

学界展望

労働法理論の現在

2023～25年の業績を通じて



学習院大学
教授
橋本 陽子
(司会)



名城大学
教授
柳澤 武



千葉大学
教授
皆川 宏之



国士舘大学
准教授
亀田 康次

目次

はじめに

I 労働法の立法学

II AIと労働法

III 労働者性

IV 使用者性

V フリーランス規制

VI 労働契約における合意

VII ハラスメント

VIII 差別法理（雇用平等，性的マイノリティ）

おわりに

はじめに

橋本 それでは、労働法の学界展望を始めたいと思います。これは、3年に1度、労働法学の論文・研究書のいくつかを取り上げて議論するという企画になっ

◎検討対象著作・論文

I 労働法の立法学

・和田肇（2024）『労働政策立法学の構想』旬報社。

II AIと労働法

・井川志郎（2025）「AI・アルゴリズムの導入・展開と労働法 EU法にみる労働のアルゴリズム管理をめぐる規制の視点——多元的規制を如何に整理するか」『季刊労働法』288号168-181頁。

・藤木貴史（2024）「アメリカ労働法とAI・アルゴリズム規制に関する暫定的レビュー」『季刊労働法』284号103-117頁。

・水町勇一郎（2023）「アルゴリズムと労働法」武井寛・矢野昌浩・緒方桂子・山川和義編『和田肇先生古稀記念論集 労働法の正義を求めて』日本評論社，869-891頁。

III 労働者性

・川口美貴（2025）「労基法上の労働者・労契法上の労働者の判断基準——新たな解釈基準を設定するという立場からの検討」『日本労働法学会誌』138号40-63頁。

・土田道夫（2025）「労基法上の労働者・労契法上の労働者の判断基準——『使用従属性』を基本的に維持する立場からの検討」『日本労働法学会誌』138号64-83頁。

IV 使用者性

・川口美貴（2023）「親会社と労組法7条2号の使用者」武井寛・矢野昌浩・緒方桂子・山川和義編『和田肇先生古稀記念論集 労働法の正義を求めて』日本評論社，495-519頁。

・石崎由希子（2025）「団体交渉における派遣先事業主の使用者性」『横浜法学』33巻2号209-246頁。

・土岐将仁（2022）「労働法と『ビジネスと人権』——『ビジネスと人権』は労働法の当事者にどのよ

うな意義があるか」『季刊労働法』276号2-12頁。

V フリーランス規制

・荒木尚志（2023）「労働法と競争法の交錯問題再考」武井寛・矢野昌浩・緒方桂子・山川和義編『和田肇先生古稀記念論集 労働法の正義を求めて』日本評論社，847-868頁。

・大内伸哉・坂井岳夫・土岐将仁・山本陽大（2025）『フリーランス法制を考える——デジタル時代の働き方と法』弘文堂。

VI 労働契約における合意

・志水深雪（龔敏）（2025）『雇用契約における明示条項と黙示条項』成文堂。

VII ハラスメント

・日原雪恵（2023, 2024）「労働におけるハラスメントの法的規律——セクシュアル・ハラスメント，差別的ハラスメント及び『パワー・ハラスメント』に関する日仏カナダ比較法研究（1）～（7・完）」『法学協会雑誌』140巻1号1-89頁，140巻3号347-431頁，140巻5号547-646頁，140巻7号829-913頁，140巻9号1193-1290頁，140巻11号1463-1543頁，141巻1・2号1-95頁。

・滝原啓允編著／労働政策研究・研修機構編（2024）『欧米のハラスメント法制度』労働政策研究・研修機構。

VIII 差別法理（雇用平等，性的マイノリティ）

・富永晃一（2022）「男女雇用機会均等法の展開と課題」『ジュリスト』1578号18-23頁。

・井川志郎（2024）「労契法と性差別禁止立法（雇用機会均等法・労基法4条）——憲法上の性差別禁止規範を基底に」有田謙司・石田信平・長谷川聡編著『労働契約法論』成文堂，275-297頁。

ております。

積極的な理由はなく大変恐縮なのですが、私が学界展望に参加させていただくのが2回目ということもありまして、全体の進行役を務めさせていただきます。学習院大学の橋本陽子と申します。

まずは先生方に自己紹介をお願いしたいと思います。では、この席の順番で、柳澤先生からお願いします。

柳澤 名城大学の柳澤武です。名古屋から参りました。本日はどうぞよろしくお願ひいたします。

皆川 千葉大学の皆川です。千葉から参りました。よろしくお願ひいたします。

亀田 国土館大学の亀田でございます。どうぞよろしくお願ひいたします。

橋本 今回の学界展望で検討する論文と著作は、2022年春頃から2025年春頃までの業績のなかから、最近の重要な労働法のテーマについて検討した論文や単著の論文、また単著の研究書のなかから選択させていただきました。1つのテーマに複数の論文・著書を選択した場合もありますが、テーマごとに担当を決めて、担当者が内容紹介と議論の出発点となるコメントを準備して、今日の座談会を迎えました。

最初に検討させていただく著書は、和田肇先生の『労働政策立法学の構想』です。それでは、皆川先生から本書の内容紹介とコメントをお願いいたします。

I 労働法の立法学

● 紹介

・和田肇『労働政策立法学の構想』

皆川 今回の学会展望の企画の最初のテーマとして、労働法の立法学を取り上げます。2024年に、和田肇先生が著作『労働政策立法学の構想』を公刊されました。

本書は、和田先生がこれまでに公表されてきた研究論文をベースに、1冊の体系的な書籍にまとめられたもので、和田先生は、本書で、労働政策立法学のコンセプト、および、同コンセプトに基づく対象の分析や検証の枠組みや視角を示し、そのうえで、労働法分野の複数の領域について、その枠組みを用いて検討を行っておられます。同書では、まず、総論として、

「労働政策立法学」のコンセプトを示し、労働法制の規制方法などが幅広く検討の俎上に載せられます。続いて各論として、多くの領域の法政策について、総論で示されたコンセプトと分析視角を用いた検討が行われています。それぞれの領域に関して行われる検討は、基本的な法制の歴史的な成立過程から、各政策の目的・対象となる社会の状況の推移、政策目的の実現に関する評価と、具体的な立法内容や規制の機能の検証に及ぶ本格的なものであり、全体として、本書は、これまでの日本における労働法学の成果を確認しつつ、ドイツの法制・法学との比較研究を行いながら、これからの労働法研究のための新たな研究方法論を打ち立てようという、非常に意欲的な研究であり、これからの労働法学のあり方を考えるうえで欠かせない研究成果ということができるといえるでしょう。そのため、今回の学界展望にあたり、まず、最初に、本書を取り上げて、労働法の領域での立法学の可能性や課題について検討することとしました。

次に、本書の内容を概観します。まず、本書の構成ですが、「第I部」は「労働政策立法学の基礎」との表題でまとめられ、第1章「労働政策立法学の構想」、補論「労働政策立法研究と統計等の資料」、第2章「労働条件立法の体系」、第3章「労働法の規範構造（その1）——強行法規とその逸脱」、第4章「労働法の規範構造（その2）——ハードローとソフトロー」、第5章「労働法のエンフォースメント」の各章から構成されています。いわば総論的な部分です。続く「第II部」は、第6章「有期雇用の法政策」、補論「労働契約法18条の特例——研究者・教員の雇用環境の整備」、第7章「非正規雇用の均衡・均等処遇の法政策——パートタイム労働を中心に」、第8章「人事異動の法政策——転勤（勤務地の変更を伴う配転）を中心に」、第9章「労働時間の法政策——女性（女子）の保護規定を中心に」、第10章「年次有給休暇の法政策」、第11章「雇用保険の法政策——休業の所得補償を中心に」の各章から成り、第I部で示されたコンセプトおよび分析・検証の視角を用いて、各法政策の検証がなされます。そして最後に、「第III部」で「総括」として、第12章「男女雇用平等と立法政策」で、男女雇用平等の実現という政策目的を題材として、「第I部」で示された構想に沿って総括的な検討が行われ、同政策の効果と今後の展望について、著者の評価が示されます。このように、各章のタイトルを概観す

るだけでも、本書の検討の及ぶ領域の広さが窺えます。

次に、もう少し具体的に、とくに「労働政策立法学」のコンセプトに関するところを中心に、本書の内容を紹介します。第Ⅰ部の第1章は、「労働政策立法学」の構想について論じられる総論中の総論的な位置づけの章ですが、本書で著者のいう「労働政策立法学」の定義は、「労働政策立法について、その制定・改正過程、立法の趣旨・政策目的、目的の実現手段、政策の効果・法の機能、つまり立法の目的が実現しているか、実現していないとしたらその理由は何か等の諸側面から分析する法分野」とされます(19頁)。別の表現では、「労働政策立法を、ある政策目的を実現するための法技術・手法と考え、(1)どのような政策が求められている(た)のか、(2)その目的を実現するためにどのような法政策が採られる(た)のか、(3)その政策立法は政策目的を実現しているのか、(4)もし実現していないとしたら、その原因はどこにあるのか、(5)政策目的を実現するためにいかなる立法を行うべきなのか」といったアプローチで検討する試みであるとされます(19-20頁)。このようなコンセプトと分析視角において、とくに重視されるのは、立法技術論の面で、立法において規範構造をいかに設定するか、エンフォースメントの手法をいかに設定するかといった点が重要な検討素材となります(20頁)。また、行われた立法の効果を検証するという視点も重要とされます(20-21頁)。

続いて、補論では、労働政策立法の効果の検証のために、ビッグデータの活用が提案され、政策立法の検証のために利用できるデータについて、日独の事情が検討されています。具体的に、最低賃金に関して、2015年にドイツで制定された最低賃金法(MiLoG)では、連邦政府が設置する最低賃金委員会により、法定最低賃金の影響に報告書の提出が2年おきに義務づけられていることが紹介されています。

第2章では、日本の労働法制の体系化の議論が十分には行われてこなかったという評価・認識のもとで、とくに日本国憲法27条2項と明確に関連づけた体系論が、ドイツ法における労働保護法(Arbeitsschutzrecht)と労働契約法(Arbeitsvertragsrecht)の体系論を参照しつつ論じられています。ここでの議論の要諦は、日本で「労働保護法」、すなわち公法的性格を基本とする法体系のなかに、著者の評価では、本来は広義の「労働契約法」のカテゴリーに含められるべき法律が

あり、そのような分析から、労基法13条のような規定が明文で定められていない法律の規定であっても、当該規定の規範内容いかんで、強行的効力のみならず契約補充効力も認めうる場合がある(70頁)、との帰結を導く点にあると思われます。

第3章では、労働法の規範構造(その1)として、強行法規とそこから逸脱可能性についての検討が行われます。詳細は割愛しますが、分析の帰結は、労働法規の柔軟化が必要であるとしても、憲法27条2項と28条の規範体系に基づくことを前提に、労働法規の階層構造(強行法規、労働協約、就業規則、個別合意)に沿って、下位規範による規制からの開放には上位規範による縛りを要し、とりわけ個人の合意による逸脱には慎重な対応を求めることとされます(116頁)。

第4章では、労働法の規範構造(その2)として、ハードローとソフトローのそれぞれのアプローチの適否の検討が行われます。ここでの分析では、近時、ドイツでもコロナ・パンデミックの際の感染症対策のガイドラインや、人権デューデリジエンス立法、賃金透明化法における使用者の要請などでソフトローと評価できる立法が行われているとしつつ、日本法におけるソフトローについて、規範内容の不明確性(132頁)、ハードローへの移行の不確実性(134頁)などの問題点が指摘されたうえで、具体的な法政策の評価として、男女雇用機会均等法による規制が努力義務規定、すなわちソフトローからスタートしたことが、その後、40年を経て男女の雇用平等が、M字型カーブ、正規・非正規労働者の男女比率、男女の賃金格差、ジェンダー・ギャップ指数などの各種の指標(139-142頁)から、なお十分に実現していないと評価されることに影響しているとしています(146頁)。

第5章では、労働法のエンフォースメントについて検討がなされます。ここでは、これまでの日本の労働法学における先行研究を踏まえ、労働法による規制の実効性確保のための手段である、行政監督・指導・是正、刑事罰、付加金制度、行政上の制裁、行政上の措置(公契約の利用、くるみんマーク等の認定制度)、労働組合のコンプライアンス監視機能、女性活躍推進法による情報公開義務、行政ADRのそれぞれの長短所、課題について分析がなされ(153-177頁)、さらに、行政ADRの分析において、均等法、パート有期雇用労働法上の個別紛争処理制度の利用状況に関する

浅倉先生らの研究グループによる実態調査を踏まえて、課題として、都道府県労働局長の助言・指導や調停に強制力がないことから紛争解決に限界があること、都道府県労働局雇用環境・均等部（室）での相談件数はハラスメントの相談が多数を占め、性差別に関するものが少なく、雇用差別の是正のためには不十分であることなどが指摘され、今後、判定・救済機能を有する専門委員会の整備が求められるとしています（172-177頁）。

以上が、第Ⅰ部の概観です。次に、第Ⅱ部の各章での各論の分析・検討もそれぞれが詳細に展開され、いずれも興味深い内容となっているのですが、今回の学界展望での議論の範囲をある程度絞り込む必要から、各章の内容の紹介は割愛し、最後に、第Ⅲ部で総括的な分析が行われている第12章「男女雇用平等と立法政策」を概観することで、本書で示された「労働政策立法学」のコンセプトに基づいた分析のあり方を確認したいと思います。

第12章では、第Ⅰ部、第Ⅱ部で検討された内容をあらためて確認しつつ、日本における雇用平等の現状について、①女性労働者数の増加は、多くが非正規雇用としての増加であり、雇用の二極化が女性に顕著であること、②仕事と家庭的責任の遂行について、男女間に開きがあること、③労基法上の女性保護規定と引き替えに得た雇用平等が、均等法制定後の40年間でそれほど進捗しなかったとされ（419-420頁）、このような雇用平等の現状に影響を与えた要因分析として、(1)法規範の設定方法について、均等法による雇用平等・差別禁止が、社会変革的な力が弱いソフトローから出発したこと（422-423頁）、(2)1997年の労基法改正により、女性労働者一般に対する労働時間の保護規制が廃止されたが、実際に家庭的責任を多く担う女性労働者の多くが非正規雇用となっている現状から、このとき、むしろ男性の長時間労働の規制を行い、労働時間規制のジェンダー平等を目指すべきであったこと（424-426頁）、(3)非正規雇用政策について、1993年のパート労働法制定から2018年のパート・有期雇用労働法への改正に至る立法によっては、正社員・非正社員間の賃金格差に変化がなく、判例により不合理性が認められる部分が諸手当の一部のみであることなどから、現在までの規制内容には決定的な限界があること（426-428頁）、(4)均等法等に基づく行政機関による権利実現の手法では、雇用平等実現

のための紛争解決には不十分であり、雇用平等法の「第4ステージ」として、不当労働行為救済についての労働委員会制度のような「判定・救済機能」を有する専門委員会等の設置等の方策が必要であり、2015年制定の女性活躍推進法による情報公開義務の効果もなお検証を要することが挙げられ（428-432頁）、このような検討を踏まえて、本書では、賃金差別の解消に向けた「同一労働同一賃金法」といった法律の制定が提案されています（440頁）。

以上、長くなりましたが、本書で検討された対象は、総論、各論ともに幅広く、また、分析の内容も、これまでの労働法学の成果を踏まえたうえで和田先生ご自身の見解を展開されるもので、本書は非常に重厚な研究書です。本書の研究内容については、さまざまな観点から議論できるように思いますが、時間の限りもありますので、今回は、本書のタイトルともなっており、労働法研究のうえでの新機軸の提唱ともいえる「労働政策立法学」のコンセプトについて、その研究上での有用性や課題について考えてみたいと思います。

まず、本書を読み、私自身は、和田先生が提唱されている、労働政策立法の機能や成果を分析し検証するという研究の枠組みについて、これをうまくさまざまな法政策に当てはめることができれば、興味深い研究成果を生む可能性がある、と考えました。和田先生も本書の最後に書かれているように、高齢者雇用政策、育児休業・介護休業の政策、フリーランスに関する法政策など、その機能や効果を検証できれば有益な領域は、労働法政策のなかに数多くあるように思います。

もっとも、その一方で、和田先生が提唱されるような研究の枠組み自体について、今後、検討を要する点もあると思われます。

まず、「労働政策立法学」の学問としての基軸といえますか、基本的に拠って立つところはどこでしょうか。これは「立法学」の学問上の基本的な基盤や方法論は何か、ということとも関連するのですが、「労働法学」の領域で「労働政策立法学」を構想するとすれば、やはりそれは「法学」ということになるのでしょうか。では、これまでの労働「法学」の内容や方法との比較で、今回の「労働政策立法学」の新しい特徴は何でしょうか。本書での分析・検討の内容から、和田先生が、実定法の解釈・適用と法的判断の体系化を指向する法解釈中心の法律学とは異なるコンセ

プトでの学問を展開されようとしていることは明らかです。しかし、そこでは、法学の一領域としての「労働政策立法学」において、「学」として学問的検討の結果、明らかにすることのできる強みを持つところは何かを、はっきりとさせていくことも必要ではないでしょうか。

それというのも、本書で示されたコンセプトで重視される政策立法の検証に係るところ、すなわち、政策立法が政策目的を実現しているのか、実現していないとすれば原因はどこにあるか、といった点を、とくに大量のデータや各種の調査結果などを基に評価しようとする場合、それを法律学の研究者が学問的に適切に行うことができるのだろうか、という疑問があります。統計的な手法などを用いた事象の分析は、経済学や社会学などの専門領域ですし、そこは「餅は餅屋」ではないですが、政策の影響や効果などを統計的に検証しようとする場合、経済学などの専門領域の知見を参照すべきことになるのではないのでしょうか。ちなみに、ドイツの最低賃金委員会の研究者委員も経済学者です。そうすると、たとえばですが、政策効果の検証において、市場における効率性を実現するため、より規制緩和が必要である、といった検証結果が出たような場合に、労働政策立法学の観点から、これまでの規制を撤廃する、という方向での検証でよいのか、という問題も生じるように思います。

そうすると、「法学」として、やはり法律の規定や制度の分析に一日の長があるのは、本書でも展開されている法律の体系化や規範構造、エンフォースメントの手法に関する分析などということになりそうですが、そうすると、「政策立法学」の扱う対象や内容は、これまでの一般的な法律学とさほど変わらない、ということになるかもしれません。

また、関連してもう1点、過去にある立法である規制の手法が用いられ、その一方で、ある社会的な現状が確認された場合に、そのような現状となった要因として、その規制手法がどれほど寄与したか（あるいはしなかったか）、ということの分析や検証も容易ではないように思います。本書での研究で示されるように、日本社会の現状は他国と比較して男女の雇用平等の観点で優れていない状況といえると思いますが、他方で、均等法が早期から強行規定であれば、どこまで社会変革が促され、雇用平等が促進されたかはわかりません。仮にそちらの手法を採用していれば、状況は

変わっていたのではないかと推測はできそうですが、そこまでにとどまるようにも思います。

このように、今回の研究で示された和田先生の構想は非常に興味深く、私自身も労働法を研究するうえでそのような観点を持ちたいと思いますが、「学」のコンセプトのあり方について、そこでその「学」が何を明らかにできるのか、その学問的な強みとは何かについて、なお、いろいろと検討していくべきところがあるのではないかと思います。長くなりましたので、私からのコメントはひとまずここまでとします。

● 討 論

橋本 皆川先生、ありがとうございます。

それでは、議論に移りたいと思います。では、まず柳澤先生からお願いします。

柳澤 私も、とりわけ最低賃金の分野については、労働経済学による豊富な実証分析が蓄積していると思います。本書でも、35頁あたりでしょうか、大竹先生らによる著書（大竹文雄・川口大司・鶴光太郎編著『最低賃金改革——日本の働き方をいかに変えるか』日本評論社、2013年）ですとか、JILPTの2016年調査を参照されておられます。ただ、最近の政治主導とも言えるような最低賃金の引上げですとか、そういう動向に対する経済学者らの応答について、少しフォローがあっても良かったのではと考えました。本書の出版時期から反映は難しかったのかもしれませんが、この点は、皆川先生の印象と重なる部分があります。

それから、規制方法がどれほど寄与したのかの分析が困難であるというご指摘についても同感です。先ほど最低賃金の分野をお話ししましたが、最低賃金以外の分野につきましては、労働法学者単独の分析は難しいのではないのでしょうか。じゃあどうするかというと、立法ごとに、目的や規制方法にターゲットを絞って、経済学者と協働して分析せざるをえないのではないかと。1つ具体例を挙げますと、『日本労働研究雑誌』の2014年1月号では、「最近の労働法改正はその目的を達成したか?」という特集が組まれました。論文の並びを見ますと、まず労働法学者の論文があって、次に経済学者の論文がというふうになっているのですが、これらは単に並べただけではありません。少なくとも私が関わった論考では、労働法学者と経済学者で10通以上メールを往復させて、研究者同士でかなり綿密なやり取りを行ったことを覚えて

います。最終的に、両分野の研究者による共著論文という形にはなりませんでしたが、それなりの学際的な協働作業や学際的な交流がありました。かかる手法も想起したところです。

橋本 ありがとうございます。では亀田先生、お願いします。

亀田 和田先生は、「労働政策立法学」の1つの特徴が「政策立法の効果の検証」にあり、立法を評価する場合、「労働市場や雇用社会に与えた影響・効果の分析が必要」であるとして、「それは2つの側面から行われなければならない」とされています。1つ目が「ビッグデータを利用したマクロ的な視点」で、2つ目が「裁判例の分析を通じたミクロ的な視点」です(21頁)。1つ目は統計分析に関わりますが、皆川先生と柳澤先生にご指摘いただいた点と重なる感想を持ちました。統計等の資料の利用に関しては、「【補論】労働政策立法研究と統計等の資料」(31頁以下)で論じられており、和田先生ご自身も、経済学者には敵わない(31頁)と留保はされていますが、法律学の研究者が学問的に適切に行うことができるのかという皆川先生のご指摘と同じ点が気になりました。

また、2つ目の「裁判例の分析を通じたミクロ的な視点」について、和田先生は、立法の効果の検証のための公的な資料が完全に揃っているわけではなく、「裁判例がそれを補う機能を果たすと考えられる」(28頁)とおっしゃっています。しかし、実務のなかの多数の事例のなかで、裁判になりしかも判決にまで至っているケースというのはごく一部に限られ、そういう意味では、裁判例は特殊事例かもしれません。ですので、立法の効果の検証との関係では、裁判例の分析が、全体の一般的傾向を適切に捉えた分析になるのかどうかという点は、少し疑問を持ちました。

具体的な例で言いますと、たとえば無期転換の5年ルールを導入立法(労契法18条)に関し、更新上限・不更新条項の裁判例を分析されて、「5年ルールは現実には雇用制限機能を営むケースの多いことがわかる」という評価をされている箇所があります(210-215頁)。しかし、たとえば、労契法18条の立法を機に、有期契約による雇用は5年を上限としつつ、それを超える雇用については、正社員とは異なる無期(転換)社員区分を設けてそこに移行させる実務対応がなされている場合もあり、その場合は比較的紛争事例として裁判例に現れてきにくいところがあります。裁判

例が「ビッグデータでは描き切れない問題点を抽出することに寄与する」(21頁)ことはそのとおりかと思いますが、立法の効果の全体的な傾向を評価することとの関係では、裁判例を「ビッグデータの補完」として用いることはできないのではないかと思います。

橋本 ありがとうございます。私も、先生方と同じ印象を持っています。とくに立法の効果の検証について、経済学者のように、生のデータを直接分析することは、我々法学者にはできないので、公の統計資料の紹介だけで立法の効果を検証する研究であると正面から打ち出すというのは、なかなか難しいのではないかと思います。

また、私も本書について、『労働法律旬報』2075号(2025年)に書評を書かせていただいたのですが、和田先生が労働政策立法学とは何かを構想するに当たって、鎌田薫先生の整理(大森政輔・鎌田薫編『立法学講義〈補遺〉』(商事法務, 2011年))を参考にしたとおっしゃっています。鎌田先生は、①立法過程がどうであったのか、②立法内容、つまり、どのような法制度を実現すべきなのか、そして③立法技術の3つの側面から検討するものが立法学であると整理されています。しかし、和田先生は①の立法過程については、当初から検討しないとおっしゃっていて、その理由は、どのような議論が実際に行われたのかを後から知るとは難しいからであるとおっしゃっています。それはそうだなと思うのですが、でも立法過程の検討をしないで立法学と呼べるのだろうかと思いました。

いかなる法制度を実現すべきかという立法内容についても、和田先生は、あまり正面から扱っていません。平井宜雄先生の『法政策学(第2版)』(有斐閣, 1995年)がこの点に関する基本書かとは思いますが、平井先生は、経済的合理性と正義の観点から立法を構想し、また評価するという体系を示されています。しかし、本書では、この点についてもあまり検討されていないので、結局、皆川先生もおっしゃったように、③の立法技術に焦点が当てられていると思います。つまり、ハードロー、ソフトローの区別、あるいはエンフォースメントがどうあるべきかという問題です。これは、現在では労働法学に根づいた検討視角になっているので、新しい方法論ということは難しいだろうと思いました。ただ、和田先生は日独労働法の本格的な学術交流を長年推進されてきた先生で、比較法の知見などは言うまでもなくすばらしいです。具体的

には、日本では「くるみん」などの認証制度が非常に多いですが、認証制度は非常にコストもかかることを指摘し、ドイツでも認証制度はあるけれども、国が正面から行うのではなく、財団に任せているという指摘などは、非常に説得力があると思いました。このように、比較法の見地や個々の解釈論については注目すべき部分は多々あるのですが、全体として新しい方法論を構築したと評価するのは難しいのかなと思いました。

また、亀田先生がおっしゃった、裁判例を立法効果の検証の材料にできるのかというコメントについても、ご指摘のとおりかなと思います。裁判例が特殊事例で、それを基に立法の効果を一般的に評価することはできないだろうという点について同感です。しかし、他方で裁判例の社会学的分析というのは、今後の研究の可能性としてはありうるのではと感じました。この本でいうと、いつごろから配転を争う紛争が出てきたのかとか、有期雇用についても同様の分析があったと思うのですが、この点をもっと深めていくと、これも経済学者や社会学者が判例を扱ったときにするような数量的な分析はできず、定性的・記述的な分析になるのですけれども、意味はあるだろうと思っています。

皆川 ありがとうございます。私の拙いまとめに、先生方からの確かなコメントをいただいて大変ありがたいと思います。

私の認識は先生方と、ある程度共通するところかと思いますが、法学の強み、我々に何ができるかということが基盤になりますので、そこをどうするかというところが検討のポイントかなと思いました。

そう考えると、和田先生が示された、社会の現実と法律の理念や規制を関連づけて分析していこうという枠組み自体は意欲的で、そうしたことを我々も少しでもできればとは思いますが、とはいえ、先生方からコメントをいただいたように、実際にできることは何かを考えると、規範の構造とか、それから橋本先生が言われたような、立法過程でどういう議論があって、その当時、どういった社会状況なのかを立法事実として認識しながら、こういう規範が定められたのかといった点や、そうした状況が現在、変わったところがあるのかなのかといったところの分析は、やはり法学者は行うことができると思いますし、そうしたあたりを中心として取り組んでいくのが、堅実な学問的な方法論なのかなと思います。

そうすると、思い浮かぶのは、西谷敏先生が、著作集の第1巻（『西谷敏著作集 第1巻 労働法における法理念と法政策』（旬報社、2024年））のなかで労働法における法政策について書かれているように、憲法27条2項と28条をベースにした規範構造を立て、労働条件の規制を切り下げられないところは切り下げられないという規範を立てたうえで、その規範やあるいは理念を基に政策を考えていくという方法論が、法学者が得意とするところで、1つの枠組みとしてあるのかなと。そんなところを考えたという次第です。雑駁で申し訳ないです。

柳澤 今のコメントに関連して、経済学者が分析のためのフレームを作ることが前提としても、法律学者が、立法の背景、審議会などでの議論、法目的、規制手法などを解明する必要があります。

とはいえ、法律学者であれば、常に立法の目的は何だったのかを掴めるかということ、なかなか難しい場合もあります。たとえば、旧・雇用対策法10条の年齢制限禁止規定が急に入ったときは、それまで労働政策審議会では議論されていなかったのに、自民党の会合で「年長フリーター対策」と「団塊世代の再就職対策」のためだと意見が出され、突如として法案段階で押し込まれました。各労働立法の目的や趣旨を把握すること自体が難しい場合があり、労働法学者のなかでも意見が分かれると思うのです。さればこそ、かかる知見を他の学問分野に提供することも、我々にできる仕事の1つではないかと考えました。

亀田 皆川先生のご紹介のなかで、ハードローとソフトローの適否という点がありました。本書では、男女雇用平等については、社会変革的な力が弱いソフトローから出発したことで雇用平等の実現が遅れたという指摘がなされています。他方で、高齢者雇用安定法による定年の規制については、55歳定年が一般的だった状況から60歳定年に引き上げていく際、60歳を下回る定年を定めないようにする努力義務の導入と行政の助成金などの定年引上げ政策、すなわちソフトローから始め、それがかなりうまくいって、大多数の企業で60歳定年が実現した段階で60歳未満の定年の禁止が強行規定化されたという経緯があります。法政策でソフトローかハードローを選択するときに、どちらが適しているかというのを、どのように考えればよいでしょうか。こういう分野はソフトローが適している、こういう分野はハードローが適しているというよ

うなご見解があれば、ぜひ先生方からご意見を伺いたいと思いました。

橋本 ソフトローが適している分野、適していない分野を一般的に明らかにすることはなかなか難しいと思いますが、日本では、新しい立法はソフトローから始めるというのが一般的になってしまっていて、亀田先生がおっしゃった高年法だけではなく、典型例が均等法ですよ。1985年当時いきなり欧米のような差別禁止法は入れられないということで、漸進的に社会改革をするべきであるということで、菅野和夫先生は努力義務で差別禁止規定が導入されたことをとても評価されていたと思います。均等法は、確かに徐々に規制が強化されてきて、ソフトローからハードローになりました。しかし、まだ均等法の規制は不十分だとは思いますが、均等法を典型例として、ソフトローからハードローへ、という立法手法は日本の労働政策として定着したと思います。これに対する和田先生の批判には共感するところもあって、とくに雇用平等については、この本でページを割いて扱っているのですが、先ほど皆川先生から憲法をベースとして規範的な議論を展開するのが正当ではないかというご指摘もありましたが、人権保障という、規範的な観点から議論していくという和田先生のご見解・立場というのはとても大事だと思います。

皆川 そうですね。私も、今、橋本先生が言われたように、和田先生の、規範論をベースに立法の具体的な手法と、それから社会的な現実があまり変わっていないのではないかというところに対しての批判的検討というのは、これまでも労働法学でも行われてきましたし、その視角はやっぱり重要だろうと思います。

私は、ハードロー、ソフトローについてはそれほど十分な見識はないのですが、たとえば男女のコース別雇用管理の是正については、まず努力義務で設定されて、その後、強行規定になったわけですが、人事管理の仕組みを変える方向に持って行くところは誘導的な効果があって、女性総合職が増えることにつながったと思います。先ほど亀田先生が言われたような高年齢者雇用政策なども、定年を延ばすといった人事管理の仕組みを、将来こういことが目標ですという形で、企業の行動なり組織づくりの変革をそちらのほうに促すという効果はあるのかなと思うところがあります。ただ、和田先生もこのご著書で批判的に分析されているように、賃金の格差など

は、非正規雇用と正規雇用の賃金体系のそもそもの違いで、企業も具体的な支出をどれだけ人件費にかけられるかということと強く関わりますので、そう簡単には動かない。では、これはハードローでやったらうまく動くのかということ、これもやはり簡単ではないと思うところもあって、ヨーロッパなどの例を見ますと、たとえば、労働協約による産業的な規制などをベースに、性別による賃金格差や雇用形態による格差を縮小する方向にという立法に乗せていくというのであれば、ハードローを含めて実効性が出てくる側面もあるかとは思いますが、そうすると法律だけで何がどこまで変えられるかということになり、それは、労使関係の実態や労使自治で何が決められるかといったところも含めて、社会の現状というのは変わっていくのかなと。そこも含めてということに最終的にはなるのでは、という印象を持っています。

柳澤 ソフトローとハードローについて、和田先生のご主張のように、差別禁止であるから、まずはハードロー規制でという方向性は理解できますし、賛同します。かつての男女賃金差別訴訟において、雇用機会均等法が努力義務であった時代についての救済は認めない「時代制約論」が起こったことがあります。雇用差別禁止のなかでも、とりわけ過去から継続する賃金格差の救済といった分野に関しては、ソフトローだったときの影響が色濃く残っていて、なかなか裁判上で救済は進まなかったのかなと思います。

ただ、先に議論されたとおり、差別禁止に関わるものはすべてハードローでいいかということ、なかなかそうもいかない。ソフトローといったときに代表例として思い浮かぶのは、同じ賃金格差の問題についても、女性活躍推進法のような形態であって、今現在の賃金格差がこれだけあるということを開示させていくソフトローアプローチは、現在進行形の賃金格差是正には非常に有効だと、私も思っております。だから、差別だからというのではなくて、何を法目的としているかということで、ハードローかソフトローかの選択が、もちろん自動的に決まるわけではないのですが、どちらが適しているかといった議論の仕方もあるのではないかと考えました。

皆川 社会的な男女平等に向かうにあたって、現状に課題があるとすれば、別の政策手段、立法手段、政策立法を考えるという意味で、和田先生が示されたフレームワークは機能するようにも思います。他方で、

今日、先生方からもご指摘があったように、我々自身が社会の現状と法律の規制の効果を定量的に分析するというのはなかなか難しく、そこをどう評価するかというのは、柳澤先生からお話があったように、経済学なり社会学との協働の枠組みをどうつくるかというのも、やはりこの構想においては大事です。

そうすると、また西谷先生の話に戻ってしまうのですが、結局、憲法22条をベース、すなわち契約自由をベースにした市場の機能を重視するのか、それとも、たとえば労働法政策であれば、27条2項や28条をベースにした、また25条も含めた規範と規制のあり方を重視するのかという点については、やはりそこには枠組みの違いがあると思いますので、他分野の研究との協働というのを考えるのであれば、そういった枠組みづくり、規範を前提にした枠組みづくりというのも考えられます。これは言うは易しで難しいことだと思うのですが、そのようには少し考えました。

亀田 今、女性活躍推進法の情報開示の手法の話が出ましたが、その関係で1つ気になったのが、労働法の実効性確保手法として、労働市場や株式市場のモニタリングや税制度については、山川隆一先生は労働法の実効性確保制度に含めるけれども、和田先生はそこまで射程距離を広げないとされています(152頁)。理由としては、労働法の本来の実効性確保制度として用意されたものではないし、それに依存しすぎると、本来の実効性確保制度の軽視につながりかねないから、というご説明をされています。ただ、女性活躍推進法の情報開示のルールは議論に含めるけれども、有価証券報告書などで男女賃金格差の情報を開示させる株式市場の同様のルールは含めないというのは、その線引きでよいのかどうか気になりました。税制の観点でも、中小企業向けの賃上げ促進税制というのがあり、労働契約の賃金決定に結構大きな影響を与えるものですが、それは税制の範囲だから、多分、和田先生は議論に含めないと思います。他方、厚労省がやっている賃上げのための助成金などは、おそらく議論に含めて考えるのではないかという気がして、どうやって線を引くのか、また、その線引きでよいかは、ちょっと気になるのかなと思いました。

橋本 そうですよ。有価証券報告書の男女賃金格差の開示義務というのは、昔あったけれど、なくなって、また復活したというのですが、情報開示義務という点では、女活法と区別する必要はないと思うの

で、亀田先生のご指摘はそのとおりかなと思いました。

日本の情報開示義務については、和田先生も指摘されているとおり、EUだと検証義務まで入るので、そこまで本当は入れないといけないのだろうと思います。どうしてこんなに格差が開いているのかということ企業に検証させる必要があるだろうと思います。

最後に、この本の非常に面白いところは、方法論としては、私は、立法学に含めてしまうのはどうかという指摘もしたのですが、歴史的な検討というか、昔の学説なども丹念に紹介されているところはとても勉強になりました。とくに、労基法制定時には、年休の取得に関する意見聴取義務が労基則に定められていたということで、知らなかったので大変勉強になりました。これは、現在の育介法における意向確認義務のようなもので、年休取得を促す効果があって、重要な規制ではないかというご指摘は大変勉強になりました。

柳澤 最後に1点だけ発言させてください。本書の「序」の部分、これは完全な書き下ろしのようです。ここが非常に面白くて、6頁の2段落目では、労働立法における哲学について述べられた箇所があり、一例として、2018年の雇用対策法改正で、今の労働施策推進法の目的に「労働生産性の向上」が加えられたことに言及されておられます。私も、これを看過してよいのか疑問に思っていて、昔のマル生運動(生産性向上運動)の歴史を持ち出すまでもなく、労働立法において「生産性向上」という目的を入れることに対して、もっと慎重な議論があってもよかったのではないかと。でも、そういう議論が行われないうちに、気がついて入ってしまった。ほかに、補論(52頁)の、憲法の「基本権保障」がもたらす意義についてなど、本書全体を通じて、和田先生からの「常に広い視野を持って、木を見て森を見ずでは駄目だよ」とどのようなメッセージが伝わってきます。ある社労士の方は、この本を読んで、「目からうろこが落ちた」とおっしゃっていました。学術書としての高い価値はもちろんですが、実務家の方々にとっても、さまざまな新しい視点を得られる好著だと思います。

皆川 大ベテランと言ったら失礼かもしれませんが、この研究には、和田先生からの、後進の学者に対する叱咤激励も、もっと頑張れというメッセージも込められていると思います。もちろん、今、柳澤先生が言われたように、学術書として大変興味深く、学ぶところが多かったです。

橋本 それでは、和田先生の本はこれぐらいにしたいと思います。

次は、柳澤先生ご担当の「AIと労働法」のテーマです。よろしくお願いします。

II AIと労働法

● 紹介

- 井川志郎「AI・アルゴリズムの導入・展開と労働法 EU法にみる労働のアルゴリズム管理をめぐる規制の視点——多元的規制を如何に整序するか」
- 藤木貴史「アメリカ労働法とAI・アルゴリズム規制に関する暫定的レビュー」
- 水町勇一郎「アルゴリズムと労働法」

柳澤 それでは、私からはAIと労働法についての論考を紹介させていただきます。実は、このテーマ、もう少し労働法学における議論が熟してから取り上げるべきではないかと、我々一同も、悩んだところです。ただ、他の法分野でもAIと法をめぐる論争が活発になってきており、労働法学の理論動向も確認しておくべきではないかということで、今回のテーマとして選定されました。

議論の中心として取り上げる井川志郎先生の「AI・アルゴリズムの導入・展開と労働法 EU法にみる労働のアルゴリズム管理をめぐる規制の視点」、参考として取り上げる藤木貴史先生の「アメリカ労働法とAI・アルゴリズム規制に関する暫定的レビュー」と、同じく参考として水町勇一郎先生の「アルゴリズムと労働法」も対象とします。なお、井川先生と藤木先生の両論文は、新屋敷恵美子先生による「連載の趣旨」『季刊労働法』282号85頁に始まり、同「連載を終えて——研究成果と残された課題」『季刊労働法』290号171頁までの計8本からなる集中連載「AI・アルゴリズムの導入・展開と労働法」のなかの2本であり、一連の連載による知見も含まれていることを付言しておきます。

まず、井川先生のご論文は、アルゴリズムによる労働管理システム（以後「AMS」、論者によっては「HR Tech」や「人事AI」と呼ぶもの）がもたらす問題が多面的であるからこそ、その規制方法も多元的になら

ざるをえないとの問題意識を示します。そこで、規制方法を解明するための手段として、EUの立法動向を確認のうえで、「EU立法の中身をいわば『ばら』にして……抽象的なレベルに整序」（169頁）するという、意欲的な試みです。

以下は、同論文の分析手法です。AMSに関わるEUの立法は、2016年の一般データ保護規則（GDPR）、2024年のAI規則、同年のプラットフォーム（PF）労働指令など、立法ごとに趣旨や射程が異なっており、これらを要素ごとに捉え直す必要があります。そこで、①制限的規制（171-173頁）、②構築的規制（173-177頁）、③バリューチェーン規制（177-179頁）、という3つの規制方法に区分のうえで、これらの規制方法という観点からEU立法の各条項を区分します。①に該当するものとして、GDPRが情報収集自体を禁じる人種や労働組合加入情報、PF労働指令による労働従事者の過度な個人データ収集の規制、さらにはPF労働指令による集積データを利用して組合加入情報を「推測」という「利用目的」による規制などがあります。②は、AMSのライフサイクルに人間の関与を求めるタイプの規制です。自動化による意思決定で人間に法的効果または重大な影響を及ぼすことは認められず（GDPR 22条）、AMSの職場導入時には協議が求められる可能性があり、AMS適用後も、影響評価、継続的なモニタリング、あるいは、独立した権限を持つ人間による監督が求められます。さらに、AMSに対する透明性を確保すべく、データへのアクセス権や、データを読み解くための専門家からの補助などで、②を実現するための前提条件ともいえます。③は、本来は使用者が負うべき管理職権限行使の責任をAMSに肩代わりさせているとして、いわゆる責任の分散（diffusion of responsibility）——この表現は引用元のAdams-Prasslらの論文が用いているのですが——が生じることを指摘し、AMS開発・提供元にも責任があるのではないかと問いかけます。既にアルゴリズムの設計や実施に対しては、人権デューディリジェンスの考え方が求められおり、AI規則でもAMSに対するバリューチェーン規制の兆しがみられると指摘しています。

これら分析の結果、AMSの時系列的なプロセスごとに、3つの規制方法（前掲①②③）の適合性について、ときには複数の規制方法が適合する場合も含めて、【概略図】も示しながら独自の整序を試みていま

す(179-181頁)。その際、②の対象となる“Humans in the loop”といった個々の場面はAdams-Prasslらの論文に依拠しながらも、AMS利用に関わる時系列のかつ多面的なライフサイクル——AMSの構築と導入、適用段階、適用後、外部からの視点など——を示した点は、井川先生による独自の整序方法であり、本テーマを議論する際の土台になりうるのではと考えました。この概略図を眺めていると、なんだか「AMSの生涯」を見ているような印象も受けますが、このように規制方法を分類する意義や、概略図に示された場面分類の妥当性なども含めて、皆様からのご意見を伺うことができればと思います。

2番目の藤木先生のご論文は、アメリカを対象としていることもあり、とりわけアルゴリズムと雇用差別禁止法との関係に力点を置いています。アメリカでは、かなり前からHR Techが試験的に導入されており、たとえば早くも2017年にはアルゴリズムにより高校教員を解雇したことが裁判になっています。藤木先生は、本論文を「筆者の調査メモ」(103頁)と謙遜されておられますが、実際の内容は、アメリカでも錯綜しているさまざまな法的課題を整理しながら、とりわけ雇用差別禁止法の「今後の対応」(113-116頁、なお個別の労働関係法について107-108頁)部分ではご自身の見解も交えながらの立論が展開されており、理論的課題を把握するためにも重要な論文かと思えます。

雇用差別禁止法の分野では、採用プロセスにAIやアルゴリズムを導入することに対して、偏見がないから公正で多様な人事上の意思決定が可能であるとの暢気な主張もありましたが、現在では、むしろ差別的な結果を生み出さう(あるいは差別を再生産する)との見解が有力となっています。日本でも報道されたAmazonの「学習データに含まれる偏見」事例などとともに、より表面化しづらい「代理変数差別」についても言及します。かかる状況に対して、雇用差別禁止法理である「差別的取扱」が求める差別の意図・動機の証明にしても、間接差別の元祖である「差別的インパクト法理」にしても、無力なのではとの危惧が示されます。そして、本論文で最も注目したいのは、規制のための規範的根拠や、具体的な手段について論じられている箇所です(113頁)。雇用差別禁止の根拠として、社会的なリスクの共有、社会的に価値のある行動の萎縮を防ぐ、差別の再生産を防ぐ、ステレオタイプ化を回避するといったさまざまな規範や価値観が

存在しうるところ、アルゴリズムでは考慮することができない、あるいは、考慮しているか否かすらわからないブラック・ボックスだということでしょう。これを克服するための手段として、①使用者によるデータ収集自体を制限する、②保護すべき属性を積極的にアルゴリズムに学習させる、③間接差別(差別的インパクト法理)の証明方法を修正する、④行政機関や民間団体によるガイドラインの作成、といった方法が挙げられています。ここで示された手段は、理論的な試案に留まるものから、既に実現しているものまで、さまざまなのですが、とりわけ④のソフトロー的なアプローチから実現しているようです(116頁)。些末な点ですが、この項目(II3.(2))全体が「ソフトロー的アプローチ?」(114頁)と名づけられています。[?]マークも付いているように、これら手法のすべてがソフトロー的とは言えないように思います。

この点、私見では、EEOCなど行政機関の指針によるソフトローには限界があるのではと考えています。現に、第2期トランプ政権下でEEOCの委員が解任され、さらにトランプ大統領の意を体する人物が委員長に任命され、ガイダンスなどの文書が大幅に書き換えられる事態となりそうです。やはり労働法学としての本丸は、アルゴリズムによって生み出される雇用差別について、どのような法理論や規範で対抗するかという、③に関わる課題ではないかと考えております。とくに、アルゴリズムによる雇用差別に関わる論点について、皆様との議論ができればと思います。

それから、順番が前後しましたが、同論文は、個別の労働関係法についても、待機時間、労働時間の把握、ホワイトカラー・エグゼンプションについて、アルゴリズムとの関係で生じる問題を指摘しています(107-108頁)。また、集团的労働関係法については、EU諸国が社会的対話や団体交渉制度によるAMSの適切な運用を求めるのに対して、アメリカ法の動向は低調であると述べていて(116-117頁)、かかるコントラスト自体も示唆的です。

3番目として、水町先生のご論文は、アルゴリズムがもたらす社会変化に対応するための労働法のあり方を、フランス法やEUの動向を素材としつつ、大局的な視点から論じるものです。フランスの個人情報保護への取り組みは早かったようで、1978年に「情報処理と自由法」が制定され、先述のGDPRにも影響を与えたとのことです。フランス労働法典でも、個人情報

報収集の目的、範囲、処理などについてさまざまな規制がなされており、社会経済委員会による集団的な関与も求められています(871-875頁)。そして、私的領域の確保については、日本でも注目されている「つながらない権利」の保障が特徴的です(878-880頁)。同時に、デジタル機器による監視と把握の相克という課題も認識されているようです(881頁)。そして、やはりフランスでも差別問題への対応が問題となりますが、フランスでは立証責任の問題として対処する方向のようです(884頁)。ブラック・ボックス化という課題も示されています(885頁)。人間によるコントロールと労働者概念については、それぞれ他の議論と重なるところです。それぞれについて日本法との比較と課題が論じられているのですが、総じて法的対応や法制度自体が不十分であるとの論調です(875-876頁、882-883頁、885-886頁など)。最後まで、日本では、労働法の観点からの問題認識が不十分であるとの、耳が痛い指摘がなされています。

以上の3論文を対比することで、EU法、アメリカ法、フランス法の動向はもとより、それぞれの論者によって異なる問題意識や力点が浮かび上がってくるように思います。座談会にご参加の先生方は、それぞれドイツ法やイギリス法がご専門でもあり、その他の国々についても適宜コメントいただいてもよいかと存じます。以上、よろしく願いいたします。

● 討 論

橋本 柳澤先生、ありがとうございます。それでは、皆川先生、亀田先生の順番でお願いいたします。

皆川 ありがとうございます。

私は、この分野については、概略はフォローしていましたが本格的な研究をしているわけではないので、新しい知見は、残念ながら自分のなかになく恐縮なのですが、柳澤先生にご紹介いただいた文献で、とくに、井川先生と藤木先生の論文での、EUとアメリカの最新の動向も踏まえた分析を非常に興味深く拝見しました。ざっくりとした、感想めいた話になってしまいますけれども、たとえば井川先生の論文で分析・検討されている枠組みは、EUの一般データ保護規則、AI規則、プラットフォーム指令という3つの規制を、それぞれのEUのルールを要素分解して組み立てるといって、これは意欲的な枠組みで、柳澤先生にご紹介いただいたとおりの印象を持ちました。こういった分析

の枠組みは、たとえば情報保護とか、あるいは従業員に対する監視の問題などを議論していくときに、非常に有益な枠組みになるのではないかと思います。

また、これもやや感想めいた話になってしまうのですが、井川先生の論文をざっと拝見するだけでも、EUの立法で、たとえば最初の利用目的の規制から入って労働者の同意を得る、その同意を要件とするやり方、それから構築的規制のところでは、AMSのシステムのあり方を、どう適切なものにしていくかというところで、AMSシステムのあり方を決定するところでの人間の関与や、あるいはシステム導入時の職場の関与、労働者の関与といったものも制度化されていることが印象的で、さらに印象的だったのは、AMSが職場に適用された後、その協議や再評価、それから影響評価の枠組みもあり、そして監督のための人員も配置するというような措置も求められていて、透明性の確保やデータのアクセス権があり、最後にバリューチェーン規制まで、規制の枠組みが及んでいるということです。労働のアルゴリズム管理をめぐって、一貫したフレームワークが構築されているという点に、やはり強い印象を受けました。

また、水町先生の議論のなかにもありましたが、我が国の現状を踏まえると、こういった枠組みをこれから構築していくのは、国の政策としても、フォローしていくのは大変ではないかといった印象を持ったところです。

それともう1つ、藤木先生の論文では、やはり代理変数差別のところですか。この仕組みについては、私は今回初めてきちんとフォローさせていただいたということで、大変勉強になりました。私は、具体的な裁判の場での主張立証にどう影響するかということについては、具体的なことはわからないのですが、要するに差別的インパクト法理の枠組みでは十分な対応ができないのではないかと。AIアルゴリズムを用いたときに差別的な評価・決定というのが行われて、使用者がそれを用いて一定の判断を行ったときに、差別的な結果をもたらす、差別あるいは差別的な傾向をもたらす判断になってしまうのではないかと。それが差別であるということの立証をどうするかという問題について、最新の技術的な発展が、この法律の判断枠組みにとってもたらす影響の1つとして、具体的にどうすべきかという問題がまさに起きているということを知ったということです。これも我が国でどう考えるか

というのは、法律的な枠組みも違いますから、単純には議論できないところではあると思いますけれども、ゆくゆく、こうした問題が起きたときに、どうしていけばいいのか。均等法の枠組みでいいのか、大丈夫なのかということ、やはり考えたということ。雑駁で恐縮ですが、以上です。

橋本 ありがとうございます。では亀田先生お願いします。

亀田 井川先生の論文については、分類が非常に参考になり、勉強になりました。構築的規制のところ、労働者代表の関与に言及されているところについて少しコメントさせていただきたいと思うのですが、日本でAIの分野で紛争事例として出てきているのが、日本IBMの不当労働行為救済申立事件ということで、日本では集団的労使関係の紛争として現れているというところがすごく興味深いところだと思います。ご承知かと思いますが、日本IBMがグループの従業員に対して、賃金査定に人事AIを導入したと。その査定結果で組合員に不利益な結果が出たので、組合が会社に対して、AIに学習させている項目や、AIが上司に提案した内容を開示しろという団体交渉を申し入れて、開示を会社が拒否したので、不誠実団交だという形で紛争になりました。結果的には情報を開示する和解が成立したと公表されているのですが、かなり勝訴的な和解のようですので、この紛争では組合の関与というのがすごくうまく働いたようです。藤木先生の論文では、アメリカだと集団的関与というのはあまり進展していないという話もあったのですが、日本でどういう枠組みを作るかを考える際、組合をどう位置づけるのかという点、1つの論点になるかと思いました。

イギリスでは、『季刊労働法』の連載のなかで新屋敷先生の論文（新屋敷恵美子「職場におけるAI・アルゴリズムの導入・展開と労使コミュニケーションの可能性？——イギリス・TUCのプロジェクトの軌跡とAI法案の趣旨・内容」『季刊労働法』286号74頁（2024））があり、組合のナショナルセンターであるTUCのプロジェクトを紹介されています。TUCがプロジェクトの成果としてAI法案を示している、そのなかで結構、組合の関与を組み込んだ提案をしています。組合の提案なのでそうなるということもあるかもしれないのですが、組合の役割について示唆的ななと思いました。ただ、新屋敷先生は、最後のところ

で、技術的な専門性が高いので、組合の関与というのをどう評価するかは結構難しい、技術の専門性が高いことからすると、その専門能力を集めた外部監査機関の監視のほうがもしかしたら現実的ではないか、というようなことも書かれていて、その辺は結構難しい問題だなと思いました。

あと、日本でこういうのが今後、集団法ではなくて個別法の分野の紛争になるときに、この差別をどうやって捕捉するかは結構難しいと思いました。AIに学習させて、AIの提案に基づいて人事処遇を行ったとして、それによって何か特定の属性が不利益を被っていることを間接差別として捉えるのか、そこも含めてご意見をいただければと思うのですが、特定の属性が不利益を被っていることを認識できるのかどうかも、ちょっとよくわからないなと思いました。また、もし間接差別との関係で考えるとすると、日本には一般的な間接差別規制がないので、その点でも、保護が不十分になりうるかもしれません。

私からのコメントは以上です。

橋本 では、最後に私からコメントさせていただければと思います。

井川先生の論文で引用されていて、柳澤先生も言及されました、この論文は、Adams-Prasslらの論文に大きく依拠しているものだろうと理解しました(Adams-Prassl, Abraha, Kelly-Lyth, Silberman and Rakshita, "Regulating Algorithmic Management: A Blueprint," *European Labour Law Journal*, Vol. 14, No. 2, pp. 124-151 (2023))。このAdams-Prasslらの論文は、この分野の必読文献で、“Humans in the loop”という表現は、自動終了の禁止を、“Humans before the loop”が情報協議義務を、“Humans after the loop”が人間による監督の権利を、“Humans above the loop”が影響評価の実施を意味する表現であると説明されています。井川先生は、これにバリューチェーン規制も加えて、“Humans beyond the loop”と名づけた点が面白くて、図も示されている点がユニークかと思いました。

また、EUでは、アルゴリズム規制は、GDPR、AI法およびPF指令と、散らばっているので、これらを統合的に整理するという作業は、今、ヨーロッパでも続々と論文が出ているのですが、その作業をいち早く行い、日本に紹介した論文としての意義も高いと思っています。

これは用語だけの問題になってしまうかもしれない

のですが、井川先生は、アルゴリズム規制を、制限的規制と構築的規制の2つに分類しています。制限的規制とは、一定の差別につながるような情報の収集禁止ですね。PF 指令だけ条文を挙げると7条です。これはわかりやすいのですが、構築的規制というネーミングは、私はわかりにくいなと思ってしまいました。この点について、Adams-Prassl らの論文に戻って整理すると、この論文の冒頭では、アルゴリズム管理の何が問題なのか非常に明快に整理されています。それは、私の理解したところでは、3つに整理されています。まず、大量の情報が収集されることによって、プライバシー侵害が加速化することです。次に、雇用契約に内在する労使間の情報の非対称性がさらに加速することです。圧倒的な情報を使用者が握るということです。この2点から、収集禁止情報の規制とアルゴリズムの透明性の確保が規制の柱になるということが導かれています。これは従来、GDPR だと、本人の同意とか正当事由とか公共の利益があれば、個人情報の収集は許容されてきたけれども、こういう要件は、雇用契約では、労働者の同意というのは、労使間において力の対等性が欠如しているなかでは限界があったわけです。これを、PF 指令では例外を一切認めず、一定の情報収集を禁止しています。これは非常に高い効果がある画期的な規制だと、Adams-Prassl らの論文は評価しています。

第3の問題が、柳澤先生も今日ご紹介されました、人間によって従来管理されてきたものが、アルゴリズムによって管理されることによって、この点について、原語では“human agency”という言葉が使われていて、人間による人事管理ということかなと理解したのですが、従来なら使用者が、柔軟で裁量の余地のある人事管理を行っていたことが、機械的・自動的な決定によって、ますます労働者の個人の尊厳が脅かされるというリスクが指摘されています。ここから、人間による監督が必要なのだということも導いていて、とても説得的だと思いました。

というので、Adams-Prassl らの整理のほうがりやすいというのが率直な意見で、アルゴリズム管理の何が問題なのかについては、井川論文でも冒頭の「はじめに」で少し触れられてはいて、圧倒的な情報が収集されることのリスクには言及されているのですが、ここを、Adams-Prassl らの整理を紹介しつつ、これらのリスクから保護するためにこういう規制が出

てくるのだという論述のほうがりやすかったかなと思いました。

また、以上の分類に当たらない規制もあり、これがデータポータビリティ規制というもので、プラットフォーム労働指令に入っているのですが、これは何かというと、いろいろな評価のデータがプラットフォーム就労では蓄積されるのですが、別のプラットフォームで働くことにしたときに、そのデータを移行できるという権利です。これは、Adams-Prassl らの3つのリスクからは直接導かれられない権利なのかなとは思ったのですが、いずれにしても、アルゴリズム規制の目的から整理したほうがわかりやすかったらと思います。

藤木先生の論文については、アメリカの最新の議論がとても進んでいて、非常に勉強になりました。間接差別なのですが、一応、たとえば女性に不利益が生じているという結果が出ていれば間接差別にはなるのだらうと思いました。この論文では、女性か男性かというデータは収集できないから、性別という指標の代わりにNetflix を見ている人かどうかという情報を収集して分析するという例が紹介されています。ただ、藤木先生の論文では、立証が難しいから、間接差別法理は有効には機能しないということをおっしゃっていると理解したのですが、アメリカ法では、立証は労働者側に厳しいのでしょうか。他の代替措置があるかどうかというのを被用者側が証明すると、112 頁で説明されているのですが、他の代替措置があることを被用者が証明するのは無理だろうということが書かれていて、確かに無理だろうなと思いました。EU だと、結果として女性に不利益が生じていれば、間接性差別の枠組みには乗ってきて、企業側としては、問題となった措置に正当事由があるかを立証する余地があるというのが直接差別との違いなのですが、正当化の立証は企業側が負うと理解しています。

柳澤 そうです。そこは全く同じ構造です。

橋本 そうですか。それなら、使用者側にNetflix のデータを用いることの正当性の立証責任が課されるといえそうですね。

柳澤 間接差別の立証枠組みは、三段階構造になっています。第一段階で、まずは労働者側が、たとえば女性に差別的な影響が出ていて、不利益が生じていると立証する必要があり、これは比較的容易です。次に、第二段階で、使用者側が、いまおっしゃった正当

化（業務上の必要性、あるいは、職務関連性）という抗弁を行います。そうすると、第三段階で、今度は労働者側が代替措置（別の方法）でも達成できるだろうということを証明するというふうに、さらに労働者側に立証責任が戻されるという構造になっています。

橋本 その先の議論までは、私はEU法では十分に理解していませんが、何度か双方で応酬するなかで、労働者側にも単に不利益が生じていること以外の立証負担があるということですね。

柳澤 はい。使用者側の抗弁が成功した場合には、そうなります。もともと間接差別を生み出した国だけあって、立証ルールが精緻化されている反面、今みたいなAIというのは想定していませんでした。アメリカで実際にAIの労働関係訴訟が数多く起こっているわけではないんですけど、藤木先生はさまざまなレビューを分析しつつ、そういう危険があるのではないかと指摘されています。

話は戻りますが、井川先生が、Adams-Prassl論文を参照しつつも、独自の全体構造を示したところは、もちろん批判もあると思うんですが、本当に挑戦的で、面白かったです。日本でなかなかAIへの規制が進んでいない状態で、これから新たに規制が進んだときに、パッチワークになっていくのではないかとこの危惧があります。しかし、何らかの全体像があれば、一体何を狙ってどの部分を規制するのかということが、だいぶ見えてくるような気がするんです。日本でのAIをめぐる法政策の議論のときに、参照すべき1つのモデルとして十分に意義があると、皆さんのコメントを聞きながら思いました。

それから、亀田先生のおっしゃった日本IBMの集团的紛争は、実はアメリカでも注目されています。アメリカのAIに関わる論文で、日本語で書かれた雑誌論文（穂積匡史「AIによる賃金査定にどう向き合うか——日本IBM事件（不当労働行為救済申立）の報告」『季刊労働者の権利』338号101頁（2020））が英語による要約を付して引用されているんです。ということは、アメリカでもこの問題はまだまだ蓄積しているわけではなくて、日本ではこういう事例があったのだと紹介されている状況なので、先ほどの繰り返しになりますが、これから議論が進んでいくのではないのでしょうか。

やはり、賃金決定に際して、AIというのは難しい問題を生みます。IBMもまさにそうだったように、AI

による賃金査定自体がもともとブラック・ボックスみたいところがあるのに、さらに賃金決定自体をAIに任せてしまうと、何をもってこの人の賃金が決まったんだという疑問が生じます。さらに顕著なのは、先ほどから出ているプラットフォームの場合です。報酬の決め方が本当に、ギャンブル的といいますか、ウーバーの報酬体系もそうですけれども、特定の時間に特定の場所で、俗にクジラというのですか、そういう莫大な報酬をもらえるようなボーナスを出したりします。そうすると、何が起るかということ、その幻のボーナスを夢見でずっと待機していて、賃金ゼロでずっと拘束されるという問題にもつながります。そのうえで、プラットフォーム運営側は損をしない、そういうアルゴリズムの設計になっていて、AIによる賃金や報酬決定をめぐる問題は根深いとの印象です。

あと、イギリスの新屋敷先生の論文も、あらためて取り上げてよかったのではないかと考えているのですが、確かに集团的労働関係法との関係を検討しても、労働組合だけで対抗するには限界があるというのは、そのとおりだと思います。AI分析のための専門機関に頼んだりしないと、労働者の団体、これは別に労働組合に限らず、プラットフォームワーカーの集团的団体も、このアルゴリズムがおかしいとか、問題があるということを、なかなか分析できないことが課題となっています。そこでどうするかということ、1つは、外部の専門機関に頼る。もう1つは、自分たち自身で、自分たちのデータを収集したうえで、外部の機関に預けるのです。プラットフォームに対して、労働者自身も別のプラットフォームで対抗するみたいな、そういった動きもあります。

最後に、データポータビリティ規制の件は、いまご指摘いただいて気がついたのですが、これこそが出口の問題ではないかと。データを一緒に持っているかどうか、図の最後に付け加えてもいいような気がします。さっき「AMSの生涯」という話をしましたけれども、一番最後の問題はそこなのかなと。今日は、また新たな発見ができました。

橋本 集团的な権利については、プラットフォーム労働指令では、労働者代表のアルゴリズムに対する情報請求権が入っているので、情報請求権という形で、EUでは整理されているのかなと思います。ドイツだと、事業所レベルだと、事業所委員会という従業員代表機関になるのですが、先行して、AI利用に関する

情報提供義務が事業組織法のなかに入っています。

皆川 枠組みがありますからね。

柳澤 これも亀田先生がさっきご提起された、では日本でのアクターはどうするんだという問題ともつながるように思っています。

皆川 そうですね。私は、ドイツの事情などは一般的なことしかわからないのですが、たとえば今、橋本先生からお話があったように、事業所委員会なりの情報請求権があるとしても、いや、専門的な話であり、分析しにくいとか、できないとか、意義がわからないとか、そういうところは、ドイツでも課題としてはやはり残るのではないかと思います。労働者の側も、情報を開示されるというアクセスの権利があったとしても、それをどう理解して、自分たちの利益を確保できるような、何らかの手が打てるのかということを考えてときに、そこでのサポートの枠組みは、やはり企業と労働者だけの枠組みだけではあまり機能しないような印象を受けました。

橋本 多分、ドイツだと産別組合に専門家がいますと思うので、その助言が得られるのではないかと思います。

皆川 ドイツならね。なるほど。それはありうるでしょうね。そういう枠組みが日本であると言われると。そういうこともちょっと考えました。

亀田 間接差別との関係で、橋本先生から、女性であるということによって不利益を受けているということがわかれば、一応、間接差別の枠組みに乗ってくるというお話がありました。たとえば賃金査定の場合には、査定による不利益が女性に生じていることを立証しないとイケなくて、結局それは、職場のなかで、当該賃金査定で不利益を被っている人が女性に偏っていることを立証するという趣旨でしょうか。

橋本 そうです。それはできるのではないのでしょうか。難しいですかね。

亀田 統計的にということですよ。

橋本 統計的に。これは、IBM 事件も多分、そういうことですよ。AI を人事査定に取り入れたら、組合員が全体として低査定を受けたということは立証できたのです。

亀田 確かにそうですね。

皆川 組合員なら組合のなかで情報を集めてというのが可能ですけど、1人の女性だったときに、比較のためのデータをどう取るかという問題、立証責任、立

証負担の問題はあるかなと。

橋本 その問題はあると思います。

柳澤 特定の手当について、性別の影響で不利益を受けることが明確であれば、もちろん直接差別の問題にもなります。そのうえで、AIに限らず、意図の立証が、性差別になると、組合差別以上に困難なのは、皆さんご認識のとおりです。

亀田 AGC グリーンテック事件（東京地判令和6・5・13 労判 1314 号 5 頁）のようなケースは、総合職要件により女性に不利益が偏っていることが見えやすいので、間接差別の枠組みに乗せやすいと思うんですけども、賃金差別で統計での立証の問題になっていくとすると、そこはちょっとハードルがある気もします。

柳澤 総体としての賃金が性別で偏っている場合は、非常に難しいですよ。

橋本 確かに難しいとは思いますが。ただ、水町先生も指摘されているように、やっぱり間接差別法理しか使えるものがないですよ。

亀田 日本で今起こったら、裁量権濫用の話になって、査定で賃金下がったとしたら、それがどういう根拠でそうだったということを会社が説明できないといけなくて、AIに任せてそうだったという説明をただけでは、裁量権濫用になってしまう気がします。

柳澤 いま亀田先生がおっしゃったように、査定に関しても、やはりAI任せでは合理性は認められず、人間の関与というのは欠かせません。昔、整理解雇における被解雇者の人選基準で、AIを使ったらどうなるかという議論をやったことがあって、まだAIは黎明期だったんですけど、本当にブラック・ボックスであれば、単なるくじ引きで決めるのと何が違うのかとか、単に使用者の主観が入らないからよいわけでもないだろうとか、そんな話をしました。この点については、ようやく日本でも認識が広まりつつあるのかなと期待はしていますけど。

皆川 間接差別の議論と少し離れるかもしれませんが、IBMの事件などの話も伺っていて、日本でも組合員の査定差別については、ご存じのように、大量観察方式の判例法理を踏まえた、一定の不利益取扱い認定の枠組みがありますよね。今日のお話を伺っていて、確かに一定程度、たとえば組合員の査定が低い傾向が出るとか、これは思想信条などでも同じことが言えるのかもしれないですが、そういった傾向が出て、

組合側・労働者側が立証できたとしても、今日の藤木先生がご紹介されている差別的インパクト法理での主張立証の枠組みをみたときに、いや、それはほかの事情で、組合員だったら組合員という属性とか、特定の思想信条とか、それを理由に下がっているのではなく、ほかのこの人の働きぶり・業績評価といった要素の立証などについて、いろいろな材料、データを企業が持っているとしたら、こういった要素がある、こういった要素がある、こういった要素があるというような抽出の仕方、整理の仕方はもう、AIは抜群に速いので、そうすると、差別的インパクト法理の適用可能性のところで論じられているような、問題となっている措置に必要性があったんだとか、ほかの合理的な理由があったんだといった立証は、確かに使用者のほうがりやすくなるのではないかと。これに対して、もう1回、労働者から何か反証なりができるかという、それは難しいのではないかと。確かにこうした問題をAIがもたらすことはありうるかなとは思いました。

柳澤 そうすると、修正の方向性としては、使用者側の正当性の抗弁について、AIを使っている場合には、容易に認めないとか。

皆川 そうですね。そういけばいいなと思いますね。

柳澤 ヨーロッパの議論を見ていると、だいたいアメリカとはアプローチが違って、それはそれでよいのかなとも思うんですけどね。必ず人間が関与したり、プロセスをやっぱある程度開示するというものになっていて。単にAIに任せていたのでは、それは使用者としての責任を果たせていないと。

皆川 そうですね。たとえばドイツだったら事業所委員会の関与というところで、従業員代表が適切に関与できれば、たとえばそういうデータが出てきたとしても、やっぱりもう一段階、協議なり交渉なり、これでいいのかという妥当性を判断するというプロセスにはなりそうだと思うので、手続的な関与権なども、労働者代表の関与権なども含めてやっていけば、事情が変わるだろうなとは伺いました。

橋本 皆川先生がおっしゃったように、何が使われているのかわからないというままでは対抗のしようがないので。使用者の決定に影響したアルゴリズムのパラメーターをちゃんと開示するというのが、EUのプラットフォーム労働指令の情報提供義務の内容なのですが、それは大事だなと思います。

Ⅲ 労働者性

● 紹介

- ・川口美貴「労基法上の労働者・労契法上の労働者の判断基準——新たな解釈基準を設定するという立場からの検討」
- ・土田道夫「労基法上の労働者・労契法上の労働者の判断基準——『使用従属性』を基本的に維持する立場からの検討」

橋本 労働者性のテーマでは、昨年度の労働法学会の大シンポジウムにおける日本法に関する報告論文2本を取り上げたいと思います。皆川先生も大シンポの報告メンバーで、EU法とドイツ法における労働者概念について報告されました。

まず、川口先生は、現在の使用従属性という判断基準に批判的な立場から、自己の労働力以外の生活手段を持たない多くの人間を保護するために、契約自由の原則を修正するために労働法が誕生したことから、労基法および労契法上の労働者は、原則として、「自ら事業者に有償で労務を供給する自然人（失業者を含まない）」と解すべきであると述べます（41-44頁）。そして、「指揮監督下の労働」を要件とする使用従属性という労基法の基準は、労基法が実質的に対等に交渉することができない立場にある者を対象とし、かつフレックスタイム制等の柔軟な労働時間制度の規定が示すとおり、具体的な指揮監督や時間的場所的拘束性が乏しい者にも適用されていることと整合しないことを指摘します（45頁）。『労働基準法研究会報告』（1985年）の掲げる労働者性の具体的な判断要素は、すべて「自ら事業者に有償で労務を供給する自然人（失業者を含まない）」を狭めるものであり、これらの判断要素を「実質的かつ柔軟」に解釈すべきであるという土田先生の見解を、「指揮監督下の労働」がそもそも労働者の判断基準ではないという理由で、誤りであると退けます（44-51頁）。

川口先生は、次に自説を展開され、「自ら事業者に有償で労務を供給する自然人」のうち、独立事業者は例外であると述べ、「自ら事業者に有償で労務を供給する自然人で、独立事業者でない者（失業者を含まない）」が労基法・労契法上の労働者の定義になると主張します（52-57頁）。かかる独立事業者とは、①自

ら事業経営に必要な資産を有し、かつ、②供給する労務の内容が労務の供給を受ける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契約であると述べます(52-53頁)。かかる独立事業者は、相手方事業者との交渉の非対等性がないため、労基法上の労働者ではないと述べます(53頁)。

続けて、土田先生の論文を紹介します。本論文は、労基研報告で示された「使用従属性」基準の妥当性について論じています。「指揮監督下の労働」は、請負(民632条)・委任(民643条)・業務委託と区別するために必要であると述べます(65頁)。しかし、近年の働き方の変化に応じて、見直しが必要であると述べ、そのために「使用従属性」基準を実質的かつ柔軟に解釈し、労働者の範囲をより広く解すべきであると述べます(55-56頁)。そして、主に近年労働者性が問題となる類型として、「専門業務従事者」と「自営的就労者」を挙げ、専門業務従事者については、具体的指揮監督が後退するが、基本的・包括的指揮監督があれば労働者性を推認すべきこと、「自営的就労者」(NHKの受託業務従事者、英会話学校の講師、ウーバーイーツの配達員等)について、対面による指示がなくても、マニュアルや高額の違約金等による強力な拘束力が認められ、「指揮監督下の労働」であると認められうることを主張します(66-69頁)。ウーバーイーツ配達員の労基法・労契法上の労働者性を認めることは可能であると述べています(81-82頁)。ここで、土田先生は、労組法上の労働者性の判断要素を整理した、『労使関係法研究会報告書』(2011年)にいう「広い意味での指揮監督下の労務提供、一定の時間的場所的拘束」が認められれば、労基法・労契法上の労働者性を肯定すべき拘束性が認められると述べています(66-71頁)。しかし、労基法・労契法と労組法上の労働者性は近接するが、同一にはならないとも述べています(注11)。

そして、このように使用従属性を実質的かつ柔軟に解釈することによって、経済的従属性を考慮することもできると述べます(73頁)。しかし、請負契約や業務委託契約においても、仕事の完成のために必要な指示はありうるので、かかる指示と「指揮監督下の労働」の区別は必要であると述べます(73-75頁)。また、専門業務従事者については、事業組織への組み入れを「指揮監督下の労働」に含めて理解すべきであることを主張します(75-76頁)。さらに、「時間的・場

所的拘束性」は、裁量労働者(労基法38条の3・38条の4)の存在から、「使用従属性」の必須の基準ではないと述べ、「事業者性」は労働力利用の自由を喪失していないことを示す要素として重要であると述べています(77頁)。

最後に、立法論として、労働者性の推定規定の導入および第3カテゴリーの整備について肯定的な見解を述べています(78-79頁)。

次に、この2本の論文について検討したいと思います。

川口先生の見解については、大シンの質疑で、複数の方が同じ指摘をされたのですが、「自ら事業者の有償で労務を供給する自然人」のうち、独立事業者は例外であると述べるのですが、独立事業者の定義がどこからくるのかが明らかにされていない点が最大の問題点であると思います。川口先生は、かかる独立事業者とは、①自ら事業経営に必要な資産を有し、かつ、②供給する労務の内容が労務の供給を受ける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契約であると述べていますが、機械・器具の負担と専属性は、労基研報告に掲げられた判断要素ですが、川口先生が否定したばかりの基準です。これが突然復活するのは説明がつかないと思います。

次に、土田先生の論文についてコメントさせていただきます。土田先生の見解は、現在の通説・判例に沿いつつも、使用従属性の諸要素を柔軟に解釈することで、労基法・労契法上の労働者を広げようというものです。私も同様の見解を主張していますので、土田先生の見解には非常に共感します。しかし、土田先生のほうが私よりも労働者性を認める範囲は若干狭く、トラック持ち込み運転手の労働者性を否定した横浜南労基署長(旭紙業)事件の最高裁判決(最一小判平成8・11・28 労判714号14頁)は妥当だと評価されています。この点について、土田先生は、私が、実態として生じる拘束や契約上の義務づけから生じる拘束を指す、「事実上の拘束」から労働者性を認めるべきであると述べている点を批判し、請負契約においても仕事の完成のために必要な指示がありうるかと述べています。この土田先生の批判は当たっていて、私も、自説のこの点は課題であると認識しています。しかし、大学非常勤講師の労働者性を否定した、最近の大阪大学事件(大阪地判令和7・1・30 労判1329号5頁)や東京海洋大学事件(東京地判令和7・2・20 労経速2590号

17頁)の地裁判決でも顕著であるとおり、裁判所は、実態として認められる時間的・場所的拘束等を「業務の性質上当然の拘束」であると述べて、指揮命令権の行使とは認めない傾向を強めていますので、何が「業務の性質上当然の拘束」で何が指揮命令権の行使なのか、より厳密に検討しなければならないと思います。この問題について、私は、ドイツのロルフ・ヴァンク先生の見解に従い、労働者か事業者かという、より上位の区別が重要であるという視点を忘れてはならないと思っています。事業者とは、市場で自ら取引し、利得を得る機会を有する者ということができそうですが、大学非常勤講師がこのような事業者であるとはおおよそいえないと思います。私からのコメントは、さしあたり、このくらいにしておきます。それでは亀田先生からお願いいたします。

● 討 論

亀田 橋本先生の川口論文へのコメントについてですが、機械・器具の負担と専属性の点は、川口先生が否定されたばかりの基準が復活しているというご指摘だったと思うんですけど、川口先生は多分、そうおっしゃらないのではないかという気がして。機械・器具の負担について、交渉上弱い立場にあるから負担させられているかもしれないものを、労働者性を否定する要素として用いるべきではないとおっしゃっているだけではないか。川口先生が用いる「独立した事業経営に必要な資産を、当該契約締結以前から有し」ているという基準は、そのような資産であれば、交渉上弱い立場にあるから負担させているわけではない、ということだと思います。そのため、労基研報告の機械・器具の負担と、川口先生が使われている基準とでは、念頭に置いているもののイメージが異なるように思いました。あと専属性についても、契約締結前から独立した事業経営に必要な資産を有していないような人が非専属で労務提供しても労働者性は否定されないという文脈で専属性の話を出しているの、否定した基準を復活させているわけではないと川口先生はおっしゃるかなと思いました。

非常勤講師の話ですが、労働者か事業者かという上位の区別という点について、橋本先生のご見解についてのご質問になりますが、たとえば法学部の非常勤講師は弁護士が担当している場合もあります。弁護士としてはふだん事業者ですが、非常勤講師を頼まれて業

務委託契約を結んだという場合、事業者と考えるのですか。

橋本 いや、それは考えていませんでした。やっぱりそれは契約で見ていくと思うので、大学の非常勤講師については、大学との契約だけを見ることになります。

亀田 なるほど。そうすると、上位の区別としての事業者性というのは……。

橋本 大学の非常勤講師だけをしている人を考えて、果たして事業者と言えるかという問題です。

亀田 なるほど。そうすると、弁護士が非常勤をやった場合も……。

橋本 弁護士というだけでは事業者とは見ないです。でも、兼業かどうかというのは、明確な労働者性の基準にはなっていないのですが、割とドイツでも重視はされています。ほかに本業があり、要保護性がないから労働者性否定というほうに判断されやすいといえます。労働者性の主要な基準ではないのですが、現在のドイツの労働契約の定義規定である民法典611a条には「それぞれの活動の特性」も考慮されると明示されているので、「それぞれの活動の特性」に含まれる事情になると思います。日本で考えるとしたら、「その他の事情」でしょうか。だから、確かに弁護士が大学非常勤講師もしている場合には、労働者性否定という方向に行くこともありうるかなと思いますが、ここで私が言っている事業者性ではないです。あくまで想定しているのは、非常勤講師だけをしている人を念頭に置いて、その人を事業者と言えるかという問題です。

亀田 上位の区別としての事業者性というのは、今やろうとしている業務との関係で、事業者か労働者かというのを考えるということですね。

橋本 本当に著名な人で、大学からどうしても講師をしてほしいということで、とくに高い収入を特別に得たなどという人は、それは労働者ではなく、事業者といえると思います。ただ、普通は、大学非常勤講師の場合、報酬は一律に決まっているので、弁護士の兼業も含めて、大学で非常勤講師をしている、その契約は雇用だと私は思っています。

亀田 非常勤講師は、今まで雇用契約として扱われてきていて、確かに雇用という気がするんですけど、拘束性は普通の雇用契約よりも緩いような気がします。たとえば時間的拘束という点でいうと、セミナーの依頼を受けて、この時間でやってくれと指定されて

講演する場合とでは、どう区別されるのですか。

橋本 やっぱりそれは継続性ですね。

亀田 継続性ですか。

橋本 単発ではないですよ。

柳澤 大学のポリシーに沿うことを前提に「当該大学が主体性と責任を持って、当該大学の授業として適切に位置付けて行われること」など、例の文部科学省の文書（文部科学省令和3年4月8日事務連絡「大学が請負契約等を締結した者を活用して授業を実施する場合の留意点について（周知）」）も示していますし。

亀田 なるほど。

橋本 確かに大学の授業というのは専門的で裁量性は高いですが、シラバスの要請等も今は細かいですし、成績評価のガイドラインとかもあるし、やっぱりそこから指揮監督も認めていいと思っています。

亀田 わかりました。ありがとうございました。

柳澤 川口論文について、私も亀田先生と同じ印象を持っています。川口先生の体系書や初期の論文を読んでいると、皆さんの批判とは、ちょっと違う観点からスタートしているようです。川口先生が主張する、労働者性を否定する事業者性は、確かに提示された規範自体は、労基研報告と同じようなワードがあって、同じようにも読めるんです。それから独立性の要件についても、結局のところは、ではそこは労基研報告の専属性と重なる部分もあるので、批判は免れないところはあります。

ただそのうえで、川口先生のご主張の肝は、事業者性の判断のあり方に特徴があるのではないかと。川口説によれば、備車運転手であれ、あるいは工事に従事する親方であれ、労務を供給する相手方と一定の「関係性」を持つ自然人と位置づけます。その上で、当該自然人が、トラックとか工具を負担することは一定程度ありうるのだから、これらを事業に必要な生産手段とは評価しない。その結果、事業者性という言葉自体は使っていても、事業者性の基準の当てはめが、その他の学説とは相当に異なった形で行われることとなります。だからこそ、学会誌（『日本労働法学会誌』138号）60頁の表2にしても、62頁の表3でも、一個一個の事件を当てはめた結果、「独立事業者該当性」にバツばかり並んで、丸が1個もないという帰結に至るのではないかと。

ただ、川口先生の立論にも課題があって、学会でも同じ議論がありましたけど、あくまで現行法規を前提

とする主張であるという点をお譲りにならない。橋本先生も、問題意識としては共通している部分もあるとおっしゃったように、川口説にシンパシーを感じる人は少なからずいそうです。つまり、川口説の体系は、新たな立法政策としては、ありうる選択肢の1つではないかと私は見えています。

橋本 ありがとうございます。では皆川先生、お願いします。

皆川 最初に橋本先生からもご紹介いただいたように、私は大シンポの一員として、この準備にも参加、当然ですけど共同で準備しましたので、川口先生ともその準備段階でもいろいろと議論しました。今日、先生方からご指摘されたようなところも含めて、やっぱり川口説のあり方については、私も立法や労働者というのをどう捉えて、今日の和田先生のご研究ではないですけど、政策立法的に法制のあり方をどう考えていくかというときには、要するに、基本的に労働というのはストックが利かないので、使用者との間で交渉力の非対称性があるというベースのところから出発するのはよいのですが、その交渉力の非対称性を前提に、交渉では不利だからそれをサポートする。その根拠としては、憲法の労働権というところを規範的根拠として出されて、だから労基法の労働者なのだという、一足飛びに飛ばれるところがあるので、そこがやはり、柳澤先生の話ではないですけど、現行法的前提を枠組みとしたときの解釈の話であると、ついていけるかなと疑問に思う人が多いのではないかと思います。

それと、川口先生ご自身も主張されているように、労働者性の判断基準として明確ではあると思います。使用従属性なりの従属性基準を入れると、そこでさまざまな要素を考慮するので、労働者ではなかったり労働者だったり、これは判決が出てみないとわからないというところがある。事情の総合考慮ですから、どこに重点を置いたかというのもよくわからないといったところもあって、要するに結果の予測可能性も低いし、川口先生の見解からいうと、契約的には劣位にある者であって、本来だったら労働法のサポートがあるべきはずなのに、サポートが受けられない就労者が出てしまう。それが問題だといったところが、川口先生の基本的な問題関心なのかと、私のほうでは受け取りました。川口先生にもいろいろご意見があるでしょうし、そんな単純な話ではないと言われるかもしれませんが。先生方からご指摘があったように、独

立事業者は除くというところの基準が結局あるのではないかという、その問題は確かにあるのですけれども、それはちょっと置くとして、基本的に、自ら事業者には、これは個人の消費者というか一般の人を相手にするときには除くという趣旨だと思いますが、事業者には有償で労務を提供する自然人という、これは要素としては、かなりそぎ落とされて明確です。しかし、それを前提とすると、柳澤先生のお話にもあったように、では現行法の解釈で、これを労基法上の労働者だと言い切ったときに、もしこれを本当に解釈基準として取るのだとすれば、相当なハレーションを起こすのではないか。要するに、今までフリーランスという形で、労基法上の労働者ではないとされて、拘束の緩い形で働いていた労務供給者が、かなりのところ、労基法上の労働者になることになりますので、そうすると、労基法のさまざまな規制を、どう当てはめて規制の対象にしていくのかというところで、実務的な困難さというのですか、混乱も含めて、これは大きいものとなるだろうと思います。ただ、おそらく、川口先生はそういった事情の考慮は、これは決めつけはよくないですけど、あまりそこは重視はされていないようにも思いますので、それは実務の進むなかで、いろいろと知恵を出して解釈していけばいいのだというお考えではないかと思うので、そこは議論としてちょっとかみ合わないところがあるのかなとも思います。ただ、私などが議論していて、やはり考えたのは、川口先生のような解釈を現行法の解釈として取ったときに、これまでの規制が念頭に置いていた労働者ではない人が労働者にたくさん入るので、そうなったときの個々の規制の解釈問題は大きなことになるのではないかという印象は、以前から持っていたということです。たとえば労働時間規制1つを取ったとしても、とくに契約で労働時間が義務づけられていない個人で、事業者に対して労務を提供する契約というのはたくさんあると考えられます。たとえば出版社との関係で私が原稿を書くというのも、労務を提供しているということになります。しかし労働時間などに関する取決めは当然なく、これは成果を1つ出せばよいと。それで債務を履行したことになるので報酬請求権が生ずることになると思うのですが、ここに仮に労基法上の労働者だということになって、労働時間規制をとということになると、労働時間とは何時間かという問題はどうか判定されるのか、誰が労働時間を記録しておくのかなど、難癖

をつけるつもりはないのですけれども、こういった問題がすぐに思い浮かびます。こうしたところから、繰り返しになりますが、柳澤先生が言われたように、現行法の解釈でこれをやるとなれば、多くの人はやはり躊躇するのではないのでしょうか。でも、川口先生はそれもわかったうえで主張されているところがあるので、橋本先生も言われたように、パースペクティブという、構想としては参照されるべきところがあると思います。

それと、今の議論でも出てきた指揮監督下の労働、とくに最近の大学の非常勤講師の方の労働者性が問題となるようなケースで橋本先生が言われたところは、私も基本的に橋本先生と同じような考え方で見ておりますので、コメントとしては、そのとおりという印象です。

また、土田先生は、横浜南労基署長事件の最高裁判決は妥当だのご評価だったのですが、私はその点の評価は違っています。細かい話になりますが、この事件で、相手方からの業務従事とか依頼について、諾否の自由は実質的にはなかったと最高裁も言っています。そうすると、確かに一個一個の請負、配送作業については、指示は業務の性質上、それは指示しないと業務ができないのだからという意味での指示にとどまっていた、一個一個はそうだと思うのですけれども、それが連鎖的になったときには、指揮監督の下にあったといえるのではないか。結局、最高裁の評価は時間的場所的拘束もはるかに緩やかだったという評価だったのですが、その評価には疑問を持っています。ただ、指揮監督下の労働に当たるかどうかというところの要素を整理して、現代的にマッチさせようという土田先生のコンセプト自体には、研究会で一緒にしてきたときにも大いに共感していたところです。

橋本先生方のコメントを伺って、川口先生は事業者性の基準を否定したわけではなくて、現行の判断方法が問題だとおっしゃっていると理解しました。確かに、一方的に費用負担を押しつけられていることが実情であるのに、自分で費用を負担していることから事業者ではないかと判断されるのはおかしいというご批判はそのとおりだと思います。

土田先生と川口先生の違いが、やっぱり指揮監督への拘束が重要な基準かどうかということだと思うのですが、私は、この点は土田先生のおっしゃるとおりかなと思っています。雇用と請負、委任との違いとい

うのは歴史的に形成されてきたもので、やっぱり無視できないと思います。したがって、指揮監督への拘束という定義は、土田先生のおっしゃるように、これまでも具体的な内容を変容させながら維持されてきたと思うので、基準自体は維持しつつ、その中身は変わってくるというように理解すべきだろうと思います。プラットフォーム労働でも、従来の対面による指示というのはもう要らないけれども、アルゴリズムによる管理とコントロールが従属性の基準になるのだと理解されるようになったので、新しい状況に合わせて内容は変わるけれども、指揮監督下の労働というのは基準として残るのかなと理解しています。

柳澤 土田先生のご主張は、確かにバランスが取れていて、現行の判例法理にもマッチしています。そのうえで、橋本先生にご紹介いただいたように、第3カテゴリーの整備について、「検討に値する」とか「引き続き検討すべき」という微妙な表現ではありますが、立法政策としては肯定的な立場であることが推察されます。もし第3カテゴリーを認めないのであれば、労働者性についての判断はオール・オア・ナッシングになってしまいます。繰り返しになってしまいますが、川口先生の立論についても、このような意味でのバランスを取るために、あくまで立法論として第3カテゴリーを示したものであると位置づけるのであれば、より広く受け入れられそうです。

ときに、私もイギリスの worker みたいな中間概念というのは、肯定的なのですけれども。この点、橋本先生は、第3カテゴリーの整備には否定的ですよね。せっかくですから、本テーマに関しての第一人者である橋本先生が、第3カテゴリーを立てるのに否定的な理由を、ご教授いただければ。

橋本 第3カテゴリーは、またフリーランスのテーマでも議論になるかもしれませんが、私も、土田先生が、立法政策として検討に値するとおっしゃっている点は、もう少し議論していただければと思いました。土田先生は、基本的には労基法の労働者を広げるべきだというご見解なので、そうであれば、第3カテゴリーの導入は労働者性の拡張とは矛盾すると思います。

第3カテゴリーに私が否定的なのは、主にドイツ法との検討から、これを作ってしまうと結局、労働者、労働者類似の者、自営業者の3区分が必要になって、2区分のときより明らかに労働者の範囲が狭くなってしまいうのが問題だと思っています。これは、論理必然

的ではないのかもしれないのですが、事実上そうになってしまうといえます。土田先生は、労働者性を広げようとして、さらに保護される者を広げる議論として第3カテゴリーをイメージされていらっしゃるのか、学会誌なので紙幅の制約もあるのですが、もう少しご説明をいただければと思いました。

皆川 これは、土田先生のお考えは、正確なところはもちろんわからないのですけれども、学会の議論をする準備をするために、私がドイツ・EUの話をして、英米法がご専門の國武先生にも入っていただいて、國武先生はイギリス法の、今、柳澤先生からお話があった employee と worker の概念の違いを踏まえた法的判断の枠組みを検討されましたので、同じ大シンポジウムの報告者に気を遣っていただいたのでは、というところはありますね。せっかく外国法の枠組みも紹介したので、こういった議論も検討には値するというご趣旨ではないかと。第3カテゴリーの捉え方については、私も橋本先生と基本的に同じで、これは橋本先生のご見解の影響なのですが、ドイツにおける労働者類似の者のカテゴリーというのは、それほどそのタイプの就業者の保護に寄与していないのではないかと。歴史的に基盤のあるジャーナリストとか放送局の自由協働者のような、一定の専門性とか職種の限定があるようなタイプで、しかも労働協約で規制の可能性があるような労働者類似の者に該当する人であれば、就業条件について一定の保護、それは報酬の保護も含めて得られると思うのですけれども、最近増えてきているプラットフォーム労働者も含め、新しい形のフリーランスについては、そういう産業的な同業の基盤というのでしょうか、同業団体の基盤が実質的にないというのが前提ですので、そうすると、ドイツの労働者類似の者の枠組みで捉えたとしても、それほど実効的な保護はないのではないかと。労働者類似の者には解雇制限はありませんし、連邦有給休暇法の適用などはありますけれども、個別法の実体的な規制としては、労働者と本当に比肩するような保護の水準までいっていないというのが私の印象です。

イギリスについては、國武先生にいろいろお聞きして、worker の概念というのは、広い意味での雇用関係法令の適用について、有意義な内容があると理解しています。土田先生は多分、そういったところも含めて書かれたのではないかなとは思いますが。もちろん、直接お聞きしたわけではないのですが。

亀田 先ほどの請負契約の場合に、契約上当然に必要なとされる指示かどうかということが難しいというお話が、本当にそのとおりだなと思っていて、大学の授業でも、労働者と個人事業主を説明するとき、たとえばウェブ制作のフリーランスをしている人は個人事業主ですね、と。それで、ウェブ制作の依頼を受けて、依頼主から、こういうウェブを作ってくださいという大まかな指示はされるけど、どういうふうにそれを実現するかは専門的な裁量に任せられます、という説明をしたりします。でも、実際はすごく細かく指示を受けて制作する気がして、指示内容での区別も簡単ではない気がします。

柳澤 あとは、代替性なども影響すると思います。大学で教えるときに、勝手に別の人が代替するのがダメとか。そういうことをしないとの内容を含んだ無名契約という形で潜脱されてしまいますが、原理論的にはそうですね。

橋本 代替性は重要だと思います。

皆川 私も、さきほども少しお話ししたように、業務の性質上当然の拘束というのは、横浜南労基署長事件のような、配送業務の一個一個を見れば請負だという形で、その業務の遂行のために必要な指示というところであれば合理的なところもなくはないかなと思います。ただ、非常勤講師の場合の業務の性質上というのは、橋本先生がコメントされたところですが、授業をするために一定の時間の拘束があるというのは事実的に拘束性があるので、それはやはり指揮監督下にあるということを肯定する方向で考慮すべきだと思います。何でもその業務の性質上当然の拘束と言え、マジックワードのような形で労働者性を否定する方向に考慮されるというのは、私も適切だとは思いません。実態として認められる時間的場所的拘束があれば、それはやはり、繰り返しになりますけど、指揮監督下にあるということを肯定する状況になるだろうと。また、先ほど横浜南労基署長事件の事案のところでも少しお話ししましたが、一個一個は請負的に捉えられるものとしても、実質的に相手方からの指示や業務依頼について諸否の自由がなく、指示に従ってやっていたという事情があれば、これもやっぱり指揮監督下にあったとみるべきでしょう。このあたりを併せて考えると、非常勤講師のケースでは、講義時間で事実的に拘束されるわけですし、たとえば15コマ、何月何日にやるということが決まっています、そうなる、も

う実質的な諸否の自由もなく、柳澤先生が言われたように、誰かに代わってもらうということもできないので、これはやっぱり労働者性を肯定する徴表のほうが濃厚だという理解が妥当だと思います。

亀田先生が言われたような、フリーランスでウェブ制作の場合には、時間的な裁量がどこまであるかということも1つ、事業者性を認めるときには結局大きいのかなと思います。こういう仕様で作ってくれというのであれば、それは一面では業務遂行上の指揮監督を根拠づける要素になるかもしれませんが、しかし、何日までに作ればよくて、それまでの期間の間にほかの仕事も受けられて、いろいろ自分なりにやりくりして成果を上げて納めて報酬を得るという、そこでの判断や裁量性が高いというのであれば、これは川口先生も言われているような独立した事業者であって、継続的な契約ではなく、一つ一つの契約を取引でやっている。だから事業者なのだという説明も成り立つところはあると思います。そうであれば、少なくとも労基法上の労働者性は認められないケースもあるのかなと。私はそのあたりでの線引きを考えています。

柳澤 そもそも大学教員の労働者性について、今の大学が求める教育というのは、フォーマットが決まっています、事実上の指揮命令も受けていたり、余儀なくされる準備時間があったり、だいぶ昔と違いますね。

皆川 指揮監督はあると私も思います。

橋本 では、労働者性はひとまずこれぐらいで終わりにしたいと思います。

皆川 2つ、論文を並べて検討すると、論点がクリアになって非常に有意義だったと思います。

IV 使用者性

● 紹介

- 川口美貴「親会社と労組法7条2号の使用者」
- 石崎由希子「団体交渉における派遣先事業主の使用者性」
- 土岐将仁「労働法と『ビジネスと人権』——『ビジネスと人権』は労働法の当事者にどのような意義があるか」

橋本 次に、使用者性をテーマとして、3本の論文を検討したいと思います。最初に、川口先生の「親会

社と労組法7条2号の使用者」を紹介します。

本論文は、企業グループにおいて、法人格の枠を超えて、子会社等が親会社に団交を求めることを可能とするため、親会社の労組法7条2号の使用者性の有無について検討した論文です。

本論文の問題意識は、事業再編を容易にする近年の会社法等の法整備によって、企業グループの形成が促進されていますが、企業グループでは、子会社には決定権はないのであるから、たとえば子会社の解散について子会社の労働者が加入する労働組合が親会社に団交を求めることが必要であるというものです。

著者は、まず、①労組法7条の使用者概念は各号で異なること（「個別類型説」）、②「労組法7条2号の使用者」は交渉事項ごとに決定されること、③当該交渉事項を現実かつ具体的に支配又は決定することができる地位にある（又は対応できる）者が使用者であることを主張し、この見解は朝日放送事件の最高裁判決（最一小判平7・2・28民集49巻2号559頁）に矛盾しないと述べます（507頁）。

①～③の主張の根拠としては、基本的には、朝日放送事件の最高裁判決の文言に矛盾しないという文言解釈が行われています（505-507頁）、②については、団交事項は、（ア）雇用・労働条件に関する法令上の義務、（イ）労働契約・信義則上の権利義務、（ウ）雇用・労働条件の維持改善等に関する事項および（エ）集团的労使関係ルールに分類できると述べたうえで、これらの異なる交渉事項に応じて誰に要求すればその要求が実現されるのかを異なることを根拠としています（502頁）、②については、目的論的解釈も行われています。

次に、著者は、親会社が③の「当該交渉事項を現実かつ具体的に支配又は決定することができる地位にある（又は対応できる）者」といえるのかについて検討を行います。著者は、親会社が支配・決定できる事項を、会社法の規定に基づいて丹念に検討していますが、この部分は、本論文の重要な特徴であるといえるでしょう。これらの事項は、著者自身の用語によると「子会社等の財務及び事業の方針の決定」ですが、著者は、これには労働者の雇用・労働条件も含まれると述べます（510頁）。そして、親会社は、上記（ア）～（エ）の団交事項について支配・決定できる地位にあり、子会社の労働者の加入する労働組合の団交に応じなければならないと結論づけています（512-514頁）。

以上が、本論文の骨子ですが、以下、著者の主張をより詳しく紹介しながら、本論文の検討を行っていきたいと思います。

まず、上記①の労組法7条の使用者概念は同条各号で共通なのか異なるのかという議論は、本論文で必要なのかと疑問に思いました。この論点は、その後の議論につながっていないように思われるからです。しかし、著者は、②の個々の団交事項ごとに使用者が異なるという主張の前提として、まず①を述べる必要があると理解したのかもしれませんが。

次に、②の個々の団交事項ごとに使用者が異なるという主張も論理的には可能だとは思いますが、著者は、（ア）～（エ）の団交事項についてすべて親会社の使用者性を肯定していますので、やはり②の議論をする意味がよく理解できませんでした。著者は、労働組合の主張立証責任についても論じていますが、この点でも（ア）～（エ）について基本的に親会社であることのみを主張立証すれば足りると述べており（516-518頁）、個々の交渉事項ごとに使用者性が異なるという②の議論は生きていないように思いました。

次に、本論文の最重点である、（ア）～（エ）の事項について、親会社が労組法7条2号の使用者に当たるという主張について検討を行いたいと思います。

まず、最大の疑問点は、「当該交渉事項を現実かつ具体的に支配又は決定することができる地位にある（又は対応できる）者」という使用者の定義が、朝日放送事件の最高裁判決に矛盾しないと述べるだけで、なぜ「支配・決定」という朝日放送事件の最高裁判決から、「対応できる者」まで含まれるのかについて十分に説明されていないことです。「対応できる者」は、「支配・決定」よりかなり広い意味を持つように思われますが、十分な説明がなく、しかもかっこ書きでこの定義が示されていることは説明不足ではないかと思えます。

そして、親会社が、この使用者性の定義を満たすことを、会社法等の規定を根拠に主張していますが、著者が紹介するとおり、会社法では、議決権の過半数を支配している場合と議決権の3分の2を支配している場合とで、親会社の決定権が異なります。組織再編や事業譲渡では、議決権の3分の2を支配している必要があります。そうだとすると、議決権の3分の2以上を支配している場合にのみ、親会社が（ウ）雇用・労働条件の維持改善等に関する事項について団交

上の使用者になるという結論に至るのが論理的であるように思います。しかし、上述したとおり、著者は、(ア)～(エ)のすべてについて、親会社が団交上の使用者であると主張しています。なお、本稿では親会社の定義についてはとくに示されていませんが、会社法では、親会社は、「株式会社を子会社とする会社その他の当該株式会社の経営を支配している法人として法務省令で定めるものをいう。」(会社法2条4号)と定義されており、「法務省令で定めるもの」は、「会社等が同号に規定する株式会社の財務及び事業の方針の決定を支配している場合における当該会社等」(会社法施行規則3条2項)と定められています。著者は、親会社は「子会社等の財務及び事業の方針の決定」を行っているから、(ア)～(エ)について団交上の使用者に当たると主張していますが、「子会社等の財務及び事業の方針の決定」という用語は、会社法の親会社の定義から直接導かれたものと理解できます。

しかし、会社法上の親会社の定義から、なぜ(ア)～(エ)について「支配・決定」できるのかについては検討が必要であると思われます。(ア)の法令上の義務はともかくとしても、(イ)労働契約・信義則上の権利義務、(ウ)雇用・労働条件の維持改善等に関する事項および(エ)集団的労使関係ルールについては議論になると思います。著者は、「親会社は、当該子会社の財務及び事業の方針(労働者の雇用・労働条件も含む)について、親会社の利害関係者(株主や債権者等)に対して経営責任を負い、……」と述べていますが(510頁)、ここでも、とくに説明することなく、子会社の財務及び事業の方針には当然に子会社の労働者の雇用・労働条件も含まれると述べている点には疑問が残ります。著者は、(イ)について、「親会社」と「子会社等の労働者」との「特別な社会的接触の関係」から、信義則上、親会社は、子会社の労働者の雇用・労働条件保障に配慮する義務を負うと述べていますが(513頁)、安全配慮義務の定義から、雇用・労働条件一般に対する配慮義務を導くことには論理的に無理があると思います。

以上のコメントをまとめますと、本論文は、判例・法令を詳細に検討していますが、自説を導く重要な部分の説明が不足しているように思います。現在の判例実務の問題点は、朝日放送事件の最高裁判決のいう「支配、決定」が厳格に解釈されていることではないかと思いますが、本論文は、この点には触れず、朝日

放送事件の最高裁判決は子会社の労働者に対する指揮監督や人事権の行使を使用者性の要件にしているわけではないと述べるだけで(507頁)、なぜ「支配、決定」を「対応できる者」という意味で、緩やかに解釈してよいのかが説得的に論じられているとはいえません。とくに会社法にいう「子会社等の財務及び事業の方針の決定」に子会社の労働者の雇用・労働条件が当然に含まれると述べられている点は問題であると思います。

次に、石崎先生の「団体交渉における派遣先事業主の使用者性」を検討したいと思います。

石崎先生の問題意識は、派遣先の使用者性については、中労委の見解を支持した阪急交通社事件(東京地判平成25・12・5労判1091号14頁)によって、①労働者派遣法の枠組みまたは労働者派遣契約で定められた基本的事項を逸脱して行われていること、または②労働者派遣法44条ないし47条の2の規定により、派遣先が使用者とみなされ、労働基準法等による責任を負うとされる労働時間、休憩、休日等の規定に違反している場合にのみ、朝日放送事件の最高裁の使用者性の枠組みが適用されるという判断枠組みが提示されましたが、かかる派遣先の使用者性の判断枠組みが労働委員会の実務で定着していないことは問題で、派遣先の使用者性の判断枠組みの明確化を図るべきではないかというものです。とくに、なぜ朝日放送事件の最高裁の判断枠組みがそのまま派遣先の使用者性が争われている場合にも適用されないのかについて、派遣先の制定・改正時の国会における政府の説明や学説を紹介しつつ、労委命令を詳細に検討しています。

本論文では、上記①②の要件のうち、偽装請負は①の類型に当たると整理し、朝日放送事件の枠組みが適用されるので問題はないということで、②の、派遣先が使用者とみなされている事項について、派遣先に法違反が認められることを要件としていること(この見解を本論文では「前提要件必要説」と名づけています)の妥当性がとくに検討対象となっています。都道府県労委命令では、総じて前提要件必要説は採られておらず、朝日放送事件の最高裁判決の判断枠組みが採用されていることが多いようですが、この場合に派遣先の使用者性が直ちに認められるわけではなく、「支配、決定」の判断には幅があることが指摘されています(221頁)。

石崎先生は、派遣法の制定・改正経緯からは、派遣

元が労組法上の使用者であることだけが確認されており、前提要件必要説を裏付ける議論は見当たらないこと、前提要件必要説は、この見解を打ち出した上記阪急交通社事件の中労委命令が出た当時の中労委会長であった菅野和夫先生の学説であったといえますが、菅野先生は、派遣労働者の苦情処理制度が前提要件必要説を正当化するものとして考えていたといえるものの、学説で批判されているとおり、苦情処理制度が団交に代替すると考えることには無理があることを指摘し、前提要件説を貫徹することは困難であると述べます(234頁)。しかし、他方で、朝日放送事件の最高裁判決を再検討すると、同事件はいわゆる偽装請負の事案であり、請負契約形式からの乖離に着目して元請企業の使用者性を認めた事案であることを考えると、労働者派遣の形式が遵守されている場合に、朝日放送事件の最高裁判決の枠組みがそのまま適用されるべきとはいえないのではないかとこの点も指摘しています(240頁)。

以上の検討に基づき、石崎先生は、(A)派遣法上のみなし規定により、派遣先のみならず労基法・安衛法等の責任が課されている場合、(B)派遣法上、派遣先に責任が課されているとしても、雇用安定措置(派遣法29条の2)等のように、派遣先が派遣元とは別に固有に責任を負う事情が団交事項となる場合、(C)派遣先が負う信義則上の義務(安全配慮義務および職場環境配慮義務)、(D)派遣先の指揮命令権の行使に係る事情の4つの場合に分け、(A)については派遣先が「現実的かつ具体的に支配、決定」することができるといえますが、(B)、(C)および(D)の場合には、直ちに派遣先の使用者性を認めることはできず、派遣法や派遣先指針で定められている派遣先から派遣元への情報提供の仕組みにもかかわらず、「派遣先が派遣元との情報共有や連携を怠り、これにより派遣元との団体交渉が実行を欠くような事態、ひいては派遣元との労使関係秩序の展開を妨げるような事態が生じていたこと」が必要ではないかという見解を主張しています(242頁)。

以上が本論文の内容です。検討に移りますが、本論文は、派遣先の労組法上の使用者性について、立法過程、判例・命令および学説を丁寧に検討し、明快な問題意識に基づいて、堅実な議論を展開している優れた論文だと思います。しかし、結論については十分に理解しきれない点があります。本論文と前提要件説との

違いとして、(A)派遣法上のみなし規定により、派遣先のみならず労基法・安衛法等の責任が課されている場合には、直ちに派遣先の使用者性を肯定する点で、前提要件説を緩和した見解であるといえます。しかし、(B)について、(A)と異なって理解する理由がよくわかりません。派遣法で派遣先に義務を課している事項については、派遣先の労組法上の使用者性を認めてよいと考えるほうが一貫しているように感じました。

また、(B)～(C)について、派遣先が派遣法や派遣先指針で定められている情報提供を怠ったことを派遣先の使用者性の要件としていますが、派遣先に情報提供ないし説明義務が課されている事項は、均等・均衡確保義務の履行の前提となる比較対象労働者の賃金その他の待遇等に関する情報(派遣法26条7項)と苦情の報告(派遣法40条1項)であり、限定的ではないかと思います。石崎先生もこの点は指摘されているのですが(244頁)、そうだとすると、結局、派遣先が団交上の使用者になりうる場合は非常に限定されることになると思います。さらに、この点に関連して、(A)～(D)に含まれない団交事項もあるように思いました。たとえば、派遣労働者が派遣が途中で中止になった理由を知りたいというような場合です。派遣元は、派遣先から「この人にはもう来ないでほしい」と言われたから直ちに派遣労働者を解雇できるわけではありませんが、派遣労働者としては、なぜその派遣先でもう働くことができないのか理由を知りたいと思うでしょうし、その気持ちはもっともだと思います。この問題も、石崎先生が重視している派遣元・派遣先間の情報共有の問題で、派遣中止の理由を派遣元が派遣先に説明する義務を派遣法で課することが必要だと思いますが、派遣先から直接説明してほしいと要求することはできないのかとも思います。労働者派遣とは、このような義務を派遣先が負わない点に派遣先としてはメリットがあるので、派遣法の根幹に触れる問題かもしれないませんが、川口論文で検討した親会社の使用者性の問題の本質も、たとえば、子会社の閉鎖等によって生じる雇用問題について親会社自身が子会社の労働者に対してどこまで説明しなければならないのかという点にあると思います。日本で労組法上の使用者性が問題になるような紛争の解決とは、企業の法人格を超えた説明・協議の仕組みを設けることができるかにかかっているのだらうと思っています。

最後に、土岐先生の「労働法と『ビジネスと人権』」

を紹介します。

使用者概念の拡張に限界がある中、最近注目されているのが、サプライチェーンにおける人権・環境デューデリジェンスの問題です。人権デューデリジェンスは、「ビジネスと人権」とも呼ばれ、大企業に対して、取引先の企業が人権を遵守しているかどうかをチェックする義務を課すものです。本論文は、この新しい動きについて検討を行うものです。

本論文は、まず、「ビジネスと人権」の出発点となった、2011年6月に国連人権理事会が承認した「ビジネスと人権に関する指導原則」の内容を紹介します。同原則では、国家や企業がなすべき31の原則を示し、企業の人権尊重責任（基本原則11）では、労働分野では1998年のILO宣言で列挙された基本的権利が対象になっています。具体的には、ILO中核8条約で定める、①結社の自由や団体交渉権の承認、②強制労働の禁止、③児童労働の禁止、④雇用及び職業における差別の撤廃の4つの事項になります。補足しますと、2022年のILO総会で、安全衛生に関する2つの条約が追加され、ILO中核10条約となりましたので、現在は、⑤安全衛生も含まれると思います。

指導原則は、企業が人権尊重責任を果たすために、①人権を尊重する責任を果たすとのコミットメントを明らかにすること、②人権への影響を特定、防止、軽減し、どう対応するかについて責任を持つという人権デューデリジェンス（以下「人権DD」）の実施、③企業が引き起こし、または助長する人権への負の影響を是正する措置を設けることを要請しています（基本原則15）。人権DDの最大の特徴は、取引関係によって生じる人権への負の影響を対象とすることから（基本原則17）、企業のサプライチェーンに対しても実行される必要があることです。

次に、本論文は、指導原則に対する日本政府の対応として、2020年10月に策定された「『ビジネスと人権』に関する行動計画（2020-2025）」（以下「日本版NAP」という）の労働法に関する部分を紹介した後で、人権DDに関する諸外国の立法動向として、義務違反に対しては過料などの公法上の制裁にとどまり、基本的に親会社などの中核企業に損害賠償責任を課すものではないことを指摘しています。

そして、著者は、子会社や取引先会社等が、その雇用する労働者について労働法令違反や労働に関する人権侵害を生じさせた場合に、親会社等の中核企業が法

的責任を負うことがあるかという問題について検討を行います。著者は、諸外国の学説を紹介しつつ、法的拘束力を持たない指導原則から、中核企業の法的責任を導くことは困難であると述べます（10頁）。ただし、例外的に、イビデン事件（最一小判平成30・2・15労判1181号5頁）のように、企業が一定の行動や取り組みを表明した場合には、それを媒介として限られた場合に法的責任が生じるのではないかと述べています。最後に、労働組合の関与を制度的に担保するため、国際枠組協約の活用を検討すべきであることを指摘しています（11頁）。国際枠組協約の締結主体は、多国籍企業と国際労働組合総連合や国際的な産業別労働組合であり、日本でもUAゼンセン関係のものがあることを紹介しています。

本論文は、2022年の文献で、それからやや時間がたってしまったのですが、日本では立法の動きがないこの分野において、「ビジネスと人権」に関する基本的な文献として有用であるといえます。本論文以降の動向としては、EUでサプライチェーンにおけるデューデリジェンス指令2024/1760号（SCDDD）が採択されたことを指摘できますが、同指令は、制裁として、企業名の公表や罰金のほかに、負の影響を受けた当事者に対して、企業は民事上の損害賠償責任を負うことも定めています。この点で、諸外国の立法は企業に対して損害賠償責任を課すものではないという本稿の叙述は修正される必要があると思われますが、人権DDの内容に関する周知の必要性や労働組合の役割への期待など、本稿の指摘は現実的であり、説得的であるといえます。使用者性の拡張には限界が明らかであるなか、サプライチェーンにおけるデューデリジェンスを強化することが、法人格を超えた企業活動を規制するための現実的な方法なのだろうと思います。私見では、サプライチェーンにおけるデューデリジェンスが革新的なのは、日本企業であってもEU指令が直接的または間接的に適用される場合があることだと理解しています。直接的とは、EU域内での年間純売上高4億5000ユーロ超であること等の要件を満たせば、同指令の適用対象企業（EU域外企業）となり、人権・環境DDを実施する義務を負うことになりますし、間接的とは、適用対象企業にはならなくても、EU域内企業の取引先であれば、人権・環境DDを実施するEU域内企業の審査の対象となることを意味しています。サプライチェーンにおけるデューディ

リジェンスそれ自体が労働者に何らかの権利を付与するという性格の立法ではないにもかかわらず、EU法が日本企業に適用されるという事態が初めて生じたのです。この影響は非常に大きく、比較法の意義を飛躍的に高める効果を持つのではないかと考えています。

私からは以上です。では、柳澤先生からお願いいたします。

● 討 論

柳澤 川口先生の論文について、ご指摘のとおり、個々の使用者の交渉事項ごとに決定されるとの見解と、朝日放送事件との関係性がわかりづらいです。507頁あたりでしょうか。朝日放送事件の最高裁判決のなかで、「同判決は、(エ)の場合はその限りにおいて労組法7条の使用者に当たると判示し」と書いてあるところで、ここを捉えて、川口先生のような解釈が出てくるのかなと、私は読んだのですけれども。ただ、はっきりとそう述べられているわけではないので。もし、私が川口先生のような解釈を取るのであれば、むしろ「その限りにおいて」という部分に着目したいところです。このあたりの説明があれば、もう少し川口説を理解できたかもしれません。

それから、両方の文献(川口論文、土岐論文)で引用されているイビデン事件は、裁判の途中から関わったこともあり、私にとって思い入れのある案件です。川口論文だと513頁で、ご自身の主張を補強する論拠として用いられています。ただ、イビデン事件の射程というのは、まさに親会社のみに通報窓口があって、子会社には存在しなかったとか、かなり限定された条件の下で、そのときに信義則上の義務を負うと判示しているのです。一般的な信義則を根拠に導くのは難しいかもしれません。

2点目の石崎論文は、朝日放送事件の最高裁判決の読み方が、川口論文との比較で、かなり違うところが印象的でした。同最高裁判決については、既に議論が尽くされていたかと考えていましたが、どこに重点を置いて読むかで生じる差異について、あらためて気がつきました。今回、石崎先生は、労働者派遣の事例についての適用を検討されたのですが、朝日放送事件の判断枠組みを適用できることを前提に、使用者性を認めうるかは別途検討が必要であるとの理論構成に辿り着いています。A~Dの各論的な結論については、橋本先生の「派遣が途中で中止になった理由を知りた

い」場合を想定すべきとのコメントに、なるほどと思いました。蛇足ですが、派遣が途中で中止になった理由は示されたけど、それは派遣先による誤解であるとして、派遣労働者が弁明のために団体交渉を申し込むという場合も、石崎説ではどうなるのかと考えた次第です。

3点目の土岐論文について、土岐先生は、2020年の単著『法人格を越えた労働法規制の可能性と限界——個別的労働関係法を対象とした日独米比較法研究』(有斐閣)で、労働契約上の使用者以外の者に対する責任を検討されたのですが、その際に意図的に検討対象から除外したテーマを、このたび論文として書き下ろしたのだと思います。そして、橋本先生からもご紹介いただいたとおり、必ずしも使用者概念というテーマと直結するわけではないものの、どこまで使用者概念を拡張すべきかという問題意識とは関連していて、理論的にも密接に結びついています。この「ビジネスと人権」の問題は、日本国内でも徐々に認識が広がっていますが、それでも本格的な人権監査規制が必要だという土岐先生の主張は、そのとおりだと思います。ただ、人権・環境DDの規制が、あまりに複雑化して、手続が煩雑にすぎると、かえって現場での対応が形骸化してしまうのではとの懸念は、杞憂でしょうか。これは日本国内の取り組みに限らず、途上国での生産や仕入れ先を念頭に置いています。既に執行しているDDの規制方法を見直す動きもあるように伝え聞いております。

それから、ここでもイビデン事件の位置づけが気になって、同事件を一般化して強調しすぎると、労働者にとってマイナスの側面も生じるのではとの危惧です。イビデン事件は、先述した要件を満たした場合に、信義則上、責任を負うと言っている以上、あえて法令遵守の窓口を作らなかったり、体制を整えない企業が出てくるのではないかと。つまり、先の人権・環境DDへの指摘と同じく、法政策の手段が適切でない、規制目的を達成できないという問題です。

橋本 柳澤先生、ありがとうございます。では皆川先生、お願いします。

皆川 まず、橋本先生が紹介されたところに沿って、もう既に先生方にご指摘いただいたところですが、川口先生ご自身の見解である、当該交渉事項を現実的かつ具体的に支配・決定できる地位にある、または対応できる者を労組法7条2号の「使用者」とする

解釈は、要するに、細かい前提条件はあまり置かずに、要件としてはかなり明確であって、子会社での労働条件を、現実かつ具体的にという条件はさすがに入っているのですけれども、現実かつ具体的に支配・決定することができれば、団交応諾義務を負うということですね。これは川口先生流の学説の展開で、先ほどの労働者性の議論とも共通するところがあって、できるだけ要件や判断基準は明確にということも共通する方向性があると思います。

あとは、もうこれも既にご指摘があったところですが、朝日放送事件はその具体的な事案の下で、その条件に限り、部分的に使用者と同視できるような場合はという、細かく、事案に応じた判断基準を立てて展開しているところ、それをかなり、言い方はあれですけど、ざくざくとシンプルに、余計なとか、余計ではないと思うのですけれども、川口先生の定義では要らないと思うところを切って、結局、言わんとすることは、要は親会社だったら、子会社のさまざまな経営に関する事項などについて支配・決定できるので、一種、当然に団交応諾義務を負うという、こども労働者性と似ているところがあるかもしれませんが、一足飛びにどんと飛んでいるところがあると思います。先ほどは実定法上の労働者の解釈の問題でしたが、今回は判例の立てた基準を前提とした解釈ということになりますけれども、その理解としても論理がやや飛躍している、少なくとも川口先生以外の人には、飛躍しているのではないかなと思えるような論理展開があるので、そこはやはり課題というか、この議論を評価するときのポイントかなとは思っています。

確かに、一般的な意味で、親会社が子会社を支配できるとはいえるでしょうが、ご存じのように、朝日放送事件では、具体的なその事案で問題となった個別の労働条件について、受入企業が現実的かつ具体的に支配・決定できるかという判断をしていますので、そこに、親会社が子会社に対して支配・決定できるという一般的なことを、それは、商法の規定などを読めば、それに関わることが書いてはありますが、しかし、橋本先生も言われているように、そのロジックをそのまま持ってきて、親会社だったら現実的かつ支配的に決定できるとして、具体的に団交応諾義務を負うというところの法律効果につなげるというのは、何段階か飛躍がある。でも、川口先生らしいと言えば、らしい理論の組立てかなとは思っています。

石崎先生の議論も、これも丁寧に橋本先生が紹介してくださったところ、私もほぼ同じ見解なのですけれども、前提要件が要るか要らないかということです。法規からの逸脱云々というところの判断要素については、これは各都道府県労委の命令でも、それを必ずしも前提としていないという整理もされていますし、ここは判断枠組みとしては、もちろん対象となる事情で労働条件によるとは思いますが、少なくとも(A)のみなし規定があるようなところについては、派遣先に対して、基本的には団交応諾義務を認める方向で緩和するというので、私も妥当なのではないかと思えます。

情報提供義務については、確かに非常に狭いところですので、これを一般的に言えるかという疑問があります。このあたりは立法も含めて対応を待つというところもあるのかなというところです。

最後に、土岐先生の議論については、これはもう私は、この論文を読んで勉強させていただいたということが率直なところですので、今後の世界的な動向も含めて、日本でも展開されて、具体的に、より労使や企業グループあるいは国際的な取引のなかで、もっと議論が深まること、この問題に対する対応というのが進展していく前提条件なのかなと思いました。イビデン事件の位置づけについては、私も柳澤先生がおっしゃっていたところに賛成です。

橋本 ありがとうございます。では亀田先生、お願いします。

亀田 まず川口先生の論文についてですが、使用者性の判断基準として、「当該交渉事項を現実かつ具体的に支配又は決定することができる地位にある」という点に力点を置いて、親会社が支配又は決定できるかという観点で検討されていて、朝日放送事件最判の判示のなかの「雇用主と……同視できる程度に」という文言はそれほど重視されていない印象を受けました。ただ、朝日放送事件最判の調査官解説（福岡右武「判解」『最判解民事篇平成7年度（上）』（法曹会、1988年）224頁）は、最高裁の判断方法について「雇用主以外の事業主による労働者の基本的な労働条件等についての支配、決定が雇用主と同視できる程度のものか否かを問題にする判断の進め方」と評しています（同「判解」245頁）。親会社が何らかの支配・決定をしているとして、それが、雇用主と同視できる程度か否かという観点も重要なのではないかと思いました。

その点と関連するのですけれども、法令上の義務について、会社法の規定を引いて論じられていて、たとえば、大会社については、「法令上、子会社の取締役や使用人の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制を整備する義務を負っている」という指摘があります(512頁)。これは、会社法で内部統制システムの構築義務と呼ばれているものだと思います。川口先生は、この体制整備義務に「子会社等がその労働者に対して負っている法令上の義務の履行を確保するための体制を整備する義務」も含まれるから、当該義務に関する事項について、親会社の子会社等の労働者の労働組合に対して団交義務を負う、と論述されています。これが、どういうケースを想定しているか具体的には書かれていないのですが、子会社で、たとえば年休付与義務が果たされていないなどの労働法の法令遵守の違反がある場合に、親会社は子会社の取締役の職務執行が法令に適合していることを確保するための体制を整備する義務があるので、親会社に対してその法令上の義務を果たせということで親会社と団体交渉するというような話かもしれません。ただ、親会社による体制整備義務は、子会社労働者に対する義務ではありませんし、子会社の年休付与義務について、親会社が、内部統制システム構築義務を介して雇用主(子会社)と同視できる程度に支配・決定していることになるのかということ、それも違うのではないかと思います。そのため、会社法の規定から親会社の団交義務を導くことができるのかどうか、疑問に思いました。

石崎先生の論文についてですが、橋本先生に問題提起いただいたところに対するコメントになるんですけど、(A)、(B)、(C)、(D)という分類があって、(A)がみなし規定で派遣先が義務を負う場合、(B)が雇用安定措置義務のような場合で、(B)と(A)に違いがあるのかという点についてです。これもさっきの話につながるんですけど、雇用主と同視しうるものなのかどうかということでは、(A)みなし規定によって負う義務と、(B)雇用安定措置の義務は、性質が異なるのではないかと思います。雇用安定措置の場面で、たとえば休業手当相当額の損害賠償の話でいうと、派遣元は、派遣労働者を休業させた場合、民法536条2項か労基法26条に基づいて、雇用主として直接その責任を負います。これは、派遣先が賠償義務を果たすか否かにかかわらず、派遣元が雇用

主として果たさなくてはならない義務になっています。もちろん、派遣先の支払う賠償金が、派遣元が支払う休業手当などの原資になることが想定されているので、その限りのつながりはあるのですけれども、原資になるということだけで、派遣労働者に休業手当が支払われるかどうかを派遣先が現実的かつ具体的に支配・決定していると言うのは難しいのではないかなと思ったので、やはりそういう意味でも(A)と(B)には違いがあるような気がしました。

それから、派遣先に情報提供ないし説明義務が課されている事項は限定的ではないかという橋本先生のご指摘がありました。石崎論文の当該箇所を読むと、「派遣先が派遣元の情報共有や連携を怠り、これにより派遣元との団体交渉が実効を欠くような事態、ひいては派遣元との労使関係秩序の展開を妨げるような事態が生じていたかどうか……が、本来的には問題とされるべき」(242頁)と論じられていて、この情報共有・連携というのが、橋本先生のおっしゃったような情報提供義務の話をされているのかどうかはわからないように思いました。

あと、中途解除の理由の説明についてなのですが、一応、派遣先指針のなかで、派遣先は派遣元から請求があったときは、中途解除を行う理由を派遣元事業主に対して明らかにすることが必要とされています。そうすると、派遣先に対して、解除を行った理由の説明を求めるために団体交渉をするというのは、あまり想定しにくいことなのかなとは思いました。

最後、土岐先生の論文については、あまりなじみのない分野なので、読んで勉強させていただいたところなのですから、サブライチェーン内の取引先で人権侵害のリスクが判明した場合に、指導原則上、取引先に、状況を是正・改善するように影響力を行使しなければいけないという形になっている点は興味深いと思いました。この点については、自らが負の影響を助長していない場合に、法人格を超えて是正の責任を課されることの理論的な説明がなされておらず、規範的な正当化が不十分であるとの海外文献の指摘が紹介されています(5頁)、その規範的な正当化という点は確かに重要だなと思いました。私からのコメントは以上です。

橋本 ありがとうございます。

川口先生の論文について、亀田先生が指摘してくださった、512頁の、内部統制システム構築義務という

のが、大会社に相当する場合には、法令上、子会社の取締役等及び使用人の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制を整備する義務というところですね。

亀田 はい。

橋本 このなかには当然、労働法の義務の履行を果たしているかということも含まれるから、親会社が子会社の労働者の労働条件について全く責任を負わないわけではないということは導かれるということですね。しかし、ここから団交上の使用者性が認められることになるとはいえないのではないか、雇用主と同視できる程度にという朝日放送事件の判旨もあるし、この規定からすぐ団交義務まではいけないのではないかとご理解ですね。

亀田 会社法 362 条 4 項 6 号、5 項で、大会社である取締役会設置会社においては、いわゆる内部統制システムの構築について、取締役会が決定しなければならないとされており、その内容を会社法施行規則 100 条 1 項が定めています。そして、同条 1 項 5 号で、グループ会社における業務適正性の確保体制として、「子会社の取締役等及び使用人の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制」が挙げられています（5 号ニ）。しかし、親会社がそういう形で子会社のコンプライアンスを確保する体制を整備するという法令上の義務があるとしても、子会社労働者に対する義務として負っているわけではありませんし、また、その体制整備と、親会社が子会社の労働条件を支配・決定していることとは別だと思いたすので、親会社の団交義務は導けないのではないかと印象を受けました。

橋本 そうですね。私は、親会社の定義である、子会社等の財務及び事業の方針の決定を支配している会社等というところからすぐに子会社の労働条件について親会社の団交上の使用者を導くのは広すぎるのではないかと指摘をしたのですが、川口先生は、法令上の義務と労働条件全般とは分けて考えていらっしゃるの、私の整理が不十分だったことを、亀田先生のご指摘を聞いて気がつきました。

川口先生は、自説が朝日放送事件の文言には反しないとおっしゃって、確かにそういう解釈はできると思いますが、現実にも今、このように広くは解釈されていないので、この点について検討しないといけないのだろうと思っています。石崎先生も朝日放送事件を丹

念に検討されているのですが、支配力説や影響力説などもあるけれども、「決定」の文言が狭いから「支配」だけにするとか、「影響」というと本当に広がるし、その定義ももちろん大事なのですが、やっぱりどうこの要件の充足を評価するのかという当てはめの問題も重要ですよ。評価が厳しい、当てはめが狭くなっているというのが、現在の裁判例、実務の限界だと思うので。

皆川 私は商法を勉強した時期が古く、もう最新の会社法の議論にはついていけないので基本的な質問になるのですが、せっかくの機会ですので、亀田先生にお伺いします。先ほど解説いただいた法令遵守システムの構築義務のところですか、川口先生の論文の 513 頁で書かれている、子会社等がその労働者に負っている法令及び労働契約上の遵守義務においても、それが遵守されるよう、履行を確保する親会社の義務というのは、そこでの脚注 54 で、子会社の取締役等及び使用人の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制にする義務を引いていますが、これは体制を整備する義務ですよ。そうすると、子会社の具体的な労働条件について、実際にいちいち監督する義務とまでは言えないように思うのですが、そのあたりもどうなのかなということですね。

亀田 会社法の専門家がいないとわからないところはありますが。

皆川 ええ、私もよくわからないところなのですが、そこまで言えるのかということですね。これは体制整備義務だから、確かに違反を、懈怠を問われる場面は、もちろん事案によってあるのだろうけれども、子会社の労働者の労働条件について、子会社が負っている義務を逐一履行しているかどうか、そこまで監督する義務までがあるとはいえないのでは。

柳澤 変な表現ですけど、明らかにブラックな違法行為を認識しながら放置してはいけないというぐらいでは。

皆川 ではないのかなと、私も思います。

亀田 体制整備義務の点について、会社法 362 条 5 項で、大会社においては、「前項第 6 号」、4 項 6 号というのがさっきの体制整備なんですけど、「前項第 6 号に掲げる事項を決定しなければならない」となっていて、条文上は決定義務です。グループ会社における業務適正性の確保体制（会社法施行規則 100 条 1 項 5 号）として、親会社がどのような内容を決定するか

については、コンメンタールでは、「子会社における業務の適正確保のための議決権行使の方針」などが挙げられています（落合誠一編『会社法コンメンタール第8巻 機関（2）』（商事法務、2009年）230頁）。これを見ると、子会社の労働契約上の義務が具体的に遵守されているかを、親会社が逐一口を出して管理するという話とは異なるような気がしました。

皆川 率直に、私などは条文をシンプルにそう読んでしまっていたので、お伺いできてよかったです。

橋本 韓国だと、日本の朝日放送事件によく似た判例法理があったのですが、この判例法理が最近、労働組合法に明文化されたそうです。この法律が、「黄色い封筒法」と名づけられて、今、大きな注目を集めているそうです。朝日放送事件と同じく、「現実的かつ具体的に支配・決定」という文言なのですが、韓国では大変な立法ができた、今施行を前に企業側が慌てているということだそうです。

すべての元請や親会社が団交上の使用者になるわけではないということ、これから韓国でも議論を詰めていかなければいけないということにはなっているようですが、裁判例や労働委員会命令では、やはり日本よりは使用者性が広く認められているようです。だから、使用者性は定義だけの問題ではないだろうとも思っています。今、日本では、朝日放送事件以降、ほとんど雇用主以外の企業の使用者性は認められていないので、ここは、もう少し認める余地はあるのではないかなと思いました。

あと、そうですね。亀田先生にご指摘いただいた派遣先の指針で、確かに労働者派遣契約の中途解除の理由は、求められれば説明しなければいけないとあったのですが、労働者派遣契約の中途解除ではなくて、派遣契約自体はあるのですが、この人を別の人にしてほしいという、この問題は実はちょっと曖昧なように思います。このような交代要請はしないほうがいいということは、厚労省も言っているようなのですが、できないとは言っていないで、これだと救済されないのではないかなということを申し上げました。

亀田 なるほど、派遣契約自体を解除する場合はなくて、派遣社員が途中交代させられた場合に、派遣社員から派遣先に理由の説明を求めたいというケースの話ですね。

皆川 今日の議論のなかでも出てきた論点で、あともう1つ気づいたのは、前提となる事案の射程とも関

わるどころ、事案の理解ですけど、朝日放送事件というのは、先生方はご存じのように、今だったら偽装派遣に当たるような派遣型ですよ。要は、雇用されている会社とはまた別の会社に事実上行って、別会社の指揮命令を受けて就労していたという事案で、このような事案で朝日放送事件は、亀田先生からのご指摘にもあったように、雇用主と同視できる程度に、現実的かつ具体的に労働条件について支配・決定できる、その場合に限り使用者と認めるという理屈ですよ。要するに、労働時間の設定とか。

これに対してもう1つ、昭和ホールディングス事件（東京高判令和4・1・27労判1281号23頁）のような、親会社・子会社のパターンがあって、親会社は資本関係に基づいてコントロールとか支配は行いうるのだけれども、しかし、やはり子会社とは法人格も違うし、子会社は子会社で独立して形骸化もしておらず、独立して労働者を雇用してやっているときに、子会社の労働者の労働条件について、親会社に団交を申し入れて応諾させることができるかといえば、一般的にはこちらのほうがハードルが高いということですね。さっきのような派遣事例であれば、現実的に指揮命令をして、今日も議論に出ている社会的な接触関係というのはその接点を前提としていて、一般的な意味での接触関係ではなく、現実的に指揮命令して働かせているという関係だと思いますので、それが親会社・子会社との関係だと、そこで親会社の関係者とか労働者が、子会社の労働者を直接、それこそ本当に現実的に指揮命令するといった社会的な接触関係がないのであれば、そこにはやはり距離があるわけで、そうすると、繰り返しになりますが、親会社に出てこいというのは、やはりハードルが高いのではないかな。川口先生のお考えだと、そこを何とか理論的に突破したいという趣旨で、こうした立論をされたのではないかな。もともと親会社と子会社の労働者の労働条件には距離があって、親会社の団交応諾がなかなか認められにくいところ、親会社に団交応諾義務を認めさせるには理論的なジャンプがないとたやすいことではないので、こういう立論を考えられたのかな、とは思いました。親会社とその子会社の労働者との、それこそ社会的接触関係なのか、もう少し違う関係なのか、どこまでの関係があれば使用者性を肯定すべきかということも、この問題を考えるうえで議論になるのかなとは思いました。

柳澤 まさに実態的な事実関係の違いがある。朝日放送事件で要求していたのは休憩室の設置などで、明らかに就労先における労働条件です。結論として認めざるをえない事案だったこともあるでしょうね。

皆川 そういうふう理解しています。

橋本 では、そろそろ時間も参りましたので、使用者性のテーマはここまでとしたいと思います。続きまして5番目のテーマのフリーランスについて、皆川先生よろしくお願ひいたします。

V フリーランス規制

● 紹介

- ・荒木尚志「労働法と競争法の交錯問題再考」
- ・大内伸哉・坂井岳夫・土岐将仁・山本陽大『フリーランス法制を考える——デジタル時代の働き方と法』

皆川 それでは、ここからフリーランス規制を取り上げたいと思います。近年、いわゆる「フリーランス」の働き方に対する法規制のあり方が問題となってきました。労働法の側からは、フリーランスの「労働者」性についての問題関心があったと思いますが、他方で、これも近年の特徴として、経済法によりフリーランスの取引条件等について一定の法的な保護を及ぼすことが検討されてきました。2021年3月、内閣官房・公正取引委員会・中小企業庁・厚生労働省が合同で「フリーランス・ガイドライン」を策定し、ここで、独禁法・下請法と労働関係法令の適用関係が整理されました。そのうえで、2023年5月に「フリーランス法」（「特定受託事業者に係る取引の適正化等に関する法律」）が公布され、2024年11月から施行されています。こうした新しいフリーランス規制を、労働法との関係でどのように位置づけ、今後、規制をどのように解釈し、展開していくかが、労働法学においても重要な課題となっている状況です。

このように、フリーランス規制をめぐる問題を考えるために重要な論点を示している論文として、荒木尚志先生が和田肇先生の古稀論集に書かれた論文「労働法と競争法の交錯問題再考」（武井寛・矢野昌浩・緒方桂子・山川和義編『和田肇先生古稀記念論集 労働法の正義を求めて』（日本評論社、2023年）847-

868頁）を取り上げたいと思います。まず、本論文の概要を紹介します。

本論文の特徴であり、興味深いところは、フリーランス法がどのようなスタンスで新規制を導入したのかを明らかにする前提として、「雇用類似就業者の保護に関する5つのアプローチ」を整理しているところです。これらは、荒木先生が2022年の論文（「プラットフォームワーカーの法的保護の総論的考察」『ジュリスト』1572号14頁）において、プラットフォームワーカーのような就業形態への保護を検討するうえで示されていたものですが、①誤分類（客観的労働者を非労働者扱い）の是正、②労働者概念拡張、③中間概念導入（雇用類似就業者に労働法の一部を適用）、④特別規制（雇用類似就業者に対する特別規制）、⑤他法・ソフトロー（労働法以外の競争法、社会保障法、税法、民商法等による規制やソフトロー等の手法による規制）の5つのアプローチに分類されます（849-852頁）。

このような雇用類似就業者保護のためのアプローチの類型を踏まえて、次にフリーランス法による規制の位置づけが検討されます。本論文によると、前記①誤分類の是正の考え方は、誤ってフリーランスと位置づけられる役務提供者に労働法の諸規制が適用されることから、そうすると、フリーランス法第3章のフリーランスの就業環境整備に係る諸規定は、客観的に労働者でない者を前提として特別の規制を用意したものと評価されます（852-853頁）。フリーランス法5条の規制内容（受領拒否、報酬減額、返品、買ったたき、購入・利用強制、不当な経済上の利益強制等）は、独禁法の優越的地位の濫用規制や下請法による下請の保護規制に近似した内容ではあるものの、独禁法の濫用規制の目的が競争秩序の維持といえるのに対し、フリーランス法は契約弱者たるフリーランスの保護の思想が反映された特別規制となっているということができ、下請法との比較でも、フリーランス法には、下請法にはない、フリーランスの就業環境に関する12条以下の諸規制（募集情報の的確表示義務、妊娠・出産・育児・介護の配慮義務、ハラスメント防止措置義務、継続的業務委託契約の解除・不更新の30日前予告等）が設けられており、労働者ではないフリーランスの自然人としての保護の視点から設けられていることが特徴であり、こうした法律の内容から、フリーランス法は雇用類似就業者に対する特別規制を立法によ

り設定したものであって、すなわち前記のアプローチでいえば④の雇用類似就業業者に対する特別規制のアプローチを採ったと位置づけられることになります(852-855頁)。

本論文では、さらに、労働組合法上の労働者とフリーランス規制との適用関係についても、日本港運協会事件(東京都労委令和3・7・20中労委DB)など近時の紛争事例の検討も踏まえつつ、整理が行われています。労組法上の労働者概念は、労基法上の労働者概念よりも広く、この点は、日本では集团的労働関係法において③中間概念導入アプローチと同様の状況が生じていると理解され(857頁)、そのため、労組法上の労働者には、労基法上の労働者に加えて、一定の事業者性を帯びた者が含まれうるようになりますが、その際、競争を実質的に制限するような「不当な取引制限」(独禁法2条6項)に該当することにならないか、という、集团的労働法と競争法との規制が矛盾衝突する場面も想定されうるわけですが、この点は、2018年の公正取引委員会・競争政策研究センター「人材と競争政策に関する検討会報告書」での整理などから、労働法制と独禁法が棲み分ける方針が明らかとされていると整理されます(860頁)。

このような分析のうえで、本論文の「結語」で、フリーランス規制の導入などを契機とする近年の労働法と競争法の交錯問題の展開から得られる示唆がまとめられます。第一に、フリーランス法が公正取引委員会・中小企業庁と厚生労働省の共管で特別規制を行ったことは重要な展開であり、規制を実効あるものとするための省庁横断的な取り組みの工夫が重要な課題となり、ここでは、個別法・集団法・労働市場法に加えて競争法との関係も問題となることから、既存の紛争処理システムとは異なる仕組みを検討することにも価値があるとされます(865頁)。第二に、フリーランス法が雇用類似就業業者への保護についての特別規制を導入したことにより、フリーランスの取引実態における交渉力格差や脆弱性に着目した取引適正化と就業環境整備が行われた意義を評価しつつ、労働法・フリーランス・(フリーランス以外の事業者)の法令の適用関係については輻輳した状況が生じているとして、労働法と競争法の適用関係についてのさらなる明確化の必要が指摘されます(865-867頁)。労働者概念については、特別規制の充実があれば、今後、集団法・個別法にまたがる統一的労働者概念を観念する可能性も

出てくるだろうと指摘されます(867頁)。

荒木先生による整理は明解で、フリーランス法による規制の実施により、労働法上の労働者には当たらない労務提供者であって、しかし市場弱者といえる就業業者に対する一定の保護規制を及ぼすことが可能となった点を積極的に評価し、その規制を実効あるものとして展開していくための課題を示すものです。今後のフリーランス規制の展開を展望するうえで、本論文で示された観点が基軸となると思われます。

もっとも、本論文でも指摘されているように、フリーランスについて、個別的労働法、集团的労働法、労災保険の特別加入等の特別規制、フリーランス法といった、適用範囲の異なる複数の法規制の適用関係が輻輳している点をどう整理し、可能な限り法の適用の有無に関する入り口の問題を明確にしていくかは、やはり大きな課題として残っているといえます。

この点に関して、荒木先生が整理されている、労働者とフリーランスについての法の適用関係の概念について、一部気になる点があります。それは、本論文では、フリーランス法が雇用類似就業業者への特別規制のアプローチを採ったと位置づけられ(前記④のアプローチ)、他方、労組法上の労働者については実質的に、労働者と独立事業者との間の中間概念導入(前記③のアプローチ)と同様の状況であると整理されています。労組法上の労働者には、確かに、労基法上の労働者には当たらない事業者性の認められる就業業者も含まれますが、他方で、労組法上の労働者性は、判例が示す事業組織への組み入れをはじめとする6要素によって該当性が判断されるものであり、要するに、フリーランス法の基本的な適用対象となるフリーランス(「特定受託事業者」)には、労組法上の労働者に当たる者と、なお当たらない者とがいると考えられ、そうすると、フリーランス法の特別規制(のみ)によってカバーされる就業業者の範囲は、労組法上の労働者よりもさらに広いと捉えうるのではないかと、いうことです。換言すると、現在の日本法においては、「労働者」と「独立事業者」との間に、中間的な概念が2種類あるといえる状況ではないかと考えられ、そうすると、フリーランスへの法適用をめぐる輻輳状況は、一層複雑になるのではないかと考えられます。これが、荒木先生の論文についてのひとまずのコメントです。

加えて、フリーランス法による規制については、ほかにも別の観点から課題も指摘できるでしょう。フ

リーランス法で実現したフリーランス規制に関し、多様な観点から検討を行った文献として、もう1つ、大内伸哉・坂井岳夫・土岐将仁・山本陽大の4先生による共著『フリーランス法制を考える』（弘文堂、2025年）が公刊されています。本書は、その序章のタイトルがいきなり「フリーランス法を越えて」とあるように、フリーランス法の規制内容にとどまらず、社会のデジタル化の進行により労働社会が大きく変化するとの見通しを前提に、あるべき未来像を想定して、そこから生じる社会的な課題を見出し、逆算的な発想で政策を考える「バックキャストिंग」なアプローチを採用することを特徴とし、そうしたアプローチから、フリーランスの働き方をめぐる広範な問題について検討を行うという意欲的な内容となっています。本書での各章で扱われる内容はいずれも興味深いのですが、今回は、本書の第Ⅲ部「新たな法制度の構築に向けて」のうち、とくに大内先生が執筆された第8章の内容を中心に、フリーランス法が制定された現状を受けての、今後の課題についての指摘をみていくことにします。

本書第8章は、タイトルが「第Ⅰ部の考察を受けて」とされているように、本書第Ⅰ部で展開された考察を踏まえての検討が行われています。第1節ではフリーランス法の制定前に、フリーランスをめぐる規制について考えられていた課題が整理され、「労働法の観点からの課題」として、①誤分類の是正と、②雇用類似就労者の保護という課題、「経済法の観点からの課題」として、独禁法上の優越的地位の濫用や下請法の規制への該当基準の明確化という課題、「経済法のアプローチと労働法のアプローチとの関係」として、労組法上の労働者についての労働法と独禁法の規制の交錯という課題、「その他の理論的課題」として、①労働者概念や労働者性判断基準の不明確性、②下請法による規制内容で十分か、③PF就労に固有の課題への対応、④フリーランスの社会保障が挙げられました（286-291頁）。

これに対して、第8章の第3節以下では、フリーランス法後の政策課題が検討され、「労働法の観点からの課題」については、①誤分類の是正が解決されておらず、その点が同法の実効性を損なうおそれがあること、②雇用類似就労者の保護については、フリーランス法の「経済法パート」「労働法パート」の規制によって十分であるかの点が課題として残ること、「経済法の観点からの課題」については、フリーランス法

の「経済法パート」の規制は実質的に下請法をほぼそのまま引き継いだものであり、フリーランス法で基準の明確化が図られたとはいえないこと、フリーランス法の規制がパッチワーク的な保護にとどまり、フリーランスに適用される法令の全体像が見通しにくいこと、「その他の理論的課題」については、いずれも未完であることが指摘されています（300-303頁）。そして、とりわけ「労働者性の判断基準の問題」については、誤分類の是正や労働者性基準の明確化という課題の解決は容易でないとしつつ、第1の方法として、ICTの活用による人々の働き方の変化を踏まえて、PF就労者に対し、労働者性の有無に関係なく統一的な法制を適用すること、第2の方法として、雇用保険や社会保険における資格確認手続などを参考に、労働者性判断の事前実施を行うことなどが挙げられています（303-307頁）。そして最後に、本書での基本的な視角として、今後のPF就労に対する法制度の検討における分析ではありますが、雇用類似就労者への保護についてのアプローチとして、労働法制等の既存の法制度を拡張しようとする「拡張主義」と、対象を限定せずに普遍的に適用できる法制度を広げていこうとする「普遍主義」が挙げられ、フリーランス法は、拡張主義を採ったとみられるが、普遍主義の観点から説明できる部分もあり（取引条件明示義務、募集情報の確表示、解除予告、ハラスメント防止措置、育児や介護への配慮等）、本書の採るバックキャストिंग的な規制の戦略からは、普遍主義が適合的とされています（312-315頁）。

このような本書での分析には、フリーランス法による規制の現状について正鵠を射ているところがあるように思われます。とくに、フリーランス法による規制が、「経済法パート」「労働法パート」のいずれについても、それで十分なものといえるかには、大いに議論の余地があるように思われます。また、PF就労に対する規制がフリーランス法には欠けている点の指摘もそのとおりであり、今後の重要な課題となるでしょう。他方で、本書が論ずるように、現在とこれからの人の働き方がデジタル化、ICTの発展により変容し、より拘束性の少ない自由度の高い働き方が増加していくことは考えられますが、そうはいいつつも、やはりすべての働き方がそうなるかといえば疑問もあり、デジタル化が進む労働社会でも、他人決定性の強い、相手方による拘束を受けた態様での労働が消失するとは

思えないところもあります。規制のあり方について普遍主義的なアプローチを採り、適正な働き方を実現する方向性自体は、これからの労働社会に求められるアプローチと思いますが、他方で、なお残る人的・経済的従属性の認められる就労については、古くさいと言われようとも労働法による保護が求められると考えますので、誤分類の是正や労働法適用の問題は残り続けると思います。そのうえで、法適用の問題をできる限り見通しのよいものとしていくことが求められるのではないのでしょうか。ひとまず、私からのコメントは以上です。

● 討 論

橋本 皆川先生、ありがとうございます。それでは、亀田先生からコメントをお願いします。

亀田 まず荒木先生の論文についてですが、最後の「V 結語」のところで今後の課題というのをまとめられていて、法の実効的な適用に関して、第二東京弁護士会によるフリーランス・トラブル 110 番に言及されています (865 頁)。私も第二東京弁護士会に属していて、このフリーランス・トラブル 110 番の相談員を担当した経験があります。それはそれとして、荒木先生は、「トラブル 110 番の後の紛争の具体的処理についてのより実効的体制を検討していくこととなろう」「既存の紛争処理システムとは異なる仕組みについても検討してみる価値がある」と指摘されていて、私も紛争処理の仕組みをどういうふうと考えていくのかというのは、重要ななと思っております。

この点については、実は弁護士会の仲裁センターが、和解あっせんという ADR 手続を用意しています。フリーランスの方が無料で申立てをすることができて、相手方事業者を呼び出して、和解による解決を目指すという手続です。この手続にも課題はありまして、公的機関からの呼出しではないこともあってか、相手方不参加も多いというのが課題になっているようです。労働局のあっせんのような公的機関からの呼出しであれば、もっと手続参加率が高まるかもしれませんので、公的機関によるあっせんのような仕組みを用意することも考えられるのではないかという意見を、和解あっせんに関与している弁護士から聞いたことがあります。和解あっせんの手続は、フリーランス・トラブル 110 番のウェブページでは周知されていますが、一般にあまり知られていないところもあって、ご

紹介させていただきました。

荒木先生は、「既存の紛争処理とは異なる仕組み」について、「個別法・集団法・労働市場法の分野にまたがり、かつ競争法との関係も問題となる紛争が生じうる」ことを念頭に置かれていますので、ご紹介した和解あっせん手続よりも、もっと大きな話を考えられている気がします。そのような紛争処理手続としてどういう仕組みがありうるのかというのは、重要なポイントかと思われました。私からは以上です。

橋本 ありがとうございます。重要な補足をいただいたと思います。次に、柳澤先生お願いいたします。

柳澤 荒木先生の論文について、1 点目は事実関係の補足ですけれども、日本港運協会事件の労委命令について、中労委の再審査命令でも同じ結論となりました。そして、つい先々月、取消訴訟の地裁判決（東京地判令和 7・9・16 労判 1340 号 5 頁）が出まして、やはり中労委命令を維持しています。これは荒木先生のご主張と軌を一にするもので、労働法学の観点からも、さらには競争法という独占禁止法の観点からも、当然の帰結だと思います。むしろ、港湾事業者の団体である日本港運協会、おそらく法律顧問も充実してそんな大企業の集団が、無理筋といえるような論理に長年固執した理由がわかりません。荒木先生は 10 年以上も前から、この問題を提起され続けて、この論文に至ったわけです。今こそ、実務レベルでも正しく理解されるべき課題で、タイムリーなテーマでもあります。

2 点目は、亀田先生から大きな視点というコメントがありましたとおり、そもそも競争法と労働法との交錯という問題を歴史的に遡ると、アメリカで制定されたクレイトン法 (1914 年) に辿り着きます。同法は、競争法である反トラスト法が、労働組合による正当な行為を禁じるものではないことを示し、さらに「人間の労働は商品ではない」という文言の先駆けともなりました。ご存じのとおり、この文言は、ベルサイユ条約 (1919 年) やフィラデルフィア宣言 (1944 年) でも確認されました。このような独禁法を含む競争法との根源的な思想の違いも、本論文を契機に、あらためて想起した次第です。

第二東京弁護士会の件は私も初めて知りまして、勉強になりました。それから、『フリーランス法制を考える』では、規制としてはプラットフォーム就労者への普遍主義的な規制を行っていく方法が示されています、それを受けた第 9 章で、その手法について興味を

持りました。第9章を見ますと、第1節と第2節と第3節、全部、執筆者が違うんですね。

皆川 そうですね。

柳澤 それゆえ、各節でトーンが大きく違うのですけれども。第3節で注目したのは、規制方法の1つとして、338頁に出てくる「ナッジ」という、ちょっと目を引く規制方法も提案されています。私は、コロナ禍でソーシャル・ディスタンスを確保するために、床に足のマークを描いて、マーク上に並ぶように誘導するという例しか思いつきませんでした。それを労働法政策に応用するとこんな形になるのかと、非常に斬新な提案だと驚きました。

しかし、だからこそというべきか、一歩間違えると、単に危機感をあおることになりかねない。これもナッジの一例だとされる老後2000万円問題みたいな、いたずらに不安をあおる危険性もあります。坂井先生は、このテーマに前から目をつけられて、かなり抑制的に書いておられました。感想めいたコメントにしかありませんけど、同じナッジでも、これまで行われてきた小さな工夫と、政策として本格的に導入するレベルでは、やっぱり違うんだなということをあらためて確認した次第です。

皆川先生が言及されましたバックキャストिंगとも関わって、もしナッジが実現するとしたら、地味ながらも長期的な効果が期待できる政策として注目されるかもしれません。

橋本 ありがとうございます。では、最後に私から簡単にコメントさせていただこうと思います。

荒木先生の論文については、最終的には統一的な労働者概念が、規制の明確性という点からも望ましいということをおっしゃっているのが、私も同じようなことを考えているので、とても心強く感じました。

ただ、荒木先生は統一的労働者概念に一気に行くのではなくて、少しずつ個別法を整備して行って、そうすると労働者概念が徐々に広がるのだとおっしゃっていますが、逆だと思えます。さっきの第3カテゴリーの議論と同じで、フリーランス法や労災の特別加入などが導入または拡充されましたが、これらの規制が適用される人は、いわば第3カテゴリーですねということで終わってしまうのではないかと思います。元の労基法の労働者概念はそのままになるのではないかと思います。既に、フリーランス法が制定され、労災保険の特別加入制度が拡大された現在において、さら

に労働者概念が広げられたら、すでにできてしまった法制度はどうなるのかという問題が出てしまいます。徐々に立法を整備していけば労働者概念が広がるという見通しは、逆ではないかなという懸念があります。さきほど和田先生のご著書を検討したときに、亀田先生がソフトローアプローチが馴染む立法とハードローアプローチでいくべき立法の区別はあるのかという問題提起をされましたが、荒木先生のご見解は、労働者概念についても高年法のように徐々に規制していくというアプローチをお考えになっていらっしゃるように思うのですが、労働法の根本概念である労働者概念にはこのようなアプローチは必ずしも当てはまらないのではないかという気がします。

皆川先生がご指摘された点はそのとおりで、なるほどと思いました。労組法の労働者性とフリーランス法の適用されるフリーランスは、荒木先生の図では同じだと考えられているといえますが、フリーランス法のほうが真の事業者も含むし、労組法上の労働者性よりも広いのではないかというのは、ご指摘のとおりだと思いました。おそらくフリーランス法の適用されるフリーランスは、誰も雇用しないで自ら役務を提供する者なので、労組法の労働者とほぼ一致するだろうというイメージなのだろうなとは思いますが、確かにちょっとずれますよね。

皆川 そうです。ずれはあると思います。

橋本 荒木先生の図のように、きれいには整理できないのかなという気はしています。

あとは大内先生の文献では、普遍主義に言及されている点が注目されます。最近、ユニバーサルアプローチという考え方が出てきています。第3カテゴリーには限界があるというのが今の国際的な共通認識だと思います。そこで、代わって登場したユニバーサルアプローチというのは、もう労働者性を問題とせず、一定の保護を与えるというもので、個人事業主であることは前提なのですが、具体的に言うと、個人事業主の取引条件を規制する労働協約は競争法のカルテル禁止の適用除外に当たることを明示したEUの競争法ガイドライン(OJ C 374/2)や、差別禁止法の適用をフリーランスにも認めるEU司法裁判所の先決裁定(Case C-356/21, JK, EU:C:2023:9)が例として挙げられています。EUプラットフォーム労働指令におけるアルゴリズム規制も、自営業者であるプラットフォームワーカーにも適用されるので、ユニバーサルアプローチを

進めた重要な立法ではないかと思います。差別禁止法については、EUの指令2000/78号の名宛人は労働者(worker)ではなく、personになっている点も興味深い点です。大内先生のおっしゃる普遍主義とはこのことを意味しているのかなと思ったのですが、労働者性を広げるという拡張主義に対比して普遍主義という用語が使われているので、私が今申し上げたユニバーサルアプローチとは少し違う意味で用いられているかもしれません。ただ、普遍的に労働者性を問題とせず適用される規制という意味で普遍主義とおっしゃっている点で、このような普遍主義ないしユニバーサルアプローチが今後の1つの方向性としてありうるとおっしゃっている点には共感したところです。

この点で、私は、フリーランス法はユニバーサルアプローチを取った立法とも言えるのではないかと考えていて、そう考えると評価できる法律だなと思っています。ただ、労基法の労働者にはフリーランス法の適用はないということがフリーランス法の立法過程では確認されていますので、厳密に言えばフリーランス法はユニバーサルアプローチではないんですよね。

皆川 そうですね。

橋本 フリーランス法の適用されるフリーランスは、労働者ではなく、自営業者だということが前提になっているのですが、實際上、公取委が労働者性を判断しているかという点、そうではなく、個人事業主一般を広く対象として、フリーランス法の監督をしていると思うので、事実上、フリーランス法はユニバーサルアプローチに基づく立法であるという評価はできるのではないかと考えています。ただ、皆川先生もおっしゃったように、まだまだフリーランス法の規制は不十分だと思うので、ユニバーサルアプローチを取った画期的な立法で、これでいいと思っているわけではありません。

あと、そうですね。大内先生のご著書で、皆川先生もご紹介された事前審査手続は注目すべきという点、ありうる制度かなと思っています。ドイツの社会保険制度には年金保険機構による社会保険の強制被保険者資格の確認手続というのがあって、自分は本当は、労働者ではないかと思うフリーランスが、——厳密には、ドイツでは、社会保険法上は「就業者」(Beschäftigte)と、「労働者」(Arbeitnehmer)とは違う用語が使われているのですが、実務的には両者の範囲はほぼ一致すると考えられています——被保険者資格の確認を求

めることができる手続があって、非常に活用されています。そして、年金保険機構は積極的に就業者性を認めています。

労働者性(就業者性)が認められると、3年間遡って社会保険料を発注者側が負担しなくてははいけません。普通は労使折半なのですが、この場合は発注者側が全部負担することになり、かなり重い制裁だと言われています。実際のところ、こういう確認がされてしまうと、結局、委託が終了してしまうようです。それで、それが今度は不当解雇ではないかということで労働裁判所に行くのですが、解雇紛争は、大半が和解で、金銭解決で終了することになります。ですが、これによって最大3年間の被保険者期間が成立することになるのです。これは大きな保護だと私は思っていて、こういう制度というのは、日本でもこれから考えられるのではないかなと思っています。大内先生は、事前判定手続について、「雇用保険や社会保険の実務で」とおっしゃっている点で、以上のドイツの制度を連想しました。大内先生が、労働者性や被保険者資格を確認するための制度として、事前審査手続で早期に労働者性を確定することが重要であるとおっしゃっていることは重要な指摘だと思いました。

皆川 今、橋本先生にも指摘していただいた、ドイツでの社会保険資格確認手続については、これは行政処分ですから、行政の判断ではありません。しかし、ドイツでは民法典(BGB)を改正し、労働者(Arbeitnehmer)ないし労働契約(Arbeitsvertrag)の定義をする条文(611a条)が2017年に設けられたのですが、その立法の過程では、社会保険資格確認がされれば、BGB上の労働者性の推定をするという推定規定を入れることも検討されたそうです。そうした労働者性の推定規定は、最終的な条文では落ちてしまったのですけれども、それが実務的に結構、利用されることが多いというのは、私は実際にインタビューができていないわけではないのですが、文献のなかでは確認しており、なるほどと思っていたところです。

さきほど、橋本先生からご紹介いただいたような、ドイツでの社会保険の適用関係とも連動した労働者性の判断枠組みのように、そうした行政的な資格確認も含めて体系的・一体的に行うという制度的な枠組みは、日本ではまだ、ドイツほどは整備されていません。要するに、ドイツ法では、それまではフリーランスというか、selbständigでやっていたのだけれども、

資格確認をしてみたら、あなたは Arbeitnehmer に該当する Beschäftigte だということになったとき、先ほどお話があったような保険料の負担関係とか保険期間をどうするかという、制度的な帰結をどうするかというところも詰められて整備されています。これは税関係も同様で、そういった1つのパッケージになっています。しかし、日本は、まだ各法分野でまだばらばらだと思いますので、そういったところを統一的に構想していくというのも、外国法との比較をしながらありうる話かなとは思いました。

また、少し話が戻るのですけれども、亀田先生にもご指摘いただいたところの将来的な枠組みは、いろいろな可能性と、それに対応した困難さもあると思いますが、荒木先生の論文で865頁の結語のところ書かれている紛争処理システムについては、要するに、基本的には独禁法と労組法の適用関係というのは整理されているのだけれども、しかし日本港運協会事件のような、経済法・独禁法の解釈や適用も、一応、紛争の内容にはなりえて、当事者からの主張があるケースも今後想定されなくはないので、そうすると、やはり今までのような、労働関係の行政官なり専門家なりで構成する紛争処理制度だけではなく、経済法の知識を持った専門家も協力できるような紛争解決の仕組みを整えていく、というイメージで、ありうる制度を検討されているのかなと思いました。労働法と経済法の交錯は、理論的にはかなり整理されてきているものの、実際の紛争で問題になる可能性はありますので、そうした紛争解決のための制度も構想されるべきでしょう。そのあたりが、先生方からのコメントを伺って考えてところです。

柳澤 今のお話とも少し関わるかもしれませんが、普遍主義の方向性では、労働法による保護が基本的に狭くなっていくとのことで、一抹の不安があります。プラットフォーム就労だからといって、従来型のアプローチが全く通用しないかという、そうではないとは思いますが、労働者性に関わらない統一的な法制が構築できるのかなという疑問も持っているんです。それはいかがですか。

橋本 そこはおっしゃるとおりで、ユニバーサルアプローチはありうるかもしれませんが、皆川先生も最後にご指摘になったように、労働者性の問題がなくなるわけではないと思います。そこで、やや揚げ足取りかなという気もするのですが、気になったところが、

大内先生のご著書の304頁の一番下で、「労働者性の問題とは、いわば旧時代の法概念で新時代の働き方を人為的に分けしようとする無理のあるものである」という記述については疑問を感じています。さきほどの労働者性のテーマでも少し申し上げたとおり、労働者概念は、同じ従属性という定義に拠りながらも、その内容は時代によって変わってきたわけで、マスター・アンド・サーバント時代の具体的な指示というのは、既に現代の資本主義社会の企業では後退していて、集団的な人事管理から生じる編入が重視されて、組織的従属性のほうが重要だという見解もあったわけです。最近ではプラットフォーム指令という direction and control、英語だと、指示とコントロールであまり変わらないんですけど、ドイツ語は、Steuerung と Kontrolle と、Steuerung という聞きなじみのない言葉が使われています。

皆川 操作という意味ですね。

橋本 機械を操作するとか、そういう意味で、あと管理とも言えると思います。ドイツ人に何で Steuerung という言葉を使ったんですかと訊いたことがあります。英語の direction は、ドイツ語だと Weisung だと思います。そうしたら、Weisung は人の行う指示だから、人が指示するのではなくてアルゴリズムによる管理だから Steuerung なのだと聞いて、なるほどと思ったんです。

皆川 そうですね。私もそのニュアンスで、自分なりに考えました。Weisung だと、旧来の Weisungsgebundenheit のイメージがあるから、ちょっとそこは、アルゴリズムのような、オートマチックな操縦という概念を使ったのではないかと。橋本先生からドイツ人のお話が聞けてよかったです。

橋本 このことを申し上げたのは、プラットフォーム労働に合わせた従属性の基準というのが新しく出てきたといえるので、労働者性の基準は時代によって変わるとはいえるが、労働者性を議論すること自体がもう無理があるのだという指摘は誤りではないかと指摘させていただいた次第です。大内先生のご著書を読んで気になったところです。

皆川 私のコメントは少し不十分だったところがあるかもしれませんが、柳澤先生が言われるように、私も労働法の規制を狭める趣旨でユニバーサリズムのほうがいいといった趣旨ではありません。社会保障とか、働く人の生命・健康に対する危険からの保護と

か、そういったものをユニバーサルに、働き方を問わず、収入保障なども含めてサポートするという枠組みをつくるというのは、これも憲法 25 条につながる話だと思いますので重要だと思います。

柳澤 セーフティネットの話だと、よくある考え方ですね。

皆川 そのうえで、具体的な労働法制で、具体的な危険、たとえば指揮命令に拘束された長時間労働の危険を踏まえて労働からの解放を保障するといった規制の必要は、そういう働き方がなくなるわけでは当然ないと思いますので、橋本先生が言われたように、指揮命令が形を変えてコントロールとか操縦とか、そういった概念にだんだん変わっていくとしても、要するに、自分ではない他人から決定されて働く働き方のリスクに対する保護というのは、やはり労働法の基軸であると思います。そこは労働者の外延を変えつつ、適切な保護を適切な働き方にと、そうした方向で考えられるべきではないかと思います。

橋本 ではフリーランスはこれぐらいにして、志水先生の著作の検討に移りたいと思います。では、亀田先生がご担当です。よろしく願います。

VI 労働契約における合意

● 紹介

- 志水深雪（龔敏）『雇用契約における明示条項と黙示条項』

亀田 「労働契約における合意」のテーマでは、志水深雪先生の『雇用契約における明示条項と黙示条項』を取り上げたいと思います。

本書の問題意識は、「序」の部分にまとめられていますが、日本法において、信義則、権利濫用法理、付随義務といった合意外規範が重要な役割を果たしてきたが、方向性を欠いたまま発展するにつれて、「契約」の側面が薄まり、「合意」の価値が低下する危険性があるという問題意識が発点にあるしています（4 頁）。

すなわち、日本法において「合意」や当事者意思の探求といって雇用契約論を再評価していくべきというのが著者の問題意識の基調にあります。日本における雇用契約論の課題として、就業規則法理が合意規範の発展を妨げてきたこと（4-5 頁）、「自由な意思論」

については、合意に対する規制が外部からのものなのか、合意の内部からの実質化を図るものであるのか不明であり、「合意」の位置づけを不安定なものにしていくと指摘しています（7 頁）。また、東亜ペイント事件最高裁判決の配転法理について、第 1 段階の配転命令権の有無に関する雇用契約による規制が、配転命令権の根拠を認めるための「タテマエ」になっているため、職種限定合意や勤務地限定合意が認められにくい傾向があり、第 2 段階の権利濫用法理が肥大化しているとは指摘しています（7-8 頁）。ただし、近時の滋賀県社会福祉協議会事件最高裁判決（最二小判令和 6・4・26 集民 271 号 109 頁）について、「合意」の意義があらためて重視されたもので、契約論への回帰のきっかけになるものと評価しています（8 頁）。

以上のような日本法の状況に対し、著者が比較対象国として取り上げるイギリス法は、契約自由と当事者意思を尊重する基本原則に基づいており、雇用契約の明示条項が優位性を持つ一方、黙示条項が補的な役割を果たしています。著者は、「合意」を基礎に、公正、信頼、期待への保護といった要素を黙示条項の形で取り入れていくイギリス法の状況と、合意外規範が肥大化してきたなかで、「合意」を再評価していくとする日本法の状況は、異なる方向から同じ「中間地帯」に向かうアプローチであると捉え（267 頁）、日本の雇用契約論の方向性にとって、イギリス法の黙示条項の展開が参考になるとしています。

以上のような問題意識から、イギリス法の明示条項と黙示条項を検討したのが本書です。「明示条項」は当事者間で明示に合意された条項を意味しますので、イメージしやすいと思いますが、「黙示条項」は日本ではあまり馴染みがありませんので、著者の整理をもとに、もう少し紹介します。

コモン・ロー上の黙示条項には、「事実による黙示条項」と「法による黙示条項」の 2 つの類型があります。「事実による黙示条項」は、明示条項の不備を補うもので、典型例としては、勤務場所に何の明示条項もない場合に、労働者が毎日移動できる合理的な範囲内で使用者が勤務場所を命じる権限を持つという合理的な黙示条項が推定される例があります（62 頁）。「事実による黙示条項」については、明示条項が優先されるとしています。

これに対し、「法による黙示条項」は、すべての雇用契約に推定されるもので、その内容、分類については

議論があるようですが、ある学説の分類では、「服従、協力、配慮（注意）」義務と、「忠実、秘密保持、プライバシー」という2つのカテゴリーに分類するものがあります（119頁）。その中心は、「黙示的相互信頼条項」（implied terms of mutual trust and confidence）に収斂されつつあるとしており、「相互信頼条項」は「使用者は、合理的な理由なくして、使用者と被用者の間の信頼関係を損なう、あるいは破壊する見込みがあると推定される仕方で行動をしてはならない」と公式化されています（174頁）。イギリスの裁判例の展開を子細に紹介・分析されたうえ、「法による黙示条項」は、明示条項による権限行使を制約しうるが、明示条項との相関関係のなかで、明示条項と矛盾しない範囲で適用されるとしています。

以上のようなイギリス法における黙示条項の展開について、著者は、「公正さ」という政策的考慮により「法による黙示条項」が拡大する傾向がある一方で、当事者の意思から乖離する形での義務の創設には依然として慎重であるとし、両者の間の「葛藤」を見て取ります（263-264頁）。

これを踏まえた日本法への示唆ですが、日本においても、「合意」の価値を保障していく方向性が求められるとしており、その背景として、労働者の多様化により、すべての人が働きやすい環境を目指すには、一律で画一的な保護ではなく、オーダー・メイド型の保護が求められ、そのためには、労働者の意思を尊重しつつ、そのうえでバランスをとるという構造しかないと論じています（266-267頁）。

以上が本書の紹介になりますが、イギリス法の紹介・分析について、内容にわたるコメントをする能力が私に不足しておりますので、感想のようなコメントになってしまいますが、日本法において「合意論」を再評価すべきであるとする著者の問題意識は随所に見られ、「合意の尊重とその実効性を中心に据えた雇用契約論の再構築が、強く求められている」と論じられています（268頁）、「合意の尊重とその実効性を中心に据えた雇用契約論」が具体的にどのようなものとなるのかは興味があります。この点は、本書のなかでは、あまり具体的には論じられていないように思いました。

この点に関して、著者は、「日本における雇用契約論の課題」（4頁）として、前述のとおり「自由な意思論」と、配転命令の判例法理の展開に言及していま

すので、これらを取り上げて、「合意の尊重とその実効性を中心に据えた雇用契約論」がどのようなものか、著者の考えをもう少し探ってみます。

まず、「自由な意思論」の拡大については、著者は、『『自由な意思論』への丸投げは、さまざまな法理の展開を妨げる恐れもある』（7頁）として、警戒的です。この点については、著者の別の論考（龔敏「就業規則による労働条件の不利益変更（2）——山梨県民信用組合事件」沼田雅之・浜村彰・細川良・深谷信夫編著『労働法における最高裁判例の再検討』（旬報社、2022年）173頁）でもう少し説明されており、本来ならば、強行法規の趣旨に沿った法解釈、労働契約論における公序良俗論、就業規則法理など労働条件の集成的規制、雇止め法理（不更新条項の場合）を通じて行うべき規制が、「自由な意思」論の精緻化により萎縮する可能性がある、として、これらの法規制に委ねる場面と契約自治に委ねる場面を区分すべきとしています（同論文184頁）。そのため、「合意の尊重」といっても、「合意」の優位性を強調する体系を構想しているわけではなく、既存の法理との整合性のなかで、「合意」が軽視されてきた場面で「合意」に光を当てようとしている、というふうに捉えるべきなのではないかと思えます。

その1つの例が、配転法理といえます。本書のなかでは、合意を尊重する配転法理がどのようなものであるか、必ずしも具体的には論じられてはいませんが、著者は、別の論考（龔敏「労働契約と人事・雇用管理——一方的決定から労使対話へシフトすべき人事規制法理」有田謙司・石田信平・長谷川聡編著『労働契約法論』（成文堂、2024年）113頁）で、個別合意を前提とする配転法理の方向性を示しています。すなわち、労基法で求められる業務内容・勤務場所の労働条件明示について、合意認定のための重要な判定資料とすべきであり、原則として明示した変更範囲内でしか配転を命じることはできないと解すべきこと、転勤における労働者への配慮については、労働者と十分にコミュニケーションをとって内容を特定すべきであり、配慮の要否・程度は、労働者自身の取捨選択により決定すべきであることを論じています（同論文124-125頁）。

著者の考える「合意の尊重とその実効性を中心に据えた雇用契約論」がそのようなものであるとして、「合意外規範」によって使用者の強大な人事権が認め

られてきたこれまでの状況から脱却していこうという、その方向性には共感しました。他方で、本書が比較対象国としたイギリス法が、イギリス法にも葛藤や矛盾がある、ということを超えて、日本の雇用契約論の方向性にとってどのような示唆を与えることになるのかは、私の理解力不足もあると思いますが、少し見えにくいような感想も持ちました。私からのコメントは以上です。

● 討 論

橋本 ありがとうございます。それでは皆川先生、最初よろしくお願いたします。

皆川 私はイギリス法には明るくないものですが、志水先生の著作で非常に勉強になったというのが、まず最初の率直な感想です。

そのうえで、私は細かい内容についてそれほどコメントできる知見がないものですから、一般的にこの本がどういう本であるかというのを私なりに分析してみたのですが、基本的に本書では、イギリス法を題材にした労働契約論が展開されているという印象です。本書で扱われている具体的なテーマは、配置転換ができるか、解雇が不公正解雇か否か、賃金やボーナスなどの雇用条件の一方的な変更が可能かといった問題で、これは日本法の問題と土台としては共通しているところが多いと思いますが、そういった問題を判断するうえで、イギリスの枠組みは基本的には合意に焦点が当てられ、明示された合意条項があれば、そこにプライオリティを置いて判断するということです。ただ、それを貫徹するとリジッドな帰結になってしまうことがあり、それは会社にとっても労働者にとってハードな結論となりうると思うのですけれども、それに対して、相互信頼条項のような黙示条項も契約内容となっていると解することで、一定の事情が認められれば解雇は不公正だということになったり、一定の事情の下では配転は違法だと評価をしたり、給料やボーナスの変更も違法となったり、と、事情に応じた解決の道筋をつくっているのであると。明示された条項のなかでは、とくにその変更に関する条項がなかったら変更はできず、あるいは変更できるというような条項が設けられていたら容易に変更できると、そういったことになりかねませんが、そういうときに相互信頼条項を読み込み、相互の信頼を毀損するので違法だという評価を導くという判断の枠組みであるように理解しまし

た。ここで大きく構造的に考えると、イギリスも日本と共通の問題があって、日本とイギリスでは法律構成は違いますが、最後の帰結を導くところは、ひょっとしたら似ているのかもしれない。解雇が違法だという結論を出すときに、日本では権利濫用の枠組みを使いますが、イギリスでは、法律構成のところで明示条項から出発して相互信頼条項を組み入れて解釈するという枠組みであって、それは日本とは違う法律構成ではありますが、しかし、各事案の判断の妥当性について日本に示唆することがある、といった観点で、この著作が書かれたのではないかと。

亀田先生のお話で、たとえば日本法における合意の解釈について、イギリス法の示唆がちょっと見えにくいというお話がありまして、私もそういう印象は持ったのですけれども、多分これは、志水先生のこれからのご研究の発展によるのかなとも思うのですが、日本では労働契約というのは、ご存じのように白地契約論みたいなものがあって、個々の合意で労働条件について確定できるところが少ないということは、かねがね言われてきました。では何が埋めてきたかということ、ご存じのように私法上の効力を認められた就業規則がその1つです。そうすると、就業規則によって労働契約内容が規律されるというのは、合意なのか合意ではないのかというのは、これは昔からの法規説・契約説の流れではないですけれども、1つの論点としてあります。いずれにしても、日本では就業規則の労働条件が契約内容となることで、一般的な、標準的なひな形が契約の内容となることが多いわけですが、志水先生のご研究の方向性だと、やはり労働者が多様化して個別の事情があるのだから、個別に合意した内容を優先するという枠組みも、日本法のなかではあっていいと。でも、合意された、明示された条項だけを、それが契約内容だといって裁判所が解釈してしまうと、場合によっては労働者にとって酷なケース、救済されないというケースもあるので、そこは解釈で読み込まれた黙示条項によって妥当な解決を図る。日本はそれを権利濫用法理を中心にやっているという、その構造の違いも前提で議論されていると思うんです。日本は就業規則で、たとえば配転条項だったら、ご存じのように、就業規則に使用者の命令権について一筆あれば、基本的に業務上の必要性があれば配転できるという権利が認められますよね。権利は広く認めるのだけど、権利濫用法理のところでは抑制するというわけですが、

イギリスは多分そうではなく、合意された内容というのを解釈したうえで、ではどういう場合に配転が違法となったり、あるいは解雇が不公正と言えるのかというのを、黙示条項を、合意内容と折り合わせる形で解釈していくというアプローチだと思いますので、そういった日本での就業規則論・合意論も射程に入っていくと、さらに、志水先生の構想というのが生きてくるのではないかと思います。これは私の勝手な理解なのですが、そのように読んだというところです。いずれにしても、イギリス法について大変勉強になりました。

橋本 ありがとうございます。次に柳澤先生、お願いします。

柳澤 イギリスにおける黙示条項についての議論のみに依拠して、直接日本に対する示唆を導こうとすると、なかなか難しいところです。そこで志水先生は、黙示条項の研究からスタートされて、歴史的な展開や明示条項における課題も含め、雇用契約法の全体像が見えてきたところで、日本への示唆を描かれたのだと思います。両先生がおっしゃったように、イギリスの黙示条項をめぐる議論というのは、ロジックそのものは興味深くて、面白いのですけれども、この議論が、日本法の合意にどう近接したり、あるいは就業規則も含めた合意の構造についてどう関わるのか、つかみにくいところです。法構造的に仕方がないところがあるのかもしれませんが。

それから、もう少し詳しく論じてほしかったところが、第Ⅱ編の明示条項、とりわけ規制方法についての志水先生の価値判断です。たとえば、第3節(99頁)以下では注で日本の裁判例を引用しながら、本文でも少しだけ日本法のことを書いておられて、項目自体も「明示条項における合意プロセスの規制」となっていて示唆的です。ここで検討されているのは、合意プロセスにおける、手続的保障という考え方です。具体的には、専門家による助言、熟慮期間の設定、代償の等価性、不当な脅迫などの禁止など、これらのプロセスを踏めば、本人の真意が反映できたり、情報提供が不十分だったりすることもない。私は割と支持している手法で、英米法の共通的なアプローチだと思うんです。しかし、志水先生はかなり慎重に、西谷敏先生の文献なども引用しつつ、この手続的規制のネガティブな側面を警戒されて、賛同されていないようにも読めます。ただ、最後には「さらなる手続的保障が求められよう」との言葉で締めくくっていて、どちらなのだ

ろうと悩んでしまいます。

これは全体構成にも関わる課題で、随所で日本法のことを断片的に書いていくよりも、最後に、包括的な示唆を示したほうがよかったのではないのでしょうか。たとえ重複するとしても、そうしなければ読む人に伝わりにくい。先ほども「警戒」という言葉がありましたが、ちょっと警戒しすぎとか、慎重になりすぎて、もう少し踏み込んでいただければ。もちろん、イギリス法自体の研究書としては面白いですし、裁判例なども非常に丁寧にわかりやすく紹介されている。だからこそ最後のまとめ方がもったいないというか。結論部分は、また別の機会に発表されるのかもしれないけど。

橋本 そうですね。私も全体として先生方と同じような印象を持ちました。イギリス法の研究としては、私もイギリス法に詳しくないので、とても勉強になりました。判例の紹介も適切で、わかりやすく明快だと思います。

皆川 そうですね。わかりやすいですね。

橋本 そこはすばらしいと思います。

ただ、日本法とはさまざまな点で枠組みが違うからか、やっぱりわかりにくいところがありまして、私が理解したところ、本書は個別合意を重視するイギリスで、雇用契約に黙示条項を読み込むことで、明示条項がない場合だけではなくて、明示条項を制約する判例法理も形成されてきたそうです。たとえば212頁のユナイテッド・バンクの事件では明示的な配転条項が制約され、通勤可能な範囲に限定すると判断されたそうです。しかし、その後、レダ事件では、解雇できるという明示的な契約上の規定を制限する目的では、黙示的相互信頼条項は使えないと否定されたそうです。しかし、さらにまた動きがあり、215頁のステープルス事件では、職務停止の調査への外部の専門家の同席を認めないという明示条項の効力が否定されたということです。このように、明示条項を制約する機能を、黙示的相互信頼条項が有しているという点は、契約自由の原則が貫徹しているわけではないということで大変勉強になりました。

以上の問題は、志水先生も51頁で書いていらっしゃるのですが、日本だと信義則や権利濫用法理で処理している問題ですよ。志水先生は、この違いを契約の外から規律するか、契約の内容として理解するかの違いだとおっしゃっているのですが、機能としては

同じだから、イギリスではこうしているのですねというぐらいで、日本法に直接の示唆というのは得にくいのかなと思いました。しかも、黙示条項として、本書でページを割いて多く紹介されているのは、日本で言う安全配慮義務だと理解しました。これが最近ではメンタルヘルス事案にも広がっているということで、可能な時間外労働の時間数を明示する明示条項について、合理的限定解釈をしたという141頁のジョンストン事件では、健康を害させないという一般的義務の範囲内で、このような明示条項が許容されると判断されたそうです。こういう議論というのは、日本でいう付随義務の問題でもあるのかなと思いました。つまり、志水先生が検討された諸問題は、日本でいう契約の内容審査、内容規制の問題でもあり同時に、付随義務の問題でもあるということで、このように申し上げると、志水先生の意図と離れてしまうかもしれないのですが、「イギリス雇用契約法における相互信頼義務の展開」というタイトルだと、私にはよく理解できたかなと思います。相互信頼義務が問題になる場面ごとに、たとえば、退職時の推薦状では労働者の利益について配慮する義務、安全配慮義務、懲戒や解雇を行う場合の配慮義務などと、問題の場面ごとに整理したほうがわかりやすかったのではないかなと思いました。

あとは、本書の問題意識について、亀田先生の整理は本書の要約としてすばらしいなと思って伺っていましたが、志水先生は、イギリスでは個別契約の当事者の合意を尊重するのに対して、日本では合理性という曖昧な要件で就業規則の一方的不利益変更が認められている点を批判し、合意の意義を重視しなくてはならないのではないかなとおっしゃっています。それにもかかわらず、労働条件の不利益変更事案が、この本ではイギリス法としてあまり出てこないんですね。

皆川 そうですね。いくつかありましたけど、そんなには。

橋本 そういう意味で、問題意識と本書の検討対象がずれているというのが、気になりました。

日本の就業規則法理はそんなに悪いのかなというところも疑問で、就業規則法理は、ドイツでいうと約款規制に相当すると思っています。イギリスでも、不当条項を規制する1977年不公正契約条項法が雇用契約にも適用されるかどうかで争いがあるということなのですが、合理性という要件で、外から契約条項を規制するというのは、そんなに悪いこととは思わないの

で、何がそんなに問題なのかなと思いました。さきほど皆川先生がおっしゃったように、雇用契約自体では明示の合意が一般には行われず、重要な労働条件が就業規則で定められている日本で、いや、もっと合意というものを尊重しなくてはいけないという、志水先生の問題意識は、どうも具体的なところでややよくわかりませんでした。

柳澤 確かに、少しずれがあるのかもしれませんが。就業規則の不利益変更における合理性は、あくまで合意をしない場合の契約変更なので。

それから、ご紹介いただいたように、滋賀県社会福祉協議会事件最高裁判決について、ちょうど本が出るタイミングだったこともあり、志水先生はかなり注視されています。ただ、同判決は、これまでの判例法理や通説を確認しているにすぎないとも読めます。下級審判決が、あまりに杜撰だった。そこで、最高裁が、これはないだろうと破棄・差戻ししたのであって。重要判例であることは否定しませんけど。

橋本 おっしゃるとおりですよ。滋賀県の事件で、契約論への回帰へのきっかけになるものとして評価されている点は、亀田先生がご紹介されたとおりで、やや大げさな評価ではありますよね。

皆川 2019年の労働法学会大会の大シンポジウムで、契約における規範形成のあり方という、立正大学の高橋賢司先生や静岡大学の本庄淳志先生たちと一緒に、私も入ってやったときに、志水先生と一緒に、労働契約の内容規制に関する問題を統一して扱ったんです。私はドイツの約款規制を紹介する形で報告したのですが、先ほど橋本先生も言われたように、日本の就業規則法理と共通性もあるんですけど、ドイツはもう約款規制があるので、合意されたことになって契約書の書面で書かれているさまざまな条項が、不相当に約款を使用される相手方の利益を損なうような場合、不意打ちだったり、あるいは、事情の限定のない一方的な労働条件の削除だったり変更だったりといった条項が入ること自体、一般取引約款規制で無効にするというのがドイツの枠組みで、ドイツでは一応、合意があったということ認めつつ、ざくざくと不適切な条項を無効にしていくというアプローチで内容規制をするという話なのですが、それとの比較で、当時、志水先生からイギリス法の話をお伺いして、とても勉強になりました。イギリスはやはり、不公正契約条項法でしたか、その法律による雇用契約の内容規制について

は、いろいろ議論があって、ドイツのような意義は持っていないと。そのなかで、イギリスでは、合意内容を規制する契機というか、そのツールがあまりないところもあって、黙示条項のように合意内容として読み込んで内容を修正するというアプローチを取っているのだと。細かいところはともかく、大きくはそういうふうに整理された記憶があって、ドイツとイギリスで対照的なアプローチを取っているのだということは、比較法の観点から非常に興味深かったことを思い出します。

だから、先生方からいろいろなご意見が今日ありましたけれども、本の構成の仕方でも、たとえば問題となった事項ごとに編成するとか、日本の労働条件の決定と変更の典型的な内容に沿って、イギリスではこういう枠組みで判断されていますというような整理もあったかなとも思うのですけれども、でも長年の研究をまとめられた内容なので、あまり欲張ったことを言ってもとは思いません。イギリスの雇用契約における、雇用条件の決定・変更に関して広い視野で取り組んでおられる研究ですので、さらにこれを土台に大きく展開していただければというのは、柳澤先生と同じ意見です。

亀田 柳澤先生にご指摘いただいた、手続的規制という手法についてですが、柳澤先生にご紹介いただいた箇所104頁あたりでは、確かに警戒的なニュアンスの記載なのですが、最後の269頁の「日本法への示唆」のところでは、「脆弱な立場にある労働者に対しても合意実現のための基盤を整えることが重要である」と書かれていて、脚注で、「この点に関しては労働者の同意の自由を保障する基盤として、事前コントロールの立法化を通じて実現すべきとする見解は、示唆に富む」と書かれています。事前コントロールは手続的規制になると思いますが、ここでは手続的規制の立法化に肯定的なニュアンスも見受けられました。

イギリスでは、和解契約を結ぶときに、独立のアドバイザーの助言を得なくては行けないということになっていて、たとえば、人員整理で退職してもらう際に、会社が和解契約書を用意して従業員に提示し、従業員は、会社とは独立の弁護士と面談して、その内容を説明してもらったり、助言を受けたりします。和解契約書に、従業員が権利放棄の条項が入る関係で、独立のアドバイザーが説明して、当事者が納得したとい

うことを確保するということですね。それは、日本でも考えられる手続だなどは思います。

橋本 和解契約は、本書の最初のほうで明示条項の例として出ているのですが、私は、この問題は日本では合意解約の手続の議論かと思いました。

亀田 そうですね。退職合意を結ぶときに、合意の内容として、請求権を放棄する条項や裁判を起こさないといった条項が入りますので、そのような合意を使用者に押しつけられて合意してしまうのを手続的に防ぐということですね。

柳澤 実態としては、おっしゃるとおりです。それが、英米法だと訴権放棄という形で出てきて、いわゆる約因 (consideration) に該当するような退職金を上積みして、辞めていただくという発想になります。

橋本 ここで熟慮期間を設けるとか、専門家の助言とか、そういう手続規制があるということですね。

亀田 ACASというイギリスの公的機関の行為準則 (Code of Practice) のなかで定められているようです。

橋本 志水先生は、明示条項の手続を整備していくべきだというご見解なのでしょうか。

柳澤 そうなのですが、それにも限界があると考えておられるようで。そのあたりの方向性を示していただきたかったです。今後のご研究に期待します。

皆川 日本でも、日新製鋼事件 (最二小判平成2・11・26 労判 584 号 6 頁) のような枠組みでは、相殺合意の同意について、自由な意思により行ったと認めるに足りる客観的・合理的な理由があるかが判断されますが、あの事件では最高裁の判断で、結局、労働者にとってプラスになる事情も考慮してハンコをついたのだから、合意があったとしています。以前に話したときに、確かに法理としては、素のままの署名押印だけで同意を認めないというところでは意義があるとは志水先生もおっしゃっていたように記憶していますが、ただそれでも、合理的な理由が客観的にあるかというような規範的な基準で合意の成否が認められる枠組みというのは、やっぱり不安定だとおっしゃっていたように思い、そこは明確に、イギリスでの制度について今ご紹介があったような手続で、専門家も介して、熟慮期間を設けて、これでいいかということを手言も受けて、いろんな可能性を法律家から説明されたうえで、これは1つの、あなたにとって悪くないオプションだというような説明があってハンコをつく、イ

ギリスだったらサインするというのは、そこまでやるのだったら、きちんと合意で処理し、後で裁判をやっけてひっくり返されるということもなく、合意の内容で確定するといったほうが適切だろうと。志水先生は、そういう評価もされている面はあるのではないかと思います。ただ、日本で制度化すると、専門家がちょっと入って一筆書けば、それで同意があった、OKだと独り歩きするのを、多分懸念されているところもあるのではないかなと思いました。

Ⅶ ハラスメント

● 紹介

- ・日原雪恵「労働におけるハラスメントの法的規律——セクシュアル・ハラスメント、差別的ハラスメント及び『パワー・ハラスメント』に関する日仏カナダ比較法研究（1）～（7・完）」
- ・滝原啓允編著／労働政策研究・研修機構編『欧米のハラスメント法制度』

橋本 それでは、次は、Ⅶ「ハラスメント」で、日原先生の論文、滝原先生編著の本について検討したいと思います。柳澤先生、お願いします。

柳澤 メインとなる、日原先生の連載論文「労働におけるハラスメントの法的規律」を対象に、議論を行いたいと思います。同論文は、サブタイトルが示すように、主にフランスとカナダを比較対象国としております。その他の国々（イギリス、アメリカ、ドイツ、フランス、EU）については、滝原先生とJILPT編の『欧米のハラスメント法制度』があり、こちらも若干のコメントを行いますので、言及いただければと存じます。

日原先生のご論文は、最初に日本法の展開過程（（1）4-27頁）、先行研究の状況について（同27-41頁）、丁寧なまとめています。そのうえで、①差別禁止事由に基づくハラスメントか否か、②予防重視か救済重視か、という観点から比較対象国以外の国々も含め、その傾向を分析し（同49頁）、比較対象の国や法域として、フランスおよび大陸法圏であるカナダ・ケベック州、ならびに、カナダ連邦およびケベック州以外の州（英米法圏カナダ、とくにオンタリオ州）を選定したと説明しています。以下の内容説明では、同論文の略

号に従い、セクシュアル・ハラスメントをSH、いじめ・精神的ハラスメントをPH、差別禁止事由に関わるハラスメントをDHと、それぞれ略させていただきます。

第2章では、フランスについて論じています（（2）と（3）前半）。よく知られているように、フランスでは1992年に、SH罪が刑法典に規定され（あくまで身体接触を伴わない場合、伴う場合は他の性犯罪、（3）575頁以下に詳細）、拘禁および罰金が課される犯罪に該当する反面、雇用差別とは位置づけられていません。その後、EU法の影響により、2008年には差別禁止事由に関連するハラスメントが禁止されましたが、労働法典などには挿入されず、あくまで「人間の尊厳の侵害」と位置づけるフランスならではの抵抗がみられました。それでも、2016年改正を経て、刑法典と労働法典にも規定されたところですが、どのような変化するかは、性刑法をめぐる憲法学の動向を参照しつつ、今後の議論が待たれます（（2）367頁）。モラル・ハラスメントについては、イルゴイエンヌの著書が何冊も日本語訳でも出ていますが（『モラル・ハラスメント——人を傷つけずにはいられない』（紀伊國屋書店、1999年）など）、これらの著書がフランスで大きな反響を呼び、労働立法にも影響を与え、2002年にはPHが労働法典と刑法典に規定されました。フランスにおける職場でのモラルハラは、日本のパワーハラと重なる概念で、「管理的ハラスメント」という概念も裁判例で用いられています。SHやPHの予防に関わる撤退権（（2）386頁）、社会経済委員会の役割（同388頁）も、フランスの特徴かと思います。ハラスメントの救済については、民事訴訟で解決されることが多く、さらに犯罪被害者の私訴制度があり、特定の場合には同制度を利用できます（同399頁）。また、2015年以降に判例法理が方向転換し、使用者が適切かつ迅速な防止措置を行うことで、義務違反の責任を負わなくなるという変化にも言及しています（（3）548-555頁）。

第3章は、カナダ法の概観からスタートします。みなし解雇をめぐる議論は（（4）843頁）、さきほどのイギリス法での議論を彷彿とさせるもので、さらに高額な加重的損害賠償を認める判例法理が展開されている点が注目されます。リーディングケースが、ホンダ・カナダ社の解雇事件（同848頁）で、加重的損害賠償は認められたのですが、懲罰的損害賠償について

は事実関係に鑑みて否定しました。

続いてケベック州では、SHおよびDHが、人権憲章と労働基準法の双方に規定され、雇用平等および尊厳の保護が並行するところが特徴的です。カナダ最高裁 Janzen 事件（1989年）でも「SHは性差別であると同時に尊厳の侵害である」との判示があり（同880頁）、これはマニトバ州の事案だったようですが、カナダ全体の傾向なのかもしれません。この前後の記述は、カナダ連邦（や他州）とケベック州との記述が混在していて、やや読みづらい印象です。ケベック州では、労災補償が果たす役割も大きく（(5) 1243頁）、労災職業病法に基づく心理的ハラスメントの申立は2018年以降に急増したとのこと（同頁表6）。

他方で、同じカナダでも、オンタリオ州については、SHとDHが人権法典に規定されており、差別禁止とハラスメントの近接がみられるようで、やはり英米法圏の考え方が強いのかなとの印象です。人権法典では、「を理由とする」という文言が含まれているのですが、加害者の動機または意図は不要と解釈されています。差別禁止事由も、性的指向、性自認、性表現、年齢、犯罪歴、婚姻制度上の地位、家庭状況、など、かなり広範に定められており、アメリカの一部州法と同じような状況となっています。

第4章の総括では、これらの比較法的な検討から得られる知見として、ハラスメントの予防・救済・禁止のあり方について、あらためて比較検討がなされています。すなわち、各法制度や判例法理の動向を比較検討し、5つの保護法益を類型化のうえで、法政策のバリエーションを示したという意味で、日本法へのさまざまな示唆を得ることが期待されます。

以上、書籍1冊ほどのボリュームがある連載で、とくに外国法の部分は細部にまで目が行き届き、関連する先行研究の参照も十分に行い、まさに労作といえます。このような高い評価を前提にしつつも、課題を探るために、あえて批判的なコメントも行いたいと思います。

1つは、10年ぐらい前から複数の論者（和田肇先生など）が指摘されている点で、いろいろなハラスメント類型が増えて、ハラスメント概念が氾濫してしまう、要するにハラスメントが「インフレ化」し、規範的な意義が薄れてしまうとの危惧です。古典的な憲法学の議論である「人権のインフレ化」にも通じるものがあります。実は日原先生の過去のご論考では、かか

る問題意識も垣間見ることができましたし、本論文でも課題とされておられたので（(1) 44頁）、重厚な比較法研究を経たからこそ得られる日原先生ご自身の見解を、明確に示していただきたかったです。大きな課題なので、望蜀の嘆かもしれませんが。

もう1つは、ハラスメント概念の画定についてです。日本における職場のハラスメント概念は、アメリカ法から福岡セクハラ事件に輸入されたセクハラにはじまり、パワハラ、マタハラ、そして本論文が出た後のカスハラにしても、事業主に「防止措置義務」が課されますが、ハラスメントの被害者は民法の一般法理（不法行為、債務不履行）による救済を求めることとなります。このような日本法の構造において、各類型を「ハラスメント」と位置づけることに、いかなる法的意義があるのか、もう少し掘り下げてほしかったところでは。ちょっと理論的な思考実験になりますが、たとえば、労働者からの年休申請に対して「相当に心証が悪いけどいいの？」といったハラスメント的な発言が、職場環境整備義務違反に該当するとして損害賠償を認めた事案があります。法的な構造自体はハラスメントそのもので、もしかすると「年休ハラスメント」なるものが純理論的には存在するのかもしれませんが。しかしながら、一般的にはハラスメントとして位置づけられることはないでしょう。そうすると、職場における違法な「ハラスメント」法理として確立すべきか否かの根拠や境界線は、はっきりしないところです。とりわけ日本では、差別禁止類型に関わらないハラスメント法理が法制化されてきただけに、その曖昧さというか、融通無碍なところは、より一層、気になっていたところです。日原論文については以上です。

それから、次の著作『欧米のハラスメント法制度』は、各国の法制度や課題を一気に読むことができる、大変に重宝する一冊です。私は、ハラスメント関係をテーマに選んだゼミ学生には、必読書として貸出しています。手元にないと困るので、もう1冊買おうかと思っているぐらいです。それはさておき、イギリスのハラスメント保護法（PHA, 1997年）と平等法（2010年）の双方による重畳アプローチ（40-43頁）は、終章の「ハラスメント概念」（309-311頁）でも言及されているように、示唆的です。滝原先生は、PHAによる明確な定義がないアプローチは「日本法にはそぐわない」（311頁）と書いておられますが、私は先にコメントしたように、むしろ日本法のハラスメント概

念に近いのではないかと考えて、とくに興味深く読ませていただきました。

他方で、補章(315頁)の「修復的正義」論が、とりわけ一般の読者に対しては、抽象的に過ぎて、位置づけがわからないのではと思います。ここも滝原先生のご執筆部分で、ハラスメントの解決策として、現実的かつ建設的であると主張されておられるのですが(313頁)、皆さんからも色々と教えていただければ幸いです。

● 討 論

橋本 ありがとうございます。では亀田先生、お願いします。

亀田 柳澤先生のご指摘に関してのコメントになるのですが、ハラスメント概念の法的意義ということについて、日本法の下では、不法行為法の違法な権利侵害に当たるかどうかという問題と、各個別法で企業が防止措置義務を負うハラスメントとは何かという問題、そのほかに、懲戒処分の対象となる非違行為としてのハラスメントとは何かという問題もあって、それらをすべて同じと考えるのか、違うと考えるのかという問題もあるかと思います。同じと考えると、統一的なハラスメント概念を探求する意義がありそうですが、違うと考えると、確かに不法行為の文脈であれば不法行為に当たるかを個別に考えればよいという話にもなりそうです。

また、年休取得に対するハラスメント的な発言について、実態はハラスメントだけど、ハラスメントとしてはあまり観念しないというような話もありましたが、その場合も、実務では、パワハラを受けたと労働者が申告してくることが多いような気がしています。それでちょっと思ったのは、パワハラという言葉自体は、怒鳴りつけるとか、そういう類型を念頭に置いた言葉ですが、実際は日本では、ハラスメント一般を捕捉する、包括的なハラスメント概念として機能している部分もあるのではないかと思います。「職場のいじめ・嫌がらせ問題に関する円卓会議」以降、パワハラとして例示されているもののなかに、個の侵害(私的なことに過度に立ち入ること)というのがあって、これは普通のパワハラという言葉のイメージと異なるものですが、そういうものも捕捉する概念になっています。ですので、日本ではパワハラが、属性と関係しないハラスメントの包括的な受け皿になって

いるのかもしれませんが。そうすると、そういう包括的なハラスメント概念の外延がどうなるのかという話になって、日原先生の論文のなかで、包括的定義について議論されている箇所では、尊敬、健康、職場環境をハラスメント全体に共通する保護法益としてハラスメントの定義を考えつつ、平等権や性的自由を侵害する特殊形としてセクハラや差別的ハラスメントについて別の考慮の余地を残すという方向性が示唆されています((7) 34-35頁)。そのように、保護法益との関係で、包括的なハラスメント概念を考えていくというアプローチはありうるのかなと思いました。

2冊目の滝原先生編著の書籍で、修復的正義の話が最後に入っていることについて、おそらく滝原先生がおっしゃっているのは、ハラスメントの加害者や被害者、あるいは使用者も含めたコミュニケーション、事後的なコミュニケーションが大事だ、もっとそういうのを大事にしたほうが良いという、ざっくり言うところのことなのかなと思います。それとの関係で考えたのは、パワハラ指針のなかで、使用者は、パワハラ事案に対する事後的な迅速かつ適切な対応を取らないといけないとされていて、その例として、事案の内容に応じて、被害者と行為者との関係改善に向けた援助、被害者と行為者を引き離すための配置転換、行為者の謝罪等々が適切な例として例示されています。ここでは、関係改善に向けた援助とか、行為者の謝罪が入っていて、それが修復的正義に近いと思いました。ただ実際は、ハラスメント発生後の会社の対応というのは、そちらの方向性ではなく、被害者と行為者を引き離す対応を取りがちです。滝原先生が修復的正義をここで論じられているのは、関係改善に向けた援助とか行為者の謝罪とか、そういうほうの対応の価値にもっと目を向けたほうが良いのではないかということを示唆されているように私は受け止めました。ただ、それが実際のケースでの対応として現実的にとれるかどうかは、また別の問題だとは思いますが。

私からのコメントは以上です。

橋本 ありがとうございます。では皆川先生、お願いいたします。

皆川 私も先生方がもう既に指摘されたところと、考えたところはほぼ大きく異なりません。要するにハラスメントの概念について、ご承知のように防止措置義務が課されるところのハラスメントと、不法行為法上の違法性が認められる行為との関係で、この事前の

防止と救済の枠組みというのがどういった関係にあるのかが、あまり明確には整理されていないのが日本の現状ではないかと思えます。

ご存じのとおり、各種のハラスメントについて、均等法や労働施策総合推進法、育児・介護休業法で、雇用管理上必要な措置を講じなければならないということになっていて、たとえばそこでは性的な言動について、その具体的な内容は書かれているわけです。それで、こうしたことは防止しなくては行けないと。また、たとえばセクハラだったらセクハラ、パワハラだったらパワハラという言動問題に関する啓発を国がして、役員や労働者にもそういう問題に関する関心と理解を深めて注意を払うような努力義務が定められているところです。この規制の枠組みからすると、必ずしも不法行為法上の違法性が認められるまではいなくても、やはり問題となりうる言動というのがあり、それは広く網をかけて研修や啓発をし、それから具体的な問題がありそうなきには、企業内で相談を受け付けて対応する、是正するといった具合に、そこでは基本的には、民事的な意味で違法か違法でないかはあまり問わず、該当しうるようなところを網にかけて、なるべく防止しましょうというスタンスの規制だと思います。つまり防止のところは、各種ハラスメントの定義がありますけど、そこでは割と広く網をかけて防止措置の対象とするということが意図されているのかなと思うんです。そういう意味では、予防のところでは、統一的なハラスメント概念はなく、法律ごとに類型が分かれていますけど、でも、救済のところ、不法行為や職場環境配慮義務に基づく損害賠償請求が認容されるかどうかのところでは、これも亀田先生のご指摘があって、なるほどと思ったのですけれども、パワハラを最後の落ち穂拾いではないのですけれども、網をかけるような形で、広く人格的利益や人格権の侵害が認められるか、その程度が違法な程度に達しているかというところで評価するという、そこは割と統一的に網をかけているという状況だと思います。

日原先生の本格的な研究を読んで、各国や各州、カナダのオンタリオ州などのことについて大変勉強させていただいて、本当に非常にありがたかったですのですが、これも柳澤先生と同じで、ないものねだりかもしれませんが、最後、せっかくここまで各国や州についてのハラスメントについての定義や防止措置、事後的な救済の義務、それから実際の救済のあり方、労災

補償との関わりなど、本当に幅広く研究されているので、その成果をぜひ生かして、日本のこういった現状に、何が問題があり、どういう枠組みで、その防止のところの仕組みと事後的救済のところの仕組みの概念をどう位置づけるかということも含めて、そういった整理があればよかったですし、今後に期待したいところです。

橋本 ありがとうございます。

私も、大変な労作で、とてもこれだけ外国法の、カナダの州法に至るまで、緻密に検討され、素晴らしい作品だな、労作だなと思いました。ただ、表も随所にあつて、日原先生が読者にわかりやすく伝えようという努力をされたことは理解していますが、私の理解が追いつかなかった面が多々ありました。

柳澤先生が指摘された議論は、私は不勉強で知らなかったのですが、ハラスメント概念がインフレ化してしまっているのではないかと、希薄化するのではないかと、むしろ今、世の中はこの方向へ行っているのではないかと思います。さっきの年休ハラスメントも含めて、亀田先生がおっしゃるとおり、日本ではパワハラは1つになるのではないかと、私もそう思いましたけれども、日原先生も最後に、やっぱり包括的なハラスメント概念が存在しない点は日本法の問題だとおっしゃっているので、これは今後の重要な課題なのだろうと思います。ILO条約を批准するためには、今、セクハラ、マタハラ、パワハラとか分かれているけど、やっぱり統合する必要があるだろうという議論もあるようです。読み込めていないのですが、包括的なハラスメント概念が、フランスやカナダではあるのでしょうか。セクハラとか心理的ハラスメントなどに分かれているのだろうと理解したのですが。

皆川 言われてみればという感じですが、分かれている感じが。

橋本 条文が分かれているようでしたよね。なので、諸外国において、まだ包括的ハラスメントの定義がないところで難しいかもしれませんが、包括的なハラスメントの定義はどうなるのだろうというのを、ぜひ示していただけるととてもよかったかもしれません。

私は、個人的に、新しい研究として素晴らしい情報だなと思ったのが、(4)のところにあるカナダの、これはどこの州だと思うのですが、ハラスメントでない場合の類型というのが紹介されています。これは、行政機関のガイドラインなのか、単なる学説レベルな

のか、ちょっとよくわからないのですが、困難な人間関係など、心理的ハラスメントでないと思われるものがあげられています。困難な人間関係というのは、単に仲が悪いとか、そういうことかなと思ったのですが、ちょっとまた違うみたいでもあります。問題の残る性格または悪い印象などがあるので、やっぱり何か問題行動をしている人がいるということかもしれません。あと、次に対立的状況。これは、けんかしている状況かなと思います。そして、犠牲者化など、被害者になりたがる人というので、些細なことで自分はハラスメントの被害を受けていると言う人は確かにいる感じはしますよね。また、パラノイア的人格とか。これは実際、実務的にはとても大事だと思うんです。私も大学のハラスメント委員を経験するなかで、かなり申立てがあるなかで、いや、これはハラスメントではないでしょうというものがかなりあります。しかし、さきほど亀田先生も言及されたパワハラ6類型は、かなり広いので、何でも入ってきてしまうという問題があります。ハラスメントではない言動は何かという基準が実務的にはこれから必要だなと思っています。ただ、これは相当難しく、日原先生も書かれているのですが、法的判断ではないですよ。精神医学に関わる問題を法律家が判断していいのかということが問題になっているということも指摘されていたので、この問題は非常に難しい問題だなと思っています。法律論では解決できないので、今後、精神医学との共同作業も必要だろうと思っています。このような議論が既に外国で行われているのだというのはとても勉強になりました。

また、刑事罰の意義について、日原先生は慎重な見解を述べていらっしゃいます。(7)の141頁です。立証が困難であるから実効性が疑問であるとおっしゃっているのですが、フランスの例が紹介されているのですけれども、ドイツでは2016年に、セクハラ罪が刑法典184i条に導入されて、これは非常に有効だと評価されています。ドイツの場合、身体的接触、レイプなどではない身体的接触で、キスやハグだそうですが、労働関係に限定されず、クラブとか列車内での身体的接触などに広く適用されるそうです。セクハラ罪は、警察が非常に積極的に取り締まっており、2024年度で12万8000件となっており、年々増えているそうなので、ぜひ今後の検討課題になるのではないかなと思っています。

そのほか、日原先生の論文で得た知見のなかで重要だと思ったのが、諸外国では労働安全衛生法にハラスメントの防止措置義務が入っているということです。日本にも必要なかどうか、私自身はまだわからないのですけれども、事前防止措置義務として何をしたらいいのかという明確化は、先ほどのハラスメントでないものとの区別と併せて、もう少しはっきりするといいなと思っています。もっとも、諸外国において、労働安全衛生法に規定があることによって、事前防止義務がさらに具体化されることになるのかについてはよくわかりませんでした。事業所内に設置された労働安全委員会で具体的な議論を行うということでしょうか。

繰り返しになりますが、さきほどの包括的ハラスメント概念については、日原先生も、(7)の141頁で、アカデミックハラスメント、ヘイトスピーチ、ネット上の中傷等、労働以外におけるハラスメントを併せた法制を検討することが考えられるとおっしゃっているので、やはり将来的にはこの方向に向かうのだろうと思います。また、ジェンダーハラスメントも含める必要があるということも書かれていたと思います。

柳澤 心理的ハラスメントについて、これが日本と言うパワハラに該当するもののだとして、パワハラの裁判例は同じような事案で結論が分かれていて、民事の不法行為の成否と労災を認めるかどうかでも結論が分かれるといった状況です。心理的ハラスメントも、広範囲なハラスメントが捕捉できる反面、ハラスメントの境界が確定しづらいのではないのでしょうか。日本だけの問題ではなくて、諸外国でも明確に確定しているわけではない。さっき、落ち穂拾いという話もありましたけれども、やっぱり曖昧なのだという印象を受けました。

橋本 そうですね。それはおっしゃるとおりだと思います。

皆川 私もさっき述べたように、何々言動問題について、少なくとも法的には予防措置では網を広くかける方向にというふうに理解はしていたのですけれども、先ほど橋本先生のお話を伺って、確かに、何がハラスメントで、これはハラスメントではないということの線引きをするという視点も重要であると思いました。ここで、トップのメッセージによるルール化で、これはハラスメントではありません、ということを示すこともありえて、それができると有意義とは思いましたが、でもやはり、柳澤先生が言われるよう

に、どこの国もさまざまな事象について、それをどう、それこそ網をかけて防止したり、禁止したり、救済したり、それぞれの国で対応を、苦慮しながらやっているんだなということはわかりました。本当に感想なのですけども。

亀田 包括的な定義があるのかということについては、日原先生の整理だと、(7)の32頁あたりで、カナダの「心理的ハラスメント」または「職場のハラスメント」を包括的な定義と呼んでいらっしゃるようです。あと、同じページの後ろから2行目のところ、ケベック州では「心理的なハラスメント」が包括的なハラスメント概念として存在する、という記載があります。

橋本 ただ、セクハラは別にあるみたいですね。

亀田 そうですね。

柳澤 セクハラは、セクハラの種類でありますね。

皆川 ただ、これは私もちゃんと理解できているわけではないですけど、ほかのハラスメントとの関係で、心理的ハラスメントが網をかけるような形で定義されているのでしょうか。

柳澤 そうですね。日原先生が使っている包括的というのが、場面ごと、少しずれがあったように思うので。

皆川 これだけたくさん書かれていると、それぞれのところで表示が確かに大変なんですけど。

橋本 そうですね。ちゃんと確認しないとわかりませんが、普通、包括的と言ったら、全部のハラスメントを包括する概念ですよ。セクハラがその下位類型ということですよ。そういう理解でいいかと思うのですが、どう定義されているのでしょうか。

皆川 亀田先生が引いてくださったのは(7)の32頁ですね。

橋本 いら立たしい一連のコメントまたは行為で、歓迎されないと気づかれ、または合理的に気づかれるべきものに従事することという構成要素。構成要素と書いてあるので、定義ではないかもしれませんが、これが、差別禁止事由と結びつけば差別的ハラスメント、性を理由とする場合はセクシュアル・ハラスメントになるということです。それでは、やっぱり包括的ではあるんですね。

皆川 なるほど。では包括的なんですね。

橋本 合理的に気づかれるべきものというのは、どういう意味でしょうか。

皆川 合理的な人を設定して、それがハラスメントに気づくかどうか。人によって受け取り方が違う。

橋本 そうですね。人によって同じ言動でも受け取り方が違うから、合理的な人を基準にすることですね。

皆川 実際の人の受け取り方には差があるので合理的な基準を、という趣旨ではないかと。

橋本 なるほど。確かに、包括的な定義を作るとすると、こういう定義になりそうですね。

柳澤 セクシュアル・ハラスメントの定義は「差別」の一環として出発して、当初は明確だったのですが、だんだん捉えられない事象が出てきて、あらためて定義を見直すという発想につながったのかなと思うんです。そういう意味で、時系列的な変化を捉えていて、興味深いですね。敵対的な職場環境というのは、古典的な定義ですけども、そうでない場合もありうると。これは重要な指摘だと思います。そこで、現代的なハラスメントの構成要素には入れなかったと。

皆川 そうすると、歓迎されないわけではないというところが、たとえば、この定義に落とすのだったら、合理的に、それは歓迎されていないと気づかれるほどではないということですかね。

橋本 今指摘された、「敵対的かつ望まれない」が落ちたというのは、これだと狭いので駄目だということになったんですね。

柳澤 昔の定義だと、まず入っていますよね。

橋本 そうですよ。対価型。対価型・環境型のアメリカの区別をカナダは受け入れなかったことも書かれていましたね。

柳澤 だから、こういう帰結になるのかな。

橋本 知らなかったので、勉強になりました。セクハラは、アメリカの議論が出発点かと思っていたので。

柳澤 確かに出発点ではあります。ただ、そういう定義だからこそ、アメリカの判例法理も苦しんでいるところがあって。できたときは画期的な定義でしたけれども、いろんな形態があるなかで、なかなか認められづらくなって。次のテーマにかかるのですが、性的マイノリティのハラスメントまで入るかどうかという議論にもつながっていきます。

亀田 橋本先生が指摘された、ハラスメントではない類型がどういうものか明示されているという点との関係で、日本ではパワハラ指針が、該当すると考えられる例と該当しないと考えられる例の両方を明示する

という方法を取っていて、一定程度、そういう例が示されているという状況にはあります。ただ、たとえば身体的な攻撃でいうと、わざと蹴ること（足蹴りを行うこと）は該当するのに対し、誤ってぶつかることは該当しないと書かれていて、それは当然そうだろうという内容ではあります。ですので、実際のケースがどう振り分けられるかという基準として明確に機能しているかという点、なかなか難しいのだろうなとは思いますが。

柳澤 まあ、わざと蹴るにしても、純然たる同僚同士のけんかは該当しないという裁判例（佃運輸事件・神戸地姫路支判平成23・3・11 労判1024号5頁）もありますし。

皆川 ハラスメントではなく、それは、けんか、いざかいということですよ。

柳澤 裁判官も、あきれ気味に「小中学校ではあるまいし」みたいなことを言っていて、そんなことまでハラスメントにはしない。ハラスメントという概念ができる前の事案ですけど、多分、今でもそうですね。だって、それは別に、私的な、ただのいざこざなので。

皆川 優越的な地位を背景とした言動という構造は、多分そこにはないという評価はありえますよね。

柳澤 表層的な基準だけで決められないところが、ハラスメントの難しいところかなと思います。

橋本 パワハラ指針で十分かという問題意識はあまりなかったのですが、先ほど申し上げたパワハラでないものの基準とは、個々の言動がどうかということではなく、トラブル全体を見てどう評価するかという基準が必要ではないかという趣旨でした。個々の言動だけを見ると、ハラスメントになりうるという主張はほとんどの場合に成り立ってしまうので、全体として加害者とされた側にとくに問題があるとは思えないのに、逐一調査することになってしまうのは何とかならないのかと思っています。

柳澤 当初からパワハラ指針自体への批判はありましたね。なかでも大和田敢太先生は、フランス法やILO条約などの知見を踏まえて、同指針や条文構造を厳しく批判されました。

あと、『欧米のハラスメント法制度』で、滝原先生の「修復的正義」の話について、亀田先生にフォローいただいたように、私も、ハラスメントが起きた後に、加害者と被害者において、無理して再度の関係を

結ぶ必要はないのですけれども、場合によっては特異なコミュニケーション、もうちょっと言うと、規範的な枠組みのなかの対話が求められることは確かではないかと。それは単なるコミュニケーションとは違って、だから修復的正義論と、おっしゃったのでしょうか。ハラスメントの要因とか、お互いの認識などというもののだけでなく、今日の議論につながりますけど、いかなるものがハラスメントの保護法益かというところも前提にした規範に基づく対話である、ヨーロッパ的にいうと、これも「社会的対話」なんですか。場合によっては、一対一だと難しいので、時には集団も交えた形で。

皆川 そうですね。コミュニティで包摂して対応するというところが発端ですよ。重要な契機ですよ。

柳澤 そうなんです。そういう意味で「修復的正義」という言葉が使われたのだろうなというのは、わかりますけど。だからこそ、より具体的に、一般の読者にもわかるよう解きほぐしていただければ。どのような規範に基づいた「修復的正義」や対話が求められるのかを示すことは、重要な示唆になると思います。

皆川 企業だけでなく大学でも、パワハラやアカデミックハラスメントは問題になりますので、訴訟が提起されるようなケースでなくても、大学でもハラスメント事案の相談の申立てがあって、ハラスメント対策の委員会に対応してというところで、事例によっては、加害者だと考えられる方に対する懲戒処分をすることもありますが。しかし、刑事罰類似ではないですけど、懲戒処分で制裁して、それだけで何か妥当な帰結が得られるかという問題もあります。それがもとの「修復的正義」の議論の前提だとは思いますが、それは教育現場などにはとくに当てはまる場所があって、事案の性質にはよりますけれども、指導教員と学生のコミュニケーションがいろいろな事情から悪化して、ハラスメントが疑われるような事案になったときに、その際に、教員を懲戒して済むのではなく、むしろ教育的な関係、研究指導の関係を適切なものに戻すことが重要であって、これは実際にも、被害を受けたと言われている学生さんにとっても、そちらがより妥当な帰結なのではないかと思うことは少なからずあります。だから、亀田先生が言われるように、引き離すだけというのは、教育機関の場合だと、果たして引き離せるのかという関係もありますので、単純にはいかないところもありますね。そうすると、うま

く関係を修復することが求められるわけですが、でも、それは確かに、柳澤先生のお話を伺っていて、ただ話し合わせればいいというようなものでは解決しないというのはそのとおりで、ではどういった知見なり枠組みで、第三者が関与するなら関与するで、その関係を修復させるような対話なりコミュニケーションなりを実践するかというのは、これは多分、全然、緒に就いていないところだと思いますので、今後、もし諸外国の取り組みがあったりすれば、そういったことも参考にできればと思います。

柳澤 職場環境に関わるハラスメントにしても、少年法の分野でいわれるように、可塑性を信じて修復を行うという意味では重なる部分があるのかなと、そこは共感できました。

橋本 では、最後の差別法理について、亀田先生からご紹介とコメントをお願いします。

VIII 差別法理（雇用平等、性的マイノリティ）

● 紹介

- ・富永晃一「男女雇用機会均等法の展開と課題」
- ・井川志郎「労契法と性差別禁止立法（雇用機会均等法・労基法4条）——憲法上の性差別禁止規範を基底に」

亀田 私から、差別法理（雇用平等、性的マイノリティ）についての論考をご紹介します。

まず、このテーマを選定した背景ですが、2025年は、男女雇用機会均等法制定から40年に当たります。折しも、2024年5月には、均等法では直接には間接差別の規制対象とされていない社宅貸与について、間接差別として違法と判断した下級審判決が現れ（AGCグリーンテック事件）、現行均等法の間接差別の規制が問い直されている状況にあります。また、性的マイノリティに関しては、前回の学界展望でも、名古先生の論文を取り上げて議論がなされましたが、その後、経産省事件の最高裁判決（最三小判令和5・7・11 労判1297号68頁）が出されたことにより、評釈等を通じて議論が積み重ねられてきており、これまで性差別を規制対象としてきた均等法との関係も問い直されている状況といえます。

富永先生の「男女雇用機会均等法の展開と課題」

は、2022年12月に公表された論文ですので、いま述べた裁判例が現れる前の論文ということになります。均等法の規制アプローチに対する示唆に富む指摘を含んでおり、議論の中心として取り上げたいと思います。また、参考として、井川先生の「労契法と性差別禁止立法（雇用機会均等法・労基法4条）」は、性差別禁止の射程に、性的指向・性自認にかかる差別も含まれると論じられるなど、興味深い論点を提起されていると思いますので、井川先生の議論も参照しながら、ディスカッションを進めていければと思います。

富永先生の論文の内容を紹介します。

まず、富永先生は、男女が異なるものであることを前提としていた均等法制定以前の状況から、均等法制定により男女を等しい者として扱うモデルに転換し、改正によって、その男女平等モデルが深化していった状況を概観します（18-20頁）。そのうえで、①妊娠・出産差別、②間接差別、③男女差別禁止規制の実効性、④SOGIと性差別の4点を取り上げて均等法の課題を検討されています。

①妊娠・出産差別については、妊娠・出産者への使用者の忌避感、育児負担の偏在による母親の就労への長期的影響ではないかと懸念されるとして、不利益取扱いの禁止という対症療法だけではなく、育児等によって生じる負担を、出産労働者の使用者だけでなく、社会全体で広く負担していく予防・原因治療が必要であるとしています。解決策としては、休業制度・社会保障制度での手当や、女性のみ育児負担を集中させる社会意識の変革が重要であるとしています。

②間接差別、③男女差別禁止規制の実効性では、これまで多く指摘されてきたことですが、均等法6条、7条の限定列举が、規制の射程を過度に限定しており、限定列举方式は不適切であることを指摘しています。

④SOGIと性差別では、性的少数者等に関する差別を、「従来の男女差別を前提としていた性差別禁止法理等で対応可能な問題なのか、プライバシー保護や合理的配慮法理での対応が適しているのではないかとということも一つの問題と思われる」（23頁）と指摘されています。富永先生は、この論文でご自身の見解を打ち出されているわけではなく、両方のアプローチからの考え方の道筋を示されており、差別禁止法理で対応するという考え方としては、国籍差別の禁止においてさまざまな国籍の労働者への異別取扱いが禁止されると同様に、性グループを細分化していき、さまざま

な性自認・性志向・性表現グループの労働者に対し、等しく異別取扱いが禁止されるという考え方がありうるとしています。他方、性によるグループ化自体を問題視し、性の無段階の多様性を前提にして、その多様性に応じた配慮を求めるアプローチもありうることも指摘しています。いずれにしても、等しい男女を同一に取り扱うモデルを前提とする均等法が「どのように対応できるのか、あるいはそもそも同法の役割ではないのか」という点が、均等法の課題の1つであると指摘しており、理論的に整理すべき重要な問題を提起されていると思いました。

次に、井川先生の論文の内容を紹介します。

井川先生の論文は、国内法の性差別の体系が憲法14条1項後段の性差別禁止を基盤とするものであるとして、憲法14条1項後段で禁止される性差別とは何か、から議論を始めています。そして、「身体的な特徴に応じて割り当てられた（ないし生物学的）性別に基づく評価（ジェンダー規範）によって、個人の特性をみることなく行われる、合理的理由のない異別取扱」が性差別の定義であるとします。このように定義することによって、たとえば、扶養手当のような給付について、ゲイ労働者をヘテロセクシャルのグループと比べて不利益に取り扱うことは、「男であれば女を好きになり、パートナーとして選ぶはずだ」という典型的評価に基づく異別取扱、トランス女性に対してシス女性に認めている容姿・服装での勤務を認めないことは、「生物学的に男と位置づけられる者は、男らしい容姿・服装で生活すべき」という典型的評価に基づく異別取扱として、憲法14条1項後段の性差別に当たりうると論じられています。そして、憲法14条1項後段の規範内容として性差別回避義務と性差別是正義務を国家に命じているとし、このような規範内容は、私法上も、民法2条を媒介に、民法90条や労契法3条4項の解釈として、民間の労働契約関係にも同様の規範・義務を導いています。意欲的な論考です。なお、井川先生は、間接差別についても、憲法14条1項後段の性差別回避義務として、性差別的構造を反映した基準により異別取扱を行うことも禁じられると解しており（279頁）、民間労働者にも同様の規範・義務を導くため、間接差別は、均等法7条により限定列挙されているものに限られず、違法な性差別となるとしています（285頁）。

以上を踏まえて、私からは、富永先生が④ SOGI と

性差別のところで指摘されている問題提起を取り上げたいと思います。富永先生が指摘されているとおり、性的指向や性自認に関わる差別について、「性」差別に含めて考えていくか、性差別禁止は男女差別として捉えたうえで、性的少数者が直面する問題を合理的配慮によって調整していくか、どちらのアプローチを志向するかは、均等法の思想にも関わる分かれ目であると思います。富永先生は、本論文では、考え方の整理をされるにとどまり、ご自身の見解を示すことは慎重に避けられています。また、その後の経産省事件最高裁判決の評釈（富永晃一「判批」『ジュリスト』1591号94頁（2023））では、直接に職務遂行等に関することについては基本的に前者の方向で差支えないとしつつ、男女別トイレや休憩室の利用については、「確定的な意見を固めるに至っていない」と述べられています。

対照的なのが井川先生の見解で、井川先生は、性的少数者に対する差別も、性差別禁止の範疇に含める理論構成を提示されているため、性差別として捉えるべきということになります。この両者のアプローチが、どのような違いをもたらすのかですが、井川先生は、別の論文（井川志郎「経産省事件で問題とすべきは『配慮』のバランスか」『労旬』2049号6頁（2024））において、性差別と捉えることで、経産省事件の事案で、他の職員が抱きうる漠然とした「羞恥心や違和感」への配慮が原告の利益制約の根拠として認めることの不当性が明らかになると論じられています。このような他の職員の主観への配慮は、ジェンダー規範そのものによる異別取扱いになり、性差別禁止規範からは背理になる、ということです。ただ、この点は、配慮のアプローチをとる場合でも、利益調整の天秤に乗せることのできる正当な利益は何かという問題を理論的に深化させることで、同じ結論に至ることができる可能性はあるかもしれません。

富永先生の指摘される問題に戻りますと、私は、均等法の性差別禁止は男女差別として捉えて、性的指向・性自認については、別の差別禁止・合理的配慮の枠組みを用意するほうが適しているのではないかという気がしているところですが、先生方のご意見を伺えればと思います。また、富永先生の指摘される均等法の課題のうち、①妊娠・出産差別、②間接差別、③男女差別禁止規制の実効性の点についても、もし議論したい点などがございましたら、コメントいただければ

と思います。

● 討 論

橋本 ありがとうございます。それでは、柳澤先生からお願いします。

柳澤 最後の問題提起について、両論者で大きく議論が分かれるのは、男女別トイレをどうするかとか、仮眠室を男女一緒にできるかどうかというのは、やはり差別禁止アプローチだけでは対応が難しいです。徹底した性差別禁止アプローチを貫くアメリカでは、2020年に有名なBostock事件・連邦最高裁判決(590 U.S. 644)が出て、性的マイノリティであることを理由に解雇すること自体は性差別禁止法(公民権法第7編)に違反すると判示していますが、ここで結論を先送りしてしまったのはトイレの問題なんです。それが今になって、男女の性別は男と女だけなんだという、第2次トランプ政権などの保守的な主張にもつながっています。仮に、性差別禁止法には性的指向を理由とする差別を含むと解釈するか、あるいは単独の制定法で性的指向の差別を禁止したとしても、乗り越えられない問題だと考えています。実務的な対応策としては、大学などでも、ジェンダーレス・トイレを設置しているようですが、日本でも、一部の大学では、そうなっているのでしょうか。

皆川 勤務校でも議論をして、最近の建物改築時に一部、導入しました。

柳澤 やっぱりそうですね。先進的な大学は早々に設置していたようです。私の経験では、8年ほど前にフロリダ州にあるステットソン大学を訪問しましたが、その時点で、かなり前から「ALL GENDER RESTROOM」を設置していると伺いました。単なる余談ですが、弁護士ドラマの「Ally McBeal」では、入り口は男性と女性が分かれて、中は一緒になっている全部個室という設定でした。確かに、すべて個室にしたら、性別は関係ないと言えるかもしれません。それでも心理的抵抗を感じるとか、仮にトイレは個室にできても、さらに更衣室や仮眠室はどうするという問題もありますので、私自身も色々悩んでいるところです。

それから、日本では労安衛規則628条があって、「男性用と女性用に区別すること」を求めている、さらに細かい個数の規定まで存在します。現在、この男女別トイレの原則を維持したまま、さらに独立個室型

を作るようにとの方向で法政策が進んでいますが(同628条の2)、これは性的マイノリティを意識したというより、障害者や高齢者を念頭に置いているようです。もちろん、それはそれで大事な問題ですけれども。

2点目に、富永論文について、妊娠・出産差別は長期的な影響を考慮すべきだという提案や、同論文が目指す方向性自体には、私も全く同感です。ただ、同論文の後に、アメックス〔育児休業等〕事件(東京高判令和5・4・27労判1292号40頁)が出ましたよね。同判決は、短期的に見て育児休業者に対する不利益取扱いかどうかというだけではなく、長期的に見た女性労働者のキャリア形成にどんな影響を与えたかという、いわばキャリア形成という観点から、地裁判決とは逆の結論を導いた、画期的な判決だと捉えています。この点、同論文に沿って検討すると、21頁で㉔「対症療法」と、㉕「予防・原因治療」に分けて論じていますよね。すると、アメックス高裁判決は、あくまで㉔にすぎないことになる。ただ、これからは長期的な影響を避けようとする動向が懸念されます。かかる観点からも、どのように㉕を実現するかという法政策の方向性を、論じてほしかったです。つまり、富永先生がいうところの「社会意識(社会通念)の変革」を促すための、より具体的な法政策は何かという趣旨です。

3点目は、同じく富永論文について、先ほども議論になりましたAGCグリーンテック事件が出たところで、これは同論文が指摘するような法構造を乗り越えるべく、かなり苦慮して間接差別の射程を広げたというか、こじ開けたというか、そういう判決だと思います。私は、間接差別の意義というのは、結果的な不平等を生み出している社会的障壁は何かを炙り出す点にあると考えています。それは、企業内の人事制度かもしれないし、もう少し広い意味での労働慣行かもしれない。今後、間接差別の規定を見直すことや、施行規則による縛りをなくす等の立法政策も、もちろん必要ですが、そもそも何のために間接差別が規制されたのかという、意義を再確認することも重要だと思います。

橋本 ありがとうございます。では皆川先生、よろしくお願いします。

皆川 既に議論の大前提になっているところかと思いますが、亀田先生からご指摘もあって、結局、SOGIハラに当たるようなところを、どのように位置づけていくかというのが、やはり現在、実務での対応も含めて問題になっているところだろうと私も思っ

て、今回、井川先生と富永先生の両方を照らし合わせるような形で読みました。

確かに、柳澤先生も言われたように、これが解雇などの事案であれば、トランスジェンダーの方だったらトランスジェンダーということを知りながら解雇理由だと立証できたというのであれば、性差別による違法・無効という効果を導くということには異論はありません。

ただ、トイレとか、たとえば企業の福利厚生施設の利用などで、生物学的には違う性の方が、自認が同じ方々と共通して利用させることができるかという局面では、確かに合理的な配慮による、その事案に応じた解決というのが、結果の妥当性というのも含めて妥当なのではないかなと、基本的にはそういうふうを考えていました。ただ、井川先生の論文を拝見すると、憲法論から説かれていて、これは具体的な措置をどうすべきかという具体論とはまた別に、一般的な枠組みの捉え方のところでは、憲法14条の規範を前提に考えつつ、使用者には一定の配慮義務とか禁止義務というのがあるということも、法理論的に構成できなくはないと思います。

ただ、そうはいっても、また具体的な企業の対応をどうすべきか、企業は何をやったら結局、違法な行為になるのかということですよね。あそこのトイレはちょっと、周りの人の理解ができるまでは、少し離れたところに行ってくれということについて、トランスジェンダーだったら使わせないというのは、等しき者を等しく扱わないという意味での差別性というのも認めうるとは思うんです。ただ、一足飛びにそこに行く前に、使用者が何らかの措置を取ること自体は、即違法かと言われると、それも難しいところがあって、ここでやっぱり合理的配慮のような形で、違いがあるということを前提に、違うなかで、事情に応じた配慮という、このような法理とか規範が機能する局面もあるのではないかと。これを考えると、私もさまざまな議論をみて、一見、わかったように思うのだけれども、さらに考えていくと、お互いがどういった関係にあるのか、きちんと整理できていません。しかし、アプローチの整理というのは、富永論文でも示されるように非常にクリアですし、しかし規範的な論理展開というのは、井川論文での論理展開というのは説得力があると思いますので、どう合わせ技にしていくかということが、やっぱりなお今後も課題なのだろうと。トイレ利用だけではなく、今後さまざまな問題が

出てくる可能性がありますので、事案に応じた検討を、ということでしょうか。

柳澤 井川論文によれば、扶養手当のような給付でも、性差別としての違法性を問われるとの結論です。議論の方向性には賛成しますが、でもそこにはワンクッション要るのではないかな。現在、日本では同性婚ができない以上、扶養手当は異なって取り扱われているわけです。これが男女だったら、扶養や世帯主という基準について、男女間に明らかな偏りがあるという、井川論文も注で言及する三陽物産事件（東京地判平成6・6・16労判651号15頁）がありました。もちろん、各企業が自主的に同性パートナーに扶養手当を支給することは構わない。あるいは将来的に、同性パートナーが日本中に増えてきて、税制度なども変わってきて、やはり扶養手当も当然に支給すべきだという「公序」が形成される可能性はある。だけど、差別禁止法理から、論理的に直ちに認められるかは疑問が残ります。

橋本 そうですね。私も結論としては、井川先生の、性差別に性的指向の差別も含めるという方向性については、最近の国際的な動向にも合致するし、賛成ですが、簡単ではないだろうとも思います。さきほど柳澤先生がおっしゃったように、解雇の事件では、アメリカでは性的指向を理由とする解雇は性差別だという連邦最高裁の判例が出たわけですが、その理由づけは、確かに、井川先生が挙げていた理由だと思います。当該男性が女性だったなら、男性を恋愛対象とすることで不利益取扱いを受けることはないのだから、男性が男性を好きだということの不利益取扱いを受けたなら性差別だという論理ですけど、他方でEUでは、2000年の指令2000/78号を待つ必要があったんです。98年の欧州司法裁判所の先決裁定で、グラント事件（Case C-249/96）というのがあるのですが、まさに扶養手当の不利益取扱いの事案で、性的指向を理由とする差別は性差別には入らないという判例が出ています。この先決裁定では、これまでの性差別を禁止してきた国連の条約など国際的な規定などを参照しながら、性的指向は「性」という文言には含まれてこなかったと論じていました。このような考え方は当然ありうると思っています。もちろん、すでに述べたとおり、日本で立法が動かないところで、このような文言を重視した解釈を続けると、対応がされないままになってしまうので、解釈で法的状況を進めるべきだ

というのも必要だと思います。

ところで、富永先生は合理的配慮でいくべきだとおっしゃっていたのですが、ここはよくわからなくて、そもそも合理的配慮というのは障害を理由とする差別だけで使われる概念ですよ。

柳澤 私も、そこは議論しようと考えていたところなんです。最近では、合理的配慮というワードを、あまりにも多用しすぎているような。

皆川 私もそれは、自分でそのような使い方をしていて、反省しているところです。

柳澤 障害の場合は、現実的にアクセスが不可能だったり、それこそ社会的障壁があったりするんで、それを乗り越えるために合理的配慮が必須であって、それこそが平等なのだということになります。障害以外の場面で用いられる例としては、宗教差別です。たとえば、安息日には就労できないとか、お祈りの時間が1日5回あるとか、これらの宗教的な慣行に対する合理的配慮が求められます。この合理的配慮を行うことで、その属性によって差別されないことでスタートラインに立つという、いわば平等概念と結びついていました。単に属性同士が異なるとか、当該属性に脆弱性が認められる傾向にあるから配慮が必要だという観点とは、異なっていたはずなんです。

さらに、年齢についても、往々にして、加齢によって体力が落ちて、より安全配慮が必要ではないかという方向で議論が行われます。それ自体は、裁判例もありますし、現実の政策論として必要であることは否定しません。たとえば、一般的に、熱中症で倒れやすいから、より対策に気をつけましょうとか。そういう意味での配慮は必要だとしても、それは「合理的配慮」ではないはずなんです。単に年齢という属性だけで合理的配慮を求めることは、むしろ年齢を理由とする差別にもなりかねません。これは私が考えているだけでなく、老年学を専門とする社会学者なども、そのような扱いは年齢差別だと言っていました。だから、橋本先生に口火を切っていただいたように、合理的配慮が使われる場面というのは、かなり限られているはずで、そういう特別な概念なのだという事は、あらためて認識する必要があると考えています。

橋本 昨日の労働法学会の大シンポで、所浩代先生がカナダ法を紹介されて、カナダでは立法があるらしいですね。全部の差別類型で合理的配慮が要請されるそうです。それならわかるんですけどね。

柳澤 びっくりしました。研究者の論文だけではなくて、国によっても合理的配慮という言葉が、色々な場面で使うようになってきている。ただ、本来の概念からすると、かえって議論が錯綜してしまうことを懸念しています。

橋本 明文の規定があるならよいのですが、日本にはないです。

皆川 富永先生は、この論文のなかで、合理的配慮に加え、均衡待遇というのを使っているんで、違うことを前提に、違う扱いでよいという、ある程度、比例的な意味で均衡と使われているのではないかと思います。確かに、柳澤先生のお話を伺っていて、概念の使い方として、それはイコールかとは思いますがね。言わんとすることはわかる感じはするんですけど、しかし、確かに合理的配慮というのを一般的に使うことについて、やはり留保が必要だということであれば、これをさらに、多義的などうか、広い概念である均衡にそのまま結びつけてしまっていていいかなというのは、今少し思いました。概念の混同とか、拡張というか、融通無碍に使われてしまう可能性は広がるというところはあるかもしれませんね。

亀田 富永先生の検討対象論文のなかでは、確かに「合理的配慮法理での対応が適しているのではないかということも一つの問題と思われる」(23頁)として、「合理的配慮」という言葉が使われています。他方で、富永先生が『ジュリスト』に書かれた経産省事件最判の判例評釈では、性的指向や性自認について、「差別禁止事由である「性」に含め、男女という性別二元論を放棄するという方向性」と、「男女差別禁止という観点を維持しつつ、性的多数者を前提に形成されてきた職場で性的少数者の直面する不都合を、配慮により調整するという方向性がありうる」と書かれていて、「合理的配慮」ではなく、「配慮」という言葉が使われています。

橋本 差別禁止法で言っている合理的配慮ではない、一般的な配慮義務ということですかね。

柳澤 ここは説明がほしいですね。

亀田 どういう法制度を日本で今後考えるかというときに、富永先生の評釈のなかで提示された2つの方向性、「性」のなかを含めていくという対応と、配慮により調整する対応のほか、性的指向等を差別禁止事由として立法化することもありえますよね。

皆川 あると思いますね。

亀田 その場合に、それを差別禁止だけにするのか、差別禁止プラス合理的配慮、つまり障害者雇用促進法のようにするのかといった選択肢がありますよね。柳澤先生が今指摘されたのは、合理的配慮義務というのはもっと特別な概念なので、性的指向等に合理的配慮義務を法定化するというのは、どう説明がつくのかということを指摘されたということですか。

柳澤 そうなります。もちろん、性的マイノリティの方々職場で現実と直面する課題は、やはり「社会的障壁」に他ならないと位置づけることもできるでしょう。だから、使っては駄目だとまでは言いませんが、少なくとも法理論としては整理すべきだと思うんです。

亀田 宗教や障害と、何が違うかということ……。

橋本 ヨーロッパだと宗教差別では、合理的配慮は課されないですね。合理的配慮は障害だけです。

亀田 確かにイギリス法はそうですね。

橋本 アメリカ法では認められているのですね。

柳澤 合理的配慮は、宗教のほうが早かったのではないかな。

橋本 宗教のほうが早かったんですか。

亀田 そうです。アメリカ法では宗教が最初です。

柳澤 その後、1990年に障害を持つアメリカ人法(ADA)が制定された際には、先に宗教で用いられていた合理的配慮の概念が導入されました。ただ、やはり宗教と障害では意味合いが異なるのではとの議論もあります。最初に出てきた2つですらそうなので、他の場面で安易に用いると、もっと混乱していくのではという危惧です。

皆川 同じ言葉でくくってしまうと、意味内容の差異が、文脈や差異が失われますね。

柳澤 障害については、使用者に対して、何らかの合理的配慮が求められる場合が多いでしょう。でも、宗教では、合理的配慮が常に必要とは限りません。年齢だって、年を取ったら体力が落ちるでしょうとか、もはや長時間働けないでしょうといった、安易な一般化は、平等法理の観点からは誤った判断になります。

皆川 それは一般的な配慮義務で、年齢は年齢でという。

柳澤 結果として、当該労働者の体力が落ちるなり、長時間働けないというのは、また別の話です。そこで、性的マイノリティに対しては、どのように考えるかです。

橋本 確かに、ヨーロッパで合理的配慮では議論しないということはいえるのですが、こういう事案はないと思います。ヨーロッパで問題になったのは、差別的発言で、とくに使用者側が、顧客がこういう人を嫌がるから雇わないのだなどといった発言が、これは宗教、性的指向や国籍などの差別で問題になっていますが、それは許さないということになっています。直接的な差別的発言は直接差別になるし、宗教ではイスラムスカーフを着用した人が勤務すると顧客が嫌がるというので解雇したという事件では、顧客が嫌がるというのは間接差別の正当事由にはならないと判断されています。しかし、トイレのような配慮が必要だという事件はないようです。だから、どうやって解決しているのかについてはわからないところがあります。

柳澤 ハードローとして制定法化する難しさは、先に議論したとおりです。ただ、ダイバーシティの推進を後押しするとか、ソフトロー的な法政策による解決策は、ありうるかと思います。

橋本 富永先生の間接差別の均等法の問題点というのは、おっしゃるとおりだなと思って、行政指導の根拠としてすぐ限定されて規制されてきたので、これが今回のAGCグリーンテック事件で広がったというか、望ましい方向の解釈が出たことは評価できると思います。他方で22頁の右側なのですが、均等法6・7条に例外がないのは不完全である。例外の明示が必要だということで、6条は直接差別だから、例外は認められないはずですよ。真正な職業上の理由というのを考えているのですかね。直接差別を正当化する事由としては。

柳澤 アファーマティブ・アクションは別ですけどね。今でもありますし。やっぱり真正職業資格かな。

橋本 かなり細かい指摘ですが。

柳澤 確かに。ちょっと意図が伝わりにくいです。

橋本 指針が注で引用されているので、指針を条文に書くべきだという主張かもしれませんがね。

亀田 引用されている性差別指針の該当箇所(第2・14(2))を確認すると、たとえば「芸術・芸能の分野における表現の真実性等の要請から男女のいずれかのみに従事させることが必要である職務」とか、「守衛、警備員等のうち防犯上の要請から男性に従事させることが必要である職務」とか、そういう例外が挙げられていて、それが法律ではなく指針に書かれている問題を指摘されているようですね。

橋本 そうですね。今挙げたのは、やっぱり真正な職業上の要請ですね。極めて限られた例外ですね。

おわりに

橋本 それでは、最後に一言ずつ今日の座談会の感想または今期の労働法学の業績全体についてのご意見をお願いいたします。

皆川 今回、合計で8つのテーマに関して、多くの著作と論文を読み、どれも充実した研究内容で大変勉強になりました。それと同時に、自分自身では、各テーマでの最先端の内容を十分に咀嚼できていないところも多く、反省も多く残りました。最初のテーマで取り上げた和田先生のご研究は、労働法研究者は、研究の視野を広く持ち、労働の正義を追究し、労働法の理念や規範を社会のなかで実現していくための研究をもっと行いなさい、という後進への激励が込められているように受け取りました。今回、先生方と多様な研究について広く議論できたことはとても貴重な経験で、自分自身の仕事に活かしていかなければと考えています。今日は本当にありがとうございました。

柳澤 かつての本特集では、なんとなく単著書籍や単著論文のみが対象となっていたようです。ところが、前回（751号）からは共著が含まれるようになり、今回の検討対象著作・論文では、共著が2冊、共同で集中連載している論考2本が含まれています。最先端の大きなテーマだから共同でという実情もあるでしょうが、それでもなお、共同研究という形態を取ったからこそその利点、たとえば錯綜する課題を複合的な視点で縦横に分析するような、大きな成果につながったのではないかと思います。今後とも、学会などの場で、共同研究による知見が示されることを楽しみにしています。それから、座談会の感想ですが、先生方との意見交換を通じて、着眼点の違いや比較法的な観点の面白さに気がついて、大変勉強になりました。前日の日

本労働法学会での疲れも吹き飛びました。ありがとうございます。

亀田 前回と比べますと、今回は複数の著作・論文を取り上げたテーマが多く、それに伴って検討対象文献の数が増えましたが、その分、複数の文献を比較しながら読んだり、先生方と議論させていただいたことで、より理解が深まったところもあり、大変勉強になりました。AI・アルゴリズムのような最先端のトピックが、差別法理などの既存の法理に課題を突き付けている状況も浮かび上がり、自分自身、基礎的な概念や法理にしっかりと取り組んでいかなければと思われました。本日はありがとうございました。

橋本 働き方改革以降は、日本ではフリーランス法の制定、ハラスメントの法整備や技能実習制度の改革はありましたが、大きな法改正は行われていないと思います。他方で、EUのプラットフォーム労働指令やサプライチェーンにおけるデューデリジェンス指令の制定など、諸外国はどんどん先に進んでいると思います。日本でも、研究面では、アルゴリズム規制などの新しい問題だけではなく、労働者性・使用者性や労働契約における合意の意義など基礎的な概念について、真摯な研究が蓄積されていることが、今回の学界展望で明らかになったと思います。このような研究者の努力が裁判例や立法の進展につながればよいと思います。今日は、長時間ありがとうございました。

(2025年11月3日 東京にて)

はしもと・ようこ 学習院大学法学部法学科教授。主著に『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、2021年）。

やなぎさわ・たけし 名城大学法学部教授。主著に『雇用における年齢差別の法理』（成文堂、2006年）。

みながわ・ひろゆき 千葉大学大学院社会科学研究院教授。主な論文に「労働法上の労働者」日本労働法学会編『講座労働法の再生第1巻』（日本評論社、2017年）。

かめだ・こうじ 国士館大学法学部法律学科准教授。主著に『詳解 賃金関係法務』（共著、商事法務、2024年）。