹内 毛塚論文は、改正労契法20条の下での平等取扱法理を整序しており、特に20条の話が中心になっていますが、同時に労契法3条2項が総則的な規定であると指摘しています。無期雇用を前提とする「多様な正社員」をめぐる議論がなされていますが、労契法3条2項を単なる理念的規定ではなく総則の規定とすると、これに基づき無期雇用間でも平等取扱の法理が問題となってきます。毛塚論文は、労契法の下で、20条からさらにどこまで平等取扱法理が広がり得るかを解釈論として展開しています。この点も非常に注目される場所ではないかと思います。

水島 しかし、3条2項は訓示規定ではないでしょうか。

竹内 一般的にはそう理解されていますね。

緒方 私自身は労契法3条2項は訓示規定を越える意味を持つ規定と解すべきではないかと考えています。

竹内 毛塚論文では、改正労契法20条を通じて平等取扱原則が具体的に設けられたけれども、理論的に

は、平等取扱原則は憲法を源とする規範だとしています。これを踏まえて労契法を見直したとき、20条は、有期雇用の労働者とそうでない労働者との間における平等取扱原則のいわば具体的なあらわれである。そして、労契法の体系を振り返ると、より一般的な規定として3条2項がある。このように3条2項を位置づけ直すことができる。つまり、毛塚論文は、平等取扱原則について、憲法に基礎を置きつつ、条文の体系上は労契法20条に先立つ点で位置的に総則的なものとみること、3条2項をより具体的な規定として読もうとする考え方をとっているのだと思います。

土田 毛塚先生の平等原則の捉え方そのものが非常に柔軟で幅広いと思います。均等・均衡処遇義務とも言われていますが、この平等原則の中に、同一賃金制度原則や制度間調整原則のほか、異なる処遇区分を行うことに合理的理由があっても、職務均衡性と時間均衡性から均衡を失っていないことを求めるところまで踏み込んでいます。そのような幅広いアプローチをとると、労契法3条2項の均衡考慮の原則を平等原則の総則的法的根拠として掲げることは理解できます。他方、逆にそれだけ大きな絵を描いて、使用者に重い義務を課す根拠として、3条2項だけで済むのかという疑問もあります。

水町論文では、この法的根拠論まで踏み込んでいないし、島田論文も必ずしもそこまで踏み込んでいません。毛塚論文のみが3条2項を総則的な根拠規定として主張しています。そこは敬意を表しますが、それだけの大きな転換を正当化し得るだけの規定たり得るのか、それとは別に平等原則の根拠について検討すべき点はないかという気がしました。

*有期労働契約をどう考えるか

水島 緒方論文は、参考に挙げた荒木論文の立場と真っ向から対立するものです。緒方先生と荒木先生の違いは有期労働契約の活用の視点の違いとも見えますので、確認させてください。緒方論文を見ますと、有期労働契約はもっぱら使用者にのみメリットがあり、労働者側は有期労働契約を強いられている、と。緒方先生は、有期労働契約はできれば活用すべきではないというお考えでしょうか。

緒方 労働者の側が、有期労働契約の締結を望むのは、かなり限られた場合であるという発想です。つまり、例えば残業を命じられることが少ないとか、仕事上高い責任を求められないといった有期労働契約に付

随して生じている実態に起因して「望んでいる」かどうかではなく、契約に期間を定めることそのものを望んでいるか、という点からみれば、労働者は契約に期限を付すことに特にメリットを持たないのが基本的であると考えています。なぜなら、無期においては、労働者は労働契約の解約が自由にできるからです。

水島 お考えはわかりましたが、有期労働契約であれば、正社員での採用と比べると、非常に簡単な手続で採用されることがほとんどだと思います。書類審査と面接1回ぐらいで採用される。このような簡易な採用形態は、それまで労働市場に入っていなかった人が労働市場に参入し、そこから安定した雇用に入っていくステップとして非常に意味があります。安定雇用の前段階だからこそ使用者側も簡易な採用手続で採用するし、労働者側も面接を何度も受けることなく採用される、そして次のステップにつなげられるという点で労働者にもメリットがあるのではないのでしょうか。

それから、有期でなく無期であればすぐに辞められるというのは法的にはそのとおりですが、最近では会社を辞められない無期労働者の問題もありますし、有期でも勝手に辞めてしまう労働者もいます。現実の労働関係では有期と無期とで労働者からの解約に大きな違いはないように思います。

緒方 採用手続が有期、非正規の場合は簡易で、正規の場合には複雑であるという実態と、両者の均等、均衡処遇の要請とをどのように関連づけるかは、現実的な課題であり、かなり難しい問題だと感じています。

採用手続が簡素であることがその後の職務の内容等に大きな影響がある場合もあるでしょうが、そうでない場合もあります。しかし、日本は採用手続の違いをかなり重視するものですから、職務内容等に差異がなくなった場合に同じ処遇をすべきといっても、なかなか納得が得られないということが生じると思います。この点は、使用者よりもむしろ、労働者の方にこだわりがある気がします。このような現実に鑑みますと、時間均衡性という考え方を導入する毛塚論文の発想はとても魅力的です。

「やめられない労働者」の問題は、現実に深刻な問題となりつつあります。しかし、これはいかに正しい労働法の知識を広めていくかという問題であって、有期労働契約締結の要・不要の問題ではないように思います。

* 「2段階審査」の意義

土田 緒方論文の1つの功績は、2段階審査にあると思います。例を出すと、「建築技術者で、仕事は全く同じだが、下請とのやりとりや、若手の教育は無期雇用の正社員だけが行き、人事異動の対象となるのも正社員のみ。賃金は、正社員が40万円で、有期契約労働者は25万円」という例を想定して、20条を適用するとどうなるのかを考えてみます。

この場合、20条の射程を狭く解すると、不合理性の問題は生じないと思います。20条は、業務の内容、業務に伴う責任の程度、配置の変更の範囲その他の事情を考慮して、労働条件の相違が不合理なものであってはならないという規範であるところ、上の例は、業務の内容は同じでも、業務に伴う責任や人材活用の仕組みに大きな違いがあるので、賃金格差には合理的理由があり、不合理ではないということになりそうです。ところが、2段階審査を用いると、賃金格差に合理的理由がある場合も、その格差の相当性を問題にするわけですね。その点は、非常に意味があると思います。

この2段階審査は、実は水町論文にも一応書かれています。水町論文では、均衡待遇の位置づけをどうするかということで、不利益取扱禁止原則に取り込む手法をとれば、そこに集約される。つまり、職務内容などの前提条件が異なる場合でも、格差がそれに比べて著しく大きい場合、すなわち均衡を失っている場合には、合理的理由のない不利益取扱いに含めることができる、としています。ただ、水町論文では、不利益取扱原則とは別にパート法の努力義務に含めるというもう一つの選択肢も示していて、方向性を明示していません。それに答えたのが緒方論文という位置づけができると思います。この2段階審査をとれば、先ほどの40万円と25万円の格差が問題になり得るので、そうした救済の可能性を開いたという点では、私は20条の解釈論として賛成です。

それから、先ほど水島先生が言われた採用手続とも関連しますが、20条や均衡の考え方は、有期・無期の労働者間に労働条件格差はあってもいいけれども、それがあまりに不合理であってはいけないというものだと思います。つまり、採用手続という入り口が違って、時間の経過や職務の類似性によって一定のバランスをとった処遇をして下さいというのが均衡です。ですから、20条の解釈でいえば、採用手続は「その

他の事情」で考慮すればよいと思います。「その他の事情」で考慮して、労働条件格差はあっていいけれども、そこで2段階審査の2段階目を使って、その格差は不相当（不合理）なものであってはならないと判断すればよいということです。労働条件格差の問題を100かゼロ、オール・オア・ナッシングで処理する必要はないと思います。

竹内 緒方論文では合理性審査について2段階あることを明らかにしていますが、なぜ相当性の審査についてもここで根拠づけられるのかという説明は、必ずしも十分には述べられていないような気がします。そこが明らかになると、土田先生が言われた2段階審査の意義がより確かで深いものになるかと思います。

緒方 私の発想の根本にあるのは、法の目的を達成するためには、合理性の実質化が必要であるということでした。質問に対する答えになっていないかもしれませんが、根拠は法の趣旨ということになるのでしょうか。

土田 合理性の実質化が必要ということには賛成ですが、法的根拠論（規範論）としてはさらに探求する必要があると思います。私は、2段階審査の法的根拠は20条に求めればよくて、より困難な問題は、20条をそのように解釈する理論的根拠を何に求めるかだと思います。この点は、広い意味での平等原則（合理的理由のない不利益取扱禁止原則）に求められると考えています。

その点については、水町論文の第一のアプローチに賛成で、平等原則（不利益取扱禁止原則）を根拠に2段階審査を構想することは可能と考えます。その上で、2段階審査を含めた平等原則の実定法上の根拠は何かと言えば、毛塚論文が説く労契法3条2項を総則的根拠規定として、有期契約労働者については20条を、パートタイマーについてはパートタイム労働法3条を挙げることができます。平等原則は、そうした多層的な規範から構成される原則と考えられるのではないのでしょうか。私見では、それら法規範を包括するのは均衡の理念ですけれども。

竹内 水町論文をそういう視点で読み直すと、少なくとも選択肢として示されている中での1つ目のアプローチは、土田先生が言われたような、均衡を不利益取扱禁止の原則の1内容だと読み込もうという考えのようですね。

土田 ただし、水町先生はここでは結論を出してい

ません。

竹内 後で紹介しますが、米津先生が解雇に関して、信頼合意原則に基礎を置き、すなわち、労働契約における合意を当事者の生の合意ではなく、信義則等を組み込んだような形で合意原則を捉え直し、これに基づく解雇権の制限を論じています。場面は違いますが、緒方先生のお話は、このような信頼合意原則的な形で労働契約、そして当事者の合意を読み込まれている発想のようにも聞こえました。

Ⅲ 個別合意による労働条件変更

●紹介

- ①荒木尚志「就業規則の不利益変更と労働者の同意」
- ②毛塚勝利「労働契約法における労働条件変更法理の規範構造——契約内容調整協力義務による基礎付けと法理展開の可能性」
- ③山川隆一「労働条件変更における同意の認定——賃金減額をめぐる事例を中心に」

土田 協愛事件（大阪高判平 22・3・18 判例 1015 号 83 頁）などをきっかけに、労働者・使用者が就業規則による労働条件の不利益変更について合意した場合の法的な取扱いが問題になっています。荒木論文は、そうした合意の認定に関する議論を整理・分析した上で自説を展開しています。

まず、合理性基準説と合意基準説に分けています。合理性基準説にも 2 説あり、合理性基準説 ① は、就業規則変更に関する合意の効力を変更の合理性に沿って考えるべきだと解し、労契法 10 条と同様の合理性審査を肯定する見解です（唐津博「就業規則変更による新資格付け（降格）と賃金減額の効力」労働判例 877 号、2004 年）。一方、合理性基準説 ② は、変更前就業規則の最低基準効を根拠として合理性審査を肯定する考え方で、こちらも取り上げています（浅野高宏「就業規則の最低基準効と労働条件変更（賃金減額）の問題について」『経営と労働法務の理論と実務』中央経済社、2009 年）。逆に、労使間合意の認定によって考えるべきだという学説が合意基準説で、労契法 9 条の反対解釈により、労働者の同意によって就業規則の変更が成就するという考え方です。荒木説は後者になります。

荒木先生は、合理性基準説 ① については、判例法理から労働契約法の制定経緯を踏まえて批判していま

す。判例法理の内容は、労働者が就業規則の変更同意すればその同意によって拘束力が発生するという契約論を前提にするものであって、それに反対する労働者については、変更合理性があれば例外的に拘束するというルールである。また、立法経緯としても、労契法 9 条の内容は 8 条の合意原則に含まれていたことを前提に、判例法理を忠実に法文に反映させるべきだということから、立法過程の途中の段階で新たに 9 条を設けたものだとしています。したがって、合理性基準説 ① のように、労働者の同意の有無にかかわらず、就業規則変更合理性を求める立場は適切でないと批判しています。

合理性基準説 ① のもう 1 つの柱は、労働条件の統一的・画一的処理の要請を重視して、労働者の同意の有無によって就業規則の効力の取扱いに区別を設けるべきではないという点ですが、荒木論文は、労働条件の決定の統一的・画一的処理を判例法理の基本趣旨と捉える前提そのものに疑問を呈しています。みちのく銀行事件（最一小判平 12・9・7 民集 54 卷 7 号 2075 頁）等でも出てきましたが、裁判所が就業規則変更の合理性を否定する判決を下した場合、その既判力は原告のみに及ぶのであって、他の労働者との関係で就業規則変更の効力を全面否定するものではない。その結果、労働条件に不統一が生じるけれども、これはもともと判例法理が予定する事態だと述べています。

それから、合理性基準説 ② について、変更前就業規則の最低基準効を根拠とすることに対する批判を展開しています。就業規則の変更自体は合理性の有無にかかわらず成就しているものであって、合理性基準説 ② が説くような変更の無効はない。したがって、就業規則が労基法所定の要件を充足して変更された場合、最低基準効を発揮するのは変更後の就業規則であり、変更前就業規則の最低基準効を理由とするのはおかしいという批判です。

自説である合意基準説の場合、就業規則変更合意の認定が問題になるわけですが、この点については、「労働者の自由意思に基づくものと認められるに足りる合理的理由」の位置づけを明確化し、自由な意思表示の慎重な認定枠組みを示したものと理解しています。その上で、合意を認定する際には、説明・情報提供、協議、意思決定のための時間、書面化による確定的意思の確認といった手続的審査事項を考慮する必要があると述べています。

荒木論文は、荒木先生らしくシャープかつ堅実な研究ですが、私は、少なくとも、労契法9条を8条の合意原則の派生的な規定と捉えることには疑問を抱いています。確かに立法経緯の理解としては尊重すべきだと思いますが、9条の独自性を軽視しているのではないかという疑問があります。9条は、10条の前提を成す規定であり、労契法の就業規則規範の中核を成す規定ですから、その反対解釈によって導かれる労使間合意についても、純然たる労使間の個別的合意とは異なり、就業規則の変更に関する合意であるという特質を踏まえて解釈を行う必要があると思います。

以上に対して、合理性基準説は、労契法9条を8条の合意原則の派生的な規定だと考える合意基準説を批判して、むしろ、10条の前提ないし就業規則規範の一環として把握しつつ、労働条件の統一的・画一的決定の要請を重視する立場です。これを徹底させたのが②毛塚論文です。

毛塚論文は、まず、契約内容調整協力義務という規範を提案します。10条は契約内容変更権を定めたものとした上で、10条は、契約内容になっている就業規則所定の労働条件について、労働者の契約内容調整義務を典型的に認めたもの（特則）だとしています。その上で、10条が使用者の一方的な契約内容変更権まで認めたのは、労働条件の統一的・画一的処理の要請がきわめて大きいということから正当化されるとしています。

その観点から10条の合理性要件を述べた上で、就業規則の変更による労働条件の変更について、①労働契約内容（契約内容化体規範）の一律変更＝10条、②労働契約内容の個別的任意的変更＝9条、③労働契約内容の個別的強行的変更＝契約内容調整協力義務、に類型化しています。毛塚論文の特色は、このうち①と②の役割分担をはっきりさせているところです。簡単に言えば、労働条件の一律不利益変更を10条の役割と位置づけるわけです。通常は、労契法9条、10条に即して、まずは合意による労働条件変更が原則で、その例外として、使用者が一方的に変更する場合には10条の適用となるわけですが、毛塚論文によれば、労働条件を一律不利益変更する場合は10条の役割となります。

毛塚先生は、以上の理解をベースに合意基準説を批判します。これは荒木論文と正面から対立する考え方で、理由は2つあります。1つは9条の立法趣旨に反

するということです。もう1つの理由は、労働者が個別的に同意したか否かで労働条件変更の帰趨を決するのは、本来10条を正当化する労働条件の統一的・画一的決定の要請に反するという事です。この結果、9条は、そもそも労働契約内容の一律変更には用いることはできないという結論になります。合意基準説は9条の反対解釈として合意による就業規則変更を認めるわけですが、およそそういう事態はあり得ないということです。

このように、毛塚説は、合意基準説に対する痛烈なアンチテーゼであり、労働条件の統一的・画一的決定の要請から就業規則変更に関する合意の合理性審査を行う点で、唐津説と同様、合理性基準説①に属するものですが、唐津説とも異なるオリジナルな主張になっています。

次の③山川論文は、荒木論文が取り上げた合意による就業規則の変更のみならず、労働条件変更に関する労使間の個別的合意について、その認定の枠組みと考慮要素について詳細に分析した研究です。

まず、山川先生は、労働条件変更に関する合意の認定に際して問題となる「労働者の自由意思に基づくものと認められるに足りる合理的理由」の位置づけについて検討しています。この枠組みについては、合意の効力発生要件と位置づける立場もありますが、そうではなくて、労働者の効果意思ないし真意を表明した意思表示があったか否かの認定を慎重に行う枠組みを示したものと解しています。

その上で、労働条件変更合意の認定について、労働条件の変更という法的効果の発生について確定的に同意する旨の労働者の効果意思が表示されたと認められる場合に、初めて確定的合意の成立を認定すべきだと述べています。これは、意思表示に関する一般理論を提示したのですが、そのように慎重な認定を求める理由を提示したところが重要です。山川先生は、当事者間の交渉力格差、情報格差、内心の意思尊重の要請という理由を挙げています。

次に、各論では、裁判例を参考に、確定的な合意の認定に影響を与え得る要素を解明しています。具体的には、①書面化の有無、②不利益の内容・程度・性質、③使用者による説明・労働者による理解、④本人にとっての利益・代償措置、⑤労働者の言動、⑥当事者間の交渉の状況、ということです。

山川論文の意義ですが、確定的同意の慎重な認定の

必要性を根拠づける理論的な枠組みを構築した点は非常に重要だと思います。疑問としては、上記の②④のように、不利益の内容・程度、本人にとっての利益といった、いわば合意内容の相当性を合意の認定に際して考慮することが妥当なのかということです。他の要素はともかく、合意内容の合理性・相当性を合意の成否の認定、すなわち申込みと承諾の認定の段階で取り扱うのはおかしいのではないかと。むしろ、こうした要素については、合意の成立を認めた上での効力要件、つまり内容規制として位置づけるほうがベターではないかという気がしました。

● 討 論

* 労契法 9 条の反対解釈を認めるか

緒方 9 条については、まず反対解釈が可能かどうかという点で見解が分かれるわけですね。そして、9 条の反対解釈は可能であるとする見解のなかで、合意基準説と合理性基準説とに分かれるという理解でよろしいでしょうか。

土田 9 条の反対解釈を認めるか否かということ、合意基準説か合理性基準説かということは、基本的には一致すると思います。

緒方 9 条を反対解釈することについては私自身は疑問を感じています。労働契約に対する拘束力を就業規則に認める実質的な根拠は労働条件の集成的処理のための必要性にあるわけですから、相対的な拘束力を認めることになる 9 条の反対解釈は根本的に矛盾しているのではないかと考えるためです。他方、9 条の反対解釈を認めるとした場合、合意基準説の方が素直であろうと思います。合理性基準説の趣旨はわからないわけではないのですが、理論的な根拠づけが難しいと考えています。

竹内 合理性基準説の理論的な根拠づけに関連して、毛塚先生は秋北バス事件（最大判昭 43・12・25 民集 22 卷 13 号 3459 頁）以来の判例を手がかりにしていると思います。すなわち、集成的・画一的決定の必要性という形で就業規則変更法理の判例が形成されてきた、逆にいえば就業規則は集成的・画一的なものだ、と毛塚先生は捉えています。他方、合意基準説を主張される荒木先生も、原則として労働者の同意なしに拘束力を及ぼすことはできないとする判旨を手がかりにしています。荒木先生は、その上で、就業規則についての判例法理は、裁判で、就業規則に合理性がな

く、ある労働者集団との関係で拘束力が及ぼせないとされ、統一的・画一的処理が妨げられることも念頭に置いているとしていると思います。いずれの説も、共に判例を手がかりにしており、ただ、判例のどの部分に特に注目しているかにより説が分かれていると思います。

緒方 就業規則制度を一体どういった制度として法的に位置づけるかという点が見解の分かれ目でしょうか。

竹内 そのように見ることもできるかもしれません。

土田 9 条の反対解釈の当否については、論理的にはどちらの説も成立すると思います。その上で、労契法が合意原則を基本趣旨としている以上、9 条を 8 条の派生的条文とまで言わないまでも、9 条を反対解釈して、就業規則変更に関する労使間合意が成立すれば、それを尊重して拘束力を認めるという解釈は十分成立すると思うのです。

他方、先ほども述べたとおり、9 条は、就業規則の変更に関する原則規定であり、10 条の前提を成す条文です。その点を重視して、9 条を就業規則制度の一環と捉え、労働条件の統一的・画一的決定という趣旨を就業規則の変更に関する合意の解釈に反映させるのが合理性基準説 ¹⁾ だと思います。これには説得力があり、私も、合理性基準を採用するかどうかはともかく、こうした解釈方法自体には共感を覚えます。この点については、西谷先生の古稀記念論文集に寄せた論文で、合意基準説を採用しつつ、例外的な場合に内容規制として合理性審査を行う解釈論を展開しましたが、ここでは省きます。

* 就業規則が拘束力を持つのはなぜか

緒方 やはり、就業規則が拘束力を持つのはなぜかという根本的な問題に立ち返らざるをえないように思います。

土田 労契法 7 条マターですか。

緒方 就業規則一般だから 7 条マターになりますね。

土田 就業規則の契約内容補充効について、契約説及び定型契約説の一部は、労働者の合意を介して事実規範たる就業規則が契約内容になることで拘束力を持つと解してきました。しかし、7 条は、合意要件を外す代わりに合理性要件と周知要件を導入しています。

緒方 毛塚先生の発想では、10 条なり 7 条なりが定める労働契約規律効を発生させる装置が合理性審査であり、その合理性審査を正統化するのが画一的・統

一的処理の必要性であるということだと思います。それが、荒木先生のように、就業規則の相対的無効はそもそも予定されている、だから合理性審査によらない方法もあると言われてしまうと、就業規則の法的性質論はどこにいつてしまうのだろうという気になります。

土田 そもそも就業規則が拘束力を持つのはなぜかという点については、合意によっていったん契約内容に編入され、その後の合理性審査によって最終的な拘束力の有無が判断されるということだと思います。その場合、明らかに合理性審査が内容規制として付加されます。ただし、7条は、合意要件を周知要件に置き換え、しかも、編入要件と内容規制を融合させた規定となっています。

これに対して、今議論している就業規則の変更の場合に、就業規則が契約内容となって拘束するのはなぜかを考えてみると、7条や約款の場合とは全く異なります。つまり、労使間合意に基づく就業規則変更の場合には、労働者・使用者間に交渉ないし交渉の可能性があります。約款や7条の場合は、そうした交渉可能性はそもそも想定されていません。むしろ、約款でいえば開示および包括的合意によって、7条であれば周知によって契約に組み入れられるわけです。だからこそ、内容規制（約款の不当条項規制、7条の合理性審査）が行われます。ところが、就業規則の変更が労使間合意によって行われる場合、その合意は、合意基準説によれば、説明・情報提供、協議、書面化等を前提に慎重に認定されますので、労使間の一定の交渉ないし交渉可能性を前提とする合意と評価することができます。この場合は、当該合意を就業規則変更の拘束力の根拠と解すべきであって、それに加えて変更の合理性という実体的要件を付加する必要はないというのが合意基準説の実質的な理由づけだと思います。

緒方 それだったらよくわかります。つまり、労契法9条にいう合意、就業規則の変更により労働条件の変更をすることができるという合意は、前提として交渉の可能性を含んでいるということですね。しかし、労働条件変更に関する個別労使間の交渉というのは、労働の現場ではかなり難しいことのように思えます。9条の労働者との合意はそういう交渉を前提にしている、そこに何かの手續や規制がかかるのだと構成されると納得するのですが。

土田 荒木説はそこまでは言っていません。ただし、繰り返しになりますが、9条の反対解釈で想定さ

れている合意は、少なくとも、7条や約款で想定されている状況とは違います。緒方先生が指摘された個別的・積極的交渉の状況までいかないかもしれないけれども、説明・情報提供、書面化といった手続的規制はあり、それを経て合意が認定されるわけです。そのような実質的合意の審査として、労働条件の統一的処理と合理性要件を重視するのは適切でないというのが、荒木先生の言いたいことだと思います。

緒方 しかし、法律の条文上は、個別交渉に際しての何かの規範や手続といった規制はまったく組み込まれていませんよね。

土田 それはそうですが、条文はともかく、9条の反対解釈を主張する論者は、すべからくそれら手続を重視していると思います。

緒方 つまり、「合意」の認定方法として、そういった手続的なことを要件と位置づけて解釈することが合意基準説の核といえますね。

土田 そうだと思います。

竹内 そういう観点からしますと、合意基準説に立つと思われる山川論文が、内容面も合意の認定の判断要素としていることは、ある意味、実質的な同意を基礎づける手続を超えるものとなるのでしょうか。

土田 そういう気がします。

水島 合意を補強する要素としては、内容面は機能すると思います。

土田 実質的な合意の認定に際して不利益の程度を考慮するという構成は、理屈としては成り立ち得ると思います。私は賛成できないけれども。

竹内 それを認めると、合理性基準説と合意基準説の差異は相対的なものになると思います。もちろん理論的には違うのでしょうけれども、実務的な議論の実益は小さくなる可能性があります。荒木先生の説では手続規制に特化しているので、おそらく合理性基準説と明確に要件が違ってくると思います。

土田 ご指摘のとおり、荒木先生ははっきり分けていて、不利益の程度は考慮しない、ただし、不利益の程度に応じて手続がより慎重になるべきだと述べています。

緒方 山川論文でよくわからなかったのが、「労働条件の変更という法的効果の発生につき確定的に同意する旨の効果意思が表示された」と認められる場合に、合意は成立する」というくだりです。抽象的に言われるとそのとおりだと思うのですが、法的な争いでは、

いったん何らかの意思表示を示した後で、「いや、あの意思表示は違ったんだ」とひっくり返したときに初めて法的な問題として登場してきます。そのときの手法は、常に「あのときは効果意思表示されていなかった」という話になる。ここに挙げてある基準だけでは、確定的同意の有無の判断は難しいように思いました。

竹内 荒木先生の論文の、合理性基準説に応答する議論の中で、就業規則の最低基準効について、就業規則が変更されてしまえば新しい就業規則が最低基準としての効力を持ち、旧来の就業規則の最低基準効を認めることは解釈論的に困難だと指摘されています。他方で、旧来の最低基準効を認めるべきだという議論は重要な問題提起を含むとしています。これは、最低基準効が簡単に変更されてよいのかどうかという問題に関わるものですが、これに関して、「現行法制の下でこの問題に対処するとすれば、労契法8条と9条の反対解釈に含まれる合意原則を前提とした上で、結果の重大性をも考慮しつつ、合意の認定問題のレベルで、議論を深化させる」べきであるとしています。これが、最低基準効が簡単に変更されてしまうことの懸念への応答になっているのかどうかは、よくわかりません。最低基準効発生要件についても、問題が顕在化しているのではないかという気がします。

土田 最低基準効も重要ですが、合理性基準説は統一的・画一的処理を重視する一方で、合意基準説は相対的無効でしょう。その点はどうか。相対的無効で片づけられるものではないというご意見はないですか。

竹内 実務では、相対的に無効とされると、改めて、使用者は統一的な扱いに改めるわけですね。相対的無効は法的には生じ得るものなのかもしれませんが、現実にもそのままということはどこまであるのでしょうか。こういう観点からは、就業規則法理は相対的無効を織り込んでいるとして片付けてよいのかどうかは、さらに慎重に検討する余地もあるかと思います。

土田 今日は、時間の関係もあって、合理性基準説や特に毛塚論文について深く議論できませんでしたが、先ほども述べたとおり、合意基準説と合理性基準説間の論争のベースには、就業規則の変更に関する合意を合意原則に引きつけて解釈するのか、それとも、就業規則制度の一環であるという点を重視して解釈するのかという、労契法の基本構造に関する理解の対立

があります。こうした点を踏まえると、労契法の制定によって問題がすべて解決されたわけではなく、むしろ、新たな論点が登場したともいえるわけで、就業規則法理は、相変わらず「労働法学の永遠のアポリア」であり続けているようです。今後、さらに議論を深めていく必要がありますね。

IV 解雇

● 紹介

① 高橋賢司『解雇の研究——規制緩和と解雇法理の批判的考察』

* 米津孝司「解雇法理に関する基礎的考察」

竹内 高橋賢司先生の文献は、第1部でドイツにおける解雇制限法理について詳細に検討していますが、ここでは割愛いたします。第2部で日本における解雇規制のあり方について論じています。その第2部では、まず、経済学者による解雇規制緩和論に回答して種々の指摘をした上で、解雇規制の正当性について論じており、解雇権濫用法理の確立と立法化により、伝統的に存在すると理解されてきた解雇の自由は消滅したと述べています。

その上で、なぜ解雇が規制されるのかの理由として3つ挙げています。第1に、私的自治の原則による「拘束」として、「自らの意思と責任にもとづいて契約による権利義務関係に入った以上、(意思による解約を含む)法定の理由・事由にもとづく解約によるほか、原則としてその契約関係の存続を義務づけられる」と、法定の理由・事由以外ではその契約関係から解消されない、契約というのはそもそもそういう関係のもので、そこに自ら入ったのだから拘束されるべきだということを挙げています。

第2の理由として、労働者の人格的利益(職業としての誇りや人間の尊厳)、さらには職業的利益(キャリアや能力維持・発展)が解雇によって損なわれることから、保護する必要性があるとしています。

第3の理由として、企業組織と指揮の中に入ることによって生じる人格的、人的従属性のもとでの、使用者の差別的な被解雇者の選定から保護されるべきこと、これは差別的取扱いからの保護と言えますけれども、この必要性からも解雇規制が正当化されるとしています。

2番目、3番目の点とも関係しますが、この文献で

は、解雇規制の緩和を唱える新自由主義に対峙する社会国家原理、そしてこれに基づく解雇規制について議論を深めています。

高橋先生によれば、この社会国家原理は、社会的包摂を内容とするものとされています。高橋先生は、社会的包摂の促進のため、経済学者アマルティア・セン教授が定義する、「受け入れ可能な最低限の水準に達するのに必要な基本的な潜在的な能力が欠如した状態」という意味での貧困によって、競争社会のスタートラインに立つことから排除されることのない法秩序が必要であるとされます。高橋先生は、解雇規制とは、この社会的包摂を実現する、社会から一定のカテゴリーの人が排除されないことを実現するためのものであるとして、社会的包摂の観点から解雇規制を位置づけています。その上で、具体的には、例えば、高齢者や疾病者、障害者など、社会的に保護に値する者に対する解雇は許されないとしています。

以上のような解雇規制の正当性に係る議論を踏まえ、高橋先生は、整理解雇について新たな判断基準のあり方を論じています。そのほか、疾病を理由とする解雇や能力を理由とする解雇、さらには金銭解決制度や退職勧奨などに触れていますが、ここでは割愛し、本書の中でも分量を割いて論じられている整理解雇についてのみ取り上げます。

特に注目される点は、人選基準について、平成不況期の裁判例を分析し、10名以下の少数者が対象となるケースが多いと指摘した上で、人格保護や平等取扱いの観点から、社会的に保護に値すると思われる者を解雇させない保護法理が必要だとしています。具体的には中高年、疾病者、障害者、勤務態度不良者、労働条件引き下げ拒否者、外国人、組合員等のみが分析対象の裁判例で整理解雇の対象となっているとして、これらの者について保護が及ぶべきとしています。これらの者が解雇されると、先ほど申し上げた社会的包摂が実現されず、社会的排除が生じるからであるということです。こういう人たちを対象とする解雇は無効で、被解雇者とするのが禁じられるべきだとしています。

また、整理解雇の基準に関連して、能力や態度を理由とする解雇は整理解雇でなく、普通解雇や懲戒解雇として整理解雇とは峻別して扱うべきだと主張しています。

以上、高橋文献は、ドイツの法制度及びその学説、

実務家の議論を丹念に調べた上で、日本の法制度について、経済学者による規制緩和論への応答、解雇規制の正当性の再検討、それを踏まえた各種の解雇についての規制のあり方を詳細に論じています。解雇に関する比較法的考察も踏まえた、総合的、本格的な研究書として大変注目される、意義の大きいものだと思います。

また、先に紹介したとおり、解雇規制を社会的包摂により根拠づけている点が特に注目されます。この点は、研究として新規性があると思われます。

なお、米津論文は、解雇権の制限の根拠について論じているものですが、ドイツの議論を参照して、信頼原則を合意原則に含めて理解し、期間の定めのない労働契約においては原則としてその存続・継続が暗黙の了解、合意の内容となっていて、これを覆して労働関係を一方的意思表示によって終了するためには、それ相応の正当な理由が存在しなければならないとしています。いわば信義則の観点も含めて合意を理解し直した上で、新たに正当事由説を基礎づけている見解です。

高橋文献は社会的包摂に解雇制限の根拠を求めていると思われるが、この考え方のもとで、国家が一定のカテゴリーの者について社会的に排除されるのを防止すべきだとしても、直ちに個々の使用者が責任を持って雇用を継続することを義務づけられるべきかについては議論の余地があると思います。労働市場から排斥されるべきではないということ、個々の使用者が解雇してはならないということは、直ちには直結しません。この間をなぜ埋められるのかということの説明がさらになされることが期待されます。

また、具体的な側面でも、社会的包摂の考え方に基づき一定のカテゴリーの者に対する恣意的・差別的な解雇を規制するとしても、なぜ本書が掲げる一定のカテゴリーの者については保護が及んで、ほかのカテゴリーには保護が及ばないのかがよくわかりません。本書で挙げられていない例として、例えば、若年者が挙げられると思います。若年者であっても職業能力の蓄積に欠けたまま早い段階で解雇されると、やはり社会的に排除されてしまうと思います。本書は裁判例の分析上保護されるべき対象があって、それを社会的包摂の議論と比較的単純に結びつけているため、このような具体的帰結になっているのではないのでしょうか。

その意味では、社会的包摂の考え方に基づき一定の解雇を禁止するとしても、どういう基準で、社会的包

撰の下、解雇から保護される、あるいは保護されないということの議論がさらに必要なのではないかと思います。

従来の人選基準に関する裁判例や学説の内容は空虚にすぎないという批判は、非常に理解できます。他方、本書が提示する基準がそのオルタナティブとなっているかについては、既に述べたとおり、疑問があります。高橋文献は解雇についての使用者の恣意的とか差別的な決定がなされることを問題視して、それに制約を課すことを基本的関心としているようです。私も、使用者の恣意的な解雇判断を制約するところに解雇規制の意義があると理解していますが、このような制約を、特定カテゴリーの者の解雇をいわば固定的に禁止することで達成できるかについては、疑問を持っています。

● 討 論

* 解雇制限の正当化根拠としての社会的包摂

水島 人選基準に社会的包摂を取り入れることには違和感があります。契約関係である使用者との関係で、配慮義務を超えて、社会的包摂や社会福祉的な観点をいれられるのか疑問に思います。雇用政策的意味を求めるのであればともかく、契約法的に言えるのかは疑問です。

米津論文でも「扶養義務の存否も、企業における労働者の家族的責任に対する配慮の義務を介して、人選基準において考慮すべき要素になりうる」と述べている箇所があります。私は両先生とは逆の考え方でして、とくに整理解雇には企業の再建といった目的があるわけですから、社会福祉的、社会的包摂や扶養義務の観点よりは、労働者の能力を人選基準において最重視すべきと考えています。

土田 私も同じような感想を持っていて、企業再生型の整理解雇を考えた場合、企業が再生するということは、そこで働く多くの労働者の救済、再生でもあるわけです。整理解雇に社会的包摂という視点を持ち込むあまり、企業再建という使用者の任務であり、権利でもある事項と、それに伴う労働者の利益をどう位置づけるのか、よくわからなくなる気がしました。

また、竹内先生のコメントの中に、社会的包摂や社会的保護の観点から一定のカテゴリーの者が社会的に排除されることを防止することが重要だとしても、それは国の役割であって、使用者が負担すべきものなの

かどうかという指摘がありましたが、非常に重要な指摘だと思います。

私は、社会的包摂を解雇制限の正当化根拠に置く構成は、あり得ない理論ではないと思います。今述べたとおり、整理解雇について企業再生の観点を重視すると、貧困の克服とか格差の是正といった社会法的な視点は、それほど重要でない一部分としての位置づけにとどまってしまう。逆にそこを浮き彫りにして、解雇制限法理の中核に位置づけた点の功績はあると思います。

ただし、一口に「社会」と言いますが、社会というものが何を指すのかで評価は全然違ってきます。高橋先生が考えている貧困の克服とか格差の是正、要するに、排除されてきた者の社会的な保護を重視するという意味での社会的包摂であれば、解雇制限に際して最優先すべきことになると思います。しかし、その場合は、国と企業の役割を区別しなければならないでしょう。そうではなくて、社会というものに、企業やそこで働く多くの労働者の利益も含めて考えるのであれば、本書のような結論にはならないはずです。

緒方 扶養義務の存在を人選の基準として考慮すべきというのは、ドイツ法的な発想だと思います。しかし、たとえば先生方は先任権制度についてはどのように考えられますか？先任権制度にも共通する発想があるように思うのですが。

土田 確かに、日本では先任権のような縛りがないので、企業再建を重視した人選基準を設計して、若くて能力のある人を残す一方、扶養義務があって人件費がかかる高齢者を排除することは比較的緩やかにできます。ただし、そうした人選を全く機械的に行って良いとする裁判例はないと思います。つまり、先任権的な発想は、実質的には考慮されているということです。高齢者を解雇対象にする場合には成績を考慮するとか、割増退職金を支払うとか、使用者がそういう手順を踏まないと、裁判所は解雇を簡単には認めないと思います。

緒方 その背景にはどのような価値判断があるのでしょうか。

土田 そこはやはり社会的保護の考慮とか、企業の社会的責務という価値判断はあると思います。

緒方 そうですね。それを高橋先生のように「社会的包摂」と呼ぶのが適切かどうか、この概念自体をきちんと整理する必要はあるのでしょうか、それはと

もかくとしても、米津先生が言われていることは、おそらく日本法においても、明確な形でないにしてもある程度考慮されているのかなと思います。

竹内 高橋文献は、現在の法制度の下で解雇対象となり得る人たちについて、解雇対象になり得ないとしています。その帰結の強さに違和感を覚えます。

水島 日本では先任権という発想よりも企業との関係性を見るのではないのでしょうか。例えば入社して間もない者を排除する、あるいは先任権の発想からは定年間近の人は保護されるのでしょうかけれど、そのような人も排除の対象になりやすい。これまでとこれからを見据えた企業との関係性の強い人たちの解雇を避ける傾向にあるように思います。

緒方 整理解雇の基本的な役割を企業再生と位置づけ、その観点から先任権制度を説明するということは可能だとは思いますが、それだけではないような気がします。

竹内 整理解雇以外の普通解雇、能力不足とか疾病を理由とする解雇は、これまであまり裁判例が分析されておらず、そこも含めて検討対象として光を当てたのは、包括的な解雇に関する研究として非常に注目すべきだと思います。

なお、解雇をいかに規制するかということと並んで、外部労働市場をいかに整備するか、解雇されても打撃が少ない仕組みをどのように作るかも、今後さらに検討が期待されます。外部労働市場については、高橋文献に批判的な、解雇規制を緩和する立場でも、整備が重要だと言われています。しかし、その立場でも、具体的にどう整備すべきかについてはあまり議論が進んでいない印象を受けます。社会的包摂を挙げる高橋先生の立場からも、外部労働市場ではどういう整備のあり方が必要か、あるいは国の責務があるのかということについて、議論が深まっていけばよいと考えます。

●紹介

野田進「解雇・退職の定義と再定義の方向」

*西谷敏「雇用終了と労働者の自己決定」

竹内 野田論文は、解雇と、解雇以外の退職などによる労働者の離職との位置関係を検討したものです。フランス法を比較法の題材としつつ、日本法もあわせて論じているのですが、同論文によれば元来解雇と辞職は対称的で、いずれも一方当事者による一方的解約

でした。しかし、第二次世界大戦後の時期に、フランス、日本、いずれにおいても解雇については実体面、手続面双方で独自の規制が行われ、結果として対照的な存在になったとしています。

この理由は、契約でなく企業の平面で見た場合の、離職により生じる不利益の非対等性、また、雇用という側面から見た雇用保障政策による対応の要否、すなわち、解雇の場合は雇用保障政策による対応が必要とされることによるものだと分析されています。

しかし、近時になると、この違いは相対化してきたということです。すなわち、契約上は、解雇と退職の違いは、イニシアチブが使用者、労働者のいずれにあるかですが、これが実際にどちらにあるかは微妙であり、使用者が労働者を退職に追い込む場合や、労働条件変更に応じない労働者が退職する場合には、解雇法理による責任追及が課題となります。発意、イニシアチブがどちらにあるかということ、雇用終了の責任帰属ということの分裂が見られるということです。この近時の相対化というのも、やはり企業と雇用の観点によるものだという分析がなされています。つまり、企業の観点から見ると、解雇も退職もいずれも労働者を企業外に排除する点などで同じであるとしていますし、また、雇用の観点から見ても、雇用保障との関係ではこれまでは区別されてきたわけですがけれども、実際は区別の必要性がないはずだとしています。例えば、いじめとか嫌がらせなどの不本意な退職も、イニシアチブがどちらかは決定的ではなく、また、要保護性があるとしています。

これらの帰結として、辞職についても労働法の規制から落ちないようにする必要があると、具体的には両者の区別の基本原則を再確認すべきこと、退職や解雇についての規制を及ぼすことの検討が必要だとしています。

より具体的に言いますと、前者の、区別の基本原則を再確認することに関してはフランス法を参考にして、「辞職は推定されない」としています。これは辞職と認定されることにより利益を得る使用者に、辞職の成立の立証責任を課すということ、つまり、解雇と評価されやすくすべきことを主張するとともに、退職届を退職の意思表示として過度に確定的にみないことを主張しています。

後者に関しては、希望退職の募集や指名退職勧奨など、整理解雇に先立つ人員整理措置について、整理解雇

雇法理のうち、「雇用調整基準」とこの文献で呼ばれている解雇回避や説明・協議の義務については、共通して義務づける、すなわち、この部分については類推適用すべきであり、更に、指名退職勧奨については、基準の合理性も含めて、類推適用すべきだとしています。

不本意な辞職等について、みなし解雇、あるいは準解雇という形で解雇規制に準じた取扱いを行うべきであるということは、外国法を参照してこれまでも学説上主張されてきたことです。野田論文は、このことの理論的・構造的基礎を企業や雇用という観点を用いて論じ、解雇と辞職の定義、区別について再考を迫り、かつ具体的な解釈論を提示している点に大きな意義があります。野田先生らしいユニークな分析です。

非常に説得力があると思いますが、あえて辛口のコメントをすると、本論文では企業、雇用という観点から分析ができるという説明ですが、そもそもみなし解雇等の規定のある国ではどう説明されているのか、企業とか雇用という観点でない両者の区別は説明できないものなのかどうかは気になることです。

このことに関連して、参考に挙げた西谷論文では、解雇以外の雇用終了について、雇用終了における自己決定の観点から立法的な解決を提案しています。自己決定という観点から、解雇以外の労働者の雇用終了についても、解雇に相当する規制の余地があることが示唆されています。

もう一点、みなし解雇等の規定がある国は、みなし解雇とした上で違法なものについては損害賠償で救済を図っているのではないかと推測します。この点に関して、野田論文では、解雇法理を及ぼしていった場合の効果についてどのように考えるのかが、必ずしも明らかになっていないと思います。現在の日本法の下における解雇と同じく無効とすることが前提となっているのではないかとと思いますが、これをどう考えるかも残された課題と思います。

● 討 論

* 整理解雇法理の部分的類推適用をどう考えるか

土田 野田先生らしい、型にはまらない柔軟な発想の論文だと思いました。野田先生が以前から重視してきた企業概念という切り口からアプローチする点は注目されますし、解雇、退職の対称性が実質的に相対化しているということもそのとおりだと思います。

まず、「辞職は推定されない」というフランス法の指針を用いるべきだとしていますが、この問題意識からすると、一番重要なのは、みなし解雇をどう考えるかだと思います。もう少しみなし解雇についての言及が欲しかったところです。

それと、対称性の相対化を言うのであれば、最近の裁判例に、退職勧奨に関する日本アイ・ビー・エム事件（東京高判平 24・10・31 労経速 2172 号 3 頁）があります。これは野田論文と発想が逆で、退職勧奨は解雇とは全く異質なもので、基本的には企業が自由になし得るけれども、その過程で労働者の自由な意思決定を著しく侵害する行為があった場合に不法行為が成立し得るとしています。そういう裁判例についてどう考えられるのか知りたかったところですが、むしろこれから我々が考えるべきことかもしれません。

希望退職者募集をはじめとする人員整理措置について、整理解雇法理を部分的に類推適用すべきという点ですが、フランス法では労働法典を引用されていて、実定法上の根拠があるようですが、日本の場合、法的根拠はどこにあるのかが気になりました。

類推適用の効果はどうなるかも気になります。そもそも使用者の一定の意思表示なり意思の通知に対して整理解雇法理の類推が可能というのはまだわかりません。雇止めも指名退職勧奨もそうかなと思いますが、例えば選定年制とか希望退職者募集については、労働者側にイニシアチブがある事項なので、どういう法的根拠に基づいて雇用調整基準を適用するのか疑問に思いました。ただ、そこは百も承知の上で言われている気もします。

竹内 最後の点についてですが、野田先生は、それらも、解雇と辞職の相対化と程度は違うかもしれませんが同じだということではないでしょうか。希望退職や選定年制も、確かにイニシアチブは労働者にあるかもしれませんが、そこに追い込む、持っていく点で、この論文で言う使用者の帰責性を、ある程度類推適用できる程度には同じと捉えているのではないかと思います。それが正当化できるかは、別途、議論の余地があると思いますが。

土田 リストラクチャリングの手順としては、希望退職者を募集して、退職勧奨して、いろいろな回避措置を尽くした上で、最後の手段として整理解雇に行く。そういう努力とか工夫を一生懸命企業がしているところに、厳しい枠をはめてしまうことが妥当なのか

という気もします。

竹内 希望退職募集以前の措置についても回避措置をとっていくべきだとすると、それぞれとるべき措置がかなり順序化、固定化されてしまうことになるでしょう。こうした措置を広い意味での解雇回避努力の履践と見た場合に、現在の法理のもとでは解雇回避努力義務の履践は、必ずしも特定の措置に限られないのですが、これが固定化されることになるのではないかという問題があります。また、同様に、整理解雇に至った場面ではもうやるものがなくなってしまうと判断される可能性はないのか。このように、整理解雇法理にどうはね返ってくるかも検討する必要があると思います。

土田 その点は重要ですね。思わざる副作用があるかもしれない。

緒方 日本アイ・ビー・エムの退職勧奨の事件では、社員は辞めていないですよ。ですから、みなし解雇の話にはならないかと思うのですが、その後問題になった「追い出し部屋」で自主退職を促していたような事案だと、まさにここで言われている、みなし解雇の議論が当てはまるように思います。この発想は今とても求められているのかもしれない。

しかし、会社の立場に立った場合、野田論文は、「自由、真摯、かつ明白」に退職届を出したことを使用者側の要証事実とするとしていますが、具体的に何を立証すべきかが、いまひとつわかりませんでした。実際にはかなり困難な事柄のように思います。

竹内 先に、就業規則変更についての合意に関する山川論文の検討で、確定的な効果意思という話がありました。これを参照した場合、野田論文における退職届の議論は、ある意味、確定的な効果意思を示すものとしてこれを認めるべきでないという主張に聞こえます。山川論文では、書面をきちんととっていたということは、合意があることを推認させる事情とされています。就業規則変更への合意の場面とは局面が異なりますけれども、労働契約関係において合意をどう認定するかが、退職の場面でもやはり重要な問題であることがうかがえます。

水島 辞職といってもいろいろな場合があるわけで、使用者の帰責性の程度も異なります。野田先生は、一般論として辞職は推定されないことをフランス法を参考に言われ、合意の認定を厳格に解されていますが、整理解雇事案であっても整理解雇を考えている

ような会社を見限って労働者が自発的に辞職する場合も考えられるわけです。使用者側からのイニシアチブでない場面においても、辞職の意思を厳格に認定するの点かという点は、さらに考えていかなければならないと思います。

●紹介

*労働政策研究・研修機構編〔濱口桂一郎執筆〕『日本の雇用終了——労働局あっせん事例から』

*柳屋孝安「個人独立自営業者の契約終了」

竹内 解雇に関しては、以上のほか、更に注目すべきものとして、労働政策研究・研修機構編（濱口桂一郎先生執筆、以下、濱口文献）と柳屋先生の文献も紹介したいと思います。

濱口文献は、労働局あっせんにおける雇用終了事案、多くは中小企業における事案ですが、その理由による類型化と分析を行ったものです。

非常に多くの事例を分析していますが、結論だけ紹介しますと、実態、同文献の言葉で言うと、雇用終了におけるフォーク・レイバー・ローとしては、「態度」、すなわち、コミュニケーションの仕方、協調性、職場での人間関係などですけれども、これが雇用終了をもたらすかもたらさないかの非常に重要な要素であることを指摘しています。能力を問題とする場合も内容は曖昧であって、実際には態度であることが多いとしています。また、経営の万能性、つまり、容易に整理解雇が実施されていて、経営上の理由が真の理由かどうかも実は疑わしい事例があることが指摘されています。更に、職場環境の劣悪化が進んでいて、いじめ等による離職の多さがうかがわれるとしています。本文献は、これらのことを明らかにしている点に意義があります。

現在の解雇規制が厳格か否かは高橋文献でも触れられていましたが、この紛争例の分析からは、現実には解雇が容易に行われており、解雇規制が雇用調整をゆがめているとの事実の証明は困難であるとしている点も、事実の発見とともに注目される点です。解雇規制については労働法学者の中でも、とても厳しいと言う論者、経済学者も含めれば事実上不可能だと言う論者もいて、他方で労働法学者の中でもそんなに厳格な規制ではないと言う論者が存在します。解雇規制の現実の緩さ、厳しさについて意見が分かれています。注目すべき業績だと思われます。

また、解雇の金銭解決について、現実の膨大な雇用終了の事例の多くでは金銭的な解決がなされていることを踏まれば、基準があるほうがかえってあっせんでの解決を求める労働者にとっては救済につながるよい結果をもたらす、すなわち、基準がはっきりしているほうがある程度まとまったお金がもらえるので、制度整備を行う意義があると主張しています。なお、関連して、先に紹介した高橋文献は、現実に労働審判などで金銭解決がなされているので、新たに制度整備する必要はないと主張しています。

一般的には、裁判規範にのみ傾斜する研究に対して、法社会学的な観点からの政策的な研究も重要であるという視角を提示するとともに、解雇規制の厳しさについても再考することを促す研究だと思います。

柳屋論文は、「労働者」ではないけれども経済的従属性がある個人独立自営業者の契約終了への法規制のあり方を検討したものです。非労働者の保護のあり方に関しては、経済的従属の観点から、特に契約の存続保護に関して、労働法、具体的には労契法16条の適用や類推適用等の議論があります。従来簡単に触れられるにすぎなかった論点に、柳屋論文は正面から取り組んだものと言えます。

労働法的な保護の拡張については、必要かどうかではなくて、自営業者としての本質をも考慮して適切かどうかの視点から判断すべきだとしています。役務提供一般にかかわる普遍的な均等待遇とか手続規定は適用を及ぼしてよいけれども、ここが柳屋論文の肝ですが、基本的には民法上の契約自治を尊重して、こういう人たちへの労契法16条等の適用は慎重であるべきだと、むしろ否定的な立場をとっています。民法規定の適用においては、継続的契約関係下にあり、経済的従属性がある個人独立自営業者の契約終了の実体的法規制を考えるべきであるとしています。つまり、民法のほうで考えたほうがよいということです。とはいえ、注文主や委任者による任意解除権自体の制限には否定的です。

債権法改正に関して、経済的従属性はあるが、人的従属性はなくて労働契約の対象から漏れる者について、雇用契約の規定を見直す中で対象に含めるべきではないかという議論に触れましたが、柳屋論文は、むしろそういう自営業者は、基本的には民法の対等な当事者間での契約自治を尊重する点を重視した形で処遇を考えればよいとしているところに特徴があります。

● 討 論

緒方 解雇の金銭解決制度の議論に関して、濱口先生の「基準があるほうがかえってよい」という主張が、まさに金銭解決制度反対派が批判している点だと思います。つまり、基準があると、違法解雇を行った場合のコストを計算できるから、違法解雇を促進してしまう危険性があるということです。この点の認識における賛成派、反対派の間の「溝」は深いですね。

土田 労働局のあっせんにおける解雇事例の世界と、解雇規制が経営の障害になっているとか厳格すぎると主張している企業の世界とは、世界が全く違います。つまり、労働法の規制が一定程度障害となっている可能性がある世界と、規制が機能していない世界があって、あっせんはまさに後者の世界でしょう。この世界を見ることはとても重要ですが、そこだけ見てもいけないということもあります。あっせんについて言えば、例えば、金銭解決の水準も、労働審判に比べてもかなり低いという事実があって、そういう事実を発見して評価した点はとても重要だと思います。

水島 ただ、あっせんの場合、労働審判や訴訟では解雇無効とは言えないような事案であっても、使用者の説明が不十分であったとか、使用者に配慮が足りなかったなどの理由で、低額の解決金の支払いで決着することがあります。あっせんによる金銭解決の水準が低いことは事実ですが、解決事案にはこのような事案も含まれていると思います。

土田 柳屋論文についてですが、柳屋先生にしては消極的で意外でした。個人自営業者について労契法16条の類推適用を否定した上、民法の適用についても、継続的契約規範以外は否定しています。

労契法16条の類推適用を否定する理由は、解雇制限は労働条件変更の柔軟性とトレード・オフの関係にあり、労働者類似の者には労働条件変更の柔軟性や人事権がないから、そこを一体として見ると類推適用すべきではないということです。しかし、この点は、類推適用を否定する理由にはならないと思います。労働者であっても、職種・勤務地限定正社員のように、配転・出向等の人事権に服さない人はいるし、有期契約労働者だったら、労働条件変更にはむしろ硬直性があります。そうした点を考慮すると、個人自営業者についても、労契法16条を類推適用した上で、より緩和して適用するという方法はあり得ると思います。

緒方 労働法における個人自営業者の問題というの

は、個人自営業者が非常に厳しい状況に置かれていることを出発点として、労働者類似の者という概念を想定し、一定の法規制を行うべきではないかという発想が根本にあるのだと思うのですが、この点についての柳屋先生の考えが、私にはよくわかりませんでした。積極的に法的規制を行うにせよ、抑制的であるにせよ、今後もこの点に関する議論を深めていく必要を感じます。

V 再建、倒産と労働法

●紹介

池田悠「再建型倒産手続における労働法規範の適用」

* 島田陽一「労働協約と倒産法上の無償否認に關する一考察」

緒方 池田論文では、まず、近年、我が国の倒産法制は抜本的改正が立て続けに行われ、清算を中心とした従来の倒産法秩序から、再建と生産を二本柱とする新たな倒産法秩序への転換が顕著に方向づけられていること、そして、これは、社会経済的な損失を回避しようとする社会経済政策的な意図によるものであることの指摘がなされています。

このうち、再建型倒産手続においては、労働者は事業継続のために不可欠な存在である一方で、事業継続自体を妨げ得る主要なコスト要因でもあるため、労働者保護の限界が顕著にあらわれる。しかし、再建型倒産手続においても、なお労働者の協力、つまり事業継続に向けた労働者の協力が不可欠だという関係にある。つまり再建型倒産手続においては労働者保護が必然的に後退せざるを得ないのに、なお労働者の協力が不可欠であるという一種のジレンマに陥っているという構造的な状況があります。

現在、日本の再建型倒産手続においては、労働者の協力を確保するために清算型の場合よりも手厚く労働債権確保や労働者代表の手続的関与権を規定し、倒産法上の規律によって労働契約関係に直接の影響が及ばないように立法解釈を通じた調整が図られ、労働者保護自体を後退させないようにしている。それによって間接的に労働者の協力の確保を図っています。

そこで、再建型倒産手続における労働者の協力を、わが国のように間接的な措置に依存していないアメリカを比較対象国として選定し、有益な示唆を得るとい

うのが、本論文の問題設定です。

次に、その内容についてですが、アメリカでは再建目的を促進するために、倒産手続下で労働法上の規律を変更するように立法・解釈が展開している。一方、日本の再建型倒産手続では、再建目的との関係では労働法の規律が優先される一方、財産の管理処分等の平等配分との関係では、倒産法上の規律を優先することで役割分担を図っている。つまり再建に必要な労務コストの削減に当たっても、わが国では倒産手続によって何ら直接的な影響を受けることがなく、倒産手続外と同じ規律に従ってのみ実現され得る。アメリカ法ではこういう仕組みになっているという分析がなされています。

倒産法と労働法との関係がこのようであるため、日本の場合、再建型倒産手続は債務者（使用者）の再建に利害を有する利害関係人すべての利益を調整するための場ではなく、労働者を除く利害関係人の利益を調整する場としてしか機能しないことになる。その結果として、労働者は他の利害関係人との関係で、一面において過剰な清算回避の負担を課されやすく、他面において、過小な清算回避の負担しか引き受けられないおそれがある。日本の労働法規範の現状を踏まえると、我が国の再建型倒産手続は必ずしも不合理ではないものの、労働者にとっても他の利害関係人にとっても不透明な負担の分配となる印象は否めない。おそらくここが池田先生の問題意識あるいは違和感を持っているところかと思います。

ここでは、再建型倒産手続における再建目的と労働者保護の緊張関係をめぐるバランスングとして、わが国のように再建型倒産手続に固有の利益状況の存在を認めずに事業継続一般と同列に扱い、倒産法上の規律による影響を排除するという選択の是非について議論を深める必要があるとまとめています。

池田論文は、倒産法と労働法の交錯について論じた本格的な研究です。倒産法制及び労働法制の展開、そして、再建型倒産手続における労働法規範の適用のあり方を丁寧に分析しています。比較対象国の選定理由も詳細に論じており、非常に周到な研究となっています。

実際、倒産法と労働法の交錯領域について、おそらく労働法の分野からだけでなく倒産法の分野からも研究があまり進んでいないことがあって、この文献を拝読して、私の理解も整理されました。とりわけ、著者

が問題意識としている、再建型倒産手続が労働者を除く利害関係人の利益を調整する場になっている、労働者が他の利害関係人との比較において過剰あるいは過小の負担を引き受けかねない状況が生じていることを問題として把握することができました。

日本法の解釈の展望なり、あるいは立法論といったことは展開されていませんが、今後の研究が期待されるところです。

● 討 論

* 倒産法制における労働者の扱い

水島 倒産と労働のテーマに関しては、実務家の方々も本格的な本を出版されていて、実務的必要性も高まっていると思います。

池田論文によると、フランスの倒産法制では制度目的に労働者保護が入っているようですが、日本の倒産法では、事業の再生・更生のみが制度目的となっていてこの点は完全に異なります。ただこの点、倒産法制に労働者保護という目的が必要なのか、あるいは労働法制の中で解決できる問題なのか、私にはまだ判断がつきかねます。

土田 再建型倒産手続における労働法、労働者の位置づけには不明確な点が多かったので、ほんとうに勉強になったというのが第一の評価です。

ただし、上の世代から言うと、比較法と問題の所在の指摘で終わっていて、日本法について何を主張したいのかわからないところがあります。日本法の状況についてですが、緒方先生のレジメには「著者は日本法の現状に対して否定的か？」とあります。おそらく否定的なのでしょうが、今一つははっきりしません。

池田先生は、一方では、労働力の量的調整（解雇）と質的調整（労働条件保護）のバランスまで含めて労働法で対処しているから、倒産法によってあえて枠組みを変更する必要がないというニュアンスを述べる一方で、労働者の過剰負担、過小負担の問題があると述べています。これだけではよくわかりませんが、再建型倒産手続がもたら労働者を除く利害関係人の利害調整の場となっているという指摘を見ると、日本法の状況に対して否定的な評価だと思います。それと、今水島先生が言われたように、日本の倒産法では、事業の再生・更生のみが制度目的となっている点も問題だと言いたいのだと思います。

池田論文が説く労働者の過小負担とは、一つは労働

協約の解除権が倒産法上否定されている（民再49条3項、会更61条3項）ことを指摘しているのでしょうか。また、再建型倒産手続において、不当労働行為の救済手続が排他的に適用されることについて、倒産法に明文のない優先権を認めたと等しいとまで言っているわけですから、それらの点について、基本的課題と自身のグランドデザインを示してほしかったと思います。

なお、一点わからなかったのは、過剰負担のことだと思うのですが、労働協約の解除ができないことから、協約適用労働者以外の労働者については、就業規則の変更の合理性が肯定されやすいという箇所です。このような就業規則の変更で合理性が肯定されるのか、疑問を持ちました。

緒方 この点については、「もちろん我が国は一方的な労働条件変更を直ちに認める就業規則法令がある」と述べていますね。

竹内 その背景にあるのは、労働協約は解約されないまま存続するというのでしょうか。

土田 労働協約は解除できないからそのまま残るという前提だと思います。

緒方 それは過剰保護だという話でしたね。

土田 その点は個別の論点だからいいけれども、要するに、再建型倒産手続におけるそうした錯綜した状況、一方で過剰負担、一方で過小負担の問題があって、その原因として再建型倒産手続の問題や、労働法学と倒産法学の乖離があるとすれば、細かな解釈論はともかく、池田先生の基本的考え方を知らなかったと思います。ただ、この点は、彼の次の課題なのでしょう。

竹内 比較対象国としてなぜ選んだのかは詳論されていますが、比較法の対象国で、こういう仕組みになっているということについて、では、日本法ではどういった形で対処がなされているかといった、比較対象国の機能や特徴が、日本法ではどのようになっているかという意味での比較法的分析について、まだ検討すべきところを残しているということでしょうか。私が言うのもなんですが、これから楽しみな若手の研究者ですので、今後この点の研究を深めていただければという気がします。

土田 なお、参考に挙げられた島田先生の論文は、会社更生法上の管財人による労働協約の無償否認に関する論文です。この論文は、法が労働協約の解除権を否定する趣旨は、会社再建における労働組合の役割と労働協約の意義に配慮したものであり、その点で倒産

法と労働法の調和が図られているとの観点から、否認権行使の要件や権利濫用について詳細に検討しており、これも大変勉強になりました。池田論文が倒産労働法に関する基礎研究だとすれば、島田論文は、倒産実務上の重要論点に関する労働法学の力作で、これらの研究の相互作用によって倒産労働法が発展していけばよいと思います。

VI 労組法上の労働者・使用者

●紹介

川口美貴『労働者概念の再構成』

* 宮里邦雄「労組法上の労働者について」

* 皆川宏之「集団的労働法における労働者像」

* 橋本陽子「個人請負・委託就業者と労組法上の労働者概念」

水島 労組法上の労働者性は、前期の座談会に引き続き取り上げることになりました。前期以降も、労働者性をめぐって多数の論稿が発表されていますが、新国立劇場事件（最三小判平23・4・12労判1026号6頁）、INAX メンテナンス事件、ビクターサービスエンジニアリング事件（最三小判平24・2・21労判1043号5頁）で、最高裁判決が示されたことにより議論状況も幾分か落ちついてきたような気がします。多数の論稿がありますので、川口先生のご著書を中心に取り上げます。

川口先生は、労働者性に関し、客観的かつ明確で結果的妥当性を有する判断基準の定立が必要であるとします。このことは他の論稿でもおおむね指摘されていますが、特徴的であるのはその判断基準です。川口先生の基本的な考えは、自ら他人に対して労務を提供し、その対償として報酬を支払われている人間は、職種・職務内容や就業形態がどのようなものであれ、基本的には労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場にあり、労働法の対象とすることが必要であるとするものです。使用従属性を判断基準としない点、労組法上のみならず、労契法上、労基法上の労働者概念についてもそのスタンスをとっている点が川口説の最大の特徴で、これは学界に対する大きな問題提起でもあります。今回は労組法上の労働者に限定いたします。

川口説は、労組法上の労働者を検討するに当たって、まず労組法が労働力以外の商品を有していない人間を中核の対象とし、その生存権保障を労働権保障の

観点から実現することを目的とすると述べます。労働力以外の商品を有していない人間にとっては労働力商品が唯一の生計手段であり、だからこそ、その特殊性に着目して、労働力以外の商品を有していない者の保護を図るべきだという趣旨に思われます。

自ら他人に有償で労務を供給する者は、生活に必要な収入を得るために労務を供給しているわけであり、その労働権を保障する必要があります。さらに、労働力商品の特殊性ゆえに、人格権等の保障にも留意する必要があります。それから、労働力は商品としてストックできず、また、こうした者は実質的に対等に交渉できない立場であることから、自ら他人に労務を供給する者すべてを労組法の適用対象としなければならず、自ら他人に有償で労務を供給する者相互間と労務の供給を受ける事業者相互間の公正競争の基盤を確立し、その労働権と生存権を保障することを目的とされます。例外的に、実質的に交渉できる立場にあつて、かつ公正競争の観点からも問題がない場合は、適用対象とならないと解すべきとしています。

この適用対象とならない者とは、独立事業者または独立労働者です。独立事業者については事業者性と独立性が必要であるとしませんが、独立労働者については、労務の供給を受ける者が消費者であるか、あるいは供給先が事業者の場合は、供給される労務の内容がその事業者の事業内容の一部ではなく、専属的継続的な労務供給でもないことを意味するとされます。独立労働者とは少々聞きなれない概念ですが、対消費者、非専属的労務供給者を意味するとされます。

生存権保障までさかのぼり、労働権保障の観点から人格権にも配慮した労働者概念の再構成という手法自体は、大変興味深く感じられます。このような観点から労働者の間口を広げられます。例えばコンビニエンスストア店主に事業者性が認められる場合であっても、フランチャイズ本部との関係で独立性が否定されるならば、独立事業者に当たらず、労組法上の労働者であるとされます。川口説からはこのような結論が導かれるわけですが、店舗を所有しているような事業者を労働力以外の商品を有しない者と評価し得るのか、また、このような事業者に労働権保障が必要かは、疑問が残りました。

川口説は使用従属性を判断基準から完全に排除しますが、それに近いのが宮里説のように思われます。宮里先生は、労働者性の判断で重視されるべき点とし

て、契約条件・契約内容において対等な〔個別〕交渉実現の可能性があるか、契約条件・契約内容が実質的に一方的に決定され、対等な交渉実現の可能性がないか、あるいは対等な交渉が困難かという基準を提示しています。最高裁判所などが判断要素の1つとする事業組織への組み入れは、使用従属関係という意味ではなく、契約条件への一方的決定の有無を判断する上で事情と位置づけます。そして、使用従属関係は労組法上の労働者性の判断基準とはならないし、判断基準とすることは妥当でないとして述べられます。使用従属関係の判断基準とされてきた各要素は、契約締結の交渉過程における対等性の次元の問題ではなく、契約締結後において契約または契約に関連して事実上生じる問題であると説明されます。

使用従属性の概念そのものを判断基準として用いない点、対等交渉の実現可能性に着目する点は、川口説に類似すると言えます。宮里説は契約締結の交渉過程に着目してこのように述べられるわけですが、契約締結時点で着目するだけでよいのか疑問が残りました。

他方、使用従属関係基準に依拠することの問題性を指摘しつつも、この基準を排除しないものとして学会報告から2本の論文を紹介します。

皆川先生は、使用従属関係のもとで労働力を提供する者に団体交渉による保護を図る必要性があるとした上で、法的ないし事実的に相手方の厳密な指揮命令・指揮監督に服するとまでは言えなくても、労務供給者が相手方との関係において自らの労働力利用の自由が制限されていると言える場合には、やはり団体交渉による保護の必要性が認められるべきとします。皆川説は、使用従属性を判断基準としつつ、それをかなり緩やかに捉えることによって、労働者類似の者も労組法上の労働者に含めることができているように思います。皆川説の特徴は、労働力利用の自由の制限という点に、着眼していることにあります。

橋本先生も、ドイツ法における労働者概念を意識した論を展開している点では皆川説に共通します。橋本説では、わが国では労働者類似の者という概念が存在しないため、事業者との対比で労働者性を判断することにより、緩やかに労組法上の労働者性を認めることが可能であるとしています。ドイツのWank教授の見解にしたがい、事業者のリスクの自発的な引き受けがないこと、その判断要素としては、自己の事業組織の有無、市場取引の有無、チャンスとリスクの適正配

分があると述べます。これらの下位のメルクマールとして、事実上の専属性、場所的拘束、時間的拘束など、使用従属性に基づく判断基準も挙げています。

● 討 論

* 人的従属性を排除するのか

竹内 労働法全般について労働者をどう定義するかという議論ももちろんありますが、ここでは労組法上の労働者性に限定すると、いわゆる経済的従属性という観点を考慮に入れる点では、これらの学説は基本的に共通していると思います。大きく対立する点は、いわゆる人的従属性と呼ばれるものを全く排除するか、あるいは考慮に入れる、ないしは要件とするかということだと思います。

川口説ないし宮里説は人的従属性を排除するとなっていて、私としても、労働力という特殊な財を提供するがゆえに交渉力の対等性に欠ける点で、労働力の提供というところに結びつけてはいますけれども、基本的には、経済的従属性の観点で労働者か否かということ判断すれば足りるのではないかと考えています。

これらの議論で重要なことのひとつは、経済的従属性ないしは人的従属性という形で呼んでいるものが何かについて、共通の基準、定義を立てないとしても、少なくともそれぞれの論者が何を意味して当該用語を用いているかを踏まえる必要があるということです。

皆川説については、「厳密な指揮命令・指揮監督に服するとまでいえなくとも」という形で、緩やかに人的従属性を捉えていると見ることもできますが、相手方との関係においてみずからの労働力利用の自由が制限されているということを挙げていることについては、労働力を取引、売買していることに由来する、すなわち、経済的従属性があるから労働者であるとする見解に思えなくもありません。そうすると、人的従属性を基準にしているか、していないかという議論自体が、ややばやけた形になる気がします。そういう意味では、人的従属性とか経済的従属性で何を言っているかを明確にする必要があろうかと思っています。

また、関連して、経済的従属性の一内容として、例えば宮里先生が述べるような、個別交渉実現の可能性は含まれるのでしょうか。これは判例などで言われている考慮要素で言うと、一方的決定がなされているか否かという要素に対応するものだと思いますけれども、そういうものが経済的従属性を基礎づけるのか、

あるいは、経済的従属性は、労働力という特殊な財を売っているからこそ基礎づけられるのか。経済的従属性についても何をもって基礎づけられるのか、少なくとも共通の理解を得られるような議論をしないと、労働者性の判断基準をめぐる議論は混乱に陥る方向に向かうのではないのでしょうか。

水島 労組法上の労働者性ですからもちろん経済的従属性が考慮されるわけですが、私としては、使用従属性（人的従属性）を判断要素に入れてよいと考えています。そうした判断要素を完全に排除しない見解として、皆川・橋本説を紹介しました。

緒方 経済的従属性という基準のみで判断する点については、批判的な見解も多いようですが、この点はどうでしょうか。

竹内 川口説の賛同者が多いとは言えないかもしれませんが、とはいえ、人的従属性をも考慮する見解が圧倒的に多いとも思えません。経済的従属性による学説との割合でいえば、おおむねイーブンといったところではないのでしょうか。

土田 竹内先生が指摘されたとおり、経済的従属性については多義的な理解があって、例えば厚生労働省の「労使関係法研究会報告書（労働組合法上の労働者性の判断基準について）」（2011年7月）は、まさしく契約内容の一方的決定に引きつけて捉えているのに対して、川口先生は、有償で労務を提供する、つまり報酬依存性というところで捉えています。そこは明確化する必要があるかと思います。

竹内 宮里論文では「対等な交渉実現の可能性」という形で議論をしており、また、判例でも、考慮要素として、労働条件が一方的に決定されがちであることが挙げられていますが、では、個別にうまく交渉できたら労働者ではなくなるのでしょうか。労働契約関係は労使の合意に基礎をおいているにもかかわらず、個別に決定ができると労組法上労働者でなくなる。ここにはかなり根源的に矛盾があるのではないかという気がします。これについては、一方的に決定されているか否かを具体的問題にするからそうなるのであって、抽象的に、つまり、特殊な貯蓄のきかない財を売り渡さざるを得ないから、交渉において、労働力の価格の取引において、相手の言いなりに典型的になりがちであるというふうに、特殊な財を売っているがゆえの交渉力の欠如に帰着すると捉えるべきではないかと思います。

緒方 この点は、団体交渉をどう位置づけるかという問題にも関わる問題ではないかと思います。団体交渉が、個人的レベルでは形骸化しがちな対等決定を集団的レベルで実現化するものであると位置づけるならば、対等決定が構造的にフィクションとなっている事情の下では集団法上の使用者性を認める必要があるという発想ではないのでしょうか。

水島 川口先生をはじめ経済的従属性を基準とする立場の方であっても、使用従属関係がある、つまり明白に労基法上の労働者といえる者は、労組法上の労働者になるということでしょうか。

竹内 そこは論者にもよると思いますが、外側の円と内側の円という形で図を描いて、内側の円に入っている人たちは問題なく労組法上の労働者だとしているパターンが1つあります。もう1つは、内側の円にいる人たちについても要素を見て、外側の円の内にある人たちと共通する要素、すなわち、経済的従属性を持っているがゆえに、労働者性を十分に備えているとする考え方があるのだと思います。

前者については、理論的に横着をしている可能性もありますが、いずれにせよ、そういう人たちも労組法上の労働者であることは、経済的従属性を基準とする方々にも共通しています。

土田 労組法上の労働者と労基法・労契法の労働者を比較した場合に、労組法上の労働者のほうが広く把握されるという意味で、労働者概念は相対的性格を有しているというのが通常理解です。しかし、川口先生はおそらくそれを認めない立場だと思います。

緒方 労働契約を結んでいる人の中でも、労組法上の労働者に当たらない人がいるということですか？

土田 いや、同一説だと思うのです。

竹内 両方、ともに広い。

緒方 ああ、そうか、なるほど。

土田 私は皆川説に近くて、使用従属性を重視する立場に立っています。川口説の特色ですが、労基法・労契法上の労働者についてもそうですが、方法論として、労働者概念から出発するのです。つまり、労組法、労契法、労基法には共通して労働契約の定義がなく、労働者の定義しかないの、労働者から出発して、労働契約の定義はそこから規定するという方法です。ところが、伝統的な労働法学は、私を含めて、労働契約とは何かという考察から始めて、その当事者が労働者である、つまり、労働契約の法的性質の決定な

り概念規定から始めて、労働者概念はそれによって規定するというものです。まずアプローチが違います。

労働者はいかなる法的保護を受けるべきかというのが川口説の出発点で、労働契約の位置づけは副次的となります。したがって、その場合の価値判断として、経済的従属性を有する者に対する労働権・生存権保障を重視すれば、労働者概念は広くなって、労働契約概念はそこから規定されます。ところが、より伝統的なアプローチは、労働契約にはどのような独自性があるのかということから出発しているため、どうしても使用従属性がポイントにならざるを得ないわけです。

その当否ですが、川口先生による使用従属性のメルクマールや基準に対する批判はシャープだと思います。しかし、私の根本的な疑問は、そもそも使用従属性を否定し切れるのかということところです。労働契約や労働法の独自性を考えたら、そこは軽視できないのではないかと。したがって、私は川口説にはもちろん反対ですし、実は「労使関係法研究会報告書」にも疑問があります。この報告は、最高裁が幾つかの考慮要素を列挙しているところを、基本的な判断要素として、事業組織への組み入れ、契約内容の一方的・定型的決定、報酬の労務対価性を挙げた上、補充的な考慮要素として、指揮監督下の労働とか、時間的・場所的拘束の有無を挙げています。つまり、使用従属性は補充的考慮要素に過ぎないわけです。

私は、こうした理解については、労働者概念や労働契約概念の固有性を見失わせるという問題があると思います。したがって、労基法、労契法はもとより労組法上の労働者についても、使用従属性を基本に据えるアプローチをしています。

竹内 労契法とか労基法に関しては、労働契約とは何か、雇用契約あるいは請負とか委任契約とはどう違うのかということから入っていくアプローチはよくわかるのですが、労組法についても労働契約概念が前提となる議論は、当然なのでしょう。

土田 必ずしもそうではありません。

竹内 川口説が土田先生の見解から見て違和感を覚えると忖度するのは、労基・労契・労組、全て共通して、経済的従属性を基準として労働者の概念をとらえる点だと思います。私は、労組法は経済的従属性を基準とすることでよいと思います。労働契約概念から出発するというのは、労基法や労契法といった、個別的労働関係法の領域については理解できるのですが、労

組法の領域についてもそうだというのは必ずしも判明していないのではないかと思います。

*労働者概念の外延が不明確にならないか

土田 私は、労組法上の労働者について、何が何でも労働契約から出発すべきだとは考えていません。ただし、後に議論する労組法上の使用者に関する労働契約基本説と同様、団体交渉の基礎となるのは労働契約であると考えて、そこから使用従属性を重視する立場に立っています（土田道夫『労働組合法上の労働者』は何のための概念か』季刊労働法 228号〔2010年〕137頁）。もう一つの理由は、労組法上の労働者概念の外延をあまりに開放的にし過ぎないかという点です。

竹内 外延を開放的にしないかどうかというのは、議論の順序としては、どこまでの人を労働者として法の保護対象に入れるかどうかによって決まるのであって、広いから悪い、狭いからいいということがア prioriに決まるわけではないと思います。外延が広がるとまずいからというのは、積極的に人的従属性を要素に入れる決め手になるでしょうか。

土田 広いというよりは、不明確になるということです。

竹内 そうすると、人的従属性を入れると明確性が増すというのは、どういう説明になるのでしょうか。

土田 労組法上の労働者について、典型的に問題になるのは、INAX メンテナンス事件の個人請負事業者ですね。NHKの集金受託業務者もそうですが、こうした事例について使用従属性を考えると、INAX メンテナンス事件であれば、会社が業務日・休日を指定したり、細かなマニュアルを配布して業務の遂行を求めています。これは典型的な使用従属性だと思います。

一方、NHKの受託業務者の場合には、そういう指揮監督関係は乏しく、業務マニュアルを交付するほかは、毎日稼働状況を報告させたり、業績の低いスタッフに助言指導をする程度です。しかし、そこまでは何とか使用従属性の枠組みで理解できるし、それによって労働者概念の明確性は担保できると思います。ところが、フランチャイジーの場合は、そうした要素もおそらくないので、それも労組法上の労働者として保護するというのであれば、法的保護は十全となるのですが、私はそこまで踏み切れないです。

竹内 今の点に関して、水島先生がさきほどのご報告で、店舗を所有している者は労働力以外の商品を有しない者と評価し得るのかという議論をされました。

私は労働力以外に売り渡すものがないからという形で、経済的従属性があるかないかというところで、フランチャイズについても労組法の労働者ではないとする区切り方はあり得るのかなと考えます。そうすると、人的従属性で明確性ないし限界が明らかになるのか、ほかの説明があり得るのではないかという気がしました。

土田 なるほど。

緒方 フランチャイズの場合において、支払わなければならないロイヤリティの金額が画一的に決められており交渉の余地がない、商品の管理の仕方について指示があり、事業主としての独自性が出せないといった場合においても、やはり労組法上の使用者性は認められないということでしょうか。

土田 労基法、労契法上の労働者については、業務の性質上当然生じる指示は、指揮監督関係と区別すべきだとよく言われますが、労組法上の労働者について、使用従属性をより実質的に判断すべきと考えれば、労基法、労契法上の労働者の判断とは違ってくると思います。今挙げられた例は、その一例でしょう。

緒方 なるほど。

土田 もっとも、そこから直ちにフランチャイジーの労働者性が肯定されるわけではありませんが。他方、竹内先生が言われたようなアプローチがあることは理解できます。

竹内 今回は労組法上の労働者性ということでご報告いただきましたが、最高裁3判決を経た今日、問題になりつつあるのは、労基法上の労働者について、裁判例に狭くてよとする傾向が生じていると思われる点です。労組法上の労働者の概念が広いこととの対比で、むしろ労基法上の労働者については狭くていいということです。これまでにビクターサービスエンジニアリング事件の高裁判決などで示されたような狭い判断が、労基法については妥当とされている傾向が生じていると思います。労基・労契について次に詰める必要があるということは、土田先生も以前にお書きになっていたと思います（土田道夫『労働者』性判断基準の今後——労基法・労働契約法上の「労働者」性を中心に」ジュリスト1426号〔2011年〕49頁）。この点が問題として現実化していると思います。

緒方 さきほど議論した、個人事業主に対する法的保護や法的規制をどのように考えるかという問題とも絡んできますね。

竹内 ええ。初めに議論した債権法改正の文脈でも、経済的従属性があり、しかし、人的従属性がない労働者類似の者を、労働法ないしは民法の雇用で保護できるかできないかという問題に直面すると思います。

付言すると、先ほど触れた点に関連して、ごく最近の下級審裁判例、NHKの受信料集金等受託者に関する前橋地判平25・4・24労旬1803号50頁は、労組法上の労働者性は肯定しつつ、労基法、労契法との関係では労働者性を否定し、労契法の規定の類推適用も否定しています。労基法、労契法上の労働者はむしろ狭くてよいという態度が、労組法上の労働者の議論からいわば反射的に生じている可能性が否定できない気がします。

土田 私も、そういう一種の誤解が生まれていることについては問題だと思います。債権法改正に関連して議論した役務提供契約の検討や、労契法の類推適用が大きな課題となりますね。

●紹介

①荒木尚志「労働組合法上の労働者と独占禁止法上の事業者——労働法と経済法の交錯問題に関する一考察」

②野川忍「労組法16条の労働契約の意義——基本問題についての書書」

水島 次に①荒木論文を紹介します。労組法上の労働者は団体交渉を通じて労働協約の締結を目指しますが、このような労働協約の締結は、彼らが事業者であると見たら独禁法が禁止するカルテルに当たらないかという問題が生じてきます。労組法上の労働者概念は労基法上のそれより広義に、ある程度の事業者性を持つものであってもよいと解される一方、独禁法上の事業者の概念も緩やかに解されてきているということで、双方の規制が及ぶ場面が出てくるのが問題になります。

独禁法と労基法の規制の競合も問題としては立てられますが、両者が重疊的に適用されても規制間で矛盾が生じるわけではないし、現実には労基法上の労働者が同時に独禁法上の事業者と解される例はあまり想定されないとのことでした。

それに対して、独禁法と労組法の規制の競合は問題になります。アメリカやEUでは、労働協約には競争法の適用を除外するとの明文ないし解釈が確立しているのに対して、日本では労働者は事業者ではないという

解釈を基本的にとっているのみです。これは、事業者概念による入口における適用除外アプローチと言えます。

しかし、近年、独禁法違反が成立するかという段階で、不当な取引制限や、公共の利益に反していないかといった要件を満たすか否かの判断を用いるアプローチが見られます。これは、実質的な適用除外アプローチです。このアプローチをとった場合に、競争の実質的制限・公正競争阻害性といった判断を公正取引委員会がするということでのよいのか、あるいは、判断を労働委員会に委ねるべきかといった問題があると指摘されています。

結論としては、「労働組合の活動については、原則、独禁法の適用除外を認めつつ、しかし、独禁法の不適用が独禁法政策上、看過し得ないような例外的場合には、実質的に労働法上の団体交渉促進政策と独禁法政策の調和的解釈を認めるという枠組みが望ましい」と述べられています。

独禁法が禁止するカルテルが想定する典型例は事業者間の協定であって、そうした事業者が共同して取引先と労働協約を締結すること自体については、独禁法上の問題は生じにくいように思います。また、日本の労働協約は企業内で締結されることが一般的ですから、競争法上の問題が生じにくかったようにも思いますが、労組法上の労働者概念が事業者性を一部有する者にも拡大している現在、このような分析は大変意義があるものです。

労組法上の労働者概念の問題から発生する理論的問題を提示したのが、②野川論文です。労契法、労基法上の労働契約とは言えない労働供給契約が、労組法16条の労働契約と言えるか、労組法上の労働者である委託契約作業者に労働協約の一般的拘束力は及ぶか、労組法上の労働者でない組合員に団体交渉システムや労働協約が及ぶか、といった点が検討されています。

結論だけを挙げますが、団体交渉の成果である労働協約の特別な効力を及ぼし得る対象を、そのような労働者が相手方と締結している契約とすることは、労組法全体の体系の上で自然だとされます。

一般的拘束力につきましては、労組法17条にいう「同種の労働者」とみなせるのであれば、労働協約等で適用範囲を限定していなければ適用を考えることが可能であるということです。

それから、労組法上の労働者でない者であっても、

委託契約による作業員などは、憲法28条の勤労者に該当する可能性は大きく、これらの者の処遇を団体交渉のテーマとすることに大きなそごは生じないとしています。

野川論文で結論だけを挙げさせていただいたのは、それぞれの根拠について私が十分に理解できなかったためです。「こうした体系の中で自然だ、可能だ」とか、「こういう解釈で問題はない」といったように全体的に消極的理由であるという印象を受けました。もちろん、委託契約従事者をめぐる労組法上の新たな論点を提示するものでたいへん注目に値するものであり、理論的という意味では、野川論文の重要性を感じ、共感もします。

実際の問題状況をイメージできていないのですが、例えば役務提供者と役務提供先の関係が、役務提供関係だけであれば労働者類似で問題をとらえられますが、現実にはそうでない関係が部分的にあると思います。そういったものの交渉が実際にどれぐらい行われるのか、等はよくわかりません。

● 討 論

* 団交事項の範囲

土田 「そうでない関係が部分的にある」というのは、どういう意味ですか。

水島 役務提供以外の、部品の売買あるいは取引関係です。例えば、役務提供の際に用いる部品の価格決定や役務提供先からリースされる機械のリース価格交渉は、労働条件類似のものとしてとらえるのか、あるいは役務提供契約とは別の売買契約等として交渉の対象にならないのか、という疑問です。

竹内 問題状況は非常に違いますが、労災補償に関して、特別加入している人について、どこが補償対象になってどこがならないかをめぐる裁判例があったと思います。労働者としての側面については給付の対象になるけれども、労働者でない側面については対象にならないという判断であったと思います。

これに引きつけて言うと、むしろ野川説とは逆に、団体交渉事項はある意味労働者としての交渉と重なる部分に限られていて、そうではない取引事項などについては、団体交渉では保護されないという考え方に発想としては近くなると思います。それはそれでいいのか、あるいは野川先生が指摘されるような形になるべきなのか、もう少し議論が必要ではないかという気が

します。

水島 取引事項は義務的団交事項に当たらない、となるのでしょうか。

竹内 これに関して野川先生は、「労組法は、労組法上の労働組合の組合員については労働者であることさえ条件とはしておらず、実質的に労働者でない者の就労条件については、義務的団交事項となりえず労働協約の対象ともならないと断言しうる構成をとっていない」ので、「労組法上の労働者である者の契約内容に関する諸事項が原則として団交事項となりうることを否定するのは困難」としています（567頁）。

「断言しうる構成をとっていない」というのは、具体的には554頁の注5に書かれていることだと思いますが、それを踏まえて、労組法上の労働者に該当する者の契約に係る諸事項を原則団交事項に入れるという考えをとられているようです。原則入ることの説明が十全かどうかは、議論の余地があるかと思いますが、この問題があるということ自体は、重要な指摘ではないかと思えます。野川先生が「諸事項」として、水島先生がおっしゃった事柄を念頭に置かれているかは分かりませんが。

* 労組法上の労働契約

緒方 労組法16条の規範的効力の効果を他の労務提供契約にも及ぼすことができるという見解の意義をどのように捉えるべきでしょうか。例えば、代理権委任という法律構成でも同じような法的効果を導くことが可能ですよね。そうではなく、労組法16条の効力が及ぶ範囲とすることの意義というのは。

土田 私は、野川論文については、労組法上の労働者性に関連する有意義な研究だと思います。ここで扱われている問題は、労組法上の労働者と評価できる者が労働組合に加入しており、その組合が基本的な労働条件に当たるような事項について団体交渉して労働協約を締結した場合に、規範的効力が労組法上の労働者の労務供給契約に及ぶか否かというオーソドックスなケースです。ところが従来、この問題について深く検討した業績はこれまでありませんでした。その課題に答えて、労組法16条の労働契約の意義について理論的な研究を行った点に大きな意義があると思います。

野川先生は、緒方先生が言われたケースも意識していて、労組法上の労働者ですらない労務供給者が組合員である場合には、第三者のためにする契約や代理の法理を用いるほかないと述べています。しかし、上記

のような基本的な状況については、そういう民法の制度を使わずに16条を適用することが妥当だということ論証しています。私も、労組法上の労働者が締結した労務供給契約を労組法16条の労働契約と解釈することで、問題を説得的に解決できる気がしました。ただ、そうすると、労働契約概念が労基法・労契法と労組法で異なることになりますが、野川先生は、労働者概念の相対性が認められる以上、労働契約概念が相対的性格を持つのは当然との趣旨を述べており、この点も賛成です。

緒方 つまり、他の法的可能性があるとか、文言では合わないといったことではなくて、体系上、そう構成すべきだということですね。労組法上の労働者に当たるのであれば、その労働組合が結んだ労働協約は、そこに属する者が結んでいる労務供給契約に及ぶべきだと。

土田 そうですね。野川先生は、労組法上の労働者の労働条件を規律する上でまず考えられる規定は労組法16条と17条ですから、それら労働者の労務供給契約を労働契約と解釈して両規定を適用できないかという問題意識に立って検討しているわけですね。労働法を適用する可能性がある限りは追求すべきだという、ごく当然の方法論に立つ研究と評価できると思います。

* 独禁法と労働法

土田 荒木論文の実質的適用除外アプローチですが、これもさらに、(a) 競争の実質的制限や公正競争阻害性について具体的・実質的に判断した上で決するアプローチと、(b) 労働組合の活動は労働関係法令に準拠した行為であるとして、実質的判断をせずに事実上の適用除外を認めるアプローチの2つに分かれると述べています。

荒木先生がどちらの立場を選択しているのかはまあ一つ不明確ですが、おそらく(b)を基本とする立場ではないかと思えます。両アプローチを紹介した上で、結論の箇所では、労働組合の活動については原則として独禁法の適用除外を認めつつ、それが独禁政策上、看過し得ないような例外的な場合に実質的に判断すべきとしています。ですから、(a)と(b)の折衷説で、(b)を基本にしながら(a)の方法も考慮する立場かなと思えました。まさに問題提起的な論文なので何とも言いようがないですが、私も(b)のほうが妥当という気がします。(a)に立つと、競争の実質的制限などの判断を公正取引委員会が行うのか労働委員会が行

うのかという課題がありますが、このような実質的・具体的判断は、独禁法と労働法の価値が衝突するところですから、どちらの機関が担うにしても、きわめて難しいと思います。

もう一点は、独禁法学の立場について知りたいと思いました。荒木論文では、白石先生の著書（白石忠志『独占禁止法（第2版）』）を引用して、労働組合の団結活動が独禁法に違反しないのは法令に準拠しているからであるという独禁法学の見解を紹介しています。独禁法上の考え方としては（a）なのか（b）なのか。これだけ見ると（b）に近い印象がありますが、労働法と独禁法の間の学際的研究として詰める必要があると思います。

●紹介

①米津孝司「日本法における集团的労働法上の「使用者」」

②緒方桂子「労働組合法における派遣先企業の使用者性」

水島 労働法上の使用者概念に関して2つの論文を紹介いたします。

①米津論文の中核は、使用者概念の空間的問題、特に団交応諾義務の当事者たる使用者性にあります。労働組法上の使用者概念に関する学説は、「労働契約基本説」ないし「新労働契約基準説」と、「支配力説」に大別されます。新労働契約基準説、すなわち労働契約の相手方である使用者ないしこれに隣接・近似する者を使用者と捉える考え方が判例・有力説だと思われませんが、米津先生は支配力説・対抗関係説の立場から論を展開されます。

団結権保障の趣旨から、論理的には団結権侵害行為を行うすべての者が不当労働行為の主体として想定し得ると述べます。これは、団体交渉、労働協約締結の相手方として想定される使用者からはかなり拡大したのになっていますが、米津先生は団結権や団体交渉権を広く捉えていますので矛盾はありません。団体交渉は労働契約締結を目標とする必要はなく、対面的なコミュニケーション確保の形である団体交渉それ自体を保障するというのが、米津先生のお立場です。

また、支配力説・対抗関係説は、企業内労使関係を重視する新労働契約基準説よりも説得力ある解釈理論であると述べられます。企業横断的な労使関係、ダイナミックなイメージを持つことがたしかに労働組合に

求められるとしても、日本の実態にはややそぐわない、一種、理想論的な印象も受けました。

次に、派遣先企業の使用者性に限定した論文ですが、米津先生同様、支配力説の立場から、現行制度や実態を踏まえてこの問題を精緻に論じた②緒方論文を紹介いたします。

派遣労働関係では、派遣元との交渉では十分に団体交渉の意味を果たせないことがあります。それでは、派遣労働者は派遣先に対して交渉できるのか、派遣先は労組法7条にいう使用者に該当するのか、該当するとすればそれはいかなる場合かが緒方論文では検討されています。

緒方論文は、労働契約基本説の提示する判断枠組みの問題点を幾つか指摘されます。例えば始終業時刻や安全衛生は、派遣法の義務づけからしても派遣先に決定権限があり、団交応諾義務もあると解すべきであるとされます。指揮命令をめぐる問題は、派遣元とは意味のある交渉を成し得ないわけですから、派遣先に応諾義務を認めなければ実質的な交渉をほとんどなし得ないことも指摘されます。仮に派遣先に対するこのような交渉を正当な団体交渉でないとしてしまうと、それらは派遣労働者による不当な団体行動権の行使として、派遣先による適法な労働者派遣契約の解除にもつながりかねません。このような問題点を指摘しています。

その上で支配力説から論を展開するわけですが、予想される批判に対して以下のように説明されます。支配力説に対しては、使用者性を非常に広く認めるとの批判がありますが、緒方論文によると、別に広く、例えば派遣先の取引先を含めて使用者性を認めようとしているわけではなく、まさに派遣労働者に指揮命令を行い、当該労働者が労務の提供を行う先である者にその使用者性を認めようとするものであり、したがって、使用者性の外延が広がり過ぎるとの批判は当たらないということです。

それから、派遣労働者組合と派遣先が労働協約を締結した場合、それに規範的効力を観念することは困難だけれども、少なくとも債務的効力は認められ、集团的な代理権委任という法的構成で、労働協約の効力を派遣組合に加入する派遣労働者に及ぼすことも可能であると指摘されます。支配力説に立って派遣先を労働組法上の使用者と認める解釈に、大きな障害はないこと、重要なのは派遣労働者の労働基本権の保障を現実化し、それを支える法的制度である不当労働行為救済

制度を実効的なものにする다고述べています。

派遣元だけが使用者であり団体交渉応諾義務を負うだけでは解決できない現実的な問題があり、かつ派遣先に応諾義務を認めた場合でも特に問題は生じるわけではないことが指摘されていて、支配力説に立たれた論文として説得力がありました。

●討 論

*労働契約基本説の限界と可能性

土田 緒方先生が朝日放送事件（最三小判平7・2・28民集49巻2号559頁）に対する労働契約基本説の理解の当否について検討している箇所、雇用そのもの（採用、配置、雇用の終了等）について発注企業が現実的に支配していることを要すると解するのは、朝日放送事件の規範（雇用主と部分的とはいえ同視できる程度の現実的・具体的な支配力の要件）についてミスリーディングだということを書かれていますが、菅野先生の体系書（『労働法（第10版）』[弘文堂・2012年]756頁）の記述のことを言われていると思います。しかし、菅野先生の趣旨はそうではありません。朝日放送事件にいう現実的・具体的な支配の要件が一般的に雇用そのものに及んでいることを要するという趣旨ではなく、雇用そのものが問題となる場面、発注企業の解散などに伴い労働者が直接雇用を求めて団体交渉を申し入れている状況では、雇用そのものに対する支配を要すると述べているので、ここはミスリーディングだと思いました。

とはいえ、労働契約基本説に限界があるというご主張は理解できないわけではありません。ただ、そこから直ちに支配力説にまで跳躍する必要があるのかについては、私は躊躇を感じています。その理由ですが、緒方先生が取り上げたのはいわゆる直接使用関係の種類で、米津先生が取り上げたのは間接支配（親子会社）の種類です。支配力説では使用者性が拡大し過ぎるという批判に対して、緒方先生は、現実に指揮命令を行う派遣先の使用者性を認めるにすぎないから問題はないと論じており、それは直接使用タイプについてはよく理解できます。問題は、間接支配の種類の場合にどうなるのかです。

緒方論文の趣旨が、直接使用類型に限って支配力説を主張するのであれば了解可能ですが、不当労働行為における使用者概念は、直接使用類型だけではなく間接支配類型にも及ぶべきものです。そこまで含めて支

配力説を主張するとすれば、派遣先の使用者性を認めるだけだから拡大し過ぎていないという議論は、必ずしも説得的ではないと思います。

一方、労働契約基本説が直接使用類型で通用するかを考えると、クボタ事件（東京地判平23・3・17判1034号87頁）のように、派遣先が直接雇用を決定した後の労働条件をめぐる団交事案では、労働契約に隣接する関係（近い将来に雇用関係が成立する現実的具体的可能性がある関係）と捉えれば通用するはずで、あるいは、緒方先生が指摘されている、違法な派遣労働の実態があるとか、派遣契約の打ち切りによって派遣労働者が就労場所を失い、派遣先に対して直用化について交渉を求めるといった事態について、労働契約基本説が対処できないかという、私はできると思います。これらの場合は、朝日放送事件の枠組みや、菅野説が言う「雇用そのもの」への支配によっても救済可能と考えます。したがって、現時点では、派遣のような直接雇用類型については、労働契約基本説の可能性を追求すべきだと思います。

緒方 確かに、菅野先生の本のご指摘の頁ではそのように述べられています。しかし、別の箇所（『労働法（第10版）』273頁以下）では、派遣先の団交上の使用者性について論じています。その基準に照らせば、よほどのケースでない限り使用者性は認められないことになると思います。

土田 その箇所の論述は、中労委命令に大きな影響を与えていて、私もその点には疑問を抱いています。先ほど述べた派遣労働者の直用化をめぐる団体交渉についても、ショーワ事件の中労委命令（中労委平24・9・19別冊中労時1436号16頁）のように、派遣先の直接雇用申込義務（派遣法40条の4）に関する行政勧告や行政指導が行われない限り労組法上の使用者性は認められないという判断を前提とすると、使用者性を認めるのはなかなか難しいと思います。ただ、私が言いたいのは、朝日放送事件と労働契約基本説の解釈運用の仕方によっては、支配力説と同様の救済は不可能ではないということです。そこをもう少し追求したいと考えています。

竹内 私も、労働契約基本説でもいけるという感覚を持っています。朝日放送事件は一般的に労働契約基本説と理解されているところ、朝日放送事件が言う労働契約基本説と菅野先生が『労働法（第10版）』で書かれている新労働契約基本説とは、距離があると思

ます。

朝日放送事件については、支配力説であるとの理解すらあるぐらいで、その判例の読み方には幅があります。そういう意味では、支配力説でいく方向もあるかもしれないし、新労働契約基本説よりは広めの労働契約基本説という考え方もありうるのではないのでしょうか。

緒方 土田先生がミスリーディングだと指摘されたところですが、私は逆から考えたのです。菅野先生の本が、派遣先の使用者性について273頁以下のように理解するのであれば、逆に、朝日放送事件の判決をこのように読んでいるということになる、ということでした。

土田 派遣先の使用者性を細かく分けて検討した箇所は、確かにやや狭いと思います。

竹内 一般的な使用者性の基準の理解の仕方にもそこがあると思います。これに加えて、派遣就労関係における使用者性の判断に関して、中労委命令は派遣法の立法趣旨から原則的に制約がかかるとしています。これに関係して、緒方先生が論文で対象としている派遣先の使用者性に特化した論点として、派遣法の立法趣旨からこのように制約的に解してよいかどうかも確認しておく必要があると思います。

緒方 おそらく立法趣旨は、菅野先生が書かれているとおりでだろうと思います。しかし、私の問題意識として、当時の状況と現在の状況は大きく変わってきているのではないかということがあります。派遣法ができたのは1985年ですが、数次にわたる法改正のなかで、派遣労働があらゆる分野に拡大していきました。そのなかで、同法の制定当時主に想定されていた、非常に高い能力や専門的技術を有する派遣労働者像とは異なる現実が展開している、それを考慮すべきではないのか、ということです。

土田 そこはよくわかります。

緒方 もう一点、派遣先企業の使用者性の問題は、今のところ、労組法7条2号の問題が中心ですが、同条1号や3号の問題も視野に入れる必要があります。例えば、派遣労働者の組合が派遣先に団体交渉を申し入れたとする。それがきっかけとなって派遣先が派遣元との派遣契約を解除し、さらに派遣先がなくなったという理由で派遣元が派遣労働契約を解約（解雇）したとした場合に、派遣労働者の労働基本権はあきらかに侵害されていると思われるのですが、これらの行為を不当労働行為の枠内で捉えることができないという

事態が生じかねない。このような事態が生じることは非常に大きな問題だと考えています。

竹内 派遣法の立法趣旨については、確かに菅野先生が書かれている点があると思います。

ただ、気になるのは、立法を検討していた当時の、使用者性の概念が狭いことです。当該時点においては、ほとんど雇用主のみが労組法上の使用者だという考え方が一般的な理解としてあり、これを前提に、派遣法は雇用主が責任を負うとして、労組法の問題もこれにより解決する、という考えだったのだと思います。

その後、朝日放送事件最高裁判決が下され、労組法の一般的な理解における使用者概念は、派遣法制定当時と比べれば拡張されてしまっています。立法当時の使用者性一般の考え方を踏まえて、派遣法で雇用主が使用者だ、責任を負う立場だと整頓したことが、朝日放送事件最高裁判決が下されたことによって変わったのではないかと思うのです。朝日放送事件最高裁判決が労働者派遣を射程に収めているかという議論はありますけれども、私は事案ないし文言に照らしても、朝日放送事件最高裁判決は現在で言う労働者派遣を排除していないと思います。

立法時の理解としてはわかるけれども、現在の理解としては、朝日放送事件最高裁判決がある以上、使用者は雇用主に基本的に限定されることを前提に、適法に派遣を行う限り原則として使用者性をないとする点、具体的には、指揮命令している事項についても、適法に派遣を行う限りは使用者性がないとする点は、現在では前提が崩れていて、解釈論としては援用できないのではないかと思います。立法史をどう理解するかと、今日の解釈論としてそれをどう評価するかとは、違いがあると思います。

* 間接支配類型について

土田 次に、もう一つ大きな問題は、米津論文が扱った間接支配類型です。大きな問題というのは、ここでは労働契約基本説の限界が露呈してきている一方で、先ほど指摘した使用者概念の不明確性という支配力説の問題点もまた露呈しているからです。

まず、前提として、米津先生は、朝日放送事件の射程は直接使用類型のみだと述べていますが、これには疑問があります。朝日放送事件の規範（雇用主と部分的とはいえ同視できる程度の現実的・具体的な支配力の要件）は、間接支配類型にも妥当し得るはずで、例えば、親会社がその地位を逸脱して人件費削減等の経

営上の指示を行い、子会社がそれに従って労働条件を決定しているような場合は、朝日放送事件を援用して親会社の労組法上の使用者性を肯定できると思います。とはいえ、近年の労委命令や裁判例を見ると、例えば高見澤電機製作所他事件（中労委平20・11・12別冊中労時1376号1頁、東京地判平23・5・12判時2139号108頁）がそうですが、朝日放送事件を間接支配類型に適用した上で、使用者性を否定する例が増えています。その意味では、労働契約基本説の限界を説く支配力説の主張は納得できます。

他方、使用者概念の不明確性という支配力説の問題点ですが、この点について、米津先生は、使用者の範囲はそれほど不明確ではないと強調し、西谷説を引用して、「労働関係に対して、不当労働行為法の適用を必要とするほどの実質的（現実的・具体的）な影響力や支配力を有するもの」（西谷敏『労働組合法（第3版）』〔有斐閣・2012年〕150頁参照）という目的論的限定によって概念的な練り上げが行われていると述べていますが、疑問があります。西谷先生の定義は、一種のトートロジーで、使用者の外延を明らかにしたことにはならないと思います。要するに、間接支配類型では労働契約基本説の限界が露呈されつつあるけれども、支配力説の弱点も是正されていないわけです。そこをどう考えるべきか、実に悩ましいところです。

緒方 米津先生は派遣型と親子関係型は別のものとして考えるべきだという発想が基本的にあります。朝日放送事件最高裁判決の判旨は派遣型にのみ当てはまる話だと。

土田 その点は、先ほど述べたとおり疑問があります。

他方で、米津論文で説得力があると思ったのは、労組法上の使用者概念に対応する労働者概念については、もはや労働契約を基本とする考え方から離れているのではないかという箇所です。先ほど議論したとおり、労働者性については、判例を含めて、使用従属関係から離れて幅広く認め、労働契約を基準としない考え方に転換したのであれば、なぜ使用者性についても同様に考えないのか、労働契約を基準にする必然性はないのではないかという趣旨だと思います。この理解を出発点として、支配力説を精錬する可能性は確かにあると思いました。

Ⅶ 個別文献

● 紹介

大内伸哉「雇用強制についての法理論的検討——採用の自由の制約をめぐる考察」

水島 2012年の派遣法、労契法、高年法の改正により、雇用強制を正面から認める規定が導入されました。これは、採用の自由の原則に照らして問題があるということができます。もちろん採用の自由も無限定な自由ではなく、法律による制約を受けますが、2012年のこれらの改正は、採用の自由の原則に対する例外というようなものではなく、原則としての位置づけそのものを揺るがせるものであることを、大内先生は問題視されます。

このことを論じるために、まず、採用の自由とその制約の方法が説明されます。採用の自由の根拠として、契約自由の原則がよく述べられますが、そのことに加え大内論文では、終身雇用慣行と結びついた解雇規制とのバランス、労働者の要保護性の相対的な低さ、労働契約の人的性格、これは継続的な人間関係として相互信頼を要請する関係ですが、こうしたものにより実質的に根拠づけられるとされます。

次に、採用の自由の制約方法は2段階あり、第1段階は、「法で禁止される差別に該当し、雇用促進を政策的に進めるといふ2つの正当化根拠があること」、第2段階は雇用の強制です。雇用の強制については、不当労働行為の行政救済の場合を除くとこれまで認められておらず、採用の自由への配慮、労働契約の人的性格への配慮がなされてきました。ですから、第2段階の雇用強制という制裁を認めるためには、不当労働行為のような極めて高度の帰責性を要することができます。2003年改正の派遣法、2004年改正の高年法も、学説の対立こそありますが、雇用強制までは認めてこなかったわけです。

派遣法も高年法も次に述べる「転移」という方法をとらず、そして、採用の自由を制約する2つの正当化根拠のうち後者の政策目的しかないことから雇用強制を認めることはできないと考えられます。

判例法理による有期労働契約に対する採用の自由の制約（雇止め法理）は、従前の法的関係から生じる雇用継続への合理的期待の保護にあり、更新拒否は、採用しないということではなくて解雇に近い形と見るこ

とができます。これが採用から解雇への「転移」ということです。同様の考え方は、試用期間後の本採用拒否や採用内定取消、事業譲渡の事案にも見られることが指摘されています。

さて、2012年の改正に戻りますが、労契法も派遣法も第2段階の雇用強制まで認める内容となりました。そのうち労契法19条は有期労働契約の雇止めですから、転移が認められる類型です。採用から解雇の問題に転移したと見れば、採用の自由との関係で労契法19条は問題がないといえます。

しかし、労契法18条の有期労働契約の期間の定めのない労働契約への転換は、期間の定めのない労働契約という新たな契約の締結が強制されるわけです。これについては転移と見ることは困難ですし、かつ正当化根拠を満たすとも考えられません。

これまででは、採用の自由という原則を制約するとしても第1段階で止めるか、あるいは転移と見ることによって採用の自由の問題に抵触しませんでした。労契法18条はこのようなケースではないのに採用の自由を制約するものであって、採用の自由の制約根拠が十分であるかなどを含めた抜本的な検討がなされるべきだと、大内先生は指摘、批判しています。

改正派遣法についても、転移がなく、派遣先の帰責性が認められるものではないことを考えると、雇用強制を認めることについて均衡がとれていないのではないかという疑問を呈されています。

2012年の改正は、これまでの採用の自由の制約根拠からは説明がつかない内容であり、結局のところこれは政治過程における判断で、理論的な当否を度外視した、と理解されています。あえてこのように整理することにより、採用の自由の法原理面での原則としての価値は、なお維持されうると言えます。採用の自由に関して、2012年改正は雇用政策上は必要な改正だったのかもしれないけれども、理論的な問題が十分検討されずに改正されてしまった、その問題点を理論的に明らかにした論文です。

● 討 論

* 損なわれた採用の自由

土田 採用の自由の制約の2段階構造と正当化根拠の分析、転移による採用の自由の制約、2003年から2012年にかけての描き方には説得力があります。大内先生は、2012年改正では、もはや採用の自由が正

当化困難な状況に至っているという評価ですね。

水島 はい。

土田 大内先生は、2012年改正について、きわめて高度な社会的要請があり、理論的な当否をひとまず度外視して行った立法だとして、「採用の自由の法原理面での原則としての価値は、なお維持されている」と述べていますが、大内先生にしてはやや甘いと思いました。社会的要請とは、大内先生が善意に解釈している話で、少なくとも有期労働契約と、派遣に関する限り、採用の自由は大きく損なわれたと思います。

次に、大内先生は、派遣法40条の6の直接雇用申込みなし規定について、採用の自由の制約や雇用強制の正当化根拠にてらすと、行為の反規範性と制裁内容の間に均衡がとれていないと評価しています。私は、派遣法40条の6はまだ正当化できると思います。つまり、派遣法40条の6は派遣先による違法派遣を列挙しており、そうした違法行為に対する制裁の必要性を採用の自由の制約の正当化根拠に含めることで何とか正当化できます。問題は、労契法18条の無期契約転換規定のほうです。雇用の強制という第2段階まで正当化するような前提条件は何もなく、採用の自由の制約の正当化根拠にも乏しく、非常に問題のある規定だと思います。

緒方 18条については法政策的な要請が強かったということだと思いますが、弊害が大きいですね。

竹内 大内論文は採用の自由の制約に関して、時系列的推移を巧みに描き出しています。その制約について正当化根拠が欠けているという論述は、十全かどうかわかりませんが、一定の説得力があると思います。

ただ、採用の自由の制約を厳密に考えるのであれば、採用の自由が確たるものとして根拠づけられていて、その制約は限定される、という流れにならうかと思います。採用の自由の根拠としては、ご報告いただいたようにいくつか挙げられています。労働契約の人的性格を強調する見解については、水町先生、和田先生の文献を引用して、そうではない議論があることを認識されていますが、こうした採用の自由が根拠づけられるところの論証は十分なのでしょうか。解雇との関係でも、終身雇用慣行と結びつき、解雇規制がされているから、採用の自由の側面は広くていいとなっていますが、今日では、少なくとも終身雇用という慣行ではないでしょうし、見方は分かれていますが、そもそも解雇規制がどの程度強固かということとの関係で考え

なければいけないと思います。例えば、派遣労働者など、必ずしも雇用が安定しているわけではない人たちについても、採用の制限を問題にする前提たる採用の自由が、終身雇用と結びついた解雇規制とのバランスで保持されるという議論がどこまで説得的なのか。採用の自由の根拠については、もっと検討があってもよい気がしました。

なお、解雇規制に関する大内先生の見解はむしろ逆で、「終わりに」の今後の課題でも述べられていますが、解雇規制が今でも厳格だという認識の上で、採用の自由が崩されてきているから解雇規制を緩めてよいという立論をされています。現在の解雇規制の水準がどの程度のものかということは、採用の自由との関係でも改めて議論しておく必要があると思います。

水島 採用の自由の原則の根拠が不十分だというご指摘ですが、根本には契約自由の原則があるわけですから、それに付け加えるものとしては十分ではないでしょうか。採用の自由の原則も絶対的なものではなくて、例外を認めているわけですし。

竹内 契約の自由があるということで説明されるなら、むしろ、ストレートでわかりやすいのですが、大内先生はむしろ一般的な契約自由の原則だけでは不十分だということで、ある意味実質的なところを挙げています。そうだとするとかえって不十分ではないかという気がしたのです。

緒方 この論文でなるほどと思ったのは、採用の自由は2段階構造になっているという分析の部分です。つまり制約を課すかどうか、課すとしたらどの範囲までかという第1段階と、それに違反した場合、どういう制裁が図れるかという第2段階がある。規制が1段階目にとどまり、2段階目の採用強制まで認められないならば、なおも採用の自由の根幹は維持されているという考え方は、採用の自由に対する法的規制の選択肢を広げる可能性を内包しているように思います。

●紹介

土田道夫「『出向労働関係』法理の確立に向けて——出向中の法律関係をめぐる一考察」

緒方 出向をめぐるのは、労働者の出向義務をめぐる問題と、出向中の労働条件・法律関係をめぐらる問題に大別されますが、本論文は、労契法14条は前者を規定する規定にとどまり、他方、後者については理論的な検討が遅れているという問題意識から出発し、出

向労働関係の特質に則して、その内容（当事者の権利義務）を規律する客観的規範を提示すべく検討を行おうとするものです。

本論文ではいくつかの点で積極的な主張がなされています。まず、出向労働関係における権利義務（労働条件）を決定する根拠は、労働者・出向元・出向先間の合意に求められるが、しかし、もっぱらこの三者間の取り決め委ねるとの立場は、適切ではないとし、権利義務の配分関係は、出向労働関係の法的性格に則して客観的に解釈すべきであるとします。

次に、賃金支払い義務については、出向元が原則的支払い義務者であり、出向先は併存的債務引き受けによって賃金支払い義務を負うとの解釈を提示します。

出向先労働条件の規律については、出向における「労働条件維持の原則・出向先労働条件の合理性の原則」というものを設定し、それが適用されると主張しています。これによって、出向元より不利に労働条件が決定される事態を規制するというものです。その理由として、労働者・出向先の労働契約は、労働者・出向元間の基本的労働契約を前提に成立する部分的契約関係であること、出向元・先ともに出向によって企業運営上の多様な利益を享受すること、労働者は出向元の労働条件が維持されることに関する期待的利益を有し、それは法的保護に値することを挙げています。

もっとも、出向元労働条件の完全な維持を要求することは現実的でもなければ、適切でもないとして、先の原則を踏まえ、出向先労働条件は、出向元労働条件と比較して合理的内容であることを要し、この限界を超える労働条件は、効力を否定される（労組法16条、労契法7条）としています。

ここでいう出向先労働条件の合理性は、労契法10条が掲げる要素を斟酌して判断するとし、その際には、代償措置の有無（賃金）、不利益緩和措置の有無（労働時間・休日・休暇）が考慮されること、労働義務の変更（職種・職務内容・勤務場所の変更）については、労働者のキャリア、労働者の生活利益への考慮を勘案することを挙げ、審査の結果、合理性が否定される場合には、出向命令権の濫用（労契法14条）として、労働者の出向義務自体を否定すべきであるとします。

出向先労働条件が合理性を欠く場合、出向命令権濫用によって出向義務自体を否定する（労契法14条）、出向自体は有効と解しつつ、労働条件に関する合意部

分のみ無効になると解し、出向元労働条件での履行を請求する、といった法的救済の方法が考えられるが、労働者はいずれかの効果を選択的に主張できると解するとしています。

本論文は、これまであまり論じられてきていなかった出向中の労働契約関係について詳論するものです。権利義務の配分関係について、出向労働関係の法的性格に則して客観的に解釈すべきとしている点、具体的には、賃金支払い義務について、出向元を原則支払い義務者とし、出向先を併存的債務引き受け者と位置づけている点、労働条件について、出向における労働条件維持の原則、出向先労働条件の合理性の原則を提示する点に新しい主張があると考えられます。

賃金支払い義務については、これまでの裁判例のなかにみられる見解のばらつきに対して、一定の方向を示すものと評価できるものと思われれます。また、労働条件維持の原則、出向先労働条件合理性の原則という考え方は非常に興味深いものです。とりわけ、出向が日常化し、またリストラ出向が常態化している社会状況のもとでは、出向を命じられる労働者の権利利益の保護という観点から、重要な主張であると思われれます。

今後、出向先労働条件が出向元より有利な場合、あるいは出向先における労働条件の不利益変更の場合、それから、これは本論文では指摘されていませんが、出向元における労働条件不利益変更の場合、その時点での対応及び復帰した場合の対応、多重出向の場合といった複雑な状況を呈することの多い出向について、土田先生の見解がどこまで妥当し得るかという部分をさらに詳細に詰めていくことが求められていると考えられます。

● 討 論

* 出向における労働条件の維持の原則

水島 「権利義務の配分関係は、出向労働関係の法的性格に則して客観的に解釈すべき」というご意見を提示されたこと自体は評価いたしますが、しかし、出向契約関係も契約であり、法律があるわけでもないのになぜ「客観的に解釈すべき」なのか、少々疑問に感じました。

土田 この論文は2部構成でして、第1部で出向元・出向先と労働者の間の権利義務の内容がどう配分されるかを論じ、それを受けて、第2部では、出向労働関係を規律する客観的規範について論じています。ま

た、出向労働関係を規律する客観的規範にも、①出向元・先間における権利義務の客観的配分の規範と、②出向における労働条件維持の原則・出向先労働条件の合理性の原則があると考えています。

ご指摘の点は、①に関わります。私は、賃金支払義務の配分関係については、出向元・先間の併存的債務引受と構成する立場ですが、出向先の賃金支払義務については、労働者・出向元・出向先の3者間合意によって免責できると考えています（免責的債務引受）。つまり、出向元・先の権利義務に関する客観的規範は、任意的な法原則であり、デフォルトという位置づけです。出向元の賃金支払義務の免除は公序違反により無効ですが、出向先の賃金支払義務という客観的規範はデフォルトなので、「客観的に解釈すべき」という解釈論でも可能と考えています。出向先への懲戒権の帰属を直ちには認めない解釈や、出向先における守秘義務の免除についても同様です。

デフォルトを決めずにすべて3者間合意で取り決めたらどうなるか。例えば、出向元・先の賃金支払義務を自由に免責したり、出向先に懲戒権を与えたりという解釈を野放図に認めるのは、出向労働関係の法的性格（労働者・出向元間の基本的労働契約、労働者・出向先間の部分的契約関係）からしても、労働者保護の観点からもおかしいという趣旨です。

竹内 例えば出向元の賃金支払い義務を免除するのは労働契約関係の本質に反するような約定で許しがたく、それが公序だということだと思いますが、そのようなルールをとれないという意味での規範が立てられることは別に、デフォルトのルールが出向関係については設定し得ることの根拠は、どの辺に求められるのでしょうか。

土田 それは結局、今述べた出向労働関係の法的性格に求められることとなります。

緒方 本論文によれば、出向における労働条件維持の原則と出向先労働条件の合理性の原則については、部分的労働契約関係であること、企業運営上の多様な利益を享受すること、労働者は出向元の労働条件が維持されることに関する期待的利益を有し、それは法的保護に値することによって、デフォルトとして設定された原則を導き得るということですよ。こういった原則を提示することは非常に重要だと思います。当事者が何の取り決めもしていない場合、取り決めはなされているが、その内容が不合理であった場合に、法的

処理・法的救済が明確かつ容易になるのではないかと思います。

竹内 処理が容易になるという意味ではもちろん有用性がありますが、裁判例でこれまでがこうだったという説明は第1部で与えられていますが、それ以外のデフォルトルールでなぜないのかということです。

土田 今の点は、②の出向における労働条件維持の原則・出向先労働条件の合理性の原則に関するご指摘ですが、これら原則の根拠も、出向労働関係の法的性格にあると考えています。つまり、出向においては、包括的な労働契約は出向元との間にあって、出向先との間には出向期間中のみ部分的な権利義務関係が移転するという意味での部分的契約関係が成立するのであり、その法的性格からすると、出向元の労働条件の維持を原則とすべきだし、出向先において労働条件が変動する場合も、その内容は合理的でなければならぬということです。ただし、これら原則も絶対的ではなく、出向先労働条件が合理性を欠く場合も、出向元・先は、労働者の真意に基づく同意を得ることで、その労働条件を実現することが可能と述べています。その意味で、これら2原則もデフォルトルールという位置づけです。

水島 出向先の労働条件というのは、出向元の労働条件がベースにあって、それが部分的に移るものだから、法的性格に則して合理的であるべきだというのは理解できたのですが、そのことと、出向先が賃金について併存的債務引受をすることとはどのような関係にあるのでしょうか。

土田 まず、併存的債務引受については、出向の場合、労働者は出向先と同時に出向元に対して労働義務を負っているため、出向元は、出向先における労働義務違反や服務規律違反を理由とする責任追及が可能です。出向先も、懲戒規定によってはできます。そういう意味での出向先との権利義務関係を認めておきながら、出向先の賃金支払義務を認めないのは、労働と賃金の対価関係からすると少なくともノーマルではないから、出向先の賃金支払義務を認めるべきだと考えています。

次に、出向労働関係の法的性格との関係ですが、賃金支払義務の場合は、その内容（賃金水準）に現れます。つまり、私は、労働者・出向元間の労働契約が基本である以上、賃金支払義務は、第一次的には出

向元が負うと考えています。したがって、出向先が併存的債務引受によって賃金支払義務を負う場合に義務内容となる賃金水準は出向元の水準となります（出向における労働条件維持の原則）。また、出向先で賃金が不利益に変動することを例外的に認める場合も、その内容は出向元基準に照らして合理的でなければなりません（出向先労働条件の合理性の原則）。要するに、出向先との関係においても賃金支払義務を認めるべきだけれども、出向労働関係の法的性格によれば、出向元との包括的労働契約が基本であり、出向先との関係は、出向元の賃金支払義務を内容とする二次的な関係にとどまるという考え方です。

水島 出向における労働条件維持の原則といった規範に反するような出向関係が生じた場合には、出向労働契約のその部分が無効になるという理解でよろしいでしょうか。

土田 2つの解釈方法があります。まず、出向における労働条件維持の原則と出向先労働条件の合理性の原則がある以上、これに反する出向については労働者に義務が発生しないものと解し、出向命令そのものを無効とするという方法があります。それから、出向先に向出した上で出向元労働条件の履行を請求するという方法もあり、労働者は、いずれかの効果を選択的に主張できるという構成です。

*部分的労働契約関係とは何を指すのか

竹内 それでは、出向先との間でも、部分的だけれども労働契約関係があるのが前提と理解していいでしょうか。労働者派遣では、派遣先が指揮命令しているからといって、賃金支払い義務を併存的に負うべきだという考えにはならないと思います。ここでいう部分的労働契約関係とは、何を指しているのでしょうか。

土田 部分的労働契約関係については、労働者・出向元間の権利義務関係が部分的に出向先に移転するという構成をとっています。ところで、自分でも悩んだ点は、労働者が出向先に対して労働義務を負い、出向先も併存的債務引受で賃金支払義務を負うと考えると、ひょっとすると出向先との間でも包括的な契約関係の成立が肯定されるのではないかという疑問があります。しかし、そうではないと考えています。私見のように、併存的債務引受という形で出向先が重疊的に債務を負うと解するとしても、賃金の水準・額や体系を決めているのは出向元であるという通常のケースでは、包括的な契約関係は出向元との間にもみ成立し

ていると考えるべきです。その意味で、出向先との関係は、包括的ではなく、あくまで二次的な関係、つまりは部分的契約関係だと考えています。

水島 私も派遣先の賃金併存債務引受のことが気になっていたのですが、派遣と出向は類似している点があり、そうすると派遣先についても併存的債務引受の話が出てくるのかと思ったのですが、出向と派遣では何が違うのでしょうか。

土田 本来は、法律関係ではなくて事業性の有無で分けるべきだと思います。しかし、現行法上は、法律関係の内容によって出向と派遣を区分しており、二重の労働契約が成立するのが出向、そうでないのが派遣という分け方をしているので、それを前提としています。では、派遣はどうかという点は、この論文を書いているときにも問題意識としてはあったのですが、いずれ検討する必要があると思います。

竹内 部分的労働契約関係について、出向元と結ばれているような意味での包括的な労働契約関係ではないことはわかったのですが、他方で、派遣関係を念頭に置いた場合には、派遣先とは指揮命令関係はあるけれども、それは労働契約関係ではないとされているわけですね。包括的ではないけれども、部分的な労働契約関係というのが、実質的には指揮命令関係の存在を言っているのか、指揮命令関係プラスアルファの何かがあるのか、そのところがあるかないかによって、派遣にも及び得るのか、及び得ないのかという議論が変わってき得るのではないかと思います。包括的ではないけれども部分的というのをより積極的に定義すると何かということが明らかになると、今の問題が先に進むのではないのでしょうか。

土田 もちろん、指揮命令関係プラスアルファの関係（部分的権利義務の関係）が必要だと思います。出向労働関係においては、ほとんどの権利義務は、この権利義務が出向元で、この権利義務は出向先というように、きれいに2つに分かれることはありません。労働者の義務でいうと、労働義務も、守秘義務・競業禁止義務等の付随義務も、出向元・出向先に重畳的に帰属するのが通常です。例えば、守秘義務、競業禁止義務の場合、全く業種が異なる会社に出向した場合の義務内容は、出向元と出向先で大きく異なることがあります。そうすると、出向先との関係で義務を認めざるを得ないわけですが、出向元に対する義務ももちろん肯定すべきこととなります。逆に、使用者の義務で

いうと、安全配慮義務も、基本的には出向先が負いますが、出向元にも帰属します。こういう権利義務の重畳の帰属によって部分的契約関係が成立するという趣旨です。

一方、指揮命令関係だけで部分的契約関係が成立するとなったら、それこそ派遣でも成立してしまいます。ですから、そこは分けて考えるべきだと思います。ただし、派遣でも、安全配慮義務だけは派遣先も負うことになるかもしれません。

竹内 派遣の場合は併存的かどうかわかりませんが、確かに派遣先について見れば、安全配慮義務があるという話は出てき得ると思います。

土田 それはそうでしょうが、先ほど述べたように、現行法上の出向と派遣の区分基準を前提とすると、今述べたような形で割り切るしかないと思います。

●紹介

金久保茂『企業買収と労働者保護法理——日・EU 独・米における事業譲渡法制の比較法的考察』

緒方 我が国ではM&A（企業の合併・買収）に関連する法整備が急速に進められ、M&Aが企業の事業戦略として位置づけられています。具体的には、合併手続の簡素化、独禁法の改正による純粋持ち株会社の解禁、持ち株会社の設立を容易にするための株式交換・株式移転制度の導入、産業活力再生特別措置法の制定、会社分割法制、簡易な営業全部の譲り受け制度の導入、民事再生法の制定、会社法の制定により、企業の柔軟な組織再編が可能となっています。

本書は、M&Aに際して起こり得る労働関係の移転、承継、人員整理、労働条件の切り下げといった労働関係に関する重要な諸問題は、とりわけ事業取得型において懸念され、従来から立法措置の検討の必要性が指摘されていことを踏まえつつ、この事業取得型、中でも事業譲渡における労働者保護問題を検討するものです。

事業譲渡における個別労働関係の承継、集团的労使関係の承継、そして買収時の労働条件の不利益変更の3点に関する裁判例の展開あるいは到達点を明らかにし、現在の課題を示しています。また、ドイツ法、アメリカ法における事業譲渡と労働環境をめぐる判例、学説、立法の展開を丁寧にとった著作と位置づけられます。

そのように丁寧に書かれた著作ではありますが、いまひとつ明確でないように思われたのは、ドイツ法、

アメリカ法との比較法的検討を通じて、何が得られたのか、という点です。著者は比較法を行ったあとで、日独米の法制度の違いが生じる背景を指摘していますが、そこで指摘された背景にある発想が日本には取り入れられないのか、取り入れられないとすれば、その理由は何かといった点への言及、主張が欲しかったようにも思います。

例えば、ドイツでは事業所有者の交代の場面を解雇保護の欠缺の場面と捉え、民法典613条aを制定しています。そこには、労働者の職場保持権という発想があるのですが、それがなぜ日本には持ち込めないのか、あるいは持ち込むべきでないと考えるのか。また、本書ではコーポレート・ガバナンスにも言及されていますが、コーポレート・ガバナンスにおける労働者の位置づけについては、アメリカとドイツとで違いがあるところですが、著者は、そもそもコーポレート・ガバナンスについてどのように考えるのか、また米・独の違いをどのように評価するのか、といった点について言及があれば、より一層説得的であったのではないかと思います。

たしかに、ドイツ法の検討の成果は、本書の最後の方にある「労働契約承継立法の是非」において、自動承継立法の抱える問題点を指摘するところで生かされてはいますが、そこにとどまるとするとややもったいないような気もいたします。

● 討 論

* 「非承継説」でどこまで救えるか

水島 金久保先生は原則非承継説をとられています。合意承継説にかなり近いと理解してよろしいですよ。

緒方 そうだと思います。

水島 それと、緒方先生が指摘された労働者の職場保持というのは、経済的保障のような意味でとらえてよいのでしょうか。書名に労働者保護法理とありますが、労働者保護といっても経済的保障だけでなく、同一使用者のもとで働き続ける利益とかいろいろな要素があるわけで、金久保先生が目指している労働者保護はどのようなものなのでしょうか。

緒方 本書の結論は明確に書かれていると思うのですが、金久保先生がどういった意味で「労働者保護」として論じているのかが、いまひとつよく理解できませんでした。

水島 たとえば、ドイツ民法典613条aのような規定が労働者保護のために必要であるという論を展開していただくとわかりやすいのですが、そうではないのですよね。

竹内 1つおもしろいと思われる点を挙げると、先ほどの倒産法制の話のテーマでもありますが、事業を再構築して生き延びていかなければならないという視点が、事業譲渡における労働者保護との関係でどういう位置づけとなるか、この点について労働法的考察ができないかと試みている可能性があります。これについての結論は明確ではないかもしれませんが、視点は打ち出されていると思います。

水島 立法的措置以外の手段で労働者の保護を実現させるための手法として、労使協議の場を設定する手続的アプローチや解雇の場合の金銭補償が挙げられていたかと思います。私は基本的にはこのような手法に賛同する立場ですが、このような消極的な手法で労働者保護と言ってよいのかというところは、躊躇します。

土田 私は、日本法に関する本書の解釈論は有意義だと思います。金久保先生は基本的に原則非承継説で、私もその説ですが、これを徹底すると労働者を全く保護できません。労働契約を承継する旨が譲渡当事者間の合意に入っていないとどうしようもなく、労働者を救済するためには、立法を待つしかないわけです。私が金久保先生の志を買ったのは、原則非承継説という裁判所に通用する理論に立ちながら、どこまで救済できるかという努力をしている点です。

一番それを感じたのは、原則非承継説でいくと、あまりに労働者に不利益・リスクが転嫁され過ぎるので、合併や会社分割に類似するような、事業自体に同一性があるケースに限って解雇法理を類推すべきだと述べている箇所です。

それなら解雇法理を類推する東京日新学園事件の一審判決（さいたま地判平16・12・22 労判888号13頁）のような考え方でもいいと思うのですが、それだけでは不十分だと述べて、譲渡会社による解雇・不承継特約・譲受会社による不採用を全体として解雇と同視し、それら法律行為を無効にしなければならないと述べています。こうして、全体のプロセスを解雇と見て、まず譲受会社による不採用の効力を否定するという論旨です。

次に、東京日新学園事件一審や解雇法理類推適用説の問題点は、譲渡会社による解雇を無効にしたからと

いて、なぜ譲受会社との労働契約承継を肯定できるのかという点にあります。そこが最大のネックで、原則非承継説に至らざるを得ない大きな理由です。そこを何とか頑張って、譲受会社による不採用を解雇と同一視して無効とした上、無効となった部分を譲渡当事者の合理的意思表示によって補充し、一定の労働契約を承継する旨の合意を認定するという解釈論を示しています。このような合理的意思表示が妥当するのは、譲渡会社・譲受会社に実質的に同一性がある場合に限られますが、それでも、一定の範囲で労働者を救済することが可能となります。この解釈は、もともとの原則非承継説からすれば、労働者保護の要請に何とか応えようと試みたアプローチであり、優れた研究だと思います。

●紹介

神吉知郁子『最低賃金と最低生活保障の法規制——日英仏の比較法的研究』

土田 神吉先生は、この文献の後に、日本労働法学会誌120号の論文（「最低賃金と法規制・労使自治・生活保障——日英仏の最低賃金規制の比較法的検討」〔2012年〕）で少し敷衍していますので、同論文も参照してご紹介します。

本書の検討課題は2つあり、第一は、最低賃金の決定は契約自由の原則を修正しているところ、その正当化原理は何かを検討するということです。ここでは、手続的正当化と実体的正当化という2つのアプローチがあると指摘しています。第二の課題は、最低水準の決定のあり方をどう考えるかということで、社会保障制度との関連性を詳細に検討しています。こうした考察を促す状況の変化は平成19年の最低賃金法改正にあり、それまでの完全な手続的制度から、最低賃金に関する絶対的概念の導入と社会保障制度との整合性の要素が入ってきたと指摘しています。

2つのアプローチについては、手続的アプローチは労使当事者の合意プロセスを正当化根拠とし、実体的アプローチは最低賃金額の妥当性をもって正当化根拠とすることを明らかにした上で、イギリスとフランスについて検討しています。イギリスは、基本的には手続的正当化だけれども、実体的正当化アプローチに転換した。フランスは、もともと実体的正当化アプローチだけれども、徐々にアレンジされてきたということです。

社会保障制度との関連性については、イギリス法、フランス法ともに、最低賃金以外のセーフティネット、つまりワーキングプアに対する所得保障制度（例えば給付つき税額控除制度）が充実しているという事実を発見しています。こうした比較法的研究が、その後の日本法の研究に活かされています。

日本法の考察ですが、まず、決定方法のあり方は手続的正当化アプローチに終始しており、平成19年改正によっても変化していないと評価しています。次に、最低賃金の水準の決定のあり方ですが、社会保障制度との関連が乏しいという点を強調しています。日本の場合は、働く貧困層に対する社会保障制度が欠落している。イギリス、フランスではそうした制度が存在するのに対して、日本における社会保障制度は、稼働能力を持たない者のための制度に終始している。そこで、非連続形になり、働く貧困層に対する社会保障制度は貧弱なので、最低賃金の役割が過大になっているというわけです。

したがって、今後の政策的な方向性の示唆としては、最低賃金制度のみではなくて、社会保障制度と連動しながら展開しつつ、現在過大となっている最低賃金制度の役割を画する必要があると指摘しています。より具体的には、最低賃金に頼る結果、最低賃金と生活保護の逆転現象が起きたり、最低賃金を引き上げた場合に企業の雇用インセンティブに大きな影響が出てきたりするという問題点を指摘しています。これも、最低賃金に過大な役割を担わせるべきではないという主張に連動してきます。

本書の意義ですが、最低賃金制度をめぐる課題として、決定方法のあり方と水準の決定のあり方という検討の視点は非常にすぐれたものだと思いますし、最低賃金制度と社会保障制度を連動させながら展開して、最低賃金制度の役割を一定程度画すべきと指摘した点は、非常に有意義と思います。

ただ、最低賃金問題には経済学、財政学、行政学といったアプローチが入ってきますが、神吉先生の場合にはもちろん法学的なアプローチをしています。最初の重要な課題として手続的正当化アプローチと実体的正当化アプローチを掲げて、それぞれ比較検討し、日本での問題点を述べていますが、最初に課題設定した契約自由の原則の修正の正当化根拠については、あまり突っ込んだ検討がありません。法学者の研究としては、ここは重要と思われるところで、この点にはやや

不満が残りました。

● 討 論

* 社会保障と最低賃金

水島 土田先生からご説明があったように、日本における社会保障制度は稼働能力を持たない者のための制度に終始しているというのはまさにそのとおりです。たしかに、稼働能力を持っていても働く場所がないときなどは生活保護を受給できるのですが、それは限定的であり、典型的なワーキングプア層への社会保障政策が欠如している状態です。

社会保障でセーフティネットを説明するとき、生活保護があって、その上に失業時の雇用保険（基本手当）のネットがあって、その上に最低賃金があって守られていると言うことがあります。そうした意味では最低賃金もセーフティネットの1つであって、広義の社会保障に含まれるという理解は可能です。ですが私としては、ワーキングプア層に対する保障は、最低賃金ではなく、本来その他の社会保障が考えていくべき問題と考えています。現時点では、社会保障が不十分なために最低賃金を引き上げざるを得ない状況です。

緒方 そうですね。最低賃金制度については、現実には、700円とか800円の最賃を1000円にすべきか否かという点での議論が中心になってしまっていますよね。

水島 それから神吉先生は手続的正当化アプローチを維持していることを評価されているように理解したのですが。

土田 おそらく、消極評価しています。

水島 なるほど、消極評価ですね。手続的正当化アプローチで事実上の団体交渉という言い方をされているのですが、この表現には少し違和感がありました。神吉先生ご自身も、本来的な団体交渉とは異なり、ストライキなどの手段が予定されているわけではないと言われていますが、団体交渉といっても交渉内容は賃金額だけです。仮にほかのことを交渉しても、交渉成果は口約束にとどまります。そうすると、団体交渉というよりも労使が参加する手続がとられているということではないかと見ています。

神吉先生は労使が交渉、公が調停者という位置づけをされていて、たしかにそういう場面もありますが、ある程度労使で話をして後は、公労、公使で話を詰めていく形が一般的ではないかと思います。我々が労働

法の世界でイメージしている団体交渉とはかなり違います。

土田 学会誌のほうでは少し表現を変えていて、こう述べています。手続的正当化アプローチに当たる「正当化根拠は、自ら声を上げられない低賃金労働者に代わって疑似団体交渉を行うという意味での「労使自治」の補完にある」と。その意味ではより正確を期しているのかもしれませんが。

それから、現実を認識すべきという点は、確かにそうですが、この本は、最低賃金制度のグランドデザインを描こうとしたものなので、最賃1000円をどう評価するのか、800円から1000円にすることについてどう考えるのかを求めるのは、少し違うと思います。

緒方 水島先生がおっしゃったのは、そのグランドデザインの中で何が必要なのか、そのパーツとか枠だけでも示してほしかったということではないでしょうか。

土田 それは大変だと思います。つまり、経済学の話になってくるから。

水島 実体的正当化アプローチをとり、公が積極介入し、あるべき最賃をめざすのであれば、最賃1000円という方向性はありうると思います。しかし最賃は、公費による社会保障制度ではなく使用者が支払うべき賃金の問題ですから、公が勝手に決めたのではその最賃を守ることにはできないと私は考えています。

土田 そこは、先ほど私が述べた不満と共通しているかもしれませんが。最低賃金法によってなぜ契約の自由の原則を修正できるのか、その修正を法的にどのように正当化するのかということを示してくれば、一定程度答えが出るのかもしれませんが。

水島 そうですね。とくに地域別最賃では、どのようにして契約の自由の原則の修正を正当化するのかという観点が重要になってくると思います。地域別最賃と比較すると特定最賃のほうが労使交渉的な意味合いも強く、ある特定の産業の中でどのように公正競争をしていくかといった要素もありますので、労働法的にはより関心がありますね。神吉先生にはぜひ特定最賃の研究も進めていただきたいと思います。

おわりに

緒方 今回、座談会という形式を通じて、先生方とさまざまなテーマについて議論をさせていただき、非

常に勉強になりました。また、今回は外国法研究は検討の対象外としたのですが、比較法的な検討を通じた本格的な理論的研究の文献が多く、あらためて比較法研究の重要性を認識しました。日本で生じているさまざまな労働法上の問題は、アメリカ、ドイツ、フランスなど他の国でも共通して生じている問題でもあります。比較法を通じて、日本で生じている諸問題を相対化し、また各国のさまざまな法制度を分析することによって法的課題を乗り越えるための手がかりを得ることのできる可能性は決して小さくありません。このような研究手法は、私自身の研究においても常に意識していくべきであるということを再認識できたように思います。

水島 座談会の文献を収集していて、基本的なテーマは今なお深めていく必要があることを実感しました。法改正や働き方の変化に振り回されているだけではなく、基本的なテーマを掘り下げることの意義を痛感しました。

関連法分野の研究の必要性も強く感じました。使用者は企業経営を行うにあたり、労働者との関係だけではなく、株主や債権者その他の当事者との関係も考慮しそれらの利益にも配慮して、経営上の判断をしていくわけで、そこには労働法制以外の法規制も多数関わってきます。法規制ごとに縦割的に見ていくだけではなく、使用者がそれらの法規制にどのように対応しているのか、その対応によっては労働関係にも影響を与えることになりまますから、労働法の側からもしっかりと考えていかなければならないと思いました。ちょうど来週、大阪の倒産法の弁護士の先生方を中心とする研究会に、座談会で論文をとりあげた池田先生が講師としていらっしゃりお話しされるのですが、倒産法の先生方とどのような議論になるか、楽しみです。

竹内 今回は、はじめの土田先生のコメントにもあった通り、労働法の基本的なテーマについての理論的考察を行った力作の研究に恵まれた、との印象を抱きました。こうした業績をきっかけとしつつ、学界全体として、議論が更に活発化し、研究が一層深化すればと思いますし、また、自身もこれに加わらねばとの気持ちを新たにしました。今回の座談会での議論も、これらの業績を礎とした更なる議論の糸口を提供するものとなれば幸いです。

なお、3年間の学界の動向をレビューする仕事は、大変ではありますが、若手の研究者としては、非常に

良い勉強の機会でもあると、前回、今回の座談会に参加させていただいて感じました。次回以降も、ぜひ、参加者に若手の研究者の方を加えていただければと思います。

土田 私は、数年前に、同じ日本労働研究雑誌の企画で、鳥田陽一先生とともに、「ディアローグ労働判例この1年の争点」を担当し、多くの裁判例を勉強してしんどかったのですが、今回、多くの研究業績を読んで批判的に検討するという作業は、さらにしんどいものでした。しかし、皆さんとのコラボレーションのおかげで、久しぶりにじっくり学説を勉強し、また議論ができて、実に有意義でした。

次に、冒頭でも述べましたが、今期は、労働法の基本的なテーマに関する理論的研究が豊富で、学界展望のし甲斐がありました。重要な理論的テーマについて、従来の枠組みに安住することなく野心的にアプローチする研究が豊富でしたし、裁判例や実務の動向とは関係なく、労働法の基礎理論的研究に取り組む業績も多く見られました。一時期、司法試験やロースクールとの関係で、労働法の教科書の出版が盛んな一方、理論的研究が低調ではないかという指摘がありましたが、この3年間は、理論的研究が活発で、実り豊かな時期だったと評価できるのではないのでしょうか。他方、注目される業績がやや特定の研究者に偏在しているという印象もあります。学界全体として、労働法が直面する様々な課題に取り組んでいく必要があると思います。その意味では、これも冒頭で紹介した複数研究者によるプロジェクト研究は有意義で、今後もこうした取り組みが活性化することを期待したいと思います。

(2013年12月7日：京都にて)

おがた・けいこ 広島大学大学院法務研究科教授。最近の主な著作に「女性の労働と非正規労働法制」根本到・奥田香子・緒方桂子・米津孝司編著『労働法と現代法の理論——西谷敏先生古稀記念論集〈上〉』(日本評論社、2013年)。労働法専攻。

たけうち(おくの)・ひさし 早稲田大学法文学部准教授。最近の主な著作に『労働法』(共著、有斐閣、2013年)。労働法専攻。

つちだ・みちお 同志社大学法学部・法学研究科教授。最近の主な著作に『労働法概説(第3版)』(弘文堂、2014年)。労働法専攻。

みずしま・いくこ 大阪大学大学院高等司法研究科教授。最近の主な著作に「使用者の健康配慮義務と労働者のメンタルヘルス情報」『日本労働法学会誌』(2013年)。労働法・社会保障法専攻。