

学界展望

労働法理論の現在

2017~19年の業績を通じて



早稲田大学
教授
大木 正俊



九州大学
名誉教授
野田 進



学習院大学
教授
橋本 陽子



関西大学
教授
川口 美貴

目次

はじめに

- I 従業員代表制
 - II ドイツと日本の「非正規」公務員
 - III 労働者概念
 - IV 法人格を越えた労働法規制
 - V 労働契約における合意
 - VI 採用における個人情報の収集
 - VII 障害者雇用
 - VIII 高齢者雇用
- おわりに

はじめに

野田 それでは、「学界展望：労働法理論の現在」の座談会を始めます。3年ぶりの開催ということで、この間の日本の労働法学界のトレンドとといいますか、問題状況の動きに対する学界の最前線というものを、私たちの間で取り上げて議論したいと思います。以下で取り上げるのは、そのような趣旨に即した論文として、議論のうえ選定したものであります。

特に順番にこだわるわけじゃないですが、最初は私から報告させていただきます。後に、引き続き中核的な労働契約論にかかわる問題とか、あるいは、差別の問題にかかわる問題が用意されていますので、それらの議論に入る前に、まずは集团的労働関係に関する論考を取り上げます。1つは、集团的労働関係と実質的にかかわる従業員代表制の問題と、それから、もう1つは、非正規公務員にかかわるドイツの勤労務

◎検討対象著作・論文

- I 従業員代表制
 - ・竹内（奥野）寿「従業員代表制と労使協定」『講座労働法の再生（1）——労働法の基礎理論』日本評論社、2017年
- II ドイツと日本の「非正規」公務員
 - ・早津裕貴「ドイツ勤労務者の法的地位に関する研究」『名古屋大学法政論集』271号、273号、274号、275号（2017年3月～12月）
- III 労働者概念
 - ・國武英生『労働契約の基礎と法構造——労働契約と労働者概念をめぐる日英米比較法研究』日本評論社、2019年
 - ・石田信平「イギリス労働法の Worker 概念（1）（2）完」『季刊労働法』262号、263号 2018年
- IV 法人格を越えた労働法規制
 - ・土岐将仁「法人格を越えた労働法規制の可能性と限界——個別的労働関係法を対象とした日独米比較法研究」（1）～（6）完 『法学協会雑誌』134巻5号、6号、8号、9号、10号、11号、2017年
- V 労働契約における合意
 - ・奥田香子「労働契約における合意——合意の保護とその射程」『講座労働法の再生（2）——労働契約の理論』日本評論社、2017年

- VI 採用における個人情報の収集
 - ・河野奈月「労働関係における個人情報の利用と保護——米仏における採用を巡る情報収集規制を中心に」（1）～（7）完 『法学協会雑誌』133巻12号 2016年、134巻1号、2号、3号、5号 2017年、135巻1号、11号、2018年
- VII 障害者雇用
 - ・長谷川珠子『障害者雇用と合理的配慮——日米の比較法研究』日本評論社、2018年
 - ・石崎由希子「障害者差別禁止・合理的配慮の提供に係る法的課題」『日本労働研究雑誌』No.685、2017年
 - ・小西啓文「法的雇用率制度の比較法的考察——ドイツ法を参考として」『日本労働研究雑誌』No.685、2017年
- VIII 高齢者雇用
 - ・柳澤武「高齢者雇用の法政策——歴史と展望」『日本労働研究雑誌』No.674、2016年
 - ・鎌田耕一「高齢者の雇用対策と年齢差別禁止——65歳定年制を展望して」山田省三先生古稀記念『現代雇用社会における自由と平等』信山社、2019年

者という法的地位に関する問題、その2つについて、取り上げて議論したいと思います。

I 従業員代表制

●竹内（奥野）寿「従業員代表制と労使協定」

野田 最初に、竹内さんの「従業員代表制と労使協定」という論考を取り上げます。これは『講座労働法の再生』の第1巻に収録されたものでして、従業員代表制という現在の重要な問題、とりわけ集団法と個別法が交錯するような問題領域ですけれども、これについて、丹念な分析と見解を述べておられるのが特色だと思います。

この論考の目的としては、日本における従業員代表制をめぐる議論の展開と、そこに通底する問題関心というものを踏まえて、1つは過半数代表制度と労使委員会制度、それから、労働組合も従業員代表制の問題のほうに組み込んで、その現状をまず確認するということ。2つ目に、その検討課題を明らかにすること。3つ目に、従業員代表制のこれからというものを論じるというふうには、冒頭で明確に提示しておられます。

論文の構成は、第II章で、日本における従業員の利益代表の仕組みと、利益代表をちょっと広げた仕組みの現状と課題ということで、既存の過半数代表制と労使委員会制度とを取り上げる。それから、2つ目に労働組合を取り上げる。次いで第III章で、従業員代表制のこれからのあり方ということで、さまざまな問題を分析されて、ご自分の見解を提示されるという、まとまりのいい構造になっております。

その流れで、私から見ると、おもしろいなと思ったところを取り上げますと、まず、第II章の過半数代表の機能という点でして、この論文の特色は、機能という言葉が非常によく使われており、いわば機能論的な分析というのが特色になっています。ここでも、その過半数代表の機能として、第1に、最低基準を下回る労働条件設定の合法化機能、これは労働基準法の各労働時間その他の各規定によるものですが、それから、2つ目に、就業規則の意見聴取を通じて行う労働条件の設定機能、あるいは設定に関与する機能、それから、3つ目に、倒産や会社分割における意見聴取における関与という、この3つの機能を分析しています。

しかし、その法律の規制のあり方としても、実情と

しても、従業員を代表する制度としての整備はほとんどないんだというふうにまとめておられます。

それから、労使委員会のほうですけれども、労使委員会も、当初、これを常設機関とする議論があり、そういう意味では、過半数代表に備わっていない常設機関性の欠如というのはいくらかは改善されているけれども、やはりその中に、過半数代表と同じように、意見反映の仕組みというものがないという結論です。

さらに、一種の従業員代表制として見たこの労働組合についても、そもそも、自己の組合員を代表するだけであって、実態として非正規の利益も代表していない。ということで、当たり前といえは当たり前かもしれないですけれども、従業員代表制の整備は我が国ではほとんどないということで結論づけておられる。

そういう意味で、利益代表という観点からすると、既存の仕組みでカバーされていない労働者が多いんだと、現状分析として締めておられる。

それでは、第III章の従業員代表制のこれからのあり方ということですが、ここでは、1つは、この従業員代表制の憲法的根拠みたいなものを書いておられるのがおもしろいなと思いました。憲法27条2項に基づく国家の責務の一内容として、従業員代表の立法整備が必要であるというわけです。そもそも、過半数代表だと、この制度は労働条件の決定を行っているわけじゃないというわけです。そういう意味でも、この労基法の枠内の制度では不十分である、と。

もう一つ、憲法28条というのは、集団的な利益代表の仕組みとして労働組合だけを指定しているわけじゃないだろうとも言われます。必ずしも、28条の枠組みからも、従業員代表制というのが否定されるわけではない。もっとも、これはこの竹内論文でずっと気にしておられる点で、後でも申し上げますが、常設的な従業員代表制というものが労働組合の結成を阻害しないかというのが常に考慮すべき問題として指摘されています。

そこで、何が必要かということで、①常設的で、②使用者との関係で対等性を一定程度備えた、③従業員のさまざまな意見を反映する仕組みという、そういう従業員代表制が必要だと言います。

その上で、これらの3つのファクターについて、それぞれ検討されまして、1つは、これは異論があり得るかもしれないですけれども、労働組合との調整ということに気にかけているからでしょう。過半数組合が

あるときは、当該過半数組合には常設的な従業員代表の機能を担わせるべきだというのが、特徴ある1つの提案だろうと思います。

2つ目の対等性を一定程度備えたという点については、ヨーロッパを中心とする従業員代表システムの中で認められているような、有給の活動時間の保障とか、何より委員に対する不利益取り扱いの禁止、そういったものをあわせて整備すべきだと。そういうものがないと、対等性が確保できないといわれる。

そして3つ目に、委員会構成が必要だと。複数名の委員が選ばれて、そこで会議体として運営されていくことが重要だと言われます。

ただ、ここら辺も議論があるところでしょうけれども、従業員代表に労働条件決定機能を持たせることにはやはり否定的だということです。主としては、この情報提供とか協議を受ける権能というものに重点を置いた組織としてまずは編成されるべきだろうと。労働組合のもつ集団的な権能というものを妨げるものであってはならない、そういう仕組みとしてつくり上げるべきだという、そういう立場・考え方のようです。

感想ですけれども、ちょっと私の議論に引っ張り込んでいるところはあるかもしれないですけど、まずはこの論文は、従業員代表制についてのこれまでのさまざまな議論を非常に要領よくまとめています。まず、この前半で、日本の現行法上の利益代表制度を通観した上で、その日本の利益代表システムの不十分さというものを明確に指摘する。後半では、今後の従業員代表制について、その立法整備を積極的に捉えるという立場から、先ほど言いましたように、機能論的な観点からそのあり方を論じているというのが大きな特色でもあり、支持し得るところだろうと思います。

特に労働組合、団結権との関係というものに目配りをする点。それから、ここも機能論的な意味ですけれども、その労働条件設定機能についてどうするかということについてはネガティブに考える。一方で、情報提供、それから、協議の機能については積極的に捉える。そういうふうな、分析した上での個別機能ごとに非常に目配りがきいて、かつ、竹内さんらしい抑制のきいた構想が特色であります。

もっとも、非常に配慮された論文ですけれども、見ようによっては、従業員代表制の問題について、これまで議論されてきた論点を要領よく整理したに過ぎないという不満も感じられるところではありま

す。

最近、「労使の話し合い」とか「労使自治」の必要性というものが、政策の提言の中とか、あるいは、判例の中でも強調されている。つまり、労使対話の役割が強調されているのはご承知のことだろうと思います。そこで言われている話し合いというのが、おそらく労働組合による団体交渉のことを言っているわけじゃないだろうと考えられる。現に、労働組合の推定組織率というのは17%に過ぎないし〔座談会後に発表された、厚労省「令和元年（2019年）労働組合基礎調査の概況」によれば、16.7%〕、労働協約の被適用率ももっと少ない。そういう状況ですから、おそらく団体交渉ではなく、労使対話のための何らかの従業員代表システムというものを念頭に置かれて語られているんだらうと思います。

つまり、日本では、そういう意味で、従業員の利益代表の機能と必要性というのは誰もが強く期待している。ところが、それを受け持つ制度の法的、あるいは、または、自主的な取り組みというのは明らかに不十分であるという、非常に奇妙な自己撞着といえましょうか、矛盾の中にずっといるわけですね。もうおそらく数十年、そういう状況が続いている。結果として、現実の労使関係においては、従業員代表を通じた話し合いの実態が乏しく、団体交渉の実績も実態として限定的である。とすると、結局は使用者の一方的決定による企業運営が図られるということになるかと思えます。

そして、この従業員代表組織と労働組合機能との関係性、両者の協力・協調の面もあるはずなんですよ。どっちかがどっちかを支配するのではなく、協調する。あるいは、相対立する相克を緩和する。しかし、そういう意味での関係性みたいなものが議論されていない。いくつか裁判でもあるんですけど、少数組合機能との関係性の問題というのがおそらく最大の課題であるのに、もうずっと長らくとっていいでしょうけど、未解決のまま先送りされてきた。この論文について不満があるとすれば、そういう意味での、課題の確認というに過ぎないんじゃないかという点です。

問題は、こうした理論状況を脱却するようなヒントがこの論文の中に見出せるかということですけども、それをどう取り出すべきかというのが私の感想であり、ここで論ずべき点であるというふうに思いました。

私のほうからは、とりあえず以上です。

川口 この論文について、まず、私は従業員代表制を構想することを否定するわけではありません。ただ、使用者と対等に交渉することができるのは、やはり団結権とか団体交渉権とか団体行動権をバックにした労働組合しかなくて、労働組合に頑張ってもらわなければいけないというのは当然の前提で、いわばそれを補完するものとして従業員代表は重要だと思っています。

その上で、従業員代表制の議論自体は非常に重要だと思うんですけども、私が気になったのが、この論文では、法令が定めている最低基準を緩和する機能と、それ以外の機能と並列的に並べて従業員代表制を論じている点です。私は、法令によって定めている最低基準を緩和する機能と、それ以外の説明とか協議とか意見聴取を受けるといった機能は全く別の機能なので、分けて考えたほうがいいのではないかと思います。

別の言い方をすると、最低基準の緩和については、そもそも、事業場単位で、従業員代表との合意によって、強行法規による規制緩和をすることを可能とすべきなのかどうか、あるいは、緩和しようとする、その要件とか範囲をどうするのかという観点から検討すべきで……。

野田 ちょっと途中で割り込んでいいですか。議論がずれたまま進んでいくと困るので。

川口 はい。

野田 労働基準の緩和というのは過半数代表制について言っておられるんですね。

川口 ええ。

野田 この竹内論文は、そのことは別に、それはあくまでも過半数代表の問題であって、竹内さんが考えている従業員代表制は全く別な話で。

川口 わかっています、だから。

野田 ですから、その竹内論文のいう従業員代表制について、労働基準緩和機能というものを組み込んだ形で議論するのはおかしいと思います。

橋本 いや、私も、川口先生の理解されていらっしゃるように、竹内先生は、従業員代表制がもし整備されれば、その従業員代表が、現行の過半数代表が持っている労使協定の締結機能も持つと考えていると思って読んでいたのですが、違うでしょうか。

野田 そうですか。いや、そのことは論文に何も書

いてないんじゃないですか。

橋本 実はそこがはっきりしないなと思って読んでいたのです。

野田 なるほど。そうですか。

橋本 労働条件決定機能の議論が後半で行われていて、過半数代表の機能について前半部分で論じられていて、そこで、川口先生がおっしゃった法定最低基準を下回る労働条件設定の合法化機能に言及されています。

野田 でも、それ、そうだというのはどこに書いてあるんですか。

橋本 現行の過半数代表制について分析をしている部分なのですが、あるべき従業員代表制度がその機能を担うことが当然の前提で議論しているかなと思って読みました。

野田 いやいや、それは違うでしょう。何もそんな風に一緒にする議論は全然ないし。

川口 でも、最低基準を緩和する機能を持っているから、こういうふうに制度を整備しなければいけないという形で話を進められていると思います。

橋本 そうですね。そう思います。現行の過半数代表者は、そういう重要な機能を持っているのに、しっかりした機関とはいえないですからね。

野田 でも、それがもしそうだったら、それはそれで大きな論点だから、この論文にしっかり書かれているはずですよ。

橋本 多分、「従業員代表制の持つ権限」という項目を立てて、そこでデロゲーションの機能と労働条件設定権限の議論をまとめて行ったほうがわかりやすかったのだらうと思います。

野田 でも、2つ並立することは、特段の矛盾はないんじゃないですか。過半数代表制は基本的には労基法レベルの問題であるし、それ以外の、それこそ経営問題とか人事問題一般については何も、つまり、ヨーロッパであるような問題というのは特に何も組み込む必要はないわけですよ。もちろん関連をすることはあるかもしれないけれども、あるいは、積極的に従業員代表制が過半数代表の役割を持つということ、そういう位置づけで組織形成をするということであれば、そうなるかもしれないですけども。

橋本 そういう意味だと思って読んでいました。そうではないのですか。

野田 どうしてそう読めるんですか。

橋本 そういう問題意識から書かれていらっしゃるのには明らかだろうと思いました。

野田 それは利益代表の機能じゃないですか、一般の意味での。この論文の構想では、利益代表という大きな概念があって、その中に、その一つとして、あんまり利益代表として機能してないけれども、過半数代表と労使協議制がございまして。しかし、それは利益代表として十分じゃないから、従業員代表制をつくりましょうという、そういう理屈ではないですか。

川口 それはそのとおりだと思うんですけども、その従業員代表が現在と同じように、最低基準の緩和機能と、就業規則の意見聴取を受ける機能を持つということを前提としての議論だと思います。

野田 どうしてでしょう。そこが前提ってどこに書いてあります？過半数代表についてまとめているのは162頁ですよ。①、②、③。で、そこから先にこれを引き継ぐ従業員代表制というのはどこにありますか？

大木 166頁の小括では、過半数代表制について、「一方で労使協定の締結を通じた法定最低基準を下回る労働条件設定の合法化機能等の重要な機能を担っているにもかかわらず、そもそも従業員代表制度としての整備がほとんど行われていない」という問題意識が示されています。

川口 その下に、同じ166頁の下から2行目ですけど、「このことを踏まえ、まず、過半数代表制の現行機能、特に重要な機能と言える労使協定の締結を通じた法定最低基準を下回る労働条件設定を合法化する機能、及び、就業規則の作成または変更における意見聴取を通じた労働条件の設定に関与する機能を念頭に置いて、従業員代表制のあり方について論じ、……」と書かれています。

野田 この「念頭に置いて」という考え方だけでも、その限界を念頭に置いてという意味なんじゃないですか。そういうものがもう利益代表として機能してないということを念頭に置いて、従業員代表制のあり方、もう一つのオルタナティブとして、従業員代表制を論じましょうという、そういうことじゃないんですか。

大木 たしかにそういうふうには読めなくもないですね。あと、竹内論文は従業員代表の労働条件決定機能に関してはかなり否定的な見方なんですよ。

野田 だけど、従業員代表制というものの普遍的な

言葉の意味としてですよ、従業員代表という制度に、なんでそんな機能を期待できるんですか。

川口 でも、最低基準を緩和する機能は持たせないで、従業員代表をつくるということも別に書いていらっしゃるらず、結局、基本的には今と同じような機能を持つ従業員代表制で、だけど、今の制度だと不十分だから、ちゃんと対等に交渉できるようにするというふうになっているように思えるので、私から見ると、現在の機能の見直しということはあまり考えずに、一応、今の機能もそのまま持たせるとすると、どんな制度がいいのか、どんな委員会なり、どんな代表システムだったらいいいのか、というふうが続いているように思ったのですが。

野田 それは制度設計の重要な問題ですね。一つの考え方として、現状の過半数代表制を何かいろいろと、めっちゃめちゃいろいろと改善して、従業員代表制に持っていこうという議論がありますよ、確かに。それが日本では一つの正攻法的な考え方もかもしれない。いちおう定着した過半数代表制を、それをアドホックなものじゃなくて常設機関にしていって、かつ、一定の情報収集権限も与えて、あるいは、選挙で選ばれるようなものにしたって、換骨奪胎もいいところですけども、抜本的に切り替えて、しかし、過半数代表制の発展形態です、という、そういう議論をするのが一つの流れではあるでしょうけれども。

私はそれ、そもそも過半数代表制は従業員代表ではないんだから、その機能を抱え込むというのははじめから違うと思います。過半数代表制の発展系として、要は労働組合がやるようなことを従業員代表制がやるというような機能は基本的にはもう混乱を招くだけです。それは川口さんも同じ思いだろうと思いますけれども。

川口 ええ。

野田 労働組合はほんらい集団的意思により労働条件を設定する役割ですから、フランスが今やっているように、労働条件の緩和という、まがりなりにも、企業協定という労働協約を結んで緩和していく、デロゲーションでもいいですけども、そういうことを認めていこうというのが正攻法のやり方ですよ。

川口 ええ。

野田 それと似て非なるものとして日本では過半数代表制があると。

けれども、従業員代表制はそういうものではないも

のが期待されているわけだから、皆さんは過半数代表制の発展系としての従業員代表制を考えておられるかもしれないですが、それはあり得ないと僕は思うんですね。そういうことをやっている、いつまでたっても従業員代表制は成り立たないと思うので、本質的に違うだろうというふうに思うんです。

しかし、それは重要な論点ですよ。過半数代表の発展系として従業員代表制があるのか、それとも、別途考えなきゃいけないのか。

川口 ただ、私が言いたかったのは、この竹内先生の論文は、最低基準の緩和と、それ以外の説明協議とか意見聴取を分けて議論していらっしゃるようなには見えないので、まず強行法規による規制を緩和する機能を認めるかどうか、それは労働組合以外の従業員代表でできるのか、もし認めるとしたら、どういう要件でどの範囲にするかという話と、それ以外の説明協議とか、安全衛生とか、いろんな情報を受けたりとか、そういう補完的な従業員代表をどう整備するかという話を分けたほうがよかったんじゃないかということです。

野田 僕は川口先生の今おっしゃった補完的というのはちょっと抵抗を感じる。従業員代表制は何も労働組合の機能を補完するものじゃない、団体交渉を補完するものじゃないと思うんです。だから、労働組合がないところだって従業員代表制は成り立つし、また、そうじゃなければならぬ。だって、労働組合がないと従業員代表制が成り立たないんだったら、もう日本の企業のほとんどで従業員代表制が成り立たない。つまり、機能としても全く違うところがあると思う。

団体交渉するのは労働組合ですけれども、それを補完して従業員代表制があるというんじゃないで、全く別な機能として存在する。つまり情報を得て、かつ、それを協議するということはそれ自体、非常に大きな機能なんですよ。

川口 それは、はい。

野田 企業の中で労働者に情報を与えないこと自体が法的に批判されるということは、それはフランスでは確実な法理という。もう70年以上の長い年数、維持している従業員代表の制度の仕組みとして確立している。情報を与えられて、かつ、それについて説明を求めうる権能を、団体交渉とはもう一つのルートとしてつくるとするのは、それは非常に重要なことだと思うんですね。それは労働組合の補完ではなくて、別

立ての機能だと思えます。

川口 はい。そこの労働組合と従業員代表との関係をどうするかは別の論点だと思うんですけれども。

野田 すみません。途中で割り込んで。どうぞ続けてください。

川口 いえいえ、今もう全部言ってしまったとおります。先に述べたような形で切り分けたほうがよかったのではないかということです。

特に最低基準の緩和については、日本の場合、すべての強行法規について、過半数代表との労使協定の締結という同じ逸脱要件ですけれども、そもそも緩和できるのか、できるとしてどの強行法規ならできるのか、緩和を認めるとしてもどの範囲内であれば認めるのか、細かい分析が別途必要なのではないかということと言いたかっただけです。

大木 仮に強行法規からの逸脱機能も含めた議論をしているんだとすれば、竹内論文では制度設計にあたって労使の対等性の確保にも着目されていますが、この論文で書かれている程度の対等性でいいのかなという疑問は出てきます。不利益取り扱いからの保護や活動の保障といった程度のものしか示されていない……。

川口 あと、複数名の委員とかね。

大木 うん、複数制とか、その程度しか要求していないので。

野田 それでも現状より、ましかもしれない。

大木 現状よりはましかもしれないですけどね。ただ、やはり労働組合の場合には団結権、団体交渉権、争議権があって、団体交渉もできるし、いざとなったら争議行為もできる。そういうのが対等性の保障として機能しているわけです。竹内論文で論じられている従業員代表にはそこまで対等性がない。

そうすると、川口先生の言われた「補完的」という言葉は私にはわりとしくりくる気がします。労働組合のような強い対等性を備えた存在が一番最初にくるもので、そこで埋めきれないところを従業員代表でやるという話にもなるのかなと思いました。

橋本 過半数組合があれば問題はないと思いますが、実際には労働組合がない事業場も多くて、組織率も下がっている中で、最初の問題に戻りますが、やはり労使協定締結権限を持つのがこの竹内先生の予定している従業員代表制度だとは思いますが、従来の議論でも、やはりこの労使協定を締結するという重要な権

限を担うだけの過半数代表制の実質を伴った制度にすべきだというので、この従業員代表制の議論が展開されてきたと私は理解しています。しかし、日本の場合は、やはり企業別組合なので、どうしてもヨーロッパ、例えばドイツのように、産別組合と事業所内の従業員代表機関とのすみ分けができない。どうしても労働組合と従業員代表制の関係というのは議論になるわけですが、竹内先生は、過半数組合があれば、過半数組合がこの従業員代表機能も持つし、そうでなければ、複数代表制にすべきだというので、現行の日本の労使関係を前提とした現実的な提言をされているなと理解しました。

おもしろいなと思ったのは、少数組合の信任について書かれていますが、少数組合の信任手続というものの、これについてももう少し具体的に議論があるとイメージがわくように思いました。選出方法というのは技術的な問題で、とくに今議論すべきではないかもしれませんが……。

川口 ただ少数組合がもし1つだけあれば、そこに代表させていかどうか……。

橋本 その少数組合が従業員代表を務めることを投票で認めるということでしょうか。

川口 みんなで投票して過半数がいいんだっらいよとか、あるいは、もし複数の少数組合があれば、A、B、Cの組合のどれかに代表性を担わせるということについて、過半数が賛成しているなら、一人の自然人を選ぶよりいいとか、そういう意味なのかなとか。

橋本 そういうことですね。なるほど。

川口 わかりませんけれども、そういうイメージなのかなとか思ったりもしたんですけども。

橋本 そうかもしれませんね。

川口 ただ、さっき、大木先生もおっしゃったんですけども、私はやはり最低基準の緩和については、例えば労働組合であれば、36協定を締結するかわり、賞与を上げてくださいという取引もできますけれども、それ以外の従業員代表であると、そういうこともできないですし……。

野田 いや、でも、川口先生、従業員代表は団体交渉をする場所じゃないですからね。ですから、それはもう初めからわかっていますよ。パートナーの問題ではないですよ。ですから、パートナーできるのは確かに労働組合だけど、従業員代表制は、あくまでも情報を受

けて、それを審議するだけですから、それはその中で事実上のパートナーはあるかもしれないけど、それをもしやりたいんだったら、労働組合をつくらなきゃいけない。それはもうはっきりしていますよ。

だから、そんな高いものを期待しちゃ、まずはだめだと思いますね。というか、その程度のことが、しかし、とても重要なんですよ。情報も与えられないで、どんどん新たな経営戦略をしていくということに対して、それに反対する意見を表明するという。それだけでもいまの労使関係においてはとても重要なので。

川口 わかりました。私は、最低基準の緩和は労働組合以外はできないとすべきと思いますが、先生がおっしゃるように、情報を受けることが大事だというのはそうだと思います。

野田 フランスでは、私は社会的民主主義と訳していますけど、産業民主主義みたいな、つまり、企業の中で従業員の意見が、情報が与えられて、かつ、話し合うことができ、その意見が反映するという。それは交渉とは別のレベルでの重要な発展をしているんですよ。

ただ、日本はそういう意味での産業民主主義が全然機能せずにずっと来たわけですね。高度成長のときはよかったかもしれないけれども、その後、そういう蓄積がないために、使用者の一方的決定のシステムになってしまっているという現状の問題がある。

そこで、少なくともそれにくさびを入れるという意味での機能というのはあっていいんじゃないかと、労働組合機能が衰退している以上、そういう考え方としては非常に期待するんじゃないかというふうに思うんですよ。日本に欠けているものを補う議論もなくては。

だって、労使間の話し合いというのは、政府の提言や通達が推奨していて、最高裁の判決も言っているのに、結局、労使当事者が普及させてないんでしょう。その結果、自分の知らないところでいろんなものが決定されていくという個々の労働者の状況というのが、いつまでたっても変わらないということだろうと思います。

橋本 今の野田先生のお話にあった、産業民主主義と同じ意味だと思うのですが、ドイツでも信頼に満ちた協働を行うのが事業所委員会だと説明されていて、事業所内の民主主義の実現というのが従業員代表制の理念なのだろうと思います。

憲法の根拠について、竹内先生が議論されていた点がおもしろいと思ったのですが、竹内先生は、野田先生が紹介されたように、やはり憲法 27 条の 2 項の国家の責務の内容として、設置するべきだというお考えだと理解したのですが、ヨーロッパでは、事業所内の民主主義の実現なので、少し違うと思いました。

野田 なるほど。

橋本 ドイツで、事業所委員会の設置にかかわる基本法の直接の根拠規定はないのですが、EU の基本権憲章だと、28 条の団体交渉権、団結権とは別に、情報提供を受ける権利が 27 条に規定されているので、別の理念を持った制度として位置づけられているのかなと思いました。

野田 なるほどね。

橋本 それと関係するのがよくわからないのですが、竹内先生は、従業員代表制は使用者の設置義務として考えているのか、あるいは設置するかどうかは従業員の自主性に任せているのか明確には書かれていないように思いました。ドイツだと従業員の自主性に任されていて、自分たちで選挙をしないと事業所委員会を設置できないのですが、そういう自主性に任せた制度と考えているのかどうだろうかと疑問に思いました。

野田 なるほど、重要なことですね。

しかし、その自主性のレベルであるならば、今でもそうであるわけで……。日本は別につくりたいければ別につくっても構わないし。

橋本 そうですね。組合は、そうですね。

野田 ですから、27 条 2 項を挙げておられるのは、やっぱり何らかの使用者の義務として考えておられるんでしょうね。ただ、もうちょっと突っ込んだ議論がされてないので、一応の憲法上の根拠として上げられただけで、それ以上の議論はないけど、もうちょっと詰めていただきたいという希望はありますね。それはおもしろい議論だろうと思います。

フランスも、ご存じのように、第四共和国憲法の前文で規定されていて、代表する権利というのが憲法的根拠が明らかにある。

それを、日本ではそういうものがないときにどうするかということですよ。いずれにしろ、やっぱり使用者に義務づけるとするならば、何らかの法的根拠が必要ですね。

川口 説明協議だけであれば、使用者に義務づけて

も全然問題ないし、多分どこからも反対はないとは思ってすけれども。

野田 反対、あるんですよ。

川口 でも、説明協議とか情報提供を受ける機能であれば、従業員代表制はむしろあったほうが、組合をつくる取っかかりになるから組合も反対していないと思うんですけども。

やはりネックは、最低基準の緩和の機能を持たせるかどうかで、最低基準の緩和の機能を持たせるのであれば、憲法 27 条 2 項が法律で最低基準を定めとしているその最低基準を緩和するものですから、矛盾してしまうことになると思いますが、説明協議の従業員代表、情報提供を受ける従業員代表ということであれば、27 条 2 項から設置義務を導いても問題はないと思います。

野田 それ、ちょっとそうストレートにいくかどうかはちょっとよく考えないといかんとは思いますが。

川口 もちろん義務づけがすぐできるとか、そういう意味ではなくて、少なくとも憲法に反するわけではないし、そういう立法ができて、27 条 2 項の趣旨を体現するものということで、特に問題はないかなと。

野田 もちろん憲法には反するわけではないけど。ただ、ほかに依拠する規定がないから、27 条 2 項って挙げておられる面もあるんでしょうね。

川口 そうですね。でも、今まで、そういう形で挙げられたものはあまりなかったような気がするので、おもしろい視点だとは思いますが。

野田 だけど、そういうふうには、やっぱり義務づけないとうまくいかない。だって、今だって、できることはできるわけだけれども、ソフト・ローからでもいいけれども、何らかの方法で義務づけていくというのをしないと、うまくは進展しないでしょうね。どういう機能を持たせるかというのは、もちろんこれからのそういう議論でしょうけど。

II ドイツと日本の「非正規」公務員

●早津裕貴「ドイツ公勤務者の法的地位に関する研究」

野田 では、もう一つ、私のほうから。早津さんの

「ドイツ公勤務者の法的地位に関する研究」というのを取り上げます。読んでいて非常におもしろい論文でした。

まず、論文の目的については、極めて簡明に書いてありまして、日本で非正規公務員の役割が増大した一方、正規公務員との間には処遇の格差が生じている。処遇の格差と、それから、雇用の不安定という、この2つの点が伴っている。そういう意味で日本の公務員には複層化、ここでは複層化という言葉が使われています、が生じていると。こういう非正規公務員の問題状況を念頭に、ドイツ法研究を通じて、公務員の法的地位の検討を行おうとするものであります。

具体的には、1つは、従来の研究が、非正規公務員もまた公務員たる側面を有することの関係が検討されていない。その関係性、つまり非正規公務員であるということと公務員の側面との関係が検討されていない。それから、公務員の側面と労働者側面との関係性といった基本的考察が欠如していると、そういう不満がある。

そういう認識のもとで、順番としては、ドイツにおける法制度の検討を通じて、「非正規」公務員の増加の中で、「多様化」を見せる日本の公務員の問題状況を念頭に置いて、「公務員」たる側面と「労働者」としての側面という双方向的な視点から、非正規公務員の法的地位及び雇用保障のあり方を再検討するということであります。目的はそういうことです。

論文の構成もこれも非常に明解でして、全体として、ドイツ法、労働法における「官吏」と、「公務被用者」というふうに訳されていますが、「官吏」と「公務被用者」の法的位置づけと具体的な権利義務内容について、発展経緯と基本構造を描き出すというものです。

第1章で、まず、総論的に、官吏と公務被用者との複線的公務員制度という、このドイツの持つ、つまり両方ともきちんとかかえているという意味で、「複線型」公務員制度という基本構造をその生成過程から提示する。第2章はまず「官吏」について焦点を当てて、「官吏」の理念と法的地位を検討する。第3章では、もう一つの「公務被用者」の法的地位を、やはりその理念と法的地位について検討する。それから、第4章で、統一の動き、「統一的公務員法」の議論を紹介すると。そして、第5章で、ドイツ公勤務法を分析して、日本法への示唆を提示するという、わか

りやすい流れになっています。

気づいた点を取り上げますと、第1章では、まず、この「前史」というのを取り上げて、公勤務者の中に官吏のほかには私法上の関係にある職員や労働者が存在していたと、歴史としてそういうものがあつた。そこで、ドイツ基本法に焦点を当てて、基本法の中に、「官吏」の職務として「高権の権能の行使」というのを定めるとします。

しかし、一方で、基本法では、原則としてという言い方をしているので、明文で「官吏」以外の「公務被用者」の存在を承認する「例外」の余地を認めている。これについて、その例外について、どこまで広く捉えるかという議論が展開したというふうに、まず、憲法あるいは基本法レベルでそういう例外の余地を認めている点があります。

それから、3つ目に、他方で、基本法下では、官吏法と労働法の相互的な作用によって、両者間に実質的に広く「同化」の動きがあるということで、「複線型」公務員制度が維持されつつ、官吏と公務被用者の「同化」現象が生じているということも指摘されています。

第2章では、まず、その「官吏」のほうですけれども、伝統的官吏制度の諸原則、日本と非常に通じたものがありますけれども、諸原則を提示・検討した上で、官吏の雇用保障について、その原則形態と、官吏の中の非正規というのもまたあるようでした、それぞれ検討しておられます。

第3章では、今度は公務被用者ですけれども、法的地位について、一般労働法とともに、労働協約の機能が今度入ってくる側面、一般労働法もそうですけれども、労働協約を中心とする権利義務の基本概念が明らかにされています。また、正規の公務被用者の雇用保障について、これも1つのおもしろい捉え方ですけど、通常の解雇制限を下限として、労働協約を通じて、一定の雇用保障の側面があるということを指摘します。つまり、労働法、一般労働法を下限としてどうするかという、そういう位置づけですね。そういう複層的な構造というのを指摘されています。それから、さらに、公務被用者の中のパート、有期類型の非正規については、これは別途、ドイツはパートタイム労働・有期労働契約法を持っていますので、その法律から来る制限的位置づけについて確認というか検討しています。

第4章は、そういう状況のもとで、「統一的」公務

員法というものを志向するような2つの報告書というのを検討されています。1973年の報告書、2003年の報告書を紹介、検討がなされる。

まとめに入った第5章では、まず、ドイツ公勤務法の法状況を改めて整理した上で、この国の公勤務者の複線的公務員制度のもとの法的地位について、官吏法の基本原理を形成する「制度的アプローチ」と、一般労働法の適用を前提とした「労働法的アプローチ」を析出し、これがこの早津論文の分析道具ということになります。分析視角として、公務被用者の雇用及び労働条件を分析する方法をとります。

この分析道具を使って、日本法への示唆として、日本法、まずは日本の公務員制度の、複線型ではないという意味で、「画一的」または「一元的」理解を指摘した上で、かかる制度的アプローチの問題を指摘する。それから、労働法的アプローチの適用可能性を検討するという、そういう流れになっています。

感想と多少の問題提起ですけれども、この論文は、ドイツ公勤務法が、官吏と、それから、公務被用者の持つ「公務員」と「労働者」の側面に対して、歴史的な区別のあり方を発展させて、その上で、現行の基本法に基づきながら、必要に応じた法的権利義務をもたらしているということ、明解に提示しているというのが特色だろうと思います。

他方で、その両側面に対する視点が日本ではもう完全に分断されていることが非常に奇妙に見えてくるという説明です。さらには、日本では法解釈や立法における分断的思考のもとでもう発展的な議論がないというのが、改めて、ドイツ法から見ると、浮き彫りになってくるということだろうと思います。

非常に論調は痛快で説得力ある論稿ですけれども、難点を言えば、各制度をテンポ良く典型的に紹介するために、ちょっと理論の動向についてのじっくりした紹介がやや不足しているような気がします。例えば「高権の権能」ももっと説得的に説明していただいたほうが後の議論に続くんじゃないかと思うし、それから、「同化」の経緯についても、これも何かちょっと途中で終わっているような感じもありましたので、若干簡潔過ぎるような気がします。

それから、特に終章ですけれども、日本の問題状況への投影を急ぎ過ぎているんじゃないかという気がします。この論文はドイツの制度の議論として完結させてもよかったんじゃないかというような気がしますし

た。

特に日本では、この非正規公務員の存在というのを、いわば建前と本音で使い分けしようとする。「一元的」な公務員制度というのは建前で、実は本音の部分で、この非正規公務員を広く容認する、特に地方公務員に至っては、積極的に容認するという立場だろうと思います。そこには、公務の拡大にもかかわらず、公務員の、とりわけ行財政改革の中で、人件費の削減というのが非常に大きな課題になっている。その公務員の「定員」問題、あるいは物件費とかを流用して非正規の人件費に充てるというような、皆さんご承知の、そういう問題なども総合的に考察しなきゃいけないので、簡単に日本の問題を切り込むことはなかなか難しからうという、やはり別途の考察がむしろ必要だろうという気がするわけですね。労働法的な観点から切り込むだけでは、説得力は持たないというところがあるだろうと思います。

ただ、ご承知のように、地方自治法の改正で、2020年からだったかな、「会計年度任用職員」を中心とする再編成がありますので、それを踏まえて、日本の非正規公務員問題がいくらかチェンジされております。著者も「公務部門における『非常勤職員』の有期規制に関する検討」という論文も開始しておられまして[労旬1927・1928合併号]、今後、そういうものも踏まえたような議論が展開されるんじゃないかと期待しています。以上です。

大木 何か議論しづらい論文だなと思いながら読みました。論文では制度的アプローチと労働法的アプローチが分析のツールとして出されているんですけど……。

野田 それは、いま一つわからないです。

大木 わからないですよ。何なんだろう。

橋本 公務員法の規制が制度的アプローチ、労働法の規制が労働法的アプローチですよ。制度的アプローチはドイツだと官吏で、公務被用者は普通の民間の労働者と同じく、一般労働法の適用を受けると、そういう意味で使われていると思います。

大木 その程度の区分だったら、わざわざドイツ法を一生懸命調べたうえで導き出す必要はないのでは。

野田 いや、官吏についても両側面があるという指摘なんです。

大木 まあ、そうですね。

野田 あるいは、もちろん、公務被用者については

両側面があって、特にそういうアプローチが日本では断絶しているというふうな捉え方だろうと思います。

橋本 でも、両側面はないですよ。ドイツでは、官吏には官吏法しか適用されないです。

川口 そうですね。

橋本 官吏法の適用しか受けないので、接続というのがわかりにくいと思いました。早津先生は、ドイツでは、この労働法的アプローチと制度的アプローチが、公務被用者について接続していると言っていますが……。

大木 言っていますね。

橋本 両アプローチが排他的でないということを、日本でも、非正規公務員に一般労働法の適用を認めるべきだというご主張の比較法的根拠としてあげているみたいなんです。ドイツ法の理解として、接続はしていないと思いました。

公務被用者に適用される公務部門の労働協約が民間他の労働者よりも高度な雇用保障や労働条件を定めているというだけで、だからそれが制度的アプローチだとはいえないのではないかと思います。労働協約で、他の産業よりも有利な労働条件を獲得しているということですから、まさに公務被用者は労働法的アプローチそのものだと思うんです。

野田 労働法的な側面を最低限として、それにどこまで加えていくかという議論というのはどうですか。それはそういう意味の接続ではないですか。

橋本 ただ、上乘せされた労働条件は、労働協約で定められているので、まさに労働者としての権利によって獲得していますよね。団体交渉によって労働協約を締結するという普通の労働法の世界にいます。

川口 官吏の労働条件は、かなり公務被用者の労働条件が労働協約によって決定されているということに影響を受けているというイメージでおっしゃっているんですかね。

橋本 それも書かれていらっしゃいましたね、同化のところ。官吏は全て法律で労働条件が決まるけれども……。

川口 でも、実際上、労働協約の影響を受けているということを研究会ではおっしゃっていました。ここではちょっとわかりづらいなという感じはしましたが。

橋本 でも、やっぱりそれは別の話ですよ。影響

は受けているかもしれないけれども、官吏の労働条件は、あくまで法律で決まっているので。

川口 そうですね。先ほど大木先生もおっしゃったように、この353頁で簡単に制度的アプローチと労働法的アプローチの定義みたいなことは書いていらっしゃるんですけど。

野田 僕も、実は定義がどこかにないかと思って探したんですよ。でも、定義もちょっとみつからないです。

川口 ここしかないと思います。何となく言いたいことはわかるけれども、具体的で正確な内容がよくわからないので……。

野田 そこまで一生懸命、分析的に調べてきたのに、何かわりと大ざっぱな包丁で切り取る分析をしてしまったかなという、そんな感じですね。

大木 私もそのとおりで思っていて、何でだろうと思ったんですね。

川口 この概念を使わず他の具体的な言葉で説明した方が、緻密で正確な分析になったのかなという気はしました。

野田 僕は、やや分析を急ぎ過ぎているという気がするんですよ。だから、ドイツについて何らかの分析視角を引っ張り出して、それを日本法で当てはめて考えなきゃいけないというときに、この分析道具の、先ほど言った包丁でははっきりしないので、せっかくの分析が生きてこないというところがありますね。

大木 ただ、筆者も最後の残された課題のところ、日本における制度的アプローチの意義とか、労働法的アプローチの意義というのを今後細かく解明していかなくちゃいけないということを述べているので、この点を意識はしているんでしょう。でも、ちょっともったいないなという気がしました。

川口 ただ、日本国憲法における公務員の位置づけのところ、早津先生が指摘されているのですが、今まで憲法の28条の享受主体の勤労者の中に公務員が含まれるということはいわゆる労働基本権の制限との関係でしばしば指摘されていましたが、公務員は、憲法の27条1項の享受主体でもある、日本国憲法は、公務員も、まずは労働者ないし勤労者であり民間の労働者との同質性があるところを前提として、27条と28条で権利を保障している、しかし議会制民主主義や職務の公共性の要請や、憲法15条により、例外的に一定の特殊な規律とか調整を予定したという形で理

解すべきだと。私があまり考えてなかったからかもしれないですけども、特に公務員に関連するいろんな法令の解釈の前提となる枠組みなので、とても重要だと思いました。

野田 これ、ドイツで、どこまで読み込んでいいのかかわからないですけども、この基本法の中で、いわば高権的機能の行使というものについて、in der Regel だったって、「原則として」という言葉の表現が書いてあって、つまり、それによりまさしく複線型というものによって、そういう公務被用者というものを、実質的に初めから抱き込んでいるんですね。

ところが、なぜか日本はそういうものを排除している。例えば、国立大学の職員が公務員だったときに、つまり法人化をする前は、外国人の先生を任期付きで雇えなかったんですね。任期を付けられないので。それで国際化の中で必要に迫られて特別な方法、つまり「国立又は公立の大学における外国人教員の任用等に関する特別措置法」という法律を作って、弥縫策の方法で切り抜けていたんですね。それが法人化して、非公務員になってやっとできるようになったという、そういうプロセスがあるんです。

こうしたことは、基本は変わってないわけでしょう。建前として公務員は完全に一元化されているという考え方は。例外的にいろんな方策を使って、例えば地方公務員だったら、臨時的任用とか、特別職非常勤などの、さまざまな方法を用いて採用していたわけです。それを多少、今度の改正で、会計年度職員という言い方に変えていますけれども、やっぱり本質は同じで基本は公務員を一元的なものとしてとらえており、本音と建前が非常に実態に合わない状況になっている。

その中で、今言われたように、ドイツでは複線型というものを初めから抱き込んでいるとされる。公務員についても、被用者ではありうるという、そういう捉え方をすることによって、初めからもうそういう複線型のようなものも抱き込むような議論として考えていったらいいんじゃないかという、そういう提言ですよ。

そして、その中で、何とか理論的意味づけを、労働法的アプローチと制度的アプローチというふうにするようにやろうとしていますけれども、それがうまいこと、分析の道具として使えたかどうかというのがやや疑問が残るけれども、言いたいことはよくわかる。

川口 そうですね。

野田 まさしく、言いたいことは複線型の公務員制度というものを、日本においても正面から認めたらどうかということだろうと思うんですね。

川口 問題意識は明確なので、日本の非正規公務員は、いろんな義務や労働基本権も含めた権利の制約は他のいわゆる正規の公務員と全く同じなのに、処遇の格差がある、契約の更新の拒否からも保護されないと。かつ、民間の労働者に適用される均等・均衡待遇原則が適用されないで、公務員なのに、民間部門の非正規の労働者よりもさらに保護が薄いと。

野田 そうですね。

川口 それで、ドイツの場合はいわゆる労働法的アプローチが下限になっているから、民間よりひどいことはないという……。

野田 ない。むしろ、上乘せしかないということですね。

川口 ええ。そういう問題意識もありだと思うんですけども。

先生もおっしゃるように、一番最後のところで、日本法への示唆として解釈論も展開していらっしゃるんですけども、非正規公務員の雇用保障と処遇格差をどうするかというところで、処遇格差も解釈論で何とかするんじゃないかというご議論だったと思います。

早津先生が提言されている解釈論は、例えば、国家公務員であれば、一般職の職員の給与に関する法律、いわゆる給与法で非常勤職員については各省庁の長が予算の範囲内で決定するという事になっているけど、国家公務員法の62条では、職員の給与はその官職の職務と責任に応じてこれをなすということになっていると。国家公務員法の27条は、いわゆる人的理由について、人種、信条、性別等を理由とする差別をしてはいけないという規定があるので、この原則を使って、均等・均衡待遇原則を適用できるというご議論で、ほとんど同じ規定が地方公務員法にもあるので、地方公務員についても同様です。

もう少し詳細に詰めたほうがいいのかもしいかなとは思いますが、解釈論としては示唆に富むとは思いますが、予算の問題があるという反論もあるかもしれませんが、民間の企業の場合は、お金がないから均等・均衡待遇をしなくていいということにはならないので、国や地方自治体も予算がないからこれだけしか払えませんと言えるのかは疑問だと思います。でも、

早津先生もおっしゃっているように、明確な立法があったほうがいいので、今後は立法も大事だと思います。

III 労働者概念

- 國武英生『労働契約の基礎と法構造——労働契約と労働者概念をめぐる日英米比較法研究』
- 石田信平「イギリス労働法のWorker概念 (1) (2) 完」

橋本 労働者概念について、國武英生先生の『労働契約の基礎と法構造』を中心に、石田信平先生の「イギリス労働法の Worker 概念」も参考として取り上げさせていただければと思います。

國武先生のご著書は、労働者概念に関する最近の裁判例および英米法の議論を検討したうえで、今後の課題を提示するものです。本書の検討は、個別法上の労働者概念に限定されていますが、まず、日本の学説と裁判例を整理したうえで、個別法上の労働者概念は現在統一的に解されているが、個別の労働立法ごとに相対的に解する余地はあるのではないか、また当事者の合意をどのように考慮すべきか、さらに英米で急増しているUberなどのシェアリング・エコノミーで働く者の保護をどう考えるべきかという課題を提示したうえで、英米法の検討を行っています。

英米法の検討からは、イギリスにおいて、労働者(worker)を適用対象者とする1990年代の立法によって、伝統的な被用者(employee)よりも労働法の適用対象者が広がられてきたこと、また、アメリカでは、最近では、最低賃金など、州法の適用対象者について、ABC基準(テスト)と呼ばれる、市場で自らリスクを引き受けた事業者といえるかどうかという基準が重視される判断基準が用いられていることが注目すべき知見ではないかと思えます。

最後に、國武先生は、イギリスではUberの運転手の労働者性が肯定されたのですが、以上の英米法の労働者性を拡大していくという傾向は、日本法にも参考になるとおっしゃっていますが、明快なご主張は控えています。

本書の意義ですが、シェアリング・エコノミーにおける労働者性の判断については英米法が先行しているところ、新しい情報を手際よく整理している点でとて

も有用だと思います。他方で、我が国とは体系の大きく異なる英米法の議論と日本の労働者概念の議論がどの点で参考になり、どの点で英米法固有の議論なのかについて、英米法の専門家ならではの分析があればなと思いました。例えば、イギリスの被用者概念で重視されている、「約因」や「義務の相互性」という要素は日本法にはなじみがないので、わかりにくいのですが、これがイギリス法固有の議論なのかどうかなど、個々の判断要素に関する検討がもっとあるとよかったですように思います。

「義務の相互性」は、単発の依頼ではなく、契約関係の継続性を要求しているという意味ではないかと理解できそうなのですが、そうであれば、日本では、一般的に継続的な契約関係かどうかということは労働者性の判断基準として考慮されていないといえるので、この点は、日本とイギリスの労働者性の判断要素の違いといえそうです。

この点について、石田先生のご論文では詳細な分析が行われており、イギリスでも、「約因」とか「義務の相互性」がどういう意味を持つのかということについてはかなり議論が錯綜していることがわかりました。ただ、どちらも雇用の継続性を意味すると理解できる判例があるということで、この理解で正しければ、私も納得がきました。特に、一定の雇用期間の存続を要件としている制定法の適用が争われた場合には、「義務の相互性」や「約因」を使って、一定期間の継続的な契約関係がないと、そもそも法律の適用がないという意味で重要な要素であるといえそうです。

細かい個々の判断要素について指摘をしてみましたけれども、本書全体については、國武先生ご自身の主張が展開されていない点が物足りないと思いました。このテーマで常に指摘されるのが、労働者と自営業者の間の中間的なカテゴリーを創設して、一部の経済的に従属した自営業者に労働法の適用を一部認めるべきかという論点で、國武先生も提示されていますが、どうあるべきだというご主張は展開されていなくて残念でした。

また、シェアリング・エコノミーについて、英米で実態が進んでいますので、英米法の議論がわかるという点で非常に本書は有用だと思うのですが、本書でも、このシェアリング・エコノミーが革新的で、シェアリング・エコノミーで働く者の労働者性は従来の労働者概念の判断基準では判断できないということが強

調されているのですが、確かにシェアリング・エコノミー自体はデジタル化の発展によって登場した新しい産業だとは思いますが、そこで働く人の働き方がどこまで新しいのかについて、もっと検討する必要があるような気がしています。

好きなときに働くことができるという時間的な拘束性が希薄であることは、確かに従来はなかった面かもしれませんが、本業として働くのであれば、時間的拘束性は事実上生じてしまうと思います。そうであるならば、伝統的な労働者概念の判断基準である時間的拘束性の充足を認めるか、認めないかという議論に帰着できるのではないかと考えています。

川口 この本では、労働者とか、労働契約とか、雇用とか、自営とか、雇用関係とか、この本の目的と検討対象に鑑みると、基本中の基本となるような概念の意義や定義が明確にされずに使用されているので、何を言いたいのかよくわからない文章が多かったように思います。

また、例えば、10頁の「労働基準法や最低賃金法などの法律の対象となる労働者とは労働契約を締結して働く労働者である」という記述のように何の説明にもなっていない文章もいくつか気になり、イギリス法とアメリカ法の分析も緻密さがやや欠けるような気がしました。

気になった点はこれぐらいにさせていただいて、國武先生がおっしゃりたかったのだらうと思うことについて、3点指摘させていただきたいと思います。

1点目ですけれども、この本では、再三にわたって、イギリス法やアメリカ法、日本法の分析の中で、二分法的な分類が機能不全に陥っているという指摘がなされています。私の言葉で言い直すと、多分おっしゃりたいことは、労働関係法規が適用される労働者あるいは労働契約というものと、労働関係法規が一切適用されない非労働者あるいは非労働契約のいずれかに分類するということが現状には適合してない、妥当ではないということだと思います。

この点について、私は、労働者といわゆる非労働者の2つに分類するということが問題なのではなくて、労働者と非労働者の分類の仕方、すなわち、労働者の判断基準が問題なのではないかと思っています。ここはあまり突っ込みませんが、従来の使用従属性を中心とする判断基準でいいのかどうかということだと思います。幸いにして、日本の場合は、労働基準法も労働

契約法も労働組合法も、当該法律が適用される労働者の定義というのは比較的抽象的なので、解釈論によって、ちゃんと判断基準を立てれば、当該労働関係法規の適用を受けるべき者の大部分は労働者の範囲に含めることが可能だと思います。

2点目ですけれども、本書では、先ほど橋本先生もおっしゃいましたように、日本の現行法の労働者概念の判断基準をどう考えるかということについての筆者の見解を提示しないで、立法論として、労働法の中の保護の一部を付与する第3のカテゴリーを導入するというのも一つの方策だと述べています。

私は第3のカテゴリーの導入自体は別に否定するわけではありませんし、例えば家事使用人などは労基法等では明文で適用除外され、労基法上の労働者だとは現行法の解釈としては言えないので、労基法なり、労働関係法規上の保護の一部を付与するということはありません。

ただ、國武先生みたいに、本来、労基法上の労働者はどういう人なのかという範囲を明確にしないで、立法によって第3のカテゴリーを導入しろというふうに言うと、結局、現行法では労基法上の労働者に入る人なのに、そこから除外して、第3のカテゴリーに移して、労基法上の保護を奪うという結果になり得るので、その点を留意してほしいと思いました。

3番目に、國武先生は、雇用に限らず、請負とか委任も含めた役務提供契約に共通した法的ルールを整備するということが検討すべきだというふうにおっしゃっています。

でも、役務提供契約は、役務を提供する人と受領する人が、それぞれ、自然人か法人か、あるいは、事業者か消費者かを区別して分類すると、役務の提供者は法人・事業者で、役務の受領者は自然人・消費者である場合、例えば、ミサワホームが私の家を建てるような、いわゆる事業者と消費者の請負契約も入りますし、役務提供者も役務受領者も法人・事業者である場合、例えば鹿島建設が関西大学の体育館を建てる請負契約のような、事業者間契約も入るし、役務の提供者が自然人で役務の受領者が法人・事業者である場合、例えば、私が関西大学の教員として講義するような、労働契約と分類されるものもありますし、役務の提供者が自然人で役務の受領者が自然人・消費者である場合、例えば私がフランス人の留学生からフランス語を教えてもらう契約もあり、いろんなパターンがありま

す。

事業者と消費者間の契約だと、消費者保護の観点から、役務の受領者である消費者を保護しなければいけないということになりますし、労働契約の場合ですと、労働者保護の観点から、今度は役務の提供者である労働者を保護しなければいけないことになり、事業者と事業者、消費者と消費者であれば一般的には対等交渉可能と考えられていますし、類型毎に本質的な相違があるので、これを無視して役務提供契約に共通した法的ルールを整備することはできないのではないかとというのが私の見解です。

野田 今のことにに関して、國武さん、最近、小宮文人先生の古稀記念論集で書いてられるんですよ〔『自営的就労と労働契約をめぐる論点——新たな働き方に応じたサポートシステムの必要性をめぐる』『労働契約論の再構成』（法律文化社、2019年）251頁〕。

そのときに、國武さんは彼の一流の論文の書き方ですが、自分の見解はあまり出さないんだけど、非常によく論点を整理されています。今の議論については、1つは、これまで日本で多くあったように、使用従属関係、あるいは労働者性の観点から分析する方法であり、どういう労働者性の概念を捉えるかの基準により切っていくという考え方。2つ目は、いわゆる第3のカテゴリーを認める、つまりドイツ的なカテゴリーを追求する考え方。3つ目は、僕はフランス的だと思うんだけど、自営的就労者の一部について、このカテゴリーの人は労働法を部分的に適用するというふうに包摂していくという。3つきれいに分類されていて、整理としては非常におもしろいと思いました。

ただ、やっぱり國武さんは自分の立場というものを前面に出さないで、整理の道具、材料を提示するというような感じの書き方ですね。だからそれは、立場性をあまり要求してもしょうがないんじゃないかという気がしますね。頭の整理になる論文ということです。

別の面ですが、僕はこの本の全体の書き方として、何て言ったらいいのか、粗密、粗い部分と一生懸命書いている部分の差があり過ぎると思いました。随分いろいろ書いている部分と、もうこれで終わっちゃうの、みたいな部分がある。例えば、アメリカにおける使用者概念という表題の論点は、1頁しか割かれていない。

だから、何か全体としてバランスがないような、そ

ういう印象を受けているんですね。それが全体として不満が残りました。これ、印象だけです。

大木 なぜ本書ではシェアリング・エコノミーだけを取り上げたのかなというところも気になります。シェアリング・エコノミーは、プラットフォーム・エコノミーという枠組みの中で議論をする方が適切で、仮にそうだとするとクラウド・ワークも議論の俎上に乗ってきます。労働者概念の揺らぎを議論するのであれば、むしろ、クラウド・ワークの方が理論的には難しい問題であって、Uberは、橋本先生もおっしゃられたように、既存の労働者概念の判断枠組みの中でうまく処理できてしまうのではないかと。なぜシェアリング・エコノミーだけを取り上げているのか。

野田 あまりにも構想が大きいので、いろんな部分がちょっとつまみ食いになっちゃっているんですよ。

大木 そうですね。

野田 しかし、「学界展望」ってこんな文句ばかり言っているんだらうか。これまでそうだったんだらうか。ちょっとだんだん心配になってきた。

橋本 イギリス法とアメリカ法は、私は、自分できちんと研究してないので、両先生の著作と論文を読んで大変勉強になったのですが、私も川口先生のように、労働者概念については、判断基準、すなわち解釈でかなり対処できる部分が多いのではないかと考えています。そういう中で、イギリス、アメリカの議論は、概念形成の方法論という点では、ほとんど参考にならないと思っています。國武先生が、歴史に触れざるを得なかったのは、おそらく歴史的に、コントロールテストとか、アメリカだと経済実態テストとか、労働者の判断基準が問題となる法律によってばらばらに歴史的に形成されてきたので、それを明らかにしなければならぬからだろうと思いました。

歴史的に形成されてきた基準がいろいろあって、新しい法律ができると、また別の基準（テスト）が作られるわけですが、それでは何でそのテストが使われるべきなのか理論的に解明されていなくて、裁判所がそういう基準を作ったからという以上の分析がイギリスやアメリカの研究からは出てこないの、英米法については、物足りないというか、労働者性の判断基準の明確化につながる知見が得られないのだろうと思っています。

川口 私、初め、義務の相互性は、双務契約なんだ

から当たり前じゃないかと思ったんですけど、就労の機会を使用者が提供する義務と受託する義務、別の言い方をすると、雇用の継続性まで必要なのか、賃金の支払義務と労務提供義務だけでいいのかという対立で、でも、雇用の継続性は、適用対象が問題となった当該法律が解雇規制とか一定の継続性がある契約を締結している人を主として保護対象としていたところから来ているので、継続的な期間の定めのない契約ではない単発的な短時間の短期間の契約でも適用がある法律の適用対象については雇用の継続性は要らないという議論もある、というようなことが、石田先生の論文には詳細に説明されていたので、そこまで書いていただけると、日本の各法律の適用範囲などを考えていく上で参考になると思いました。

あと、細かい点ですが、國武先生は、イギリスの worker という概念を第3のカテゴリーであると繰り返し書いていらっしゃるんですけど、私の理解が間違っていなければ、workerの中に employee が含まれ、employee は全部の労働法規により保護され、worker は一部の労働法規で保護されているということなので、もし第3のカテゴリーという言葉を使用するのであれば、workerには含まれるけど employeeには含まれない人が第3のカテゴリーのはずなので、workerが第3のカテゴリーというのはおかしいのではないかかと思って読んでいました。どうでしょう。

橋本 川口先生のおっしゃるとおりだと思います。ただ、よく第3のカテゴリーというとき、ドイツの労働者類似の者と並んで、イギリスの worker というのは必ず紹介されることになっていますよね。

川口 そうですね。ドイツの場合はわかります。

野田 なるほどね。

川口 だから、どうなのかなと思いました。

野田 それ、大事な指摘かもしれないですね。

川口 あと、アメリカ法も、コモンローとか、制定法とか、各州法とかで判断基準が異なり、税法の対象者とか失業保険の対象者も異なるということで、そのご紹介自体は勉強になっておもしろかったんですけど、ただ、具体的にどう違うのかがわからなかったのと、あと、法目的が違えば、対象とか判断基準が異なるのは当たり前で、税法は税法の考え方があり、失業保険は失業保険の考え方があり、解雇規制なら解雇規制の考え方がるので、法目的とこう関連しているからこう違うのだと説明していただけるとありがたいと

思いました。

橋本 川口先生がおっしゃっていることは、本質的な問題だと思います。ただ、法律の目的が違うから、労働者概念の判断基準がこのように違うという点について、イギリス法からもアメリカ法からも、理論的に説明することができないという問題があると思いません。

私が興味深いと思ったことが、石田先生が、最近、国際学会で活躍されているイスラエルの Guy Davidov 先生の本を紹介されていて、私はこの本のことを知らなかったもので、早速買って読んでみました。イスラエルはコモンロー系なのですが、Davidov 先生は、統一的で、広い労働者概念をとるべきことを主張されているので、コモンロー系の法学者でもこういうことをおっしゃる人がいるのだと強く印象に残りました。この方向性は、最近のEU司法裁判所の判断傾向にも合致すると思うのですが、労働法の目的論的解釈に基づいて、指揮命令拘束性を緩やかに判断するようなイメージで、広い労働者概念が提示されていて、共感しました。

野田 なるほど。その話に乗かって悪いんですけど、フランスがどうやら、労働法を、経営者でもないけれども労働者でもないという範疇、昔、アラン・シュビオが『雇用を超えて』(Alain Supiot, *Au-delà de l'emploi*, 1999) という本で予言していたような範疇も抱えるような政策転換をしているんです。つまり、フランスでは、最近の労働法の改革で労働市場論的な政策方針に基づいて、解雇を容易にする一方で、できるだけ期間の定めのない雇用としての採用は促進しようとしているわけで、雇用の流動化により特に中小企業の生産性の向上や雇用を活性化させようとしているわけですね。

その政策の延長で、例えば、職業訓練や失業保障を充実させる政策を打ち出し、その中であって、非労働者も労働法の中に抱え込もうとしている。職業訓練については、それこそUberのことを意識しているんですけど、そういう人たちも、独立自営業者も、職業訓練の個人別口座の対象にすることを認め、職業資格を身に付けて雇用や新たな起業を促そうとする。あるいは、一定の条件を満たした自営的就業者を失業保険の対象にもする。雇用保険に関しては、一切、保険料を払っていないのに、国の予算で充当するんですよ。独立自営業者のうちの、一定の、例えば2年以内に倒産し

た等が前提ですけどね。もちろん、新たにこういう企画をしている、あるいは、新たに雇用されたいと思っている等の企画について、選考がなされるんですけどね。2019年11月に動き出した制度です。

というふうに、言い出したら切りがないんで、ごめんなさいね。私の最近出版した本の中にも書いていますけれども、そういうものを抱え込む政策というのをやろうとしている。つまり、フランスはフランス的な発想で、労働法全体が独立自営業者を包摂する、そういう方向性が指摘されています。だから、それらは国を超えて通底しているのかもしれないですね。

橋本 そうかもしれないですね。

川口 フランスはどちらかというと、労働者とは何かとかいうところから正面から入るといよりは、とりあえずこの人も適用対象にしようという形で対応している感じがしますよね。

野田 そう、そのどこまで入れるかというのが広がっている。一方で、Uberに関しては判決が出ていて、労働者性は認めないという、それははっきりしているんだけど、それを労働法の施策の中に抱え込もうとしている、そういうことなんですね。

大木 その場合、経済法的な規制との関係はどういうふうに処理するんですか。

野田 経済法的という？

大木 日本でいえば、下請法とか、独禁法の優越的地位の濫用とか、そういうのは。

野田 いや、あんまりそういう議論は入ってこない。政策で多分切り込んでいるんじゃないかと思えますよ。

大木 なるほど。

橋本 ヨーロッパだと、労働協約はあくまで労働者のため、カルテル禁止の例外になるが、自営業者が入っている労働組合の締結した労働協約は、競争法違反になるというFNV Kunsten Informatie en Media事件(Case C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411)という先決裁定もあります。

野田 なるほどね。

橋本 そういう議論でしょうか。

野田 その議論、ないですね。

川口 ただ、日本の場合も独禁法がありますけれども、中小企業の共同組合とかが締結する……。

大木 協同組合の団体協約については、独占禁止法上の適用除外規定の要件を満たす場合がありますよ

ね。

川口 明文で外しているのです、もしかすると、フランスでもそういう形で……。

野田 あるかもしれないね。

IV 法人格を越えた労働法規制

●土岐将仁「法人格を越えた労働法規制の可能性と限界——個別的労働関係法を対象とした日独米比較法研究」

川口 では、土岐将仁先生の「法人格を越えた労働法規制の可能性と限界——個別的労働関係法を対象とした日独米比較法研究」という論文を取り上げたいと思います。

まず、論文の内容ですけれども、本論文は、個別的労働関係法の中の、賃金と労働安全衛生と差別禁止と解雇に関する規制を中心として、労働契約上の使用者以外の者、ここでは一般的に第三者というふうに呼ばれていますけれども、具体的には、労働契約上の使用者と、契約関係でつながっている者、派遣先とか注文先等ですが、それと、資本関係でつながっている者、いわゆる親会社等ですけれども、このような第三者が、いかなる根拠により、いかなる法的義務や責任を負うことがあるかについての比較法的な検討を通じて、第三者をどのように規制すべきかの基礎的な素材・視点を提供するものを目的とするものであるとされています。

具体的には、まず、第一に、日本法の現状と特徴ということで、工場法に遡って分析をされており、現在の日本法の規制の主な名宛人は労働契約上の使用者であることを明確化されます。

その上で、次に、第二に、比較法の分析視点ということで、4つ上げられていますけれども、1つ目が、第三者が名宛人となる事項、2つ目が、第三者が名宛人となる根拠、3つ目が、第三者を名宛人とする方法、これは具体的には解釈論なのか特別立法なのかということですが、それから、4つ目に、第三者が負う義務や責任と労働契約上の使用者が負う義務や責任との関係ということで、追加とか、交代、第三者の固有の義務、分担というような言葉が使われていますけれども、この4つを提示されています。

この視点に基づいて、第三に、ドイツ法とアメリカ

法を検討されているんですけども、原則としては、労働契約上の使用者を規制の名宛人とし、第三者が制定法上の義務を負うのは、いわゆる間接的な労働関係を除いては、法律上の明文規定、または、契約等が存在する場合に限定されるという、特徴を持つドイツ法と、それから、労働者派遣や供給自体が規制されておらず、主として、共同使用者の法理、単一使用者の法理、危険支配使用者の法理といったような解釈論によって、制定法で書かれている「使用者」という文言に第三者を該当させるという法理が発展しているアメリカ法、この両方について、先ほど言いましたように、賃金請求権、労働安全衛生、差別禁止、解雇に関する規制、それから、ドイツ法については労働者派遣に関する規制、アメリカ法については家族医療休暇法に関する規制というものを検討されて、規制事項ごとに、ドイツ法とアメリカ法と日本法を比較した上で、日本法については、特に最低賃金や割増賃金などの法定の賃金について、派遣先、及び、注文者に支払責任を負わせ得るかどうかを検討しています。

なぜ最後の日本法について、賃金に関する派遣先、注文先の支払責任だけ書かれているのかが気になって、そういう意味で、ちょっと尻すぼみ的な気もしました。

本論文については、以下の点を指摘したいと思います。

第一に、本論文のアプローチの意義です。ご存じのように、現在では、労働者派遣契約でありますとか、ベルコのような事業の発注、委託に関する契約の利用とか、あるいは、企業グループの形成によって、当該事業者が直接、労働契約を締結していない労働者の労働力を利用し、かつ、その雇用・労働条件に直接または間接的に影響を与えるということが可能になっていますので、当該労働者から見ると、その雇用・労働条件保障という観点からは、「労働契約上の使用者」のみならず、派遣労働者であれば派遣先、それから、「労働契約上の使用者」と契約を締結している注文者、発注者、あるいは、親会社等も規制対象とすることが必要だということになります。

従来は、この点については、「労働契約上の使用者」を拡張して、これらの者を、「労働契約上の使用者」と把握することによって、義務や責任を追わせるというアプローチに大きな関心が向けられていて、黙示の労働契約の法理や法人格否認の法理が展開されてきた

と思います。

確かに、「労働契約上の使用者」と把握できると、全て問題解決となり、その人に包括的な義務や責任を課することができることになり、労働契約上の権利を有する地位確認であれば、「労働契約上の使用者」だということになるので、これは必要不可欠だということになりますが、他方、当然、包括的な義務や責任を負わせることができる代わりに、判断基準も厳格になり、特に適法な労働者派遣の派遣先ですとか、あるいは、子会社とか下請企業が全く形骸化しているのではなく一定の実体を持つ場合の親会社や注文者等については、黙示の労働契約や法人格否認によって、「労働契約上の使用者」性を肯定することは難しく、少なくとも判例は厳しい態度をとっていると思います。

したがって、従来のアプローチも重要ですが、派遣先とか注文者とか親会社等を一定の事項の規制対象として、一定の義務や責任を課するということができないかというアプローチは重要かつ有用だと思います。

派遣先については、派遣法が労働契約上の使用者の義務や責任をかなり、派遣先と派遣元で分担させていて整備はされてきていると思いますが、注文者と親会社等については法制度が全然整備されていませんので、この土岐先生の視点は非常に重要だと思います。

第二に、土岐先生が、日本法にも触れられている賃金に関する規制について述べたいと思います。

本論文では、日本の労働者派遣について、派遣元が無許可の場合に、申し込みみなし制度によって、派遣先と派遣労働者の労働契約が成立するのは労働者の承諾の時点であると。では、それまでの無許可の派遣就労中に賃金の未払いがあったらどうなるんだということで、賃金支払いを担保するために、申し込みみなし制度によって、派遣先と労働者との間で労働契約が成立する場合は、既発の賃金請求権についても引き受けがなされる旨の意思表示を含むと解するか、あるいは、当事者の意思解釈として違反行為時において、つまり、例えば、無許可の派遣元から労働者を受け入れたその違反行為時に労働契約を成立させる意思と解して、派遣先に賃金支払責任を負わせることを提案されています。

ただ、ご自身もおっしゃっているように、当該解釈は、なかなか難しいように思われますけれども、立法論としては、例えば、無許可の派遣就労中の賃金については、派遣先が善意無過失である場合を除いては、

労働者が申し込みなしの承諾をしたかどうかにかかわらず、派遣先に賃金債務を併存的債務を引き受けさせるという制度をつくることは検討に値すると思います。

もう一つ、本論文では、日本法については、注文者等に請負人等の労働者の法定賃金支払責任を負担させるということも選択肢として考慮してよいと指摘しています。つまり、請負人の立場の労働契約上の使用者に、支払能力がない場合が多く、最低賃金未満のものしか払ってないとか、割増賃金を払ってないということがよくあるので、注文者に、請負人等の労働者の、賃金全部ではなくて、法定賃金部分について負担させることも選択肢として考慮してよいという指摘をされております。

この点について、日本では、確かに重層下請が禁止されてないので、請負契約の連鎖で、特に建設とか、もう何重にも下請になっているので、下位の下請人、零細企業ですけれども、その労働者に法定賃金が払われてないということは少なくないと思います。

土岐先生も指摘されているように、下請支払遅延等防止法による不当に安価な取引条件であってはいけないという規制については、請負人から注文者に対する請求はできるが労働者が注文者に対して直接請求できる権利を付与するものでなく不十分だということになります。

ただ、解釈論では、土岐先生もおっしゃっているように、労働者が注文者に対して、注文者が労基法、最賃法上の事業主に該当するとして、所定の条文に基づいて、最低賃金や割増賃金の支払請求をするという事は困難だと思いますので、例えば、ドイツの注文者責任でありますとか、アメリカの共同使用者法理等も参考に、労働契約上の使用者との関係で、元請事業者及び上位の請負人等の立場にある者に対して、当該労働者に対する賃金全額でありますとか、あるいは、少なくとも法定賃金部分の支払いについて、併存的債務引受させる等の制度は立法論として検討すべきだと思います。

また、本論文では特に言及されていませんけれども、日本法では、特に会社法上の親会社は、子会社等の財務及び事業の方針の決定を支配し、他方、障害者雇用促進法上の雇用義務とか、高年齢者雇用安定法上の雇用継続義務については、親会社が直接雇わなくても子会社が雇ってあげればよいということで、子会社等

にその義務を分散して企業グループ全体で分担し得るというメリットを享受しているということにもなりますので、子会社等が賃金を支払うことができなくなった場合に、子会社等がその労働者に負う賃金支払義務について、併存的債務引受させる等の制度を立法論として検討してもよいと思います。

ほかにもありますけれども、もしお時間があれば、また後で述べさせていただきたいと思います。

大木 賃金に関する規制について論じている部分ですけど、日本の場合、賃確法があるから、それで大部分カバーされちゃうのではないかという気がするのですが、その点、土岐論文ではあまり言及されていませんね。

川口 でも、賃確法の場合は、いわゆる倒産状態にある場合に限定されるので、それだと不十分なのかな。

大木 不十分なのかな。

川口 日本の場合だと、賃確法はあるが、倒産状態じゃないといけないから、だめなのかなと。

大木 もちろん、賃確法の要件を満たさない場合にはどうするかという問題は残ります。

川口 ええ。でも、先生のおっしゃるとおりだと思いますので、少し状況が違うのかもしれないと思います。

大木 あと、もう一つ。元請事業者や上位の請負人などの立場にある者に対して、併存的債務を引き受けさせるという制度が立法論として可能ではないかという話なんですけれども、これは解釈論としてはどうなんですか。解釈論としても可能かもしれません。でも、賃金請求権を認めるところまではちょっと難しいんですかね。

川口 併存的債務引受の場合は、そうですね、当事者の引受の意思が要るので。

野田 意思がないと。

大木 意思がないと難しいかな。不法行為の請求だったら、可能性はあるかな。

野田 これ、いや、無理じゃないですか。まず、債務不履行が無理ですよ。

大木 そうですね。

野田 じゃあ、不法行為でいけるかということ、それも、もちろん使用者責任ではないんだから。

川口 もちろん、これは、当該注文者とか、上位の注文者が労働契約上の使用者とは言えないという場合

を前提としているわけですがけれども。それはちょっと。

野田 それがいければ、一番いいですけどね。

川口 そうですね。併存的債務引受も、来年の4月1日から施行される改正民法で明文規定ができますけれども、当事者の引受についての同意がない限りはできないですね。

大木 難しいか。

川口 黙示で併存的な債務引受の意思があると言えるときもあるのかもしれないですけど、でも、多分多くはないと思います。

大木 常に言えるわけではない。

野田 形成的な意思みたいなものはそんなに簡単にはできないですね。

大木 元請の場合だと、その意思是認定されにくいでしょうね。

野田 まさしく、そのリスクを負わないために、元請になっているわけだから。

川口 そうなんですよ。もちろん、ドイツとかアメリカとかでもそんなに簡単に認められているわけではないようなので、要件は厳しいと思うんですけど、でも、考え方としては、注文者が発注する代金で、その請負人が労働者にどれだけお金を払えるかが事実上決まるので、実態としては、元請がその請負人の労働者の労働力も使っているというような考え方をベースにすれば、立法論としては考えてもいいと思います。

野田 これ、ないものねだりのような議論で悪いんですけども、最初に、この論文の、適用対象を、契約関係でつながっている者と資本関係でつながっている者というふうに限定されているので、例えばベルコ事件はどうですかというふうにやっぱり言いたくなる。

ベルコ事件では、契約関係もないし、資本関係もないという事実上の関係ですよ。そういうものは、しかし、多くなるといわれているし、これからむしろ新しい経営モデルとしてやっていこうという動きすらあるような状況の中で、これ2つに限定するのは、もちろん、ないものねだりとは重々承知だけど、ちょっと対象の新規性が弱いんじゃないかという気がするんですね。

何かこれまでなされた議論のような気がして、もっと、もちろん人の論文に不満を言い出したら切りがないですが。

川口 ベルコは、でも、労働契約上の使用者と契約関係があるというところではつながるのかなという気はします。

橋本 ベルコに使用者責任を負わせたいなら、やはり契約上の使用者という議論が必要ですね。

野田 そうそう。

橋本 使用者概念についてこの論文ではあえて取り上げず、今後の課題とされているのですね。

川口 労働契約上の使用者とベルコとの契約関係はあるので。

野田 いや、末端の労働者は何の関係もないでしょう。

川口 末端の労働者はないです。末端の労働者はないけど、その末端の労働者が働いている代理店……。

野田 それはありますよ。それには……。

川口 代理店とベルコの間には契約関係があるので、土岐先生も対象にはできないことはないと思います。

橋本 そうですね。

川口 そこはできます。多分、そこは考えていらっしゃると思います。

野田 ベルコの使用者性を認めると、そこで、末端の労働者はどうなりますか。

川口 土岐先生の見解だと、例えば代理店が代理店が雇っている人たちに最低賃金を払ってなかったら、ベルコが最低賃金を払うということは、ドイツとかアメリカの議論なら、一定の要件を満たせばできるんじゃないかということをおっしゃりたいんですね。でも、賃金全部じゃないです。労働契約上の使用者とは言えないので。

野田 もちろん最低賃金ということ、そういう、立法論的な議論になりますね、そうするとね。日本ですとね。

川口 公正競争の観点から、せめて、最低賃金とか、割増賃金の部分は、注文者が請負人の労働者に保障しろということは言えるんじゃないかと。

野田 いずれにしろ、雇用契約、雇用自体の問題じゃないので……。

川口 そうです。

野田 ベルコ事件そのものについては出てこないという。

川口 そうです。あれは地位確認の事案で、労働契

約上の使用者と言わなければいけないので。土岐先生は、労働契約上の使用者は難しいので、そこまでいかないけど、何か一定の義務や責任を負わせることができるんじゃないかということで、アメリカとドイツの議論を、いわゆる注文者と派遣先と親会社について紹介されています。

ただ、派遣先は、日本の場合、かなり派遣法で分担しているのでもちろんおもしろいんですけど、議論としては、あまり日本法には使えそうには……。

野田 役に立つものはないよね。

川口 あと、もちろん本論文の対象範囲だけでも大変な労作だと思いますが、個人的には、労災補償、安全配慮義務違反の損害賠償請求を親会社とか注文者とかにできるかも、実務上多分一番重要なので、検討していただきかったです。ただ、安全衛生については書いていらっしやいます。

橋本 土岐先生の日本法の研究から得られる知見として興味深いと思ったのは、工場法時代は、工業主というのは契約関係に限定されず、元請企業も下請企業の労働者に対して工場法上の責任を負っていたという点です。

川口 そうですね。

橋本 同じ場所で働く下請企業の労働者にも元請企業も責任を負ったというのが、いつの間にか、労基法になると、解雇や割増賃金など契約関係を前提とする責任が出てきたので、契約上の使用者と同義になったというのは、重要な歴史的知見だと思います。

野田 確かに、それ、当たり前なんです。昔は、それこそ、産業革命が進む前の時点の手工業の時代というのは、まず、空間的な区切りがない。ここからが工場ですという壁がない。もう一つ、時間も区切りもないから、時間的な、始業時間、就業時間がないし、これからが工場での仕事ですといえないので、そもそも契約関係というものはっきりしない。誰かが来て働いて、出来高で給金もらって帰るみたいな、そういうところから始まっているので、それは当然だろうとは思いますがね。

だから、それが労務管理がしっかりし始めた、まず、時計が普及するようになった。サイレンが鳴って、時間管理ができるようになって、かつ、工場という隔離された施設ができて、機械性の工場が始まって、初めて労働契約の概念ができたんでしょうね。それはそのとおりだと思いますよ。その指摘自体はおもしろいん

ですけどね。

川口 そうですね。あと、土岐先生の論文で気になったのが、この中で、障害者の雇用率について、親会社が雇ってなくても特例子会社とか企業グループ内の子会社で雇ってればいいことになっていますけど、それを労働契約上の使用者の義務の分担であると位置づけて、労働契約上の使用者以外の第三者の義務の中で論じていらっしやるんですけど、障害者の雇用義務制度は、当該労働者の労働契約上の使用者の義務ではなく、事業主一般の義務なので、筋違いなのじゃないかというふうに思いました。

高齢者の継続雇用制度も、一定のグループ内で継続雇用すればいいということになっていますけれども、これも、労働契約上の使用者である親会社の義務をむしろ軽減、分散しているものなので、土岐先生が検討しようとしていらっしやる、つまり、労働契約上の使用者の義務を実質的に保障するために、第三者にも義務づけをするというものではないので、この2つを挙げていらっしやるのは、少し筋違いな気がして。

野田 私もそう思います。

川口 本論文の問題意識に合致する制度ではないので、これは外したほうがよかったのかなという気はしました。

橋本 その点について、私は、違和感はなかったです。

野田 そう。僕はやっぱりちょっと筋が違うと思いましたね。非常に政策的なものでもあるし、契約論の問題からやろうとしているのに、ここに固有の政策論が入ってきているわけだから、やっぱり筋が違うと思いましたね。

川口 むしろ、親会社とか中心会社の労働契約上の使用者の義務を分担して……。

野田 そうですよ、分担して、むしろ軽くしてやって。

川口 そう、軽くしているので、ちょっと違うなという気はしましたね。

野田 軽くしているから、別のところで重くしろという。でも、それもちょっと、そんなバターのような意識はもともと政策的にないんで。

川口 あと、労災そのものじゃないにしても、安全衛生もせっかくドイツとアメリカを紹介されているので、日本法についても何か書いてほしかったなと思います。安全衛生も、初めのほうは、日本法の問題を指

摘されていて、例えば安衛法だと、注文者とか、元方事業者とか、特定元方事業者の義務とか罰則とかもあるんですけども、主な内容は、結局、関係の請負人に指示しなさいとか、指導しなさいとか、何か協議組織を設置しなさいとか、作業場所を遵守しなさいとか、安全衛生教育の指導をしなさいとか、そういう間接的な措置にとどまっているので、注文者自身に直接的に保護する義務を負わせているわけではないということを描かれているんですけども、じゃあ、どう対応すべきなのかが書かれてなかったの、残念な気がしました。

先ほど言いましたように、私としては注文者とか元方事業者とか特定元方事業者の義務の拡充と、あと、先ほど言いましたけれど、労災が発生した場合の損害賠償義務につき併存的債務引受をさせるという立法論はぜひ検討してほしいと思います。

私が担当した事件でも、ずっと下請、下請になっていて、労災に遭った労働者の労働契約上の使用者って全然支払能力がないんです。一人企業なので全然ない。

野田 いや、わかりますよ。

川口 裁判所は、安全配慮義務違反があるから、その労働契約上の使用者に何千万円払えと命じる判決はくれるんですけど、意味がない。事実上は、労働契約上の使用者とまでは言えないかもしれませんが、その上の発注者が全部労働者を組み入れているわけなので。

野田 中部電力、電力会社の事件があるじゃないですか。

川口 はい。

野田 中部電力ほか（浜岡原発）事件（静岡地判平成24・3・23労判1052号42頁）ですか。中皮腫により死亡した労働者の遺族の損害賠償請求を電力会社以外の被告、元請、下請、雇用されていた孫請会社に対しては損害賠償を認められたけれども、電力会社にだけは認めなかった。

川口 真ん中の請負人も支払能力がない場合も多いので解釈論として、注意義務に違反しているとか、特別な社会的接触の関係にあるから注文者も安全配慮義務があると主張することは可能ですが、裁判所が採用してくれる場合は必ずしも多くないので、労災が発生した場合の損害賠償義務についての併存的債務引受という立法はぜひ欲しいと思います。

野田 またないものねだりですけど、事業譲渡的な、つまり、労働契約を基本とする責任追及、使用者の責任追及では限界があるという問題のときに、何で事業譲渡のことを全く触れないのかと思うんですね。どこかあるのかと思ったら、ドイツの中でやっぱり出てこなかったですね。

川口 本論文では事業譲渡は対象から外すと書かれています。

野田 書いてあったね。何で外さないといけないうのかというのが残念です。わりと本丸だと思うんですね、労働契約ではもう無理だということ。ドイツだったら、というか、ヨーロッパだったらEUがあるし、フランスは1928年からある立法だし、つまり、労働契約を包括承継する法理です。例えばベルコの事件だって、代理店の労働者は解雇されたけれども、代理店の営業は別な代理店に譲渡していますよね。

ヨーロッパだったら、そっちのほうに包括承継されるので、採用できないということはないので、そこで問題は解決するはずですよ。

だから、そういう労働契約上の責任追及だけでは限界があるという点では、当然、事業譲渡のことを問題にせざるを得ないと思うんだけど、これを除外するのは、堅実だけ核心部分の一つが外されているという気がしますね。

川口 ただ、分析はほんとうに緻密で、定義も全部きちんとされています。

野田 そうですね。

川口 そういう意味で非常に完成度の高い論文で本当に労作だと思います。

野田 小括というのがすごくきいている。

川口 本当に緻密な内容の論文だということを前提として、でも、できれば、これも書いてほしかったな、ということで先ほどのようなことを述べさせていただきました。

大木 労働契約上の使用者以外の第三者に法的責任を負わせる正当化根拠として、土岐論文では2つ挙げられています。1つは、第三者が、労働契約上の使用者が行使する機能（の一部）を行使することで、例として、派遣労働のように実際に労働者に対して指揮命令権を行使している場合などが想定されている。もう1つが、第三者が、伝統的な労働契約上の使用者とは異なる固有の地位にあることで、具体的には、請負契約における注文主など、その経済上の優越的な地位を

背景として、労働法規制の遵守に関して、労働契約上の使用者に対して影響力を及ぼしうるケースを想定されています。

前者の、使用者の機能（の一部）を行使するケースについては、土岐論文は、使用者性を認めやすいんだと述べていて、安全衛生の話为例に出されています。

私にとっては、後者に関する言及がおもしろくて、これはドイツやアメリカなどでは、こういった人たちに責任を負わせるものがあるんだ、そこで重要なのは、実際に影響力や支配力を行使しているかどうかではなく、支配力を行使しうる地位にあること自体を根拠として、そういった責任を負わせていることだ、と土岐論文は主張しています。土岐論文の言葉で言えば、「ハードロー化したCSRやCode of Conduct」としての性質をこれらの規制はもっている。この点がおそらく、この論文の一番有望な結論のところ、ここを今後もう少し広げて突き詰めていったら、川口先生が言ったような課題に対するおもしろい議論が展開できるんじゃないかなと思いました。

野田 すばらしいまとめ。

川口 はい。ありがとうございました。

V 労働契約における合意

●奥田香子「労働契約における合意——合意の保護とその射程」

大木 この論文は、個別合意の拡大を背景に、立法論、解釈論を展開する論文です。

内容を紹介しますと、強行法規からの逸脱や労働条件の不利益変更の場面において、裁判上、いわゆる「自由な意思」論が出されている。さらには、有期契約の雇止め場面でも、不更新条項がある場合には、雇止めの適法性を肯定する裁判例の傾向がある。これらの個別同意に関する判例・裁判例の動向を簡単に紹介した上で、2つの論点、すなわち、「同意の認定は事後的におこなわざるを得ないがそれは妥当なのか」、そして、「労働条件変更、終了類型における個別の同意も確立したルールからの逸脱という側面をもって、問われるべきは『自由な意思』ではなく『個別の合意によってそのような逸脱を認めるか』ではないか」という2つの論点を提示します。

その上で、裸の合意には危険があることから、労働者の意思表示に対して一定の規制の枠をはめること、すなわち、「合意の実質化」が必要だという前提のもと、フランスの合意解約制度が、同意の自由を保障する観点から、「様式」「情報提供」「手続」に関して定めていることを参考に、事前のコントロールの立法化を提唱されます。

具体的には、労働契約法への以下の3点を定めることを提唱されています。第1に、労働条件の不利益変更や合意解約に際して労働者の同意を得ようとする場合、事前に面談を行い、情報提供・説明を行うとともに、合意に係る条件を交渉ないしは確認すること、第2に、合意内容を書面化すること、第3に、熟慮期間ないしは撤回可能期間を設定することを提唱します。

これとは別に、解釈論も提唱されていまして、労使の個別合意に委ねるべき範囲についても限界を設定する必要があるとして、労基法等からの逸脱は、法による明文の要件を満たす必要があること、労働条件変更や契約終了の場面においても、法ルールの「潜脱」的な行為は規制されるべきであること、合意原則の例外として労働契約上設定されたルールからは合意による逸脱を解釈上認めることはするべきではないことが示されています。

具体例として、有期契約の不更新合意については、労契法19条の雇止めルールは合意原則を制限する方向で設定されたルールだから、不更新合意による逸脱は認めるべきではない。さらに、就業規則の不利益変更に対する個別合意についても、労契法10条が合意原則を修正するルールなので、10条ルールを個別合意によって排除できると解するべきではない。そういったことを述べています。

以下、私が気になった点を3点紹介いたします。

1つ目ですが、奥田論文は、立法論として事前コントロールを提唱されています。具体的には、説明義務などが課されるとされていますが、このような主張は、個別合意を通じた強行法規からの逸脱に積極的な立場の論者も主張しているものですから、少なくとも説明義務を課すべき点については、現在の学界的ななかには反対者はいないと言っているのかなという気がします。ただ、説明義務のあり方については、どのようなものがあり得るかについては、まだ議論の余地は残っているでしょう。

第2に、その具体的な事前コントロールのあり方の

中身なんですけれども、奥田論文が提唱している内容ですと、結局は、労使の一对一の交渉という形をとることが前提とされているのではないかと。仮にそうだとすると、労働者の意思の真意性の確保の点において、事前のコントロールとしては不十分になる可能性があります。例えば、組合や従業員代表の関与、あるいは、何らかの形で行政機関の関与を組み込むことで、より実質的な合意を得るような制度設計が可能なのではないかと。

第3に、奥田論文は、労働基準法などのいわゆる強行法規からの逸脱と、労働条件変更や労働契約終了などの確立した判例ルールからの逸脱を同視しているようですけれども、ほんとうに同じようなものとして処理していいのかについては議論の余地があると思っております。

例えば、強行法規からの逸脱に関して最高裁から出されている「自由な意思」論というのは、「自由の意思」論とは言いながらも、実質は、問題となった法律上の規定の趣旨に矛盾しない限定的な範囲でのみでしか逸脱を認めていないと解釈することも可能です。

他方で、労働条件変更や労働契約の終了の場面に關する判例法理で問われている「自由な意思」あるいは個別の同意の実質化というのは、労働者による意思表示が労働条件や雇用の帰趨について法的拘束力を発生させるに値するかどうかといった問題として議論すべき内容ではないでしょうか。したがって、両者は違う性質の問題のではないかと思います。

川口 最後に述べられた点とも関連するんですけど、私は奥田先生に限りませんが、最高裁の判決の読み方がミスリーディングではないかと思います。

当たり前ですけれども、強行法規は、当事者の合意によって逸脱できないから強行法規なのであって、強行法規が定めている所定の逸脱要件を充足している場合を除いては、逸脱できないはずなんです。ですから、シンガー・ソーイング・メシオン事件や日新製鋼事件について、最高裁は、自由な意思に基づくのであれば、労基法24条の規制から逸脱できると言っているわけではなくて、労基法24条の全額払原則による禁止の範囲の中には、相殺は含まれるけど、合意相殺と賃金債権の放棄は含まれない。だから、禁止されていないと言っていると読むべきだと思います。

その上で、禁止はされていないのですが、合意相殺とか賃金債権の放棄というのは、一般的には労働者に

としては不利益となり得るので、意思表示が自由な意思に基づくものかどうか、これはもちろん事実認定の問題なんですけど、自由な意思に基づくものかどうかは、厳格かつ慎重に認定すべきだと言っているのだと思います。

ですから、最高裁が、合意によって強行法規から逸脱することを認めたという言い方はおかしいので、むしろ、批判するのであれば、労基法24条の禁止範囲の中に、相殺は含まれるけど、合意相殺と賃金債権の放棄は含まれないという、その判断が正しいかどうかを批判すべきだと思います。

広島中央保健生活協同組合事件についても、最高裁は、自由な意思に基づく場合は強行放棄から逸脱できると言っているわけではなくて、均等法の9条3項が言っている不利益な取り扱いに当たるかどうかを判断しているのだと思います。不利益な取り扱いって、不利益変更もそうなんですけど、客観的に決まる場合もありますけど、つまり、ほかは全く同じで賃金だけ下がるとかいう場合もありますけど、そうではなくて、例えば、年功序列型賃金から成果型賃金への変更のように、当該労働者によって不利益かどうかの評価が分かれるものもあるので、降格は、特に妊娠中の場合だと、むしろ、責任が少し軽減されたほうがいいと思う場合もあり得るので、労働者が承諾した降格であれば、それは禁止されている不利益な取り扱いに含まれないというふうに言っているだけの話だと思います。

橋本 広島中央保健生協事件について、私も川口先生と同じ理解で、不利益取扱いの解釈が行われたのであって、強行法規の逸脱が問題になったのではないと思います。ただ、日新製鋼事件は、やはり一般には、労基法24条の強行法規を個別合意で逸脱した事例として理解され、批判されていると思います。

川口 一般的にはそう解釈されていると思います。ただ、私は、最高裁の判示は先ほど言いましたように解釈すべきだと思います。

橋本 最高裁は、賃金全額払いの原則は相殺禁止の趣旨を含むと言っているのだから、合意相殺は含まないと解釈できるのですか。

川口 相殺と合意相殺は当然違うので、相殺は一方的な使用者の意思表示ですから、それと、合意相殺とは異なると思います。合意相殺は禁止されていないという判断がいいかどうかは別で私は間違っていると思いませんけれども、最高裁の判示の内容については、そ

う読まない整合性がとれないと思います。

野田 もちろんそうですね。でも、強行法規ではあるというのは、強行法規の中に、僕はグラデーションがあるというのでいいと思うんですよ。じゃあ、労基法4条に関して、合意によって平等原則に反することができるかということは普通あり得ないので、だから、それは強行法規の内容次第ですよ。だけれども、やはり強行法規ではあるという一般のところから出発しないと、これ、強行法規じゃないからというふうに言ってしまうと、議論が全然壊れてしまうような気がするんですけどね。

川口 いや、労基法24条はもちろん強行法規ですよ。

野田 いや、けれど、合意相殺は強行法規じゃないからできると言っているんでしょう。

川口 判例は、合意相殺は強行法規である労働基準法24条による禁止の範囲に入らないと言っているのだと思います。

野田 けれど、それは言葉の問題だと思う。

川口 判例がそう言っているということですけども。

野田 強行法規けれど、合意によってデロゲートできるということと、強行法規じゃないということではもう、あまり議論しても意味がないんじゃないかなと思うんですね。

だから、この奥田さんのスタートが間違っているというのはちょっと批判には当たらないんじゃないかと思うんですけどね。

川口 もちろん、判例についていろんな解釈はあり得ると思うんですけども、ただし、強行法規は合意により逸脱できないということは基本だと思います。

野田 でも、それ、命題の逆からひっくり返して言っているにすぎないから、強行法規の中に逸脱できるものと逸脱できないものがあるという言い方と、逸脱できないから強行法規だと言うのと、その違いを別にそんな議論してもしょうがないじゃないですか。

川口 理論的には全く違うと思います。強行法規自体が、先ほど言っていますように、逸脱を認めている場合もありますので逸脱できるのであれば強行法規自体が一定の要件の下でそれを認めていると言わないと説明にならない気がします。だから、強行法規は当然、合意による逸脱はできません。

その上で、大木先生がおっしゃったように、強行法

規以外の、強行法規に反しない、例えば労働条件変更とか、契約終了とか、それは当然、合意による決定はあり得るので、その場合は、合意の実質化のためにこういう立法論が必要でしようという形で整理していただいたほうがすっきりするという気がします。

というのが私の意見で、その上で、強行法規には違反しないけれども、自由な意思かどうかを慎重に認定したほうがいい場合ももちろんあります。従来、この点についていろいろ解釈論が展開されているところで本論文でも解釈論も展開してほしいかと思っていますが、もちろん、立法はあったほうがいいと思います。

ただ、大木先生は、奥田先生がなさっているこの立法論に加えて、集団的なレベルの規制も入れたほうがいいんじゃないかと、そういうご見解ですね。

大木 立法すべきこと自体については、反対する人はいないんじゃないかな。

川口 多分、そうですね。

橋本 ただ、フランスの制度は、ドイツから見ても厳しい制度だだと思います。合意解約に撤回権を認めるということですよ。

野田 これは普通の合意解約じゃないんですよ。私は、最近では約定解約と訳していますが、rupture conventionnelle といって2009年にできた新しい制度で、すごく利用されているんです。解雇による労働契約終了がぐっと減ったのです。2017年のマクロンはそれを整理解雇についても使うようにした。協約を結ばせて、経済的事由による合意解約をすることができ。それは、特別な制度だからこういうのを設けている。もちろん、一般の合意解約は、しようと思えばできるんです。

橋本 一般の合意解約と特別な立法で権利が保障されている合意解約が違うのですか。

野田 違うんです。

様々な制度がくっついているんですよ。これで合意解約すると、解雇手当と同額の解約手当が支払われる。なにより自己都合退職なのに解雇と同様の失業手当が給付される。使用者としても、辞めてほしい人に確実に辞めてもらうというメリットもあるんです。一方、行政も関与するし、解雇類似の手続が必要です。通知、事前面談をやって、そして、一定の期間をおいて、合意解約するし、撤回可能な熟慮期間も定められています。その上で、行政官庁に認可してもらうというものです。これは、よく使われているんですね。

大木 それは何万件とか何十万件とかいう数字になりそうなんですけど……。

野田 もちろん、何十万件。

大木 それを行政が関与できる。

野田 いや、実質審査はしてないです。書類として受け取り、不備だけを審査する。認可という手続で、許可ではないですね。

橋本 ドイツでも、合意解約に撤回権を認めるべきかという解釈論が熱心に行われたこともあり、消費者契約で認められる撤回権が労働契約にも適用できるかどうかについて、労働者は消費者かという論点で、債務法改正で消費者契約に関する規制が民法典に入ったときに、大いに議論されたのですが、労働者も消費者になりうるが、合意解約の規定については、消費者契約と労働契約では問題状況が違うので、撤回権は認めないというのが判例の立場になっています。

野田 なるほど、なるほど。フランスの場合は、もともとの合意解約はもちろん今もできるんですよ。できるんですけども、それは解雇制度の規制の脱法だという疑いがあるって、合意解約の合意の認定というのはとても厳しかったんです。なかなか容易に認めない。

そういう状況の中で、そんなにきつくやることはないじゃないかというので、むしろ、ちゃんと手続きえ踏めば解約できる。これは、労働者側からもできるんです。もうこの会社を辞めて、よそへ行きたいから、合意解約してくれということ話合って、失業保険も取れるし、ウィン・ウィンとなる。

橋本 でも、辞めたくない人にとっては……。

野田 もちろん、でも、解雇されるよりもましでしょうということになる。だから、使用者も、解雇だと、後で訴えられるかもしれないので、これで合意を取りつけるというのはある。そのかわり、話し合いのときには、さっきもお話がありましたけれども、従業員代表を連れてきていいとか、そうじゃなければ、行政に立会人のリストがあるんです。それを選んで来てもらう。弁護士とかがなっている。それに来てもらって、口は挟まないけど、しっかり assister ってフランス語で言いますが、立ち会う。あるいは、相談に乗ってあげるという、そういうシステムがあった上でやっているんですよ。これはほんとうに成功例ですね。

それを今度のマクロン改革では、これまで脱法的に

整理解雇にも使っていたのに、労働協約の、企業レベルの協約ですけれども、その協約の締結を前提に、集団的な約定解約と訳しているんですけども、詳しくは私の本を見てください。

だから、別に決してそんなに厳しいわけではない。むしろ、こっちのほうが優しいともいえる。どっちにとっても。手続きさえ踏めばいいという意味では。

川口 労働条件の不利益変更や労働契約の終了への労働者の同意、労働者の辞職の意思表示に撤回可能期間をつけるべきだということは、日本でも立法論としてはかなり前からいろんな方が主張されていることで、多分、あまり異論はない。使用者にとってみても、例えば撤回可能期間経過後は権利義務関係が確定するとか、あるいは、訴訟を提起できないとなると、メリットがあるので、使用者からもそんなに異論はないような気がします。

野田 僕はこの奥田さんの書いていることは何も異論ないし、一方で大木さんのコメントも何の異論もないから、ちょっと言うことがなくて困っている。大木さんののも正しい指摘だと思います。

だから、共通の理解だから、もうわかっているのにといいようなところはありますよね、第1点から言うのと。

それから、労使の対一の対決という点だと、奥田さんが念頭に置いていると思われる、rupture conventionnelle についての論文を書いておられるんですが、その中には、この組合とか従業員代表の関与があるので、それでうまくいっているというのはあるんですよ。

あとの最後の点も私は大木さんの言うとおりでと思います。

橋本 奥田先生は、フランスの合意解約の制度を労働条件変更にも広げるべきだとおっしゃっていますが、あまり自信がないのですが、労働条件の不利益変更まで広げるためには、そもそも、労働契約締結に書面性が要件となっていないと難しいのではないかと思います。

野田 なるほどね。それはおっしゃるとおりですね。

橋本 ただ、労働契約成立の要件としての書面性と労働条件変更の有効要件としての書面性の問題が必ずしも理論的に結び付くのか、自信がないのですが。

川口 ただ、奥田先生は立法論として提案されてい

るんですけど、同じような内容を解釈論で、意思表示の成立要件や効力要件で議論されていて、私は、基本的には解釈論でも可能だと思いますが、合意の成立要件のところ、多くの裁判例は書面性を重視していると思います。解釈論ですよ。

野田 最近ね、それで。

川口 書面性と、記名、押印があればいいというわけじゃないですけども、逆にそれがなければ裁判所はなかなか意思表示の成立を認めないので、解釈論でもそうなので、立法論でもそんなに違和感はないのではないかと思います。

野田 それでも実際問題として、京都の、福祉事業者A苑事件（京都地判平成29・3・30 判刑1164号44頁）では、最後のところで書面に署名押印した行為があっても、変更の効力としては認めなかったですよ。少し変だなと思うけれども。

だから、そういう紛争になったときに、書面があれば少しは有用であるという意味で、使用者としては書面とおきなさいよねと、あるいは、労働者も、逆に、書面を求めておきなさいよと、そういう意味でなんでしょうね。

逆に、例えば有名なザ・ウインザー・ホテルズインターナショナル事件（札幌高判平成24・10・19 判刑1064号37頁）では、口頭の合意は認めなかったけど、1年後に書面にした段階以降には、200万円ぐらいの年取の不利益変更を認めています。実際問題、実務家はみんなそう発想をしますよね。

川口 民事訴訟法上、意思表示の内容を記載した書面があって、署名又は押印があると、意思表示の存在が推定されるので、反証は意思表示の存在については難しいですね。

ただ、私は、事前に情報提供とか説明、協議をしたかどうか、面談を実施したかどうか、熟慮期間をちゃんと付与したかどうかを、意思表示の効力発生要件として位置づけるというのは解釈論としても可能だと思います。

野田 そう。解釈論としてかなり形成過程にあるところを、ある程度、立法化したらどうかというのがこの奥田さんの立場ですよ。

大木さんのレジュメの、『「個別合意によってそのような逸脱を認めるか』ではないか』というのは、これ、どういう意味でしたっけ。

これ、何かオプトアウトみたいなことを言っている

んですかね。個別合意によって強行法規から逸脱。

大木 論文の35頁に書いてありますね。「こうした点から見れば、問われるべきは……」という箇所です。

川口 不更新合意の問題とか、就業規則の不利益変更に関する合意について、主に合意、つまり、意思表示の効力が問題となっているけれども、そもそも合意で逸脱できるか……。

大木 そう、逸脱していいルールなのかというところが多分、奥田論文は。

野田 一つの仮定の疑問形としてやっているわけですね。

川口 ええ。それで、奥田先生は否定されているんですが。

大木 否定されているんですね。

川口 ただ、私、これも正直理解できなくて、41頁からのところなんですけど、奥田先生は、この「不更新合意と労契法の19条」という見出しの後のところで、不更新合意によって労契法19条による規制を排除できない、合意により設定された期日での終了を規制する法ルールを個別合意により排除できないという見解を述べられています。不更新合意は労契法19条の適用を排除しますという合意ではないので、どういう理論構成でこうなるのかというの、何回読んでもわからなかったですね。

橋本 私も同じ疑問を持っています。

川口 変ですよ。

橋本 奥田先生の論文が収録されている同じ学会講座の巻に、不更新合意のことを書かせていただいたんですが、不更新合意というのは、無期契約でいう解雇ではなくて、合意解約に相当するものだと思っています。合意で労働契約を解約することが、なぜ労契法19条の雇止めルールの逸脱という問題になるのかについては疑問に思います。

川口 ええ、そうですね。

野田 逸脱的効果だ。

橋本 でも、無期雇用の場合に、合意解約は解雇権濫用法理（労契法16条）を逸脱しているとは言わないわけですよ。

川口 そうですよ。私も学会で報告したときには、不更新合意は、奥田先生が言っているようにいろんな意味があり得るんですけど、もし労働契約の更新への期待権とか期待利益の放棄を意味するのだとすると、労働者の期待権とか期待利益というのは、労契法

の19条に基づく新たな有期労働契約を成立させるという、法律効果の発生要件の一つなので、期待権とか期待利益を放棄することは、実質的には強行法規である労契法19条の適用を排除する意思表示を意味するから、期待権、期待利益の発生前後のいずれでも19条に反して無効だと述べましたが、そのように補わないと意味が通じないと思いますね。

野田 僕、頭の中で補って読んだから、違和感はなかったけど、確かに補わなきゃいけない。

川口 あと、その前のところで、不更新合意は当該契約期間満了時を契約終了時とする解約合意だという見方もあるというふうに書いていらっしゃるんですけど、この点については触れていらっしゃるんですけど、有期労働契約は期間満了で終了するので、期間満了時に解約しますという合意は特に新たな法律効果は発生させませんし、有期労働契約が終了しても、19条の要件を充足すれば、新たに有期労働契約は発生するので、意味がない解約合意だということになり、特に19条の法律効果に影響を及ぼさないということになると思います。

次も、意味がわからなかったんですけど、「就業規則の不利益変更に対する個別合意と労契法10条」という見出しの後の部分、42頁の下のほうなんですけれども、個別合意を根拠に変更就業規則の契約規律効は導かれず、と書かれた部分です。

労働者の同意があったと解される場合でも、不利益に変更された就業規則の契約規律効は労契法10条の合理性要件に従うと解するべきだと書かれ、その理由として、合意がなければ拘束されないという意味での合意原則から逸脱したルールである労契法10条のルールの適用を、改めて個別合意で排除するのは自己矛盾である、と書いてあるんですけど、私、これも意味がわからないんですけども。

労契法の構造についての考え方が違うのかもしれないと思うんですけど、私の考えでは、やっぱり8条があって、8条は合意原則ですよ。

大木 ですよ。

川口 労働契約は合意があれば変更できますと。そうですね。

大木 うん。

川口 だから、言えば、変更後の就業規則の内容を労働契約の内容にしますという合意があれば、8条で変更されるはずですよ。

それで、9条は、じゃあ、その就業規則の規定を不利益に変更した場合はどうなるんですかということになりますけど、合意がなければ、当然、原則としては契約内容変更の効果は発生しませんよというのが9条に書いてあって、でも、例外的に10条の要件を充足すれば、契約内容の不利益変更の効果が発生しますよとなっていて、ちょっと飛んで、もし使用者が就業規則の規定を有利に変更した場合は、労働者の合意がなくても、労契法12条で最低基準効が働くので、契約内容が有利に変更されますという、そういう構造になっていると思います。

野田 と思うかどうかですよ、それは。それはそうですね。でも、現実として、10条がメーンに立っているわけだから、9条をその10条の逸脱というふうには奥田さんは読む。もちろん、合理性がない場合にはというのは、ない場合でもというのは9条にはある。要件は違うんですけどね。だけど、10条を基本でやるのが普通だから、現実社会はそうだからというものでしょう。

でも、そう考えていくと、9条はそこから逸脱しているんじゃないかという、そういう理屈だと思いますよ。

川口 ただ、例えば、使用者がこの労働条件をこう変えたいんですというふうに言って、労働者が同意したら、同意の効力は、普通、生じるとは思いますけど。

野田 就業規則でということ？

川口 いえ、普通に、8条で。例えば就業規則作成義務がない事業場で、賃金を下げたいんですという労働者が同意したら、労契法の8条で変更の効果が発生しますよね。そうしたら、就業規則作成義務のある事業場で、使用者が就業規則を変えて、その上で、就業規則も紙切れですから、こういう内容に契約内容を変えたいんですけど、どうですかと言って、労働者が同意したら、それは8条で変更されたということになると思います。

なので、変更後の就業規則の内容を労働契約の内容としますという合意があれば、8条によって、労働契約の内容の変更の効果が生じますというふうに解することが、なぜ労契法10条の定めるルールを排除することによってストレートに結びつくのかがわかりません。

野田 いや、それはやっぱり契約観は違うと思いますよ。それは就業規則がそもそも、いわゆる合意外規

範というようにフランス法をやっている人は言うんですけれども、合意外規範としてでき上がっているから、それはある種の制度としてでき上がっているわけですね。その中のルールとして10条があるわけだから、就業規則を変更するのに個別合意でできるわけではないんじゃないかというのが基本的にはある。

川口 いえ、個別合意で就業規則を変更するわけではなくて、就業規則はあくまで紙切れなので。

野田 いや、紙切れじゃない。その合意の内容と書いているわけですが。

川口 いや、就業規則自体は紙切れのはずです、現行法ではそのはず。就業規則は紙切れだけど、労契法の一定の所定の要件を充足することによって契約内容になるので、その要件を定めているのが最低基準効の12条と、それから……。

野田 7条と。

川口 7条と、それから、9条、10条ということになると思います。

橋本 私も川口先生と同じ考えだと思うのですが、個別合意によって、労働契約は合意により成立し、または、変更されるのが原則であるという合意原則に戻るわけですね。

川口 そうです。

橋本 だから、なぜそれが10条ルールの適用の排除になるのかというのが、私もわかりませんでした。

大木 確かに労働契約法の条文構造の解釈としては、川口先生たちの読み方が正しいんでしょうけれども、労働契約法自体が従来の判例法理をそのまま条文化したものではなく、少し異なる形で再構成したものだから、奥田論文のような読み方も十分可能ではないか思います。

野田 と思いますよ。だって、そもそも、9条の規定の仕方だって、合意があれば変更できますなんて書いてないんだからね。

川口 もちろんそう書いてはありません。

野田 ですから、普通、素直に読めば、変更ルールではないんですよ。

川口 だから、確認しているわけですね。当然、合意がなければ変更できませんよと確認しているわけです。ただ、例外的に、特別にこういうときだけということで10条による変更を認めているので、別に変に組み立てているとは思いません。

多分、8条の問題にすると、すぐ変更の効力を認め

る人がいるからという危惧があるのだと思いますが、私としては、8条の問題だというふうにした上で、いくつかバリアはあるので、例えば、まず、就業規則自体が、変更されていないといけないうわけですね。山梨県民信用組合事件で最高裁が言っていますように、もとの就業規則が残っていると、もとの就業規則の最低基準効が残るので、就業規則自体の規定が変わっていないといけないうので、私の見解では、就業規則自体の不利益な規定への変更の効力を認めるためには、労基法所定の手続すべてを尽くしたと、一定の合理性が要すると思います。

さらに、その上で、違う意見もありますけど、合意はやっぱり変更時点の合意で、事前の合意はだめだと思います。さらに、その合意について、先ほど言いましたように、成立要件と効力要件を充足することが必要となり、意思の自由を効力発生要件とした上で、使用者が自由な意思に基づくものと認めるに足りる合理的な理由の客観的存在を主張立証すべきと考えますので、多分、結論として契約内容の不利益変更が肯定される要件の厳しさは同じになると思うんですね、10条を適用した場合と。結論が同じだからどちらでもよいと言われるのかもしれませんが、理論構成としてはそうならざるを得ないという気がします。

野田 僕は必ずしもそう思わないけれども、ここで議論してもしょうがないかな。

だけど、そもそも、労契法ができる前の判例法理というのは9条のような要素というのはなかったわけでしょう。

川口 9条の要素。でも、合意がなければ原則としては変更できないというのはあったと思います。

橋本 合意があれば変更できるという合意原則はあったと思います。

川口 そうそう、合意があれば。合意がなければできないと。

野田 何の判決から言っているんですか。

橋本 いや、契約法の原則だと思います。

川口 あの秋北バス事件の内容にある。

野田 それの中に、合意があれば変更できると言っている？

川口 というか、合意がなければ変更できないのが原則だけれども、就業規則の統一的、画一的な性質によってということで、就業規則が……。

野田 いやいや、その就業規則の変更について合意

が関与するということを言っていますか。

川口 それは合意があった事件ではなかったと思うので。

野田 いや、だけど、だから、判例ではないんじゃないですか、そういう。

川口 でも、合意があれば契約内容を変更できるというのは当然、自明の前提だと思います。

橋本 そうだと思います。あと、下級審判例でこのように判断したものは前からあったと思いますね。

川口 それは当然の前提だと思います。合意があれば変更できる、合意がなければ変更できない。

野田 しかし、8条と9条の書き方は違いますよね。

川口 8条は、だから、合意がある時の話です。合意があるときは、合意によって変更できます。もちろん、強行法規の枠内ですけれども。9条と10条は、合意がない場合。8条は、労働契約の内容の変更ですよ。

野田 もちろん。

川口 9条は、じゃあ、就業規則によって労働契約の内容が変更できるかということ、合意がなければできませんと言っている。8条の確認ですよ。でも、例外的に、10条の場合は、合意がなくても変更できますという。

野田 いや。まあ、いいや。10条が例外とは全然思わない。それは、だって、現実的な解釈じゃないでしょう。

川口 いや、でも、現実的な解釈は、9条がそう書いてあって、ただし、10条の場合はこの限りではないので。

野田 就業規則というものは、合意によって変更することが予定されているものじゃないですよ。

川口 いや、就業規則は合意によって変更することが予定されているわけではなくて、所定の要件により契約内容となることが予定されている……。

野田 だから、10条がやはり原則でしょう。

川口 いや、10条が原則という意味がわからないんですけど。

野田 どうして。10条の不利益変更に、就業規則をもって不利益変更するというのが原則になっているんじゃないですか。一定の要件のもとであれば変更できますよというのが10条でしょう。

川口 一定の要件があればですね。だから、それは例外ですよ。

9条と10条のつくりは、不利益変更の場合は、合意がなければ変更できないという9条が原則で、ただし、一定の要件を充足すればその限りではないというのが10条なので。

野田 だから、このつくりがただし書きで接点、接合することがおかしいんだというのが、多分、奥田さんの考え方にはある。

あくまでもその10条が現実的にもメインであるし、こういうものとして制度化されている。だから、この10条というのは合意の問題ではない。合意の原則とうたいながら、非合意、合意じゃないものが入り込んでいる。

川口 もちろん10条は合意の話じゃないですよ。だから、労働者と使用者の合意がないときに、就業規則によって契約の内容が変更できるかということ、不利益変更については原則としてはできないと9条は言っている。例外的に10条の場合だけできるということになっていて、だから……。

野田 何で9条は不利益にできないんですか。

川口 9条は、だから、8条から通じていて。

野田 合意がなければでしょう。

川口 そうそう、合意がなければ。だから、9条と10条は合意がない時の話です。合意がないときは変更できないというのが原則だと言わないと……。

合意することなく、就業規則の不利益変更による契約内容の変更はできない。だから、これが原則だって強調しないと、労働者のためには。その上で、ごくごく例外的に10条の要件を充足する場合は変更できる。裁判所も、だからこそ、10条の場合の労働契約内容の不利益変更については使用者に要件充足についての証明責任を負わせているので、それは、こちらが例外だからです。厳しいと思います、一応。

野田 でも、その9条のだけだったら、このただし書きがなければ、10条のほうが厳しいと言っているんですか、今言われたのは。

川口 ただし書きがなくて、10条がないという場合ですか。ただし書きもなくて10条もなければ、就業規則による労働契約内容の不利益変更はできません、合意がないと。

野田 いや、ですけれども、その合意を取りつけることによって、大きな不利益、どんな不利益変更でもできるというのでしょうか。一定の合理性が要る、必要だという解釈があるのは知っていますけれども、で

も、9条にはそんなこと書いてなくて、どんな不利益でもできますよね、合意さえ取りつければ、9条は。

いくら合意の原則といったって、非常に危なっかしいから、というか、現実に10条の方式があって、それを確認するために、労契法ができたわけでしょう。僕は9条は後で取りつけたんだと思うけど。

川口 いや、それは9条はセットだと思います。でも、どんな内容であっても、合意を、合意さえ取りつければ変更できるでしょうというのであれば、8条は全部そうです。

橋本 そこで、最高裁は、山梨県民信用組合事件では、かなり厳しい合意の成立の判断方法を示しています。

川口 そうそう。

野田 だから、そうせざるを得ないですよ、構造的におかしいから。あんな、奥田さんが問題にしているような自由な意思論というのを展開せざるを得ない。たてつけとしておかしいからじゃないですか。

川口 いえいえ。もともと、強行法規の範囲内であれば、先生がおっしゃったように、どんな不利益でも合意があれば変更できる。だから、具体的な強行法規がもっと不利益変更の範囲を狭くしていれば一番いいんですけど、日本の場合だと必ずしもそうではないから、そこは公序とか信義則とかで埋めますけれども。

あと、それでやっているのが、確かに合意があれば変更できるけれども、その合意の成立要件と効力要件で縛ろうということで、解釈論としてはそれしかないということになると思います。

野田 だけど、ともかく、その9条の今言ったような、合意をすることなくというふうな9条は書いてるのに、合意があれば変更できるというふうに読みなさいと反対解釈を許したために、結局、非常に大きな不利益変更するときでも、現実問題として、合意を取りつけて、大きな不利益変更をするというのに作用しているわけでしょう。

川口 はい。

野田 どうして9条のほうが法的な原則になるんですか。だから、「自由な意思」論みたいなことを言わなきゃいけないという、非常にいびつな構造になってしまう。

川口 解釈論として、いびつかどうかわかりませんが……。

野田 だって、「自由な意思」論なんか、どんどん

展開させていったら、規範的な意味がなくなるじゃないですか。どんな状況でも解釈され得る、ですよ。特に不利益変更なんかそうだけれども、例えばジャパンビズネ斯拉ボ事件（東京地判平成30・9・11 労判1195号28頁、本座談会のあとに控訴審・東京高判令和元・11・28 裁判所ウェブサイト）みたいな事例でも、簡単に、これは「自由な意思」であるというふう判断されてしまう。ある程度説明したじゃないかとして不利益な契約締結の意思が認められかねないのであって、規範的な判断がぐらぐらしているような不安定な状況に置かれてしまう。むしろ、10条をきちんと原則として構成するほうが、安定性のある解釈ができるし、見通しの立つ解釈ができる。

川口 気持ちはよくわかる……。

橋本 先日の学会でテーマになったように、ドイツのように約款規制ができれば不当条項規制で対処できるのですが、今回の民法改正の定型約款は非常に狭い概念だということがわかりましたので、期待できないので残念です。

野田 そうですよ。だから、裸の合意じゃだめだと言ったのはそういうことですよ、奥田さんが言っている。

川口 山梨県民信用金庫事件最高裁判決も言っていますけれども、また、先ほど言いましたけれども、就業規則の変更自体はされてないといけないのですが、どういうときに就業規則の変更ができるかということについては明文規定はないので、不利益な変更のときは、所定の手続は全部すると。それで、最低基準を下げるわけですから、最低基準を下げるだけの一定の合理性は必要だと解釈して歯止めをかけることはできると思います。

野田 いや、でも、10条はよくできた規定ですよ。

川口 ええ、そうですね。

野田 ですから、ちょっと別な議論ですけど、判例は10条の定める規範をほかの事案にも使い出していますね。10条は僕たちが結構頼りに、むしろ唯一頼りにできる。以前は嫌がったんですけども、9条よりはましでしょうということになる。だから、10条でできるだけ吸収させていったほうがいい。例えば、最近の阪急トラベルサポート事件（東京高判平成30・11・15 労判1194号13頁・同東京地判平成30・3・22 労判1194号25頁）のように、7条の合理性判断の部分だって、10条の要件を使おうとする傾向さえでて

くる。きちんといろんな判断要素が定められているので、合理性要件というのがそれなりに機能する。だから、10条が変更法理のメーンになってきて、それはそれでいいと思うんですよ。

そこに9条が入り込むと非常に不安定になってしまう。だから、山梨県民信用組合事件のような解釈が出てくるんですね。流れとしては非常によくないと思いますね。裸の合意論になってしまっただけで、それを慌てて裁判所が別の法理で埋めているわけでしょう。

川口 ええ。なので、一番いいのは、不利益変更の範囲を限定する具体的な規定があることだと思うんですけども、ただ、先ほど言いましたように、法のたてつけ上はそういうふうには解せない。

解釈論として、理論的に破綻しないためには、先ほど述べたように解釈するしかないかなと。

野田 破綻かな。まあ、いいや。

だから、僕、個人的には、共通の議論の前提が奥田さんと僕はあるので、そういうことになるだろうと思うけれども、僕はあんまり違和感を覚えなかったですね、奥田論文の議論に戻ると。

VI 採用における個人情報の収集

●河野奈月「労働関係における個人情報の利用と保護——米仏における採用を巡る情報収集規制を中心に」

川口 それでは、河野奈月先生の「労働関係における個人情報の利用と保護——米仏における採用を巡る情報収集規制を中心に」という論文について報告させていただきます。

論文の内容ですけれども、本論文は、まず、採用の場面における民間部門の利用者による情報収集の自由を制約する法的な規制について、個人情報の利用の要請と、個人情報の保護の要請を、特にこの両者の対立が先鋭化する採用の局面に限定して、どのように調整すべきかという問題関心の下に、現在の日本法の規制と学説を詳細に分析されて、見直しが必要であるという前提の上で、見直しの方向性について示唆を得ることを目的として、アメリカ法とフランス法との比較法的手法を用いて、分析されています。

分析に当たりましては、まず、調整の対象となる個人情報の利用の要請と保護の要請の「内容」の問題と、

「調整手法」の問題の、まず、大別2つを取り上げます。そのうち、「内容」については、さらに、個人情報を「利用」という要請の内容について、まず、使用者による能力や適性の把握・評価の必要性という側面と、それから、第三者、公共の利益の保護の必要性という2つの軸を立てています。また、個人情報の「保護」の要請の内容につきましては、情報の秘匿の要請と情報の利用の防止の必要性の2つの軸を用いて分析をされています。

それから、「調整手法」についてですけれども、一応3つに分けて、情報収集を使用者の自由に委ねる放任型、情報収集を促進する促進型、情報収集を制限する制限型に区分し、これを前提として、法的な規制については、この促進型と制限型を区別して分析をしています。

そしてアメリカ法とフランス法の分析を踏まえて、日本法については、まず、各要請の「内容」について、個人情報の「利用」の要請の内容については、使用者による能力や適性の把握・評価の必要性のみならず、自由な情報流通の確保による労働市場の適正な機能、それから、公共の利益保護のための就業制限、これも検討する必要がある。それから、個人情報の「保護」の要請の内容については、情報の秘匿の要請について、労働関係の特殊性をどう把握するか。それから、情報の利用の防止については、まず、前提として、差別禁止規制を中心とする情報利用の規制内容、これを確定する必要性があるということを提起されています。

また、各要請の「調整手法」については、「情報収集が促進される場合」については、対象となる規制内容の明確化と使用者が情報収集のために利用し得る手段の整理、それから、「情報収集が制限される場合」については、対象となる規制内容の明確化、本人以外からの情報収集の規制、ソフト・ローによるルール具体化等を提起されています。

本論文の意義と提起する検討課題ですけれども、本論文は、アメリカ法は、情報流通の自由の確保に公共的な価値を見出していて、全体的としては放任型であるとされ、フランス法は、対照的に、労働関係においても私生活ないし個人の生活の保護を重視し、採用の局面における個人情報の収集を実体的・手続的に制限していると分析され、規制内容と手法が大きく異なっているアメリカ法とフランス法について詳細に分析を

してその異同を明確化されていますが、それだけではなく、日本法についても具体的な検討課題を数多く提起し、そのための素材を豊富に提示されていますが、時間の関係上、以下、3点を指摘したいと思います。

なお、障害に関連する論点もありますが、これは後ほど、長谷川先生の『障害者雇用と合理的配慮』のところでも取り上げられると思いますので、ここでは多くは触れておりません。

まず、第一に、情報収集を制限する法的な根拠をきちんと議論すべきだと提起されています。すなわち、日本では、職安法の5条の4第1項及び同項に基づく指針が、詳細に、情報収集に関する制限を置き、個人情報保護法において、要配慮個人情報と定められていてその取得が制限され、厚生労働省が、採用に関しては行政指導を行っており、取得した情報による採用差別を防止するために、つまり、情報の利用を防止するために、情報収集が制限されていますが、情報の利用の防止、すなわち、使用者の選択の自由に対する法的な制約は緩やかで、採用差別を禁止する明文規定は、性別と障害と年齢のみだと思います。

なので、情報の利用の防止を根拠に、情報の収集を制限するということが適切ではないのではないかと問題提起をされていて、要は、採用差別のところをきちんと正面から議論しようということだと思います。

その上で、アメリカとフランスは利用の防止と収集制限がセットになっており、利用してはいけないから、つまり、採用のとき考慮してはいけないから、収集してもいけないという形でセットになっていると指摘されています。

今後の方向性について筆者の見解は明らかではありませんが、私としては、真正面から、当該人及び労働者全体の労働権保障、採用差別の禁止という観点から、プライバシー保護等もあわせて、フランス法等も参考に、一定の事由による採用差別、情報の利用を法律上明文で禁止した上で、情報収集を制限し、採用の場面で収集が制限される個人情報の範囲とか応募者の情報提供義務の範囲とか情報収集方法の規制内容を明確化することが必要ではないかと思っています。ここは議論があるところかもしれません。

第二に、個人情報の利用の必要性ということで、河野先生は、日本では、個人情報の保護と収集の制限が主な論点で、個人情報の利用の必要性と保護の必要性の調整という観点からの議論自体があまりなかった、

また、利用の必要性も、使用者が応募者の能力や適性の把握、評価が必要だから情報収集するということに焦点が当てられることが多かったけれども、第三者とか公共の利益の保護という観点から、一定の者の就業を制限することが必要となる場合があるのではないかと、ただ、就業制限の対象が不明確だと、情報収集の範囲が拡大してしまうので、特定の職務についてのみ就業制限の必要性を肯定するという姿勢を維持した上で、どういうときに使用者が情報収集しなければいけないのか、情報の範囲を明確化して、使用者が正確な情報収集のために利用し得る手段を整備することが必要だと指摘されています。

確かに、使用者は、顧客や利用者等に対して、契約当事者としての責任とか、あるいは、注意義務を負っています。また、雇った労働者については、一定の不法行為については使用者責任を負います。また、労働契約を締結している労働者等に対しても安全配慮義務を負うということになりますので、例えば、顧客や利用者等の安全確保と事故防止、あるいは、他の労働者を伝染病から保護するとか、あるいは、当該人自身の健康と安全のために、一定の人間が一定の職務に従事することを制限することを目的とした情報利用が必要な場合もあると思います。

他方、当該人の労働権保障という観点からすると、当該人を就業から排除し得る職務は、合理的な範囲に限定される必要があると思いますので、収集が促進される情報の範囲も限定、明確化される必要があると思います。

多分、就業制限という観点から問題となるのは、犯罪歴、暴力団との関係、信用情報、障害・健康情報だと思いますが、個別の職務ごとに明確な範囲が規定されるべきだと思います。

また、障害・健康情報で、河野先生が紹介しているフランスの労働医制度のように、専門家が採用前の障害・健康情報についてチェックし必要なことだけ使用者に伝達するという形で、情報の利用と情報の保護を調整するという方法も参考になると思います。

ただ、それ以外に、例えば犯罪歴があるかどうかとかについて、使用者が正確な情報を得ることができるように必要な情報にアクセスし得る手段を整備することは慎重に検討すべきような気がして、少なくとも当面は、必要な情報の収集方法としては、本人からの収集に限定をし、本人から収集できない場合は採

用しないとか、後で虚偽の情報提供だとわかったら、懲戒処分とか解雇で対応することしかできないのではないかと思います。

第三に、情報収集を制限する規制について、河野先生は、日本では、原則としては収集は禁止しているが、本人の同意があれば、例外として収集を認めるという規制方法が見られるが、当事者間の交渉力の格差を踏まえると、採用の局面における個人情報の利用と保護の調整方法として妥当か疑問だと指摘され、アメリカとフランスでは、個人同意があれば収集を認めるというような例はほとんどないと紹介されています。

河野先生のご指摘のように、応募者は採用の場面で弱い立場で情報提供に同意せざるを得ないということもあると思いますし、本人はよくても、他の人のことも考えると、採用時は、当該情報を収集する客観的な必要性が存在しない場合は、本人の同意の有無にかかわらずに、収集を禁止すべきように思われます。

ただ、使用者が、ポジティブ・アクション的な雇用として、例えば、犯罪歴のある人の更生を支援したいとか、高齢者とか障害者とか女性を採用したいというふうに考える場合もあるので、採用時の情報収集を限定すると、ポジティブ・アクション的な雇用が難しくなるという懸念もあるようですけれども、これは、例えば、当該枠による採用だと事前に明示して募集するときは、応募者からの情報収集を認めるという形で対応するということが可能だと思います。

橋本 非常に多くの情報を整理した、大変な労作だと思います。ただ、分析の軸に使われている用語の意味を理解するのに少し骨が折れました。

例えば、情報秘匿の要請と情報利用の防止の必要性というのが、収集を制限する規制の軸として出てくるのですが、これはどういう意味かと思って読んでみたら、情報秘匿の要請は、いわゆるプライバシー保護の要請のことを指しているようです。アメリカでは、労働関係では、原則、プライバシー保護は認められないと記述がありました。これに対して、フランスでは、包括的な情報収集を禁止する立法があると紹介されています。

情報利用の防止の要請は、いわゆる差別禁止法理から来る要請のようですが、この理解で正しければ、プライバシー保護か差別禁止法理かという、この2つの分析軸で端的に整理すればいいのではないかと思います。本文では、これらの用語もたくさん出てくるの

で、あえて言いかえているのはなぜかなと思いました。例えば、信用情報の収集の制約などは、アメリカで差別禁止事由とまでには至っておらず、どうも差別禁止法理と情報利用の防止の要請は必ずしも同義ではないので、概念を分けたのかなと思ったのですが、いろいろな用語が出てきて、複雑で、整理するのに時間がかかりました。

あとは、これは私も考えて、ほかに良いアイデアが浮かばなかったの、やむを得ないと思ったのですが、情報収集を促進する促進型規制というのはちょっとミスリーディングな用語法ではないかなと思いました。どちらも、主な規制としては、フランスもアメリカも、安全や医療、教育にかかわる特定の職務については犯罪歴を調査する要請が課されるといったような内容に具体化されていますので、これを促進型というのか、むしろ、公益目的からの特例という位置づけで整理したほうがよいように思いました。制限型か促進型かという2つの規制類型が並置されているように理解されてしまうのは、誤解を招くように思いました。

野田 そうですね。この同じ疑問ですけど、この論文の構造が、ある意味では驚いて感心したんですけど、ある意味ではちょっと疑問に思うのは、分析の基本スタンスです。とりわけ採用の段階で、使用者側の利用の要請と労働者側の個人情報の保護の要請というのを調整するという基本的立場でして、そもそもこれは調整の問題かという気がするんですね。

採用の段階というのは、すごく労働者は弱い、人生の職業生活の中で一番弱い立場にあるわけですし、当然、強い立場にある使用者は、放っておいてもいろんな情報を集めますよね。それを、そこからどこまで労働者を守るか、どこまで守ることができるかというのが、多分これまでの普通の労働法の発想だったと思うんですね。

だから、基本的には、そういう採用というもっとも脆弱な場面で、どこまで労働者を保護するかという発想でこれまで議論してきたのに、両方の利益を調整するというのがとにかくずっと最初からわだかまりがあって、今おっしゃったように、この促進型というのも、それは一定の場合に促進するというふうに決まっているわけですし、併置することがそもそも理論の立て方としていいのかどうかという疑問を持ちました。

また、そういう調整という考え方で、フランスを分析していいのかなという気がしました。取り上げてお

られるのは、「情報処理と自由法」といわれるものと、それから、労働法典の規定でしょう。特に労働法典の規定を調整原理で説明してよいのかなと感じました。

川口 ただ、フランスの場合だと、特定のポストについては採用選考の際、特定の犯罪歴データベースへのアクセスを、特別に許容しているとか、逆に、正確な情報へのアクセスの手段が全くないと、むやみやたらと集めたりとか、あるいは、不正確な情報で判断してしまうということも指摘されているので、多分、調整って、使用者との利益の調整というよりは、第三者とか、公益との調整ということなのかなとも思いました。

野田 確かに第三者の利益や公益もありうるでしょうけれども、基本的には、それは例外的に考慮すべき要素だというふうに思いますね。

大木 でも、河野論文は、労働市場の適正な機能や公共の利益保護にも言及していますので、そこまで視野に入れてバランスを考えると、「調整」という言葉になるのではないのでしょうか。

橋本 ただ、ここも抽象的ですよ。もっと展開してほしいなと思いました。アメリカでは、情報流通の自由の確保に公共的な価値を見出しているという内容のフレーズが、何度も出てくるのですが、アメリカ人にとって常識なので、文献で裏付けられないのかもしれないのですが、このフレーズだけだと私は納得できなかったです。

大木 日本の読者にはちょっとわかりづらいところかもしれないですね。

橋本 アメリカだって、大統領選でトランプ陣営のコンサルティング会社にFacebookの情報が漏洩したという問題が大騒ぎになりましたよね。個人情報保護やプライバシー保護の要請はあるはずだと思います。国の規制という発想にはならないのかもしれないし、労働関係にはプライバシー保護の要請はないのかもしれないのですが、何が情報流通の自由の確保なのかとか、労働市場の適正な機能とは何を意味しているのかとか、もう少し具体的に論じてほしいと思いました。

野田 とりわけ採用の場面ってこの論文は限定していますからね。それは大分違ってくると思いますね。

川口 後で長谷川珠子先生のご本でも出てくるんですよ。採用を決定する前の段階と採用を決定した後の段階では、かなり違ってくると思います。

もちろんこれだけで大論文ですけども、採用時と

採用後ということで、何か違いを、情報収集規制を比較すると、おもしろいのかなと思いました。

また、アメリカ法のところでは情報流通に価値があるという考えもあるんだなと思って読みました。

あと、どこまでの採用差別を禁止するのか、議論すべきだということは書いていらっしゃるけど、私見は特に書いていらっしゃるないので、もしかして迷っていらっしゃるのかなとかいう感じもしました。

野田 そうですね。だから、比較されたのはいいけれども、これは日本法のあり方として何が出てくるんだろうかというのはこれからの課題のようですね。

川口 随分、参考になるところはあると思いましたけれども。

それから、アメリカだと使用者責任を問われるので、労働者を採用するときに、例えば犯罪歴でありますとか病歴とかについてかなり使用者が情報収集するという指摘がありました。

野田 それは一般的な、ここに確かに判例とかも挙がっていたと思うんですけども、一般的なことなんですかね。例えば、窃盗のような犯罪歴があったときに、何かお客さんのものを取って解雇したと。それで、損害賠償を請求されるというのは一般的なことなんですかね。

川口 使用者責任がわりと広く問われるから、例えば前の使用者にも問い合わせたりとか、あるいは広く情報を収集するというふうに書いてありました。

橋本 過失採用の法理というものがあると書いてありましたね。

川口 ええ。

橋本 日本でも、多分、同様のケースだったら、使用者責任で追及されるだろうと思いました。

川口 そうですね。

橋本 何か特別な法理はなくても、多分、日本でもあり得るのかなと思いました。

野田 採用で？ 715条で？

橋本 採用というか、採用した従業員が第三者に何か損害を与えたとき、別に採用の責任ではなくて、やっぱり使用者責任ですね。

野田 それはありますよ。

橋本 多分、ありますよね。それでカバーできないのでしょうか。

野田 それでカバーできるんだったら、そういうことだろうけど、でも、その限りですよ。

だから、715条だったらわかるんですけども、もっと広がった採用時の採用、採用責任か、そんな。

橋本 使用者責任でカバーできるのではないかと思うのですが。

川口 多分、使用者責任と同じだと思うんですけど、そんなに日本の715条と違わないのかなと。

野田 違わないんだっいたらいいですけども、でも、それが発端になって、使用者側の調査なりの情報収集の、個人情報利用とか、そういう使用者側の、必要性を守るというほうにまで達していくのは、どうなのかなと思います。

川口 顧客の保護というのもあると思います。他の労働者の保護というのも当然あるので……。一概に使用者の利益だけというわけではないと思うんですけど。

野田 過去の病歴を理由にした差別に、ADAに引っかかるんじゃないんですか。これも後で出てくる話だけれども。

川口 そうですね。ただ、アメリカの場合、いくら採用で差別してはいけないといっても、解雇が自由なのであれば、どの程度の意味があるのかなという気もしました。採用後の解雇の規制があれば、採用時の差別からある程度守れば、その後、かなり守れるし、むしろ採用された後は、いろいろ使用者に情報提供して、安全配慮義務とか配慮義務を履行してもらうということにもなると思うんですけども。

日本に引きつけて考えてみると、採用時は最低限の情報で、採用した後は、家族的責任の配慮とか、合理的配慮とか、いろいろあるので、一定の情報をむしろ使用者が持ってないと、配慮義務を履行できないでしょうから、そのコントラストも考えるとおもしろいなと思いました。

野田 これを読んでいて思い出したのは、例外的な紛争例なんじゃないかと思うけれども、健康保険を使うために病気の人が採用されるという事案です。何らかの事情で無保険の人が、社会保険の健康保険に入るために就職するというものです。雇用されたらすぐ病院に行って、しっかり入院して治療して、それが発覚して解雇されたという話を聞いたことがあります。そういうこともあるので、病気の情報なども必要になってくるということはあると思います。もちろん例外的なことですけど、そういうセンシティブな情報というのは非常に難しいですよ。

ルールができてないのはたしかです。とりわけ犯罪歴なんか、ほんとうに紛争解決で迷ってしまう。判断がつかないんですよ、あっせんとかでやってきたときに。おそらく、犯罪歴みたいなものを一定のルールを決めることはできないですよ。犯罪にはいろんな事情もあるので、一々考慮できないし、じゃあ、一律に犯罪歴があったらだめかという、それもまた問題でしょう。だから、基準をつくれと言われても、それはなかなか大変だから、これまで手つかずなんだと思いますよ。

川口 考慮すべき犯罪歴も犯罪の内容と職務とによって変わってくると思うので、難しいですね。

野田 だけど、その関係性みたいなものはほんと、難しいですよ。

川口 なかなか難しいですけども、そこが明確になっていけば、当該人の就業制限の範囲も限定されるので。

野田 でも、言い出すとほんと、キリがないんですけど、犯罪歴がある人もちゃんと更生しているというのが前提になっているはずだから。

川口 そうですね。

野田 だから、そうすると、過去の犯罪歴でその人が、その後、規制されるということになると、さっきのADAみたいに、過去の病気ってもう治癒してるのに、それによって差別されるということになるということになりかねないので……。ほんとうに難しいですよ。私の紛争解決の経験でその種の問題があったとき、一番お手上げだったですね、これまで、その問題は。気持ちはわかるけど。

川口 ええ。ただ、避けて通れない問題なので。

野田 だから、調整という言い方は僕も抵抗があるけれども、使用者側の必要性、要請というのがあるというのは確かですね。あるいは、第三者も含めて。それを調整と持ってくるか、例外的な考慮、重要な考慮として考えなきゃいけないのかという……。問題の立て方はあるでしょうけど。

川口 そうですね。

大木 日本的雇用慣行のもとの採用の場合には、長期雇用等が前提とされるので募集採用段階で全人格的な評価がなされることになりそうですよ。

三菱樹脂事件の最高裁判決（最大判昭和48・12・12民集27巻11号1536頁）をみると、終身雇用制においては相互信頼がより一層要請されるため全人格的

な判断が必要だから、思想調査もできるんだという話になっている。それと比べると、日本的雇用慣行をとっていないアメリカやフランスの場合、採用段階では、基本的には求められる職務に対応した能力をもっているかを中心に見ればいいという話になるのではないのでしょうか。その点に関する日本と欧米の違いが論文の中にあんまり出てこなかったところがあって……。

野田 なるほどね。確かに。

大木 河野論文の議論の中では、この違いについてのどのように処理するのかという点は気になりました。

川口 そうですね、確かに。その疑問は、長谷川先生のところで指摘されていた気がします。日本とアメリカの職務の非限定、限定について。

本当にいろんな方面まで目配りされていてびっくりしました。

野田 川口さんがびっくりするんだから、ほんとうにびっくりですね。

川口 いえいえ。とても勉強になりました。

大木 余談ですけど、直接の使用者ではなく募集情報提供事業者の事案ではありますが、最近問題となったリクナビの内定辞退率を予測して採用側の企業に販売していた事件もこのテーマと関連しますね。

野田 ほんとうに、そうですね。

大木 あの件については、職業安定局長名義で、全国求人情報協会理事長や人材サービス産業協議会理事長宛てに、何かお願いみたいなのが出ていて……。

野田 うん。何かやっていましたね。

大木 大学生の就職活動の場面では、同意を余儀なくされることがでてくることがある。だから、単純に個人情報保護法は同意があればいいみたいになっているけれども、そういう問題じゃなくて……。場合によっては、個人情報などを「みだりに他人に知らせてはならない」と定めた職安法違反の可能性も示している。

野田 本当だ。そうですね。

大木 テーマとしては非常に重要でおもしろいと思いますね。

野田 本当ですね。採用過程では労働者の方が、明らかに弱いんだから。放っておけば何でもされちゃうんだから。

川口 私はやはり前提として、採用における差別禁止事由を初めに決めてから書いていただいたほうが良かったのかなと思いました。

野田 そうですね。

川口 でも、本当にいろんな分野に目配りされていて、勉強になりました。

VII 障害者雇用

- 長谷川珠子『障害者雇用と合理的配慮——日米の比較法研究』
- 石崎由希子「障害者差別禁止・合理的配慮の提供に係る法的課題」
- 小西啓文「法的雇用率制度の比較法的考察——ドイツ法を参考として」

大木 本書では、3つの目的を示しておきまして、第1が、2016年に施行されたばかりの障害差別禁止法制について、合理的配慮義務の規定に不明な点が多いとして、差別禁止アプローチ内容を明らかにしつつ、その実効性を高めるための方策を検討すること、第2が、雇用義務アプローチと差別禁止アプローチを融合させ、望ましい障害者雇用・就労施策のあり方を提示すること、第3が、合理的配慮が障害者差別以外にも広がりを持つ可能性について検討することと、この3つの目的を上げて、アメリカ法を参考に検討しています。

本書の後半では、上記の3点とは関係ない話もいくらか出てきますが、ここでは、上記の3点に関する議論を紹介していきたいと思います。

アメリカ法については、特に合理的配慮にかかわる判例の分析を通じて、3点を指摘しております。第1が、先任権のような中立的なルールに抵触するような障害者の優遇も合理的配慮には含まれる場合があるといった判例が出ているという点です。第2が、配慮のコストと利益が釣り合わない場合は、合理的配慮の合理性がなくなるというのではなくて、たとえ釣り合わなくても、一般的に見て、コストが利益を明らかに上回らない限りは、過度の負担とならない範囲内で合理的配慮が必要とされるという分析です。第3が、アメリカのADAでは、合理的配慮にあたり、相互関与プロセス、すなわち、使用者と障害者との間で合理的配慮に関する問題を解決するためのプロセスに参加することを義務としていて、誠実な参加なき使用者に対しては合理的配慮の責任を問うという視点が示されています。

これに加えて、本書ではアメリカ法を見る視点として、2つの論文が示されていて、こちらもその後の議論の展開で主に参考にされたのだらうと思われま

す。1つが、Jollsの経済分析を参考にしつつ、障害者差別禁止は、賃金面では実効性を持つが、雇用の量の面では実効性をもたない可能性があること、また、合理的配慮の効果を最大化するためには賃金と雇用の両面において実効性をもたせることが必要となること、配慮コストは同じ労働市場内に存在する配慮非対象労働者集団、すなわち、障害のない人々によって負担されること、さらに、障害者の合理的配慮は、妊娠、出産や病気、育児への配慮と同一の枠組みのもとで捉えることができることを指摘しています。

もう一つの論文はSturmの有名な論文ですけど、こちらの議論を参考に、プロセス重視のアプローチの有効性というのを指摘しています。

以上を踏まえて、本書では日本法の検討がされていますが、そこでは、法理論的に重要な論点から法の運用面での難点に至るまで、多くの課題について、逐一検討がされています。このような総合的かつ網羅的な検討というのは、長年、この分野に携わってきた著者しかできないもので、本書の長所と言えると私は思っていますが、ただ、それら全てにこの場で触れることは、紙幅の都合上できませんので、特にアメリカ法の分析を参考に主張されている部分の3点について、紹介および指摘いたします。

第1点は、雇用義務制度の存在意義に関する言及です。この点について、本書ではあまり明確には示されていないのですが、よく読むとこういうことを述べているのではないかと思います。すなわち、障害者差別禁止法というのは雇用の量の面での実効性をもたないんだというJollsの分析が示されましたが、これは日本でも妥当するかもしれない。すなわち、日本でも障害者差別禁止法が障害者の雇用を減らす効果があり得るということが前提とされます。

そうすると、雇用の量を増やすことを目的とした雇用義務制度は、差別禁止法制を補完するものとしての役割を果たすと位置づけられるのではないかといったことが明確に強く主張されているわけではありませんが、本書全体からはそのような主張が受け取れます。ただ、筆者は、この点にはあまり深入りせず、採用の場面での差別禁止の実効性についても、踏み込んだ議

論は展開していません。

この論点については、参考で挙げた石崎論文では、以下のように述べられています。すなわち、職務が特定されない日本の雇用システムのもとでは、既存の人事評価基準は、特定の業務のみなら可能とする場面が比較的多い障害者にとって不利に働き、特に採用の場面でその困難が増すのではないかと述べられています。ここでは、日本では特に障害者が採用の場面で不利な立場にあることが示唆されています。差別禁止法制が雇用の量の面であまり効果をもたないであろうという主張は他の論文でもみられたと記憶しておりますが、いま紹介した石崎論文の指摘も踏まえると、雇用義務制度が差別禁止法制を補完するという筆者の議論はそれなりの説得力をもつと思います。

もう一つ、こちらも筆者が明確に述べているわけではないのですが、私の理解するところでは、筆者は、障害者差別の禁止が非障害者の労働者全体も含んだ幅広い層でのコスト負担の仕組みであって、単純に、障害者を雇用する使用者のみコストを負担するというものではないという観点を示しています。ただ、論文の中では、この点をあまり敷衍はしてはいないですね。

この点について、参考で示した小西論文では、社会全体での連帯といった観点から、雇用義務制度が正当化できるのではないかとということが示されていますので、筆者の議論は、この雇用義務制度と差別禁止法は、社会全体でのコスト負担という共通の基盤のうえに成り立つ制度であると、そういった立論も可能なのかなと思いました。

2点目は、合理的配慮義務を広い枠組みの中に位置づけているという点です。これは本書の大きな特徴だと思いますが、筆者は、合理的配慮の最も重要な機能を「障害者が職務遂行上抱える支障を取り除き、雇用の獲得・維持を可能とする点にある」と見ています。この職務遂行上抱える支障の除去という点に着目した場合、障害だけでなく、出産、育児などの他の困難を抱える労働者にも障害とは別の形態ではあるが職務遂行上の支障はあるので、その共通性を筆者は強調しているように見えます。

ただ、このような広い枠組みに合理的配慮義務を位置づけて、障害者以外にも多くの労働者について配慮が必要なんだとしてしまうと、他の要配慮者に比べて、寛大過ぎる配慮は障害者の立法からは導けなく

なってしまうのではないのかという疑問が出てきます。

具体的な解釈論のレベルで言えば、筆者は、本書において、障害者に対して、契約上特定された職種や業務の範囲を超えた配置（配転）可能性を探求すべきであると述べており、その論拠として、通常の契約解釈を超えた対応を法が求めているからと議論しているのですが、こういった解釈は寛大過ぎる配慮として導けなくなってしまう危険があるのではないのかという気がしております。

そうだとすれば、方向性としては、何らかの意味での特別な優遇が必要な類型のグループへの措置として障害者に関する法制度は整理されるべきではないか、そして、仮にそうだとすれば、その優遇の限界はどこなのかといった点を論じる必要があるのかなと、そういう感想を抱きました。

最後、3点目は、相互関与プロセスに関してです。本書では、ADAが相互関与プロセスへの参加を当事者に義務づけ、それが法違反の評価にも影響することを示し、さらにSturmの論文なども引きつつ、プロセス重視のアプローチに肯定的な立場をとっています。

具体的には、合理的配慮を尽くしたかの評価において、使用者側がある程度のプロセスを経た上で、最終的な判断に至ったのが重要な要素となることが示されております。この点、参考に挙げた石崎論文でも、合理的配慮義務が「対話的」であることとか、手続重視の審査をすべきといったことが提唱されておまして、障害者法を専門とする人たちからは、わりと共感を得やすい主張のかなと受け取りました。

この点についての筆者の見解について、私は賛成なんですけれども、これを徹底するならば、もう少し立法的な整備が必要なのかなと思います。筆者は、本書の中では、障害者雇用のノウハウを持つ機関の関与があったかなどを評価すべきと述べていますけれども、明文の規定やガイドラインがないなかでこれを既存の法解釈論としてやってしまうと、ちょっと使用者には酷なのかなという気がしますので、立法論として議論すべき内容のかなと思います。

あと、もう一つ、この点で気になったのが、筆者がSturmの構造的アプローチを敷衍して、次世代法とか女性活躍推進法が女性労働者に関して行ったように、企業の自主的な取り組みを促進させるべきである

という視点を示しております。この点について、抽象的かつ漠然とした感想でしかないんですけども、こういった施策というのは、労働力の確保という社会全体の利益のために行われているような節がありまして、これもあんまり強調し過ぎると、障害者個人の権利性がなおざりになったりとか、あるいは、就労能力のある障害者とならない障害者との格差みたいなものにつながりかねないところもあるのかなという感想を抱きました。

橋本 私が誤解しているかもしれないのですが、相互関与プロセスについては、大木先生は、これは使用者には酷なのではないかというご指摘でしたが、逆に、説明や協議をしていけば、合理的配慮を尽くしたことになるというように、具体的な措置を講じなくても、合理的配慮を尽くしたことになるというふうに、むしろ弱める方向にいつまわらないかと心配になりました。

大木 相互関与プロセスは使用者の義務を弱める方向でも作用し得ると思います。筆者の意図としては、私の理解するところでは、障害者に対する合理的配慮は個々の事情に合わせてやらなくてはいけないものなのだけれども、使用者側のノウハウというのは限られていますから、何らかの形でノウハウを持つ機関の関与が欲しいとか、あるいは、一定のプロセスを経て、労働者個人と使用者との対話を通じて、合理的配慮の中身というのを決めていくべき内容であると。そういうところから、相互関与プロセスは重要だと位置づけているんだと思います。

橋本 個別の措置ということを強調されているということですか。

野田 原語はアコモデーションですからね。ですから、スロープをつけたり、机を高くしたりとかという、そういう施設面のものがああいう基本のはずですから。

橋本 そうです。だから、合理的配慮にとって重要な点は、経済的に過度の負担かどうかであって、説明・協議の問題ではないと思っていました。

野田 そう、そうですね。何が必要ですかと。そこはできません、できますという、そういう話し合い、やっぱり必要なんでしょうね。

川口 初めに大木先生もおっしゃったように、詳しい中身には触れませんが、本書では、いわゆる雇用アプローチだけじゃなくて、福祉的な就労のアプローチ

と、それから、所得保障も視野に入れた上で、例えば、248頁から265頁とか、279頁から293頁とかで、雇用義務制度の対象障害者とか、障害者雇用率制度の率とか、カウントの仕方とか、具体的な問題点も指摘していらっしやって、とても参考にさせていただきました。

ただ、先ほどの大木先生がおっしゃった雇用義務制度の存在意義とも関連するんですけども、長谷川先生の問題意識の一つとして、雇用義務というアプローチと、差別禁止アプローチと両方あるので、それをどううまく組み合わせながら進めていけばいいかということで、段階を踏むべきだということではあるとは思いますが、基本的には、雇用義務の対象となる障害者というのは、だんだん限定し、差別禁止アプローチでできるだけ進めていくべきではないかというふうにおっしゃっているのかなと思ったんですけども。

私は、きちんと勉強してないところなので、いいかげんなことを言っはいけないんですけども、例えば、障害者の中には、ある職務については合理的配慮がなくても、あるいは、合理的配慮で、障害を持っていない人と全く同じ仕事ができる人もいますが、それは当該職務との関係なので、全ての職務について全く同じようにできるという人は多分いない。

そういう意味では、ある特定の職務は合理的配慮がなくても、あるいは、合理的配慮があれば同じように働くことができても、障害を持っていない人と同じように働くことができる職務自体は多分限定されていると思うんですよね、労働市場の中で。

それだけでも、ハンディだという気がするの、その人も雇用義務の対象にして、カウントもすると。もちろんその人については差別禁止とか合理的配慮もするという形で、ダブルで保護するという方法もあるのかなと思ったりしたんですけど、どうでしょう。

野田 僕は高齢者に関しても、年齢差別アプローチと、それから、雇用政策アプローチとで両方で、どっちが優越的かみたいな議論がされているのと同じような印象を受けたんですけど、僕も今、川口さんがおっしゃるとおりで、何で、対立的とまでは言わないけれども、一方が一方を制限するみたいな考え方にならなきゃいけないのかというのはよくわかりません。

橋本 そうですよ。私も全く同じで、確かに川口先生がまとめられたように、長谷川先生が最後のほう

で、雇用義務アプローチの対象を狭めていって、この差別禁止アプローチを広げていくべきであるとおっしゃっていますが、これは楽観的というか、雇用義務制度は、障害者の社会統合のために不可欠ではないかと思います。差別禁止とは別の制度として併存し得ると思います。

大木 うん。併存し得るみたいなことも本書では少し書いていたりもしています。ここのところはちょっと主張がはっきりしない面はありますよね。

野田 そう、そうです。はっきりさせにくいですね。だけど、それにしても、何で対立的契機として取り上げなきゃいけないのかというのがまずわからないですね。

橋本 そうですね。ヨーロッパでは、対立するアプローチだという議論はされていないと思います。

川口 そうですね。雇用率の雇用義務の中にはカウントされないけど、合理的配慮だけしなければいけないということになると、その人を雇うインセンティブもなくなると、長谷川先生も書いていらっしやったと思います。

大木 それはそうですね。

川口 あと、差別禁止アプローチって、結局、違反していますと言っても、現行法では労働契約の締結を強制できるわけではないので、せいぜい損害賠償です。

なので、ダブルでというほうが、素人考えなのかもしれないのですが、いいように思います。

大木 いや、多分、本書もよく読むと同じようなことを主張しているような気はするんですよね。それなのに、何で本書の最後では、こういう主張になってしまったのかというのはよくわかりません。

野田 でも、そういうところでスタートしていますよね。

大木 融合させる、だから。

野田 融合させるなんてそんな難しいこと言わなくても、両方普通にやったっていいじゃないかというのが、問題意識としてやっぱりおありなんでしょうね。石崎さんもそうかもしれないけれども。

川口 アメリカ法の影響なんですかね。

橋本 アメリカに雇用義務制度はあるのですか。

川口 雇用義務制度はないけど、最近始まっていると書かれていたと思います。

野田 いや、どこの国も、もともと別のところから

出発したけれど、差別禁止アプローチと雇用義務アプローチが融合し始めているんですね。フランスはもとも雇用率制度しかなかったけれども、ここにありますように、差別禁止も入れだしているし、後で言いますけど、年齢差別も入れたりしているという。だから、まあまあ、両方、どっちが先かの問題はあるけれども、どちらも併用し始めているような状況だから、日本が両方あるのは何も不思議ではない、とは思っていただけます。

橋本 障害差別の専門家にぜひ議論してほしいと思う点が、障害者雇用促進法がよくわからないところで、差別禁止規定や合理的配慮義務を課す規定が、直接、私法上の効果はないということになっていますよね。

その意味がずっと釈然としなくて、公序や信義則や不法行為や解雇権濫用で考慮されるという解釈があるようですが、条文の文言では明確な差別禁止規定になっていますし、それが私法上の効果がないという解釈はどこから導かれるのだろうかとか疑問に思っています。

また、合理的配慮を尽くさないと、障害差別が成立するというのがヨーロッパやアメリカの考え方なのですが……。

大木 そうですね。

橋本 この2つの概念を、日本は連結させてないんですね。

大木 別にしてはいますね。

橋本 何でそうする必然性があったのか、ぜひ議論していただきたいです。長谷川先生も石崎先生も、慎重で、私見は述べられてないので……。

大木 うん。そうですね。

橋本 立法時の議論の紹介にとどまるので、そこが気になるところです。なぜこういう独特の解釈を日本はとっているのかということところが。

川口 私、教科書で、差別禁止規定と合理的配慮義務を課す規定は強行法規で私法上の効力があると書いています。

橋本 ぜひ参考にさせていただきたいです。

川口 だから、そのように考えたほうがいいんじゃないかなと思いました。

橋本 合理的配慮と差別概念を切り離すと、障害差別の成立する場合が狭くなると思います。

野田 そうですね。それはいわゆる、障害の社会法

的理解という本質論ですよ。

川口 そう。均等法が強行規定なのに、障害者雇用促進法についてはなぜ強行規定じゃないのかということもよくわからない。

あと、日本では使用者は広範な配転命令権があるから、配慮義務もあるという記述が出てきますが、配転命令権があるかどうかにかかわらず、この職種や勤務場所はどうかということを使用者は提案できるので、配転命令権と配慮義務をセットにするという考え方も納得できないところではありました。細かい点ですけれども。

あと、合理的配慮をしないのが単に義務違反なのか、一種の差別的取り扱いなのかとか、直接差別と間接差別の考え方とかはおもしろかったです。

例えば車椅子を使っているとか盲導犬を同伴しているとかというようなことは、よく考えてみれば、それは間接差別と言えるのかもしれないですけど、日本の場合はそれを禁止するということになっていると。

あと、配慮と負担の配分って難しいなと、個別の使用者にどこまでの配慮とか負担を求めるかは難しいなとも思いました。

この合理的配慮と過度の負担かどうかは、個別の使用者の負担能力によってかなり違ってくるんでしょうけれども、労働者からすれば、どの使用者のもとで労働しているかによって、権利保障のされ方が異なるというのもおかしいといえぱおかしいので、そういうところは補助金とか助成金で調整するしかないのかなとか、いろいろ考えたりもしましたけど。

野田 産前産後休業とか育児休業の、病気休職も含めて、それと同一の範疇の中で考えていくというのもすごくおもしろいと思いましたね。大事なことだし、それから、そういう、大木さんが少し言われた、社会連帯みたいな発想というのがやっぱり中にあるので、ですから、そういう考え方をやっぱり大事にしていかないと、そもそも個別の利害だけでは解消できない問題ですよ。特に日本ではそうだと思いますね。

だから、他の従業員も含めた、みんなお互いさまじゃないのというのをいわば規範的にきちんと位置づけるということが必要だろうと思いますね。

川口 合理的配慮とか、あるいは、いろんな配慮というのは、平等とか差別禁止の実現が目的ののかな。平等とか差別禁止というよりは労働権保障の中でこういう配慮をしますという位置づけにならないのかなと

思いました。

平等実現のツールなんですかね、合理的配慮は。

野田 両方の側面があると思いますけれども。

川口 そうですよ。両方。

野田 つまり、この障害の、さっき言った医学的概念じゃなくて社会的概念からすると、そういう合理的配慮さえあれば、そこから労働権に流れていったっていいんだけど、完全に仕事ができるということになれば、それを理由にさせないのは差別だというふうにも流れていく。その両方じゃないですかね、おっしゃるように。労働権の要素はあると思いますね。

川口 募集、採用の場面で合理的配慮で具体的に何をしなければいけないかということまでは、この本では書かれてなかったような気もしたので、どうなるのかなとか、あるいは、例えば雇用率にカウントされる労働者とそうじゃない労働者で解雇回避義務の内容って異なってくるのかなとか、いろいろ考えなければいけないことはあるなと思います。

野田 大木さんの指摘された部分はいいですが、希薄化の議論とか。

橋本 私も合理的配慮の希薄化という大木先生の意見に近い感想を持ったのですが、野田先生も川口先生もこの点を積極的に評価されていたので、意見の分かれる点なのかなと思いました。

大木 同じですかね、障害者への合理的配慮とその他の労働者への配慮と……。

橋本 いや、違うと思いますけどね。

大木 何か実際としてどうなんだろうなと思って。

橋本 やっぱりもともとハンディを持った人が労働市場に同権的に参加できるように配慮することと育児中の人に配慮することが同じこととはいえないように思います。

野田 育児休業も結構なハンディですよ。

橋本 ハンディなのかもしれないけれども、やはり身体的・知的・精神的な損傷を負っている人の抱えている負担とは性格が異なると思います。

大木 本書のアメリカ法の分析を見ていると、筆者は、ところどころで、差別禁止法制は機会の平等のための立法なんだということを述べています。機会の平等が目的だとすると、全員を同じスタートラインに立たせるための配慮という話になりますので、障害者の特別性の希薄化というか、障害だろうが、出産だろうが、同じように支障がある集団であるという共通性に

着目した発想になりやすいんだと思います。

でも、それがほんとうに障害者雇用促進法の解釈として成り立つのかというところが問題で、もう少し障害者を特別扱っているようなところはあるんじゃないか。アメリカの場合はそもそも雇用義務制度がない国ですから、本書のこの部分は、障害者は特別という発想自体がそもそも希薄な国での法状況を前提に組み立てられた議論なのかな、という気がします。

川口 私は、労働権保障という観点から見ると、労災、傷病、妊娠出産、家族的状況、宗教、障害等、それぞれに対応したものということで考えれば、平等の実現というよりは、それぞれのことを配慮しなければならないということでもいいのかなとも思ったりもしました。

大木 その話もわかるような気がします。その点は難しい問題ですね。

川口 そうですね。

野田 あと何か残りの論点はありますか。

大木 先ほど橋本先生が指摘された私法上の効力の問題、確かにそうかもしれないですね。明らかな禁止規定だから。高年法でも、定年を60歳以上とすることを義務づけている8条については、下級審裁判例では私法上の効力が認められていますし。

橋本 そうですよ。高年法の「定年は、60歳を下回ることはできない」の規定は私法上の効力が認められていますよね。

大木 明確に書いてあるんだから、私法上の効力は認めてもいいんじゃないかな。

VIII 高齢者雇用

●柳澤武「高齢者雇用の法政策——歴史と展望」

●鎌田耕一「高齢者の雇用対策と年齢差別禁止——65歳定年制を展望して」

橋本 高齢者雇用政策について、柳澤武先生の「高齢者雇用政策の法政策——歴史と展望」と鎌田耕一先生の「高齢者の雇用対策と年齢差別禁止——65歳定年制を展望して」という論文を紹介させていただきます。

まず、柳澤先生の論文は、我が国における定年制および高齢者雇用政策の歴史について詳細に検討したものです。

柳澤先生は、我が国の定年制度が日本的雇用慣行と不可分な独自の意義を持つものであることを強調しています。柳澤先生は、19世紀末は、多くの企業では定年年齢が50歳から55歳前後に設定されていましたが、これは、当時の平均寿命は男性42歳、女性44歳程度であり、平均的労働者の「老衰」を意味していたと述べていますが、この知見は、現在から見ると、驚くべきものです。しかし、「老衰」を意味する定年制は、厚生年金受給開始年齢との接続が重要な課題になった1950年代には失われ、その後は定年延長が重要な高齢者の雇用政策となっていたことを、高年法の改正経緯を検討することによって、明らかにしています。

次に、柳澤先生は、2001年の改正雇用対策法による募集・採用時の年齢制限禁止の努力義務の導入については、例外が多く、年齢差別の禁止という観点からは「見事なまでの骨抜き」であると評価していますが、2007年の同法改正による義務化によって、部分的に強化されたと述べています。

最後に、2016年の改正雇用保険法で、65歳以上の労働者が雇用保険の適用対象者とされたことによって、我が国の高齢者の雇用政策は、年齢基準から徐々に脱却しているのではないかと結んでいます。

続いて、鎌田先生は、我が国の高齢者の雇用政策は、一方で、高齢者雇用安定法（高年法）に基づく60歳を下回る定年年齢の禁止と65歳までの雇用確保措置、そして、他方で、雇用対策法10条に基づく募集・採用における年齢制限の禁止の2つの方策から成り立っていると整理します。鎌田先生は、前者を高年齢者雇用対策、後者を限定的年齢差別禁止と呼んでいます。

また、後者を限定的年齢差別禁止と呼ぶ理由は、募集・採用における年齢制限を禁止することによって、外部労働市場において均等な就職機会を得ることを目的としたルールであって、年齢を基準とした雇用管理を否定するものではないからであると説明されています。

次に、鎌田先生は、年齢差別の禁止を導入すべきかどうかについて、我が国では、大企業を中心に、募集・採用における新規学卒者の一括採用、年齢を基準とした賃金管理および雇用管理、そして、定年による退職制度などの日本的雇用慣行に根ざした制度が広く存在しており、包括的な年齢差別禁止をとることは、日本

的雇用慣行の変更を迫ることになり、日本社会に大きな混乱をもたらされることになり、年齢にかかわらず、個人の意欲や能力に応じて生活できる「エイジレス社会」が明確な政策目標となった現在においても、望ましくないと述べています。

鎌田先生は、包括的な年齢差別の禁止ではなく、当面は、離職を余儀なくされる中高年労働者について、その再就職を促進する政策を強化しつつ、65歳定年制を実現すべきであると主張されています。65歳定年制を実現すべき理由として、2016年の調査によれば、現在、ほぼ65歳までの雇用確保は実現できており、実質的に65歳定年制が実現していること、60歳でいったん定年退職させた上で、おおむね1年ごとに契約を更新するという再雇用制度は、再雇用の労働条件が大幅に引き下げられることによって、労働者に重い負担を強いていることを指摘しています。

再雇用時に清掃業務に配転させたトヨタ自動車事件（名古屋高判平成28・9・28判時2342号100頁）、および再雇用後の賃金額を大幅に減額した九州総菜事件（福岡高判平成29・9・7労判1167号49頁）では、不当に低い再雇用後の労働条件が高年法の趣旨に反するとして、不法行為の成立が認められましたが、鎌田先生は、これらの判決では損害賠償請求が認められたことにとどまり、十分な救済が与えられているとはいえないと述べて、65歳定年制であれば、60歳以降の労働条件の不利益変更は主に就業規則によることになり、労契法10条の合理性審査に服することから、より十分な保護が認められると述べています。

いずれの論文も、我が国の高年齢者の雇用政策が、定年制を基礎としているという点で、共通の認識に基づいていると思います。現在、70歳までの雇用確保のための施策が議論が始まっている中で、まず、65歳定年制を実現すべきであるという鎌田先生の見解は現実的で無理のない主張ではないかと思えます。柳澤先生は、日本の雇用慣行と調和する形での年齢差別禁止原則の導入を示唆する方向性を選択肢として示されていて、注目されます。

野田 それでは、まず鎌田さんの論文ですけどね。基本的なスタートで、山田省三先生の視点に触発されてということで、年齢差別に関して、また同じような話になりますが、差別アプローチと雇用対策アプローチというのを、両者をいかにしてバランスをよく組み合わせることができるかを検討するというふうの問題

を立てられていますね。さっきの話とよく似ているんですけども。

それで、ずっと読んでいった結果、最後が65歳定年制というふうに行き着くんですけども、何でそうなのかがよくわからない。この論文の骨格の議論のほずなのに、最初の問題設定と65歳定年とどういうふうにつながるのかなというのがわからなかったんです。別に65歳定年に反対しているわけじゃないんですけども、スタートはあくまでもバランスをよく組み合わせるといふのに、それが65歳定年という結論になるのかなということです。

橋本 年齢差別については、やはり日本の雇用慣行に大きな変更を迫るので、まだ全面的な導入は望ましくないということをおっしゃっているので、定年制を維持していくというご主張だと思います。

野田 じゃあ、バランスじゃなくて、結局、雇用対策の定年制のほうでいこうということですね。

それだったらいいですけども、でも、やっぱり理論としてはつながっていないと思います、最初の問題設定と結論がね。

川口 鎌田先生が現在の60歳定年制と65歳までの雇用確保措置を高年齢者のこの積極的優遇措置というふうに位置づけていますよね。それで、女性や障害者に対するポジティブ・アクションと同じというふうに書いていらっしゃるんですけど。

性別とか障害のほうは基本的に互換性がないですよ、グループ間の中で。年齢は、従来から言われていることですけど、みんな同じく年をとって高齢者となるので、私は、60歳定年と65歳までの雇用確保措置が特定のグループの高齢者の優遇措置という位置づけはおかしいような気がします。

それから、60歳定年制と65歳までの雇用確保措置というのは、限定的な年齢差別禁止だと思います。60歳未満、あるいは、65歳未満については、年齢を理由とする契約終了は禁止されているわけですよ。

なので、一応、募集・採用の入り口の場面で、限定的ではありますが、年齢差別を禁止し、契約終了も、60歳未満とか65歳未満については、年齢だけを理由とする契約終了はできないわけですから、両方の場面で限定的ですが年齢差別を禁止しているというふうになります。

野田 なるほど。そういうふう読み込んであげるわけね。

川口 と考えたほうが、いいような気がします。

野田 確かにADAか、アメリカの年齢差別禁止法はたしか40歳以上と限定しているの。この場合は、60歳から65歳までの年齢差別禁止という、そういうことになるね。

川口 そういう意味では限定的な年齢差別禁止だと言えるような気もするし、少なくとも、女性や障害者に対するポジティブ・アクションと同じではないと思います。

野田 とすると、定年というものをそういうふう読み込むかですね。つまり、定年というものは、定年に達するまでは解雇権濫用法理が働くから、解雇できないという、そういう意味で、保護的状况にあると。それを65歳まで引き延ばして、限定的な年齢差別として認めるという、そういうふうな位置づけですね。

川口 ええ。だって、例えば50歳になったからという理由では契約終了できないわけですよ。50歳という年齢だけを理由としては。

野田 でも、なかなかそこに踏み込めないのは……。

橋本 ただ、一律に年齢を理由として退職させるといふことは年齢差別だと一般には理解されていると思います。

野田 そうなの。普通はそっちを見るので。

川口 わかります。

野田 それまでは退職させないという意味じゃなくて、65歳で退職するという意味では退職できるというふうに捉えちゃうので。なかなかそっちのほうには結びつきにくい。

川口 でも、逆に言うと、それまでは、年齢を理由としては契約終了させられないということになるので。

野田 確かにね。当事者だった私の気持ちとしては、そういうのはあるかもしれない。定年までいけるんだというふう思えてですね。

川口 そうですね。それが、さらに65歳、70歳とかになれば、さらにその範囲が広がりますね。

野田 だけどね、それはもう考えなきゃいけない。定年で辞めるときには、退職金も増額されて、予定された辞め方になるので、ハッピーなリタイアになるんだけれども、それ以前に辞めるということが大きな不利益になってしまうと、離職についてもね。

橋本 鎌田先生が、定年制をアフターティブ・ア

クシオンやポジティブ・アクションと位置づけているとははっきりはおっしゃってはいないように思ったんですが……。

野田 そうだと思います。95 頁に書いていますね。

川口 あと、85 頁の一番下の行から、「60 歳定年制、65 歳までの雇用確保措置は、かつて広く存在した、55 歳定年制の弊害を克服し」と、その次です、「高年齢者の雇用保障を目的とした優遇措置である」と書いてあって、そのあと、「被差別グループについて優遇措置を講じることは、我が国では珍しくない」として、障害者雇用促進法に言及していらっしゃいます。

橋本 そうですね。おっしゃってましたね。定年制をポジティブ・アクションという差別法上の概念で理解してしまうと、鎌田先生のおっしゃる雇用確保措置と限定的年齢差別禁止という区分と合わないですね。

川口 雇用政策という意味で使っていらっしゃるんだろうなと思うんですけど、雇用についての優遇措置であると。だから、雇用義務制度とかと一緒にされているのかなと。

野田 ちょっとすいません、話を戻して悪いけど、川口先生のおっしゃったことは実感としてはわかるけれども、そもそも、定年制というのが年齢差別禁止法のもとでは違法でしょう。違法なんですよ、ADA のもとでは定年制は違法、フランスでも違法だから。

橋本 老齢年金と接続していれば正当化されると思います。

野田 それはそう。だから、それを 65 歳定年制を設けることが年齢差別禁止に当たるとするのは、やっぱりちょっと何か無理があるかもしれない。定年制ということ自体がね。

川口 それ以下の年齢では契約を終了させられないという意味でということなんです。

野田 でも、そんなこと言っていたら、すべて、どんな定年制でも年齢差別禁止の対象にはならない。

川口 そういう意味で、限定的だから……。

野田 いや、では、例えば 55 歳定年も年齢差別禁止にはならないということですか、55 歳までは雇用が保護されているのでという意味で。

川口 それは、現行法ではもちろん違法ですよ。

野田 もちろんそうです、しかし、一般論として、もし日本に ADA があったとして、年齢差別禁止法があった場合。

川口 年齢差別禁止法があったら、それは年齢差別禁止法の対象としている禁止の範囲によりますけれども、包括的で全部だめだということならもちろん違法になると思います。そういう意味で、私は限定的にといいふうに言っているんですけども。

野田 やっぱりさっきちょっと橋本さんが言いかけたように、全面的に、いかなる理由を問わず辞めさせるというのが定年制の趣旨ですからね。

川口 年齢を理由として、はい。

野田 ですから、それを、限定的であるとはいえ、年齢差別禁止と結びつけるというのはちょっと無理があるかなと思います。鎌田さんがそういう趣旨で書いているかどうかはともかく。いや、書いてないだろうけれども。

川口 いえ、鎌田先生はそんな趣旨じゃないと思います。

野田 それでフォローすることはできないなという気がしますね。

川口 いえ、別にフォローするというつもりではなくて、定年制について、雇用政策とか、積極的措置と差別禁止という形で対立させていらっしゃるので、そうじゃない面もあるかなというぐらいなんですけれども。

他方では、鎌田先生が包括的な年齢差別禁止とおっしゃるのは、内容がよくわからないんですけど、おそらく、一切、募集・採用基準とか、契約終了事由としない、全て禁止するということですよ。

アメリカと違って解雇規制があるので、日本の場合だと、包括的に年齢差別を禁止すると、一々、個々の労働者につき、正当な理由があるかどうか評価しなければいけないし、紛争も発生するだろうから難しいとおっしゃっているのですよね。

この点、どうですか、橋本先生。

橋本 鎌田先生の定年年齢の延長というご主張は、日本の現在の一般的な考え方だろうと思うのですが、ヨーロッパで 2000 年の指令で年齢差別の禁止が導入されたときには確かに非常にインパクトがあったのですが、続々と判例が出て、そのすべてを読んでいるわけではありませんが、少なくとも定年制については、老齢年金受給開始年齢の到達を理由とする定年であれば、年金額が低額であって年金だけでは生活できないというケースでも正当化されていますし、年功賃金は違法だけれども、勤続を評価することは許されていま

すので、日本に導入しても、雇用慣行を大きく変えるかということ、そこまでのインパクトはないのではないかと印象を持っています。ドイツでは、老齢年金受給開始年齢到達後の雇用延長措置を許容する社会法典の規制について、2018年のJohn事件（Case C-46/17, ECLI:EU:C:2018:131）で、EU司法裁判所が年齢差別でも有期労働契約の濫用にもあたらないと判断して、注目されたのですが、高齢労働者の雇用確保政策は年齢差別の禁止に当たらないという考え方がヨーロッパでは確立したといえるのではないかと思います。

日本でも、現在、年齢差別禁止法理を導入した場合のインパクトについて、具体的に検討する必要があるだろうと思いました。

大木 私は橋本先生にわりと近い考え方をもっているかな。高年法上の高齢者の雇用継続措置は、定年で辞めた後、いい職につけないから要請されていると考えられます。要するに、高齢者向けの外部労働市場というのが未成熟だから、差し当たり、今まで働いてきたところで雇用契約してもらいましょうと、そういう話ではないでしょうか。

だから、ほんとうに目指すべきは、高齢者の労働市場、つまり外部労働市場の活発化です。そうなると、年齢差別の禁止が目的達成のための政策的手段として要請されるのではないかなと思いますね。

だから、最初に野田先生が指摘されたように、鎌田論文は、差別禁止の問題はささっと通り過ぎてしまった感じがするので、もう少しここを検討するべきだったと思います。

現状の延長線上の話しか鎌田先生はしていないで、現状維持的というか、あまりにも漸進的というか……。もう少し、学者だから、一歩踏み出した議論をしてもという印象をもちました。

野田 スタートが華麗に始まっているだけに、なんだこれで終わっちゃうのかというのが残念です。例えば、そういう継続雇用制度なんかを導入するのであるならば、あるいは、65歳以降の就労促進とかというのであれば、自分のやっているフランスのことばかり言うのも何だけれども、個人別の生涯職業訓練の口座という制度があるでしょう。今の制度では、200時間まで訓練時間を貯蓄できて、それ以上は増えないから、貯めて使わないと損なんですよね、200時間分以上増えないので。そうすると、もう積極的に自分の

能力をほかのところで転換するように努力する背中を押すような仕組みなんですね。定年に備えて、さまざまな試みで、その制度を使って新しい訓練を受けてスキルをつけていくみたいなね。

そういう高年者の能力開発の仕組みがない日本だと、うちの近所の道路工事の交通整理している人というと、みんな明らかに僕より年上に見える高齢者ですよ。この寒風の中で、ほんとおじいさんばかり。時々、おばあさんもいる。

交通整理のスキルを否定するわけではないけど、そういう厳しい労働条件の仕事しか確保できないことになると、柳澤論文も書いていますけれども、継続雇用制度が形骸化してしまうことになる。生涯にわたる職業訓練などの、ほかの制度をちゃんと組み合わせると、継続雇用制度もやらないと無理が生じる。ただ延ばして65歳以降までつなげばいいというのはほんとうに一人の人格に対して失礼な話だし、仕組みとしても支持されないような気がしますね。

川口 今の話も、労働市場を通じた雇用機会の確保ということで、いろいろ提言はされていらっしゃると思います。

あと、確かに、継続雇用だと、60歳のときに、その企業に雇用されていればいいですけど、そうじゃない人には何のメリットもないですね。

野田 柳澤論文では、結論の部分のこの73頁の右側ですかね、そのあたりにそういうことを書いているんだと思います。

川口 そうですね。ただ、働きたい方の労働権を保障するという観点からの雇用保障ももちろん大事だと思うんですけど、と同時に、何歳からかわからないんですけども、もう働きたくないという人は働かなくても済むような制度も、両方必要ですよ。

大木 そうですね。

野田 だから、定年制を上げればいいのかというもんじゃないというところはありますね。いや、もうほんと、二律背反だけど、難しいですね。

川口 ええ。65歳以降も働きたいとか、70歳以降も働きたいという方、たくさんいらっしゃるという統計はあるんですけど、働きたいの意味が、働かないと生活できないから働きたいということも入っていると思うので。

野田 そういう問題を別にして、鎌田論文は結構統計を根拠にして、65歳定年を引き出している。

川口 そうですね。

あと、鎌田先生の論文で、今の60歳定年で65歳までの雇用確保だと、60歳以降は不当に低い労働条件の申し込みがなされる場合もあるけれど、65歳定年になると、その心配がなくなると書いてあるんですけど、同じことが5年後に先送りされるだけの様な気もするので……。

大木 のような気もするし。

橋本 就業規則で労働条件が不利益に変更される場合は、合理性審査を受けるので、定年延長の方が再雇用よりも保護されるだろうとおっしゃっていて、それはそのとおりだろうと思いました。

野田 だから、65歳定年のときの60歳はそうですね。

大木 その場合、裁判所は合理性を認めるんじゃないですか。

野田 そうそう、それはそうなる。

大木 年功賃金で60歳まで上がり切ったところで、調整は必要だということなんで……。

川口 調整は必要だと思います。

大木 そうすると、現行の裁判例とそんなに変わらないんじゃないかな。トヨタ自動車事件（名古屋高判平成28・9・28 労判1146号22頁）とか……。

川口 現行と同じ考えで規制されると思います。

大木 トヨタ自動車事件以外でもたとえば、九州惣菜事件（福岡高判平成29・9・7 労判1167号49頁）などと全体的な判断の枠組みの話は変わらないんじゃないかなと思いますね。

川口 60歳定年の場合と65歳定年の場合と論点は全く同じだと思うんですけど。パート・有期法の8条を適用して調整するとか、労契法の10条で調整するとか、同じような気がするんですけど、定年を65歳に上げたらすべてこの解釈論上の論点がなくなるわけではない気がします。

野田 あとは、長澤運輸の最高裁判決（最2小判平成30・6・1民集72巻2号202頁）がどういうふうになるかですね。定年が65歳だったら、60歳以降と同じ仕事をして、どうなんだろうね。労働条件の引き下げに社会的合意が得られるというふうに言うのか。

川口 そうですね。難しい問題ですね。

橋本 確かに60歳定年まで勤め上げて65歳まで雇用が延長される人はいいいのですが、その前に離職してしまうと、その恩恵は受けられないので、どのくらい

定年まで勤め上げられているのかデータを調べて、政策論も議論する必要がありますね。

野田 そうですね。今の段階でも、おそらく60歳を超えて辞めている人もたくさんいるはずだから。

一応、定年だったらね。それをただ65歳まで上げればいいというものではない。もうこりごりだと思っている、長時間労働からやっと解放されるという人がいるはずだから。あと、ともかく非正規だったら、あるいは有期だったら、何の関係もないし。

川口 定年制の問題は年金保障とセットで論じないと難しいですね。

野田 どちらの論文もそれなりにいいんだけど、なかなか難しいね。政策論にしかならないので。規範論にならないので、いいとか悪いとか言えなくて、ご意見として、まあまあというようなことになっちゃうので、何か議論の仕方が難しいですよ。みんなそれぞれのイメージが違うし。

川口 そうですね。多分、おもしろいのは、継続雇用の期間の労働条件の内容とか変更ですよ。

野田 まあね、そうですね。

川口 パート・有期法の適用の問題とかと絡めて議論できるかと。

野田 でも、ほんとうにパート・有期法の問題になっちゃうもんね、はっきり言って。あとは、もちろん高年法の趣旨とパート・有期法をどう絡めるかという問題はあるけど。

川口 ちょっと戻りますが、柳澤先生の定年制度の形成過程はとてもおもしろく読ませていただきました。

野田 そうですね。こういう論文を書く機会がずっと欲しかったんだという雰囲気、楽しみながら書かれていますよね。

おわりに

野田 皆様のご指摘は、そんなところでしょうか。予定された論文についてひととおり議論できました。それでは最後に一言ずつ、コメントをお願いします。

川口 今回は、多くの先生方の御著書・御論文をじっくり読むことができ、また、座談会で他の先生方とも意見交換することができ、本当に勉強になりました。このような機会をいただきましたこと、心から感

謝申し上げます。

橋本 座談会の準備に当たり多くの力作を読み、今日は先生方と議論させていただいて、大変勉強になりました。読み込みが不十分で、誤解しているかもしれない点については、筆者の皆様にお詫びしたいと思います。また、法学者は、普段は立法解説や判例研究を書くことが多いと思うのですが、そのような論稿や丹念な外国法の研究は、この座談会の対象とはなりにくいのが残念です。これは、法学特有の問題なのか、社会学や経済学にも同様の傾向があるのか気になっています。多くの優れた作品がほかにもあることを申し上げたいと思います。

大木 この座談会での議論を通じて、各論文の著者が抱えていた悩みや苦しみにより触れられたように感じます。今まで著者の意図を十分に理解して論文を読めていなかったことも多々あるのではないかと反省する良い機会になりました。

また、今期の特徴は歴史研究が多く出たことなのですが、この座談会では取り上げることができません。時代の変化に合わせて論文のテーマやスタイルも変わっていきませんが、それを学界の中でどのように消化するか、言い換えればどのような言葉で論文を批

評するかについて考えるべき時なのかもしれません。

野田 私にとっても、これだけまとめて、たくさんの論文を読ませていただくのは、得がたい経験でした。人に対して論文で説得する作業というのは難しいものですが、あきらめないで粘り強く論じることの大切さを、痛感しました。自画自賛ですが、この書評会も、なかなか良い議論ができたのではないのでしょうか。本日は、どうもありがとうございました。

事務局 長時間にわたり、どうもありがとうございました。

(令和元年11月22日 東京にて)

おおき・まさとし 早稲田大学法学部教授。最近の主な著作に島田陽一＝菊池馨実＝竹内寿編著『戦後労働立法史』(分担執筆：第2部第3章「労働契約法」)。

かわぐち・みき 関西大学大学院法務研究科教授。最近の主な著作に『労働法〔第3版〕』(信山社、2019年)ほか。

のだ・すすむ 九州大学名誉教授。最近の主な著作に『規範の逆転——フランス労働法改革と日本』(日本評論社、2019年)。

はしもと・ようこ 学習院大学法学部教授。最近の主な論文に「最近のEU法・ドイツ法上の労働者概念の展開について」『学習院大学法学会雑誌』54巻2号121-181頁(2019年)。