

中小企業に対する労働法規制の現状とあり方

山川 和義

(三重短期大学准教授)

本稿は、中小企業に対する労働法規制の現状を確認し、その今後のあり方について検討をするものである。まず、労働関係にみられる中小企業の特徴を整理したうえで、現在の労働基準法などの労働法規制においては中小企業に対して、その経済的負担能力や事務能力を考慮して一定の中小企業に対して義務の免除や緩和、猶予などが行われているが、これらの中小企業への配慮により一部の労働法規定による保護を受けられなくなった中小企業で働く労働者の不利益が考慮されていない点が問題であると指摘した。他方、労働契約法理では、中小企業に対する配慮は特にみられず、大企業正社員を想定して形成されてきた労働契約法理により中小企業の紛争をはかろうとすると、労働契約法理が十分機能しなかったり、全く手当がされていない部分があることを指摘した。本稿では、以上の問題状況を踏まえ、これからは、中小企業の状況に配慮する場合は、これまでのように経済的負担能力や事務能力の低さという中小企業側の問題だけでなく、中小企業の労働関係にみられる様々な特徴にも配慮し、かつ、平等原則の観点から中小企業以外で働く労働者に対する労働法規制とのバランスを考慮した労働法規制を行っていく必要があることを指摘し、いくつかの具体的な問題について検討を行った。

目次

- I 問題設定
- II 労働法における中小企業の特徴
- III 中小企業に対する特別な労働法規制
- IV 中小企業に対する労働契約法理の配慮と実効性
- V 中小企業に対する労働法規制のあり方

I 問題設定

本稿は、中小企業に対する労働法規制の現状を確認し、労働法における中小企業に対する特別な配慮の必要性の有無、およびそのあり方の検討を試みるものである。本稿の検討は、次の問題視角を前提とする。

ひとつは、労働法の目的達成のために課される負担は企業規模によって異なるが、労働法において、それはどのように考慮されるべきかという視

角である。労働法は、すべての労働者に対して、その基本的人権の保障、人間的な労働条件の確保、合理的な労働条件決定・変更を通じた労働契約関係の安定、雇用平等の実現などを目的とする。労働者からみると、大企業であろうと中小企業であろうと、企業規模にかかわらず、これらの目的は等しく達成されるべきである。他方、使用者側からみると、この目的達成のために課される負担は、大企業と中小企業とでは異なるのが実情であろう。この負担の差異が大きくなりすぎると、使用者間での不公平感が高まるし、負担そのものが大きくて耐えられないようなものとなれば、使用者が労働法規制に従うことが事実上困難となりうる。このことが労働法の目的達成を阻む要因となりうる以上、具体的な労働法規制において企業規模を考慮する必要の有無、その程度などは検討しておくべき課題と考える¹⁾。

またひとつは、従来の労働契約法理は、中小企業労働者の状況を十分考慮しているのかという視点である。たとえば、労働条件変更に関する法的紛争に対して、労働契約法は合意原則を中心としながら、就業規則変更法理による対応を行っている（労契法9, 10条）。この状況からは、やや形式論かもしれないが、労働契約法には就業規則作成義務のない小規模事業場での労働条件変更紛争を想定した規定が十分に設けられていないように思われる。また、後述するように、大企業と中小企業ではいわゆる日本の雇用慣行が妥当する程度に差異がみられる。日本の雇用慣行の影響を強く受けた判例法理がそのまま中小企業の労働紛争に適用されるのであれば、その妥当性は確認されるべきである²⁾。

そして、中小企業の数是非常に多く、事業者(421万人)のうち99.7%(385万人)が中小企業・小規模事業者である³⁾。また、『平成24年労働力調査(基本集計・年報)』⁴⁾によれば、雇用労働者総数6270万人のうち、100人未満の事業所で働く労働者数は2447万人と、全労働者の4割近くを占めている。このような数字から、量的にみても、労働法と中小企業との関係の整理や何らかの配慮の必要性の検討をすべき状態にあると考える。

本稿では、以上の問題視角を前提として、中小企業に対する労働法規制の現状とあり方について検討するが、まず、労働関係にみられる中小企業の特徴(Ⅱ)と、中小企業に対する特別な労働法規制の内容と趣旨(Ⅲ)、労働契約法理における中小企業への配慮の有無・状況などを確認する(Ⅳ)。それらを踏まえて、現状の問題点を整理した上で、労働法は中小企業に対して何らかの配慮をすべきか、また、配慮をすべきであるのであれば、それはどのようなものとなるべきかなどについて若干の検討を試みたい(Ⅴ)⁵⁾。

Ⅱ 労働法における中小企業の特徴

1 労働法における中小企業概念

法律上の中小企業概念の例をみてみると、中小企業基本法が、中小企業の成長発展や小規模企

業の活力の最大限の発揮を基本的理念として(中小企業基本法3条)、資本金または出資額、常時使用する従業員の数、業種に基づいて中小企業者の範囲を定義している(中小企業基本法2条1項⁶⁾)。他方で、労働法には一般的な中小企業の定義規定はなく、個々の法律規定の想定する中小企業(零細企業)の内容は、その規制目的に照らして、資本金または出資額や業種を考慮に入れるか、常時使用する従業員の数を何人に設定するかなど、多様となっている(後述、Ⅲ参照)。

このように中小企業の範囲そのものが流動的である状況では、わざわざ中小企業というものを観念して、中小企業と労働法の一般的な関係を論じる必要性そのものに疑問が生じてくるところではある。しかし、本稿冒頭で述べたような問題があることからすれば、中小企業概念を法的に明確に定義できないとしても、中小企業と労働法の関係については検討すべき余地がある。

2 労働関係にみられる中小企業の特徴と問題

ところで、中小企業とは大企業と対比されることばであり、企業規模が大企業よりも小さい企業のことをいう。つまり、ここにいう中小企業の特徴とは、企業規模が相対的に小さいことによって生じる特徴のことをさす。この代表的な特徴としては、使用者の経済的負担能力の低さや人的対応能力の低さなどがあげられるが、このほかにも労働関係においては次のような特徴がみられる。

まず、統計データを参考にみてみたい。労働条件についてみると、大企業(1000人以上)の労働者(男性正社員)の賃金を100とすると、中企業(100~999人)82、小企業75と、大企業と比べると中小企業は賃金が低く⁷⁾、企業規模間賃金格差が明確に存在している。また、年次有給休暇をみると、企業規模が小さくなると付与日数が少なくなり、取得日数も低くなる傾向にある⁸⁾。これらは中小企業の経済的負担能力の低さや人的対応能力の低さをあらわす例と考えられる。次に、雇用慣行に関して、中小企業の採用においては、大企業と比べて新卒採用の割合が低く、中途採用が多くなる傾向にある⁹⁾。また、企業規模の小さい方が加齢に伴う賃金額の変動が小さく、大企業と比べ

て年功賃金体系があまり採られていないように思われる¹⁰⁾。さらに、労働組合や労使協議機関の集団的な労使交渉の場の状況を見ると、企業規模が小さくなるほど労働組合の組織率は低下し¹¹⁾、労使協議機関の設置割合も低くなる¹²⁾。これらは、中小企業では、大企業と比べるといわゆる日本の雇用慣行による処遇が行われていないことを示すものといえる。また、労働組合や労使協議機関が少ないという点については、中小企業では集団的労使関係を通じた労働条件決定は行われず、労働条件は使用者によって単独決定されやすいとか、いったん紛争が生じたらそれが外部化され法的紛争に発展しやすい原因となるなどの指摘がされている¹³⁾。

このほかにも、中小企業では労使関係がまさに「人間関係」であり、その信頼関係に依拠して日々の業務が行われることが少なくないことや¹⁴⁾、中小企業では人事労務担当の専門職員をおくための資金が乏しいことが指摘されている¹⁵⁾。

以上のように、中小企業には多様な特徴がみられる。これらの特徴が労働法においてどのように配慮されるべきかは、中小企業に対する労働法規制の現状を確認してから検討することとしたい。

Ⅲ 中小企業に対する特別な労働法規制

1 中小企業に対する特別な労働法規制

現行労働法には中小企業に対して特別な配慮を行うものが散見される。ここでは、その内容と目的、規制方法などを整理しておく。

(1) 就業規則の作成・届出義務

就業規則は、多数の労働者を使用して効率的合理的事業経営を行うために統一的に設定された労働条件基準や職場規律である。労基法 89 条は、就業規則が明文化されていない場合の労働条件の不明確さから生じる紛争を防止し、法律違反が行われないよう監督するために、常時 10 人以上の労働者を使用する使用者¹⁶⁾に、就業規則の作成・届出義務を課している。就業規則の作成・届出義務が 10 人未満の使用者に課されないのは、使用者の事務能力を考慮したからである¹⁷⁾。また、

零細企業では就業規則を作成する必要性が低いからとの指摘もある¹⁸⁾。これらを踏まえて、労基法 89 条は、適用除外という方法で、小規模の使用者に対する特別な配慮を行っている¹⁹⁾。

(2) 労働時間規制

労働時間規制にも、中小企業に対する特別な配慮を行う規定がいくつかみられる。まず、労基法 40 条は、商業、映画演劇業、保健衛生業、接客娯楽業で、公衆の不便を避けるために必要なものその他特殊の必要あるものについては、その必要避くべからざる限度で、労働時間に関する規定(労基法 32 条から 32 条の 5)と休憩に関する規定(同法 34 条)について、厚生労働省令で別段の定めをすることができるとする。

この規定に基づいて、労働基準法施行規則 25 条の 2 は、上記事業で常時 10 人未満の労働者を使用するものについて、労働時間の限度を 1 週間 44 時間、1 日について 8 時間と規定している。この規定では、零細規模の商業、サービス業などでは手待ち時間が長いなどの特殊性があることが考慮されている²⁰⁾。ここでは、単に企業規模だけでなく事業の内容があわせて考慮されており、具体的な規制方法は適用除外ではなく、法定労働時間原則の規制よりも緩和された内容での規制が行われている。これは複線的な規制方法といえる。同様に、労基法施行規則 32 条は、労基法 40 条に基づいて、屋内勤務者 30 人未満の郵便窓口業務を行う郵便局において郵便の業務に従事するものについては、休憩を与えないことができると規定する。この休憩の適用除外規定は、規模の小さい郵便局の場合、労働者に休憩を与えることがより公衆の不便をもたらすことに配慮したものと考えられるが、人数が 30 人とやや多い。

次に、労基法 32 条の 5 は、日ごとの業務に著しい繁閑の差が生ずることが多く、かつ、これを予測した上で就業規則等によって各日の労働時間を特定することが困難であると認められる事業(小売業、料理店、飲食店(労基則 12 条の 5 第 1 項))で、常時使用する労働者の数が 30 人未満の事業に従事する労働者を、過半数代表との協定に基づいて 1 日 10 時間まで労働させることを認めている。この非定型変形労働時間制を定める規定は、

規模の大きい事業では、たとえばパートタイム労働者の活用等によってある程度業務の繁忙に対応できるが、規模の小さい事業では、このような方法での業務の繁忙への対応が困難であるという、事業の経済的負担、要員配置の難しさ、事業内容の特性などに配慮して、労働時間規制の弾力化を図っているものといえる²¹⁾。

また、2008年労基法改正により、労基法37条1項但書は1カ月につき60時間を超える時間外労働部分についての割増率が50%以上とされたが、この規定の適用において、中小企業主に対する猶予措置がとられている(労基法138条)。ここにいう中小企業主の範囲は、資本金の額または出資の総額、常時使用する労働者数および事業の種類に基づいて定められており(同条)、中小企業基本法2条1項を参考にしたものである。この猶予措置は、中小企業が労基法37条1項但書に対応するにはその経済的負担が大きいことを考慮したものである²²⁾。改正法では、施行後3年を経過した場合、この猶予措置に検討を加え、必要な措置を講じるとされている(改正法(平成20年12月12日法律89号)附則3条1項)。したがって、この猶予措置は、中小企業の現実の経済的負担能力を考慮すると、長時間の時間外労働の割増賃金率の引上げによる時間外労働の抑制という目的を中小企業が達成するためには、一時的に必要なものと位置づけられ、将来的には(いつになるかは不明だが)撤廃されると考えられる²³⁾。

(3) 安全管理体制の整備

労基法以外では、労働安全衛生法において、安全管理体制の整備に関する規定において事業場の規模が考慮されている。具体的には、労働者が50人未満の事業場では、安全・衛生管理者の設置義務(労安法11条および12条、同法施行令3条および4条)、産業医の設置義務(労安法13条、同法施行令5条)、安全・衛生委員会の設置義務(労安法17条、18条、19条、同法施行令8条、9条)が課されない。これらの義務は、職場における労働者の安全と健康を確保し、快適な職場環境の形成を促進することを目的として課されるものである(労安法1条)。これらは労働者の安全と健康にかかわる規制ではあるが、具体的な義務内容に照ら

して、小規模事業の経済的負担能力²⁴⁾や対応能力の不足²⁵⁾を考慮して、小規模事業を適用除外するという方法が採られている。

(4) 障害者雇用納付金

障害者雇用促進法にも、企業規模に配慮した規定がみられる。障害者雇用促進法は、事業主に一定の割合(民間事業主は2.0%)の障害者雇用義務を課している(障害者雇用促進法43条²⁶⁾)。雇用率を達成できない事業主は、障害者雇用納付金を徴収される。障害者雇用納付金(不足1人当たり月額5万円)は、障害者を雇用する事業主と雇用しない事業主との間の経済的負担を調整し、全体としての障害者の雇用水準を引き上げることを目的として徴収され、雇用率達成事業主に対して、障害者雇用調整金や報奨金として支払われる。

障害者雇用納付金制度の目的は本来企業規模とはかかわりなく達成されるべきものであるが、その制度導入当初(1976年)から中小企業の障害者雇用の状況²⁷⁾や経済的負担能力を考慮して、300人以下の中小企業に対する障害者雇用納付金の徴収が長い間免除されてきた。その後ようやく、障害者雇用のいっそうの促進のため、2010年7月から障害者雇用納付金の徴収対象が200人を超え300人以下の事業主にまで拡大され、2015年7月からは100人を超え200人以下の事業主に拡大されることになっている。ここでも、中小企業の中での企業規模別の障害者の雇用状況や経済的負担能力等の考慮の上で、徴収対象を段階的に拡大するという方法が採られた。

(5) 中小企業に対する助成措置

以上の他、中小企業に対する積極的な助成措置があるので概観しておく。まず、法定の退職金社外積立制度である中小企業退職金共済制度によると、中小企業退職金共済制度に加入した事業主²⁸⁾は、新規加入から1年間、掛金月額の2分の1について国からの助成を受けることができる。これは、独力で退職金制度を設けることが難しい中小企業で働く労働者の福祉の増進を図り、中小企業の振興を図る目的で設けられている(中小企業退職金共済法1条)。また、中小企業労働力確保法によれば、中小企業²⁹⁾やそれを構成員とする事業協同組合が労働力の確保のために労働時間等の設

定の改善, 男女雇用機会均等の確保, 職業生活と家庭生活との両立支援, 職場環境の改善, 福利厚生充実, 募集・採用の改善, 教育訓練の充実その他雇用管理の改善の計画を作成し, 都道府県知事の認定を受けた場合, 様々な助成措置を受けられる。これらは, 労働力確保に積極的に取り組む中小企業の支援と, ベンチャー企業や新分野進出等を目指す中小企業の人材確保・育成, 魅力ある職場づくりの活動を支援するものである。

2 中小企業に対する特別な労働法規制の問題点

以上を踏まえて, 労働法における中小企業に対する特別な配慮の趣旨とその方法などの現状を整理し, 現行規制の問題点を指摘しておきたい。まず, 特別な配慮を行う主な趣旨は, 使用者の事務・対応能力の低さ, 経済的負担能力の低さへの対応である。その際, 労働時間規制・休憩の特例(労基法40条, 労基則25条の2, 同32条), 非定型変形労働時間制(労基法32条の5)のように業種の特性と合わせて配慮される例もある。これらは使用者の義務の免除・緩和に関する規定であるため, 中小企業の労働関係にみられるそれ以外の特徴(本稿Ⅱ2)については考慮されていない。しかし, 就業規則や労働時間に関する規制による保護を受けられない労働者の不利益が全く考慮されていない点において, その妥当性が問われる必要がある。

また, 使用者の事務・対応能力の低さや経済的負担能力の低さに対して特別な配慮が行われるものの, その基準となる労働者数が統一されていない。これは各規定の使用者に対する規制の影響(義務内容の重さ)がそれぞれ考慮された結果であるから, やむを得ない面がある。しかし, 一定の規模の企業に対する経済的負担能力を想定して規制する以上は, 中規模企業と小規模零細企業との差を設けるとしても, ある程度明確な形で労働法規制に共通した中小企業の範囲を定めた方が, 法規制としてはわかりやすい。

特別な配慮の方法をみると, 適用除外(義務の完全な免除), 労基法の最低基準よりも緩やかな別の定め適用(義務内容・規制の緩和, 複線型の規制), 適用猶予(一時的な義務の免除)という方

法がみられる。労働法規制において中小企業に特別な配慮が必要である場合があるとしても, 当該規制において採られた配慮方法の適切さについては検討の余地がある(たとえば, 労基法40条, 労基則32条において, 休憩時間の適用除外という方法が採られていることには疑問がある)。

Ⅳ 中小企業に対する労働契約法理の配慮と実効性

わが国の労働契約法理は採用から解雇にいたるまで, いわゆる日本的雇用慣行(終身雇用, 年功賃金, 企業別組合)を考慮して形成されてきたとされている³⁰⁾が, この日本的雇用慣行は大企業正社員を念頭に置いていたもので, 中小企業で定着してきたとはいいがたい。このように異なる雇用慣行を前提に形成された労働契約法理は中小企業に対してもなんらかの配慮をしているのか, またそこにおいて生じる紛争解決に対して実効性はあるのだろうか。この点について, 解雇と労働条件の決定・変更に関する法理に絞ってみたい³¹⁾。

1 解雇法理

解雇法理は, 終身雇用が一般的なわが国では, 定年前の再就職が困難で労働者が大きな不利益を被るという実情に照らして発展してきたとするものがある³²⁾。そうであれば, 終身雇用慣行のない中小企業に対する解雇制限は説得力を欠くといえる³³⁾。他方, 終身雇用は解雇制限を補強する要素ではあるが, 生存権や勤労権保障³⁴⁾が解雇制限を根拠づけるとするものもあり, この場合は, 企業規模にかかわらず解雇は制限されるべきことになる。このような解雇制限の根拠の議論は中小企業に対する解雇制限の正当性に影響を与えうが, 少なくとも労契法16条に規定される一般的な枠組みのレベルでは, 中小企業に対する特別な配慮はみられない。

また, 整理解雇の場合も, その4要件(人員削減の必要性, 解雇回避努力義務, 人選基準の合理性, 労働組合等との協議)の中に中小企業に対する特別な配慮はみられない。具体的要件をみると, そのいくつかは中小企業(特に零細企業)の整理解雇

雇の有効性判断においては、十分に機能していないものがあるように思われる。まず、解雇回避努力義務についてみると、その具体的措置としては新規採用抑制、残業制限、役員報酬の削減、配置転換、出向、転籍、希望退職の募集など様々なものが挙げられる。しかし、規模が小さく経済的負担能力の低い零細企業においては、そもそもこれらの措置を行うことが事実上可能かについては疑問が残る。つまり、企業規模が小さくなればなるほど、解雇回避のための手段は限定的になり、場合によっては最初から何もできない（要求されない）ということも可能性としてはありうるし³⁵⁾、使用者としても、きちんとした整理解雇をしようと思っても、解雇回避のために何を行ったらよいかかわからないケースが生じる。また、労働組合等との協議については、整理解雇の回避措置、人数、人選等の協議と使用者による事情の誠実な説明が行われることが求められる。労働組合が存在しない中小企業においては、労働者個人ないし全員に対して使用者が状況説明をするにとどまるおそれがあり、そのような状況では具体的協議も期待できず、この要件に実効性があるかについても疑問が残る。

このほかに、違法解雇の救済内容が解雇を無効とする（原職復帰）ものである点が、中小企業の特徴に照らして妥当かどうか問題となりうる³⁶⁾。というのは、中小企業は大企業と比べて、使用者と労働者の間により密接な人間関係が構築され、解雇はその人間関係を破綻させるきっかけとなるため、復職が事実上困難となるケースがより多く生じると思われるからである。

2 労働条件決定・変更法理

労働契約法によれば、労働条件の決定・変更は合意を原則としつつ、就業規則による労働条件の決定・変更を広く認める構造となっている（労契法7条以下）。就業規則の不利益変更（労契法10条）の枠組みそのものは特に中小企業の特徴に配慮がされているものではなく、個々の考慮要素についても、企業規模によって大きく判断が異なりそうなどころはないように思われる。

労働条件決定・変更法理に関して問題が生じる

のは、就業規則作成義務のない使用者が就業規則を作成していない場合であろう。零細企業では、労働組合がほとんど存在していないため、就業規則がない場合の労働条件の決定・変更は労使の個別合意によることになる。この場合、使用者による一方的な労働条件変更は許されず³⁷⁾、労働者の黙示の同意も容易には認められない³⁸⁾。また、労働者がそれに同意したとしても、それが自由な意思に基づいてなされたものと認められるには厳格かつ慎重な判断がなされよう³⁹⁾。さらに、労働契約上、使用者があらかじめ労働条件の一方的変更権を留保しておくことも、明確な根拠が要求されるために、困難である⁴⁰⁾。このように、就業規則のない零細企業では労働条件の変更が難しく⁴¹⁾、労働条件の変更をしようとする零細企業の使用者は、他に変更の手段がない以上、その変更を受け入れない労働者を解雇する可能性が高くなると思われる。

また、このことは、労働条件変更のたびに労働者が変更解約告知にさらされることを意味する⁴²⁾。なお、変更解約告知について、学説には、留保付承諾を解釈論上認めて、解雇の効力を発生させずに提案された労働条件の合理性を争うことが可能であるとする有力説がある⁴³⁾。しかし、裁判例では留保付承諾は認められないため⁴⁴⁾、変更解約告知の対象となった労働者は労働条件変更に合意するか、解雇されるかの二者択一が迫られる状況にある。これは、労働条件変更法理の零細企業の使用者および労働者に対する不備といえよう。もっとも、この場合、零細企業の労働者は自ら労働組合を結成し、自らの労働条件を維持・改善させるべきとも考えられる。しかし、労働条件が必ずしもよくない中小企業で実際に労働組合が結成されていないという状況は、法制度に内在的な問題が存することを示唆していると考えべきであり⁴⁵⁾、零細企業における労働条件変更法理には、やはり不備があると思われる。

V 中小企業に対する労働法規制のあり方

1 中小企業に対する労働法規制のあり方

本稿では、労働関係にかかわる中小企業の特徴として、対応能力・経済的負担能力が低いこと、企業規模間賃金格差があり労働条件が相対的によくない（例、年休）、大企業と比べるといわゆる日本的雇用慣行（終身雇用、年功賃金、企業別組合）が定着していない、労働組合組織率が低く、集团的労使自治による労働条件決定や紛争解決が難しい、労使の人間関係が密接であるため、いったん紛争に発展すると関係の再構築が難しいことなどを挙げた。

また、中小企業に対する特別な労働法規制では、使用者の対応能力・経済的負担能力についての配慮はされているが、労働者の不利益に対する配慮がないこと、また、配慮の趣旨とその方法の関係が不明確で、労働者に生じる不利益が大きくなりすぎのおそれがあり、個々の規制の適切さについては検討する余地があることなどを述べた。

そして、中小企業に対する労働契約法理の配慮と実効性について、解雇法理と労働条件決定・変更法理をみてみたが、整理解雇の四要件のうち解雇回避努力義務は中小企業（特に零細企業）の経済的負担能力の低さや人員配置の余裕のなさなどの点において、労働組合等との協議は、労働組合が存在しない中小企業ではあまり機能しないのではないかと考えた。また、労働条件決定・変更法理については、就業規則作成義務のない使用者とその労働者に対して、労働条件決定・変更ルールが十分に用意されていないため、労働条件変更の際には常に解雇の恐れがあることを指摘した。

以上をみると、これまでの労働法規制では、労働者の不利益と他の労働者との規制のバランスに十分な配慮がなされていない点に、見直されるべき課題があるように思われる。中小企業に対する労働法規制が行われる場合、中小企業の労働関係の特徴に配慮する際に、使用者と労働者の双方の利益を衡量し、かつ、中小企業以外の労働者に対する法規制とのバランスに配慮する必要があ

ろう⁴⁶⁾。

2 具体的な検討

以上の整理をもとに、いくつかの問題について具体的に中小企業の特徴を踏まえた労働法規制のあり方を考えてみる。

(1) 休憩の適用除外

屋内勤務者30人未満の郵便局の郵便業務従事者の休憩付与義務の免除について試みる（労基法40条、労基則32条）。これは、労働者の不利益への配慮がなされていないことから、平等原則に違反する規定と考えるべきである。公衆の不便を考慮すると、労基則32条の郵便業務従事者の休憩に一定の制約を課すことは許される場合があると思われるが、それが休憩付与義務の適用除外という方法で行われるべきかは検討の余地があろう。具体的には、一斉休憩の原則の適用除外（労基法40条、労基則31条）で足りると思われる⁴⁷⁾。中小企業の使用者側の特徴である対応能力や経済的負担能力の低さを考慮して労基法の義務を免除ないし制限する場合には、中小企業の労働者の被る不利益を合わせて考慮し、その調整方法として、規制方法（適用除外、複線型の規制、適用猶予）の検討がなされるべきである。

(2) 解雇法理

解雇法理については、中小企業の特徴を踏まえると、解雇無効・原職復帰という救済内容の妥当性が問題となる。この点については、零細事業場では人間関係・信頼関係が特に濃密であるため、いったん戦力外とした人材の雇用継続が、解雇が無効となることにより強制される負担がきわめて重いことから、仮に零細事業場を適用除外⁴⁸⁾にしないとしても⁴⁹⁾、少なくとも不当解雇の制裁は金銭解決にしておく必要があるとするものがある⁵⁰⁾。これは、零細事業場の特徴を踏まえ、複線型の規制として金銭解決制度を特別に設けるといこととなる。もっとも、平等原則の観点から零細事業場以外で雇用される労働者に対する規制とのバランスを考えると、解雇される労働者側が原職復帰を望む場合にはそれを認めるべきであり、労働者がどちらかを決定できる規制にする必要があるあろう。

(3) 労働条件決定・変更

上述のように、現状では、就業規則の作成義務がなく、実際に就業規則を作成していない使用者と労働者の労働条件の決定・変更についてのルールがなく、ここでは労働条件変更か解雇かという二者択一を迫られる状態となると考えられる。零細企業において労働組合が存在しない状況をかながみれば、労働組合の組織化を促すのは実際的な方策といいがたい。この対応方法として、常設の労働者組織を創設する必要があるとするものがみられるが⁵¹⁾、常設の労働者組織をつくりそれを運営していくことが零細企業で働く労働者にとって負担となりかねない点を考慮する必要がある。他方、労働条件の最低基準規制のほか、合理的な理由のある場合のみ逸脱できる一般的な労働条件基準を設定することを提案するものがみられる⁵²⁾が、結局、零細企業は最低基準しか適用されない状況になりかねないなどの批判がみられる⁵³⁾。

そこで、このような状況を生み出している就業規則の作成義務の適用除外規定の見直しが必要ではないかと考える。確かに、零細企業において統一的画一的労働条件や職場規律を定めるために就業規則を作成する必要性は低いと思われる。しかし、就業規則が作成されることによって労働者が享受する法的利益は、労働契約法理において労働条件決定・変更法理が用意されていない零細企業では特に大きいだろう。また、就業規則の作成は確かに手間がかかるとはいえ、モデル就業規則も厚労省により公表されているし(厚労省「モデル就業規則について」)、労基法89条が制定されてからすでに70年近くたっており当時の状況とは作成にかかる負担も緩和されていよう。そこで、就業規則の作成義務の適用除外の要件はより小規模(たとえば、5人未満)とするか、撤廃してよいと考える。就業規則の作成義務のない零細企業で働くと、労働条件決定・変更ルールも不在となるという法状況は、就業規則の作成義務のある使用者の下で働く労働者と比べると、均衡を失っているように思われる。なお、作成義務を拡大すべきとする趣旨は、小規模事業における労働条件変更法理の不備にあると考えるため、罰則(労基法120条1号)の適用はなく、あくまでも私法上の義務

として課されるべきと考える。

- 1) 西谷敏「中小企業の労働関係と法」高橋眞・村上幸隆「中小企業法の理論と実務」(民事法研究会, 2007年)128頁。
- 2) 村中孝史「日本における中小企業と労働法」村中孝史・Th. トーマンドル編著「中小企業における法と法意識」(京都大学学術出版会, 2000年)201頁は、「判例による労働契約法理が、主として大企業の正社員に関する雇用慣行を念頭に形成されてきた……、そうであるとするならば、それは中小企業における雇用実務を十分に考慮したルールを形成したものであるとは言えない。」と指摘する。
- 3) 経済産業省により公表された2012年2月時点の集計結果より(<http://www.meti.go.jp/press/2013/12/20131226006/20131226006.pdf>)。また、小規模事業者は86.5%(334万人)を占めている。
- 4) 「厚生労働省HP労働統計年報平成24年Ⅱ雇用及び失業」(<http://www.mhlw.go.jp/toukei/youran/roudou-nenpou2012/02.html>)のA労働力調査4「性、産業、従業上の地位(雇用者については従業者規模及び雇用形態)別就業者数のデータ」を参照。
- 5) 「中小企業と労働法」に関する先行業績には、村中・前掲論文注2)、西谷・前掲論文注1)がある。本稿の問題視角は、これらを参考にするとところが多い。
- 6) たとえば、製造業その他は資本金の額又は出資の総額が3億円以下の会社または常時使用する従業員の数が300人以下の会社及び個人とされている(中小企業基本法2条1項1号)。
- 7) 「平成25年賃金構造基本統計調査(全国)結果の概況」(4)企業規模別にみた賃金, 第4図を参照(<http://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/chingin/kouzou/z2013/index.html>)。
- 8) 「平成25年就労条件総合調査結果の概況」(第5表 労働者1人平均年次有給休暇の取得状況)(<http://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/jikan/syurou/13/index.html>)。
- 9) 『平成18年 中小企業白書』第3節 中小企業における若年者の採用・登用(http://www.chusho.meti.go.jp/pamflet/hakusyo/h18/H18_hakusyo/h18/html/i3330000.html)、「中小企業の採用動向」労働政策研究・研修機構「中小企業における既卒者採用の実態(JILPT調査シリーズNo.91)」(2012年)11頁以下(<http://www.jil.go.jp/institute/research/2012/documents/091.pdf>)等参照。また、(株)リクルートワークス研究所「第31回ワークス大卒求人倍率調査(2015年卒)」(http://www.works-i.com/pdf/140424_dai.pdf)によると、大卒求人倍率は、300人未満の企業で4.52倍、300~999人で1.19倍、1000~4999人で0.84倍、5000人以上で0.55倍と、企業規模が小さい企業の方が求人倍率は高く、大卒者採用が難しくなる傾向にあると言えよう。
- 10) 『平成25年 賃金構造基本統計調査(全国)結果の概況』(前掲注7)。
- 11) 平成25年の調査では、全労働者を対象とした推定組織率が16.6%であるところ、1000人以上44.9%、100~999人13.1%、100人以下1.0%と企業規模が小さくなると推定組織率は大幅に低下している(『平成25年 労働組合基礎調査結果の概況』(3)企業規模別(民営企業)の状況)(<http://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/roushi/kiso/13/dl/01.pdf>)。
- 12) 『平成21年労使コミュニケーション調査結果の概況』(2)労使協議機関及び職場懇談会に関する事項)(<http://www>

- mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/roushi/jittai/jittai09/dl/kekka-jigyou02.pdf)。
- 13) 西谷・前掲論文注1) 132頁。
 - 14) 村中・前掲論文注2) 187頁, 西谷・前掲論文注1) 131頁。
 - 15) 村中・前掲論文注2) 202, 203頁, 西谷・前掲論文注1) 130頁。
 - 16) なお, 10人の算定単位について, 複数の小規模事業場を有し, 総計で10人以上の労働者を使用する企業に対し就業規則作成が義務づけられないのは妥当でないとして企業を単位とする説もあるが(西谷敏『労働法 第2版』(日本評論社, 2013年) 56, 57頁), 労基法が事業に使用される労働者に適用されること, 意見聴取が事業場単位で義務づけられていることから, 事業場を単位に算定するべきだろう(厚生労働省労働基準局編『平成22年版労働基準法(下)』(労務行政, 2011年) 892, 893頁)。労基法89条のほかにも多様な法規制があり, これらの中では対象が事業場あるいは企業に統一されていない。そのため, これらについては正確性を欠くものの, 便宜上, 一括して「企業」という。
 - 17) 青木宗也・片岡昇編『労働基準法Ⅱ』(青林書院・1995年) 249頁 [名古屋功執筆], 労基局(下)・前掲注16) 874頁。
 - 18) 西谷・前掲論文注1) 133, 134頁。
 - 19) 労基法96条の2は, 寄宿舎設置・計画の届出義務を常時10人以上の労働者を使用する事業に限って課しているが, 10人未満の事業を適用除外する趣旨は明らかではない。
 - 20) 青木宗也・片岡昇編『労働基準法Ⅰ』(青林書院・1994年) 249頁 [西谷敏執筆], 厚生労働省労働基準局編『平成22年版労働基準法(上)』(労務行政, 2011年) 615, 616頁。
 - 21) 厚生労働省労働基準局・前掲注20) 444頁。
 - 22) 平成21年5月29日基発第0529001号では, この猶予措置をとる理由について, 「経営体力が必ずしも強くない中小企業においては, 時間外労働抑制のための業務処理体制の見直し, 新規雇入れ, 省力化投資等の速やかな対応が困難であり, やむを得ず時間外労働を行わせた場合の経済的負担も大きい。」と述べられている。
 - 23) 1987年労基法改正時の法定労働時間週48時間から週40時間への短縮の際も, 厳しい経営環境にある中小企業に相当の配慮が払われ, 特別の猶予措置が設けられた(労基法131条, 「労働基準法第32条第1項の労働時間等に係る経過措置に関する政令」(昭62・12・11政令397号))。
 - 24) 村中・前掲論文注2) 191頁。
 - 25) 西谷・前掲論文注1) 135頁。
 - 26) 障害者雇用義務は常時50人以上を使用する事業主に課せられており, この規定も企業規模が考慮されているといえる。ただし, この人数は法定雇用率を1.8%から2.0%に引き上げた結果, 法定雇用義務が最低1人になるように設定されただけであり, ここでは中小企業に対する特別の配慮はない。
 - 27) 大企業よりも中小企業の方が障害者雇用に熱心であったとされている(昭和51年5月19日第77回衆議院社会労働委員会第12号の政府委員の趣旨説明より)。
 - 28) 適用対象となる事業主は, 個人企業は常用従業員数が, 法人企業は常用従業員数または資本金・出資金のいずれかが中小企業基本法2条1項の定義に該当するものである。
 - 29) ここにいう中小企業は, 中小企業基本法2条1項で定義される中小企業を基本にして, 資本金または出資金, 常時使用する従業員数, 業種に基づき定義されている(中小企業労働力確保法2条)。
 - 30) 土田道夫「日本の雇用慣行と労働契約」日本労働法学会誌73号(1989年)44頁, 村中孝史「労働契約概念について」『京都大学法学部創立百周年記念論文集第三巻』(有斐閣, 1999年)487頁。明確にこの点が考慮された例として, たとえば, 三菱樹脂事件最高裁判決・最大判昭48・12・12民集27巻11号1536頁は, 労働関係では一種の人間関係として相互信頼が要請されるところが少なくないが, 「わが国におけるようにいわゆる終身雇用制が行われている社会では一層そうであること」として, 使用者による労働者に対する採用時の思想調査は合理性を欠くものとはできないとしている。
 - 31) 少なくとも法理と称される部分については, 中小企業の特質に対する配慮はなされていない旨指摘するものとして, 村中・前掲論文注2) 193, 194頁。また, 裁判官は, 事実上その法的判断のなかで, 中小企業の特質を考慮していると指摘するものとして, 西谷・前掲論文注1) 139頁。
 - 32) 土田・前掲論文注30) 43頁。
 - 33) 村中・前掲論文注2) 195頁。
 - 34) たとえば, 労働すること自体が労働者の人格的利益につながるため, 失業状態の生活保障以前に, 失業に至らせないことが憲法的価値を有しているとして, 勤労権保障が解雇規制を根拠づけているとするものとして, 和田肇『人権保障と労働法』(日本評論社, 2008年)195, 196, 206頁。
 - 35) 従業員140名中100名というきわめて多数の過剰人員をかかえており, これに配転や出向で対応することはできず, また, 希望退職募集により過剰人員を解消することも現実的でなく, 仮に希望退職を募集した場合, 残留した労働者の将来の退職金支払いに不安が残るため, 希望退職募集なくなされた解雇(後に40名が再雇用)が有効とされたものとして, ティアル建材・エルゴテック事件・東京地判平13・7・6労判814号53頁。なお, 希望退職が行われた場合に退職金について不利益を受けうる労働者の大多数が所属する労働組合がこの解雇に同意していた点は, 解雇回避努力義務を緩和したものと思われる。
 - 36) 村中・前掲論文注2) 195頁。
 - 37) 京都広告事件・京都地判平3・3・20労判601号72頁。
 - 38) 使用者が賃金を月41万円から30万円に減額する提案をしたところ, 労働者が不服そうな表情で黙っていたというだけでは, 労働者がこれに同意を与えたとはいえないとした例として, 第一自動車工業事件・大阪地判平9・3・21労判730号84頁。
 - 39) シンガー・ソーイング・メシオン事件・最2小判昭48・1・19民集27巻1号27頁, 日新製鋼事件・最2小判平2・11・26労判584号6頁。
 - 40) チェースマンハットン銀行事件・東京地判平6・9・14労判656号17頁。就業規則上, 使用者の一方的な意思表示によって労働者の賃金を減額できる規定やその減額について使用者の裁量を与えた規定がないことから, 使用者による賃金の一方的減額の効力を否定した例として, 東豊観光事件・大阪地判平13・10・24労判817号21頁。
 - 41) 西谷・前掲論文注1) 143頁参照。
 - 42) 従業員数1~4人規模の事業所で働く労働者は396万人であり, 全労働者の7.2%にあたる(労働統計年報・前掲注4)より)。
 - 43) 荒木尚志『労働法 第2版』(有斐閣, 2013年)379頁以下。
 - 44) 日本ヒルトン事件・東京高判平14・11・26労判843号20頁。
 - 45) 村中・前掲論文注2) 197頁。
 - 46) 当該労働法規制の目的(たとえば基本的な人権保障が雇用政策的目的か)に沿った規制方法や, 適用除外等により不利益を被る労働者に対する代替的保障の有無の検討が具体的な法

規制の方法を考えるうえで重要である旨を指摘するものとして、大内伸哉「中小企業に対する労働法規制の適用除外に関する共同比較法研究」季労 227 号 (2009 年) 106 頁。

- 47) なお、日本郵政グループ労働組合によると、郵政グループの職場では 4 時間につき 15 分の休息をとることができる旨の労働協約が締結されているようである (日本郵政グループ労働組合 HP より (<http://www.jprouso.or.jp/etc/mikanyu/index.html>))。
- 48) ところで、ドイツの解雇制限法 23 条 1 項には、常時 10 人以下の労働者が適用される事業所は、解雇制限法の一般的な解雇制限規定の適用が除外されている。これは、小規模事業所における人間関係の密接さ、経済的負担能力および管理上の負担能力の低さが考慮されたものである。もっとも、当該労働者は民法の一般条項により使用者の善良の風俗に反する解雇および不誠実な解雇から保護されるので、解雇制限法の適用が除外された労働者に対する解雇が自由というわけではない、拙稿「中小企業に対する労働法規制の適用除外——ドイツ」季労 225 号 (2009 年) 138 頁。
- 49) 小規模事業場に対する解雇規制の適用除外に反対し、その特徴は経済的負担の観点からみて相対的に解雇の必要性が高いという事情が解雇権濫用判断の際に考慮されるべき要素に

とどまるとするものとして、西谷・前掲論文注 1) 148, 149 頁。

- 50) 大内伸哉『解雇改革』(中央経済社, 2013 年) 182 頁。ここでは、解雇制限の必要性は、外部労働市場の流動性が小さいことで転職が容易でなく、労働者が解雇により被る不利益が大ききことと、使用者側に長期雇用を期待させる慣行があることとする。そして、外部労働市場の流動性を高める政策と使用者が長期雇用の期待をさせないようにすれば、解雇制限の根拠が弱くなるとして、就業規則の作成義務のない事業場、6 カ月未満の試用期間中の労働者 (新規学卒者は除く)、事業開始から 2 年未満の企業を解雇規制の適用除外とする旨主張されている。
- 51) 村中・前掲論文注 2) 201 頁、西谷・前掲論文注 1) 144 頁。
- 52) 村中・前掲論文注 2) 201 頁。
- 53) 西谷・前掲論文注 1) 150 頁。

やまかわ・かずよし 三重短期大学法経科准教授。最近の主な著作に「日本における個別労働関係法上の使用者」西谷敏・和田肇・朴洪圭編著『日韓比較労働法 1 労働法の基本概念』(旬報社, 2014 年)。労働法専攻。