

学界展望

労働法理論の現在

2020～22年の業績を通じて



東京大学
教授
山川 隆一
(司会)



関西大学
教授
川口 美貴



北海道大学
教授
池田 悠



九州大学
准教授
新屋敷恵美子

目次

はじめに

- I 労働者概念
 - II クラウドワーク、プラットフォーム・エコノミー
 - III コロナ禍と労働法
 - IV 解雇の金銭解決
 - V 性差別・SOGI・LGBTQ
 - VI 障害者雇用
 - VII 外国人労働者
 - VIII 集团的労使関係
- おわりに

はじめに

山川 座談会「学界展望『労働法理論の現在——2020年から2022年の業績を通じて』」を開始します。この座談会は、この3年間の労働法理論の動向を振り返ったうえで、注目すべき文献を取り上げて、その意義や理論的な位置づけあるいは課題などを議論するものです。

それでは、今回の座談会に参加される皆様から簡単に自己紹介をお願いします。

川口 関西大学の川口美貴でございます。どうぞよろしくお願いいたします。

池田 北海道大学の池田でございます。本日はよろ

しくお願いいたします。

新屋敷 九州大学の新屋敷です。どうぞよろしくお願

いいたします。山川 東京大学の山川です。よろしくお願いいたします。進行役を務めさせていただきます。

今回取り上げる文献は、3年前の前の座談会の選択範囲を踏まえ、主に『法律時報』2019年6月から2022年5月までの「法律文献総合INDEX」に記載されている労働法関係の文献を基礎として選択しました。選択にあたっては、この3年間に、日本の労働法理論がどのような問題に多くの関心を示してきたかを念頭に置いたうえで、理論的に特に注目すべき、あるいは検討すべき文献を中心に取り上げました。

そうした観点から選択した結果、他方で、基礎理論的な検討を行った文献、学際的な検討を行った文献、さらに外国法の検討に特化した文献で、重要なものであっても取り上げることができなかったものがいくつもあります。また、これまでの通例に倣って判例評釈類は取り上げておりません。その意味で、重要文献を漏れなく取り上げることはできませんでした。この点はご了解いただければと思います。

それでは早速、中身に入っていきたいと思います。では、労働者概念というテーマにつきまして、川口さんからお願いします。

◎検討対象著作・論文

I 労働者概念

- ・橋本陽子（2021）『労働者の基本概念——労働者性の判断要素と判断方法』弘文堂。

II クラウドワーク、プラットフォーム・エコノミー

- ・浜村彰・石田眞・毛塚勝利 編著（2021）『クラウドワークの進展と社会法の近未来』労働開発研究会。

III コロナ禍と労働法

- ・土田道夫（2021）「新型コロナ危機と労働法・雇用社会（1）・（2）」『法曹時報』73巻5号839-911頁、73巻6号1027-1101頁。

IV 解雇の金銭解決

- ・山本陽大（2021）『解雇の金銭解決制度に関する研究——その基礎と構造をめぐる日・独比較法的考察』労働政策研究・研修機構。

V 性差別・SOGI・LGBTQ

- ・名古道功（2020）「企業のダイバーシティ施策と労働法の課題——LGBT実情調査を素材として」『金沢法学』62巻2号、115-135頁。

VI 障害者雇用

- ・長谷川珠子・石崎由希子・永野仁美・飯田高（2021）『現場からみる障害者の雇用と就労——法と実務をつなぐ』弘文堂。

VII 外国人労働者

- ・早川智津子（2020）『外国人労働者と法——入管法政策と労働法政策』信山社。

VIII 集团的労使関係

- ・三井正信（2020）「ユニオン・ショップ再考（一）（二）」『広島法学』43巻3号1-23頁、43巻4号29-57頁。

I 労働者概念

● 紹介

橋本陽子『労働者の基本概念——労働者性の判断要素と判断方法』

川口 それでは、橋本陽子さんのご著書『労働者の基本概念——労働者性の判断要素と判断方法』について紹介し、論点を提示いたします。

本書は、「労働者概念をいかなる判断要素（判断基準）によって自営業者と区別すべきであり」「その判断要素を適切に評価する方法はどうあるべきなのか」を検討し、「労働者性の判断要素および判断方法の明確化を図り」、「労基法（労契法）上の労働者概念と労組法上の労働者概念の異同について明らかにすること」を本書の課題とするもので（序章・1頁）、続く「裁判例における労働者性判断の特徴と問題点（第1章）」「ドイツ法上の労働者概念（第2章）」「EU法上の労働者概念（第3章）」「労働者概念の法理論的検討（第4章）」「労働者性の判断要素と判断方法（第5章）」「事業（所）概念の検討（補論）」「要約（終章）」の計8章から構成されています。

本書は、従来の判例・裁判例を詳細に分析し（1章）、ドイツ法・EU法との優れた比較法研究を行い（2・3章）、労働者概念の理論的な検討を行うものですが（4・5章）、時間の関係上、日本法における労働者概念に関する著者の主張を議論の対象の中心としたと思いますので、内容の詳細は割愛させていただきます。

著者の主張の最も重要なポイントは、（1）法律の定義は規制の目的から得られる（目的論的概念形成）が、具体的な概念を構成する判断要素の形成の局面では、法律が典型的に対象としている現実の対象からその特徴を抽出する（存在論的概念形成）との方法論に基づき（359, 422頁）、①労基法・労契法及び労組法に共通する労働者の基本概念を、市場で自ら取引を行うのではなく、指揮命令に服して有償で役務を提供する者、指揮命令拘束性と事業者性の欠如と定義し（377, 422頁）、②労働者の基本概念の具体的な判断要素は、昭和60年労基研報告において使用従属性と総称されている諸要素であるとし（385, 398頁）、（387頁では平成23年労使関係法研究会報告も加えられて

いる）、当該報告で列举されている判断要素の内容について検討されている点（387-398頁）だと思われます。

ただ、なぜそれが基本概念で判断要素なのか、その理由や理論的根拠は説明されておらず、著者自身も当該判断要素は法解釈方法論から導かれまいとされているところで（331頁）、この点は残念ですが、著者のこの結論をどう考えるかを議論の中心とし、労働者の基本概念と判断要素についての論点を大別4点提示します。

まず論点①、「目的論的解釈と労働法の目的」です。著者は、労働者概念は目的論的に解釈すべきと繰り返し述べていますが、労働法の趣旨・目的についての言及はありません。この点について、労働法は、資本主義社会において、1）自己の労働力以外の生活手段を持たず、自ら他人に有償で労務を供給することにより生活する人間が多数存在し、また、労務は人格と不可分であるから、人権保障を内包した雇用・労働条件保障、以下、労働権保障と言いますが、これによりその生存権を保障する必要があるが、2）労働力は一般に供給過剰でかつストックできないので、自ら労務を供給する者は当該労務を利用して事業を営む者と実質的に対等に交渉することができない立場にあり、劣悪な労働条件の下に置かれていた、という歴史的事実を踏まえ、3）その生存権（憲法25条）保障を労働権保障という観点から実現することを目的とする、と解すべきだと思います。

次に論点②、「労働者の基本概念を、『市場で自ら取引を行うのではなく、指揮命令に服して有償で労務を提供する者、指揮命令拘束性と事業者性の欠如』と解されている点について」です。今述べた労働法の目的に鑑みますと、労働法が労働権保障の対象とする「労働者」は、原則としては、「自ら他人に有償で労務を供給する自然人」、具体的には、「自ら相手方に有償で労務を供給する契約」を、①締結していたか、②締結しているか、③締結過程にあるか、④締結したいと思っているが締結していない（「失業」状態にある）自然人であって、「指揮命令拘束性」により「労働者」の範囲を限定する必要はないと思われます。ただ、例外的に、契約相手方との交渉の非対等性が存在せず、かつ、契約相手方事業者相互間の公正競争も維持される場合、具体的には、第一に、契約相手方が「事業者」である場合は、（A）「当該自然人が、①独立した

事業に必要な資産（有形・無形の固定資産、投資その他の資産、流動資産等）を、当該契約締結の交渉以前から有し、当該資産を用いて労務を供給し、かつ、②供給する労務の内容が、当該事業者の事業の内容の一部ではなく、専属的継続的な労務供給でもないという契約」であるとき、第二に、契約相手方が、当該労務（役務）のエンドユーザーである「消費者」である場合は、(B)「『当該消費者に対する専属的継続的労務供給契約（専属的家事使用人等）』以外の契約」であるときは、当該自然人は労働者ではないと解されることになると思います。

次に論点③、「労基法・労契法・労組法上の労働者の三者の関係」です。著者は、労基法上の労働者に労契法上の労働者を含めていますが（3, 417 頁）、労組法上の労働者は労働法が労働権保障の対象とする労働者すべて、労契法上の労働者は労契法の内容上失業者を含まず、労基法上の労働者はその定義上契約相手方が事業者である場合に限定され、労基法等の内容上、失業者を含まないと解されますので、労基法上の労働者と労契法上の労働者は区別すべきと思います。

次に論点④、「使用従属性」、あるいは著者の言葉で言いますと、「指揮命令拘束性による労働者の範囲の限定の妥当性」です。橋本さんは、労働者が自ら他人に有償で労務を供給する自然人であることは否定しませんが、さらに、労基研報告の提示する判断枠組みと判断要素、及び、「契約内容の一方的・定型的決定」により労働者の範囲を限定するところ、総合判断であるにせよこれらを判断要素と位置づけること自体に疑問があります。以下、労基研報告の提示する判断枠組みと判断要素、及び、「契約内容の一方的・定型的決定」について検討したいと思います。

まず、「指揮監督下の労働」ですが、自ら相手方に有償で労務を供給するすべての契約において、契約に基づき、一定の、労務供給に関する義務、契約相手方による指示、時間的場所的拘束があるところ、どの程度の義務と指示と拘束があれば指揮監督下の労働なのか、その客観的基準はなく、それ以外の労働との区別ができません。この点は橋本さんも認めていらっしゃるようです（390-391 頁）。そのうえ、なぜ、指揮監督下の労働でなければ、労働条件の最低基準や契約ルールを定める労基法・労契法等が適用されず、団結権等が保障されないのか、合理的な説明はありません。

次に、「仕事ないし業務の依頼に対する諾否の自由」ですが、「諾否の自由」が、①諾否の自由があることを意味するのであれば、労務供給者は、その都度合意によりなすべき労務が決定される場合も含め、契約上義務のない労務については当然諾否の自由があるので、労働者性を否定する理由とはならず、また、②諾否の自由の範囲が広いことを意味するのであれば、職務内容や企業の経営方針等により労務の内容が特定され「諾否の自由の範囲が広い」場合も、当該労務供給者に対する労働権保障の必要性和交渉の非対等性に変わりはなく、労働者性を否定する理由にはならないと思います。

また、「業務遂行上の指揮監督」ですが、これが、①「業務の性質や契約内容に由来する指示」を意味するのであれば、その存在は当然なので、判断基準・要素としては不要であり、②「業務遂行に関する具体的に詳細な指示」を意味するのであれば、職務内容や企業の経営方針等により具体的に詳細な指示を受けない場合も、当該労務供給者の労働権保障の必要性和交渉の非対等性に変わりはなく、当該基準により労働者の範囲を限定することは妥当ではないと思います。

次に、「組織への組入れ」、あるいは「事業組織への組入れ」ですが、これは、①「当該労務が契約相手方事業者が必要であること」を意味するのであれば、事業者は当該労務が必要であるがゆえに契約を締結しますので、判断基準や要素としては不要であり、②「一定以上の組入れ」、例えば「恒常的に不可欠な労働力」等を要求するのであれば、臨時労働者等を除外する結果となり、当該基準により労働者の範囲を限定することは妥当ではないと思います。

また、「時間的・場所的拘束性」は、それが、①「業務の性質や契約内容に由来する一定の時間的・場所的拘束」を意味するのであれば、その存在は当然なので、判断基準・要素としては不要であり、②「時間的場所的拘束が強いこと」を意味するのであれば、職務内容や企業の経営方針等により時間的場所的拘束が弱くても、当該労務供給者の労働権保障の必要性和交渉の非対等性に変わりはなく、当該基準により労働者の範囲を限定することは妥当ではないと思います。

また、「代替性」、すなわち、本人に代わり他の者が労務を供給することの可否と有無については、職務内容や企業の経営方針等により定まりますが、当該労務供給者の労働権保障と交渉の非対等性に変わりはな

く、労働者性の判断基準・要素とはならないと思います。補充性の有無と可否も同様に解することができると思います。

また、「報酬の労務対償性」として、報酬が「指揮監督下の労働の対価」であることを必要とすることについてですが、先ほど述べましたように、「指揮監督下の労働」は労働者性の判断基準や要素ではないので、報酬が指揮監督下の労働の対価である必要はなく、単に労務の対価であることで足り、当該契約が有償労務供給契約であればよいと考えます。また、報酬の額、決定方法、名称、請求方法・支払形式、支払方法等がどのようなものでも、当該労務供給者の労働権保障と交渉の非対等性に変わりはなく、労働者性の判断基準・要素とはならないと思います。

また、「事業者性」については、契約相手方事業者との関係で労働者性を否定しうる事業者に該当するためには、先に述べたように、実質的に対等に交渉しうる立場にあること、すなわち、①契約締結交渉以前から独立した事業に必要な資産を有しそれを利用して労務を供給し、かつ、②供給される労務の内容が契約相手方事業者の事業内容の一部ではなく、専属的・継続的な労務供給でもないことが必要であると思います。

労基研報告が事業者性の判断要素として挙げる「機材や材料の負担」については、当該労務供給者が労務供給のために利用するパソコン、大工道具、自動車、バイク、自転車等については独立した事業に必要な資産ではなく、「業務における損益や経費負担」は労務供給者が弱い立場であるから負担させられている場合も多く、「自己の才覚で利得する機会」は、労務供給者の裁量によりその報酬が増える報酬決定方法も出来高払制や請負制と本質的に異なるものではなく、労務供給者が「独自の商号・屋号等」を有していても歴史的慣行や習俗として使用しているにすぎず、いずれも、当該労務供給者の労働権保障の必要性和交渉の非対等性、及び、その労働者性を否定する理由とはならないと思います。

また、「専属性」や「当該収入への依存」につきましては、専属性がなくても、また、当該収入に生活を依存していなくても、当該労務供給者の労働権保障の必要性和交渉の非対等性に変わりはなく、労働者性は否定できないと思います。

また、労働関係法規の適用範囲は客観的基準により決定され、当事者の意思により労働者の範囲を縮小す

ることはできませんので、「当事者が主観的に当該労務供給者を労働者として取り扱っていないこと」、例えば、契約相手方事業者が当該労務供給者に対し、就業規則の適用、所得税の源泉徴収、保険料の控除と納付をせず、労務供給者がその報酬を事業所得として確定申告していることは労働者性を否定する理由とはならず、橋本さんもこれについては同意見と解されます。

次に、「契約内容の一方的・定型的決定」ですが、これについては、まず第一に、交渉の非対等性の結果であるとの説明もなされますが、「交渉の非対等性」＝「契約内容が実質的に対等に決定されなかった」＝「契約内容の一方的・定型的決定」ではなく、交渉の非対等性のある労務供給者が「労働組合」に加入し「団体交渉」や「労働協約」によって契約内容が実質的に対等に決定される場合もあり、また、契約内容は実質的に対等に決定されていないけれども労働者との交渉により個別に決定される場合もあること、また第二に、労働者性は、契約締結の交渉経緯に照らし契約締結後に判断されるものではなく、契約締結のための交渉開始前に決定されること、そうでなければ契約締結に関する規定の適用の有無を判断できないことになりますので、この点に照らして、判断基準としては妥当ではないと思われます。

使用従属性の判断要素は、働き方の一部の特徴をピックアップしたものですが、「その職種は教師である」とか「その業務内容は営業である」といった特徴と同様、労働者か否かの判断要素にはなり得ないと思われます。

● 討 論

山川 ありがとうございます。論点が適切に分類されていますので、それぞれについてご議論をいただければと思います。論点①として川口さんが指摘されているのは方法論になるかと思います。目的論的解釈により、判断要素と判断方法を分けて、判断要素としては統一的に考えるが、判断方法としては各労働法令でいわば包摂の違いがあるといった点が橋本さんの方法論の眼目かと思います。目的論的解釈と言われつつも、労働法の趣旨・目的についての言及は特にないというのが川口さんからのコメントですけれども、目的という場合には、労働法全体の目的を指すのか、それとも個々の法律の目的を指すのかという問題があっ

て、後者については、それらが判断方法として包摂を考える際にどう影響するかがクリアになると、もっとよかったのかなと思います。

論点②のそもそも指揮命令拘束性ということを労働者の基本概念として入れるかどうかという点と、論点③の労基法・労契法・労組法上の三者をどう考えるかという点の2つは関連しているのかなと思います。

論点②で指揮命令拘束性が要件にならないという従前からの川口さんの主張はよく知っていますので、論点③から言うと、川口説だと、やはり制定法上、例えば相手方が事業者であるという点は反映されるべきであるということでしょうかな。

川口 そうですね。労組法上の労働者と労基法・労契法上の労働者の二つに分ける方が多いですけども、労基法の適用は契約相手方が事業者である場合に限定されますが、労契法の場合はそうではなく、例えば専属的な家事使用人は労契法上の労働者には当たりうるので、労基法上の労働者と労契法上の労働者は区別をしたほうがいいと思います。

新屋敷 橋本さんの、特に方法論について、先ほど山川さんからもご指摘がありましたが、私は、各法律条文の違いが決定的にあるのではないかと、気になるところです。労組法はかなり広い形で定義していて、他方で、労契法と労基法については、定義が狭く、定義が異なります。橋本さんのように、そこを超えて何か基本概念を設定されると、しかもそれが実質的に今の労組法上の労働者の要素で構成されると、どこからその基本概念を設定しているのか、わからない。各要素に関しても、川口さんが詳細にご検討くださいましたが、どこを法的な基礎として論じるのかというところがどうしても理解できない。このあたりについて、皆さんのご感触を伺いたいなと思っていました。

川口 私は、まずは労働法という法分野がどういう人を対象にしてきたのかということから検討し、歴史的には先ほど述べたとおりですけども、自らが他人に有償で労務を供給する自然人というのが基本的に労働法の対象であろうと考えます。ただ、具体的な法律はその中の一部の人だけを対象とすることはありうるので、まずは、労働法という法分野が対象とする労働者、さらには具体的な法律が適用対象とする労働者という形で検討すべきだと思います。

ただ、私の見解では、労働法という法分野が対象としている労働者は全部、労組法上の労働者であると思

います、失業者も含めて。それが労契法上の労働者になると、法律の内容上、失業者は対象としていない法律ということになるので、失業者は除かれます。さらに労基法上の労働者については、労基法自体は刑罰規定もあり、事業者規制法であるので、さらに相手方が事業者である場合に限定され、先ほど言いましたような専属的な家事使用人とかは入らない。

そのうえで、労基法上の労働者と対象労働者が同じ範囲の法律は他にあるかということになると、労働契約法以外の個別的労働関係法の領域の法律、安衛法や最賃法の他、パート・有期法、均等法等の対象労働者は労基法上の労働者と同じ範囲になると考えています。

新屋敷 川口さんのように包括的なものを想定するのもわかるのですが、橋本さんが、そこから各法律の労働者の要素を設定されるというロジックがよくわからない。伝統的な、それぞれの法適用の場面では、各法律における概念を前提としていて、これが相対性ということになるのかもしれないですけども、橋本さんは、そのような議論を逆向きに構成しているようで、そうした方法論の正当性というか、発想を法的にどう評価したらいいのか。川口さんに今お示しいただいた方法論が一般的なものと理解していたんですけども、橋本さんは恐らくそれを逆の思考で労働者の基本概念ということで設定したのが、新しいんですね。

川口 新しいのか、間違っているのかわからない。失礼ですけども。

新屋敷 そうですよ。私も正直。

川口 私はこの橋本さんのご著書、ドイツ法やEU法も含めて丁寧に研究・紹介されているので、日本法の部分の批判をするのは心苦しいのですが、橋本さんは労基研報告の判断要素が正しいかどうかはほぼ検討されないで、それをそのまま使っていらっしゃるの、労基研報告の判断要素を再検討していただければよかったと思います。

例えば労働者性は客観的に判断されるので、当事者がどう取り扱っているかは労働者性の判断には影響を与えないとか報酬の支払方法は労働者性に関係ないということは橋本さんもおっしゃっていて、私も以前からそのように述べていましたので同意できるんですけど、それ以外の労基研報告の判断要素につきましては無批判に受け入れていらっしゃるの、その点

が残念です。

山川 橋本さんはこれまでの労働者性に関わる日本の裁判例をほぼすべて網羅して検討されているので、その結果、結局労基研報告の要素と基本的に同様のものにたどり着いたのかなという感じもするところです。池田さんからは何かありますか。

池田 これは、研究上のバックグラウンドの違いによってもしかしたら違和感があるのかもしれない。

橋本さんの発想はすごくドイツ法的で、いわゆる概念法学のようにある種の上位概念を設定して、そこから演繹的に全部落ちてくるんだという発想のように見えます。現代のドイツ法は違うというような話を聞いたような気もするんですけど、おそらくいまだにドイツ法をやると、そういう大きい上位概念を設定して、そこから演繹的に下位概念につながってくるという発想が、方法論としてドイツ法になじんでいると取りやすいのかもしれない。

ただ、今、新屋敷さんがおっしゃったように、ドイツ法的な発想に基づいて、上位概念としての労働者の基本概念のようなものを設定して、そういう“大労働者”のような概念から個別法の労働者が演繹的に抽出されてくるという発想には、ちょっと英米法的に言うところと違和感があるというか、制定法があるんだから制定法で定義が置かれている法律については、その定義からやはり出発して解釈するべきじゃないかと思ってしまうわけです。ですので、そこら辺の、なぜこの上位概念を設定しないといけないのか、必要性をもう少し論証していただければよかったと思います。よかったというのは、橋本さんがそこら辺の、何ゆえ自分がこういうことをやるんだという話をしてくれるとよかったと思いますし、それを抜きにすると、やはり川口さんが指摘されるようなあるべき労働者概念が来ないといけないんじゃないかと考えてしまうところだと思ふんですね。

川口さんは、おそらくそういう観点で疑問をご指摘いただいているんだと思うんですけど、ただ、橋本さんはそうではなくて、どちらかという、既存の解釈とかルールの中からその共通要素を抽出するような作業をされているんです。だから、最初の論点①にも絡むかもしれないですが、目的論的に、言いながら、やっていることは日本法から共通する概念を抽出しようという話になっています。たしかに、大学の授業でも、労基法上の労働者概念と労組法上の労働

者概念は違うんですと言いながら、要素を並べてみるとほとんど一緒で、しかし感覚的には労組法上の労働者概念のほうが広いんですとしか説明できないと思っていたところが、本書で実は要素は共通だと言ってもらえるとすごくすっきりするところではあるんですけど、ただ、それがやはり何のためにその上位概念を設定しているのかがどうしても本書からはちょっとうかがえないというのが、今の川口さんの疑問しかり、いろいろな疑問を起こしている印象があります。

川口 橋本さんは、ある概念を定義するときに、その典型的なものを念頭に置いてその共通点を抽出して、それで定義をつくるという方法論だと思います。それで多分、山川さんもおっしゃったように、橋本さんは、労基研報告だと大体労働者の典型的な特徴をピックアップしているからそれでいいと考えていらっしゃると思います。ただ、これが典型的な労働者だと思ひ描いていらっしゃる労働者、多分典型的な工場労働者だと思いますが、それが、間違っているの、間違っているって失礼かもしれませんが、狭すぎると思います。

また、そもそも、念頭に置くべき労働者ってどういう人かということになると、結局トートロジーになると思います。定義の前にこの人が典型的労働者というのがあって、その要素をピックアップしてこれが定義ですということになるので。橋本さんの議論は失礼ですけれども、トートロジーという、理論的な説明になっていない感じがします。

山川 やはりドイツ法的な思考方法というのはあるのかなと思います。毛塚勝利さんの『クラウドワークの進展と社会法の近未来』の中で書かれている「基底的労働者」概念（398頁）も、理念型としての労働者概念のイメージを示す点で似ています。毛塚さんは、その概念を解釈論の基礎にあるものとして発想されているようですが、橋本さんは、そのような概念を解釈論にも使って、さまざまな法律における労働者概念の内容の違いは、判断方法ないし包摂度の違いとして説明しているのかなという感じがしました。

池田 川口さんの提示する論点への直接の応答にならないかもしれませんが、結局、「労働者」という存在と、「使用者」という存在と、その当事者が締結する「労働契約」あるいは「雇用契約」というものが、それぞれどういう関係に立っているのかが法律を読んでもよくわからないところにやはり根本的な問

題があると思います。

すごく教科書的な説明というか、学生向けの説明として、債権法改正以前の伝統的な民法の役務提供契約の類型の中で、雇用・請負・委任という三種類の契約の違い、特に雇用特有の大きな違いは、役務そのものの提供に着目した契約だということだと授業でよく説明するわけですね。要するに、ほかの役務提供契約は仕事の完成とか、何かしらのミッションの達成とか、そういうことを目的にしているわけなんですけれど、それに対して雇用は役務の提供それ自体を目的にしているという話です。

そうすると、雇用で提供される役務というのは、契約上・法令上の制限がなければ、それ自体は例えば時給制だと何時間働くとか、そういうような発想で、単に働きますという話をしているだけになります。そうすると、それを受け取った側がその労働力をこう使いたい、これをしてくれ、あれをしてくれと、そういう話が出てくるのかなと思っていて、これが使用者の指揮命令なんじゃないかと私は考えています。

だから、雇用契約と労働契約がイコールなのかというところから多分疑問がありうると思うんですけど、ひとまずイコールとしたときに、雇用とほかの役務提供契約類型との違いを前提にすると、指揮監督は労働契約の本質的な要素なんじゃないかと思うので、指揮監督下での労働かどうかとか、そういうところを必ずしも要素として必要ないという発想に至るところが、私にはなかなか腑に落ちにくいところでした。

新屋敷 池田さんのご指摘に同感の部分が多くあります。例えば、次に議論する『クラウドワークの進展と社会法の近未来』の中の石田眞さんのご論稿「『雇用に拠らない働き方』と労働者性問題を考える」でも、一定の状況下で、雇用契約イコール労働契約と理解されるようになって、その基準として指揮命令基準が出てきたことが記述されていたと思います。そして、私も、その是非はともかく、そのように統一的に理解されてきた歴史的な経緯があると理解しています。そうすると、その概念の結びつきに、係っている諸制度が、その類型としての雇用契約、労働契約を前提として、そして、指揮命令概念を前提として、展開してきたという経緯があると思います。この歴史的な、あるいは、法の概念の展開を前提とする現在において、指揮命令という概念を重視しないということ

が、これまで展開してきた法制度との関係から、可能なのか。

また、池田さんの議論と重なりますが、指揮命令自体が、イギリスの例だと、かなり幅の広いものとして理解されています。今、池田さんがおっしゃっていたような、指揮命令もありうるし、スポーツ選手についてさえも指揮命令の存在が認められています。こうした議論に照らすと、日本で、伝統的に、歴史的に、理解されてきたものから外れた内容で労働者概念を想定することが必要か、という疑問があります。

山川 今のお二人のご指摘は、交渉力が弱い点を指揮命令という観点で捉えるという趣旨だと思います。川口さんも交渉力の弱さという点は考えておられて、事業者性がないという点で交渉力の弱さを捉えているという感じでしょうか。

川口 私の出発点は、基本的に労働力商品の特殊性です。労働力商品は基本的には供給過剰で、かつストックできないので、そのために労働力の買手と対等に交渉できないということがすべての出発点だと思うので、そこから考えると、自らが他人に有償で労務を供給する人は基本的には労働者として扱うべきだというのが一つです。

それから私は雇用イコール労働契約という見解は間違っていると思います。そもそも雇用とか請負とか委任とかの類型は、もちろん民法の規定で、当然現在の労働関係法規ができる前からあり、「労務供給の内容」により労務供給を分類する概念で、労働関係法規が適用されるかどうかという観点から類型化されているわけではないので、請負とか委任でも労務供給者が自然人であれば労働者に当たる場合は当然あるというのが私の出発点です。

あと、指揮命令や指揮監督についてですが、先ほども言いましたように、労務供給契約において労務の供給を受ける者の指示は当然あるわけですが、すべての場合に存在するものは判断基準にはなりません。判断基準は複数に区分するために存在するので。なので、労務供給契約については、労務の供給を受ける者の指示があるということはすべてに共通なので、さらに労働関係法規が適用される労働契約か否かを区別する判断基準にはならない。そして、さらに一定以上の指示がないと駄目だということでそれを指揮監督と言っているのであれば、なぜ一定以上の指揮監督がないと労働関係法規が適用される労働契約ではなく労

働者として取り扱わないのかという合理的な説明はないと思います。

だから、指揮監督の範囲を広げたらいいという議論は、答えになっていないと思います。指揮監督はそもそも要らない基準だというのが私の見解です。

山川 基本的には自然人で労務供給者であれば交渉力は原則として弱く、その原則に対しての例外を根拠づけるものとして事業者性が出てくる、そういう理解になるでしょうか。

川口 そうです。でも、例外として労働者ではない事業者というのは、例えばご自身も患者さんを診ているけれども、自分の病院を経営していて看護師さんや事務員も雇っているお医者さんでありますとか、あるいは弁護士事務所を経営している弁護士でありますとか、あるいはフレンチレストランのオーナーシェフとかで、自分も料理はするけれども、お店を持っていたくさん人を雇っているとか、ごく一部の人だと思います。

山川 池田さん、新屋敷さんのお考えは、比較的橋本理論に親和的な部分があるのかとも思いました。ついでに言うと、橋本さんは、事業組織への組み入れを、労契法・労基法の労働者性の判断についても使っている。事業組織の組み入れについては、川口さんの理論だと、そもそもそれは要素に入らないということになりそうです。

川口 ええ。

新屋敷 川口さんのおっしゃるところから、既存の雇用契約や労働契約が指揮命令という概念にこれまで縛られてきたという事実自体と、これからどうすべきかということはまた別の話であるというのは、わかります。ただ、私は、これまでの法概念の展開自体に、一定の規範性があると、考えています。

日本において、概念の整理としては誤りであったかもしれませんが、これまでの法の展開の中で、本来であれば広い労働契約の範疇に一定の区切りをつけてしまったというか、二分してしまったようなところがあると理解しています。そして、もしそうした区分があるとしたら、橋本さんは、ドイツには労働者に類似する者という概念と、もう一つ、労働者概念というものがあって、だからヴァンクさんの基本的な経済的従属性でしたかね、それを基礎とした概念を取り入れることが、ドイツだとできないんだけれども、日本だとそういう概念の区分がないのでできると、やるべきだと

おっしゃっている。しかしながら、日本でも、歴史的にそういう契約上の区分があって労働者性の面でも一定の限定をしてきた経緯があるわけで、方法論としても、ヴァンクさんの議論が、日本にそのまま当てはめられるかと言ったら、歴史的に見て、ちょっと厳しいところがあると思います。

次に、要素の内容についてです。私は、今まで述べているように、橋本さんの方法論に賛成できないので、要素の具体的な内容あるいはその内容の捉え方が異なると思います。

指揮命令概念について、イギリスでは雇用契約の概念について、インテグリティテスト、統合性テストなどと呼称するものも展開したこともあったのですが、結局、コントロールテストに比べるとあまり依拠されないものになっています。最近、ワーカー概念、労働者概念について議論はありますが。そういう経緯を考えると、役務提供契約の類型を考えるうえでの伝統的な概念の意義は否定できないと考えていますが、他方で、現状で、山川さんが言及された、組織的な組入れの要素の意義の検討は求められると思います。

池田 先ほど申し上げたとおり、私としては、指揮命令というのは、労働者かどうかという話じゃないかもしれないですけども、少なくとも労働契約あるいは雇用契約においては本質的な要素だと思っているところでは。

そのうえで、やはり労働者像のイメージの問題なのでしょうか。私は、やはりどうしても労基法というのは、工場労働者を基本的に念頭に置いてつくられているというか、もちろんそれ以外の労働者にも適用されるんですけど、一斉休憩原則とかが書いてあるのを見ると、やっぱり工場労働者、当時の戦後の日本で中核になっていた労働力というものを想定してつくられているんじゃないかと思うので、解釈も沿革に忠実に解釈すべきじゃないかと思うんです。

それがたしかに時代に適合していないから改めるという場合、その他の規定も含めて体系的に全面的に見直すべきという話であればわからなくもないですが、労働者概念というところだけを調整していくのは、法実証主義的すぎるかもしれませんが、違和感を禁じえないところです。結局、私がいまいちドイツ法などの大陸法の理解に入り込めていないからかもしれないですけども、そういう違和感があるということなんです。

川口 労基法自体も裁量労働制とか、時代に合わせて変化していると思いますが、問題は、今、誰を保護しなければいけないかということなので、解釈で保護できる人であれば、ちゃんと解釈で労働者として保護すべきだと思います。

あとそれから、池田さんは、労働契約の本質は指揮命令だとおっしゃるんですけども、本質が指揮命令である労働契約というのはどうやって定義するのでしょうか。

池田 本質が指揮命令である労働契約をどう定義するかですか。定義としては、ここに書かれているとおりのことですか、使用従属性という、そういう労働者の今の定義ですね。労基法だと、6条に書いてあるような定義だと思います。

川口 でも使用従属性というのは指揮命令下の労働ということですよ。

池田 使用されて労働するということだと思うんですけど。

川口 労基法9条の「使用される」や労基法6条の「使用されて」は、「その労働力を使用される」という意味で、この文言から使用従属性や指揮命令下の労働を導く根拠はないと思います。また、労働契約では当然に指揮命令権があるとか、使用従属性があるとか言って、それが労働契約の本質だとおっしゃるのであれば、今言いましたように、指揮命令や使用従属性が本質である労働契約はどうやって定義するのかという問題が出てくると思うので、トートロジーだと思います。

池田 ああ、たしかに使用されて労働するとか、先ほど言ったように請負とか委任であっても契約書の中で指図はあるでしょうと言われると、そのとおりだと思います。

ただ、私が考える労働者は、要するに程度問題だと言っちゃうとそれまでなのかもしれないですけども、指揮命令に全面的に従属する人だというイメージです。そういう存在こそが労働者、少なくとも労基法上の労働者だと私は想定してしまっていて、使用者に指図されたら本来は何でもやらないといけないが、その代わりに労災補償もあるし、がちがちとも言えるさまざまなルールでしっかり守ってあげるという存在が労働者なんじゃないか、少なくとも労基法上の労働者というのはそういう存在なんじゃないかと考えているので、何かしらの指図はあるというようなレベルの指揮

監督とか、そういうものを意味するものではないと考えていたところですよ。もちろん、それは程度問題じゃないですから言われたら、たしかにそのとおりです。

要するに、私の発想は、ある意味で逆らえないからこそ保護されるべきという発想です。たしかに、経済的に従属していたら逆らえないじゃないかと川口さんに反論されたら、そのとおりかもしれないですが、私が考えるのはそういうレベルではなくて、何だったら生命・身体に危険が及ぶような状況でも逆らえないという、そういう厳格な意味での従属性が前提にあるんじゃないかなと思うんです。もっとも、ウーバーイーツとかで専属的に働いていて、稼ぐためならどんなことでもしないといけないという、そういう人はある意味で生命・身体にも危険が及んでいるんじゃないですかと言われればそうかもしれないので、やや水かけ論的な話になってしまうんですが、今のところ、私としてはそのように考えているということです。

新屋敷 そもそも、交渉力の格差等の話も、契約の締結を前提にしている話ですよ。どの契約類型についてどの制定法が規制をかけるかというのは、それは政策における選択の問題ですよ。

特に、イギリスの被用者については、雇用契約の定義から、指揮命令概念の定義を始めているからだと思いますが、私には池田さんの考え方や問題点の指摘がしっくりきます。先ほどから指摘されているところですが、日本では、労働者概念と労働契約の概念の両者の相互関係が全然まだ詰められていない点に根本的な問題があるのでは。

橋本さんは、基本的に要素の設定だけをしているにもかかわらず、基礎概念の要素の設定も、当てはめのところも全部含めて、包摂として、議論してしまっているように思います。これに対して、たとえば、森田修さんの『契約の法性決定』（商事法務、2020）などは、契約の要素の設定と、他方での当てはめのやり方とか性質決定のあり方など、少なくとも二つの局面で法規の適用場面を捉えて、後者の点で当事者の意思をどういうふうに尊重し、また否定するのかといった議論を、フランス法の議論ですけれども明らかにされています。契約をめぐる交渉力格差の点もそうですが、法の適用をめぐる当事者意思などの、契約にまつわる法概念の位置づけや意義をはっきりさせるには、法の適用の決定の場面での労働者概念と労働契約概念との

関係性の整理が必要だと常々感じています。川口さんと池田さんのご議論を伺っていて、労働者概念と、労働契約の概念の接続がやはりカギかなと。

山川 若干まとめ的なことになりますが、当事者の交渉力に格差がある労務供給関係について、ドイツでは労働者類似の者という概念を使って対応し、川口さんはむしろ労働契約自体の概念を広めに捉え、橋本さんは伝統的な労働者概念の要素を使いつつ、包摂というレベルで範囲を広げようとしていて、3つくらいのアプローチがあるのかなと思います。そこでも、池田さんが問題提起されているように、どうして包摂の範囲を広げられるのか、どこまで広げられるのかという点がやはり課題になりそうな感じがします。

労働者性の判断要素に関しては、川口さんの理論とも関係しますが、そもそも労務供給とは何かという問題がプラットフォームの問題でも出てきています。多分、組織への組入れという要素には2つの側面があって、まず、労働力として組織に組み入れられているという場合の「労働力として」という表現は、程度問題も含め労務供給性を示すもので、誰に対して仕事をしているのかという側面があるのではないかと。そして次に、その労働力が労務供給の相手方によって組織化されているかという側面があります。

あまり議論されていませんが、こうした組織への組入れは単純に指揮命令の下位概念ではないのではないかと感じています。川口理論でも検討されると思いますが、そもそも労務供給者とは何かという点ですね。先ほどのフレンチレストランのオーナーシェフは、労務供給者ですかね。

新屋敷 イギリスでもそのような議論があるので。

山川 ありえますよね。

新屋敷 はい。

Ⅱ クラウドワーク、プラットフォーム・エコノミー

● 紹介

浜村彰・石田眞・毛塚勝利『クラウドワークの進展と社会法の近未来』

山川 では、続けて、クラウドワーク、プラットフォーム・エコノミーについての『クラウドワークの進展と社会法の近未来』に移ります。川口さんからお

願いします。

川口 それでは、浜村・石田・毛塚編著についての紹介と若干の論点設定を行います。

本書は、クラウドワーク（CW：プラットフォーム〈PF〉を利用した外部労働力の利用〈3頁〉）とクラウドソーシング（事業）（CS）の進展が雇用・労使関係にどのような影響を与え、労働法や社会保障法にとってどのような新しい問題をもたらすか、という点について、実証的分析と比較法的研究を踏まえた新たな解釈論的課題を研究すると同時に、立法政策論的視点からの検討と展望を行うもので（ii頁）、「第1部 総論－クラウドワークをめぐる社会法の課題」（1～4章）、「第2部 クラウドワークの比較法研究：各国の最新の動向」（5～10章）、「第3部 日本のクラウドワークの実情調査」（11～13章）、「第4部 クラウドワークにかかる中間的総括」（14～17章）の計4部・17章から構成されています。

時間の関係上、①対面型CW（Uber Eats）をめぐる労働法上の課題を検討している第3章「日本のUber Eatsをめぐる労働法上の課題」（浜村彰）、②本書の比較法研究や実情調査を踏まえて「非対面型のCW現状と法的課題」を検討している、第14章「日本におけるクラウドワークの現状と法的課題」（及び関連する第1章「クラウドワークの労働法上の検討課題」・第15章「個人就業者をめぐる議論に必要な視野と視座とは」）（毛塚勝利）、③クラウドワーカー全体に関わる解釈論・政策論的課題を論じる第17章「『曖昧な雇用関係』をめぐる労働法上の解釈論的・政策論的課題」（浜村彰）を主な議論の対象として、論点を5点提示したいと思います。なお、当該章の内容の詳細は割愛させていただきます。

まず論点①、「クラウドワーカーの分類について」。クラウドワーカーの保護を考えるにあたっては、労働関係法規が適用される労働者か否かが重要な分類ですが、労働者である前提としては、自ら相手方に有償で労務を供給する自然人であること、すなわち、当該契約が、契約当事者が自ら労務を供給する労務供給契約であることが必要だと思いますので、まずはこの点からの分類が重要だと思います。

この観点からの分類は本書にはありませんが、クラウドソーシング事業者が提供するクラウドソーシングサービスについて、本書では、①コンペ型、すなわち、公募作品から選択をするもの。例えば企業ロゴを

募集して、クラウドワーカーが提案した候補の中から発注企業がどれかを採用して、それで提案者に報酬を支払うというもの。②プロジェクト型、すなわち、発注者が一定のプロジェクトの完遂をクラウドワーカーに依頼するもの。例えばウェブサイトの構築とか翻訳。それから、③マイクロタスク型、すなわち、仕事を幾つかの簡単な作業に分解して、多数のクラウドワーカーに遂行を委ねるもの。例えば、データ入力、の3つに大別しています。①のコンペ型の中で、例で挙げられているような、企業ロゴを提案して採用されて報酬を受けるというクラウドワーカーと発注者との契約は労務供給契約とは言えないように思われますので、当該クラウドワーカーは労働者には該当せず、別途保護が必要ではないかと思いました。

それに対して、②のプロジェクト型や③のマイクロタスク型のクラウドワーカーについては、当該契約は労務供給契約であることに多分異論はないと思われ、自ら相手方に有償で労務を供給する自然人に該当すると思いますので、次に、労働者性が検討されることになると思います。

実はこの場合、契約の相手方は、発注企業である場合と、クラウドソーシング事業者である場合があり、発注企業がクラウドソーシング事業者に業務委託して、クラウドソーシング事業者がそれをクラウドワーカーに再委託する場合は後者だと思いますが、いずれにしても相手方は「事業者」となりますので、通常は、当該契約は、「当該クラウドワーカーが、①独立した事業に必要な資産を当該契約締結の交渉以前から持っていて、その資産を用いて労務を供給して、かつ、②供給する労務の内容が当該事業者の事業の内容の一部でもないし、専属的・継続的な労務供給でもない」という、交渉の対等性が例外的に確保できる契約ではなく、当該クラウドワーカーは労働者と解すべきだと思います。

次に、論点②、「ウーバーイーツの配達パートナーの労働者性について」です。ウーバーイーツの配達パートナーの労働者性については、その前提として、まず、①ウーバーイーツ、②飲食店、レストランパートナーとも呼ばれるようですが、それから、③配達パートナー、④飲食物の注文者である消費者の法律関係をどのように把握して、ウーバーイーツの事業をどのように位置づけるかという検討が必要となりますが、第3章において、ウーバーイーツは飲食物のデリ

バリーサービス（宅配代行サービス）、具体的には消費者からの料理の注文をレストランパートナーに発注して、完成した料理を配達パートナーに配達させるというデリバリーサービスを展開している事業者であると見るべきだと指摘されており（49-50頁）、この点については賛同できるところです。

また、ウーバーイーツと配達パートナーとの関係については明記されていませんけれども、飲食店から飲食物注文者に飲食物を運ぶという内容の労務供給契約が締結されており、配達パートナーは自らウーバーイーツに有償で労務を供給する自然人であると思います。

この配達パートナーについて、第3章では、「事業組織への組入れ」があるから労組法上の労働者であり（50頁）、労基法・労契法上の労働者性について、使用従属性によって判断する見解でも、使用従属性が見られるので肯定されうると述べられており（50-52頁）、労働者性を肯定する結論は支持できますが、配達パートナー自体は独立した事業に必要な資産を有しそれを利用して労務を供給する者ではありませんので、そういう理由で労働者性を肯定すべきではないかと思いました。

次の論点③、「非対面型のクラウドワークをめぐる法的課題と労働者性について」。

毛塚さんはまず、①「基底的労働者」を「他者に労務提供してその対価をもって生活する者」としたうえで、②「労基法上の労働者」はこの基底的労働者で、かつ提供先の「企業システムに包摂されている、組織的従属性ないし組織的一体性のある者」、それから③「労契法上の労働者」は基底的労働者で、かつ事業者性が顕著でない者、④「労組法上の労働者」は基底的労働者で、かつその「経済的・社会的地位の向上を求める団結行為が競争法に抵触しない者」と定義されています（396-398頁）。

しかし、まず①の基底的労働者については、「生活する」という要件は不要ではないか、②の労基法上の労働者については、なぜ「組織的従属性」が必要なのか、③の労契法上の労働者については、「事業者性が顕著でない者」は具体的にはどのように判断するのか、という疑問が生じます。④の労組法上の労働者については、「団結行為が競争法に抵触しない者」という判断基準はどのように導かれたのかという疑問が生じます。また、憲法28条所定の団結権・団体交渉権・

団体行動権を享受する者が勤労者であって、労組法上の労働者なので、労組法上の労働者の団結行為は競争法に抵触しないと解されますが、「団結行為が競争法に抵触しない者が労組法上の労働者である」という見解はトートロジーではないかと思います。

また、「企業非包摂型」である仲介型クラウドソーシングプラットフォームでのクラウドワーカーは、労基法上の労働者ではないとされていますが（15章・413-414頁）、当該契約が労務供給契約であれば、当該就労者も自ら事業者の有償で労務を供給する自然人で、独立事業者ではないので、労働者性は肯定されると思います。

それから論点④、「クラウドワーカーの労働者性に関する浜村さんの見解について」。浜村さんは、まず1) 労基法・労契法上の労働者については、「相手方の業務遂行に不可欠な労働力として利用され、その対価として収入を得て生活する自然人」と定義した上で、規定の適用についてはケースごとに判断をされています（447-448頁）。それから2)「相手方に労務を供給し、その対価として収入を得て生活している自然人で、かつ相手方との関係で交渉力の不均衡が存在する場合」は、労組法上の労働者と認めることを検討してもよいとされております（450頁）。

この2)の労組法上の労働者についての結論は私の見解とかなり近く、個人的にはおおよそ賛成できると思いますが、「生活している」というのは不要だと思います。今の労組法上の労働者に関する通説的な見解でも、特に「生活している」というところに注目しているわけではないと思います。

また、1)の労基法・労契法上の労働者について、浜村さん自身が労組法上の労働者について指摘されていますように（450頁）、「業務遂行に不可欠な労働力」を判断基準に入れると、多数の取引先から受注している就労者が除外されうるので、不要であると思いますし、「生活する」というのも不要だと思います。

最後に論点⑤、「今後の立法的課題」です。今後の立法的課題としては実態調査で、これは第11章から第13章ですが、クラウドワーカーの不満として、特に、報酬の低さ、仕事の継続性がないこと、それからプラットフォームの事業者を支払う利用手数料の高さ等があることが指摘され、また諸外国での議論等、これは5章から10章ですけれども、これも踏まえて、例えば、最低報酬額規制、スキルアップの支援と公正

評価の確保、団結権の付与や中小企業等協同組合法の適用、就労者側が支払う利用手数料の規制、それからプラットフォーム事業者による労災保険料負担や社会保険料負担等が提言されているところです。

個人的には、当該契約が労務供給契約と評価できるクラウドワーカーはほぼすべて労働者に該当すると考えますので、上記につきましては労働関係法規の適用で対応できると思いますが、当該契約が労務供給契約と評価できないクラウドワーカー、コンベ型あるいはその一部については、特に、就労者側が支払う利用手数料の規制は必要だと思います。

●討 論

山川 ありがとうございます。労働者概念一般に関わると同時に、クラウドワークやプラットフォームという特色をどう考えるかという現代的な課題も含まれています。本書は、実態調査を行って類型化を行った点で非常に貴重なものだと思いますけれども、理論的な点では、今、川口さんがおっしゃられたような論点が出てくるかと思います。

新屋敷 先ほどの議論とも関係すると思いますが、浜村さんや毛塚さんは、組織的従属性を重視されていますが、私は立法で対応したほうがいいんじゃないかな、と。

なぜかという、川口さんにまとめていただいた論点の⑤にあるように、同書では、最低報酬額規制など諸々の規制の構想が展開されているからです。この本は、一方で、労働者性の問題、労働法の適用の点の解決の方向性を示し、もう一方で、各調査からいかなる問題にクラウドワーカーが直面し、いかなる法対応が必要かを示しています。したがって、同書は、伝統的な労働者が対面しているものとは異なる問題には、別の規制を考えるべきということも提示されていると思います。だとすれば、組織的従属性にそこまでこだわる必要があるのかと。

山川 本書のこれまでの議論にない特色は、労働市場法について積極的な提言を行っている点で、実態調査の結果、浮かび上がってきた問題点を踏まえている点で貴重な貢献だと思います。ただ、川口さんのコメントによれば、そもそも労働者であるとしたら職安法等が適用されることになるわけですね。

川口 そうです。私はクラウドワーカーの大部分は労働者に該当すると思いますので、クラウドソーシ

グ事業者が今取っている手数料とかも当然職安法の規制の対象にするべきだと思います。仲介型の場合は、発注者の組織に包摂されていないということで、毛塚さんはクラウドワーカーを労働者から排除していますが、先ほども言いましたように、なぜその事業に恒常的に組み入れられている人じゃないと労働者ではないのか疑問です。そうであれば臨時労働者は全部労働者でなくなってしまうと思います。私は、クラウドワーカーが伝統的な労働者とそれほど違うとは思わず、単にハローワークに行くか、ネットを介してかというだけの話で、働き方はあまり変わらないと思います。

山川 今、発注者の組織に包摂されていないと表現されたのですが、事業組織への組み入れという要素には、先ほどお話しした労務供給契約性と組織性がある、川口さんも言われたように、労務供給性のほうは、クラウドワーカーはプラットフォームに対して労務供給をしているのかという点が問題になります。図1が仲介型ですが、図2は個人がプラットフォームに労務を供給すると評価できる場合で、破線で囲っている包摂関係は労務供給ないし役務提供関係のことかなと思っています。

川口 そうですね。

山川 独立自営業者か労働者かは、労働者性をどう考えるかで変わってくるので2つの図を作ってみたのですが、仲介型では役務提供はむしろ顧客に対するものであるという主張をどう考えるか。しかし、形式で捉えるのか実質で捉えるのかという問題があり、特にプラットフォーム・エコノミーでは、報酬について、いったんプラットフォームが顧客から受け取って個人に渡す場合がありますので、これをどう考えるかが問題になるのかなと思います。

その意味では、川口さんのアプローチが両者の区別

には使えるのかなという気がします。

川口 ここで山川さんが図1で書いていらっしゃる顧客というのはほとんどが事業者であると本書の調査で書いてありましたが、相手方が事業者であれば仲介型でも労働者だと思います。

あと、プラットフォームのいろんな役割をどう考えるかですが、通常の企業でも労務管理は別途アウトソーシングするところはたくさんあります。なので、仲介型でプラットフォームに労務管理をさせていることは、特に新しいといえますか、あるいは労働者性を否定する理由にはならないと思います。

池田 今いただいた図の話ですけれど、私としては、一言にプラットフォームといっても当事者関係が多様だというのは、前々から気になっていたところです。日本だとウーバーは規制の関係で実質的にウーバーイーツしかないですけど、アメリカなどの外国だと配車サービスとしてのウーバーもありまして、今の図だと、いわゆる配車サービスのウーバーは図1のほうになることになりませんか。

山川 ウーバーはそう主張していて、しかし、労働者と主張している側からは図2になり、運転者は履行補助的な位置づけになりそうです。

池田 ウーバーイーツは図2に近いんですかね。

山川 基本的には同じじゃないかなと。

池田 ただ、ウーバーイーツだと図2にさらに発注者の問題がありまして、料理を発注する消費者は顧客だと思うんですが、料理を提供するレストラン側も顧客ということでしょうか。

山川 それは顧客ですね。

池田 じゃあ、両方とも、図2でいう顧客になってしまいますね。

山川 なるほど。

図1

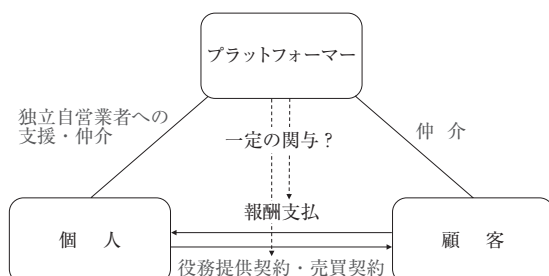
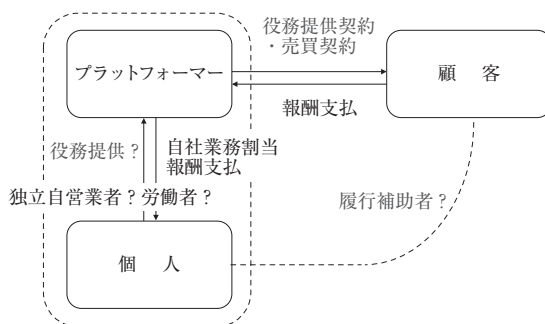


図2



池田 だから、ウーバーイーツってプラットフォーム・エコノミーでも当事者関係が相当複雑で一番難しいバージョンじゃないかと思うんです。それを見本にして議論するというのは議論を混乱させるんじゃないかと私は常々思っていて、よりシンプルなのは配車サービスのウーバーのほうなので、そちらを見本にしたほうが議論がしやすいと思うんですけど、日本だとイメージしにくいというところはあるかもしれません。

山川 ありがとうございます。この図はウーバーのドライバーを想定しています。ただ、ウーバーイーツの場合も、運送の場合も、結局、荷主のところに行って、送り先に渡すということもあるので、両方顧客になるということはあるんじゃないかなと思います。

そうした顧客との間の関係は非常にスポット的ですので、送り主であっても送り先であっても、顧客との間の労働関係はあまり主張されていないのかなという気がします。

川口 そうですね。ウーバーイーツの場合だと、おっしゃったように4者関係になるので。ウーバーイーツは、レストランパートナーと配達パートナーとの間に、配送業務に係る委託契約があり、ウーバーイーツはアプリを通じて仲介しているだけで関係ありませんと主張しており、そうすると、レストランパートナーと配達パートナーとの間で労務供給契約が締結されているということとなりますが、それはスポット的で、労働者の保護にはあまり資さない解釈だと思います。

池田 たしかに労働者保護には資さないですけど、そういういろんな読み方ができることを、もうちょっと考慮したほうがいいのではないかと思っています。

具体的に言いますと、今申し上げたとおりウーバーイーツは当事者関係が複雑で、レストランとの関係で役務提供関係があるという構成もできますし、消費者との関係で役務提供関係があるという構成も多分できるんです。消費者が自分でレストランに行かない代わりに、人に運んできてもらうのを自分で選択しているという、そういう割高な料理に配送料を払って、自宅にいながらレストランの食事の配給を受けるという構成をすると、消費者のほうにむしろ役務を受領している当事者ではないか、という構成も多分ありうると思うんです。

その中でプラットフォームこそが役務の受領者だというその根拠は、ウーバーイーツを考えると、なかなか難しい気がします。たしかに繰り返しゲームになっているのはプラットフォームじゃないかという気もするんですけど、ただその瞬間を切り取ると、どの人が役務の受領者かというのは、少なくともプラットフォームは役務を受領していないという気もするところです。

川口 たしかにウーバーイーツの位置づけ自体は、いろいろありうると思いますが、全体の契約関係を信義則に則してその法律効果も考慮すると、どう考えるのが一番妥当なのかということだと思います。ウーバーイーツが単なるアプリ仲介業者だと捉えるべきなのか、それともデリバリーサービスを展開している事業者だと捉えるべきなのか。後者が実態を反映し信義則に則していると思います。

池田 そうした場合、純粋にアプリを開発して、顧客の評価とかだけで機械的に全部 AI が何かが処理するようなアプリがあったときには、そのアプリ開発者がプラットフォームとしてその責任を負うことになりますかね。もちろん、ウーバーはかなり管理しているはずなので状況が違うんですけど、今後はそういう可能性もあるので、やはり立法の措置を待つべきんじゃないかなというのが私の理解です。たしかにそんなことでは、今助けを必要としている人の救済にならないと言えばそのとおりではあります。

川口 救済にならないです。

池田 ただ、だからと言って、ここで解釈で救済してしまうのは、アプリ開発者が労働法上の使用者としての責任を負いかねないわけですので、イノベーションとか、そういうものを阻害しないかというのが気になるところです。一方で、それで労働者に当たるといったときの効果として、例えば労組法上の労働者であることに限っては、労働者にとってデメリットはなく、使用者も団体交渉に応じるのが大変だという話で済むかもしれないですが、労基法上の労働者に当たるという場合は、労働者にもいい面・悪い面が両方あるんじゃないかという気がしています。

川口 例えば労災補償の適用は必要だと思います。ウーバーイーツの配達パートナーの場合は、実際に事故も起こっていますので。

池田 労災補償の対象としての労働者という意味では、特別加入とかで既に一応は対処していますよね。

そうすると、問題は、当事者が保険の意識で加入するかどうかです。もちろん、加入したところで、指揮命令下での労働じゃないと認定基準が大変で、いつが業務時間なのかなど、業務起因性の判断がなかなか大変だという話があります。

しかし、仮にこういうクラウドワーカーのような当事者を労基法上の労働者に含めて考えたときに、結局、適用したくない法規について、裁判所はどう見るんだろうと考えをめぐらせてみますと、労働者だけどここの法規は適用すべきでないということで、自由な意思に基づいて適用しないように同意したというフレームワークを立てるんじゃないかという気がしています。

川口 強行法規について同意による適用除外はできませんので、裁判所がそのような対応をすることはないと思います。

池田 たしかに、そんな直截に強行法規の適用を除外するような同意は認められないと思いますが、そもそもの規制の範囲を操作するとか、やりようはあると思うんです。でも、仮にそうなると、それは私が想定しているような本来の労基法上の労働者、すなわちある意味で隷属的に労務に従事する労働者にも同じルールが妥当してきてしまわないかという危惧を覚えています。要するに、労基法の厳格な規制の適用のような趣旨が阻害されないかという気がかりを、私はどうしても覚えてしまうんです。それでも、クラウドワーカーなどの当事者に労基法を適用しないといけないというほどの問題が今あるのかと考えてみますと、やはり本来は立法で対処すべきなんじゃないかと私は思うところです。

川口 今、解釈論としてクラウドワーカーに対して労基法上の労働者として労働関係法規を適用すべきかどうかが問題となっているので、そこをきちんと詰めて立憲法で対応すればいいというのは、失礼ですけども、無責任な言い方のような気がします。

私、池田さんのおっしゃっていることの理論的な筋道がよく分からないんですけど。ウーバーイーツが労基法上の労働者であると言うと、労基法の厳格な適用が阻害されるとおっしゃいましたが、どうしてそうなるのか、もう一度説明していただいていいですか。

池田 要するに、労基法上の労働者概念自体を広げていくべきという仮説に乗ったとして、先ほどの橋本さんのご著書の議論とかぶってしまっているかもしれ

ないですが、そうなったときも適用すべきでない労基法上の規定というのを、裁判所は結局適用しないようにすると思うんですね。

そこで、そういう法規をどうやって適用されないとか裁判所が理論づけるかということ、おそらく当事者の合意を介在させて処理するロジックしかないんじゃないかと思うんです。ただ、もちろんふさわしくないから適用しないなんていうルールは立てられないと思うので、合意を媒介させつつ適用対象外と判断するという体をとることになって、それは今ところどころで問題になっている強行法規を合意だけで実質的に外すという、そういう理解をさらに進めないか気がかりです。そういう規範が仮にウーバーイーツの人について適用されたときに、それが先例として立つことによって、その後めぐりめぐって、典型的な労基法上の労働者と言われるような人にまで同じような話になって、同意で何でも規制を実質的に外していいという話になってこないかが、労基法の体系的な運用という観点で気になるところです。

そうすると、特定の法規との関係で保護を及ぼしたいのなら、やはり第三カテゴリーがいいんじゃないかと思うんです。だから、その一環として労災補償の特別加入というのがあって、労災補償の問題はこれで一応対応できているわけですよね。そうすれば、あとは当事者のリスク感覚というか、そういう問題になってくるんだと思うんです。

川口 でもご存じのように、特別加入は就労者本人が保険料を払わなければいけませんし、当然労基法上の労働者として取り扱われている場合に比べれば保護は薄くなりますので、特別加入があるから労基法上の労働者として扱わなくてもよいということにはならないと思います。また、私はウーバーイーツの配達パートナーに労災保険法だけを適用しろと言っているわけではなく、労基法上の労働者として労基法等の法律を全部適用すべきだと言っていますし、適用すべきでない規定があるとは思いません。また、強行法規は当事者の合意によって適用排除はできませんので、私は、池田さんのおっしゃっていることの意味がよくわかりません。

新屋敷 浜村さんたちの議論の中でも、労働者性の判断をするときには、目的的な、各条文についての適用を考えるべきだという趣旨の主張があり、従来、議論があったところです。

その点に関連して、そうした適用をやり始めると、たしかに、池田さんの指摘されるような問題が生じそうだと思います。つまり、労基法上の労働者概念を広く理解して入り口を広くしてみたところ、後で適用すべきでない法規があるとなると、その適用を調整しようと、裁判官が工夫し始めて、当該条文を合意や自由意思によって排除できるというような途を解釈として展開させそうです。だとすると、全体的なバランスをどう取るのかという点から考えて、労働者概念の解釈論だけではやっぱり押せないんじゃないかと。そうした解釈の試みが、かえって労働者の権利の強行性や法的な確定性を阻害すること考えられると思います。

もう一つ、川口さんが信義則によって契約関係を捉えるという趣旨のご発言をされていたかと思います。イギリスの議論になってしまいますけれども、山川さんに提示していただいた図やウーバーイーツの話をどう説明するかという、イギリスだと、代理関係だとウーバーイーツ側が主張することが考えられると思います。たしかに詭弁とも捉えられますが、他方で、以前、シェアリングエコノミーなどともはやされた時期に、新しい形のビジネスとして、役務提供者も、利点を見出していたことを思い出しました。この本の中でも、労働時間の融通が利くといったことも示されていたように、こうしたビジネスは、個人の自由や能力の発揮、展開に資する契機を含んでいると思います。そのため、実態の評価の局面でも、信義則に対して、契約の自由、営業の自由、職業選択の自由といった強い規範が存在するでしょう。

こうした規範が衝突し合うなかで、裁判官は解釈を求められ、事案ごとの判断になるのは当然ですし、さらに、結果も判然としないのに、労働者が、権利が認められるのを信義則に期待して裁判所の前で待つことになるというのも、よくないと思います。解釈の範疇だけで議論すべきではないと、規範的にも私はそのように理解しているところがあります。

川口 解釈で議論すべきではないという見解は私には理解できません。一応、本のほうに少し戻りますと、浜村さんは各条文を各労働者の合意によって外していいと言っているわけではなくて、各条文の趣旨に照らして、まさに法の客観的解釈によって適用するかどうかを判断すべきだと言っているので合意によって好きな条文を外せると言っているわけではな

いと思います。

それから最高裁は、強行法規が当事者の合意によって適用除外できるとは言ったことがないので。最高裁が言っているのは、例えば全額払の原則の射程距離もそうですけれども、法が禁止しているのはここまでだと。そのうえで、法は禁止していないけれども、それは例えば労働者にとっては不利益になりうるので、当事者の合意を認定する場合は慎重にしなければいけないと言っているの、そこは区別をしたほうがいいと思います。

私はクラウドワーカーの多くを労基法上の労働者として労基法等の法律をすべて適用することによって結果の妥当性を欠くことになるとは思いますが、労働者の間口を広げると何か不都合が起こるんじゃないかという、非常に抽象的な言い方で労働者の範囲を狭めるのは妥当ではなく、労働者の範囲を広くしたことによって個々具体的にこういう解釈上の問題点なり、あるいは不整合点があることを言わないと、労働者がかわいそうだと思います。

山川 たしかに浜村さんは規定ごとに労働者性を相対的に解釈できるという趣旨を述べておられますが(447頁)、川口さんは規定ごとというよりも、法律で全体として決まるという議論で、労基法だったら労基法の規定ごとに捉えるわけではないということです。

川口 法律によりますが、労基法については労基法上の労働者の定義規定が存在しているのでそうです。労基法自体が適用除外している41条とか41条の2とかはもちろん別ですけども。

山川 下井隆史さんも同じように規定ごとに相対的に考えるという考え方です(『労働基準法(第5版)』(33頁)(有斐閣、2019年))。池田さんと川口さんの議論で出てきたように、労働者であるとした場合に具体的にどういう不都合があるかは考える必要はあろうかと思います。例えば、一般の契約だと認められない契約内容の一方的変更が、労働契約と性質決定したら労契法10条によって認められるようになるのか、また、懲戒処分もできるようになるのかは問題になるかもしれないですね。

Ⅲ コロナ禍と労働法

● 紹介

土田道夫「新型コロナ危機と労働法・雇用社会
(1)・(2)」

山川 では、コロナ禍と労働法というテーマにつき池田さんからお願いします。

池田 私からは、土田道夫さんが2回にわたり『法曹時報』に掲載された「新型コロナ危機と労働法・雇用社会」というご論文について、紹介させていただきます。

本稿は、2020年初頭から現在に至るまで、全世界に未曾有の災厄をもたらしている新型コロナウイルス感染症の流行がわが国の雇用社会にもたらした影響や法的課題に関し、新型コロナウイルス感染症の流行が直接的にもたらした問題と間接的に顕在化させた問題とを区別しつつ、いわゆるポスト・コロナ時代を見据えた中長期的な雇用社会の変化をも考慮に入れて、労働法の知見から各種の問題状況への応答を試みるという取組です。

同様な試みは既に多数の論考・書籍において取り組まれておりますが、新型コロナウイルス感染症の流行が直接・間接にもたらした課題について、単独の著者が、中長期的な視点も交えつつ、包括的な検討を加えているものでありますので、とりわけ労働契約論をめぐる検討という意味において随一の緻密さを誇るものかと思えます。

内容としては、まず(1)において、大きく2つのカテゴリーの問題を論じていまして、まずこのコロナ禍が直接にもたらした労働法上の課題について、人事上の措置や雇用の終了など、労働契約関係の課題を論じています。それから後半では、この新型コロナウイルス感染症が間接的にもたらしたと言える課題として、とりわけ社会的な影響が大きかったテレワークをめぐる法的課題の検討を行っています。

個別のテーマはものすごく細かくなりますので、著者の検討などは割愛しますが、具体的なテーマのみ申し上げますと、コロナ禍での就労義務や安全配慮義務のあり方、私生活への介入の是非、休業補償、各種の規範を通じた労働条件変更、解雇・退職勧奨、ワークシェアリング出向、採用内定取消、雇止めなど非正

規雇用の問題を考察し、さらにテレワークに関しては、いわゆるテレワークガイドラインを踏まえつつ、テレワーク導入に係る手続的規整の紹介の後、恒常的なテレワークと、緊急事態宣言が出てとりあえずやらないといけない状況での緊急避難的なテレワークの区別の必要性も指摘しつつ、テレワークの実施に直接に関係する事項として、それを命じる使用者の権限、及びそれを請求する労働者の権利の有無、並びにテレワーク時の費用負担、労働時間管理の問題を論じたいうえで、これに付随する事項として、人事評価、労災補償、ハラスメント、情報セキュリティに関する問題を検討されています。

そして、後半の(2)におきましては、今般のコロナ禍を乗り越えた先の言わばポスト・コロナ時代を見据えつつ、新型コロナウイルス感染症の流行がわが国の労働市場に及ぼした影響を踏まえて、ジョブ型雇用であるとか兼業・副業の広がり、転勤のあり方、非正規雇用労働者の均衡待遇、フリーランスなどの自営的就労をテーマにして、わが国の問題を検証し、最後に、本稿で検討できなかった課題としてAI社会の進展を挙げていらっしゃいます。

本稿の意義については、2020年以降の学界の状況を展望するという本企画の趣旨からして、新型コロナウイルス感染症の流行は外すことのできない重大な時事問題であろうかと思えます。ところが、新型コロナウイルス感染症の流行がもたらす労働法上の課題を包括的に考察する本稿を見ますと、このコロナ禍でもたらされた労働法上の課題について、コロナ禍特有の問題というものとは存在せず、既存の労働法上の法理の応用問題にすぎないことがうかがわれてくるようです。本稿で検討されていない論点として挙げられているAI社会の進展を考えてみましても、新型コロナウイルス感染症に特有の問題状況は容易には想起し難いです。

このように、コロナ禍というものは社会に革命的な変化をもたらした重大な時事問題でありながら、少なくとも新たに労働法に関する法的な課題をもたらすものではなかったと評価せざるをえないと思います。もっとも、既存の法理の応用で解決できるがゆえに新型コロナウイルス感染症の流行がもたらす労働法上の課題の検討に価値がないという意味ではなく、感染症の流行は、わが国への影響の程度に差こそあれ、歴史を振り返ってみれば頻繁に繰り返されている事象であ

り、そのような危機に瀕して生じる労働法上の諸課題はむしろ積極的に検討すべき課題であろうと思います。

ただ、戦後、わが国では感染症の流行の影響を受ける機会がほとんどなかったため、本稿で明らかにされているとおり、従前の労働法上の議論では、これら感染症の流行に際して生じる労働法上の諸課題について曖昧なまま放置されてきた論点も多いと言わざるをえません。したがって、本稿が試みるように、コロナ禍をどのように従来の労働法上の議論に位置づけるかを理論的に突き詰めて検討することは、まさにコロナ禍を受けた学界の使命ということでもありますので、本稿が契機になって積極的な議論の喚起が期待されます。

次に、論点としましては、私としてはぜひ議論したいところとして主に2点、おまけで1点というところを挙げております。

まず第1点としましては、コロナ禍での休業と賃金・休業手当の議論になります。コロナ禍での問題を考えるにあたっては、これまで抽象的な概念で何となく処理してきた事項ほど理解が困難になるのは、しばしば見られることだと思いますが、労基法26条と民法536条2項の関係はそのような事項の典型ではないかと思います。従来はどちらも独立して適用され、労基法26条は履行の提供が明らかに不要で使用者の帰責性の成立範囲が広い。そして、額は、民法536条2項のように中間収入は控除されないが、労基法26条だと平均賃金の6割にとどまるという程度の違いがあると認識されていたところになります。本稿もそれを前提に、従来の議論を踏まえつつ、これをコロナ禍に当てはめることを試みています。

具体的には、労基法26条の従来の解釈は、広い意味での使用者の経営管理上の障害を含むという意味で使用者の帰責性を捉えてきたところ、たとえば自分たちが自ら選んで入居するショッピングモールが休業するから自分たちも連動して休業になるというのは、実際には経営管理上の障害とも言えるような気がします。もちろん私も必ず経営管理上の障害に当たると断言するつもりはありませんし、土田さんも別に断言しているわけではないわけですが、本稿で不可抗力に当たると解する余地があるという理解だけを示しているのはいかがなものなのかと私としては感じたところとして、そこら辺の不可抗力の理解や労基法26条の帰

責性の理解についてご意見を伺いたいと思いました。

また、新型コロナウイルス感染症の流行というのは、使用者が人為的にウイルスをばらまいたというわけではありませんので、ある種の自然災害に類する現象だと思います。その時に、営業権的に言えば営業することができるものの、開店しても客が来なくて休業状態になるようなときに店を休む決断をするというのは、本当に民法上の意味での使用者の帰責性がある行為なのかというと、ちょっと厳しすぎるような気がして、その点でも私としては本稿の結論に疑問があるところです。もちろん、使用者個人の帰責性という観点から言うと、たしかに経営判断として休業させているといえれば帰責性があることになるのかもしれませんが、それこそ労基法26条が想定していた休業補償の場面なのではないかと私は思うところで、民法上の帰責性の理解についても皆様のご意見を伺いたいと思っています。

あと、本稿で論じられていない課題として、本稿では使用者側の事情に基づく休業だけが検討されていますが、新型コロナウイルス感染症に絡む問題としては労働者側の事情に起因するものも検討すべきだったように思います。労働者自身が新型コロナウイルス感染症に罹患した場合、あるいは濃厚接触者になって就労できなくなるという場合、職場由来と私生活由来で違いがあるのかもしれませんが、いずれにせよ労働者側の事情で休業せざるを得ない状況に追い込まれます。ただ、法律だけを読んでも、日本では、入院勧告が出ている人以外には、協力要請しかありませんので、こういった人が働いてはいけないというのは、法律で義務づけられたことではないということになります。そうすると、モラルとしては気になりますが、特に単なる濃厚接触者にとどまる労働者に就労の意思がある場合には、これらの者の就労能力を否定して休業させる、要するに就労を拒否するというのは、まさに使用者都合の受領拒否になるんじゃないかという気がします。あるいは、職場での感染者の発生による非感染者の休業など、職場でのクラスターが発生したときの休業補償のあり方も本来ならば本稿で論じてほしかったところです。職場由来の場合、労災や安全配慮義務違反に当たるかは検討されていますが、それゆえに休業させた場合の後始末のようなものが特に検討されていないということです。こういう場合に休業させると、休業の直接の理由は公衆衛生上の理由なので、

使用者に帰責性があるのかも気になりますが、その帰責性は民法上の帰責性なのか、それとも経営管理上の障害という意味での労基法 26 条の帰責性にとどまるのかも気になるところです。

それから、テレワーク時の労働時間管理も気になるところです。この点は、いろいろなところでさんざん議論されているところでもあるんですが、本稿では、テレワーク時の労働時間管理について、こうすべきという話は特に言っていないで、フレックスタイム制とか裁量労働制とか、あるいは事業場外みなし労働時間制といったようなさまざまな既存の制度で対処するしかないという話の中で、突き詰めて言うと、結局、裁量労働制が望ましいけれども、それを拡大させる法改正が働き方改革関連法の際に成立しなかったことになりますので、そういったものを拡大していくのが将来的に望ましいのではないかというニュアンスの話がされているところではあります。

そのうえで、在宅勤務などで思い切り勤怠管理すると、それはプライバシー侵害とかハラスメントの問題が生じるのを一方で論じていらっしゃると思いますので、そうすると、そもそも実労働時間制の労働者にテレワークさせるのは現実的なのかという疑問が生じてくると思うんですが、その点は特に本稿では検討されていないことになります。

というのも、フレックスタイム制も、これは労働者に始終業時刻を判断させる制度になりますので、テレワークにかなり親和的な制度と言えるかもしれませんが、これは、通常、会社で仕事をする際に、いつ出勤してきてもいいし、いつ退勤してもいいということで、やはり会社が最終的には管理できるという前提で成り立っている制度ではないかと思います。したがって、これを在宅勤務に当てはめるとうまくいくという単純な話ではないと思います。

そうすると、実労働時間勤務制で裁量労働制が適用されない人ということになってしまうと、テレワークに適した労働時間管理制度は事業場外のみなし労働時間制しかないんじゃないかと思うわけなんですけど、これはテレワークガイドラインがほとんど不可能なような要件を定立しているところではあります。すなわち、現在の判例の状況などを踏まえて、何らかの形で常時連絡可能な体制に置かれている場合には、事業場外労働としてみなすことはできないという基準を示していて、これは判例なんかには照らすとそういう理解になるんだと

思いますが、結局、本稿ではどうしたらいいという話がないので、もし何かご意見があれば伺いたいと思いました。

あと、付随的な話としては、テレワーク時の労働時間管理と職務専念義務のあり方として、日本では労働時間中の職務専念義務が形式的に言うとは非常に厳格に解されていることになるわけなんですけど、テレワークというのはなかなかそれとそぐわない側面が否定できないと思います。

オンライン会議に出ていても気が散るというのは、普通の対面会議の比じゃないということはたしかに言えるかと思うので、そういった“ながら労働”ですね、食事しながら会議に出ているとか、あるいは中抜け時間、家族を駅まで送り迎えしているとか、そういうような時間があつた場合は、これは本来、会社側の許可を取っていない限り実労働時間管理の人だと職務専念義務違反になると思います。もちろん、生理現象であるトイレなどはたとえオフィスでの勤務中でも行きますので、そういう人間としての生理的な時間はともかくとして、そういった中抜けやながら労働が行われていると発覚した場合には、労働者からもしかしたら残業代が請求されてくる可能性がある一方で、会社も懲戒処分できるという話になるのかという気がします。結局、やはり実労働時間制の労働者とテレワークはどうにも親和性がないという印象がするところで、そこら辺、どうやって懲戒の法理と整合させていくかというのも課題かと思うところではあります。

最後、副業・兼業も第三の論点として考えておりましたが、ひとまずこの 2 点でぜひ議論させていただければと考えております。

● 討 論

山川 ありがとうございます。たしかにこのテーマでは土田さんの論文が一番大きな業績になっていると思います。池田さんの提起された論点について、川口さんと新屋敷さんから何かありますか。

川口 それでは、先にごめんなさい。第一の論点の休業と賃金・休業手当の問題につきまして。

まず、民法 536 条 2 項と労基法 26 条との関係ですけども、やはり労基法 26 条は民法 536 条 2 項で保障されない、つまり民法 536 条 2 項の帰責性に入らないものについても平均賃金の 6 割の限度で労働者の生活を保障するという規定で、そういう意味では民法の

規定を補充する位置づけの法律だと思います。あえて特別法ということで、民法536条2項の適用を排除するものと理解する必要はないと思います。

次に経営上の理由に基づく休業について。私は経営上の理由に基づく休業が労基法26条の「使用者の責に帰すべき」休業か否かについては、本当に大規模な自然災害等、特段の事情がある場合を除いては、使用者の責に帰すべき休業と解すべきではないかと思えますので、その観点から当てはめていけばいいのかなと思います。

また、経営上の理由に基づく休業が民法536条2項の「債権者の責めに帰すべき履行不能」か否かは、もう少し判断基準を細かく立てたほうがいいと思います。例えば使用者の労務受領拒否によって労務の履行ができなくなった場合については、その労務の受領の拒否について、信義則上の義務を履行したかどうかで「債権者の責めに帰すべき履行不能」か否かを判断して、休業の必要性、対象労働者の選定、休業の期間等を含めた相当性、労働者との説明・協議をその要件とすればいいのではないかと考えています。

次に、労働者側の事情に起因する休業について。基本的にまず労働者のほうで債務の本旨に従った履行の提供があったかどうかが問題になります。その上で履行の提供があったとして、その次に使用者が受領を拒否して労務の履行ができなくなった場合に、賃金請求権と休業手当請求権の有無が問題となるので、このどこに割り振るかで整理すればよいと思います。

例えば、労働者の債務の本旨に従った履行の提供について、熱がなくて就労できますというだけじゃなくて、他人に感染させない状態まで求めると厳格になってしまいます。なので、そこまで求めるかどうか。例えば風邪を引いていてもマスクをしていれば債務の本旨に従った履行の提供だというような形で、それぞれ池田さんが指摘された事情を割り振っていけばいいのかなと思いました。

次に、職場由来での労働者の罹患とか濃厚接触者になったということについて。池田さんがおっしゃるように例えば安全配慮義務違反は成り立ちうると思うのですけれども、安全配慮義務の内容も、予見可能性と結果回避可能性により判断されるので、どこまで使用者に義務を負わせるのかによって、職場由来での労働者の罹患について労基法26条の休業手当の問題にするのか、民法536条2項の問題にするのかが判断され

ると思いました。

山川 では、次に新屋敷さん、お願いします。

新屋敷 ありがとうございます。

一つは、池田さんのお話から、労働時間管理の問題が大きな問題として提起されていると理解しました。土田さんの議論に直接関係するかどうかかわからないところはありますが、これから本当に在宅ワークオフィスの会社が出てきたときに、どうするのかというのは、たしかに問題になるなと思いました。

また、池田さんも触れられていたテレワーク命令請求権の点で、土田さんが石崎由希子さんや河野奈月さんのご論稿にも触れられていたのですが、私はここは本当に土田さんらしい議論の仕方だなと思いました。つまり、まずは、就業規則によって使用者の権限を認めて、あとは濫用判断の中で調節をするという形で議論を立てられている。

この点、ページとしては73巻5号の878・879頁あたりで、私は河野さんたちがおっしゃっている憲法13条を基礎とする私生活の保護という要請は外せないと思います。土田さんの理論、つまり、就業規則でまず使用者の権利を認め、それを濫用で調整するという問題として構成していいのか、その枠組みの中でそうした要請を扱っていいのか、という点が気になります。皆さんのご意見を伺いたくて。すみません、ずれてしまっていると思いますが。

池田 私が回答するのが適切かわからないですけど、今、労働時間管理について既存の枠組みをベースにして議論を立てられているというお話があったと思うんですが、このご論文は基本的にすべてそれで一貫しているわけです。基本的なベースラインのようなものは一切いじらずに、コロナ禍で起きた問題を個別に取り上げて、これを既存の法理に当てはめる作業をされています。ただ、たしかにそれで足りるといえばそうなのかもしれないですけど、その延長線上にあるのが今のお話ではないかと思うんです。

そこで、テレワーク命令権のようなものも、従来の議論に当てはめるんだったら指揮命令の問題だろうという話で、就業規則上の根拠ぐらひは必要かという、そういうような話になるということです。ただ、その時に自宅でやるのと職場でやるのでは全然違うじゃないですかという話が出てくるんだとは思いうるんですけど、それも結局事業場の違いに類する問題にすぎないという話になって、従来も配転命令できたということ

になると、こういった命令も当然できるという発想の下に成り立っているご議論かと思います。その時に、本来は既存の法理からいじらないといけないという話をする議論との対立関係が生じると思うんです。

だから、土田さんが既存の法理をいじるべきではないと考えて議論を提起されているのか、いまいちよくわからないので、本来ならこちらのほうが望ましいとか、こういう点を考慮して人事的な指揮命令のあり方とかが考え直されるべきだという話がもう少し見えると、その点のもやもや感がすっきりします。そこは本稿ではなく別稿に譲るという趣旨なのか、それとも既存のものは絶対いじるべきではないという発想の下に成り立っているのかが、本稿からはいまいちよくわからないところです。

この点、本稿の後半の(2)は、将来的な雇用社会の変動のような話をされているので、動いてもいいと思われているような気もするところです。ただ、前半の(1)のほうは、今言ったように既存の労使関係が専らベースになっているというのが、いまいち本稿の目的がどこにあるのかがわかりにくい原因かもしれないと思いました。

新屋敷 よく理解できました。

山川 先ほど川口さんのお話を、賃金、休業手当のところまでいったん止めていただいてしまいましたが、テレワークの話をお願いします。

川口 では、池田さんから提起していただいた第二の論点について、テレワークについては池田さんがご指摘のとおり、裁量労働制と、事業場外労働と、適用除外で対応できる人以外にテレワークさせることができるのか。具体的には実労働時間管理ができるのかは難しいところだと思うので、解釈論とすれば、今言いました裁量労働制、事業場外労働、適用除外で対応できない人について、実労働時間の管理ができないのであればテレワークはさせられないということになると思います。

次に、職務専念義務との関係ですけれども、これは、食事をしながら会議に出席してもいいとか、中抜けしてもいいとか労働契約上の根拠があれば当然できるので、労働契約の問題で処理できると思いました。

池田 テレワーク規程のようなものを整備するときに、職務専念義務の問題も加味しつつ整備すべきだと、そういう感じのイメージですか。

川口 ええ、就業規則の規定がなくても、個別の合

意でも構いませんが。食事しながら会議に出席しているよと使用者が言うことに何ら問題はないので。

池田 使用者があらかじめ言っている場合は、ご指摘のとおりですね。でも言っていないときにどうなるかという問題はやはり残ります。実際、オンライン会議中にご飯を食べている人がいたときに、「おまえ、食事の休憩時間は別に取り替えているはずだから食事を止める」という、そういう話を一々オンラインでしないとイケないのかという話だと思います。

川口 職務専念義務違反については懲戒処分の効力が問題となることも多いと思いますが、事前に就業規則に具体的に懲戒事由として書いてあって該当事実が存在するか、また、当該懲戒処分が信義則違反や権利濫用になるかという話になると思います。

あと、副業と兼業の問題は割愛されましたが、私自身は、労働時間規制が労働者の健康安全保障とか自由時間保障とか、あるいはワークシェアリングといった観点からなされていることを考えると、労働時間は当然労働者単位で計算されるのであって、使用者単位で計算されるべきではないので、複数使用者間での労働時間を通算するのは自明であると思います。

池田 ただ、どうやって通算するかというのが多分問題で、現行の解釈だったら通算することになっているわけですね。その時に把握する方法がないという問題があって、そこに土田さんは立法論的な話として、労働者に届出義務を課し、そのために真実告知義務のようなものを課するという趣旨を本稿で提案されています。

川口 それは信義則の話になると思います。

池田 ただ、私としては、プライバシーというか、職場外での生活を、労働時間だけの話だからいいというのかもしれないですけど、使用者に対して告知する義務を労働者に課するというご提案に対しては、何か違和感を禁じえません。

川口 でも信義則上の義務として労働者に課することは可能だと思いますし、逆に使用者側からすると、労基法32条等を遵守するためには当然必要になると思うので、そういう意味では使用者側からすれば労基法32条等の労働時間規制を遵守する義務の一つとして、労働者の兼業・副業等について申告を求める義務があることになる。ただ、実際上は真実が申告されない場合もあるかもしれませんが。

池田 その時どうするかですね。

川口 その場合、例えば、刑事制裁については使用者に科さないということもありますし、労働者による割増賃金の支払請求については、労働者が他で働いていることを使用者が知らなかった場合については、労働者の割増賃金の支払請求は労働者の信義則に反するから認めないこととするとか、対応は可能なので、使用者単位で労働時間を把握するべきとの見解を取る必要はないと思います。

池田 では、川口さんの理解だと、だから例えば労災民訴のような場合も、労働者が真実告知しなかった結果として長時間労働が発覚せずに対策を取れなかったのは、その労働者側の過失として過失相殺になるという、そんなイメージでいいんですかね。

川口 労災保険は関係ないですけど、民訴の場合はそういう形で処理できると思います。

新屋敷 最近関連する判決がありましたよね。

池田 そうですか。

新屋敷 大器キャリアキャスティングほか1社事件(大阪地判令3・10・28 労判1257号17頁)でした。

池田 ああ、あのガソリンスタンドを掛け持ちして長時間働いていた方の事件ですね。

山川 テレワークの労働時間管理については、事業場外労働のみなし制など特別な制度が適用される以外だとやはり難しいというのが池田さんのご理解でしょうか。

池田 私はそう思っています。そう思っているし、本稿の土田さんも、はっきりとは言わないですけど、そういうご趣旨なのであろうと私は考えました。

ただ、現実には実労働時間制の人をテレワークさせるのが、コロナ禍での緊急事態宣言下などで既に行われ、その後は、緊急避難的なテレワーク以外でもなし崩し的に既に行われてしまっているのが今の実務だと思いますので、その時にそれらすべてを事業場外労働としてみなし時間で扱うのは無理だろうと私は思うところです。ただ、それではどうするのっていう、現実の問題があるかなと思います。

山川 政策的に事業場外労働のみなし制の適用の仕方を考えるということは一つありえて、ガイドラインも出ています。むしろ通常の労働時間制度が取られているとき、川口さんの問題意識とも共通するのかもしれませんが、一体労働義務の履行とは何かということがあって、たしかに会議中に食事していたら懲戒処分の対象になりそうですけれども、日本の企業では、出

社した後に業務に関係のない部分も含めて新聞を読んだりしているわけですね。お茶を飲んでいる時間など、100%すべて業務に関連することばかりしているわけではないことをどう考えるか。そもそも労働義務の内容をどう設定するのかということと関係してくるのかなという気がします。

つまり、テレワーク時の労働義務とは何かという問題は日頃の労働義務にも実は関係してきて、契約上どのようなものとして労働義務を設定したかによって変わってくるという、ある程度、合意レベルの話が入ってこざるをえない。例えば、仕事しているときに「明日飲みに行かないか」と同僚を誘うことは、労働義務に反しているんですかね。

池田 今のところ、職務専念義務にかかる最高裁の判例(目黒電報電話局事件・最三小判昭和52・12・13民集31巻7号974頁)を前提にすると、全身全霊をかけて、一分の隙もなく労働に集中しないといけないという義務になると思うので、それを厳格に適用するとか、あの判例の趣旨からすると、そういった話をするのも職務専念義務違反になりそうです。

山川 そうなりかねないですよ。

池田 そう思いつつ、それが現実的じゃなくておかしいというのはそのとおりだとも思うんですけど、一応、理論的にというか、判例からの流れとしてはそういう理解になるんじゃないかと思うんです。

だから、先ほどのお茶を飲んでいるとか、同僚と話をしているとか、新聞を読んでいるとかというのも、本来は職務専念義務違反で懲戒事由ということになるんだと思うんですけど、それはあまりにも現実的じゃないでしょうといえ、そのとおりです。じゃあ、現実的な解決策は何ですかとなると、結局、労働契約上その程度は許容されているという話になるのかなと思うので、それを主観説というか、契約説というのかわからないですけど、それゆえに許されるという話になるのかと思うんです。

これを突き詰めると、先ほどの川口さんのご指摘のとおり、テレワークの時にルールとしてちゃんと立てていけばそれでいいという話になるので、たしかに通常の職場の労働時間管理のあり方と質的に変わるものじゃないと言えるかもしれません。

川口 労働義務の内容は、一つは契約の解釈の問題だと思うので、契約の解釈で、今言いましたように食事しながら会議に出席していてもいいという契約内容

であれば、問題ないです。労働義務を緩和するほうは問題ないですけれども、契約の内容としてとても厳格に、それこそ無駄なことは一切言うてはいけないという労働義務を設定した場合は、公序とか信義則とかで義務内容が限定され、社会通念上これぐらいは許容されるという範囲があると思います。人間は機械ではないので、全身全霊って絶対無理な話なので、労働義務の内容については、公序とか信義則で限定され、職場によるので具体的にはなかなか言えないですけれども、労働以外の一定の行為も許容されると思います。

労働者のいろんな基本的人権との関係からも、労働義務の内容を公序や信義則で制約する必要がある、契約で決めればどんな義務内容でもいいとはならないと思います。

池田 結局、労働時間管理にかかる労基法の労働時間という発想がやっぱり古いということなんですかね。工場の労働者は一瞬たりとも気を抜いたらラインが回らなくなるという話になるので、まさに職務専念義務を尽くしていないと労働が成り立たないタイプの労働だと思います。ああいう人たちを想定して立てられたのが、労働時間に関する三菱重工長崎造船所事件判決（最一小判平成12・3・9民集54巻3号801頁）ですよ。そういう労働者を想定して立てられた労働時間の基準が、ホワイトカラーを想定するとやはりいろいろおかしいという話になるようです。

山川 まさにそういうことがコロナ禍のテレワークで顕在化してきたということですね。新屋敷さんは、ご専門の労働契約論の観点からどうですか。

新屋敷 ありがとうございます。気になったのが、テレワーク自体で例えば契約を成立させるときに、合意で、うちの会社は原則テレワークですと約束した場合です。その場合、労働の場所やそれをめぐる管理について、合意によって設定していることになって、その労働契約では、従来の労働契約とはちょっと違う意味での労働の場所が、契約上、本質的なものとして合意されている。

その場合に、川口さんが例示していた契約で極端なことを定める場合に、どうなるのか。今、ドリームエクスチェンジ事件（東京地判平成28・12・28労判1161号66頁）を見ていたら、私的チャットを行った場合にも職務専念義務に反することになる、しかし、職場における私語など、他の私的行為についても社会通念上相当な範囲においては許容されているとされて

います。判例はこのように展開してきているので、川口さんのおっしゃるように、公序や信義則によって一定程度権利行使の幅は縮められる。他方で、先に述べたように、契約における本質的な内容の相違があるわけで、それがどのようにその後の議論に影響してくるかは議論する必要があると思います。

先ほど池田さんから、土田さんの議論は、根本的に何かを変えるという視点では組まれていないということでしたが、もし今述べたような契約の本質的な内容がこのテレワークの就労の場合には異なってくるのであれば考えなきゃいけないと、皆さんのご議論を伺っていて思いました。

山川 ありがとうございます。あと、新屋敷さんはテレワークのお話から始められたので、先に川口さんがコメントされた賃金、休業手当についてはいかがでしょうかね。

新屋敷 ありがとうございます。労基法26条と民法536条の池田さんのご指摘の一般法と特別法という理解の点では、私は、その点は、川口さんと同じ理解になると思います。現在の、消滅時効の5年、3年の枠組みは、一定の妥協の結果だと理解しているので、その状況を前提に、各条文の法的性質を理解する必要性があまりないのではないかと思います。

川口 あと1点、この民法536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」ですけれど、これは債権法改正の議論で、山川さんもずっと審議会に出ていらっしゃるからよくご存じかと思うのですが、今までは「故意過失または信義則上それと同一視すべき事由」との解釈だったのが、今後は「契約及び取引上の社会通念に照らして」という解釈で考えたほうが良いということ京都大学の潮見佳男さんもおっしゃっていたので、今後、契約及び取引上の社会通念に照らしてと考えるとどうなるのかを検討していくのも面白いと思った次第です。

山川 当てはめのところも、たしかに池田さんの言われたように、細かく考えていくと、どうかなと思われる部分が出てくるかと思います。売り上げ減少も、川口さんも言われたように、ケースによっていろいろ変わってくるのではないかな。普通の営業をしていても起こるような売り上げの減少の場合は、休業手当というよりは民法536条2項になるんじゃないかな。通常の営業基盤自体が全然変わってしまったような売り上げ激減はやはりちょっと違うのではないかなという

感じがしたところです。土田さんは設定された事例を前提に検討されていますが、個々の事例によりいろいろな扱いがありそうな気がしますね。

あとは、労基法 26 条の行政解釈も古いものが多く、現在の運用と統一されているのかなという感じもあるんですね。これまで割と曖昧に済ましていた部分がコロナ禍によってやはり顕在化したことの一つの例かなと思いました。

あと、工場が地震で倒壊した場合は不可抗力ですね。池田さんは違うというお考えになるんですね。

池田 いや、どうなのでしょう。

山川 そうでないと不可抗力の場合がなくなってしまうのかと……。

池田 いや、地震そのものが原因と言えるのかというところで、どうなのでしょうと思うところです。建物がもちろん耐震基準を満たしていないとかという話になると、それは使用者側の原因ということになると思うんです。

川口 ただ、工場が倒壊したら、その後は操業は不能ですね。

池田 操業は不能ですね。その時に不可抗力で支払い義務がないとかどうかということですね。あと、今の話は、その操業不能で会社自体がもう経営が立ち行かなくなると、多分解雇という話にもなってくると思うんですけれど、その解雇に至らないような会社での話ということですよ。それか、解雇に至るまでの僅かな期間の話ということになるんだと思うので、一般的に言うところと山川さんのおっしゃるとおりでたしかにそれは不可抗力だということだとは思いますが。

山川 もちろんほかに事業所があって、そこで操業できるなどの場合は別ですが、そこしか工場がない場合とかをどう考えるか。

池田 私は、使用者のリスクヘッジで何とかすることは、労基法 26 条の帰責性を基礎づけるというふうに、大まかなイメージとして抱いています。そうすると、地震で崩れるような工場とか、巨大地震が起きるようなところに工場を建てていること自体も労基法 26 条の帰責性と言えるかもしれないですけど、一方で、小説やドラマの話ではないですが、日本自体が沈没するような大地震だったらまた別だとは思いますが。

山川 それは不可抗力ですね。

池田 そうです。その日本沈没のレベルに至らない

時に、そういう震災が起こるようなところに工場を建てていることも、使用者側がコントロール可能な事情じゃないかという気もするところなんですよ。

山川 なるほど。

池田 だからって、そう言ったら際限なく使用者の帰責性が認められてキリがないじゃないですかという話かもしれないですけど、労基法 26 条の趣旨っていうのはそういうところなんじゃないかと思うんです。

山川 労働者の生活保障ということですね。

池田 そうです。それで、そもそも使用者が休業補償の支払いに耐えられないという場合は、やっぱり解雇という話になるんじゃないかという気がするのですが、解雇せずに雇用をつなぎとめていられる期間の話だけであれば、そういう解釈でいいのではないかと思います。だからこそ、私としては労基法 26 条のみでいいんじゃないかと思うところなんです。

山川 さきほどの解釈は、いわばそれとバーターということですね。

池田 はい。これは勝手な私の世界観の話ですけど、労基法 26 条の帰責性をとにかく広く取って、帰責性が広い代わりに、額は中間収入を考慮しないものの平均賃金の 6 割止まりで労働者の生活保障に徹するという発想です。日本にはそういう発想の仕方はあまりないですよ。労災も、労災補償で無過失責任を認めたから民事訴訟を排除しましょうという話にならずに、別途足りなければ民事訴訟でいきましょうという話なんですけれど、こども理念的には同じ話かなという気がするところで、休業補償では広めに帰責性を取って、いろんな場面を全部カバーする形で平均賃金の 6 割を払いますということをやっているけれども、足りなければ民法 536 条 2 項で未払賃金請求してくださいという話になるので、多分同じ問題だと思うんです。結局、どちらをよしとするかということだと思えます。

山川 コロナ禍においては、政府としては雇用調整助成金を大幅に拡充し、休業手当の制度自体は見直さずに対処して、ほぼ平常に戻りつつあるのですが、また同じような事態が起こったときに改めて休業手当とは何かという話を検討せざるを得なくなるので、基本的な休業手当の制度のあり方は、本当は平時でも検討しないといけないかなと思います。

新屋敷 池田さんのご説だと民法 26 条で一本化し

ていくということだと思うんですけど、民法536条1項について議論する必要があるのではないかと思います。今伺っているお話って、当事者双方の責めに帰することができない事由についてのお話のように思います。全体として、山川さんのおっしゃる通り、平時でも両条文の整理をもう少し展開しておくべきだと思います。

川口 賃金の重要性を考えると、例えば使用者がじゃあ今日はもう来なくていいよと言ったら、それで休業手当だけというのは、労働者の保護の観点から問題だと思います。個人的には、民法536条2項と、重畳的に労基法26条もありつつ、労基法26条は広げる。池田さんのお考えだと、労働者の責めに帰すべき事由以外は、つまり労働者が債務の本旨に従って履行の提供をした以上は、履行できなかった場合は休業手当を払うということに近いと思うのですが、それはそれで重畳的であってもいいように思いました。

山川 そこは池田さんの理解でも、完全なる受領拒否まで含めるかどうかはまた別で、休業はある程度の外部性が要るんじゃないかという話はあるかもしれないですけどもね。

池田 そうですね。労基法26条で支給される平均賃金の100分の60という金額が低すぎるという問題も、もしかしたらあるかもしれませんが。そもそも平均賃金が分母になって、その6割なので、大分目減りするという問題が日本の賃金体系からするとあるということです。

山川 一時金を算定基礎に入れないことなどによるものですね。

池田 はい。ただ、それを除くと、労働者保護のために民法を援用するという行為に、私は個人的にもやや感があるんです。労働者保護は労基法の役割でしょ、というイメージからすると、労基法がそれでいいと言っているのに、それ以上を民法が適用できるから払えと言うのは、じゃあ労基法は何なんだろうというように思ってしまう。一方、それにもかかわらず、現行の解釈では、平均賃金の6割が下限になる形で、どんなに中間収入を稼いでいても、平均賃金の6割は払わないといけなから中間収入控除の限界になるんですという話は謎で、そんなにすごく稼いでいるんだったら、そもそも補償なんて要らないじゃないかという気もしなくもないところです。結局、現行の解釈が本当に論理的に成り立っているかという、いま

いち成り立っていないような印象を抱いていたので、今回皆様のご意見を伺えて勉強になりました。

IV 解雇の金銭解決

● 紹介

山本陽大『解雇の金銭解決制度に関する研究——その基礎と構造をめぐる日・独比較法的考察』

山川 それでは、解雇の金銭解決問題について、山本陽大さんの『解雇の金銭解決制度に関する研究——その基礎と構造をめぐる日・独比較法的考察』を取り上げたいと思います。

本書は、近年におけるわが国の労働法政策及び労働法理論においてさまざまな議論の対象になっている解雇の金銭解決制度について、検討すべき論点を整理した上で、ドイツにおける解雇規制及びその金銭解決の制度と運用状況を詳細に紹介・検討し、進んで、日本法とドイツ法の比較を踏まえて、解雇の金銭解決制度のあり方についての理論的な整序とドイツ法から得られる示唆の指摘を行ったものです。

本書は、まず第1章「日本における政策・議論動向」において、わが国における解雇の金銭解決制度をめぐる政策や理論の動向を段階的に整理し、制度の法的構造に関しては、事前型・事後型という制度の類型、制度の対象となる解雇の類型、制度の利用主体、労働契約の終了時点などの論点ごとにこれまでの議論を整理しています。

次に、第2章「解雇規制の国際比較」では、そもそも解雇に対しては各国でどのような法規制と救済がなされているのかを整理し、比較を行ったうえで、不当解雇を無効とする原則が採用され、かつ解雇の金銭解決制度が現に存在するドイツ法を比較法的検討の対象とする方針を設定します。

そこで、第3章「ドイツ法における解雇の金銭解決」では、ドイツにおける解雇規制の基本構造（解雇制限法による解雇規制と労働関係の「存続保護」の理念による解雇無効原則）と解雇制限法上の解消判決制度を把握したうえで、近年の解雇規制改革に関する議論を振り返り、2003年の法改正によって新たに設けられた、経営上の理由による解雇の際の労働者の補償金請求権及びそれをめぐる議論について詳細に紹介し

ています。また、ドイツでは、実際には解消判決制度も補償金請求権制度もさほど利用されておらず、通常の解雇訴訟において裁判上の和解により金銭解決がなされることが大多数であることから、和解の実態やその背景についての考察もなされています。

以上のドイツ法の検討をふまえて、第4章「比較法的考察」においては、ドイツ法と日本法の比較検討が行われ、ドイツ法の検討から得られた日本法への示唆も示されます。そこでは、労働者側の選択肢を豊富にし、原則は解雇無効とする観点からは、労働者側が利用を選択できるという制度は十分に考慮に値するとするとともに、使用者側の利用についても、信頼関係の破壊ないし崩壊が認められる場合には考慮の余地があるとしています。

本書は、まずわが国における解雇の金銭解決制度をめぐる議論状況を的確に把握して、検討すべき論点を明確に整理した点で、この問題の議論の全体像を把握する上で非常に有益なものになっています。また、ドイツ法の考察においても、法制度の内容のみならず、その趣旨や歴史、改革をめぐる議論、加えて裁判上の和解の実情も含めた解雇の金銭解決をめぐる状況について詳細な検討がなされていますので、比較法的考察として高い価値を有すると思います。

これを踏まえた日本法の検討においては、例えば、制度の趣旨について、解雇の救済の選択肢を拡大するという見解によるならば、解雇の無効を前提として一定の場合に金銭解決を認める制度が基礎づけられやすくなるなど、制度の導入の判断やその内容の設計において重要となる視点を示すにとどめ、謙抑的な姿勢が取られています。こうした姿勢は、この問題についての議論を先に進めるうえでの共通の財産となる価値の高い研究業績であることを示しています。比較法的検討に基づいて日本法への示唆を導くというアプローチとしては、模範的なスタイルになっていると思います。

他方で、本書は、違法解雇を無効とする原則を維持したうえで、労働者側の選択肢を豊富にするという観点から、労働者側が利用を選択できる金銭解決制度は十分に考慮に値するとして、さらに、使用者側の利用についても、信頼関係の破壊が認められる場合には考慮の余地があるという示唆を提供しています。

こうした著者の見解は、解雇の金銭解決制度は、例えば不当解雇を原則として無効と考えるかどうかと

いった解雇規制の基本的構造という基本的な論点と関わっていて、それらの論点についての考え方は、制度設計のあり方と論理的に整合性が取れたものであることが必要となることを示しており、この点でも本書の価値は高いと思います。

論点としては、ご本人も残された課題としていますが、そもそもの解雇規制の基礎にある理念の問題が出てくるかと思います。ドイツも日本も違法解雇を原則無効とする点では共通はしていますが、ドイツでは基本法が解雇規制の基礎に影響を与えていて、職業の自由を根拠とする労働関係存続保護の理念が解雇無効原則を根拠づけるとしています。他方で、使用者の営業の自由との調整という観点から、労働者と使用者の間の信頼関係ないし協働関係が崩壊していることが解消判決の基礎になるとされています。こうした信頼関係破壊という発想から、使用者側申立てによる金銭解決制度も考えられるという示唆に結びついています。

これはさらに考えると、信頼関係が破壊されたということが、そもそも労働契約を終了させる事由、広い意味では解雇事由になり得るのかという問題があることを示しています。これは、事前型の金銭解決制度にも論理的にはつながりうるものとも言えそうです。これは、雇用関係をどのようなものとして捉えるかにも関わっていて、離婚でいえば一種の破綻主義的な雇用関係の理解とも言えそうです。日本の場合は整理解雇を除き有責主義的な解雇規制の発想ですが、こういった破綻主義的な雇用関係の理解がドイツでどのようにして認められてきたのか。日本の議論は、厚労省の「解雇無効時の金銭救済制度に係る法技術的論点に関する検討会」も含めて、事前型は最初から検討の対象から外していますが、より根本的に考える場合には、日本でそもそも雇用関係における信頼関係というものをどのように考えるかという論点が出てきうるのではないかと思います。

それから、金銭解決の場合の金銭の性格について、ドイツでは解消判決に関して、補償金は労働関係を失うことに対する補償としての性格を持つとされています。内容としてはいろいろあり、労働関係の喪失による経済的損失の補償、精神的損害の填補、使用者への制裁などが挙げられています。日本法への示唆を考える場合に、これらについてより詰めた検討が必要になりそうな気がします。ドイツでは、勤続年数×月収×0.5という定式が補償金についてほぼ確立しています

ので、あまりこの点の議論を詰める必要がないのかもしれませんが、勤続年数を考えるのはなぜか。それから、最終的に裁判所の裁量が入ってきて、補償の中に損害賠償とは異なる要素が入りうるようですが、それはなぜか。例えば再就職の難易のようなものは損害の内容との関係でどう位置づけられるのかといった問題が出てくるかと思います。

また、解雇が介入しないで労働者が単純に辞職する場合には一般には補償がないのが基本ですので、労働関係を失うことに対する補償ということは、労働者の単なる辞職とどう違うのか。その点では、この補償金は紛争解決プロセスの中で初めて問題になることをどう考えるか。例えば解雇無効による地位確認判決によって得られる利益を労働者側が放棄する代わりに、契約終了によって紛争を解決する、そのような紛争解決の対価として金銭の補償を得られる、そういう説明もありうるのではないかと思います。

あとは、實際上、ドイツでは解消判決制度があるとしても、実際は裁判上の和解で紛争解決がなされていることとの関係で、先ほどお話したように、労働者側が解消判決を申し立てる場合も、解雇が無効であることにとどまらず、雇用継続の期待困難性を別途要件として主張立証しなければいけないことになっていて、これが裁判手続の運用や和解による解決の実際に影響を与えていないか、制度を設ける場合には主張立証上の問題が運用に影響するのではないかと。といった問題が出てくるのではないかと思います。

これらの多くはご本人も課題として認識しているものですが、いずれにせよ本書は、問題についての理論的な研究を促進する、非常に大きな知的刺激を提供するものではないかと思います。

● 討 論

新屋敷 事前型と事後型に分けるという点についてなのですが、本当にそうやって分けて、それを全体として解雇の金銭解決制度として捉えることができるのでしょうか。たとえば、契約違反と結びついたイギリスの不公正解雇制度を念頭に置くと、基本的な労働契約上の権利義務関係の理解があって、契約違反の場合のコモン・ロー上の諸々の帰結があって、そうしたことを前提として、制定法上、契約終了に関する制度を、どう設計するかということになると思います。各国で、それぞれに、基本的な契約上の権利義務やその

効果との関係で制度設計がなされると思うので、そうした対応関係がよくわからなくて、事前型と事後型に分けるというのは、大丈夫なのかな、と疑問でした。

山川 ありがとうございます。それはこの本に対するコメントということですか。

新屋敷 そうですね。また、山川さんが事前型・事後型についてご議論いただいていたと思うので、その点にも絡めてご議論いただけるとすごく私も勉強になるなと思ったところです。

山川 事前型という表現は私の理解かもしれませんが。そもそも解雇の金銭解決というからには、事前型という表現自体がもしかしたらおかしいのかもしれませんが、それは金銭を払って解雇をなしうるという解雇規制のあり方と言ったほうが正確かもしれません。ドイツのように信頼関係の破壊を理由に金銭解決を認めるとしたら、解雇無効原則を前提とし、解雇がなかったものとして契約が存続している場合でも、信頼関係が破壊されたから契約解消を認めるということになり、それは使用者の新たな解雇権を独自に認めることになって、その点ではある種の事前型と整理できるのかなと思いました。それも含めて事前型の金銭解決という表現を使うのはたしかにちょっとミスリーディングかもしれません。

川口 今のご議論にも関わると思うのですが、山川さんが最初に論点として設定されている点についてですけれども、一般的には労働契約について、特に期間の定めのない労働契約の場合については、日本の場合だと解雇規制の基礎は労働権保障だと思いますので、労働権保障の観点から、一般的には、解雇理由は労働者が一定以上の債務不履行をしたか、あるいは一定以上の経営上の理由がある場合という形で限定されると思います。なので、解雇が無効だということは、例えば労働者側には一定以上の労働者の債務不履行はなかったと、したがってそういう意味では信頼関係の崩壊に至るようなことまではなかったということでもあると思います。

ですので、解雇が無効だけれども、信頼関係が崩壊していることを理由として使用者が解消判決を求めうるというのは、みなさんがおっしゃっていたように、結局、信頼関係の崩壊プラス一定の金銭支払という新たな解雇事由を認めて、新たな解雇権を付与するのに等しいので、論理的に整合しないのではないかと思います。

あと、労働者の申立ての場合についてですけれども、現行法でも、解雇が不法行為に当たり、解雇により労働者が就労する意欲をなくして地位確認は請求しないという場合は、解雇と、労働者が就労意欲をなくして辞職することの間に因果関係を認めて、精神的あるいは財産的な損害賠償を請求することが可能なので、労働者申立ての場合の解雇の金銭解決制度が必要なのか疑問です。今だと、具体的にいくら損害賠償請求できるのか予測可能性が低いので、補償金の算定式を明確にし得る面はあるかもしれませんが、それ以上に制度創設のメリットはないように思います。

とりあえず、山川さんの設定された最初の論点につきましては以上です。

山川 ありがとうございます。この本も、ドイツ法の示唆に基づけば導入も考えられるというにとどまっている点で謙抑的です。ただ、ドイツのような信頼関係の破壊を重視する発想を日本で導入するかは、金銭解決の議論を超えた大きな問題になります。とはいえ、ドイツもそうだとされていて、フランスや英米でもそうだと思いますが、解雇無効原則を歴史的にはむしろ取っていなかったということが雇用というもののとらえ方と関係するのでしょうか。日本では、あまり歴史的な観点からは検討がなされていなかったと思います。

池田 まず、この信頼関係の崩壊を何に例えるかという話ですけれども、私はこのドイツの議論を聞いて、賃貸借契約の借地借家法を真っ先に想像しました。正当理由を要求する発想、信頼関係破壊の法理、立退料の支払いなどがドイツの解雇の処理に近いのではないかという気がしました。そういう意味で、日本法をたどっていく中では、信頼のようなものを真正面からベースに据えている賃貸借契約をたどると関係する話が出てくるのかもしれないという気がしました。

そのうえで、本書についてという話で言うと、この金銭解決、本書の成し遂げたことというのは非常に有意義だし、読んでいて示唆に富むところではあると思うんですけど、やはり解雇規制の話で、とりわけ金銭で解決するというようなテーマを踏まえると、法と経済学の発想が本当は欠かせないんじゃないかと思うところです。ですので、解雇の金銭解決という本書のテーマであれば、法と経済学的な観点からの分析といえますか、そういう視点が少しは持ち込まれてもよかったのではないかと思うところです。

これは単純にドイツ法との比較研究をすると、そういう視点が出てきにくいということなのかもしれないですけれども、現状の解雇規制が使用者の行動にどのような影響を与えていて、その額が見通せないことが労働者の行動にどのような影響を与えているのかとか、そういう分析がないまま、制度だけを比較して何か検討するというのは難しいのではないのでしょうか。本書は、別に特定の結論に導くようなものを主張するようなものではないのでこれでいいのかもしれないですけど、今後、どちらの方向ということを考えていくうえで、そういった法と経済学的な観点からの分析はどうしても欠かせないんじゃないかと思います。ドイツでは検討されていないというのがあるとしても、日本法に関してはそういった観点からの分析があってもいいんじゃないかと思いました。

山川 今の指摘は重要な点で、法と経済学といってもいろいろあり、大内さんたちの研究（『解雇規制を問い直す——金銭解決の制度設計』（有斐閣、2018年））もありますけれども、当事者のインセンティブや行動経済学的な発想を入れるという点も、政策判断を考える際には有益なものになると思います。多分、山本さんはそれは本書の対象外だとして、比較法的検討という点からはそこまで入れていないのではないのでしょうか。

池田 それはわかりますが、残された課題のようなところでも指摘がなかったので気にかかりました。

山川 なるほど。

池田 ということは、もしかして著者からはそういった視点は不要だと思われるのかもしれないと思うところです。ただ、ドイツでは、もしかしたら不要だと思われるのかもしれないですけど、日本の今後の法政策を考えるうえで、やはりそういった知見が特に解雇規制には欠かせないんじゃないかなと思った次第です。

山川 そうだと思います。ドイツでも、使用者側の予見可能性を高めることは議論はなされていたということで、そこは最終的な結論を示す際に少し書いてはありますけれども、法と経済学的な分析ということではないですね、たしかに。

川口 私は、解雇は有効である、つまり有効要件は充足しているけれども、例えば不利益緩和措置が非常に不十分なので違法であり、だから解雇は有効だけれども損害賠償は請求することができるという結論は、

現在の解釈論でも可能なので、そのような理論構成で、ある程度、金銭解決に代えて対応できる場合があると思っています。

あと、この本では、解雇の金銭解決制度を考えるに当たっては解雇規制の全体の検討が重要だと書いていらっしゃるって、解雇規制イコール解雇権濫用、労契法16条としか書いていないのですが、解雇規制法理、別の言い方をすると、解雇が無効となる原因はほかにいろいろあり、信義則違反や具体的な強行法規違反もありますので、この表現は妥当ではないと思います。

従来裁判所が重視していたのは、就業規則作成義務のある事業場では、就業規則所定の解雇事由に該当する事実の存否だったと思います。労基法の89条の3号が使用者に解雇権を行使しうる解雇事由の明示を要求し、解雇事由該当事実が存在する場合にのみ解雇権の行使を許容しているという制度を取っていると思いますので、この点も含めて考えていただければと思います。私は、解雇規制をすべて権利濫用に流し込むという見解自体に疑問があり、解雇規制の内容をもう少し広く考えていただければと思いました。

山川 たしかに、解雇にもさまざまな種類があり、差別禁止法違反とか反公序的な解雇については、使用者側、あるいは双方につき申立ては認めないような形での整理が各国でなされていると思います。日本の議論はそもそも使用者側の申立てを認めないという前提ですから、労働者側がそのような解雇の違法事由を主張するかしないかの話になってしまうので、あまり議論されていないのですが、比較法的に使用者側申立ても視野に入れると、どういう解雇が対象になるのかという議論はせざるをえないでしょう。さらに日本の場合で議論を複雑にしているのは、雇止めをこの制度の対象になしうるかという点で、ドイツなどヨーロッパですとそもそも有期雇用の利用に制約があって、かつ無期転換制度があるから、あまり日本のような雇止め訴訟は多くないですね。

川口 そうですね。入口規制ですね。

山川 それを考えると、日本の場合、雇止めについて解雇権濫用法理の類推をしています。有期労働契約の期間の満了は時間の経過に連れていくつも生じてくるので、かなり突っ込んだ議論が必要になります。

川口 そうですね。あと、これは理論的な話になら

ないかもしれませんが、金銭解決制度に労働組合側が反対していたのは、最初は労働者側の申立てだけが入っていても、それで枠がつくられると、今度は使用者側からの申立てが認められるのではないかという危惧もあったと思います。

ただ、先ほど言いましたように、今の不法行為構成である程度処理できると思いますので、論理的に整合性が取れない金銭解決制度をあえて入れる必要があるのかなと考えています。

新屋敷 本書の記述から、ドイツでは、規制が導入される前の段階で、解雇は自由ということが恐らく最初にあって、しかし補償金は支払いましょうという政策的なものが入り、その後に解雇無効原則が入って、二つの自由の調整をしなければいけないということで、職業の自由と営業の自由で双方の調整の結果として解消制度が入っている、と理解しました。

先ほどのいろいろな解雇があるということなんですけども、ドイツでは、いま述べた各段階の制度を、また、それぞれに問題になる解雇を前提にして、金銭解決制度が展開してきた制度だと理解しました。そして、その中で、ドイツでは、山本さんが非常にクリアーに明らかにしたところだと思うんですけども、政策的な決定がしっかりなされているという、憲法上の権利としっかり結びつけられて議論がなされてきている。先ほど指摘があったように、解雇権濫用法理は雇止めの場面などに応用されていったわけですが、比較的初期のころは、解雇権濫用法理について判例の中で生存権などについての議論があったと思うんですけども、いつの間にか長期雇用の重要性などが根拠とされてしまって、きちっとした規範としての憲法上の権利や政策などと結びつけられないまま来てしまった日本の解雇権濫用法理の問題があるのではないかと思います。

それに比べて、山本さんの本からすると、ドイツは、基礎的な契約論というか、権利義務の議論と憲法論、政策論がしっかり結びついているから制度ができてきた。こうしたドイツの議論を見ると、日本においても、解雇権濫用法理の正当性から問わないと、解雇の金銭解決制度はなかなか、どこに落とすのかが見えてこないし、その対象となる解雇をどこからどこまでにするのかということも、考えなければいけないものではないと思います。

山川 ドイツは労働法でも基本法に結びつく議論を

する傾向があって、この問題も、職業の自由と営業の自由という憲法の文脈で議論されているのは、ドイツの理論的な特色じゃないかと思います。歴史的には信頼関係の破壊という発想が言わば先行的に存在したとすると、憲法上の根拠というのは後から出てきた理論的な根拠づけで、その前提の信頼関係破壊とはどういう関係にあることなのかはまた別途検討する必要があるかなという感じもします。

池田さんのお話に戻ると、賃貸借の信頼関係の破壊というのはどちらかというと賃借人保護の発想で、契約に違反したとしても信頼関係を破壊する程度でなければ解除ができないということですが、ここではむしろ……。

池田 逆ですね。

山川 ドイツの議論は労働者保護を弱める方向にも働きの点で、ちょっと違いがあるのかなという感じはしたところです。

川口 ただ、やはり労働者のほうも、補償金をもらうということであれば、自分が何らかの使用者側の原因で退職せざるをえない状況に追い込まれたことを主張立証しなければならないと思うので、補償金をもらうためには労働者も使用者側の原因による信頼関係の崩壊等を主張立証しなければならないというのは、一応理論的には筋は通ると思います。

ただ私は、この信頼関係の崩壊が、身分的な感じで、たしかに使用者が自然人であるとか非常に零細な企業とかだと、いったん崩壊した信頼関係とか人間関係でさらに継続的な契約を続けていくことが難しいのは分からないわけではないのですけれども、比較的大きな法人であればこの概念が必要なのかという気はします。それがドイツ的な契約観というか、労使間の考え方なのかという気もしました。

山川 そこは基本的な雇用関係観に関わる重要なポイントかと思います。ドイツ法は全然専門ではないですが、忠勤契約とか共同体的な発想とか、そういうものがちらちら見え隠れしている感じがします。

池田 そうですね。

山川 英米法からすれば、あまりそういう発想は出てこないのですが、フランスでもドイツ的な発想があるのでしょうか。

川口 そんな感じもします。契約関係なので、債務不履行の有無とか、経営上の理由で、客観的に判断してもいいのではないかと思います。

ただ、先ほど言いましたように、日本でも零細企業では、信頼関係の崩壊も解雇の正当な理由となりうる余地はあると思います。

山川 あと、面白かったのは、川口さんが前半で指摘された、日本でも損害賠償請求のときには同じような問題が起きないかという点です。たしかに損害賠償をなぜ請求できるのかという問題があり、一応私なりの説明としては、解雇によって就労の意思が失われたとすると賃金請求権は発生しない。けれどもそれは解雇によるものであるから損害賠償が根拠づけられる。ただ、そのような場合の損害額については、3カ月分の賃金相当額とか6カ月分とか、裁判例はまだ必ずしも一貫していないですよ。

川口 そうですね。あと、ご指摘のとおり、多分、今の日本の不法行為構成の場合だと、精神的な損害プラス得べかりし利益なので、少なくとも勤続年数は考慮されていないように思います。今回、山川さんの指摘で思ったのですけれども、なぜ補償金は勤続年数によって決まるのか。どちらかという勤続年数の考慮は、過去の労働に対する対価とか評価とか、あるいは退職金的な意味合いなので、なぜ勤続年数を考慮するのかは疑問です。

山川 労働市場的な考慮を入れてよいとしたら、勤続年数が長いのは比較的中高年層の方が多くて、労働市場で再就職するのは難しいということはあるんですが、そういう労働市場政策的な考慮は損害賠償とは別じゃないかという感じもします。損害額につながる何らかの理由はあるかもしれませんが。

池田 ドイツ法だと、そういう発想というか、印象というか、イメージはないですね。どちらかという、先ほど山川さんがおっしゃっていた共同体的な発想で、時間をかけて徐々に共同体の一員になっていく、要するに共同体のコアに近づいていくというようなイメージのほうが、ドイツ的な発想なのかなと思ったところです。

山川 これまで共同体に貢献した度合いは勤続年数が長いほど大きくなる、なるほど。

川口 そこはわかりますが、そうするとどちらかというと、得べかりし利益というよりは……。

山川 そうですね。別ですね。

川口 別ですよ。

山川 慰謝料ではないですけども、共同体から引き離すことの補償みたいなとらえ方ですね。

池田 はい。

川口 精神的な損害のようなイメージだとわかるような気がしますけれど、やっぱり一般的には長いこと勤務されていた方のほうがダメージが大きいですから。

山川 日本でも、問題は違うものの同じような話があり、今の裁判例だと例えば損害賠償請求では、定年まで勤める可能性を反映すべしと主張されても、そこまで損害額に反映させる例はなさそうですし、昇格の可能性を前提とする損害の算定もかなり厳しいですが、解雇紛争の解決における補償金として考えた場合、そういうものを厳密な意味での損害とは別にある程度考慮に入れられるかどうかですね。むしろ不法行為のほうでも検討すべき課題があるのかもしれない。

川口 労働者が就労の意思を失っているときに、通常の辞職と違ってなぜ損害賠償を請求できるかを丁寧に説明している裁判例はあまりなくて、結論だけというものもあります。たしかにあまり詰め切れていないかもしれない。

山川 そうです。私の知る限り、明示的に説明したのは、三枝商事事件（東京地判平成23・11・25 労判1045号39頁）ぐらいではないかと思います。理屈としては納得がいくかなと私は思っているんですけども。

川口 そうですね。あとは、精神的な損害の慰謝料を多めにした裁判例もありましたね。

山川 非常に有益なご議論をありがとうございました。

V 性差別・SOGI・LGBTQ

● 紹介

名古屋道功「企業のダイバーシティ施策と労働法の課題——LGBT 実情調査を素材として」

山川 では、新屋敷さんから、性差別・SOGI・LGBTQ をめぐる、名古屋道功さんの「企業のダイバーシティ施策と労働法の課題——LGBT 実情調査を素材として」についてお願いします。

新屋敷 LGBTQ や SOGI に関する研究の蓄積は必ずしも十分とは言えない状況であると思われますが、本論文は、そのような現状において、わが国の企業の

ダイバーシティ施策の中で、LGBT に関する観点がどのように組み込まれているのかを示し、そこでの具体的な取り組みから、どのような労働法上の課題、特に雇用平等の局面での課題が認められるのかを抽出しています。

本論文は、まず、企業のダイバーシティ施策の起源や日本における展開を示し、また、渋谷区との共同事業の中で行った調査から、LGBT の当事者に係る施策の内容を紹介・分析しています。企業におけるダイバーシティ施策の起源がアメリカにあることを確認し、それが、企業の利益を増加させる戦略として、個人のさまざまな多様性に目を向けるものであることを指摘しています。他方で、日本におけるダイバーシティ経営の実現には、多様な人材の受け入れだけでなく、各人の能力の発揮、経営への貢献が可能となる仕組み作りが鍵となるとします。また、従来の日本でのダイバーシティの議論は、欧米と異なって、主として女性を想定しており、その考察が均等法を中心とするものであったという、重要な指摘をしています。

次に、本論文は、ダイバーシティが求められる背景に触れた上で、先述の調査の概要を紹介しています。具体的な企業における施策として、採用面接での配慮や、トイレ等についてのトランスジェンダーの個別ニーズへの対応などを具体的に紹介し、また、そこから見えてくる課題を指摘しています。近時の傾向として、日本でもダイバーシティ施策の焦点が、女性というよりは、多様な属性に向けられるようになっていくことから、「ダイバーシティが企業戦略との関係でどのような意義を有するのかを明確化することが重要」とし、また、こうした戦略の広がりの中で、「LGBT 当事者など、正規男性労働者以外の多様な人材が能力を発揮できる環境が整う」とします（129 頁）。また、推進・サポート体制の構築、法規制の不十分さに起因する社内制度の整備の必要性、さらには働き方と人事制度の見直しの必要性も指摘しています。そもそもわが国の雇用慣行からして、「男性稼ぎ頭モデル」が働き方の前提となっているため、ダイバーシティ戦略の展開において、そうしたモデルの見直しを図り、ワークライフバランスを実質化することや人事システムの変革がもたらめられるとします。ここで、LGBT 当事者のニーズの多様性に留意すべきことも述べています。

本論文は、以上の考察を労働法の課題に結びつけ、特に、「重要な雇用平等」の課題として（131 頁以下）、

雇用平等法制の課題を挙げています。雇用平等法制は、性差別に関して展開されてきたが、近年では差別事由が拡大していることは周知のとおりです。しかしながら、こうした規制は、差別事由ごとの規制となっているために適用範囲が限定され、性的マイノリティなどには適用されないとか、その特性を認め、そのニーズにふさわしい規制を志向する視点が弱いといった問題があるとしています。また、こうした法の現状ゆえに理論研究も差別事由ごとになされ、特に多様性の尊重という観点が十分でなかったとしています。そこで、今後、むしろ、多様な人材が就労するという観点で見たとき、より包括的な視点で問題を捉えることが求められるとしています。

こうして、名古屋さんは、以下の指摘をしています。第一に、差別事由を共通の土台において、トータルに考察してこれを深化させる必要があること、第二に、多様性を尊重した包摂の理論の考究、形式的ではなく実質的な平等取扱いを実現する、基礎理論的研究が求められること、第三に、そうした取扱いが労働権にも関係するものといえ、雇用平等論の基本理念の検討に当たって、平等権論の中に労働権をどのように位置づけるのが問われる、としています。名古屋さんは、さらに、一般雇用平等法の制定を示唆し、また、ダイバーシティに対応できるような既存の法理の変革の必要性を主張しています。

先述の研究の蓄積状況で、このように、本論文は、労働法全体の中で、LGBTQをめぐる課題の労働法上の位置づけを図り、そして、各課題への取組が、労働法全体の性格の転換に繋がっていくことを示唆する意義を有していると考えます。

また、名古屋さんの、②「性的マイノリティをめぐる最近の動向と課題」『労働法律旬報』1994号6頁(2021)、③「職場における性的マイノリティの処遇と課題」『日本労働研究雑誌』735号59頁(2021)は、記述が重なる部分もあるのですが、近時の経産省事件などの検討から、各判決においてLGBTQ当事者の問題とする事柄の法的利益の位置づけや内容、既存の法の問題点を指摘し、また、個別の施策や立法の必要性を説いています。

他方で、気になったのが、第一に、一般雇用平等法の必要性についてです。名古屋さんは、日本における差別禁止法制の断片的性格の問題を指摘していますが、他方で、論文③では、最終的には個別の立法の必要性

(性的マイノリティの権利を保障する立法)を説きます。また、論文②では、「既存の法理論による解決だけでは限界があり、性的指向・性自認にもとづく差別を禁止するとともに、性的マイノリティの権利保障を担保する制度（実施されるべき措置や人権保障の履行確保制度など）を定める法律が不可欠」（15頁）とします。

日本における現状から現実的な指摘・主張をされたのだと思いますが、本論文で主張しているような、全般的な差別禁止法制は必要なのか、そうでないのか。

第二に、ダイバーシティの実現と既存の法制、法理の見直しの点です。名古屋さんは、ダイバーシティの実現は、従来の働き方や既存の法理（特に配転法理）の見直しを求めるものであることを示唆しています。こうした見直しによると、例えば、配転法理については、積極的に勤務地の限定合意を認めることが考えられると思います。しかし、例えば、近時の安藤運輸事件（名古屋高判令和3・1・20労判1240号5頁）のように、権利濫用の判断に柔軟に労働者の利益を組み込んでいくことも考えられると思います。名古屋さんの議論は、差別法の分野にとどまらず、労働契約法理や雇用のあり方の見直しの主張を含むものと受けとめました。そうした労働法全体に関わる主張をどのように受け止めるのか。なお、令和4年3月には、多様な正社員について展望する「多様化する労働契約のルールに関する検討会報告書」も出されています。

第三に、労働権の位置づけについてです。名古屋さんのように、雇用平等の文脈で、労働権の位置づけを問うことを、どう受け止めたらいいのか。

第四が、救済のあり方についてです。名古屋さんは、論文②で、「トランスジェンダーの処遇に関して、裁判例では、服装等の規制の法理論や性別の保護法益性に基づき判断されているが、アメリカの判例を参考にすると、平等取扱いの視角からの考察も必要」（15頁）としていました。わが国の裁判例でも、国・人事院（経産省職員）事件（東京高判令和3・5・27労判1254号5頁）は、「性別が個人の人格的生存と密接不可分なものである」とし、「自らの性自認に基づいた性別で社会生活を送ることは、法律上保護された利益」とした上で、公務員の裁量権の逸脱・濫用を否定していました。裁判所はさまざまな事情からそうした帰結を導いているといえ、「平等取扱いの視角」からしても、同様の結論になるように思います。名古屋さんの平等の

観点を入れた議論によって、具体的に何が異なってくるのか、既存の法理論による解決の限界があるのか、という点が疑問でした。

● 討 論

山川 ありがとうございます。新屋敷さんから他の論文も踏まえたお話をいただいたところです。

川口 ではよろしいでしょうか。新屋敷さんが1点目の論点として挙げられた一般雇用平等法の必要性ですけれども、私は、個人的には、例えば差別的取扱いの禁止事由を挙げて、差別的取扱いを禁止する一般条項はあってもいいと思うのですが、それぞれ問題によって労働関係において生じる問題は多様なので、個別法で対応するという方法もあると思います。例えば性的マイノリティの権利について言うと、①使用者自身の差別を禁止する、②同僚や顧客からのハラスメントから労働者を保護する措置を使用者に義務づける、③労働環境の整備という観点からのトイレとか休憩室とかの対応を行う、ということが必要になると思います。他の、性別、思想信条、外国人、高齢者、障害、宗教、組合員等の問題についても、大体対応すべきことは今の3つだと思いますが、それぞれその具体的な対応は異なるので、個別法で対応する方法もあると思います。

2点目の論点のダイバーシティの実現に関する問題ですが、ダイバーシティから少し外れるかもしれないですけれども、先ほども出ていた配転法理については、問題の第一は、配転命令権の根拠があることについて使用者に証明責任を負わせるのか、あるいは、配転命令権が使用者が持っていないことについて、勤務地とか職種が限定されていることについて労働者に証明責任を負わせるのかだと思います。法令上に使用者の配転命令権の根拠となる条文はないので、労働契約上の配転命令権の根拠の存在について使用者に証明責任を負担させるべきだと思います。

そのうえで、就業規則に配転規定があって、それが労基法7条とか10条等により労働契約の内容となっているかどうかの問題となる場合が多いと思うのですが、その内容の合理性の判断の中で、つまり就業規則が配転命令権の根拠になるかどうかのところでは合理的、限定的に解釈をし、その合理性の証明責任を使用者に負担させるという方向で処理してもいいのではないかと思います。

3点目の論点の労働権の位置づけについては、名古屋さんがどう考えていらっしゃるのかは分かりませんが、労働権保障があって、労働者の労働権を保障するための規制内容の一つとして雇用平等があるという形で位置づけられたいのではないかと思います。

4点目の論点の救済のあり方については、新屋敷さんがおっしゃったように理論的なアプローチで、人格権からアプローチするのか、あるいは平等取扱いの観点からアプローチするのかで、結論は変わらないという気がしました。

あと、今、均等法の5条から7条の中に出てくる性別に性的指向や性自認が含まれるかが論点になっていますが、名古屋さんは法の制定経緯を考えると難しいとおっしゃっていました。でも、性別に性的指向や性自認を含めるという解釈も可能だと思いますし、少なくとも性的指向や性自認を理由とする差別的取扱いをしないことが、使用者の信義則上の義務だとは言えると思いますので、付け加えさせていただきます。

新屋敷 ありがとうございます。

池田 立法の必要性という話から考えると、日本で、こういう差別禁止で立法が必要になる場面というのは、労働契約関係の場面だと「採用」ですよね。正直、採用後の話だと、労基法3条で大体のものはカバーできるところですし、このLGBTのような話も、信条なのか社会的身分なのか分からないですが、いずれかには入るだろうという解釈ができるんじゃないかと思うので、採用された後は特に労働契約関係では問題が少なく、採用段階がやはり問題だということになります。さらに、LGBTの当事者について雇用の場面で差別しないほしいというニーズに関しては、社会的にも既にそれなりに規範として存在するような気はするので、それは特に問題ないだろうし、社会的にも受け入れられている話だと思うんです。

ただ、この経産省の事件（国・人事院（経産省職員）事件・東京高判令和3・5・27労判1254号5頁）が象徴しているように、LGBTの人たちが直面している困難は、大方、配慮を求めるといって、ちょっと障害者雇用に近いようなものがあるわけです。そして、その配慮を求めるものを権利にするには、やはり立法するしかないという話になるんだと思うんです。その時に、先ほどの男女雇用機会均等法の性別に含められる

かという話だと、含めて解することも当然できると思うんですが、ただ、含めたところでそんなに大きく世の中が変わるとは思わないというか、男女雇用機会均等法の5条から7条だと、その肝心の配慮義務といえますか、そういう特別措置を講ずる根拠になるような規定ではなく、形式的に差別して扱うなという規定なので、たとえば男っぽい服を着ていようが、女っぽい服を着ていようが、普通に同じ社員として扱いなさいというだけの話かなと思うんです。

これに対して、トイレなどの施設利用とか、女子更衣室を使わせてくださいという話になってくると、やはり何かしら立法しないといけないことになると思うんです。その時に、一般的な平等法制というものを定めて、それをやるのが望ましいのかというときに、やはり差別禁止事由によって事情が大分違うと思いますので、今、障害者雇用と似ていると言いましたが、しかし障害者とも多分全然違うという話になると思います。そもそも、障害者も、身体障害、精神障害、知的障害というのは本来全く違うものを一緒にしているという話もあると思います。そこで、一般法をつくるのは、そういう違いに基づいて差別してはいけませんという理念条文を置くだけだったら当然できると思いますし、すごく象徴的な意義はあると思うんですけれど、実際に活用する条文というものを考えるんだったら、やはり特別に措置するしかないのではないかなと思っています。

名古屋さんが言いたいのが、そういう象徴的なものを置きたいというご趣旨であれば私はすごくよくわかるし、他方で矛盾するような個別法も必要だと名古屋さんが言っているのも、それはやはり裁判規範として妥当するようなものも欲しいというご趣旨なのかなという気もするので、それもわかることです。だから、象徴的なLGBTフレンドリーのようなものを宣言するような法律もあっていいと思うのです。障害者の場合も、障害者基本法ではそういうことをやっていたような気がします。そして、障害者差別全般をとりあえず禁止したものの、あれは個別の法規範性は有しないということで、障害者雇用促進法とか障害者差別解消法での差別禁止法理の設定につながっていったのだと思いますので、同じようなことをLGBTについても想定されているんだったらありうる発想かもしれないと思った次第です。

もう一つは、全く、提示いただいた課題とは離れま

すし、紛糾するだけなのであまりテーマにすべきでないような気はしますが、このダイバーシティが望ましいので法的に義務づけるべきというのをそもそもの出発点に据えていること自体に、私は若干の違和感があります。本来なら、その価値観をまずは検討すべきではないかと思うのです。

もちろん、日本の労働力が減少していくなかで、そういう多様な人を労働市場に取り込まないとやっていけないというのはわかるんですけど、それでも私たちにダイバーシティは不要ですという企業があったときに、それを法的に否定できるのか気になると思います。

短い論文なのでそんなことを論じ始めたらキリがないというのはたしかにあるんだと思うんですけど、ダイバーシティが望ましいからそれを強制させるためにLGBTも受け入れるような法律をつくろうという、すごくシンプルな建付けだと思うんですけど、その出発点の部分がやはりちょっと気になると思います。伝統的に言うと、傾向経営とかが許されるかというのが憲法だと議論になるところだと思いますけれど、たとえば、先ほど、小規模企業だったら信頼関係破壊で解雇もありうるんじゃないかというような議論もあったと思いますけれど、それと同じような話で、小規模企業ならば、やはりLGBTとか多様な価値観は不要で、自分たちは同質な人たちだけでやりたいという発想も、少なくとも経営上の合理性という発想から言うもありうるのではないかと思うのです。

なおかつ、過去を振り返っても、日本の高度経済成長期は、基本的にはダイバーシティゼロの高い均質性があったこそ実現したという側面があるわけです。それに対し、ダイバーシティを法的に義務づけるべきというのは、ある意味では日本の過去の歴史的な成功体験を真正面から否定するような話ですので、そういうところも踏まえて、ダイバーシティを議論すること自体はいいと思うんですけど、義務づけるべきというのであれば、その出発点にもう少し議論があってもいいのではないかなと思った次第です。

山川 新屋敷さん、いかがですか。

新屋敷 ありがとうございます。私も川口さんにご指摘いただいた点で、実務的に考えた場合に、個別の法で結構対応できる部分があるということは、やはりそうなんだなと思いました。また、配転命令権の点についても、川口さんのご説明を適切に理解できていな

かったかもしれないですけども、結局合理性の観点から絞ればいいというお話だったかと思うので、ここでも、名古屋さんのこの論文を契機として、あるいはダイバーシティを労働法の基礎に、憲法13条や14条を重要視して組み入れたとしても、そんなに変わるころはないのかもしれないと、理解できました。

池田さんがおっしゃっていた処遇の面とダイバーシティの設定の点で、処遇の面では、恐らく名古屋さんは、EUの規制をかなり意識されていて、複合差別など、新しい、色々な要素を含めた形で対応すべきだということがあるんだと思います。だから、差別の全体像を捉えられないといふところことから、包括的なものが必要だといふご主張であろうと理解していました。また、間接差別についても、均等法の性別の中にこのLGBTQの話を入れることができれば問題はないのかもしれないですけども、その点も制限的なもので問題だといふ主張だと思います。

そして、ダイバーシティ自体の規範的な根拠の点については、おそらく、名古屋さんは、今、展開している戦略に即して考えたときに、どういうことをやればいいのか、それが、今後、労働法のどういう問題につながっていくのか、という提示の仕方をしている。とはいえ、名古屋さんは、包括的な研究を、基礎理論的な研究をやってほしい、やらなければならないという、お気持ちなのではないかと。

いずれにせよ、ダイバーシティそれ自体について規範的な位置づけを問うべきだといふのはおっしゃるとおりだと思います。

川口 先ほどの池田さんのご発言についてですが、基本的な人権を尊重するといふのは、私人間でも少なくとも公序だと思います。先ほど、小規模の企業で信頼関係の崩壊が解雇事由になりうるといふ話をしたのですが、それとは別の問題だと思います。やはり、例えば裁判例でも述べられていたように、性自認に基づく性別で社会生活を行う権利を労働関係でも尊重するのは少なくとも私人間でも公序、社会的な公序だと思うので、そこは使用者としては受け入れていただきたいと思います。

過去はそうじゃなかったといふのはそうかもしれないですけども、基本的人権は歴史的に発展し、だんだんいろんな方の権利や平等権が保障されてきているので、過去を振り返って、将来、また過去に戻ってもいいというわけではないと思います。例えば女性に参政

権がなかった時代もあり、それが今一応いろんな権利が保障されて、先人の方のご苦勞のおかげでありがたいと思っているので、やはりそれは引き継いで、いわゆる性的なマイノリティと言われている方についても同じようにその権利保障を考えていきたいと思っているところです。

新屋敷 そうですね。おそらく、労働権に触れられていることから、名古屋さんのご議論の前提には、やはりそういう憲法の観点からきちっと議論したいということがあるといいます。ただ、具体的な法制度ができないとなかなか進まないところが悩ましい。

川口 でも、私は、公序と信義則と権利濫用が規定されている限りは、何とか対応できると思います。もちろん具体的な規定を定める法律があればそれにこしたことはないですけど。

山川 たしかに規範的根拠は重要な点で、池田さんの指摘との関係では、この論文は実態調査をしているので、ダイバーシティの雇用戦略的な重要性を挙げているかと思うのですが、ダイバーシティは雇用管理上有益だとしても、法律で要求する場合の規範的根拠はやはり別途考える必要があると思います。

包括的な差別禁止法のお話は多分EU法の影響を受けての議論だと思いますが、川口さんがおっしゃられたように、結局は個々の差別の特性もありますので、どういう類型にどういう規律を考えるかは別に考える必要があります。複合的な差別は、新屋敷さんの言われるように包括的な差別禁止法のほうが規定は置きやすいと思いますが、個別的法律でも対応できなくはないという気がします。むしろ、このLGBTQ問題がダイバーシティ一般に解消できない面はどこにあるかは、もうちょっと突っ込んでほしいなと感じたところです。実態調査の中で、採用時のプライバシーへの配慮のお話が出てきて、男女差別の問題でも、プライバシーに関わるから聞かないという点はあるかもしれませんが、性自認については特にそういう特質があるのではないかという感じがするんですね。

そういったLGBTQの法規律を考える際の特質を、もし法律をつくるとしたらどう位置づけるか。いろんな問題がありますが、住民票の場面でも出てきますけれども、一つは、男女のカップルを前提にした制度を同性カップルに適用しないことは許されるかというような問題もあって、アメリカでは同性婚をそういう観点から平等の問題として扱っています。

先ほどのプライバシーへの配慮など、平等とは別次元の問題としての固有の特質があるような気がするので、そこをどう考えるかですね。LGBTQを差別禁止法の枠組みで捉えるほかに、配慮を要するタイプと考えた場合にどういう枠組みで対応するのか。障害者関係のように差別禁止法に盛り込むのか。それとも配慮はまた別の問題とするのか。たとえば育児や介護でも、配慮をすべきことを一般的に差別禁止法の中に入れるべきではないかという主張もありえます。それとも特定の考慮すべき事項を取り出して育児・介護休業法のような形で別枠で規律するか、立法政策としてはいろいろありうるのかなという感じがします。

つまり、通常の就労とは異なる配慮を要するような場合について、それを差別禁止法で規制するのか、それとも配慮そのものを義務づける立法とするのか。そのようなカテゴリーが広がると、一層いろいろ難しい問題が出てきそうです。

川口 やはり労働権保障があつて、私は、どちらかと言えば、差別的取扱い禁止よりも、例えば障害を持っている方の労働権を保障するためにはこういう施策が必要ですよという形で、性的マイノリティの方の労働権保障という形で整理したほうがすっきりすると思います。

あと、服装とかお化粧とかは好きなようにしていただければよく、それをとやかく言う必要性はないと思うので、むしろトイレとか更衣室をどうするかが問題のような気がしますが、その人が快適に働くために必要であれば対応すべきだと思います。

山川 多分、差別禁止法制での対応は、英米、特にアメリカの発想では裁判によって個々の権利を実現するという文化があり、日本ではやはり行政できっちり実現してほしいという感覚もあるから、そうした法文化の違いも、法律をつくるとしたら考える必要があるかもしれません。

ただ、問題の類型によって違いますね。男女パートナーと同性パートナーについて差別しないということは、特別の立法の問題よりも解釈の問題とか憲法の問題で何とかなるかもしれないという気がします。やはり配慮を要する場合をどうするかですね。

川口 性的マイノリティの方が意に反したところでトイレに行かなければいけないというのはとてもつらいと思います。

やはり使用者に労働環境を整備するという観点から

対応していただかざるを得ないという気はします。そこに行政のほうから補助していただければいいと思いますけれども。

新屋敷 トイレの問題は、恐らくその実効性確保にも関係していて、それは、今、山川さんがおっしゃったように、アメリカ法などとは違って、日本法の場合では行政の要請によって、やってきたところがあるのかなと。そうした実効性確保の面での違いをどう理解するのか。

また、皆さんのやりとりから、差別ってそもそも何なのかという点を詰めないと、合理的配慮で済む、あるいは、そっちでやるべきことをかえって差別禁止の形で対応してしまうことになって、混乱する危険があると思いました。

山川 合理的配慮の概念が日本法にも導入されたことによって、アメリカでも議論されているように、合理的配慮の問題と、アファーマティブ・アクションないしポジティブ・アクションの問題、それと間接差別も含む差別禁止の問題、それらを整序する必要があるかなと思います。

池田 たしかに差別というのは何なのかというのは、本当は考えないといけないですね。妊娠差別なのか、マタハラなのかというのも難しいです。

山川 この点は富永晃一さんなどの専門家にさらに研究を進めていただいてはどうかと思います。

VI 障害者雇用

● 紹介

長谷川珠子・石崎由希子・永野仁美・飯田高『現場からみる障害者の雇用と就労——法と実務をつなぐ』

山川 すでに関連するお話もありましたが、障害者雇用の分野での文献について池田さんからお願いします。

池田 本書は、障害者雇用・就労にかかる近時の法改正が障害者雇用・就労の現場に実際にもたらした影響や実態を調査・分析することで、法と実務の接続にかかる現状と課題を析出し、今後の障害者雇用・就労にかかる政策的な提言を行うものです。近時の障害者雇用・就労をめぐる法改正という、障害者雇用促進

法で導入された障害者に対する差別の禁止と合理的配慮の義務づけが真っ先に想起されると思いますが、本書は、そのような新しい規範の効果や解釈などの検討を趣旨とするものではありません。そのため、本書は、一般企業における障害者の雇用・就労に関心を向けるものではなく、専ら障害者を雇用することを目的とする特例子会社および就労継続支援事業所のみを考察の対象に据えています。そして、これらの会社・事業所が近時の法改正の結果として、障害者雇用・就労実務につき、どのような影響を受け、あるいは、今後に向けてどのような法政策的な課題が生じているのか分析することを趣旨とするものです。

本書は、実態調査に基づいて実務の現状を統計的に把握し、それを今後の法政策的の改善に向けた提言へと昇華させる取り組みであり、従来は、JILPTや社人研などの政府系シンクタンクや、国から委託を受けた民間シンクタンクが実施するような調査研究を、2回にわたる科学研究費の支援は受けているものの、少数の大学所属研究者のみで実施したという極めて珍しい例と思われます。そのため、資金やマンパワー、あるいは、調査への協力の取りつけやすさという面では、国の影響を受けた官民のシンクタンクが実施する調査に見劣りする印象は否めません。しかし、本書の強みは、労働法・社会保障法ともにわが国における障害者雇用・就労にかかる第一人者たる研究者が一堂に集結してそのような調査に自ら主体的に取り組んでいるところにあり、その高い専門性に裏打ちされた調査を、日本屈指の法社会学研究者を交えて入念に準備し、また、詳細に分析することで、現状の障害者雇用・就労が抱える課題の析出と将来に向けた政策提言に結び付けることができているのは、ひとえに執筆者の属性によるところが大きいと思われます。本書を読めば、法解釈以外の障害者雇用・就労をめぐる法制度が基礎からすべて概観でき、かつ、その将来に向けた課題やあるべき政策の方向性が凝縮して提示されているため、本書の有用性は同分野に関心を持つ研究者にとどまりません。わが国において障害者雇用・就労をめぐる問題に関係する可能性のある者すべてに、まさに必読の価値がある書籍と言えます。

論点として議論することを提案したいのは、まず、本書では、おそらくこれが提言のメインなんじゃないかなと私には見えなくてもいいですが、法定雇用率制度の運用と申しますか、その見直しの提言が行われてい

ます。何で見直しを提言するかというバックグラウンド的な話は、本書に書かれているところを私の素人理解で整理しますと、現行法では法定雇用率は障害者手帳を基準に専ら計算しているんですが、そこに若干の変数があるというか、ダブルカウントしたり、ハーフカウントしたりとか、そういう若干の変数があるわけですが、基本的にかなり機械的にやられているのが実情です。一方で、最近導入された差別禁止とか合理的配慮の対象という意味では手帳は不要で、そういう一般的な就労困難性のようなものに基づいて対象が画されるので、実質的な基準を用いているということになるわけです。

こんな短絡的な表現は使っていませんが、本書の言いたいところとしては、要するに現行の雇用率の計算が形式的で画一的で硬直的すぎるので、それが現場の実務と乖離しているから改善すべきだと、そういう提案となります。

その解決策ということですが、多くの部分で雇用率の算定が形式的すぎるという話ですので、実質的な判断枠組みに転換を図りたいということで、実際の就労困難性に着目した新たな枠組みに転換すべきじゃないかというのが本書の提案です。

そのうえで、その指標についての実質化としては、雇用率をさらに上積みして、法定雇用率として現状の算出式になるものよりもさらに上の数値を求めるんだけれども、その達成にあたっては福祉的就労事業所への発注を、みなし雇用という制度を導入してカウントすることによって福祉的就労事業者の受注を安定させ、ひいてはトータルで言うと障害者の雇用就労機会が増えたと、そういう発想になっています。

それに加えて、福祉的就労事業所のうち、A型の事業所の位置づけを見直すべきだということを取りわけ積極的に提言されていて、そのコアになっているところは、雇用義務制度の対象外にすべきだというご提案です。その弊害として何が問題かということ、A型事業所が入ることによって、A型事業者も福祉報酬の対象になるわけなんです、その福祉報酬を受けながら、その雇用されている人たちが雇用率の分母にも分子にも加算されてくることになる、結果的に雇用率が水増しされてしまうという指摘です。だから、そういう補助金をもらいながら雇用されている人を雇用率の数値の計算に入れるのはちょっと不公平じゃないですかという発想です。

さらには、このA型事業所が、現状、法定雇用率以上の障害者雇用を達成した場合にもらえる調整金がありますが、それを福祉報酬と合わせて二重取りしているという問題も指摘されています。A型事業所の人から言わせると、それがないと経営が成り立たないと言っているわけですが、言っていることはわかるけれども、しかし同時にやはりそれは不健全なんじゃないかという指摘です。雇用率制度を使って、補助金二重取りのようなことをやっているの、雇用率の制度から外そうというご提言になります。

もちろん、これは、ただ単に雇用率制度から外すというだけではなくて、代償として、先ほどのみなし雇用制度を導入して受注をしやすくすることによって、A型事業所の経営を安定させようという趣旨のご提案です。同時に、この後の話にもなりますが、A型事業所のうち、経営が万全でないところは切り離して別の類型にすべきだという提案、すなわち福祉的就労事業所の再編を併せてご提案されていることになります。

ただ、気になる点としましては、実際の就労困難性に着目した枠組みというのは聞こえこそいいわけですが、実質化するの膨大なコストがかかるわけですし、その転換に伴う手間やコストは考慮しなくていいのかというのは気になります。さらに、手帳という一元的基準を失ってしまった場合に、就労に困難を抱えている人なんて山ほどいるはずだということになるわけなんです、それを実質化する指標にキリがないんじゃないかということも言えますし、そもそも身体障害・知的障害・精神障害で平等な基準のようなものを立てることができるのかという問題もあるような気がするところです。これらの問題を割り切る手段としては、手帳はすごく便利で使い勝手がいいものなんじゃないかという印象があるところです。

それから、これはいまいよくわからないんですが、基本的に提言をされているところが雇用率の分子の話だけなんですよ。雇用率算定における分子で、雇用されている障害者数の計算の話だけされていて、同じく手帳に基づいて計算されるはずの分母の話はせずに、分子の話だけやたらに実質化のような話をされているので、分母と分子の計算の指標を異なる基準で計算するのはすごくアンバランスな法政策じゃないかというのが気になったところです。ただ、これは別に議論してどうなるかという話ではなさそうなので、必

要に応じて何かご意見があれば伺いたいところです。

論点としては、これは私が常々気になっているところなんですが、みなし雇用制度の導入がおそらく本書提言の目玉ということになるのかなと思うんですが、それを導入してまで、そもそも雇用率制度は今後も存置すべきなのかというのが、再びそもそも論で申し訳ないですが、問われるべきなんじゃないかという気がしております。

というのも、本書で問題にされている視点は、雇用率制度があるからこそ生ずるゆがみ・ひずみのような気もするわけで、特例子会社という存在自体がそのゆがみの象徴のようなところもありますし、A型事業所の給付金二重取りもこの雇用率制度があるからこそ生じる問題です。このほか、本書で紹介されている部分としては、小規模企業は雇用率制度の適用対象外になっているわけですけど、調整金の受給だけはできることになっているところ、その要件が一般の事業所よりもハイレベルになっていて、なかなか受給させてもらえないのは厳しいんじゃないかという話があるそうです。そこで、将来的にはもっとハードルを引き下げつつ、雇用率制度の適用対象にしていくべきだという提言もされているんですが、こういう話になるのも、要するに企業規模でバランスが取れていないという話なんです、結局のところ雇用率制度を置くからこそ生じる問題のような気がするわけです。

そうしますと、本書では、その他の方策を全然検討されていないんですが、例えば、素人考えですけど、電話ではインフラ維持のためにユニバーサルサービス料という制度が導入されているのですが、非常に低率の税金をひとしく雇用者数に応じて賦課して、障害者雇用を積極的に行っているところに当該財源を元に助成金を出すとか、あるいは障害者自身にお金を直接給付するとか、そういう形で代替すると、企業規模にかかわらず適切な補助ができるんじゃないかという気もするところです。本書の指摘を踏まえると、そういったもっと根幹的な制度変更を志向すべきなんじゃないかという気がするんですが、いかがなものでしょうか。

それから、第2の論点として、福祉的就労の場の再編という提言があります。これは、現状、A型事業所とB型事業所に分かれているものを3類型に再編しようというものです。端的に言うと、1つ目がビジネス志向の強い指定基準を満たす事業所で、A

型として現状も経営が成り立つような A 型を第 1 類型に据えます。ここでは、従来の A 型事業所と同じように雇用契約を結んで障害者を就労させるということです。これに対し、第 2 類型としては、雇用契約ではないけれども就労することを重視するもので、指定基準を満たせない福祉型の A 型事業所だとか、ビジネス志向の強い B 型事業所なんかをこの類型に落とし込むというものです。さらに、B 型事業所の中で社会参加重視といいますか、働くことというか、そういう行為自体で社会に参加している実感を与えることが障害者の生きる糧になるという観点から運営されているような事業所があるということで、そういったところを第 3 類型に振り分けるといいます。

そのうえで、本書は、これらの福祉的就労事業所をみなし雇用制度の対象とし、類型に応じてカウント率を変えることによって、受注しやすさの調整を図るものとし、一方で、再編対象外の特例子会社は就労困難性の高い障害者の雇用割合の増加を要求して、就労困難性の低い障害者は一般雇用へ誘導するというご提言をされています。

ここで気になる点としては、この就労継続支援事業所の多様性を再編の理由にするということです。本書で、事業所の運営方針にかかる外部支援の程度とビジネス志向の程度という 2 つの指標に基づく組み合わせの 4 類型で福祉的就労事業所を分類して多様という分析をされているんですが、そういうところが再編の理由であれば、線引きを変えても結局多様性に応じることにはできない気がするんです。

結局のところ、本書の就労継続支援事業所に関する問題関心の中核は A 型事業所の不健全性ということでありまして、その根幹には福祉報酬を伴う福祉的就労なのに法形式が雇用だという、この矛盾しているようなところが大きく寄与しているんじゃないかという気がします。そうすると、福祉的就労なのに雇用という法形式での事業所類型を残す限りは、類型ごとのゆがみは残るんじゃないかという気がします。

論点としましては、本書が提案するような再編及び特例子会社の役割変更を行った場合には、結果的に就労困難性を実質的に評価することの一つの意義とも言える就労困難性の低い障害者という人を排除することにならないかが気になります。労働法制で差別禁止と合理的配慮を義務化したから、就労困難性の低い障害者は一般雇用の場で対応すべきだという理屈だとすれ

ば成り立たないわけではないですが、そうすると、そもそも特例子会社という存在の意義とは何なのかと気になります。そうすると、雇用率制度の存在意義もやはり疑わざるをえないことになりますので、結局、第 1 の論点にまた帰ってくるわけなんですけど、ちょっとその辺りが気になりましたのでご意見を伺いたいと思いました。

● 討 論

山川 ありがとうございます。障害者雇用の実態調査を踏まえて種々の政策提言を行った点で注目すべき業績ですが、いろいろ論点も指摘されましたので、いかがでしょうか。

川口 池田さんの 1 つ目の論点で、そもそも雇用率制度自体が必要かというお話がありました。障害を持っている方の労働権保障を実現するためにはどういうアプローチが必要かということとセットになっていると思います。

しかし、差別的な取扱いを禁止するとか、あるいは合理的な配慮だけでは、使用者が採用しなかったときの法的救済方法が限定されるので、雇用率制度は、間接的ではありますが使用者に労働契約の締結を一種強制するもので、障害を持っている方の労働の場を具体的に保障するためには、有用な、効果的な方法であると思います。雇用率制度と差別的取扱い禁止と合理的配慮はセットなので、少なくとも現在のところは双方を踏まえて、障害を持っている方の労働権保障を実現するのがいいのではないかと思います。

それから、本書では、みなし雇用制度を提言されていますが、これは、使用者が障害を持っている方に労働する場を提供することを義務づけるという、雇用率制度の理念からかなり外れる制度だと思います。結局、福祉就労型の事業所に物を発注すればいいということですからお金で解決することになり、雇用率制度の理念が大きく転換されるので、これを今導入することは慎重に考えるべきだと思います。

あと、池田さんの 2 点目の論点設定にも関係するところですが、A 型事業所の一番のポイントは、ここで働いている方に最低賃金法を適用することだと思うので、そこから考えると、やはり社会通念上、有償労務供給契約の対象となる労務を提供できる方には、当然最低賃金法に基づく最低賃金を支払うべきだと思います。ただ、それとは別に、やはり特別の

サービスとか援助が必要だという場合は、矛盾している点もあるかもしれませんが、A型事業所へは調整金のようなものを別途支給して、それで働いていらっしゃる方に最低賃金法所定の最低賃金を保障するというふうにせざるをえないという気がします。

なので、社会通念上、有償労務供給契約の対象となるような労務を提供される方に最低賃金を保障するところから出発すると、A型事業所が必要なかもしれないという気もいたしました。

山川 新屋敷さんからは何かありますか。

新屋敷 ありがとうございます。今、川口さんからもご指摘があった雇用率制度の意義ですけれども、私も継続した方がいいと思います。池田さんは、税金という形で取って、それで助成金を出すなどの方法もあるとのことでしたが、そうした場合、現実的に雇われる機会の確保ができるのかというのが、疑問です。

少しずれるかもしれませんが、本書は、企業の経営に多様性があるって、ビジネス重視なのか、福祉重視なのかということを、示されていました。雇用率制度ができて、実際に、多様な形で、雇用や福祉的就労が社会に存在するのであれば、それを何とか生かす方向で考えていく方がいいと思いました。

ただ、池田さんがおっしゃりたいのは、もっと根本的に政策的に決定しなければいけないところがあるにもかかわらず、その点に触れられていないところが問題ではないかということなのかなと伺ったところです。

池田 私は別に障害者の雇用の場を確保することが重要じゃないという趣旨で疑義を呈したつもりは全くありません。ただ、その手段として、雇用率制度がいまだに適切・妥当な存在なのかというところに違和感があるということを申し上げたところです。だから、たしかに障害者に直接給付するのも一つの手のように言いましたけど、別にそうでなくて、今のように福祉報酬のような形で、働いているところに給付するのももちろん当然あり得ると思います。

一方で、たとえば先ほど申し上げた税金、あるいは、保険料という言い方でもいいと思うんですけれども、障害者雇用保険のような形で、特別なコストがかかる人を雇用する使用者に対して、全体の雇用者数に応じてお金を広く薄く徴収して、実際雇用しているところに手厚く給付するというのが、そんなに障害者の雇用の場を奪うのがよく分かりません。

新屋敷さんのご指摘は、主に雇用率制度を廃止すると特例子会社という存在がなくなるというご懸念からくる理解になりますでしょうか。

新屋敷 そうですね。現実には、さまざまな特例子会社やA型の事業所があることを前提にしていたんですけれども。結局、そうすると、もし池田さんのような形で考えて、保険料や税金という形で金銭を徴収して、それで今からそれぞれの会社に給付するということも考えられると思います。私の方で、池田さんのご主張を正しく理解できていなかったと思います。

そういう形もあると理解しましたが、まず雇用しなければならぬというところが外れる場合に、障害者に対して雇用を確保しなければならないというインセンティブというか、現実の展開がありますかね。

池田 雇用を確保しなければならないという意味でのインセンティブはたしかになくなりますね。ただ、今でも、結局、気にしない使用者だったら、雇用率など無視して障害者雇用納付金を払えばいいというだけの話です。

新屋敷 たしかにそうですね。

池田 それを、今、私が言ったような代替方式にしても、お金が欲しければ雇用するし、お金が欲しくなければ雇用しないという話で、そんなにインセンティブとして実質的な違いがあるかという疑問があります。本書が指摘する現行方式の問題点を踏まえると、障害者をとにかく集めさせて、その障害者雇用調整金を当てにして経営する方がよほど不健全なような印象が私にはあります。とりわけ不健全なのは特例子会社という制度ではないかと私は思うところです。

結局、企業によっては障害者を直接雇用するのが難しいから、特例子会社をつくってでも雇用して、それをグループ全体で割り算するのを認めましょうということなんですけれど、障害者を特定のところに囲い込むという意味では、福祉的なA型事業所とかと変わらない気がします。というふうに考えると、そんな制度を生んでいる雇用率はすごくゆがんでいると思うんです。

川口 でも、それは雇用率制度から必然的に出てくる問題ではなくて、雇用率を算定する段階で、特例子会社を認めるかとか、グループ単位で一つの事業とすることを認めるかというように出てくる問題なので、そこに対応すべきだと思います。特例子会社を認めるかどうかというところで問題が生じているから、雇用

率制度もなくすべきだというのはやや発想が逆のような気がします。

池田 そうですかね。雇用率制度があるからそういう制度を認めないといけないという必要性が出てくるわけですね。

川口 そうではなく……。

池田 え、違いますか。

川口 それは違うと思います。

池田 特例子会社ありきですか。

川口 いえいえ、特例子会社をどうするかは考えるべきだと思いますが、特例子会社を認めるかという問題と雇用率制度を維持すべきかは別の問題だと思います。

あと、たしかに雇用率制度も、最終的にはお金で解決できることにはなっていますが、今は会社も社会的な貢献というものをかなり言われるようになっていきますし、例えば企業グループであれば、親会社はその子会社が法令を遵守しているかどうかについてチェックする義務もあって、雇用率制度を達成していないと社会的な評価も低下するので、雇用率制度が全くないかみなし雇用制度でいいとかという場合に比べれば、雇用率制度は雇用を創出する効果が高いと思います。

池田 だから川口さんのおっしゃるように、ドラステックにというか、こういうみなし雇用のようなごまかし方も認めないという話だと、たしかに一理あるとは思えます。ただ、本書が提言している改革の方向性からいうと、雇用率制度自体が問題だと言っているように私には読めたところですが。だから、本書の言いたいことはわかるんですけど、言いたいことを解決するなら、みなし雇用制度のような小手先の改革ではなくて、もう雇用率制度自体を根本から改めるべきなんじゃないかというふうに考えた次第です。

本書の言っていることは、大体がもっともというか、高い専門性に裏打ちされているというところで、本当にぐうの音も出ないような話ばかりなんですけれど、ただその解決の方向性がすごく小手先と言いますか、そこをいじっても結局また同じことになるんじゃないかという危惧を覚えるような提言にとどまっているので、それはそれで実現しやすいものを提案されたんだとは思いますが、もう少し踏み込んだ提言はできなかったものだろうかと思うところです。私は、その議論の喚起として、そもそも雇用率制度が古

いんじゃないかという話を申し上げたつもりでした。

川口 やはり働きたいという方には少しでも働く場を。お金をもらえばいいという話ではないと思うので。直接雇用する場を増やす効果の高い雇用率制度は、少なくともしばらくは、多分ずっと必要という気がします。それに、例えば合理的配慮があればほかの人と同じように就労できるとはいっても、ほかの人と全く同じ、100%同じ選択肢ではないと思うんですよね。例えば歩行が困難であるという方について、大学の先生であれば問題ないと言われればそうですけども、でも宅配の労働者になれるかということそれは難しいので。他の方と違って、選択肢が狭まっているハンディはあるので、それについての対応は必要だと思います。

山川 特例子会社は1987年の改正でできた制度ですが、むしろ根本的な制度設計に影響を与えたのは、合理的配慮や差別禁止規定が導入された平成25年改正ですね。アメリカだと基本的には差別禁止と合理的配慮一本で、日本は雇用率制度を併存させている。ヨーロッパでも併存する傾向があります。

差別禁止規定は基本的に紛争解決型の制度のように感じますので、行為規範的に義務づけたり支援したりする点では雇用率制度の役割が大きい。思ったほどに差別禁止規定を使つての訴訟とか不服申立ては増えていないような感じがするんですね。本書も、両制度を併存させたいという改正の提言ということですが、逆に言うと、理論的に真っさらなところから考えると、さまざまな議論も出てくるのかなという感じがしますけれども、なかなか難しいですね。

ただ、この本書の政策提言は、最近の障害者雇用促進法の改正法案で、例えば精神障害者等で10時間以上20時間未満の就労も実雇用率の分子に入れるという改正がありますし、あと、調整金・報奨金については減額するという方向が審議会の報告で示されています（注：2022年12月に法案成立）。A型の取扱いは難しく、基本的に福祉就労として財政支援を受けていて、かつ雇用率に算定することについては、議論があるところですが、これまでのところ、実態が制度趣旨に沿わないA型と、相応に雇用機会を生み出しているA型があるので、福祉面の様子を実態も含めて見ていこうという方向ですね。

川口 なぜこのA型事業所での就労者を雇用義務対象者から除外すべきという主張になっているのが、

読んでいてもなかなかよくわからなかったのですが、山川さんはご存じですか。

山川 福祉的就労の事業所は別途予算措置を受けて運営されているのに対し、通常の企業はそうした予算措置を受けずに雇用率を守る、そういうバランスの問題があるのかなと思いますけれども。

川口 それでこれを雇用義務対象者に、分子に入れると、雇用率が高くなるからということですね……。

池田 そのようです。

山川 それもあります。一般企業にとっては。

池田 結果的に、一般企業に跳ね返ってくるということのようです。

川口 分かりました。

新屋敷 本書は、雇用義務の制度の対象外にすべきという点に関して、福祉の面を重視すべきだからというところからも主張されていたと思います。

今の、促進法や支援法の枠組みだと、相互の連携をどうやって実現するのかという点がはっきりしないままですね。たしかに池田さんがおっしゃるような根本的な問題を提起してしまうような状況にあって、先ほどのみなし雇用制度の点なども、結局、理念をどこにどのように理解するのかといった点が、分かりづらいなとは思いました。

山川 たしかにA型は、まさに雇用と福祉のどちらにも軸足を置いた政策とするかが端的に現れているところかもしれないですね。雇用と福祉の連携自体はかなり検討が進んでいて、今のところは障害の評価やアセスメント、人材育成など実務的な面についてはかなり進められています。今度の法改正にも一部反映される予定です。

根本的には雇用率制度をどうしていくかという問題は一番難しいですね。池田さんの指摘されたように、個々の就労困難性の判定をどうするのか。今でも問題になっているのは難病患者の方々に、医学の発展とも関係があり、そちらを含め検討を続ける感じですね。

新屋敷 論点は異なるんですけど、手帳で把握することをやめるというのは、ある意味、医学モデルを放棄して……。

山川 社会モデルですかね。

新屋敷 そうです、そうです。全体としてそれに近づけたいという趣旨かと。

山川 そこは多分、社会モデルで就労困難性を考えるのか、医学モデルで考えるのか、この点は別途論点

になりそうな感じはしますね。

川口 本書はより就労困難性に近づける判断をということだったかと思うんですけども。

山川 多分書いている方々から見て、社会モデルによっているんだろうと思います。雇用率制度との関係で役割が大きい特例子会社では、障害者の方々の仕事の切り出しについてさまざまな研究や工夫をしてきています。

新屋敷 この本でも、人材センターのようなものをつくるのが提案されていますよね。その際、仕事の切り出しなど、大変な作業だと思います。そういう意味で、専門性がないとできない仕事なのかなと思ったんですけども、池田さんの膨大なコストがかかるというご指摘は、私もそうだなと思いました。

池田 かかりますよね。それ自体はたしかに、コストを考えなければそれが望ましいですねと思いますけれど、それを実質と本当に銘打ちちゃうと、すごいコストがかかると思うんですよね。指標にもキリがないし、そもそも身体障害、知的障害、精神障害で平等な基準は立てづらいと思います。

山川 就労困難性の判定はそうですね。

池田 就労困難性を抱える事情が全然違うから、それぞれについていろんな指標をつくって、それぞれについて比較して、同じ1なら同程度という扱いをしなくてはいけなくなるんだと思うので、あまり現実的じゃありません。

山川 紛争も増えるでしょう。不確定概念の適用も多くなると思いますから。

池田 はい、その認定をめぐる紛争が多分起こると思うんですよね。

だから、実質化するというのは、聞こえはいいけれど、現実的には結構大変だと思うんです。介護とかの認定で生じる問題のレベルじゃない気がします。

川口 でも、しょうがないところで予算を使っているところもあるのだ。

池田 それはそうなんでしょうけれど、この仕組みをもし入れると、やり方としては、多分また企業に財源を出させるんですよ。だから、結局、財源として雇用率の障害者雇用納付金から出そうとか、そういう話になるんじゃないかという気もするので。この本は雇用率自体も、さっきのみなし雇用もありますけれど、その分で上乗せしていけという発想をするので、だからもうそうなると、幾らでも積み増し放題という

話になって、財源が足りないから積み増しますということになりかねません。

山川 財源が足りないから障害者の最低雇用率を引き上げようという話は本末転倒の発想ですが、企業が障害者雇用に頑張れば頑張るほど納付金財源が少なくなる構造はあるので、それをどう考えていくのかという根本的な話もありますね。

川口 雇用率を達成している企業にはそれこそ国とか地方自治体が優先的に発注するべきだと思います。公契約と同じような考え方になります。

新屋敷 福祉的な就労の場を提供することを、積極的な意味での、企業経営の自由の一内容として理解することはできないでしょうか。そうした場を提供する、展開する多様な企業経営のあり方を促進するという趣旨で、お金を徴収する、あるいは、国として促進して展開してもらおうという政策は考えられないのでしょうか。

池田 そうしたら、私が言ったように、税金のような形で一括で吸い上げて、必要なところに落とすほうが効率的じゃないかっていう気がするんです。

新屋敷 たしかに。

池田 もちろんその税率の設定とか問題はありますが、電話とかではやっているじゃないですか。広く浅く集めればできる気がするんですけど、何でそれじゃ駄目なのがよくわかりません。

山川 問題は雇用率でカウントするというダブルの取扱いをすることがよいかどうかでしょうか。

池田 そうですね。要するに、A型のダブルカウントの問題しかり、その雇用率の算定でこんなに問題が存在するので変えなきゃいけないというんだったら、雇用率制度自体をなくすことを考えてもいいんじゃないのかという発想です。障害者が働く場の確保はすごく大事だし、その場をつくる人に対してインセンティブを与えるのもすごく大事だと思うので、私も別にそれを否定するつもりはないですけど、その手段として現行の制度が本当に最適解なのかというと、歴史的役割を終えたんじゃないかなと個人的には思うんです。

川口 でもそれはもう少し詰めた議論をしないと。軽々に雇用率制度はもう歴史的役割が終わったとは言えないと思います。

池田 それはそうですね、それはこの本にも言えるような気がするんです。政策提言というのはやは

りそういう意味で、もうちょっと慎重にやらないとできないんじゃないかという気がするところです。

川口 でも、この本は雇用率制度を廃止するとは言っていないですよ。

池田 言っていないです。言っていないですけど、いろんな改革や再編の提言とかもされているので、それを踏まえた私の印象です。

山川 個別に就労困難性を判定するという政策提言も慎重にやるべきだという池田さんの先ほどのお話ですね。

池田 そうです。

新屋敷 雇用率制度と、どうしても趣旨が違うものになってくるんだとしたら、それはそれ用に別途お金を取って、人材育成とか人材のプールに手当てをすべきだ、これはもう企業のためだから、みたいな感じで、設計することはできないのでしょうか。恐らく、著者らが積極的に支援すべきであると考えている企業もあるのだろーと思います。福祉的就労に対して積極的に取り組むほど企業の基盤が脆弱になってしまうという矛盾をどうやって解消すべきなのかという観点からも考えなければならぬと認識しているのではないかと思います。皆さんのお話から、たしかに雇用率制度だけで理解しようとするとなんか難しいということが窺われるので、だとしたら別の趣旨、規範で根拠づけられる制度の設計を考えていくのはどうかと。

池田 たしかに、だからそこに重ねて言っているところがあるのかもしれないですね。福祉報酬とかが足りないんだったら、やっぱりもう一般的に税として取って、そこから配分すべきだという議論はあるかもしれません。

VII 外国人労働者

● 紹介

早川智津子『外国人労働者と法——入管法政策と労働法政策』

山川 それでは、次は外国人労働者のテーマにつき、新屋敷さんからお願いします。

新屋敷 早川智津子さんの『外国人労働者と法——入管法政策と労働法政策』を取り上げました。

本書の第1部が、本書の全体の構成、分析軸を設定

しています。同部の第1章では、外国人労働者をめぐる法政策にかかる法領域として、入管法と労働法とがあるとし、各法における法政策がいかなる点を選択・決定することに繋がっているのか、そして、両者が、外国人労働者をめぐる法政策全体の一部として、交錯し、調和・調整しつつ存在するものであるのか、を示しています。また、著者は、入管法の法政策が、いかなる外国人を受け入れるべきかという「選択」の理念を実現する役割を担い、他方で、労働法の法政策が、受け入れた外国人労働者を国内の労働者と平等に取り扱うなどの「統合」を実現する機能を担うものとし、ます。本部の第2章と第3章は、入管法政策の手法と労働法政策の手法を示しています。著者は、このように、法政策を分類し、それぞれにおいていわば規範的に目指されるべきところと機能を想定し、その交錯と調和・調整のあり方、そしてその課題を、本書全体で示していきます。

第2部は、日本法の状況を4章構成で描きます。第1章は、入管法政策や制度内容の展開を詳細に纏め各制度の展開や内容の特徴や問題点を指摘し、また、随所で私見を展開します。著者の提示した政策全体を包摂する視点から、現在の法状況の位置づけ、その特徴や欠点（著者は特に労働市場テストの欠落が問題であることなどを指摘）を、浮き彫りにします。第2章は、上述の労働法の統合手法の観点から、労働法政策の内容、とりわけ労働法の規制の展開の有無や、判例における規制の具体的な意義を確認します。第3章は、外国人技能実習制度の沿革、技能実習法の制定と具体的な内容を、労働法政策の観点から詳細に紹介し、各規制の意義を、判例におけるそれも含めて、検討しています。例えば、技能実習法9条の規制の法定意義（労働法としての性格も持つと解釈しうるか）を問題としています。その他、技能実習契約につき、それが各種の規制の下で締結されることから、通常は、「技能移転特約付き労働契約としての性格をもつもの」として理解し、これまでの判例・通説の基準に即しても、就労請求権が肯定されるものとしています。以上の考察を経て、第4章において、日本の外国人労働政策の課題が、入管法政策と労働法政策のそれぞれについて示されます。

本書の第3部は、第2部の日本法の課題解決の手掛かりを得るために、アメリカ法の検討を行います。第1章と第2章は、通常の（移民を受け入れる場合の）

労働証明制度と（非移民に関する）一時的労働証明制度を紹介します。こうした制度紹介により、アメリカにおける法制度が、入管法政策と労働法政策の双方を意識し、またそれぞれの均衡を図りつつ機能させる仕組みとなっているかを理解できます。その後、第3章ないし第6章は、労働法規制の適用の問題等を、紹介、検討しています。

本書は、日本法への示唆として、入管法政策の面では、一定の場面での、日本型労働証明制度の導入の検討を主張します。また、その際、日本の入管法の下では、日本型労働証明制度の運営において労働行政が関与すべきであるとしています。他方で、労働法政策の面では、例えば、不法就労者にも労働法規制の適用は認めつつ、救済においては、入管法政策を加味した解釈が取られるべきことや、労基法3条が非常に手薄なものとなっていることが明らかであり、差別禁止については、想定しうる差別を挙げ、解釈や立法による手当てを論じています。その他にも、労働法の分野の行政による統合支援・立法措置を講じる必要性を指摘しています。

以上が本書の概要です。本書は、それぞれの機能を有する入管法政策と労働法政策とが交錯し、調和・調整する（すべき）という視座を設定することで、非常に政策的な問題・制度の展開を、規範的に論じることを可能にしています。また、そうした視座からの考察・検討により、日本法の現状や位置づけを描き出しています。ともすれば、規範的な議論というよりは、成立、改正された法律については是非や文言の解釈に終始することを強られるこの分野で、入管法と労働法とを包摂し、規範的に論じていくための、重要な一里塚を築いた著書と受けとめました。

他方で、第一に、入管法政策と労働法政策とが交錯し、調和・調整するという理解の是非は、気になるところです。第二に、公法上の規制と私法上の規制の関係性についても、記述がはっきりとしないところがあるように思いました。早川さんは、随所で、入管法の規制が、労働法の規制として機能することを示唆していると思います。公法上の規制と私法上の規制の区別を、それが適切かは措くとして、その区別を前提にすると、早川さんの、規制の法的位置づけや意義の理解を、どのように受け止めるべきなのか、たとえば、技能実習生と実習実施者との間の労働契約の内容を問題とする局面（173・174頁）で、早川さんの解釈を従

来のように、基本的には契約解釈に委ねるという理解を取ったものと受け止めていいのか、気になりました。

第三が、外国人労働者の差別禁止規制の展開についてです。早川さんも指摘するように、労基法3条については、色々と心許ない状況です。であれば、労働契約に基づいて就労する以上、たとえば、パート・有期法8条の適用は考えられるので、既存の労働法規制で対応できる部分も多いのではないかと、外国人に特化した立法を行う必要はないという結論もあり得そうです。実効性確保についても、同様に言えそうです。

第四が、労働市場テストの導入の現実的可能性についてです。なぜ、これまで導入されてこなかったのか。本書が提示する両法政策のあるべきバランスという規範的な主張から、これまで導入されてこなかった制度の導入が実現するのか、疑問です。

第五に、特に日本の諸問題を論じる際に、外国人労働者に関連するものとして、募集・採用、解雇、配転、などなどの問題を、次々と議論されると、若干ついていきにくい印象がありました。外国人という切り口では必ずしも満足できないというか、それぞれの法規制や法理が内包する原理からの考察も必要なのではないか、と思いました。最後は、感想です。

● 討 論

山川 ありがとうございます。川口さん、いかがでしょうか。

川口 私自身は、この早川さんのご本は、緻密に論じられていて、違和感なく読ませていただきました。

新屋敷さんが指摘された3つ目の点、外国人労働者の差別禁止規制の展開のところですが、外国人労働者の場合、たしかに原則として労働関係法規が適用されるということになりますが、ただ、入口が、つまり日本で就労する権利が当然にあるわけではなく、これは日本人と違うところで、それと連動した特別規制等もあるので、例えば外国人労働者の労働関係上の権利義務等に関する包括的な立法を行うという選択肢はあると思いました。

それから、4点目の論点、労働市場テストの導入に関してですが、私は、今まで日本で導入されてこなかった理由の1つとして、日本の場合、外国人労働者政策が、経営者の視点といますか、人手不足の解消を重視して実施されてきたので、日本における労働

市場の公正労働基準とか、公正競争という視点がありなかったことがあるように思います。人手不足というのは、結局、労働力コストを抑えたままで労働力を入手しようとしているからとも言え、例えばですけれども、介護労働者について、月100万円払うよと言ったら、多分、求職者が殺到するわけで、そういう意味で、実際に働いている人の労働条件をどうするかという視点が乏しかったこともあって導入されなかったのではという気がしました。

あと、例えば本書の300頁以下のところで、日本型労働証明制度を提言されていますけれども、私自身は、労働市場政策を入管法での「選択」に反映させ、日本における労働市場に悪影響を与えない人のみを入国、就労させるということと、それから、入管手続における取扱いと外国人労働者保護を連携させ、入管局に申請する書類の写しに雇用主と外国人労働者とが自ら署名したものを作成して、それを双方が所持することによって入管提出書類の内容を労働契約の内容に取り込むという提言には賛同できます。

また、例えば、304頁辺りでの、不法就労者の法的な地位について、原則としては労働法令の適用は認めるけれども、救済においては入管法政策の要請を考慮して、不法就労者に就労資格を与えたのと同様の結果にならないように配慮するといったようなご提言でありますとか、305頁辺りでの、労基法3条を採用差別にも適用することについて解釈でも可能であろうが判例は異なるので明記するべきであるとかのご提言とか、あるいは、311頁辺りでの、労働法令の遵守状況を外国人の受入れに反映させるといったような手法を入管制度に盛り込み、違反者には、外国人労働者の受け入れや外国人労働者との労働契約の締結を禁止するという措置が必要だとかのご提言とか、アメリカ法から日本法への示唆も踏まえたご指摘は、大変有益だと思いました。

山川 池田さんはいかがでしょうか。

池田 そうですね、入管政策と労働法政策というのは、本書を拝読するまで、基本的に別々の法政策なのだと思っていたので、それをアメリカでは連関させているということに着想を得て、それを日本も目指すべきだということは、本書の結論に賛成するかどうかというのは人によると思いますけれども、すごく勉強になりました。なるほど、そういう視点もあるのかというか、入管という国境のコントロールという話

と、労働法というのは全然違うところのものだと思っていましたけども、たしかに日本人の職が奪われるとか、そういう事態の発生を見据えて話を考えないといけないのかというのを、本書を通して勉強させていだいたということです。

ただ、そんな有意義な書籍ですけど、やはり少し話の筋が追いにくいという印象がありまして、新屋敷さんが5番の論点で指摘されていたところと同じ感覚なのかなと思うんですけども、あっちへ行ったり、こっちへ行ったりというので、ところどころに私見も出てきたりして、それがまとまって後ろに出てこないところもあって、純粹比較法論文として構成されていないので、もう少しそのあたりが推敲されていれば、より完成度の高いご著書になったのではないかと思うところではあります。

そのうえで、内容の話をさせていただくと、アメリカの労働市場テストを日本にも入れるかという話なんですけれども、日本は、これまでは、謙抑的な外国人労働者の受け入れという入管法の仕組みの中で、実質、日本の労働市場に影響を及ぼさないようにとコントロールしてきたわけですね。それが、おそらく早川さんの念頭にあるのは、過去の日系ブラジル人の受け入れで、景気のいいときに入国させて永住権を与えて、そうしたら景気が悪くなって失業者があふれたというシチュエーションを再来させないためにどうしたらいいかということを考えていらっしゃるのだと思うんです。しかし、永住権の取得というのは、今の少なくとも2018年に改正された後の入管法でもかなり厳しいもので、かなりの高度人材とかでないと、そうやすやすと永住権は取得できないという仕組みにされていたような気がするので、アメリカのように永住権が取得しやすく、下手すると永住権がなくても、入国してきてそこで子どもが生まれたら、その子どもはもうアメリカ人だというような、そういう発想を取る国とは違います。ですので、そこら辺のコントロールを取る必要性というのが、アメリカはたしかに合理的だと思わなくもないのですが、同時に日本との制度的な違いとか、社会的バックグラウンドの違いといえますか、そういう違いをもう少し幅広く視野に入れて検討していただけると、導入すべきという話であればより説得力が増したのかなと思うところです。

それから、採用差別という話ですけれども、これは本来ならば日本の雇用システム全体の問題ですね。

日本国籍でも名前が片仮名だったりすると採用されにくいというのは、これは残念ながら実際にあるようですし、日本人らしい名前なのに顔写真の肌が黒いとか、そういうことになるかと書類選考で落ちるとか、そういうのは本当に残念ですが現実にあるようなので、そうなるとしたかにそういうところの採用差別、または、日本人の心の中にある排他的なメンタリティのようなものなのか、何を補正すべきなのかかわからないですけれども、たしかに問題状況としては間違いなくあるのだらうと思うところです。ただ、それが外国人に特化した問題なのかというと、そうではないだろうと思うわけです。先ほど言った、名前が片仮名だったり、皮膚の色が黒いとか、そういう話というのは、これまでも日本国籍を持って、生まれてからずっと日本で育ってきたという人でも受けている差別ということになるので、そういう話をするときに、外国人だけ拾って何かするというのが適切なかは疑問に思います。もちろん、やらないよりましでしょうと言われればそのとおりなんですけれども、現在の日本にある差別の構造を考えると、外国人だけ拾って何かやるというのは、何かアンバランスな、かえって外国人優遇のようなことにならないか気になります。まずは、日本人の中にあるいわれない差別の是正を優先させるべきではないかと思いました。

あと、不法就労者への労働法適用をどうするかというのは、本当に考えたことがなかったの、なるほどと思いました。けれども、日本だと在留資格が切れたら強制送還だという、そういう前提ですべて成り立っているから、結局、既往分については払うにしても、その将来分は一切認めないという、そういう話で落ち着くのかなという印象を抱きました。

山川 労働市場テストについては、そもそも日本は、労働市場への悪影響ということは想定しない枠組みで原則として高度人材しか入れてこなかったのですが、日系人が入ってきて、技能実習生が入ってきて、早川さんの指摘では高度人材といってもハードルが随分下がっているし、さらに特定技能制度が設けられたから、この問題はもう避けて通れないという認識ではないかと思います。

池田さんがおっしゃられたように、狭い意味での移民、つまり永住者として最初から入国をすることは日本は認めていないという点については、アメリカの簡易な労働条件誓約制度のように、個別の採用ごとに一

定の労働証明手続を要求するよりは簡易な方法を提案して、日本の実態に合わせた提案をしています。

たしかに本書で取り上げた問題はコロナの問題とも関連するようなところがあって、採用差別の問題などのように、本来は労働法一般で問題とすべきことが、外国人の事案で特に出てきているところがあるわけです。それをどうしたらいいかは、改めて認識が高まってきたという感じはします。また、本書は『労働新聞』での二十何回かの連載で、それぞれの回で個別問題を取り上げたものをベースにしているので、全体的な構成も影響を受けているのかなという気がしました。

もう一つ、新屋敷さんが挙げた先ほどの点は、契約の解釈とか認定のあり方一般に関わるような気がします。早川さんの本だと、両政策の調整を図るといっても、日本の法制では入管法は入管法で完結した構成になっていて、そこでの規律が基本的には契約に影響を与えないから、入管手続の書類で、例えば、使用者と労働者の共同の署名があれば契約内容になるとか、あるいは、使用者が見ていれば契約内容になるという認定次元で対応する提案になっています。そこは新屋敷さんのご専門で、契約の解釈とか認定をどう行うのか。話が少し広がるんですが、労働者に有利な事項は比較的簡単に契約内容になることを認めつつ、山梨県民信用組合事件の最高裁判決（最二小判平成28・2・19民集70巻2号123頁）のように、労働者に不利なものは非常に厳格に考えるという、契約内容の認定のあり方は、あまり労働法学で検討されてこなかったですよ。契約の解釈は、そのような合目的的な対応をすべきなのかという論点はあって、実践的には早川さんの提言は非常に有益だと思いますが、労働法における契約解釈や認定のあり方は、より一般的な解明を要するような感じもします。

新屋敷 私も、技能実習計画に書いている以上は契約内容として認定すべきだという早川さんのご主張に賛成ですが、池田さんや山川さんからご指摘があったように、労働契約の成立の場面や内容の決定の場面で、もっと深く議論できるところが早川さんの扱っている局面で存在するのではと気になっていました。技能実習生の労働契約の締結過程は、実際には、かなり広がりや特殊性があり、色々な想定の下で契約が締結されているので、実態と理論とをもっとみっちり合わせて検討するし、おっしゃるように契約解釈や認定の

あり方を議論できる、すべきではないかと。

山川 早川さんは入管手続上の書類の扱いを利用して、なるべく労働者を救済しようという発想があるのかなという感じはします。

川口 そうですね。特に契約内容を決定するときに、例えば、使用者が求人募集で書いていたことが契約内容になるかどうかという論点について、裁判例では、労働者はそれを見て申し込んでいるので、特段の事情がない限りは、異なる合意がない限りは、基本的にそれが契約内容となると判断されていましたけれども、それはあくまでも労働者が知っているからですよ、その使用者が出した求人募集の内容を。入管の書類の場合だと、労働者がその内容を認識していなくて、それが契約内容になるとはなかなか言えないので、早川さんは、先ほど言いましたように、その両者が署名して持っていればその内容を認識しているから入管書類が契約内容になると言いやすいということをおっしゃっていると思いますので、なるほどと思ったところです。

あと、先ほど山川さんが触れられたように、特に山梨県民信用組合事件の場合だと、結局、証明責任が転換されているといいますか、通常であれば、自由意思に基づかないということについての証明責任を、それが自由意思ではないということ主張する側が負うということになっていますけれども、山梨県民信用組合事件の場合だと、むしろ使用者が、労働者が自由意思であったということについて主張立証しなければいけないということになっていると思うので、山川さんがおっしゃったように、それをなぜ正当化できるのかというところはありますが、それは交渉の非対等性に依拠するしかないと思います。

山川 多分そうですね、交渉力の非対等性、あとは情報格差ですね。

川口 そうですね、情報格差ですね。

山川 比較法的には、アメリカは解雇が自由だから契約内容になったとしてもあまり意味を持たないという点はあるのですが、ヨーロッパの場合など、労働契約の解釈や認定はどう行うのかは、それだけですごい大論文になりそうな感じがしますね。

新屋敷 せっかく振っていただいたので、契約解釈について、少し付け加えさせていただけたらなと思いました。イギリスですと、労働法の分野では、法の適用を決する契約の性質決定が問題となる場合には、契

約解釈のあり方が、特殊なものになっています。普通は、契約の成立時を基準として契約の内容を解釈する、また、契約書面が契約内容を解釈するうえで絶対的なものと理解されています。しかし、性質決定の場面では、話題になっている2021年に出されたウーバー事件最高裁判決がそうなんですけれども、契約書面にも締結時にも縛られずに契約内容を解釈することが判例法理として展開しています（新屋敷恵美子「イギリス労働法における契約の『性質決定』と契約解釈のあり方：Uber BV v Aslam [2021] UKSC5, [2021] IRLR 407における法の展開」法政研究88巻2号334頁参照）。他方で、具体的な契約内容がどうなっているかという場面に入ってくると、そうした例外的な契約解釈は基本的には否定されています。中田裕康『私法の現代化』（有斐閣、2022年）に収められている論文（「債権法における合意の意義」）でも、契約解釈と契約の性質決定、内容決定の関係性が触れられています。中田さんは、フランス法やドイツ法をベースに理解されていると思いますが、イギリスでも先ほど申し上げたような法の展開が見られるので、契約解釈の位置づけや設定のあり方から、比較法研究をすると、面白いですよ。

山川 ありがとうございます。早川さんの本をかなり超えた話になってきましたが、最初に新屋敷さんが指摘されたように、入管法をある種労働市場法の一つと把握して、労働法と入管法の調整を図るという視点は、外国人労働問題が重要になってきたから、初めてそういう2つの法政策理念から調整を図るという発想が出てきて、池田さんも少し言われていましたけれども、これまではそういう問題が存在しない、あるいは存在しないはずだとされていたのが日本の法制だったのかもしれない。でも、今となってはもはやもう無視できないということかなという気はします。

新屋敷 この視点自体は、特に、2018年の技能実習法に則したもので妥当であると思います。しかし、公法上の義務と私法上の義務の関係性を整理しないままに、早川さんのように論じることが、法体系としてどうなのかなというのは、あります。かなり大きな論点が隠れていて、ハラスメントの措置義務などとも連続して議論になりそうです。

山川 公法的な規制と私法的な規制の交錯のような視点は、外国人問題を問わずありますね、ご指摘の措置義務や安全配慮義務にも関わります。

川口 そうですね。当該公法上の規制に私法上の効力もあればいいですが、そうではないときは、信義則を媒介にして私法上の効力を肯定することができると思います。公法上の規定は、コアな最低基準であり、信義則上の義務としてであればもっと広げられるはずなので、公法上の規制はとても使えるという気はします。ただ単に公法上の規制なのかという論点はもちろんあると思いますが。あと、本書の入管法政策と労働法政策の交錯と調和は、非常に美しくプレゼンされていると私は納得しながら読んでいました。

山川 前の『外国人労働の法政策』のほうがその点はより詳しく書いてあったかもしれないです。

川口 解釈論も細かく、広く多岐にわたっており、既存の法解釈を外国人労働者に当てはめたらどうなるのか、これだけ包括的に研究をされた方は今までいっしょらなかつたと思いますので、非常に読んで勉強になりました。

山川 外国人労働者の問題は時代の流れに左右されるところがあって、人手不足のときは、川口さんがおっしゃられたように、人手不足対策という観点の議論をして、不況になると日系人の帰国の話になって、今は技能実習生の社会問題がよく取り上げられていますが、それぞれ重要であるとしても、本当はより根本的なところから議論しないといけないのですね。

新屋敷 そうすると、今回、早川さんのご著書の意義はやはり大きく、労働市場テストを導入するとか、そういう視点を、2018年の技能実習法があったからということだけではなくて、両方をまたいで提示したことが、これからの議論の基礎になるんでしょうね。

VIII 集团的労使関係

● 紹介

三井正信「ユニオン・ショップ再考（一）（二）」

山川 これで最後になりますが、集团的労使関係のテーマでは、三井正信さんの「ユニオン・ショップ再考」という論文を取り上げます。

この論文は、ユニオン・ショップ協定の適法性いかんという古典的な論点に関して、従来の議論を再検討した上で、新たな観点から有効説ないし適法説を展開するものです。

ユニオン・ショップ協定につきましては、労働組合に加入しない労働者について使用者が解雇義務を負うという点で、労働者の消極的結社の自由を侵害するものとして許されないのではないかが問題になりました。通説・判例は、ユニオン・ショップ協定は、解雇を通じて実質的に組織強制が図られるということは、団結の維持・強化に資するとして有効説を取っていますが、近年では、労働者の自己決定を重視して、任意団体である労働組合に解雇の脅威を通じて組織強制の機能を認めるのは不当であるという無効説も有力になってきています。

本論文は、両説の論拠を改めて検討したうえで、通説の言うような団結の維持・強化を挙げるだけでは、個人の雇用を犠牲にすることは正当化できないということから、伝統的な有効説の論拠では不十分であると主張しています。他方で、無効説に対しても、個人重視の観点から労働者の消極的団結権を強調するとしても、実際上の労使の力の格差に対抗するためには、団結が必要となる点を見逃すことができないとして、労働組合は、任意団体であるとしても、集団的な利益代表システムとしての役割を果たしうるものであると批判します。このような2つの観点から、著者は従来取っていた無効説に代えて、ユニオン・ショップ協定は、労働組合が名実共に労使対等を実現して公正な労働条件を統一的に設定する職場代表となるための手段という役割があるという新たな有効説の論拠を提示します。

ただ、無効説の言う労働者の自己決定ないし消極的団結権は重要な論点として、三井さんは、ユニオン・ショップ協定の持つ組合の集団的自己決定と労働者の個人的自己決定の調整を図ることを提言しています。具体的には、ユニオン・ショップ協定を解雇の威嚇によって組織化を強制するものとは捉えずに、労働者がそれを雇用条件として自由意思による個別の合意によって受け入れることを必要とするという見解です。

本論文は、ユニオン・ショップ協定をめぐるこれまでの議論が、団結の意味とか、労働者像に関する基本理念の対立という点にとどまることが多かったのに対して、新たな観点から有効説を提示し、単純に有効説に変わったというよりは、現状の見直しも併せて、従来の有効、無効という議論からさらに一歩進んだ議論を展開するものとして高い価値を持つと思われます。

このような三井さんのスタンスは、労働組合が従業員代表的な機能により労働者の交渉力の向上を図る意

味を重視する一方で、それと労働者の自己決定の尊重との調整を図るものと位置づけられます。そこには、労働者を守るという点では非常に有効なツールであるとして、労働者の自己決定の重要性は承認しつつも、それだけでは労働者の交渉力を積極的に向上させるには十分でないという認識があるのではないかと思います。

労働組合の組織率が低下するなかでも、労働法理論においては、この論文のような集団的労働法に関わる分野の業績が相当程度発表され続けています。これは、いま申しましたように、自己決定で労働者個人の保護を図るということは認識しつつも、さらに労働者の交渉力の向上を図るには別途の法的スキームが必要ではないかという問題関心が背後にあると考えています。

議論になりそうな点として、1つには、そもそも労働者の自由意思によるユニオン・ショップ協定の内容の承認というものがどういう意味を持つのかという点があります。ユニオン・ショップ制の要件であるとする、仮に同意が認められない場合、どういう効果があるのか。労働契約の成立には影響しないとして、ユニオン・ショップ協定が無効になるかという点、組合と使用者の協定であるユニオン・ショップ協定は、その構成員である個々の労働者の同意いかんによって無効にはならないでしょう。結局これは、同意を得られない場合には、使用者の解雇義務が発生せず、当該労働者への協定に基づく解雇が解雇権の濫用になる、そういう理解でよいのかということです。

また、ユニオン・ショップ協定についてあまり議論されていなかった点で、川口さんは周到にも体系書で触れておられますが（『労働法（第6版）』743頁（信山社、2022年））、ユニオン・ショップ協定が労働協約である場合には、一面では使用者に対して解雇義務を設定し、これは労使間の債務的効力の問題であるということが一般的な理解だったかと思うのですが、三井さんの論文からは、協定は労働契約上の解雇事由を定めるという意味での契約に対する規範的効力を持つのかという論点が出てくるように思われます。その場合に、ユニオン・ショップ協定で解雇事由を定めた場合でも、この論文によりますと、それだけでは足りなくて、労働者の個別同意が必要となる。通常の規範的部分とは異なり、この同意によって契約内容を規律する効果が発生することになるのか。それとも、

従来の理解のように、ユニオン・ショップ協定による解雇事由の定めは、債務的効力を持つにとどまるけれども、それが労働者の自由意思による同意がある場合には労働契約上の解雇事由になると考えるのか。就業規則にユニオン・ショップ協定による解雇事由の定めがない場合、就業規則の最低基準効力によって、ユニオン・ショップ協定に基づく解雇事由につき労働者の同意があったとしても無効になるのではないかという問題もありますが、協定上の解雇事由の定めには規範的効力があるとする、協約が優先するから最低基準効力には影響されないことになるのかなど、就業規則と労働協約の関係が、ユニオン・ショップ協定による解雇義務がいかなる効力を持つかによって左右されるという論点があるのではないかと。この点はこの論文ではあまり展開されていないですが、ユニオン・ショップ協定の効力を再考するきっかけになるのではないかと思います。

もう一つは、やや実務的なお話で、解雇義務を課することへの同意という点では、山梨県民信用組合事件判決と同じ枠組みの適用も考えられますが、それによると現行のかんりのユニオン・ショップ協定が、無効といえますか、解雇義務を根拠づけないことになるのではないかという感じもします。いずれにしてもこの問題は、協定の有効、無効というよりも、結局は解雇の有効、無効の問題として考えるということになるのではないかと。恐らくこれまでユニオン・ショップ協定、有効説、無効説と言っていたのも、実は解雇の効力の議論をしていたのではないとも思いますが、これも本論文の提起した論点だと思っています。

いずれにせよ、この論文は、単に有効説から新たに有効説に変わったというだけではなくて、ある意味で自己決定という理念に立つ無効説と、労働者の交渉力強化につながる有効説による組合の交渉力の向上という2つの点を止揚したといえますか、むしろ無効説のいう自己決定の尊重を反映させた形の有効説を提起していると思いました。

● 討 論

川口 私自身は、ユニオン・ショップ協定有効説で、かつ積極的団結権のみが憲法28条によって保障されているという見解ではありますが、それは置いておきまして、山川さんが指摘された論点の1点目ですけれども、私も、多分、三井さんは同意しない労働者

について解雇を要求している部分は無効であると解されていると思いますが、その理由は、当該部分は消極的団結権あるいは公序違反で無効ということになると思われます。ただ、もし消極的団結権が憲法28条で保障される権利であるという見解を取るのであれば、消極的団結権を同意によって放棄できるのかという疑問があります。

それから、山川さんが提示された2点目の論点、ユニオン・ショップ協定に規範的効力があると考えられるかという点ですけれども、労働協約の規範的効力というのは組合員にのみ及びますよね、原則として。そうすると組合員ではない人に、その組合に加入しないということを理由とする解雇事由の設定はできないということになると思います。では、組合員に対してはどうかというと、組合員に対して組合員資格を喪失したら解雇されますという解雇事由を設定しても、組合員でなくなった時点で規範的効力は及ばなくなるので、結局、規範的効力を及ぼすことができないというか、規範的効力が及ぶ場面がなくなります。そうすると規範的効力を持つという見解は採用できないのではないかと思います。

それと、その後で、「ユニオン・ショップ協定による解雇事由の定めは債務的効力を持つにとどまるが、それが労働者の自由意思による同意により労働契約上も解雇事由となるのか」という山川さんの本論文に対するご指摘は、先ほどに戻るんですけども、消極的団結権が憲法28条によって保障されないという見解であればそれでもいいのかもしれませんが、消極的団結権を憲法第28条で保障される権利だとする見解だと、同意によっては放棄できないのではないかと思いますし、ユニオン・ショップ協定締結組合の組合員ではないということを理由とする解雇事由を就業規則で定めても、まさに消極的団結権を侵害するもので無効ではないかと思います。

3点目の論点については、山川さんがおっしゃるとおりで、三井さんの判断枠組みだと、ユニオン・ショップ協定によって解雇事由が設定されるという場面は、皆無に等しいように思います。

山川 ありがとうございます。たしかに規範的効力の点は考えさせられました。組合に入っていない労働者については規範的効力が及びようがないし、脱退した場合には、いわゆる余後効と似たような問題がありますが、判例は、脱退した場合には、協約内容が脱退後

の契約内容となるといった発想はとっていないので、規範的効力の問題には基本的にはならないのかなと思いました。

池田 拡張適用の場合はどうですか。

山川 拡張適用の場合はありますね。

川口 拡張適用の場合は規範的効力を肯定する見解もありうるかもしれませんが、労組法 16 条で発生しない規範的効力が労組法 17 条により適用されるのは「拡張」適用ではなく、労組法 17 条の趣旨にも照らすと妥当ではないと思います。

山川 この議論の実益は、就業規則の最低基準効との関係をどう考えるかということで、規範的効力の対象にならないとすると、就業規則にユニオン・ショップ協定に基づく解雇事由も書かないといけないということになりますか。

川口 ええ、そうです。

山川 そこは新しい論点で、あまりこれまで議論されていなかったですね。

川口 そうですね。ただ、先ほど言いましたように、もし消極的団結権が憲法 28 条で保障される権利だという見解をとれば、ユニオン・ショップ協定締結組合の組合員でないということ解雇事由として就業規則で定めても、当該就業規則の部分は無効だと思います。

山川 憲法 28 条から。

川口 ええ。私のように、積極的団結権のみが憲法 28 条で保障されているという見解だと、就業規則に、ユニオン・ショップ協定締結組合の組合員でなくなったら別組合の組合員である場合を除き解雇しますと書いていても有効になりますが、今言いましたように、消極的団結権が憲法 28 条で保障される権利だという見解になると、就業規則で定めても、公序に反し無効だと思います。私は、積極的団結権のみが憲法 28 条で保障され、かつ、債務的効力だけがユニオン・ショップ協定にはあると解したうえで、使用者には労働組合に対する債務として労働者を解雇するという義務は発生しますが、それは労働組合と使用者との間の関係の話なので、使用者の労働者に対する解雇が有効となる要件としては、就業規則作成義務のある事業場であれば、こういう場合は解雇されますという解雇事由を就業規則に書いて、かつその旨をきちんと労働者にも説明して、いろいろな手続を尽くすことが必要であり、でないと解雇は労基法 89 条又は信義則違反で

無効であると解すべきだと思います。解雇ができない場合は、組合に対しては協約違反の責任を負うこととなりますが、それは組合との関係なので、労働者との関係では、解雇の効力を今のように考えれば、労働者に対する解雇権の行使は合理的な範囲に制約できると思います。

山川 ありがとうございます。勉強になりました。就業規則の解雇事由は意思表示の問題であるとなると、ユニオン・ショップ協定に基づく解雇は解釈上容認されていて、最低基準効の範囲外だという見解がありうるかもしれません。私は、限定列举か例示列举というのは意思表示の問題だと思っているので。

しかし、たしかにおっしゃるとおりだと思います。

もう一つは、消極的団結権というものを認めるかという点で、そこは相当の議論を要は要して、団結権というのは、積極的に団結する権利で、ユニオン・ショップ協定で問題になる団結しない自由は結社の自由の問題で、積極的団結権に劣後するのではないかというのが私の理解です。それで有効説を取っているのです。

池田 ユニオン・ショップ協定を結んだ場合に、有効・無効という議論の根本の話になってしまうかもしれないんですけども、ベースの話がすごく空中戦というか、団結権があるかないかという話になっていて、私のような浅学な人間には、すごく縁遠い神々の争いを聞いているような、何かそういう印象を持っていました。なぜかという、今、山川さんがかなりかみ砕いてお話ししてくださったところなんですけども、そのユニオン・ショップ協定を結ぶのは使用者と組合ですね。そこには、基本的には債務的効力があって、ユニオン・ショップ協定を結んだことによって、使用者は組合に加入しない、あるいは脱退した人に対する解雇義務を負うということになります。しかし、これは組合に対する使用者の義務であって、債務的効力で責任を負っているとしても、履行するかしないかは使用者が選べるわけです。

そうなったときに、要するにユニオン・ショップ協定に基づく解雇というのは、使用者がその組合との約束があるから、あなたをクビにしないといけなくなったんですということですから、純然たる経営上の理由に基づく解雇なのではないかと思に至りました。組合対策を経営上の問題と言っているかということ、もしかしたら反発があるかもしれないですけども、広い意

味での経営上の理由に基づく解雇なのではないかなと思うのです。ユニオン・ショップ協定というのを経営上有益だと思って、あるいは強すぎる組合に押し切られているだけかもしれないですけども、それを結ぶことによって組合が反発しないしてくれるのであれば、それを結ぼうというのは、まさに使用者の経営判断だと思いますので、それでユニオン・ショップ協定を結んだ使用者が自らの行動の責任を取る過程で、経営上の理由に基づいて解雇するわけです。

そうすると、労働者の憲法上の権利いかにかわりなく、ユニオン・ショップ協定と労働者との関係は、ただの解雇の問題ではないかという気がするわけです。使用者の経営上の理由に基づく解雇が許されるかという、そういう話をしているだけのような気がするところで、その背後に憲法の話が出てくるからややこしいような気がするのですが、要するにその憲法上の権利同士の衝突状況、営業の自由などの経済的な権利を憲法上の権利だとすれば、その消極的団結権との衝突状況をどのように解消するか調整問題という人権同士の衝突場面として整理すればいいのではないかと思います。ですので、本論文のような大げさな議論を立てること自体の意義がよくわからないというのがそもそもの私の本音です。

本論文の内容に関して言うと、結局、これは有効説の皮をかぶった無効説という気がするところです。先ほど、これを有効説と位置づけていいのかはためらわれるという山川さんのご指摘がありましたけれども、おっしゃるとおり、これは有効説ではないと思うわけです。

原則無効だと言ったうえで、個別の同意が集積すればその労働者との関係では適用できるという話なので、それは無効説に等しいのではないかという気がするわけです。これを有効説だと言って主張されること自体に対する違和感というものもあるし、従来の有効説を主張してきた人からも、これを仲間だとは思いたくないということになるのではないかと思います。積極的団結権という構成で、従来のオーソドックスな理解で基礎づけてこようとしてきた人にとっては、すごく迷惑な存在というか、有効説の仲間だと言って近づいてこられると、仲間じゃないと思うのが本音でしょうし。

そもそも議論の設定自体が、過去のイデオロギー対立とか、そういうところのものの後始末のような感じ

もします。何か組合対個人のような、そういう構図としてユニオン・ショップ協定の従来の議論というのは展開されるんですけども、その関係で、もちろん除名とかそういう契機があると組合が何らかの形で絡むわけですけども、結局は、最終的に会社から放逐するのは使用者ですので、使用者と労働者の関係問題に収れんするのではないかと思っています、それをこんな大上段で議論することの意味というのが問われてもいいのではないかと思います。

川口 すみません、今の池田さんのお話の前半の部分なんですけれども、ユニオン・ショップ協定が有効かどうかを労働者に対する解雇が有効かどうかとの関係で論じる意義としては、もし、ユニオン・ショップ協定がすべて無効であれば、当然使用者には何の解雇義務も発生しないわけですよね。そうすると、他に解雇を正当化しうる事由がなければ、当該解雇は無効ということになると思いますが、もしユニオン・ショップの当該労働者に対する解雇義務に関する部分が有効だということになると、使用者には組合に対して当該労働者を解雇する義務が発生するということになり、それでさらに解雇が有効となる他の要件を充足しているかどうかを判断することになるので、解雇が有効かどうかを判断する前提として、ユニオン・ショップ協定が有効かどうかを判断する意義はあると思います。

池田 それは、段階として違うというご印象ということですよね。

川口 印象ではなく、つまりユニオン・ショップ協定が全部無効であれば、使用者には解雇義務が発生しないので。

池田 それはそうなんですけれども、ただ、解雇訴訟という意味では、結局、その労働者から見てみると、別に関係ない人同士の約束事の話じゃないですか。関係ないというか、結果的には自分がそれがゆえにクビになっているので、突き詰めれば関係なくはないわけですけども、自分に関係ない第三者同士の契約について、労働者がとやかく言うということが、むしろ通常はありえない話だと思います。要するに、解雇の有効性という場面で一元的に判断される中で処理される問題だと思ったのです。だから就業規則上の、ユニオン・ショップ協定を念頭に置いた就業規則というのはどう作のかというのはありますけれども、その解雇の根拠を置くわけですよね。その根拠に、就業規

則なのか、もしかしたら民法 627 条なのか、わからないですけども、その解雇権を行使してユニオン・ショップ協定に基づいてあなたを解雇しますという、そういう解雇理由になるわけですね。

川口 ユニオン・ショップ協定が無効であれば……。

池田 だからその適用の是非を争うというのは、もちろん結果的にそれはユニオン・ショップ協定の有効・無効を争うことにはなるんですけども、その前座の問題とかいうか、そういう前後関係がある問題だと考えられるということです。でも、これは解雇訴訟を念頭に置いて考えるか、それとも、ユニオン・ショップ協定というものの存在が社会に、公的に、公に存在しているものなのかという、そういう問題関心の違いということになるのでしょうか。

川口 いえいえ、前者です。解雇訴訟を念頭に置いています。

山川 解雇義務が発生しないという意味で協定が無効だとすると、解雇権濫用になると思います。

その場合でも、同意した労働者については、ユニオン・ショップ協定の解雇義務の部分が有効になって、同意していない労働者については、その部分が無効になるという、相対的無効のような考え方と、協定は有効であるとしても、ユニオン・ショップ解雇の定めについて労働者が同意していなければ解雇権濫用だという考え方はありそうな気がします。

川口 三井さんの見解であればそうですね。

山川 そういう感じに。

川口 そうですね。ただ、もちろん三井さんの見解を取らないと、違ってくると思います。

山川 関連して話が複雑になるのは、消極的団結権の問題ですが、私は川口さんと同意見で、個人の同意を重視してよいのではないかと気がします。

新屋敷 池田さんの、三井さんは実質的に無効説という解釈に、膝を打つばかりですが、他方で、三井さんは、自己決定という規範的価値だけでは論じられないということを、今の状況で言わなければ、このまま本当に組合自体が衰退の一途をたどるしかないということを、訴えたかったのかなと。ただ、たしかに、無効説を取っているのとあまり変わらない帰結に繋がっていくとすると、三井さんが意図されているところと、矛盾してきてしまいますよね。

山川 三井さんの意図しているのが、ユニオン・

ショップ制度の現状を改めたいということなのか、それとも現状は基本的には維持したいということなのか、最終的にはご本人に聞いてみないとわからないかもしれないですね。

池田 三井さんに聞いてみないと結局わからない話をここで論じても仕方がないのかもしれないですけども、就業規則法理で処理できるような話のような気もしています。今、先ほどから議論になっているユニオン・ショップ解雇をするには、何らかの形で引っ掛ける就業規則上の根拠が必要だということになると思います。それが労働条件になるかどうかというところで、まず採用時は、それを同意と言えるかということと言えないんだとは思うんですけども、しかし、そういう企業に入社したんだと言えば、受け入れているとも言えるでしょうという具合で、就業規則の適用根拠というのはそういうものなのではないかという気がするんです。

だから、たしかに自己決定を尊重しているかということ、そういうことではないと思うんですけども、従来から在籍している人について、新規にユニオン・ショップ組合が現れたというときにどうするかということ、これはまた解雇の根拠規定を置いたときに、就業規則の不利益変更という問題が生じるわけですね。その枠組みで不合理かどうかというのを評価すればいいというところで、その根拠のところで消極的団結権が保障されているかどうかという問題の顔が出てくるということになります。そういう憲法上の権利に基づくものを侵害するようなものだから、より慎重に合理性を認定すべきという、そういう話になってくるのかどうかという意味で、消極的団結権という発想は効いてくるかもしれないわけですけども、結局、消極的団結権があるかないかを論じることの意味というのは、その程度のものだということになるんじゃないでしょうか。

川口 同意による解雇事由の設定というのは、当然無制限ではなく、労働者が同意すればどんな解雇事由でも設定できるというわけではないので、消極的団結権が憲法 28 条で保障されているという見解をとると、先ほども言いましたけれども、その労働者がユニオン・ショップ協定に基づく解雇事由に同意できるのか、消極的団結権を放棄できるのかという問題もありますし、放棄できるとしてもその意思表示の効力を厳格に解するのだとすると、あまり認められないという

ことになると思います。

池田 だからトートロジカルな議論になるということですよ。消極的団結権から個人の自己決定を尊重して同意を尊重しましょうと言うと、同意で憲法上の権利を放棄するなんていうことができるのかという問題が生じるということです。

川口 そうですね。

池田 めぐりめぐってその権利を否定しないと自己決定の対象にはならないのではないかという話が出てきてしまうので、諸刃の剣のようになってしまうような気がするところを何とか言ってくれないと、というのが、おそらく有効説の人からすると思うところなんだと思うんですよね。憲法上の権利だから自己決定を尊重するんだと言うわけで、それを使って個人の同意があればいいんだという学説が出てきたから起きる問題ということかと思えます。逆に、憲法上の権利だから放棄は一切不可で、だからユニオン・ショップ協定は無効という立論にすると、それはそれで筋が通ることとは通るんです。

だから、そういう理論的な根本的課題を無視しているのが、このご論文の課題なのかなという印象です。

川口 私は、先ほど言いましたようにユニオン・ショップ協定有効説ですけれども、労働者と使用者の合意で解雇事由が設定できるかという、就業規則の解雇事由が限定列举だと考えると、私はそう考えているのですが、就業規則に解雇事由として書いてないと、仮に労働者が同意していても解雇事由にならず、解雇事由該当事実が存在せず解雇は無効だということになると思うので、そこをどう考えるのかなと思いました。

山川さんの見解で、限定列举か例示列举かは契約解釈によって変わるということになると、すみません、どうなるのですか。

山川 ユニオン・ショップ協定による解雇は、仮に就業規則に書いてなくても、解雇事由の規定の解釈として認められる場合があるのではないかと思います。

川口 わかりました。

山川 新屋敷さん、何かありますか。

新屋敷 ありがとうございます。これまでの議論につき、同意と消極的団結権の関係性が問題になるのではないかというご議論と理解しましたが、そもそも同意で片づける問題なのかなと思えてきました。三井さんの重視される自己決定や交渉力の向上、従業員代表

としての労働組合の位置という話を、個別の同意ないし合意の問題に解消すべきではないのではないかなと。先ほどから問題になっている解雇の問題として構成されるような問題設定として、論じるべきではなかったのかもしれないと思いました。

山川 むしろ集団法レベルで完結させるべきだという考えも出てくるかもしれないですね。

新屋敷 そのように思いました。

山川 従来のユニオン・ショップ協定をめぐる議論が、理念的なところでの対立になっていて、解雇の問題としてどう分析するのかはこれまでは十分でなかったようですが、本人の同意を介することになると、その点がクローズアップされ、逆にどのような分析のアプローチがよいのかというお話にもつながってくるかなと思いました。いずれにしても新たな視点を示した有益な論文だと思います。

おわりに

山川 それでは、まとめとして、それぞれ今回取り上げた著書・論文、あるいは研究動向一般でも結構ですけれども、一言ずつお願いします。

川口 どのご著書、ご論文も力作で、時間と労力をかけて研究されたのだと思いますし、改めて勉強させていただきました。批判的なことを申し上げる部分もあり、申し訳なかったのですけれども、すばらしいだけだと議論にならないので、疑問に思ったところを提示させていただいたということでご容赦いただければと思います。あと、今日の議論でいろいろな見解をお聞きできて、こういう対面のディスカッションはいいなと改めて思いました。ありがとうございました。

池田 今日はどうもありがとうございました。こんなにみっちり対面で議論をするという機会が、本当に最近では乏しかったもので、非常に知的刺激を受けましたし、大変有意義でした。

今回取り上げたご著書とご論文は、どれも力作ですし、新しい問題状況に果敢に取り組まれるというところでは、共通して意義があるものだと思いますので、それについて門外漢の私が注文をつけたり、いろいろ課題を指摘したりするのは、本当に畏れ多いことだなと思いつつ、ついつい議論が白熱して夢中になってしまいました。

今回、テーマにしたものを集めてみると見えてくるものというのは、労働者性というのはもう古典的なテーマかもしれないですが、労働者性も、最近、経済法との調整をどうするんだという話が話題に上りますし、外国人労働者は入管法との調整問題ですし、障害者は福祉の側面との調整が必要だというような話もあって、そこら辺の他分野というか、そもそもそれを縦割りで他分野だと決めつけること自体が問題なのかもしれないですが、従来、あまり労働法として検討対象にされてこなかった領域との交錯領域というものの検討が、すごく必要に迫られてきているというところで、それに応答するご論考というのが今回多く選ばれたという印象があります。

私も他分野との交錯領域の研究に取り組んできたもので、そういう分野がすごくニッチだと思われるのではないかとこの傾向は率直に嬉しいですし、こうやって他分野との交錯領域に関する研究が広がっていくのは、労働法にとって望ましいことなのではないかと思っています。一方で、今回検討した書籍は、比較法研究が中心になっているものが多かったわけですが、何のために比較法研究をやるかというのがなかなか難しくなってきた世の中で、ただ単に外国でこうなっているから日本でもそうしようというような比較法研究というのは、今どきはもう説得力を持たないわけです。ですので、今回取り上げたこれらのご著書のように、日本とどこに共通点があって、どこに相違点があってというところを緻密に積み上げていかないと、説得的な比較法研究にはならないのだというのが、あらためて大変勉強になったというところがございます。今日はどうもありがとうございました。

新屋敷 今日のような形で、いろいろご議論を拝聴するだけで、大変勉強になりました。本当にありがとうございました。今回のご業績について、私も率直に色々と申し上げましたが、多様な論点について深く学ばせて頂きました。コロナ禍を超えて、さらに色々な先生方と対面で議論するのが楽しみです。

山川 私も皆さんと同様の感想ですが、2020年以降、コロナ禍で教育研究活動が制約されてきた中でも、労働法学では着実な研究が行われ、今回取り上げられなかったものも含めて、それを反映した業績が出てきていることは大変印象的でした。

今回取り上げた文献はいずれも緻密な検討を行っていると思いますが、池田さんの言われたことと関連して、多数の論点が絡み合ったテーマについて、それらを組み合わせて幾重にも緻密な論理を積み重ねて結論を出していくという作業は、なかなか難しいのだと思います。特にコロナ禍のもとでは、時事的な問題に若干振り回されたようなところもあるかなという感じもしています。

一方で、コロナ禍は、実はもっと深い問題を内包していて、今回は2022年5月頃までの文献でしたから、そのもたらす影響はまだ十分には分からないのですが、人々の働くということや職場というものに対する考え方や感覚が若干変わってきたのではないかとこの感じもあって、そのように感覚が変わってきたとすると、労働法の前提としているものへの見直しが必要とならなければならないのかという感じもします。けれども今回は、そこまではまだ労働法理論の動向としては現れていないのかなという感じもしたところです。

本日は大変有益な議論をいただきまして、ありがとうございました。

(2022年11月2日：東京にて)

やまかわ・りゅういち 東京大学大学院法学政治学研究科教授。主著に『労働紛争処理法（第2版）』（弘文堂、2023年）。

かわぐち・みき 関西大学大学院法務研究科教授。主著に『労働法（第6版）』（信山社、2022年）。

いけだ・ひさし 北海道大学大学院法学研究科教授。最近の著作に「労働法の強行性と労働者の意思表示」『法律時報』1186号（2023年）。

しんやしき・えみこ 九州大学大学院法学研究院准教授。主著に、『労働契約成立の法構造——契約の成立場面における合意と法の接合』（信山社、2016年）。