

# 書評

## BOOK REVIEWS

根本到・奥田香子・  
緒方桂子・米津孝司 編

### 『労働法と現代法の理論(上)(下)』

——西谷敏先生古稀記念論集

小西 國友

#### 1 はじめに

2007年(平成19年)3月に大阪市立大学を定年退職された西谷敏(にしたに・さとし)先生は、2013年(平成25年)8月24日に古稀を迎えられ、これを祝賀して同年11月に古稀記念論文集として『労働法と現代法の理論』が出版された。この論文集は上下二巻で構成され、全体で1000頁を超える大著になっている。編者は根本到教授と奥田香子教授と緒方桂子教授と米津孝司教授の4名である。

上巻には第1部(総論・現代法)と第2部(労働法と個人)が含まれ、下巻には第3部(労働法と集団)と第4部(比較法・外国労働法)とが含まれている。第1部は、吉村良一「労働契約における労働者の『意思』と『規制』」から晴山一穂「公務員に対する職務命令の法的性質」までの11編の論文で構成されており、第2部は、萬井隆令「労働者性の指標：労務の代替性について・試論」から根本到「再建型倒産手続と解雇権濫用法理」までの同じく11編の論文で構成されている。

#### 2 上巻の第1部および第2部について

第1部と第2部とを通覧して目に着くことは、労働契約法(労契法)に関連する論文が多いということである。たとえば、吉村「労働契約における労働者の『意思』と『規制』」においては、まずその冒頭で労契法1条が引用されており(3頁)、その後に労契法7条以下が引用されている(18頁以下)。そして、この吉井論文は「今回の立法によって、当事者の合意によって

形成されるという契約の基本と就業規則の効力の関係をどう見るのかという、労働法学のアポリアが解決されたのかといえ、そうとは言えない」と指摘している(19頁)。



●日本評論社  
2013年11月刊  
A5判・上巻552頁、  
下巻544頁・  
各巻本体8500円+税

●ねもと・いたる  
大阪市立大学大学院法  
学研究所教授。  
●おくだ・かおこ  
近畿大学法科大学院教  
授。  
●おがた・けいこ  
広島大学大学院法務研  
究科教授。  
●よねづ・たかし  
中央大学大学院法務研  
究科教授。

第2部では、土田「労働条件の不利益変更と労働者の同意」は、労契法8条に言及した後に(323頁)、労契法9条にも言及している(349頁)。また、唐津「労契法9条の反対解釈・再論」は「労契法9条の反対解釈についての私見」という章の下に「法9条本文の反対解釈によって、就業規則の変更による労働条件の不利益変更に対して労働者が同意した場合には、この不利益変更は許されることになるが、この反対解釈は問題を抱えている」と指摘している(373-374頁)。この指摘は荒木尚志教授等の労契法の理解に対する反論でもある(369頁)。

そして、荒木「有期労働契約法理における基本概念考」(この論文のサブタイトルは、「更新・雇止め・雇用継続の合理的期待」というものである)は、冒頭において「本稿の問題意識」という小見出しの下に、「『雇止め』とは何か。一般に使用者による有期労働契約の更新拒絶と解されていると思われるが、使用者が従前より不利な労働条件を提示して、労働者がそれを受け入れなかった結果、契約再締結に至らなかった場合、これは『雇止め』に該当するのであろうか」と述べている(391頁)。その上で、この論文は平成24年の法改正による労契法19条等に言及して以下のように述べている(392頁)。

「判例の確立した『雇止め法理』は、①解雇権濫用法理の類推適用があり得るか否かの吟味（雇止め法理適用適状審査）にかかる第1段階と、これが肯定された場合に、②解雇権濫用法理の類推適用によって、雇止めの効果が否定されるか否かの吟味（雇止めの合理的理由・社会的相当性の審査……）を行う第2段階から構成されていた」と（393頁）。

これに対して、労契法19条柱書は、「②の雇止めの合理性・相当性審査に入る前提として、①の雇止め法理適用適状たる実質無期型（1号）・合理的期待保護型（2号）の有期契約に該当することに加えて、労働者による当該有期労働契約の『更新の申込み（期間満了前）』または『締結の申込み（期間満了後）』があり、これを使用者が拒絶したことを要求している」と（393-394頁）。

この外に、大内「労働契約における対等性の条件」も冒頭において労契法1条に言及している（415頁）。

このような第1部および第2部の内容ないし特徴の他に、第2部においては、ハラスメントに関連する論文（たとえば、大和田「ワークハラスメント（WH）の法的規制」や、女性労働者の差別に関連する論文（たとえば、緒方「女性の労働と非正規労働法制」など）も目に着く。

### 3 下巻の第3部および第4部について

下巻の第3部（労働法と集団）および第4部（比較法・外国労働法）については、第1部・第2部に関するような内容的特徴は見られないが、ここでも労契法に言及する論文が散見される。たとえば、道幸「労働法における集団的な視角」では「個別労働者の合意の有効性(9条)」という節の下に労契法9条に言及し、「私見は9条につき反対解釈をとる余地はないと解している」と述べている（15頁）。

これに対して、和田「労働組合の未来と法的枠組み」は「労働者の集団」即ち労働者の団体として端的に「労働組合」を取り上げながら、「日本では、不当労働行為の行政救済制度等の関係を除いて、これまで『労働組合』の定義を真剣に考えてきたことはなかった」と指摘し、ひるがえって、ドイツでは、「労働組合に関する制定法上の定義はないが、『協約能力を有する労働組合』（tariffähige Gewerkschaft）という概念を使

用して問題を処理していると指摘している（32-33頁）。

また、浜村「労働協約の規範的効力と一般的拘束力」も「労働者集団」（労働者団体）として労働組合を問題にしながら、「労働協約の規範的効力や一般的拘束力をめぐる法的問題はもはや議論の余地がないといえるのか。筆者は、労働協約の規範的効力に関する授權説については、確かに簡明であるが、憲法28条や労組法からなる現行法制の構造を考えた場合には説得的ではないと考えている。また、労働協約の一般的拘束力についても、その立法趣旨の理解の仕方や未組織労働者の労働条件の引き下げを認める考え方には同調できない」と指摘した上で（63頁）、後者の一般的拘束力について「協約の一般的拘束力は、協約の規範的効力と異なって最適基準的性格（片面的効力）しか有せず、そのかぎりでも有利原則が認められるべきである」と結論している（80頁）。

そして、少数組合員に対する一般的拘束力については、「少数組合が別途協約を締結しているか否かにかかわらず、また協約の内容が少数組合に有利か不利かを問わず、およそ協約の一般的拘束力は少数組合には及ばないと考えるべきである」とする。しかも、「これによると、少数組合の組合員の労働条件が未組織労働者よりもかえって不利になる、あるいは使用者が多数組合と同一内容の協約の締結を少数組合に対して拒否するといった問題が発生しうが、前者の問題は少数組合の団結力によって解決すべき問題であるし、後者のような問題が生じた場合には団交拒否や支配介入に関する不当労働行為の問題として処理すれば足りるのであろう」と結論している（82頁）。

第4部の「比較法」および「外国労働法」については、その考察対象が多岐にわたるところから、内容の共通性や類似性という特徴は殆ど見られない。こうした状況の中であって目を引く論文として、倉田「ドイツ連邦労働裁判所における基本権の第三者効力論の展開」があり、この論文は「1984年の第1法廷判決と1985年の大法廷判決において、基本権の第三者効力論については、連邦憲法裁判所判決の立場をとることが表明され、直接効力説からの転換がなされることとなった」と指摘する。そして、これはその要因として、「連邦労働裁判所の直接効力説を表明した判決以降、約30年間の間に労働者保護に資する多くの法律が制定され

るなど、社会の状況の変化があったことも指摘されている」とも述べている(251頁)。

また、浅倉「イギリス2010年平等法における賃金の性平等原則」も目を引く論文である。この論文は冒頭において「イギリスの2010年平等法(Equality Act 2010)……が旧来の1970年同一賃金法(Equal Pay Act 1970)……をどのように継承し、かつ改革したのかを明らかにする」と述べている(283頁)。

この論文は他方において1975年性差別禁止法(Sex Discrimination Act 1975)にも言及する旨を指摘している。

そして、イギリスにおいては、性差別を規制するこれらの法制度(伝統的な法制度)は「2010年平等法によって大きく変容した。同一賃金法と性差別禁止法は、他の差別禁止法とともに廃止され、新しい平等法の中に継承され、再編成された」と言う(283頁)。

この外に、野田「雇用調整方式とその法的対応」は日本における多様な雇用調整方式を記述した後に、フランスにおける解雇以外の労働契約の終了事由について論述している。第一に辞職(démission)につき論述し、第二に破棄(rupture)につき論述している。その上で破棄の確認(prise d'acte de la rupture)に及んでいる。この「破棄の確認」は労働者による破棄の確認(労働者が辞職して労働者でないことの確認を

相手方である使用者に求めること)の制度もあるとされる(319-320頁)。

また、フランスにおける解雇以外の労働契約の終了事由として合意解約(rupture conventionnelle)があり、これについては奥田「フランスの合意解約制度」も論及している。それは労働法典L.1237-11条からL.1237-16条にかけて規定されており、「労働市場の現代化に関する2008年6月25日の法律」(2008年法)が労働法典に編纂されたものであるとされている(340頁)。

#### 4 おわりに

わが国を代表する労働法研究者である西谷敏先生に関しては、古稀記念論文集が平成25年に日本評論社から刊行された。そして、ほぼ時を同じくして、わが国を代表するもう一人の労働法研究者である菅野和夫先生についても、古稀記念論文集が有斐閣から刊行された。これは、両先生の生年が終戦直前の昭和18(1943)年であり年齢が近似したことによるものであったが、それに止まらず、わが国における労働法学がこの時代に一つのエポックを画したことにもよるものであったのである。

ここにし・くにとも 立教大学名誉教授。労働法専攻。

清家 篤 著

## 『雇用再生』

——持続可能な働き方を考える』

八代 尚宏

はじめに

日本の労働市場を取り巻く環境が大きく変化するなかで、いわゆる「日本的雇用慣行」という働き方を、持続的なものとするためには、どこを守り、どこを改革するか。本書では、終身雇用、年功賃金、企業別組合等の慣行について評価するとともに、経済格差の是正や付加価値生産性の向上についても考察している。

筆者のスタンスは、「漸進主義」である。現行の雇用制度は、各々、合理性があって存在している。経済



●  
せいけ・あつし  
慶應義塾長。

● NHK 出版  
2013年11月刊  
B6判・244頁・  
本体1000円+税

社会環境の変化に応じた改革は必要でも、穏やかなものにとどめるべきとしている。以下では、本書の章立てに沿い主要なポイントを紹介するとともに、評者の

やや異なる立場からのコメントを述べさせて頂きたい。

### 本書の主要なポイント

第1に、長期雇用保障制度の評価である。まず、新卒一括採用という「失業を経ない採用制度」について、若年者を企業内で長い時間をかけて訓練し、「人的資本」を形成するために不可欠の仕組みとしている。学業が疎かにされるという批判はあるものの、若年失業率を低い水準に抑制する効果について高く評価している。

次に、長期雇用保障について、個々の企業で異なる熟練内容を、労働者が苦勞して身につけるためには、雇用保障が大前提になる。その意味で、雇用の流動化は、プラス面もあるものの、人的資本投資を減らすというマイナス面の方が大きいとしている。

もっとも、長期雇用保障は、一定の年齢に達すると強制解雇される定年退職制と一体である。これは企業にとって、生涯を通じた企業への貢献度と賃金をバランスするための仕組みであるとともに、企業にとって、貴重な雇用調整の手段としている。

今後、平均寿命が伸びる中で、年金の支給開始年齢は引き上げざるを得ない。主要先進国の支給開始年齢は67～68歳であり、2025年に65歳支給を目指している日本は立ち遅れている。先進国でトップの平均寿命を考慮すれば、70歳を目指す必要がある。このためには、現行の定年後の再雇用という中途半端な仕組みではなく、退職年齢自体を引き上げて行く必要がある。

この「生涯現役社会」を目指すためには、どのような改革が必要なのだろうか。この点、すでに定年制度自体が無きに等しい、中小企業がモデルとなる。そのためには、年功カーブをフラットにするとともに、管理職もベテラン労働者としての能力を生かしている実態を、大企業も学ぶべきというのが筆者の主張である。

第2に、年功賃金の評価である。これは、企業内訓練で育てた熟練労働者に逃げられないよう、長期勤続するほど賃金が高まるインセンティブを設けるもので、定年時の退職金と一体的である。年功賃金は、過去25年間で次第にフラット化している。しかし、それでも不十分であり、大企業で普遍的な60歳定年後の再雇用では、直前の半分程度に低下する。

筆者は、こうした大幅な賃金低下は、労働者の勤勞

意欲を損ねるため、40歳前後から緩やかにし、50歳からフラットにすることを提唱している。しかし、年功賃金自体は、ベテランの社員が若年社員に、知識や経験を伝える上で重要であり、維持すべしとしている。

第3に、企業別組合についての評価である。企業と労働者が対等ではない労働市場では、労働組合は、売り手と買い手が対等な関係にある、本来の市場経済を成立させる役割を担っている。しかし、なぜ欧米のような産業別・職種別の組合ではなく、日本では企業別組合なのか。これについては、企業内での労使間の情報量や交渉力の格差を補うために必要であり、米国の自動車労働組合等の産業別組合でも、使用者との交渉権限をもつ事業所別の組織を抱えている。企業との間で「対等な労使関係」を築くために、企業別労働組合の役割は大きいというのが筆者の結論である。

第4に、正社員と非正社員との格差は正である。雇用者全体に占める非正社員比率が傾向的に高まり、3分の1を超している。この要因について、筆者は、①正社員数は1980年代後半とほぼ同じで、非正社員に置き替えられているわけではない、②自営業や家族従業員数が一貫して減少し、それに比例して非正社員が増えた、③グローバル競争の高まりのなかで人件費が抑制された、④IT化という技術革新で、従来は不可欠な企業内訓練の必要性が低下し、非正社員の活用が容易となった、等の要因をあげている。

非正社員は、雇用が不安定で、景気変動の調整弁とされ、時給は低く、ボーナス・退職金もない。さらに、正社員と比べて教育訓練機会が乏しいことから、職業人生の発展性が小さく、生涯ベースの賃金格差はきわめて大きなものとなる。それではこうした格差を、どのように是正していけばよいのか。これについての標準的な処方箋である「同一労働・同一賃金」の考え方について、筆者は否定的である。筆者の表現では、同一労働・同一賃金制は、労働者を「取り換え可能な部品と同じように見なす」ものである。他方、年功賃金制は、社員の能力開発を図ることで、「企業にとってかけがえのない資産」を育てるためのものという。

筆者は、非正社員と比べて、正社員が高い報酬を受けていることは、業務命令による残業や休日出勤、および単身赴任の転勤も厭わないことの見返りであれば、「合理性のある賃金格差」とする。従って、変え



るべきものは正社員の働き方ではなく、非正社員の雇用保障の弱さであり、職種、地域、労働時間の限定付きで、相対的に低い賃金で働ける仕組みを企業に求めている。

最後に、高賃金に見合う質の高い雇用機会を増やすための付加価値生産性の向上である。これには長時間労働を改善し、効率的な働き方を促進する必要がある。ここで、筆者は、ライシュの『勝利の代償』からの引用で、想像力に富む「オタク（変人）」とそれを売れる製品・サービスにするプロデューサーとの組み合わせが、今後の働き方の主役となるという。

これに加えて、日本では、高い要求の受注生産にこだわる職人の「匠の技」と、所与の生産設備を円滑に動かせるシステム作りが、機械では代替できないものである。こうした観点から、筆者は日本の中小企業のもつ「人材の総合性」を高く評価している。これらを合わせた高付加価値サービスを形成するためには、専門的な能力をもつフリーエージェントだけではなく、何らかの「組織」が不可欠となるという。

#### 日本的雇用慣行への評価

本書についてのコメントは、以下の5点である。第1に、日本の働き方を取り巻く経済社会環境の変化の大きさについての評価である。1980年代まで、日本の働き方が海外から礼賛されたのは、それが高い経済成長期と製造業中心の産業構造に見事にマッチしていたためである。企業の組織が持続的に拡大する時期には、自然に長期雇用慣行が生まれ、モノ作りの現場では、手作りの熟練形成や、先輩から後輩への技術移転を確保するために年功賃金が不可欠であった。それが1990年代以降の低成長期になってから批判されたのは、経済成長の減速で過剰雇用が顕在化するとともに、情報技術の普及やサービス経済化の進展で、既存の熟練に陳腐化が生じた面もある。日本的雇用慣行を取り巻く社会環境変化の大きさや、その不可逆性の影響について、筆者はやや過少評価しているのではないだろうか。

第2に、筆者が高年齢者の活用等の面で、モノ作りの中小企業の働き方を高く評価し、大企業も見習うべきとしている。しかし、大企業と中小企業との違いは、年功カーブの差だけであろうか。中小企業では、労働

者の流動性が高く、「能力主義」でなければ存続できない。長年働き続けたベテランを定年で解雇するのは、余りにも「もったいない」から、そうしないのである。

これに対して大企業では、望まない労働者に辞めてもらえる数少ない機会が定年退職である。中小企業のような能力主義の仕組みを大企業にも適用するためには、それを妨げている、「行き過ぎた日本的雇用慣行」の改革が避けられない。本来、「人的資本」の形成には、物的資本と同様に、「最適な投資水準」がある。過去の10%成長の時代に最適であった、生涯を通じた人的資本への投資を、今日の1~2%成長の時代にも惰性で続けていけば、それは過剰投資といえる。企業が非正社員の比率を相対的に高めざるを得ないのは、長引く不況期にも雇用を保障できる範囲内に、過剰投資の正社員数を抑制するためではないだろうか。

第3に、労働者に多大の教育・訓練投資を行う日本企業は、慢性的な長時間労働や頻繁な転勤という形で、その成果を徹底的に活用する。このため、家事・子育てに専念する専業主婦も含めた「生活給」で雇用している。このため女性が男性と同じように働くとなると、就業継続か子育てかの二者択一を迫られる。ワーク・ライフバランスがいつまでも実現しないのは、男性が働き、女性が家庭を守ることが暗黙の前提の日本的雇用慣行と矛盾するためではないだろうか。

第4に、正社員と非正社員との格差について、筆者は非正社員の雇用の長期化で対応すべきとしている。しかし、それでは、不況期に正社員の雇用を保障するために、非正社員の契約が打ち切られるという雇用調整の機能が果せなくなる。米国では不況期に生産量の落ち込みに対応した雇用者数の調整を、一定の補償金付きで行うことが組合と合意されている。ここでは、レイオフの順番は、単に雇われた時期で決まり、レイオフされない労働者との関係は連続的である。これに対して日本では、勤続年数にかかわらず、雇用調整の対象が、まず非正社員からという「身分格差」が、歴然と存在することが大きな違いである。

日本的雇用慣行は、正社員の内部労働市場では公平な仕組みであるが、非正社員の外部労働市場との間には大きな壁がある。その壁の外の労働者が増え続けていることが、日本の経済格差の大きな要因である。非正社員だけでなく、正社員の働き方も、同時に見直し

---

---

なければ、抜本的な解決にはならないのではないか。

最後に、本書では大企業の働き方への注文が主で、国の制度改革への提言は、厚生年金の非正社員への適用除外が、非正社員を助長しているという点だけのようである。しかし、経営者や労働組合の意識改革は、制度の改革なしには困難である。現行の労働法や判例法は、1980年代までの高い経済成長期の日本の大企業の雇用慣行を暗黙の前提としており、その後の大きな環境変化には、ほとんど対応していない。

日本の雇用慣行は、過去の高い経済成長期には、企業内部での熟練労働者の形成や、円満な労使関係等、優れたビジネスモデルとして評価されてきた。しかし、経済成長の減速の下で非正社員の増加、労働者の高齢化、働く女性の増加、等の大きな環境の変化の下で、

従来型の働き方を守ろうとする労働者と、より多様な働き方を求める労働者の間での利害対立が強まっている。この「労・労対立」については、既存の企業内労働組合は無力であり、それが傾向的な組織率の低下に結びついているのではないか。

日本の雇用慣行自体の経済学的な意味について、筆者の説明は明快である。しかし、経済社会環境の変化に対応した、(漸進的であっても)改革を進める上で政府の役割について、ほとんど触れられていない点に、やや不満が残るといえる。

やしろ・なおひろ 国際基督教大学客員教授・昭和女子大学特命教授。労働経済・社会保障専攻。
--