

# ビジネスをとりまく環境変動と労働法

本庄 淳志

(静岡大学准教授)

本稿では、ビジネスをとりまく変動のうち、景気循環的な要因と構造的な要因による場合とに着目し、労働法上の諸問題を概観する。ビジネス変動というマクロな動きのなかでも、法的レベルでは、個々の当事者の権利義務というミクロな問題を切り離すことはできない。他方で、労働市場政策、あるいは個々の契約に対する規律という次元でも、望ましい方向に誘導するインセンティブを設けるとする視点のもとでは、隣接諸領域の状況もふまえた鳥瞰的な議論が不可欠となる。ビジネスをとりまく環境変動に対して、日本では、大企業のいわゆる正社員を典型として、雇用の維持を重視する反面で、企業組織内部における人事の大幅なフレキシビリティを認め、同時に、非典型雇用については、外部労働市場を通じた調整を図ることで対応してきた。しかし、将来の不確実性が高まるなか、個々人の選択や職業キャリアを重視する立場に照らせば、権利濫用等の柔軟な判断枠組みのもとでも、個人の事情へいっそう配慮すること、さらには、再交渉を促すようインセンティブを設けることが好ましい。雇用を含む役務提供契約における「同意」の再評価である。その際、企業が労働力を調達する手法は雇用に限らず、インディペンデント・コントラクター等の拡大も現実味を帯びるなかで、狭義の労働法的な視点からのみ規制を展望することは適切でなく、自営的な就労も含む、広義のワークルールのあり方を広く検討すべき時期にきている。

## 目次

- I はじめに
- II 日本型雇用システムにおけるビジネス・サイクルの変動への対応策
- III 今後の方向性
- IV おわりに

## I はじめに

本稿では、ビジネスをとりまく変動のうち、景気循環的な要因による場合と、構造的な変動要因による場合とに着目し、労働法上の諸問題を概観する。ビジネスをとりまく環境の変動にともない、経営資源のうち人的資源については、①雇用を維持しつつ、ある特定の企業やグループといっ

た組織内部で再配分すること、②外部労働市場を通じて調整を図ることが考えられる。

①の例としては、労働時間数の増減により調整するケース、ビジネスの変動に応じて労働者の勤務地や職務内容を変更するケース（配転・出向など）がある。これらは、解雇が困難である場合に解雇回避措置として採られ得る手段である。それと同時に、たとえば、企業特制的な熟練が重視され、当該の労働者がそれを獲得している場合、すなわち、外部労働市場を通じて新規採用をしても新たな教育訓練等のコストを要する場合にも、②の解雇や新規採用といった外部労働市場を通じた調整より合理的な措置として積極的に講じられることとなる。一方、②の例としては、不況期等における（整理）解雇と好況時における新規採用と

が挙げられるが、たとえば、非典型雇用による雇用調整もこちらに該当する。

以上のほか、ビジネスを取り巻く環境変化に応じて、③合併、事業譲渡、会社分割といったM&Aを通じて対応する場合には、それぞれ労働法上の問題もあるが、本稿では紙幅の都合もあり扱わない。

## II 日本型雇用システムにおけるビジネス・サイクルの変動への対応策

### 1 企業内部での処遇におけるフレキシビリティ

#### (1) 労働時間による調整

ビジネス・サイクルの変動への対応策のうち、企業内部での労働者の処遇を変更することによる手法としては、まず、繁忙期に労働時間数を増やし、そうでないときには削減するという労働時間の増減による対応が考えられる。

この点、不況期などにおいて労働時間を削減することで調整を図ることについては、次で見る法定時間外労働の削減（＝割増賃金の削減）を図る場合を別にすると、調整の効果は限定的となる。日本ではいわゆる正社員の多くは（日給）月給制のもと賃金が算定されており、アルバイトなどで典型的に見られるような時給制は採用されていない。つまり、労働時間数が削減されても、法的には賃金の減額（調整）が直ちに認められるわけではない。

一方、日給月給制がとられている場合に、いわゆるノーワーク・ノーペイの原則のもと、労働日数を削減することで労働費用を削減することが可能かという点、そうでもない。ビジネス・サイクルの変動に伴う休業は、「使用者の責めに帰すべき事由」と評価すべきケースも少なくないからである。この場合、使用者は、休業している労働者に対しても、労基法26条による規制のもとで、少なくとも平均賃金の6割相当額について手当を支払わなければならない。場合によっては、民法536条2項により全額の反対給付（賃金支払）が必要となる。要するに、労働時間（日数）の削減によって金銭的コストを削減し、ビジネス・サイ

クルへの対応を図ることには、人事管理上（賃金決定のシステム）、あるいは法制度上（休業手当等）の制約がある。

もっとも、このことは、割増賃金による調整については妥当しない。たとえば、ある企業において、法定時間内ではあるが所定時間を超える労働に割増賃金を任意に支給しているケースで、労働時間数を削減することにより調整を図ることが考えられる。このように任意的に割増賃金が支払われる法内超勤の場合でなく、法定時間外労働についても同様である。そして、法定時間外労働に対しては割増賃金の支払いが不可欠であるところ、通常時において時間外労働が常態化しているケースでは、そもそも基本給を低額に設定し、割増賃金についても通常の賃金原資のなかに組み込まれている可能性にも留意が必要である。見方を変えれば、労基法37条による割増賃金支払いの義務付けが時間外労働の抑制に繋がるとは限らないことを意味しており、割増賃金規制とは別の、時間外労働を抑制するための要件設定が重要となる。

時間外労働の要件に関し、判例は、業務の必要に応じてそれを命じることがある旨の就業規則の規定に、広く合理性（労契法7条）を認めている。すなわち、労基法の原則からすると本来は違法で、仮に許容されるとしても抑制的であるべき法定時間外労働について、36協定の締結や割増賃金の支払いといった他の要件を満たすこととあわせて、労働契約上の根拠としては、——36協定が時間外労働に関する限度基準に適合しているなど一定の合理性を備えているケースで——使用者が一方的に作成する就業規則の規定等について広く有効と認めており、労働者の個別同意までは必要としていない（日立製作所武蔵工場事件<sup>1)</sup>など）。

このように、労働時間（割増賃金）の増減による調整は、ビジネスを取り巻く変動が景気循環的な要因等によるもので、一時的にとどまる場合であれば有力な手段となるところ、こうした調整について、法的には必ずしも厳格な制約があるわけではない。

## (2) 人事異動による調整

このことは、労働者に職務内容や勤務地の変更を命じる配転命令に関しても同様である。配転を典型とする人事異動は、ビジネス・サイクルの変動に応じて個々の企業組織（または企業グループ）の内部で人的資源の再配分を可能とするものであり、その法的な要件のあり方が問題となる。

判例は、就業規則における配転条項について、広く労働契約上の根拠として認めてきた。リーディングケースである東亜ペイント事件<sup>2)</sup>では、労働協約や就業規則において、「業務上の都合により社員に異動を命ずることがある」旨の抽象的な配転条項があり、Y会社で現に頻繁に転勤が行われていたこと、大卒資格の営業担当者として採用されたXとの間で勤務地を限定する特約がなかったという事情のもとで、Y会社は、「個別の同意なしにXの勤務場所を決定し、これに転勤を命じて労務の提供を求める権限を有する」とされている。

さらに、この考え方は、同一企業内部での人事異動にとどまらず、たとえばグループ企業内での人事交流や教育訓練、あるいは人員調整の手段として活用される（在籍）出向命令の有効性判断にまで及んでいる。新日本製鐵（日鐵運輸第2）事件<sup>3)</sup>では、製鉄所の業務の一部を協力会社に委託することに伴い、それまで当該業務に従事していた労働者について、勤務地や業務内容を変更することなく協力会社へと在籍出向させたというやや特殊なケースではあるが、就業規則や労働協約における社外勤務規定（出向規定）を根拠として、使用者の一方的な出向命令権の行使が認められている。その背景としては、在籍出向において基本的には出向元との労働契約関係が維持され、多くのケースで将来の復帰を予定し、労働条件についても出向元で保障され、労働者の不利益性は小さいとの評価があるものと思われる。

以上に対して、いわゆる転籍（移籍出向）については、使用者の地位の譲渡（民法625条）というべき場合であれ、あるいは転籍元での退職（合意解約）と転籍先での新規採用というべき場合であれ、労働者の個別同意なしに、就業規則等にもとづく一方的な命令を正当化するのとは通常は困難

であろう。出向について配転と近づけた枠組みのもとで一方的な命令権の拘束力を認めながら、転籍命令と区別することには十分な理由がある。

もっとも、現実には、当初は復帰を予定していた出向であっても、出向期間が長期化し、結果的には復帰が図られないケースなどでは、実質的にみると転籍と異ならない側面がある。つまり、命令時点において、出向と転籍とで峻別し、出向について配転の延長で有効性を広く認めていくことには危険が大きい。前述の新日鐵事件で出向命令の有効性を判断するに際して、出向協定のなかで、出向中の社員の地位、賃金、退職金、各種の出向手当、昇格・昇給等の査定その他処遇等について、具体的かつ詳細な規定が整備されている実態に着目したのは、この点を軽減するための一つの手法ということになる。これを突き詰めれば、仮に転籍という労働者の地位を大きく変動させる措置であっても、転籍先の労働条件等が予め具体的に特定されたうえで、転籍に関する合意が事前になされ、当該時点からの時間的な経過等による大幅な事情変更を考慮する必要が低い場合等であれば、——命令時に労働者の個別合意が得られない——使用者による一方的な転籍命令といえども有効と認められる余地があるように思われる。

少なくとも、配転や出向という人事異動にとどまるかぎり、裁判例は、必ずしも労働者の個別同意がなくとも、就業規則等の規定（さらには出向については具体的な労働条件の整備等）から、使用者による一方的な命令権を基礎づける立場である。

## (3) 権利濫用法理による制約

もちろん、こうした使用者による一方的な命令権の行使としての時間外労働や配転、出向の命令も、権利の濫用（労契法3条5項）となる場合には無効となる<sup>4)</sup>。

しかし、実際に権利濫用とまで評価されるケースは稀であり、たとえば配転であれば、①業務上の必要性がない場合、②不当な動機・目的による場合、③労働者に通常甘受すべき程度を著しく越える不利益を負わせるものであるときなど、「特段の事情」が存する場合にはじめて権利濫用とな

る（東亜ペイント事件・前掲）。ビジネス・サイクルへの対応という点では、特に③の労働者の不利益との調整が重要となる。しかし、たとえば、前掲の東亜ペイント事件では、労働者が71歳の母、妻および2歳の長女と大阪府堺市内で同居しており、妻の職業との関係で単身赴任せざるを得なかったケースで、名古屋営業所への配転に伴う家庭生活上の不利益は、「転勤に伴い通常甘受すべき程度のもの」と評価されるなど、裁判例は③の不利益性を労働者にとって厳しく判断してきた。これまで③の観点から配転命令の拘束力が否定されたのは、労働者本人が両親の介護をせざるを得ないなかでの遠隔地への配転命令（NTT 東日本事件<sup>5)</sup>）など例外的なものに限られていた。また、時間外労働の命令についてみると、それが裁判例において権利濫用として無効とされたケースは皆無に等しい。

総じて、判例は、就業規則等の規定を根拠に各命令権を容易に基礎づけたうえで、時間外労働や配転命令について権利濫用として効力を否定することについても、消極的であるといつてよい。

とはいえ、権利濫用の判断については予測可能性を欠く面がある以上、そのリスク負担のありようも問題となる。この点、上の各命令が有効である場合に労働者がそれに応じないことは、業務命令違反として懲戒処分の対象となることが多い。労働契約が、使用者の指揮命令にしたがった労働者による労務の提供と使用者による賃金の支払いとを対価関係とする以上、業務命令違反に対しては一般に重い懲戒処分が予定される。たとえば東亜ペイント事件・前掲では、配転命令に応じなかった労働者に対する懲戒解雇の有効性が問題となっている<sup>6)</sup>。つまり、労働者が時間外労働命令や配転命令等について、権利濫用であるとして法的に争うことには、事実上相当に大きなリスクを伴うこととなる。

#### (4) 小括

こうしてみると、ある特定の企業や、グループといった組織内部での人的資源の配分に関して、使用者の目線でみて契約自由の原則を大きく制約するような規制は乏しく、ビジネス・サイクルに

応じて柔軟な人事管理が可能となっている。さらに、以上のように、どちらかといえば個別的な人事処遇面でのフレキシビリティのほか、就業規則のいわゆる合理的変更法理（労契法10条）も、継続的契約関係のもとで契約の柔軟性を担保するものとして、ビジネス・サイクルに応じて労働条件を集团的に調整・変更する手段とみることもできよう。

もっとも、ビジネスの変動が単に一時的な景気変動等によるものでなく、構造的な要因による場合には、たとえば労働時間数の増減により雇用量の調整を図るといった一時的な調整策では、対応は困難となる。また、配転等の人事異動により組織内部で適職をみつける際には、新たに教育訓練等の費用が生じることがあるが、とりわけ専門性の高い職務などでは、外部労働市場から人材を調達（採用）する方が低コストで済むこともあろう。このような場合、組織内部での雇用調整ではなく、外部労働市場を通じた調整が行われる。

## 2 雇用保障——外的フレキシビリティ

外部労働市場を通じて労働者の雇用量を調整し、ビジネスをとりまく環境の変化へ対応することに対しては、解雇規制による大きな制約がある。日本の解雇規制は、判例法理として定着してきた解雇権濫用法理を成文化したものであり、あらゆる解雇に客観的合理性と社会通念上の相当性を求め、それを欠く場合には、解雇権の濫用として無効とする枠組みとなっている（労契法16条）。

ビジネス・サイクルへの対応という意味では、特にいわゆる整理解雇のケースが問題となるが、整理解雇については、上の合理性の判断に際して、①人員削減の必要性、②解雇回避の努力義務の履践状況、③被解雇者選定の合理性、④手続きの相当性という4つの観点から判断する枠組みが定着している。このうち②の解雇回避努力義務に関して、一部の裁判例には、解雇「回避」の努力が必ずしも十分でなくとも、使用者が当面の生活維持や、再就職の支援策を講じていたことを積極的に評価したものもあるが（ナショナル・ウエストミンスター銀行〔第3次仮処分〕事件<sup>7)</sup>）、きわめ

て例外的なケースである。一般的には、労働者を整理解雇するのに先立ち、解雇そのものを回避するために、不利益のより小さな他の人事措置を講じることが使用者に強く求められる。その程度は個々の企業の置かれている状況や労働契約の内容により異なってくるが、前述のように、企業内部での労働者の処遇におけるフレキシビリティが広く確保されているなかでは、解雇回避努力義務についてもそれに応じた措置が求められ、結果として有効な整理解雇へのハードルは高いものとなる。

こうしてみると、同じく権利濫用という枠組みを用いているものの、先述の時間外労働や配転、出向の命令権行使に際しての適法性審査のあり方と比較すると、解雇権の行使に際しての濫用性の審査は、実態としては解雇に正当事由を求めるものに近いものとなっており、いわば原則と例外とが逆転している。こうした解雇規制は、ビジネス・サイクルへの対応という面で、大きな制約となる。

他方で、このような解雇規制とならんで、1975年に創設された雇用調整給付金制度を原型として、使用者が労働者の雇用の存続保護を図るケースを対象に、雇用保険により雇用調整助成金として助成が行われている。その対象は、景気の変動、産業構造の変化その他の経済上の理由により、事業活動の縮小を余儀なくされた事業主が一時的な雇用調整（休業、教育訓練または出向）を実施して従業員の雇用を維持した場合であり（雇用保険法施行規則102条の3）、やはり、使用者による解雇を通じた雇用調整については抑制する一方で、個別の企業や企業グループ内部での柔軟な人事管理を前提としつつ、組織内での再教育や再配置に向けた施策を講じることが重視されている。

### 3 例外——非典型雇用など

もっとも、以上で述べたことは、特に大企業のいわゆる正社員に典型的に妥当するとしても、中小零細企業の正社員や、あるいは大企業でも非典型雇用として就労する労働者には当てはまらない面がある。

#### (1) 中小零細企業など

まず、企業組織内部での処遇におけるフレキシビリティという面で、中小企業等であっても労働時間（時間外労働の増減）による調整を図る余地は十分にある。一方、配転（人事異動）によりビジネス・サイクルの変動に対応していくことは、肝心の配転先の選択肢が限定されるケースとなると難しい面もあろう。ただし、このような事情が認められるケースにおいて、労働者を解雇することでビジネス・サイクルへ対応する局面となると、解雇回避努力義務の範囲が相対的にみて縮小され、解雇有効の方向へとベクトルが作用する。

また、必ずしも企業規模によって区別されるわけではないが、日本の企業の99%以上を中小企業が占め、大企業も含め全法人の7割程度が——節税目的などのさまざまな理由はあるにせよ——欠損を出している状況下においては、企業内での解雇回避努力といっても自ずと限界があることにも留意が必要である。こうした実態をふまえ、あるいは産業政策として中小企業の活動を広く促進する観点から、諸外国では、中小企業に対して労働法規制の一部の柔軟化（適用除外をはじめとした規制緩和）を図る例もみられるところである<sup>8)</sup>。

#### (2) 有期雇用による雇用調整

また、解雇規制については、そもそも無期雇用における解雇を対象としたものであり、有期雇用の期間満了による雇止めは含まれない。企業は、とりわけ定型的で必ずしも熟練を要さない業務などにおいて、ビジネス・サイクルへの対応策として、有期労働者や派遣といった非典型雇用をバッファとして活用していることが少なくない。

もっとも、有期雇用については、その性質から当然に帰結される中途解約の制限（民法628条、労契法17条）とは別に、近年、解雇規制とのバランスを考慮して規制が強化されつつある。第1に、いわゆる雇止め制限法理が、2012年に労契法19条として立法化されている。労契法19条によると、同条第1号ないし第2号に該当する事情が認められ、労働者が契約期間の満了前または満了後に遅滞なく契約更新等の申込みをした場合には、

客観的に合理的な理由がなければ雇止めは認められず、使用者は従前と同一の労働条件で申込みに対する承諾をしたとみなされる。いわゆる雇止め制限法理を立法化したものであり、同法理を適用する要否をめぐる第1段階（第1号ないし第2号該当性）の審査と、雇止めの合理性をめぐる第2段階（柱書）の審査に区別される点も従来の判例法理と異ならない。

このうち第1段階の審査としては、有期労働契約が反復更新してきた場合で、期間満了時に更新しないことが、無期の労働契約を解雇により終了させることと社会通念上同視できる場合（第1号）、および、労働者が、有期労働契約の期間満了時に、当該契約が更新されると期待することに合理的な理由が認められる場合（第2号）が規定される。従来の判例法理と文言上の差異はあるものの<sup>9)</sup>、いわゆる雇止め制限法理のうち、前者は東芝柳町工場事件・最判<sup>10)</sup>、後者は日立メディコ事件・最判<sup>11)</sup>以来の考え方を定式化したものである。

もっとも、このような雇止め制限法理は、①同法理が適用されるための要件面（19条1号または2号該当性という第1段階の審査を要する点）、②適用された場合の第2段階での合理性審査の程度（判例によると、有期雇用の雇止めに客観的な合理性を要するケースであっても、その程度は無期雇用の解雇の場合と比べると自ずから合理的差異があるとされている点）、③雇止めの合理性が否定された場合の効果の面（あくまで有期雇用の雇止めが否定されるに過ぎず、労働契約の期間の定めそのものは残っている点）で、無期雇用における解雇規制とはなお大きな隔たりがある。そこで同年の法改正では、有期雇用が反復継続して通算期間が5年を超え、本人が希望する場合には無期雇用への転換を認めるという、いわゆる無期転換ルールも併せて創設されている（18条）。

後述する自営的就労と比べれば、有期雇用は、労働者を企業組織内部に取り込むことで柔軟な処遇を図ることもでき、なかには基幹的な業務に従事するものも少なくない。他方で、雇用調整の局面では、無期雇用のいわゆる正社員を中核とした人事管理のなかで、有期労働者はまさに雇用の調

整弁として機能してきた。こうしたなか、上の諸規制は、有期雇用と無期雇用との雇用保障に関する規制のリバランスを図るものであり、特に無期転換ルールについては、ビジネスをとりまく環境変動への適応という点で大きな制約となり得る。

### (3) 労働者派遣による調整

一方で、派遣など外部労働力を活用することについて、近年では制約がなくなりつつある。たとえば、2015年の労働者派遣法の改正では、従来の派遣先の業務毎に設定されていた期間制限が撤廃されるなど、規制の仕組みが大きく変貌している。派遣労働者が派遣元で期間の定めなく雇用されている場合には、派遣受入期間の制限は及ばないし、有期雇用の場合であっても、派遣先の同一組織内での受入期間の制限（3年）はあるものの、組織単位が変更される場合や、同一の組織単位内でも派遣労働者を変更（交代）する場合であれば、継続的に派遣労働者を受け入れることも妨げられない。ユーザー企業からすると、派遣労働者を継続的に受け入れ、常用代替が生じ得る規制構造となっている。

ただし、派遣元の各種の責任は強化される方向であり、有期・無期雇用のそれぞれに応じた雇用保障はもちろん、たとえば、派遣事業を行う上で許可制度への一本化が図られており、また、派遣労働者に対して段階的かつ体系的な教育訓練を実施することなどが求められている。そのうえで、今後は、間接雇用の特殊性をふまえつつも、その構造から一律の規制を展開するのではなく、日本の関連する法制度に照らし、濫用的な派遣とそうでない派遣とを腑分けした上で、前者については制限する仕組みが重要となるであろう<sup>12)</sup>。

## Ⅲ 今後の方向性

### 1 伝統的な調整システムの評価

以上のように、とりわけ非典型雇用をめぐっては、近年、大きな制度改正が続いている。その一方で、ビジネスをとりまく環境変化のなかで、いわゆる正社員を念頭においた人事管理やそれに対

する法的な規制手法の面で、根本的な変化は見られない。

この点、いわゆる正社員を主として、個別の企業やグループといった企業組織の内部での再教育や再配置を促す仕組みは、これまで、景気循環的な不況期はもちろん、産業構造が大きく転換してきた時期においても一定の役割を果たしてきた。すなわち、こうした調整システムのもとでは、使用者に常に解雇回避の努力を求めることで、たとえば、労働者を就労可能な他の部署に再配置することや、必要に応じて企業負担による労働者の再教育や能力開発が行われてきたのであり、解雇というハードな手段を講じる以前に、ソフトな調整が図られてきたことは軽視すべきでない。

その過去の成功体験を今後どこまで活かせるかについては疑問の余地もあるが、こうしたソフトな手段が適切に機能する見込みがあるならば、それを活かすための何らかのインセンティブを設けることは必要であろう。他方で、雇用調整が必要となる要因が単に景気循環的なものでなく構造的なものである場合、こうした手法により雇用を維持することは、かえって労働者の外部労働市場におけるエンプロイアビリティを低下させ、転職の機会等を損なうリスクを内包することになる。たとえば、(雇用調整助成金などの活用もあわせて)一時的に雇用を維持することができたとしても、そのために企業の構造改革が遅れ、結果的に労働者を解雇せざるをえなくなるケースなどでは、時間を含め、多大なコストが無駄となる非効率が生じることとなる。

ビジネスをとりまく状況が常に変動するなかで、ある事案について、解雇回避努力を強く求め組織内部での再調整を図って乗り切るべきケースなのか、それとも、外部労働市場を通じた調整が避けられないケースなのか、第三者が分水嶺を定めることは容易なことではない。ただ、とりわけ低成長かつ変化の激しい時代においては、前述のリスクが常につきまとうことに照らせば、雇用さえ維持されればよいというわけではなく、個々人の職業キャリアの継続性へ配慮することがより重要な視点となり、現状の諸施策についてもバランスの見直しが必要となろう。

この点、近年では、従来の雇用調整助成金とならび、労働移動支援助成金(雇用保険法施行規則102条の4以下)が急速に拡充されつつある。労働移動支援助成金とは、使用者が、事業規模の縮小等により離職を余儀なくされる労働者に対する再就職支援について、職業紹介事業者に委託した場合や、求職活動のための休暇の付与や再就職のための訓練を教育訓練施設等に委託して実施した場合に支給されるものである。当初は中小企業のみを対象としていたが、近年は支給額の引き上げとならび大企業にも対象が広がられている。

同様に、いかなる要因にせよ、今後、現在と比べて雇用の流動化が不可避であると見込まれるならば、権利濫用の審査という柔軟な枠組みのもとで、たとえば解雇の合理性審査についても、前掲のナショナル・ウエストミンスター銀行事件のように、解雇「回避」という視点よりもむしろ、より広く、被解雇者の不利益の軽減措置のあり方を考慮する視点が、より積極的に位置づけられることとなろう。

## 2 将来の不確実性に対応するアプローチのあり方

それと同時に、個々人の職業キャリアの継続性を重視する視点に照らせば、今後は、使用者による一方的な権利設定を広く認め、濫用的な権利行使を制限するという規制手法についても、再考が迫られるように思われる。

たしかに、上のような規制手法は、使用者(資本家)に対する従属的な弱者とみる典型的な労働者像、および、それに対して国家が後見的に保護を図る考え方と親和的といえるし、権利濫用という一般法理がもつ柔軟性のもと、裁判所等の審査を通じて適切な利益調整を図りうる側面がある。規制の形式的な手法こそ異なるが、就業規則の合理的変更法理についても同様のことがあてはまる。

他方で、こうした規制手法は、裁判例の蓄積をもってしても、個別事案の状況がきわめて多様であるなかで結果の予測可能性が低いという問題がある。

この点、現在でも、いわゆる「限定正社員」のように、労働契約において、労働時間数、職務内

容、勤務地等が限定されている場合であれば、そもそも使用者がその範囲を超えて一方的に命令権の行使をすることはできない。それは同時に、解雇の局面においても、使用者が講じるべき解雇回避努力義務の範囲を、事前の労働契約によってある程度はコントロールできることも意味している。つまり、労使双方が事前の労働契約で合意することによって、後の、裁判所等の第三者による判断の不確実性を低減できる余地がある。とはいえ、いわゆるフリーランス（民法の典型契約では請負や委任というべきもの）とは異なり、労働契約において内的フレキシビリティを制約することには必ずから限界がある。事前に債務内容を特定できるのであれば、労働力を確保する手段としてわざわざ「雇用」を選択する必要はない。

そのうえ、契約締結時の合意を過度に重視することは、当事者（特に自然人である労働者）の——労働契約という継続的な契約関係の開始時点ではなく——現時点での意思や希望と乖離している可能性があることも軽視できない。仮に、雇用の維持を絶対視する価値観が後退し、あるいは、価値観としてはともかく、大きな変動によりその現実的可能性が低下すると見込まれるならば、個人のキャリア形成への配慮や、さらには個々人の希望を酌む仕組みが重要となろう。

このような視点に照らすと、第1に、権利濫用という柔軟な規制枠組みのもとで、個々の事案を検討する際に、使用者による個人への希望の事前聴取（労働者の納得を得るための努力）など手続的な要素を重視していくことが考えられる。これを突き詰めれば、第2に、一方的な権利行使に対する濫用審査という次元にとどまらず、雇用関係が展開するなかでのさまざまな事情変更之际して、労働者と使用者という両当事者に再交渉を促進し、合意を促すことをも意味している。

この点、近年の裁判例のなかには、労働者の同意のもと就業規則を不利益変更し、退職金を減額することをめぐり、労働者が同意するに足る客観的事情の存否を検討するものがある（山梨県民信用組合事件<sup>13)</sup>）。そこでは、労働条件の変更が賃金や退職金に関するものである場合には、「労働者が使用者に使用されてその指揮命令に服すべき

立場に置かれており、自らの意思決定の基礎となる情報を収集する能力にも限界があることに照らし、「当該変更を受け入れる旨の労働者の行為の有無だけでなく、当該変更により労働者にもたらされる不利益の内容及び程度、労働者により当該行為がされるに至った経緯及びその態様、当該行為に先立つ労働者への情報提供又は説明の内容等に照らして、当該行為が労働者の自由な意思に基づいてされたものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するか否かという観点からも」判断すべきとされている。

この事案は、使用者が労働者との同意にもとづいて就業規則を変更しようとしたケースであるが、そもそも同意によらない一方的な不利益変更（労契法10条）は、あくまで例外的なものである（同8条、9条も参照）。そうすると、10条の合理性審査に際して多様な要素を考慮するなかで、使用者が労働者との間で合意にもとづく変更をいかに試みたか、という視点も重要となる。この点、現在、債権法の改正が目指されているなかで、——就業規則と同じく集团的、画一的に契約内容を規律する——定型約款について、「定型約款の変更が、契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、……定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無及びその内容その他の変更に係る事情に照らして合理的なものである」場合に、一方的な不利益変更の余地を認めつつも（法案では548条の4）、その具体的な判断に際してなお、個別の同意を得ようとするにどの程度の困難を伴うか（約款の変更による必要性）という事情を酌もうと模索していることも参考となる<sup>14)</sup>。

また、やや視点は異なるが、妊娠中の軽易業務への転換を機に降格させた措置が均等法9条3項で禁止される不利益取扱いに該当するか否かが問題となった広島中央保健生活協同組合事件<sup>15)</sup>において、最高裁は、育児休業後に職場復帰する労働者のニーズが多様であるなかで、例外的に不利益取扱いに該当しない場合として、「当該労働者につき自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するとき」を挙げている<sup>16)</sup>。具体的な同意の認定



に際しては、降格措置により受ける有利な影響並びに不利な影響の内容や程度、降格措置に係る事業主による説明の内容その他の経緯や当該労働者の意向等を考慮するものとされており、ここでも客観的事情の有無がポイントとなっている。

このように、労働者の同意の認定に際して客観的事情の有無を重視する考え方によると、結局のところ、当事者の主観的な意図とは別に第三者（裁判官）の価値判断が混入する可能性は否定できない。それでもなお、就業規則の合理的変更法理というかたちで裁判官が正面から内容審査をすることや、あるいは、使用者による就業規則等による権利設定を広範囲に認めつつ、権利濫用の枠組みで介入することと比べれば、当事者の合意を尊重する枠組みであるとも評価できる。このような枠組みは、今後、契約締結時には予想し得ないビジネス環境の大幅な変化が生じたときに、個人の職業キャリアの継続性へ配慮しつつ労働条件を変更（画定）する有力な手法となろう。

### 3 自営的就労をめぐる諸施策とのリバランス

上のように、使用者と労働者との同意を重視すること——なかでも、同意の認定レベルで客観的事情の有無を検討する際にも、できるかぎり当事者の主観的な意図にひきつけた判断を試みる立場——に対しては、労働者の従属性を重視する伝統的な立場から厳しい批判があろう。

むしろ、形式的な同意のみを重視すべきではないが、他方で、とりわけ職業キャリアの継続性を尊重する視角に照らせば、あらゆる労働者を従属的なものと一括りにしたうえで国家（第三者）が後見的に介入するという規制手法にも疑問が生じてくる。職業キャリアに照らし何を重視するかについて、最終的には個々人の決断が重要となるなかでは一定の自律的な労働者像も視野に入れる必要があり、その際には、より自律的な稼得手段である自営的就労に対する諸施策とのバランスにも広く目を配る必要がでてくる。

企業が労働力を調達する手法は様々であり、とくに企業特殊な熟練を要さない汎用的なスキルであれば、組織内部で労働者として抱え込む必然性はない。その代表はクラウドワークをはじめと

したインディペンデント・コントラクター（自営的就労）であるところ、現時点では、こうした個人による自営的就労について契約自由が広く妥当し、ビジネスをとりまく環境変動に対しても柔軟に対応することが可能となっている。ICTの飛躍的な進展により、労働力を欲するユーザー企業と自営的就労者とのマッチングが容易となっているなか、職種によっては企業が組織内部で労働者を育成するのではなく、インディペンデント・コントラクターを活用することで事足りることも少なくない。

こうしたなか、自営的就労に対する規制のあり方は今後の課題であるが、現実のサービスは市場のニーズに応じて生じ、法の枠組みにもとづいてのみ展開されるわけではなく、いずれにしてもグレーな領域がでてくることは避けられない。そうであるならば、自営的な就労を一律に労働法的な規律に包摂することを目指すのではなく、契約の拘束力を基礎づける共通の出発点として、自営的就労に対する規制とのバランスという観点からも、ふたたび原点に戻り、契約当事者の合意——その真意性を高めるための模索——を再評価すべき時期に来ている。

### 4 能力開発、外部労働市場における（再）マッチングの重要性

それと同時に、ビジネスをとりまく環境が大きく変化し、また、個人の側でも、たとえばワーク・ライフ・バランスのあり方など就労における価値観が多様化しつつあるなかでは、両者のマッチング精度を高めることも重要となる。

前述のように、日本では、内部労働市場において人事管理の柔軟性が高く、企業主導での多様化は進展している反面、外部労働市場を通じたマッチング支援は必ずしも十分でない。そして、外部労働市場を通じた労働力のマッチングを広く捉えると、職業紹介事業や労働者派遣事業といった狭義の人材ビジネスにとどまらず、たとえば非雇用型のクラウドワークなども広義の人材ビジネスとしての側面があり、やはり、労働法的な規制とのバランスを図る必要が高まるであろう。

この点、第三者を介しての、有償による、有償

労働のマッチングについて、役務提供者（労働者、インディペンデント・コントラクター等）に対する報酬の支払い方法に着目すると、(1) 役務提供者が役務サービスの受領者から直接に報酬を受けるタイプと、(2) 仲介業者から報酬を受けるタイプが考えられる。

(1) において、役務提供者と受領者の間の契約が労働契約と評価でき、かつ、仲介業者が雇用関係の成立をあっせんしている場合には、有料職業紹介事業として職安法上の諸規制が及ぶ。一方、労働契約と評価できない場合（インディペンデント・コントラクターの場合）、さらには、労働契約であっても仲介業者が単に情報提供をしているにとどまる場合であれば、特段の規制はない。

一方、(2) のタイプにおいて、仲介業者と役務提供者の間の契約が労働契約と評価でき、かつ、役務の提供者と受領者の間に直接の契約関係はない一方で、指揮命令が行われているケースは、労働者派遣ということになり、派遣法上の諸規制が及ぶ。それ以外のケースは職安法で禁止される労働者供給事業（職安法 4 条 6 項、44 条）の一種と評価されるケースが多いといえそうであるが、他方で、役務提供者の労働者性が否定されるケース——インディペンデント・コントラクターが仲介業者との業務委託契約のもと、役務受領者に対してサービスを提供するケース——となると、特段の規制はない。ここでもやはり、現実の役務提供サービスや、そのマッチング・サービスの多様化が進みつつあるなかで、従来の労働法的な規制をふまつつも、自営的就労におけるマッチングをどのように規制すべきか（すべきでないのか）、規制全体のリバランスを図るべき時期にきている。

その対象は、第 1 に、労働市場において、公的機関、あるいは私人による需給マッチングに対してどのような規制を課すかという問題である。そのなかには、職安法や派遣法といった事業法上の規制とのバランス確保とあわせて、契約法上の重要な視点として、ミスマッチを防止するために、当事者に、役務提供に関わる情報の積極的な開示を求めることも重要となる。この点、労働者については、近年、職安法、女性活躍推進法、若者雇用促進法といった諸法により、時間外労働の時間

数、有給の取得率、直近の労働者の離職状況などさまざまな情報開示を使用者に求める規制が拡大しつつある。こうした規制は、インディペンデント・コントラクターと事業者との間でも、契約締結時のミスマッチを低減させる有効な手段となる可能性がある。

また、第 2 に、たとえば能開法を典型とする労働者（および労働者となる以前の求職者）を念頭においた能力開発とあわせ、自営的に就労する個人に対する能力開発を、誰が、どのように行っていくかという問題等も今後の重要な検討課題となろう。その際には、いわゆる正社員について、企業のコスト負担によって企業特殊な熟練を高めるというモデルだけでなく、たとえば、——離・転職が比較的に活発で、前述のような能力開発のインセンティブが乏しい——労働者派遣の世界において、個々の労働者について段階的かつ体系的な教育訓練等の実施が派遣元に新たに義務づけられたなかで（派遣法 30 条の 2）、失敗も含めさまざまな模索をしている事例を分析することも、今後の政策を展望するうえで有益となろう<sup>17)</sup>。

#### IV おわりに

ビジネスをとりまく環境変動というマクロな動きのなかでも、法的レベルでみると、個々の当事者の権利義務というミクロな問題を切り離すことはできない。他方で、とりわけ労働市場政策という観点、あるいは個々の契約に対する規律のあり方という次元でも、望ましい方向に誘導するためのインセンティブを設けるという視点のもとでは、単に当事者のミクロな権利義務にとどまらない鳥瞰的な議論が不可欠となる。

大企業のいわゆる正社員を典型として、雇用の維持を重視する反面で、企業組織内部における人事の大幅なフレキシビリティを認め、同時に、非典型雇用については、外部労働市場を通じた調整を図ることでビジネスをとりまく環境変動に対応してきた日本型雇用システムは、大きな転機を迎えつつある。

将来の見通しが不確実ななかで、個々人の選択や職業キャリアを重視する立場に照らせば、権利

濫用等の柔軟な判断枠組みのもとでも、個々の解釈に際して個人的事情へいっそう配慮すること、さらには、再交渉を促すようインセンティブを設けることが好ましい。このような立場は、伝統的な労働法的規制手法を重視する立場からは、批判的にみられるであろう。しかし他方で、企業が労働力を調達する手法は雇用に限らず、インディペンデント・コントラクターを典型とする自営的就労の拡大も現実味を帯びているなかで、狭義の労働法的な視点からのみ規制を展望することは適切でなく、自営的な就労も含む、広義のワークルールのあり方を広く検討すべき時期にきている。

- 1) 最1小判平成3年11月28日労判594号7頁。
- 2) 最2小判昭和61年7月14日労判477号6頁。
- 3) 最2小判平成15年4月18日労判847号14頁。
- 4) 出向については、「出向の命令が、その必要性、対象労働者の選定に係る事情その他の事情に照らして」権利濫用か否かが判断される（労契法14条）。
- 5) 札幌高判平成21年3月26日労判982号44頁。
- 6) 東亜ペイント事件は審理を高裁に差し戻したため懲戒解雇の有効性については判断されていないが、その後の下級審ではこれを有効とした例も珍しいものではない（たとえば最近の事例として、東京地判平成28年5月18日（LEX/DB：25543048）など）。
- 7) 東京地決平成12年1月21日労判782号23頁。
- 8) 諸外国の状況については、「比較法研究・中小企業に対する労働法規制の適用除外」季労223号（2008年）～227号（2009年）の各論文を参照。
- 9) 裁判例については、さしあたり、パナソニックプラズマ

ディスプレイ（パスコ）事件（最2小判平成21年12月18日労判993号5頁）を参照。

- 10) 最1小判昭和49年7月22日民集28巻5号927頁。
- 11) 最1小判昭和61年12月4日労判486号6頁。
- 12) 私見については、拙稿『労働市場における労働者派遣法の現代的役割』（弘文堂、2016年）を参照されたい。
- 13) 最2小判平成28年2月19日労経速2280号3頁。
- 14) この点については、たとえば、法制審議会民法（債権関係）部会第96回会議（平成26年8月26日）の議論等を参照。
- 15) 最1小判平成26年10月23日労判1100号5頁。
- 16) 「一般に降格は労働者に不利な影響をもたらす処遇であるところ…女性労働者につき妊娠中の軽易業務への転換を契機として降格させる事業主の措置は、原則として同項の禁止する取扱いに当たるものと解されるが、当該労働者が軽易業務への転換及び上記措置により受ける有利な影響並びに上記措置により受ける不利な影響の内容や程度、上記措置に係る事業主による説明の内容その他の経緯や当該労働者の意向等に照らして、当該労働者につき自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足る合理的な理由が客観的に存在するとき、又は事業主において当該労働者につき降格の措置を執ることなく軽易業務への転換をさせることに円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性から支障がある場合であって、その業務上の必要性の内容や程度及び上記の有利又は不利な影響の内容や程度に照らして、上記措置につき同項の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情が存在するときは、同項の禁止する取扱いに当たらない」。
- 17) 具体例については、たとえば、日本人材派遣協会「派遣労働におけるキャリア形成支援の手引き」、同「派遣労働におけるキャリア形成支援事例集」等を参照。

ほんじょう・あつし 静岡大学人文社会科学部准教授。  
最近の主な著作に「労働市場における労働者派遣法の現代的役割」（弘文堂、2016年）。労働法専攻。